مجلة

المعهد القضائي

مجلة

المعهد القضائي

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

- مسؤولية غاصب العقار المدنية عن أجر المثل والتعويض في التشريع العراقي
- القرصنة الالكترونية وكيفية تلافيها ومواجهتها قانونيا
- الطعن في القرارات الادارية
- تقنين الأحكام القَضائية الصَادرة مِن محكمة التمييز الاتحادية ومحاكم الاستئناف بصفتها التمييزية "دراسة مقارنة"
- محور مبادئ القضاء الدستوري"
- محور مبادئ القضاء التمييزي
- محور مبادئ القضاء الاداري
- اشراقات قانونية

مجلة علمية نصف سنوية – العدد حزيران لسنة ٢٠٢٤

رقم الايداع في دار الكتب والوثائق [٢٥٦٤]

الترميز الدولي ISBN 978-9922-9955-6-4

مجلة

المعهد القضائي

مجلة علمية نصف سنوية – العدد حزيران لسنة ٢٠٢٤

رئيس التحرير	القاضي الدكتور فائق زيدان
مدير التحرير	القاضي جليل عدنان خلف
هيأة التحرير	أ.د. أمين عاطف صليبا
	أ.د.فوزت فرحات
	أ.د. محمد عيسى عبد الله
	أ.د. جليل حسن بشات الساعدي
	أ.د. علي هادي عطية الهلالي
	أ. د علي فوزي ابراهيم
	أ.د.رائد ناجي احمد
	أ.د. أكرم محمد حسين التميمي
	أ.م. د. محمد حميد عبد

مجلة

المعهد القضائي

مجلة علمية نصف سنوية – العدد حزيران لسنة ٢٠٢٤

الهيأة الاستشـــــارية

القـاضي كاظـم عبـاس حبيب

القـاضي محمد سـلمان محمد

القـاضي نـاصر عمـران طاهر

القــاضي عــلي كمــال جابــر

القــاضي إيــاد محســن ضمــد

مجلة

المعهد القضائي

مجلة علمية نصف سنوية – العدد حزيران لسنة ٢٠٢٤

وحدة ادارة المجلة

سكرتير التحرير	رائد عصام جلال
التدقيق اللغوي	ا.د. نعمة دهش فرحان
الترجمة	د. خنساء محمد جاسم علي
طبع	دار الوارث للطباعة النشر
التصميم والاخراج الفني	محمد عباس العامري
البريد الالكتروني للمجلة	institutemagazine@yahoo.com

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

ضوابط النشر في مجلة المعهد القضائي

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

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

ب. قواعد خاصة:

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

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

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

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

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

ثانياً : التعليق على الاحكام القضائية:

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

١. ان يكون معد التعليق متخصصاً في القانون.

٢. أن يتناول التعليق حكماً نهائياً استنفذت طرق الطعن عليه.

٣. ألا يناقش التعليق إلا المبادىء التي أقام عليها الحكم دعائمه.

٤. عدم التعرض للهيأة والقضاة الذين أصدروه.

جزاء مخالفة القاعدة الدستورية

الجـزاء هـو الأثر المترتـب على مخالفة القانـون ويفرض من القضـاء وقد يكون بصـورة الجزاء الجنائـي بحـق مـن يخالف القانـون الجنائي اما بعقوبة بدنية على جسـد الانسـان كالإعدام وإما على حريته بسجنه او حبسه وقد تكون العقوبة مالية. اما الصورة الثانية للجزاء فهي الجزاء المدني الذي يترتـب اثـر مخالفـة القوانين الاخرى عدا القانـون الجنائي حيث يفرض عنـد التعدي على حق خاص أو أنـكاره مـن دون أن يمس هـذا الاعتداء المصلحة العامة أو يخل بالنظـام الاجتماعي فتكون نتيجته اصلاح الضرر او أزالتـه وهـو بذلك حق خاص لمن لحقه الضرر. والصـورة الثالثة للجزاء هي الجزاء التأديبـي الذي يفرض عند مخالفة القانـون الذي ينظم الوظيفة العامة مثل عقوبة التوبيخ او الانذار أو الفصـل التي تفرض مـن الرئيس الإداري للمخالف.

أما بالنسـبة لمخالفة القاعدة الدسـتورية فإن الجزاء يكون بصورتين الاولى جزاء غير منظم يتمثل في الضغط الشـعبي لحماية القواعد الدسـتورية ذلك أن السـلطة التي تخالف الدستور لا تعترف بتلك المخالفـة وانمـا تضع تفسيرات لتصرفها تحاول بها الظهور أمـام الراي العام بمظهر عدم ارتكاب ما يخالـف الدسـتور، وفضلا عن هذا الجزاء فإن الصورة الثانيـة تتمثل في الجزاء المنظم لحماية القاعدة الدستورية بنص الدستور على الرقابة المتبادلة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية بما يحقق التوازن بينهمـا إذ تنـص دسـاتير الدول التـي تتبنى النظام البرلماني على وسـائل متسـاوية للضغط والرقابة المتبادلـة لكل سـلطة في مواجهة السـلطة الأخرى بحيث لا تسـيطر أحداهما على الأخـرى وتخل بهذا التوازن ومن أهم الوسـائل التي تملكها السـلطة التشريعية تجاه السـلطة التنفيذية هي الاسـتجواب وسـحب الثقة وهذه الوسـيلة نص عليها دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ في المادة (٦١/ ثامنا)، وفي المقابـل يعـد حـل البرلمان أداة التـوازن الرئيسـة بين السـلطتين التشريعية والتنفيذيـة ويُعدٌّ اهم وسـيلة للسـلطة التنفيذية في مواجهة السـلطة التشريعيـة ويعد سلاحا موازيا ومقـابلا لحق البرلمان على الحكومة بإرغامها على الاسـتقالة او سـحب الثقة عنها وقد نص دسـتور جمهورية العراق لسـنة ٢٠٠٥على اجراءات حل مجلس النواب بموجب المادة (٦٤/اولا) منه بطريقين الاول حل ذاتي يختص بـه مجلـس النواب بناء على طلـب من ثلث اعضائه والتصويت بموافقة الاغلبيـة المطلقة لعدد اعضائه على هذا الطلب وهذا الاجراء لا يتوقع حصوله عمليا إذ إن معناها أن السلطة التشريعية اوقعت الجزاء (حـل البرلمان) على نفسـها. أمـا الطريق الثاني فيتمثـل في طلب من رئيس مجلس الـوزراء وبموافقة رئيـس الجمهوريـة يقدم إلى مجلس النـواب واشترط النص لنفاذ هذا الطلـب موافقة الاغلبية المطلقة لعـدد اعضـاء مجلس النواب, وحق الحل وفق هذه الشروط سـيكون من الصعب اجراءه وبذلك تفقد

السلطة التنفيذية وسيلة التأثير في السلطة التشريعية مقابل امتلاك مجلس النواب لوسيلة سحب الثقة من الحكومة مما يخل بالتوازن السياسي والدستوري بين السلطتين (وقد اشرنا لهذه الاشكالية مفصلا في اطروحة الدكتوراه المقدمة إلى الجامعة الاسلامية في بيروت في سنة ٢٠٢٠).

واليوم يشهد الواقع السياسي العراقي مخالفة صريحة لقاعدة دستورية منصوص عليها في المادة (٧٢/ثانيا/ب) من الدستور بتحديد مدة استمرار رئيس الجمهورية بممارسة مهماته إلى ما بعد انتهاء انتخابات مجلس النواب الجديد واجتماعه في مدة اقصاها ثلاثون يوما من تاريخ اول انعقاد للمجلس ووجوب انتخاب رئيس جديد للجمهورية خلالها الا ان ذلك لم يحصل بسبب عدم الاتفاق السياسي بين الاحزاب والقوى السياسية المكونة لمجلس النواب وعلى الرغم من ان المحكمة الاتحادية العليا اجتهدت لإيجاد مخرج لهذه المخالفة الدستورية عندما اجازت استمرار رئيس الجمهورية بممارسة مهماته لحين انتخاب رئيس جديد بموجب القرار الصادر بتاريخ (٢٠٢٢/٢/١٣) بالرقم (١٧/اتحادية/٢٠٢٢) ألا ان هذا الاجتهاد وان كان ضرورياً لتلافي حالة خلو المنصب وما يترتب عليه من اجراءات غير متفق عليها سياسيا الا انه لم يكفِ لمعالجة الاستمرار في مخالفة الدستور إلى اجل غير مسمى بسبب شرط اغلبية الثلثين المنصوص عليه في المادة (٧٠/اولا) من الدستور الخاص بنصاب انعقاد جلسة مجلس النواب المخصصة لانتخاب رئيس الجمهورية وعدم النص على وجود (جزاء دستوري) ازاء هذه المخالفة، لذا نرى تعديل النص الدستوري الوارد في المادة (٦٤/اولا) بان يكون حل مجلس النواب بقرار من رئيس مجلس الوزراء وبموافقة رئيس الجمهورية على ان لا يكون اثناء مدة استجواب رئيس الوزراء وبذلك يتحقق التوازن بين السلطتين التشريعية والتنفيذية بان يكون جزاء مخالفة القاعدة الدستورية بقرار من السلطة التشريعية في حال مخالفتها من السلطة التنفيذية بسحب الثقة عنها، والعكس صحيح يكون الجزاء بقرار من السلطة التنفيذية (رئيس مجلس الوزراء ورئيس الجمهورية مجتمعين) في حال مخالفة القاعدة الدستورية من مجلس النواب عن طريق حل المجلس من دون شرط موافقة مجلس النواب على اجراءات الحل ولضمان عدم تعسف السلطة التنفيذية في ايقاع الجزاء بحل مجلس النواب ولأهمية هذا الاجراء حصرا يكون قرار حل مجلس النواب الصادر من السلطة التنفيذية قابلاً للطعن امام المحكمة الاتحادية العليا.

القاضي الدكتور

فائق زيدان

رئيس التحرير

الادارة العامة للانتخابات

تتطلب الإدارة الانتخابية المهارات اللازمة للقيام بمهامها، لذا تعهد مسؤولية الفعاليات الانتخابية لهيئةٍ أو جهةٍ محددة أو أكثر ويمكن لتلك الجهات أن تتخذ أشكالاً وأحجاماً مختلفة، ولها تسميات عدة منها "لجنة الانتخابات، الإدارة العامة للانتخابات، المجلس الانتخابي، وحدة الشؤون الانتخابية، أو مفوضية الانتخابات إلخ".

ويستخدم مصطلح الإدارة الانتخابية للدلالة على الهيئة أو المؤسسة او الجهاز المسؤول عن إدارة العملية الانتخابية،

فالإدارة الانتخابية هي المؤسسة أو الهيئة المسؤولة قانونياً لادارة الجوانب الأساسية كافة لتنفيذ العمليات الانتخابية والاستفتاءات على مختلف أشكالها، وتتولى تحديد أصحاب حق الاقتراع واستقبال طلبات الترشيح للانتخابات واعتمادها من قِبَل الأحزاب السياسية والمرشحين، وتنظيم عمليات الاقتراع وتنفيذها، وعد الأصوات وفرزها وتجميع نتائج الانتخابات وإعدادها، وفي حال تعدد الجهات المسؤولة عن هذه الجوانب الأساسية للعملية الانتخابية يمكن تصنيفها جميعاً كإدارة انتخابية، حيث يمكن أن تتألف الإدارة الانتخابية من هيئة واحدة محددة، كما ويمكن لها أن تشكل وحدة إدارية ضمن هيئة أو مؤسسة أكبر تضطلع بمهام أخرى بالإضافة إلى مسؤولياتها الانتخابية.

بالإضافة إلى هذه الجوانب الأساسية، يمكن للإدارة الانتخابية الاضطلاع بمهام أخرى تَسهم في تنظيم الانتخابات والاستفتاءات كالقيام بتسجيل الناخبين، وترسيم الدوائر الانتخابية أو تنفيذ حملات التوعية الانتخابية، ومتابعة نشاطات وسائل الإعلام المتعلقة بالعملية الانتخابية والنظر في النزاعات الانتخابية وحلها ،ولإدارة عمليات انتخابية مختلفة يتم في بعض الحالات تشكيل ادارات انتخابية مختلفة، فبعضها يضطلع بكل من الانتخابات الرئاسية والتشريعية بينما نجد اخرى تضطلع بإدارة وتنظيم كل واحدة من تلك العمليات الانتخابية على حدة.

ويستند الشكل المتبع في تصميم الإدارة الانتخابية في أي دولة إلى الاليات المتبعة في بناء مؤسساته، و تكون أكثر تناسقاً مع شكل وتنظيم الإدارة العامة للدولة، ويتأثر شكل الإدارة الانتخابية ليس فقط بالتقاليد الإدارية المتبعة في الدولة، بل يتأثر بأنواع الادارات الاخرى في الدول الأخرى.

وهناك ثلاثة أشكال رئيسة للإدارة الانتخابية هي: المستقلة والحكومية والمختلطة.

فالإدارة الانتخابية المستقلة

هي التي تقوم على تنظيم إدارة انتخاباتها هيئة مستقلة تعمل كمؤسسة منفصلة كُلياً عن المؤسسة التنفيذية ولها ميزانيتها الخاصة بها والتي تقوم بإدارتها بشكل مستقل، وفي ظل هذا الشكل

لا تتبع الإدارة الانتخابية لأية جهة ولا تكون مسؤولة أمام أية وزارة أو إدارة حكومية، إلا أنها يمكن أن تكـون مسـؤولة أمـام (البرلمان أو القضاء أو رئيس الدولة)، ويمكن أن تتمتـع الإدارات الانتخابية المستقلة بمستويات مختلفة من الاستقلالية الإدارية والمالية، ومستويات مختلفة من المسؤولية العامة عـن نشـاطاتها، وتتألف هيئة الإدارة الانتخابية المسـتقلة من أعضاء لا يتبعـون للحكومة أثناء عملهم في الهيئـة الانتخابيـة، ونجد بأن الكثير من الديمقراطيات الناشـئة قد اعتمدت هذا الخيار في تأسـيس إداراتها الانتخابية، ونجد في بعض الدول قيام هيئتين لإدارة الانتخابات، كِليهما مستقل عن المؤسسة التنفيذية ويُعدّان كإدارة

انتخابية مسـتقلة، وعلى الأغلب تضطلع إحدى هاتين الهيئتين بمسـؤولية رسم السياسات المتعلقة بالعملية الانتخابية، بينما تأخذ الأخرى على عاتقها تنظيم العمليات الانتخابية وتنفيذها.

ونجد في بعض الحالات ضوابط تضمن للهيئة المُنفذَة استقلاليتها عن الهيئة الواضعة للسياسات الانتخابية في كل ما يتعلق بالعمليات التنفيذية وتوظيف العاملين فيها.

والإدارة الانتخابية الحكومية

نراها في الدول التي تعمل فيها المؤسسة التنفيذية على تنظيم العمليات الإنتخابية وإدارتها، وذلك من خلال إحدى الوزارات كوزارة الداخلية (مثلاً) او من خلال مؤسساتها المحلية، وعادةً ما يقف على رأس الإدارة الانتخابية الحكومية العاملة على المسـتوى الوطني أحد الوزراء أو الموظفين الحكوميين، وتكون مسـؤولة عن الاعمال كافة أمام أحد الوزراء الأعضاء في المؤسسـة التنفيذية، وباسـتثناء بعض الحـالات القليلـة لا تتألف هذه الإدارة مـن أعضاء، وتقع ميزانيتها ضمن ميزانيـة إحدى الوزارات أو المؤسسات المحلية.

اما في ظل الإدارة الانتخابية المختلطة

نجد عادةً مكونين رئيسين يشـكلان تركيبة مزدوجة للإدارة الانتخابية، حيث نجد هيئة مسـتقلة عن المؤسسـة التنفيذية تعنى بوضع السياسـات الانتخابية العامة والإشراف على الانتخابات، كالهيئة الانتخابيـة العاملـة في ظل الإدارة المسـتقلة، ونجد بمـوازاة ذلك هيئة انتخابيـة تنفيذية تُعنى بتنظيم الانتخابات وإدارة الفعاليات الانتخابية وتتبع لإحدى الوزارات أو المؤسسات المحلية، كما هو الحال في الإدارة الانتخابية الحكومية، وفي ظل هذا الشـكل تقوم الإدارة الحكومية بتنظيم العمليات الانتخابية وتنفيذها وذلك بإشراف من قِبَل الإدارة المسـتقلة.

وتختلـف صلاحيـات المؤسسـة المسـتقلة ومهامها نسـبةً إلى المؤسسـة الحكومية في ظـل الإدارة الانتخابيـة المختلطـة من موقع إلى آخـر، الأمر الذي يجعل من تصنيف بعض الـدول ضمن هذه الفئة أمـراً صعبـاً في بعض الأحيـان، إذ نجد في بعض الحالات بأن دور الإدارة أو الهيئة المسـتقلة لا يتعدى

دور المراقب الرسمي للفعاليات الانتخابية، على الرغم من أن هذا الخيار آخذ بالاضمحلال شيئاً فشيئاً، اذ ان الـدول اخذت تتخلى عنه مؤخراً.

وفي حـالات أخرى نرى بأن الهيئة المسـتقلة تضطلع بـدور إشرافي أكبر يخولها بمتابعة الفعاليات الانتخابية وتدقيقها كافة، والتي تقوم بتنفيذها الهيئة الحكومية بالإضافة إلى دورها في تجميع نتائج الانتخابات وإعلانها.

ومن الجدير بالذكر فان العلاقة التي تربط مختلف المكونات أو الهيئات الانتخابية العاملة في ظل الإدارة المختلطـة كـثيراً ما لا تكون محددة بشـكل واضح في القوانين ذات العلاقـة، أو أنه يتم تأويلها والتعاطـي معهـا بطـرق مختلفة من مختلـف الشركاء في العملية الانتخابية، الأمـر الذي قد يؤدي إلى خلافات هامة.

وبغـض النظـر عن شـكل الادارة الانتخابية الذي تعتمده الدولة فان المؤسسـة القضائية تعد أهم الشركاء الرئيسـيين للادارة الانتخابيـة في العمليـة الانتخابيـة لما لهـا مـن دور في التحقيـق في بعـض الاتهامـات المتعلقـة بالجرائم الانتخابيـة، وكذلك للمثول أمام المحاكم الجزائية في أية قضية تسـتدعي تدخلهـا، وقـد تخضع المؤسسـة الانتخابية وأعضاؤهـا وموظفوها للملاحقة القضائيـة أو للمقاضاة المدنية، كما ويمكن أن تتعرض سياسـات المؤسسـة الانتخابية الإدارية وممارسـاتها للطعن بها أمام القضاء.

وتعاون الإدارة الانتخابية في تعاملها مع مؤسسـات الدولة والمؤسسـات القضائية اثناء العمليات الانتخابيـة، يُعـدُّ أمراً بالغ الأهمية، ولـه دور كبير في بناء الثقه العامة بالعمليـات الانتخابيه التي تُعَد عنصر رئيس في إرسـاء الديمقراطية في الدولة.

القاضي جليل عدنان خلف

مدير التحرير

مسؤولية غاصب العقار المدنية عن أجر المثل والتعويض في التشريع العراقي

القاضي
احمد محمود عبد التميمي

المستخلص:

يعـد غصـب العقار أحد طـرق التعدي على ملك الغير ومن الأخطاء المدنية الشـائعة والمتفشـية في المجتمـع التـي معها يحـرم المالك من الانتفـاع بمنفعة عقـاره، وقد تدخـل المشرع العراقي من خلال وسـائل تضمـن لمالك العقار عدم الاعتداء عليـه أو في حالة حصول مثل هذا الاعتداء تضمن له الحقوق في أجـر المثل والتعويـض خلال مدة الغصب .

وإن تحقق واقعة غصب العقار هي المعيار لاستحقاق مالكه لأجر المثل ولو لم يلحقه ضرر، إذ إن الأجـر مـا هو إلا تعويـض، إلا انه يكون قابلاً للتكرار ما دام الغاصب مسـتمراً في حرمان مالك العقار مـن الانتفـاع بملكه، وفي كل ذلك كان لقضاء محكمة التمييز الاتحادية– على الرغم من عدم اسـتقرار مبادئـه في هـذا المجال– الأثر الإيجابي الفعـال في حماية تلك المصالح العقارية للأفراد والدولة، فكانت تلك المبادئ نبراسـاً يسترشـد به قضاة محكمة البداءة عند الفصل في دعوى أجر المثل أو التعويض.

Abstract

The usurpation of real estate is considered one of the means of encroaching on the property of others and is among the common civil wrongs prevalent in society. This act deprives the owner of the benefit of utilizing their property. The Iraqi legislator has intervened to establish principles aimed at protecting such properties from infringement by setting forth legal consequences. Foremost among these is the restitution of the usurped property to its rightful owner, along with the payment of substitute rent from the time of usurpation until the property is returned. Additionally, the usurper is required to compensate the owner for any damage or decrease in the property's value caused by their actions, whether intentional or unintentional.

The occurrence of real estate usurpation serves as the standard for the owner's entitlement to substitute rent, even in the absence of any direct damage. The rent itself functions as a form of compensation, but it remains ongoing as long as the usurper continues to deprive

the property owner of the ability to benefit from their property. In this regard, the Federal Court of Cassation's jurisprudence—despite the lack of consistency in its principles in this area—has had a positive and significant impact on safeguarding the real estate interests of individuals and the state. These principles have served as a guiding framework for judges in the Court of First Instance when adjudicating claims for substitute rent or compensation.

المقدمة:

إن غصب العقارات من ملاكها ظاهرة أزلية قديمة إلا انه شاع انتشارها في الوقت الحاضر بنحوٍ يثير الجدل وأصبحت المحاكم المدنية والجزائية تعج بالدعاوى المتعلقة بذلك ومنها دعاوى رد العقار المغصوب لصاحبه مع أجر مثله.

وكان من أسباب انتشار هذه الظاهرة ضعف الوعي الديني والأخلاقي للأفراد في المجتمع، أو ضعف سلطة القانون وعجزها في معالجة واقعة الاعتداء على العقارات وغصبها، أو قد ترجع الأسباب إلى الانفلات الأمني وعدم الاستقرار السياسي الذي كان له الاثر في انحراف السلوكيات الاجتماعية اتجاه تلك المبادئ والذي دفع كثيراً من أصحاب العقارات إلى ترك أملاكهم ومغادرة البلاد قسراً فغصبت أموالهم من أصحاب النفوس الضعيفة واستغلوها كأنهم الملاكين لها[١]، علماً أن جميع التشريعات حتى تلك التي لم تسير على نهج الشريعة الإسلامية قد وفرت الحماية لحق الملكية من أي اعتداء يقع عليه، وكفلت ما يضمن لصاحبها حق استعمالها واستغلالها، وإنها أضفت قدسية وحرمة عليها تحول دون المساس بتلك الأموال وغصبها، إذ لم تجز هذه التشريعات حتى تلك التي لم تتأثر بالفقه الإسلامي نزع الملكية من أصحابها لأغراض المنفعة العامة إلا نظير تعويض عادل[٢]، ووفقاً لهذه المعطيات ولأهمية هذا الموضوع آثرنا الكتابة فيه لإعطاء فكرة واضحة عنه وتحديد إطاره، وبناءً على ذلك فقد تم تقسيم الدراسة على مبحثين: خصصنا الأول منها لتعريف غصب العقار وعناصره وأنواعه، أما أجر مثل العقار المغصوب ومفهومه وحالات التعويض عنه لمرة واحدة والنطاق التشريعي

١- يتطلب من المشرع العراقي اصدار التشريعات التي تحول دون غصب عقارات الأفراد من خلال فرض الجزاء الجنائي المشدد عليهم فضلاً عن الجزاء المدني لا سيما على الغاصبين الذين سجلوا هذه العقارات بأسمائهم بطرق غير قانونية كالتزوير أو انتحال الصفة.

٢- كون الملكية لم تعد حقاً مطلقاً لا يجوز المساس به بل أصبحت وظيفة اجتماعية ترد عليها قيود قانونية وادارية تمليها المصلحة العامة والتضامن الاجتماعي ومثالها نزع الملكية للمنفعة العامة عن طريق الاستملاك أو الاستيلاء المؤقت على العقار في حالات الطوارئ وهكذا.

والقضائـي للحكـم بذلـك وأنواع دعاوى أجر المثل فكان من نصيب المبحث الثاني، ثم ختمنا الدراسـة بخاتمـة تضمنت ما توصلنا إليه مـن نتائج ووضعنا التوصيات في ذلك وكالآتي:

اولاً: أهداف البحث

تهدف هذه الدراسـة إلى معرفة الطريقة الصحيحة والسـليمة لرد العقار المغصوب إلى صاحبه مع أجر مثله أو تعويض صاحبه والإجراءات القانونية والقضائية التي يتطلب مراعاتها في ذلك عند نظر دعـوى أجر المثل من قبل المحكمة، وما اسـتقر عليه قضاء محكمـة التمييز الاتحادية من مبادئ يمكن لمحاكم البداءة الاسترشـاد بها عند نظر تلك الدعاوى.

ثانياً: اشكالية البحث

تتجسد إشكالية البحث في معالجة حالات غصب العقار وحرمان صاحبه من الانتفاع بها بالسكن أو الزراعـة وغيرهـا والآثار القانونية والقضائية المترتبة على ذلك الحرمان وسـبل معالجته وأحكامه، وهـل كان المشرع العراقـي موفقاً في تـأمين الحماية القانونيـة للملكية الفرديـة العقارية وما موقف القضـاء مـن كل ذلـك، وهل تعدى هـذا القضاء اختصاصه المحصـور في تطبيق القانون أم توسـع في نطاق الحكم بالتعويض لمرة واحدة، وغيرها من التساؤلات التي تثار والتي تم الإجابة عنها من خلال الدراسة.

ثالثاً: أهمية البحث

تبدو أهمية البحث واضحة من الكشف والوقوف على أهم المشكلات القانونية والقضائية (العلمية والعمليـة) التـي تواجـه أصحاب العقـارات المغصوبة والتي كانـت محل اهتمـام الشريعة الإسلامية والتشريعات القانونية الوضعية، إذ أعطت الحق لمالكها للانتفاع بملكيتها واسـتغلالها والتصرف بها وفق القانون، ومن هنا تظهر أهمية البحث في تشـخيص هذه المشـكلات وإيجاد الحلول الناجعة التي تكفـل المحافظة على الملكية العقارية للأفراد.

رابعاً: منهجية البحث

لأهمية موضوع (مسـؤولية غاصب العقار المدنية عن أجـر المثل والتعويض في التشريع العراقي) في الواقـع العـملي فقـد اتبعنا المنهج الوصفـي التحليلي مـن خلال وصف النصـوص التشريعية التي عالجـت واقعة غصب العقار في القانون المدني العراقي وتحليلها والقوانين ذات الصلة والآثار المترتبة

على ذلـك الغصب وما اسـتقر عليه قضاء محكمة التمييز الاتحاديـة من مبادئ رصينة في ذلك كان لها أثـر كبير في إغناء موضوع البحث.

المبحث الأول

مفهوم غصب العقار في التشريع العراقي

لقـد عالـج المشرع العراقـي موضوع غصب العقـار في الفصل الثالث من القانـون المدني العراقي رقـم (٤٠) لسـنة ١٩٥١ المعدل تحت عنوان الأعمـال غير المشروعة التي تقع على المال وكان من ضمن هذه الأعمال (الغصب) الذي نُظمت أحكامه في المواد (١٩٢-٢٠١) منه. فما هو الغصب؟ وما عناصره وأنواعه؟ وما هي خصائصه؟ هذا ما سنسـلط الضوء عليه فيما يأتي:

المطلب الأول

تعريف غصب العقار وعناصره وخصائصه في القانون العراقي

يعـد غصـب العقـار أحد طرق الاعتداء على ملـك الغير إذ تناوله الفقه الإسلامـي والقانون المدني العراقي رقم (٤١) لسنة ١٩٥١ المعدل صراحة في نصوصه، وإن دراسة مفهوم الغصب والحالة هذه تسـتلزم دراسـة تعريفه وأحكامه وبيان عناصره وخصائص هذا الغصب وأنواعه وكالآتي:

الفرع الأول

تعريف الغصب وأحكامه

المتتبـع لنصـوص القانـون المدني العراقي يجـد أن المشرع تناول أحكام غصـب العقار وآثاره إلا انـه لـم يعرف واقعة الغصب، وقد ابتغى من وراء ذلك عدم حصر مفهوم الغصب ضمن إطار قانوني محدد ذلك لتعدد صور الغصب وحالته، وأوصافه مما تعذر معه تقنينه ضمن إطار مقيد، فترك الأمر للقضـاء والفقـه الإسلامي إذ نظم الفقه أحكام الغصب تنظيماً دقيقـاً ووضع فقهاؤ تعاريف له وعُدَّ ذلـك من صميـم عملهم، كونه ذا صبغة فقهية أكثر مما هي تشريعية.

فعـرف فقهـاء الجمهور الغصـب بأنه (إزالة اليد المحقة بإثبات اليـد المبطلة في مال متقوم محترم قابـل للنقل والاسـتخدام)، وقيل أيضاً انه: (إزالة يـد المالك أو صاحب اليد عن المال في العين فأما إتيان اليـد على مـال الـغير على وجه التعدي بدون إزالة اليد فيكون غصباً موجبـاً للرد لا موجباً للضمان)[١]

١- علاء الدين السـمرقندي: تحفة الفقهاء كتاب الغصب، دار الكتب العلمية، لبنان، بدون سـنة طبع، ص٩. زين الدين بن نجيم الحنفي: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج١، ط٢، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٧، ص١٩٦.

وعـرف فقهـاء الجعفريـة الغصـب بأنه الاسـتغلال بإثبات اليد على مـال الغير عدوانـاً)[١] ، وان هذه التعريفـات قريبـة من مفهوم الغصب عند فقهاء القانون اذ عرّفـوه بأنه (أخذ مال منقول محترم بلا إذن من له الإذن مع وجه يزيل يده بفعل في العين)[٢]، وعرفه القضاء العراقي انه (إثبات أحد يده على مـال الغير بدون إذنه أو في اسـتعماله بـدون إذن صاحبه)[٣].

يتضـح مـن كل ذلك بـأن الغصب هو الأخذ والاسـتيلاء على مـال الغير من دون وجـه حق، وعلى الرغم من ذلك انقسم فقهاء الفقه الإسلامي في غصب المال على فريقين: أولهما قال به أبو حنيفة وأبو يوسـف والذين يرون أن الغصب لا يرد إلا على المنقول وحجتهم في ذلك ان المال الذي يغصب يجب أن يكـون متقوماً محترماً وقابلاً للنقـل وهذا ما لا يتحقق في العقار[٤]، وذهب الفريق الثاني الذي تزعمه الشـافعي ومحمـد وزفـر إلى أن الغصـب مثلما هو متصـور في المنقول فانه يرد على العقـار أيضاً لأن الغصـب يتحقـق في وصفين هما إثبات يد العادية وهي يد الغاصـب وإزالة اليد صاحبة الحق وهي يد المالـك، وهاتـان الخاصيتـان مثلما ممكنة في المنقول فهي ممكنة في العقـار أيضاً[٥] ، فالغصب يرد على المنقول ويلزم الغاصب برده مع أجر مثله مثلما يرد على العقار أيضاً[٦]، ففي كليهما تثبت يد الغاصب المعتـدي على المال بإزالـة يد المالك المحقة إذ يتعذر إثبـات اليدين المتزاحمتين على عقار واحد، والى ذلك ذهـب المشرع العراقـي في المادة (١٩٧) مدني عراقي[٧].

فـكل مـال كان عقـاراً أو منقولاً أخذ من مالكه من دون مسـوغ قانوني ومـن دون إباحة منه أو عارضـه في الاسـتغلال والتصرف يكون من أخذه غاصباً وتترتب عليه آثـار الغصب وأحكامه المقررة في المـواد (١٩٢ و١٩٣ و١٩٧ و٢٠٠) مـن القانون المدني[٨]، فيعد غصب العقار نوعاً من أنواع الخطأ المدني يرتكبه الغاصب ضد مصالح مالك العقار الذي يتولى القانون حمايتها والذي معه يلزم الغاصب

١- أبو القاسم نجم الدين جعفر الحلي: المختصر النافع في فقه الامامية، النجف، ١٩٦٦، ص٢٥٥.

٢- د. عبد الرزاق السنهوري: مصادر الحق في الفقه الاسلامي، دار النهضة، ج١، بدون سنة طبع، ص٥٢.

٣- قرار محكمة التمييز بالعدد ٢٧٩/هـ م/١٩٦٩ في ٢٩/٦/١٩٧٠، النشرة القضائية، العدد١، ص٣١.

٤- ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج٩، الرياض، ٢٠٠٣، ص٢٦٢.

٥- شـمس الدين السرخسي: المبسـوط، ج٦، دار المعرفة، بيروت، ١٩٨٩، ص٧٤. موفق الدين أبي محمد عبدالله بن احمد بـن قدامة: المغني، ج٧، ط٣، دار عالم الكتب، الرياض، ١٩٩٧، ص١٦٤.

٦- وجـاء بقـرار لمحكمة التمييز بالعدد ٤٠/هـــ م/٢٠٢٢ في ٨/١/٢٠٢٣: (ان انتفاع المدعى عليه أثناء مدة العقد المبرم بين الطـرفين كان بإباحـة من البائع الا ان وجود السـيارة تحت حيازته بعد صدور الحكـم بإعادة الحال فان يده تحولت إلى يد غصب لمنفعة السـيارة ويسـتحق بدل المنفعة المستحق عن المدة اللاحقة للحكم..)، غير منشور.

٧- بنصها: (المغصوب ان كان عقاراً يلزم الغاصب رده إلى صاحبه مع أجر مثله واذا تلف العقار أو طرأ على قيمته نقص ولو بدون تعد من الغاصب لزمه الضمان).

٨- وجـاء بقـرار لمحكمـة التمييز الاتحادية بالعـدد ٨٧١ في ١٢/٥/٢٠٠٨: (ان أجر المثل يدور وجـوداً وعدماً مع وجود حالـة الغصـب أو المعارضة في اسـتيفاء المنفعة فاذا لم تثبت حالة الغصب أو المعارضة فترد دعوى المدعي)، غير منشـور.

بجبر الضرر الذي يلحق بأصحاب العقارات من خلال رد المغصوب وتعويض صاحبه اذا تلف العقار أو طـرأ نقص في قيمته مع أجر مثله خلال مدة غصبه[١].

يتـبين ممـا تقدم ان واقعة الغصب ترد على الأموال كافـة منقولة كانت أم عقارية والذي يتمثل في الاسـتيلاء ووضع اليد قهراً على ما يعد عقاراً أو منقولاً مملوك للغير ، ومن دون وجه حق أو مسـوغ قانوني[٢].

الفرع الثاني
عناصر غصب العقار

عرفنـا أن واقعـة غصب العقار لا تتم إلا بالاسـتيلاء على العقار ووضع اليد عليه بزعم غير شرعي مـع العلـم بذلك وحرمان صاحبه من منفعته، لذلك لا بد من توفر عناصر لهذا الغصب وهي:

أولاً: العنصر المادي:

ويتمثل هذا العنصر بالسـيطرة المادية الفعلية على العقار ووضع اليد عليه بصورة مسـتمرة من دون إذن وموافقة صاحب الحق الشرعي والقانوني فيه، تلك السـيطرة التي تمنع مالكه من التصرف بالملك الموصوف من دون إرادته، وتعد هذه السـيطرة تجاوزاً على عقار الغير وانتهاكاً لحرمته سـواء كان العقار معداً للاسـتغلال أم غير معد له وسـواء كان العقار مملوكاً لشـخص طبيعي أو معنوي، فيلزم الغاصب بأجر المثل في مقابل حرمانه من الانتفاع بعقاره سـواء كان الغاصب شـخصاً طبيعياً أم شـخصاً معنويـاً يتمثـل بدائرة من دوائر الدولة أو القطاع العام، وسـواء كان قد اسـتعمل العقار وانتفع به أم لم يستعمله ما دام انه حرم صاحبه من الانتفاع به من دون وجه حق[٣]، فبتحقق واقعة الغصـب يثبـت الحق في المطالبة بأجر المثل أو التعويـض[٤]، وعلى خلاف مجلة الأحكام العدلية التي لا

١- د. حيـدر فليـح حسـن: التعويـض العـادل عن نـزع الملكية للمنفعـة العامة، بحث منشـور في مجلة الحقـوق والعلوم الانسـانية، المجلـد ١٣، العدد ١، سـنة ٢٠٢٢، ص٧٨.

٢- والمقصـود بعبـارة (دون وجه حق أو مسـوغ قانوني) أي دون اباحـة أو اذن من مالك العقار أو المنقول اذ انه مع هذا الاذن والاباحة تنتفي واقعة الغصب.

٣- د. سعدون العامري: المصدر السابق ، ص٦٨.

٤- قرار محكمة التمييز بالعدد ٢٥٧/هـ م/٢٠١٩ في ١٠/٤/٢٠١٩ والذي جاء فيه: (ان قطعة الأرض موضوع الدعوى كانت مسجلة باسم المدعى عليه في دائرة التسجيل العقاري وتم ابطال قيدها واعادة تسجيلها باسم مالكها الأصلي [المدعي] بموجب حكم قضائي بعد أن تبين ان تسجيلها باسم المدعى عليه وبيعها له كان عن طريق التزوير وانه كان حسن النية في هذا التصرف القانوني وان مدة مطالبته بأجر المثل لم يكن غاصباً لها وانما كانت مسـجلة باسـمه وانه لم ينتفع بها أصلاً وبذلك لم تتحقق واقعة الغصب)، غير منشور.

تجيز المطالبة بأجر المثل إلا مقابل استعمال الغاصب للعقار[١].

ووفقاً لذلك يشترط إثبات اليد لكي يتحقق العنصر المادي للغصب، ويكفي توافر ما يثبت ان الغاصب تسلط على العقارمن دون عائق أو انه قام بالفعل المادي للغصب من أجل مصلحته أو مصلحة الآخرين، كمن يغصب منفعة عقار لإسكان عائلته أو غيرهم، أو يستولي عليه ويمنع صاحب الحق فيه من منفعته حتى مع عدم استغلاله من الغاصب. فان كان وضع اليد والاستيلاء على العقار مستنداً إلى الزعم الشرعي فان العنصر المادي لا يتوفر في واقعة الغصب[٢].

كما لا يتوفر العنصر المادي للغصب اذا استمرت واقعة الغصب لمدة زمنية قصيرة وطارئة على أن هذه الواقعة تقتضي أن تكون بأفعال متجددة وقابلة للتكرار مع انصراف نية الغاصب إلى أخذ الشيء من يد المالك ووضع يده عليه والتصرف فيه تصرف المالك الحقيقي[٣]، وهذا الرأي يتوافق مع رأي جمهور الفقهاء المسلمين في تحديد ماهية العنصر المادي للغصب الذي معه يتم نقل المال عن موقعه أو من دون ذلك[٤]، وقد أخذ المشرع العراقي بالمادة (١٩٧) مدني برأي الجمهور اذ ان العنصر المادي وبموجب أحكام القانون المدني هو إثبات اليد ولا يشترط أن يكون وضع اليد على الشيء مادياً بالذات بل يكفي أن يكون متسلط عليه ويخضع لسيطرته[٥]. فالعنصر المادي يتحقق بالاستيلاء على المال من الغاصب بمعارضة مالكه في استغلاله بالتهديد أو غيره لأن عمله في كل هذه الأحوال يعد ظلماً وعدواناً على صاحب العقار المغصوب ، ومن ثم تتحقق معه واقعة الغصب.

١- منير القاضي: شرح المجلة، كتاب الاجارة ، مطبعة النقيض، بغداد، ١٩٤١، ص١٧٩.

٢- جاء بقرار لمحكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٥١٤١/الهيئة الاستئنافية/عقار/٢٠١١ في ٢٠١١/١٢/١٢: (حيث وجدت المحكمة ان حكم محكمة الموضوع كان حكمها غير صحيح ومخالف للقانون لأن الثابت من خلال الكتاب الصادر من مديرية بلدية ميسان بأن القطعة موضوع الدعوى عائدة للمميز عليه المدعي اضافة لوظيفته وقد خصصت للمدعى عليه اضافة لوظيفته [مدير عام صحة ميسان] وان الآخر قام بوضع اليد والتشييد عليها استناداً للتخصيص المذكور بذلك انتفت واقعة الغصب التي يترتب عليها تأدية أجر مثل وتكون الدعوى والحالة هذه واجبة الرد)، غير منشور.

٣- وقد ذهب الفقه الحنفي إلى ان العنصر المادي لا يتحقق الا مع زوال يد المالك واثبات اليد الباطلة وعند تخلف أحد الشرطين لا تتحقق السيطرة الفعلية والتي هي من عناصر الغصب . عبد الجبار حمد شرارة: أحكام الغصب في الفقه الاسلامي، بيروت، ١٩٧٥، ص٥٥.

٤- وذلك هو رأي الشافعية والحنابلة والمالكية والجعفرية والزيدية والظاهرية وبموجب هذا الرأي فان الغصب يثبت للعقار والمنقول، د. عبد المجيد الحكيم ود. عبد الباقي العمري ومحمد طه البشير: الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج١، مطبعة شركة العاتك، بغداد، ٢٠١٨، ص٣١٦. القاضي صهيب دحام عيادة: غصب العقار بين الجواز الشرعي والضمان، بحث مقدم إلى مجلس القضاء الأعلى لأغراض الترقية، بغداد، ٢٠١٥، ص٦.

٥- قرار محكمة التمييز بالعدد ١٧٠٤/هـ س/٢٠٢١ في ٢٠٢٢/١١/٢٧: (ان حكم محكمة البداءة القاضي برفع التجاوز كان صحيحاً لأن المدعى عليه لم يثبت ان اشغاله العقار بزعم شرعي أو سند قانوني فيكون غاصباً واذا غصب أحد أرضاً أميرية فالمتصرف في هذه الأرض أن يستردها منه وأن يرجع بأجر المثل عن مدة بقائها في يده المادة ١/١١٧٦ مدني عراقي)، غير منشور.

ثانياً: العنصر المعنوي:

يتطلب لتحقق واقعة الغصب فضلاً عن العنصر المادي توافر العنصر المعنوي فيها والذي يراد به وضع اليد على ملك الغير بقصد العدوان من دون مسوغ قانوني أو شرعي يسوغ الوضع المادي المتمثل بالاستيلاء والتصرف الواقع على الأعيان العائدة للغير[١]. فهذا العنصر يوصف بسوء النية وهو ما أطلق عليه بالعدوان، وقد عبر عنه الفقهاء المسلمون (بلا حق) أو (بلا إذن من له الإذن) أو (على وجه الغلبة والتعدي)[٢].

ومن دون العنصر المعنوي لا تتحقق واقعة الغصب حتى إنْ تم إزالة يد المالك وإثبات اليد الباطلة، بل قد تنصرف هذه الواقعة إلى أوضاع قانونية أخرى، كالوديعة ، والعارية، والرهن ، والإباحة، وعلى الرغم من ذلك لو أن المالك طلب هذه الوديعة أو العارية، أو أنهى الإباحة، فأنكرها من بيده، ولم يعيدها، من دون مسوغ شرعي تغير المسار، وأصبح حكمه حكم الغاصب الذي معه تتحول يده من يد الأمان إلى يد الضمان[٣]، وهذا ما أكدته المادة (٢٠١) مدني عراقي[٤]، وبناءً على ذلك لو كان وضع اليد على الشيء بإذن صاحبه صراحة أو دلالة فلا يكون هذا الوضع غصباً لعدم توافر العنصر المعنوي للواقعة إلا اذا أنهى المالك الإذن والإباحة الممنوحة من قبله بالمطالبة القانونية أو القضائية[٥].

من كلِّ ما تقدم يثبت لنا مدى تأثر القانون المدني العراقي بالفقه الإسلامي في موضوع الغصب بعد أن استسقى كثيراً من أحكامه من هذا الفقه، على الرغم من أنَّه عد الغصب حالة من حالات التعدي، وأقام المسؤولية المدنية على الغاصب على أساس العمل غير المشروع في الأعمال الشخصية أو على أساس فكرة التعدي وليس على أساس فكرة الخطأ[٦]، وذلك خلافاً لبعض القوانين المدنية العربية ومنها القانون المدني المصري الذي أقام فكرة المسؤولية التقصيرية على فكرة الخطأ متأثراً بالقانون المدني

١- عبد الجبار حمد شرارة: أحكام الغصب في الفقه الاسلامي، بيروت، ١٩٧٥، ص٦٠.

٢- عبد الجبار حمد شرارة: المصدر السابق، ص٦١.

٣- وان من كانت يده على الشيء يد ضمان كالغاصب فانه يتحمل تبعة الهلاك ولو كان بلا تعد أو تقصير منه أو بقوة قاهرة، أما اذا كانت يده يد أمان فانه لا يضمن الهلاك الا بخطأ منه أو بتقصيره . د. عبد المجيد الحكيم وآخرون: المصدر السابق، ص٣٢٠.

٤- بنصها: (الحال الذي هو مساو للغصب في ازالة التصرف حكمه حكم الغصب فالوديع اذا أنكر الوديعة يكون حكم الغاصب وبعد الانكار اذا تلفت الوديعة في يده بلا تعد يكون ضامناً) .

٥- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٦٠٣/مدنية/ ٢٠٠٤ في ١٨/٣/٢٠٠٤: (حيث وجدت ان حكم محكمة الموضوع موافق للقانون للأسباب التي استند اليها حيث ثبت من سند العقار عائديته للمميز عليه اضافة لوظيفته كما أقرت المميز عليها بإشغال العقار وانقطاع علاقتها بالدائرة وان اقامة الدعوى تعتبر رجوع عن الاباحة)، غير منشور.

٦- د. عبد المجيد الحكيم: الوجيز في شرح القانون المدني العراقي- مصادر الالتزام، ج١، بغداد، ١٩٦٩، ص٤٨٩. د. غني حسون طه: الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ج١، بغداد، ١٩٧١، ص٤٣٠.

الفـرنسي[١]، على الرغم من أنَّ هذه المسـؤولية قد تطـورت في القانون الفرنسي، وأصبحت تقوم بعدها على أسـاس الخطـأ المفترض القابل لإثبات العكس، ثم على أسـاس الخطأ المـفترض غير القابل لإثبات العكـس، ثـم قطعـت مرحلـة متطـورة إذ أصبحـت هذه المسـؤولية تقوم على أسـاس وقـوع الضرر فحسـب مـن دون حاجة لإثبات الخطأ من جانب المسـؤول عنه[٢]، وهذا هو نهـج المشرع العراقي كما مقـرر في المـواد (١٩١ و٢٠٤) مدنـي عراقـي، والى ذلـك ذهـب القضـاء العراقي اذ عدَّ إشـغال وزير الداخليـة بوسـاطة تابعيـه جزء من مسـاحة العقار دون موافقـة المالك، على الرغم من وعدم سـلوك الطريـق القانونـي لإطفاء حق التصرف مما يعد غاصباً، ولأنه اذا غصـب أحد أرضاً أميرية فلصاحب حـق الـتصرف في هـذه الأرض أن يستردهـا، وأن يرجع بأجر المثل عن مدة بقائهـا في يده وفقاً للمادة (١١٧٦/١) مـن القانـون المدني[٣]، وان هـذا المبدأ يتوافق وروح القانـون ومبادئ العدالة.

الفرع الثالث

خصائص الغصب في القانون العراقي

عرفنـا أنَّ القانـون المدني العراقي قـد تأثر بالفقه الإسلامي بموضوع الغصب، واستسـقى كثيراً مـن أحكامـه من هذا الفقه الرائد، وكان لأحـكام الغصب خصائص منها ما يأتي:

يكـون الغصـب في الفقه الإسلامي قهراً لأنه ينضوي على أخذ المال سـواء كان عقاراً أو منقولاً من أصحابها من دون رضائهم على وجه القهر والغلبة من ذي سلطان وقوة[٤]، فالغصب يرتبط بالتعدي لأنـه يقـوم على العمـل غير المشروع فيترتب عليه تحقق المسـؤولية المدنية التقصيريـة المتمثلة بوقوع الخطـأ الـذي نتج عنه ضرر للغير الـذي يلتزم من ارتكبه بالتعويض[٥]، وهذا مـا أكده القانون المدني العراقي في المادة (١٩٢) منه[٦].

١- حيـث نصـت المادة (١٦٣/أولا) مـن القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسـنة ١٩٤٨: (كل خطأ سـبب ضرر للغير يلزم من ارتكبه التعويض).

٢- وقد عارض الفقهاء الفرنسـيون فكرة الخطأ وحاولوا تأسـيس المسـؤولية التقصيرية على فكرة الضرر فقط وحجتهم في ذلك ان اسـتلزام الخطأ للرجوع على الفاعل بالتعويض قد يؤدي إلى ضياع حق المضرور اذا عجز عن اثبات هذا الخطأ. د. غني حسـون طه: المصدر السابق، ص٤٢٩.

٣- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٠٠٢/هـ م استئناف/٢٠٢٢ في ١٣/٤/٢٠٢٢، غير منشور.

٤- محمـد بـن محمـد بـن عبد الرحمـن المالكي المغربـي: مواهب الجليـل في شرح مختصر الشـيخ الجليـل، ج٦، ط١، دار الرضوان، نواكشـوط، موريتانيـا، ٢٠١٠، ص٢١.

٥- د. عبد الرزاق السنهوري: مصادر الحق في الفقه الاسلامي، ج١، دار النهضة، القاهرة، ص٥٢.

٦- بنصها: (يضمن الغاصب اذا استهلك المال المغصوب أو أتلفه أو ضاع أو تلف كله أو بعضه بتعديه أو بدون تعديه).

ينصب غصب العقار على مال متقوم، فالمال المغصوب ينبغي أن يكون مالاً متقوماً محترماً[١]، فمن شروط المال المغصوب عقاراً كان أم منقولاً أن يكون له قيمة عينية، لذلك قيل ان الغصب هو أخذ مال مقوم محترم مملوك للغير بطريق التعدي يزيل مدة عن العين[٢].

عدَّ الفقه الإسلامي الغصب نوعاً من أنواع الاستيلاء، فالمال عقاراً كان أم منقولاً يكون مغصوباً بالاستيلاء عليه من الغاصب[٣]، فالغصب يتم بأخذ المال من يد مالكه، والاستيلاء عليه من دون وجه حق[٤].

ذهب القانون المدني العراقي إلى ان الغصب يرد على المنقول مثلما يرد على العقار في المادة (١٩٧) منه، والى ذلك استقر القضاء العراقي[٥].

عدَّ القانون المدني العراقي الغصب تطبيقاً من تطبيقات التعدي، وأقام المسؤولية التقصيرية الناجمة عن العمل غير المشروع ومنها الغصب على فكرة التعدي[٦]، وأنه استبعد عنصر الإدراك في ذلك لأنه لم يشترط التمييز في ترتيب التعويض وفقاً للمادة (١٩١) مدني[٧]، وأن اتجاهه في ذلك كان مخالفاً للفقه الإسلامي الذي لم يشترط التعمد أو التعدي في الضمان[٨].

إن التعويض في نطاق المسؤولية التقصيرية يتقادم بمضي ثلاث سنوات في اليوم الذي علم فيه المتضرر بوقوع الضرر ومحدثه أو تسقط الدعوى عنه في جميع الأحوال بمضي خمس عشرة سنة من

١- محمد بن احمد بن حزم الغرناطي: القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، دار ابن حزم، بيروت، لبنان ٢٠١٢، ص٥٤٦.

٢- د. حسن علي ذنون: أصول الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٠، ص٢٧.

٣- محمد بن اسماعيل الأمير الصنعاني: سبل السلام شرح بلوغ المرام في أدلة الأحكام، ج٣، ط١، مكتبة المعارف، الرياض، ٢٠٠٦، ص١٨٨.

٤- وأرى ان القانون المدني العراقي لم يذهب بعيداً عن ذلك اذ انه استعمل عبارة (رده) في المادتين (١٩٢ و١٩٧) منه وان الالزام بالرد لا يأتي الا بعد الاستيلاء على المال .

٥- جاء بقرار لمحكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٢٩٦٨/هيئة استئنافية/منقول/٢٠٢٣ في ٢٠٢٣/٨/٢٣: (ان أجر المثل بمثابة تعويض عن فوات منفعة واذا استعمل شخص مالاً بلا اذن صاحبه لزمه أداء منافعه سواء كان المال معد للاستغلال أو غير معد له [م١/٢٤٠ مدني] وبالتالي يحق لمالك المال سواء كان عقاراً أو منقولاً المطالبة بأجر مثله اذا كان مغصوباً) نقلا عن القاضي حيدر عودة كاظم : مجموعة الأحكام العدلية، ع١١، سنة ٢٠٢٣، ص١٣٨.

٦- وهذا ما نص عليه صراحة في المواد (١٨٦ و٢٠٢ و٢٠٤) منه.

٧- بفقراتها الثلاث ومنها: (اذا أتلف صبي مميز أو غير مميز أو من في حكمهما مال غير لزمه الضمان في ماله)،(واذا كان صبياً غير مميز أو مجنون جاز للمحكمة أن تلزم الولي أو القيم أو الوصي بمبلغ التعويض..).

٨- بل ان المشرع العراقي ألزم المتعمد والمتعدي بالضمان سواء كان مباشراً للفعل الضار أو متسبباً على خلاف الفقه الاسلامي الذي جعل المباشر وحده ضامناً دون المتسبب وانه أجاز اجتماع المباشر والمتسبب وقضى بتضامنهما في المسؤولية اذ ألزمهما بالضمان معاً على خلاف الفقه الاسلامي أيضاً الذي لم يجز التكافل بينهما. د. عبد المجيد الحكيم وآخرون : الوجيز في نظرية الالتزام، ص٢٩٥.

يـوم وقـوع العمـل غير المشروع وفقاً للمـادة (٢٣٢) مدني عراقي إلا انه في دعـوى أجر المثل لا يجوز للمحكمة أن تحكم للمدعية عن مدة تزيد عن خمس عشرة سـنة عملاً بالمادة (٤٢٩) مدني في أي حال من الأحوال[١].

المطلب الثاني
أنواع الغصب

عرفنـا أنَّ غصـب العقار من طرق الاعتـداء على حق الملكية الفردية للـغير، بغض النظر عن صفة الغاصـب الـذي يمكـن أن يكون شـخصاً أجنبياً عن المال المغصـوب أو شريك فيه، كمـا يمكن أن يقع هـذا الاعتـداء على جزء من العقار أو على عمومه، بل يمكن أن يقع من شـخص واحد أو من أشـخاص متعددين، وهذا ما سنسـلط الضـوء عليه، وكالآتي:

الفرع الأول
غصب العقار من قبل أجنبي عنه

إن حمايـة الحقـوق والأمـوال مـن المبـادئ المهمة في جميـع القـوانين الوضعية حتـى غير المتأثر بالشريعـة الإسلاميـة، فقـررت الحماية لحقوق الأشـخاص وأموالها من أي اعتداء يقـع عليها، إذ إن تدبير شـؤون الناس وحماية مصالحهم وأموالهم بالعدل هي غاية هذه القوانين والشريعة الإسلامية ومبتغاها[٢]، وقد وضعت هذه القوانين أحكاماً خاصاً لحماية الملكية الخاصة، ومنعت الأشـخاص من غصبهـا والتجـاوز عليها، وعدّتْ هذه الملكية من الحقوق المصونة وأعطت لمالكها الحق في الانتفاع بها واسـتغلالها والتصرف بها في الحدود التي رسـمها القانون[٣].

لذلـك لم يمنح الفقه الإسلامي والقانون العراقي أي منافع للغاصب تتعلق بكسـب ملكية المغصوب؛ لأن الاسـتيلاء على مال الغير من دون حق محرم بالكتاب الكريم[٤]والسـنة النبوية[٥]ويمكن لصاحبه

١- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٤٣٣٩/هـ م/٢٠٢١ في ٢٠٢١/٧/٢٨، غير منشور.

٢- د. احمد فتحي بهنس: السياسة الجنائية في الشريعة الاسلامية، القاهرة، ١٩٦٥، ص٩٧.

٣- وفقـاً لنـص المادة (١٠٤٨) مدني عراقي: (الملك التام من شـأنه أن يتصرف به المالك تصرفاً مطلقاً فيما يملكه ومنفعة واستغلالاً فينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها..) .

٤- في قولـه تعـالى: يَـا أَيُّهَـا الَّذِينَ آمَنُـوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُـمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُـونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُـمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَـكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا (النسـاء: ٢٩) .

٥- في قولـه: (ان دمائكـم وأموالكـم وأعراضكم حرام عليكـم كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا في شـهركم هذا) وقوله (لا يحل مال أمرئ منكم الا بطيب نفسـه) أخرجه البخاري: صحيح البخاري، محمد بن اسـماعيل، مع فتح الباري لابن حجر العسـقلاني، دار طيبة، ط٣، ١٤٣١هـ - ٢٠١٠، الرياض، ٥٧٣/٣. مسـلم، صحيح مسـلم، مسـلم بن الحجاج، مع شرح

اللجوء إلى القضاء لرده من غاصبه مع أجر مثله وفقاً للمادة (١٩٧) مدني عراقي، إذ إنَّ أي شـخص أجنبي عن العقار سواء كان طبيعياً معنوياً غصبه، ووضع يده عليه من دون عذر شرعي، يلزم بدفع أجـر مثلـه أو تعويض إلى صاحبه[١]. وجاء في قرار آخر لها: (إن للمدعيين حصصاً شـائعة في الحقوق التصرفية في القطعة الزراعية وثبت ان المدعى عليه وضع يده على جزء من مساحة العقار بتشييد دار سـكن مسـتنداً إلى عقد شراء خارج التسـجيل العقاري وحيث إن هذا الاستغلال يعد دون سند قانوني وغصباً لمنفعة الجزء المسـتغل فيلزم بأجر المثل)[٢].

إن أجـر المثـل يُحكـم به على الغاصبـي، وإن تعددوا مـا دام هناك ارتبـاط واشتراك فيما بينهم في استغلال سهام المدعية[٣]، فان كان كل غاصب يستغل جزءاً من العقار يختلف عن الجزء الذي يستغله غيرمـن دون أيِّ ارتبـاط بينهم فهنا يلزمون بأجر مثل كلاً حسـب اسـتغلاله من العقـار، فإنَّ أقيمت الدعـوى عليهـم جميعـاً فعلى المالك حصر دعـواه بأحدهم وفي حالة رفضه ذلك تكـون دعوى المطالبة بأجـر المثـل المقامـة على جميعهـم حرية بالـرد[٤]، كما يرد الغصـب على الحقوق التصرفيـة في منافع الأرض الأميريـة، فيمكـن للمتصرف في هذه الأرض اذا غصبت منه الحق في استردادها من غاصبها مع أجـر مثلهـا عن مدة بقاء الأرض بيده[٥]، بل ويمكن له أن يطلب هدم الأبنية وقلع الأشـجار، فإذا كان ذلك مضراً بالأرض فله أن يتملك تلك المنشآت بقيمتها مستحقة القلع[٦]، وفي كل الأحوال يبقى صاحب حق التصرف لا يملك سـوى حق الانتفاع بالأرض وتبقى الأرض (الرقبة) للدولة[٧]. ووفقاً لذلك فان المشرع قد شمل مستأجر العقار بهذه الحماية وأجاز له رد المأجور من غاصبه مع أجر مثله[٨]، ويمكن

النووي، دار المعرفة، بيروت، ط٨، ٢٠١٠، ٢/٨٨٩.

١- فجـاء بقـرار لمحكمة التمييـز الاتحادية بالعـدد ٢٠٠٨/٢٤٤ في ٢٠٠٨/٣/٨: (ان قيام المدعى عليـه اضافة لوظيفته بوضع اليد على جزء من العقار العائد للمدعي على وجه الشيوع بنصب محطة تصفية المياه دون سلوك الطريق القانوني باسـتملاكه مما يترتب عليه تأدية أجر المثل)، غير منشور.

٢- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٣٢٤/هيئة مدنية/٢٠٢١ في ٢٠٢١/١/١٧، غير منشور.

٣- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٤٩٧/هيئة مدنية/٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٤/١٦، غير منشور.

٤- قـرار محكمـة التمييز الاتحادية بالعدد ٤٧٨/اسـتئناف عقار/٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/٤/٢٧، نقلاً عن القاضي عدنان مايح بـدر: دعاوى البداءة وأحكامها في القانون العراقي، المكتبة القانونية ، بغداد، ٢٠٠٩، ص٩٢.

٥- المادة (١/١١٧٦) مدني عراقي.

٦- المادة (٢/١١٧٦) مدني عراقي.

٧- قـرار محكمـة التمييـز بالعدد ٦٣/هيئة عامـة/١٩٨٥ في ١٩٨٥/٤/١٦ . نقلا عن ابراهيم المشـاهدي: قضاء محكمة التمييز- القسـم المدني، بغداد، ١٩٨٨، ص٢١٧.

٨- قـرار محكمـة التمييـز الاتحادية بالعدد ٥٨٥٧/هيأة اسـتئنافية عقـار/٢٠١٩ في ٢٠١٩/١٢/١٥: (اذ وجدت ان رد دعوى المطالبة بأجر مثل حصته من العقد الزراعي العائد إلى مورثه صحيحاً وموافقاً للقانون حيث ان العقد الزراعي وفق أحكام القانون ١١٧ لسنة ١٩٧٠ يعود لمورث الطرفين وانه ساري المفعول وان زوجة المورث تروم نقل حقوق والتزامات العقد اليها ولا زالت المعاملة قيد الانجاز وبالتالي فان دعوى المدعي واجبة الرد ذلك ان تسـجيل العقد باسـم عطية مهدي

لمالـك العقـار مطالبة المتجاوز على عقـاره بالبناء بأجر المثل خلال مدة الغصـب مع قلع المحدثات على نفقة المتجاوز[١]، واذا استحصل ممن حكم برفع التجاوز حكم بتمليك جزء من العقار يكون شريكاً في العقار وان كان حكم التمليك لم يتم تنفيذه من مديرية التسجيل العقاري لأن ذلك لا يسلبه هذا الحق لأن التسـجيل كاشـف له وليس منشـأ ولأن قضاء هذه المحكمة اسـتقر على عدم جواز مطالبة الشريك لشريكه الآخر بإزالة المشيدات على العقار المشترك وبذلك تكون الدعوى فاقدة لسندها القانوني[٢]، وفي كل الأحـوال يلـزم غاصب العقار الأجنبي عنه رده لمالكه مع أجر مثله .

الفرع الثاني

غصب الشريك حصص شركائه في العقار

يمكن أن يملك أكثر من شـخص عقاراً، وتسـمى هذه الملكية بالملكية الشـائعة، وقد عرفتها الفقرة الأولى مـن المادة (١٠٦١) مـن القانون المدني بقولها: (اذا ملك اثنان أو أكثر شـيئاً فهم شركاء فيه على الشـيوع وتحسـب الحصص متسـاوية اذا لم يقم الدليل على غير ذلك)، ونرى انه على الرغم من تطرق النـص إلى الملكيـة الشـائعة وعناصرها إلا أن محتـوى النص لا يرقى إلى التعريـف الجامع المانع لهذه الملكية، لكن جانباً من الفقه عرفها على انها (الشركة في الأموال سواء كانت عقاراً أم منقولاً)[٣]، وهذه الملكيـة هـي اسـتثناء على الأصل الذي يقتضي أن يكون الملك لمالك واحـد، لكن قد يطرأ على هذا الملك ما يجعله مملوكاً لأكثر من مالك وعلى وجه الشـيوع، وقد تعددت مصادر هذا الشـيوع فيمكن أن يكون مصدره العقد كما لو باع شـخص جزءاً من عقاره لآخر أو اشترى العقار شـخصين أو أكثر أو يكون مصدره ميراث العقار لأكثر من وريث أو يكون الوصية اذا أوصى شخص إلى أكثر من واحد بعقار أو أي مال[٤]، ويملك كل شريك حصته ملكية تامة، اذ له الحق في الانتفاع بسهامه واستغلالها والتصرف

يجعل المدعي ليس خصماً في الدعوى)، غير منشور.

١- قـرار محكمـة التمييز الاتحادية بالعدد ١٣٠٣/هـ م/٢٠٢٠ في ١٦/٢/٢٠٢٠: (ان مطالبة المتجاوز على العقار بدفع أقيام المشـيدات المشـيدة من ماله الخاص لا سـند لها من القانون لأنه أحدث هذه المشيدات والمغروسات دون رضا صاحب الأرض فـكان لهـذا أن يطلـب قلع المحدثـات على نفقة من أحدثها فـان كان القلع مضراً في الأرض فلـه أن يتملك المحدثات مسـتحقة القلع عملاً بالمادة ١١٩ مدني وبذلك فان تملك المحدثات بقيمتها مسـتحقة القلع لا يتوقف على مشـيئة الغاصب وانما يعد خياراً لصاحب الأرض ان شـاء تملكها وان شـاء قلعها) . نقلا عن القاضي سـعد جريان: المبادئ القانونية، ج٤، ص٢٠٥.

٢- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٤٣٦/هـ م/٢٠٢٢ في ٦/٦/٢٠٢٢، غير منشور.

٣- صلاح الدين الناهي: الوجيز في المرافعات المدنية والتجارية، بغداد، ١٩٦٢، ص٢٢٤.

٤- ان أسـباب كسـب الملكيـة الـواردة في القانون المدنـي العراقي هـي: الاسـتيلاء والميراث والوصية والالتصـاق والعقد والشـفقة والحيـازة وقـد تطرقنا إلى المصـادر أعلاه لأهميتهـا وكثرة وقوعها في الحيـاة العملية.

بهـا على شرط عدم الإضرار ببقية الشركاء[١].

ولا يـشترط تسـاوي الحصـص بين الشركاء في الملكيـة المذكـورة، وإنَّ قلة سـهام أحـد المالكين في العقـار لا ينفـي عنه شراكته على الشـيوع[٢]، وإنَّ امتلاك العقار من شركاء على الشـيوع لا ينتفي معه تحقق الغصب اذا ما انفرد أحد الشركاء أو بعضهم بوضع يده على العقار والانتفاع به واستغلاله على النحـو الـذي يحرم بقية الشركاء من منفعته والـذي معه يمكن لمن حرم من هذه المنفعة المطالبة بمنع معارضته، من دون تسليم وبما يعادل سهامه مع أجر مثلها خلال مدة حرمانه من الانتفاع[٣]، وجاء بقرار آخر لها: (وحيث إن الطرفين المتنازعين شركاء على الشـيوع وان المدعى عليها شـيدت دار سكن على جزء من مسـاحة العقار دون إذن شركائها المدعين فإنها تلزم بأجر المثل لهم وان كان اسـتغلالها لتلك المسـاحة أقل من سـهامها في العقار المشـاع)[٤]؛ إلا أنَّ منع المعارضة الموصوفة تكون دون تسليم ولا سيما إذا لم تكن هناك قسمة قانونية[٥]، وأنَّ العبرة بعدم التسليم والحالة هذه هو بسبب استحالة تعيين حصص مفرزة لكل شريك في العقار الشـائع لأنَّ كلّ شريك يملك في كل ذرة من ذرات العقار .

وقـد اسـتقر القضاء العراقـي على (أنَّ الحكم السـابق المتضمن إلزام المدعى عليـه الغاصب برفع التجـاوز لم يبق له أثر قانوني بعد أن تملك المدعى عليه نفسـه سـهاماً مـن العقار موضوع التجاوز، وان حقـوق الطـرفين هنـا تكون محكومـة بالنصوص القانونيـة التي تعالج الملاك على الشـيوع)[٦]. وعلى وارث العقـار المغصـوب إقامـة الدعـوى مـن قبلـه بصفتـه الشـخصية وفقـاً للمـادة (١٨٩) وإذا كانت ،مدنـي عراقـي إذ إنَّ التركـة والحالة هذه لا تصلح أن تكـون خصماً بالمفهوم القانونـي[٧] السـهام المشترات من المدعي بموجب إقرار قضائي من البائع، وبعقد خارجي فإنّه لا يحق له المطالبة

١- المادة (٢/١٠٦١) مدني عراقي .

٢- وهـذا مـا يؤكـده نص الفقـرة الأولى مـن المادة (١٠٦١) مدني عراقي اذ تطـرق النص إلى قرينـة غير قاطعة وهي أن تحسـب الحصص بين الشركاء بالتسـاوي اذا لم يقـم دليل على غير ذلك.

٣- وجـاء بقـرار لمحكمة التمييـز بالعدد ٦٢٨/م٢/٢٠٠٠ في ١٢/٥/٢٠٠٠: (اذا اسـتغل الشريك العقار الشـائع وحده متجاوزاً على حصص الآخرين فان الشريك يعتبر غاصباً بمنع المعارضة للشركاء الآخرين بالانتفاع وتمكنهم من استغلال حصصهم من العقار المقررة قانوناً مع دفع أجر المثل لطيلة المدة). نقلاً عن القاضي محمد حيدر حسين: المصدر السـابق، ص١٨.

٤- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٠٢٢٥/هيئة مدنية/٢٠٢٢ في ٨/١٢/٢٠٢٢، غير منشور.

٥- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٢٥٨٧/الهيئة الاستئنافية/٢٠١٢ في ١/٧/٢٠١٢، غير منشور.

٦- قرار محكمة التمييز بالعدد ٧٢١/م٢/٢٠٠٠ في ٢/٤/٢٠٠٠، غير منشور.

٧- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٧٢٣٤/هـ م/٢٠٢٢ في ٧/٩/٢٠٢٢: (كان على المحكمة أن تقضي برد الدعوى من جهة الخصومة اذا أقيمت دعوى رفع التجاوز بالإضافة إلى تركة مورث المدعي حيث ان تركة المتوفي لا تصلح أن تكون خصمـاً في هـذه الحالـة واذا كانت الخصومـة غير متوجهة تحكم المحكمة ولو من تلقاء نفسـها برد الدعـوى عملاً بالمادة ١/١٨٠ مرافعات)، غير منشور.

،بأجر المثل عن تلك السهام ما دامت أنها غير مسجلة باسمه في دائرة التسجيل العقاري المختصة[١] إذ يتطلب أن يكون للشريك الذي يطالب بأجر المثل أو التعويض حصة في العقار المغصوب ومسجلة باسمه في دائرة التسجيل العقاري المختصة أو وريثاً لمالك العقار موضوع دعوى المطالبة بالحق المذكور.

المبحث الثاني

أجر مثل العقار المغصوب أو التعويض والموقف القانوني والقضائي منهما

إن أبرز ما يترتب على غصب العقار في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي هو رد المغصوب إلى مالكه مع أجر مثله أو التعويض وكذلك ضمان الغاصب للعقار في حال تلفه[٢]. فما هو أجر المثل؟ ومتى يحكم بالتعويض بدلاً عنه؟ وكيف تقام دعوى أجر المثل وما أنواعها وإجراءاتها القانونية؟ هذا ما سنسلط الضوء عليه وكالآتي:

المطلب الأول

مفهوم أجر المثل والتعويض لمرة واحدة

يحق للدوائر الحكومية الاستيلاء على عقارات الأفراد لإقامة مشاريعها العامة مقابل دفعها أجر مثل لمالكيها عن مدة حرمانهم من منفعتها أو تعويضهم لمرة واحدة عن ذلك الحرمان، فما هو المقصود بأجر المثل؟ وما هي الحالات التي يصار بها إلى التعويض لمرة واحدة ونطاقه التشريعي والقضائي؟

الفرع الأول

مفهوم أجر المثل والتعويض لمرة واحدة

إن المشرع العراقي لم يأخذ بالقاعدة الفقهية التي تذهب إلى أن الأجر والضمان لا يجتمعان[٣]، لأن إلزام غاصب العقار برده مع تعويض صاحبه بأجر مثله من الأحكام المهمة في القانون المدني العراقي، اذ انه عدَّ أجر المثل بدل المنفعة أما الضمان فهو التعويض الذي سببه التعدي على أموال الغير

١- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٤٢١٦/هـ م/٢٠٢٢ في ٢٠٢٢/٦/٣١، نقلا عن حيدر عودة: المصدر السابق، ص١٤١.

٢- شمس الدين السرخسي: المبسوط ، ج٦، المصدر السابق، ص٤٩.

٣- ابن قدامة: المغنى، ج٥، ص٢٥٦ وما بعدها. ابن عابدين: المصدر السابق، ج٥، ص١٢٠. د. حسن علي الذنون: المصدر السابق، ص٢٧٦.

مـن دون زعـم قانونـي الذي معه يحق لصاحبهـا الرجوع به على الغاصب مع وجـود الضرر أو عدم وجـوده[١]، إذ جعـل مرتكب الفعل الضار ضامناً عواقب فعلـه بصرف النظر عن التعمد والتعدي[٢].

وقـد عـرف أجـر المثل بأنَّهُ هو الإيجار المثيل الذي يسـتحقه المالك أو الشريـك في العقار جراء قيام الغير بوضع يده عليه واستحصاله لمنافع ذلك العقار ويقدر على ضوء إيجار عقار مماثل له في المساحة والمدة وحسـب الأسـعار السـائدة[٣]، وهذا مـا أكده الفقـه القانوني عند تعريفه لأجـر المثل وبين أنه: (الأجـرة التـي قدرها أهل الخبرة الخالون من الغرض)[٤]، بينما عرفته محكمة التمييز على انه (تقدير الإيجار قياسـاً على عقار آخر مماثل بالمسـاحة والاسـتغلال)[٥]، فدعوى أجر المثل والحالة هذه تكون وسـيلة من وسـائل حماية أموال الأفراد والمحافظة عليها ودرء العدوان عنها، ونرى أن لموقع العقار ونوع التربة ومدى توافر مياه السقي اذا كانت الأرض زراعية ومدى حداثة العقار وموقعه ومساحته إذا كان دار سـكن أو شـقة أو عمارة لها اعتبار عن تقدير أجر المثل[٦].

ويجوز الانتقال من المطالبة بأجر المثل إلى المطالبة بالأجر المسـمى أو بالعكس[٧]، لأن المطالبة بأيٍّ مـن الأجريـن هي مطالبة ببدل منفعـة[٨]، فلا يكون هناك تغيير جوهري في موضوع الدعوى حسـب الرأي الراجح استناداً لأحكام المادة من قانون الإثبات، وان المطالبة بأيٍّ من هذين الأجرين يكون قابلاً للتكرار ما دام الغاصب مسـتمراً في حرمان صاحب العقار من الانتفاع به.

والأصـل ان ضمـان منافـع الأعيـان يكـون بصـورة أجر المثـل إلا أنَّ هـذا الضمـان يأخذ صورة (التعويـض لمـرة واحـدة) في حالات معينة أوردهـا المشرع العراقي في بعض تشريعاتـه القانونية على سـبيل الاستثناء، فأجيز لدوائر الدولة الاسـتيلاء على عقارات الأفراد لتقيم عليها مشاريع تحقق نفعاً عامـاً، مقابـل تعويـض صاحب العقار لمرة واحدة فقط، وكما سـنرى.

١- د. عبد المجيد الحكيم وآخرون: المصدر السابق، ص٢٩١.

٢- فلا يمكـن للغاصـب الدفـع برد دعوى أجـر المثل بزعم ان مالك العقار المغصوب لم يصبـه ضرر من جراء الغصب لأن مسـؤوليته تقوم على أساس وقوع الضرر المفترض.

٣- القاضي جاسم حسين دنان: أجر المثل في العقار الشائع، بحث ترقية مقدم إلى المعهد القضائي، بغداد، ٢٠٠٥، ص٦.

٤- المادة (٤١٤) من مجلة الأحكام العدلية .

٥- قـرار محكمـة التمييز بالعـدد ٣٢٣/م٢/ ٢٠٠٠ في ١٢/٢/ ٢٠٠٠، نقلاً عن القاضي جاسـم حسين: المصدر السـابق، ص٦.

٦- وجـاء بقـرار لمحكمـة التمييز الاتحادية بالعـدد ٤٣٤/م٢/ ٢٠٠٥ في ١٨/ ١٠/ ٢٠٠٥: (يجـب أن يكون أجر المثل عند تقديـره غير مغـالى فيـه وان يراعى جنس العقار ونوع المنفعة التي حرم منها المالك أو الشريك)، غير منشـور.

٧- جـاء بقرار لمحكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٦٥٠٠/اسـتئنافية عقـار/ ٢٠١٤ في ١٧/ ١٢/ ٢٠١٤: (..ويجوز التحول بالمطالبة من أجر المثل إلى الأجر المسمى لأنها تمثل المطالبة في الحرمان من الانتفاع بالعقار). نقلا عن القاضي عدنان مايح: المصدر السابق، ص١٣٢.

٨- عبد الرحمن العلام: شرح قانون المرافعات المدنية، ج٢، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٢، ص١١٨، وما بعدها.

ويقتضي أن يكون التعويض عادلاً، لا سيما انه لمرة واحدة، وإنَّ كان الاستيلاء على العقار للنفع العام[١]، وعلى الرغم من ان معظم القوانين الوطنية نصت على وجوب أن يكون التعويض عن نزع الملكية للمنفعة العامة عادلاً لم تبين المقصود بالتعويض العادل وذلك بخلاف المواثيق الدولية التي تولى بعضها بيان المقصود منه، إذ عرفت منظمة الأغذية والزراعة التابعة للأمم المتحدة (FAO) التعويض العادل بأنه: (التعويض الذي لا يزيد عن الخسارة المتحققة والناتجة عن الاستحواذ الإجباري على أراضي الأفراد)[٢].

أما التعويض لمرة واحدة فهو مبلغ متجمد يمنح دفعة واحدة فقط، ولا يجوز لصاحب العقار أن يكرر المطالبة به حتى اذا استمر وضع اليد على عقاره وحرمانه من الانتفاع به[٣]، وقد قرر المشرع العراقي ان لمالك العقار الحق في المطالبة بالتعويض لمرة واحدة، وليس أجر المثل في حالات قليلة يكون فيها واضع اليد على العقار هي بعض دوائر الدولة أو القطاع العام، ويكون هذا التعويض مبلغ نقدي يقدر من المحكمة بوساطة أهل الخبرة .

فصاحب العقار المغصوب يستحق التعويض عن حرمانه من الانتفاع بعقاره وهذا التعويض هو أجر المثل الذي يكون قابلاً للتكرار ما دام الغاصب مستمراً في غصبه العقار، لكن القانون أجاز لبعض دوائر الدولة الاستيلاء على عقارات الغير لإقامة المشاريع الخاصة بالنفع العام ويكون ذلك من دون عوض أو بعوض لمرة واحدة مع بقاء العقار عائداً لمالكه[٤]، وان هذا المبدأ جاء على سبيل الاستثناء، إلا ان القضاء العراقي أخذ يتوسع فيه، على الرغم من عدم تقديمه المبررات المقبولة قانوناً لهذا التوسع[٥]،

١- اذ يعد حق الملكية واحداً من أهم الحقوق الأساسية التي يتمتع بها الأفراد والتي نصت معظم الدساتير العالمية والوطنية على احترامها وعدم المساس بها الا لمقتضيات التنمية الاقتصادية والاجتماعية للبلاد مقابل تعويض عادل ومنها الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ في المادة (٢٣/ثانياً) منه: (لا يجوز نزع الملكية الا لأغراض المنفعة العامة مقابل تعويض عادل) .

٢- د. حيدر فليح حسن: التعويض العادل عن نزع الملكية للمنفعة العامة، بحث منشور في مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، المجلد ١٣، العدد ١ ، ٢٠٢٠، ص٧٦.

٣- د. علي حسين منهل: المصدر السابق، ص٢٠٢.

٤- وقد أيدت محكمة التمييز الاتحادية ذلك في عدد من قراراتها ومنها قرارها بالعدد ٢٦٣/م/٢٠٠٨ في ٢٩/٤/٢٠٠٨: (ان دعوى المطالبة بأجر المثل عن التجاوز بإنشاء سداد للوقاية من الفيضان تكون مشمولة بأحكام قانون تنفيذ مشاريع الري رقم ١٢٨ لسنة ١٩٧١ وتعتبر الأراضي مستملكة بمقتضى المادة الثانية منه ومنعت المادة التاسعة المحاكم من سماع الدعوى الناجمة عنه وان القانون رقم ١٧ لسنة ٢٠٠٥ ألغى القوانين التي تمنع المحاكم من سماع الدعوى ويسري على الوقائع بعد نفاذه ولا يسري على ما قبلها فتكون الدعوى مشمولة بالمنع وان تضمنت المطالبة بأجر مثل لاحق لأن الأراضي تكون مستملكة بحكم القانون)، غير منشور.

٥- وقد كان من ضمن مسوغات القضاء بإعطاء التعويض لمرة واحدة لمن تم الاستيلاء على عقاره من دوائر الدولة هو لإنشاء مشاريع تتعلق بالمرافق العامة التي تهدف تحقيق المصلحة العامة وان ازالتها يتسبب بالضرر العام الذي يجب دفعه حتى وان أدى ذلك إلى الحاق ضرر خاص بالأفراد كما وان الاستمرار بفرض أجر مثل هو الآخر يؤدي إلى الحاق

ولا سيما ان المشرع أجاز لدوائر الدولة استملاك مثل هذه العقارات أو إضفاء حق التصرف عليها بالطرق القانونية، ضماناً لحقوق الأفراد من الضياع مع تحقق المصلحة العامة للمجتمع.

الفرع الثاني

النطاق التشريعي للحكم بالتعويض لمرة واحدة

لقد قرر المشرع العراقي في بعض نصوصه التشريعية التعويض لمرة واحدة لمن غصب عقاره من بعض الجهات الحكومية المتمثلة بوزارة الكهرباء في المادة (١٢) من قانون الوزارة المذكورة[١]، عند قيامها بأعمال نصب أبراج الطاقة الكهربائية أو مد الأسلاك والقابلوات وأي من الأعمال المرتبطة بذلك في أرض الغير ، على أن يعوض صاحب الأرض تعويضاً عادلاً[٢] على الرغم من عدم توافر نص تشريعي غير النص المذكور إلا أنَّ القضاء العراقي.

قد توسع في ذلك في حالات متشابهة ومنها مشاريع الماء والمجاري التي بطبيعتها لا تقتصر على مساحة محددة يسهل استملاكها قانوناً[٣].

الضرر العام. ونرى ان هذه التبريرات لا يقرها القانون في روحه ولا مبادئ العدالة والانصاف اذ ان بإمكان هذه الدوائر المطالبة باستملاك الجزء المستغل من قبلها وبالتالي دفع الضرر العام والضرر الخاص عن الأفراد في آن واحد.

١- نصت المادة (١٢) من قانون وزارة الكهرباء على ان (للوزارة في سبيل تحقيق أهدافها في ممارسة الحقوق التالية وفقاً لأحكام القانون ولقاء تعويض عادل عند احداث الضرر ولمرة واحدة فقط: أولاً- المرور في أرض الغير. ثانياً- وضع الأعمدة وامرار الأسلاك والقابلوات في أملاك الغير. ثالثاً- قطع الأشجار والأغصان التي تعترض الشبكات الكهربائية. رابعاً- الاشغال المؤقت لأراضي الغير)، وهذا ما أشارت إلى هذا الحق المادة (١٣) من قانون الكهرباء والمعادن رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ الملغي الا انه لم يرد نص مشابه في قانون الكهرباء والمعادن رقم ٣٨ لسنة ٢٠١١.

٢- جاء بقرار لمحكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٤١٤/هـ س عقار/٢٠١٨ في ٢٠١٨/١/٢٤: (ان دعوى المدعي هي الزام وزير الكهرباء اضافة لوظيفته بأجر مثل الجزء المستغل من القطعة بنصب أبراج الضغط العالي للمدة من ٢٠٠٩/٩/٢٨ ولغاية تاريخ اقامة الدعوى في ٢٠١٧/٥/١٠ وقد قضت محكمة البداءة وبعدها محكمة الاستئناف بأجر المثل وهذا الاتجاه من المحكمة محل نظر لأن الدعوى أقيمت بتاريخ ٢٠١٧/٥/١٠ لذا فإنها تكون مشمولة بأحكام القانون رقم ٥٣ النافذ بتاريخ ٢٠١٧/٤/١٧ عليه فان المدعي يستحق التعويض لمرة واحدة) نقلا عن القاضي حيدر عودة كاظم : مجموعة الأحكام القضائية، العدد ٣، مكتبة القانون المقارن، بغداد، ٢٠١٨، ص٥٥.

٣- وجاء بقرار لمحكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٣/هيئة موسعة/٢٠٢٤ في ٢٠٢٤/١/١٧: (بعد أن أصدرت محكمة البداءة المختصة حكمها للمدعين بأجر المثل على المدعى عليه مدير عام صحة ذي قار اضافة لوظيفته عن غصبه منفعة العقار واستحواذه على عموم العقار والمشيد عليه مستشفى بنت الهدى للولادة وحرمهما من منفعته للمدة من ٢٠١٨/٦/٧ ولغاية اقامة الدعوى وقد طعن بالحكم استئنافاً أمام محكمة استئناف ذي قار والتي أصدرت حكمها بفسخ الحكم البدائي تعديلا والحكم بالزام المدعى عليه اضافة لوظيفته بتأديته للمدعين مبلغ [كذا] يقسم بينهما مناصفة وذلك عن أجر مثل بدل منفعة العقار وقد نقض الحكم من محكمة التمييز فأصدرت محكمة الاستئناف المذكورة حكماً يقضي بالإصرار على ما جاء بحكمها السابق ورد دعوى المدعيين بعد فسخ الحكم وقد طعن بالحكم من قبل المدعين ووجدته محكمة التمييز بأنه غير صحيح ومخالف للقانون وان اصرار المحكمة على حكمها المنقوض في غير محله لأن دعوى المدعيين قد انصبت على طلب الزام المدعى عليه اضافة لوظيفته بأجر المثل للقطعة العائدة لهم ولأن الثابت ان المدعيين

بل وإنَّ إنشـاء محطات توليد الكهرباء؛ في أرض الغير يكون مشـمولاً بحكم المادة (١٢) من قانون وزارة الكهربـاء لأن إنشـاء هذه المحطات يتضمـن حتماً مد الأسلاك ووضع الأعمـدة والمرور بأرض الـغير، لـذا يمكن لصاحب الأرض إنْ يطالب بالتعويض لمرة واحدة فقط وليس أجر المثل[١].

ومـن أجـل الحكم بالتعويـض لمرة واحدة عـن نصب أبراج الكهربـاء ومتطلباتها لابـد أن تكون الأرض مملوكة ملكاً صرفاً لطالب التعويض أو له حق التصرف فيها، أما إذا كان متعاقداً على الأرض بموجـب عقد إيجار فانه لا يسـتحق التعويض حتـى وان نتج عن ذلك ضرر في الأرض[٢].

ولا يجـوز الحكـم بالتعويض لمرة واحدة إلا بعد التثبيت من عـدم حصول المدعي على تعويض أو

تمسـكوا بالمطالبـة بأجـر المثل وقد رفضوا التحـول للمطالبة بالتعويض لمرة واحدة وازاء ذلك قررت محكمة الاسـتئناف رد الدعـوى لأن العقـار العائـد لهم قد تم اسـتغلاله ببناء مستشـفى من قبل المدعـى عليه وهي من المرافـق العامة والتي يسبب ازالتها الضرر العام وان المدعيين يستحقون التعويض المذكور اسوة ببقية العقارات المتجاوز عليها من قبل وزارة الكهرباء والدوائر التابعة لها ودوائر مشاريع مد أنابيب المياه والمجاري ووجهة النظر المتقدمة جدل في غير محله وقياس مـع الفـارق لأن مفهـوم التعويض لمرة واحدة هو تعويض لمالك العقار أو لصاحب حق التصرف مقابل وضع اليد من قبل دوائر الدولة على العقار أو جزء منه دون اتباع الآلية القانونية المرسـومة في قانون الاسـتملاك وهذا التعويض نص عليه قانون وزارة الكهرباء فقط وتم الأخذ به من قبل القضاء العراقي في حالات مشـابهة وبنطاق محدد ومنها مشـاريع الماء والمجـاري وهذا المبدأ اسـتثناء من الأصل العام بوجوب دفع أجر المثـل لصاحب العقار عند قيام دوائر الدولة بوضع يدها بدون مسـوغ قانوني على ملكه والاسـتثناء لا يجوز التوسـع به والقياس عليه اذ ان أسـباب الأخذ به فيما يتعلق بمشاريع الكهربـاء والماء والمجـاري يرتبـط بطبيعـة الوجود المادي لمعدات وأدوات عمل هذه المشـاريع اذ انهـا لا تقتصر على بقعة جغرافيـة محـددة يمكن اسـتملاك مسـاحتها وفقاً للقانون بل تمتد هـذه المواد والمعدات بسلسـلة مرتبطة وتخترق مئات الكيلـومترات في أنحـاء البلاد شـمالاً وجنوباً شرقاً وغرباً وبمسـاحات صغيرة في غالب الأحيان مما يتعذر اسـتملاكها من الناحية المادية وجعلها وحدة عقارية مسـتقلة وعلى سـبيل المثال فان أعمدة الكهرباء وأبراجها لا يتجاوز مسـاحة نصب العمود أو البرج أكثر من ٢م٢ ان لم تكن أقل من ذلك فلا يقبل منطقياً اسـتملاك هذه المسـاحة وعلى طول مسـار الأعمدة الكهربائية أو أنابيب الماء أو المجاري التي تمتد إلى ما لا نهاية فلهذه الأسـباب تم تبني مبدأ التعويض لمرة واحدة لصاحب العقار الذي تم التجاوز عليه واشغاله بمشاريع تتعلق بمد أنابيب الماء والمجاري والكهرباء أما غير ذلك وامكانية استملاك الجزء المتجاوز عليه فان مالك العقار يستحق أجر المثل لأن القطعة موضوع الدعوى محددة المساحة ويمكن لدائرة الدولة اسـتملاكها والا يكون ملزم بدفع أجر المثل لمدة وضع اليد بدأ عليها التجاوز لذا قرر نقض الحكم)، غير منشـور.

١- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٢٥٩/هيئة موسـعة/٢٠١٨ في ١٠/١٠/٢٠١٨: (ان المدعي يطالب بالتعويض عن قيام وزارة الكهرباء بأشـغال مسـاحة ١٥ دونماً من قطعته التي يملك سـهاماً شـائعة فيها وشـيدت عليها جزءاً من المحطات الكهربائية الخاصة بتوليد الكهرباء مما حرمه من الانتفاع بأرضه وقد استند في دعواه إلى أحكام المادة [١٢] من قانون الكهرباء والتي ذكرت مجموعة من الحقوق التي تمارسـها الوزارة في سـبيل تحقيق أهدافها ولقاء تعويض عادل لمرة واحدة عن احداث الضرر وان قيام الوزارة بإنشاء المحطة يوجب التعويض عن ذلك الضرر لأن انشاء المحطة يتضمن أيضاً مد الأسلاك والمرور في الأرض ووضع الأعمدة مما كان على المحكمة تطبيق نص المادة [٦٢] آنفاً). نقلا عن علي حسين منهل: المصدر السابق، ص٢١٨.

٢- قـرار محكمـة التمييز الاتحادية بالعدد ٢٠١٣/هـــ م/٢٠١٩ في ١٥/١٢/٢٠١٩ ، نقلا عن مجلة حمورابي، العدد١، س٦ ، ٢٠٢٤، ص٢٠٠.

حكم سابق بأجر المثل عن العقار نفسه[١]. إلا أن صاحب العقار إذا كان قد تملكه بعد نصب الأبراج أو مد الأسلاك فانه لا يستحق التعويض ولا أجر المثل وذلك بحجة ان هذه الأبراج والأسلاك تكون ظاهرة فيعد راضياً بتملك العقار بحالته التي هو عليها[٢]، وان هذا الاتجاه غير مرجح لدينا، ونرى أنَّ هذا المبدأ يكون مقبولاً لو ان المالك السابق قد حصل على التعويض أو أجر المثل عن الأضرار التي سببتها هذه الأبراج أو الأسلاك في الأراضي التي تملكها المالك الجديد.

على أية حال فقد اتضح مما تقدم ان المعيار الذي تبنته محكمة التمييز الاتحادية في العراق في الحكم بالتعويض لمرة واحدة هو تاريخ إقامة الدعوى وليس تاريخ نصب أبراج الكهرباء أو الأعمدة أو الأسلاك الكهربائية هو اتجاه سليم من المحكمة، لأن تاريخ نصب الأبراج والأسلاك الموصوفة يكون في الأغلب محط خلاف وعدم توافق بين الخصوم لعدم التمكن من إثباته بنحو جازم وحاسم على خلاف تاريخ إقامة الدعوى الثابت رسمياً عند دفع الرسم القانوني عنها.

الفرع الثالث

النطاق القضائي للحكم بالتعويض لمرة واحدة

لقد توسع القضاء العراقي في تقييد الضمان لمالك العقار والحكم له بالتعويض لمرة واحدة إذا كان واضع اليد عليه أحد توابع الدولة والقطاع العام، وتم الأخذ به من القضاء فيما يتعلق بنصب أبراج وشبكات الكهرباء وفي حالات مشابهة وبنطاق ضيق ومنها مشاريع الماء والمجاري، وهذا المبدأ استثناء لا يجوز التوسع به والقياس عليه، ومن حالات نطاق القضاء في التعويض المذكور هي:

اولاً: وضع اليد على العقار بصفته محرمات نفطية:

إن عملية انشاء الحقول والمنشآت النفطية والغازية ومد الأنابيب لغرض نقل النفط ومشتقاته تتطلب في الأغلب أن تكون لها محرمات ويطلق عليها المحرمات النفطية التي يقصد بها: أراضي الحقوق والمنشآت النفطية والغازية والأراضي المحيطة بها في حدود ما رسمه القانون[٣]، وتدخل في ذلك الأراضي التي تحيط بأنابيب النفط أو الغاز أو المنشآت النفطية كالحقول والمصافي والمباني

١- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٨٧/هيئة موسعة مدنية/٢٠١٩ في ٢٠١٩/٣/١١، غير منشور.

٢- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٦٥٦/هيئة استئنافية/٢٠٢٠ في ٢٠٢٠/٥/٣ والذي جاء فيه: (الثابت من التحقيقات التي أجرتها المحكمة وكتاب مديرية التسجيل العقاري بأن المدعي تملك سهامه في العقار موضوع الدعوى بتاريخ ٢٠٠٦/١٢/١٨ وانه أقر في الجلسة بأن قاعدة البرج كانت موجودة وقت شرائه لسهامه وبالتالي فهو رضي بالبيع بواقع حاله فتكون دعواه فاقدة لسندها القانوني وواجبة الرد)، غير منشور.

٣- وفقاً لقرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١٠١٨ لسنة ١٩٨٢ .

المتعلقة بها[١]، ولهذه الجهات النفطية الحق في وضع اليد على أرض الغير لجعلها من المحرمات النفطية، ولصاحب الأرض مراجعة لجان خاصة تشكل ببيان يصدره وزير العدل لدرء الضرر عنه[٢]، ويدخل في اختصاص هذه اللجان بنظر دعاوى منع المعارضة والتعويض وأجر المثل بشرط أن يثبت حرمان صاحب العقار من الانتفاع به[٣]، ويجوز الطعن بقرار اللجنة أمام محكمة التمييز خلال ثلاثين يوماً من إفهامه أو التبلغ به[٤]، وعلى الرغم من وضوح أحكام القرار (١٠١٨) لسنة ١٩٨٢ الذي خول صاحب الأرض المطالبة بدعوى أجر مثل أو تعويض أو منع معارضة أسوة ببقية الدعاوى المقامة أمام محاكم البداءة، إلا أن محكمة التمييز الاتحادية خالفت أحكام القرار المذكور وأخذت توجه اللجان المشكلة لهذا الغرض بأن يحكم بالتعويض لمرة واحدة فقط[٥].

ونرى أننا نرجح هذا الاتجاه كون الأنابيب الناقلة للنفط والغاز تكون مخصصة للنفع العام ولا تحرم مالك الأرض إلا بمساحة تقدر بحجم الأنبوب ومحرماته، وأنها تكون لمساحة طويلة ولأراضي متعددة مما يتعذر على وزارة النفط استملاك كل هذه الأراضي، وهذا الجزء الصغير من المساحة.

وعلى الرغم من ذلك فإن قرار مجلس قيادة الثورة المنحل آنفاً قد ألغي من المحكمة الاتحادية العليا لعدم دستوريته بموجب قرارها المرقم ١٤٢/اتحادية/ ٢٠٢١ في ٢/١٢/٢٠٢١ وجعل الدعاوى التي تقام على وزارة النفط والشركات النفطية التابعة لها تنظر من محكمة البداءة حسب ولايتها العامة، ويتم تعويض صاحب الأرض لمرة واحدة حسب الاتجاه القضائي الموصوف.

ثانياً: مد دوائر الماء الأنابيب الناقلة للمياه في عقارات الدولة:

قد تقوم دوائر الماء بمد أنابيب المياه في عقارات الغير من دون إذنهم ودون قيامها باستملاكها، وإن فعل الدوائر والحالة هذه يكون غصباً، وبسبب ما يحدثه ذلك من أضرار بعقار مالكه بوجود

١- د. علي حسين منهل : المصدر السابق ، ص٢٣٨.

٢- ونصت المادة (٢٠) من القرار رقم ١٠١٨ لسنة ١٩٨٢ : (تؤلف اللجنة برئاسة قاضي من الصنف الثاني وعضوية ممثل عن كل من وزارة النفط ووزارة الزراعة والاصلاح الزراعي ومحافظة بغداد واتحاد الجمعيات الفلاحية ..) .

٣- نصت المادة من قرار مجلس قيادة الثورة ١٠١٨ لسنة ١٩٨٢ على أن (تشكل ببيان يصدره وزير العدل وينشره في الجريدة الرسمية لجنة خاصة أو أكثر للنظر في الدعاوى المقدمة أو التي تقام على شركة النفط الوطنية العراقية بمنع المعارضة أو التعويض أو أجر المثل على الأعمال التي قامت أو تقوم بها الشركة في كافة المواقع التي تمارس عليها عملياتها وفعالياتها النفطية المنصوص عليها في قانون تخصيص مناطق الاستثمار لشركة النفط الوطنية العراقية رقم ٩٧ لسنة ١٩٦٧) .

٤- المادة من القرار نفسه .

٥- جاء بقرار لمحكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٢١٥١/هـ م/٢٠٢٠ في ٢١/٥/٢٠٢٠ : (وحيث ان الأنابيب الناقلة للنفط مدفونة تحت سطح الأرض ومخصصة للنفع العام ولا يمكن رفعها أو ازالتها ولاستقرار قضاء هذه المحكمة على احتساب التعويض لمرة واحدة في الدعاوى المتعلقة بوزارة الكهرباء والمتعلقة بمرور أنابيب المياه أو المجاري أو محطات المجاري لذا فان المدعين يستحقون التعويض لمرة واحدة عملاً بأحكام المادة ١٠٥٠ مدني). غير منشور.

الأنابيب الموصوفة المخصصة للنفع العام، فقد قررت محكمة التمييز أن لصاحب الأرض الحق بالمطالبة بالتعويض لمرة واحدة مقابل حرمانه من الانتفاع بذلك الجزء من العقار، وليس له الحق بالمطالبة بأجر المثل، على شرط تعذر نقل هذه الأنابيب وتحويلها من العقار من دون ضرر[١]، وهذا المبدأ أخذ به القضاء وان لم يوجد نص يسعفه ألا فيما يتعلق بطبيعة الوجود المادي لهذه الأنابيب، إذ إنها لا تقتصر على رقعة جغرافية من الأرض محددة تحديداً يمكن معه استملاكها، بل تمتد لمساحات طويلة في بعض الأحيان مما يستحيل معه ذلك الاستملاك، فكان هذا المبدأ المتمثل بتعويض المتضرر عقاره مرة واحدة استثناءً من الأصل وقياساً على ما قررت المادة (١٢) من قانون وزارة الكهرباء فكان توسعاً وقياساً في محله .

ثالثاً: وضع اليد على العقار من الهيئة العامة للطرق والجسور:

إن هذه الهيئة مختصة بمد الطرق خارج حدود البلديات وأمانة العاصمة وكذلك انشاء الجسور خارج هذه الحدود أو بداخلها[٢]، فان قامت الهيئة بوضع يدها على العقار بعد ١٩٩٦/١/١ فهنا تطبق القواعد العامة في التشريعات النافذة المتمثلة بقانون الاستملاك رقم (١٢) لسنة ١٩٨١ وقانون الطرق العامة رقم (٣٥) لسنة [٣]٢٠٠٢، أما إذا كان وضع اليد بعد تاريخ ١٩٩٦/١/١ ولم يجرِ على العقار استملاك، فهنا يعد العقار مستملكاً للهيئة بحكم القانون واعتباراً من التاريخ المذكور آنفاً[٤]، ويحق لمالك العقار، المطالبة بالتعويض المتمثل ببدل الاستملاك والمقدر من هيئة التقدير المشكلة بموجب قانون الاستملاك وفقاً لنص البندين (ثالثاً ورابعاً) من قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم (٨٤) لسنة [٥]٢٠٠٠، ويقدم طلب أجر المثل والتعويض إلى الهيئة العامة للطرق والجسور أو

١- وجاء بقرار لمحكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٢٢١/هيئة موسعة/٢٠١٩ في ٢٠١٩/٨/٢١: (لثبوت قيام المدعى عليه اضافة لوظيفته بمد خط أنبوب الناقل للماء في قطعة المدعين وحرمانهم من الانتفاع بها وعدم امكانية تحويله لذا فان المدعين يستحقون التعويض لمرة واحدة). نقلا عن القاضي فلاح كريم وناس : المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية – القسم المدني ، مطبعة السنهوري ، ٢٠٢٠ ، ص٨٨. وتأكد ذلك بقرارها بالعدد ١٩٠٦/هـ س/٢٠٢٠ في ٢٠٢٠/٦/١٧ ، غير منشور.

٢- وفقاً للمادة من قانون الطرق العامة رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢ بنصها: (تسري أحكام هذا القانون على: أولاً- الطرق العامة خارج حدود أمانة بغداد والبلديات والقناطر والمعابر والأنفاق والتقاطعات التي تقع ضمن محرماتها والمنشآت والساحات التي تخدم هذه الطرق. ثانياً- الجسور على اختلاف أنواعها الواقعة داخل حدود أمانة بغداد والبلديات وخارجها والمعرفة بعائديتها إلى الهيئة ويشمل ذلك الجزء المجسر منها فقط دون المقتربات.

٣- وفقاً لنص المادة من تعليمات دفع بدل الاستملاك وأجر المثل وفقاً لقرار مجلس قيادة الثورة رقم ٨٤ لسنة ٢٠٠٠ المتضمن: (..أما الأراضي التي وضع اليد عليها بعد التاريخ المذكور فتطبق عليها التشريعات النافذة).

٤- وفقاً للبند (أولا) من قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ٨٤ لسنة ٢٠٠٠.

٥- بالإضافة إلى بدل الاستملاك يستحق صاحب الأرض أجر المثل للمدة من تاريخ البدء في تنفيذ المشروع ولغاية ١٩٩٦/١/١ ويقدر أجر المثل بعد أن يستثنى منها الربع القانوني وفقاً للبند (سادساً) من قرار مجلس قيادة الثورة

أحـد فروعها في المحافظات وتقوم الهيئة بإحالـة الطلب إلى اللجنة المختصة[١] للتعويض عن الحرمان مـن منفعـة العقار وليس بدل اسـتملاكه[٢]، وقد أجازت المادة من قانون الطـرق العامة للهيئة العامة للطرق والجسـور أن تضع يدها على الأراضي في الحالات المسـتعجلة على أن تشـكل لجنة لتقدير قيمة توابـع الأرض مـن منشـآت ومغروسـات ومزروعات وتتبع اللجنة أسـس التقدير المحـددة في قانون الاسـتملاك[٣]، فصاحـب الأرض ليـس له المطالبـة والحالة هذه بأجر المثل بل يقـتصر حقه في المطالبة بالتعويـض لمـرة واحدة[٤] ، الذي يقـدر من اللجنة المذكورة، ويمكن للمـتضرر الاعتراض على التقدير أمـام القضـاء[٥]، ويبقـى الحق لمالك العقار بأجر المثل بعد صدور حكم باسـتملاكه وتسـجيله باسـم الدائرة لحين تسديد بدل الاستملاك[٦]، وفي حالة عدم ثبوت الاستملاك يكون المالك مستحقاً لأجر المثل مـن تاريخ الغصب والإشـغال إلى تاريخ المطالبة القضائيـة الثابت في الدعوى .

رابعاً: وضع اليد على العقار من وزارة التربية:

على الرغـم مـن عـدم توافر نص يقـرر التعويض لمـرة واحـدة في التشريعات القانونيـة الخاصة بـوزارة التربيـة إذا وضعـت يدها على عقار وحرم أصحابه من الانتفاع بـه، فان القضاء العراقي أخذ بذلك، ومنع أصحاب العقار من المطالبة بأجر المثل كون ما اسـتغل من عقار يكون مخصصاً للمرافق العامـة وإن إزالتها يسـبب ضرر بالمرفق العـام المذكور[٧].

المنحل رقم ٨٤ لسنة ٢٠٠٠ .

١- وفقاً للمادة من تعليمات دفع بدل الاستملاك وأجر المثل .

٢- وجـاء بقـرار لمحكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٣١٦٤/هـ س عقـار/٢٠١٩ في ٢٠١٩/٧/٧: (والثابت من التحقيقات التي أجرتها المحكمة واقرار المدعية بأن تاريخ وضع اليد على الطريق موضوع الدعوى والذي تم انشاؤه في عقد الثلاثينيات وبالتالي فانه مشـمول بالقرار ٨٤ لسـنة ٢٠٠٠ لذا فان دعوى المدعين واجبة الرد). نقلاً عن القاضي حيدر عودة: المصدر السابق، ص٢١٧.

٣- وفقاً للمادة من قانون الطرق العامة النافذ .

٤- وجـاء بقـرار لمحكمـة التمييـز الاتحاديـة بالعـدد ٥ في ٢٠٠٨/٩/٢٤: (ان موضـوع الدعوى خاضع لأحـكام الطرق العامة النافذ وان حق المدعين في حالة وروده يتمثل في طلب التعويض بمقتضى أحكام القانون المذكور من اللجنة المشـكلة بموجـب البنـد ثانياً مـن المادة [٤] منه). نقلاً عن د. علي حسين منهل: ضمان منافـع العقار بين أجر المثل والتعويض لمرة واحدة، بحث منشـور في مجلة الحقوق، العدد ٤٤، مقدم إلى كلية شـط العرب الجامعة، ٢٠٢٢، ص٢٢٢.

٥- وفقـاً لنـص البنـد رابعاً مـن المادة من قانون الطـرق العامة النافذ بنصهـا: (للهيئة ولكل ذي العلاقـة بتوابع الأرض المقـدرة وفـق البنـد ثانياً من هـذه المادة الاعتراض على مـحضر التقدير خلال ١٥ يومـاً من تاريخ التبلغ بـه لدى محكمة البـداءة المختصـة بموقع العقار وتنظر المحكمة بـالاعتراض خلال ١٥ يوماً ويكون قرارها خاضعاً للطعن به لدى محكمة الاسـتئناف بصفتها التمييزية) .

٦- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٤٩٠٤/س ع/٢٠١٥ في ٢٠١٥/٩/٢٠ ، نقلا عن عدنان مايح: المصدر السابق، ص١٤٣.

٧- وجـاء بقـرار لمحكمـة التمييـز الاتحادية بالعـدد ٥/هيئـة موسـعة مدنيـة/٢٠٢٣ في ٢٠٢٣/١/٣٠: (ان الثابت من وقائـع الدعـوى وأدلتها بأن العقار المتجاوز من قبل المدعى عليه وزير التربية اضافة لوظيفته بعد أن قامت وزارة التربية

ولوزارة التربية حق التصرف بالأراضي العائدة للدولة والمشيدة عليها أبنية مدرسية أو التي تم تخصيصها للأغراض التربوية، ولا يحق لهذه الجهة المطالبة بالتعويض أو أجر المثل[١]، أما إذا كان العقار من الأوقاف المضبوطة، فإنَّ مدير عام هيئة استثمار الوقف يستحق أجر مثل عن الجزء المشيد عليه مدرسة من وزارة التربية[٢]، والحال نفسه لو كان العقار عائداً للأشخاص الطبيعيين اذ لا تطبق المادة (٣٨) من القانون المذكور ولا مجال للقياس على المادة (١٢) من قانون وزارة الكهرباء، وان المالك يستحق أجر المثل وليس التعويض لمرة واحدة.

خامساً: الحاق العقار بالطريق العام من دوائر البلديات وأمانة العاصمة:

لقد صدر قانون ادارة البلديات رقم (٦٥) لسنة ١٩٦٤، إذ أجاز في المادة (٩٧) منه تسجيل الشوارع الواقعة داخل حدودها باسم البلدية ومن دون عوض[٣]، ويشمل ذلك الشوارع كافة التي ضمتها البلدية إلى الشوارع العامة قبل نفاذ هذا القانون، ويعد العقار مستملكاً للبلدية من دون عوض[٤]، والعبرة في كلِّ ذلك هو تاريخ وضع اليد على العقار من البلدية ودخوله في مخططاتها، فإنْ كان فتح الشارع قد تم بعد نفاذ قانون إدارة البلديات أعلاه، يمكن لصاحب العقار المطالبة بالتعويض لمرة واحدة يقدر بمعرفة أهل الخبرة[٥]، فان طالب مالك العقار بأجر المثل يمكنه العدول

باستغلاله لبناء مدرسة على أرض المدعي الذي طالب أجر المثل عنه واذ ان هذا التجاوز يتعذر ازالته حسبما ثابت بالحكم الاستئنافي وان المدينة من المرافق العامة التي تهدف تحقيق مصلحة عامة وان ازالتها يتسبب بالضرر العام الذي يجب دفعه حتى وان أدى ذلك إلى الحاق ضرر خاص بالأفراد وان الاستمرار بفرض أجر المثل على وزارة التربية عن استغلال عقار المدعي مع تعذر ازالة التجاوز هو الآخر يؤدي إلى الحاق ضرر بالمال العام وبناءً عليه لا يجوز للمدعي المطالبة بأجر المثل في هذه الحالة ويقتصر حقه بالمطالبة بالتعويض لمرة واحدة عن العقار...)، غير منشور.

١- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٦١٠٤/هـ م/٢٠١٩ في ٢٢/١٢/٢٠١٩: (اذ تبين من التحقيقات بأن قطعة الأرض العائدة للمدعي مدير البلدية مشيد عليها مدرسة ابتدائية فان دعوى المطالبة بأجر المثل تكون واجبة الرد لأن العقار مشمول بأحكام المادة [٣٨] من قانون وزارة التربية رقم ٢٢ لسنة ٢٠١١ والتي خولت الوزارة بالتصرف بالأراضي العائدة للدولة والمشيد عليها أبنية مدرسية أو التي تم تخصيصها للأغراض التربوية..)، غير منشور.

٢- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٦/هـ موسعة/٢٠١٩ في ٢١/١/٢٠١٩، غير منشور.

٣- وفقاً لنص المادة (٩٧) الشطر الأخير منها بنصها: (تسجل باسم البلدية بدون عوض كافة الشوارع الواقعة داخل حدودها والمتروك استعمالها للنفع العام الموجود عند نفاذ هذا القانون).

٤- جاء بقرار لمحكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٣٤٨/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠١٨ في ١٤/١١/٢٠١٨: (تسجل باسم البلدية بدون عوض كافة الشوارع الواقعة داخل حدودها والمتروك استعمالها للنفع العام الموجودة عند نفاذ القانون رقم ٦٥ لسنة ١٩٦٤ لذلك لا تسمع دعوى أجر المثل عن تلك المساحات الذاهبة إلى الشوارع العامة بغض النظر عن تاريخ تملك المدعي للقطعة المذكورة لاحقاً وبالتالي تكون دعواه بأجر المثل فاقدة لسندها)، نقلا عن القاضي قاسم فخري: مبادئ محكمة التمييز- القسم المدني، ٢٠١٩، ص١٧٤.

٥- وجاء بقرار لمحكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٢٢٣٢/هيئة استئنافية/٢٠١٧ في ١٦/١١/٢٠١٧: (ينبغي على المحكمة التحقق من تاريخ فتح الشارع العام فهل تم قبل أم بعد صدور قانون ادارة البلديات بعد مفاتحة الجهة المختصة لبيان فيما اذا كان الجزء الذاهب إلى الشارع الموصوف مشمول بأحكام المادة ٩٧ من قانون ادارة البلديات رقم ٦٥ لسنة ١٩٦٤

عـن طلبـه والمطالبـة بالتعويض بعد أن تسـأله المحكمة عن ذلك[١]، على أن يتـم تنزيل مبلغ التعويض من بدل الاسـتملاك عند طلب الجهة التي اسـتقطعته استملاك ذلك الجزء بعد أن ضم جزءاً من العقار للشـارع العام ضمن حدود البلديات[٢]، وإنَّ لجوء البلدية إلى تسـجيل الجزء الذاهب إلى الطريق العام باسمها في وقت لاحق يعد كاشفاً لملكيتها لهذا الجزء وليس منشئاً لها[٣]، ونرى هنا إنَّ حق مالك العقار بالتعويـض لمـرة واحـدة إذا كان الغاصب أحد دوائر الدولة لا يسـتند إلى نص قانوني، وان تنزيل هذا التعويض من بدل الاسـتملاك ليس له مسـوغ قانوني أيضاً، لأنه لا ارتباط بين بدل الاسـتملاك الذي يمثـل ثمـن العقار والتعويـض الناتج عن فوات منفعة الأعيان الذي من أهم أسـبابه واقعة الغصب.

سادساً: انشاء المعامل الحكومية على عقار الغير:

للدولة والقطاع العام إنشـاء معامل ومصانع على عقارات الأفراد من دون اسـتملاكها، وإنَّ ذلك يـؤدي حتمـاً إلى حرمان هؤلاء الأفـراد من منافع هذه الأراضي الذي معه يمكـن لهؤلاء الملاك المطالبة بالتعويـض لمـرة واحـدة قضاءً، على الرغم مـن عدم توافر نص تشريعي يسـعف القضـاء في اتجاهه المذكـور[٤]. أما إنشـاء السـدة الترابية من دوائـر وزارة الموارد المائية على عقار الـغير، فلا يخول مالك العقار بالمطالبة بالتعويض أو أي أجر المثل باعتبار ذلك من الأعمال التي أشارت اليها المادة من قانون تنفيذ مشـاريع الري رقم (١٣٨) لسـنة [٥]١٩٧١، إذ عدّت المادة الثانية منه أراضي مشاريع الري التي سيتم إحداثها بعد تنفيذ هذا القانون أو الأراضي التي ستشغلها أبنية المشروع خارج محرماته بصورة دائمية بحكم المسـتملكة، وقد نظم القانون إجراءات تعويض أصحاب الأراضي والمغروسـات من لجنة مشـكلة لهذا الغرض في كل محافظة وفقاً للمادة الثالثة منه.

وصفـوة القول إن القضاء في العراق قد توسـع في نطـاق تعويض مالك العقار لمرة واحدة إذا كان

بغية الوقوف عما اذا كان مستملك بحكم القانون من عدمه..)، غير منشور.

١- جـاء بقـرار لمحكمـة التمييز الاتحادية بالعـدد ٢٧٤١/هيئـة اسـتئنافية/٢٠٢٠ في ٢١/١٠/٢٠٢٠: (كان يتعين على المحكمـة السـؤال من المدعيين فيمـا اذا كانا يطالبان بالتعويض لمرة واحدة من عدمه ففي حالة رفضهما ذلك وتمسـكهما بالمطالبـة بأجـر المثل دون تعويض تقضي المحكمة برد الدعوى أما في حالة طلبهما التعويض فتكلف الخبراء بتقديم ملحق لتقريرهم لتقدير التعويض المستحق للمدعيين ولمرة واحدة عن المساحة الذاهبة للطريق العام على أن يأخذوا بنظر الاعتبار بأنه يخصص للمنفعة العامة وبدون مغالاة أو اجحاف على أن يتم احتساب مبلغ التعويض المذكور من بدل الاستملاك عن اسـتملاك الجزء موضوع الدعوى رضاء أو قضاء)، غير منشـور.

٢- قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٢٣/٤٢/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠٢٠ في ٢٥/٢/٢٠٢٠، غير منشور.

٣- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٨٢/الهيئة الموسعة/٢٠١٩ في ١٨/٣/٢٠١٩، غير منشور.

٤- جاء بقرار لمحكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٢٨٧/هيئة اسـتئنافية/٢٠٢١ في ٣١/٣/٢٠٢١: (ثبت للمحكمة انه قد تم اقامة معمل للأسفلت على أرض المدعي فمنح الحق بالتعويض لمرة واحدة)، غير منشور.

٥- قرار محكمة التمييز بالعدد ٢٣١٨/هـ س/٢٠١٩ في ١٢/٥/٢٠١٩، نقلا عن القاضي سـعد جريان التميمي المبادئ القانونية، ج٤، ٢٠٢١، ص٢٢.

الغاصب احدى دوائر الدولة، وان هذا النوع من التعويض تم النص عليه في المادة (١٢) من قانون وزارة الكهرباء النافذ فقط دون غيره من قوانين الوزارات الأخرى وهو استثناء لا يجوز التوسع فيه، إلا ان القضاء أخذ بالقياس عليه في مشاريع الماء والمجاري أو حتى مد أنابيب النفط والغاز، إذ إن الطبيعة المادية لمثل هذه المشاريع لا تقتصر على مساحة محددة من الأراضي لكي يتسنى لهذه الدوائر استملاكها، بل تمتد لمساحات شاسعة على طول مسار أنبوب الماء أو المجاري أو النفط أو الغاز، فكانت محكمة التمييز موفقة في تبنيها هذا المبدأ[١]. إلا أن التوسع وقياس كل مشروع تابع لدوائر الدولة على أرض الغير فان مالك العقار يستحق التعويض لمرة واحدة فانه اجتهاد من القضاء في غير مورده ولاسيما أن النص الخاص بهذا النوع من التعويض جاء مخصوصاً بقانون وزارة الكهرباء، ومن ثم لا يجوز تعميمه على غيرها من الحالات، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فان المسوغات التي قدمتها هذه المحكمة للتوسع في التعويض لمرة واحدة ومنها لعدم إرهاق موازنة الدولة والرغبة في استقرار المبادئ القضائية وغيرها من المبرزات المشار اليها كانت لا تنسجم والنصوص التشريعية والدستورية في العراق، تلك النصوص التي تلزم الجميع باحترام حق الملكية الخاصة ولا يجوز أن يحرم صاحبها منها إلا لقاء تعويض عادل .

المطلب الثاني

دعاوى أجر مثل العقار المغصوب في التشريع العراقي

الدعوى هي الوسيلة التي أجاز بها القانون للفرد استخدامها حينما يتعرض حقه أو مركزه القانوني للاعتداء[٢]، فهي الأداة التي تحرك الجهاز القضائي لاستيفاء الحق من قاضي مختص يتمتع بسلطة تقدير الأدلة وقول كلمة الفصل فيها[٣]

١- ينظر قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٣/هيئة موسعة/ ٢٠٢٤ في ١٧/١/٢٠٢٤ الذي ذكر سابقاً. وعلى الرغم من ذلك فان المحكمة نفسها أصدرت قراراً يخالف اتجاه قرار الهيئة الموسعة المذكور بالعدد ١٥٣٤/ ٦٨٧١/الهيئة الاستئنافية العقارية/ ٢٠٢٤، اذ وجدت (ان حكم محكمة الاستئناف المتضمن الزام المدعى عليه مدير بلدية الموصل بتأديته للمدعي مبلغاً مقداره [كذا] كتعويض لمرة واحدة جراء قيامه بضم القطعة للطريق العام على أن ينزل ذلك من مبلغ استملاك القطعة عند استملاكها رضاءً أو قضاءً كان حكمها موافق للقانون بعد ان رفض المدعي التعويض عيناً وطلب التعويض لمرة واحدة والذي قدره الخبراء القضائيون السبعة والذي اعتمدته المحكمة لذا قرر تصديقه..)، غير منشور.

٢- وعرفها المشرع العراقي في المادة من قانون المرافعات المدنية على انها (طلب شخص حقه من آخر أمام القضاء). وعرفتها مجلة الأحكام العدلية في المادة (١٦١٣) منها على انها: (هي طلب أحد حقه من آخر في حضور القاضي ويقال له المدعي والآخر المدعى عليه).

٣- القاضي احمد محمود عبد التميمي: القضاء العمالي في العراق ومدى ملائمته للمعايير الدولية، مطبعة سنتر علوم، بغداد، ٢٠٢٣، ص٢٣.

فـإذا كان موضوع الدعوى حقاً شـخصياً كانت الدعوى شـخصية أو دعوى ديـن، وإنْ كان حقاً عينيـاً كانـت الدعـوى عينية[١]، وقد تعددت الدعـاوى بتعدد مواضيعها إلا ان الـذي يهمنا هي دعوى أجـر مثـل أو التعويض المقامة من صاحب العقار المغصـوب على غاصبه أمام المحاكم المدنية وهي من الدعـاوى الشـخصية وعلى الرغم من ذلك فانَّ هـذه الدعاوى تتعدد بتعدد جنـس العقار ونوعه، وان إجـراءات التقاضي في كل منها قد تتقارب إلا انها ليسـت واحدة، فمـا أنواع دعاوى أجر المثل؟ وكيفية التقـاضي فيها؟ هذا ما سنسـلط الضوء عليه، وكالآتي:

الفرع الأول

أنواع دعاوى أجر المثل

عرفنا أن دعاوى أجر المثل ليسـت واحدة بل متعددة فمنها ما يتعلق بأرض زراعية أو سـكنية أو على عقار موقوف وغيرها، وقد تقام الدعوى على شخص أجنبي عن العقار أو شريك فيه أو بين الورثة أنفسهم، وهنا سنسلط الضوء على أنواع هذه الدعاوى، وكالآتي:

اولاً: دعوى أجر مثل الأرض الزراعية:

يتحقـق الغصـب في العقـار بغـض النظر عن نوعه وجنسـه إلا أن المهم أن ينفـرد أحد الشركاء أو عدد منهم أو شخص أجنبي عنه بوضع يده على هذا العقار الذي معه يحرم مالكه من منفعته متعدياً على حـق صاحبـه وملحقـاً به ضرراً الذي معه ألزمـه القانون بدفع أجر مثل الـعين المغصوبة[٢]، وانْ كان الغاصب شريكاً في العقار، ويسـتغل منه بما يعادل سـهامه أو أقل منها، لأن من غضب جزءاً من العقار يلزم بأجر المثل كل شريك يملك في كل ذرة من ذرات المال الشائع[٣]، من غصب جزء من العقار يلزم بأجر مثل العقار كله اذا تعذر على المالك الانتفاع به بسـبب هذا الغصب الجزئي فان كان المدعي

١- المادة (١٠) من قانون المرافعات المدنية وقد تطرقت المادة (٦٩) من القانون المدني إلى الحق الشخصي والمادة (١/٦٧) من القانون نفسه إلى الحق العيني.

٢- نصـت المادة (١٠٦٣) مـن القانون المدني على: (١- يجوز للشركاء أن يتمتعوا بالعين الشـائعة جميعاً. ٢- ويجوز لكل منهـم حـق الانتفـاع بحصتـه فاذا انتفع بالعين كلها من سـكنى أو زراعة أو ايجار أو غير ذلك مـن وجوه الانتفاع بلا أذن شركائه وجب عليه لهم أجر المثل على انه اذا أجر العين الشائعة بأكثر من أجر المثل وجب عليه أن يعطي كل شريك حصته من الأجر المسماة) .

٣- قـرار محكمـة التمييـز الاتحاديـة بالعـدد ١٠٢٢٥/هـــ م/٢٠٢٢ في ٢٠٢٢/١٢/٨: (حيث وجـدت ان حكم محكمة الموضـوع بـرد دعـوى أجر مثـل غير صحيح كـون الطرفين شركاء على الشـيوع في الحقـوق التصرفيـة في قطعة الأرض الزراعية وان المدعى عليها شـيدت دار سـكن على جزء من العقار فان تأيد هذا الاسـتغلال دون اذن شركائها المدعين فإنها تلزم بأداء أجر المثل لهم وان كان اسـتغلالها لتلك المسـاحة المشـيد عليها الدار أقل من سـهامها الشـائعة في العقار..)، غير منشور.

شريكاً فإنه يستحق بما يعادل حصته[١] ، وان الغاصب يلزم بأجر مثل العقار سواء كان قد أشغل العقار فعلياً أن انه مجرد وضع يده عليه، ويسري الحكم نفسه اذا كان المال منقولاً[٢]، لأن أجر المثل لا يحكم به بسبب الاستغلال، بل بسبب الغصب[٣].

ويقتضي على المحكمة عند انتخاب خبير لتقدير أجر مثل أرض زراعية أن تفهمه باحتساب الأجر المذكور لجميع الأرض وعلى أساس الأرض المتجاوز عليها جملة واحدة وسنوياً لا على أساس المتر الواحد، ويتم احتساب أجر المثل حسب أسهم الشركاء في الأرض الزراعية، ويحكم للمدعي بمقدار سهامه دون أسهم بقية الشركاء بوصفها أرضاً وإن انشأ عليها مشيدات[٤]، وان الأمر يقتضي عرض الموضوع على خبير حسابي لاستخراج ما يستحقه المدعي من أجر مثل المساحة المغصوبة على ضوء سهامه الشائعة في العقار[٥]، ويتعين تحديد المدة المقابلة للمبلغ المحكوم به ابتداءً وانتهاءً عند الحكم.

ولا مانع من المطالبة بأجر المثل للأرض الزراعية الموصوفة سواء كانت مسجلة في دائرة التسجيل العقاري ان عقداً زراعياً، على أن يكون هذا العقد ساري المفعول، وإنْ سجل باسم المتعاقد أو مورثه، فإذا تملك الشخص سهاماً في العقار الشائع، واكتسب قرار التمليك درجة البتات فيكون شريكاً فيه وإنْ لم تسجل سهامه موضوع التمليك في دائرة التسجيل العقاري، إذ ان التسجيل هو كاشف للحق وليس منشأ له وبذلك فلا يمكن مطالبته برفع المشيدات التي أقامها على العقار وإنما للمدعين المطالبة بأجر المثل إذا توافرت شروطها[٦]، ولا يجوز لمشتري العقار بعقد خارجي من مالكه المطالبة بأجر المثل ممن غصبه لبطلان العقد، إلا أنه يمكن للمالك مطالبة المشتري المذكور برفع التجاوز لانتهاء الاباحة بالمطالبة القضائية لا سيما أنَّ مقاولة البيع الخارجية لا ترتب أي أثر بين المتعاقدين والغير

١- وجاء بقرار لمحكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٥٠٢/هـ م/٢٠١٤ في ٣/٤/٢٠١٤ : (ان المدعين باعتبارهم شركاء على الشيوع مع المدعى عليه في العقار فانهم يستحقون أجر مثل بقدر حصة كل واحد منهم في صورة القيد وعن المساحة المستغلة من قبل المدعى عليه فقط باعتباره الجزء المنتفع به دون باقي الشركاء..) نقلا عن القاضي عدنان مايح: المصدر السابق، ص٨٦.

٢- جاء بقرار لمحكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٢٩٦٨/هـ س م/٢٠٢٣ في ٢٣/٨/٢٠٢٣: (انها وجدت حكم محكمة البداءة المتضمن رد دعوى المدعيين الذين طالبوا بأجر مثل الآلية نوع مان لوري ذلك انها أخطأت برد الدعوى بحجة عدم جواز المطالبة بأجر مثل منقول وهذا الرأي لا سند له لأن أجر المثل بمثابة تعويض عن فوات حق منفعة وفقاً للمادة ١/٢٤٠ مدني وبالتالي يحق لمالك المال سواء كان عقاراً أم منقولاً المطالبة بأجر مثله اذا كان مغصوباً..)، غير منشور.

٣- القاضي عدنان مايح بدر: المصدر السابق، ص١٤٦.

٤- ولا يجوز للمتجاوز أن يطالب بأجر استغلاله وانما له الحق بالمطالبة بقيمة الأبنية مستحقة القلع . القاضي مثنى احمد صالح : دعوى أجر المثل، مكتبة صباح، بغداد ، ٢٠٠٢، ص٤٤.

٥- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٢٢٦٧/هـ م/٢٠٢٠ في ٩/٥/٢٠٢٠، غير منشور.

٦- قرار محكمة التمييز بالعدد ١٢٢٥/هـ س م/٢٠٢٠ في ١/٣/٢٠٢٠، غير منشور.

لأنـه عقـد باطـل لا يزال بطلانه الا بإجـازة، لذا أن المدعى عليـه يعد غاصباً ويلزم برفـع التجاوز[١]، وكذلـك يلـزم بأجر المثل اذا اسـتمر غاصباً للعقار، فاذا أقيمت دعوى تمليـك وأقيمت دعوى أجر المثل على العقـار نفسـه، فيقتضي اسـتئخار دعوى أجر المثل لحين الفصل بدعـوى التمليك، لأن الحكم فيها يتوقـف على الفصـل في دعـوى التمليـك[٢]، اذ ان نتيجة دعـوى التمليك مؤثرة فيها وهـو كذلك لو ان الدعوى المقامة دعوى رفع تجاوز على العقار نفسـه[٣].

ثانياً: دعوى أجر المثل أرض الأوقاف:

نظـام الوقـف من أنظمة البر والخير في المجتمع الذي يؤديه الإنسـان بمحـض إرادته ولرغبة منه بالأجر والثواب في الآخرة وشعوراً بالمسؤولية الإنسانية والأخلاقية تجاه الجماعة، وعرف الوقف بأنه (حبـس الأصـل المملوك على حكم ملك الله والتصدق بالمنفعة على جهة خير تهدف إلى البر والنفع العام أو على جهـة ذريـة أو على كليهما)[٤]، وقد وضعت التشريعـات القانونية نظاماً متكاملاً لأحكام أموال الوقف وسـبل حمايتها للحيلولة دون اسـتغلال هذه الأموال إلا بالوجه المقرر له شرعاً وقانوناً[٥] .

والـذي يهمنـا من هذه الوسـائل الموقـف القانونـي والقضائي لمن غصـب أموال الوقـف ، إذ إنّه بالرجـوع إلى الأحـكام العامة المقررة في القانون المدني وفي المادة (١٩٧) منه التي ألزمت الغاصب برد المغصـوب إلى صاحبـه مع أجر مثله بما يعادل المنفعة الحقيقية التي حرم منها صاحب العقار بسـبب اسـتغلال الغاصب له من دون أن يكون هذا الأجر على حسـاب المال العام[٦].

وعلى الرغـم مـن ذلـك فان الأمـر يختلـف إذا كان العقار المغصـوب وقفـاً، إذ إن الغاصب يضمن منافـع الموقـوف مـع ضمان العين وكذلـك أجر مثله مضاعفاً وفقـاً للمادة (٢/١٢) مـن قانون إدارة

١- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٤٨١٨/هـ م/٢٠٢٣ في ٢٠٢٣/٥/١٧، غير منشور.

٢- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٦٦٠/هـ م/٢٠١٤ في ٢٠١٤/٤/١٤ ، نقلا عن القاضي عدنان مايح: المصدر السـابق، ص٧٤. وجـاء بقرارهـا بالعـدد ٢٣٧١/هـ س/٢٠٢٢ في ٢٠٢٢/٧/٢٤: (وحيث ان المدعـى عليه تجاوز على عقار المدعي بالبناء دون سـند ثم قام بشراء الدار وسـجل باسـمه وبذلك يكون غاصباً له للمدة من تاريخ التجاوز ولغايه تملكه..)، غير منشور.

٣- قـرار محكمـة التمييـز الاتحادية بالعدد ٢١١٢/هـ م/٢٠١٩ في ٢٠١٩/٥/٥: (حيث تسـتأخر دعوى المطالبة برفع التجاوز لحين حسـم دعوى التمليك لأن الحكم الذي سـيصدر فيها له تأثيره على مجريات دعوى رفع التجاوز..)، نقلا عن القاضي سـعد جريان: المصدر السابق، ص٨.

٤- وقد تطرقت المادة الأولى من قانون تصفية الوقف الذري رقم ١ لسنة ١٩٥٥ إلى المقصود بهذه الأوقاف. للمزيد ينظر: د. محمد عبيد الكبيسي: أحكام الوقف، ط٢، مطبعة الثورة، بغداد، ١٩٩٠، ص٨٤ .

٥- كضوابـط البنـاء والغـراس على أرض الوقف وضوابط الاجـازة على هذه الأموال وكيفية اسـتبدالها وآثار غصب هذه الأمـوال في التشريعـات للمزيد ينظر د. محمد عبيد الكبيسي: المصدر السـابق، ص٩٠ وما بعدها.

٦- قـرار محكمـة التمييز الاتحادية بالعدد ١٤٣/هيئة موسـعة/٢٠١٦ في ٢٠١٦/٦/٢٠، نقلا عـن القاضي لفتة هامل : المختـار من قضـاء محكمة التمييز الاتحاديـة، ج٨، بغداد، ٢٠١٧، ص٢٤.

الأوقـاف[١] مـن دون التقيـد بالأحـكام القانونيـة العامـة المقـررة في القانـون المدنـي، وكان ذلـك وسـيلة مـن وسـائل الحمايـة التـي قررهـا المشرع العراقـي للمحافظة على أمـوال الوقـف لما يتمتع بـه نظـام الوقـف من طبيعة خاصـة، كونه عملاً مـن أعمـال البر[٢]، والى ذلك ذهب القضـاء العراقي إذ قضى بالحكـم على متجـاوز عقـار الوقـف بأجـر المثـل مضاعفـاً[٣]، الا أنَّ مـا اسـتقر عليـه قضاء محكمـة التمييـز الاتحاديـة عدم شـمول الأشـخاص المعنويـة لمضاعفة أجـر المثل إذا اسـتغلوا عقاراً وإنَّ القضـاء في اتجاهـه هذا لم يسـاير النص التشريعـي آنف الذكر ،وان كان عائـداً لجهـة وقفيـة[٤] القـاضي بمضاعفـة أجـر المثل على من غصب العقار الموقوف، سـواء كان الغاصب شـخصاً طبيعياً أم معنوياً كون النص جاء مطلقاً فهو يسري على إطلاقه من دون تقييد من القضاء ومن غيره اذ لا مساغ مما دعـا محكمة التمييز الاتحادية إلى العدول عن هـذا المبدأ إذ إنها ألزمت لاجتهـاد في مـورد النص[٥] وعلى جميع الأشخاص (الطبيعية والمعنوية) بدفع أجر المثل مضاعفاً اذا كان العقار موقوفاً[٦].

١- اذ نصت على انه (يضمن المتجاوز ضعف أجر المثل من تاريخ التجاوز لغاية رفع التجاوز..).

٢- ونـرى انـه لا يوجـد مبرر شرعـي أو قانوني لمضاعفـة أجر المثل على الغاصـب اذا كان العقار وقفـاً لأن في ذلك تفعيل لقاعدة الاثراء بلا سبب لجهة الوقف واعطاءها أكثر من استحقاقها وهذا ما ترفضه الشريعة الاسلامية ولا يقره القانون لـذا فـان تشـديد العقوبة الجزائية التي فرضها على غاصب العقـار في المادة (١٢) منه يكفي ليحقق المشرع مبتغاه .

٣- جـاء بقـرار لمحكمـة التمييز الاتحاديـة بالعدد ٤٠٩٣/هـــ م س/٢٠١٩ في ٢٠١٩/٩/١٥: (ان حكـم محكمة البداءة القـاضي بالـزام المدعـى عليه بتأديته للمدعي مدير عام الوقف السـني اضافة لوظيفته والشـخص الثالـث مدير عام هيئة ادارة واسـتثمار أموال الوقف الشـيعي اضافة لوظيفته أجر المثل مضاعفاً من تاريخ ٢٠١٤/٦/١ ولغاية اقامة الدعوى وجدته صحيحاً وموافقاً للشرع والقانون..)، غير منشـور. وأكدته المحكمة في قرارها بالعدد ١٦٥٧/ هـ س ع/٢٠٢٣ في ٢٠٢٣/٨/٢: (حيـث وجـدت ان محكمـة بداءة الوجيهية المتضمن الحكم على المدعى عليه بتأديته لرئيس الوقف الشـيعي اضافـة لوظيفتـه أجـر المثل مضاعفـاً لقطعة الأرض التي قـام بزراعتها وهي مخصصة لبناء مسـجد وحسـينية وجدته صحيحاً وموافقاً للقانون)، غير منشـور.

٤- جاء بقرار لمحكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٦٤/هـ س ع/٢٠١١ في ٢٠١١/٢/٦: (ان حكم محكمة الموضوع القاضي بالزام المدعى عليهم بتأديته للمدعي رئيس ديوان الوقف الشيعي اضافة لوظيفته أجر مثل مضاعفاً عن تجاوزه عن جزء من العقار فوجدته غير صحيح لأن قضاء هذه المحكمة قد استقر بقرارها ٤٣٠/هـ ش/٢٠١٠ في ٢٠١٠/١١/٢٣ بعدم شمول الأشخاص المعنوية بنص المادة ٢/١٤ أوقاف)، غير منشور.

٥- المادة من القانون المدني.

٦- قـرار محكمـة التمييـز الاتحاديـة بالعـدد ٥٩٤٨/هـــ س ع/٢٠٢٣ في ٢٠٢٣/١/٢٢ اذ انها (صدقـت حكم محكمة الاسـتئناف المتضمن الزام المدعى عليه مدير بلدية الخالص بتأدية ضعف أجر المثل للمدعي رئيس ديوان الوقف الشـيعي لانتفاعه بجزء من العقار موضوع الدعوى وللمدة المذكورة مبلغ قدره [كذا] بعد أن اتخذ المدعى عليه اضافة لوظيفته ذلك الجزء المغصوب كساحة لبيع الفاكهة والخضر وبهذا يعتبر غاصباً لذلك الجزء..). وتأكد ذلك أيضاً بقرارها بالعدد ٢٨٥٢/ هـ س/٢٠١٣ في ٢٠٢٣/١٠/١٨ اذ انها صدقت حكم محكمة الموضوع القاضي برد دعوى رئيس ديوان الوقف السـني اضافة لوظيفته بدفع أجر المثل مضاعفاً إلى المدعي رئيس ديوان الوقف الشيعي بعد أن تبين ان هيئة ادارة واستثمار أموال الوقف السـني قامت بتأجير العقار ولأن الهيئة المذكورة تتمتع بالشـخصية المعنوية المستقلة استناداً للمادة ٩٥/ثانياً/ب من قانون ديوان الوقف السني رقم ٥٦ لسنة ٢٠١٢ فتكون المادة [٢] من القانون المدني هي الخصم الحقيقي في الدعوى

ويمكـن لصاحـب العقار الموقوف وغيره مطالبة غاصبيه بدعوى واحدة إذا كان اسـتغلال العقار مشتركاً بينهم[١]، وان إنشاء الغاصب على الأرض مشيدات من دون زعم شرعي فإنَّ صاحبها يستحق أجر مثل الأرض فقط من دون المحدثات، سـواء كان العقار موقوفاً أم غير موقوفٍ[٢].

ثالثاً: دعاوى أجر المثل بين الورثة:

يمكـن أن يكـون الورثة شركاء على الشـيوع في العقار الآيل اليهم من مورثهم، ويكتسـب الوارث حق الملكية تلقائياً وبمجرد الوفاة، بغض النظر عن إجراء عملية الانتقال والتسجيل في دائرة التسجيل العقاري[٣].

وبذلـك يحـق للوريث المطالبة بأجر المثل من غاصب العقار الموروث له بصفته الشـخصية سـواء كان الغاصب أحد الورثة واستأثر باستغلاله أم أجنبي عن العقار وذلك باللجوء إلى القضاء خلال مدة حرمانه من الانتفاع بالعقار ومن تاريخ وفاة مورثه، إذ لا يمكنه المطالبة بأجر مثل خلال مدة الغصب المتحققة حال حياة مورثه، بزعم ان هذا الحق خالص للمورث كونه قد ترتب في حياته[٤].

ونـرى في ذلـك ان قضاء محكمـة التمييز الاتحادية لم يقدم مسـوغات مقبولة قانونـاً في اتجاهه، إذ إنَّ الحـق المترتـب بذمة الغاصب لصاحب العقار لا يسـقط بموته مع عـدم المطالبة، إذ إنه ينتقل إلى ورثته أسـوة ببقية الحقوق والديون وهذا ما تقتضيه مبادئ العدالة ويقره القانون الذي حدد طرق انقضـاء الديـن صراحة في نصوصـه[٥]، إذ ان للوارث صفـتين: أولهما تمثل أموالـه الخاصة، والثانية

ولأن الخصومة من النظام العام..)، غير منشور.

١- وجـاء بقـرار لمحكمة التمييز الاتحاديـة بالعدد ٦٤٠٥/هـ م/٢٠١٨ في ٢٠١٨/١١/١٥: (ان اسـتغلال كل واحد من المدعـى عليهـم لـم يكن مشتركاً فلا يجوز والحالة هذه اقامة الدعوى عليهم بعريضـة واحدة وفقاً للمادة ٦/٤٤ مرافعات فـكان المتـعين على المحكمة تكليف المدعين بحصر دعواهـم بأحد المدعى عليهم وابطالها عن الآخرين فان رفض ذلك الحكم برد الدعوى شـكلاً)، غير منشور.

٢- قرار محكمة التمييز بالعدد ٢١٥٣/هـ س/٢٠١٩ في ٢٠١٩/٥/٥، نقلا عن المحامي سـعد جريان: المصدر السـابق، ص١٨.

٣- وفقـاً للمـادة (١٨٩) مـن قانون التسـجيل العقاري بنصها: (يكتسـب الوارث حق الملكية العقاريـة وما في حكمها من تاريخ وفاة المورث غير انه لا يمكنه التصرف به الا بعد تسـجيله في السـجل العقاري).

٤- جاء بقرار لمحكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٩/هـ م/٢٠١٨ في ٢٠١٨/١/٤: (حيث وجدت ان حكم محكمة الموضوع الزام المدعى عليهما بتأديتهما للمدعي أجر مثل من تاريخ ٢٠٠٦/٥/٤ هو تاريخ وفاة ولده ولغاية تاريخ اقامة الدعوى صحيحاً لثبوت قيامهما بإشغال المهام العائدة للمدعي دون اذن أو موافقة من قبله وهم يعدان غاصبين لمنفعة تلك السهام ويلزمان بأجر المثل عنها..)، وجاء بقرار آخر لها بالعدد ٣٢٤/هـ موسعة/٢٠١٩ في ٢٠١٩/٨/٥ : (ولأن مورثة المدعين وأثنـاء حياتهـا لم تطالب بأجر مثل عقارهـا الذي تم وضع اليد عليه من قبل المدعى عليه وبهذا فقد ارتضت بعدم المطالبة للمدة المطالب بها من قبل ورثتها المدعين فتكون مطالبتهم بأجر المثل اضافة للتركة لا سند لها في القانون وتكون دعواهم واجبة الرد) ، غير منشور.

٥- ان طـرق انقضـاء الالتـزام قد تطـرق لها القانون المدني في الفصـل الخامس والفصل الأول والتي هـي الوفاء والوفاء

تمثـل بهـا ما آل اليه من مورثه من أموال التي يتطلب منه إقامة الدعوى للمطالبة بأي حق ومنها أجر مثـل الموصـوف إضافة لتركة مورثـه[١]. وان إضافة الدعاوى ومنها دعوى أجـر المثل للتركة ضرورة لضمـان منـع تنفيذ الحكـم على الوارث بصفته الشـخصية وعلى أمواله إذا صدر الحكـم عليه اذا كان الغصـب قـد وقع من مورثه حال حياته ، بل وضرورة مطالبة المورث بالأجر المذكور من غاصبه لمنعه من الاسـتحواذ على دين المتوفي والاسـتئثار بـه قبل تطبيق أحكام التركـة اذا صدر الحكم له[٢].

وإذا تمـت المطالبـة بأجر المثل من قسـم من الورثة والشركاء دون القسـم الآخر فان المحكمة بعد ثبوت اسـتحقاقهم فيه تقوم بطرح حصص الشركاء الذين لم يطالبوا وتقسـيم الباقي على المدعين كل حسـب حصته وبوسـاطة أهل الخبرة ، و يتعين تحديد المساحة المغصوبة وتحديد أجر المثل وتقسيمه على أصـل الاعتبـار العام للقطعة وضرب الناتـج بمقدار حصة كل واحد من المدعين بموجب السـجل العقاري[٣].

وعلى الرغـم مـن كل ذلك فقد اسـتقر القضاء العراقـي على ان المطالبة بأجر المثل لا يسـتوجب أن يسـبقها حصـول حكـم بمنع المعارضة قبـل المطالبة بهذا الحـق[٤]، ولا تحكم المحكمـة بإلزام المدعى عليهم المدنيين بالتضامن والتكافل اذا لم يطلب المدعي ذلك في عريضة الدعوى[٥]، وان صدور حكم برد دعوى منع المعارضة يجعل المطالبة بأجر المثل عن مدة سـابقة بهذا الحكم لا سـند لها من القانون[٦]، ويجوز إدخال الورثة أو الشركاء الآخرين إلى جانب المدعي للحكم لهم بأجر المثل كأشـخاص ثالثة بل ويجـوز إدخـال غاصـب العقار مع المدعى عليه كشـخص ثالث إلى جانبه اذا وجـد ارتباط بينهم وفقاً لأحـكام المواد (٧٠ و٧١) مـن قانون المرافعات المدنية العراقي، ويمكن لمـشتري العقار مطالبة بائعه

بمقابـل والمقاصـة واتحاد الذمـة وفقاً للمواد (٢٧٥-٤١٩) منـه وجاء في الفصل الثالث طرق انقضـاء الالتزام دون وفاء والتي هي الابراء واسـتحالة التنفيذ والتقادم المسـقط وفي المواد (٤٢٠-٤٤٣) منه .

١- وجاء بقرار لمحكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٠٠٣/هـ م/٢٠١٩ في ٥/٤/٢٠١٩: (حيث لا يمكن تصحيح اسـتدعاء الدعـوى بعـد اقامتها من قبل المدعي باسـمه الشـخصي لإضافة للتركـة كون ذلك تغيير جوهري في الاسـتدعاء وان ادخال الشخص الثالث [ح] بدلا من [ع] وابطال الدعوى بالنسبة للمدعى عليه يجعل الدعوى مقامة على غير ذي صفة لذا تكون الدعوى حرية بالرد)، غير منشور.

٢- القاضي رحيم حسن العكيلي: دروس في تطبيقات القوانين، بغداد، ٢٠٠٧، ص١٠.

٣- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٢١٨٨/هـ م/٢٠٠١ في ١٧/١/٢٠٠١، غير منشور.

٤- قـرار محكمـة التمييـز الاتحادية بالعدد ٤٢٥/هـ م/٢٠٠٨ في ٦/٤/٢٠٠٨، نقلا عن المحامـي علاء صبري: المصدر السابق، ص١٥.

٥- قـرار محكمـة التمييز الاتحادية بالعدد ٣٥٧/هـ م/٢٠٠٧ في ٢٨/٣/٢٠٠٧ ، نقلا عن المحامي علاء صبري : المصدر السابق، ص١٨.

٦- قـرار محكمـة التمييز الاتحادية بالعـدد ٥٨٩/هـ م/٢٠٠٨ في ٤/٣/٢٠٠٨ ، نقلا عـن المحامي علاء صبري: المصدر السابق، ص٢٠.

بأجر المثل إذا بقى شـاغلاً له بعد تسـجيله باسـمه في دائرة التسـجيل العقاري، أما قبل التسـجيل فلا يحق له مثل هذه المطالبة لأن عقد البيع الخارجي باطل، إلا انه لا يحق لمالك العقار الذي باعه واستلم بدل البيع من المشتري الذي استغله مطالبته بأجر المثل لأن المالك قد أباح له الاستغلال في أثناء البيع[١]، في كل ذلـك يكـون لأهل الخبرة عمل في تقديـر أجر المثل في حالة عدم اتفاق الأطراف عليه .

الفرع الثاني

اجراءات دعوى أجر المثل للعقار المغصوب

إن دعـاوى رفع التجـاوز أو منع المعارضة وكذلك دعوى أجر المثل تدور وجوداً وعدماً مع واقعة الغصـب وإن إثبـات هـذه الواقعة وصدور الحكم في الدعوى لأ بد أن يسـبقه قيـام المحكمة بإجراءات تقاضي فيهـا تختلف باختلاف المرحلة التي تكون عليها الدعوى، وكالآتي:

أولاً: اجراءات المحكمة في الدعوى قبل تقدير أجر المثل:

إن الـسير في أيِّ دعـوى أمام القضاء ومنها دعوى أجر المثل أو التعويض لمرة واحدة تتطلب التزام أطرافهـا بإجراءات التقاضي التي رسـمها القانون بعد التثبـت من الدعوى بتوافر شروطها والبيانات الخاصـة بهـا[٢]، ويجب على المحكمة بعد التحقق من صحة التبليغـات لجميع أطراف الدعوى وصحة الخصومة لهم من خلال التثبيت من ان المدعي هو مالك العقار في المدة المطالب بها أجر مثله من خلال اطلاعهـا على صـورة قيد العقار بغـض النظر عما اذا كان المغصوب عقاراً مشـاعاً أم لا، مملوكاً ملكاً صرفـاً من عدمه، ثم البحث عن واقعة الغصب وإثباتها.

وإذا كان طالب أجر المثل وريثاً أو صاحب حق انتقال فيتطلب ربط سند العقار والقسام الشرعي أو القسـام النظامـي الخاص بمورثه وفقاً لما يتطلبه القانـون[٣]، وعليه أن يحدد مقدار الأجر المطالب به ومدته لأهمية ذلك في تحديد مقدار الرسـم الذي يتطلب دفعه وجهة الطعن في الحكم بعد صدوره

١- قـرار محكمـة التمييـز الاتحادية بالعدد ٢١٥٣/هـ م/٢٠١٩ في ٥/٥/٢٠١٩ والـذي جاء فيه: (وحيث ان بيع المدعي عقاره للمدعى عليه بعقد بيع خارجي واسـتلامه كامل الثمن وان اسـتحصال المدعى عليه على حكم قضائي بإعادة البدل المستلم كون البيع الخارجي باطل فان دعوى المدعي بالمطالبة بأجر المثل منه عن مدة استغلاله للعقار أثناء البيع الخارجي تكون واجبة الرد لأن المدعي قد أباح له اسـتغلال العقار مقابل اسـتئثاره بالبدل للمدة المذكورة كون اسـتغلاله كان بزعم شرعي واباحة..)، غير منشور.

٢- وقـد حـددت شروط الدعـوى في المـواد (٣ و٤ و٦) مـن قانـون المرافعات، أمـا بياناتها فقد حـددت في المادة (١٦) من القانون نفسه.

٣- ويعمـل بالقسـام النظامـي اذا كانـت الأراضي أميريـة مفوضة بالطابـو أو ممنوحة باللزمة وتكـون الحصص في هذا القسام متساوية للذكر مثل حظ الأنثى وتكون حصة الزوجة الربع مع الفرع الوارث والنصف في حالة عدم وجوده طبقاً للمادة (١١٩٢) مدني عراقي.

بغية صدور أحكام واضحة وممكنة التنفيذ بلا جهالة وغير متناقضة ولا تكون محل نزاع مستقبلاً[١]، والقـول بـخلاف ذلك يجعل الفقـرة الحكمية غير واضحة لعدم تحديد المدة لابتـداء وانتهاء أجر المثل المحكوم به الغاصب، ولا يجوز للمدعي أن يطالب بالزيادة التي أوردها الخبراء عما طالب به من أجر المثل الا اذا احتفظ بحقه بالمطالبة بهذه الزيادة بدعوى حادثة منضمة أو مسـتقلة[٢]، ويجوز للمدعي الانتقال من المطالبة بأجر المثل إلى المطالبة بالأجر المسمى أو بالعكس[٣]، مثل هذه المطالبة لا تدخل في بـاب التغيير الجوهري في موضوع الدعوى اسـتناداً لأحـكام المادة من قانون الإثبات[٤]، ويكون إثبات واقعة الغصب للعقار بطرق الإثبات كافة، ومنها البينة الشـخصية[٥]، ويمكن أن يكون الحكم السـابق القـاضي بإلـزام المدعـى عليه بدفع أجـر مثل للمدعي عـن مدته السـابقة دليل إثبات مـادام الغاصب مستمراً ووضع اليد على العقار نفسه غصباً وبلا زعم شرعي[٦]، وبعد إثبات واقعة الغصب ومدته يتم إجراء الكشف الموقعي على العقار وبدلالة خبير مساح ليحدد مقدار المساحة المغصوبة وخبير قضائي مختص للقيام بمهمته التي أفهمته بها المحكمة وتقدير أجر المثل على وفق المسـاحة على ضوء المرتسـم المقدم من المسـاح ولمدة الغصب التي حددت من المحكمة، على أن لا يكون التقرير وسـيلة لإثراء طرف على آخر[٧].

١- جاء بقرار لمحكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٥١٦/هـ س/٢٠١٧ في ٢٠١٧/١/١٦: (ان ما ورد بتقرير الخبراء الثلاثة مجرد عبارة خمس سـنوات دون تحديد ابتداء وانتهاء لأجر المثل المحكوم به المدعى عليه يكون غير كافي لتوضيح الفقرة الحكمية لذا قرر نقضه). نقلا عن القاضي حيدر عودة : المصدر السابق، ص٣٦.

٢- وفقـاً للمـادة (٦٦) مرافعات مدنيـة بنصها: (يجوز احداث دعوى جديدة عند نظر الدعـوى فان كانت من قبل المدعي كانـت دعوى منضمة وان كانـت من قبل المدعى عليه كانت دعوى متقابلة).

٣- قـرار محكمـة التمييز الاتحادية بالعدد ٦٥٢٠/هـــ س/٢٠١٤ في ٢٠١٤/١٢/١٧: (يجوز التحول بالمطالبة من أجر المثـل إلى الأجر المسـمى لأنها تمثـل المطالبة في الحرمان من الانتفاع بالعقار)، غير منشـور.

٤- بنصها: (تبسيط الشكلية إلى الحد الذي يضمن المصلحة العامة ولا يؤدي إلى التفريط بأصل الحق المتنازع فيه).

٥- وجـاء بقـرار محكمـة التمييز الاتحادية بالعـدد ٢٨١٥/هـ م/٢٠٢٢ في ٢٠٢٢/٣/٢٠: (وحيـث ان التحقيقات التي أجرتهـا المحكمـة ومنهـا الاسـتماع إلى البينات الشـخصية للطرفين وانها لما لها من سـلطة في تقدير الشـهادة من الناحية الموضوعية والشـخصية وفقاً للمادة (٨٢) اثبات فقد رجحت بينة المدعية على بينة المدعى عليه واعتبرته عاجز عن الاثبات ومنحته حق تحليف المدعية اليمين الحاسـمة والتي أدتها مما يكون المدعى عليه قد خسر ما توجهت به اليمين عملاً بالمادة ١١٩/ثالثاً من قانون الاثبات وحيث ان أجر المثل المطالب به قدر بمعرفة ثلاث خبراء والذي جاء تقريرهم معللاً ومسـبباً ويصلح أن يكون سـبباً للحكم وفق المادة ١٤٠ اثبات قررت تصديقه)، غير منشـور.

٦- وجـاء بقـرار محكمة التمييز الاتحاديـة بالعدد ١٤٤٣/هـ م/٢٠٠٥ في ٢٠٠٥/١٠/٢٧: (ان وجود حكم سـابق بين الطرفين يقضي بالزام المدعى عليه بأجر المثل عن مدة سـابقة ثم أقيمت الدعوى للمطالبة بأجر المثل عن مدة لاحقة وثبت للمحكمـة من خلال الكشـف اسـتمرار حالة التجاوز فانه يحق للمحكمـة اعتماد ذلك الحكم كأحـد الأدلة والأدلة الأخرى للحكم بأجر المثل عن المدة اللاحقة)، غير منشـور.

٧- جـاء بقـرار لمحكمة التمييـز الاتحادية بالعدد ٢٥٠/هـــ س/٢٠١٢ في ٢٠١٢/٢/١٣: (حيث وجدت ان حكم محكمة الموضـوع مخالـف للقانون ذلـك لأن الأجر مغالى فيه لأن القطعة ليس عرصة خالية ومؤجـرة باعتبارها محلاً لبيع حديد

ولا يسقط حق المطالبة بأجر المثل إلا بمرور خمس عشرة سنة وفقاً لنص المادة (٤٢٩) مدني عراقي، وان كان التقادم المذكور ليس من النظام العام ويقتضي تمسك صاحب المصلحة به لكي تخضع المحكمة لأحكامه إلا اننا نجد ان القضاء يأخذ به ومن تلقاء نفسه، ومن دون أي سند تشريعي في ذلك[١]، مما يتطلب من المحكمة العدول عن هذا المبدأ .

ثانياً: اجراءات المحكمة في الدعوى بعد تقدير أجر المثل وموقف القضاء من ذلك:

يعد تقدير أجر المثل أو التعويض من الخبراء المختصين المعينين من المحكمة عند عدم اتفاق أطراف الدعوى على تسميتهم وبدلالة الخبير المساح ، يعرض على أطراف الدعوى لبيان رأيهم فيه بالموافقة أو الاعتراض وللمحكمة سلطة تقدير الاستجابة لهم من عدمه مع التسبيب[٢]، ويمكن للمحكمة أن تتخذ التقرير سبباً لحكمها إذا كان معللاً ومسبباً وغير مغالٍ فيه[٣]، وعلى المحكمة تفعيل قاعدة لا يضار الطاعن بطعنه على الرغم من عدم النص عليها في القانون إلا انها صارت من القواعد المسلم بها قضاءً[٤]، ويقدر أجر المثل استناداً إلى جنس العقار المؤشر في السند وفقاً لما فات على مالكه من منفعة خلال مدة حرمانه

التسليح لذا يتعين على المحكمة الاستعانة بثلاثة خبراء لإعادة التقدير ويفهم الخبراء بأن يكون التقدير مستوفياً للمنفعة التي حرم منها المستأنف/المدعي)، غير منشور .

١- وجاء بقرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٤٣٣٩/هـ م/٢٠٢١ في ٢٠٢١/٧/٢٨: (حيث أصدرت محكمة الموضوع حكماً يقضي بالزام المدعى عليه بتأديته للمدعية أجر مثل حصتها للمدة من ٢٠٠٥/١/٧ ولغاية تاريخ اقامة الدعوى في ٢٠٢١/١/١٠ فكان حكمها مخالف للقانون كون المحكمة قضت بأجر المثل للمدة المذكورة حيث ان تلك المدة بلغت ستة عشر سنة وثلاثة أشهر والتي تزيد عن مدة التقادم الطويل فكان يتعين على المحكمة أن تحكم للمدعية بأجر مثل عن مدة لا تزيد عن خمسة عشر سنة ورد الدعوى بالزيادة)، غير منشور. وتأكد ذلك أيضاً بقرارها بالعدد ٤٨٩١/استئناف عقار/٢٠١٢ في ٢٠١٢/٩/١١ وقرارها بالعدد ٧٤١/هـ م/٢٠٢٠ في ٢٠٢٠/٢/٢، نقلا عن القاضي عدنان مايح بدر: المصدر السابق، ص١٢١.

٢- المادة (١٣٥/ثانياً) من قانون الاثبات بنصها: (للمحكمة أن ترفض اجابة طلب الخصم بتعيين خبير اذا تبين لها عدم لزوم ذلك ويجب أن يكون قرارها مسبباً) .

٣- المادة (١٤٠/أولا) بنصها: (للمحكمة أن تتخذ من تقرير الخبير سبباً لحكمها ..) .

٤- قرار محكمة التمييز الاتحادية ٦٠٩٧/هـ س/٢٠١٩ في ٢٠١٩/١٢/٢٣: (ان حكم المحكمة بأجر مثل للمدعين للمدة المطالب بها والذي فسخته محكمة الاستئناف تعديلاً بالزام المدعى عليه بتأديته للمدعين مبلغ بالقطعة العائدة لهم وجدته محكمة التمييز الاتحادية انه غير صحيح ذلك ان المحكمة اتخذت من تقدير الخبراء الخمسة الذين قدروا التعويض [عشرة ملايين دينار] دون أن تلاحظ بأن المدعيين ارتضيا بالمبلغ الذي حكمت به محكمة البداءة والبالغ أربعة ملايين وتسعمائة وثلاثون ألف دينار ولم يطعنا به استئنافاً وبالتالي تنهض هنا قاعدة لا يضار الطاعن بطعنه وان وصف أجر المثل بالتعويض لا يغير من موضوع الدعوى كون أجر المثل هو نوع من أنواع التعويض وبالتالي كان على المحكمة الحكم لهما وفق المبلغ الذي حكمت به محكمة البداءة..). وجاء بقرارها بالعدد ١٠٧٤/هـ م/٢٠٠٤ في ٢٠٠٤/٣/١: (اذا لم يعترض المدعي على تقرير الخبراء واستجابت المحكمة لاعتراض المدعى عليه بانتخاب خمسة خبراء والذين قدموا تقريره بأجر المثل أكثر من المبلغ المقدر من قبل الخبراء الثلاثة فهنا على المحكمة اعتماد تقرير الخبراء الثلاثة من الحكم وفقاً لقاعدة لا يضار الطاعن بطعنه)، غير منشور.

مـن الاسـتفادة من عقاره وبلا مغالاة ووفقاً للضوابط والأحـكام القانونية المقررة في ذلك[١] ،ويمكن للمحكمة أن تعين خبيراً أو أكثر لإبداء الرأي أمامها شفاهاً، وفي هذه الحالة يدون رأي الخبير في محضر الجلسة ويوقع عليه[٢]،وعلى الرغم من ذلك فإنَّ الاصل ان الخبراء يقدموا تقريرهم تحريرياً بالمهمة المكلفين بها من المحكمة[٣] لأن تقدير الخبراء شفاهاً قد يرافقه الاستعجال وعدم دراسة الدعوى على النحو المطلوب.

وحيـث إن المطالبـة بأجـر المثل يتعلق بحق شـخصي، فـإنَّ المحكمة المختصة في نظـر الدعوى هي محكمـة موطـن المدعى عليـه أو مركز معاملاتـه وليس محكمة محـل العقار وفقاً للمـادة (٣٧) من قانـون المرافعـات المدنية[٤]، وفي هذه الحالة يمكن للمحكمة إنابة محكمة محل العقار لإجراء الكشـف على العقار بمعرفة خبير مختص لتقدير أجر المثل أو التعويض بعد توضيح مهمة الخبير من المحكمة التـي تنظر في الدعوى[٥] .

ولأهميـة إقامـة دعوى المطالبة بحق عيني أمام محكمة محل العقار وعلى الرغم من صراحة النص آنف الذكر فقد ذهبت كثير من التشريعات القانونية إلى النص على ذلك بنصوص خاصة في تشريعاتها لخطورة مثل هذه الدعاوى وأهميتها في المجتمع[٦].

وعلى المحكمة بعد استكمال تحقيقاتها في الدعوى وتكون قد تهيأت لإصدار الحكم أن تقرر ختام المرافعة ثم تصدر حكمها في اليوم نفسه أو تحدد موعد آخر للنطق به [٧].

ويمكـن لمـن صـدر الحكم ضده من أطراف الدعـوى الطعن به بأحد طرق الطعـن المحددة قانوناً

١- المادة (١٣٢) مـن قانـون الاثبات بنصهـا: (تتناول الخبرة الأمور الفنية وغيرها من الأمـور اللازمة للفصل في الدعوى دون المسائل القانونية).

٢- المادة (١٣٨) من قانون الاثبات.

٣- المادة (١٤٤) من قانون الاثبات.

٤- وجـاء في المادة (٣٦) مـن نفـس القانـون: (تقـام الدعـوى في محكمة محل العقـار اذا تعلقت بحق عينـي واذا تعددت العقـارات جاز اقامة الدعـوى في محل أحدهما).

٥- وأرى مـن الأفضـل أن تعامـل دعوى المطالبة بأجر مثل كدعوى المطالبة بالحق العيني وتكون محكمة محل العقار هي المختصة بنظر الدعوى نوعياً لأن هذه المحكمة هي الأقرب للعقار والأسـهل عليها اجراء الكشـف الموقعي والاسـتماع إلى البينة الشخصية موقعياً وبالتالي حسم الدعوى خلال السقف الزمني المقرر بأقل التكاليف ودون مشقة على المتخاصمين.

٦- وهـذا مـا هـو مقرر في التشريعات القانونية صراحة بنصوصها ومن هذه الدعاوى: أ- دعوى الشـفعة في المادة (١٤٠) مدني. ب- دعوى الاستملاك والتعويض الناشئة عن تطبيقه في المواد (١٠ و٥٢) من قانون الاستملاك. ج- مزايدة العقار في مديريـة التنفيـذ الـذي يقع في منطقتها العقار وفقاً للمادة (٩٤) من قانـون التنفيذ. د- دعوى اطفاء الحقوق التصرفية للأراضي المشـمولة بقانـون رقـم ٥٣ لسـنة ١٩٧٦. هـ- دعـوى تثبيت حقوق المغارسـة وفق القرار ١٨٢ لسـنة ٢٠٠٢. و- دعـوى اسـتملاك المسـاحة الداخلة ضمن المشروع المشـمول بأحـكام قانون تنفيذ مشـاريع الري. ز- دعـوى التمليك وفق القرار ١١٩٨ لسـنة ١٩٧٧. وقد أشـار إلى ذلـك قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعـدد ٣٧/الهيئة العامة/٢٠١٨ في ٢٥/١١/٢٠١٨ ، غير منشـور.

٧- المادة (١٥٦) مرافعات مدنية .

وعلى سبيل الحصر[١]، الذي معه يمكن لأطراف الدعوى إعادة النظر في الحكم من المحكمة نفسها التي أصدرته أو محكمة أعلى منها درجة بقصد فسخه أو نقصه أو تعديله أو إبطاله، وان الخصم مخير في سلك أي من طرق الطعن[٢].

على أيِّ حـال يتـم تقدير أجر المثل من الخبراء وفقاً لجنس العقار المؤثر في صورة القيد، ولا يجوز للشريك أو مالك العقار من غير الشركاء المطالبة بأجر المثل عن المساحة نفسها وذات المدة لمرتين[٣]، وان تقدير أجر المثل يكون قياساً على عقار آخر مماثل له بالمساحة والاستغلال وجودة التربة ومدى توافر مياه السـقي وحسـب الأسـعار السـائدة ووقت المطالبة، وعلى الخبراء أن يراعوا أيضاً المنفعة العادلة للعقار من دون مغالاة بعد خصم نفقات الصيانة المعتادة ومصاريف الحراثة اذا كانت الأرض زراعية والسـماد ومصاريف جني الثمار والمحصول وكذلك أجور النقل والتسـويق وأي نفقات ومصروفات يرى الخبراء ضرورتها في ذلك ، وإن عدم مراعاة ذلك يجعل تقدير الخبراء عرضة للطعن[٤]، واسـتقر القضاء العراقي على ان قيام كل شريك في العقد الزراعي باستغلال المساحة المقررة له والمحددة بصلب العقـد بالمهايـأة المكانية بين هؤلاء الشركاء وبواقـع ثلاثين دونماً يؤدي إلى انتفاء حالة الغصب[٥]، على أنَّـه اذا كان المدعـى عليه شريكاً في العقار فلا يحق لأي مـن الشركاء معه مطالبته برفع التجاوز وانما لـه المطالبـة بأجـر المثل اذا توافرت شروطه[٦]، ويمكن للشريك إقامـة دعوى منع معارضة على أي من

١- المادة (١٦٨) مرافعـات مدنيـة والتي نصت: (الطرق القانونية للطعن بالأحكام هي: ١- الاعتراض على الحكم الغيابي. ٢- الاسـتئناف. ٣- اعادة المحاكمة. ٤- التمييز. ٥- تصحيح القرار التمييزي. ٦- اعتراض الغير).

٢- المادة (٢/١٧٧) مـن قانـون المرافعات بنصها: (يعتبر الطعن في الحكم الغيابي بطريق طعن آخر غير طريق الاعتراض نزولاً عن حق الاعتراض) .

٣- قرار محكمة التمييز بالعدد ١٥٦٩/هـ س/٢٠١٩ في ٢٠١٩/٣/٣١: (حيث تأيد اشغال وزارة الزراعة ممثلة بشعبة زراعة قره تبة ودائرة البيطرة للعقارين العائدين إلى مديرية بلدية قره تبة دون اذنها واستحقاق أجر المثل الا ان عريضة الدعوى تضمنت المطالبة بأجر مثل ابتداءً من ٢٠٠٨/٦/١٧ وقد سبق للمدعي اضافة لوظيفته أن أقام الدعويين المرقمتين [كـذا] للمطالبـة بأجـر المثل من ١٩٩٤/١/١ لغاية ٢٠٠٩/١/١ وقد صدر الحكم بذلـك وبما ان المدة المطالب بها في هذه الدعوى قد اسـتوفى أجر المثل عنها للمدة من ٢٠٠٨/٦/١٧ ولغاية ٢٠٠٩/١/١ في الدعويين أعلاه لذلك كان على المحكمة استبعاد تلك المدة وعدم احتسابها وتكليف الخبراء بتقديم ملحق لتقديرهم..)، غير منشور.

٤- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٢٢٤/هـ م/٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/٢/٢٤: (حيث لم تلاحظ المحكمة مبالغة الخبراء في تقدير عدد أشـجار النخيل المثمرة في الدونم وانهم لم يقدروا كلفة الانتاج من تسـميد وسـقي وحراسـة وتلقيح وعناية وجني الثمار وتسـويقها وما إلى ذلك من المصاريف وطرحها من القيمة المقدرة كأجر المثل للوصول إلى صافي الريع الذي يسـتحقه أصحاب الأرض على فرض اسـتغلالها كبستان حسب جنسـها في القيد العقاري). نقلا عن المحامي علاء صبري: المصدر السابق، ص٢٢.

٥- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٢٣٢/هـ ش/٢٠٢٢ في ٢٠٢٢/١/٣٠، غير منشور.

٦- قـرار محكمـة التمييـز الاتحادية بالعدد ٣٩٠٩/هـ س/٢٠١٩ في ٢٠١٩/٨/٢٢، غير منشـور. وجاء بقرارها بالعدد ٦٧٨/هـ س/٢٠٢٠ في ٢٠٢٠/٨/١٠: (ان حكـم المحكمـة بأجـر المثل كان صحيحاً ذلك لإقـرار المدعى عليه بوضع يده على القطعـة موضـوع الدعوى وذلك بشرائها بتاريخ ٢٠١٧/٧/٤ ولأن المدعين حصروا المطالبة للمدة من ٢٠١٥/٤/١٣

الشركاء الذين استغلوا منفعة سهامه ولكن من دون تسليم ويتم تنفيذ الحكم بإشعار المدين في مديرية التنفيذ والطلب منه بعدم المعارضة واذا عاد إلى المعارضة للدائن ثانية يمكن الإشعار إلى محكمة التحقيق باتخاذ الإجراءات القانونية بحقه وفق المادة (٣٢٩) من قانون العقوبات، وفي كل ذلك يتطلب أن يكون لمن يطالب بأجر المثل أو التعويض أن يكون مالك العقار أو مستأجره، وإلا لا يمكن لمشتري العقار مطالبة مستأجره بأجر المثل اذا كان بيده عقد إيجار ثابت التاريخ سابق على تاريخ نقل الملكية إلى المدعي، كون العقد والحالة هذه يسري بحقه عملاً بالمادة (١٤) من قانون إيجار العقار[١]، فان لم يكن عقد الإيجار ثابت التاريخ فلا ينفذ العقد بحق المالك الجديد[٢]. فاذا عجز المستأجر عن اثبات دفعه بأنه مستأجر من المالك السابق للعقار، يمنح حق تحليف خصمه يمين عدم العلم[٣]، واذا ثبت من عقد الإيجار المبرم بين المالك السابق والمدعى عليه والمصدق من الهيئة العامة للضرائب، يعد العقد ثابت التاريخ بموجب المادة (٢٦) من قانون الإثبات وهو حجة على الغير قبل انتقال ملكيته إلى المدعي ، مما تكون الدعوى باعتبار المدعى عليه غاصباً للعقار فاقدة لسندها[٤].

الخاتمة

بعد الانتهاء من دراستي في البحث الموسوم (مسؤولية غاصب العقار المدنية عن أجر المثل والتعويض في التشريع العراقي) الذي عالجت أحكامه فضلاً عن القانون المدني العراقي قوانين خاصة أشارت إليها الدراسة، ومن كل ذلك لا بد من التطرق إلى أهم النتائج التي توصلنا اليها والتوصيات التي نراها جديرة بالذكر وهي على النحو الآتي:

أولاً: النتائج:

١. إن دعوى المطالبة بأجر المثل تدور وجوداً وعدماً حول واقعة الغصب.

٢. عدَّ القانون المدني العراقي أجر المثل تعويضاً لصاحب العقار عن فوات منفعته، وقد أرجع ذلك الحق إلى مصادر الالتزام المتمثل بالعمل غير المشروع تحت عنوان (الغصب).

ولغاية ٢٠١٧/٧/٤ فيكون دفع المدعى عليه غير منتج لأن تسجيل العقار بعد هذا التاريخ باسمه لا يعد اجازة لاحقة له..)، غير منشور.

١- بنصها: (يحل المالك الجديد للعقار محل سلفه المؤجر في الحقوق والالتزامات المقررة بموجب هذا القانون).

٢- وعقد الايجار يكون ثابت التاريخ بإحدى الحالات المنصوص عليها في المادة (٢٦) من قانون الاثبات.

٣- قرار محكمة التمييز بالعدد ١٢٤٢/هـ م/١٩٩٤ في ١٩٩٤/١٢/٢٠، نقلا عن القاضي ابراهيم المشاهدي: زبدة القضاء القسم المدني، بغداد، ٢٠١٣، ص٥٠.

٤- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٢٦٥/الهيئة الاستئنافية/٢٠٠٦ في ٢٠٠٩/١/٢٠ ، نقلا عن القاضي عدنان مايح: المصدر السابق، ص١٢٨.

٣. مـن الآثـار المترتبـة على فعل الغصـب- سـواء كان عقاراً أم منقـولاً- إلـزام الغاصب برد المغصوب عيناً ويضمن أي نقص أو إتلاف حصل له ولو دون تعد أو تقصير من قبله فضلاً عـن إلزامه بأجـر مثله عن مدة حرمانه من الانتفاع به.

٤. لقـد أقـر المشرع العراقي التعويض لمرة واحدة في قانـون وزارة الكهرباء وقد أخذ القضاء العراقي بهذا المبدأ وطبقه على حالات متشابهة وبنطاق محدد ومنها مشاريع الماء والمجاري وأنابيب النفط.

ثانياً: التوصيات:

١. إبقـاء نظـرة القضاء إلى الملكية الخاصـة للأفراد على إنها ملكية مقدسـة وفقاً لما هو مقرر بالتشريعات والدساتير المحلية والعالمية وأن لا يكون حرمان صاحبها من منفعتها إلا بنص القانون ولقاء تعويض عادل .

٢. لتفـشي ظاهرة غصب العقارات العائدة للمواطنين ومن أجل توفير الحماية لها، يتطلب من مشرعنا فرض- فضلاً عن الجزاء المدني- عقوبة جزائية على الغاصب أسـوة بقرار مجلس قيـادة الثـورة المنحل رقم ٣٦ لسـنة ١٩٩٤ وأن تطبق هـذه العقوبة على كل غاصب بغض النظر عن نوع العقار.

٣. يتطلب من القضاء عدم التوسـع بمبدأ التعويض لمرة واحدة إذا كان الغاصب إحدى دوائر الدولة أو القطاع العام والتقيد بالنصوص القانونية التي تقر هذا المبدأ ولاسيما أن القضاء لم يقدم المسوغات القانونية المقبولة لهذا التوسع.

٤. ولكـون الـوارث يكسـب حق الملكيـة في العقار لمجرد وفـاة مورثه فان ذلـك لا يحرمه من المطالبـة بأجـر مثله للمدة التي كان فيها العقار مغصوباً في حياة مورثه لأن مثل هذا الحق لا يسـقط إلا بالطـرق المقررة قانوناً مما يتطلب من القضاء الرجـوع عن هذا المبدأ حفاظاً لحقوق الورثة بالتعويض العادل.

٥. إن مضاعفـة أجـر المثـل عـلى الغاصـب اذا كان العقـار من أمـوال الوقف المقـرر في المادة (٢/١٢) من قانون إدارة الأوقاف فيه إثراء على حساب الغير وإن المشرع لم يقدم مسوغات مقبولـة وشرعية لهذا المبدأ مما يتطلـب من المشرع العدول عنه.

وفي الختـام نأمل أن نكون قد وفقنا الله في بحث دراسـة الموضـوع ونتائجه وتوصياته ، آملين أن ينال القبول والاستحسان .

ومن الله التوفيق

المصادر

أولاً: القرآن الكريم.

ثانياً: المراجع والمصادر الفقهية:

١. أبو القاسم نجم الدين جعفر الحلي: المختصر النافع في فقه الإمامية، مطبعة النعمان، النجف، ١٩٦٦.
٢. أبو محمد سعيد بن حزم الأندلسي: المحلى بالآثار، ج٦، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٣ .
٣. زين الدين نجيم الحنفي : البحر الرائق في شرح كنز الدقائق، ج٨، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٧.
٤. شمس الدين السرخسي: المبسوط، ج٦، دار المعرفة، بيروت، ١٩٨٩.
٥. علاء الدين السمرقندي: تحفة الفقهاء كتاب الغصب، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة طبع.
٦. محمد أمين بن محمد عابدين المعروف بابن عابدين: رد المحتاج على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج٩، مطبعة دار عالم الكتب، الرياض، ٢٠٠٣.
٧. موفق الدين محمد بن عبدالله بن محمد بن قدامة: المغني، ج٧، دار عالم الكتب، الرياض، ١٩٩٧.

ثالثاً: الكتب القانونية:

١. احمد فتحي بهنسي: السياسة الجنائية في الشريعة الإسلامية، مكتبة العروبة، القاهرة، ١٩٦٥.
٢. القاضي جاسم حسين دنان: أجر المثل في العقار الشائع، بحث مقدم إلى المعهد القضائي لغرض الترقية، ٢٠٠٥.
٣. د. حسن علي الذنون: النظرية العامة للالتزام– مصادر الالتزام، مطبعة العاتك، بغداد، ٢٠١٢.
٤. صلاح الدين الناهي: الوجيز في المرافعات المدنية والتجارية، ط٤، بغداد، ١٩٦٢.
٥. القاضي صهيب دحام عبادة: غصب العقار بين الجواز الشرعي والضمان بحث مقدم إلى مجلس القضاء الأعلى لأغراض الترقية، بغداد، ٢٠١٥.
٦. د. عبد الجبار حمد شرارة: أحكام الغصب في الفقه الإسلامي، مطبعة بيروت، ١٩٧٥.

٧. د. عبد الرزاق احمد السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دار النهضة، ج١، مصر، بدون سنة طبع .
٨. د. عبد المجيد الحكيم: الوجيز في شرح القانون المدني العراقي– مصادر الالتزام، ج١، بغداد، ١٩٦٩.
٩. د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير: الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج١، مطبعة العاتك، بغداد، ٢٠١٨.
١٠. د. عدنان مايح بدر: دعاوى البداءة وأحكامها في القانون العراقي، بغداد ٢٠١٩.
١١. القاضي علاء صبري التميمي : المجموعة المدنية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية، ط٢، بغداد، ٢٠٠٩.
١٢. القاضي محمد حيدر حسين: غصب العقار وموقف القضاء العراقي، بحث مقدم إلى مجلس القضاء الأعلى لغرض الترقية، بغداد، ٢٠١٤.
١٣. د. محمد عبيد الكبيسي: أحكام الوقف، ط١، مطبعة الثورة، بغداد، ١٩٩٠.
١٤. د. يونس صلاح الدين علي: بحث تملك العقار المغصوب بالتقادم في القانون الانكليزي، مجلة الرافدين، المجلد ٢، العدد ٦٩، ٢٠٠٨.

ثانياً: القوانين:

١. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل.
٢. قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل.
٣. قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ المعدل .
٤. قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ المعدل .
٥. قانون الاستملاك رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ المعدل .
٦. قانون إدارة الأوقاف رقم ٦٤ لسنة ١٩٦٦ المعدل .
٧. قانون وزارة الصناعة والمعادن رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢ .
٨. قانون وزارة الكهرباء رقم ٥٣ لسنة ٢٠١٧ .
٩. قانون إدارة البلديات رقم ٦٥ لسنة ١٩٦٤ .
١٠. قانون تنفيذ مشاريع الري رقم ١٣٨ لسنة ١٩٧١.

القرصنة الالكترونية وكيفية تلافيها ومواجهتها قانونيا

نائب المدعي العام
علي جبار صكيل طاهر الاسدي

المستخلص

القرصنــة الالكترونيــة هي وليدة التطورات التكنولوجية وما شــهده التطور في مجال الحاســوب والبرمجيات

وان دول العالــم على درجــات متفاوتــة من التطور الاجتماعي والاقتصــادي والتكنولوجي وهذا يعكــس بظلالــه على مدى المعالجات التشريعية ومدى الحاجــة لها التي يقدرها المشرع الوطني

وأن العالم يشهد هجمات سيبرانية التي تعد من أهم التحديات للمجتمع الدولي وذلك لتأثيره على الأمن القومي للدول كما أنها تعد من أبرز التحديات التي تهدد السلم والأمن الدوليين لأن استخدامهما يعد عملاً عدوانياً يصنف تحت اطار جريمة العدوان التي تترتب على ضوئها مسؤولية الأفراد الجنائية لكونها تعد جريمة دولية

أن الهجمات الســيبرانية تعد من المفاهيم التي ظهرت في العصر الحديث نتيجة للتطورات العلمية والتكنولوجيــة التي يشــهدها العالم التي تشــهد تزايداً غير محدود وأن تلــك الهجمات لم يظهر اتفاق دولي بشــأنها فيما يتعلق بتعريفها أو تنظيمها.

كما أن الهجمات السيبرانية عابرة للحدود فهي لا تقف عند الحدود الجغرافية وما وضعته الدول من ترسيم لحدودها مع الدول الأخرى فهي تعد المجال الخامس جنباً إلى جنب مع البر والبحر والجو والفضــاء الخارجــي. ونرى أهمية تضمين التشريعــات الوطنية نصوصا تحرم الهجمات الســيبرانية وتضــع عقوبــات تتناســب مع تلــك الجرائم لــردع الجنــاة. وضرورة بــذل الجهود من أجــل تطوير قواعــد القانون الدولي العام وقواعد القانون الدولي الإنســاني من أجــل مواكبة التطورات الحاصلة في تكنولوجيــا المعلومات والاتصالات ضرورة الســعي من أجل توســيع تعريف

العدوان كي يشــمل اعمالاً أخرى بوصفها اعمالاً عدوانية تمس الاســتقرار الســياسي والاقتصادي للدول كما أنها تعد تهديداً للســلم والأمن الدوليين. وتوسيع قاعدة المسؤولية

الجنائيــة الفرديــة التي أشــار إليها النظام الأســاسي للمحكمة الجنائية الدولية كي تشــمل الأفراد المــرؤوسين والقادة للحد من تهرب المرؤوسين من المســؤولية

Abstract

Cyber piracy is a product of technological advancements and the developments in the field of computers and software. Countries around the world exhibit varying degrees of social, economic, and

technological development, which impacts the extent of legislative measures and the necessity for such measures, as determined by national legislators.

The world is currently witnessing cyberattacks, which are among the most significant challenges facing the international community due to their impact on national security. Such attacks also pose one of the most prominent threats to international peace and security, as their use constitutes an act of aggression classified under the framework of crimes of aggression, thereby incurring individual criminal liability as an international crime.

Cyberattacks represent concepts that have emerged in the modern era as a result of the ongoing scientific and technological advancements. These attacks are increasing without limits, yet no international consensus has been reached regarding their definition or regulation.

Additionally, cyberattacks transcend borders; they are not confined by geographic boundaries or the demarcations set by states with other countries. These attacks have become the fifth domain, alongside land, sea, air, and outer space.

There is a pressing need to include provisions in national legislations that criminalize cyberattacks and impose penalties proportionate to such crimes to deter perpetrators. Efforts must also be made to develop the rules of public international law and international humanitarian law to keep pace with advancements in information and communication technologies.

It is crucial to work towards expanding the definition of aggression to include other acts considered aggressive, as they undermine the political and economic stability of states and threaten international

peace and security. Moreover, the scope of individual criminal responsibility, as outlined in the Rome Statute of the International Criminal Court, should be broadened to include subordinates and commanders, thereby reducing the evasion of accountability by subordinates.

المقدمة

القرصنة الالكترونية هي وليدة التطورات التكنولوجية وما شهده التطور في مجال الحاسوب والبرمجيات فإنها تعد جريمة ذات صفات ومزايا تنفرد عما تتسم به الجرائم التقليدية التي نظمتها القوانين الوضعية في سبيل الحد من السلوكيات الضارة وهذا ناجم عن أن سمات الجرائم الالكترونية متأتية من القدرات التي يتسم بها الجاني من خبرة ومعرفة في مجال الحواسيب وطرق التجسس والتنصت عبر الانترنت مما يتيح له القدرة على حجب السلوك المكون للجريمة واخفائه من دون ترك أثر لاكتشافه وسنبين في مقدمة البحث التعريف بموضوع البحث واسباب اختياره واشكاليته واهمية البحث في هذا الموضوع ومنهجية البحث وخطته وذلك كالآتي:

أولاً: التعريف بموضوع البحث:

القرصنة الالكترونية هي سلوك غير قانوني يتم عن طريق اختراق أجهزة الحاسوب عبر شبكة الانترنيت ويقوم بهذه العملية شخص أو عدة اشخاص لديهم خبرة في مجال علم الحاسوب واستخداماته .

ثانيا: اسباب اختيار الموضوع:

إنَّ البحث في موضوع القرصنة الالكترونية تظهر اهميته من كون هذا الموضوع اصبح يشكل مشكلة في العصر الحديث بعدما فرضت ثورة المعلومات على العالم تحديات كبرى ولده التطور العلمي والتقدم التكنولوجي، ولاسيما في تقنية الحاسبات والاتصالات وصناعة الالكترونيات والتعامل مع نظم متطورة للخبرة والذكاء الاصطناعي وظهور الانترنيت والاعتماد اعتماداً مطلقاً في كلَّ مفاصل الحياة على الحاسوب سواء في المجالات الادارية أم الاقتصادية أم المؤسساتية أم الحياة المدنية أم في المجالات العسكرية الصناعية او في الاستخدامات الميدانية الحربية ،وعلى الرغم من هذا التطور العلمي الهائل، فإنَّهُ مع مرور الوقت بدأت السلبيات بالظهور، وإنَّها باتت تشكل منافسة دولية تجسدت بشكل هجمات وقرصنة الكترونية مما حدا بدول العالم إلى تحصين مواقع مؤسساتها الالكترونية وسن قوانين خاصة تجرم هذه الافعال وتفرض العقوبات الجزائية على مرتكبيها، لذا إنَّ اهمية البحث

في هـذا الموضـوع الذي يعـد موضوعا معاصرا اسـتحدثته الحياة المعاصرة وما شـهدته من تطورات علميـة تدعـو لبيان مدى التقـدم التشريعي للدول العربية ومـدى مواكبتها للتشريعـات العالمية التي قطعت شوطاً كبيراً في المجال التشريعي والقضائي للحد من الجرائم الالكترونية والاحتيال الالكتروني والاوجـه الاخرى الناجمة عن هذه المخاطر.

ثالثا: إشكالية البحث:

وتظهـر الاشـكالية في دراسـة هـذا الموضوع الحيـوي المعاصر من عـدة أوجه نسـتطيع إيجازها بالنقاط الآتية:

١. إنَّ دول العالـم كمـا نعلـم عـلى درجـات متفاوتـة مـن التطـور الاجتماعـي والاقتصادي والتكنولوجـي وهذا يعكس بظلاله على مدى المعالجات التشريعية، ومدى الحاجة لها التي يقدرها المشرع الوطني ومن ثم فان دراسة هذا الموضوع سوف تجعل الباحث يلتمس هذا الأثـر فيتطلـب أن يعتمد على مقارنة التشريعات خـارج النطاق الوطني، فقد يرى أنَّ هناك فراغـا تشريعيا بالنسـبة لمنظومته التشريعيـة والقانونية ولاسـيما أنَّ الجرائم الالكترونية ناجمة عن التطورات التكنولوجية التي شـهدها هذا العصر، وان هناك تشريعات لم تواكب تلـك التطورات في الدول المتقدمة.

٢. إنَّ اشـكالية هذه الدراسـة تظهر في بيان مدى علاقة الجرائم الالكترونية بحدوث تغييرات في الواقـع الامنـي للدول من حيث القدرة على صد تلك الافعال غير المشروعة والحد منها.

٣. إنَّ اشـكالية البحـث في موضوع الجرائم الالكترونية يظهر من خـلال كيفية اثباتها وآلياته طبقـا للقانون، فهناك صعوبة تتحقق في كيفية التوصل إلى مصدر هذه الجريمة والقائمين بهـا، لأنَّ من يقوم بتلك الاعمـال الالكترونية المخالفة للقانون لديه خبرة تمكنه من ترك او وضـع صعوبات تحد من عملية التوصل اليه من الجهات المختصة.

٤. إنَّ البحـث في موضـوع القرصنة الالكترونية يسـتعرض مدى تأثير الهجمـات الالكترونية العابـرة للـدول التي لا تقتصر على حدود البلد الذي تصدر عنه تلك النشـاطات الالكترونية المحرمة قانونا، إنما تتعدى ذلك إلى دول أخرى، مما يستدعي البحث في مدى المعالجات على الصعيد الدولي للحد منها وتلافيها.

رابعاً: أهمية البحث:

دراسة موضوع القرصنة الالكترونية يشكل أحد اكثر الموضوعات اهمية التي تشغل فكر الباحثين والمختصين، لما تشـكله من مشـكلة حقيقية ملحة تسـتوجب وضع استراتيجيات؛ لغرض معالجتها

وتأطيرها، سـواء من خلال سـن قوانين تجرم تلك الافعال غير المشروعة التي تتسـبب بضرر للمجتمع والافراد من جهة وللمؤسسات الحكومية والامن الوطني من جهة اخرى او من خلال تحصين المواقع الالكترونيـة بمـا يوفر لها الحماية من الهجمات الالكترونية وبذلك فـان اختيارنا لهذا الموضوع ناجم عن اهميته كونه موضوعاً حيوياً يتطلب الخوض فيه من اجل بيان المشـكلة، والحلول اللازمة لها.

خامساً: منهجية البحث:

وقد اعتمدنا في منهجية دراسة موضوع بحثنا (القرصنة الالكترونية وكيفية تلافيها ومواجهتها قانونيـا) على دراسـة مقارنـة بين التشريعـات العربيـة العراقـي والمصري والسـوداني والجزائري والسـوري والأردني والسـعودي والقطري والكويتي والإماراتي التي عالجت تلك الجريمة وذلك عن طريق دراسـة موسـعة ترمي إلى التركيز على كل جوانب الموضوع بصورة تمنح القارئ صورة كاملة عنـه من دون اغفـال أو اهمال لكلٍّ ما يتعلق بهذا الموضوع.

سادساً: خطة البحث:

لقـد قسـمنا موضوع بحثنـا (القرصنـة الالكترونية وكيفيـة تلافيهـا ومواجهتهـا قانونيا) على مبحثين، وقد قسمنا كل مبحث على مطلبين، المبحث الاول خصصناه لبيان مفهوم القرصنة الالكترونية وذلـك في المطلـب الاول، أمـا المطلب الثاني، فقد بينا فيه انواع القرصنـة الالكترونية اما المبحث الثاني فقـد تطرقنـا في المطلب الاول منـه إلى اركان تلك الجريمـة اما المطلب الثاني فاسـتعرضنا فيه الطرق القانونيـة لتلافيها والجزاء القانوني وذلك حسـب التفصيل الاتي :

المقدمة.

المبحث الاول: مفهوم القرصنة الالكترونية.

المطلب الاول: مفهوم القرصنة الالكترونية وخصائصها واركانها.

المطلب الثاني: انواع القرصنة الالكترونية.

المبحث الثاني: جريمة القرصنة الالكترونية اركانها والجزاء القانوني.

المطلب الاول: اركان الجريمة الالكترونية.

المطلب الثاني: الطرق القانونية لتلافيها والجزاء القانوني.

الخاتمة.

المبحث الأول
مفهوم القرصنة الإلكترونية

القرصنة الإلكترونية تلك الجريمة التي ولدت بالتوازي مع ولادة ثورة تكنولوجيا المعلومات والحاسوب، فهي من ثم نتاج تلك التطوّرات التكنولوجية، وسوف نبيّن في هذا المبحث الذي قسمناه على مطلبين: المطلب الأول سنتطرق إلى بيان مفهوم القرصنة الإلكترونية، وفي المطلب الثاني سنتطرق على خصائص القرصنة الإلكترونية وأنواعها.

لمطلب الأول
مفهوم القرصنة الإلكترونية

سنبيّن في هذا المطلب مفهوم القرصنة الإلكترونية في طريقة بيان المصطلح المتداول بالأوساط العالمية، سواء أكانت الدولية أم الهيئات أم المؤسسات العلمية أم عند الخبراء والمتخصصين القانونيين وسنقسم هذا المطلب على فرعين الأول سنبين فيه مفهوم السيبرانية لغة، أما الفرع الثاني؛ سنبين فيه مفهوم السيبرانية اصطلاحاً وذلك حسب التفصيل الاتي:

الفرع الأول
السيبرانية لغة

السيبرانية هي علم الضبط أو علم التحكّم الأتوماتيكي، وكذلك تعني التخيلية، وقد لا قى اللغويون صعوبة حقيقية في اختيار مصطلح معبرّ عن كلمة سايبر، المشتقة من الإغريقية Kybernetes، التي تعني في الإغريقية الحاكم أو الطيار أو قائد الدفة.

الفرع الثاني
السيبرانية اصطلاحاً

السيبرانية هي نتاج التطوّرات التكنولوجية، لذا تعد مصطلحاً حديثاً نسبياً، وقد اختلف المتخصصون في بيان مفهومها وتعريفها.

وليس هناك تعريف متفق عليه يجمع فقهاء القانون، بسبب اختلاف المصطلح المستخدم، وقد عرّفها احد الباحثين بانها الاستخدام غير المصّرح به لأنظمة الكومبيوتر المحمية أو ملفات البيانات أو

الاستخدام المعتمد الضار لأجهزة الكومبيوتر أو ملفات البيانات[١].

وذهب بعضهم إلى تعريفها بانها عملية الاستغلال المتعمّد لأنظمة الكومبيوتر والشبكات المعتمدة على التكنولوجيا من خلال استخدام البرمجيات المسيئة الضارة[٢].

وعرّفها باحث أخر بانها الفعل الذي يؤدي إلى تقويض قدرات ووظائف الشبكة المعلوماتية من خلال استغلال أحد نقاط الضعف الذي يمنح المهاجم القدرة على التلاعب بالنظام[٣].

وعرّفه باحث اخر بأنَّها عمليات سيبرانية سواء أكانت هجومية أم دفاعية، يهدف من خلالها التسبب بالإصابة أو الوفاة لأشخاص أو الأضرار وتدمير الأعيان[٤].

ويمكننا تعريف السيبرانية بأنها التجسيد غير المشروع المتعمد المتمثل باستخدام الأنظمة الإلكترونية والحاسوب الذي يراد من ورائه أحداث الضرر بأنظمة وملفات إلكترونية تمثل حقوقا للغير سواء كانت تابعة لمؤسسات أم منظمات دولية أم اجتماعية أم عائدة لدولة معينة أم أفراد .

وعرّفها آخرون واستخدموا مصطلح الحرب السيبرانية بدل من مصطلح الهجمات السيبرانية، مؤسسين فكرتهم على الإيديولوجية الأمينة أو العسكرية المتوخاة منها، ويذهب الدكتور أحمد عبيس إلى أنَّ اختيار مصطلح الهجمات السيبرانية هو الأنسب، وذلك؛ لأنَّ مصطلح الحرب السيبرانية يعد مصطلحاً عاماً لا يميز بين آثار استخدام السيبرانية كوسيلة قتالية أم كطريقة قتالية، وإن استخدام مصطلح الحرب غير مرغوب ومحبذ في الوقت الحاضر على مستوى التنظيم الدولي، أن مصطلح الهجمات السيبرانية هو الأفضل والأنسب، كونه مصطلحاً شاملاً لكل المضامين[٥].

ونحن نشاطر في الراي الدكتور أحمد عبيس، ونرى إن مصطلح الحرب السيبرانية هو مصطلح واسع، فيدخل في مضمونه الهجوم السيبراني، وأنَّ بعض تلك الهجمات قد تعد جرائم حرب ضد الإنسانية، بموجب القانون الدولي الإنساني، وبذلك فهو مصطلح عام شامل، لذا نحن نثني على استخدام مصطلح الهجمات السيبرانية، وفي هذا المنوال تصف اللجنة الدولية للصليب الأحمر النشاط الهجومي الذي يتم في القضاء السيبراني بأنَّه هجوم سيبراني، عرّفته بأنه استخدام أنظمة متعددة

١- جدي نسيمة: جرائم المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الجنائي، كلية الحقوق، جامعة وهران، الجزائر، ٢٠١٤، ص٨.

٢- منير البعلبكي: المورد، قاموس إنكليزي، عربي، بيروت، دار العلم للملايين، ٢٠٠٤، ص٢٤٣.

٣- سامي محمد بوثيق، دور الاستراتيجيات الاستباقية في مواجهة الهجمات السيبرالية، الردع السيبراني أنموذجاً، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية. ٢١١-١٦٧ ، ٤ ، ٧ ، ص١٢٤.

٤- د. أحمد عبيس نعمة (الهجمات السيبرانية)، دراسة قانونية تحليلية بشأن تحديات تنظيمها المعاصر، ص١٤- ١٥.

٥- Sehmitt tall in Manual on the international Law , Applicable to cyber warfare: pp.5-16 .

لتغير أو أفساد أو خداع أو أضعاف أو تدمير أنظمة الحاسوب أو شبكات الحاسوب للخصم المستهدف أو المعلومات أو البرامج المدرجة في هذه الأنظمة أو الشبكات أو التي ترسل من خلالها، وقد تؤثر هذه الأنشطة في الكيانات المرتبطة بهذه الأنظمة والشبكات، وقد تستخدم في منع المستخدمين المرخص لهم من الولوج إلى حاسوب أو خدمة معلومات (هجوم الحرمان من الخدمة) أو لتدمير الآلات التي يتحكم فيها الحاسوب[١].

وتراوح أضرار الهجمات السيبرانية من القرصنة الخبيثة وتشويه مواقع الإنترنت إلى دمار واسع النطاق للبنية التحتية العسكرية والمدنية المرتبطة بتلك الشبكات[٢].

ونلاحظ من استعراض التعاريف المتقدمة، أنها أثارت تساؤلات وجدل بين الشّراح والخبراء القانونيين، بوصف أن هذا الهجوم هل يعد وسيلة من وسائل القتال أم أنه طريقة قتالية، ومن خلال الاطلاع على ما ورد في البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف عام (١٩٧٧)، وما ورد في المادة (٤٩/١) الذي وصف الهجمات السيبرانية بانها أعمال عنف هجومية ودفاعية ضد الخصم[٣]، وإذا ذهبنا إلى مقارنة التعريف المشار إليه في المادة (٤٩) أعلاه، نرى أنه لا يصف الهجوم السيبراني بانه هجوم، لأنه لا ينطوي على أعمال عنف حتى وإن وجه هذا الهجوم بصورة هجومية أو دفاعية إذا سلطنا الضوء على المادة (٤٩) من البروتوكول المذكور بمعزل عن ما ورد في احكام الاتفاقية.

أما فيما يتعلق بطبيعة تلك الهجمات؛ فإذا تفحصنا ما ورد في الإقرار العالمي الذي نصّ (إن حق أطراف أي نزاع مسلح في اختيار أساليب ووسائل القتال ليست حقاً لا تقيده قيود).

المطلب الثاني
خصائص القرصنة الالكترونية وأنواعها

وسوف نتطرّق في هذا المطلب إلى دراسة خصائص القرصنة الإلكترونية ومميزاتها وأنواعها، وفي الفرع الأول سنستعرض خصائص القرصنة الالكترونية ومميزاتها، أما في الفرع الثاني؛ فسوف نستعرض أنواع القرصنة الالكترونية.

١- هربت لين، النزاع السيبراني والقانون الدولي الإنساني، المجلة الدولية للصليب الأحمر، ص٥١٦-٥١٧.

٢- حيدر أدهم الطائي، علي محمد كاظم، المشاركة المباشرة للهبة الجماعية في الهجمات السيبرانية، مجلة كلية الحقوق، المجدل (٢١)، العدد (٢)، جامعة النهرين، ٢٠١٩، ص٣٠.

٣- أنظر المادة (٤٩) من البروتوكول الإضافي الأول لعام (١٩٧٧). حيدر أدهم الطائي، علي محمد كاظم، المشاركة المباشرة للهبة الجماعية في الهجمات السيبرانية، مجلة كلية الحقوق، المجدل (٢١)، العدد (٢)، جامعة النهرين، ٢٠١٩، ص٣٠.

الفرع الأول

خصائص القرصنة الالكترونية

الجريمة الالكترونية تعد جريمة ذات صفات ومزايا تنفرد عما تتسم به الجرائم التقليدية التي نظمتها القوانين الوضعية في سبيل الحد من السلوكيات الضارة وهذا ناجم أن سمات الجرائم الالكترونية متأتية من القدرات التي يتسم بها الجاني من خبرة ومعرفة في مجال الحواسيب، وطرق التجسس والتنصت عبر الانترنت، مما يتيح له القدرة على حجب السلوك المكون للجريمة واخفائه من دون ترك أثر لاكتشافه، وسوف نبين هذه الخصائص حسب التفصيل الآتي:

أولاً: القرصنة الالكترونية هي جرائم مستترة ترتكب بواسطة استخدام الحاسوب وشبكة الانترنت وذلك باستخدام طرق وأساليب متطورة في سبيل التمكن من اختراق أنظمة المعلومات الخاصة بالمجنى عليه مع الحرص على عدم ملاحظتها أو العلم بها وبوقوعها مما يضفي على تلك الجرائم طابع الخفاء والاستتار عن الجهة الواقعة عليها وهذا ناجم عن كون القائم بهذا الفعل يمتلك من الخبرات ما يؤهله على إخفاء سلوكه وحجبه عن المجنى عليه.

وتوصف تلك الجرائم بأنها جرائم مستترة؛ لأن ميدانها القضاء السيبراني وهو غير محدود المجال وتكون غامضة الأهداف لأنها تتحرك عبر شبكة المعلومات والاتصالات المتعدية للحدود فضلاً عن اعتمادها على أسلحة الكترونية ذكية ومتطورة[١].

والمعلومات والبيانات المخزنة كذلك فإنَّ الصعوبة تظهر من قيام الجناة بإخفاء ومحو الفعل المكون للجريمة بسهولة وسرعة قبل أو عند اكتشاف تلك الجريمة مما يولد صعوبة بالغة في كشف عملية القرصنة.

ثانياً: الخبرة والامكانيات التي يتمتع بها مرتكبو الجرائم الالكترونية، وهذا يمنحهم الامكانية في تحصين أنفسهم وتوليد الصعوبات أمام الجهود المبذولة من الأجهزة الأمنية في كشفها وذلك عن طريق استخدامهم لكلمات المرور وتشفير البيانات والمعلومات عن طريق استخدام طرق التشفير والبرامج المتقدمة في هذا المجال.

ثالثاً: عدم مواكبة القوانين والتشريعات وقدرتها على موازرة ومواكبة الأساليب المتطورة والمعقدة التي يمارسها مرتكب الجرائم الالكترونية وهذا ناجم عن الفارق في المعادلة بين التطور السريع لتكنولوجيا المعلومات وبين عجز التشريعات عن مواكبة هذا التطور مما يولد عجز في ردع

١- يحيى ياسين سعود، الحرب السيبرانية في ضوء القانون الدولي الإنساني. المجلة القانونية (مجلة متخصصة في الدراسات والبحوث القانونية) العدد الرابع، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، فرق الخرطوم، ٢٠١٨، ص٦.

هـذه الأعمال بعـد أن جرمها القانون.

رابعاً: صعوبة إثبات الجريمة الالكترونية:

وهـذه الصعوبـة ناجمـة عمَّا تمتاز بـه الجريمة الالكترونية مـن كونها جريمـة ترتبط بالتطور التكنولوجـي في هندسـة الحاسـوب والبرمجيـات والتواصـل عبر الشـبكة العنكبوتية فهـذا التطور اللامحدود اللامتناهي من أشخاص أصحاب قدرات علمية في هذا المجال يقابله ضعف في القائمين على التحقيقـات؛ بسـبب كونهم أقل قدرة في فهم طريقـة ارتكاب الجريمة الالكترونيـة ومصدرها[١].

خامساً: القرصنة الالكترونية عابرة للحدود:

ارتباط هذه الجرائم بالبرمجيات والتواصل عبر شـبكة الانترنت فهذا الانتشـار الواسـع لشبكات المعلومات أدى إلى إلغاء فكرة الحدود؛ بسبب ما تمتاز به هذه الشبكات والحواسيب من التمتع بقدرة ومرونة في نقل وتبادل البيانات من دون أثر لبعد المسافات والقارات، هذا يجعل على تعرض عدة دول للتأثر بجريمة الكترونية واحدة في الوقت نفسـه، من تأثير للحدود الجغرافية بين الدول فتلك الجرائم تـخترق الزمان والمكان من دون سـيطرة للرقابـة الأمنية والحدودية، فهي بذلك تتطاول على سـيادة الدول وتتحدى أجهزتها الأمنية والاسـتخبارية بسهولة.

وقد ترمي الجرائم الالكترونية إلى تحقيق نوازع دينية أو أخلاقية أو أمنية أو سياسـية أو ثقافية أو تربويـة، ممـا يدفع مرتكبيها إلى اسـتهداف عدت دول عديدة انطلاقاً مـن دوافعهم إلى القيام بهذه الأعمال غير القانونية.

وتعـد الهجمـات السـيبرانية أهم التحديـات في العصر الحديث تواجه سـيادة الدولـة الناتجة عن التطـورات التكنولوجيـة ولاسـيما في أجهزة الحاسـوب وشـبكات الاتصـال التي لا تقيدهـا الحدود الجغرافيـة حيـث أوجدت فضاءً جديداً إلى جانـب البر والبحر والجو والفضـاء الخارجي وبذلك فهي تعد الفضاء الخامس[٢]، مما حدا بالدول المتطورة إلى التنافس في سـبيل المنافسـة والهيمنة واسـتغلال هذا المجال لخدمتها وبذلك فقد شـكل هذا التطور التكنولوجي الذي اسـتخدم في الهجمات السـيبرانية كجريمة عابرة للقارات ففي مفهوم السـيادة التقليدي من خلال ظهور ما يسـمى بالسـيادة الرقمية التـي مفادها بسـط سـيادة الدولة وسـيطرتها وولايتها على الفضـاء الرقمي المتمثـل بالأنترنت الذي يتعـدى حدود الدول ويشـكل مجموعات من الأفراد الافتراضية ضمن شـبكات الكترونية وبذلك فإن

١- د. كرار عباس متعب فرج، الحرب السيبرانية، دراسة في استراتيجية الهجمات السيبرانية بين الولايات المتحدة وإيران، مجلة حمورابي للدراسات، مصدر سابق، ص٢٠٢.

٢- حيدر أدهم الطائي، علي محمد كاظم، المشاركة المباشرة للهجمة الجماعية في الهجمات السيبرانية، مجلة كلية الحقوق، المجلد (٢١)، العدد (٢)، جامعة النهرين، ٢٠١٩، ص٤٥.

هذا يشكل تحدياً حقيقياً للدول بسبب أنه يحد من فرض سيطرتها على رعاياها في الفضاء السيبراني الناجم عن استخدام الأفراد للشبكة العنكبوتية وهم شتى في انتماءاتهم السياسية والفكرية وقيامهم بارتكاب هذه الجرائم ضمن الفضاء السيبراني مستهدفين البنى التحتية لدول أخرى بدوافعه سياسية الذي يستهدف السياسة الوطنية لتلك الدولة[١].

من خلال ما يتمتع به مرتكب هذه الجرائم من الدرجة العلمية وتمتعه بالذكاء والمهارة والقدرة العالية على التفنن في استخدام الحاسوب، في حين يكون مرتكب الجرائم التقليدية أيّ شخص وأغلب مرتكبيها من الأشخاص غير المتعلمين فهي لا تتطلب قدرات ذهنية وعلمية لتحقيقها[٢].

الفرع الثاني
أنواع القرصنة الالكترونية

تتنوع أشكال القرصنة الالكترونية حسب البرامج والمواقع التي تهاجمها فقد يكون محل هذه المهاجمة الصور الفوتوغرافية أو الألعاب الالكترونية أو الكتب المنشورة أو المدونات الصوتية وسوف نستعرض هذه الأشكال لكنها لا تعد جميع أشكال القرصنة الالكترونية وسنبين ذلك كالآتي:

اولاً: قرصنة التصوير:

وهذا النوع يعد أسهل أنواع القرصنة؛ وذلك لسهولة اختراق وسائل التواصل الاجتماعي ويتم التعدي في هذا النوع من القرصنة على خصوصية الصور الفوتوغرافية وانتهاك حقوق ملكية المصورين وبذلك فإن هذه الفئة تواجه تعدياً كبيراً في مواجهة هذه القرصنة التي تطال نتاجهم في التقاط الصور الفوتوغرافية والاحتفاظ بحقوقهم فيها.

ثانياً: قرصنة الألعاب الالكترونية:

تشكل صناعة الألعاب الالكترونية دخلاً مرتفعاً، وتتعرض الألعاب الالكترونية إلى القرصنة التي تتسبب بخسائر مادية فادحة.

ثالثاً: قرصنة الكتب:

الكتب هي نتاج فكري يقوم به المؤلف الذي تتوافر فيه مؤهلات خاصة على وفق الاختصاص الذي يؤهله للتصريح بأفكاره وطرح هذه الأفكار والآراء في كتاب يؤلفه ويعرضه على الجمهور أو

١- عدنان النقيب، الحرب الالكترونية في ضوء بروتوكولي سبع وسبعين الملحقين باتفاقات جنيف الأربع لسنة تسع وأربعين (الهجمات السيبرانية) بغداد، المركز العربي، ص٣٣١.

٢- د. كرار عباس متعب فرج، الحرب السيبرانية، مصدر سابق، ص٢٠٤.

أصحاب الاختصاص وبذلك يسعى المؤلف إلى نشره عن طريق الشبكة العنكبوتية وتواجه الكاتب[١]، في مسعاه هذا مشكلة القرصنة الالكترونية؛ بسبب غياب الحماية لمؤلفه من الهجمات الالكترونية.

رابعاً: قرصنة المدونات الصوتية:

تشكل المدوّنات الصوتية مصدراً للإيرادات وقد عملت الشركات المتخصصة بتوسيع نطاق مكتبات المدونات الصوتية ولكن هذا النشاط في مجال المدوّنات الصوتية قد عكر ازدهاره ونموه مشكلة القرصنة الالكترونية، بسبب حداثتها وعدم توافر بيانات مؤكدة لها مما تتسبب هذه القرصنة بالضرر بمالك حقوق هذه المدوّنات.

المبحث الثاني

جريمة القرصنة الالكترونية أركانها وأطرافها والجزاء القانوني

القرصنة الإلكترونية كسائر الجرائم، يتطلّب توافر أركانها، وسوف نتطرق في هذا المبحث الذي قسمناه على مطلبين، في المطلب الأول سنتطرق إلى الجهود الدولية والإقليمية للحد من القرصنة الالكترونية، وفي المطلب الثاني إلى أركان الجريمة الالكترونية وأطرافها والجزاء القانوني.

المطلب الأول

الجهود الدولية والإقليمية للوقاية من الهجمات السيبرانية أو الحد منها

سنتطرّق في هذا المطلب إلى الجهود الدولية والإقليمية والجهود الإقليمية في تنظيم الهجمات السيبرانية، وذلك كالآتي:

أولاً: الجهود الدولية للوقاية من الهجمات السيبرانية:

بذلت منظمة الأمم المتحدة جهوداً كبيرة في تنظيم الهجمات السيبرانية وذلك من خلال أجهزتها الرئيسة والفرعية ومكاتبها، وكذلك من خلال المؤتمرات التي نظمتها ويتمثل هذا الدور بالقرارات الخاصة بالتطور الحاصل في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات في سياق الأمن الدولي التي قررت من خلالها (أن استخدام هذه التقنيات لأغراض تتعارض مع السلم والأمن الدوليين وأن انتشار البيانات واستعمال التقنيات والأساليب المعلوماتية قد تؤثر في مصالح المجتمع الدولي)[٢]، وتتمثل هذه الجهود بالأنشطة الآتية:

١- زايد محمد، الجريمة والقرصنة في مجال المعلوماتية والشبكات، المجلة العربية العلمية العدد ،٢٠٠٤ تونس، ص ٦٠ .
٢- زهراء عماد محمد كلنتر، المسؤولية الدولية الناشئة عن الهجمات السيبرانية، رسالة ماجستير، جامعة الكوفة، ٢٠١٦، ص١٠١.

١. الجمعيـة العامـة: أصـدرت الجمعية العامة للأمـم المتحدة قرارات عديـدة تصب في تنظيم الهجمات السـيبرانية نشـير إلى بعض القـرارات، وذلك كالآتي:

أ. قـرار الجمعيـة العامـة في دورتها (٦٣/٥٥) المتعلـق بوضع اطار قانوني بشـأن مكافحة إسـاءة اسـتعمال تكنولوجيا المعلومات لأغراض إجرامية[١].

ب. قـرار الجمعيـة العامـة في دورتهـا (١٨٧/٧٣) المتعلـق بمكافحـة اسـتخدام تكنولوجيا المعلومـات والاتصـالات لأغـراض إجرامية[٢].

ج. قـرار الجمعيـة العامـة في دورتهـا (٧٤/١٧٣) المتعلق بتعزيـز المسـاعدة التقنية لتدعيم التدابير الوطنية والقانون الدولي في مجال مكافحة الجريمة السـيبرانية بما يسـمح بتبادل المعلومات[٣].

وبذلـك فـإن الأمـم المتحدة ومن خلال ما أبدته الدول الأعضاء مسـتعدة للقيـام بدور ريادي أكبر في سـبيل وضع تنظيم قانوني ينظم الهجمات السـيبرانية، إذ صرحت الدول الأعضاء فيها ومن خلال الاستراتيجية العالمية لمكافحة الإرهاب في القرار (٢٨٤/٧٢) الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة عـن قلقها المتزايد إزاء اسـتخدام الإرهابيين لتكنولوجيا المعلومات والاتصالات والاسـيما في شـبكات الانترنـت وغيرهـا من الوسـائط لارتكاب أعمال إرهابيـة أو التحريض عليها من خلال اسـتخدام تلك التكنولوجيات[٤].

كذلك تجسـدت جهود الأمم المتحدة فيما يتعلق بالهجمات الالكترونية بعقد اجتماع في جنيف عام ١٩٩٩ ضم مجموعة من الخبراء القانونيين بهدف فهم الآثار الأمنية الناشئة عن استخدام تكنولوجيا المعلومات وتبع ذلك في عام ٢٠١٠ بأن قامت الأمم المتحدة بوضع اطار دولي للأمن والاسـتقرار الذي تسـتلزمه التقنيات الحديثة حيث قام خبراء الأمن السـيبراني الممثلون لخمس عشرة دولة ومن بينهم خبراء الـدول العظمـى الولايات المتحـدة الأمريكية وروسـيا الاتحادية والصين بتقديـم توصيات إلى مجلـس الأمـن حيث تضمنـت تلك التوصيات وجوب بـذل المزيد من الحوارات بين الـدول فيما يتعلق بتلـك التقنيـات ووجوب تبادل المعلومـات فيما يتعلـق بالتشريعات الوطنيـة وتكنولوجيا المعلومات والاتصالات فضلاً عن بناء الثقة وتعزيز الاستقرار وتدابير الحد من المخاطر عن طريق تبادل وجهات النظر الوطنية حول اسـتخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات في أثناء نشـوب النزاعات[٥].

1- G A. Res. 55 / 63. UN. Doc. No. A/ RES/ 55 / 63 .
2- G A. Res. 73 / 187. UN. Doc. No. A/ RES/ 73 / 187 .
3- G A. Res. 74 / 173, UN. Doc. No. A / RES / 74 / 173 .

٤- قرار الجمعية العامة، ٧٢/ ٢٨٤، متاح على الرابط .

٥- زهراء عماد محمد كلانتر، المسؤولية الدولية الناشئة عن الهجمات السيبرانية، رسالة ماجستير، مصدر سابق، ص١٠٢.

٢. مجلس الأمن: وفي وضع الجهود التي بذلتها الأمم المتحدة في تنظيم الهجمات الالكترونية فإن مجلس الأمن الدولي قد اصدر بناءً على ذلك قرارات متعددة في هذا المجال نذكر منها ما يأتي:

القرار ٢٣٧٠ المؤرخ في ٢ /٨/ ٢٠١٧ في الجلسة المرقمة (٨٠١٧) الذي أوضح فيه المجلس عن قلقه عن الاستعمال المتزايد لتكنولوجيا المعلومات والاتصالات من الإرهابيين، ولاسيما شبكات الانترنت إذ حثَّ المجلس الدول الأعضاء على العمل بصورة تعاونية لمنع الإرهابيين من حيازة الأسلحة بما في ذلك من خلال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات مع احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية والامتثال للالتزامات بموجب القانون الدولي[١] .

أ. القرار المرقم ٢٣٢٢ الذي اتخذه المجلس بتأريخ ٢٠١٦/١٢/١٢ الذي أفصح عن قلقه حول الاخطار الناجمة من استخدام الإرهابيين في عملياتهم الإرهابية لتكنولوجيا المعلومات والاتصالات، وإن تلك الاخطار تهدد السلم والأمن الدوليين[٢].

ب. وقد كان لجهود روسيا الاتحادية دور استباقي في مجال مكافحة الجريمة الالكترونية إذ هي بادرت بصورة متكررة إلى إنشاء اطار قانوني ملزم يجرم الهجمات الالكترونية وقدم سفير روسيا لدى الأمم المتحدة فاسيلي نيبيتزيا مشروع اتفاق يبرم بحلول عام ٢٠٢٣ يكون ملزماً قانوناً في مكافحة الجرائم الالكترونية حيث سيتم من خلاله اعتماد معايير جديدة لتلك الهجمات[٣].

٣. مكتب مكافحة الإرهاب: هو أحد المكاتب التابع لهيئة الأمم المتحدة وقام هذا المكتب بطرح العديد من المبادرات في مجال التكنولوجيا الجديدة للمعلومات والاتصالات وكان أحد هذه المبادرات هو مشروع حول استخدام وسائل التواصل الاجتماعي لجمع المعلومات المفتوحة المصدر والأدلة الرقمية لمكافحة الإرهاب ومشروع استخدام المنظومات الجوية غير المأهولة التي من أهمها برنامج أمن الفضاء الالكتروني[٤]، الذي كان يرمي إلى تحقيق عدة أهدافها نذكر منها ما يأتي:

أ. السعي إلى تطوير استخدام التواصل الاجتماعي لمكافحة الإرهاب على الانترنت.

ب. تعزيز قدرات الدول الأعضاء في الأمم المتحدة على منع إساءة الإرهابيين للتطورات التكنولوجية والتعدي لخطر الهجمات السيبرانية التي تنفذها التشكيلات الإرهابية على البنى التحتية الحيوية.

١- قرار مجلس الأمن المرقم (٢٣٧٠ لعام ٢٠١٧) متاح على الرابط.

٢- قرار مجلس الأمن رقم ٢٣٢٢ لعام ٢٠١٦ متاح على الرابط.

٣- مروة النظير، روسيا تقترح خطة لبلورة معاهدة دولية حول الجرائم الالكترونية MCD مونت كارلو الدولية، أ.ف.ب. متاح على الرابط.

٤- موقع الأمم المتحدة، مكتب مكافحة الإرهاب، أمن الفضاء الالكتروني، متاح على الرابط .

ج. العمل على الحد من الآثار الناجمة عن الهجمات السيبرانية وإصلاح النظم المستهدفة بعد وقوع تلك الهجمات[١].

٤. مؤتمرات منظمة الأمم المتحدة: قامت منظمة الأمم المتحدة بعقد العديد من المؤتمرات الدولية التي سلطت الضوء على الهجمات السيبرانية وأكدت أهمية التعاون الدولي فيما يتعلق بتنظيم ومكافحة تلك الهجمات، ومن أهم تلك المؤتمرات نذكر ما يأتي:

١. المؤتمر الثامن في هافانا عام ١٩٩٠ حول منع الجريمة ومعاملة المجرمين في الجرائم المتعلقة بالحاسوب الذي تمخض عن إصدار قرار خاص بالجرائم المتعلقة بالحاسوب والذي سلط الضوء حول ضرورة قيام الدول الأعضاء في المؤتمر في السعي إلى اتخاذ مجموعة من الإجراءات لأجل مكافحة الاجرام الدولي؛ وذلك عن طريق قيامها بتحديث القوانين وضرورة اتخاذ تدابير الأمن والوقاية ضد جرائم الحاسوب.

٢. مؤتمر الأمم المتحدة الثالث عشر والمنعقد في قطر عام ٢٠١٥ المتعلق بمنع الجريمة والعدالة الجنائية الذي كان الموضوع الرئيس له هو ادراج منع جريمة والعدالة الجنائية في جدول أعمال الأمم المتحدة الاوسع ... ومشاركة الجمهور الذي تم التأكيد فيه ضرورة تعزيز التدابير الرامية إلى منع الجريمة والعدالة الجنائية التصدي للأشكال المتطورة للجرائم والتي من بينها الجرائم الالكترونية[٢].

ثانياً: الجهود الإقليمية في تنظيم الهجمات السيبرانية:

ولم تقتصر الجهود في تنظيم الهجمات السيبرانية على الجهود الدولية المتمثلة بما بذلته الأمم المتحدة وهيأتها وإنما امتد ذلك إلى الصعيد الإقليمي حيث قامت المنظمات الإقليمية ببذل جهود حثيثة تصب في الجهود الرامية إلى تنظيم الهجمات السيبرانية المتمثلة بجهود حلف شمال الأطلسي ومجلس أوروبا ومنظمة شانغهاي للتعاون وجامعة الدول العربية وسوف نتطرق إلى ذلك حسب التفصيل الآتي:

١. حلف شمال الأطلسي:

أجرى الحلف محادثات ومؤتمرات كذلك عمل على إجراء تغيرات في نظامه الأساسي من أجل تطوير قدراته السيبرانية لوضع حد لتلك الهجمات التي استهدفت استونيا عام ٢٠٠٧ وجورجيا عام ٢٠٠٨ ، وأن تلك الهجمات قد دفعت هذا الحلف للسعي من أجل وضع حد لتلافي آثار تلك الهجمات

١- نور أمين الموصلي، الهجمات السيبرانية في ضوء القانون الدولي الإنساني، رسالة ماجستير، الجامعة السورية الافتراضية، ٢٠٢١، ص٢٤ .

٢- جدول أعمال المؤتمر الثالث عشر، عام ٢٠١٥ ، الدوحة متاح على الرابط .

حيث ورد في ديباجة اتفاقية حلف شمال الأطلسي عام ١٩٤٩ (يؤكد أطراف هذه الاتفاقية من جديد إيمانهم بأهداف ومبادئ ميثاق الأمم المتحدة ورغبتهم في العيش مع كل الشعوب والحكومات في سلام وتؤكد الأطراف إصرارها على حماية الحرية والتراث المشترك وحضارة شعوبهم التي تقوم على أساس ومبادئ الديمقراطية والحرية الفردية والنظام والقانون وهم يسعون لترسيخ الاستقرار والرخاء في منطقة شمالي الأطلسي مصممين على توحيد الجهود من أجل الدفاع الجماعي وحماية وصيانة السلام والأمن)[١]. وقد قام الحلف بإنشاء مركز التميز للدفاع السيبراني التعاوني الذي كانت مهمته تبادل المعلومات بين الناتو والدول الأعضاء فيه وشركائه في مجال الدفاع الالكتروني من خلال التعليم والبحث والتطوير والاستشارات[٢] وقد قامت فيما بعد مجموعة من الباحثين والخبراء القانونيين بنشر دليل تالين الذي بحث إمكانية تطبيق القانون الدولي على القضاء الالكتروني[٣]. كذلك أقر دليل تالين بأن تلك الهجمات وحسب ظروفها تشكل نزاعاً مسلحاً استناداً إلى الآثار الناجمة عن تلك الهجمات وأنه الدليل وعلى الرغم من كونه وثيقة غير ملزمة قانوناً فإنما تعدُّ وثيقة أخلاقية بين الدول الأعضاء في حلف شمالي الأطلسي[٤].

٢. اتفاقية بودابست لمكافحة الجرائم الالكترونية لعام ٢٠٠١:

ضمن اطار الجهود الإقليمية الرامية إلى تنظيم الهجمات السيبرانية أبرم المجلس الأوروبي (Counil of Europe) اتفاقية بشأن الجرائم الالكترونية حيث تمخضت هذه الاتفاقية بعد ارتفاع في معدل الجرائم الالكترونية بشكل متسارع حيث أدرك المجتمع الدولي أهمية الحاجة الماسة إلى تعاون دولي إقليمي، يكبح جماح الجرائم الالكترونية ويحد من مخاطرها التي ألقت بظلالها على كل مجالات الحياة الاجتماعية والاقتصادية والأمنية[٥] وبناءً على ذلك أقرت اللجنة الوزارية لمجلس أوروبا في دورتها ١٠٩ في ٨ / ١١ / ٢٠٠١ الاتفاقية الأوروبية للجريمة الالكترونية والمعروفة أيضاً باتفاقية بودابست لمكافحة الجرائم الالكترونية حيث وقعت على الاتفاقية (٢٦) دولة من الدول الأعضاء في المجلس[٦].

١- الموسوعة السياسية، معاهدة حلف شمال الأطلسي، متاح على الرابط .

٢- انظر مركز التميز للدفاع السيبراني التعاوني، متاح على الرابط .

٣- بهاء عدنان وعماد عبد خضير، انتقال التهديدات من الافتراض إلى الواقع، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، ٢٧ (٤)، ص٤٨٣ .

٤- خليفة إيهاب، القوة الالكترونية كيف يمكن أن تدير الدول شؤونها في عصر الانترنت، القاهرة، المركز العربي، ص١٦٦ .

٥- عدنان النقيب، الحرب الالكترونية في ضوء بروتكولي سبع وسبعين الملحقين باتفاقات جنيف الأربع لسنة تسع وأربعين (الهجمات السيبرانية) بغداد، المركز العربي، ص٥٦ .

٦- موقع (Aimir) موسوعة اللغة العربية، اتفاقية الجريمة السيبرانية، متاح على الرابط .

ومن الاطلاع على ديباجة الاتفاق يتضح أن الهدف الأساسي من ابرامها هو (اتباع سياسة جنائية مشتركة تهدف إلى حماية المجتمع من الجريمة السيبرانية عن طريق التعاون والتشريعات الوطنية) فقد عبرت ديباجة الاتفاقية عن رغبة الدول الأعضاء في المجلس الأوروبي في التعاون فيما يتعلق بحماية المجتمع من الجريمة الالكترونية وآثارها[١].

٣. وجود منظمة شانغهاي للتعاون (SCO):

فقد قامت منظمة شانغهاي للتعاون بجهود كبيرة في مجال الأمن السيبراني إذ قامت بخطوات أولية تعد مهمة لتحقيق التعاون في هذا المجال من خلال توقيع رؤساء الدول الأعضاء في عام ٢٠٠٦ اعلاناً بشأن أمن المعلومات وفي عام ٢٠٠٩ انعقدت قمة منظمة شانغهاي وأصدرت إعلان يكاترينبورغ الذي أظهرت من خلاله المنظمة ضرورة التعاون بين الدول الأعضاء في مجال أمن المعلومات بهدف منع الحروب والهجمات السيبرانية[٢].

وقد عملت الدول الأعضاء في المنظمة على الاهتمام في مجال الأمن المعلوماتي ووصف أن أمن المعلومات يكون بالأهمية نفسها للسيادة الوطنية والاستقرار الاجتماعي والاقتصادي، إذ يجب بذل الجهود والسعي للحفاظ عليه، وفي السياق نفسه وتحديداً للجهود المبذولة من منظمة شانغهاي قدمت هذه المنظمة في عام ٢٠١١ مشروع قرار إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة بشأن أمن المعلومات[٣].

٤. الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم المعلومات ٢٠١٠:

وهذه الاتفاقية كانت نتيجة سعي جامعة الدول العربية لأجل مكافحة جرائم تقنيات المعلومات التي أبرمت في عام ٢٠١٠ وكانت هذه الاتفاقية نتيجة لوعي الدول العربية لخطورة الجرائم السيبرانية ، وجرائم المعلومات بصورة عامة وما يترتب عليها من آثار في المجالات كافة.

وورد في ديباجة الاتفاقية (أن الدول الموقعة على الاتفاقية ترغب في تعزيز التعاون فيما بينهما في مجال مكافحة جرائم تقنيات المعلومات التي تهدد أمنها ومصالحها وسلامة مجتمعاتها) إذ ترى الدول الأطراف الموقعة على الاتفاقية ضرورة تبني سياسة جنائية مشتركة تهدف لحماية المجتمع العربي من مخاطر جرائم المعلومات)[٤].

وقد دعت الاتفاقية الدول الأعضاء فيها إلى التعاون لمنع الإرهابيين من استغلال واستخدام

١- ديباجة اتفاقية الجرائم الالكترونية، متاح على الرابط .

2- Maonga, A case of Incapacity: The interrogation of Humanitarian Law as A satisfactory Regulotor of cyber warfare : P. 40.

٣- نور أمين الموصلي، الهجمات السيبرانية في ضوء القانون الدولي الإنساني، رسالة ماجستير، جامعة العربي بن مهيدي، الجزائر ٢٠١٣، ص٢٧.

٤- ديباجة الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم المعلومات، ٢٠١٠ .

تكنولوجيا المعلومات والاتصالات لما ينتج عنه من آثار تنعكس سلباً على امنها ومصالحها هذا من جانب ومن الجانب الآخر أكدت الاتفاقية ضرورة التعاون مع المنظمات والوكالات الدولية المتخصصة للحصول على المساعدات المطلوبة لبناء القدرات اللازمة لمواجهة خطر الإرهاب والجرائم السيبرانية[١].

ولم يقتصر الاهتمام الدولي فيما يتعلق بالهجمات السيبرانية على جهود المنظمات الدولية والإقليمية فقط ، إنما بذل العلماء والفقهاء جهوداً متميزة في هذا الميدان تمخضت عن إعلان ايريتشي بشأن مبادئ الاستقرار السيبراني والسلام السيبراني الصادر عن الاتحاد العالمي للعلماء الذي اعتمد في دورته الثانية والأربعين المنعقدة في صقلية عام ٢٠١٩ تقارير حول الطوارئ العالمية كان من أهمها التقرير الذي حمل عنوان (نحو نظام عالمي للفضاء السيبراني، إدارة التهديدات من الجريمة السيبرانية إلى الحرب السيبرانية) الذي أبدى فيه الاتحاد القلق من نشوب حرب سيبرانية تتسبب في تعطيل المجتمع وتتسبب له أضراراً ومعاناة لا مسوٍّغ لها وانتهى الإعلان إلى مجموعة من العناصر الذي تحقق السلام السيبراني في اطار قانوني يتضمن إجراءات تتعلق بالتعاون والتحقيق بما يكفل احترام الخصوصية وحقوق الإنسان، زيادة على دعم الجهود من أجل انفاذ القانون الدولي ضد مرتكبي الجرائم من هذا النوع وعلى الحكومات أن تشارك بفعالية وحماس في جهود الأمم المتحدة الهادفة إلى النهوض بالأمن والسلام السيبراني وتفادي استعمال الفضاء السيبراني في النزاعات[٢].

المطلب الثاني

أركان الجريمة الالكترونية وأطرافها والجزاء القانوني

لم تشر أغلب التشريعات العربية إلى بيان أركان تلك الجرائم الإلكترونية على الرغم من تنظيمها لتلك الجرائم، وتحديد الجزاءات العقابية، وسوف نتطرق لذلك حسن التفصيل الآتي:

١. لم يقدّم قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات المصري المرقم (١٧٥) لسنة (٢٠١٨) تعريفاً للجريمة الإلكترونية، وأكتفى ببيان أحكامها.

٢. جاء قانون جرائم المعلوماتية السوداني لسنة (٢٠٠٧) منظماً أحكام الجريمة الإلكترونية، وتوخى تقديم تعريف لها.

٣. نظم قانون الجرائم المعلوماتية السوري رقم (٢٠) لسنة (٢٠٢٢) الجريمة المعلوماتية

١- سليمان قطاف، وبوقرين عبد الحليم ، مواجهة الجرائم السيبرانية في ضوء الاتفاقية الدولية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية (٥ (٢) ٧٧ - ١١٥) ص٨١، متاح على الرابط .

٢- اميرة عبد العظيم محمد، المخاطر السيبرانية وسبل مواجهتها في القانون الدولي العام، مجلة الشريعة والقانون، ص٥١٣ - ٥١٦ .

التي عرفها في المادة الأولى (سلوك مجرم وفقاً لأحكام هذا القانون يقترف بواسطة وسائل تقنيـة المعلومات يسـتهدف المعلومات أو نظم المعلومات أو يرتبـط بإضافة محتوى رقمي على الشبكة).

٤. أمـا المـشرع الجزائـري؛ فقد أطلق على تلـك الجرائم تسـمية الجرائم المتصلـة بتكنولوجيا الإعـلام والاتصال على الجريمة المعلوماتية، وعرّفها في المادة الثانية من القانون رقم (٠٩-٠٤) في ٥/٨/٢٠٠٩، بأنَّهـا: (جرائـم المسـاس بأنظمـة المعالجة الآليـة للمعطيات المحددة في قانـون العقوبـات وأي جريمـة أخـرى ترتكب أو يسـهل ارتكابها عن طريـق منظومة معلوماتية أو نظام للاتصـالات الالكترونية).

٥. عرفـت المـادة الأولى من نظام جرائم المعلومات السـعودي رقم (١٧) لسـنة (٢٠٠٧): (أي فعل ينطوي على اسـتخدام شـبكة المعلومات بالمخالفة لأحكام قانون جرائم المعلومات).

٦. أما قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الإماراتي رقم (٥) لسـنة (٢٠١٢) فجاء منظماً أحكام هذه الجرائم ومتضمناً الجزاءات العقابية ، ولم يورد تعريفاً للجريمة الإلكترونية.

٧. أمـا في الكويت؛فقـد صدر القانون رقم (٦٣) لسـنة (٢٠١٥) قانـون مكافحة جرائم تقنية المعلومـات، وقد عرّفـت المادة الأولى من القانون المذكور الجريمة الإلكترونية بانها كل فعل يرتكب من خلال اسـتخدام الحاسـب الآلي لشـبكة المعلوماتية أو غير ذلك من وسائل تقنية المعلومـات بالمخالفة لأحكام هذا القانون.

وجـاء في المذكـرة الايضاحية لقانـون مكافحة جرائم تقنيـة المعلومات الكويتي رقم (٦٣) لسـنة ٢٠١٥ (اتسـعت في العصر الحديث دائرة اسـتخدام الشـبكات الدولية للمعلومات كوسـيلة للاتصال في شـتى مجـالات الحيـاة لتحقيـق ما تصبـو إليه الإنسـانية من اختصـار للوقت والمسـافات والجهد البدني والذهني، وأصبحت هذه الشـبكات تحـوي معلومات لا تقع تحت حصر تتعلق بميادين الحياة الشـخصية والاقتصادية والعلمية كافة وغيرها؛ إلاّ أنه على الجانب المقابل فقد أدى الاسـتخدام المتزايد بهذه الشبكات والأنظمة المعلوماتية إلى كثير من المخاطر إذ أفرز أنواعاً جديدة من الجرائم يطلق عليها الجرائـم المعلوماتيـة كجرائـم الاخـتلاس والتزوير التي تتم بالوسـائل الالكترونية والجرائم الماسـة بـالأخلاق والآداب العامـة وسرقة المعلومـات واختراق النظم السرية. وإذا كانـت النصوص الجزائية التقليديـة لا تسـعف لمواجهـة هـذه الجرائم المسـتحدثة التـي تعتمـد في ارتكابها على وسـائل التقنية المتطـورة وحمايـة لحريات الأشـخاص وشرفهم وسـمعتهم ودرأ للعـدوان على الأمـوال والممتلكات العامـة والخاصة، وسـعياً من دولة الكويت في سـياق دعم التوجهات الدوليـة الخاصة بمكافحة هذه الجرائـم والتزامـاً بأحكام الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنيـة المعلومات التي صادقت عليها دولة الكويت بموجب القانون رقم ٦٠ لسنة ٢٠١٣ . لذا أعد القانون المرافق الذي يتناول في الفصل الأول في

المادة الأولى منه التعريفات التي تبين المقصود بالمصطلحات الفنية الواردة فيه وشمل الفصل الثاني الجرائم والعقوبات.

٨. جاء قانون مكافحة الجرائم الالكترونية القطري رقم ١٤ لسنة ٢٠١٤ حيث عرفت المادة الأولى منه الجريمة الالكترونية بأنها أيّ فعل ينطوي على استخدام وسيلة تقنية المعلومات أو نظام معلوماتي أو الشبكة المعلوماتية بطريقة غير مشروعة بما يخالف أحكام هذا القانون.

٩. وفي العراق قدم مشروع قانون الجرائم المعلوماتية إلى البرلمان وما زال ينتظر المصادقة عليه علما أن هذا المشروع لم يدرج تعريف لهذه الجريمة. أما من الناحية العملية فهناك قسم الادلة الجنائية الرقمية الذي هو فرع من فروع علوم الادلة الجنائية الذي يقوم بالبحث عن البيانات المخزونة في الأجهزة الالكترونية ومعاملتها وتحليلها وتحويلها إلى بيانات استخبارية يمكن عن طريقها وعلى أساسها التحرك وتقديم النتائج في سياق الملاحقات القضائية .

١٠. المشرع الأردني لم يتناول كذلك تعريف الجرائم الالكترونية في قانون الجرائم الالكتروني رقم (٢٧) لسنة ٢٠١٥. ويستلزم لقيام كل جريمة تحقق أركانها التي تتمثل بالركن المادي والركن المعنوي، وإنَّ كلَّ جريمة تتكون من أطراف وقد تضمنت التشريعات الجزائية نصوصاً حددت فيها الأفعال التي تشكل جرائم الكترونية والجزاءات المترتبة عليها وسوف نتطرق لذلك حسب الترتيب الآتي:

الفرع الأول

أركان الجريمة الالكترونية

الجريمة الالكترونية كسائر الجرائم والسلوكيات التي جرمها القانون الوضعي بمقتضى نصوص محددة للجريمة والعقوبة ومن ثم أعمالاً للمبدأ أن لا جريمة ولا عقوبة إلّا بنص فيتطلب ذلك تحقق أركان الجريمة المتمثلة بالركن المادي والركن المعنوي وسوف نستعرض ذلك حسب التفصيل الآتي:

اولاً: الركن المادي:

الركن المادي للجريمة هو سلوك اجرامي بارتكاب فعل جرمه القانون أو الامتناع من فعل أمر به القانون[١].

ويعد الركن المادي للجريمة هو مظهرها الخارجي فلابُدَّ في كلِّ جريمة من كيان مادي يعبر عن

١- المادة (٢٨) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ .

حقيقتهـا وهـذا الكيـان لا يظهر في العالم الخارجي ولا يكون له وجود فيه إلاّ بقيام الشـخص أو عدم قيامه بأفعال مادية محسومة كما حددتها نصوص التجريم فكل جريمة لابد من ماديات تتجسد فيها الإرادة الجرمية لمرتكبها[١].

وهذا الركن يتمثل بالسـلوك غير المشروع المتمثل بسـوء استخدام الأنظمة الالكترونية بصورة غير مباحة وغير مشروعة واقتحام آثار مادية ملموسـة تسـاهم في تعطيل المعلومات وإتلافها وجعلها غير صالحة للاسـتعمال أو تؤدي إلى افشـائها وكشـفها وكذلك تزويرها والتلاعب فيها بما يسـبب ضرراً للجهة المعتدى عليها؛ وهذا السلوك الاجرامي يعد أمراً في غاية الحساسية والصعوبة من ناحية التمكن مـن امسـاك الجانـي مادياً كونها جرائـم ترتكب عن طريـق المعلومات والعبـارات المتاحة عبر برامج وأنظمة الحواسب الآلية[٢].

والركن المادي يتمثل بماديات الجريمة التي تتضمن ثلاثة عناصر هي السلوك الاجرامي والنتيجة الاجرامية والعلاقة السببية بينهما[٣].

وأن النشـاط والسـلوك المادي في الجريمـة يتطلـب وجود بيئـة رقمية وجهـاز كمبيوتر واتصال بشـبكة الانترنيت ويسـتلزم أيضاً معرفة بداية هذا النشـاط والشروع فيه ونتيجته فمثلاً عندما يقوم مرتكـب الجريمة بتجهيـز الكومبيوتر لكي يحقق له حدوث الجريمة فيقوم بتحمل الحاسـب ببرامج اختراق، أو أن يقوم بإعداد هذه البرامج بنفسـه وكذلك قد يحتاج إلى تهيئة صفحات تحمل في طياتها مـواد مخلـة بـالآداب العام وتحميلهـا على الجهاز المضيف كمـا يمكن أن يقوم بجريمـة إعداد برامج فيروسـات تمهيداً لبثها وليس كل جريمة تسـتلزم وجود أعمال تحضيرية في الحقيقة يصعب الفصل بين العمـل التحـضيري والبدء في النشـاط الاجرامي في جرائـم الكومبيوتر والانترنـت حتى وإن كان القانون لا يعاقب على الأعمال التحضيرية إلاّ أنه في مجال تكنولوجيا المعلومات الأمر يختلف إلى حد ما ، فشراء برامـج اختراق ومعـدات لفك الشـفرات بكلمات المرور، وحيازة صـور دعارة للأطفال، فمثل هذه الأشـياء تمثل جريمة في حد ذاتها[٤].

ثانياً: الركن المعنوي:

وفقـاً لقانـون العقوبـات فإنَّ الركـن المعنوي للجريمة مـن العمد أو الخطأ يتوفـر العمد باتجاه إرادة الجانـي إلى ارتـكاب فعـل أو امتناع عن فعل بقصد أحـداث النتيجة التي يعاقـب عليها القانون

١- عبود السراج، قانون العقوبات، القسم العام، منشورات جامعة حلب، ١٩٨٦، ص١٨٩ .

٢- محمد عبابنة، جرائم الحاسوب وأبعادها الدولية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر، الأردن، ٢٠٠٥، ص١٧.

٣- مصطفى السعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، مكتبة النهضة العربية، الطبعة الثالثة، القاهرة، ص٢٤٣.

٤- عبد الفتاح بيومي، جرائم الكومبيوتر والانترنت، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٤، ص١١٣.

بسبب خطأ الجاني سواء كان هذا الخطأ بسبب الإهمال أو عدم الانتباه أو عدم الاحتياط أو الطيش أو الرعونة أو عدم مراعاة القوانين أو اللوائح ويسال الجاني عن الجريمة سواء ارتكبها عمداً أم خطأ ما لم يشترط القانون يتوافر العمد صراحة[١].

وفي الجرائم الالكترونية يراد به القصد وتوجيه السلوك نحو تحقيق نتيجة معينة، فالجاني عند قيامه باستخدام الأنظمة الالكترونية بصورة ضارة وغير مشروعة كان يرمي من وراء فعله هذا بتحقيق نتيجة قصدها في هذه السلوكية ويترتب على ذلك أنه يتطلب تحقق الجريمة الالكترونية أن يتحقق الركن المادي وكذلك الركن المعنوي حتى يمكن تحقق هذه الجريمة بتوافر أركانها ومن ثم يصبح الجاني معرضاً للمسألة الجزائية؛ وتعد مسألة توافر الركن المعنوي للجريمة من عدمه هو من المسائل الموضوعية التي تترك لمحكمة الموضوع استخلاصها والتحقق منها[٢].

إن السلوك الاجرامي في الجريمة الالكترونية يرتبط دائماً بالمعلومة المخزنة على الحاسب الآلي أو تلك التي يتم إدخالها للحاسب الآلي وصعوبة المشكلة أن السلوك الاجرامي يتحقق بمجرد ضغط زرد في الحاسب فيتم تدمير النظام المعلوماتي أو حصول التزوير أو السرقة عن طريق التسلل إلى نظام أرصدة العملاء في البنوك أو إساءة استعمال بطاقات الائتمان[٣].

الفرع الثاني

أطراف الجريمة المعلوماتية

الجناة في هذه الجريمة قد يكونوا من الموظفين في المؤسسات أو تقنين أما بالنسبة إلى المجنى عليهم؛ فهم ضحايا الاجرام المعلوماتي، وسوف نستعرض ذلك كالآتي:

اولاً: الجاني:

المجرم الذي يبادر إلى ارتكاب الجريمة الالكترونية هو عادة يمارس وظيفته في مجال الأجهزة الآلية عند قيامه بارتكاب تلك الجرائم وهو عادة ما يكون إنساناً اجتماعياً يحيا وسط مجتمعه ويتمتع بحقوقه من دون وجود أيّ عائق ما ومن جهة أخرى فهو يتمتع بقدرات عالية من الذكاء[٤] ومن ثم فمن الممكن تصنيف الجناة في الجرائم الالكترونية إلى عدة أنواع وذلك كالآتي:

١- المادة (٣٢) من قانون العقوبات القطري رقم ١١ لسنة ٢٠٠٤ .

٢- انظر محمد عبابنة، جرائم الحاسوب وأبعادها الدولية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر، الأردن، ٢٠٠٥، ص١٧ .

٣- سميرة معاشي، ماهية الجريمة المعلوماتية، بحث منشور في مجلة المنتدى القانوني، العدد السابع، جامعة محمد خضير بسكرة، الجزائر، ٢٠١١، ص٢٨٠.

٤- سامي الشوا، الغش المعلوماتي كظاهرة إجرامية مستحدثة، بحث في مؤتمر الجمعية المصرية للقانون الجنائي، القاهرة، ١٩٩٣، ص٥١٧ .

١. القراصنة: وتنصب جهودهم على الاستكشاف والبحث عن الجديد في العالم الخيالي، وكثيراً ما يبتعدون عن الاقدام على استلام المعلومات أو تخريب أنظمة الحاسوب وشبكات الاتصال.
٢. القراصنة الخبيثون: وهذه الفئة من الأشخاص تستهدف إلحاق خسائر بالمجنى عليهم من دون أن يتعمدوا الحصول على مكاسب مالية.
٣. المخادعون: وهم الفئة التي ترتكب الجرائم المعلوماتية لأجل التسلية والمزاج والفكاهة مع الآخرين من دون أن تكون لديهم نوايا في إحداث أيّ ضرر بالمجنى عليه.
٤. المجرمون الموظفون: ويتشابهون مع المجرم التقليدي في أنهم يقصدون تحقيق الربح بطريقة غير شرعية[١].

ثانياً: المجنى عليه (ضحايا الاجرام المعلوماتي):

بسبب التطور التكنولوجي الهائل الذي شهده العالم وانتشار الوسائل المعلوماتية في جميع الأنشطة التي تمارس في المجتمعات الحديثة سواء كانت اقتصادية أم اجتماعية أم عسكرية لما كانت الجرائم المعلوماتية تستهدف المعلومات التي باتت في الوقت الحاضر عبارة عن مجموعة من القيم المستخدمة، فمن الممكن تصور وقوع اعتداء على المعلومات سواء تم ذلك عن طريق بيعها أم مقايضتها أم اتلافها[٢].

الفرع الثالث

الجزاء القانوني

لقد نظمت التشريعات الجزائية في دول العالم تحديد الجزاء العقابي، لغرض الحد من الجرائم الالكترونية، وقد واكبت التشريعات الجزائية العربية التطور التشريعي العالمي في تنظيمها للجرائم الالكترونية فنلحظ أن قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات المصري رقم (١٧٥) لسنة ٢٠١٨ قد قرر الجزاءات لمرتكبي هذه الجرائم في المواد (١٣-١٤) كذلك قرر ذلك قانون جرائم المعلوماتية السوداني لسنة ٢٠٠٧ في المواد (٤ - ٢٦) وكذلك جاء قانون الجرائم المعلوماتية السوري رقم (٢٠) لسنة ٢٠٢٢ في المواد (٦ - ٣٧) أما المشرع الجزائري الذي عالج هذه الجرائم في ظل القانون رقم (٩-٤) في ٢٠٠٩/٨/٥ فقد حدد الجزاءات في المواد (٣٩٤-٣٩٤) التي تراوحت بين الحبس والغرامة.

أما نظام مكافحة جرائم المعلوماتية السعودي رقم ١٧ لسنة ٢٠٠٧ فقد حدد الجزاءات في المواد من (٣-١٠) وجاء قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الاماراتي رقم (٥) لسنة ٢٠١٢ محدد

١- إبراهيم خالد ممدوح، الجرائم المعلوماتية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الإسكندرية، ٢٠٠٩، ص٧٨.
٢- فتحية بوهرين، الجريمة المعلوماتية في التشريع الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، ٢٠٢١، ص٥٢ - ٥٣ .

الجزاءات العقابية في المواد (٢-٤٣) أما قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الكويتي؛ فقد حدد تلك الجزاءات في المواد (٢-١٤) .

وفي قطر نظم قانون مكافحة الجرائم الالكترونية رقم ١٤ لسنة ٢٠١٤ محدداً تلك الجزاءات في المواد (٢ - ١٣).

الخاتمة

في ختام موضوع البحث الموسوم (القرصنة الالكترونية وكيفية تلافيها ومواجهتها قانونياً) فقد توصلت الدراسة إلى أن ما يشهده العالم من هجمات سيبرانية تعد من أهم التحديات للمجتمع الدولي وذلك لتأثيره في الأمن القومي للدول و أنها تعد من أبرز التحديات التي تهدد السلم والأمن الدوليين؛ لأن استخدامهما يعد عملاً عدوانياً يصنف تحت اطار جريمة العدوان التي تترتب على ضوئها مسؤولية الأفراد الجنائية لكونها تعد جريمة دولية ومن خلال تلك الدراسة توصلت إلى نتائج وعلى ضوئها أبديت التوصيات التي سوف أوجزها حسب التفصيل الآتي:

أولاً: الاستنتاجات:

توصلت من خلال تلك الدراسة إلى أهم الاستنتاجات الآتية:

١. إنَّ الهجمات السيبرانية تعد من المفاهيم التي ظهرت في العصر الحديث نتيجة للتطورات العلمية والتكنولوجية التي يشهدها العالم التي تشهد تزايداً غير محدود، وإنَّ تلك الهجمات لم يظهر اتفاق دولي بشأنها فيما يتعلق بتعريفها أو تنظيمها.

٢. إنَّ الهجمات السيبرانية عابرة للحدود فهي لا تقف عند الحدود الجغرافية وما وضعته الدول من ترسيم لحدودها مع الدول الأخرى فهي تعد المجال الخامس جنباً إلى جنب مع البر والبحر والجو والفضاء الخارجي.

٣. نلحظ أنه حتى الآن لم يظهر تنظيم قانوني ينظم الهجمات السيبرانية وذلك لرغبة الدول العظمى في الإبقاء على ذلك من دون تنظيم لتعارضه مع مصالحها.

٤. إن الهجمات السيبرانية تتميز بطبيعتها المختلفة عن الجرائم الدولية الأخرى بسبب أن وقوعها يتطلب وجود صلة بين الدولة ومسؤولية الأفراد، وأن تحديد تلك المسؤولية يتطلب تحديد مسؤولية الدولة ابتداءً.

ثانياً: التوصيات:

بعد أن ستعرضنا أهم الاستنتاجات التي توصلنا إليها نود أن نبي الاقتراحات والتوصيات المتعلقة بذلك وحسب التفصيل الآتي:

١. نؤكد أهمية تضمين التشريعات الوطنية على نصوص تحرم الهجمات السيبرانية وتضع

عقوبات تتناسب مع تلك الجرائم لردع الجناة.

٢. ضرورة بذل الجهود من أجل تطوير قواعد القانون الدولي العام وقواعد القانون الدولي الإنساني من أجل مواكبة التطورات الحاصلة في تكنولوجيا المعلومات والاتصالات.

٣. ضرورة السعي من أجل توسيع تعريف العدوان كي يشمل اعمالاً أخرى، بوصفها اعمالاً عدوانية، تمس الاستقرار السياسي والاقتصادي للدول، وإنها تعد تهديداً للسلم والأمن الدوليين.

٤. توسيع قاعدة المسؤولية الجنائية الفردية التي أشار إليها النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية كي تشمل الأفراد المرؤوسين والقادة للحد من تهرب المرؤوسين من المسؤولية.

المصادر

أولاً: المعاجم والقواميس:

١. منير البعلبكي، المورد، قاموس إنكليزي-عربي، بيروت، دار العلم للملايين، ٢٠٠٤.

ثانياً: الكتب العربية:

د. أحمد عبيس نعمة (الهجمات السيبرانية) دراسة قانونية تحليلية بشأن تحديات تنظيمها المعاصر.

١. نهلا عبد القادر، الجرائم المعلوماتية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر، الأردن، ٢٠٠٨.

٢. عدنان النقيب، الحرب الالكترونية في ضوء بروتوكولي سبع وسبعين الملحقين باتفاقيات جنيف الأربع لسنة تسع وأربعين (الهجمات السيبرانية) بغداد، المركز العربي.

٣. خليفة إيهاب، القوة الالكترونية كيف يمكن أن تدير الدول شؤونها في عصر الانترنت، القاهرة، المركز العربي.

٤. عبود السراج، قانون العقوبات، القسم العام، منشورات جامعة حلب، ١٩٨٦.

٥. محمد عبابنة، جرائم الحاسوب وأبعادها الدولية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر، الأردن، ٢٠٠٥.

٦. سامي الشوا، الغش المعلوماتي كظاهرة مستحدثة، بحث في مؤتمر الجمعية المصرية للقانون الجنائي، القاهرة ١٩٩٣.

٧. إبراهيم خالد ممدوح، الجرائم المعلوماتية، دار الفكر الجامعي، ط١، الإسكندرية، ٢٠٠٩ .

٨. فتحية بوهرين، الجريمة المعلوماتية في التشريع الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، ٢٠٢١.

ثالثاً: المجلات:

١. سامي محمد بونيف، دور الاستراتيجيات الاستباقية في مواجهة الهجمات السيبرانية، الردع السيبراني أنموذجاً، المجلة الجزائري للحقوق والعلوم السياسية.

٢. هربرت لين، النزاع السيبراني والقانون الدولي الإنساني، المجلة الدولية للصليب الاحمر.

٣. حيدر أدهم الطائي، علي محمد كاظم، المشاركة المباشرة للهبة الجماعية في الهجمات السيبرانية، مجلة كلية الحقوق، المجلد (٢١) العدد (٢)، جامعة النهرين، ٢٠١٩.

٤. يحيى ياسين سعود، الحرب السيبرانية في ضوء القانون الدولي الإنساني، المجلة القانونية (مجلة متخصصة في الدراسات والبحوث القانونية) العدد الرابع، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، فرق الخرطوم، ٢٠١٨.

٥. د. كرار عباس متعب فرج، الحرب السيبرانية، دراسة في استراتيجية الهجمات السيبرانية بين الولايات المتحدة وإيران، مجلة حمورابي للدراسات.

٦. بهاء عدنان وعماد عبد خضير، انتقال التهديدات من الافتراض إلى الواقع، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية.

٧. سليمان قطاف وبوقرين، مواجهة الجرائم السيبرانية في ضوء الاتفاقيات الدولية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية.

٨. أميرة عبد العظيم محمد، المخاطر السيبرانية وسبل مواجهتها في القانون الدولي العام، مجلة الشريعة والقانون.

٩. سميرة معاشي، ماهية الجريمة المعلوماتية، بحث منشور في مجلة المنتدى القانوني، العدد السابع، جامعة محمد خضير، الجزائر.

رابعاً: الرسائل والأطروحات الجامعية:

١. مدى نسيمة، جرائم المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الجنائي، كلية الحقوق، جامعة وهران، ٢٠١٤ .

٢. زهراء عماد محمد، المسؤولية الدولية الناشئة عن الهجمات السيبرانية، رسالة ماجستير، جامعة الكوفة، ٢٠١٦.

٣. نور أمير الموصلي، الهجمات السيبرانية في ضوء القانون الدولي الإنساني، رسالة ماجستير، الجامعة السورية الافتراضية، ٢٠٢١.

خامسا: المصادر الأجنبية:

1. Schmitt Tallin Manual on the international Law Applicable to cyber warfare.

2. Athia Karatzogianni, cyber conflict and global Polities. Routledge, London and newyork, 2009.
3. Piracy and Digital Rights Mangement 10 ways to compat online Piracy, Book business may - Aetrieved 2022 / 2 / 10 Edited.
4. (2001) UN General Assembly Resolutions Tables, GA. Res, 55 / 63, UN. Doc, No, A / RES / 55 / 63 .
5. (2019) UN General Assembly Resolutions Tables, GA. Res, 73 / 187, UN. Doc, No, A / RES / 73 / 187 .
6. (2020) UN General Assembly Resolutions Tables, GA. Res, 74 / 173, UN. Doc, No, A / RES / 74 / 173 .

سادساً: الانترنت:

١. قرار الجمعية العامة، ٧٢/ ٢٨٤ ، متاح على الرابط .
٢. قرار مجلس الأمن المرقم (٢٣٧٠ / لعام ٢٠١٧)، متاح على الرابط .
٣. قرار مجلس الأمن رقم ٢٣٢٢ لعام ٢٠١٦، متاح على الرابط .
٤. مروة النظير، روسيا تقترح خطة لبلورة معاهدة دولية حول الجرائم الالكترونية (MCD) مونت كارلو الدولية أ.ف.ب، متاح على الرابط .
٥. موقع الأمم المتحدة، مكتب مكافحة الإرهاب، أمن الفضاء الالكتروني، متاح على الرابط .
٦. جدول أعمال المؤتمر الثالث عشر، عام ٢٠١٥ (الدوحة)، متاح على الرابط .
٧. الموسوعة السياسية ، معاهدة حلف شمال الأطلسي ، متاح على الرابط .
٨. مركز التمييز للدفاع السيبراني التعاوني، متاح على الرابط .
٩. موقع (Mimir)، موسوعة اللغة العربية، اتفاقية الجريمة السيبرانية، متاح على الرابط.

سابعاً: الدساتير:

١. ديباجة اتفاقية الجرائم الالكترونية، متاح على الرابط .
٢. البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف ١٩٧٧ .
٣. ديباجة الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم المعلوماتية ، ٢٠١٠ .

ثامناً: القوانين:

١. قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات المصري رقم ١٧٥ لسنة ٢٠١٨ .
٢. قانون جرائم المعلوماتية السوداني لسنة ٢٠٠٧ .

٣. قانون الجرائم المعلوماتية السوري رقم ٢٠ لسنة ٢٠٢٢ .
٤. القانون رقم ٩ - ٤ الجزائري الخاص بالجرائم المعلوماتية الصادر في ٢٠٠٩/٨/٥.
٥. نظام جرائم المعلومات السعودي رقم ١٧ لسنة ٢٠٠٧ .
٦. قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الاماراتي رقم ٥ لسنة ٢٠١٢ .
٧. قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الكويتي رقم ٦٣ لسنة ٢٠١٥ .
٨. قانون مكافحة الجرائم الالكترونية القطري رقم ١٤ لسنة ٢٠١٤ .
٩. قانون الجرائم الالكترونية الأردني رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٥ .
١٠. قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ .
١١. قانون العقوبات القطري رقم ١١ لسنة ٢٠٠٤ .

الطعن في القرارات الادارية

القاضي عواد حسين ياسين العبيدي

المستخلص

القرار الإداري هو تعبير عن إرادة منفردة، يصدر عن سلطة إدارية بسند قانوني، ويرتب آثاراً قانونية، فالقرار الإداري احد مظاهر امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة بغية انجاز الاعمال الموكلة لها، وتحقيق أهدافها في حسن تنظيم سير المرفق العام.

وبغية عدم تحصين أي قرار اداري من الطعن فيه، وإعطاء الحق للمتضرر من القرار الإداري تصحيح القرار الإداري أو تعديله أو الغاؤه، وجدت وسائل خاصة للطعن في القرار الإداري، سميت بطرق الطعن في القرار الإداري يوجب على المتضرر اللجوء اليها عند عرض مظلمته وفي سبيل الدفاع عن حقه والحد من تعسف الإدارة.

Abstract

An administrative decision is a unilateral expression of will issued by an administrative authority based on legal grounds, producing legal effects. It represents one of the privileges of public authority granted to the administration to fulfill its assigned tasks and achieve its objectives in efficiently organizing the functioning of public services. To ensure that no administrative decision is immune to appeal and to grant the right to individuals harmed by such decisions to correct, amend, or annul them, specific mechanisms for appealing administrative decisions have been established. These mechanisms, referred to as methods of appeal against administrative decisions, must be utilized by the aggrieved party to present their grievance, defend their rights, and limit administrative abuse.

المقدمة:

يَعدُّ القرار الإداري أحد مظاهر امتيازات السلطة التي تتمتع بها الإدارة كممثلة الدولة وتستمدها من القانون العام، إذ بواسطته تقوم الإدارة بأداء اغلب مهامها، وعن طريقه تستطيع الإدارة، وبإرادتها المنفردة على خلاف القاعدة العامة في القانون الخاص انشاء حقوق او فرض التزامات، ومرجع ذلك كله أنَّ الإدارة تمثل الصالح العام الذي يجب تغليبه عند التعارض على المصالح الفردية.

وبناءً على ما تقدم فإنَّ القرار الإداري هو تعبير عن إرادة منفردة ، يصدر من سلطة إدارية بسند قانوني ويرتب آثاراً قانونية، وقد يكون القرار الإداري معيباً او خاطئاً مما يُوجب إعادة النظر فيه بغية تعديله او تصحيحه او الغاؤه بناءً على طلب من المتضرر من القرار الإداري، ومن هذا المنطلق آثرنا الكتابة في هذا الموضوع المهم والحيوي في بحثنا الموسوم ((الطعن في القرارات الإدارية)) مما يُوجب بيان أهمية الموضوع ومشكلة البحث ومنهجيته ومن ثم خطة البحث (هيكلية البحث) وهذا ما سنتناوله تباعاً:

أولاً: أهمية الموضوع:

تمارس الإدارة دورها في إدارة المرفق العام مما يُوجب وهي تسير في مسعاها لتحقيق أهدافها أن تصدر قرارات معينة لتنظم العمل أو لمعاقبة من يخل بواجبه وهذه الأمور كلها تكون عن طريق اصدار قرارات إدارية ولكي لا تكون الإدارة بمنأى عن المساءلة، او ان تحصن قراراتها وجدت طرق للطعن بالقرار الإداري لتصحيح مساره وتنظيم آثاره وهذه هي طرق الطعن بالقرار الإداري ومن هنا تتجلى أهمية هذا الموضوع.

ثانياً: مشكلة البحث:

إنّ عدم توافر تنظيم قانوني خاص ينظم إجراءات الطعن في القرارات الإدارية يوجب وبحكم المادة (١) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ اتباع الإجراءات الواردة في القانون المذكور وقوانين أخرى وبهذا الخصوص اشارت الفقرة (حادي عشر) من المادة (٧) من قانون مجلس الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٦٩ صراحة على سريان قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ وقانون الاثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ وقانون الرسوم العدلية رقم (١١٤) لسنة ١٩٨٠ وقانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ في شأن الإجراءات التي تتبعها المحكمة الإدارية العليا ومحكمة القضاء الإداري ومحكمة قضاء الموظفين فيما لم يرد فيه نص خاص في هذا القانون على الرغم من خصوصية الطعن في القرار الإداري وما توجبه من وجود إجراءات عملية سريعة للطعن في القرارات الإدارية تنسجم مع أصول التقاضي في الدعاوى الإدارية وتراعي السرعة في البت

في صحـة القـرارات الإدارية، لما في ذلك من أهمية كبيرة في الواقع العملي وعدم الاعتماد الكلي على اتباع الإجـراءات الـواردة في قانـون المرافعات المدنية التي لا تخلو من البطء في حسـم الدعوى والفصل فيها وهنا تتجسد إشكالية البحث.

ثالثاً: منهجية البحث:

لغـرض الوصـول إلى النتائج المرجوة مـن البحث تم اعتماد المنهج الوصفـي التحليلي الذي يقوم على وصف النصوص كما هي دون زيادة أو نقصان وتحليلها لغرض استنباط الأحكام منها ولإضفاء الصبغة العملية على البحث، تم الإشـارة إلى الاحكام القضائية ما وجد إلى ذلك سـبيلاً.

رابعاً: خطة البحث:

لغـرض تحديـد الاطـار العام لهذا الموضوع، توضح فكرته، تم تناولـه على فق خطة بحث تألفت مـن مقدمة، ومبحثين، وخاتمة حـوت أهم النتائج، والتوصيات، وعلى الوجه الآتي:

المقدمة

المبحث الأول: تعريف القرار الإداري وشروط الطعن فيه.

المطلب الأول: تعريف القرار الإداري.

المطلب الثاني: شروط الطعن في القرار الإداري.

المبحث الثاني: إجراءات الطعن في القرار الإداري.

المطلب الأول: التظلم من القرار الإداري.

المطلب الثاني: الطعن في القرار الإداري لدى المحكمة المختصة.

الخاتمة

المبحث الأول

تعريف القرار الإداري وشروط الطعن فيه

أورد الفقه العديد من التعريفات للقرار الإداري وإنَّ الطعن في القرار الإداري لا بد ان يكون على وفق شروط معينة، لذا سنتناول هذا المبحث في مطلبين تخصص المطلب الأول لتعريف القرار الإداري وتخصص المطلب الثاني لشروط الطعن بالقرار الإداري.

المطلب الأول

تعريف القرار الإداري

القـرار لغـة مـا قّـرّ اي ثبت عليه الـرأي من الحكم في مسـألة وعندما يقترن بصفـة الإداري فإنه يصبح دلالة على اتجاه إرادة الإدارة واستقرارها على أمر ما لإحداث تغيير في الوضع القانوني بإرادتها المنفردة، وعلى هذا الأساس فأن المصطلح العربي (القرار الإداري) لا يثير اللبس، وعدم التحديد الذي أثارته المصطلحات الفرنسـية المستخدمة للدلالة على الاداري[١].

تعـددت تعريفات القرار الإداري، فقد عرفه الفقيه (هوريو) بأنه: ((إعلان للإدارة بقصد إحداث قانونـي إزاء الافـراد يصدر من سـلطة تنفيذيـة))[٢]، أما العميد ليون دكي فقد عـرف القرار الإداري بأنـه: ((كل عمـل ارادي يتدخل قصداً لإحداث تعديل في الأوضاع القانونية الموجودة لحظة اتخاذه او التي سـتوجد في لحظة اتخاذه او التي سـتوجد في لحظة مسـتقبلية معينة))[٣]، وقال (اسمان): ((إنَّ القرار الإداري هو عمل غير تعاقدي ينظم سلوك الافراد في المجتمع ويصدر عن عامل او اكثر من عمال الإدارة معاً))[٤]، وعرف (ريفيرو) القرار الإداري بأنه ((العمل الذي بواسطته تقوم الإدارة باستعمال سـلطتها في تعديل المراكز القانونية بإرادتها المنفردة))[٥].

أمـا الفقه العربـي، فإنَّه عؤنيه كذلك بتعريـف القرار الإداري مؤكداً أهمية هـذا الموضوع فعرفه الدكتـور سـليمان الطماوي : بـــ ((ان القرار الإداري هـو افصاح عن إرادة ملزمـة بقصد احداث اثر قانوني، وذلك اما بإصدار قاعدة تنشـأ او تعدل او تلغي حالة قانونية عامة او موضوعية حين يكون العمـل لائحـة. واما بإنشـاء حالة فردية او تعديلها او الغائها لمصلحة فـرد او افراد معينين او ضدهم في حالة القرار الفردي وسـواء اكان القرار تنظيمياً او فردياً فهو ممكن الغائه والتعويض عنه اذ نفذ ونتج عن تنفيذه ضرر))[٦].

وعرفـه الدكتـور محمـد علي آل يـاسين: ((القـرار الإداري عمـل قانوني تفصـح الإدارة فيه عن ارادتهـا بأحداث اثـر قانوني في المراكـز القانونية او الأوضـاع القانونية))[٧].

١- ينظر: د. ماهر صالح علاوي، القرار الإداري، دار الحكمة للطباعة والنشر بغداد، ١٩٩١، ص١١.

٢- ينظر: د. شاب توما منصور، القانون الإداري، ط١، الكتاب الثاني، ١٩٨٠، ص٣٨٩.

٣- ينظر: د. سليمان الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة ، ط٢، دار الفكر العربي، ص٣٠.

٤- ينظر: د. عصام عبدالوهاب البرزنجي، القرار الإداري، وانواعه محاضرات القيت على طلبة الماجستير في كلية القانون، جامعة بغداد العام الدراسي، ١٩٨٨-١٩٨٩.

٥- ينظر: د. محمد كامل ليلة، الرقابة القضائية على اعمال الإدارة، دار النهضة العربية بيروت، ١٩٧٠، ص١٤٨.

٦- ينظر: د. سـليمان الطماوي، نظرية التعسـف في اسـتعمال السـلطة والانحراف بالسـلطة، مطبعة جامعة عين شمس، ١٩٧٨، ص٢٨.

٧- ينظـر: د. محمـد علي آل يـاسين، القانـون الإداري، المبـادئ العامة في نظرية المرافـق العامة، الضبـط الإداري، المكتبة

أمـا الدكتـور محمود محمد حافـظ؛ فقد عرفه بأنه: ((العمل القانونـي الصادر من جانب الإدارة وحدها ومن احدى السـلطات الإدارية الوطنية))[١].

وجـاء في تعريـف الدكتور ماجد راغـب الحلو: ((أنَّ القرار الإداري هـو انصاح من إرادة منفردة يصدر عن سـلطة إدارية ويرتب آثاراً قانونية)) [٢].

امـا الفقـه العراقـي فقـد أورد عـدة تعريفـات للقـرار الإداري، فقد عـرف الدكتور شـاب توما منصور القرار الإداري بانه: ((عمل قانوني يصدر عن السـلطة الإدارية من جانب واحد ويحدث اثراً قانونياً))[٣].

وعـرف الأسـاتذة كل مـن ((د. محمد علي بديـر، و د. عصام عبد الوهـاب البرزنجي، و د. مهدي يـاسين السلامي) القرار الإداري بأنه: ((عمـل قانوني صادر بالإرادة المنفردة والملزمة لأحداث تغيير لأوضـاع القائمة إما بإنشـاء مركز قانوني جديد-عـام أو فردي-أو تعديل لمركز قانوني قائم أو إلغاء له))[٤].

وعلى الرغـم مـن تعـدد التعريفـات التـي قيلت بصدد القـرار الإداري مـن حيثُ اللفـظ والمبنى، فإنَّهـا متحـدة في معنى واحد وهـو: ((إفصاح الإدارة عن إرادتها المنفردة بقصـد إحداث آثار قانونية معينة))[٥]، ومن خلال التأمل في التعريفات التي سـيقت لتعريف القرار الإداري وتحليلها يتضح جلي أن القـرار الإداري يتكـون من أربعـة عناصر هي[٦]:

أولاً: عمل قانوني.

ثانياً: يصدر عن جهة إدارية عامة.

ثالثاً: يصدر بالإرادة المنفردة للإدارة.

رابعاً: يقصد إحداث أثر قانوني معين يتضمن تغييراً في المراكز القانونية.

أمـا فيمـا يتعلق بموقف القضـاء الإداري في العراق، فمن تعريف القـرار الإداري فإننا لم نجد في القـرارات التـي صدرت عن محكمـة القضاء الإداري أو تلك التي صدرت عـن الهيئة العامة في مجلس

الحديثة بيروت، بدون سنة طبع، ص٢٩٠ .

١- ينظر: د. محمود محمد حافظ، القضاء الإداري، ط٥، دار النهضة العربية القاهرة، ١٩٧٢، ص٥٥٧.

٢- ينظر: د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية مصر، ١٩٩٥، ص١٩٩.

٣- ينظر: د. شاب توما منصور، القانون الإداري، مصدر سابق، ص٣٩٧.

٤- ينظـر: د. محمـد علي بدير، وآخران، مبادئ واحكام القانون الإداري النـاشر العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٧، ص٢٩ .

٥- ينظر: د. علي سـعد عمران، القضاء الإداري العراقي والمقارن مكتبة السـنهوري، طبعة جديدة ومنقحة، بغداد، ٢٠١١ ، ص٥٤ .

٦- ينظر: د. ماهر صالح علاوي، مصدر سابق، ص٢٩٧ .

الدولـة بصفتهـا التمييزيـة[١]، لـم نجـد في قراراتها في القضايا التـي فصلتا فيها ما يـشير إلى تعريف القـرار الإداري ومفهومـه. مع ان محكمة القضاء الإداري تؤكد دائما في أحكامها العبارة الآتية: ((ولما كانت اختصاصات هذه المحكمة قد حددتها الفقرة (د) من المادة السـابعة من قانون مجلس شـورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل بالقانون رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ وهي النظر في صحة الأوامر والقـرارات الإدارية الصادرة من دوائر الدولـة والقطاع الاشتراكي...))[٢].

مـن الباحـثين ذهـب إلى القول إنَّه يُوجب على المحكمة أن تعمل على تضمين قراراتها ما يفصح عن طبيعة مفهومها للقرار الإداري وأنَّ تحدد المعيار الذي تعتقد هي انه السـليم في بيان هذا المفهوم ولا ضير إذا ما أرسـت محكمة القضاء الإداري أو الهيئة العامة في مجلس شـورى الدولة قواعد ومفاهيم قانونية وفقهية جديدة يمكن أن تسـهم في ترسـيخ دعائهم القضاء الإداري في العراق[٣].

وبنـاء على مـا تقدم يمكن اختيـار تعريف للقـرار الإداري وهو: (القـرار الإداري تعبير بات عن الإرادة المنفردة للجهة الإدارية يصدر بغية إحداث آثار قانونية وهذه الآثار تستهدف المراكز القانونية إنشاءً او تعديلاً أو إنهاءً)[٤].

والملاحـظ على التعريـف الأخير أنه جاء بمفهوم يكاد يكون شـاملاً لمفهـوم القرار الاداري فضلاً عنـه لـم يغفل بيان آثـار القرار الاداري وحـوى على العناصر المهمة لتعريف القـرار الاداري ومن ثم يمكن الاعتماد عليه واتخاذ نموذجا لتعريف القرار الإداري، لكونه لا يبتعد كثيراً عن التعريفات التي أوردهـا الفقهـاء في تعريف القـرار الاداري، ويمكن ان يكون صورة لما ذهـب اليه القضاء العراقي في تحديد الاطـار العام للقرار الاداري في احكامه.

١- بموجـب المادة (٢/رابعـاً/أ) مـن التعديـل الخامس لمجلس الدولة رقم (١٧) لسـنة ٢٠١٣ فقد تم اسـتحداث المحكمة الإداريـة العليـا والتـي حـددت اختصاصاتهـا بموجـب المادة (٢/رابعـاً/ب) وهـي ان تمـارس المحكمة الإداريـة العليا الاختصاصات التي تمارسها محكمة التمييز الاتحادية المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ عنـد النظـر في الطعن بقـرارات محكمة القضاء الإداري ومحكمـة قضاء الموظفين.

٢- قـرار محكمـة القضـاء الإداري رقـم (١٠٢/قضـاء اداري/١٩٩٠/ في ١٣/١٠/١٩٩٠) وكذلـك القـرار (٥/قضاء اداري/١٩٩٣ في ٢٤/٢/١٩٩٣ والقـرار ٣/تعـيين مرجـع/١٩٩١ في ٢٤/١٢/١٩٩١) أشـار اليها القاضي عواد حسين يـاسين العبيـدي، أصول التقاضي في الدعوى الإدارية، ط١، مكتبة السـنهوري بغـداد، ٢٠٢٠، ص٢٥٧.

٣- ينظـر: د. محمـد علي آل يـاسين، القانـون الإداري، المبادئ العامة في نظريـة المرافق العامة، الضبـط الإداري، القضاء الإداري، المكتبـة الحديثة، بيروت، بدون سـنة طبع، ص٢٩٠.

٤- ينظر: د. غازي فيصل مهدي، أفكار في القانون الإداري مكتبة القانون والقضاء، الناشر صباح صادق جعفر الانباري بغداد، ٢٠١٨، ص٤١.

المطلب الثاني

شروط الطعن في القرار الإداري

سبق القول إنَّ القرار الاداري هو تعبير بات عن الارادة المنفردة للجهة الإدارية يصدر بغيه احداث آثار قانونية وهذه الاثار تستهدف المراكز القانونية إنشاءً وتعديلاً أو إنهاءً [١].

إن المتأمل في هذا الكلام ومن خلال تحديد مفهوم القرار الاداري يمكن التعرف على خصائص القرار الاداري[٢]، التي إذا ما تحققت في القرار الإداري يكون قابلاً للطعن فيه وهي: ((ان يكون القرار صادراً من سلطة إدارية وطنية وان يكون القرار نهائياً و أن يؤثر القرار في المركز وان القانوني للطاعن وان يكون القرار المطعون فيه لاحقاً على نفاذ القانون رقم السنة ١٩٨٩))[٣].

وتأسيساً على ما تقدم سنتناول هذا المطلب في اربعة فروع:

الفرع الاول

أن يكون القرار صادر من سلطه إدارية وطنية

وهذا يعني صدور القرار الإداري من إحدى السلطات الإدارية في الدولة وهذا يعد من قبيل السلطات لهذا الغرض من الإدارة المركزية المكونة من مجلس الوزراء وفروع الإدارة المركزية هي العاصمة والمحافظات، وكذلك سلطات الإدارة اللامركزية الإقليمية منها، والمصلحية؛ ولكن هنالك تساؤلاً يحتاج الإجابة عنه يتعلق ببعض القرارات التي تصدر من هيئات صفتها الإدارية ليست قاطعة الوضوح كالقرارات الصادرة من النقابات المختلفة كنقابة المحامين والأطباء والمهندسين، ... إلخ.

أما فيما يتعلق بالوضع الذي يتعلق بالنقابات والاتحادات المهنية في العراق؛ فيلحظ أن المشرع العراقي عمد إلى تنظيم كل نقابة بقانون خاص مثل قانون نقابة الأطباء وقانون المحاماة،... إلخ واعترف المشرع لنشاط هذه النقابات بصفة النفع العام وتقوم النقابات المهنية بتنظيم، وتسيير مرافق عامة وتتمتع ببعض امتيازات السلطة العامة، وقد كفل المشرع لأموال هذه النقابات حماية خاصة تقترب من الحماية المقررة العامة ونظم شؤون؛ انضباط أعضاء النقابة بل إنَّ بعض هذه القوانين قد أحالت شؤون انضباط أعضاء النقابة إلى قانون انضباط موظفي الدولة في كل ما لم يرد

١- ينظر: د. غازي فيصل مهدي، أفكار في القانون الإداري، مصدر سابق، ص٤١.

٢- ينظر: صالح إبراهيم المتيوتي، شروط الطعن امام محكمة القضاء الإداري في العراق، رسالة ماجستير، كلية قانون/ جامعة بغداد، ١٩٩٤، ص٧٧ وما بعدها، وذهب الباحث المذكور إلى القول: إن القرار الإداري لكي يكون محلاً للطعن فيه لابد وأن تتوفر فيه جملة خصائص القرار المطعون فيه ، ومنها إمكانية الطعن في القرار الإداري والتي لا تتعلق بتكوين القرار أو صحته أو نفاذه.

٣- المصدر نفسه، ص٧٨ – ٩٦.

بـه نص في قانونها[١].

ووفـرت هـذه القـوانين لعضو النقابة عند ممارسـته مهنته الحماية المقـررة للموظف العام عند تأديته واجباته الوظيفية، ومنعت هذه القوانين ممارسة المهنة على من لم ينتم إلى النقابة، حيثُ يتضح مـن خلال ذلـك أنّ النقابـات والاتحادات المهنيـة في العراق تعد مرافق عامة، لذلك فـان القرارات التي تصدرها في كل ما يتعلق بتسـيير المرفق الذي تديره وتنظيم ممارسـة المهنة من اعضائها وانضباطهم هـي قرارات ادارية يمكـن الطعن فيها امام هيئات القضاء الاداري[٢].

أمـا فيمـا يتعلـق بالهيئات العامـة ذات الشـخصية المعنوية التي تقـدم النفع العام فـإنَّ القضاء الإداري لا يختـص بالطعـن في القـرارات الصادرة عنهـا وإنَّ اعترف لها بصفة النفـع العام- ويمكن القول وعلى وجه العموم إنَّ الاختصاص في نظر الخصومات الناجمة من أعمال هذه الهيئات والنقابات يعتمد على معيار مختلط حيث يعود بعضه إلى المحاكم العادية ويعود بعضه الآخر ألى المحاكم الإدارية فالخصومـات الناجمـة عـن التنظيـم المالي وإدارة أمـوال هذه الهيئـات يعود للمحاكـم القضائية، أما القـرارات التنظيميـة أو الفردية التي تتخذ بمناسـبة ممارسـة هذه الهيئات لنشـاطها كمرافق عامة ، فيعـود الاختصاص فيها إلى المحاكم الإداريـة فيما يتعلق بالإلغاء[٣].

الفرع الثاني

ان يكون القرار الاداري نهائيا

إن نهائيـة القـرار الإداري تقـع ضمن الأوصاف التـي يجب أنْ يتصف بها القـرار الإداري حتى يكـون قـابلاً للطعن فيه بدعوى الإلغاء، وقـد عبر المشرع المصري في قوانين مجلس الدولة المتعاقبة انه يشترط أن يكون القرار المطعون فيه نهائيا[٤]، هذا ولم يشر المشرع العراقي في قانون مجلس شـورى الدولة وتعديله الأخير إلى اشتراط النهائية في القرارات الإدارية التي تقبل الطعن أمام محكمة القضاء الإداري، وإنَّـهُ اكتفـى بالقول (تختـص محكمة القضاء الإداري في صحة الاوامـر والقرارات الإدارية التي تصدر من الموظفين والهيئات هي دوائر الدولة والقطاع الاشتراكي بعد نفاذ هذا القانون التي لم يـعين مرجـع للطعن فيها)[٥]، ومعنى النهائية في القرار الإداري أن يكون قابلاً للتنفيذ من دون حاجة إلى التصديق عليه من سـلطة أخرى أو إجراء لا حق مكمل له بحيثُ يضع هذا القرار الكلمة الأخيرة في

١- ينظر: المادة (٢٩/ف ع) من قانون نقابة الأطباء والمادة (٢٩) من قانون نقابة أطباء الاسنان.

٢- ينظر: د. ماهر صالح علاوي، مصدر سابق، ص٢٨.

٣- ينظر: د . محمد علي آل ياسين، مصدر سابق، ص٣٧٩.

٤- ينظر: د. عبد المحسن خليل، قضاء الالغا ، دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية، ١٩٨٩، ص٣٠٨.

٥- ينظر: الفقرة (د/البند ثانياً/المادة السابعة من قانون مجلس شورى الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل).

الموضـوع الصادر فيـه[١]، حيثُ إنَّ صفة النهائية في القرار الإداري ينفي إذ ما أوجب القانون الالتجاء بشأنها إلى سلطة أعلى، ولكنها لا تنتفي إذا أجاز القانون المنظم لها الالتجاء إلى المصدر القرار أو سلطة أعلى للتظلم منه فالقرار النهائي القرار الذي لا يجب بحكم القواعد المنظمة له اسـتئنافه أو مناقشـته أمـام سـلطة إدارية أعلى والـذي يكون نافذاً بمجرد صـدوره من دون الحاجـة إلى التصديق عليه من سلطة أخرى[٢].

الفرع الثالث

ان يؤثر القرار في المركز القانوني للطاعن

إن مفهـوم هـذا الشرط يـنصرف إلى أنه لا بُدَّ لكي تقبل المحكمـة الطعن بالقرار الإداري أن يكون من شـأن هذا القرار إلحاق أذى برافع الدعوى، ويعبر مجلس الدولة الفرنسي من هذا المعنى بقوله إنَّ القرار المطعون فيه من شـأنه إلحاق أذى (بالمعنى الواسع) برافع الدعوى[٣].

ويتطلـب القضـاء شرطين لكـي يمكن القول بتوافر التـأثير هي المركز القانونـي للطاعن وهذان الشرطان هما:

١. أن يكون من شأن القرار أحداث آثار قانونية، ومِنْ ثَمَّ فإن القرارات لا تحدث أثارًا قانونية تستبعد من نطاق دعوى الإلغاء[٤].
٢. أن يحمل القرار قابلية إحداث أثار قانونية بذاته .

أمـا مـا يتعلـق بموقـف المشرع والقضـاء الإداري في العـراق من هـذا الشرط؛ فنقـول إنَّ المشرع العراقـي قـد تعرض إلى هـذا الأمر في الفقرة (د) البند (ثانياً) المادة السـابعة من قانون مجلس الدولة واشترط أن يكـون الطعـن مقدما من ذي مصلحة معلومة وحالة ممكنة، ومع ذلك فالمصلحة المحتملة تكفـي إن كان هنالـك ما يدعو إلى التخوف من إلحاق الضرر بذوي الشـأن.

أمـا عـن موقـف القضاء الإداري العراقي من هذا الشرط؛ فإننا لـم نجد في القرارات الصادرة عنه ما يسـعفنا في بيان موقفه بشأن هذا الموضوع.

الجدير بالإشارة أن محكمة القضاء الإداري في العراق قد قبلت الطعن الموجه إلى إنذار صادر من أمانـة بغداد، حيثُ أقـام المدعي (ف) الدعوى أمام محكمة القضاء الإداري مدعيًا فيها بامتلاكه مكتب

١- ينظر: د. مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، ط٤، منشأة المعارف الإسكندرية، ١٩٧٩، ص٣٢٨.
٢- حمدي ياسين عكاشة، القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٧، ص٢٥.
٣- ينظر: د. سليمان الطماوي، القضاء، الكتاب الأول/قضاء الإلغاء دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٦، ص١.
٤- ينظر: صالح المتيوتي، مصدر سابق، ص٩٠.

طباعة واستنساخ في منطقة حي جميلة بموجب الإجازة الصادرة عن دار الحرية للطباعة، وقد وجهت له أمانة بغداد إنذاراً بتاريخ ٢٤/٣/١٩٩٠ لتغيير الاستعمال الحالي لمكتبه على ضوء التعليمات التي أصدرتها بعدد ٨٧٢١ في ٦/٣/١٩٩٠ التي منعت فيها أصحاب مكاتب الطباعة والاستنساخ من رسم الخرائط، وتصميمها وحصرت عملهم على طبع تلك الخرائط وتصويرها واستنساخها، لذا طلب دعوة المدعى عليه أمين بغداد إضافة لوظيفته للمرافعة وإلغاء الإنذار الموجه إليه منه، وقد قبلت محكمة القضاء الإداري هذا الطعن وأصدرت قرارها المرقم ١٤١/قضاء إداري/١٩٩٠ في ٢٦/١٢/١٩٩٠ المتضمن إلغاء التعليمات الصادرة من أمانة بغداد بعدد ٨٧٢١ في ٦/٣/١٩٩٠ وإلغاء الإنذار الموجه إلى المدعي المستند إلى التعليمات المذكورة[١]، الذي يلحظ على هذا القرار المتضمن إلغاء الإنذار الموجه إلى المدعي من أمانة بغداد على الرغم من ذلك أن الإنذار لا يرقى إلى مرتبة القرار الذي يؤثر في المركز القانوني للطاعن وحَيثُ، إن الإنذار المذكور قد أشار إلى تعليمات سابقة وطلب من المدعي أن يلتزم بهذه التعليمات، لذلك فإنَّ شرط التأثير في المركز القانوني للطاعن ليس متوافراً في هذه الدعوى، ذلك أن الإدارة وهي أمانة بغداد لم تتخذ بعد أي إجراء تجاه المدعي، وإنما كانت تنتظر النتيجة التي سيحدثها الإنذار الذي وجهته إلى لكي تستطيع على ضوء ذلك اتخاذ القرار الذي تراه مناسبًا كغلق مكتب الاستنساخ أو فرض غرامة عليه إلى غير ذلك أن القرارات التي تراها ضرورية لإجباره على إطاعة التعليمات، ونرى أن ذهاب المحكمة إلى قبول الطعن وإلغاء الإنذار قد جانب الصحة، وكان على المحكمة أن تسال السؤال الآتي هل الإنذار من شأنه أن يغير في المركز القانوني للطاعن- وهذا الأمر هو من أبرز خصائص القرار الإداري- فالعمل الإداري الذي لا يحدث تغييرا في المراكز القانونية لا يرقى إلى مرتبة القرار الإداري، فإذا وجدت المحكمة أن الجواب على سؤالها يكون بالإيجابي- أي يكون الإنذار المذكور من شانه بذاته إحداث تغيير في المركز القانوني للطاعن كان لها قبول الطعن به وإذا كان الجواب بالنفي فإنَّ قرارها بقبول الطعن فيه يكون قد جانب الصواب[٢].

الفرع الرابع

أنْ يكون القرار المطعون فيه لاحقاً على نفاذ القانون رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩

اشترط المشرع العراقي أن يكون القرار المطعون به لاحقا على نفاذ القانون رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة رقم (١٠٦) لسنة ١٩٧٩، حيث جاء في النقرة (د) البند (ثانيا) المادة (السابعة) من قانون مجلس الدولة ((تختص محكمة القضاء الإداري في

١- القرار المنشور في الموسوعة العدلية، العدد الثالث، لسنة ١٩٩٢، ص١٢-١٣.

٢- ينظر: صالح المتيوتي، مصدر سابق، ص٩٣.

العـراق بالنظر في الأوامر والقرارات الإدارية بعد نفاد هذا القانون...)).

هـذا وقـد طبقـت محكمـة القضـاء الإداري في العراق هذا المبـدأ؛ وذلك برد الطعـون الموجهة إلى القرارات الإدارية السابقة على نفاذ القانون الذي اوجد القضاء الإداري في العراق، ففي القرار الصادر عـن هـذه المحكمة المرقم ١٥٦/قضـاء إداري/ ١٩٩٠ بتاريخ ٢١/٩/١٩٩١ قالـت المحكمة ((...لدى التدقيـق والمداولـة تـبين للمحكمـة أن المـدعين كل مـن (خ.ح) و (ح.ح) وجماعتهم قد قامـوا بإيجار القطعتين المرقمتين ١٢ و ٢٥ مقاطعة الجعارة/قضاء المدائن إلى المستأجر (ع. ص) وشركائه بموجب عقد الضمان المؤرخ في ٢٥/١٢/١٩٧٧ ولمدة ١٤ سنة اعتبارًا من ١/١/٧٤ ولغاية ٣١/١٢/١٩٨٧ أنَّ وزارة الزراعـة والـري قـد منحت الشريـك (أ. ح. ع) إجازة الماطور الكهربائـي في ٣٠/٨/١٩٨٨ بموجـب قانون الري رقم ٦ لسـنة ١٩٦٢ المعدل والتعليمات رقـم ٣٨٨٣ في ٢٩/٦/١٩٨١ الصادرة من النائب الأول لرئيس الوزراء حول نصب المضخات وشرائها وامتلاكها وحيثُ إنَّ اختصاصات هذه المحكمة محددة بموجب أحكام المادة (٧. ف. د) من قانون مجلس الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل بالقانـون رقم (١٠٦) لسـنة ١٩٨٩ وهـي النظر في صفة الأوامر والقـرارات الإدارية التي تصدر من الموظفين والهيئات في دوائر الدولة والقطاع الاشتراكي بعد نفاذ هذا القانون في ١٠/١/١٩٩٠ وحيثُ إنَّ الأمـر المطعـون فيه قد صدر في سـنة ١٩٨٨، لذلك تكون هذه المحكمـة غير مختصة بنظر الدعوى؛ لان الأمر المطعون فيه سـابق على صدور القانون الذي تشـكلت بموجبه وتكون دعوى المدعين واجبة الـرد مـن هذه الجهة، لذلك تقرر بالاتفاق رد دعوى المـدعين، في الحقيقية أن المحكمة في هذا القرار قد طبقت القانون تطبيقا سـليما ، وذلك يردها لدعوى المدعين.

من خلال تحليل منطوق قرار المحكمة يستشف أن محكمة القضاء الإداري لا تقبل النظر في القرارات الصادرة إلا بعد صدور القانون رقم (١٠٦) لسـنة ١٩٨٩ ونجد أن هذا الموقف من المحكمة فيه خلط بين معنـى صـدور القانون ومعنى نفاذه، ومن المعروف أن هنالك فرقـاً كبيراً بين صدور القانون وبين نفاذه وحَيـثُ إنَّ المشرع قـد جعل الطعـن في القرار الإداري مقبولاً إذا كان هذا القـرار لاحقاً لنفاذ القانون رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ وتأسيساً على ذلك فإن المحكمة لا تقبل الطعون الموجهة ضد القرارات الإدارية اللاحقة على صدور القانون رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩. أي القرارات التي صدرت بعد ١١/١٢/١٩٩٠، في حين شهد أن نفاذ القانون المذكور كان في ١٠/١/١٩٩٠، ومن المعروف أن هذا الاتجاه من محكمة القضاء الإداري قد يرتب آثارًا قانونية كبيرة من حيث الإضرار بمصلحة الطاعن لذلك، فالتفسير الصحيح الذي أورده المشرع العراقي هو جواز الطعن في القرارات الإدارية التي صدرت بعد نفاذ القانون رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ ما دامت هذه القرارات ليست سابقة على نفاذ ذلك القانون الذي تم في ١٠/١/١٩٩٠، وهذا ينسجم مع إرادة المشرع والمنطق القانوني السليم[١].

١- ينظر: صالح المتيوتي، مصدر سابق، ص٩٣.

حاصـل القـول إنَّه لغرض الطعن في القرار الاداري لأبَّد مـن توافر مجموعة من الشروط، ليمكن قبـول الطعـن بالقرار الاداري، وهـذه الشروط من الاهميـة بمكان، بحيث يترتب على عـدم مراعاتها واتباعهـا جعل الطعن في القـرار الاداري محل رفض وعدم قبول.

المبحث الثاني

إجراءات الطعن في القرار الإداري

بعـد القـرار الاداري وسـيلة الادارة المفضلـة في القيـام بوظائفها المتعـددة، لما يحققه من سرعة وفاعليـه في العمـل الإداري، فالقـرار يتيح للإدارة امكانية البت من جانـب واحد في أمر من الأمور من دون الحاجـه إلى حصـول على رضـا ذوي الشـأن، أو حتى معاونتهم، فهو يتمتـع بقدر من الحصانة، وتفترض فيه السلامة، وعلى من ينازع في صحة القرار الاداري أن يلجأ إلى القضاء طالباً الغاؤه، عليه عـبء إثبات الدليل على الجيب الـذي يعتري القرار الاداري[١].

واتجـه الفقـه الاداري الحديـث إلى المناداة بالأخذ بفكرة عدم تحـصين اي قرار إداري من الطعن وفي هذا المسعى نصت المادة (١٠٠) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ على: ((يحظر النص في القوانين على تحصين اي عمل او قرار إداري من الطعن)) وطرق الطعن عبارة عن الوسائل القانونية التـي تمكـن المحكوم عليه من إعادة النظر في الحكم الصادر عليه بقصد إلغائه او تعديله[٢].

وفيمـا يتعلـق بطعن القرار الاداري لأبَّـد أن يتم على وفق إجراءات معينة هـي التظلم، ابتداءً من القـرار الاداري، وانتهاءً بالطعن بالقـرار الاداري لدى المحكمة المختصة.

عليه سـنتناول هـذا المبحث في مطلبين تخصص المطلب الاول لتعريف التظلم وشروطه الشـكلية والموضوعيـة ،تخصص المطلب الثانـي للمحكمة المختصة بنظر الطعن بالقرار الإداري.

المطلب الاول

التظلم من القرار الاداري

لغرض اعطاء فكرة عن التظلم لأبَّد من تعريفه وبيان شروطه، لذا سنتناول هذا المطلب في فرعين:

١- ينظـر: د. ايمـان حـسين الرباطي، تسـبب القرارات الإدارية دراسـة مقارنـة وتطبيقية في النظـام القانوني الفرنسي والمصري والاماراتـي، مكتبـة الفلاح أبو ظبـي، ٢٠١٠، ص٨ .

٢- ينظر: د. احمد أبو الوفا، نظرية الاحكام في قانون المرافعات، ط٦، منشأة المعارف الإسكندرية، ١٩٨٩، ص٧٣٠.

الفرع الاول

تعريف التظلم

لغرض تعريف التظلم لأبَّد من تعريفه في اللغة، وفي الاصطلاح القانوني، وعلى الوجه الاتي:

التظلم في اللغة: يقال تظلم منه: شـكا من ظلمه، وتظلم الرجل: أحال الظلم على نفسـه، والمتظلم: الذي يشـكو رجلاً، ظلمه، وتظلمني فلان أي ظلمني مالي، قال الشاعر:

تظلم مالي هكذا ولوي يدي لوى الله الذي هو غالبـه

ويقال: تظلم فلان إلى المحاكم من فلان فظلمه تظليماً: أي انصفه من ظالمه وأعانه عليه، والظلمة: المانعون اهل الحقوق حقوقهم، يقال: ما ظلمك عن كذا، أي ما منعك[١].

التظلم في الاصطلاح القانوني: لقد قيلت تعريفات عدّة للتظلم نختار منها التظلم (طلب يتقدم به صاحب الشـأن إلى الإدارة لإعادة النظر في قرار إداري يدعى مخالفته للقانون)[٢]، وعرف التظلم بأنه (شـكوى والتماس يتقدم به صاحب الشـأن إلى السـلطة المختصة يعرب فيها عن اعتراضه على القرار ويطلب سحبه أو الغائه)[٣].

وعرف التظلم بأنّه: (وسيلة كفلها القانون للمتهم ، لمواجهة ما تصدره الإدارة ضده من جزاءات يعتقد عدم مشروعيتها، ويلتمس فيه أن تعيد النظر في قرارها الذي اضر مركزه القانوني بالسحب أو التعديل وهو طريق يسلكه من صدر ضده قرار الجزاء قبل لجوئه إلى الطعن عليه قضائيًا)[٤]، وعرف التظلـم أيضـا بأنه: (عبارة عن عرض الفرد بحالته كتابةً إلى الجهة المصدرة للقرار طالباً منها إنصافه وإعادة الحق إليه ومحله الأصلي دعوى الإلغاء)[٥].

يقصـد بالتظلـم الإداري (أن يصدر قـرار معيب فيتقدم أحد الأفراد ممن يمسـهم إلى الجهة التي أصدرته أو إلى جهة رئاسـية طالبًا سـحبه أو تعديله)[٦].

١- ينظر: الامام أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الافريقي المصري، لسـان العرب، دار صادر للطباعة والنشر، ط٤، بيروت لبنان، ٢٠٠٥، ص١٩١-١٩٢.

٢- ينظر: د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٥، ص٣٢٥.

٣- ينظر: د. إبراهيم محمد علي، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٤، ص ٣٧٦.

٤- ينظر: سليمان الرحبي، الضمانات التأديبية للموظف العام، رسالة ماجستير، طبعة سنة ٢٠٠١، ص٣٩٤.

٥- ينظر: فالح عبدالله العزب، الطعن في الجزاء التأديبي في الوظيفة العامة في القانون المصري، والقانون الكويتي، رسالة ماجستير، سنة ٢٠٠٤، ص٢٦٠.

٦- ينظر: د. سلمان الطماوي، القضاء الإداري ، الكتاب الأول، قضاء الإلغاء، دار الفكر العربي، ١٩٨٦، ص٦٢٢.

الفرع الثاني
شروط التظلم الاداري

حتى ينتج التظلم أثاره القانونية لاُبَّد من تحقق مجموعة من الشروط، قسم منها يتعلق بمفهوم التظلم والمختص بتلقي التظلم والفصل فيه، والقسم الآخر يتعلق بميعاد أو مدد تقديم التظلم وعليه يمكن تقسيم شروط التظلم على نوعين: (الشروط الشكلية للتظلم) و (الشروط الموضوعية للتظلم)[١]، عليه سنتناول هذا الفرع في بندين:

البند الأول: الشروط الشكلية للتظلم:

تتعلق الشروط الشكلية للتظلم بالشكل الذي يجب أن يتخذه التظلم من خلال تقديمه من صاحب العلاقة، أو إلى الجهة الإدارية التي أصدرت القرار المعيب وضرورة تقديم التظلم خلال المدة القانونية التي يحددها القانون، وهذا ما نتكلم عنه بإيجاز في الفقرات الآتية:

أولاً: يجب أن يقدم التظلم من صاحب الشأن أو من يقوم مقامه قانوناً:

إن التظلم يجب أن يقدم من صاحب الشأن أو من يقوم مقامه قانوناً، سواء أكان المتظلم شخصا طبيعيًا أم شخصاً معنويًا، ولاُبَّد أن يكون التظلم مكتوباً لمتطلبات الإجراءات الإدارية اللاحقة، والجدير بالإشارة أن المشرع العراقي لم يشترط صراحة أن يكون التظلم مكتوباً، إلا أن الضرورات العملية تتطلب عرض المتظلم مظلمته على كيان مادي ملموس، لما في ذلك من أهمية في التأشير على التظلم وتحديد تاريخ وروده إلى الجهة المقدم إليها التظلم، وإمكان تحديد تاريخ بدء المدة القانونية للإدارة في الإجابة عن التظلم.

ومن التشريعات العربية التي اتجهت صراحة إلى اعتماد التظلم الشفهي القانون المصري، حيث اعتمد المشرع المصري التظلم الشفهي بشرط إثباته من الجهة الإدارية المتظلم إليها في سجلها الخاص بالتظلمات ، أن يُدون بأنَّ المتظلم قد تظلم في تاريخ معين من قرار إداري محدد بالذات[٢].

إن الواقع العملي يتطلب أن يكون التظلم مكتوباً لإمكانية إثباته وتحديد بدء سريان المدة التي يجب على الإدارة الإجابة فيها عن التظلم بالقبول أو الرفض، هذا من جهة ومن جهة أخرى ضرورة تضمن التظلم على البيانات المهمة من اسم المتظلم والجهة الإدارية المقدم إليها التظلم، وأسباب التظلم والقرار المتظلم منه وتاريخ صدوره.

١- ينظر: المستشار ياسين طه ويس، التظلم الإداري الوجوبي في محكمة القضاء الإداري، ط١، مكتبة القانون والقضاء بغداد، ٢٠١٣، ص١٨-٢٠.

٢- ينظر: د. عبدالعزيز الجوهري، د. سامي جمال الدين، الرقابة على اعمال الإدارة منشأة المعارف الإسكندرية، ٢٠٠٢، ص٢٨٤ .

الأصـل أن التظلـم يقـدم بنحوٍ منفرد، لأنه يتعلق بمركز قانوني محـدد لكل متظلم، إلا أن ذلك لا يحول دون تقديم التظلم بشـكل جماعي شرط إلا يكون مجهولاً، وأن يتضمن أسـماء المتظلمين، يذيل بتواقيعهم[١].

ثانياً: تقديم التظلم إلى الجهة الإدارية المختصة:

التظلـم هـو وسـيلة كفلها القانون للمتظلـم لمواجهة ما تصدره الإدارة ضده مـن جزاءات يعتقد بعدم مشروعيتها، ويلتمس فيه أن تعيد الإدارة النظر في قرارها الذي اضر بمركزه القانوني بالسحب أو التعديل، فالغاية من تقديم المتظلم لتظلمه إلى الجهة الإدارية المختصة كي تراجع تلك الجهة قرارها المتظلـم منـه (محل الطعـن) وتعيد النظر فيه على وفـق ما تراه يتلاءم والقانـون، بعد تفحص أوجه اعتراض المتظلـم على قرار الإدارة وأسـانيدها القانونية، ومـن ثَمَّ البت في التظلم[٢].

ثالثاً: تقديم التظلم خلال مدة الطعن:

يجـب أن يقـدم المتظلم تظلمـه إلى الإدارة خلال مدة معينة، وقد حرصـت التشريعات على تحديد مـدة معينـة للتظلـم من قـرار الإدارة المعيب، وهـذا الشرط ورد في الفقـرة (ثانياً) مـن المادة (٦) من قانـون التضـمين رقم (٣١) لسـنة ٢٠١٥ التي نصـت على: (يشترط بقرار التضـمين التظلم منه لدى الجهـة التـي أصدرتـه خلال (٣٠) ثلاثين يومـا من تاريخ التبلغ بـه)، والنص المذكـور من الوضوح والصراحة مـا يغني عن كل شرح.

ينبغـي الإشـارة إلى أن المشرع العراقـي قـد خرج على الأصـل العام في اشتراط التظلـم قبل إقامة الدعـوى أمـام محكمـة القضاء الإداري، وذلك في قانـون المحافظات غير المنتظمـة بإقليم المرقم (٢١) لسـنة ٢٠٠٨ حيث جاء باسـتثناء هو تقديم الطعن لدى محكمة القضاء الإداري مباشرة وعلى المحكمة البت فيه خلال (٣٠) ثلاثين يوما، وهذا اسـتثناء من شرط تقديم التظلم كإجراء شـكلي للدعاوى التي تقام أمام المحكمة.

رابعاً: أن يكون محل التظلم قراراً إدارياً نهائياً:

يشترط في القرار الإداري المطعون فيه[٣]:

١. أن يكون قراراً إدارياً.

١- ينظر: د. عبدالرؤوف هاشم بسيوني، احكام التظلم الإداري في القانون المصري والكويتي، ط١، دار النهضة العربية، ١٩٩٠، ص٧ .

٢- ينظر: سليمان الرحبي، مصدر سابق، ص٢٩٤ .

٣- ينظـر: د. نـواف كنعـان، قضـاء الإداري، ط١، دار الثقافة للـنشر والتوزيع عمـان الأردن، ٢٠٠٢، ص١٧٨، وكذلك: د. غازي فيصل مهدي، د. عدنان عاجل عبيد، القضاء الإداري ـ ط٢، مزيدة ومنقحة مؤسسة النبراس للطباعة والنشر، .النجف الاشرف العراق، ٢٠١٣، ص١٦٤، وما بعدها

٢. أن يصدر من سلطة إدارية وطنية.
٣. أن يرتب أثراً قانونياً معيناً.
٤. أن يكون تنفيذياً ونهائياً.
٥. أن يكـون القـرار الإداري في صورة صريحـة أو ضمنية، وقد يصدر على هيئة قرار مكتوب أو شـفوي أو فردي أو تنظيمي، أو على هيئة امتناع أو رفض قرارٍ اسـتلزم القانون اتخاذه.

ومـن البداهـة أن تكـون هناك علاقة بين المدعـي والقرار المطعون فيه، وأن يمـس القرار بالمركز القانوني للطاعن، ولكي أن يكون القرار الإداري نهائيًا أن يتولد عنه اثر قانوني معين وأن يكون هذ .الأثر ممكناً وجائزاً قانونا[١]

صفـوة القـول إن الشروط الشـكلية في القرار الإداري يجب أن تكون محـل نظر واعتبار لغرض استيفاء التظلم، لذا إنَّ التهاون في اتباع الشروط الشكلية في التظلم الإداري قد تكون سببًا لرد التظلم شكلاً.

البند الثاني: الشروط الموضوعية للتظلم:

يتطلب التظلم الإداري فضلاً عن الشروط الشـكلية شروطا أخرى تسـمى (الشروط الموضوعية) وهـذه الشروط تكون ذات ارتباط بموضوع التظلم، ومن الشروط الموضوعية ما يأتي:

أولاً: أن يكون التظلم الإداري واضحاً وجليا:

يقـتضي أن يكـون التظلم على درجـة كبيرة من الوضوح، وبعيدا عن الغمـوض والإبهام ، محددًا وقاطعـاً في معنـاه، وأن ينصـب على قرار معين بذاتـه، بعيدًا عن ذكر العبارات العامـة، تمنع الدقة في تحديـد القـرار المتظلـم منه من هـذا الموضوع أو تاريخ صـدوره، وبنحوٍ عام يجـب أن يكون التظلم واضحًا في مدلوله بما يمكن الإدارة من فهمه، ومعرفة شخصية المتظلم، والقرار المتظلم منه وأسباب التظلـم، ومـا يهدف إليـه من وراء تقديمه، وأن لا يكـون التظلم الإداري مجهلاً بمـا يؤثر في السلامة الشـكلية للتظلم من عدمه[٢] .

ثانياً: أن يكون التظلم الإداري مجدياً:

إن الغاية من التظلم هي إزالة أثار القرار المعيب، فما يتطلب أن يكون القرار الإداري المتظلم منه يمكن الطعن فيه بغية تعديله أو سحبه أو الغائه، لذا يشترط ألا يكون القرار المتظلم منه من القرارات

١- ينظر: د. فؤاد العطار، رقابة القضاء على اعمال الإدارة، دار الفكر العربي، ١٩٦٦، ص٥٢٠.
٢- ينظـر: د. عبداللـه محمـود، الاحكام الإجرائيـة والموضوعية للتظلم الإداري، رسـالة ماجسـتير، جامعة طنطا، مصر، ١٩٩٤، ص٨٤.

غير القابلـة للتظلـم بحكم القانـون، أي وجود نصوص قانونية تجعل من القـرارات المتظلم منها غير قابلة للتظلم، فإذا امتنع قانونًا على الإدارة سـحب القرار المتظلم منه أو تعديله فلا جدوى من التظلم من القرار[١].

خلاصة القول ان التظلم الاداري لغرض أن ينتج آثاره القانونية لُابَّد ان يكون صحيحاً في شكله واضحاً في مضمونه وان يكون مجدياً وألا يكون القرار المتظلم منه من القرارات التي لا يجيز القانون الطعن فيها بطريق التظلم الاداري.

المطلب الثاني

الجهة المختصة بنظر الطعن في القرار الاداري

بعد أن يسـتوفي التظلم شروطه الشـكلية والموضوعية وعدم البت فيه من قبل جهة الادارة يجب على المتظلـم الطعـن في القـرار الإداري لدى الجهة المختصة وينعقـد الاختصاص بنظر الطعن لمحكمة ((قضـاء الموظـفين)) ومحكمة ((القضاء الإداري)) ممـا يتطلب الأمر تناول هذا المطلب في فرعين:

الفرع الاول

الطعن في القرار الاداري امام محكمة قضاء الموظفين

تمارس محكمة قضاء الموظفين اختصاصاتها من خلال النظر في الطعون التي يرفعها الموظفون ضـد العقوبـات المفروضة عليهم بموجب قانون انضبـاط موظفي الدولة والقطـاع العام رقم (١٤) لسـنة [٢]١٩٩١، وهـي (لفـت النظر، والإنـذار، وقطع الراتـب، والتوبيخ وإنقـاص الدرجة والفصل والعزل)، فقد حدد قانون انضباط موظفي الدولة رقم (١٤) لسـنة ١٩٩١ الصلاحية لرئيس الدائرة أو الموظـف المخـول في فرض العقوبـات الانضباطية وقصرها على: (لفت النظـر، الإنذار، قطع الراتب لمـدة لا تتجـاوز خمس أيام التوبيخ)[٣]، وذلك بعد أن يشـكل الوزير أو رئيـس الدائرة لجنة تحقيقية مـن رئيـس وعضويـن مـن ذوي الخبرة، على أن يكـون أحدهم حاصلاً على شـهادة جامعيـة أولية في القانـون[٤]، وتتـولى هذه اللجنة التحقيق تحريراً مع الموظف المحال عليها، ولها في سـبيل أداء مهمتها

١- ينظـر: د. نجـم الأحمـد، التظلم الإداري، بحث منشـور في جامعة دمشـق للعلوم الاقتصاديـة والقانونية، المجلد (٢٩) العـدد الثالث، ٢٠١٣، ص٢١.

٢- ينظر: د. احمد خورشيد حميدي المفرجي، د. صدام حسين ياسين العبيدي، الوجيز في القضاء الإداري العراقي، ط١، مكتبة القانون المقارن بغداد، ٢٠١٧، ص٤٦.

٣- المادة (١١/ثانياً) من قانون انضباط موظفي الدولة رقم١٤ لسنة ١٩٩١ .

٤- المادة (١٠/ثانياً) من قانون انضباط موظفي الدولة رقم١٤ لسنة ١٩٩١ .

سـماع وتدوين أقوال الموظف والشـهود، والاطلاع على جميع المستندات والبيانات التي ترى ضرورة الاطلاع عليها، وتحرر محضراً تثبت فيه ما اتخذته من إجراءات، وما سمعته من أقوال مع توصياتها المسببة إما بعدم مساءلة الموظف وغلق التحقيق وإما بفرض إحدى العقوبات المنصوص عليها في هذا القانـون، وترفع كل ذلك إلى الجهة التي أحالت الموظف إليها[١].

وقـد أعطـت المادة (١٠/رابعاً) من قانـون التعديل الأول لقانون انضبـاط موظفي الدولة الحق للوزيـر أو رئيـس الدائرة بعد اسـتجواب الموظـف المخالف أن يفرض مباشرة عقوبـات (لفت النظر، الإنـذار، قطع الراتب) مـن دون إحالته إلى لجنة تحقيقية.

وأعطت المادة (١٢/أولاً) من قانون التعديل الأول لقانون انضباط موظفي الدولة للوزير فرض عقوبـة (لفـت النظـر، أو الإنذار، أو قطع الراتب) على الموظف الذي يشـغل وظيفة مدير عام فما فوق عند اتيانه عملاً يخالف أحكام هذا القانون، وللموظف المشمول بأحكام هذه المادة الطعن في العقوبات المفروضة عليه أمام محكمة قضاء الموظفين.

يتضـح لنـا مما تقدم أن الإدارة ليسـت مطلقة اليـد في فرض العقوبة مـن دون اتخاذ الإجراءات الأصوليـة التـي تتحقق بموجبه تلك العقوبة، فالقانون ألزم الإدارة بتشـكيل لجنة تحقيقية من ثلاثة أعضـاء، على أن يكـون أحـد الأعضاء من حملة الشـهادة الجامعيـة الأولية في القانـون، وتقوم اللجنة بالتحقيـق مـع الموظف ، فإذا ثبت لها ارتكابه فعلاً لا يأتلـف وشرف الوظيفة عليها تقديم توصية إلى الوزيـر المختص أو رئيس الدائرة بفرض العقوبة المناسـبة عليه.

وبمـا أن رئيـس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء ورئيس الجهـة غير المرتبطة بوزارة يعدون الرئيـس الأعلى للجهة التي يترأسـونها، فهم يمارسـون الصلاحيات نفسـها المقـررة للوزير المختص بالنسـبة لدوائرهـم على الموظفين التابعين لهم، فبناء على ذلك لهم فـرض أيّاً من العقوبات المنصوص عليها في قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام على الموظفين التابعين لهم، وأعطى هذا القانون للموظـف الحق بالطعن بالعقوبة المفروضـة عليه أمام محكمة قضاء الموظفين[٢].

لكـن يشترط لقبـول الطعن أمام محكمة قضاء الموظفين لزوم التظلـم من القرار القاضي بإيقاع العقوبـة لـدى الجهة التي أصدرته، وذلك خلال ثلاثين يوماً مـن تاريخ تبلغ الموظف بالقرار المذكور،

١- المادة (١١/ثانياً) من قانون انضباط موظفي الدولة رقم١٤ لسنة ١٩٩١ .
٢- المادة (١٢/ثالثاً) من قانون انضباط موظفي الدولة رقم ١٤ لسنة ١٩٩١.

وعلى الجهـة التـي أصدرت العقوبة البت في التظلم خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تقديمه، وفي حالة عدم البـت فيـه على الرغم من انتهاء هذه المدة يعد ذلك رفضاً للتظلم[١].

ويشترط أن يقدم الطعن لدى محكمة قضاء الموظفين خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تبلغه برفض التظلم حقيقة أو حكماً[٢].

ولمحكمـة قضاء الموظـفين وهي تنظر في الاعتراضات على قرارات فـرض العقوبات (لفت النظر، الإنـذار، قطـع الراتب، انقـاص الراتب تنزيل الدرجـة، الفصل، العزل) أن تقـرر المصادقة على القرار أو تخفيـض العقوبـة أو الغائهـا، وإذا ظهر للوزير أو رئيس الدائـرة أو الموظف المخول من الوزير أو محكمـة قضـاء الموظـفين أن في فعل الموظف المحال إلى التحقيق أو في محتويات التهمة جرماً نشـأ من وظيفته أو ارتكبه بصفته الرسـمية فيجـب إحالته إلى المحاكم المختصة[٣].

ومـن الجديـر بالذكـر أن محكمة قضـاء الموظفين هي الجهـة القضائية المختصـة بنظر الطعون التـي يقيمهـا الموظفـون على القرارات الصـادرة بفرض العقوبـات الانضباطية عليهـم من دوائرهم ومؤسسـاتهم، وكان يجـري تمييز الأحكام الصـادرة من مجلس الانضباط العام لـدى الهيئة العامة لمجلس شـورى الدولـة بموجب قانون التعديل الأول لقانون انضباط موظفـي الدولة والقطاع العام رقم (١٤) لسـنة ١٩٩١ في المادة (١٥/ سادسـاً)، شأنها في ذلك شأن الدعاوى المتعلقة بحقوق الخدمة المدنية، إلا أنه بصدور قانون التعديل الخامس لقانون مجلس شـورى الدولة رقم (١٧) لسـنة ٢٠١٣، أصبحـت محكمـة قضاء الموظـفين هي المحكمـة المختصة بنظر الطعـون المتعلقة بفـرض العقوبات الانضباطيـة، وبحقـوق الخدمة المدنية بموجب المادة (٧) من القانون المذكور كل حسـب اختصاصها المكاني، وتُعدَّ محاكم قضاء الموظفين بمثابة محاكم استئناف للقرارات الإدارية الصادرة عن الجهات الرئاسـية للموظفين بقضايا الانضباط في المناطـق الموجودة فيها تلك المحاكم، ويجري تمييز الأحكام الصـادرة عـن محاكم قضاء الموظـفين لدى المحكمة الإداريـة العليا، التي اسـتحدثت بقانون التعديل الخامـس لقانـون مجلس شـورى الدولـة رقم (١٧) لسـنة ٢٠١٣، لكي تمـارس الاختصاصات التي تمارسها محكمة التمييز الاتحادية المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩، عنـد النظـر في الطعون بقـرارات محاكم القضاء الإداري، ومحاكـم قضاء الموظفين.

١- المادة (١٥/ثالثاً) من قانون انضباط موظفي الدولة رقم ١٤ لسنة ١٩٩١.
٢- المادة (١٥/ثالثاً) من قانون انضباط موظفي الدولة رقم ١٤ لسنة ١٩٩١.
٣- المادة (٢٤) من قانون انضباط موظفي الدولة رقم ١٤ لسنة ١٩٩١.

الفرع الثاني

الطعن في القرار الاداري امام محكمة قضاء الاداري

تختص محكمة القضاء الإداري التي تم إنشائها في العراق بموجب قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩، بالنظر في صحة الأوامر والقرارات الإدارية الفردية والتنظيمية التي تصدر عن الموظفين والهيئات في الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة والقطاع العام، التي لم يعين مرجع للطعن فيها بناءً على طلب من ذي مصلحة معلومة وحالة ممكنة، ومع فالمصلحة المحتملة تكفي إن كان هناك ما يدعو إلى التخوف من الحاق الضرر بذوي الشأن[١].

لكن مما يلحظ على الاختصاص المذكور لمحكمة القضاء الإداري أنه جاء ناقصاً؛ لأنه لم يشمل كل المنازعات الإدارية، في حين كان المأمول أن يمتد الاختصاص ليشمل جميع المنازعات الإدارية التي تدخل في اختصاص القضاء الإداري، كما تعارفت عليه القوانين المقارنة ومنها منازعات العقود الإدارية، وهي العقود التي عادة ما تبرم لتحقيق أغراض المرفق العام ومتطلبات المصلحة العامة وهذا على خلاف ما هو قائم في فرنسا ومصر، حيث يختص القضاء الإداري في الفصل في منازعات العقود الإدارية وهذا يُعدَّ نقصاً يجب تداركه[٢].

وقد حددت المادة (٧/ خامساً) من قانون التعديل الخامس لقانون مجلس شورى الدولة رقم (١٧) لسنة ٢٠١٣ أسباب الطعن بوجه خاص وهي:

١. أن يتضمن الأمر أو القرار خرقاً أو مخالفة للقانون أو الأنظمة أو التعليمات أو الأنظمة الداخلية.
٢. أن يكون الأمر أو القرار قد صدر خلافاً لقواعد الاختصاص أو معيباً في شكله أو في الإجراءات أو في محله أو سببه.
٣. أن يتضمن الأمر أو القرار خطأ في تطبيق القوانين أو الأنظمة أو التعليمات أو الأنظمة الداخلية أو في تفسيرها أو فيه إساءة أو تعسف في استعمال السلطة أو الانحراف عليها.

ويعد في حكم الأمر أو القرار الذي يجوز الطعن فيه رفض أو امتناع الموظف أو الهيئات في دوائر الدولة والقطاع العام عن اتخاذ أمر أو قرار كان من الواجب اتخاذه قانوناً[٣].

هذا وقد اشترط القانون قبل تقديم الطعن أمام محكمة القضاء الإداري أن يتظلم صاحب الشأن

١- المادة (٧/رابعاً) من قانون التعديل الخامس لمجلس الدولة رقم ١٧ لسنة ٢٠١٣.
٢- ينظر: د. غازي فيصل مهدي، د. عدنان عاجل عبيد، مصدر سابق، ص١٤٤.
٣- المادة (٧/سادساً) من قانون التعديل الخامس لمجلس الدولة رقم ١٧ لسنة ٢٠١٣.

لدى الجهة الإدارية المختصة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسجيل التظلم لديها[١].

إن إعطاء المشّرع ثلاثين يوماً كمدة لوجوب التظلم خلالها من الأمر أو القرار لدى الجهة الإدارية المختصة قبل الطعن به أمام محكمة القضاء الإداري يُعدَّ ر فرصة حسنة وكافية للإدارة لمراجعة قراراتها والتثبت من صحتها ومدى مطابقتها للقواعد القانونية، وتصحيحها في حالة اكتشاف العيب فيها قبل الطعن بعدم مشروعيتها أمام المحكمة المختصة، وفي ذلك تخفيف للعبء الذي سوف تتحمله المحكمة، وصلاً عن اكتشاف الخطأ والعيب في القرارات الإدارية، وبذلك يتم توافر الكثير من الجهد والوقت الأطراف الخصومة[٢].

وفي حالة عدم البت في التظلم أو رفضه من قبل الجهة الإدارية، فإنَّ على المتظلم أن يقدم طعنه إلى محكمة القضاء الإداري خلال ستين يوماً من تاريخ رفض التظلم حقيقة أو حكماً، وعلى المحكمة تسجيل الطعن لديها بعد استيفاء الرسم القانوني[٣].

إن مضي مدة الستين يوماً دون تقديم الطعن إلى المحكمة تعني تحصن القرار الإداري ضد الإلغاء أو التعديل دون الإخلال بحق صاحب الشأن في رفع دعوى التعويض أمام القضاء العادي عن الأضرار الناشئة عن القرار إن كان بالفعل مخالفاً إذن لا يمنع سقوط الحق في الطعن مراجعة القضاء العادي للمطالبة بالحق للقانون[٤]، في التعويض عن الأضرار الناشئة عن المخالفة أو الخرق للقانون[٥].

أما فيما يتعلق بصلاحية محكمة القضاء الإداري، فإنَّ لها أن تبت في الطعون المقدمة إليها من خلال رد الطعن أو الغاء أو تعديل الأمر أو القرار المطعون مع الحكم بالتعويض إن كان له مقتضى بناءً على طلب المدعي[٦].

أي إنَّ صلاحية المحكمة في نظر الطعون تشمل رد الطعن، وذلك إذا لم يستوفِ الشروط الواجب توافرها في إقامة الدعوى، كمرور مدة، الطعن أو عدم وجود مصلحة لدى الطاعن، أو عدم تحقق سبب من أسباب الطعن التي حددها القانون، كما تشمل صلاحية المحكمة إلغاء القرار المطعون فيه إذا ثبت أمامها عدم مشروعيته، وقد يأتي الإلغاء على كامل القرار أو جزء منه، وأثر الإلغاء هذا أثر

١- المادة (٧/سادساً) من قانون التعديل الخامس لقانون مجلس الدولة رقم ١٧ لسنة ٢٠١٣.

٢- ينظر: د. نجيب خلف احمد، د. محمد علي جواد كاظم، القضاء الإداري بموجب التعديل الخامس لمجلس الدولة رقم ١٧ لسنة ٢٠١٣، ط١، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، كلية القانون، جامعة المستنصرية، ٢٠١٣، ص١٠٣-١٠٤.

٣- المادة (٧/سابعاً/ب) من قانون تعديل مجلس الدولة رقم ١٧ لسنة ٢٠١٣ .

٤- ينظر: د. عصام عبدالوهاب البرزنجي، مجلس شورى الدولة وميلاد القضاء الإداري في العراق، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد العدد (١-٢) مجلداً، ١٩٩٠، ص١٦٨.

٥- المادة (٧/سابعاً/ب) من التعديل الخامس لمجلس الدولة.

٦- المادة (٧/سابعاً/أ) من التعديل الخامس لمجلس الدولة.

عـام لا يقـتصر على أطراف، الدعوى ومن شـأنه أن يزيـل القرار الإداري بأثر رجعـي، وأن للمحكمة الحـق في تعديـل القـرار المطعون فيه، وفي هذه الحالة تمارس المحكمة ولايـة القضاء الكامل، وبمعنى آخر، فإنَّ تخويل محكمة القضاء الإداري سـلطة تعديل الأمر أو القرار المطعون فيه يعني ممارسـتها سـلطات كاملة لحسـم النزاع بشـأنه لا يقف عند مجرد إلغاء القرار غير المشروع، وإنما ترتيب جميع النتائج القانونية على ذلك من تعديل للقرار بشـكل جزئي أو كلي إلى اسـتبدال غيره به، وأن المشرع قد منح المحكمة صلاحية الحكم بالتعويض، إذا كان شـأن القرار الإداري إلحاق الضرر بالمعني بالقرار، فالمحكمـة لهـا صلاحية التعويض إذا كان له مقتضى بنـاء على طلب المدعي، وعلى المتضرر أن يثبت أن هنـاك ضرراً حقيقيـاً قد أصابه، ومما ينبغي ملاحظته هنا أن ولاية المحكمة بالتعويض مقتصرة فقط على طلبـات التعويـض المرفوعة إلى المحكمة بصفة تبعية لطلبات الإلغـاء، أما طلبات التعويض بصفة أصلية فلا تختص محكمة القضاء الإداري بالنظر فيها، بل تختص بها محاكم القضاء العادي، يتضح ممـا تقـدم أن ولاية محكمة القضـاء الإداري، وهي تنظر في صحة الأوامر والقرارات الإدارية تشـمل قضـاء الإلغاء والقضاء الكامل، وإن اسـتنهاض ولايتها لهذا القضـاء أو ذاك متوقف على طلبات رافع الدعوى وطبيعة النزاع بشأن القرار، فقد يكفي لصاحب الشأن حتى يعيد الأمر إلى نصابه بالنسبة إلى مصالحـه، وحقوقـه المشروعة أن يطلب إلغاء القرار المطعـون فيه، ولكنه في أحوال أخرى قد لا يحقق له إلغاء القرار كل ما يتطلع إليه فيسـتنهض ولايتها في القضاء الكامل؛ لتتخذ المحكمة من الأحكام في شـأن النزاع ما يعيد الحق إلى نصابه[١].

يظهـر مـن ذلـك واسـتناداً إلى مـا ورد في المادة (٧/ثانيـاً/ ط) مـن قانون التعديـل الثاني رقم (١٠٦) لسـنة ١٩٨٩ لقانـون مجلس شـورى الدولة رقـم (٦٥) لسـنة ١٩٧٩، والمادة (٧/ثامناً /أ) من قانون التعديل الخامس رقم (١٧) لسـنة ٢٠١٣ لقانون مجلس شـورى الدولة التي أشارت إلى ما ورد في الفقرة (ط) من قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شـورى الدولة أعلاه أن محكمة القضاء الإداري تنظـر في طلـب التعويـض إذا قدم بصفة تبعية للطلب بالإلغـاء أو التعديل حال تقديمه خلال الـ (٦٠) يوماً المذكورة، من دون أن يكون لها سماع طلبات التعويض عن القرارات إذا رفعت بصفة أصلية سـواء خلال مدة الـ (٦٠) يوماً أم بعد انتهائها، وهذا على خلاف ما ذهب إليه القانون المصري في البنـد (عـاشراً) مـن المادة (١٠) من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسـنة ١٩٧٢، الذي أشـار إلى أن طلبات التعويض عن القرارات الإدارية تختص بها محاكم مجلس شـورى الدولة دون غيرها، سـواء رفعت بصفة تبعية مع دعوى الإلغاء ضمن ميعاد الـ (٦٠) يوماً، ام رفعت بصفة أصلية بعد انتهاء هذا

١- ينظـر: د. عصـام عبدالوهـاب البرزنجي، مصدر سـابق، ص١٩٧٢، وكذلك: د. نجيب خلف احمـد، د. محمد علي جواد كاظم، مصدر سابق، ص١٠٥.

،الميعاد، وهذا الاتجاه من المشرع المصري ينسجم مع إيجاد قضاء إداري متخصص ينظر دون غيره في دعاوى إلغـاء القرارات الإدارية ودعاوى التعويض عنها[١].

ومـن الجديـر بالذكـر أن الأحـكام الصادرة عن محكمة القضـاء الإداري منذ بداية نشـوئها عام ١٩٨٩ وحتى عام ٢٠٠٥ تميز لدى الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة، ولكن بصدور قانون المحكمة الاتحاديـة العليا رقم (٣٠) لسـنة [٢]٢٠٠٥، الذي جعل مـن اختصاصها النظر في الطعون المقدمة على أحـكام محكمـة القضـاء الإداري بـالمادة (٤/ ثالثـاً) من القانـون المذكور والتي نصـت على النظر في الطعـون المقدمـة على الأحكام والقرارات الصـادرة من محكمة القضـاء الإداري»، ثم بصدور قانون التعديـل الخامس لقانون مجلس الدولة رقم (١٧) لسـنة ٢٠١٣ أصبـح تمييز أحكام محكمة القضاء الإداري لـدى المحكمة الإدارية العليا، التي تم انشـاؤها بموجـب القانون المذكور أعلاه[٣].

ويكـون قـرار محكمة القضاء الإداري قابلاً للطعن فيه تمييـزاً لدى المحكمة الإدارية العليا خلال ثلاثين يومـاً مـن تاريـخ التبلغ به أو اعتبـاره مبلغاً[٤]، كما يكـون قرار محكمة القضـاء الإداري غير المطعـون فيه، وقـرار المحكمة الإدارية العليا الصادر نتيجة الطعـن باتاً وملزماً[٥].

نخلـص مـن كل ما تقـدم أنَّ الطعن في القـرار الاداري يقدم إلى محكمة قضاء الموظفين بالنسـبة للطعـون التـي يقدمهـا الموظفون على القـرارات الصـادرة بفرض العقوبـة الانضباطيـة عليهم من دوائرهم ومؤسسـاتهم، أما بالنسـبة لمحكمـة القضاء الاداري، فهي تختـص بالنظر في صحة الأوامر والقـرارات الاداريـة الفردية والتنظيمية التي تصدر عن الموظفين والهيئات في الوزرات والجهات غير مرتبطة بـوزارة والقطاع العام.

١- ينظر: د. عصام عبدالوهاب البرزنجي، المصدر نفسه، ص١٦٨-١٦٩ .

٢- قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ المنشور في الوقائع العراقية بالعدد (٣٩٩٦) في ١٧/٣/٢٠٠٥.

٣- ينظـر المادة (٢/رابعـاً/ أ) والفقرة (رابعاً/ب) مـن ذات المادة المعدلة بموجب قانون التعديل الخامس لقانون مجلس الدولة رقم (١٧) لسنة ٢٠١٣، والمنشور بالوقائع العراقية (٤٢٨٣) في ٢٩/تموز/٢٠١٣ المصادف ٢٠/رمضان/١٤٣٤هـ .

٤- المادة (٧/ثامناً/ب) من قانون التعديل الخامس لمجلس الدولة رقم ١٧ لسنة ٢٠١٣.

٥- المادة (٧/ثامناً/ح) من قانون التعديل الخامس لمجلس الدولة رقم ١٧ لسنة ٢٠١٣ .

الخاتمة

بعد أن فرغنا من استعراض عناوين البحث والوقوف محطاته الرئيسة لُابَّد أنْ ندّون في خاتمته اهم النتائج والتوصيات التي ستتناولها في فقرتين:

اولاً: النتائج:

١. يعرف القرار الاداري بانه هو تعبير عن إرادة منفردة يصدر من سلطة إدارية بسند قانوني ويرتب أثاراً قانونية.

٢. يمكن التظلم من القرار الاداري لدى الجهة التي أصدرته على وفق شروط شكليه وموضوعية معينة.

٣. يطعن في القرار الاداري لدى المحكمة المختصة وللمحكمة المختص بنظر الطعن في القرار الاداري ان تتخذ القرار المناسب على وفق اسباب الطعن وادلة الدعوى.

ثانياً: التوصيات:

١. ضرورة ادخال الموظفين في دورات في المجال القانوني لتعريف الموظفين بإجراءات الطعن بالقرار الإداري الصادر ضدهم بفرض عقوبة ما ضدهم.

٢. اهميه إنشاء محاكم مختصة بالنظر في الطعن بقرارات الادارية في رئاسة كل استئناف في المحافظة للبت في الطعون وتخفيف العبء على محكمة القضاء الإداري في بغداد من خلال اصدار بيان يتم فيه تشكيل محكمة إدارية في مركز كل منطقة استئنافية يحدد اختصاصاتها وآلية تشكيلها والجهة المختصة في النظر في الطعون بالقرارات التي تصدرها.

٣. تأكيد عدم البت في التظلم بعد انتهاء المدة المحددة هو رفض حكمي للتظلم.

٤. وختاماً ما ورد من إراء هي اجتهادات شخصية تقبل الخطأ والصواب، فإنَّ اصبنا فمن الله، وإنْ أخطأنا فمن انفسنا، والله وحده الهادي للصواب .

الباحث

المصادر والمراجع

اولاً: القرآن الكريم.

ثانياً: معاجم اللغة:

الامـام أبـو الفضل جمـال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الافريقي المصري، لسـان العرب، دار صـادر للطباعة والنشر، ط٤، بيروت لبنان، ٢٠٠٥.

ثالثاً: الكتب القانونية:

١. د. إبراهيم محمد علي، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٤.
٢. د. احمد أبو الوفا، نظرية الاحكام في قانون المرافعات، ط٦، منشـأة المعارف الإسـكندرية، ١٩٨٩.
٣. د. احمد خورشـيد حميدي المفرجي، د. صدام حسـين ياسـين العبيدي، الوجيز في القضاء الإداري العراقـي، ط١، مكتبـة القانون المقارن بغداد، ٢٠١٧.
٤. المستشـار ياسـين طـه ويس، التظلـم الإداري الوجوبـي في محكمة القضـاء الإداري، ط١، مكتبـة القانون والقضـاء بغداد، ٢٠١٣.
٥. د. ايمـان حسـين الرباطي، تسـبب القرارات الإدارية دراسـة مقارنـة وتطبيقية في النظام القانونـي الفرنسي والمـصري والاماراتي، مكتبة الفـلاح أبو ظبي، ٢٠١٠.
٦. حمدي ياسين عكاشة، القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٧.
٧. د. سـلمان الطمـاوي، القضـاء الإداري، الكتـاب الأول، قضـاء الإلغاء، دار الفكـر العربي، القاهرة ١٩٨٦.
٨. سليمان الرحبي، الضمانات التأديبية للموظف العام، رسالة ماجستير، طبعة سنة ٢٠٠١.
٩. د. سـليمان الطماوي، نظرية التعسـف في اسـتعمال السـلطة والانحراف بالسلطة، مطبعة جامعة عين شمس، ١٩٧٨.
١٠. د. سليمان الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، ط٢، دار الفكر العربي.
١١. د. شاب توما منصور، القانون الإداري، ط١، الكتاب الثاني، ١٩٨٠.
١٢. صالـح إبراهيـم المتيوتـي، شروط الطعن امام محكمـة القضاء الإداري في العراق، رسـالة ماجسـتير ، كلية قانون/جامعـة بغداد، ١٩٩٤.
١٣. د. عبد المحسن خليل، قضاء الالغاء، دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية، ١٩٨٩.

١٤. د. عبدالرؤوف هاشم بسيوني، احكام التظلم الإداري في القانون المصري والكويتي، ط١، دار النهضة العربية، ١٩٩٠.

١٥. د. عبدالعزيز الجوهري، د. سامي جمال الدين، الرقابة على اعمال الإدارة منشأة المعارف الإسكندرية، ٢٠٠٢.

١٦. د. عبدالله محمود، الاحكام الإجرائية والموضوعية للتظلم الإداري، رسالة ماجستير، جامعة طنطا، مصر، ١٩٩٤.

١٧. د. عصام عبدالوهاب البرزنجي، القرار الإداري، وانواعه محاضرات القيت على طلبة الماجستير في كلية القانون، جامعة بغداد العام الدراسي، ١٩٨٨- ١٩٨٩.

١٨. د. عصام عبدالوهاب البرزنجي، مجلس شورى الدولة وميلاد القضاء الإداري في العراق، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد العدد (١-٢) مجلداً، ١٩٩٠.

١٩. د. علي سعد عمران، القضاء الإداري العراقي والمقارن مكتبة السنهوري، طبعة جديدة ومنقحة، بغداد، ٢٠١١.

٢٠. د. غازي فيصل مهدي، أفكار في القانون الإداري مكتبة القانون والقضاء، الناشر صباح صادق جعفر الانباري بغداد، ٢٠١٨.

٢١. د. غازي فيصل مهدي، د. عدنان عاجل عبيد، القضاء الإداري ـ ط٢، مزيدة ومنقحة مؤسسة النبراس للطباعة والنشر، النجف الاشرف العراق، ٢٠١٣.

٢٢. فالح عبدالله العزب، الطعن في الجزاء التأديبي في الوظيفة العامة في القانون المصري، والقانون الكويتي، رسالة ماجستير، سنة ٢٠٠٤.

٢٣. د. فؤاد العطار، رقابة القضاء على اعمال الإدارة، دار الفكر العربي، ١٩٦٦.

٢٤. د. ماجد راغب الحلو، القرارات الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٩.

٢٥. د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٥.

٢٦. د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية مصر، ١٩٩٥.

٢٧. د. ماهر صالح علاوي، القرار الإداري، دار الحكمة للطباعة والنشر بغداد، ١٩٩١.

٢٨. د. محمد علي آل ياسين، القانون الإداري، المبادئ العامة في نظرية المرافق العامة، الضبط الإداري، المكتبة الحديثة بيروت، بدون سنة طبع.

٢٩. د. محمد علي بدير، وآخران، مبادئ واحكام القانون الإداري الناشر العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٧.

٣٠. د. محمد كامل ليلة، الرقابة القضائية على اعمال الإدارة، دار النهضة العربية بيروت،

.١٩٧٠

٣١. د. محمود محمد حافظ ، القضاء الإداري، ط٥، دار النهضة العربية القاهرة، ١٩٧٢.

٣٢. د. مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، ط٤، منشأة المعارف الإسكندرية، ١٩٧٩.

٣٣. د. نجم الأحمد، التظلم الإداري، بحث منشور في جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد (٢٩) العدد الثالث، ٢٠١٣.

٣٤. د. نجيب خلف احمد، د. محمد علي جواد كاظم، القضاء الإداري بموجب التعديل الخامس لمجلس الدولة رقم ١٧ لسنة ٢٠١٣، ط١، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، كلية القانون، جامعة المستنصرية، ٢٠١٣.

٣٥. د. نواف كنعان، قضاء الإداري، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان الأردن، ٢٠٠٢.

٣٦. القاضي عواد حسين ياسين العبيدي، أصول التقاضي في الدعوى الإدارية، ط١، مكتبة السنهوري بغداد، ٢٠٢٠.

تقنين الأحكام القَضائية الصادرة من محكمة التمييز الاتحادية ومحاكم الاستئناف بصفتها التمييزية "دراسة مقارنة"

الباحث/ الدكتور
عماد يوسف خورشيد/ مدرس القانون الجنائي
الجامعة التقنية الشمالية/ المعهد التقني كركوك

المستخلص

الثابـت أنَّ السـلطة القضائيـة هي حاميـة الحقوق والحريات الاساسـية للافـراد، ويُمثل القضاة فيهـا رُقـي الأُمَة ومَظهـرًا لتقدمها، ورمز العدالـة فيها، وكيف لا وهم من يضعـون موازين الحق في مرافعةٍ تظهر هيبتها وقدسـيتها في تجسـيد كلمة العدل بالاحكام التي تصدرها بين أطراف الدعوى، وإعطـاء كل ذي حـق حقه. ومن ثم فإنَّ الاحكام التي يصدرها تكـون عنوان الحقيقة في الواقعة التي قضت فيها. ولضمان استقرار المعاملات والحياة بنحوٍ عام بين الناس، وكذلك بيان الرؤية الصحيحة أمام السادة القضاة والمحامين وأساتذة الجامعات وطلبة القانون لتطبيق صحيح للقانون، لذا يتطلب أنْ يتـم تقنين الاحكام القضائية الصاردة من محكمة التمييز الاتحادية، ومحاكم الاسـتئناف بصفتها التمييزية، وهو دأب التشريعات المقارنة كما تناولنا البحث فيه؛ وتم وضع قواعد انشـاء المكتب الفني استرشـادا بتجربة تشريعات الدول واراء فقهائهـا، وبيان ايجابيات ذلك بالتفصيل في البحث.

كلمـات مفتاحية: المكتب الفنـي. تقنين الاحكام القضائية. مكتب تقنين الاحكام القضائية. انشـاء مكتب فني .

Abstract:

It is established that the judicial authority is the protector of the basic rights and freedoms of individuals, and the judges in it represent the advancement of the nation, a manifestation of its progress, and a symbol of justice in it. How could they not be the ones who set the scales of right in a pleading that shows its prestige and sanctity in embodying the word of justice in the rulings it issues between the parties to the case and giving all His right. Therefore, the rulings he issues represent the truth in the incident in which he ruled. In order to ensure the stability of transactions and life in general among people, as well as to clarify the correct vision before the judges, lawyers, university professors, and law students for the correct application of the law, therefore, it is required that the judicial rulings issued by the Federal Court of Cassation and the Courts of Appeal be codified in their discriminatory capacity, which is the norm of comparative legislation, as we discussed in the research. in it. The rules for establishing the technical office were drawn up, guided by the experience of countries' legislation and the opinions of their jurists, and the positive aspects of that were explained in detail in the research.

Keywords: technical office. Codification of judicial rulings. Judicial Judgment Codification Office. Establishing a technical office

المقدمة:

لا مِراء أنَّ السُـلطة القضائية هي حامية الحقوق والحريات الاساسـية للأفراد في الدولة، إذ يُمثل القضاة فيها رُقي الأُمَة ومَظهرًا لتقدمها، ورمز العدالة فيها، وكيف لا وهم من يضعون موازين الحق في مرافعةٍ تظهر هيبتها وقدسـيتها في تجسـيد كلمة العدل بالاحكام التي تصدرها بين أطراف الدعوى وإعطـاء كل ذي حق حقه.

اولاً: مشكلة البحث:

من خلال الإطلاع على قانون التنظيم القضائـــي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩ النافذ، وقانون مجلس القضـاء الاعلى العراقـي رقم (٤٥) لسـنة ٢٠١٧ النافذ، لم نلحظ أية مادة تشير إلى إنشـاء مكتب فني والقيـام بمهمة تقنين المبادئ القانونية.

ولما لهـذا التقـنين من فوائـد جمة تصب كلها في اسـتقرار الأحكام والمعـاملات بين الناس. هذا ما دفعنا إلى القيام بهذه الدراسـة العلمية لمعالجة مشـكلة عدم توفر الاحكام القضائية بنحوٍ يسير امام السـادة القضاة والمحامين وأسـتاذة الجامعات كما في التشريعات المقارنة.

ثانياً: أهمية البحث:

بنـاءً على المهـام الملقـاة على عاتق السـلطة القضائية؛ قامـت التشريعات المقارنة بتقـنين الاحكام القضائية التي يُصَدّرها سادة قضاة محكمة التمييز الاتحادية، ومحاكم الاستئناف الاتحادية بصفتها التمييزيـة، لاعتباريـن، الأول: أنهـم الصفوة المختارة من القضـاة لما لهم من الـخبرات المتراكمة، وأنَّ القرارات الصادرة منهم تمثل النضوج القانوني والفقهي والمنطقي في معالجة المشـكلات التي تواجه النـاس. الثانـي: إعطـاء التشريع للاحـكام التي يصدرها السـادة القضاة محكمة التمييـز قوة الالزام والبتات.

كل ذلـك يقـتضي العنايـة الكاملـة بهذا الكنـز الثمين من السـوابق القضائية، والاسترشـاد بها في الدعاوى المستجدة، ومن دون تركها في الشتات، وممّا يقتضي العمل بها، وتبويبها، ونشرها ليعلم بها المختصون بتطبيق القانون وطلابه، وارشـفة الاحكام التي اكتسـبت حجية الشيء المقضي به في مجلة تصـدر بنحـوٍ دوري، ولما لذلـك من اثار ايجابية وأثر كبير في إختصار الوقت والجهد للسـادة القضاة والمحامين في حسـم الدعاوى المعروضة.

ثالثاً: نطاق البحث:

تضمـن البحث في التشريع العراقي والمقـارن والبحث والتحليل في تفاصيل الموضوع ليكون اللبنة الاولى صحيحة ومتينة في استحداث المكتب الفني، لتقنين احكام القضاء.

واعتمدنـا في البحـث على معالجة الموضـوع على وفق المنهج المقارنة مـع تشريعات الدول الاخرى لمعرفة طريقة تقنين الاحكام القضائية وعرضها امام المختصين للحصول على الفائدة المرجوة من ذلك في نقل صحيح المبادئ، واسـتقرار المعاملات والحياة بنحوٍ عام.

رابعاً: خطة البحث:

إرتأينا معالجة موضوع البحث وفق الخطة الآتية بيانه:

المبحث الأول: موقف التشريعات المقارنة من تقنين الاحكام القضائية.

المبحث الثاني: الاثار المترتبة على تقنين الاحكام القضائية.

وفي نهاية الدراسـة قدمنا إلى النتائج التي خرجت بها الدراسـة، والتوصيات التي توصلنا اليها في معالجة الموضوع.

المبحث الاول

موقف التشريعات المقارنة من تقنين الاحكام القضائية

تمهيـد وتقسـيم: بات موضـوع تقنين الاحكام القضائيـة وتحديد مبادئه مـن الثوابت التي تسير عليها أغلب التشريعات المقارنة، إذ يتم تبويب المبادئ القانونية حسب طبيعة عمل كل هيئة في محكمة التمييز- النقض- وصولاً إلى تسـهيل الحصول عليها خدمة للمسيرة القضائية، واسـقرار المعاملات في المجتمع. وارتأينا دراسـة هذا المبحث على وفق المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: موقف التشريعات المقارنة من استحداث مكتب فني لاستخلاص المبادئ القانونية.

المطلب الثاني: الهيكل التنظيمي للمكتب الفني في التشريع المقارن.

المطلب الاول

موقف التشريعات المقارنة من استحداث مكتب فني

لإستخلاص المبادئ القانونية

اولاً: موقف التشريع الفرنسي:

بـدء المشرع الفـرنسي بتوثيـق الاحـكام القضائيـة وتقنينهـا منذ عـام ١٩٤٧ مـن خلال تشريع قانـون تنظيـم محكمـة النقض الفرنسـية في ٢٣ تموز/ يوليـو ١٩٤٧ وتحديـداً في المادة ١٠ منه[١] .

١- والمنشور على الرابط الالكتروني الاتي وكانت تاريخ الزيارة الرابط في ٤/١١/٢٠٢٤ :

https://www.courdecassation.fr/files/files/Pr%C3%A9sentation/Loi_1947-665_SDER.pdf

L›ORGANISATION DE LA COUR DE CASSATION, ١٩٤٧، واستناداً لهذه المادة بدأت محكمة النقض بتبويب الاحكام القضائية حسب الهيئات او الغرف، الجنائية، المدنية، الاحوال الشخصية،... الخ.

وفي عام ١٩٨٤ بدأت محكمة النقض من خلال المكتب الفني بتقديم خدمة التوثيق والدراسات والتقارير[١]، والذي يرأس هذا القسم قاض بدرجة رئيس غرفة(هيئة) وهيئة من القضاة وموظفين اداريين وباحثين قانونين. وتقوم كذلك بوظيفة التوفيق بين الطعون التي تثير أسئلة قانونية متطابقة أو ذات صلة ؛ وبيان وتحديد إطار الاختلافات في السوابق القضائية بين غرف(اقسام) المحكمة ؛ وكذلك القيام بإجراء بحوث قانونية لإيجاد الحلول للمسائل الخلافية، بناءً على طلب المحاكم ومحاكم الاستئناف؛ وبناء قاعدة تعزيز المبادئ القانونية وتنسيقها بين المحاكم الفرنسية والمحكمة الاوربية لحقوق الانسان، وكذلك جمع الاجتهادات القضائية والمبادئ القانونية للمحكمة ونشرها من خلال تقارير سنوية، ومجلات دورية ويعمم على السادة القضاة ويمكن الحصول عليه من السادة المحامين والباحثين في الشؤون القانونية التي تساعدهم على الكتابة في أبحاثهم أبحاثهم. وكذلك يساعد هذا القسم على تنظيم سير الدعاوى عندما تتم إحالة طلبات النقض إلى الغرف(الهيئات) المختلفة، تجمع مع الدعاوى التي تثير مسائل مماثلة وذات الصلة، وتساعد على تحاشي الاختلاف في اجتهاد محكمة النقض ذاتها وبين هذا الاجتهاد واجتهاد محاكم الموضوع المختصة.

وننوه إلى ان إنشاء قاعدة بيانات للقانون الأوروبي في الدائرة قد أمن أداة مفيدة لتحليل المشكلات الناجمة عن تطبيق القانون الأوروبي من قبل المحاكم الوطنية، ويكون متاحاً الكترونيا[٢] (COUR DE CASSATION, 1984). وأكثر من ذلك، هي أداة تطوير سياسة اجتهاد المحكمة عن طريق نشر أحكامها، وأيضًا عن طريق تعميمها على المحاكم، بالوسائل الإلكترونية كما بالوسائل الأخرى[٣](Code de l›organisation judiciaire).

ثانيا: موقف التشريع المصري:

من خلال البحث في اثناء التشريع المصري لاحظنا ان قانون السلطة القضائية المصري رقم ٤٦

١- الدكتور صالح محسوب، السوابق القضائية ودورها في الاستقرار القضائي، منشورات العدالة، بغداد، ١٤٢٣هـ، ٢٠٠٢م، ص ٥٣.

٢- والمنشور على الربط الالكتروني الاتي تاريخ الزيارة في ٤/١١/ ٢٠٢٤ :

https://www.courdecassation.fr/la-cour/lorganisation-de-la-cour-de-cassation/le-service-de-documentation-des-etudes-et-du-rapport

٣- وللتفاصيل اكثر انظر الربط الالكتروني الاتي٥/١١/ ٢٠٢٤:

https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000038311162

لسـنة ١٩٧٢ النافـذ المعدل، قد نظم أحكام اسـتحداث مكتب فني لاسـتخلاص المبـادئ القانونية من الاحـكام القضائيـة، وذلك في المادة الخامسـة منه التي جاءت بالصيغة الآتيـة «يكون بمحكمة النقض مكتـب فنـي للمبـادئ القانونيـة يُؤلف من رئيـس يُختار من بين قضـاة المحكمة ومن عـدد كاف من الأعضـاء مـن درجة رئيـس بالمحاكم أو قـاض أو ما يعادلها ويكـون ندب الرئيـس والأعضاء بقرار من وزير العدل لمدة سـنة قابلة للتجديد بموافقة مجلس القضاء الأعلى وذلك بناءً على ترشـيح رئيس محكمة النقض...».

ويُلحـظ أنَّ هـذه المادة قـد وضعت الاسـاس التشريعي للمكتـب الفني التي يكـون محل عملها في محكمـة النقـض المصريـة. وكان لهـذا المكتب الاثر الكبير في تقـنين المبادئ القانونية المسـتخلصة من الاحكام التي تصدرها محكمة النقض، والتي ابانت اتجاه القضاء لعقود متعددة، وانعكست نتائجها الايجابية في توسعة الرؤيا لدى القضاة والمحامين ورجال انفاذ القانون بنحوٍ عام والباحثين والمهتمين به. وممّا لا يخفى على المتخصصين في الدراسات القانونية ان اثره لم يقتصر في جمهورية مصر العربية وحـده؛ بل كان له الأثر في بقية الدول العربية والاجنبية.

وفي السـياق نفسـه؛ لاحظنا إصدار مجلس الدولة المصري اللائحة الداخلية رقم ١ لسنـــة ٢٠١١ متضمناً في المادة (٢٠) التي نصت على ان «يكون للمحكمة مكتب فني يشكل من رئيس وعدد كاف من الاعضاء...»[١]. وكذلك في الاتجاه نفسه، أصدر مدير نيابة النقض قرار حديثا[٢]، تضمن تشكيل مكتب فني للقسمين: الجنائي والمدني.

وخلاصـة القـول، ان جمهورية مصر العربية بعد إنَّ اخذت بفكرة انشـاء مكتب الفني في اقسـام محاكمها باتت الاحكام مهيئة امام السادة القضاة والمحامين وطلبة الدراسات الاولية والعليا، ممّا نتج عنـه تقديم دراسـات مهمة في مواكبة التطورات السريعة الحاصلـة في مخلتف جوانب الحياة، وزيادة على ذلـك، لاحظنـا انعكاس الثقافة القانونية وتطبيقاتها- الوقائع- على الشـارع المصري واثره بنحوٍ كبير في تكوين ثقافة الناس.

ثالثاً: موقف التشريع الأردني:

مـرَّ اسـتحداث المكتب الفني في المملكـة الاردنية بمراحل تطور يسـتأهل التوقـف عندها وذكرها والاسـتئناس بهـذه التجربة في معالجـة الموضوع – محل البحث- اذ اسـتند المشرع الاردني في تنظيم

١- والمنشور على موقع المدونة القانونية الالكترونية على الرابط الاتي، تاريخ الزيارة ٥/١١/٢٠٢٤:
https://www.elmodawanaeg.com/%D8%A7%D9%84%D9%84%D8%A7%D8%A6%D8%AD%D8%A9%D8%A7%D9%84%D8%AF%D8%A7%D8%AE%D9%84%D9%8A%D8%A9-%D9%84%D9%85%D8%AC%D9%84%D8%B3-%D8%A7%D9%84%D8%AF%-D9%88%D9%84%D8%A9/

٢- صدر القرار ٢ لسنة ٢٠٢١ في ٦ صفر ١٤٤٣هـ، ١٣/٩/٢٠٢١م .

احكام استحداث مكتب فني في محكمة التمييز إلى قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (١٧) لسنة ٢٠٠١ في مادته الثانية عشرة [١]، التي جاءت بالصيغة الاتية» ينشأ في كلٍّ من محكمة التمييز والمحكمة الادارية العليا ومحاكم الاستئناف مكتب يسمى المكتب الفني لتقديم الدعم القانوني والفني والاداري لها، بموجب تعليمات يصدرها المجلس القضائي لهذه الغاية ويحدد هيكله التنظيمي وشؤونه الادارية والمالية بموجب نظام يصدر لهذه الغاية». ودخلت حيز التنفيذ بإصدار النظام رقم (٧) لسنة ٢٠١٠. وتمت المباشرة والعمل بها في اذار ٢٠١١ .

وبعد ذلك، وتحديداً في تاريخ ٨/١/٢٠٢٠ صدر نظام[٢] معدل لنظام المكتب الفني ذي الرقم (١٠) لسنة ٢٠٢٠ الذي تضمن النص على انشاء مكاتب فنية لدى المحكمة الادارية العليا ومحاكم الاستئناف. وبعد أنْ استقر الهيكل التنظيمي للمكاتب الفنية في المحاكم، تم الحاقهِ بالأمانة العامة للمجلس القضائي، وتم ذلك بموجب نظام معدل لنظام المكاتب الفنية لدى محكمة التمييز والمحكمة الادارية العليا ومحكمة الاستئناف رقم (٥٠) لسنة ٢٠٢٢. وبناءً علىٍّ كل ما تقدم يقدم المكتب الفني الاردني نتائج أعماله بتقنين المبادئ القانونية أمام السادة القضاة والمحامين وفقهاء القانون والباحين، وبات اتجاه القضاء واضحاً امام المجتمع الأردني والعالم.

رابعاً: موقف التشريع الفلسطيني:

نظم المشرع الفلسطيني في قانون السلطة القضائية الفلسطيني[٣]، رقم (١) لسنة ٢٠٠٢ النافذ في المادة (٩) منه التي نصت على أنه «١- ينشأ بالمحكمة العليا مكتب فني يتولى رئاسته احد قضاتها، يعاونه عدد كافٍ من القضاة المتقاعدين أو كبار المحامين، يختارهم مجلس القضاء الأعلى لمدة سنتين قابلتين للتجديد. ٢- يلحق بالمكتب الفني عدد كاف من الموظفين». وكذلك اشار قانون تشكيل

١- للاطلاع عل قانون تشكيل المحاكم النظامية الاردني كاملا انظر الموقع الالكتروني الاتي تاريخ الزيارة ٥/١١/٢٠٢٤:
https://jordanianlaw.com/%D8%A7%D9%84%D9%82%D9%88%D8%A7%D9%86%D9%8A%D9%86/%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86-%D8%AA%D8%B4%D9%83%D9%8A%D9%84-%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%AD%D8%A7%D9%83%D9%85-%D8%A7%D9%84%D9%86%D8%B8%D8%A7%D9%85%D9%8A%D8%A9-3/

٢- للاطلاع على نظام انشاء وتعديل المكاتب الفنية الاردني انظر الموقع الالكتروني الاتي تاريخ الزيارة ٥/١١/٢٠٢٤:
https://www.jc.jo/AR/Pages/%D9%86%D8%A8%D8%B0%D8%A9_%D8%B9%D9%86_%D8%A٪٧D9%84%D9%85%D9%83%D8%AA%D8%A8

٣- للتفاصيل اكثر انظر قانون السلطة القضائية الفلسطيني على الرابط الاتي، تاريخ الزيارة ٥/١١/٢٠٢٤ :
https://lab.pna.ps/public/files/server/%D9%85%D9%86%D8%B4%D9%88%D8%B1%D8%A7%D8%AA%20%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86%D9%8A%D8%A9/qanoun%20soltah%20qadieh.pdf

المحاكم النظامية[١]، رقم (٥) لسنة ٢٠٠١م إلى انشاء مكتب فني، يختص بتقنين الاحكام القضائية في المادتين(٢٦-٢٧).

خامساً: موقف التشريع القطري:

مـن الاطلاع على موقـف التشريـع القطـري لاحظنا انه نظـم الموضوع- محل البحـث- في قانون السـلطة القضائية رقم (١٠) لسـنة ٢٠٠٣ النافذ[٢]، إذ نصت المادة الثامنة منه على أنّ «يكون لمحكمة التمييـز مكتـب فني يؤلف من رئيس وعدد كافٍ من القضاة، يصدر بندبهم قرار من المجلس، بناءً على ترشـيح رئيس محكمة التمييز. ويلحـق بالمكتب عدد كاف من الموظفين».

سادساً: موقف التشريع اليمني:

نظم المشرع اليميني الموضوع- محل البحث- في قانون السـلطة القضائية رقم (١) لسـنة ١٩٩١ النافـذ في مـادتين: الرابعـة والثلاثون والخامسـة والثلاثون منـه. وعقب هذا القانـون صدور لائحة تنظيميـة صـادرة من رئاسـة الجمهورية اليمنية بالرقم (٨) لسـنة ٢٠٠٩ [٣]، لتنظيـم عمل المحكمة العليـا والتـي اوضحت في المواد (٣٣-٣٧) آلية عمل المكتب الفني واختصاصاته التي نتناول البحث في تفصيلاته في المواضيـع القادمة من البحث.

سابعاً: موقف التشريع الاماراتي:

نظـم المشرع الاماراتـي الموضـوع- محـل البحث- في قانـون المحكمة الاتحادية العليـا رقم (١٠) لسـنة ١٩٧٣ في مـادتين: فالأولى هـي المادة (١٣) التي جاءت بالصيغة الاتيـة: «يكون للمحكمة العليا مكتب فني يؤلف من رئيس وعدد كاف من الأعضاء يختارون من بين رجال القضاء أو أعضاء النيابة العامـة أو أعضاء دائـرة الفتوى والتشريع والقضايا أو غيرهم من المشـتغلين بالأعمال القانونية التي تعتبر نظيرا للعمل في القضاء. ويجوز عند الضرورة شغل تلك الوظائف عن طريق الاستعارة من بين قضاة الهيئات القضائية المحلية بالإمارات الأعضاء في الاتحاد أو من رجال القانون من الدول العربية ممن تتوفر فيهم الخبرة والكفاية اللازمة. ويكون الحاق رئيس المكتب وأعضائه الفنيين بطريق الندب أو الاسـتعارة على حسـب الأحوال وذلك بقرار من وزير العدل بناء على ترشـيح رئيس المحكمة وبعد

١- للاطلاع على القانون، انظر الرابط الالكتروني الاتي، وكانت تاريخ الزيارة ٥/١١/:
http://muqtafi.birzeit.edu/pg/getleg.asp?id=13857

٢- نشر قانـون السـلطة القضائيـة القطري رقم ١٠ لسـنة ٢٠٠٣ في الجريدة الرسـيمة القطريـة بتاريخ ١/١٠/٢٠٠٣ العدد ٩، ص ٤٢.

٣- والمنشور على الموقع الرسمي للنيابة العامة اليمنية على الرابط الاتي، تاريخ زيارة الموقع ٥/١١/٢٠٢٤:
http://agoyemen.net/lib_details.php?id=235

موافقـة الجهات ذات الشـان التـي يتبعها العضو المنتـدب أو المعار. ويلحق بالمكتـب الفني عدد كاف مـن الموظـفين». أما الثانية، فهـي المادة (١٤) التي نصت على المهام التي يتولاهـا المكتب الفني، والتي سـنتناول ذكرها في المواضيع اللاحقة.

ثامناً: موقف التشريع الكويتي:

نظم المشرع الكويتي كذلك قواعد استحداث المكتب الفني في قانون تنظيم القضاء رقم (٢٣) لسنة ١٩٩٠ في مادته الخامسـة[١]. التي نصت على أنَّه «ينشـأ بمحكمة التمييز مكتب فني، يصدر بتشـكيله وتحديـد اختصاصاتـه قرار من المجلس الاعلى للقضاء، وذلك لمدة سـنتين قابلـة للتجديد، ويؤلف من رئيـس بدرجة مستشـار وعـدد كاف من رجال القضاء، بناء على ترشـيح رئيس المحكمة». ويلحظ أنَّ التشريع الكويتي حدد المدة الزمنية التي يتولى ادارتها السـادة القضاة بسـنتين كما ذهب اليه المشرع المصري والفلسـطيني- كما تبين فيما سـبق- بتحديد المدة، ونراه اتجاه محمود لأسباب متعددة منها: اتاحـة الفرصـة لعـدد اكثر من القضـاة في ادارة المكتـب الفني، وتبـادل الخبرات مـن الجانب العملي والنظـري، وندعـو المشرع العراقي الحذو حذوهم عند تشريع قانون اسـتحداث المكتب الفني.

تاسعًا: موقف دولة سلطنة عمان:

نظـم كذلـك المشرع العماني تقنين الاحكام القضائية من خلال انشـاء مكتب فنـي بموجب المادة (٣) مـن قانون السـلطة القضائية رقـم ٩٠/٩٩ التي نصت على أنَّ «ينشـأ في المحكمة العليا مكتب فني يؤلف من رئيس وعدد من قضاة محاكم الاستئناف والمحاكم الابتدائية، يصدر بندبهم قرار من رئيس المحكمة، ويلحق به عدد كاف من الموظفين». وكما اشـار إلى مهام المكتب في المادة (٤) منه الذي نشرحه فيما بعد.

عاشراً : موقف التشريع العراقي:

بعـد بيـان موقف التشريعات في تشريعات الدول المقارنة، نبحـث في بيان موقف التشريع العراقي مـن الموضوع- محل الدراسـة- فمن البحث والاطلاع على قانون السـلطة القضائيـة العراقي[٢]، رقم (٢٦) لسـنة ١٩٦٣ الملغـى لاحظنـا ان المشرع أشـار إلى انشـاء مكتب فني تحديـداً في المادة (١٢) منه التي جاءت بالصيغة الاتية «يؤسس في محكمة التمييز مكتب فني لاستخلاص القواعد القانونية التي تقررهـا المحكمـة، فيمـا تصدره من الأحـكام وتبويبها، ووضـع معجم لها على أن يكـون هذا المكتب بإشراف مقرر أو أكثر من مقرري محكمة التمييز، ويكون مرتبطا برئيس محكمة التمييز»[٣]. وزيادة

١- للاطلاع على تفاصيل عمل المكتب الفني الكويتي انظر الرابط الاتي، تاريخ الزيارة ٥/١١/٢٠٢٤:
https://www.moj.gov.kw/AR/pages/DeptDisplay.aspx?l=113

٢- نشر قانـون السـلطة القضائيـة بجريدة الوقائع العراقيـة بتاريخ ١٤/٥/١٩٦٣، العـدد٨٠٢، الجزء ٢، رقم الصفحة ١٤١.

٣- نشر قانون السلطة القضائية بجريدة الوقائع العراقية بتاريخ ١٤/٥/١٩٦٣، العدد٨٠٢، الجزء ٢، رقم الصفحة ١٤١.

على ذلك، صدر نظام ادارة المكتب الفني رقم (٣٢) لسنة ١٩٦٦ استنادا إلى المادة (١٢) من القانون اعلاه، نُظِمَ فيها آلية عمل المكتب الفني[١].

ولكن في عام ١٩٧٩ اصدر المشرع العراقي قانون التنظيم القضائي[٢] رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩ المعدل النافذ، وبناءً على هذا القانون وتحديدا المادة (٦٩) الغى قانون السلطة القضائية رقم (٢٦) لسنة ١٩٦٣ المعدل والانظمة الصادرة بموجبه. ومن الاطلاع على القانون الأخير لم نلحظ الاشارة إلى استحداث مكتب فني في محكمة التمييز الاتحادية، أو في محاكم الاستئناف، مما نتج عن ذلك إلغاء عمل المكتب الفني قانوناً، وفي الواقع، كما يشير إلى ذلك القاضي الدكتور محسوب نائب رئيس محكمة التمييز الاسبق[٣].

وفي عام ٢٠١٧ اصدر المشرع العراقي قانون مجلس القضاء الاعلى رقم (٤٥) لسنة ٢٠١٧ غايته تنظيم وادارة شؤون المحاكم والقضاة، ومع ذلك لم يشر إلى استحداث مكتب فني لا في محكمة التمييز الاتحادية ولا في محاكم الاستئناف[٤]، وهو ما يعني بقاء المحاكم العراقية بعيدة عن ركب التشريعات المقارنة في معالجة موضوع الدراسة. وبذلك باتت اللجان والمطبوعات التي كانت تعمل بموجب قانون السلطة القضائية الملغى رقم (٢٦) لسنة ١٩٦٣ ونظام ادارة المكتب الفني لا يستند إلى قانون.

ومع ذلك، فهذا لا يعني أنَّ التشريع العراقي لم يتطرق إلى انشاء مكتب فني مطلقاً؛ اذ لاحظنا من خلال البحث في القوانين واللوائح والتعليمات العراقية أنّ هناك تعليمات صادرة من مجلس الدولة العراقي[٥]، رقم (١) لسنة ٢٠٢٠ اشارت في المادة الاولى/ حادي عشر إلى أنَّ: من ضمن تشكيلات مجلس الدولة: المكتب الفني. وأشارت المادة الحادية عشر إلى مهام المكتب الفني، التي نتطرق اليها في المواضيع القادمة ان شاء الله .

ونخلص مما تقدم إلى أنّ: التشريعات الاجنبية والعربية التي بحثنا فيها اشارت إلى استحداث مكتب فني لدى محاكمها العليا سواء كانت تسمى محكمة النقض او التمييز، والقسم الاخر منها اشارت إلى استحداث مكاتب فنية في محاكم الاستئناف، وارشفتها، وتقنين مبادئها القانونية واتاحتها

١- نشر في الوقائع العراقية بالعدد ١٣٣٣ في ٧/١١/ ١٩٦٦ .

٢- وعرفت المادة ١٢ من قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩ محكمة التمييز بانها: هي الهيئة القضائية العليا التي تمارس الرقابة القضائية على جميع المحاكم ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، وتتالف من رئيس وخمسة نواب للرئيس وقضاة لا يقل عددهم جميعا عن ثلاثين ويكون مقرها في بغداد.

٣- الدكتور صالح محسوب، مرجع سابق، ص ٥٥.

٤- عرفت المادة ١٦/ اولا من قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩ محاكم الاستئناف بانها: اولا – محكمة الاستئناف هي الهيئة القضائية العليا لمحاكم محافظة واحدة او اكثر، وتتالف من رئيس وعدد كاف من نواب الرئيس والقضاة وتمارس الاختصاصات المعينة لها بموجب القانون.

٥- نشرت التعليمات في جريدة الوقائع العراقية ذي العدد ٤٥٧٤ في ٢٧/١/٢٠٢٠ ، رقم الصفحة ٥.

أمـام السـادة القضاة والمحامين وفقهاء القانون والباحـثين والمجتمع اجمع، لما لها من اهمية في تثبيت القيم الأساسية بين الناس، وتحقيق الردع العام في نشر الاحكام الجنائية والمدنية، واستقرار المعاملات بين النـاس، واختصـار الوقت والجهد، ممّا يصب كل ذلك في اسـتقرار المجتمع، وبيان مكانة السـلطة القضائيـة وهيبتهـا، والذي ينتج عنه احترام القانون، ومن ثم «سـيادة القانـون في المجتمع الذي يعد الضمانة الاساسـية في حرية الفرد ومشروعية السلطة»[١].

المطلب الثاني

الهيكل التنظيمي للمكتب الفني في التشريع المقارن

أولاً: الهيكل التنظيمي للمكتب الفني:

الثابت أن تقسـيم عمل المكتب الفني في التشريعات المقارنة يكون على شـكل شـعب، وتختص كل شـعبة بعمل جزء من المهام الموكلة إلى المكتب الفني؛ فمن حيث الأصل أنَّ المهام تنجز بشـكل تكاملي، والعمل بروح الفريق الواحد كالنحل. بمعنى أنّ كل شـعبة مهامها مكملة للشـعبة التي تليها، كحلقة عقـد. وهـذا يـؤدي إلى نتيجـة مفادها: ضرورة اعتماد اسـلوب المداولـة حول قضايا معينـة، وتبادل الـخبرات فيما بينهم، وصولاً إلى تحقيق غاية تأسـيس المكتـب الفني بأفضل الطرق واقل جهدٍ ووقت.

ولا مراء أنَّ ما سـبق يتحقق من تهيئة الاشـخاص المتخصصين حسـب طبيعة عمل كل شُـعبة من شُـعب المكتـب الفنـي، وكذلك تهيئـة الظروف في تطوير كادرها حسـب تخصص كل شـعبة، وزيارة المكتبـات القانونيـة للاطلاع على احدث الدراسـات العلمية، والكتب الفقيهة القديمـة منها والحديثة، ومعرفـة التوجهـات الحديثة في التشريعـات والأحكام القضائية. ولإكمال مهـام المكتب الفني على أتم وجه، لأبَّد من أنَّ يكون له على الواقع اقسام متعددة لأداء مهامها، كل واحد منها ذات تخصص معين، التي اسـتنبطناها من الشريعات المقارنة في الدراسـة[٢]، ونرتأي ذكرها على النحو الأتي:

١. قسـم الدراسات القانونية: يتكون هذا القسم من رئاسـة قسم الدراسات القانونية، وكذلك من قانونينَ يكون مهمتم تهيئة الاحكام القانونية السـابقة والحالية واللاحقة لاستخلاص مبادئهـا، وارسـالها إلى بقية اقسـام المكتـب الفني. ويكون في كلِّ هيئة مـن هيئات محكمة التمييـز قانونيينِ على الاقل، ويمكن زيادة عددهم حسـب زيادة عمل كل هيئة.

١- الدكتور احمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، ١٤١٩هـ-١٩٩٩م، ص٥.

٢- قانون تنظيم محكمة النقض الفرنسـية في ٢٣ تموز/ يوليو ١٩٤٧؛ قانون السـلطة القضائية المصري رقم ٤٦ لسـنة ١٩٧٢ النافـذ المعـدل؛ قانون السـلطة القضائية الفلسـطيني رقم ١ لسـنة ٢٠٠٢ النافذ؛ قانون تشـكيل المحاكم النظامية الاردنـي رقـم ١٧ لسـنة ٢٠٠١م؛ قانون المحكمـة الاتحادية العليا الاماراتي رقم ١٠ لسـنة١٩٧٣؛ قانـون تنظيم القضاء الكويتي رقم ٢٣ لسـنة ١٩٩٠.

٢. قسـم التدقيق: يتكون من رئاسـة القسم، من مدققين لغويين متخصصين يتواجدون في كلٍّ هيئة من هيئات محكمة التمييز، وكذلك يتواجدون في محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية. والهـدف من تواجدهـم تدقيق الاحكام التي تصدر، وكذلك تدقيق المبادئ التي تسـتخلص من الأحكام القضائية.

٣. قسـم المعلومات والطباعة والأرشـيف: يتكون هذا القسـم من رئيس قسم، وعدد كاف من الموظفين على الاقل موظف واحد يختصٌّ لكلٍّ هيئة من هيئات محكمة التمييز، وفي محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية. ويكون مهامه طباعة وأرشف الأحكام القضائية .

٤. قسـم التصنيف- التوزيع: ويتكون هذا القسـم من رئاسـة القسم، ويتواجد فيه قانونين او قضـاة حديثي التعيين. ويكون مهامهم تصنيف القضايا- توزيع- حسـب نوع القضية إلى هيئات محكمة التمييز(الهيئة المدنية، والهيئة الجزائية، وهيئة الاحوال الشـخصية، ...الخ).

٥. قسـم رئاسـة المكتب الفني: ويتواجد فيه قاضي يتولى منصب رئيس المكتب الفني، وكذلك يتواجـد عدد من القضاة او رئيس محكمة الاسـتئناف، وقانونيون، ومدقق لغوي. ويكون مهامهـم: تدقيـق الأحـكام القضائية قبـل مرحلة التوقيـع. وكذلك تلخيـص مقدمة القرار وتدقيقـه من الناحيـة القانونية واللغوية، وثم تسـليم الأحكام إلى قسـم الطباعة. ومن ثم توقيع الاحكام من الهيئة التي اصدرتها، ومن ثُم يُسـلم إلى النشر والأرشـفة.

وكذلـك يتولى رئاسـة المكتـب الفني إدارة العمـل في المكتب، وتنظيم العمـل بين أعضاء المكتب بما يكفـل حسـن الأداء، وسرعة الانجـاز، وكذلك وضع الخطـط والبرامج الكفيلة بتطويـر المكتب الفني والارتقـاء بمسـتوى أدائهـا. وإعداد تقاريـر فصلية عن عمـل المكتب، ويتم رفعهـا إلى رئيس محكمة التمييـز، وأي مهام أخرى تقتضيهـا طبيعة العمل.

ونخلـص مـن كلٍّ ما تقدم، إلى أنَّ المكتـب الفني لكي يقوم بأداء واجبه في تقنين وتصنيف الأحكام القضائية لابد من انشاء اقسام متخصصة لأداء المهام الموكلة اليها، وصولاً إلى الغاية المرجوة من انشاء المكتب الفني.

المبحث الثاني

الأثار المُترتبة على تقنين الأحكام القضائية

تبين لنا فيما سبق، أنَّ المكتب الفني المختص بتقنين الاحكام القضائية في التشريعات المقارنة يقوم بجملة من المهام في الاقسام التابعة لها، سواء كانت في محكمة التمييزالاتحادية، أم في رئاسات محاكم الاسـتئناف. وفي هذا المطلب نرتأي ذكر مهام اعضائها التي ينتج عنها جملة من النتائج والفوائد، كلٌّ

منها في فرع مستقل وعلى النحو الاتي:

المطلب الاول: مهام المكتب الفني في محكمة التمييز الاتحادية ومحاكم الاستئناف.

المطلب الثاني: الأثار المترتبة على تقنين الاحكام القضائية.

المطلب الاول

مهام المكتب الفني في محكمة التمييز الاتحادية ومحاكم الاستئناف

يقوم المكتب الفني بجملة من المهام لتحقيق غايتها في الوصول إلى تسهيل اصدار الحكم الرشيد من السادة القضاة، وكذلك بيان إطار توجه المحاكم لدى السادة المحامين، ويساعدهم ذلك عند تقديم دفوعهم عن الموكلين، كذلك يضع امام فقهاء القانون، والباحثين في الشأن القانوني، السوابق القضائية لاجراء الدراسات واكمال النقص والتعديل والاضافة على القانون بالمقارنة مع قوانين الدول الاخرى والاتفاقيات الدولية. ويشمل تقنين الاحكام القضائية التي تصدر من محكمة التمييز الاتحادية، وكذلك الاحكام القضائية التي تصدر من محاكم الاستئناف بصفتها التمييزية.

وبناء على ما تقدم نرتأي ان نلخص هذه المهام التي استنبطناها من تشريعات الدول المقارنة[١] في الدراسة، وذلك في النقاط الآتية:

١. تقديم الدعم القانوني والإداري والفني لمحكمة التمييز ومحاكم الاستئناف، بما في ذلك تصنيف القضايا والطلبات الواردة اليها لغاية توزيعها على الهيات القضائية في محكمة التمييز ومحاكم الاستئناف.
٢. تزويد هيئات محكمة التمييز بما يلزم من التشريعات والسوابق المتعلقة بكلِّ قضية حسب طبيعتها، وخلاصة بموضوعها، وأي ابحاث ودراسات قانونية أُخرى تحتاج إليها.
٣. استخلاص المبادئ القانونية من الأحكام التي يصدرها محكمة التمييز ومحاكم الاستئناف، وتبويبها، واتخاذ الاجراءات اللازمة لتسهيل نشرها.
٤. تحليل السوابق القضائية، وتقديم المطالعات والدراسات اللازمة بشأنها إلى رئيس المحكمة بما يسهم في استقرار المبادئ القانونية أمام السادة القضاة والمحامين واستاذة القانون والباحثين.

١- قانون تنظيم محكمة النقض الفرنسية في ٢٣ تموز/ يوليو ١٩٤٧؛ قانون السلطة القضائية المصري رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ النافذ المعدل في المادة ٥ منه؛ قانون السلطة القضائية الفلسطيني رقم ١ لسنة ٢٠٠٢ النافذ؛ قانون تشكيل المحاكم النظامية الاردني رقم ١٧ لسنة ٢٠٠١م؛ قانون المحكمة الاتحادية العليا الاماراتي رقم ١٠ لسنة١٩٧٣ في المادة ١٤منه؛ قانون تنظيم القضاء الكويتي رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٠؛ قانون السلطة القضائية اليمني رقم ١ لسنة ١٩٩١ في المادتين ٣٤،٣٥ منه؛ قانون السلطة القضائية العلماني رقم ٩٠/٩٩ في المادة ٤ منه.

٥. إبداء الرأي فيما يطلبه رئيس المحكمة.

٦. الإشراف على مكتبة المحكمة، التي تظم كتب فقهية قانونية، ومجلات وابحاث قانونية، ودوريات تضم مبادئ قانونية التي تصدرها المكتب الفني

٧. إعداد دراسات وابحاث قانونية تحتاج إليها الهيئات القضائية في محكمة التمييز، او محاكم الاستئناف بصفتيها. وكذلك تقديم مقترحات بشأن تطوير التشريع العراقي .

٨. اصدار مجلة ينشر فيها الدراسات والابحاث القانونية والمبادئ القانونية المستحدثة. وتعرض هذه المجلة أمام السادة القضاة للاطلاع عليها باستمرار على ما استقر عليه محكمة التمييز. والجدير بالذكر في هذا المقام أنَّ الحاجة إلى هذه المجلة كبيرة ويحتاج إليها السادة القضاة والقضاء، الواقف وفقهاء القانون والباحثون بنحوٍ مستمر لاسقرار المعاملات ولتقليل الجهد ووضوح الرؤية عند اصدار الاحكام. ولسد هذه الحاجة الضرورية قام كثير من السادة القضاة[١]؛ والاكاديمون[٢] والمحامون بجمع مبادئ قانونية في مؤلفات، ورفد المكتبات القانونية بها.

القيام باية مهمة أخرى من رئيس مجلس القضاء الأعلى، أو من رئيس الاستئناف في المحافظات، يكون قريباً من طبيعة عمل المكتب الفني .

المطلب الثاني

الاثار المترتبة على تقنين الاحكام القضائية

إستظهرنا فيما سبق، فأنَّ المكتب الفني ينتج عن استحداثه جملة من الأثار المهمة التي تنعكس على اداء عمل السلطة القضائية بنحوٍ أكثر دقة وفائدة، وصولاً إلى استقرار العلاقات الاجتماعية، ومكافحة الجريمة فيها. وفضلاً عن المهام اعلاه، يمكن ذكر بعض الأثار غير المباشرة من استحداث المكتب الفني التي نرتأي ذكرها على النحو الاتي:

أولاً: تحصين القضاة من الوقوع بالخطأ الفاحش نتيجة عدم الإحاطة بالمبادئ القانونية:

القضاة والمحامين إلى قراءة مستمرة في الاحكام القضائية ومعرفة المبادئ القانونية التي تحويها

١- نذكر بعض ملفات السادة القضاة في هذا الموضوع والموجودة في مكتبنا: القاضي سلمان عبيد عبدالله، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، القسم الجنائي، الجزء الثاني، بغداد،٢٠٠٩؛ القاضي رزاق جبار علوان، المختار من قضاء محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية لمحكمة استئناف بغداد الكرخ الاتحادية، القسم الجنائي، بغداد، ٢٠١٤؛ القاضي رزاق جبارعلوان، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، قسم الاحوال الشخصية، الجزء الاول، بغداد، ٢٠١١.

٢- مؤلفنا: المدرس عماد يوسف خورشيد، والقاضي قاسم محمد سليمان، المختار من قضاء محكمة استئناف كركوك الاتحادية، القسم الجنائي، الجزء الاول، مكتبة القانون المقارن، بغداد، ٢٠١٨.

لضمان معرفة اتجاه محكمة التمييز، وصولاً إلى اصدار الحكم الصحيح.

وممّـا يجـب أن نقف عنده، أنَّ المادة (٥٦) من قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسـنة ١٩٧٩ اشـارت إلى توجيه الهيئـات التمييزية وهيئات محاكم الاسـتئناف ومحاكم الجنايـات بتنظيم تقارير الاخطاء الفاحشـة التي ترتكب من السـادة القضـاة نتيجة جهل بالمبادئ القانونيـة الأولية، أو اغفال للوقائع التي تظهر لها عند تدقيقها، وتحفظ هذه التقارير في الملفة الشـخصية لهم، وتأخذ بالحسـبان عنـد الترفيع والترقية الوظيفية.

ولتجنـب هـذا الخطأ من السـادة القضاة، نـرى ضرورة توافر مجلدات دوريـة تصدر من المكتب الفنـي، تضمن الاحكام القضائية لمختلف هيئـات محكمة التمييز (الهيئة المدنية، والجزائية، والاحوال الشـخصية، والاحـداث،...) وكذلـك مجلـدات دورية لأحكام محكمة الاسـتئناف بصفتهـا التمييزية. وضرورة إحتواء هذه المجلدات الدورية أحدث التوجهات القضائية لمحكمة التمييز في مبادئها القانونية. وفـضلاً عن تطوير من امكانية السـادة القضاة العلمية مـن خلال اقامة دورات وندوات وورش عمل قانونيـة، ويزود السـادة المحامون وطلبة القانون في الدراسـات الاولية والعليـا بهذه الدوريات لرفع مسـتوى الثقافـة القانونية لديهم، من خلال شرح التطبيقات القضائيـة للقواعد القانونية. وبالنتيجة مـن خلال تعامـل وارتبـاط رجال القانـون بالمجتمع يتم رفـد مختلف اصناف المجتمـع بهذه المبادئ القانونيـة. وبذلـك حقق القانون غايته مـن تنظيم العلاقات الاجتماعية في المجمـع، من خلال الاخبار والـردع، ويخلـق بذلك نظام عام وقيم وثوابت يفرض احترام القانـون على الجميع، «فاحتكاك الرأي بالرأي، تتألـق الحقيقة، ويكون لها ضياء»[١].

ثانياً: يساعد المكتب الفني على بيان تفسير القوانين من خلال نشر الأحكام القضائية.

«لما كانـت الحياة الاجتماعية والاقتصادية في تطور مسـتمر، لـذا يتطلب من المختصين بهذا المجال ان لا يكتفوا بتطبيق القانون؛ بل السعي في تطويره وملاءمته مع الظروف المستجدة»[٢]. ولا مراء أنَّ الميدان الطبيعي في تطبيق أغلب القوانين وتفسيرها، تكون في السلطة القضائية امام مختلف محاكمها، فالقواعـد القانونيـة تبقى جامدة ما لم تكن هناك وقائـع ذا طبيعة جنائية، مدنية، تجارية ... وبعدها يتم تكييف هذه الوقائع المختلفة على وفق طبيعة كل قاعدة القانونية حسب ظروف كل قضية، وتقوم المحكمة المختصة بهذه المهمة.

ومثـال على ذلـك، القـوانين الجزائية في الغالب تضـع للعقوبة تكن: الحد الادنـى للعقوبة، والحد الأعلى، ومـن ثـم فـإنَّ فرض العقوبة المناسـبة- الحـد الاعلى والادنى- للفعل المجـرم يكون من خلال

١- الاستاذ ج. رانسون، فن القضاء، مكتبة ومطبعة مصطفى الحلبي واولاده بمصر، ترجمة محمد رشدي، ١٩١٢، ص ٤٩.
٢- الدكتور صالح محسوب، مرجع سابق، ص ١٠.

السـلطة التقديرية الممنوحة للقاضي من تكييف الواقعة على وفق المادة القانونية الصحيحة، وحسـب ظروف الدعـوى الجزائية المعروضة أمامه.

بَيْـدَ أن السُـلطة التقديريـة الممنوحـة للقاضي لَيسـت مُطلقة، بَل تَـدور حَوْلَ المحور الاسـاسي في القضيـة ألا وهـي: أدلـة الدعـوى، لضمان مشروعية الأجـراءات في تقديـر العقوبة. وتعين السـوابق القضائية القاضي في تحديد اطار مشروعية الحكم الذي سوف يصدره، وذلك من خلال توسعة الرؤيا، وبيان تجارب القضاة السابقين في وقائع مادية، قد تكون مشابهة او قريبة منها إلى حِّد ما، وصولاً إلى تطبيق مبدأ المحاكمة العادلة.

ثالثاً: نشر الأحكام القضائية يساعد على اظهار مبادئ قانونية من مضمون الأحكام:

يـشير جانـب من الفقه الجنائـي[١] إلى إنَّ هناك مبادئ كثيرة بقيـت مدفونة في بطون الاحكام، ولا سـبيل لإظهارهـا ألّا مـن خلال مكتـب مختص، ومـن القضاة الذين اصـدروا الحكم البات، سـواء في محكمة التمييز الاتحادية، أم في محاكم الاستئناف بصفتها التمييزية، ولذا إنَّ توثيق الاحكام القضائية كافة لها فوائد جمة، ومزايا كثيرة، منها: اسـتحضار تجربة القضاة السـابقون، وبيان المسـتحدث من المبادئ القانونية، نتيجة تطور الحياة، والحاجة إلى احتوائها من القضاء. ويكون ذلك من خلال اعداد كـراس سـنوي يحتـوي على أحكام القضاء ومبادئهـا. وهو توجه قضاء محكمـة النقض المصرية من خلال اصـدار مجلدات بنحوٍ دوري[٢].

رابعـاً : يسـهم انشـاء المكتب الفنـي بإعداد أبحاث ودراسـات قانونية تعالج مشـكلات في الواقع واستقرار المعاملات:

من أثار انشـاء المكتب الفني، قيام اعضاء المكتب من المتخصصين بإعداد أبحاث ودراسـات حول عـدم توافـر نص قانوني محـدد في موضوع معين في الواقع، ومعرفة اتجـاه الفقه الجنائي المقارن في الموضـوع - محـل البحث- وكذلك تحليل السـوابق القضائية، وجمع هذه الدراسـات والآراء الفقهية ونشرهـا في مجلـة الدراسـات والأبحـاث، ليكون أساسـاً ومصـدراً للأبحـاث والدراسـات والأحكام القضائية القادمة، وكذلك تزود المحاكم بهذه الدراسات، معززة بأحدث التشريعات والأنظمة واللوائح والتعليمات التي تعالج المشـكلة.

خامسـاً: يسـهم المكتب الفنـي في إتاحة الأحكام أمام طلبة الدراسـات القانونيـة الأولية والعليا:

١- علي زكـي العرابـي بـك، المبـادئ الاساسـية للتحقيقـات والاجـراءات الجنائية، الجـزء الاول، الطبعـة الاولى، مطبعة الاعتمـاد، ١٩٢٠، ص ٤.

٢- للاطلاع على نمـاذج مـن المجلـدات التي تحتوي على المسـتحدث مـن المبادئ القانونية في القضـاء المصري، انظر رابط الموسـوعة القانونيـة لوزارة العـدل على الرابط الاتي، تاريخ الزيـارة ٥/١١/٢٠٢٤ :
https://emj-eg.com/ImportBooks/view?id=34

يساعد نشر الاحكام أمام طلبة الدراسات الاولية والعليا على بيان الجانب الواقعي للأحكام، وعدم بقاء ذهن الطالب محصوراً في النظريات والقواعد القانونية، التي شكل لدى عددٍ من الطلبة العزوف عن ممارسة مهنة المحاماة او العمل في الجانب القانوني، وبذلك يخرج طبقة من الشباب لقادرين على فهم النصوص القانونية وربطها بالواقع العملي بكل يسر، ويساعد أيضا على اجراء ابحاثهم القانونية- بحث تخرج، رسالة ماجستير، أطروحة دكتوراه- معززة بالأحكام القضائية، وكذلك ايجاد الحلول للمشكلات التي تطرح من المكتب الفني، وذلك بالمقارنة مع الدول الأخرى، وبيان اتجاه الفقه الجنائي في موضوع الدراسة.

سادساً: نشر الأحكام القضائية التي تساعد على تثبيت القيم الانسانية العليا، وتحقق الردع.

الثابت أنَّ المشرع عندما يضع القانون يكون في غايته الأساسية تحقيق احترام وتطبيق لقييم انسانية راسخة في المجتمع، ويأتي دور القاضي بعد ذلك من خلال تطبيق القانون على الوقائع بطريقة تكفل الحل والمعالجة السليمة العادلة، وصولا إلى تطبيق القِيم الانسانية في القانون[١]. فالثابت أنَّ «القاضي عنوان رقي للامة ومظهر تقدمها، ورمز العدالة فيها»[٢]، والسلطة القضائية حامية الحقوق والحريات كما يؤكد عليه الفقه الجنائي[٣]، ومن ثمَّ فإنَّ هذه المؤسسة التي تحضى بهذه المكانة العالية في المجتمع هي من تستطيع أن تضع القِيم العليا للإنسان موضوع التطبيق والاحترام.

وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى حكم من القضاء الكندي الذي يؤكد ضرورة أن يطلع المجتمع على الأحكام التي تصدر، وأخذ رأيهم فيه، إذ قالت: L›Heureux-Dubé J القاضية في المحكمة الكندية العليا توجه في احدى القضايا[٤] إلى أنَّه «يتوجب على القضاة ان يتفحصوا الواقع بشكل دوري مستمر، ومعرفة رأي الجمهور في العدالة الجنائية التي تطبق من القضاة ورجال انفاذ القانون، للتأكد من سلامة السلطة التقديرية التي تمارسها بموجب القانون عند النظر في القضايا ومطابقته للقيم السائدة في المجتمع».

وفضلاً عن ذلك، أنَّ من أثار نشر الأحكام القضائية هو تحقيق الردع والاسيما في الاحكام الجنائية، وتلزم الناس باحترام القانون والنظام العام، «فالإنسان لا يعيش الا في مجتمع، والمجتمع

١- الدكتور صالح محسوب، مرجع سابق، ص ٩.

٢- الاستاذ ج. رانسون، مرجع سابق، ص ١٦١.

٣- د. جميل عبد الباقي الصغير، الشرعية الجنائية، دراسة تاريخية وفلسفية، دراسة تاريخية وفلسفية، دار النهضة العربية، ١٩٩٣، ص ٨٦.

4- R v Burlingham [1995] 2 S.C.R. 206.

الحكم منشور على موقع المحكمة الكندية العليا، وكذلك اغلب احكام المحكمة منشور على الرابط الاتي، وكانت تاريخ الزيارة في ٥/١١/٢٠٢٤ : https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/1255/index.do

لا يقـوم الا على نظام، والنظام لا يسـتوي بغير قواعد آمـره ملزمة يحمل الافراد على طاعتها بما تملك الجماعـة مـن سـلطة القهر والاجبار. فهنـاك اذن تلازم بين القانون والمجتمع مـن ناحية، إذ لا يوجد مجتمـع دون قانـون، ويوجد القانون لاقامة نظام في المجتمـع وتلازم بين القانون والجزاء من ناحية اخـرى؛ فلا يكفـل احترام القانون الا باخذ الافراد باحترامـه جبرا على المخالف منهم»[١].

سابعاً: استرشاد المحاكم بالسوابق القضائية:

اشـار القانون المدني العراقي[٢] في المادة ١/٣ إلى أنْ «تسترشـد المحاكم في كل ذلك بالاحكام التي اقرهـا القضـاء والفقه في العـراق ثم في البلاد الاخرى التـي تتقارب قوانينها مع القـوانين العراقية». وبناءً على ذلك فأنَّ وجود الأحكام القضائية امام السـادة القضاة والمحامين بات أمراً لازماً لتوسـيع الرؤيـة مـن خلال الاطلاع على السـوابق القضائية لاسـتقرار الاحكام والمعـاملات، واختصار الوقت والجهد.

ثامناً: الاحكام القضائية تساهم في تشريع قوانين:

تسـاعد الاحكام القضائية على معالجة كثير من المشـكلات الاجتماعية لاعتمادها على عدة مصادر قبل اصدارها للحكم[٣]. ومن ثمَّ يكون مهيأً في كثير من الحالات ولاسـيما عندما يسـتقر عليها القضاء، فيكون محلاً لتشريع قاعدة قانونية.

وهو دأب القوانين العراقية منذ ألاف السـنين، فقانون حمورابي والقوانين الأشـورية اعتمدت في أغلـب موادها على أحكام قضائية بعد ثبوت صلاحيتها للمجتمع[٤].

الخاتمة

بعـد أنْ انتهينـا مـن بحث» تقـنين الأحـكام القَضائية الصَـادرة مِـن مَحكمة التمييـز الاتحادية ومحاكم الاسـتئناف بصفتها التمييزية»دراسـة مقارنة» نعرض أهم النتائج التي توصلنا اليها، وعلى النحو الآي:

أولاً: الاستنتاجات:

١. اسـتنتج الباحـث أنَّ المـشرع العراقي لم ينظم بقانون انشـاء «مكتب فنـي لتقنين الاحكام القضائية» في محكمة التمييز الاتحادية، ومحاكم الاستئناف في عموم جمهورية العراق، كما

١- المرجع ذاته، ص ٨.

٢- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المدل النافذ.

٣- المادة ١ القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المدل النافذ.

٤- شـعيب احمـد الحمدانـي، قانون حمورابـي، شركة العاتك لصناعة الكتـاب، القاهرة، الناشر المكتبـة القانونية، بغداد، ٢٠١٠، الطبعـة الثانية، ص ٢٤.

دأبت على ذلك التشريعات المقارنة-محل البحث- من تنظيمه في أحكام قانونية، واستحداث شعب وأقسام تسهم في تثبيت القيم الانسانية، وصولا إلى غاية اصدار الحكم القضائي من تنظيم العلاقات الاجتماعية، واستقرار المعاملات.

٢. استنتج الباحث أنَّ هناك جملة من النتائج المهمة التي ركزت على استحداث مكتب فني لارشفة الأحكام القضائية، واستخلاص المبادئ القانونية منها، وتبوبيها، ومن ابرزها: عرض هذه لمبادئ أمام السادة القضاة والمحامين والمتخصصين بالشؤون القانونية بنحوٍ دوري وصولا إلى الحكم العادل.

ثانياً: التوصيات:

١. نقترح استناداً للدراسة – محل البحث- استحداث مكتب فني لاستخلاص مبادئ قانونية؛ بناءً على أساس تشريعي سليم، من خلال تشريع باضافة قاعدة قانونية إلى قانون مجلس القضاء الأعلى رقم ٤٥ لسنة ٢٠١٧، تحديداً إلى المادة ٦ بإضافة فقرة جديدة تاسعا ويكون بالشكل الاتي: المادة ٦/ تاسعاً «يؤسس في كل من محكمة التمييز، ومحاكم الاستئناف مكتب فني لاستخلاص المبادئ القانونية من الاحكام القضائية، ويؤلف من رئيس وعدد كاف من القضاة لمدة سنتين قابلة للتمديد مرة واحدة».

٢. بعد وضع تشريع الاساس الذي يستند إليه المكتب الفني، المادة ٦/ تاسعاً اعلاه، نقترح باصدار تعليمات من مجلس القضاء الأعلى، لبيان آلية تشكيل المكتب الفني ومهامه .

٣. نقترح تشكيل هيكلية المكتب الفني من الأقسام الآتية: قسم الدراسات القانونية، وقسم التدقيق، وقسم المعلومات والطباعة والارشفة، وقسم التصنيف - التوزيع، وقسم رئاسة المكتب الفني. وتم شرح اختصاص كلّ قسم بالتفصيل في متن الدراسة.

٤. نقترح بأنْ يكون غاية استحداث المكتب الفني من أجل: تقنين الأحكام القضائية الصادرة من محكمة التمييز الاتحادية، ومحاكم الاستئناف بصفتها التمييزية، وتبويبها على وفق تكييفها القانوني حسب طبيعة كلِّ قانون، ورفد المحاكم والمكتبات القانونية بهذه الأحكام على شكل مجلدات تصدر بنحوٍ دوري، ويكون بذلك متاحاً امام السادة القضاة والمحامين وفقهاء القانون والباحثين، وصولاً إلى انشاء ذوق قانوني لدى المتخصصين بهذا الشأن واعطاء القانون حياة جديدة، واستقرار المعاملات، وتوفير الوقت والجهد، وتحقيق الردع العام.

تمت بحمد الله

المصادر

أولاً: الكتب الفقهية العامة:

١. الدكتور احمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، ١٤١٩هـ -١٩٩٩م.

٢. الدكتور صالح محسوب، السوابق القضائية ودورها في الاستقرار القضائي، منشورات العدالة، بغداد، ١٤٢٣هـ، ٢٠٠٢م.

٣. الاستاذ ج. رانسون، فن القضاء، مكتبة ومطبعة مصطفى الحلبي واولاده بمصر، ترجمة محمد رشدي، ١٩١٢.

٤. علي زكي العرابي بك، المبادئ الاساسية للتحقيقات والاجراءات الجنائية، الجزء الاول، الطبعة الاولى، مطبعة الاعتماد، ١٩٢٠.

٥. الدكتور جميل عبد الباقي الصغير، الشرعية الجنائية، دراسة تاريخية وفلسفية، دراسة تاريخية وفلسفية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣.

٦. القاضي سلمان عبيد عبدالله، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، القسم الجنائي، الجزء الثاني، بغداد،٢٠٠٩؛ القاضي رزاق جبار علوان، المختار من قضاء محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية لمحكمة استئناف بغداد الكرخ الاتحادية، القسم الجنائي، بغداد، ٢٠١٤.

٧. القاضي رزاق جبار علوان، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، قسم الاحوال الشخصية، الجزء الاول، بغداد، ٢٠١١.

٨. المدرس عماد يوسف خورشيد، والقاضي قاسم محمد سليمان، المختار من قضاء محكمة استئناف كركوك الاتحادية، القسم الجنائي، الجزء الاول، مكتبة القانون المقارن، بغداد، ٢٠١٨.

ثانياً: القوانين واللوائح والانظمة والتعليمات:

١. النظام الاردني رقم ٧ لسنة ٢٠١٠.

٢. النظام الاردني رقم ٥٠ لسنة ٢٠٢٢.

٣. قانون تشكيل المحاكم النظامية الفلسطيني رقم ٥ لسنة ٢٠٠١م.

٤. قانون تشكيل المحاكم النظامية الاردني رقم ١٧ لسنة ٢٠٠١م.

٥. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل النافذ.

٦. قانون السلطة القضائية اليمني رقم ١ لسنة ١٩٩١ النافذ.

٧. قانون السلطة القضائية المصري رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ النافذ المعدل.

٨. قانون السلطة القضائية القطري رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٣ النافذ.
٩. قانون السلطة القضائية الفلسطيني رقم ١ لسنة ٢٠٠٢ النافذ.
١٠. قانون السلطة القضائية العماني رقم ٩٠/٩٩
١١. نظام ادارة المكتب الفني العراقي رقم (٣٢) لسنة ١٩٦٦.
١٢. قانون مجلس القضاء الاعلى العراقي رقم ٤٥ لسنة ٢٠١٧.
١٣. قانون تنظيم القضاء الكويتي رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٠.
١٤. قانون المحكمة الاتحادية العليا الاماراتي رقم ١٠ لسنة١٩٧٣.
١٥. قانون السلطة القضائية العراقي رقم (٢٦) لسنة ١٩٦٣ الملغى.
١٦. قانون التنظيم القضائـي العراقي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩ المعدل النافذ.
١٧. تعليمات صادرة من مجلس الدولة العراقي رقم ١ لسنة ٢٠٢٠.
١٨. اللائحة التنظيمية اليمنية ذي الرقم ٨ لسنة٢٠٠٩.

ثالثا: المصادر الاجنبية الالكترونية:

1. L›ORGANISATION DE LA COUR DE CASSATION, 1947 https://www.courdecassation.fr/files/files/Pr%C3%A9sentation/Loi_1947-665_SDER.pdf
2. Cour De Cassation
https://www.courdecassation.fr/la-cour/lorganisation-de-la-cour-de-cassation/le-service-de-documentation-des-etudes-et-du-rapport SUPREME COURT OF CANADA . R. v. Burlingham - SCC Cases (scc-csc.ca)

محور مبادئ القضاء الدستوري

إستقلالية القاضي الدستوري، أساس العدالة الدستورية

أ.د. أمين صليبا/ باحث في القضاء الدستوري

عميد معهد العلوم السياسية وحقوق الإنسان، في جامعة الجنان طرابلس– لبنان

لن أدخل في تفاصيل العدالة الدستورية وأهميتها ،لأنَّ الكتابة في هذا العنوان قد أُشبِعت من خلال دراسات وابحاث تؤكد أنَّ العدالة الدستورية هي الركيزة الأساسية لـ«دولة القانون» التي تفرِض على السلطة التشريعية إحترام النص الدستوري الآمر،الذي وضِعَ لحماية حقوق الانسان وحرياته،إذ إنَّ القضاء الضامن لهذه الحقوق لا يسعه عند إصدار قراراته وأحكامه، إلّا التقيد بنص القانون الذي ترعى أحكامه المسألة المطروحة أمامه، خرج القانون عن مبادىء الدستور،يصبح من الصعب على القاضي التنصل من تطبيقه، إلّا إذا طبّقَ مبدأ تسلسل قواعد القانون وأحتكم إلى نصِّ الدستور من خلال ما يُعرف بأولويته عن طريق الدفع بعدم دستورية النص، هذه الآلية كان قد طبّقها «السنهوري» في مصر خلال رئاسته لمجلس الدولة المصري، ولذلك تبقى الضمانة بيد القاضي الدستوري الذي يُعوَّل على حسن اختياره، كونه القادر بموجب صلاحياته الدستورية منع أي تجاوز لنص الدستور ومن ثمَّ إبطال أي تشريع مخالف للدستور.

لذا وبكلّ موضوعية نؤكد بأنه لا عدالة دستورية، من دون استقلالية للقضاء الدستوري،وهذا ما لا يُمكن تحقيقه إلّا من خلال شرطين، هما :

١. وقف تدخل السياسة في عمل القضاء الدستوري.

٢. الاستقلالية الذاتية لأعضاء المجالس والمحاكم الدستورية.

أولاً: بالنسبة لوقف تدخل السياسة، يجب إعادة النظر بطريقة تعيين الأعضاء، وعدم حصرها بالسلطات السياسية، (ولنضع نصب أعيننا ما هو مُطبّق في العراق لجهة إختيار اعضاء المحكمة الاتحادية العليا وحصر الأمر بالسلطة القضائية فقط) حيث من المفترض أن يكون للسلطة القضائية دور أساسي، فضلاً عن نقابات المحامين والجامعات في التسمية،بهدف تحرير القاضي الدستوري من ضغط السياسة عليه،وأن تكون ضمانة عدم عزله بعد تسمية واردة في نص الدستور،كي يطمئنَّ القاضي من عدم عزله بتعديل قانون إنشاء المجلس الدستوري، لأنَّ قدر القاضي الدستوري أن يبقى في صلب المواجهة مع السلطة السياسية، واستجرار غضبها عليه عندما يُبطل قانوناً متفقاً عليه بين السلطتين التنفيذية والتشريعية، فضلاً عن ذلك يبقى التعويل على استقلالية القاضي نفسه،وقدرته على التحرر من كل الروابط (سياسية– اجتماعية– مذهبية) التي قد تحول بينه وبين إحقاق العدالة الدستورية.مما يعني أن استقلالية القاضي الدستوري المنبثقة من قناعته، وأهمية عمله تعدّ من

الشروط اللَّصيقة بالقاضي الدستوري كإنسان يشعر بمدى أهمية نطقه بالعدالة الدستورية، التي تعني أنَّ القرار الذي يصدره ليس بمثابة عرقلة السلطة السياسية في توجهاتها وخططها،بقدر ما هو حماية الدستور والمبادىء ذات القيمة الدستورية التي تُعدُّ الحصن المنيع لحماية حقوق الانسان وحرياته، لأنه من المتفق عليه فقهاً، واجتهاداً بأنه يحقُّ للمشرِّع التّشريع على وفق إرادته ساعة يشاء، وكيفما يشاء،بشرط عدم مخالفته الدستور.

ثانياً: إنَّ عدم استقلالية القاضي الدستوري، أساسها ضعف النصوص التي تؤكد استقلالية هذا القاضي، لأنَّ التجارب أثبتت بأنَّ النصوص لوحدها غير قادرة على تجذير هذه الاستقلالية المطلوبة، إلاّ إذا واكبها إستقلالية تنبع من ذات القاضي الدستوري، ولاسيما أنَّ القاضي الدستوري – حتى في ظلِّ التعيين الحصري من السلطات السياسية – يتحرر فور صدور مرسوم تعيينه من خوفه من العزل، فيما لو خالف توجهات السلطة التي عينته، وعليه أنَّ يضع نصب عينيه مقولة: «أنت صديقي (سلطة التعيين) والدستور صديقي عندما تختلفان، أنا مع الدستور، «وهنا نستذكر موقف الرئيس (Robert Badinter) في حفل الاستقبال في قصر الاليزية لأعضاء المجلس الدستوري، من الرئيس «ميتران»، عندما قال له فخامة الرئيس رغم أنَّك أنت من عيَّنتني أسمح لي بالقول أنني سأتقيد بقاعدة الجحود تجاهك!لأن القاضي الدستوري يُدرِك أن التاريخ لا يرحم، ويُخلِّد الاسماء اللاّمعة في هذا المجال، وينتقد من خرج عن سراط العدالة الدستورية، ومثال الرئيس «جون مارشال» وقراره الخالد منذ عام ١٨٠٣، بالمقابل هل من يتذكّر من كان الرئيس الأميركي في حينه.إن بلورة وتفعيل استقلالية القاضي الدستوري،بحاجة ماسة إلى دعم رأي عام واعٍ، وصحافة غير منحازة للسلطة السياسية،وأن تُدرِك السلطة السياسية أنَّ هذا القضاء هو الضامن الحقيقي لتطبيق الدستور، وذلك لكي يتحصن القاضي الدستوري عندما يُقرِّر الإبطال، ولنا من تاريخ المجلس الدستوري الفرنسي خير مثال على ذلك، حيث أن الاشتراكيين والشيوعيين الفرنسيين، كانوا من أشدّ المعارضين لإنشاء المجلس الدستوري، ولم يتردد عام ١٩٥٨ فرنسوا ميتران– بسبب معارضته الشديدة للرئيس شارل ديغول– من وصف المجلس بأنه– للأسف– «الكلب الحارس للسلطة التنفيذية» (chien gardien de l'executif)، وعندما انتخِبَ رئيساً للجمهورية الفرنسية عام ١٩٨١ حاملاً معه فكره الاشتراكي، تؤازره أغلبية ساحقة في الجمعية الوطنية،وأراد تطبيق قانون التأمين يومها، فما كان من المعارضة الفرنسية إلاّ أن طعنت بهذا القانون امام المجلس الدستوري،الذي أصدر قراره عام ١٩٨٢ برئاسة (Roger Frey) بإبطال النص الذي يُجيز تأميم المصارف ذات الرأسمال الفرنسي والأجنبي،لانعكاسه على المصالح الفرنسية وعلاقاتها مع الدول المعنية! يومها خرج النائب الاشتراكي (Laignel) بتصريح عنيف ضد رئيس المجلس الدستوري، من على منبر مجلس النواب متهماً إياه بأنه «ربيب آل روتشيلد ويعمل

لمصلحتهم» يومها قامت قيامة الصحافة الفرنسـية،وتحرك الرأي العام، ممّا حمل الرئيس ميتران إلى دعوة مجلس الوزراء للاجتماع، وأدلى في مسـتهل الجلسـة بتصريح يرفض فيه كلام النَّائِب الذي هو مـن كتلته السياسـية،ووجّه اعتذاره إلى رئيس المجلس الدسـتوري خلافاً للبرتوكـول الفرنسي، مبدياً أسفه الشديد عما ورد من إتهامات بحق رئيس المجلس الدستوري، لأنه أقتنع بأنَّ المجلس الدستوري يسهر على المصلحة الفرنسية العليا.

الدسـتور لا يجـوز أن يبقـى رهينة رغبات ومخططات السـلطة السياسـية، ولا يمكن تأمين هذه الحماية إلاّ من خلال قضاء دستوري مستقل متحصن بإستقلاليته الذاتية، لكي يبقى الدستور العامود الفقـري لهيـكل الدَّولة الدَّيمقراطية، التي تتناوب فيها القوى السياسـية على سـدة الحكم، لكي يبقى النظام مستقراً على وفق احكام الدستور،ومنع خطر الانتهاك والتجاوز.حيث أدون هنا ما قاله حرفياً رئيس المجلس الدسـتوري الفرنسي الأسـبق (Jean – Louis Debré) للرَّئيس الفرنسي (François Holland) في ٦/١/٢٠١٥ في قصر الإليزيـه وجـاء فيه:

"Dans mes voeux au président de la République,j'ai résolu d'insister sur la défense de la constitution,a l'heure ou celle-ci est dénigrée par trop nombreux responsables politkques, comme si elle était la source de tous nos maux"

أي: «مـن بين تمنياتـي على رئيـس الجمهورية،قرّرت الإصرار على الدفاع عن الدسـتور،في الوقت الذي يَسـتهان به من كثيرٍ من القادة السياسـيين،وكأنه مصـدر كلِّ عِلَلِنا.»

ولأن الشيء بـالشيء يُذكر،يسـتحضرني مقطـع مـن خطـاب الرّئيس الحالي للمجلس الدسـتوري الفـرنسي (Laurent Fabius) – المسـتمر منذ ٢٠١٦- في جلسـة المؤتمـر الافتتاحي للمحاكم العليا في المجلس الاوروبـي في ١٢/٩/٢٠١٩ حيث قال:

"Face aux gouvernements – je parle sans détour – qui tentent de mettre les juges a leur botte , il n'ya pas d'autre réponse que de lutter fermement contre ces atteintes graves a l'indépendance de la justice et aux liberteés; et de faire bloc,l'histoire étant le juge ultime de nos efforts pour répondre aux assauts de ce que j'appelle le brutalisme."

أي: «في مواجهـة الحكومـات– وأنا أتكلم بصراحة من دون مواربـة – التي تحاول وضع القضاة تحت سيطرتها، ليس هناك من ردٍّ آخر سوى القتال بحزم ضدَّ هذه الهجمات الخطيرة على استقلالية العدالـة والحريات،والوقـوف صفّاً واحـداً للتصدي لها،التاريخ بوصفه الحكـم النهائي على جهودنا،

للـردِّ على هذه الإعتداءات، التي انعتها بالعنفية»[١].

ثـم ختـم مداخَلَتـه بمقولة للعلامـة الفـرنسي (René Cassin) الذي تقلب في عـدَّة مناصب عدَّة قضائيـة ومناصـب على الصعيـد الدولي،وذلك عندما سُـئِّل أي من تلك المناصب كان الأفضل بالنسـبة لك (رئاسـة مجلس الدولة الفرنسي/عضوية المجلس الدسـتوري الفرنسي/موقعك في الأمم المتحدة/ رئيـس المحكمة الأوروبية لحقوق الانسـان) فكان جوابـه من دون أي تردّد:

(je suis un fantassin des droits de l'homme)

أي: «أنا جندي في خدمة حقوق الانسان»[٢].

توسَّـلت هذا الشرح لكي أؤكِّدَ بأنه فضلاً عن وجوب إبعاد السياسـة عن القضاء الدسـتوري، على القاضي الدسـتوري، ان يُحصِّن مناعته، لخلق اسـتقلالية لديه تتكامل مع النصوص، ومن التجربة، لم تنجـح هذه النصوص في جعل القاضي الدسـتوري قادراً على تجـاوز بعض الصعوبات، التي تعترض قيامـه بالإحتـكام إلى الدسـتور. في مطلق الأحـوال، أرى بنظري المتواضع أنَّ القضاء الدسـتوري هو سـلطة دسـتورية رابعـة مسـتقلة (في حـال كان تشـكيله من مجلـس، أو محكمة من خارج السـلطة القضائية)،وعلينـا تدعيـم اسـتقلاليته بشـكل واضح، لأنَّ العدالة الدسـتورية لا يمكـن تحقيقها كما يجب،في حال وجود تدخل سـياسي وبغياب الإسـتقلالية الذاتية للقاضي الدسـتوري.

لذلك اختم بالعود على بدء، لأقول العدالة الدستورية،في أي دولة لا تتحقّق إلا بإبعاد التدخل السياسي عن عمل القضاء الدسـتوري،حيث يُفترض عليه أن يدعم اسـتقلاليته الواردة في النصوص،باستقلالية ذاتية نابعة منه.

١- لـوران فابيـوس هـذا الاشتراكي حتى العضم تـولى مناصب وزارية متعددة من ١٩٨١ حتـى ١٩٨٤ وكان اليد اليمنى للرئيس الراحل فرنسـوا ميتران حيث يُعبر كلامه عن خطورة مسـاعي السـلطة التنفيذية لإضعاف السلطة القضائية.

٢- René Cassin مـن عظمـاء الفقـه الفرنسي الذي تقلَّب في عدة مناصب قضائية ودولية وقد شـارك في كتابة شرعة حقـوق الانسـان مع اللبناني الدكتور شـارل مالك وحـاز على جائزة نوبل للسلام عام ١٩٦٨. وتقديـراً لدوره هذا قرّرت الحكومة الفرنسـية دفنه بعـد وفاته مع العظماء في Panthéon

ولاية القاضي الدستوري على قياس اثر التشريعات
القضية بالعدد /١٥٣ /٢٠٢٣ في ٢٠٢٣/٨/٧ انموذجاً

أ.د. علي هادي الهلالي/ عميد كلية القانون – جامعة بغداد

تتكفل عدة جهات لقياس أثر التشريع من مرحلة إعداده ولغاية إقراره، ونعني به: تقييم التأثير المتوقع أو المستقبليّ لمشروع القانون في المناحي الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، وما يتفرع عنها من مسائل، واقتراح البدائل الكفيلة لتجاوز تلك التأثيرات، وقد تصل تلك البدائل لغاية إلغاء إقرار القانون، ومؤدى ذلك القياس: الوصول إلى جودة التشريعات، إذ إنَّ فشل التشريع في بلوغ اهدافه وغاياته مؤشر على عدم حلِّ الأسباب الموجبة أو الاشكاليات الواقعية لاصداره، بل إنَّ التشريع سيخلق اشكاليات جديدة .

لذا يفترض أن قياس أثر التشريع قد تمّ قبل اصداره، وبدأ نفاذه بالاستناد إلى وسائل احصائية ودراسات اجتماعية واقتصادية، تستشرف المستقبل، وتجنب واضع التشريع احداث اهتزازات عند نفاذه و ما بعده، ولكن قد يكون اصدار التشريع بعيداً عن ذلك المقياس العلمي المبني على معايير علمية واضحة وثابتة، فقد تصدر التشريعات، وتظهر ارتداداتها في مجتمع التشريع لاحقاً وبخاصة الجيل القادم، حيث تؤثر في الموارد وتنميتها أو في المجتمع وتمايزه الطبقي أو في مركز الدولة وقدرتها على ادارة ملفاتها الداخلية والخارجية، مما يدعو إلى ضرورة تعديله أو الغائه بعد مدة من بدأ نفاذه.

ولكن اجراء ذلك التعديل أو الالغاء قد لا يحدث في وقته المناسب أو لا يحدث مطلقاً لعدة مسوِّغات اخصها: عدم توافر ارادة تشريعية أو سياسية أو عدم تشكيل السلطة التشريعية، وغيرها من الاسباب، مما يوجب قيام ولاية القضاء كمظلة تحمي المجتمع الحاليّ والمستقبليّ من قصور المشرع أو تقصيره، وبخاصة ولاية القاضي الدستوري الذي يعمل على الحكم بدستورية القوانين من خلال الكشف عن أثر التشريع في مناحي المجتمع كافة أخصها: تأثيره في السياسات العامة ، وتأثيره في ايرادات الدولة، والتنمية، والاقتصاد، والبطالة، ومكافحة الجريمة أو الحد منها ..... وغيرها.

وفي الإطار أعلى؛ قضت المحكمة الاتحادية العليا : «أن التشريع حين حصر التعاقد مع المطورين في اطار قانون الاستثمار بالمحافظ»[١]، فإنَّه قد خالف اختصاص تنفيذ السياسة العامة التي تعود للحكومة المركزية مما يؤثر في تشجيع الاستثمار واعاقة عملية التنمية الاقتصادية والاجتماعية وتطويرها، والتأثير في جلب الخبرات التقنية والعملية، وتأثيره في تنمية الموارد البشرية[٢].

ويلحظ أنَّ المحكمة كشفت عن آثار التشريع أعلاه من لفظ «حصراً» الوارد في المادة المطعون فيها، ولم تكن لبقية مفردات المادة من آثار.

وبقيـاس آخـر لأثر التشريع، قضت المحكمـة الاتحادية العليا: أن التشريـع حين رهن إحالة المدير العام الذي لا يدير تشـكيلاً إلى التقاعد، أو منحه اجازة، أو تكليفه بادارة تشـكيلٍ إداريٍّ بناءً على طلبه اسـتثناء من قانون التقاعد»[٣]، فإنه يقيد تنفيذ السياسـة العامة بطلبات شخصية تؤدي بالتشريع إلى إحداث ارتددات مسـتقبلية في عدة مناحٍ اخصها:» الحيلولة دون معالجة الترهل الوظيفي في الدرجات الخاصـة، وعدم احداث معالجات ادارية في الهيكليـة الادارية في دوائر الدولة»[٤].

وأظـن أنَّ مـا أشرته المحكمة من قياس للأثـر التشريعي يتفرع عنه آثار أخرى، أخصها: ما يحدثه التشريـع مـن اعبـاء مالية مسـتقبلية وما تلحقـه مـن ضرر بيّن في التخطيـط المالي والاداري وحقوق الاجيـال القادمـة، فضلاً عن تكبيل خطـط الاصلاح الاداري للحكومات المتعاقبة.

وكان للمحكمة مقياسٌ آخر لأثر التشريع حين قضت:» أن سلوك المشرع عند اعتماده معياراً مادياً «رقميـاً» للتعويـض فضلاً عن الزام الجهات القضائية الرقابيـة بانجاز تدقيقها خلال مدة محددة»[٥] يتقاطع بالنتيجة مع دور اللجان القضائية، الرقابية، في حماية المال العام[٦].

وأظـن أنَّ المحكمـة أشـارت إلى الدالـة الرقميـة التـي تضمنها التشريـع بوصفها مقياسـاً للأثر التشريعـي فقـط، ولكن كان يقتضي بالمشرع والجهات التـي دققت التشريع قياس الأثر التشريعي من خلال دوال أخـرى: كالاحصائيات الرقميـة المرتبطة باعمال لجان التعويض وواقع عملها، والتأثير في مبدأ المساواة للمراكز القانونية المتماثلة التي استقرت قبل نفاذ القانون المطعون فيه وما يستتبعه من تأثير في شـعور الأفراد بعدالـة المشرع والأمن القانوني.

وبينـت المحكمـة: «أن مسـلك المشرع في اسـتقطاع نسـبة مـن رواتـب الموظـف لدعـم صنـدوق الشـهداء»[٧]، سـيؤثر في سياسـة دعـم الموظـفين والمتقاعدين وتحـسين وضعهم المعـاشي، فضلا عن غموض النص التشريعي بما يؤثر في الحق بالملكية الخاصة؛ بسبب عدم وضوح أن الاستقطاع شهري أم سنوي[٨].

وتظهـر دوال أخـرى لقيـاس أثر مسـلك المشرع عند اسـتقطاعه لرواتب الموظـفين أخصها: دور الدولة في دعم الصناديق المؤسسة لأغراض اجتماعية والمبنية على أسباب دعم ذوي من ضحى من اجل سلامة بلده، مما يضعف بالنتيجة الشـعور بالمواطنة ويقلل حافز التضحية من أجل اسـتمرار الدولة، فـضلاً عـن تأثيره في الحد من التفاوت الطبقـي لمجتمع التشريع وتقليل فـرص الوصول إلى الرفاهية وبناء الاسرة وغيرها.

ونجد أن المحكمة، على وفق ما تقدم، قد صّرحت بدور القضاء في الرقابة على مقياس أثر التشريع ومدى التزام الجهات التي تولت تدقيق التشريع في مراحل الاقتراح والمناقشات والاقرار باتباع معايير متنوعة في قياسـه، ولكن على الرغم من أنَّ المحكمة قد وصلت إلى نتيجة اعدام النصوص التي وجدتها

تؤثـر في عـدة مناحٍ اخصها: ماليـة، و اجتماعية، تنظيمية، تنموية، غيرها حالية ومسـتقبلية، بيد أنها لـم توضـح معاييرٍ قياس أثـر التشريع، واختلاف تلك المعايير بحسـب التشريع فيمـا إذا كان المقياس احصائيـاً مبنياً على بيانات رقمية أو اجتماعي مسـتندة إلى دراسـات تبيّن نسـب الفقـر أو البطالة، أو بيانات اقتصادية ترتبط باسـعار الموارد الطبيعية الحالية وتنبؤاتها المسـتقبلية، أو مؤشرات سياسية ودولية وغيرها.

ولكـن تلـك المعايير إن غابت في صريح الفاظ القرار، فإنَّها لا تنفي واجبات الجهات التي دققت أثر التشريع وأعملت مقياسـه ومؤشراته، بيد أن القضاء بسـط ولايته على جوانب اغفال تلك الجهات لذلك المقياس ورتبت عليها أثراً في اعدام القانون.

وعلى الرغم من أهمية الولاية القضائية على اعمال قياس أثر التشريع من الجهات المدققة والمشرعة لـه، فإنهـا رهينـة الطلب والطعـن، ممن لهم المصلحـة والصفة في تحريـك الدعوى الدسـتورية ، بيد أنهـا مـؤشر على عدم اعمال معايير علمية واضحة لقيـاس الاثر التشريعي، وأن اكتفاء الجهات المدققة والمشرعة للتشريع بسـؤال الجهات ذات الصلة بالتشريع أو المناقشـات والمداولات لا يحل محل وضع معـايير علمية، لقياس الأثر التشريعـي واعمالها للوصول إلى جودة التشريعات.

الهوامش:

١. المادة /٢/أولاً/٨/ج /٦ من قانون الموازنة العامة الاتحادية للسنوات ٢٠٢٣ و ٢٠٢٤ و ٢٠٢٥ .
٢. القضية بالعدد/١٥٣/٢٠٢٣ في ٧/٨/٢٠٢٣ .
٣. المادة/١٦/ثانياً من القانون نفسه .
٤. القضية بالعدد/١٥٣/٢٠٢٣ نفسها .
٥. المادة/٢٠/سادساً من نفس القانون .
٦. القضية بالعدد/١٥٣/٢٠٢٣ نفسها .
٧. المادة/٢٨/رابعاً/أ،ب من القانون نفسه .
٨. القضية بالعدد/١٥٣/٢٠٢٣ نفسها

صور حل البرلمان الدساتير العراقية (أنموذجاً)

فاتن محسن هادي مدير تحرير المجلة السابق

يعد حل البرلمان واحداً من الاجراءات التي تتضمنها الوثيقة الدستورية لأغلب دساتير الدول، فحل البرلمان ما هو إلا اجراء دستوري يعمل على تقصير المدة القانونية لنيابة البرلمان، الذي يكون مصحوباً بالدعوى لإجراء انتخابات نيابية جديدة ، أذ يروم المشرع الدستوري من وراء تضمين حل البرلمان في الدستور إلى تحقيق جملة اهداف او غايات يستهدف الوصول اليها التي قد تؤدي بمجملها إلى حسن سير العمل الدستوري والسياسي داخل الدولة، وحل البرلمان بوصفه واحدا من تلك التنظيمات الدستورية، يجب أن تكون ممارسته من لدن السلطة المختصة به متفقا مع ما يتضمنه الدستور نفسه من حدود، وأن يكون تنظيم الحل وحدوده متسقا والمبادئ الدستورية العامة التي تتضمنها الانظمة الدستورية التقليدية وغير التقليدية .

وحل البرلمان كما هو موجود في النظام البرلماني التقليدي، نجدهُ موجوداً ايضاً في الانظمة الاخرى، غير ان دوره الرئيس في النظام البرلماني يكون في تحقيق التوازن بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، إذ تعطى الدساتير البرلمانية لكل سلطة مجموعة من الوسائل التي من خلالها تستطيع تحقيق هذا التوازن المطلوب إذ نلاحظ ان الدساتير عندما تمنح السلطة التشريعية حق مراقبة اعمال السلطة التنفيذية وفي حال تعسف الاخيرة او مخالفتها للدستور يكون الحق للسلطة التشريعية تقرير مسؤولية السلطة التنفيذية وسحب الثقة منها وهذه الوسيلة تعرف بالمسؤولية الوزارية وهي إما تكون فردية وإما جماعية تضامنية، وبالمقابل تمنح الدساتير مكنة دستورية اخرى ولكن للسلطة التنفيذية في مواجهة السلطة التشريعية إذ يحق للسلطة التنفيذية حل السلطة التشريعية في حالة تعسفها او تشددها في مواقفها من دون مسوغات إزاء السلطة التنفيذية.

سوف نسلط الضوء في هذا الموضوع على صور حل البرلمان من خلال تحديد الجهة التي تكون صاحبة الارادة في الحل مع بيان موقف الدساتير العراقية من حل البرلمان وذلك من خلال مطلبين المطلب الاول نتناول فيه صور حل البرلمان اما المطلب الثاني فسوف يخصص لحل البرلمان في الدساتير العراقية .

المطلب الاول

صور حل البرلمان

يأخذ حل البرلمان احدى ثلاث صور سوف نتناولها بشيء من الايجاز في هذا المطلب من خلال ثلاثة فروع:

الفرع الاول

حل البرلمان بأرادة السلطة التنفيذية

يعد حق الحل من اكثر وسائل السلطة التنفيذية اهميةً في مواجهة السلطة التشريعية لكونهِ ضرورياً لحفظ التوازن بينهما، اذ هو المقابل الطبيعي لاختصاص البرلمان في مراقبة الوزارة ومساءلتها سياسياً ومن خلاله تضمن السلطة التنفيذية استقلالها عن السلطة التشريعية لكي لا تكون الاولى مجرد اداة بيد السلطة الاخيرة، فتخضع لها خضوعاً تاماً فيصبح بذلك النظام من كونهِ قائماً على مبدأ التوازن إلى قيامهِ على مبدأ هيمنة البرلمان، فمن دون حق السلطة التنفيذية في حل البرلمان يتجه النظام البرلماني إلى نظام حكومة الجمعية كما انهُ من خلال الحل تضع السلطة التنفيذية حداً لإساءة النواب في ممارسة وظائفهم الدستورية؛ وحل البرلمان المتأتي عن طريق السلطة التنفيذية قد يكون رئاسياً وقد يكون وزارياً

اولاً: الحل الرئاسي:

يؤدي رئيس الدولة (ملكاً كان أم رئيساً للجمهورية) عملاً ايجابياً في تسيير شؤون الحكم حتى وان كان مركزه الدستوري اضعف مقارنة بمركز رئيس الوزراء، حيث يمثل همزة الوصل بين الشعب من جانب والحكومة والبرلمان من جانب اخر، احترام كل منهما للصالح العام ويقدم النصح والمشورة للسلطتين معاً، وفي حال مخالفتهما لوظائفهما الدستورية ومن ثم عدم تحقيقها لمصلحة الامة، يكون له ان يلجأ إلى حل البرلمان، غير انه مقيد بان يكون تصرفه هذا متفقاً مع توجهات الرأي العام، حيث يقرر هذا الحل في النظام البرلماني، كوسيلة لدفاع رئيس الدولة عن حقوقهِ او آرائه التي يعتقد ان الشعب يؤيده فيها وفي هذه الحالة يتم الحل لنزاع بين رئيس الدولة والبرلمان رغم تأييد الوزارة له، لهذا فإن رئيس الدولة لا يلجأ إلى استخدام هذا السلاح الا في اعقاب اقالة وزارة الاغلبية وتعيين وزارة جديدة (من الاقلية او من خارج البرلمان) تؤيد وجهة نظره وتقبل الحل، كما يهتدي رئيس الدولة من وراء الحل إلى الوقوف على رأي الشعب حيال تصرفه من خلال انتخابات جديدة تجري خصيصاً لهذا الغرض، فاذا اسفرت تلك الانتخابات عن اغلبية برلمانية تؤيد الوزارة الجديدة التي جاء الحل على يدها فإن موقف رئيس الجمهورية يكون سليماً وإنه كان محقاً في اقالة الوزارة السابقة، اما اذا جاءت الاغلبية في جانب الوزارة المقالة فان ذلك يدل على خطأ رئيس الدولة في اقدامهِ على الحل، ويترتب على

ذلك ضرورة استقالة وزارة الاقلية وتعيين وزارة جديدة من الحزب المنتصر في الانتخابات.

مع العرض أن بعض الدساتير اتجهت لتقييد سلطة رئيس الدولة في حل البرلمان بحيث لا يمكن لرئيس الدولة حل البرلمان الا بتحقيق مجموعة من الشروط التي وضعها الدستور كلاً على حدة والتي هي بمثابة قيد على سلطات الرئيس ولا سيما فيما يتعلق بحق حل البرلمان، منها الدستور الفرنسي لعام (١٨٧٥) في المادة الخامسة التي اشترطت على (رئيس الدولة في حالة حل البرلمان ان يحصل مسبقاً على موافقة مجلس الشيوخ مما أدى إلى ان يصبح الرئيس مقيداً امام مجلس الشيوخ).

ثانياً: الحل الوزاري:

الحل الوزاري يكون بإرادة الوزارة بسبب خلافها مع البرلمان حول موضوع ما يتعلق بالسياسة العامة للدولة (في اغلب الاحيان) وذلك لان السياسة العامة للدولة يختص برسمها وتنفيذها رئيس السلطة التنفيذية بالاشتراك مع الوزراء وهي من الاختصاصات الاصلية لمجلس الوزراء وان لم ينص على ذلك في الدستور، ويشمل مصطلح السياسة العامة للدولة كل ما يتعلق بالمجالات السياسية والاقتصادية والاجتماعية والادارية، حيث تحتاج الوزارة إلى استصدار قوانين من البرلمان لتنفيذ سياستها العامة ومن ثم يمكن ان يظهر النزاع في حالة رفض البرلمان مثل هكذا مشاريع قوانين، ويجب التنويه بان ليس كل خلاف يقع بين الوزارة والبرلمان تلجأ فيه الوزارة إلى الحل فالخلاف امر لابد منه حتى تتبلور الاتجاهات العامة وتتضح الحقيقة من خلال المناقشات وابراز وجهات النظر المختلفة، لذا لابد من قيام نزاع جدي بين الوزارة والبرلمان تعجز فيه عن استمالتهِ او اقناعهِ بوجهة نظرها، ورأت ان هذا البرلمان يكون بذلك قد انصرف عن اداء وظيفته ولم يعد ممثلاً حقيقياً لمصلحة البلاد فتلجأ إلى حلهِ.

ولعل من الصور التي يظهر فيها النزاع جدياً بين الوزارة والبرلمان، صورة ما اذا عرضت الوزارة صراحة مسألة الثقة بها امام المجلس النيابي عند تصويته حول مشروع قانون ما تروم الوزارة استصدارهُ منهُ، وأن الوزارة قد تلجأ إلى حل البرلمان اذا بدأ الاخير بإجراءات سحب الثقة منها ولا حظت ان الاغلبية البرلمانية متعسفة في ذلك لذا تطلب من رئيس الدولة حل البرلمان لتضع حداً لأسراف النواب باستخدام حقوقهم الدستورية.

وقد يكون السبب الذي تلجأ اليه الوزارة في حل البرلمان لا يتعلق بموضوع سحب الثقة منها وانما الرغبة في ادخال بعض التعديلات السياسية في نظام الحكم او نظام الانتخاب او اي موضوع اخر من شأنهِ ان يمس مصالح الدولة الجوهرية.

وبهذا الصدد يثار تساؤل مفادهُ من يملك حق الحل في النظام البرلماني هل هو مجلس الوزراء

ام رئيس الوزراء وحدهُ؟

اتجهت بعض الدساتير إلى أن الحل يتم من رئيس الوزراء والمجلس الوزاري معاً ومن ذلك دستور فرنسا لعام (١٩٦٤) المادة (١٥) منهُ (يتقرر الحل في مجلس الوزراء بعد اخذ رأي الجمعية الوطنية ويتم اعلانه وفقاً لهذا القرار بمرسوم من رئيس الجمهورية ...الخ).

اما الاتجاه الاخر من الدساتير فاتجه نحو ان يكون حق الحل بيد الوزير الأول بمفردهِ (رئيس الوزراء) وقد وجد تطبيقاً لذلك في انكلترا حيث تم الحل في بعض الحالات بناءً على رغبة الوزير الاول بمفردهِ من دون الرجوع إلى المجلس الوزاري.

ومما تقدم يتضح ان المسؤولية الوزارية مسؤولية تضامنية، ولا سيما فيما يتعلق بقرار الحل الذي يترتب عليه نتائج تطال الاعضاء كافة فليس هناك أيةُ مسؤولية فردية لذا حتى وان اعطت هذه الدساتير هذا الحق للوزير الاول او (رئيس الوزراء) فهنا من الواجب عليه ان يتشاور مع الوزراء مجتمعين نظراً لخطورة وحساسية الموقف.

الفرع الثاني

حلُّ البرلمان بالإرادة الشعبية:

ان فلسفة النظام النيابي تقوم على اساس اختيار الشعب لمجموعة من الافراد ليمارسوا نيابة عنه جملة من الاختصاصات، التي يمكن تقسيمها على قسمين اساسيين هما (التشريع والرقابة) مع احتفاظ الشعب بحقهِ في الرقابة على نوابهِ، واذا كان الاختصاص الرقابي للبرلمان على درجة من الأهمية فان الاختصاص التشريعي هو الغاية الاولى من وجود البرلمان، فاذا حادَ النواب عن وظائفهم المذكورة يأتي الحل من الشعب لعزل هؤلاء النواب الذين لم يعودوا يمثلونهُ.

ويقصد بالحل الشعبي او (الاستفتائي) ممارسة الشعب لحل البرلمان بأكملهِ ويكون ذلك بناء على طلب عدد معين من الناخبين تحددهُ الدساتير حيث يتم عرض الامر على الشعب للاستفتاء حول حلّ البرلمان فاذا وافق الشعب في الاستفتاء يتم حل البرلمان واجراء انتخابات جديدة لتشكيل المجلس النيابي الجديد، إما إذا رفض الشعب مسألة الحل عُدَّ ذلك بمثابة اعادة الثقة بالبرلمان ، ويترتب على حل البرلمان بالإرادة الشعبية اقالة جميع اعضاء البرلمان لان الحل بطبيعتهِ موجه لكل البرلمان وليس لعدد معين من الاعضاء، والحل الشعبي يأخذ إحدى صورتين فإما أن يكون بصورة مباشرة حيث يكون الاستفتاء منصب هنا على موضوع الحل ذاتهِ، واما ان يكون بصورة غير مباشرة حيث يكون موضوع الاستفتاء ليس هو حل البرلمان انما أمر أخر يكون الاستفتاء عليه بمثابة الحكم على البرلمان اما ببقائهِ أو لعزلهِ، ويكون ذلك غالباً في حالة النزاع او الخلاف بين السلطات حيث يؤدي الحل هنا

دوراً مميزاً ورئيساً في فض الخلاف؛ وسوف نتناول هاتين الصورتين في الفقرتين الاتيتين:

اولاً: حل البرلمان بالإرادة الشعبية المباشرة (الحل الشعبي):

من المظاهر الديمقراطية شبه المباشرة حل البرلمان شعبياً، وهو ذو اثر خطير ومهم لأنه ينهي وجود الهيأة النيابية من جانب الناخبين قبل انقضاء الفصل التشريعي ، إذ يحق لعدد من الناخبين يحدده الدستور طلب حل البرلمان وذلك اذا شعر هؤلاء الناخبين ان البرلمان لم يعد معبراً عن رأي الشعب ذلك ان تصرفات السلطة التشريعية تكون مشروعة مادامت مقيدة بحدود النصوص الدستورية نفسها وهي بذلك ستكون متفقة مع الفكرة القانونية السائدة بعدها يعرض هذا الطلب على الشعب للاستفتاء عليه فاذا نال موافقة الأغلبية التي يحددها الدستور يصار إلى حل المجلس القائم واجراء انتخابات جديدة، ولذلك فان أي (حل شعبي) يتطلب (استفتاء شعبي) لتحديد مصير البرلمان.

فاذا جاءت النتيجة مع طلب الحل وبالأغلبية الموصوفة في الدستور (حيث قد تكتفي بعض الدساتير بموافقة أغلبية من أدلو بأصواتهم، في حين قد يشترط جانب من الدساتير موافقة اغلبية الناخبين وليس فقط المصوتين) فأن البرلمان يعد منحلاً وعلى العكس ان لم تتحقق تلك الاغلبية اللازمة للحل فأن طلب الحل يسقط ويستمر البرلمان قائماً ويعد ذلك تجديداً للثقة به.

وأول من اقر حق الشعب في حل البرلمان كان ذلك في المملكة المتحدة البريطانية منذ عام (١٧٠١) عندما نشب نزاع شديد بين حزبي (الاحرار والمحافظين) واستجابة الملك لرغبة الشعب بحل مجلس العموم اثر مطالبته بذلك، ايضاً اخذت عدد من دساتير الكانتونات السويسرية بهذه الصورة من صور الحل، وبعض دساتير الولايات الالمانية اخذت بهذا النوع من الحل، ايضاً تم الاخذ بهذه الصورة من حل البرلمان في دستور مصر الملغي عام (١٩٧١).

ثانياً: الحل الاستفتائي لحل النزاع بين السلطات (الصورة غير المباشرة):

تتمثل هذه الصورة في ان الحل الشعبي يعُدُّ وسيلة لحل النزاع بين السلطات ، فالاستفتاء هنا لا يكون منصباً على موضوع الحل بنحوٍ مباشر، وانما يأتي الاستفتاء على موضوع معين أو أمر معين أو نزاع ما يتم عرضه على الناخبين ليقولوا كلمتهم في هذا الامر، وبذلك يتحول إلى حل استفتائي ولكن بنحوٍ غير مباشر، وغالباً ما يتم اللجوء لهذا النوع من الحل في حالة وقوع خلاف او لحل خلاف او نزاع قائم بين السلطات ولاسيما السلطتين التشريعية والتنفيذية، حيث انهُ من الممكن ان يقوم البرلمان برفض مشروع قانون تتقدم به الحكومة فتضطر الحكومة إلى عرض هذا المشروع على الشعب ليحكم فيه بين السلطات المختلفة عليه، فان جاء الحكم لصالح السلطة التنفيذية حل البرلمان اما اذا اتى لصالح السلطة التشريعية وجب استقالة الحكومة، وقد اخذت بعض الدساتير بهذا الحل ومنها دستور استونيا الصادر عام (١٩٢٠) المادة (٣٢) منهُ ومن الدساتير العربية التي تبنت مثل هذا الحل دستور المغرب السابق لعام (١٩٧٢) في المادة (٦٨) منهُ.

الفرع الثالث

حل البرلمان التلقائي

يقع الحل تلقائياً عندما يعلق الدستور حل البرلمان على حدوث شرط او امر معين وبمجرد وقوع الامر تحقق الحل، وحل البرلمان بموجب هذه الصورة إما أن يكون بقوة القانون و إما أن يكون الحل الالزامي، وسوف نوضح ذلك في فقرتين الاولى الحل بقوة القانون والثانية الحل الالزامي .

اولاً: الحل بقوة القانون:

يقع حل البرلمان بقوة القانون من دون انتظار اجراءات معينة او قرار او مرسوم يصدر به، وانما يرتبط بأمر معين وجوداً وعدماً، إذ إن هذا الحل توضع اجراءاتهُ واجراءات الانتخابات المترتبة عليه مسبقاً بالدستور.

وقد ورد نظام الحل بقوة القانون في بعض الدساتير المقارنة في صور مختلفة أو لأسباب مختلفة ومتعددة نذكر منها :-

أ. حالة خلو العرش او وفاة الملك اتجهت بعض الدساتير إلى انه في حالة خلو العرش او وفاة الملك يتم حل البرلمان ومثال ذلك دستور هولندا لعام (١٩٨٣) (المادة ٢/٣٠) منهُ .

ب. حالة التعديل الدستوري: يقع الحل بقوة القانون في حالة اقرار التعديل الدستوري، وهنا تستطيع السلطة التشريعية تقرير ما اذا كانت هناك حاجة لهذا التعديل وفي حالة اعلانها التعديل يتم حل البرلمان بقوة القانون.

ويستلزم الحل هنا اتفاق الاغلبية البرلمانية التي تشغل السلطة على ضرورة اللجوء إلى انتخابات مبكرة، ولقد اخذ بذلك الدستور الاسباني الصادر عام (١٩٧٨) في (المادة ١/٦٨) منهُ (التي ربطت بين الاقتراح المتعلق بالتعديل الكلي او الجزئي لبعض الاحكام الدستورية المتعلقة فقط بالوضع العام في الدولة او بتنظيم الحقوق والحريات العامة او المتعلقة بالتاج فهذه الحالة لابد من موافقة اغلبية الثلثين من اعضاء البرلمان وهنا البرلمان ينحل بقوة القانون) .

ويتضح مما تقدم ان الحالات التي تطرأ في الدولة وهي ظروف مادية خارجة عن الارادة فمثلاً موت الملك وخلو العرش، وحتى التعديلات الدستورية في امور يفرضها الواقع والاقدار، لذا فان انحلال السلطة التشريعية جاء كنتيجة حتمية لتلك الظروف .

ت. حالة وجود ازمة سياسية يصعب حلها ولو بطريق تشكيل حكومة جديدة:

من الممكن ان تطرأ ازمة سياسية من الصعوبة حلها من خلال الحل التقديري لرئيس الدولة او من خلال تشكيل حكومة جديدة مما يؤدي إلى توحد جميع الاحزاب للمطالبة بتعديل دستوري للخروج من هذه الازمة فيكون هناك الحل بقوة القانون البديل الامثل للحل التقديري، حيث لا

يمكن استخدام مثل هذا الحل الا برضى البرلمان نفسه مما يجعله يتشابه مع نظام الحل الذاتي الذي يقره المجلس نفسه، إذ يتطلب وجود اغلبية متحكمة بالامور او متفقة على ضرورة اللجوء لاجراء الانتخابات المبكرة، ومن امثلة ذلك ما حدث في بلجيكا من حالات الحل التي تمت تحت ضغط الازمات السياسية في الاعوام (١٩٦٨/١٩٧٨/١٩٨١) .

ث. وجود خلاف بين المجلسين:

في حال وجود خلاف بين المجلسين في الدول التي تتبنى النظام البرلماني تلجأ بعض الدساتير إلى حل المجلسين معاً واجراء انتخابات جديدة والهدف من ذلك هو احتواء اي ازمات دستورية واللجوء للناخبين للتحكيم في هذا الخلاف الناشئ بين المجلسين ومن الدساتير التي اخذت بذلك دستور يوغسلافيا (١٩٦٣) المادة (١٨١).

ج. حالة رفض الشعب قرار اتخذه المجلس النيابي:

هنا يقع الحل بقوة القانون اذا جرى استفتاء لمعرفة رأي الشعب في قرار اتخذه المجلس النيابي وجاء رأي الشعب رافضاً لقرار المجلس النيابي لان الشعب يُعدّ مصدر السلطات فاذا قرر طرح الثقة عن المجلس عن طريق رفض المشروعات التي يقرها فانه يجب على المجلس هنا ان ينصاع لرغبات الشعب أو الارادة الشعبية ومن الدساتير التي اخذت بذلك الدستور المغربي.

ثانياً: الحل الالزامي:

يقع الحل الالزامي في عدة حالات وهي:

أ- حالة تقرير مسؤولية رئيس الدولة:

حيث يتم الحل بموجب نص الدستور من دون الحاجة إلى صدور قرار من رئيس الدولة بالحل ومن بين الدساتير التي تبنت هذا الامر دستور الجزائر لعام (١٩٦٣) المادة (٤٨).

ب- حالة حدوث ازمتين وزاريتين متتاليتين:

مما يترتب على حدوثها عدم الثقة بالوزارة الموجودة وعدم الثقة بالوزارة الجديدة ويعني هذا المسلك ان عدم استقرار الوزارة تمت معالجته عن طريق تغيير تشكيل البرلمان إذ إن من المفترض ان الوزارة تستند دائماً إلى اغلبية برلمانية فاذا كانت الوزارة لا تستطيع ان توفر لنفسها الاستقرار الكافي، بما يهدد الاستقرار السياسي للبلاد فانهُ يكون من الملائم تشكيل المجلس بطريقة تؤدي إلى افراز اغلبية جديدة تستطيع تشكيل وزارة تحقق هذا الاستقرار، من الدساتير التي اخذت بهذه الحالة الدستور الالماني لعام ١٩٤٩ (المادة ٩٥).

ت- حالة رفض الشعب عزل رئيس الجمهورية:

حيث يحل البرلمان في حالة رفض الشعب مقترح عزل رئيس الجمهورية وذلك بعد ان يتقدم

البرلمان بمثـل هكـذا مقترح وعرضهُ على مجموعة الناخبين ليقولوا كلمتهم بهذا الصدد وهو ما اخذ به دستور النمسـا لعام (١٩٢٩) المادة (٦٠/٦).

ث- حالة تعذر انتخاب رئيس للدولة:

تنـص عددٌ من الدسـاتير عنـد حالة تعذر انتخاب رئيس للدولة على ان يحـل المجلس النيابي بقوة الدسـتور وتلقائيـاً، مـن الدسـاتير التي تبنت هذا الحل دسـتور اليونـان لعـام (١٩٧٥) والمعدل عام (١٩٨٦) (المادة ٣٢) منـهُ.

ج- حالة عدم القدرة او تعذر تعيين رئيس الوزراء:

نصت بعض الدسـاتير على انهُ في حالة تعذر او عدم القدرة على تعيين رئيس الوزراء يحل المجلس النيابي مثال ذلك دستور السويد (١٩٧٤) المادة الفصل الثاني ومن الدساتير العربية التي اخذت بهذا الحل دستور الجزائر لعام (١٩٩٦) المادة (٨١) منهُ.

الفرع الرابع

ضمانات حل البرلمان

قد تفرض النصوص الدسـتورية على السـلطة المختصة بحل البرلمان ضرورة اتباعها لمجموعة من الاجـراءات قبـل اصدارها لقرار الحـل، وقد تفرض من ناحية ثانية على هذه السـلطة ضرورة اصدار قرار الحل بشـكلية معينة، ولعل الحكمة من تقرير هذه الاجراءات والشـكليات قبل اجراء الحل تكمن في ضمـان اصـدار قـرار الحل بناءً على رؤيـة وتأن، ولاسـيما أن الحل ينهي وجـود البرلمان القائم في حينهـا كما تكون غاية المشرع الدسـتوري من وضع هذه النصـوص احتوائها في طياتها على ضمانات لأعضاء البرلمان أنفسهم، إذ إن التروي في اصدار قرار الحل يضمن لهم ان مراكزهم القانونية لن تهدر ويضحى بها بناءً على فكرة عارضة خطرت لسـلطة الحل، بل بناءً على دراسـة متأنية، فضلاً عن ذلك فان رسـم هذه الحدود في الدسـتور يحقق مزية اخرى تتمثل بسلامة حكم الرأي العام على قرار الحل فمن خلالها يمكن معرفة مدى دستورية اجراءات الحل. وسوف نتناول في هذا الفرع هذه الضمانات في الفقرات الاتية:

أولاً: اجراء استفتاء شعبي قبل الحل:

نصـت بعـض الدسـاتير على ضرورة موافقة الشـعب على الحل في اسـتفتاء شـعبي عـام بغرض التعرف على رأي الشعب في هذا الامر، ولا يقع الحل الا بناءً على هذا الاستفتاء وما قد يسفر عنهُ وهذه الضمانة تعني تسـليم القرار إلى الشـعب بوصفهِ الجهة المنوط بها اختيار المجلس النيابي والواقع ان الاستفتاء على حل البرلمان هو ضروري وذلك لإضفاء الدستورية على القرار بشرط ان تكون الحكومة

امينة مع نفسها اولاً ومع الشعب ثانياً، فبدلاً من صرف الاموال الطائلة على مثل هذه الاستفتاءات وتأتي النتيجة لصالح الحكومة فمن الافضل إلا تضطلع الحكومة بالإشراف على الاستفتاء وان تتولى الاشراف هيئة محايدة ثم تستمر لحين قيام الانتخابات.

ومن الجدير بالذكر ان النصوص الواردة في الدساتير العراقية للأعوام (١٩٢٥/ ٢٠٠٤/ ٢٠٠٥) لم نجد فيها اي نص يتعلق بضرورة إجراء الاستفتاء قبل اللجوء إلى حل البرلمان.

ثانياً: عدم جواز الحل خلال مدة زمنية معينة:

تحظر بعض الدساتير حل البرلمان خلال مدة زمنية معينة وذلك لغرض استقرار المجلس النيابي وعدم دخول البلاد في حالة من الارباك بانتخابات متتالية تؤدي إلى زعزعة الاستقرار السياسي في البلاد، وأن بعض الدساتير تضع قيد لحل البرلمان هو عدم جواز الحل قبل انتهاء مدة ولاية رئيس الدولة.

من الدساتير التي نصت على هذه الضمانة ، الدستور المغربي لعام (١٩٦٢) في المادة (٧٩) والدستور الايطالي لعام (١٩٤٧) في المادة (٨٨) وهناك بعض من الدساتير ذهبت إلى حظر حل البرلمان في اثناء تطبيق بعض النصوص الدستورية التي يرى المشرع الدستوري انها تتسم بجانب من الخطورة وقد تؤدي إلى المساس بمصالح البلاد منها الدستور الفرنسي لعام (١٩٥٨) المادة (١٦) منهُ التي تحظر حل البرلمان في اثناء سريان حالة الضرورة وذلك لان الضرورة او سريان الظروف الاستثنائية تمنح رئيس الجمهورية صلاحيات واسعة فقد يتعسف معها ويستعمل الحل في غفلة من الزمن.

ثالثاً: لا يجوز حل البرلمان للسبب نفسه لمرتين متتاليتين:

تعد هذه الضمانة من ضمانات حق الحل، وتعني انهُ اذا تم حل المجلس النيابي لأي سبب من الاسباب فانهُ لا يجوز اعادة حله لذات السبب الذي حل من شأنهِ المجلس النيابي السابق، حيث نصت بعض الدساتير على الزام رئيس الدولة بضرورة ذكر السبب الذي يؤدي إلى الحل وعدم تكرار الحل للسبب نفسه منها الدستور الكويتي (١٩٦٢) المادة (١٠٧)، مع العرض ان دستور العراق الملكي لعام (١٩٢٥) نص على هذه الضمانة، أما دستور عام (٢٠٠٥) النافذ؛ فلم نجد فيه اي نص يماثل نص الدستور الملكي المذكور انفاً.

وتماشياً مع هذه الضمانة المهمة فأن قرار الحل او مرسوم الحل يجب ان يكون مسبباً، اي يتضمن القرار الاسباب والدوافع التي ادت إلى اجرائهِ سواء تم النص الصريح بضرورة التسبيب ام لم يرد، ويرى الفقه ان هذا القيد ضروري لمنع التعسف في استعمال الحل ويعد ضابطاً لاحترام القواعد الدستورية، الا ان هذا القيد يصعب ضبطه في ظل الدساتير التي توجب ان يتضمن مرسوم الحل

النص صراحة على الاسباب التي دعت إلى الحل والسبب في ذلك ان السلطة التنفيذية بما لها من سلطة تقديرية واسعة في الحل يمكن لها ان تخفي السبب الحقيقي وراء الحل ولاسيما اذا كان سبب الحل هذه المرة هو سبب حل البرلمان نفسه في المرة الاولى.

رابعاً: استقالة الوزارة التي توقع مرسوم الحل:

تضمنت بعض احكام الدساتير نصوصاً تقتضي بوجوب استقالة الحكومة التي حلت المجالس النيابية في ظلها، اخذ بهذه الضمانة الدستور السوري لعام (١٩٥٠) المادة (٨٥) منهُ، وهذا القيد يوجه حالة تدخل الوزارة القائمة في الانتخابات الجديدة للدفاع والعمل على نجاح مرشحي البرلمان المنحل الذين يتبنون وجهة نظرهم او وجهة نظر رئيس الدولة اذا كان هو الذي اصدر مرسوم الحل، ولقد نص الدستور العراقي لعام (٢٠٠٥) النافذ على هذه الضمانة وحسناً فعل المشرع العراقي حيث عَدَّ الوزارة التي يحل البرلمان في عهدها مستقيلة حكماً.

خامساً: استشارة جهة معينة قبل الحل:

تشترط بعض الدساتير على سلطة الحل ضرورة اخذ رأي جهة سياسية او دستورية اخرى غير الشعب قبل الاقدام على حل البرلمان، وتختلف الدساتير فيما بينها حول مدى الزامية هذا الرأي فيكتفي بعضها بالاستشارة فقط في حين يذهب بعضها الاخر إلى ضرورة موافقة هذه الجهة على قرار الحل، وقد اخذ بهذه الضمانة الدستور الفرنسي الصادر (١٩٤٦) المادة (٥١) منهُ ولاشك ان هذه الاستشارات تؤدي إلى التريث في امر الحل ومن ثم بحثهُ بهدوء في محاولة للوصول إلى افضل الحلول التي قد تؤدي إلى التراجع عن قرار الحل، ولكي تؤدي هذه الضمانة دورها الحقيقي يجب ان تكون الجهة التي سوف يتم استشارتها تتمتع بالحياد السياسي والموضوعية في اتخاذ القرار.

سادساً: لا يجوز حل البرلمان في اثناء طرح المسؤولية الوزارية:

لاحظنا من خلال التطرق إلى انواع حل البرلمان ان الحل يمكن ان يكون وزارياً وذلك عندما يحدث خلاف بين السلطة التنفيذية والبرلمان ، لذلك من البديهي ان لا يسمح الدستور في حالة اعلان البرلمان المسؤولية الوزارية جواز لجوء السلطة التنفيذية إلى حل البرلمان كي تتخلص من المسؤولية وتتهرب منها وكذلك الحال بالنسبة للحل الرئاسي، وهذا ما يعد ضمانة للتوازن بين السلطتين التنفيذية والتشريعية.

المطلب الثاني

حل البرلمان في الدساتير العراقية مع (الجانب التطبيقي)

سوف نتناول في هذا المطلب موقف الدساتير العراقية من حل البرلمان وكيف تم معالجة هذا الموضوع ضمن نصوص الدساتير التي اخذت به من خلال تقسيم الحقبة الزمنية لهذه الدساتير ابتداءً من دستور العراق (١٩٢٥) القانون الاساسي العراقي ولغاية دستور العراق (٢٠٠٥) وذلك من خلال ثلاثة فروع.

الفرع الاول

حل البرلمان في الدساتير العراقية:

سنتطرق في هذا الفرع إلى الحل البرلماني في التنظيم الدستوري العراقي ضمن فقرات متسلسلة تُظهر المرحلة الزمنية لتاريخ وضع الدساتير العراقية انطلاقاً من دستور العراق لعام (١٩٢٥) وصولاً لدستور عام (٢٠٠٥).

اولاً: حل مجلس النواب في القانون الاساسي العراقي ١٩٢٥:

بيّن القانون الاساسي العراقي لعام (١٩٢٥) في المادة الثانية منهُ ان الحكومة شكلها نيابي(٢٩) وباستقراء نصوص هذا الدستور يتضح ان النظام البرلماني هو الذي اعتنقه من بين الانظمة النيابية الاخرى وتطرق القانون الاساسي العراقي إلى حل مجلس النواب في المادة (٢/٢٦) بأن (الملك هو الذي يصدر الاوامر بإجراء الانتخاب العام لمجلس النواب، وباجتماع مجلس الامة وهو يفتتح هذا المجلس ويؤجله ويفضهُ ويحلهُ وفقاً لأحكام هذا القانون).

وبذلك فإن حق الحل قاصرعلى مجلس النواب من دون مجلس الاعيان وذلك لمسؤولية الوزارة سياسياً امام الاول دون الثاني، وكما هو واضح فان فحوى هذه المادة يوضح بان المشرع قد اعتنق نظام الحل الرئاسي لأنه منح الملك صلاحية حل مجلس النواب الا انه من جهة اخرى ان التسليم بهذا المعنى يصطدم بنص المادة (٢٧) من الدستور نفسه الذي نصت على انه (يستعمل الملك سلطته بإرادات ملكية تصدر بناء على اقتراح الوزير او الوزراء المسؤولين وبموافقة رئيس الوزراء ويوقع عليه من قبله) .

وعليه لا يتسنى للملك اللجوء إلى الحل الا بناء على اقتراح الوزارة وهذا مصداقاً لنظام الحل الوزاري، وقيد القانون الاساسي في المادة (٢/٤٠) حق الحل بعدم جواز حل المجلس الجديد لذات الامر الذي حل من اجله المجلس القديم .

ومع وجود هذين القيدين على حل المجلس من الملك يتضح لنا بأن سلطة الملك بهذا الشأن سلطة غير مطلقة وعلى الرغم من أن الحل المقرر في الدستور كان وزارياً الا ان التطبيق العملي اوجد الحل

الرئـاسي ولان الحـل قد مورس مـن الملك بصورة فعلية، إذ كان للملك ان يقيل الوزارة القائمة ويؤلف اخرى تقبل مسبقاً تنفيذ رغبته في حل مجلس النواب، فيكون بذلك الحل الوزاري ستاراً يغطي سلطة الملك في حل المجلس، ولكن مع ذلك لابد من الحصول على التوقيع المجاور للوزارة التي كانت من خلاله تنفذ رغبة الملك في حل المجلس.

وهنـاك سـبب اخر يؤيد ما ذكر اعلاه بشـأن الحل الرئـاسي، وهو ان القانون الاسـاسي قد اعطى للملـك الحـق في اقالـة رئيس الـوزراء عند الضرورة التـي تفتضيها المصلحة العامة وفقـاً لنص المادة (٥/٢٦) وذلـك بعـد التعديـل الدسـتوري الثاني الذي تـم في عام (١٩٤٣) على ان الملـك لم يكن يقيل رئيس الوزراء بصورة رسمية لا قبل عام (١٩٤٣) ولا بعده وانما كان ينوه لرئيس الوزراء لضرورة تنحيه عن الحكم (يقدم استقالته) ليعهد الملك بتأليف الوزارة إلى من يؤيد سياسته فيحل الملك البرلمان عـن طريقهـا وهو مـا عمد اليه الملك مرات عديدة كما حدث في الاعـوام (١٩٣٢، ١٩٤١، ١٩٥٤).

امـا بالنسـبة لحـل البرلمان بتبرير (التعديل الدسـتوري) فقد اشترطـت المادة (١١٩) من القانون الاسـاسي العراقي موافقة كل من مجلسي (النواب والاعيان) بأغلبية الثلثين على مشروع التعديل ليحُل بعدهـا مجلس النـواب وينتخب مجلس نواب جديد يعرض عليه وعلى مجلـس الاعيان ليتم التصويت عليـه مـرة اخرى فاذا اقترن بالموافقـة بأغلبية الثلثين يعرض على الملـك ليصُدق وينشر التعديل.

وتبنـى القانون الاسـاسي (١٩٢٥) فكرة التسـبيب الضمني بقرار الحـل اذ نصت المادة (٢/٤٠) على (اذا حل المجلس لأمر فلا يجوز حل المجلس الجديد لذات الامر الذي حل من اجله المجلس القديم) .

وبذلك فقد اوجد القانون الاسـاسي شـبه ضمانة دسـتورية لعدم اسـاءة الملك استخدام سلطته في حل المجلس من خلال (تسـبيب قرار الحل) اي بأسـناد الحل إلى سـبب ما ولما كان القانون الاساسي لم يشير إلى اسـباب معينة للحل فانه ترك ذلك لتقدير السـلطة التنفيذية نفسـها التي كانت تعلن اسـبابا صورية لتخفي بها الاسـباب الحقيقية للحل، ومما لاشـك فيه ان هذا قيد من اسـتقلال البرلمان.

ويتضح ان القانون الاسـاسي العراقي تبنى الحل الوزاري لأنه لا يتسـنى للملك اللجوء إلى الحل الا بناء على اقتراح الوزارة وقيد حق الحل بعدم جواز حل المجلس الجديد للامر نفسه الذي حل من اجله المجلس القديم ومع وجود هذين القيدين على حل المجلس من قبل الملك يتضح لنا بأن سلطة الملك بهذا الشأن سـلطة غير مطلقة.

ان الارادة الملكيـة التـي تصدر بحل مجلس النواب لابد ان تتضمن التوقيع المجاور لكن على الرغم مـن أن الحـل كان وزاريـاً الا ان التطبيـق العملي اوجد الحل الرئاسي ولان الحل تم ممارسـته من قبل الملك بصورة فعلية ولكن مع ذلك لابد من الحصول على التوقيع المجاور للوزارة التي كانت من خلاله تنفذ رغبة الملك في حل المجلس وهناك سـبب اخر يدعم تبني القانون الاسـاسي العراقي للحل الوزاري

وهـو ان هـذا القانون قد اعطى للملـك الحق في اقالة رئيس الوزراء عنـد الضرورة وذلك بعد التعديل الدسـتوري الثاني الذي تم في عام (١٩٤٣) .

ونستطيع القول ان مدة الحكم الملكي الممتدة من عام (١٩٢١-١٩٥٨) اتسمت بسمة بارزة تقوم على المبالغـة في الركـون إلى اجراء حل مجلس النـواب اي ان هناك افراطاً بحل المجلس النيابي حدث في تلك الحقبة، حيث تم حل مجلس النواب (اربع عشرة) دورة من اصل (سـت عشرة) دورة اولها كانت عام (١٩٢٩) وانتهى اخرها عام (١٩٥٨) .

ثانياً: حقبة الدساتير الانقلابية:

اعقبـت مـدة سريان القانون الاسـاسي لعام (١٩٢٥) التي انتهت بإلغائـه في عام (١٩٥٨) ظاهرة تدخل القوات المسلحة في شؤون السلطة والحكم، مما افرز صراعاً عسكرياً على تولي السلطة في العراق ادى إلى حدوث اربعة انقلابات عسـكرية هي (انقلاب ١٩٥٨/ انقلاب ٨ شـباط ١٩٦٣/ انقلاب ١٨ تشريـن الثاني ١٩٦٣/انـقلاب ١٧ تموز لعام ١٩٦٨) .

وقد وضعت خلال مدة الحكم العسكري من عام (١٩٥٨) لغاية (٢٠٠٣) ستة دساتير هي:

دستور ٢٧ تموز ١٩٥٨.

- دستور ٤ نيسان ١٩٦٣.
- دستور ٢٢ نيسان ١٩٦٤.
- دستور ٢٩ نيسان ١٩٦٤.
- دستور ٢١ ايلول ١٩٦٨.
- دستور ١٦ تموز ١٩٧٠.

حيـث اختفـت الحيـاة النيابية في العـراق خلال مدة سريـان هذه الدسـاتير بين تجاهل النصوص الدسـتورية ورفض الواقع السـياسي لهذا تم التفريط بحق (حل البرلمان) لعدم توافر البرلمان نفسـه وحرمـت الـبلاد مـن مجلس نيابي يمثل ارادة الشـعب في عمليـة تشريع القوانين التـي تكفل الحقوق والحريات او تحمي الفرد من تعسـف الحكومة وسـطوتها مما أسـهم أسهاماً كبيراً في تأسيس انظمة حكم شـمولية تقوم على حكـم الحزب الواحد.

ثالثاً : حل البرلمان في ظل قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لعام ٢٠٠٤:

اخـذ قانـون ادارة الدولـة العراقية للمرحلـة الانتقالية (بالحل التلقائي) وذلـك بعد ان اقام ثلاث سـلطات تتـولى ادارة شـؤون الدولـة خلال المرحلة الانتقالية التـي حددهـا في المادة الثانية منهُ وهذه السـلطات هـي (السـلطة التشريعية الانتقاليـة، والسـلطة التنفيذيـة الانتقالية، والسـلطة القضائية الاتحادية) .

وبين القانون المذكور ان السلطة التشريعية الانتقالية تعرف باسم الجمعية الوطنية التي تنتخب شعبياً طبقاً لقانون الانتخابات وفقاً للمادة (٣٠/ ج) منهُ ولكن لم يورد القانون اي نص يتعلق بقدرة السلطة التنفيذية على حل الجمعية الوطنية، ولعل السبب في عدم تضمين المشرع الحل الوزاري في قانون ادارة الدولة يظهر الخشية من ان يفضي هذا الحق الوزاري إلى افشال العملية السياسية في المرحلة الانتقالية التي يمر بها.

وقد بين القانون المذكور اختصاص الجمعية الوطنية كسلطة تأسيسية في المادتين (٦٠-٦١) وفي ظل هذا التنظيم اورد المشرع ايضاً الحالات التي ستحل بها الجمعية الوطنية بصفتها جمعية تأسيسية وهذه الحالات هي:

الحالة الاولى : التي بينتها المادة (٦١)، بان على الجمعية كتابة المسودة للدستور الدائم في موعد اقصاه (١ أب ٢٠٠٥) فان عرضت المسودة على الاستفتاء ووافق عليها اكثرية الناخبين ولم يرفضها ثلثا الناخبين في ثلاث محافظات او اكثر غدت مصادقاً عليها ، اما اذا تم رفض المسودة (تحل الجمعية الوطنية) وتجري الانتخابات لجمعية وطنية جديدة في موعد اقصاه (١٥كانون الاول٢٠٠٥) .

اي ان الجمعة الوطنية في هذه الحالة تحل (بقوة القانون) في حال رفض مسودة الدستور الدائم في الاستفتاء الشعبي وهو جزاء تفرضهُ ارادة السلطة التأسيسية .

اما الحالة الثانية : فيتم حل الجمعية اذا لم تستكمل الجمعية الوطنية كتابة مسودة الدستور بحلول (١٥أب٢٠٠٥) ولكن بشرط عدم مطالبة الجمعية بتمديد المدة المذكورة في المادة (٦١/ و) يتضح لنا ان الحل الذي نظمهُ قانون ادارة الدولة العراقية هو (الحل التلقائي) الذي يتم بقوة القانون نفسه وذلك بسبب اخلال الجمعية الوطنية بوظيفتها الدستورية الاساسية الا وهي وضع مسودة دستور دائم للعراق الوارد في المادتين (٦٠/ ٦١) من القانون المذكور انفاً.

الفرع الثاني

حل البرلمان في دستور ٢٠٠٥:

يجمع اغلب الفقه الدستوري على عدِّ حق حل البرلمان احد الدعائم الاساسية للنظام البرلماني ولذلك تعمل الدساتير ذات التوجه البرلماني على الاخذ بهذا النهج ومنها دستور العراق لعام (٢٠٠٥) ولأن كان المشرع الدستوري في العراق قد تبنى نظام المجلسين التشريعين فأن ذلك سيتلزم بيان الاحكام الموضوعية والشكلية المنظمة لحل مجلسي البرلمان.

أولاً: حل مجلس النواب:

تبنى الدستور العراقي (٢٠٠٥) في (م/٦٤) منه حل مجلس النواب اذ نصت على (اولاً: يُحل مجلس

النواب بالأغلبية المطلقة لعدد اعضائهِ بناءً على طلب من ثلث اعضائهِ او طلب من رئيس مجلس الوزراء وبموافقة رئيس الجمهورية ولا يجوز حل المجلس في اثناء مدة استجواب رئيس مجلس الوزراء .

ثانياً: يدعو رئيس الجمهورية عند حل مجلس النواب إلى انتخابات عامة في البلاد خلال مدة اقصاها ستون يوماً من تاريخ الحل ، ويعد مجلس الوزراء في هذه الحالة مستقيلاً ويواصل تصريف الاعمال).

ويتضح من نص المادة المذكورة انفاً ان المشرع الدستوري قد تبنى صورتين للحل (الحل الذاتي) بناءً على طلب يقدم من ثلث اعضاءه او (الحل الوزاري) الذي يقدم من رئيس الوزراء بموافقة رئيس الجمهورية، ولم يقيد المشرع الدستوري استعمال الحكومة لحق حل البرلمان بأعضائهِ سوى اشتراطهِ موافقة رئيس الجمهورية وعدم تقديم طلب الحل في اثناء الاستجواب.

وكما رأينا ان حل مجلس النواب الذي نظمهُ دستور (٢٠٠٥) انما يتحقق في حالة واحدة وهي ان يوافق المجلس على حل نفسه اي هو حل ذاتي وهي فرضية نادرة التحقق وذلك لصعوبة موافقة المجلس على حل نفسه أياً كانت الجهة التي تقدمت باقتراح الحل ذلك لان المجلس سيكون في الوقت عينه خصماً وحكماً، لذا إن هذا النص سيبقى معطلاً من الناحية العملية ونتيجة لتعطيل النص المذكور انفاً سوف تترتب النتائج الأتية:

أ. افتقاد السلطة التنفيذية (رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء) لأية وسيلة علمية فاعلة من شأنها التأثير في مجلس النواب.

ب. افتقاد النظام البرلماني لأحدى الوسائل الاساسية التي تحقق التوازن السياسي بين المؤسسات الدستورية الاتحادية.

ت. امتلاك مجلس النواب وسائل للتأثير في السلطة التنفيذية بجهازيها (مجلس الوزراء ورئيس الجمهورية).

ث. رجحان كفة مجلس النواب على كفة مجلس الوزراء ورئيس الجمهورية .

ان الدستور العراقي لعام (٢٠٠٥) عندما اخذ بالنظام البرلماني ، كان لابد من وجود مقومات اساسية لهذا النظام منها اقرار وسائل للتأثير المتبادل بين السلطات لغرض تحقيق التوازن السياسي فيما بينها، غير ان واقع الحال يظهر للعيان وبنحوٍ واضح ان الاختصاصات العديدة التي منحت للسلطة التشريعية، تتعارض تماماً مع خصائص وطبيعة النظام النيابي البرلماني مما ادى إلى تقوية المركز الدستوري لمجلس النواب على حساب السلطة التنفيذية، مما يعني ان الدستور العراقي لم يأخذ بالأساس الجوهري الذي يقوم عليه النظام البرلماني ونعني بذلك مبدأ التوازن بين السلطات وكيف رأينا هذا الاختلال في التوازي بين السلطتين التشريعية والتنفيذية ظهرت اثاره واضحة في

المادة (٦٤) منـهُ المذكورة انفـاً التي نظمت موضوع حل البرلمان .

امـا الاثـر المترتـب على حـل البرلمان، فإنـهُ عند تحقق هـذه الحالة يعـد مجلس الوزراء مسـتقيلاً ويواصل تصريف الامور اليومية وبعد ذلك وبموجب البند (ثانياً) من المادة (٦٤) المذكورة انفاً يدعو رئيـس الجمهوريـة إلى انتخابات عامة في البلاد خلال مدة اقصاها سـتون يومـاً من تاريخ الحل.

ثانياً: حل مجلس الاتحاد:

لـم يعالـج دسـتور (٢٠٠٥) في النـص الاصلي، مسـألة حـل مجلس الاتحـاد حيث احـال ذلك إلى قانـون يسـنهُ مجلس النواب بأغلبية ثلثي اعضاء مجلس النواب ينظـم تكوينهُ وشروط العضوية فيه واختصاصاتـهِ وكل مـا يتعلق بـه.الا ان لجنة مراجعة الدسـتور ارتأت معالجة الاحكام الدسـتورية المتعلقـة (بمجلس الاتحاد) ضمن المشروع المقترح لتعديل الدسـتور، ومنهـا الاحكام ذات الصلة بحل مجلس الاتحاد.

حيـث نصـت المادة (٨٣) من التعديل المقترح في الشـطر الاخير منها على (يحل مجلس الاتحاد عند حـل مجلـس النواب دون العكـس) اما المادة (٩٨) من التعديل المقترح لمسـألة حـل (مجلس الاتحاد) وضحت الالية والقواعـد الاجرائية الواجبة الاتباع في ذلك.

الفرع الثالث: حل مجلس النواب العراقي بمـوجب القرار رقم (٣٢) لسنة ٢٠٢١ والرقابة القضائية عليه:

سـنتناول في هـذا الفرع قـرار مجلس النواب رقم (٣٢) لسـنة (٢٠٢١) المتعلـق بحل المجلس مع تحليـل القـرار المذكـور انفاً، كذلك سـنتطرق إلى قـرار المحكمـة الاتحادية بالقضيـة المرقمة (١٣٢/ اتحادية/٢٠٢٢) بشـأن القرار اعلاه وموقف المحكمة الاتحادية من مسـألة حل مجلس النواب وذلك من خلال فقرتين.

اولاً: حل مجلس النواب بموجب القرار رقم (٣٢) لسنة (٢٠٢١):

خلال جلسـة برلمانية عقدت في شـهر اذار عام (٢٠٢١) صوت مجلس النواب بأغلبية مريحة على قـرار يقضي بحل نفسـه بنحوٍ كامل في السـابع مـن تشرين الاول لعام (٢٠٢١) وذلـك بناءً على طلب مقدم من (١٧٢) نائباً.

بشرط ان تجـري الانتخابـات النيابية العامـة في البلاد بتاريخ (١٠/١٠/٢٠٢١) حسـب ما ورد في قـرار الحـل المذكـور انفاً ، بدعـوة من رئيـس الجمهورية اسـتناداً لأحـكام المادة (٦٤/ ثانياً) من الدسـتور. ونلحظ ان الطريق الذي سـلكهُ مجلس النواب في حل نفسهِ بمقتضى القرار المذكور انفاً هو (الحل الذاتي) حينما سمح لثلث اعضائهِ تقديم طلب يتضمن حلهُ ومن خلال تحليل قرار الحل المذكور انفاً تتضح لنا بعض المسـائل منها :

أ- ان تحديد موعد حل البرلمان قبل الانتخابات المبكرة (بثلاثة ايام)، يعد امرً غير دستوري ويتناقض اصلاً مع نص المادة (٦٤) من الدستور العراقي حيث تضمنت ان يقوم رئيس الجمهورية عند حل مجلس النواب بالدعوة إلى انتخابات عامة في البلاد خلال مدة اقصاها (٦٠) يوماً من تاريخ الحل، ويعد مجلس الوزراء في هذه الحالة مستقلاً ويواصل تصريف الامور اليومية، إذ إن الانتخابات التشريعية المبكرة تحدد بمرسوم جمهوري من رئيس الجمهورية خلال مدة اقصاها (شهران) من حل مجلس النواب بموجب الدستور العراقي .

ب- تم ربط قرار حل مجلس النواب في (٧/١٠/٢٠٢١) بشرط اجراء الانتخابات في موعد (١٠/١٠/٢٠٢١) وهذا يعني انهُ اذا تم تأجيل الانتخابات فان قرار حل مجلس النواب يعدٌّ (ملغياً) إذ ان اختيار الموعد من مجلس النواب للحل بهذه الطريقة فيه مخالفة دستورية تثير اشكالاً وجدلاً طويلاً، حيث لا يوجد نص في الدستور يشير إلى امكانية تعليق حل مجلس النواب بشرط واجب التنفيذ لأن الذي حدث هو خلاف ما تم النص عليه بموجب الدستور الذي اشترط حل مجلس النواب ثم تحديد موعد للانتخابات، ولكن القرار المذكور انفاً حدد موعد الانتخابات قبل حل مجلس النواب.

ثانياً: تعليق على قرار المحكمة الاتحادية العليا العدد (١٣٢/اتحادية/٢٠٢٢):

تم تقسيم قرار الحكم المذكور اعلاه على ثلاثة عنوانات تضمنت النقاط الاتية:

أ- شرح نظام الحكم القائم في العراق وفق دستور ٢٠٠٥ .

ب- الغاية من تكوين السلطات الاتحادية (التشريعية والتنفيذية والقضائية) .

ت- شروط حل البرلمان في الانظمة الدستورية وشروط الحل في دستور (٢٠٠٥) .

بالنسبة للفقرة (ت) التي هي المحور الجوهري في هذا القرار، حيث لم يتردد القرار من شرح الاصول المعتمدة في كافة انواع الانظمة الديمقراطية لحل البرلمان، ليخلص إلى الشروط التي وضعها دستور (٢٠٠٥) لحل مجلس النواب، وان ما نصت عليه المادة (٦٤/اولاً) هو نص مخالف للمبدأ الذي يرعى توازن السلطات في الانظمة البرلمانية لجهة حق البرلمان بأسقاط الحكومة لكن من دون حق مستقل للسلطة التنفيذية بحل البرلمان وهو نص غير مسبوق!! ومن ثم لا يمكن لأي سلطة دستورية حل البرلمان العراقي ان لم يوافق بنفسهِ على ذلك ولو أتى طلب الحل من السلطة التنفيذية.

ان طلبات المدعين بموجب الدعوى الاصلية (١٣٢) وموحداتها في هذا القرار التي انصبت على طلب حل مجلس النواب والزام المدعى عليه (رئيس مجلس النواب) بتطبيق احكام الدستور فيما يتعلق بالتوقيتات الدستورية والزام المدعى عليهما الثاني والثالث (رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء) بتحديد موعد لانتخابات مجلس النواب للدورة الخامسة واصدار الامر والمرسوم الجمهوري بذلك .

حيث ردت المحكمة الاتحادية العليا، هذه الطلبات وذلك لعدم اختصاصها وللأسباب التي ذكرتها

المحكمة في حيثيات هذا القرار منها:

أ- ان اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا محددة بموجب المادة (٩٣) من الدستور والمادة من قانون المحكمة الاتحادية العليا وليس من ضمنها حل مجلس النواب إذ إن الاستجابة لهذا الطلب يشكل خرقاً واضحاً لمبدأ الفصل بين السلطات .

ب- ان دستور (٢٠٠٥) لم يغفل عن تنظيم احكام حل مجلس النواب ولذلك فلا مجال لتطبيق نظرية (الاغفال الدستوري) .

وختاماً وبعد ان تم هذا السرد الموجز لموضوع حل البرلمان وصوره وقدر تعلق الامر بدستور (٢٠٠٥):

١- نقترح على المشرع العراقي بتعديل نص المادة (٦٤/اولاً) من دستور (٢٠٠٥) التي تنص على (يحل مجلس النواب بالأغلبية المطلقة لعدد اعضائهِ بناءً على طلب من ثلث اعضائهِ او طلب من رئيس مجلس الوزراء وبموافقة رئيس الجمهورية ولا يجوز حل المجلس في اثناء مدة استجواب رئيس مجلس الوزراء) وذلك بان تمنح الحكومة حق حل مجلس النواب من دون تعليقه على ارادة المجلس او رئيس الجمهورية على ان يكون قرار الحل مسبباً حتى يتحقق التوازن مع ما يملكه مجلس النواب من حق اقالة الحكومة، وذلك بمنح الحكومة حق حل مجلس النواب من دون تعليقهُ على إرادة اخرى تعطله وايجاد معارضة قوية وفاعلة داخل مجلس النواب لمراقبة تقويم عمل الحكومة ومحاسبتها وبهذا يتحقق التوازن بين السلطتين التشريعية والتنفيذية الذي يعد اساس النجاح للنظام البرلماني .

٢- يضاف إلى نص المادة (٦١/تاسعاً) فقرة جديدة تقرأ كالاتي (لا يجوز حل مجلس النواب خلال مدة اعلان الحرب وحالة الطوارئ .....) .

المصادر

الكتب:

١. د. علي سعد عمران/ الحدود الدستورية لحل البرلمان دراسة مقارنة/دار السنهوري/ بيروت/ الطبعة الاولى ٢٠١٦ .

٢. د. رافع خضير صالح شبر/ فصل السلطتين التنفيذية والتشريعية في النظام البرلماني/ دار السنهوري/ بيروت/ الطبعة الاولى ٢٠١٦ .

٣. د. علي مجيد العكيلي/ القيود الدستورية على حل البرلمان/ المركز العربي للنشر والتوزيع/ القاهرة / الطبعة الاولى ٢٠١٨ .

٤. د. سمير داود سلمان/ المعوقات الدستورية والعملية لحل البرلمان/ دار السنهوري/ بيروت /٢٠١٧ .

٥. د. عدنان عاجل عبيد/ القانون الدستوري/ الطبعة الاولى/ النجف الاشرف/ ٢٠١٠ / ص٢١٣ .

الرسائل:

١. مها بهجت يونس، حل المجالس النيابية في العراق، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة بغداد / كلية القانون / ١٩٩٥.

البحوث :

١. د. شورش حسن عمر، د. محسن حسن بارام ، حل البرلمان ومبرراتهِ في الدساتير العراقي لأعوام (١٩٢٥ و ٢٠٠٥) دراسة تحليلية مقارنة بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والسياسية/ جامعة/ مولاي طاهر/ الجزائر/مجلد العدد (١٥) .

٢. د. علي سعد عمران، الطبيعة القانونية لحق حل البرلمان، بحث منشور في مجلة اهل البيت، العدد ١٩، جامعة كربلاء، كلية القانون.

المقالات:

د. امين عاطف صليبا/ تعليق على قرار المحكمة الاتحادية العليا المتعلق بالدعوى الاصلية رقم (١٣٢) وموحداتها البالغة ١٧ دعوى/ مقال منشور في الموقع الالكتروني لمجلس القضاء الاعلى بتاريخ ١٠/٩/٢٠٢٢.

الدساتير:

١. الدساتير العراقية من دستور (١٩٢٥) لغاية دستور (٢٠٠٥) .
٢. الدستور السوري (١٩٥٠) .
٣. دستور مصر (الملغي) ١٩٧١ .
٤. دستور المغرب السابق (١٩٧٢) .
٥. دستور اليمن (٢٠٠١) .

القوانين:

١. قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لعام ٢٠٠٤ .
٢. قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٢٥) لسنة ٢٠٢١ .

محور مبادئ القضاء التمييزي

(١)

تشكلت الهيئة العامة في محكمة التمييز الاتحادية بتاريخ ٢٤/صفر/١٤٤٦هـ الموافق ٢٠٢٤/٨/٢٨م برئاسة رئيس محكمة التمييز الاتحادية القاضي د. فائق زيدان وعضوية نواب الرئيس السادة زيدون سعدون ونجم احمد وكاظم عباس وحسن فؤاد والقضاة السادة صالح شمخي وحامد عبيد وصباح رومي ومثنى احمد وحجاب إبراهيم ومحمد عبد علي وعبد الوهاب عبد الرزاق ومنذر إبراهيم وعصام عبد الحميد ويحيى خضير وصباح عريبي وحيدر جواد وشهاب احمد ومحمود عباس وماجد حسين وفيصل إبراهيم واحمد علي خلف المأذونين بالقضاء باسم الشعب وأصدرت القرار الاتي:

المميز/ المدعي/ غ. س. ع.

المميز عليه/ قرار المحكمة الاتحادية العليا بالعدد ٣١٤ مع موحدتها ٣١٨/ الاتحادية/٢٠٢٣ في ٢٠٢٤/٥/٥

ادعى المدعون (م. خ. ق.) و (و. ج. ب.) و (ن. ع. ج.) و (غ. س. ع. و (أ. د. أ.) بواسطة وكلائهم المحاميين (م. م. ر.) و (ا. م. ع.) لدى المحكمة الاتحادية العليا ان المدعى عليه رئيس مجلس النواب/ أضافة لوظيفته اصدر قانون واردات البلديات رقم (١) لسنة ٢٠٢٣ والذي نصت المادة (١٤/اولا) منه على (يحظر استيراد وتصنيع وبيع المشروبات الكحولية بكافة انواعها) وقد سبق الطعن بعدم دستورية القانون امام المحكمة وذلك لأسباب شكلية تتعلق بألية التشريع للنص المذكور آنفاً دون الخوض في موضوع الدعوى وحيثياتها التفصيلية، أذ قضت المحكمة بعدم وجود مخالفة دستورية في ألية التشريع المطعون فيه بموجب قرارها ٣٥/موحدتها/اتحادية/٢٠٢٣، عليه طلب المدعي من المحكمة الاتحادية العليا استناداً للمادة ٤٥ من نظامها الداخلي العدول عن قرارها السابق بالعدد ٣٥ وموحدتها/اتحادية/٢٠٢٣ وعن مبدئها السابق الذي يقضي بحظر بيع واستيراد وتصنيع المشروبات الكحولية والحكم بعدم دستورية نص المادة (١٤/اولا) من قانون واردات البلديات رقم ١ لسنة ٢٠٢٣، قررت المحكمة الاتحادية العليا بالعدد ٣١٤ وموحدتها ٣١٨/اتحادية/٢٠٢٣ بتاريخ ٢٠٢٤/٥/٥ رد دعوى المدعين كل من (م. خ. ق.) و (و. ج. ب.) و (ن. ع. ج.) و (غ. س. ع.) و (أ. د. أ.) لعدم تحقق شروط العدول المنصوص عليها بالمادة (٤٥) من النظام الداخلي رقم ١ لسنة ٢٠٢٣ المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد ٤٦٧٩ في ٢٠٢٢/٦/١٣، مع تحميلهم المصاريف والرسوم وأتعاب محاماة وكيل المدعى عليه رئيس مجلس النواب/ أضافة لوظيفته، ولعدم قناعة المدعي (غ. س. ع.) بالقرار اعلاه فقد طعن به تمييزاً امام هذه المحكمة طالباً نقضه بلائحتهِ المؤرخة

٥/٦/٢٠٢٤، وكما قـدم لائحة ملحقة بتاريخ ١/٨/٢٠٢٤.

القرار:

لـدى التدقيـق والمداولـة من قبـل الهيئة العامـة لمحكمة التمييـز الاتحادية لوحظ بـأن المميز قد طلـب اجـراء التدقيقات التمييزية من قبل هذه المحكمة على القرار الصادر من المحكمة الاتحادية العليا بالعـدد ٣١٤ وموحدتهـا ٣١٨/اتحادية/٢٠٢٣ في ٥/٥/٢٠٢٤، والحكـم بنقضه واعتباره معدوماً وذلـك للأسـباب الـواردة في عريضة طعنـه التمييزي المؤرخـة في ٥/٦/٢٠٢٤، وملحقهـا المؤرخ في ١/٨/٢٠٢٤، وتجـد هـذه المحكمـة ان المادة (١٢) مـن قانـون التنظيم القضائي قـد نصت (محكمة التمييـز الاتحاديـة هـي الهيئة القضائيـة العليا التي تمـارس الرقابة القضائيـة على جميع المحاكم ما لـم ينـص القانـون على خلاف ذلك...الخ) ومـن خلال صراحة هذا النص فـان المشرع العراقي قد أكد على العلويـة القضائيـة لمحكمـة التمييز الاتحاديـة على بقية جميع المحاكم الأخـرى في القضاء العادي والدسـتوري والإداري والعسـكري وتمـارس محكمة التمييـز الاتحادية اختصاصاتهـا المنعقدة لها وفقـاً لأحـكام القانون وذلك مـن خلال رقابتها وتدقيقهـا للأحكام والقرارات الصـادرة من محاكم الموضـوع او اللجـان القضائية والتي ينص القانون صراحة على جـواز الطعن بأحكام أو قرارات تلك المحاكـم او اللجـان امام محكمة التمييز الاتحادية وذلك عند إقامـة الدعوى بنزاع ما وبخصومة قائمة امـام المحكمة أو اللجنة القضائية، فيكـون الحكم او القرار الصادر في الدعوى خاضعاً لرقابة محكمة التمييـز الاتحاديـة، باعتبارهـا مرجعيـة للطعن وتتصدى له وفقـاً للاختصاصات المنعقـدة لها وفقاً لأحـكام القانون وليس من ضمن هذه الاختصاصات النظـر تمييزاً بالأحكام والقرارات الصادرة من المحكمة الاتحادية العليا في الدعاوى التي تقام امامها لان احكام وقرارات هذه المحكمة التي تصدرها وفقـاً للاختصـاص المنعقد لهـا بموجب احكام الدسـتور تعتبر باتة وملزمة كما ان تمسـك المميز بما اسـتقر عليـه قضاء هـذه المحكمة بقرارهـا بالعدد ٤/هيئـة عامـة/٢٠٢٤ في ٢٩/٥/٢٠٢٤، والذي بموجبه تم اعتبار احد القرارات الصادرة من المحكمة الاتحادية العليا معدوماً لصدوره خلافاً لقواعد الاختصـاص فـان هذا الاحتجاج محل نظر وجـدل في غير محله وقياس مع الفارق، اذ ان هذه المحكمة قـد تصـدت لاعتبار القرار الصادر مـن المحكمة الاتحادية العليا معدوماً وذلـك بعد إقامة دعوى امام لجنة شـؤون القضاة وأعضاء الادعاء العام في موضوع يتعلق بالشـأن القضائي وماساً به والقرارات التـي تصدرهـا هـذه اللجنة قد نص قانون التنظيم القضائي على الطعن بهـا تمييزاً امام هذه المحكمة والتي من خلال تصديها لنظر الطعن التمييزي الوارد على قرار اللجنة تمسـك المميز/المدعي بما جاء بقرار المحكمة الاتحادية العليا بالعدد ١٠٢/اتحادية/ ٢٠٢٤ في ١٥/٤/٢٠٢٤، ولان هذا القرار كان ماساً بالشأن القضائي وقد صدر خلاف لقواعد الاختصاص تم اعتباره معدوماً في حينه، وهذا الاتجاه

الذي استقر عليه قضاء محكمة التمييز الاتحادية وتبنته يستمد شرعيته القانونية من نص المادة (١٢) من قانون التنظيم القضائي في ممارسة رقابتها على جميع المحاكم ولكن بشرطها وشروطها اذ يجب الطعن التمييزي على حكم او قرار صادر من محكمة او لجنة قضائية ينص القانون على اختصاص محكمة التمييز الاتحادية بنظره والتصدي لموضوعه بالتصديق او النقض أو الرد شكلاً لعريضة الطعن التمييزي وفي حالات استثنائية تقرير انعدام الحكم او القرار أو أي حكم او قرار آخر يؤثر بصورة جذرية في موضوع النزاع القضائي المطروح أمامها، وصفوة القول مما سلف ذكره وبيانه فأن عريضة الطعن التمييزي المقدمة من المميز واجبة الرد شكلاً لعدم الاختصاص لأنه طعن مباشرة بقرار صادر من المحكمة الاتحادية العليا و قرارات هذه المحكمة غير خاضعة للطعن التمييزي امام محكمة التمييز الاتحادية، وتأسيساً على ما تقدم قررت المحكمة رد عريضة الطعن التمييزي شكلاً لعدم الاختصاص مع تحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق في ٢٤/صفر/١٤٤٦هـ الموافق ٢٨/٨/٢٠٢٤م.

(٢)

تشكلت الهيئة العامة في محكمة التمييز الاتحادية بتاريخ ٢٤/صفر/١٤٤٦هـ الموافق ٢٠٢٤/٨/٢٨م برئاسة رئيس محكمة التمييز الاتحادية القاضي د. فائق زيدان وعضوية نواب الرئيس السادة زيدون سعدون ونجم احمد وكاظم عباس وحسن فؤاد والقضاة السادة صالح شمخي وحامد عبيد وصباح رومي ومثنى احمد وحجاب إبراهيم ومحمد عبد علي وعبد الوهاب عبد الرزاق ومنذر إبراهيم وعصام عبد الحميد ويحيى خضير وصباح عريبي وحيدر جواد وشهاب احمد ومحمود عباس وماجد حسين وفيصل إبراهيم واحمد علي خلف المأذونين بالقضاء باسم الشعب وأصدرت القرار الآتي:

المميز/ المدعي/ ل. ل. ر./ وكيله المحامي م. م. ر.

المميز عليهما/ المدعي عليهما/ ١ - وزير العدل/ إضافة لوظيفته

٢- وزير المالية/ إضافة لوظيفته

ادعى المدعي (ل. ل. ر.) بواسطة وكيله لدى محكمة بداءة الكرادة بأنه كان يملك العقار المرقم ٢٢٢/١٢٨ بتاوين ومسجل بأسمه في سجلات مديرية التسجيل العقاري ملكاً صرفاً بالقيد ٦٠٠ في ٢٠٠٠/١٢/٢٥ وبتاريخ ٢٠٠١/٤/٥ قام المدعو (ع. ص. ح.) بإجباره على التنازل عن العقار المذكور ونتيجة الضغط والاكراه قام بالتوقيع على معاملة التسجيل العقاري التي تتضمن بيع العقار الى المدعو (ع. ص. ح.) مقابل مبلغ مائتان وثلاثون مليون دينار دون ان يستلم منه أي مبلغ لذا طلب دعوى المدعى عليهما/اضافة لوظيفتهما للمرافعة والحكم بأبطال قيد العقار المذكور وإعادة تسجيل العقار باسمه مع تحميلهما الرسوم والمصاريف واتعاب المحاماة، اصدرت محكمة بداءة الكرادة بالعدد ٢٥٢٠/ب/ ٢٠٢٣ وبتاريخ ٢٠٢٣/٩/٢٦ حكماً حضورياً يقضي بأبطال قيد العقار المرقم ٢٢٢/١٢٨ م بتاوين المسجل بالعدد ٤٧ مجلد ١٢٨ يومية في ٢٠٠١/١١/١١ المسجل باسم (ع. ص. ح.) وكذلك ابطال قيد العقار المذكور المسجل باسم وزارة المالية بالعدد ٣٦ مجلد ٢٨ يومية في ٢٠٠٦/٤/١٥ واعادة تسجيله باسم مالكه السابق (ل. ل. ر.) والإشعار الى مديرية التسجيل العقاري المختصة بتأشير ذلك في سجلاتها وتنفيذه بعد اكتساب الحكم الدرجة القطعية وتحميل المدعى عليهما/اضافة لوظيفتهما المصاريف والاتعاب، طعن وكيل المدعى عليه الثاني/وزير المالية/ اضافة لوظيفته بقرار الحكم تمييزاً طالباً نقضه بلائحته المؤرخة ٢٠٢٣/١٠/٢٢ وردت الدعوى الى الهيئة المدنية وسجلت بعدد ١٠٠٩٨ /مدنية/٢٠٢٣ ولاختلاف وجهات النظر احيلت الدعوى الى الهيئة الموسعة المدنية للنظر فيها والتي قررت بالعدد ٤٠٧/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠٢٣ بتاريخ ٢٠٢٣/٢/١٣ نقض الحكم المميز، واتباعاً للقرار التمييزي اعلاه اصدرت محكمة بداءة الكرادة بالعدد ٢٥٢٠/ب/٢٠٢٣ وبتاريخ ٢٠٢٤/٥/٨ حكماً حضورياً برد دعوى المدعي وتحميله الرسوم

والمصاريف والاتعاب، طعن وكيل المدعي المحامي محمد مجيد رسن لدى هذه المحكمة بقرار الحكم تمييزاً طالباً نقضه بلائحته المؤرخة ١٤/٥/٢٠٢٤ ولاختلاف وجهات النظر احيلت الدعوى الى الهيئة العامة في محكمة التمييز الاتحادية.

القرار:

لدى التدقيق والمداولة من قبل الهيئة العامة لمحكمة التمييز الاتحادية لوحظ بأن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلاً، ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد بأنه غير صحيح ومخالف للقانون لأن المدعي قد اقام دعواه ضد المدعى عليهما إضافة لوظيفتهما وطلب فيها ابطال قيد تسجيل العقار المرقم ١٢٨/٢٢٢ بتاوين والعائد له سابقاً والذي تم تسجيله نتيجة الضغط والاكراه والتعذيب باسم المدعو

(ع. ص. ح.) سنة ٢٠٠١ ولان الثابت من أوراق الدعوى ومستنداتها بأن العقار موضوع الدعوى كان باسم المدعي بالقيد العقاري المرقم ٦٠٠ في ٢٥/١٢/٢٠٠٠ مجلد ٩٩ والقيد مصدق ومكتسب شكله القانوني النهائي وبتاريخ ١١/١١/٢٠٠١ تم تسجيل معاملة بيع العقار الى المدعو (ع. ص. ح.) بالقيد العقاري ٤٧ في ١١/١١/٢٠٠١ مجلد ١٢٨ وبعد ذلك تم مصادرة العقار وتسجيله باسم وزارة المالية بالقيد العقاري ٣٦ في ١٥/٤/٢٠٠٦ مجلد ٢٨، تمسك المدعي بأنه قد تم اجباره على التوقيع على معاملة بيع العقار موضوع الدعوى نتيجة التعذيب الذي تم ممارسته ضده من قبل (ع. ص. ح.) وقد تمثل هذا الأمر بحجزه لمدة تزيد عن ستة اشهر منذ ٥/٤/٢٠٠١ في معسكر ضبط يقع في منطقة الرضوانية وبعدها تم احتجازه في غرفة حمراء معدة للتعذيب في القصر الجمهوري واستمر هذا التعذيب الجسدي والنفسي بوتيرة واحده بدون توقف وإزاء هذا الواقع المر والفظيع وتحت طائلة الضغط استسلم اخيراً وتم اخذه الى مديرية التسجيل العقاري لغرض تسجيل العقار باسم المدعو (ع. ص. ح.) وبدون حضوره تأيدت واقعة الاكراه الذي تم ممارسته على المدعي من قبل غريمه (ع. ص. ح.) بشهادة الشهود التي استمعت اليهم محكمة البداءة والذين أكدوا بأن المدعي قد تم احتجازه من قبل المدعو (ع. ص. ح.) وقد شاهدوا المدعي بأم عينهم عند احضاره الى مديرية التسجيل العقاري وبصحبته أشخاص وهم حماية (ع. ص. ح.) وقد تم اخذ توقيعه بالضغط والتهديد ولم يكن (ع. ص. ح.) حاضراً وخوفاً من النظام البائد لم يكتب في اضبارة التسجيل العقاري ان الإقرار قد حصل بشكل خارجي، كما ابرز المدعي صور فوتوغرافية اثناء احتجازه واستكمالاً لقناعة محكمة البداءة فقد حلفت المدعي اليمين المتممة على صحة ما تمسك به من حصول الاكراه ضده وتجد الأكثرية في هذه الهيئة أن عقد البيع من العقود الناقلة للملكية فيجب لانعقاده وترتيب اثاره ان تكون إرادة البائع سليمة لا شائبة فيها خالية من عيوب الإرادة المنصوص عليها في المواد (١١٢-١٢٥) من القانون المدني وهي الاكراه في مقدمتها ثم الغلط والتغرير مع الغبن الفاحش

والاســتغلال، ولأن الاكراه هو ضغط على احد المتعاقدين تتأثر به ارادته فيضطر مرغماً لإبرام العقد مع الطرف الاخر المكرِه (القوي المستبد) باستعمال وسائل غيــر مشروعة لا يتحملها احد المتعاقدين فينقاد مكرهاً لطلبات المتعاقد الآخر وبهذا فأن الاكراه يشتمل على عنصرين الأول العنصر المادي وهو اســتعمال وســائل والتي تهدد المتعاقد بخطر جسيم ومحدق كالتعذيب والضرب والحجــز والعنصر الثاني هو العنصر المعنوي وهو ما يتولد من رهبة في أعماق النفس تدفع المتعاقد الى ابرام العقد مع المكرِه وما يترتب على وجود الاكراه في العقد بجعل ارادته غير حرة عند التعاقد، ويؤدي الى افساد الرضا تارة أو انعدام الرضا تارة أخرى والفرق بينهما ان الاكراه الذي يفســد الرضا يجعل العقد موقفاً غير نافذ حتى يتم اجازته من قبل الطرف المكرَه بينما الاكراه الذي يعدم الرضا يجعل العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً وذلك لانتفاء ركن من اركان العقد وهو الرضا، ويتم اســتخلاص من وقائع الدعوى فيما اذا كان الاكراه الذي حصل على المتعاقد قد أفســد الرضا ام كان معدوماً ابتداءً، ومنها مراعاة من وقع عليه الاكراه وشــخصية المكره ونفوذه وموقعه في الدولة والمجتمع تكون محل اعتبار في إفســاد الرضا أو انعدامه، فالإكراه الذي صدر من إبن رئيس النظام البائد المســتبد بما يملكه من قوة وجبروت قطعاً لا يتحمله الشــخص المعتاد ويسلم لمشيئته طائعاً صاغراً مسلوب الإرادة فتكون والعدم سواء هذا من جانب ومن جانب اخر فأنه اذا سلمنا بأن الاكراه الذي وقع على المدعي يجعل عقد البيع موقفاً على اجازته فأن المدعي وفور زوال الاكراه عنه بعد ســقوط النظام البائد ســنة ٢٠٠٣ اقام مباشرة الدعوى المرقمة ١٠٤٨/ب/ ٢٠٠٣ امام محكمة بداءة الكرادة ضد المدعى عليها والدة المدعو (ع. ص. ح.) إضافة لتركته وطلب فيها ابطال قيد التسجيل العقاري للعقار موضوع الدعوى الذي تم تسجيله بالإكراه باسم المدعو (ع. ص. ح.) ولان العقد الموقوف يكون اجازته او نقضه من قبل المتعاقد المكرَه صراحة أو دلالة وخيار استعمال الاجازة او النقض للعقد خلال ثلاثــة اشــهر ويبدأ سريان هذه المدة من الوقت الذي يرتفع فيــه الاكراه ولثبوت عدم إجازة المدعي لعقد البيع واستعمل خيار النقض بصورة صريحة من خلال إقامة دعوى ابطال قيد التسجيل العقاري خلال المدة القانونية فيعتبر عقد البيع الذي بموجبه تم تســجيل عقاره باســم المدعو (ع. ص. ح.) باطلاً وذلــك لانعــدام أهليــة البائع وقت التعاقد وبهذا فان احد اركان عقــد البيع قد أصابه خلل تجعله باطلاً و العقد الباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم اصلاً، ولان المدعى عليه الثاني وزير المالية إضافة لوظيفته انتقلت ملكية العقار موضوع الدعوى بعد مصادرته من المدعو (ع. ص. ح.) فيكون قد حل حلولاً قانونياً محله، وتكون خصومته صحيحة مما يقتضي إجابة دعوى المدعي وابطال القيدين العقاريين واللذين بموجبهما تم تسجيل العقار موضوع الدعوى باسم المدعو (ع. ص. ح.) و وزارة المالية، وإعادة تسجيل العقار باسم المدعي ولما كان الحكم المميز قد صدر خلاف ذلك مما اخل بصحته وتأسيساً على ما تقدم قررت المحكمة نقــض الحكــم المميز وإعادة اضبارة الدعوى الى محكمتها للسير فيها وفقاً للمنوال المتقدم شرحه على ان يبقى رسم التمييز تابعاً للنتيجة وصدر القرار بالأكثرية في ٢٤/صفر/١٤٤٦ هــ الموافق ٢٨/٨/٢٠٢٤.

(٣)

تشكلت الهيأة التمييزية الجزائية في رئاسة محكمة استئناف بغداد/الرصافة بتاريخ ٢٠/٣/٢٠٢٤ برئاسة الرئيس السيد عماد خضير الجابري وعضوية نائبي الرئيس السيدين اسعد داود سلمان و خضير كاظم رسن المأذونين بالقضاء باسم الشعب وأصدرت القرار الأتي:

طالب التصحيح/المتهم الحدث/م. ص. هـ. وكيله المحامي/ن. ع. م.

المطلوب التصحيح ضده/قرار محكمة استئناف بغداد الرصافة/بصفتها التمييزية بالعدد ٤٤٠/٤٤١/جزاء/٢٠٢٤ في ٣/٣/٢٠٢٤.

بتاريخ ١٥/٢/٢٠٢٤ وبالدعوى الجزائية المرقمة ١٥٣/احداث/٢٠٢٤ اصدرت محكمة الاحداث في بغداد/الرصافة قراراً قابلاً للتمييز يقضي بإيداع الفتى الجانح (م. ص. هـ.) في مدرسة تأهيل الفتيان لمدة ستة أشهر وفق احكام المادة ٢٢٩ من ق.ع والاستدلال بأحكام المادة ٧٣/ثالثاً من قانون رعاية الاحداث عند فرض التدبير بحقه.

صُدق القرار اعلاه بالقرار التمييزي الصادر عن هذه الهيأة بالعدد ٤٤٠/٤٤١/جزاء/٢٠٢٤ في ٣/٣/٢٠٢٤ ولعدم قناعة طالب التصحيح بالقرار المذكور طعن به وكيله بلائحته المؤرخة ١٣/٣/٢٠٢٤ طالباً تصحيحه للأسباب الواردة فيها.

القرار:

لدى التدقيق والمداولة وجد بأن طلب التصحيح مقدم ضمن المدة القانونية فقرر قبوله شكلاً، ولدى عطف النظر على القرار المطلوب تصحيحه وجد أن هناك ما يستوجب قبول الطلب حيث لوحظ ان المشتكي تنازل عن الشكوى بعد صدور قرار بإدانة المتهم الحدث (م. ص. هـ.) وحيث ظهر أنه طالب في السادس الاعدادي وأن بقاء التدبير بحقه سوف يحرمه من العام الدراسي وهو عام مهم ومؤثر بالنسبة للطالب ولما تقدم وللدواعي الانسانية قرر قبول طلب التصحيح المقدم من قبله بواسطة وكيله وايقاف تنفيذ التدبير بحقه مدة سنتين تبدأ من تاريخ الحكم بعد أن رأت الهيأة من وقائع القضية وتفاصيلها وظروف الجريمة ما يبعث على الاعتقاد بأنه لم يرتكب جريمة جديدة والزام وليه بأن يحرر تعهداً بحسن تربيته وتهذيبه خلال مدة ايقاف التنفيذ ويودع في صندوق المحكمة مبلغ مقداره مائتي دينار وتراعى احكام المواد ١١٨ و ١٤٤ و ١٤٥ و ١٤٦ و ١٤٧ و ١٤٨ و ١٤٩ والاشعار الى دائرة الاصلاح المعنية عن طريق المحكمة بذلك وصدر القرار بالاتفاق استناداً لأحكام المواد (٢٥٩/أ/٣ و ٢٦٨/ب الاصوليتين والمادة ٨٠/اولاً من قانون رعاية الأحداث المرقم ٧٦ لسنة ١٩٨٣ المعدل بتاريخ ٩/رمضان/١٤٤٥ هـ الموافق ٢٠/٣/٢٠٢٤م.

(٤)

تشكلت رئاسة محكمة استئناف بغداد- الكرخ بصفتها التمييزية- الهيأة المدنية بتأريخ ٣٠/٦/٢٠٢٤ برئاسة القاضي السيد صلاح دريب إبراهيم وعضوية نائبي الرئيس القاضيين السيدين أمير كاظم الشمري و علي حميد العلاق المأذونين بالقضاء بإسم الشعب وأصدرت قرارها الآتي:

المميز/ م. د. س.- وكيله المحامي ع. هـ. ح.

المميز عليه/ ع. هـ. م. - وكيلاه المحاميان ع. ا. خ. و ك. خ.

ادعى طالب إعادة المحاكمة (م. د. س.) بواسطة وكيله لدى محكمة بداءة الكرخ في الدعوى المرقمة

٥٦/إعادة محاكمة/٢٠٢٤ أنه سبق و أن أصدرت ذات المحكمة أعلاه حكماً حضورياً في الدعوى المرقمة ٢٨٤٢/ب/٢٠٢٠ يقضي بتمليك العقار المرقم ٦٢٣٦/٢م ١٩ غزالية العائد لموكله و إذ أن المطلوب إعادة المحاكمة ضده (ع. هـ. م.) صدر عنه غش في الدعوى من شأنه التأثير على الحكم إذ أنها أقيمت من المدعو (ح. ج. ك.) الذي أقامها بصفته محامي المدعي فيها و تبين أنه لا يملك تلك الصفة و قد تم رفع إسمه من جدول المحامين بموجب قرار مجلس نقابة المحامين بالعدد ٦٦ في ١٠/١١/٢٠٢٣ و اعتباراً من تاريخ انتمائه في ٢٩/٩/٢٠١٣ و بذلك تكون الدعوى أقيمت من شخص غير ذي صفة و إن موكله إستحصل على ورقة منتجة حال الخصم و وكيله دون تقديمها هي أن المحامي التي زالت عنه الصفة موظف رسمي في إحدى الدوائر، لذا و للأسباب الواردة أعلاه طلب دعوة المطلوب إعادة المحاكمة ضده للمرافعة و الحكم بإبطال الحكم الصادر أعلاه و رد الدعوى و الكشف عن حالة إنعدام الحكم أعلاه. دعت المحكمة الطرفين للمرافعة، و نتيجة المرافعة أصدرت المحكمة بالعدد أعلاه و تأريخ ١٢/٥/٢٠٢٤ حكماً حضورياً قابلاً للتمييز يقضي (رد طلب طالب الإعادة (م. د. س.) و تغريمه مبلغ ألف دينار و تحميله الرسوم والمصاريف القضائية وبضمنها أتعاب محاماة المطلوب الإعادة ضده مبلغ قدره خمسمائة ألف دينار)، و لعدم قناعة المميز بالحكم المذكور آنفاً طعن به وكيله تمييزاً بلائحته المؤرخة ٣/٦/٢٠٢٤.

القرار:

بعد التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التمييزي مقدم في مدته القانونية ومشتمل على أسبابه تقرر قبوله شكلاً وعند عطف النظر على الحكم المميز المؤرخ ١٢/٥/٢٠٢٤ تبين أنه صحيح و موافق لأحكام القانون، ذلك أن المميز قد أسس دعوى إعادة المحاكمة على أن الوكيل الذي ترافع عن المطلوب إعادة المحاكمة ضده في الدعوى التي صدر فيها الحكم المطلوب إعادة المحاكمة بشأنه بإعتباره محامياً

قـد تم إسـتبعاده من جـدول المحامين إعتباراً من تأريـخ إنتمائه بموجب قرار نقابـة المحامين بالعدد (٦٦) في ١٠/١١/٢٠٢٣ و بذلك يكون الغش المنصوص عليه في المادة (١٩٦/١) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل متحققاً في الدعوى و تجـد هذه المحكمة أن الغش الذي يتمسك به المميز غير متحقق في الدعوى ذلك أن المحامي (ح. ج. ك.) الذي أقام الدعوى المطلوب إعادة المحاكمة فيهـا بصفتـه وكيلاً عـن المطلوب إعـادة المحاكمة ضده و ترافع فيها كان مسـجلاً في سـجلات نقابة المحـامين كمحـام بتأريخ إقامة الدعوى و صدور الحكم فيها و إن شـطب إسـمه قد حصل بعد تأريخ صدور الحكم، وبالتالي لا يمكن إعتبـار مـا قـام بـه المحامي المذكور آنفاً غشاً صادر من الخصم المطلوب إعادة المحاكمة ضده)، سيما أن المادة (١٠٩/ج) من قانون المحاماة رقم (١٧٣) لسنة ١٩٦٥ المعـدل قد نصت على أن رفع الإسـم من جدول المحـامين يترتب عليه فصل المحامي من عضوية النقابة وحرمانـه من ممارسـة المحاماة إعتباراً من تأريخ تبليغـه بالحكم النهائي الصادر ضده، وبناءً على ما تقـدم بيانـه تكون دعوى المميز فاقدة لسـندها من القانون، و هذا مـا قضى به الحكم المميز عليه تقرر تصديقـه و رد الطعـن التمييـزي و تحميل المميز رسـم التمييـز و صدر القرار بالاتفـاق في ٢٤/ذي الحجة/١٤٤٥ هـ الموافق ٣٠/٦/٢٠٢٤ م.

(٥)

تشكلت محكمة استئناف كربلاء الاتحادية بصفتها التمييزية بتاريخ ٢٠٢٢/٢/٢٨ برئاسة القاضي الرئيس السيد أحمد هادي حسين وعضوية نائبي الرئيس القاضيين السيدين راسم رحيم حسين و حسين عباس هادي المأذونين بالقضاء باسم الشعب وأصدرت قرارها الآتي:

المميز/ ك. ك. هـ/ وكيله المحامي/ أ. خ. ح.

المميز عليه/ الحق العام .

أصدرت محكمة جنح الحسينية بتاريخ ٢٠٢٢/٢/٢ قراراً بالعدد ٧٠/ ج/٢٠٢٢ قضى (١) الحكم وجاهياً على المجرم (ك. ك. هـ.) بالحبس البسيط لمدة (ستة أشهر) وفق أحكام المادة (٤٤٦) عقوبات وبدلالة مواد الأشتراك (٤٧ و٤٨ و٤٩) منه مع أحتساب مدة موقوفية المجرم أعلاه من تاريخ ٢٠٢١/١٢/٦ ولغاية ٢٠٢١/١٢/١٣ وبدلالة المادتين (٩٠/عقوبات و ٢٩٥/الأصولية) عن التهمة الأولى (٢) الحكم وجاهياً على المجرم (ك. ك. هـ.) بالحبس البسيط لمدة (ستة أشهر) وفق أحكام المادة (٤٤٦) عقوبات وبدلالة مواد الاشتراك (٤٧ و٤٨ و٤٩) منه عن التهمة الثانية (٣) الحكم وجاهياً على المجرم (ك. ك. هـ.) بالحبس البسيط لمدة (ستة أشهر) وفق أحكام المادة (٤٤٦) عقوبات وبدلالة مواد الاشتراك (٤٧ و٤٨ و٤٩) منه عن التهمة الثالثة (٤) تنفذ العقوبات الواردة بالفقرات (١ و٢ و٣) أعلاه بالتعاقب (٥) عدم الاحتفاظ للمشتكين اعلاه بحق مراجعة المحاكم المدنية للمطالبة بالتعويض لتنازلهم عن حقهم

صراحةً...ولعدم قناعة المميز بالقرار هذا فقد طعن به تمييزاً بتاريخ ٢٠٢٢/٢/١٤ وسجل الطعن بالعدد ١٦٠/ت/ جزائية/٢٠٢٢ وقدم السيد المدعي العام في كربلاء مطالعته بشأن الدعوى طالباً فيها (نقض كافة القرارات الصادرة في الدعوى وإحالة أضبارة الدعوى إلى محكمة جنايات كربلاء/الهيأة الثانية للنظر فيها حسب اختصاصها أستناداً لأحكام المادة (٢٦١) من قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة (١٩٧١) المعدل) و وضعت الإضبارة موضع التدقيق والمداولة وصدر القرار الآتي...

القرار:

لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلاً، ولدى عطف النظر على القرار المميز وجد أنه غير صحيح ومخالف للقانون، ذلك أن المحكمة كانت قد أخطأت حينما كيفت فعل المتهم (ك. ك. هـ.) بأنه سرقة وفقاً لأحكام المادة (٤٤٦) عقوبات من دون مراعاة ظرف تعدد المتهمين وأثره في تحديد الوصف القانوني للجريمة، وحيث أن الوصف

القانوني وتكييفه من قبل القاضي المختص يعد أمراً بالغ الأهمية كونه أي (الوصف القانوني) ما هو إلا الثـوب القانونـي الملائـم للجريمة بلا ضيق ولا أتسـاع، في حين أن التكييف القانوني هو توافق تام بين الوصف القانوني وبين الواقعة الجرمية ومناط خلق هذا التوافق هو القاضي المختص والذي وأن كانت له سلطة واسعة في تكييف الفعل المنسوب للمتهم إلا أنه مقيد بهذا الشأن بموازين قانونية ليس له أن يتخطاها تتمثل في مدى أنطباق النص القانوني على الفعل المرتكب، وبما أن وقائع هذه الدعوى تـشير إلى تعـرض المشـتكين (الثلاثة) كل مـن (ك. س. س.) و (ع. ع. م.) و (ح. ص. ع. ع.) إلى سرقة دراجاتهم النارية وان الجريمة المنسوبة للمتهم هو أشتراكه مع المتهمان المفرقة قضيتهما (م. م. ز.) و (ح. ح. ع.) بسرقة تلك الدراجات، وبما أن جريمة السرقة التي يرتكبها ثلاثة أشـخاص فأكثر (في غير الظرف الزماني) المنصوص عليه في المادة (٤٤٣) عقوبات يعاقب عليها بمقتضى المادة (٤٤٤/رابعاً) من قانون العقوبات رقم (١١١) لسنة (١٩٦٩) المعدل، ومن ثم فأن النص القانوني الأخير هو الملائم لـكل جريمـة من جرائم السرقات الثلاثـة موضوع هذه الدعوى، وهي من جرائـم الجنايات وتختص بنظرهـا والفصـل فيها محكمة الجنايات. لذا قـرر نقض كافة القرارات الصـادرة في الدعوى المرقمة ٧٠/ج/٢٠٢٢ وإحالتها إلى محكمة جنايات كربلاء/الهيأة الثانية لنظرها حسب الاختصاص أستناداً لأحكام المادة (٢٦١) من قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسـنة (١٩٧١) المعدل وإشـعار محكمة جنح الحسينية بذلك، ولا يعد ذلك مساساً بحكم المادة (٢٥١/ج) من قانون أصول المحاكمات الجزائيـة كـون القرار المميز بني على مخالفة للقانون، وصدر القرار بالأتفاق أسـتناداً لأحكام القرار (١٠٤) لسنة (١٩٨٨) المعدل في ٢٦/رجب/١٤٤٣ هـ الموافق ٢٠٢٢/٢/٢٨ م.

(٦)

تشكلت محكمة استئناف البصرة بصفتها التمييزية بتاريخ ١٠/ربيع الاخر/١٤٤٦هـ الموافق ١٤/١٠/٢٠٢٤ برئاسة الرئيس القاضي السيد عادل عبد الرزاق عباس وعضوية نائبي الرئيس القاضيين السيدين هاني عبد الكريم منصور و وليد خالد عبد اللطيف المأذونين بالقضاء باسم الشعب وأصدرت قرارها الأتي:-

المميز/ (ن.ع.ح) وكيلته المحامية (و.ت)

المميز عليه/ قرار محكمة جنح أبي الخصيب

أصدرت محكمة جنح ابي الخصيب قرارها بالدعوى المرقمة ١١٨/جـ/٢٠٢٤ في ١٥/٨/٢٠٢٤ يقضي بالحكم على المجرمة (و.ع.ذ) بغرامة مالية قدرها مليون دينار استناداً لأحكام المادة (٤٥٦/١/أ) من قانون العقوبات استدلالاً بالمواد (١٣١و١٣٣) منه، كما قررت المحكمة الغاء التهمة عن المتهم (و.ش.غ.خ) وفق المادة (٤٥٦/١/أ) والافراج عنه، ولعدم قناعة وكيل المشتكي بالقرار المذكور طعن به تمييزاً بعريضته المدفوع عنها الرسم القانوني في ٢٠/٠٨/٢٠٢٤، طالباً نقضه للأسباب المبينة فيها ووضعت الدعوى موضع التدقيق والمداولة وصدر القرار الاتي:

القرار:

بعد التدقيق والمداولة تبين أن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلاً، ولدى عطف النظر على القرارات الصادرة بتاريخ ١٠/٠٨/٢٠٢٤ من محكمة جنح أبي الخصيب في الدعوى المرقمة ١١٨/جـ/٢٠٢٤ وجد أن وقائع الدعوى بحسب رواية المشتكي (ن.ع.ح) تتلخص بانه تعرف على المتهمة الأولى

(و.ع.ذ) عن طريق معاملة شراء ملابس نسائية لزوجته كان قد أعلن عنها في أحدى برامج التواصل الاجتماعي بصفحة تحمل اسم (و.فاشن) وبعد شهر من وصول المبيع اتصلت به المتهمة هاتفياً للاطمئنان على تسلمه البضاعة ودار حوار بينهما حول نيتها توسعة نشاطها التجاري وفتح محل لبيع الملابس الرجالية قرب محلها الحالي في محافظة بغداد-كرادة داخل، فأخبرها أن لديه شركة مجاورة لمحلها في المنطقة نفسها فعرضت عليه مشاركتها في مشروعها الجديد، وعند ذهابه الى بغداد حصل بينهما لقاء في فندق بابل للحديث عن هذا المشروع، وبعد عدة أيام حضرت المتهمة مع زوجها المتهم الثاني (و.ش.غ) الى داره في محافظة البصرة قضاء ابي الخصيب وحصل الاتفاق بينهما على المشاركة في فتح المحل المذكور ويكون مقدار مساهمته ستة وعشرين الف دولار أمريكي وطلبت منه أرسال المبلغ بحوالة فأرسل مبلغاً مقداره ستة عشر الف دولار بواسطة شركة صيرفة باسم (س.د)، وبعد شهرين سافر الى بغداد و وجد محل المتهمة مغلق كما وجد أن المحل موضوع

مشروع المشـاركة مسـتأجر من شخص أخر، وبعد اتصاله بالمتهمة رفضت أعادة مبلغ المشاركة، ومن جهتهما أنكر المتهمان التهمة المسندة اليهما تحقيقاً ومحاكمة ودفعت المتهمة الأولى أن معاملة الشراء المنعقدة مع المشـتكي بواسـطة تطبيق الفيس بوك تعلقت بملابس وسـاعات من مناشـئ عالمية لقاء مبلغ مقداره سـتة عشر الف دولار أمريكي وأنها سـافرت الى جمهورية تركيا لشرائها بناءً على طلب المشـتكي، وقامت بأرسـال هذه البضاعة الى محافظة البصرة وتسلمها المشتكي كاملة بواسطة سيارة أجرة للشـاهد (ع.ا.د) الذي أيد ذلك، وأوضحت أنها لم تحضر الى دار المشـتكي في قضاء ابي الخصيب أطلاقاً وأن المشـتكي اتصل بها وارسـل لها رسائل بواسطة تطبيق الواتساب بعد فترة زمنية (مرفقة بالدعوى)، وطلب منها ان تبحث له عن شـقة للإيجار لغرض السـكن لأنه، بحسب ما اخبرها، دخل في شراكـة مع أحد الأشـخاص لشراء مكتب في بغداد وطلب منهـا الحضور الى هذا المكتب للتحدث معا ألا أنهـا رفضت دعوته وبسـبب هذا الرفـض طالبها بإلغاء معاملة شراء الملابس والسـاعات وإعادة بدل البيـع اليـه وحصل خلاف بينهما حول هذا الموضوع لعدم أمكانيـة الإلغاء وأنكرت أية معاملة أخرى معه تخص شراكة بعمل تجاري، اما المتهم الثاني فقد أكد ان المشتكي بعد أيفاء المتهمة الأولى بالتزامها بتسـليم البضاعـة لـه بدأ بمضايقتها وعرض عليهـا تلبية دعوته لتناول الغـداء في مكتبه في بغداد مما اضطرها لحظر مكالماته، فأتصل بها برقم أخر مطالباً بإعادة مبلغ شراء البضاعة وحصل على أثر ذلك الخلاف بينهما، اما عن أدلة الدعوى فلم تكن لشـهود الاثبات (ح.ع.ح) و(أ.م.ح) شـهادة عيانية على موضوع اتفاق المشـاركة وجاءت أقوالهما نقلاً عن المشـتكي أما الشاهدين (س.ج.م) و(ف.ح.م) فان شـهادتهما تعلقت بذهابهما الى دار المشـتكي لشراء سـيارة منه وشاهدا عنده امرأة ورجل تحدثا عن مشروع مشـاركة دون ان يوضحا أية تفاصيل أخرى بشـأن الواقعة التي يدعيها المشتكي، وتجد هذه المحكمة ان جريمة الاحتيال لا تكتمل أركانها ألا باستعمال الجاني أساليب احتيالية، فلا تقوم جريمة الاحتيـال مـا لم ترتبط أفعال الجاني بأمور خارجية اعدها مقدمـاً ورتبها لتقرير ادعاءاته، وحيث أن الأفعال التي نسـبت الى المتهمين لم تتصل بمظاهر خارجية من شـانها خداع المشـتكي، فالاتفاق على الدخول في شراكة لفتح محل لبيع الملابس لتوسـيع نشـاط تجاري تمارسه فعلاً المتهمة الأولى في محل عائـد لهـا ببغداد لم يكن المشـتكي في هـذا الاتفاق واقعاً في دائـرة الخداع لأن ما ورد بشـكواه يقطع بانـه على علـم بكل تفاصيل الاتفاق وأقـدم عليه عن دراية ومعرفة دون أيهـام، هذا على فرض صحة شـكواه لأن هذه الشـكوى اقتصرت ادلتها على أقوال المشـتكي دون أن تتعزز باي دليل اخر مقنع لما سـبق بيانه بالنسـبة لشـهود الاثبات وانكار المتهمين لما أسـند أليهما من تهمة، لذلك تكون الأدلة غير كافيـة لتجريـم المتهمين (و.ع.ذ) و(و.ش.غ) عن جريمة الاحتيـال وفق المادة (٤٥٦/١/أ) من قانون العقوبـات، ممـا يقـتضي الغاء التهمـة والافراج عنهما، وبمـا أن المحكمة قضت بذلك بالنسـبة للمتهم

الثانـي (و.ش.غ) عليـه قرر تصديق قرار الغاء التهمة والافراج عنه، اما بشـان المتهمة الأولى (و.ع.ذ) فقـد ذهبت المحكمة خلافاً لذلك لهذا يتعين نقض قراري التجريم والعقوبة الصادرين بحقها والحكم بإلغـاء التهمـة والافراج عنها، ولا يحـول دون ذلك اعمال قاعدة لا يضـار الطاعن بطعنه لأن محكمة الطعـن تراعـي بلا شـك هذه القاعدة ألا أذا كان الحكم المطعون فيـه مبنياً على خطأ في تطبيق القانون عملاً بأحكام المادة (٢٥١/جـ) من قانون أصول المحاكمات الجزائية، عليه قرر نقض قراري التجريم والعقوبـة الصادريـن بحق المتهمـة الأولى (و.ع.ذ) والحكم بإلغاء التهمة والافـراج عنها وإعادة مبلغ الغرامة المستوفاة منها استناداً الى المادة (٢٥٩/أ-٢و٨) من قانون أصول المحاكمات الجزائية وصدر القـرار بالاتفاق في ١٠/ربيع الاخر/١٤٤٦هـ الموافق ١٤/١٠/٢٠٢٤

محور مبادئ القضاء الإداريّ

تعليق على المبدأ القانوني (للوزير تخويل صلاحياته غير الشخصية للغير ولا يجوز له تخويل صلاحياته الشخصية لكبار موظفي وزارته)

عرض الاستاذ الدكتور علي فوزي الموسوي

مقدمة:

يقصد بالاختصاص لغةً هو مصدر الفعل أختصَّ، معناه التفرد بالشيء بما لا يشاركه فيه غيره مما يتحد معه في العنوان وضده العموم والتعميم، اما بالاصطلاح القانوني؛ فهو الصلاحية أو القدرة على مباشرة عمل إداري معين وعلى وجه يعتد به قانوناً.

وهو ايضا الصلاحية القانونية التي تمنح لهيئة عامة أو موظف لمباشرة عمل من الأعمال القانونية.

أما المقصود بالوزير وفقا للنصوص القانونية النافذة، فقد ورد في الفقرة (٢) من المادة (١٩) من قانون العقوبات النافذ رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل بأنَّه من ضمن التعداد الذي اوردته الفقرة المذكورة بخصوص المكلف بخدمة عامة، والملاحظ أنَّ قانون العقوبات ليس له شأن بتعريف الوزير الا بالقدر الذي يجعل منه مسؤولاً جزائيًا، ولأغراض القانون المذكور أما في فقه القانون الاداريّ، فهو يعرف بأنه سلطة إدارية، يستمد اختصاصاته من القوانين والانظمة والمبادئ العامة، ويختصٌّ بالتقرير والرقابة والتسيير اليوميّ للنشاط الإداريّ.

سنتناول التعليق على المبدأ القانوني المتعلق بصلاحيات الوزير، الشخصية وغير الشخصية بنقاط ثلاث الأولى عن الطبيعة القانونية لمنصب الوزير ثم نبحث في الصلاحيات الممنوحة للوزير التي تنقسم على نوعين النوع الاول يتعلق بالصلاحيات الشخصية هذا محل البحث في النقطة الثانية في حين تتناول النقطة الثالثة الصلاحيات غير الشخصية للوزير وكما يأتي:

أولاً: الطبيعة القانونية لمنصب الوزير:

إنَّ الطبيعة القانونية لمنصب الوزير في التشريع العراقي لها خصوصية عن باقي الوظائف في الدولة، إذ إنَّ هناك فئتين من الأشخاص في الوظيفة العامة، الفئة الاولى هو الموظف، وهذا التوصيف عرفته المادة (٢) من قانون الخدمة المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠ المعدل التي جاء فيها الآتي (الموظف: كلٌّ شخص عهدت اليه وظيفة دائمة داخلة في الملاك الخاص بالموظفين)، وبذلك فإنَّ أيَّ شخص يشغل درجة وظيفية في الملاك الدائم يسمى موظفاً، ويكون خاضعاً لأحكام قوانين الخدمة المدنية والملاك، وبما أن قانون الملاك رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٠ قد حدد الدرجات الوظيفية بجداول ملحقة وأعطى وصفا لها؛ اذ ذكر في الملحق رقم (١) اوصاف الوظائف التي لها درجة في الملاك، وتبدأ بوكيل الوزير والمديرين العامين وسواهم، ولم يكن بين تلك الاوصاف وصف وظيفي بعنوان (وزير) وبذلك فان

الوزيـر ليـس موظفاً على وفق ما تقدم، ولا يخضع للتوصيف الأول المبين أعلاه.

أمـا الفئـة الثانيـة؛ فهو المكلف بخدمة عامـة، وهذا العنوان لـم يرد له تعريف في قـوانين الخدمة المدنيـة وإنمـا ورد تعريـف المكلـف بخدمة عامة في الفقـرة (٢) من المادة (١٩) مـن قانون العقوبات رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩، التي جاء فيها الآتي (المكلف بخدمة عامة: كلَّ موظف أو مستخدم أو عامل أنيطـت بـه مهمة عامة في خدمة الحكومة ودوائرها الرسـمية وشـبه الرسـمية والمصالـح التابعة لها او الموضوعـة تحت رقابتها ويشـمل ذلك رئيس الـوزراء ونوابه والوزراء وأعضـاء المجالس النيابية والإدارية والبلدية... الخ) ونستنتج ممّا تقدم أنَّ الوزير هو من المكلفين بخدمة عامة على وفق منطوق المادة اعلاه لكـن هـذه الصفة وردت حصراً في مـا يتعلق بالفئات التي تخضع للأحكام العقابية بهدف منعهـم مـن الافلات من العقوبة وإنها وردت حصراً في تطبيقات قانون العقوبات ولا يمكن ان يسري اثرها على قوانين الخدمة المدنية لأنها أحكام خاصة وردت اسـتثناء من القواعد العامة والاسـتثناء لا يجوز التوسـع فيه، فضلاً عن أنَّ عجز الفقرة (٢) من المادة (١٩) عقوبات قد ربطت التعريف بغاية المشرع في منـع هؤلاء من التخلص من المسـاءلة الجزائية عـن افعالهم التي جرمها القانون وبذلك فإن عنـوان الوزير لا ينـدرج ضمن وصف المكلف بخدمة عامة.

وممّـا تقـدم، نسـتنتج أنَّ منصب الوزير لا يندرج ضمن وصف الموظـف ولا المكلف بخدمة عامة، لأنـه ذو طبيعـة خاصـة لا يمكن ان يندرج ضمن مفهـوم الوظيفة العامة في القانـون الاداريّ؛ لان له مهام ادارية وتشريعية أحيانا، وسياسـية بحكم كونه عضواً في الحكومة، ويشترك في وضع السياسـة العامة، ويحضر اجتماعات مجلس الوزراء، ويمثل الكتلة السياسية التي رشحته لهذا المنصب ويتبنى وجهـة نظرهـا وتأسيسـاً على ذلك يعدُّ الوزير في النظـام البرلماني كياناً دسـتورياً خاصاً يتم تنظيم مسـائل تعيينه واختصاصاته ومسـؤوليته بموجب نصوص دسـتورية، وهو بهذا الوصف يعد جزءا مـن المؤسسـات الدسـتورية في الـدول، اذ تطغى عليـه الصفة السياسـية بحيث يجـري التعامل معه بروتوكولياً على أنه رجل سياسة يسهم في رسم السياسة العامة وتنفيذها ويتحمل المسؤولية الفردية والجماعيـة عـن ذلك أمام البرلمان، لذا لا يُعدُّ الوزير موظفاً عاماً نظراً لخضوعه لنظام قانوني خاص يختلف عن النظام الذي يخضع له الموظف العام من حيث الجهة المختصة بالتعيين والشروط المطلوبة ومباشرته لمهامه وطرق محاسـبته ومسـؤوليته، وهذا ما ذهب اليه مجلس الدولة في قراره رقم (١٦) لسـنة ١٩٩١ وايـده قـرار محكمة بـداءة الرصافة بتاريـخ ٢٠١٣/٩/١٧ في معـرض نظرها دعوى تضـمين وزيـر التعليم الاسـبق لقيامه بصرف مبلغ مـعين على ترميم الدار المخصصة لسـكنه، وأيضاً أشـار اليه طالب الماجسـتير في كلية القانون جامعة بغداد محمد سالم كريم برسالته الموسومة بعنوان (المركـز القانونـي للوزير في النظام البرلماني العراقي) المقدمة إلى مجلس كلية القانون سـنة ٢٠١٣م.

ثانياً: صلاحيات الوزير الشخصية:

يقصد بالصلاحيات الشخصية: هي الصلاحيات التي تُمنح للوزير إما بصفته السياسية وإما بكونه قد منح له استثناء بموجب نصوص قانونية خاصة، إذ إنَّ الأصل في منحها هو انها تعد من اختصاص القاضي بولايته العامة وقد منحت للوزير استثناءً ومن ثمَّ لا يجوز تخويل تلك الصلاحيات إلى كبار موظفي وزارته؛ لأنَّ شخصية الوزير في ممارسة تلك الاعمال تكون محل اعتبار، يتمثل الجانب السياسي في الصلاحيات الممنوحة للوزير بحضوره مجلس الوزراء، أو حضور الاستجواب أمام البرلمان، ومن ثم لو خولها إلى غيره لكانت القرارات الصادرة بناءً على هذا التخويل مشوبة بعيب عدم الاختصاص الذي يعدُّ الركن الأول والأهم من أركان اصدار القرار الاداريّ، وكذلك عيب الانحراف في السلطة تكون بحكم العدم؛ لصدورها من شخص لا يملك صلاحية اصدارها، ومن ثمَّ يطعن بعدم مشروعيتها، تكون واجبة الإلغاء.

أما بصدد تخويل الوزير بنصوص قانونية خاصة منها على سبيل المثال صلاحيته الحصرية في فرض عقوبة العزل الواردة في المادة (٨) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (١٤) لسنة ١٩٩١ المعدل إذ إنَّ النص المذكور قصر فرض هذه العقوبة التي تعد بمثابة اعدام من الوظيفة به شخصياً، بل إنَّ اصدار الامر الوزاري يكون بتوقيعه الشخصي؛ ولا يمكن إناطة التوقيع لأيّ شخص اخر من مرؤوسيه نيابةً عنه وكذلك الامر في تضمين الموظف بموجب قانون التضمين رقم (٣١) لسنة ٢٠١٥ الذي يستهدف جبر الضرر الحاصل في المال العام اذ منحه القانون بموجب البند أولاً من المادة (٢) منه صلاحية تشكيل اللجنة التحقيقية المختصة وصلاحية اصدار الأمر الوزاريّ دونما تخويل لأيّ موظف من موظفي وزارته وبذلك فإنَّ مثل هذه الصلاحيات تعد حصرية ولا يمكن تخويلها للغير، وبها تتجسد الطبيعة القانونية لهذا المركز الدستوري والقانوني المتميز.

ثالثاً: صلاحيات الوزير غير الشخصية:

ويقصد بها تلك الصلاحيات التي تُمنح للوزير بصفته رئيساً إدارياً أعلى، والتي تشمل التعيين، والنقل، والترفيع، وانضباط الموظفين، وابرام العقود، وكذلك اصدار الأوامر المتعلقة بتنظيم أعمال الوزارة في الحالات التي لا تتوقف على اصدار قانون أو نظام أو تعليمات، وغيرها من التصرفات القانونية الخاصة بوزارته، وإن هذه الاعمال لا تعدّ من الصلاحيات الشخصية ومن ثمَّ يجوز تخويلها لكبار موظفي وزارته وهي إما أن تكون بصيغة التفويض الاداريّ وإما بصيغة التخويل الاداري وبخصوص التفويض الاداري الذي يراد منه: أن يعهد الوزير ببعض اختصاصاته وصلاحياته إلى أحد مرؤوسيه لكي يباشرها لمدة معينة إشرافه ورقابته. وهو نشاط إداري محفز للعمل، وتأتي الحاجة إليه عندما لا يستطيع الوزير أن ينفذ كل الأعمال بنفسه أو عند غيابه عن العمل لمدة زمنية

معينـة، ولتفويض الصلاحيات عدة أشـكال أهمها ما يأتي:

١. التفويض إلى الأسـفل: أي إعطاء بعض المرؤوسين سـلطة معينة من الرئيس الأعلى، للقيام بها.

٢. التفويـض إلى الأعـلى: ويكـون بإعطـاء صلاحيات جديدة مـن أعضاء التنظيـم أو مجالس الإدارة إلى الرئيـس الأعـلى، لكـي يتولى القيام بهـا بصورة كاملة.

٣. التفويـض الجانبـي: ويكـون هـذا النوع مـن التفويـض على مسـتوى الرؤسـاء أصحاب الاختصاص.

٤. التفويـض المبـاشر وغير المباشر: ويترتب على التفويض المبـاشر إعطاء الصلاحيات أو جزء منها إلى المرؤوسين بصورة مباشرة، من دون تدخل طرف ثالث، أي مخاطبة الرئيس الأعلى لمن هو دونه مباشرة. ولكن في حالة التفويض غير المباشر، فإنَّه يمكن أن يتم تفويض جزء مـن الصلاحيات إلى شـخص مـا عن طريق تدخل طرف ثالث للسـماح لـه بمباشرة عملية التفويض.

٥. لتفويض الرسـمي وغير الرسـمي: يكون التفويض رسـميًا حينما يتم إعداده وفقًا لقواعد قانونيـة وأنظمـة مكتوبة وبنحوٍ متعارف عليه، ولكنه يكون غير رسـمي حينما لا يخضع للأنظمـة والقواعد القانونيـة، بل يكون مبنيًا على الأعراف والعادات والتقاليد.

٦. التفويـض المـشروط وغير المشروط: يكـون التفويض مشروطاً عندما يتطلـب قبل إجرائهِ ضرورة موافقة الرئيس الأعلى ومراجعته للمرؤوس (المُفوِض) للقيام بممارسته على أرض الواقـع. ويكـون التفويض غـير مشروط عندما يكون المرؤوس (المفـوض له) حرًا في البدء بممارسـته، من دون أخذ موافقة الرئيس الاعلى ومراجعته.

امـا بخصـوص تخويل صلاحيات الوزير للغير بنظام التخويل الاداري الذي يقصد منه؛ فهو أن يعهـد الوزير صاحب الاختصاص الاصيل بممارسـة جزء مـعين من اختصاصاته إلى موظف اخر مثالـه تخويـل الوزير بعـض اختصاصاته إلى وكيل الـوزارة أو إلى المديرين العامين في وزارت؛ او حتى إلى المحافظ بمعنى ان يعهد الوزير بممارسـة جانب من اختصاصه سـواء في مسـالة معينة او في مسـائل اخـرى إلى موظـف اخـر حتى ولو لم ينـص القانون صراحة على جـواز تخويل تلك الصلاحيـات ويحكـم ذلك مبدأ معروف، وهـو أنَّ الصلاحيات المخولة لا تقبـل التخويل، وهذا ما ذهب اليه مجلس الدولة بموجب قراريه بالعددين (٨٦) لسـنة ١٩٨٠، و(٤٧) لسـنة ٢٠١٨ وبما يعرف بتخويل الصلاحية.

وبذلك نصل إلى خاتمة مفادها:

أنّ منصب الوزير ذو طبيعة خاصة، ولا يمكن أن يندرج ضمن مفهوم الوظيفة العامة، ومن ثم للوزير تخويل صلاحياته غير الشخصية لكبار موظفي وزارته، حتى لو لم ينص القانون صراحة على جواز تخويل تلك الصلاحيات، أما بالنسبة للصلاحيات الشخصية التي تمنح للوزير بصفته السياسية أو التي تكون فيها شخصية الوزير المعني محل اعتبار؛ فلا يجوز له تخويلها، وقد جاء مبدأ مجلس الدولة (٨٦) لسنة ١٩٨٠ ومبدأه (٤٧) لسنة ٢٠١٨ ضمن هذا التحليل، ونأمل أن يكون تعليقنا ذا فائدة علمية، ومن الله التوفيق.

اشراقات قانونية

إشراقة قانونية بقلم أ.د. جليل حسن الساعدي- كلية القانون- جامعة بغداد

الأستاذ عبد الرحمن البزاز

- ولـد الأسـتاذ عبد الرحمن البـزاز في بغداد بتاريخ ٢٠ شـباط ١٩١٣، والتحق بكلية الحقوق في بغداد تخرج فيها سنة ١٩٣٥، ثم سافر إلى بريطانيا لإكمال دراسته العليا، والتحق بالكلية الملكيـة في لنـدن ولكنه عاد إلى بغداد عند اعلان الحرب العالمية الثانية قبل ان ينال الدكتوراه في الحقوق وبعد عودته التحق بطاقم التدريس في كلية الحقوق إلا انه فصل منها بعد تأييده لحركة مايس لسنة ١٩٤١, التحق بوزارة العدل سنة ١٩٤٥ وقد تسنم فيها أكثر من منصب بما فيها منصب قاضٍ.
- وقد انتدب خلال ١٩٥٢ – ١٩٥٣ للعمل ضمن هيئة الامم المتحدة للأمور القانونية.
- انتدب سنة ١٩٥٤ عميداً بالوكالة لكلية التجارة والاقتصاد, وفي سنة ١٩٥٥ عين عميداً لكلية الحقوق.
- أعيـد البـزاز أثر اعـلان الجمهورية إلى منصبه عميـداً لكلية الحقوق وفي سـنة ١٩٥٩ أصبح قاضيـاً في محكمة التمييز.
- انتقل إلى القاهرة وعهدت اليه عمادة معهد الدراسات العربية خلفاً للدكتور طه حسين وعمل كأستاذ غير متفرغ لكلية الحقوق في جامعة عين شمس.
- وقد عين سـفيراً للعراق في القاهرة ثم سـفيراً في لندن وقد تولى في سـنة ١٩٦٤ منصب الامين العـام لمنظمة الاقطار المصدرة للنفط (اوبك).
- وفي مطلع ايلول ١٩٦٥ أصبح نائب رئيس الوزراء، ووزير الخارجية، والنفط وكالةً.
- في ٢١ ايلول ١٩٦٥ أصبح البزاز رئيسـاً للوزراء وخلال حكومته اصبح رئيسـاً للجمهورية بالإنابة في ١٣ نيسان ١٩٦٦ لثلاثة ايام أثر مقتل الرئيس عبد السلام عارف وبقي في منصب رئيس الوزراء حتى اسـتقالته في شهر آب ١٩٦٦.
- توفي يوم الخميس ٢٨ حزيران ١٩٧٣.
- أهم مؤلفاته القانونية:

١. مذكرات عن احكام الأراضي في العراق ١٩٤٠.
٢. الموجز في تاريخ القانون ١٩٤٩.
٣. مبادئ أصول القانون ١٩٥٨.
٤. مبادئ القانون المقارن ١٩٦٧.

المحتويات

جزاء مخالفة القاعدة الدستورية

القاضي الدكتور فائق زيدان رئيس التحرير..... ١٢

الادارة العامة للانتخابات

القاضي جليل عدنان خلف مدير التحرير ١٥

مسؤولية غاصب العقار المدنية عن أجر المثل والتعويض في التشريع العراقي

القاضي احمد محمود عبد التميمي ١٦

المستخلص:..... ١٧

المقدمة:..... ١٨

اولاً: أهداف البحث..... ١٩

ثانياً: اشكالية البحث..... ١٩

ثالثاً: أهمية البحث ١٩

رابعاً: منهجية البحث ١٩

المبحث الأول مفهوم غصب العقار في التشريع العراقي ٢٠

المطلب الأول تعريف غصب العقار وعناصره وخصائصه في القانون العراقي ٢٠

الفرع الأول تعريف الغصب وأحكامه..... ٢٠

الفرع الثاني عناصر غصب العقار..... ٢٢

الفرع الثالث خصائص الغصب في القانون العراقي..... ٢٥

المطلب الثاني أنواع الغصب..... ٢٧

الفرع الأول غصب العقار من قبل أجنبي عنه ٢٧

الفرع الثاني غصب الشريك حصص شركائه في العقار..... ٢٩

المبحث الثاني أجر مثل العقار المغصوب أو التعويض والموقف القانوني والقضائي منهما ٣١

المطلب الأول مفهوم أجر المثل والتعويض لمرة واحدة ٣١

الفرع الأول مفهوم أجر المثل والتعويض لمرة واحدة ٣١
الفرع الثاني النطاق التشريعي للحكم بالتعويض لمرة واحدة ٣٤
الفرع الثالث النطاق القضائي للحكم بالتعويض لمرة واحدة ٣٦
المطلب الثاني دعاوى أجر مثل العقار المغصوب في التشريع العراقي ٤٢
الفرع الأول أنواع دعاوى أجر المثل ٤٣
الفرع الثاني اجراءات دعوى أجر المثل للعقار المغصوب ٤٩
الخاتمة..... ٥٤
المصادر ٥٦

القرصنة الالكترونية وكيفية تلافيها ومواجهتها قانونيا

نائب المدعي العام علي جبار صكيل طاهر الاسدي ٥٨
المستخلص ٥٩
المقدمة..... ٦١
المبحث الأول مفهوم القرصنة الإلكترونية..... ٦٤
لمطلب الأول مفهوم القرصنة الإلكترونية ٦٤
الفرع الأول السيبرانية لغة ٦٤
الفرع الثاني السيبرانية اصطلاحاً..... ٦٤
المطلب الثاني خصائص القرصنة الالكترونية وأنواعها ٦٦
الفرع الأول خصائص القرصنة الالكترونية..... ٦٧
الفرع الثاني أنواع القرصنة الالكترونية ٦٩
المبحث الثاني جريمة القرصنة الالكترونية أركانها وأطرافها والجزاء القانوني..... ٧٠
المطلب الأول الجهود الدولية والإقليمية للوقاية من الهجمات السيبرانية أو الحد منها ٧٠
المطلب الثاني أركان الجريمة الالكترونية وأطرافها والجزاء القانوني..... ٧٦
الفرع الأول أركان الجريمة الالكترونية ٧٨
الفرع الثاني أطراف الجريمة المعلوماتية ٨٠
الفرع الثالث الجزاء القانوني..... ٨١
الخاتمة..... ٨٢
المصادر ٨٣

الطعن في القرارات الادارية

القاضي عواد حسين ياسين العبيدي ٨٧
المستخلص ٨٨
المقدمة:..... ٨٩
المبحث الأول تعريف القرار الإداري وشروط الطعن فيه ٩٠
المطلب الأول تعريف القرار الإداري ٩١
المطلب الثاني شروط الطعن في القرار الإداري ٩٤
الفرع الاول أن يكون القرار صادر من سلطه إدارية وطنية ٩٤
الفرع الثاني ان يكون القرار الاداري نهائيا..... ٩٥
الفرع الثالث ان يؤثر القرار في المركز القانوني للطاعن..... ٩٦
الفرع الرابع أنْ يكون القرار المطعون فيه لاحقاً على نفاذ القانون رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩.... ٩٧
المبحث الثاني إجراءات الطعن في القرار الإداري ٩٩
المطلب الاول التظلم من القرار الاداري..... ٩٩
الفرع الاول تعريف التظلم ١٠٠
الفرع الثاني شروط التظلم الاداري ١٠١
المطلب الثاني الجهة المختصة بنظر الطعن في القرار الاداري ١٠٤
الفرع الاول الطعن في القرار الاداري امام محكمة قضاء الموظفين ١٠٤
الفرع الثاني الطعن في القرار الاداري امام محكمة قضاء الاداري..... ١٠٧
الخاتمة..... ١١١
المصادر والمراجع ١١٢

تقنين الأحكام القَضائية الصَادرة

مِن محكمة التمييز الاتحادية ومحاكم الاستئناف بصفتها التمييزية "دراسة مقارنة"

الباحث/ الدكتور عماد يوسف خورشيد ١١٥
المستخلص ١١٦
المقدمة:..... ١١٧
المبحث الاول ١١٨
موقف التشريعات المقارنة من تقنين الاحكام القضائية..... ١١٨

المطلب الاول موقف التشريعات المقارنة من استحداث مكتب فني ١١٨
المطلب الثاني الهيكل التنظيمي للمكتب الفني في التشريع المقارن..... ١٢٥
المبحث الثاني الأثار المُترتبة على تقنين الأحكام القضائية..... ١٢٦
المطلب الاول مهام المكتب الفني في محكمة التمييز الاتحادية ومحاكم الاستئناف ١٢٧
لمطلب الثاني الاثار المترتبة على تقنين الاحكام القضائية ١٢٨
الخاتمة..... ١٣٢
المصادر ١٣٤

محور مبادئ القضاء الدستوري

إستقلالية القاضي الدستوري، أساس العدالة الدستورية

أ.د. أمين صليبا/ باحث في القضاء الدستوري..... ١٣٧

ولاية القاضي الدستوري على قياس اثر التشريعات

القضية بالعدد /١٥٣ /٢٠٢٣ في ٢٠٢٣/٨/٧ انموذجاً..... ١٤١

صور حل البرلمان الدساتير العراقية (أنموذجاً)

فاتن محسن هادي مدير تحرير المجلة السابق ١٤٤
المطلب الاول صور حل البرلمان ١٤٥
الفرع الاول حل البرلمان بأرادة السلطة التنفيذية ١٤٥
الفرع الثاني حلُّ البرلمان بالإرادة الشعبية:..... ١٤٧
الفرع الثالث حل البرلمان التلقائي ١٤٩
الفرع الرابع ضمانات حل البرلمان..... ١٥١
المطلب الثاني حل البرلمان في الدساتير العراقية مع (الجانب التطبيقي)..... ١٥٤
الفرع الاول حل البرلمان في الدساتير العراقية: ١٥٤
الفرع الثاني حل البرلمان في دستور ٢٠٠٥: ١٥٧
المصادر ١٦٢

محور مبادئ القضاء التمييزي

(١) ١٦٦
(٢) ١٦٩
(٣) ١٧٢
(٤) ١٧٣
(٥) ١٧٥
(٦) ١٧٧

محور مبادئ القضاء الإداري

تعليق على المبدأ القانوني (للوزير تخويل صلاحياته غير الشخصية للغير ولا يجوز له تخويل صلاحياته الشخصية لكبار موظفي وزارته)
عرض الاستاذ الدكتور علي فوزي الموسوي ١٨١

اشراقات قانونية

إشراقة قانونية بقلم أ.د. جليل حسن الساعدي- كلية القانون- جامعة بغداد
الأستاذ عبد الرحمن البزاز ١٨٧