



المثنى للعلوم القانونية والسياسية

AL-MUTHANNA JOURNAL FOR LEGAL AND POLITICAL SCIENCES

مجلة علمية محكمة نصف فصلية
تصدر عن كلية القانون جامعة المثنى

العدد الاول / 2024

lawsci.journal@mu.edu.iq

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على
أشرف الأنبياء والمرسلين سيدنا محمد وعلى آله
وصحبه أجمعين

يسر إدارة مجلة المثني للعلوم القانونية والسياسية
أن تضع بين أيديكم العدد الأول، وقد تضمن بين
دفتيه عدداً من البحوث في موضوعات مختلفة في
فروع القانون، ونسعى من خلال هذه المجلة توفير
منصة موثوقة للباحثين والأكاديميين لنشر أبحاثهم
التي تساهم في تطوير وتحديث المعرفة العلمية و
الرؤى الفكرية، آمليين أن تكون مرجعاً مفيداً
وموثوقاً للباحثين والطلاب وكل المهتمين بالشأن
القانوني و السياسي، وأن تساهم في تعزيز الحوار
الأكاديمي، وتطوير سياسات عادلة وقوانين متوازنة
تلبى تطلعات مجتمعنا، وأن تظل مجلة المثني للعلوم
القانونية والسياسية منارة للعلم، والمعرفة تضيء
دروب الباحثين في مسيرتهم الأكاديمية ...

هيئة تحرير المجلة

المثني للعلوم القانونية والسياسية

Al-Muthanna Journal of Legal
and Political Sciences

الكلمة الافتتاحية



هيئة تحرير المجلة

رئيس هيئة التحرير

أ.د. زين العابدين عواد كاظم (كلية القانون / جامعة المثني)

مدير هيئة التحرير

أ.م.د. زهراء عبد الحافظ محسن (كلية القانون / جامعة المثني)

أعضاء هيئة التحرير

أ.م.د. . مجيد مجهول درويش (كلية القانون/ جامعة المثني)

أ.د. نبيل مهدي كامل (الجامعة UKM الوطنية الماليزية)

أ.د. محمد جواد جاويد (جامعة طهران)

أ.د. حيدر علاء حمودي (جامعة بطرسبورغ الامريكية)

أ.د. نصير محمد علي حسن (جامعة النهرين)

أ.د. كمال جواد كاظم (جامعة ليون الثالثة)

أ.م.د. أحمد عبد الهادي زعيري (كلية القانون / جامعة المثني)

أ.م.د. اقبال عبد العباس يوسف (كلية القانون / جامعة المثني)

أ.م.د. ببداء كاظم فرج (كلية القانون / جامعة المثني)

أ.م.د. ريزان حمودي كريم (كلية القانون / جامعة المثني)

المثني للعلوم القانونية والسياسية

Al-Muthanna Journal of Legal and Political Sciences

مجلة قانونية، محكمة تهدف إلى نشر أبحاث، ودراسات عالية الجودة في مجالات القانون، والعلوم السياسية، وتغطي المجلة طيفاً واسعاً من الموضوعات القانونية والسياسية، بما في ذلك: القانون الدستوري، القانون الجنائي، القانون المدني والتجاري، القانون الدولي، العلوم السياسية، العلاقات الدولية، حقوق الانسان والنظم السياسية، تستهدف المجلة المهنيين القانونيين، والباحثين الأكاديميين، والطلاب المتقدمين في القانون والعلوم السياسية، بالإضافة إلى صانعي السياسات والمهتمين بالشأن العام، وتصدر المجلة بشكل دوري مرتين في السنة وبصيغة إلكترونية على الموقع الرسمي للمجلة.

محتويات العدد

- (1) الشكلية العرفية ص 1-ص 25
م. م علي كريم كاظم كلية القانون / جامعة المثني
- (2) الرعاية الصحية للزوجة أحد أسباب التفريق القضائي "دراسة تحليلية" ص 26- ص 41
م. م عبدالله ساجت لفته كلية القانون / جامعة المثني
- (3) الاتفاق على قواعد الاثبات ص 42- ص 56
م. م ارسلان عباس جابر كلية القانون / جامعة القادسية
- (4) البناء على أرض الغير في القانون العراقي (دراسة تحليلية لأحكام القضاء العراقي) .. ص 57- ص 112
أ.م. د. بيداء كاظم فرج كلية القانون / جامعة المثني
م. د هدى سعدون لفته كلية القانون / جامعة القادسية
- (5) الآثار القانونية للتكيف الهيكلي في التجارة الدولية ص 113- 140
م. م مرتضى عبد الحمزة هاشم. كلية القانون / جامعة القادسية
- (6) التهديد الارهابي عبر الشبكات المعلوماتية..... ص 141- ص 157
أ.د. زين العابدين عواد كاظم. كلية القانون / جامعة المثني
- (7) أسباب الرجوع القضائي في الهبة (دراسة مقارنة)..... ص 158- ص 199
أ.د. عزيز كاظم جبر الخفاجي / معهد العلمين للدراسات العليا
م. د. بديوي مجاهد مطر كلية القانون / جامعة المثني

- جميع الحقوق محفوظة لمجلة المثني للعلوم القانونية والسياسية
- تخلي المجلة مسؤوليتها من أي انتهاك لحقوق الملكية الفكرية

Customary formalism

Abstract

Legal circles are exposed to two types of formality: legal and conventional, forgetting that formality may be imposed by custom on legal behavior. The actions carried out by individuals follow a specific pattern and form for concluding a contract and for a particular period, making individuals feel reassured about this conclusion of the behavior in this manner. It also makes them They do not accept to conclude a contract in anything other than the form they are accustomed to, and here the customary formality imposes itself on individuals, which makes it obligatory for them unless the parties agree otherwise. The formality in this form is imposed in different patterns and forms and also gives different rulings from each of the legal formalities that the provisions are determined by the law and the formality of the agreement, the provisions of which are determined by the agreement of the two parties, and which may not be violated except by a new agreement between the two parties. As for the customary formality, it stands in the middle between the legal formality and the customary formality.

الشكلية العرفية

م.م علي كريم كاظم - جامعة المثنى
alikareem@mu.edu.iq

الملخص

إنَّ الأوساط القانونية تتعرض لنوعين من الشكلية، القانونية والاتفاقية، متناسين ان الشكلية قد يفرضها العرف على التصرف القانوني، فالتصرفات التي يجريها الافراد ويتبع فيها نمطا وشكلا معيناً لإبرام العقد ولفترة معينة من الزمن تجعل من الأفراد يطمئنون الى هذا ابرام التصرف بهذا الشكل، كما انه يجعلهم لا يقبلون ابرام العقد بغير الصورة التي اعتدوها، وهنا تفرض الشكلية العرفية نفسها على الافراد، مما يجعل منها الزامية عليهم مالم يتفق فيها الاطراف على غير ذلك، وان الشكلية بهذه الصورة تفرض في انماط واشكال مختلفة، وتعطي احكاما مختلفة ايضا عن كل من الشكلية القانونية التي يحدد الاحكام فيها القانون والشكلية الاتفاقية والتي يحدد احكامها اتفاق الطرفين والتي لا يجوز مخالفتها الا باتفاق جديد بين الطرفين، اما الشكلية العرفية فأنها تقف وسطا بين الشكلية القانونية والشكلية العرفية.

تاريخ الاستلام : ٢٠٢٤/٧/٩

تاريخ القبول: ٢٠٢٤/٨/٦

تاريخ النشر: ٢٠٢٤/٩/١٤

الكلمات المفتاحية: الشكلية العرفية، البطلان، التعويض

المقدمة

اولا: فكرة البحث

إن فكرة الشكالية العرفية لم تحظَ باهتمام الكتاب ولم تتل حظها من البحث رغم أهميتها ودورها في التصرفات وفي انشاء العقد، ولم تنص عليها القوانين بصورة صريحة وواضحة، لذلك فان تحديد مفهومها وتوضيح معالمها ليس من السهولة بمكان، رغم اختلافها عن كل من الشكالية القانونية، والتي ينص عليها القانون، اي انها تكون مفروضة بنص القانون وغالبا ما تكون بالكتابة الرسمية أمام موظف عام، وعن الشكالية الاتفاقية التي ينص عليها اتفاق الطرفين، فالأطراف يتفقون فيما بينهم على اتباع شكالية معينة في ابرام التصرف.

اما الشكالية العرفية فأنها لا تكون مفروضة بالنص القانوني ولا يتفق عليها الاطراف ولكن العرف هو من درج على اتباعها في تصرف معين، ولذلك فان مفهومها وأحكامها والزاميتها تختلف عن أنواع الشكالية الاخرى، فالشكالية التي ينص عليها القانون نعود فيها الى القانون لمعرفة وتحديد أحكامها ومدى الزاميتها، اما الشكالية الاتفاقية فأننا نعود فيها الى اتفاق الطرفين في تحديد هيكلها وشروطها الزاميتها، التي لا يجوز فيها لاحد الاطراف مخالفتها الا بنص القانون على ما يخالفها او اتفاق الطرف على الغاءها فهي تستمد وجودها من الاتفاق، اما الشكالية العرفية فنعود فيها الى العرف لتحديد معالمها والزاميتها التي يقررها العرف، ولكن هذه الشكالية وان لم تكن مقررة باتفاق الطرفين ولكنهم يستطيعون الاتفاق على عدم مراعاتها مقدما قبل الدخول في العقد، فهي تكون مفروضة بفرض العرف مالم يخالفها الاطراف في الاتفاق، وغالبا ما تظهر هذه الشكالية في العقود النموذجية التي يدرج فيها التطبيق العملي اتباع شكليات وشروط معينة في نوع معين من العقود، وكذلك في العقود التجارية التي يدرج فيها التجار على اللجوء الى شكليات خاصة في إبرام تصرفاتهم.

فاذا كانت الشكالية العرفية وفق التوصيف السابق وفي اختلافها عن كل من الشكالية القانونية والشكالية الاتفاقية يبرز السؤال عن مفهوم هذه الشكالية وعن مظاهر هذه الشكالية والاحكام الخاصة التي تحكمها وعن الجزء الخاص بها بعد تحديد الزاميتها، وهو ما سنوضحه في هذا البحث عن الشكالية العرفية.

ثانيا: أهمية الموضوع:

تتبع أهمية الدراسة بشكل عام من أهمية دور الرضا والارادة في ابرام العقود، فيضيف الشكل ركنا رابعا الى اركان الانعقاد في العقود بشكل عام، والشكالية التي يفرضها العرف لا تختلف عن الشكالية العادية التي تكون على نوعين ايضا، منها ما يكون شكالية لا ينعقد العقد بدونها وتكون للانعقاد، وشكالية ينعقد العقد بدونها وان تخلف الشكل فيها لا يجعلها باطلة ولكن يثير صعوبة اثباتها اذا تخلف الشكل، ومن يفرض او يحدد هذه الالزامية لنوع الشكالية في العقد هو العرف، فاذا درج الناس على اتباع شكالية معينة للانعقاد فان الشكالية عندها

ستكون للانعقاد، اما اذا كانت الشكلية التي يتبعها الاطراف في تعاملاتهم لا تؤثر على انشاء العقد صحيحا عندها سيكون الشكل للأثبات لا للانعقاد.

كما ان اهمية الشكل في التعاقد له ذلك الاثر في الحفاظ على الحقوق وعلى استقرار المعاملات، وذلك لان الشخص المتعامل على ضوئه، اي اذا ابرم عقدا يتطلب شكلية معينة، واتبعت فيه الشكلية فان ذلك يسهل عليه اثبات حقه، وبالتالي الحفاظ عليه، وتقليل المنازعات بشأنه، اضافة الى غيرها من الادوار والوظائف التي تؤديها الشكلية، التي تظهر اهميتها.

ثالثا: منهجية البحث:

سنعتمد هنا على المنهج التحليلي، وذلك من خلال تحليل النصوص القانونية المتعلقة بموضوع البحث من اجل التوصل الى النتيجة التي تطابق الواقع العملي في التعامل بالشكلية، فالموضوع يستمد الزاميته من العرف وهو عكس الشكلية القانونية المستمدة الزاميتها من القانون، فالقانون هو الذي يفرضها ويحدد معالمها وصورتها، اما الشكلية الاتفاقية فان اتفاق المتعاقدين هو الذي يمدّها بالقوة الالزامية، وذلك بخلاف الشكلية العرفية، وان اختلاف المصدر في مدها بالقوة يؤدي الى اختلاف المظهر الذي تظهر به واختلاف احكامها، بالإضافة الى اختلاف الزاميتها، كما ان التحليل لا يقتصر على النصوص القانونية فقط، بل الآراء التي قيلت فيها وعلى الاختلافات بينها وغيرها من الشكليات.

رابعا: خطة البحث:

سنقسم البحث الى مبحثين، نتناول في المبحث الاول مفهوم الشكلية العرفية، ونوضحها في مطلبين من خلال التعريف بها وتوضيح الوظيفة التي تؤديها في ابرام العقد وبرز مظاهرها، ونتناول في المبحث الثاني الاحكام الخاصة بها، من خلال مطلبين يخص الاول منها ايضاح دورها في العقد وفي استقرار التعامل، ومدى التمسك بها، وفي المطلب الثاني جزاء تخلف الشكلية في ابرام العقد.

المبحث الاول

مفهوم الشكلية العرفية

إنّ الاصل في العقود هو حرية الاطراف في اختيار طريقة التعبير عن الارادة، فبإمكان الطرفين ان يختارا طريقة التعبير عن الارادة بصورة شفوية او مكتوبة، ويستطيعان ايضا ان يتقفا على ان العقد لا يتم الا بالقبض، فهم احرار في اختيار طريقة التعبير، ولا يقيد هذه الحرية سوى النص القانوني، كما في التصرفات العقارية التي اشترط فيها قانوننا المدني وقانون التسجيل العقاري بان العقود فيها لا تتعقد الا بالتسجيل في دائرة

التسجيل العقاري، وقد يقيد هذه الحرية في اجراء التصرفات هو ما يفرضه العرف من اتباع شكلية خاصة في ابرام التصرف لغايات عدة فرضت نتيجة التطبيق العملي المستمر لها من الاطراف.

وعليه فقد ظهرت الى جانب انواع الشكالية القانونية والاتفاقية، الشكالية العرفية التي تقيد من حرية الاطراف في اختيار طريقة التعبير عن الارادة في ابرام العقود، فلا يستطيعان في بعض الاشكال التي يفرضها العرف ان يتخذا سبيلا اخر، وهذه الشكالية التي نحن بصددنا لها ما يميزها عن الشكليات الاخرى من حيث ماهيتها ومن حيث الاحكام الخاصة بها، حيث ان اتباع الشكالية في بعض العقود يكون له فوائد عدة، منها ما يكون حمائي ومنها ما يكون تنظيمي، وكذلك الشكالية في الشكالية العرفية، فلها وظائف تؤديها ولها مظاهر خاصة تكسب التصرفات العقدية شكالية معينة، ولأهميتها وتحصيل مفهومها بالشكل الصحيح لابد لنا من التعريف بها وتحديد مظاهرها لأجل الوصول بدقة الى معرفتها، وهو ما سنتناوله في مطلبين، نخصص المطلب الاول منه الى التعريف بالشكالية العرفية، وفي المطلب الثاني الى تحديد مظاهرها.

المطلب الاول

التعريف بالشكالية العرفية

لأجل الوقوف على التعريف بالشكالية العرفية في العقود فان الامر يحتاج منا للتطرق الى تعريف الشكالية العرفية ومن ثم تحديد وظائفها التي تؤديها، فالشكالية العرفية متميزة عن انواع الشكليات الاخرى وذلك يقتضي منا تعريفها وتحديد مفهومها، كما ان الوظيفة التي تلعبها الشكالية في العقود تكسب من الاهمية التي لا يمكن اغفالها بها، وعليه فأننا سنقسم هذا المطلب الى فرعين، نتناول في الفرع الاول تعريف الشكالية العرفية، وفي الفرع الثاني، سنتناول وظيفة الشكل العرفية.

الفرع الاول

تعريف الشكالية العرفية

برزت معالم الشكالية في القانون أول الامر في القانون الروماني⁽¹⁾، ومنه انتقلت الى القوانين الاخرى، وقد مرت الشكالية بمراحل تاريخية شاقة وطويلة امتدت على مدار ثمانية وعشرين قرنا، متفاوتة بين البروز والزوال، فظهرت في القانون الروماني حتى وصلت اوجها ثم ضاقت اتساعها شيئا فشيئا، ولكنها ما لبثت ان عادت، مكتسبة اهميتها في مجال ابرام العقود.

فالقانون الروماني كان يتسم بسمة خاصة من الشكالية التي سادت نظمه من القانون العام والخاص، فالشكل وحده ودون ان يعبى بالإرادة كان هو المطلوب لصحة التصرفات، وكذلك انتهاء عقود، فالإرادة كانت عاجزة عن انشاء التصرف القانوني، او تحديد شروطه واثاره مالم يتم التعبير عنها طبقا لشكل حدده القانون

(1)-د. انور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1970، ص15

بعينه، والا ترتب على المساس بأي مراسيم الشكلية بطلان العقد، وجعل اثره منعما، فلم يكن بوسع العاقد، على ضوء القانون الروماني القديم، اكتساب ملكية شيء الا بعد اللجوء الى احدى الطرق الثلاث الاتية، وهي اما التصرف بالسبيكة والميزان او الدعوى الصورية او الاشتراط الشفوي، ذلك ان الاتفاق المجرد لا تنشأ عنه دعوى⁽¹⁾.

وعليه فان شكلية التصرفات السائدة اليوم في القوانين لم تكن وليدة الساعة، بل انها تعود الى القدم الروماني، حتى ظهرت بعدها النظريات التي تنادي بحرية الارادة، والتي قلصت من دور الشكلية ولزورتها في بعض التصرفات اقرتها القوانين في العديد منها⁽²⁾، ولأجل تحديد الشكلية العرفية، فأنا سنتطرق الى معنى الشكل والعرف كي نخرج بدمجهم الى الشكلية العرفية.

عرفت الشكلية تعريفات متعددة، فعرفها البعض بانها ((تحديد الاسلوب في التعبير عن الارادة يفرض بصورة الزامية ويكون اساسا في العقد))⁽³⁾.

ويعرف ايضا بانه الصورة الخاصة من صور التعبير عن الارادة يفرضها المشرع، او هو التصرف الذي يتعين ان تظهر به الارادة بصورة معينة، او هو الذي يساوي غيابه انعدام الاثر القانوني للتصرف.

ويمكن القول ان من ابرز الحقائق الثابتة في نطاق علم القانون ان الارادة، وهي ظاهرة نفسية غير مرئية، لا يمكن الاستناد اليها الا اذا بان الى العالم الخارجي في شكل مادي محسوس، يجعل من الممكن ادراكها ومعرفة مدى جدتها في الانصراف الى احداث الاثر القانوني، فالإنسان، بطبيعته، قاصر عن الالمام بما يحويه باطن غيره من مكنونات او بما يعتمل في داخله من امور، ومن هنا فان التعبير عن الارادة أمر أساسي لابد من توافره لوجود الارادة وفعاليتها، فالإرادة تضل عديمة الاثر ما دامت مجرد حقيقة ذهنية باطنية⁽⁴⁾، وهذا ما اضيف اهمية استثنائية على التجسيد المادي للإرادة او ما اطلق عليه اسم التعبير عن الارادة او الإعلان عن الإرادة.

(1)- بلعيد توبس، العقود التجارية بين الرضائية والشكلية في القانون المغربي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، المغرب، ص46، سعيد ايت مولد، فاطمة الزهراء ايت مولد، الشكلية في العقود التجارية، بحث لنيل شهادة الاجازة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض القانونية، مراكش، 2021، 2022، ص11
(2) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، نظرة العقد، الجزء الاول، الطبعة الثانية الجديدة، منشورا الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص91 وما بعدها

(3) عبد الرشيد عبد الباسط، التصرف القانوني الشكلي في الفقه الاسلامي المقارن، دار النشر الذهبي للطباعة، القاهرة، 2000، ص27

(4) عبد الرزاق احمد السنهوري، نظرية العقد، المجمع العلمي العربي الاسلامي، بيروت، لبنان، بلا سنة، ص

وللإرادة بصدد التعبير عنها لها حرية كبيرة في اتخاذ المظهر والشكل الذي تظهر فيه الى العالم الخارجي، فهي تبدو في صورة لفظ او كتابة او اشارة متداولة عرفا او معاطاة او تتخذ اي مسلك لا يثير لبسا في دلالاته عليها.

ولكن المظهر الذي تتخذه الارادة بكامل حريتها للتعبير عن نفسها لا يمثل في الحقيقة الشكل بمعناه الدقيق، وذلك لان هذا المظهر المتخذ لا يخرج بالتصرف من نطاق الرضائية الى ميدان الشكلية، فحرية الارادة في اختيار المظهر المعبر عنها في نطاق التعامل انما هي تجسيد لمبدأ الرضائية نفسه، في حين ان الشكل يمثل قيда على الارادة يحد من قدرتها في اختيار وسيلة التعبير، اذ يفرض عليها اسلوبا معيناً لا بد لها من اتخاذه والا كانت عديمة الاثر⁽¹⁾، وعلى ضوء ما تقدم من فكرة عرفت الشكلية بانها ((صورة خاصة من صور الشكلية يفرضها المشرع))⁽²⁾.

ومن التعاريف التي قيلت ايضا في هذا المعنى، ما عرفه جيني بقوله أن ((التصرف الشكلي هو الذي فرض فيه الشكل تحت طائلة عدم الفاعلية بدرجة ما ...)) ، وعرفها روبي بأنها تعني ((عمل يهدف إلى إيضاح النظام القانوني وتحديد الوضعية القانونية للأفراد بوسائل خارجية كالشكليات والمواعيد والإجراءات))، كما عرفها بونكار بقوله أن ((الشكلية ذات مفهوم متغير يشمل التصرفات التي تعرف عادة بالتصرفات الشكلية، وتلك التي تخضع لشكليات خاصة ، والتصرفات التي تتطلب تعبيراً عن الإرادة))، وميز الأستاذ محمد زواوي بين التصرف الشكلي الذي يمثل الشكل فيه ركناً جوهرياً والتصرف الذي يتطلب شكليات، أو بمعنى آخر التصرف الرضائي الذي لا يتطلب شكليات. ونجد جانب من الفقه حصر الشكل في المعنى الضيق له إذ جعله قاصراً على الإجراءات الرسمية المراد إتباعها لانعقاد العقد واللازمة لإبرامه⁽³⁾.

فالشكل وفق هذا الاتجاه هو الطريقة التي فرضها المشرع للتعبير عن الإرادة التي لا يمكن أن تتخلف وإلا كان العقد باطلاً ، بالتالي فهذا الاتجاه يضيق من مفهوم الشكلية ويحصرها فيما يعرف بالشكلية القانونية⁽⁴⁾، وهذا الاتجاه يقلص من نطاق الشكلية ويحصرها في الشكلية القانونية فقط، اي الشكلية التي يفرضها القانون.

(1) حسين عبد القادر معروف، فكرة الشكلية وتطبيقاتها في العقود، اطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، 2004، ص9

(2) ياسين الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، القسم الاول، انعقاد العقد، ج1، المجلد الاول، دار وائل للنشر، عمان، ط1، 2002، ص

(3) انظر في هذه التعاريف فراح ربيعة، تطور الشكلية في العقود، اطروحة دكتوراه، جامعة 8 ماي 1945 قالمة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2024، ص30

(4) محمد بوكار ، مبارك الهردي، عبد الله مجد، محسن اشليح، امتداد الشكلية من العقود المدنية الى العقود التجارية، ماستر قانون العقار والتعمير، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة بن اكادير مراكش، 2022، 2023، ص7

وان كنا نتفق مع الاتجاه القائل بأن الشكلية هي التي تكون ملزمة ولا يترك للأطراف حرية الاختيار فيها، فأننا لا نذهب الى عدم اعتبار الشكلية الاتفاقية التي يختار فيها الاطراف شكلا معيناً يفرغان ارادتهما فيه، فهذا يعتبر احد انواع الشكلية ، فالشكلية كما تكون قانونية يفرضها القانون، فالاتفاقية وان كانت فيها حرية للأطراف في اختيار طريقة التعبير عن ارادتهما فيه الا انها بعد اتفاقهما على اتباع شكلية معينة ستكون الشكلية التي اتفق عليها الاطراف ايضا الزامية وبإمكان الطرف الاخر ان يطلب البطلان في حال تخلف ما اتفق عليه من اتباع شكلية معينة في ابرام العقد، كما لو فرضت شركات التامين على الاطراف ان يفرغوا تصرفاتهم في شكل كتابي، فان عدم اتباع الاطراف المتعاقدين مع الشركة هذا الشكل، يجوز للشركة ان تطلب ابطال العقد واعتباره كأن لم يكن، وبعد كل ذلك نرى بأن الشكلية لا تقتصر على هذين النوعين بل يوجد الى جانبهما الشكلية العرفية.

وبعد ان وضحنا الشكلية سنوضح المقصود بكلمة (عرفية)، فهذه الكلمة جاءت من العرف الذي يقصد به ما اشتهر بشهادة العقول ويتلقى طبعاً بالقبول⁽¹⁾، وعرف ايضا بانه، ما تعارفه جمهور الناس وسار عليه، سواء كان قولاً او فعلاً، او تركاً⁽²⁾، وعرف ايضا بانه ((هو طريق نفاذ قواعد السلوك الى حيز التنفيذ في صورة قاعدة غير مكتوبة تجيء ثمرة اعتياد الناس على سلوك معين لتنظيم ناحية من نواحي حياتهم الاجتماعية، وتولد الشعور بصورة الالتزام بها))⁽³⁾. ونصت على العرف والاخذ به الكثير من التشريعات ومنها التشريع العراقي⁽⁴⁾.

وفي حدود اطلاعنا فانه لم يتطرق أحد الى تعريف الشكلية العرفية، لا على مستوى التشريعات ولا على مستوى الفقه⁽⁵⁾، سوى بعض المحاولات لتعريف العقد العرفي المعروف في القانون الجزائري وعلى ضوءه عرفت الشكلية بانها الشكل الذي تعارف عليه الناس واتخذوه وسيلة لأثبات تصرفاتهم القانونية⁽⁶⁾، ولكن ورد ذكر لها

(1) خلاصة الافكار شرح مختصر المنار، ابن قطلوبغا، ص 189، نقلا عن علي بن محمد بن علي الشهري، العرف وتطبيقاته

القضائية، كلية الشريعة واصول الدين، جامعة نجران، ص748

(2) علي بن محمد بن علي الشهري، المرجع السابق، ص748

(3) عبد الباقي البكري، وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون، ط3، المكتبة القانون، بغداد، 2011، 139

(4) صفاء متعب فجة الخزاعي، دور العرف في حياة القاعدة القانونية، دراسة مقارنة في النظم الوضعية، بحث منشور في دار المنظومة، مج10، ع31، اذار من 2017، ص192

(5) اشار المشرع الجزائري الى الشكلية العرفية في نصوص المادتين 327 و328 من القانون المدني لسنة 1975 تحت مسمى العقد العرفي.

(6) الصالح بو غرارة، الشكلية في التصرفات القانونية، بحث منشور في مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، العدد 1، ص105

في بعض كتابات الفقه دون توضيح معناها او المقصود بها، ويمكن لنا ان نضع الاطر العامة التي تحددها وتوضح معناها، فهي شكلية اي تجسيد التعبير عن الارادة في قالب معين، ومن يحدد هذا القالب هو العرف، اي اعتياد الناس على سلوك هذا الطريق في ابرام العقد، وعلى ذلك يمكن تعريفها بانها ((فرض تجسيد صدور الارادة من الاطراف في صورة معينة بواسطة ادراج الناس على اتباعها في تصرف معين)).

الفرع الثاني

وظيفة الشكلية العرفية

تؤدي الشكلية وظائف متعددة لا يمكن لنا تجاهلها في ما تحققه في فرضها، وهذه الوظائف هي:

1 - الشكل وسيلة لحماية المتصرف:

فالشكل يفرض في جميع الاحوال من اجل حماية المتصرف، وتتجسد هذه الحماية من خلال جوانب متعددة يحققها في تحديده مضمون التصرف وتوفيره ما يسهل على الاطراف من الاثبات، فالشكل يحقق:

أ- الوسيلة التي تضمن مطابقة التعبير عن الارادة الحقيقية للمتصرف، فالإرادة، وهي ظاهرة نفسية باطنية، غير معلومة لا يكون لها أي تأثير قانوني ما لم تظهر الى الواقع بمظهر مادي محسوس يمكن الشخص المتلقي من فهمها والتعامل في ضوء هذا الفهم، وعليه فان التعبير عن الإرادة هو تلك الوسيلة الوحيدة التي يستطيع الشخص من خلالها ان يوصل رغبته الجازمة في إبرام التصرف إلى المتلقي بحيث يتمكن الأخير من استيعاب ما ترمي إليه هذه الإرادة ومن ثم التعامل معها بقبول التعاقد او رفضه في ضوء مصلحته وهو بصدد التعبير عن ارادته هو الآخر. ولذلك يفترض في التعبير ان يكون وسيلة صادقة وأمانة في ترجمة وتبيين إرادة الشخص في إظهار عزمته في إبرام التصرف، والحدود التي تسعى الإرادة إلى الالتزام بها حتى لا ينسب للإرادة غير ما اتجهت إليه او الالتزام به، وعدم زج المتعاقد فيما لم يطلب أو يريد، فالتعبير بشكلية معينة يضمن تحقق هذه المطابقة.

ولكن ذلك يرتبط أساساً بإمكانية الشخص في اختيار الوسيلة المناسبة في التعبير والتي يتمكن بها تبين إرادته بوضوح تام لا لبس فيه. وتختلف هذه الامكانية والقدرة قطعاً باختلاف الأشخاص، فالألفاظ العبارات التي تقف، كما هو معلوم، في مقدمة وسائل التعبير عن الإرادة إنما تتباين صلاحيتها لذلك من شخص إلى آخر، فهناك من هو متمكن من ناحية اللغة بحيث يستطيع استعمال العبارات المفصحة عن إرادته إفصاحاً تاماً او الألفاظ الدالة على ما توجهت إليه هذه الإرادة دلالة قطعية لا لبس فيها ولا جهل او غموض او تأويل في الالتزام او حدود الالتزام التي ابتغت تحمله، ومن هنا ينعدم او يضيق إلى ابعد الحدود سوء فهمها او تفسيرها على نحو يغاير إرادة المتصرف او ينسب إليها ما ليس منها او ما يخرج عن حدود توجهها. كما ان هناك من هو اقل قدرة على استعمال التعبير الذي يظهر حقيقة ما أراد، فقدرة الاشخاص متفاوتة في ذلك

ولذا فإن التعبير عن الإرادة في ظل مبدأ الرضائية الذي يعطي مساحة أكبر أو حرية أوسع للإرادة في ان تختار وسيلة التعبير انما قد يأتي وعلى التفسير السابق، غالبا، غير مطابق للإرادة⁽¹⁾.

وحيث ان المشرع يرى في بعض التصرفات خطورة كبيرة على مصالح المتصرف، والمصالح العامة، وان التعبير يمكن أن يأتي غير ما تريده الارادة الحقيقية، فإن هذا المشرع قد آثر الاحتياط في مثل هذه التصرفات فاشتراط لضرورة إنشائها توافر إجراءات شكلية معينة، كاشتراطه الكتابة الرسمية في بعض التصرفات⁽²⁾، إذ أن من شأن تدخل الموظف المختص ضمان توجه إرادة الشخص إلى إبرام العقد وعلمه بمحتوياته وإدراكه لنتائج، ليحصل التطابق بين الإرادة وما رجته من التعبير، وهو ما ينطبق بدوره على الكتابة العرفية، إذ أن من شأن وجوب صب اتفاق الأطراف في شكل كتابة عرفية ان يضمن سعي الإرادة إلى الالتزام الذي تتضمنه الكتابة بالإضافة إلى معرفتها التامة به، وان اعتياد الناس التعبير عن ارادتهم في شكل معين يدل على انهم يرونها الوسيلة الأكثر ضمانا لحماية ارادتهم من الفهم الخاطئ.

ب- ضمان صدور التعبير عن ارادة حرة مستتيرة، ووضع المشرع في سبيل تحقيق ذلك العديد من النظم مثل نظرية عيوب الارادة وغيرها، ولكنها لم تثبت فاعليتها في كل الاحوال، ولهذا لجأ المشرع إلى اشتراط الشكل في تصرفات أولاهها أهمية خاصة وذلك تقديراً منه لخطورتها الكبيرة ومن ثم سعياً منه لإظهار أنها قد نشأت بإرادة حرة خالية من التأثيرات والضغط، ويبدو هذا جليا بالأخص في اشتراط الكتابة الرسمية والعرفية، فاشتراط الاولى في عدد من التصرفات، تعني ان يبرم التصرف أمام موظف عام مختص يمتلك الدراية او الخبرة التي تمكنه من ان ينبه المتعاقدين او توجيههما او تقديم النصيحة لهما، وهذا من شأنه ان يضمن صدور التصرف من إرادة حرة مستتيرة خالية من التأثيرات ويكون فيها الشخص على بينة بحقيقة الالتزام الذي يقدم عليه، ويتجسد هذا في التصرفات الواردة على عقار في القانون العراقي⁽³⁾، إذ ان هذه التصرفات لابد لها من استيفاء إجراءات طويلة ومعقدة إلى أن تصل في النهاية الى مرحلة الإقرار أمام الموظف في دائرة التسجيل العقاري ومن ثم التسجيل في السجل الخاص وتوقيع المتعاقدين على ذلك، وهي إجراءات تضمن حرية الإرادة وإدراكها لما هي مقدمة عليه.

(1) انظر د. ياسر الصيرفي: المرجع السابق، ص101.

(2) انظر د. السنهوري: الوسيط، ج-10، في التأمينات الشخصية والعينية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1970، فقرة (124)، ص280. د. محمود جمال الدين زكي: التأمينات الشخصية والعينية، الطبعة الثالثة، مطابع دار الشعب، القاهرة 1979، فقرة (114)، ص220.

(3) انظر الفقرة الثانية من المادة 3 من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم 43 لسنة 1971، والمادة 508 من القانون المدني العراقي.

وبالإضافة الى ذلك يظهر دور الشكل في حماية حرية إرادة المتعاقد إذا كانت العقود قد أبرمت بين أطراف غير متساوين في المراكز الاقتصادية حيث يكون احد المتعاقدين ذا وضع اقتصادي واجتماعي افضل من وضع المتعاقد الاخر، مما يجعل له قدراً من السلطة بالنسبة إلى هذا الأخير يضعه مركز أقوى منه ومن ثم يمارسه بالتأثير على إرادته بحيث يبرم معه عقدا تكون له فيه حصة الأسد او يكون فيه الطرف الآخر (الضعيف) تحت رحمته، وهذا يعني عدم المساواة بين المتعاقدين، وحيث ان ترك أمر الشكلية لإرادة الأطراف قد يؤدي أحياناً -كما يتوقع- إلى مثل تلك النتائج فإننا نجد هذا المشرع كثيراً ما يلجأ الى فرض الشكل، وبالأخص الرسمي منه، في التصرفات المهمة فيعهد بهذه المهمة الى موظف رسمي مختص، يفترض فيه الاتسام بالنزاهة والعدالة، ليتولى هو الآخر من ناحيته في تنبيه الاطراف المتعاقدين وبالأخص الطرف الضعيف في العلاقة العقدية على اهمية وخطورة التصرف الذي هو بصدد الإقدام عليه الأمر الذي يقلل من فرص ممارسة الطرف القوي لنفوذه في استغلال الطرف الضعيف والتأثير السلبي على إرادته، وذلك لان الحماية المرجوة من الشكل ليست هدفاً بحد ذاتها بل هي وسيلة لتحقيق هدف أسمى يتبلور في مراعاة التوازن الاقتصادي ومن ثم إقامة العدالة الموضوعية في التعاقد.

كما يمكن تحقيق هذا التطابق بين التعبير والإرادة الحقيقية ⁽¹⁾ من خلال اشتراط الكتابة العرفية لإنشاء التصرف، حيث تسمح هذه الكتابة للمتصرف بتثبيت نصوص الاتفاق بما يشتمل عليه من التزامات متبادلة، كما أن من شأنها أن تحيطه علماً بكل ما قد يترتب على العقد من اثار، وهو ما يبدو واضحاً في تطلب البيانات الإعلامية في بعض العقود اذ يفرض المشرع على واضع العقد بان يورد فيه بعض البيانات التي من شأنها إعلام المتعاقد الآخر بالالتزامات المتبادلة والأحكام القانونية المعدة لحمايته، ومن هنا وجب إيراد البيانات الإلزامية في مستند خطي وإلا وقع العقد باطلاً.

ج- حماية المتصرف من التسرع والاندفاع، فان فرض شكلية معينة على الاطراف، فأنها تنبهم الى ما هم مقدمين عليه من تصرف وتحذرهم خطورة ما هم يرومون فعله، وهذا يعطي فرصة للمتعاقد في عدم الاندفاع والتسرع في ابرام التصرف، فالوقت الذي يستغرقه المتعاقد في ابرام العقد وتمثله في هيئة مادية امامه تجعله يراجع امره في ما هو مقدم عليه لأكثر من مرة.

د- توفير وسيلة اثبات للتصرف وتحديد مضمونه وزمن انشائه، وهذه الوسيلة ذات الاهمية الكبيرة للشكلية، فان اشتراط الشكلية في تصرف معين يتيح سهولة ويسر الاثبات فيه كونه يبقى في شكل مادي يسهل على

(1) انظر في التعبير عن الارادة وتطابقها مع الارادة الباطنة فتحية سيد عثمان، دور الارادة في انشاء العقد، بحث منشور في مجلة العدل، العدد 23، السنة 10، ص92 وما بعدها.

من يريد اثباته الرجوع اليه في اثبات ما قام به ماديا، فالتصرف المادي يمكن اثباته بكافة طرق الاثبات، وتظهر هذه الوظيفة بشكل اوضح في مظهر الكتابة العرفية عن بقية المظاهر الاخرى من الشكلية.

2- الشكل وسيلة لحماية المتعاقد الآخر: إن الشكل، وبما تقدم بيانه، يوفر الحماية للمتعاقد الآخر شأنه في ذلك شأن المتصرف، فكل من المتصرف والمتعاقد معه الطرف في إبرام التصرف الشكلي، فالشكلية توفر لمن تعاقد مع المتصرف قوة خاصة وثابتة ضد جميع الاعتراضات ما دام ان العقد قد تم في صورة مادية، يمكن اثباتها بكافة طرق الاثبات، والأمر ذاته ينطبق بالنسبة إلى الكتابة العرفية، وكما قيل ان الكتابة شاهدا يصعب رشوته.

3- الشكلية وسيلة لحماية الغير، فالشكلية لا تقتصر في توفير الحماية لأطراف التعاقد فقط بل تمتد ايضا الى الغير، ففي الكتابة العرفية، كما الأوراق التجارية، على سبيل المثال وهي تصرفات شكلية تصدر بالإرادة المنفردة، فالإزامية توافر بيانات معينة في الأوراق التجارية ووجوب تدوين جميع التصرفات التي يكون موضوعها الورقة التجارية على هذه الورقة يمنح الثقة والأمان للغير الذي يتعامل بهذه الورقة، إذ أن ذلك يعطي صورة واضحة عن العمليات التي جرت على هذه الورقة، فالشكلية العرفية مظهر مادي يتم امام الآخرين بإمكانهم الرجوع اليه والتثبت منه.

هذا الى جانب ان الشكل يؤدي الى تحقيق الحماية للمتصرف والمتعاقد الاخر، والغير، فان للشكلية اهمية في استقرار المعاملات وتحقيق العدالة وما لها من تسهيل وتبسيط التعاقد على الاطراف⁽¹⁾.

المطلب الثاني

مظاهر الشكلية العرفية

ان للشكلية العرفية مظاهر متعددة تتخذها، ولا تكون على شكل ومظهر واحد، فقد يفرض العرف ان تصدر الارادة بشكل كتابة، عندها لا يمكن انشاء التصرف بغير هذا المظهر، ولا يجوز اتخاذ مظهر اخر، وقد يفرض اتخاذ شكل اخر غير الكتابة فيجب ايضا التقيد به في ابرام التصرف، فلا تنقيد الشكلية العرفية بالكتابة، بل يمكن ان تتخذ مظاهر اخرى، ولذا وسنتناول كل ذلك في فرعين، نخصص الفرع الاول للشكلية العرفية الكتابية، بينما سنفرد الفرع الثاني للشكلية العرفية غير الكتابية.

(1) د. عزت عبد المحسن سلامة، الشكلية ضمانا للحقوق العينية العقارية، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، 2018، ص20.

الفرع الاول

الشكلية العرفية الكتابية

الشكلية المتمثلة في الكتابة العرفية هي ((اشتراط أن يتم إنشاء التصرف بمحرر مكتوب موقع عليه من أطراف التصرف)). والتصرفات التي تشترط الكتابة العرفية لإنشائها عديدة، وقد تختلف في العدد من نظام قانوني إلى آخر، ومن أمثلتها: عقد تقرير المرتب مدى الحياة⁽²¹⁾، وموافقة شخص على قيام شخص آخر بالتأمين على حياته⁽²²⁾، وعقد إنشاء ملكية الأسرة⁽²³⁾، والتصرف في حقوق التأليف⁽²⁴⁾، والتصرف الذي يكون موضوعه نقل ملكية المحل التجاري أو إنشاء حق عيني آخر عليه أو تأجير استغلاله⁽²⁵⁾، وعقد نقل التكنولوجيا⁽²⁶⁾. أما التصرفات الشكلية التي تتطلب الكتابة العرفية لإنشائها في القانون الفرنسي فقد انتشرت في تشريعات عديدة، مثل العقود التي تنقل الحقوق المرتبطة بطلب براءة اكتشاف، والرهن العقاري البحري والجوي، والعقود المتعلقة باستثمار سفينة فرنسية وهي ما نصت عليها الفقرة الأولى من المادة العاشرة من القانون الصادر في (3) كانون الثاني 1967، وكذلك عقد الإيجار حسب أحكام المادة الثالثة من قانون MEHAIGNERIE الصادر في 23 كانون الأول 1986.

ويشترط في الكتابة العرفية لتكون صورة من صور الشكلية العرفية ما يأتي، أولا الكتابة، وتعرف الكتابة بأنها (تصوير مادي ظاهر وثابت للفظ بحروف الهجاء، وذلك في صورة تسطير للحروف وجمعها في الورقة بشكل يمكن التعرف عليه وبالتالي التعرف على إرادة الشخص الذي سلك طريق الكتابة أسلوباً للتعبير عن إرادته)⁽²⁷⁾.

(21) انظر المادة (979) مدني عراقي، والمادة (743) مدني مصري.

(22) انظر المادة (992) مدني عراقي، والمادة (755) مدني مصري.

(23) انظر المادة (851) مدني مصري.

(24) انظر المادة (38) من قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم 3 لسنة 1973، والمادة (37) من قانون حماية حق المؤلف المصري رقم 354 لسنة 1954.

(25) فقد نصت المادة (38) من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 على أنه ((كل تصرف يكون موضوعه نقل ملكية المتجر أو إنشاء حق عيني عليه أو تأجير استغلاله يجب أن يكون مكتوباً وإلا كان باطلاً)).

(26) فقد نصت المادة (1/74) من قانون التجارة المصري على أنه ((يجب أن يكون عقد نقل التكنولوجيا مكتوباً وإلا كان باطلاً)).

(27) د. فائق محمود الشمام: الشكلية في الأوراق التجارية، مجلة القانون المقارن، العدد (20)، السنة (13)، 1987، ص137.

وهذه الكتابة التي تشترط في الكتابة العرفية، قد تكون في صورة ثابتة فقط دون حاجة الى مراعاة صيغة معينة ولا اسلوب تدوين معين ويشترط فيها ان تكون ثابتة الاثر فقط بغض النظر عن صيغة التدوين او اللغة التي تكون عليها، وعلى العكس من ذلك فقد يشترط في الكتابة ان تتخذ صورة معينة تظهر بها، فقد يشترط في الكتابة المطلوبة ذكر بيانات معينة يترتب على تخلفها بطلان التصرف، كما في الاوراق التجارية فقد اوجب القانون ان يذكر في مضمون الورقة بيانات معينة بشكل مكتوب، وهي ما تعرف بالبيانات الالزامية، او قد يشترط في الكتابة ان تكون مكتوبة بخط اليد.

اما الشرط الثاني في الكتابة العرفية هو ما يتمثل بالتوقيع، فيعد عنصرا لا بد منه في إنشاء الكتابة العرفية، فأهمية وجود التوقيع تفيد موافقة صاحب التوقيع على ما جاء في السند الذي قام بتوقيعه، فالتوقيع يبين موافقة الإرادة الداخلية للموقع مع الالتزامات الظاهرية الواردة في المحرر⁽²⁸⁾. ويكون التوقيع في القانون العراقي بطريقتين: هما الإمضاء، وبصمة الإبهام، فقد نصت المادة (25/أولا) من قانون الإثبات العراقي على أنه ((يعتبر السند العادي صادرا ممن وقع ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو بصمة إبهام))⁽²⁹⁾، وعليه فقد يكون التوقيع اما عن طريق الامضاء او بصمة الابهام.

الفرع الثاني

الشكلية العرفية بغير الكتابة

ان الشكلية العرفية لا تتخذ من الكتابة العرفية مظهرا وحيدا لها، ولكن هناك مظاهر متعددة للشكلية لا مظهرا واحدا، فقد تكون صورة لفظ معين يفرضه العرف في التعبير عن الارادة، او قد تكون في صورة القيام بعمل معين لا يقوم العقد بدونه، وعليه فان الشكلية العرفية لا تتخذ من صورة الكتابة صورة لا بديل لها، بل انها تتخذ من اشكال اخرى صوراً لها.

ولكن هل يعتبر التعبير الصريح عن الارادة صورة من صور الشكلية العرفية؟

يقضي مبدأ سلطان الإرادة الذي ساد في أكثر القوانين المدنية ان تكون الإرادة لها الحرية في اختيار وسيلة التعبير عن ذاتها، ولا تقيد حريتها الا على سبيل الاستثناء. وتميز القوانين المدنية في نطاق التعبير عن

(28) انظر د. السنهوري: المرجع السابق، فقرة (106) ص176.

(29) في حين أضاف المشرع المصري الختم باعتباره طريقة من طرق التوقيع، فقد نصت المادة (1/14) من قانون الإثبات المصري على أنه ((يعتبر المحرر العرفي صادرا ممن وقع ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة إبهام)). وقد ألغى المشرع العراقي التوقيع عن طريق الختم فقد نصت المادة (42/ثانيا) على أنه ((لا يعتد بالسندات التي تذيل بالأختام الشخصية)).

الإرادة بين التعبير الصريح والتعبير الضمني⁽³⁰⁾، ولكنها تخلو من تعريف أو تحديد لمعنى كل منها، ومع ذلك يمكن تحديد معناهما في أن التعبير عن الإرادة يكون صريحاً إذا كان المظهر الذي اتخذه موضوعاً في ذاته للكشف عن هذه الإرادة حسب المؤلف بين الناس كالكلام أو الكتابة أو الإشارة أو ما إلى ذلك، ويكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا كان المظهر الذي اتخذه لم يوضع في ذاته للكشف عن الإرادة ولكنه مع ذلك لا يمكن تفسيره دون افتراض وجود هذه الإرادة وذلك مثل أن يعرض شخص شراء شيء معين على شخص آخر فيقوم هذا الأخير بالتصرف في ذلك الشيء⁽³¹⁾.

والقاعدة أن للتعبير الضمني عن الإرادة من القوة ما للتعبير الصريح عنها، غير أن القانون يقتضي أحياناً أن يكون التعبير عن الإرادة صريحاً⁽³²⁾.

⁽³⁰⁾ ومن هذه القوانين القانون المدني المصري الذي نصت المادة (90 / 2) منه على أنه ((يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً)). وقانون الموجبات والعقود اللبناني الذي قضت المادة (179) منه بأن التعبير قد يكون صريحاً وقد يكون ضمناً، كما قضت المادة (180) منه بأن القبول كالإيجاب يمكن أن يكون صريحاً أو ضمناً.

⁽³¹⁾ انظر د. السنهوري: الوسيط، ج 1، مرجع سابق، فقرة (76)، ص (176-177). د. شمس الدين الوكيل: دروس في العقد، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1960-1961، ص (56-57). د. عبد المنعم البراوي: النظرية العامة للالتزام: مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، بيروت، خال من التاريخ، ص (185-187). ولعل مما هو جدير بالإشارة هنا أن يجب عدم الخلط بين التعبير الصريح عن الإرادة وبين الحالات التي ينص فيها القانون على أن الإرادة لا تقتض، ومن ذلك التضامن على وفق ما جاء في المادة (320) مدني - عراقي، والمادة (279) مدني - مصري، وكذلك التجديد على وفق ما جاء في المادة (406 / 2) مدني عراقي، والمادة (360) مدني - مصري، فمثل هذه الحالات لا تعد تعبيراً صريحاً وإنما هي مواضع يتشدد فيها المشرع في استخلاص التعبير الضمني ((انظر د. السنهوري المرجع السابق، فقرة (76)، ص 178 حاشية رقم (1)). وقد يكون من هذا الخلط أن يقرر بعض الفقهاء أن التضامن بين المدينين هو من الحالات التي يشترط فيها التعبير الصريح. ((انظر د. عبد المجيد الحكيم: الموجز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، فقرة (84)، ص 57)).

⁽³²⁾ فعلى سبيل المثال تنص المادة (178) مدني - عراقي التي تقابلها المادة (158) مدني - مصري على أنه ((يجوز الاتفاق على أن العقد يعتبر مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، وهذا الاتفاق لا يعفي من الإعذار إلا إذا اتفق صراحة على عدم ضرورته)).

وتنص المادة (778 / 1) مدني - عراقي التي تقابلها المادة (567 / أ) مدني - مصري على أنه ((تبرأ ذمة المستأجر الأول نحو المؤجر سواء فيما يتعلق بما يفرضه عقد الإيجار الأول من التزامات في حالة الإيجار الثاني أو فيما يتعلق بضمانه للمتأثر إليه في حالة التنازل عن الإيجار - إذا صدر من المؤجر قبول صريح بالإيجار الثاني أو بالتنازل عن الإيجار دون أن يبدي أي تحفظ بشأن حقوقه قبل المستأجر الأول)). كما تنص المادة (912 / 2) مدني - عراقي التي تقابلها المادة

واختلف فيه الرأي بين من اعتبرها شكلية باعتبارها تقيد الإرادة بظهور الإرادة في شكل معين لا يستبدل بغيره من الأشكال، بينما يرى آخرون بأن التعبير صريح لا يشكل شكلية خاصة حتى وإن كان يفرغ في شكل معين وذلك لإمكان اتخاذ طريق آخر إذا أمكن أن تترجم الإرادة دون لبس، فالأمر يتصل بمشكلة وجود وتفسير الإرادة لا بطريقة التعبير عنها، فالإرادة تكون صريحة ما دامت مؤكدة ولا عبرة بالطريقة التي تم التعبير عنها، ولذلك فهي من قبيل الشكل الحر.

بينما ذهب آخرون إلى أنها شكلية حديثة يتخذها القانون الحديث، فأطلق على ذلك الكتاب وصف الشكلية المخففة، فاستلزام القانون هذه الصورة من صور التعبير هو شكلية مفروضة بالقانون.

وبغض النظر عن النقاشات التي قيلت في اعتبارها نوع من أنواع الشكلية القانونية المفروضة بنص القانون، فأنا نذهب إلى أنها تعتبر شكلية أو مظهر من مظاهر الشكلية العرفية، طالما درج الناس على استعمال ذلك في تعاملاتهم، وعدم مراعاتها من قبل الأطراف يعيب تصرفهم، فإذا اعتاد الناس في بعض العقود على ذكر اسمه صراحة ليتم إبرامه فلا ينعقد العقد إذا لم يذكر من قبلهم، وبالتالي فإنها شكلية عرفية وتتخذ مظهرًا من مظاهرها، ولها الزامية واجبة الاتباع، مستمدة من العرف كما سنرى في المطالب القادمة.

أما فيما يخص اللفظ فقد استعان القانون المدني العراقي في الفاظ الإيجاب والقبول، بالعرف في الدلالة عليهما⁽³³⁾، فذكر النص أن الإيجاب والقبول كل لفظين مستعملين عرفاً لأنشاء العقد، وبذلك فإن القانون يختار في تحديد طريقة التعبير اللفظي عن الإيجاب والقبول بالعرف، فإذا كان في أحد العقود استعمال لفظ خاص لتعبير عن الإيجاب، استلزم الأمر لانعقاده اتباع ذلك اللفظ في توجيه الإيجاب وإنشاء العقد وإلا كان التصرف باطلاً، وعلى ذلك نستدل أن الشكلية العرفية لا تنحصر في الكتابة وإنما تتخذ شكلية في مظهر اللفظ، يجب مراعاته عند إنشاء العقد.

(688/ 2) مدني - مصري على أنه ((أن ما استنبطه العامل من اختراعات في إنشاء عمله يكون من حق رب العمل... إذا كان رب العمل قد اشترط في العقد صراحة أن يكون له الحق فيما يهتدي إليه من المخترعات)). وتقضي المادة (29) إثبات عراقي بأنه ((أولاً: لا تكون القيود الواردة في الدفاتر غير الإلزامية والدفاتر والأوراق الخاصة حجة لصاحبها. ثانياً: لا يجوز أن تكون القيود الواردة في الفقرة السابقة حجة على صاحبها إلا في الحالتين الآتيتين أ - إذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى ديناً. ب- إذا ذكر فيها صراحة أنه قصد بما دُون فيها أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقاً لمصلحته)). كما تقضي المادة (18) إثبات - مصري بأنه ((الدفاتر والأوراق المنزلية لا تكون حجة على من صدرت منه إلا في الحالتين 1. إذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى ديناً. 2. إذا ذكر صراحة أنه قصد بما دُون في هذه الأوراق أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقاً لمصلحته)).

(33) انظر نص المادة (77) من القانون المدني العراقي وانظر المادة (90) من القانون المدني المصري والمادة (98) منه.

اما فيما يخص الشكلية في المظاهر الاخرى كان يكون القيام بشيء قبل ان يتم الدخول في العقد، فقد يحدث ان يعتاد الناس في عقود معينة ولأهميتها ان يشترط فيها تقديم كفالة، واصبحت بينهم بأنها من الامور التي لا حاجة لذكرها، فعلى العاقد الذي يروم ابرام هكذا نوع من العقود ان يوفر هذه الكفالة التي يحتاج اليها في ابرام العقد، والا فان العاقد الاخر بإمكانه الامتناع عن ابرام العقد لعدم توفر هذا الشرط فيه، او كما لو تطلب العقد من البائع التسليم فلا ينعقد العقد بدونه، فهذا التسليم ان كان مفروضا بنص القانون كنا امام عقد عيني، اما العقود الاخرى التي لا يتطلب فيها القانون التسليم ولكن العرف هو من يقضي بذلك وان كان لا يمكن اعتبارها من العقود العينية الا انها من العقود الشكلية التي يقتضي فيها الامر القيام بأمر معين لانعقاد العقد وهو التسليم.

وهناك الكثير من العقود التجارية التي لا ينص فيها القانون على اتباع شكلية معينة، ولكن اطراد التجار فيها على اتخاذ اسلوب معين في التعبير عن الارادة حول هذه العقود من الرضائية الى الشكلية، كما في عقد الليزنغ وعقد تحويل الفاتورة، الذي يعتبر من الضروري كتابته من اجل اظهار جميع شروطه بشكل واضح وصريح، فعلى الرغم من عدم نص المشرع فيه في القوانين التي تأخذ به على البيانات الواجب توافرها فان العرف والضرورات العملية للعقد استقرت على اهمية كتابته⁽³⁴⁾.

المبحث الثاني

احكام الشكلية العرفية

كما بينا سابقا فان الشكلية العرفية لها احكامها الخاصة التي تختلف فيها عن الشكلية بنوعها القانونية والاتفاقية، وعليه فأنا سنوضح جزءا من احكامها الخاصة بها، كدورها في العقود من خلال الزاميتها فيه، كما سنتطرق الى الجزاء المترتب على عدم مراعاة الشكلية، وذلك في مطلبين نخصص الاول لدور الشكلية في العقود والثاني لجزاء تخلف الشكل.

المطلب الاول

دور الشكلية في العقود

في هذا المطلب سنوضح هل ان الشكلية العرفية كما في الشكلية القانونية الزامية ولا يجوز الاتفاق على خلافها ام انها غير ذلك، وسنجيب على هذا التساؤل من خلال فرعين، الفرع الاول الزامية الشكلية العرفية، والفرع الثاني مدى جواز الاتفاق على خلافها.

⁽³⁴⁾ بن عشي امال، عقد تحويل الفاتورة كألية لتحصيل الحقوق التجارية، بحث منشور في مجلة الحقوق والعلوم السياسية، ع8،

الفرع الاول

الزامية الشكلية العرفية

الشكل في الاساس، هو نقيض لمبدأ الرضائية، وكلما كان دور الشكل هاما في العقود، كلما تراجع دور الرضا.

ولكن إذا كان هذا الأمر صحيحا بالنسبة للشكليات المفروضة قانونا، فإنه على النقيض من ذلك بالنسبة للشكل المفروض بإرادة المتعاقدين، إذ يكون دور الشكل عندها لحماية المتعاقدين، ولتكريس مبدأ سلطان الارادة في العقود.

والمشرع اللبناني كرس الشكل المفروض بإرادة المتعاقدين في المادة ٢٢٠ فقرة 3 من قانون الموجبات والعقود والتي نصت على أنه " إذا اتفق المتعاقدان من جهة أخرى على وضع العقد في صيغة خاصة لا يوجبها القانون كالصيغة الخطية مثلا فإن العقد لا ينعقد ولا ينتج مفاعيله حتى بين المتعاقدين، إلا حينما يوضع في تلك الصيغة ".

ويمكن تسمية هذا الشكل، بالشكل الاتفاقي لأنه يثبت باتفاق المتعاقدين. ولكن لا يمكنه أن يجعل من العقد الرضائي عقداً شكلياً، لأنه ذو طبيعة مختلفة عن الشكل القانوني " . إذ أن الشكل الاتفاقي، يمكن الفرقاء من الرجوع عنه نتيجة رضاء قاطع بينهما بالتخلي عنه.

بينما الشكل القانوني لا يستطيع الفرقاء مخالفته، سيما إذا كان المشرع يستهدف من ورائه تحقيق مصلحة سامية تعلو مصلحة المتعاقدين، كما أن جزءا تخلف الشكل القانوني يحدده القانون، بينما جزءا تخلف الشكل الاتفاقي يحدده فرقاء العقد، ويمكنهم التنازل عن هذا الجزء، واعتبار العقد قائماً فيما بينهم.

فمبدأ الرضائية ليس متعلقاً بالنظام العام، ويستطيع الفرقاء عدم اعتبار العقد قائماً فيما بينهم إلا باستيفاء شكليات خاصة اتفقوا على مراعاتها عند إبرام العقد، ومثلاً عن الشكليات الاتفاقية اتفاق المتعاقدين بمقتضى عقد ابتدائي، على أن يكون التعاقد النهائي بالكتابة. أو إذا قاموا بإدراج شرط في عقد الإيجار، يقضي بأن يكون الإنذار بالإخلاء كتابة. فتكون الكتابة في هذه الحالات مفروضة بإرادة المتعاقدين، ولا تشكل قيداً عليها، بل بالعكس فإنها تعمل على تعزيزها⁽³⁵⁾.

وإذا كانت الشكلية القانونية مفروضة بنص القانون وتكتسب قوتها والزاميتها منه، والشكل الاتفاقي غير ملزم للأطراف، فيمكنهم ان يتفقوا عليه او يتجاوزوا الاخذ به، اين تقف الشكلية العرفية من كل ذلك، فالشكلية

⁽³⁵⁾ محمد علي عبدة، دور الشكل في العقود، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت لبنان، بلا سنة، ص119 120

العرفية ليست اتفاقية وليست مفروضة بنص قانوني لا يمكن تجاوزه، هي ملزمة بالزام العرف⁽³⁶⁾، فتقف في المنتصف بين الشكل القانونية والشكل الاتفاقية، فهي لها الزام كما للشكلية القانونية ولكنها لا تملك ما يملكه الشكل الذي يفرضه القانون فيجوز الاتفاق على خلافها، كما ان الزاميتها على خلاف الشكلية الاتفاقية غير الملزمة فيجب مراعاتها عكس الاتفاقية، فالشكلية الاتفاقية غير موجودة في الاصل وان الاطراف هم من يصنعونها ويفرضونها على انفسهم وقد يتفقون فيما بعد على عدم الاخذ بها ويبقى العقد صحيحا لا تشوبه شائبة ويرتب جميع آثاره، اما الشكلية العرفية فهي موجودة بالأصل قبل ان يتفق عليها المتعاقدين وقبل التطرق الى عدم الاخذ بها فأنها تكون مفروضة عليهم ويجب الاخذ بها من قبلهم، ويمكن للمتعاقد اذا لم يراع الطرف المقابل الشكلية ان يطالب بأبطال العقد واعتباره كان لم يكن.

وبالتالي فان الشكلية العرفية تملك الالزامية التي تمكن الاطراف من التمسك بها والمطالبة بأبطال العقد اذا لم يراع الشكلية التي فرضها العرف، وبرز مثال صادق على ذلك هو العقود النموذجية⁽³⁷⁾، فاذا كان هناك عقد نموذجي يتم في شكل خاص ويتضمن شروط معينة، فان قيام الاطراف بالتعاقد على وفق العقد النموذجي ولم يتبع احد الاطراف الشكلية فيه وتجاهلها فان ذلك يمكن الطرف المقابل من طلب ابطال العقد، او تبين فيما بعد تضمن احد الشروط في العقد النموذجي فيما تم ابرامه بين المتعاقدين ايضا يجعل من العقد معيبا وعرضة للأبطال.

الفرع الثاني

امكانية الاتفاق على خلاف الشكلية العرفية

راينا في الفرع السابق بان الشكلية العرفية الزامية، وتستمد الزاميتها من الزامية العرف، ولكن ما مدى هذه الالزامية في الشكلية العرفية؟

⁽³⁶⁾ رجع القانون المدني الى العرف في الكثير من الاحكام وجعله من مصادر القاعدة القانونية في المادة الاولى منه في الفقرة الثانية، كما اعتمد عليه في ترتيب العديد من الاحكام كما في المادة 131 و المادة 150، والمادة 163 والتي جاء فيها ان المعروف عرفا كالمشروط شرطا والتعين بالعرف كالتعين بالنص، وبالتالي فان هذا النص كافيا للتمسك بالشكلية = = العرفية على ضوئه، والمادة 164 التي جاءت بان العادة محكمة عامة كانت او خاصة، والفقرة الثانية التي جاء فيها ان استعمال الناس حجة يجب العمل بها، وغيرها العديد من النصوص.

⁽³⁷⁾ يعرف العقد النموذجي بانه عقد يتم اعداده مسبقا من قبل احد طرفيه او كليهما بصيغ معتادة في العقد بصورة مطبوعة ليتضمن حقوق والتزامات الاطراف المتعاقدة مستقبلا، علي ماجد صاحب، العقد النموذجي، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، 2009، ص9

ان الشكلية المقررة بحكم العرف مفروضة على الاطراف، ويستطيع المتعاقد المطالبة بأبطال العقد الذي يخلو من الشكلية العرفية، ويبدو هذا الالتزام واضحاً أكثر في نص المادة 926 من القانون المدني العراقي⁽³⁸⁾، والمتعلقة بعقد تعليم المهنة، اذ جاء في الفقرة الثانية منها بأنه ((وتخضع شروط صحة العقد واحكامه لعادات المهنة والعرف الجاري فيها...)). وعليه فان هذا النص واضح في اتباع العرف في كل ما يتعلق بعقد تعليم المهنة، سواء فيما يتعلق بشروط صحة العقد او فيما يتعلق بأحكامه، وعليه فانه اذا كان العقد يقضي على اطرافه ان يعقد باتباع شكلية معينة، فذلك يفرض اتباع هذه الشكلية، ولكن لو ان المتعاقدين تطرقا الى عدم اتباع الشكلية التي يفرضها عليهم العرف، فان ذلك جائز لهم، لانهم اعرف من غيرهم في اتباع الشكلية والاجراءات التي تحقق لهم مصالحهم التي يرومون الحصول عليها من التعاقد، ولذلك فليس هناك ما يمنع المتعاقدين من ان يجعلوا العقد رضائياً ويتجاوزوا الشكلية التي يفرضها عليهم العقد⁽³⁹⁾.

وفي ضوء ما تقدم فان كان العقد يفرض في انعقاده شكلية معينة كأن فرض العرف ان يتم التعبير عن الارادة بشكل معين، او الفاظ معينة ليدل العقد بصورة صريحة على ما اتجهت اليه ارادة المتعاقدين، او كان يتطلب بان العقد لا يتم الا من خلال فعل معين او اي شكلية اخرى تخرج العقد من الرضائية للعقد، واختار الاطراف قبل الاقدام على ابرام العقد بانهم لا يقومون بها وان العقد رضائياً، صح الشرط وصح العقد، وعندها لا يجوز لاحدهم ان يطالب الطرف المقابل التمسك بهذا الشكل العرفي، ولا ان يفرضه فيما بعد، طالما قد جرى الاتفاق على مخالفته.

وان هذه الالتزامية للشكلية تستمد من القوة الالتزامية للعرف، وبالتالي فان احكام الالتزام تتبع العرف في فرضها وفي جواز مخالفتها، وبما ان الزامية العرف في بعض الاحيان يعطيها القانون قوة تفوق الزامية القاعدة القانونية في مواضع كثيرة منه ولكنه لا يجوز ان يخالف العرف القاعدة الامرة في القانون لأنها تعتبر من النظام العام الذي يجوز مخالفته او الاتفاق على ما يخالفه⁽⁴⁰⁾، ولكنه يمكن مخالفة العرف باتفاق الاطراف، على ان لا تكون المخالفة قبل احدها سبب الضرر للطرف الآخر.

⁽³⁸⁾ انظر المواد (979، 711، 992)، من القانون المدني العراقي.

⁽³⁹⁾ صالح احد عبطان، الشكلية في العقود الالكترونية، بحث منشور في مجلة الراغبين للحقوق، مجلد2، السنة العاشرة، عدد 25، 2005، ص249

⁽⁴⁰⁾ انظر محمد كتاب، جواز مخالفة العرف للقواعد القانونية الامرة والمكملة، مقال منشور على الموقع الالكتروني

<https://www.business4lions.com/%D9%85%D8%AE%D8%A7%D9%84%D9%81%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%B9%D8%B1%D9%81-%D9%84%D9%84%D9%82%D9%88%D8%A7%D8%B9%D8%AF->

المطلب الثاني

جزاء تخلف الشككية العرفية

بعد ان رأينا بان الشككية العرفية الزامية وان كانت الزاميتها لا ترقى الى الزامية الشككية القانونية، والتي تكون مفروضة بنص القانون، الا انها تتضمن جزاء نتيجة عدم مراعاتها من الاطراف، فتعطيهم الحق، رغم عدم وجود نص بذلك، في المطالبة بالبطلان وبالإضافة الى ذلك تخول الطرف، الذي يتمسك بها، بالمطالبة بالتعويض لعدم مراعاتها من الطرف الاخر، وكل ذلك وفقا للقواعد العامة، ومستمدة هذه الالزامية من العرف ذاته، وسنتناول هذه الجزاءات من خلال الفرعين الآتيين.

الفرع الاول

البطلان

يعرف البطلان بأنه ((الجزاء القانوني على عدم استجماع العقد لأركانه كاملة مستوفية لشروطها))⁽⁴¹⁾. وعرف بأنه ((يكون إبطال العقد على الدوام من أجل عيب أصلي لحقه وقت إنشائه))⁽⁴²⁾. كما يعرف أيضا بأنه ((جزاء يترتب المشرع وتقضي به المحكمة بغير نص إذا ما افتقر العمل القانوني أحد الشروط الشككية أو الموضوعية المطلوبة لصحته قانونا، ويؤدي هذا الجزاء الى عدم فاعلية العمل القانوني وافتقاره لقيمته القانونية المفترضة في حال صحته))⁽⁴³⁾.

وتناول القانون المدني العقد الباطل في المادة (1/137) وعرفه بأنه ((لا يصح أصلا باعتبار ذاته، أو وصفا باعتبار بعض أوصافه الخارجية)). وتلت هذه الفقرة بيان حالات البطلان في العقد ذاته والبطلان في أوصافه، فذكرت الفقرة الثانية من المادة نفسها حالات الإبطال في العقد ذاته، وجاء فيها ((فيكون العقد باطلا إذا كان في ركنه خلل كأن يكون الإيجاب والقبول صادرين ممن ليس أهلا للتعاقد أو يكون المحل غير قابل لحكم العقد أو يكون السبب غير مشروع)). وجاء في الفقرة الثالثة حالات الإبطال الراجعة لأوصاف العقد ونصت بأنه ((ويكون باطلا أيضا إذا اختلفت بعض أوصافه كأن يكون المعقود عليه مجهولا جهالة فاحشة أو يكون العقد غير مستوف للشكل الذي فرضه القانون)).

[/D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86%D9%8A%D8%A9](#) تاريخ الزيارة

2024 /5/24

(41) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق، ص394

(42) د. مورييس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني، ج3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص364

(43) د. عبد الحميد الشواربي، التعليق الموضوعي على قانون المرافعات، ج1، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2004، ص206،

نقلا عن د. حسين عبد القادر معروف، المرجع السابق، ص87

وعليه نطرح التساؤل الآتي، الى ماذا يؤدي تخلف الشكلية العرفية، هل يؤدي الى بطلان العقد ام توقف العقد، ام فسخه، ام غيرها، واول ما يتم استبعاده هو فسخ العقد، باعتبار ان الشكلية تتعلق بالتعبير عن الارادة اي بطريقة ظهور الارادة الى العالم الخارجي، وهي بهذا الوصف تعني ان العقد لا ينعقد مالم تراعى هذه الشكلية، اي ان العقد لما يوجد بعد، اما الفسخ وحسب نص المادة 177 من القانون المدني، يرد على عقد مكتمل الاركان ولكن احد الاطراف لا ينفذ ما بذمته من التزام، اذ جاء في المادة انه في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف احد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الاخر بعد الاعذار ان يطلب الفسخ مع التعويض، ان كان له مقتضى، كما يجوز لها ان ترفض طلب الفسخ اذا كان ما لم يوف به المدين قليلا بالنسبة للالتزام في جملة، وعليه فان الفسخ يستبعد عن دائرة البحث للأسباب المذكورة آنفاً، وبالتالي ينحصر الامر بين البطلان والوقف، اما فيما يتعلق بالوقف فان اسباب الوقف محددة ولا يمكن ان نعزو الامر اليها، فالوقف اما ان يكون اكراه او غلط، او غبن مع التغيرير او استغلال⁽⁴⁴⁾، ولا يدخل تخلف الشكلية العرفية تحت اي سبب منها، وعليه فان تخلف الشكل يؤدي الى بطلان العقد، لأنه سيتعلق بأبرام العقد والتعبير عن الارادة، والارادة متعلقة بالرضا، وبالتالي فأت أي خلل فيها سيخل بأحد اهم اركان العقد والذي يترتب عليه البطلان، ولكن من اين تأتي الزامية هذا البطلان؟ تأتي هذه الزامية من خلال العرف، فكما مر بنا فان العرف هو من يفرض هذه الشكلية وعليه يمكن الاستناد عليه في طلب البطلان.

وخلاصة ما تقدم فان عدم اتباع الشكلية العرفية من قبل احد الاطراف يمكن الطرف الاخر من طلب ابطال العقد لعدم العمل به، ولكن هذه النتيجة لا تكون دائماً هي التي يتوصل اليها في تخلف الشكل، فيما ان الشكلية مستمدة من العرف فان عدم الالتزام بالعرف لا يعني البطلان دائماً ولكنه الصورة البارزة فيه، لان هناك بعض الاشكال التي يترتب على مخالفتها مجرد التعويض ولا يترتب عليها البطلان، وبالتالي فان البطلان هو الصورة البارزة من جزاءات تخلف الشكل.

الفرع الثاني

التعويض

(44) انظر المادة 112 وما بعدها من القانون المدني العراقي

يعرف التعويض⁽⁴⁵⁾ بأنه ((مبلغ من النقود أو أية ترضية من جنس الضرر تعادل المنفعة التي كان سينالها الدائن فيما لو نفذ المدين التزامه على النحو الذي يوجبه حسن النية وتقتضيه الثقة في المعاملات))⁽⁴⁶⁾. فليزم الشخص مرتكب الفعل بالتعويض للشخص الذي أصابه الضرر، فهو الأثر المترتب نتيجة عدم اتباع الشكالية⁽⁴⁷⁾.

والتعويض أما أن يكون تعويضاً عينياً وأما أن يكون تعويضاً نقدياً، ومن ثم فالتعويض قد يكون مقدراً بالنقود وقد لا يكون، وإن كان الأصل أن المحكمة تحكم بالتعويض النقدي إلا أنه لا يمنع من أن تحكم بتعويض غير نقدي، وهذا ما يمكن ملاحظته بالنسبة للقانون المدني العراقي كما في نص المادة (255) إذ نصت ((ينفذ الالتزام بطريق التعويض في الأحوال وطبقاً للأحكام التي نص عليها القانون)). وعزز ذلك نص المادة (209) فتضمنت ما يأتي ((1_ تعين المحكمة طريقة التعويض تبعاً للظروف. ويصح أن يكون التعويض أقساطاً، أو إيراداً مرتباً ويجوز في هذه الحالة إلزام المدين بأن يقدم تأميناً. 2_ أن تأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه أو أن تحكم بأداء أمر معين أو برد المثل في المثليات. وذلك على سبيل التعويض)).

فالتعويض إذا إما أن يكون مبالغ من النقود أو قد لا يكون كذلك، فيكون في أحد الصور التي حددتها المادة 209 إما أن تأمر بإعادة الحال إلى ما كانت عليه، أو أن تحكم بأداء أمر معين، أو برد المثل في المثليات⁽⁴⁸⁾، وفي حدود النصوص القانونية التي قضت بالتعويض للغش لم تشر إلى هذا النوع من أنواع التعويضات فجميع النصوص تقر بالتعويض النقدي، والتعويض النقدي إما أن يكون بصورة جزاء أصلي تحكم به المحكمة وفقاً للنص أو يكون جزاء تكميلياً للجزاء الأصلي⁽⁴⁹⁾.

وفي ضوء ما تقدم فإن التعويض إما أن يحكم به مباشرة نتيجة تخلف الشكل، أي أنه المحكمة لا تقرر البطلان من الأساس بل أنها تقرر الحكم بالتعويض ابتداءً لتخلف الشكل، لأننا كنا قد حددنا الشكل بالشكل الذي يفرضه العرف، وهذا العرف لا يفرض درجة واحدة من الإلزامية، فبعض الأعراف تفرض الزامية يترتب

(45) أحمد أبو السعود، المرجع السابق، ص366؛ يعقوبي صبرينة، النظام القانوني لعقد التأمين البحري، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري، تيري وزو، الجزائر، 2017، ص18؛ عبد علي رضا، رجوع المؤمن على الغير المسؤول عن الضرر، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، كلية القانون والسياسة، بغداد، 1982، ص23

(46) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، المرجع السابق، ص43

(47) حسين عبد القادر معروف، المرجع السابق، ص138-139

(48) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج1 مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص245

(49) علي كريم كاظم، الغش في عقد التأمين البحري، رسالة ماجستير، جامعة البصرة، كلية القانون، 2020، ص141

على تخلفها البطلان ولا ينظر بالتالي الاخر بمجرد بطلان كان شيء لم يكون، وهذا هو الاصل والبطلان المقرر يتبعه التعويض ولكنه تعويض، فيكون التعويض جزاء تابعا للجزاء الاصلي.

وقد يحكم بالتعويض نتيجة البطلان، فاذا حكمت المحكمة ببطلان التصرف نتيجة تخلف الشكل العرفي، فان ذلك لا يمنع المطالبة بالتعويض اذا كان له ما يبرره، وعليه للمحكمة ان تحكم بالتعويض الى جانب البطلان، بالتعويض، ويشترط فيه كي يحكم له به، توافر الشروط العامة فيه، فاذا اصاب الشخص ضرر لعدم امكان جبره على ابرام العقد واتباع شكلية معينة، فانه يصاب بضرر ويكون الخطأ في هذه المسؤولية بصورة امتناع الشخص المقابل عن اتباع شكلية معينة، وان توافر العلاقة السببية من الخطأ والضرر، يعطي الحق للشخص بالمطالبة بالتعويض، فاذا ابطال التصرف نتيجة ذلك فان الشخص ان تضرر يستطيع المطالبة بالتعويض.

الخاتمة:

من خلال ما تقدم طرحه في دراسة البحث توصلنا الى مجموعة من النتائج، كما اننا سنطرح مجموعة من المقترحات في الخاتمة:

اولا: النتائج:

- 1 - عرفنا ان الشكلية العرفية لم يتم التطرق لها لا في القانون ولا في الكتابات القانونية، ولكن بدا انتشار المصطلح في الآونة الاخيرة من الناحية العملية، مما دعانا الى تناوله كموضوع للبحث وتحديد ماهيته ومعالمه، ولذلك عرفناها بانها فرض تجسيد صدور الارادة من الاطراف في صورة معينة بواسطة ادراج الناس على اتباعها في تصرف معين.
- 2 - وضحنا وظيفتها في الحياة القانونية وما تؤديه هذه وظيفة من حفظ المعاملات واستقرارها، والتعبير الصادق عن دور الارادة وازافة الى ذلك فأنها توفر وسيلة الاثبات الايسر.
- 3 - وتطرقنا الى المظاهر التي يمكن ان تظهر بها الشكلية العرفية، وراينا انها لا تظهر في صورة الكتابة فقط، بل انها يمكن ان تظهر في اي شكل اخر يدرج الناس على اتباعه وفي اتخاذ تعبيراً عن ارادتهم، فان استحسنه الآخرون وصار فيه الزام عرفي، اخذ شكل الشكلية العرفية.
- 4 - وعلمنا الالزامية التي تفرضها الشكلية والمكانة التي تتخذها بين الشكليات الاخرى، وراينا انها تتخذ مكانا وسط بين الشكليات، فيكون ترتيبها كالتالي، شكلية اتفاقية وشكلية عرفية وشكلية قانونية، فهي كما تبين لنا شكلية اقوى من الشكلية الاتفاقية واضعف من الشكلية القانونية، وانها تستمد هذه الالزامية من خلال العرف اي ان العرف هو من يفرضها، وبالتالي فان الالزامية تكون الزامية العرف

لا الشكل، لان الاطراف بإمكانهم ان يتفقوا على خلاف ما فرضه هذا العرف من اتباع شكلية معينة في التعبير عن الارادة.

وان هذه الالزامية التي تستمد من العرف تمكن الاطراف من التمسك بها، ويملك في مواجهة الطرف الاخر وطبقا للقواعد العامة، ان يطلب ابطال العقد لأنها قد تكون شكلية للانعقاد، وبالتالي فلا وجود للعقد الخالي من الشكلية العرفية، اما اذا كانت للأثبات فلا فرض فيها لاتباع الشكلية وان عدم وجودها لا يعني ابطال العقد، وانما فقط سيكون هناك صعوبة في اثبات الحق المدعى به، وقد يؤدي عدم الاخذ بالشكلية الى التسبب بالأضرار الى الطرف المقابل، عندها يحق له المطالبة بالتعويض عن ذلك.

ثانيا: المقترحات:

- 1 - ندعو المشرع العراقي الى النص على الشكلية العرفية، والزام الاطراف بالالتزام بالشكل الذي يفرضه العرف، لما له من الاهمية عند الطرف المتعاقد في التمسك بها، وعدم الاكتفاء بنصوص عامة عن اتباع العرف.
- 2 - كما اننا ندعو المشرع الى المرونة في صياغة النصوص القانونية التي تأخذ بالشكلية العرفية وذلك لأنها تتبع التطبيق العملي والواقع المتغير بين الفينة والاخرى.
- 3 - النص على الجزاء المتناسب مع الاخلال الصادر في الشكلية العرفية، واعطاء الاطراف الحق في المطالبة بالتعويض عند عدم تمسك احد الاطراف الشكلية والتسبب بالأضرار الى الطرف الآخر.

المصادر:

اولا: الكتب

1. انور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1970.
2. سعيد ايت مولد، فاطمة الزهراء ايت مولد، الشكلية في العقود التجارية، بحث لنيل شهادة الاجازة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض القانونية، مراكش، 2021، 2022.
3. شمس الدين الوكيل: دروس في العقد، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1960- 1961.
4. عبد الباقي البكري، وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون، ط3، المكتبة القانون، بغداد، 2011.
5. عبد الحميد الشواربي، التعليق الموضوعي على قانون المرافعات، ج1، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2004.
6. عبد الرزاق احمد السنهوري: الوسيط، ج10، في التأمينات الشخصية والعينية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1970.
7. عبد الرزاق احمد السنهوري، نظرة العقد، الجزء الاول، الطبعة الثانية الجدة، منشورا الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998

8. عبد الرزاق احمد السنهوري، نظرية العقد، المجمع العلمي العربي الاسلامي، بيروت، لبنان، بلا سنة.
 9. عبد الرشيد عبد الباسط، التصرف القانوني الشكلي في الفقه الاسلامي المقارن، دار النشر الذهبي للطباعة، القاهرة، 2000.
 10. عبد المنعم البدر اوي: النظرية العامة للعقد، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، بيروت، بدون ذكر السنة.
 11. محمد علي عبدة، دور الشكل في العقود، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت لبنان، بلا سنة.
 12. محمود جمال الدين زكي: التأمينات الشخصية والعينية، الطبعة الثالثة، مطابع دار الشعب، القاهرة 1979.
 13. مورييس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني، ج3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007.
 14. ياسين الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، القسم الاول، انعقاد العقد، ج1، المجلد الاول، دار وائل للنشر، عمان، ط1، 2002.
 15. عزت عبد المحسن سلامة، الشكلية ضمانا للحقوق العينية العقارية، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، 2018.
- ثانيا: الرسائل والاطاريح:
1. بلعيد توبس، العقود التجارية بين الرضائية والشكلية في القانون المغربي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، المغرب.
 2. حسين عبد القادر معروف، فكرة الشكلية وتطبيقاتها في العقود، اطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، 2004.
 3. عبد علي رضا، رجوع المؤمن على الغير المسؤول عن الضرر، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، كلية القانون والسياسة، بغداد، 1982.
 4. علي بن محمد بن علي الشهري، العرف وتطبيقاته القضائية، كلية الشريعة و اصول الدين، جامعة نجران.
 5. علي كريم كاظم، الغش في عقد التأمين البحري، رسالة ماجستير، جامعة البصرة، كلية القانون، 2020.
 6. علي ماجد صاحب، العقد النموذجي، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، 2009.
 7. فراح ربيعة، تطور الشكلية في العقود، اطروحة دكتوراه، جامعة 8 ماي 1945 قالمة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2024.
 8. محمد بوكار، مبارك الهردي، عبد الله مجد، محسن اشليح، امتداد الشكلية من العقود المدنية الى العقود التجارية، ماستر قانون العقار والتعمير، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة بن اكادير مراكش، 2022، 2023.
 9. يعقوبي صبرينة، النظام القانوني لعقد التأمين البحري، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2017.

10. سعيد ايت مولد، فاطمة الزهراء ايت مولد، الشكلية في العقود التجارية، بحث لنيل شهادة الاجازة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض القانونية، مراكش، 2021، 2022.

ثالثا: البحوث:

1. بن عشي امال، عقد تحويل الفاتورة كألية لتحصيل الحقوق التجارية، بحث منشور في مجلة الحقوق والعلوم السياسية، ع8، ج1، جوان 2017.
2. صالح احد عبطان، الشكلية في العقود الالكترونية، بحث منشور في مجلة الرافين للحقوق، مجلد2، السنة العاشرة، عدد 25 ، 2005.
3. صفاء متعب فجة الخزاعي، دور العرف في حياة القاعدة القانونية، دراسة مقارنة في النظم الوضعية، بحث منشور في دار المنظومة، مج10، ع31، اذار من 2017 .
4. فائق محمود الشماع: الشكلية في الأوراق التجارية، مجلة القانون المقارن، العدد (20)، السنة (13)، 1987.
5. الصالح بو غرارة، الشكلية في التصرفات القانونية، بحث منشور في مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، العدد 1.
6. فتحية سيد عثمان، دور الارادة في انشاء العقد، بحث منشور في مجلة العدل، العدد 23، السنة 10.

رابعا: المواقع الالكترونية:

- محمد كتاب، جواز مخالفة العرف للقواعد القانونية الامرة والمكملة، مقال منشور على الموقع الالكتروني

<https://www.business4lions.com/%D9%85%D8%AE%D8%A7%D9%84%D9%81%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%B9%D8%B1%D9%81-%D9%84%D9%84%D9%82%D9%88%D8%A7%D8%B9%D8%AF-%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86%D9%8A%D8%A9>

القوانين:

- 1 - قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة 1932
- 2 - القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948
- 3 - القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951
- 4 - قانون حماية حق المؤلف المصري رقم 354 لسنة 1954
- 5 - قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم 13 لسنة 1968
- 6 - قانون التسجيل العقاري العراقي رقم 43 لسنة 1971
- 7 - قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم 3 لسنة 1973.
- 8 - قانون الاثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979
- 9 - قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984
- 10 - قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999

Health care for the wife is one of the reasons for judicial separation
"An analytical study"

Abstract: -

The Iraqi legislator has organized the health care of the wife in judicial separation from Personal Status Law No. 188 of 1959 and its amendments, considering the psychological and physical condition of the wife, as there is a reciprocal relationship between judicial separation and the health care of the wife. If the wife is harmed by health damage, she has the right to request separation, provided that she proves this before the competent court or based on reports from the competent medical committees. This topic is important at the level of the family and its stability by preserving the health of the wife and their offspring in preventing the transmission of infectious diseases to her or exposing them to material and moral damages that would affect her behavior and the behavior of her children, as there is difficulty in compensating for judicial separation due to health damage, as it is not regulated legislatively.

الرعاية الصحية للزوجة أحد أسباب التفريق القضائي
"دراسة تحليلية"

م. م عبدالله ساجت لفته سلطان - جامعة المثنى

Abdullah.sachit@mu.edu.iq

الملخص

نظم المشرع العراقي الرعاية الصحية للزوجة في التفريق القضائي من قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 وتعديلاته، مراعيًا الحالة النفسية والبدنية للزوجة إذ يوجد العلاقة التبادلية بين التفريق القضائي والرعاية الصحية للزوجة، فإذا تضررت الزوجة ضرراً صحياً لها حق طلب التفريق على ان تثبت ذلك امام المحكمة المختصة أو بناءً على تقارير لجان الطبية المختصة، ولهذا موضوع اهمية على مستوى الاسرة واستقرارها بالمحافظة على صحة الزوجة وذريتهما في عدم انتقال الامراض المعدية اليها أو تعرضهما للاضرار المادية والمعنوية من شأنه أن تؤثر على سلوكها وسلوك اولادها، إذ توجد صعوبة في التعويض عن التفريق القضائي بسبب الضرر الصحي كونه لم ينظم تشريعياً.

تاريخ الاستلام : ٢٠٢٤/٧/٢٨

تاريخ القبول: ٢٠٢٤/٨/٢٠

تاريخ النشر: ٢٠٢٤/٩/١٤

الكلمات المفتاحية: الرعاية، الصحية، الزوجة، سبب، التفريق، القضائي

المقدمة

أولاً- موضوع البحث:-

الرعاية الصحية للزوجة من أكثر الأسباب التي تؤدي إلى انحلال الرابطة الزوجية بالتفريق القضائي، بهدف حماية صحة الزوجة نفسياً وبدنياً، ومنع انتقال الأمراض الوراثية والمعدية إليها والأجيال القادمة، وبذلك هو تطبيق للقاعدة الفقهية لا ضرر ولا ضرار التي اشارت اليه الشريعة الاسلامية بوصفها أهم الشرائع التي حرصت على استمرار العلاقة الزوجية بما يضمن سلامة الزوجة وذريتها .

وتعد الرعاية الصحية للزوجة من حقوق الانسان التي كفلتها المواثيق الدولية والدساتير لما لها من العلاقة الوثيقة بحق الانسان في الحياة ، واتصالها بكرامة الانسان ولا يجوز التنازل عنها أو اسقاطها، وتلتزم الدول بضمان حق الانسان في الرعاية الصحية بغض النظر عن مركزه الاقتصادي والسياسي والاجتماعي بما في ذلك الزوجة.

ثانياً- اهمية البحث:

يحضئ موضوع البحث بأهمية من الناحيتين العملية والنظرية، فالأهمية العملية تكرر حالات طلب التفريق القضائي بسبب الجانب الصحي للزوجة وتضررها نفسياً وبدنياً وفي الوقت نفسه بيان إمكانية التعويض عن تضرر الزوجة صحياً، أما الأهمية النظرية تظهر في عدم وجود دراسة متخصصة تركز على الجانب الصحي للزوجة وما يترتب على اهماله انحلال العلاقة الزوجية، وكذلك بيان موقف نصوص قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 وتعديلاته في تعويض الزوجة عن الضرر الصحي.

ثالثاً- اشكالية البحث:-

تكمن إشكالية البحث في صعوبة تعويض الزوجة عن الضرر الصحي عند طلب التفريق القضائي، لعدم تنظيمه من قبل قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ، فضلاً عن ذلك عدم مراعاة الفحص الطبي بشكل دقيق من قبل اللجان الطبية عند ابرام عقود الزواج لتقليل من الاضرار الصحية التي تصاب بها الزوجة بعد الزواج والدخول بها.

رابعاً- نطاق البحث:-

يتحدد نطاق بحثنا في دراسة قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 وتعديلاته من خلال بيان نصوص التفريق القضائي الخاصة بالرعاية الصحية للزوجة.

خامساً- منهجية البحث:-

سنعتمد في هذا البحث على المنهج التحليلي، وذلك من خلال تحليل النصوص القانونية الواردة في قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 وتعديلاته وبيان موقف الفقه من مفهوم الرعاية الصحية للزوجة مع الإشارة إلى دستور جمهورية العراق لسنة 2005 عند الضرورة؛ وقانون الاحوال الشخصية والقانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 في امكانية تعويض الزوجة عن الضرر الصحي. سادساً- هيكلية البحث:

- سوف نتناول هذ البحث في اربعة مطالب تسبقهما المقدمة وعلى النحو الآتي:-
- المطلب الأول- مفهوم الرعاية الصحية للزوجة احدى اسباب التفريق القضائي.
- المطلب الثاني- علاقة الرعاية الصحية للزوجة بالتفريق القضائي.
- المطلب الثالث- حالات التفريق القضائي بسبب الرعاية الصحية للزوجة.
- المطلب الرابع- الجزاء المترتب على تخلف الرعاية الصحية للزوجة.
- الخاتمة.

المطلب الاول

مفهوم الرعاية الصحية للزوجة احدى اسباب التفريق القضائي

دراسة هذا الفرع تقتضي تقسيمه على فئتين، سنتناول معنى الرعاية الصحية أولاً، ثم بيان معنى التفريق القضائي ثانياً، بهدف الوصول إلى تعريف جامع وشامل.

أولاً- معنى الرعاية الصحية للزوجة:-

تعد حقوق الإنسان حقوق غير قابلة للتجزئة و مترابطة، فكل حق لا يمكن التمتع به بمعزل عن باقي الحقوق، فالرعاية الصحية من حقوق الإنسان الأساسية لوجود ارتباط قوي ما بين حق الصحة والحق في الحياة، وكل واحد منهما يؤثر في الآخر بشكل كبير، فلا يمكن تصور ان إنسان يفقد الصحة ويبقى على قيد الحياة لان الأمر قد يؤدي به إلى الموت، والأمر ذاته إذا فقد حقه في الحياة كالقتل فلا يتمتع بحقه في الصحة⁽¹⁾.

(1) خالد بن عبدالله بن صالح الغامدي، حق الإنسان في سلامة صحته في الشريعة والنظام "دراسة مقارنة بالمواثيق الدولية" مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الامنية، الرياض، 2007، ص58-59.

وتعرف الرعاية الصحية "هي ما تتم من خلال مجموعة من الإجراءات التي تتخذ للحيلولة دون حدوث المرض النفسي أو العضوي أو العقلي أو الاجتماعي والذي من شأنه إعاقة قدرة الفرد على مواجهة أقل الحاجات اللازمة لأداء وظائفه بصورة مناسبة، واتخاذ الإجراءات إنما يأتي تحقيقاً لمصلحة الفرد والمجتمع"⁽²⁾. كما تعرف أيضاً بأنها " الوقاية من الامراض أو الاصابات أو الاعاقات وتشخيصها ومعالجتها أو مكافحتها، فضلاً عن التدابير التي تضمن صحة الامهات والاطفال الصغار، ويشمل المصطلح ايضاً الانشطة التي توفر الدعم لحصول الجرحى والمرضى على خدمات الرعاية الصحية، أي الانشطة من قبيل البحث عن الجرحى والمرضى وجمعهم أو نقلهم، أو ادارة شؤون مرافق الرعاية الصحية"⁽³⁾.

وتعد الرعاية الصحية من الحقوق الدولية التي اهتم فيها الشأن الدولي وهذا ما نجده في العهد القانون الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية حيث اشار الى ان الرعاية الصحية "حق كل انسان في التمتع بأعلى مستوى من الصحة الجسمية والعقلية" (4). لذا الرعاية الصحية تعني الاهتمام بالجوانب الصحية والبيئة ، للوقاية من الامراض النفسية والجسدية والعقلية(5).

فقد اشار دستور جمهورية العراق لسنة 2005 الى حق الرعاية الصحية في المادة 9/أولاً منه على انه " لكل عراقي الحق في الرعاية الصحية، وتعنى الدولة بالصحة العامة، وتكفل وسائل الوقاية والعلاج بأنشاء مختلف انواع المستشفيات والمؤسسات الصحية."(6).

استناداً لما تقدم، يتضح ان الرعاية الصحية من الحقوق للصيقة بالإنسان سواء كانت الحالة الصحية أو النفسية ، فاستقرارها وعدم تضررها يساعد على استقرار الوضع الصحي للإنسان ومنها العلاقة الاسرية له وتضييق من المشاكل التي تؤدي إلى انحلال الرابطة الزوجية.

ثانياً- التفريق القضائي:-

(2) د.نادية خير الدين عزيز، دور قانون الاحوال الشخصية في رعاية صحة المرأة النفسية والبدنية، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد، 13، العدد 49، 2009، ص9.

(3) ينظر: المادة (8/أ، ب، ج) من البرتوكول الاول، والمادة (12) من العهد الدولي، التعليق العام رقم 14، نقلاً د. بصائر علي محمد البياتي، حق الرعاية الصحية ومعايير الوفاء به، بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية، المجلد التاسع، العدد الثاني، 2019، ص102.

(4) انظر. المادة (12) من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية لسنة 1966.

(5) .غربي احسن، الحق في الرعاية الصحية للأشخاص المسنين، بحث منشور في المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد 5، العدد1، 2020، ص169.

(6) . ينظر: المادة (31/أولاً) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005.

يعرف التفريق القضائي هو " حل عقدة النكاح بين الزوجين من قبل القاضي لقيام سبب الحل عنده"⁽⁷⁾. يعرف أيضاً بأنه " إنهاء العلاقة الزوجية بين الزوجين بحكم القاضي بناءً على طلب أحدهما كالشقاق والضرر وعدم الاتفاق، أو بدون طلب من أحد حفاظاً على حق الشرع كما لو ارتد أحد الزوجين"⁽⁸⁾. يتضح ان طلب التفريق القضائي من حق كل الزوجين وليس حكراً على الزوجة وحدها، وهذا ما اشار اليه المشرع العراقي في نص المادة 40 منه من قانون الاحوال الشخصية التي جاء فيها بأن " لكل من الزوجين طلب التفريق عند توافر أحد الأسباب الآتية:...." والمادة 1/41 أيضاً شارت لهذا الحق بقولها "1- لكل من الزوجين طلب التفريق عند قيام خلاف بينهما سواء اكان قبل الدخول أو بعده". لكن المادة 43 قد اخصها المشرع للزوجة وحدها طلب التفريق القضائي متى ما توافرت احدى الاسباب التي اشارت اليها المادة.

وبعد تعريف كل من لرعاية الصحية والتفريق القضائي على حدة، يمكن الآن اعطاء تعريف شامل جامع لمعنى الرعاية الصحية للزوجة كونها احدى اسباب طلب التفريق القضائي وتعرف بانها " الحق الممنوح للزوجة في اتخاذ الاجراءات الوقائية والعلاجية حيولة دون تعرضها إلى ما يخل بصحتها البدنية والنفسية في طلب التفريق القضائي بهدف تفادي الامراض التي ذكرها المشرع في نصوص قانون الاحوال الشخصية على سبيل الحصر والمثال"

المطلب الثاني

علاقة الرعاية الصحية للزوجة بالتفريق القضائي

الرعاية الصحية من حقوق الانسان الاساسية والطبيعية والتي تتولد بولادة الانسان وتبقى حتى موته، وتلتزم الدولة بضمان هذا الحق بغض النظر عن ما يملكه الانسان ووضعه الاقتصادي، وتكفلت المواثيق الدولية هذا الحق كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948 على ان " يولد جميع الناس احراراً متساوين في الكرامة والحقوق، وهم قد وهبوا العقل والوجدان وعليهم أن يعاملوا بعضهم البعض بروح الأخاء"⁽⁹⁾. وايضاً جاء في ميثاق الأمم المتحدة الذي نص على " نحن شعوب الأمم المتحدة وقد آلينا على انفسنا وأن نؤكد من

(7) إبراهيم بن عبدالله بكلي، التفريق القضائي بين الزوجين من أجل العيوب الموجودة في الرجل "دراسة مقارنة بين الاباضية والحنفية"، بحث منشور في مجلة الواحات والدراسات ، العدد 16، 2012، ص273.

(8) محمد كمال الدين امام، الزواج والطلاق في الفقه الاسلامي، دار الفكر العربي، 1977، ص197.

(9) ينظر: المادة الأولى من الاعلان العالمي لحقوق الانسان لعام 1948.

جديد ايماننا بالحقوق الأساسية للإنسان وبكرامة الفرد وقدره، وبما للرجال والنساء والأمم كبيرها وصغيرها من حقوق متساوية...⁽¹⁰⁾.

وتعد الرعاية الصحية حق دستوري مكفول لكل انسان وهذا ما نجده في دستور جمهورية العراق لسنة 2005 في المادة 30 منه نصت على ان "أولاً - تكفل الدولة للفرد والأسرة - وبخاصة الطفل والمرأة - الضمان الاجتماعي والصحي، والمقومات الأساسية للعيش في حياة حرة كريمة، تؤمن لهم الدخل المناسب، والسكن المناسب".

وايضاً قانون الأحوال الشخصية العراقي نظم هذا الحق لكن ليس بشكل مباشر إنما حدد الحالات التي تكون سبباً لطلب التفريق القضائي من قبل الزوجة إذا وجدت ان بقاء العلاقة الزوجية يعرضها للضرر الصحي.

وتظهر العلاقة بين الرعاية الصحية للزوجة والتفريق بينهما أيضاً ، عند تأثر الزوجة بمشاكل الأسرة كإدمان الزوج على المسكرات مما يحدث ضغط نفسي يمكن أن يؤثر في الصحة النفسية للزوجة ، كونها أكثر تأثراً بهذه المشاكل بسبب طبيعتها النفسية ووظيفتها الفسيولوجية في النفاس والرضاع والحمل مما يؤثر على سلوكها وصحتها وصحة جنينها، واخذت التشريعات تسعى لضمان الرعاية الصحية للزوجة في ان يكون لها بيئة وراثية سليمة، لأنها الوسيلة الاولى لابد من ضمانها من الناحية النفسية والبدنية⁽¹¹⁾.

واهتمت الشريعة الإسلامية برعاية الحالة الصحية للزوجة النفسية والبدنية - وللرجل ايضاً - في: منع المعاشرة بين الزوجين في فترة الحيض لأسباب نفسية وعضوية أيضاً، وهو المستدل عليه من قوله تعالى: "يسألونك عن المحيض قل هو أذى فاعتزلوا النساء في المحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن"⁽¹²⁾.

ويسعي قانون الأحوال الشخصية العراقي في نصوصه الى تحقيق التوازن النفسي والبدني للزوجة ويدخل من ضمنها الصحة الاجتماعية وهذا الامر منبثق من طبيعة العلاقة التبادلية بينهما ، واثبت الدراسات ان وظائف الاعضاء الفسيولوجية تتأثر بالحالة النفسية فالقلق النفسي والتوتر العصبي الناتج مثلاً عن تعرض الزوجة لحرمان من النفقة أو شعورها بعدم الأمان، مما يؤثر على الناحية الفسيولوجية فيؤدي إلى نقص الطاقة

(10) د. صبيح وحوش العطوانى، الحق في الرعاية الصحية وعلاقته بمبادئ الكرامة الانسانية في التشريع العراقي "دراسة مقارنة"، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق تصدرها كلية القانون، جامعة كربلاء، العدد الخاص بالمؤتمر الوطني الاول المشترك بين كلية القانون جامع كربلاء وكلية الحلة الجامعة، السنة الرابعة عشر، 2022، ص146.

(11) حنان عبد الحميد العناني، الصحة النفسية، ط1، دار الفكر للطباعة والنشر، عمان، الأردن، 2000، ص199 وص202.

(12) . سورة البقرة، الآية (222).

وزيادة الصداق وضغط الدم ، وغيرها من الامراض⁽¹³⁾، لهذه الاسباب منح المشرع للزوجة حق طلب التفريق القضائي من الزوج.

واستناداً لما تقدم يتضح لنا ان العلاقة التبادلية بين الصحة النفسية والبدنية للزوجة والتفريق القضائي مرهون باستقرار الجانب الصحي لها وإلا ان تطلب انحلال الرابطة الزوجية ؛ إذا تعرضت الى وجود الامراض المعدية في الزوج ، أو يسبب لها الضرر المادي أو المعنوي أو تفقد حق تمتع بالأمومة لسبب لا يعود اليها ابداً وغيرها من العلل المانعة من الدخول أو العلل التي لا يمكن معاشرة الزواج بلا ضرر.

المطلب الثالث

حالات التفريق القضائي بسبب الرعاية الصحية للزوجة

تحرص الشريعة الاسلامية على استمرار الحياة الزوجية الا ان استمرار الحال من المحال فقد يتعرض استمرار هذه العلاقة عارض يحول دون ذلك ويؤثر هذا العارض في صحة الزوجة بدنيا ونفسياً، وما يؤدي إلى انحلال العلاقة الزوجية بالتفريق مراعاة الحالة الصحية لزوجة من قبل المشرع والشريعة الإسلامية. والمطالبة بالتفريق القضائي من قبل الزوجة نتيجة تضررها صحياً نفسياً أو بدنياً هو تطبيق للقاعدة الفقهية إزالة الضرر قد الإمكان⁽¹⁴⁾ بمعنى ان الزوجة تسعى إلى دفع الضرر قدر الإمكان قبل وقوعه صحياً ، فالوقاية خير من العلاج ، وذلك بطلب التفريق وانهاء الرابطة الزوجية ، إما إذا كان الضرر واقع، فيدفع بالقدر الممكن ولا يترك ل اثر.

وعند الاطلاع على نصوص قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 وتعديلاته نجد هناك اهتمام من قبل المشرع في مراعاة مسألة الرعاية الصحية للزوجة واعتبارها احدى اسباب طلب التفريق القضائي، ومن ذلك الحالات الآتية:

أولاً- التفريق القضائي للضرر:- اعطى المشرع العراقي الحق للزوجة في المطالبة بالتفريق إذا اضر الزوج بها أو بأولادها ضرراً يتعذر معه استمرار الرابطة الزوجية، على ان تثبت الزوجة ذلك وهذا ما تضمنته

(13) د. نادية خير الدين عزيز، مصدر سابق، ص6.

(14) محمد عثمان شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية، ط2، دار النفائس، الاردن، 2007، ص184.

المادة (1/40)⁽¹⁵⁾. وتتجسد الرعاية الصحية في هذه الفقرة بصورتين ، فالأولى تشمل الرعاية الصحية النفسية للزوجة كوجود الخلافات ما بين الزوجين التي يترتب عليها وجود الضرر المادي مثل ضرب الزوجة من زوجها مما يؤدي إلى الاضطراب النفسي يؤثر في اداء الزوجة سواء في الحياة الاسرية أو العلاقات داخل المجتمع، أو يكون الضرر المعنوي كأن يوجه الزوج اهانات متكررة لزوجته مما يعرضها لاضطراب النفسي ويؤثر في وضعها البدني⁽¹⁶⁾، في هذه الصورة يكون للزوجة الحق في المطالبة بالتفريق نتيجة تعرض صحتها نفسياً وبدنياً إلى اذى وضرر يتعذر معه استمرار حياتها الزوجية مع الزوج.

أما الصورة الثانية التي نصت عليها المادة (1/40) في شطرها الاخير على ان ".... يعتبر من قتل الاضرار، الادمان على تناول المسكرات أو المخدرات، على ان تثبت حالة الادمان بتقرير من لجنة طبية رسمية مختصة. ويعتبر من قبيل الاضرار كذلك، ممارسة الزوج القمار في بيت الزوجية" وهذه الصورة تتضمن تضرر الزوجة صحياً نتيجة ادمان زوجها على المخدرات والمسكرات واعتياده على ممارسة القمار في بيته مما يعرضها واولادها إلى الضرر يكون له تأثير سيئ على صحتها كون هذا الأمر مرتبط بالواقع النفسي والبدني والاقتصادي والاجتماعي لكل من الزوجة واولادها، مما يشعرهما بالقلق والخوف من تأثير تلك الافعال، فضلاً عن ذلك مثل هذه التصرفات مرفوضة من قبل الدين والمجتمع بما لها من تأثير على صحة زوجها في عدم قدرته الجنسية، وقد تعرضه للموت في أي لحظة، اضافة لذلك قد يقلدوا الاطفال والدمم مما يؤثر في صحتهم⁽¹⁷⁾.

ثانياً- التفريق القضائي بسبب ارتكاب الزوج الخيانة الزوجية: نصت على ذلك المادة (2/40) من قانون الأحوال الشخصية العراقي، التي جاء فيها " ...إذا ارتكب الزوج الاخر الخيانة الزوجية، ويكون من قتل الخيانة الزوجية، ممارسة الزوج فعل اللواط، باي وجه من الوجوه..." يتضح من هذه المادة ان المشرع اعطى الزوجة الحق في التفريق نتيجة تضررها نفسياً لما فيه من جرح لمشاعرها وهو يخونها ويحسبها بالإهانة

(15) ينظر: الفقرة (1) من المادة (40) من قانون الاحوال لشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 وتعديلاته التي جاء فيها " لكل من الزوجين طلب التفريق عند توافر احد الاسباب الاتية : 1- إذا اضر احد الزوجين بالزوج الاخر أو بأولادها ضرراً يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية....".

(16) عماد محمد ربيع، تأديب الزوجة، مجلة جامعة دمشق، المجلد الثامن عشر، العدد الثاني، 2002، 60.

(17) يوسف الحاج احمد، موسوعة "الاعجاز العلمي في القرآن والسنة المطهرة الطبعة الجديدة، دار اب حجر، دمشق ، الحلبوني، 2007، ص623 و ص64 وما بعدها.

لشخصها، فضلاً عن تضررها بدنياً في انتقال الأمراض المعدية لها بسبب ممارسات الجنسية كالإيدز، مما يؤثر في حياتها وحياة أولادها كون تلك الأمراض معدية وتنتقل وراثياً⁽¹⁸⁾.

ثالثاً: التفريق القضائي بسبب العلل:- تقسم العلل المانحة حق المطالبة بالتفريق القضائي للزوجة إلى صورتين، فالأولى، العلل لا يمكن المعاشرة معها بلا ضرر التي تضمنتها الفقرة (6) من المادة (43)⁽¹⁹⁾ من قانون الأحوال الشخصية العراقية المتعلقة بالأمراض الجلدية الجذام والبرص وتعتبر الشريعة الإسلامية الجذام من الأمراض الخطيرة والمنفردة وتعطي الحق بطلب التفريق متى ما تبين عدم إمكانية الشفاء منه، وتحديدًا عند توافر الظروف التي تزيد من خطورته، وكذلك الأمراض الجنسية كمرض الزهري وغيره من العلل التي تدخل في هذا النطاق، وتمنع المعاشرة بلا ضرر ولا يمكن الشفاء منه⁽²⁰⁾.

يلاحظ أن المشرع العراقي أعطى الزوجة الحق في طلب التفريق القضائي بسبب هذه الأمراض الجلدية والجنسية التي تمنع من استمرار الرابطة الزوجية فيما بينهما بلا ضرر، قد يكون الضرر المادي يتمثل في انتقال هذه الأمراض إليها بالمعاشرة، على أن يثبت عدم الشفاء الزوج منها وإلا لا تنتهي العلاقة الزوجية. أما الصورة الثانية تشمل العلل المانعة من الدخول التي نص عليها المشرع العراقي في فترتين (4 و5) من المادة (43) بالنسبة للفقرة (4)⁽²¹⁾ اشترطت أن تثبت هذه العلل عن طريق اللجان الطبية المختصة وقرار المحكمة هو يحدد مصير الزوجة عند طلب التفريق نتيجة هذا الضرر الصحي المانع من بقاء الزوجة كون

(18) وهذا ما اثبت العلماء ان الام لها تأثير صحي في نمو الجنين وأنماط سلوكه، وإمكانية انتقال الأمراض إليه فيمل لو كانت الام مريضة مما يعرض الجنين للخطر، كإصابة الام الحامل بالإيدز عن طريق المعاشرة الزوجية. ينظر: حسين حسن سليمان، السلوك الانساني والبيئة الاجتماعية بين النظرية والتطبيق، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2005، ص95.

(19) ينظر: الفقرة (6) من المادة (43) من قانون الأحوال الشخصية العراقي التي نصت على أن "6- إذا وجدت بعد العقد أن زوجها مبتلى بعلة لا يمكن معاشرته بلا ضرر كالجذام أو البرص أو السل أو الزهري أو الجنون أو انه قد اصيب بعد ذلك بعلة من هذه العلل أو ما يماثلها على انه إذا وجدت المحكمة بعد الكشف الطبي ان العلة يؤمل زوالها فتوَجَّل التفريق حتى زوال تلك العلة وللزوجة ان تمتنع عن الاجتماع بالزوج طيلة مدة التأجيل إما إذا وجدت المحكمة ان العلة لا يؤمل زوالها خلال مدة مناسبة وامتنع الزوج عن الطلاق واصرت الزوجة على طلبها فيحكم القاضي بالتفريق".

(20) نادية خير الدين عزيز، مصدر ساق، ص62.

(21) ينظر: الفقرة (4) من المادة (43) من القانون اعلاه الذي جاء فيها "إذا وجدت زوجها عنيلاً أو مبتلى بما لا يستطيع معه القيام بالواجبات الزوجية سواء كان ذلك لأسباب عضوية أو نفسية أو إذا اصيب بذلك بعد الدخول بها وثبت عدم امكان شفائه منها بتقرير صادر عن لجنة طبية رسمية مختصة على انه إذا وجدت المحكمة ان سبب ذلك نفسي فتوَجَّل التفريق لمدة سنة واحدة شريطة ان تمكن زوجها من نفسها خلالها".

الامر يتعلق بإشباع ما أودعه الله في المرأة من غريزة واحدة غايات الزواج اما الفقرة (5) ⁽²²⁾ المتعلقة بعقم الزوج واعتبرها سبب لطلب التفريق من قبل الزوجة نتيجة تضرر الزوجة نفسياً وتعرضها للاكتئاب والضغط الفكري، والحرمان من اشباع غريزة الامومة وخاصةً إذا كان السبب في العقد ليس عائدا اليها وشعورها دائماً ان تكون أما.

استناداً لما سبق، نجد المشرع العراقي حرص على الاهتمام بالجانب الصحي للزوجة في اعطاء الحق لها في طلب التفريق القضائي متى ما وجدت في بقاء الرابطة الزوجية يشكل لها ضرر صحياً سواء كان نفسياً او بدنياً، فالصحة تعد من حقوق التي لا غنى عنها والصليقة بحق الانسان في الحياة ، فالحق الأخير لا يبقى له وجود إذا كان المرء يتضرر بدنياً ونفسياً في العلاقة لا يثمر من بقاءه إلا وجود الضرر، لكن الضرر قد لا يزول كلياً إنما يمكن جبره بالتعويض عما لحق الزوجة من الاضرار الصحية؛ وهذا ما سنتناوله في المطلب الرابع.

المطلب الرابع

الجزء المترتب على تخلف الرعاية الصحية لزوج

يتربط على ضرر الزوجة صحياً ونفسياً وبدنياً حق المطالبة بالتفريق القضائي وهذا الأمر يعتبر نتيجة طبيعية لما اصابها من الضرر، وقد سبق وان بينه مفهوم التفريق القضائي في المطالبات السابقة وحالاته بسبب اهمال الجانب الصحي للزوجة، لكن هناك جزء آخر إلا وهو التعويض، لكن نصوص قانون الاحوال الشخصية العراقي لم تشير إلى حكام التعويض في التفريق القضائي بسبب اهمال الجانب الصحي للزوجة، وقبل الولوج في هذا الأمر، لا بد من بيان معنى التعويض ثم نشير إلى امكانية تعويض الزوجة بسبب الضرر الصحي.

يعرف التعويض بأنه "الأداة التي بمقتضاه تتم معالجة الآثار السلبية المترتبة على الفعل الضار، فهو أثر قيام المسؤولية المدنية غايته جبر الضرر الذي لحق المضرور سبب الفعل الضار"⁽²³⁾.

⁽²²⁾ ينظر: الفقرة (5) من المادة (43) من القانون اعلاه التي نصت على "إذا كان الزوج عقيماً أو ابتلى بالعقم بعد الزواج ولم يكن لها ولد منه على قيد الحياة".

⁽²³⁾ د. بريك فارس حسين، د. منار عبد المحسن عبد الغني، التعويض والغرامة وطبيعتهما، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العدد 6، السنة 2، تكريت، 2010، ص81.

يعرف ايضاً بأنه " وسيلة القضاء لجبر الضرر وهو يدور وجوداً وعدماً، وهو الجزاء المترتب على قيام المسؤولية المدنية، فالتعويض في المسؤولية العقدية يتأثر بجسامة الخطأ، أما في المسؤولية التقصيرية فانه يتأثر بمقدار الضرر"(24).

اما المشرع العراقي لم يعرف التعويض في القانون المدني رقم 40 لسنة 1951 المعدل، إنما اكتفى بالإشارة اليه في نص المادة (204) التي جاء فيها " كل تعد يصيب الغير بأي ضرر آخر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض" يلاحظ ان التعويض وفق التعاريف السابقة مرهون بوجود الضرر الذي يصيب الدائن متى ما توافرت اركان المسؤولية المدنية من الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما.

الأصل أن المشرع العراقي لم ينظم احكام التعويض في نصوص قانون الأحوال الشخصية في التفريق القضائي بسبب الضرر الصحي للزوجة، إلا انه نظم احكام التعويض بما يتعلق بالطلاق التعسفي في الفقرة الثالثة من المادة (39) منه التي اشارت إلى ان "إذا طلق الزوج زوجته وتبين للمحكمة ان الزوج متعسف في طلاقها، وان الزوجة اصابها ضرر من جراء ذلك ، تحكم المحكمة بطلب منها على مطلقها تعويض يتناسب وحالته المادية ودرجة تعسفه يقدر جملة، على ان لا يتجاوز نفقتها لمدة سنتين علاوة على حقوقها الثابتة الاخرى"(25).

كذلك قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969 وتعديلاته لم يجعل التعويض من اختصاص محكمة الاحوال الشخصية في المادة (300) التي بينت اختصاص محكمة الشرعية في امور الزواج واثاث بيت زوجية والتولية على الوقف والحجر ورفع واثبات الرشد، واثبات الوفاة وما يتعلق بأحكام المفقود والولاية والوصاية والوصية والقيومة وغيرها(26).

(24) رائد كاظم الحداد، التعويض في المسؤولية التقصيرية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الكوفة، بلا سنة طبع، ص73.

(25) وما يؤيد ذلك قرار محكمة التمييز الاتحادية في العراق المرقم 2777 / شخصية اولى/ 2007 في 2009/7/15، التي جاء فيه " أن سبب ايقاع الطلاق يعتبر معياراً لتحديد درجة التعسف والتعويض، وان نفقة السنتين للطلاق التعسفي ليس مطلقة حيث هذه النفقة تكون عندما تكون درجة التعسف 100% ولمحكمة سلطة تقديرية في ذلك". منشور على الموقع الالكتروني <https://www.krjc.org/Default.aspx?page=articled&id=732&=3> تاريخ الزيارة 2024/7/16.

(26) ينظر: المادة (300) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969 وتعديلاته التي نصت على أن " تختص محكمة الاحوال الشخصية بالنظر في الامور الاتية:

1- الزواج وما يتعلق به من مهر ونفقة ونسب وحضانة وفرقة وطلاق وسائر امور الزوجية.

2- الدعوى المتعلقة بأثاث بيت الزوجية.

لكن هذا الامر لا يمنع من المطالبة بالتعويض من قبل زوجة عند تضررها صحياً وفق قاعدة فقهية لا ضرر ولا ضرار والقواعد العامة التي نظمت أحكام التعويض في القانون المدني العراقي⁽²⁷⁾ ولعل المبرر القانوني لإعطاء الزوجة حق التعويض عن الضرر الصحي في التفريق القضائي هو ما يجد اساسه في قواعد المسؤولية التقصيرية حيث نصت المادة 207 من القانون المدني العراقي " تقدر المحكمة التعويض في جميع الأحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاتته من كسب بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع".

يتضح من ذلك ان اساس تعويض الزوجة عند تضررها صحياً قواعد المسؤولية التقصيرية لما تستغرق هذه المسؤولية جميع الأفعال التي تشكل ضرر بزوجة كالضرب وارتكاب الخيانة الزوجية والادمان على المخدرات ، لكن نجد حالات لا ترجع إلى ارادة الزوج كعقمه أو وجود فيه العلل مانعة من الدخول والمعاشرة نرى هنا عدم اعطاء الزوجة حق المطالبة بالتعويض كونه لم يرتكب خطأ يستوجب عليه التعويض، وتكتفي بالتفريق القضائي عكس الحالات التي يكون فيها الضرر المادي كالضرب أو الضرر المعنوي التي تستوجب فيها التعويض مع التفريق وهذا ما نجده في قرار محكمة التمييز الاتحادية العراق حيث جاء فيه " اتهام الزوج لزوجته بشرفها يعد ضرراً من قیل الأضرار المعنوية يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية ويكون سبباً جسيماً يوجب التفريق"⁽²⁸⁾.

الخاتمة

في ختام البحث الموسم الرعاية الصحية للزوجة احدى اسباب التفريق القضائي-دراسة تحليلية توصلنا الى جملة من النتائج والمقترحات على النحو الآتي:-

- 3-الولاية والصااية والقيومة والوصية ونصب القيم أو الوصي وعزلة ومحاسبته والاذن له بالتصرفات الشرعية والقانونية.
 - 4- التولية على الوقف الذري ونصب المتولي وعزله ومحاسبته وترشيح المتولي في الوقف الخيري أو المشترك.
 - 5- الحجر ورفعها واثبات الرشد.
 - 6-اثبات الوفاة وتحريير التركات وتعين الحصص الارثية في القسامات الشرعية وتوزيعها بين الورثة.
 - 7- المفقود وما يتعلق به.
- (27) وقد اشار القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 لهذه القاعدة الفقهية في نص المادة 1/216 التي جاء فيها " لا ضرر ولا ضرار ، والضرر لا يزال بمثله وليس للمظلوم ان يظلم بما ظلم".
- (28) قرار محكمة التمييز الاتحادية في العراق بلا رقم نقلاً عن سهام حميد مجيد، قاعد المسؤولية المدنية المشتركة بين القانون المدني وقانون الأحوال الشخصية العراقي ، بحث منشور في مجلة كلية التربية جامعة واسط، لعدد 52 2023، ص384.

أولاً-النتائج:-

- 1- إن الرعاية الصحية حق من حقوق الإنسان التي لا غنى عنها ويمكن للزوجة ان تنهي العلاقة الزوجية إذا تضررت من جراءها صحياً، وبذلك هي الحق الدستوري ممنوح لها في اتخاذ الاجراءات التي تحميها من الأمراض المعدية والعلل أو الأفعال الضارة التي يرتكبها الزوج ضد زوجته؛ في أن تطلب التفريق القضائي بهدف الوقاية والعلاج من تلك الأمراض والعلل منها سواء يتعلق الامر بذاتها أو بأولادها.
- 2- تبين ان هناك العلاقة التبادلية ما بين صحة الزوجة النفسية والبدنية والتفريق القضائي ، متى ما كانت الزوجة مستقرة نفسياً، كانت هناك علاقة اسرية مستقرة وبيئة وراثية جيدة تساهم في استقرار نمو الجنين وصحته، وعكس الأمر إذا كانت هناك مشاكل الاسرية ما تؤثر على نفسية الزوجة وتكون سبب في انحلال العلاقة الزوجية بالتفريق القضائي.
- 3- تتعدد حالات التفريق القضائي بسبب الرعاية الصحية ومنها طلب الزوجة بسبب الضرر سواء كان بينها وبين زوجها أو الضرر الذي يتعداها للأولادها ، أو أن تطلب الزوجة التفريق القضائي بسبب ارتكاب الزوج الخيانة الزوجية مما يترتب على انتقال الامراض الجنسية المعدية اليها عند المعاشرة، أو بسبب وجود العلل المانعة من الدخول أو التي لا يمكن المعاشرة بلا ضرر، أو يكون الزوج عقيماً سواء قبل الزواج أم بعده.
- 4- ان عند تعرض الزوجة للضرر الصحي يحق لها طلب التفريق القضائي كجزاء لما تعرضت له من الاضرار، وهذا ما نظمه المشرع العراقي في قانون الاحوال الشخصية لكن لم ينظم حق المطالبة بالتعويض في التفريق القضائي بسبب الضرر الصحي قياساً بالطلاق التعسفي، مع ذلك لا يمنع من تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية كون قواعدها تستغرق افعال الزوج عند الاضرار بزوجه، لكن التعويض يقدر على ما يرتكبه من الاخطاء سواء كانت عن قصد أم غير ذلك، اما الامراض والعلل التي لا يكون فيها ارادة للزوج فيقتصر الامر على التفريق القضائي دون المطالبة بالتعويض.

ثانياً-المقترحات:-

- 1- ندعو اللجان الطبية الحرص على مسألة الفحص الطبي وبيان موقف كلا الزوجين من الامراض المعدية والعلل التي لا يمكن استمرار الرابطة الزوجية بينما وعدم الاكتفاء بالاستفسار الشفهي

- عن وجود مرض وراثي في العائلة، وتأكيد على مسألة اجراء فحص تناول المخدرات والمسكرات اثناء إبرام عقد الزواج لا عند طلب التفريق القضائي.
- 2- نقترح على المشرع العراقي اعطاء الحق للزوجة في المطالبة بالتعويض عن الاضرار التي تصيبها بسبب الضرر الصحي على ان يكون ناتج عن خطأ الزوج من خلال ادراج مادة جيدة ضمن المواد التي نظمت احكام التفريق القضائي وتكون على الشكل الآتي: " يحق للزوجة طلب التعويض في التفريق القضائي عند تضررها صحياً، بسبب خطأ الزوج على ان يتناسب التعويض حالة الزوج المالية ودرجة خطئه".
- 3- ندعو المشرع العراقي إلى تنظيم احكام التعويض في التفريق القضائي من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 وتعديلاته وجعله من اختصاص محكمة الاحوال الشخصية بهدف تقادي تكرار الاجراءات رفع دعوى التعويض امام محكمة البداءة، كون مسألة الاثبات ليست بسيطة خاصة إذا كان الضرر المعنوي.

المصادر

القران الكريم

أولاً- الكتب القانونية:-

1. حسين حسن سليمان، السلوك الانساني والبيئة الاجتماعية بين النظرية والتطبيق، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2005.
 2. حنان عبد الحميد العناني، الصحة النفسية، ط1، دار الفكر للطباعة والنشر، عمان، الأردن، 2000.
 3. محمد عثمان شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية، ط2، دار النفائس، الاردن، 2007.
 4. محمد كمال الدين امام، الزواج والطلاق في الفقه الاسلامي، دار الفكر العربي، 1977، ص197.
 5. يوسف الحاج احمد، موسوعة "الاعجاز العلمي في القرآن والسنة المطهرة" الطبعة الجديدة، دار اب حجر، دمشق، الحلبي، 2007.
- ثانياً- الرسائل والآطاريح الجامعية:-

1. خالد بن عبدالله بن صالح الغامدي، حق الإنسان في سلامة صحته في الشريعة والنظام "دراسة مقارنة بالمواثيق الدولية" مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الامنية، الرياض، 2007.

2. رائد كاظم الحداد، التعويض في المسؤولية التقصيرية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الكوفة، بلا سنة طبع.

ثالثاً- البحوث القانونية:-

1. إبراهيم بن عبدالله بكلي، التفريق القضائي بين الزوجين من أجل العيوب الموجودة في الرجل "دراسة مقارنة بين الاباضية والحنفية"، بحث منشور في مجلة الواحات والدراسات ، العدد 16، 2012.

2. د. بصائر علي محمد البياتي، حق الرعاية الصحية ومعايير الوفاء به، بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية، المجلد التاسع، العدد الثاني، 2019

3. د. بيرك فارس حسين، د. منار عبد المحسن عبد الغني، التعويض والغرامة وطبيعتهما، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العدد 6، السنة 2، تكريت، 2010.

4. سهام حميد مجيد، قاعد المسؤولية المدنية المشتركة بين القانون المدني وقانون الأحوال الشخصية العراقي ، بحث منشور في مجلة كلية التربية جامعة واسط، لعدد 52 2023.

5. د. صبيح وحوح العطواني، الحق في الرعاية الصحية وعلاقته بمبدأ الكرامة الانسانية في التشريع العراقي "دراسة مقارنة"، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق تصدرها كلية القانون، جامعة كربلاء، العدد الخاص بالمؤتمر الوطني الاول المشترك بين كلية القانون جامع كربلاء وكلية الحلة الجامعة، السنة الرابعة عشر، 2022.

6. عماد محمد ربيع، تأديب الزوجة، مجلة جامعة دمشق، المجلد الثامن عشر، العدد الثاني، 2002.

7. غربي احسن، الحق في الرعاية الصحية للأشخاص المسنين، بحث منشور في المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد 5، العدد 1، 2020.

8. د.نادية خير الدين عزيز، دور قانون الاحوال الشخصية في رعاية صحة المرأة النفسية والبدنية، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد، 13، العدد 2009، 49.

رابعاً-الدساتير والاعلانات والقوانين:-

1-الدساتير:-

1. دستور جمهورية العراق لسنة 2005.

2-الاعلانات:-

1. الاعلان العالمي لحقوق الانسان لعام 1948.

2. العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية لسنة 1966.

3- القوانين :-

1. القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

2. قانون الاحوال لشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 وتعديلاته .

3. قانون المرافعات الدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969 وتعديلاته.

خامساً-القرارات القضائية العراقية:-

1. قرار محكمة التمييز الاتحادية في العراق المرقم 2777 / شخصية اولى/ 2007 في

2009/7/15، منشور على الموقع الالكتروني

<https://www.krjc.org/Default.aspx?page=articled&id=732&تا3>

The system is based on the rules of evidence

Abstract

Proof generally confirms the existence or validity of a certain matter with any evidence or proof. Proof in this sense varies in its methods according to the diversity of the sciences with which it is related. The scientist or researcher in any branch of knowledge seeks to establish evidence of the validity of a certain fact or confirm its existence by resorting to all known scientific means, which is involves choosing the method that he deems appropriate, but the matter is otherwise concerning judicial proof. Rather, the matter is focused on the validity of a disputed legal fact, and this, of course, requires following the stipulated legal methods, and perhaps agreement to the contrary may not be acceptable in all circumstances. It requires research into the extent of the possibility of litigating parties to agree to violate some rules of evidence in a way that does not conflict with the legal texts governing this matter

الاتفاق على قواعد الاثبات

م.م ارسلان عباس جابر كلية القانون/ جامعة القادسية
arslan.abbas@qu.edu.iq

م.م . عبدالله جبار خشان كلية القانون/ جامعة القادسية
abdullah.jabbar.khashan@qu.edu.iq

الملخص

الاثبات بصفة عامة هو تأكيد وجود او صحة امر معين باي دليل او برهان، والاثبات بهذا المعنى تتنوع اساليبه بتنوع العلوم التي يتصل بها فالعالم او الباحث في اي فرع من فروع المعرفة يسعى لإقامة الدليل على صحة حقيقة معينة او تأكيد وجودها بالالتجاء الى كل الوسائل العلمية المعروفة وهو في ذلك حرف اختيار الوسيلة التي يراها مناسبة الا ان الامر على خلاف ذلك بالنسبة للإثبات القضائي انما الامر فيه ينصب على صحة واقعة قانونية متنازع فيها وهذا بطبيعة الحال يحتاج الى اتباع الاساليب القانونية المنصوص عليها ولعل الاتفاق على خلافها قد لا يكون مقبولا في كل الاحوال الامر الذي يستدعي البحث في مدى امكانية الاطراف المتقاضين في الاتفاق على مخالفة بعض قواعد الاثبات بما لا يتعارض مع النصوص القانونية الحاكمة لهذا الامر.

تاريخ الاستلام : ٢٠٢٤/٧/٢٨

تاريخ القبول : ٢٠٢٤/٨/٢٠

تاريخ النشر : ٢٠٢٤/٩/١٤

الكلمات المفتاحية: الاتفاق، قواعد، الأثبات، نقل، الاثبات

المقدمة

أولاً: موضوع البحث :

يعتبر عبء الإثبات حملاً ثقیلاً يتقلد به صاحب الحق عند مطالبة بحقه فهو يوازي الحق ان لم يكن في الواقع العملي أكثر اهمية منه، فمن اليسير على الشخص ان يدعي ان له حق على آخر ولكن من العسير ان يثبت ذلك الحق ان لم يكون مستحيلاً عليه ذلك، لذا تظهر مسألة الاتفاق على الإثبات كأحدى الوسائل أو الحلول المتاحة امام الخصم الذي يطالب بحقه فقد يجد من مصلحته أن يقوم بألقاء عبء الإثبات على عاتق الخصم الاخر في الدعوى وقد لا يقوم الطرفين بنقل الإثبات من خصماً لآخر، وانما اختيار وسيلة الإثبات المناسبة التي يحتكمان اليها عند حدوث النزاع بينهما او ان يتفق الطرفان على دليل معين للأثبات حتى وان كان ليس بالدليل الذي تحتمه طبيعة الاشياء مادام لا يخالف النظام العام و الآداب العامة.

ثانياً: مشكلة البحث

تظهر مشكلة الموضوع في الاسئلة التالية:

- كيف يتم تحديد طبيعة الاتفاق على الإثبات؟
- وكذلك كيف يتم تحديد الإطار الزمني الذي يتم فيه ذلك الاتفاق؟
- من هو الذي يباشر ذلك الاتفاق؟
- ويبدو الامر أكثر دقة عندما يتعلق الاتفاق بتعديل بعض ادلة الإثبات التي حددها المشرع واقام لها الوزن والقوة المناسبة في الإثبات الامر الذي يستدعي الخوض في تحديد طبيعة تلك الادلة وهل ان لها صلة بالنظام العام من عدمه؟

ثالثاً: أهمية البحث

تظهر اهمية الموضوع في عدم وجود نصوص قانونية واضحة تجيز او تمنع الخصوم من الاتفاق على قواعد الإثبات القضائي، وهو امر ليس ببعيد في إطار العمل القضائي وهذا بطبيعة الحال يكون مدعاة لاختلاف الاحكام القضائية من واقعة الى اخرى وحسب قناعة المحكمة التي تنتظر النزاع الامر الذي يستدعي التدخل التشريعي لسد تلك الثغرة اضافة الى ذلك لا بد من التمهيد لنوع معين من انواع التعاون بين الاطراف المتقاضين ليس تحت فكرة وحدة المصلحة وانما تحت فكرة وحدة الغرض وهو تحقيق العدالة بأقصر الطرق واقل النفقات وأسهل الاجراءات.

رابعاً: نطاق البحث

يتحدد نطاق هذا البحث في الاثبات المدني عموماً وفي الاثبات القضائي على وجه التحديد اذ يركز على مسأله مدى امكانيه الخصوم في الاتفاق على اختيار دليل الاثبات المناسب لدعواهم او نقل عبء الاثبات من خصماً الى اخر معتمدين في ذلك على تحليل نصوص قانون الاثبات العراقي وبعض نصوص القوانين المتعلقة بهذا الموضوع.

خامساً: منهجية البحث

لغرض الوقوف على موضوع البحث بدقة فأننا سوف نتولى دراسة هذا الموضوع معتمدين في ذلك المنهج التحليلي لنصوص قانون الاثبات العراقي وذلك حسب حاجة الدراسة بقدر تعلق تلك النصوص بالموضوع محل البحث.

سادساً: خطة البحث

لغرض الاحاطة بموضوع الاتفاق على الاثبات فأننا سوف نقسم البحث فيه على مبحثين نتناول في اولهما مفهوم الاتفاق على الاثبات وذلك في مطلبين الاول للتعريف بالاتفاق على الاثبات اما الثاني فسوف يكون من نصيب خصائص الاتفاق على الاثبات اما المبحث الثاني فقد أثرنّا ان نبحت فيه مظاهر الاتفاق على الاثبات ومشروعيته وذلك في مطلبين حددنا في الاول مظاهر الاتفاق على الاثبات اما الثاني فقد خصصناه لبيان مشروعية الاتفاق على الاثبات، ثم توصلنا الى خاتمة عرضنا فيها اهم ما نراه من نتائج وما نراه من مقترحات.

المبحث الاول

مفهوم الاتفاق على قواعد الاثبات

مما لا شك فيه ان الخصم في الدعوى الذي يكلف بالإثبات انما هو ينوء بحمل ثقل اذ يتوقف مصير تلك الدعوى على ذلك الدليل الذي يقدمه الخصم، لذلك كثيراً ما يسعى هذا الخصم الى التخلص من ذلك العبء الثقيل من خلال ايراد اتفاقات متعددة من شأنها ان تعدل قواعد الاثبات متى كان ذلك ممكناً، ولغرض الإحاطة بهذا الموضوع فإننا سوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين نتناول في الاول التعريف بالاتفاق على الاثبات اما الثاني فسوف يكون لخصائص الاتفاق على الاثبات.

المطلب الاول

التعريف بالاتفاق على قواعد الاثبات

لغرض الاحاطة بهذا الامر قسمنا البحث الى فرعين في أولهما نعالج التعريف اللغوي اما الثاني فسيكون من نصيب التعريف الاصطلاحي وعلى النحو الاتي

الفرع الاول

التعريف اللغوي

يعرف الاتفاق في اللغة على انه التلاؤم والتقارب بين الشئيين، وهو مصدّر قياسي، يُقال: اتفق الرجلان على إتمام الصفقة، أي: اجتمع رأيهما على ذلك قصدًا منهما، ويُقال: اتفق لي الأمر، أي: وقع لي عرضًا دون إرادة مني وسعيّ مُسبقٍ⁽¹⁾.

في حين ورد معنى القاعدة على انه هي الأساس، فقاعدة كل شيء هي أساسه، فمن ذلك قواعد البيت وهي أسسه؛ قال تعالى: {وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ}⁽¹⁾.

((قَالَ الرَّجَاُ: الْقَوَاعِدُ أَسَاطِينُ الْبِنَاءِ الَّتِي تَعْمِدُهَا. وَقَوَاعِدُ الْهُدُجِ: خَشَبَاتٌ أَرْبَعٌ مُعْتَرِضَةٌ فِي أَسْفَلِهِ تُرْكَبُ عِيدَانُ الْهُدُجِ فِيهَا. قَالَ أَبُو عُبَيْدٍ: قَوَاعِدُ السَّحَابِ أُصُولُهَا الْمُعْتَرِضَةُ فِي آفَاقِ السَّمَاءِ شَبَهَتْ بِقَوَاعِدِ الْبِنَاءِ؛ قَالَ ذَلِكَ فِي تَفْسِيرِ حَدِيثِ النَّبِيِّ، صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، حِينَ سَأَلَ عَنْ سَحَابَةٍ مَرَّتْ فَقَالَ: كَيْفَ تَرَوْنَ قَوَاعِدَهَا وَبَوَاسِقَهَا؟))⁽²⁾

ومن هنا يمكن القول ان القواعد هي أساس الشيء سواء كان ماديا او معنويا.
كما يعرف اثبات، ثبت الشيء يثبت ثباتا وثبوتا فهو ثابت وثبت وثبت ، وأثبتته هو ويقال : ثبت فلان في المكان يثبت ثبوتا فهو ثابت⁽³⁾.

وورد ايضا: على انه تأكيد الحق بالدليل والحجة ويقال اثبت الحق اقام حجته، وقد يقال قدم اثباتا بشهادة⁽⁴⁾

الفرع الثاني

التعريف الاصطلاحي

(1) جمال الدين ابي الفضل بن منظور الانصاري، لسان العرب، المجلد الرابع، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2005، ص268.

(1) سورة البقرة اية 127

(2) محمد بن مكرم بن علي ابو فضل جمال الدين بن منظور الانصاري، لسان العرب، ج3، ط3، دار صادر، بيروت ، لبنان ، 1414 هـ ، ص 361 ،

(3) جمال الدين ابي الفضل بن منظور الانصاري، المصدر نفسه، ص6

(4) محمد بن ابو بكر الرازي ، مختار الصحاح ، الطبعة الاولى ، ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1967 ، ص81.

قبل الدخول في موضوع الاثبات القضائي لابد من تحديد المقصود بموضوع الاتفاق عموماً، اهو مرادف لمصطلح العقد ام هو مصطلح اخر مغاير له؟ بطبيعة الحال اختلف الفقه القانوني في معالجه هذا الامر اذ ذهب جانب من الفقهاء الى تعريف الاتفاق عموماً على انه اتحاد ارادتين او اكثر على انشاء الالتزام او نقله او تعديله او انهائه⁽¹⁾، وهذا بطبيعة الحال يعطي بعداً اكبر و اوسعاً على الاتفاق من العقد بمعنى انه يجعل الاتفاق هو الاعم بينما العقد هو الاخص او هو صورته من صور الاتفاق اي بمعنى انهم يدخلون العديد من التصرفات في اطار الاتفاق وان كانت لا توصف عقوداً بالمعنى الفني الدقيق للعقد كحوالة الحق وحوالة الدين في حين لو عرجنا على موقف المشرع العراقي فقد اورد في تعريفه للعقد بقوله هو الارتباط الايجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الاخر على نحو يثبت اثره في المعقود عليه وهو بهذه التعريف يخالف التفرقة المذكورة⁽²⁾، وهذا الامر بطبيعة الحال ليس قاصراً على القانون المدني العراقي بل هو مثار جدل فقهي بين الفقهاء عموماً اذ ينكر التوجه العام للفقه تلك التفرقة بين العقد و الاتفاق ويرون انها واحدة الغرض و المعنى وان اختلفت المادة و الشكل، ولا يسعنا المقام للدخول بتلك الخلافات الفقهية حول حقيقة هذا الموضوع وحسبنا منها ما يتعلق بالمفردة محل البحث وحتى يتيسر علينا تحديد تعريف للاتفاق على الاثبات لابد ايضاً ان نحدد ما المقصود بالاثبات عموماً فقد عرف بانه "اقامة الدليل امام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتبت اثارها"⁽³⁾.

فالاثبات عموماً هو اقامة الدليل اما القضاء على واقعة معينة يدعي بها أحد اطراف الدعوى وينكرها الاخر كلياً او جزئياً، وبما يتعلق بالمفردة مدار البحث فان الاتفاق قد يحدث فيما بين الخصوم انفسهم وذلك في اطار التقاضي في الدعوى محل النزاع، فاذا كان المشرع قد حدد ادلة الاثبات واعطى لكل دليل قوته القانونية فهذا لا يعني القضاء على دور ارادة الاطراف في ادارة دعواهم فقد يحدث ان يتفق الخصوم على آلية اثبات تصرف ما قبل ان تقام به دعوى.

المطلب الثاني

(1) د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الاول، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، 140، ينظر ايضاً د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، المكتبة القانونية، بغداد، 2007، ص 34.

(2) ينظر المادة (73) من القانون المدني العراقي والتي نصت على ((العقد هو ارتباط الايجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الاخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه.))، ينظر د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي و القوانين المدنية العربية و الاجنبية معززة براء الفقه و احكام القضاء، دار ائاراس للطباعة والنشر، العراق اربيل، بدون سنة طبع، ص 40.

خصائص الاتفاق على قواعد الاثبات

من خلال التعريف المتقدم اعلاه يمكن ان نؤشر من الخصائص ما يلي وذلك في فرعين نجعل اولهما لخصيصة الجانب الارادي في الاتفاق على الاثبات اما الثاني فسيكون لبيان طبيعتها الاستثنائية وغير المألوفة في العمل القضائي.

الفرع الاول

بروز الطابع الإرادية في الاتفاق على قواعد الاثبات

لكي ينشأ الاتفاق على الاثبات لابد من وجود إرادة لأطراف النزاع فهو لا ينشأ بصورة اعتباطية او بمجرد المصادفة وانما لابد من وجود إرادة حقيقية مدركة متجهة الى احداث اثر قانوني وهذا بطبيعة الحال يدعو الى ان نبحث في مسألة إرادة الأطراف المتعاقدين او المتقاضين اذ لابد ان يكون كلا الطرفين المتقاضين قد بلغ السن القانوني وهو تمام الثامنة عشر من العمر ولا يعتريه عارض من عوارض الاهلية ولا موانعها كالإكراه والغبن مع التغيير او الاستغلال او الغلط وما شابه ذلك من حالات التي تعيب الإرادة وتوقفها وبطبيعة الحال عندما نقول هنالك اتفاق بمعنى لابد ان تتوفر فيه مقومات الاتفاق الحقيقية وهي الاهلية القانونية السليمة وكذلك الإرادة المدركة الخالية من العيوب هذا ان كان الشخص يتفق بنفسه او ان صح التعبير يتعاقد بنفسه على تهيئة الدليل القانوني المناسب لدعواه ⁽¹⁾ لكن السؤال الذي يطرح في هذا الصدد ماذا لو كان الشخص صاحب الحق قاصرا هل بإمكان الوصي او الولي او القيم ان ينوب عنه في الاتفاق على الاثبات، ذلك لان الاتفاق على الاثبات بطبيعة الحال قد يساوي الحق نفسه هذا عندما تتفق على وسيله اثبات معينه قد تحمل الطرف الملقى على عاتقي عبء الاثبات التزامات قد لا يستطيع الايفاء بها الامر الذي يستدعي الرجوع الى قانون رعاية القاصرين الذي حدد الأعمال التي يحق للوصي والولي والقيم القيام بها ولم يرد من بينها لاتفاق على الاثبات ولكن نص على - الصلح والتحكيم فيما لم يزد على مائة دينار لكل قاصر . فهذه المادة قد حددت التصرفات التي ليس للوصي القيام بها صلحا ولا تحكيما دون الرجوع للدائرة المذكورة إذا كانت أقل من مائة دينار وبتقديرنا أن الوصي ليس له الاتفاق على الاثبات دون الرجوع للدائرة المختصة إذا كانت قيمة الحق أكثر من مائة، أما إذا كانت أقل من ذلك فقد صرح القانون كما ذكرنا انفا أن له الصلح والتحكيم ومن وجهة نظرنا أن الاتفاق على الاثبات في هذا الموضع ليس أكثر خطورة من الصلح والتحكيم ⁽²⁾ ، السؤال الذي يطرح في هذا الصدد في أي وقت يمكن أن يحدث الاتفاق على الاثبات؟

(1) د. عبد المجيد الحكيم و د. عبد الباقي البكري و د. محمد طه البشير، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الجزء الاول، بغداد، 1980، ص72.

(2) ينظر نص المادة (43) الفقرة الثالثة من قانون رعاية القاصرين رقم 78 لسنة 1980.

قد يتبادر للذهن أن الاتفاق على الاثبات حتى يكون ممكناً لا بد أن يتم في وقت اعداد التصرف القانوني أي وقت إبرام العقد محل النزاع أو في وقت نشوء الحق محل النزاع ولكن هذا الأمر على إطلاقه قد لا يكون ممكناً فتحديد الوقت ليس بالأمر الضروري إلى الحد الذي يثير النزاع خصوصاً إذا كانت إرادات الأطراف متجهة إلى هذا الاتفاق فكما هو معروف أن للأطراف حتى إبرام العقد لهم أن يلحقوه بالتعديل سواء بالإضافة أو الحذف أو الإلغاء ولعل الاتفاق على الاثبات ليس أهم من التعديل بل هو قد يكون أقل من التعديل خطورة فهو يهيئ وسيلة لإثبات التصرف محل النزاع دون أن يمس مادة ذلك التصرف⁽³⁾، قد يتبادر للذهن في بعض الحالات المحكمة هي من تكلف خصماً معينا بتقديم دليلاً معينا أو ورقة معينة فعل يعد ذلك نقلاً لعبء الاثبات من خصماً إلى آخر وهل يدخل في إطار الاتفاق على الاثبات ، في الإجابة على ذلك بالإمكان القول بأنه نقلاً لعبء الاثبات إلا أنه لا يعد من صور الاتفاق على الاثبات فالاتفاق على الاثبات كما أسلفنا هو ارادي المصدر و الحالة أعلاه قد تنشأ بقوة القانون وتحت فكرة حسن سير العدالة

الفرع الثاني

الاتفاق على قواعد الاثبات استثناء من المبدأ العام

يعتبر عبء الاثبات من المسائل المهمة في الدعاوى المدنية إذ ينبري القانون إلى تحديد الأشخاص الذين يجب عليهم تقديم الأدلة في الدعاوى المدنية⁽¹⁾ وبالتالي فهو بهذه الصورة يعادل مسألة كسب الحق أو خسرانه بالنسبة لصاحب الحق بمعنى أنه لا يكون كافياً بمجرد أن يدعي الشخص أن له حق على آخر أمام القضاء وإنما لا بد من أن يهيئ الوسائل الكافية لأثبات ذلك الحق وينبر القانون إلى إيجاد القواعد التي من شأنها أن يثبت كل شخص حقه أمام القضاء ولكن هذه القواعد هي ليست من النظام العام وبالتالي من الممكن أن يتغير الاثبات من طرف إلى آخر أو من شخص إلى آخر بحسب اتفاق الأطراف المتخاصمين أو بحسب قناعه الأطراف المتخاصمين فلا ضير في أن كل طرف يوكل إلى الطرف الآخر تقديم الدليل أو الحجة التي تحت يده أو بحيازته لتحقيق غرض معين فالقانون لا يمنع تلك الاتفاقات ما دامت لا تخالف النظام العام و لأداب العامة ، ولكن ما هو الحل لو كانت تلك الاتفاقات تعدل بعض نصوص قانون الاثبات هل كل الاتفاقات

(3) د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، بحث موازن بين احكام المعاملات المالية والشرعية والمدنية المرعية في بلاد الجامعة العربية، بلا مكان طبع، ص 24

(1) ينظر نص المادة (33) من قانون الاثبات العراقي رقم (107) لعام 1979 والتي نصها ((أولاً - التأشير على سند بما يستفاد منه براءة ذمة المدين حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس ولو لم يكن التأشير موقعاً منه ما دام السند لم يخرج قط من حيازته. ثانياً - وكذلك يكون الحكم إذا أشر الدائن بخطه دون توقيع ما يستفاد منه براءة ذمة المدين في نسخة أصلية أخرى للسند في يد المدين.)) إذ يفهم من النص المتقدم أن المشرع يتولى رسم طريق للأثبات في الدعاوى المدنية

مؤخذ بها قبل الاجابة على ذلك لابد من السؤال عن طبيعة نصوص قانون الاثبات هي من النظام العام (2) كان يكون هنالك دليل يثبت بالشهادة فهل يجوز اثباته بغير ذلك او ان هنالك دليل لابد ان يثبت بالكتابة فهل يجوز اثباته بغير ذلك بطبيعة الحال القوة القانونية لكل دليل لا يجوز المساس بها و لا يجوز تغييرها من جهة الى جهة اخرى ولكن من الممكن ان يحدث التغيير بطبيعة الاشخاص الذين يكلفون بتهيئة واعداد الدليل وتقديمه امام القضاء اما مساله قوة الدليل وسلطان الدليل وحجه الدليل فهذه مساله نابعه من قوه القانون وبالتالي لا يجوز ان يتم تغييرها او تعديلها من حاله الى اخرى كل ما في الامر ان الاشخاص الذين يكلفون بإعداد الدليل من الممكن ان يتغيرون من جهة الى جهة اخرى وعلى حسب متطلبات او مقتضيات المصلحة العامة للدعوى اعني بذلك ان قواعد الاثبات ليست جميعها من النظام بل يمكن لا تقاوى على خلافها في حين تلك التي تتعلق بالنظام العام لا يجوز المساس بها فهي تنقسم الى شقين احدهما موضوعي خاضع لإرادة الاطراف و الاخر يدخل فيه النظام العام المتمثل بالمصلحة العامة .

المبحث الثاني

مظاهر الاتفاق على قواعد الاثبات القضائي ومشروعيته

وضع المشرع قواعد وأسساً للإثبات القضائي، فقد بين ابتداءً من الذي يتحمل عبء الإثبات ووضع قواعد تنظم ذلك، ثم بين الأدلة التي يمكن الركون إليها لإثبات الادعاء أو الدفع وبين حجية كل دليل. فهل يمكن للأطراف الاتفاق على مخالفة هذه القواعد أو تعديلها؟ للإجابة على هذا السؤال، فإننا سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين: نتناول في الأول مظاهر الاتفاق على قواعد الإثبات، ومن ثم نبحث في المطلب الثاني مشروعية الاتفاق على قواعد الإثبات

المطلب الأول

مظاهر الاتفاق على قواعد الاثبات

تشمل قواعد الإثبات القواعد المتعلقة بعبء الإثبات وأيضاً القواعد المتعلقة بأدلة الإثبات. لذلك، سنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين: في الأول، سنبحث الاتفاق على عبء الإثبات، وفي الثاني، سنبحث في الاتفاق أدلة الإثبات.

الفرع الأول

الاتفاق على عبء الاثبات

(2) د. توفيق فرج، قواعد الاثبات في المواد المدنية و التجارية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، 1985 ص 3 ، ينظر ايضا رمضان ابو السعود ، اصول الاثبات في المواد المدنية و التجارية ، النظرية العامة في الاثبات ، الدار الجامعية ، بيروت ، 1993 ، ص22

المقصود بعبء الإثبات هو تحديد الخصم الذي يجب عليه أن يقوم بإثبات الواقعة المتنازع عليها⁽²⁾، فعلى الإثبات يقع على عاتق الخصوم في الدعوى، لأن القاضي لا يستطيع أن يقر بأحقية الشخص في ادعائه ما لم يقيم الدليل عليه، وكثير من الأفراد يخسرون دعواهم مع أنهم قد يكونون في الواقع أصحاب حق بسبب عجزهم عن إثبات دعواهم وإقامة الدليل الذي يوصل لاقتناع القاضي⁽³⁾، كما أن القاعدة التي تحكم الإثبات في الدعوى المدنية تقرر أن عبء الإثبات يقع على المدعي، وقد نصت على ذلك مختلف قوانين الإثبات المدنية، ومنها قانون الإثبات العراقي إذ نصت الفقرة الأولى من المادة السابعة منه على: (البينة على من ادعى واليمين على من انكر) وهذا يعني أن المدعي هو المسؤول عن تقديم البينة، بينما يُطلب من المدعي عليه حلف اليمين إذا لم يتمكن المدعي من تقديم البينة.

ونصت الفقرة الثانية من المادة السابعة من قانون الإثبات العراقي على: (المدعي هو من يتمسك بخلاف الظاهر، والمنكر هو من يتمسك بإبقاء الأصل) فقد عرف المشرع بموجب هذه المادة المقصود بالمدعي، حيث أن المدعي هو من يتمسك بخلاف الظاهر أصلاً أو فرضاً أو عرضاً والمنكر هو من يتمسك بإبقاء الأصل، فكل من يدعي خلاف هذا الأصل الثابت يتوجب عليه أن يثبت عكسه. فالمقصود بالمدعي ليس هو رافع الدعوى، وإنما هو كل من يتمسك بالواقعة المراد اثباتها، سواء كان المدعي أم المدعى عليه في الدعوى، أي أن عبء الإثبات يعاد توزيعه بين المدعي والمدعى عليه بحسب الواقعة التي يمكن أن يدعيها أي منهما⁽⁴⁾. وهكذا صح القول بأن من يحمل عبء الإثبات هو المدعي في الدعوى، والمدعى عليه في الدفع، فكلاهما مدع في دعواه.

إن هذه القاعدة وإن كانت تضع أصلاً من أصول النقاضي إلا أنه قد يتفق الأطراف على خلافها مثل هذا الاتفاق اتفاق المدعي في دعوى الدين مع المدعى عليه على أنه لا يتحمل عبء اثبات الدين وإنما المدعى عليه يتحمل هذا العبء وهو عبء اثبات عدم مشغولية ذمته بالدين المطالب في الدعوى، سواء تم هذا الاتفاق قبل حدوث النزاع أو بعد حصوله، وسواء كان هذا الاتفاق صريحاً أو ضمناً، بحيث يعد تعديلاً لعبء الإثبات كل ما يصدر عن الخصم أثناء سير الدعوى ويدل على رضائه بهذا التعديل، كما لو تطوع الخصم بإثبات ما لا يتحمل عبئه.

الفرع الثاني

الاتفاق على أدلة الإثبات

(2) د. حسين المؤمن، نظرية الإثبات، المحررات أو الأدلة الكتابية، الجزء الثالث، بيروت، ١٩٨٥م، ص ٤٠.

(3) فرج محمد علي، عبء الإثبات ونقله، الطبعة الثانية، دون ناشر، الاسكندرية، ٢٠٠٩م، ص ١٨.

(4) جميل الشراوي، الإثبات في المواد المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976، ص 23.

عند قيام النزاع بين الأطراف واللجوء الى القضاء فيجب على المدعي اثبات ادعاءه ويجب على المدعى عليه اثبات دفعه، ولا يمكن اثبات ذلك الا من خلال الركون الى ادلة الاثبات، لذلك تعرف ادلة الاثبات بأنها "الوسائل المقبولة قانوناً والتي يلجأ اليها اطراف النزاع لأقناع القاضي بصحة الوقائع التي يدعونها"⁽⁵⁾. ويقوم المشرع بتحديد ادلة الاثبات ويحدد لكل دليل حجته في الاثبات، فلم يجعل كل الأدلة متساوية في القوة وإنما جعل لكل دليل حجية معينة، فقبول دليل معين في الإثبات دون غيره يتوقف على تكييف الواقعة المتنازع عليها فيما اذا كانت تصرف قانوني أو واقعة قانونية، فإذا كانت تصرفاً قانونياً، فالأصل لا يجوز قانوناً إثبات التصرفات القانونية إلا بالكتابة، وهنا لنا ان نتساءل هل يمكن اثبات هذا التصرف بأدلة الاثبات الأخرى غير الكتابة؟

أشار المشرع العراقي صراحة لذلك بنص المادة (77/ ثانياً) من قانون الاثبات التي تنص على (إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 5000 خمسة الاف دينار او كان غير محدد القيمة، فلا يجوز اثبات هذا التصرف او انقضائه بالشهادة ما لم يوجد اتفاق او قانون ينص على خلاف ذلك). فالمتمتع بالنص أعلاه يجد ان المشرع أجاز للأطراف الاتفاق على اثبات التصرف القانوني الذي يزيد عن خمسة الاف دينار بالشهادة رغم انه حدد دليل اثباته بالكتابة، ولكن هل يمكن للطرفين الاتفاق على عكس ذلك بأن يكون المشرع حدد دليل الاثبات بالشهادة ويتفق الأطراف على اثباته بالكتابة؟ وقد يكون الاتفاق على ادلة الاثبات من خلال تحديد حجية الدليل المتفق عليه وقوته في الإثبات، فالأطراف هنا لا يكتفون بتحديد الادلة المقبولة في الإثبات فقط، بل يتجاوز ذلك إلى تحديد حجية هذا الدليل أو ذاك في الإثبات، حيث وكما بينا سابقاً ان المشرع حدد ادلة الاثبات وحدد حجيتها فجعل الكتابة اقوى من الشهادة في الاثبات، فقد يتفق الأطراف على جعل حجية الشهادة اقوى من حجية الكتابة في الاثبات.

المطلب الثاني

مشروعية الاتفاق على الاثبات

يشمل قانون الاثبات على قواعد إجرائية وأخرى موضوعية، وإذا كان الفقه متفق على ان القواعد الإجرائية لا يجوز الاتفاق على مخالفتها كونها من النظام العام، فأن مخالفة القواعد الموضوعية كانت محل خلاف بينهم، ونتيجة لهذا الاخلاف انقسم الفقه الى اتجاهين، اتجاه رافض لهذا الاتفاق واتجاه مؤيد لهذا الاتفاق، عليه فسوف نقسم هذا المطلب على فرعين نبحت في الأول الاتجاه الرافض وفي الثاني نبحت الاتجاه المؤيد.

(5) د. ادم وهيب النداوي، الموجز في قانون الاثبات، مكتبة السنهوري، بغداد، دون سنة طبع، الطبعة الأولى، ص 71.

الفرع الأول

الاتجاه الرافض

انقسم أصحاب هذا الاتجاه الى رأيين: ذهب الرأي الأول⁽⁶⁾ الى رفض قبول الاتفاق على الاثبات، باعتبار إن قواعد الإثبات تتعلق بالنظام العام وبالتالي لا يجوز الاتفاق على خلافها، فالعدالة تسمو على الحرية وهي نظام اجتماعي تعلو فيه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة. وذهب رأي اخر⁽⁷⁾ الى القول بان الاتفاق على قواعد الاثبات غير ممكن اذا حصل قبل حصول النزاع، لان مثل هذا الاتفاق يحمل معنى المضاربة حيث ان كلا الطرفين قد يقبل هذا الاتفاق في الوقت الذي يجهل به ما سيكون عليه الحال وقت النزاع وان من شأن ذلك ان يمس النظام العام، اما اذا حصل هذا الاتفاق بعد حصول النزاع فإن هذا الاتفاق يعد صحيحا وملزم لأنه في هذه الحالة يكون الامر متعلقا بالمصلحة الشخصية للأطراف هذا من جانب ومن جانب اخر ف ان في هذا الوقت سيكون كلا الطرفين له القدرة على تقدير الوضع.

الفرع الثاني

الاتجاه المؤيد

هناك جانب من فقهاء هذا الاتجاه يرى أن قواعد الإثبات الموضوعية – وهي التي تتعلق بعبء الاثبات و وادلة الاثبات وحجيتها – بعضها يتعلق بالنظام العام والبعض الآخر ليس كذلك، وأنه من غير المنطق إطلاق القول بعدم تعلق هذه القواعد بالنظام العام، أو تعلقها به وإنما يتعين النظر إلى الغاية التي تحققها قاعدة الإثبات فإذا كانت تتعلق بسلطة القاضي في الإثبات، أو كانت تتعلق بالضمانات الأساسية لحق الدفاع كقاعدة المجابهة بالأدلة فأنها تعد النظام العام⁽⁸⁾.

(6) د. أحمد نشأت، رسالة الاثبات، ج1، دار الفكر العربي، 1972، ص160.

(7) د. سليمان مرقس أصول الإثبات، الطبعة الثانية بلا دار نشر ولا سنة طبع، ص ٣٧١ – ٣٧٢. كذلك د. عايض راشد المري، مدى حجية الوسائل التكنولوجية الحديثة في اثبات العقود التجارية: اطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، بدون سنة، ص 173
(8) د. توفيق حسن فرج وعصام حسن فرج، قواعد الاثبات في المواد المدنية والقانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003، ص71 كذلك د. علاء حسين مطلق التميمي، التوقيع بالشكل الالكتروني ومدى حجته في الاثبات المدني، دار النهضة العربية، ط1، القاهرة، 2014، ص 310.

في حين ذهب جانب آخر⁽⁹⁾ الى ان القواعد الموضوعية ما وضعت الا لمصلحة الافراد وحماية حقوقهم الخاصة ولا تتعلق بالمصلحة العامة، وبالتالي فيمكن الاتفاق على مخالفتها سواء كان هذا الاتفاق قبل رفع الدعوى الى المحكمة ام بعده، وسواء كان صراحة ام ضمنا، ولا يجوز للمحكمة ان ترفض ذلك، لأنه اذا كان بإمكان الشخص التنازل او الصلح مع خصمة حول حقه في الدعوى فإنه من باب أولى ان يكون له حق التنازل او الصلح فيما يتعلق بحقه بالإثبات.

والرأي الأخير قد لقي قبولاً بالنسبة للغالبية العظمى من الفقهاء والقضاء، وذلك لان قواعد الاثبات الموضوعية تتعلق بمصالح الافراد لذلك كان لابد من عدم تقييدهم وإعطائهم المجال للاتفاق على تعديلها والاتفاق على خلافها.

وقد أشار المشرع العراقي صراحة لذلك بنص المادة (77/ ثانيا) من قانون الاثبات التي تنص على (اذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 5000 خمسة الاف دينار او كان غير محدد القيمة، فلا يجوز اثبات هذا التصرف او انقضائه بالشهادة ما لم يوجد اتفاق او قانون ينص على خلاف ذلك).

اما القضاء العراقي فأن موقفه كان واضح بخصوص الاتفاق على قواعد الاثبات، فجاءت العديد من القرارات القضائية التي تؤيد صحة الاتفاق على قواعد الاثبات القضائي منها قرار محكمة التمييز الاتحادية الي قضيت فيه: (..... ان الطرفين وفي محضر جلسة يوم 2016/4/25 وافقا على اثبات التصرف بالشهادة، لذا فأن رفض المحكمة لهذا الاتفاق لا سند له من القانون، عليه قرر نقض الحكم المميز وإعادة الدعوى الى محكمتها...)⁽¹⁰⁾. وقد سارت محكمة استئناف القادسية الاتحادية بصفتها التمييزية على نهج محكمة التمييز بهذا الصدد إذ جاء في قرار لها بأنه (.... لعدم وجود تعهد تحريري بين البائع والمشتري بخصوص البيع، ولموافقة المدعى عليه البائع في جلسة 2016/9/28 الاستماع إلى البيئة الشخصية التي تثبت ذلك فكان على المحكمة الاستماع إلى هذه البيئة موقعياً لإثبات التعهد التحريري، حتى ولو زاد التصرف القانوني عن

(9) د. احمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ٢، مرجع سابق، ص ٨٢ وكذلك د. عبد المنعم فرج الصده، الإثبات في المواد المدنية، مكتبة مصطفى الحلبي، القاهرة، 1955، ص ٢٠. وكذلك د. عصمت عبد المجيد، شرح قانون الإثبات، الطبعة الثانية، المكتبة القانونية، بغداد، 2006، ص ١٩٨ - ١٩٩. وكذلك د. آدم وهيب النداوي، الموجز في قانون الإثبات وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة بغداد، بيت الحكمة، بغداد ١٩٩٠، ص ١٤٤.

(10) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد 661 في 2016/9/6، غير منشور.

خمسة لاف دينار طالما ان المدعى عليه وافق على ذلك استنادا لصراحة نص المادة (٧٧) / ثانيا) من قانون الاثبات لأن ادلة الاثبات الأخذ والتعامل بها من قبل المحكمة ليس من النظام العام....⁽¹¹⁾.

الخاتمة

بعد ان انتهينا من بحث موضوع الاتفاق على قواعد الاثبات فأننا توصلنا الى نتائج ومقترحات نوجزها بالآتي:

أولاً: النتائج

1- لقد تبين لنا ان الاتفاق على قواعد الاثبات يدخل ضمن فئة التصرفات الارادية التي تحتاج الى ارادة مدركة وسليمه للخصوم، فهو يساوي الحق موضع الخصومة في توفر الارادة المطلوبة لذلك.

2- لقد اتضح لنا ان الاتفاق على قواعد الاثبات القضائي يمكن اللجوء اليه في اي مرحلة يختارها الخصوم سواء في فترة اعداد التصرف محل النزاع ام عند حدوث النزاع، فلا يدخل عامل الزمن كعنصر فعال في هذا الامر.

3- لقد تبين وبما لا يقبل الشك ان الاتفاق على الاثبات هو استثناء من الاصل العام في الاثبات والذي يعطي للقانون حرية تنظيم الاثبات في الدعوى المدنية.

4- ان قواعد الاثبات تقسم الى قواعد إجرائية وقواعد موضوعية، وان الفقه متفق بعدم جواز الاتفاق على القواعد الإجرائية، وقد اختلف بخصوص القواعد الموضوعية والرأي الغالب إمكانية الاتفاق على القواعد الموضوعية.

5- ان المشرع العراقي إشار صراحة في نص المادة 77/ ثانيا من قانون الاثبات على إمكانية اتفاق الأطراف على تعديل دليل اثبات التصرف القانوني الذي تزيد قيمته عن خمسة الاف بحيث يمكن اثباته بالشهادة بدل الكتابة، ورغم ذلك فإن الفقه ذهب الى إمكانية اعمال هذا النص للاتفاق على كافة قواعد الاثبات الموضوعية، وبذلك يمكن للأطراف الاتفاق على نقل عبء الاثبات والاتفاق على تحديد حجية ادلة الاثبات.

ثانياً: المقترحات

⁽¹¹⁾ قرار محكمة استئناف القادسية بصفتها التمييزية بالعدد 177/ت/ح/2016 في 2016/10/26، غير منشور.

1. نقترح على المشرع العراقي إضافة نص مادة في قانون الاثبات يبين فيه مدى إمكانية الاتفاق على قواعد الاثبات، ويكون النص كالاتي (إذا اتفق الخصوم على قواعد الاثبات فتأخذ المحكمة بهذا الاتفاق، مالم يخالف النظام العام).
2. نقترح على المشرع إعادة النظر بنصوص قانون الاثبات الى الحد الذي يجعل فيه الدعوى المدني إطاراً للتعاون بين جميع أطرافها بما يخدم تحقيق العدالة وحسن سير القضاء.
3. ندعو الى الاخذ بالتفسير الواسع لنص المادة (77) من قانون الاثبات كونها تشكل حجر الاساس في موضوعة الاتفاق على قواعد الاثبات.

المصادر

اولاً: معاجم اللغة العربية

1. جمال الدين ابي الفضل بن منظور الانصاري، لسان العرب، المجلد الرابع، ط1 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2005.
2. محمد بن ابو بكر الرازي، مختار الصحاح، الطبعة الاولى، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1967.

ثانياً: مصادر القانون

1. د. أحمد نشأت، رسالة الاثبات، ج1، دار الفكر العربي، 1972.
2. د. ادم وهيب النداوي، الموجز في قانون الاثبات، الطبعة الأولى، مكتبة السنهوري، بغداد، دون سنة طبع،
3. د. توفيق حسن فرج وعصام حسن فرج، قواعد الاثبات في المواد المدنية والقانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003
4. د. جميل الشرقاوي، الإثبات في المواد المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976
5. حسين المؤمن، نظرية الإثبات، المحررات أو الأدلة الكتابية، الجزء الثالث، بيروت، ١٩٨٥م
6. رمضان ابو السعود، اصول الاثبات في المواد المدنية و التجارية، النظرية العامة في الاثبات، الدار الجامعية، بيروت ، 1993
7. د. سليمان مرقس أصول الإثبات، الطبعة الثانية بلا دار نشر ولا سنة طبع.

8. د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، بحث موازن بين احكام المعاملات المالية والشرعية والمدنية المرعية في بلاد الجامعة العربية، بلا مكان طبع
9. د. عبد المجيد الحكيم و د. عبد الباقي البكري و د. محمد طه البشير، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الجزء الاول، بغداد، 1980.
10. د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، المكتبة القانونية، بغداد، 2007.
11. د. عبد المنعم فرج الصده، الإثبات في المواد المدنية، مكتبة مصطفى الحلبي، القاهرة، 1955.
12. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الاول، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.
13. د. عصمت عبد المجيد، شرح قانون الإثبات، الطبعة الثانية، المكتبة القانونية، بغداد، 2006.
14. د. علاء حسين مطلق التميمي، التوقيع بالشكل الالكتروني ومدى حجته في الاثبات المدني، دار النهضة العربية، ط1، القاهرة، 2014.
15. فرج محمد علي عبء الإثبات ونقله، الطبعة الثانية، دون ناشر، الاسكندرية، ٢٠٠٩م
16. د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقوانين المدنية العربية والاجنبية معززة بأراء الفقه واحكام القضاء، دار اثاراس للطباعة والنشر، العراق اربيل، بدون سنة طبع.

ثالثا: الرسائل والإطريح

1. د. عايض راشد المري، مدى حجية الوسائل التكنولوجية الحديثة في اثبات العقود التجارية: رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، بدون سنة.
2. هبة محمد محسن، الاتفاق على الاثبات، اطروحة دكتوراه قدمت الى كلية الحقوق جامعة الموصل، 2015.

رابعا: القرارات القضائية

1. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد 661 في 2016/9/6.
2. قرار محكمة استئناف القادسية بصفتها التمييزية بالعدد 177/ت/ح/2016 في 2016/10/26.

خامسا: القوانين

1. قانون الاثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979.
2. قانون رعاية القاصرين رقم 78 لسنة 1980.

The system is based on the rules of evidence

Abstract

Contracting and leasehold contracts have special legal regulations that are referred to in the event of a dispute between the landowner and the person with whom he contracted to construct these buildings. However, when construction occurs without the landowner's consent and permission - which is the subject of our research - which is the most common case in practical reality, disputes abound, disagreements intensify, and the practical importance of the subject of illegal construction on the property of others becomes clear. The judiciary in all countries of the world is almost devoid of these disputes. The laws, including the Iraqi Civil Law No. 40 of 1951, did not hesitate to take into account the landowner's side, making the original that the construction belongs to the landowner, except in specific exceptional cases, considering that the builder is the aggressor, and it is unreasonable to seize the ownership of the land without his will and merely by encroaching on it by construction. These laws also established a legal presumption in favor of the landowner, stating that everything on or under the land, whether a building, foundation, or other facilities, is considered the work of the landowner who constructed it at his own expense, and is his property unless proven otherwise.

البناء على أرض الغير في القانون العراقي (دراسة تحليلية لأحكام القضاء العراقي)

أ.م.د. بيداء كاظم فرج / جامعة المثنى

baida_kadhum@mu.edu.iq

م. د هدى سعدون لفته / جامعة القادسية

huda.lafta@qu.edu.iq

الملخص

إن البناء على ملك الغير عندما يكون بموافقة مالك الأرض كعقود المساواة والمساواة لها تنظيمات قانونية خاصة يتم الرجوع إليها في حالة حدوث نزاع بين مالك الأرض ومن تعاقد معه على القيام بإحداث تلك الأبنية أما عند حصول البناء دون موافقة وإذن مالك الأرض - وهو مدار بحثنا - وهي الحالة الأكثر شيوعاً في الواقع العملي ، حيث تكثر المنازعات ويحتمل الخلاف وتظهر بوضوح الأهمية العملية الموضوع البناء غير المشروع على ملك الغير، فلا يكاد القضاء في جميع دول العالم يخلو من هذه المنازعات.

ولم تتردد القوانين ومنها القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ عن مراعاة جانب مالك الأرض، فجعلت الأصل أن يكون البناء لمالك الأرض، إلا في حالات استثنائية محددة على اعتبار أن الباني هو المعتدي ، ومن غير المعقول أن تسلب ملكية الك الأرض دون إرادته ولمجرد التجاوز عليها بالبناء، كما وضعت هذه القوانين قرينة قانونية لصالح مالك الأرض مفادها أن كل ما يوجد على الأرض أو تحتها من بناء أو اس أو منشآت أخرى يعد من عمل صاحب الأرض قد أحدثه على نفقته ، ويكون ملكاً له لم يثبت العكس.

تاريخ الاستلام : ٢٠٢٤/٧/٢٨

تاريخ القبول : ٢٠٢٤/٨/٢٦

تاريخ النشر : ٢٠٢٤/٩/١٤

الكلمات المفتاحية: (الزعم الشرعي ، السبب الصحيح ، المحدثات ، التجاوز على ملك الغير).

المقدمة

موضوع البحث:

ترتب على وجود عقار لشخص تحت حيازة شخص آخر آثارا عديدة لعل من أهمها وأكثرها شيوعاً هو قيام الحائز بالإنتفاع على العقار الذي بحوزته وقيامه بإدخال بعض الإضافات والتحسينات على هذا العقار، وهو عندما يقوم بذلك يقصد منه تحقيق مصلحته الشخصية في زيادة الإنتفاع بالعقار أو تحسين سبل الإنتفاع به كقيامه ببنثبيت خزانات ماء على العقار أو إدخال أجهزة التكييف المركزي، أو بناء غرفة إضافية أو طابق ثان على العقار أو غير ذلك من الإضافات الأخرى، ويفهم من ذلك انه ليس كل ما يحدثه الحائز ويضيفه على ملك غيره يدخل ضمن نطاق هذا البحث، بل تقتصر على حالة البناء غير المشروع الذي يحدثه الشخص على ارض غيره، مثل قيام الباني بالتجاوز في البناء على ارض الغير، وحيث ان الفقهاء لم يتفقوا على مفهوم البناء فلا بد لنا من الوقوف على هذا المفهوم لغرض تعريفه وتحديده ومعرفة مقوماته التي تتطلب ان يكون البناء من المحدثات الجديدة وليس مجرد تحسينات كمالية وان يكون ملتصقا بالأرض اتصالاً لا يقبل التجزئة بدون ضرر.

أهمية البحث:

أهمية موضوع بحثنا تكمن في التزايد المستمر في حصول البناء على ملك الغير والتجاوزات الحاصلة في البناء على أراضي الدولة نتيجة الأحداث التي مرت على بلدنا بعد ٩/٢/٢٠٠٣ من انفلات أمني وفوضى وعدم استقرار، فقد دفع بعض الناس إلى القيام بالتجاوز في البناء على أراضي الدولة ووضع اليد على أملاكها والأموال الخاصة وكذلك فإن استمرار هذه الحالة الشاذة وعدم معالجتها قد شجع الناس إلى التوجه نحو البناء على أراضي الدولة مما يشكل خطورة على حساب المال العام وهدر في الثروات، وأن هذه الحالة تنبئ عن واقع اليم بسبب تفاقم هذه المشكلة وعدم الجدية في معالجتها باعتبارها حالة من حالات البناء غير المشروع على ملك الغير، ولكثرة وقوعها في الحياة العملية فقد وقع اختيارنا للموضوع هذا لما له من أهمية قانونية واقتصادية وتنظيمية.

أسباب اختيار البحث:

سبب اختيار الموضوع من الناحية القانونية، فإن المسألة تكمن في تفعيل النصوص القانونية التي جاءت بأحكام خاصة لمعالجة حالات البناء على أرض الغير دون موافقة المالك وكذلك عدم قيام الأجهزة التنفيذية بدورها في إزالة التجاوزات الواقعة على العقارات العائدة للدولة والبلديات رغم وجود قرارات لمعالجة هذا الوضع الشاذ ومنه قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (١٥٤) لسنة ٢٠٠١.

مشكلة البحث

من الناحية التنظيمية ، فإن البناء على ملك الغير دون موافقته يؤدي إلى إيجاد حالة من البناء العشوائي داخل وخارج حدود البلديات دون اكتراث بالتصاميم الأساسية المدن والتقيد بالمساحات المسموح بها قانوناً كحد أدنى للإفراز المنصوص عليها في قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم (٧٣١) في ١١/٩/١٩٨٧ ، فضلاً عن ذلك فإن الباني السيء النية بطبيعة الحال يخالف التعليمات بخصوص استحصال الموافقات الرسمية في البناء من الدوائر ذات العلاقة كرخصة إجازة البناء التي تصدر من دائرة البلدية المختصة. أما من الناحية الاقتصادية، فقد ينفق الباني من الأموال والجهد والوقت الشيء الكثير الإقامة الأبنية على الأرض ثم يفاجأ بأن أحد الشركاء يطلب إزالة تلك الأبنية لعدم موافقته على إبقاء تلك الأبنية في الأرض المشاعة بينهم، أو كان الباني يقصد إحداث تلك الأبنية على أرض الغير وهو سيء النية ابتداءً كحالة البناء على أرض الدولة والدافع وراء هذه الحالة هو اعتقاد الباني بأنه سوف يمتلك الأرض بصدور قرارات من الحكومة تقضي بتمليك المتجاوزين وهذا أمر مخالف لقواعد العدالة ، إذ من غير المعقول أن يكافأ الباني سيء النية بتملك الأرض وفعله يشكل مخالفة للقانون.

منهجية البحث:

منهج بحثنا في هذا الصدد موزعاً على مبحثين ، سنخصص المبحث الأول لدراسة ماهية البناء المقام على أرض الغير ، بينما سنتناول في المبحث الثاني حالات البناء غير المشروع على ملك الغير

المبحث الأول

ماهية البناء على أرض الغير والأساس القانوني له

بغية الاحاطة بموضوع البحث فلا بد لنا من وقفة تعريفية لاهم مفردات عنوانه ،وبيان ماهيتها اللغوية والاصطلاحية فلا نجد مناصاً من بيان مفهوم البناء بصورة عامة واهم صوره العملية ،وكذلك تعريف حق الملكية واستعراض عناصرها بشيء من الايجاز وبيان المقصود بمصطلح الغير وسوف نتناول ذلك في المطلب الاول ،اما المطلب الثاني فسوف نتناول فيه الاساس القانوني للبناء على ارض الغير .

المطلب الأول

ماهية البناء وحق الملكية والغير

لم يتفق الفقهاء على تحديد مفهوم البناء فلا بد من الوقوف على هذا المفهوم لغرض تعريفه وتحديد مقوماته اذا يتطلب ان يكون البناء من المستحدثات الجديدة وان يكون متصلاً بالارض اتصالاً لايقبل التجزئة وهذا ما سنتناوله في الفرع الاول ،اما الفرع الثاني سنتناول فيه تعريف حق الملكية واستعراض عناصرها بشيء من الايجاز وسنبين في الفرع الثالث ما المقصود بمصطلح الغير وعلى النحو الاتي :

الفرع الاول

تعريف البناء ومقوماته

البناء لغةً: هو المبنى وهو ما شيد لإقامة الانسان او الحيوان او لوضع الاشياء ،وسمي بناء من حيث كونه لازماً موضعاً لايزول من مكان الى غير¹

اما البناء اصطلاحاً: فهو كل شيء متماسك مصفوف او مرصوف او مرصوص او منظم باي شكل كان من صنع الانسان من مجموعة من المواد مهما كان نوعها وبأي وسيلة ليتصل بالارض²

وقد اختلف الفقهاء حول تحديد المقصود بالبناء ،فقد ذهب البعض الى التوسع في تفسير كلمة البناء بحيث يعد البناء كل انشاء مهما كانت طبيعته القانونية عقاراً او منقولاً وطبيعته المادية سواء اكان ذلك تشييداً ام حفراً ام ردماً ام زراعة ،في حين ذهب البعض الاخر الى ان البناء هو كل انشاء قيمه الانسان ويعد عقاراً بطبيعته ،فلا تعد بناءً العقارات بالتخصيص كالمصاعد وانابيب المياه والغاز³ ونحن نؤيد الرأي الثاني كونه اقرب الى تعريف البناء ومقوماته ، كما ان للبناء مقومات لا بد من بيانها وهي :

اولاً : ان يكون البناء من المستحدثات الجديدة :

يقصد بالبناء المنشآت التي تتطوي على انشاءات جديدة تكون متميزة بذاتها ،مستقلة بكيانها ،بحيث يمكن نزعها بصورة مستقلة ،سواء اقيمت على ارض غير مبنية ام تكون اضافات الى منشآت قائمة مادامت هذه الاضافات تتطوي على انشاء جديد كبناء حائط او غرفة او اضافة طابق جديد في منزل او بناء قائم⁴

ولا يعد من قبيل الانشاء الجديد مجرد التحسينات في منشآت قائمة مادامت تلك التحسينات لاتكون في ذاتها كيانا متميزاً مثل طلاء الجدران وزخرفتها فهذه الاعمال تعد في واقع الامر من قبيل اعمال الحفظ والصيانة او من قبيل الترميمات او الاصلاحات التي لاتؤدي الى انشاء جديد وانما مجرد تحسين ما هو قائم واصلاحه وترميمه⁵

1-ابن منظور ،لسان العرب ،بيروت ،دار صادر للطباعة ،2005 ،المجلد الاول ،ص72

2 - د.خالد عبد الفتاح محمد ،المسؤولية المدنية في ضوء احدث احكام النقض المصرية ،دار الكتب القانونية ،مصر ، 2009 ،ص360.

3 - اكرم محمود حسين ،المسؤولية المدنية عن تهم البناء ،رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون ،جامعة بغداد ،1990 ،ص57،

4 - د.مصطفى محمد الجمال ،نظام الملكية ،منشأة المعارف ،الاسكندرية ،2000 ،ص63

5 - حسام الدين كامل الاهواني ،الحقوق العينية الاصلية ،اسباب كسب الملكية ،دار ابو المجد ،القاهرة ،1993 ،ص93

وتسري على هذه الاعمال القواعد الخاصة بالمصرفيات التي ينفقها الحائز المنصوص عليها في المادة (1167) من القانون المدني العراقي، وذلك على اساس التفرقة بين المصرفيات الضرورية والنافعة والكمالية

حيث يلتزم المالك بان يؤدي الى من كان الملك تحت يده جميع ما انفقه من مصرفيات ضرورية حتى لو كان الاخير سيء النية، لان المصرفيات الضرورية لازمة لحفظ الشيء. اما المصرفيات النافعة فهي مصرفيات ينفقها الحائز لا للمحافظة على الشيء من الهلاك وانما لتحسينه وزيادة قيمته، مثل قيام المستاجر ببناء غرفة في العين المستاجرة او وضع الابواب والشبابيك... الخ وقد احوالت المادة (1167) من القانون المدني العراقي المصرفيات النافعة الى احكام الالتصاق وبالتالي يفرق بشأنها فيما اذا كان منفقها حسن النية او سيء النية. اما المصرفيات الكمالية فهي مصرفيات لتزيين العين وتجميلها كطلاء الجدران وزخرفتها او عمل المرمر او الكاشي... الخ فهذه المصرفيات لا يلتزم المالك بان يؤدي شيئاً منها الى من انفقها حتى لو كان الاخير سيء النية، غير انه يجوز لهذا ان ينزع ما استحدثه من المصرفيات⁶ الكمالية على ان يعيد الشيء الى حالته الاولى، الا اذا اختار المالك ان يبقيها مقابل دفع قيمتها مستحقة للقلع⁷

ثانياً: ان يكون البناء مندمجاً بالأرض :

ان المباني والمنشآت هي عقارات بالطبيعة لاندماجها في الارض، والاندماج هو الذي يضيف عليها صفة العقار، فالارض اذا كانت هي مصدر الصفة العقارية للمباني والمنشآت، فهذه الاخيرة قبل تشييدها على الارض كانت عبارة عن جملة من مواد البناء ولا تصبح هذه المواد عقاراً الا اذا شيدت فاندمجت في الارض واصبحت ثابتة مستقرة ولا يمكن تحويلها الا اذا هدمت⁸

وقد عرف القانون المدني العراقي العقار في المادة (62) منه بانه (1- كل شيء له مستقر ثابت بحيث لا يمكن نقله او تحويله دون تلف، فيشمل الارض والبناء والغراس والجسور والسدود والمناجم وغير ذلك من الاشياء العقارية....)

وان هناك منشآت صغيرة قد تقام على ارض الغير دون ان تلتصق بها، ودون ان يكون المقصود منها بقاؤها على الدوام، كالاكشاك وان هذه المنشآت مؤقتة لم يقصد من بنائها ان تبقى على سبيل الدوام، وبلا شك فان

⁶ محمد طه البشير وغني حسون طه، الحقوق العينية الاصلية، دارى الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، 1982،

ص263،

⁸ د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن، حق الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1967، ص24.

مثل هذه المنشآت المؤقتة تختلف عن المنشآت الثابتة سواء من حيث سهولة ازالتها ام تحويلها من مكان الى اخر ام من حيث امكانية تحويلها دون اتلافها غالباً⁹

وان هذه المنشآت لا يمكن ان يطلق عليها تسمية بناء ، لان هذه التسمية تطلق على البناء الملصق بالارض والمتصل بها ، لذا فان احكام الالتصاق لا يمكن تطبيقها على مثل هذه المنشآت المؤقتة ، ولما كان المشرع العراقي قد اغفل وضع حكم خاص بالمنشآت المؤقتة بين احكام الالتصاق ، عليه لابد من الرجوع الى الاحكام العامة لمعرفة الحل الواجب اتباعه في حالة حصول نزاع بين مالك الارض ومن اقام هذه المنشآت المؤقتة ، اذا كان هذا الاخير قد وضع يده على الارض بطريق غير مشروع ، وبالتالي ينبغي تطبيق المادة (197) من القانون المدني لالزام من اقام المنشآت المؤقتة برفعها واعادة الارض الى مالكيها اضافة الى الزامه باجر المثل عن المدة التي بقيت فيها تلك المنشآت المؤقتة على الارض¹⁰

ولابد من الاشارة الى ان البناء الجاهز يعد من قبيل البناء الدائم ، حيث لا يختلف عن البناء العادي المعروف الا من حيث طريقة تنفيذه فقط ، فاذا كانت الصورة الشائعة للبناء ان يكون انجازه موقعياً ، حيث ينفذ العمال كافة مراحل البناء في موقع العمل ، الا انه في بعض الاحيان يكون الانجاز سابق لمرحلة التشييد ، وهو ما يعرف بالبناء الجاهز حيث ينفذ البناء باستخدام وحدات انشائية جاهزة مصنعة في معامل مخصصة تكون خارج موقع العمل في معظم الحالات ، وتركب هذه الوحدات في موقع العمل بوسائل هندسية معينة ، وتكون هذه الوحدات دائمية لا يمكن رفعها او نصبها دون ضرر او تلف ، فهي متصلة مع بعضها البعض ومندمجة بالارض وبالتالي هي عقاراً بطبيعتها¹¹

الفرع الثاني

مفهوم حق الملكية وخصائص هذا الحق وعناصره

الملكية من الحقوق المقدسة المحمية بموجب النصوص الدستورية والقانونية¹² ويعرف حق الملكية بأنه : (حق الاستئثار باستعماله وباستغلاله وبالتصرف فيه على وجه دائم ، وكل ذلك في حدود القانون)¹³

9 - د. عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ، الجزء التاسع ، اسباب كسب الملكية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1968 ، ص 320 .

10 - نصت المادة (197) من القانون المدني رقم 40 لسنة 1951 على (المغصوب ان كان عقاراً يلزم الغاصب برده الى صاحبه مع اجر مثله)

11 - زهير ساكو وراتين ليفون ، انشاء المباني ، مطبع التعليم العالي ، جامعة بغداد ، الطبعة الاولى ، 1983 ، ص 9

12- المادة (23) من دستور جمهورية العراق لعام 2005 والمادة (1048) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951

13- د. عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ، الجزء الثامن ، ص 463

وعرفه اخرون بانه : (حق عيني يكون بمقتضاه للمالك سلطة على الشيء المملوك تخوله التصرف فيه بجميع التصرفات في حدود القانون)¹⁴

وعرّفت المادة (1048) من القانون المدني العراقي الملك بانه (الملك التام من شأنه ان يتصرف به المالك تصرفاً مطلقاً فيما يملكه عيناً ومنفعة واستغلالاً فينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها ونتاجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة)

ونستنتج من تعريف المادة (1048) ان لحق الملكية ثلاثة عناصر الاول حق التصرف ويقصد به تصرف المالك بالمالك بجميع التصرفات المادية كاستهلاكه او تغييره من شكل لأخر ، وكذلك التصرفات القانونية كبيعه او هبته .

والثاني حق الاستعمال ويقصد به حق المالك في استعمال ملكه فاذا كان دار فمن حقه السكن فيها واذا كانت مركبة فمن حقه ركوبها واذا كانت ارض زراعية فله الحق في زراعتها ... الخ. والثالث هو حق الاستغلال والذي يراد به حق المالك في استغلال ملكه بكافة اوجه الاستغلال شرط عدم الاضرار بالآخرين فمالك الدار له الحق امن يؤجرها للغير بدلاً من سكنها بنفسه.

وبهذا الصدد قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها بانه (...ان من حق المالك التصرف بملكه عزيزاً ومنفعةً واستغلالاً ولايحق للمدعي المطالبة برفع المحدثات ضمن حدود ملك المدعى عليه بذريعة انها مشيدة فوق مسار الكيل المدفون تجاوزاً في ملك الغير ...) ¹⁵

كما ان لحق الملكية ثلاث خصائص الاولى انه حق جامع بمعنى ان حق الملكية يخول صاحبه حق التصرف بملكه والاستفادة منه على النحو الذي يريده ولايحد من سلطته في ذلك الا قيد يفرضه القانون او تشترطه الارادة وان هذه الخاصية تخول المالك سلطات واسعة على المالك المملوك وهي سلطة التصرف والاستعمال والاستغلال .

اما الخاصية الثانية لحق الملكية فانه حق مانع اي ان الملكية حق مقصور على المالك وحده ولايجوز للغير ان يشاركه فيه او يتدخل في اي شان يخص الملكية ، الا ان ذلك لايمنع من ايراد قيود قانونية على حق الملكية تحد من سلطات المالك في ملكه كمنع فتح شباك في مكان يطل على مكان تجمه عائلة جاره و ترتيب حق مجرى او مسيل او مرور او الاستملاك الذي يجري لمنفعة العامة... الخ .

14 - د.صلاح الدين الناهي ،محاضرات في القانون المدني ،حق الملكية في ذاته ،مطبعة الرسالة ،القاهرة ، 1960 ، ص19

15 - قرار رقم 2008/206 في 2008/2/21 منشور في كتاب المجموعة المدنية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية للسنوات

2006-2008 ،اعداد المحامي علاء صبري التميمي ،ط2 ،بغداد ، 2009 ، ص177

اما الخاصية الثالثة فهي ان حق الملكية حق دائم فهو باق ولا ينتهي ولا يزول الا بهلاكه ،فالدار تبقى هكذا ولا تزول الا بهدمها او هلاكها بحيث تصبح ارضاً ،وحيث انها قائمة فتتمتع بصفة الدوام ،وهذه الديمومة تنصرف الى الشيء المملوك ولا تنصرف الى المالك لان المالك يتغير سواء اكان المالك شخصاً طبيعياً ام معنوياً ،كما دوام حق الملكية لا يزول بعدم الاستعمال ،فاذا تركت الدار دون استعمال مدة طويلة وتآكلت بعض جدرانها او انهدم جزء منها ولكنها لاتزال اثراً فأنها مملوكة لصاحبها ومهما طال عليها الزمن¹⁶ .

الفرع الثالث

مفهوم الغير

ان المقصود بكلمة الغير في عنوان البحث يقصد بها المالك الشرعي للعقار الذي تم البناء على عقاره من قبل الباني سواء اكان القائم بالبناء حسن النية أو سيء النية ،وقد يكون ذلك الغير شخصاً طبيعياً او معنوياً فرداً او مجموعة من الافراد ،كما قد يكون الغير شخصاً معنوياً كالدولة في الحالة التي يقوم فيها شخص بالبناء على ارض مملوكة للدولة او الوقف اذا قام شخص بالبناء على أرض موقوفة .

بمعنى اخر فان شخصية الغير ستظهر في كل حالة يكون فيها الباني غير مالك العقار الذي يقيم البناء عليه .

وهنا لا بد لنا من الاشارة الى انه قد يكون البناء من مال الباني الخاص به ولحسابه وقد يكون البناء على ملك الغير لحساب المالك الاصلي ففي الحالة الاخيرة اذا كان الباني قد اقام البناء لحساب الغير اي مالك العقار فعلى الغالب يكون هناك اتفاق مسبق بينهما يتم الرجوع بشانه الى بنود هذا الاتفاق¹⁷ .

وقد يقوم الباني بإقامة بناء لحساب الغير من دون اتفاق معه على البناء وهو امر قليل الوقوع ،وان حدوثه متصور في حالتين:

الاولى : ان يكون الباني فضولياً واقام البناء على ارض الغير لحساب الاخير كالجار الذي يعيد بناء الجدار الخارجي لمنزل جاره الذي تهدم في اثناء غياب الاخير ، وبامكان الباني في هذه الحالة ان يرجع على مالك الارض بدعوى الكسب دون سبب تطبيقاً لحكم المادة (243) من القانون المدني العراقي ما لم يطلب مالك الارض ازالة الابنية .

الثانية : تحدث عند تجاوز الوكيل حدود السلطة المخولة له ،فيقيم بناء على ارض الموكل لحساب الاخير .

16 - د عبد الرزاق السنهوري ،مرجع سابق ،الجزء الثامن ،ص529.

17 - د.عبد المنعم فرج الصدة ،الحقوق العينية ،دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري ،دار

النهضة العربية للطباعة والنشر ،بيروت ،1982 ،ص338 .

ففي هذه الحالة ياتم تطبيق احكام الوكالة ،فاذا كان من المستحيل على الوكيل اخطار الموكل سلفاً وكانت الظروف يغلب معها الظن ان الموكل ما كان الا ليوافق على ما قام به الوكيل هنا يلتزم الموكل بان يرد للوكيل ما انفقته في اقامة البناء ويجب ان يقدم له المبالغ اللازمة للإنفاق في شؤون البناء¹⁸ وإذا كان الوكيل قد تجاوز حدود الوكالة ،فأقام لحساب الموكل فان الاعمال التي تمت تجاوزاً لسلطات الوكيل لاتلزم الموكل ومن ثم يحق للموكل طلب ازالته بوصفه مالكا للأرض وله حق الخيار في بقاء البناء مع التعويض طبقاً لقواعد الكسب دون سبب¹⁹.

وهناك قرينة قانونية اقامها المشرع لمصلحة مالك الارض مفادها ان البناء لمالك الارض، ومعنى هذا ان لمالك الارض الحق في اقامة المباني على ارضه مهما بلغ ارتفاعه بشرط عدم مخالفته القوانين الرئيسية ذات العلاقة في الارتفاع العمراني ،كما له الحق في التنقيب في جوفها او حفر ابار فيها مهما بلغ عمقها دون ان يكون لاحد حق الاعتراض عليه مادام يتصرف في حدود القانون ، فالغالب ان مالك الارض يملك علوها وسفلها ، لذلك اعفت التشريعات مالك الارض من عبء اثبات ملكيته للبناء المقام على ارض ،حيث اوجد المشرع قرينة قانونية لمالك الارض مفادها ان الابنية على الارض من عمله وانه اقامها على نفقته، غير ان هذه القرينة القانونية ليست قاطعة وانها قابلة لاثبات العكس مادامت ملكية الارض وعلوها وسفلها قابلة للتجزئة ،الغالب ان مالك الارض هو مالك الابنية ،ولكن قد يكون مالك الارض ليس مالكا للأبنية المقامة عليها²⁰.

المطلب الثاني

الأساس القانوني للبناء على أرض الغير

ان الالتزام قد ينشأ احيانا عن عمل قانوني كالعقد او الارادة المنفردة وقد ينشأ عن واقعة قانونية كالفعل الضار او الفعل النافع فضلا عن نص القانون بوصفه مصدرا مستقلا من مصادر الالتزام²¹.

18 - المادة (933) من القانون المدني .

19 - رمضان ابو السعود ،الوسيط في الحقوق العينية الاصلية ،الجزء الاول في مصادر الحقوق العينية الاصلية في القانون المصري واللبناني ،دار الجامعية ،بيروت ،1986 ،ص178.

20 - د.غني حسون طه ،الحقوق العينية الاصلية والتبعية ،الجزء الاول ،مكتبة السنهوري ،بغداد ،2009 ،ص88.

21 - د. عبد المجيد الحكيم . الموجز في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام ،ج1، ط5، مطبعة النديم ،بغداد ،1977، ص22 .

ان اقامة البناء على عقار الغير او بمواد الغير دون اتفاق تندرج تحت الواقعة القانونية التي اطلق عليها المشرع العراقي مصطلح الالتصاق او كما يسميه الفقه الالتصاق بفعل الانسان والتي تعتبر سببا من اسباب كسب الملكية²².

وان محكمة التمييز الاتحادية وفي العديد من قراراتها اعتبرت البناء على ملك الغير من الوقائع المادية القانونية التي يجوز اثباتها بكافة طرق الاثبات حيث جاء في احد قراراتها (للمميز حق المطالبة بحقوقه واثباتها بكافة الطرق القانونية على ضوء احكام القانون الخاصة بالالتصاق على ملك الغير بفعل الانسان ...)²³.
وحيث ان من يقيم المحدثات غالبا ما يستند الى اسباب تدفعه لاقامة تلك المحدثات على ذلك العقار معتقدا شرعية ذلك او قد يكون اعتقاده مبنيا على اسباب تبرر له اقامة تلك المحدثات²⁴.
اي انه الاساس القانوني لاحداث المنشآت قد يكون مبنيا على الزعم بسبب شرعي وقد يكون مبنيا على سبب صحيح .

ولغرض الاحاطة بتفاصيل الموضوع سنقسم هذا المطلب الى فرعين : الاول سوف نبحت فيه البناء على ارض الغير بالاستناد الى سبب صحيح وزعم شرعي اما الفرع الثاني فسنبحث فيه عن التمييز بين السبب الشرعي والزعم الشرعي

الفرع الاول

البناء على أرض الغير بالاستناد الى سبب صحيح وزعم شرعي

ان موضوع التشييد بزعم سبب شرعي او بناء على السبب الصحيح اصبح ذا اهمية واسعة وله تطبيقات كثيرة في الفترة الاخيرة سواء في الملكية المشاعة ام في الملكية المفردة وسواء احدث ذلك من قبل الشريك في ذلك الملك ام من قبل الغير .
وللوقوف على مفهوم السبب الصحيح ومفهوم الزعم بسبب شرعي سوف نبحت كل واحد منهما في فرع وكالتالي :-

اولا / الزعم الشرعي

²² د. احمد شوقي . الحقوق العينية الاصلية , حق الملكية والحقوق المنفردة عنه , مطبعة المعارف , الاسكندرية , 2004
ص191 .

²³ - قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم 1م/788 عقار /2003 في 2003/6/12 ، (غير منشور)

²⁴ - د. سعيد عبد الكريم مبارك . شرح القانون المدني العراقي , الحقوق العينية الاصلية , ط1 , بغداد 1973 , ص138 .

ورد مصطلح الزعم بسبب شرعي في المادة (1120) من القانون المدني العراقي في باب الالتصاق بوصفه سببا من اسباب كسب الملكية ولقد استعاره المشرع العراقي من نص المادة (906) من مجلة الاحكام العدلية²⁵.

والالتصاق هو اندماج او اتحاد شيئين متميزين احدهما عن الاخر ومملوكين لمالكين مختلفين دون ان يكون هناك اتفاق بينهما على هذا الاندماج , ويترتب عليه ان يصبح مالك احد الشيئين مالكا للشيء الذي اندمج في الشيء وتعذر فصله²⁶ وعرف ايضا بانه واقعة مادية مكسبة للملكية و يكون باندماج او اتحاد شيئين متميزين لمالكين مختلفين لم يتقعا عليه مع تعذر فصل الشيئين دون تلف احدهما او كليهما²⁷.

ولقد انقسم الفقه حول تكييف الالتصاق الى اتجاهين , ذهب الاتجاه الاول الى تكييف الالتصاق بانه واقعة مادية تؤدي الى الحاق الشيء الذي التصق باعتباره من ملحقاته وتوابعه وعليه فان مالك الشيء الاصلي يعتبر مالكا للشيء الفرعي فهو لا يكتسب ملكيه جديدة على الشيء الفرعي وبذلك تمتد سلطة مالك الشيء الاصلي على الشيء الفرعي باعتباره من ملحقاته فهو مجرد سبب لتعديل محل حق الملكية بتوسيعه او زيادته , وهذا الفرض لا يصدق على الالتصاق بمعناه الدقيق الذي يفترض ان يكون الشيء الفرعي الملتصق به بملكه غير مملوك له في الاصل بل يكون مملوكا لشخص اخر²⁸.

بينما ذهب الاتجاه الثاني والذي تأخذ به القوانين المدنية الى اعتبار الالتصاق سببا مستقلا من اسباب كسب الملكية وذلك ان تملك الشيء الفرعي الذي التصق به لا باعتباره من ملحقاته بل اكتسبه بواقعة الالتصاق لان الشيء الذي التصق به لم يكن مملوكا من قبل المالك للشيء الاصلي²⁹.

²⁵ - حيث نصت المادة (906) من مجلة الاحكام العدلية على انه "اذا كان المغصوب ارضا وكان الغاصب قد انشأ عليها بناء او غرس فيها اشجارا يؤمر الغاصب بقلعها وان كان القلع مضرا بالارض فللمغصوب منه ان يعطي قيمته مستحق القلع ويضبط الارض ولكن لو كانت قيمة الاشجار او البناء ازيد من قيمة الارض وكان قد انشأ او غرس بسبب شرعي كان حينئذ لصاحب البناء او الاشجار ان يعطي قيمة الارض و يمتلكها (...)

²⁶ - القاضي هادي عزيز علي . مدونة القضاء المدني العراقي كتاب البناء والغراس على ارض الغير , بغداد , 2015 , ص96 .

²⁷ - د. سعيد عبد الكريم مبارك . شرح القانون المدني العراقي , الحقوق العينية الاصلية , ط1 , دار الحرية للطباعة , بغداد , 1973 , ص 139 .

²⁸ - د. حسن كيره . الموجز في احكام القانون المدني , الحقوق العينية الاصلية , ط4 , منشأة المعارف , الاسكندرية , 1998 , ص396 .

²⁹ - محمد طه البشير و د. غني حسون طه . الحقوق العينية , ج1, مكتبة السنهوري , بغداد , 2008 , ص165 .

ويلاحظ ان الفقه العراقي لم يقف كثيرا عند هذا المصطلح لبيان ماهيته وتحديد من هو المحدث بزعم سبب شرعي من عدمه , في حين مر جانب اخر من الفقه عند تفسيره لهذا المصطلح مروراً سريعاً وبين ان الزعم بسبب شرعي هو حسن النية ولم يذهب الى اكثر من ذلك³⁰, وهنالك من يذهب الى ان الزعم هو اعتقاد المحدث بانه يبنى على ارضه³¹ , وذهب رأي اخر الى ان لقيام الزعم بسبب شرعي انما يجب ان يكون للمحدث سبباً صحيحاً³² .

كما لاحظنا ان مجلة الاحكام العدلية لم تورد تفسيراً واضحاً لمصطلح الزعم بسبب شرعي اضافة الى ان شراح المجلة قد ساروا على هذا النهج ايضاً اذ ذهب قسم منهم الى ذكر عبارة (ان الزعم بسبب شرعي كانت قد نصت عليه المادة 906 من المجلة) وذهب قسم اخر الى ايراد سبب واحد وهو الارث واعتبروه زعماً شرعياً وجعلوه مثلاً لا يمكن القياس عليه³³ .

اما القانون المدني العراقي فقد نص في المادة (1120) منه على " اذا احدث شخص بناءً او غراس او منشآت اخرى بمواد من عنده على ارض مملوكة لغيره بزعم سبب شرعي فان كانت قيمة المحدثات قائمة اكثر من قيمة الارض كان للمحدث ان يمتلك الارض بثمن مثلها واذا كانت قيمة الارض لا تقل عن قيمة المحدثات كان لصاحب الارض ان يمتلكها بقيمتها قائمة"

فمواد البناء وكذلك الاشجار قبل اندماجها لا يمكن وصفها عقاراً ولكي تكتسب صفة العقار يجب ان تصبح بناءً او غراساً , والبناء هو كل انشاء مهما كانت طبيعته سواء كان ذلك تشييداً او حفراً او ردماً او زراعه . اما القضاء العراقي فقد اوضح مفهوم الزعم بسبب شرعي من خلال ما اصدره من احكام حيث جاء في قرار لمحكمة التمييز الاتحادية (.... ان البناء تم بناء على اباحة مستمدة من ورقة البيع الخارجي ولا علاقة لذلك بكون عقد البيع باطلا لعدم تسجيله في السجل العقاري لان البحث في صحة الورقة هو لاستجلاء واقعة الاباحة ومن ثم تحقق الزعم الشرعي في اقامة البناء مما لا يجوز معه للمدعي (المطلوب التصحيح ضده) طلب رفع التجاوز الا بعد تسديد قيمة تلك المنشآت قائمة عملاً بأحكام المواد (1120 - 1121) من القانون المدني

³⁰ - د. سعيد عبد الكريم مبارك . شرح القانون المدني العراقي , مصدر سابق , ص142 .

³¹ - د. شاكر ناصر حيدر . الوسيط في شرح القانون المدني الجديد , الحقوق العينية , حق الملكية , ج1, مطبعة المعارف , بغداد , 1959 , ص898 .

³² - د. حسن علي الذنون , شرح القانون المدني العراقي , الحقوق العينية الاصلية , شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة , بغداد , 1959 , ص134 .

³³ - علي حيدر . درر الاحكام في شرح مجلة الاحكام , مشورات مكتبة النهضة , بغداد , بلا سنة طبع , ص510 .

، وبما ان محكمة التمييز قد صدقت الحكم الاستئنافي المرقم 497/س2012 في 2012/12/9 الصادر من محكمة استئناف القادسية الاتحادية دون مراعاة ما تقدم مما توفر معه سبب من اسباب التصحيح³⁴ وجاء في قرار اخر لها (... ان الزعم الشرعي الذي اشترطته المادة (1120) من القانون المدني يجب ان يستند الى سبب من اسباب التملك في الظاهر عند انشاء البناء او الغراس كأن يلتقي الباني او الغراس الارض ارثا او هبة او وصية او شراء من احد ثم يظهر لها مستحق يثبت انها ملكه ...)³⁵ . ويمكننا الاستنتاج من القرارين المذكورين بان الزعم بسبب شرعي لا يستلزم ان يكون لدى المحدث نية تملك الارض المقام عليها المحدثات وانما هو اعتقاد المحدث بان له الحق بإقامة هذه المحدثات ولم يتم التطرق الى نية التملك بالنسبة للمحدث.

وعليه يمكننا ان تعريف الزعم بسبب شرعي المنصوص عليه في المادة (1120) من القانون المدني العراقي هو " اعتقاد المحدث وقت اقامة المحدثات بانه يبني او يغرس في ملكه او اعتقاده بان له الحق بأقامة المحدثات "

ثانياً / السبب الصحيح

ذهب جانب من الفقه الى المساواة بين الزعم بسبب شرعي وبين السبب الصحيح³⁶ وذهب جانب اخر الى ابدال مصطلح الزعم الوارد في المادة (1120) من القانون المدني بالسبب الصحيح الوارد في المادة (1158) منه³⁷ مصطلح السبب الصحيح يختلف عن معاني مفردات قانونية اخرى اختلافا كبيرا فسمي صحيحا ليس لأنه خال من اسباب البطلان بل لأنه كان ينقل الملكية لو انه صدر من المالك³⁸ حيث لا يمكن تصور ان يمتلك المشتري عقارا كان قد اشتراه من غير مالكة ، وقد عرف الفقه السبب الصحيح بانه العمل القانوني الذي هو سبب وضع اليد او اساس وضع اليد ، كما عرفه ايضا بانه عمل قانوني صادر لمصلحة الحائز من شخص لا يكون مالكا للشيء وصاحباً للحق العيني الذي يراد كسبه بالتقادم ويكون من شأنه ان ينقل الملكية

³⁴ - قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم 2811 / الهيئة الاستئنافية العقار / 2013 في 2013/5/28 (غير منشور)

³⁵ - قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم 931 / الهيئة الاستئنافية العقار / 2012 في 2012/4 / 15

³⁶ - د. حسن علي الذنون . ، شرح القانون المدني العراقي ، الحقوق العينية الاصلية ، مصدر سابق ، ص134 .

³⁷ - جمال عبد كاظم الحاج ياسين ، احكام الزعم بسبب شرعي في الالتصاق الصناعي ، رسالة ماجستير مقدمة لكلية القانون جامعة بابل سنة 2005 ، ص6

³⁸ - د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، اسباب كسب الملكية ، ج9، مطبعة دار النهضة العربية ، سنة 1967 ، ص1085

بذاته لو كان صادرا من المالك او صاحب الحق³⁹ ويؤخذ على هذه التعريفات بانها لم تتضمن شروط السبب الصحيح ولم تكن مانعة جامعة ، حيث لم تذكر ضرورة ان يكون العمل القانوني صادرا من غير المالك الى الحائز وكان من شأنه ان ينقل الملكية لو صدر من المالك وهي الشروط الاساسية للسبب الصحيح .
في حين عرف المشرع العراقي السبب الصحيح بانه (سند او حادث يثبت حيازة العقار باحدى الوسائل الاتية :الاستيلاء على الارض الموات ، انتقال الملك بالارث والوصية ، الهبة ، البيع او الافراغ)⁴⁰ ويؤخذ على التعريف اعلاه بانه لم يات بضابط عام للسبب الصحيح ، فحصر السبب الصحيح بتصرفات معينة و اضاف لها الحادث ، في حين ان السندات او التصرفات الناقلة للملكية لا تقتصر على ما ذكر في ذلك التعريف كالمقايضة والصلح على بدل والوفاء بمقابل وكلها تصرفات يصدق عليها السبب الصحيح⁴¹ وكذلك يؤخذ على التعريف اعلاه اخفاؤه في بيان الغرض او الهدف واعتبر تجهيلا بالسبب الصحيح⁴²

الفرع الثاني

التمييز بين الزعم الشرعي والسبب الصحيح

بعد ان اتضح لنا مفهوم الزعم بسبب شرعي والسبب الصحيح فاننا سنبحث هنا كيفية التمييز بينهما ، فالسبب الصحيح هو سند او حادثة كما نص عليه القانون المدني العراقي او هو تصرف قانوني كما عرفه الفقه فهو بهذا الوصف ذو معيار موضوعي لا علاقة له بالجانب الشخصي لمن يتمسك به كحسن نيته او سوءها ، ومن ثم فان حسن النية يعتبر شرطا مستقلا عن السبب الصحيح ، اما الزعم بسبب شرعي فهو الاعتقاد الذي يتسند اليه المحدث في اقامة محدثاته على ارض الغير ، وان حسن النية او سوءها مسألة ملازمة للزعم اي ان حسن النية لا يعتبر شرطا مستقلا عنه بل ان هناك راي في الفقه يجعل من مصطلح الزعم ومصطلح حسن النية مترادفين⁴³ وحيث ان السبب الصحيح يعد عملا قانونيا فان الواقعة الطبيعية والفعل المادي يخرجان من نطاقه اذ لا يعدان من الاسباب الصحيحة ، وكذلك لا يعتبر الفعل المادي سببا صحيحا بموجب

39 - د. سعيد عبد الكريم مبارك ، شرح القانون المدني العراقي ، الحقوق العينية الاصلية ، الطبعة الاولى ، بغداد ، سنة

1973 ، ص 223

40 - المادة (3/1158) من القانون المدني العراقي

41 - د. سعيد عبد الكريم مبارك ، المصدر السابق ، ص 222

42 - د. صلاح الدين الناهي ، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية ، ج 1 ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد ، سنة 1961 ، ص 274

43 - د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، احكام الالتزام ، ج 2 ، الطبعة الخامسة ، مطبعة النديم ، بغداد ، سنة

1977 ، ص 142

القانون المدني العراقي⁴⁴ في حين الزاعم بسبب شرعي قد يستند في زعمه الى واقعة طبيعية او فعل مادي او الى عمل قانوني وكذلك يشترط الفقه لاعتبار العمل القانوني سببا صحيحا ان يكون عملا قانونيا ناقلا للملكية بطبيعته كالبيع والهبة والوصية والوفاء بمقابل وبالتالي فان العمل القانوني الذي ليس من شأنه نقل الملكية بطبيعته لا يعتبر سببا صحيحا وهنا يختلف السبب الصحيح عن الزعم بسبب شرعي حيث يمكن للمحدث ان يتمسك بالعمل القانوني اذا كان ناقلا للملكية بطبيعته فالصلح والقسمة يحق للزاعم ان يتمسك بهما باعتبارهما زعما بسبب شرعي فقد يحصل نزاع بين شخصين على ملكية عقار ثم يتصالحان على انه ملك لاحدهما ثم يتبين بعد ذلك انه ليس مملوكا لأي منهما وانما مملوك لشخص ثالث وهنا لا يستطيع المتصالح الذي ال اليه العقار التمسك بالسبب الصحيح كون الصلح هو من التصرفات الكاشفة للملكية وليس الناقلة لها وبخلاف ذلك يحق للمتصالح اذا اقام محدثات على الارض المتصالح عليها ان يتمسك بالزعم الشرعي اتجاه المالك الحقيقي اضافة الى ذلك فان التصرف الصادر من المالك لا يعتبر سببا صحيحا فالعقد الصادر من المالك ينقل الملكية في الحال، في حين نرى ان التصرف وان كان صادرا من المالك فانه يمكن ان يكون زعما بسبب شرعي فاذا نكل بائع العقار بموجب عقد بيع خارجي فان المشتري يستحق قيمة البناء قائما اذا كام قد شيده على الارض التي تم شرائها بموجب ذلك العقد وهذا ما استقر عليه قضاء محكمة التمييز الاتحادية⁴⁵ اضافة الى ان العقد الباطل لا يعتبر سببا صحيحا كون العقد الباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم اصلا حتى لو صدر من المالك في حين انه يمكن ان يكون العقد الباطل وهو الغالب زعما بسبب شرعي كون المحدث حسن النية ويستطيع المطالبة بقيمة المحدثات كونه اقامها بموافقة المالك حيث جاء في قرار لمحكمة التمييز الاتحادية (...وحيث ان المدعى عليهما دفعا باحداث منشآت دار على العقار موضوع الدعوى وانهما يشغلانها بشكل مشترك كما دفعا بان ذلك باباحة من المدعي وحيث ان المحكمة لم تتحقق من صحة الدفع المذكورة واصدرت حكمها وايدته محكمة الاستئناف دون مراعاة لأحكام المادة 1121 من القانون المدني التي تقضي بانه اذا احدث شخص منشآت بمواد من عنده على ارض غيره باذنه فان لم يكن بينهما اتفاق على مصير ما احدثه فلا يجوز لصاحب الارض ان يطلب قلع المحدثات ويجب عليه اذا لم يطلب صاحب المحدثات قلعها ان يؤدي اليه قيمتها قائمة عليه قرر نقض الحكم المميز (...)⁴⁶.

44 -المادة (1158) من القانون المدني العراقي

45 -قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم 612/الهيئة المدنية الثانية/1978 في 12/4/1978 منشور في مجلة الاحكام العدلية

الصادرة عن وزارة العدل، العدد الثاني، السنة التاسعة، سنة 1978، ص14

46 -قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم 4506/الهيئة الاستئنافية عقار/2013 في 25/9/2013 غير منشور .

اضافة الى ذلك فانه يشترط يمكن يتمسك بالسبب الصحيح ان يكون حائزا قانونيا فاذا ما كانت حيازته عرضية فليس له ان يتمسك بالسبب الصحيح ، في حين ان الحائز العرضي والقانونية يستطيعان ان يتمسكا بالزعم الشرعي ، فاذا ما اذان مالك الارض لشخص ما بإقامة المحدثات على ارضه دون تان يتفقا على مصير هذه المحدثات فام ذلك الشخص يستطيع ان يتمسك بالزعم الشرعي ومن ثم فانه يستطيع المطالبة بقيمة المحدثات قائمة ولايستطيع صاحب الارض ازلتها الا بعد تسديد قيمتها⁴⁷

واخير فان الزعم بسبب شرعي يختلف عن السبب الصحيح في انه ينتج اثاره في كسب الملكية اذا ما قام لوحده ولايشترط المشرع شروطا اخرى لترتيب الاثار القانونية عليه اما في السبب الصحيح فان المشرع يشترط الحيازة مدة معينة اضافة الى حسن نية الحائز حتى ينتج السبب الصحيح اثره في كسب الملكية ومع ذلك فان هناك راي في الفقه المدني العراقي يذهب الى ان كلا من الزعم بسبب شرعي والسبب الصحيح مصطلحان لهما معنا واحد⁴⁸

والحقيقية ان تطبيق احكام الزعم بسبب شرعي على المحدث الذي يستند في حيازته الى السبب الصحيح باعتبار انه اقام هذه المحدثات بنية ملكيته للارض لا يعني اشتراط السبب الصحيح على كل محدث فالسبب الصحيح لايجعل المحدث ذا زعم سبب شرعي اما الاعتقاد الذي يتسند اليه وقت اقامة المحدثات فانه هو الذي عول عليه المشرع لاعمال احكام الزعم بسبب شرعي فاذا ما كان لدى الحائز سبب صحيح وكان حسن النية وقت تلقي العقار ومن ثم اصبح سيء النية وقت اقامة المحدثات اي انه اصبح يعلم ان تلقي عقار من غير مالكة فانه لايقوم لديه الزعم الشرعي⁴⁹ وبالتالي وبناء على ما سبق تفصيله كله فان نظرية السبب الصحيح تختلف عن نظرية الزعم بسبب شرعي .

المبحث الثاني

حالات البناء على أرض الغير

للبناء على ملك الغير حالات كثيرة وضمن نطاق موضوع بحثنا سوف نقوم بعرض الحالات المشروعة للبناء على ارض الغير، وكذلك سوف نبحث حالات البناء غير المشروعة على ارض الغير، فقد يوم شخص بالبناء على عقار غيره بناءً على وجود رابطة قانونية سابقة على البناء تجمع بين المحدث و مالك العقار ،بينما تكون هنالك حالات عديدة يحدث فيها البناء دون ان توجد اية رابطة قانونية . وسوف يتم التطرق في هذا المبحث الى حالات البناء على ارض الغير في مطلبين وكالتالي:

⁴⁷ -قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم 3647/الهيئة الاستئنافية عقار/2014 في 2014/6/25 غير منشور

⁴⁸ -د.حسن علي الذنون ،شرح القانوني المدني العراقي ،مصدر سابق ،ص134

⁴⁹ -جمال عبد كاظم الحاج ياسين ،احكام الزعم بسبب شرعي في الالتصاق الصناعي ،مصدر سابق ،ص28

المطلب الاول

الحالات المشروعة للبناء على أرض الغير

نصت القوانين المدنية على قرينة مفادها ان جميع المحدثات المقامة على الارض تعد من عمل صاحب الارض وانه اقامها على نفقته وهذا ما اخذ به القانون المدني العراقي حيث نص على ان كل ما على الارض وتحتها من بناء او غراس او منشآت اخرى يعد من عمل صاحب الارض اقامها على نفقته وتكون ملكا له كما لم يعم الدليل على خلاف ذلك ، لذا فقد قسمنا هذا المطلب الى أربعة فروع نتناول فيها الحالات المشروعة للبناء على أرض الغير : سنتناول في الفرع الأول : البناء على أرض الغير باذن منه والفرع الثاني :بناء المستأجر على العين المؤجرة باذن من مالك العين ، وفي الفرع الثالث بحثنا : البناء المقام من المشتري على العقار المشفوع، فيما خصصنا الفرع الرابع : لأحكام المشيدات وفقاً لقانون حياة دعاوى الملكية .

الفرع الأول

البناء على أرض الغير باذن منه

إن المادة (1121) من القانون المدني عالجت حكم المحدثات المقامة على أرض الغير باذن منه حيث نصت (إذا أحدث شخص منشآت بمواد من عنده على أرض غيره باذن منه فإن لم يكن بينهما اتفاق على مصير ما أحدثه فلا يجوز لصاحب الأرض ان يطلب قلع المحدثات ويجب عليه اذا لم يطلب صاحب المحدثات قلعها ان يؤدي اليه قيمتها قائمة) ، وبالتالي يتضح ان المحدث يستحق قيمة هذه المحدثات قائمة ،اي ان القانون قد اعتبر المحدث على أرض الغير باذنه كمن اقام المحدثات بزعم سبب شرعي وحسن نية وعامله بنفس المعاملة ،ويشترط لتطبيق النص اعلاه انه تكون اقامة المحدثات على أرض الغير باذن من مالك الأرض ،فاذا تضمن الاتفاق بنداً يحدد مصير المحدثات فهنا يتم استبعاد الاحكام المنصوص عليها في المادة المذكورة اعلاه لأنها ليست ومن النظام العام ويطبق مضمون الاتفاق الجاري بين الطرفين اما اذا لم يتضمن الاتفاق ما يشير الى تحديد مصير المحدثات فان احكام المادة (1121) هي التي تطبق في مثل هذه الحالة اي بمعنى انه يشترط لتطبيق حكم المادة اعلاه ان لا يكون هناك اتفاق بين الطرفين على مصير المحدثات .

وهنا لا يستطيع مالك الأرض طلب ازالة المحدثات المقامة على أرضه ،الا ان للمحدث نزع تلك المحدثات ولكن عليه ان يعيد الحال الى ما كانت عليه قبل احداثه لها .

ونجد ان المشرع في هذه الحالة اي في حالة اقامة المحدثات باذن من المالك ،لم يمنح الحق لمحدث بتملك الأرض اذا ما كانت قيمة ومحدثاته اكثر من قيمة الأرض ،وذلك انه مادام صاحب الأرض قد اذن للمحدث بالقامة المحدثات فلا يحق له بعد ذلك ان يدعي ان التعويض مرهق له بعد صدور ترخيص منه بإقامة المحدثات ،اذ لا يجوز للمالك الذي اذن بإقامة المنشآت على أرضه الادعاء بعد ذلك بان في دفع التعويض عنها ارهاق له . وذهب راي في الفقه

العراقي الى ان تملك الارض للمحدث بزعم شرعي هو تملك جبري لا يجوز التوسع فيه ما لم ينص عليه وهذا ما لم يحصل في موضوع المحدثات التي تقام باذن حسب نص المادة (1121) من القانون المدني⁵⁰ .

ونرى العكس من ذلك تماماً فاذا كان القانون قد نص في المادة (1120) على حق المحدث الذي اقام المحدثات بزعم سبب شرعي بتملك الارض بضمن مثلها اذا كانت قيمة المحدثات قامة اكثر من قيمة الارض وكان قد احدثها باذن من مالطك الارض ،ذلك ان الاذن هو موافقة صريحة من المالك للمحدث بإقامة المحدثات ،بينما اقامة المحدثات بزعم سبب شرعي هي الاستناد الى سبب لو صح لكان التصرف صحيحاً وبالتالي فان اقامة المحدثات باذن من المالك يمنح الحق للمحدث بتملك الارض اذا كانت قيمة محدثاته قائمة اكثر من قيمة الارض .

وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز الاتحادية (...واذا لم يكن هناك اتفاق بين المحدث وصاحب الارض على مصير المحدثات ،بعد ان اعطى للمحدث الاذن باقامتها فليس له (اي المالك) قلع المحدثات وانما يستطيع تملكها على ان يؤدي قيمتها قائمة...)⁵¹

وجاء في قرار اخر لمحكمة التمييز الاتحادية (...ان المميز -المدعى عليه قد دفع في المرحلتين البدائية والاستئنافية بان انشاءه المحدثات موضوع الدعوى كان باذن من المدعي وان المحكمة لم تجر التحقيقات اللازمة بدفع المميز وذلك بتكليفه باثبات هذا الدفع فاذا اثبته فتطبق على المنشآت احكام المادة 1121 من القانون المدني واذا عجز عن الاثبات تمنحه حق توجيه اليمين الحاسمة لخصمه ثم تصدر الحكم السليم في الدعوى في ضوء نتيجة تلك التحقيقات...)⁵²

وجاء في قرار اخر لمحكمة التمييز الاتحادية (...ان المدعي -المميز عليه طلب الزام المدعى عليهما -المميزين بمنع معارضتهما له فب الانتفاع بالعقار المرقم 1809/1 الحصوة وتسليمه خالياً من الشواغل ،وحيث ان المدعى عليهما دفعوا باحداث منشآت دار على العقار موضوع الدعوى وانهما يشغلانها بشكل مشترك كما دفعوا بان ذلك باباحة من المدعي ،وحيث ان المحكمة لم تتحقق من صحة الدفع المذكورة واصدرت حكمها وايدته محكمة الاستئناف دون مراعاة لأحكام المادة 1121 من القانون المدني التي تقضي بانه اذا احدث شخص منشآت بمواد من عنده على ارض غيره باذنه فان لم يكن بينهما اتفاق على مصير ما احدثه فلا يجوز لصاحب الارض ان يطلب قلع المحدثات ويجب عليه اذا لم يطلب صاحب المحدثات قلعها ان يؤدي اليه قيمتها قائمة...)⁵³

والتعويض التي يستحقه المحدث باذن مالك الارض هو التعويض ذاته الذي يفرض للمحدث بزعم شرعي وهو احتساب قيمة المحدثات قائمة وثت اجراء الكشف عليها من قبل المحكمة حيث جاء في قرار لمحكمة التمييز الاتحادية بهذا

50 - الاستاذ جمال عبد كاظم ،المصدر السابق ،ص82.

51 -قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد 1524/مدنية عقار/2011 في 2011/11/17 ،غير منشور .

52 - قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد 134/الهيئة الموسعة المدنية/2008 في 2008/9/24 ،غير منشور .

53 - قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد 4506/الهيئة الاستئنافية عقار/2013 في 2013/9/25 ،غير منشور .

الخصوص (... ان المدعي-المميز عليه طلب الزام المدعى عليها -المميزة باقيام المنشآت التي اقامها من ماله الخاص على القطعة المرقمة 54/2 مقاطعة 3 عفك وحيث تبين للمحكمة ان المدعي زوج المدعى عليها وان المدعى عليها اقربت بإقامة المدعي لتلك المشيدات على القطعة المسجلة باسمها وحيث ان المحكمة اجرت الكشف على القطعة المذكورة بمعرفة ثلاثة خبراء مختصين قدموا تقريرهم المؤرخ 2012/9/2 والذي جاء معللاً ومسبباً ويصح اتخاذ الحكم (المادة 140/اولاً من قانون الاثبات ...) ⁵⁴

وجاء في قرار اخر لمحكمة التمييز الاتحادية (...ذلك لان من الثابت في الدعوى بان المدعى عليهما الثاني والثالث قد اقرا بدعوى المدعين لذلك كان من المتعين على المحكمة اليعاز الى الخبراء بتقدير قيمة المنشآت المقامة من قبل المدعين بالنسبة لحصة المدعى عليهما وهي قائمة بتاريخ عريضة الدعوى ... هذا من جهة ،ومن جهة ثانية كان يقتضي تحليف المدعين اليمين استناداً الى احكام (المادة 124) من قانون الاثبات طالما ان دعوى المدعين تضمنت بان اقامة المنشآت كانت حال حياة والدهما وبموافقته ⁵⁵ وجاء في قرار اخر لمحكمة التمييز الاتحادية (...حيث ان المحكمة قد اجرت تحقيقاتها في الدعوى كلفت المدعى عليه باثبات دفعه بانه بنى المشيدات على العقار المرقم 6981/2 مقاطعة 23 ابو الفضل العائد للمدعي باباحة من الاخير فعجز عن الاثبات ومنحته المحكمة حق تحليف المدعي اليمين الحاسمة المذكورة وبذلك خسر ما توجهت به اليمين (المادة 111) اثبات ...) ⁵⁶

الفرع الثاني

بناء المستأجر على العين المؤجرة بإذن من المؤجر

المستأجر هو حائز عرضي للعقار المجاور ،اذ انه يحوزه ليس بنية التملك ،بل ان وضع يده عليه مؤقت فعند انتهاء مدة الايجار فانه يجب عليه ان يرد العقار الى المالك ،ليس بناء على دعوى الاستحقاق بل بمقتضى التزامه الشخصي اتجاه المؤجر ⁵⁷ ،فاذا حدث وقام المستأجر باية منشآت في العقار المجاور ،فان المشرع العراقي قد وضع باحكاماً خاصة تتعلق بمصير المحدثات التي يقيمها المستأجر في العين المؤجرة ،وقد وردت تلك الاحكام مع احكام عقد الايجار المنصوص عليها في القانون المدني ،لذا يجب تطبيق هذه الاحكام دون التشييد بزعم سبب شرعي ،ذلك ان المستأجر اذا اقام اية مشيدات او تحسينات على العقار المجاور فلا يمكن اي حال من الاحوال ان يكون بناءه بزعم سبب شرعي لان عقد الايجار الذي يرتبط به مع الموجر دليل

⁵⁴ - قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد 6731/ الهيئة الاستئنافية عقار /2012 في 2012/12/6 ،غير منشور .

⁵⁵ - قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد 410/ مدنية عقار /2007 في 2004/6/26 ،غير منشور .

⁵⁶ - قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد 670/ الهيئة الاستئنافية عقار /2014 في 2014/2/18 ،غير منشور .

⁵⁷ -د.محمد كامل مرسي ،شرح القانون المدني الجديد ،الحقوق العينية الاصلية ،اسباب كسب الملكية ح3 ،المطبعة العالمية ،1952 ،ص147 .

قاطع على انه يبني على ملك الغير ،الا ان اقامة تلك المحدثات قد يكون باذن او موافقة او بعلم المالك او بدون ذلك كله .

وقد عالج القانون المدني العراقي انواع المحدثات التي يمكن ان يحدثها المستاجر في العقار الماجور ، وهي التحسينات الضرورية وقد عالج احكامها في المادة 763 والتحسينات الكمالية التي عالجها في المادة 1167 منه ،والمشيدات النافعة وعالج احكامها في المادة 774 منه ،وهي اكثر التحسينات اهمية وكونها تتعلق باحداث ابنية وغرس اشجار والقيام بتحسينات اخرى تزيد من قيمة الماجور .

اما ما يتعلق بالترميمات الضرورية التي عالجتها المادة 763 من القانون المدني فهي الترميمات الضرورية لانتفاع المستاجر بالعين المؤجرة التي يؤدي عدم القيام بها الى الاخلال بالمنفعة المقصودة، والمنفعة المقصودة هي المنفعة التي يتفق الطرفان المتعاقدان على لزوم قيام الماجور بتحقيقها للمستاجر ، وفي حالة عدم وجود اتفاق تكون هذه المنفعة متأتية من الماجور طبقاً لطبيعته⁵⁸ ، والاصل ان المؤجر هو الذي يقع عليه الالتزام باجراء الترميمات الضرورية كونها عائدة لاصلاح الماجور وصيانته وان ملكية الماجور عائدة له ،وقد تكون هذه الترميمات عائدة لاصلاح الماجور وصيانته او ترميمات عائدة لمنافع المستاجر ،اما ما يتعلق بالترميمات المتعلقة باصلاح الماجور وصيانته فهي ترميمات عائدة لمنافع المؤجر ، وقد نصت الفقرة /ثانيا من المادة (750) من القانون المدني على احكامها حيث نصت (اذا امتنع المؤجر عن الترميم كان للمستاجر ان يفسخ الاجارة او ان يقوم بالترميم باذن المحكمة ويرجع على المؤجر بما صرف بالقدر المعروف) .

وقد يحصل ان يقوم المستاجر بتلك الترميمات بعد استحصال موافقة المؤجر ففي هذه الحالة يستطيع الرجوع على المؤجر بما انفقته لاجراء تلك الترميمات وقد نظمت احكام هذه الترميمات الفقرة 1/ من المادة (763) من القانون المدني ،اما بخصوص الترميمات العائدة لمنافع المستاجر فهي تعود لمنافعه الشخصية ،او ان طبيعة عمله تقتضي ان يقوم ببعض هذه الترميمات كفتح ابواب او نوافذ جديدة ويلحق بهذه الترميمات الشروط التي تشترطها الجهات الصحية او البلدية لغرض الحصول على اجازة ممارسة المهنة⁵⁹.

وقد نظمت احكام هذه الترميمات المادة (763) فقرة 1/ في الشق الاخير منها حيث نصت (الترميمات التي يقوم بها المستاجر باذن المؤجر ان كانت عائدة الى اصلاح الماجور وصيانته ،رجع بها عليه وان لم يشترط الرجوع ،وان كانت عائدة لمنافع المستاجر ،فلا يرجع بها الا اذا اشترط ذلك) .

اما بخصوص ما يحدثه المستاجر من تحسينات كمالية في العقار الماجور فقد عرفها الدكتور عبد الرزاق السنهوري (انها المصروفات التي لاتعود بنفع على العين ذاتها ولكن تتفق لتزيين العين وتجعلها على الوجه

⁵⁸- د.كمال قاسم ثروت ،شرح احكام الاجار ،الطبعة الاولى ،بغداد ،1975 ،ص75 .

⁵⁹ - د.عباس حسن الصراف ،شرح عقدي البيع والشراء في القانون العراقي ،بغداد ،مطبعة الاهالي ،ص366 .

الذي يرده الحائز لاستمتاعه الشخصي)⁶⁰، وان هذه التحسينات تطبق بشأنها احكام القواعد العامة المنصوص في الفقرة 3/ من المادة (1167) من القانون المدني والتي تنص (اذا كانت المصروفات كمالية فليس للحائز ان يطلب شيئاً منها وعلى ذلك يجوز له ان ينزع ما استحدثه منها على ان يعيد الشيء الى حالته الاولى ،الا اذا اثر المالك ان يستبقها في نظير دفع قيمها مستحقة للقلع)

اما بخصوص ما يقيمه المستاجر من محدثات في العقار المأجور التي تسمى بالتحسينات النافعة فقد عرفها الدكتور عبد الرزاق السنهوري (بانها عبارة عن بناء او غرس او غير ذلك من التحسينات مما يزيد في قيمة العقار او تحسين استغلاله لا يمكن رفعها دون تضرر المأجور وان ازالها او جزء منها يؤدي الى فوات المنفعة المقصودة منها)⁶¹، وقد عالج المشرع العراقي احكام هذه المحدثات في المادة (774) من القانون المدني ضمن تنظيمه لاحكام عقد الايجار التي جاء فيها (1-اذا انقضت الاجارة وكان المستاجر قد بنى في المأجور بناء او غرس فيه اشجاراً او قام بتحسينات اخرى مما يزيد في قيمته وكان ذلك على الرغم من معارضة المؤجر او دون علمه ،لزم المستاجر بهدم بالبناء وقلع الاشجار وازالة التحسينات ،فاذا كان ذلك يضر بالمأجور ،جاز للمؤجر ان يمتلك ما استحدثه المستاجر بقيمته مستحقاً للقلع 2-اما اذا احدث المستاجر شيئاً من ذلك بعلم المؤجر ودون اعتراض منه فان المؤجر يلتزم بان يرد للمستاجر الاقل مما انفقه ما زاد في قيمة المأجور ،ما لم يكن هناك اتفاق خاص يقضي بغير ذلك 3-فاذا احدث المستاجر شيئاً من ذلك بامر المؤجر ،بان المؤجر يلتزم بان يرد للمستاجر ما انفقه بالقدر المعروف ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بغير ذلك) .

ومن خلال تدقيق نص (المادة 774) من القانون المدني نجد ان المشرع العراقي ميز بين ثلاث حالات وجعل لكل حالة حكمها الخاص ، فالحالة الاولى هي اقامة المحدثات في العقار المأجور على الرغم من معارضة المؤجر او دون علمه ، الحالة الثانية هي اقامة المحدثات بعلم المؤجر ودون اعتراض منه ، والحالة الثالثة هي اقامة المحدثات بأمر المؤجر .

ففي ما يتعلق في الحالة الاولى وهي اقامة المحدثات على العقار المأجور على الرغم من معارضة المؤجر او دون علمه ، فان المستاجر لا يستطيع المطالبة بالزيادة في قيمة المأجور ويلزم بإزالة المحدثات ويحق للمؤجر اذا كان قلعهما وازالتها يضر بالمأجور ان يمتلكها بقيمتها مستحقة للقلع .

ومن الجدير بالذكر ان المؤجر في حالة اذا ما اراد ان يمتلك ما استحدثه المستاجر فليس له ان يمتلك من المنشآت والتحسينات الا ما التصق بالعقار المؤجر واصبح جزء لا ينفصل عنه ، اما اذا كان ما اجراه المستاجر

⁶⁰- د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج9 ، مصدر سابق ، ص973 .

⁶¹- د. عبد الرزاق السنهوري ، الوجيز ، مصدر سابق ، ص462 .

ما زال يحتفظ بذاتيته وكان يمكن فصله او رفعه من العقار المأجور دون تلف كان للمستأجر ان ينزعه من العقار المأجور دون ان يكون للمؤجر الحق في طلب تملكه⁶².

اما في الحالة الثانية وهي اقامة المحدثات على العقار المأجور بعلم المؤجر ودون اعتراض منه فان المؤجر يكون ملزما عند انقضاء عقد الايجار ان يرد الى المستأجر ما انفقته هذا الاخير للقيام بتلك المحدثات او الزيادة التي حصلت فغي قيمة المأجور نتيجة لتلك المحدثات ايها اقل , فاذا كانت الزيادة في قيمة المأجور اكثر مما انفقته المستأجر وجب على المؤجر رد النفقات التي انفقها المستأجر , واذا كانت النفقات التي انفقها المستأجر اكثر من الزيادة في قيمة المأجور عند انتهاء عقد الايجار , فان المؤجر يلزم بدفع الزيادة الحاصلة في قيمة المأجور , وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز (... ان الثابت من وقائع الدعوى وادلتها ان المميز عليه كان مستأجرا للعقار وانتهى عقد ايجاره قضاءا وكان قد احدث فيه تحسينات حسب رأي الخبراء المنتخبين تزيد في قيمة المأجور ولا يمكن قلعها دون ضرر فيه بعلم المميز ودون اعتراض منه وقد قدرت كلفتها وقت احدثها بمبلغ مليون ومئتان وخمسين الف دينار , وقيمتها وقت انتهاء عقد الايجار بمبلغ ثلاث ملايين وستمئة واثنى عشر الف وثمانمئة دينار بصورة قائمة وذلك بحسب ما جاء بتقرير الخبراء المؤرخ 1998/10/31 وبذلك فان ما يستحقه المميز عليه هو اقل القيمتين المذكورتين وهو مبلغ مليون ومئتين وخمسين الف دينار استنادا الى الفقرة 2/ من (المادة 774) من القانون المدني⁶³ , وجاء في قرار اخر لمحكمة التمييز (... اذا كان المستأجر الذي حكم عليه بتخلية المأجور قد احدث فيه اضافات ومنشآت بعلم المؤجر ودون اعتراض منه فتقدر كلفة تلك الاضافات والمنشآت ماله وعملا وقت التشييد وقيمتها قائمة وقت التخلية ويحكم على المؤجر بان يرد للمستأجر الاقل منهما ...)⁶⁴.

اما الحالة الثالثة وهي اقامة المحدثات على العقار المأجور بامر المؤجر , فقد نظمت احكامها الفقرة 3/ من (المادة 774) من القانون المدني المشار اليه اعلاه , فاذا حصل وان طلب المؤجر من المستأجر القيام بالمحدثات او التحسينات , او قد يتضمن عقد الايجار موافقة المؤجر للمستأجر بأجراء تلك المحدثات , او قد يكون باتفاق لاحق , فالامر هو الاذن او الموافقة ولكونه من التصرفات القانونية , لذلك يشترط لتطبيق هذا النص ان يتم اثبات الاذن او الموافقة ببينة تحريرية معتبرة .

62 - د. عبد الناصر توفيق العطار , شرح احكام الايجار , الطبعة الاولى , 1970 , ص 477 .

63 - قرار محكمة التمييز المرقم 489 / 1م / 1999 في 1999/6/17 , غير منشور

64 - قرار محكمة التمييز المرقم 3657 / 2م / 2000 في 2001/1/11 , منشور في مجلة العدالة , العدد الثالث , السنة الثالثة

بغداد , دار الحرية للطباعة , 2001 , ص 54 .

الفرع الثالث

البناء المقام من قبل المشتري على العقار المشفوع

الشفعة لغة تعني الزيادة ، لأن الشفيع يضم العقار المشفوع الى ملكه فيصبح شفعاً بعد أن كان وترأ⁶⁵، وقد عرفت (المادة ١٢٨) من القانون المدني العراقي الشفعة بأنها حق تملك العقار المبيع ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات المعتادة ،

والشفعة نظام اسلامي يكاد يكون الاجماع منعقداً على الأخذ به ، والأخذ بالشفعة هو على خلاف الأصل ، لأنها تؤدي الى تملك العقار المشفوع جبراً على المشتري فهي لهذا تعد قيداً على حرية التصرف بالنسبة الى البائع والمشتري ، الا أن الشارع قد اثبتها لمصلحة راجحة ، وقد راعت التشريعات العربية هذه المصلحة الراجحة فأقرت نظام الشفعة لأنها أصبحت جزءاً من تقاليدنا القانونية ، وإن كانت قد عملت على التضييق في الأخذ بها سواء من حيث الموضوع أم من حيث الاجراءات التي يجب اتباعها⁶⁶، فالمرجع العراقي قد حصر نطاق الأخذ بالشفعة بالشريك في دار السكن أو الشقة السكنية الشائعة وأسقط كل ما عدا ذلك من أحوال ثبوت الشفعة الواردة في المادة ١٢٩) من القانون المدني (الملغاة) التي تجيز الأخذ بالشفعة فيها وقد يقيم المشتري محدثات في العقار المشفوع في الفترة الواقعة بين شرائه للعقار وانتقال ملكيته الى الشفيع سواء بالتراضي أو بناء على قرار حكم قضائي ، فما مصير هذه المحدثات ؟ لقد عالج القانون المدني العراقي هذه الحالة في (المادة 1143) منه حيث فرق بين ما اذا كان البناء قد تم قبل اعلان الرغبة للأخذ بالشفعة أو بعدها حيث جاء في تلك المادة (1- اذا بنى المشتري في العقار المشفوع أو غرس فيه اشجاراً قبل أن يبلغ بالرغبة في الأخذ بالشفعة ، كان الشفيع ملزماً بأن يدفع الرغبة في للمشتري مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس ٢- اما اذا حصل البناء بعد تبليغ الأخذ بالشفعة ، كان للشفيع أن يطلب القلع ، واذا كان القلع ، مصرراً بالعقار كان له أن يستبقي البناء أو الغراس بقيمته مستحقي القلع) ففي الحالة الأولى بعد المشتري في القانون العراقي بانها في ملكه لذا فإن الشفيع يلتزم بأن يدفع له مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء ، وهنا يبدو اختلاف في هذه الحالة عن أحكام التشييد بزعم سبب شرعي ، حيث تطبق الأحكام الأخيرة في حالة البناء بحسن استناداً قاعدة الأقل يتبع الأكثر في حين لا يحق للمشتري أن يملك العقار المشفوع حتى لو كانت قيمة البناء الذي اقامه أكثر من قيمة ذلك العقار ، وبذلك يكون مركز المشتري اقل من مركز من يقيم المحدثات على ملك غيره بحسن نية.

65 - جمال الدين بن منظور ، معجم لسان العرب ، المجلد الاول ، دار صادر للطباعة والنشر ، بيروت ، 1965 .

66 - د.شاكر ناصر حيدر . مصدر سابق ، ص 957 .

أما في الحالة الثانية فقد عامل المشرع المشتري معاملة المحدث سيء النية اذ كان عليه أن يترتب لحين الفصل في دعوى الشفعة ، ولهذا أجاز للشفيع أن يلزم المشتري بقلع البناء اذا لم يكن في ذلك ضرر بالعقار ، أما اذا كان القلع مصراً بالعقار فيكون له أن يملك المحدثات بقيمتها مستحقة للقلع أي قيمتها أنقاصاً أما بخصوص الوقت الذي يتحدد فيه كون المحدثات مما تنطبق عليه أحكام الفقرة الأولى من (المادة 1143) التي تشير الى دفع قيمة المحدثات اذا كان المشتري قد أقامها قبل أن يبلغ بالرغبة الأخذ بالشفعة ، أو الفقرة الثانية منها أي طلب قلعها أو تملكها استناداً إلى ما اشرنا اليه أعلاه ، فإن الوقت يتحدد بتاريخ إبداء الرغبة في الأخذ بالشفعة ، أي بتاريخ تبليغ كل من البائع والمشتري في دائرة التسجيل العقاري باعلان الشفيع شفيعته ، وفي هذه الحالة لا يقع أي خلاف اذ أن هذا التاريخ يسجل تسجيلاً رسمياً، فالأمر بالنسبة للمشتري يتوقف على الطريقة التي اختارها الشفيع للتبليغ فاذا كانت بالبريد المسجل أو بالبرقية فتاريخ توقيع المشتري على ايصال البريد أو تاريخ ختم البريد بالتسليم وإن عن طريق الكاتب العدل فتاريخ التبليغ⁶⁷ .

وبذلك فإن على الشفيع أن يدفع قيمة المحدثات للمشتري ، ويذهب الفقه كذلك إلى أن الشفيع يلتزم بدفع هذه القيمة وإن كان المشتري قد أقام البناء بعد رفع دعوى الشفعة ، لأن النص لا يفرق بين ما اذا كانت المحدثات قد اقامها المشتري قبل رفع دعوى الشفعة أو بعدها⁶⁸ .

وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز الاتحادية (... ذلك أن دعوى المدعية تضمنت طلب الحكم بالزام المدعى عليهم بتمليكها سهامهم في العقار المرقم ٢٥/١٢ مقاطعة/٢٣ الوارثية استناداً الى حكم حق الشفعة وبالبديل البالغ مليون دينار وقد تأييد من التحقيقات الجارية بأن العقار موضوع الدعوى كان مسجلاً باعتبار ٨٨/ سهم وقد قام الشركاء (المدعى عليهم 5.4.3.٢.١) ببيع سهامهم الى المشتري (المدعى عليه السادس) خ ع س (المستأنف) وببديل قدره اربعون مليون دينار وأن المشتري المذكور كان قد أقام دعوى أمام القضاء المستعجل⁶⁹ المرقمة 88 قضاء مستعجل/٢٠١٣ امام محكمة بداءة الشامية طالباً تثبت اقرارهم بالبيع حيث حضروا وأقروا بتاريخ 2013/2/28 بصحة توافيقهم على عقد البيع الخارجي واستلامهم كامل البديل البالغ اربعون مليون دينار، وحيث أن وكيل المستأنف عليها قد تمسك بأن بدل البيع هو مليون دينار الوارد في معاملة نقل الملكية وأن موكلته قد دفعت نصف البديل امانة في خزانة المحكمة ، وحيث أن البديل المسمى في دعوى الاقرار المرقمة ٢٨ قضاء مستعجل/٢٠١٣ وهو اقرار قضائي يثبت أن بدل البيع هو اربعون مليون دينار ولما كان يدل البيع الوارد في معاملة نقل الملكية لا يمثل القيمة الحقيقية للبيع فقد اعتبرت المحكمة المستأنف عليها

67- د.غني حسون طه ،مصدر سابق ،ص202

68 - د.عبد المنعم فرج الصده ،مصدر سابق ،ص 497 .

69 - قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم 2022/الهيئة الاستئنافية عقار/2014 في 2014/4/13 غير منشور .

عاجزة عن اثبات ادعائها بأن بدل البيع هو مليون دينار ومنحتها المحكمة حق تخليف المستأنف اليمين الحاسمة من أن البدل هو اربعون مليون دينار وفق الصيغة المسطرة في محضر الجلسة المؤرخة 2014/2/24 الا أن المستأنف عليها رفضت توجيه تلك اليمين وبذلك تكون المستأنف عليها قد خسرت ما توجهت به اليمين وتكون دعواها فاقدة لسندها القانوني .

وجاء في قرار آخر لمحكمة التمييز الاتحادية (... ذلك أن دعوى المدعية تضمنت طلب الحكم بالشفعة وابطال تسجيل سهام المدعى عليها الأولى إلى المدعى عليها الثانية افي العقار المرقم ١١/٧ مقاطعة /٢ البو صالح وقد تأيد من التحقيقات الجارية بأن الشريكة زح ر كانت قد باعت سهامها في العقار المذكور الى المشتري ع م ع وحصل الاقرار في مديرية التسجيل العقاري في الديوانية وأن المشتري هو شقيق زوج المستأنف عليها وأن قرابته من زوج المستأنف عليها الأولى من الدرجة الثانية وأن أقارب أحد الزوجين يعتبرون في نفس القرابة والدرجة بالنسبة للزوج الآخر (المادة 3/39) من القانون المدني وبالتالي فإن المستأنف عليه الثاني تكون قرابته للمستأنف عليها الأولى من الدرجة الثانية وأن دعوى الشفعة لا تسمع اذا وقع بين الزوجين أو بين الأصول والفروع أو بين الحواشي لغاية الدرجة الرابعة (المادة 1134/ب) من القانون المدني ، وبذلك تكون دعوى المدعية فاقدة لسندها القانوني (000) ⁷⁰.

الفرع الرابع

المشيدات على وفق أحكام قانون حياة نزاعات الملكية

سبق وان تمت مصادرة العقارات من مالكيها وتسجيلها باسم الدولة او بيعت الى الافراد وذلك لأسباب سياسية أو عرقية أو دينية أو مذهبية ، وقام من اشترى تلك العقارات بإحداث ابنية او منشآت على العقارات المذكورة ، وبعد عام ٢٠٠٣ وكجزء من المنظومة التشريعية المدرجة تحت عنوان احكام العدالة الانتقالية الهادفة الى الغاء قرارات المصادرة واعادة العقارات الى اصحابها او دفع التعويض في حالة عدم اعادتها الى اصحابها ، وكذلك معالجة المواضيع المتعلقة بتعويض من أحدث المحدثات أو المنشآت في حالة اعادة العقار الى المالك السابق ولهذا الغرض صدرت ثلاثة تشريعات تعالج هذا الموضوع ، الأول هو امر سلطة الائتلاف المؤقتة المرقم 8 في 14 / كانون الثاني / ٢٠٠٤ المعدل باللائحة التنظيمية المرقمة ١٢ في ٢٤ / حزيران / ٢٠٠٤ والثاني هو قانون حياة حل نزاعات الملكية رقم ٢ لسنة ٢٠٠6 والذي عد نافذا في 6 / آذار / ٢٠٠٦ والثالث هو قانون حياة دعاوى الملكية رقم 13 لسنة ٢٠١٠ ، اذ ان تلك التشريعات غطت احكام المصادرة للمدة من ١٧ / تموز / ١٩٦٨ ولغاية ٩ / ٤ / ٢٠٠٣.

⁷⁰ - قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم 2779/الهيئة الاستئنافية عقار/2013 في 2013/5/12 غير منشور .

والأصل في اللائحة الاولى المعدلة هو اعادة العقار الى ماله الذي انتزعت ملكيته منه جبرا ، ومن احكام هذه اللائحة هو ما اذا كانت الارض المصادرة خالية من اي بناء وباعتها الدولة الى احد الاشخاص وقام الأخير باحداث محدثات او منشآت عليها اثناء مدة تملكه لها ، لذا فان نصوص هذه اللائحة اعطت الخيار للمالك الاصلي باعادة العقار باسمه على ان يدفع للمشتري قيمة ما احدث او انشأ من بناء على العقار المذكور ، او ان يصرف النظر عن اعادة العقار باسمه ويكتفي بالتعويض المناسب عن قيمة عقاره باعتباره ارضا . خالية من البناء .

اما اذا كان في العقار محدثات او منشآت عائدة للمالك الاصلي وقام المشتري بهدمها ثم احدث بناء جديدا عندما اصبح مالكا للعقار ، ففي هذه الحالة يخير المالك الاصلي بين ان يطلب اعادة العقار باسمه على ان يسدد للمشتري قيمة المحدثات او المنشآت التي احدثها على ان تكون هذه المحدثات والمنشآت اقل من قيمة البناء المهذوم من قبل المشتري ولم يضع المشرع هنا المعيار المطلوب لتقدير قيمة البناء المهذوم بعد ان زالت معالمه ولم يعد له وجود ، هذا خيار المالك الأصلي الاول اما الخيار الثاني فهو ان يطلب المالك الاصلي من المشتري تملك العقار مع ما تم هدمه من ابنية ومنشآت وبهذا الاتجاه سارت عليه اللجنة القضائية في الرصافة الثانية بحكمها المرقم 360179 في 2005/5/18 والذي جاء فيه : (العقار المرقم 43 / 79 مقاطعة ٢ / زعفرانية كان مسجل باسم المدعي احمد شفيق احد اعضاء الحزب الشيوعي ولمعارضته سياسات النظام السابق تمت مصادرة عقاره وفق قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ١٢٥٣ وسجل باسم مديرية الامن العامة ومن ثم بيع الى المشتري الاول نجاة صالح التي باعته الى المدعى عليه طه محمود احمد وبهذا يكون سبب المصادرة سياسي وان المدعى عليه قد اجرى اضافات وترميمات قدرها الخبراء الثلاثة بمبلغ . 40000000 اربعون مليون دينار وقت اقامة هذه الدعوى وهي الاضافات التي تجدها اللجنة ان المدعى عليه يستحق اقيامها اما باقي الترميمات فهي من جراء الاستعمال لشاغل العقار عليه قررت اللجنة :

1 - ابطال قرار مصادرة العقار المرقم 43 / 79 مقاطعة ٢ / زعفرانية المستند الى قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم ١٢٥٣ المؤرخ ٤ / ٨ / ١٩٨٠ وكذلك ابطال قيد العقار باسم المدعى عليه طه محمود احمد المسجل بالقيد 405 في ٢ / ٩ / ١٩٨٩ مجلد ١١ واعطائه الحق بطلب التعويض الوارد في الفقرة (ذ) من المادة الثامنة من الملحق (أ) من قانون الهيئة امام المحاكم المدنية.

٢ - اعادة تسجيل العقار المرقم 43 / 79 مقاطعة ٢ / الزعفرانية باسم المدعي احمد شفيق يوسف معفيا من الرسوم والضرائب واشعار مديرية التسجيل العقاري المختصة بذلك بعد اكتساب القرار الدرجة القطعية مع الزامه

بتأديته للمدعى عليه طه محمود احمد مبلغاً قدره 40000000 اربعون مليون دينار عن قيمة الاضافات والتحسينات التي اقامها المدعى عليه في العقار ⁷¹.

وللعوز التشريعي الذي صاحب اللائحة التنظيمية رقم 12 لسنة 2004 ، وكما اظهرته التطبيقات القضائية فقد شرع القانون رقم ٢ لسنة ٢٠٠٦ قانون حل نزاعات الملكية والذي جاء بمبادئ اغفلتها اللائحة التنظيمية المشار اليها في اعلاه ، ولعل اهمها هو ان العقار المصادر اذا تم بيعه الى شخص الملكية طبيعي او معنوي ولم تجر عليه اضافات او تحسينات فيكون للمالك الاصلي طلب اعادة ملكية العقار باسمه ، ويتم تعويض المالك الحالي بما يعادل قيمة العقار وقت اقامة الدعوى وتلزم الجهة التي باعت العقار بعد المصادرة أو الاستيلاء بدفع التعويض ، أو تعويض المالك الأصلي عن قيمة العقار والزام الجهة التي باعت العقار بعد المصادرة بدفع قيمة التعويض وقت اقامة الدعوى (المادة 6 / خامسا) من القانون الحالي المذكور .

اما اذا تم احداث محدثات او منشآت او تحسينات على العقار بعد مصادره او الاستيلاء عليه ، فللمالك الاصلي اعادة العقار باسمه ودفع قيمة ما احدث الى المالك الحالي بقيمتها قائمة وقت اقامة الدعوى ، وتلزم الجهة التي قامت بالمصادرة أو الاستيلاء بدفع مبلغ قيمة العقار الى الحالي وقت اقامة الدعوى مطروحا منها مبالغ المحدثات او المنشآت او التحسينات ، هذا هو خيار المالك الاصلي الاول ، اما خياره الثاني فهو صرف النظر عن اعادة تسجيل العقار باسمه والاكتفاء بمبلغ التعويض عن قيمة العقار مقدرا وقت اقامة الدعوى ومطروحا منه قيمة المحدثات والانشاءات والتحسينات المحدثه بعد المصادرة او الاستيلاء محسوبة عند اقامة الدعوى

اما المبدأ الجديد الذي جاء به القانون رقم 13 لسنة ٢٠١٠ قانون هيئة دعاوى الملكية هو احتساب قيمة العقار او الاضافات او التحسينات المحدثه عليه بعد المصادرة او الاستيلاء او حالات الاستملاك المذكورة فيه ، بتاريخ الكشف وليس بتاريخ اقامة الدعوى كما في القانون رقم ٢ لسنة ٢٠٠٦ ، وهذا المبدأ الجديد اقرب الى تحقيق العدالة اذ قد تقام الدعوى وتمر عليها سنين عديدة - وكما حدث فعلا من دون ان تحسم وخلال الفترة من اقامة الدعوى تكون اسعار العقارات قد طرأت عليها تغييرات كثيرة الامر الذي يسبب ضررا لطالب التعويض وهو الامر الذي كان محل انتباه المشرع فعدله باحتساب التعويض بتاريخ الكشف بدلا من تاريخ اقامة الدعوى ⁷².

⁷¹ - قرار محكمة التمييز بالعدد 3245/تميز/2005 في 2006/2/22 منشور في بحث القاضي محمد حبيب الموسوي

الموسوم (احكام المحدثات المقامة على ارض الغير) 2014 ، ص 57 .

⁷² - القاضي هادي عزيز علي ، مصدر سابق ، ص 116 .

المطلب الثاني

حالات البناء غير مشروع على أرض الغير

ان حالات البناء غير المشروع على أرض الغير كثيرة ومتنوعة منها ما هو محكوم بنص خاص يجب تطبيقه ومنها ما هو محكوم بالنصوص العامة الواردة في أحام الالتصاق فيجب الرجوع إليها لبيان حكم الحالة المعروضة وقد أختارنا من تلك الحالات ما يكثر بشأنها النزاع في أروقة المحاكم لذا فقد قسمنا هذا المطلب الى أربعة فروع : سنتناول في الفرع الأول : للبناء تجاوزا على جزء من الأرض المجاورة والفرع الثاني : للبناء على أرض الغير بسوء نية والفرع الثالث : بناء المستأجر على العين المؤجرة دون موافقة مالك العين ، وفي الفرع الرابع بحثنا : بناء الشريك على العقار الشائع دون موافقة الشركاء ، فيما خصصنا الفرع الخامس : للبناء تجاوزا على أراضي الدولة .

الفرع الاول

البناء تجاوزا على جزء من الأرض المجاورة

إن المقصود بالتجاوز في هذا المطلب هو التجاوز على جزء من الأرض المجاورة والملاصقة لأرض الباني والمملوكة للجار ، والمتجاوز هو الشخص الذي يقوم بالبناء على جزء من أرض جاره والملاصقة لأرضه. أما القانون المدني المصري الجديد فقد وضع حكماً صريحاً لهذه الحالة تضمنه نص المادة (٩٢٨) منه والذي جاء فيه (إذا كان مالك الأرض وهو يقيم عليها بناء قد تجاوز بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة ، جاز للمحكمة، إذا رأت محلاً لذلك، أن تجبر صاحب هذه الأرض على أن ينزل لجارة عن ملكية الجزء المشغول بالبناء ، وذلك في نظير تعويض عادل) ، ويفرض هذا النص أن أرض بنى عليها مالكها ، وفي أثناء البناء قد جاوزها دون أن ينتبه لذلك حدود ملكه إلى الجزء الصغير من الأرض الملاصقة لأرضه فامتد البناء إلى هذا الجزء الصغير وهذا فرض يدخل في نطاق أحكام الالتصاق، فالباني قد بنى بحسن نية في هذا الجزء الصغير الملاصق لأرضه، فيكون قد بنى في ملك غيره وكان مقتضى تطبيق أحكام هذا الفرض أن يتملك الجار الملاصق لجزء من البناء المقام على هذا الالتصاق في الجزء الصغير من أرضه بالالتصاق. ولم يورد القانون المدني العراقي نصاً خاصاً للحالة التي يتجاوز فيها الجار في بنائه حدود أرضه على جزء من أرض الجار الملاصقة لأرضه، مع أن هذه الحالة شائعة ولعلها أكثر وقوعاً من الحالة التي يقام فيها البناء برمته على أرض الغير فقد يحدث أن يتجاوز الباني حدود ملكه أما خطأ بلا قصد كأن يقع ذلك نتيجة خطأ قياس المساحة وأما بخطأ من عامل البناء ، وقد يكون التجاوز بسوء نية وعن عمل مقصود. وفي أكثر الأحيان تكون المساحة المتجاوز عليها من أرض الجار لا تزيد على أمتار قليلة (1)، وهذه الحالة تحدث بين الأراضي المتجاورة عندما يقوم المالك بالبناء وهو حسن النية وغير متعمد في التجاوز على الأرض

المجاورة مما ينبغي الاستعانة بالمساحين لتثبيت حدود الأرض قبل المباشرة بالبناء ، ومن ثم فإن السؤال الذي يثار هنا هو: ما المركز القانوني لمن يثبت أنه قد تجاوز بنائه حدود ملكه إلى جزء من أرض الجار وعلى أي أساس سيعامل ؟ بما أن القانون المدني العراقي لم يورد نصاً صريحاً خاصاً لمعالجة هذه الحالة ، لذا يجب الرجوع إلى القواعد العامة في الالتصاق ، ومن ثم التمييز بين من بني بحسن النية وبزعم سبب شرعي ويبين من بني بسوء النية.

فإذا تجاوز الباني في بنائه على جزء من أرض جاره بسوء النية ، كما تجاوز بالبناء حدود ملكه ، فنطبق في مثل هذه الحالة أحكام المادة (١١١٩) من القانون المدني العراقي وبموجبها يحق للجار أن يطلب من الباني إزالة ذلك التجاوز مهما كانت قيمته وإن كان يشكل ضرراً للباني ، ولكن يجوز للجار أن يملك البناء بقيمته إما إذا كان البناء بحسن نية وبزعم سبب شرعي ، كما لو حصل البناء في حدود سند التسجيل العقاري ثم استحق الجار جزء من أرض البناء فيطبق على قسم البناء الشاغل لذلك الجزء أحكام المادة (١١٢٠) من القانون المدني العراقي وبموجبها يكون للباني تملك الجزء المتجاوز عليه من أرض الجار بثمن المثل إذا كانت قيمة مستحقاً للقلع إن كان قلع البناء يلحق به ضرراً.

أما إذا كان البناء بحسن نية وبزعم شرعي ، كما لو حصل البناء في حدود سند التسجيل العقاري ثم استحق الجار جزء من أرض البناء فيطبق على قسم البناء الشاغل لذلك الجزء أحكام المادة (1120) من القانون المدني العراقي وبموجبها يكون للباني تملك الجزء المتجاوز عليه من أرض الجار بثمن المثل إذا كانت قيمة البناء الذي أقامه أكثر من قيمة ذلك الجزء ، أما إذا كانت قيمة الأرض لا تقل عن قيمة البناء فيكون للجار أن يملك البناء بقيمته قائماً⁷³ .

ولكن لما كانت المادة (١١٢٠) من القانون المدني تشترط لتطبيق حكمها أن يكون البناء بزعم سبب شرعي لا يكفي بحسن النية وحدها ، فهذا يعني أن الباني المتجاوز حدود أرضه سيعامل بموجب قواعد القانون الصارمة على أنه سيء النية دائماً ولن يعامل على أنه حسن النية إلا في حالة بنائه في حدود أرضه ثم استحق الجار بعد ذلك لجزء من أرض البناء وبالتأكيد فإن مقتضيات العدالة تأبى مثل هذا الحل ، لأن الباني يكون على الغالب حسن النية ، وإن الضرر الذي يلحق بالجار من جراء تخليه عن ملكية جزء يسير من أرضه لا يزيد في أغلب الحالات على بضعة أمتار لا يقاس إلى جانب الخسارة التي ستحل بالباني إن هو أجبر على إزالة البناء ، فما ذنب هذا الباني ؟ إذا كان التجاوز أحدث خطأ تعيين الحدود أو بسبب خطأ صاحب البناء لكون حدود الملك غير واضحة المعالم ، وإلا يكون إصرار الجار على إزالة البناء رغم ما يصيب صاحبه من ضرر جسيم ليسترد شريطاً من الأرض لن يستشعر الحرمان منه بعد تعويضه ، وأن ذلك يعد من قبيل التعسف

⁷³ - شاكراً ناصر حيدر ، مصدر سابق ، ص 918 .

استعمال الحق من قبل مالك الأرض مقابل الضرر الجسيم لمالك البناء ، وهذه الاعتبارات أخذ بها القضاء العراقي ، حيث اكتفى بحسن النية وحده لتطبيق أحكام المادة (١٢٠) من القانون المدني العراقي في حالة التجاوز بالبناء بسبب . المساح (الموظف الفني) في تعيين الحدود ⁷⁴ .

ومع ذلك نعتقد بأن العمل بالمادة (١٢٠) من القانون المدني العراقي لن يؤدي إلى حلول عملية مقبولة في الحالة التي تكون فيها قيمة الجزء المتجاوز عليه أكثر من قيمة البناء ، ومن ثم يكون لمالك ذلك الجزء أن يمتلك البناء بقيمته قائماً ، ولكن كيف سيكون الحال إذا كان البناء يشكل جزءاً من غرفة أو صالة من مشتملات دار متكاملة وهل من المعقول أن يمتلك الجار متراً أو نصف متر من غرفة في بيت جاره وأية منفعة ستعود عليه إذا تملك هذا الجزء اليسير من البناء؟

لاشك أن كل هذه التساؤلات ما كانت لتظهر لو كان المشرع العراقي قد جاء بمعالجة خاصة لحالة التجاوز في البناء على جزء من أرض الجار .

وفيما بعد صدر عن مجلس قيادة الثورة المنحل القرار المرقم (٥٢٧) في 5/5/1985 الذي أعطى بموجبه للمالك الذي زادت مساحة عقاره نتيجة الخطأ في تثبيت الحدود الحق في أن يمتلك الجزء المتجاوز عليه أن يعرض المالك الذي نقصت مساحة عقاره عن قيمة النقص ، فهذا القرار لم يشترط أن تكون قيمة البناء أكثر من قيمة الجزء المتجاوز عليه لكي يتم التملك ⁷⁵ .

وتطبيقاً للعمل بهذا القرار فقد قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها جاء فيه : (عند النظر في الحكم المميز ظهر أنه صحيح وموافق للقانون إذ قدم الخبراء ملحقاً لتقريرهم بينوا بموجبه عدم انطباق القرار ٥٢٧ لسنة 1985 على وقائع الدعوى لأن القرار المذكور يشمل تغيير الأوضاع الجديدة للوحدات العقارية السكنية التي حصل تغيير في مواقعها وشكلها ومساحتها نتيجة خطأ في تثبيت الحدود ومواقع الشوارع المحيطة بها في حين لم يحصل أي تغيير في وضع القطعة أو موقعها وشكلها وحيث تبين من خلال تقرير الخبراء الفضائيين وجود تجاوز من قبل المميز / المدعى عليه على عقار المميز عليه / المدعي بمساحة قدرها 35/11 م² وحسب المرسوم المنظم وبذلك يكون المميز / المدعي عليه غاصباً للمساحة المتجاوز عليها ، والمغصوب إذا كان عقاراً يلزم الغاصب برده مع أجر مثله المادة (١٩٧) مدني عراقي عليه قرر تصديق الحكم) ⁷⁶ .

⁷⁴ - القاضي . راشد مشاري عبد الله . البناء على أرض الغير في القانون المدني العراقي وتطبيقاته القضائية , بحث ترقية مقدم إلى مجلس القضاء الأعلى , 2015, ص 64 .

⁷⁵ - قرار لمجلس قيادة الثورة المنحل المرقم 527 في 5/5/1985 منشور في الوقائع العراقية بالعدد 3047 في 27/5/1985 .

⁷⁶ - قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد 4919 /الهيئة الاستئنافية العقار / 2011 في 14/12/2011 غير منشور .

ولابد من الإشارة إلى أن تطبيق أحكام القرار (٥٢٧) يسري على كل حالة تجاوز على جزء من الأرض الجار نتيجة خطأ في تثبيت الحدود حدثت قبل 1983/5/30 ذلك أن الفقرة (تاسعا) من القرار (٥٢٧) قد نصت على أن يقتصر تطبيق أحكام القرار على الوقائع السابقة لتاريخ نفاذ قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم (551) في 14/5/١٩٨٣ والذي كان تاريخ نفاذه في 1983/5/30

وهكذا فإن القرار المذكور ينطبق على كل حالة تجاوز على جزء من أرض الجار حدثت قبل 30/5/١٩٨٣ إلا أن الدعوى بشأنها لم تقم إلا بعد 5/5/1985 فأنها تحكم بموجب قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم (٥٢٧)

أما إذا كان التجاوز قد حصل بعد 30/5/١٩٨٣ ونتيجة خطأ في تثبيت الحدود فإن هذه الحالة ستحكم وفق قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم (551) في 14/5/1983 والذي حمل المساح أو المهندس المكلف بتثبيت الحدود مسؤولية خطئه في تثبيت تلك الحدود وألزمه بتعويض الإضرار المادية التي تصيب أصحاب العلاقة⁷⁷.

ولكن ما حكم التجاوز؟ وهل سيلزم المتجاوز بإزالة الأبنية التي أقيمت تجاوزاً؟ أو أنه سيتمك الجزء المتجاوز عليه؟ وللإجابة على ذلك فإن قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم (551) لم ينص على حكم هذه الحالة صراحة، ولكن يفهم من القرار (551) بأنه إذا اخطأ المساح أو المهندس بتثبيت حدود قطع الأراضي المفروزة التي يتم إفرازها من قبله مسؤولية خطاه ويكون ملزماً بتعويض الأضرار المادية التي تصيب أصحاب العلاقة نتيجة الخطأ بتثبيت تلك الحدود.

وبهذا الصدد فقد قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها جاء فيه (عند النظر في الحكم المميز ظهر أنه صحيح وموافق للقانون لأن المميز / المستأنف / المدعي وبعبارة الدعوى قد حصر المسؤولية في تثبيت حدود القطعة العائدة له بمساح مديرية التسجيل العقاري في الزهور وأن قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم (551) في 14/5/1983 قد حمل المساح أو المهندس المكلف بتثبيت حدود قطع الأراضي المفروزة أو التي يتم إفرازها من قبله مسؤولية خطاه في تثبيت تلك الحدود ويكون ملزماً بتعويض الأضرار المادية التي تصيب أصحاب العلاقة نتيجة الخطأ المذكور بالإضافة إلى العقوبات الانضباطية وبذلك تنفي مسؤولية المميز عليهما بشأن ذلك وتكون الدعوى تجاههما فاقدة لسندها القانوني عليه قرر تصديق الحكم)⁷⁸.

⁷⁷ - التعليمات رقم (3) لسنة 1985 نشرت بالوقائع العراقية بالعدد (3062) في 1985/9/9 .

⁷⁸ - قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم 3098/الهيئة الاستئنافية /2006 في 2007/3/13 غير منشور.

الفرع الثاني

البناء على أرض الغير بسوء نية

لقد ربط المشرع العراقي موضوع البناء على أرض الغير بأمر باطني هو النية وجعلها المحور الذي تدور عليه احكام الالتصاق في مجملها وتبعاً لذلك فإن البناء على أرض الغير قد يكون بحسن نية وبسوء ولكل حالة اثار خاصة تترتب عليها ويتوجب علينا بيان مفهوم سوء النية من الناحيتين اللغوية والاصطلاحية .

بالمقصود بالنية لغة :هي القصد ،والقصد هو اعتقاد القلب فعل الشيء وعزمه عليه من غير تردد ،والنية واردة الفعل مترادفان ⁷⁹ ، وهذا يعني ان النية او القصد مصطلحان يحملان نفس المعنى ويستخدمان في حقل الدراسة القانونية للدلالة على معنى واحد وهو العزم في فعل امر معين ⁸⁰ .

اما مفهوم النية اصطلاحاً :فهو القصد والعزم ،والمقصود بسوء النية في البناء على أرض الغير هو علم منشأ المحدثات بأنه يقيم بناء على أرض غير مملوكة له ودون رضا صاحب الأرض او اذنه ،اي ليس له الحق في اقامة هذه المحدثات لعدم امتلاكه الأرض التي يقيم عليها البناء كالغاصب مثلاً ⁸¹ .

وبهذا الصدد فقد قضت محكمة التمييز الاتحادية في احد قراراتها بانه (... حيث ثبت للمحكمة ان المدعي اقام المنشآت المطالب بقيمتها على أرض المدعى عليه /اضافة لوظيفته دون الحصول على اذن سواء من المدعى عليه او من قبل وزارة النقل والمواصلات السابقة فيكون متجاوزاً ببناء تلك المنشآت ويستحق قيمتها مستحقة للقلع وبما ان وكيل المدعى عليه وافق على دفع القيمة المقدرة لقاء تملك المنشآت فيكون الحكم المميز له سند من القانون ...) ⁸²

والملاحظ ان المشرع العراقي لم يورد عبارة سيء النية بالمادة (1119) من القانون المدني ،لكنه حدد المحدث سيء النية بأنه من قام بانشاء المحدثات على أرض الغير وهو يعلم انها لا تعود له ودون موافقة صاحب الأرض اي انه يعتدي على أرض غيره باقامة هذه المحدثات ، ومن ذلك يتضح لاعتبار منشأ المحدثات سيء النية لا بد من توفر شرطين :

⁷⁹ -الفيروز ابادي ،القاموس المحيط ،ج4 ،دار احياء التراث العربي ،بيروت ،1991 ،ص577 .

⁸⁰ -غزوان عبد الحميد شويش ،سوء النية ودوره في سريان العقد على الخلف العام والدائنين ،بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق ،العدد الاول ،ج2 ،2016 ،ص498.

⁸¹ -جمال عبد كاظم الحاج ياسين ،احكام الزعم بسبب شرعي في الالتصاق الصناعي ،مصدر سابق ،ص60-61.

⁸² -قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 2892/الهيئة الاستئنافية عقار/2013 منشور في كتاب المختار من قرارات محكمة التمييز الاتحادية ،القسم المدني ،ج6 ،اعداد القاضي سلمان عبيد عبد الله ،مكتبة القانون والقضاء ،الناشر صباح صادق جعفر ،2015 ،ص32.

الاول : علم المحدث انه يقيم المحدثات على ارض غير مملوكة له .
الثاني : انه ليس الحق في اقامتها لعدم حصوله على اذن او موافقة مالك الارض وقت اقامة المحدثات⁸³
كما قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرار اخر لها (... حيث ان المدعي المميز /المستأنف احدث البناء
المطالب بقيمته دون موافقة من المالك فان احكام المادة 1119 من القانون المدني هي المنطبقة على وقائع
الدعوى ويستحق المميز قيمة المحدثات مستحقة للقلع ...) ⁸⁴

ان معيار سور النية معيار شخصي ينظر فيه الى شخصية المحدث ونيته المستقرة في نفسه ،ومع ذلك يمكن
ان يضاف له المعيار الموضوعي وهو اعتقاد المحدث اذا ما كان مبني على خطأ جسيم بجهله بانه يبني على
ارض الغير فيكون بذلك سيء النية ،والخطأ الجسيم هو اخطا الذي يرتكبه اكثر الناس اهمالا ،اي ان يكون
على درجة من الاهمال البين ،وهو اقرب ما يكون الى العمد او هو الخطا الذي لا يرتكبه الشخص الحريص⁸⁵
وبهذا الخصوص قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها (... ان اقامة المحدثات على ارض الغير مع
العلم بذلك يعد اعتداء على حق ملكية صاحب الارض ويعتبر خطأ عمديا بالنسبة لفعل المحدثات والذي يستقيم
معه ازالة الضرر مادام ذلك ممكنا ...) ⁸⁶

كما ان اقامة الباني محدثات على ارض مسجلة باسم الغير في دائرة التسجيل العقاري لا يؤدي الى افتراض
سوء نيته ،بل يشكل قرينة على اعتدائه على ملك الغير وسوء نيته ،وهي قرينة قانونية قابلة لاثبات العكس
،اما اذا ادعى محدث البناء ان المحدثات كانت باذن مالك الارض او موافقته فعليه اثبات ذلك طبقا للقواعد
العامة في اثبات التصرفات القانونية واثبات الاذن بالبناء يجب ان يكون بديل كتابي مال لم يوجد مانع ادبي
من الحصول على الدليل الكتابي ⁸⁷ وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز الاتحادية بهذا الخصوص

⁸³-القاضي عدنان هادي حسن ،احكام اقامة المحدثات بزعم سبب شرعي ،بحث ترقية مقدم لمجلس القضاء الاعلى ،2014،
ص31 .

⁸⁴ -قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم 2925/الهيئة الاستئنافية عقار/2007 في 2007/2/28 ،منشور في كتاب البناء
والغراس على ارض الغير ،اعداد القاضي هادي عزيز علي ،الناشر مكتبة صباح للاصدارات القانونية ،بغداد ،2015،
ص132.

⁸⁵ -القاضي صباح عجمي دانة الساعدي ،البناء غير المشروع على ارض الغير ،بحث ترقية مقدم لمجلس القضاء الاعلى
،2020، ص15

⁸⁶ -قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم 1038/الهيئة الاستئنافية عقار/2001 في 2001/6/24 منشور في كتاب البناء

والغراس على ارض الغير ،اعداد القاضي هادي عزيز علي ،مصدر سابق ،ص132

⁸⁷ -د.ضحى سعيد ،البناء على ملك الغير دون اذن المالك -دراسة مقارنة ،دار شتات للنشر ،مصر ،2014، ص39

بان (... اثبات الاذن بالبناء يجب ان يتم بدليل تحريري مالم يوجد المانع الادبي لأخذ مثل هذا الدليل ،ولرفض المميز تحليل خصه اليمين الحاسمة بهذا الشأن فيكون خسر ما توجهت به اليمين ...) ⁸⁸
ويعتبر من قبيل سوء النية وجود دعوى بين الباني وصاحب الارض للمطالبة بوقف البناء اذا اتم المحدث البناء اثناء سير الدعوى فيعد ذلك دليل واضح على سوء نية الباني وكذلك يعتبر سيء النية من بنى بالطريق العام او الساحات المخصصة للمنفعة العامة او تجاوز بالبناء الى جزء من ارض جارة الملاصقة للأرض مع علما بذلك ⁸⁹.

ان مسألة تقدير كون الباني سيء النية او حسن النية امر يعود الفصل فيه الى قاضي الموضوع ،ويجب الرجوع في ذلك الى الوقت الذي انشئ فيه البناء لا الوقت الذي وضع اليد على الارض ولا يهم ما اذا اصبح الباني سيء النية بعد انتهاء العمل ⁹⁰

الفرع الثالث

بناء المستأجر على العين المؤجرة دون موافقة مالك العين :

عرف المشرع العراقي الإيجار بوجه عام بالمادة (٧٢٢) من القانون المدني بأنه (الإيجار تملك منفعة معلومة بعوض معلوم لمدة معلومة وبه يلتزم المؤجر أن يمكن المستأجر من الانتفاع بالمأجور). وعلى المستأجر أن يسلم المأجور للمؤجر بعد انتهاء مدة العقد وبالحالة التي كان عليها عند تسلمه له إلا ان المستأجر في بعض الأحيان قد يقوم بأنشاء محدثات في المأجور خلال مدة عقد الإيجار سواء أكان ذلك بعلم أو أذن المؤجر أو بخلاف ذلك فما هو الحكم القانوني في هذه الحالات ؟
لقد عالج المشرع العراقي مسألة أحداث المستأجر محدثات على العقار الذي أستاخره أثناء فترة الإجارة في المادة (٧٧٤) من القانون المدني التي نصت على أنه : (1- إذا انقضت الإجارة وكان المستأجر قد بنى في المأجور بناء أو غرس فيه أشجاراً أو أقام بتحسينات أخرى ما يزيد في قيمته وكان ذلك على الرغم من معارضة المؤجر أو دون علمه ألزم المستأجر بهدم البناء وقلع الأشجار وإزالة التحسينات، فإذا كان ذلك يضر بالمأجور جاز للمؤجر أن يملك ما أستاخره المستأجر بقيمته مستحقاً للقلع.

⁸⁸ -قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم 3051/الهيئة الاستئنافية عقار/2010 في 2010/10/28 ،منشور في كتاب

الاجراءات العملية لدعوى منع المعارضة ورفع التجاوز ،اعداد القاضي رعد سعد الامامي ،2018 ،ص308

⁸⁹ - د. عمر ابراهيم عبد المجيد .البناء في ملك الغير ، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون المدني ،مكتبة الوفاء القانونية ، الاسكندرية ، ط1

، 2012 ، ص127 .

⁹⁰ -شاكر ناصر حيدر ،مصدر سابق ص898 .

٢- أما إذا احدث المستأجر شيئاً من ذلك بعلم المؤجر ودون اعتراض منه ، فإن المؤجر يلتزم بأن يرد للمستأجر الأقل ما أنفقه أو ما زاد في قيمة المأجور ما لم يكن هناك اتفاق خاص يقضي بغير ذلك. 3- فإذا احدث المستأجر شيء من ذلك بأمر المؤجر ، فإن المؤجر يلتزم بأن يرد للمستأجر ما أنفقه بالقدر المعروف، ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بغير ذلك)، من نص المادة أعلاه يتضح أن المشرع العراقي عالج ثلاثة حالات لأقامه المستأجر محدثات على العين المستأجرة الحالة الأولى : أحداث تلك المحدثات بدون علم المؤجر أو رغم معارضته، والحالة الثانية: أحداث المحدثات بعلم المؤجر ودون اعتراض منه، والحالة الثالثة: أحداث المحدثات بأمر المؤجر . وقد رتب المشرع العراقي حكماً قانونياً لكل حالة ، كما اعتبر وقت انقضاء عقد الإيجار هو الوقت الذي يحق للمستأجر المطالبة بقيمة تلك المحدثات لأن مطابته بقيمتها وقت سريان عقد الإيجار فيه اثرأ على حساب المؤجر لعدم جواز استفادته من منفعة المحدثات وفي ذات الوقت يطالب بقيمتها .

وانقضاء عقد الإيجار يعني أن تتم التخلية الفعلية للمأجور سواء أكانت بالطرق التنفيذية أو بالاتفاق وليس مجرد صدور قرار بالتخلية .

وما يهمنا هو دراسة الحالة الأولى كونها متوافقة مع عنوان بحثنا وهي - البناء بدون علم المؤجر أو رغم معارضته وهو ما عالجته الفقرة 1 من المادة (٧٧٤) من القانون المدني .

الملاحظ أن المستأجر عندما يبني على العين المؤجرة يعلم علم اليقين أنه يبني على أرض لا يملكها فعقد الإيجار كفيل لوحده بأثبات أنه يبني على أرض غيره ويبقى بعد ذلك أن يكون بنائه بأذن المؤجر أو بدون ذلك .

ومسألة معارضة المؤجر للمستأجر بأنشاء تلك المحدثات أو حصولها دون علمه هي م ب مسألة وقائع مادية يمكن إثباتها بكافة طرق الأثبات القانونية إذ لم يشترط القانون أن تكون المعارضة تحريرية وإنما يكفي أن تكون شفاهاً ، وقد تكون معارضة المؤجر للمستأجر بالبناء سابقة لعملية الشروع بالبناء إذا تضمن عقد الإيجار شرط عدم السماح للمستأجر بالبناء وتطبق بنود عقد الإيجار في حالة حدوث نزاع بين المؤجر والمستأجر حول حقوق كل منهما . وبهذا الصدد قضت محكمة التمييز الاتحادية: (... أن العقد المبرم بين المؤجر والمستأجر هو الذي يحدد حقوق والتزامات الطرفين لذا فإن قيام المستأنف بأحداث تعديرات في المأجور دون استحصال موافقة الأوقاف فإنه يعد متبرعاً بما صرفه استناداً لأحكام الفقرة 18 من العقد التي نصت (على المستأجر أن يقوم بجميع ما يتطلبه المأجور من التعديرات التي ليست من أعمال الصيانة) وكذلك ف19 (ليس للمستأجر أن يبني أي بناء في المأجور أو أن يفرزه إلى أكثر من محل إلا بموافقة

الأوقاف التحريرية وإذا بنى يعد متبرعا ويعود ما بناه الى الوقف) وبذلك تكون دعوى المدعي بالمطالبة بقيمة المحدثات لا سند لها من القانون (...).

كما قضت ذات المحكمة بأن: (... لا يحق لمستأجر ساحة وقوف السيارات مطالبة المؤجر بقيمة بناء السياج و الملحقات الأخرى التي يدعي إقامتها على المأجور من ماله الخاص إذا تضمن عقد الإيجار فقرة تمنعه من إجراء أي تحويلات أو أعمال ديكور أو إضافة أي بناء جديد على المأجور وعليه تسليمه بعد انتهاء عقد الإيجار خالياً من الشواغل (...).

فإذا أحدث المستأجر المحدثات بدون علم المؤجر أو بعامه ولكن مع معارضته ولم يوجد اتفاق سابق على مصير هذه المحدثات فإن الجزاء المترتب على ذلك هو إلزام المستأجر بإزالة المحدثات ما لم يكن ذلك مضراً بالمأجور فإذا كانت الإزالة مضرّة فيجوز للمؤجر أن يملك المحدثات بقيمتها مستحقة القلع (...). وبهذا الصدد قضت محكمة التمييز: (... حيث ثبت للمحكمة من اليمين التي أداها المدعي عليه عدم موافقته على تشييد المحدثات في المأجور والتي طلبت المدعية توجيهها له وإن المدعية أقامت تلك المحدثات دون أذنه وموافقته وفي هذه الحالة على المحكمة تطبيق أحكام المادة ٧٧٤/١ من القانون المدني وأجراء الكشف بمعرفة خبير لبيان ما إذا كانت تلك المنشآت تزيد في قيمة المأجور أم لا وهل أن قلعها يضر بالمأجور أم لا وحين ذاك يملكها بقيمتها مستحقة القلع (...).

ويتم تقدير قيمة تلك المحدثات مقلوعة أي (أنقاض) وتقدير أجرة قلعها ثم تطرح أجرة القلع من القيمة المقدرة والمتبقي من المبلغ يمثل قيمة المحدثات مستحقة القلع وتستعين المحكمة بالخبراء لتقدير قيمة المحدثات مستحقة للقلع عن طريق إجراء الكشف عليها وبيان فيا إذا كان القلع يضر بالمأجور من عدمه . ويقع على عاتق المستأجر أثبات موافقة المؤجر على البناء ببينة تحريرية ، وبهذا الصدد قضت محكمة التمييز: (... على المستأجر أن يثبت ببينة تحريرية أنه اقام التحسينات التي في رفعها ضرر على المأجور بأذن تحريري من المؤجر فأن عجز عن أثبات ادعائه بشأن الموافقة التحريرية فعلى المحكمة أن تمنحه حق تحليف المدعي عليه اليمين الحاسمة عنه...).

الفرع الرابع

بناء الشريك على العقار الشائع بدون موافقة الشركاء

ان الأصل في الملكية هي الملكية الفردية أو المفترزة أي أنها تنحصر بمالك واحد على وجه الاستقلال، إلا أن ذلك لا يمنع دون أن يكون الشيء الواحد مملوكا لأكثر من شخص يكون لكل منهم حصة شائعة فيه فتكون ملكية الشيء في هذه الحالة ملكية شائع⁹¹.

وقد عرف المشرع العراقي بالمادة (1/1061) من القانون المدني الملكية الشائعة بإنها: (إذا ملك أثنان أو أكثر شيئا فهم شركاء فيه على الشيوع، وتحسب الحصص متساوية إذا لم يقر الدليل على غير ذلك . والأصل إن كل شريك يملك حصته ملكا تاما وهو أجنبي في حصة شريكه فليس له أن يتصرف فيها تصرفاً مضراً دون موافقته أذ نصت المادة (1/1062) من القانون المدني على إن: (كل واحد من الشركاء أجنبي في حصة الآخر وليس له أن يتصرف فيها تصرفاً مضراً بأي وجه كان من غير رضاه)، ولا يجوز لأحد الشركاء دون موافقة أصحاب القدر الأكبر من الحصص وبأذن من المحكمة أن يجري أي تعديلات أو تغييرات أساسية في المال الشائع ولو عادت تلك التغييرات والتعديلات بالنفع على بقية الشركاء كتحويل دار السكن إلى عيادات للأطباء)⁹².

أذ نصت المادة (1/1065) من القانون المدني على أن : (لشركاء أصحاب القدر الأكبر في الحصص أن يدخلوا ، بأذن من المحكمة، في سبيل تحسين الانتفاع بالمال الشائع من التغييرات الأساسية والتعديل في الغرض الذي أعد له المال ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة) .

وقد أستقر قضاء محكمة التمييز منذ فترة طويلة على اعتبار أحداث البناء في الملك الشائع من قبل أحد الشركاء من قبيل أعمال الإدارة غير المعتادة والذي يتطلب موافقة جميع الشركاء وليس الأغلبية المطلقة⁹³. ولكن ماذا لو قام أحد الشركاء بالبناء على العقار الشائع لحسابه الخاص دون موافقة باقي الشركاء أو بموافقة قسم من الشركاء فما ، تلك الأبنية ؟ للإجابة على هذا التساؤل لابد من الرجوع إلى الأحكام الخاصة بالملكية الشائعة التي تناولها المشرع العراقي في معرض بيانه لأحكام الالتصاق، حيث أورد نصوصاً خاصة في حالة بناء أحد الشركاء على الملك الشائع ومن ذلك ما نصت عليه المادة (١١٢٣) من القانون المدني التي نصت على: (إذا بنى أحد أصحاب الحصص لنفسه في الملك المشترك القابل للقسمة بدون إذن الآخرين، ثم طلب الآخرون القسمة فتقسم، فإن أصاب ذلك البناء حصة بانيه ملكه، وأن أصاب حصة الآخر فله أن يكلف الباني بالهدم) .

91 - د. غني حسون و د. محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص96 .

92 - جمال الحاج ياسين . الالتصاق الصناعي ، مصدر سابق ، ص245 .

93 - جمال الحاج ياسين . الالتصاق الصناعي ، مصدر سابق ، ص246 .

يتضح من نص المادة أعلاه أن المشرع أجاز للشريك البناء على الأرض المشاعة إذا كانت قابلة للقسمه وجعله مالكا للبناء إذا ما قسمت ت الأرض وأصبحت الحصة التي بنى عليها من نصيبه .
والأصل إن القسمه القضائية تجري بناء على طلب أحد الشركاء عن طريق أقامه دعوى فالمحكمة لا تجري القسمه القضائية للعقار المملوك على الشيوع إن كان قابلا للقسمه إلا بناء على طلب أحد الشركاء سواء أكان مقدم الطلب الشريك الباني أو غيره من الشركاء، فإذا لم يطلب أحد من الشركاء قسمه العقار وإنما طلبوا إزالة الأبنية فيلزم الشريك الباني بإزالة تلك الأبنية، وقد يحدث أن يقدم قسم من الشركاء ولو كان الباني نفسه طلب بقسمه العقار الشائع بينما يطلب بقية الشركاء إزالة الأبنية فإن حسم الموضوع يكون على مرحلتين فإذا كان العقار قابلا للقسمه فيقسم بين الشركاء فإذا وقع البناء في حصة الشريك الباني فينتهي الموضوع حيث يصبح الباني مالكا للأرض وللبناء، أما إذا وقع البناء في حصة شريك آخر غير محدث البناء فيكون الحق لهذا الشريك أن يطلب إزالة الأبنية مع التعويض عن الضرر الذي أصاب حصته من جراء إزالة تلك الأبنية إن كان هناك مقتضى للتعويض أو أن يملك تلك الأبنية مستحقة للقلع⁹⁴ .

أما إذا كان العقار غير قابل للقسمه فيجوز لأحد الشركاء ولو كان الباني نفسه طلب إزالة شيوعه بيعاً فإذا تمت إزالة شيوخ العقار بيعاً وتملك باقي الشركاء العقار فعليهم دفع قيمة البناء للشريك الذي أحدثه قائماً سواء أكان البناء بإذن منهم أو بدون إذنهم ويكون الحال كذلك إذا كان الغير مشترياً للعقار، ويتم تقدير قيمة البناء بتاريخ رسو المزايدة أو القسمه بحسب الأحوال عند إزالة شيوخ العقار لأن القول بخلاف ذلك يؤدي إلى إثراء الشركاء على حساب الشريك الباني⁹⁵ .

وبهذا الصدد قضت محكمة التمييز الاتحادية : (... إن ما أستقر عليه قضاء هذه المحكمة هو أن الشريك الباني على الشيوع في العقار الشائع يستحق قيمة المنشآت والتحسينات التي أقامها من ماله الخاص سواء بإذن شركائه أو بدونه قائمة وقت المزايدة أو القسمه بحسب الأحوال المقررة بالمادة (١٠٦٢/مدني) وبالتالي فإن تلك المطالبة مرهونة بما تؤول إليه قسمه العقار الشائع أو بيعه بالمزايدة العلنية وحيث إن العقار لازال شائعاً فتكون دعوى المميز (المدعي) بطلب إلزام شركائه المميز عليهم بقيمة ما أحدثه من منشآت وتحسينات في العقار الشائع لا سند لها من القانون ...) ⁹⁶ .

94 - د. حسن علي ذنون . مصدر سابق , ص136 .

95 - القاضي مهدي صالح سليمان . البناء غير المشروع على ملك الغير , بحث ترقية مقدم لمجلس القضاء الاعلى , 2012, ص22 .

96 - قرار رقم 1597/الهيئة الاستئنافية عقار/2017 في 2017/7/11 غير منشور .

كما قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرار آخر جاء فيه: (... إن المدعية (المميزة) طلبت الحكم لها بقيمة المشيدات التي أحدثتها على العقار المرقم 570 / 19 محلة الغرب باعتبارها أحدثتها من مالها الخاص والتي قدرتها بمبلغ خمسة وعشرون مليون دينار وحيث أن الثابت من صورة قيد العقار المبرز أنه مملوك على الشيوع بين المدعية والمدعى عليه وأن حالة الشيوع لازالت قائمة وحيث أنه ليس للشريك في العقار الشائع مطالبة شريكه بقيمة المشيدات التي يحدثها من ماله الخاص ما لم يتم إزالة شيوع العقار بيعا أو قسمة وأن مجرد صدور حكم بإزالة الشيوع لا يبيح المطالبة بقيمة المشيدات مالم يتم انتهاء حالة الشيوع بيعا بالتنفيذ في محكمة البداية المختصة ليتم أيقاف صرف بدل البيع لحين استيفاء قيمة المحدثات أن صحت بحكم قضائي أو بتنفيذ إزالة الشيوع قسمة في دائرة التسجيل العقاري المختصة ما تكون المطالبة والحالة هذه سابقة لأوانها وفاقة لسندها القانوني لذا قرر تصديق الحكم المميز...)⁹⁷

ومن الجدير بالذكر أن قضاء محكمة التمييز الاتحادية أستقر على عدم جواز مطالبة الشريك الباني بقيمة المنشآت التي أحدثها على العقار الشائع ألا بعد أقامه دعوى إزالة شيوع العقار واتمام الاجراءات التنفيذية ، فإذا ما أقيمت الدعوى من قبل الشريك الباني للمطالبة بقيمة المحدثات فإنه يتوجب على المحكمة استئثار دعوى المطالبة بقيمة المحدثات إلى حين اكمال الاجراءات التنفيذية بدعوى إزالة الشيوع ، وبهذا الصدد قضت محكمة التمييز الاتحادية: (... إن قرار إزالة شيوع العقار لم تكتمل اجراءات تنفيذه وبالتالي كان على المحكمة استئثار الدعوى لحين انتهاء الاجراءات التنفيذية ليم السر بها مجددا بعد ذلك لا أن تقرر رد الدعوى ...)⁹⁸.

إن الأخذ بالمبدأ أعلاه له ما يبرره ففي حالة إزالة شيوع العقار قسمة بين الشركاء في هذه الحالة قد يقع الجزء المشيد عليه البناء في حصته وعندئذ لا يكون هنالك موجب لأقامه دعواه بالمطالبة بقيمة البناء لكونه يعتبر مالكا لذلك الجزء وما عليه من بناء استناداً لمبدأ الأثر الرجعي للقسمة، أما إذا وقع الجزء المشيد عليه البناء في حصة احد الشركاء فأن قرار الاستئثار يكون أكثر فائدة وجدوى من أجل تحديد مصير المشيدات ومشروعيتها فقد يكون البناء بموافقة الشريك الآخر ما يقتضي أن يعرض الباني قيمة البناء قائمة وبخلافه يكون للشريك الآخر أن يملك البناء مستحقا للقلع أو أن يطالب الشريك الباني بقلعه⁹⁹ .

⁹⁷ - قرار رقم 184 /الهيئة المدنية /2020 في 2020/1/13 غير منشور .

⁹⁸ - قرار رقم 1861 /الهيئة الاستئنافية عقار، 2012 في 2012/6/4 منشور في بحث البناء غير المشروع على ملك الغير

، اعداد القاضي عدنان طه احمد ، بحث ترقية مقدم الى مجلس القضاء الاعلى ، 2017 ، ص21 .

⁹⁹ - القاضي عباس جابر مهدي . احكام البناء على العقار الشائع ، بحث ترقية مقدم الى مجلس القضاء الاعلى

، 2012، ص31 .

بينما قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرار آخر لها : (... إن دعوى الشريك على الشيوع في العقار مطالبة ببقية الشركاء بقيمة الأبنية والمنشآت التي يدعي بأنه شيدها من ماله الخاص على العقار المشاع تكون واجبة الرد إذا تبين أن العقار المذكور قد تم إزالة شيوعه بيعاً بحكم قضائي وإن الحكم البدائي لازال في مرحلة التنفيذ حيث لا يجوز المطالبة بقيمة البناء مالم تتم إزالة شيوع العقار قسمة أو بيعاً ...)¹⁰⁰. ونحن نؤيد المبدأ الأول لمحكمة التمييز الاتحادية المتضمن استئثار دعوى المطالبة بقيمة المحدثات بدلاً من ردها كونه الأقرب إلى مبدأ تبسيط إجراءات التقاضي.

والملاحظ إن المشرع العراقي لم يبين حكم الحالة التي يكون فيها العقار غير قابل للقسمة لذا فإنه في إحالة حصول تجاوز بالبناء من قبل أحد الشركاء في الملك الشائع دون موافقة باقي الشركاء فإنه يحق لأي احد من الشركاء اقامة دعوى ضد الشريك الباني للمطالبة برفع التجاوز إذ يعد الشريك الباني متجاوز على حصص شركائه ما يستوجب إزالة هذا التجاوز دون التسليم.

وبهذا الصدد قضت محكمة التمييز الاتحادية: (... أن الطرفين المتداعين هما شركاء في العقار موضوع الدعوى مع شركاء آخرين وأن الميزة (المدعى عليه) كانت قد شيدت حقلي دواجن على القطعة بموافقة قسم من الشركاء ولم تستحصل على موافقة المدعي وحيث أن من المبادئ المتعلقة بالملكية الشائعة أن كل شريك في الشيوع يملك حصته الشائعة ملكاً تاماً وله حق الانتفاع بها واستغلالها بحيث لا يضر بشركائه ومن جهة أخرى فإن كل شريك يعد أجنبياً في حصة الآخر وليس له الحق أن يتصرف تصرفاً مضرراً به بأي وجه كان من غير رضاه المادتين (1061 و 1062) من القانون المدني وحيث ثبت من التحقيقات الجارية بأن المدعى عليها لم تستحصل على موافقة الشريك المدعي لذا تعد متجاوزة ويحق للمدعي طلب رفع التجاوز ولما كان المدعى عليها شريكة في العقار لذا لا تلزم بالتسليم ...)¹⁰¹

كما قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرار آخر لها: (... أن القرار صحيح وموافق للقانون للأسباب المذكورة فيه والذي جاء أتباعاً لقرار النقض الصادر بالعدد 65 / هيئة مدنية عقار / 2009 في 4/3/2009 حيث أكملت المحكمة تحقيقاتها وتأييد لها أن المدعى عليه تصرف بسهامه في العقار المرقم 23/125 م 16 أبو محار إلى الشخص الثالث (وزير الداخلية أضافة لوظيفته) وأن المنشآت المحدثه تعود لها وللشخص الثالث والتي هي عبارة عن بناية محاطة بسياج من البلوك وبمساحة 5/30 دونم وحسب المرسوم المرفق بتقرير

100 - قرار رقم 4554 /هيئة استئنافية عقار/2015 في 2015/8/31 , منشور في كتاب دعاوي البداة واحكامها , اعداد

القاضي عدنان مايح بدر , بغداد , 2019, ص449 .

101 - قرار رقم 581 في 2007/3/28 منشور في كتاب المجموعه المدنية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية اعداد المحامي

علاء صبري التميمي , ط2 , بغداد , 2009, ص220 .

الخبير وحيث أن من أحكام الملكية الشائعة تقضي بأن كل شريك يملك حصته الشائعة ملكاً تاماً وله حق الانتفاع بها كما أن كل شريك أجنبي في حصة الشريك الآخر فليس له أن يتصرف فيها تصرفاً مضراً بأي وجه كان من غير رضاه المادتين (1061 و 1062) من القانون المدني لذا تكون المنشآت المحدثة قد شيدت تجاوزاً لأن أحداث المنشآت يعد من قبيل الأعمال غير المعتادة التي يتطلب موافقة جميع الشركاء على أحداثها وبالتالي يلزم رفع تلك المنشآت دون التسليم وهذا ما قضى به الحكم المميز قرر تصديقه ...)

102 .

إلا إن هذا المبدأ تم العدول عنه حديثاً من قبل محكمة التمييز الاتحادية الهيئة العامة حيث تبنت مبدأً جديداً تضمن عدم جواز طلب إزالة الأبنية ورفع التجاوز من قبل الشريك ضد شريكه الآخر في ملكية العقار الشائع بينهما وإنما يحق للشريك الآخر مطالبة الشريك الباني بأجر مثل حصته أو طلب إزالة شيوخ العقار حيث قضت: (... إن موضوع الدعوى أنصب على طلب المدعي (المميز) قلع المحدثات التي شيدها شريكه في العقار موضوع الدعوى المملوك على وجه الشيوخ وأن محكمة الاستئناف قضت بحكمها المميز المؤرخ في 4/10/2010 بتأييد الحكم البدائي المتضمن رد الدعوى من المدعى عليه الذي حصلت الدعوى به من حيث النتيجة معللة ذلك بأن الأذن بالبناء كما يكون تحريراً يكون شفاهاً أيضاً، ولدى أمعان النظر بالحكم المذكور وبالأحكام القانونية التي تعالج موضوع الملكية الشائعة فإن المواد من المادتين (1061 إلى 1062) من القانون المدني قد نظمت حقوق الملاك في الشيوخ وواجباتهم في إدارة المال الشائع فكل شريك في الشيوخ يملك ملكاً تاماً وله حق الانتفاع بها واستغلالها بحيث لا يضر بشركائه وكل شريك أجنبي في حصة الآخر، ولا يستطيع القيام بالتصرف الضار بشريكه إلا برضائه وهذه هي القاعدة العامة في الملكية الشائعة والتي أوردتها المشرع بالمادتين (1061 و 1062) من القانون المدني ولكن هذه القاعدة العامة ليست مطلقة بل أنها مقيدة بحكم المادة التالية لها رقم (1063) من القانون المدني فبمقتضى أحكام الفقرة الأولى منها أجازت للشركاء الانتفاع بالعين الشائعة مجتمعين ولكن الفقرة الثانية منها أجازت أيضاً لكل واحد من الشركاء حق الانتفاع بحصته منفرداً ولكن إذا أنتفع هذا الشريك بالعين كلها في سكنى أو مزارعة أو أيجار أو غير ذلك من وجوه الانتفاع وبطبيعة الحال فإن أقامه المشيدات يدخل ضمن تلك الوجوه من الانتفاع لأنها جاءت على الإطلاق ولم تأت على سبيل الحصر بنوع معين من وجوه الانتفاع فإن كان هذا الانتفاع الذي أنفرد به الشريك قد حصل بدون إذن شركائه وجب عليه أجر المثل، ولما كان القانون قد رسم الطريق في حالة استحواذ أحد الشركاء بالانتفاع بالملك الشائع كلاً أو جزءاً أن يكون هذا الشريك ملزماً قانوناً بأجر مثل حصة باقي الشركاء فلا يبقى موجب لبحث ما إذا كان الإذن الصادر من الشريك شفوياً أم تحريراً، لأن

102 - قرار رقم 1230/الهيئة المدنية عقار /2010 في 2010/7/22 ، غير منشور .

للملكية الشائعة طبيعة قانونية خاصة بها تميزها عن الملكية الفردية، إذ في الملكية الفردية إذا حصل التجاوز عليها من قبل الغير فهنا للمالك الحق برفع التجاوز وإزالة المحدثات إضافة إلى استحقاقه لأجر المثل باعتباره ريع مستحق في ذمة الحائز سيء النية، أما في الملكية الشائعة فإذا حصل فيها الاستغلال أو الانتفاع ليس من الأغيار بل من أحد الشركاء بدون إذن شركائه فلا يصح للشركاء الآخرين قلع المحدثات بل يكون لهم الحق بالمطالبة بأجر المثل كتعويض لهم جراء حرمانهم من الانتفاع بحصصهم من قبل الشركاء الآخرين وإذا كان ذلك التعويض غير مجزي لهم فلهم الحق بطلب إزالة شيوخ الملك الشائع وفق القانون ...¹⁰³. ونحن نؤيد المبدأ الأخير لمحكمة التمييز الاتحادية المتضمن عدم جواز طلب رفع المحدثات من قبل الشريك ضد شريكة الآخر لأن الملكية الشائعة ذات طبيعة خاصة، كما أنه يتواءم مع المتطلبات الاقتصادية ويحد من هدم البناء خصوصاً مع ازدياد أزمة السكن في البلاد، بالإضافة إلى أنه يحقق التوازن بين حقوق الشركاء فللشريك المتضرر المطالبة بأجر مثل حصته أو طلب إزالة شيوخ العقار إذا ما وجد أن أجر المثل غير مجزي له.

الفرع الخامس

البناء تجاوزاً على أراضي الدولة :

لكي تتمكن الدولة من إدارة مرافقها المختلفة وأداء واجباتها المتعددة ، فإنها تحتاج إلى أموال منقولة وغير منقولة لتنفيذ واجباتها ولتنفق منها على أوجه أنشطتها المختلفة ، وهذه الأموال هي ما يطلق عليها أموال الدولة ، وتنقسم أموال الدولة من حيث تخصيصها على نوعين : الأول أموال الدولة المرصودة للمنفعة العامة كالطرق والجسور والمطارات والموانئ، والثاني الأموال المملوكة للدولة والتي يتم استعمالها استعمال الأفراد في ملكهم الخاص ، كالأراضي التي لم تخصص للمنفعة العامة فتسمى بالأموال الخاصة ويجوز التصرف بها بجميع أنواع التصرفات كالبيع والرهن¹⁰⁴ .

هذا وإن التخصيص للمنفعة العامة قد يكون فعلياً ، كما لو جعلت الدولة قسماً من أراضيها طريقاً عاماً دون استصدار قانون خاص بذلك وقد يكون التخصيص بمقتضى قانون خاص ، فقد تبني القانون المدني العراقي معيار تخصيص المال المملوك للدولة للمنفعة العامة بالفعل أو بمقتضى القانون للتمييز بين نوعي أموال الدولة ، فقد نصت المادة (71) من القانون المدني العراقي على أنه : " تعد أموالاً عامة العقارات والمنقولات التي

¹⁰³ - قرار رقم 404 /الهيئة العامة /2011 في 2012/2/28 , منشور في مجلة التشريع والقضاء , العدد الرابع , السنة الرابعة

, 2012, ص179-180 .

¹⁰⁴-د.محمد طه البشير ود.غني حسون طه ،المصدر السابق ،ص 32.

للدولة أو للأشخاص المعنوية العامة التي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى القانون ، وهذه الأموال لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم .
وقد أوضحت المادة (٧٢) من القانون المدني العراقي كيف تفقد الأموال العامة صفتها، فقد نصت على أنه :
" تفقد الأموال العامة صفتها بانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة وينتهي التخصيص بمقتضى القانون أو بالفعل أو بانتهاء الغرض الذي من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة .
إذا حصل تجاوز بالبناء على أراضي الدولة المخصصة للمنفعة العامة فأن الباني ملزم بقلع البناء مطلقاً .
حتى لو كان الباني حسن النية أو كانت قيمة البناء أكثر من قيمة الأرض أذ لا يجوز التمسك بأي سبب لاكتساب ملكية المال العام استناداً لصراحة نص المادة (71) فقرة (٢) من القانون المدني المشار إليها اعلاه¹⁰⁵.

عن موقف القضاء العراقي من ذلك ، نجد أن محكمة التمييز الاتحادية قد طبقت المادة (١١١٩) من القانون المدني على من أحدث بناء على أرض الدولة في الكثير من قراراتها حيث قضت في قرار لها بما يلي : " لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلاً ، ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه غير صحيح مخالف للقانون ، ذلك أن الثابت من اضبارة الدعوى بأن القطعة المرقمة 4789413 م 61 جزيرة مسجلة وحسب سندها العقاري باسم المديرية العامة للمجاري وأن المميز (المدعي/المستأنف عليه) كان قد شيد منشآت عبارة عن دار في تلك القطعة وقبل أكثر من خمسة وعشرين سنة حسب إقراره في عريضة الدعوى البدائية المرقمة ٩٩٠/ب/٢٠٠٦ وأن المميز كان قد طلب منه تسليم العقار خالياً من الشواغل ولما كان المميز عليه قد شيد تلك المنشآت دون مسوغ قانوني وبذلك فإن المميز لا يكون مسؤولاً عن تعويض المميز عليه ، إذا كان قلع تلك المحدثات مضرراً بالأرض ، فله أن يملك تلك المحدثات بقيمتها مستحقة للقلع ، حيث نصت المادة (١١١٩) من القانون المدني . إذا أحدث شخص بناء أو غرساً أو منشآت أخرى بمواد من عنده على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضاء صاحبها كان هذا أن يطلب قلع المحدثات على نفقة من أحدثها ، فإذا كان القلع مضرراً بالأرض فله أن يملك المحدثات بقيمتها مستحقة للقلع لذا كان على المحكمة السؤال من الخبراء فيما إذا كان إزالة تلك المحدثات مضرراً بالأرض من عدمه وعلى ضوء تلك الإجابة تصدر الحكم الذي يترأى لها وفق القانون استناداً لأحكام المادة (١١١٩) من

¹⁰⁵- د.شاكر ناصر حيدر ،المصدر السابق ،ص 907 .

القانون المدني . ولما كانت المحكمة قد أصدرت حكمها المميز دون ملاحظة ذلك مما أخل بصحته لذا قرر نقضه وإعادة اضبارة الدعوى إلى محكمتها لإتباع ما تقدم على أن يبقى رسم التمييز تابعاً للنتيجة ...¹⁰⁶ وقد صدرت العديد من قرارات مجلس قيادة الثورة المنحل لمعالجة موضوع التجاوز على العقارات والأراضي العائدة للدولة كان آخرها القرار المرقم 154 في 2001/6/27 والذي مازال نافذ المفعول والذي عالج حالات التجاوز بالبناء على العقارات العائدة للدولة أو البلديات ضمن حدود التصاميم الأساس للمدن دون الحصول على موافقات أصولية، إذ عد مثل تلك الأعمال تجاوزاً على عقارات الدولة، كما تضمن القرار تشكيل لجان لغرض إزالة التجاوز فوراً على تلك العقارات على نفقة المتجاوز ، كما تضمن القرار بالبند (سادساً) 1 / أ (عقوبات جزائية على المتجاوز أذ عد فعل التجاوز بالبناء جريمة معاقب عليها بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد على ثلاثة سنوات¹⁰⁷ .

وبهذا الصدد قضت محكمة استئناف المثنى بصفتها التمييزية : (... أن قرار الإدانة صحيح وموافق للقانون لوجود أدلة كافية ومقنعة لإدانة المتهم وفق أحكام الفقرة (سادساً) 1/أ) من أحكام القرار 154 لسنة ٢٠٠١ أما بالنسبة لقرار الحكم بالعقوبة فقد جاء مخالفاً لحكم القانون لعدم وجود مبرر لإيقاف تنفيذ العقوبة بحق المحكوم أعلاه خاصة وأنه لم يتم برفع التجاوز الحاصل من قبله طيلة تلك المدة ولحين صدور قرار الحكم وأن بقاء ذلك التجاوز يعيق تنفيذ المشاريع ذات النفع العام كون الأرض المتجاوز عليها بالبناء مخصصة لغرض إنشاء مستشفى عليها في المنطقة، عليه قرر نقض قرار الحكم بالعقوبة ...¹⁰⁸ .

والقرار ٥٤٨ في 1979/4/28 لمعالجة حالات التجاوز ببناء دور سكن على أراضي الدولة الخاصة والذي تضمن تمليك المتجاوزين الذين أنشأوا دوراً سكنية قبل ١/١/١٩٧٩ على أراضي الدولة أو البلديات المساحة المتجاوز عليها بالبناء بشرط أن تكون تلك الأراضي ضمن المناطة السكنية وأن يكون البناء من الطابوق أو الأسمنت أو الحجر وأن لا تزيد مساحة الأرض عن 300 م، كما تضمن القرار عقوبة جزائية لكل من يتجاوز بعد نفاذ القرار ويبني على أرض مملوكة للدولة أو البلديات حيث تكون عقوبته الحبس لمدة لا تقل

¹⁰⁶ - القرار المرقم 2008/781 في 2008/4/20 منشور في المجموعة المدنية لقضاء محكمة التمييز الاتحادية، المصدر

السابق، ص 369 .

¹⁰⁷ - لمزيد من التفاصيل ينظر قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ذي الرقم 154 في 2001/6/27 المنشور في جريدة الوقائع

العراقية العدد 3886 في 2001/7/9

¹⁰⁸ - قرار رقم 125/ت/2015 في 2015/6/25، غير منشور .

عن ستة أشهر ولا تتجاوز سنتين وبالغرامة أو بأحدهما مع رفع التجاوز بدون تعويض، كما أشرط القرار تقديم طلب التمليك إلى مديرية البلدية في مركز العقار خلال مدة سنة من تاريخ نفاذه¹⁰⁹.

واستكمالاً للقرار المرقم ٥٤٨ لسنة ١٩٧٩ فقد صدر عن مجلس قيادة الثورة المنحل القرار المرقم 1181 في 15/٩/١٩٨٢ الذي حمل رئيس الوحدة الإدارية ومدير البلدية مسؤولية رفع التجاوز على أراضي الدولة أو البلديات كما تضمن القرار معاقبة رئيس الوحدة الإدارية ومدير البلدية الذي يثبت عدم قيامه برفع التجاوز بعقوبة الحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد على ثلاثة سنوات¹¹⁰.

كما صدر عن ذات المجلس اعلاه القرار المرقم 398 في 1987/6/6 الذي حدد الاجراءات التي يجب على رئيس الوحدة الإدارية أو مدير البلدية أن يتخذها لرفع التجاوز والمتضمنة تنظيم مخطط بالمساحة المتجاوز عليها وأن يصدر قراراً برفع التجاوز على نفقة المتجاوز خلال مدة يحددها بالقرار، وللمتجاوز الطعن بالقرار امام محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية التي يقع العقار ضمن منطقة اختصاصها خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تبلغه بالقرار ويكون القرار الصادر نتيجة الطعن باتاً¹¹¹.

وكان آخر قرار صدر عن مجلس الثورة المنحل بخصوص معالجة موضوع المتجاوزين بالبناء على أراضي الدولة أو البلديات هو القرار المرقم 156 في 2001/1/26 المعدل بالقرار المرقم ٢٣٠ في 2002/11/4 والذي أجاز للأشخاص الذين أنشأوا تجاوزاً دور سكن قبل 2001/1/1 على أراضي مملوكة للدولة أو للبلديات الواقعة ضمن حدود التصميم الأساس للمدن تملك هذه الأراضي بقيمتها الحقيقية وقت تقديم طلب التمليك مع احتساب أجر مثل عن مدة التجاوز لغاية 1975/12/31 وضعف هذا الأجر بعد ذلك، كما تضمنت تعليمات تنفيذ القرار 156 لسنة ٢٠٠١ المرقمة 14 في ٢٠٠١/1/1 في المادة (7/ثالثاً) بتسجيل المنشآت التي رفضت طلبات تملكها باسم الجهة المالكة للأرض دون تعويض¹¹².

¹⁰⁹ - لمزيد من التفاصيل ينظر قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ذي الرقم 548 في 1979/4/28 المنشور في جريدة الوقائع

العراقية العدد 2711 في 1979/5/21 .

¹¹⁰ - لمزيد من التفاصيل ينظر قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ذي الرقم 1181 في 1982/9/15 المنشور في جريدة الوقائع

العراقية العدد 2904 في 1982/10/4 .

¹¹¹ - لمزيد من التفاصيل ينظر قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ذي الرقم 398 في 1987/6/6 المنشور في جريدة الوقائع

العراقية العدد 3155 في 1987/6/22 .

¹¹² - لمزيد من التفاصيل ينظر قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ذي الرقم 156 في 2001/6/27 المنشور في جريدة

الوقائع العراقية العدد 3886 في 2001/7/9 والقرار 230 في 2002/10/23 المنشور في جريدة الوقائع العراقية العدد

3955 في 2002/11/4 .

والملاحظ أن القرار 156 لسنة ٢٠٠١ المعدل لم يدد مدة معينة لتسجيل العقار باسم طالب التمليك إذا كان طالب التمليك أستاذ حصل على قرار بالتمليك من اللجنة المختصة وبهذا الصدد قضت محكمة التمييز الاتحادية: (... ان ما ذهبت إليه المحكمة من عدم مراجعة المدعية لتسجيل العقار باسمها خلال المدة المعينة بالقرار غير وارد قانوناً حيث أن القرار المذكور أعلاه المعدل بالقرار ٢٣٠ لسنة ٢٠٠٢ حد مدة معينة لتقديم طلب التمليك إلى اللجنة المختصة بتطبيق القرار ولم يحدد مدة للتسجيل بعد حصول قرار التمليك وحيث لا مسأغ للاجتهاد في مورد النص عملاً بأحكام المادة (٢) من القانون المدني ما يكون لدعوى المدعية سند من القانون لذا قرر نقض الحكم المميز ...)¹¹³.

ولو حدث البناء على أرض الدولة المثقلة بحق تصرف ، فإن الباني قد يكون هو المتصرف نفسه ، وقد تكون المشيدات أقيمت من قبل أجنبي تجاوزاً على حق المتصرف وابتداء ، فإن حق التصرف هو حق عيني أصلي يخول صاحبه الانتفاع بالأراضي الأميرية واستغلالها ، وقد نظم القانون المدني العراقي أحكام حق التصرف في الفصل الأول من الباب الثاني المخصص للحقوق المتفرعة عن حق الملكية ، وأفرد له ثمانين مادة من . (1169-1249) .

قد تناولت الفقرة الأولى من المادة (١١٦٩) التصرفات المادية التي يجوز للمتصرف إليه أن يزاولها على الأرض الأميرية ، والتي من ضمنها أن يقيم عليها ما يشاء من أبنية خاصة بالزراعة ، كحظائر المواشي ومخازن الحبوب وغيرها ، أما الأبنية التي لا دخل في الأغراض الزراعية فلا يجوز للمتصرف إليه أن يقوم بها فيما عدا بعض الأبنية التي سمحت له بعض قرارات مجلس قيادة الثورة بتشبيدها ، من ذلك القرار المرقم (٢٩٧) الصادر عن مجلس قيادة الثورة في 1987/5/5 والذي خول للمتصرفين إليهم حق تشييد دور سكنية لهم ولأولادهم على الأراضي التي لهم عليها حق التصرف¹¹⁴.

ثم صدر قرار مجلس قيادة الثورة المرقم (344) في 1987/5/19 الذي تضمن على حصر تطبيق أحكام القرار المرقم (٢٩٧) على الأراضي الكائنة خارج حدود التصاميم الأساسية لأمانة العاصمة والبلديات ، وعملاً بأحكام هذا القرار لا يجوز للمتصرف أن يبني داراً سكنية إذا كانت الأرض ضمن التصميم الأساسي لأمانة العاصمة والبلديات¹¹⁵.

¹¹³ -قرار رقم 4139/الهيئة المدنية/2016 في 2016/10/19 ، غير منشور .

¹¹⁴ - لمزيد من التفاصيل ينظر قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ذي الرقم 297 في 1987/5/5 المنشور في جريدة الوقائع

العراقية العدد 3150 في 1987/5/18 .

¹¹⁵ - لمزيد من التفاصيل ينظر قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ذي الرقم 344 في 1987/5/19 المنشور في جريدة الوقائع

العراقية العدد 3152 في 1987/6/1 .

إلا أنه وبعد فترة وجيزة صدر قرار آخر من مجلس قيادة الثورة (المنحل) المرقم (734) في 1987/9/21 ، الذي أعطى الحق لأصحاب حق التصرف بتشديد دور سكنية لهم ولأولادهم على الأراضي التي لهم فيها حق تصرف عدا الأراضي المخصصة كمناطق خضراء وفقاً للتصاميم الأساسية لمدينة بغداد والبلديات ، بشرط أن لا تزيد مساحة الدار المشيدة على (300) م ومساحة الدار لكل واحد من الأولاد على (٢٠٠) م¹¹⁶.

الخاتمة

بعد ان انتهينا من بحثنا فقد آن الاوان لاستعراض أهم ما توصلنا اليه من نتائج والى المقترحات التي من شأنها أن تسهم في تطوير القواعد القانونية ذات العلاقة بالموضوع وعلى النحو الاتي :

اولاً - النتائج :

- 1- إن أحكام البناء على أرض الغير (أحكام الالتصاق) والواردة في القانون المدني العراقي لا تنهض ألا إذا كان الباني ومالك الأرض شخصين مختلفين ولم يكن بينهما اتفاق على مصير تلك الأبنية.
- 2- وضع القانون المدني العراقي قرينة قانونية لصالح صاحب الأرض مفادها أن كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض أقامها على نفقته وتكون ملكاً له ما لم يقيم الدليل على خلاف ذلك .
- 3- ان الاساس الذي اعتمده المشرع العراقي لتحديد مصير الأبنية وحقوق الباني هو التفرقة بين الباني سيء النية عندما يقيم البناء على أرض يعلم أنها مملوكة للغير ودون أن يحصل على إذن مالك الأرض وقت احداثه للأبنية. ويكون الباني حسن النية إذا كان قد أقام البناء بزعم سبب شرعي ، كأن يكون بيده سند ناقل لملكية الأرض التي بني عليها وكان يجهل العيوب التي تشوبه ، ويكون حسن النية ايضاً إذا كان قد بني بإذن مالك الأرض ولم يتفقا على مصير البناء . وفي الحالة الاولى تطبق احكام المادة (1120) من القانون المدني، وفي الحالة الثانية تطبق احكام المادة (1121) من القانون المدني .
- 4- يقع على عاتق الباني اثبات حسن نيته بأن يقيم الدليل على إن البناء قد حصل بإذن من مالك الارض او إثبات السبب الشرعي الذي يزعمه في حين لا يكلف مالك الارض بأي إثبات لان الاصل في البناء على ملك الغير هو افتراض سوء نية الباني ، كما تعامل المشرع العراقي مع الباني سيء النية بشدة .

¹¹⁶ - لمزيد من التفاصيل ينظر قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ذي الرقم 734 في 1987/9/21 المنشور في جريدة الوقائع العراقية العدد 1370 في 1987/10/5 .

5- لم يميز القانون المدني العراقي بين ما اذا كان البناء على ارض مملوكة للدولة ام كان على ارض مملوكة للأفراد ، الا انه صدرت العديد من القرارات عن مجلس قيادة الثورة المنحل لمعالجة حالات البناء على ارض الدولة ، ووجدنا ان هذه القرارات غير مستقرة على حكم فتارة تلزم الباني بالقلع وتارة اخرى تجيز تملكه للأرض التي تجاوز عليها .

ثانياً - المقترحات :

1- نقترح تعديل نص المادة (1120) من القانون المدني ، اذا ان نص المادة المذكورة لم يُشر صراحة الى حق الباني بالتعويض عن قيمة المحدثات المقامة بناءً على زعم شرعي ، كذلك لم يبين نص المادة اعلاه مصير المحدثات في حال عدم طلب محدثها تملك الارض لأي سبب كان و كانت قيمتها اكثر من قيمة الارض وذلك بإعطاء الباني حق إزالة المحدثات على نفقته وليستولي على الانقراض بوصفها جزءاً من ملكه ويعيد الارض الى مالکها بشرط عدم الاضرار بالأرض .

2- نقترح سن تشريعاً خاصاً يتضمن نصوصاً لمعالجة حالة البناء على اراضي الدولة بدلاً من ترك الموضوع مشتتاً بين نصوص القوانين وقرارات مجلس قيادة الثورة المنحل كأن يكون بعنوان (قانون منع التجاوز على أراضي الدولة) .

3- ان عبارة (الزعم بسبب شرعي) الواردة في المادة (1120) من القانون المدني واسعة الدلالة ونقترح استبدالها بعبارة (السبب الصحيح) كونها تستوعب الزعم ولأنها اكثر دلالة على المقصود فضلاً عن إن المشرع استعمل العبارة الاخيرة في المادة (1158) من القانون المدني للدلالة على الحيابة المشروعة .

4- نقترح وضع نص تشريعي في القانون المدني العراقي يتم بموجبه تحديد مدة زمنية لمالك الارض أن يبدي خلالها رغبته في تملك البناء او ازالته (كأن تكون مدة سنة) في حال كون البناء تم بدون رضاه على غرار ما فعله المشرع المصري في نص المادة (924) من القانون المدني المصري وبإنتهاء هذه المدة لا يكون لصاحب الارض سوى الحق في طلب تملك المحدثات بقيمتها مستحقة للقلع .

المصادر

أولاً- المعاجم اللغوية :

- 1- الفيروز ابادي ، القاموس المحيط ، ج4 ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، 1991 .
- 2- جمال الدين بن منظور ، معجم لسان العرب ، المجلد الاول ، دار صادر للطباعة والنشر ، بيروت ، 1965 .

ثانياً- الكتب القانونية :

- 1- د. أحمد شوقي . الحقوق العينية الاصلية ، حق الملكية والحقوق المتفرعة عنه ، مطبعة المعارف ، الاسكندرية ، 2004 .

- 2- د. إسماعيل غانم ، الحقوق العينية الأصلية ، حق الملكية ، مكتبة عبد الله وهبة ، الطبعة الاولى ، القاهرة ، 1959 .
- 3- حسام الدين كامل الاهوائي ، الحقوق العينية الأصلية ، اسباب كسب الملكية ، دار ابو المجد ، القاهرة ، 1993
- 4- د. حسن علي الذنون ، شرح القانون ألمدني العراقي ، الحقوق العينية الأصلية ، شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة ، بغداد ، 1959.
- 5- د. حسن كيره . الموجز في احكام القانون ألمدني ، الحقوق العينية الأصلية ، ط4 ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1998 .
- 6- د. خالد عبد الفتاح محمد ، المسؤولية المدنية في ضوء احدث احكام النقض المصرية ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2009 .
- 7- د. رعد هاشم امين ، واجبات مديرية الشركة - بتجنب التضارب في المصالح ، دراسة مقارنة ، الناشر دار مصر للنشر والتوزيع ، 2021 .
- 8- د. رمضان ابو السعود ، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية ، احكامها ومصادرها ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 2001 .
- 9- رمضان ابو السعود ، الوسيط في الحقوق العينية الأصلية ، الجزء الاول في مصادر الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني ، دار الجامعية ، بيروت ، 1986.
- 10- زهير ساكو ورائين ليفون ، انشاء المباني ، مطابع التعليم العالي ، جامعة بغداد ، الطبعة الاولى ، 1983 .
- 11- د. سعيد عبد الكريم مبارك . شرح ألقانون ألمدني العراقي ، الحقوق العينية الأصلية ، ط1 ، بغداد 1973.
- 12- شاكرا ناصر حيدر . الوسيط في شرح ألقانون ألمدني الجديد ، الحقوق العينية ، حق الملكية ، ج1 ، مطبعة المعارف ، بغداد ، 1959 ،
- 13- د. صلاح الدين الناهي ، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية ، ج1 ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد ، سنة 1961 .
- 14- د. ضحى سعيد النعمان ، البناء على ملك الغير دون إذن المالك - دراسة مقارنة ، دار شتات للنشر ، مصر ، 2014 .
- 15- د. عباس حسن الصراف ، شرح عقدي البيع والشراء في القانون العراقي ، بغداد ، مطبعة الاهالي .
- 16- د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح ألقانون ألمدني ، الجزء الثامن ، حق الملكية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1967.

- 17- د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح ألقانون ألمدني ،اسباب كسب الملكية ،ج9، مطبعة دار النهضة العربية ،سنة 1967.
- 18- عبد الرزاق حسين ياسين ،المسؤولية الخاصة للمهندس المعماري والمقاول ، الطبعة الاولى ،دار الفكر العربي ،القاهرة ،1998
- 19- د. عبد المجيد الحكيم . الموجز في شرح ألقانون ألمدني ، مصادر الالتزام ،ج1،ط5،مطبعة النديم ،بغداد، 1977.
- 20- د.عبد المجيد الحكيم وأ.عبد الباقي البكري وأ.م. محمد طه البشير ،الوجيز في نظرية الالتزام في ألقانون ألمدني العراقي ،الجزء الاول ،مصادر الالتزام ،مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ،1980 .
- 21- د.عبد المنعم فرج الصدة ،الحقوق العينية ،الحقوق العينية الاصلية ،دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري ،دار النهضة العربية للطباعة والنشر ،بيروت ،1982.
- 22- د. عبد الناصر توفيق العطار ،شرح احكام الايجار ، الطبعة الاولى ، 1970.
- 23- علي حيدر ، درر الأحكام في شرح مجلة الأحكام ، مشورات مكتبة النهضة ، بغداد ، بلا سنة طبع .
- 24- د.عمر ابراهيم عبد المجيد ،البناء على ملك الغير ،دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي وألقانون ألمدني، مكتبة الوفاء القانونية ،الاسكندرية ،2012.
- 25- د.غني حسون طه ،الحقوق العينية الاصلية والتبعية ،الجزء الاول ،مكتبة السنهوري ،بغداد ،2009.
- 26- د.كمال قاسم ثروت ،شرح احكام الايجار ،الطبعة الاولى ،بغداد ،1975 .
- 27- القاضي لفنة هامل العجيلي ،دراسات في ألقانون ألمدني /ط1 ،مطبعة الكتاب ،2013 .
- 28- د.محمد ابراهيم عبد المجيد ،البناء في ملك الغير (دراسة مقارنة) ،مكتبة الوفاء القانونية ،الاسكندرية ،الطبعة الاولى ،2012 .
- 29- محمد طه البشير وغني حسون طه ، الحقوق العينية الاصلية ،دار الكتب للطباعة والنشر ،جامعة الموصل، 1982 .
- 30- محمد طه البشير و د. غني حسون طه . الحقوق العينية ،ج1، مكتبة السنهوري ، بغداد ، 2008 .
- 31- د.محمد كامل مرسي ،شرح ألقانون ألمدني الجديد ،الحقوق العينية الاصلية ،اسباب كسب الملكية ح3، المطبعة العالمية ،1952 .
- 32- د.مصطفى محمد الجمال ،نظام الملكية ،منشاة المعارف ،الاسكندرية ،2000 .
- 33- القاضي هادي عزيز علي ، مدونة القضاء المدني العراقي كتاب البناء والغراس على ارض الغير ، بغداد ،2015.

ثالثا- الرسائل الجامعية :

1- أكرم محمود حسين ،المسؤولية المدنية عن تهم البناء ،رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة بغداد ،1990 .

2- جمال عبد كاظم الحاج ياسين ، احكام الزعم بسبب شرعي في الالتصاق الصناعي ،رسالة ماجستير مقدمة لكلية القانون جامعة بابل سنة 2005.

رابعا- البحوث القانونية :

1- القاضي راشد مشاري عبد الله .البناء على ارض الغير في ألقانون ألمدني العراقي وتطبيقاته القضائية, بحث معد لغرض الترقية مقدم الى مجلس القضاء الاعلى , 2015 .

2- القاضي صباح عجمي دانة الساعدي ،البناء غير المشروع على ارض الغير ،بحث ترقية مقدم لمجلس القضاء الاعلى ،2020.

3- القاضي عباس جابر مهدي . احكام البناء على العقار الشائع , بحث ترقية مقدم الى مجلس القضاء الاعلى , 2012 .

4- القاضي عدنان هادي حسن ،احكام اقامة المحدثات بزعم سبب شرعي ،بحث ترقية مقدم لمجلس القضاء الاعلى ،2014 .

5- غزوان عبد الحميد شويش ،سوء النية ودوره في سريان العقد على الخلف العام والدائنين ،بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق ،العدد الاول ،ج2 ،2016.

6- القاضي مهدي صالح سليمان .البناء غير المشروع على ملك الغير , بحث ترقية مقدم لمجلس القضاء الاعلى , 2012 .

خامسا-الدراسات والقوانين :

1-دستور جمهورية العراق لعام 2005 .

2- ألقانون ألمدني العراقي رقم 40 لسنة 1951

3- قانون حياة حل نزاعات الملكية العقارية رقم (2) لسنة 2006.

4- قانون هيئة دعاوى الملكية رقم 13 لسنة 2010 .

5- القانون رقم (21) لسنة 2016 قانون التعديل الاول لقانون بيع وايجار اموال الدولة رقم (21) لسنة 2013.

سادسا- قرارات مجلس قيادة الثورة المنحل :

- 1- قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) ذي الرقم 548 في 1979/4/28 المنشور في جريدة الوقائع العراقية العدد 2711 في 1979/5/21 .
- 2- قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) ذي الرقم 1181 في 1982/9/15 والمنشور في جريدة الوقائع العراقية، العدد 2904 في 1982/10/4 .
- 3- قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) المرقم 527 في 1985/5/5 منشور في الوقائع العراقية بالعدد 3047 في 1985/5/27 .
- 4- قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) ذي الرقم 297 في 1987/5/5 المنشور في جريدة الوقائع العراقية، العدد 3150 في 1987/5/18 .
- 5- قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) ذي الرقم 344 في 1987/5/19 المنشور في جريدة الوقائع العراقية، العدد 3152 في 1987/6/1 .
- 6- قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) ذي الرقم 398 في 1987/6/6 المنشور في جريدة الوقائع العراقية العدد 3155 في 1987/6/22 .
- 7- قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) ذي الرقم 734 في 1987/9/21 المنشور في جريدة الوقائع العراقية، العدد 1370 في 1987/10/5 .
- 8- قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) ذي الرقم 154 في 2001/6/27 والمنشور في جريدة الوقائع العراقية، العدد 3886 في 2001/7/9 .
- 9- قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) ذي الرقم 156 في 2001/6/27 المنشور في جريدة الوقائع العراقية، العدد 3886 في 2001/7/9 .
- 10- قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) 230 في 2002/10/23 المنشور في جريدة الوقائع العراقية العدد 3955 في 2002/11/4 .
- 11- قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ذي الرقم (150) لسنة 1997 المنشور في جريدة الوقائع العراقية، العدد 3693 في 1997/10/27 .

سابعاً- التعليمات :

التعليمات ذات الرقم (1) لسنة 1990 الخاصة بتعديل تعليمات رقم (3) لسنة 1985 الصادرة عن (وزارة العدل).

ثامناً- المجلدات والمجلات :

- 1- الموسوعة العدلية ، العدد 58 ، 1999 .

- 2- المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز في القسم المدني ،اعداد القاضي ابراهيم المشاهدي ،مطبعة العمال المركزية .
 - 3- المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية لعام 2018 ،القاضي سعد جريان التميمي ،دار السنهوري للطباعة والنشر ،بغداد ،2018.
 - 4- المجموعة المدنية لقضاء محكمة التمييز الاتحادية ، اعداد المحامي علاء صبري التميمي ،ط2 ،بغداد ، 2009 .
 - 5- المختار من قضاء محكمة التمييز ،قسم القانون أمدني والقوانين الخاصة ،الجزء الثاني ،اعداد القاضي ابراهيم المشاهدي ،مطبعة الزمان ،بغداد ،1999.
 - 6- مجلة الاحكام العدلية الصادرة عن وزارة العدل ،العدد الثاني، السنة التاسعة ،سنة 1978 .
 - 7- مجلة التشريع والقضاء ،العدد الرابع ،السنة الرابعة ،2012.
 - 8- مجلة العدالة ، العدد الثالث ، السنة الثالثة بغداد ، دار الحرية للطباعة ،2001.
- تاسعا- القرارات التمييزية المنشورة :**
- 1- قرار محكمة التمييز رقم 1152/مدنية /1957 في 1957/8/12 ، منشور في كتاب احكام الزعم بسبب شرعي في الالتصاق الصناعي ،جمال عبد كاظم الحاج ياسين .
 - 2- القرار رقم 1203/م/4/1971 في 1971/10/27 منشور في كتاب المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز في القسم المدني ،اعداد القاضي ابراهيم المشاهدي ،مطبعة العمال المركزية .
 - 3- قرار محكمة التمييز المرقم 612/الهيئة المدنية الثانية/1978 في 1978/4/12 منشور في مجلة الاحكام العدلية الصادرة عن وزارة العدل ،العدد الثاني، السنة التاسعة ،سنة 1978 .
 - 4- قرار رقم 238/موسعة اولى/1980 في 1982/2/27 ،منشور كتاب المختار من قضاء محكمة التمييز ، قسم ألقانون أمدني والقوانين الخاصة ،الجزء الثاني ،اعداد القاضي ابراهيم المشاهدي ،مطبعة الزمان ،بغداد ، 1999.
 - 5 - قرار رقم 927/حقوقية/1999 في 1999/2/27 ،منشور في كتاب البناء والغراس على ارض الغير ، هادي عزيز علي ،الناشر مكتبة صباح للإصدارات القانونية ،بغداد ،2015 .
 - 6 - قرار رقم 258/م/1/1999 في 1999/3/13 ،منشور في الموسوعة العدلية ،العدد 58 ، 1999 .
 - 7- قرار محكمة التمييز المرقم 3657 /م/2/2000 في 2001/1/11 ، منشور في مجلة العدالة ، العدد الثالث ، السنة الثالثة بغداد ، دار الحرية للطباعة ، 2001 .

- 8- قرار محكمه التمييز المرقم 1038/الهيئة الاستئنافية عقار/2001 في 2001/6/24 منشور في كتاب البناء والغراس على ارض الغير ،اعداد القاضي هادي عزيز علي، الناشر مكتبة صباح للإصدارات القانونية ،بغداد، 2015 .
- 9- قرار محكمه التمييز الاتحادية المرقم 2925/الهيئة الاستئنافية عقار/2007 في 2007/2/28 ،مشار اليه لدى القاضي هادي عزيز علي، البناء والغراس على ارض الغير ، الناشر مكتبة صباح للإصدارات القانونية ،بغداد، 2015.
- 10- القرار المرقم 781/2008 في 2008/4/20 ، منشور في المجموعة المدنية لقضاء محكمه التمييز الاتحادية ، اعداد المحامي علاء صبري التميمي ،ط2 ،بغداد ، 2009 .
- 11- قرار رقم 581 في 2007/3/28 منشور في كتاب المجموعة المدنية في قضاء محكمه التمييز الاتحادية اعداد المحامي علاء صبري التميمي ،ط2 ،بغداد ، 2009 .
- 12- قرار محكمه التمييز الاتحادية المرقم 3051/الهيئة الاستئنافية عقار/2010 في 2010/10/28 ،مشار اليه لدى القاضي رعد سعد الامامي، الاجراءات العملية لدعوى منع المعارضة ورفع التجاوز ، 2018 .
- 13- قرار رقم 404 /الهيئة العامة /2011 في 2012/2/28 ،منشور في مجلة التشريع والقضاء ،العدد الرابع ،السنة الرابعة .
- 14- قرار رقم 1861 /الهيئة الاستئنافية عقار، 2012 في 2012/6/4 منشور لدى القاضي عدنان طه احمد في البناء غير المشروع على ملك الغير ، بحث ترقية مقدم الى مجلس القضاء الاعلى ، 2017.
- 15- قرار رقم 5369/استئنافية عقار/2013 في 2013/11/10 ،مشار اليه لدى القاضي عدنان مايح بدر، دعاوى البداة واحكامها بغداد ، 2019 .
- 16- قرار رقم 4554 /هيئة استئنافية عقار/2015 في 2015/8/31 ،منشور في كتاب دعاوى البداة واحكامها ،اعداد القاضي عدنان مايح بدر ،بغداد ، 2019.
- 17- القرار رقم 2809/الهيئة الاستئنافية عقار /2016 في 2016/5/12 ،منشور في كتاب الاجراءات العملية لدعوى منع المعارضة ورفع التجاوز ،اعداد القاضي رعد سعد الامامي .
- 18- قرار رقم 411/الهيئة الموسعة المدنية/2018 في 2018/1/16 ،منشور في كتاب المبادئ القانونية في قضاء محكمه التمييز الاتحادية لعام 2018 ،القاضي سعد جريان التميمي ،دار السنهوري للطباعة والنشر، بغداد، 2018.

19- قرار رقم 873/الهيئة الاستئنافية عقار/2018 في 2018/2/18 ، منشور في كتاب المبادئ القانونية في قضاء محكمه التمييز الاتحادية لعام 2018 ،القاضي سعد جريان التميمي ،دار السنهوري للطباعة والنشر ، بغداد ،2012.2018.

20- قرار محكمه استئناف الديوانية الاتحادية بصفتها التمييزية بالعدد 158/ت ح/2016 في 2016/10/26 ، منشور في كتاب القاضي كاظم عباس حبيب الخفاجي ، المختار من قرارات قضاء محكمه استئناف الديوانية الاتحادية - القسم المدني ،مطبعة العتبة الحسينية المقدسة ،الطبعة الاولى ،2018.

عاشرا - القرارات التمييزية غير المنشورة :

- 1- قرار محكمه التمييز المرقم (489 / م 1 / 1999) في 1999/6/17.
- 2- قرار رقم 919/م1/2000 في 2000/8/26.
- 3- قرار محكمه التمييز الاتحادية المرقم 788/م1 عقار /2003 في 2003/6/12.
- 4- قرار محكمه التمييز الاتحادية المرقم 3098/الهيئة الاستئنافية /2006 في 2007/3/13.
- 5- قرار محكمه التمييز الاتحادية بالعدد 410/ مدنية عقار /2007 في 2007/6/26.
- 6- قرار رقم 507/2008 في 2008/3/25.
- 7- القرار رقم 759/الهيئة الاستئنافية عقار/2008 في 2008/5/4.
- 8- قرار محكمه التمييز الاتحادية بالعدد 134/الهيئة الموسعة المدنية/2008 في 2008/9/24.
- 9- قرار رقم 1230/الهيئة المدنية عقار /2010 في 2010/7/22.
- 10- قرار محكمه التمييز الاتحادية بالعدد 1524/مدنية عقار/2011 في 2011/11/17 .
- 11- قرار محكمه التمييز الاتحادية بالعدد 4919 /الهيئة الاستئنافية العقار /2011 في 2011/12/14.
- 12- قرار محكمه التمييز الاتحادية المرقم 931 / الهيئة الاستئنافية العقار /2012 في 2012/4 /15.
- 13- قرار محكمه التمييز الاتحادية بالعدد 6731/ الهيئة الاستئنافية عقار /2012 في 2012/12/6.
- 14- قرار محكمه التمييز الاتحادية المرقم 2779/الهيئة الاستئنافية عقار/2013 في 2013/5/12.
- 15- قرار محكمه التمييز الاتحادية المرقم 2811 / الهيئة الاستئنافية العقار /2013 في 2013/5/28.
- 16- قرار محكمه التمييز الاتحادية المرقم 4506/الهيئة الاستئنافية عقار/2013 في 2013/9/25.
- 17- قرار محكمه التمييز الاتحادية بالعدد 670/ الهيئة الاستئنافية عقار /2014 في 2014/2/18.
- 18- قرار محكمه التمييز الاتحادية المرقم 2022/الهيئة الاستئنافية عقار/2014 في 2014/4/13.
- 19- قرار محكمه التمييز الاتحادية المرقم 3647/الهيئة الاستئنافية عقار/2014 في 2014/6/25.
- 20- قرار رقم 125/ت/2015 في 2015/6/25.

- 21- قرار رقم 1917/الهيئة الاستئنافية عقار/2016 في 2016/5/3.
- 22- القرار رقم 199/الهيئة الموسعة المدنية/2016 في 2016/8/15.
- 23- قرار رقم 4139/الهيئة المدنية/2016 في 2016/10/19.
- 24- قرار رقم 1597/الهيئة الاستئنافية عقار/2017 في 2017/7/11.
- 25- قرار محكمه التمييز الاتحادية بالعدد 4620/الهيئة المدنية /2018 في 2018/7/31 .
- 26- القرار رقم 342/الهيئة الاستئنافية عقار/2019 في 2019/1/20.
- 27- القرار رقم 1049/1050/الهيئة الاستئنافية عقار/2019 في 2019/2/27.
- 28- قرار رقم 4277/الهيئة الاستئنافية عقار/2019 في 2019/9/19.
- 29- قرار رقم 184 /الهيئة المدنية /2020 في 2020/1/13.
- 30- قرار رقم 1944/الهيئة الاستئنافية عقار/2021 في 2021/5/9.
- 31- القرار المرقم (2084/الهيئة الاستئنافية عقار/2021) في 2021/5/31.
- 32- قرار رقم 4562/الهيئة الاستئنافية عقار/2021 في 2021/11/21

Legal implications of structural adjustment in international trade

Abstract

Some international donor institutions have paid various loans to Iraq, and they came according to agreements and conditions, including what they called structural adjustment programs or structural adjustment policies. In this regard, they enter into a barter with Iraq, as the price is financial support, and the price is Iraq's adaptation of its economy within the global economy and the restructuring of its financial institutions, within the context of transparent standards based on disclosure, transparency and governance. However, it is noticeable that these programs are repeated despite being based on encouraging investment or supporting it to establish a secure banking system in Iraq, or regarding dedicating the public sector to serving and supporting the private sector. It is acknowledged that the impact of structural adjustment has become very clear on our legislative system, both negatively and positively.

Based on these intertwined effects, we will work to analyze this concept legally in terms of its definition, conditions and importance. Then we will work on examining its effects on the legislative system (and this is the most important), and then on the state's oversight of the private and public sectors, given the importance it places on oversight and disclosure for the consuming public.

الآثار القانونية للتكيف الهيكلي في التجارة الدولية

م.م مرتضى عبد الحمزة هاشم

كلية القانون - جامعة القادسية

Murtadamas12@gamil.com

أقدم جانب من المؤسسات المانحة الدولية على دفع قروض مختلفة للعراق ، وجاءت وفق اتفاقيات وشروط ، كان من ضمنها ما اصطالحوا عليه برامج التكيف الهيكلي أو سياسات التكيف الهيكلي . وهي بهذا الصدد تدخل مع العراق في مقايضة ، فالثمن هو الدعم المالي ، وأما المثلث هو تكيف العراق اقتصاده ضمن الاقتصاد العالمي وإعادة هيكلة مؤسساته المالية ، في سياق معايير شفافة لقيامها على الإفصاح والشفافية والحوكمة . إلا ان الملاحظ تكرار هذه البرامج رغم كونه معتمدا على تشجيع الاستثمار او دعمه لقيام نظام المصرفي آمن في العراق ، أو بخصوص تكريس القطاع العام لخدمة ودعم القطاع الخاص . مع التسليم بان أثر التكيف الهيكلي قد بان وبشدة على منظومتنا التشريعية سلباً وإيجاباً .

وبناءً على هذه الآثار المتشابكة فيما بينها ، فاننا سنعمل على تحليل هذا المفهوم قانونياً من ناحية تعريفه وشروطه وأهميته . ومن ثم سنعمل على بحث آثاره على المنظومة التشريعية (وهذا هو الأهم) ، ومن ثم على رقابة الدولة للقطاعين الخاص والعام ، نظراً لما أولاهما الرقابة والافصاح بالنسبة للجمهور المستهلك .

تاريخ الاستلام : ٢٠٢٤/٨/٩

تاريخ القبول : ٢٠٢٤/٨/٣١

تاريخ النشر : ٢٠٢٤/٩/١٤

الكلمات المفتاحية: التكيف الهيكلي، المنظومة التشريعية ، الرقابة المالية، صندوق النقد الدولي.

المقدمة

أولاً : التعريف بموضوع البحث

لم يتخذ المشرع العراقي الإصلاح الاقتصادي على انه مقصد تشريعي غاية بالأهمية فحسب، وإنما تبني هذه المسؤولية على ان يكيف اقتصاده ويهيكل مؤسساته ضمن الاقتصاد العالمي الجديد ، وفق شروط تقدمت بها مؤسسات عالمية مالياً . لما أقدمت على خفض بعض ديونه أو حرق البعض الآخر بالمرّة مقابل دعم مالي . من هنا درسنا التكيف الهيكلي ماهية الذي ترتب عليه العديد من الآثار القانونية في إطار علاقات المتداخلة بالنسبة للمنظومة التشريعية ، وذلك في بعدين ، الأول : من حيث دورها الايجابي في ما اصطلحنا عليه دفع عجلة المنظومة التشريعية للأمام ، في نفس الوقت الذي كان لها دورٌ سلبي في تضيق نطاق جوانب من المنظومة التشريعية ، فيما اصطلحنا عليه تأكل تشريعي لمنظومته . والآخر : على الأجهزة الرقابية للمؤسسات العامة والخاصة المعنية بالوحدات الاقتصادية ، لمسؤوليتها الجلية في منافسة عادلة تجارياً . من هنا جاءت دراستنا من خلال مبحثين الأول حول مفهوم التكيف الهيكلي ، والثاني حول آثار التكيف الهيكلي.

ثانياً : أهمية موضوع البحث

تبدو مفردة تكيف هيكلي بعيدة عن حقل المعرفة القانونية في الوهلة الأولى ، ولكن عند وضعها على طاولة البحث القانوني ، يمكن تشخيص العديد من الإشكاليات القانونية ، كان من شأن تجاهلها ان افضى للعديد من الازمات . لاسيما وان المشرع العراقي قد وضع على عاتقه اجراء اصلاح لاقتصاده وفق أسس وسمها حديثة . فجاءت هذه الدراسة لماهية فرضتها مؤسستان ماليتان ارتبط معهما العراق برباط وثيق من الديون والالتزامات .

ثالثاً : إشكالية البحث

تبرز الإشكالية بصورة رئيسية للبحث في تساؤل آتي : ما هو المركز القانوني للتكيف الهيكلي ؟ هل للقواعد القانونية من في منظومتنا التشريعية من المقدرة لاستيعاب هذا المفهوم وما تنصب عليه من تبعات ؟ بعدها يمكننا ان نشق أهم التساؤلات البحثية أخرى :

- 1- ما هو المقصود بالتكيف الهيكلي ؟
- 2- ما هي الأهمية القانونية للتكيف الهيكلي قانوناً أو اقتصادياً ؟
- 3- ولو تجاوزنا الاطار المفهومي، ترى ما هي آثار التكيف الهيكلي على المنظومة التشريعية ؟
- 4- وأخيراً .. بما ان موطنه الأول مؤسستا البنك والنقد الدوليتان -اللذان تهتم كثيراً في مسائل الرقابة والافصاح- فما هو أثر التكيف الهيكلي على الجوانب الرقابية عندنا ؟

رابعاً : منهج البحث

لنتمكن من دراسة إشكالية التكيف الهيكلي قانوناً ووضع المعالجات المناسبة له وفق أسس منطقية سليمة ، سننتهج ونسلك مع النصوص القانونية منهجاً تحليلياً في منظومتنا التشريعية ، بعد طي مرحلة الاستقراء لها في المتون القانونية الجامعة .

خامساً : نطاق البحث

يتحدد نطاق بحثنا هذا في إيضاح موضوع التكيف الهيكلي في التجارة الدولية ، معتمدين في ذلك بصورة رئيسية على قانون الاستثمار العراقي رقم 13 لسنة 2006 المعدل ، وقانون حماية المنتجات الوطنية رقم 11 لسنة 2010 المعدل ، مع الإشارة إلى دستور جمهورية العراق لسنة 2005 حسب حاجة البحث .

سادساً : هيكلية البحث

من أجل استيعاب إشكالية التكيف الهيكلي وحلها فاننا قد اعتمدنا منهجاً تحليلياً ، عالجنّا في هذا البحث مبحثين ، الأول منه عن ماهية التكيف الهيكلي بعنوان المفهوم القانوني للتكيف الهيكلي في مطلبين ، الأول اختص بالمفهوم القانوني للتكيف الهيكلي ، والثاني أهمية التكيف الهيكلي . وفي مبحثنا الآخر خصصنا الدراسة لآثار للتكيف الهيكلي قانوناً ، ووزعناه كذلك لمطلبين ، الأول لآثر التكيف الهيكلي بالنسبة للقوانين والتشريعات ، والآخر أثر التكيف الهيكلي على المؤسسات الرقابية .

المبحث الأول

الماهية القانوني للتكيف الهيكلي

يعاني الاقتصاد العراقي من عدة اختلالات في هيكلية سواء في المصارف الموجودة فيه أو في شركاتها وغيرها، بسبب انتقال المشرع العراقي بالسوق العراقية إلى نظرية اقتصادية أخرى ووفق أسس حديثة. ما جعل إشكالية تكيف المنظومة التشريعية الوطنية مع الاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي التزم بها العراق تمثل حاجة ملحة. لاسيما وان هذه التشريعات المحلية جاءت وقد روعي فيها ان تمتد في تنفيذها لفترات زمنية مختلفة، قد تتعارض في اندماجها مع إصلاحات معينة في الجوانب الاقتصادية او الاجتماعية تشترطها الجهات المانحة للدعم والمطالبة بالتكيف الهيكلي للعراق، مما يدعو للوقوف عند الأهمية القانونية والاقتصادية لتكيف العراق هيكلياً في مجاله المصرفي والتجاري وغيره. ومن هنا انقسم هذا المبحث لمطلبين، الأول حول ماهية التكيف الهيكلي، والثاني حول أهمية التكيف الهيكلي . وسنمر عليهما تباعاً.

المطلب الأول

المفهوم القانوني للتكيف الهيكلي

تأثر مفهوم التكيف الهيكلي إلى حد بعيد بالظروف التي أنشأت صندوق النقد الدولي والبنك الدولي ، إذ اتجهت هذه المؤسسات الدولية لتكييف اقتصاديات الدول المختلفة المتقدمة منها والنامية كخطوة مهمة لتحرير

التجارة الدولية ، مما يبرز إشكالية وضع التعريف القانوني لماهيته في إطار بيئتنا التشريعية اللاتينية المتأثرة بعوامل غير التي نشأ بينها التكيف الهيكلي . ومع ذلك فللوقوف على ماهية التكيف الهيكلي بصورة جلية لا يكفي بيان تعريفه، وإنما لابد من تحديد الشروط التي بتوافرها يمكن اجراء الإصلاحات الاقتصادية وبأسس حديثة وفق التكيف الهيكلي . لذا فان هذا المطلب سينقسم إلى فرعين ، الأول حول التعريف بالتكيف الهيكلي ، والثاني حول شروط اللجوء للتكيف الهيكلي .

الفرع الأول

التعريف بالتكيف الهيكلي

سوف نقسم التعريف بالتكيف الهيكلي في بحثنا هذا إلى قسمين الأول التعريف الاقتصادي التكيف الهيكلي، والثاني التعريف القانوني للتكيف الهيكلي .

أولاً : التعريف الاقتصادي للتكيف الهيكلي

ظهر مصطلح التكيف الهيكلي في عام 1990 تحديداً ، ويستخدم للدلالة على معالجة عجز الموازنة والدين العام ، عبر مجموعة من السياسات ، من ابرزها خفض النفقات على القطاع العام ، وزيادة التوظيف في القطاع الخاص من خلال زيادة الاستثمار فيه ¹. وهم وإن اتفقوا على ذلك ، ولكنهم اختلفوا في تعريفه اقتصادياً تبعاً للجهة التي ينظرون منها إليه ، فمنهم من عرفه بأنه حزمة من التي تهتم بإدارة الناتج المحلي والموارد الخارجية في الدولة لتتلاءم مع الطلب الإجمالي فيها ، ومنهم من عرفه بأنه جملة سياسات يوصي بها صندوق النقد الدولي الدول ذات الدخل المنخفض ، لإجراء تعديلات هيكلية على الاقتصاد بصورة أساسية ، من خلال خفض الأجور والرواتب وتقليص القطاع العام ، في مقابل زيادة الضرائب والتوسع في القطاع الخاص ². ما يعني ان سياسات الكيف الهيكلي تتطلب جملة من الأوضاع الاجتماعية والعوامل السياسية ، والتي قد تكون -لتحقيق هذه التعديلات الهيكلية- صعبة بالنسبة للفئات الاجتماعية المختلفة ، فضلاً عن آثاره الأخرى في أبعاد مختلفة من البلدان المتبنية له ليؤتي ثماره الاقتصادية ³. من خلال إعادة تمويل هذه الدول المدينة عبر تقديم القروض لها من المؤسسات الدولية المانحة ⁴.

1 - شيماء راشد محيسن ، مروة حسن هادي ، سياسة التكيف الهيكلي وأثرها على الاقتصاد المصري ، مجلة وارث العلمية ، الجزء 3 ، العدد 7 ، 2021 ، ص126-127.

2 - عبد الأمير الحيايالي ، جمال طه علي ، آثار التكيف الهيكلي على الديمقراطية في دول العالم الثالث ، مجلة ديالى للدراسات الانسانية ، العدد 23 ، 2010 ، ص414 .

3 - شيماء راشد محيسن ، مروة حسن هادي ، المصدر السابق ، ص134 .

4 - عبد الأمير الحيايالي ، جمال طه علي ، المصدر السابق ، ص419-420 .

ثانياً : التعريف القانوني للتكيف الهيكلي

حاول المشرع العراقي ان يعالج مشكلة العجز في الموازنة المالية للسنوات (2023-2024-2025) من خلال الاقتراض من عدة جهات مانحة ، كان منها صندوق النقد الدولي وغيره⁵. أو معالجة الفجوة المالية كما عبر عنها في الموازنة الاتحادية لعام 2021 ، وذلك من خلال الجهات المانحة والمقرضة للعراق أيضاً⁶. ولكن هذه المؤسسات المالية الدولية ربطت مسألة حصول الدول النامية على التمويل والقروض بتطبيق برامج التكيف الهيكلي⁷. اذ ان هذه القروض من شأنها ان تزيد من فجوة العجز في الموازنة المالية ، فجاءت فلسفة التكيف لتشير إلى معالجة هذه الآثار السلبية من خلال الترابط بين دول مختلفة في فلسفتها الاقتصادية في إطار تحرير التجارة الدولية ، ما لدورها في تحقيق إصلاحات اقتصادية وفق أسس حديثة⁸. وهذا ما آمن به المشرع العراقي في دستور جمهورية العراق ، بما يضمن تشجيع القطاع الخاص واستثمار كافة الموارد المتاحة⁹.

⁵ - علي نعيم جاسم، علي حسين خضير، حيدر حسن كاظم ، حتمية اتجاهات الموازنة الحديثة: إعادة هيكلة المالية العامة في العراق، مجلة العلوم المألّة والمحاسبة، المجلد الرابع، العدد الرابع عشر، 2024، ص223.
ينظر في ذلك أيضاً لنص المادة (4) من قانون الموازنة العامة الاتحادية لجمهورية العراق للسنوات المالية (2023-2024-2025) رقم 13 لسنة 2023 ، والتي تنص في الفقرة (ثانياً) : (الاستمرار بالاقتراض من البنك الدولي لغرض تمويل مشاريع الوزارات والمحافظات ، وسيتم تمويل مبلغ وقدره (418) مليون دولار (اربعمائة وثمانية عشر مليون دولار) موزعة على النحو الاتي:.

وزارة الاعمار والاسكان والبلديات والاشغال العامة = < 100 مليون دولار

وزارة الكهرباء = < 100 مليون دولار

امانة بغداد = < 40 مليون دولار ..) .

⁶ - مهند ضياء عبد القادر، الرقابة المالية للمجالس التشريعية في العراق، مجلة دراسات قانونية ، بيت الحكمة العدد 34، سنة 2013، ص90.

وينظر في ذلك أيضاً لنص المادة (2) من قانون الموازنة العامة الاتحادية لجمهورية العراق للسنة المالية 2021 والتي تنص على : (تمويل الفجوة المالية (العجز).. قرض البنك الدولي لتمويل العجز = < المبلغ (الف دينار) = < 1.750.000.000 .. قرض البنك الدولي/مشاريع = < المبلغ (الف دينار) = < 600.300.000 (..) .

⁷ - إيمان عبد الكاظم جبار ، سحر عباس ، تحليل سياسات التكيف الهيكلي في بلدان عربية مختارة (مصر و المغرب) ، مجلة الغري للعلوم الاقتصادية والادارية ، العدد 2 ، المجلد 10 (2008) ، ص127-128.

⁸ - اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا ، سياسات التكيف والإصلاح الاقتصادي الهيكلي لمجموعة مختارة من بلدان منطقة اللجنة الاجتماعية والاقتصادية لغربي آسيا (الاسكوا) ، الأمم المتحدة ، 1989 ، ص1 .

⁹ - اسراء خضر خليل ، الإغراق التجاري في ضوء احكام قانون حماية المنتجات العراقية رقم 11 لسنة 2010، مجلة دراسات قانونية ، العدد 34 ، سنة 2013 ، ص43.

ومن هنا جاء تعريف جانب من المنظمات الدولية التكيف الهيكلي بأنه مصطلح يشير إلى : الاصلاح الاقتصادي من خلال السوق لأجل تحقيق التنمية المستدامة ، ولخفض التضخم، وتهيئة الظروف نحو النمو المستدام للأفراد¹⁰. وبالتالي يجعل التكيف الهيكلي حالة من الاندماج بين دول مختلفة في وجهتها الاقتصادية مما يؤدي إلى تحرير التجارة الدولية في إطار سوق واحد ، وذلك عبر إزالة أي عائق أمام الاستيراد ، واعتبار التصدير هو محفز رئيسي للنمو¹¹.

ومن خلال ما تقدم يمكننا ان نحدد ملامح التكيف الهيكلي ، وفقاً لما يراه صندوق النقد الدولي ، من كونه يعمل على خلق قطاع اقتصادي قوي وزيادة النمو الاقتصادي ، ويحظى بدعم من القطاع العام ، وتنفيذ إصلاحات بالتعليم لضمان تهيئة قوى عاملة مناسبة للقطاع الخاص ، فضلاً عن تعزيز دور المرأة وانهاء الحواجز القانونية التي تحول دون ذلك¹². وعليه يمكننا ان نعرف التكيف الهيكلي بأنه : (القيام بعملية اصلاح اقتصادي وفق أسس حديثة من خلال جملة من التغيرات الاقتصادية والاجتماعية ، بما يتلاءم واقتصاد السوق وتحرير التجارة الدولية) .

وبناء على هذه الابعاد ، فإنها من حيث المبدأ قد تلتقي مع توجهات مشرنا العراقي ، إلا ما كان مخالفاً لفلسفته التشريعية ، وذلك للنزعة المادية التي تأثرت بها تشريعاتنا العربية بوجه عام ، والتي تنزل في التعامل عند المألوف والمتعارف بين الناس ، أي انها تقيد كل حق بالأغراض التي قرر لأجلها¹³. ومن هنا فان

ينظر في ذلك أيضاً لنص المادة (25) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005 ، والتي تنص على : (تكفل الدولة اصلاح الاقتصاد العراقي وفق اسس اقتصادية حديثة وبما يضمن استثمار كامل موارده، وتنويع مصادره، وتشجيع القطاع الخاص وتنميته) .

¹⁰ - لجنة الأمم المتحدة الاجتماعية والاقتصادية لغرب آسيا ، المصطلح: تكيف هيكلي/ إعادة هيكلة :

متاح على الرابط : <https://www.unescwa.org/>

تاريخ التصفح : 3-3-2023

¹¹ - ايمان عوض أحمد ، أثر برامج التكيف الهيكلي لصندوق النقد الدولي على استهلاك الطاقة وانبعاثات ثاني أوكسيد الكربون في مصر ، المجلد 32، العدد 4 (31 ديسمبر/كانون الأول 2018)، جامعة حلوان ، كلية التجارة ، ص94.

¹² - صندوق النقد الدولي ، إصلاح شامل لاقتصادات العالم العربي ، مقال متاح على موقع صندوق النقد الدولي :

على الرابط : <https://www.imf.org/>

تاريخ الزيارة : 1-4-2024

¹³ - وزارة العدل ، مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج1 ، دار الكتاب العربي ، بلا سنة طبع ، ص21.

مفهوم التكيف وان كان جسراً يربط بين السوق العراقية وغيرها من الأسواق العالمية ، ولكنه ينعكس سلباً على فئات من الافراد في العراق ؛ بسبب زيادة معاناتهم مواطني الدول التي تخضع له ¹⁴.

الفرع الثاني

شروط اللجوء للتكيف الهيكلي

أولاً : التوسع في نطاق القطاع الخاص : ان توفير الضمانات التشريعية الخاصة بتوسعة القطاع الخاص من شأنه توفير الكثير من فرص عمل ، وتعالج هذه التشريعات ما يتعلق دعم القطاع العام للقطاع الخاص في مجال تمكينه للقطاع الخاص ، من الإمساك بعجلة القيادة فيه ، إلى جانب دور التعليم في تهيأت الايدي العاملة الكفوءة ، فضلاً عن دور القطاع الخاص نفسه في زيادة الاستثمار والمنافسة المشروعة وغيرها ¹⁵. وهو ما سعى إليه المشرع العراقي من خلال تخصيص موارد إضافية لتشغيل المتكفيء من المشاريع أو لانشاء مشاريع جديدة بالشراكة مع القطاع الخاص في العراق ¹⁶. بل ترقى المشرع في هذا الجانب إلى منح القطاع الخاص الاستثناءات من القوانين المعنية بعد دخوله شراكة مع القطاع العام ¹⁷. في حدود حماية صناعاتنا المحلية ومراعاة ذوق المستهلك المحلي إطار في القيم الاجتماعية وغيرها ¹⁸.

ثانياً : دعم البنى التحتية والمشاريع الخدمية : يمثل التمويل المقدم من صندوق النقد الدولي او البنك الدولي مصدراً مهماً لقيام الحكومة الاتحادية بمشاريع البنى التحتية وتقديم الخدمات الضرورية والاساسية للمواطنين ،

14 - الجمعية العامة للأمم المتحدة ، قرار مجلس حقوق الانسان رقم 12/25 ، ص2-3.

15 - صندوق النقد الدولي ، مجلة التمويل والتنمية ، إصلاحات شاملة لاقتصادات العالم العربي

مقال متاح على موقع : <https://www.imf.org/>

تاريخ الزيارة : 2024-7-21

16 - علي نعيم جاسم، علي حسين خضير، حيدر حسن كاظم ، المصدر السابق، ص223.

ينظر في ذلك أيضاً للمادة (2) من قانون الموازنة العامة الاتحادية لجمهورية العراق رقم 23 لسنة 2021 في الفقرة ثانيا ، حيث جاء فيها : (4 - على وزيري المالية و التخطيط اضافة التخصيصات السنوية عن تنفيذ الاتفاق العراقي المصري ضمن موازنة الجهات المستفيدة من التمويل في موازنة عام / 2021 و بمبلغ (100) مليون دولار (مائة مليون دولار) توضع حالياً ضمن موازنة وزارة المالية لاعمال المشاريع المملوكة او اانشاء المشاريع الجديدة بالشراكة مع القطاع الخاص العراقي) .

17 - ينظر في المادة (2) من قانون الموازنة الاتحادية لجمهورية العراق للسنوات المالية (2023-2024-2025) رقم 13 لسنة 2023 ، في الفقرة ثانيا حيث جاء فيها : (5. للوزارات والمحافظات والجهات غير المرتبطة بوزارة الممولة مركزياً فتح باب الاستثمار والشراكة مع القطاع الخاص بحدود اختصاصاتها على ان تشكل لهذا الغرض لجنة عليا لاعداد تعليمات خاصة بها ومنحها الاستثناءات من القوانين ذات العلاقة يصدرها مجلس الوزراء) .

18 - اسراء خضر خليل ، المصدر السابق ، ص66 .

مما يساعد على تدعيم الاستقرار والامن في البلاد ما يمكن العراق من تكييف اقتصاده مع الاقتصاد العالمي والاسهام في تحرير التجارة العالمية¹⁹. وقد عزز المشرع العراقي ذلك من خلال تخويله الجهات الإدارية في المحافظات المنتجة للبتروال الإفصاح عن ايراداتهم إلى وزارة المالية لأعداد الخطط الاستثمارية بناء على الخطط المعدة من قبل نفس الجهات الإدارية باعتبارها حقوقاً مكتسبة لنفس تلك المحافظات ، وهذا ما أكدته المادة (6) من تعليمات تسهيل تنفيذ الموازنة رقم 1 لسنة 2023 ، في الفقرة رابعاً ، حيث جاء فيها : " (ج - (1) تتولى دائرة الموازنة في وزارة المالية الاتحادية اشعار كل من المحافظة المعنية ووزارة التخطيط الاتحادية بجداول كميات الايرادات الفعلية لغرض اعداد الموازنة الملحقه المستقلة والمتضمنة الخطط والبرامج الاستثمارية وتنمية وتطوير البنى التحتية بعد اعداد المحافظ خطة اعمار المحافظة والاقضية والنواحي التابعة لها اعتمادا على الخطط الموضوعة من رؤساء الوحدات الادارية وارسالها الى وزارة التخطيط لغرض التدقيق والمصادقة وادراجها ضمن الخطة الاستثمارية وارسالها الى دائرة الموازنة في وزارة المالية الاتحادية لغرض اعتمادها عند اعداد تقديرات موازنة سنة 2024 باعتبارها حقوق مكتسبة للمحافظة"²⁰.

ثالثاً : اجراء تغييرات في القيم الاجتماعية والاقتصادية : ان فاعلية عملية التكيف الهيكلي ترتبط بصورة رئيسية باجراء تغييرات في جوانب إدارية كتفعيل العمل بمبدأ الحوكمة واقتصادية كالععمل بالاقتصاد الرقمي واجتماعية مختلفة ، والتي منها مسألة المساواة بين الجنسين ، وإمكان تمكين المرأة من تجاوز المخاطر بسبب نوع الجنس

¹⁹ - مجموعة البنك الدولي ، القرض الأول للسياسات الإنمائية البرامجية - للاستدامة المالية للجمهورية العراقية ، تقرير رقم: AB5247

متاح على الرابط : <https://www.worldbank.org/>

تاريخ الزيارة : 2024-2-21

²⁰ - شهناز فاضل احمد النجار ، حيدر حسن كاظم الكناني، دور الفصاح في تحقيق السيادة الإستراتيجية لمنظمات العمال، مجلة كلية الكوت الجامعة للعلوم الإنسانية، المجلد 2 ، العدد 1 ، 2021، ص55.

(2) تتولى وزارة التخطيط المصادقة على الخطة عند غياب مجلس المحافظة .

د- تتولى وزارة التخطيط الاتحادية في نهاية عام 2023 والسنوات اللاحقة لها بعد معرفة الايرادات الفعلية المنتجة لكل محافظة والايادات الفعلية المتحققة عنها للاغراض المنصوص عليها في (1و2و3) من الفقرة (ا) من هذا البند بادراج فرق التخصيصات الناتجة عن الايرادات المتحققة ضمن تقديرات المشاريع الاستثمارية للبتروال لموازنة كل محافظة لعام 2024 ويسري ذلك لعام 2025 واشعار دائرة الموازنة في وزارة المالية الاتحادية بها لغرض تضمينها ضمن الجداول التي يتم ارسالها الى مجلس الوزراء لاقرارها ورفعها الى مجلس النواب) .

وغيرها²¹. وهو ما يثير السؤال عن حدود هذه المشاركة وأبعادها²². وبالنتيجة النهائية ، فبدون هذه الأبعاد لا يمكن للتكيف الهيكلي ان يؤتي الثمار المرجوة منه²³.

المطلب الثاني

أهمية التكيف الهيكلي

صاحب التمويل الذي قدمته المنظمات الدولية للعراق نتيجة للأزمات التي مر بها عدة متطلبات ، منها إلزام العراق تكيف اقتصاده مع الاقتصاد العالمي ، وذلك من خلال حزمة من الإصلاحات . فالقروض المقدمة لا تلزم العراق بسدادها مادياً فحسب ، وإنما تمتد لتشمل مسائل أخرى قد تتعلق لا بقوانينه فحسب بل بفلسفة منظومته التشريعية . لذا سنبحث مدى إمكانية ملائمة التشريعات المالية العراقية مع شروط الجهات المانحة من خلال بيان الأهمية القانونية للتكيف الهيكلي في الفرع الأول ، أما الفرع الثاني فسوف يكون لبيان الأهمية الاقتصادية لهذا التكيف على القوانين العراقية .

الفرع الأول

الأهمية القانونية للتكيف الهيكلي

تبرز أهمية التكيف الهيكلي من وجهة قانونية من خلال اهتمامه بتشريع القوانين المعنية بإعادة هيكلة المصارف -لأسيما الحكومية منها- لدورها في جذب رأس المال الأجنبي وغيره²⁴، وتبنيه لضرورة تفعيل

²¹ - مجموعة البنك الدولي ، تمكين المرأة من أجل فرص عمل أفضل في المستقبل

مقال متاح على الرابط : www.albankaldawli.org

تاريخ الزيارة : 1-4-2024

²² - للوقوف على جواب ذلك يمكن مراجعة الفرع الأول من المطلب الثاني في هذا المبحث تحت عنوان : (الأهمية القانونية للتكيف الهيكلي) .

²³ - اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا ، المصدر السابق ، ص 6 .

²⁴ - مصطفى كمال طه ، العقود التجارية وعمليات البنوك وفقاً لأحكام قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999، دار المطبوعات الجامعية ، 2002 ، ص 373.

وينظر في ذلك أيضاً للمادة (2) من قانون المصارف العراقي رقم (94) لسنة 2004 ، والتي نصها : (1 - الغرض التنظيمي الرئيسي لهذا القانون هو الحفاظ على الثقة في النظام المصرفي وتتضمن الأغراض التنظيمية الاخرى تعزيز الفهم العام للنظام المصرفي بتقديم معلومات ملائمة والحفاظ على درجة مناسبة من الحماية للمودعين والمساعدة على الحد من الجرائم المالية بما فيها الاحتيال وغسيل الاموال وتمويل الارهاب .

2 - يؤدي البنك المركزي العراقي وظائفه بطريقة تتفق والاهداف التنظيمية ويعتبرها البنك المركزي العراقي الافضل لأغراض تحقيق تلك الاهداف ولا تتمتع الاجراءات المتخذة من قبل اي مؤسسة حكومية عدا البنك المركزي العراقي والتي تؤثر على قضايا تقع ضمن صلاحيته . باي قوة انفاذ القانونية .) .

الأطر القانونية لاستقلالية كل من ديوان الرقابة المالية الاتحادية وهيأة النزاهة الاتحادية ، وتذليل المعوقات القانونية لمشاركة المرأة وتعزيز دورها في سوق العمل ، فضلاً عن تفعيل أدوات مكافحة الفساد لاسيما ما يتعلق بتعزيز دور الحوكمة²⁵. وبهذا التوجه فان صندوق النقد الدولي يسعى لإصلاح الاقتصاد العراقي ، انطلاقاً من كون التزامات الصندوق الدولي مع العراق تنقسم إلى قسمين الأول الدعم المقدم منه تجاه العراق لتوفير الاستقرار الاقتصادي ، والثاني هو المشورة المقدمة بصدد السياسة المالية والنقدية فيه ، وما يتعلق بها من تمكين القطاع الخاص والأخذ بيده لتكون له الريادة في السوق العراقية²⁶. والمشرع العراقي وان نص على هذه المسائل السابقة بصورة مجملة ، ألا ان التزام العراق مع هذه الجهة الدولية المانحة أضفى عليها مزيداً من الأهمية من ناحية القانونية . وهنا يطرح التساؤل عما تنبأه صندوق النقد الدولي وهو يتقاطع في فلسفته مع توجهات المشرع العراقي ، فما هي أهميته القانونية ؟

للإجابة على ذلك نفرض افتراضين :

الأول : ان هذه المنظمة يمكنها ان لا تتقيد بما ذهب إليه المشرع العراقي ، خصوصاً وإن صندوق النقد الدولي يفرض متطلباته على الدول المتلقية لمساعداته وفق ما يعرف (Stand by) ، اذ يلزم تلك الدول مقابل تلقي المساعدات بالالتزام ببرامج التكيف الهيكلي²⁷.

²⁵ - صندوق النقد الدولي ، العراق: البيان الختامي لخبراء الصندوق في نهاية بعثة مشاورات المادة الرابعة لعام 2024

على الرابط : <https://www.imf.org/>

تاريخ الزيارة : 2024-4-4

²⁶ - صندوق النقد الدولي ، مذكرة برنامجية - العراق ، متاحة على موقع صندوق النقد الدولي :

على الرابط : <https://www.imf.org/>

تاريخ الزيارة : 2024 -1-2

رحب صندوق النقد الدولي بالإجراءات المتبعة من قبل البنك المركزي العراقي حول رقمنة الاقتصاد ، وتقليل الاعتماد على النقد ، ودعم المصارف بمشورة من صندوق النقد الدولي .

راجع في ذلك البيان الصادر من البنك المركزي العراقي بعنوان : (صندوق النقد الدولي يشيد بخطوات البنك المركزي العراقي بدعم الاقتصاد) .

والمتاح على الرابط : <https://cbi.iq/>

تاريخ الزيارة : 2024-4-1

ما يعني ان سداد ديون العراقي لا يعني انقطاع الرابط بينه وبين صندوق النقد الدولي ، فالصندوق ملزم تجاه العراق بالتزامات مهمة منها ابداء المشورة والنصيحة .

²⁷ - محمد سليمان قورة ، الممارسات الضارة في التجارة الدولية وسبل مواجهتها ، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى ، سنة

2015 ، ص265.

الثاني : ان صندوق النقد الدولي بل وسائر المنظمات الدولية محكومة بما يُصطلح عليه بقيد الاختصاص الداخلي ، لا فرق ان ينص عليه بالاتفاق بين العراق والصندوق أو لم ينص عليه ، فقيد الاختصاص الداخلي يسري على كل المنظمات الدولية ، لارتباطه بسيادة الدولة ورمزيتها²⁸.

ومن هنا فأنا نرى ، ان ما جاء من برامج التكيف الهيكلي وكان متوافقاً مع توجهات مشرعنا العراقي يكتسب مزيداً من الأهمية القانونية ، ولكن ما خالف تلك التوجهات لا يمكن الالتزام به لتعارضه مع القواعد القانونية الآمرة والناهية .

الفرع الثاني

الأهمية الاقتصادية للتكيف الهيكلي

تولي المؤسسات العالمية التي تقود الاقتصاد العالمي اليوم اهتماماً كبيراً بالتكيف الهيكلي ، فكثيراً ما يفرض صندوق النقد الدولي على الدول التي تعاني من مشاكل داخلية أو خارجية إجراءات التكيف الهيكلي ، في مقابل دعم هذه الدول مالياً ، مما يجعل من التكيف الهيكلي -كما تراه هذه المؤسسات- وسيلة للانتقال باقتصادها من جهة إلى أخرى ، قد تكون مخرجاً لها من أزمتها²⁹. وهو ما يتوافق مع توجه منظمة التجارة العالمية التي تجيز للدول دعم مشاريعها وشركاتها التجارية استثناء لأجل هذه التغيير الاقتصادي³⁰. وما جاء

²⁸ - ياسر الحويش، مبدأ عدم التدخل واتفاقيات تحرير التجارة الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى ، سنة 2005، ص445.

فلا يمكن ان تنفرد الاتفاقيات لمنظمة العمل الدولية بتحديد الآثار الإلزامية لنصوصها إزاء المسائل المختلفة من الناحية القانونية ، وفقاً لما جاء في دستور منظمة العمل الدولية في الفقرة (5/هـ) من المادة (19) منه: " اذا لم تحصل الدولة العضو على موافقة السلطة او السلطات التي يقع الموضوع في نطاق اختصاصها، لا تتحمل أي التزام آخر باستثناء وجوب قيامها على فترات مناسبة يحددها مجلس الادارة، بابلاغ المدير العام لمكتب العمل الدولي بموقفها القانوني والعملية ازاء المسائل التي تعالجها الاتفاقية " .

استاذنا الدكتور نظام جبار طالب ، طيبة حبيب ظاهر ، المسؤولية الاجتماعية للشركات الاجنبية تحت مظلة الاتفاقات الإطارية الدولية: دراسة تحليلية ، مجلة المستنصرية للدراسات العربية والدولية ، المجلد 14، العدد 59 (30 سبتمبر/أيلول 2017)، ص179.

²⁹ - محمد سليمان قورة ، المصدر السابق ، ص265.

³⁰ - ينظر المادة (29) من اتفاقية الدعم والإجراءات التعويضية ، حيث جاء في الفقرة (1) منها : (يجوز للأعضاء اللذين يمرون بمرحلة التحول من اقتصاد التخطيط المركزي إلى اقتصاد السوق تطبيق برامج وتدابير ضرورية لهذا التحول) .
ومن الجدير بالذكر ان منظمة التجارة العالمية تحظر الدعم في العديد من الحالات ، ولكنها تجيزه في حالات خاصة منها ما نحن بصدد (الدول التي تنتقل في فلسفتها الاقتصادية من التوجه الاشتراكي للتوجه الرأسمالي) .

هذا الاستثناء من المنظمة إلا ليثبت أهمية تخفيض الدعم وحظره ، وتشجيع السوق الحر والقطاع الخاص ، فالاستثناء يبقى على استثناءه .

ولو تأملنا ما أورده المشرع العراقي في دستوره من إصلاحات اقتصادية وفق الأسس الحديثة تشجيع القطاع الخاص وتنوع مصادره ، واستثمار كافة موارده ³¹. فانه بهذه الابعاد يكون قد حدد ملامح الاقتصاد العراقي والتي تتشابه كثيراً مع متطلبات التكيف الهيكلي اقتصادياً ، لاسيما وان العراق قد عمل على الاقتراض من صندوق النقد الدولي والبنك الدولي وغيرها من الجهات المانحة كثيراً ³². وهو ما نستنتج منه ان نزعة المشرع العراقي تتجه نحو تكيف اقتصاده مع الاقتصاد العالمي منذ سنوات عديدة ، ولعل الظروف الخاصة التي مر بها خلال السنوات السابقة من عدم الاستقرار سياسياً واقتصادياً ، وتعرض اسواقه لممارسات ضارة مختلفة قد املى عليه ذلك ³³. لاسيما وان العراق قد سدد كافة ديونه لصندوق النقد الدولي مؤخراً ، الأمر الذي عجزت عنه دولة مقارنة للعراق جغرافياً ³⁴.

31 - سيف هادي عبدالله الزويني، مقارنة تكوين صناديق الاستثمار في التشريع العراقي، مجلة الفارابي للعلوم الانسانية، المجلد 2، العدد2، سنة 2023، ص115.

وينظر في ذلك أيضاً للمادة (25) من دستور العراق لسنة 2005 ، والتي جاء فيها : (تكفل الدولة اصلاح الاقتصاد العراقي وفق اسس اقتصادية حديثة وبما يضمن استثمار كامل موارده، وتنويع مصادره، وتشجيع القطاع الخاص وتنميته) .

32 - يمكن النظر في ذلك لقوانين الموازنات الاتحادية لجمهورية العراق في السنوات الماضية وخصوصاً المادة الثانية منها .

33 - شيروان هادي إسماعيل ، الحماية القانونية للمنتجات الوطنية ، منشورات زين الحقوقية ، الطبعة الأولى ، 2016، ص10 .

34 - وفقاً لتصريح مستشار السيد رئيس الوزراء للشؤون المالية مظهر صالح ، في موقع وكالة الانباء العراقية الرسمية تحت عنوان : (مستشار رئيس الوزراء يعلن تسديد قروض صندوق النقد الدولي بالكامل) .

التصريح متاح على الرابط : <https://www.ina.iq/>

تاريخ التصفح : 2024-6-1

وجاء فيه : (منذ العام 2003، بلغت قيمة القروض والمساعدات المالية التي منحها صندوق النقد الدولي للعراق عدة مليارات من الدولارات ولا يتعدى مجموعها 7 إلى 8 مليارات دولار وجرى تسديدها كاملاً، مع التركيز عند منح القروض على تنفيذ برامج ارتبطت بدعم استقرار الاقتصاد الكلي وتنفيذ الإصلاحات المالية الضرورية).

ومن الجدير بالذكر ان من الدول التي لم تسدد ديونها حتى اعداد البحث هي مصر بشهادة صندوق النقد الدولي .
ينظر في ذلك لبيان صندوق النقد الدولي بعنوان : (خبراء الصندوق يتوصلون مع السلطات المصرية إلى اتفاق على مستوى الخبراء بشأن المراجعتين الأولى والثانية بموجب الاتفاق في إطار تسهيل الصندوق الممدد)

المتاح على الرابط : <https://www.imf.org/>

تاريخ الزيارة : 2024-6-1

إلا ان أهمية التكيف الاقتصادي بما تحمله من حلول قد تكون مقبولة آنياً أو على المدى المتوسط أو البعيد ، إلا انها قد تترك آثاراً سلبية على الدول المتلقية للدعم ، لما تفرضه سياسة التكيف الهيكلي من تخفيف للدعم غير الموجه صوب الدعم الموجه³⁵ ، أو منع السلطتين لتنفيذية أو التشريعية للحيلولة من تقديم التخفيضات الضريبية أو خفض أسعار الوقود وغيرها ، ما ينعكس واقعياً على مستويات الفقر ، والعديد من افراد المجتمع ممن هم متوسطي الدخل او من هم دونهم³⁶.

المبحث الثاني

الآثار القانونية للتكيف الهيكلي في منظمة التجارة الدولية

لم يعد اتجاه المؤسسات المالية العالمية مقتصرًا على منح الدعم المالي للدول النامية والمدينة، وإنما امتد ليشمل في مدها آثاراً مختلفة ، منها ما خص المنظومة التشريعية ، عن طريق رفدها بعدد من المبادئ التي ، كان بعضاً منها متعارضاً مع جوانب من الفلسفة التشريعية ، كما مثلت في جوانب أخرى نقلة نوعية في مسيرتها التشريعية . لاسيما في الجوانب الرقابية إذ نالت هذه الجوانب اهتماماً شديداً من قبل تلك المؤسسات، عبر منح القروض مع اشتراط العمل بمبادئ الإفصاح والحوكمة، لا فرق في ذلك بين القطاع الخاص والعام . وهو ما سنبحثه في مطلبين، المطلب الأول حول أثر التكيف الهيكلي على المنظومة التشريعية، والمطلب الثاني حول أثر التكيف الهيكلي على المؤسسات الرقابية .

المطلب الأول

أثر التكيف الهيكلي على المنظومة التشريعية

إذا كان التكيف الهيكلي قد جاء في إطار دمج اقتصاديات دول مختلفة مع بعضها ، فإن المنظومات التشريعية لتلك الدول لا تكن بمنأى عن آثاره الإيجابية والسلبية . وهو ما يمكنه من دفع عجلة التشريع فيها خطوات إلى الأمام، من خلال رؤية جديدة في مجال سن القوانين التجارية وغيرها من جهة . ومن جهة أخرى فانه من الممكن ان يضيق الميدان التشريعي والقضائي لحكوماتها المحلية ، نتيجة تسليمها بشروط قد لا يمكنها

³⁵ - يقصد بالدعم الموجه : الدعم المالي الموجه للفئات الضعيفة في المجتمع مع الحفاظ على استدامة القدرة على تحمل الدين والاستقرار المالي ، نظر في ذلك إلى بيان صندوق النقد الدولي : (حماية الاستقرار الاقتصادي الكلي وسط أجواء عدم اليقين المستمرة) .

المقال متاح على الرابط : <https://www.imf.org/>

تاريخ الزيارة : 2024-3-2

³⁶ - الجمعية العامة للأمم المتحدة ، قرار مجلس حقوق الانسان رقم 12/25 ، ص2-3.

المناقشة فيها كثيراً . لذا سنبحث في الفرعين التاليين تباعاً ، الأول حول أثر التكيف الهيكلي على تطوير النصوص القانونية ، والثاني حول أثر التكيف الهيكلي على تضيق نطاق النصوص القانونية .

الفرع الأول

أثر التكيف الهيكلي على تطوير النصوص القانونية

جاء تعزيز دور السلطة التشريعية في سن القوانين المعنية بالتنمية المستدامة كواحدة من أهم مزايا ومنافع التكيف الهيكلي ، إلى جانب قيامه بتوفير الموارد المالية اللازمة لذلك ، ما يمكن المنظومة التشريعية من أداء واجبها في تطوير الوظائف المعنية بالتخطيط والإدارة معاً للموارد العامة ، فضلاً عن تمكينها عموماً في الإسهام بتشريع قوانين مالية تلائم شراكة البنك الدولي أو صندوق النقد الدولي طويلة الأمد مع العراق³⁷. ولأجل الوقوف على تأثير التكيف الهيكلي على المنظومة التشريعية سنركز على تأثير المشرع العراقي في موقفه من الاستثمار وحماية المنتجات الوطنية :

أولاً : موقف المشرع العراقي من الاستثمار : ففي هذا الصدد نلاحظ ما أقدم عليه المشرع العراقي في مجال الاستثمار ، من تقديم تسهيلات للمستثمرين الأجانب ، من أجل تأسيس المشاريع الاستثمارية ، علاوة على نقل التقنيات الحديثة للإسهام في تطوير وتنمية العراق فرص عمل للعراقيين ، إضافة لتنمية الموارد البشرية تبعاً لحاجة السوق العراقية ؛ للرابطة الوثيقة بين الاستثمار والتجارة الدولية³⁸. بل ذهب المشرع العراقي إلى إبعاد من ذلك باجازه للمستثمر -ولو كان اجنبياً- تملك الأراضي المخصصة للمشاريع الاستثمارية ، ولو

³⁷ - مجموعة البنك الدولي ، القرض الأول للسياسات الإنمائية البرمجية - للاستدامة المالية للجمهورية العراقية ، تقرير رقم:

AB5247

متاح على الرابط : <https://www.worldbank.org/>

تاريخ الزيارة : 2024-2-26

³⁸ - مصطفى سلامة ، منظمة التجارة العالمية النظام الدولي للتجارة الدولية ، دار الجامعة الجديدة ، الطبعة الثانية ، 2008

، ص 119 .

ينظر أيضاً لنص المادة (2) من قانون الاستثمار العراقي رقم (13) لسنة 2006 المعدل ، والذي جاء فيها : (يهدف هذا القانون الى .. تشجيع الاستثمارات ونقل التقنيات الحديثة للإسهام في عملية تنمية العراق وتطويره وتوسيع قاعدته الانتاجية والخدمية وتويعها .. تشجيع القطاع الخاص العراقي و الاجنبي و المختلط للاستثمار في العراق من خلال توفير التسهيلات اللازمة لتأسيس المشاريع الاستثمارية و تعزيز القدرة التنافسية للمشاريع المشمولة باحكام هذا القانون.. ثالثاً : تنمية الموارد البشرية .. توفير فرص عمل للعراقيين ..) .

كانت عائدة للدولة ، إلى جانب إمكانية عقد شراكة مع المستثمر في الإدارة أو التمويل ³⁹، أو على سبيل تطوير المشروع الاستثماري من قبل المطور ⁴⁰.

ثانياً : موقف المشرع العراقي من حماية المنتجات الوطنية : فلم يقف المشرع العراقي في تطوره التشريعي عند مجال الاستثمار ، بل مضى قدماً في مجال توفير الحماية للمنتجات الوطنية لجذب مزيد من الاستثمارات ، وذلك من خلال تكييف التشريعات واندماجها مع توجهات منظمة التجارة العالمية عموماً ، حيث تحمي اتفاقية الدعم والإجراءات التعويضية الاستثمارات ورأس المال والإنتاج في الأسواق المحلية من أثر الصادرات المدعومة من خلال دراسة آثار هذه الصادرات عليها عند التحقيق ، لضمان التعويض العادل ومواجهة هذه الممارسات الضارة في التجارة الدولية ⁴¹. وهو ما تأثر به المشرع العراقي في مجال حماية المنتجات الوطنية ⁴². وذهب

³⁹ - ينظر نص المادة (10) من قانون الاستثمار العراقي رقم (13) لسنة 2006 المعدل ، والذي جاء فيها : (أولاً - يتمتع المستثمر العراقي أو الاجنبي بجميع المزايا و التسهيلات و الضمانات و يخضع للالتزامات المنصوص عليها في هذا القانون . ثانياً - ١ - يجوز تملك المستثمر العراقي أو الاجنبي الاراضي المخصصة للمشاريع السكنية و العائدة للدولة و القطاع العام ، و للمستثمر العراقي أو الاجنبي شراء الارض العائدة للقطاع الخاص او المختلط لاقامة مشاريع الاسكان حصراً .. 2. يجوز تملك المستثمر العراقي الاراضي المخصصة للمشاريع الصناعية و العائدة للدولة و القطاع العام ، و يجوز عقد شراكة مع المستثمر الاجنبي في التمويل او الادارة و للمستثمر العراقي شراء الارض العائدة للقطاع الخاص او المختلط ..) .

⁴⁰ - يقصد بالمطور : كل شخص طبيعي او معنوي حاصل على اجازة استثمار للمشاريع الاستراتيجية في قطاعي بناء المدن السكنية و المناطق الاستثمارية او اي قطاع تنموي اخر تقع خارج التصميم الاساس تقترحه الهيئة و يوافق عليها مجلس الوزراء .

ينظر في ذلك إلى الفقرة (ثاني عشر) من نص المادة (1) من قانون الاستثمار العراقي رقم (13) لسنة 2006 المعدل .
⁴¹ - إسماعيل السيد عبد الستار ، الضرر كشرط لفرض رسوم الإغراق في إطار منظمة التجارة العالمية ، دار النهضة العربية - مصر ، الطبعة الأولى ، 2018 ، ص78 .

ينظر في ذلك أيضاً إلى نص المادة (15) من اتفاقية الدعم والإجراءات التعويضية ، والتي جاء فيها : (4-15 تشمل دراسة أثر الصادرات المدعومة على الصناعة المحلية تقييماً لجميع العوامل والمؤشرات .. بما في ذلك .. الأرباح او الانتاجية او العوائد على الاستثمارات او .. والاثار السلبية الفعلية والمحتمة على التدفق النقدي أو كميات المخزون او العمالة او الأجور او النمو او القدرة على تجميع رأس المال او الاستثمارات ..) .

⁴² - ينظر في ذلك نص المادة (١٢) من قانون حماية المنتجات الوطنية رقم ١١ لسنة ٢٠١٠ . ، والذي جاء فيها : (أولاً - يصدر الوزير بناء على توصية الدائرة قراراً باتخاذ اجراءات عاجلة .. اذا تبين للدائرة بقرار اولي وجود ممارسات ضارة على النحو الاتي: .. ثانياً - ١ - اذا صدر قرار باتخاذ تدابير نهائية فيتم انتهاء الاجراءات العاجلة وتستوفى الرسوم التعويضية والكمركية المفروضة ويتم تسوية التامينات وتلغى الكفالات المقدمة. ب - اذا صدر قرار بعدم اتخاذ تدابير نهائية تلغى الكفالات وتعاد التامينات المقدمة) .

رأي في الفقه العراقي إلى أهمية اخذ المشرع مزيداً من العناية في مجال حمايته للمنتجات بين وجود الممارسة الضارة فعلياً وبين التهديد بوجودها كما عليه اتفاقيات الحماية⁴³. ومهما يكن من امر فإن توافر الضمانات للدول النامية حول حقوقها السيادية وثرواتها الرئيسية ، يدفعها نحو مزيد من التأثر وتطوير تشريعاتها في إطار هذه التوجهات العالمية⁴⁴.

الفرع الثاني

أثر التكيف الهيكلي على تضيق نطاق النصوص القانونية

لا شك ان المسائل المتعلقة بالجوانب التشريعية والقضائية هي من صميم الاختصاص الداخلي للدول ، وبناءً عليه تمارس الدول رقابة تامة بخصوص هذه الجوانب لا يزاحمها شيء في ذلك⁴⁵. ولكن مع بروز التكيف الهيكلي بوصفه من مظاهر عولمة النشاط التجاري ، وتشابك العلاقات الدولية بين دول العالم المختلفة والمؤسسات المالية التي تقود الاقتصاد الدولي اليوم⁴⁶، قد أخرج هذا الاختصاص من سلطاتها المعنية به وفق قوانينها المحلية ؛ إلى باحة تلك المؤسسات ومنها صندوق النقد الدولي⁴⁷.

ففي مجال السلطة التشريعية فإن كان المشرع العراقي يمكنه حل النزاعات المختلفة في أروقة المحاكم العراقية المدنية أو الجزائية ، ولكن مع توجه قوانين التجارة الدولية الحديث لحل النزاعات في ميدان أخرى أكثر مرونة وتنوعاً ، لأساليب أخرى منها التحكيم ، نظراً لاستقلالية الأطراف ومرونة الإجراءات وصولاً لاختيار المحكمين ، بل حتى القانون الذي يحكم الإجراءات عند فصل النزاع⁴⁸. لاسيما في مجال الديون ، أو عند حل المشاكل المالية العالقة بين الدول المدنية والدائنة وفقاً لتقاسم المصالح والمسؤوليات⁴⁹. وبهذا المنطق تعاطت منظمة التجارة الدولية إذ لا يخضع أعضاؤها للقضاء المحلي للدول المتنازعة أو لتشريعاتها المحلية ، وإنما لما عندها من اتفاقيات ، في إطار جهاز تسوية المنازعات الخاص بها سواء من خلال المباديء القانونية

43 - شيروان إسماعيل هادي ، المصدر السابق ، ص196.

44 - ياسر الحويش ، المصدر السابق ، ص304.

45 - ينظر في ذلك إلى المادة (2) من ميثاق الأمم المتحدة ، حيث جاء فيها : (ليس في هذا الميثاق ما يسوغ "للأمم المتحدة" أن تتدخل في الشؤون التي تكون من صميم السلطان الداخلي لدولة ما، وليس فيه ما يقتضي الأعضاء أن يعرضوا مثل هذه المسائل لأن تحل بحكم هذا الميثاق، على أن هذا المبدأ لا يخلّ بتطبيق تدابير القمع الواردة في الفصل السابع) .

46 - والتي منها منظمة التجارة العالمية وصندوق النقد الدولي والبنك الدولي للإنشاء والتعمير .

47 - ياسر الحويش ، المصدر السابق ، ص517 .

48 - حاتم محمد عبد الرحمن ، الإفصاح عن المستندات أمام التحكيم الدولي ، مركز المحمود لتوزيع الكتب القانونية ، الطبعة الأولى ، 2023 ، ص3 .

49 - الجمعية العامة للأمم المتحدة ، مجلس حقوق الانسان ، القرار 11/23 ، 2013-6-21 ، ص6 .

التي يفصل بها ، ومن خلال تفسيرها والعمل بها ⁵⁰. ما يعني ان الخصوصية التشريعية والقضائية للدول النامية أو الضعيفة تتعرض لحالة من التآكل لا سيما عند تلکأها عن سداد ديوانها ، خصوصاً مع القروض التي يهبها صندوق النقد الدولي والبنك الدولي في إطار التكيف الهيكلي .

ان ما تقدم يعكس بصورة جلية حالة من انتقاص المنظومة التشريعية لصالح المنظمات الدولية وما قامت عليه من اتفاقيات ومعاهدات ، إذ تبرز العلاقة من خلال التوصيات التي يقدمها خبراء هذه المنظمات -كالبنك الدولي وصندوق النقد- للدول في صياغة تشريعات معينة ، لا سيما في الجوانب التي تعنى بها ، كما هو الحال في تشريع قانون الإدارة المالية رقم 6 لسنة 2019 المعدل ، بتوصية من البنك الدولي وصندوق النقد الدولي ⁵¹. أو مشروع الورقة البيضاء الذي صدر من مجلس الوزراء في عام 2020 في العراق ، وهو ما يلقي أثراً سلبياً وإيجابياً ، أما السلبى فيتمثل بخفض رواتب القطاع العام ، وتقليص نسبة أجورهم من قرابة 25% في الموازنة الاتحادية إلى 12% منها ، ما يشكل بدوره صدمة قاسية بالنسبة لبلد يشغل القطاع العام (11000000) إحدى عشر مليون من سكانه ، وخفض قيمة الدينار العراقي ، أما الأثر الإيجابي فمن خلال عدد من الإصلاح الاقتصادية الموعود بها لتوسعة القطاع الخاص ، وتقليص حجم القطاع العام ، وإصلاح التعليم وتنمية المهارات ⁵².

ومن خلال ما تقدم يمكن القول ان هذه المؤسسات تقف من الدول الأعضاء على مسافة واحدة ، ولكن هذه المساواة من الناحية الفعلية غير واقعية لأنها مساواة بين دول غير متساوية في امكانياتها ونفوذها ، ما يمكنها في المفاوضات من فرض او أخذ ما تريد بطرق مختلفة تسلم أمامها الدول الأخرى ⁵³. كما نلاحظ منظمة التجارة العالمية قد استجابة لضرورة المساواة بين دولها الأعضاء ، ولكن ما لا يمكن تجاهله وانكاره يمثل بكيانات كبرى اقتصادياً وجيوستراتيجياً ، منها ما يتمتع بصفة دولة كالولايات المتحدة ، ومنها ما هو ليس كذلك كالاتحاد الأوربي ، وبالتالي فيمكنها لي وتسخير النصوص المتاحة عندها ، والتي قامت عليها منظمة التجارة الدولية لفرض ما تريده على الدول الأخرى ، وان وصل لمرحلة التعارض التشريعي مع القواعد القانونية

50 - مصطفى سلامة ، المصدر السابق ، ص45 .

51 - International Monetary Fund , IMF Country Report No. 19/248 , 2019 ARTICLE IV CONSULTATION AND PROPOSAL FOR POST-PROGRAM MONITORING—PRESS RELEASE; STAFF REPORT; AND STATEMENT BY THE EXECUTIVE DIRECTOR FOR IRAQ , P4.

52 - البنك الدولي ، صندوق الإصلاح والتعافي وإعادة إعمار العراق RF13 ، تقرير الإنجاز السنوي للصندوق الائتماني المقدم إلى الشركاء التمويين 2021 ، ص13، 19، 21 .

53 - مصطفى سلامة ، المصدر السابق ، ص19.

المفسرة بل حتى الناهية والآمرة منها ، وفوق كل هذا يمكنها تبرير ما صدر منها بأنه جاء بناء على اتفاقيات المنظمة او جهازها لتسوية المنازعات⁵⁴.

يتضح مما تقدم ان الارتباط بالمؤسسات المالية الدولية وفق ما عندها من شروط لا سيما بخصوص التكيف الهيكلي ، ينعكس سلباً وإيجاباً على المنظومة التشريعية في العراق ، وان المراهنة على ما عندها من اتفاقيات أو أجهزة قضائية لا يكفي ، لأنها مراهنة غير واقعية . وان لا بد من التمييز بين الثابت من القواعد القانونية والمتغير منها في التعاطي مع التكيف الهيكلي .

المطلب الثاني

أثر التكيف الهيكلي على المؤسسات الرقابية

ان الرابطة بين الرقابة المالية من جهة وبين كل من القطاع العام والخاص لها تأثير متبادل في التكيف الهيكلي ، لاسيما وان الدول التي تتبنى تحرير التجارة الدولية كثيراً ما تؤكد على مبدأ الشفافية فيما يتعلق بالجانب المالي من خلال الإفصاح عن بياناتها وما هي عليه من ملاءة مالية . وبناء على ذلك سنبحث في الفرع الأول أثر التكيف الهيكلي على المؤسسات الرقابية في القطاع العام ، وفي الفرع الثاني أثر التكيف الهيكلي على المؤسسات الرقابية في القطاع الخاص .

الفرع الأول

أثر التكيف الهيكلي على المؤسسات الرقابية في القطاع العام

قدم البنك الدولي في مجال التكيف الهيكلي الذي عمل عليه العراق لإجراء الإصلاح الاقتصادي بالتعاون مع كل من صندوق النقد والبنك الدولي ، مشروعاً حول تعزيز القدرات بالنسبة للجهات الرقابية العامة في الشركات الممولة ذاتياً (الشركات العامة) ، فيما يتعلق باسترداد الأصول المسروقة ، وتقديم الدعم بالنسبة لإصلاح الشركات المملوكة للدولة ، فضلاً عن العمل بمبادئ الإفصاح والشفافية في مجال الشركات العامة العاملة في قطاع النفط والصناعات الاستخراجية في مرحلة أولى ، ليتوسع إلى جوانب أخرى ضريبية وكمركية ، مما يساهم في حصول العراق على الدعم المالي من قبل البنك الدولي وفقاً للاتفاق المبرم بينها، وهو ما يتوافق مع أهداف البنك الدولي بالنسبة للتنمية المستدامة فضلاً عن أهداف الاتحاد الأوروبي في الجوانب الإنمائية المختلفة بخصوص الإدارة المالية وإصلاحات الحوكمة الاقتصادية⁵⁵.

⁵⁴ - ياسر الحويش ، المصدر السابق ، ص396-397.

⁵⁵ - البنك الدولي ، بيان صحفي 2021/24/01، البنك الدولي والاتحاد الأوروبي يساعدان العراق على تعزيز الرقابة على الإدارة المالية العامة والمساءلة .

وبما ان المؤسسات الدولية للنقد قد ربطت مسألة حصول الدول النامية على التمويل والقروض ، للقيام بالإصلاحات الاقتصادية ، فضلاً عن معالجة أزمات الموازنة وغيرها بالامتثال لشروط التكيف الهيكلي⁵⁶. لذا اتجهت لتشريع القوانين التي تفرض شديد الرقابة على مؤسساتها الاقتصادية العامة ، حماية لها وضماناً لحسن ادارتها⁵⁷. لا سيما في مجال منع تفضيل مصالح المؤسسات الانتاجية على مصالح المستهلكين او المساهمين الاخرين⁵⁸. من هنا تبني المشرع العراقي مقابل تلقيه لمزيد من الدعم من تلك المؤسسات المانحة⁵⁹. فضلاً عن المساعدة الفنية منها عن طريق فريق الخبراء الذي يتواصل مع الجهات التنفيذية في العراق -بالنسبة للإدارة المالية له- والتي شرع بموجبها قانون الإدارة المالية رقم 6 لسنة 2019 المعدل ، لما تسهم فيه هذه الوسائل الرقابية في منع تفضيل مصالح المؤسسات الانتاجية على مصالح المستهلكين او المساهمين الاخرين⁶⁰.

وبناء على ذلك ، نرى ان هذه الاليات من الممكن ان تعمل على الحد من الفساد أو معالجة أزمات مالية في قوانين الموازنة ، ولكن في مقابل ذلك لن تكون الجهات الرقابية وحدها المعنية بالرقابة المالية في الشركات العامة ، وإنما للخبراء في هذه المؤسسات المالية العالمية دوراً -وعن كثب- في تقييم مدى التزام العراق بالعمل بهذه الالتزامات ، حتى يسائل محلياً واقليمياً فضلاً عن المسائلة في إطارها الدولي ، لا من خلال الإدارة المالية

⁵⁶ - إيمان عبد الكاظم جبار ، سحر عباس ، المصدر السابق، ص127-128. وجدير بالذكر ان ذلك يعني ان على الجهات الرقابية فيها مسؤولية أخرى غير التي تفرضها قوانينها الداخلية عند منح القروض لإنشاء المشروعات المالية وتنميتها في دولها .

⁵⁷ - مصطفى كمال طه ، المصدر السابق، ص243-244.

⁵⁸ - صفية بابا عمي ، حوكمة الشركات التجارية ، رسالة ماجستير مقدمة لكلية الحقوق والسياسة في جامعة قاصدي مرباح ، سنة 2019 ، ص30.

⁵⁹ - إيمان عبد الكاظم جبار ، سحر عباس ، المصدر السابق، ص127-128. البنك الدولي ، صندوق الإصلاح والتعافي وإعادة إعمار العراق RF13 ، تقرير الإنجاز السنوي للصندوق الائتماني المقدم إلى الشركاء التنمويين 2021 ، ص110 .

⁶⁰ - صفية بابا عمي ، حوكمة الشركات التجارية ، رسالة ماجستير مقدمة لكلية الحقوق والسياسة في جامعة قاصدي مرباح ، سنة 2019 ، ص30.

مصطفى كمال طه ، المصدر السابق، ص243-244.

البنك الدولي ، صندوق الإصلاح والتعافي وإعادة إعمار العراق RF13 ، تقرير الإنجاز السنوي للصندوق الائتماني المقدم إلى الشركاء التنمويين 2021 ، ص13 .

، وإنما من خلال التعاقدات الحكومية مع مؤسسات اتحادية فيه أو مؤسسات إقليمية ، إضافة إلى تحسين الشفافية والمعلومات بالنسبة لإدارة موارده المالية ⁶¹.

الفرع الثاني

أثر التكيف الهيكلي على المؤسسات الرقابية في القطاع الخاص

تمثل الرقابة على دور القطاع الخاص واحدة من أهم أهداف التكيف الهيكلي ، وذلك من خلال سعيه للتوجه نحو اقتصاد السوق ، عبر الحد من دور القطاع الحكومي لصالح القطاع الخاص ⁶². وبذلك فإن التكيف الهيكلي لا يعمل لإصلاح الاقتصاد بالمنظور الدولي ، وإنما في مداه الوطني، إذ تمتد رقابته على القطاع الخاص، في مجال إعادة هيكلته، وخصخصة القطاع العام، والأخذ باقتصاد السوق، فهو يعد السياسات الوطنية في المجال الاقتصادي، ويسهر على تطبيقها ⁶³. وهو بهذه المنهجية لا يعمل على منح القروض فحسب ، وإنما بوصفها ثمناً لإصلاحات هيكلية، والتي منها -كما يراها البنك الدولي وصندوق النقد الدولي- قد تصل لخفض الرواتب والتوسع في الاستثمار الأجنبي والخصخصة وغيرها ⁶⁴. إيماناً منه بأن دوره للخروج من الازمات يمتد لهذه المديات ذات البعد الخاص بالدول ؛ لأن الخروج من الازمات المالية لا يمكن إلا بمراقبته ووقوفه على تفعيل دور القطاع الخاص ، وذلك إلى جنب الدور الحكومي في تهيأت البنية التحتية وبيئة مشجعة للأعمال ⁶⁵. وصولاً في رقابتها إلى فضاءات أوسع كما هو الحال عند خصخصة منشآته لصالح

⁶¹ - البنك الدولي ، صندوق الإصلاح والتعافي وإعادة إعمار العراق RF13 ، تقرير الإنجاز السنوي للصندوق الائتماني المقدم إلى الشركاء التتموين 2021 ، ص138 .

⁶² - إيمان عوض أحمد ، المصدر السابق ، ص106،86.

وجدير بالذكر ان لغائية هذه الرعاية للقطاع الخاص دوراً محورياً في نجاحها ، إذ مثلاً في مجال الخصخصة -بوصفها أداة للانتقال لاقتصاديات السوق- يعمل بها في البلدان المتقدمة انطلاقاً من كون الدولة ليست بأفضل من اصحاب العمل ، خلافاً للدول النامية إذ يلجأ لها لمعالجة انحراف القطاع العام ، والخروج من الأزمات الداخلية .
انطوان الناشف، الخصخصة مفهوم جديد لفكرة الدولة ودورها في ادارة المرافق العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2000، ص233.

⁶³ - ياسر الحويش ، المصدر السابق، ص370-369.

⁶⁴ - ياسر الحويش، المصدر السابق، ص393.

⁶⁵ - البنك الدولي ، آفاق التمويل: نافذة القطاع الخاص التابعة للمؤسسة الدولية للتنمية

التقرير متاح على الرابط : <https://www.ifc.org/>

تاريخ الزيارة : 2024-6-1

القطاع الخاص ، إذ يجب ان يسبق ذلك رقابة حكومية لاهدافها، ومراقبة أداء المرافق العامة عند تخصيصها ، لاسيما في مجال الإدارة المالية⁶⁶.

وبالرجوع للمشرع العراقي فانه عهد بخصوص الرقابة على القطاع الخاص إلى نفس القطاع الخاص كما يبدو منه ، حيث تتأثر بالهيكل الإداري والتنظيمي للمشروع ، فهو من جهة الزم القطاع الخاص ان يجري الرقابة على منشآته ووحدااته الإنتاجية وفق المعايير المعمول بها دولياً⁶⁷. ولكن موقفه أختلف جزئياً عندما الزم التاجر بامساك الدفاتر التجارية ، نعم حمل المؤسسات الرقابية في الدولة مسؤولية الرقابة على القطاع الخاص في حالة وجود شراكة بينهما⁶⁸. بل انه توسع في دورها الرقابي إلى الزام الجهات المملوكة للدولة اتباع مبدأ الإفصاح والشفافية في حال الشراكة مع القطاع الخاص ، من جهة البيانات الخاصة بالعمل ، توفيراً لبيئة استثمارية أكثر أمناً⁶⁹.

وازداد منهج المشرع العراقي توسعاً في مجال التجارة الدولية حيث تشدد قبال الممارسات الضارة في التجارة الدولية (الإغراق-الدعم-الزيادات غير المبررة) ، إذ أتاح للمنتجين المحليين اللجوء للقضاء لمواجهة الممارسات الضارة ، لتوفير بيئة مناسبة للصناعة الوطنية، لها القدرة على المنافسة عالمياً ومحلياً⁷⁰. وبناء على ذلك

66 - انطوان الناشف، المصدر السابق، ص33.

67 - سامي الغريبي، إدارة الإنتاج والعمليات، منشورات زين الحقوقية، 2013، ص114.

ينظر في ذلك أيضاً للمادة (١٣٣) من قانون الشركات رقم 21 لسنة ١٩٩٧ المعدل ، حيث جاء فيها : (اولا - .. اما حسابات الشركة الخاصة فتخضع للرقابة والتدقيق من قبل مراقبي حسابات تعيينهم الجمعية العمومية للشركة. وينبغي توحيد حسابات الشركات المتصلة ببعضها وفقاً لمعايير المحاسبة الدولية ما لم يكن قد تم تعديلها تحديداً بموجب معايير نافذة في العراق).

68 - سميحة قليوبي، الوسيط في شرح القانون التجاري المصري، الجزء الأول، نادي القضاة، 2017، ص233.

وينظر في ذلك أيضاً للمادة (١٣٣) من قانون الشركات رقم 21 لسنة ١٩٩٧ المعدل ، حيث جاء فيها : (اولا - .. اما حسابات الشركة الخاصة فتخضع للرقابة والتدقيق من قبل مراقبي حسابات تعيينهم الجمعية العمومية للشركة. وينبغي توحيد حسابات الشركات المتصلة ببعضها وفقاً لمعايير المحاسبة الدولية ما لم يكن قد تم تعديلها تحديداً بموجب معايير نافذة في العراق). وكذلك في ذلك المادة (١٣٣) من قانون الشركات رقم 21 لسنة ١٩٩٧ المعدل ، حيث جاء فيها : (اولا - تخضع حسابات الشركة المختلطة الى رقابة وتدقيق ديوان الرقابة المالي).

69 - ينظر في ذلك نص المادة (9) من تعليمات الاستثمار والشراكة بين الجهات الممولة مركزياً والقطاع الخاص رقم (1) لسنة 2024 ، حيث جاء فيها : (أولاً - تعتمد الجهات الممولة مركزياً مبدأ الشفافية من خلال اجراء حوار للمتناقسين الراغبين في الاشتراك في تنفيذ مشروع الشراكة قبل تقديم عطاءاتهم للاطلاع على تفاصيل المشروع واهدافه ونوع الخدمة وطريقة التمويل وعملية تقاسم المخاطر والاثار الاخرى الناتجة عن تنفيذ المشروع وبما يؤمن اطلاع الجميع على المعلومات الكاملة ومحاولة الاستفادة مما يتم طرحه في هذه الحوارات وعكسها على وثيقة المشروع سواء بتعديلها او اعادة طرحها من جديد) .

70 - شيروان هادي إسماعيل ، المصدر السابق، ص98.

تعمل الأجهزة الرقابية في الدولة لمواجهة هذه الممارسات الضارة بما يمكن المنتجين المحليين من التكيف مع المنتجات المستوردة⁷¹. وهو في هذا التوجه يكون قد تأثر إلى حد بعيد بما نظمته منظمة التجارة العالمية في اتفاقياتها حول الممارسات الضارة بالتجارة الدولية، ومما يؤكد صدق وجهة نظرنا تلك هو ما ظهر من نصوص في قانون حماية المنتجات الوطنية رقم 11 لسنة 2010 المعدل ، إذ تدل وبما لا يقبل الشك على تأثر المشرع العراقي وإلى حد كبير في الدعم والاغراق التي تبنتها منظمة التجارة العالمية ، على الرغم من كون العراق لا

ينظر في ذلك أيضاً للمادة (2) من قانون حماية المنتجات الوطنية رقم 11 لسنة ٢٠١٠ المعدل ، حيث جاء فيها : (أولاً - حماية المنتجات العراقية من الآثار المترتبة عن الممارسات الضارة في التجارة الدولية مع العراق ومعالجة الاضرار الناجمة عنها . ثانياً - توفير بيئة لبناء صناعة وطنية قادرة على المنافسة في الاسواق المحلية والعالمية).

⁷¹ - إسماعيل السيد عبد الستار ، المصدر السابق، ص85.

ينظر في ذلك أيضاً للمادة (١4) من قانون حماية المنتجات الوطنية رقم ١٣ لسنة ٢٠١٠ المعدل ، حيث جاء فيها : (رابعا - اي اجراءات تساعد المنتجين المحليين على التكيف مع المنتجات المستوردة شريطة عدم تعارضها مع المصلحة العامة والتزامات جمهورية العراق بموجب الاتفاقيات الدولية ذات العلاقة) .

يزال عضواً مراقباً فيها ، ولم ينل صفة العضو الدائم ⁷²، كما انه قد ذهب رأي في الفقه لفرض رقابة دولية موحدة ومنسقة بالنسبة للأساليب المتبعة في الانتاج ⁷³.

الخاتمة

بعد ان طوينا بحث مفهوم التكيف الهيكلي وآثاره القانونية توصلنا لجملة من النتائج وعدد من المقترحات ، وهي تباعاً :

أولاً : النتائج

⁷² - على الرغم من كون العراق لا يزال عضواً مراقباً في منظمة التجارة العالمية منذ عام 2004 ولغاية الآن ، فان التطبيقات التي قد تظهر في هذا الصدد لا تعدو عن كونها تطبيقات تشريعية ، لا أكثر من ذلك ، كون التطبيقات الواقعية تحتاج إلى إصلاح تشريعي واسع ، وهذا لا يتحقق إلا بانضمام العراق رسمياً إلى منظمة التجارة العالمية . وبالرغم من ذلك فان المساعي مستمرة في إيجاد البيئة المثلى لانضمام العراق لهذه المنظمة ، وخير دليل على ذلك ما نتج عن لقاء وزير التجارة العراقي مع نائب مدير منظمة التجارة العالمية ورئيس فريق العمل المعني بانضمام العراق لمنظمة التجارة الدولية ، وقد أسفر البيان -المتاح على موقع وزارة الخارجية العراقية ، تحت عنوان (انعقاد الاجتماع الثالث للفريق العامل المعني بانضمام العراق الى منظمة التجارة العالمية) بتاريخ 19-7-2024- عن الآتي : (عقد في مقر منظمة التجارة العالمية (WTO) في مدينة جنيف يوم 18 تموز 2024 الاجتماع الثالث للفريق العامل المعني بانضمام العراق الى منظمة التجارة العالمية بمشاركة وفد رسمي عراقي برئاسة معالي وزير التجارة السيد أثير داود سلمان الغريبي وعضوية الممثل الدائم لجمهورية العراق لدى مكتب الأمم المتحدة السفير عبدالكريم هاشم مصطفى وممثلي عدد من الوزارات والجهات العراقية المختلفة، وحضور نائب مدير عام المنظمة السيد تشانغ شينغ تشين ورئيس فريق العمل المعني بانضمام العراق، ممثل المملكة العربية السعودية لدى المنظمة السفير صقر المقبل، فضلاً عن ممثلي الدول الاعضاء في المنظمة.

أشار معالي وزير التجارة في كلمة خلال الاجتماع الى ان حكومة العراق ملتزمة ببرنامجهما للإصلاح الاقتصادي عبر تعزيز السياسة التجارية وتحسين بيئة الأعمال وخلق ظروف ملائمة للاستثمار الأجنبي، وأن الانضمام إلى منظمة التجارة العالمية سيسهم بشكل كبير في تعزيز الشفافية وتشجيع المنافسة وتحفيز النمو الاقتصادي المستدام للعراق.

جدير بالذكر ان الاجتماع المذكور يأتي بعد مرور ستة عشر عاماً على آخر اجتماع للفريق العامل المعني بانضمام العراق الى منظمة التجارة العالمية والذي عقد في العام 2008، ويمثل خطوة جوهرية للعراق حكومة وشعباً في الطريق للانضمام الى المنظمة والذي يسعى من خلاله لتحقيق تنمية وتنويع الاقتصاد الوطني والتكامل مع الاقتصاد العالمي، فضلاً عن أهمية أن يكون العراق جزءاً من النظام التجاري متعدد الأطراف).

⁷³ - محمد سليمان قورة، المصدر السابق، ص388.

ينظر في ذلك للمادة (10) ، حيث جاء فيها : (9-7 وفي حالة عدم اتخاذ العضو الخطوات المناسبة لازالة الآثار السلبية للدعم أو سحب الدعم خلال ستة أشهر من التاريخ الذي يعتمد فيه جهاز تسوية المنازعات تقرير الفريق أو تقرير جهاز الاستئناف، وعند عدم وجود اتفاق على التعويض، يمنح جهاز تسوية المنازعات ترخيصاً للعضو الشاكي باتخاذ إجراءات مضادة تتناسب مع درجة وطابع الآثار السلبية التي ثبت وجودها ، ما لم يقرر جهاز تسوية المنازعات بتوافق الاراء رفض الطلب).

- 1- يُعد مصطلح تكيف هيكلي ليس من المصطلحات المتداولة بين فقهاء القانون ، فهو لم ينظم منهم ولا حتى من المشرع العراقي ، ولكن من حيث ما يرتبط به من مبادئ قانونية ، وما يلقي على المنظومة التشريعية من آثار ، فهو في الصميم منها .
- 2- ان مصطلح التكيف الهيكلي لم يدخل العراق نتاج خيار تشريعي محض ، سعى منه العراق للانتقال إلى واقع تشريعي أفضل . وإنما فرض على العراق -بوصفه دولة نامية- ضمن توجه عالمي إزاء تحرير التجارة الدولية .
- 3- ما وجدناه من تعاطي المشرع العراقي مع التكيف الهيكلي ، يثير حقيقة مفادها انه تأثر إلى حدٍ معين من خلال التشريعات القانونية التي تبناها ، والتي ظهرت في أرض الواقع في التعامل معه .
- 4- مع وجود التكيف الهيكلي قد لا تعد المنظومة القانونية ذات شأن محلي دائماً ، وذلك لتعلق لتكيف الهيكلي بإصلاح الاقتصاد ، ما عني صيرورته أداة أو ستاراً يمكن من خلاله للمؤسسات الدولية ان تتدخل في السياسة التشريعية وغيرها .
- 5- إدخال مفاهيم وظواهر كالتكيف الهيكلي وفق طريقة الصدمة ، لن يحقق النتائج المثلى ، لانه بحاجة إلى مجموعة من العوامل لنجاحه يفتقدها واقعنا اليوم ، ما يعني ان هناك مرحلة تمهيدية لابد ان تسبق التعامل مع هذا المفهوم .

ثانياً : النتائج

- 1- نوصي مشرعنا العراقي ان يبذل السعي جاهداً من اجل التعاطي مع التكيف الهيكلي بالاعتماد على تنظيم قانوني مستقل نابعاً مما تعهد به من اصلاح اقتصاده وفق الأسس الحديثة التي نادى بها ، وحماية المستهلك وتحقيق الرفاه له ، في إطار الثوابت والغايات التشريعية والاجتماعية في العراق ، دون تركه للمبادئ العامة في هذا الصدد .
- 2- نوصي مشرعنا العراقي في إطار سعيه الحثيث للانضمام للمؤسسة الدولية المعنية بالتجارة العالمية ، ان يمضي بمفاوضات جدية مع مؤسسات أخرى بخصوص جوانب في التكيف الهيكلي قد لا يكون من الممكن تفعيلها في البيئة التشريعية العراقية.
- 3- انطلاقاً من كون الغرض الأساسي من التكيف الهيكلي دمج الاقتصاد العراقي وإعادة هيكلة بما يلائم واقعنا اليوم ، فإننا نقترح على المفاوض العراقي ، ان يميز في مجال المداولات والمناقشات مع هذه الجهات الدولية ، بين الحصول على الدعم المالي لحل مشاكل العجز والسيولة النقدية وغيرها ، وبين القواعد الآمرة والنهائية تشريعياً . فلا يفاوض حولها جميعاً ، وإنما كل على حدة .

4- لما كان الغرض الأساسي من التكيف الهيكلي بالنسبة للمشرع العراقي النهوض بمنتجاتنا المحلي ، فإننا نقترح في هذا الصدد الزام المفاوض العراقي باللجوء لخيارات متعددة لهذه الغاية ، من جهات مانحة أو مؤسسات دولية معنية بالاعمار والاستثمار ، لتوفير خيارات أفضل في مجال التنمية المستدامة والاستثمار الأجنبي وغيرها .

المصادر:

أولاً : الكتب :

1. إسماعيل السيد عبد الستار ، الضرر كشرط لفرض رسوم الإغراق في إطار منظمة التجارة العالمية ، دار النهضة العربية – مصر ، الطبعة الأولى ، 2018
2. انطوان الناشف، الخصخصة مفهوم جديد لفكرة الدولة ودورها في ادارة المرافق العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2000.
3. سامي الغريزي، إدارة الإنتاج والعمليات، منشورات زين الحقوقية، 2013، ص114.
4. سميحة قليوبي، الوسيط في شرح القانون التجاري المصري، الجزء الأول، نادي القضاة، 2017
5. شيروان هادي إسماعيل ، الحماية القانونية للمنتجات الوطنية ، منشورات زين الحقوقية ، الطبعة الأولى ، 2016.
6. محمد سليمان قورة ، الممارسات الضارة في التجارة الدولية وسبل مواجهتها ، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى ، سنة 2015
7. مصطفى سلامة ، منظمة التجارة العالمية النظام الدولي للتجارة الدولية ، دار الجامعة الجديدة ، الطبعة الثانية ، 2008.
8. مصطفى كمال طه ، العقود التجارية وعمليات البنوك وفقاً لأحكام قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999، دار المطبوعات الجامعية ، 2002
9. وزارة العدل ، مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج1 ، دار الكتاب العربي ، بلا سنة طبع
10. ياسر الحويش، مبدأ عدم التدخل واتفاقيات تحرير التجارة الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى ، سنة 2005

ثانياً : المجلات :

1. اسراء خضر خليل ، الإغراق التجاري في ضوء احكام قانون حماية المنتجات العراقية رقم 11 لسنة 2010، مجلة دراسات قانونية ، العدد 34 ، سنة 2013

2. إيمان عبد الكاظم جبار ، سحر عباس ، تحليل سياسات التكيف الهيكلي في بلدان عربية مختارة(مصر و المغرب) ، مجلة الغري للعلوم الاقتصادية والادارية ، العدد 2 ، المجلد 10 (2008)
3. ايمان عوض أحمد ، أثر برامج التكيف الهيكلي لصندوق النقد الدولي على استهلاك الطاقة وانبعثات ثاني أكسيد الكربون في مصر ، المجلد 32، العدد 4 (31 ديسمبر/كانون الأول 2018)، جامعة حلوان ، كلية التجارة
4. حاتم محمد عبد الرحمن ، الإفصاح عن المستندات أمام التحكيم الدولي ، مركز المحمود لتوزيع الكتب القانونية ، الطبعة الأولى ، 2023 ،
5. عبد الأمير الحياي ، جمال طه علي ، آثار التكيف الهيكلي على الديمقراطية في دول العالم الثالث ، مجلة ديالى للدراسات الانسانية ، العدد 23 ، 2010 .
6. سيف هادي عبدالله الزويني، مقارنة تكوين صناديق الاستثمار في التشريع العراقي، مجلة الفارابي للعلوم الانسانية، المجلد 2، العدد2، سنة 2023.
7. شهناز فاضل احمد النجار، حيدر حسن كاظم الكناني، دور الفصاح في تحقيق السيادة الإستراتيجية لمنظمات العمال، مجلة كلية الكوت الجامعة للعلوم الإنسانية، المجلد 2 ، العدد 1 ، 2021 ،
8. شيماء راشد محيسن ، مروة حسن هادي ، سياسة التكيف الهيكلي وأثرها على الاقتصاد المصري ، مجلة وارث العلمية ، الجزء 3 ، العدد 7 ، 2021 .
9. علي نعيم جاسم، علي حسين خضير، حيدر حسن كاظم ، حتمية اتجاهات الموازنة الحديثة: إعادة هيكلية المالية العامة في العراق، مجلة العلوم المألّة والمحاسبة، المجلد الرابع، العدد الرابع عشر
10. اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا ، سياسات التكيف والإصلاح الاقتصادي الهيكلي لمجموعة مختارة من بلدان منطقة اللجنة الاجتماعية والاقتصادية لغربي آسيا (الاسكوا) ، الأمم المتحدة ، 1989
11. مهدي ضياء عبد القادر، الرقابة المالية للمجالس التشريعية في العراق، مجلة دراسات قانونية ، بيت الحكمة العدد 34، سنة 2013.
12. نظام جبار طالب ، طيبة حبيب ظاهر ، المسؤولية الاجتماعية للشركات الاجنبية تحت مظلة الاتفاقات الإطارية الدولية: دراسة تحليلية ، مجلة المستنصرية للدراسات العربية والدولية ، المجلد 14، العدد 59 (30 سبتمبر/أيلول 2017) .

ثالثاً : القوانين :

- 1- ميثاق الأمم المتحدة
- 2- اتفاقية الدعم والإجراءات التعويضية
- 3- قانون الشركات رقم 21 لسنة ١٩٩٧ المعدل .
- 4- قانون البنك المركزي العراقي رقم 56 لسنة 2004
- 5- دستور جمهورية العراق لسنة 2005
- 6- قانون الاستثمار العراقي رقم (13) لسنة 2006 المعدل .
- 7- قانون حماية المنتجات الوطنية رقم ١١ لسنة ٢٠١٠
- 8- قانون هيئة النزاهة والكسب غير المشروع رقم ٣٠ لسنة 2011 المعدل .
- 9- قانون ديوان الرقابة المالية رقم ٣١ لسنة 2011
- 10- قانون الموازنة العامة الاتحادية لجمهورية العراق للسنة المالية 2021
- 11- قانون الموازنة الاتحادية لجمهورية العراق للسنوات المالية (2023-2024-2025) رقم 13 لسنة 2023
- 12- تعليمات تسهيل تنفيذ الموازنة رقم 1 لسنة 2023

رابعاً : تقارير وبيانات وقرارات دولية :

- 1- الجمعية العامة للأمم المتحدة ، قرار مجلس حقوق الانسان رقم 12/25
- 2- مجموعة البنك الدولي ، القرض الأول للسياسات الإنمائية البرمجية - للاستدامة المالية للجمهورية العراقية ، تقرير رقم: AB5247
- 3- صندوق النقد الدولي ، العراق: البيان الختامي لخبراء الصندوق في نهاية بعثة مشاورات المادة الرابعة لعام 2024
- 4- صندوق النقد الدولي ، مذكرة برنامجية - العراق ، متاحة على موقع صندوق النقد الدولي
- 5- البيان الصادر من البنك المركزي العراقي بعنوان : (صندوق النقد الدولي يشيد بخطوات البنك المركزي العراقي بدعم الاقتصاد) .
- 6- تصريح مستشار السيد رئيس الوزراء للشؤون المالية مظهر صالح ، في موقع وكالة الانباء العراقية الرسمية تحت عنوان : (مستشار رئيس الوزراء يعلن تسديد قروض صندوق النقد الدولي بالكامل)
- 7- بيان صندوق النقد الدولي بعنوان : (خبراء الصندوق يتوصلون مع السلطات المصرية إلى اتفاق على مستوى الخبراء بشأن المراجعتين الأولى والثانية بموجب الاتفاق في إطار تسهيل الصندوق الممدد)

- 8- بيان صندوق النقد الدولي : (حماية الإستقرار الإقتصادي الكلي وسط أجواء عدم اليقين المستمرة) .
- 9- الجمعية العامة للأمم المتحدة ، مجلس حقوق الانسان ، القرار 11/23 .
- 10- البنك الدولي ، الشفافية هي الحل الأمثل لتجنب الصدمات، والاستثمار في النمو، وتعزيز الثقة في الحكومات ، بيان صحفي .
- 11- البنك الدولي ، الشرق الأوسط وشمال أفريقيا: يجب أن تتحلّى أنشطة مشتريات المؤسسات المملوكة للدولة بالمزيد من الشفافية

خامساً : رسائل وإطاريح

1. رواء عبد هارون ناصر ، التزام الشركات بالافصاح عن البيانات غير المالية ، رسالة ماجستير ، جامعة القادسية – كلية القانون ، 2023 .
2. صفية بابا عمي ، حوكمة الشركات التجارية ، رسالة ماجستير مقدمة لكلية الحقوق والسياسة في جامعة قاصدي مرباح ، سنة 2019
3. محمد نادر احمد مرعي ، حوكمة الشركات العائلية في دولة قطر : التحديات والبدائل ، رسالة ماجستير ، كلية القانون – جامعة قطر ، 2017

المواقع الالكترونية :

- 1- موقع صندوق النقد الدولي : <https://www.imf.org/>
- 2- موقع البنك الدولي : <https://www.worldbank.org/>
- 3- موقع وكالة الانباء العراقية (واع) : <https://www.ina.iq/>
- 4- موقع لجنة الأمم المتحدة الاجتماعية والاقتصادية لغرب آسيا : <https://www.unescwa.org/>
- 5- موقع البنك المركزي العراقي : <https://cbi.iq/>

Terrorist threat through information networks

Abstract

The law reflects the development and progress in society, so the legislator had to keep pace with it, as the law regulates social behavior and protects the interests of individuals. Given that scientific and technological progress has two sides, one beneficial and the other harmful, some criminals exploit this progress to commit their crimes using computers, devices, and information networks. In this research, we address the crime of threatening through information networks, as it is a recently emerged phenomenon in Iraqi society over the past decade, and it targets certain groups such as women who are threatened by publishing their photos or messages on social media, which has exposed some of their lives to murder in the name of honor-cleansing. Terrorists have also used these means to threaten and undermine security and stability. These crimes are attractive to some weak-willed people due to their use of fake accounts, making it difficult to pursue them. Therefore, the legislator was obliged to enact a law that criminalizes these behaviors and punishes their perpetrators. The research will focus on the substantive criminal provisions without delving into the procedural provisions, and will be limited to domestic laws without addressing international agreements related to terrorism.

التهديد الارهابي عبر الشبكات المعلوماتية

أ.د. زين العابدين عواد كاظم - جامعة المثني

zain.alabdin@mu.edu.iq

الملخص

لا يخفى على أحد أن القانون يُعد انعكاساً للتطور والتقدم الذي يحدث في المجتمع، لذا كان لزاماً على المشرع أن يسايره، لأن غاية القانون هو تنظيم السلوك الاجتماعي للأفراد وحماية مصالحهم، وبما أن للتقدم العلمي والتقني وجهين أحدهما نافع والآخر ضار بمصالح الأفراد والمجتمع، لذا يستغل بعض المجرمون التقدم التقني لارتكاب جرائمهم ومما يستعمله المجرمون من وسائل في ارتكابها هي أجهزة الحاسوب والأجهزة اللوحية وشبكات المعلومات وفي مقدمتها شبكة الأنترنت. وهذا البحث آثرنا فيه الخوض في جريمة التهديد عبر الشبكات المعلوماتية، وهذا الموضوع مهم جداً لأسباب متعددة منها حداثة هذه الظاهرة الإجرامية، إذ يعود تاريخ انتشارها وتحولها إلى ظاهرة بالمعنى الحقيقي في مجتمعنا العراقي إلى عقد من الزمن تقريباً، إذ أخذت بالانتشار في مجتمعنا بشكل كبير لا سيما وأنها تستهدف فئات معينة من الناس في مقدمتها النساء اللواتي يتعرّضن للتهديد بنشر صورهنّ أو رسائلهنّ على وسائل التواصل الاجتماعي، مما عرض حياة بعضهن للقتل غسلاً للعار، كما أن الإرهابيون استعملوا هذه الوسائل لغرض تهديد بعض الناس وبث الرعب فيما بينهم وزعزعة أمن المجتمع واستقراره، علماً أن هذه الجرائم تحظى بجاذبية عند بعض ضعاف النفوس، لأنهم يستطيعون ارتكابها والافلات من العقاب عن طريق الاشتراك بحسابات وهمية مما يصعب مسألة القبض عليهم من الجهات المختصة. فكان لزاماً على المشرع الاسراع بإصدار قانون يجرم هذه السلوكيات للحد منها ومعاقبة مرتكبيها.

وسنحدد هيكلية بحثنا بالأحكام الجنائية الموضوعية ومن دون الخوض في غمار الأحكام الإجرائية له، كما أن البحث سيقنصر على النظر في القوانين الداخلية ولا ندخل في اطار الاتفاقيات الدولية التي تطرقت لمسألة الارهاب بشكل عام.

تاريخ الاستلام : ٢٠٢٤/٧/٢٨

تاريخ القبول : ٢٠٢٤/٩/١

تاريخ النشر : ٢٠٢٤/٩/١٤

الكلمات المفتاحية: الإرهاب، شبكة المعلوماتية، جريمة، التهديد

المقدمة

لا شك أن التطور العلمي والتقني الذي حصل في مجال الإتصالات والشبكات المعلوماتية سواء أكانت هذه الشبكات محلية أم عالمية مثل شبكة الأنترنت، وإن لهذا التطور مزايا عديدة خدمت الإنسانية منها: سهولة الاتصال بين الناس على الرغم من بعد المسافات وبالصوت والصورة، ورخص ثمن الاتصال، فضلاً عن سهولة تداول المعلومات ونشرها وتيسير النشاطات التجارية على مستوى الدول و الأفراد، فالآن تستطيع وأنت جالس في بيتك التبضع والتسوق من الصين وتصلك البضاعة بوقت قصير جداً من خلال رسالة من هاتفك النقال.

وعلى الرغم من تلك المحاسن والمزايا لوسائل الاتصال والشبكات المعلوماتية، إلا أن هناك بعض الأفراد من استخدمها للاعتداء على مصالح مهمة للناس، إذ تمكن بعضهم من الاعتداء على أموال الناس أو أعراضهم وشرفهم واعتبارهم، وقد يصل الأمر إلى حياتهم. فظهر ما يسمى بالجرائم الالكترونية أو الجرائم المعلوماتية، وتحولت هذه الجرائم من وقائع إجرامية محدودة إلى ظاهرة إجرامية، إذ تصدى لها المختصون بالبحث والدراسة لوضع الحلول لها والحد منها، مما حدا بالمشرعين في أغلب الدول إلى تجريم تلك السلوكيات و وضع العقوبات اللازمة والمناسبة لمرتكبيها لتحقيق العدالة الجنائية في المجتمع .

ولظهور هذا النوع من الجرائم المعلوماتية في مجتمعنا العراقي ومنها تحديدا جريمة التهديد باستعمال وسائل الاتصال الحديثة ، بادرت السلطة التنفيذية إلى وضع مشروع قانون لمكافحة جرائم المعلوماتية عام (2010) وتم رفعه إلى السلطة التشريعية للمضي بتشريعه، غير أن هذا القانون لم يرَ النور إلى الآن وما زال يناقش في مجلس النواب العراقي.

ونتيجة لانتشار أجهزة الاتصال الذكية واقتنائها من أكثر الناس في بلدنا، بغض النظر عن نوعها سواء أكانت هواتف نقالة ذكية أو أجهزة لوحية أو حواسيب، فضلاً عن الاشتراك في خدمات الشبكات العالمية برزت في مجتمعنا ظاهرة إجرامية هي: التهديد باستعمال تلك الوسائل، ولخطورة النتائج المترتبة على ارتكاب هذه الجرائم وانطلاقاً من الضرورة العلمية لبحث هذه الظاهرة من الناحية الجنائية الموضوعية شرعنا في كتابة هذا البحث.

أهمية موضوع البحث.

تتبع أهمية موضوع أهمية موضوع البحث التهديد بوساطة الشبكات المعلوماتية من أوجه متعددة منها: حداثة هذه الظاهرة الإجرامية، إذ يعود تاريخ انتشارها وتحولها إلى ظاهرة بالمعنى الحقيقي في مجتمعنا العراقي إلى عقد من الزمن تقريبا، بحيث أخذت بالانتشار بشكل في مجتمعنا بشكل كبير لا سيما وأنها تستهدف فئات معينة من الناس في مقدمتها النساء اللواتي يَتَعَرَّضْنَ للتهديد بنشر صورهنَّ أو رسائلهنَّ على وسائل التواصل

الاجتماعي, مما عرّض حياة بعضهن للقتل غسلا للعار, كما أن الإرهابيون استعملوا هذه الوسائل لغرض تهديد بعض الناس وبث الرعب فيما بينهم وزعزعة أمن المجتمع واستقراره.

علما أن هذه الجرائم تحظى بجاذبية عند بعض ضعاف النفوس, لأنهم يستطيعون ارتكابها والافلات من العقاب عن طريق الاشتراك بحسابات وهمية مما يصعب مسألة القبض عليهم من الجهات المختصة. فكان لزاما على المشرع الاسراع بإصدار قانون يجرم هذه السلوكيات للحد منها ومعاقبة مرتكبيها.

مشكلة البحث.

يُثير موضوع التهديد عبر الشبكات المعلوماتية مشكلات قانونية متعددة ضمن نطاق القانون العقابي منها: إن المشرع العراقي إلى الآن لم يسن قانوناً عقابياً يُجرم هذا السلوك بشكل صريح, ولو قلنا أن الحل لهذه المشكلة يكمن بالعودة إلى قانون العقوبات رقم (111) لسنة (1969) النافذ, فإننا سندخل في مشكلة قانونية أخرى تتلخص بالآتي: أي نص عقابي يمكن أن يطبقه القاضي للعقاب على هذا السلوك الاجرامي, هل النصوص الخاصة بالتهديد (430-432)؟ وإذا كان التهديد يتضمن تكليفا بالقيام بالعمل أو الامتناع عن عمل او للحصول على مبلغ من المال هل يتم تطبيق المادة 430 أم 451 المتعلقة باغتصاب السندات أو الأموال؟ وهناك مشكلة قانونية أخرى يثيرها موضوع البحث, هي ما المعيار القانوني الممكن تطبيقه للتمييز بين التهديد الارهابي عبر الشبكات المعلوماتية وبين التهديد بالقتل عبر الشبكات المعلوماتية؟ فمتى نطبق قانون العقوبات ومتى نطبق قانون مكافحة الارهاب رقم (13) لسنة (2005).

منهج البحث.

سنأخذ من المنهج الأرسطي الاستقرائي لتحليل المواد القانونية منهاجا لوضع الحلول القانونية لهذا البحث, فضلا عن استعمال المنهج المقارن, إذ سنعمد إلى النظر في بعض القوانين العقابية التي تنظم أحكام هذا الموضوع مثل القوانين في مصر و دولة الإمارات العربية المتحدة وقانون مكافحة الارهاب البريطاني, والغاية من ذلك هي أن نصل إلى أفضل الحلول القانونية الجنائية ليسترشد بها مشرعنا العراقي الموقر.

نطاق البحث.

سنحدد نطاق البحث بالأحكام الجنائية الموضوعية من دون الإجرائية لموضع التهديد الارهابي عبر الشبكات المعلوماتية من دون البحث في غمار الأحكام الإجرائية له, كما أن البحث سيقصر على النظر في القوانين الداخلية ولا ندخل في اطار الاتفاقيات الدولية التي تطرقت لمسألة الارهاب بشكل عام.

المطلب الأول

مفهوم التهديد

لبيان أحكام جريمة التهديد سأقسم هذا المطلب إلى فرعين أبين فيها على التوالي التعريف بالتهديد ثم أركان جريمة التهديد وعقوبتها وأخيراً موقف القوانين المقارنة من هذه الجريمة .

الفرع الأول

التعريف بالتهديد

إن شعور الإنسان بالأمن على حياته، و الأمان على أمواله واعتباره ، من المصالح المهمة التي يجب أن يصونها القانون ، وأن يحميها بالجزاء الجنائي، لذلك فإن مجرد التهديد بارتكاب جريمة لتقع على النفس أو العرض أو المال ، أو بإفشاء أمور تمس بالشرف، يُعد بحد ذاته جريمة لما يثيره في نفس الشخص المهدد من الذعر أو الرعب والخوف . وإذا اقترن التهديد بطلب شيء ما أو بتكليف بأمر كان خطره أشد درجة وأبعد عمقاً¹.

ويشكل التهديد اعتداءً على الطمأنينة وإكراهاً معنوياً للمُهدّد²، كما انه يعد من أعمال العنف المعنوي ، فهو ينزع الطمأنينة من الشخص الذي يوجه إليه .

والتهديد في اللغة يعني الوعيد والتخويف وهَدَّدَ الرجل أَوْعَدَهُ وَخَوَّفَهُ وَالتَّهَدَّدَ والتَّهَدَّدَ لها المعنى ذاته³. أمّا التهديد في الاصطلاح فيُعَرَّفُ بأنه: "فعل الشخص الذي يُنذر آخر بخطر يريد إيقاعه بشخصه أو بماله"⁴. وعُرِفَ بأنه: " توجيه عبارة أو ما في حكمها الى المجني عليه عمداً يكون من شأنها إحداث الخوف عنده من ارتكاب جريمة أو إفشاء أمور أو نسبة أمور مخدشة بالشرف ، إذا وجهت بالطريقة التي يعاقب عليها القانون"⁵ وعُرِفَ أيضاً: " كل قول أو كتابة من شأنها إلقاء الرعب والخوف في قلب الشخص المُهدّد من ارتكاب الجاني لجريمة ضد النفس والمال أو نسبه أمور مخدشة بالشرف ، وقد يحمله التهديد تحت تأثير ذلك الخوف الى

¹ (معوض عبد التواب : السرقة واغتصاب السندات والتهديد ، دار المشرق العربي ، القاهرة ، 1988 ، ص375-376.

² (رنيه غارو : موسوعة قانون العقوبات العام والخاص ، ترجمة لين صلاح مطر ، المجلد السادس ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2003 ، ص 315-316.

³ (إبراهيم مصطفى وآخرون ، المعجم الوسيط، المكتبة الإسلامية، استانبول، من دون سنة نشر. ص 976 . جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم بن منظور الأنصاري الأفرقي المصري ، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، 2005، ص 811.

⁴ (ينظر: جندي عبد الملك بك: الموسوعة الجنائية، ج2، ط1، دار الكتب المصرية، القاهرة ، 1932، ص755.

⁵ (ينظر: د. رؤوف عبيد : جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال في القانون المصري ، ط5 ، مطبعة نهضة مصر ، 1965، ص374.

إجابة الجاني الى ما ابتغى متى صُحِبَ التهديد بطلب¹ في حين يرى آخر بأن التهديد هو : كل فعل من شأنه نشر الرعب أو الخوف في نفس شخص آخر من خطر لغرض إيقاعه بشخصه أو بماله أو بأحد أفراد أسرته².

الفرع الثاني

أركان جريمة التهديد

نظّم المشرع العراقي أحكام جريمة التهديد في قانون العقوبات النافذ وتحديداً المواد (430، 431، 432) (³ ومن خلال إمعان النظر في تلك المواد يُمكن بيان أركان الجريمة وعقوبتها كما يأتي:

أولاً : أركان جريمة التهديد:

1 - **الركن المادي:** يتمثل الركن المادي في هذه الجريمة بصدور فعل من الجاني يتضمن تهديداً بأمر معين ، وقد تطلب المشرع تحقق أمرين لكي يتوافر الركن المادي هما:

أ- يجب ان يكون موضع فعل التهديد ارتكاب جنائية ضد النفس أو المال أو بإسناد أمور مخدشة للمهدد أو الغير أو بإفشائها ، و ينبغي أخذ عبارة -بارتكاب جنائية ضد النفس - الواردة في قانون العقوبات العراقي على سعتها أو اطلاقها كونها تتسع لارتكاب جرائم ضد العرض والاعتداء على حرية الإنسان وكرامته مثل الاغتصاب والختف ، كما أن فعل التهديد بإسناد أمور خادشة للحياء أو للشرف أو إفشائها تعني بأن هذه الأمور لو صَحَّت لاستوجبت احتقار من أُسندت إليه عند أهل وطنه وليس بالضرورة أن تكون هذه الأمور صحيحة ، فالتهديد يقع ولو كانت كاذبة⁴.

¹ ينظر: أحمد كيلان عبد الله: حجية المحررات المستخرجة من الحاسوب في الإثبات الجنائي : أطروحة دكتوراه ، جامعة بغداد ، كلية القانون ، 2007 ، ص 73.

² ينظر: أحمد بن إبراهيم الحميد : ابتزاز الفتيات بماضيهن قبل الزواج ، بحث منشور على الموقع الإلكتروني : www.minshawi.com

³ (أوقف العمل بقرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم 107 لعام 2001 المنشور في جريدة الوقائع العراقية العدد 3877 بتاريخ 5-7-2001 ، الذي عدل مبالغ الغرامات، وفقاً للأمر الإداري الذي أصدره ال . بول بريمر ذي الرقم 7 المنشور في الوقائع العراقية بالعدد 3978 في 17 آب -2003، الذي أعاد العمل بالطبعة الثالثة من قانون العقوبات العراقي لعام 1985، و تنص المادة 91 من هذه الطبعة على ان"..... لا يقل مبلغ الغرامة عن نصف دينار ولا يزيد على خمسمائة دينار ما لم ينص القانون على خلاف ذلك" .

⁴ (أحمد كيلان عبد الله : حجية المحررات المستخرجة من الحاسوب في الإثبات الجنائي ، مصدر سابق ، ص 73.

وقد يكون التهديد مقترناً بطلب أمر معين ، أو يكون التهديد صريحاً أو ضمناً¹

ب- أن تكون الوسيلة التي ينفذ بها التهديد من الوسائل أو الطرق المنصوص عليها قانوناً، ومن خلال استقراء نصوص القانون يتضح أن هذه الطرق تكون أما بالقول أو الفعل أو الإشارة سواء أكان ذلك كتابةً أم شفاهاً أم بوساطة شخص آخر ، ويرى بعض من الكتاب² إن التهديد الكتابي أشدّ وقعاً وأبلغ تأثيراً من التهديد الشفوي لأن الأول غالباً يكون وليد تفكير وعزم سابقين ، والتهديد الكتابي هو الذي يكتب بمحرر بأي شكل كان ، وبأية لغة سواء أكانت عربية أم أجنبية ، علماً أن المشرع العراقي لم يستلزم شروطاً محددة للمحرر أو في اللغة التي كتب بها المحرر . ربما يكتب المحرر بلغة متداولة مثل العربية أو تكون على شكل رسوم أو رموز ، كأن يرسم الجاني صورة جمجمة أو رأساً مشوهاً أو مقطوعاً أو يضع رصاصة.... الخ مما يدل على التهديد، وتختلف الطريقة التي يصل بها التهديد الى الشخص المُهدّد فقد تكون عن طريق البريد العادي أو بدسه من أسفل باب البيتالخ³. وقد يكون التهديد غير واضح) ومبهماً لكنه يتضمن دلالات أو علامات تفيد تحقيق غرضه، وقد يكون التهديد المبهم أو الغامض أشدّ وقعاً من التهديد الصريح في نفس الشخص المُهدّد⁴.

2 - الركن المعنوي:

جريمة التهديد من الجرائم العمدية التي يتطلب تحققها توافر القصد الجرمي بعنصريه العلم والإرادة ، ولا تستلزم قصداً جرمياً خاصاً⁵ وإنما تكتفي بأن تتوجه إرادة الجاني الى تهديد المجني عليه من خلال ارتكابه الركن المادي لجريمة التهديد بإحدى الطرق التي نص عليها القانون ، لينشر أو يبث الفزع والخوف في نفس الشخص المُهدّد ، وأن يحمله على تنفيذ المطلوب منه إن كان التهديد مقترناً بأمر معين أو بطلب ولو لم يكن الجاني قاصداً تنفيذ الجرائم التي هدد بارتكابها⁶.

¹ (ينظر: د. رؤوف عبيد : مصدر سابق ، ص 377.

² (ينظر: جندي عبد الملك بك: مصدر سابق، ص759.

³ (ينظر: د.عبد الحكم فودة: الموسوعة الجنائية الحديثة التعليق على قانون العقوبات، المجلد الرابع، دار الفكر والقانون ، المنصورة ، 2002 ، ص249.

⁴ (ينظر: جندي عبد الملك بك: مصدر سابق، ص757

⁵ (ينظر: د. رؤوف عبيد : مصدر سابق ، ص 381.

⁶ (ينظر: د.عبد الحكم فودة: مصدر سابق ، ص250.

واستناداً للقواعد العامة إن الباعث لا أثر له في توافر القصد الجنائي، لأنه ليس من العناصر اللازمة لتكوين الجريمة ، لذلك لا يهم إذا كان الباعث على ارتكاب جريمة التهديد هو الانتقام أو مجرد الحصول على شيء معين¹

المطلب الثاني

عقوبة جريمة التهديد

سنتناول عقوبة جريمة التهديد في فرعين في القانون العراقي وبعض القوانين المقارنة وكما يأتي :

الفرع الأول

عقوبة جريمة التهديد في القانون العراقي

عاقب المشرع الجزائي العراقي في المادة (430) من قانون العقوبات النافذ فقرة(1) أي شخص يهدد آخر بارتكاب جناية ضد نفسه أو ماله أو مال غيره أو بإسناد أمور مخدشة بالشرف أو إفشائها بعقوبة السجن مدة لا تزيد على سبع سنوات أو بالحبس متى كان التهديد مصحوباً بطلب أو بتكليف بأمر أو الامتناع عن أمر أو كان مقصوداً به ذلك.

وعاقبت الفقرة (2) من المادة ذاتها بعقوبة الفقرة -1- إذا كان التهديد مرسل في خطاب خال من اسم مرسله أو كان منسوباً صدره الى جماعة سرية موجودة أو مزعومة .

في حين عاقبت المادة(431) كل من هدد آخر بارتكاب جناية ضد نفس أو مال غيره أو بإسناد أمور خادشة للشرف والاعتبار أو إفشائها بغير الحالات الواردة في المادة (430) بعقوبة الحبس .

وعاقبت المادة (432) من يهدد آخر بالقول أو الفعل أو الإشارة كتابةً أو شفاهاً أو بواسطة شخص آخر وفي غير الحالات المذكورة في المادتين (430،431) بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو بغرامة لا تزيد على مائة دينار.

وبعد صدور قانون مكافحة الإرهاب العراقي رقم (13) لسنة (2005) فقد نظم أحكام جريمة التهديد بوصفها جريمة إرهابية ، إذ نصت المادة الثانية على أنه " تعد الأفعال الآتية من الأفعال الإرهابية 1-

¹ (يجب الأخذ بنظر الاعتبار الباعث الشريف أو بناء على استقزاز خطير من المجني عليه بغير حق المنصوص عليهما في المادة -128- من قانون العقوبات العراقي والمادة-96-من نظيره الإماراتي. والباعث الدنيء المنصوص عليه في المادة -135- فقرة -1- من قانون العقوبات العراقي والمادة-102- فقرة -1-من نظيره الإماراتي.

..... التهديد الذي يهدف الى إلقاء الرعب بين الناس "وعقوبة جريمة التهديد هي: الإعدام بصفتها جريمة إرهابية.

وهذا ما نصت عليه المادة الرابعة فقرة (1) من قانون مكافحة الإرهاب " يعاقب بالإعدام كل من ارتكب - بصفته فاعلاً أصلياً أو شريك عمل أياً من الأعمال الإرهابية الواردة بالمادة الثانية¹.
ومن خلال فهمنا لما ورد في قانون العقوبات وقانون مكافحة الإرهاب يتضح أن المشرع الجزائري العراقي لم يُشر الى جريمة التهديد باستخدام وسائل تقنية المعلومات أو شبكات المعلوماتية ، إذ من الممكن تصور قيام إرهابي أو مجموعة إرهابية بتهديد فرد أو جماعة من الناس عن طريق شبكات المعلوماتية كشبكة الانترنت مثلاً أو بوساطة البريد الإلكتروني ، ومن أحكام القضاء التي صدرت بصدده الجريمة هو ما قضت به محكمة Nanterre الفرنسية، إذ أصدرت حكماً يقضي بحبس شخص لمدة شهرين لقيامه بإرسال رسالة تهديد الى أحد السياسيين في فرنسا عن طريق البريد الإلكتروني².

الفرع الثاني

موقف القوانين المقارنة

سوف أتناول في هذا الفرع موقف بعض القوانين العربية والأجنبية من جريمة التهديد بوصفها جريمة اعتيادية وبصفتها جريمة إرهابية في النقاط الآتية :

أولاً : موقف القوانين العربية:

1- القانون المصري :

نصت المادة (327) من قانون العقوبات على ما يأتي : " كل من هدد غيره كتابة بارتكاب جريمة ضد النفس أو المال معاقب عليها بالقتل أو الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة أو بإفشاء أمور أو نسبة أمور مخدشة للشرف وكان تهديداً مصحوباً بطلب أو بتكليف بأمر يعاقب بالسجن .

¹ (أعتقد أن هناك خطأ مطبعي في نص القانون المنشور في جريدة الوقائع العراقية عدد (4009)الصادرة بتاريخ (9-11-2005) والأدق أن تكون صياغة المادة الرابعة الفقرة 1 كما يأتي:" يعاقب بالإعدام كل من ارتكب بصفته فاعلاً أصلياً أو شريكاً أي عمل من الأعمال الإرهابية الواردة بالمادة الثانية....."

² (ينظر: د. جميل عبد الباقي الصغير : مصدر سابق ، ص 41.

ويعاقب بالحبس إذا لم يكن التهديد مصحوباً بطلب أو بتكليف بأمر . وكل من هدد غيره شفهيّاً بواسطة شخص آخر بمثل ما ذُكر يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين أو بغرامة لا تزيد على خمسمائة جنيه سواء أكان التهديد مصحوباً بتكليف أم لا .

وكل تهديد سواء أكان بالكتابة أم شفهيّاً بواسطة شخص آخر بارتكاب جريمة لا تبلغ الجسامة المتقدمة يعاقب عليه بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر أو بغرامة لا تزيد على مائتي جنيه .

وبصدور القانون رقم (97) لعام (1992) الخاص بشأن مكافحة الإرهاب الذي أضاف المواد (86,86) مكرر أ ، 86 مكرر ب ، 86 مكرر ج ، 86 مكرر د، لقانون العقوبات المصري رقم (58) لعام (1937)، ذكرت المادة 86 التهديد كأحد الوسائل التي يلجأ إليها الجاني لتنفيذ مشروع إجرامي فردي أو جماعي ، بنصها على انه " يقصد بالإرهاب في تطبيق أحكام هذا القانون كل استخدام لل..... أو التهديد يلجأ إليه تنفيذاً لمشروع إجرامي " .

وأهم ما يمكن قوله هو إن أركان جريمة التهديد في نص المادة (327) هي ثلاثة: الأول: هو الركن المادي المتمثل بصدور فعل التهديد والثاني الركن المعنوي أي توافر القصد الجرمي لدى الجاني ، والركن الثالث هو أن يقع فعل التهديد بطريقة من الطرق التي حددها القانون ¹ .

أمّا أركان جريمة التهديد في نص المادة (86) فيشترط أن يرتكب التهديد تنفيذاً لمشروع إجرامي فردي أو جماعي بهدف الإخلال بالنظام العام أو تعريض سلامة المجتمع وأمنه للخطر ، فضلاً عن الركنين المادي والمعنوي .

وتجدر الإشارة الى أن المشرع العراقي كان أكثر توفيقاً من المشرع المصري عند معالجته لجريمة التهديد ، إذ ان الأخير استلزم في التهديد المعاقب عليه أن يقع بإحدى طريقتين⁽²⁾ أمّا كتابةً أو شفاهاً لكن بواسطة شخص آخر ، أمّا المشرع العراقي فأضاف طريقاً آخر للتهديد هو التهديد الشفوي الذي يصدر مباشرةً من المُهَدِّد الى المُهَدَّد .

2- القانون الإماراتي:

عالج المشرع الجزائي الإماراتي جريمة التهديد في المواد (351، 352، 353) من قانون العقوبات الاتحادي رقم (3) لعام (1987) ، حيث نصت المادة (351) على ان " يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على سبع سنوات كل من هدد آخر كتابةً أو شفاهاً بارتكاب جنائية ضد نفسه أو ماله أو ضد نفس أو مال غيره أو بإسناد

⁽¹⁾ ينظر: معوض عبد التواب : السرقة واغتصاب السندات والتهديد ، مصدر سابق ، ص 378.

⁽²⁾ ينظر: د. رؤوف عبيد : مصدر سابق ، ص 380.

أمر خادشة للشرف أو إفشائها ، وكان ذلك مصحوباً بطلب أو بتكليف بأمر أو الامتناع عن فعل أو مقصود به ذلك " .

ونصت المادة (352) على أن " يعاقب بالحبس من هدد آخر بارتكاب جناية ضد نفسه أو ماله أو ضد نفس أو مال غيره أو بإسناد أمور خادشة للشرف أو الاعتبار أو إفشائها في غير الحالات المبينة في المادة السابقة " .

أما المادة (353) فنصت على أنه " كل من هدد آخر بالقول أو الفعل أو بالإشارة كتابة أو شفاهة أو بواسطة شخص آخر في غير الحالات المبينة في المادتين السابقتين يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو بغرامة لا تزيد على عشرة آلاف درهم " .

ومن الجدير بالذكر إن المشرع الإماراتي عالج جريمة التهديد في المواد المشار إليها سابقاً بوصفها جريمة اعتيادية تشكل اعتداء يقع على الأشخاص ، لكن من الممكن وصف جريمة التهديد بأنها جريمة إرهابية ، وذلك من خلال تدقيق النظر في المادة -2- من المرسوم بقانون مكافحة الإرهاب رقم -1- لعام 2004 والتي تنص على أنه " يقصد بالعمل الإرهابي كل فعل أو امتناع يلجأ إليه الجاني تنفيذاً لمشروع إجرامي فردي أو جماعي ، بهدف إيقاع الرعب بين الناس أو ترويعهم ، إذا كان من شأن ذلك الإخلال بالنظام العام " وبذلك فإن الجاني إذا كان غرضه من التهديد هو تنفيذ مشروع إجرامي سواء أكان فردياً أو جماعياً بهدف بث الرعب في صفوف الناس أو غير ذلك مما نصت عليه المادة (2) من المرسوم بقانون مكافحة الإرهاب ، فإن فعل التهديد في هذه الحال يعد جريمة إرهابية تنطبق عليها أحكام هذا المرسوم بقانون . ويمكن ملاحظة التقارب الكبير بين نصوص مواد قانون العقوبات العراقي مع قانون العقوبات الإماراتي في كيفية معالجتهما لجريمة التهديد ، بحيث إن الصياغة كادت أن تكون متطابقة حتى في مدد العقوبات إلا أن قانون العقوبات العراقي ذكر صورة من صور التهديد أغفلها نظيره الإماراتي وهي التهديد عن طريق خطاب خال من اسم مرسله أو كان منسوباً صدره إلى جماعة سرية موجودة أو مزعومة .

ويكاد ينفرد القانون الإماراتي من بين القوانين العربية ومن ضمنها القانون العراقي عندما نص على التهديد باستعمال وسائل تقنية المعلومات أو شبكات المعلوماتية ، في حين لا يوجد هكذا نص في القوانين العربية . والنص هو المادة 9 من القانون رقم -2- لعام 2006 الخاص في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات والتي تفيد بأن " كل من استعمل الشبكة المعلوماتية أو إحدى وسائل تقنية المعلومات في تهديد أو ابتزاز شخص آخر لحمله على القيام بفعل والامتناع عنه يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين وبالغرامة

التي لا تزيد على خمسين ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين ، فإن كان التهديد بارتكاب جناية أو بإسناد أمور خادشة للشرف أو الاعتبار كانت العقوبة السجن مدة لا تزيد على عشر سنوات " .

3- القانون القطري:

على الرغم من أن المشرع القطري في قانون العقوبات رقم(11) لعام(2004) تطرق الى جرائم الحاسب الآلي في الفصل الخامس من الباب الثالث من الكتاب الثالث وفي المواد(370 - 387) إلا أنه لم يذكر جريمة التهديد التي ترتكب بواسطة وسائل تقنية المعلومات أو شبكات المعلوماتية وإنما عالجها في المادة (325) وذكر ثلاث طرق يُمكن أن ينفذ بها التهديد وهي: التهديد كتابةً أو شفاهاً أو بأي فعل يوحي الى التهديد. ونص المادة أعلاه هو: "يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز ثلاث سنوات، وبالغرامة التي لا تزيد على عشرة آلاف ريال، أو بإحدى هاتين العقوبتين ، كل من هدد غيره بإلحاق الضرر بنفسه أو سمعته أو ماله ، أو بنفس أو سمعة أو مال شخص يهمله أمره ، سواء أكان التهديد كتابياً أم شفوياً أم عن طريق أفعال توجي بالعزم على الاعتداء على النفس أو السمعة أو المال ، قاصداً بذلك حمل المجني عليه على القيام بعمل أو الامتناع عنه. وتكون العقوبة الحبس مدة لا تتجاوز خمس سنوات ، إذا كان التهديد بالقتل".

ثانياً : موقف القوانين الأجنبية:

1- القانون الفرنسي:

تناول المشرع الفرنسي جريمة التهديد بوصفها جريمة مستقلة في قانون العقوبات الصادر عام(1992) والنافذ عام (1994) في المواد (305 ، 306 ، 307 ، 308) .

وان التهديد الذي يعد جريمة مستقلة في قانون العقوبات الفرنسي ، يكون احد الصور الآتية :

- 1- التهديد الكتابي المتضمن لطلب أمر أو شرط .
- 2- التهديد الشفوي أو الكتابي الذي لا يتضمن طلب أمر أو شرط .
- 3- التهديد الشفوي مع طلب أمر أو شرط .
- 4- التهديد المتضمن القيام بأعمال عنف أو اعتداء سواء أكانت كتابية ام شفوية والتي تتضمن طلب أمر أو شرط.

ويلاحظ ان المشرع الفرنسي ذكر هذه الصور بالتتابع ، إذ عاقبت المادة (305) من قانون العقوبات كل شخص هدد آخر كتابة وكان تهديده متضمناً طلب أمر أو شرط بالسجن لمدة تتراوح بين سنتين وخمس سنوات وبغرامة لا تقل عن 150 فرنك ولا تزيد على 1000 فرنك.

أما المادة (306) فقد عاقبت على التهديد الكتابي أو الخطي غير المتضمن لطلب أمر أو شرط بعقوبة أقل جسامة من الصورة السابقة ، إذ ان عقوبة هذه الجريمة هي السجن من سنة الى ثلاث سنوات وبغرامة لا يقل مقدارها عن 100 فرنك ولا يزيد على 600 فرنك .

في حين ان الجريمة في المادة (307) وهي تهديد شخص لآخر شفوياً مع طلب أمر أو شرط ، معاقب عليها بالسجن مدة سنة على الأقل الى ثلاث سنوات وبغرامة لا تقل عن 100 فرنك ولا تزيد على 600 فرنك ، فضلاً عن ان المحكمة تستطيع إضافة رقابة الأمن العليا على المدان ولمدة تتراوح من خمس سنوات الى عشر سنوات من تاريخ تنفيذ العقوبة بحق المدان¹ .

وعاقبت المادة (308) كل شخص يهدد آخر كتابة أو شفاهاً بأعمال عنف (غير تلك المذكورة بالمادة - 305-) ، بالسجن من ستة أيام حتى ثلاثة أشهر وبغرامة من 16 فرنك الى 100 فرنك .

2- القانون البريطاني:

عاقب قانون الاتصالات البريطاني لعام 1984 القسم (43) كل شخص يستعمل أي نظام اتصال لتهديد شخص آخر²، كما نصت المادة (1) من الفقرة (1) من الجزء الأول من قانون مكافحة الإرهاب البريطاني⁽³⁾ لعام 2000 على انه "بموجب هذا القانون فإن مصطلح الإرهاب يعني استعمال أو التهديد بعمل يقع:-أ- ضمن الفقرة الثانية من هذه المادة - ب- استعمال أو التهديد المصمم عليه لغرض التأثير على الحكومة أو تخويف جزء من المجتمع أو المجتمع كله - ج- استعمال أو التهديد من اجل قضايا سياسية أو دينية أو أيديولوجية"⁴ .

⁽¹⁾ ينظر:رينه غارو، مصدر سابق ، ص 327-328.

⁽²⁾ أشار إليه د. عمر محمد أبو بكر بن يونس : الجرائم الناشئة عن استخدام الانترنت الأحكام الموضوعية والجوانب الإجرائية ، مصدر سابق ، ص 478.

⁽⁴⁾ حصلت على هذا القانون من شبكة الانترنت من الموقع الإلكتروني
الآتي: www.opsi.gov.uk.acts/acts2000/00011

نص هذه المادة بالإنكليزي هو: (a)-in this act terrorism means the use or threat of action where the action falls within subsection(2).(b) the use or threat is designed to influence the government or to intimidate the public or a sction of the public.(c) use or threat is made for the purpose of advancing political, religion or ideological cause".

ونصت الفقرة (2) من المادة (1) الجزء الأول على أن " العمل الواقع ضمن هذه الفقرة يعد إرهابياً إذا ما اشتمل على : أ ب ج تهديد حياة شخص بخطر ، عدا الشخص الذي قام بالعمل ¹ ".
ويبدو من خلال نص المادة (1) فقرة (1) بند (ب و ج) من قانون مكافحة الإرهاب البريطاني إن هناك صورتين للتهديد ، الأولى تلك التي يكون الغرض من التهديد هو تخويف الحكومة أو المجتمع كله أو جزء منه ، والثانية هي عندما يقع التهديد من أجل طرح قضايا سياسية أو دينية أو عقائدية .
كما أن الفقرة (2) من المادة (1) بند (ج) ذكرت صورة ثالثة للتهديد وهي عندما يهدد شخص آخر بأن حياته في خطر ، ويمكن ملاحظة أن المشرع البريطاني لم يحدد وسائل أو طرق تنفيذ التهديد كأن تكون كتابة أو شفاهاً .

وبعد استعراض موقف القانون العراقي والمقارن بصدد التطبيقات الخاصة بجريمة التهديد وجدت أن المشرع الجزائي العراقي لم يُشر إلى جريمة التهديد باستعمال وسائل أو طرق تقنية المعلومات أو شبكات المعلوماتية ، إذ من الممكن تصور ارتكاب إرهابي أو مجموعة إرهابية بتهديد فرد أو جماعة من الناس بوساطة شبكات المعلوماتية مثل شبكة الانترنت أو بوساطة البريد الإلكتروني، لذا أقترح على المشرع العراقي إضافة النص التالي إلى المادة الثانية من قانون مكافحة الإرهاب كفقرة تاسعة : (كل من يستعمل أي شبكة معلوماتية أو إحدى وسائل تقنية المعلومات لتهديد شخص بارتكاب جريمة ضد نفسه أو ماله أو ضد نفس أو مال غيره أو بإسناد أمور مخدشة للشرف أو إفشائها وكان ذلك مصحوباً بطلب القيام بأمر أو الامتناع عنه أو كان مقصوداً به ذلك تنفيذاً لعمل إرهابي ، ويعد ظرفاً مشدداً لتهديد الأشخاص المعنوية العامة).

الخاتمة

حاولت في هذا البحث تناول بعض المشكلات القانونية التي يمكن أن تسببها الاستعمالات الخاطئة لشبكات المعلوماتية أو وسائل تقنية المعلومات من قبل بعض المجرمين والتي تشكل اعتداء على مصالح جديرة بحماية القانون .

¹ (نص هذه المادة باللغة الإنكليزية هو : – "Action falls within this subsection if it

(a).....(b).....(c) endangers person's life, other than of the person committing the action"

ولما كانت وسائل تقنية المعلومات والشبكات المعلوماتية وفي مقدمتها شبكة الانترنت من أهم الإبداعات العلمية التي توصل العقل البشري لاختراعها للفائدة العظيمة التي تقدمها للإنسانية إلا ان هناك بعض الأشخاص يستعملون هذه التقنية الرائعة لأغراض إجرامية ومنها التهديد .

وفي ختام البحث توصلت الى عدد من الاستنتاجات والمقترحات أوجزها بالآتي:

أولاً: الاستنتاجات

- 1- قد يختلط مفهوم جرائم الإرهاب المعلوماتي مع بعض الجرائم المعلوماتية الأخرى كجرائم القرصنة المعلوماتية وجرائم المافيا المعلوماتية ، وقد يصل الأمر أحياناً الى صعوبة الفصل بينها وبين تلك الجرائم لوجود عناصر مشتركة بينها ، بيد انه لكل جريمة من تلك الجرائم سمات أو خصائص تميزها عن الأخرى والتي من خلالها يمكن التوصل الى تحديد كل جريمة على حدة. لذلك عرفت الإرهاب المعلوماتي بأنه (كل فعل يقوم به فرد أو جماعة منظمة باستخدام وسائل تقنية المعلومات أو الشبكات المعلوماتية من شأنه إحداث ضرر أو تعريض مصلحة يحميها القانون لخطر تنفيذ مشروع إرهابي).
- 2- أن المشرع الجزائي العراقي لم يُشر الى جريمة التهديد باستخدام وسائل تقنية المعلومات أو شبكات المعلوماتية ، إذ من الممكن تصور قيام إرهابي أو مجموعة إرهابية بتهديد فرد أو جماعة من الناس عن طريق شبكات المعلوماتية كشبكة الانترنت مثلاً أو بوساطة البريد الإلكتروني.

ثانياً: المقترحات:

بما ان المشرع العراقي لم يتطرق الى الجريمة المعلوماتية بصورة عامة ولا لجرائم الإرهاب المعلوماتي بصورة خاصة في قانون العقوبات ولا في قانون مكافحة الإرهاب ، لذلك اقترحت على المشرع تحديث قانون العقوبات الحالي رقم 111 لعام 1969 المعدل أو إصدار تشريع عقابي جديد يتضمن نصوص قانونية تشكل دعامة أساسية لتوفير الحماية الجزائية اللازمة للمصالح القانونية من جرائم الإرهاب المعلوماتي ، وذلك بتجريم استخدام شبكات المعلوماتية أو وسائل تقنية المعلومات لارتكاب جرائم الإرهاب المعلوماتي سواء أكان المستخدم شخصاً طبيعياً أم شخصاً معنوياً أم مجموعة أشخاص ، وأدرج في أدناه المقترحات التي وجدتها ضرورية لمعالجة الإشكاليات التي أثارها موضوع البحث :

أقترح على المشرع العراقي أن يسن قانون جديد أو أن يفرد فصلاً خاصاً في قانون العقوبات يعالج فيه ظاهرة الإرهاب المعلوماتي وتحت عنوان (جرائم الإرهاب المعلوماتي) وتكون المواد القانونية المقترحة على الشكل الآتي :

- **المادة الأولى :** يقصد بالإرهاب المعلوماتي كل فعل يقوم به فرد أو جماعة منظمة باستخدام وسائل تقنية المعلومات أو الشبكات المعلوماتية من شأنه إحداث ضرر أو تعريض مصلحة يحميها القانون لخطر تنفيذاً لعمل إرهابي .

- **المادة الثانية :** تعد الأفعال التالية من جرائم الإرهاب المعلوماتي :

1- كل من يستعمل أية شبكة معلوماتية أو أية وسيلة من وسائل تقنية المعلومات كأداة للعنف الذي يهدف الى تعريض حياة الناس أو حرياتهم أو أمنهم للخطر أو الضرر إذا كان الباعث على ارتكاب الجريمة تنفيذ مشروع إرهابي منظم فردي أو جماعي .

2- كل من يستعمل أية شبكة معلوماتية أو أية وسيلة من وسائل تقنية المعلومات لتهديد شخص بارتكاب جريمة ضد نفسه أو ماله أو ضد نفس أو مال غيره أو بإسناد أمور مخدشة للشرف أو إفشائها وكان ذلك مصحوباً بطلب القيام بأمر أو الامتناع عنه أو كان مقصوداً به ذلك تنفيذاً لعمل إرهابي ، ويعد ظرفاً مشدداً تهديد الموظف أو المكلف بخدمة عامة .

3- كل من أدخل عن طريق أية شبكة معلوماتية أو أية وسيلة من وسائل تقنية المعلومات ما من شأنه التهديد بإيقافها أو تعطيلها أو تدميرها أو تخريب أو إتلاف البرامج أو المعلومات أو البيانات الموجودة فيها .

4- أ- كل من يستعمل أية شبكة معلوماتية أو أية وسيلة من وسائل تقنية المعلومات لتنظيم أو إدارة أو قيادة أو تمويل جماعة إرهابية أو الاتصال بين أعضائها .

ب- كل من ينشأ موقعاً أو ينشر معلومات على أي شبكة معلوماتية أو أية وسيلة من وسائل تقنية المعلومات لجماعة إرهابية ولو كان ذلك تحت مسميات وهمية .

المادة الثالثة:

- 1- يعاقب بالسجن المؤبد أو المؤقت كل من أسهم في ارتكاب أي فعل من الأفعال المذكورة في المادة الثانية.
- 2- تصادر المواد والأجهزة والأدوات والأموال كافة المستعملة لارتكاب أي فعل من الأفعال المنصوص عليها في المادة الثانية سواء أكانت مسهلة لتنفيذ الفعل أو مساعدة أو متممة.

المصادر:

أولاً: الكتب.

- 1- إبراهيم مصطفى وآخرون : المعجم الوسيط ، المكتبة الإسلامية، الاستانة، 1971.
 - 2- جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم بن منظور الأنصاري الأفريقي المصري ، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، 2005.
 - 3- جندي عبد الملك بك: الموسوعة الجنائية، ج2، ط1، دار الكتب المصرية، القاهرة، 1932.
 - 4- د. رؤوف عبيد : جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال في القانون المصري ، ط5 ، مطبعة نهضة مصر ، 1965.
 - 5- د. عمر محمد أبو بكر بن يونس : الجرائم الناشئة عن استخدام الانترنت الأحكام الموضوعية والجوانب الإجرائية ، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
 - 6- د. عبد الحكم فودة: الموسوعة الجنائية الحديثة التعليق على قانون العقوبات، المجلد الرابع، دار الفكر والقانون ، المنصورة ، 2002.
 - 7- رنيه غارو : موسوعة قانون العقوبات العام والخاص ، ترجمة لين صلاح مطر ، المجلد السادس ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2003.
 - 8- معوض عبد التواب : السرقة واغتصاب السندات والتهديد ، دار المشرق العربي ، القاهرة ، 1988 .
- ثانياً: الرسائل والأطاريح.

1- أحمد كيلان عبد الله: حجية المحررات المستخرجة من الحاسوب في الإثبات الجنائي: أطروحة دكتوراه ، جامعة بغداد ، كلية القانون ، 2007.

ثالثاً: المواقع الإلكترونية:

1- أحمد بن إبراهيم المحميد : ابتزاز الفتيات بماضيهن قبل الزواج ، بحث منشور على الموقع الإلكتروني www.minshawwi.com .

رابعاً: القوانين:

- 1- قانون العقوبات المصري رقم (58) لسنة 1937.
- 2- قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969 النافذ.
- 3- قانون العقوبات الاماراتي رقم (3) لسنة 1987 النافذ.
- 4- قانون العقوبات الفرنسي الصادر سنة 1992 والنافذ سنة 1994.
- 5- قانون مكافحة الإرهاب البريطاني لسنة 2000 النافذ.
- 6- قانون مكافحة الإرهاب القطري رقم 3 لسنة 2004 النافذ.
- 7- قانون العقوبات القطري رقم 11 لسنة 2004 النافذ.
- 8- قانون مكافحة الإرهاب العراقي رقم (13) لسنة 2005 النافذ.

Customary formalism

Abstract

The research focuses mainly on studying the reasons for revocation of the gift contract in a comparative study between the Iraqi civil law , the Egyptian civil law, and the French civil law. The original is that the provisions of the gift contract in general were derived by the Egyptian and Iraqi legislator from Islamic jurisprudence, but the Egyptian jurists who participated in developing the Egyptian civil law and discussed its article added reasons . in particular , there are excuses that must be available for judicial recourse . these excuses basically do not exist in Islamic law , as they were derived from foreign laws, in addition to the fact that the gift contract in French civil law differs from that in islamic jurisprudence and Egyptian and Iraqi civil law, which made the three laws differ some what in regulating this contract and recourse in it.

أسباب الرجوع القضائي في الهبة دراسة مقارنة

أ.د. عزيز كاظم جبر الخفاجي معهد العلمين للدراسات العليا
م. د. بديوي مجاهد مطر جامعة المثنى
bdeewi.mujahed@mu.edu.iq

الملخص

ينصب البحث أساسا على دراسة تقنين أسباب الرجوع القضائي في عقد الهبة - دراسة مقارنة - بين القانون المدني العراقي ، والقانون المدني المصري ، والقانون المدني الفرنسي ، ومن أين جاءت هذه الأسباب وما هي الغاية من وضعها في القوانين قيد المقارنة ، فالأصل أن أحكام عقد الهبة عموما ، استمدتها المشرع المصري والعراقي من الفقه الإسلامي ، ولكن الفقهاء المصريين الذين شاركوا في وضع القانون المدني المصري وناقشوا وضع مواده ، أضافوا أسبابا وأعدارا خاصة يتوجب توافرها للرجوع القضائي في الهبة في حال تعذر الرجوع الرضائي ، هذه الأعدار أساسا غير موجوده في الفقه الإسلامي كما هو معلوم بوجه عام ، كما أنها استمدت من الشرائع الأجنبية ، مضافا لذلك أن عقد الهبة في القانون المدني الفرنسي يختلف عن تنظيمه في القانون المدني المصري والقانون المدني العراقي ، مما جعل القوانين الثلاث يقع فيما بينهم اختلاف في تقرير أعدار أو أسباب الرجوع في الهبة ، وبناء على ذلك سندرس أسباب الرجوع بالهبة في القوانين العراقي والمصري والفرنسي.

تاريخ الاستلام : ٢٠٢٤/٧/٢٥

تاريخ القبول: ٢٠٢٤/٩/٥

تاريخ النشر: ٢٠٢٤/٩/١٤

كلمات مفتاحية : عقد الهبة - الرجوع في الهبة - أسباب الرجوع في الهبة

المقدمة

أولاً : موضوع البحث

إنّ موضوع البحث ينصبُّ أساساً على تقنين أسباب الرجوع القضائي في الهبة في القانون، فالرجوع بحسب القانون المدني ، فإنه يتم إمّا بالتراضي مع الموهوب له على الرجوع في الهبة ، أو في حال رفض الموهوب له الرجوع ، أو قيام نزاع من نوع ما فإنه يتم بالتقاضي ، بمعنى أنه غير معتمد تماماً على إرادة الواهب فقط في الرجوع ، فهو إمّا أن يتم رضاء ، أو يكون قضاء بترخيص من القضاء ، ولكن في الرجوع القضائي يُشترط قانوناً لايقاعه قضاء أولاً : (وجود السبب المقبول) من قبل القضاء ، و ثانياً : (انعدام المانع من الرجوع) وهذا ما نصّ عليه القانون المدني العراقي النافذ⁽¹⁾ فالرجوع في الهبة كأصل عام ، يُعدّ حلاً للرابطة العقدية ، ولكنه مقيد بارتفاع المانع وتوافر السبب المقبول ، و المشرع العراقي توقّعاً منه لحدوث نزاعات قضائية بعد نفاذ عقد الهبة ؛ ولغرض استقرار المعاملات فيما بين الأفراد في المجتمع ، نظّم هذه الحالة مبيناً كل من موانع الرجوع بالهبة ، والتي عدّها على سبيل الحصر، والتي هي مقررة من قبل في الفقه الإسلامي أصلاً ، كما ذكر بعض الأسباب التي لا يشترطها الفقه الإسلامي أساساً ، ولكن المشرع العراقي استمدّها من المشرع المصري وقوانين أخرى ، والقانون المصري بدوره استمدّها من الشرائع الأجنبية بحسب ما ذكر ، والتي يُشترط توافر إحداها ، لكي يُسمح للواهب بالرجوع في هبته ، هذه الأسباب تُعدّ مقبولةً بنوع خاص من قبل القضاء ، وقد عدّها المشرع العراقي على نحو المثل والدلالة⁽²⁾ لا على نحو الحصر والتقيد ، مراعيّاً في ذلك الحقوق المكتسبة للغير ، خلال المدّة ما بين إبرام العقد والرجوع فيه ، بحيث جعل القانون المدني المصري ، وبعده القانون المدني العراقي عقد الهبة ملزماً للواهب على نحو كبير ، فهو لا يستطيع الرجوع إلا بالتراضي مع الموهوب له ، أو بالتقاضي في حال رفض الموهوب له ، و يشترط للحكم لمصلحة الواهب وجود السبب المقبول وارتفاع المانع من الرجوع ، مما جعل العقد أقرب ما يكون للعقد اللازم ، فنتناول في هذا البحث أسباب الرجوع القضائي في الهبة في القانون بصورة مفصلة .

ثانياً : مشكلة البحث

⁽¹⁾ المادة (620) من القانون المدني العراقي ، رقم 40 لسنة 1951 المعدل تنص على أنه : (للواهب أن يرجع في الهبة برضاء الموهوب له ، فإن لم يرَضَ كان للواهب حق الرجوع عند تحقّق سبب مقبول ما لم يوجد مانع من الرجوع) .

⁽²⁾ المواد من : (620) إلى : (625) من القانون المدني العراقي النافذ ، والتي تقابل المواد من : (500) إلى : (504) من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 المعدل ، والمواد من (953) إلى (966) من القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 المعدل .

تكمن مشكلة البحث في تأصيل تقنين أسباب الرجوع القضائي في الهبة ، التي استمدت من الشرائع الأجنبية كما سنرى ، مما جعلها قيداً موضوعاً على الواهب ، في مسألة رجوعه في هبته ، وتقييداً لإرادته ، بالرغم من أنها - أي الهبة - من العقود غير اللازمة بالأصل ، التي يجوز الرجوع فيها دون قيد أو شرط ، ما لم يوجد مانع من الرجوع ، وعلى وجه الخصوص أن غالبية تنظيمها القانوني مستمد من الفقه الإسلامي ، الذي يمنع بدوره الواهب من الرجوع في هبته إن وجد المانع فقط ، دون اشتراطه لتلك الأسباب أو الأعداء التي وردت في القانون المدني العراقي والمصري ، وعليه سنقوم ببحث هذه الأسباب وبيان جذورها وأصولها بطريقة مقارنة بين القوانين قيد المقارنة.

ثالثاً : أهمية البحث

تبرز الأهمية العلمية للبحث من خلال مناقشة وتأصيل أسباب الرجوع القضائي في الهبة من ناحية قانونية ، وحصر وبيان مواطن الخلاف فيها ، بالرغم من أن الرجوع في الهبة عموماً هو استثناء بنص القانون ، فلا يجوز التوسع فيه ، لذا وجب تحديد نطاقه القانوني ، وتحديد أطره لكي يمكن الالتزام بسريانها ضمن النطاق الذي اتجهت له إرادة المشرع ، وعدم امتداده خارج هذا النطاق ، كما نود بيان أن الرجوع في الهبة في حقيقته ، مستمد من الرجوع في العقد عموماً ، بمعنى أن الرجوع في العقد هو في الحقيقة طريق مستقل لانحلال العقد ، مثله مثل الفسخ بأنواعه والإقالة والالغاء ، فهو يختلف عن طرق الفسخ بأنواعه ، كما أنه يختلف عن الإقالة ، وإن كان بعض الفقهاء أعطوا لبعض من حالاته الفسخ أو الإقالة ، كما له استقلاليتة ووجوده المقرر قانوناً ، ومن الجانب العملي ، وهذا ما لمسناه في أروقة المحاكم ، أن بعض الهبات يجب أن لا يطبق عليها نظام الرجوع في الهبة ، وإنما الفسخ لكون الهبة ، إما أن تكون معوضة أو مشروطة ، ومن ثم تتقلب طبيعة العقد من عقد ملزم لجانب واحد ، إلى عقد ملزم للجانبين ، تطبق عليه نظم الفسخ أو الإقالة بحسب الأحوال وهذا ما يقرره القانون.

رابعاً : نطاق البحث

إن النطاق الموضوعي للبحث يتضمن بيان ماهية وشرح وتأصيل لأسباب الرجوع القضائي في الهبة من الناحية القانونية ، وأما بخصوص نطاق المقارنة بين القوانين المدنية فإنها تشمل كل من القانون المدني العراقي⁽¹⁾ والقانون المدني المصري⁽²⁾ . وكذلك القانون المدني الفرنسي⁽³⁾ وفق آخر التعديلات لهذه القوانين ،

⁽¹⁾ القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل.

⁽²⁾ القانون المدني المصري رقم (138) لسنة 1948 المعدل.

⁽³⁾ القانون المدني الفرنسي قانون نابليون لسنة 1804 المعدل.

وفيما يتعلق بنطاق المقارنة القضائي فإننا سنزُفُدراسة مجموعة من القرارات القضائية العراقية والمصرية والفرنسية ، سواء الصادرة من قبل محكمة التمييز الاتحادية العراقية ، أو محكمة النقض المصرية أو محكمة النقض الفرنسية.

خامسا : منهج البحث

نستخدم المنهج التحليلي لعرض وتحليل بعض النصوص القانونية ، في القانون العراقي والمصري والفرنسي ، التي نظمت أسباب الرجوع القضائي في الهبة ، وكذلك القرارات القضائية الصادرة بهذا الشأن من قبل محكمة التمييز في العراق ، أو محكمة النقض في مصر وفرنسا ، لمعرفة مدى تطابق أحكام القضاء مع النصوص القانونية للرجوع القضائي في الهبة ، في كل من القضاء العراقي والمصري والفرنسي ، أم أن للقضاء العراقي والمقارن آراء واتجاهات تختلف عن التشريع والفقهاء القانوني ، كما سنستخدم المنهج المقارن بين القانون المدني العراقي و القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي⁽¹⁾ مع الإشارة لبعض آراء الفقهاء الإسلامي والقوانين المدنية العربية عند الضرورة .

سادسا : خطة البحث

بناء على ذلك سنبحث في هذه الدراسة وعلى ثلاثة مطالب ، إذ عقدنا المطلب الأول لتأصيل أسباب الرجوع القضائي في الهبة ، ونبحث فيه موقف القانون المدني من أسباب الرجوع القضائي في الهبة في الفرع الأول ، ثم نبين أهم خصائص الرجوع القضائي في الهبة في الفرع الثاني ، وخصصنا المطلب الثاني لأسباب الرجوع القضائي في الهبة المتعلقة بالواهب ، ونبحث في الفرع الأول منها عجز الواهب عن توفير أسباب المعيشة لنفسه ، وفي الفرع الثاني عجز الواهب عن الانفاق على من يتوجب عليه الانفاق عليهم قانونا ، وفي الفرع الثالث نبحث صيرورة ولد للواهب ، والمطلب الثالث خصصناه لأسباب الرجوع القضائي في الهبة المتعلقة بالموهوب له ، ونبحث فيها أولا الجحود الغليظ في الفرع الأول ، ثم قتل الموهوب له للواهب في الفرع الثاني ، وأخيرا في الفرع الثالث نبحث اخلال الموهوب له في التزاماته العقدية ثم نختم البحث بخاتمة تتضمن أهم النتائج والمقترحات

⁽¹⁾ القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 المعدل ، علماً أن مواد الرجوع في الهبة ، قد عُدلت سنة 2006 ، بالمرسوم الاشتراعي الصادر في : 31 حزيران لسنة 2006 ، والنافذ في 31 كانون الثاني لسنة 2007 ، والذي أحدث بدوره تغييراً في موضوع الرجوع في الهبة ، المواد من : (953) إلى: (966) من القسم الثاني: (استثناءات لقاعدة عدم إمكانية الرجوع في الهبات بين الأحياء) من الفصل الرابع : (الهبات بين الأحياء) من الباب الثاني: (التبرعات) ، يُنظر القانون المدني الفرنسي بالعربية ، طبعة الثامنة بعد المئة لسنة 2009، جامعة القديس يوسف ، مركز الدراسات الحقوقية للعالم العربي ، بيروت ، 2012 ، ص 945 وما بعدها .

المطلب الأول

تأصيل أسباب الرجوع القضائي في الهبة

نتناول في هذا المطلب تأصيل أسباب الرجوع القضائي في الهبة ، ومن خلال فرعين ، نخصص الفرع الأول لموقف القانون المدني وعلى وجه الخصوص القانون المدني العراقي والمصري من أسباب الرجوع القضائي في الهبة ، بحيث نبين من أين أتى بها فقهاء القانون المدني المصري ، ولماذا قررت هذه الأسباب واعتمدها لجان وضع القوانين المدنية ، علماً أن الفقه الإسلامي وعلى وجه الخصوص المذهب الحنفي ، الذي يعد المصدر الأساس لأحكام عقد الهبة ، في كل من القانونين المدنيين العراقي والمصري ، لم يشترط هذه الأسباب ، بل قرر فقط مجموعة من موانع الرجوع في الهبة التي تجعل من الهبة عقداً لازماً ، ومن ثم نعقد الفرع الثاني للخصائص الجوهرية لأسباب الرجوع القضائي في الهبة .

الفرع الأول

موقف القانون المدني من أسباب الرجوع القضائي في الهبة

إنّ عقد الهبة يعد من العقود المسماة في القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي ، كما أنّه من عقود التبرع⁽¹⁾ ولقد عرفه⁽²⁾ المشرع العراقي على أنه : (الهبة هي تملك مال لآخر بلا عوض)⁽³⁾ وعرفه المشرع المصري على أنه : (الهبة عقد يتصرف به الواهب في مال له دون عوض)⁽⁴⁾ وعرفه المشرع الفرنسي على أنه : (إن الهبة بين الأحياء هي عمل يتجرد بموجبه الواهب حالياً وبطريقة لا

¹ (عقود التبرع : هي مجموعة العقود التي يقدم فيها أحد العاقدین شيئاً دون مقابل ، فهي تقع في تقسيم العقود مقابل عقود المعاوضات ، فإذا انصبّ العقد على عمل سميت عقود تفضّل ، وإن انصبّت على المال والملكية سميت هبات ، أي أن العلاقة بين التبرع والهبة علاقة العام والخاص فكل هبة هي تبرع ، وليس كل تبرع هو هبة أي بينهما منطقياً علاقة عموم وخصوص مطلق ، فالتبرع أعم مطلقاً والهبة أخص مطلقاً ، يُنظر كل من : د. حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي ، العقود المسماة ، الرابطة للطبع ، بغداد ، 1954 ، ص 6 ، وأيضاً د. محمد حسني عباس ، العقد والإرادة المنفردة ، بدون عدد طبعة ، مكتبة النهضة المصرية ، القاهرة ، 1959 ، ص 53 .

² (على الرغم من أهمية التعريفات التشريعية إلا أنه من الناحية الشكلية يجب أن يبتعد المشرع قدر الإمكان عنها ، ويعمل جانب من الفقه القانوني المصري ذلك بالقول : التعريفات التشريعية تؤدي إلى جمود النص مع مرور الزمن ، جموداً لا يتلاءم مع تطور النظم القانونية مما يدفع فقهاء القانون إلى التحايل عليها ومحاولة تكييفها بما يتلاءم مع تطور النظم القانونية وحاجات المجتمع ، حول هذا الموضوع تفصيلاً يُنظر د. فايز محمد حسين ، أثر مشروع السنهاوري في القوانين المدنية العربية ، بحث منشور ، الشبكة العالمية.

³ (المادة (1/601) من القانون المدني العراقي المعدل .

⁴ (المادة (1/486) من القانون المدني المصري المعدل.

رجوع فيها عن الشيء الموهوب لمصلحة الموهوب له⁽¹⁾ ونلاحظ على التعريفات الثلاث السابقة أنها غير تامة ، لو طبقنا عليها شروط التعريف المنطقية بصورة دقيقة ، فهي غير جامعة ولا مانعة ، فالتعريف العراقي ينقصه بيان عقدية الهبة ، كما ينقص التعريف المصري أنه قد يختلط في بعض جوانبه مع الوصية ، إذ أن الوصية هي تملك بلا عوض ولكنه مضاف لما بعد الموت ، والتعريف الفرنسي أفضل منهما نوعاً ما رغم وقوع خلاف حول طبيعة عقد الهبة⁽²⁾ و عقد الهبة هو من العقود العينية التي لا تتم إلا بالقبض⁽³⁾ فالقبض فيه هو شرط لتتمام عقد الهبة⁽⁴⁾ كما يختلف عقد الهبة عن باقي عقود التبرع كونه ينصب على المال .

¹ () المادة (894) من القانون المدني الفرنسي المعدل .

² () عرف الشيخ جعفر بن الحسن المعروف بالحقوقي الحلي رضوان الله عليه عقد الهبة بأنه : (العقد المقتضي تملك العين بلا عوض تملكاً منجزاً حال حياة الواهب خالياً من قصد القرية) فنلاحظ في هذا التعريف أنه : بين لنا كافة خصائص عقد الهبة فبين لنا أنه عقد ، ومن العقود الناقلة للملكية ، وأنه من دون عوض ، ولا يكون إلا منجزاً ، لأنه يقتضي منه القبض ؛ لكي يتم ، ويكون حال حياة الواهب وهذا قيد احترازي لخراج الوصية من التعريف ؛ لأنها أيضاً تملك بلا عوض ، ولكنه مضاف لما بعد موت الموصي ، وأن العقد يكون خال من قصد القرية ، وهذا قيد احترازي لخراج الصدقة من التعريف ؛ لأنها نوع من الهبات لكن يلزم منها قصد القرية ، المحقق الحلي، شرائع الإسلام ، ج 2، ط 2 ، مطبعة أمير ، قم ، 1409 ، ص457 .

³ () عَدَّ القانون المدني العراقي القبض شرطاً لتتمام عقد الهبة ، أي ركناً لانعقادها ، لا شرطاً للزوم الهبة وعدم إمكانية الرجوع فيها ، أي أن القبض وفقاً لأحكام القانون المدني العراقي مستمد من الفقه الإسلامي ، فيكون القبض في عقد الهبة ركناً لانعقاد ، ولكن بعض فقهاء القانون المدني العراقي عدّوا أن شرط التمام دليل على اللزوم ، بينما هو دليل على الانعقاد لا اللزوم ، مما يترتب عليه أن عقد الهبة في القانون المدني العراقي عقد عيني في المنقول ، وهو عقد شكلي في هبة العقار ، ولا ينعقد إلا بالقبض فهو قبل القبض ، ما هو إلا وعد بعقد ، والوعد بالعقد العيني باطل لا يحدث أثراً ، فلا يلزم لا بالعقد ولا بالقبض إنما يلزم استثناء بوجود المانع ، بمعنى أن منشأ اللزوم فيه عارض عليه ، وهو ما يسمّى بالمانع ، الذي قد يظهر متزامناً مع الانعقاد أو قد يطرأ لاحقاً ويضاف له وجود السبب المقبول ، وحكم المحكمة بذلك .

⁴ () **شرط التمام** : اختلف فقهاء القانون في فهم ماهية شرط التمام ، هل يقصد به ركن من أركان الانعقاد ؟ أم يقصد به مجرد شرط لنفاذ وترتب آثار العقد ؟ وهناك عدة آراء كما يلي : أ - **الرأي الأول** : وهو رأي العلامة حسن علي الذنون في كتابه العقود المسماة ، إذ يعد شرط التمام الوارد في النص القانوني ، أن المقصد منه أن عقد الهبة لا ينعقد إلا بالقبض فيقول : (الرأي عندنا أن القبض يعتبر ركناً من أركان انعقاد عقد الهبة ، ويترتب على هذا الرأي أننا نذهب إلى أن المقصود بلفظ - ولا تتم الهبة - أي لا تتعقد ، فالحبة في فقه القانون المدني العراقي إذا انصبّت على منقول عقد عيني لا ينعقد إلا بالتسليم) - ب - **الرأي الثاني** : وهو رأي الدكتور مصطفى الزلمي إذ يقول في نقده لآراء فقهاء القانون ما نصّه : (عَدَّ بعض فقهاء القانون القبض في العقود العينية ركناً أو شرطاً لانعقاد ، وعلى سبيل المثال فسر فقهاء القانون في العراق - لا تتم - في المادة (603) من القانون المدني العراقي : (لا تتم الهبة في المنقول إلا بالقبض) ب (لا تتعقد) واتهموا الفقه الإسلامي بالإغراق في العقود العينية ، مع أن جمهور فقهاء الشريعة يعتبرون القبض في العقود العينية شرطاً لتتمام آثارها ، فهذه العقود تتعقد وتنشئ التزامات قبل القبض

وينفرد عقد الهبة عن العقود المسماة ببعض الخصائص ، ومن هذه الخصائص التي ينفرد بها عقد الهبة هو جواز الرجوع فيه⁽¹⁾ بناء على ذلك سنتطرق بصورة موجزة لبيان ماهية الرجوع القضائي في الهبة وإبراز مشخصاته القانونية ، فالرجوع في العقد بوجه عام⁽²⁾ وعقد الهبة بوجه خاص ، يعدّ نظاماً من النظم التي تؤدي إلى انحلال العقد وحل قوته الملزمة ، بإرادة واحدة ، بعد نفاذه وترتب آثاره القانونية وهو نظام تطبق أحكامه على عقد الهبة ، بقيود مخصوصة ، أفرغها المشرع المدني في نصوص قانونية ، وبالطبع فإنه لا يرد إلا على عقد الهبة الملزم لجانب واحد كأصل عام ، ونشأ صحيحاً من كل خلل يعتري العقد ، إن الأحكام الموضوعية لعقد الهبة ، في الأعم الأغلب نقلها المشرع القانوني العراقي وقبله المصري كما هي من الفقه الإسلامي ، وخصوصاً من المذهب الحنفي ، وكما ذكرنا سابقاً أن الفقه الإسلامي بوجه عام لم يتطرق لأسباب الرجوع القضائي في الهبة ، ولم يرد فيه وجوب توافر العذر المقبول ، ولكن بعض مذاهب الفقه الإسلامي تمنع الرجوع نهائياً ، والبعض الآخر يمنع الرجوع عند قيام المانع .

ولكنها لا تنشئ الحقوق للطرف الآخر إلا بعد القبض الذي هو شرط تمام آثارها لا لانعقادها) يُنظر: د. حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني ، مصدر سابق ، ص 15 ، د. مصطفى الزلمي ، نظرية الالتزام برد غير المستحق ، ط 2 ، المكتبة القانونية ، بغداد ، بدون سنة طبع ، ص 352.

⁽¹⁾ **خصائص عقد الهبة :** يمتاز عقد الهبة بخصائص تجعل منه عقداً متميزاً منها : أ- الشكلية : في العقار - ب- العينية : في المنقول - ج - الأهلية الخاصة : فأهلية التبرع أضيق نطاقاً من أهلية التصرف - د - الأحكام الخاصة بها : مثل : بطلان هبة الأموال المستقبلية - جعل الغلط في الشخص جوهرياً - التخفيف من ضمان الاستحقاق وضمن العيب - جواز الرجوع فيها إلا لمانع - يسر الطعن فيها بالصورية - يسر فيها الطعن بالدعوى البوليصة ، وهذه الأحكام كلها نوع من الاحتياط لتوفير جانب حمائي للواهب وورثته أيضاً ؛ لأنّ الهبة خروج عن المال دون مقابل ، فهي بهذا التنظيم القانوني تختلف عما هي عليه الحال في المعاملات ، بل حتى تختلف عن باقي عقود التبرع التي تقع على العمل والتي تسمى فقهاً عقود الفضل ، حول هذه الخصائص يُنظر، د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مجلد 5 ، العقود التي تقع على الملكية ، ط 3 ، مطبعة نهضة مصر ، 2011 ، هامش 2 ، ص 20.

⁽²⁾ **أنواع الرجوع في العقد :** إن مناشئ جواز الرجوع في العقد في القانون المدني- بمعنى عدم لزومية العقد - ثلاث وهي : أولاً : **الرجوع الذي تقتضيه طبيعة العقد ومقتضاه :** فتجيز الرجوع عنه فتجعل منه عقداً غير لازم وهي بذلك صفة أصلية في العقد مثال ذلك العارية من دون أجر والوديعة من دون أجر وغيرها . ثانياً : **الرجوع الناشئ عن وجود الخيار :** بحيث يلحق هذا الخيار بالعقد اللازم في الأصل فيجعل منه عقد غير لازم ، وهذه صفة عارضة أنشأها الاتفاق عادة مثل خيار الرؤية وخيار العيب وغيرها . **الثالث الرجوع التشريعي :** وهو رجوع بنص القانون تقتضيه حكمة التشريع بمعنى هو تدخّل المشرع في تعاقد معيّن ، يجعل لأحد طرفي هذا التعاقد خيار الرجوع فيه والتحلل منه ، بإرادته المنفردة خلال مدة محدّدة.

مما دفع بعض فقهاء القانون المدني المصري⁽¹⁾ ممن أشرفوا على وضع القانون المدني في مصر حينها ، إلى القول أن عقد الهبة بما هو عليه في الفقه الإسلامي ، ويقصدون المذهب الحنفي في كلامهم هذا ، يفقد لقوة اللزوم الكافية له كعقد ، ومن ثم فهو عقد ضعيف - بحسب قولهم - مما دفعهم للمحاولة للحد من إطلاق المذهب الحنفي في الرجوع في الهبة ؛ لأنّ المذهب الحنفي إنما اشترط الرضاء أو القضاء فقط ، أي الرجوع الرضائي ، أو الرجوع القضائي ، ولم يشترط وجوب توافر السبب أو العذر المقبول الذي يقول به القانون المدني حاليا ، فقد كان يترك للواهب نفسه تقدير العذر في الرجوع في هبته ، دون رقابة عليه من جانب القضاء في هذا الصدد .

فحاول واضعو القانون المدني المصري من تقييد هذا الإطلاق ، والحد منه فسعوا إلى تقريب قواعد الفقه الإسلامي من القانون المدني وخصوصا القوانين الأجنبية⁽²⁾ مضافاً إلى إكساب عقد الهبة مزيداً من قوة الإلزام - كما يعبرون - وذلك عن طريق وضع أسباب للرجوع القضائي في الهبة لا بد من توافرها لكي يتم قبول رجوع الواهب من قبل القضاء .

هذه الأسباب استمدّها واضعو القانون المدني المصري من القوانين المدنية الأجنبية ، مثل القانون المدني الفرنسي والسويسري والبولوني والألماني ، وهذه حقيقة لا يمكن انكارها ، بينما صرح بعض

⁽¹⁾ الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي مطلق وغير مقيد بضرورة توافر السبب : إن الفقه الإسلامي - الإمامي الاثنا عشري والحنفي - على وجه الخصوص يعد عقد الهبة من العقود الجائزة وليست العقود اللازمة ، إلا ما خرج عن الجواز إلى اللزوم بدليل يجعل من الهبة لازمة ، ألا وهي هنا موانع الرجوع في الهبة ليس إلّا ، وهي محددة على سبيل الحصر في كل من المذهبين ، والتي قال بها الإمامية الاثنا عشرية والأحناف على حد سواء ، إذ تجعل هذه الموانع من الهبة لازمة ، لا يمكن الرجوع فيها إلا بالتراضي ، أما بخصوص وجوب توافر أسباب أو أعدار للرجوع فلم يشترط الفقه الإسلامي - بمقدار ما بحثنا - و بكافة مذاهبه وجوب توافر السبب والعذر المقبول للرجوع في الهبة ، بحيث يقيد الرجوع بتوافر السبب لدى الواهب ، كما هي الحال في القوانين المدنية ، فالواهب بناء على هذا الرأي بإمكانه الرجوع بهبته ، ولو لم يوجد السبب والعذر المقبول ؛ متى ما كان لا يوجد مانع من الرجوع ، والعلة في هذا الحكم أن عقد الهبة عقد جائز في الأصل في الفقه الإسلامي ، وأما اللزوم فهو أمر طارئ عليه واللزوم منشؤه هنا قيام المانع من الرجوع ، والموانع في الفقه الإسلامي محددة تحديدا حصريا ، ويكون قيام مانع الرجوع إما متزامنا مع انعقاد عقد الهبة ، أو يكون لاحق على إبرام العقد ، والموانع في الفقه الإسلامي مذكورة بكل وضوح ، وبصورة لا تقبل الشك واللبس ، لكتّها قد تزيد أو تنقص من مذهب لآخر بحسب ثبوت أدلة المنع أو عدم ثبوتها ، ينظر: د . حسن محمد محمد بودي ، موانع الرجوع في الهبة ، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، دار الجامعة الجديدة ، 2015 ، ص 96 وما بعدها .

⁽²⁾ د. محمود جمال زكي ، مبادئ القانون المدني في العقود المسماة ، الصلح ، الهبة ، القرض ، الدخل الدائم ، العارية ، ط 1 ، دون سنة نشر ، ص 160.

الفقهاء بأنها موجودة في الفقه الإسلامي⁽¹⁾ وهذا ما صرّحت به مجموعة الأعمال التحضيرية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري بقولها : (وقد نقل المشروع أمثلة للعدر المقبول عن الشرائع الأجنبية)⁽²⁾.

على هذا النهج نفسه سار القانون المدني العراقي النافذ ، وهو ما صرحت به المذكرة الإيضاحية المختصرة لمشروع القانون المدني العراقي ، وذلك عند الكلام عن التعديلات التي أتى بها المشروع بقولها : (أما التعديل فإنه لم يجعل رجوع الواهب عن هبته مطلقاً ، بل شرط له إما رضا الموهوب له ، أو حدوث عذر مقبول للواهب يترجّح به جانب الرجوع ، وقد أورد المشروع أمثلة من العذر المقبول⁽³⁾ وبهذا التعديل أخذ المشروع طريقاً وسطاً بين الذهاب إلى جواز الرجوع مطلقاً ، وعدم إباحة الرجوع مطلقاً ، وبه قرب أيضاً بين الشريعة

(¹) وهو الرأي الذي قال به العلامة السنهاوري رحمه الله ، في اجتماعات اللجنة التحضيرية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري ، إذ أبدى رأياً نسبته للفقه المالكي ، عند قراءة المادة (529) من المشروع فقال كلاماً هذا نصه : (إن أحكامها مأخوذة من القانون المدني الفرنسي إلا أنها لا تتعارض مع الشريعة الإسلامية التي تقضي بالرجوع في الهبة بالتراضي أو بقضاء القاضي) فردّ عليه بعض أعضاء اللجنة : (إن الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي مطلق إلا في الأحوال التي يمنع منها مانع من الموانع المحددة بشكل حصري في الشريعة الإسلامية) فرد العلامة السنهاوري عليه : (بأن الرجوع في الشريعة الإسلامية غير مطلق ؛ لأن من ضمن بواعث الرجوع في الهبة في المالكية ، هو إخلال الموهوب له مما يجب عليه نحو الواهب أو نحو أحد أقاربه بحيث يكون هذا الإخلال جرحاً كبيراً من جانبه) ، ينظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، الجزء الرابع ، العقود المسماة ، وزارة العدل ، مطابع مذكور ، القاهرة ، بدون سنة طبع ، ص 287 . وهنا لنا عدّة ملاحظات وكما يلي : أولاً : إن العلامة السنهاوري رحمه الله ومن خلال جوابه على استفسار أعضاء اللجنة ، لم يذكر المصدر الذي اعتمد عليه ، فكان قرار اللجنة أنها تركت المادة تحت البحث ، ولكنها أقرت المادة لاحقاً : (أخذاً ببعض أقوال فقهاء الشريعة الإسلامية التي تحرم الرجوع في الهبة ، إلا عند العذر المقبول بعد أن كان الاتجاه إلى حذفها وأصبحت تحمل رقم 501) . ثانياً : إن النص ترك قيد البحث ، ومن ثم أقر على ما هو عليه ، ولا يعلم أحد ما هي نتيجة البحث ، إلا القول بأن اللجنة قد : (اعتمدت على أقوال بعض فقهاء الشريعة) فلا بد من بيان المصدر فالمسألة خلافية بوضوح ، فلا يمكن التعويل على رأي غير واضح فيها . ثالثاً : إن الاتجاه العام في الفقه المالكي بالأصل لا يقرر مبدأ الرجوع بالهبة ، كما هي الحال في الفقه الإمامي والحنفي ، لكي يكون من مستلزمات الرجوع اشتراط أسباب وأعدار للرجوع بالهبة. رابعاً : إن الفقه المالكي هو من أسس (مبدأ اعتصار الهبة) وهو الرجوع المقتصر على هبة الوالد لولده ، والذي لا يتوقّف بدوره على رضا الولد الموهوب له ، فضلاً أنه لا يتوقّف على حكم القاضي ، فمن باب أولى أنه لا يحتاج لتوافر السبب والعذر لتقرير الرجوع ،

(²) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، الجزء الرابع ، مصدر سابق ، ص 291.

(³) المادة (620) من القانون المدني العراقي .

الإسلامية ، وأحكام القوانين الأجنبية في أمر الهبة ، وأكسب عقد الهبة شيئاً من الصلابة والقوة والإلزام على النحو الذي تقتضيه العقود ، وإن كانت صبغة التبرع ظاهرة فيه⁽¹⁾ .

وهذا الكلام نفسه الوارد في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري في كلام هذا نصه : (والرجوع في الهبة نقلت أحكامه عن الشريعة الإسلامية ، فالهبة يجوز الرجوع فيها بالتراضي أو بالتقاضي وقد حدّد المشروع هذه القاعدة تحديداً واضحاً ، فليس معناها أن الهبة يجوز الرجوع فيها إطلاقاً ، بل يشترط في الرجوع إذا لم يرصّ الموهوب له ، أن يكون عند الواهب عذر مقبول فيه ، وأورد المشروع أمثلة من العذر المقبول ، مما يقرب الشريعة الإسلامية من القوانين الأجنبية ، وهناك موانع الرجوع في الهبة نقلت عن الشريعة الإسلامية ، كما قنّنها قنّري باشا في كتابه عن الأحوال الشخصية ، ويمكن القول بوجه عام أن المشروع أكسب عقد الهبة صلابة وقوة في الإلزام على النحو الذي ينبغي ، أن يكون لعقد هو وإن كان - تبرعاً - ملزم للمتعاقدين كسائر العقود⁽²⁾) وسنبين أهداف القانون المدني من التغيير الذي أحدثه واضعوه على تنظيم عقد الهبة ، ومقدار ما تحقّق من أهدافهم هذا ما سنبحثه في النقاط التالية :

الهدف الأول : رغبة المشرع المدني في تقريب الشريعة الإسلامية من القوانين الغربية

نقول بداية إن لكل هدف نقطة انطلاق يجب أن تكون صحيحة ، وأول خلل وقع فيه فقهاء القانون المدني هو أنهم انطلقوا من أساس غير دقيق تماماً ، وهو أنهم أرادوا تقريب الشريعة الإسلامية من القوانين الغربية - ربما - لفناعتهم المسبقة بأعلوية وكمال الفقه والقانون الغربي على الفقه الإسلامي ، بينما العكس هو الصحيح ، والدليل على ما نقول أنهم نسبوا الضعف لعقد الهبة ، دون دليل ناهض يدعم دعواهم ، غير قولهم أن يد الواهب مطلقة في الرجوع ، وهو دليل لا يصمد أمام المناقشة الدقيقة عند عودتنا للفقه الإسلامي ، وعليه فالمسار الذي سلكوه غير صحيح من عدّة وجوه وكما يلي :

1 - حاكمية وأعلوية الشريعة الإسلامية

الشريعة الإسلامية شريعة لها حاكمية وأعلوية على غيرها من الشرائع السماوية ، فضلاً عن الشرائع الوضعية ؛ لأنها من عند الله جل شأنه ، بمعنى أنها صادرة من جهة تتصف بالعصمة ، وهذا من خصائص الشريعة الموقرة ، وهذا الأمر متفق عليه عند كافة المسلمين بغض النظر عن مذاهبهم ، كما أن أحكام الشريعة الإسلامية فيها من المرونة ، ما يستوعب كل الوقائع الحياتية في الحال والاستقبال ، وهذا ما يغنينا عن

(1) د . منير القاضي ، المذكرة الإيضاحية المختصرة ، لمشروع القانون المدني العراقي ، مطبعة الحكومة ، بغداد ، 1948 ، ص 5.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ، للقانون المدني المصري ، ج 4 ، مصدر سابق ، ص 242.

الاقتباس من القوانين الغربية ، فلا ضرورة إلى إقحام مبادئ القوانين الغربية ، مع قواعد الشريعة الإسلامية ، رغم التباين الشديد بين الشريعتين ، وبما أن أحكام عقد الهبة عموماً مستمد من الفقه الإسلامي في القوانين العربية ، فيفترض على الباحث في الدراسات القانونية المقارنة بالشريعة الإسلامية ، أن يضع نصب عينيه حقيقة ، مفادها أن الشريعة الإسلامية نموذج متكامل يكون هو قطب رحي المقارنة ، بحيث نقيس عليه القوانين الوضعية وليس العكس ، فلا يكون الهدف هو : (تقريب الشريعة الإسلامية من القوانين الغربية كما ذهب إلى ذلك واضعو القانون المدني المصري - مع كل احترامنا لهم - بل العكس يجب أن يكون تقريب الفقه الغربي من الفقه الإسلامي)⁽¹⁾ .

مما دفع جانب من الفقه المصري ذاته للقول : (لقد خاب ظن المشرع المصري حينما أراد التوفيق بين ما أراد اقتباسه من القانون الفرنسي والألماني وبين محاولته تقريب أحكام الشريعة الإسلامية من القوانين المدنية)⁽²⁾ وعلى وجه الخصوص في مسألة كمسألة الرجوع في الهبة ، والتي بحثها الفقهاء المسلمون ومن كل المذاهب بحث مستفيض ، فنقطة البداية التي انطلق منها المشرع المصري في هذا الشأن أقل ما يقال عنها أنها لا تخلو من تأمل ؛ لأنه لا بد من النظر لعقد الهبة في الفقه الإسلامي ، كنظام متكامل لا أن يؤخذ منه بطريقة تجزئية ؛ ويضاف له أمور جوهرية من التشريعات الغربية ؛ لأن أي نظام أو نظرية في الفقه الإسلامي ، حالها حال أي نظام قانوني يشد بعضه بعضاً .

2 - المزج القانوني غير المتجانس لعقد الهبة

إن المزج التشريعي - لو جازت العبارة - الذي قام به واضعو القانون المدني المصري غير موفق ، وذلك لاختلاف التنظيم القانوني لعقد الهبة في القانون المدني الفرنسي ، عنه في الفقه الإسلامي ، إذ أن طبيعة العقد متباينة جداً ، فمن جانب فإن القانون المدني الفرنسي ، يجعل من عقد الهبة عقداً لازماً فيكون الأصل فيه عدم جواز الرجوع ، ويعطي بعض الاستثناءات على قاعدة عدم جواز الرجوع هذه ، بينما نجد أن الفقه الإسلامي والذي استمدت منه الأحكام الموضوعية لعقد الهبة في القانون المدني المصري - الفقه الحنفي - يجعل من عقد الهبة عقداً جائزاً ، أي عقد غير لازم بالاصطلاح القانوني ، فيجوز الرجوع فيه كأصل عام ، إلا إن وجد مانع من موانع الرجوع في الهبة ، هذا التباين الشديد لا يساعد على عملية المزج التي قام بها

(1) د. مصطفى أحمد عبدالجواد حجازي ، أحكام الرجوع القضائي في الهبة ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة 2000 ، ص 62 وما بعدها .

(2) د. إسماعيل عبد النبي شاهين ، انقضاء العقد بالإلغاء والرجوع في القانون المدني ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2013 ، ص 590 .

الفقهاء الذين وضعوا القانون المدني المصري ، والدليل على ذلك ما وقع بينهم من اختلاف بالرأي في جلسات مناقشة وكتابة مواد القانون المدني المصري.

الهدف الثاني : إكساب عقد الهبة قوة أكبر في الإلزام

كانت الغاية المهمة للجنة وضع المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري ، هي إكساب عقد الهبة مزيد من قوة الإلزام ، إذ نصت مذكرة المشروع التمهيدي على أنه : (إن هذا المشروع قد أكسب عقد الهبة صلابة وقوة في الإلزام ، على النحو الذي ينبغي أن يكون لعقد هو- وإن كان تبرعا - ملزما للمتعاقدين كسائر العقود)⁽¹⁾ إلا أن القول بأن المشرع المصري نجح في ذلك محل تأمل و نظر وذلك للأسباب التالية :

أولاً : الإخلال بتوازن العقد وتقييد لإرادة المتعاقد وتوسعة لسلطة القضاء

إن إيراد المشرع المصري قيوداً على حق الرجوع في الهبة ، واشترط أن يستند الواهب إلى عذر مقبول ، ضرب المشرع أمثلة له مستمدة من القوانين الغربية ، ليس دقيقاً تماماً ولا يمكن التسليم به دون مناقشة ؛ لأن أمر الرجوع تقريباً ، أصبح رهناً بسلطة القاضي من الناحية العملية وبمقدار كبير ، بعد أن كان حق الرجوع بيد الواهب ، وهذا يخالف مبادئ العدالة ، فيجب أن لا يضار واهب بهبته ؛ لأنه بالمحصلة النهائية خرج من ماله دون مقابل ، فلا يصح وتحت ذريعة أن المشرع المصري أراد أن يحد من إطلاق المذهب الحنفي بالرجوع في الهبة ، وهذا محل تأمل كبير ، بل إنه محل اعتراض ونقد حتى من قبل بعض جوانب الفقه القانوني المصري ذاته⁽²⁾.

ثانياً : دفع إشكالية ضعف قوة الإلزام في عقد الهبة

وأما ما يتعلق بإشكالية - ضعف قوة الإلزام في عقد الهبة - التي قال بها واضعو القانون المدني المصري ، نقول أن عقد الهبة لا يتصف بضعف في قوة الإلزام كما يدعون ؛ لأن الأساتذة الذين أشرفوا على وضع القوانين المدنية ، غاب عن عقولهم النيرة ما يلي :

1 - تنوع الجزاء في الشريعة الإسلامية

إن الشريعة الإسلامية الغراء وفي كل أحكامها المعاملاتية ، تمتاز بوجود عدة جوانب من الإلزام والجزاء ، تكتنف أحكام المعاملات أهمها الجزاء الأخروي ، فكل معاملة في الفقه الإسلامي قد تلحقها الحرمة الشرعية التي ترتب جزاء أخروياً ، وثالثها الإلزام الأخلاقي أو ما يسمى فقها الحرمة التنزيهية ، والشريعة بما أنها نظام

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج 4 ، مصدر سابق ، ص 242.

(2) يُنظر كل من : د. مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي ، مصدر سابق ، ص 62 وما بعدها ، وكذلك د. إسماعيل عبد النبي شاهين ، مصدر سابق ، ص 585 وما بعدها ، د. حسن محمد محمد بودي ، مصدر سابق ، ص 115 وما بعدها .

يشد بعضه بعضاً ، فإن الإنسان المسلم الملتزم بالشريعة يكفيه من (الردع الأخلاقي) أن يصفه رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بالقول : (بالكلب الراجع في قيئه) مما يشكل حرمة أخلاقية وتنزيهية مضافاً للحرمة الشرعية التي يستتبعها جزاء أخروي في غالب الأحوال.

2 - كفاية موانع الرجوع بالهبة كقيد على الرجوع وجانب حمائي للموهوب له و للغير

إن موانع الرجوع في الهبة التي نصّ عليها القانون المدني والتي نقلت بدورها من الفقه الإسلامي ، عند إمعان النظر فيها نراها تشكّل قيداً هاماً وكافياً ، على استعمال الواهب لحق الرجوع بهبته ، كما أنّها تسدّ الأعم الأغلب ، من احتمالات رجوع الواهب في الهبة ، بمعنى أنها تستغرق غالبية الحالات التي يحتمل وقوعها في الحياة العملية ، إذ قدر الشارع المقدّس أن مصلحة الموهوب له ، أو الغير ، أولى بالرعاية في هذه الحالات من مصلحة الواهب ، كما يجب أن لا ننسى أن الموانع تشكل حماية للغير حسن النية بمقدار كاف عند إمعان النظر فيها⁽¹⁾.

ثالثاً : عدم تضرر الموهوب له من الرجوع في الهبة

إن النظام القانوني الذي يستقل فيه الواهب بتقدير العذر ، الذي يبرر الرجوع في الهبة ليس فيه أي ضرر للموهوب له أو للغير ؛ لأن الموهوب له لم يلتزم بشيء في المقابل أصلاً ؛ لأن العقد من العقود الملزمة لجانب واحد هو الواهب فقط.

رابعاً : عدم الدقة في المقارنة

أضف إلى ذلك أن بعض التشريعات الغربية التي استقى منها المشرع المصري أمثلة للعذر المقبول الذي يجيز الرجوع - التشريع المدني الفرنسي - تعطى لعقد الهبة قوة أكبر في الإلزام مقارنة بموقف المشرع المصري ، هذه القوة ليس مصدرها تقنين الأسباب وتقييد الرجوع بتوافرها إنّما ؛ لأن التشريع الفرنسي نظم عقد الهبة تنظيمًا مختلفاً عما هو عليه الحال في القوانين المدنية العربية ، فالهبة بين الأحياء - وهي ما نحن بصدد بحثه - هي عقد لازم لا يجوز الرجوع فيه كأصل عام في القانون المدني الفرنسي ، إلا في حالات ثلاث هي : (حالة عدم تنفيذ الشروط التي تمت الهبة على أساسها ، وحالة الجحود ، وحالة ولادة ولد للواهب) مما لا يمكن القياس عليه لبناء نظام قانوني للرجوع وتنظيم عقد الهبة مختلف كل هذا الاختلاف الجوهر⁽²⁾.

(1) د. مصطفى أحمد عبدالجواد حجازي ، مصدر سابق ، ص 65.

(2) المصدر نفسه ، ص 66.

نخلص إلى أن المشرع المدني لم يكن موفقاً جداً فيما يتعلق بموضوع اكساب عقد الهبة مزيداً من القوة التي لم يكن يتصف بها كما يقولون ، بينما الحقيقة خلاف ما اعتقدوا لما سقناه من أدلة ويكون ما اكسب القانون المدني عقد الهبة من قوة في الإلزام ضئيل القدر عكس ما توهمه واضعوه⁽¹⁾.

الفرع الثاني

الخصائص الجوهرية لأسباب الرجوع القضائي في الهبة

هناك جملة من الخصائص الجوهرية التي تتصف بها أسباب الرجوع القضائي في الهبة نتولى بحثها تباعاً وعلى التفصيل الآتي :

أولاً : أسباب الرجوع قانوناً ليست واردة على سبيل الحصر

لم يشأ المشرع المدني العراقي وقبله المصري ، حصر الأسباب المقبولة التي يستند إليها الواهب للرجوع القضائي في الهبة ، بل أورد بعض الأسباب التي عدّها مقبولة بنوع خاص وألزم القضاء بقبولها بعد التأكد من وجودها وإثباتها من قبل مدعيها ، فالقانون المدني العراقي يظهر من موقفه أن الأسباب التي ساقها المشرع للرجوع القضائي في الهبة ، ليست مذكورة على سبيل الحصر ، بل على سبيل المثل والدلالة - كما سبق القول - باعتبارها سبب لتبرير طلب رجوع يقنع به قاضي الموضوع ، بما له من سلطة تقديرية ، منحها إياه القانون بنص تشريعي بقوله : (للواهب الرجوع أن يرجع في الهبة برضاء الموهوب له ، فإن لم يرصّ كان للواهب حق الرجوع عند تحقق سبب مقبول ما لم يوجد مانع من الرجوع)⁽²⁾ والحالات التي عدّها المشرع العراقي والمصري هي الغالبة الحدوث والأكثر وقوعاً في الحياة العملية ، وبما أنها ليست محدّدة على سبيل الحصر ؛ فإنّه لا يمنع من قيام أسباب أخرى شرط أن تتال مقبولة القضاء ، ولقد عالج المشرع العراقي أسباب الرجوع في الهبة في المادة (621) والتي نصت على أنه : (يعتبر بنوع خاص سبباً مقبولاً للرجوع في الهبة :

أ - أن يخلّ الموهوب له إخلالاً خطيراً بما يجب عليه نحو الواهب ، بحيث يكون هذا الإخلال من جانبه جحوداً غليظاً.

ب - أن يصبح الواهب عاجزاً عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية ، أو أن يصبح غير قادر على الوفاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة على الغير.

ج - أن يرزق الواهب بعد الهبة ولداً يبقى حياً إلى وقت الرجوع ، أو أن يكون للواهب ولداً يظنّه ميتاً وقت الهبة فإذا هو حي.

(1) د. إسماعيل عبدالنبي شاهين ، مصدر سابق ، ص 585.

(2) المادة (620) من القانون المدني العراقي.

د - أن يقصر الموهوب له في القيام بما اشترط عليه في العقد من التزامات بدون عذر مقبول⁽¹⁾.
ويتضح لنا من خلال عبارة النص السابق (يعتبر بنوع خاص سبباً مقبولاً للرجوع في الهبة....) أن هذه الأسباب إنما ورت على سبيل المثل والدلالة ، لا على سبيل الحصر والتقييد⁽²⁾ ولكن القصد من النص عليها أنها تكون مقبولة ، ومسألة قبولها تتوقف على قبول القضاء لها ، والتأكد من توافرها فعلا عند الواهب فعليه يقع عبء اثباتها .

وأما موقف القانون المدني الفرنسي كما هو معلوم أنه يختلف ؛ لأن الأصل فيه أن الهبة بين الأحياء تنعقد لازمة ، وهذا هو الأصل ، والاستثناء أنه أورد أسبابا للرجوع عددها على سبيل الحصر أيضا⁽³⁾ سنبحثها بشكل ضمني مع أسباب الرجوع في القانون المدني العراقي والمصري في المطلبين القادمين .

ثانياً : نطاق سريان أسباب الرجوع في الهبة

إن أسباب الرجوع تسري على جميع الهبات ، بما في ذلك الهبات غير المباشرة⁽⁴⁾ والهبات المستترة⁽⁵⁾ فهذه الهبات بكل أنواعها تخضع للأحكام الموضوعية في عقد الهبة ، ومن ذلك جواز الرجوع فيها إذا وجد لدى الواهب سبباً مقبولاً وارتفعت موانع الرجوع مسبقاً ، يستثنى من ذلك الهبات التي تنقلب طبيعتها لاقتربها بالعرض

مقارنة بين النص العراقي و النص المصري : يلاحظ أن النص المصري في الفقرة (أ) تنص على الجحود تجاه الواهب أو ⁽¹⁾ أحد أقاربه ، بينما في النص العراقي في الفقرة (أ) المقابلة لهذه اقتصر المشرع العراقي على النص على الجحود تجاه الواهب فقط ، دون النص على الأقارب ، كما أن النص المصري ينقص عذراً واحداً عن النص العراقي ، وهو أن يقصر الموهوب له في القيام بما اشترط عليه في العقد من التزامات بدون عذر مقبول ، وسنبحث ذلك مفصلاً عند التطرق لهذا العذر .

⁽²⁾ د . محي الدين اسماعيل علم الدين ، العقود المدنية الصغيرة في القانون المدني والشرعية الإسلامية والقوانين العربية ، ط 2 ، دار النهضة العربية ، جمهورية مصر العربية ، دون سنة طبع ، ص 54.

⁽³⁾ د. محمد كامل مرسي ، شرح القانون المدني الجديد ، العقود المسماة ، الجزء الثاني ، بدون عدد طبعة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2005 ، ص 191.

⁽⁴⁾ الهبة غير المباشرة : وهي الهبة التي يكتسب الموهوب له بمقتضاها حقاً عينياً أو حقاً شخصياً دون مقابل على سبيل التبرع دون أن ينتقل له هذا الحق مباشرة من الواهب ومن أمثلتها الإبراء من الدين ، والاشتراط لمصلحة الغير على سبيل التبرع ومن خصائصها سريان الرجوع عليها أيضاً. د. مصطفى أحمد حجازي ، مصدر سابق ، ص 19 .

⁽⁵⁾ الهبة المستترة : أما الهبة المستترة فهي هبة مباشرة في الحقيقة لكنها تظهر تحت عقد آخر هو العقد الساتر ومن أبرز أمثلتها الهبة المستترة تحت عقد بيع وهي أيضاً يسري الأحكام الموضوعية لعقد الهبة ومنها الرجوع . المصدر نفسه ص 19.

أو تلك المشروطة والمقترنة بتكليف معين يقع على عاتق الموهوب له ؛ لأنها بهذه الطبيعة والوصف تخرج من النظام القانوني للرجوع وتدخل في نظام الفسخ⁽¹⁾.

ثالثاً : أسباب الرجوع تخضع لسلطة القاضي التقديرية

إن رغبة المشرع القانوني في تقييد السلطة المطلقة للواهب في الرجوع ، دفعته إلى إخضاع تقدير السبب المقبول الذي يقدمه طالب الرجوع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع⁽²⁾ ودون تعقيب عليه من قبل محاكم التمييز أو النقض ، فجعل القضاء رقيباً عليه في ذلك ، فقد يجيبه إلى طلب الرجوع إذا اقتنع بهذا السبب ، كما أنه قد يرفض طلب الرجوع إذا رأى العكس ، وهذا ما يسير عليه التطبيق العملي على مستوى القضاء العراقي والمصري بشرط أن يكون الحكم مبنياً على أسباب صحيحة تكفي لحمل قضائه⁽³⁾.

المطلب الثاني

أسباب الرجوع القضائي في الهبة التي تتعلق بالواهب

نتناول في هذا المطلب أسباب الرجوع القضائي في الهبة ، وابتداءً نبحث الأسباب التي تتعلق بالواهب ، أي التي يكون مصدر نشوئها من قبل الواهب لا الموهوب له ، وفي ثلاثة فروع إذ خصصنا الفرع الأول لعجز الواهب عن توفير أسباب المعيشة لنفسه ، وأما الفرع الثاني فعقدناه لعجز الواهب عن الإنفاق على من تجب عليه نفقتهم ، أما الفرع الثالث فخصصناه لحالة ولادة ولد للواهب.

الفرع الأول

عجز الواهب عن توفير أسباب المعيشة لنفسه

نتناول في هذا الفرع بحث هذا السبب⁽⁴⁾ وهو عجز الواهب عن توفير أسباب المعيشة لنفسه ، في القانون المدني العراقي ثم في القانون المدني المصري ثم في القانون المدني الفرنسي وعلى التفصيل التالي :

(1) د . أنور طلبه ، العقود الصغيرة ، الهبة والوصية ، بدون عدد طبعة ، المكتب الجامعي الحديث ، 2004 ، ص 99 و 100.

(2) السلطة التقديرية للقاضي : هي النشاط الذهني والعقلي الذي يقوم به قاضي الموضوع في فهم الواقع المطروح عليه ، واستنباط العناصر التي تدخل في نطاق قاعدة قانونية معينة ، يقدر أنها هي التي تحكم النزاع المطروح عليه . د. أحمد محمود سعد ، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني ، ط 1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1988.

(3) د. عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مجلد 5 ، مصدر سابق ، ص 201.

(4) يلاحظ أن بعض القوانين المدنية تطلق عليها مصطلح أسباب الرجوع في الهبة ومنها القانون المدني العراقي والقانون المدني الأردني ، بينما البعض يسميها أعمار الرجوع في الهبة ، ومنها القانون المدني المصري والقانون المدني الكويتي.

أولاً : عجز الواهب عن توفير أسباب المعيشة لنفسه في القانون المدني العراقي

نص القانون المدني العراقي على الفرض الأول بالقول على أنه : (أن يصبح الواهب عاجزا عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية)⁽¹⁾ ويفهم من هذا النص بأن السبب يقوم عندما يعجز الواهب عن توفير أسباب معيشته ، فالمعيار هنا شخصي ، بمعنى أنه متعلق بشخص الواهب ، والنص مطلق والمطلق يجري على إطلاقه⁽²⁾ فسواء تحقق العجز بسبب الهبة ، أو لأسباب أخرى فهو سبب مقبول للرجوع فيها إن أثبت الواهب ذلك ، المشرع العراقي اقتبس هذا العذر من قانون الالتزامات السويسري⁽³⁾ ويذهب بعض جوانب الفقه العراقي إلى أن الرجوع هنا تملية قواعد العدالة⁽⁴⁾ فالواهب في هذه الحالة من وجهة نظر المشرع أحق وأجدر أن يكون القانون لجانبه ، لا لجانب الموهوب له ، الذي تلقى هذا الحق دونما مقابل واستفاد منه مدة من الوقت ، لكن هنا لنا وقفه تأمل مع المعيار الذي قال به المشرع وهو معيار (المكانة الاجتماعية) إذ يلاحظ على هذا المعيار ما يلي :

- 1- المرونة : بحيث أنه لا يمكن تحديد إطار عام لمفهوم المكانة الاجتماعية ، أو قل أنه يصعب علينا ذلك ، بمعنى أنه يصعب على القضاة ؛ لأن المكانة الاجتماعية معيار غير ثابت ولا يمكن القياس عليه.
 - 2 - النسبية : أن هذا المعيار نسبي ، ومتغير حتى بالنسبة للمجتمع الواحد ، بل حتى على مستوى المجتمعات الصغيرة ، بل ربما حتى على مستوى الأفراد ؛ لأنه شخصي وتحكمي.
- تأسيساً على النقطتين السابقتين أن هذا المعيار غير منضبط ، ويصعب من خلاله تحديد قيام السبب من عدمه مما يؤدي بدوره إلى صعوبة عمل القضاء وأن القضاء بالطبع ملزم بالحكم في الدعوى حينها ، مما قد يعرضهم للحرَج.

ثانياً : عجز الواهب عن توفير أسباب المعيشة لنفسه في القانون المدني المصري

(1) المادة (621/ب) من القانون المدني العراقي.

(2) المادة (160) من القانون المدني العراقي.

(3) إذ أن هذا القانون يقرر أن الواهب يستطيع الرجوع في الهبات اليدوية ، وفي الوعد بالهبة التي قام بتنفيذها ، وأنه يقتضي الرد بمقدار ما أثرى به الطرف الآخر ، إذا عجز الواهب عجزاً تاماً عن القيام بما يفرضه عليه القانون من الانفاق على نفسه أو على أسرته ، المادة (249) من قانون الالتزامات السويسري .

(4) د. حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي ، العقود المسماة ، الرابطة للطبع ، بغداد ، 1954 ، ص 48 ، 49.

يقرر القانون المدني المصري : (أن يصبح الواهب عاجزا عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية)⁽¹⁾ وعليه فالمشرع المصري أيضاً جعل هذه الحالة من الأعذار المقبولة التي تجيز الرجوع للواهب ، إذا أصبح عاجزا عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة ، بما يتفق ومكانته الاجتماعية ، وسواء كان العجز بسبب الهبة أو بسبب آخر⁽²⁾ كما لا يشترط وصول حالة الواهب لدرجة الفقر المدقع ، بل يكفي أن ينزل عن المستوى اللائق بمكانته الاجتماعية⁽³⁾ فلا يشترط أن يصير الواهب فقيراً بل يكون كافياً أن يقع في ضيق مالي ويقدر القضاء ، مسألة أن حالة العجز ، أو الضيق تبرر الرجوع⁽⁴⁾ ولا يمنع من الرجوع استعداد الموهوب له على الإنفاق على الواهب أو مد يد العون له ومساعدته ، إلا أن يقبل الواهب نفسه ذلك ، ويتنازل عن حقه في الرجوع وتقدير السبب المقبول هنا يعود لقاضي الموضوع ، ولا تعقيب عليه من محكمة التمييز أو النقض⁽⁵⁾ .

وهذا النص ترد عليه الإشكالات التي أوردناها تقريباً على النص العراقي إذ أن : المعيار كما هو واضح أن الذي يحكم النص - المكانة الاجتماعية - في غاية المرونة ، إذ ليس من الميسور تحديد تغير المكانة الاجتماعية تحديداً دقيقاً⁽⁶⁾ ومعيار المكانة الاجتماعية معيار غير منضبط أيضاً لأنه يختلف باختلاف الأشخاص والمجتمعات والوضع الاقتصادي.

ثالثاً : عجز الواهب عن توفير أسباب المعيشة لنفسه في القانون المدني الفرنسي

تطرق القانون المدني الفرنسي لهذه الحالة لكن بطريقة مختلفة عماورد في القانون المدني العراقي والمصري ، إذ عددها ضمن حالات الجحود من قبل الموهوب له تجاه الواهب ، فقد نص على أنه : (لا يمكن

⁽¹⁾ المادة (501/ب) من القانون المدني المصري.

⁽²⁾ د. عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مجلد 5 ، مصدر سابق ، ص 255.

⁽³⁾ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج 4 ، مصدر سابق ، ص 291 وكذلك د. محمد كامل مرسي ، شرح القانون المدني ، العقود المسماة ، مصدر سابق ، ص 205.

⁽⁴⁾ د . محي الدين اسماعيل علم الدين ، العقود المدنية الصغيرة في القانون المدني والشرعية الإسلامية والقوانين العربية ، مصدر سابق ، ص 54.

⁽⁵⁾ د. جمال الدين طه العاقل ، عقد الهبة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الهدى ، السيدة زينب ، مصر، 1978، ص 232.

⁽⁶⁾ د. إسماعيل عبد النبي شاهين ، مصدر سابق ، ص 593.

الرجوع بين الأحياء بسبب الجحود إلا في الحالات التالية : (3.. – إذا رفض إعطاءه نفقة) ⁽¹⁾ فمنح الواهب حق الرجوع في حال رفض الموهوب له الإنفاق على الواهب ، وبالمقابل منح الموهوب له الفرصة ؛ لأن يدرأ الرجوع عن نفسه وذلك بأن يقبل الموهوب له النفقة على الواهب ، فيمتنع الرجوع في الهبة ، وعليه لا يجوز للواهب الرجوع إلا إذا طلب من الموهوب له النفقة عليه فامتنع الموهوب له .

بمعنى أنه بالأصل أن الرجوع في الهبة بسبب عجز الواهب ليست مقررة ضمن الاستثناءات الثلاثة الأساسية (طروء ولد للواهب- الجحود- الامتناع عن أداء التكاليف) لكنها جعلت من ضمن حالات الجحود لو طلبها الواهب ، أو قد تكون هي التكاليف ذاته ولذلك كان للموهوب له في الحالة الثانية الحق في أن يدرأ الفسخ عنه بقبول الإنفاق على الواهب ، أو أن تعدّ من حالات الجحود ، كما قررها المشرع الفرنسي إذ عدّها ضمن الحالات التي يصدق عليها أنها من الجحود ، ودعوى الرجوع في الهبة بسبب الجحود تتعلق بالنظام العام فلا يجوز للواهب التنازل عنها قبل تحقق العمل الذي يشكل جحوداً ، والأمر يعود لسلطة القاضي التقديرية بصورة مطلقة في التحقق من حدوث الجحود أو عدمه ⁽²⁾ ويذهب القضاء الفرنسي إلى أن رفض النفقة المنصوص عليه في المادة (955) لا يشكل إلا حالة جحود تكون سبباً مقبولاً للرجوع في الهبة ، ولا تنشئ إطلاقاً أي التزام بالنفقة على الموهوب له ، إلا أن يعرضها الموهوب له على الواهب ويقبل ذلك فيدرأ الرجوع بهذه الطريقة ، وبعبارة أخرى أن مجرد رفض إعطاء النفقة من قبل الموهوب له للواهب لا يترتب عليه جزاء قانوني ⁽³⁾.

الفرع الثاني

عجز الواهب عن الإنفاق على من تجب عليه نفقتهم قانوناً

نتناول في هذا الفرع بيان موقف القوانين الثلاث القانون المدني العراقي و القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي حول عجز الواهب عن الإنفاق على من تجب عليه نفقتهم وعلى التفصيل التالي :

أولاً : عجز الواهب عن الإنفاق على من تجب عليه نفقتهم قانوناً في القانون العراقي

⁽¹⁾ المادة (3/955) من القانون المدني الفرنسي : (لا يمكن الرجوع بين الأحياء بسبب الجحود إلا في الحالات التالية : (3.. – إذا رفض إعطاءه نفقة).

⁽²⁾ القانون المدني الفرنسي بالعربية ، طبعة دالوز ، مصدر سابق ، 2009.

⁽³⁾ المصدر نفسه ، ص 947.

وهذا هو الفرض الثاني في الفقرة الخاصة بالعجز عن الإنفاق في القانون المدني العراقي فقد نص على أنه : (...أو أن يصبح غير قادر على الوفاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة على الغير...)⁽¹⁾ إن الأشخاص الذين تجب نفقتهم على الواهب ، هم كل من الأب والأم والزوجة والأولاد بمقتضى القانون ، فإن وقع الواهب في ضيق وعسر مالي من ذلك الإنفاق ، جاز له الرجوع وعدّ ذلك سببا مقبولا للرجوع في الهبة ، فالواهب الذي يعجز عن الإنفاق على من تجب عليه نفقتهم من الأقارب الذين يكونون بحق أولى من الموهوب له يحق له الرجوع في هبته تأسيسا على مقتضيات العدالة⁽²⁾.

ثانياً : عجز الواهب عن الإنفاق على من تجب عليه نفقتهم قانونا في القانون المدني المصري

يقرر القانون المدني المصري نفس هذا العذر إذا كان الواهب ملزماً بالإنفاق على شخص ، أو مجموعة أشخاص كالزوجة والأولاد والأقارب ، سواء بمقتضى القانون أو الشرع⁽³⁾ ثم اعتراه عجز عن الإنفاق عليهم بعد الهبة نتيجة ضيق مالي سواء بسبب الهبة ، أو بسبب آخر ، فإن هذا أيضاً يشكل عذراً مقبولاً في القانون المدني المصري للرجوع في الهبة⁽⁴⁾ إلا إذا قبل الواهب من الموهوب له مساعدته المالية ونزل بذلك عن حقه في الرجوع ، بعد أن قام العذر ، وقاضي الموضوع هنا أيضاً هو الذي يقدر ما إذا كان الضيق المالي الذي وقع فيه الواهب يشكل عذراً مقبولاً للرجوع أو لا⁽⁵⁾ .

وينتقد بعض جوانب الفقه المصري مسلك المشرع هذا ؛ لأنهم يعتبرونه لا ضرورة له ، وأن الفرض الأول في النص والذي هو العجز عن الإنفاق على النفس يستغرقه ، ولا حاجة لجعل الفرض فرضين ، بينما يذهب آخرون لخلاف ذلك ؛ لأن النص بهذه الحال ينفي الغموض ويمنع الاجتهادات القضائية ، كما أن نفقة الشخص على نفسه تختلف عما يعيلهم بحسب القرب والبعد⁽⁶⁾ ونحن نميل للرأي الثاني ؛ لأنه الأقرب للمنطق العقلي والقانوني.

(1) المادة (621 / ب) من القانون المدني العراقي .

(2) وهو الفرض الثاني في الفقرة (ب) من المادة (621) يُنظر د. حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي ، العقود المسماة ، مصدر سابق ، ص 49

(3) د. مصطفى أحمد حجازي ، مصدر سابق ، ص 92 و 93.

(4) د. جمال الدين طه العاقل ، مصدر سابق ، ص 231.

(5) د. عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مجلد 5 ، مصدر سابق ، ص 202 و 203.

(6) يُنظر كل من : د. مصطفى أحمد عبدالجواد حجازي ، مصدر سابق ، ص 92 و 94 وكذلك د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، مجلد 5 ، مصدر سابق ، هامش 1 ، ص 203.

نخلص إلى أن كل من المشرع العراقي والمصري يتوافقان تقريباً في هذا السبب الذي يجيز الرجوع في الهبة ، أما بخصوص القانون المدني الفرنسي لا يوجد فيه مقابل لهذا النص .

الفرع الثالث

صيرورة ولد للواهب

نتناول في هذا الفرع بحث مسألة صيرورة ولد للواهب وذلك في القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي وعلى التفصيل التالي :

أولاً : صيرورة ولد للواهب في القانون المدني العراقي

ورد هذا السبب في القانون المدني العراقي ، إذ نص على أنه : (أن يرزق الواهب بعد الهبة ولداً يبقى حياً إلى وقت الرجوع ، أو أن يكون للواهب ولد يظنه ميتاً وقت الهبة فإذا هو حي)⁽¹⁾ وهذا النص مقتبس من القانون المدني الفرنسي ، وقد أخذ هذا القانون بدوره عن القانون الروماني⁽²⁾ وهو في مضمونه يضم فرضين مختلفين الثاني يأخذ حكم الأول رغم اختلاف الواقعة :

1 - الفرض الأول : ولادة ولد للواهب

يفترض المشرع أن لا يكون للواهب ولد وقت صدور الهبة ، فهو قد وهب ماله بدافع أنه ليس له ولد يخلفه في ماله ، وكذلك دافع تفضيل الموهوب له على ورثته الآخرين إن وجدوا⁽³⁾.

2- الفرض الثاني : ظهور ولد للواهب

عَدَّ المشرع العراقي ظهور ولد للواهب حياً ، وقد كان يظنه ميتاً ، بمثابة ولادة ولد للواهب ، يجيز له الرجوع في الهبة ، فإن كان للواهب ولد يظنه ميتاً وقت صدور الهبة ، ثم يظهر أنه لا يزال حياً ففي مثل هذه الحالة ينعدم لديه الدافع إلى الهبة بشكل مؤكد أو على الأغلب ؛ ولذلك فإن المشرع يرجح مصلحة الواهب على مصلحة الموهوب له ويشترط لقبول هذا السبب للرجوع في الهبة الشروط التالية :

أ- أن لا يكون للواهب ولد وقت الهبة ؛ لأنه لو وهب وكان له ولد ، وقت الهبة فإنه يتمتع عليه الرجوع فيها بهذا السبب إلا أن يتوفر لديه سبب آخر كالجحود مثلاً .

ب - أن يولد له ولد بعد الهبة وأن يبقى الولد حياً لوقت الرجوع .

ج - أن يكون للواهب ولد يظنه ميتاً فإذا به حي .

⁽¹⁾ المادة (621/ج) من القانون المدني العراقي .

⁽²⁾ د. حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي ، العقود المسماة ، مصدر سابق ، ص 49 .

⁽³⁾ د. جمال الدين طه العاقل ، مصدر سابق ، ص 232 وما بعدها .

والأساس القانوني الذي يعلل به الفقهاء هذه الحالة مختلف فيه بين الفقهاء في أكثر من اتجاه وكما يلي

■ الاتجاه الأول : الشرط الفاسخ الضمني

يستند بعض فقهاء القانون إلى فكرة الشرط الفاسخ الضمني ، أي أن الواهب إنما اندفع للتبرع بالهبة ظناً منه أن لا يكون لديه ولد ، ولو يعلم بطرؤه ولد لما أقدم على الهبة ، ويذهب جانب من الفقه العراقي بالقول : (بأنه من الواضح خطأ هذا التبرير ؛ لأنه لو كان صحيحاً لجاز التنازل عن الرجوع بإعلان صريح عن الإرادة ، وهذا غير جائز في فقه القانون الفرنسي ؛ لأن هذا القانون يجعل الرجوع في هذه الحالة واقعا بقوة القانون ويعتبره من النظام العام ولا يقبل الاتفاق على التنازل عنه)⁽¹⁾.

كما يرد عليه أن القول بأن صيرورة ولد للواهب تقلل من الدافع للتبرع بالهبة ، ينقضه أن الكثير من الواهبين يهبون وهم لديهم أولاد كثر .

■ الاتجاه الثاني : حماية حق الولد

لذا ذهب جانب من الفقه القانوني إلى القول بأن الأساس الأقرب إلى روح التشريع وإلى علة النص هو أن الرجوع يتقرر لحماية حق الولد والنظر لمصلحته ، ومما لا شك فيه أن الرجوع هنا رهن بحكم القضاء ، إلا أنه يجب لفت النظر أن السلطة التقديرية للقضاء في الرجوع ، بسبب ولادة أو طرؤه ولد للواهب تكاد تنعدم ، إذ تنحصر سلطة القاضي التقديرية هنا بالتأكد من حصول الولادة أو ظهور الولد فقط فتكون سلطة القاضي هنا ليست مطلقة⁽²⁾.

ثانياً : صيرورة ولد أو ظهوره في القانون المدني المصري

يقرر المشرع المصري بهذا الصدد ، أن ولادة ولد للواهب يعدّ عذراً يبيح للواهب الرجوع في الهبة ، إن لم يكن هناك مانع⁽³⁾ ويشترط لتطبيق هذا العذر ما يلي :

1 - ولادة ولد للواهب الذي ليس له ولد سابق ، أي أن يكون وقت انعقاد الهبة عديم الولد ، وهنا تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري إلى القول : (والمفروض في ذلك أن الواهب لم يكن

(1) اختلاف الحكم بعد التعديل : هذا الرأي صحيح لكن بناء على النص القديم للمادة (960) من القانون المدني الفرنسي لكنها عدلت في تعديل سنة 2006 ولم يعد الرجوع واقعا بقوة القانون ، وإنما لا بد من المطالبة القضائية أي أن الرجوع في هذه الحالة أصبح جوازياً وليس واقعا بقوة القانون كما في السابق .

(2) المصدر السابق ، ص 49

(3) المادة (501/ج) من القانون المدني المصري .

لديه ولد ، وقت الهبة ثم رزق الولد بعدها ، أو كان له ولد ظنه ميتا فوهب ، ثم ظهر الولد فرجع في الهبة أما إذا كان له ولد وقت الهبة ، ثم رزق ولدا بعد ذلك فليس له الرجوع⁽¹⁾.

2 - بقاء الولد حيا لحين الرجوع فإذا مات الولد قبل الرجوع فقد زال العذر⁽²⁾.

3 - والمشرع يفترض أيضا أن الواهب لم يكن لديه ولد وقت الهبة⁽³⁾ فان كان له ولد حتى وإن كان جنينا سقط حق الرجوع ، كما أنه يستوي أن يكون الولد ذكرا أو أنثى⁽⁴⁾.

4 - أن يرزق الواهب ولدا حال حياته - أي الواهب - فلو مات الواهب وامرأته حامل وولدت بعد وفاته فلا رجوع ، وهذا بخلاف القانون المدني الفرنسي الذي يجيز هذه الحالة⁽⁵⁾.

5 - هذا العذر كباقي الأعدار في القانون المدني المصري يحتاج لحكم القضاء أي لا ينحل عقد الهبة من تلقاء نفسه أو بقوة القانون ، إلا أنه في هذا العذر تتعدم السلطة التقديرية للقاضي.

والذي يستفاد من هذا العذر أنه كثيرا ما يقدم الواهب على هبة ماله ، في الحالة التي لا يكون له فيها ولد عند إبرام عقد الهبة ، وذلك ظنا منه بأنه لن يكون له ابن يرثه ويترك له المال الموهوب ، فإذا ما رزق بولد وقام برفع دعوى الرجوع في الهبة ، فإنه يحكم له بالرجوع ، طالما أن الولد له أولوية الانتفاع بالمال الموهوب ، فالعلة القانونية المعتبرة في هذا العذر هي بروز شخص أحق بالمال من الموهوب له وهو ولد الواهب هذا كل ما في الأمر.

ثالثاً : صيرورة ولد أو ظهوره في القانون المدني الفرنسي

1 - موقف القانون المدني الفرنسي قبل تعديل القانون سنة 2006

كان القانون المدني الفرنسي⁽⁶⁾ يذهب إلى أن كل الهبات الحاصلة من أشخاص ، ليس لهم أولاد ولا ذرية على قيد الحياة وقت الهبة من أية قيمة كانت ، هذه الهبات وبأية صورة حصلت وسواء أكانت متبادلة أم من هبات المجازاة ، بل ولو كانت قد حصلت بشأن الزواج تبطل من نفسها ، بطرود ولد شرعي للواهب ولو كانت

⁽¹⁾ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج 4 ، مصدر سابق ، ص 291.

⁽²⁾ د . جمال الدين طه العاقل ، مصدر سابق ، ص 233.

⁽³⁾ د. محمد كامل مرسي ، مصدر سابق ، ص 206.

⁽⁴⁾ د. جمال الدين طه العاقل ، مصدر سابق ، ص 332.

⁽⁵⁾ المصدر نفسه ، 332 ، 333.

⁽⁶⁾ تناول المشرع الفرنسي هذا العذر في المادة (960) إلا أن هذه المادة عدلت في التعديل المشار إليه فكان موقف المشرع الفرنسي مختلفا قبل التعديل الأخير في سنة 2005/ 2006 والذي شمل نطاقه العديد من الأحكام الموضوعية لعقد الهبة.

ولادته بعد موت الواهب ، أو بالاعتراف بولد غير شرعي بزواج لاحق بشرط أن يكون مولودا بعد الهبة⁽¹⁾ والرجوع في هذه الحالة يقع من تلقاء نفسه - وبقوة القانون - من غير الحاجة إلى رفع دعوى أمام القضاء⁽²⁾ فكان يترتب على ذلك مجموعة من النتائج بين القانون المدني الفرنسي من جانب وكل من القانون المدني العراقي والمصري من جانب آخر وكما يلي:

أ- إن الواهب إذا رزق الولد بعد موته (أي كون الولد جنين حال حياة الوالد) كان هذا كافيا في القانون الفرنسي ؛ لأن الهبة فيه تتفسخ من تلقاء نفسها ، وهذا لا يكفي في كل من القانون العراقي المصري ؛ لأن الرجوع في الهبة لا يكون إلا بحكم القضاء ، ولا يجوز لورثة الواهب أن يتقدموا بطلب الرجوع ؛ لأن حق الرجوع لا ينتقل إلى الورثة.

ب- إن موت الولد قبل الرجوع في الهبة لا يمنع من انفساخ الهبة في القانون المدني الفرنسي ، أما في القانون المدني العراقي و المصري فيكون مانع من الرجوع في الهبة.

ج - القانون المدني الفرنسي سابقا قرر أن يكون لانفساخ عقد الهبة ، في حال ولادة ولد للواهب أثر رجعي مطلق ، يشمل حتى ما كسبه الغير ، مما يؤدي بدوره إلى ضياع حقوق الغير ، خصوصا الحسن النية ، الذي تستوجب مقتضيات العدالة التعاقدية حمايته ، ولعل هذا هو ما حدا بالمشعر الفرنسي إلى تدارك الأمر وتعديل المادة كما سنرى في النقطة التالية⁽³⁾.

2 - موقف القانون المدني الفرنسي بعد تعديل القانون سنة 2006

أما بعد تعديل نص المادة (960) والذي أصبح ينص على ما يلي : (كل الهبات بين الأحياء المعقودة من قبل أشخاص ليس لهم ولد أو فرع حي في حين عقد الهبة ، ومهما كانت قيمة هذه الهبات ، ومهما كان الأساس الذي تم الاستناد إليه لعقدها ، وحتى لو كانت متبادلة أو بعوض ، وحتى تلك الحاصلة بمناسبة الزواج

(1) د. إسماعيل عبدالنبي شاهين، مصدر سابق، ص 579.

(2) المادة (960) من القانون المدني الفرنسي القديمة تنص على أنه : (كل الهبات بين الأحياء المعقودة من قبل أشخاص ليس لهم ولد أو فرع حي في حين عقد الهبة ومهما كانت قيمة هذه الهبات ومهما كان الأساس الذي تم الاستناد إليه لعقدها ، وحتى لو كانت متبادلة أو بعوض ، وحتى تلك الحاصلة بمناسبة الزواج من قبل غير أصول الأزواج أو من قبل الزوجين الواحد لصالح الآخر ، يكون الرجوع عنها حتمي لمجرد ولادة ولد للواهب حتى بعد وفاة هذا الأخير).

(3) المادة (963) من القانون المدني الفرنسي تنص على أنه : (تعود الأموال والحقوق المشمولة بالهبة التي حصل الرجوع عنها إلى ذمة الواهب المالية ، خالية من أي عبء أو رهن عقاري حاصل بفعل الموهوب له دون أن تبقى مخصصة ولو على سبيل الاحتياط لرهن الزوجين العقاري القانوني ، ويكون الأمر على هذا النحو حتى ولو تم عقد الهبة بمناسبة زواج الموهوب له وأدخلت في عقد الزواج).

، من قبل غير أصول الزوجين أو من قبل الزوجين الواحد لصالح الآخر ، يمكن الرجوع عنها إذا كان صك الهبة يلحظ ذلك ، إذا ولد للواهب حتى بعد وفاة هذا الأخير أو تبناه وفق الأشكال وضمن الشروط المنصوص عليها في الفصل الأول من الباب الثامن من الكتاب الأول⁽¹⁾ فقد ذهب المشرع الفرنسي لتعديل - مبدأ حتمية الرجوع - المنصوص عليه في المادة (960) القديمة ، إلى القول مبدأ - جوازية الرجوع - بالنص : (..إذا كان صك الهبة يلحظ ذلك...) في ذات المادة المعدلة.

المطلب الثالث

أسباب الرجوع القضائي في الهبة الناشئة عن فعل الموهوب له

هذا المطلب عقدناه لأسباب الرجوع الناشئة عن فعل الموهوب له ، ويغلب أن تكون هذه الأفعال موجهة ضد الواهب ، وأولها ما يسمى الجحود الغليظ ، وهذا ما خصصنا له الفرع الأول ، أما الفرع الثاني فسنبحث فيه واقعة قتل الموهوب له للواهب ، أما الفرع الثالث فخصصناه لحالة إخلال الموهوب له بالتزاماته العقدية .

الفرع الأول

الجحود الغليظ

نتناول في هذا الفرع دراسة سبب من أسباب الرجوع المرتبطة بالموهوب له وهو الجحود الغليظ ، أو ما يسمى في القانون المدني المصري الجحود الكبير ، أو كما يسميه القانون المدني الفرنسي العقوق وندرس هذا الموضوع في القوانين الثلاث وعلى التفصيل التالي :

أولاً - الرجوع بسبب الجحود الغليظ في القانون المدني العراقي

نص المشرع العراقي هذا السبب بالقول : (يعتبر بنوع خاص سبباً مقبولاً للرجوع في الهبة : أ - أن يخل الموهوب له إخلالاً خطيراً بما يجب عليه نحو الواهب ، بحيث يكون هذا الإخلال من جانبه جحوداً غليظاً...)⁽²⁾ فإذا ما صدر من الموهوب له ما يدل على الجحود ، كأن ارتكب جريمة لا عذر له فيها جاز للواهب طلب الرجوع ، وليس من الضرورة أن يقع هذا الجحود بصورة مادية ، بل يشمل ما يمس الشعور والإحساس كالإهانة والسب ، كما لا يشترط أن يكون الجحود جريمة يعاقب عليها القانون ، وتقدير ذلك متروك لقاضي الموضوع⁽³⁾ .

⁽¹⁾ بدء نفاذ المادة (960) من القانون المدني الفرنسي المعدلة : في/ 1 كانون الثاني / يناير/ 2007.

⁽²⁾ المادة (621/أ) من القانون المدني العراقي.

⁽³⁾ د. حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي ، العقود المسماة ، مصدر سابق ، ص 47-48 .

وهذه المادة تشترط أن يكون إخلال الموهوب له تجاه الواهب فقط ، كما تشترط أن يكون الإخلال خطيراً ، والإخلال المقصود في القانون المدني العراقي هنا كما يفهم من النص أنه الإخلال الأدبي وليس العقدي ؛ لأن الإخلال العقدي خصص له المشرع العراقي ، فقرة أخرى ضمن نص المادة السابقة ، ويلاحظ أن النص العراقي يختلف عن موقف المشرع المصري بالأمور التالية :

1 - لم يفرد المشرع المصري للإخلال العقدي فقرة خاصة به ؛ لأنه على ما يبدو أنه ترك ذلك للقواعد العامة وهو اتجاه صحيح لأن القواعد العامة تستغرقه.

2 - ولم يحصر المشرع المصري الأفعال التي تشكل ذلك الإخلال بشخص الواهب بل وسع من دائرتها لشمّل الأقارب وهي صورة منتقدة كما سنرى.

ولنا وقفة تحليل وتساؤل مع هذا النص :

أ - قال المشرع : أن يخل الموهوب له والمقصود بالإخلال هنا حسب فهمنا هو الإخلال الأدبي ، والذي يعد عرفاً نكراناً لجميل الواهب المحسن والمتفضل ، فهل هذا ناشئ عن العقد ، أم أنه التزام نص عليه المشرع ؟ فيبدو أن هذا ما تقضي به العدالة عموماً ومجازاة الإحسان بالإحسان.

ب - مبدأ الجحود الغليظ ما هو معياره وما المقصود بالغلظة ، هل هي الجنحة صعوداً ، أم الجنائيات التي قد يرتكبها الموهوب له ، أم ما دون الجنحة مما يخل بالأداب والأخلاق ؟ بمعنى أن العرف هنا هو الحاكم بها ، وهذا قد يختلف من مجتمع لآخر .

لا يسعنا أمام هذا النص إلا أن نقول أنه في غاية المرونة مما يجعل مهمة القضاة في منتهى الصعوبة ، فكان الأحرى بالمشرع أن يحدد حالات للجحود ، أو على الأقل تحديد الإطار العام لهذا المبدأ ، وأما عن موقف القضاء العراقي فقد ذهب في العديد من القرارات القضائية إلى تأييد موقف المشرع العراقي فقد نصت محكمة تمييز العراق على أنه : (1) - لا يجوز للواهب الرجوع عن هبته ما لم يوجد سبب مقبول لهذا الرجوع - 2- أن من الأسباب المقبولة للرجوع ، إخلال الموهوب له إخلالاً خطيراً بما يجب عليه نحو الواهب⁽¹⁾.

ثانياً : الرجوع بسبب الجحود الكبير في القانون المدني المصري

هذا من أعمار الرجوع التي نص عليها القانون المدني المصري⁽²⁾ بالقول : (أن يخل الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب أو نحو أحد أقاربه بحيث يكون هذا الإخلال جحوداً كبيراً من جانبه) والملاحظ على هذا النص أن المشرع المصري

(1) محكمة التمييز ، 13/6/1954، القرار رقم : 897 ح - 1054.

(2) المادة (501/أ) من القانون المدني المصري.

يوسع من دائرة الإخلال تجاه الواهب ، بحيث يشمل كذلك إخلال الموهوب له بما يجب عليه نحو أحد أقارب الواهب وليس تجاه الواهب فقط ، ويذهب بعض جوانب الفقه المصري إلى وجوب التوسع في مفهوم الأقارب ليشمل الزوج والزوجة⁽¹⁾ .

و يلاحظ بأن النص المصري ليس كما هو عليه الحال في القانون المدني العراقي ، ولم يضع المشرع المصري معياراً منضبطاً للجود ولا صوراً محددة له⁽²⁾ وإنما تركه مرناً تحت سلطة القاضي التقديرية ، ووصفه فقط بالجود الكبير⁽³⁾ ولكن ذهب بعض جوانب الفقه المصري إلى أن المعيار هنا يتمثل في عدم إتيان الموهوب له بتصرف من شأنه الإخلال بالجميل والخروج عن ما يقتضيه الواجب تجاه الواهب وأقاربه⁽⁴⁾ ومصطلح الجود الكبير هنا يقابل مصطلح الجود الغليظ في القانون المدني العراقي ، ومصطلح العقوق في القانون المدني الفرنسي ، ولكن ورد في الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري والمذكرة الإيضاحية مثال للجود الكبير وهو : (أ- أن يصدر من الموهوب له ما يدل على جود كبير نحو الواهب أو نحو أحد من أقاربه كأن يرتكب جريمة لا عذر له فيها ضد أحد من هؤلاء...) ⁽⁵⁾ .

وفي هذا الصدد من عدم التحديد والحصص والذي استمده المشرع المصري من القانون المدني الألماني - كما سبق القول - يجعل موقف المشرع المصري مختلف عن المشرع الفرنسي ، الذي حدد على سبيل الحصر الحالات التي بالإمكان عدها جوداً من الموهوب له تجاه الواهب ، كما أن المشرع الفرنسي قصرها على شخص الواهب .

(1) د. عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط ، مجلد 5 ، مصدر سابق ، هامش 3، ص 200.

(2) د. مصطفى أحمد عبدالجواد حجازي ، مصدر سابق ، ص 80.

(3) النص المصري مأخوذ عن المادة (530) من القانون المدني الألماني الذي ينص على أنه: (يجوز نقض الهبة إذا أخل الموهوب له إخلالاً خطيراً بما يجب عليه نحو الواهب أو نحو أحد من ذويه بحيث يكون قد ارتكب جوداً كبيراً) حول هذا الموضوع يُنظر د. إسماعيل عبد النبي شاهين ، مصدر سابق ، ص 590 وما بعدها.

(4) د. جمال الدين طه العاقل ، مصدر سابق ، ص 230.

(5) د. مصطفى أحمد عبدالجواد حجازي ، مصدر سابق ، ص 80.

وهنا اختلف الفقه القانوني المصري بين مؤيد⁽¹⁾ ومعارض⁽²⁾ لمسلك المشرع المصري ، كما أن النص المصري يختلف عن النص العراقي إذ أنه يوسع من دائرة الإخلال تجاه الواهب ليشمل أقارب الواهب مضافاً للواهب نفسه ، فيكون بذلك أوسع نطاقاً من النص العراقي ، دون تحديد لدرجة القرابة وهذا نقص في التشريع المصري يجب تلافيه ، كما أنه منتقد أيضاً من قبل بعض جوانب الفقه القانوني المصري، ولكن العلامة السنهوري أشار إلى أن تحديد الأقارب هو من اختصاص قاضي الموضوع⁽³⁾.

والرجوع في هذه الحالة أشبه ما يكون جزاء لنكران جميل الواهب ، ولا يكون له أثر بالنسبة للغير ، وإنما يمس حقوق الموهوب له فقط ويؤدي لاسترداد الموهوب إن لم يكن هناك مانع كما أن الرجوع للجحود يسري على جميع أنواع الهبات ، سواء الرسمية وغير الرسمية ؛ لأن أحكام الرجوع من الأحكام الموضوعية لعقد الهبة ، ولذلك فإنها تسري على جميع أنواع الهبات المباشرة وغير المباشرة والمستترة⁽⁴⁾.

ثالثاً : الرجوع بسبب العقوق في القانون المدني الفرنسي

لقد حصر القانون المدني الفرنسي⁽⁵⁾ هذه الأفعال ؛ لأن الأصل فيه هو عدم جواز الرجوع في الهبة ، وهي :

1- الاعتداء على حياة الواهب.

2- إساءة الموهوب له للواهب إساءة جسيمة.

3- إذا ارتكب نحوه جريمة جسمية أو إهانة جسيمة.

4- إذا امتنع عن الإنفاق عليه.

(¹) الاتجاه الفقهي المؤيد لتوسعة نطاق الإخلال : العلامة السنهوري يؤيد مسلك المشرع المصري في ذلك حيث يطالب بتوسعة نطاق هذا الإخلال بالقول : ويجب التوسع في تفسير لفظ الأقارب ليشمل الزوج والزوجة كما يقول في الوسيط : (ولم يكن هناك محل لحصر الأعمال التي تتطوي على الجحود الكبير من جانب الموهوب له في تقنين يجعل الأصل جواز الرجوع في الهبة ، وهذا بخلاف القانون الفرنسي الذي حصر هذه الأعمال ؛ لأن الأصل فيه هو عدم الرجوع في الهبة) يُنظر : د. عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط ، مجلد 5 ، مصدر سابق ، هامش 3 ص 200 ، وكذلك هامش 2 ، ص 201.

(²) وهم كل من : مصطفى أحمد عبدالجواد حجازي ، مصدر سابق ، هامش 2 ، ص 81 ود. جمال زكي ود. أكثم الخولي ود. إسماعيل عبدالنبي شاهين وأغلب الفقه المصري على هذا الرأي يُنظر : د. إسماعيل عبد النبي شاهين ، مصدر سابق ، ص 590 وما بعدها.

(³) د. عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط ، مجلد 5 ، مصدر سابق ، ص 201.

(⁴) د. مصطفى أحمد عبدالجواد حجازي ، مصدر سابق ، ص 80.

(⁵) المادة (955) من القانون المدني الفرنسي.

- يقرر القانون المدني الفرنسي⁽¹⁾ والقضاء الفرنسي أيضا المبادئ التالية بخصوص عذر الجحود :
- أ - الرجوع لسبب الجحود لا يقع من تلقاء نفسه إطلاقاً ، أي لا تنتسخ الهبة بقوة القانون.
- ب - يترك أمر تقدير طبيعة هذه الأفعال التي تعدّ جحود وجسامتها إلى القضاء .
- ج - الذي يستطيع رفع دعوى الرجوع في هذه الحالة هو الواهب نفسه ، وليس لدائنيه حق رفع الدعوى غير المباشرة بإسم مدينهم .
- د - بالنسبة لورثة الواهب فإن المشرع الفرنسي لا يجيز لهم رفع الدعوى ابتداءً ، إلا في حالة ما إذا مات الواهب في السنة التي وقعت فيها الجريمة عليه أو اكتشفت هذه الجريمة⁽²⁾ ولا جدال في أنهم يستطيعون الاستمرار في دعوى الرجوع التي سبق لمورثهم أن قام بعرضها على القضاء .
- هـ - الهبات الحاصلة بشأن الزواج لا يجوز الرجوع فيها لسبب جحود جميل الواهب⁽³⁾ .
- وأساس هذا الرجوع بحسب رأي الفقه القانون هو عبارة عن عقوبة مدنية أو عقوبة خاصة أي أن أساسها فكرة الجزاء ، ولا عبرة هنا بحسب رأي القوانين المدنية بدرجة الضرر بل يمكن إيقاع هذه العقوبة دون وجود ضرر ما ، بل بمجرد وقوع ما يشكل الجحود⁽⁴⁾ .

الفرع الثاني

قتل الموهوب له للواهب

- نتناول في هذا الفرع بحث السبب الثاني وهو قتل الموهوب له للواهب في القانون المدني العراقي ، والقانون المدني المصري ، والقانون المدني الفرنسي وعلى التفصيل التالي :
- أولاً : الرجوع بسبب قتل الموهوب له للواهب في القانون المدني العراقي

(1) المادة (956) من القانون المدني الفرنسي .

(2) المادة (957) من القانون المدني الفرنسي : (يجب تقديم طلب الرجوع عن الهبة بسبب العقوق خلال سنة من تاريخ حصول الجرم الذي يسنده الواهب للموهوب له أو اعتباراً من اليوم الذي كان بإمكان الواهب أن يعلم بالجرم ، أن طلب الرجوع هذا لا يمكن تقديمه من قبل الواهب بوجه ورثة الموهوب له ، ولا من قبل ورثة الواهب بوجه الموهوب له ، ما لم يكن الواهب في الحالة الأخيرة هذه قد أقام الدعوى أو توفي خلال السنة التي حصل فيها الجرم) .

(3) المادة (959) من القانون المدني الفرنسي : (لا يمكن الرجوع عن الهبات بمناسبة الزواج بسبب العقوق) .

(4) د. إسماعيل عبد النبي شاهين ، مصدر سابق ، ص 592 .

تناول المشرع العراقي هذا السبب بالقول : (إذا قتل الموهوب له الواهب بلا وجه حق ، كان لورثته حق إبطال الهبة⁽¹⁾) إلا أنه اشترط الشروط التالية :

1 - لكي يجوز لورثة الواهب طلب إبطال هبة مورثهم ، أن يكون القتل قد تم عمداً وهذا بالطبع قيد لإخراج القتل دفاعاً عن النفس.

2 - أما الشرط الثاني فهو أن يكون القتل قد تم بلا وجه حق.

يفهم من هذه الشروط ، بأنه لو كان الموهوب له قتل الواهب في ظل حالة الدفاع الشرعي مثلاً ، فإنه في هذا الشرط ينتفي سبب الرجوع هذا ، ومن ثم لا يكون أمام ورثة الواهب طلب إبطال الهبة ، وهذا السبب أفرد له المشرع العراقي مادة خاصة به خلافاً للمشرع المصري الذي عد القتل من أنواع الجحود .

الجدير بالذكر أن هذه المادة لم تكن ضمن مواد المشروع التمهيدي للقانون العراقي إنما تم إضافتها بناء على اقتراح أحد أعضاء لجنة المشروع⁽²⁾ إذ قال أن : (القانون اللبناني جاء بنص جواز للورثة إبطال الهبة إذا قتل الموهوب له الواهب عمداً بلا وجه حق فأرى الأخذ بمثل هذا المبدأ في المشروع) ، وبعد المناقشة أقر الأعضاء الاقتراحات المتقدمة ، وأضيفت مادة تتضمن الاقتراح السالف الذكر وعدت المادة (132) من المشروع النهائي⁽³⁾ ويؤيد جانب الفقه العراقي هذا المسلك ويعدّه من باب العدالة والإنصاف ، كما أنه يساير القواعد الشرعية ، فإذا كان الإبن القاتل يحرم من تركة أبيه ، فمن باب أولى حرمان الموهوب له القاتل من نعمة الهبة والإحسان التي صدرت من الواهب القاتل⁽⁴⁾ وبخلاف ذلك لا يؤيد بعض جوانب الفقه العراقي والمصري⁽⁵⁾ مسلك المشرع العراقي هذا من حيث تخصيص مادة مستقلة للقتل ، ونحن بدورنا لنا وقفة تأمل وملاحظات

(1) المادة (622) من القانون المدني العراقي.

(2) وهو الأستاذ أنطوان شماس في الاجتماع التمهيدي التاسع ، في الساعة السادسة من مساء يوم الاثنين 13/12/1943 والمنعقد في قاعة الاجتماعات في ديوان مجلس الوزراء ، وكان الاجتماع برئاسة نائب رئيس اللجنة السيد نوري القاضي ، وعضوية كل من أنطوان شماس ، وعبد الجبار التكرلي ، وحسن سامي تاتار ، ونشأت السنوي ، ومحمد حسن كبة ، ومنير القاضي ، وكامل السامرائي ، ينظر : ضياء شيت خطاب و آخرون ، القانون المدني رقم (40) لسنة 1951 مع مجموعة الأعمال التحضيرية ، مصدر سابق ، ص.

(3) ضياء شيت خطاب و آخرون ، القانون المدني رقم (40) لسنة 1951 مع مجموعة الأعمال التحضيرية ، مصدر سابق ، ص 133.

(4) د . منير القاضي ، المذكرة الإيضاحية المختصرة لمشروع القانون المدني ، مصدر سابق ، ص 5.

(5) يُنظر كل من د. عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مجلد 5 ، مصدر سابق ، ص 200 ، هامش 2 ، وكذلك د. حسن علي الذنون ، العقود المسماة ، عقد الهبة ، مصدر سابق ، ص 51.

للقند الموجه للمشرع العراقي⁽¹⁾ من أن هذه المادة إنما هي نوع من التزيد الذي لا مبرر له من قبل المشرع العراقي ، إذ قالوا : أن الفقرة رقم(أ) من المادة(621) وهي الفقرة الخاصة بمبدأ (الجود الغليظ) تغني عن ذكر المادة (622) الخاصة بسبب الرجوع للقتل ، أي بعبارة أخرى أنها تستغرقها ، ولا حاجة للتكرار ؛ لأن الرجوع لتصرف ما ، يعد جوداً من قبل الموهوب له للواهب من باب أولى ، أنه يمكن الرجوع لسبب القتل وهل وراء القتل جود؟ ونحن نختلف مع أصحاب النقد المحترمين للأسباب التالية :

أ - إن كل من الفقيهين⁽²⁾ نظراً من زاوية واحدة للموضوع ، وهي أن فقرة الجود تستغرق واقعة القتل ، وهذا صحيح جداً بهذا المقدار ، إلا أنهما غفلا عن أن حق الرجوع حق قائم على الاعتبار الشخصي ، ولا يورث ، ومن ثم فلا كلام هنا عن الرجوع أصلاً ؛ لأن الرجوع لا ينتقل بالإرث كما أنه لا توجد علاقة تعاقدية تربط بين ورثة الواهب القاتل والموهوب له القاتل ، إنما يمكنهم الرجوع عليه بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية وليس المسؤولية العقدية ، كتعويض عن الضرر الأدبي الذي ألحقه بهم الموهوب له القاتل.

ب - إن حق الرجوع حق استثنائي ، والاستثناء لا يمكن التوسع فيه ، إلا بنص القانون ، ومن ثم لا يمكن ، أن ينتقل بالإرث إلا أن ينص القانون على ذلك ، وهنا نص القانون كما نرى ولو لم ينص لربما كانت هناك اجتهادات خاطئة⁽³⁾.

ج - أنهما لم يلحظا أن المادة (622) إنما تنص على أن الرجوع ، إن طالب به الورثة يعد إبطالا لعقد الهبة⁽⁴⁾ ، وهو بهذا الوصف أي الإبطال نظام يختلف عن الرجوع ، إن تم بناء على حكم المادة (621) الفقرة (أ) فالرجوع طبقاً لمادة القتل نستطيع أن نسميه رجوع عقابي⁽⁵⁾ وهو رفع للعقد من الأصل ومحو جميع آثاره ،

(1) د. عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مجلد 5 ، مصدر سابق ، هامش 2، ص 200.

(2) د. عبدالرزاق أحمد السنهوري ، ود . علي حسن الذنون .

(3) د . بدر جاسم اليعقوب ، عقد الهبة في القانون المدني الكويتي ، دراسة مقارنة ، ط 1 ، الكويت ، 1986 ، ص 435.

(4) من الأخطاء التي وقع فيها المشرع الكويتي في مادة (540) من القانون المدني الكويتي هي أنه قرر أن للورثة الحق في فسخ عقد الهبة ، فاستعمال لفظ (فسخ) هنا غير دقيق لأن الفسخ لا يكون إلا في حال وجود إخلال من أحد أطراف العقد الملزمة للجانبين والهبة في الأصل تعد عقداً ملزماً لجانب واحد ، كما أن الفسخ لا يكون إلا في حال وجود إخلال من أحد أطراف العقد بالتزامه المتولدة عن نفس العقد . ينظر المصدر نفسه ، ص 435.

(5) أي أنه جزء لما أقدم عليه الموهوب له من نكران للجميل ، بل هو أقصى درجات الجود للذي أحسن إليه وهو نوع من الجزاء المدني والعقوبة الخاصة.

واعتباره كأن لم يكن ، بينما الرجوع طبقاً لمبدأ الجحود الغليظ يتم وفق سياق قانوني آخر يرتب حقوق والتزامات لكل من الواهب والموهوب له يتقلب بين موانع الرجوع وأسبابه.

د - إن قتل الموهوب له للواهب يتسبب في قيام مانع من موانع الرجوع وهو موت الواهب فلو ترك الأمر كما هو لكان ذلك دافعاً للموهوب لهم للاعتداء على الواهبين.

هـ - إن القول بعدم تخصيص النص يجعل الورثة عاجزين عن مطالبة الوارث باستعادة الهبة ، ويبقى لهم حق المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق بهم جراء فقد مورثهم طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية.

بناءً على ما سبق وبحسب رأينا القاصر ولما سقناه من أدلة فإننا لا نتفق مع ما ذهب إليه كل من العلامة السنهاوري والعلامة حسن علي الذنون رحمهما الله من النقد الموجه للمشرع العراقي ، بل إن المشرع العراقي أحسن بالنص عليه.

ثانياً : الرجوع بسبب قتل الموهوب له للواهب في القانون المدني المصري

لا يوجد نص قانوني مستقل يشير لهذه الحالة في القانون المدني المصري ؛ لأنه عدّها من ضمن حالات إخلال الموهوب له تجاه الواهب (الجحود) وقد طالب بعض جانب من الفقه المصري على النص على هذه الحالة بشكل مستقل⁽¹⁾.

ثالثاً : الرجوع بسبب قتل الموهوب له للواهب في القانون المدني الفرنسي

سبق القول أن القاعدة العامة في القانون المدني الفرنسي أنه لا يجوز للواهب الرجوع في هبته ، إلا أن القانون المدني الفرنسي في الوقت نفسه ، أجاز للواهب أن يرجع في هبته في بعض الحالات استثناءً من هذه القاعدة العامة ومنها جحود الموهوب له ، إذ وردت هذه الحالات على سبيل الحصر إحداها حالة الاعتداء على حياة الواهب⁽²⁾ أي أن المشرع الفرنسي عالج هذه الحالة ضمن حالات الجحود⁽³⁾ ويرد على هذا النص الأحكام التالية :

(1) د. مصطفى أحمد حجازي ، مصدر سابق ، ص 190.

(2) المادة (894) من القانون المدني الفرنسي : (الهبة عقد يتجرد به الواهب عن الشيء الموهوب في الحال ومن غير رجوع لمصلحة الموهوب له الذي يقبله) وقاعدة عدم الرجوع في الهبة تلقاها المشرع الفرنسي عن مبدأ كان مقررًا في القانون الفرنسي القديم ومقتضاه أن (الإعطاء والرجوع لا يجتمعان).

(3) المادة (955) من القانون المدني الفرنسي : (لا يمكن الرجوع عن الهبة بين الأحياء بسبب العقوق إلا في الحالات التالية 1- إذا تعدى الموهوب له على حياة الواهب - 2 - إذا كان مسئولاً عن سوء معاملة الواهب أو عن جنحة بحدقه أو عن إهانة جسيمة تجاهه - 3 - رفض عطاءه نفقة).

- 1 - هذه الحالة عدّها المشرع الفرنسي من النظام العام فلا يحق للواهب التنازل عنها قبل وقوع العمل الذي يشكل عقوقاً وجحوداً و من ثم ثبوت حقه فيه.
- 2 - ويمتلك قاضي الموضوع السلطة التقديرية في إمكانية قبول أو عدم قبول الوقائع المدلى بها أمامه ، أو إعطاء إمهال قانوني للموهوب له للقيام بالتتفيذ.
- 3 - ولا تطبق هذه المادة إلا أن تكون واقعة العقوق لاحقة لزمان الهبة.
- 4 - العقوق بسبب رفض الإنفاق لا يترتب عليه إلا الرجوع في الهبة ولا يترتب عليه جزاء قانوني آخر.
- 5 - هذه الحالة لا تتم إلا بحكم قضائي ولا ينفسخ العقد بقوة القانون⁽¹⁾.
- 6 - هذا النص لا يطبق على الهبات بين الأزواج ؛ لأن الزوجين بإمكانهما الرجوع عن الهبات المعقودة بينهما بكل حرية وفي أي وقت.
- 7 - تخضع دعوى الرجوع عن الهبة لعدم تنفيذ التكاليف للتقادم الثلاثيني.
- 8 - إن المشرع الفرنسي حصر الجحود بشخص الواهب فقط وكذلك فعل المشرع العراقي ، بخلاف المشرع المصري.

الفرع الثالث

إخلال الموهوب له بالتزاماته العقدية

نتناول في هذا الفرع الرجوع بسبب اخلال الموهوب له بالتزاماته التعاقدية ونبحث أولاً في القانون المدني العراقي ، ومن ثم نرى موقف القانون المدني المصري وأخيراً موقف القانون المدني الفرنسي وعلى التفصيل التالي :

أولاً : الرجوع بسبب إخلال الموهوب له بالتزاماته العقدية القانون المدني العراقي

لقد نص القانون المدني العراقي على أنه : (أن يقصر الموهوب له في القيام بما اشترط عليه في العقد من التزامات بدون عذر مقبول)⁽²⁾ ويظهر من هذا النص أن سبب الرجوع هنا هو الاخلال الصادر من الموهوب

(1) المادة (956) من القانون المدني الفرنسي تنص على أنه : (أن الرجوع عن الهبة بسبب عدم تنفيذ الشروط أو بسبب العقوق لا يحصل حكماً) .

(2) التأصيل التاريخي لنص المادة (621/د) : لقد تمت إضافة هذا النص بناء على اقتراح الأستاذ نشأت السنوي في الاجتماع التمهيدي التاسع للجنة المشروع التمهيدي للقانون المدني العراقي حيث قال : (القانون التركي جاء بنص يجوز للواهب الرجوع على الموهوب له إذا هو أخل بشروط كانت واجبة عليه في العقد ، كأن قال مثلاً وهبتك هذه الدار على شرط عدم الزواج أو على شرط عدم بيعها وما إلى ذلك ، فأخل الموهوب له بالشرط فهل ترون إضافة فقرة بهذا المثال إلى النص) فرد الأستاذ منير

له تجاه الواهب ، وهو عدم وفائه بما اشترط عليه في العقد ، وبما أن الهبة المقترنة بالشرط تعدّ عقداً ملزماً للجانبين ، فعلى من يقبل الهبة المشروطة أو المعوضة ، أن يلتزم بتنفيذ ما اشترط عليه في العقد لأن الهبة هنا مقابل عوض ، ومن ثم عند إخلال الموهوب له بهذا الالتزام يجوز للواهب أن يطلب التنفيذ العيني ، إن كان ذلك ممكناً ، أو أن يطلب الفسخ ، ولا عبء لجسامة الشرط هنا سواء كان خطيراً أو تافهاً ، ولا عبء أيضاً بنوع الالتزام فيستوي أن يكون محل الالتزام إعطاء شيء أو امتناع عن عمل ولا يقوم هذا السبب إلا بالشروط التالية :

أ - إذا أخل الموهوب له بما يخلق السبب للواهب بأن يطلب الرجوع طالما أن الطرف الآخر أخل بالالتزامه.
ب - عدم توافر العذر القانوني عند الموهوب له لكي يدرك عن نفسه الرجوع ، أي أن يكون عدم تنفيذ الموهوب له لما اشترط عليه نتيجة خطأ منه ، أو أنه لا يملك العذر المقبول عن تقصيره في أداء التكليف ، وفي هذا قطع موقف القانون المدني العراقي الخلاف القائم في الفقه الفرنسي حول قبول دعوى الرجوع إذ يذهب بعض جوانب الفقه الفرنسي إلى قبول الدعوى سواء كان عدم تنفيذ الموهوب له لالتزاماته نتيجة خطأ أو نتيجة لقوة قاهرة أو حادث فجائي⁽¹⁾.

ج - هذا السبب انفرد به المشرع العراقي دون المشرع المصري ؛ لأن الأخير ربما أوكل مثل هذه الحالة للقواعد العامة في القانون المدني ، وهي تغني بالفعل لكن النص عليه أفضل.
ولبيان ذلك نقول إن موضوع الدعوى - المدعى به - هو ما يطلبه المدعي من المحكمة في عريضة الدعوى ؛ لأنه لا يصح الحكم والقضاء بالمجهول ، والقاضي المدني ملتزم بما يطالب به المدعي فلا يجوز له أن يحكم بما لم يطلبه الخصوم ، كما لا يجوز له أن يحكم بأكثر مما طلبه الخصوم أيضاً⁽²⁾ .

وقد سبق وأن بينا أن الهبة المعوضة أو المشروطة ، ما هي إلا عقد ملزم للجانبين ، ومن ثم يطبق عليها نظم الإقالة والفسخ باعتبارها عقد ملزم للجانبين لا نظام الرجوع ، وعليه يجب أن يسبب طالب الرجوع دعواه على أساس الفسخ ، لا على أساس الرجوع ؛ لأنّ العوض هنا يعد مانعاً من الرجوع ، ومن ثم لن يجيبه القضاء لطلبه هذا ، لقيام المانع حتى وإن توافر لديه السبب المقبول ؛ لأنّ العوض من آثاره المباشرة هو إسقاط

القاضي : (لا بأس من ذلك وأقترح أن يكون هكذا : أن يقصر الموهوب له في القيام بما اشترط عليه في العقد من التزامات بدون عذر مقبول) فأقر الاقتراح ، وأصبحت الفقرة (د) من المادة (131) من المشروع النهائي. ضياء شيث خطاب وآخرون ، القانون المدني مع مجموعة الأعمال التحضيرية ، مصدر سابق ، ص 132 ، 133.

(¹) د. حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي ، العقود المسماة ، مصدر سابق ، ص 50 - 51.

(²) د. آدم وهيب الندائي ، المصدر نفسه ، ص 163 ، 164.

حق الواهب بالرجوع ، وتغيير طبيعة العقد ، من عقد ملزم لجانب واحد ، إلى عقد ملزم للجانبين ، فيجري عليه الفسخ بما يستلزمه من شروط وما يترتب من آثار⁽¹⁾ .

ويتربط على ذلك أن اختلاف السبب في دعوى فسخ الهبة المعوضة أو المشروطة ، عن سبب الرجوع في الهبة المحضة ، ما يفرض على محكمة الموضوع الالتزام بسبب الدعوى المرفوعة إليها ، ولا يجوز لها تغييره ، والمناط في ذلك بالسبب الذي يستند إليه المدعي في دعواه ، فإذا أخطأ في تكييف السبب ، يجب على المحكمة إفهام طالب الرجوع بالتكييف الصحيح لسبب الدعوى بما لها من سلطة في ذلك ، لكي لا يتم النعي على قضاءها بتغيير سبب الدعوى ، أو أن تكون قد قضت بما لم يطلبه الخصوم ، أو أنها غيرت سبب الدعوى ، من الإخلال بالالتزام كسبب يستند له فسخ الهبة ، إلى قيام العذر في دعوى الرجوع في الهبة ، فيما إذا كانت الهبة بدون عوض فقد نصت محكمة تمييز العراق على أنه : (لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية ، قرر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر على الحكم المميز ، وجد أنه صحيح وموافق للقانون من حيث النتيجة ، ذلك أن المميز أقام دعواه البدائية طالباً فيها الرجوع عن هبته للعقار موضوع الدعوى للمميز عليهما ، وحيث أن الهبة كانت من قبل المدعي وهو والد المدعي عليهما ، فيكون قد تحقق مانع من موانع الرجوع بالهبة المذكورة في المادة (623) من القانون المدني ، حيث منعت تلك المادة (أنظر هـ منها) الرجوع بالهبة إن كانت لذي رحم محرم ، إلا أن ذلك لا يحول بين المدعي وإقامة دعوى فسخ عقد الهبة بعد توجيه الإعذار وتحقيق أسباب الفسخ ، لذا قرر تصديق الحكم المميز من حيث النتيجة ورد اللائحة التمييزية ، وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق)⁽²⁾ .

فالفسخ في الهبة المعوضة يتم حتى مع وجود المانع ، بينما الرجوع يتمتع بوجود المانع⁽³⁾ وعليه فإن القاضي ملزم بماله من سلطة ، أن يفهم المدعي بالتكييف القانوني الصحيح إحقاقاً للحق ، إذ أن تكييف الدعوى من ضرورات وأسس العمل القضائي ، وإدراك التكييف القانوني الصحيح للحق المدعى به وإعطائه الوصف المطابق للواقعة محل الدعوى ، أمر لا بدّ منه للوصول للحكم العادل ، وهذا ما قضت به محكمة التمييز في العديد من قراراتها فقد نصت على أنه : (إن تكييف واقعة الدعوى مسألة قانونية لا يتقيد فيها القاضي بتكييف المدعي لدعواه ، ولا بما يترتب على هذا التكييف من آثار قانونية ؛ لأن المدعي قد يخطأ في تكييف دعواه عن

(1) د. حسن علي الذنون ، نظرية الفسخ ، مصدر سابق ، ص 54 ، 55.

(2) قرار محكمة التمييز ، في 17 ذي الحجة 1423 هـ الموافق 2011/11/13 ، يُنظر : د . لفته هامل العجيلي ، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية ، القسم المدني ، ج 2 ، ط 1 ، 2013 ، ص 233 و 234.

(3) د. أنور طلبة ، العقود الصغيرة ، الهبة والوصية ، مصدر سابق ، ص 100.

جهل أو أن يتعمد تكليف دعواً تكييفاً خاطئاً للوصول إلى غرض يريده ، فعلى القاضي أن يصل إلى حقيقة دعوى المدعي فإذا وصل إليها ، كَيْفَها التكييف القانوني الصحيح ثم أصدر حكمه في الدعوى على مقتضى هذا التكييف (1).

ثانياً : الرجوع بسبب إخلال الموهوب له بالتزاماته العقدية في القانون المدني المصري

لم يورد المشرع المصري هذا العذر بخلاف المشرع العراقي ، وربما أعرض عن إيراد هذا العذر ؛ لأن القواعد العامة تستوعبه والدليل على ذلك ما جاء بقرارات عديدة لمحكمة النقض فقد نصت على أنه : (إن مفاد المادتين 486 ، 497 من القانون المدني أنه يجوز للواهب أن يفرض على الموهوب له استخدام المال الموهوب في أغراض معينة ، فإذا اخل بهذا الالتزام جاز للواهب - تطبيقاً للقواعد العامة في العقود الملزمة للجانبين - المطالبة بفسخ العقد ؛ لأن الهبة بعوض - وأياً كان المقابل - عقد ملزم للجانبين (2) .

وفي قرار آخر لمحكمة النقض المصرية يشير لجواز تعليق الهبة على شرط فاسخ ، فقد نصت على أنه : (الالتزام في عقد الهبة - شأنه شأن سائر العقود قد يكون معلقاً على شرط فاسخ ، فإذا تحقق الشرط ترتب على ذلك زوال الالتزام وجاز للواهب أن يسترد ما وهبه ، ولا يشترط في هذه الحالة أن يستند الواهب إلى عذر مقبول ، وإنما يكفي تحقق الشرط ، كما لا يجوز للموهوب له أن يتمسك بقيام مانع من الرجوع في الهبة ؛ لأن العقد شريعة المتعاقدين ويجب عليهما تنفيذ ما اشتمل عليه ، ويقوم مقام القانون في تنظيم العلاقة بينهما ، بل هو ينسخ القانون إلا في دائرة النظام العام والآداب ، ولما كانت محكمة الموضوع بما لها من سلطة تفسير العقود قد استظهرت - الأسباب السابق بيانها - رتب الحكم على ذلك قضاءه برد المبلغ الموهوب فإنه لا يكون قد اخطأ في تطبيق القانون (3) .

وفي قرار آخر نصت محكمة النقض المصرية على أنه : (لا يجوز الخلط بين طلب فسخ عقد الهبة المؤسس على اخلال المتعاقد الآخر بالتزاماته الناشئة عن عقد الهبة باعتباره كسائر العقود الملزمة للجانبين يخضع لأحكام الفسخ القضائي المقررة في القانون المدني وبين طلب الرجوع في الهبة لقيام عذر يسوغ للواهب

(1) قرار الهيئة الموسعة لمحكمة التمييز ، المؤرخ في 25 / 7 / 1981 ، المرقم 221 / هيئة موسعة أولى م 1981 ، ضياء شيث خطاب ، فن القضاء ، مصدر سابق ، ص 59 ، 60 .

محكمة النقض المصرية ، بتاريخ 19-6-1990 ، رقم 0979 ، لسنة 55 ، مكتب فني 41 ، صفحة رقم 318 ، ينظر : (2) أشرف أحمد عبدالوهاب ، إبراهيم سيد أحمد ، عقد الهبة في ضوء آراء الفقهاء والتشريع وأحكام القضاء ، ط 1 ، دار العدالة للنشر والتوزيع ، 2018 ، ص 71 .

(3) محكمة النقض المصرية ، بتاريخ 16 - 3 - 1978 ، الطعن رقم 0351 لسنة 44 مكتب فني 29 ، صفحة رقم 773 ، ، موسوعة قرارات محكمة النقض المصرية متاح على الرابط www.f-law.net/law/thread .

أن يطلب من القضاء الترخيص له في الرجوع والذي تحكمه القواعد والضوابط المنصوص عليها في المادة 500 وما بعدها من التقنين المدني المتعلقة بالرجوع في الهبة وموانعه⁽¹⁾.

ثالثاً : الرجوع بسبب إخلال الموهوب له بالتزاماته العقدية القانون المدني الفرنسي

هذا الاستثناء من الاستثناءات التي أوردها المشرع الفرنسي على قاعدة عدم إمكانية الرجوع في الهبات الحاصلة بين الأحياء المقررة في القانون المدني الفرنسي عليه مجمل⁽²⁾ مع الاستثناءات الأخرى ، ومفصلاً⁽³⁾ ويشترط للرجوع في الهبة بسبب عدم تنفيذ التكاليف ما يلي :

1- عدم التنفيذ من قبل الموهوب له.

2- عدم التنفيذ الجزئي أو المعيب.

3- صدور قرار قضائي بالرجوع.

ويترتب على الرجوع لهذا السبب ما يلي :

أ- رد الأموال الموهوبة.

ب- رجوع الحقوق العينية خالية من الأعباء التي قد يكون رتبها الموهوب له.

ت- خيار حلول الواهب محل الموهوب له لتنفيذ الالتزام.

وعليه إذا كانت الهبة مقترنة بشرط أو تكليف ولم يقيم الموهوب له بتنفيذ ما اشترط عليه ، أو ما كلف به ، جاز للواهب أن يختار بين طلب التنفيذ وبين الفسخ⁽⁴⁾ ولهذا يذهب اتجاه في الفقه الفرنسي إلى عدّها دعوى فسخ لا دعوى رجوع ، والهبة التي تخضع لهذا الحكم هي الهبة المقترنة بشرط مطلقاً ، بغض النظر عن جسامته الشرط ، كما لا عبرة بطبيعة الالتزام الذي يلقيه الشرط على عاتق الموهوب له سواء كان التزاماً بالإعطاء أو كان عملاً أو امتناعاً عن عمل ، ويشترط لقبول دعوى الرجوع تأسيساً على هذا السبب ، أن يكون عدم التنفيذ بدون عذر مقبول من الموهوب له ، وهذا بخلاف الفقه الفرنسي الذي يذهب لقبول دعوى الرجوع

⁽¹⁾ محكمة النقض ، الطعن رقم 3229 ، لسنة 77 ق جلسة 2 / 11 / 2015 ، ينظر : أشرف أحمد عبدالوهاب ، إبراهيم سيد أحمد ، مصدر سابق ، ص 73 .

⁽²⁾ المادة (953) من القانون المدني الفرنسي.

⁽³⁾ المادة (954) من القانون المدني الفرنسي : (في حالة الرجوع عن الهبة بسبب عدم تنفيذ الشروط المفروضة على الموهوب له تعود الأموال إلى الواهب خالية من أي عبء أو رهن من فعل الموهوب له ، ويكون للواهب تجاه الأشخاص الثالثين الحائزين العقارات كل الحقوق التي يحق له بها تجاه الموهوب له نفسه).

⁽⁴⁾ د. حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي ، العقود المسماة ، مصدر سابق ، ص 44.

تأسيساً على هذا السبب سواء ، كان عدم تنفيذ الموهوب له ناشئ عن خطأ أو عن قوة القاهرة أو حادث فجائي⁽¹⁾

الخاتمة

بعد أن فرغنا من بحثنا الموسوم : (أسباب الرجوع القضائي في الهبة - دراسة مقارنة -) توصلنا لنتائج عدة ، كما أن لدينا بعض المقترحات نوجزها كما يلي :

أولاً : النتائج

- 1 - بالنسبة للزوم عقد الهبة فقد أخذ كل من القانون المدني المصري والقانون المدني العراقي بعينية عقد الهبة فقالوا أنّ الهبة لا تتم ولا تتعقد إلاً بالقبض ، فالقبض عندهم دليل على الانعقاد ، وأما لزوم العقد فهو طارئ عليه ، وهو ما يسمى موانع الرجوع ، والتي تجعل من الهبة لازمة ، والموانع بدورها إما أن تكون متزامنة مع الانعقاد ، أو أنها تطرأ لاحقاً فتجعل من عقد الهبة عقداً لازماً لا يجوز الرجوع فيه إلا بالتراضي ، وبالتقاضي مع توافر أسباب الرجوع المقررة قانوناً.
- 2 - لقد جعل القانون المدني العراقي والمصري الرجوع في الهبة ، يتم إما بالتراضي مع الموهوب له ، أو بالتقاضي في حال رفض الموهوب له ، شريطة ارتفاع المانع من الرجوع وتوافر السبب المقبول من قبل القضاء .
- 3 - القانون المدني الفرنسي الأصل فيه عدم جواز الرجوع في الهبة ؛ لأن الأصل فيه لزوم الهبة من الابتداء ، عدا بعض الاستثناءات التي عدّها المشرّع الفرنسي على سبيل الحصر ، وهي حالات الجحود ، ورفض الإنفاق على الواهب ، وعدم أداء التكاليف المفروضة على الموهوب له ، فالحال متعاكس إذاً بين القانون المدني الفرنسي من جانب ، والقانون المدني العراقي والمصري من جانب آخر ، إذ أنّ عقد الهبة في القانون المدني الفرنسي الأصل فيه اللزوم وجواز الرجوع استثناءً عليه .
- 4 - إنّ أسباب الرجوع كما يسميها المشرّع العراقي ، أي الأعذار باصطلاح المشرّع المصري ليست محدّدة على سبيل الحصر ، فبإمكان الواهب أن يقدم سبباً غير ما عدّه المشرّع سبباً مقبولاً ، لكن مقبولة السبب تتوقف على قناعة قاضي الموضوع ، ولا تعقيب عليه من محاكم التمييز أو النقض ، وهذه الأسباب استمدّها المشرع المصري والعراقي عن القوانين الأجنبية .

(¹) المصدر السابق ، ص 51.

- 5 - المشرع العراقي زاد على ما أورده المشرع المصري سبباً رابعاً هو الإخلال بالالتزامات العقدية وهذا السبب لا ضرورة لوجوده ؛ لأن في القواعد العامة ما يغني عنه .
- 6 - يسري الرجوع القضائي في الهبة على كافة أنواع الهبات ، عدا الهبات المعوضة والمشروطة أو المقترنة بنوع من التكليف فيجري عليها نظم الإقالة أو الفسخ.
- 7 - في عقد الهبة يجوز للواهب ودون أن يتجرد من نية التبرع أن يشترط على الموهوب له التزام معين ، فهذا الشرط صحيح وعلى الموهوب له الوفاء به وإلا عُدَّ مقصراً ، فإن أراد الواهب حل الرابطة التعاقدية عليه أن يسلك سلوك الفسخ لا الرجوع ؛ لأن الشرط يقلب العقد من عقد ملزم لجانب واحد إلى عقد ملزم للجانبين ، وبإمكان الواهب في حال إخلال الموهوب له أن يطالب بالتنفيذ أو الفسخ .
- 8 - في الهبات المعوضة أو المشروطة في حال رفع الدعوى لابد أن تؤسس الدعوى على نظام الفسخ ، لا على نظام الرجوع في الهبة ، كون العقد أصبح ملزماً للجانبين ، وتكون دعواها تنتظمها قواعد الفسخ لا الرجوع.
- 9 - أحسن المشرع العراقي بالنص على حالة الرجوع لقتل الموهوب له للواهب بحيث نقل الحق إلى الورثة ؛ لأن حق الرجوع لا ينتقل بالإرث ، كما أن قتل الواهب يقوم به مانع من الموانع وهو الموت فكان لا بد من نقل الحق بالنص عليه ، مضافاً إلى أن الورثة والموهوب له القاتل ليس بينهما رابطة عقدية مما جعل المشرع يعطي حكماً استثنائياً جوازياً هو إبطال عقد الهبة ، إذا طلب الورثة ذلك أي أنه رجوع بنص القانون لا يملك القاضي فيه أي سلطة تقديرية في حال ثبوت القتل العمد.

ثانياً- المقترحات

- هناك جملة من المقترحات نعتقد بحسب فهمنا المتواضع أنها مهمة وهي :
- 1 - نقترح أن يتم النص على مدة واضحة للتقادم ، كأن يقال بخصوص دعوى الرجوع للجهود بسبب الاعتداء على الواهب : (يجب إقامة دعوى الجهود خلال ثلاثة أشهر من الواقعة التي يعتبرها المدعي جهوداً من قبل الموهوب له ، ويسقط حقه في إقامتها على أية حال خلال سنة من تاريخ الواقعة التي تشكل جهوداً من قبل الموهوب له) لا أن يترك الموهوب له تحت رحمة الواهب ، طوال مدة التقادم الطويل والأفضل تحديد نصوص تعالج بعض حالات الرجوع بمدد سقوط قصيرة لا بمدّة التقادم الطويل .
 - 2- نقترح تعديل نص الفقرة (ب) من المادة (621) والتي تنص على أنه : (أن يصبح الواهب عاجزاً عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية ، أو أن يصبح غير قادر على الوفاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة على الغير) ، بحيث يقرأ : (أن يصبح الواهب غير قادر على الإنفاق على من تجب نفقتهم عليه قانوناً) ، أي حذف معيار المكانة الاجتماعية ؛ لأنه معيار بحسب رأينا المتواضع غير منضبط

فهو مرن جدا ، كما يجب تحديد العجز عن الإنفاق على من تجب على الواهب نفقتهم شرعا ، أو قانونا بشكل واضح بدلاً عن لفظ (الغير) الواردة في النص لما يشوبها من غموض مما يجعل مهمة القضاء صعبة .

3- نقترح إلغاء نص الفقرة (د) من المادة (621) من القانون المدني العراقي النافذ والخاصة بالسبب الرابع من أسباب الرجوع ، والتي تنص على أنه : (أن يقصر الموهوب له في القيام بما اشترط عليه في العقد من التزامات بدون عذر مقبول) للأسباب التالية :

أ - إن في القواعد العامة التي نظمت العقود ما يغني عنه.

ب - إن الفقرة أعلاه تشير لتقصير الموهوب له بما اشترط عليه في العقد ، وفي التنظيم القانوني لعقد الهبة ما يغني عنه أيضاً ، فضلاً عن القواعد العامة ، خصوصاً المادة (611) والتي تنص على أنه : (تصح الهبة بشرط العوض ويعتبر الشرط فإن لم يقر الموهوب له بالشرط كان للواهب إما أن يطالبه بالتنفيذ أو أن يفسخ العقد).

مصادر البحث

• بعد القرآن الكريم

أولاً : مصادر الفقه الإسلامي

- المحقق الحلي، شرائع الإسلام ، ج 2، ط 2 ، مطبعة أمير ، قم ، 1409

ثانياً : الكتب القانونية

- 1- د . آدم وهيب الندوي ، المرافعات المدنية، بدون عدد طبعة، مكتبة السنهوري ، بغداد، بدون سنة طبع.
- 2 - د. أحمد محمود سعد ، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني ، ط 1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1988.
- 3 - د. إسماعيل عبد النبي شاهين ، انقضاء العقد بالإلغاء والرجوع في القانون المدني -دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2013.
- 4 - المستشار أشرف أحمد عبدالوهاب ، المستشار إبراهيم سيد أحمد ، عقد الهبة في ضوء آراء الفقهاء والتشريع وأحكام القضاء ، ط 1 ، دار العدالة للنشر والتوزيع ، 2018.
- 5 - د . أنور طلبه ، العقود الصغيرة ، الهبة والوصية ، بدون عدد طبعة ، المكتب الجامعي الحديث، 2004.
- 6 - د . بدر جاسم اليعقوب ، عقد الهبة في القانون المدني الكويتي ، دراسة مقارنة ، ط 1 ، الكويت ، 1986 .

- 7 - د. جمال الدين طه العاقل ، عقد الهبة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الهدى ، السيدة زينب ، مصر ، 1978.
- 8 - د. حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي ، العقود المسماة ، الرابطة للطبع ، بغداد ، 1954.
- 9 - د . حسن محمد محمد بودي ، موانع الرجوع في الهبة ، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، دار الجامعة الجديدة ، 2015
- 10 - د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مجلد 5 ، العقود التي تقع على الملكية ، ط 3 ، مطبعة نهضة مصر ، 2011 .
- 11 - د. عبدالوهاب البنداري ، شرح العقود المدنية ، الهبة، دراسة مقارنة في القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1973.
- 12 - د . لفته هامل العجيلي ، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية ، القسم المدني ، ج 2 ، ط 1 ، 2013 .
- 13 - د. محمد حسني عباس ، العقد والإرادة المنفردة ، بدون عدد طبعة ، مكتبة النهضة المصرية ، القاهرة ، 1959 .
- 14 - د. محمد كامل مرسي ، شرح القانون المدني الجديد ، العقود المسماة ، الجزء الثاني ، بدون عدد طبعة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2005 .
- 15 - د . محي الدين اسماعيل علم الدين ، العقود المدنية الصغيرة في القانون المدني والشريعة الإسلامية والقوانين العربية ، ط 2 ، دار النهضة العربية ، جمهورية مصر العربية ، دون سنة طبع ، ص 54.
- 16 - د. مصطفى أحمد عبدالجواد حجازي ، أحكام الرجوع القضائي في الهبة ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة 2000..
- 17 - د. مصطفى الزلمي ، نظرية الالتزام برد غير المستحق ، ط 2 ، المكتبة القانونية ، بغداد ، بدون سنة طبع

• البحوث المنشورة

- د. فايز محمد حسين ، أثر مشروع السنهوري في القوانين المدنية العربية ، بحث منشور ، الشبكة العالمية.

• الأعمال التحضيرية

- 1 -مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، الجزء الرابع ، وزارة العدل ، مطابع مذكور ، القاهرة ، بدون سنة طبع .

2- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 ، ضياء شيت خطاب ،
إبراهيم المشاهدي ، عبدالمجيد الجنابي ، عبدالعزيز الحساني ، غازب إبراهيم الجنابي.

• المذكرات الإيضاحية

- د . منير القاضي ، المذكرة الإيضاحية المختصرة ، لمشروع القانون المدني العراقي ، مطبعة الحكومة
، بغداد ، 1948 ،

• القوانين

1- القانون المدني الفرنسي ، قانون نابليون لسنة 1804 المعدل .

2- القانون المدني المصري رقم 138 لسنة 1948 المعدل.

3- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل.

4- القانون المدني الكويتي رقم 67 لسنة 1980.

• المصادر المترجمة

- القانون المدني الفرنسي بالعربية ، طبعة دالوز الثامنة بعد المئة لسنة 2009 ، جامعة القديس يوسف
، مركز الدراسات الحقوقية للعالم العربي ، بيروت ، 2012.

