أبحاث في القانون الخاص

عنوان الكتاب: أبحاث في القانون الخاص
تأليـــــــــف: م.د. وضاح غسان عبد القادر
الترقيـم الدولي: 978-977-841-510-0
رقـم الإيـداع: 21151 / 2024
سنـــة النشـر: 2025

الطبعة الأولى

الناشر

المركز العربي للنشر والتوزيع

جمهورية مصر العربية

القاهرة - شبرا - 3 شارع ترعة النصراني أمام مسجد التقوى - منطي - شبرا الخيمة
00(20)1282441890
00(20) 233518784
Yasser261098@gmail.com
WWW.ACBOOKZONE.COM

حقوق النشر:
جميع الحقوق محفوظة للمركز العربي للدراسات والبحوث العلمية للنشر والتوزيع، ولا يجوز نشر أي جزء من هذا الكتاب أو اختزان مادته بطريقة الاسترجاع أو نقله على أي نحو أو بأية طريقة سواء كانت إلكترونية أو ميكانيكية أو خلاف ذلك إلا بموافقة الناشر على هذا كتابة ومقدما.

تنويه هام:
إن مادة هذا الكتاب والأفكار المطروحة به تعبر فقط عن رأي المؤلف. ولا تعبر بالضرورة عن رأي الناشر الذي لا يتحمل أي مسئولية قانونية فيما يخص محتوى الكتاب أو عدم وفائه باحتياجات القارئ أو أي نتائج مترتبة على قراءة أو استخدام هذا الكتاب.

أبحاث في القانون الخاص

(المهايأة المكانية المفترضة وأثر سيادة الدولة على قواعد تنازع القوانين والنظام العام وأثره على مدد السقوط والتقادم في الدعاوى المدنية)

إعداد

م. د. وضاح غسان عبد القادر

التدريسي في الجامعة التكنولوجية - قسم الشؤون القانوني

المركز العربي للنشر والتوزيع

الطبعة الأولى

1446هـ - 2025م

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُونُواْ قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ أَوِ ٱلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ ۚ إِن يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَٱللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا ۖ فَلَا تَتَّبِعُواْ ٱلْهَوَىٰٓ أَن تَعْدِلُواْ ۚ وَإِن تَلْوُۥٓاْ أَوْ تُعْرِضُواْ فَإِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا ﴾

صدق الله العظيم

(سورة النساء: 135)

إهداء

إلى أرواح شهداء العراق وغزة

إلى والدي
حفظه اللّه

إلى والدتي
حفظها اللّه

إلى رفيقة دربي... زوجتي

إلى ابني وقرة عيني.. أحمد...
لتفخر بي عندما تكبر إن شاء اللّه

إلى كل من يحرص على احقاق الحق...

مُقَدِّمَة

بفضل الله وكرمه أضع بين يدي قارئ هذا الكتاب بعض الأبحاث في القانون المدني والقانون الدولي الخاص، والتي تناولت موضوعات على قدر كبير من الأهمية في مجال القانون الخاص عموماً والقانون المدني والقانون الدولي الخاص بشكل خاص، وهي عبارة عن ثلاث بحوت.

تناول البحث الأول والموسوم بعنوان: الاتفاق الضمني للشركاء على إدارة المال الشائع (المهايأة المكانية المفترضة نموذجاً) مسألة في غاية الأهمية في واقع العراق الحالي الا وهي قيام ملاك الأراضي السكنية التي تساوي أو تزيد مساحتها عن 200 متر^2 بتقطيعها وفرزها بصورة غير رسمية وتشييد عدد من الدور عليها وبيعها بعد ذلك لعدة مشترين مما ينشئ حالة شيوع أشبه أن يكون شيوعاً إجبارياً استناداً إلى نص المادة 1081 من القانون المدني العراقي مما يثير إشكالية فيما لو قام احدهم بتأجير داره الذي يملكه على الشيوع الى مستأجر وأراد بعد انتهاء العقد طرده من العقار إذ سوف يصطدم بواقع حال تشهده ساحات المحاكم ويشكل عبئً على المؤجر الذي تقل أو تساوي مساحة عقاره عن 100 متر^2 يتمثل برد دعواه بسبب عدم تحقيق الأغلبية وهي الـ 50+1 مما يشير تناقضاً حاولنا إيجاد مقترحات لحله.

وفيما يخص البحث الثاني الموسوم بعنوان: (سيادة الدولة وأثرها على تعطيل قاعدة تنازع القوانين)، فقد حاولت فيه أن أسلط الضوء على مسألة مهمة فيما يخص القانون الدولي الخاص، وهي مسألة تعطيل قواعد التنازع من قبل

القاضي العراقي إن كان الأمر يتعلق بالمصلحة الوطنية وسيادة العراق وتعارض مصلحة الوطني مع مصلحة الأجنبي، وقد وجدت إن هناك تناقض ما بين شروط وخصائص تنازع القوانين وما بين الواقع العملي في تشريعات دول كثيرة ومن بينها العراق.

أما البحث الثالث الموسوم بعنوان: النظام العام وأثره على مدد السقوط واجراءات التقاضي في ظل جائحة كورونا، فقد كان سبب اختياره اثناء جائحة كورونا هو البيان الصادر من قبل السيد رئيس مجلس القضاء الاعلى المحترم بالعدد 41/ق/أ بتاريخ 2020/4/6 والذي اعتبر فيه مدة حظر التجوال بسبب تفشي فايروس كورونا الذي ادى الى توقف العمل في جميع الوزارات والمؤسسات **انقطاعاً للمرافعة**، وكذلك الامر الوزاري الصادر من مجلس الدولة بالعدد751 بتاريخ 2020/3/5. في حين إن المادة 84 من قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 قد حددت حالات انقطاع المرافعة على سبيل الحصر وليس من بينها حالة تعطيل الدوام الرسمي.

والله من وراء القصد...

الاتفاق الضمني للشركاء على إدارة المال الشائع

(المهايأة المكانية المفترضة نموذجاً)

((دراسة تحليلية في نصوص القانون المدني وقانون المرافعات العراقي))

مقدم من الباحثين

م.د. وضاح غسان عبد القادر محمد

التدريسي في قسم الشؤون القانونية/ الجامعة التكنولوجية

م.د. برهان مزهر محمد

وكيل وزير العدل للشؤون الإدارية والمالية/ وزارة العدل

ملخص البحث:

أدى ارتفاع أسعار الأراضي والعقارات في العراق الى استحداث مشكلة تمثلت بشراء أراضي أو تقسيم دور مبنية من الأساس الى أمتار معدودة وصلت الى خمسين متر للعقار كواقع حال دون فرزها كونها تقل عن مساحة 200 م2 في مركز المحافظة أو 250 م2 في مركز القضاء أو 300 م2 في مركز الناحية استناداً لقرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (850) لسنة 1979 المعدل بالقرار رقم (940) لسنة 1987.

تجلت هذه المشكلة في مسألة إثارة نزاعات حول إدارة المال الشائع أو إزالته وقسمة المنافع وغيرها مما تشهد لها ساحات المحاكم، مشاكل أدت إلى غبن حقوق أصحابها بسبب تقيد بعض القضاة بالشكلية، تقييداً يعزى سببه الى الرغبة في التطبيق الحرفي للنصوص من جهة، والقلق من نقض القرار من قبل المحكمة الأعلى -الاستئناف بصفتها التمييزية فيما يخص بحثنا- من جهة أخرى.

ما قصدنا من هذا البحث إلا تسهيلاً على المشاكل التي عانى ويعاني منها مالكي العقارات المفرزة بصورة غير رسمية فيما يخص تحقيق نصاب الأغلبية، خروجاً إلى نتائج يعود نفعها للمجتمع العراقي وللمكتبة القانونية العراقية، التماساً بأن يكون هناك اتجاه قضائي جديد يعيد الحق إلى نصابه إن لم يستجب المشرع العراقي إلى دعوتنا، والله من وراء القصد.

Abstract:

High Prices of land in Iraq led to a big problem represented by division of Houses into a few Meters, reaching fifty meters, breaching the Revolutionary Command Council's Resolution No. (850) of 1979, amended by Resolution No. (940) of 1987.

This problem was evident in the issue of raising disputes over the management of common money or its removal, the division of benefits, and other things witnessed in the courtyards, problems that led to the loss of the rights of their owners due to some judges' adherence to formality, a restriction whose reason is attributed to the desire to literally apply the texts on the one hand, and the concern about overturning the decision. By the Supreme Court of Appeal - in its discriminatory capacity with regard to our research - on the other hand.

Our intention of this research is to facilitate the problems that The owner of the illegal separated property suffered and are suffering from with regard to achieving a majority quorum, to produce results that will benefit the Iraqi society and the Iraqi legal library, and to seek a new judicial direction that will restore the right to justice if the Iraqi legislator does not respond to Our invitation.

المقدمـة :

لم يكن بوسع المشرع العراقي أن يتوقع عند تشريعه القانون المدني عام 1951 أن تُفَسَّر نصوصه تفسيراً يخلق أوضاع شاذة يئن تحت وطئتها المضرور، فالمتأمل في نصوص بعض المواد التي وجدنا في الشيوع والمهايأة المكانية ضالتنا، يجد فجوة كبيرة بين تطبيقها من قبل المحاكم وتفسيرها من قبل الفقه.

ولقد تمثلت الأوضاع الشاذة التي أفرزها التطبيق العملي فيما يخص الشيوع باصطدام القاعدة العامة التي تؤكد على أن كل مالك لحصته الشائعة الحق في الانتفاع منها أو استغلالها أو التصرف فيها شرط عدم الإضرار بالغير، وبين حق الشريك الذي يملك 100 متر أو اقل إن قام بتأجير حصته الشائعة أن ينهي عقد الإيجار لانتهاء مدته أو لأسباب أخرى نص عليها القانون المدني ويتفاجأ برد دعواه من قبل القضاء بسبب عدم تحقق النصاب القانوني الذي نصت عليه المادة 1064 من القانون المدني والتي تتمثل بضرورة توافر الأغلبية التي تعتبر شرطاً من شروط قبول الدعوى في قانون المرافعات وهو شرط الخصومة، فالقاضي في أحسن الأحوال قد يمهل المدعي (المؤجر) جلسة لغرض تحقيق نسبة (50+1) فإن لم تتحقق يقوم برد الدعوى, هذا الوضع الشاذ جعل ممن يقوم ببيع عقاره وهو لا يمثل إلا أقلية في وضع أفضل من وضع المؤجر له، رغم ان البيع هو اخطر من الإيجار.

نحاول في هذا البحث الوقوف على هذا الوضع الشاذ إن قام الشريك في المال الشائع بتأجير حصته الشائعة الى الغير فيما لو أراد إنهاء عقد الإيجار خصوصاً وإن واقع حال العقارات في معظم العراق عموماً وفي بغداد خصوصاً قد فرض نفسه بأن يتم تقسيم الأراضي السكنية إلى عدة عقارات لعدة مشترين ويتم تشييد عقارات على تلك الأراضي ويتم تسجيل هذه العقارات باسمهم جميعا على

شكل أسهم بمقدار حصة كل شريك، كون سند العقار لا يمكن إن يتم إصداره باسم إي احد منهم ما دام غير قابل للفرز بموجب القانون. محاولين في هذا البحث أن نضع حلاً إلى هذه المشكلة، والله من وراء القصد.

أهمية البحث:

تكمن أهمية البحث في تسليط الضوء على مصطلح نود استحداثه في هذا البحث والذي قد يختصر الكثير، والذي يتمثل بـ (المهايأة المكانية المُفتَرَضة) والذي من خلال عرضه كفكرة قانونية تنسجم مع واقع الحال سوف يؤدي الى حل مشكلتين بضربة حجر واحدة، فهو من جانب يحل مشكلة الخصومة التي اشترطها قانون المرافعات العراقي رقم (83) لسنة 1969، إضافة الى حل مشكلة الأغلبية الواجب توافرها لإدارة المال الشائع المنصوص عليها في القانون المدني العراقي.

مشكلة البحث:

تمثلت مشكلة البحث في اشتراط الاتفاق الصريح من قبل الشركاء لغرض التسليم بوجود مهايأة مكانية من قبل جانب من القضاء العراقي وبالتالي رد الدعوى إن تم إقامتها من قبل من لم يشكلون نسبة (50 + 1) من الشركاء، هذا الرد يعني الوقوع في وضع شاذ مفاده: إن تم إبرام عقد إيجار من قبل الأقلية ولنفترض إن العقار هو عبارة عن 300 متر مربع ومفرز بصورة غير رسمية الى ثلاثة دور وقام أحد الشائعين الثلاثة بتأجيره، وانتهى عقد الإيجار بانتهاء مدته أو لأي سبب قانوني آخر وأراد إقامة دعوى تخلية ضد المستأجر فهنا سوف تكون دعواه حرية بالرد من جهتين: جهة الخصومة وفقاً لقانون المرافعات وجهة الأغلبية وفقاً للقانون المدني، وهذا يعني أيضاً إن المستأجر سوف يكون في وضع شاذ فلا هو الغاصب كونه قد استأجر بصورة قانونية محمية بموجب القانون لحين صدور

حكم بالتخلية، ولا هو المستأجر كون عقد الإيجار قد انتهى ما بينه وبين المؤجر مما يضطر الأخير إضافة الى معاناته من طول إجراءات التقاضي إلى أن يقبل بل يرضخ إلى إرادة المستأجر مكرهاً لأن نصوص القانون لا تسعفه كون الشركاء معه أما أن توجد خصومة بينهم مما يمنعهم من تشكيل الأغلبية أو انه يجهل التواصل معهم لإقناعهم على تحقيق الأغلبية معه لغرض طرد المستأجر من العقار.

هذا الوضع الشاذ شمل قيام احد الشائعين المفرز عقاره بصورة غير رسمية ببيع عقاره الى اجنبي، فهنا يقوم بإجراء معاملة بيع في دائرة التسجيل العقاري ومن ثم نقل الملكية الى المشتري الجديد دون أدنى قلق أو مشكلة أو حتى اشتراط اخطار باقي الشركاء بذلك، في حين إن البيع هو اخطر من الإيجار كونه عمل من اعمال التصرف.

ومما يزيد المشكلة تعقيداً استمرار المطالبة بتشكيل الأغلبية حتى في المطالبة بأجر المثل مما يعني إن اجر المثل سوف يقسم لكل شريك بنسبة سهامه مما يعني افراز مشكلة أخرى تتمثل بغبن المؤجر في قيمة الأجرة، وسوف نوضح هذه النقطة بالتفصيل لاحقاً.

منهج البحث:

سوف نتبع في هذا البحث المنهج التحليلي والتطبيقي من خلال تحليل نصوص القانون المدني وقانون المرافعات والقوانين الأخرى المتصلة بالبحث، إضافة إلى تسليط الضوء على التطبيقات القضائية لموضوع البحث لغرض الوصول إلى أفضل النتائج.

خطة البحث:

لغرض الإحاطة بجميع جزئيات البحث فقد آثرنا تقسيم البحث إلى مبحثين، نوضح في المبحث الأول منه الأغلبية التي اوجبها القانون المدني والتي يجب توافرها لإدارة المال الشائع، لكي يتحقق شرط الصفة أو الخصومة كشرط من شروط قبول الدعوى، لذا فسوف يكون المبحث الأول موسوماً بعنوان: توافر سلطة الأغلبية لإدارة المال الشائع كشرط من شروط قبول الدعوى، والذي سوف نقسمه الى مطلبين: سوف يكون المطلب الأول منه موسوماً بعنوان: شروط قبول الدعوى وفقاً لقانون المرافعات العراقي، أما المطلب الثاني فسوف يكون بعنوان: الأغلبية الواجب توافرها لإدارة المال الشائع وفقاً للقانون المدني العراقي. أما المبحث الثاني فسوف يكون موسوماً بعنوان: المهايأة المكانية المفترضة كوسيلة لحل مشكلة ادارة المال الشائع، والذي سوف تقسمه الى مطلبين: المطلب الأول سيكون موسوماً بعنوان: تحديد المقصود بالمهايأة المكانية المفترضة، اما المطلب الثاني فسوف يكون بعنوان: المهايأة المكانية المفترضة وأثرها لتجاوز الأوضاع الشاذة في الواقع العملي، وكما يلي:

- **المبحث الأول- توافر سلطة الأغلبية لإدارة المال الشائع كشرط من شروط قبول الدعوى**
  - المطلب الأول- شروط قبول الدعوى وفقاً لقانون المرافعات العراقي
  - المطلب الثاني- الأغلبية الواجب توافرها لإدارة المال الشائع وفقاً للقانون المدني العراقي
- **المبحث الثاني- المهايأة المكانية المفترضة كوسيلة لحل مشكلة ادارة المال الشائع**

- المطلب الأول- تحديد المقصود بالمهايأة المكانية المفترضة
- المطلب الثاني- المهايأة المكانية المفترضة وأثرها لتجاوز الأوضاع الشاذة في الواقع العملي

- الخاتمة
- النتائج
- التوصيات

المبحث الأول
توافر سلطة الأغلبية لإدارة المال الشائع
كشرط من شروط قبول الدعوى

بداية نقول إن المهايأة لغةً مأخوذة من الفعل هيأ يهوء ويهيء، والهيئةُ الحالة الظاهرة، وتهايأت للشيء اخذت له أهبته وتفرغت له، وتهايأ القوم جعلوا لكل واحد هيئة معلومة والمراد بها النوبة. أما اصطلاحاً فتعرف بأنها: (قسمة المنافع على التعاقب والتناوب) وتعرف أيضاً بأنها: (قسمة انتفاع تتم عن طريق اتفاق مؤقت يراد به تنظيم الانتفاع بالمال الشائع.[1].

ولكي يستطيع المدعي إقامة دعواه أمام القضاء فيجب أن تتوافر في دعواه شروط ذكرتها المواد (3-6) من قانون المرافعات العراقي الحالي رقم (83) لسنة 1969 المعدل والتي تتمثل بالأهلية والمصلحة والخصومة[2]، ووفقاً لبعض التفسيرات المتبعة من القضاء فإن الخصومة لا تكتمل إلاّ بتوافر أغلبية الشركاء لكي تكون لهم المكنة القانونية لإدارة المال الشائع وإلا فيعتبر من أداره منهم دون اذن الباقين قد تصرف في حصة شركاءه دون إذن[3]، إذ يجب أن يتفق جميع الشركاء أو على الأقل غالبيتهم على إدارة المال الشائع[4] إن تعذر الإجماع

(1) نقلاً عن د. ندى سالم حمدون ملا علو، مفهوم المهايأة وتكييفها، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد (11) العدد (42)، السنة (2009)، صفحة 3.

(2) لتفاصيل أكثر، ينظر: الأستاذ الدكتور عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية، الناشر مكتبة السنهوري بغداد، الطبعة الأولى 2016، صفحة 228 وما بعدها.

(3) لتفاصيل أكثر، ينظر: الدكتور محمد طه البشير والدكتور غني حسون علي، الحقوق العينية، الحقوق العينية الأصلية-الحقوق العينية التبعية 1-2، دار السنهوري للنشر، بيروت، 2016، صفحة 104.

(4) للتمييز بين أعمال الإدارة وأعمال التصرف راجع: الدكتور محمد السعيد رشدي، أعمال التصرف ==

على إدارته[1].

فالشيوع تحكمه قاعدتين أساسيتين[2]، تتمثل القاعدة الأولى بما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 1061 من القانون المدني العراقي بأن كل شريك يملك حصته ملكاً تاماً[3]، أما الثانية فقد أشارت إليها الفقرة الأولى من المادة 1062 وهي إن: كل واحد من الشركاء أجنبي في حصة الآخر[4].

واعتماداً على ما قدمنا سوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين، نتناول في المطلب الأول منهما بيان شروط قبول الدعوى وفقاً لقانون المرافعات العراقي، أما المطلب الثاني فسوف نبين فيه الأغلبية الواجب توافرها لإدارة المال الشائع وفقاً للقانون المدني العراقي وكما يلي:

==

وأعمال الإدارة في القانون الخاص، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية، 2010-2011، صفحة 160 وما بعدها.

(1) الدكتور محمد طه البشير والدكتور غني حسون علي، المرجع السابق، صفحة 104.

(2) الدكتور درع حمّاد عبد، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية والحقوق المتفرعة عنها، دار السنهوري، بيروت، 2018، صفحة 118-119.

(3) حيث نصت على أنه: (2. وكل شريك في الشيوع يملك حصته الشائعة ملكاً تاماً، وله حق الانتفاع بها واستغلالها بحيث لا يضر بشركائه، والتصرف فيها بالبيع والرهن وغير ذلك من انواع التصرف ولو بغير اذنهم).

(4) الدكتور محمد طه البشير والدكتور غني حسون علي، المرجع السابق، صفحة 104.

المطلب الأول

شروط قبول الدعوى وفقا لقانون المرافعات العراقي

بين قانون المرافعات العراقي شروط قبول الدعوى في المواد (3-6) منه إذ بينت المادة 3 منه شرط الأهلية، فإن لم يكن الشخص متمتعاً بالأهلية القانونية بأن يكون بالغاً سن الرشد فهنا يجب ان تقام ممن يمثله قانوناً[1]، أما المادة 4 و5 فقد بينتا الشرط الثاني وهو الخصومة[2]، أما الشرط الثالث فقد نصت عليه المادة 6 من القانون وهو المصلحة[3].

وبقدر تعلق الأمر بالخصومة فنقول إن الخصومة إن لم تكن متوجهة من قبل المدعي كونه مدعياً أو كون المدعى عليه هو خصمه الحقيقي فهنا يتوجب على المحكمة رد الدعوى شكلاً لعدم توجه الخصومة وذلك استناداً للمادة 80

(1) يُنظَر في ذلك الحكم الصادر عن هيئة الأحوال الشخصية لمحكمة التمييز الاتحادية بالعدد 1541/ح-ش/2017 بتاريخ 2017/2/28 حيث نقضت حكم محكمة الأحوال الشخصية (لأن الدعوى أقيمت إبتداً على المدعى عليه (المحجور) بموجب حجة الحجر والقيمومة المرقمة 14 في 2010/9/21 الصادرة من محكمة الاحوال الشخصية في بني سعد الأمر الذي يجعلها مقامة على شخص فاقداً للأهلية التي تؤهله أن يكون خصماً وفقاً لما اشترطته المادة (3) من قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 المعدل...).

(2) ينظر في ذلك: عبد الرحمن العلاّم، شرح قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969، الجزء الأول، الناشر العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، الطبعة الثانية، 2009، صفحة 53 -58.

(3) وبقدر تعلق الأمر بالبحث نقول إن المادة 3 من قانون المرافعات قد نصت على ما يأتي: (يشترط ان يكون كل من طرفي الدعوى متمتعا بالاهلية اللازمة لاستعمال الحقوق التي تتعلق بها الدعوى والا وجب ان ينوب عنه من يقوم مقامه قانونا في استعمال هذه الحقوق...). أما المادة 4 فقد نصت على أنه: (يشترط ان يكون المدعى عليه خصما يترتب على اقراره حكم بتقدير صدور اقرار منه وان يكون محكوما او ملزما بشيء على تقدير ثبوت الدعوى...). أما المادة 6 منه فقد نصت على المصلحة إذ نصت على أنه: (يشترط في الدعوى ان يكون المدعى به مصلحة معلومة وحالة وممكنة ومحققة ومع ذلك فالمصلحة المحتملة تكفي ....).

من قانون المرافعات[1]. فالدفع بعدم توجه الخصومة هو دفع من الدفوع الشكلية التي تتعلق بالنظام العام[2] والتي يمكن اثارتها في أي حال تكون عليه الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة التمييز[3].

ونجد أن قضائنا قد سار على هذا النهج تفسيراً لنصوص القانون، فمن يشكل الأقلية يعتبر إيجاره صحيحاً موقوفاً على إجازة الباقين وبالتالي يصبح من يمثل الأغلبية خصماً للمستأجر في دعوى التخلية[4].

(1) والتي نصت على أنه: ((إذا كانت الخصومة غير متوجهة تحكم المحكمة ولومن تلقاء نفسها برد الدعوى دون الدخول في أساسها. 2. للخصم أن يبدى هذا الدفع في أية حالة تكون عليها الدعوى.)).

(2) الدكتور آدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، دون تاريخ، صفحة 237.

(3) والتي نصت على أنه:)لا يجوز إحداث دفع جديد ولا إيراد أدلة جديدة في محكمة التمييز باستثناء الدفع بالخصومة والاختصاص وسبق الحكم في الدعوى). وينظر أيضا الحكم الصادر من محكمة التمييز، رقم القرار 828/حقوقية رابعة/1970 صدر بتاريخ 1970/7/9 نقلاً عن القاضي جاسم جزاء جافر، الجامع لأهم المبادئ القانونية لقضاء محكمة تمييز العراق لأكثر من خمسة عقود، قسم المرافعات المدنية، الجزء الثاني، مكتبة يادكار، الطبعة الثانية، 2018، صفحة 281.

(4) ينظر الحكم الصادر من محكمة التمييز، رقم القرار 1201/ مدنية رابعة/ 1972 بتاريخ 1972/10/30 نقلاً عن القاضي جاسم جزاء جافر، مرجع سابق، صفحة 313.

المطلب الثاني
الأغلبية الواجب توافرها لإدارة المال الشائع وموقف القضاء منها

إن الأغلبية الواجب توافرها لإدارة المال الشائع تتمثل بأكثرية عدد الحصص[1]، والأغلبية المقصودة هنا هي الأغلبية المطلقة أي المالكة لأكثر من نصف المال الشائع، فإذا تحققت ولو في واحد فقط من الشركاء على الشيوع كان له القيام بأعمال الإدارة المعتادة[2]، وليس للأقلية أن تعترض على ذلك إلاّ اللهم لو كان اعتراضهم هو على أعمال الإدارة غير المعتادة كون إن الأغلبية لم يستحصلوا موافقة المحكمة في إدارة المال الشائع إدارة غير معتادة والتي تخرج عن اطار البحث.

إن إدارة المال الشائع إدارة معتادة من قبل الأغلبية أما أن تتم من قبلهم أنفسهم مباشرة أو أن يتولى عنهم الإدارة أحد الشركاء أو من غيرهم[3]، وبالتالي

(1) وفي ذلك ذهبت الهيئة الموسعة المدنية في محكمة التمييز الاتحادية في الحكم الصادر منها بالعدد 1175/س هـ/ 2017 والصادر بتاريخ 2017/2/20، إذ ذهبت الى القول: (وحيث ان عقد الايجار هو من اعمال الادارة المعتادة التي اوجب القانون ابرامه من قبل اصحاب القدر الاكبر من الحصص ويكون ملزما للجميع حتى الاقلية (م2/1064مدني) وحيث انعقد الايجار الذي يبرمه الشريك الذي لا يملك اكثرية السهام لا يسري بحق بقية الشركاء لذا فان استغلال المدعى عليه لجزء من القطعة المذكورة يكون دون سند قانوني...). هذا القرار منشور على الموقع الالكتروني لقاعدة التشريعات العراقية وعلى الرابط التالي:

https://iraqld.hjc.iq/VerdictsTextResults.aspx

(2) الدكتور محمد علي عمران، الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني المصري أسباب كسبها وصورها، دون ناشر، العام الدراسي 2009-2010، صفحة 342.

(3) الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن، حق الملكية، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي، 2004، صفحة 728 وما بعدها.

فإن لم تتوافر أكثرية الحصص لإدارة المال الشائع فإن تصرف الأقلية يكون موقوفاً على إجازة باقي الشركاء[1] فإن اجازوه نفذ وإلا فإن تصرفهم - أي الأقلية- يعتبر تصرف فضولي وتنطبق عليه احكامه، ولا ينفذ تصرفه في حق باقي الشركاء[2]، فقد نصت المادة 1064 من القانون المدني على أنه:

1. تكون ادارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين، ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك.
2. وما يستقر عليه رأي اصحاب القدر الاكبر من الحصص في اعمال الادارة المعتادة، يكون ملزماً للجميع حتى الاقلية التي خالفت هذا الرأي فان لم تكن ثمة اغلبية فللمحكمة بناء على طلب احد الشركاء ان تتخذ من الاجراءات ما تفتضيه الضرورة، ولها ان تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع، وللأغلبية ايضاً ان تختار مديراً وان تحدد مدى سلطته في الادارة.
3. وإذا تولى أحد الشركاء الادارة دون اعتراض من الباقين، عد وكيلاً عنهم.

ولو كان لنا رأي فيما يخص نص المادة 1064 فقرة (2) فإن نص هذه الفقرة تتكلم عن إدارة المال الشائع كله وليس إدارة الحصة الشائعة. وسوف نسلط الضوء أكثر على هذه الجزئية لاحقاً.

وفيما يخص موقف القضاء من شرط تحقق الأغلبية لإدارة المال الشائع نجد ان موقفه قد تأرجح ما بين ضرورة توافر الأغلبية لكي يستطيع الشريك إدارة حصته الشائعة وبين اعتبار ان من يدير ماله الشائع في حدود حصته يعتبر قد تصرف في ملكه تصرفاً صحيحاً، ففي أحكام منه أكد القضاء على أنه: (... واذ انه

(1) الدكتور محمد علي عمران، مرجع سابق، صفحة 354.

(2) الدكتور عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، صفحة 728.

ملك اثنان او أكثر شيئا فهم شركاء فيه على الشيوع وكل شريك في الشيوع يملك حصته الشائعة ملكا تاما وكل واحد من الشركاء أجنبي في حصة الاخر ويجوز لكل منهم حق الانتفاع بحقه فاذا انتفع بأكثر من حقه بلا اذن شركائه وجب عليهم اجر المثل...)[1]. في حين نجد في أحكام أخرى أن القضاء قد أكد على أن الشريك حتى لو قام بتأجير حصته الشائعة التي يملكها على الشيوع فيشترط في ذلك موافقة اغلبية الشركاء، حيث جاء في الحكم الصادر عن الهيئة الاستئنافية لمحكمة التمييز الاتحادية بالعدد 1175/س ه /2017 الصادر بتاريخ 2017/2/20 الى ذلك حيث ذهبت المحكمة الموقرة الى القول: (وحيث ان عقد الايجار هو من اعمال الادارة المعتادة التي اوجب القانون ابرامه من قبل اصحاب القدر الاكبر من الحصص ويكون ملزما للجميع حتى الاقلية (م2/1064 مدني) وحيث ان عقد الايجار الذي يبرمه الشريك الذي لا يملك اكثرية السهام لا يسري بحق بقية الشركاء لذا فان استغلال المدعى عليه لجزء من القطعة المذكورة يكون دون سند قانوني ، عليه قرر تصديق الحكم المميز ورد الطعن التمييزي وتحميل المميز رسم التمييز ، وصدر القرار بالاتفاق في 23/جمادى الاولى/1438هـ الموافق 2017/2/20[2].

(1) حكم صادر عن محكمة استئناف الرصافة الاتحادية/ الهيئة الاستئنافية الثانية المرقم 1102/س2015/2 بتاريخ 2015/9/17. هذا الحكم منقول من موقع قاعدة التشريعات العراقية الإلكتروني على الرابط التالي:

https://iraqld.e-sjc-services.iq/VerdictsTextResults.aspx

(2) هذا الحكم منقول من موقع قاعدة التشريعات العراقية الإلكتروني على الرابط التالي:

https://iraqld.e-sjc-services.iq/VerdictsTextResults.aspx

المبحث الثاني

المهايأة المكانية المفترضة كوسيلة لحل مشكلة ادارة المال الشائع

لغرض حل المشكلة التي نعاني منها في ساحات المحاكم والتي تجعل المؤجر مغلول اليد إن لم يكن يشكل الأغلبية وأراد أن يقيم دعوى تخلية ضد مستأجر عقاره المقام على الأرض التي يملكها مع المشتاعين الآخرين فقد آثرنا تقسيم هذا المبحث الى مطلبين، نخصص المطلب الأول منهما لتحديد المقصود بالمهايأة المكانية المفترضة، أما المطلب الثاني فنوضح فيما اذا كان للمهايأة المكانية المفترضة أثر لتجاوز الأوضاع الشاذة في الواقع العملي، وكما يلي:

المطلب الأول
تحديد المقصود بالمهايأة المكانية المفترضة وبيان أساسها القانوني

تحديد المقصود بالمهايأة المكانية المفترضة وبيان أساسها القانوني سوف نقسم هذا المطلب الى فرعين، نوضح في الفرع الأول منهما المقصود بالمهايأة المكانية المفترضة، أما الفرع الثاني فسوف نوضح فيه الأساس القانوني للمهايأة المكانية المفترضة، وكما يلي:

الفرع الأول
تحديد المقصود بالمهايأة المكانية المفترضة

قبل الانتقال الى تعريف المهايأة المكانية المفترضة نقول بأن المهايأة المكانية سواء كانت صريحة بالاتفاق الشفوي أم ضمنية من خلال عدم الاتفاق فإنها لا تسعف الشريك في حال قيامه بإيجار حصته الشائعة دون الإضرار بباقي الشركاء.

فوفقاً لنص المادة 1078 فقرة (1) من القانون المدني العراقي فإنه: (يجوز الاتفاق ما بين الشركاء على قسمة المال الشائع مهايأة، فيختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازي حصته في المال الشائع، ولا يصح الاتفاق على قسمة المهايأة لمدة تزيد على خمس سنين، فاذا لم تشترط لها مدة حسبت مدتها سنة واحدة تتجدد اذا لم يعلن الشريك شركاءه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر انه لا يرغب في التجديد).

فمن خلال هذا النص يتبين لنا إن المهايأة المكانية على نوعين، مهايأة مكانية صريحة ومهايأة مكانية ضمنية، وتتمثل المهايأة المكانية الصريحة باتفاق الشركاء

الصريح على البقاء في الشيوع لمدة يتم الاتفاق فيما بينهم عليها شرط عدم تجاوزها خمس سنوات.

أما المهايأة المكانية الضمنية فتتمثل بعدم الاتفاق الصريح فيما بين الشركاء بل يرتب القانون اثراً على عدم الاعتراض على البقاء في الشيوع وبالتالي اعتبر القانون المهايأة تنعقد لسنة قابلة للتجديد لسنة ثم سنة دون حد أقصى، فإن أراد أحد الشركاء إنهاء الشيوع فإن عليه إخطار الباقين قبل 3 أشهر من تاريخ انتهاء السنة.

وحقيقة الأمر فإن المهايأة المكانية الضمنية تصطدم مع الواقع العملي من حيث بدء احتساب مدة السنة فمتى يتم احتسابها؟ هل يتم احتسابها من بداية الشيوع أم من وقت دخول آخر شريك في الشيوع؟

لذا نجد إن القضاء يعتد فقط بالمهايأة المكانية الصريحة المكتوبة لغرض عدم دعوة باقي الشركاء للاستيضاح منهم، أما إذا كانت شفوية أو ضمنية فالواقع العملي يجعل القاضي يدعو باقي الشركاء لسؤالهم عن مدى موافقتهم على تصرف الشائعين الذين يملكون الأقلية من عدمها، أو أن يطلب من صاحب الحصة التي تقل عن 51% تشكيل أغلبية من خلال إقناع بعضهم ليشكلوا هذه النسبة. وتجدر الملاحظة إلى ان الواقع العملي في اعتداد القضاء بالمهايأة الصريحة يكون من خلال ابراز عقد المهايأة من قبل المؤجر -الشريك الشائع الذي يملك الأقلية- ليتلافى رد دعواه من قبل المحكمة في حال تعذره إحضار من يشكلون معه أغلبية في الدعوى من الشركاء شخصاً ثالثاً أو اقامة الدعوى ابتداءً كونهم مدعين معه.

ورجوعاً إلى تعريف المهايأة المكانية المفترضة نقول إنه يمكن تعريفها بأنها: (ارتضاء الشركاء في المال الشائع على الدوام على اختصاص كل منهم في جزء من العقار يعادل حصته الشائعة متى ما كان هذا الجزء عبارة عن عقار مثبت في

سند دائرة التسجيل العقاري بأنه مفرز بصورة غير رسمية، ولكل إنهاءها بمقدار حصته انتقالاً إلى شريك آخر أو إلى أجنبي).

فالمهايأة هنا لا هي مهايأة صريحة لعدم وجود اتفاق صريح عليها، ولا هي مهايأة ضمنية كون إن عدم الاتفاق الصريح يجعل المهايأة تنعقد لمدة سنة قابلة للتجديد مع إمكانية إنهاء الشيوع قبل 3 أشهر من انتهاء السنة في حين إن الشركاء في المهايأة المكانية الافتراضية ينوون بقائهم على الدوام في حالة الشيوع، بقاءً يحوله الى شيوع اجباري ارتضاه كل شريك منهم.

الفرع الثاني
الأساس القانوني للمهايأة المكانية المفترضة

رغم إن المشرع العراقي لم يصرح بوجود هذا النوع من أنواع المهايأة إلا أن القواعد العامة تقضي بها ويتمثل أساسه القانوني بما يلي:

1. نص الفقرة (2) من المادة 1064 من القانون المدني والتي أوضحت بأن الأغلبية الواجب توافرها لادارة المال الشائع إدارة معتادة هي في إدارة المال كله. وقد أكد الفقه ذلك الأساس[1].
2. نص المادة 1081من القانون المدني العراقي والتي قد اجازت هذا النوع من أنواع المهايأة تحت تسمية الشيوع الإجباري حيث نصت على أنه: (ليس للشركاء في مال شائع أن يطلبوا إزالة شيوعه إذا تبين إن الغرض الذي اعد له هذا المال انه يجب أن يكون دائماً على الشيوع).

(1) ينظر على سبيل المثال لا الحصر: السنهوري، المرجع السابق، صفحة 745 وما بعدها. وينظر أيضاً الأستاذ الدكتور محمد علي عمران، الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني المصري، دون ناشر، مصر، العام الجامعي 2009-2010، صفحة 340-342.

فليس من المنطق والعدل أن من يشتري عقار ضمن عدة عقارات يسمح بأن يهدد ملكه احد المالكين الآخرين الذين يملكون سهاماً فيه وفي ذات سند العقار لأن شرائهم أو حتى قسمتهم للعقار بصورة غير رسمية يعني ارتضائهم بالبقاء في الشيوع دائماً.

3. نص الفقرة (2) من المادة 1061 من القانون المدني العراقي والتي نصت على أنه: (وكل شريك يملك حصته الشائعة ملكاً تاماً وله حق الانتفاع بها واستغلالها بحيث لا يضر بشركاءه).
4. نص الفقرة (3) من المادة 1061 من القانون المدني العراقي والتي نصت على أنه: (ويجوز للشريك أن يؤجر حصته لشريكه أو لغير شريكه).
5. نص الفقرة (2) من المادة 1063 والتي نصت على أنه: (ويجوز لكل منهم –أي الشركاء- حق الانتفاع بحصته. فإذا انتفع بالعين كلها في سكنى ومزارعة أو إيجار أو غير ذلك من وجوه الانتفاع بلا اذن شركائه وجب عليهم اجر المثل...). فالمفهوم المخالف لهذا النص يقضي بجواز الانتفاع بالعقار من قبل الشريك ضمن حدود سهامه ولو دون إذن شركاءه مادام لم يضر بهم.
6. المادة 731 من القانون المدني العراقي والتي نصت على أنه: (يجوز إيجار الحصة الشائعة للشريك أو غيره).

أما موقف القضاء العراقي في افتراض المهايأة فلقد وجدنا حكماً قضائياً صادر عن محكمة التمييز العراقية عام 1973 والذي ذهب الى القول: (ان اقامة كل من الشريكين دعوى اجر المثل عن الدارين المفرزتين بصورة غير رسمية التي يشغلها الشريكان دليل على عدم وجود مهيأة بينهما.)[1]. ويستدل من هذا الحكم

(1) رقم القرار - ١١٢- هيئة عامة اولى - 1972 تاريخ القرار- ٣١- ٣ - ٧٣ النشرة القضائية - العدد الاول - ==

أن واقع حال استغلال كل من الشريكين الدارين المفرزة بصورة غير رسمية يفرض وجود مهايأة مفترضة بينهما.

==

السنة الرابعة - ص ٩٤ - ٩٥ مذكور لدى القاضي جاسم جزاء جافر هورامي، الجامع لأهم مبادئ قضاء محكمة تمييز العراق لأكثر من ستة عقود، قسم القانون المدني، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، مكتبة يادكار لبيع ونشر الكتب القانونية، 2018، صفحة 291.

المطلب الثاني

الشروط الواجب توافرها في المهايأة المكانية المفترضة

لكي نتجاوز الوضع الشاذ بالنسبة للمستأجر الذي انتهى عقد إيجاره دون رغبة المؤجر في تجديده وبالتالي تمكين مالك الحصة التي لا تقل عن 50+1 من إدارة المال الشائع فالحل الأمثل هو اللجوء الى حماية الوضع الظاهر من خلال الاعتراف بالمهايأة المكانية المفترضة، والتي يشترط للأخذ بها من قبل القضاء توافر شروط تحقق توازن ما بين مصلحة المؤجر ومصلحة شركاءه لكيلا يقوم بأي تصرف دون موافقتهم، وعدم تضرره فيما لو أراد التأجير وتعسف من يحقق الأغلبية في استعمال حقه بالرفض وذلك من خلال الشروط التالية:

1. أن يكون العقار مشيد مع عقار أو أكثر مسجلة في السند العقاري بأنها عقارات مفرزة بصورة غير رسمية: وبالتالي فلا يكون للشريك الشائع الحق فيما عداها، أي لا يستطيع الشريك في المال الشائع ذلك إذا كان المال الشائع غير مقسم لعقارات، ولا حق له ايضاً إن شيد عقاره على الأرض المشاعة بعد ذلك ولو كان ذلك ضمن حدود سهامه، بل له في هذه الحالة –أي ان كان العقار غير مقسم او كان قد شيد عقار على الأرض الشائعة- اللجوء الى شريك او أكثر لتشكيل الأغلبية.
2. أن تكون أسماء مالكي الحصص التي تشكل الأغلبية موجودة في سند التسجيل العقار أو انتقلت لهم بعد ذلك باعتبارها عقارات مفرزة بصورة غير رسمية يختص كل منهم بجزء منها: فتحقق هذه الحالة تعني إن الشركاء قد ارتضوا بواقع الحال حيث ان اغلبهم –وهو ما يهمنا- أرادوا أن يكونوا في حالة شيوع إجباري.
3. أن يكون مالك الحصة التي تثمل الأقلية قد أجرها في حدود حصته (سهامه)

أو بأقل منها: وإلا فما زاد عن هذه الحدود يستلزم تشكيل الأغلبية لأن ما يزيد عن حدود حصته يعتبر تصرفه فيه موقوفاً على إجازة باقي الشركاء.

4. بما أن القانون سواء المدني أم قانون إيجار العقار اشترطا لإقامة دعوى التخلية من قبل المؤجر أن يسبقه إنذار المستأجر عن طريق الكاتب العدل فنشترط عند توجيه الإنذار أن يذكر في الإنذار أنه يطلب التخلية بحدود سهامه فقط.

5. أن لا تتجاوز مدة الإيجار ثلاث سنوات قابلة للتجديد لثلاث سنوات أخرى إن لم يعترض باقي الشركاء عليها، وذلك استناداً للمادة 105 /1 من القانون المدني العراقي كونها من أعمال الإدارة[1].

(1) والتي نصت على أنه: (... ويعتبر من عقود الإدارة بوجه خاص الإيجار إن لن تزد مدته على ثلاث سنوات...).

الخاتمة:

لامس بحثنا الواقع العملي في المحاكم، واقعاً قد اضر كثير من المؤجرين بسبب تطبيق نصوص القانون تطبيقاً بعيداً عن الواقع الذي فرض نفسه في السنوات الأخيرة من تقسيم العقارات التي كانت تصل الى 600 متر أو تزيد لعقارات تصل الى 50 متر مشيدة على ذات الأرض. هذا الواقع أصبح يفرض نفسه بقوة ما بين ضرورة الاعتراف بالمهايأة المكانية المفترضة التي تعالج هذه المشكلة، فلا نصوص القانون تمنع ذلك ولا حتى هناك خوف من مظلمة لباقي الشركاء إن تم اعتداد المحاكم بالشروط التي اشترطناها، والغريب في الأمر إن من يريد بيع عقاره المفرز بصورة غير رسمية يستطيع فتح بيان واتمام عملية البيع في دائرة التسجيل العقاري دون ان يتم مطالبته بإجماع الشركاء على البيع في حين ان البيع هو تصرف في ملكية الرقبة كلها وهو أخطر من الإيجار.

فما أردنا من بحثنا هذا إلا محاولة حل مشكلة يجهلها كثير من المؤجرين لمثل هذه العقارات كونهم ليسوا مختصين بالقانون فيؤجرون منازلهم وبعد انتهاء مدة العقد ينتهز بعض المستأجرين هذا الواقع ويمتنع عن تسليم العقار إلى المؤجر.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

الاستنتاجات:

تبين لنا من خلال هذا البحث الاستنتاجات التالية:

1. إن قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (850) لسنة 1979 المعدل بقرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (940) لسنة 1987 قد منع فرز قطع الأراضي إن كانت تقل عن 200م^2 في مركز المدن وبالتالي لا يمكن إلا أن نكون ضمن حالة شيوع إن شيد على تلك الأرض عقارات لعدة أشخاص.
2. لا يمكن –وفقاً لاتجاه محكمة التمييز الاتحادية الموقرة- للمالك على الشيوع إن قام بتأجير عقاره إلا أن يشكل أغلبية (50+1) لغرض طرد المستأجر المتعنت والممتنع عن تخلية العين المؤجرة بعد انتهاء عقد الإيجار إن كانت حصته تقل عن النسبة المذكورة أعلاه.
3. إن قيام الأشخاص بشراء عقارات مفرزة بصورة غير رسمية يعد دليلاً على أنه ارتضى الشيوع بحالته التي هي عليها.
4. إن المهايأة المكانية لم يعترف بها القضاء ما لم تكن مكتوبة، فالادعاء بها لا يقنع المحكمة، وبالتالي سوف تستدعي أغلبية الشركاء أما شخصاً ثالثاً في الدعوى أو ترد الدعوى ابتداءً لعدم توجه الخصومة.

التوصيات:

خرجنا من بحثنا هذا بالتوصيات التالية والتي نأمل من المشرع والقضاء ان يستجيب لها، وهي:

1. دعوة المشرع العراقي الى تعديل نص الفقرة (2) من المادة 1062 من القانون المدني العراقي ليكون وفقاً للتعديل التالي: (وإذا تصرف الشريك في جزء من المال الشائع برهنٍ أو تصرفٍ ناقلٍ للملكية فلا يكون للتصرف أثرٍ إلاّ إذا وقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب هذا الشريك).

إذ إن النص الأصلي الذي خلا من الإضافة لعبارة (برهنٍ أو تصرفٍ ناقلٍ للملكية) سوف يجعل أي تصرف قانوني يجريه الشريك -ومن ضمنها الإيجار- غير نافذٍ ما لم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيبه وبالتالي سوف لن يستطيع الشريك بموجب هذه الفقرة ايجار حصته الشائعة لأن تصرفه يناقض هذا النص، فحصة كل شريك محددة بالأسهم وليست محددة تحديداً مكانياً، هذا من جانب، ومن جانب آخر فإنها تتناقض مع الفقرة (2) من المادة 1061 من القانون المدني والتي نصت على أنه: (وكل شريك في الشيوع يملك حصته الشائعة ملكاً تاماً وله حق الانتفاع بها واستغلالها بحيث لا يضر بشركائه، والتصرف فيها بالبيع والرهن وغير ذلك من أنواع التصرفات ولو بغير إذنهم.).

2. دعوة الى القضاء بأن يوازن بين نص الفقرة (3) من المادة 1061 والتي اجازت لكل شريك أن يؤجر حصته للشريك أو لغيره, ونص الفقرة (2) من المادة 1063 والتي اجازت لكل شريك الانتفاع بحصته الشائعة والتي من صورها الايجار ولو دون اذن شركاءه. فالقيد الوحيد على قيام احد الشركاء بتأجير حصته هو بعدم الإضرار بباقي الشركاء.

3. إن المادة 1064 بفقراتها الثلاث لم تمنع الشريك في أن يؤجر حصته الشائعة،

فموقف القضاء فيما يخص ضرورة توافر الأغلبية تخص المال الشائع كله والتي جعلتها الفقرة (1) من هذه المادة من حق الشركاء جميعهم، وهذا يبدو واضحاً بشكل ادق حينما اشترطت الفقرة (2) من المادة ذاتها توافر الأغلبية لإدارة المال الشائع كله فيما يخص ادارته ادارة معتادة والتي يدخل الإيجار من ضمنها. وبالتالي نوصي قضائنا الموقر بأن لا يشترط توافر الأغلبية بالنسبة للعقارات المؤجرة من قبل اي شريك الذي يملكه فرزاً إن كان الفرز هو بصورة غير رسمية.

قائمة المصادر:

1. الدكتور آدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، دون تاريخ.
2. القاضي جاسم جزاء جافر هورامي، الجامع لأهم مبادئ قضاء محكمة تمييز العراق لأكثر من ستة عقود، قسم القانون المدني، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، مكتبة يادكار لبيع ونشر الكتب القانونية، 2018.
3. الدكتور درع حمّاد عبد، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية والحقوق المتفرعة عنها، دار السنهوري، بيروت، 2018.
4. الأستاذ الدكتور عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية، الناشر مكتبة السنهوري بغداد، الطبعة الأولى 2016.
5. عبد الرحمن العلاّم، شرح قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969، الجزء الأول، الناشر العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، الطبعة الثانية، 2009
6. الدكتور عبد الرزاق السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني،الجزء الثامن،حق الملكية، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي، 2004.
7. الدكتور محمد السعيد رشدي، أعمال التصرف وأعمال الإدارة في القانون الخاص، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية، 2010-2011.
8. الدكتور محمد علي عمران، الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني المصري أسباب كسبها وصورها،دون ناشر،العام الدراسي 2009-2010.
9. الدكتور محمد طه البشير والدكتور غني حسون علي، الحقوق العينية، الحقوق العينية الأصلية-الحقوق العينية التبعية 1-2، دار السنهوري للنشر، بيروت، 2016.

10. ندى سالم حمدون ملا علو، مفهوم المهايأة وتكييفها، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد (11) العدد (42)، السنة (2009).

سيادة الدولة وأثرها على تعطيل قاعدة تنازع القوانين

مقدم من

المدرس الدكتور

وضاح غسان عبد القادر

التدريسي في كلية الرافدين الجامعة (سابقاً)

ملخص البحث:

إن من خصائص قواعد التنازع إنها قواعد حيادية، إي إن القاضي حينما يطبقها على العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي سوف يعلي مصلحة دولته سواء استناداً الى نصوص قانون امرة كالمادة 32 من القانون الدولي الخاص أم على اعتبارات تتعلق بسيادة الدولة. فهذا الشرط ترد عليه استثناءات تتعلق بالنظام العام والغش نحو القانون واستثناءات أخرى بيننا‌ها في البحث.

وإن من شروط قاعدة التنازع هو أن يتسامح المشرع الوطني في تطبيق القانون الأجنبي على أن هذا الشرط تقيده المصلحة الوطنية وقيود أخرى نص عليها المشرع العراقي في المادة 19 فقرة (5) من القانون المدني العراقي واستثناءات أخرى نصت عليها المادة 2/18 والمادة 2/33 من القانون المدني العراقي.

سلط هذا البحث الضوء على مسألة في غاية الأهمية وهي مسألة القيود التي ترد على تطبيق القانون الأجنبي وبالتالي استبعاده، ليس وفقاً لما ردده الفقه وإنما وفقاً لاعتبارات السيادة ومصلحة جنسية دولة القاضي في الحالات التي يعتد فيها بالقانون الشخصي للشخص في العلاقة المشوبة بعنصر أجنبي، فإما أن لا نطبق القانون الأجنبي بنصوص صريحة متى ما كان احد طرفي العلاقة القانونية يحمل جنسية دولة القاضي إن كان القانون الواجب التطبيق هو قانون الجنسية أو أن نعتبر إن أي علاقة قانونية يحدد القانون الواجب التطبيق فيها بالاعتماد على قانون الجنسية يجب ان لا يكون احد طرفيها حاملاً لجنسية دولة القاضي وإلا نكون قد نسفنا قواعد التنازع الخاصة بقانون الجنسية في الدول التي تعتمد على ضابط الجنسية كضابط إسناد، ومنها العراق.

لا ننتقد او نعيب موقف المشرع العراقي الذي اعلى المصلحة الوطنية أو اعتبارات السيادة أو اعتبارات اعلاء القانون العراقي في مثل تلك العلاقات القانونية، ولكن ما اردناه هو إعادة صياغة لخصائص وشروط قاعدة التنازع.

المقدمة

اولا: نبذة تعريفية لموضوع البحث

ارتبط فقه القانون الدولي الخاص بظاهرة الحدود السياسية والاجتماعية، فالمجتمع الدولي يقوم على افتراض انقسامه الى عدة دول ذات حدود اقليمية تميزها عن غيرها. ولكل دولة نظامها القانوني المستقل الذي يطبق على افرادها، فكل دولة تطبق على القضايا المعروضة على محاكمها قانونها الداخلي في سائر المجالات ولم يكن هناك مجالا لتنازع القوانين.

وبتطور وسائل الاتصال انتشرت واتسعت العلاقات التجارية والاجتماعية بين الدول عامة والاوربية خاصة، وهذه العلاقات العابرة للحدود الوطنية تتطلب بالضرورة وجود قانون تخضع له ينظم هذه العلاقات من جهة ويقوم القاضي بتطبيقه في حالة حدوث نزاع من جهة أخرى.

ولما كانت هذه العلاقات مرتبطة بأكثر من دولة واحدة فانه من غير المناسب اخضاعها كلها للقانون الوطني خاصة وان هذا القانون قد يكون غير مناسب ولا يتلاءم مع خصوصياتها، لذا حاولت الدول افساح المجال لتطبيق القوانين الأجنبية امام قضائها الوطني.[1].

وعندما أرادت الدول وضع تشريع يطبق على اقليمها بالنسبة للعلاقات المشوبة بعنصر الاجنبي عن طريق قواعد الاسناد التي تتميز بأن قواعدها مزدوجة الجانب[2]،

(1) الدكتور محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، عمان، ط1، 2002، صفحة 249.

(2) يقصد بالصفة المزدوجة لقاعدة الاسناد انها تجعل الاختصاص اما للقانون الوطني او القانون الاجنبي وبتم اختيار هذا القانون على اساس منطقي، يراعي فيه المشرع الوطني اعتبارات العدالة ومتطلبات العلاقات الخاصة الدولية.

حاول المشرعون أن يستثنوا من هذه القواعد وطنييهم من أن يخضعوا لها مدفوعين باعتبارات السيادة والمصلحة الوطنية وغير ذلك من قيود جعلت العنصر الأجنبي في العلاقة القانونية يحتاج الى إعادة صياغة من حيث تعريفه باعتبار أن العلاقة القانونية إن كان القانون الواجب التطبيق عليها هو قانون الجنسية فيجب أن يكون كلا طرفيها هم أجانب. فالقانون الاجنبي أصبح محل تطبيق من القاضي الوطني في هذه الحالة فقط.

ثانيا: أهمية البحث

تكتسب اهمية الدراسة في هذا الموضوع في تسليط الضوء على امكانية حدوث تنازع بين السيادات، فالتنازع هنا يعتبر حقيقي وليس ظاهري لأن المشرع الوطني سوف لن يختار الاصلح مدفوعاً باعتبارات العدالة أو مصلحة الأفراد فيختار أنسب القوانين، فما هو الحق الذي يخول المشرع الوطني أن يطبق قانونه على علاقة مشوبة بعنصر أجنبي، فيما لو كان أحد الطرفين وطنياً والعلاقة القانونية أصلا قد تمت خارج حدود الدولة، وكيف يمكن أن ينفذ هذا الحكم خارج الدولة التي أصدرته محاكمها؟

ثالثا- مشكلة البحث:

تكمن مشكلة البحث في بيان القانون الواجب التطبيق في حالة حدوث نزاع في مسائل الاحوال الشخصية في الوقت الذي يجب ان يطبق فيه القانون الأجنبي كون العلاقة قد نشأت خارج حدود دولة القاضي، هذا من جانب، ومن جانب اخر فتكمن ايضاً في شروط وخصائص قواعد التنازع، والتي لا تنسجم مع الواقع الذي يفرض تطبيق قانون دولة القاضي فيما لو كان هناك اصطدام بسيادة الدولة أو مست مصالح طرف يحمل جنسية دولة القاضي، إضافة الى عزوف

الفقه أو ابتعاده عن التصدي لمسألة القانون الواجب التطبيق فيما لو كان الوارث أو المورث أو الموصي أو الموصى له أو الدائن أو المدين بالنفقة يحمل الجنسية العراقية، ومدى اعتباره قيداً شملته المادة 2/33 من القانون المدني العراقي. ولا ننكر إن من صعوبات هذا البحث هو ندرة المصادر التي تناولت هذه الجزئية في البحث إن لم نقل انعدامها.

رابعا: منهجية البحث

دراسة الموضوع تتبع المنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص القانونية والآراء الفقهية التي تخص موضوع البحث.

خامسا: خطة البحث

لغرض الإحاطة بجميع جزئيات البحث فقد آثرنا تقسيمه وفقاً للخطة التالية:

- **المبحث الاول: مفهوم تنازع القوانين**
  - المطلب الاول : تعريف تنازع القوانين واسبابه
  - المطلب الثاني : شروط تنازع القوانين
  - المطلب الثالث: انواع تنازع القوانين
- **المبحث الثاني: اثر سيادة الدولة على مبدا تنازع القوانين**
  - المطلب الاول: حالات تعطيل قواعد تنازع القوانين (الموانع العامة لتطبيق القانون الاجنبي)

    الفرع الاول: النظام العام

    الفرع الثاني: الغش نحو القانون

- المطلب الثاني- سيادة الدولة وأثرها على استبعاد القانون الأجنبي إن كان القانون الواجب التطبيق هو قانون الجنسية

الفرع الأول- المصلحة الوطنية

الفرع الثاني- أثر سيادة الدولة في مسائل الزواج

الفرع الثالث- أثر سيادة الدولة في تنازع القوانين استنادا لنص المادة (2/33) من القانون المدني العراقي

الفرع الرابع: اثر سيادة الدولة على استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لدولة غير معترف بسيادتها

المبحث الأول

مفهوم تنازع القوانين

تحدث في كل يوم وفي كل مكان تصرفات وعلاقات قانونية وهذا الامر يتحقق سواء في العقود والتصرفات القانونية أم في الاحوال الشخصية من زواج وطلاق ونفقة وارث ووصية وكذلك في التصرفات التجارية من بيوع وعقود ونقل وتامين ... الخ.

إن كل دولة مدفوعة باعتبارات السيادة والمصالح العليا لها تستطيع ان تجعل قوانينها الوطنية وحدها واجبة التطبيق وفي كل الاحوال وبغض النظر عن جنسية الاطراف او مكان وجود الاموال او سبب هذه التصرفات القانونية. فالعبرة ليست في ذلك لأن من مصلحة الدولة أن تسمح بتطبيق القانون الأجنبي ولا تطبق قوانينها دائما وفي كل الاحوال الا إذا وجد مبرر او رابطة او علاقة او تركيز ما بين الدولة واشخاص النزاع او موضوع التعاقد او سبب الالتزام.

ان الدولة تحدد سياستها بشأن كيفية تطبيق قانونها وتحدد ايضا الحالات التي تطبق فيها قانونها الوطني في العلاقات او المعاملات التي لها علاقة ما بين دولة المحكمة وعلاقة مع دولة او عدة دول اخرى.

ان المشرع الوطني يحدد نطاق تطبيق قانونه ولكن لا يحدد نطاق تطبيق القانون الاجنبي[1]، وحتى تستطيع المحكمة التي تنظر في النزاع الذي يعرض عليها تسوية هذه المشاكل لابد من وجود معايير او ضوابط او سياسة لاجتناب الشطط او التعسف والانحياز، فحل مثل هذه المشاكل يتحقق عن طريق ما يعرف

(1) الدكتور ممدوح عبد الكريم ،القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر والتوزيع/ عمان، الطبعة الأولى، 2005، ص13.

بقواعد الاسناد.[1]

واعتماداً على ما قدمنا سوف نقسم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب، سوف يتضمن المطلب الاول منه تعريف تنازع القوانين واسبابه، اما المطلب الثاني فيتناول شروط او مقومات تنازع القوانين، أما المطلب الثالث فسوف نوضح فيه انواع تنازع القوانين، وكما يلي:

(1) الدكتور ممدوح عبد الكريم ،المرجع السابق ، ص15

المطلب الأول

تعريف تنازع القوانين وبيان مقوماته

إن الدافع الرئيسي للمشرع الوطني في سن قواعد التنازع هو التواصل والتفاعل بين الأفراد تجاوزاً لحدود الدولة، والعامل الأساسي في هذا المجال في الوقت الحاضر هو الثورة التكنولوجية الهائلة التي بدورها تصبح الدول كقرية صغيرة وهذا بدوره أدى الى نشوء علاقات قانونية بين الأفراد ليس فقط الذين ينتمون إلى جنسية دولة الواحدة، بل بين الأفراد الذين ينتمون إلى دول مختلفة. فكل ذلك يؤدي إلى وجود علاقات قانونية بين الأفراد ذوي الجنسيات المختلفة، وتنعت تلك العلاقات بالعلاقات المشوبة بعنصر أجنبي، ويعنى ذلك اتصالها بأكثر من نظام قانوني، الأمر الذي يبرز مشكلة اختيار القانون الأنسب لحكم العلاقة المشوبة بعنصر أجني من بين عدة قوانين متزاحمة أو متنافسة فهذا ما يمثل جوهر تنازع القوانين .[1]

وقد يتبادر الى الذهن بان التنازع عبارة عن تصادم وتصارع وتنافس بين قوانين الدول المتصلة بالعالقة القانونية المشوبة بعنصر الأجنبي[2] لكن الشائع والراجح في الفقه هو عدم وجود تنازع حقيقي بين القوانين، أي ليس هناك ثمة تنازع بين القوانين لأن التنازع يفترض أن يحصل بين القوانين المتساوية في السيادة، وبرأيي أن تكون هناك سلطة اعلى من سلطة الدول تتولى حل ذلك. في حين أنه لا تنازع

(1) جمال محمود الكردي، تنازع القوانين ،منشأة المعارف، الاسكندرية ص6، وراجع أيضاً الدكتور حسن الهداوي القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع الطبعة الثانية، عمان 1997، ،ص13.

(2) الدكتور احمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع اصولا ومنهجا، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة الطبعة الأولى، 1996، صفحة 15.

في هذا المجال، فالسيادة تكون لقانون القاضي في الإقليم الوطني لدولة القاضي على حساب القانون الأجنبي، أو ما يختاره المشرع الوطني من القوانين، وبذلك فالتنازع هو المفاضلة التي يمنحها المشرع الوطني للقاضي ومن خلالها يستطيع القاضي القيام باختيار أنسب القوانين عن طريق القواعد المتخصصة بهذا المجال وهذا يؤدي إلى تضحية بأحد القوانين لحساب الآخر.[1].

والأصل هو إن سلطة القاضي تكون مقيدة بالسيادة الإقليمية، وهذه تكون للقانون الوطني، فلا تطبيق للقانون الأجنبي إلا بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية بشكل تفضل القانون الأجنبي على القانون الوطني لأغراض تنظيمية تتعلق بتنظيم العلاقات القانونية الخاصة الدولية.[2]

وينتقد بعض الفقه مصطلح تنازع القوانين باعتباره مصطلح مجازي وافتراضي، الأمر الذي ظهرت بسببه عدة مصطلحات بديلة، حيث أن الإنكليز يستخدمون مصطلح اختيار القوانين (Choice of Laws) أي المفاضلة بين القوانين لاختيار أنسبها لحكم العالقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي .أما لدى الفقه الهولندي فإنه يستعمل مصطلح تسابق القوانين للدلالة على تنازعها، والبعض يطلق عليها اختصاص القوانين من حيث المكان تمييزا له عن غيره من التنازع.[3]

(1) الدكتور حسن الهداوي و د. غالب الداودي، القانون الدولي الخاص ،تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية، القسم الثاني، مطابع مديرية دار الكتب للنشر والتوزيع –الموصل، الطبعة الأولى، 1988، صفحة 11-12.

(2) الدكتور رمزي محمد علي دارز، فكرة تنازع القوانين في الفقه الاسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية،2001، صفحة 56.

(3) الدكتور حسن الهداوي و الدكتور غالب الداوودي، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، صفحة 12.

وهناك من أطلق على الحالة مصطلح تلاقي القوانين.[1]

وبخصوص موقف المشرع العراقي فإنه فضل مصطلح تنازع القوانين من حيث الاختصاص التشريعي على غيره من المصطلحات استناداً للمادة (16فقرة ب) من القانون المدني رقم 40 لسنة 1951.

من خلال ما تقدم يمكن القول بأن تنازع القوانين هو التزاحم ما بين قانونين أو أكثر لحكم علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي. ويقوم القاضي المعروض أمامه النزاع بتفضيل أحدها على الاخر من خلال الاستعانة بقواعد الإسناد التي تحدد القانون الواجب التطبيق على المسائل محل النزاع.

(1) الدكتور جابر عبد الرحمن ،القانون الدولي الخاص ،تنازع القوانين- تنازع الهيئات- تنا زع الاختصاص، مطبعة الهلال/بغداد،1949،صفحة6.

المطلب الثاني
شروط إعمال قواعد تنازع القوانين

سنبين في هذا المطلب المقومات التي تستند عليه ظهور حالة تنازع القوانين فالحالة تقتضي وجود مجموعة من الشروط او المقومات وهي كالاتي:

أولا- الصفة الأجنبية في العلاقات القانونية:

لكي يكون هناك إعمال لقواعد تنازع القوانين لا بد أن تكون هناك علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي، أي العامل الأول في إثارة تنازع القوانين هي اتصال العلاقة القانونية بقانون أكثر من دولة واحدة، ويمكن التعرف على هذا النوع من العلاقة من خلال العناصر التالية:

1- **عنصر الأشخاص**: وهم أطراف العلاقة القانونية، وهؤلاء تتغير صفتهم حسب طبيعة العلاقة كالبائع والمشتري في عقد البيع وفي مثال في الدين الدائن والمدين وفي الميراث الوارث والموروث. كقيام تاجر عراقي بشراء بضاعة من تاجر إنكليزي وقد أبرم العقد إيطاليا و استلم التاجر العراقي البضاعة في الدولة الإمارات العربية المتحدة، والمقصود بالعنصر الأجنبي هي اتصال العلاقة بنظام قانوني أجنبي، أو عبرت حدود دولة واحدة. (1)

2- **عنصر الموضوع**: وهو محل العلاقة ويختلف بحسب طبيعة العلاقة فيكون المبيع في عقد البيع والتركة في الميراث والمأجور في عقد الإيجار، مثال على ذلك لو أوصى شخص عراقي الجنسية لآخر عراقي الجنسية بأموال كائنة في إقليم دولة

(1) د . عصام الدين القصبي، القانون الدولي الخاص، جامعة المنصورة، 2009، ص9، راجع حسن الهداوي، قانون الدولي الخاص، تنازع القوانين الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 1997،ص16.

أخرى، ففي هذا المثال ساهم محل الوصية بإدخال عنصر أجنبي في الوصية .[1]

3- **عنصر السبب**: هو مصدر نشوء العلاقة في الميراث يتمثل في القرابة أو النسب وفي الدين يمكن ان يكون العقد او الواقعة القانونية كالفعل النافع او الضار، فإذا اتصلت العلاقة بدولتين او أكثر من قانون وتكون هي موضوع التنازع وفقا للمعيار القانوني، مثال ذلك أن يتم إبرام العقد بوصفه مصدر للالتزام في دولة على أن يتم تنفيذه في دولة أخرى[2].

ثانيا: عدم تلازم التوحيد بين الاختصاصين القضائي والتشريعي:

ومعنى ذلك أن إذا كان قضاء الدولة مختص بنظر النزاع المتعلق بالعلاقات الدولية في مجال القانون الدولي الخاص، فليس بالضرورة أن يقوم بتطبيق قانون دولته، فهذا يعتبر من الأسباب الرئيسية لقيام تنازع القوانين، فعلى قاضي المحكمة حينما يختص بنظر النزاع أن يأخذ بنظر الاعتبار الملائمة والصلاحية وحسن أداء العدالة في اختيار القانون الواجب التطبيق، ومن الممكن أن هذه الاعتبارات غير متوفرة في قانون القاضي مما يستوجب تطبيق قانون دولة أخرى أو استنادا الى الاعتبارات والمقتضيات المذكورة. ويترتب على ذلك أن تقرير الاختصاص القضائي الدولي لمحكمة دولةٍ أجنبية معينة بنظر النزاع لا يستوجب بالضرورة تقرير صلاحية قانونها لحكم ذلك النزاع وهذا هو جوهر مبدأ عدم التلازم.[3].

(1) الدكتور عبد الباقي البكري وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون، المكتبة القانونية، بغداد، 2009، صفحة244.

(2) الدكتور عبد المجيد ، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1992، صفحة20.

(3) الدكتور يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص ،منشورات زين الحقوقية ، بيروت /لبنان،2016،صفحة16.

ثالثاً- اختلاف القوانين في المسائل الثانوية:

ينشأ التنازع بين قانونين أو أكثر حين وجود اختلاف في المسائل الثانوية بينهما أي نطاق ما يسمى بالقواعد المفسرة، كسن البلوغ وشرط الزواج وأسباب الطلاق وانتقال الملكية وبعض شروط الميراث، بحيث أن عدم وجود هذا النوع من الاختلاف ينعدم به التنازع في القوانين. وبخلاف ذلك إذا حصل التنازع بين قانونين أو أكثر في المسائل الجوهرية يؤدي إلى التعارض والتنافر بين القانونين وليس بصدد التنازع في هذه الحالة. مثال ٍ الاختلاف على تركة إنسان على قيد الحياة وزواج مسيحي من مسلمة، فهذه المسائل تكون جوهرية فلا يؤدي إلى التنازع بل إلى التنافر بين القانونين، وهي تحصل عندما يتقاطع القانون الواجب التطبيق في الحكم مع قانون قاضي النزاع، حيث يُنَفِّر الأخير الأول عبر آلية استبعاده باسم فكرة يصطلح بالنظام العام. ومن ذلك يتبين من خلال هذا الشرط بأن تنازع القوانين يحصل في نطاق القواعد المفسرة أو الثانوية، وليس في نطاق القواعد الآمرة.[1]

(1) الدكتور سامي بديع منصور و د. عكاشة عبد العال ، القانون الدولي الخاص ،طرق حل المنازعات الدولية الخاصة، الحلول الوضعية لتنازع القوانين –الجنسية –الاجراءات المدنية والتجارية الدولية الدار الجامعية بيروت -1995، صفحة179.

المطلب الثالث
أنواع تنازع القوانين

هناك عدة أنواع من التنازع بين القوانين:

النوع الأول: تنازع بين القوانين من حيث الزمان، وتنازع بين القوانين من حيث المكان، فالأول يعرض حين تتعاقب القوانين الداخلية في إقليم دولة ما على واقعة قانونية مستمرة، فيجب البحث عن أي القوانين يحكم هذه الوقائع أو يحكم آثارها. بينما تنازع القوانين من حيث المكان، يعرض حين يتعاقب على العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي قانونان أو أكثر، صادران من دولتين فأكثر، وهذا التنازع الذي نقصده في هذا البحث، ويقتصر التنازع المكاني المذكور، على التنازع بين القوانين المدنية أو التجارية أو المتعلقة بالأحوال الشخصية. ذلك أن فقهاء القانون الدولي الخاص، قد قصروا بحثهم على هذا التنازع، واستبعدوا من نطاق التنازع في القانون الدولي الخاص التنازع بين القوانين الجنائية أو الإدارية أو المالية.

النوع الثاني: التنازع بين القوانين الداخلية في الدولة البسيطة أو في الدولة المركبة، وهو غير التنازع بين القوانين الدولية، ومثاله ما حدث من تنازع بين القوانين الفرنسية الداخلية والقوانين المعمول بها في الإلزاس واللورين، بعد أن استردتهما فرنسا من ألمانيا في الحرب العالمية الأولى. ومثاله في الدولة المركبة، ما يحدث من تنازع بين قوانين مختلف الولايات التي تتكون منها الولايات المتحدة الأمريكية، فهذا النوع من التنازع، تحكمه قواعد خاصة ينظمها التشريع الداخلي في الدولة البسيطة أو المركبة، ولا يعني به القانون الدولي الخاص، إلا عند إسناد حكم العلاقة القانونية إلى قانون بلد تتعدد فيه الشرائع.

النوع الثالث: وقد كان يحدث حتى عهد قريب تنازع بين القوانين للبلاد

المستعمرة وقوانين المستعمرات، ترتب على أثرها ما كان يسمى بالامتيازات الأجنبية التي زالت الآن، غير أنه ما زال يوجد تنازع بين قوانين الدولة المحتلة وقوانين الأراضي التي تحتلها، وليس للقانون الدولي الخاص شأن بهذا التنازع.[1].

(1) الأستاذ الدكتور احمد عبد الحميد عشوش ،القانون الدولي الخاص (الجنسية-تنازع القوانين)،2012، صفحة244. وراجع ايضاً د. حسن الهداوي، مرجع سابق، صفحة 29.

المبحث الثاني
أثر سيادة الدولة على مبدأ تنازع القوانين

القانون الاجنبي هو مجموع القواعد القانونية المطبقة خارج دوله قاضي النزاع على أراضي دوله اجنبية سواء كانت قواعد مدونة (التشريع) ام غير مدونة (العرف و أحكام القضاء)[1]

ورغم أن قاعدة الاسناد الوطنية التي تعين قانونا اجنبيا تعتبر قاعدة آمرة يحب أن توصل الى حل النزاع إلاّ أن تطبيقها لا يعني بالضرورة وبالنهاية الوصول الى تطبيق قاعدة القانون الاجنبي الذي اشارت اليه. فالمشرع عندما يسمح بموجب القواعد الاسناد بتطبيق قانون أجنبي فهو لا يكون عالما بمضمونه مسبقا أو ضامنا الوصول الى معرفة احكامه وهذا مظهر هام للتفرقة بين دور القاضي في تطبيق القانون الوطني ودوره في تطبيق القانون الأجنبي، فالقاضي عندما يفتش عن قانون غير قانون دولته ليطبقه على النزاع يكون امام اعتبارات عملية وصعوبات واقعيه تسمح بتعليق تطبيق قاعدة عدم العذر بالجهل بالقانون، وعليه لا يتمكن القاضي من الكشف والتعرف على مضمون القانون الاجنبي مما يستدعيه التفتيش عن قانون اخر. فقد يحدث ان يتبين للقاضي بعد التعرف على القانون الاجنبي ان تطبيق احكامه يصطدم بالمبادئ الاساسية السائدة في دولته وهذا ما يدفعه الى استبعاد تطبيق هذه الاحكام وبالتالي استبعاد تطبيق هذا القانون.[2].

(1) د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي ,القانون الدولي الخاص ,الجنسية ,الموطن, مركز الاجانب ,التنازع الدولي للقوانين ودار السنهوري /بيروت، 2018، صفحة 374.

(2) الدكتور سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص تطور وتعد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية (تنازع القوانين - المعاهدات التحكيم التجاري الدولي) منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2004، صفحة 216- 217.

وقد تبدي سيادة الدولة من خلال تفضيل المشرع قانونه على القانون الاجنبي انحيازا الى الوطني وتفضيله على الاجنبي. وهذا ما سنراه لاحقا واعتمادا على ذلك سوف يتم تقسيم هذا المبحث الى مطلبين نوضح في المطلب الاول حالات تعطيل قواعد تنازع القوانين (الموانع العامة لتطبيق القانون الاجنبي) ويشمل هذا المطلب فرعين، الفرع الاول (النظام العام) والفرع الثاني (الغش نحو القانون) اما المطلب الثاني فيتحدث عن الموانع الخاصة لتطبيق القانون الأجنبي. وكما يلي:

المطلب الأول

حالات تعطيل قواعد تنازع القوانين

(الموانع العامة لتطبيق القانون الاجنبي)

قد تقع حالات تعطيل فيها اعمال قواعد الاسناد ومن ثم يمتنع معها تطبيق القانون المسند اليه الاختصاص مما يطرح ذلك التساؤل عن طبيعة وآلية ظهور هذه الحالات ومن ثم أثارها؟ أن الإجابة عن ذلك تتطلب استعراض كل حالة من الحالات التي تتعطل معها قاعدة الاسناد والتي تقسم الى وهذا يشمل أربع فروع، أما الفرع الأول فسوف نستعرض فيه المصلحة الوطنية. أما الفرع الثاني أثر سيادة الدولة على مسائل الزواج وما تضمنته المادة (5/19) من القانون المدني العراقي. اما الفرع الثالث فيتضمن أثر سيادة الدولة في تنازع القوانين استنادا لنص المادة (2/33) من القانون المدني العراقي. أما الفرع الرابع فسوف يكون بعنوان أثر سيادة الدولة على استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لدولة غير معترف بسيادتها.

الفرع الأول
النظام العام

لم تضع تشريعات أكثر الدول تعريف محدد للمقصود بالنظام العام وذلك لأنه فكرة مرنه وقد حاول الفقه وضع تعريفات متعددة، فقد عرفه بأنه القواعد التي تتعلق بأصل النظام الاجتماعي والسياسي لدولة ما في وقت معين[1].

وتقف وراء الدفع بالنظام العام من قبل قاضي النزاع قبل القانون الاجنبي الذي اشارت الى تطبيقه قواعد الاسناد الوطنية في دولة قاضي النزاع اسباب فنية واقتصادية واجتماعية ودينية فمن ناحية الاسباب الفنية(التقنية) قد يشترط قانون قاضي النزاع لنفاذ الرهن الحيازي قبل الراهن للاحتجاج به من قبل المرتهن نزع حيازته من يد الراهن كما هو عليه موقف القانون العراقي ، في حين لا يشترط قانون موقع المال الذي أشارت الى تطبيقه قواعد اسناد قاضي النزاع كما هو عليه الحال في موقف القانون الامريكي اما من ناحية الاسباب الاقتصادية فتتمثل في اعتماد القانون الواجب التطبيق اسباب للدين لا يجوزها قانون قاضي النزاع كما لوكان القانون الاجنبي يعترف بالديون المترتبة على القمار والرهان في حين تعد هذه الاسباب مخالفة لنظام العام لقانون قاضي النزاع كما ما وردت في المادة (2/130) مدني ما يعد من النظام العام على سبيل مثال اذ نصت على (ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الاحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والاحكام المتعلقة بالانتقال والاجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار والتصرف في مال المحجور و مال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير

(1) الأستاذ الدكتور عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مكتبة السنهوري، بيروت، 2015، صفحة 209.

الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية) أما من ناحية الاسباب الاجتماعية فتتمثل في حالة وجود حضر في القانون الاجنبي الواجب التطبيق يجعل اختلاف اللون مثلا مانع من الزواج او الميراث. اما من الناحية الدينية فقد يبيح القانون الاجنبي الواجب التطبيق الزواج بين مختلفي الدين كما لو سمح بزواج المسيحي من مسلمه في حين يحظر مثل هكذا زواج في دولة قاضي النزاع.

وفي هذا الإطار ظهر للنظام العام مفهومان هما النظام الداخلي والنظام العام الدولي يعمل الاول على الحد من إجراء تصرفات تمثل خروج على القواعد الأمرة في إطار العلاقات الوطنية وأما الثاني يمنع تطبيق القانون الاجنبي الواجب التطبيق عن طريق استبعاده في إطار العلاقات ذات البعد الدولي. كما أن دور النظام العام كمانع لتطبيق القانون الاجنبي يظهر وقت التطبيق الاخير لان في هذا الوقت سيعرف القاضي مدى انسجام القانون الاجنبي مع النظام العام في دولته. وإذا كان النظام العام يمنع تطبيق القوانين الاجنبية على العلاقات وذات البعد الدولي التي نشأت في محيط دولة قاضي النزاع مخالفة هذه القوانين للنظام العام في دولة قاضي النزاع. كما لا يمنع تطبيق النظام العام بوصفه مانع من موانع تطبيق القانون الاجنبي وإن كانت تشير الى تطبيقه اتفاقيه دولية ما بين دولة القاضي ودولة القانون الاجنبي. ويترتب على النظام العام عدة أثار هي:

اولا: الأثر السلبي:

ويتمثل باستبعاد القانون الاجنبي وعلى وجه التحديد منع تطبيق القواعد الموضوعية التي تتعارض مع النظام العام لدولة قاضي النزاع واستبقاء ما دون ذلك ويصطلح على ذلك بالأثر الاستبعادي للنظام العام ويكون أما جزئي او كلي فالاستبعاد الجزئي يتمثل في الحالة الذي يقر فيها القانون الواجب التطبيق بالدين

مع فوائده في حين أن الفوائد الربوية تتعارض مع النظام العام لدولة قاضي النزاع وهذا يعني أن القاضي قد أستبعد جزئيا القانون الاجنبي.[1] اما الاستبعاد الكلي فيتمثل في الحالة التي تكون فيها نصوص القانون الاجنبي في العلاقة موضوع النزاع لا تقبل التجزئة كما لوكان القانون الاجنبي الواجب التطبيق يجوز الزواج بين رجل مسيحي و أمرآه مسلمة في حين يعد ذلك مخالف للنظام العام لدولة قاضي النزاع اي أن القاضي يستبعد القانون الاجنبي كليا.

ثانيا: الأثر الايجابي :

ويتمثل بحلول قواعد قاضي النزاع محل القواعد المستبعدة من القانون الاجنبي وهذا الاثر يصطلح عليه بالأثر الحلول أي يعبر عن حلول قانون محل قانون اخر سدا للفراغ التشريعي الذي يخلفه الأثر السلبي (الاستبعادي) يتمثل بإحلال قانون القاضي محل القانون الاجنبي ويعتمد طبيعة هذا الأثر على طبيعة الأثر الاستبعادي فإذا حصل الأثر الثاني بصورة كلية سينسحب على الأثر الحلولي بصورة كلية وإذا تم بصورة جزئية يكون الأثر الحلول بصورة جزئية أي أن الاستبعاد الكلي لأحكام القانون الاجنبي يقابله حلول كلي لأحكام قانون القاضي والاستبعاد الجزئي لأحكام القانون الاجنبي يقابله حلول جزئي لأحكام قانون القاضي.

(1) د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي ,القانون الدولي الخاص ,الجنسية ,الموطن, مركز الاجانب ,التنازع الدولي للقوانين ودار السنهوري /بيروت ,2018, صفحة 355.

الفرع الثاني
سيادة الدولة والغش نحو القانون

أذا كان النظام العام يمنع تطبيق القانون الاجنبي الواجب التطبيق بحسب قواعد إسناد قانون قاضي النزاع وذلك لغياب الحد الأدنى من الاشتراك القانوني ما بين قانون القاضي والقانون الأجنبي فأن الغش يسمح بتطبيق القانون الأجنبي المختص اصلا ويمنع تطبيق القانون المصطنع له الاختصاص. ويحصل الغش في أطار مستوى القانون الداخلي عندما يعمد أطراف العلاقة الى تبديل الوصف القانوني للعلاقة فينقلوا احكامها من نطاق قانون الى نطاق قانون اخر ضمن السيادة التشريعية للدولة الواحدة كما لو كان قانون الدولة يمنع بيع مال معين فيعمد الاطراف الى تبديل العلاقة من وصف البيع الى الايجار الطويل.

أما الغش نحو القانون في أطار القانون الدولي الخاص فيحصل عندما يعمد أطراف علاقة ما إلى تغير إرادي لضابط من ضوابط الأسناد القابلة للتغير على نحو ينقل الاختصاص في العلاقة من محيط قانون دولة الى محيط قانون دولة اخرى للخروج من أحكام القانون الاول والاستفادة من التسهيل في احكام القانون الثاني كما لو اراد شخص الطلاق وكان قانون جنسيته دوله تسمح له بالطلاق فيكون بذلك قد قام بتغير ضابط الجنسية عن طريق اكتساب جنسيه دولة تسمح له بالطلاق.

وللغش عدة اركان تتمثل هذه الاركان بالركن المادي والمعنوي والقانوني:

الركن المادي: ويتمثل بالتغيير الارادي الفعلي لضابط من ضوابط الاسناد القابلة للتغيير مثل الجنسية والموطن وموقع المنقول، فتغيير الجنسية يكون عن طريق فقدان الجنسية السابقة واكتسابه الجنسية اللاحقة أي يقتضي ان يتخلى الشخص عن الاولى اذا كان قانونها يشترط ذلك عند اكتسابه للثانية كما هو الحال بالنسبة لموقف المشرع العراقي في المادة (1/10) من قانون الجنسية النافذ وكذلك الحال اذا اراد الشخص ان يغير الموطن فيفترض ان ينقل محل اقامته من دولة الى اخرى مع انصراف نيته الى البقاء في الثانية لأجل غير محدود وينسحب نفس الحال بالنسبة للمنقول[1].

الركن المعنوي: ويتمثل بقصد الغش وهذا يستنتجه القاضي من خلال الظروف المحيطة بأطراف العلاقة ففي حالة الطلاق مثلا اذا كان الزوجين في حالة خلافات مستمرة اذا اكتسب الزوج جنسية دولة تبيح الطلاق وباشر بالطلاق فنكون هنا امام قرينة على وجود نية الغش أي اذا كان تغيير الجنسية وكذلك الموطن وموقع المنقول غير مقصود لذاته وانما القصد الرئيس هو تغيير الاختصاص القانوني على نحو يفضي الى انتقاله من نطاق قانون دولة الى نطاق قانون دولة اخرى وما تغيير ضابط الاسناد الا وسيلة فهنا يتحقق قصد الغش. اما اذا كان تغيير ضابط الاسناد الجنسية قصد لذاته وذلك اذا كان الزوج يرغب بتغيير بيئته الاجتماعية وما نقل الاختصاص القانوني الا نتيجة له فلا تكون هنا امام قرينة وجود قصد الغش[2].

(1) راجع الدكتور عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، مرجع سابق، صفحة 318.

(2) راجع الدكتور عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، مرجع سابق، صفحة 319.

الركن القانوني: أن يكون التغيير الارادي لضوابط الاسناد بقصد نقل الاختصاص من احكام القواعد الامرة لقانون دولة الى قانون دولة اخرى أي ان يكون التحايل والغش موجه للقواعد الامرة في القانون المختص اصلا اما اذا كانت هذه القواعد مفسرة فلا نكون امام حالة غش ذلك لان القواعد الاخيرة تسمح بالاتفاق على ما يخالفها وبذلك ان الغش يتحقق عند ملاحظة خروج ارادي للأفراد من محيط قانون اكثر تشددا بقواعده الامرة بقصد الدخول في محيط قانون اكثر تساهلاً في حكم العلاقة.[1]

بقي أخيراً أن نتساءل عن مدى اعتبار إن القاضي أو المدعى عليه في دفعه بالغش نحو القانون، فهل يكون لسيادة الدولة اعتباراً في هذه الحالة؟

حقيقة الأمر إن الغش نحو القانون يستهدف حماية مصالح الأفراد بالدرجة الأساسية وليس المقصود بذلك إن اعتبارات سيادة الدولة تحث القاضي على هذا الدفع، على عكس النظام العام الذي يكون القاضي حامياً له من أي اعتداء، فدور القاضي هو السهر على حماية النظام القانوني والاجتماعي والاقتصادي والصحي للدولة من أن يتم الاعتداء عليه، وما نص الدستور العراقي وتأكيده على ضرورة حماية النظام العام إلا دليلاً على ذلك[2].

(1) احمد محمود الفضلي ,التحايل على القانون في القانون الدولي الخاص ,دراسة مقارنة, دار المناهج للنشر والتوزيع ,عمان –الاردن ,1999,صفحة125وما بعدها.

(2) راجع المادة 38 من الدستور العراقي الحالي لعام 2005.

المطلب الثاني

سيادة الدولة وأثرها على استبعاد القانون الأجنبي إن كان القانون الواجب التطبيق هو قانون الجنسية

تتمثل هذه الموانع والتي تتأكد فيها سيادة الدولة من خلال تفضيل الوطني على الاجنبي بالموانع التالية والتي تقسم الى ثلاث فروع:

الفرع الأول

المصلحة الوطنية

تعرف المصلحة الوطنية بانها مانع من موانع تطبيق القانون الأجنبي لا بسبب يتعلق بالقانون او بأطراف العلاقة انما يتعلق بسلامة المعاملات التي تجرى في الحدود الوطنية فهي تمنع تطبيق قانون الجنسية في الاهلية حماية لاستقرار المعاملات في الاسواق التجارية والحيلولة دون مفاجأة المتعاقد حسن النية بحكم في قانون يجهله وهذا يعني ان المصلحة الوطنية تعطل قانون الجنسية في حكم الاهلية ويطبق بدلا عنه قانون قاضي النزاع .

لقد اعتمدت المصلحة الوطنية بوصفها مانع على مستوى التشريعات الاجنبية والعربية وكذلك اعتمدها المشرع العراقي في المادة (2/18) مدني والتي نصت على (اما بالنسبة للتصرفات المالية التي تعقد في العراق وتترتب اثارها فيه اذا كان احد المتعاقدين اجنبي ناقص الاهلية وكان نقص اهليته يرجع الى سبب خفي يصعب على المتعاقد الاخر تبينه بسهولة فالعقد يعتبر صحيح)

الفرع الثاني

أثر سيادة الدولة في مسائل الزواج

باستثناء ما يتعلق بموقع المال والشروط الشكلية للزواج واثبات الزواج والتي لا يحكمها قانون الجنسية نجد ان المشرع العراقي قد استثنى بالمادة (5/19) تطبيق القانون الاجنبي إذا كان أحد الزوجين عراقيا وقت ابرام عقد الزواج. حيث نصت المادة (5/19) في القانون العراقي على أنه: (في الاحوال المنصوص عليها في هذه المادة اذا كان احد الزوجين عراقياً وقت انعقاد الزواج يسري القانون العراقي وحده)، واعتمادا على هذا النص بعد اخراج موقع المال والشروط الشكلية للزواج واثبات الزواج فان القانون العراقي واجب التطبيق .وهذا ما يوكد ان المشرع العراقي قد فضل الوطني على الاجنبي مدفوعا بمبدأ سيادة الدولة. [1]

(1) د. غالب علي الداودي و د. حسن الهداوي ,القانون الدولي الخاص ,تنازع القوانين، مرجع سابق، ,صفحة125-128

الفرع الثالث
أثر سيادة الدولة في تنازع القوانين
استنادا لنص المادة (2/33) من القانون المدني العراقي

إن المشرع قد فضل الوطني على الاجنبي اذا ما كان مزدوج الجنسية وكان يحمل الجنسية العراقية من بين الجنسيات المتنازعة ما دام الامر معروض امام القاضي العراقي وبالتالي فان كل ما يخص تطبيق المواد من المادة (20-23) فيما يخص الاحوال الشخصية فان احد الطرفين ولو كان مزدوجا لكنه يحمل الجنسية العراقية فان القانون العراقي هو الذي سوف يطبق في هذه الحالة استنادا لنص المادة (2/33) والتي نصت (على ان الاشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد بالنسبة الى العراق الجنسية العراقية وبالنسبة الى دولة اجنبية او عدة دول اجنبية جنسية تلك الدول فالقانون العراقي هو الذي يجب تطبيقه) سواء كانت جنسيته العراقية لاحقة ام سابقة ما دام قد رفعت الدعوى وعندما اقيمت هذه الدعوى ومثل امام القاضي كان يحمل كلا الجنسيتين.[1]

(1) الدكتور غالب علي الداودي و د. حسن الهداوي ,المرجع السابق,صفحة94.

الفرع الرابع
أثر سيادة الدولة على استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لدولة غير معترف بسيادتها

إن عدم اعتراف دولة القاضي بدولة أخرى لأسباب سياسية لا علاقة لها بالنظم القانونية للدولة يؤدي الى استبعاد تطبيق قانون تلك الدولة، فعدم الاعتراف بالدولة يترتب عليه انكار كل ما يصدر منها من قوانين. ولا علاقة لمسألة الاعتراف الدولي بتلك الدولة بعدم اعتراف قانون دولة القاضي بها كون الأخير يمثل سيادة دولة القاضي.

ومن الأمثلة على ذلك هو عدم الاعتراف بالدولة الإسرائيلية وبالتالي تعطيل قاعدة التنازع في العراق إن كان القانون الواجب التطبيق هو القانون الإسرائيلي[1].

(1) ينظر بالمعنى ذاته: الأستاذ الدكتور عباس العبودي، مرجع سابق، صفحة 228-229.

الخاتمة:

بعد الانتهاء من الدراسة في موضوع تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، يبقى لنا ان نسجل أبرز الاستنتاجات وتقديم بعض التوصيات بحقها:

أولا- الاستنتاجات :

1- التنازع هو عملية مفاضلة بين قانونين أو أكثر لحكم علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي بواسطة قاعدة الأسناد استنادا الى مبادئ العدالة، لكي نكون أمام تنازع القوانين فلا بد من وجود عنصر أجنبي في العلاقة القانونية وهي جوهر اهتمام قانون الدولي الخاص بها.

2- رغم ان من خصائص تنازع القوانين انها قواعد حيادية الا ان المشرع العراقي قد خرج عن هذه الخصيصة من خلال ما طرحناه في بحثنا, وهذا ما وجدناه واضحاً في نصوص المواد 2/18 و 5/19 و 22 فقرة ب و 33 فقرة 2.

3- رغم ان من شروط قواعد التنازع هي تسامح المشرع الوطني في تطبيق القانون الاجنبي الا اننا وجدنا ان هذا الشرط لا وجود لتطبيقه في القانون المدني العراقي في المواد التي ذكرناها انفاً.

ثانيا: التوصيات:

تتمثل التوصيات التي خرجنا في بحثنا هذا بالتالي:

1- وجدنا ان خصائص قواعد التنازع تتعارض مع موقف غالبية التشريعات ومنها موقف المشرع العراقي فبما يخص حيادية قواعد التنازع وذلك لانعدام الحيادية فيما لو كان احد طرفي العلاقة القانونية هو وطني. فنوصي بتعديل هذه الخاصية التي قد اتبعها الفقه بالذكر اما بحذفها او بإضافة العبارة التالية: "انها قواعد حيادية ما لم تتعلق بطرف يحمل جنسية دولة القاضي

في العلاقة القانونية اذ يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة القاضي إن كان ضابط الاسناد هو ضابط الجنسية".

2- وجدنا ان احد شروط قواعد تنازع لا ينطبق فيما لو كان احد طرفي العلاقة القانونية هو وطني واقتراحنا على هذا الشرط هو التالي:(تسامح المشرع الوطني بتطبيق القانون الاجنبي باستثناء الحالة التي يكون فيها مساساً بمصلحة حامل جنسية دولة القاضي اذ لا تسامح في تطبيق القانون الاجنبي في الحالات التي يعتد فيها بجنسية الشخص لتطبيق القانون المختص).

المصادر:

1. احمد محمود الفضلي، التحايل على القانون في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، دار المناهج للنشر والتوزيع، عمان –الأردن، 1999.
2. الأستاذ الدكتور احمد عبد الحميد عشوش، القانون الدولي الخاص (الجنسية - تنازع القوانين)، دون ناشر، 2012.
3. الأستاذ الدكتور عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مكتبة السنهوري، بيروت، 2015.
4. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
5. الدكتور احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع اصولا ومنهجا، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة الطبعة الأولى، 1996.
6. الدكتور جابر عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين- تنازع الهيئات- تنازع الاختصاص، مطبعة الهلال/بغداد،1949.
7. الدكتور حسن الهداوي القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع الطبعة الثانية، عمان 1997.
8. الدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية، القسم الثاني، مطابع مديرية دار الكتب للنشر والتوزيع –الموصل، الطبعة الأولى، 1988.
9. الدكتور رمزي محمد علي دارز، فكرة تنازع القوانين في الفقه الاسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية،2001.
10. الدكتور سامي بديع منصور والدكتور عكاشة عبد العال، القانون الدولي

الخاص، طرق حل المنازعات الدولية الخاصة، الحلول الوضعية لتنازع القوانين - الجنسية - الاجراءات المدنية والتجارية الدولية الدار الجامعية بيروت -1995.

11. الدكتور سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص تطور وتعد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية (تنازع القوانين - المعاهدات التحكيم التجاري الدولي) منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2004.

12. الدكتور عبد الباقي البكري وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون، المكتبة القانونية، بغداد، 2009.

13. الدكتور عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، القانون الدولي الخاص، الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، التنازع الدولي للقوانين ودار السنهوري/ بيروت، 2018.

14. الدكتور عصام الدين القصبي، القانون الدولي الخاص، جامعة المنصورة، 2009.

15. الدكتور ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر والتوزيع/ عمان، الطبعة الأولى، 2005.

16. الدكتور منير عبد المجيد، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1991.

17. الدكتور يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص، منشورات زين الحقوقية، بيروت /لبنان، 2016.

النظام العام وأثره على مدد السقوط واجراءات التقاضي في ظل جائحة كورونا

بحث مقدم الى مؤتمر كلية القانون والعلوم السياسية-جامعة ديالى

مقدم من الباحثين

م.د. وضاح غسان عبد القادر

التدريسي في قسم الشؤون القانونية/ الجامعة التكنولوجية

م.م. صخر أحمد نصيف

التدريسي في كلية القانون والعلوم السياسية- جامعة ديالى

ملخص البحث:

أفرز حظر التجوال بسبب تفشي فايروس كورونا المستجد تساؤلات عديدة ولعل من اهمها موضوع مدد السقوط المنصوص عليها في القانون المدني كما هو الحال بالنسبة لمدة سقوط الحق في المطالبة بالجعل والتي حددها المشرع العراقي بستة اشهر من تاريخ اعلان العدول، وكذلك الحال بالنسبة لمدة سقوط دعوى ضمان المقاول والمهندس العشري تجاه رب العمل في عقد المقاولة والتي حددها المشرع العراقي بسنة من تاريخ حصول التهدم الكلي او الجزئي للعقار، فهذه المدد تتعلق بالنظام العام، ولا يشملها وقف المدة بسبب الحظر باعتباره مانعاً مادياً، وهذا يعني ضياع الحق على صاحبه بسبب عدم وجود نص يمكن أن يسعفه في ظل القوة القاهرة.

ويزيد الأمر تعقيداً عدم وجود نص في قانون المرافعات يسعف المتضرر بسبب سقوط حقه في القانون المدني، فلا يمكن القياس على حالات او نصوص ينطبق عليها مدة حظر التجوال لأن نصوص قانون المرافعات لا تقبل القياس كونها تتعلق بالنظام العام، وبالتالي خلت نصوص قانون المرافعات من تنظيم حظر التجوال باعتباره مانعاً مادياً أو قوة قاهرة تحتم وقف المدد القانونية.

ورغم محاولة تدارك الامر من قبل السيد رئيس مجلس القضاء الاعلى المحترم بالبيان الصادر بالعدد 41/ق/أ بتاريخ 2020/4/6 والذي اعتبر فيه مدة حظر التجوال بسبب تفشي فايروس كورونا الذي ادى الى توقف العمل في جميع الوزارات والمؤسسات **انقطاعاً للمرافعة**، وكذلك فعل مجلس الدولة في الامر الوزاري الصادر منه بالعدد 751 بتاريخ 2020/3/5 إلاّ أن حالات انقطاع المرافعة قد حددها قانون المرافعات ولا يمكن ان يتم التوسع او القياس عليها، فالمادة 84 حددت حالات انقطاع المرافعة بالحالات الآتية (وفاة احد الخصوم او فقده أهلية

الخصومة او زوال صفة من كان يباشر الخصومة نيابة عنه..)، فأي من هذه الحالات قد تحققت!

وبناءً على ما قدمنا، نحاول في هذا البحث تسليط الضوء على مسألتين جوهريتين وقد اصطدمت بواقعنا الحالي بسبب حظر التجوال، المسألة الأولى تتعلق بمدد السقوط وكيفية معالجة النصوص لاستيعاب القوة القاهرة سواء بالنسبة لنصوص القانون المدني ام بالنسبة لنصوص قانون المرافعات. أما المسألة الثانية فتتمثل بإجراءات التقاضي، ولقد ركزنا على بعض صور تأثير حظر التجوال واصطدامه بنصوص تتعلق بالنظام العام، ولقد ركزنا على مسألة مباشرة الاجراء القضائي سواء كان يتعلق هذا الاجراء بالبدء في الدعوى أو السير فيها أو الطعن في الاحكام والقرارات. لنخرج ببعض النتائج والتوصيات التي قد تعين المشرع والقاضي لمواجهة مثل هذه الحالات الطارئة.

Abstract:

The curfew due to the outbreak of Virus Covid-19 has raised many questions, the most important of these questions is a lapse of a cause of action in the civil law, e.g. in the case of the loss of the right to compensate because a breach of Promises of Rewards, which is determined by the Iraqi legislator by six months from the date of a retraction of promisee, as well as the contractor's and engineer's guarantee for the defects of premises in the hiring of work contract, which is determined by one year from the date of obtaining the total or partial destruction of the premises. these periods (and others) lies under public order, that means embargo is not covered and means a loss of the right due to the lack of a provision that can help him to regard curfew as a force majeure.

The matter is complicated because of absence of a provision in the law of civil procedure that helps appellant to compensate damage, so neither Article 24 of the civil procedure can be applicate, nor article 174 of the regards the force majeure as a way to deal with curfew.

although an attempt to Confront the matter by the Head of the Supreme Judicial Council in the order no. 41 in 6/4/2020, in which he considered the period of curfew which led to a halt work in all ministries and institutions as suspension, and so did the State Council in its ministerial order issued number 751 on 5/3/2020. While cases of interruption of pleadings have been determined by the law of pleadings and it cannot be expanded or analogue, article 84 defines cases of pleadings in the following cases (the death of a litigant, the

loss of eligibility of the litigation, or the demise of the character of the person who was conducting the litigation on his behalf ...), which of the These cases have been investigated!

Ultimately, we are trying in this research to slight a light on two fundamental issues, first one is the estoppage of right because of curfew, and try to regard this a period as a force majeure. the second issue is represented by litigation procedures, we have focused on some forms of the curfew effects and its collision with articles of public order. in this research we try to achieve some conclusion to help the legislator and the judge to face such emergencies.

المقدمة:

الانتشار السريع وخطورة فايروس كورونا المستجد وتأثيره على الانسان ادى الى اصابة جميع القطاعات في الدول بالشلل المؤقت بسبب حظر التجوال الذي فرضته تلك الدول للحد من انتشاره، وقد هدد ذلك الحظر بضياع حقوق كثير من الناس بسبب عدم قدرتهم على المطالبة بها ما بين من قد سقط حقه بسبب عدم قدرته على رفع دعواه كون المدة التي كان يجب عليه اقامة دعواه في ظلها هي مدة سقوط منصوص عليها في القانون المدني كالمطالبة بالجعل والتي حددها المشرع العراقي بستة اشهر من تاريخ اعلان العدول، ومدة سقوط دعوى ضمان المقاول والمهندس العشري تجاه رب العمل في عقد المقاولة والتي حددها المشرع العراقي بسنة من تاريخ حصول التهدم الكلي او الجزئي للعقار، وكذلك الحال بالنسبة للأخذ بالشفعة والتي تسقط بمرور ستة اشهر من يوم تمام البيع.

وقد برر الفقه والقضاء[1] اتجاه المشرع هذا بأن هذه المدد تتعلق بالنظام العام، ولا يشملها وقف المدة بسبب الحظر باعتباره مانعاً مادياً، وهذا يعني ضياع الحق على صاحبه بسبب عدم وجود نص يمكن أن يسعفه في ظل القوة القاهرة.

ولم يقتصر هذا الامر على القانون المدني، بل امتد الامر ليشمل قانون المرافعات ايضاً فيما يخص مدد الطعن، فسقوط المدد يؤدي الى منع اقامة الدعوى والتي ذكرناها انفاً ولكن قانون المرافعات قد اوجد مدد سقوط عدا ما ذكر

(1) ومن هذه الاحكام على سبيل المثال: الحكم الصادر من محكمة التمييز الاتحادية بالرقم 53/المدة القانونية للحكم/2005، نوع الحكم، مرافعات. هذا الحكم منقول من الموقع الالكتروني لمجلس القضاء الاعلى على الرابط الالكتروني التالي:

https://www.hjc.iq/qanoun/procedure/

باعتبار ما قدمنا اصبح مانعا من رفع الدعوى من الاساس.

ورغم تدارك الامر من قبل السيد رئيس مجلس القضاء ومجلس الدولة لهذه المسألة بالبيان الصادر بالعدد 41/ق/أ بتاريخ 2020/4/6 والذي اعتبر فيه مدة حظر التجوال بسبب تفشي فايروس كورونا الذي ادى الى توقف العمل في جميع الوزارات والمؤسسات **انقطاعاً للمرافعة**، وكذلك فعل مجلس الدولة في الامر الوزاري الصادر منه بالعدد751 بتاريخ 2020/3/5 إلا ان هذه المعالجة قد جانبها الصواب لسببين: أما السبب الاول فيتمثل بأن تكييف الحظر بانه انقطاعا للمرافعة قد تم النظر اليه من زاوية الآثار التي يرتبها الانقطاع وهي وقف جميع المدد القانونية وبطلان جميع الاجراءات التي تتخذ في ظل انقطاع المرافعة، في حين ان حالات انقطاع المرافعة قد وردت على سبيل الحصر وبالتالي لا يمكن الأخذ بها أو التوسع في تفسيرها. أما السبب الثاني فيتمثل بقصور هذه المعالجة عن استيعاب سقوط الحق في التقاضي بسبب سقوط المدة كون المدة هي مدة سقوط، وبالتالي فإن الواقع العملي سوف يفرض نفسه فيجد المدعي نفسه أمام رد دعواه باعتبار ان مدد السقوط المنصوص عليها في القانون المدني تحكم بها المحكمة من تلقاء نفسها كون هذه المدد لا تقف ولا تنقطع.

أهمية البحث :

تكمن اهمية البحث في مسألتين وضعناها نصب عيننا منذ البداية: المسألة الأولى هي مدد السقوط ومدى تعلقها بالنظام العام من عدمها عموماً وفي ظل جائحة كورونا خاصة, اذا ان شراح القانون قد رددوا عبارة اعتدنا على سماعها دون تحليلها وهي: (ان مدد السقوط لا تقف بالعذر الشرعي ولا تنقطع)، كذلك الحال بالنسبة لتوضيح مفهوم النظام العام ومدى تعارض مدد السقوط معه. أما المسألة الثانية فتتعلق بمدد الطعن في قانون المرافعات وسقوطها وعدم وجود نص في قانون المرافعات يعطي عذرا شرعيا للطاعن في حالة القوة القاهرة، وبالتالي ثبت عجز قانون المرافعات عن مواجهة فايروس كورونا المستجد اثناء فترة حظر التجوال.

أهداف البحث :

يهدف هذا البحث الى ما يأتي:

1. تسليط الضوء على نصوص القانون المدني العراقي التي تتعلق بمدد السقوط والاجابة على تساؤل مفاده: هل إن مدد السقوط لا تقف ولا تنقطع؟
2. تسليط الضوء على النظام العام واثره على مدد السقوط من حيث تعارضها معه، باعتبار ان غاية المشرع من النصوص الآمرة هي ان يحقق الاستقرار في المعاملات وتثبيت الحقوق والمراكز القانونية بأن لا تبقى في ظل نزاع الى ما لا نهاية من خلال خلق هذه المدد.
3. تسليط الضوء على مدى امكانية قانون المرافعات من استيعاب القوة القاهرة.

منهجية البحث:

سوف نعتمد في بحثنا هذا على المنهج التحليلي لغرض تحليل النصوص القانونية المتعلقة بالقانون المدني وقانون المرافعات لغرض الوصول الى النتائج المتوخاة في بحثنا.

خطة البحث:

اعتماداً على ما قدمنا ولغرض معالجة جميع جزئيات البحث، فقد اثرنا تقسيمه الى مبحثين، المبحث الأول سوف يكون بعنوان اثر النظام العام على مدد السقوط، والذي سوف نسلط الضوء فيه على المقصود بالنظام العام ومدى ارتباطه بالقواعد الآمرة. اضافة الى بيان ماهية مدد السقوط وتمييزها عن مدد التقادم، ومدى امكانية توقف وانقطاع مدد السقوط بضوابط تشريعية. أما المبحث الثاني فسوف نسلط الضوء فيه على سقوط الحق في الاجراء القضائي وفقاً لقانون المرافعات والاستثناءات الواردة عليه ومدى صحة اعتبار توقف المدد القانونية باعتبارها انقطاعا للمرافعة. وسوف نستعرض سقوط الحق في الاجراء القضائي في المطلب الاول، أما المطلب الثاني فسوف نسلط الضوء من خلاله على الاستثناءات العامة الواردة على سقوط الحق في اجراءات التقاضي.

- **المبحث الاول- اثر النظام العام على مدد السقوط**

- المطلب الأول- تحديد المقصود بالنظام العام ومدى ارتباطه بالقواعد الآمرة

الفرع الاول- تعريف النظام العام

الفرع الثاني- مدى ارتباط القواعد الآمرة بالنظام العام

- المطلب الثاني- ما هية مدد السقوط وأثر النظام العام عليها

الفرع الأول- تعريف مدد السقوط وتمييزها عن مدد التقادم المسقط

الفرع الثاني- النظام العام ومدد السقوط

الفرع الثالث- ضوابط توقف وانقطاع مدد السقوط

- **المبحث الثاني- سقوط الحق في الاجراء القضائي وفقا لقانون المرافعات والاستثناءات الواردة عليه**

- المطلب الاول- سقوط الحق في الاجراء القضائي بانقضاء مدته وفقا لقانون المرافعات
- المطلب الثاني- الاستثناءات العامة الواردة على سقوط الحق في اجراءات التقاضي:

- **الخاتمة**

- النتائج والتوصيات

المبحث الأول

أثر النظام العام على مدد السقوط

للتعرف الى أثر النظام على مدد السقوط من حيث اعتبار ان مدد السقوط تتعلق بالنظام العام وبالتالي لا يمكن الاتفاق على مخالفتها سواء بزيادتها ام بتخفيفها ام بإسقاطها من قبل الافراد من جهة وتحكم المحكمة برد الدعوى من تلقاء نفسها باعتبار ان مدد السقوط تتعلق بالنظام العام. وبناء على هذا التقديم سوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين، نوضح في المطلب الاول منه المقصود بالنظام العام ونبين مدى ارتباطه بالقواعد الآمرة، أما المطلب الثاني فسوف نوضح فيه ما هية مدد السقوط واثر النظام العام عليها. وكما يلي:

المطلب الأول
تحديد المقصود بالنظام العام ومدى ارتباطه بالقواعد الآمرة

لتحديد المقصود بالنظام العام وبيان مدى ارتباط القواعد الآمرة به ومدى امكانية توقف وانقطاع مدد السقوط شأنها شأن مدد التقادم بضوابط تشريعية مستمدة من نصوص القانون من خلال تحليلها وتفسيرها، فقد آثرنا تقسيم هذا المطلب الى ثلاث فروع وكما يأتي:

الفرع الأول
تعريف النظام العام

خلت نصوص القانون المدني وقانون المرافعات من وضع تعريف للنظام العام، فهذين القانونين قد ذكرا النظام العام ببعض الامثلة ومنها نص المادة 130 فقرة (2) من القانون المدني العراقي[1]، وخلت باقي النصوص الا من ذكر هذا المصطلح[2] دون ان يحدد المشرع المقصود بالنظام العام.

(1) والتي نصت على أنه: "2- ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الاحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والاحكام المتعلقة بالانتقال والاجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار والتصرف في مال المحجور ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية.".

(2) فلا نجد بين دفتي القانون المدني العراقي الا ذكر للنظام العام وأثر مخالفته، فالنظام العام قد ذكرته المادة (10) عندما اعطت القانون الجديد اثراً رجعيا كاستثناء من قاعدة (عدم سريان القانون بأثر رجعي) إن كان القانون الجديد يتعلق بالنظام العام أو الآداب. والمادة (32) منه والتي منعت تطبيق القانون الاجنبي الذي سمح المشرع العراقي بتطبيقه في نصوص قواعد التنازع المنصوص عليها في المواد (17-33) من القانون المدني العراقي إن كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب في العراق. وكذلك نص المادة (59 فقرة ج) التي ذكرت من اسباب انتهاء المؤسسة حالة كون غرضها قد خالف النظام ==

ولم يقتصر الامر على القانون المدني فقط بل امتد ايضا لقانون المرافعات – محل البحث- ايضاً حيث خلا هو الآخر من تحديد المقصود بالنظام العام، إذ اقتصر الامر على المادة 61 فيما يخص سرية المرافعات كاستثناء إن كان الأمر يتعلق بالنظام العام، والمادة 65 من قانون المرافعات، والتي خولت المحكمة شطب العبارات الجارحة ان كانت قد ذكرت في اللائحة أو في أي ورقة من اوراق المرافعات، والمادة 265 فيما يخص تفويض المحكمين بالصلح فيجب عليهم عدم مخالفة النظام العام كاستثناء من الاصل الذي اجاز لهم عدم التقيد بإجراءات المرافعات وقواعد القانون. وكذلك الحال بالنسبة للمادة 273 (والخاصة بالتحكيم) حيث أجازت للخصوم أو المحكمة عندما يطرح قرار التحكيم عليها التمسك ببطلانه ان كان القرار يخالف النظام العام او الآداب، اضافة الى حالات اخرى تؤدي الى بطلان قرار التحكيم تخرج من نطاق بحثنا.

ولم يكن القضاء اوفر حظاً من التشريع، فكان احدث ما تم على يده من تحديد مفهوم النظام العام هو ما صدر عن المحكمة الاتحادية العليا بقرارها الصادر بالعدد 63/اتحادية/2012 عام 2012 تفسيراً لعبارة النظام العام الواردة في الدستور، حيث بينت المحكمة الموقرة بأن مفهوم النظام تتولى التشريعات تحديده وكذلك القضاء في القضايا التي تعرض عليه.

هذا يعني ان الموضوع أصبح من المشقة وبالتالي لم يبقى لدينا لتحديد مفهوم النظام العام سوى الرجوع لشراح القانون من الفقهاء للوقوف على تعريف

==

العام او الآداب. والمادة (75) التي منعت ان يحتوي العقد على التزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب. وكذلك المادة (131) فيما يخص الشرط، و بطلان العقد ان كان سبب العقد مخالفاً للنظام العام، والذي نصت عليه المادة (132). والمادة (278فقرة2) فيما يخص الشرط التعليقي، والمادة (704 فقرة 2) فيما يخص بطلان الصلح ان كان يخالف النظام العام أو الآداب.

للنظام العام، ولعل هناك من يصحح او يضيف او يؤكد ما نسعى له بعد الاستعانة بالله العلي العظيم.

فلقد اختلف الفقه في تعريف النظام العام، فذهب بعضهم الى أن النظام العام يعني: (النظام الضروري للتنظيم الاجتماعي واحترام الآداب، وحفظ الاشخاص من الأضرار التي تحصل بدون وجه حق، والتي يمكن ان يسببها المتصرف في بعض الظروف)[1].

وعرفه البعض الآخر بأنه: (مجموع الأسس التي يتأسس عليها نظام الجماعة وكيانها من الناحية السياسية والاقتصادية والاجتماعية والاقتصادية والاجتماعية والخلقية "والدينية إن اجازت لنا هذه الاضافة التي نراها ضرورية" بحيث لا يمكن بقاء كيان المجتمع سليماً إلا باستناده على تلك الاسس التي تعتبر بمثابة دعائم للمجتمع لا غنى له عنها) [2].

وتم تعريفه ايضاً بأنه: (القواعد التي تتصل بأصل اسس النظام الاجتماعي والسياسي لدولة ما في وقت معين)[3]. أو هي (مجموعة القواعد التي تحمي الاسس التي يقوم عليها الكيان السياسي والاجتماعي والاقتصادي للمجتمع، فهي قيد يحد من ارادة الافراد لحماية تلك الاسس)[4].

(1) الدكتور عبد الله الجليلي، الشرط المستحيل والمخالف للنظام العام والآداب في القانون المدني، الناشر المطبعة العالمية، القاهرة 1958، صفحة 67.

(2) يُنظَر في ذلك: د. حسن كيره، مبادئ القانون وبخاصة القانون اللبناني، دار النهضة العربية، بيروت، 1986. صفحة 44.

(3) يُنظَر في ذلك: الاستاذ الدكتور عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية، دار السنهوري، بيروت 2015، صفحة 209.

(4) الدكتور درع حمّاد، النظرية العامة للالتزامات، القسم الأول، مصادر الالتزام، الناشر دار السنهوري، بيروت، 2016، صفحة 160.

ومن خلال هذه التعاريف يمكن استخلاص ان النظام العام هو: (الثوابت الراسخة لدى جماعة معينة في زمن معين، ويراد من خلاله حماية المصالح العليا للمجموع أو ترجيح مصلحة اولى بالرعاية على مصلحة اخرى أو تطبيق لقواعد العدالة، لأن المساس بتلك الثوابت يؤدي الى تهديد الاسس الاجتماعية والاقتصادية والسياسية في المجتمع، كالعادات والتقاليد والعقائد والشرائع التي يؤمن بها النسيج الاجتماعي والمعترف بها دستوريا داخل الدولة).

الفرع الثاني

مدى ارتباط القواعد الآمرة بالنظام العام

ذهب الرأي الراجح في الفقه الى أن المشرع عندما اراد التشديد على ان يصان النظام العام فإنه قد اوجد قواعد امرة لا يمكن للأفراد ان يحيدوا عنها، وبالتالي ربطوا بين القواعد الامرة والنظام العام. وجدير بالذكر ان النصوص التي ذكرت النظام العام صراحة هي المواد (10، 32، 59، 75، 130، 131، 132، 287، 704)، ولكن هل يعني ذلك ان القواعد القانونية خلا تلك المواد لا تتعلق بالنظام العام؟

حقيقة ان المشرع العراقي حينما امر أو نهى الافراد او القضاء اراد من ذلك حماية مصالح المجتمع أو ترجيح مصلحة اولى بالرعاية على مصلحة اخرى، وخير مثال على ترجيح المصالح هو نص المادة 7 التي اعتبرت ان استعمال الحق بتعسف يعتبر قيد على ارادة المالك في ممارسة حق التملك والتصرف فيما يملك كيفما يشاء. وبالتالي لا يمكن ان يتم حماية المصلحة العليا للمجتمع الا بنصوص امرة وناهية، على ان ذلك لا يعني ان كل نص آمر هو نص يتعلق بالنظام العام، فهناك نصوص لا تتعلق بالنظام العام لا من قريب ولا من بعيد ولكن المشرع تدخل في تنظيمها،

والقاعدة العامة التي تحكم هذه النصوص - أي الامرة التي لا تتعلق بالنظام العام- هو نص المادة (75) من القانون المدني العراقي، والتي نصت على أنه: (يصح ان يرد العقد على أي شيء... لا يكون الالتزام به ممنوعاً بالقانون أو مخالفاً للنظام العام أو للآداب).

نخلص مما قدمنا على أن كل ما يتعلق بالنظام العام قد اورده المشرع في نصوص آمرة ولكن العكس الكلي غير صحيح، فلا يوجد اي ربط بين القواعد الامرة باعتبارها تمس النظام العام، وبالتالي نقول ان قواعد النظام العام هي قواعد امرة، فالقواعد الآمرة قد تتعلق بالنظام العام وقد لا تتعلق به، وما قدمنا هو ليس محض رأينا واجتهادنا وانما هو تفسير لنص المادة (75) سالفة الذكر والتي فرقت بين (الالتزام الممنوع بالقانون) والذي لا يتعلق بالنظام العام وبين (الالتزام المخالف للنظام العام).

بقي لدينا تساؤل اخير في هذا الخصوص مفاده: هل ان النصوص المكملة او المفسرة للإرادة تتعلق بالنظام العام؟

بعد ان تبين لنا ان القواعد القانونية التي تتعلق بالنظام العام هي القواعد الامرة فقط اما القواعد المكملة او المفسرة للإرادة فإنها لا تتعلق بالنظام العام ولكنها تتعلق بإرادة المشرع، وبالتالي فإن للأفراد في حدود القانون والنظام العام والآداب العامة ان ينظموا ما يشاؤون من عقود او يتصرفوا بإرادتهم المنفردة كيفما شاءوا ضمن هذه الضوابط ولكن اذا ما ارادوا ان يتقيدوا بتلك النصوص فعليهم احترامها والا اصبح المخل منهم مسؤولاً تجاه الطرف الاخر، وبالتالي فإن القواعد المكملة او المفسرة للإرادة تنقلب الى امرة ان تقيد الافراد باتباعها[1]، أما كونها

(1) لتفاصيل أكثر: يُنظر الدكتور نبيل ابراهيم سعد والدكتور عصام انور سليم، المدخل للعلوم ==

تتعلق بالنظام العام فإنها قد تتعلق بالنظام العام –وهو ما سوف نوضحه في الفرع الثاني- وقد لا تتعلق، وخير مثال على عدم تعلقها هي الفوائد التعويضية التي يمكن بالاتفاق ان تصل الى 7% كحد اقصى. فأين النظام العام ان كانت الاعتبارات هي اعتبارات تتعلق بالشريعة الاسلامية؟

ومن القواعد العامة التي تحكم القواعد المكملة او المفسرة للإرادة هي نص المادة (75) سالفة الذكر والمادة 146 فقرة 1 من القانون المدني العراقي والتي نصت على انه:

(1. إذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله الا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي.). فالمفهوم المخالف لهذه الفقرة هو انه من الممكن للأفراد ان يعدلوا العقد او الرجوع عنه في حدود القانون او النظام العام، فالواضح من هذا النص ان القيد ورد على الارادة المنفردة من حيث الاصل.

==

القانونية، نظرية القانون- نظرية الحق، الناشر دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2011، صفحة 38. وينظر بذات المعنى الدكتور محمد شكري سرور، النظرية العامة للقانون، الناشر دار النهضة العربية-القاهرة، 2008-2009، صفحة 26، والهامش رقم 2.

المطلب الثاني

ما هية مدد السقوط وأثر النظام العام عليها

للتعرف الى مدد السقوط ينبغي اولا تعريفها وتمييزها عن مدد التقادم ثم بيان ما اذا كان هناك تعارض بين مدد السقوط والنظام العام من عدمه، فقد اثرنا تقسيم هذا المطلب الى فرعين، وكما يأتي:

الفرع الأول

تعريف مدد السقوط وتمييزها عن مدد التقادم المسقط

يمكن تعريف مدد السقوط بانها تلك المدد المحددة قانوناً لتعيين الميعاد الذي يجب ان يتم فيه حتماً عمل او اجراء معين، فهي مواعيد حتمية لابد ان يتم العمل المعين في خلالها وإلا كان باطلاً[1]. أما مدد التقادم فهي المدد التي يراد منها حماية الاوضاع المستقرة واستقرار المراكز القانونية. وقد ميز الفقه بين مدد السقوط ومدد التقادم المسقط بأن الاخيرة قد وضعها المشرع لحماية الاوضاع الظاهرة او للجزاء على اهمال الدائن أو قرينة على الوفاء، في حين لا وجود لمثل هذه الدوافع لدى المشرع الا دافعاً واحداً يتمثل في بطلان العمل او الاجراء ان تم خارج المدة المسقطة للحق[2].

(1) يُنظَر في ذلك: الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، نظرية الالتزام بوجه عام، تنقيح المستشار احمد مدحت المراغي، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2004، صفحة 894. وينظر ايضاً الدكتور حسن علي الذنون، شرح القانون المدني العراقي، احكام الالتزام، الطبعة الثانية، الناشر العاتك لصناعة الكتب- القاهرة، 2007, صفحة 350. وينظر كذلك الدكتور عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، احكام الالتزام، الناشر العاتك لصناعة الكتب-القاهرة، دون تاريخ، صفحة 530.

(2) الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، مرجع سابق، صفحة 894. وينظر ايضاً الدكتور عبد المجيد الحكيم، المرجع السابق، صفحة 530.

وأضاف الفقه فروقات اخرى بينهما وكما يلي:

1. من حيث اعمالها: فمدد السقوط قد يثيرها الخصم وقد تثيره المحكمة من تلقاء نفسها كونها تتعلق بالنظام العام، في حين ان مدد التقادم يثيرها فقط من يتمسك بها اما القاضي فيمتنع عليه اثارتها كونها لا تتعلق بالنظام العام.
2. من حيث الوقف والانقطاع: فمدد التقادم تقف وتنقطع على عكس مدد السقوط، فهي لا تقف ولا تنقطع.
3. من حيث الالتزام الذي تخلفه: فمدد السقوط لا تخلف التزاما طبيعيا على عكس مدد التقادم إذ يتخلف عنها التزام طبيعي.
4. واخيراً ذكر الفقه ان الفرق بينهما يكمن في ان الحق المتقادم اذا لم يصلح ان يكون طلباً فإنه يصلح ان يكون دفعاً إذ الدفوع لا تتقادم. أما الحق الذي يسقط لعدم استعماله في الميعاد فلا يصلح لا طلباً ولا دفعاً[1].

واذا اردنا تحليل ما ذكره الفقه للتمييز بين مدد السقوط ومدد التقادم فنقول إنه لا يمكن التسليم بهذا التمييز. ففيما يخص النقطة الاولى، أي **تعلق مدد السقوط بالنظام العام** فسوف نوضحه في الفرع الثاني. اما النقطة الثانية التي تتعلق بالوقف والانقطاع، فنقول إن مدد السقوط هي الاخرى تقف وتنقطع قياساً على مدد التقادم ولكن بضوابط وحدود اضيق، ففيما يخص انقطاع التقادم ومدى سريانه على مدد السقوط، وبتحليل النصوص الخاصة بانقطاع التقادم والتي تناولتها المواد (437-439) فإن المشرع قد اورد حالتين تنقطع بهما المدد القانونية وهي المطالبة القضائية (م 437فقرة 1) وقرار المدين بحق الدائن

(1) الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، المرجع السابق، صفحة 894. قارن مع الدكتور عبد المجيد الحكيم، المرجع السابق، صفحة 530-531،

صراحة او دلالة، ما لم يوجد نص بخلاف ذلك. (م338).

أما المادة 439 فبينت ان اثر الاقطاع يعني البدء بمدة جديدة كالمدة الأولى، كما وضحت بأن الاقرار في الحقوق التي تتقادم بمرور عام يؤدي الى تحول التقادم من حولي الى طويل (15 عام). وهنا لنا وقفة في مناقشة مدد السقوط، ونحن لا نتكلم عن رفع الدعوى لمحكمة غير مختصة الا بفرض واحد هو في حالة احالتها لمحكمة مختصة فهنا تنقطع مدد السقوط، فالمطالبة القضائية تؤدي الى انقطاع مدد السقوط. وكذلك الحال بالنسبة للإقرار ان كان غير قضائي وايده المدعى عليه امام القضاء أو استطاع المدعي (الدائن بالحق) اثبات حقه بأدلة اثبات اخرى.

اما ما يخص وقف المدد فإن مدد السقوط تقف أيضا، ولكن بضوابط تشريعية اضيق حدوداً، فهي تقف بحق المحجورين والغائبين استناداً لنص المادة 1134 من القانون المدني -والتي نظمت سقوط دعوى الشفعة التي تعتبر المدة فيها هي مدة سقوط- والتي اشار من خلالها المشرع العراقي بما لا يحمل الشك بأن مدد السقوط تقف ايضاً في الحالة اعلاه. فالفقرة (و) من هذه المادة نصت على انه: (لا تسمع دعوى الشفعة: و- إذا انقضت ستة اشهر من يوم تمام البيع، ويسري هذا الميعاد حتى في حق المحجورين والغائبين). فهذه الفقرة تحمي المحجورين والغائبين من سقوط المدد القانونية تجاههم، وبالتالي فإن المشرع صراحة اكد على ان الغيبة والحجر يؤديان الى وقف مدد السقوط.

اما ما يخص النقطة الثالثة فإن مدد السقوط تخلف هي الاخرى التزاما طبيعياً، فلو فرضنا ان المشتري ظهر لديه عيب خفي في المبيع واخطر البائع لكن البائع امتنع عن الضمان ومضت مدة الستة اشهر التي تُسقط حق المشتري في رفع دعوى ضمان العيب الخفي ثم قام البائع بالإصلاح او الاستبدال للمبيع

المعيب فهل يمتنع عليه ذلك؟

وفيما يخص النقطة الرابعة والاخيرة فإن مدد السقوط تصح دفعاً، فلو اثار احد الخصوم مسألة انشغال ذمة خصمه بالتزامٍ اثناء المرافعات، الا يستطيع الخصم ان يدفع امام المحكمة بسقوط الالتزام بسبب سقوط مدته؟

نافلة القول: إن الفقه العراقي قد تأثر بشكل كبير بالفقه المصري الذي شرح القانون المدني المصري دون الالتفات الى نصوص القانون المدني العراقي. فالقانون المدني المصري لا يوجد بين دفتيه نص يشير الى توقف مدد السقوط في حق الغائبين والمحجورين. وبالتالي سلم الفقه بقاعدة (لا اجتهاد عند مورد النص) وهذه القاعدة الفقهية توجب على الفقه والقضاء العراقي عند قراءة نص المادة 1134 فقرة عدم الاجتهاد بأن مدة السقوط لا تقف.

الفرع الثاني
النظام العام ومدد السقوط

نتساءل في هذا الفرع عن مدى اعتبار ان جميع مدد السقوط تتعلق بالنظام العام من عدمه، كما تساءلنا عن ارتباط القواعد الآمرة بالنظام العام، وهل يمكن تعديل مدد السقوط إن كانت لا تتعلق بالنظام العام؟

حقيقة فان اغلب مدد السقوط متعلقة بالنظام العام، ولكن هذا لا ينفي وجود مدد لا تتعلق بالنظام العام، واستنادنا هنا ليس الى رأي شخصي وانما الى نص القانون ذاته، فالقانون ان اجاز الاتفاق فيما بين المتعاقدين على تعديل المدد القانونية فإن هذا يعني عدم تعلق الامر بالنظام العام، وخير مثال على ذلك هو نص المادة 568 من القانون المدني العراقي فيما يخص دعوى ضمان العيب الخفي، فالقانون اجاز للمتعاقدين ان يحددا مقدار الضمان بتعديل احكام

الضمان العام رغم ان المدة هي مدة سقوط. في حين ان غالبية مدد السقوط لا يجوز الاتفاق على تعديلها وخير مثال عليها هو نص المادة 546 فقرة 2 المتعلقة بدعوى العجز والزيادة[1].

الفرع الثالث

ضوابط توقف وانقطاع مدد السقوط

بعد ان سلمنا بأن مدد السقوط من حيث اعمالها فإنها تثار من قبل المحكمة من تلقاء نفسها ليس كونها من النظام العام فقط بل لأن المشرع العراقي قد تدخل في تنظيمها، حفاظاً على استقرار المعاملات، ولكن مع ذلك فهي تقف وتنقطع وكما يلي:

أولاـ انقطاع مدد السقوط:

تنقطع مدد السقوط بالأسباب التالية:

1. **بالمطالبة القضائية متى تم رفعها الدعوى الى محكمة مختصة:** والاختصاص المقصود هنا هو الاختصاص النوعي والوظيفي، أما الاختصاص المكاني فإنه وإن لم يتعلق بالنظام العام لكنه سلاح ذو حدين، لأن الخصم ان دفع من اول جلسة امام المحكمة بعدم الاختصاص المكاني وكانت المدة قد سقطت فهنا يسقط حق المدعي في اقامتها مجدداً أمام المحكمة المختصة

(1) رغم ان الفقه العراقي يكاد يجمع على ان المدة هي مدة تقادم، ولعل السبب في هذا الرأي هو اتباع الشراح المصريين الذين فسروا نص المادة 434 مدني والتي نص المشرع فيها صراحة بأن المدة هي مدة تقادم. ينظر على سبيل المثال: الدكتور سعيد مبارك والدكتورصاحب عبيد الفتلاوي والدكتور طه الملا حويش: الموجز في العقود المسماة، البيع- الايجار- المقاولة، دون ناشر، دون تاريخ، صفحة 109. وينظر ايضاً: الدكتور جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المسماة، البيع – الايجار – المقاولة، مكتبة السنهوري، بغداد، 2012، صفحة 100.

مكانياً بسبب اثارة السقوط من قبل المحكمة وبالتالي رد الدعوى.

2. **بالإقرار:** سواء كان الاقرار هو غير قضائي وايده المدعى عليه امام القضاء أو اثبت المدعي اقرار المدعى عليه غير القضائي بأدلة اثبات اخرى، أم كان الاقرار قضائي، وسواء كان الاقرار صريحاً أم ضمنياً.

وقد يثار تساؤل في هذا المقام مفاده: هل إن انقطاع مدة السقوط بالمطالبة القضائية يؤدي الى احتساب مدة جديدة كالتي مرت قبل تحقق سبب الانقطاع وهو المطالبة القضائية، وما هو السند القانوني في ذلك؟

للإجابة على هذا التساؤل نقول إن اثر المطالبة القضائية حتى في مسألة انقطاع التقادم فإنه لا يعدو احد امرين وهما رد الدعوى فيكتسب الحكم حجية الامر المقضي وبالتالي لا يمكن اثارة الموضوع من جديد. أو ان يكسب المدعي دعواه وهو المطلوب. اما الفرض الثالث وهو ابطال عريضة الدعوى بسبب ترك الدعوى للمراجعة فهو لا يحمي التقادم من الاساس فيقطعه بل تسري المدة ولا تنقطع[1]. ورب سائل يسأل عن مدى سريان مدة جديدة على مدد السقوط لو سلمنا جدلاً بأنها تنقطع؟

والاجابة على هذا التساؤل نقول إن الواقع العملي الذي نظم به المشرع مدد السقوط يختلف عن مدد التقادم من جانب كما ان انقطاع مدد التقادم المنصوص عليها وسريان المدة الجديدة المنصوص عليها في التشريع العراقي لا تقتصر على التقادم المسقط بل تشمل ايضاً التقادم المكسب، فهو يشمل تقادم الحقوق الشخصية والعينية استناداً لنص المادة (1162) من القانون المدني[2]، وبالتالي

(1) ينظر في ذلك الدكتور عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، صفحة 1007-1012.

(2) والتي نصت على انه: "تسري قواعد التقادم المانع من سماع الدعوى بالالتزام، على التقادم المانع من ==

سوف يخسر الحائز للعقار غير المسجل في دائرة التسجيل العقاري المدة التي مضت بسبب توافر عيب الخفاء في الحيازة، والدليل ان ظهور شخص يطالب بحقه امام القضاء يعني ان هناك شرط قد اختل من شروط الحيازة القانونية فتبدأ بحقه المدة الجديدة[1].

أما ما يخص وقف مدد السقوط فإنها تقف في الحالات التالية:

1. الغائب دون ان يكون هناك نائب قانوني يمثله: ويقصد بالغائب وفقاً للمادة (85) من قانون رعاية القاصرين رقم (78) لسنة 1980 بأنه: (الغائب هو الشخص الذي غادر العراق او لم يعرف له مقام فيه مدة تزيد على السنة دون ان تنقطع اخباره وترتب على ذلك تعطيل مصالحه او مصالح غيره).
2. المحجور: فالحجر كالغيبة، وبالتالي واستناداً لنص المادة 1134 فقرة (و) من القانون المدني العراقي يعتبر سبباً من اسباب وقف التقادم.
3. القوة القاهرة: فكما ان القوة القاهرة التي تعطي عذرا شرعيا لوقف مدد التقادم، فإنه من باب العدل أن تكون سبب من اسباب وقف مدد السقوط[2]. وبالتالي فإن جميع المدد التي تدخل ضمن مدة القوة القاهرة لا

==

سماع الدعوى بالملك فيما يتعلق بحساب المدة ووقف التقادم وانقطاعه والتمسك به امام القضاء والتنازع عنه والاتفاق على تعديل المدة وذلك بالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه القواعد مع طبيعة التقادم المانع من سماع دعوى الملك ومع مراعاة الاحكام السابقة".

(1) ينظر الدكتور محمد طه البشير والدكتور غني حسون طه، الحقوق العينية، الحقوق العينية الأصلية- الحقوق العينية التبعية، 1-2، الناشر دار السنهوري، بغداد، 2016، صفحة 229-232.

(2) ينظر: عبد الرحمن العلاّم، شرح قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969، الجزء الأول، الطبعة الثانية، الناشر مكتبة العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، 2008، صفحة 282. حيث ذهب الى القول: (تسري مواعيد المرافعات على كل الناس على السواء... وسواء اعتبرت هذه المواعيد محدودة أي لا تسري عليها احكام مضي المدة الطويلة –من حيث قطعها أو ايقاف سيرها- .... ولكنها تقف اذا وجد ==

تحتسب، وهذا بالضبط ما جسده حظر التجوال بسبب انتشار فيروس كورونا أو حتى مسألة سقوط المدة بسبب الدوام الجزئي الحالي. فهل من العدل ان نميز بين اصحاب الحقوق هذا نسمح له وهذا نحرمه بحجة ان المدة هي مدة سقوط ! وأمام من يقيم دعواه إن كان القاضي الذي يسمع دعواه لا يستطيع هو نفسه مباشرة عمله في المحكمة؟

==

مانع قهري يحول دون اتخاذ الاجراء خلاله كأحوال الحرب واغلاق الطرق والمواصلات بسبب الوباء...).

المبحث الثاني

سقوط الحق في الاجراء القضائي

وفقا لقانون المرافعات والاستثناءات الواردة عليه

كما هو معروف فإن قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 قد حدد مدد لممارسة الاجراءات القضائية[1]، ولقد فرق بين مدد السقوط ومدد التقادم؛ ففي ما يخص مدد التقادم فقد جاء في الأسباب الموجبة للقانون ما يأتي: ((... اما الدفع بمرور الزمان فقد نهج فيه القانون نهجاً آخر، فلم يورد حكم الفقرة الرابعة من المادة الخامسة من قانون المرافعات -الملغى- التي تسمح بأداء هذا الدفع حتى في مرحلة الطعن بالتمييز، ذلك ان هذا الدفع موضوعي بحت ومن حق الخصوم اسقاطه صراحة أو ضمناً، والأصل في التشريع العراقي المستمد اصوله من الشريعة الغراء أن الحق لا يتقادم وأنه لا يسقط حق امرئ وإن قدم وحتى يتسق ذلك مع احكام المادة 442 مدني من ان هذا الدفع يجوز التنازل عنه وأن التمسك به لا يتجاوز مرحلة الاستئناف (م209)). وبالتالي فإن المشرع العراقي قد راعى مدد التقادم ولكنه لم يراعي مدد السقوط، فالمادة (171) مرافعات قد اعتبرت المدد القانونية للطعن في الاحكام هي مدد حتمية يترتب على عدم مراعاتها سقوط الحق في الطعن[2].

(1) يعرّف الاجراء القضائي بأنه: عمل يرتب عليه القانون اثراً اجرائيا، ويكون جزءً من الدعوى، سواء تعلق الأمر ببدئها أو بالمشاركة فيها تدخلا أو اختصاماً اثناء نظرها، أو التقدم بدعوى حادثة أو انهاء الدعوى الاصلية. الدكتور ادم وهيب النداوي، الناشر العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، دون تاريخ، صفحة 135. وينظر ايضا: الاستاذ الدكتور عباس العبودي، شرح احكام قانون المرافعات، دراسة مقارنة، الناشر مكتبة السنهوري، بغداد، دون تاريخ، صفحة 174.

(2) ينظر القرار الصادر محكمة التمييز برقم 666 مدنية ثالثة- 1971 بتاريخ 1971/7/3. هذا الحكم ==

واعتمادا على ما قدمنا سوف نحاول تقسيم هذا المبحث الى مطلبين، وكما يلي:

المطلب الأول
سقوط الحق في الاجراء القضائي بانقضاء مدته وفقا لقانون المرافعات

كما ذكرنا سابقاً أن المادة (171) من قانون المرافعات قد اعتبرت ان المدد القانونية المنصوص عليها في قانون المرافعات هي مدد حتمية ويترتب على عدم مراعاتها سقوط الحق في الطعن خصوصاً وسقوط الحق في الاجراء القضائي من خلال ابطال عريضة الدعوى عموما ان كان الامر لا يتعلق بالطعن في القرارات التي تصدر اثناء السير في الدعوى. وبالتالي فإننا سنواجه مشكلة فيما يخص كيفية اعتبار حظر التجوال بسبب تفشي فيروس كورونا المستجد قوة قاهرة تمنع من مباشرة الاجراء القضائي سواء تعلق الاجراء القضائي برفع الدعوى أم كان الامر يتعلق بالطعن في الاحكام والقرارات التي صدرت من القضاء قبل حظر التجوال.

وبسبب هذه المشكلة ولعدم وجود حل لها ولكون نصوص قانون المرافعات لا تسمح بالقياس كما هو الحال بالنسبة للقانون المدني فقد تصدى السيد رئيس مجلس القضاء الاعلى المحترم لهذه المشكلة بالبيان الصادر بالعدد 41/ق/أ بتاريخ 2020/4/6 والذي اعتبر فيه مدة حظر التجوال بسبب تفشي فايروس كورونا، والذي ادى الى توقف العمل في جميع الوزارات والمؤسسات **انقطاعاً**

==

منقول من القاضي جاسم جزاء جعفر، الجامع لأهم المبادئ القانونية لقضاء محكمة تمييز العراق لأكثر من خمسة عقود، قسم المرافعات المدنية، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، الناشر مكتبة يادكار لبيع ونشر الكتب القانونية، السليمانية- العراق، 2018، صفحة 450.

للمرافعة، وكذلك فعل مجلس الدولة في الامر الوزاري الصادر منه بالعدد751 بتاريخ 2020/3/5، علما ان هناك جانب فقهي قد ذهب الى هذا الرأي[1].

ورغم وجود هذا الحل الا ان البيان والامر الوزاري اعلاه قد جانبا الصواب، وذلك لأنهما قد اخذا من انقطاع المرافعة الاثر فقط وهو وقف المدد القانونية وبطلان الاجراءات استنادً لنص المادة 86 فقرة 3، اما حالات الانقطاع المنصوص عليها في المادة 84 فلم تتحقق البتة.

(1) ينظر الدكتور: ياسر باسم ذنون، القوة القاهرة وأثرها في احكام قانون المرافعات المدنية، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد (10)، العدد (36)، السنة (2008) صفحة 50-89.

المطلب الثاني
الاستثناءات العامة الواردة على سقوط الحق في اجراءات التقاضي

الاصل ان اجراءات التقاضي سواء كانت تتمثل برفع الدعوى ام السير فيها ام الطعن في الاحكام او القرارات فإن المدد فيها حتمية. أما الاستثناءات فتتمثل بإمكانية مباشرة الاجراء القضائي اما من خلال اعتبار مدة الحظر هي عطلة رسمية ونعتقد ان تفعيل نص المادة 24 مرافعات في ظل جائحة كورونا وما رفق انتشاره من فرض حظر تجوال يكفي لمواجهة هذه المشكلة. ويستوي الامر بين من ينوي اقامة دعواه وتعطل العمل بالمؤسسات القضائية والحكومية بسبب ذلك وبين من يباشر اجراء قضائي اثناء السير في المرافعة وكذلك من يطعن في الاجراء، وهناك تطبيقات قضائية كثيرة حول هذه المسألة[1].

كما يمكن ايضاً - كاستثناء- اعتبار ان المانع القهري الذي يحول دون مباشرة الاجراء القضائي خلاله هو قوة قاهرة، وهو ما ذهب اليه بعض الفقهاء[2] - وبحق- وايده القضاء[3].

(1) ينظر القرار الصادر محكمة التمييز برقم 1218ح/964 بتاريخ 1964/9/14. والقرار رقم 1483ح/968 بتاريخ 1968/11/13. والقرار رقم 179ح/968 بتاريخ 1969/4/27. وعديد من القرارات المذكورة لدى: عبد الرحمن العلاّم، مرجع سابق، صفحة 301-303. وتنظر ايضا من الاحكام الحديثة الحكم الصادر عن محكمة استئناف البصرة الاتحادية بصفتها التمييزية المرقم 2015/60/مرافعات. والحكم الصادر عن رئاسة محكمة استئناف ميسا الاتحادية بصفتها التمييزية المرقم 2015/78/ مرافعات.

(2) ينظر: عبد الرحمن العلاّم، مرجع سابق، صفحة 283.

(3) ينظر الحكم الصادر من محكمة استئناف كركوك الاتحادية بصفتها التمييزية رقم 114/إبطال دعوى/2018 حيث ذهبت المحكمة الى القول: (اذا تعذر تشكيل المحكمة في يوم المرافعة لأسباب ==

الخاتمة:

اثار موضوع حظر التجوال الذي تم فرضه من قبل خلية الازمة في وزارة الصحة عديد من المسائل القانونية التي اثارت جدلاً واسعاً بين الفقهاء والباحثين، ولعل اهم ما شغل بال الفقه في القانون المدني وقانون المرافعات تمثل في مسألة القوة القاهرة والظرف الطارئ على العقود التي ابرمت قبل الجائحة، ومن هذه المسائل ايضاً مسألة اثر النظام العام على مدد السقوط واجراءات التقاضي في ظل حظر التجوال. ولقد تبين لنا أن البيان الذي صدر من رئيس مجلس القضاء الاعلى والذي حاول فيه استيعاب الثغرات القانونية الموجودة في قانون المرافعات إلا ان التكييف الصحيح في ظل نصوص القانون هو اعتبار مدة الحظر هي عطلة رسمية استناداً لنص المادة 24 مرافعات.

ولقد ابتغينا من اختيارنا لهذا الموضوع دون غيره معالجة هذا الوضع غير المعتاد، تصحيحاً للوصف الحالي وعدم اعتباره انقطاعاً للمرافعة. اضافة الى تحقيق عدة غايات بضربة حجر واحد وكان من بينها تسليط الضوء على النظام العام واثره على مدد السقوط والتمييز بين مدد السقوط ومدد التقادم وكذلك مناقشة مسألة القواعد الامرة والمكملة للارادة ومدى ارتباطها بالنظام العام، وكان اخر ما ختمنا به بحثنا هو بيان الاستثناءات على سقوط الحق في مباشرة الاجراء القضائي.

وآخر دعوانا ان الحمد لله رب العالمين

==

أمنية وانتقال المحكمة الى موقع آخر فلا يعتبر عدم حضور الطرفين تغيباً وعلى المحكمة إصدار دعوتيتان مجدداً وتبليغهم لا أن تقرر ترك الدعوى للمراجعة وإبطالها.).

الاستنتاجات:

توصلنا في بحثنا الى عدد من النتائج وكما يلي:

1. تسليط الضوء على النظام العام ومحاولة وضع تعريفاً له.
2. التأكيد على ان القواعد الامرة ليست لصيقة بالنظام العام فقد ينظم المشرع مسائل معينة دون ان يكون للنظام العام اثر عليها.
3. ان القواعد المكملة هي الاخرى قد تتعلق بالنظام العام في بعض النصوص ومنها ما نصت عليه المادة 566 من القانون المدني العراقي، وتعتبر القواعد العامة للنصوص المكملة للإرادة هي نص المادة (75) والمادة 146 فقرة 1 مدني.
4. ان مدد السقوط كمدد التقادم تقف، ودليل ذلك هو نص المادة 1134 فقرة (و) من القانون المدني العراقي، فهي تقف بالنسبة للمحجورين والغائبين.
5. ان مدد السقوط تقف بالمانع المادي، وذلك استناداً لرأي الفقه واحكام القضاء.
6. ان مدد السقوط تنقطع كمدد التقادم بضوابط اضيق حدوداً، وهذا الانقطاع قد فرضه الواقع العملي الى جانب النظري.

التوصيات:

1. تعديل نص المادة 174 من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969 (المعدل) لتستوعب حالة القوة القاهرة من خلال اضافة فقرة أولى الى المادة 174 لتكون على الوجه التالي:

(المادة 174 - 1. تقف المدد القانونية سواء كانت المدد هي لمباشرة الاجراء القضائي ام للطعن في القرارات او الاحكام إذا وجدت قوة قاهرة كالحروب أو الأوبئة او حظر التجوال أو اضطراب الأمن سواء تعلق الأمر بمحافظة أم كان يشمل العراق بشكل كامل متى كان ذلك يترتب عليه عدم قدرة المحاكم أو الجهات المختصة من مباشرة أو تسهيل الاجراء القضائي).

2. تفسير مدد السقوط بما ينسجم مع روح النص. إذ ان واقع الحال قد فرض نفسه بالنسبة لحظر التجوال، واستدعى ان تراعى هذه المدة عند احتساب مدد السقوط، وحصر وقف مدة السقوط بالقوة القاهرة التي تمنع المدعي من مباشرة الاجراء، وقياس مدى تحقق القوة القاهرة يكون من خلال معيار الرجل المعتاد بضوابط موضوعية.

3. دعوة القضاء الى الاخذ بالأعذار الشرعية المتعلقة بمدد السقوط وهي الغيبة والحجر وذلك لأنها قد وردت بنص المادة 1134/و ، واكدتها المادة 136 فقرة 3 التي اخذت بتوقف مدد السقوط عن السريان ان كان من اسباب التوقف نقص الاهلية. وما على القضاء الاّ ان يمتثل لإرادة المشرع.

المصادر:

1. الدكتور عبد الله الجليلي، الشرط المستحيل والمخالف للنظام العام والآداب في القانون المدني، الناشر المطبعة العالمية، القاهرة 1958.
2. القاضي جاسم جزاء جعفر، الجامع لأهم المبادئ القانونية لقضاء محكمة تمييز العراق لأكثر من خمسة عقود، قسم المرافعات المدنية، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، الناشر مكتبة يادكار لبيع ونشر الكتب القانونية، السليمانية- العراق، 2018.
3. الدكتور ادم وهيب النداوي، الناشر العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، دون تاريخ
4. الاستاذ الدكتور عباس العبودي، شرح احكام قانون المرافعات، دراسة مقارنة، الناشر مكتبة السنهوري، بغداد، دون تاريخ.
5. الدكتور سعيد مبارك والدكتور صاحب عبيد الفتلاوي والدكتور طه الملا حويش، الموجز في العقود المسماة، البيع- الايجار- المقاولة، دون ناشر، دون تاريخ.
6. الدكتور جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المسماة، البيع – الايجار – المقاولة، مكتبة السنهوري، بغداد، 2012.
7. د. حسن كيره، مبادئ القانون وبخاصة القانون اللبناني، دار النهضة العربية، بيروت، 1986.
8. الاستاذ الدكتور عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية، دار السنهوري، بيروت 2015.
9. الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، نظرية الالتزام بوجه عام، تنقيح المستشار احمد مدحت المراغي،

منشأة المعارف بالإسكندرية، 2004.

10. الدكتور حسن علي الذنون، شرح القانون المدني العراقي، احكام الالتزام، الطبعة الثانية، الناشر العاتك لصناعة الكتب- القاهرة، 2007.

11. الدكتور عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، احكام الالتزام، الناشر العاتك لصناعة الكتب-القاهرة، دون تاريخ.

12. عبد الرحمن العلاّم، شرح قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969، الجزء الأول، الطبعة الثانية، الناشر مكتبة العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، 2008.

13. الدكتور درع حمّاد، النظرية العامة للالتزامات، القسم الأول، مصادر الالتزام، الناشر دار السنهوري، بيروت، 2016.

14. الدكتور نبيل ابراهيم سعد والدكتور عصام انور سليم، المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون- نظرية الحق، الناشر دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2011.

15. الدكتور محمد شكري سرور، النظرية العامة للقانون، الناشر دار النهضة العربية-القاهرة، 2008-2009.

16. الدكتور محمد طه البشير والدكتور غني حسون طه، الحقوق العينية، الحقوق العينية الأصلية- الحقوق العينية التبعية، 1-2، الناشر دار السنهوري، بغداد، 2016.

17. الدكتور: ياسر باسم ذنون، القوة القاهرة وأثرها في احكام قانون المرافعات المدنية، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد (10)، العدد (36)، السنة (2008) صفحة 50-89.

المحتويات

مقدمة 9

الاتفاق الضمني للشركاء على إدارة المال الشائع
(المهايأة المكانية المفترضة نموذجاً) **11**

ملخص البحث 13
Abstract 14
المقدمة 15
أهمية البحث 16
مشكلة البحث 16
منهج البحث 17
خطة البحث 18
المبحث الأول: توافر سلطة الأغلبية لإدارة المال الشائع كشرط من شروط قبول الدعوى 20
المطلب الأول: شروط قبول الدعوى وفقاً لقانون المرافعات العراقي 22
المطلب الثاني: الأغلبية الواجب توافرها لإدارة المال الشائع وموقف القضاء منها 24
المبحث الثاني: المهايأة المكانية المفترضة كوسيلة لحل مشكلة ادارة المال الشائع 27

المطلب الأول: تحديد المقصود بالمهايأة المكانية المفترضة وبيان أساسها القانوني 28
الفرع الأول: تحديد المقصود بالمهايأة المكانية المفترضة 28
الفرع الثاني: الأساس القانوني للمهايأة المكانية المفترضة 30
المطلب الثاني: الشروط الواجب توافرها في المهايأة المكانية المفترضة 33
الخاتمة 35
الاستنتاجات 36
التوصيات 37
قائمة المصادر 39

سيادة الدولة وأثرها على تعطيل قاعدة تنازع القوانين 41

ملخص البحث 42
المقدمة 43
اولا: نبذة تعريفية لموضوع البحث 43
ثانياً: أهمية البحث 44
ثالثاً- مشكلة البحث 44
رابعاً: منهجية البحث 45
خامساً: خطة البحث 45
المبحث الأول: مفهوم تنازع القوانين 47
المطلب الأول: تعريف تنازع القوانين وبيان مقوماته 49
المطلب الثاني: شروط إعمال قواعد تنازع القوانين 52
المطلب الثالث: أنواع تنازع القوانين 55
المبحث الثاني: أثر سيادة الدولة على مبدأ تنازع القوانين 57

المطلب الأول: حالات تعطيل قواعد تنازع القوانين 59
الفرع الأول: النظام العام.....60
الفرع الثاني: سيادة الدولة والغش نحو القانون 63
المطلب الثاني: سيادة الدولة وأثرها على استبعاد القانون الأجنبي إن كان
القانون الواجب التطبيق هو قانون الجنسية 66
الفرع الأول: المصلحة الوطنية 66
الفرع الثاني: أثر سيادة الدولة في مسائل الزواج 67
الفرع الثالث: أثر سيادة الدولة في تنازع القوانين استنادا لنص المادة
(2/33) من القانون المدني العراقي 68
الفرع الرابع: أثر سيادة الدولة على استبعاد تطبيق القانون الأجنبي
لدولة غير معترف بسيادتها 69
الخاتمة 70
أولا- الاستنتاجات 70
ثانياً: التوصيات.....70
المصادر 72

النظام العام وأثره على مدد السقوط واجراءات التقاضي في ظل جائحة كورونا 75

ملخص البحث 77
Abstract 79
المقدمة 81
أهمية البحث 83
أهداف البحث 83

منهجية البحث.....84
خطة البحث 84
المبحث الأول: أثر النظام العام على مدد السقوط 86
المطلب الأول: تحديد المقصود بالنظام العام ومدى ارتباطه بالقواعد
الآمرة.....87
الفرع الأول: تعريف النظام العام 87
الفرع الثاني: مدى ارتباط القواعد الآمرة بالنظام العام 90
المطلب الثاني: ما هية مدد السقوط وأثر النظام العام عليها 93
الفرع الأول: تعريف مدد السقوط وتمييزها عن مدد التقادم المسقط ...93
الفرع الثاني: النظام العام ومدد السقوط 96
الفرع الثالث: ضوابط توقف وانقطاع مدد السقوط 97
المبحث الثاني: سقوط الحق في الاجراء القضائي وفقا لقانون المرافعات
والاستثناءات الواردة عليه 101
المطلب الأول: سقوط الحق في الاجراء القضائي بانقضاء مدته وفقا
لقانون المرافعات..... 102
المطلب الثاني: الاستثناءات العامة الواردة على سقوط الحق في اجراءات
التقاضي 104
الخاتمة..... 105
الاستنتاجات 106
التوصيات..... 107
المصادر 108