الرقم الدولي : ISSN2075-7220
الرقم الدولي الالكتروني : ISSN2313-0377

مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية

مجلة علمية فصلية محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة بابل

بعض البحوث التي وردت ضمن هذا العدد:

- ا.د اسراء محمد علي سالم
  ابراهيم صالح كاظم
- أ.د. إسماعيل صعصاع غيدان البديري
  م. حوراء حيدر إبراهيم الطائي
- أ.د. منصور حاتم محسن
- أ.د. ايمان طارق الشكري
  وليد طعمه مفتن

- جرائم العمل المنصوص عليها في القوانين الخاصة.
- دور الجزاءات الادارية في حماية الامن الدوائي (دراسة مقارنة).
- التأمين النقدي(دراسة قانونية مقارنة مع الفقه الاسلامي)
- مفهوم مبدأ الرد الكامل للمنافع

السنة الثالثة عشر ٢٠٢١ العدد الرابع

رقم الايداع في دار الكتب والوثائق ببغداد ١٢٩١ لسنة ٢٠٠٩

ISSN: 2075-7220
ISSN ONLINE: 2313-0377

AL-Mouhaqiq Al-Hilly Journal

For Legal and political science

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University

Some of the research included in this issue:

- Labour offences provided for by special laws — Prof. Dr. Asra Muhammad Ali, Ibrahim Saleh Kadhm
- The role of administrative sanctions in protecting drug security — Prof. Ismaeel Sasah Ghidan, Hawraa Haidar Ibraheim Altaie
- The Monetary Mortgage, Legal Study Compared to Islamic Jurisprudence — Prof.Dr.Mansoor Hatem Muhsin
- A concept of principle of full refund of benefits — Prof. Dr. Eman Tarek Makki, waleed Tuma Maften

Fourth Issue 2021 Thirteenth Year

No. Deposit in the Archives office – office 1291 for the national Baghdad in 2009

الفهرس

ت	اسم البحث	اسم الباحث	عدد الصفحات
١.	جرائم العمل المنصوص عليها في القوانين الخاصة	ا.د اسراء محمد علي سالم ابراهيم صالح كاظم	٩-٤٢
٢.	المسؤولية الجزائية عن التلاعب بأجور العمال(دراسة مقارنة)	ا.د اسراء محمد علي سالم ابراهيم صالح كاظم	٤٣-٨٤
٣.	الأحكام الموضوعية لجريمة الاعتداء عمداً على الموجودات الخاصة بمرافق المياه والغاز (دراســة مقارنــة)	ا.د. إسراء محمد علي سالم عباس محمد علي محمد	٨٥-١١٩
٤.	الأحكام الموضوعية لجرائم التخريب في قانون عقوبات قوى الأمن الداخلي العراقي -دراسة مقارنة-	ا.د إسراء محمد علي سالم أحمد صباح محيسن سبتي	١٢٠-١٥٣
٥.	دور الجزاءات الادارية في حماية الامن الدوائي (دراسة مقارنة)	أ.د. إسماعيل صعصاع غيدان م. حوراء حيدر إبراهيم الطائي	١٥٤-١٧٨
٦.	طرق اختيار تعيين رجل الشرطة (دراسة مقارنة)	ا.د.اسماعيل صعصاع غيدان حمزة غالب مكمل الميالي	١٧٩-٢٠٨
٧.	الضمانات القانونية لعدالة تقسيم الدوائر الانتخابية (دراسة مقارنة)	أ.د اسماعيل صعصاع أ .د علاء عبد الحسن حيدر عزيز صالح	٢٠٩-٢٥٧
٨.	التنظيم القانوني لشروط منح إجازة السياقة في التشريع العراقي (دراسة مقارنة)	أ.د.إسماعيل صعصاع غيدان حامد عبيد مرزة العلواني	٢٥٨-٣٠٦
٩.	التأمين النقدي(دراسة قانونية مقارنة مع الفقه الاسلامي)	أ.د. منصور حاتم محسن	٣٠٧-٣٤٣
١٠.	(مفهوم حق الإمكان القانوني) "دراسة مقارنة"	أ.د. منصور حاتم محسن نجوان محمد راضي	٣٤٣-٣٦٥
١١.	وسائـل اثـبـات التـوقيـع الالكتروني	ا.د منصور حاتم محسن م.د بان سيف الدين محمود م.م خوالفية رضا	٣٦٦-٣٨٤
١٢.	مفهوم التصرف في المال المغصوب (دراسة مقارنة)	ا.د منصور حاتم محسن م. عباس سهيل جيجان	٣٨٥-٤٥٦
١٣.	مفهوم مبدأ الرد الكامل للمنافع	أ.د. ايمان طارق الشكري وليد طعمه مفتن	٤٥٧-٤٩٠
١٤.	المصدر الموضوعي لترابط الاتفاقات (دراسة مقارنة)	ا.د. ايمان طارق مكي م.د سهير حسن	٤٩١-٥٣٨
١٥.	اثر ترابط الاتفاقات على انقضاء المجموعة العقدية (دراسة مقارنة)	ا.د. ايمان طارق مكي م.د سهير حسن	٥٣٩-٥٨٨
١٦.	المفهوم القانوني للمانع الادبي في الاثبات المدني	أ . د سلام عبد الزهرة عبد الله ياسر محمد فوزان الحساني	٥٨٩-٦٣٤
١٧.	المفهوم القانوني لبنوك التجميد (دراسة مقارنة)	ا.د. سلام عبد الزهرة عبدالله مشتاق عبدالحي عبدالحسين بدر	٦٣٥-٦٧١
١٨.	موقف القانون العراقي من الحجز التنفيذي على حقوق الملكية الفكرية	أ.د سلام عبد الزهرة عبد الله غسان شهيد كريم جبار	٦٧٢-٧٠٤
١٩.	استنفاد ولاية القاضي في الدعوى المدنية (دراسة مُقارنة)	أ.د. هادي حسين الكعبي حسين صبري هادي	٧٠٥-٧٥٠
٢٠.	المركز القانوني للمستهلك الالكتروني في ظل قواعد الاختصاص القضائي الدولي	أ.د.عبد الرسول عبد الرضا حسين عمران جرمط العبيدي	٧٥١-٧٨٤
٢١.	الحماية الاجرائية للسائح الاجنبي	أ.د.عبد الرسول عبد الرضا	٧٨٥-٨١٣

ت	اسم البحث	اسم الباحث	عدد الصفحات
		وسام عبد العظيم عبيد	
٢٢.	دور تقنية التأمين لمواجهة المخاطر والأضرار في ظل انتشار جائحة كورونا	أ.د.عبد الرسول عبد الرضا م. د نصيف جاسم محمد الكرعاوي	٨١٤-٨٤٣
٢٣.	جنسية السفينة وأثرها على الولادات التي تحصل على متنها	ا.د.عبد الرسول عبد الرضا جواد كاظم جاسم خنجر الطفيلي	٨٤٤-٨٨٤
٢٤.	جريمة الاعتداء على المنشآت العسكرية - دراسة مقارنة	أ. د. حسون عبيد هجيج سالم حسين حبيب	٨٨٥-٩٢٣
٢٥.	جريمة استعمال المحرر الصحيح من قبل الغير(دراسة مقارنة)	أ.د . حسون عبيد هجيج كرار علاوي خضير المساري	٩٢٤-٩٥٨
٢٦.	الاطار المفاهيمي لجريمة انشاء موقع على الشبكة المعلوماتية بقصد الاتجار بالبشر (دراسة مقارنة)	ا.د. عمار عباس الحسيني احمد ضمد جاسم	٩٥٩-٩٨٨
٢٧.	حرية الملاحة في أعالي البحار	أ.د. صدام حسين وادي علي لفتة جودة	٩٨٩-١٠٢٢
٢٨.	علاقة رئيس الجمهورية بالقضاء في الدستور العراقي مقارنة بالدستورين الامريكي والفرنسي (دراسة مقارنة)	ا.د علاء عبد الحسن كريم م.د.اركان عباس حمزة	١٠٢٣-١٠٦٤
٢٩.	الفئات المشمولة بالحصانة الدبلوماسية	أ.د. طيبة جواد حمد المختار سلام عيسى صكبان الصليخي	١٠٦٥-١٠٨٥
٣٠.	انقضاء استخلاف حقوق الملكية الفكرية (دراسة مقارنة)	أ.د. ضمير حسين ناصر خوله كاظم محمد راضي	١٠٨٦-١١١٧
٣١.	استخلاف الحقوق المعنوية واشكالية الانتقال (دراسة مقارنة)	أ.د. ضمير حسين ناصر خوله كاظم محمد راضي	١١١٨-١١٤٨
٣٢.	هلاك المعلومات الالكترونية والاثر المترتب عليها (دراسة مقارنة)	أ.د. ميري كاظم عبيد علاء حسين حمد	١١٤٩-١١٨٤
٣٣.	انتقاض الاجراء القضائي (دراسة تحليلية مقارنة)	ا.د.وسن قاسم غني م.م. احمد خضير عباس	١١٨٥-١٢٠٦
٣٤.	الاساس القانوني للحكم القضائي المشروط (دراسة مقارنة)	ا.د.وسن قاسم غني سامي حسين ثامر	١٢٠٧-١٢٤٢
٣٥.	القوة الملزمة للحكم القضائي الاجنبي المشروط(دراسة مقارنة)	ا.د.وسن قاسم سامي حسين ثامر	١٢٤٣-١٢٧٩
٣٦.	عقد المشورة الوراثية	أ.د. وسن قاسم غني الخفاجي علي رشيد رحم القريشي	١٢٨٠-١٣٢٨
٣٧.	الرقابة القضائية على قرارات منح سمة الدخول والإقامة	أ.د. فراس كريم شيعان عقيل حمود حمزه	١٣٢٩-١٣٦٢
٣٨.	اثر معيار المصلحة الفضلى في تحديد القانون الواجب التطبيق على حقوق الطفل الشخصي	ا.د.فراس كريم شعيان خضير مخيف فارس	١٣٦٣-١٣٩٦
٣٩.	التنظيم القانوني لعقد القرض الدولي متعدد الأطراف	أ . د فراس كريم شيعان ابتهال حميد غريب	١٣٩٧-١٤٢٦
٤٠.	أساليب بيع البنك المركزي للعملة الأجنبية (دراسة مقارنة)	أ. د. ذكرى محمد حسين الياسين م.م عبدالخالق غالي مهدي	١٤٢٧-١٥٠٦
٤١.	دور قضاء الدولة في معالجة الفراغ التشريعي عن طريق مبادئ القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة)	أ.د. خير الدين كاظم الامين نور حسين جواد	١٥٠٧-١٥٣٩
٤٢.	الحماية الموضوعية للمال الاجنبي (دراسة مقارنة)	أ.د. خير الدين كاظم الامين	١٥٤٠-١٥٧٠

ت	اسم البحث	اسم الباحث	عدد الصفحات
		علي عبد الكريم خلف	
٤٣.	الحلول الوطنية لتنازع القوانين في استرداد الاموال	أ.د. خير الدين كاظم الامين بسام صبيح سلمان	١٥٧١-١٦٠٦
٤٤.	ولاية القضاء إزاء الإدارة ضمن نطاق العقد الإداري (دراسة مقارنة)	أ.د. صادق محمد علي حسن قاسم محمد حنتوش	١٦٠٧-١٦٢٩
٤٥.	جهات الرقابة الإدارية ووسائل تحريكها / دراسة مقارنة	أ.د. صادق محمد علي حسن قاسم محمد حنتوش	١٦٣٠-١٦٥٣
٤٦.	ضمانة التحقيق الانضباطي لرجل الشرطة (دراسة مقارنة)	ا.د.صادق محمد علي الحسيني خالد وهاب حسن العكايشي	١٦٥٤-١٧٠٢
٤٧.	الجزاءات المالية المترتبة على النكول في المناقصات والمزايدات الحكومية	ا.د.صادق محمد علي الحسني عماد محمد شاطي	١٧٠٣-١٧٣٤
٤٨.	جريمة حيازة المتفجرات والمفرقعات (دراسة مقارنه)	ا.د. محمد إسماعيل المعموري ساره عبد الرضا حلبوص	١٧٣٥-١٧٧٩
٤٩.	أركان جريمة أدارة أو تهيئة مكان لتعاطي المخدرات أو المؤثرات العقلية -دراسة مقارنة-	ا.د. محمد إسماعيل المعموري علاء حسين علي لافي	١٧٨٠-١٨٠٩
٥٠.	جريمة تحرير وصفة طبية وهمية او مبالغ فيها في القانون العراقي	ا.د. محمد إسماعيل المعموري م.احمد هادي عبد الواحد	١٨١٠-١٨٤٤
٥١.	عقوبة جريمة امتناع متكفل الطفل عن تسليمه لمستحقه (دراسة مقارنة)	ا.د. محمد إسماعيل المعموري ايناس عباس كحار	١٨٤٥-١٨٨١
٥٢.	جريمة تغاضي رجل الشرطة عن منع ارتكاب جريمة (دراسة مقا رنة)	أ.د. اسماعيل نعمة عبود مسلم محمد طالب	١٨٨٢-١٩١٤
٥٣.	تنظيم اختصاصات المجلسين التشريعيين في المجال التشريعي	ا.د.حسين جبار عبد كرار نجم عبد	١٩١٥-١٩٤١
٥٤.	الضمانات الدستورية لحقوق وحريات الافراد في الضرورة الاجرائية الجزائية	أ. د. آدم سميان ذياب زهير محمد هاشم	١٩٤٢-١٩٦٦
٥٥.	رد الاعتبار التجاري للتاجر المفلس (دراسة مقارنة)	أ.م.د سماح حسين علي محمد عبدالواحد حميد	١٩٦٧-٢٠٠٩
٥٦.	التنظيم القانوني لاستنفاد الحقوق في أطار براءات الاختراع ونطاق تطبيقه الجغرافي (دراسة تحليلية مقارنة)	أ.م.د سماح حسين علي عدي حسين طعمه	٢٠١٠-٢٠٤٧
٥٧.	آليات التعاون الدولي لمكافحة الاتجار بالبشر	أ.م.د. سرمد عامر عباس اثير حسن عبيد	٢٠٤٨-٢٠٧٠
٥٨.	الأساس القانوني للمعايير الدولية لحماية الاستثمار الأجنبي	ا.م.د. حيدر عبد محسن شهد عذراء محمد سكر صالح	٢٠٧١-٢٠٩٢
٥٩.	الدعوى المضادة امام القضاء الدولي-دراسة في المفهوم والاساس القانوني	ا.م.د. حيدر عبد محسن شهد	٢٠٩٣-٢١٣٠
٦٠.	التنظيم القانوني لتداول شهادات الايداع في سوق الاوراق المالية " دراسة مقارنة "	أ.م.د ميثاق طالب عبد حمادي أمير حسين عبد الامير ابراهيم	٢١٣١-٢١٧٢
٦١.	الاحكام الجزائية للطرح الخاص للاسم في الشركة المساهمة (دراسة مقارنة)	أ.م.د ميثاق طالب عبد حمادي زهراء كاظم مجيد	٢١٧٣-٢٢١٥
٦٢.	جريمة تعطيل أوامر الحكومة – دراسة مقارنة	أ.م. د. منى عبد العالي موسى مصطفى محمد علي	٢٢١٦-٢٢٤٦
٦٣.	جريمة التنقيب عن الأثار دون موافقة	أ.د. م منى عبد العالي موسى هيثم احمد سلمان	٢٢٤٧-٢٢٧٩

ت	اسم البحث	اسم الباحث	عدد الصفحات
٦٤.	جريمة التأثير على القضاء في اصدار القرارات والأحكام الجزائية - دراسة مقارنة	أ.م.د منى عبد العالي موسى علي رزاق محمد	٢٢٨٠-٢٣١٦
٦٥.	جريمة انتماء رجل الشرطة لحزب او جمعية سياسية (دراسة مقارنة)	ا.م.د. نافع تكليف مجيد عباس بردان حبيب	٢٣١٧-٢٣٥٠
٦٦.	تقاسم الاختصاصات التشريعية والتنفيذية في دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥	أ . م. د. ليلى حنتوش ناجي زينب علي طه	٢٣٥١-٢٣٦٩
٦٧.	النيابة القانونية عن الغير امام القضاء المدني (دراسة مقارنة)	ا.م.د.حبيب عبيد مرزة	٢٣٧٠-٢٣٩٥
٦٨.	ماهية الحق الاستئثاري للمؤلف	أ.م.د ماهر محسن عبود أيثم عبدالحسين محمد	٢٣٩٦-٢٤٢٥
٦٩.	دور المنظمات الدولية في مكافحة جريمة الاتجار بالبشر	أ.م.د.اسامة صبري محمد خالد جواد كاظم	٢٤٢٦-٢٤٤٣
٧٠.	فكرة بطلان النص الدستوري- دراسة تحليلية في ضوء دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥	ا.م.د ياسر عطيوي عبود الزبيدي	٢٤٤٤-٢٤٨٠
٧١.	المسئولية المدنية للطبيب عن فشل عملية التعقيم "دراسة تحليلية مقارنة بين القانون المصري وبعض الأنظمة المقارنة"	ا.م.دعبد الرازق وهبه سيد احمد محمد	٢٤٨١-٢٥٠١
٧٢.	جريمة انتهاك الحق في سرية عقد المقاولة (دراسة مقارنة)	م.د عمار غالي عبد الكاظم صفا علي رشيد باقر	٢٥٠٢-٢٥٣٤
٧٣.	المبادئ الحاكمة للجرائم في ضوء القانون الدولي الجنائي	م.د. ياسر حسين علي م.م. رافد علي لفتة	٢٥٣٥-٢٥٦٧
٧٤.	الجزاء الإجرائي في القضاء المدني (دراسة تحليلية مقارنة)	م. د. مروى عبد الجليل شنابة	٢٥٦٨-٢٦٠٣
٧٥.	الحماية المدنية للعلامة التجارية المشهورة من التصرفات غير المشروعة (دراسة مقارنة)	م. د. فاطمة عبد الرحيم علي المسلماوي	٢٦٠٤-٢٦٢٠
٧٦.	مدى دستورية سياسة التطعيم الالزامي	م.د. انس غنام جبارة	٢٦٢١-٢٦٤٩
٧٧.	تولي الوظائف العامة اثر تعاطي المخدرات عليها (دراسة مقارنة بين التشريع العراقي والتشريع المصري)	م.عبد الحسين عبد نور هادي	٢٦٥٠-٢٦٦٧
٧٨.	التأثيرالمتعدي لظاهرة الفساد والاليات القانونية لمكافحته	م.م. كاظم خضير السويدي	٢٦٦٨-٢٦٩٥
٧٩.	الحماية الجنائية للحق في خصوصية الجينوم البشري (دراسة مقارنة)	م. احمد حسين سلمان	٢٦٩٦-٢٧٣٣
٨٠.	الحصانة القضائية للدول الأجنبية في المعاملات المالية	م.م طه كاظم المولى	٢٧٣٤-٢٧٧١
٨١.	جريمة إخفاء حيوان مصاب بمرض وبائي أو مُعدي في التشريع العراقي	م.م زينب كاظم مطلك محمد عباس عبد العابدي	٢٧٧٢-٢٧٩٣
٨٢.	المسؤولية التقصيرية الناشئة عن العقد	م.م. عدالة عبد الغني محمود	٢٧٩٤-٢٨١٣

الأساس القانوني للحكم القضائي المشروط

(دراسة مقارنة)

أ.د وسن قاسم الخفاجي

جامعة بابل/كلية القانون

سامي حسين ناصر المعموري

جامعة بابل/كلية القانون

ملخص البحث

الحكم القضائي المشروط ،هو حكم قضائي يصدق عليه ما يصدق على الأخير من توصيفات وتقسيمات . بل أن الحكم المشروط في تقسيماته يزيد على ما عليه الحكم القضائي غير المشروط .

لم نجد في القانون العراقي ولا التشريعات المقارنة إشارة للحكم المشروط صراحة، بل تناولت الأخيرة أحكامه ، كما أن الفقه لم يلقِ النظرة الكافية لهذا النوع من الأحكام إلا قليلاً، مكتفياً بما يحيط الحكم القضائي بشكل عام من تعريف أو خصائص ، وكل ما تم التركيز عليه أنه، حكم وقتي، بمعنى تغير حجيته بتغير الظروف. ونعرفه : "هو حكم أو قرار أو أمرصادر عن محكمة متشكلة تشكيلا قانونياً وضمن اختصاصها ، في الفصل في النزاع المعروض ، ومن خلال خصومة منعقدة بين أطراف النزاع أو بدون خصومة يكتسب صفات الحكم القضائي ، فضلاً عن عدم جواز تعديله أو الرجوع عنه ما لم تتغير الظروف المرافقة لصدوره ومن خلال دعوى جديدة أو طلب" .

المقدمة :

بعيداً عن التقسيم التقليدي ، ينقسم الحكم القضائي ، بحسب إمكانية إعادة النظر فيه خارج طرائق الطعن القانوني ،على أحكام فورية ، وأخرى مشروطة . والأحكام المشروطة ،هي أحكام تتصف ما يتصف به الحكم القضائي بشكل عام ، فضلاً عن تميزها عن غيرها ، بإمكانية إعادة النظر فيها ، عند تبدل الظروف التي رافقت صدوره ، وهذه الميزة ، تجدا لها أساساً في نص القانون ، أو في قاعدة شرعية ، أو في اجتهاد قضائي ، وهذا ما سنتناوله في البحث إن شاء الله.

أولاً- أهمية البحث :

تكمن أهمية البحث ، بيان أساس إعادة النظر بالحكم القضائي المشروط ،خارج طرق الطعن المحددة قانوناً، وهل أن الاساس لذلك القاعدة القانونية فقط ، أم القواعد الفقهية في الشريعة الاسلامية ، واتجاه القضاء .

ثانياً- مشكلة البحث :

تكمن مشكلة البحث في الاجابة على التساؤلات الآتية :

هل يعد ماورد في المادة (٢٠٨) من القانون المدني العراقي ، الاساس القانوني للحكم المشروط ؟. وهل ماورد في المادة المذكورة يكفي لتأسيس نظرية للحكم المشروط ؟. وهل ما ورد في المادة (٢٨) من قانون الأحوال الشخصية ، أكملت ذلك الاساس ، هل يعد الحكم القضائي المشروط ،حكماً كبقية الاحكام يكتسب الحجية ، وما هو الاساس القانوني في بعض الاحكام المشروطة كما في حال الحضانة ، والطلاق ، وغير ذلك . الاجابة على ذلك يشكل مشكلة البحث .

ثالثاً– نطاق البحث ومنهجه :

يشكل الحكم القضائي المشروط نطاقاً للبحث ، سواء كانت الاحكام الصادرة في قضايا التعويض ، أم في قضايا الحالة والاحوال الشخصية . وتشكل القاعدة القانونية الواردة في بعض القوانين ، كالقانون المدني ، وقانون الاحوال الشخصية ، وقانون رعاية القاصرين ، وقانون الاثبات ، المحور الرئيسي للبحث وبقدر تعلق ذلك بالحكم المشروط . فضلا عن الاحكام الفقهية في الشريعة الاسلامية . واتجاه القضاء ، في عد الكثير من الأحكام الممتدة بامتداد الزمن ، أحكاماً مشروطة يمكن إعادة النظر فيها عند تغير الظروف التي رافقت صدور الحكم ، لتحقيق حالة التوازن ،بين مصلحتين متعارضتين ، هن ، مصلحة المحكوم له ، والمحكوم عليه .

أما منهجية البحث ، فقد اعتمد المنهج التحليلي للقواعد القانونية في قانون المرافعات المدنية العراقي ، وقانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، مقارنة بما يقابلها من قواعد في فرنسا . وصولاً إلى قاعدة شبه مسلم بها ، هو أن أساس إعادة النظر بالحكم القضائي ،على الرغم من انتهاء مدد الطعن ، وذلك عند تغير الظروف الملابسة لصدوره ، يكمن في صفة الحكم المشروط ، وهي أن حجيته تبقى قائمة ما دامت الظروف لم تتغير .

رابعاً – أهداف البحث :

يهدف البحث إلى إبراز الحكم المشروط ، كونه حكم قضائي لايختلف عن غيره من الاحكام ،سوى إمكانية إعادة النظر به عند تغير الظروف . بمعنى أن للحكم المذكور حجيته تنتج كل الآثار التي ينتجها الحكم القضائي الفوري ، إلا أن هذه الحجية مؤقتة ، ومرتبطة بدوام الظروف . فمتى ما تغيرت الأخيرة ، يصبح من مستلزمات العدالة ، إعادة التوازن إلى ما كان عليه ، وهذا يتم بإعادة النظر بهذا الحكم ، طالت المدة الفاصلة بين صدوره وبين تحقق آثار تلك الصفة، أم قصرت .

خامساً- خطة البحث :

سنقسم هذا البحث على مبحثين ، نخصص الأول لأساس الأحكام القضائية المشروطة الموضوعية في القانون المدني وقانون الأحوال الشخصية، والثاني ، لأساس الأحكام المشروطة في قانون رعاية القاصرين و في قانون الإثبات .

المبحث الأول

أساس الأحكام القضائية المشروطة في القانون المدني والأحوال الشخصية

لم يأتِ التشريع العراقي بمثل هذا التقسيم . بل يمكن استنتاجه من خلال النصوص القانونية التي عالجت موضوعه . ومن خلال استقراء التشريعات العراقية نجد أن أحكاماً مشروطة موزعة بين القانون المدني وقانون الاحوال الشخصية . لذا سنقسم هذا المبحث على مطلبين نخصص الأول للأحكام المشروطة في القانون المدني ، والثاني للأحكام المشروطة في قانون الأحوال الشخصية وكالآتي :

المطلب الأول

أساس الاحكام القضائية المشروطة في القانون المدني العراقي

يعد ما ورد في القانون المدني العراقي([1]) الاساس التشريعي لفكرة الحكم المشروط ، التعويض عن الضرر غير الثابت ، إذ استمدها المشرع العراقي من القانون المدني المصري([2]). وبموجب ذلك، للمحكمة إذا تعذر عليها وقت الفصل في الدعوى تحديد مقدار التعويض للمتضرر أن تحتفظ له بحق

المطالبة – خلال مدة معقولة – بإعادة النظر في التعويض . ونرى تناول الموضوع في فرعين نحدد الأول لتحديد المحكمة المختصة في إصدار الحكم المشروط ، والثاني لضوابط تحديد التعويض ،لتطبيق النص المذكور . وكالآتي :

الفرع الأول

تحديد الاختصاص في إصدار الاحكام المشروطة

من خلال استقراء الأحكام المشروطة ، يتبين أن الاختصاص في إصدار الأحكام المشروطة يختلف باختلاف التشريعات . ففي القانون العراقي فأن الاختصاص يختلف عنه في التشريعات المقارنة ، عليه سنتناول كل من ذلك في فقرة :

أولاً– يحدد الاختصاص في القانون العراقي حسب طبيعة الدعوى المقامة . فإذا كانت الدعوى تتعلق بحق مدني كما في التعويض عن الضرر المتغير، فأن المحكمة المختصة بنظر ذلك هو محكمة البداءة مهما كانت قيمة الدعوى . أما إذا كان طرفا الدعوى من غير المسلمين، أومن المسلمين ويطبق في بلدانهم قانون مدني ، فأن المحكمة المختصة بنظر الموضوع هي محكمة البداءة أيضاً، دون الخوض في قيمة الدعوى .

ثانياً– أما بالنسبة للقوانين المقارنة ، فأن الاختصاص يختلف باختلاف نوع الدعوى وقيمتها .فالدعاوى المدنية ، تختص بها المحاكم المدنية . ففي مصر تختص المحكمة الجزئية بدعاوى التعويض التي لا تزيد قيمتها على أربعين ألف جنيه مصري، وتكون الأحكام الصادرة في الدعوى التي لا تزيد قيمتها على ألفي جنيه ، نهائية غير قابلة للطعن ، أما الدعاوى التي تزيد قيمتها على أربعين ألف جنيه فأن المحكمة الابتدائية هي المختصة بنظرها . وتكون أحكامها التي لا تزيد على عشرة آلاف جنيه نهائية وغير قابلة للطعن ([٣]). أما الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية والتي هي أحكام مشروطة ، كما في النفقات ، والحضانة ، وموت المفقود ، والحجر على فاقد الإرادة ، فأن محاكم الاسرة هي المختصة في ذلك ، وأحكامها خاصة للطعن أمام محاكم الاستئناف الخاصة بالأسرة ([٤]).

في فرنسا ، فأن المحاكم المدنية هي المختصة بنظر الدعاوى المتعلقة بالتعويض ، أو المتعلقة بقضايا الأحوال الشخصية . وكما بينا فيما سبق فأن المحاكم المدنية العادية تتكون من المحكمة الجزئية ، ومن المحكمة الابتدائية ([٥]).

الفرع الثاني

ضوابط تحديد التعويض

يمكن تحديد ضوابط تحديد التعويض عن الضرر المتغير على النحو الآتي :

١- أن تكون الدعوى المقامة للمطالبة بالتعويض عن ضرر غير ثابت ، أي بمعنى تغير حالة الضرر بمرور الزمان . ولا فرق أن يكون أساس المطالبة بالتعويض ، المسؤولية العقدية أو المسؤولية التقصيرية ، أي أن النص المذكور يجد له حضوراً في المسؤوليتين.

٢- أن يتعذر على المحكمة ،على الرغم من الاستعانة بخبراء، من تحديد الضرر الذي أصاب المدعي جراء سبب الادعاء ، وأن استقرار الحالة الموصلة إلى بيان الضرر يحتاج إلى فترة زمنية قد تطول . كما في المطالبة بتعويض عن فعل جرمي أصاب المدعى بضرر ،كإصابته بكسور تحتاج إلى تداخل جراحي ، يستغرق استقرار الحالة إلى فترة طويلة . مما دفع المشرع في النص المذكور إلى تبني حالة التوازن بين مصلحة المجني عليه وحاجته إلى العلاج، وقد لا يتمكن من إتمامه دون تدخل من الفاعل ، وحالة حسم الدعوى وعدم إمكانية تشظيها بسبب الحكم الأول لحين استقرار الحالة ومن ثم تقرير التعويض التكميلي .

٣-٠ أن يتم المطالبة بالتعويض التكميلي على وفق النص المذكور، خلال مدة معقولة . ولم يبين النص مفهوم المدة المعقولة وترك ذلك للسلطة التقديرية لقاضي المحكمة . والواضح من النص أن فكرة المعقولية إنما تبدأ بعد استقرار الحالة ، ولا يمكن القول أن هذه المعقولية تبرز والحالة لا زالت غير ثابتة ، بمعنى أن المطالبة بالتعويض التكميلي خلال مدة تقدر المحكمة أنها مناسبة ولا تفصح عن تراخي واضح من المتضرر، كما لا تفصح عن قناعته بما ورد في التعويض الأولي . والواضح أن المطالبة بالتعويض التكميلي إنما يتم بعد حسم الدعوى الاولى التي حكم بها للمتضرر بتعويض أولي ، وأن المطالبة بذلك يتم من خلال دعوى جديدة ، ولا يتعارض ذلك مع مبدأ حجية الحكم القضائي ، الذي كان عند صدور القانون المدني ونفاده في ١٩٥٣/٩/٨ ، يشكل قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس ، لكن ليس للمحكمة التمسك بها دون طلب من خصم . ويمكن تبين ما ذكر أعلاه واضحا في نظر اللجنة المتشكلة لوضع مسودة المشروع ، ومع الإقرار أن أعمال اللجنة التحضيرية لأي مشروع قانون لا تشكل جزءاً من القانون عند صدوره ولكن يمكن الاهتداء بها لمعرفة الظروف التي رافقت صدور القانون ، وقد أجمعت اللجنة على الآتي :

١- أن المقصود من النص، إعطاء المتضرر تعويضاً تكميلياً عن الضرر الحاصل بعد صدور الحكم الأول .

٢- أن يتم ذلك من خلال دعوى جديدة . ولرفع اللبس المحتمل حصوله ، فقد استبدلت لجنة المشروع العبارة التي كانت فيه " بإعادة النظر في الحكم " بدلا من عبارة التعويض التكميلي (٦). و من استقراء قرارات القضاء العراقي لم يتيسر لنا حكم في هذا المجال . و نرى أن سبب عدم التجاء المحاكم لنص المادة(٢٠٨) من القانون المدني العراقي، يكمن في أن الدعوى الجزائية ، في حالة التعويض عن الفعل غير المشروع ، لا تحسم قبل إتمام استقرار الضرر أو ما يطلق عليه بالشفاء التام . رغم أن النص المذكور يمكن إعماله إذا كانت حالة استقرار الوضع الصحي غير مؤثر في التكييف القانوني لفعل مسبب الضرر ، والحكم بتعويض أولي والاحتفاظ للمتضرر بالمطالبة بتعويض تكميلي عن طريق دعوى تقام لاحقاً ، وخلال مدة معقولة من استقرار الحالة الصحية للمتضرر .

كما أن هناك سبب قد يدفع المحاكم الجزائية، – محكمة الجنايات ومحكمة الجنح – وتناظر كل منهما محكمة الأحداث في الجنايات والجنح على التوالي، إلى عدم اللجوء لتطبيق النص المذكور ،هو غموض انتاب النص في تحديد المحكمة التي تتولى التعويض التكميلي . هل هي المحكمة الجزائية التي أصدرت الحكم الأول ؟ أم محكمة البداءة كونها صاحبة الاختصاص في نظر الدعوى المدنية ومنها المطالبة بالتعويض . والسبب في هذا الغموض هو عدم وجود نص في قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي بذلك . فالاتجاه القضائي لمحكمة التمييز بهيئتها الموسعة التي تعد قراراتها نهائية وغير قابلة للتصحيح أسوة بقرارات الهيئة العامة ، اتجهت في قرار لها حديثاً ،وإن كان لا يتعلق بالتعويض التكميلي ، لكن يمكن الاهتداء به في ذلك وهو أن المحكمة الجزائية ترفع يدها عن الدعوى المدنية بانتهاء الدعوى العمومية ، وليس لها إعادة النظر في الدعوى المدنية ، فالقرار المذكور يكشف عن الاشكال في حالة الاختصاص . ففي قضية تجديد القوة التنفيذية لفقرة حكمية قضت بالتعويض عن قيمة صك في حكم تضمن في شقه الأول معاقبة محرر الصك دون رصيد مع علمه بذلك ، وفي الفقرة الثانية إلزام المحكوم عليه بإداء مبلغ الصك ، لم ينفذ المحكوم له الفقرة الحكمية الخاصة بالإلزام حتى انتهت الفترة المحددة في المادة (١١٤) من قانون التنفيذ ، فراجع محكمة البداءة لطلب منح الحكم بفقرته الخاصة بالإلزام القوة التنفيذية٠رفضت المحكمة المذكورة كونها غير مختصة بذلك ، فقررت محكمة التمييز ،أن المختص بمنح الفقرة الحكمية القاضية بالإلزام القوة التنفيذية هي محكمة البداءة وليست محكمة الجنح التي أصدرت الحكم (٧). ونلاحظ على القرار المذكور الآتي :

أ- أن القرار المذكور قطع أن الحكم الصادر عن محكمة جزائية في الدعوى المدنية يخضع للتقادم المسقط للقوة التنفيذية المنصوص عليه في المادتين (١١٣و٣/١١٤) من قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠. وهذا أمر نتفق مع ما ذهبت إليه المحكمة .

ب- لا نتفق مع القرار المذكور في أن الاختصاص بتجديد القوة التنفيذية للفقرة الحكمية الفاصلة في الدعوى المدنية يكون من اختصاص محكمة البداءة وليست المحكمة الجزائية التي أصدرت الحكم ، ونرى أن هذا الاتجاه ليس له سند في القانون ، وأن ما أستند إليه في تبرير ذلك هو نفسه يستند إليه في إعطاء الرأي الآخر ، والذي تبنته الأقلية في الهيئة الموسعة، في عقد الاختصاص للمحكمة الجزائية التي أصدرت الحكم وأن ما ورد في هذا القرار سيعطي لمحكمة البداءة السلطة بالأمر بتنفيذ الفقرة أو عدم تنفيذها وبحسب الحال الذي سيكون عليه قرار منح القوة التنفيذية ، وقد يكون القرار المراد منحه هذه القوة صادر عن محكمة الجنايات التي تختلف في تشكيلها ومناصب أعضائها عن محكمة البداءة، وهذا يقود إلى تصور أن الحكم الصادر عن محكمة الاحوال الشخصية بخصوص أتعاب المحاماة الذي تصدره على وفق قانون المرافعات المدنية ([٨]) – التي حددت المحكمة التي قضت في الدعوى ، أن تحكم بأتعاب المحاماة ، ولو لم يكن ذلك داخلا في اختصاصها- ، يكون الاختصاص في منح القوة التنفيذية له أيضاً لمحكمة البداءة . ونتفق مع القرار ، من أن نظر المحكمة الجزائية للدعوى المدنية إنما هو طريق استثنائي وتبعي استصوب المشرعون أن ذلك يسهل على المضرور الحصول على حقه المدني فضلا عن المجتمع في محاسبة مرتكب الفعل الذي نشأت عنه دعويان الدعوى العمومية والدعوى المدنية . وبعد هذا قد يبرز تساؤل ما المحكمة المختصة في حال حكمت المحكمة الجزائية في الدعوى العمومية وأيضاً في الدعوى المدنية ولم تتطرق إلى أتعاب لأتعاب المحاماة على وفق قانون المحاماة ؟([٩]) . فتقرر المحكمة المختصة بالطعن تصديق الفقرة الحكمية الخاصة بالدعوى العمومية وتنقض الفقرة الحكمية الخاصة بالدعوى المدنية ، ما الحل في هذه الحالة؟. فعلى وفق اتجاه الهيئة الموسعة، ليس للمحكمة الجزائية الفصل بالدعوى المدنية لانتهاء ولايتها بتصديق الفقرة الحكمية الخاصة بالدعوى العمومية، فهل ترد الدعوى المدنية وتحتفظ للمدعي بالحق المدني مراجعة محكمة البداءة ؟، وما هو سند ذلك بعد أن فصلت محكمة الدرجة الأولى فيها؟ ، أم تحال الدعوى على المحكمة المدنية ولا يوجد سند في القانون العراقي بذلك ؟، حتى في القانون المصري لا يجوز الإحالة في هذه الحالة لعدم توافر أسباب المادة (٣٠٩) من قانون الاجراءات الجنائية المصري المعدل وكما سنرى .

الذي نراه من خلال قراءة لقانون المحاكمات الجزائية العراقي رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ ، أن حالة التبعية انما تنشأ مع إقامة الدعوى . أي أن المحكمة الجزائية تكون مختصة بالدعوى المدنية متى أقيمت الدعوى العمومية ولا ولاية لها قبل ذلك ، كما لا ولاية لها في نظر الدعوى المدنية بعد حسم الدعوى العمومية . كما في حال الإغفال عن طلب تقدم به المدعي المتضرر أمام المحكمة الجزائية وسهت المحكمة عنه

كما لم تلتفت اليه المحكمة المختصة بالطعن . فهنا لا يجوز الادعاء بالدعوى المدنية و يمكن الدفع بحالة التبعية . أما لو تصدت المحكمة الجزائية للدعوى العمومية ومعها الدعوى المدنية فتصبح الأخيرة من اختصاصها في كل شيء ، في تصحيح الخطأ المادي ، وفي إزالة الغموض الحاصل فيه إن وجد ، وفي تجديد القوة التنفيذية ، ولا يزول اختصاص المحكمة الجزائية إلا في حالة واحدة كما نرى ، وهي نزع الاختصاص عنها في الفصل في الدعوى المدنية تبعا للدعوى الجزائية ، وهنا يمكن القول بأن محكمة البداءة هي صاحبة الاختصاص في ذلك ، ومع ذلك يبقى الموضوع يدور في خانة الاجتهاد وهو لا ينقض بمثله (١٠).

أما في القانون المصري فعلى الرغم من أن قانون الاجراءات الجنائية قد جاء بأحكام لا تختلف كثيراً عما ورد في القانون العراقي إلا أن الاجتهاد الفقهي والقضائي قد سار على مبادئ معينة في اختصاص المحكمة الجزائية في نظر الدعوى المدنية وكالآتي :

١- لا يؤثر انقضاء الدعوى الجنائية على الدعوى المدنية . فإذا انقضت الدعوى الأولى بعد تحريكها لأي سبب كان كالوفاة وشمول الفعل بالعفو العام . فإن الأخرى تستمر أمام المحكمة الجنائية وعلى الأخيرة ، أن تبحث عناصر الجريمة ومدى توافرها وتحسم الدعوى المدنية (١١) .

٢- أن إغفال المحكمة الجنائية الفصل في الدعوى المدنية مع الدعوى العمومية ،يؤدي إلى القول بأن الحكم الصادر غير قابل للطعن فيه بطريق الاستئناف ، بل على صاحب المصلحة مراجعة المحكمة التي أصدرت حكما في الدعوى العمومية للفصل في موضوع الدعوى المدنية عملا بحكم المادة (١٩٣) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري التي تجد لها مجالاً للتطبيق في الدعوى أمام المحكمة الجنائية . وبهذا قضي : " .... إذ ليس له أن يلجأ إلى المحكمة الاستئنافية لتدارك هذا النقص ، ذلك بأن هذه المحكمة إنما تعيد النظر فيما فصلت فيه محكمة أول درجة وطالما أنها لم تفصل في جزء من الدعوى فأن اختصاصها يكون باقياً بالنسبة له ...." (١٢) .

٣- إذا كانت المحكمة قد حكمت للمتضرر بتعويض مؤقت عما أصابه من ضرر، فأن مثل هذا التعويض يكون أساساً لطلب التعويض الكامل الذي ستتم المطالبة به (١٣).

٤- عند تحريك الدعوى العمومية والدعوى المدنية ؛ يتوجب على المحكمة الجنائية الفصل في الدعوى المدنية وليس لها إرجاء الفصل فيها إلا في حالة احتياج الدعوى المدنية إلى تحقيقات يتعذر على المحكمة الجنائية القيام بها ، ففي هذه الحالة على الأخيرة إحالة الدعوى المدنية على المحكمة المدنية دون رسوم (١٤).

أن صدور حكم مشروط قرينة على وجود موازنة بين حق المحكوم له وواجبات المحكوم عليه ، وهذا تعبر عنه قاعدة تطابق الحقيقة القضائية مع الحقيقة الواقعية ، ومتى ما حصل تغير في الظروف المحيطة بالمحكوم له ،أدى إلى حصول اختلال بهذا التوازن ، تطلب تدخل القضاء وإعادة الحالة إلى ما كانت

عليه لتحقيق العدالة التي ترجى من الحكم القضائي المشروط ، وهذا التدخل لا يحصل تلقائياً بل لابد من تدخل إرادة المتضرر وإفصاحه بحصول الاختلال وعن طريق دعوى جديدة ليكون مفتاحاً لقيام المحكمة بالتحقق من الادعاء، وتعمل الظروف المستجدة على تغيير محل دعوى الحق الشخصي، وهو الضرر، أي حصول تبدل حالة المتضرر عما كانت عليه وقت صدور الحكم المراد إعادة النظر فيه ، وهذا التبدل قد يحصل بصور عدة هي :

أ- حصول تغير في الوضع الصحي للمتضرر – سوء الحالة الصحية – .

ب- حصول خطأ من المتضرر أدى إلى سوء الحالة ومن ثم إلى تفاقم الضرر .

ت- حصول تغير في أسعار البلد جعلت التقدير المحكوم به لا يتناسب مع احتياجات المتضرر من العلاج .

وكون الصورة الثانية والثالثة تخرج عن موضوع بحثنا ذلك لأن الصورة الثانية تعد حالة طبيعية لإهمال المجني عليه العلاج وأثره في تفاقم الضرر الحاصل للمدعي بالحق المدني، ويجب أن لا يتحمل نتيجة هذا الإهمال المحكوم عليه ، كما أن اتفاق الفقه أن تبدل أسعار البلد لأي سبب كان هي الأخرى لا تعمل في موضوع الأحكام المشروطة ولا تؤثر على مسؤولية المحكوم عليه ، لذا سنركز بحثنا على الصورة الأولى ، فتغير الحالة الصحية للمتضرر قد تحصل بسبب تداخل عوامل أخرى سابقة لحصول الفعل الموجب للتعويض، كما لو كان المتضرر من هذا الفعل مصاب بعاهة أو مرض ساهم في تفاقم النتيجة ، فأن هذه الحالة وإن كان القضاء يعتمدها في تقرير التعويض الأولي فأنه لا يعتد بها إلا إذا حصلت حالة تفاقم بعد صدور الحكم ، وإن ساهم الضرر القديم في ذلك ، كما لو أن شخصاً كان قد فقد أحدى عينيه ، ثم تعرض إلى اعتداء أدى إلى حصول أضرار في عينه الثانية ، وبمرور الزمان بسبب هذه الحالة فقد بصره نهائياً فهنا يعتد بالحالة الصحية السابقة كون هناك تغير في الوضع الصحي وحصول تفاقم لحالة المجني علية – المتضرر من الفعل الموجب للتعويض – ذلك لأن فعل المحكوم عليه هو الذي ساهم في حالة التفاقم وفقدان بصر مدعي الحق المدني ، وقد جاء القانون المدني العراقي خالياً من النص على أي اعتبار للظروف الملابسة ، كما فعل المشرع المصري ([١٥]) التي هي مصدر تشريعي لما ورد في القانون المدني العراقي ، وقد سد القضاء العراقي هذا القصور ([١٦]). فلو صدر حكم من محكمة مختصة بالتعويض للمتضرر من فعل ، وبأي صورة من الصور سواء أكان على شكل تعويض أولي – مبلغ مقطوع – والاحتفاظ للمدعي بحق المطالبة مجدداً في حال تفاقم الضرر وبدعوى جديدة ، فهنا لا يعتد بسابقة الفصل ، وفي هذا جاء الاجتهاد الفقهي والقضائي الفرنسي والذي يسمح بإقامة الدعوى مجدداً لأن موضوع الدعوى المقامة ثانية يختلف عن الدعوى الثانية من حيث الموضوع ([١٧]) .

المطلب الثاني

أساس الأحكام القضائية المشروطة في قانون الأحوال الشخصية

توجد في قانون الأحوال الشخصية، أكثر من حالة تتضمن موضوعاتها مخرجات تتمثل بحكم قضائي مشروط . ولعل السبب في ذلك أن تلك المخرجات هذه تشكل مراكز قانونية ممتدة بامتداد الزمان ، وأنها غير ثابتة ومتغيرة بامتداد الوقت طال أو قصر . وبفعل هذا الامتداد فأن تلك الأحكام هي الأخرى ممتدة المراكز التي تخلقها ، فهي غير ثابتة وغير مستقرة ، فهناك أحكام النفقة ، وأحكام الحضانة وأجرها ، ، فكل هذه الاحكام لا يصلح لها وصف الفورية وخلق المراكز الثابتة .

نص قانون الاحوال الشخصية على أكثر من حالة تخرج حكماً مشروطاً . منها ما جاء سبب الإخراج صريحاً على الرغم من عدم التصريح بصفة المُخْرَجْ، ومنها ما جاء ضمنياً ، ومن هذه الحالات ، الحكم بالنفقة ، وحكم الحضانة ، وبعض حالات الحكم بالتفريق ، وسنتناول كل من ذلك في القانون العراقي ، والقانون المقارن في فرع وكما يأتي :

الفرع الأول

الحكم بالنفقة

سنتناول حكم النفقة كحكم مشروط في كل من التشريع العراقي ، والتشريع المقارن ،كل في فقرة ، وكما يأتي :

أولاً – حكم النفقة في القانون العراقي:

يعد الحكم بالنفقة من الاحكام المشروطة التي نص عليها قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ ومن تاريخ نفاده ([١٨]).حيث جوز زيادة نفقة الزوجة أو نقصها عند حصول متغير –الذي أطلق عليه الطارئ–، ويعد النص المذكور من النصوص الصريحة المتضمنة ذلك ؛ وقد سارت المحاكم على هذا الحال مفسرة الطارئ وفق سلطتها التقديرية ،وقد صدر قرار تشريعي له قوة القانون ([١٩])جاء مكملا لما ورد في قانون الاحوال الشخصية . وبموجبه يجوز زيادة النفقة المقررة للأولاد ونفقة العدة مادامت المطلقة في عدتها ، تبعاً لتغير الاحوال ، وأعتبر زيادة موارد المكلف بالنفقة من أسباب الزيادة ، وبالجمع بين ما ورد في القانون وبين ما ورد في القرار التشريعي، أصبحت نفقة الزوجة ونفقة العدة ونفقة الأولاد من الاحكام الجائز إعادة النظر فيها مشروطاً بتغير الأحوال وحصول الظرف الطارئ ، أي أن نفقة الأقارب المحكوم بها والمنصوص عليها في قانون الاحوال الشخصية خارج هذا الوصف ([٢٠]). ونرى أن ذلك لا يتفق مع الأسباب التي دعت المشرع إلى فرض مثل هذه النفقة ،الأمر الذي يتطلب إعادة النظر

بصياغة النص بما يؤمن جواز زيادة النفقة أو نقصهاعند حصول ظرف طارئ ، والمتتبع لأحكام القضاء العراقي يجد الآتي :

١- عدم تبدل الظروف الاقتصادية ، لا يوجب إعادة النظر بالنفقة (٢١) . وأن تبدل الظروف لا يحصل في الغالب قبل مضي سنة على تاريخ النفقة المراد زيادتها (٢٢).وعدم حصول الزيادة في موارد المكلف يوجب رد دعوى زيادة النفقة (٢٣).وتكون الزيادة في النفقة بما ينسجم مع التغير الحاصل براتب المكلف بالنفقة (٢٤).

٢- يقع على عاتق طالب الزيادة إثبات حصول طارئ أو تغير الاحوال التي يجوز معها زيادة النفقة (٢٥).

٣- تشمل النفقة الطعام والسكن والكسوة ، و تشمل أجرة العلاج العادية وغير العادية وبالقدر المتعارف عليه ، كما تشمل أجور خدمة الزوجة إذا كان لأمثالها معين (٢٦).

ثانياً- الحكم بالنفقة في القانون المقارن :

بموجب قانون الأحوال الشخصية المصري المعدل(٢٧) ، فأن نفقة الزوجة واجبة على زوجها من تاريخ العقد الصحيح حتى ولو كانت موسرة أو مختلفة معه في الدين ، وتعتبر دينا في الذمة من تاريخ الامتناع عن الانفاق وبما لا يزيد عل سنة سابقة لتاريخ إقامة الدعوى ، وهي تشمل نفقة الغذاء ونفقة الكسوة والسكن ومصاريف العلاج وغير ذلك مما يقضي به الشرع ،وهي تفرض حسب حال الزوجين يساراً وإعساراً ويراعى تغير الظروف بعد فرض النفقة على الزوج فإن تغيرت الظروف نحو التحسن فللزوجة طلب زيادة النفقة ، كما أن للزوج طلب إنقاصها إن تغيرت الظروف من اليسر إلى العسر (٢٨).

وأما في القانون الفرنسي ، فتعد النفقة للزوجة وللأولاد من آثار عقد الزواج وتترتب بمجرد العقد ،(٢٩) ويقع الالتزام بهاعلى جميعأفراد الاسرة ، ولها طابع تبادلي ، وهي مشروطة ، حيث يمكن إعادة النظر بها بالتخفيض ، أو الالغاء عن طريق المحكمة ،من خلال الاحتجاج بالخطأ الذي يرتكبه الدائن بها (٣٠)،كما أن النفقةتجب وفي ذات الظروف للحما والحماة مادامت الزوجية قائمة وتنتهي بوفاة أحد الزوجين (٣١) .وتستمر النفقة من الزوج مادامت الرابطة الزوجية قائمة، وبعد الوفاة تجب على تركة الزوج المتوفى طالماً المحكوم له محتاج للنفقة ، وتقتطع من جميع التركة ، ويجب المطالبة بها خلال سنة من تاريخ الوفاة وتمدد هذه الفترةفي حال القسمة ولحين انتهائها ، ويتحملها جميع الورثة إلا إذا أوصى الزوج غير ذلك (٣٢)، وهذه النفقة قابلة للإلغاء والتخفيض دون الزيادة (٣٣).. وهي مقترنة بحاجة المحكوم له بها وقدرة المكلف على دفعها ، وعند تغير هذه الظروف يمكن للمحكوم عليه أن يطلب إعفاءه منها كلياً أو جزئياً (٣٤)، ويعد ذلك من الحقوق الشخصية التي ليس لغير المحكوم بها ذلك ، فليس للدائن على استعمال حقوق مدينه وأن يطلب نقصانها أو إلغائها (٣٥). كما ليس لوكلاء التفليسة طلب إلغاء هذه النفقة (٣٦). وسلطة

القاضي في إعادة النظر بالنفقة لا يخل بها اتفاق الاطراف على خلاف ذلك ، لأن مثل هذا الاتفاق باطل لمخالفته للنظام العام ([٣٧]).ولا يشترط إثبات تغير جوهري في موارد المكلف لإعادة النظر بالنفقة المقدرة على أساس دخل شهري – نفقة شهرية – . فبموجب القانون في ٢٦/مايو ٢٠٠٤ ، فأن الدخل الشهري المحدد على وفق قانون رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٠،يمكن إعادة النظر بالتقدير،على وفق المعايير المحددة في المادة (٢٧٦) من القانون المدني ([٣٨]). فضلاً عما أضافه القانون الصادر في ١٦/ فبراير /٢٠٠٥ ، من الأخذ بنظر الحسبان مدة الوفاء بالنفقة ، فبموجب ما تقدم يمكن تخفيض النفقة أو إلغائها متى ما أصبح استمرار النفقة يشكل عبئاً زائد ومفرطاً على المكلف بها ([٣٩]). وترى محكمة النقض ، أن سبب الاعادة ، إنما يكمن في توافر ظروف جديدة ناتجة عن مدة النفقة المدفوعة على شكل دخل شهري والمبلغ الذي تم الوفاء به منذ صدور الحكم القضائي ، ولا يمكن التذرع بحجية الأمر المقضي في مواجهة الطلب الجديد طالما وجدت ظروف جديدة يمكن الاحتجاج بها على أساس النص الجديد([٤٠]).

الفرع الثاني

الحكم برد دعوى التفريق المقامة للضرر

تناول قانون الأحوال الشخصية العراقي حالات يحق فيها لأي من الزوجين أو لأحدهما طلب التفريق عند توافر الاسباب الواردة فيه ، وتعد غالبية أحكام التفريق الحائزة الصفة النهائية – درجة البتات– أحكاماً فورية تنتج آثارها بمجرد اكتسابها تلك الصفة ، ومع ذلك فهناك حالة نص عليها ([٤١])، وهي حالة ما إذا اقيمت دعوى طلب التفريق للضرر في الحالات المنصوص عليها في القانون ([٤٢]) ، وانتهت الدعوى بالرد لعدم تمكن المدعي من إثبات ذلك الضرر ، وأقيمت الدعوى مجددا للضرر فأن القانون يوجب على المحكمة أن تلجأ للتحكيم وعلى وفق ما ورد فيه ، وقد أستمد النص المذكور من قانون الاحوال الشخصية المصري لسنة ١٩٢٥ المعدل والنافذ ([٤٣]) ، ولتعلق دعوى التفريق بالحل والحرم وبحقوق الأسرة والأولاد ولمنع التحايل الذي قد يحصل مستغلاً هذا النص للوصول إلى التفريق، لأن اللجوء للتحكيم يعني في الغالب التفريق حتى ولو تحملت الزوجة النسبة الأكبر من التقصير المشار إليه في المادة (الحادية والاربعين) من القانون ، وأخذاً بحجية الحكم ، فأن محكمة التمييز في العراق كان لها اتجاه نراه سائغاً لا يتعارض مع روح القانون وبما يؤمن الحفاظ على كيان الأسرة والحد من حالات التفريق التي باتت تتصاعد بشكل متوالي ، فقد اتجهت إلى أن الدعوى المقامة بعد رد الدعوى الأولى يتطلب معها، لتطبيق النص المذكور استئناف الحياة الزوجية ، وقد تعزز هذا الاتجاه بقرارات عدة حتى أصبح أمراً مستقراً عليه ([٤٤]) . ووفقاً للاجتهاد القضائي المذكور فأن الحكم الصادر برد الدعوى المقامة

للضرر لعدم التمكن من الاثبات ،يعد حكماً مشروطاً باستئناف الحياة الزوجية بتاريخ لاحق للحكم الصادر بالرد كي يمكن للمدعي من إقامة الدعوى مجدداً .

الفرع الثالث

الحكم بالحضانة

يختلف تنظيم الحضانة بين التشريعات المقارنة ، انطلاقاً من الفلسفة التي ينطلق منها كل مشرع في تنظيم الموضوع ، لكنها تدور جميعها في إطار مصلحة المحضون ، لذا سنتناول الموضوع في فقرتين ، نخصص الأولى لحكم الحضانة في التشريع العراقي ، والثانية لحكم الحضانة في القوانين المقارنة ، وكما يأتي :

أولاً – حكم الحضانة في التشريع العراقي :

عالج قانون الأحوال الشخصية العراقي أحكام الحضانة في مادة واحدة هي المادة (السابعة والخمسين) منه ، والحضانة مقررة لمصلحة المحضون سواء مع قيام الزوجية أم بعد انتهائها ، وقد يختلف الزوجان على ذلك ويكون اللجوء للمحكمة لتقرير من تكون له الحضانة . والحكم الصادر بذلك هو حكم قضائي يحمل خصائص الحكم التي تمكن المحكوم له من تنفيذه وهو من أحكام الإلزام التي يحتاج لإتمام عملية التنفيذ تدخل المحكوم عليه الذي قد يقوم بذلك رضاءً ، وفي حال التعنت يأتي دور الاجهزة المتخصصة بالتنفيذ ، وهذا الحكم وعلى وفق المادة المذكورة بفقرتها السادسة ، هو حكم مشروط بنص القانون، كما أنه حكم مشروط باجتهاد قضائي إذا ما أقيمت دعوى نزع الحضانة من الأب أو ، من له الحق بذلك. نصت الفقرة (٦) منها على : " للحاضنة التي أنهيت حضانتها بحكم ، أن تطلب استرداد المحضون ممن حكم له باستلام المحضون منها ، إذا ثبت تضرر المحضون خلال مدة وجوده معه".

والنص المذكور صريح يعطي الحق للحاضنة سواء أكانت هي الأُم، أَمْ غيرها أن تسترد الحضانة ممن حكم له بها سواء أكان هو الأب أم غيره ، وهذا الاسترداد المنصوص عليه في الفقرة المذكورة هو الذي يعطي الحكم الأول الصادر بإنهاء الحضانة، صفة الحكم المشروط بتغير الظرف المرافق لتاريخ صدوره، و الظرف يتمثل بحصول ضرر للصغير المحضون ، جراء إنهاء الحضانة ممن له حق الاسترداد . وسبب اكتساب الحكم صفة المشروط ، هو مصلحة المحضون كما بينا أن فلسفة الحضانة تقوم عليها . أما الحالة التي يكتسب بها الحكم الصادر بالحضانة تلك الصفة باجتهاد قضائي فهي حالة الحكم بالحضانة للأم في الغالب وبعد مدة من الزمن تطول أو تقصر وخلال سن الحضانة الذي حددته الفقرة (٤) من المادة المذكورة بعشر سنين يقوم الأب أو من له حق فيها بادعاء فقدان الحاضنة

لشرط من شروطها المحددة في الفقرة (٢) من المادة الآنفة، وهي العقل ، والامانة ، والقدرة على تربية المحضون وصيانته ، وهنا للمحكمة السلطة التقديرية في تحديد من له الحق في الحضانة على ضوء مصلحة المحضون التي هي مدار فكرة الحضانة . والذي يهمنا هنا هو الحكم المشروط ، الصادر بالحضانة للمراد نزعها منه في الدعوى الجديدة ، وهذا لا يتعارض ، مع فكرة حجية الحكم أو انتهاء مدة الطعن المقررة قانوناً ، مادام مركز الحاضن في الحالتين هو مركز ممتد ومتغير بتغير الظروف ، وهذه الأخيرة يكون محورها مصلحة المحضون وعدها الاساس في تحديد جهة الحضانة . وهذا ما استقر عليه قضاء محاكم الاحوال الشخصية وقضاء محكمة التمييز الاتحادية ، وخاصة في الحالة الثانية التي وصفت أنها حكم مشروط وهي حالة مطالبة الأب أو من له الحق في الحضانة طلب إسقاطها متمسكاً بإخلال الحاضنة بشروط الحضانة المنصوص عليها في القانون (٤٥). فضلاً عما ذهبت إليه محكمة التمييز في العديد من قراراتها من أن عدم تمكين الحاضنة لأب المحضون من مشاهدته وهو الحاصل على حكم بذلك، وتكرر حالة الامتناع يجعل ذلك من أسباب إسقاط الحضانة . وأن سفر الحاضنة بالصغير دون موافقة الأب من موجبات إسقاط الحضانة (٤٦) . أن رد دعوى المدعي بإسقاط حضانة الأم واكتسابه الدرجة القطعية لا يمنع من إقامة الدعوى مجدداً إذا استجدت أسباب تؤدي إلى إسقاطها (٤٧). وفي قرار حديث لمحكمة التمييز الاتحادية بهيئتها الموسعة التي لا تقبل قراراتها التصحيح جاء فيه برأي آخر : " .... فلا محل ولا مورد قانوني لطلب إسقاط المشاهدة أو إسقاط الحكم كما أن الحكم المطعون فيه جاء هو الآخر بمصطلح غير وارد قانوني حيث تضمن الحكم بإلغاء حكم المشاهدة ولا وجود قانوني لهذا المصطلح ويكون مخالفاً ، عليه نكون والحالة أمام حكم لاوجود وليس له قيمة القانونية ولا تسري عليه مدد الطعن مما يجعل الطعن والحالة هذه واقعاً ضمن المدة القانونية ... . ولا اعتبار قانوني ولا يترتب عليه أي أثر لصدوره خلافاً لأحكام القانون ، وما بني على الانعدام يعتبر معدوماً قانوناً ، والقرار المعدوم لا تلحقه الحصانة ومحكمة الاحوال الشخصية لا يمكنها إسقاط المشاهدة بل تملك إبطال أو تعديل حكمها السابق لا بل أن هذا الحق لم تعد تملكه بعد تصديق حكمها السابق من محكمة التمييز الاتحادية وجاء الحكم ليزيد المخالفة القانونية وأصبحنا أمام خطأ جوهري في الحكم حيث تضمن إلغاء حكم المشاهدة دون سند قانوني ولا يسعفها في ذلك أي نص قانوني بالإلغاء فنكون والحالة هذه أمام حكم معدوم قانوناً....." (٤٨). وخلاصة القضية أن أم المحضون قد حصلت على قرار بمشاهدة أطفالها وفتحت إضبارة تنفيذية ولم تحضر المذكورة لأغراض المشاهدة لست مرات متتالية ولم تبد معذرةً مشروعةً، فأصدرت المحكمة قراراً بإلغاء حكم المشاهدة ، ومن خلال قرار الهيئة الموسعة الذي جاء بأكثرية أصوات الهيئة وما ورد فيه ، نرى أن الحكم الصادر بالمشاهدة هو من الاحكام المشروطة الذي يمكن إعادة النظر به عند تبدل الظروف و عدم حضور الأم لستة مرات للمشاهدة ، دليل على صرف النظر عنها مالم تدفع بدفع تقتنع به المحكمة ، ودون الخوض بأكثر من ذلك من تفاصيل تتعلق بماهية

الحكم الصادر هل هو إلغاء أو إسقاط – الذي نميل إليه أن مشاهدة الأم لأبنائها هو حق قابل للإسقاط رضاءً أو قضاءً– ونرى أن الحكم الصادر من المحكمة لا تتوافر فيه واحدة من الحالات التي تعدمه والتي هي تطبيقات قضائية لعدم النص على ذلك قانونا ، وأن المخالفة الجوهرية التي استندت عليها الهيئة المذكور في إعدام الحكم لا يمكن عدها من قبيل ذلك بل هي سبب من أسباب نقض الحكم لا الكشف بانعدامه .

ثانياً – حكم الحضانة في القوانين المقارنة :

أما في القوانين المقارنة ، فقد تناول قانون الاحوال الشخصية المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ المعدل الحضانة في مادة واحدة (٤٩)، جاءت منظمة لسن الحضانة ولمن له الحق فيها ، وأحكام الرؤية وما يترتب على الإخلال بذلك سواء أكان تنظيمها اتفاقاً أم قضاءً . وبموجب المادة ثالثاً من قانون إصدار القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ بشأن تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية فأنه في حالة شغور النص ، يتم تطبيق الراجح من القول في مذهب الإمام أبي حنيفة ، ولا يختلف الفقه في أن الحكم الصادر بالحضانة من الأحكام القابلة للمراجعة عند تبدل ظروف إصدارها .

أيضا لا يختلف الوضع في القانون الفرنسي . فالمادة (٢٩١) من القانون المدني الفرنسي أجازت إعادة النظر في الأحكام المتعلقة بالسلطة الأبوية – وتعد الحضانة منها– . وبحسب حكم المادة (٣٧٢) من القانون المدني الفرنسي ، فأن الأب والأم يباشران الولاية على الصغير بشكل مشترك ، ويمكن للقاضي منح مباشرة الولاية لأي منهما حسب مصلحة الصغير . ومتى ما كان أحد الوالدين غير أمين على الصغير ،كاحتساء الخمور ، أو اتصافه بالعدائية اتجاه الصغير ، أو كان وجوده يشكل ضرراً له ، في هذه الحالة تقرر المحكمة احتفاظ الآخر بالصغير مع الحق في الزيارة – المشاهدة على وفق التعبير العراقي ، والرؤيا على وفق التعبير اللبناني والمصري – ومن حيث المبدأ يمكن للوالدين الاتفاق رضاءً على مكان إقامة الصغير ، وعند عدم ذلك تقررها المحكمة بشكل مؤقت ، سواء بصورة تبادلية أم على الانفراد (٥٠).

المبحث الثاني

أساس الحكم المشروط في قانون رعاية القاصرين وقانون الإثبات

تعد حالة الحكم بوفاة المفقود الواردة في قانون رعاية القاصرين العراقي ، حكماً مشروطاً ، على وفق قواعد الفقه الاسلامي ، التي تبيح إعادة النظر بهذا الحكم ، إذا ما تبين أنه على قيد الحياة ، وما يترتب على ذلك من أحكام، كذلك الحال في القوانين المقارنة . كما يهمنا التطرق لحالتين نعد مخرجاتهما من

الاحكام المشروطة ، وهما الحالتان الواردتان في المادتين (٤١و ١١٨) من قانون الإثبات العراقي ،واللتان يطلق عليهما في الفقه المقارن ، الحكم بالحالة التي عليها الدعوى. لذاسنقسم هذا المبحث ، على مطلبين ، نخصص الأول لأساس الحكم المشروط في قانون رعاية القاصرين ، ولأساس الحكم المشروط في قانون الإثبات ، كل في مطلب ، وكالآتي :

المطلب الأول

أساس الحكم المشروط في قانون رعاية القاصرين

الحكم المشروط في قانون رعاية القاصرين ، يتحدد في الحكم بوفاة المفقود . ولا يختلف توصيف

هذا الحكم ، أنه حكم مشروط ، في القانون العراقي . وفي القوانين المقارنة . حيث بالإمكان إعادة النظر بالحكم المذكور عند تغير الظروف المرافقة لصدوره ، مع اختلاف في الأحكام التي تعالج الموضوع . لذا سنبحث ذلك في فرعين . نخصص الأول لحكم وفاة المفقود في القانون العراقي ونخصص الثاني لحكم وفاة المفقود في القوانين المقارنة . وكما يأتي :.

الفرع الأول

حكم وفاة المفقود في القانون العراقي

تعد حالة الفقدان والغيبة الواردة في قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠الصورة الأوضح التي تكون مخرجاتها حكما مشروطاً. وقد عرف المفقود :" هو الغائب الذي انقطعت أخباره ولا تعرف حياته أو مماته " (٥١) .

يعلن عن فقدان المفقود من المحكمة . وفي اتجاه لمحكمة التمييز الاتحادية اعتبار تاريخ صدور حجة الحجر والقيم على المفقود تاريخاً لمبدأ سريان المدة المنصوص في القانون (٥٢) .

كما يعتبر إعلان وزارة الدفاع أو وزارة الداخلية حسب الأحوال مبدأ لذلك . وهذا ما نصت عليه المادة (٨٧) من قانون رعاية القاصرين. والعمل مستقر في المحاكم على ذلك(٥٣) . ويحكم بموت المفقود بعد مضي أربع سنوات على تاريخ الإعلان عن فقده بواحد من الطرائق المشار إليها ، أو بعد مضي سنتين على إعلان فقده إذا كان في ظروف يغلب عليها الهلاك . وهذه مسألة تقديرية تحددها المحكمة فيما إذا كان الفقدان في هذه الظروف أو لا(٥٤). وإذا ما تحقق للمحكمة من خلال التحقيقات التي تجريها وأصدرت حكماً بالوفاة ، فأن تاريخ صدور الحكم هو تاريخ الوفاة الحكمية حسب نص المادة (٩٥) من القانون . ويعد الحكم الصادر من الأحكام المشروطة . أي أن المحكمة التي تصدر هذا الحكم لها الرجوع

عنه إذا ما تبدل الظرف المرافق لصدوره ؛ وهذا الظرف يتمثل بظهور المفقود على قيد الحياة ، وعلى الرغم من عدم وجود نص في قانون رعاية القاصرين ولا في أي قانون آخر يشير إلى هذه الحالة . إلا أن المحاكم تستند في إصدار حكم بذلك على المادة الأولى من قانون الاحوال الشخصية التي تحتم الرجوع إلى أحكام الشريعة الاسلامية التي تعتبر ظهور المحكوم بوفاته على قيد الحياة من أسباب الحكم بعودة حقوقه المالية وغير المالية .ومن استقراء أحكام القضاء العراقي في هذا الخصوص نجد أن المحاكم تسير باتجاهين . الأول : يعتبر الحكم الصادر بالوفاة الحكمية باطلا ، وتبطله وتبطل بالتبعية الإجراءات التي تمت على وفقه (٥٥) .والثاني : يرى أن الحكم الصادر بوفاة المفقود الحكمية يعد معدوماً إن تبين أن المحكوم بوفاته على قيد الحياة (٥٦)، وعلى الرغم من اختلاف التكييف للحكم الصادر بوفاة المفقود إلا أنه :

١- يكشف عن كون هذا الحكم الصادر بالوفاة هو حكم مشروط وممتد بامتداد المركز القانوني للمفقود ، ومتى ما تبين تغير هذا المركز فأن الحكم الأول قابل لإعادة النظر فيه .

٢- أن الآثار المترتبة على أي من الاتجاهين واحدة فيما يتعلق بالحقوق المالية و غير المالية (٥٧).

الفرع الثاني

حكم وفاة المفقود في القانون المقارن

عالج القانون المصري حالة المفقود في قانون الاحوال الشخصية ، وحالة الحكم بوفاته في المادة (٢١) من القانون المعدلة بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٢٩ النافذ، والقانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢، والمادة (٤٥) من قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣(٥٨) . وبموجب ذلك فأنه يفرق بين الفقدان في ظروف يغلب فيها الهلاك ، فهنا يحكم بالوفاة بعد مضي أربع سنوات على تاريخ فقده وتتبنى المحكمة ذلك . أما حالة المفقودين من أفراد القوات المسلحة اللذين يفقدون من خلال العمليات الحربية فأن رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع وبحسب الاحوال هما الجهة المختصة بالإعلان عن الوفاة بعد مضي مدة سنة على الأقل من تاريخ الفقدان .أما المفقودين في حوادث غرق السفن أو سقوط الطائرات فأن المدة لا تقل عن ثلاثين يوماً في الأقل من تاريخ الحادث حسب قانون التعديل رقم ١٤٠ لسنة ٢٠١٧ (٥٩) . والمهم في الموضوع أن الحكم الصادر بوفاة المفقود يعد من الأحكام المشروطة بعدم تبدل الظروف المرافقة لصدوره ، وإن تبين أنه على قيد الحياة فأن الحكم الصادر بالوفاة الحكمية يمكن إعادة النظر به مجدداً والكشف عن كون المفقود على قيد الحياة وما يترتب على ذلك من آثار قانونية .

وبموجب المادة (٨٨) من القانون المدني الفرنسي ، فليس هناك فترة معينة للمفقود ولو في ظروف يغلب عليها الهلاك ، ويستثنى من ذلك حالة سقوط طائرة أو فقدانها وهي في الجو ؛فيحكم بالوفاة بعد ثلاثة أشهر من تاريخ الحادث (٦٠). أما حالة الفقدان في ظروف ظاهرها لا يغلب عليه الهلاك فبموجب ما ورد في المادتين(١٢١و١٢٢) من القانون المدني الفرنسي لا توجد مدة محددة للحكم بالوفاة – الحكم المعلن للغيبة – ، لكن الحكم الصادر بثبوت الغيبة لا يصدر قبل مضي عشر سنوات على تاريخ الغيبة ، مع التفريق بين حالتين تمثل الحالة الأولى إثبات الغيبة بحكم قضائي، فهنا يمكن الحكم بالوفاة بعد مضي عشر سنوات ، والحالة الثانية هو أن الغيبة لم تثبت بحكم قضائي، ففي هذه الحالة لا يصدر حكم بالوفاة الحكمية – الحكم المعلن للغيبة – إلا بعد مضي عشرين سنة على تاريخ تلك الغيبة . وإذا ما حكم بالوفاة وتبين أن المفقود على قيد الحياة فأن المادة (١٣٠) من القانون المدني الفرنسي عالجت هذه الحالة ، ومن خلال الحكم الوارد فيها يستنتج أن الحكم الصادر بالوفاة حكم مشروط وبقاء آثاره رهن بعدم حصول مستجد ، وهو ظهور المفقود على قيد الحياة، وبالتالي يمكن إعادة النظر بالحكم الصادر بالوفاة مع ما يترتب على حياة المحكوم بوفاته ، بناءً على طلب النائب الجمهوري أو طلب كل ذي مصلحة بإبطال الحكم ؛ وتأشير حكم الابطال حاشية للحكم الأول الصادر بإعلان الفقدان .هذا ما نصت عليه المادة (٩٢) من القانون المدني الفرنسي . وعلى الرغم أن القانون المدني الفرنسي لم يستعمل مصطلح الوفاة الحكمية ، واستعمل بدلاً عنها عبارة الحكم المعلن للغيبة، إلا أنه رتب على ذلك كل ما يترتب على الوفاة الحكمية . إذ ما أفصحت عن ذلك المادة (١٢٨) من القانون المدنيالتي نصت على : " أنه ومن تاريخ الحكم بالإعلان عن الغيبة تترتب كافة الآثار التي تنتج عن حالة ثبوت وفاة الغائب" (٦١).

والحكم الصادر بإبطال حكم إثبات الفقدان ، يجب نشر منطوقه على وفق الاحكام المقررة لنشر الأحكام ؛ ويترتب على ذلك تملك الغائب لما تبقى من أملاكه في الحالة التي هي عليها ، دون الحق في المطالبة بثمار تلك الأملاك ، إذا كان الورثة حسني النية. أما الأثر المترتب ، مع قيام حالة سوء النية ،فضلاً عن إعادة الاموال التي حصل عليها ، مع الفائدة القانونية ، وحق الغائب المطالبة بالتعويض . لكن الرابطة الزوجية التي انحلت بسبب إعلان تبقى منحلة على الرغم من صدور حكم ببطلان حكم إقرار الغيبة (٦٢).

و الملاحظ من الاحكام التي تم استعراضها للحكم بوفاة المفقود والنتيجة المترتبة على ظهور الأخير على قيد الحياة – بعد صدوره لفترة تطول أو تقصر – ،والمتضمنة عد الحكم الآنف كأن لم يكن ، لم تتطرق إلى ماهية هذه النتيجة هل هي الإبطال أم الانعدام، أو الالغاء . وهذا نتيجة لعدم النص على ذلك قانوناً في التشريعات المقارنة عدا القانون المدني الفرنسي الذي أشار صراحة في المادة (٩٢) إلى الابطال أو الالغاء باختلاف الترجمة. في حين أن القانون العراقي لم يتطرق لنتيجة الحكم الصادر بالوفاة الحكمية . وأن المحاكم على الرغم من عدم وجود نص يتضمن تقرير نتيجة هذا الظهور على

الحكم الصادر بالوفاة، تستعين بالمادة الاولى من قانون الاحوال الشخصية كما بينا والتي تحيل في حالة شغور النص إلى أحكام الشريعة الاسلامية الأكثر ملائمة لأحكام القانون دون التقيد بمذهب معين . وفي هذا نقص يتطلب تداركه بتعديل أحكام قانون رعاية القاصرين بما يتضمن ذلك .

المطلب الثاني

أساس الحكم المشروط في قانون الاثبات

يتحدد الحكم المشروط في قانون الإثبات في الحكم برد الدعوى دون الفصل في موضوعها . لذا سنقسم المطلب على فرعين . نخصص الأول لرد الدعوى دون الفصل في موضوعها في القانون العراقي ، والثاني للحكم بالحالة التي عليها الدعوى في القوانين المقارنة . وكالآتي :

الفرع الأول

الحكم برد الدعوى دون الفصل في موضوعها في القانون العراقي

الحكم برد الدعوى دون الفصل في موضوعها ، أو ما يطلق عليه فقهاً الحكم بالحالة ، حيث لا مثل هذا المصطلح في القانون العراقي ، وفي قانون الإثبات بالذات . كما أن الفقه العراقي لم يتناول هذا المصطلح على الرغم من وجود نصين قانونين يمكن عدهما تأسيس لذلك . وقد تناول شراح القانون هذين النصين بشروحاتهم موضحين جانب مما ورد فيهما ، تاركين الجانب الثاني والذي نرى أنه تعبير عن الحكم بالحالة . وهذان النصان الواردان في قانون الإثبات ، يتعلقان بحالة عجز المدعي عن إراءة مقياس للتطبيق ، أو العجز عن الإثبات، والخيار للمحكمة في توجيه اليمين الحاسمة ، وسنتناول الحالة الموجودة في هاتين المادتين([٦٣]) كل في فقرة :

أولاً – جواز إصدار الحكم معلقاً على الاستكتاب والـ نكول عن اليمين : من ضمن المحررات الكتابية التي اعتد بها قانون الإثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩، هي السندات العادية ، والتي هي كل كتابة تصدر عن شخص بقصد تقديمها كدليل على التصرف القانوني الصادر عنه ، أو يثبت مشغولية ذمته بشيء للغير، دون أن يكون للموظف العام المختص تدخل في إنشاء هذا السند ، ويعد هذا السند دليلاً للإثبات مالم ينكر بشكل صريح ممن وقعه أو يطعن به بالتزوير([٦٤]) . ومتى ما قدم سند عادي للمحكمة ولم يقر به المدعى عليه الحاضر أمام المحكمة ، أو كان الخصم غائباً عند تقديم السند العادي، فأن على مقدم السند واستناداً لأحكام المادة (٤١) من قانون الإثبات ([٦٥]) تقديم مقياس للتطبيق ، وهو كل توقيع أو إمضاء أو خط منسوب للمدعى عليه ، أو ما يتفق عليه الطرفان . وهنا يمكن تصور احتمالين ، الأول: إراءة المقياس ، الذي يمكن إجراء المضاهاة عليه . والثاني: عجز المدعي من إراءة هذا المقياس وكان الخصم غائباً ، فهنا أجازت المادة المذكورة للمحكمة إصدار الحكم غيابياً معلقاً على الاستكتاب والـ نكول

عن اليمين عند الاعتراض حتى ولو كان الخصم حاضراً بعض جلسات المرافعة ، ويمكن تصور ما تؤول إليه المرافعة بواحد من احتمالين :

١- إصدار الحكم على وفق حالة الجواز المنصوص عليه في المادة المذكورة ، وهذا هو الغالب .

٢- رد دعوى المدعي في الحالة التي عليها الدعوى .

ومن خلال استقراء اتجاه القضاء العراقي نجد أن ذلك يكون كالآتي :

أ- إصدار الحكم معلقاً على الاستكتاب والـ نكول عن اليمين عند الاعتراض ، ولا يجوز في هذه الحالة رد الدعوى ، ويلزم بإصدار الحكم معلقاً على الاستكتاب والـ نكول عن حلف اليمين عند الاعتراض ([٦٦]).

ب- كون ما ورد في البند (أ) جوازي فترد الدعوى . وبهذا قضي : " ... أن المحكمة اطلعت على سند الكمبيالة المبرز من المدعي / المميز ، وتبين لها أنها مذيلة بتواقيع غير واضحة المعالم بخصوص توقيع المدعى عليه/ المميز عليه الذي جرت المرافعة بحقه غيابياً وحيث أن مسألة إصدار الحكم غيابياً معلقاً على الاستكتاب والـ نكول عن اليمين عند الاعتراض سلطة الجواز لمحكمة الموضوع تقدرها حسب ظروف ووقائع الدعوى عملاً بأحكام المادة(٤١) من قانون الاثبات .... ([٦٧]) ٠

ت- رد الدعوى والاحتفاظ للمدعي بإقامتها مجدداً عند الظفر بالمدعى علية . وبهذا قضي : " ... إذا تبين لمحكمة الموضوع عدم إثبات المميزة للشخصية القانونية للمميز عليه إذا كان على قيد الحياة من عدمه، وهذا من إقامة الدعوى مجدداً لنفس السبب متى ما ظفرت به ...." ([٦٨]).

ث- رد الدعوى دون الاحتفاظ للمدعي بذلك . وعند إقامة الدعوى مجدداً ، لا تقبل منه، تمسكاً بسابقة الفصل ([٦٩]) .

والذي نميل إليه هو الاتجاه الوارد في البند(ت) ، وهذا ينسجم مع الحكمة من تقديم أدلة الإثبات إذ لا يتصور أن المشرع يحرم المدعي من حقه في توجيه اليمين الحاسمة لأن لديه سند عادي ولم يتمكن من إراءة مقياس رسمي للتطبيق ، إذ يعتبر هذا هو الحد الأدنى من حقوق المدعي العاجز عن إثبات ادعائه وهو ما عليه الاجتهاد القضائي في مصر وفرنسا كما سنرى .

ثانياً- إصدار الحكم معلقا على الـ نكول عن اليمين عند الاعتراض : حيث أشارت المادة (١١٨) من قانون الاثبات العراقي إلى ذلك . أي أن إصدار الحكم معلقاً على الـ نكول عن اليمين مسألة متروك تقديرها لمحكمة الموضوع . ولا تختلف الحالات المتصورة هنا، عما تم تصوره بخصوص ما ورد في المادة (٤١) الآنفة . وقد سار القضاء العراقي باتجاهات متعددة في هذا الموضوع وحسب اجتهاد كل محكمة مستنداً لظروف القضية المعروضة . فتارة يتم توجيه اليمين الحاسمة بطلب من الخصم ، ولعدم وجود الخصم كونه غائباً ، يصدر الحكم معلقاً على الـ نكول عن اليمين عند الاعتراض والانكار . وتارة ترفض توجيه اليمين الحاسمة مستندة للجواز المنصوص عليه في المادة المذكورة ([٧٠]).وأخرى تطلب تبليغ الخصم بصيغة اليمين على الرغم أن قانون المرافعات المدنية النافذ جاء خالياً من ذلك لكن هذا الاتجاه لا

يتعارض مع طبيعة دعاوى الاحوال الشخصية المتعلقة بالحل والحرم (٧١). وتارة ترد الدعوى وتحتفظ للمدعي بإقامة الدعوى مجدداً عند الظفر بالدليل أو بالمدعى عليه . وهذا الاتجاه الذي نميل إليه كما هو الاتجاه بخصوص المادة (١١٨ من قانون الإثبات) (٧٢).

الفرع الثاني

الحكم بالحالة في القوانين المقارنة

لم يكن الحكم بالحالة التي عليها الدعوى من الأمور المستحدثة في الاجتهاد القضائي المصري والاجتهاد القضائي الفرنسي. بل هو من الاتجاهات القديمة الذي سار عليه القضاء ومنذ نهايات القرن التاسع عشر . وهذا الاتجاه لا يتعارض مع حجية الحكم القضائي وبموجبه فأن من حق القاضي إذا تعذر على المدعي من تقديم سند الحق المدعى به أن يصدر حكماً برد الدعوى بالحالة التي عليها مع إعطاء الأخير حق إقامة الدعوى مجدداً دون التذرع بحجية الحكم وسابقة الفصل بالدعوى (٧٣). ففي مصر صدر في ١٩٠٠/٦/١٤ من لجنة المراقبة القضائية في وزارة العدل المصرية – بعد أن سارت المحاكم على رفض الدعوى عند عدم تهيئة الدليل – قراراً مضمونه : عند عدم تقديم الدليل الذي يسند دعوى المدعى، تأجيلها لموعد مناسب يتمكن فيها من ذلك، وعدم اللجوء إلى رفض الدعوى بالحالة التي عليها . إلا أن المحاكم قد اختلفت في الأخذ بقرار اللجنة القضائية ، فالمحكمة المختلطة سارت بالاتجاه السابق لقرار اللجنة وهو رفض الدعوى بالحالة التي عليها وعدت أن الحكم القاطع في الموضوع هو الذي يسمح للخصم التمسك بسابقة الفصل . أما رفض الدعوى بالحالة التي عليها الدعوى فلا يعد من قبيل ذلك لذا لا يمنع من إقامة الدعوى مجدداً. وقد أيدت محكمة الاستئناف المختلطة هذا الاتجاه ، وسارت محكمة النقض المصرية بالاتجاه ذاته وأجازت الحكم برفض الدعوى بالحالة التي عليها ولكن أُختلف مع محكمة الاستئناف المختلطة بأن الحكم الصادر برفض الدعوى له حجية مؤقتة (٧٤) تفرض ذات الأثر لحجية الحكم القضائي وفي ظل الظروف التي صدر فيها أما إذا ما تبدلت تلك الظروف فأنه يمكن الحديث عن إعادة النظر بالحكم الصادر بالحالة . كما صدرت أحكام بهذا الاتجاه سنة ١٩٧٧(٧٥) و ١٩٨٢ (٧٦) و١٩٩٥ (٧٧) و ٢٠٠٣(٧٨). هذا هو اتجاه القضاء المصري على الرغم من عدم وجود نص يسعفه في ذلك، إلا أن هذا ينسجم مع مقتضى العدالة ووصول الحقوق إلى أصحابها ما دام الحق لم يسقط بمضي المدة . أما اتجاه الفقه المصري فقد انقسم في ذلك على أربعة اتجاهات :

أولاً– اتجاه يرى عدم إمكانية إصدار حكم برفض الدعوى بالحالة التي عليها . لأن حجية الحكم تفرض على المحكمة رفع يدها عن الدعوى وعدم إمكانية اللجوء إلى ذلك ، ويرى أن المحكمة ليس لها الحكم برفض الحالة التي عليها الدعوى enétat،لأن ذلك يعطي للمدعي حق إقامة الدعوى مجدداً وهذا يتناقض مع حجية الحكم (٧٩) .

ثانياً- الاتجاه الثاني يرى من حيث الأصل أن ليس للمحكمة إصدار حكم برفض الدعوى بالحالة التي عليها ، ومع هذا استثناء يبيح لها ذلك، وهي عجز المدعي تقديم الدليل لأسباب تقدرها المحكمة، بمعنى أن للأخيرة سلطة تقديرية في إصدار الحكم بذلك وحسب الظروف المحيطة بها (٨٠). وهنا يشترط أن ينص في منطوق الحكم بأن حكم الرفض هو رفض بالحالة التي عليها . وإذا ما صدر قرار الرفض من محكمة الاستئناف، فهنا يكون الرجوع إلى المحكمة الابتدائية المختصة لا إلى محكمة الاستئناف التي أصدرت حكم الرفض، حفاظاً على حقه في درجتي التقاضي (٨١).

ثالثاً- الاتجاه الثالث يرى أن الاحكام المشروطة لا تحوز الحجية ، كما في حال الغرامات التهديدية التي يجوز إعادة النظر فيها بالزيادة والنقصان والإلغاء ، كما يرى أن الحكم الصادر برفض الدعوى بالحالة التي عليها لا يحوز الحجية التي تحوزها الأحكام ، وللسبب ذاته . ومن هذا الرأي يفهم أنه يجيز للمحكمة أن تصدر أحكاماً مشروطة ومنها رفض الدعوى بالحالة التي عليها . ويجوز بعد ذلك للمدعي التي رفضت دعواه أن يقيمها مجدداً بعد تغير الحالة التي كانت مرافقة للرفض ، وهذا ما يطلق عليه ضمن اتجاه البحث، تغير الظروف (٨٢) .

رابعاً- الاتجاه الرابع(٨٣) يرى أن رفض الدعوى بالحالة التي عليها ، يعد من صور الحكم المشروط الذي هو من نتاج الفقه القضائي، لتجاوز حالة عدم تمكن الخصم من إثبات ادعائه لأسباب خارجة عن إرادته . والأصل أنه في مثل هذه الحالة أن تحكم المحكمة لصالح المدعى عليه للسبب المذكور، ولكن مراعاة لمقتضيات العدالة فأن المحكمة ترفض الدعوى بالحالة التي عليها (٨٤). والذي يستنتج مما تقدم أن حكم رفض الدعوى بالحالة التي عليها ، له أثر ناقل ، إذ ينقل الدعوى كما هي قبل الرفض إذا ما أقيمت من المدعي مجدداً ، من حيث الموضوع والدليل . فلو طالب شخص خصمه بمبلغ معين وأثناء المرافعة دفع بأن له سنداً عرفياً موقعاً من المدعى عليه، ولم يتمكن من إثبات ذلك وصدر حكم برفض الدعوى بالحالة التي عليها ، فإذا ما أقام الدعوى مجدداً ،فعليه أن يقيمها بالمبلغ المطالب به بالدعوى المرفوضة، وليس له أن يطلب الاستماع إلى البينة الشخصية حتى ولو كان أصل التصرف جائز إثباته بذلك ، وإذا ما أقيمت الدعوى خلافاً لما ذكر نكون أمام دعوى يمكن مواجهتها بسابقة الفصل .

وفي النظام الفرنسي كان العمل بنظام رفض الدعوى بالحالة بتاريخ سابق لتاريخ تشريع القانون المدني الحالي في ١٨٠٤ . حيث أخذت به بعض المحاكم واستمرت لفترة لاحقة لتاريخ نفاذ القانون المذكور . وكان ذلك لا يمثل اتجاه محكمة النقض ابتداءً حيث كانت ترفض السير بهذا الاتجاه بقرار لها صادر في ١٨٠٦ متمسكة بمبدأ حجية الحكم القضائي . ولكن هذا الاتجاه بدأ الرجوع عنه بحكم أصدرته دائرة العرائض سنة ١٨٧٢ اتجهت فيه إلى السماح للمدعي الذي رفضت دعواه بالحالة التي عليها الدعوى بسبب عدم تمكنه من تقديم الدليل ، بأن يتقدم بدعوى مجدداً إذا ما حصل على السندات الداعمة لادعائه، وتم تأكيد هذا الاتجاه بحكم صدر عن محكمة النقض الفرنسية سنة

١٨٨٥. وتم تأكيد هذا الموقف في حكم صدر عن الأخيرة سنة ١٩٥٧. وعززت الدائرة الاولى المدنية للمحكمة المذكورة هذا الاتجاه . موضحة أن الحجية لا تلحق إلا بما فصل فيه بدون شرط ولا تحفظ . وهذا لا ينطبق على الحكم الصادر برفض الدعوى بالحالة التي عليها. وفي عام ١٩٧٤ سارت الدائرة الثالثة المدنية بهذا الاتجاه . وفي عام ١٩٨١ انضمت الدائرة التجارية إلى بقية الدوائر السائرة فيه . وفي عام ١٩٩١ أصبح المبدأ مستقراً لدى كافة دوائر محكمة النقض الفرنسية (٨٥). من كل ما تقدم يتبين أن الفقه الفرنسي والقضاء الفرنسي غلب

في أخذه بهذا النظام مبدأ العدالة وضرورة فتح المجال أمام المدعي للحصول على حقة عابراً مبدأ حجية الحكم ، وهذا هو ما نميل إليه ، ونتمنى على القضاء العراقي ، والذي لديه مرتكز قانوني هو نص المادتين (٤١و١١٨) معززتين بالمادة (٤) من قانون الإثبات – تبسيط الشكلية إلى الحد الذي يضمن المصلحة العامة ولا يفرط بأصل الحق –، أن يكون رد الدعوى وتمكين الخصم من إقامتها مجدداً عند الظفر بالدليل أو بالمدعى عليه هو حفاظ للحق لا تفريط به .

الخاتمة

أولاً – النتائج :

بعد إتمام البحث بعون من الله ، توصلنا إلى النتائج الآتية :

١- يجد الحكم القضائي المشروط أساساً له في ثلاث جهات :

أ- النص القانوني ، كما في نص المادة (٢٠٨) من القانون المدني والمادة(٢٨و٦/٥٧) من قانون الأحوال الشخصية والنص التشريعي المشار إليه في البحث ،

ب- في الاجتهاد القضائي .

ت- في الحكم الشرعي .

٢- أن عدم وضوح الآلية التي معها ،يمكن تطبيق نص المادة (٢٠٨) من القانون المدني ، حال دون تطبيق حكم المادة المذكورة على الرغم من أهمية ذلك لمن يتعرض لإصابة جراء فعل جرمي.

٣- تعد دعاوى الأحوال الشخصية ، المجال الأوسع ، الذي تكون مخرجاته أحكاماً مشروطة، وهذا ينسجم مع طبيعة تلك الدعاوى ، وتعلقها بالحل والحرمة .

٤- الحكم برد الدعوى دون الفصل في موضوعها ، يجد له أساساً في قانون الإثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ ، في نص المادتين (٤١و ١١٨) وعلى الرغم من ذلك ، لا زالت فكرة الحالة التي عليها الدعوى ،لم تتبلور بالشكل الذي يؤمن للمدعي العاجز عن إثبات ادعائه من إقامة الدعوى مجدداً ، عند الظفر بالدليل ، أو بالمدعى عليه .

٥- يرى جانباً من الفقه : أن مجال الأحكام المشروطة ، لا ينحصر في الأحكام الفاصلة في النزاع ، بل يمكن أن يكون في القرارات الإعدادية غير المنهية للخصومة ، اعتماداً على خاصية إمكانية إعادة النظر بهذه القرارات ، كما في قرارات القضاء المستعجل وقرارات الإكراه المالي ، كما في الغرامات التهديدية .

٦- تعد قرارات الإكراه الجسدي ، من القرارات المشروطة التي تجد لها أساساً في قانون التنفيذ ، ذلك لأن هذا النوع من القرارات يمكن إعادة النظر به عند انصياع المدين ، وتسديد ما بذمته من دين حبس من أجله .

٧- القرارات الصادرة في دعاوى ضمان حقوق الدائنين . والحكم بإشهار إفلاس المدين التاجر المتوقف عن الدفع ، يلحق بها قرارات الحجر على المدين المفلس. هي من القرارات المشروطة ، القابلة لإعادة النظر فيها عند تبدل الظروف المرافقة لصدورها .

ثانياً – التوصيات :

لأهمية المواضيع التي تشكل مخرجاتها أحكاماً مشروطة ، وبغية استكمال ما نراه من معوقات تطبيق ما ورد في بعض النصوص القانونية ، نتقدم بالتوصيات الآتية لعل الأخذ بها ، يحقق الغاية المرجوة من تشريع النص :

١- تعديل نص المادة(٢٠٨) من القانون المدني العراقي ، وتقرأ على النحو الآتي :

م/٢٠٨: " إذا لم يتيسر للمحكمة أن تحدد مقدار التعويض تحديداً كافياً فلها أن تحتفظ للمتضرر المطالبة خلال مدة معقولة أمام المحكمة المدنية عما زاد من ضرر استجد بعد صدور الحكم الأول الذي حاز رجة البتات " .

٢- تعديل نص المادة (١٩) من قانون أصول المحاكمات الجزائية ، وتقرأ على النحو الآتي :

إذا رأت المحكمة أن الفصل في الدعوى المدنية يقتضي أجراء تحقيق يؤخر حسم الدعوى الجزائية ، فتقرر له تعويضاً مؤقتاً ولها أن تحتفظ له بمراجعة المحكمة المدنية للمطالبة بالتعويض التكميلي ، في حالة الضرر المتغير ".

٣- شمول نفقة الأقارب – من غير الزوجة والأبناء – بفكرة الحكم المشروط ، وجواز زيادة النفقة المقررة لهم عند تبدل الظروف ، باعتبار نص المادة (المادة الثانية والستين/١) ، وإضافة فقرة جديدة بتسلسل (٢) يكون نصها :

م/ الثانية والـ ستون- ٢: " يجوز زيادة النفقة المقررة على وفق الفقرة(١) ، من هذه المادة ، ونقصانها ،عند تغير الظروف ، وتعتبر زيادة موارد المكلف بالنفقة ، أو إزياد حاجة المحكوم له بالنفقة ،من أسباب زيادتها ، كما تكون زيادة أعباء المكلف ، أو ظهور موارد للمحكوم عليه من أسباب النقصان أو الإسقاط " .

٤- تعديل نص الفقرة (٦) من المادة (السابعة والخمسين) من قانون الأحوال الشخصية ، بإعطاء الحق للأب ، بطلب إسقاط حضانة الأم ، إذا ثبت تضرر المحضون ، بعد صدور الحكم بالحضانة ، يكون نصها :

م/ السابعة والخمسون- ٦ : للحاضن الذي أنهيت حضانته قضاءً أو اتفاقاً، طلب استرداد المحضون من حاضنه ، إذا ثبت تضرر المحضون خلال مدة وجوده معه " .

٥- جعل نص المادة (٩٥) من قانون رعاية القاصرين ،فقرة أولى وإضافة فقرة ثانية لها وتقرأ على النحو الآتي :

م/ ٩٥-٢ :

- إذا ظهر المحكوم بوفاته على قيد الحياة ، فللمذكور ، ولكل ذي مصلحة ، إقامة الدعوى بإلغاء الحكم الصادر بالوفاة ، يكون خاضعاً للطعن التمييزي على وفق المادة (٣٠٩) من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ ، وتلغى كافة الاجراءات السابقة على ظهور الحياة ، مع مراعاة الأحكام الشرعية المعتبرة في ذلك .

٥- جعل نص المادة (٤١) من قانون الإثبات فقرة أولى ، وإضافة فقرة ثانية تقرأ على النحو الآتي :

م/٤١-ثانياً- للمدعي الذي لم تصدر المحكمة حكماً معلقاً على الاستكتاب والـ نكول عن اليمين عند الاعتراض ، حق إقامة الدعوى مجدداً عند الظفر بالدليل أو بالمدعى عليه، مع مراعاة أحكام مرور الزمان " .

٧- جعل نص المادة (١١٨) من قانون الإثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ ، فقرة أولى ، وإضافة فقرة ثانية تقرأ على النحو الآتي :

م/١١٨-ثانياً : " للمدعي الذي لم تمنحه المحكمة حق إصدار الحكم معلقاً على الـ نكول عن اليمين عند الاعتراض ، حق إقامة الدعوى مجدداً عند الظفر بالدليل أو بالمدعى عليه، مع مراعاة أحكام مرور الزمان"

انتهى والحمد لله

الهوامش

١) المادة (٢٠٨) من القانون المدني العراقي التي نصت على : " إذا لم يتيسر للمحكمة أن تحدد مقدار التعويض تحديداً كافياً فلها أن تحتفظ للمتضرر بالحق في أن يطالب خلال مدة معقولة بإعادة النظر في التقدير " . وهناك حالات يكون الحكم فيها مشروطاً ، كالحكم بإعلان افلاس التاجر المتوقف عن الدفع (م ٥٦٢النافذة وما بعدها من قانون التجارة الملغي لسنة ١٩٧٠) ، والحجر على المدين المفلس (م/٢٧٠ من القانون المدني العراقي وما بعدها). يقابلها المادة (٢٧٠ وما بعدها من القانون المدني المصري – شهر إعسار المدين)، نعرض عنها لعدم اتساع حيز البحث لها .

٢) المادة(الشق الأخير ١٧٠) من القانون المدني المصري التي نصت على : " ...فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعييناً نهائياً ، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير " .

٣) المواد (٤٢و٤٣) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري .

٤) المادة (٣) من قانون محاكم الأسرة رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤.، و تتألف محاكم الأسرة الدرجة الاولى من ثلاثة قضاة يكون أحدهم علي الأقل بدرجة رئيس بالمحكمة الابتدائية، وذلك لضمان تحقق الخبرلكافية في هذا النوع المهم من القضايا .ويعاون المحكمة في الدعاوى المنصوص عليها في المادة (١١) من قانون الاسرة خبيران أحدهما من الإخصائيين الاجتماعيين، والأخر من الإخصائيين النفسيين وتنشأ محاكم الاسرة الدرجة الاولى بدائرة اختصاص كل محكمة جزئية ,يكون تعيين مقرها بقرار من وزير العدل .، وتنشأ محاكم الاسرة الاستئنافية فى دائرة اختصاص كل محكمة من محاكم الاستئناف، لنظر طعون الاستئناف التي ترفع إليها في الأحوال التي يجيزها القانون عن الإحكام والقرارات الصادرة عن محاكم الأسرة .وتنعقد هذه الدوائر الاستئنافية في دوائر اختصاص المحاكم الابتدائية .ويجوز أن تنعقد -عند الضرورة -في أي مكان في دائرة اختصاصها .

٥) المادة (١٦/٣١١و ١٨/٣١١ و ٣٩/٣١١ و ٣١١/ ٤٢) من قانون التنظيم القضائي المعدل بالمرسوم رقم ٩٦-١٥٧ وتاريخ ٢٢/ شباط ١٩٩٦ . نقلاً عن :

V. Beauchard, La justice judicaire de proximite, Justices 1995, n°2 p.35*G.*

Couchez, Procedure civile, op. cit., p.23

٦) ضياء شيت خطاب وإبراهيم المشاهد ى وعبد الجبار الجنابي وعبد العزيز الحساني وغازي ابراهيم الجنابي ، القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ مع مجموعة الأعمال التحضيرية ج٢ مطبعة الزمان بغداد،٢٠٠٠ ، ص ٢٨، والاشارة إلى أن اللجنة قد أنجزت الأعمال التحضيرية عام ٢٠٠٢ لحد الجزء الرابع الاحكام الخاصة بعقد الإعارة ، ولم نتيسر على مابعد العدد المذكور .

٧)) قرار محكمة التمييز الاتحادية العدد ٢٦٤/ الهيئة الموسعة / ٢٠١٩ وتاريخ ١٠/٢٣/ ٢٠١٩ ، غير منشور ومتداول على الموقع الإلكتروني المنتدى القضائي وهو موقع مغلق وخاص ، تاريخ ٢٠١٩/١١/٢٠.

٨) المادة (٤٠) من قانون المرافعات المدنية العراقي .

٩) المادة(٦٣) من قانون المحاماة رقم ١٧٣ لسنة ١٩٦٥ المعدل المنشور في جريدة الوقائع العراقية العدد ١٢١٣ وتاريخ ١٩٦٥/١٢/٢٢.، التي تلزم المحكمة الحكم بأتعاب المحاماة ولو من دون طلب من المحامي .

١٠)عالج قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ المنشور في جريدة الوقائع العراقية العدد ٢٠٠٤ في ١٩٧١/٥/٣١ الدعوى المدنية في المواد (٠٩- ٢٩) .

[١١]) قرار محكمة النقض المصرية ، نقض ١٩٨٧/٦/٤ أحكام النقض س ٣٨ ق ١٣١ ص ٧٣٥، مشار إليه لدى د. حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في الدعوى المدنية أمام المحاكم الجنائية ، منشأة المعارف الاسكندرية ،١٩٩٧ ص ٤٩٩.

[١٢]) قرار محكمة النقض ١٩٨٢/٥/١٣ أحكام النقض س ٣٣ ق ١٢١ ص ٥٩٨، منشور لدى د. حسن صادق المرصفاوي، مرجع سابق ،ص ٤٨٦و٤٨٧.

[١٣]) قرار محكمة النقض ١٩٧٤/٤/٢٩ أحكام النقض س ٢٥ ق ٩٥ص ٤٤٧، منشور في المرجع السابق ،ص ٤٧٩.

[١٤]) المادة (٣٠٩) من قانون الإجراءات الجنائية المصري .

[١٥]) المادة (١٧٠) من القانون المدني المصري ، التي هي أصل تشريعي للمادة (٢٠٨) من القانون المدني العراقي

[١٦]) قرار محكمة التمييز الاتحادية العدد ٣٣٨/ موسعة مدنية /٢٠١٦ وتاريخ ٢٠١٦/١١/٢٨ منشور لدى القاضي لفتة هامل العجيلي، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية قرارات الهيئة الموسعة المدنية ، القسم المدني – المرافعات المدنية ط١، مطبعة الكتاب بغداد شارع المتنبي ، ٢٠١٧،ص ٩١، وان فكرة الظروف الملابسة المرافقة للفعل الموجب للتعويض المدني في القضايا الجنائية قد لاتوجد مشكلة في ذلك ، لأن حكم المادة (٢٩) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ ،قد نصت على : " لا يسأل شخص عن جريمة لم تكن نتيجة سلوكه الاجرامي لكنه يسأل عن الجريمة ، ولو كان قد ساهم مع سلوكه الاجرامي في إحداثها ، سبب آخر سابق أو معاصر أو لاحق ولوكان يجهله " ، لكن الاجتهاد مطلوب في القضايا المدنية وهذا ما سارت عليه محكمة التمييز في قرارها العدد ٥٢١/ مدنية أولى/٩٨١ وتاريخ ٨/١٧/ ١٩٨١ ،في دعوى تتلخص في انقلاب سيارة نتيجة انفجار أحد إطاراتها ونتج عن ذلك وفاة شخص ، تبين على أثر التشريح أنه كان مصاباً بتصلب الشرايين المصاحب باحتشاء العضلة القلبية وتشمع الكبد وتضخم في الطحال وأن التقرير التشريحي بين أن سبب الوفاة ليس انقلاب السيارة بل الأمراض التي كانت في المتوفى ، وأن الانقلاب عجل في ذلك مما يتطلب تقليل التعويض ، مشار اليه لدى حسن حــ نتوش رشيد الحسناوي، الضرر المتغير وتعويضه في المسؤولية التقصيرية دراسة مقارنة ط١، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان،٢٠١٧،ص٢٧هامش رقم ١..

[١٧]) ROGER PERROT, ENCYCLOPEDIE DALLOZ DE DROIT CIVILE, chose jugée, 1978, mise à jour 1994,n 148.p14. ، نقلا عن مراد كاملي ، مرجع سابق ،ص ٣٤٨ .

[١٨]) المادة (الثامنة والعشرون /٢) من قانون الاحوال الشخصية العراقي . التي نصت على *" تجوز زيادة نفقة الأولاد ، كما تجوز زيادة نفقة العدة مادامت المطلقة في عدتها ، وذلك تبعاً لتغير الأحوال . وتعتبر زيادة موارد المكلف بالنفقة سبباً من أسباب زيادتها ".

[١٩]) قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١٠٠٠ وتاريخ ١٩٨٣/٩/١٠، المنشور في جريدة الوقائع العراقية العدد ٢٩٦٠ في ١٩٨٣/٩/٢٦ الذي نص على. : " تجوز زيادة نفقة الأولاد ، كما تجوز زيادة نفقة العدة مادامت المطلقة في عدتها ، وذلك تبعاً لتغير الأحوال . وتعتبر زيادة موارد المكلف بالنفقة سبباً من أسباب زيادتها ".

[٢٠]) المادة (الثانية والـ ستون) من قانون الأحوال الشخصية العراقي.

[٢١]) قرار محكمة التمييز الاتحادية العدد ١٦٣٦ /ش١/ ٢٠٠٩ وتاريخ ٢٠٠٩/٥/٥، منشور لدى سلمان عبيد عبد الله ،المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية – الاحوال الشخصية ج١، الناشر صباح صادق جعفر الانباري،بغداد ، ٢٠٠٩،ص ٣٥.والقرار الصادر عن محكمة التمييز الاتحادية العدد ٢٤٧٣/ش١/ ٢٠٠٨ وتاريخ ٢٠٠٨/٧/٢٩ منشور لدىالقاضي عدنان مايـ ح بدر ، الاجراءات العملية لدعاوى الاحوال الشخصية معززة بقرارات محكمة التمييز الاتحادية ،المكتبة القانونية بغداد ،٢٠١٦،ص١٣١.

[٢٢]) قرار محكمة التمييز الاتحادية في العراق العدد ٣٨٧٤ /ش١/ ٢٠١٠ وتاريخ ١١/٧/ ٢٠١٠ ، منشور لدى القاضي رزاق جبار علوان ، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية – قسم الاحوال الشخصية ج٢، الناشر مكتبة صباح بغداد ، ٢٠١١ ،ص ٤٩.

[٢٣]) قرار محكمة التمييز الاتحادية العدد ١٠٢٨٤/ هيئة الاحوالالشخصية والمواد الشخصية/٢٠١٣ وتاريخ ٢٠١٤/٢/٢، منشور لدى المرجع السابق،ص ٣١

[٢٤]) قرار محكمة التمييز الاتحادية العدد ٣٨٨٩/٣٨٩٠/ش١/ ٢٠١٠ وتاريخ ٢٠١٠/١١/١، منشور لدى المرجع السابق ،ص ٤٦.

[٢٥]) قرار محكمة التمييز الاتحادية العدد ٩٩٥١ / هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية / ٢٠١٣ وتاريخ ١/٧/ ٢٠١٤ منشور لدى سلمان عبيد عبد الله الزبيدي ،المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية – الاحوال الشخصية ج٣، مكتبة القانون المقارن بغداد،دون سنة نشر رقم الايداع في دار الكتب والوثائق ببغداد ١٩٨٩ لسنة ٢٠١٥،ص٢٧ والقرار

[٢٦]) المادة (الرابعة والعشرون /٢) من قانون الأحوال الشخصية العراقي ، وبموجب الفقرة /٢ من المادة المذكورة تعتبر نفقة الزوجة غير الناشز ديناً بذمة زوجها عن المدة التي لاتزيد على سنة .

[٢٧]) هو القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ المعدل والنافذ .

[٢٨]) المادة(١٦) المعدلة من قانون الأحوال الشخصية المصري ، وللزيادة أنظر الامام محمد أبو زهرة ،الأحوال الشخصية ،دار الفكر العربي القاهرة ،٢٠١٢،ص ٢٣٩ وما بعدها ، و د. رمضان علي السيد الشرنباصي ود. جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، أحكام الأسرة ، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان،٢٠٠٦،ص ٣٨٧ وما بعدها .

[٢٩]) المادة (٢٠٣) من القانون المدني الفرنسي.

[30])ph.Malaurie ; cours de droit civil la famille , 2éme ed., Cujas , paris , 1989, p. 447 .

[٣١]) المادة (٢٠٧) من القانون المدني الفرنسي .

[٣٢]) المادة (١/٢٠٧) من القانون المدني الفرنسي.

[٣٣]) قرار محكمة النقض الفرنسية في ٩/آذار/ ١٩٩٤ منشور في القانون المدني الفرنسي بالعربية ، مرجع سابق،ص ٢٥٩.

[٣٤]) المادة (٢٠٩) من القانون المدني الفرنسي .

[٣٥]) المادة (١١٦٦ التي أصبحت بتعديل ٢٠١٦ برقم ١٣٤١-١) من القانون المدني الفرنسي . وفي هذا جاء قرار محكمة النقض / عرائض ٢٦/ مايو ١٩٤٢،منشور لدى ،القانون المدني الفرنسي بالعربية ، مرجع سابق ص ٢٦٢.

[٣٦]) قرار محكمة النقض الفرنسية في ٢٩/حزيران / ١٩٤٩، منشور لدى المرجع السابق ،ص ٢٦٢.

37)ph.Malaurie ; cours de droit civil la famille , 2éme ed., Cujas , paris , op. Cit . p. 451.

٣٨) تحدد المادة المذكورة المعايير التي يستند إليها القاضي في تعديل النفقة بقرار مسبب ، الوضع الصحي ، وسن الدائن ، وعدم قدرته على توفير متطلباته ، كما يمكن إعادة النظر بالنفقة بانقاصها عند تغير الظروف . لذلك وللاطلاع على النفقة المقررة للزوجة ، والنفقة المقررة للزوج على أساس السن الذي يبدأ من ثلاثين عاما وحتى مئة عام – دخل مدى الحياة – أنظر:القانون المدني الفرنسي بالعربية ،مرجع سابق الصفحات ، ٣٢٨وو٣٧٠و٣٧٢.

39),29mai 2019 ,n°18-17.377 , RTDciv .,Juill ./sep.2019 , p.. 560A.M.L. ; note sous Civ.1er ، تعليق على حكم الدائرة المدنية الثانية في محكمة النقض الفرنسي .

40).P. 216 ET 217 .et. .F. Debove , et autres ; Droit de la famille , 4émééd., Yuibert , 2008

،29mai 2019 ,n°18-17.377 , RTDciv .,Juill , op. cit , p.. 461A.M.L. ; note sous Civ.1er

التعليق السابق على حكم الدائرة المدنية الثانية في محكمة النقض الفرنسي .

٤١) نصت المادة(الثانية والاربعون) من قانون الاحوال الشخصية العراقي على : " إذا ردت دعوى التفريق لأحد الأسباب المبينة في المادة الاربعين من هذا القانون لعدم ثبوته واكتسب قرار الرد درجة البتات ، ثم أقيمت دعوى ثانية بالتفريق لنفس السبب ، فعلى المحكمة أن تلجأ إلى التحكيم ، وفقاً لما ورد في المادة الحادية والأربعين " .

٤٢) المادة (الأربعون) من قانون الاحوال الشخصية العراقي .

٤٣) جاء بالشق الأخير من المادة (٦) من قانون الاحوال الشخصية المصري : " ....فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضي حكمين وقضى على الوجه المبين في .....).

٤٤) أنظر قرار محكمة التمييز الاتحادية العدد ٢٦١٧/ش١/ ٢٠٠٩ وتاريخ ٢٠٠٩/٦/٢، منشور لدى سلمان عبيد عبد الله ، المختارج١/ مرجع سابق ،ص ١٤٣. وقرار محكمة التمييز الاتحادية العدد ١٨٠٦/ش١/٢٠١١ وتاريخ ٤/٧/ ٢٠١١ منشور لدى القاضي رزاق جبار علوان ، المختار ج٢، مرجع سابق ص ٣٥٤.

٤٥) (الفقرة ٢ من المادة السابعة والخمسين) من قانون الاحوال الشخصية العراقي .

٤٦) قرار محكمة التمييز الاتحادية العدد ٣٨٢٦/ش/٢٠٠٧ وتاريخ ٢٠٠٧/٢/١٢، منشور لدى القاضي ربيع محمد الزهاوي ، المبادئ التمييزية المنتقاة ج ١وج٢ ، مكتبة السنهوري بغداد ، ٢٠١٢،ص ٢٥٠.

٤٧) قرار محكمة التمييز الاتحادية العدد ٢٦٥/ ش١/ ٢٠٠٦ وتاريخ ٢٠٠٦/٢/١٢، منشور لدى القاضي خالد محمد جلال الاعرجي، المبادئ القانونية لمحكمة التمييز الاتحادية قسم الاحوال الشخصية ، مكتبة صباح بغداد ،٢٠١٤،ص ٢٧٤.

٤٨) قرار محكمة التمييز الاتحادية / هيئة موسعة /الصادر في ٢٠١٩/٤/٢٢، غير منشور .

٤٩) المادة (٢٠) من قانون الاحوال الشخصية المصري المعدل .

50).F. Debove , et autres ; Droit de la famille , 4émééd., Yuibert op.ci.P.220 .

٥١) المادة (٨٦) من قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠، المنشور في جريدة الوقائع العراقية العدد ٢٧٧٢ وتاريخ ١٩٨٠/٥/٥.

٥٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية العدد ١٨٢ / الهيئة الموسعة المدنية / ٢٠١٠ وتاريخ ١٩ / ١٠ / ٢٠١٠ غير منشور . والقرار٤٩/ش/ ٢٠٠٩ وتاريخ ٢/٢٦/ ٢٠٠٩ منشور على موقع مجلس القضاء الاعلى محكمة التمييز الاتحادية https://www.hic.ig تاريخ الزيارة ٢/١٨/ ٢٠١٩ الساعة ٦/٥٠ مساءً

٥٣) قرار محكمة التمييز الاتحادية العدد ١٨١/ الهيئة الموسعة المدنية /٢٠١٠ وتاريخ ٢٠١٠/١١/١٠، غير منشور وجاء فيه : " .... كان قد فقد وأعلن عن فقدانه بموجب موقف الحركات الصادر عن الفوج ... من لواء المشاة .. الفرقة ...العدد ... وتاريخ ... والذي تم تثبيته بكتاب وزارة الدفاع / رئاسة أركان الجيش – الخدمات الشخصية العدد... وتاريخ .... وبذلك فأن تاريخ تقرير موقف الحركات المشار إليه آنفاً يعد مبدأ سريان المدة القانونية على وفق ما نصت عليه المادة (٨٧) من قانون رعاية القاصرين .....).

٥٤) قرار محكمة التمييز الاتحادية العدد ١٩/ هيئة عامة ٢٠١٨، وتاريخ ٢٠١٨/٧/٣، منشور على الموقع الالكتروني iraqfsc.iq/ news. 4134، تاريخ الزيارة ٢٠١٩/١٢/١٨ الساعة -/٧ مساءً .

٥٥) قرار محكمة الاحوال الشخصية في الكرخ العدد ٢٥٦٩/ ش/ ٢٠٠٨ وتاريخ ١١/١٣/ ٢٠٠٨ المتضمن إبطال قرارها الصادر بالعدد ٢١٨٣/ش/٢٠٠٨ وتاريخ ٢٠٠٨/٢/١٨ المتضمن وفاة المفقود..... حكما ، ورد دعوى المدعي ، وقد صدق القرار تمييزاً بالعدد ١٩٠٦/ ش٢/ ٢٠٠٨ وتاريخ ٢/٢٣/ ٢٠٠٨ غير منشور . وفي الاتجاه ذاته قرار محكمة الأحوال الشخصية في الكرادة بالعدد ٤٩٩/ش/ ٢٠١٠ وتاريخ ٢٠١٠/٤/١٨ المتضمن إبطال حكمها الصادر بالعدد ١٣٨٦/ش/ ٢٠٠٦ وتاريخ ٢٠٠٦/٧/٣١ ،ولو أن محكمة التمييز الاتحادية ردت طلب التمييز الوجوبي على وفق المادة(٣٠٩) من قانون المرافعات كون الحكم غير مشمول بذلك .

٥٦) قرار محكمة الاحوال الشخصية في المجر الكبير بالعدد ١٣٩/ ش/ ٢٠١٩ وتاريخ ٦/٢٣/ ٢٠١٩، الذي أبطلت فيه الحكم الصادر عنها في الدعوى ٥٠٧/ ش/ ٢٠١٦ وتاريخ ١٢/٢٩/ ٢٠١٦ القاضي بوفاة .... لثبوت وفاته بتاريخ سابق للوفاة الحكمية ، وقد صدق تمييزاً بالعدد ٩١٤٥/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/ ٢٠١٩ وتاريخ ٨/٧/ ٢٠٠١٩، غير منشور، وفي الاتجاه ذاته ،الحكم الصادر عن محكمة الاحوال الشخصية في مدينة الصدر بالعدد ١٢٩٨٤/ ش/ ٢٠٠١٥ وتاريخ ٢٠٠١٥/١١/١٢ القاضي بإعدام الحكم الصادر عنها بالعدد ٣٧٠٨/ش/ ٢٠١٥ وتاريخ ٢٠١٥/٥/١٦ القاضي الحكم بوفاة ..... كونه قد أعدم والابقاء على تاريخ وفاته المثبت بشهادة الوفاة ..... ومحكمة التمييز من خلال قرارها العدد ٧٤٨١/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠١٥ وتاريخ ١١/٢/ ٢٠١٦ على الرغم من نقضها للحكم لأسباب شكلية لاعلاقة لها بالتكييف للحكم الصادر بالوفاة الحكمية ، فأنها تؤيد الاتجاه بِعَدِ الحكم الأول معدوماً . القراران غير منشورين .

٥٧) سنتناول الآثار المترتبة على الحكم بوفاة المفقود لاحقاً إن شاء الله في المبحث الثاني من الفصل الثالث .

٥٨) نصت المادة (٤٥) من القانون في الشق الأخير :".....فإن ظهر حياً بعد الحكم بموته أخذ ما بقي من نصيبه بأيدي الورثة ".

٥٩) نشر القانون رقم ١٤٠ لسنة ٢٠١٧ الخاص ببعض أحكام الاحوال الشخصية ، في الجريدة الرسمية العدد ٢٩ مكرر الصادر يوم ٢٢/ يوليو / ٢٠١٧ ، منشور على الموقع الالكتروني www. Soutalomma. Com ، تاريخ الزيارة ١٢/١٨/ ٢٠١٩ الساعة ٧/١٥ مساءً.

٦٠) المادة (١٤٢-٣) من قانون الطيران المدني الصادر بالمرسوم رقم ٦٧- ٣ تاريخ ١٩٦٧/٣/٣٠، منشور في القانون المدني الفرنسي بالعربية ،ص ٢١١.

61)C. Renault- Brahinsky ; Droit des personnes et de la famille 9éméédGualino, 2012, p. 27 .

62)Droitcivil;lespersonnoes , 7éme ., Litec , 2002. P. 134-135. et C. Renault- Brahinsky ; Droit des et de la famile .op.cit . p.30.

٦٣) المادتان (٤١) من قانون الإثبات العراقي ، والمادة(١١٨) منه.

٦٤) نصت المادة (٢٥) من قانون الاثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ على : " يعتبر السند العادي صادراً ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو بصمة إبهام " ، تقابلها المادة (١٤) من قانون الإثبات المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨، تقابلها المادة(١٥٠) من قانون المحاكمات المدنية اللبناني ، والمادة (١٣٢٣) من القانون المدني الفرنسي .

٦٥) نصت المادة(٤١) من قانون الاثبات التي تجد لها أساساً في المادة (١٣٧) من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ٨٨ لسنة ١٩٥٦الملغي ،على:" إذا كانت بينة المدعي سنداً عادياً منسوباً للمدعى عليه الغائب ، ولم يتمكن من اراءة مقياس للتطبيق ،جاز في هذه الحالة إصدار الحكم غيابياً معلقاً على الاستكتاب ولنكول عن اليمين عند الاعتراض ، حتى ولو كان المدعى عليه قد حضر بعض جلسات المرافعات " *.

٦٦) قرار محكمة استئناف بابل بصفتها التمييزية بالعدد ٢٨/حقوقية/٢٠٠١ وتاريخ ٢٠٠١/١/٣٠ ، منشور في مجلة العدالة بغداد العدد الاول ٢٠٠٢ ص ٨٧و٨٨٨ نقلا عن د. عصمت عبد المجيد بكر ، أصول الإثبات دراسة في ضوء أحكام قانون الإثبات العراقي والتشريعات المقارنة والتطبيقات القضائية ودور التقنيات العلمية في الإثبات ، من منشورات جامعة جيهان أربيل العراق اثراء للنشر والتوزيع الاردن ومكتبة الجامعة الشارقة ،٢٠١٢ ،ص ١٩٧ هامش رقم (١٢). وقرار محكمة استئناف بغداد الرصافة بصفتها التمييزية العدد ٣٥٥٤/ م/ ٢٠٠٠٦/ وتاريخ ٢٠٠٦/٢/٢٢، وللمحكمة ذاتها القرار العدد ٧٥٩/م/ ٢٠٠٠٦ وتاريخ ٢٠٠٦/٥/٤ ، لدى المرجع نفسه ،ص ١٩٧.

٦٧) قرار محكمة التمييز الاتحادية العدد ٦٥٢٠/ هيئة مدنية /٢٠١٩ وتاريخ ٢٠١٩/١٠/٣٠ غير منشور، وقرار الهيئة المدنية العدد ١٨٣٣/هيئة مدنية/ ٢٠١٧ وتاريخ ٢٠١٧/٤/٩ غير منشور . و قرار لمحكمة التمييز العدد ١٠٢٦/م.م/ ٢٠١٠ وتاريخ ٢٠١٠/١١/٢٢ غير منشور، جاء فيه : " ... وقد عجز المدعي من إراءة مقياس رسمي للتطبيق وطلب إصدار الحكم معلقاً على الاستكتاب ولنكول عن إداء اليمين عند الاعتراض والإنكار وأن طلب المدعي هذا يستند إلى المادة (٤١) من قانون الإثبات كما أن المادة(٤٥) منه أجازت استماع الشهود الذين لهم علم بالسند وموضوعه فيما يتعلق بإثبات الإمضاء أو بصمة الإبهام ، وأن ذهاب المحكمة إلى رد الدعوى بحجة أن ذلك جواز للمحكمة وتحرزاً منها ودفعاً لأي شبهة أو صورة من صور الحيلة القانونية فأن مثل هذا الرأي يصح في حال عدم وجود سند في الدعوى وكان المدعى عليه غائباً وكانت الدعوى بمبالغ كبيرة فيمكن للمحكمة استخدام صلاحيتها حينئذ بعدم جواز إصدار الحكم معلقا على لنكول عن اليمين عند الاعتراض والانكار ...." ولا نتفق مع ما ذهبت إليه الهيئة المحترمة ونرى أن اتجاه محكمة الموضوع أقرب لنص المادة(٤١) ولروح القانون .

٦٨) هذا الفرض تم تصوره من قرار محكمة التمييز الاتحادية العدد ٦٢٦٣/ هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية/ ٢٠١٤وتاريخ ٢٠١٤/١٠/١٤.غيرمنشور.

٦٩) قرار محكمة التمييز الاتحادية العدد ١٧٢١/ استئنافية منقول /٢٠١٩ وتاريخ ٢٠١٩/٦/١٠ غير منشور. ،. وبالاتجاه ذاته قرار محكمة التمييز الاتحادية العدد ٦٨٠/ الهيئة المدنية/٢٠١٤ وتاريخ ٢٠١٤ /٨/٢٦، غير منشور ،ونرى أن الحكم الصادر برد الدعوى يعد من قبيل الأحكام المشروطة الذي يبيح معه للمدعي من إقامة الدعوى مجدداً إذا ما ظفر بالمقياس أو بالمدعى عليه

٧٠) قرار محكمة التمييز الاتحادية العدد ٧٠٥/ هيئة مدنية /٢٠١٤ وتاريخ ٢٠١٤/٨/٣١، غير منشور.

٧١) قرار محكمة التمييز الاتحادية العدد ٢٠٤٩/هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/ ٢٠١٩وتاريخ ٢٠١٩/٢/١٠ غير منشور ورقيا ، ونشر على الموقع الإلكتروني المنتدى القضائي يوم ٢٣/ تموز/ ٢٠١٩ .

٧٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية العدد ٦٢٦٣/ هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠١٤ وتاريخ ٢٠١٤/١٠/١٤ غير منشور.

٧٣) وهذا يشبه الحالتين المنصوص عليها في المادتين (٤١و١١٨) من قانون الاثبات العراقي من حيث النتيجة .

٧٤) د. محمد سعيد عبد الرحمن ، الحكم الشرطي، مرجع سابق ،ص ٢٢٤وما بعدها.

٧٥) قرار محكمة النقض المصرية نقض مدني تاريخ ١٩٧٧/٤/٥٥ منشور لدى د. محمد سعيد عبد الر حمن ، مرجع سابق ، ص ٢٢٦.

٧٦) قرار محكمة النقض المصرية نقض تاريخ ١٥/٤/ ١٩٨٢، منشور لدى المرجع السابق ، ص ٢٢٤.

٧٧) قرار محكمة النقض المصرية نقض تاريخ ١٩٩٥/١/١٩، منشور لدى المرجع السابق ،ص ٢٢٧، وللمزيد من هذا الاتجاه أنظر المرجع السابق هامش رقم (١) ص ٢٢٧.

٧٨) قرار محكمة النقض المصرية نقض ٤١ لسنة ٦٧ق جلسة ١٩/٣/ ٢٠٠٧، منشور على القرص المدمج الخاص بقرارات محكمة النقض المصرية، إعداد المحامي سعيد محمود الديب .Eldeeb said 2005 @ yahoo. com ، جاء فيه : " أن الأصل في الأحكام الصادرة بالنفقة أنها ذات حجية مؤقتة لأنها تقبل التغيير والتبدل وترد عليها الزيادة والنقصان بسبب تغير الظروف كما يرد عليها الاسقاط بسبب تغير دواعيها ....." .

٧٩) د. عبد الوهاب العشماوي ومحمد العشماوي ، قواعد المرافعات ج٢،مرجع سابق ،ص ٧٢٥.

٨٠) أ.د. عبد الحميد بك أبو هيف ، المرافعات المدنية والتجارية ، مرجع سابق ، ص ١٠٨٦.

٨١) امرجع السابق ، الصفحات ٨٠٢و٨٠٣ .

٨٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد(٢) نظرية الالتزام بوجه عام الإثبات – آثار الالتزام، دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان ،د.ت ، ص ٦٦٠.

٨٣) في الاتجاهات المذكورة أنظر د. محمد سعيد عبد الرحمن ، الحكم الشرطي ، مرجع سابق ،ص٢٢٩- ٢٣٢.

٨٤) د.أحمد ماهر زغلول، أعمال القاضي ،مرجع سابق ،ص ١٠٠.

٨٥) د. محمد سعيد عبد الرحمن ، الحكم الشرطي ، مرجع سابق ، ص ٢١٠ وما بعدها .

المراجع

أولاً– المراجع باللغة العربية :

١. د.أحمد أبو الوفا ، نظرية الأحكام في قانون المرافعات ،ط٦،منشأة المعارف ، الاسكندرية مصر، ١٩٨٩.اسة مقارنة بالفقه الإسلامي والقانون والقضاء في العراق ط١، منشور
٢. أحمد حسن طه ، أحكام المفقود والأسير في الشريعة الإسلامية والقانون ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والقانون والقضاء في العراق ط١، منشورات معرض الرمادي للكتاب ، الرمادي العراق ،١٩٨٦.
٣. د. أحمد ماهر زغلول ، أعمال القاضي التي تحوز حجية الأمر المقضي وضوابط حجيتها دراسات حول نطاق حجية الأمر المقضي في المواد المدنية والتجارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة مصر،١٩٩٠.
٤. د. حسن حـ نتوش رشيد الحسناوي ، الضرر المتغير وتعويضه في المسؤولية التقصيرية دراسة مقارنة ط١، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ،٢٠١٧.
٥. د. حسن علي الذنون ، المبسوط في شرح القانون المدني ، الضرر ط١، تنقيح وإشراف على الطبع د. محمد سعيد الـ رحو ، دار وائل للنشر ، عمان الاردن ،٢٠٠٦.
٦. د. حسن صادق المرصفاوي ، المرصفاوي في الدعوى المدنية أمام المحاكم الجنائية ،منشأة المعارف ، الاسكندرية مصر، ١٩٩٧.
٧. د. رمضان علي السيد الشرنباصي ود. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان ، منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت لبنان ،٢٠٠٦.
٨. د. سعدون العامري ، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية ، منشورات مركز البحوث القانونية(٢) في وزارة العدل ، دون مطبعة ، بغداد، ١٩٨١.
٩. د. عبد الحميد أبو هيف ، المرافعات المدنية والتجارية والنظام القضائي في مصر ،تنقيح وائل بندق ، منشورات إحياء التراث القانوني القديم ،مكتبة وفاء القانونية ،طبعة ٢٠١٦.
١٠. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد(٢) نظرية الالتزام بوجه عام الإثبات – آثار الالتزام ، دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان ، دون سنة طبع.

١١. د. عبد الوهاب العشماوي ومحمد العشماوي ، قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارنج٢، المطبعة النموذجية ،١٩٥٨.

١٢. المستشار عزمي البكري ، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد، المجلد الثاني – مصادر الالتزام الخاص بالمواد ٨٩– ١٧١،دار محمود القاهرة مصر ،دون سنة طبع .

١٣. الإمام محمد أبوزهرة ،الاحوال الشخصية، دار الفكر العربي ،القاهرة مصر،طبعة ٢٠١٢.

١٤. القاضي محمد حسن كشكول والقاضي عباس السعدي ، شرح قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩وتعديلاته ، دراسة قانونية فقهية مقارنة تطبيقات قضائية ،ط٢، المكتبة القانونية بغداد العراق ،٢٠١١.

١٥. د. محمد سعيد عبد الرحمن ، الحكم الشرطي، دراسة لفكرة تغير الظروف في مجال الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية ، منشورات الحلبيالحقوقيةبيروت لبنان،٢٠١١.

١٦. مراد كاملي، حجية الحكم القضائي دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون الوضعي، بحث مقدم إلى كلية العلوم الاجتماعيةوالعلوم الإسلامية /قسم الشريعة جامعة الحاج لخضر باتنة، السنة الجامعية ٢٠٠٧–٢٠٠٨، الموقع الالكتروني http;// www. CRIMINOCORPUS. CNRS. FR.، تاريخ الزيارة ٢٠١٩/١٢/١٥ التاسعة مساءً

١٧. د. نبيل إسماعيل عمر ، النظام القانوني للحكم القضائي في قانون المرافعات المدنية والتجارية ،دار الجامعة الجديدة الاسكندرية مصر، ٢٠١٥.

١٨. د. وجدي راغب ، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات ،منشأة المعارف ،الاسكندرية مصر،١٩٨٩.

ثانياً– المراجع باللغة الفرنسية :

19. A.Varnek ; Le juge des requetés, juge du provisoire , théseprécité, , Stasborg, 2013 .

20. *C. Renault–Brahinsky ; Droit des personnes et de la famille, 9ème éd., Gualino, 2010,*

21. f. Debove, et autres ;Droit de la famille*4ème éd., Yuibert, 2008* .

22. L. Cadiet , et .E. jeuland ; Droitjudiciaireeprivé*5ème éd., Litec, 2006.*

23. ph.Malaurie ; cours de droit civil la famille , 2éme ed., Cujas , paris , 1989.

Abstract

A conditional judicial decision is a court decision approved by the descriptions and divisions that are true of the latter. On the contrary, the conditional decision in its divisions exceeds that of the unconditional judicial decision.

We have not found in Iraqi law or in comparative legislation an explicit reference to the conditional decision, but this one dealt with its provisions, and the case law has not received sufficient consideration for this type of provision except one. little, being satisfied with the definition or characteristics surrounding the judicial decision in general, and all that has been pointed out is that Temporary judgment, which means that its argument changes with the circumstances. And we know it: "It is a judgment, a decision or an order rendered by a court legally formed and under its jurisdiction, in settlement of the dispute presented, and through a dispute between the parties. in litigation or without litigation, it acquires the characteristics of a judicial decision, in addition to the inability to modify or revoke it unless it is modified. Circumstances surrounding its issue and following a new legal action or a new request.

The basis for a conditional judicial decision

–A comparative study-

Prof.Dr. Wassan Qassim Al- Khafaji –
Babylon University /College of Law

Sami Hussein Nasser AlMamouri
Babylon University /College of Law