جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة كربلاء
كلية القانون
الفرع العام/ الماجستير

المسؤولية القانونية عن الإخلال بالكفالة الجزائية

(دراسة مقارنة)

رسالة تقدم بها الطالب

عبدالحسين عبدالله عبدالحسين

إلى مجلس كلية القانون _ جامعة كربلاء

وهي جزء من متطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون العام

بإشراف

الأستاذ الدكتور

علي حمزة عسل الخفاجي

١٤٤٣/هـ ٢٠٢١/م

إقرار لجنة مناقشة

نشهد نحن أعضاء لجنة المناقشة إننا اطلعنا على هذه الرسالة الموسومة بـ (المسؤولية القانونية عن الاخلال بالكفالة الجزائية" دراسة مقارنة ")، وناقشنا الطالب (عبد الحسين عبدالله عبدالحسين) على محتواها، وفيما له علاقة بها، ونعتقد إنها جديرة بالقبول لنيل درجة الماجستير في القانون / فرع القانون العام وبدرجة ٨٥ (جيد جداً).

التوقيع :

الاسم: أ.د. ضياء عبدالله عبود

(رئيـــــساً)

التاريخ: ٨/١٢/ ٢٠٢١

التوقيع :

الاسم: أ.د. عادل كاظم سعود

(عضـــــواً)

التاريخ: / / ٢٠٢١

التوقيع :

الاسم: ا.م.د نافع تكليف مجيد

(عضـــــواً)

التاريخ: / / ٢٠٢١

التوقيع :

الاسم: ا.د علي حمزة عسل

(عضواً ومشرفاً)

التاريخ: / / ٢٠٢١

صادق مجلس كلية القانون / جامعة كربلاء على قرار لجنة المناقشة

التوقيع:

أ.م.د. عبد الله عبد الامير طه

عميد كلية القانون / جامعة كربلاء

التاريخ: / / ٢٠٢١

إقرار الخبير اللغويّ

أَشــهد أَنّ رســالة طالــب الماجســتير (عبدالحســين عبــدالله عبدالحســين) الموســومة بــ (المســؤولية القانونيــة عــن الإخــلال بالكفالــة الجزائيــة- دراســة مقارنــة) تمّــت مراجعتهــا لغويّــاً، وتصــحيح مــا فيهــا مــن أَخطــاء نحويّــة وإِملائيّــة وأُسلوبية، وقد أَصبحت سليمة سلامة تامّة تؤهّلها للمناقشة.

التوقيع:

أ.م.د حيدر كرم الله الدرّاجيّ

التاريخ: ٢٠٢١/٩/٢٢

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

﴿ذَٰلِكَ مِنْ أَنبَاءِ الْغَيْبِ نُوحِيهِ إِلَيْكَ وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ
أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَخْتَصِمُونَ﴾

صَدَقَ اللَّهُ الْعَلِيُّ الْعَظِيمُ

سُورَةُ آلِ عِمْرَانَ: آيَةُ ٤٤

"الإهداء"

- إلى المبعوث رحمة للعالمين صاحب الخلق العظيم الرسول الأمين محمد (صلّى الله عليه، وعلى آل بيته الطيبين الطاهرين).
- إلى من هم وسيلتي إلى الله يعسوب الدين وإمام المتقين علي أمير المؤمنين وفاطمة والحسن والحسين والأئمة المعصومين(عليهم السلام).
- إلى من هم سندي وعزوتي (عائلتي).
- إلى من أرتوت الأرض بدمائهم "شهداء العراق".
- إلى كلِّ من رفع يده بالدعاء لتوفيقي ونجاحي.
- إلى معلمّي العلم ومحبِّيه وطالبيه.

الباحث

"شكر وعرفان"

قال الله تعالى :"وَسَيَجْزِي اللَّهُ الشَّاكِرِينَ"، صدق الله العلي العظيم.

شكرا لله رب العالمين على ما وفقني إليه ويسر أمري فيه، فله الحمد والمنَّة المتفضل عليّ بالهداية والعناية والتمكين، أشكره باديًا وأتوكل عليه كافيًا ناصرًا.

لا يسعني في هذا المقام إلّا أنْ أتقدَّم بجزيل الشكر وعظيم الامتنان إلى أستاذي الجليل جناب الأُستاذ الدكتور (علي حمزة عسل الخفاجي)، شكرًا وعرفانًا له، ولجهوده المخلصة، ولسعة صدره في توجيهي لإكمال رسالتي، إذ أثقلت عليه كثيرًا، فكان نعم الأُستاذ الموجه والمرشد الناصح فإنَّني، أنتهز هذه الفرصة لأتوجه له بجزيل الشكر والعرفان لفضله عليّ بالموافقة على قبول الإشراف على هذه الرسالة مفتخرًا بفكرةُ الغزير، وصدره الرحب وما بذله من جهد كبير من أجل إعداد هذه الرسالة، سائلًا الله سبحانه وتعالى أنْ يحفظهُ ويرعاه ويجزيه عني خير الجزاء.

كذلك أتقدَّم بخالص شكري وعظيم امتناني إلى أساتذتي الأفاضل كافة القائمين على هذا الصرح العلمي المبارك الذي احتضنني كلية القانون/جامعة كربلاء؛ لما قدموه من نصح وإرشاد دائمينِ لإعداد هذا الرسالة فجزاهم الله عني خيرًا ولهم مني كل الشكر والعرفان.

الباحث

المستخلص

لقد أحتلَّت الكفالة الجزائية مكانة مهمة وجانبًا بارزًا من جوانب غالبية القوانين الإجرائية، بل نرى أنَّها من أهم موضوعات هذه القوانين؛ نظرًا لتعلقها بحقوق الأفراد وحريَّاتهم، فهي وسيلة للمحافظة على تلك الحقوق وصيانة الحريات بالقدر اللازم، إذ أنَّها تُعدُّ من الضمانات المهمة لجميع أطراف الدعوى الجزائية، وقد تناولها المشرِّع العراقي في قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل ونظم أحكامها بموجب الفصل الثالث من الباب الخامس في المواد من (١٠٩-١٢٠) تحت عنوان (توقيف المتهم وإخلاء سبيله)، وقد بينت هذه المواد أحكامها وكيفية إصدارها وشروطها، ونطاقها، فضلًا عن نظامها الإجرائي، وكيفية إلغائها، والمسؤولية المترتبة على الإخلال بها، إلَّا أنَّ المشرِّع لم يبين هذه الاحكام بشكل واضح وصريح بل اكتفى بوضع الخطوط العريضة لها، وقد شابها الكثير من النقص والإبهام والغموض، الأمر دفعنا إلى تناول هذا الموضوع على وفق المنهج التحليلي المقارن للنصوص التشريعية بين قانون أُصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل، و قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (١٥٠) لسنة ١٩٥٠ المعدل، وقانون أُصول المحاكمات الجزائية الأردني رقم (٩) لسنة ١٩٦١ المعدل، وقانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (٣) لسنة (٢٠٠١)، وركزت الدراسة على بيان مفهوم الكفالة الجزائية، وما لها من خصوصية فضلًا عن بيان النظام الإجرائي لها، وبما أنَّ كل التزام معرضًا للإخلال به عن عمد أو بغير عمد فلم يغفل الباحث عن دراسة الآثار المترتبة على الإخلال بالكفالة الجزائية مع بيان الطبيعة القانونية لتلك المسؤولية التي تعرضت إلى تخبط كبير من قبل الفقه والقضاء على حدٍ سواء؛ بسبب عدم صراحة المواد التي نظمت أحكامها فهناك من عدها مسؤولية مدنية، وهناك من عدها مسؤولية جزائية، و رأى آخرون أنَّها ذات طبيعة مزدوجة، ومن جانبنا لقد توصلنا إلى أنَّ هذه المسؤولية لا تكاد تخرج عن نطاق المسؤولية المدنية، رغم أنَّ نطاق عمل هذه الكفالة ينحصر بالمحاكم الجزائية، إلَّا أنَّ الأحكام العامة لها وجدت في القانون المدني، فضلًا عن أن محل التزام الكفيل في الدعوى الجزائية لا يختلف عن محل التزام الكفيل بالنفس، وفي سبيل الإلمام بكافة جوانب موضوع دراستنا الموسوم ب(المسؤولية القانونية عن الإخلال بالكفالة الجزائية "دراسة مقارنة")، ولكي تكتمل الجوانب

الأساسية لهذه الدراسة ولخلق سلسلة متكاملة من الأفكار، ومن دون فقدان لأحد حلقاتها، ارتأينا تقسيم الدراسة على وفق هيكلية متكوِّنة من ثلاثة فصول، إذ سلطنا الضوء في الفصل الأوّل على التعريف بالكفالة الجزائية ضمن مبحثين، وخصَّصنا الفصل الثاني للبحث في النظام الإجرائي للكفالة الجزائية وضمان تنفيذها، وكيفية انقضائها كذلك في مبحثين، في حين بحثنا في الفصل الثالث المسؤولية المترتبة على الإخلال بالكفالة الجزائية أيضًا ضمن مبحثين، وانتهينا بخاتمة اشتملت على أهم الاستنتاجات التي كشفنا عنها وتوصلنا إليها وإلى بعض المقترحات التي نأمل أنْ تكون ذا فائدة علمية إن شاء الله، وأنْ تجد قبولًا واهتمامًا من قبل مشرِّعنا العراقي... والله ولي التوفيق والنجاح.

قائمة المحتويات

التسلسل	الموضوع	الصفحة
١	المُقَدِّمَة	١-٦
٢	**الفصل الأوّل: التعريف بالكفالة الجزائية**	٧-٥٩
٣	المبحث الأوّل: ماهية الكفالة الجزائية	٨-٣٤
٤	المطلب الأوّل: مفهوم الكفالة الجزائية	٩-٢٠
٥	الفرع الأوّل: تعريف الكفالة الجزائية	٩-١٣
٦	الفرع الثاني: الأساس القانوني للكفالة الجزائية ومبادئها والتكييف القانوني لها	١٤-٢٠
٧	المطلب الثاني: ذاتية الكفالة الجزائية وأنواعها	٢٠-٣٤
٨	الفرع الأوّل: خصائص الكفالة الجزائية	٢١-٢٤
٩	الفرع الثاني: تمايز الكفالة الجزائية عن النظم القانونية المشابهة	٢٥-٣١
١٠	الفرع الثالث: أنواع الكفالة الجزائية	٣١-٣٤
١١	المبحث الثاني: أركان الكفالة الجزائية وشروطها ونطاقها	٣٥-٥٩
١٢	المطلب الأوّل: أركان الكفالة الجزائية	٣٥-٤٢
١٣	الفرع الأوّل: الأهلية	٣٥-٣٦
١٤	الفرع الثاني: الرضا	٣٧-٣٨
١٥	الفرع الثالث: المحل	٣٨-٣٩
١٦	الفرع الرابع: السبب	٣٩-٤٢
١٧	المطلب الثاني: شروط الكفالة الجزائية	٤٢-٥٠
١٨	الفرع الأوّل: الشروط الخاصة بالكفيل	٤٢-٤٤
١٩	الفرع الثاني: الشروط الخاصة بالجريمة	٤٤-٤٧
٢٠	الفرع الثالث: الشروط الخاصة بمبلغ الكفالة	٤٧-٥٠
٢١	المطلب الثالث: نطاق الكفالة الجزائية	٥٠-٥٩
٢٢	الفرع الأوّل: الجرائم التي يجب أو يجوز إطلاق السراح فيها	٥٠-٥٣
٢٣	الفرع الثاني: الجرائم التي لا يجوز إطلاق السراح فيها	٥٣-٥٩
٢٤	**الفصل الثاني: النظام الإجرائي للكفالة الجزائية وضمان تنفيذها وكيفية انقضائها**	٦٠-١٢٠
٢٥	المبحث الأوّل: الإجراءات الشكلية والموضوعية في طلب إخلاء السبيل بالكفالة الجزائية	٦١-٩٢
٢٦	المطلب الأوّل: طلب الكفالة الجزائية	٦١-٦٧
٢٧	الفرع الأوّل: الحق بتقديم طلب الكفالة الجزائية	٦١-٦٤
٢٨	الفرع الثاني: القواعد الشكلية والزمانية في طلب الكفالة الجزائية	٦٥-٦٧
٢٩	المطلب الثاني: الجهة المختصة بنظر طلب إخلاء السبيل بالكفالة الجزائية	٦٨-٨٢
٣٠	الفرع الأوّل: الجهة المختصة في القانون العراقي	٦٨-٧١
٣١	الفرع الثاني: الجهة المختصة في القانون المصري	٧٢-٧٤
٣٢	الفرع الثالث: الجهة المختصة في القانون الفلسطيني	٧٥-٧٨
٣٣	الفرع الرابع: الجهة المختصة في القانون الأردني	٧٨-٨٢
٣٤	المطلب الثالث: الطعن بالقرارات الصادرة في طلب إخلاء السبيل بالكفالة	٨٢-٩٢

٣٥	الفرع الأوّل: موقف القانون العراقي	٨٣-٨٧
٣٦	الفرع الثاني: موقف القانون المصري	٨٧-٨٨
٣٧	الفرع الثالث: موقف القانون الفلسطيني	٨٨-٩١
٣٨	الفرع الرابع: موقف القانون الأردني	٩١-٩٢
٣٩	المبحث الثاني: ضمان تنفيذ الكفالة الجزائية وبدائلها وكيفية انقضائها	٩٢-١٢٠
٤٠	المطلب الأوّل: ضمان تنفيذ الكفالة الجزائية وبدائلها	٩٣-١٠٥
٤١	الفرع الأوّل: ضمان تنفيذ الكفالة الجزائية	٩٣-١٠٢
٤٢	الفرع الثاني: بدائل الكفالة الجزائية	١٠٢-١٠٥
٤٣	المطلب الثاني: انقضاء الكفالة الجزائية	١٠٥-١٢٠
٤٤	الفرع الأوّل: انقضاء الكفالة الجزائية بالطريق الأصلي (المباشر)	١٠٦-١١٣
٤٥	الفرع الثاني: انقضاء الكفالة الجزائية بالطريق التبعي (غير المباشر)	١١٣-١٢٠
٤٦	**الفصل الثالث: أحكام الإخلال بالكفالة الجزائية والمسؤولية المترتبة عليه**	١٢١-١٦١
٤٧	المبحث الأوّل: الإخلال بالكفالة الجزائية والآثار المترتبة عليه	١٢٢-١٤٠
٤٨	المطلب الأوّل: مفهوم الإخلال بالكفالة الجزائية والتمايز بين القواعد الإجرائية والعقابية	١٢٣-١٢٩
٤٩	الفرع الأوّل: مفهوم الإخلال بالكفالة الجزائية	١٢٣-١٢٥
٥٠	الفرع الثاني: التمايز بين القواعد الإجرائية والعقابية	١٢٥-١٢٩
٥١	المطلب الثاني: الاثار المترتبة على الإخلال بالكفالة الجزائية	١٢٩-١٤٠
٥٢	المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لمسؤولية الكفيل المُخل بالكفالة الجزائية وإشكالية تفسيرها	١٤٠-١٦١
٥٣	المطلب الأوّل: الطبيعة القانونية لمسؤولية الكفيل المُخل بالكفالة الجزائية	١٤١-١٥٤
٥٤	الفرع الأوّل: موقف التفسير التشريعي والرأي الفقهي	١٤٣-١٤٦
٥٥	الفرع الثاني: موقف التفسير القضائي	١٤٧-١٥٤
٥٦	المطلب الثاني: أسباب اختلاف تفسير الطبيعة القانونية لمسؤولية الكفيل المُخل بالكفالة الجزائية	١٥٥-١٦١
٥٧	الخاتمة	١٦٢-١٦٥
٥٨	قائمة المصادر	١٦٦-١٧٤

المُقَدِّمَةُ

أَوّلًا/ فكرة الدراسة وأَهميّتها:

يحرص كل ذي حق على أنْ يكون لحقِّه من الضمانات ما يكفل له استيفاءها بموعد استحقاقها، ويقود هذا الحرص على اتخاذ جميع الاحتياطات اللازمة لذلك، ومن هذه الضمانات في إطار الدعوى الجزائية ما يعرف بنظام (الكفالة الجزائية)، فلمّا كانت حرية الأفراد هي نوع سامي من أنواع الحقوق التي حرص المشرِّع على حمايتها، وللحيلولة دون المساس بهذه الحرية وعدم انتهاكها بطريقة تؤدي إلى الاعتداء عليها بتقييدها عن طريق التوقيف، لذلك أوجد لنا المشرِّع طريقًا بديلًا لهذا الإجراء وهو ما يعرف ب(الكفالة الجزائية)، وهدف هذا النظام هو للموازنة بين حق المجتمع في العقاب وحق الفرد في الحرية الفردية لذا وضعت التشريعات هذا النظام بديلًا ناجحًا للموازنة بين هذين الحقين عن طريق تقنين هذا النظام، ووضع الأحكام الخاصة به مع إعطاء سلطة تقديرية للجهات المختصّة لضرورات حتمية.

إنّ لموضوع الكفالة الجزائية غاية في الأهمية في الفقه والقضاء الجنائي، لكونها ضمانة مهمة للموازنة بين مصلحتين كي لا تغلب إحداهما الأُخرى، لا سيّما أَنّ إجراءات التحقيق تأخذ وقتًا طويلًا وطبقًا لقرينة البراءة أنّ المتهم خلال هذه الإجراءات بريء قانونًا.

وترتكز أَهمية هذه الدراسة في بيان مفهوم الكفالة الجزائية وما لها من خصوصية؛ لاختلاطها بنظم قانونية أُخرى مشابهة.

إنّ الكفالة الجزائية هي عقد، فلا بُدّ من أَنْ تتوافر فيها أَركان التعاقد مثل سائر العقود، مع الاحتفاظ بما لها من خصوصية، فقد حدَّدت التشريعات الجنائية المقارنة، وكذلك المشرِّع العراقي عدة ضوابط يجب مراعاتها عند ابرام عقد الكفالة الجزائية مع إعطاء سلطة تقديرية للجهات القضائية المختصَّة بإصدارها في التخفيف أَو التشديد من وطأة هذه الضوابط اختلفت باختلاف مشرِّعيها كل بحسب معاييره التي وضعها والنطاق الذي أَوجده لهذا العقد.

وعلى الرغم من أَنَّ العقود اتفقت في بعض جوانبها كالأركان مثلًا، لكنها اختلفت اختلافًا كثيرًا عن بعضها في كيفية إبرامها وتنفيذها، فلكل منها إجراءات مختلفة عن الآخر، الأمر الذي يقتضي منا بيان النظام الإجرائي لعقد الكفالة الجزائية، فما الإجراءات الشكلية والموضوعية الواجب اتباعها لإخلاء سبيل المتهم بالكفالة، فضلًا عن بيان الجهة المختصَّة بإصدارها، كذلك أَنَّ قرارات إخلاء السبيل لم تكن بعيدة أَو محصنة ضد الطعون فشأنها شأن أي قرار قضائي يمكن الطعن بها أَمام الجهات المختصَّة.

وبما أَنَّ هذا النظام أَوجد للموازنة بين حقين مختلفين، فقد عززه المشرِّع بضمان يؤمن تنفيذ كفيل المتهم – المتهم الذي استعاد حريته مقابل الكفالة- للالتزامات المفروضة عليه.

كذلك أَنَّ كل التزام لا بدَّ من نهاية له، فمن غير المعقول إلزام شخصٍ ما بالتزام ليس له نهاية والكفالة الجزائية شأنها شأن أي التزام آخر، فلا بُدَّ لها من أَنْ تنتهي بأحد أسباب انقضائها.

ومن المعلوم أَنَّ كل التزام معرضًا للإخلال به من قبل الملتزم سواء بإرادته أَو رغمًا عنها، كذلك أَنَّ كل سلوك نظمه القانون وضع مقدمًا جزاءً لمخالفته فلم يغفل المشرِّع عن وضع جزاء للإخلال بالكفالة الجزائية إلا أَنَّه استعمل عبارات شابها الغموض واكتنفها الإبهام حينما نظّم أَحكام الإخلال بها والمسؤولية المترتبة عليه، ومن المعلوم أَنَّ الجزاء في اطار القضاء العادي على نوعين إما مدني أَو جزائي، وفي إطار هذا الأَخير انقسمت قواعد القانون الجنائي على نوعين، فهي إما إجرائية أَو عقابية، الأَمر الذي خلق نوعًا من الالتباس في تحديد الطبيعة القانونية لمسؤولية المُخل بالكفالة الجزائية، فضلًا عن استعمال المشرِّع لعبارات اعتاد على استعمالها في القوانين العقابية كان يريد من ورائها بلورة مسؤولية الكفيل المُخل ضمن نطاق المسؤولية المدنية الأَمر الذي عقَّد المسألة أكثر.

و تبرز أَهمية هذه الدراسة في كونها جديده من نوعها وفقًا للآلية المتقدِّم ذكرها، وعلى الرغم من قدم نظام الكفالة الجزائية، إلّا أَنّنا لم نجد دراسات معمقَّة في هذا المجال وإن وجدت كانت مقتصرة على جوانب معينة لا تمثل سوى جزئية بسيطة فقط من هذه الدراسة تطرَّقت إليها الدراسات السابقة بصورة سطحية و من دون استعمال

المقارنة؛ الأمر الذي دفعنا إلى البحث في هذا الموضوع للتعرف على نظام الكفالة الجزائية وفقًا لطريقة الدراسة المقارنة للوقوف على نقاط القوة والضعف وإبراز معالم التميُّز أو القصور التشريعي بين نماذج القوانين المدروسة للإفادة منها للانتهاء بنتائج ومقترحات نأمل أن تكون ذات فائدة وإضافة علمية في مجال البحث العلمي بشكل عام، وفي مجال القانون الجنائي والمسؤوليتين المدنية والجزائية بشكل خاص.

ثانيًا/ الدراسات السابقة:

لم نجد في هذا المجال دراسات أكاديمية مُحكّمةٌ من قبل لجان علمية، سوى أنّنا وجدنا بعض الدراسات السابقة غير الأكاديمية إلا أنها كانت أقرب إلى السطحية فقد اقتصرت على بيان موقف المشرِّع العراقي فقط بصورة سطحية ومستعجلة ومنها (مسؤولية الكفيل في الدعوى الجزائية) للقاضي محمد عبد جازع وكذلك تناولها القاضي سامي سليمان فقي بعنوان (الكفيل في الدعوى الجزائية)، كذلك بحث القاضي حسين سعدون عبد الرضا السواد (أحكام الكفالة الجزائية) إلا انَّ هذه الدراسات جاءت مقتصرة على بيان موقف المشرِّع العراقي فقط دون التطرق إلى موقف القوانين المقارنة فضلًا عن أنّها جاءت معتمدة على التنظير الشخصي في أغلبها، كذلك ظهرت دراسة للباحث حسن صادق عبود آل حسوني بعنوان (أحكام الكفالة في المواد الجزائية) إلا أنَّ هذه الدراسة جاءت رشيقة من حيث عدد صفحاتها ومختلفة عن اتجاهنا بالمقارنة ولم تتطرق الى مسؤولية الكفيل عند الإخلال بالكفالة.

ثالثًا/ إشكالية الدراسة:

إنَّ الكفالة الجزائية إجراء قانوني بتطبيق قضائي يفرض حضوره في العمل اليومي للمحاكم والجهات ذات الاختصاص؛ ممّا أثار العديد من التساؤلات التي مازالت غامضة وتحتاج إلى توضيح وازالة الإبهام والغموض عنها، إذ تتمثل اشكالية الدراسة في النقص التشرِّيعي الذي طال أحكام الكفالة الجزائية الذي أفرزه واقع العمل اليومي في المحاكم العراقية، فقد جاءت الكفالة الجزائية وليدة تطور كبير في الفكر والانظمة القانونية حتى أمست من أهم نظم التأمينات الشخصية التي تحقق المصلحة لجميع الأطراف _المجتمع والفرد_، فظهرت الكثير من الإشكاليات التي سنحاول تسليط الضوء عليها واقتراح الحلول لها عن طريق هذه الدراسة، ومن هذه الإشكاليات هي عدم وجود تعريف محدد للكفالة الجزائية، وما التكييف القانوني لها؟.

كذلك سعت التشريعات إلى منح الجهات ذات الاختصاص بعض الصلاحيات المتعلقة في هذا المجال فما حدود هذه السلطات وهل توجد رقابة عليها، كذلك أنَّ القرارات المتعلق بإخلاء السبيل بالكفالة الجزائية لم تكن محصنة ضد الطعن فكيف يتم الطعن بها؟ وما المدد المحددة لذلك؟ ومن هي الجهة المختصَّة بنظر هذه الطعون؟ كذلك أنَّه لم يوجد اتفاق قضائي بخصوص الطبيعة القانونية لمسؤولية الكفيل المُخل بالكفالة الجزائية، فما الطبيعة القانونية للمسؤولية الناشئة عن الإخلال بها؟ هل هي جزائية وبالتالي يترتب على المُخل ما يترتب على من ارتكب فعلًا جرميًا؟ ام أنَّها ذات طبيعة مدنية وبذلك يترتب عليه ما يترتب على المُخل بالتزام مدني؟ وما المركز القانوني للكفيل فهل هو متهم أو مدين أم غير ذلك؟ وما الإجراءات المتبعة من قبل المحكمة لمعالجة هذا الاخلال؟ وما الآثار المترتبة على هذا الإخلال؟ حيث هناك خلط كبير في كيفية التعامل مع موضوع الإخلال بالكفالة الجزائية، فهل يعزى سبب هذا الخلط إلى عدم فاعلية القوانين التي نظَّمت أحكام الكفالة الجزائية أم يرجع السبب إلى خطأ في تطبيق القانون تطبيقًا صحيحًا.

رابعًا/ هدف الدراسة:

إنَّ هدف الدراسة يكمن في التعرف على النظام القانوني للكفالة الجزائية واحكامها الواردة في قانون أُصول المحاكمات الجزائية العراقي والآثار القانونية المترتبة على الإخلال بها للوصول الى تنظيم قانوني متكامل لها، عن طريق بيان مواطن الخلل والقصور فيها والعمل على إيجاد الحلول الممكنة لتلافي ذلك الخلل أو القصور، كذلك تهدف الدراسة إلى التعرف على مواطن القوة والضعف بين نماذج القوانين المدروسة في تنظيمها لأحكام الكفالة الجزائية والتعرف على أوجه الالتقاء والاختلاف بين وجهات نظر المشرِّعين وتحليلها تحليلًا قانونيًا لبيان مدى توفق كل منهم في تنظيمه لأحكامها عن طريق دراسة موادها القانونية والمفاضلة بينها والخروج بمجموعة من المقترحات لعلها تقع مام انظار المشرِّع العراقي والجهات ذات الاختصاص لغرض معالجة النقص والغموض الذي أَربك تلك النصوص القانونية.

خامسًا/ منهجيَّة الدراسة:

سنعتمد في دراستنا هذه على المنهج التحليلي المقارن وذلك عن طريق تحليل النصوص القانونية الآراء الفقهية وقرارات الأَحكام القضائية المتعلقة بهذا الموضوع

والمقارنة بين قانون أُصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل وقانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (١٥٠) لسنة ١٩٥٠المعدل، وقانون أُصول المحاكمات الجزائية الأردني رقم (٩) لسنة ١٩٦١المعدل، وقانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (٣) لسنة ٢٠٠١.

سادسًا/ هيكلية الدراسة:

إنَّ دراسة المسؤولية القانونية عن الإخلال بالكفالة الجزائية تحتَّم علينا تناول هذا الموضوع في ثلاثة فصول على وفق التفصيل الآتي.

الفصل الأوّل نُخصِّصه للتعريف بالكفالة الجزائية، وسوف نقسمه على مبحثين: نتناول في المبحث الأوّل منه ماهية عقد الكفالة الجزائية الذي نقسمه على مطلبين: نتناول في المطلب الأوّل مفهوم الكفالة الجزائية في حين نُخصص المطلب الثاني للحديث عن ذاتية الكفالة الجزائية وأنواعها، أمّا المبحث الثاني فسوف نخصِّصه لدراسة أركان الكفالة الجزائية وشروطها ونطاقها، وتم تقسيمه على ثلاثة مطالب نتناول في المطلب الأول أركان الكفالة الجزائية، في حين نتكلم في المطلب الثاني عن شروط الكفالة الجزائية، أما المطلب الثالث فنخصِّصه للحديث عن نطاق الكفالة الجزائية.

أمّا الفصل الثاني سنكرسه لدراسة النظام الإجرائي للكفالة الجزائية وضمان تنفيذها وكيفية انقضائها، وهو الآخر الذي سنقسمه على مبحثين: نتناول في المبحث الأوَّل منه الإجراءات الشكلية والموضوعية في طلب إخلاء السبيل بالكفالة الجزائية الذي سوف نقسمه على ثلاثة مطالب: نتكلم في المطلب الأوّل منه عن طلب إخلاء السبيل بالكفالة الجزائية، ونخصص المطلب الثاني للحديث عن الجهة المختصَّة بنظر طلب إخلاء السبيل بالكفالة الجزائية، في حين نبحث في المطلب الثالث منه الطعن بالقرارات الصادرة في طلب إخلاء السبيل بالكفالة الجزائية، أَمَّا المبحث الثاني سنفرده للحديث عن ضمان تنفيذ الكفالة الجزائية وبدائلها وكيفية انقضاؤها الذي سوف نقسمه على مطلبين: نتناول في المطلب الأوّل ضمان تنفيذ الكفالة الجزائية، في حين نُخصّص المطلب الثاني للحديث عن انقضائها.

أَمَّا الفصل الثالث فسوف نُخَصِّصه لدراسة (أحكام الإخلال بالكفالة الجزائية والمسؤولية المترتبة عليه) الذي سوف نقسمه على مبحثين: نتناول في المبحث الأوّل الإخلال بالكفالة الجزائية والآثار المترتبة عليه الذي سوف نتناوله في مطلبين على أَنْ

نُخصّص المطلب الأوّل منه لبيان مفهوم الإخلال بالكفالة الجزائية والتمايز بين القواعد الإجرائية والعقابية، في حين نُخصّص المطلب الثاني للبحث في الآثار المترتبة على الإخلال بالكفالة الجزائية، أَمَّا المبحث الثاني فسوف نفرده للبحث في الطبيعة القانونية لمسؤولية الكفيل المُخل بالكفالة الجزائية وإشكالية تفسيرها، الذي سوف نقسمه أَيضًا على مطلبين نُخصص المطلب الأَوَّل منه لبيان الطبيعة القانونية لمسؤولية الكفيل المُخل بالكفالة الجزائية، أَمَّا المطلب الثاني فسوف نخصِّصه للبحث في أَسباب اختلاف تفسير الطبيعة القانونية لمسؤولية الكفيل المُخل بالكفالة الجزائية، ثمَّ ننهي بحثنا بخاتمة نوجز فيها أَهم الاستنتاجات التي نتوصَّل إليها، مع اقتراح بعض المقترحات التي نأمل أَنْ تخدم المجال القانونَّي.

الفصل الأوَّل

التعريف بالكفالة الجزائية

إنَّ التشريع هو أَداة المجتمع لصيانة حقوقه وحقوق أَفراده من الانتهاك والتجاوز، ويهدف إلى تأمين المساواة فيما بينهم، لكن في بعض الأَحيان قد يحصل هناك خرق لهذه التشريعات من قبل أَفراد المجتمع، فيكون للقانون دور في صد وردع هذا المتجاوز من خلال أَدواته التي حددتها منظومة القوانين العقابية والإجرائية[١]، عن طريق تحديد الافعال المجرمة قانونًا ووضع العقوبات المناسبة لها وتحديد الإجراءات الواجب اتباعها عند حصول خرق لهذه التشريعات، ونظرًا للطبيعة الإنسانية للقانون وأَهدافه الإصلاحية أَوجد لنا المشرَّع نظام الكفالة الجزائية التي تعد أَحد أَهم الجوانب الإنسانية التي انجبتها التشريعات لتعلقها بحقوق الأَفراد وحرياتهم، فهي ضمانة مهمة من ضمانات المتهم في جميع مراحل الدعوى الجزائية تحقيقًا ومحاكمة فبقاء المتهم خلف القضبان بسبب الروتين التحقيقي يمثل اعتداء على حرية الإنسان ومخالفة لقرينة البراءة التي تتطلب أَنْ يُحاكم المتهم ضمن مدة زمنية معقولة وعدم التعسف باستعمال إجراء التوقيف، إذ تُمنح الحرية للمتهم خارج الاسوار أَثناء إجراءات التحقيق وعلى الرغم من أَنَّ المشرِّع العراقي نظم أَحكامها وإجراءاتها في قانون أُصول المحاكمات الجزائية، إلا أَنَّ هذا النظام قد انتابه الكثير من الإبهام والغموض، وظلّ بحاجةٌ كبيرة إلى توضيحه وتفسيره، ومن أَجل الإحاطة بتعريف الكفالة الجزائية، وتحليل محتواها؛ لمعرفة ماهيتها وأَركانها وشروطها، ارتئينا تقسيم هذا الفصل على مبحثين: نُخصِّص المبحث الأَوّل منه لدراسة ماهية الكفالة الجزائية، في حين سنخصِّص المبحث الثاني لدراسة أَركان الكفالة الجزائية، وشروطها ونطاقها، وكما يأتي:

---

[١] ينظر القاضي سالم روضان الموسوي، هل يجوز توقيف الكفيل بموجب القوانين النافذة، مقال منشور على شبكة الإنترنت تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٤/٨ على الرابط الآتي:

https://m.ahewar.org/s.asp?aid=70723&r=0

المبحث الأَوَّل

ماهية الكفالة الجزائية

لقد نظَّمت القوانين المدنية للدول محل الدراسة جميعها أَحكام الكفالة نظامًا عامًا، ومنها مشرّعنا العراقي في المواد من (١٠٠٨ -١٠٤٧) من القانون المدني رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١)، فوضع الأَحكام العامة لما يسمى (بعقد الكفالة)، ونتيجة لتشابك العلاقات الإنسانية وتعارضها مع بعضها أَو مع مصلحة المجتمع، أَدرك المشرِّع الجنائي العراقي أَنَّ مقتضيات العدالة تتطلب إيجاد نوع خاص من الكفالة، وتنظيم أَحكامه في قانون أُصول المحاكمات الجزائية، مؤسسًا ذلك على القاعدة الخالدة في القانون الجنائي "الأَصل في الإنسان البراءة" فأوجد لنا كفالة إخلاء السبيل، أَو ما يسمى ب(الكفالة الجزائية).

ولمعرفة المقصود بالكفالة الجزائية بوصفها ضمانة حقيقة للموازنة بين حقّ المجتمع في العقاب، وحقّ الفرد بالحرية الفردية يتطلَّب منّا بيان معناها في اللغة، وتحديد مدلولها في الاصطلاح، مع توضيح الأَساس القانوني لها، ومبادِئها، والتكييف القانوني لها، فضلًا عن معرفة ذاتيتها عن طريق توضيح خصائصها، وتمايزها عن النظم القانونية المشابهة، كذلك لابدَّ من بيان أَنواعها.

عليه سوف نقسَّم هذا المبحث على مطلبين، نتناول في المطلب الأَوَّل مفهوم الكفالة الجزائية، في حين نُخصِّص المطلب الثاني للبحث في ذاتية الكفالة الجزائية، وأَنواعها على وفق التفصيل الآتي:

المطلب الأَوَّل

مفهوم الكفالة الجزائية

إنَّ الكفالة الجزائية إجراء مؤقت تقتضيه سلامة التحقيق من جهة، وقرينة البراءة من جهة أُخرى، لاسيما وأَنَّ إجراءات التحقيق تأَخذ وقتًا طويلًا، لذا رأى المشرع ضرورة إيجاد نظام يوازن بين مصالح أَطراف الدعوى الجزائية خلال السير بها، فأَوجد لنا ما يعرف ب (الكفالة الجزائية)؛ لِتُوازن بين حقين متعارضين إلى أَنْ يصدر قرار قضائي بات في الواقعة محل الدعوى الجزائية، وللإِحاطة بمفهوم الكفالة الجزائية.

عليه سوف نقسم هذا المطلب على فرعين، نتناول في الفرع الأَوَّل منه المعنى اللغوي للكفالة الجزائية والتعريف الاصطلاحي لها، فيما نُخصِّص الفرع الثاني للبحث في الأَساس القانوني للكفالة الجزائية ومبادئها والتكييف القانوني لها، على وفق التفصيل الآتي:

الفرع الأَوَّل

تعريف الكفالة الجزائية

أَوّلًا/ الكفالة لغةً:

الكفالة في اللغة لها معنيان، أحدهما: يدّل على العَوْل، ومنه قوله تعالى: "وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا"، أي تكفَّل القيام بأمرها، والآخر: يدل على الضمان[١].

قال الزمخشري في أَساس البلاغة: كفل هو كافيه وكافله، وهو يكفيني ويكفلني، أَي يعولني وينفق عليّ، وقال ابن منظور في لسان العرب : الكافل هو العائل، كفله يكفله وكفَّله إيّاه، وفي التنزيل العزيز "وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا"[٢]، أَي ضمنها حتى تكفَّل برعايتها، أَي ضمن القيام بأمرها، وقال

---

[١] محمد بن أَبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الرسالة، الكويت،١٩٨٣م، ص ٥٧٥.

[٢] سورة آل عمران، الآية رقم (٣٧).

الرازي في مختار الصحاح: الكفيل الضامن، وقد كفل به يكفل بالضم كفالة، وكفّل عنه بالمال لغريمه، وأَكفله المال ضمنه إيّاه والكافل الذي يكفل إنسانًا ويعوله[١].

والكفالة لغة مشتقة من المصدر كفل، والكفل هي العجز، وجمعها أَكفال، ولا يشتق منها فعل أَو صفة، والكفالة تعني الضم، تكفَّل فلان بالشيء، أَي لزم نفسه به[٢]، كفل يتيمًا: ربّاه وأَنفق عليه وقام بأمره، تعهَّد برعايته، كفل المال/كفل الرجل: ضمنه -كفل دينه- تعهَّد بدفعه في حال تمنعه، أَو عدم تمكنَّه من تسديده[٣].

ومن هنا يجب علينا التمييز بين مصطلحين متقاربين في ظاهرهما متباعدين في معناهما - الكفيل والكافل- ففي الحديث الشريف لنبينا محمد صلى الله عليه وآله وسلم:(أَنا وكافل اليتيم في الجنة)، يفهم من الحديث الشريف أَنَّ الكافل يعني العائل الذي يعول يتيمًا وينفق عليه، أَمّا الكفيل فهو الضامن، ومن اطِّلاعنا على المعاجم اللغوية نجد أَنَّ أَغلبها ذَهَبت مذهبًا متقاربًا في تفسير المعنى اللغوي للكفالة.

ثانيًا/ الكفالة اصطلاحًا:

من أجل الإلمام بتعريف بالكفالة الجزائية سوف نشرع إلى توضيح مدلولها في القانون العراقي والقوانين المقارنة وكذلك سنوضحه في الفقه والقضاء.

١ - الكفالة الجزائية قانونًا:

جاء قانون أُصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة (١٩٧١) خاليًا من تعريف الكفالة الجزائية، لكن هناك من يعتقد خطأ بأَنَّ المشرِّع عرف الكفالة الجزائية في الفقرة (أ) من المادة (١٠٩) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية التي جاء فيها إطلاق سراح المتهم بتعهَّد مقرون بكفالة شخص ضامن أَو بدونها بأَنْ يحضر متى طلب منه ذلك،

---

[١] نقلًا عن د. أَحمد محمد اسماعيل برج، الكفالة بالمال وآثرها في الفقه الإِسلامي ،بلا طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر،٢٠٠٤،ص٣-٤.

[٢] أَبن منظور الافريقي، لسان العرب ،الجزء الثالث عشر، باب الكاف ، بلا طبعة، دار المعارف، القاهرة، بلا سنة، ص٤٩.

[٣] د. أَحمد مختار عبد الحميد، معجم اللغة العربية المعاصرة، الجزء الثالث، عالم الكتب، الطبعة الأَوّلى، ٢٠٠٨م، ص١٩٤٥-١٩٤٦.

إلّا إنَّ ذلك غير صحيح كون هذا المعنى اقرب إلى تعريف إخلاء السبيل، ولم يقصد المشرِّع منه تعريف الكفالة الجزائية[١].

ولم يقتصر هذا السكوت على المشرِّع العراقي فقط، إذ لم ترد أغلب القوانين الجنائية، ومنها المقارنة تعريفًا للكفالة الجزائية بعكس القوانين المدنية[٢] التي لا تخلو أيٌّ منها من وضع تعريفًا لها، وبالنظر لسكوت التشريعات الجنائية من إعطاء تعريفًا مغايرًا للكفالة الجزائية عما هو متعارف عليه في القوانين المدنية، فهذا يعني أنَّ الكفالة أصلًا مدنيَّة، وبذلك تخضع للقواعد المدنية[٣]، كذلك أنَّه من المعروف أنَّ عقد الكفالة هو من العقود المسماة في القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) المعدل فقد عرفتها المادة (١٠٠٨) منه بأنَّها "ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام".

يُفهم من هذا التعرف أنَّ المراد بالكفالة هو ضم ذمَّة الكفيل إلى ذمة المكفول في تنفيذ التزام ما فيكون الكفيل مسؤول عند إخلال المكفول بتنفيذ الالتزام المفروض عليه.

أمّا عن التشريعات الجنائية المصرية فقد جاءت هي الأُخرى خالية من تعريف الكفالة الجزائية، إلّا أنَّ المشرِّع المصري عرف الكفالة في المادة (٧٧٢) من قانونه المدني بأنّها "عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأنْ يتعهد للدائن ان يفي بهذا الالتزام إذا لم يفِ به المدين نفسه"[٤].

يتضح من التعريف اعلاه أنَّ الكفالة هي عقد بين ملتزم يسمى كفيل، وملتزم له يسمى مكفول له، فالكفالة هنا تفترض وجود التزام أصلّي بين المكفول والمكفول له ثم وجود التزام تبعي بين الكفيل والمكفول له بموجبه يفي الكفيل به إذا لم يفِ به المكفول، فهي ترتب في ذمة الكفيل التزام أيًا كان محلَّه سواء أكان مبلغ من النقود، أم القيام بعمل أو الامتناع عنه، لكن يؤخذ على هذا

---

[١] أكرم زاده الكردي، أحكام الكفالة الجزائية دراسة مقارنة بين قانون أُصول المحاكمات الجزائية العراقي والأردني، مقال منشور على شبكة الإنترنت، تاريخ الزيارة (٢٠٢١/٣/٥) على الرابط الآتي:
https://portal.arid.my/ar-LY/Posts/Details/82d50cca-5121-44f8-b1e6-f1570e6a6476

[٢] تنظر المادة (١٠٠٨) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، كذلك تنظر المادة (٧٧٢) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨، كذلك تنظر المادة (٨٩٦) من القانون المدني الفلسطيني رقم (٤) لسنة ٢٠١٢، كذلك تنظر المادة (٩٥٠) من القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦.

[٣] أبو بكر برهان حمه، أحكام الكفالة في القانون العراقي (المدنية والتجارية والجزائية)، الطبعة الثانية، مكتبة ياد كار، ٢٠٢٠، ص٣.

[٤] المادة (٧٧٢) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

التعريف أَنَّه لم يحدد أنْ يكون الكفيل شخصًا طبيعيًا، لأَنَّ اصطلاح شخص يطلق على الشخص الطبيعي والمعنوي، كذلك يؤخذ على ظاهر التعريف أَنَّه يُفهم من عبارة "إذا لم يفِ به المدين نفسه" أَنّ التزام الكفيل يكون معلقًا على شرط عدم إيفاء المكفول بالالتزام المفروض عليه، لكن بالرجوع إلى نية المشرِّع نجد أَنَّ المقصود منه أَنَّ هذا الالتزام تابع للالتزام الأَصلّي، فإذا أَوفى المكفول بالتزامه ينقضي التزام الكفيل تبعًا للوفاء بالالتزام الأَصلّي[١].

وعلى صعيد التشرِّيع الفلسطيني فقد عُرِّفت الكفالة بأَنّها: "عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام، بأَنْ يتعهد للدائن بأَنْ يفي بهذا الالتزام إذا لم يفي به المدين نفسه"[٢].

أَمّا المشرِّع الأَردني فقد عرفها في المادة (٩٥٠) من القانون المدني رقم (٤٣) لسنة (١٩٧٦) بأَنّها "ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام"، وهذا التعريف اقتبسه المشرِّع الأَردني من المادة (١٠٠٨) من القانون المدني العراقي التي بدورها أَخذته من الفقه الحنفي[٣].

من المعلوم أَنَّ التشريعات لا تنص على التعاريف إلّا ما ندر، تاركة هذه المهمة للفقه للخوض بها، لكن من الأَفضل لو وضع المشرِّع العراقي تعريفًا للكفالة الجزائية في قانون أُصول المحاكمات الجزائية، ولم يترك الأَمر للرجوع إلى القانون المدني[٤].

ومن جانبنا نرى أَنَّ الكفالة لكي تكون جزائية يجب أَنْ يكون المكفول فيها متهمًا بقضية جزائية، وبخلاف ذلك فالكفالة تكون مدنية.

٢ ـ الكفالة الجزائية فقهًا.

نظرًا لما تتمايز به الكفالة الجزائية من أَحكام خاصة، لم يحددها المشرِّع الجزائي بشكل واضح وصريح فقد خاض الفقهاء دورهم كما تعودوا لإعطاء مفهوم مطابق من حيث المعنى لما أَوردته التشريعات المدنية من جهة وأَكثر ملائمة لما تمتاز به الكفالة الجزائية من جهة أُخرى، فقد وضع شراح القوانين الجنائية تعريفات كثيرة للكفالة الجزائية، وهي التعاريف ذاتها الخاصة

---

[١] أجود علي غالب العزاوي، الكفالة في الشريعة والقانون دراسة مقارنة. رسالة ماجستير، كلية دار العلوم ، قسم الشريعة الإسلامية ،١٩٧٢،ص٤٦-٤٧.

[٢] المادة (٨٩٦) من القانون المدني الفلسطيني رقم (٤) لسنة ٢٠١٢.

[٣] د. عدنان إبراهيم السرحان، العقود المسماة، الطبعة الأَولى، مكتبة دار الثقافة، عمان، ١٩٩٦، ص١٨٠.

[٤] إياد وحيد جبار، أَحكام الكفالة الجزائية، بحث مقدم إلى المعهد القضائي العراقي، ٢٠١٤، ص٥.

بالكفالة بالنفس المنصوص عليها في القوانين المدنية ولكن بصياغه مختلفة كادت تكون أَقرب لما يمكن تسميتها بالكفالة الجزائية.

فعُرِّفت على أَنَّها (ضمان شخص لآخر وضم ذمته إلى ذمته في التعهد)[١].

كذلك عُرِّفت بأَنَّها (عقد يلتزم به شخص بأنْ يحضر شخصًا آخر أَمام القضاء، عند الحاجة)[٢].

كذلك عُرِّفت بأَنَّها (تعهد أَو التزام يأخذه شخص على نفسه بأَنْ يحضر شخصًا آخر –المتهم- في زمان ومكان معينين مقابل الإفراج عن هذا الأَخير وفي حالة الإخلال بذلك الالتزام يلتزم الكفيل بدفع مبلغ معين من المال يحدده المرجع الذي اصدر قرار إخلاء السبيل في سند الكفالة)[٣].

وعُرِّفت أَيضًا بأَنَّها(عقد بين الكفيل والمكفول له المتمثل بالسلطات القضائية أَو التي يكون الموقف متعلق بها بمقتضى قضية جزائية)[٤].

ويرى الباحث أنَّ الكفالة الجزائية هو (عقد بين الجهة مصدرة قرار إخلاء سبيل المتهم بكفالة من جهة وشخص مقبول قانوناً يسمى ب (الكفيل) من جهة أُخرى يلتزم بمقتضاه هذا الأَخير بإحضار المكفول أَمام الجهة التي قررت إخلاء سبيله بموجب هذا العقد عند امتناع المكفول عن تنفيذ الالتزام المفروض عليه وإلّا كان الكفيل معرّضًا للمساءلة القانونية بحسب النصوص القانونية المعمول بها).

---

[١] د. سامي النصراوي، دراسة في أُصول المحاكمات الجزائية، بلا طبعة، مطبعة الجامعة المستنصرية،١٩٧٦،ص٤٦٩.

[٢] د. محمد علي عبدة، عقد الكفالة دراسة مقارنة، الطبعة الأُولى،لبنان،٢٠٠٥، ص١٠١.

[٣] د. محمد سعيد نمور، أَصول الإجراءات الجزائية، الطبعة الأُولى، دار الثقافة، عمان ٢٠٠٥،ص٣٨٩.

[٤] القاضي سامي سليمان فقي، الكفيل في الدعوى الجزائية ، الطبعة الأُولى، مطبعة شهاب، اربيل، ٢٠١٠،ص١٣.

الفرع الثاني

الأَساس القانوني للكفالة الجزائية ومبادئها والتكييف القانوني لها

أَوّلًا/ الأَساس القانوني للكفالة الجزائية:

تجد الكفالة الجزائية أَساسها القانوني في غالبية الدساتير ومنها الدستور العراقي، إذ إنَّ الأَساس القانوني لإخلاء سبيل المتهم بكفالة في القانون العراقي دستوري يستند إلى مبدأ "قرينة البراءة"[١]، التي تُعدُّ ركنًا أَساسًا من أَركان الشرعية الجزائية، وحجر الزاوية في أَغلب النظم المتحضرة، وتحتل قرينة البراءة مكانة مهمة في القوانين الإجرائية والعقابية، وقد نصَّ عليها المشرِّع الدستوري في دستور جمهورية العراق لعام (٢٠٠٥) والذي جاء فيه "المتهم برئ حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية عادلة..."[٢]، إلا إنَّ المشرِّع العراقي في قانون أُصول المحاكمات الجزائية، لم يورد شيئًا يذكر حول قرينة البراءة، إذ جاءت نصوص القانون المذكور، بل والمذكرة الإيضاحية له خالية من أية إشارة إلى هذا المبدأ[٣] ونرى أَنه من الضروري النص على هذا المبدأ في قانون أُصول المحاكمات الجزائية العراقي .

كذلك اعترفت دساتير الدول محل المقارنة وتشريعاتها بقرينة البراءة عن طريق النص عليها في دساتيرها، فقد نص دستور جمهورية مصر العربية لسنة (١٩٧١)-ملغى- على قرينة البراءة في المادة (٦٧) منه والتي جاء فيها "المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه"، أَمّا الدستور المصري الحالي فلم يشر إلى هذا المبدأ صراحة وإنَّما أَقرّه ضمًا بما يؤكد على أَنَّ الحرية الشخصية حق طبيعي وهي مصونة لا تمس[٤]، أَمّا

---

(١) يقصد بمبدأ قرينة البراءة هو أنْ يكون التعامل مع شخص المتهم على أَنَّه بريء مهما بلغت جسامة الجريمة المنسوب إليه ارتكابها وفي أي مرحلة من مراحل الدعوى الجزائية إلى أنْ يصدر حكم قضائي بات بإدانته، مع توفير كافة الضمانات القانونية لهذا الشخص في كل مراحل الدعوى، فهو مبدأ اساسي لضمان الحرية الشخصية للمتهم بمقتضاه أنّ كل متهم مهما بلغت جسامة الجريمة يجب معاملته بوصفه شخصًا بريءً حتى تثبت إدانته بحكم قضائي بات.

(٢) الفقرة الخامسة من المادة (١٩) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

(٣) للتفاصيل أَكثر ينظر رائد أَحمد محمد، موقف المشرِّع العراقي من عبء الإثبات في المواد الجنائية، مقال منشور على شبكة الإنترنت تاريخ الزيارة ٢/٣/ ٢٠٢١، على الرابط الآتي:
https://almerja.com/reading.php?i=7&ida=1296&id=973&idm=36835

(٤) ينظر نص المادة (٥٤) من دستور مصري لسنة ٢٠١٤ المعدل بسنة ٢٠١٩.

قانون الإجراءات الجنائية المصري فقد نص عليها صراحة، إذ نصَّت المادة (١٤٧) منه على "المتهم بريء حتى تثبت إدانته بحكم قطعي".

أَمَّا على صعيد التشريع الفلسطيني فقد نص عليها بعبارات واضحة في القانون الأَساسي لسنة ٢٠٠٣ المعدل إذ نصت المادة (١٠) منه على أنَّه "١- حقوق الانسان وحرياته الاساسية ملزمة وواجبة الاحترام، ٢- تعمل السلطة الوطنية الفلسطينية دون ابطاء على الانضمام إلى الاعلانات والمواثيق الاقليمية والدولية التي تحمي حقوق الانسان".

كذلك نصت المادة (١٤) من القانون نفسه على أَنَّه "المتهم برئ حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه..."

أَمّا عن موقف المشرِّع الدستوري الأَردني من قرينة البراءة فقد كان مماثل لموقف المشرِّع المصري إذ لم ينص عليها صراحة وإنّما أَشار إليها ضمنًا، فقد أَكدّ المشرِّع الدستوري على أَنَّ الحرية الشخصية مصونة[١]، فالحرية هي الأَصل لكل إنسان والتي تعني قرينة البراءة إلى أنْ يثبت العكس وما لم يتم معاملته وفق قرينة البراءة فذلك يعني انتهاك حريته.

ويعني هذا المبدأ – قرينة البراءة – أنّ المتهم بريء حتى يقوم الدليل على إدانته، فإذا لم يكن هناك دليلًا قاطعًا يمكن معه إدانة المتهم تعين على القاضي أنْ يقضي بالبراءة؛ لأَنَّ الإدانة لا تبنى إلاّ على اليقين أَمّا البراءة فيجوز أنْ تُبنى على الشك، أي أَنّه يجب على القاضي الجزائي أنْ يقضي بالبراءة كلما ثار الشك لديه بالإدانة، ويُعدُّ هذا الأَصل مبدأ أَساسيًا في النظام الديمقراطي ومفترضًا من مفترضات المحاكمة المنصفة، وقد وصفه مجلس اللوردات البريطاني بأَنَّه "خيط ذهب في نسيج ثوب القانون الجنائي"، ويعتبر هذا المبدأ هو الأَساس الذي تتفرع منه بقية حقوق المتهم أَثناء نظر الدعوى الجزائية ومنها الكفالة الجزائية[٢].

فتجد الكفالة الجزائية أَساسها القانوني في مبدأ قرينة البراءة، ويعني هذا المبدأ أَنَّ الإنسان في الأَصل برئ الذمة، وأَنَّ البراءة مفترضة فيه، وبذلك يقع على جهة الاتهام عبئ اثبات الجريمة التي تدعي بأَنّ المتهم ارتكبها، وكُرِّس هذا المبدأ في العديد من المواثيق الدولية وإعلانات حقوق

---

[١] ينظر نص المادة (٧) من الدستور الأَردني لسنة ١٩٥٢ المعدل بسنة ٢٠١٦.

[٢] القاضي محمد عبد جازع، مسؤولية الكفيل في الدعوى الجزائية، بلا طبعة، مطبعة السيماء، بغداد ٢٠١٦، ص٢٨.

الإنسان[١]، فقد ورد في المادة (١١) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في (١٢/١/ ١٩٤٨) أنّ "كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريء إلى أنْ يثبت ارتكابه لها قانونًا في محاكمة علنية تكون قد وفرت له فيها جميع الضمانات اللازمة للدفاع عن نفسه"[٢].

كذلك أشارت الفقرة (الثالثة) من المادة (التاسعة) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية إلى أَنَّه لا يجوز أَنْ يكون توقيف الأَشخاص الذين ينتظرون المحاكمة هو القاعدة العامة ولكن من الجائز تعليق الإفراج عنهم على ضمانات كفالة حضورهم في أي مرحلة أُخرى من مراحل الإجراءات القضائية.

ثانيًا/ المبادئ القانونية في الكفالة الجزائية:

هناك عدة مبادئ نصَّت عليها التشريعات وركز عليها القضاء عن طريق التطبيقات القضائية لعقد الكفالة الجزائية، ومنها ما يأتي:

١- مبدأ التناسبية: ويقصد به تناسب مبلغ الكفالة مع نوع الجريمة وجسامتُها، فقد نصَّت الفقرة (أ) من المادة (١١٤) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية العراقي على أَنّه "يحدد مبلغ التعهد أَو الكفالة تبعًا لظروف كل قضية على أنْ يكون مناسبًا لنوع الجريمة وحالة المتهم"، فقد نقضت محكمة جنايات الرصافة في قرارها المرقم (٢٣٠/ت/ج/١٩٩٧)، قرار قاضي تحقيق الأَعظمية والمتضمن إطلاق سراح المتهم بكفالة مقدارها خمسة وعشرون الف دينار ، فقد تم نقض هذا القرار، كونه جاء معيبًا من حيث عدم تناسبه مع جسامة الفعل المنسوب ارتكابه إلى المتهم؛ إذ إنّ مبلغ الكفالة هنا لا يشكل تأمينًا مناسبًا من أَجل إحضار المتهم كلما طلبت السلطات المختصَّة ذلك[٣].

٢- مبدأ التعددية الشخصية: ويقصد به تعدد الكفالات بتعدد المتهمين، فإذا كان هناك عدة متهمين تجمعهم جريمة واحدة وقررت المحكمة إخلاء سبيلهم بالكفالة فحينئذ يجب على كل متهم أَنْ يقدم سند كفالة مستقل عن الآخر.

٣- مبدأ التعددية الموضوعية: ويقصد به تعدد الكفالات بتعدد التهم، فقد نصَّت المادة (١١٥) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية العراقي على أَنَّه "متى قدم التعهد أَو الكفالة أَو المبلغ النقدي أُخلي سبيل المتهم في الحال ما لم يكن موقوفًا عن جريمة أُخرى"، إذ يفهم من نص

---

[١] إياد وحيد جبار، مصدر سابق، ص٦.

[٢] المادة (١١) من الإعلان العالمي لحقوق الانسان الصادر عام ١٩٤٨.

[٣] قرار محكمة جنايات الرصافة بصفتها التمييزية رقم (٢٣٠/ت/ج/١٩٩٧)، في (١٩٩٧/٦/٤)، غير منشور.

هذه المادة أَنَّ كل قضية مستقلة من القضايا التي تجوز فيها الكفالة تتطلب سند كفالة خاص بها حتى وإنْ كان المتهم واحدًا.

٤- مبدأ خضوع الكفالة الجزائية لسلطة القاضي التقديرية: وسع المشرِّع العراقي من السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي الجزائي[١]، ففي قرار لمحكمة استئناف بغداد الرصافة الاتحادية بصفتها التمييزية بالعدد (٩٤٠/ت/ج/٢٠١٤)، جاء فيه "لدى التدقيق والمداولة وجد أَنّ طلب التدخل التمييزي يتعلق بقرار قاضي محكمة الجنح الذي قضى برفض طلب إخلاء سبيل المتهم بكفالة، وحيث إنّ هذا الأمر يقدّره قاضي الموضوع ويخضع لسلطته التقديرية... لذا قررت هذه المحكمة ردّ طلب التدخل التمييزي"[٢]، وهذا المبدأ أَقرتهُ جميع القوانين الجنائية محل الدراسة، فقد نصَّت المادة (١٤٤) من قانون الإجراءات الجنائية المصري على "لقاضي التحقيق في كل وقت سواء من تلقاء نفسه أَو بناءً على طلب المتهم أَنْ يأمر بعد سماع أَقوال النيابة العامة بالإفراج المؤقت عن المتهم..."، كذلك نصَّت المادة (١٤٦) من نفس القانون على "... ويقدر قاضي التحقيق أَو محكمة الجنح المستأنفة منعقدة في غرفة المشورة، حسب الأَحوال، مبلغ الكفالة"، كذلك قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني فقد نصَّت المادة (٢٣٩) منه على أَنَّه "يجب على كل شخص تقرر الإفراج عنه بالكفالة أَنْ يوقع سند تعهد بالمبلغ الذي تراه المحكمة كافيًا"، كذلك نصَّت المادة (١٤٠) من القانون ذاته على أَنَّه "يجوز للمحكمة إذا تبين لها أَنّ حالة المتهم لا تسمح له بتقديم كفالة أَنْ تستبدل بها التزام المتهم بأَنْ يقُدم نفسه إلى مركز الشرطة في الأَوقات التي تحددها له في أمر الإفراج..."، أَمّا قانون أُصول المحاكمات الجزائية الأَردني فقد نص في المادة (١٢١) منه على أَنّه "يجوز للمدّعي العام أَنْ يُقرر تخلية سبيل أَي شخص موقوف بجريمة جنوحيه بالكفالة إذا استدعى ذلك كما يجوز للمحكمة أَنْ تقرر التخلية بالكفالة بعد إحالة القضية اليها أَو أَثناء المحاكمة"، كذلك نصَّت المادة (١٢٣) من القانون ذاته على أَنَّه "يجوز للمحكمة إخلاء سبيل من اسندت إليه جريمة جنائية إذا وجدت أَنّ ذلك لا يؤثر على سير التحقيق والمحاكمة ولا يخل بالأمن العام ...".

٥- مبدأ عدم جواز الكفالة في الجرائم التي تكون عقوبتها الإعدام[٣] أَو السجن مدى الحياة[١]، ولم يرد مثل هذا المنع الصريح في قانون الإجراءات الجنائية المصري، فقد جاء في نص المادة

---

[١] ينظر نص المادة (١٠٩) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١.

[٢] قرار محكمة استئناف بغداد/ الرصافة الاتحادية بصفتها التمييزية بالعدد (٩٤٠/ت/ج/٢٠١٤) في (٢٠١٤/٨/٨) غير منشور.

[٣] المادة (١٠٩) من قانون أَصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١.

(١٤٣) منه "وفي جميع الأحوال لا يجوز أنْ تتجاوز مدة الحبس الاحتياطي في مرحلة التحقيق الابتدائي وسائر مراحل الدعوى الجنائية ثلث الحد الأقصى للعقوبة السالبة للحرية بحيث لا يتجاوز ستة أَشهر في الجنح وثمانية أَشهر في الجنايات وسنتين إذا كانت العقوبة المقررة للجريمة هي السجن المؤبّد أَو الإعدام"، وعلى الرغم من أَنَّ الفقرة الأَخيرة من ذات المادة نصت على أَنّه "ومع ذلك فلمحكمة النقض ولمحكمة الإحالة إذا كان الحكم صادرًا بالإعدام أَو بالسجن المؤبّد أَنّ تأمر بحبس المتهم احتياطيًا لمدة خمسة وأَربعين يومًا قابلة للتجديد من دون التقيد بالمُدد المنصوص عليها في الفقرة السابقة".

أَمّا المشرِّع الفلسطيني فلم يتطرّق إلى موضوع جسامة الجريمة أَو نوع العقوبة من حيث جواز أَو عدم جواز إطلاق سراح المتهم بكفالة، وهذا نقص يُحسب على المشرِّع الفلسطيني.

---

(١) إذ جاء في قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (١١٧٣/ت/ج /٢٠٠٦) الصادر في (٢٠٠٧/٥/٣٠)، بعدم صلاحية الكفالة في الجرائم المعاقب عليها بالسجن مدى الحياة، ومن الجدير بالذكر أَنَّ هذه العقوبة استحدثت ضمن العقوبات الأَصلية بموجب نظام سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحله)، في الأَمر رقم (٧/ قانون عقوبات) القسم (١/٣) المنشور في الوقائع العراقية بالعدد (٣٩٧٨) في (٢٠٠٣/٨/١٧) والنافذ من تاريخ التوقيع عليه في (٢٠٠٣/٦/١٠). وتعني هذه العقوبة بقاء المحكوم عليه في السجن طوال حياته وتنتهي بوفاته، وقد حلت هذه العقوبة بديلة عن عقوبة الإعدام بالنسبة للجرائم الواقعة للفترة من (١٠) حزيران (٢٠٠٣) ولغاية صدور أَمر إعادة العمل بعقوبة الإعدام رقم (٣) لسنة (٢٠٠٤) بتاريخ (٢٠٠٤/٨/٨) ونشر في الوقائع العراقية بتاريخ ايلول (٢٠٠٤) بالعدد (٣٩٨٧) وإنَّ عقوبة السجن مدى الحياة قد وردة على نوعين: الأَوّل باعتبارها بديلة عن عقوبة الإعدام وفق التفصيل السابق، والثاني باعتبارها عقوبة أَصلية عن بعض الجرائم، مثل جريمة الاغتصاب المنصوص عليها في المادة (٣٩٣) ق.ع .ع ، وبالرجوع إلى النصوص القانونية نجد بأَنَّ القسم (٦) من أَمر سلطة الائتلاف المؤقتة رقم (٣١) في (١٠) ايلول (٢٠٠٣) قد تضمن تعديلات لإجراءات الكفالة بالرغم من شروط الكفالة المنصوص عليها في المادة (١٠٩) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة (١٩٧١) يجوز للقاضي الذي يتولى المراجعة على ملف القضية أَنْ يأمر باحتجاز المتهم بارتكاب جريمة تكون عقوبتها القصوى السجن مدى الحياة وعدم إخلاء سبيله لحين المحاكمة مقابل كفالة مالية، ومّما يلحظ أَنَّ النص تضمن كلمة يجوز أي أَنَّ المسألة جوازيه وليس وجوبية أي أَنّه لا يوجد نص قانوني يمنع من إطلاق سراح المتهم بجريمة معاقب عليها بالسجن مدى الحياة بكفالة، إلاّ أَنّه من الناحية العملية وما استقر عليه القضاء العراقي هو عدم جواز إطلاق سراح المتهم بكفالة في الجرائم المعاقب عليها بالسجن مدى الحياة، ويرى القاضي محمد عبد جازع أَنَّ هناك نقص تشريعي يستوجب تدخل المشرِّع العراقي لسد هذا النقص وذلك بوضع نص يمنع إخلاء سبيل المتهم بجريمة معاقب عليها بالسجن مدى الحياة بكفالة وإضافتهُ إلى نص المادة =(١٠٩/ب) لتقرأ كالآتي: "يجب توقيف المقبوض عليه إذا كان متهمًا بجريمة معاقب عليها بالإعدام أَو السجن مدى الحياة...".

أمّا عن المشرِّع الأردني فقد نص قانون أُصول المحاكمات الجزائية الأُردني إلى أَنَّه "يجوز للمحكمة إخلاء سبيل من أُسندت إليه جريمة جنائية إذا وجدت أَنَّ ذلك لا يؤثر على سير التحقيق والمحاكمة ولا يخل بالأَمن العام..."[١]، فقد ترك المشرِّع سلطة تقديرية واسعة للقاضي، وأَنَّه من باب أَولى عدم إطلاق سراح من كان متهم بجريمة معاقب عليها بالإعدام؛ لأَنَّ إطلاق سراح المتهم في هذه القضايا حتمًا يؤدي إلى هروب المتهم والعبث بأدلة الجريمة والتأثير على سير التحقيق.

نجد ممّا تقدم أَنَّ المشرِّع العراقي كان متميزًا في وضع المعيار الفاصل من حيث نوع العقوبة في جواز أَو عدم جواز إخلاء سبيل المتهم بالكفالة الجزائية، وحسنًا فعل مشرِّعنا العراقي، إذ لم يترك هذه المسألة للاجتهاد القضائي.

ثالثًا/ التكييف القانوني للكفالة الجزائية:

إنَّ عقد الكفالة هو من العقود التي تعرف بعقود التأمينات الشخصية المسماة في القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) التي يعمد إليها صاحب الحق من أَجل ضمان حقّه في المستقبل، فالكفالة هي عقد توثيقي من عقود الضمان، ومن حيث تبادل الحقوق بين أَطرافها فالكفالة تكون تبرعّا[٢]، فمن جانب أَنَّها (عقد توثيقي) يكون المقصود منها توثيق التزام معين وضمان الوفاء به عند عدم تنفيذ المكفول لالتزامه[٣]، ومن جانب أَنّها تبرعًا إذ يضم الكفيل ذمته إلى ذمة الأَصيل من دون مقابل، إذ يلتزم الكفيل بأَنْ يفي بالتزام المكفول إذا لم يفِ به هذا الأَخير دون أَنْ يلتزم المكفول بمقابل للكفيل، وبالتالي فإنّ الكفيل يعد متبرعًا للمكفول، وبذلك تخضع الكفالة للأحكام المتعلقة بعقود التبرُّع، وبالأخص من ناحية الأَهلية المطلوبة بالنسبة للكفيل[٤] .

ومن جانبنا نرى أَنّ الكفالة الجزائية هي إجراء قانوني لسلامة التحقيق، وهي ليست بعقوبة وإنَّما سلطة منحها القانون-بشروطها- للجهة المختصَّة من أَجل استكمال الإجراءات التحقيقية، و

---

[١] المادة (١٢٣) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية الأَردني رقم (٩) لسنة ١٩٦١.

[٢] د. ماجد محمد أَبو رخية، الآثار المترتبة على الكفالة المالية دراسة مقارنة، بلا طبعه، بلا ناشر، بلا سنة نشر،ص١٣٠.

[٣] د. عدنان إبراهيم السرحان، شرح القانون المدني العقود المسماة المقاولة والوكالة والكفالة، بلا طبعة، دار الثقافة،٢٠٠٩،ص٢٣٢

[٤] د. رعد أدهم عبد الحميد و د. نوزاد صديق سليمان، عقد الكفالة دراسة مقارنة بين القانون والشريعة، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، العدد الخامس، المجلد الثاني،٢٠١٣،ص٦.

تأتي الكفالة الجزائية تطبيقًا لمبدأ قرينة البراءة فيقتضى إطلاق سراح المتهم بكفالة إذا لم تكن هناك خشية من هروبه أو العبث بإجراءات التحقيق بحسب ما يقدره القاضي؛ لأَنَّ الأَصل هو أَنَّ أَي شخص بريء ما لم تثبت إدانته بقرار صادر من جهة قضائية، كذلك أَنَّ الكفالة الجزائية تُعدُّ أَداة للموازنة بين مصلحتين، هما مصلحة المتهم في أَن لا تسلب حريته ومصلحة المجتمع في تحقيق الطمأنينة والاستقرار، فتُعدُّ الكفالة الجزائية من مقتضيات احترام حرية الفرد وسلطة الدولة في العقاب، والكفالة الجزائية إجراء مؤقت بحكم طبيعته، ولا بدَّ من أنْ تنتهي بانتهاء الغرض الذي دعا إليها، ولا تُعدُّ الكفالة الجزائية هي بداية لتنفيذ العقاب؛ لأَنَّ هذا الإجراء لا يمكن اتخاذه إلاّ بعد صدور الحكم، فالقضية التي تُجرى بها الكفالة الجزائية تكون في طور البحث والاستقصاء وجمع الأَدلّة أَو في مرحلة المحاكمة قبل صدور حكم نهائي، فهي ليست بعقوبة وإنّما إجراء تفرضه ضرورات تقتضيها مصلحة التحقيق، ولا تُعدُّ الكفالة الجزائية تدبيرًا احترازيًا؛ لأنّها ليست بعقوبة.

المطلب الثاني

ذاتية الكفالة الجزائية وأَنواعها

تتمايز الكفالة الجزائية بعدد من المميزات التي يمكننا عن طريقها فهم ذاتيتها، وتمايزها عن الأَنظمة القانونية المشابهة لها، إذ أَقتَرَبَ عقد الكفالة الجزائية من بعض النظم القانونية المشابهة له في بعض الخصائص أَو الصفات التي جعلت من الصعب أَن يُفرَّق بينهما، كذلك عند الرجوع لنصوص قانون أُصول المحاكمات الجزائية العراقي، والقوانين الإجرائية المقارنة نجد أَنَّ هذه التشريعات قد حددت عدة أَنواع للكفالة الجزائية، عليه سوف نقسم هذا المطلب على ثلاثة فروع، نتناول في الفرع الأَوّل منه خصائص الكفالة الجزائية، أَما الفرع الثاني فسوف نتكلم فيه عن تمايز الكفالة الجزائية عن الأَنظمة المشابهة لها، في حين سنُخصِّص الفرع الثالث لدراسة أَنواع الكفالة الجزائية على وفق التفصيل الآتي:

الفرع الأَوّل

خصائص الكفالة الجزائية

تتمايز الكفالة الجزائية بعدد من الخصائص سنوضحها على وفق التفصيل الآتي:

أَوّلًا/ عقد ضمان شخصي:

تُعدُّ الكفالة من نظم التأمينات الشخصية، بل هي الصورة النموذجية لهذه النظم فالكفالة تعطي للمكفول له تأَمينًا شخصيًا عن طريق التزام الكفيل بالوفاء بما التزم به المكفول عند عدم وفاء هذا الأَخير بالالتزام المفروض عليه، فالكفالة هي تأمين للمكفول له ضد امتناع المكفول عن الوفاء بالالتزامات المفروضة عليه، فتعهد الكفيل بالوفاء بالتزام المكفول يزيد ويعزز ثقة المكفول له في حصوله على حقه، إذ يُضيف الكفيل ذمته إلى ذمة المكفول، ويرد هذا على كل مفردات ذمته المالية[١]، إذ يُسأل الكفيل عن تعهده للمكفول له بالوفاء بالالتزام الأَصلّي في حالة عدم وفاء المكفول بالالتزام المفروض عليه مسؤولية غير محدودة في جميع أَمواله؛ لأنَّه قَبَلَ أنْ يضم ذمته إلى ذمة المكفول ضمانًا للوفاء بالالتزام المكفول.

ثانيًا/ عقد رضائي:

إنّ العقود من حيث الأَركان اللازمة لانعقادها تنقسم على عقود رضائية، وعقود غير رضائية، والعقود الرضائية هي تلك العقود التي يكفي لانعقادها توافق إرادتين على إنشائها دونما حاجة لأَيّ إجراء آخر، ودون إفراغ التراضي في شكل خاص، فيجوز أنْ يتم التراضي كتابة، أَو شفاهًا، أَو إشارة، وعلى هذا الأَساس يُعدُّ عقد الكفالة عقدًا رضائيًا[٢]، إلا أَننا نرى أَنَّ الكفالة الجزائية وبالنظر لخصوصيتها وما استقر عليه القضاء في كيفية التعامل مع هذا النظام لا يمكن أَن يتصور انعقادها من دون افراغ التراضي كتابةً في شكلٍ معين، إذ يشترط فيها أَن تكون مكتوبة ولا تقبل شفاهًا أَو بالإشارة.

إنّ الرضا هو الأَساس الطبيعي في كل العقود، ومنها عقد الكفالة الجزائية؛ إذ إنّه يخضع للمبادئ العامة من حيث التعبير عن الإرادة وشروط صحّته، مضاف إليه بعض الخصوصيات

---

[١] ينظر سليمان ساره، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، بحث تخرج مقدم إلى المعهد الوطني للقضاء، الجمهورية الجزائرية، ٢٠٠٤،ص٥ .

[٢] د. قدري عبد الفتاح الشهاوي، اركان عقد الكفالة، بلا طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص٣٠.

التي تتعلَّق بعقد الكفالة الجزائية[١]، كذلك أَنَّ عقد الكفالة الجزائية لا يتم إلّا بتوافق إرادة المتعاقدين، التي تتحقق بتوافق القبول الصادر من الكفيل مع الإيجاب الصادر من الجهة المختصَّة أَو بالعكس، فإذا وجد ما يعيب إرادة المتعاقدين فلا تصّح الكفالة[٢]، أَي أَنَّ الكفالة هي عقد من عقود التراضي تنشأ بتلاقي إرادتي الكفيل والمكفول له، والعقد الرضائي هو الذي لا يشترط المشرِّع لانعقاده شكلًا خاصًا وإنما يكفي تراضي طرفيه، وعقد الكفالة كما ذكرنا ينعقد بمجرد التراضي بين الكفيل والمكفول له، وهذا ما أَشار إليه القانون المدني العراقي في الفقرة الأُولى من المادة (١٠٠٩) منه على أَنّه (تنعقد الكفالة بإيجاب وقبول من الكفيل والمكفول له)، كذلك الحال بالنسبة للمشرِّع المصري فإنّه لا يستلزم لانعقاد الكفالة شكل خاص إذ يكفي الرضا بين الكفيل والمكفول له على الرغم من أَنّ المادة (٧٧٣) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة (١٩٤٨) نصَّت على أَنَّه (الكفالة لا تثبت إلّا بالكتابة)، وكذلك نص المادة (٨٩٧) من القانون المدني الفلسطيني رقم (٤) لسنة (٢٠١٢)، الذي جاء مماثل لموقف المشرِّع المصري، إلّا أَنَّ الكتابة المطلوبة هنا هي لغرض الإثبات وليس لغرض أنْ تكون ركنًا للانعقاد، إذ يجوز أَثبات الكفالة بما يقوم مقام الكتابة كاليمين والإقرار[٣]، أَمّا المشرِّع الأَردني فقد جاء بنص صريح في المادة (٩٥١) من قانونه المدني رقم (٤٣) لسنة (١٩٧٦) التي أكدَّت على أَنَّه يكفي في انعقاد الكفالة و نفادها إيجاب الكفيل ما لم يردها المكفول له.

أَمّا موقف المشرِّع الفرنسي من حيث طريقة التعبير عن الإرادة في عقد الكفالة فقد جاء مغايرًا لما رأيناه في التشريعات التي ذكرناها؛ فقد أَوجبت المادة (٢٠١٥) من القانون المدني الفرنسي النافذ أنْ يكون تعبير الكفيل صريحًا[٤].

ويرى الباحث أَنَّ المشرِّع الفرنسي كان موفقًا في هذه الالتفاتة التي تتمخض لحماية الكفيل؛ لأَنَّ المكفول له عندما يعبر عن إرادته سواء أكان صراحةً أَم ضمنًا، فهو لا يُثير إشكالية في التعبير عن الإرادة؛ لأَنَّ الكفالة بالنسبة إليه تُعدُّ عملًا نافعًا نفعًا محضًا، لكن الإشكالية التي تُثار هنا هي في طريقة تعبير الكفيل عن إرادته؛ لكون الكفالة هي عقد من عقود التبرع فتكمن الخطورة هنا؛ إذ إنّ عقد الكفالة يرتب التزامات على عاتق الكفيل، فنجد أَنَّه لابدَّ من التعبير الصريح عن إرادة الكفيل لكي تكون معتبرة في عقد الكفالة، وهذا ما نصَّت عليه المادة (٧٤٣)

---

[١] أَبو بكر برهان حمه، مصدر سابق،ص٤.

[٢] أَجود علي غالب العزاوي، مصدر سابق،ص٢٨٩.

[٣] د. رعد ادهم عبد الحميد، و د. نوزاد صديق سليمان، مصدر سابق، ص١١.

[٤] ينظر نص المادة ٢٠١٥ من القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ المعدل بسنة ٢٠١٦.

من القانون المدني البحريني إذ جاء فيها "الكفالة لا تفترض، ويجب أنْ يكون رضاء الكفيل صريحًا، ولا تثبت الكفالة إلَّا بالكتابة ولو كان من الجائز أثبات الالتزام الأصلّي بغيرها"[١].

ثالثًا/ عقد تبرُّع:

إنّ عقد الكفالة هو في الأساس من العقود المجانية بطبيعتها، والعقد المجاني هو في الأساس يوضع لمصلحة أحد الطرفين من دون أنْ يُقابل الالتزام الناتج من هذا العقد التزام على عاتق الطرف الآخر[٢]، فالكفالة في الأصل هي عقد من عقود التبرُّع التي لا يأخذ فيها أحد الطرفين وهو الكفيل مقابلًا للضمان الذي قدمه للدائن، والذي لا يعطي فيه الطرف الآخر وهو الدائن مقابلًا لهذا الضمان الذي حصل عليه[٣]، وأنَّ صفة التبرُّع في عقد الكفالة هي من طبيعة العقد لا من مستلزماته، وبمّا أنَّ الكفالة هي عقد من عقود التبرُّع فلا تصّح إلَّا لمن يملك أهليّة التبرُّع، فلا تصح من الصبي أو المجنون، فقد نصَّت المادة (٩٠٠) من القانون المدني الفلسطيني رقم (٤) لسنة (٢٠١٢) على أنّه "يشترط في انعقاد الكفالة أنْ يكون الكفيل أهلًا للتبرُّع"، كذلك أشارت المادة (٩٥٢) من القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة (١٩٧٦) إلى أنَّ الكفالة هي تبرُّع محض، فيشترط لانعقادها أنْ يكون الكفيل أهلًا للتبرُّع.

رابعًا/ عقد تبعّي:

إنَّ الكفالة الجزائية هي وسيلة من وسائل الوفاء بالتزام معين، وعلى ذلك فإنّه يستلزم لقيام الكفالة أنْ يوجد التزام أصلّي بين المكفول والمكفول له لكي ترتكز عليه، وتقوم على ضمان الوفاء به، إذ تنشأ تبعًا للالتزام الأصلّي.

تُعدُّ هذه الخصيصة من أهم خصائص الكفالة بل أنَّها تُعدُّ المعيار الفاصل لتميزها عن غيرها من وسائل الضمان الشخصية، فعقد الكفالة لا يتمتع بكيان مستقل بحد ذاته خارج نطاق الالتزام الأصلّي[٤]، فلا بدَّ من أنْ ترد الكفالة على التزام تام سابق لها وإلّا لن يترتب عليها شيء من آثارها، ما لم يتم الالتزام الأصلّي، فإذا كان باطلًا لم تصح لبطلانه، وإذا كان معلقًا على شرط

---

[١] المادة (٧٤٣) من القانون المدني البحريني رقم (١٩) لسنة ٢٠٠١.

[٢] محمد محمود معطي، و د. غسان رباح، الكفالة في ضوء الفقه والاجتهاد، الطبعة الأُولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٩، ص٢٩.

[٣] د. عدنان إبراهيم السرحان، مصدر سابق، ص٢٢٩.

[٤] د. محمد علي عبده، مصدر سابق، ص٧٤.

صحت بوقوع الشرط[١]، فالكفالة هي عقد ثانوي تابع لالتزام أَصلّي سابق لها الغرض منها هو لضمان الوفاء بهذا الالتزام السابق، لذلك فإنّ الالتزام المكفول هو الذي يحدد مدى التزام الكفيل، ويترتب على تبعية الكفالة أَنَّها لا تصح إلّا إذا كان هناك التزام أَصلّي صحيح، فإذا كان الالتزام الأَصلّي باطلًا بطلت الكفالة معه[٢]، فقد نصَّت المادة (١٠١٣) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) على أَنّه "إذا كان الدين مؤجّلًا على الأَصيل وكفل به أَحد تأجل على الكفيل أَيضًا..."، كذلك جاء فيها إذا أَجّل الدائن على الأَصيل تأجل على الكفيل؛ إذ إنّ التزام الكفيل مرتبط بعلاقة طردية مع التزام الأَصيل، كذلك نصَّت المادة (٧٧٦) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة (١٩٤٨) على أَنّه "لا تكون الكفالة صحيحة إلّا إذا كان الالتزام المكفول صحيحًا"، كذلك كان نص المادة (٩٠١) من القانون المدني الفلسطيني رقم (٤) لسنة (٢٠١٢) الذي استقاه من القانون المدني المصري، إذ جاءت بالنص ذاته الوارد في المادة (٧٧٦) من القانون المدني المصري تمامًا، فالكفالة هي عقد ثانوي تابع لالتزام أَصلّي يقصد من ورائها ضمان الوفاء بهذا الالتزام -الأَصلّي- لذلك فإنّ الالتزام المكفول هو الذي يحدِّد مدى التزام الكفيل.

خامسًا/ عقد مُلزم لجانب واحد:

لمّا كان طرفا عقد الكفالة هما الكفيل والمكفول له، فهو عقد مُلزم لجانب واحد؛ إذ لا ينشأ عنه سوى التزام الكفيل تجاه المكفول له بوفاء الالتزام المضمون إذا لم يفِ به المكفول.

أَي أَنَّ الكفالة الجزائية مُلزمة للكفيل فقط الذي يتعهد بتنفيذ الالتزام المفروض عليه من دون أَنْ يقابل ذلك التزام من المكفول له الذي لا يتعهد بتنفيذ شيء[٣]، أَي أَنَّ الكفالة لا تلزم إلّا أَحد أَطرافها والمقصود هنا هو الكفيل؛ إذ لا يترتب على المكفول له أَي التزام[٤]، فالكفالة لا تنشئ التزامات إلّا في ذمّة الكفيل؛ لأَنَّ الكفيل فقط هو من يتعهّد في هذا العقد أَمّام المكفول له بضمان وفاء الالتزام المفروض على المكفول، فالعقد كما ذكرنا أَنَّه يرتِّب التزامًا بالضمان على عاتق الكفيل، أَمّا المكفول له فلا يلتزم بشيء نحو الكفيل، لذلك يُقال إنّ عقد الكفالة مُلزم لجانب واحد[٥].

واحد[٥].

---

[١] أَجود علي غالب العزاوي، مصدر سابق ،ص٢٩٠.

[٢] د. عدنان إبراهيم السرحان، مصدر سابق، ص٢٣١.

[٣] محمد محمود معطي، و د. غسان رباح، مصدر سابق، ص٢٦.

[٤] أَجود علي غالب العزاوي، مصدر سابق، ص٢٨٩.

[٥] سليمان سارة، مصدر سابق، ص٥.

الفرع الثاني
تمايز الكفالة الجزائية عن النظم القانونية المشابهة

أَوّلًا/ تمايزها عن الكفالة المدنية:

تُعدُّ الكفالة الجزائية من الأُمور التي نظَم المشرِّع العراقي إجراءاتها في قانون أُصول المحاكمات الجزائية العراقي بموجب أَحكام الفصل الثالث من الباب الخامس تحت عنوان (توقيف المتهم وإخلاء سبيله)، وإنْ كان أَساسها في القانون المدني، ومّما يلحظ أَنَّ قانون أُصول المحاكمات الجزائية العراقي قد خلا من وضع تعريف لنظام الكفالة الجزائية، إلَّا أَنَّ عدم وضع المشرِّع تعريفًا محدد للكفالة الجزائية لم يُشكِّل عائقًا أَمامه لتنظيم أَحكامها في المواد من (١٠٩-١٢٠) من هذا القانون، فقد جعل منها المشرِّع نظامًا للموازنة بين سلطة الدولة في العقاب وحق الفرد في الحرية الفردية عن طريق تقنين هذا النظام ووضع الأَحكام الخاصة به مع إعطاء سلطة تقديرية واسعة للمحكمة لضرورات حتمية، وجعلها ضمانة من ضمانات المتهم في المحافظة على الحرية الشخصية، فإذا قدَّم المتهم طلبًا للكفالة على وفق الشروط والأَحكام التي حدَّدها المشرِّع، وكان موقوفًا عن جريمة من الجرائم التي تجوز الكفالة فيها واقتنعت السلطة المختصَّة بطلب الكفالة، فلها أنْ تُخلي سبيله ما لم يكن مطلوبًا أَو موقوفًا عن جريمة أُخرى، و هذا حسب ما جاء بنص المادَّة (١١٥) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية العراقي النافذ، التي تنص على أَنّه" متى قدم التعهد أَو الكفالة أَو المبلغ النقدي أُخلي سبيل المتهم في الحال ما لم يكن موقوفًا عن جريمة أُخرى"[1].

إنَّ الكفالة الجزائية هي عقد من عقود القانون العام، أَي أَنَّ هذا العقد يكون بين السلطة العامة وشخص الكفيل، في حين الكفالة المدنية فهي عقد من عقود القانون الخاص، ومن هنا يتضح الفرق بين الكفالة المدنية والجزائية، كذلك أَنَّ هناك فروقًا أُخرى بينهما، منها: أَنّ عقد الكفالة الجزائية فضلًا عن تضمّنه لشروط العقد المعروفة (الأهلية، المحل، الرضا، السبب)، إلَّا أَنّ هناك متطلَّبات أُخرى، منها: أَنْ يكون هناك متهمًا بقضية جزائية، إذ جاء في قرار لمحكمة استئناف أَربيل بصفتها التمييزية "أَنَّ صك الكفالة موضوع الدعوى الخاص بالكفيلة (س) عن

[1] ينظر نص المادة (١١٥) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية العراقي المعدل رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١.

المكفول لغرض تعيينه في سلك الشرطة وتأمين إحضاره أمام الجهات المختصة عند الطلب هو كفالة مدنية، وليس جزائية وبالتالي لا تخضع لتطبيقات وأحكام المادة (١١٩/أ) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية التي تخص الكفالة الجزائية نتيجة ارتكاب الجرائم[١].

إذ يتبين لنا من هذا القرار أَنَّ الكفالة لكي تكون جزائية يجب أَنَّ يكون المكفول فيها متهمًا بمقتضى قضيةٌ جزائية، وأَنَّ تُجرى على وفق أَحكام المادة (١١٩) الأُصولية، وبخلاف ذلك، فالكفالة تكون مدنية.

كذلك أَنَّ الكفالة الجزائية قد تكون مقرونة بتعهد بإحضار المتهم، وأنْ يكون له محل إقامة معلوم، كذلك تجد الكفالة الجزائية أَساسها القانوني في مبدأ قرينة البراءة المفترض في كل إنسان، الذي يتضمن أنّ الإنسان بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية عادلة[٢].

أَمّا الكفالة المدنية فنظمها المشرع العراقي في القانون المدني رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١)، وقد نصّت عليها المادة (١٠٠٨) منه، وتختلف الكفالة الجزائية عن الكفالة المدنية من حيث إنّ الذمة في الكفالة الجزائية هي ذمة المتهم الذي يتعهد بالحضور أَمام السلطة المختصة متى ما طلب منه ذلك، أَمّا الذمة الثانية فهي ذمة الكفيل الذي يعلن عن التزامه بإحضار المتهم أَمام الجهة المختصة متى ما طلب منه ذلك، أَمّا الكفالة المدنية فلا تتطلب أنْ يكون صاحب إحدى الذمم متهما بقضية جزائية، كذلك تتميز الكفالة المدنية عن الكفالة الجزائية في محل التزام كل منها؛ إذ إنّ التزام الكفيل في الكفالة الجزائية هو إحضار المتهم المفرج عنه أَمام الجهة التي أَخلت سبيله بناء على عقد الكفالة المبرم معه – الكفيل- متى ما طلب منه ذلك وبخلاف ذلك يتحمل الكفيل المسؤولية القانونية عند حصول أَي إخلال بتنفيذ الالتزام المفروض عليه[٣]، أَمّا الكفالة المدنية فهي طبقًا لأحكام القانون المدني العراقي تعني ضم ذمَّة إلى ذمَّة في المطالبة بتنفيذ التزام، إذ أَنّ محل التزام الكفيل في الكفالة المدنية هو ليس محدد على وجه الخصوص كما في الكفالة الجزائية التي يكون

---

[١] قرار محكمة استئناف أَربيل بصفتها التمييزية بالعدد (٤٣/ت ج/٢٠٠٢) في (٢٠٠٢/٥/٨)، نقلًا عن القاضي عثمان ياسين علي، المبادئ والتطبيقات القضائية، بلا طبعة، مطبعة روزهلات، اربيل، ٢٠١٣، ص١٤٢-١٤٣.

[٢] حسن صادق عبود آل حسوني، أَحكام الكفالة في المواد الجزائية دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، معهد العلمين للدراسات العليا، ٢٠١٧، ص١٧.

[٣] المصدر نفسه، ص١٨.

فيها التزام الكفيل محدد بإحضار المتهم أمام الجهة المختصَّة متى ما طلب منه ذلك، أي أنَّ محل التزام الكفيل بالكفالة المدنية أوسع بكثير من محل التزامه في الكفالة الجزائية[١].

ثانيًا/ تمايزها عن الكفالة بالنفس.

من الإشكاليات التي يثيرها عقد الكفالة الجزائية، هو التشابه الكبير مع عقد الكفالة بالنفس، وتُعدُّ الكفالة الجزائية الصورة الوحيدة التي تشابه عقد الكفالة بالنفس، والسبب في ذلك أنَّ كليهما يشتركان بهدف واحد وهو إحضار المكفول[٢]، فالكفالة الجزائية هي عبارة عن تعهد يأخذه شخص مقبول قانونًا على نفسه يسمى بالكفيل، بأنْ يحضر المتهم -مقابل إخلاء سبيل هذا الأخير- أمام الجهة التي قررت إخلاء سبيله كلما اقتضت الحاجة لحضوره، وفي حال عدم إحضاره يكون الكفيل مُلزم بدفع المبلغ المحدد في عقد الكفالة، في حين نصَّ القانون المدني العراقي على أنَّه " المضمون في الكفالة بالنفس، هو إحضار المكفول به فإنْ اشترط في الكفالة تسليمه في وقت معين، يجبر الكفيل على إحضاره وتسليمه للمكفول له في هذا الوقت إنْ طلبه، فإنْ أحضره يبرأ من الكفالة وإنْ لم يحضره، جاز للمحكمة أنْ تقضي على الكفيل بغرامة تهديدية ما لم يظهر عجزه وعدم اقتداره على إحضار المكفول به"[٣].

إنَّ الكفالة بالنفس في القانون المدني تختلف عن الكفالة الجزائية من حيث الأثر المترتب على وفاة الكفيل؛ إذ إنَّ وفاة الكفيل في الدعوى الجزائية تؤدّي إلى انتهاء الكفالة وإبراء ذمة الكفيل من مبلغ الكفالة وايقاف استقطاع الأقساط المتبقية بذمته من تركته، في حين أنّ وفاة الكفيل بالنفس لا تؤدي إلى إبراء ذمته حيث يتم استيفاء المبلغ المتبقي بذمّته من تركته ويلزم الورثة بتسديد المبلغ من تركة مورثهم وحسب ما جاء في المادة (١٠١٩) من القانون المدني العراقي، إذ نصَّت على:

١- إذا تعهد الكفيل بالنفس أَنْ يسلم المكفول به في وقت معين وإلَّا فعليه أداء دينه ولزمه أداء الدين إذا لم يحضر في الوقت المعين.
٢- وإذا مات الكفيل فإنْ لم يسلم الورثة المكفول به نفسه من جهة الكفالة لزم أداء الدين من تركة الكفيل.

---

[١] ينظر نص المادة (١٠٠٨) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.
[٢] علي مهدي صالح الدفاعي، عقد الكفالة بالنفس (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة القادسية، كلية القانون،٢٠١٦، ص١٣ .
[٣] المادة ١٠١٧ من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

وتُسمَّى الكفالة بالنفس بضمان الوجه ولا تصح إلّا لمن كان أهلًا للتبرُّع، ولا تتم إلَّا بشكل صريح، إذ لا تؤخذ بالقرائن، أو تستنتج بصورة ضمنية، علمًا أنّ الكفالة الجزائية قد تضاف إليها شروط أُخرى يقدرها القاضي الجزائي، وحسب ظروف كل قضية فمثلًا قد يشترط فيها أَنْ يكون الكفيل موظفًا في إحدى دوائر الدولة؛ لكي يكون الكفيل مقتدرًا من الناحية المالية، أو قد يشترط القاضي الجزائي أَنْ تكون الكفالة الجزائية مقدمة من عدد معين، وأَنْ يكون لهم محل إقامة معلوم وحسب ظروف كل قضية[١].

يتَّضحُ لنا مما سبق أَنّ التزام الكفيل في كِلا الكفالتين يتمثل بإحضار المكفول، ولكن على الرغم من ذلك هناك فرق كبير بينهما، وهذا ما سنوضحه وفق التفصيل الآتي :-

١- من حيث غرض كل منهما: يتعهَّد الكفيل في الكفالة الجزائية بضمان حضور المتهم متى طلب منه ذلك أَمام الجهة التي أَخلت سبيله، في حين يتعهد الكفيل في الكفالة بالنفس بإحضار المكفول لاستيفاء حق المكفول له[٢].

٢- من حيث التنظيم التشريعي: فبالنسبة للكفالة الجزائية فقد نُظمت أَحكامها وإجراءاتها في قانون أُصول المحاكمات الجزائية، في حين نظم القانون المدني أحكام الكفالة بالنفس، كذلك الحال النسبة للقوانين محل المقارنة.

٣- من حيث الجزاء المترتب على الإخلال بكل منهما: إذ يترتب على الكفيل في الكفالة الجزائية عند الإخلال بها أَنْ يدفع مبلغ الكفالة الذي حددته مسبقًا جهة إخلاء السبيل[٣]، فقد نصَّت المادة (١١٩) من أُصول المحاكمات الجزائية العراقي على أَنَّه "إذا أَخل المتهم بتعهده أَو الكفيل بكفالته فيحال على محكمة الجنح لتحصيل المبلغ ممن أَخلّ بالتزامه... بناءً على مذكرة تقدمها المحكمة إلى المنفذ العدل لاستيفاء المحكوم به من ثمنها مع مراعاة أَحكام القوانين الأُخرى في ما لا يجوز حجزه وبيعه منها"، في حين يكون جزاء إخلال الكفيل بالكفالة بالنفس هو أَنْ تفرض عليه المحكمة غرامة تهديدية[٤].

---

[١] القاضي محمد عبد جازع، مصدر سابق، ص٤١-٤٢.

[٢] علي مهدي صالح الدفاعي، مصدر سابق، ص ١٤.

[٣] د. عمر واصف الشريف، التوقيف الاحتياطي دراسة مقارنة، الطبعة الثالثة ، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠١٠ ، ص ٤٦٩.

[٤] ينظر نص المادة (١٠١٧) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

٤- من حيث مصدر كل منهما: إنَّ الكفالة بالنفس هي كفالة اتفاقية أي ان مصدرها الاتفاق، أما الكفالة الجزائية هي كفالة قضائية؛ إذ تكون بناءً على قرار من السلطة القضائية المتمثلة في القاضي الجزائي أو من خوله القانون سلطة إخلاء سبيل المتهم بكفالة[١].

ثالثًا/ تمايزها عن الرهن:

إنّ الكفالة الجزائية كما ذكرنا سابقًا هي ضمان شخصي يُقدمه الكفيل للدائن، أمّا الرهن فهو ضمان عيني واقع على شيء محدد بذاته يُخصَّصه صاحبه لضمان الدين، كذلك أنّ الكفالة الجزائية تصدر من شخصًا ثالثًا، أي أنَّها تستوجب وجود ثلاثة أطراف لانعقادها هم كل من الكفيل والمكفول والمكفول له، فضلًا عن أنّ عقد الرهن يفترض نقل الأموال المنقولة المرهونة إلى الدائن المرتهن في حين عقد الكفالة يبقى الكفيل حائزًا لأمواله، كذلك أنَّ عقد الرهن يعطي للدائن المرتهن ميزتين أساسيتين هما حق التتبع الذي بمقتضاه يكون للدائن الحق في تتبع المال الضامن إلى أي يد ينتقل وبالتالي التنفيذ عليه لاستيفاء دينه، وحق الافضلية الذي يسمح للدائن المرتهن باستيفاء دينه من ثمن المال الضامن بالأولوية على سائر الدائنين وهذا ما لا نجده في عقد الكفالة[٢].

رابعًا/ تمايزها عن التعهد عن الغير:

نظمت المادة (١٥١) من القانون المدني العراقي أحكام التعهد عن الغير فقد نصَّت في فقرتها (الأولى) على "إذا وعد شخص بأنْ يجعل الغير يلتزم بأمر فإنّه لا يلزم بوعده ولكن يلزم نفسه، ويجب عليه أنْ يعوّض من تعاقد إذا رفض الغير أنْ يلتزم، ويجوز له مع ذلك أنْ يتخلص من التعويض بأنْ يقوم هو نفسه بتنفيذ الالتزام الذي وعد به إذا كان ذلك في استطاعته من غير أنْ يضر بالدائن"[٣]، وعرفه المشرِّع المصري في الفقرة الأولى من المادة (٥٣) من القانون المدني والتي جاء فيها "إذا تعهد شخص بأنْ يجعل الغير يلتزم بأمر[٤]، فلا يلزم الغير بتعهده، فإذا رفض الغير أنْ يلتزم وجب على المتعهد أنْ يعوض من تعاقد معه، ويجوز له مع ذلك أنْ يتخلص من

---

[١] جمعه سعدون الربيعي، المرشد إلى الدعوى الجزائية وتطبيقاتها، العاتق لصناعة الكتب، القاهرة، ٢٠١٠، ص٣٩.

[٢] محمد محمود معطي، و د. غسان رباح، الكفالة في ضوء الفقه والاجتهاد، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٩، لبنان، ص٣٤.

[٣] المادة (١٥١) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ .

[٤] المادة (٥٣) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.

التعويض بأَنْ يقوم هو نفسه بتنفيذ الالتزام الذي تعهد به"، يتضح ممّا تقدّم أنَّ التعهد عن الغير يتمثل في قيام شخص بالتعهد في مواجهة المتعاقد معه بالحصول على موافقة الغير على هذا التعهد، وهذا التعهد لا يلزم الغير إلّا إذا قبله بإرادته وفي هذه الحالة ينشأ عقد جديد من وقت قبول التعهد، أَمّا إذا لم يقبل الغير هذا التعهد ففي هذه الحالة يلتزم المتعهد بدفع التعويض للمتعهد له، إلّا إذا قام هو نفسه بتنفيذ الالتزام محل التعهد إنْ كان هذا ممكنًا[١].

يتبين لنا ممّا سبق أَنَّ الكفالة الجزائية تختلف عن التعهد عن الغير من حيث إنّ التزام المتعهد هو التزام شخصي وأَصلّي، عكس التزام الكفيل الذي يكون التزامه تبعي.

خامسًا/ تمايزها عن التعهد الشخصي:

يُعدّ التعهد الشخصي بمثابة المعاهدة التي يلزم بها المتهم نفسه بالقيام بعمل معين أَو الامتناع عن القيام بعمل معين، كان يتعهد بالحضور أَمام الجهات المختصَّة متى ما طلب منه ذلك، أَو كأن يتعهد بعدم مخالفة الأَنظمة والتعليمات، ويُصار إلى هذا التعهد عندما يكون المركز المالي للمتهم موثوقًا به، أَو عندما يتعذر على المتهم تقديم كفيل يتعهد بإحضار المتهم أَمام الجهة المختصَّة كلما طلب منه ذلك، ويحدد مبلغ التعهد بحسب جسامة وخطورة الفعل المرتكب من قبل المتهم[٢]، وبموجب المادة(٩٥) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية العراقي النافذ اعتمد المشرِّع العراقي هذا النظام بديلًا عن التوقيف، إذ نصَّت المادة المذكورة على أَنَّه "للقاضي الذي أَصدر أَمر القبض أنْ يدون فيه وجوب إطلاق سراح المقبوض عليه إذا قَدَمَ تعهدًا كتابيًا بالحضور في الوقت المعين مقترنًا بكفالة يعينها القاضي أَو بدون كفالة أَو تعهدًا مقترنًا بإيداع صندوق الدائرة المبلغ الذي يعينه القاضي، ومتى ما قدم المقبوض عليه هذا التعهد أَو أَودع المال لزم إطلاق سراحه، وعلى من وجه إليه أَمر القبض أنْ يخبر القاضي بما اتخذ من إجراءات" يتضح من هذا النص أنْ المشرِّع قد منح القاضي الجزائي سلطة تقديرية واسعه في قبول التعهد لوحده أَو كان مقترنًا بكفالة أَو بإيداع المبلغ الذي يعينه القاضي في صندوق المحكمة، وهذا مسلك محمود لمنح الحرية اللازمة للقاضي الجزائي بتقدير حالة كل متهم على حده لاتخاذ الضمان الكافي لمواجهته وحمله على تنفيذ الالتزام المفروض عليه.

---

[١] د. مصطفى عبد الجواد حجازي، عقد الكفالة في القانون المدني، بلا طبعه، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٦،ص٤٥.

[٢] فؤاد علي الراوي، توقيف المتهم في التشريع العراقي (دراسة مقارنة)، الطبعة الاولى، مطبعة أوفسيت عشتار، بغداد، ١٩٨٣،ص١١٠.

كذلك نلمس موقف المشرِّع المصري الذي جاء مماثلًا لموقف المشرِّع العراقي في التمييز بين الكفالة الجزائية والتعهد الشخصي، فقد أَشار إلى أنَّ التعهد الشخصي هو نظام يتم اللجوء إليه عندما يعجز المتهم عن تقديم كفيلًا له وهذا ما أَشارت إليه المادة (١٤٩) من قانون الإجراءات الجنائية التي نصَّت على أَنَّه "لقاضي التحقيق إذا رأى أَنَّ حالة المتهم لا تسمح بتقديم كفالة أنْ يُلزمه بأنْ يُقدم نفسه لمكتب البوليس في الأَوقات التي يحددها له في أمر الإفراج مع مراعاة ظروفه الخاصة، وله أنْ يطلب منه اختيار مكان للإقامة فيه غير المكان الذي وقعت فيه الجريمة، كما له أَنْ يحظر عليه ارتياد مكان معين"[١].

الفرع الثالث

أَنواع الكفالة الجزائية

بالرجوع إلى نصوص قانون أُصول المحاكمات الجزائية العراقي والقوانين الإجرائية المقارنة نجد أَنَّ هذه التشريعات قد حددت عدة أَنواع للكفالة الجزائية.

فقد نصَّت المادة (١١٤) من قانوننا الإجرائي على:

أ- يحدد مبلغ التعهد أَو الكفالة تبعًا لظروف كل قضية على أَنْ يكون مناسبًا لنوع الجريمة وحالة المتهم.

ب- تقبل الكفالة إذا اقتنع القاضي أَو المحقق أَو المسؤول في مركز الشرطة باقتدار الكفيل على دفعها.

ج- يقبل من المتهم أَو الكفيل مبلغ التعهد أَو الكفالة نقدًا، ويودع في صندوق المحكمة أَو مركز الشرطة.

كذلك جاء في القانون ذاته "متى قدم التعهد أَو الكفالة أَو المبلغ النقدي أُخلي سبيل المتهم في الحال ما لم يكن موقوفًا عن جريمة أُخرى"[٢].

كذلك نصَّ قانون الإجراءات الجنائية المصري على أَنَّه "يُدفع مبلغ الكفالة من المتهم أَو من غيره ويكون ذلك بإيداع المبلغ المقدر في خزانة المحكمة نقدًا أَو سندات حكومية أَو مضمونة من

---

[١] المادة (١٤٩) من قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (١٥٠) لسنة ١٩٥٠ .

[٢] تنظر المادة (١١٥) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١.

الحكومة"، كذلك نصَّ على أَنّه "يجوز أنّ يقبل من أي شخص ملئ التعهد بدفع المبلغ المقدر للكفالة إذا أَخل المتهم بشرط من شروط الإفراج و يأخذ عليه التعهد بذلك..."[١].

وفي السياق ذاته جاءت المادة (١٣٩) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (٣) لسنة (٢٠٠١)، وقد نصَّت على:

١- يجب على كل شخص تقرر الإفراج عنه بالكفالة أَنْ يوقع سند تعهّد بالمبلغ الذي تراه المحكمة كافيًا، وإنْ يوقعه كفلاؤه إذا طلبت المحكمة ذلك.
٢- يجوز للمحكمة أَنْ تسمح بإيداع تأمين نقدي بقيمة سند التعهد بدلًا من طلب الكفلاء، ويعتبر هذا التأمين ضمانًا لتنفيذ شروط سند التعهد.

أَمّا قانون أُصول المحاكمات الجزائية الأَردني فقد نصَّ في على أَنّه "يترتب على كل شخص تقرر تخلية سبيله بالكفالة أَنْ يُقدّم كفالة بالمبلغ الذي يقرّر قيمته المرجع الذي أَصدر القرار أَو أَنْ يوقع سند تعهد بالمبلغ الذي يقرره المرجع المذكور ..."، كذلك جاء فيه "يجوز للمرجع الذي أَصدر قرار تخليّة السبيل بالكفالة أَنْ يسمح بإيداع تأمين نقدي بدلًا من الكفالة"[٢].

و عن طريق التدقيق في نصوص المواد السابقة نجد أَنّ هناك نوعان للكفالة الجزائية، فهي أَمّا أَنْ تكون كفالة شخصية، أَو تكون كفالة نقدية، وهذا ما سنوضحه على وفق التفصيل الآتي:

أَوّلًا/ الكفالة الشخصية:

تعرف الكفالة الشخصية بأَنّها تعهد شخص مقبول قانونًا بضمان تنفيذ المتهم للالتزامات المفروضة عليه عند الإفراج عنه مؤقتًا بحيث إذا أَخل بها يترتب على الكفيل دفع المبلغ المحدَّد في سند الكفالة.

لقد تناولها المشرِّع العراقي في المادة (١٠٩) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية، وتعني هذه الكفالة أَنْ يتعهد شخص بإحضار المتهم أَمام السلطات المختصَّة كلما طلب منه ذلك، وعند إخلاله بالالتزام المفروض عليه يكون مُلزمًا بدفع قيمة هذه الكفالة[٣]، لذلك يمكن عدّ الكفالة

---

[١] تنظر المادة (١٤٧) من قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (١٥٠) لسنة ١٩٥٠.
[٢] تنظر المادة (١٢٦) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية الاردني رقم (٩) لسنة ١٩٦١.
[٣] د. إدريس عبد الجواد عبد الله بريك، الحبس الاحتياطي وحماية الحرية الفردية في ضوء آخر تعديلات قوانين الإجراءات الجنائية (دراسة مقارنة)، بلا طبعة، دار الجامعة الجديدة، بلا سنة، ص٢٣٨.

الشخصية بأنَّها تعهّد شخص، أو أكثر، بضمان إحضار المتهم إلى الجهة التحقيقية، أو المحكمة متى ما طلب منه ذلك، وعند إخلاله بهذا الالتزام يكون مُلزمًا بدفع مبلغ التعهد لصندوق المحكمة.

وقد أخذ بها قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (١٥٠) لسنة (١٩٥٠)، فبموجب الفقرة (الثانية) من المادة (١٤٧) فإنّه يجوز أنْ يقبل من أي شخص ملئ التعهد بدفع المبلغ المقدر للكفالة إذا أخل المتهم بشرط من شروط الإفراج ويؤخذ عليه التعهد بذلك.

كذلك أخذ بها المشرِّع الفلسطيني في قانون الإجراءات الجزائية إذ نصَّ على أنه "يجب على كل شخص تقرَّر الإفراج عنه بالكفالة يوقع سند تعهد بالمبلغ الذي تراه المحكمة كافيًا وأنْ يوقعه كفلاؤه إذا طلبت المحكمة ذلك"[١].

وعلى صعيد التشريع الأردني فقد أخذ بها أيضًا قانون أُصول المحاكمات الجزائية الأردني إذ جاء فيه "يترتب على كل شخص تقرّر تخلية سبيله بالكفالة أنْ يُقدّم كفالة بالمبلغ الذي يقرّر قيمته المرجع الذي أصدر القرار أو أنْ يوقع سند تعهد بالمبلغ الذي يقرره المرجع المذكور"[٢].

ثانيًا/ الكفالة النقدية:

تعرف الكفالة النقدية على أنَّها تأمين نقدي يتمثل بمبلغ من المال تحدده الجهة التي أصدرت قرار إخلاء السبيل بالكفالة يتم إيداعه في خزينة المحكمة قبل إخلاء سبيل المتهم، فهي مبلغ من المال يدفع لخزينة المحكمة بناءً على قرار من الجهة صاحبة الاختصاص بقصد ضمان قيام المتهم بتنفيذ الالتزامات المفروضة عليه فإذا أخل المتهم بهذه الالتزامات خصص مبلغ هذه الكفالة لدفع ما يترتب على الإخلال بها.

نصَّت المادة (١١٤) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية العراقي بالفقرة(ج) على أنَّه "يُقبل من المتهم أو الكفيل مبلغ التعهد أو الكفالة نقدًا ويودع في صندوق المحكمة أو مركز الشرطة"، يلحظ أنَّ المشرِّع قد وضح آلية تنفيذ الكفالة النقدية عن طريق هذا النص، إذ يتم إخلاء سبيل المتهم بكفالة نقدية ويحدد مبلغها بقرار من قاضي التحقيق أُو قاضي محكمة الموضوع ويتم تنفيذها عن طريق إيداع المبلغ الذي حدده القاضي في صندوق المحكمة أو مركز الشرطة، ومن الناحية العملية فإنَّه يتم ايداع المبلغ بموجب صك مصدق محرر لأمر المحكمة؛ لأنَّ التعليمات تحظر على المحاسبين استلام مبالغ نقدية كبيرة إلّا بموجب صك، لذلك فإنَّه يتم إيداع الكفالة

---

[١] المادة (١٣٩) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم(٣) لسنة ٢٠٠١.
[٢] تنظر المادة (١٢٦) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية الاردني رقم (٩) لسنة ١٩٦١.

النقدية في صندوق المحكمة ومتى ما تم إيداعها فعندئذ يُخلى سبيل المتهم ما لم يكن موقوفًا أَو مطلوبًا عن جريمةٌ أُخرى، علمًا أَنَّ الكفالة النقدية هي من أَسرع أَنواع الكفالات وأَضمنها في استيفاء مبلغ الكفالة عند إخلال الكفيل بالواجبات المفروضة عليه؛ لأَنَّها تغني عن إجراءات الحجز على أَموال الكفيل المُخل بكفالته[١].

أَمّا قانون الإجراءات الجنائية المصري فقد بين أَنَّ الكفالة النقدية قد تكون مبلغًا من النقود أَو سندات حكومية أَو مضمونه من الحكومة[٢].

أَمّا بالنسبة لقانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني فقد أَجاز للمحكمة بموجب المادة (١٣٩) أَنْ تُقرّر الإفراج مع إيداع تأمين نقدي لدى خزينة المحكمة كضمانة لإجبار المتهم على الوفاء بشروط الكفالة، ومّما تجدر الاشارة إليه أَنّ المطبق أَمام القضاء الفلسطيني حاليًا أَنَّ الكفالة لا تُقبل إلّا على شكل تأمين نقدي دون أَي شكل آخر[٣].

أَمّا عن قانون أُصول المحاكمات الجزائية الأَردني فقد تحدث عن الكفالة النقدية عندما أَجاز في المادة (١٢٦) منه للجهة المختصّة بإخلاء سبيل المتهم السماح بإيداع تأمين نقدي بالمبلغ الذي تقرِّره إلى الخزينة المحكمة بدلًا من الكفالة الشخصية، ومّما تجدر الإشارة إليه قضت محكمة التمييز الأَردنية بأَنَّ الضمانات المصرفية التي تُقدم لجهة الإفراج إخلاء السبيل تُعد تامينًا نقديًا[٤].

ومن التشريعات التي جاءت بموقف مغاير لما رأيناه في القوانين محل المقارنة هو التشريع اللبناني؛ إذ نَجِدَهُ أَخَذَ بأَنواع متعددة للكفالة الجزائية إذ نصَّ على أَنَّه "يمكن أَنْ تكون الكفالة نقدية أَو إسناد على الدولة أَو مصرفية أَو تجارية أَو عقارية فإذا كانت نقدية فتودع في صندوق قصر العدل لقاء إيصال"[٥]، فقد كان موقف المشرِّع اللبناني أَفضل من موقف التشريعات الأُخرى من حيث تحديده لأنواع الكفالة الجزائية إذ لم يقتصر على الكفالة الشخصية والنقدية بل أَضاف إليها أَنواعًا أُخرى فقد تكون الكفالة مصرفية أَو تجارية أَو عقارية.

و مّما تَقَدَّم يتضح لنا بأَنّ أَغلب التشريعات العربية قد أَخذت بنظام الكفالة النقدية لكونها أَكثر أَنواع الكفالة ضمانًا في استيفاء مبلغ الكفالة عند الإخلال بها.

---

[١] القاضي محمد عبد جازع، مصدر سابق، ص٤٥.

[٢] تنظر المادة (١٤٧) من قانون الاجراءات الجنائية المصري رقم (١٥٠) لسنة ١٩٥٠.

[٣] وسام محمد نصر، مصدر سابق، ص١٨١.

[٤] المصدر نفسه، ص١٨١-١٨٢.

[٥] المادة (١١٧) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية اللبناني رقم (٣٢٨) لسنة ٢٠٠١.

المبحث الثاني

أَركان الكفالة الجزائية وشروطها ونطاقها

إنّ الكفالة الجزائية هي كفالة التزام أَصلّي، إلّا وهو التزام المكفول المُخلى سبيله بموجب هذا العقد ومن دون هذا الالتزام لا تقوم الكفالة؛ إذ إنّ التزام الكفيل هو التزام تابع لالتزام الأَصيل فهي اتفاق بين الكفيل والمكفول له وهذا الاتفاق هو عقد فلا بُدَّ من أنْ تتوافر فيه الأَركان العامة في التعاقد، كذلك أَنَّ لكل عقد شروطه وأَحكامه؛ فقد حَددّت التشريعات الجنائية عدة شروط مختلفة من تشريع لآخر فيما يتعلق بعقد الكفالة الجزائية، لذلك سوف نقسم هذا المبحث على ثلاثة مطالب، نتناول في المطلب الأَول أَركان الكفالة الجزائية في حين نُخصص المطلب الثاني لدراسة شروط الكفالة الجزائية، أَمّا المطلب الثالث منه فنُخصَّصه للبحث في نطاق الكفالة الجزائية، وهذا ما سنوضحه على وفق التفصيل الآتي:

المطلب الأَوّل

أَركان الكفالة الجزائية

إنَّ الكفالة الجزائية هي عقد وكل عقد لابُدَّ من أَنْ تتوافر فيه الأَركان العامة في التعاقد، وبما أَنَّ الكفالة الجزائية هي عقد فيجب أَنْ تكون أَركانها مشروعة، وصحيحة خالية مّما يفقدها صحتها، وهذه الأَركان هي: الأَهلية، والرضا، والمحل، والسبب، وهذا ما سنوضحه على وفق التفصيل الآتي:

الفرع الأَوّل

الأَهلـيــة

تُعدُّ الكفالة عقد من عقود التبرُّع كما أَوضحنا في خصائصها، لذلك يجب أَنْ تتوافر في الكفيل أَهلية التبرُّع مادام أَنَّه يلتزم من دون مقابل بوفاء التزام لا مصلحة له فيه، إذ لا يجوز إلّا لمن له أَهلية التبرُّع أنْ يقدم نفسه كفيلًا، وتّعدُّ باطلة كل كفالة معطاة من شخص لا يتمتع بأَهلية التبرُّع،

بسبب خلل عقلي، مّما يجعله غير مدرك لأفعاله، كذلك أَنَّ الكفيل المفلس لا يمكنه القيام بعقد الكفالة ، لأَنه يُعدُّ في حالة كف اليد عند إعلان إفلاسه[١].

ولم يشر المشرِّع العراقي صراحةً إلى اشتراط أَهلية التبرُّع في الكفيل، إذ خلا القانون المدني العراقي وكذلك قانون أُصول المحاكمات الجزائية العراقي من اشتراط وجوب توافر أَهلية التبرُّع في شخص الكفيل، إلا أَنَّ ذلك لا يعني القول بقبول كفالة ناقص الأَهلية؛ لأَنَّ عقد الكفالة هو من العقود المسماة في القانون المدني العراقي، إذ يشترط بها ما يشترط توافره في بقية العقود من حيث الاركان العامة في التعاقد وهي الأَهلية، والرضا، والمحل، والسبب.

كذلك كان موقف المشرِّع المصري إذ جاء مماثلًا لموقف نظيره العراقي، فلم نجد نصًا صريحًا من بين نصوص المواد القانونية التي نظمت أَحكام الكفالة على مستوى القانونين المدني والإجرائي الجنائي يشترط وجوب توافر الأَهلية في شخص الكفيل، وما قُلناه بهذا الشأن في موقف القانون العراقي ينطبق على التشريع المصري، إذ يتم الرجوع إلى الأَحكام العامة في التعاقد.

ولم يختلف الفقه المصري في اشتراط أَهلية التبرُّع في الكفيل، فلا يؤخذ بالكفالة الصادرة من السفيه وذي الغفلة والمحجور عليه لجنون أَو عته ، إذ يجب أَنْ يكون الكفيل عاقلًا بالغًا سن الرشد وإلّا وقعت الكفالة باطلة بطلانًا مطلق[٢].

أَمّا المشرِّع الفلسطيني فقد نصَّ عليها صراحة في المادة (٩٠٠) من قانونه المدني رقم (٤) لسنة (٢٠١٢)، والتي جاء فيها "يشترط في انعقاد الكفالة أَنْ يكون الكفيل أَهلا للتبرُّع".

كذلك كان موقف المشرِّع الأَردني فقد نصَّت المادة (٩٥٢) من قانونه المدني رقم (٤٣) لسنة (١٩٧٦) على أَنَّه "يشترط في انعقاد الكفالة أَنْ يكون الكفيل أَهلًا للتبرُّع".

---

[١] د. محمد علي عبده، مصدر سابق،ص٢٧.

[٢] سعاد توفيق سليمان أَبو مشايخ، عقد الكفالة المدنية والآثار المترتبة عليه (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، القدس، فلسطين، ٢٠٠٦، ص٧٣.

الفرع الثاني

الرضـا

سبقت الإشارة إليه في موضوع خصائص الكفالة على أَنَّها عقد من العقود الرضائية، إذ يتطلب لانعقادها توافق إرادتي الكفيل والمكفول له، ورضاء الدائن بالكفالة ضروريًا لكن لا يشترط أنْ يكون صريحًا، إذ يكفي أنْ يكون ضمنيًا، أَمّا رضاء الكفيل فهو أَمر لازم لانعقاد الكفالة، وقد ذهب جانب من الفقه إلى اشتراط الرضاء الصريح من جانب الكفيل، فلا يصلح الرضاء الضمني فقط وقد تأثر أَنصار هذا الرأي بما اشترطه المشرِّع الفرنسي في المادة (٢٠١٥) من القانون المدني التي تقضي بأَنْ يكون رضاء الكفيل صريحًا[١]، وهذا ما أَكدت عليه المادة (٧٤٣) من القانون المدني البحريني رقم (١٩) لسنة (٢٠٠١) أَيضًا، إذ نصَّت على أَنّ "الكفالة لا تفترض، ويجب أنْ يكون رضاء الكفيل صريحًا، ولا تُثبت الكفالة إلّا بالكتابة ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأَصلّي بغيرها".

ويبرّر الفقهاء ذلك بأَنّ التزام الكفيل من الالتزامات ذات الخطورة؛ لأَنَّ الكفيل يكون معرَّضًا لدفع مبلغ الكفالة إذا لم يفِ المكفول بالالتزام المفروض عليه لذلك يجب أَنْ يكون رضا الكفيل صريحًا.

لذلك يجب أَنْ يكون رضا الكفيل خاليًا من العيوب التي تشوبه ويكون معيبًا ومعدوما تمامًا إذا صدر عن غلط، أَو أَخذ بالخدعة أَو أَنْتُزِعَ بالتخويف، وبما أَنّ عقد الكفالة هو من العقود غير المتبادلة، فإنّ مسألة عيوب الرضا لا تُطرح إلّا من جهة الكفيل دون جهة المكفول له الذي لا يلتزمُ بشيء ولا مصلحة له بالتذرع لإبطال عقد الكفالة المعقود أَصلًا لمصلحته، فمن الممكن أَنْ يقع الغلط على ماهية عقد الكفالة من الكفيل، كذلك يكون عقد الكفالة باطلًا إذا كان الخداع هو العامل الذي دفع بالكفيل لإبرام عقد الكفالة، وقد يكون الخداع صادرًا من المكفول له أَو عن شخص ثالث، كذلك أَنَّه من الممكن أَنْ يبرم عقد الكفالة بالإكراه تحت ضغط الخوف أَو التهديد الموجه إلى شخص الكفيل أَو أَمواله[٢].

ويرى الباحث أَنَّه يمكن للكفيل الاحتجاج بهذه العيوب لإبطال عقد الكفالة، لكن واستنادًا للقاعد القانونية التي تقضي بأَنّ القانون لا يحمي المغفلين، لا يمكن للكفيل أَنْ يحتج بالغلط بماهية

---

[١] د. مصطفى عبد الجواد حجازي، مصدر سابق،ص٥٩.

[٢] د. محمد علي عبده، مصدر سابق،ص١٨ وص٢٠.

عقد الكفالة للتوصل إلى ابطاله إذا لم يكن قد أُستخدم ضده الخداع أو التدليس في الحصول على رضاه، كذلك يجب أَنْ يكون الإكراه المستعمل ضدَّه ملجئ، فإذا لم يكن ملجئً لا يعتد به كسبب لإبطال عقد الكفالة.

الفرع الثالث

المحل

من المعلوم أَنّ عقد الكفالة هو عقد تبعي، ويترتب على ذلك أَنْ يكون التزام الكفيل في هذا العقد تابعًا للالتزام الأَصلي المكفول من حيث وجود الأَخير أَو إمكانية وجوده أَو صحته وأَنْ يكون مشروعًا.

لذا يشترطلصحة التزام الكفيل أَنْ يكون الالتزام الأَصلّي موجودًا، وأَنْ يكون موضوعه معينًا أَو قابلًا للتعيين، وأَنْ يكون الهدف من التزامه محددًا، و أَنْ لا تهدف الكفالة إلى غاية غير مشروعة، وإلّا بطلت؛ لعدم مشروعية محلها، إذ يرتبط التزام الكفيل في قيامه وبقائه بوجود الالتزام الأَصلّي المكفول لأَنَّ الكفالة هي كناية عن عقد تابع[١]، وطالما كان التزام الكفيل، هو ضمان الوفاء بالالتزام الأَصلي ولما كان التزام الكفيل تابع لذلك الالتزام الأَصلي فإنَّ ذلك يقتضي أَنْ يكون هذا الالتزام موجودًا وقت إبرام عقد الكفالة، فإذا لم يوجد التزام أَصلّي يضمن الكفيل تنفيذه كان محل التزام الكفيل مستحيلًا في ذاته، وبالتالي يؤدي إلى بطلان عقد الكفالة، لأَنَّ صفة التبعية في التزام الكفيل تحول دون نشوئه إذا لم ينشأ الالتزام الأَصلّي، كذلك لا تنعقد الكفالة إذا كان الالتزام الأَصلّي باطلًا؛ لأَنَّ من شأن البطلان أَنْ يُعدُّ العقد كأَن لم يكن وتزول كافة آثاره وبهذا الخصوص نصَّت الفقرة (أ) من المادة (٧٤٧) من القانون المدني البحريني رقم (١٩) لسنة (٢٠٠١)على أَنَّه "لا تكون الكفالة صحيحة إلّا إذا كان الالتزام المكفول صحيحًا"[٢] .

يَتَضِحُ مّما تقدَّم هناك ثلاثة شروط يجب توافرها في محل عقد الكفالة وهي كما يأتي:

---

[١] د. محمد علي عبده، مصدر سابق، ص٢٩.

[٢] د. راقية عبد الجبار علي، التامين والكفالة في القانون البحريني والقوانين العربية ، الطبعة الاولى، البحرين،٢٠١٢، ص٢٧٨.

أوّلًا/ أَنْ يكون المحل موجودًا أو ممكن الوجود: أَنَّ التزام الكفيل تابع لالتزام الأَصيل، ومن ثم لا ينشأ إلّا إذا وجد التزام أَصلّي في ذمة المكفول، ويقوم الكفيل بضمان الوفاء به إذا لم يفِ به المكفول، فوجود الالتزام الأَصلّي –المكفول- شرط لازم لوجود التزام الكفيل، فإذا لم يحدد الالتزام الأَصلّي لا تنعقد الكفالة لانعدام محلها[١].

ثانيًا/ أَنْ يكون محل الكفالة صحيحًا: فقد نصَّت المادة (٧٧٦) من القانون المدني المصري على أَنَّه "لا تكون الكفالة صحيحة إلّا إذا كان الالتزام المكفول صحيحًا"، كذلك نصَّت المادة (٩٠١) من القانون المدني الفلسطيني على أَنَّه "لا تكون الكفالة صحيحة إلّا إذا كان الالتزام المكفول صحيحًا".

ثالثًا/ أَنْ يكون محل الكفالة معينًا أَو قابلًا للتعيين: أَي أَنَّه يشترط أَنْ يكون الالتزام المكفول مُعينًا في عقد الكفالة من حيث مصدره وأَطرافه ومحله، لذلك يجب تعيين المدين بهذا الالتزام وتحديد المكفول له، وأَنْ يتم تحديد نطاق هذا الالتزام، وفي هذا الصدد يكفي بيان حدود الالتزام المكفول وقت الكفالة وبطريقة يمكن معها حصر وتحديد هذا الالتزام وقت مطالبة الكفيل[٢].

وخلاصة القول: إنّه يشترط في محل الكفالة الجزائية ما يشترط في محل التزام سائر العقود من أَنْ يكون المحل موجودًا وصحيحًا وممكنًا ومعينًا او قابلًا للتعيين ومشروعًا، ومما تجدر الاشارة إليه أَنَّ محل الكفالة الجزائية هو التزام الكفيل بإحضار المتهم أمام القضاء.

الفرع الرابع

السبب

لقد أَثار السبب في عقد الكفالة خلافًا فقهًا كبيرًا، فذهب جانب من الفقه إلى أَنَّ التزام الكفيل هو التزام مجرد من سببه، أي أَنَّ سبب التزام الكفيل لا يتأثر بالعلاقة بين الكفيل والمكفول، ثم أَنَّه لا أَثر لهذه العلاقة على صحة الكفالة، في حين ذهب جانب آخر من الفقه إلى التزام الكفيل نحو المكفول له التزام له سبب ويعارضون فكرة الالتزام بلا سبب[٣]،و لخصوصية طبيعة عقد الكفالة الجزائية فمن الصعوبة تطبيق نظرية السبب عليها، فالكفالة الجزائية هي عملية قانونية نتجت عن

---

[١] د. مصطفى عبد الجواد حجازي، مصدر سابق، ص٦٧.

[٢] د. عبد الودود يحيى، عقد الكفالة، بلا طبعة، بلا ناشر، القاهرة، ١٩٦٠، ص١٢.

[٣] د. راقية عبد الجبار علي، مصدر سابق، ص٢٧٤.

ثلاث علاقات، فهناك العلاقة بين المكفول والمكفول له ثم العلاقة بين الكفيل والمكفول له والعلاقة بين الكفيل والمكفول وعلى الرغم من أهمية هذه العلاقة الأخيرة إلّا أنَّها خارج نطاق عقد الكفالة، لأنَّ المكفول ليس طرفًا في عقد الكفالة، إلّا اَنَّه في نطاق هذه العلاقة قد نجد بأنَّ الكفيل سبب كفالته هو لتقديم خدمة للمكفول دون مقابل[١]، ولا يتصور أَنْ تتحرك الإرادة دون سبب، إذ لا يقدم الشخص على الالتزام رغم عن إرادته إلّا إذا كان هناك غرض معين يسعى الكفيل إلى تحقيقه[٢]، ويتنازع في تحديد مفهوم السبب نظريتان وهما النظرية التقليدية والنظرية الحديثة، "فالنظرية التقليدية تعتمد على الغرض المباشر الذي يهدف إليه المتعاقد من إبرام العقد، ووفقًا لهذه النظرية يُعدُّ السبب هو الدافع إلى الالتزام لا إلى العقد، وعلى وفق هذه النظرية وبما أَنَّ الكفالة هي من عقود التبرُّع فإنّ السبب في التزام المتبرع – الكفيل – هو نية التبرُّع ذاتها؛ لأَنَّ الغرض المباشر الذي قصد المتبرع الوصول إليه هو إمّا أَنْ يهب شيئاً أَو أَنْ يقدم خدمة مجانية، أَو رد جميلًا للمتبرع إليه، ويعد سبب هذا الالتزام مشروع دائما، لذلك أنْ صح التبرُّع صح العقد، أَمّا النظرية الحديثة في السبب تعتمد بصفة أَساسية على الباعث الدافع إلى التعاقد ويكون السبب وفقًا لهذه النظرية جزءً خارجًا عن العقد فهو ليس ركنًا في العقد، ولا جزءً متممًا له، ويكون السبب هنا متغيرًا ومختلف باختلاف العقود والاشخاص، لذلك فإنَّ نية التبرُّع والتي تكون مشروعة دائمًا على وفق منظور النظرية التقليدية لا يمكن أَنْ تكون كذلك في النظرية الثانية، لأَنَّها تبحث عن الدافع الحقيقي الذي جعل المتبرَّع يقبل التبرُّع، فإذا كان الدافع غير مشروعًا بَطَلَ التبرُّع"[٣].

وقد أَخذ المشرِّع العراقي بالنظريتين، ووضع شروط يجب توافرها في السبب أَشار إليها في المادة (١٣٢) من القانون المدني إلى وجوب أَنْ يكون السبب موجودًا وصحيحًا وغير مخالف للنظام و الآداب العامة بنصها على:

١- يكون العقد باطلًا إذا التزم المتعاقدون دون سبب أَو لسبب ممنوع قانونًا أَو مخالف للنظام العام أَو الآداب العامة.
٢- ويفترض في كل التزام أَنْ يكون له سبب مشروع، ولو لم يُذكر هذا السبب في العقد ما لم يقم الدليل على غير ذلك.
٣- أَمّا إذا ذُكر السبب في العقد فيُعتبر أَنَّه السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك.

---

[١] د. رعد ادهم عبد الحميد، و د. نوزاد صديق سليمان، مصدر سابق، ص٣٩.

[٢] د. راقية عبد الجبار علي، مصدر سابق، ص٢٧٤.

[٣] علي مهدي صالح الدفاعي، مصدر سابق، ص٥٧-٥٨.

وقد دافع جانب من الفقهاء عن الازدواج الذي أخذ به المشرِّع العراقي مفسرين ذلك برؤية المشرِّع بضرورة التلازم بين سبب الالتزام وسبب العقد، ولكي يقوم العقد لا بدَّ من أَنْ يكون السبب موجودًا ومشروعًا؛ إذ إنّ وجود السبب غير كافي، فلابدَّ من أَنْ يكون السبب موجودًا ومشروعًا، واعتبروا أَنَّ الغرض المباشر الذي أَراد العاقد تحقيقه هو الركيزة الأَساسية للسبب، وإلى جانب ذلك تأتي المنفعة المشروعة للمتعاقدين، أَي الباعث الدافع لهما لإبرام العقد، يتضح من ذلك أَنَّ السبب هو الغرض المباشر الذي قصده العاقد والباعث الدافع إلى التعاقد في آن واحد، ويُبرر جانب من الفقه القانوني هذا الازدواج بالقول أَنّ النظرية الحديثة ليس مستقلة عن النظرية التقليدية وإنَّما هي مُكملةٌ لها، وأَنَّ التشريعات العربية الخاصة بالسبب تحتمل السبب بنوعيه الغرض المباشر والباعث الدافع، ولم ينفرد المشرِّع العراقي بفكرة ازدواج السبب التي أَخذ بها في القانون المدني، فقد أَخذت بها الكثير من التشريعات المدنية، كالقانون المدني الأَردني حيث أَكدّ المشرع الأَردني أَنّ السبب هو الغرض المباشر المقصود من العقد، كذلك أَكد على وجوب أَنْ يكون السبب موجودًا وصحيحًا ومباحًا وغير مخالف للنظام العام و الآداب العامة[١].

يتضح مّما تقدَّم ووفقًا للنظرية التقليدية أَنَّ الكفالة الجزائية يكون سببها مشروع دائمًا؛ لأَنَّه يتمثل بنية التبرُّع، أَمّا وفقًا للنظرية الحديثة فلا يشترط أَنْ يكون مشروعًا دائمًا، لاحتمالية وجود غاية غير مشروعة في نفس الكفيل؛ لأَنَّ النظرية الحديثة تنظر إلى الدافع الذي جعل الكفيل يقبل بالالتزام تجاه المكفول له.

ويقع على عاتق الكفيل عبء إثبات السبب في الكفالة الجزائية فعلى الكفيل أَنْ يثبت ادعائه فيما إذا ادَّعى بعدم وجود السبب أَو طعن في مشروعيته وله إثبات ذلك بكافَّة طرائق الإثبات[٢]، والسبب في عقد الكفالة الجزائية لا يشترط إلّا شرطًا واحدًا، وهو أَنْ يكون موجودًا فإن لم يكن موجودًا بطل العقد[٣]، أَما صحَّة السبب، فالسبب الصحيح هو السبب الذي لا يكون مغلوطًا أَو صوريًا، فالسبب المغلوط هو غير موجود أَصلًا، ويسمى السبب (الموهوم)، أَمّا الصورية فلا تكون لوحدها سببًا للبطلان، إلّا إذا اخفت تحتها أَمرًا غير مشروع؛ فحينئذ نكون أَمام عدم

---

[١] ينظر نص المادة (١٦٥) من القانون المدني الأَردني.

[٢] د. مصطفى عبد الجواد حجازي، مصدر سابق، ص٩٢.

[٣] د.عدنان إبراهيم سرحان، و د. نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، الطبعة الأَولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨، ص١٩٢.

مشروعية السبب لا الصورية، وأمّا المشروعية فإنَّ السبب المشروع هو السبب الذي لا يحرمه القانون[١].

المطلب الثاني

شروط الكفالة الجزائية

حين دراسة قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة (١٩٧١) المعدل نجد أنَّه نظم مسألة شروط الكفالة الجزائية بصوره ضمنية وبألفاظ عامه فحدد بعضًا منها وترك الجزء الآخر للدور الايجابي للقاضي الجزائي، فقد عالج أحكام الكفالة الجزائية في المواد من(١٠٩-١٢٠) وبدراسة تلك المواد وتحليلها نجد أنَّ المشرِّع العراقي وضع عدة شروط للكفالة الجزائية، فمنها ما يتعلق بشخص الكفيل ومنها ما يتعلق بنوع الجريمة وأُخرى تتعلق بمبلغ الكفالة، لذا سوف نقسم هذا المطلب على ثلاثة فروع نتناول في الفرع الأول الشروط الخاصة بالكفيل في حين نُخَصص الفرع الثاني للحديث عن الشروط الخاصة بالجريمة، أما الفرع الثالث فسوف نبحث فيه الشروط الخاصة بمبلغ الكفالة، وعلى وفق التفصيل الآتي:

الفرع الأوّل

الشروط الخاصة بالكفيل

إنّ الكفالة الجزائية هي عقد بين الكفيل والسلطة القضائية (المكفول له)، إذ يكون فيها المكفول متهم بموجب قضية جزائية وبمقتضي هذا العقد يلتزم الكفيل بإحضار المكفول متى ما طلب المكفول له ذلك، وبخلافه يكون مُلزمًا بدفع مبلغ الكفالة إلى السلطة القضائية (المكفول له)، فهي ليست بعقوبة، وإنَّما إجراء قانوني لسلامة التحقيق، وبما أنّ الكفالة الجزائية هي عقد، فلا بدَّ من توافر شروط التعاقد في الكفيل وهي الأهلية، والرضا، والمحل، والسبب، وهذه هي شروط عامة في التعاقد، يضاف إليها بعض الضوابط الخاصة بالكفيل، والتي نص عليها المشرِّع العراقي في قانون أُصول المحاكمات الجزائية النافذ إذ جاء فيه "تُقبل الكفالة إذا اقتنع القاضي أو

---

[١] علي مهدي صالح الدفاعي، مصدر سابق، ص٦٠.

المحقق أو المسؤول في مركز الشرطة باقتدار الكفيل على دفع مبلغها"[١]، إذ يتضح من هذا النص أنَّه يشترط في الكفيل أن ْيكون موسرًا، أي أنْ يكون مقتدرًا ماليًا، كذلك يشترط أنْ يكون مقيمًا في المحافظة نفسها التي تقع فيها المحكمة التي أصدرت قرار الكفالة، وذلك من أجل أنْ يتمكن الكفيل من إحضار المكفول عندما يطلب منه ذلك، ومّما تجدر الإشارة إليه أنّ هذا الشرط هو من قبيل الاجتهادات القضائية وليس بنص القانون[٢]، والكفالة كما قلنا سابقًا هي في الأصل تبرُّع محض ولا مصلحة للكفيل فيها، ولكي تكون الكفالة صحيحة يجب أنْ تتوافر أهلية التبرُّع في الكفيل، أي أنَّه يعني ضرورة أنْ يكون الكفيل بالغًا عاقلًا رشيدًا، فلا تصح كفالة المعتوه والمجنون والصبي، وعلى أيَّة حال فإنَّ تقدير توافر الشروط في الكفيل من عدمه أمر متروك لسلطة القاضي الجزائي أو المحقق أو المسؤول في مركز الشرطة، وهذا ما أشارت إليه الفقرة (ب) من المادة (١١٤) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة (١٩٧١)[٣].

أمّا عن موقف المشرِّع المصري، فقد نصَّ قانون الإجراءات الجنائية على أنَّه "يُدفع مبلغ الكفالة من المتهم أو من غيره، ويكون ذلك بإيداع المبلغ المقدر في خزانة المحكمة نقدًا أو سندات حكومية أو مضمونة من الحكومة ويجوز أن يقبل من أي شخص ملئ التعهُّد بدفع المبلغ المقدر للكفالة إذا أخل المتهم بشرط من شروط الإفراج، ويؤخذ عليه التعهُّد بذلك في محضر التحقيق أو بتقرير في قلم الكتاب، ويكون للمحضر قوة السند الواجب التنفيذ"[٤]، ومّما يلحظ على هذا النص أنَّ المشرع المصري لم يضع شروطًا محددة للكفيل ما عدا ما أشار إليه في كون الكفيل شخصًا ملئًا أي مقتدر ماليًا.

أمّا عن موقف المشرِّع الفلسطيني فقد كان ضعيفًا إلى حدٍ ما في تحديد الشروط الواجب توافرها في شخص الكفيل فقد نصَّ قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني على أنَّه "يجب على كل شخص تقرر الإفراج عنه بالكفالة أنْ يوقع سند تعهد بالمبلغ الذي تراه المحكمة كافيًا وأنْ يوقعه كفلاؤه إذا طلبت المحكمة ذلك"[٥].

---

[١] المادة (١١٤) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١.
[٢] القاضي محمد عبد جازع، مصدر سابق، ص٦٧.
[٣] القاضي سامي سليمان فقي، مصدر سابق ص٢٧.
[٤] المادة (١٤٧) من قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (١٥٠) لسنة ١٩٥٠.
[٥] المادة (١٣٩) من قانون الاجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (٣) لسنة ٢٠٠١.

كذلك كان موقف المشرِّع الأردني في قانون أصول المحاكمات فلم يتطرق إلى أيّ شروط أو ضوابط يجب توافرها في شخص الكفيل.

يلحظ مّما تقدَّم أَنَّ القوانين الإجرائية لم تحدد الضوابط الخاصة بشخص الكفيل على سبيل التفصيل، بل أرادت ترك هذه المسألة إلى القوانين المدنية، ونعتقد أَنَّ السبب في ذلك هو أَنَّ الكفالة بطبيعتها هي عقد مدني نُظِّمت أحكامها في القوانين المدنية فيشترط فيها ما يشترط في بقية العقود، مع مراعات خصوصية الكفالة الجزائية التي نظمتها القوانين الإجرائية.

الفرع الثاني

الشروط الخاصة بالجريمة

لقد وضعت التشريعات الجنائية ضوابط مختلفة لعقد الكفالة الجزائية في ما يتعلق بالجريمة الموقوف عنها المتهم والمراد إخلاء سبيله بكفالة، ومنها المشرِّع العراقي، وذلك في نصوص قانون أُصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة (١٩٧١)، إذ نصَّت المادة (١٠٩) من هذا القانون على:

أ- إذا كان الشخص المقبوض عليه متهمًا بجريمة معاقب عليها بالحبس مدة تزيد على ثلاثة سنوات أَو بالحبس المؤقت أَو المؤبد فللقاضي أَنْ يأمر بتوقيفه مدة لا تزيد على خمسة عشر يومًا في كل مرة أَو يقرر إطلاق سراحه بتعهد مقرون بكفالة شخص ضامن أَو بدونها بأَنْ يحضر متى طلب منه ذلك إذا وجد القاضي أَنَّ إطلاق سراح المتهم لا يؤدي إلى هروبه ولا يضر بسير التحقيق.

ب- يجب توقيف المقبوض عليه إذا كان متهمًا بجريمة معاقب عليها بالإعدام وتمديد توقيفه كلما اقتضت ذلك ضرورة التحقيق مع مراعاة المدة المنصوص عليها في الفقرة (أ) حتى يصدر قرار فاصل بشأنه من قاضي التحقيق أَو المحكمة الجزائية بعد انتهاء التحقيق الابتدائي أَو القضائي أَو المحاكمة.

ج- لا يجوز أَنْ يزيد مجموع مدد التوقيف على ربع الحد الأقصى للعقوبة ولا يزيد بأية حال على ستة أَشهر، وإذا اقتضي الحال تمديد التوقيف أكثر من ستة أَشهر فعلى القاضي عرض الأمر

على محكمة الجنايات لتأذن له بتمديد التوقيف مدة مناسبة على أَنْ لا تتجاوز ربع الحد الأَقصى للعقوبة أَو تقرر إطلاق سراحه بكفالة أَو بدونها مع مراعاة الفقرة (ب).

كذلك نصَّت المادة (١١٠) من القانون نفسه على:

أ- إذا كان المقبوض عليه متهمًا بجريمة معاقب عليها بالحبس مدة ثلاث سنوات أَو اقل أَو بالغرامة، فعلى القاضي أَنْ يطلق سراحه بتعهد مقرون بكفالة أَو بدونها ما لم ير أَنَّ إطلاق سراحه يضر بسير التحقيق أَو يؤدي إلى هروبه.

ب- إذا كان المقبوض عليه متهمًا بمخالفة فلا يجوز توقيفه إلّا إذا لم يكن له محل إقامة معين.

يتضح مّما تقدَّم أَنّ المشرِّع العراقي قد وضع عدة ضوابط فيما يتعلق بالجرائم التي تجوز فيها الكفالة منها:

١- أَنْ توقيف المتهم أَو إطلاق سراحه بكفالة أَمر متروك لسلطة القاضي الجزائي، لكن لا يجوز أَنْ تزيد مدة توقيف المتهم عن ستة اشهر، وإذا وجدت هناك حاجة لتمديد توقيف المتهم فيجب على قاضي التحقيق مفاتحة محكمة الجنايات لتسمح له بتمديد مدة التوقيف ولا يجوز أَن تزيد هذه المدة في كل الأَحول عن ربع الحد الأَقصى للعقوبة المقررة للجريمة الموقوف عنها المتهم.

٢- للمحكمة أَنْ تقرَّر إطلاق سراح المتهم بتعهد مقرون بكفالة أَو من بدونها إذا وجدت أَن إطلاق سراحه لا يضر بسير التحقيق، أَي أَنَّ المشرِّع ترك للقاضي سلطة تقدير وضع المتهم فيما إذا كان إطلاق سراحه يضر بسير التحقيق من عدمه.

٣- لا يجوز إطلاق سراح المتهم بكفالة إذا كان موقوفًا عن جريمة معاقب عليها بالإعدام.

٤- لا تجوز الكفالة في الجرائم المعاقب عليها بالسجن مدى الحياة.

٥- إذا كانت عقوبة الجريمة المقبوض من أَجلها على المتهم ثلاث سنوات فأَقل أَو الغرامة، ألزم المشرِّع القاضي الجزائي بأطلاق سراح المتهم بتعهد مقرون بكفالة أَو من دونها، إلّا إذا رأى القاضي الجزائي أَنّ إطلاق سراحه يضر بسير التحقيق أَو تخوف من هروبه، وهنا يجب أَن يبني القاضي رأيه أَو تخوفه على أسباب واحتمالات منطقيه.

٦- كما إنّ المشرِّع أَوجب على القاضي الجزائي عدم توقيف المقبوض عليه في المخالفات إلّا إذا لم يكن له محل إقامة معلوم.

٧- أوجبت المادة (١١٢) من القانون نفسه على المحقق في الأماكن النائية أَنْ يوقف المقبوض عليه في الجنايات، أَمّا إذا كان مقبوض عليه من أَجل جريمة من نوع جنحه فليس له توقيفه وإنّما يجب عليه إطلاق سراحه بكفالة[١].

لذلك فإنّ إطلاق سراح المتهم بكفالة في الأَحوال التي يجيزها القانون أَمر متروك للسلطة التقديرية للقاضي الجزائي، وهذا ما استقر عليه القضاء العراقي، إذ جاء في قرار لمحكمة استئناف النجف الاتحادية بصفتها التمييزية "إنّ القرار صحيح وموافق للقانون لكون مسألة إطلاق سراح المتهم بكفالة من عدمه يعود تقديرها إلى قاضي التحقيق وفقًا لظروف القضية وملابساتها لذا قرر رد الطعن التمييزي وتصديق القرار"[٢].

كذلك حدّد المشرِّع المصري عدة ضوابط لإخلاء سبيل المتهم بكفالة فيما يتعلق بالجريمة الموقوف عنها المتهم فقد نصَّ قانون الإجراءات الجنائية على أَنَّه "في مواد الجنح يجب الإفراج حتمًا عن المتهم المقبوض عليه بعد مرور ثمانية أَيام من تاريخ استجوابه إذا كان له محل إقامة معروف في مصر وكان الحد الأَقصى للعقوبة المقررة قانونًا لا يتجاوز سنة واحدة ولم يكن عائدًا وسبق الحكم عليه بالحبس مدة أَكثر من سنة"[٣].

يتضح من النص المتقدم أَنَّه يجب إخلاء سبيل المتهم إذا مضى على استجواب المتهم ثمانية أَيام وكان له محل إقامة معلوم داخل جمهورية مصر، أَي أَنَّ المسالة وجوبية وليس جوازيه إذا كان له محل إقامه معلوم، وأن لا تزيد عقوبة الجريمة المسندة إليه عن سنة واحدة وأن لا تكون الجريمة من قبيل جرائم العود.

كذلك جاء في المادة (١٤٣) من القانون نفسه "... وفي جميع الأَحوال لا يجوز مد مدة الحبس الاحتياطي في مرحلة التحقيق الابتدائي وسائر مراحل الدعوى الجنائية ثلث الحد الأَقصى للعقوبة السالبة للحرية، بحيث لا يتجاوز ستة أَشهر في الجنح وثمانية عشر شهرًا في الجنايات، وسنتين إذا كانت العقوبة المقررة للجريمة هي السجن المؤبد، أَو الإعدام".

---

[١] ينظر نص المادة (١١٢) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية العراقي المرقم ٢٣ لسنة ١٩٧١.

[٢] قرار محكمة استئناف النجف الاتحادية بصفتها التمييزية المرقم (٣٧/ت/ج/٢٠١٦) في (٢٠١٦/١/٩)، غير منشور.

[٣] المادة (١٤٢) من قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠.

أمّا المشرِّع الفلسطيني فلم يضع أيّ ضوابط فيما يتعلق بنوع الجرائم لإخلاء سبيل المتهم بكفالة سوى اشتراطه أنْ يكون المتهم مقيمًا في دائرة المحكمة التي يُحاكم أمامها، فقد ترك الباب مفتوحًا أمام الاجتهاد القضائي في مسألة إخلاء سبيل المتهم وهذا، مسلك غير مستحسن.

أمّا عن المشرِّع الأردني فقد وضع في قانون أصول المحاكمات الجزائية عدة ضوابط لإخلاء سبيل المتهم فيما يتعلق بالجريمة الموقوف عنها، إذ نصَّ على أنَّه "يجوز للمدعي أنْ يقرر تخلية سبيل أي شخص موقوف بجريمة جنوحيه بالكفالة إذا استدعى ذلك كما يجوز للمحكمة أنْ تقرر التخلية بالكفالة بعد إحالة القضية إليها أو أثناء المحاكمة"[1]، يفهم من هذا النص أنَّه لا يجوز للادعاء العام إخلاء سبيل من أُسندت إليه جريمة جنائية إذ قيد المشرِّع صلاحية الادعاء العام في إخلاء السبيل في الجرائم الجنحية فقط.

في حين نصَّت المادة (١٢٣) من القانون نفسه على أنَّه "يجوز للمحكمة إخلاء سبيل من أُسندت إليه جريمة جنائية إذا وجدت أنَّ ذلك لا يؤثر على سير التحقيق والمحاكمة ولا يخل بالأمن العام ..."، إذ يلحظ على هذه المادة أنَّها اشترطت لإخلاء سبيل المتهم في الجرائم الجنائية أنْ لا يؤثر إخلاء سبيل المتهم على سير التحقيق والمحاكمة أو يؤدي إلى اضطراب الأمن العام.

الفرع الثالث

الشروط الخاصة بمبلغ الكفالة

وضعت التشريعات الجنائية عدة ضوابط فيما يتعلق بمبلغ الضمان المالي المقدر في سند الكفالة، ومنها المشرِّع العراقي، إذ حدد قانون أُصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة (١٩٧١) عدة ضوابط في ما يتعلق بمبلغ الكفالة لإخلاء سبيل المتهم، فقد نصَّت المادة (١١٤) على:

أ- يحدد مبلغ التعهد أو الكفالة تبعًا لظرف كل قضية على أنْ يكون مناسبًا لنوع الجريمة وحالة المتهم.

ب- تقبل الكفالة إذا اقتنع القاضي أو المحقق أو المسؤول في مركز الشرطة باقتدار الكفيل على دفع مبلغها.

---

[1] المادة (١٢١) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية الأردني رقم ٩ لسنة ١٩٦١.

ج- يُقبل من المتهم أَو الكفيل مبلغ التعهد أَو الكفالة نقدًا ويودع في صندوق المحكمة أَو مركز الشرطة.

يتضّح من نص المادة السابقة أَنَّ تحديد مبلغ الكفالة أَمر منوط بسلطة القاضي الجزائي وحسب ظروف كل قضية وكل متهم إلّا أَنَّه يجب على القاضي مراعاة عدة عوامل وظروف في تقدير مبلغ الكفالة ومنها:

أَوّلًا/ نوع الجريمة وجسامتها:

إذ أَنَّ نوع الجريمة، ومدى خطورتها، وفيما إذا كانت جناية أَو جنحة، أَو مخالفة، فكلها عوامل تتحكم في توليد القناعة لدى القاضي لتحديد مبلغ الكفالة الذي يتناسب مع تلك الجريمة.

فهناك فرق بين متهم صفع شخصًا بيده، أَو ركله بقدمه، وشخص مرتكب لجريمة الضرب المبرح أَو ترك عاهة مستديمة في المجنى عليه أَو كان مرتكبًا لجريمة قتل عمد، كذلك هناك فرق بين من يسرق أَو يختلس مبلغ مئة مليون دينار وشخص يسرق (١٠٠) الف دينار ليدفع ثمن الدواء، فعلى القاضي أَنْ يأخذ بنظر الاعتبار جسامة الجريمة وظروف المتهم عند تقدير مبلغ الكفالة الجزائية.

ثانيًا/ شخص المتهم:

إذ هناك كثير من الشخصيات المعروفة والتي تحظى باحترام المجتمع ولها مكانتها الاجتماعية تحترم القانون ولا يُخشى هروبهم، كذلك هناك متهمين من ارباب السوابق الإجرامية التي يُخشى من إطلاق سراحهم أَنْ يؤدي إلى هروبهم، وغيرها من الظروف الكثيرة التي يأخذها القاضي بعين الاعتبار أَو التي تضطره إلى تخفيض أَو زيادة مبلغ الكفالة الجزائية لكي تكون ضمانًا مناسبًا لتأمين حضور المتهم[١].

ثالثًا/ المركز المالي للمتهم:

فإذا كانت الجريمة على قدر من الخطورة وكان المتهم ذا مركز مالي ممتاز، فليس للقاضي أَنْ يُقرر إطلاق سراحه بكفالة شخص ضامن بمبلغ زهيد؛ لأَنَّ مثل هكذا شخص لا يردعه مبلغ زهيد إذا ما أَراد الهروب وعدم الحضور؛ إذ لا يهمه ذهاب مبلغ الكفالة إلى خزينة الدولة[٢].

---

[١] القاضي سامي سليمان فقي، مصدر سابق، ص٢٩.

[٢] القاضي سامي سليمان فقي ، ص٣٠.

رابعًا/ مدى توفر الأدلة ضد المتهم وكفايتها:

إذ كلما كانت أصابع الاتهام موجهة نحو المتهم المراد إخلاء سبيله بكفالة وجب على القاضي زيادة مبلغ الكفالة لضمان عدم هروبه ولتأمين حضوره كلما اقتضت الحاجة.

ويرى الباحث أنّه من الأفضل لو أنّ المشرِّع وضع الحدود الدنيا لمبلغ الكفالة الجزائية على أساس جسامة الجريمة ونوعها بالنسبة للجرائم الواقعة على الأشخاص، أمّا الجرائم الواقعة على الأموال نرى أنَّه من الأفضل لو حددها المشرِّع بحد أدنى لا يقل عن ضعف الأموال التي وقعت عليها الجريمة، لِتُحقق الكفالة الجزائية الغرض المنشود من ورائها، إذ يلحظ أنّ بعض القضاة يقرر إطلاق سراح المتهم بكفالة مالية لا تصل حتى إلى ربع الأموال التي وقعت عليها الجريمة، وذلك لأسباب كثيرة منها الضغوط التي قد يواجهّا القاضي بسبب الانتماء الحزبي، أو العشائري أو التهديدات التي تمارسها بعض الجهات على القاضي الجزائي مّما يضطره إلى اتخاذ قرار بمبلغ الغرامة لا يتناسب مع جسامة الجريمة، إذ نقضت محكمة جنايات الرصافة بصفتها التمييزية قرار قاضي تحقيق الأعظمية والمتضمن إطلاق سراح المتهم بكفالة مقدارها خمسة وعشرون ألف دينار، فقد تم نقض هذا القرار؛ لكونه جاء معيبًا من حيث عدم تناسبه مع جسامة الفعل المنسوب ارتكابه إلى المتهم؛ لأنَّ مبلغ الكفالة هنا لا يشكل تأمينًا مناسبًا من أجل إحضار المتهم كلما طلبت السلطات المختصة ذلك[١]، فلو وضع المشرِّع الحد الأدنى لمبلغ الكفالة على أساس جسامة الجرائم ومقدار الأموال التي وقعت عليها الجريمة لقطع الدابر أمام هذه المحاولات لاسيما رفع الحرج عن القضاة.

أمّا عن موقف المشرِّع المصري إذ جاء مماثلًا لموقف المشرِّع العراقي في عدم تحديد مبلغ الكفالة وترك تحديده إلى السلطة القضائية فإنَّه لم يحدد حدًا أدنى أو اعلى للكفالة الجزائية وترك مسألة تحديد مبلغ الكفالة إلى السلطة المختصَّة بالتحقيق.

كذلك موقف المشرِّع الفلسطيني جاء مماثل لموقف المشرِّعين العراقي والمصري فيما يتعلق بمبلغ الكفالة إذ نصَّ قانون أُصول الإجراءات الجنائية على أنَّه "يجب على كل شخص تقرَّر الإفراج عنه بالكفالة أنْ يوقع سند تعهّد بالمبلغ الذي تراه المحكمة كافيًا..."[٢].

ولم يختلف موقف المشرِّع الأردني عما رأيناه في التشريعات السابقة؛ فقد نصَّ قانون أُصول المحاكمات الجزائية على أنَّه "يترتب على كل شخص تقرَّر تخلية سبيله بالكفالة أنْ يقدّم كفالة

---

[١] قرار محكمة جنايات الرصافة بصفتها التمييزية رقم (٢٣٠/ت/ج/١٩٩٧)، في (١٩٩٧/٦/٤)، غير منشور.

[٢] المادة (١٣٩) من قانون أُصول الإجراءات الجنائية الفلسطيني رقم (٣) لسنة ٢٠٠١.

بالمبلغ الذي يُقرر قيمته المرجع الذي اصدر القرار أو أَنْ يوقع سند تعهد بالمبلغ الذي يقرره المرجع..."[١]، إذ أعطى المشرِّع الأردني سلطة تقديرية للمرجع الذي يصدر قرار إخلاء سبيل المتهم بالكفالة في تقدير مبلغ الكفالة.

المطلب الثالث

نطاق الكفالة الجزائية

إنّ أغلب التشريعات الجنائية، ومنها التشريع العراقي ميزت بين الجرائم التي يجب أو يجوز إطلاق سراح المتهم فيها بكفالة، والجرائم التي لا يجوز إطلاق سراحه فيها، لذلك سوف نقسّم هذا المطلب إلى فرعين، نتكلم في الفرع الأوّل عن الجرائم التي يجب، أو يجوز إطلاق السراح فيها، أمّا الفرع الثاني فسوف نُخصَّصه للحديث عن الجرائم التي لا يجوز إطلاق سراح المتهم فيها، وهذا ما سنوضحه على وفق التفصيل الآتي:

الفرع الأوّل

الجرائم التي يجب أو يجوز إطلاق السراح فيها

إنَّ إطلاق سراح المتهم بكفالة أو بدونها أمر يتعلق بنوع الجريمة المنسوب إليه ارتكابها؛ فقد أشار قانون أُصول المحاكمات الجزائية العراقي إلى أنَّ بعض الجرائم يكون فيها إطلاق سراح المتهم وجوبي ولا تخضع لسلطة القاضي التقديرية، وأُخرى يكون فيها إطلاق سراح المتهم أمر جوازي ومتروك تقديره لسلطة القاضي.

ذهب مشرعنا العراقي في قانون أُصول المحاكمات الجزائية إلى تحريم توقيف المتهم ووجوب إطلاق سراحه إذا كانت الجريمة المنسوبة إليه من نوع مخالفة، لكنه أورد استثناء على هذا الأصل إذ أجاز بموجبه توقيف المتهم وعدم إطلاق سراحه في حالة إذا كان المتهم غير معلوم محل الإقامة[٢]، وأنَّ عدم اجازة المشرِّع التوقيف في المخالفات هو عين الصواب على الرغم من أهميّتها إلّا أنَّها قليلة الخطورة كذلك أنَّه ضعّف احتمالية هروب المتهم في مثل هذه الجرائم والتضحية بعلاقاته العائلية والاجتماعية وأعماله ومصالحه المادية من أجل جريمة

---

[١] المادة (١٢٦) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية الأردني رقم (٩) لسنة ١٩٦١.
[٢] تنظر الفقرة (ب) من المادة (١١٠) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١.

بسيطة لا يتجاوز الحكم فيها على فرض ثبوتها مدة ثلاثة أَشهر والتي تستبدل عادةً بالغرامة مّما يجعل إجراء التوقيف فيها منافيًا للحكمة التي شُرع من أَجلها هذا الإجراء الخطير، كذلك أَنَّه لا توجد مخاوف من العبث بسير التحقيق الجاري في المخالفات لأَنَّ التحقيق فيها يعتمد على المحضر المنظم من قبل المسؤول في مركز الشرطة[١]، كذلك كان موقف المشرِّع المصري إذ لم يجز توقيف المتهم في المخالفات، وهذا ما أَشارت إليه المادة (١٣٤) من قانون الإجراءات الجنائية المصري.

أَوجب المشرِّع العراقي على المحقق في الأَماكن النائية أَنْ يطلق سراح المتهم بكفالة في الجنح إذ نصت المادة (١١٢) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة (١٩٧١) على أَنَّه "على المحقق في الأَماكن النائية عن مركز دائرة القاضي أَنْ يوقف المتهم في الجنايات، أَمّا في الجنح فعليه أنْ يطلق سراح المتهم فيها بكفالة..."، ولم يتطرق المشرِّع إلى صلاحية المحقق في الأَماكن النائية عند ارتكاب مخالفة، وهذا يعني أَنَّه من باب أَولى يجب إطلاق سراح من ارتكب مخالفة في الأَماكن النائية، إذ لا صلاحية للمحقق في توقيف المتهم أُو حتى إلزامه بتقديم كفيل إذا كان الفعل المنسوب إليه يمثل مخالفة.

ومّما تجدر الإشارة إليه أَنَّ القانون أَوجب إطلاق سراح المرأة في الجرائم غير العمدية كجرائم القتل الخطأ والإيذاء الخطأ، أَمّا إذا كانت الجريمة عمدية فينطبق على المرأة ما ينطبق على الرجل[٢].

كذلك أَوجب المشرِّع إطلاق سراح المتهم بجريمة معاقب عليها بالحبس مدة ثلاث سنوات فأَقل أَو بالغرامة، فقد أَوجب على القاضي إطلاق سراحه بتعهُّد مقرون بكفالة أَو من دونها ما لم ير أَنَّ إطلاق سراحه يضر بسير التحقيق أَو يؤدي إلى هروبه[٣].

كذلك منح المشرِّع العراقي القاضي الجزائي سلطة تقديرية واسعة في إطلاق سراح المتهم في بعض الحالات وفقًا لقناعته الشخصية بتعهُّد مقرون بكفالة أَو بدونها، فإذا كان المقبوض عليه متهمًا بارتكاب جريمة معاقب عليها بالحبس مدة تزيد على ثلاث سنوات أَو السجن المؤقت أَو

---

[١] القاضي حسين سعدون عبد الرضا السواد، أَحكام الكفالة الجزائية، بحث مقدم إلى المعهد القضائي العراقي، ٢٠١٥، ص٢٣.

[٢] ينظر قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (١٠١) لسنة ١٩٩٩.

[٣] عبدالله سلام بكر، الكفالة الجزائية، بحث مقدم إلى المعهد القضائي العراقي،٢٠١٦، ص١٨.

المؤبد ووجد قاضي التحقيق أَنَّ إطلاق سراحه لا يضر بسير التحقيق ولا يؤدي إلى هروبه فله إطلاق سراحه بتعهُّد مقرون بكفالة أَو بدونها[١].

ومن التطبيقات القضائية على ذلك نقضَّت محكمة جنايات الرصافة بصفتها التمييزية قرار قاضي تحقيق الرصافة والذي جاء فيه "وجد أَنَّ القرار لم يكن صحيحًا إذ لوحظ بأَنَّ المتهم (ع.ج) موقوف على ذمة التحقيق منذ (٢٠٠٩/٣/١٠) وفق المادة (٤٤٦) من قانون العقوبات ومن ثم تم تبديل الوصف القانوني بحقه وفق المادة (٤٦١) من قانون العقوبات، وأَنَّ المادة القانونية أَعلاه مما يجوز إخلاء سبيل المتهم فيها بكفالة لمضي مدة طويله على توقيفه ولوجود الجواز القانوني قرَّرت المحكمة نقض قرار قاضي التحقيق المميز وإخلاء سبيل المتهم بكفالة شخص ضامن وبمبلغ مليون دينار"[٢]، أَمّا الجرائم التي تكون عقوبتها الحبس مدة ثلاث سنوات فأَقل أَو الغرامة فالأصل هنا هو أَنْ تُقرّر سلطة التحقيق أَو المحكمة المختصَّة إطلاق سراح المتهم بينما الاستثناء هو جواز توقيفه إذا كان إطلاق السراح يضر بسير التحقيق أَو يؤدي إلى هروب المتهم وكان من الأَفضل لو جعل المشرِّع العراقي إطلاق سراح المتهم في الجرائم المعاقب عليها بالغرامة وجوبيًا فقط، كون الجريمة ليست ذات خطورة.

أَمّا عن موقف المشرِّع المصري فقد أَجاز قانون الإجراءات الجنائية المصري لقاضي التحقيق أَنْ يُقرر توقيف المتهم إذا كانت الجريمة المنسوبة إليه جناية أَو جنحة معاقب عليها بالحبس مدة لا تقل عن سنة بشرط وجود دلائل كافية تُشير إلى نسبة الجريمة للمتهم، كذلك أَجاز له أَنْ يُقرر توقيف المتهم المنسوب إليه جنحة معاقب عليها بالحبس ولم يكن للمتهم محل إقامة معروف[٣].

يلحظ مَّما تقدَّم أَنّ المشرِّع المصري ربط التوقيف والكفالة بتوفير أَدلة من عدمها، على عكس ما قام به المشرِّع العراقي في قانون أُصول المحاكمات الجزائية الذي جعل التوقيف والكفالة مرتبط بنوع الجريمة، وحسنًا فعل المشرِّع العراقي؛ لأَنَّ جَعْل التوقيف والكفالة مرتبط بتوفر أَدلة مسأَلة فيها كثير من الصعوبات إذ يؤدي ذلك إلى أَنَّه قاضي يرى وجود دلائل كافية فيقوم بتوقيف المتهم وقاضي آخر وفي الموضوع نفسه يرى عدم وجود دلائل كافية فيخلي سبيل المتهم وبذلك يجعل من الاجتهاد يأخذ مأخذه بالإضافة إلى مسأَلة وجود دلائل من عدمها مسأَلة تختصُ بها

---

[١] تنظر الفقرة (أ) من المادة (١٠٩) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١.

[٢] قرار محكمة جنايات الرصافة بصفتها التمييزية بالعدد (١٥٧/ت/٢٠٠٩) في (٢٠٠٩/٤/٢٣)، غير منشور.

[٣] تنظر المادة (١٣٤) من قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (١٥٠) لسنة ١٩٥٠.

محكمة الموضوع، أمّا قاضي التحقيق لا يناقش الأدلة بل يجمع أدلة، وبذلك كان المعيار الذي اتبعه المشرِّع العراقي أفضل وأكثر وضوحًا من المعيار المتبع من قبل المشرِّع المصري[١].

أمّا المشرِّع الفلسطيني في قانون أُصول الإجراءات الجزائية رقم (٣) لسنة (٢٠٠١)، فلم يضع معيارًا للتمييز بين الجرائم التي يجوز أو لا يجوز إخلاء سبيل المتهم فيها بالكفالة، فقد ترك الباب مفتوحًا أمام الاجتهاد القضائي ليقدر حالة كل متهم وظروف وملابسات كل جريمة على حده.

و لم يختلف موقف المشرِّع الأردني عن نظيره الفلسطيني إذ كان هو الآخر لم يضع معيارًا محددًا للتمييز بين الجرائم التي يجوز أو لا يجوز إخلاء سبيل المتهم فيها بالكفالة سوى أنَّه نص في قانون أُصول المحاكمات الجزائية على أنَّه "إذا تبين للمدعي العام أنْ الفعل يؤلف مخالفة يحيل المشتكي إلى المحكمة المختصَّة و يأمر بإطلاق سراحه إن لم يكن موقوفًا لسبب آخر"[٢]، إذ أوجب المشرِّع الأردني إطلاق سراح المتهم في المخالفات.

وفي هذا السياق نجد أنَّ مشرعنا العراقي في قانون أُصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة (١٩٧١) كان متميزًا في وضع معيار واضح وصريح للتمييز بين الجرائم التي يجب أو يجوز إطلاق سراح المتهم فيها بالكفالة كما رأيناه فيما تقدَّم، بل ذهب إلى أكثر من ذلك ووضع معيارًا للجرائم التي لا يجوز إطلاق سراح المتهم فيها بالكفالة، وهذا ما سنوضحه في الفرع الثاني من هذا المطلب على شكل من التفصيل.

الفرع الثاني

الجرائم التي لا يجوز فيها إطلاق السراح

هناك حالات توجب توقيف المتهم وعدم إطلاق سراحه، وهذا ما نص عليه قانون أُصول المحاكمات الجزائية العراقي، إذ جاء فيه "يجب توقيف المقبوض عليه إذا كان متهمًا بجريمة معاقب عليها بالإعدام وتمديد توقيفه كلما اقتضت ذلك ضرورة التحقيق..."[٣]، غير أنَّ هذا الوجوب في التوقيف وعدم جواز إطلاق السراح لا يقتصر على الجرائم المعاقب عليها بالإعدام، إذ أنَّ المحاكم لا تمارس عادة حق إطلاق السراح بكفالة في الجرائم المهمة وإنْ لم يكن معاقبًا

---

[١] إياد وحيد جبار، مصدر سابق، ص١٦.

[٢] المادة (١٣١) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية الأردني رقم (٩) لسنة ١٩٦١.

[٣] المادة (١٠٩) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١.

عليها بالإعدام، كذلك أنَّ هناك جرائم أُخرى مَنَعَ المشرِّع العراقي إطلاق سراح المتهم بارتكابها وأَوجب إحالته فيها موقوفًا على المحكمة، إلّا إذا رأى قاضي التحقيق أَنَّ الأَدلة منعدمة أَو غير كافية فله أنْ يُقرر الإفراج عنه استنادًا للفقرة (ب) من المادة (١٣٠) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية، إذ نجد عن طريق استقراء نصوص قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة (١٩٦٩) والقوانين الأُخرى ذات الصلة وقرارات مجلس قيادة الثورة (المُنحل)، وأَوامر سلطة الائتلاف المؤقتة لا يمكن إطلاق سراح المتهم بارتكاب إحدى الجرائم محل المواد الآتية:

١- جريمة القتل العمد الواردة في المادة (٤٠٦) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة (١٩٦٩) المعدل النافذ.
٢- الجرائم الماسة بأمن الدولة الداخلي والخارجي الواردة في المواد(١٩٤ و١٩٧) ومجموعتها من(١٥٦ - ٢٢٦) من قانون العقوبات العراقي المعدل النافذ.
٣- جرائم السرقة الواردة في المواد من(٤٤٠-٤٤٥) من قانون العقوبات العراقي المعدل النافذ[١].

---

[١] صدرت قرارات تشريعية عديدة تخص جرائم السرقة وهي:

- قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (١٦٣١) في (١٩٨٠/١٠/٣٠)، منشور في الوقائع العراقية بالعدد (٢٨٠٢) في (١١/١٠/ ١٩٨٠)، والذي نص على:

يعاقب بالإعدام كل من ارتكب أيا من الجرائم الاتية:

١- جريمة السرقة المنصوص عليها في المادة (٤٤٠) من قانون العقوبات رقم (١١١) لسنة (١٩٦٩).
٢- جريمة السرقة المنصوص عليها في الفقرة (رابعًا) من المادة (٤٤٣) من قانون العقوبات.
٣- جريمة السرقة المنصوص عليها في الفقرة (خامسًا) من المادة (٤٤٣) من قانون العقوبات.

- قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (١١٣٣) في (١٩٨٢/٩/٢)، المنشور في الوقائع العراقية بالعدد (٢٩٠٢) في (١٩٨٢/٩/٢٠)، والذي عدل بقرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (٨) في (٢٠٠٣/١/١٢)، المنشور في الوقائع العراقية بالعدد (٣٩٧٦) في (٢٠٠٣/١/٢٧) وقد نص على ما يأتي:

أ- يعاقب بالإعدام كل من ارتكب في ظروف الحرب وباستخدام السلاح أيًا من جرائم السرقة المنصوص عليها في المادتين (٤٤١ و ٤٤٢) والفقرات اولا وثانيا وثالثا من المادة (٤٤٣) من ق.ع.ع.
ب- تطبق العقوبات المنصوص عليها في قانون العقوبات اذا تمت السرقة دون استخدام السلاح، وفي حالة العودة تكون العقوبة إعدام.

- قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (١٣) في (١٩٩٢/١١)،نُشر في الوقائع العراقية بالعدد (٣٣٨٩) في (١٩٩٢/١/٢٠)، ونص على: "تطبق العقوبة المنصوص عليها في قرار مجلس قيادة

٤- جرائم الخطف الواردة في المواد (٤٢١-٤٢٣) ق.ع.ع المعدلة بأمر سلطة الائتلاف المؤقتة رقم (٣١) لسنة (٢٠٠٣)، واصبحت عقوبتها السجن مدى الحياة.
٥- جرائم المادة (الرابعة) من قانون مكافحة الإرهاب رقم (١٣) لسنة (٢٠٠٥).
٦- الجرائم الواردة في قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (٢٣٤) لسنة (٢٠٠١).
٧- بعض جرائم المادة (الرابعة عشر) من قانون مكافحة المخدرات رقم (٦٨) لسنة (١٩٦٥).
٨- جرائم المادة (الثانية/ أولًا) من قانون تهريب النفط ومشتقاته رقم (٤١) لسنة (٢٠٠٨).
٩- بعض الجرائم الواردة في قرار مجلس قيادة الثورة المُنحل رقم (٣٩) لسنة (١٩٩٤) الخاص بحيازة الأدوية بدون اجازة.

ومن التطبيقات القضائية على عدم جواز إطلاق سراح المتهم إذا كانت الجريمة المنسوبة للمتهم معاقب عليها بالإعدام قرار محكمة الجنايات الرصافة الهيئة القضائية الثالثة بصفتها التمييزية الذي قضى بنقض قرار قاضي التحقيق بناءً على تمييز المدعي العام إذ جاء فيه "القرار لم يكن صحيحًا وجاء مخالف للقانون حيث ان المتهم (أ.ح.ر) وجماعته أُحيلوا على هذه المحكمة لإجراء محاكمتهم عن التهمة المسندة إليهم وفق البند (ز) من الفقرة الأولى من المادة (٤٠٦) من قانون العقوبات وقد أُحيلوا جميعا موقوفين باستثناء المتهم (م.ف.ح) فقد أُحيل مكفلًا وهذا غير جائز قانونًا، إذ أَنَّ الجرائم التي تنطوي تحت المادة المذكورة عقوبتها الإعدام شنقًا حتى الموت، وبذلك كان من الواجب إحالة المتهم المذكور موقوفًا لعدم وجود الجواز القانوني في هكذا جرائم"[١].

ومّما تجدر الاشارة إليه أَنَّ الجرائم المتعلقة بالاختلاس والرشوة سواء كانت في دور التحقيق أَو المحاكمة حتى صدور حكم أَو قرار فاصل في الدعوى كانت لا يجوز إطلاق سراح المتهم فيها بكفالة أَو من دونها، ومن التطبيقات القضائية على ذلك قرار محكمة التمييز الاتحادية الذي نقض قرار المحكمة الجنائية المركزية حول اعتراض المتهم المحكوم غيابيًا بجريمة الاختلاس والذي قررت المحكمة المذكورة قبول اعتراضه وإخلاء سبيله بكفالة حتى نتيجة الدعوى إذ عَدَّت محكمة التمييز أَنَّ القرار جاء خلافًا لأَحكام الفقرة الأولى من المادة (٢٤٤) من أُصول

الثورة ذي العدد (١١٣٣) في (١٩٨٢/٩/٢)، على مرتكب أيًا من الجرائم المنصوص عليها في المادتين (٤٤٤ و٤٤٥) من قانون العقوبات...".

[١] قرار محكمة جنايات الرصافة الهيئة الثالثة بصفتها التمييزية بالعدد (٢٠٥/ت/ج/٢٠٩) في (٢٠٠٩/٥/٦)، غير منشور.

المحاكمات الجزائية التي أشارت إلى أَنّ للمحكمة أنْ تُقرّر إطلاق سراح المتهم المحكوم غيابيًا بكفالة عند حضوره أمامها وتقديم اعتراضه على الحكم الغيابي إلّا أنَّها استثنت من ذلك الجرائم التي لا يجوز إطلاق السراح فيها بكفالة[١]، وبما أَنَّ الجريمة المحكوم عنها المدان المذكور هي جريمة اختلاس أموال الدولة وأَنَّ قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (١٢٠) لسنة (١٩٩٤) نص في الفقرة (الثالثة) منه على عدم إطلاق سراح المحكوم عن جريمة اختلاس أَو سرقة أموال الدولة أَو عن جريمة عمدية أُخرى تقع عليها في دوري التحقيق والمحاكمة؛ مّما يجعل قرار المحكمة الصادر بإخلاء سبيل المحكوم غيابيًا (م.ر.ض) بكفالة قد بني على خطأ في تطبيق القانون تطبيقًا سليمًا، لذلك قرر نقضه واصدار أَمر القبض بحقه على وفق أَحكام المادة (٣١٦) من قانون العقوبات[٢]، ويرى الباحث أَنَّ محكمة التمييز الاتحادية كانت غير موفقة عند نقضها

---

[١] قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم (٥٩٢١/ الهيئة الجزائية/ ٢٠١٢) في (٢٠١٢/٤/١٠)، منشور على شبكة الإنترنت، تاريخ الزيارة (٢٠٢١/٣/٥) على الرابط الآتي:

http://altaakhpress.com/print-php?=26447

[٢] مما تجدر الإشارة إليه هنا أَنَّ محكمة التمييز كانت غير موفقة في قرارها حيث هناك الكثير من الإشكاليات حول قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (١٢٠) لسنة ١٩٩٤ ومنها:

أَولًا: ان تطبيق القرار (١٢٠) لسنة ١٩٩٤ يتعارض في بعض أَجزائه مع قانون التضمين رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٦ لا سيما ما ورد في المادة الرابعة منه والتي اعطت الوزير المختص او رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة حق تقسيط مبلغ التضمين لمدة لا تزيد على خمسة سنوات لقاء كفالة عقارية.

ثانيًا: نصَّت المادة (الأَولى) من هذا القرار على أَنَّه "لا يطلق سراح المحكوم عن جريمة اختلاس أَو سرقة أَموال الدولة أَو عن جريمة عمدية أُخرى تقع عليها بعد قضائه مدة الحكم ما لم تسترد منه هذه الأَموال أَو ما تحولت إِليه أَو بُدلت او قيمتها"، أَي أَنَّ القرار المذكور يتعلق بالمحكومين عن الجرائم المنصوص عليها في القرار المذكور بعد قضائهم مدة الحكم، أَمّا ما ورد في المادة الثالثة منه التي نصَّت على أَنَّه "تسري احكام هذا القرار على القضايا التي ما زالت في دور التحقيق أَو المحاكمة وعلى الأَحكام التي اكتسبت الدرجة القطعية" فإن ذلك لا يعني عدم جواز إِطلاق سراح المتهم في الجرائم المذكورة بكفالة، بل أَنَّ ذلك يعني اعطاء القرار المذكور قوة تنفيذية للسريان باثر رجعي على القضايا التي ما زالت في دوري التحقيق أَو المحاكمة وعلى الأَحكام التي اكتسبت الدرجة القطعية وقت اصدار القرار المذكور إِذ لولا هذه المادة فسيكون سريان هذا القرار وقت صدوره على الجرائم التي ترتكب بعد نفاذة وللمحكوم أَنْ يتمسك بالقانون الأَصلح له، إِلّا أَنَّ المشرِّع أَراد للقرار أَنْ يسري بأَثر رجعي من حيث الزمان لذلك أَورد المادة الثالثة، أَمّا القول إِنّ ما ورد في هذه المادة يتعلق بعدم جواز إِطلاق سراح المتهم بجريمة الاختلاس أَو سرقة أَموال الدولة أَو أَي جريمة عمدية أُخرى تقع عليها بكفالة في دوري التحقيق أَو المحاكمة أَمر لا يمكن تسويغه من الناحية المنطقية، إِذ أَنَّ المادة الأَولى تتعلق بعدم جواز إِطلاق سراح المحكوم بعد قضائه مدة الحكم ما لم تسترد منه هذه الأَموال أَو ما تحولت إِليه أَو بُدلت به قيمتها ولا تتعلق بموضوع الكفالة مطلقا هذا من جانب، ومن جانب آخر لا يمكن سحب ما ورد في المادة

لقرار المحكمة الجنائية المركزية، إذ اخطأت محكمة التمييز الاتحادية في تطبيق القانون تطبيقًا صحيحًا، فبالرجوع لقرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (١٢٠) لسنة (١٩٩٤) نجد لا علاقة له بالكفالة الجزائية مطلقًا وكان قصد المشرِّع من وراءه هو عدم إطلاق سراح من أنهى مدة محكوميته عن الجرائم الواردة في هذا القرار ما لم تسترد منه هذه الأموال التي وقعت عليها الجريمة، ولم يقصد منه عدم جواز إطلاق سراح المتهم بكفالة في مرحلتي التحقيق أو المحاكمة.

ومَّما تجدُر الاشارة إليه هنا قيام المحكمة الاتحادية العليا بالحكم بعدم دستورية قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (١٢٠) لسنة (١٩٩٤) بقرارها الصادر بالعدد (٥٧/ اتحادية / ٢٠١٧) في (٣/ ٨ / ٢٠١٧) الذي قررت فيه عدم دستورية القرار (١٢٠) لسنة (١٩٩٤) وإلغاءه وبذلك فإنَّ الحكم بعدم دستورية قرار مجلس قيادة الثورة المُنحل رقم (١٢٠) لسنة (١٩٩٤)، جعلت منه أَنْ يكون قرارًا معدومًا في أساسه، ذلك أَنَّ إلغاءه يسري بأثر رجعي اعتبارًا من تأريخ صدوره و نفاذه لذا فإن الأحكام الجزائية الصادرة من المحاكم الجزائية العراقية التي طبقت القرار (١٢٠) لسنة (١٩٩٤) الصادرة قبل إلغاءه المكتسبة للدرجة القطعية تعد معدومة قانونًا بقدر تعلق الأمر بتطبيقه، ولا يجوز للمحاكم الجزائية تطبيق القرار آنف الذكر، بعد الحكم بعدم دستوريته وإلغاءه من قبل المحكمة الاتحادية لانعدام الأساس القانوني لوجوده عند الحكم بعدم دستوريته، وحيث أنَّ الحكم الجزائي المكتسب للدرجة القطعية الصادر تطبيقًا لأحكام القرار (١٢٠) لسنة (١٩٩٤) المُلغى لعدم دستوريته يعد معدوم قانونًا بقدر تعلق الأمر بالفقرة الحكمية الخاصة بتطبيق القرار المذكور الأمر الذي يقتضي أنْ لا يترتب عليه أي أَثر؛ لانعدامه ويجب إطلاق سراح المحكوم عليه من المؤسسة العقابية فورًا ما لم يكن مطلوبًا عن قضية أُخرى ،إذا ما استنفد المدة المحددة في قرار الحكم، دون التقييد بالفقرة الحكمية

(الاولى) على القضايا التي وردت في المادة (الثالثة)؛ لأنه لا يوجد محكوم في مرحلة التحقيق والمحاكمة قبل أَن يصدر قرار فاصل وقطعي في الدعوى ولو كان قصد المشرع عدم جواز إطلاق سراح المتهم بكفالة لصاغ نص المادة الاولى بالشكل التالي "لا يطلق سراح المتهم الموقوف والمحكوم عن جريمة اختلاس أَو سرقة أَموال الدولة أَو عن جريمة عمدية أُخرى تقع بعد قضائه مدة الحكم ما لم تسترد منه هذه الأَموال أَو ما تحولت إِليه أَو ابدلت به قيمتها"، ويبقى تقدير مسالة إِطلاق أَو عدم إِطلاق سراح المتهم في جرائم الاختلاس والرشوة لقاضي التحقيق أَو المحكمة وحسب ظروف كل قضية وأَهمية الأَدلّة المتوفرة فيها، وكذلك المبلغ المختلس، أَو المسروق، وحجم الضرر الذي أَصاب المال العام، ومدى تأثير إِطلاق سراح المتهم على سير التحقيق، وهروب المتهم.

ثالثًا: إنّ موضوع عدم إِطلاق سراح المتهم بجرائم الاختلاس، أَو الرشوة، أَو السرقة قد عالجته قرارات أُخرى مثل القرار رقم (٣٨) لسنة (١٩٩٣) المُلغى بموجب القرار (٤٥) لسنة (٢٠٠٧).

المتعلقة بتطبيق القرار (١٢٠) لسنة (١٩٩٤)، وعلى المؤسسات العقابية مراعاة ذلك تطبيقًا لأحكام القرار الصادر من المحكمة الاتحادية العليا، وإلا تعرضَّت للمسألة القانونية، ولاسيما إنَّ قرار المحكمة الاتحادية العليا الذي تُقرر بموجبة عدم دستورية القرار (١٢٠) لسنة (١٩٩٤) وإلغاءه، يعد باتًا ومُلزمًا لكافة المحاكم وجميع المؤسسات والسلطات في الدولة العراقية، استنادًا لأحكام المادة (٩٤) من دستور جمهورية العراق والفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسنة (٢٠٠٥)، وعلى الكافة التقييد بأحكامه وتطبيقه بكل دقه، لذا يجب إطلاق سراح المحكوم علية إذا استنفد المدة المُقررة في قرار الحكم المكتسب للدرجة القطعية، واعتبار الفقرة الحكمية التي استندت إلى أحكام القرار (١٢٠) لسنة (١٩٩٤) المتعلقة بعدم إطلاق سراحه بعد انتهاء مدة محكوميته ما لم يتم التسديد، معدومة ولا يترتب عليها أي أَثر، ويتم استحصال المبالغ المترتبة بذمة المحكوم عليه للدولة تنفيذًا([1])، و أَوضحت المحكمة الاتحادية العليا الأَسباب والمبررات التي استندت إليها في الغاء هذا القرار[2].

---

[1] حيدر علي نوري، مقال منشور على شبكة الإنترنت تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٤/١٥ على الرابط الآتي:

https://www.iraqfsc.iq/news.3991

[2] بيان صادر عن المكتب الاعلامي للمحكمة الاتحادية العليا، منشور على شبكة الإنترنت تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٤/١٤ على الرابط الآتي: https://www.iraqfsc.iq/news.3880/ حيث جاء فيه أنّ المحكمة وجدت من خلال قراءة القرار بأنه يتضمن عدم إطلاق سراح المحكوم عن جريمة اختلاس أو سرقة المال العام أو أي جريمة تطال هذا المال ما لم يُسترد منه وان القرار من شانه إبقاء المحكوم عليه –المعسر- عن تلك الجرائم في السجن مدة لها بداية وليس لها نهاية، ورأت المحكمة أن المركز القانوني للمحكوم الذي امضى مدة الحكم الجزائي قد أَصبح مديناً للجهة المتضررة وهي إحدى مؤسسات الدولة ووجدت أنّ استحصال المؤسسة لهذه الديون حق كفله القانون لها واستعمال الحق يلزم أن يكون وفق الإجراءات المرسومة في القوانين وليس بالتنفيذ على بدن المدين وانما بالقدر الذي يضيق عليه لإظهار امواله وللمدة التي حددها القانون لا إلى ما لا نهاية، وأكدت المحكمة أن قانون التنفيذ رقم (٤٥) لسنة (١٩٨٠) حدد هذه المدة في المادة (٤٣) منه بما لا تتجاوز على أَربعة أَشهر لإجبار المدين على إظهار أَمواله فضلًا عن الطرائق الأُخرى التي رسمها القانون ومنها الحجز على الأَموال ومنع السفر وغيره من الوسائل، وكذلك ما أَورده قانون تحصيل الديون الحكومية رقم (٥٦) لسنة (١٩٧٧) من أَساليب تؤمن الحصول على حقوق الدولة، وأَكدت أَنَّ القول بغير ذلك وإبقاء المدين موقوفًا أَو سجينًا إذا كان معسرًا ولم تستطع الدولة بما لها من إمكانيات بالكشف عن أَمواله والحصول على حقوقها بالأساليب القانونية واللجوء إلى تطبيق احكام القرار (١٢٠) لسنة (١٩٩٤) بإبقائه سجينًا دون تحديد مدة فإنه يتعارض مع المبادئ التي أَوردها الدستور في الباب الثاني منه المتعلقة بالحريات في المواد من (٣٧ – ٤٧) منه وأشارت المحكمة إلى ما جاءت به المادة (٣٧/ اولاً/ أ) بالنص "حرية الانسان وكرامته مصانة"، والفقرة (ج) من المادة نفسها التي حرمت جميع أَنواع التعذيب النفسي والجسدي، وكذلك ما حرمته

المادة (٤٦) بعدم جواز تقييد الحقوق والحريات إلّا بناءً على قانون وأنْ لا يكون هذا القانون ماسًا لجوهر الحق والحرية، وأكدت المحكمة على أنَّ المادة (٢/ ج) من الدستور لم تُجوّز سن قانون يتعارض مع الحقوق والحريات الواردة فيه، وشددت على أَنَّ سن مثل هكذا قانون أَو وجوده اصلًا يشكل خرقًا لأَحكام الدستور ويقتضي الحكم بعدم دستوريته وان ذلك ينطبق على قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (١٢٠) لسنة (١٩٩٤) الذي يبقي المدين المعسر المُنهي لمدة محكوميته الجزائية رهين الحبس دون نهاية فإنه يشكل تعارضًا مع الحقوق والحريات الواردة في الدستور؛ لذلك قررت المحكمة الحكم بعدم دستوريته.

الفصل الثاني

النظام الإجرائي للكفالة الجزائية وضمان تنفيذها وكيفية انقضائها

اتفقت التشريعات الجنائية على وجوب اتباع إجراءات محددة، اختلفت باختلاف مشرعها فيما يتعلق بكيفية تقديم طلب الكفالة ومن له حق تقديمه والجهة المختصَّة بقبوله أو رفضه كذلك الجهة المختصَّة بالنظر بالطعون بالقرارات المتعلقة بهذه الإجراءات، إذ يختلف كل تشريع عن الآخر في تسمية الإجراءات التي يراها مناسبة و وضع الآلية التي يتبعها صاحب المصلحة في تقديم طلباته المتعلقة بها والمدد المحددة لها، مع بيان الآلية المتبعة للطعن بالقرارات المتعلقة بها، إذ إنّ إعطاء حق الطعن في القرارات القضائية لصاحب المصلحة يعد وسيلة ضمان واطمئنان يمنحها المشرِّع للخصوم في الدعوى الجزائية لإزالة الشكوك والمخاوف التي لديهم مّما يعزز من ثقتهم بعدالة القضاء، كذلك وضعت التشريعات الجنائية وسيلة لضمان تنفيذ المتهم أَو الكفيل للالتزامات المفروضة عليهم بموجب سند الكفالة إذ اتفقت جميع التشريعات الجنائية على فاعلية الضمان المالي لإجبار الكفيل على تنفيذ الالتزامات المفروضة عليه، و نظراً للطبيعة الإصلاحية للقانون وأَهدافه الإنسانية فقد أَجازت بعض التشريعات الجنائية عند وجود الجواز القانوني لإخلاء سبيل المتهم بالكفالة وكان ليس بمقدور المتهم تقديم كفيلًا ضامنًا أَو دفع مبلغ الكفالة النقدية وثبت للمحكمة ذلك جاز لها استبدال الكفالة بإجراءات أُخرى اختلفت باختلاف التشريعات كالزام المتهم بتقديم نفسه إلى مكتب البوليس أَو حظر ارتياد اماكن معينة أَو الزامه بالإقامة في مكان معين أَو منعه من السفر، ومن المعلوم أَنّ كل التزام لا بدَّ أَنْ تكون له نهاية وفقًا لأحكام القانون وبما أَنَّ الكفالة الجزائية تفرض التزامًا على عاتق الكفيل فلا بُدَّ من أَنْ ينتهي هذا الالتزام وفقاً للحالات التي حددها القانون، وبما أَنَّ الكفالة الجزائية هي التزام تابع لالتزام أَصلّي فإنَّها تنقضي أَمّا بالطريق الطبيعي المباشر أَو بالطريق التبعي تبعًا لانقضاء الالتزام الأَصلّي، عليه وفقًا لما تقدم سوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين، نتناول في المبحث الأَوّل الإجراءات الشكلية والموضوعية في الكفالة الجزائية، في حين نُخصص المبحث الثاني لدراسة ضمان تنفيذ الكفالة الجزائية وبدائلها وكيفية انقضائها، على وفق التفصيل الآتي:

المبحث الأوّل

الإجراءات الشكلية والموضوعية في طلب إخلاء السبيل بالكفالة الجزائية

حددت التشريعات الجنائية بموجب قوانينها الإجرائية مجموعة من الإجراءات الواجب اتباعها من قبل صاحب الحق أو المصلحة للتوصل إلى إخلاء سبيل المتهم بكفالة، ومن هذه الإجراءات منها ما يتعلق بالحق في تقديم طلب الكفالة، أو الشكلية المطلوبة فيه وميعاد تقديمه، كذلك ما يتعلق بكيفية الطعن بالقرارات المتعلقة بهذا الطلب والجهة المختصَّة بنظرها، لذلك سوف نقسم هذا المبحث على ثلاثة مطالب، نتناول في المطلب الأوَّل منه طلب الكفالة الجزائية، في حين نُخصَّص المطلب الثاني للحديث عن الجهة المختصَّة بنظر طلب إخلاء السبيل بالكفالة، أمّا المطلب الثالث سوف نتحدث فيه عن الطعن بالقرارات الصادرة في طلب إخلاء السبيل بالكفالة الجزائية، وهذا ما سنوضحه على وفق التفصيل الآتي:

المطلب الأوّل

طلب الكفالة الجزائية

يتطلب إخلاء سبيل المتهم بالكفالة اتباع مجموعة من الإجراءات تختلف باختلاف التشريعات ولدراسة هذا الموضوع بشكل مفصل يتطلب منا ذلك تحديد من هو صاحب الحق في تقديم الطلب؟ وما هي القواعد الشكلية والزمانية الواجب مراعاتها عند تقديمه؟، لذلك سوف نقسم هذا المطلب على فرعين، نتناول في الفرع الأوّل الحق بتقديم طلب الكفالة الجزائية، في حين نُخصَّص الفرع الثاني للحديث عن القواعد الشكلية والزمانية في طلب الكفالة الجزائية، وهذا ما سنوضحه على وفق التفصيل الآتي:

الفرع الأوّل

الحق بتقديم طلب الكفالة الجزائية

نجد أنّ المشرِّع العراقي وبالرجوع لنصوص مواد قانون أُصول المحاكمات الجزائية ذكر الأُمور العامة دون الدخول بتفاصيل إجراءات الكفالة الجزائية، بل ترك ذلك للاجتهاد القضائي

لكن من الناحية العملية يُقدَّم طلب إخلاء سبيل المتهم من قبل المتهم نفسه أو من قبل وكيله إلى قاضي التحقيق، أو قاضي محكمة الموضوع، كذلك يمكن أنْ يُقدم الطلب من قبل الادعاء العام إذا رأى أنَّ هناك مبررات تدعو لإخلاء سبيل المتهم بكفالة جزائية ضامنة باعتباره طرفًا محايدًا ومراقبًا لاتخاذ الإجراءات القانونية الصحيحة واستنادًا لأحكام الفقرة (الثالثة) من المادة (الخامسة) من قانون الادعاء العام رقم (٤٩) لسنة (٢٠١٧)، التي نصَّت على أنَّ من مهام الادعاء العام "الحضور عند إجراء التحقيق في جناية أو جنحة وإبداء ملاحظاته وطلباته القانونية والحضور في جلسات المحاكم الجزائية عدا محكمة التمييز الاتحادية وتقديم الطعون والطلبات إلى محكمة الجنايات ومحكمة الاستئناف بصفتها التمييزية أو محكمة التمييز الاتحادية وحسب الاختصاص"

يتَّضح مّما تقدَّم أنّ المشرِّع العراقي لم يحدد الجهة التي لها حق تقديم طلب الكفالة على سبيل الحصر، لكن عند إمعان النظر بنصوص المواد من (١٠٩) إلى (١٢٠) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة (١٩٧١) ومن الناحية العملية وما استقر عليه القضاء العراقي نجد أنَّه للمتهم أو وكيله أو الادعاء العام أو المسؤول مدنيًا حق تقديم طلب الكفالة.

ومّما تجدر الإشارة إليه هناك الكثير من القضايا التي يتم فيها إخلاء سبيل المتهم تلقائيًا دونما حاجة لتقديم طلب لإخلاء سبيله، إذ يقوم قاضي التحقيق بإخلاء سبيل المتهم بعد تدوين اقواله، إذ يكون قرار القاضي جوابًا على المطالعة المقدمة إليه من قبل المحقق الذي يطلب منه تقرير مصير المتهم، وليس لهذا فقط بل إنَّ قاضي التحقيق ووفقًا للسلطة التقديرية الممنوحة له بموجب أحكام القانون، فإنَّه يستخدم الجواز القانوني لإخلاء سبيل المتهم بكفالة[١].

أمّا موقف المشرِّع المصري من مسألة تحديد الجهة التي يمكن لها تقديم طلب إخلاء سبيل المتهم بكفالة، فقد نصت المادة (١٤٤) من قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (١٥٠) لسنة (١٩٥٠) المعدل على أنَّه "لقاضي التحقيق في كل وقت سواء من تلقاء نفسه أو بناءً على طلب المتهم أنْ يأمر بعد سماع أقوال النيابة العامة بالإفراج المؤقت عن المتهم..."، ومن نص هذه المادة نجد أنَّ المشرِّع المصري قد اعطى للمتهم حق تقديم طلب إخلاء سبيله إذا لم يكن الإفراج المؤقت عنه محظورًا بنص القانون ولم يصدر أمر الإفراج عنه تلقائيًا من السلطة التي تكون

---

[١] القاضي محمد عبد جازع، مصدر سابق، ص٦٩.

أوراق الدعوى بين أيديها، فللمتهم أَنْ يطلب من تلك السلطة إطلاق سراحه بنفسه أو بوساطة وكيله، وهذا ما استقر عليه القضاء[١].

إنَّ المتهم هو صاحب المصلحة الأولى في إخلاء سبيله لذلك فإنَّ له الحق في تقديم طلب بنفسه أو عن طريق وكيله إلى السلطة المختصَّة لإطلاق سراحه، كذلك إنَّ النيابة العامة بعدَّها حكمًا شريفًا في الدعوى أَنْ تطلب من الجهة المختصَّة إطلاق سراح المتهم مؤقتًا إذا تبين لها أَنَّه ليس هناك مبرِّر لاستمرار حبسه احتياطيًا، ويقدم الطلب في أي مرحلة من مراحل التحقيق، أو المحاكمة، ويبقى هذا الحق موجودًا ما دام لم يصدر حكمًا نهائيًا في الدعوى[٢].

ويجوز للمتهم في أي وقت وفقًا للمادة (٢٠٤) من قانون الإجراءات الجنائية أَنْ يطلب من النيابة العامة الإفراج عنه قبل انتهاء مدة حبسه أو عند امتدادها لكن إذا رفضت النيابة العامة هذا الطلب لم يكن له حق الطعن بقرار النيابة الصادر بهذا الشأن[٣].

وعلى صعيد التشريع الفلسطيني فلم يحدد قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني الجهة أو الشخص الذي له الحق في تقديم طلب إخلاء السبيل بكفالة، فترك هذه المسألة دون تحديد ولكن يمكن معالجة هذا النقص بالرجوع إلى القواعد العامة التي تتطلب توافر شرطي الصفة والمصلحة لقبول الدعوى أو الطلب أو الطعن، فلا بُدَّ من أَنْ تكون هناك صفه و مصلحة معتبرة يقرها القانون لصاحبها، ووفقًا لذلك فإنَّ الاطراف الذين يحق لهم تقديم طلب الكفالة هم النيابة العامة والمتهم أو المحكوم عليه أو وكيلهم، إذ إنَّ النيابة العامة هي من يمثل المجتمع ويسعى للدفاع عن مصالحه بينما المتهم فهو من تقرر التوقيف بحقه، وهو من تضرر منه، ويسعى إلى رفع هذا الضرر، و لذلك فالأولى أَنَّ من يحق له حضور جلسة طلب الإفراج بالكفالة بِعدَّه طرفًا أساسيًا يكون له الحق في تقديم طلب الإفراج، وما يؤكد هذا التفسير هو ما مطبق أمام القضاء الفلسطيني؛ إذ إنَّ المتهم أو وكيله هم يتقدمون بطلبات الإفراج بكفالة في أغلب الحالات، سيما وأَنَّ المتهم هو صاحب المصلحة الأولى والأساسية في الإفراج عنه، كذلك أَنَّ النيابة العامة بعدَّها خصمًا شريفًا في الدعوى الجزائية لا مصلحة لها سوى تطبيق القانون وإحقاق الحق إذ تقوم في

---

[١] أحمد المهدي، شروط الإفراج عن المتهم وأحكام الكفالة والإجراءات الخاصة بهما، الطبعة الاولى، دار العدالة، القاهرة، ٢٠٠٥، ص٢١.

[٢] د. مجدى محمود محب الحافظ، الحبس الاحتياطي، الطبعة الأُولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، ٢٠٠٧، ص٢٠١٦-٢١٧.

[٣] أحمد المهدي، مصدر سابق، ص٣٠.

أَحيان كثيرة بمخاطبة المحكمة المختصَّة بالإفراج وتطلب منها إخلاء سبيل الموقوف إذا لم تكن هناك حاجة للاستمرار في توقيفه، ومّما تجدر الإشارة إليه ولعدم وجود تحديد من قبل المشرِّع الفلسطيني للجهة التي يحق لها تقديم طلب الإفراج بكفالة على سبيل التحديد درجت المحاكم الجزائية الفلسطينية بقبول استلام طلبات إخلاء السبيل بكفالة حتى لو كان مقدمًا من ذوي المتهم كأَب المتهم أَو أَمه أَو أَخيه أَو أَحد أَبنائهُ؛ وذلك بقصد التسهيل عليهم كذلك؛ لأَنَّه في غالب الأَحيان تكون لهم مصلحة في الإفراج عن المتهم[١].

أَمّا المشرِّع الأَردني فقد أَوجب تقديم طلب للإفراج عن المتهم الموقوف بكفالة، فالإفراج وفقًا للتشريع الأَردني لا يتم بصورة تلقائية فلا بُدَّ من تقديم طلب بذلك[٢].

وعلى الرغم من أَنَّ قانون أُصول المحاكمات الجزائية الأَردني لم ينص على جواز تقديم طلب إخلاء السبيل عن المتهم من قبل المدعي العام إلّا أَنَّه ومن الناحية العاملة لا يوجد ما يمنعه من تقديم ذلك الطلب إذا رأى ذلك مناسباً.

فالأَصل لا يجوز إخلاء سبيل المتهم بكفالة وفقًا للتشريع الأَردني إلّا بتقديم طلب بذلك إلّا أَنَّه هناك استثناء أَو حالتين[٣]، يفرج فيها عن المتهم دونما حاجة لتقديم طلب الأَولى وهي حالة الإفراج عن المتهم عند عرض ملف الدعوى على المحكمة المختصَّة من قبل المدعي العام يطلب منها تمديد توقيف المتهم بعد انتهاء مدة توقيفه وللمحكمة أَنْ تُقرر تمديد التوقيف أَو الإفراج عن الموقوف بكفالة أَو من دونها، وهذا ما جاء بنص الفقرة (الرابعة) من المادة (١١٤) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية الأَردني، أَمّا الثانية جاءت في الفقرة (الخامسة) من المادة ذاتها إذ نصَّت على أَنَّه للمدعي العام أَنْ يُقرر أَثناء إجراء التحقيق في الجرائم الجنحية استرداد مذكرة التوقيف على أَنْ يعين المشتكى عليه محل إقامة له لِيُبلّغ فيه جميع المعاملات المتعلقة بالتحقيق وانفاذ الحكم، ففي هاتين الحالتين يفرج عن المتهم من دون حاجة لتقديم طلب بذلك.

---

[١] وسام محمد نصر، مصدر سابق، ص١٤٢-١٤٣.

[٢] ينظر نص المادة (١٢٢) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية الأَردني رقم (٩) لسنة ١٩٦١.

[٣] ينظر نص المادة (١١٤) من القانون ذاته.

الفرع الثاني

القواعد الشكلية والزمانية في طلب الكفالة الجزائية

بالرجوع لنصوص مواد قانون أُصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة (١٩٧١) المعدل يلحظ بأَنَّه نظم بعض أَحكام الكفالة الجزائية بصورة ضمنية وبتعابير عامة فتصدى إلى بعض الأُمور، وترك تحديد بعضها الآخر إلى صلاحيات القضاء وفقًا للسلطة التقديرية الممنوحة للقاضي الجزائي[١].

فلم يتطرق المشرِّع العراقي إلى موضوع الشكلية الواجب توافرها في طلب إخلاء سبيل المتهم بكفالة، إلّا أَنَّه واقع العمل اليومي في المحاكم العراقية أَفرز لنا شكلًا معينًا درج القضاء العراقي على قبوله فأَصبح إنموذجًا متعارفًا عليه عند تقديم طلب إخلاء السبيل.

ولم يحدد المشرِّع العراقي مدة معينة لتقديم طلب إخلاء السبيل بكفالة، إذ يجوز تقديم طلب الكفالة في أَي مرحلة من مراحل الدعوى الجزائية، قبل أَنْ يصدر حكمًا نهائيًا فيها، كذلك أَنَّه لم يضع ميعادًا محددًا يجب فيه البت في هذا طلب، إلّا أَنَّه من الناحية العملية وما دَرَجَ عليه القضاء العراقي غالبًا ما تقوم المحكمة بنظر الطلبات في أَوّل جلسة تلي تقديم الطلب أَو بالجلسة التي تليها أَو أَحيانًا بعد يوم أَو يومين أَو أَكثر من ذلك بحسب جدول أَعمالها، الأَمر الذي يتطلب تدخل المشرِّع العراقي لسد هذا النقص التشريعي، وإعطاء طلبات إخلاء السبيل أَهمية من نوع خاص لاتصالها بحرية الأَفراد، وذلك بإضافة نص قانوني يحدد فيه المدة التي يجب فيها الفصل في طلب إخلاء السبيل، لكي لا يفسح المجال أَمام السلطة المختصَّة بالفصل فيه للتعسف وإنكار العدالة، إذ نقترح تعديل نص المادة (١١٥) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة (١٩٧١) بالإضافة لنصها فقرة (ثانية) يحدد فيها الميعاد الذي يجب فيه الفصل في طلب إخلاء السبيل لتقرأ كالآتي:

أ- متى قدم التعهد أَو الكفالة أَو المبلغ النقدي أُخلي سبيل المتهم في الحال ما لم يكن موقوفًا عن جريمة أُخرى.

ب- يجب البت في طلب إخلاء السبيل خلال مدة أَقصاها ثلاثة أَيام تبدأ من اليوم التالي لتقديم الطلب، وفي حالة عدم البت فيه خلال هذه المدة يقدم الطلب إلى المحكمة المختصة بنظر الطعون في قرارات تلك المحكمة.

---

[١] القاضي محمد عبد جازع، مصدر سابق، ص٤٧.

كذلك جاء موقف المشرِّع المصري لم يشترط في طلب الإفراج المؤقت عن المتهم بكفالة شكلًا معينًا إذ يكفي فيه مجرد الطلب، فيصح أَنْ يتم بخطاب عادي للنيابة العامة أو قاضي التحقيق أو الهيئة المطروحة عليها الدعوى، ويمكن أَنْ يطلب شفاهًا من المحقق الذي يجب عليه أَنْ يُسجله في محضره، وليس هناك ما يمنع المتهم من أَنْ يُقدّم تعزيزًا لطلبه ملاحظات كتابيه، ويجب أَنْ يكون طلب الإفراج المؤقت عن المتهم بالكفالة إذا ما قُدِمَ كتابةً أَنْ يكون موقعًا عليه من قبل المتهم أو محاميه وأَنْ يكون مؤرخًا[١].

ويقدم هذا الطلب في أي مرحلة من مراحل التحقيق أو المحاكمة، ويبقى هذا الحق ساريًا ما دام لم يصدر في الدعوى حكمًا نهائيًا حائزًا لقوة الشيء المقضي به، ومّما تجدر الإشارة إليه لم يرد في التشريع المصري نص يحدد المدة التي يجب فيها الفصل في طلب الإفراج المُقدم من المتهم أو وكيله سواء قُدم هذا الطلب في مرحلة التحقيق الابتدائي أو المحاكمة[٢].

وعلى صعيد التشريع الفلسطيني كذلك لم يشترط صراحةً على أَنْ يأخذ طلب الإفراج عن المتهم بكفالة شكلًا معينًا عند تقديمه للجهة المختصَّة، إلّا أَنَّ ما درج عليه القضاء الفلسطيني أَنَّه لا تقبل طلبات الإفراج بالكفالة شفاها؛ إذ لا بُدَّ لكي تقبل الجهة المختصَّة النظر فيه أَنْ يكون مكتوبًا، ومّما تجدر ملاحظته أَنّ المشرِّع الفلسطيني قد اعطى للمحكمة المختصَّة الحق في الإفراج عن المتهم دون تقديم طلب، وهذا يكون حينما تقوم النيابة العامة بعرض المتهم الموقوف عليها لتمديد توقيفه فللمحكمة بعد سماع أَقوال النيابة العامة وأَقوال المتهم أَنْ تُقرِّر توقيفه أَو الإفراج عنه عملًا بأحكام المادة (١٢٠) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني[٣].

ولم يشترط المشرِّع الفلسطيني وقتًا معينًا لتقديم طلب الإفراج بكفالة، إذ أَجاز تقديم الطلب في أي مرحلة من مراحل الدعوى الجزائية، كذلك لم يبين المدة الزمنية التي يجب فيها الفصل في طلب الإفراج بكفالة.

---

[١] أَحمد المهدي واشرف الشافعي، الحبس الاحتياطي والاجراءات المترتبة عليه، الطبعة الأُولى، دار العدالة، القاهرة، ٢٠٠٥، ص١٠٠.

[٢] مجدى محمود محب الحافظ، الحبس الاحتياطي، مصدر سابق، ص٢٠١٦-٢١٧.

[٣] وسام محمد نصر، مصدر سابق، ص١٤٦.

ومّما تجدر الإشارة إليه أَنَّه وفقًا للتشريع الفلسطيني لا يقبل طلب الكفالة من المتهم إلّا إذا استوفى الرسم القانوني[١].

أَمّا المشرِّع الأَردني فقد جاء موقفه مغايرًا لموقف التشريعات السابقة من حيث الشكلية؛ إذ اشترط تقديم طلب الإفراج على شكل استدعاء؛ إذ لا يُسمح بتقديم الطلب شفاهًا أَو تدوينه بالمحاضر الخاصة بالتحقيق، ولا يُمنع من تقديم مرفقات تدعم مبررات الإفراج، كذلك يجب أَنْ يستوفي الرسوم المقررة قانونًا، ويجوز تقديم الطلب في أَي مرحلة من مراحل الدعوى الجزائية إلى أَنْ يصدر حكم نهائي في الدعوى تتلاشى معه أَي محاولات لبراءة المحكوم عليه حتى تنتهي إلى مرحلة تنفيذ العقوبة حينها يمنع التقدم بطلب الإفراج بالكفالة[٢]، إذ لم ينص على ميعاد معين لتقديم طلب الكفالة، إذ يجوز تقديمه في أَي وقت كان، كذلك أَنَّه لم ينص على تحديد مده معينة للفصل في الطلب.

يتضح مما سبق أَنَّ المشرِّع العراقي وكذلك التشريعات الجزائية المقارنة لم تحدد وقتًا معينًا لتقديم طلب إخلاء سبيل المتهم بكفالة، كذلك أَنَّها لم تضع ميعادًا محددًا للفصل في هذا الطلب بعد تقديمه للجهة المختصَّة كما فعل نظيرها المغربي في قانون المسطرة الجنائية لسنة (٢٠٠٢) بالمادة (١٧٩) التي أَوجبت على قاضي التحقيق أَنْ يبت في طلب الإفراج خلال خمسة أَيام تبدأ من يوم تقديم الطلب، وإلّا فللمتهم أَنْ يُقدم طلبه إلى محكمة الاستئناف التي يتعين عليها أَنْ تبت فيه خلال مدة أَقصاها خمسة عشر يوماً، وإلَّا وجب الإفراج عن المتهم، وحسنًا فعل المشرِّع المغربي آملين من المشرِّع العراقي أَن يحذو حذوه في وجوب تحديد مدة للبت في طلب إخلاء السبيل إلّا أَننا نرى تحديدها بثلاثة أَيام بدلًا من خمسة أَيام.

---

[١] نصت المادة (٣) من قانون رسوم المحاكم الفلسطيني رقم (١) لسنة (٢٠٠٢) على أَنَّه "مع مراعاة ما ورد في أي قانون خاص اخر لا تقبل أَيَّة دعوى أَو طلب أَو لائحة جوابية أَو لائحة استئناف أَو طعن في أَيَّة دعوى أَو استئناف أَو نقض أَو أَيَّة إجراءات خاضعة للرسم ما لم يكن الرسم المقرر قد استوفى عنها مقدمًا أَو قد تم تأجيله بموجب أَحكام هذا القانون" إذ جاء الجدول الملحق لهذا القانون يقرر رسوم لسند الكفالة في الدعوى الجزائية.

[٢] وسام محمد نصر، مصدر سابق، ص١٤٧.

المطلب الثاني

الجهة المختصَّة بنظر طلب إخلاء السبيل بالكفالة الجزائية

القاعدة العامة أَنَّ الجهة التي تختص بالنظر في طلب إخلاء السبيل بالكفالة هي الجهة ذاتها التي أَصدرت قرار توقيف المتهم، طالما أَنَّ الدعوى ما زالت بحوزتها والسبب من ذلك أَنَّ الجهة التي قررت توقيف المتهم هي الأقدر من غيرها على البت في طلب الإفراج عنه؛ إذ تستطيع تقدير استمرار توافر مبررات التوقيف من عدمها، إلّا أَنَّ هناك حالات استثنائية خرجت فيها بعض التشريعات عن هذا الأَصل، إذ أَعطت لجهة أُخرى غير التي أَمرت بتوقيف المتهم حق الإفراج عنه وهذا ما سوف نجده في قانون أُصول المحاكمات الجزائية الأَردني، عليه سوف نقسم هذا المطلب على أَربعة فروع وعلى وفق التفصيل الآتي:

الفرع الأَوّل

الجهة المختصَّة في القانون العراقي

إنَّ إخلاء سبيل المتهم بكفالة هو من القرارات التي تحتاج إلى التدقيق والتمحيص، لذا يجب أَنْ تكون الجهة المختصَّة بنظر طلب إخلاء سبيل المتهم على قدرٍ كاف من تحمل المسؤولية لتقرير قبول أَو رفض طلب الكفالة لما يترتب على قرارها من نتائج، إذ يصبح المتهم خارج سيطرة الجهة التي أَخلت سبيله بقرارها[١].

في الأَصل أَنَّ الجرائم التي تكون عقوبتها الحبس من ثلاث سنوات فأَقل يكون فيها إطلاق سراح المتهم وجوبي متى ما وجد القاضي إنَّ إطلاق سراحه ليس من شأَنه الاضرار بالتحقيق وليس هناك ما يشير إلى احتمالية هروب المتهم وكان المتهم معلوم محل الإقامة، إذ أَنَّ قاضي التحقيق إذا لم يكن لديه هناك سبب معقول فليس له أَنْ يرفض طلب إطلاق سراح المتهم بكفالة، أَمّا بالنسبة للجرائم التي تكون عقوبتها الحبس أَكثر من ثلاث سنوات أَو السجن المؤقت أَو المؤبد فيكون إطلاق سراح المتهم فيها جوازيًا فهنا يستعمل القاضي الجزائي الجواز القانوني لقبول أَو رفض طلب إخلاء سبيل المتهم، فمتى ما كان لديه أَسباب معقولة من أَنَّ بقاء المتهم طليقًا لا يضر بسير التحقيق ولا توجد هناك احتمالية لهروبه جاز له إطلاق سراح المتهم من تلقاء نفسه أَو بناءً

---

[١] حسن صادق عبود ال حسوني، مصدر سابق، ص٣٨.

على طلب المتهم أو وكيله[١]، أمّا إذا كانت لديه أسباب معقولة تدل على العكس جاز له رفض طلب إخلاء سبيل المتهم وإبقاءه موقوفًا على ذمة التحقيق.

وبحسب قانون أُصول المحاكمات الجزائية العراقي النافذ يحق لأكثر من جهة قضائية إخلاء سبيل المتهم بكفالة جزائية، تصدرتها محكمة التحقيق، كذلك محكمة الجنح، والجنايات، والأحداث، كذلك المحقق القضائي في الأماكن النائية حينما يكون المتهم مرتكبًا لجريمة من نوع جنحه، كذلك المحكمة التي لها سلطة رقابية بموجب القانون على المحكمة التي قررت قبول أو رفض طلب إخلاء سبيل المتهم، وهي على وفق التفصيل الآتي:

أولًا/ محكمة الجنايات بصفتها التمييزية بخصوص قرارات محكمة التحقيق.

ثانيًا/ محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية بخصوص الأحكام والقرارات الصادرة من محكمة الجنح ومحاكم الأحداث في دعاوى الجنح.

ثالثًا/ محكمة التمييز بخصوص قرارات محاكم الجنايات و جنايات الأحداث.

رابعًا/ محكمة الأحداث بصفتها التمييزية بخصوص قرارات قاضي التحقيق التي تتعلق بالمتهمين الأحداث.

خامسًا/ محكمة التحقيق بخصوص قرارات المحقق القضائي[٢].

في الأصل إنَّ صدور قرار إخلاء سبيل المتهم من الجهة المختصَّة، يكون بعد حضور المتهم أمامها بناءً على استقدامه أو إلقاء القبض عليه وبعد تدوين أقواله، أو بعد انتهاء مدة توقيفه وعدم الحاجة إلى تجديدها، وهذا ما استقر عليه القضاء العراقي.

إنَّ المشرِّع العراقي قد خول في الأصل مسألة قبول أو رفض الكفالة الجزائية إلى قاضي التحقيق وقاضي الموضوع(جنح، جنايات، أحداث)، وللمحقق القضائي في الأماكن النائية فقط وهذا ما سنوضحه على وفق التفصيل الآتي:

---

[١] د. سليم ابراهيم حربه، و د. عبد الامير العكيلي، شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية، الجزء الاول، بلا طبعة، العاتك لصناعة الكتب، بلا سنة،ص١٥١.

[٢] ينظر اكرم زاده الكردي، مصدر سابق.

أولًا/ قاضي التحقيق:

أعطى المشرِّع العراقي قاضي التحقيق سلطة تقديرية واسعة لتقرير إخلاء سبيل المقبوض عليه بالكفالة خلال التحقيق أو بعده انتهاءه وحتى قبل انتهاء مدة توقيفه إذا كان موقوفًا، على أنْ لا يكون إطلاق سراح المتهم يؤثر على سير التحقيق أو يؤدي إلى هروبه[١]، وهذا ما جاء بنص الفقرة (أ) من المادة (١٠٩) من قانون أُصول المحاكمات العراقي إذ نصَّت على أنَّه "إذا كان الشخص المقبوض عليه متهمًا بجريمة معاقب عليها بالحبس مدة تزيد على ثلاث سنوات أو بالسجن المؤقت أو المؤبد فللقاضي أنْ يأمر بتوقيفه مدة لا تزيد على خمسة عشر يومًا في كل مرة أو يقرر إطلاق سراحه بتعهد مقرون بكفالة شخص ضامن أو بدونها بأنْ يحضر متى طلب منه ذلك إذا وجد القاضي أنَّ إطلاق سراح المتهم لا يؤدي إلى هروبه ولا يضر بسير التحقيق"، يلحظ على نص هذه المادة أنّ المشرِّع العراقي أعطى للقاضي صلاحية واسعة لتقدير حالة كل متهم وظروفه ليقرر إطلاق سراحه بكفالة من عدمه، إذ أراد المشرِّع أنْ يترك لقاضي التحقيق أنْ يستعمل ضميره الوجداني وحسه الإنساني لتقرير مصير المتهم الماثل أمامه تبعًا لظروف وملابسات كل قضية فإما أنْ يقرر إخلاء سبيله بكفالة أو بدونها أو يقرر توقيفه، في حين الزم المشرِّع القاضي الجزائي في حالات أُخرى بإخلاء سبيل المتهم وجوبيًا، فقد جاء بنص الفقرة (أ) من المادة (١١٠) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية العراقي النافذ "إذا كان المقبوض عليه متهمًا بجريمة معاقب عليها بالحبس مدة ثلاث سنوات أو أقل أو بالغرامة، فعلى القاضي أنْ يطلق سراحه بتعهد مقرون بكفالة أو بدونها ما لم ير أنَّ إطلاق سراحه يضر بسير التحقيق أو يؤدي إلى هروبه"، يتضح من نص هذه المادة أنَّ قاضي التحقيق يكون مُلزم بإطلاق سراح المتهم بكفالة أو بدونها إذا لم تكن لديه أسباب معقولة تشير إلى احتمالية تأثير المتهم على سير التحقيق عند إطلاق سراحه أو احتمالية هروبه.

ثانيًا/ قاضي الموضوع:

نصَّت المادة (١٥٧) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية العراقي النافذ على أنَّه "للمحكمة في أي وقت أثناء نظر الدعوى أنْ تُقرر إطلاق سراح المتهم الموقوف بكفالة أو بدونها ما لم يكن متهمًا بجريمة معاقب عليها بالإعدام، ولها أنْ تُقرر القبض عليه وتوقيفه ولو كان قد سبق صدور قرار بإطلاق سراحه على أنْ تُبين في القرار الذي تصدره الأسباب التي استندت إليها في

---

[١] سعيد حسب الله عبد الله، شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي، بلا طبعة، ابن الاثير للطباعة والنشر، الموصل، ٢٠٠٥، ص٢٣٠.

توقيفه"، فقد أجاز القانون لمحكمة الموضوع إطلاق سراح المتهم الموقوف بكفالة أو بدونها عند إحالة الدعوى إليها ما لم يكن متهمًا بارتكاب جريمة معاقب عليها بالإعدام، إلّا أنَّ المشرِّع قيد سلطة هذه المحكمة في إعادة القبض على المتهم الذي سبق وإنْ أُخلي سبيله بقرارٍ منها أو من محكمة التحقيق بأنْ تكون هناك أسباب معقولة لإعادة القبض عليه وتوقيفه، أي أنْ تُبين الأسباب التي استندت إليها في اصدار أمر إعادة القبض عليه أو توقيفه[١].

يتضح مّما سبق أنَّ المشرِّع العراقي أعطى لقاضي الموضوع سلطة تقديرية في قبول أو رفض إطلاق سراح المتهم بكفالة أو بدونها عدا الجرائم المعاقب عليها بالإعدام وبعض الجرائم الأُخرى التي نصَّت عليها قوانين خاصة والتي سبق ذكرها في الفصل الأوّل فلا يجوز إطلاق سراح المتهم فيها.

ثالثًا/ المحقق القضائي:

قيّد المشرِّع العراقي سلطة إخلاء سبيل المتهم بكفالة أو بدونها وجعلها من اختصاص القاضي وذلك لمساسها بحقوق الأفراد وحرياتهم وبِعَدِّها ضمانة من ضمانات المتهم، فحرص على إناطة هذه المسؤولية وحصرها باختصاص جهة تكون على قدر كبير من المسؤولية وكان موفقًا في هذه الخطوة إلّا أنَّه أورد استثناءً على هذا القيد مدفوعًا بدوافع انسانية إذ خول المحقق القضائي في الأماكن النائية البعيدة عن مركز دائرة قاضي التحقيق سلطة إخلاء سبيل المقبوض عليه إلّا أنَّه لم يتوسع في هذا الاستثناء، فقد نصَّ قانون أُصول المحاكمات الجزائية على أنَّه "على المحقق في الأماكن النائية عن مركز دائرة القاضي أنْ يوقف المتهم في الجنايات، أمّا في الجنح فعليه أنْ يطلق سراح المتهم فيها بكفالة..."[٢]، يتضح من هذا النص أنَّ المشرع العراقي قد الزم المحقق القضائي في الأماكن النائية بإطلاق سراح المتهم بكفالة في جرائم الجنح فقط أما إذا كان المقبوض عليه مرتكبًا لجريمة من نوع جناية فليس له أنْ يُخلي سبيله إطلاقًا وعلى المحقق أنْ يُقرر توقيفه[٣]، ومّما تجدر الإشارة إليه أنَّ إعطاء هذه الصلاحية للمحقق القضائي في إخلاء سبيل المتهم بكفالة هي ليست سلطة بذاتها منحها المشرِّع للمحقق القضائي بقدر ما هي ميزة تتمخض لمصلحة المتهم .

---

[١] المادة (١٥٧) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١.

[٢] المادة (١١٢) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١.

[٣] المادة (١١٢) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١.

الفرع الثاني

الجهة المختصَّة في القانون المصري

حدد المشرِّع المصري عدة جهات تختص بالنظر في طلب الكفالة، وجعل الأَصل أَنَّ السلطة التي تختص بإخلاء سبيل المتهم هي ذات السلطة التي أَمرت بتوقيفه؛ لأَنَّ السلطة التي تختص بتقدير مبررات التوقيف هي الأَقدر دون غيرها على إعادة وزن بقاء تلك المبررات من زوالها بشرط أَلّا يكون التحقيق قد خرج من حوزتها[١]، وترتيبًا على ذلك فإنّ الإفراج المؤقت عن المتهم المتهم يكون من اختصاص الجهات الآتية:

أَولاً/ النيابة العامة:

فبمقتضى المادة (٢٠٤) من قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (١٥٠) لسنة (١٩٥٠) للنيابة العامة سلطة إخلاء سبيل المتهم في أَي وقت تراه مناسبًا بكفالة أَو بدونها إذ جاء فيها "للنيابة أَنْ تُفرج عن المتهم في أَي وقت بكفالة أَو بغير كفالة"، فللنيابة العامة سلطة تقديرية في إخلاء سبيل المتهم حتى لو سبق وإنْ مددت مدة التوقيف، وأَنَّ أَمر إخلاء سبيل المتهم بكفالة أَو بدونها يصدر من أَي عضو نيابة[٢].

ثانيًا/ قاضي التحقيق:

يُعدُّ قاضي التحقيق إحدى الجهات المختصَّة بالنظر في طلب الكفالة للإفراج عن المتهم إذ نصَّت المادة (١٤٤) إجراءات جنائية على أَنَّه " لقاضي التحقيق في كل وقت سواء من تلقاء نفسه أَو بناءً على طلب المتهم أَنْ يأَمر بعد سماع أَقوال النيابة العامة بالإفراج المؤقت عن المتهم إذا كان هو الذي أَمر بحبسه احتياطيًا" كما يجوز لقاضي التحقيق الإفراج عن المتهم إذا كانت النيابة العامة هي التي أَمرت بحبس المتهم فلقاضي التحقيق أَنْ يُقرر إخلاء سبيل المتهم بكفالة مقرونة بتعهُّد المتهم بالحضور أَمام السلطة المختصَّة كلما دعت الحاجة لذلك، ويشترط أَنْ تكون الجريمة الموقوف عنها المتهم المراد إخلاء سبيله من نوع جنحة فلا يجوز لقاضي التحقيق الإفراج عن المتهم إذا كانت الجريمة من نوع جناية إلّا بعد انقضاء ميعاد الاستئناف، وهو أَربع وعشرون ساعة، فإذا رفع الاستئناف في الميعاد المحدد فلا يجوز الإفراج عن المتهم قبل الفصل

---

[١] د. مجدي محمود محب حافظ، مصدر سابق، ص٢١٨.

[٢] د. بشير سعد زغلول، القواعد القانونية للحبس الاحتياطي وبدائله، بلا طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠، ص٢١٦.

في الاستئناف، وإذا لم يفصل في الاستئناف خلال ثلاثة أيام يمكن لقاضي التحقيق الإفراج المؤقت عن المتهم، وهذا ما جاء بنص المادة (١٦٨)من قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (١٥٠) لسنة (١٩٥٠) المعدل النافذ[١].

ثالثًا/ القاضي الجزئي:

نصَّت الفقرة الأُولى من المادة (٢٠٢) من قانون الإجراءات الجنائية المصري على أَنَّه "إذا رأت النيابة العامة مدة الحبس الاحتياطي، وجب قبل انقضاء مدة أَربعة أَيام أَنْ تعرض الأَوراق على القاضي الجزئي ليصدر أَمرًا بما يراه بعد سماع أَقوال النيابة العامة والمتهم" إذ يمكن للقاضي الجزئي بعد عرض الأَمر عليه من قبل النيابة العامة وسماع أَقوالها وأَقوال المتهم أَنْ يُقرر الإفراج المؤقت عن المتهم أَو يُقرر تمديد مدة الحبس الاحتياطي، إذ جاء في الفقرة (الثانية) من المادة ذاتها "وللقاضي مد مدة الحبس الاحتياطي لمدد متعاقبة لا تجاوز كل منها خمسة عشر يومًا، وبحيث لا تُزيد مدة الحبس الاحتياطي في مجموعها على خمسة وأَربعون يومًا".

وللقاضي الجزئي أَنْ يصدر أَمرًا بإخلاء سبيل المتهم عند طلب النيابة العامة بتمديد مدة الحبس الاحتياطي شرط مراعاته للمادتين (١٤٦) و (١٥٠) من قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (١٥٠) لسنة (١٩٥٠)، إذ نصَّت المادة (٢٠٥) من القانون ذاته على أَنَّه "للقاضي الجزئي أَنْ يُقدر كفالة للإفراج عن المتهم كلما طلبت النيابة العامة الأَمر بامتداد الحبس وتراعي في ذلك أَحكام المواد (١٤٦) و(١٥٠)..."[٢].

رابعًا/ محكمة الجنح:

يكون لمحكمة الجنح المستأنفة منعقدة في غرفة المشورة سلطة الإفراج المؤقت عن المتهم، فقد نصَّت المادة (١٥١) من قانون الإجراءات الجنائية المصري على أَنَّه "إذا أُحيل المتهم إلى المحكمة يكون الإفراج عنه إنْ كان محبوسًا أَو حبسه إن كان مفرجًا عنه من اختصاص الجهة المحال إليها، وفي حالة الاحالة إلى محكمة الجنايات يكون الأَمر في غير دور الانعقاد من اختصاص محكمة الجنح منعقدة في غرفة المشورة، وفي حالة الحكم بعدم الاختصاص تكون محكمة الجنح المستأنفة منعقدة في غرفة المشورة هي المختصَّة بالنظر في طلب الإفراج أَو

---

[١] د. مجدي محمود محب حافظ، مصدر سابق، ص٢١٩-٢٢٠.

[٢] حسن صادق عبود آل حسوني، مصدر سابق، ص٤٠.

الحبس إلى أَنْ تُرفع الدعوى إلى المحكمة المختصَّة" ووفقًا لنص المادة السابقة يكون اختصاص محكمة الجنح في هذه المسألة، على وفق التفصيل الآتي:

١- عندما تحيل محكمة الجنايات في غير دور الانعقاد الدعوى إلى هذه المحكمة.
٢- عندما تستأنف النيابة العامة أَمام هذه المحكمة قرار قاضي التحقيق القاضي بالإفراج عن المتهم في الجنايات[١].
٣- عندما تقضي المحكمة بعدم اختصاصها في نظر الدعوى، إذ نصَّت الفقرة الثانية من المادة (١٥١) من قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (١٥٠) لسنة (١٩٥٠) على أَنَّه "في حالة الحكم بعدم الاختصاص تكون محكمة الجنح المستأنفة منعقدة في غرفة المشورة هي المختصَّة بالنظر في طلب الإفراج أَو الحبس إلى أَنْ ترفع الدعوى إلى المحكمة المختصَّة".
٤- عندما تعرض عليها الأَوراق من قبل قاضي التحقيق عند الحاجة لزيادة مدة الحبس الاحتياطي، إذ جاء في المادة (١٤٣) من قانون الإجراءات الجزائية إذا لم ينته التحقيق ورأى القاضي مد الحبس الاحتياطي زيادة على ما هو مقرر، وجب قبل انقضاء المدة السابقة الذكر إحالة الأَوراق إلى محكمة الجنح المستأنفة منعقدة في غرفة المشورة لتصدر أَمرها بعد سماع أَقوال النيابة العامة والمتهم بمد مدة الحبس مددا متعاقبة لا تُزيد كل منها على خمسة وأَربعين يومًا إذا اقتضت مصلحة التحقيق ذلك أَو الإفراج عن المتهم بكفالة أَو بغير كفالة.

خامسًا/ محكمة الموضوع:

إذا خرجت الدعوى من حوزة جهات التحقيق، وأَصبحت في حوزة المحكمة بعد الإحالة إليها فإنَّ الإفراج عن المتهم يكون من اختصاص هذه المحكمة في جميع الأَحوال عدا حالتين الأُولى عند عدم اختصاصها في نظر الدعوى والأُخرى عندما تحال الدعوى إلى محكمة الجنايات في غير دور الانعقاد ففي هذه الاحوال يكون إخلاء سبيل المتهم من اختصاص محكمة الجنح وهذا ما جاءت به المادة (١٥١) من قانون الإجراءات الجنائية[٢].

---

[١] تنظر المادتين (١٦٤) و(١٦٧) من قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (١٥٠) لسنة ١٩٥٠.

[٢] د. مجدي محمود محب حافظ، مصدر سابق، ص ٢٢١-٢٢٢.

الفرع الثالث

الجهة المختصَّة في القانون الفلسطيني

الأَصل أَنَّ السلطة مصدرة قرار التوقيف هي التي تملك صلاحية الإفراج المؤقت عن المتهم، بشرط أَنْ لا تكون الأَوراق التحقيقية قد خرجت من تحت تصرفها[١].

إذ ميز المشرِّع الفلسطيني بين السلطة المختصَّة بالإفراج عن المتهم قبل إحالته إلى المحكمة المختصَّة عن السلطة المختصَّة بالإفراج عنه بعد الإحالة إذ يكون الاختصاص قبل إحالته للجهة مصدرة أَمر القبض، أَمّا بعد إحالته للمحكمة المختصَّة يكون أَمر الإفراج عن المتهم من اختصاص المحكمة المحال إليها، أَما إذا استؤنف الحكم بعد إدانة المتهم، فإنَّ الجهة المختصَّة بالإفراج في هذه الحالة هي المحكمة ذاتها التي أَصدرت قرار الإدانة بحق المتهم[٢].

ولم يوجب قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني تسبيب القرارات الصادرة في طلبات الإفراج عن المتهم بكفالة أَو من دونها ولعل سبب ذلك أَنَّ إخلاء سبيل المتهم هو الأَصل تطبيقًا لمبدأ قرينة البراءة وتوقيفه هو الاستثناء، ومع ذلك هناك جانبًا من الفقه الجنائي يرى وجوب تسبيب هذه القرارات ليتمكن المتهم من الطعن بها وفقًا لسبب رفضها[٣].

يتضح مما سبق أَنّه هناك أَكثر من جهة تمتلك حق إصدار قرار الإفراج المؤقت عن المتهم وهذا ما سنوضحه على وفق التفصيل الآتي:

أَوّلًا/ النيابة العامة:

يجوز لوكيل النيابة توقيف المتهم بعد استجوابه لمدة ثمان وأَربعين ساعة هذا ما جاءت به المادة (١٠٨) من قانون الإجراءات الجنائية الفلسطيني[٤]، لكن ثار الخلاف ما بين النيابة العامة والقضاء حول السلطة المختصَّة بالإفراج في مدة الثماني والأَربعين ساعة هل هي من اختصاص

---

[١] عبد الرحمن ياسر الشراونة، التوقيف والحبس الاحتياطي في القانونين الفلسطيني والأَردني، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأَوسط للدراسات العليا، كلية الحقوق، عمان، ٢٠٠٩، ص١١٢.

[٢] محمد ناصر أَحمد ولد علي، التوقيف "الحبس الاحتياطي" في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني، أُطروحة دكتوراه، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، فلسطين، ٢٠٠٧، ص٩١.

[3] Inigo Bing, Criminal Procedure And Sentencing In The Magistrates Court, Third Edition, Sweet & Maxwell, London, 1994, P: 58.

[٤] ينظر نص المادة (١٠٨) من قانون الإجراءات الجنائية الفلسطيني رقم (٣) لسنة ٢٠٠١.

النيابة العامة، أم هي من اختصاص القضاء؟ وقد تمسكت النيابة العامة برأيها على أَنَّ الإفراج خلال مدة التوقيف الثماني وأَربعين ساعة هو من صلاحيتها مستندةً في ذلك بأَنَّ نصوص قانون الإجراءات الجزائية لم تنفي صلاحية النيابة العامة بإخلاء سبيل المتهم، كذلك استندت إلى نص المادة (١٠٨) من القانون ذاته التي منحتها حق توقيف المتهم لمدة ثماني وأَربعين ساعة معلَّلة بما أَنَّ هذه المادة قد منحت لها سلطة توقيف المتهم، فإنَّه يكون تحصيل حاصل من صلاحيتها إخلاء سبيل المتهم[١].

أَمّا القضاء الفلسطيني فقد أَصر هو الآخر على أَنّ سلطة الإفراج المؤقت عن المتهم في الثماني والأَربعين ساعة هي من صلاحيته مستندًا في ذلك إلى أَمرين أَحدهما نص المادة (١٣١) من قانون الإجراءات الجنائية الفلسطيني والتي جاء فيها "إذا لم يكن المتهم قد أُحيل إلى المحاكمة يُقدم طلب الإفراج عنه بالكفالة إلى القاضي الذي له أَنْ يصدر أَمرًا بتوقيفه"، والآخر بما أَنّ سلطة التوقيف التالية لتوقيف النيابة هي من صلاحية قاضي الصلح فإنَّه يجب أَنْ يُقدم طلب الإفراج إلى قاضي الصلح ليصدر قراره بالموافقة على الإفراج بالكفالة أَو رفض الطلب، كما برر القضاء أَنَّ المادة (١١٩) من القانون نفسه نصَّت على أَنَّه " إذا اقتضت إجراءات التحقيق استمرار توقيف المقبوض عليه أَكثر من أَربعة وعشرين ساعة فلوكيل النيابة أَنْ يطلب من قاضي الصلح تمديد التوقيف لمدة لا تتجاوز خمسة عشر يومًا[٢]،

وحين إمعان النظر والتدقيق في مفردات هذه المادة نجد أَنَّ المشرِّع جعلها ضمانة من ضمانات المتهم وحصر صلاحية تمديد توقيفه بقرار من القاضي فقط لا يجب أَنْ تُفهم على أَنَّ المشرِّع قد حصر سلطة الإفراج بالقضاء فقط بل إنَّ من حق النيابة العامة الإفراج عنه خلال مدة الثماني والأَربعين ساعة وليس لها تمديد توقيفه لأكثر منها إلّا بقرار من قاضي الصلح، فيجب أَنْ تُفهم أَنَّها ضمانة أَصلح للمتهم أَكثر من كونها حكر لسلطة الإفراج بالقضاء خلال مدة توقيف النيابة الثماني والأَربعين ساعة.

فإنَّ حصر سلطة الإفراج خلال مدة التوقيف الثماني والأَربعين ساعة على قاضي الصلح تنتج الكثير من المشاكل العملية، إذ من الممكن أَنْ تزول مُبررات التوقيف قبل انقضاء مدة الثماني والأَربعين ساعة، إضافة إلى أَنَّ قاضي الصلح يقوم بتمديد توقيف المتهم بناءً على طلب

---

[١] عبد الرحمن ياسر الشراونة، مصدر سابق، ص١١٣.

[٢] محمد ناصر أَحمد ولد علي، مصدر سابق، ص٩٢.

من النيابة العامة وليس من تلقاء نفسه ففي هذه الحالة تستطيع النيابة العامة الامتناع عن تقديم طلب لتمديد توقيف المتهم وبالتالي الإفراج عنه لانقضاء مدة التوقيف[١].

ثانيًا/ محكمة الصلح:

إذا أَرادت النيابة العامة الفلسطينية مد مدة التوقيف، فيجب عليها أَنْ تُقدم طلبًا إلى قاضي الصلح قبل مضي الثماني والأَربعون ساعة، ويصدر قاضي الصلح أَمرًا بالتوقيف لمدة خمسة عشر يومًا بعد سماع أَقوال النيابة والمقبوض عليه كما له تجديد توقيف المتهم مرة أُخرى على أَنْ لا يُزيد مجموع مدة التوقيف مع التوقيفات السابقة عن خمسة وأَربعين يومًا[٢]، وأَنَّ لقاضي الصلح وقبل إحالة المتهم إلى المحكمة المختصَّة بالإفراج عن المتهم بكفالة من تلقاء نفسه، أَو إذا قُدم طلب له بالإفراج عن المتهم وكان هو صاحب الحق في إصدار أَمر التوقيف، فله أَنْ يُخلي سبيل المتهم بكفالة إذا لم يكن هناك مبرِّرًا للاستمرار بتوقيفه[٣].

ثالثًا/ محكمة البداية:

إذا كانت هناك حاجة لتمديد توقيف المتهم لمدة أَكثر من خمسة وأَربعين يومًا يجب أَنْ يُقدم النائب العام أَو أَحد مساعديه طلبًا إلى محكمة البداية لتمديد توقيف المتهم قبل انتهاء مدة الخمسة وأَربعين يومًا التي أَمر بها قاضي الصلح، ولهذه المحكمة تمديد توقيفه لمدة لا تزيد على خمسة وأَربعين يومًا، وفي هذه المدّة إذا لم يتم إحالة المتهم إلى المحكمة المختصَّة بمحاكمته فتكون محكمة البداية هي المختصَّة أَيضًا في النظر بطلب إخلاء سبيل المتهم بكفالة[٤].

رابعًا/ محكمة الموضوع:

إذا تم إحالة الدعوى إلى المحكمة المختصَّة بنظرها فحينئذ تكون هذه المحكمة هي المختصَّة بالنظر في طلب إخلاء سبيل المتهم، ولمحكمة الموضوع أَثناء الجلسات أَنْ تُقرر تمديد توقيف المتهم أَو إخلاء سبيله حسب ظروف كل قضية ووفقًا للصلاحيات المنوطة بها، ومّما تجدر الإشارة إليه أَنَّه لم يرد أَي نص في قانون الإجراءات الجنائية الفلسطيني يمنع من إخلاء سبيل

---

[١] محمد ناصر احمد ولد علي، ص٩٢.

[٢] عبد الرحمن ياسر الشراونة، مصدر سابق، ص١١٤-١١٥.

[٣] محمد ناصر ولد علي، مصدر سابق، ص٩٤.

[٤] تنظر المادة (١٢٠) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (٣) لسنة (٢٠٠٣).

المتهم بارتكاب جريمة معاقب عليها بالإعدام أَو الأَشغال الشاقة المؤبدة[١]، إلّا أَنّ هناك من يرى أَنَّه يجب أَنْ لا يُخلى سبيل أَي شخص أُسندت إليه جريمة جنائية[٢].

الفرع الرابع

الجهة المختصَّة في القانون الأَردني

اختلفت الجهة المختصَّة بإخلاء سبيل المتهم بكفالة في التشريع الأَردني، فبحسب قانون أُصول المحاكمات الجزائية رقم (٩) لسنة (١٩٦١) المعدل تختلف الجهة المختصَّة بالإفراج المؤقت عن المتهم بحسب نوع الجريمة فيما إذا كانت جناية أَم جنحة[٣]، إذ ميز المشرِّع بينهما في تحديد الجهة المختصَّة باتخاذ قرار الإفراج بالكفالة، ويتجلى هذا الاختلاف بما اقره المشرِّع في قانون أُصول المحاكمات الجزائية والذي أَشار إلى أَنَّه للمدعي العام إصدار مذكرة توقيف بحق المتهم لمدة لا تتجاوز سبعة أَيام إذا كان الفعل المسند إليه معاقبًا عليه بالحبس لمدة تُزيد على سنتين، ولا تتجاوز خمسة عشر يومًا إذا كان الفعل المسند إليه معاقبًا عليه بعقوبة جنائية مؤقتة، كذلك أَجاز له تجديد هذه المدة كلما اقتضت مصلحة التحقيق ذلك[٤]، لكنه في المادة (١٢١) من نفس القانون لم يجز للمدعي العام أَن يُقرِّر الإفراج فيها إذا كانت الجريمة من نوع جناية لأَنَّ الإفراج هنا يكون من صلاحيات المحكمة المختصَّة التي يجوز لها الإفراج

---

[١] مّما تجدر الإشارة إليه هنا أَنَّه تم الغاء ووقف العمل بالقانون رقم (٩) لسنة ٢٠٠٦ بشان تعديل قانون الإجراءات الجنائية الفلسطيني، إذ جاء في المادة (السادسة) من هذا القانون (الملغى) على أَنَّه لا يجوز الإفراج عن المتهم الذي أُسند إليه أَو حكم عليه بعقوبة تستوجب الإعدام أَو الأَشغال الشاقة المؤبدة أَو الاعتقال المؤبد، كما نصَّت على عدم جواز الإفراج عن المتهم الذي أُسندت إليه أَي جريمة جنائية إلّا إذا اقتنع القاضي بأَنَّ إخلاء سبيله لا يخل بالأَمن العام وسير التحقيق والمحاكمة.

[٢] إذ يرى الدكتور محمد علي سالم عياد الحلبي في شرحه لشروط الإفراج بالكفالة في مؤلفه شرح قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني، أَنَّ من ضمن شروط الإفراج أَنْ لا يكون المتهم مرتكبًا لجريمة معاقب عليها بالإعدام أَو الأَشغال الشاقة المؤبدة أَو الاعتقال المؤبد، ويجب أَنْ لا يُخلى سبيل أَي شخص أُسندت إليه جريمة جنائية.

[٣] د. عمر واصف الشريف، النظرية العامة في التوقيف الاحتياطي، الطبعة الأَولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، بلا سنة، ص٤٢٣.

[٤] تنظر المادة (١١٤) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية الأَردني رقم (٩) لسنة ١٩٦١.

عن من أُسندت إليه جريمة جنائية، وبشرط أَنْ لا يؤثر ذلك على سير الدعوى الجزائية ولا يؤدي إلى الإخلال بالأمن العام[١]، وهذا ما سنوضحه على وفق التفصيل الآتي:

أَوّلًا/ إخلاء السبيل بكفالة في جرائم الجنح:

هنا يجب التمييز بين ما إذا كانت الدعوى ما زالت قيد التحقيق أَم تمت إحالتها إلى المحكمة المختصة فعندما تكون الدعوى في مرحلة التحقيق فقد نصَّت المادة (١٢١) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية الأَردني رقم (٩) لسنة (١٩٦١) المعدل على أَنَّه " يجوز للمدعي العام أَنْ يُقرر تخلية سبيل أي شخص موقوف بجريمة جنوحيه بالكفالة إذا استدعى ذلك" أي أَنَّ المشرِّع أجاز للمدعي العام أنْ يُقرر الإفراج بالكفالة عن أي شخص موقوف لارتكابه فعل يُشكل جريمة من نوع جنحة إذا استدعى ذلك في حالة إذا كان التحقيق لم ينته بعد[٢]، أَما إذا انتهى التحقيق فيبقى حكم مذكرة التوقيف الصادرة بحق المتهم ساريًا إلى أَنْ يصدر النائب العام قراره في الدعوى فإذا كان قراره بالاتهام أَو بلزوم المحاكمة فيبقى حكمها إلى أَنْ تنتهي محاكمته أَو يُخلى سبيله حسب الأُصول[٣].

"وقد أَقر المشرِّع الأَردني مبدًا مهمًا مفاده انعقاد اختصاص إخلاء السبيل بالكفالة في الجنح للجهة التي وضعت يدها على الدعوى، ولمّا كان المدعي العام هو من يضع يده عليها ويقوم بإجراء التحقيق فيكون هو من يملك الصلاحية بإخلاء سبيل المتهم إذا كانت تلك التحقيقات ما زالت جارية وفي حدود مدة الشهرين الأَولين فقط، بينما تملك المحكمة إخلاء سبيله فيما بعد هذه المدة حتى رغم بقاء الدعوى ما زالت قيد التحقيق كذلك تملك إخلاء سبيله إذا كانت الدعوى قد أُحيلت إليها"، أَي أَنَّ المشرِّع الأَردني قد أَجاز للمدعى العام إخلاء سبيل المتهم في الجنح لكن بشرط قبل انتهاء التحقيق أي أَن تكون الأَوراق التحقيقية مازالت تحت يد المدعي العام، إلا أَنَّ صلاحية المدعي العام بإخلاء سبيل المتهم محصورة بمدة لا تزيد عن شهرين، إذ لا يجوز للمدعي العام إخلاء سبيل الموقوف إذا انتهت هذه المدة، رغم عدم انتهاء التحقيق، بل ينعقد الاختصاص للمحكمة المختصَّة، إذ أَنَّ للمدعي العام ولقاضي الصلح ولمحكمة البداية البت بطلب إخلاء السبيل بالكفالة في الجنح التي تدخل

---

[١] وسام محمد نصر، مصدر سابق، ص ١١٨.

[٢] المادة (١٢١) من قانون أُصول المحاكات الجزائية الأَردني رقم (٩) لسنة ١٩٦١.

[٣] المادة (١٣٤) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية الأَردني رقم (٩) لسنة ١٩٦١.

ضمن اختصاصهم، كما تملك هذه الصلاحية محكمة الاستئناف عند تقديم الطعن في قرار إخلاء السبيل الصادر عن محكمة الصلح والبداية[١].

أَمَّا الجهة المختصَّة بالإفراج عن المتهم بعد إحالة المتهم للمحاكمة في جرائم الجنح فهي المحكمة المختصَّة بنظر الدعوى، فإذا انتهى التحقيق وأُحيل المتهم على المحكمة المختصة لمحاكمة فحينئذ تكون هذه الأَخيرة هي المختصة بالإفراج عن المتهم، فإذا كان من الجائز للمدعي العام أَنْ يُقرر الإفراج عن أَي شخص موقوف بجريمة جنحوية بالكفالة إلا أَنَّ ذلك مشروطًا بعدم انتهاء التحقيق وفي حدود مدة الشهرين فقط[٢].

وبناءً على ما تقدم فإنَّ كل من المدعي العام وقاضي الصلح ومحكمة البداية لهم اختصاص البت في طلب تخلية السبيل في الجنح التي تدخل ضمن اختصاصه، وهذه الصلاحية تملكها محكمة الاستئناف عند الطعن بقرار تخلية السبيل الصادر من محكمة الصلح أَو محكمة البداية[٣].

ثانيًا/ إخلاء السبيل بالكفالة في الجنايات:

لم يجز المشرِّع الأَردني للمدعي العام أَنْ يُقرر إخلاء سبيل من أُسندت إليه جريمة من نوع جناية في أَي مرحلة من مراحل الدعوى الجزائية[٤]؛ لأَنَّ ذلك من صلاحية المحكمة المختصَّة التي سيحاكم المتهم أَمامها حتى إذا كانت الدعوى لم تحل بعد إلى المحكمة رغم أَنَّ المدعي العام هو المختص بتوقيف المتهم أَي أَنَّ المشرِّع الأَردني لم يلتزم في هذا الأَمر بنسق واحد بشأن الجهة المختصة بالإفراج المؤقت عن المتهم في الجنح والجنايات إذ لم يجعل جهة التوقيف هي ذاتها المختصة بالإفراج عن المتهم في جرائم الجنايات كما فعلها في جرائم الجنح عندما قرر بأَنَّ تكون جهة التوقيف هي ذاتها جهة إخلاء السبيل في الجرائم التي هي من نوع جنحة ولا تزال قيد التحقيق إذ جعل جهة الإفراج هي نفسها جهة التوقيف في جرائم الجنح، فقد جعل إخلاء السبيل في هذه الأَخيرة من اختصاص المدعى العام،

---

[١] وسام محمد نصر، مصدر سابق، ص١٢٨.

[٢] المصدر نفسه ، ص ١٣٩.

[٣] د. عمر واصف الشريف، النظرية العامة في التوقيف الاحتياطي، مصدر سابق، ص٤٢٢.

[٤] ينظر نص المادة (١١٤) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية الأَردني رقم (٩) لسنة ١٩٦١.

وترتيبًا على ذلك فإذا اصدر المدعي العام قرارًا بإخلاء سبيل المتهم في جريمة من نوع جناية فإنَّ قراره يُعدُّ باطلًا لعدم صدوره من الجهة المختصة [١].

ففي الجنايات لا يجوز للمدعي العام إخلاء سبيل من أُسندت إليه جريمة جنائية أَو جريمة تستوجب الإعدام أَو الأَشغال الشاقة المؤبدة أَو الاعتقال المؤبد، ولكن يجوز للمحكمة إذ ما أُحيلت القضية إليها إخلاء سبيل المتهم بجريمة من هذا النوع، أَما من أُسندت إليه جريمة جنائية فيكون إخلاء السبيل فيها للمحكمة المختصَّة سواء قبل أَو بعد الإحالة أَو بعد صدور الحكم إذا وجدت أَنَّ ذلك لا يؤثر على سير الدعوى الجزائية ولا يخل بالأَمن العام سواء أُحيلت القضية إلى محكمتها أم لم تحل بعد، أَما الجريمة المعاقب عليها بالإعدام أَو الأَشغال الشاقة المؤبدة أَو الاعتقال المؤبد فإذا لم تحل الدعوى إلى المحكمة المختصَّة فلا يكون هناك مجالًا للنظر بطلب إخلاء السبيل في هذا النوع من الجرائم مهما طال أمد التحقيق الابتدائي، وهو ما استقر عليه قضاء محكمة التمييز الأَردنية خلافًا للجرائم الجنحوية والجنائية الأُخرى التي أعطى فيها القانون صلاحية إخلاء السبيل للمحكمة المختصَّة إذا استمر التحقيق لمدة تتجاوز المدة المحددة قانونًا [٢].

أَمّا الجهة المختصَّة بإخلاء سبيل المتهم بعد إحالته للمحاكمة في الجنايات فقد أَعطى المشرِّع للمحكمة المختصَّة الحق بإخلاء سبيل من أُسندت إليه جريمة جنائية إذا وجدت أَنَّ ذلك لا يؤثر على سير التحقيق والمحاكمة ولا يخلُ بالأَمن العام، ويُقدم طلب إخلاء السبيل إلى المحكمة التي سيحاكم المتهم أَمامها سواء أكانت الدعوى قد أُحيلت إليها أَم حتى إذا لم تحل بعد ولكن من اختصاصها والتي يكون لها صلاحية البت في طلبات إخلاء السبيل بالكفالة مهما كان نوع الجريمة المسندة للمتهم ولا يجوز لها إخلاء سبيل من أُسندت إليه جريمة تستوجب الإعدام أَو الأَشغال الشاقة أَو الاعتقال المؤبد إلا بعد إحالة الدعوى إليها عملا بالمادة (١٢٣) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية[٣].

إذ تعد محاكم الجنايات هي المختصَّة بالنظر في طلب إخلاء سبيل المتهم في الجنايات التي تدخل في اختصاصها، إذ قضت محكمة التمييز الأَردنية بأَنَّه "يكون نظر محكمة

---

[١] وسام محمد نصر، مصدر سابق، ص١٢٩، كذلك ينظر نص المادة (١٢١) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية الأَردني رقم (٩) لسنة ١٩٦١.

[٢] ينظر نص المادة (١٢٣) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية الأَردني رقم (٩) لسنة ١٩٦١.

[٣] ينظر نص المادة (١٢٣) من قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم (٩) لسنة ١٩٦١.

جنايات عمان بطلب المستدعي إخلاء سبيله بالكفالة أثناء أَنْ كانت القضية قيد التحقيق لدى مدعى عام عمان ذلك استنادًا لأحكام المادة (٢/١٢٣/أ) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية، لغايات التحقق من أنَّ إخلاء سبيل المتهم في الجناية المسندة إليه في تلك المرحلة يؤثر أَو لا يؤثر على سير التحقيق والمحاكمة ويخلُ بالأَمن العام أَو غير ذلك، وتصدر قرارها بالإخلاء أَو رفض الطلب بناءً على تلك المعايير فقط دون إبداء أَي رأي في موضوع القضية"[١].

المطلب الثالث

الطعن بالقرارات الصادرة في طلب إخلاء السبيل بالكفالة الجزائية

يُعدُّ الطعن في الأَحكام والقرارات القضائية ذا فائدة كبيرة للخصوم في الدعوى الجزائية وللمجتمع، فهو يجعلهم أكثر اطمئنانًا لها، ويقلل من المخاوف والشكوك التي لديهم مّما يجعلهم أَكثر استعدادًا لقبولها واحترامها، مّما يزيد ثقتهم بعدالة القضاء، كما أَنها تصبح عنوانًا للحق إذا ما تم اختبارها بالاستعانة بوسائل المراجعة لتخلق بدلًا منها حكمًا أَو قرارًا جديدًا بالإضافة أَو الحذف أَو التعديل، والعلة من الطعن هو أَنَّ احتمال وقوع القاضي في الخطأ بوصفه انسانًا وارد جدًا؛ نتيجة عدم معصوميته، وعليه فالقرار الصادر بقبول أَو رفض طلب إخلاء السبيل بالكفالة هو غير نهائي، إذ يجوز الطعن فيه مع اختلاف القوانين في تنظيمها لطرق الطعن هذه[٢]، لذلك سوف نقسم هذا المطلب على أَربعة فروع على وفق التفصيل الآتي:

---

[١] قرار لمحكمة التمييز الأَردنية بالعدد (٣٣) في (٢٠٠٣/١/٢٨)، غير منشور.

[٢] وسام محمد نصر، مصدر سابق، ص ١٥١.

الفرع الأوّل

موقف القانون العراقي

نصَّت المادة (٢٤٩) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية العراقي على:

أ- لكل من الادعاء العام والمتهم والمشتكي والمدعي المدني والمسؤول مدنيًا أَنْ يطعن لدى محكمة التمييز في الأَحكام والقرارات والتدابير الصادرة من محكمة الجنح أَو محكمة الجنايات في جنحة أَو جناية إذا كانت قد بنيت على مخالفة للقانون أَو الخطأ في تطبيقه أَو تأويله أَو إذا وقع خطًا في الإجراءات الأُصولية أَو في تقدير الادلة أَو تقدير العقوبة وكان الخطأ مؤثرًا في الحكم.

ب- لا يعتد بالخطأ في الإجراءات إذا لم يكن ضارًا بدفاع المتهم.

ج- لا يقبل الطعن تمييزًا على انفراد في القرارات الصادرة في مسائل الاختصاص والقرارات الاعدادية والادارية وأَي قرار آخر غير فاصل في الدعوى إلّا إذا ترتب عليها منع السير في الدعوى ويستثنى من ذلك قرارات القبض والتوقيف وإطلاق السراح بكفالة أَو بدونها.

وقد حددت المادة (٢٦٥) من القانون نفسه الجهات التي يتم الطعن أَمامها، إذ نصَّت على أَنَّه:

أ- يجوز الطعن تمييزًا أَمام محكمة الجنايات من ذوي العلاقة المنصوص عليهم في المادة (٢٤٩) في الأَحكام والقرارات والتدابير الصادرة من محكمة الجنح في الدعاوى المخالفات وفي القرارات الصادرة من قاضي التحقيق خلال ثلاثين يومًا تبدأ من اليوم التالي لتاريخ صدورها.

ب- إضافة إلى أَحكام الفقرة (أ) يجوز لمحكمة الجنايات أَن تجلب أَي دعوى مّما ذكر في الفقرة المذكورة أَو أَي محضر تحقيق في جريمة وفق أَحكام وقرارات محكمة الجنح وقاضي التحقيق.

ج- تراعي أَحكام الفقرة (ج) من المادة (٢٤٩) في ما لا يجوز الطعن فيه تمييزًا على انفراد من أَحكام وقرارات محكمة الجنح وقاضي التحقيق.

د- يكون لمحكمة الجنايات في الحالات المبينة في هذه المادة السلطات المقررة لمحكمة التمييز بما يتلاءم مع هذه الأَحكام والقرارات وتكون قراراتها في ذلك باتة.

إلّا أنَّه جاء قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (١٠٤) لسنة (١٩٨٨)، المنشور بالوقائع العراقية بالعدد (٣١٨٨) في (١٩٨٨/٢/٨) المعدل بقرار رقم (٩٨) في (١٩٩٢) الصادر من المجلس ذاته فنص على:

أولًا/ تختص محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية بالنظر بالطعن في الأحكام والقرارات الصادرة من محاكم الجنح ومن محاكم الأحداث في دعاوى الجنح.

ثانيًا/ تكون لمحكمة الاستئناف بصفتها التمييزية عند النظر في الأحكام والقرارات المذكورة في الفقرة أوّلًا من هذا القرار الصلاحيات المقررة لمحكمة التمييز بموجب قانون أُصول المحاكمات الجزائية.

ثالثًا/ أُلغيت هذه الفقرة بموجب التعديل المذكور أعلاه.

رابعًا/ تسري أحكام هذا القرار على الطعون التي تقدم بعد تاريخ العمل به.

خامسًا/ لا يعمل بأي نص يتعارض وأحكام هذا القرار.

سادسًا/ يعمل بهذا القرار من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية.

فقد بيَّن هذا القرار الجهة المختصَّة بنظر الطعون المقدمة على قرارات محكمة الجنح ومحاكم الأحداث في قضايا الجنح، في حين ظلت أحكام المادة (٢٦٥) سارية المفعول فيما يتعلق بالجهة المختصَّة بنظر الطعون المقدمة على قرارات قاضي التحقيق.

كذلك أشارت المادة (٢٤٩) إلى أسباب الطعن في القرارات المتعلقة بطلب الإفراج المؤقت كما حددت المدة التي يجوز خلالها الطعن بهذه القرارات، كذلك حددت الجهات التي لها حق الطعن على سبيل الحصر، وهم كل من الادعاء العام والمشتكي والمتهم والمدعي بالحق المدني والمسؤول مدنيًا، وهذا ما سنوضحه على وفق التفصيل الآتي:

أوّلًا/ الادعاء العام:

فبالنسبة للادعاء العام المتمثل بنائب المدعي العام أمام محاكم التحقيق والجنح والمدعي العام أمام محاكم الجنايات، فمراقبة القرارات المتعلقة بالكفالة والطعن بها يكون من صلب واجباته المنبثقة عن دوره في مراقبة المشروعية، فمن الناحية العملية نجد أنَّه لعضو الادعاء العام دور إيجابي في تفعيل إخلاء السبيل بكفالة للجواز القانوني وفي أحيانٍ كثيرة نجد أنَّ بعض أعضاء الادعاء العام يُقدمون طلبات في الدعاوى التحقيقية يطلبون فيها من قاضي التحقيق إخلاء سبيل

المتهم بكفالة لوجود الجواز القانوني[١]؛ إذ إنَّ مهمة الادعاء العام الأساسية هي الاسهام مع الجهات المختصَّة في مساعدة القضاة على تحقيق العدالة وحماية الهيئة الاجتماعية، وعضو الادعاء العام بعدَّه ممثلًا للحق العام قد تختلف وجهات نظره عن وجهات نظر قاضي التحقيق أَو قاضي الموضوع مّما يترتب عليه رفض طلباته أَو ملاحظاته، لذلك فقد أَجاز القانون لعضو الادعاء العام الطعن تمييزًا بالقرارات المتعلقة بالتوقيف وإطلاق السراح، فله أَنْ يطعن بقرارات إطلاق السراح بكفالة أَو بدونها إذا ما شابها أَحد العيوب التي أَوضحتها الفقرة (أ) من المادة (٢٤٩) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية، كما لو تم إطلاق سراح المتهم في جناية أَو جنحة مهمة بالرغم من الاحتمال الكبير لهروب المتهم أَو اضراره بسير التحقيق[٢].

ثانيًا/ المتهم:

إنَّ المتهم بعدَّه خصمًا أَصليًا في الدعوى الجزائية فقد وسع المشرِّع العراقي من حقه في الطعن بعكس ما فعلته بعض التشريعات الأُخرى[٣]، فللمتهم مصلحة واضحة بأَنْ يطعن بقرار توقيفه وتمديد توقيفه أَو عدم إخلاء سبيله[٤]، وفي حالة تعدد المتهمين وتقديم طعن من قبل أَحدهم أَو وكيله ففي هذه الحالة فإنَّ تدقيق القرار المطعون فيه سيقتصر على ذلك المتهم دون غيره ما لم تكن الأَسباب التي بُني عليها الطعن تتصل بغيره من المتهمين وفقًا لأَحكام الفقرة (ب) من المادة (٢٥١) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية، وتجدر الإشارة إلى أَنَّه للمتهم أَنْ يطعن بقرار الكفالة إذا كان مبلغ الكفالة كبير جدًا ومبالغًا فيه[٥].

ثالثًا/ المشتكي:

لقد أَشارت الفقرة (أ) من المادة (٢٥١) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية على أَنَّه "يقتصر طعن المشتكي على الحق الذي يطلبه"، أَي أَنَّ للمشتكي الطعن في القرار الذي سبب له

---

[١] القاضي محمد عبد جازع، مصدر سابق، ص٧٦.

[٢] فؤاد علي الراوي، مصدر سابق،١٢٧.

[٣] في الوقت الذي اجاز فيه المشرِّع العراقي الحق للمتهم في الطعن بالقرارات المتعلقة بالكفالة الجزائية وفقًا لأحكام الفقرة (أ) من المادة (٢٥١)، ضيقت تشريعات أُخرى من هذا الحق إلى حد ما ولم تسمح للمتهم الطعن بقرار توقيفه أَو تمديد توقيفه أَو رفض اطلاق سراحه، ومنها المشرِّع الجزائري والمشرِّع المغربي كذلك المشرِّع الكويتي هو الآخر الذي رفض السماح للمتهم الطعن في قرارات التوقيف الصادرة من الجهات التحقيقية المسؤولة.

[٤] فؤاد علي اراوي، مصدر سابق، ص١٢٥.

[٥] القاضي محمد عبد جازع، مصدر سابق، ص٧٩.

ضرر أَو رأى فيه مخالفة للقانون فيجوز له الطعن بقرارات التوقيف وإطلاق السراح[١]، ووفقًا لأَحكام المادة (٢٦٥) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية أَنَّ جميع قرارات قاضي التحقيق يعترض عليها لدى محاكم الجنايات بصفتها التمييزية خلال (ثلاثين) يوم تبدأ من اليوم التالي لتاريخ صدورها فتمارس محكمة الجنايات بصفتها التمييزية الرقابة على القرارات المتعلقة بالكفالة الجزائية أَمّا بناءً على طلب من ذوي العلاقة المنصوص عليهم في المادة (٢٤٩) أَو من تلقاء نفسها بصفتها صاحبة الاختصاص في الإشراف على قرارات قاضي التحقيق وفقًا لأَحكام المادة (٢٦٤) من نفس القانون.

رابعًا/ المدعي بالحق المدني والمسؤول مدنيًا:

أَوضحت الفقرة (الأَولى) من المادة (٢٥١) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية أَنَّ طعن المدعي المدني والمسؤول مدنيًا يقتصر على الدعوى المدنية فقط وهذا أَمر حتمي ومنطقي؛ إذ إنَّ طلبات هؤلاء تنحصر في الضرر الذي احدثته الجريمة لهم، إلّا أَنَّه ومن الناحية العملية وما أَفرزه لنا واقع العمل اليومي في المحاكم العراقية وما استقر عليه القضاء العراقي أَنَّ هؤلاء قد يتدخلوا في الدعوى الجزائية[٢] عن طريق الطعن في الأَحكام والقرارات والإجراءات الاحتياطية على الرغم من أَنَّ المادة (٢٥١) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية أَشارت إلى أَنَّه يقتصر طعن هؤلاء على الدعوى المدنية فقط، وقد مَنَعتْ بعض التشريعات[٣] المدعي المدني صراحةً من التدخل في الإجراءات الاحتياطية التي تتخذ ضد المتهم لا سيما المتعلقة بتوقيفه أَو إطلاق سراحه، وعلى الرغم من وجاهة هذا الرأي والأَسباب المنطقية التي بُني عليها فإنَّ هناك اتجاها آخر يجعل للمدعي بالحقوق المدنية دخلًا في إطلاق سراح المتهم بل يرتب آثارًا مهمّة على إغفال هذا الإجراء، ففي التشريع الفرنسي يجب أَنْ يعلن طلب إطلاق السراح للمدعي المدني برسالة مسجلة ليُبدي ملاحظاته عليه ولا يستطيع القاضي إصدار الأَمر إلّا بعد مرور (٤٨)

---

[١] ينظر نص المادة (٢٥١) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١.

[٢] ينظر قرار محكمة جنايات الكرخ بصفتها التمييزية بالعدد (٢٨/ت/ج/١٩٨١) في (١٩٨١/٣/١٩) والمتضمن ان قاضي تحقيق ابي غريب اوقف المتهمة (س) البالغة من العمر (١٥) سنة فقدم والدها طلبًا لإخلاء سبيلها، فتم رفضه وعندما ميز والدها قرار قاضي التحقيق لدى محكمة الجنايات بصفتها التمييزية تم نقض القرار المميز.

[٣] نصَّت المادة (١٣٢) من قانون الإجراءات الجنائية الليبي على أَنَّه لا يقبل من المجنى عليه أَو من المدعي بالحقوق المدنية طلب حبس المتهم ولا تسمع أَقواله في المناقشات المتعلقة بالإفراج.

ساعة من تاريخ إبلاغ هذا الطرف وهذا ما نصَّت عليه المادة (١٤٨) من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي[١].

الفرع الثاني

موقف القانون المصري

إنَّ موقف المشرِّع المصري من الطعن في القرارات الصادرة بشأن طلب الإفراج المؤقت عن المتهم بالكفالة فقد كانت القاعدة العامة في القانون المصري أَنَّ جميع القرارات الفاصلة في طلبات الإفراج غير قابلة للطعن فيها من قبل المتهم أَيًا كان مصدرها ومهما يكون القرار الصادر فيها سواء أكان بالإفراج عن المتهم أم برفض الطلب[٢]، لكن تغير الأمر بعد صدور قانون تعديل قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (١٥٠) لسنة (١٩٥٠) المرقم (١٤٥) لسنة (٢٠٠٦) إذ اتجه المشرِّع إلى توفير المزيد من الضمانات لحماية الحرية الفردية إذ وسع من نطاق حق المتهم في الاستئناف ولم يقصره على النيابة العامة، فقد نصَّت المادة (١٦٤) على أَنَّه للنيابة العامة وحدها الحق في استئناف الأمر الصادر بالإفراج عن المتهم الموقوف في الجرائم التي تشكل جناية، كذلك أعطت للمتهم الحق في استئناف الأمر الصادر بتوقيفه أو تمديد توقيفه، كما أجازت المادة (٢٠٥) من القانون نفسه للنيابة العامة إذا تطلبت ضرورة التحقيق استمرار توقيف المتهم أَنْ تستأنف الأمر الصادر من القاضي الجزئي أو محكمة الجنح المستأنفة منعقدة في غرفة المشورة بالإفراج عن المتهم الموقوف، كذلك أعطت للمتهم أَنْ يستأنف الأمر الصادر بتوقيفه من القاضي الجزئي أو محكمة الجنح المستأنفة منعقدة في غرفة المشورة[٣]، وعليه فإنَّه يجوز للمتهم أَنْ يطعن بأمر توقيفه أو تمديد توقيفه أيًا كانت الجهة التي أصدرته وأيًا كانت الجريمة، في حين نطاق حق النيابة العامة بالاستئناف يقتصر على الأوامر الصادرة بالإفراج في الجنايات، فللمتهم أَنْ يستأنف الأمر الصادر بحبسه احتياطيًا أو بتمديد هذا الحبس، فقد نصَّت المادة (١٦٦) من قانون الإجراءات الجنائية على أَنَّه "يكون ميعاد الاستئناف عشرة أيام من تاريخ صدور الأمر

---

[١] فؤاد علي الراوي، مصدر سابق، ص١٢٨.

[٢] د. عوض محمد عوض، المبادئ العامة في قانون الاجراءات الجنائية، بلا طبعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،١٩٩٩، ص٤٤٥.

[٣] تنظر المادتين (١٦٤) و (٢٠٥) من قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (١٥٠) لسنة ١٩٥ وفقًا لآخر التعديلات.

بالنسبة إلى النيابة العامة ومن تاريخ إعلانه بالنسبة إلى باقي الخصوم، عدا الحالات المنصوص عليها في الفقرة (الثانية) من المادة (١٦٤) من هذا القانون فيكون ميعاد استئناف النيابة لأمر الإفراج المؤقت (أربعة وعشرين ساعة) ويجب الفصل في الاستئناف خلال (ثمانِ وأربعين ساعة) من تاريخ رفعه، ويكون استئناف المتهم في أي وقت فإذا صدر قرار برفض استئنافه جاز له أنْ يتقدم باستئناف جديد كلما انقضَّت مدة ثلاثين يوم من تاريخ صدور قرار الرفض".

وقد نصَّت المادة (١٦٧) من القانون نفسه على أنَّه "يُرفع الاستئناف أمام محكمة الجنح المستأنفة منعقدة في غرفة المشورة إذا كان الأمر المستأنف صادرًا من قاضي التحقيق بالحبس الاحتياطي أو بمده، فإذا كان الأمر صادرًا من تلك المحكمة يُرفع الاستئناف إلى محكمة الجنايات منعقدة في غرفة المشورة، وإذا كان صادرًا من محكمة الجنايات يرفع الاستئناف إلى الدائرة المختصَّة، ويرفع الاستئناف في غير هذه الحالات أمام محكمة الجنح المستأنفة منعقدة في غرفة المشورة إلّا إذا كان الأمر المستأنف صادرًا بأنْ لاوجه لإقامة الدعوى في جناية أو صادرًا من هذه المحكمة بالإفراج عن المتهم فيُرفع الاستئناف إلى محكمة الجنايات منعقدة في غرفة المشورة، وإذا كان الذي تولى التحقيق مستشارًا عملًا بالمادة (٦٥) من هذا القانون فلا يُقبل الطعن في الأمر الصادر منه إلّا إذا كان متعلقًا بالاختصاص أو بان لا وجه لإقامة الدعوى أو بالحبس الاحتياطي أو بمده أو بالإفراج المؤقت ويكون الطعن أمام محكمة الجنايات منعقدة في غرفة المشورة... وفي جميع الأحوال يتعين الفصل في الطعن في أوامر الحبس الاحتياطي أو مده أو الإفراج المؤقت خلال (ثماني وأربعين ساعة) من تاريخ رفع الطعن وإلّا وجب الإفراج عن المتهم"، وحسنًا فعل المشرِّع المصري عندما نص على وجوب الفصل في طلبات الطعن في أوامر الحبس الاحتياطي أو مده أو الإفراج المؤقت خلال (ثماني وأربعون ساعة) من تاريخ رفع الطعن كون هذه القرارات تتعلق بحقوق الأفراد وحرياتهم.

الفرع الثالث

موقف القانون الفلسطيني

نظم قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (٣) لسنة (٢٠٠١) عملية الطعن بالقرارات الصادرة بشأن طلب الإفراج عن المتهم بكفالة، وقد تعددت الجهات التي لها حق الطعن بهذه القرارات، كذلك اختلفت طرق الطعن بها، إلّا أنَّه لم يحدد المشرِّع الفلسطيني المدد القانونية التي يجوز فيها الطعن بهذه القرارات مّما يتعين الرجوع إلى القواعد العامة لاستئناف الأحكام

وبالرجوع للمادتين (٣٢٨) و (٣٢٩) من هذا القانون نجدها تحدد مدة خمسة عشر يومًا لاستئناف المتهم وثلاثين يومًا لاستئناف النيابة العامة، وتتعدد طرق الطعن في القرار الصادر في طلب الإفراج فمنها إعادة النظر أمام المحكمة نفسها، ومنها ما يكون استئناف طلب الكفالة ومنها إعادة النظر أمام رئيس المحكمة العليا، وهذا ما سنوضحه على وفق التفصيل الآتي:

أَجاز قانون الإجراءات الجنائية الفلسطيني تقديم طلب إعادة النظر في الأمر الصادر في طلب إخلاء السبيل بالكفالة إلى نفس المحكمة التي أصدرت الأمر المتعلق بطلب الإفراج[١]، فالنيابة العامة لها أَنْ تتقدم به إذا قررت المحكمة إخلاء سبيل المتهم، كذلك يجوز للمتهم أَنْ يتقدم بهذا الطلب هو أَو محاميه إذا قررت المحكمة رفض إخلاء سبيله بكفالة أَو قررت الإفراج عنه بكفالة مالية تدفع نقدًا في صندوق المحكمة ويشترط المشرِّع الفلسطيني لتقديم طلب إعادة النظر بطلب إخلاء السبيل بالكفالة توافر إحدى الحالتين، أَمّا اكتشاف وقائع جديدة أَو حدوث تغيير في الظروف التي احاطت بإصدار الأمر، واكتفى المشرِّع الفلسطيني بذكر هاتين الحالتين[٢]، لكن لم يبين المشرِّع عدد مرات إعادة النظر أمام المحكمة نفسها إلّا أَنَّه ما استقر عليه القضاء الفلسطيني هو جواز تكرار هذا الطلب، كما أَنَّ القانون أَعطى بموجب نص المادة (١٤١) للمحكمة المختصَّة في طلب إعادة النظر بشأن طلب الإفراج بكفالة الذي قدم إليها الصلاحية بأَنْ تُقرر الإفراج بكفالة أَو الغاء أَمر الافراج وإعادة توقيف المتهم ثانية بقرار مسبب[٣].

لقد أَجاز قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني لكل من النيابة العامة أَو الموقوف أَو المحكوم استئناف الأمر الصادر في طلب الإفراج بكفالة على شكل طلب يُقدم إلى المحكمة المختصَّة بالبت في طلب الاستئناف وهذا ما أَشارت إليه المادة (١٣٥) من قانون الإجراءات الجزائية، إذ أَجازت هذه المادة استئناف الأمر الصادر في طلب الإفراج بكفالة بوساطة النيابة العامة أَو الموقوف أَو المدان بطلب يقدم إلى المحكمة المختصَّة بنظر الاستئناف، فمثلما للمتهم استئناف

---

[١] ينظر نص المادة (١٣٤) من قانون أُصول الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (٣) لسنة (٢٠٠٣).

[٢] وسام محمد نصر، مصدر سابق، ص١٥٢.

[٣] ينظر نص المادة (١٤١) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني.

وللتفاصيل أَكثر ينظر القرار رقم (٤٦/ نقض جزاء فلسطيني/ لسنة ٢٠٠٥)، جلسة (٢٠٠٥/١٠/٢٣)، مجموعة الأَحكام القضائية، لسنة ٢٠٠٧، منقول من وسام محمد نص، مصدر سابق، ص١٥٤، والذي جاء فيه "... إذ على المحكمة أَنْ تنظر في طلب إعادة النظر وفق الأُصول ومن ثم وعلى ضوء ما تقتنع به وبعد سماع أَقوال الخصوم أَمّا أَنْ تقرر رفض الطلب وإبقاء المتهم حراً طليقاً أَو قبول الطلب وإعادة المتهم للتوقيف ثانية بقرار مسبب.

قرار رفض الإفراج فإنَّ للنيابة العامة استئناف القرار الصادر بالإفراج عن الموقوف ولكن لا يجوز لها ذلك إذا لم تمانع في الإفراج عنه أثناء مرافعتها أمام المحكمة المختصَّة بنظر طلب الإفراج، إلّا أنَّ المشرِّع لم يحدد بشكل دقيق من هي المحكمة المختصَّة بالنظر في استئناف طلبات الكفالة الأمر الذي أثار الغموض بشأن تفسيرها، لكن المشرِّع أجاز بموجب المادة (٣٢٣) من قانون أُصول الإجراءات الجزائية استئناف الإحكام الحضورية والإحكام التي هي بمثابة الحضورية في الدعاوي الجزائية، فالأحكام الصادرة عن محاكم الصلح فإنَّها تستأنف أمام محاكم البداية بصفتها الاستئنافية، أمّا الأحكام الصادرة عن محاكم البداية باعتبارها محاكم أوّل درجة فإنَّها تستأنف أمام محاكم الاستئناف، إذ إنَّه يفهم من العبارة الأخيرة من نص المادة (١٣٥) - المحكمة المختصَّة بنظر الاستئناف- ضرورة الرجوع للمادة (٣٢٣) لتحديد الجهة المختصَّة بنظر الاستئناف[١].

لقد استقر العمل لدى القضاء الفلسطيني في انعقاد الاختصاص بنظر استئناف طلبات الكفالة على أنْ تختص محكمة البداية بصفتها الاستئنافية بنظر استئناف القرارات المتعلقة بطلبات الكفالة الصادرة عن محاكم الصلح سواء في الجنايات أو الجنح، وتختص محكمة الاستئناف بنظر طلبات الكفالة الصادرة عن محاكم البداية بصفتها محاكم أوّل درجة، وينفرد رأي في الفقه الفلسطيني إلى القول أنَّ ما استقر عليه القضاء الفلسطيني هو خطأ إجرائي يجب تلافيه ويرى أنْ يكون توزيع اختصاص النظر في استئناف طلبات الكفالة وفقًا لنوع الجريمة الصادر بشأنها قرار الإفراج، حيث تختص محكمة البداية بصفتها الاستئنافية بنظر طلبات الكفالة الصادرة عن محاكم الصلح في الجنح فقط، وتختص محاكم الاستئناف بنظر طلبات الكفالة الصادرة عن محاكم الصلح في الجنايات وعن محاكم البداية بصفتها محاكم أوّل درجة، كون المحكمة المختصَّة بنظر الجناية هي محكمة البداية بصفتها محكمة أوّل درجة ومن ثم تستأنف أحكامها أمام محكمة الاستئناف[٢].

ويرجح الباحث هذا الرأي ويرى أنَّه من الأفضل أنْ يجعل المشرِّع الفلسطيني توزيع اختصاص النظر في الطعون بالقرارات المتعلقة بطلبات الإفراج باعتماد معيار نوع الجريمة فيما إذا كانت جناية أو جنحة.

أمّا الطعن عن طريق إعادة النظر أمام رئيس المحكمة العليا فبعد أنْ أُلغي قانون الإفراج بالكفالة رقم (٢٨) لسنة (١٩٤٤) بموجب القانون رقم (٣) لسنة (٢٠٠١) الذي استمر على نهج

---

[١] تنظر المادتين (١٣٥) و (٣٢٣) من قانون أُصول الإجراءات الجزائية الفلسطيني.

[٢] وسام محمد نصر، مصدر سابق، ص١٥٥-١٥٦.

القانون (المُلغى) من حيث جواز تقديم هذا الطلب إلى رئيس المحكمة العليا، فقد أجازت (١٣٦) من قانون الإجراءات الجزائية تقديم طلب إعادة النظر إلى رئيس المحكمة العليا في أي أمر صدر بناءً على طلب قدم بموجب المواد من (١٣١) إلى (١٣٥)، فتُعدُّ قرارات إعادة النظر أو الاستئناف قابلة لإعادة النظر فيها أمام رئيس المحكمة العليا سواء قُدم طلب الإفراج إلى القاضي الذي يحق له إصدار أمر التوقيف بمقتضى المادة (١٣١) أو إلى المحكمة المختصَّة استنادا للمادة (١٣٢) أو إلى المحكمة مصدرة الحكم وفقًا للمادة (١٣٣) أو إلى المحكمة المختصَّة بإعادة النظر في طلب الإفراج بالكفالة خلافًا للمادة (١٣٤) أو للمحكمة المختصَّة بالاستئناف طبقًا للمادة (١٣٥)، ولا يختلف إعادة النظر أمام رئيس المحكمة العليا استنادًا للمادة (١٣٦) من قانون الإجراءات الجنائية عن إعادة النظر أمام المحكمة ذاتها التي أصدرت قراراها في طلب الإفراج بالكفالة، إذ لا بُدَّ من توافر إحدى حالتين، هما اكتشاف وقائع جديدة، أو حدوث تغيير في الظروف التي احاطت بإصدار الأمر المنصوص عليهما في المادة (١٣٤).

الفرع الرابع

موقف القانون الأردني

لقد جاء موقف المشرِّع الأردني واضحًا وصريحًا لا لبس فيه ولا غموض فقد حدد أصحاب الحق في الطعن في القرار الصادر في طلب إخلاء السبيل بالكفالة، إذ أجاز للنائب العام الطعن باستئناف القرار الصادر عن المدعي العام أو عن قاضي الصلح أو عن محكمة البداية والمتضمن إخلاء سبيل المتهم كونه صاحب المصلحة في ذلك، كذلك أجاز المشرِّع للمتهم بأنّ يطعن بالقرار الصادر عن المدعي العام أو عن قاضي الصلح أو محكمة البداية القاضي برفض طلب إخلاء سبيله، فقد أشار قانون أُصول المحاكمات الجزائية إلى أنَّه "يجوز استئناف القرار الصادر عن المدعي العام أو قاضي الصلح بتوقيف المشتكي عليه أو تمديد توقيفه أو تخلية سبيله أو تركه حرًا إلى محكمة البداية والقرار الصادر عن محكمة البداية إلى محكمة الاستئناف وذلك خلال ثلاثة أيام تبدأ بحق النائب العام من وصول الأوراق إلى قلمه للمشاهدة وبحق المشتكى عليه من تاريخ وقوع التبليغ إليه"[١].

[١] المادة (١٢٤) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية الأردني رقم (٩) لسنة ١٩٦١ .

وبموجب المادة (٣٦٦) من القانون نفسه تُحتسب المدة المحددة لاستئناف القرارات المتعلقة بطلبات الإفراج من اليوم التالي لصدور القرار وليس من تاريخ صدوره كما لا تحتسب أيام العطل من ضمن مدة الاستئناف.

وقد بينت المادة (١٢٤) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية الأردني الجهة التي يتم الطعن أمامها بالقرارات الصادرة بشأن طلبات إخلاء السبيل بالكفالة فقد جعلت محكمة البداية الجهة المختصَّة بالنظر باستئناف القرار الصادر عن المدعي العام أو قاضي الصلح، كذلك جعلت محكمة الاستئناف الجهة المختصَّة بالنظر باستئناف القرار الصادر عن محكمة البداية ويعتبر القرار الصادر عن محكمة البداية بصفتها الاستئنافية بشأن الإفراج عن المتهم هو قرار نهائي لا يقبل الطعن به، أمّا إذا استؤنف الحكم النهائي فإنَّ الاختصاص بالإفراج بالكفالة عن المتهم يكون من اختصاص الجهة الاستئنافية فقد قُضي بأنَّه يفيد من أحكام المادتين (١٢٢) و (١٢٣) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية أنَّ طلبات إخلاء السبيل بالكفالة تُقدم للمحكمة التي يحاكم أمامها المتهم أو للمحكمة التي أصدرت الحكم أو المحكمة التي يُستأنف إليها الحكم، ولمحكمة الاستئناف المُقدم أمامها استئناف الحكم صلاحية النظر في طلب الإفراج بالكفالة المُقدم من النيابة العامة أو المتهم[١].

المبحث الثاني

ضمان تنفيذ الكفالة الجزائية وبدائلها وكيفية انقضائها

الكفالة الجزائية هي وسيلة لضمان التزام المفرج عنه حضور إجراءات التحقيق والمحاكمة وتنفيذ الحكم إذا ما صدر ضده فهي وسيلة لحمل المتهم على حضور جميع إجراءات التحقيق والمحاكمة وانفاذ الحكم وتلجأ الجهة المختصَّة إلى إصدارها في كل حالة يمكن فيها إبدال إجراء التوقيف بها حيث تتمثل الكفالة بربط الإفراج عن المتهم بضمان مالي سواء عن طريق الكفالة الشخصية أو النقدية إلّا أنَّه إذا تبين لجهة الإفراج أنَّه ليس بمقدور المتهم تقديم كفالة سواء كانت مقرونة بإيجاد كفلاء أو بإيداع تأمين نقدي للإفراج عنه، فيجوز لها استبدال هذا الالتزام بالتزام آخر كتقديم المتهم نفسه إلى مكتب البوليس في الأوقات التي تحددها له مع مراعاة ظروفه، ولها أنْ تطلب منه اختيار مكان لإقامته غير المكان

[١] وسام محمد نصر، مصدر سابق، ص١٧٤.

الذي أرتكب فيه جريمته أو أَنْ تحظر عليه ارتياد أماكن معينة أو منعه من السفر، عليه سوف نقسم هذا المبحث على مطلبين نتناول في المطلب الأوّل ضمانات تنفيذ الكفالة الجزائية وبدائلها، في حين نُخصص المطلب الثاني للحديث عن حالات انقضاء الكفالة الجزائية، وهذا ما سنوضحه على وفق التفصيل الآتي:

المطلب الأوّل

ضمان تنفيذ الكفالة الجزائية وبدائلها

تُعدُّ الكفالة الجزائية كما بينا سابقًا بأَنَّها وسيلة لضمان التزام المُفرج عنه حضور جميع إجراءات التحقيق والمحاكمة فتلجأ إليها الجهة المختصَّة في كل حالة يجوز فيها إبدال التوقيف بها لتضييق نطاق هذا الإجراء وربطها بضمان يكفل إجبار المتهم وحمله على تنفيذ الالتزامات المفروضة عليه وهذا الضمان عادةً ما يكون ضمان مالي، لكن قد لا يكون بمقدور المتهم تقديم هذا الضمان كما يتعذر عليه إيجاد كفيل للالتزام بالوفاء بهذا الضمان في حالة إخلال المتهم بالتزاماته مّما يضطر الجهة المختصَّة إلى إبدال الكفالة الجزائية بغيرها من الإجراءات التي تكفل عدم هروب المتهم، عليه سوف نقسم هذا المطلب على فرعين، نتناول في الفرع الأوّل منه ضمانات تنفيذ الكفالة الجزائية، في حين نُخصص الفرع الثاني للحديث عن بدائل الكفالة الجزائية، وهذا ما سنوضحه على وفق التفصيل الآتي:

الفرع الأوّل

ضمان تنفيذ الكفالة الجزائية

تتمثل ضمانات تنفيذ الكفالة الجزائية في الأحوال التي يجيزها القانون في المبلغ الذي حددته الجهة المختصَّة بإخلاء سبيل المتهم والواجب دفعه إلى صندوق المحكمة، أو عن طريق إيجاد كفيل يتعهَّد بالوفاء به في حالة إخلال المتهم بالالتزامات المفروضة عليه، عن طريق تفريغ ذلك في صورة مبادلة المتهم الموقوف بالمبلغ المرهون لدى صندوق المحكمة، أو المضمون في سند الكفالة، لضمان التزام تنفيذ المتهم للالتزامات المفروضة عليه، فإذا أَخلَّ بها يصادر هذا الضمان لخزينة الدولة، عليه تتمثل ضمانات تنفيذ الكفالة الجزائية بالضمان المالي –المبلغ- المدفوع

لصندوق المحكمة أَو المقدر في سند الكفالة، الأمر الذي يتطلب منا أَنْ نبحث في ماهية هذا الضمان، وما مصيره، وهذا ما سنوضحه على وفق التفصيل الآتي:

أَوّلًا/ ماهية الضمان المالي:

إنَّ الضمان المالي هو المبلغ الذي يدفع إلى صندوق المحكمة من المتهم أَو غيره أَو المبلغ المقدر في سند الكفالة يُخصص ليكون جزاء كافيًا لتخلف المتهم عن الحضور في أَي إجراء من إجراءات التحقيق والمحاكمة والقيام بكافة الالتزامات الأُخرى المفروضة عليه، فهو وسيلة لإجبار المتهم على تنفيذ الالتزامات المفروضة عليه من قبل الجهة التي أَمرت بإخلاء سبيله وليس غاية بحد ذاتها يسعى المشرِّع لتحقيقها.

ولم يحدد المشرِّع العراقي قيمة الضمان المالي؛ إذ ترك تقديره للجهة المختصَّة بإخلاء سبيل المتهم التي عليها أَنْ تُراعي في تقدير مبلغ الضمان ظروف وملابسات كل جريمة وحالة المتهم وهذا ما أَشار إليه قانون أُصول المحاكمات الجزائية؛ إذ نصَّ على أَنَّه "يحدد مبلغ التعهد أَو الكفالة تبعًا لظروف كل قضية على أَنْ يكون مناسبًا لنوع الجريمة وحالة المتهم"[١].

ومّما تجدر الإشارة إليه أَنَّ المشرِّع العراقي أَجاز دفع مبلغ الضمان المالي نقدًا ويودع في صندوق المحكمة، إلّا أَنَّه لا يجوز إجبار المتهم أَو الكفيل على دفع مبلغ الضمان نقدًا إلى صندوق المحكمة وأَنَّ كل محاولة لإجبار المتهم أَو الكفيل على دفع مبلغ الضمان نقدًا يُعدُّ مخالفًا لأَحكام المادة (١١٤) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية[٢].

كذلك المشرِّع المصري في قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (١٥٠) لسنة (١٩٥٠) لم يحدد قيمة الضمان المالي إلّا أَنَّه أَوجب على الجهة مصدرة قرار إخلاء السبيل بالكفالة مراعاة مركز المتهم وحالته المادية وخطورة الجريمة ومدى احتمالية هروب المتهم وهذا ما أَشارت إليه الفقرة (الثانية) من المادة (١٤٦) من قانون الإجراءات الجنائية، فلم يحدد المشرِّع المصري قيمة الضمان المالي مسبقًا بل تركه لجهة إخلاء السبيل بالكفالة لتقرره على وفق المعطيات المتوافرة أَمامها.

وقد جاء موقف المشرِّع الفلسطيني مسايرًا لموقف المشرعين العراقي و المصري في عدم تحديد مبلغ الضمان المالي بل تركه للسلطة التقديرية للقضاء ليحدده وفق ما يراه مناسبًا تبعًا

---

[١] الفقرة (أ) من المادة (١١٤) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١.
[٢] حسن صادق عبود آل حسوني، مصدر سابق، ص٦٥.

للظروف والوقائع المطروحة أمامه سواء تعلقت بالمتهم أم بالجريمة ونوعها مّما يقتضي مراعاة الظروف كافة عند تقدير قيمته.

ولم يختلف الأمر بالنسبة للمشرِّع الأردني في قانون أُصول المحاكمات الجزائية رقم (٩) لسنة (١٩٦١) فقد ترك تقدير قيمة الضمان المالي للمرجع الذي أصدر قرار إخلاء السبيل بالكفالة وجعل تحديده من إطلاقات هذا المرجع دون معقب ولجميع أنواع الضمان المالي وهي الكفالة النقدية أو الشخصية فيأخذ هذا المرجع بنظر الاعتبار عن تقدير قيمة هذه الضمانات أنْ تكون ردعًا كافيًا عن الإخلال بالكفالة الجزائية، فلم يضع القانون حدًا أعلى ولا أدنى بل تركه للمرجع المختص ليقرره مع مراعاة المركز الاجتماعي للمفرج عنه وحالته المادية وخطورة الجريمة واحتمالية هروبه[١].

واختلف موقف القوانين محل الدراسة في الأخذ بالضمان المالي، فانقسمت على ثلاثة اتجاهات فمنها من يعدّه من المسائل الجوازية، ومنها يعدّه من المسائل الوجوبية ومنها من جمع بين الاتجاهين وفرق بينهما بحسب نوع الجريمة وعلى النحو الآتي:

أتجه القانون العراقي إلى عدّ الضمان المالي أحيانًا من المسائل الجوازية وأحيانًا أُخرى من المسائل الوجوبية، إذ الزم قانون أُصول المحاكمات الجزائية الجهة مصدرة قرار إخلاء السبيل ربطه بضمان مالي في بعض الأحيان في حين يكون إخلاء السبيل في أحيان أُخرى مرتبطًا أو غير مرتبط بضمان مالي وفقًا لما تقتضيه ظروف كل قضية وللجهة المختصَّة سلطة تقديرية واسعه في هذا الأمر[٢].

في حين أتجه قانون الإجراءات الجنائية المصري إلى عدّ الضمان المالي من المسائل الجوازية، فقد أشار في المادتين (١٤٥) و(١٤٦) على جواز تعليق الإفراج على تقديم كفالة سواء بضمان أو بغير ضمان[٣].

أمّا قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني فذهب إلى عدّ الضمان المالي من المسائل الوجوبية إذ أشار في المادتين (١٣٠)و(١٤٠) إلى عدم جواز قيام السلطة المختصَّة بالإفراج عن المتهم إلّا بالكفالة[١].

---

[١] وسام محمد نصر، مصدر سابق، ص١٨٨.

[٢] تنظر المادتين (١٠٩-١١٢) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١.

[٣] تنظر المادتين (١٤٥) و(١٤٦) من قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (١٥٠) لسنة ١٩٥٠.

في حين قانون أُصول المحاكمات الجزائية الأردني أخذ كأصل عام بوجوب الضمان المالي عند الإفراج المؤقت عن المتهم[٢]، بينما ذهب استثناءً إلى عدّ الضمان المالي من المسائل الجوازية، إذ أشارت الفقرة (الرابعة) من المادة (١١٤) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية الأردني إلى أنَّه للمحكمة المختصَّة فيما يجاوز الحد الأقصى للتوقيف المقرر للمدعي العام أنْ تمدد التوقيف أو أنْ تُقرر الإفراج عن الموقوف بكفالة أو بدونها.

ثانيًا/ مصير الضمان المالي:

إنَّ الضمان المالي مؤقت لا يجوز الاحتفاظ أو الاحتجاج به إلى أجل غير معلوم، وممّا لا شك فيه إذا أوفى المتهم بالالتزامات المفروضة عليه أو إذا صدر قرار بغلق الدعوى الجزائية أو ببراءة المتهم أو بإدانته والحكم عليه وامتثل للتنفيذ عليه فيجب أنْ يرد مبلغ الضمان المالي كاملًا، أمّا إذا تنصل المتهم عن تنفيذ التزاماته فيصادر مبلغ الضمان المالي بحسب الطريق الذي رسمه كل قانون لهذه الحالة؛ لأنَّ الغاية من وضع الضمان المالي هي لإجبار المتهم على تنفيذ الالتزامات المفروضة عليه، فيتحدد مصير الضمان المالي على أساس تحقيق الغاية التي وضع من أجلها.

فمصير الضمان المالي متعلقًا بموقف المُخلى سبيله بناءً على هذا الضمان من حيث الالتزام أو الإخلال بما تفرضه عليه جهة إخلاء السبيل.

لقد نظَّمت نصوص التشريعات محل الدراسة مصير الضمان المالي فقد نصَّت المادة (١١٩) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة (١٩٧١) على:

أ- إذا أخل المتهم بتعهده أو الكفيل بكفالته فيُحال على محكمة الجنح بقرار من قاضي التحقيق أو المحكمة الجزائية لتحصيل المبلغ ممّن أخل بالتزامه وللمحكمة أنْ تُقرر تحصيل المبلغ كله أو بعضه حسب ظروف كل قضية أو أنْ تعفيه منه إذا كان الإخلال لسبب اضطراري أو تقرر تحصيله مقسطًا لمدة لا تتجاوز سنة واحدة أو حجز أمواله وبيعها وفق قانون التنفيذ بناءً على مذكرة تقدمها المحكمة إلى المنفذ العدل لاستيفاء المحكوم به من ثمنها مع مراعاة أحكام القوانين الأُخرى في ما لا يجوز حجزه وبيعه منها.

---

[١] تنظر المادتين (١٣٠) و(١٤٠) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (٣) لسنة ٢٠٠١.

[٢] تنظر الفقرات (ثانياً وثالثاً) من المادة (١٢٦) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية الأردني رقم (٩) لسنة ١٩٦١.

ب- إذا لم يكفِ الثمن المتحصِّل من بيع الأموال لسداد المبلغ أو إذا لم توجد أموال يجوز حجزها أو إذا امتنع من صدر القرار بتحصيل المبلغ منه عن بيان تسوية مقبولة فللمحكمة أنْ تُقرر حبسه مدة لا تتجاوز ستة أشهر.

ج- يُصادر المبلغ المحجوز أو المحصل ويقيد إيرادًا للخزينة.

د- إذا لم يُصادر المبلغ المودع بسبب عدم الإخلال بالتعهد أو الكفالة فيُرد إلى صاحبه بعد اكتساب القرار ببراءة المتهم أو عدم مسؤوليته أو الإفراج أو رفض الشكوى عنه درجة البتات.

يتضح من نص هذه المادة أنَّ مصير الضمان المالي وفق التشريع العراقي لا لبس فيه ولا غموض إذ جاء النص واضحًا وصريحًا فسلوك المتهم هو من يحدد مصير الضمان المالي، فإذا امتثل لتنفيذ ما يفرضه عليه القانون وما يمليه عليه سند الكفالة وبما تأمره الجهة المختصَّة فيكون مصير مبلغ الضمان المالي الرد إلى صاحبه، أما إذا أخل المتهم بتنفيذ الالتزامات المفروضة عليه فيكون مصير الضمان المالي المصادرة وفقًا للآلية التي رسمتها هذه المادة، وإجاد المشرِّع العراقي عندما نظم مسألة عدم كفاية ثمن الأموال المباعة أو إذا لم تكن هناك أموال يجوز حجزها وبيعها لسداد مبلغ الضمان المالي فللمحكمة حبس الضامن مدة لا تتجاوز الستة أشهر، وحسنًا فعل مشرعنا في تنظيمه لهذه الحالة ولم يتركها للاجتهاد القضائي.

أمّا عن قانون الإجراءات الجنائية المصري فقد نصَّت المادة (١٤٦) منه في فقراتها الثلاثة الأخيرة على:

"يُخصص في الأمر الصادر بتقدير مبلغ الكفالة جزء منه ليكون جزاءً كافيًا لتخلف المتهم عن الحضور في أي إجراء من إجراءات التحقيق والدعوى والتقدم لتنفيذ الحكم والقيام بكافة الواجبات الأُخرى التي تفرض عليه

ويخصص الجزء الآخر لدفع ما يأتي بترتيبه:

١- المصاريف التي صرفتها الحكومة.

٢- العقوبات المالية التي قد يحكم بها على المتهم.

وإذا قُدرت الكفالة بغير تخصيص اعتبرت ضمانًا لقيام المتهم بواجب الحضور والواجبات الأُخرى التي تفرض عليه وعدم التهرب من التنفيذ".

كذلك نصَّت المادة (١٤٨) من القانون نفسه على:

"إذا لم يقم المتهم بغير عذر مقبول بتنفيذ أحد الالتزامات المفروضة عليه يصبح الجزء الأوّل من الكفالة ملكًا للحكومة بغير حاجة إلى حكم بذلك.

ويُرد الجزء الثاني للمتهم إذا صدر في الدعوى قرار بأَنْ لا وجه أَو حكم بالبراءة".

نجد أَنَّ المشرِّع المصري قسم مبلغ الضمان المالي إلى جزئين ليكون مصير كل جزء مستقل عن الثاني وعلى وفق التفصيل الآتي:

مصير الجزء الأَوّل: خصص المشرِّع المصري مبلغ الجزء الأَوّل من الضمان المالي ليكون جزاءً كافيًا لتخلف المتهم عن الحضور في أَي إجراء من إجراءات التحقيق أَو المحاكمة أَو الامتثال لتنفيذ الحكم إذا كان تخلفه بغير عذر مقبول، ويلقى هذا الجزء مصيره حتى وإنْ قام المتهم بتنفيذ بقية الالتزامات المفروضة عليه إذ يكفي تخلف المتهم عن حضوره إجراءً واحدًا لمصادرة هذا الجزء من الضمان المالي، ويصادر هذا الجزء حتى وإنْ حُكم على المتهم بالبراءة، وينفذ هذا الإجراء بدون حاجة إلى صدور حكم قضائي بذلك فيصبح هذا الجزء ملكًا للحكومة[1]، وحسنًا فعل المشرِّع المصري عندما نص على مصادرة هذا الجزء دون الحاجة إلى قرار قضائي بذلك إذ اختصر الكثير من الإجراءات الروتينية التي يتطلبها صدور القرار القضائي، أَمّا إذا قام المتهم بتنفيذ الالتزامات المفروضة عليه وحضوره جميع إجراءات التحقيق والمحاكمة وعدم تخلفه في إجراء منها أَو كان تخلفه بعذر مقبول فيُرد هذا الجزء من الضمان المالي إلى صاحبه حتى وإنْ حُكم على المتهم بالإدانة، فمصير هذا الجزء متعلق بمسألة حضور أَو عدم حضور المتهم إجراءات التحقيق أَو المحاكمة أَو الامتثال لتنفيذ الحكم.

مصير الجزء الثاني: خصص المشرِّع المصري هذا الجزء من مبلغ الضمان المالي لسد المصاريف التي صرفتها الحكومة ومبالغ العقوبات المالية وفق للترتيب الذي جاءت به المادة (١٤٦) على وفق التفصيل الآتي:

١- المصاريف التي صرفتها الحكومة، والتي قد تتمثل بأجور الخبراء أَو إجراء الكشوفات وغيرها من النفقات الأُخرى.
٢- العقوبات المالية التي يحكم على المتهم بها بسبب الجريمة التي وضع الضمان المالي من أَجلها.

---

[1] تنظر المادة (١٤٨) من قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (١٥٠) لسنة ١٩٥٠.

أَمّا إذا حُكم على المتهم بالبراءة أُو قضي بأَنْ لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية وجب رد هذا الجزء من الضمان المالي كاملًا إلى صاحبه، ويُرد هذا الجزء إلى صاحبه في هذه الحالة حتى وإن كان قد تخلف عن الحضور في أَحد إجراءات التحقيق أَو المحاكمة وفقًا لأَحكام المادتين (١٤٦) و(١٤٨) من قانون الإجراءات الجنائية المصري.

أَما عن قانون أُصول الإجراءات الجزائية الفلسطيني فقد نصَّ على أَنَّه "تعتبر الكفالة ضمانًا لحضور المتهم عند طلبه أَو عدم التهرب من تنفيذ الحكم الذي يصدر ضده"[1].

كذلك نصَّت المادة (١٤٧) على:

١-إذا ثبت مخالفة الشروط المدرجة في سند الكفالة أَو التعهُّد جاز للمحكمة المختصَّة:

أ- أَنْ تصدر مذكرة إحضار بحق الشخص الذي أُفرج عنه أَو تقرر إعادة توقيفه.
ب- دفع قيمة سند الكفالة أَو التعهُّد إذا لم يكن قد أودع.
ج- مصادرة التأمين النقدي أَو تعديله أَو الإعفاء منه.

٢-للمتضرر الحق في استئناف القرار الصادر بمقتضى أَحكام الفقرة (١) من هذه المادة.

عدَّ المشرِّع الفلسطيني بموجب المادة (١٤٦) من هذا القانون أَنَّ الكفالة هي لضمان حضور المتهم عند طلبه أَو عدم التهرب من تنفيذ الحكم الذي قد يصدر ضده، فإذا ثبت مخالفته للشروط المثبتة في سند الكفالة أَو التعهد جاز للمحكمة المختصَّة وفقًا لأَحكام المادة (١٤٧) أَنْ تقضي بوجوب دفع قيمة سند الكفالة أَو التعهُّد إذا لم يكن قد اودع نقدًا أَو أَنْ تُقرر مصادرة التأمين النقدي، ولم يبين المشرِّع الفلسطيني مصير مبلغ الضمان المالي في حالة تنفيذ المتهم لجميع الالتزامات المفروضة عليه وعدم الإخلال بها، إذ كان موقف المشرِّع الفلسطيني ضعيفًا جدًا وسطحي في تنظيمه لمصير مبلغ الضمان المالي.

والمطبق أَمام القضاء الفلسطيني أَنَّه بعد صدور حكم في الدعوى الجزائية سواء بالإدانة أَو البراءة أَو بحفظ الدعوى يكون للمفرج عنه المطالبة باسترجاع مبلغ الضمان المالي فله أَنْ يتقدم للمحكمة التي أَصدرت قرار الإفراج بطلب لاسترجاع مبلغ الضمان إذا حُكم في الدعوى التي أُوقف المتهم على ذمتها ويرفق حكم المحكمة إذا كان قد صدر حكم فيها، أَمّا إذا حُفِظت الدعوى

[1] المادة (١٤٦) من قانون أُصول الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (٣) لسنة ٢٠٠١.

الجزائية فيرفق للمحكمة كتاب من النيابة العامة يفيد حفضها إذا كانت قد حُفِظت ومن ثم تُقرر المحكمة إرجاع مبلغ الكفالة إذا رأت ذلك سيما إذا التزم المكفول بشروط الكفالة[١].

وعلى صعيد التشريع الأردني فقد نصَّت المادة (١٢٩) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية الأردني على:

١- إذا لم يعمل بالشرط المدرج في سند الكفالة أو التعهُّد يجوز للمحكمة المختصَّة التي كان من المقتضى تنفيذ ذلك الشرط لديها أنْ تصدر مذكرة إحضار بحق الشخص الذي أُخرج بالكفالة أمامها وأنْ تُقرر توقيفه.
٢- على المحكمة المختصَّة أنْ تُقرر مصادرة التأمين النقدي المدفوع لمصلحة الخزينة أو أنْ يُدفع قيمة سند الكفالة أو التعهد للخزينة إذا لم يكن قد أودع تأمين كهذا.
٣- يجوز للمحكمة حينما تصدر القرار المشار إليه أعلاه أو بعد إصداره أنْ تُنَزِّل المبلغ الذي قررت مصادرته أو دفعه إلى ما دون النصف أو أنْ تُلغي ذلك القرار دون قيد أو شرط فيما إذا حضر المُخلى سبيله أو أحضره الكفيل قبل الحكم في الدعوى أو خلال ثلاثة أشهر من تاريخ القرار القاضي بالمصادرة أو الدفع أو لأسباب أُخرى تدون في الضبط.
٤- يعتبر القرار الذي يقضي بمصادرة أو بدفع أي مبلغ للخزينة الصادر بمقتضى أحكام الفقرة (٣) نافذ المفعول من جميع الوجوه غير أنَّه للمتضرر من هذا القرار حق استئنافه كأنَّه قرار صادر في دعوى حقوقيه أقامها النائب العام على الشخص الذي صدر القرار ضده وتنفذ قرارات الدفع بمعرفة دوائر الإجراء.
٥- إذا توفي الكفيل قبل مصادرة أو استيفاء مبلغ الكفالة تبرأ تركته من كل التزام يتعلق بالكفالة وعندئذ يجوز للجهة التي قررت الكفالة أنْ تصدر مذكرة إحضار أو مذكرة قبض بحق الشخص المكفول وعند إحضاره أو حضوره يكلف بإحضار كفيل آخر ملئ أو بإيداع تأمين نقدي وفقًا لأحكام الفقرة (٣) من المادة (١٢٦) وإذا تخلف عن ذلك يقرر توقيفه.

يُفهم من نص هذه المادة أنَّه إذا التزم المتهم بالشروط المدرجة في سند الكفالة بحضوره جميع إجراءات التحقيق والمحاكمة وتنفيذ الحكم فيُرد إليه مبلغ الضمان إذا كان قد دفعه، إما إذا لم يلتزم المتهم بالشروط المدرجة في سند الكفالة أو التعهد فللمحكمة المختصَّة مصادرة مبلغ الضمان المدفوع لمصلحة الخزينة أو دفعه إذا لم يكن قد اودع لدى الخزينة، وقد منح المشرِّع الأردني سلطة تقديرية واسعة للمحكمة إذ أجاز لها أنْ تنزل مبلغ الضمان الذي قررت مصادرته أو دفعه

---

[١] وسام محمد نصر، مصدر سابق، ص١٩٣.

إلى ما دون النصف أو أَنْ تُلغي قرار المصادرة في حالة ما إذا حضر المُخلى سبيله أَو أَحضره الكفيل قبل صدور الحكم في الدعوى أَو خلال ثلاثة أَشهر من تاريخ صدور قرار المصادرة أَو الدفع أَو لأَي أَسباب أُخرى تراها المحكمة مناسبة.

نخلص مّما تقدّم أَنّ جميع القوانين محل الدراسة اتفقت على أَنّ الضمان المالي هو لضمان حضور المتهم إجراءات التحقيق والمحاكمة وتنفيذ الحكم ومصيره مرهون بتنفيذ المُخلى سبيله للالتزامات المفروضة عليه، إلّا أَنَّه تميز المشرِّع المصري بتقسيم مبلغ الضمان المالي على جزئيين، إذ جعل الجزء الأَوّل لضمان حضور المتهم، أَما الجزء الثاني فهو لسد المصاريف التي صرفتها الحكومة والعقوبات المالية التي قد يحكم بها على المتهم، كذلك تميز المشرِّع المصري عندما نص على مصادرة الجزء الأَوّل من مبلغ الضمان المالي عند عدم حضور المتهم أَي إجراء من إجراءات التحقيق أَو المحاكمة أَو إنفاذ الحكم دون الحاجة إلى إصدار قرار قضائي بالمصادرة، إلّا أَنَّ القوانين محل المقارنة لم تنص صراحةً على إرجاع مبلغ الضمان المالي والآلية المطلوبة لذلك عند انتهاء التحقيق أَو المحاكمة وكان قد نَفَّذَ المُخلى سبيله جميع الالتزامات المفروضة عليه في سند الكفالة على الرغم من أَنَّه في الواقع العملي يتم إرجاعه عن طريق تقديم طلب من قبل من أودعها، إلّا أَنَّ المشرِّع العراقي تميز بتنظيم هذه الحالة، إذ نصَّت الفقرة (د) من المادة (١١٩) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية على أَنَّه "إذا لم يصادر المبلغ المودع بسبب عدم الإخلال بالتعهد أَو الكفالة فيُرد إلى صاحبه بعد اكتساب القرار ببراءة المتهم أَو عدم مسؤوليته أَو الإفراج أَو رفض الشكوى عنه درجة البتات"، كذلك لَمَعَ موقف المشرِّع العراقي بتنظيمه لحالة أُخرى وهي إذا لم يكفِ ثمن الأَموال المحجوزة أَو المباعة لسداد مبلغ الضمان المالي، وحسناً فعل عندما نص في الفقرة (ب) من نفس المادة على أَنَّه "إذا لم يكفِ الثمن المتحصل من بيع الأَموال لسداد المبلغ أَو إذا لم توجد أَموال يجوز حجزها أَو إذا امتنع من صدر القرار بتحصيل المبلغ منه عن بيان تسوية مقبولة فللمحكمة أَنْ تُقرر حبسه مدة لا تتجاوز ستة أَشهر".

الفرع الثاني

بدائل الكفالة الجزائية

حينما تقرِّر السلطة المختصَّة إخلاء سبيل المتهم بالكفالة فمّما لا شك فيه سوف يُخلى سبيله إذا قدم الكفالة المطلوبة منه، أما إذا لم يكن بمقدور المتهم دفع مبلغها، أو إيجاد كفيل مقتدر يتعهد بالوفاء بها في حالة إخلال المتهم بالالتزامات المفروضة عليه، وكانت السلطة المختصَّة ترى أنَّ بقاء المتهم موقوفًا لا ضرورة له يتعين عليها سلوك الطريق البديل لإخلاء سبيله بغير الكفالة، فقد وضعت بعض التشريعات الإجرائية أنظمة أو إجراءات بديلة للكفالة الجزائية لضمان سير إجراءات التحقيق والمحاكمة بصورة طبيعية، إذ قيدت حرية المُخلى سبيله بإلزامه بإتباع سلوك معين كأن يُقدم نفسه إلى مكتب البوليس أو اختيار مكان للإقامة غير الذي وقعت فيه الجريمة أو يحظر عليه ارتياد أماكن معينة، ومن هذه التشريعات التي نصَّت صراحة على بدائل هذا النظام قانون الإجراءات الجنائية المصري وقانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني، أما المشرِّع الأردني فقد نص في المادة (١١٤) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية رقم (٩) لسنة (١٩٦١) على أنَّه "... للمدعي أو للمحكمة في الأحوال التي يجوز فيها التوقيف في الجنح أنْ يستعيض عن التوقيف بواحدة أو أكثر من التدابير التالية:

أ- الرقابة الإلكترونية.
ب- المنع من السفر.
ج- الإقامة في المنزل ... .
د- إيداع مبلغ مالي أو تقديم كفالة عدلية... .
ه- حظر ارتياد المشتكى عليه أماكن محددة".

يُلحظ أنَّ المشرِّع الأردني لم ينص صراحة على أنَّ هذه الإجراءات هي بدائل للكفالة الجزائية وإنما أسماها بدائل التوقيف، إلّا أنَّنا نرى أنَّه من باب أولى يمكن اعتماد أحد هذه الإجراءات بديلًا للكفالة الجزائية في جرائم الجنح لأنَّها وردت مع الكفالة الجزائية في مقام واحد بوصفها بدائل للتوقيف، أمّا المشرِّع العراقي فلم ينص صراحة على أي إجراء بوصفه بديل لنظام الكفالة الجزائية، عليه سوف نتناول هذه البدائل في التشريعين المصري والفلسطيني فقط؛ لأنَّها جاءت صريحة على أنَّها بدائل للكفالة الجزائية، وهذا ما سنوضحه على وفق التفصيل الآتي:

أوّلًا/ إلزام المتهم بتقديم نفسه إلى مكتب البوليس:

نصَّت الفقرة الأولى من المادة (١٤٩) من قانون الإجراءات الجنائية المصري على:

"لقاضي التحقيق إذا رأى أَنَّ حالة المتهم لا تسمح بتقديم كفالة أَنْ يُلزِمَه بأَنْ يُقدم نفسه لمكتب البوليس في الأَوقات التي يحددها له في أَمر الإفراج مع مراعاة ظروفه الخاصة".

أَعطت هذه المادة لقاضي التحقيق عند الإفراج عن المتهم أَنْ يُلزِمَه بتقديم نفسه لمكتب البوليس في الأَوقات التي يحددها له في أَمر الإفراج مع مراعاة ظروفه الخاصة إذا رأى أَنَّ حالة المتهم لا تسمح بتقديم كفالة، ولم تقتصر هذه الصلاحية على قاضي التحقيق فقط، بل يملكها القاضي الجزئي أَيضًا بالشروط والضوابط نفسها التي حددتها هذه المادة (١٤٩)، وذلك بدلالة المادة (٢٠٥) التي نصَّت في الفقرة (الأَولى) منها على أَنَّه "للقاضي الجزئي أَنْ يُقدر كفالة للإفراج عن المتهم كلما طلبت النيابة العامة الأَمر بامتداد الحبس وتراعي في ذلك أَحكام المواد من (١٤٦) إلى (١٥٠)".

أَمّا عن موقف المشرِّع الفلسطيني فقد نصَّ قانون أُصول الإجراءات الجزائية على أَنَّه "يجوز للمحكمة إذا تبين لها أَنَّ حالة المتهم لا تسمح له بتقديم كفالة أَنْ تستبدل بها التزام المتهم بأَنْ يُقدم نفسه إلى مركز الشرطة في الأَوقات التي تحددها له في أَمر الإفراج مع مراعاة ظروفه..."[1].

وتجدر الإشارة إلى أَنَّ كل من المشرعين المصري والفلسطيني قد أَعطيا سلطة تقديرية واسعة للجهة المختصَّة في كل منهما لتقدير حالة المتهم وظروفه في الإبقاء على الكفالة الجزائية، أَم استبدالها بالزام المتهم بتقديم نفسه إلى مكتب البوليس حسب ظروف كل متهم التي أَوجب المشرِّع مراعاتها والتي يقصد بها عمر المتهم وجنسه ومكان إقامته ووضعه الصحي و أَوقات عمله ونوع الجريمة وعقوبتها وغيرها.

ثانيًا/ الزام المتهم باختيار مكان للإقامة غير الذي وقعت فيه الجريمة:

يُعدُّ الزام المتهم باختيار مكان لإقامته غير المكان الذي وقعت فيه الجريمة في الحدود التي رسمها القانون أَحد بدائل الكفالة الجزائية بهدف ضمان سير الدعوى الجزائية بانتظام وبالشكل الذي رسمه القانون، والزام المتهم بتغيير محل إقامته ليس طلبًا يوجه إليه من جهة الإفراج بل هو الزام بعدم الإقامة في المكان الذي وقعت فيه الجريمة ويحدد في قرار الإفراج، وعلى الرغم من

[1] المادة (١٤٠) من قانون أُصول الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (٣) لسنة ٢٠٠١.

أَنَّ الدساتير تنص على عدم جواز حظر الإقامة في جهة ما داخل حدود الدولة إلّا أَنَّه حفاظًا على سير إجراءات التحقيق والمحاكمة وفقًا للأُصول التي تتطلبها الإجراءات العملية، وقد يكون هذا الإجراء هو لحماية المتهم نفسه إذ أَنَّ بقائه في مكان الحادث يؤدي إلى إثارة الشعور لدى المجنى عليه أَو ذويه بعدم اتخاذ الإجراءات القانونية بحقه الأَمر الذي من شأنه أَنْ يؤدي إلى اقتصاص المجنى عليه أَو أَهله من الجاني أَو الإخلال بالأمن والاستقرار في المجتمع وأَنَّ الأَخذ بهذا البديل هو مسألة تقديرية تعود للجهة التي حددها القانون[١]، فقد أَجازت المادة (١٤٩) من قانون الإجراءات الجنائية المصري لقاضي التحقيق إذا رأى أَنَّ حالة المتهم لا تسمح بتقديم كفالة أَنْ يطلب منه اختيار مكان لإقامة غير المكان الذي وقعت فيه الجريمة، كذلك المادة (١٤٠) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني أَجازت للمحكمة إذا تبين لها أَنَّ حالة المتهم لا تسمح بتقديم كفالة أَنْ تستبدلها بالزام المتهم باختيار مكان للإقامة غير المكان الذي وقعت فيه الجريمة.

ثالثًا/ إلزام المتهم بعدم ارتياد أماكن معينة:

أَشار قانون الإجراءات الجنائية المصري إلى أَنَّه لقاضي التحقيق إذا رأى أَنَّ حالة المتهم لا تسمح بتقديم كفالة أَنْ يحظر عليه ارتياد مكان معين، أَي أَنَّه لقاضي التحقيق أَنْ يحظر على المتهم أَماكن معينة كالمكان الذي وقعت فيه الجريمة أَو الحانات والمحال التي تثير الشبهة أَو التي لها علاقة بالجريمة إلّا أَنَّه لا يتم اللجوء إلى هذه الضمانة كبديل للكفالة الجزائية للإفراج عن المتهم إلّا عندما تكون حالة المتهم لا تسمح بتقديم كفالة[٢].

أَمّا قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني فقد جاء خاليًا من النص على هذه الضمانة كبديل للكفالة الجزائية.

رابعًا/ منع المتهم من السفر:

يُقْصَد بمنع المتهم من السفر هو إخطار تصدره الجهة المختصَّة بإصداره وفقًا للقانون إلى جهة أُخرى وعادةً ما تكون وزارة الداخلية بهدف منع المتهم من مغادرة أَرض الدولة عبر منافذها الرسمية وهذا الإجراء مّما تقضيه مصلحة التحقيق في حالات معينة عند وجود احتمالية هروب المتهم.

---

[١] ينظر وسام محمد نصر، مصدر سابق،٢١٠.

[٢] تنظر المادة (١٤٩) من قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (١٥٠) لسنة ١٩٥٠.

لقد أثار هذا الإجراء بوصفه بديلًا عن الكفالة الجزائية جدلًا واسعًا في الوسط الفقهي يرجع سببه إلى عدم اتفاق الفقه الجنائي المصري على الأساس القانوني الذي يستمد منه هذا الإجراء مشروعيته؛ بسبب خلو قانون الإجراءات الجنائية المصري من نص يتضمن منع المتهم من السفر، إلّا أنَّ المشرِّع المصري عندما حدد حالات الإفراج الجوازي أوجب التحوط على المتهم للتأكد من عدم هروبه، وحضوره جميع إجراءات التحقيق والمحاكمة[1]، لذا يرى الباحث أنَّ الأساس القانوني لمنع المتهم من السفر وفقًا للتشريع المصري يستمد مشروعيته من السلطة التقديرية التي منحها المشرِّع للجهات القضائية ولما كان الهرب مانعًا لإخلاء السبيل من أجل التحوط على المتهم ولما كان السفر هو قرين الهرب أصبح من الممكن القول بقبول منع المتهم من السفر كشرط للإفراج عنه لاسيما إذا ما اخذنا بالتفسير الواسع لنص المادة (١٤٩) من قانون الإجراءات الجنائية المصري والتي جاء فيها "لقاضي التحقيق... وله أنْ يطلب من المتهم اختيار مكان للإقامة غير المكان الذي وقعت فيه الجريمة كما له أنْ يحظر عليه ارتياد مكان معين" إذ نجد في نص هذه المادة إرادة ضمنية عميقة للمشرِّع المصري في جواز منع المتهم من السفر وخصوصًا عندما تكون حالته لا تسمح بتقديم كفالة، إذ يمكننا القياس على هذه المادة في اللجوء إلى منع المتهم من السفر إلّا أنَّه يجب أنَّ لا يتم اللجوء إلى هذا الإجراء إلّا إذا توافرت الدلائل على ارتكابه للجريمة وكانت حالة المتهم لا تسمح بتقديم كفالة.

أمّا على صعيد التشريع الفلسطيني فلم نجد ما يشير إلى منع المتهم من السفر بوصفه إجراءً بديلًا للكفالة الجزائية.

المطلب الثاني

انـقضـاء الكفـالة الجزائيـة

من الثابت أنَّ كل التزام لا بُدَّ من أنْ تكون له نهاية وفقًا لأحكام القانون، وبما أنَّ الكفالة الجزائية تفرض التزامًا على عاتق الكفيل، فلا بُدَّ من أنْ ينتهي هذا الالتزام وفقًا للحالات التي حددها القانون، فلا يجوز فرض التزامًا ما على شخص إلى ما لا نهاية، فقد اختلفت طرائق وأسباب انقضاء الكفالة الجزائية فمنها ما يتعلق بها مباشرة، ومنها ما يتعلق بالالتزام الأصلّي، وبما أنَّ الكفالة الجزائية هي التزام تابع لالتزام الأصيل، إذ تنقضي الكفالة الجزائية أمّا بالطريق

[1] د. ادريس عبد الجواد عبدالله بريك، مصدر سابق، ص٢٤٥-٢٤٦.

الطبيعي المباشر أو بطريق تبعي تبعًا لانقضاء الالتزام الأصلّي، عليه سوف نقسم هذا المطلب على فرعين نتناول في الفرع الأوّل منه انقضاء الكفالة بالطريق الاصلي(المباشر)، في حين نُخصص الفرع الثاني للحديث عن انقضاؤها بالطريق التبعي (غير المباشر)، وهذا ما سنوضحه على وفق التفصيل الآتي:

الفرع الأوّل

انقضاء الكفالة الجزائية بالطريق الأصلي (المباشر)

تعددت الحالات المباشرة لانقضاء الكفالة الجزائية بالطريق الأصلي، إذ تنقضي أمّا بناءً على طلب الكفيل، أو بوفاته، أو عند الإخلال بها، أو بالوفاء، أو بأمر من المحكمة المختصَّة، وهذا ما سنوضحه على وفق التفصيل الآتي:

أوّلًا/ بناءً على طلب الكفيل:

أجاز قانون أُصول المحاكمات الجزائية العراقي للكفيل أنْ يتخلى عن التزامه بكفالة المتهم، وذلك عن طريق تقديم طلب إلى المحكمة المختصَّة يطلب فيه إعفائه من الكفالة، على أنْ يحضر مكفوله أمام المحكمة، أو يسلمه إلى مركز الشرطة، وعندئذ يصدر القاضي قراره بإلغاء الكفالة؛ فقد نصَّت المادة (١١٧) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية على أنَّه "للكفيل أنْ يطلب إعفاءه من الكفالة على أنْ يحضر مكفوله أمام القاضي أو يسلمه إلى مركز الشرطة وعندئذ يصدر القاضي قرارًا بإلغاء الكفالة وله أنْ يقُرر توقيف المتهم ما لم يُقدم كفالة أُخرى"، فقد أجاز القانون للكفيل في أي وقت أنْ يُقدم طلبًا إلى المحكمة المختصَّة يطلب فيه إبطال سند الكفالة إلّا أنَّه يجب عليه إحضار المتهم أمامها وعلى القاضي أنْ يُقرر مصيره مجددًا، ويجب على القاضي قبول هذا الطلب مادام الكفيل قد أحضر المتهم وكان بذلك قد نفذ الالتزام المفروض عليه، لذا يكون القاضي ملزمًا بقبول طلبه وإعفاءه من الكفالة[١].

ويرى الباحث أنَّه حسنًا فعل المشرِّع العراقي عندما جعل قبول طلب الإعفاء معلقًا على شرط إحضار الكفيل للمتهم أمام القاضي، أو تسليمه إلى مركز الشرطة، وذلك من أجل القضاء على كل اتفاق قد يحصل بين الكفيل والمكفول للتحايل على نصوص القانون، كذلك أنَّ هناك أمرًا حسنًا آخر في إعطاء هذا الحق للكفيل _طلب الاعفاء_ إذ أنَّ الكفيل غالبًا ما يكون من أقارب

---

[١] حسين سعدون عبد الرضا السواد، مصدر سابق، ص٣٠.

المتهم أو من معارفه الأمر الذي يُمكنه الاطلاع على نيّة المتهم فيما إذا كان يفكر بالإخلال بالالتزامات المفروضة عليه، كالهرب مثلًا، الأمر الذي يجعل الكفيل متخوفًا من استمراره بالكفالة مّما يدفعه إلى التخلي عن التزامه عن طريق تسليم المتهم إلى المحكمة وتقديم طلب إعفاءه من الكفالة، مّما يحول دون هروب المتهم.

أمّا عن موقف المشرِّع المصري من تنظيمه لهذه المسألة فإنَّنا لم نجد ما يشير إليها في نصوص قانون الإجراءات الجنائية المصري إذ لم ينص هذا القانون على إمكانية تقديم طلب من قبل الكفيل إذا أراد التخلي عن التزامه بكفالة المتهم الأمر الذي يجب تداركه من قبل المشرِّع المصري وذلك بالنص عليه وتنظيمه في قانون الإجراءات الجنائية لما له من إيجابيات لحماية الكفيل، كما يحد من محاولات الهرب عند المتهمين؛ لأنَّ الكفيل من أجل حماية نفسه سوف يكون رقيبًا على المتهم؛ لأنَّ إعطاء هذا الحق للكفيل أمرًا حسنًا يشجعه على تسليم المتهم إلى الجهة المختصَّة إذا ما علم بنواياه للإخلال بالالتزامات المفروضة عليه لكي يتخلص من الضمان المالي الذي يجب عليه أنْ يدفعه إذا لم يحضر مكفوله.

أمّا المشرِّع الفلسطيني فقد نظم هذه المسألة في المادتين (١٤٢) و (١٤٣) من قانون الإجراءات الجزائية، إذ نصَّت المادة (١٤٢) منه على أنَّه "يجوز للكفيل أنْ يُقدم طلبًا إلى المحكمة التي حرر أمامها سند التعهُّد بإبطال هذا التعهُّد كله أو فيما يختص به وحده"، كذلك نصَّت المادة (١٤٣) على:

يجوز للمحكمة عند نظر الطلب المقدم من الكفيل:

١- أنْ تبطل الكفالة جميعها أو فيما يختص بالكفيل وحده.
٢- أنْ تقرر إعادة توقيف المتهم ما لم يقدم كفيلًا آخر أو كفالة نقدية تقدرها المحكمة.

فقد أجاز المشرِّع الفلسطيني للكفيل أنْ يطلب من المحكمة التي حررت أمامها الكفالة إبطال سندها وللمحكمة أنْ تُقرر إبطال الكفالة كلها أو فيما يتعلق بالكفيل مُقدم الطلب وحده في حال تعدد الكفلاء ولها أنْ تُقرر توقيف المتهم إذا لم يقدم كفالة جديدة شخصية أو نقدية تقدر المحكمة مبلغها، ولم ينص المشرِّع الفلسطيني صراحةً على إحضار المكفول لقبول طلب إعفاء الكفيل من الكفالة وكان من الأفضل لو وضع المشرِّع الفلسطيني هذا الشرط لقبول طلب الإعفاء كما فعل مشرعنا العراقي.

وعلى صعيد التشريع الأردني فلم يختلف موقف المشرِّع الأردني عن نضيره العراقي فقد أجاز قانون أُصول المحاكمات الجزائية الأردني للكفيل في أي وقت من الأوقات أن يُقدم طلبًا إلى الجهة التي أَمرت بأخذ سند الكفالة يطلب فيه إبطالها كلها أو فيما يتعلق منها به وحده في حال تعدد الكفلاء، ولا تبرأ ذمة الكفيل من الكفالة ما لم يحضر المكفول بأي طريقة سواء من تلقاء نفسه أو بناءً على مذكرة من المحكمة، أو كان الكفيل قد أحضره، فإذا حضر، أو أُحضر المتهم المكفول، فتبرأ ذمة الكفيل من الكفالة وعلى الجهة المختصَّة أَنْ تُلزم المتهم بتقديم كفيل أو كفلاء آخرين، أو أَنْ يقدم تأمينات نقدية فإذا لم يفعل ذلك فعليها أَنْ تُقرر توقيفه[1].

ثانيًا/ وفاة الكفيل:

لقد جعل المشرِّع العراقي وفاة الكفيل سببًا من أسباب انقضاء الكفالة الجزائية فقد نصَّت المادة (١١٦) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية العراقي على أَنَّه "إذا توفي الكفيل أو أختلت الكفالة بظهور ضعف في اقتدار الكفيل أو غش منه أو ظهور خطأ في الكفالة أو غير ذلك مّما يخل بصحتها أو أصبح الكفيل غير قادر على الوفاء بها فللقاضي أَنْ يصدر أمرًا بالقبض على المتهم أو يكلفه بتقديم كفالة أُخرى فإنْ لم يقدمها قرر توقيفه".

كذلك نصَّت الفقرة (ب) من المادة (١٢٠) من القانون نفسه على أَنَّه "إذا توفي الكفيل تقف الإجراءات ضده عن الإخلال بالكفالة"، فبحسب ما جاء بهذه النصوص فإنَّ الكفالة تنقضي بوفاة الكفيل وللقاضي أَنْ يصدر أمرًا بتوقيف المتهم إذا امتنع عن تقديم كفالة أُخرى بناءً على تكليف المحكمة.

---

[1] نصت المادة (١٢٨) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية الأردني رقم (٩) لسنة ١٩٦١، على:

١- يجوز لأي شخص أعطى سند كفالة بإحضار شخص أُخلي سبيله بكفالة أَنْ يقدم في أي وقت من الأوقات استدعاء إلى المحكمة أو المدعي العام أو قاضي الصلح الذي أمر بأخذ سند الكفالة ويطلب فيه إبطال الكفالة أما كلها أو ما يتعلق منها به وحده.

٢- على أثر تقديم الاستدعاء المذكور تصدر المحكمة أو المدعي العام أو قاضي الصلح مذكرة حضور أو إحضار حسب مقتضى الحال للشخص الذي أُخلي سبيله يأمر فيها بحضوره أو إحضاره أمامه وعلى كل حال لا يبرأ الكفيل من الكفالة ما لم يحضر المكفول أمام الجهة التي أصدرت مذكرة القبض.

٣- إذا حضر أو أُحضر الشخص بمقتضى المذكرة الصادرة بحقه أو سلم نفسه طوعاً تبطل الكفالة أما بكاملها أو ما يتعلق منها بالطالب وحده ويكلف ذلك الشخص أن يقدم كفيلًا آخر ملئ أو كفلاء آخرين مليئين أو أَنْ يودع تأمينات نقدية وفقًا لأحكام الفقرة (٣) من المادة (١٢٦) وإذا تخلف عن ذلك يقرر توقيفه.

وتنقضي الكفالة الجزائية بوفاة الكفيل ذلك لاستحالة تنفيذه لالتزاماته استحالة مطلقة بسبب الوفاة، كذلك أَنَّ ورثته معفيين من الالتزامات المترتبة على مورثهم بسبب الكفالة، ومّما تجدر الإشارة إليه أَنَّه حتى في حالة إذا كان الكفيل قد أَخل بالتزاماته قبل وفاته وكانت قد وضعت المحكمة إشارة حجز على أَمواله المنقولة أَو غير المنقولة للتنفيذ عليها بسبب الإخلال بالكفالة فتوقف الإجراءات القانونية ضده ويجب على المحكمة أَنْ تُصدر أَمرًا برفعها[١]، إذ تبرأ ذمة الكفيل من المبالغ المترتبة عليه وتقف إجراءات الحجز والبيع على أَمواله[٢].

ففي حالة موت الكفيل تقف الإجراءات القانونية ضده وتعفى تركته من كل الالتزامات الناشئة عنها إذ يجب أَنْ تقف إجراءات الحجز والبيع وتحصيل الاقساط الباقية إنْ كانت هناك اقساط كذلك تبرأ ذمة الورثة من المبالغ المالية التي لم يتم تحصيلها، وعندئذ يحق للمحكمة التي قررت الكفالة إصدار مذكرة قبض بحق المتهم وعند إحضاره أَو حضوره يكلف بتقديم كفيل آخر ملئ أَو بإيداع تأمين نقدي[٣].

أَمّا المشرِّع المصري فلم ينظم حالة وفاة الكفيل كسبب من أَسباب انقضاء الكفالة الجزائية، وعليه وفقًا للقواعد العامة تبقى ذمة الكفيل مشغولة حتى بعد وفاته فيستوفى مبلغ الكفالة من تركته الأَمر الذي يتطلب من المشرِّع المصري التدخل لمعالجة هذه المسألة بتنظيمها في قانون الإجراءات الجنائية.

وعلى صعيد التشرِّيع الفلسطيني فقد نصَّت المادة (١٤٨) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني على أَنَّه "إذا توفي الكفيل قبل مصادرة أَو استيفاء مبلغ الكفالة تبرأ تركته من كل التزام يتعلق بالكفالة ويجوز للمحكمة المختصَّة أَنْ تُقرر إعادة توقيف المتهم ما لم يقدم كفيلًا آخر أَو كفالة نقدية تقدرها"، إذ برَّأت هذه المادة الذمة المالة للكفيل في حال وفاته، فقد عدَّ المشرِّع الفلسطيني حالة وفاة الكفيل سببًا من أَسباب انقضاء الكفالة الجزائية إذ أَوجب على المتهم تقديم كفيلًا آخر أَو بإيداع تأمين نقدي تقدره المحكمة وإلّا قررت توقيفه.

ولم يختلف قانون أُصول المحاكمات الجزائية الأَردني عن نضيره الفلسطيني في جعل وفاة الكفيل سببًا من أَسباب انقضاء الكفالة الجزائية، إذ نصَّت الفقرة (الخامسة) من المادة (١٢٩) منه على أَنَّه "إذا توفي الكفيل قبل مصادرة أَو استيفاء مبلغ الكفالة تبرأ تركته من كل التزام يتعلق

---

[١] القاضي محمد عبد جازع، مصدر سابق، ص١٠٤.

[٢] ينظر الفقرة (ج) من المادة(١٢٠) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية العراقي.

[٣] القاضي حسين سعدون عبد الرضا السواد، مصدر سابق، ص٢٩.

بالكفالة وعندئذ يجوز للجهة التي قررت الكفالة أَنْ تصدر مذكرة إحضار أَو مذكرة قبض بحق الشخص المكفول وعند إحضاره أَو حضوره يكلف بإحضار كفيل آخر ملئ أَو بإيداع تأَمين نقدي وفقًا لأحكام الفقرة الثالثة من المادة (١٢٦) وإذا تخلف عن ذلك يقرر توقيفه"

ثالثًا/ بسبب الإخلال فيها:

يُعدُّ الإخلال بالالتزامات المفروضة في سند الكفالة سببًا مبررًا للجهة المختصَّة في إعادة توقيف المتهم التي سبق لها وإنْ أَخلت سبيله بموجب هذه الكفالة، فقد نصَّت المادة (١١٦) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية العراقي على أَنَّه "إذا توفي الكفيل أَو اختلت الكفالة بظهور ضعف في اقتدار الكفيل أَو غش منه أَو ظهور خطأ في الكفالة أَو غير ذلك مّما يخل بصحتها أَو أَصبح الكفيل غير قادر على الوفاء بها فللقاضي أَنْ يصدر أَمرًا بالقبض على المتهم أَو يكلفه بتقديم كفالة أُخرى فإنْ لم يقدمها قرر توقيفه"، فإذا تبين بعد أَخذ الكفالة أَنَّ الكفيل غير قادر على الوفاء بسبب ضعف في مقدرته المالية قد يكون لسبب طارئ وقع بعد التوقيع على الكفالة أَو كان هناك غش صادر منه كإعطاء معلومات كاذبة فيما يتعلق إمكانياته المالية مّما يضعف من ضمان إحضار المتهم، فإنه يجوز للمحكمة التي أَخلت سبيل المتهم بناءً على هذه الكفالة أَنْ تصدر أَمرًا بالقبض على المتهم والزامه بتقديم كفيلًا آخر أَو تقديم ضمان مالي فإذا لم يفعل فعلى المحكمة أَنْ تقرر توقيفه لحين تقديم الكفالة المطلوبة[١].

لذلك فللقاضي أَنْ يطلب من المتهم تقديم كفالة جديدة في حال اختلال الكفالة الأَولى حيث تبقى الكفالة قائمة مادام الكفيل مقتدر ماليًا على دفع مبلغها فإذا ظهرت ظروف جديدة تنبئ عن ضعف في الإمكانيات المالية للكفيل كالإفلاس أَو الحجز على الأَموال أَو لأي سبب آخر يقع بعد توقيعه على سند الكفالة مّما يؤدي إلى عدم قدرته على دفع مبلغ الضمان المالي، أَو إذا تبين بعد توقيع سند الكفالة أَنَّ الكفيل غير قادر دفع مبلغ الضمان بسبب خطأ في تقدير إمكانياته المالية فللقاضي أَنْ يصدر أَمرًا بالقبض على المتهم والزامه بتقديم كفيلًا آخر أَو إيداع مبلغ الضمان نقدًا وإلّا قرر توقيفه[٢].

أَمّا عن موقف المشرِّع المصري من هذه المسألة فلم يتطرق إلى موضوع الإخلال الصادر من الكفيل بل اكتفى بتنظيم مسألة الإخلال الصادر من المتهم فقد أَشار قانون الإجراءات الجنائية إلى أَنَّ الأَمر الصادر بالإفراج لا يمنع قاضي التحقيق من إصدار أَمر جديد بالقبض على المتهم

---

[١] القاضي محمد عبد جازع، مصدر سابق، ص١١٣.

[٢] إياد وحيد جبار، مصدر سابق، ص٣٤.

أَو بحبسه إذا ظهرت أدلة جديدة ضده أَو أَخل بالشروط المفروضة عليه أَو وجدت ظروف تستدعي اتخاذ هذا الإجراء[١].

أَما المشرِّع الفلسطيني فقد أَجمل كل حالات الإخلال بعبارة مخالفة الشروط التي أَوردها في الفقرة الأُولى من المادة (١٤٧) من قانون الإجراءات الجزائية ورتب عليها انقضاء الكفالة فقد نصَّت على:

١- إذا ثبت مخالفة الشروط المدرجة في سند الكفالة أَو التعهُّد جاز للمحكمة المختصَّة:

أ- أَنْ تصدر مذكرة إحضار بحق الشخص الذي أَفرج عنه أَو تقرر إعادة توقيفه.

ب- دفع قيمة سند الكفالة أَو التعهد إذا لم يكن قد أُودع.

ج- مصادرة التأمين النقدي أَو تعديله أَو الإعفاء منه.

ولم يختلف موقف المشرِّع الأَردني عن ما جاء به المشرِّع الفلسطيني إذ رتب الإلغاء على الإخلال بالكفالة الجزائية فقد نصَّت المادة (١٢٧) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية رقم (٩) لسنة (١٩٦١) على:

إذا أُخلي سبيل شخص بكفالة أَو بسند تعهد بمقتضى هذا القانون يجوز للمحكمة أَو لقاضي الصلح أَو للمدعي العام الذي له حق النظر في الدعوى:

أ- أَنْ يصدر مذكرة بالقبض على ذلك الشخص إذا كان لديه ما يدعو إلى إعادة النظر في قرار التخلية وذلك بإلغاء ذلك القرار أَو تبديله سواء كان بزيادة قيمة الكفالة أَو بتقديم كفلاء آخرين أَو بزيادة قيمة سند التعهد.

ب- أَنْ يصدر مذكرة بالقبض على ذلك الشخص وتوقيفه إذا قرر إلغاء قرار التخلية أَو إذا تخلف الشخص المكفول عن مراعاة قرار التخلية المعدل في أَيَّة صورة من الصور المشار إليها في البند (أ) من هذه المادة.

كذلك نصَّت المادة (١٢٩) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية رقم (٩) لسنة (١٩٦١) على:

---

[١] ينظر نص المادة (١٥٠) من قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (١٥٠) لسنة ١٩٥٠.

١- إذا لم يعمل بالشرط المدرج في سند الكفالة أو التعهد يجوز للمحكمة المختصَّة التي كان من المقتضى تنفيذ ذلك الشرط لديها أَنْ تصدر مذكرة إحضار بحق الشخص الذي أُخرج بالكفالة أَمامها وأَنْ تُقرر توقيفه.

٢- على المحكمة المختصَّة أَنْ تُقرر مصادرة التأمين النقدي المدفوع لمصلحة الخزينة أَو أَنْ يُدفع قيمة سند الكفالة أَو التعهد للخزينة إذا لم يكن قد أُودع تأمين كهذا.

رابعًا/ الوفاء بالالتزام:

يرى الباحث إنَّ الوفاء هو الوسيلة الطبيعية لانقضاء الكفالة الجزائية بموجب شرط ضمني يستنبط من الطبيعة القانونية لها ومن نصوص وأَحكام القوانين التي نظمتها، فإذا قام الكفيل بتنفيذ الالتزام المفروض عليه بموجب عقد الكفالة انتهى العقد في هذه الحالة بإتمام موضوعه.

إنَّ الهدف الأَساسي من الكفالة الجزائية هو لضمان حضور المتهم المكفول إلى الجهة المختصَّة عندما يطلب منه ذلك وإذا ما أَخل الكفيل بالكفالة فإنَّ المحكمة تباشر باتخاذ الإجراءات القانونية التي أَوضحتها المادة (١١٩) من أُصول المحاكمات الجزائية العراقي، أَمّا إذا نفذ المتهم الالتزام المفروض عليه بأَنْ حضر جميع أَدوار التحقيق والمحاكمة وإنفاذ الحكم، أَو أَحضره الكفيل فإنَّ الكفالة تعتبر منتهية ولا يُطالب الكفيل بدفع مبلغها، فإذا لم يصادر المبلغ المودع بسبب عدم الإخلال بالتعهد أَو الكفالة فيُرد إلى صاحبه بعد اكتساب القرار الصادر بحق المتهم درجة البتات[١]، و قد استقر القضاء العراقي على هذا الاتجاه في أَحكامه إذ جاء في قرار لمحكمة استئناف بغداد الرصافة الاتحادية بصفتها التمييزية في (٢٠١٥/٣/١٨) "لدى التدقيق والمداولة وجد أَنَّ الطعن التمييزي واقع ضمن المدة القانونية فقرر قبوله شكلًا ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أَنَّه غير صحيح ومخالف للقانون ... وجد أَنَّ الكفيل دفع بإفادته بأَنَّه أَحضر المتهم الذي كفله أَمام سلطات التحقيق وتم الحكم عليه فكان على المحكمة أَنْ تربط إضبارة الدعوى المتعلقة بالمتهم والاطلاع على ذلك الدفع والتحقيق فيه فإنْ ثبت أَنَّ الكفيل المميز نفذ التزامه على وفق القانون بإحضار مكفوله فلا يوجد مسوغ قانوني لإلزامه بدفع بمبلغ الكفالة وحيث إنَّ الحكم المميز قد خالف وجهة النظر القانونية المبسوطة لذا قرر نقضه وإعادة الإضبارة إلى محكمة الجنح لاتباع ما تقدم"[٢].

---

[١] تنظر الفقرة (د) من المادة (١١٩) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١.

[٢] القاضي محمد عبد جازع، مصدر سابق، ص١٠٧-١٠٨.

خامسًا/ بأمر المحكمة لتغير الوصف القانوني للجريمة:

تنقضي الكفالة الجزائية بأمر من قاضي التحقيق أو المحكمة المختصَّة لتغير الوصف القانوني للجريمة كحالة تغيير الوصف القانوني من مادة عقابية فيها جواز قانوني لإخلاء سبيل المتهم بكفالة إلى مادة عقابية لا يجوز فيها إخلاء سبيله بكفالة، كما لو كان المتهم موقوفًا عن جريمة الشروع بالقتل العمد، وبعد ذلك تبين أنَّ الحادث ليس مجرد مشاجرة آنية بل هناك دوافع إرهابية تقف وراء هذا الحادث وتم تغيير الوصف القانوني إلى المادة (١/٤) من قانون مكافحة الإرهاب رقم (١٣) لسنة (٢٠٠٥) وبذلك أصبح واجبًا على المحكمة إلغاء الكفالة وإصدار مذكرة قبض بحق المتهم وتوقيفه؛ لأنَّ هذه الجريمة من الجرائم المعاقب عليها بالإعدام [١].

الفرع الثاني

انقضاء الكفالة الجزائية بالطريق التبعي (غير المباشر)

إنَّ التزام الكفيل هو التزام تابع لالتزام الأصيل-المتهم- فإذا انقضى الالتزام الأصلّي انقضى الالتزام التبعي وينقضي الالتزام الأصلي بانقضاء الدعوى الجزائية، فإذا انقضت الدعوى الجزائية بحق المتهم انقضت الكفالة، وتنقضي الدعوى الجزائية بوفاة المتهم أو بصدور حكم بات بإدانته أو براءته أو حكم أو قرار بات بعدم مسؤوليته عن الجريمة المسندة إليه أو قرار نهائي بالإفراج عنه أو بالعفو عن الجريمة أو بوقف الإجراءات فيها وقفًا نهائيًا أو بالصلح أو بإلغاء القانون الذي يعاقب على الجريمة أو في الأحوال الأُخرى التي ينص عليها القانون، وعليه تنقضي الكفالة الجزائية بإحدى الحالات المذكورة أعلاه، وهذا ما سنوضحه على وفق التفصيل الآتي:

أوّلًا/ وفاة المتهم:

فضلًا عن انقضاء الكفالة الجزائية بوفاة المتهم كسبب من أسباب انقضاء الدعوى الجزائية فقد نصَّت الفقرة (أ) من المادة (١٢٠) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية العراقي على أنَّه "إذا توفي المتهم تقف الإجراءات ضده وضد كفيله عن الإخلال بالتعهد أو الكفالة"، فقد جاء النص واضحًا وصريحًا لا لبس فيه ولا غموض، فتنقضي الكفالة الجزائية بوفاة المتهم، فقد جاء

---

[١] المصدر نفسه ، ص١١٥.

في قرار لمحكمة تمييز العراق الاتحادية إذا توفي المتهم تقف الإجراءات ضده وفق المادة (١٢٠)أُصولية[١].

طبقًا لمبدأ شخصية العقوبة فإنَّ وفاة المتهم تؤدي إلى انقضاء الدعوى الجزائية، ولما كان التزام الكفيل هو إحضار المتهم متى ما طلبت المحكمة ذلك، وفي أي دور من أدوار التحقيق والمحاكمة، الأمر الذي يؤدي إلى استحالة تنفيذ الكفيل لالتزامه بإحضار المتهم في حالة وفاته، مّما يترتب عليه انقضاء الكفالة الجزائية، بسبب أنَّ محل التزام الكفيل أصبح غير ممكن بل مستحيل استحالة مطلقة، فإذا توفي المتهم ينقضي التزام الكفيل و تقف إجراءات تنفيذ الكفالة ضده؛ فقد جاء في المادة (٣٠٠) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية العراقي "تنقضي الدعوى الجزائية بوفاة المتهم".

كذلك كان موقف المشرِّع المصري من وفاة المتهم إذ رتب عليها انقضاء الدعوى الجزائية فقد نص قانون الإجراءات الجنائية المصري على أنه تنقضي الدعوى الجنائية بوفاة المتهم[٢].

ولم يختلف موقف المشرِّع الفلسطيني؛ فقد أشارت الفقرة الثالثة من المادة التاسعة من قانون الإجراءات الجزائية رقم (٣) لسنة (٢٠٠١) إلى أنَّه تنقضي الدعوى الجزائية بوفاة المتهم.

كذلك نصَّت المادة (٣٣٥) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية الأردني رقم (٩) لسنة (١٩٦١) على أنَّه "تسقط دعوى الحق العام بوفاة المشتكى عليه...".

ثانيًا/ صدور حكم بات:

ويقصد بالحكم البات كل حكم اكتسب الدرجة القطعية بأنْ استنفذ جميع أوجه الطعن القانونية أو انقضت المواعيد المقررة للطعن فيه دون الاستفادة منها[٣].

إنَّ الكفالة الجزائية تبقى نافذة إلى أنْ يكتسب الحكم الصادر بحق المتهم درجة البتات، فإذا صدر حكم بالإفراج عن المتهم أو بعدم مسؤوليته أو ببراءته وتم الطعن فيه وأصدرت المحكمة الأعلى المختصَّة بنظر الطعن قرارًا يقضي بنقض الحكم وإعادة الإضبارة إلى المحكمة مصدرة قرار الحكم لاتباع ما رسمته المحكمة الأعلى في هذه الحالة تبقى الكفالة سارية المفعول ويبقى

---

[١] قرار محكمة التمييز الاتحادية، بالعدد (٥٢٢/جنايات/ ١٩٧٢) في (١٩٧٢/٣/٩)،النشرة القضائية، العدد الأوّل، السنة الثالثة، ص٢١٥.

[٢] ينظر المادة (١٤) من قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (١٥٠) لسنة ١٩٥٠.

[٣] تنظر الفقرة الثانية من المادة (١٦) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩.

الكفيل مطالب بإحضار المتهم، أما إذا اكتسب حكم البراءة، أو الإفراج، أو عدم المسؤولية الدرجة القطعية ولم يتم الطعن فيه فتنقضي الكفالة الجزائية تبعًا لذلك، كذلك الحال بالنسبة لإدانة المتهم فإذا حضر أو أُحضر المتهم وامتثل لتنفيذ الحكم عليه فتنقضي الكفالة تبعًا لانقضاء الدعوى الجزائية انقضاءً طبيعيًا بصدور حكمًا نهائيًا فيها.

ولم يختلف موقف التشريعات محل المقارنة عن موقف نضيرها العراقي، إذ رتبت على صدور حكمًا باتٍّ انقضاء الكفالة تبعًا لانقضاء الدعوى الجزائية[١].

ثالثًا/ العفو العام:

يُعدُّ العفو عن الجريمة[٢] سببًا من الأسباب العامة لانقضاء الدعوى الجزائية؛ فقد أشارت المادة (٣٠٠) من قانون أصول المحاكمات الجزائية إلى أنَّ العفو عن الجريمة من بين الطرائق

---

[١] ينظر نص المادة (٩) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (٣) لسنة (٢٠٠١)، كذلك ينظر نص المادة (٣٣١)من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني رقم (٩) لسنة (١٩٦١).

[٢] لقد أشارت المادة (٣٠٠) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي إلى أنَّ العفو عن الجريمة هو من بين الطرق التي تنقضي بها الدعوى الجزائية، فإذا كانت الدعوى لازالت في مرحلة التحقيق أو المحاكمة فإن صدور قانون بالعفو العام يؤدي إلى وقف الإجراءات ضد المتهم وقفاً نهائياً غير أنَّه للمتضرر من الجريمة الحق بمراجعة المحكمة المدنية، أمّا إذا صدر العفو بعد صيرورة الحكم نهائياً، فإن العفو في هذه الحالة يترتب عليه سقوط الحكم الصادر، وإلغاء جميع العقوبات الأصلية منها، والفرعية، و محو آثارها، إلّا أنّه لا يكون له أثر على ما سبق تنفيذه من تلك العقوبات، ما لم ينص قانون العفو على غير ذلك، أما إذا كان العفو العام قد صدر عن جزء من العقوبة المحكوم بها اعتبر هذا العفو في حكم العفو الخاص وسرت عليه أحكامه هذا وأنَّ العفو العام لا يمس الحقوق الشخصية للغير، ومّما تجدر الإشارة إليه هنا أنَّ العفو العام يصدر بقانون و يؤدي إلى انقضاء الدعوى الجزائية سواء أكانت الدعوى في مرحلة التحقيق أو المحاكمة أو بعد صيرورة الحكم نهائيًا على عكس العفو الخاص الذي يصدر بمرسوم جمهوري ويترتب علية سقوط العقوبة المحكوم بها كلها أو بعضها أو إبدالها بعقوبة أخف منها، إلّا أنّه لا يترتب عليه سقوط العقوبات التبعية و التكميلية ولا الآثار الجزائية الأُخرى و لا التدابير الاحترازية و كذلك ليس له أثر على ما سبق تنفيذه من العقوبات ما لم ينص مرسوم العفو على خلاف ذلك وهذا ما ذهبت إليه المادة (١٥٤)من قانون العقوبات، غير أنَّ المادة (٣٠٦)من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة (١٩٧١) جاءت مخالفة لما أشارت إليه المادة (١٥٤) من قانون العقوبات رقم (١١١) لسنة (١٩٦٩) فيما يتعلق بالآثار المترتبة على العفو الخاص فيما يتعلق بالعقوبات التبعية و التكميلية و التدابير الاحترازية حيث ان نص المادة (٣٠٦) أشار إلى أنّه يترتب على صدور مرسوم جمهوري بالعفو الخاص سقوط العقوبات الأصلية و الفرعية في حين أنَّ الفقرة (ب) من المادة (١٥٤) من قانون العقوبات قد أشارت إلى أنَّ العفو الخاص لا يترتب عليه سقوط العقوبات التبعية و التكميلية و لا الآثار الجزائية و لا التدابير الاحترازية ، و لما كانت المادة (٣٧١/ب) من قانون أصول المحاكمات الجزائية قد

التي تنقضي بها الدعوى الجزائية، فإنَّ صدور هذا العفو يؤدي إلى وقف الإجراءات القانونية بحق المتهم وقفًا نهائيًا وبالتالي انقضاء الكفالة الجزائية تبعًا لانقضاء الدعوى الجزائية المشمولة به، كما يترتب عليه زوال كل أَثر يترتب على الجريمة، فقد نصَّت المادة (٣٠٥) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية العراقي على أَنَّه "إذا صدر قانون بالعفو العام فتوقف إجراءات التحقيق والمحاكمة ضد المتهم إيقافًا نهائيًا ويكون للمتضرر من الجريمة الحق في مراجعة المحكمة المدنية".

ولذلك يترتب على صدور العفو العام انقضاء الكفالة الجزائية المأخوذة على المتهمين المشمولين به[١].

ومّما يجب توضيحه في هذا المقام أَنَّ كلمة العفو الواردة في المادة (٣٠٠) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية جاءت مطلقة ولم يحددها المشرِّع بالعفو العام أَم الخاص، وبما أَنَّ العفو العام هو من الأَسباب العامة لانقضاء الدعوى الجزائية بلا خلاف، وبالتالي انقضاء الكفالة الجزائية تبعًا لها، لذا يتطلب منا بيان أَثر صدور العفو الخاص على انقضاء الدعوى الجزائية وبالتالي انقضاء الكفالة الجزائية.

من المعلوم هناك بعض الاختلافات[٢] بين العفو العام والعفو الخاص لكن هناك اختلافًا جوهريًا بين نوعي العفو _يتعلق بنطاق بحثنا في انقضاء الكفالة الجزائية_، وهو أَنَّ العفو العام

أَشارت إلى أَنَّه يلغى بوجه عام كل نص في أَي قانون آخر يتعارض و أَحكام هذا القانون ولما كان قانون العقوبات سابق لقانون أُصول المحاكمات لذلك فان المعول علية في التطبيق فيما يخص العفو الخاص كان نص المادة (٣٠٦) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية، إلّا أَنَّه تم تعطيل العمل بهذه المادة_(٣٠٦)_ بمقتضى حكم البند (ف) من القسم الرابع من مذكرة سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) رقم (٣) لسنة (٢٠٠٣) المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (٣٩٧٨) في (٢٠٠٣/٨/١٧)، وعليه يعول في التطبيق حاليًا على نص المادة (١٥٤) من قانون العقوبات فلا يترتب على صدور العفو الخاص سقوط العقوبات التبعية والتكميلية ولا الآثار الجزائية الأُخرى، و لا التدابير الاحترازية ولا يكون له أَثر على ما سبق تنفيذه من العقوبات ما لم ينص مرسوم العفو على ذلك.

[١] للتفاصيل أكثر ينظر د. ضياء عبدالله عبود، العفو كسبب من أَسباب انقضاء الدعوى الجزائية في قانون أُصول المحاكمات الجزائية العراقي النافذ، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، تصدر عن جامعة كربلاء-كلية القانون، السنة الثالثة، العدد الثاني ٢٠١١.

[٢] تنظر المادتين (١٥٣) و(١٥٤) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة (١٩٦٩)، كذلك تنظر المادتين (٣٠٥) و(٣٠٦) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة (١٩٧١)، كما ينظر البند (ف) من القسم الرابع من أَمر سلطة الائتلاف الموقتة (المنحلة) رقم (٣) لسنة (٢٠٠٣).

ينصب على الجريمة، أما العفو الخاص فأنَّه ينصب على العقوبة، وهذا واضح من نص الفقرة (الأولى) من المادة (١٥٤) من قانون العقوبات والتي جاء فيها "العفو الخاص يصدر بمرسوم جمهوري ويترتب عليه سقوط العقوبة المحكوم بها نهائيًا كلها، أو بعضها أو إبدالها بعقوبة أخف منها من العقوبات المقررة قانونًا"، وبما أنَّ العفو الخاص واقعًا على العقوبة وبما أنَّ العقوبة هي وليدة حكم قضائي بات نستنتج من ذلك أنَّ الكفالة الجزائية كانت قد انقضت بصدور الحكم النهائي قبل مرحلة العفو الخاص وهذا يعني أنَّه لا يمكن عدّ العفو الخاص سببًا من أسباب انقضاء الكفالة الجزائية لأنَّه لا يتصور تقاطع العفو الخاص مع الكفالة الجزائية، و هذا يعني أنَّ المقصود بالعفو الوارد في المادة (٣٠٠) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية هو العفو العام بدليل أنَّ المشرِّع قال "بالعفو عن الجريمة" وبما أنَّ العفو العام ينصب على الجريمة، والعفو الخاص على العقوبة فهذا يعني أنَّ العفو المقصود في هذه المادة هو العفو العام وبالتالي فلا يمكن تصور تقاطع العفو الخاص مع الكفالة الجزائية.

رابعًا/ العفو القضائي:

لقاضي التحقيق بموافقة محكمة الجنايات لأسباب يدونها في المحضر أَنْ يعرض العفو على أي متهم بجناية بغية الحصول على شهادته ضد مرتكبيها الآخرين بشرط أن يُقدم المتهم بيانًا صحيحًا كاملًا عنها، فإذا قبل المتهم هذا العرض تسمع شهادته وتبقى صفته متهمًا إلى أَنْ يصدر قرارًا في الدعوى، فإذا وجدت محكمة الجنايات أَنَّ المعلومات التي أدلى بها المتهم -الذي عرض عليه العفو- والأدلة التي قدمها صحيحة بكاملها فتقرر وقف الإجراءات القانونية ضده نهائيًا وإخلاء سبيله مّما يترتب عليه انقضاء الدعوى الجزائية بحقه وبالتالي انقضاء الكفالة الجزائية[1].

خامسًا/ وقف الإجراءات القانونية وقفًا نهائيًا:

يُراد بوقف الإجراءات القانونية وقفًا نهائيًا منع السير أو الاستمرار في الدعوى الجزائية.

أشارت المادتان (١٩٩) و (٢٠٠) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية العراقي إلى انقضاء الدعوى الجزائية في حالة صدور قرار بوقف الإجراءات القانونية فيها وقفًا نهائيًا، فضلًا عما جاءت به المادة (٣٠٠) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية العراقي التي رتبت على وقف الإجراءات القانونية وقفًا نهائيًا انقضاء الدعوى الجزائية الذي يترتب عليها انقضاء الكفالة الجزائية.

---

[1] تنظر المادة (١٢٩) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة (١٩٧١).

إنَّ وقف الإجراءات القانونية وقفًا نهائيًا من قبل محكمة التمييز يترتب عليه انقضاء الدعوى الجزائية التي تنقضي بها الكفالة فقد نص قانون أُصول المحاكمات الجزائية العراقي على أنَّه "يكون للقرار الصادر بوقف الإجراءات نهائيًا نفس الآثار التي تترتب على الحكم بالبراءة..."[١]، ولم نجد في القوانين محل المقارنة مثل هذا النظام الذي تميز به المشرِّع العراقي، وحسنًا فعل مشرعنا حينما نص على هذا الإجراء، لما له من إيجابيات كثيرة[٢].

سادسًا/ التقادم المسقط للدعوى الجزائية:

ابتداءً أَنَّ التقادم في المجال الجنائي هو مرور مدة زمنية محددة قانونًا دون تحريك الدعوى الجزائية ممّا يترتب عليه سقوط الحق في تقديمها بعد انقضاء هذه المدة، أَو ترك المشتكي لشكواه بعد تقديمها دون مراجعة مدة ثلاثة أَشهر دون عذر مشروع[٣] وهذه الحالة الأَخيرة هي مدار بحثنا.

لقد أَشارت المادة (٣٠٠) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية العراقي في آخرها إلى أَنَّ هناك أَحوال أُخرى تنقضي بها الدعوى الجزائية غير التي ذُكرت بها صراحة ومن هذه الأَحوال التقادم المسقط الوارد في آخر المادة الثامنة من القانون نفسه التي جاء بها "يعتبر المشتكي متنازلًا عن شكواه بعد تقديمها إذا تركها دون مراجعة مدة ثلاثة أَشهر دون عذر مشروع ويصدر قاضي التحقيق قرارًا برفض الشكوى وغلق الدعوى نهائيًا".

إنَّ المشرِّع العراقي لم يأخذ بالتقادم كسبب من أَسباب انقضاء الدعوى الجزائية كنظام قانوني له قواعده وأَحكامه بشكل مستقل غير أَنه أَشار إليه في نصوص متفرقة تناول بها التقادم المسقط للدعوى الجزائية الذي يترتب عليه أَنْ يصدر قاضي التحقيق قرارًا برفض الشكوى وغلق الدعوى نهائيًا في حالة إذا ترك المشتكي شكواه بلا مراجعة بعد طلب الشكوى مدة ثلاثة أَشهر بدون عذر مشروع ممّا يترتب عليه انقضاء الدعوى الجزائية بمرور هذه المدة تلقائيًا وبالتالي انقضاء الكفالة الجزائية المأخوذة على المتهم تبعًا لانقضاء الدعوى الجزائية.

---

[١] تنظر الفقرة (ب) من المادة (٢٠٠) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية العراقي.

[٢] للتفاصيل أَكثر ينظر د. رعد فجر الراوي، الأَسباب العامة لانقضاء الدعوى الجزائية، مقال منشور على شبكة الإنترنت تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٥/٧، على الرابط الآتي: http//www.uoanbar.edu.iq .

[٣] ينظر نص المادة (٨) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة (١٩٧١).

أمّا موقف المشرِّع المصري من التقادم المسقط للدعوى الجزائية فقد أَخذ به في المادة (١٥) من قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (١٥٠) لسنة (١٩٥٠) بدلالة المادة (١٧) من القانون نفسه؛ إذ أَشار إلى أَنَّه تنقضي الدعوى الجنائية في مواد الجنايات بمضي عشر سنين من تاريخ آخِر إجراء أُتُخذ فيها، وثلاث سنوات في مواد الجنح، كما تنقضي بمرور سنة واحدة في المخالفات ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، مع لفت النظر لأَحكام الفقرتين الثانية والثالثة من المادة (١٥).

ولم يختلف موقف المشرِّع الفلسطيني عن نضيره المصري، إذ أَشار قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني إلى أَنَّه تنقضي الدعوى الجزائية بمضي عشر سنوات في الجنايات وثلاث سنوات في الجنح وسنة واحدة في المخالفات على أَنْ تحتسب مدة التقادم من تاريخ آخِر إجراء تم فيها[١].

أَمّا بالنسبة للمشرِّع الأَردني فقد أَخذ هو الآخر بالتقادم كسبب من أَسباب انقضاء الدعوى الجزائية، ولم يختلف في موقفه عن كل من المشرِّع المصري والمشرِّع الفلسطيني، فقد أَشار إلى أَنه تنقضي الدعوى الجزائية في مواد الجنايات بانقضاء عشر سنوات على آخِر معاملة تمت فيها إذا أُقيمت الدعوى وأُجريت التحقيقات ولم يصدر بها حكم، كما تسقط بمضي ثلاث سنوات في الجنح وسنة واحدة في المخالفات، مع مراعاة أَحكام القوانين الخاصة[٢].

سابعًا/ إلغاء القانون الذي يعاقب على الجريمة:

يسري على الجرائم القانون النافذ وقت ارتكابها، لكن إذا صدر قانون جديد بعد ارتكاب الجريمة وقبل أَنْ يصبح الحكم الصادر فيها نهائيًا فيطبق القانون الأَصلح للمتهم[٣].

فحينما يُلغى قانون كان يُعدُّ فعلًا ما من قبيل الجرائم بموجب قانون آخر أباح الفعل الذي جرمه القانون القديم فيصبح ليس بالمقدور الاستمرار بالدعوى الجزائية؛ لأَنَّ القانون الجديد الذي يُلغي العقوبة يكون واجب التطبيق على الوقائع حتى على تلك المرتكبة قبل إصداره طبقًا لمبدأ رجعية القانون الجنائي الأَصلح للمتهم.

---

[١] ينظر نص المادة (١٢) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (٣) لسنة (٢٠٠٣).

[٢] تنظر المواد (٣٣٨ و٣٣٩ و٣٤٠و٣٥٠) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية الأَردني رقم (٩) لسنة (١٩٦١).

[٣] ينظر نص المادة (٢) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة (١٩٦٩).

فإذا كانت هناك دعوى جزائية قائمة وأثناء نظرها أُلغي القانون الذي يعاقب على الجريمة، وذلك بنصوص قانون آخر وكان القانون الجديد هو الواجب التطبيق فيصدر القاضي قرارًا بغلق الدعوى نهائيًا، وتنقضي الكفالة الجزائية تبعًا لذلك.

كذلك أخذ المشرِّع المصري بهذا المبدأ في نص المادة (الخامسة) من قانون العقوبات المصري رقم (٥٨) لسنة (١٩٣٧) المعدل التي جاء فيها "يعاقب على الجرائم القانون المعمول به وقت ارتكابها ومع هذا إذا صدر بعد وقوع الفعل وقبل الحكم فيه نهائيًا قانون أصلح للمتهم فهو الذي يتبع دون غيره ..."، يفهم من نص هذه المادة انقضاء الدعوى الجزائية بصدور قانون جديد يرفع صفة التجريم عن الواقعة المنظورة أمام القضاء، مّما يترتب عليه انقضاء الكفالة الجزائية بانقضاء هذه الدعوى.

أمّا المشرِّع الفلسطيني فقد نص صراحةً على أنَّ إلغاء القانون الذي كان يعاقب على الجريمة هو أحد أسباب انقضاء الدعوى الجزائية، إذ أشار إلى أنَّه تنقضي الدعوى الجزائية بإلغاء القانون الذي يجرم الفعل[١].

كذلك كان موقف المشرِّع الأردني الذي رتب على الغاء القانون الذي يعاقب على الجريمة انقضاء الدعوى الجزائية، فقد نصَّ قانون العقوبات الأردني على أنَّه "كل قانون جديد يلغي عقوبة أو يفرض عقوبة أخف يجب أن يطبق على الجرائم المقترفة قبل نفاذه..."[٢]

ثامنًا/ الصلح:

يُعدُّ الصلح من الطرائق الخاصة لانقضاء الدعوى الجزائية، ويقبل بقرار من قاضي التحقيق أو المحكمة إذا طلبه المجنى عليه أو من يقوم مقامه قانونًا في الدعاوى التي يتوقف تحريكها على شكوى المجنى عليه، ويقبل في جميع مراحل التحقيق والمحاكمة حتى صدور القرار في الدعوى، ويترتب على القرار الصادر بقبول الصلح الأثر ذاته المترتب على الحكم بالبراءة، إذ يصدر القاضي قرارًا برفض الشكوى، وغلق الدعوى نهائيًا إذا كانت الجريمة مّما يجوز الصلح فيها بدون موافقة القاضي، أما الجرائم الأُخرى التي لا يجوز الصلح فيها، إلّا بموافقته فيصدر قرارًا بقبول الصلح، ويكون هذا القرار بمثابة الحكم بالبراءة، وبذلك تنقضي الدعوى وتنقضي معها الكفالة الجزائية[٣].

---

[١] تنظر المادة (٩) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم(٣) لسنة٢٠٠١.
[٢] تنظر المادة (٥) من قانون العقوبات الأردني رقم (١٦) لسنة١٩٦٠.
[٣] تنظر المواد من (١٩٤-١٩٨) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١.

الفصل الثالث

أَحكام الإِخلال بالكفالة الجزائية والمسؤولية المترتبة عليه

يقصد بالكفيل وفقًا لأَحكامه القانونية بأَنَّه هو الذي يقدم أَمواله ضمانًا لالتزام معين ويكون ملزمًا بتنفيذ هذا الالتزام عند الطلب، فإذا لم ينفذه يكون عندئذ ملزمًا بدفع المبلغ المحدد في صك الكفالة إلى الجهة المختصَّة والتي تطالب بإحضار المكفول ويجب أَن يكون الكفيل متمتعًا بالأَهلية الكاملة[١].

أَمّا أَهم الآثار التي تترتب على ذلك هو إداء الكفيل لمبلغ الكفالة إلى الجهة صاحبة المصلحة في الكفالة، ولكن إذا لم يتمكن الكفيل من إحضار المكفول في قضايا الجزاء، فهل يُعدُّ فعله هذا مخالفًا لأَحكام القوانين العقابية، ويقع تحت طائلة العقاب، أَو له أَحكامًا خاصة تنظم تلك الكيفية، ومن المعلوم أَنَّ الكفيل قد يخل بكفالته، سواء أكان ذلك عن عمد أَو خارج عن إرادته فقد يمكن المتهم من الإفلات، أَو قد يتعذر عليه إحضاره لأسباب خارجة عن إرادته، وقد يدفع مبلغ الكفالة، أَو يمتنع عن ذلك، فما هو موقف القوانين الإجرائية والعقابية من مسؤولية الكفيل في حالة الإِخلال؟

كذلك أَنَّه من المعروف لكل سلوك بشري شمله القانون بالتنظيم جزاء محدد بموجب القانون، وهذا الجزاء يختلف وفق ما إذا ترتب على المخالفة مسؤولية مدنية ليأخذ الجزاء عندئذ شكل التعويض في إحدى صوره أَو مسؤولية جزائية ليأخذ الجزاء حينئذٍ شكل العقوبة كالغرامة أَو الحبس، وذلك تبعًا لطبيعة التصرف إذا كان سلوكًا أَو تصرفًا مدنيًا أَو سلوكًا في صورة فعل معاقب عليه، وعليه إنَّ عدم قيام الكفيل بإحضار مكفوله يمثل إخلالًا وخرقًا لالتزام أَنشأه القانون و أوجب القانون عدم خرقة أَو الإِخلال به وفق القاعدة العامة التي تتضمن بأَنّ كل مخالفة تقابلها مسؤولية، فما هي تلك المسؤولية المترتبة على ذلك الإِخلال –الإِخلال بالكفالة الجزائية- ؟ وما هي الطبيعة القانونية لتلك المسؤولية؟ الأَمر الذي يقتضي منا تحديد الطبيعة القانونية للمادة (١١٩) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية فيما إذا كانت مادة إجرائية تنظيمية، أَو كانت عقابيه فإنْ كانت مادة عقابية تكون مسؤولية الكفيل المُخل بكفالته مسؤولية جزائية

---

[١] القاضي سالم روضان الموسوي، مصدر سابق.

ويكون قد إرتكب جريمة يعاقب عليها قانون العقوبات[١]، أَمّا إذا كانت مادة إجرائية تنظيمية فإنَّ مسؤوليته تكون في مدار القانون المدني، وللإحاطة بهذا الموضوع تم تقسيم هذا الفصل على مبحثين نتناول في المبحث الأَوّل منه الإِخلال بالكفالة الجزائية والآثار المترتبة عليه، في حين خُصّص المبحث الثاني لدراسة الطبيعة القانونية لمسؤولية الكفيل المُخل بالكفالة الجزائية وإشكالية تفسيرها، وهذا ما سنوضحه على وفق التفصيل الآتي:

المبحث الأَوّل

الإِخلال بالكفالة الجزائية والآثار المترتبة عليه

إنّ دور الكفيل في الكفالة الجزائية ينحصر غالباً في إحضار المتهم متى ما طلبت منه الجهة المختصَّة ذلك، إلّا أَنَّه قد يعجز الكفيل أَحياناً عن إحضار مكفوله –المتهم- فيكون مخلًا بالالتزام المفروض عليه الأَمر الذي يُثير المسؤولية القانونية بحق هذا الكفيل المخل، ومن المعلوم أَنَّ المسؤولية القانونية عادةً ما تتمثل بالجزاءات، فما هو الجزاء المترتب على هذا الإِخلال؟ الأَمر الذي يتطلب منا ابتداءً أَنْ نبحث في التمييز بين القواعد الإِجرائية والعقابية كخطوة أولى في طريقنا يستفاد منها لمعرفة الطبيعة القانونية فيما بعد لهذا الجزاء التي سنبحثها في المبحث الثاني من هذا الفصل، لذلك سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في المطلب الأَوّل منه مفهوم الإِخلال بالكفالة الجزائية والتمييز بين القواعد الإِجرائية والعقابية، في حين نخصص المطلب الثاني للحديث عن المسؤولية المترتبة على إخلال الكفيل بكفالته الجزائية، وهذا ما سنوضحه على وفق التفصيل الآتي:

---

[١] القاضي سامي سليمان فقي، مصدر سابق، ص٦٤.

المطلب الأَوّل

مفهوم الإِخلال بالكفالة الجزائية والتمايز بين القواعد الإِجرائية والعقابية

من المعلوم أَنَّ التشريعات تتجنب النص على التعريفات إلّا ما ندر تاركة هذه المهمة للفقه للخوض بها، فلم يضع المشرِّع العراقي تعريفًا محددًا لمفهوم الإِخلال، بل اكتفى بذكر بعض صوره على سبيل المثال؛ إذ ليس من المعقول أَنْ يحشو المشرِّع نصوص القانون بالأمثال، كذلك كان موقف القوانين المقارنة، ومن جانبنا نرى أَنّ مفهوم الإِخلال يختلف بحسب محل الالتزام وبما أَنَّ محل التزام الكفيل في الكفالة الجزائية هو إحضار المتهم أَمام السلطة القضائية التي قررت إخلاء سبيله بموجبها، فإِنَّ مفهوم الإِخلال في هذه الحالة يتمحور ضمن هذا الالتزام، كذلك أَنَّه من المعلوم أَنَّ القوانين الجنائية تتضمن قواعد شكلية وأُخرى موضوعية الأَمر الذي يتطلب منا التمييز بين هذه القواعد، لذلك سوف نقسم هذا المطلب على فرعين نتناول في الفرع الأَوّل منه مفهوم الإِخلال بالكفالة الجزائية، في حين نُخصص الفرع الثاني منه للتمييز بين القواعد الإِجرائية والعقابية، وهذا ما سنوضحه على وفق التفصيل الآتي:

الفرع الأَوّل

مفهوم الإِخلال بالكفالة الجزائية

لم يضع المشرِّع العراقي تعريفًا محددًا لمفهوم الإِخلال، كذلك لم يحدد معناه بشكل واضح وصريح وإِنما أَشار إِلى بعض صوره على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر إِذ جاء في نص المادة (١١٦) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية "إِذا توفي الكفيل أَو اختلت الكفالة بظهور ضعف في اقتدار الكفيل أَو غش منه أَو ظهور خطأ في الكفالة أَو غير ذلك مّما يخل بصحتها أَو أَصبح الكفيل غير قادر على الوفاء بها".

إِنَّ عبارة "أَو غير ذلك مّما يخل بصحتها" الواردة في نص المادة (١١٦) تؤكد على وجود صور أُخرى للإِخلال بالكفالة الجزائية غير الوارد ذكرها في هذه المادة ترك المشرِّع تقديرها وتحديدها للجهة القضائية المختصَّة، إِلّا أَنَّ القضاء العراقي درج على تطبيق الصورة الأَخيرة من صور الإِخلال الواردة في المادة (١١٦)،-أَصبح

الكفيل غير قادر على الوفاء بها- غير مكترث لحالات الإخلال الأُخرى كظهور ضعف في اقتدار الكفيل، أو غش منه، أو ظهور خطأ في الكفالة وغيرها من الحالات الأُخرى، إذ من المعلوم أنَّ الكفيل حينما يُقدم نفسه كفيلًا للمتهم، إنما يتعاقد مع جهة رسمية مّما يوجب عليه إعطاء معلومات صحيحة خصوصًا عن مركزه المالي، وأنْ يتقيد بما تفرضه عليه الكفالة[١]، وتماشيًا مع ما درج عليه القضاء العراقي، ولعدم الاسهاب وتلافيًا للتكرار سوف نتقيد بالمفهوم السائد للإخلال بالكفالة الجزائية وهو عدم الوفاء بها.

فالمتهم الذي يُخلي سبيله بناءً على كفالة يلتزم بالحضور أمام الجهة التي قررت إخلاء سبيله متى ما طلبت ذلك، وعند تخلفه عن ذلك يكلف الكفيل بإحضاره أمام الجهة المختصَّة عندما تطلب ذلك حيث يخطر الكفيل بلزوم إحضار مكفوله ويتم إخطار الكفيل بالصورة الرسمية التي يحددها القانون، لذلك فإنَّ الزام الكفيل بدفع مبلغ الضمان المالي المحدد في الكفالة دون إخطاره بلزوم إحضار مكفوله يُعدُّ إجراءً غير صحيح وسابق لأوانه[٢].

إلّا أنَّه لم يرد في قانون أُصول المحاكمات الجزائية العراقي، أي نص يوجب على الجهة المختصَّة تبليغ الكفيل بموجب إخطار خطي، كذلك أنَّه لم يحدد أيَّة مهلة له لإحضار مكفوله، إلّا أنَّه يتبين من مضمون ما أورده قانون أصول المحاكمات الجزائية من نصوص اشترط إحضار المتهم المكفول عند الطلب، إلّا أنَّه لا يعني عدم إمهال الكفيل أي مدة لإحضار مكفوله، بل يجب إعطائه الفرصة لإحضار مكفوله مع مراعاة ظروفه التي يتمكن من الوفاء بالتزامه معها، لا سيما عندما يكون المتهم قد سافر إلى خارج البلد، إذ درج القضاء العراقي على إمهال الكفيل وإعطاءه أكثر من فرصه لإحضار مكفوله، وحسنًا فعل المشرِّع العراقي عندما لم يحدد مدة معينة لإيفاء الكفيل بالتزامه وترك أمر تقديرها للسلطة التقديرية للقاضي الجزائي، وإلّا كان على القاضي

---

[١] القاضي سامي سليمان فقي ، مصدر سابق، ص ٤٦.

[٢] جاء في قرار لمحكمة استئناف الرصافة الاتحادية بصفتها التمييزية بالعدد (١٣/ج/٢٠١٣)، "ان عدم تبليغ الكفيل بإحضار مكفوله هو عذر مشروع يمنع الجهة المختصة من استيفاء قيمة الكفالة؛ لان الكفيل في هذه الحالة لم يصدر منه أي اخلال بسند كفالته للمتهم لكونه لم يبلغ بأمر الجهة المختصَّة بتسليم مكفوله.

أَنْ يتقيد بالمدة المحددة قانونًا، وما يترتب على ذلك من آثار تضر بمصلحة الكفيل، وربما الدعوى الجزائية أيضًا[١].

و يرى الباحث أَنَّ المقصود بالإخلال بالكفالة الجزائية هو الحالة التي لم يتمكن معها الكفيل من إحضار المتهم أمام الجهة المختصَّة في الزمان والمكان المعينين، أَو قد يتفق مع المتهم على عدم الحضور أمام هذه الجهة، أَو يحاول عدم إحضاره بالتواطؤ معه على الرغم من إمكانه القيام بذلك.

فالكفيل يُعدُّ مخلًا بالتزامه إذا لم يقم بإحضار المتهم، على الرغم من إمكانه القيام بذلك أَو يحاول عدم إحضاره أمام السلطات القضائية، أَو قد يتعذر الكفيل بأعذار كاذبة، أَو يتقصد في إخفاء أُمور مهمة بخصوص المتهم يجب عليه أنْ يُدلي بها[٢].

الفرع الثاني

التمايز بين القواعد الإجرائية والعقابية

يُعرف القانون الجنائي بأَنَّه مجموعة القواعد القانونية التي تُحدد الأَفعال أَو الامتناعات التي تُعدُّ جرائم، وتُبين ما يفرضه المشرِّع من عقوبات على مرتكبيها، لا سيما الإجراءات الواجب اتباعها في التحري عن هذه الجرائم، والتحقيق فيها، ومحاكمة فاعليها، والحكم عليهم، وتنفيذ الأَحكام فيهم، وهذا يعني أَنَّ القانون الجنائي يتضمن قواعد موضوعية وأُخرى شكلية[٣].

إِنَّ القانون الجنائي وكما هو معلوم يتكون من قوانين إجرائية، وأُخرى عقابية، فهناك قوانين تتعلق بالشيء ذاته، أَو بالموضوع، وهي القوانين العقابية كقانون العقوبات، وأُخرى تتعلق بالشكل والإجراءات وهي القوانين الإجرائية كقانون أَصول المحاكمات الجزائية، وحيث أَنَّه لا بُدَّ من إدراج النصوص التي تُعالج مسألة إخلال الكفيل بالكفالة الجزائية ضمن أَحد هذين القانونين فقد تمت معالجة هذه المسألة في القانون الجنائي ضمن مجموعة القواعد الإجرائية في قانون أُصول المحاكمات الجزائية

---

[١] القاضي حسين سعدون عبد الرضا السواد، مصدر سابق، ص ٣٥.

[٢] إياد وحيد جبار، مصدر سابق، ص ٢٤.

[٣] د. عبد الامير العكيلي، مصدر سابق، ص٨.

وبالتحديد في المادة (١١٩) منه، وحيث إنَّ إدراج هذه المادة ضمن نصوص قانون أُصول المحاكمات الجزائية لا يكفي لكي تُعدُّ مادة إجرائية إذ أَنَّه ليس من المستحيل أَنْ تكون مادة عقابية أُدرجت ضمن نصوص القانون الإجرائي شأنها شأن الكثير من النصوص العقابية التي أُدرجت ضمن نصوص تختلف عنها من حيث طبيعتها مّما يقتضي عدم الاكتفاء بذلك في تحديد الطبيعة القانونية لتلك المادة والاستعانة بأهم المعايير الخاصة بالتمييز بين القواعد الإجرائية و القواعد العقابية[١].

فقانون العقوبات هو تلك القواعد القانونية التي تحدد الأَفعال والامتناعات التي تعد جرائم وتبين الجزاء المناسب لها[٢].

أَمّا قانون أُصول المحاكمات الجزائية فهو مجموعة القواعد والإجرائية الواجب اتباعها في الكشف عن الجرائم لمعرفة مرتكبيها وتطبيق النصوص العقابية عليهم وتعيين الجهات أَو الأَجهزة التي تقوم بتلك المهام وتحدد اختصاصها[٣]، وهناك ثلاثة معايير للتمييز فيما إذا كان النص القانوني إجرائي تنظيمي أم نص عقابي وهذا ما سنوضحه على وفق التفصيل الآتي:

المعيار الأَوّل/ موضع النص:

عند تطبيقنا لهذا المعيار نجد أَنَّ القاعدة القانونية تكتسب صفتها الموضوعية أَو الشكلية عن طريق الموضوع الذي وجدت فيه فالقاعدة العقابية (الموضوعية) هي التي توجد في قانون العقوبات أَما القاعدة الإجرائية (الشكلية) فهي تلك التي توجد ضمن نصوص قانون أُصول المحاكمات الجزائية[٤].

فبموجب هذا المعيار تكون المادة (١١٩) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية العراقي هي مادة إجرائية شكلية وليست عقابية لورودها ضمن نصوص قانون أُصول المحاكمات الجزائية كونه قانون إجرائي وليس عقابي، إلّا أَنَّ هذا المعيار قد انتقده جانب من الفقه الجنائي؛ لأَنَّ القول بأَنَّ القواعد الموضوعية (العقابية) قد وضعت في

---

[١] القاضي سامي سليمان فقي، مصدر سابق، ص٨٥.

[٢] د. جمال إبراهيم الحيدري، شرح أَحكام القسم الخاص من قانون العقوبات، الطبعة الأَولى، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٤، ص٧.

[٣] د. سامي النصراوي، مصدر سابق،ص٧.

[٤] د. محمد سعيد النمور، مصدر سابق، ص١٤.

قانون العقوبات والقواعد الشكلية قد وضعت في قانون أُصول المحاكمات الجزائية قد لا يكون دقيقًا كل الدقة؛ إذ أَنَّه قد نجد في أَحيانًا كثيرة قواعد عقابية وضعت في قانون أُصول المحاكمات فقد تخللت بعض النصوص العقابية قانون أُصول المحاكمات الجزائية، إذ أُدخل في بعض مواده أَحكامًا تتعلق بالعقوبات، مثل الحبس لعدم دفع الغرامة وكيفية إنقاص مبلغ الغرامة باحتساب مدة توقيف المتهم، وهي قواعد كان يجب أَنْ ينص عليها هي وغيرها من قانون أُصول المحاكمات الجزائية بالقسم العام من قانون العقوبات فقط ومنها المادة (٢٩٩) الأُصولية، والتي جاء فيها:

أ- إذا حكم على شخص بالغرامة سواء كانت مع الحبس أَو بدونه فللمحكمة أَنْ تقضي بحبسه عند عدم دفعه الغرامة مدة معينة لا تزيد على نصف الحد الأَقصى المقرر للجريمة إذا كان معاقبًا عليها بالحبس والغرامة.

ب- إذا كانت الجريمة معاقبًا عليها بالغرامة فقط فتكون مدة الحبس التي تقضي بها المحكمة في حالة عدم دفع الغرامة وتخفض مدة الحبس تبعًا لنسبة المبلغ غير المدفوع على أَنْ لا تزيد مدة الحبس في هذه الحالة على سنتين.

ج- ينتهي الحبس المحكوم به في حالة عدم دفع الغرامة عند استيفائها أَو جزء منها يعادل الجزء النسبي الباقي من العقوبة.

كذلك هناك الكثير من القواعد الإِجرائية قد وضعت في قانون العقوبات وخير مثال على ذلك المواد من (١٥٠-١٥٥) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة (١٩٦٩) مع أَنَّه جاءت هذه المواد بقواعد إِجرائية مكانها الصحيح في قانون أُصول المحاكمات الجزائية وليس في قانون العقوبات، إذ أَنَّها من قواعد الشكل وإِنَّ قانون العقوبات هو قانون القواعد الموضوعية[١].

وهذا الأَمر قد يسبب الخلاف حول الطبيعة القانونية لنص ما من النصوص فقد يعتقد البعض بأَنَّها قاعدة عقابية، في حين يرى آخرون بأَنَّها قاعدة إِجرائية كما هو الخلاف الحاصل حول تفسير المادة (١١٩) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية[٢].

---

[١] د. عبد الأَمير العكيلي، مصدر سابق، ص٩-١٠.

[٢] القاضي سامي سليمان فقي، مصدر سابق، ص٨٧.

المعيار الثاني/ الهدف من النص:

يصنف هذا المعيار القواعد القانونية بحسب الهدف منها فالقاعدة القانونية تكون شكلية أَو موضوعية بحسب الهدف منها، إذ تكون القاعدة موضوعية إذا كان الهدف منها هو حماية مصلحة المجتمع من مرتكب الجريمة، في حين تكون القاعدة شكلية إذا كان الهدف من ورائها هو حماية مصلحة المتهم[١].

وهذا المعيار لا يمكن الاستعانة به لحلحلة الموضوع الذي نحن بصدده؛ لأَنَّ هذا المعيار يقتضي ابتداءً أَنْ يكون هناك شخصًا متهمًا بارتكاب فعلًا ما من قبيل الجرائم، وهذا هو الهدف الذي نسعى للوصول لمعرفته، إذ أَنَّه لو تم تحديد صفة الكفيل المُخل من الناحية القانونية لانتهت المسألة التي نحن بصددها[٢].

المعيار الثالث/ طبيعة النص:

إنَّ هذا المعيار هو الأَفضل من بين كل المعايير؛ إذ بموجبه إذا كان مضمون القاعدة القانونية له علاقة بنشوء سلطة الدولة في العقاب، أَو تعديلها، أَو انقضائها، فإنَّنا نكون أَمام قاعدة عقابية، أَمّا إذا كان مضمون القاعدة القانونية له علاقة بتنظيم نشاط الدولة كسلطة قضائية، فإنَّنا نكون أَمام قاعدة شكلية، عليه فأَنَّ التفرقة الحقيقية بين القواعد الشكلية والموضوعية تتمثل في تحليل كل من القاعدتين الموضوعية والشكلية، فإذا كانت القاعدة القانونية مهتمةٌ بتعريف جريمةٌ ما أَو تحديد أَركانها أَو جاء النص معينًا الجزاء لمرتكب هذه الجريمة أَو مبينًا اسباب التشديد أَو التخفيف أَو غير ذلك مّما يتعلق بالجوانب الموضوعية فهذه قاعدة قانونية موضوعية (عقابية)، أَما إذا اقتصرت القاعدة القانونية على بيان أُصول الادعاء، وإجراءات الدعوى العامة، وكيفية السير بها، وإصدار الحكم، والطعن به، أَو غير ذلك مّما يتعلق بالإجراءات الواجب اتباعها في حال من الاحوال فأَنَّها تُعدُّ قاعدة قانونية شكلية (تنظيمية)، وعند إمعان النظر في نص المادة (١١٩) من قانون أَصول المحاكمات الجزائية العراقي يلحظ أَنَّها لم تُعَرِّف جريمة ولم تحدد أَركان، وإنَّما تضمَّنت الإجراءات التي يجب اتخاذها ضد الكفيل المُخل بكفالته الجزائية الذي لم يُجرم فعله أَي قاعدة عقابية[٣]، ومن جانبنا نؤيد هذا المعيار

---

[١] د. محمد سعيد نمور، مصدر سابق، ص١٤.

[٢] القاضي سامي سليمان فقي، مصدر سابق، ص٨٨.

[٣] المصدر نفسه ، ص٨٨.

ونرى أَنَّه الامثل في الكشف عن طبيعة النصوص القانونية، إذ أَنَّه اعتمد على مبررات منطقية في الكشف عن هوية القواعد القانونية فيما إذا كانت قواعد شكلية، أَو موضوعية.

المطلب الثاني

الآثار المترتبة على إخلال الكفيل بالكفالة الجزائية

قد لا يتمكن الكفيل من القيام بتنفيذ الالتزامات المفروضة عليه في سند الكفالة الجزائية، أَو قد يصدر منه ما يؤدي إلى إخلاله بها كأن يحاول عدم إحضار مكفوله (المتهم) على الرغم من إمكانه القيام بذلك، أَو أَنْ يطلب من المتهم أَنْ يتغيب عندما تطلبه الجهة المختصَّة، أَو قد يتعذر بأسباب كاذبة، و يتعمد في إخفاء أَمور يجب عليه أَنْ يُدلي بها[١].

فقد بينت المادة (١١٩) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية الإِجراءات الواجب اتخاذها عند إخلال الكفيل بكفالته، إذ يجب إحالته على محكمة الجنح بقرار من قاضي التحقيق أَو المحكمة الجزائية ومحكمة الجنح لها الصلاحية بأَنْ تُقرر تحصيل كامل المبلغ المحدد في سند الكفالة أَو أَنْ تُخفضه أَو أَنْ تعفيه منه إذا كان الإِخلال لسبب اضطراري أَو أَنْ تُقرر تحصيله على شكل أَقساط لمدة لا تتجاوز سنة واحدة أَو حجز المبلغ إذا كان مودعًا نقدًا، أَما إذا لم يكن هناك مبلغ مودع في صندوق المحكمة، ولم يتم تسديد مبلغ الكفالة أَجاز القانون للمحكمة حجز الأَموال المنقولة وغير المنقولة العائدة إلى الكفيل وبيعها وفقًا لأحكام قانون التنفيذ مع مراعاة ما لا يجوز حجزه وبيعه بموجب القوانين النافذة[٢].

---

[١] د.عبد الأَمير العكيلي، أُصول الإِجراءات الجنائية في قانون أُصول المحاكمات الجزائية، الطبعة الأُوّلى، مطبعة المعارف، بغداد، سنة ١٩٧٥، ص ٣٩٠.

[٢] أَبو بكر برهان حمه، مصدر سابق، ص ٥٥.

وعمليًا يُرفق مع قرار إحالة الكفيل -على محكمة الجنح- صورة مختومة من سند الكفالة الجزائية أَو نسختها الأَصلية بوصفها من السندات القابلة للتنفيذ[١].

ومحكمة الجنح عندما يُحال الكفيل عليها فأَنْ ثبت لها إخلال الكفيل بكفالته، جاز لها أَنْ تُقرر تحصيل المبلغ كله، أَو بعضه، أَو أَنْ تعفيه بحسب ما يتضح لها من ظروف المتهم أَو الكفيل[٢]، وأَنَّ القرارات الصادرة بهذا الشأن قابلة للتمييز، فقد جاء في قرار تمييزي بالعدد (٤٩١/ت/ج/١٩٧٢) في (١٩٧٢/٥/٢٨) أَنَّه "إذا كان المكفول قد سافر خارج العراق اضطرارًا حسب التعليمات الصادرة من الجهات المختصَّة فأَنْ عجز الكفيل عن إحضاره يكون لسبب خارج عن إرادته، ويعفى من المسؤولية عن ذلك"[٣].

يتضح من هذا القرار أَنْ محكمة الجنح كانت قد قررت تحصيل مبلغ الكفالة من الكفيل، على الرغم من أَنَّ إخلاله كان لسبب خارج عن إرادته، مّما دفعه إلى الطعن تمييزًا بقرار محكمة الجنح، وعلى أَثر ذلك صدر القرار المشار إليه أعلاه.

والسؤال الذي يُثار هنا ما الإجراءات الواجب إتباعها لتحصيل مبلغ الكفالة عند الإخلال بها؟

---

[١] حسين عباس سمين، مصدر سابق، ص ٥٢.

[٢] يجب أَنْ يكون تقدير المحكمة لهذه الظروف مستنداً على أَسباب منطقية ومعقولة فمثلا الشخص الذي يتكفل متهماً أَجنبياً عليه أَنْ يتوقع هروب هذا المتهم إلى خارج العراق وعدم عودته وبالتالي لا يوجد مبرر لتخفيض مبلغ الكفالة أَو إعفائه منه، في حين لو كان المتهم معلوم محل الإقامة التي الزمته به المحكمة واوجبت عليه عدم مغادرته أَي أَنَّه كان تحت الإقامة الجبرية بناءً على قرار المحكمة فعند هروبه أَو عدم حضوره أَمام الجهة المختصَّة عند الطلب يكون هناك ثم سبباً وجيهاً لدى المحكمة عند تخفيض أَو تقسيط أَو إعفاء الكفيل من مبلغ الكفالة، فقد جاء في قرار تمييزي بالعدد (١١٥/تمييزية/١٩٧٦ في ١٩٧٦/٢/١٧)، وجد أَنَّ محكمة جزاء خانقين قد أَصدرت حكمها على الكفيل(...) بإلزامه بدفع مبلغ الكفالة التي مقدارها مائتا دينار وعند عدم الدفع حبسه حبسا بسيطا لمدة شهر واحد لعدم إحضاره مكفوله (...) أَمام شرطة خانقين في حين أَنَّ معاونية شرطة خانقين قد ايدت بكتابها من أَنَّ المتهم الهارب هو من الأَكراد العائدين وأَنَّه يسكن حالياً في منطقة المشخاب وأَنَّ حاكمية تحقيق خانقين طلبت من معاونية شرطة المشخاب إحضار المتهم المذكور أَمامها حسب كتابها وحيث أَنْ المتهم (...) معروف محل الإقامة ولا يمكن إحضاره أَمام حاكم التحقيق إلّا بواسطة الشرطة لأَنَّ إقامته في منطقة المشخاب اجبارية من قبل السلطة المختصَّة وعليه فلا يعتبر الكفيل (...) مخلاً بكفالته استناداً لأحكام المادة (١١٩) أُصول محاكمات جزائية.

[٣] حسين سعدون عبد الرضا السواد، مصدر سابق، ص ٣٦.

إنَّ الكفالة الجزائية هي وسيلة لإجبار الكفيل على إحضار المتهم أمام الجهة المختصَّة، لذلك فإنَّ الأثر المترتب على الإخلال بالكفالة الجزائية لا يتعدى المسؤولية المدنية، سوى أَنَّ لها إجراءات خاصة جاء بها قانون أُصول المحاكمات الجزائية، إذ بينت المادة (١١٩) من هذا القانون الإجراءات الواجب إتباعها عند الإخلال بالكفالة الجزائية لتحصيل مبلغ الكفالة؛ إذ اشارت إلى أَنَّه يحال الكفيل المخل بكفالته على محكمة الجنح بقرار من قاضي التحقيق، أَو المحكمة الجزائية التي وقع أَمامها الإخلال لتحصيل مبلغ الكفالة منه[١].

فبعد أَنْ ترد معاملة الكفيل المُخل بكفالته إلى محكمة الجنح يجب أَنْ تُسجل في سجل خاص مستقل عن سجل أَساس الدعاوى الموجزة، وغير الموجزة وتعين يومًا للنظر فيها بعد تبليغ الكفيل المُخل، وتتشكل المحكمة في اليوم المحدد لها وتستمع إلى إفادة المُخل، وتأخذ بنظر الاعتبار الأَسباب والظروف التي أَدت به إلى الإخلال فإنْ رأت المحكمة أَنَّ حالة المُخل تستدعي تخفيض مبلغ الكفالة، فتصدر قرارها بتحصيل الجزء المتبقي، أَما إذا رأت المحكمة أَنَّ أَحوال المُخل وظروفه لا تستدعي ذلك، فتُقرر تحصيل كامل المبلغ منه، ولها أَنْ تُقرر تحصيله مقسطًا على أَنْ لا تتجاوز مدة التقسيط سنة واحدة من تاريخ صدور القرار موزعًا على أَقساط تحدد المحكمة مقدارها، أَمّا إذا كان المُخل قد أَودع مبلغ الكفالة نقدًا في صندوق المحكمة، فللمحكمة أَنْ تُقرر حجزه ومصادرته وتقيده إيرادًا نهائيًا للدولة[٢].

أَمّا إذا لم يكن هناك مبلغ مودع لدى صندوق المحكمة، فإنَّها تُقرر الطلب إلى مديرية التنفيذ لاتخاذ الإجراءات التنفيذية المقتضية وفقًا لقانون التنفيذ لتحصيل المبلغ من المُخل، إذ تقوم دائرة التنفيذ بالحجز على أَمواله المنقولة وغير المنقولة وبيعها لاستيفاء مبلغ الكفالة من ثمن بيعها، مع مراعاة ما لا يجوز حجزه وبيعه وفقًا للقوانين النافذة، أَما إذا لم يكن لديه ما يجوز الحجز عليه أَو كانت لديه أَموال ولم تكفي لسداد

---

[١] أَكرم زاده الكردي، مصدر سابق.

[٢] إذا كان مبلغ الكفالة مودعاً لدى صندوق المحكمة فلا يجوز مصادرته دون اتباع الإجراءات التي نصت عليها المادة (١١٩) من أُصول المحاكمات الجزائية العراقي حيث جاء في قرار لمحكمة تمييز العراق بالعدد (٩٠٥/جنايات) في (١٩٨٥/٦/٢٤) "لا يجوز للمحكمة مصادرة مبلغ الكفالة دون أَنْ تتخذ أي قرار أَو إجراء بحق الكفيل وفق المادة ١١٩ أصولية".

مبلغ الكفالة وامتنع عن تقديم تسوية مناسبة فيجوز للمحكمة أَنْ تُقرر حبسه[١] لمدة لا تتجاوز الستة أَشهر فإذا صدر قرار بحبس الكفيل بسبب امتناعه عن دفع مبلغ الكفالة المحكوم به، وقام بعد ذلك بتسديده، فيتم إخلاء سبيله؛ لأَنَّ التزامه بموجب الأَحكام النافذة لا يتعدى أَكثر من كونه التزامًا ماليًا، وتخضع طرق تحصيله لأَحكام قانون التنفيذ رقم (٤٥) لسنة (١٩٨٠) المعدل، وعلى المحكمة عندما تُقرر تحصيل المبلغ من الكفيل عليها أَنْ تُقرر تقييده إيرادًا للدولة وفقًا لأَحكام المادة (١١٩) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية، وحسنًا فعل المشرِّع العراقي عندما جعل أَمر النظر في حالة الإِخلال بالكفالة الجزائية منوطًا بمحكمة الجنح، على الرغم من أَنَّ التزامه لا يتعدى أَكثر من كونه التزامًا ماليًا؛ نظرًا لما تتمتع به هذه المحكمة من سُلطات وصلاحيات واسعة، إذ تمتلك من الأَدوات ما لا تمتلكه المحكمة المدنية في إجراء دراسة كافية ووافية لحالة المُخل وظروف إخلاله ومدى تعاونه مع العدالة أَو بالعكس والمعيار في تلك العملية هي الظروف الشخصية والموضوعية التي أَحاطت به[٢].

أَوجب قانون أُصول المحاكمات الجزائية بموجب المادة (١١٩) إحالة الكفيل عند إخلاله بالكفالة على محكمة الجنح بقرار من قاضي التحقيق أَو المحكمة الجزائية لتحصيل مبلغ الكفالة الذي التزم به ولا يجوز تحصيل مبلغ الكفالة مباشرةً في نفس دعوى المتهم وإِنَّما يُحال على محكمة الجنح إذا كان الإِخلال قد حصل أَمام قاضي التحقيق أَو محكمة الجنايات أَو محكمة الأَحداث أَمّا إذا حصل أَمام محكمة الجنح فإِنَّها تُقرر اتخاذ الإِجراءات القانونية بحق الكفيل المُخل بالكفالة الجزائية من قبلها دون الإِحالة إلى قاضي التحقيق، إذ جاء في قرار لمحكمة استئناف الرصافة الاتحادية بصفتها التمييزية بالعدد "كان على محكمة الجنح الفصل في موضوع إخلال الكفيل بكفالته لعدم إحضاره لمكفوله أَمام المحكمة وليس اتخاذ القرار بإِحالتها إلى قاضي

---

[١] مّما تجدر ملاحظته عندما يصار إلى حبس الكفيل فإِنَّه يتم حبسه حبسًا مدنياً وفقاً لأَحكام المادة (١١٩) أصولية لأنها مادة إجرائية وليست عقابية فالحبس المقصود هنا هو حبس إكراهي، وكان من الأَفضل لو أَنَّ المشرِّع العراقي جعل هذا الحبس عقوبة جزائية و عالج هذه الحالة ضمن النصوص العقابية الواردة في قانون العقوبات الخاصة بالمساس بسير القضاء.

[٢] القاضي حسين سعدون عبد الرضا السواد، مصدر سابق، ص ٣٦-٣٧.

التحقيق لأَنَّ محكمة الجنح هي المختصَّة بذلك وفقًا لأحكام المادة (١١٩) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية العراقي"[١].

وقد استقر قضاء محاكم الاستئناف بصفتها التمييزية على أَنَّ الإِخلال بالكفالة الجزائية ليس من الأَفعال التي جرمها القانون فلا يُشكل الإِخلال بها جريمة تتطلب إحالة الكفيل المُخل إلى قاضي التحقيق لإِجراء التحقيق معه فقد جاء في قرار لمحكمة استئناف ميسان الاتحادية بصفتها التمييزية أَنَّ الكفالة هي ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام عملًا بأحكام المادة (١٠٠٨) من القانون المدني ولا يُشكل الإِخلال بها جريمة تتطلب إحالة الكفيل إلى قاضي التحقيق لاتخاذ الإِجراءات القانونية ضده وبالتالي فان قيام المحكمة _محكمة الجنح_ بتحصيل مبلغ الكفالة من قبلها من الكفيل (م.ق.م) لإِخلاله بالكفالة المتضمنة تعهده بإِحضار المتهم (ر.م.ر) المُحال عليها لإِجراء محاكمته دون الإِحالة إلى قاضي التحقيق كان تطبيقًا سليمًا لأَحكام الفقرة (أ) من المادة (١١٩) الأُصولية[٢]، إلّا أَنَّه يجب أَنْ تُقرر محكمة الجنح إفراد دعوى مستقلة للكفيل المُخل بكفالة لاستيفاء مبلغ الكفالة منه فلا يجوز لمحكمة الجنح أَنْ تحكم عليه باستيفاء المبلغ في نفس دعوى المتهم مباشرةً، ومن التطبيقات القضائية على ذلك قرار محكمة استئناف بغداد/الرصافة الاتحادية بصفتها التمييزية والذي جاء فيه "لدى التدقيق والمداولة وجد أَنَّ الطعن التمييزي مُقدم ضمن المدة القانونية لذا قرر قبوله شكلًا، ولدى عطف النظر على القرارات والأَحكام الصادرة في الدعوى وجد أَنَّها غير صحيحة ومخالفة لأَحكام القانون؛ ذلك أَنَّ المحكمة لم تُراعِ المادة (١٤٣) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية، سواء من ناحية تبليغ المتهم بالحضور أَو تبليغ الكفيل بإِحضار مكفوله أَو تبليغ أَطراف القضية، ولم تتبع المحكمة ما ورد بأَحكام القانون من وجوب النشر في صحيفتين محلية لكون القضية من الجنح المهمة في حال هروب المتهم فكان على المحكمة إتباع ما تقدم ذكره أَعلاه كما أَنَّها لم تبلغ الادعاء العام بموعد المحاكمة ليتسنى له الحضور وإبداء طلباته القانونية حول الموضوع استنادًا لأَحكام الفقرة الأُولى من المادة السادسة من قانون الادعاء العام رقم (١٥٩) لسنة (١٩٧٩) التي أَوجبت عليه

---

[١] قرار محكمة محكمة استئناف الرصافة الاتحادية بصفتها التمييزية بالعدد (٧٢٠/ت/ج/٢٠١٠) في (٢٠١٠/٥/٩)، غير منشور.

[٢] إِياد وحيد جبار، مصدر سابق، ص٥.

الحضور في الجنايات والجنح[١]، كما لوحظ ان المحكمة أَدانت المتهم وفق المادة (٢٩٨) من قانون العقوبات وهي جريمة استعمال المحرر المزور دون تفصيل المواد التي أَشار إليها قانون العقوبات النافذ بالمواد (٢٨٩-٢٩٧)، كما حكمت على الكفيل بمبلغ الكفالة ثم أَصدرت أَمرًا بالقبض عليه وفق المادة (١١٩) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية وهذا خلاف القانون فكان عليها عند إخلال الكفيل بكفالته اتخاذ الإجراءات القانونية بحقه وفق المادة أَعلاه واصدار قرارها بخصوص القضية لا أَنْ تحكم باستحصال المبلغ في نفس القرار"[٢].

و فيما يتعلق بحبس الكفيل فإِنَّها مسألة جوازيه ترك المشرِّع تقديرها لمحكمة الجنح لمدة لا تتجاوز ستة أَشهر إذا تحققت إحدى الحالات الآتية:

١- إذا لم يكن لديه أَموال يمكن حجزها وبيعها قانونًا.
٢- إذا كانت لديه أَموال ولم يكفِ ثمن بيعها لتسديد مبلغ الكفالة.
٣- إذا امتنع عن بيان تسوية مناسبة.

فقد جاء في قرار لمحكمة تمييز العراق بالعدد (١٣٨٢/ت/ج/٧٣) في (١٩٧٣/١٢/٣٠)، يحكم على الكفيل بمبلغ الكفالة عند عجزه عن إحضار مكفوله ويودع السجن إذا لم يدفع المبلغ المذكور، بعد استنفاذ جميع الإجراءات التي نصَّت عليها المادة (١١٩).

إِنَّ المبدأ في الكفالة الجزائية بحسب النصوص القانونية التي نظمتها يقضي بأَنَّه لا يجوز الحكم بحبس الكفيل كعقوبة بديلة في حالة عدم دفع مبلغ الكفالة بعد أَنْ يعجز عن إحضار مكفوله أَمام السلطات المختصَّة إذ لا تمثل هذه الحالة جريمة، وإِنَّ الحبس

---

[١] مما تجدر الإشارة إليه أَنَّه تم الغاء قانون الادعاء العام رقم (١٥٩) لسنة (١٩٧٩) بموجب قانون الادعاء العام رقم (٤٩) لسنة (٢٠١٧)، إِلّا أَنَّ هذا الاخير سار على نهج القانون (الملغى) من حيث وجوب حضور الادعاء العام في دعاوى الجنح والجنايات، إذ نصت الفقرة (الثالثة) من المادة (الخامسة) منه على أَنْ يتولى الادعاء العام الحضور عند إجراء التحقيق في جناية او جنحة وابداء ملاحظاته وطلباته القانونية والحضور في جلسات المحاكم الجزائية عدا محكمة التمييز الاتحادية وتقديم الطعون والطلبات إلى محكمة الجنايات وإلى محكمة الاستئناف بصفتها الاصلية عند نظرها للأحكام والقرارات الصادرة في الدعاوى والجنح الى محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية أَو محكمة التمييز الاتحادية وحسب الاختصاص.

[٢] إِياد وحيد جبار، مصدر سابق، ص٢٤.

الوارد في المادة (١١٩) هو حبس إكراهي يهدف إلى إجبار الكفيل على إظهار أمواله لاستيفاء مبلغ الكفالة منها، كذلك أنَّه لا يسقط هذا المبلغ بقضاء الكفيل مدة الحبس بل تبقى ذمته مشغولة بهذا المبلغ وأمواله ضامنه للوفاء به، وهذا ما أشار إليه قرار تمييزي لمحكمة استئناف البصرة الاتحادية بصفتها التمييزية الذي جاء فيه "أصدرت محكمة جنح الزبير قرارها ... يقضي بالحكم على الكفيل المخل... بتغريمه مبلغ الكفالة البالغ خمسة ملايين دينار تدفع دفعة واحدة لخزينة الدولة لعجزه عن إحضار مكفوله المتهم ... أمام سلطات التحقيق والمطلوب وفق أحكام المادة (٤٣٢) ق.ع.ع وفي حالة عدم الدفع حبسه حبسًا بسيطًا لمدة ستة أشهر وصدر القرار استنادًا لأحكام المادة (١١٩) من قانون أصول المحاكمات الجزائية ولعدم قناعة الكفيل بالقرار المذكور طعن به تمييزًا طالبًا نقضه، كما قدم المدعي العام مطالعته طالبًا تصديقه ورد الطعن، وبعد التدقيق والمداولة... وجد أنَّ القرار غير صحيح ومخالف للقانون، ذلك لأنَّ المحكمة -محكمة جنح الزبير- لم تلحظ أنَّ نص المادة (١١٩) الأُصولية جاء كنص تنظيمي وليس نص عقابي، الأمر الذي يوجب اتباع الإجراءات القانونية الواردة في هذا النص لاستحصال مبلغ الكفالة ولا يجوز الحكم بالحبس كعقوبة بديلة في حالة عدم الدفع إذ لا توجد جريمة أساسًا حتى يُصار إلى فرض العقوبة، وخير ما يُستدل به على ذلك النص ذاته فقد ورد لفظ الحبس جوازيًا بالقول "...فللمحكمة أن تُقرر حبسه..." والعقوبات إذا تحقق سببها لزم فرضها ولا تخيير في وجوب إيقاعها، وبذلك يعتبر الحبس المشار إليه في المادة (١١٩) حبسًا تنفيذيًا يهدف إلى إجبار المدين على إظهار أمواله لاستيفاء مبلغ الكفالة منها، وتأسيسًا على ذلك لا يسقط المبلغ بقضاء الكفيل مدة الحبس بل تبقى ذمته مشغولة به وأمواله ضامنة للوفاء بهذا المبلغ... لذلك كان على المحكمة -محكمة جنح الزبير- بعد أنْ قررت تحصيل مبلغ الكفالة كله أنْ تلجأ إلى تحصيله بالطريق الذي رسمه القانون في نص المادة (١١٩) الأُصولية ولا يجوز اتخاذ القرار بحبس الكفيل إلّا إذا تحققت الفقرة (ب) من المادة المذكورة وحيث أنَّ المحكمة لم تراعِ ذلك في قرارها المميز، لذلك قرر نقضه و إعادة أوراق الدعوى إلى محكمتها لاتباع ما تقدم..."[1].

فإذا تم حبس الكفيل وأثناء تنفيذ مدة الحبس عليه أراد دفع المبلغ المترتب بذمته نقدًا ففي هذه الحالة يقبل المبلغ منه ويسقط الحبس كون التزام الكفيل لا يتعدى أكثر من

---

[1] قرار محكمة استئناف البصرة الاتحادية بصفتها التمييزية بالعدد (١٨٣/ت/ج/٢٠١٦) في (٢٠١٦/١١/٧)، غير منشور.

كونه التزامًا ماليًا خاضع لقانون التنفيذ سواء كان إخلاله عمديًا أو غير عمدي، وهنا يُثار التساؤل هل يجوز للمحكمة الحكم على الكفيل المُخل بغرامة مالية بدلًا من الحبس؟ ويسعفنا للإجابة على هذا التساؤل قرار لمحكمة التمييز الاتحادية بالعدد (٣٢٩/تمييزية/١٩٧٤) في (١٩٧٤/٣/٢٤) والذي جاء فيه أنَّه لا يجوز الحكم بالغرامة على الكفيل المُخل بكفالته إذ جاء في حيثيات هذا القرار "إذا أخل الكفيل بكفالته فلا يجوز الحكم عليه بغرامة؛ إذ أنَّ المادة (١١٩) الأُصولية نصَّت على الحبس فقط عند عدم إمكان استحصال مبلغ الكفالة من الكفيل[1].

أمّا فيما يتعلق بكيفية الطعن بالقرارات الصادرة بحق الكفيل المُخل فقد بينت المواد (٢٦٤و٢٦٥) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية الإجراءات الواجب اتباعها عند الطعن في مثل هذه القرارات، كذلك بينت الجهات المختصَّة بنظر هذه الطعون .

فقد نصَّت الفقرة (أ) من المادة (٢٦٤) على أنه "...يجوز لمحكمة التميز أنْ تطلب أي دعوى جزائية لتدقيق ما صدر فيها من أحكام وقرارات وتدابير وأوامر من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب الادعاء العام أو أي ذي علاقة...".

كذلك جاء في الفقرة (أ) من المادة (٢٦٥) منه على أنَّه "يجوز الطعن تمييزًا أمام محاكم الجنايات من ذوي العلاقة المنصوص عليهم في المادة (٢٤٩) ...في القرارات الصادرة من قاضي التحقيق خلال ثلاثين يومًا تبدأ من اليوم التالي لتاريخ صدورها".

كذلك نصَّت الفقرة الأولى من قرار مجلس قيادة الثورة (المُنحل) رقم (١٠٤) لسنة (١٩٨٨) على أنَّه "تختص محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية بالنظر بالطعن في الأحكام والقرارات الصادرة من محاكم الجنح ومحاكم الأحداث في دعاوى الجنح".

لذلك فإنَّ قرار قاضي التحقيق المتضمن إحالة الكفيل المُخل بكفالته على محكمة الجنح يتم الاعتراض عليه أمام محكمة الجنايات بصفتها التمييزية التي تقع ضمن منطقتها محكمة التحقيق المطعون بقرارها، أمّا قرارات محكمة الجنح الصادرة بحق الكفيل المُخل بكفالته فأنَّه يتم الاعتراض عليها أمام محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية التي تقع ضمن منطقتها محكمة الجنح المطعون بقرارها، ولم يقتصر نظر محكمة الاستئناف على تدقيق الأسباب التي أوردها الطاعن في لائحته إذ تنظر هذه المحكمة

[1] أكرم زاده الكردي، مصدر سابق.

في جميع الإجراءات والقرارات التي اتبعتها المحكمة عند وقوع الإخلال فتنظر في الأسباب الداعية إلى عدم حضور المتهم أَو سبب عدم إحضاره من قبل الكفيل أَو سبب عدم دفع مبلغ الكفالة، كذلك إجراءات الحجز والبيع التي تم تنفيذها على أَموال الكفيل وسبب ومقدار المبلغ الذي حددته المحكمة من أَصل مبلغ الكفالة أَو سبب إعفائها الكفيل من دفع هذا المبلغ كذلك النظر في صحة القرار الذي صدر بإعفاء تركة الكفيل الذي توفي قبل الإخلال أَو بعده كذلك التدقيق في قرار حبس المتهم و تشديده أَو إنقاصه حسب ظروف وطبيعة حالة الإخلال[١].

أَمّا عن موقف المشرِّع المصري من مسألة الجزاء المترتب على إخلال الكفيل بكفالته فقد أَشارت المادة (١٤٦) من قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (١٥٠) لسنة (١٩٥٠) يُخصص في الأَمر الصادر بتقدير مبلغ الكفالة جزء منه ليكون جزاءً كافيًا لتخلف المتهم عن الحضور في أَي إجراء من إجراءات التحقيق والدعوى والتقدم لتنفيذ الحكم والقيام بكافة الواجبات الأُخرى التي تفرض عليه، ويُخصص الجزء الآخر لدفع ما يأتي بترتيبه:

أُوّلًا/ المصاريف التي صرفتها الحكومة.

ثانيًا/ العقوبات المالية التي قد يحكم بها على المتهم.

أَمّا إذا قُدرت الكفالة بغير تخصص اعتبرت ضمانًا لقيام المتهم بواجب الحضور والواجبات الأُخرى التي تُفرض عليه وعدم التهرب من تنفيذ الحكم.

كذلك نصَّت المادة (١٤٨) من القانون ذاته على أَنَّه "إذا لم يقم المتهم بغير عذر مقبول بتنفيذ أَحد الالتزامات المفروضة عليه يصبح الجزء الأَول من الكفالة ملكًا للحكومة بغير حاجة إلى حكم بذلك، ويرد الجزء الثاني للمتهم إذا صدر في الدعوى قرار بأَنْ لا وجه أَو حكم بالبراءة.

يتضح من نصوص هذه المواد أَنَّ المشرِّع المصري جعل مصادرة مبلغ الكفالة هو جزاء الإخلال بها إلّا أَنَّه لم يوضح الآلية المُتبعة لاستيفاء مبلغ الكفالة، كذلك أَنَّه لم يعالج مسألة الإخلال في حالة عدم دفع مبلغ الكفالة نقدًا فما هي الإجراءات الواجب اتباعها لاستيفاء مبلغ الكفالة عند الإخلال بها في هذه الحالة أَو إذا لم يكن لدى الكفيل

[١] د. عبد الأَمير العكيلي، مصدر سابق، ص ١٢٩.

من الأَموال ما يمكن حجزها وبيعها لاستيفاء مبلغ الكفالة منها كما أَنَّه لم يحدد الجهة المختصَّة بالنظر في حالة الإِخلال، كذلك أَنَّ الفقرة الأَخيرة من المادة (١٤٨) التي جاء فيها "ويرد الجزء الثاني للمتهم إذا صدر في الدعوى قرار بأَنْ لا وجه أَو حكم بالبراءة" وكان قد أَورد المشرِّع في نص المادة (١٤٧) من القانون نفسه "يُدفع مبلغ الكفالة من المتهم من غيره..." إذ كان يجب على المشرِّع أَنْ يرد صياغة الفقرة الأَخيرة من المادة (١٤٨) على الشكل الآتي "ويرد الجزء الثاني لصاحبه إذا صدر في الدعوى قرار بأَنْ لا وجه أَو حكم بالبراءة"، إذ كان الحضور القانوني للمشرِّع المصري ضعيف جدًا عند تنظيمه لهذه المسألة إذ جاءت النصوص مُربكة يشوبها النقص والغموض تحتاج إلى إعادة صياغة لبيان ما تقدم ذكره.

أَما عن موقف المشرِّع الفلسطيني فقد نصَّت المادة (١٤٧) من قانون الإِجراءات الجنائية رقم (٣) لسنة (٢٠٠١) على:

١- إذا ثبت مخالفة الشروط المدرجة في سند الكفالة أَو التعهد جاز للمحكمة المختصَّة:
أ- أَنْ تصدر مذكرة إحضار بحق الشخص الذي أُفرج عنه أَو تقرر إعادة توقيفه.
ب- دفع قيمة سند الكفالة أَو التعهد إذا لم يكن قد اودع.
ج- مصادرة التأمين النقدي أَو تعديله أَو الإِعفاء منه.
٢- للمتضرر الحق في استئناف القرار الصادر بمقتضى أَحكام الفقرة (١) اعلاه.

نرى أَنَّ المشرِّع الفلسطيني كاد أَنْ يلحق بمشرعنا العراقي في تنظيمه لمسألة الإِخلال بالكفالة الجزائية إلّا أَنَّه ساير المشرِّع المصري في عدم بيان الإِجراءات الواجب اتباعها في تحصيل مبلغ الكفالة.

إنَّ إثبات حالة الإِخلال التي تطلبتها هذه المادة تتمثل في عدم حضور المتهم في أَي دور من أَدوار التحقيق أَو المحاكمة أَو إنفاذ الحكم أَو تقديم نفسه إلى مركز الشرطة ويُقصد بالمحكمة المختصَّة المحكمة التي كان من المقتضى تنفيذ الشرط لديها[1]، وحسنًا فعل المشرِّع الفلسطيني عندما نص صراحة على جواز الطعن استئنافًا بقرار المحكمة المختصَّة الصادر بخصوص حالة الإِخلال بالكفالة.

---

[1] أَنور زاهر ابو حسن، الإِفراج بالكفالة في قانون الإِجراءات الجزائية الفلسطيني (دراسة مقارنة)، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، فلسطين،٢٠١٦، ص٨٤.

وعلى صعيد التشريع الأردني فقد نصَّت المادة (١٢٩) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية رقم (٩) لسنة (١٩٦١) على أَنَّه:

١- إذا لم يعمل بالشرط المُدرج في سند الكفالة أَو التعهد يجوز للمحكمة المختصَّة التي كان من المقتضى تنفيذ ذلك الشرط لديها أَنْ تصدر مذكرة إحضار بحق الشخص الذي أُخرج بالكفالة أَمامها أَو تُقرر توقيفه.
٢- على المحكمة المختصَّة أَنْ تُقرر مصادرة التأمين النقدي المدفوع لمصلحة الخزينة أَو أَنْ يدفع قيمة سند الكفالة أَو التعهد للخزينة إذا لم يكن قد اودع تأمين كهذا.
٣- يجوز للمحكمة حينما تصدر القرار المشار إليه اعلاه أو بعد إصداره أَنْ تنزل المبلغ الذي قررت مصادرته أَو دفعه إلى ما دون النصف أَو أَنْ تُلغي ذلك القرار دون قيد أَو شرط فيما إذا حضر المُخلى سبيله أَو أَحضره الكفيل قبل الحكم في الدعوى أَو خلال ثلاثة أَشهر من تاريخ القرار القاضي بالمصادرة أَو الدفع أَو لأَسباب أُخرى تدون في الضبط.
٤- يعتبر القرار الذي يقضي بمصادرة أَو بدفع أَي مبلغ للخزينة الصادر بمقتضى أَحكام الفقرة (٣) نافذ المفعول من جميع الوجوه غير أَنَّه للمتضرر من هذا القرار حق استئنافه كأَنَّه قرار صادر في دعوى حقوقية أَقامها النائب العام على الشخص الذي صدر القرار ضده وتنفذ قرارات الدفع بمعرفة دوائر الإِجراء.

فإذا أَخل الكفيل بكفالته فانه يتم اتخاذ الإِجراءات بحقهما من قبل المحكمة التي كان من المفروض تنفيذ الشرط لديها فبعد أَنْ تُقرر إحضار المتهم وتوقيفه تتخذ أَحد القرارات الآتية:

أَمّا مصادرة كامل مبلغ التأمين النقدي الذي كان قد اودع في خزينة المحكمة، أَو الزام المخل بدفع قيمة سند الكفالة إلى الخزينة إذا لم يكن اودع تامينـاً كهذا من قبل، كذلك يجوز لها عند إصدار قرار المصادرة أَو الدفع أَنْ تُقرر إنزال المبلغ المراد مصادرته أَو الواجب دفعه إلى ما دون النصف، أَو أَنْ تُقرر إعفاء المُخل من دفع مبلغ الكفالة وذلك بإلغاء قرار المصادرة أَو الدفع في ثلاث حالات، إذا حضر المتهم أَو أَحضره الكفيل قبل صدور الحكم في الدعوى أَو إذا حضر المتهم أَو أَحضره الكفيل خلال ثلاثة أَشهر من تاريخ صدور قرار المصادرة أَو الدفع، أَو لأسباب أُخرى تراها

المحكمة مناسبة تُدون في محضر الضبط، علماً أَنَّ أي قرار تصدره المحكمة بخصوص هذه المسألة يكون قابلاً للاستئناف[١].

لقد تناول المشرِّع العراقي مسألة الإِخلال بالكفالة الجزائية فأَحسن تنظيمها، كما تناولتها القوانين محل المقارنة إلّا أَنَّ موقف مشرعنا العراقي كان متميز عنها حيث أَجاد في تنظيمها إلى حد ما مقارنة بالتشريعات الأُخرى محل هذه الدراسة، إذ انفرد المشرِّع العراقي في تنظيم الحالة التي يكون فيها الكفيل لا يملك أَموال يجوز الحجز عليها وبيعها لاستيفاء مبلغ الكفالة منها، كذلك انفرد في جواز تقسيط مبلغ الكفالة المحكوم به فضلاً عن جواز حبسه عند امتناعه عن الدفع، كذلك حدد بشكل واضح وصريح و على سبيل الحصر اختصاص محكمة الجنح بالنظر في حالات الإِخلال بالكفالة الجزائية، على عكس التشريعات محل المقارنة التي يكون فيها اختصاص النظر في حالات الإِخلال لمحاكم متعددة التي كان من المفروض تنفيذ شروط الكفالة أَمامها (حضور المتهم).

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية لمسؤولية الكفيل المُخل بالكفالة الجزائية وإِشكالية تفسيرها

عند البحث عن الطبيعة القانونية لمسؤولية الكفيل المُخل بكفالته الجزائية نجد أَنَّ كلًا من الفقه والقضاء الجنائي قد تخبطا كثيرًا في تفسيرهم لتلك الطبيعة بسبب اختلافهم في تفسير نص المادة (١١٩) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية التي بينت الإِجراءات الواجب اتباعها عند إِخلال الكفيل بكفالة الجزائية إذ يذهب البعض إلى فهم المادة المذكورة على إِنَّها مادة عقابية ورتبوا على ذلك أَنْ اعتبروا الكفيل المُخل بكفالته متهمًا، وأَنَّ الأَلفاظ الواردة في نص المادة (١١٩) هي من تسببت بهذا الالتباس وساهمت في إِيهام جانب من الفقه والقضاء في الوصول إلى الطبيعة الحقيقية لمسؤولية الكفيل المُخل، ومنها مصطلح (إِحالة) الذي يستلزم وجود دعوى جزائية وهذه الدعوى يتطلب فيها وجود شخص متهم ويجب معاملته وفق هذا الأَساس من حيث إِجراء التحقيق معه والصفة التي يُوصف بها وإِحالته، لاسيما الاصطلاحات الأُخرى التي

[١] أَكرم زاده الكردي، مصدر سابق.

استعملها المشرِّع عند تنظيمه لأَحكام الكفالة الجزائية مثل الحبس و المصادرة[١]، وللإحاطة بهذا الموضوع ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في المطلب الأَوّل منه الطبيعة القانونية لمسؤولية الكفيل المُخل بالكفالة الجزائية، في حين سنُخصص المطلب الثاني للبحث في أَسباب اختلاف تفسير الطبيعة القانونية لمسؤولية الكفيل، وهذا ما سنوضحه على وفق التفصيل الآتي:

المطلب الأَوّل

الطبيعة القانونية لمسؤولية الكفيل المُخل بالكفالة الجزائية

من المعلوم أَنَّ عقد الكفالة بشكل عام هو من العقود المدنية بطبيعتها، ولكن لورود الكفالة الجزائية ضمن نصوص قانون أُصول المحاكمات الجزائية التي نظمت موضوع إخلال الكفيل بكفالته والمسؤولية المترتبة عليه الأَمر الذي خلق نوعًا من الإشكالية من الناحية التطبيقية والعملية على حد سواء في تحديد الطبيعة القانونية لتلك المسؤولية فأحيانًا يتم اتخاذ الإجراءات القانونية بحق الكفيل المُخل بالكفالة على أَنَّه مُخل بالتزام مدني وأَحيانًا أُخرى يتم اتخاذ الإجراءات القانونية بحقه على أَنه متهم بارتكاب فعل جرمي[٢].

ومّما تجدر الإشارة إليه هنا أَنَّ المسؤولية المدنية تتمثل في إلزام من أَحدث ضررًا غير مشروع بالغير بتعويض هذا الضرر، أَما المسؤولية الجزائية فهي فتتمثل في الجزاء الذي يوقع على من اقترف فعلًا نهى عنه القانون، أَو امتنع عن القيام بما أَوجبه القانون[٣].

إلّا أَنَّ الإسراف في تجريم السلوك البشري بغير ما ضرورة أَو أَسباب معقولة ومقبولة منطقيًا يؤدي إلى عدم الثقة أَو الاقتناع بالقانون، إذ لا بُدَّ للمشرع من مسايرة

---

[١] القاضي محمد عبد جازع، مصدر سابق، ص٨٦.

[٢] القاضي سامي سليمان فقي، مصدر سابق، ص٦٥.

[٣] د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، بلا طبعة، شركة التايمز للطباعة، بغداد، بلا سنة، ص٢٠٩.

تطورات منظومة القيم الاجتماعية للمواطنين و ضروراتهم وأَهدافهم عند تجريم الأَفعال[١].

لذلك فإنَّ الأَفعال الممنوعة هي تلك الأَفعال التي تُجرمها النصوص القانونية وتعينها تعيينًا قطعيًا، فإنْ كانت مقترنة بعقوبة شكلت مسؤولية جزائية وإنْ جاءت خالية من العقاب واقتصرت على حق التعويض شكلت مسؤولية مدنية، عليه يمكن أَنْ نخلص إلى:

١- إنَّ أَساس المسؤولية الجزائية هو الضرر الذي أَصاب المجتمع، أَما أَساس المسؤولية المدنية فهو الضرر الذي أَصاب شخص أَو مجموعة أَشخاص معينين بذواتهم.
٢- أَثر المسؤولية الجزائية هو العقوبة التي يُنزلها المجتمع بالفاعل، أَما أَثر المسؤولية المدنية فيتمثل في تعويض الضرر الذي أصاب الغير.
٣- بما أَنَّ الأَثر المترتب على المسؤولية الجزائية يتمثل بالعقوبة لذا كان من الواجب أَنْ يتم مقدمًا تحديد الأَفعال التي يعتبرها القانون جرائم ويرتب العقاب عليها، أَمّا المسؤولية المدنية فإنَّها تنهض عندما يسبب عملًا غير مشروع ضررًا بالغير أيًا كانت صورة هذا العمل ولا حاجة لقيام المسؤولية المدنية أَنْ تكون هناك نصوص قانونية تبين الأَفعال الموجبة لها فعلًا فعلًا.

يتضح مّما تقدم أَنَّ هناك نقاط اتفاق تلتقي فيها مسؤولية الكفيل مع المسؤوليتين مّما أَدى إلى عدم اتفاق الفقه والقضاء حول الطبيعة القانونية لمسؤولية الكفيل وتباينت آراؤ هم واتجاهاتهم فمنهم من يصفها بالمسؤولية الجزائية ومنهم من يؤكد على مدنيتها بحسب تفسيرهم للنصوص التي تُعالج هذه المسألة، إذ من المعلوم أَنَّ المواد القانونية أَمّا تكون واضحة لا لبس فيها ولا غموض أَو تكون غامضة فتحتاج إلى تفسير لفك ذلك اللبس أَو الغموض، والتفسير هو استجلاء مدلول النص ومحتواه من أَجل إمكانية تطبيقه بالصورة الصحيحة عن طريق تحديد معناه الذي قصده الشارع[٢].

---

[١] د. جاسم العبودي، التجريم والعقاب، بلا طبعة، مطبعة دار الحكمة، بغداد، سنة ١٩٩٠، ص٢٣.

[٢] القاضي سامي سليمان فقي، مصدر سابق، ص٦٦-٦٨.

فالتفسير هو كل جُهد ذهني يُبذل من أَجل استخلاص الحكم القانوني عن طريق تحليل الألفاظ الواردة في النص والتعرف على الغايات الاجتماعية المقصودة من ورائه[١].

والتفسير على ثلاثة أنواع تشريعي، وفقهي، وقضائي، وهذا ما سنوضحه محاولين بيان موقفها من المركز القانوني للكفيل والطبيعة القانونية لمسؤوليته، عليه سوف نقسم هذا المطلب على فرعين نتناول في الفرع الأوّل منه موقف التفسير التشريعي والرأي الفقهي من الطبيعة القانونية لمسؤولية الكفيل، في حين نبحث في الفرع الثاني موقف التفسير القضائي منها وهذا ما سنوضحه على وفق التفصيل الآتي:

الفرع الأَوّل

موقف التفسير التشريعي والرأي الفقهي

و يُقصد بالتفسير التشريعي بأَنَّه ذلك التفسير الذي يصدر عن المشرِّع من أَجل وضع الحد للخلاف الذي ثار بشأن تفسير نص من النصوص موضحًا أَحكامه ومعانيه بأَنْ يصدر المشرِّع نصوصًا جديدة يوضح فيها النصوص الغامضة ويزيل عنها الإبهام والغموض ويحدد حكمها تحديدًا واضحًا، وهذا النوع من التفسير يلتزم به القضاء ويطبقه على الوقائع المشمولة به وليس للقاضي مخالفته أَبدًا؛ لأَنَّه يعد تشريع، ويُعدُّ نافذًا من تاريخ صدور القانون الذي جاء لأجل أَنْ يفسره[٢].

والتفسير التشريعي هو ليس تفسيرًا بالمعنى الدقيق؛ لأَنَّه لا يمثل عملية ذهنية لاستخلاص قصد المشرِّع من وراء النص المراد تفسيره، وإِنَّما هو عبارة عن إفصاح المشرِّع نفسه عن قصده بوساطة قواعد قانونية رسمية لاحقة، ففي حقيقة الأَمر أَنّنا لا نكون بصدد تفسير للقاعدة القانونية وإِنَّما نكون بصدد قاعدة قانونية مُفَسِّرة أَو كما تسمى ب(القواعد الشارحة)، لذلك يجب الأَخذ بما أَتت به القاعدة الشارحة أَو المفسرة

---

[١] د. محمد شريف أَحمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، بلا طبعة، مطبعة وزارة الأَوقاف والشؤون الدينية،١٩٧٩، ص٣٥٢.

[٢] د. علي حسين الخلف، و د. سلطان عبد القادر الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، بلا طبعة، العاتك لصناعة الكتاب، المكتبة القانونية بغداد، بلا سنة، ص٣٨.

حتى لو كانت قواعد التفسير الفقهي أَو القضائي لا تؤدي إليه، وأَنَّ التزام المفسر بالأخذ بما جاء بالقاعدة المفسرة أَو الشارحة لا يكون من تاريخ صدورها وإِنَّما يكون من تاريخ صدور القاعدة الأَصلية، وعليه فان البحث عن قصد المشرِّع في قواعد القانون إِنَّما يتم بوساطة التفسير الفقهي أَو القضائي وحيث أَنَّ قصد المشرِّع في المادة (١١٩) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية غامض مّما ثار الخلاف الفقهي والقضائي بشأن تفسيرها الأَمر الذي يتطلب من المشرِّع العراقي التدخل ووضع الحد لهذا الخلاف أَما عن طريق إِصدار تشريع جديد، أَو عن طريق إِعادة صياغة هذه المادة صياغة واضحة ومحكمة تحدد بوضوح المركز القانوني للكفيل والطبيعة القانونية لمسؤوليته[١].

أَمّا الراي أَو التفسير الفقهي فيقصد به هو ما يتوصل إليه شُراح القانون والأَساتذة المتخصصون أَثناء دراستهم لنص قانوني وهذا التفسير غالبًا ما يعتمد على دراسة القاعدة القانونية المكتوبة من الناحية العلمية والقانونية البحتة، ولم يتفق الرأي الفقهي حول الطبيعة القانونية لمسؤولية الكفيل المُخل بالكفالة الجزائية[٢].

نجد أَنَّ أَغلب الفقهاء قد عالجوا هذه المسألة بالكيفية نفسها، عليه سوف نعرض آراء بعض الفقهاء والكُتاب على سبيل المثال:

فهناك من يرى أَنَّه إِذا لم يقوم الكفيل بإِحضار المتهم المكفول يجوز بأمر من قاضي التحقيق أَو المحكمة المختصَّة إِحالته بدعوى موجزة على محكمة الجنح[٣].

وهناك من يرى أَنَّه إِذا حصل إِخلال بشرط من شروط الكفالة الجزائية جاز للمحكمة أَنْ تُنظم دعوى موجزة بحق الكفيل وتحيلها إِلى المحكمة المختصَّة للنظر فيها و اصدار الحكم بحقه[٤].

---

[١] القاضي حسين سعدون عبد الرضا السواد، مصدر سابق، ص٤٩-٥٠.

[٢] ومّما تجدر ملاحظته أَنَّ بعض الأَساتذة قد تجنبوا الخوض في تحليل الطبيعة القانونية لمسؤولية الكفيل المُخل بكفالة الجزائية مكتفين بما أَوردته المادة (١١٩) الأُصولية من أَحكام وإِجراءات وكأنها لا تحتاج إِلى تحليل واستجلاء.

[٣] د. محمد ظاهر معروف المبادئ الاولية في أُصول الاجراءات الجنائية، الجزء الاول، دار الطبع والنشر الاهلية، بغداد، ١٩٧٢، ص٢٩.

[٤] د. عبد الأَمير العكيلي، ابحاث في إِجراءات التحري وجمع الادلة والتحقيق، الطبعة الاولى، مطبعة المعارف، بغداد، بلا سنة،ص١٢٧.

وهناك من يرى أَنَّه عند محاكمة (المتهم) –حسب تعبير المرجع_ وفق المادة (١١٩) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية تتبع كافة إجراءات المحاكمة في دعوى الجنحة بصورة غير موجزة فإذا لم يقوم الكفيل بإحضار مكفوله امام الجهة المختصة فللمحكمة أَنْ تُقرر إلزامه بدفع مبلغ الكفالة كله أَو جزءً منه يستحصل بأقساط شهرية بالطرائق التنفيذية ويُعدُّ إيرادًا لخزينة الدولة وعند امتناع الكفيل عن الدفع فللمحكمة حبسه وفقًا لأَحكام الفقرة (ب) من المادة (٢٠٣) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية"[١].

مما تجدر الإشارة إليه أَنَّ الالفاظ الواردة في الآراء المذكورة كتبت بحسب تعبير مراجعها، ومن جانبنا نعارض وبشدة ما ذهب إليه أَصحابها إذ أَنَّنا نرى أَنَّه لا يجوز معاملة الكفيل المُخل بالكفالة الجزائية على أَنَّه متهمًا في ظل غياب النص القانوني الذي يجرم هذه الحالة، وبذلك لا يجوز اتخاذ الإجراءات بحقه بدعوى موجزة أَو غير موجزة؛ لأَن الإخلال بالكفالة الجزائية لا يمثل جريمة وإنْ كان يتم النظر فيها من قبل محكمة الجنح؛ لان هذه الحالة لها خصوصيه معينة وأَنَّ إناطة أَمر النظر بحالة الإخلال بالكفالة الجزائية بمحكمة الجنح يجب أَنْ تُفهم على أَنَّها ميزة لصالح الكفيل المُخل لكي تقرر المحكمة وفق إجراءات خاصة تحصيل مبلغ الكفالة منه أَو إعفائه أَو تقسيطه من باب التخفيف على الكفيل بحسب ظروف كل حالة لا أَنْ تُفسَّر على أَنَّها جريمة لمجرد إناطة أَمر النظر فيها لمحكمة الجنح، إذ نرى أَنَّ المشرِّع أَراد من إيداع أَمر النظر في حالة الإخلال بالكفالة الجزائية لدى محكمة الجنح إنَّما أَراد إيداع أَمر الكفيل لدى جهة تكون على قدر كبير من إمكانية دراسة حالة الكفيل لاتخاذ القرار الصحيح فيما يتعلق بهذه الحالة.

يتضح مما تقدم أَنَّ شُراح القانون قد اكتفوا عند تفسيرهم لنص المادة (١١٩) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية بالنظر إلى ظاهر النص دون التعمق في روحه ومعناه وكأَنَّها مادة واضحة لا يشوبها لبس أَو غموض ولم يكتنفها الإبهام الأَمر الذي دفع بعض الفقهاء إلى فهم المادة المذكورة على أَنَّها مادة عقابية بقولهم يتم إحالة الكفيل المُخل بكفالته بدعوى موجزة الأَمر الذي يستنتج منه أَنَّهم قد عدّوا الكفيل المُخل بكفالته متهمًا بكل ما تحمل هذه الكلمة من معنى، فمصطلح الإحالة الوارد في هذه المادة قد

[١] القاضي عبدالله علي الشرفاني، الموجز في التطبيقات الجنائية، بلا طبعة، مؤسسة o.p.l.c للطباعة والنشر،٢٠٠٦، ص٢٢١.

أَو هم جانبًا من الفقه الجنائي في تحديد الطبيعة القانونية لمسؤولية الكفيل تحديدًا دقيقًا لأَنَّ مصطلح الإِحالة يتطلب وجود دعوى جزائية، وهذه الأَخيرة تتطلب وجود متهمًا، وهذا يعني اتخاذ الإِجراءات بحق الكفيل المُخل كأي متهم بارتكاب فعلًا جرمه القانون[١].

إنَّ التطبيق العملي للمادة (١١٩) الأُصولية أَصبح في الوقت الحاضر لا يخدم الغاية أَو الحكمة التي شُرِّعت من أَجلها هذه المادة، فقد أَصبحت عاجزة عن تحقيق الغاية المنشودة من وراء اصدارها إذ أَنَّها جاءت لحماية أَحكام المواد ما قبلها –المواد التي نظمت أَحكام الكفالة الجزائية- و بِعَدَّها رادعًا في حال انتهاكها تهدف إلى ضمان إحضار المتهم أَمام الجهة المختصة حين الطلب وهذا هو الهدف أَو الغاية من ورائها، إلّا أَنَّ هذه المادة أَصبحت تُستغل من الأَطراف المعنية والمستفيدة في الدعوى الجزائية على حساب العدالة والقانون وحقوق الآخرين، وهذا ليس بسبب خلل أَو عيب في جهة فرض القانون وإنَّما تُرجع الأَسباب إلى ما عليها المادة من المرونة الكبيرة غير المتوازنة وتعاطفها أَكثر من اللازم لصالح الكفيل وهذا يبدو واضحًا من الصلاحيات الواسعة التي منحها المشرِّع بموجب المادة ذاتها إلى محكمة الجنح بخصوص مساءلة الكفيل فقد تُقرر المحكمة أَحيانًا إعفاء الكفيل من المساءلة القانونية، وهو أَمر خطير من شأنه أَنْ يؤثر على الدعوى الأَصلية؛ إذ قد يؤدي إلى إفلات المتهم (المكفول) من يد العدالة ومن ثم عدم حسم الدعوى لمدة طويلة وبذلك ضياع حقوق الآخرين نتيجة عدم فاعلية هذه المادة وضعفها العقابي[٢].

---

[١] القاضي حسين سعدون عبد الرضا السواد، مصدر سابق، ص٤٦.

[٢] رشيد عيسى الدلوي، وقفة قانونية مع أَحكام المادة (١١٩) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية في طبيعتها الحالية وما ينبغي أَنْ تكون عليه، مقال منشور في مجلة ترازوو الفصلية الصادرة عن اتحاد الحقوقيين في كوردستان العراق، العدد الثامن، سنة ٢٠٠٠، ص١٤٤.

الفرع الثاني

موقف التفسير القضائي

هو التفسير الذي يضطلع به القاضي أَثناء الفصل في الدعوى المعروضة عليه عند تطبيقه للنصوص القانونية عليها، وهذا يعني أَنَّ القضاء ليس مرجعًا يُلجأ إليه لتفسير نصوص القانون وإنَّما يحصل هذا التفسير بمناسبة النظر في قضية معروضة عليه ينطبق عليها القانون أَو النص والتفسير القضائي غير مُلزم، فهو لا يُلزم قاضي آخر بل أَنَّه لا يُلزم القاضي ذاته في قضية أُخرى مماثلة فله أَنْ يُحيد عنه إلى تفسير آخر إذا عُرضت عليه واقعة مماثلة للواقعة التي أُصدر بمناسبتها التفسير السابق، ومع ذلك فإنَّ المحاكم الجزائية في العراق غالبًا ما تستأنس برأي محكمة التمييز بخصوص فهمها لمحتوى القانون وحكمه[١].

إنَّ الظروف الواقعية المحيطة بالمنازعة غالبًا ما تؤثر في التفسير القضائي؛ لأَنَّ الأَحكام القضائية هي المظهر العملي لتطبيق القانون، وهذا التفسير إذا صدر من المحكمة العليا كمحكمة التمييز الاتحادية يُعدُّ سابقة قضائية تستأنس بها المحاكم الأُخرى في القضايا المماثلة[٢] وبذلك يقوم القاضي بتفسير النصوص القانونية وتطبيقها إذ يعمل على تنظيم واستقرار المجتمع؛ وذلك لأَنَّ استمرار القضاء على نسق واحد هو من شروط العدالة هذا ما لم يتضح للقاضي أَنَّ القرار السابق الذي أَصدره كان قد جانب الصواب فيرجع عنه، وهذا ما سوف نجده في بعض القرارات محاكم التمييز فهكذا تعمل أَحكام المحاكم على تكميل القانون وتطويره[٣].

فمحاكم الجزاء العراقية عادةً ما تستأنس برأي محكمة التمييز الاتحادية بخصوص فهمها لمحتوى القانون وحكمها وعليه فان التفسير الذي تضطلع به محكمة التمييز

---

[١] د. علي حسين الخلف، و د. سلطان عبد القادر الشاوي، مصدر سابق، ص٣٩.

[٢] للتفاصيل أَكثر ينظر د. سامي النصراوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، الجزء الاول، الطبعة الثانية، ١٩٧٧، ص٣٢، كذلك ينظر د. احمد عبد العزيز الالفي، شرح قانون العقوبات الليبي، القسم العام، الطبعة الاولى، ١٩٦٩، ص٨٠.

[٣] القاضي سامي سليمان فقي، مصدر سابق، ص٦٩-٧٠.

يساعد على فهم النصوص القانونية ومحتواها الحقيقي فهو يساعد على استجلاء الإرادة الحقيقية التي قصدها المشرِّع في هذه النصوص[١].

إنَّ المراقب للسياسة الجنائية لمشرعنا العراقي يلحظ وبوضوح أَنَّ القوانين الإجرائية والعقابية لدينا قد خلت من أي نص عقابي يُجرم إخلال الكفيل بكفالته، فقد خلا قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة (١٩٦٩) من أَي نص عقابي يُجرم ما أَخل به الكفيل من عدم إحضاره لمكفوله سواء كان عن عمد أَم خارج عن إرادته، كما خلا قانون أُصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة (١٩٧١) من أَي نص يعاقب الكفيل إلّا أَنَّه نظم الإجراءات الخاصة بالكفالة الجزائية وكيفية استحصال مبلغ الكفالة في المادة (١١٩) منه[٢].

فعند قراءة جميع المواد القانونية التي نظَّمت موضوع الكفالة الجزائية من (١٠٩-١٢٠) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية العراقي لم نجد مادة، ولا حتى فقرة قانونية واحدة عدَّت الكفيل المُخل بكفالته متهمًا، وإنَّما عدَّته شخصًا مخلًا بالتزام قانوني وما عليه سوى دفع مبلغ الكفالة في حال ثبوت تقصيره، وفقًا للآلية التي رسمها المشرِّع في المادة (١١٩) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية[٣].

ولغرض بيان موقف القضاء العراقي من مسألة إخلال الكفيل بكفالته وموقف محكمة التمييز منها سنتطرق إلى بعض القرارات الصادرة من المحاكم العراقية بحق الكفلاء المُخلين بكفالاتهم والمطعون فيها أَمام محكمة التمييز الاتحادية مع العلم أَنَّ محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية تختص بالنظر بالطعن في الأَحكام والقرارات الصادرة من محاكم الجنح ومحاكم الأَحداث في دعاوي الجنح، وتختص محاكم الجنايات بصفتها التمييزية بالنظر في القرارات الصادرة من قاضي التحقيق، وأَنَّ

---

[١] د. سامي النصراوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، بلا طبعة، مطبعة دار السلام، بغداد، سنة ١٩٧٦، ص٣٢.

[٢] د. قاسم الزهيري، و د. محمد سرحان الحمداني، المسؤولية الجنائية للكفيل بالنفس وفق القانون الجنائي العراقي، مقال منشور على شبكة الإنترنت على الرابط التالي: htt://www.bauc14.edu.iq/news?ID=392 تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٦/٢٥.

[٣] أكرم زاده الكردي، مصدر سابق.

قرارات محاكم الجنايات بصفتها التمييزية تُعد باتة، أي أَنَّ القرارات الصادرة من محاكم الجنايات بصفتها التمييزية لا تقبل طلب التصحيح[١].

ففي قرار قضائي جاء فيه (إدانة المتهم "الكفيل المُخل" وفق المادة (١١٩) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية والحكم عليه بغرامة واعتبار جريمته جنحة عادية غير مُخلة بالشرف)، وقد تم نقض القرار من قبل محكمة التمييز إذ جاء في قرارها لا يجوز الحكم على الكفيل بالغرامة أَو الحبس عن ذلك كما لا يصح وصف هذه الحالة بالجريمة؛ لأَنَّ المادة المُحال بموجبها المتهم وهي المادة (١١٩) الأُصولية –إجرائية تنظيمية- وليست عقابية حتى يُعدُّ الكفيل المُخل بكفالته متهمًا ويحاكم كسائر المتهمين فيُدان عند ثبوت الواقعة ويحكم عليه، وكأَنَّه متهم بجريمة[٢].

و في قرار لمحكمة استئناف بغداد/ الرصافة/ الاتحادية بصفتها التمييزية بالعدد (٣٤/جزاء/٢٠٠٩) في (٢٠٠٩/٤/١٣)، إذ جاء فيه أَنَّه إذا حصل الإِخلال بالكفالة فلا يعفى الكفيل من المسؤولية بموجب المادة (١١٩) أُصول محاكمات جزائية حتى لو سلم المتهم نفسه بعد ذلك وما يثير الانتباه ما جاء بحيثيات هذا القرار هو أَنَّ محكمة جنايات الرصافة قامت بإحالة الكفيل المُخل بكفالته على محكمة جنح الرصافة بدعوى موجزة بصفة متهمًا لإجراء محاكمته بموجب المادة (١١٩) وقد تم محاكمته وإدانته بموجب المادة المذكورة وأَنَّ محكمة استئناف بغداد الرصافة الاتحادية بصفتها التمييزية قررت تصديق قرار محكمة جنح الرصافة دون أَنْ تنبه محكمة الجنح والجنايات بأَنَّه لا يجوز إحالة الكفيل على محكمة الجنح كمتهم بموجب المادة (١١٩) ليتم إدانته بموجبها ودون أَنْ تنبهها أَيضًا بأَنْ المادة المذكورة مجرد مادة إجرائية لتحصيل المبلغ و كان الأَفضل هو تصديق القرار من حيث النتيجة وتنبيهها بما ذُكر أَعلاه[٣]، وهذا ما فعلته محكمة استئناف أَربيل بصفتها التمييزية عندما قررت تصديقها لقرار محكمة جنح سيميل التي كانت قد اتخذت الإِجراءات القانونية بحق كفيل مُخل بكفالته كأي متهم بارتكاب فعل جرمي فقد وجهت تنويهها إلى محكمة الجنح إذ جاء في قرارها "إنَّ الكفيل عند إحالته على محكمة الجنح وفق المادة (١١٩) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية لا يعتبر

---

[١] ينظر نص المادة (٢٦٥) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة (١٩٧١)، كذلك ينظر قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (١٠٤) لسنة (١٩٨٨) المعدل.

[٢] ذكره القاضي سامي سليمان فقي، مصدر سابق، ص٧٣-٧٤.

[٣] ينظر اكرم زاده الكردي، مصدر سابق.

متهمًا، وإنَّ أمر إحالته على المحكمة -محكمة الجنح- ما هو إلّا لتحصيل المبلغ منه كلًا أو جزءًا أو مقسطًا، وليس لأنَّه ليس مُرتكبًا لفعلًا يُشكل جرمًا معاقبًا عليه[١].

وفي قرار آخر لمحكمة استئناف أربيل بصفتها التمييزية بالعدد (١٠٥/ت ج/٢٠٠٦) في (٢٠٠٦/٨/١٤) وجد أنَّ الكفيل لا يُعتبر متهمًا عند إحالته على محكمة الجنح وفق المادة (١١٩) الأُصولية وبالتالي لا يستوجب توكيل محامي عنه وإجراء المحاكمة بحقه بل تُقرر المحكمة استحصال المبلغ كله أو بعضه أو إعفاءه منه حسب الأُصول، إذ يُفهم من هذا القرار بأنَّ الكفيل ليس بمتهم ولا تجوز محاكمته فالمحاكمة كما هو معروف تكون بحق الأشخاص المتهمين، والسؤال الذي يُثار هنا لماذا يتم التحقيق القضائي مع الكفيل المُخل طالما أنَّه ليس بمتهم؟ و كيف يصدر القرار بحق الكفيل دون محاكمة؟ أنَّ هذه الإجراءات القضائية لها خصوصية معينة تصدر من المحكمة المختصَّة تتمخض لمصلحة الكفيل تتبعها المحكمة تطبيقًا لأحكام المادة (١١٩) لأنَّها مادة إجرائية وليست عقابيه، وهذا ما أكدته الكثير من الأحكام القضائية.

وجاء في حيثيات قرار لمحكمة استئناف أربيل بصفتها التمييزية "... أنَّ المادة (١١٩) من الأُصول الجزائية ليست مادة عقابية، إذ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص بل هي مادة تنظيمية، ودور المحكمة فيها ينحصر بتحصيل مبلغ الكفالة ... وإخلاء سبيل الكفيل من الحبس حالًا وبدون تأخير"[٢].

وفي قرار تمييزي آخر جاء فيه "إذا أخل الكفيل بكفالته فلا يجوز الحكم عليه بغرامة؛ إذ أنَّ المادة (١١٩) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية نصَّت على الحبس فقط عند عدم إمكان استحصال مبلغ الكفالة من الكفيل مع العلم بأنَّ المادة المذكورة إجرائية وليس عقابية حتى يعتبر الكفيل المُخل بكفالته متهمًا ويحاكم كسائر المتهمين"، كما جاء في قرار تمييزي آخر "...إنَّ الكفيل لا يعتبر متهمًا..."[٣].

---

[١] قرار محكمة استئناف اربيل بصفتها التمييزية بالعدد (٨٤/ت ج/٢٠٠٥) في (٢٠٠٥/٨/١٤)، غير منشور.

[٢] قرار محكمة استئناف اربيل بصفتها التمييزية بالعدد (٨٤/ت/ج/٢٠٠٤) في (٢٠٠٤/٩/١٤) غير منشور.

[٣] القاضي سامي سليمان فقي، مصدر سابق، ص٧٢.

وفي قرار تمييزي آخر جاء فيه لا يجوز توجيه تهمة إلى الكفيل المُخل بكفالته وفق المادة (١١٩) من قانون أُصول المحاكمات؛ لأَنَّها مادة إجرائية تنظيمية وليس عقابية[١].

و ما يثير الدهشة قرار لمحكمة جنايات دهوك بصفتها التمييزية صادقت بموجبه على قرار لمحكمة تحقيق عقرة بتاريخ والتي كانت قد اتخذت الإِجراءات بحق الكفيل المُخل بكفالته كسائر المتهمين واعتبرته قرارًا صحيحًا وموافقًا للقانون[٢]، كذلك ما جاء في قرار آخر لمحكمة استئناف دهوك بصفتها التمييزية بالعدد (١٥٤/ت ج/٢٠١٠) في (٢٠١٠/١٠/١٠) الذي جاء فيه أَنَّ قرار محكمة الجنح غير صحيح ومخالف للقانون طالما لم تتبع الإِجراءات الأُصولية أَثناء محاكمة الكفيل، إذ كان المفروض إفهام الكفيل بمضمون قرار الإِحالة أَثناء المحاكمة، وكذلك تلاوة مضمون صك الكفالة عليه وسماع أَقواله للوقوف على أَسباب إخلاله بالكفالة وتنظيم كل ذلك في محضر أُصولي واتخاذ القرار وفقًا لما تقدم، فعبارات "أَثناء محاكمة الكفيل" و "أَثناء المحاكمة" هذه عبارات قضائية توحي بأَنَّ الكفيل متهمًا[٣].

وكان لمحكمة استئناف كربلاء الاتحادية بصفتها التمييزية موقفًا متميزًا في قرار لها، إذ جاء في حيثيات هذا القرار لدى التدقيق والمداولة وجد أَنَّ الطعن التمييزي مُقدم ضمن المدة القانونية لذا قرر قبوله شكلًا، ولدى عطف النظر على الموضوع وجد أَنَّ كلًا من (ع) و (م) و (ك) قد وقعوا صك كفالة أَمام السلطة التحقيقية كفلوا بموجبها المتهم (ع) بالنفس وبموجبها تعهدوا بإحضاره متى طلبت ذلك وبمبلغ عشرة ملايين دينار، وبسبب إخلال الكفلاء بكفالتهم فقد تم اتخاذ الإِجراءات القانونية بحقهم ودونت أَقوالهم بصفة متهمين أَمام قاضي التحقيق وبعدها أَحال قاضي التحقيق هؤلاء بنفس الصفة على محكمة جنح كربلاء لمحاكمتهم بدعوى غير موجزة وفق أَحكام المادة (١١٩) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية، وفي محكمة الجنح تم تدوين هوياتهم

---

[١] قرار محكمة استئناف دهوك بصفتها التمييزية بالعدد (٥٩/ ت ج/٢٠١٠) في (٢٠١٠/٤/٢١)، غير منشور.

[٢] قرار محكمة جنايات دهوك بصفتها التمييزية ، بالعدد (١٧٧/ت/ج/٢٠٠٥) في (٢٠٠٥/٥/١٨) غير منشور.

[٣] حسين صالح إبراهيم، المبادئ القانونية في قضاء محكمة استئناف دهوك بصفتها التمييزية، مطبعة هاوار، الطبعة الاولى، ٢٠١٣، ص٣٤-٣٥.

بصفة متهمين وتم الاستماع إلى أقوالهم بنفس الصفة وقد وجدوا أنَّ ما اتخذته محكمة التحقيق من الإجراءات بحق هؤلاء بتدوين أقوالهم كمتهمين وما ورد بقرار الإحالة فقد وجد أنَّ هذا القرار غير سليم من الناحية القانونية؛ لأنَّ المذكورين هم كفلاء للمتهم (ع) وأنَّ الكفالة بالنفس مشار إليها في أحكام القانون المدني وفق المواد (١٠١٧-١٠١٩) وليسوا متهمين إذ لا يوجد نص في قانون العقوبات يعاقب بموجبه الكفيل عند إخلاله بالكفالة وأنَّه لا جريمة ولا عقوبة إلّا بنص وأنَّ نص المادة (١١٩) من قانون أصول المحاكمات الجزائية خال من أي عقوبة وأنَّه يتمحور حول الكفالة بالنفس وكيفية استحصالها في حالة عجز الكفيل عن إحضار مكفوله وأنَّ الكفالة بالنفس إذا ما نظمت أمام سلطة تحقيقية تعد عقدًا بين الكفيل والسلطة التحقيقية وبموجبها يُقدم الكفيل أموالًا ضمانًا لالتزام معين يلتزم به المكفول فإذا لم ينفذه يكون الكفيل حينئذ مُلزم بتقديم المبلغ المحدد في صك الكفالة لذا فإنَّ التزامه هذا لا يتعدى كونه التزامًا ماليًا وإذا نصَّت (١١٩) على إحالة الكفيل على محكمة الجنح فلا يتم وفق الصيغة التي اتبعتها محكمة التحقيق وإنَّما بموجب قرار يسطر على الأوراق يتضمن إحالة الكفلاء على محكمة الجنح لاستيفاء مبلغ الكفالة وفق أحكام المادة (١١٩) وفي حالة ورود الأوراق إلى محكمة الجنح فإنَّها تصبح والحالة هذه كدائرة تنفيذ ومهمتها تحديد آلية استحصال الكفالة كلًا أو جزءً أو تقسيطها بأقساط شهرية يتم تحديدها من قبلها وعليها تطبيق أحكام قانون التنفيذ رقم (٤٥) لسنة (١٩٨٠) المعدل... وتسجيل قضية الكفلاء لا يتم في سجل أساس الدعاوى الجزائية وإنَّما يتم في سجل خاص يُفتح لهذا الغرض تحت عنوان سجل الكفالات الجزائية لذا قرر نقض القرار لاتباع ما تقدم بشأن الكفلاء وصدر القرار بالاتفاق[١].

نجد عند استقراء القرارات المشار إليها أعلاه هناك خلطًا كبيرًا حاصلًا في كيفية التعامل مع الكفيل المُخل بكفالته الجزائية، وهذا الأمر لم يقتصر على محاكم التحقيق والجنح فحسب بل امتد ليشمل محاكم الجنايات بصفتها التمييزية أيضًا، كذلك لم تكن محكمة التمييز بعيدة عن هذا الخلط وهذا ليس بالأمر اليسير؛ لأنَّ محكمة التمييز طريق مراجعة غايتها التحقق من انطباق الأحكام والإجراءات مع القانون وإقامة الحد بين

---

[١] قرار محكمة استئناف كربلاء الاتحادية بصفتها التمييزية بالعدد (٢٧/كفالة/٢٠٠٧) في (٢٠٠٧/٧/١٥) منشور على شبكة الإنترنت على الرابط الآتي: https://www.hjc.iq/qview.650 تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٦/٢٩.

الخطأ والصواب ووضع مذهب واحد في التفسير منعًا من تضارب الآراء حول تأويل النص الواحد[١].

فلمحكمة التمييز أَهمية خاصة في القضاء إذ يرجع إلى قراراتها كافة المعنيون بالشؤون القانونية والقضائية من قضاة وأَساتذة في الجامعات ومحامين وحقوقيين وطلاب القانون والمعهد القضائي لما تحويه من آراء قانونية تعد ثروة قانونية لفهم نصوص القانون وتفسيرها باتجاه التطبيق السليم لها ولما تحتويه من اجتهادات في مختلف فروع القانون[٢].

إنَّ السبب وراء هذا الخلط الحاصل هي العبارات التي استعملها المشرِّع لصياغة المادة (١١٩) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية وهذا ما سنوضحه بشيء من التفصل في المطلب الثاني من هذا المبحث.

ويبنى على كل ما تقدم أَنَّ نص المادة (١١٩) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية بطبيعته الحالية هو نص إجرائي تنظيمي وليس عقابي وأَنَّ الكفيل المُخل بكفالته يجب إحالته بقرار من قاضي التحقيق أَو المحكمة الجزائية على محكمة الجنح بموجب قرار يسطر على الأَوراق (كتاب) وليس بقرار إحالة شبيه بقرار إحالة المتهم؛ لأَنَّ إخلال الكفيل بكفالته ليست بجريمة وإنَّ القرار الصادر ضده ليس بقرار إدانة ولا عقوبة وإنَّما هو إجراء تقوم به محكمة الجنح لاستحصال مبلغ الكفالة من الكفيل المُخل بكفالته الجزائية، إذ ليس من الصحيح أَنْ يُحال الكفيل لإجراء محاكمته وفق أَحكام المادة (١١٩) وإنَّما يجب أَنْ يُحال بموجب كتاب مسطر على الأَوراق وفقًا لأحكام المادة (١١٩) على محكمة الجنح لاستحصال مبلغ الكفالة منه وعلى محكمة الجنح معاملته كمُخل بالتزام مدني لا كمتهم و اتباع الإجراءات القانونية التي جاءت متسلسلة بموجب المادة المذكورة لاستحصال مبالغ الكفالة منه.

أَمّا عن موقف المشرِّع المصري من هذه المسألة فإنَّنا لم نجد نصًا قانونيًا يمكن الاستناد إليه في عد الكفيل المُخل بكفالة متهمًا، وبذلك يمكننا القول إنَّ مسؤوليته القانونية تدور ضمن المسؤولية المدنية.

---

[١] القاضي حسين سعدون عبد الرضا السواد، مصدر سابق، ص٤٥.

[٢] القاضي إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، بلا طبعة، الناشر شهاب أَحمد الحميد، مطبعة الحافظ، بغداد، ١٩٩٠،ص٥.

وعلى صعيد موقف التشريع الفلسطيني من الطبيعة القانونية لمسؤولية الكفيل عن الإخلال بكفالة الجزائية فعند تدقيق النظر في مواد قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني التي نظَّمت أَحكام الكفالة الجزائية فلم نجد ما يشير إلى إمكان اعتبار الكفيل المُخل بكفالته متهمًا بارتكاب فعلًا جرميًا وبالتالي عدم نهوض المسؤولية الجزائية طبقًا لمبدأ الشرعية الجنائية، إذ نجد أَنَّ مسؤولية الكفيل القانونية لا تخرج عن نطاق المسؤولية المدنية.

أَمّا عن موقف المشرِّع الأَردني من الطبيعة القانونية لمسؤولية الكفيل المُخل بكفالته الجزائية وبمراجعة جميع المواد القانونية التي تناولت موضوع الكفالة الجزائية ابتداءً من المادة (١٢١) وحتى المادة (١٢٩) من قانون أَصول المحاكمات الجزائية الأَردني رقم (٩) لسنة (١٩٦١) فلم نجد مادة قانونية واحدة ولا حتى فقرة عدّت الكفيل المُخل بكفالته متهمًا وإِنَّما عدَّه المشرِّع الأَردني مخلًا بالتزام قانوني، كذلك بالنسبة لقانون العقوبات الأَردني إذ جاء هو الآخر خاليًا من أَي نص يعد الكفيل المُخل بكفالته متهمًا[1]، إذ يمكننا القول بأَنَّه اتفقت التشريعات الجنائية محل الدراسة على عدّ الكفيل المُخل بالكفالة الجزائية أَنَّه مخلًا بالتزام قانوني وليس بمتهمًا بارتكاب فعل جرمي وبذلك يكون مسؤول مسؤولية مدنية وليس مسؤولية جزائية عن فعل الإِخلال.

[1] أَكرم زاده الكردي، مصدر سابق.

المطلب الثاني

أَسباب اختلاف تفسير الطبيعة القانونية لمسؤولية الكفيل المُخل بالكفالة الجزائية

إنَّ المشرِّع وحده هو من يمتلك سلطة تجريم الافعال أَي تحديد السلوكيات المعاقب عليها والمسماة بالجرائم، كذلك هو من يملك وحده سلطة تحديد الجزاءات التي توقع على مرتكبيها وتسمى بالعقوبات الأَمر الذي يترتب عليه -وطبقًا لمبدأ قانونية الجرائم والعقوبات- أَنَّه ليس للقاضي أَنْ يعد فعلًا ما من قبيل الافعال المجرمة ويعاقب عليه مهمًا كان الفعل منافيًا للآداب أَو المصلحة العامة إذا لم يكن منصوصًا عليه في قانون العقوبات؛ وذلك لأَنَّه ليس للقاضي وفقًا لهذا المبدأ أَنْ يخلق جرائم ولا أَنْ يبتكر عقوبات[١].

إنّ العمل القضائي يعد من أَهم الوظائف التي يمارسها الإنسان بتفاخر وعلو الذي يجب أَنْ يتصف بصفات مثلى؛ إذ يأخذ على عاتقه إقرار مبدأ إحقاق الحق وإنصاف المظلوم وعدم إنكار العدالة مستهدفًا بقرارته إعادة الحق إلى أَصحابه وفقًا لمبادئ العدل والإنصاف[٢].

غير أَنَّ دور القاضي ليس دائمًا بهذه السهولة إذ تواجهه مصاعب كثيرة وإحدى هذه المصاعب التي تؤدي إلى تعثر العملية القضائية هي عندما يكون النص غامض المعنى فلا بُدَّ للقاضي في هذه الحالة من أَنْ يستجلي هذا الغموض ليكون الحكم الذي يصدر موافقًا لقصد المشرِّع وهذه هي مشكلة المادة (١١٩) الخاصة بكيفية اتخاذ الإجراءات القانونية بحق الكفيل المُخل بكفالته الجزائية، فالخلط الحاصل في فهم المادة المذكورة ما هو إلّا نتيجة الإبهام والغموض الذي اكتنف نص هذه المادة بسبب ورود بعض الأَلفاظ مثل مصطلح الإحالة ومصطلح المصادرة ومصطلح الحبس التي وردت فيها مّما أَدى كما أَوضحنا سابقًا إلى ظهور اتجاهين مختلفين في تفسيرها احدهما يرى أَنَّها مادة عقابية وأَنَّ الكفيل المُخل بكفالته يجب أَنْ يُعامل كأي متهم بارتكاب فعل

---

[١] د.علي حسين الخلف و د. سلطان عبد القادر الشاوي، مصدر سابق، ص٣٠.

[٢] د. فهمي محمود شكري، موسوعة القضاء البريطاني، الطبعة الأُولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، المكتبة القانونية، بغداد، ١٩٨٨، ص٧.

جرمي أَمّا الاتجاه الآخر يرى أَنَّ مسؤولية الكفيل ما هي إلّا مسؤولية مدنية بحتة تخضع لقواعد القانون المدني[١].

إنَّ الوسيلة اللغوية هي الخطوة الأُولى التي يجب البدء منها عند التفسير والمفروض إنَّ لكل لفظ وارد في النص قانوني ضرورة حتمية ولا يجوز عدَّه نافلة من القول فمن المعلوم أَنَّ المشرِّع منزَّه عن اللغو، وبذلك لا يجوز أَنْ يهدر المفسر المعنى المستخلص من صريح عبارات النص زعمًا بأَنَّ ذلك أَقرب إلى العدالة أَو ادَّعى لتحقيق المصلحة؛ لأَنَّ تغيير معنى النص يعد وضعًا لقانون وليس تفسيرًا له وإذا كان النص يتضمن عبارات ذات معنى اصطلاحي فيجب التقييد بهذا المعنى حتى لو خالف المعنى الدارج لهذه العبارات[٢].

والمتأمّل في نص المادة المذكورة يجد أَنَّ المشرِّع قد أَورد نصًا يُثير الحيرة والالتباس أَثناء التطبيق[٣]، فالخلط الحاصل في فهم وتطبيق المادة (١١٩) نتج من ألفاظ ألفاظ وردت فيها أَبهمتها وتسببت في إعطاء أَكثر من تفسير لها، وهذا ما سنوضحه على وفق التفصيل الآتي:

أَوّلًا/ مصطلح الإِحالة:

لعل من أَهم الأَسباب التي أَدت إلى الاختلاف في تفسير الطبيعة القانونية لمسؤولية الكفيل المُخل بالكفالة الجزائية هو ورود مصطلح الإِحالة في نص المادة (١١٩) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية، إذ جاء فيها "إذا أَخل المتهم بتعهده أَو الكفيل بكفالته فيحال على محكمة الجنح بقرار من قاضي التحقيق أَو المحكمة الجزائية لتحصيل المبلغ مّمن أَخل بالتزامه..."؛ وذلك لأَنَّ هذا المصطلح ورد في قرارات قاضي التحقيق التي يتخذها بعد اكتمال التحقيق وفقًا لأَحكام الفقرة (ب) من المادة (١٣٠) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية التي نصَّت على أَنَّه "إذا كان الفعل معاقبًا عليه ووجد القاضي أَنَّ الأَدلة تكفي لمحاكمة المتهم فيصدر قرارًا بإحالته على المحكمة المختصَّة، أَمّا إذا كانت الأَدلة لا تكفي لإِحالتهُ فيصدر قرارًا بالإِفراج عنه وغلق الدعوى مؤقتًا مع بيان أَسباب ذلك" فقرار الإِحالة إجراء يختص بالمتهم المسند إليه ارتكاب فعل جرمي معاقب عليه

---

[١] سامي سليمان فقي، مصدر سابق، ص٩٠.

[٢] د. علي حسين الخلف، و د. سلطان عبد القادر الشاوي، مصدر سابق، ص٤٤.

[٣] محمد عبد جازع، مصدر سابق، ص٨٣.

قانونًا، وقرار الإحالة هو القرار الناقل للدعوى الجزائية من مرحلة التحقيق إلى مرحلة المحاكمة ويشترط لصدوره أَنْ يكون الفعل المنسوب إلى المتهم أَنْ يُشكل جريمة يعاقب عليها القانون وأَنْ تكون الأَدلة المتوافرة ضده كافية لإحالة للمحاكمة عن هذه الجريمة[١].

و يكفي لإحالة المتهم إلى المحاكمة أَنْ تكون هناك أَدلة تحمل الظن على ارتكاب هذا المتهم لهذه الجريمة، فالظاهر في العرف القضائي الجنائي أَنَّ لفظ (الإحالة) يُستعمل لتقرير مصير الدعوى الجزائية ونقلها إلى مرحلة المحاكمة.

وفي إطار المادة (١١٩) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية فإنَّ عبارة "يُحال الكفيل على محكمة الجنح" التي جاءت في نصها توحي للوهلة الأُولى بأَنَّ الكفيل المُخل بكفالته هو متهم وبالتالي ينظم بحقه قرار إحالة من قبل قاضي التحقيق، وبعد ذلك يحيله على محكمة الجنح كما يُحيل المتهم الذي ارتكب جنحة ما غير إنَّنا لو بحثنا في نصوص القانون المدني سنجد بأَنَّ المحل في الكفالة الجزائية هو ذاته في عقد الكفالة بالنفس الذي يتمثل في إحضار المكفول، وبذلك نرى أَنَّ التزام الكفيل هو التزام ذو طابع مدني بحت خالي من العنصر الجزائي وعليه لا يجوز تسمية الكفيل المُخل بكفالته متهمًا وبذلك لا تنطبق عليه أَحكام الفقرة (ب) من المادة (١٣٠) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية فهو لا يعدو أَكثر من كونه مدينًا بالتزام مدني و أَنَّ الإخلال بالالتزام المدني يترتب عليه التعويض ويدور معه وجودًا وعدمًا وبذلك فإنَّ التعويض في الكفالة الجزائية هو دفع مبلغ الكفالة كله أَو بعضه بحسب درجة الإخلال[٢].

لذلك فإنَّ مصطلح (الإحالة) الواردة في نص المادة (١١٩) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية "لم يكن المقصود منه تنظيم قرار إحالة من قبل قاضي التحقيق وفق هذه المادة واستنادًا إلى أَحكام الفقرة (ب) من المادة (١٣٠) الأُصولية لإجراء محاكمته بدعوى موجزة أَو غير موجزة وإنَّما كان المقصود منه إيداع أَمر المُخل لدى محكمة الجنح المختصَّة لمعالجته معالجة قانونية سليمة"[٣]، ومن جانبنا نُرجح هذا الرأي.

---

[١] القاضي حسين سعدون عبد الرضا السواد، مصدر سابق، ص٥٢.

[٢] القاضي محمد عبد جازع، مصدر سابق، ص٨٣-٨٤.

[٣] القاضي سامي سليمان فقي، مصدر سابق، ص٩٤.

ثانيًا/ مصطلح الحبس:

نصَّت الفقرة (ب) من المادة (١١٩) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية "إذا لم يكف الثمن المُتحصل من بيع الأَموال لسداد المبلغ أَو إذا لم توجد أَموال يجوز حجزها أَو إذا امتنع من صدر القرار بتحصيل المبلغ منه عن بيان تسوية مقبولة فللمحكمة أَنْ تُقرر حبسه مدة لا تتجاوز ستة أَشهر".

إنَّ الحبس المشار إليه في المادة (١١٩) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية ما هو إلّا حبس إكراهي[١] يختلف عن الحبس العقابي الوارد في المادتين (٨٨ و٨٩) من قانون العقوبات[٢].

لما كان مبلغ الكفالة هو وسيلة ضمان لإجبار الكفيل على إحضار المتهم أَمام الجهة المختصة، ولما كان الحبس الإكراهي على الرغم من أَنَّه مانعًا من الحرية إلّا أَنَّه ليس بعقوبة وإنّما هو وسيلة لإجبار الكفيل على دفع مبلغ الكفالة، لذلك لا يجوز للمحكمة أَنْ تتخذ قرارًا بحبس الكفيل لمجرد عدم إحضار مكفوله أَمام الجهة المختصة، أَي أَنَّ الحبس هنا معلق على شرط عدم دفع مبلغ الكفالة الذي حددته المحكمة مصدرة قرار إخلاء السبيل بالكفالة وكذلك عدم وجود أَموال لدى الكفيل يجوز الحجز عليها وبيعها، وبما أَنَّ هذا الحبس هو ليس بعقوبة وانما هو وسيلة ضغط على الكفيل لذلك فإذا أَبدى الكفيل بعد حبسه استعداده لدفع المبلغ المترتب بذمته فأَنَّه يتم إسقاط الحبس عنه، لذلك فإنَّ حبس الكفيل لمدة ستة أَشهر أَو أَقل وفقًا لأَحكام المادة (١١٩) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية ليس عقوبة تفرض على الكفيل المُخل وإنَّما هو وسيله لإجباره على تسديد المبلغ أَو إظهار أَمواله القابلة للحجز أَو على الأَقل تقديم تسوية مقبولة لذا فإنَّ منطق العدالة يقضي بإنهاء حبسه متى تمكن من أَحد الحلول الثلاثة المتقدمة، ومّما يُعزز الرأي المذكور بأَنَّ هذا الحبس ليس عقوبة هو أَنَّ المشرِّع جعل هذا الحبس جوازيًا فرضه للمحكمة ولم يجعله وجوبيًا، في حين إنَّ توقيع العقوبة على المُجرم المدان ضمن الحدود القانونية للعقوبة لا مناص أَمام المحكمة في عدم فرضها وهذا يدل

---

[١] تنظر المواد من (٤٠-٤٩) من قانون التنفيذ رقم (٤٥) لسنة (١٩٨٠) المعدل.

[٢] تنظر المادتان (٨٨) و (٨٩) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة (١٩٦٩) المعدل.

على أَنَّ الحبس الوارد في المادة (١١٩) الأُصولية هو للضغط على الكفيل؛ لإجباره على دفع مبلغ الكفالة[١].

ثالثًا/ مصطلح المصادرة:

نصَّت الفقرة (ج) من المادة (١١٩) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية على أَنَّه "يُصادر المبلغ المحجوز أَو المُحصل ويقيد إيرادًا للخزينة" كذلك جاء في الفقرة (د) من المادة نفسها أَنَّه "إذا لم يُصادر المبلغ المودع بسبب عدم الإخلال بالتعهد أَو الكفالة فيُرد إلى صاحبه بعد اكتساب القرار ببراءة المتهم أَو عدم مسؤوليته أَو الإفراج أَو رفض الشكوى عنه درجة البتات"، و جاء في قرار تمييزي لمحكمة التمييز الاتحادية بالعدد (٩٠٥/ت/ج) في (١٩٨٥/٦/٢٤) أَنَّه "لا يجوز للمحكمة مصادرة مبلغ الكفالة دون أَنْ تتخذ أَي قرار أَو إجراء بحق الكفيل وفق أَحكام المادة (١١٩) الأُصولية".

---

[١] القاضي حسين سعدون عبد الرضا السواد، مصدر سابق، ص٥٤، كذلك ينظر قرار محكمة استئناف البصرة الاتحادية بصفتها التمييزية بالعدد (١٨٣/ت/ج/٢٠١٦) في (٢٠١٦/١١/٧) والذي جاء فيه "أَصدرت محكمة جنح الزبير قرارًا يقضي بالحكم على الكفيل المُخل (ص) بتغريمه مبلغ الكفالة البالغ خمسة ملايين دينار تُدفع دفعة واحدة لخزينة الدولة...وفي حالة عدم الدفع حبسه حبسًا بسيطًا لمدة ستة أَشهر وصدر القرار استنادًا لأحكام المادة (١١٩) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية...لدى التدقيق والمداولة...وجد أَنَّ القرار غير صحيح ومخالف للقانون؛ ذلك لأَنَّ المحكمة – محكمة جنح الزبير - لم تُراعِ أَنَّ نص المادة (١١٩) الأُصولية جاء كنص تنظيمي وليس نص عقابي الأَمر الذي يوجب اتباع الإجراءات القانونية الواردة في هذا النص لاستحصال مبلغ الكفالة ولا يجوز الحكم بالحبس كعقوبة بديلة في حالة عدم الدفع إذ لا توجد جريمة أَساسًا حتى يُصار إلى فرض العقوبة، وخير ما يستدل به على ذلك النص ذاته فقد ورد لفظ الحبس جوازيًا بالقول "...فللمحكمة أَنْ تُقرر حبسه..." والعقوبات إذا تحقق سببها لزم فرضها ولا تخيير في وجوب ايقاعها، وبذلك يعد الحبس المشار إليه في حبسًا تنفيذيا يهدف إلى إجبار المدين على إظهار أَمواله لاستيفاء مبلغ الكفالة منها وتأسيسًا على ذلك لا يسقط المبلغ بقضاء الكفيل مدة الحبس بل تبقى ذمته مشغولة به وأَمواله ضامنة للوفاء بهذا المبلغ... لذلك كان على المحكمة بعد أَنْ قررت تحصيل مبلغ الكفالة كله أَنْ تلجأ إلى تحصيله بالطريق الذي رسمه القانون في نص المادة (١١٩) الأُصولية ولا يجوز اتخاذ القرار بحبس الكفيل إلّا إذا تحققت الفقرة (ب) من المادة المذكورة اعلاه وحيث أَنّ المحكمة لم تُراع ذلك في قرارها المميز، عليه قرر نقضه وإعادة أَوراق الدعوى إلى محكمتها لاتباع ما تقدم...".

إنَّ استعمال مصطلح المصادرة في المواد القانونية التي نظَّمت أَحكام الكفالة الجزائية أَربك بعض المفسرين من قضاة وفقهاء قانون في تحديد الطبيعة القانونية لمسؤولية الكفيل المُخل بالكفالة الجزائية التي نظمت أَحكامها المادة (١١٩) الأُصولية، لأَنَّ المصادرة وكما هو معلوم هي عقوبة تكميلية، أي أَنَّها تفترض وجود جريمة، إذ نص قانون العقوبات العراقي على أَنَّه "فيما عدا الأَحوال التي يوجب القانون فيها الحكم بالمصادرة يجوز للمحكمة عند الحكم بالإِدانة في جناية أَو جنحة أَنْ تحكم بمصادرة الأَشياء المضبوطة التي تحصلت من الجريمة أَو التي استعملت في ارتكابها أَو التي كانت مُعدَّة لاستعمالها فيها، وهذا كله بدون الإِخلال بحقوق الغير حسن النية..."[١].

و المصادرة تعني هي أَنْ تستملك الحكومة الأَشياء المُتحصلة من الجريمة والآلات والأَدوات التي استعملت أَو التي كان من شأنها أَنْ تُستعمل فيها، والمصادرة هي إجراء يتمثل في إضافة مال الجاني إلى ملك الدولة دون مقابل لهذا الاستملاك، وقد تأتي المصادرة عقوبة أَو تدبيرًا احترازيًا أَو تعويضًا، فمن جانب كونها عقوبة أَي أَنَّها تتضمن التكفير عن الذنب وتقويم المُجرم وردع الآخرين، أَمّا من جانب كونها تدبيرًا فهي تهدف إلى حماية المجتمع من الأَشياء الضارة ولا تتضمن المصادرة معنى الجزاء[٢].

ونعتقد أَنَّه كان بإمكان المشرِّع العراقي التخلص من هذا الالتباس باستعمال مصطلح (يُقيَّد) بدلًا من مصطلح (المصادرة) كما فعلها في نص الفقرة (ب) من المادة (٣٢٧) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية التي جاء فيها أَنَّه "إذا ثبت إخلال الشخص المذكور بتعهده استنادًا إلى حكم بات صادر عليه فيُحَصَّل مبلغ التعهد والضمان منه ومن كفيله وفق قانون التنفيذ بناءً على مذكرة يقدمها القاضي إلى المنفذ العدل ويقيد هذا المبلغ أَو مبلغ الضمان المدفوع نقدًا إيرادًا للخزينة"، لذلك ندعو المشرِّع العراقي إلى تعديل الفقرتين (ج) و(د) من المادة (١١٩) لتُقرأ هذه الفقرتين بالشكل الآتي:

ج- يُقيَّد المبلغ المحجوز أَو المُحصل إيرادًا للخزينة.

---

[١] المادة (١٠١) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩المعدل.

[٢] القاضي حسين سعدون عبد الرضا السواد، مصدر سابق، ص٥٥.

د- في حالة عدم الإخلال بالتعهد أو الكفالة فيُرد المبلغ المودع إلى صاحبه بعد اكتساب القرار ببراءة المتهم أو عدم مسؤوليته أو الإفراج أو رفض الشكوى عنه درجة البتات.

رابعًا/ تشابه الشرط الجزائي الوارد في المادة (١١٩) مع الغرامة:

من المعلوم أنَّ الشرط الجزائي هو اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص معين بالقيام بعمل معين وفي حالة إخلاله بذلك الالتزام يكون مُلزمًا بدفع مبلغ معين من النقود بوصفه جزاءً له على ذلك الإخلال، فالشرط الجزائي هو اتفاق سابق في تقدير مبلغ التعويض فهو تقدير اتفاقي للتعويض يتم الاتفاق عليه قبل وقوع الإخلال.

و من الثابت أنَّ الغرامة تختلف عن الشرط الجزائي الذي قد ينص عليه في أي عقد الذي يحدد فيه مقدمًا مقدار التعويض الذي يُستحق في حالة عدم تنفيذ الالتزام المنصوص عليه في ذلك العقد، فإنَّ عدم تنفيذ العقد الذي يجعل الشرط الجزائي مستحقًا لا يشكل في العادةً جريمة ما لاسيّما وأنَّ الكفالة لا تنتج عن اتفاق رضائي كالشرط الجزائي بل تُقَرَّر بمقتضى قانون ما[١]، لذلك يُمكن اجمال خصائص الشرط الجزائي في ثلاث صفات لتمييزه عن الغرامة، وهي كما يأتي:

١- الشرط الجزائي التزام تبعي: إنَّ هذه الصفة تفرضها الغاية أو الهدف الذي دفع المتعاقدين إلى إدراج شرط جزائي في العقد، فالغاية من هذا الشرط هو حمل المتعاقد أو إجباره على تنفيذ التزامه وإخطاره مقدمًا بأنَّه إذا ما أخل بتنفيذ التزامه فسيكون مُعرضًا لدفع المبلغ المتفق عليه بموجب العقد، فالشرط الجزائي لا يُقصد لذاتهُ وبعبارة أصح لا يُعدُّ الشرط الجزائي محلًا للالتزام الأصلّي بل هو مجرد تعويض يقدر سلفًا[٢].

٢- الشرط الجزائي تعويض اتفاقي: كما أوضحنا سابقا أنَّ الشرط الجزائي يقدر مبلغه مقدمًا قبل أن يحين أوآن دفعه.

٣- الشرط الجزائي تعويض جزافي: ذلك لأنَّ مبلغ الشرط الجزائي قد قُدر مقدمًا قبل وقوع الضرر وكان مقداره معروفًا، إلّا أنَّ المشرِّع قد أعطى للقاضي التدخل لتعديل مقدار الشرط الجزائي وفقًا لظروف كل حالة.

---

[١] القاضي سامي سليمان فقي، مصدر سابق، ص٩٧.

[٢] القاضي حسين سعدون عبد الرضا السواد، مصدر سابق، ص٥٦.

الـخـاتـمـة

بعد إكمال دراسة موضوع (المسؤولية القانونية عن الإخلال بالكفالة الجزائية "دراسة مقارنة")، وعرض المواد القانونية المتعلقة به توصل الباحث إلى جملة من الاستنتاجات والمقترحات، ومنها ما يأتي:

أَوّلًا/ الاستنتاجات:

١- لقد خلا قانون أُصول المحاكمات الجزائية العراقي، وكذلك القوانين المقارنة من تعريف الكفالة الجزائية، الأمر الذي أَضطر القضاء العراقي للرجوع إلى القواعد العامة للكفالة بالنفس الواردة في القانون المدني.

٢- استعملت التشريعات الجنائية محل الدراسة اصطلاحات مختلفة عندما أَرادت أَنهاء توقيف المتهم، إذ استعمل المشرعين المصري والفلسطيني مصطلح، الإفراج في حين استعمل المشرِّع الأَردني عبارة تخلية السبيل، أَما المشرِّع العراقي، فلم يكن مختلفًا عن هذه التشريعات فحسب بل ذهب إلى ابعد منها في هذا المجال، إذ استعمل اصطلاحات مختلفة في مواد قانونه الواحد فتارة يستعمل مصطلح إطلاق السراح، وتارةً أُخرى يستعمل مصطلح إخلاء السبيل.

٣- على الرغم من أَنَّ نظام الكفالة الجزائية هو نظام بديل لإجراء التوقيف، إلّا أَنَّ التشريعات الجنائية المقارنة أَوجدت إجراءات، أَو أَنظمة بديلة لهذا النظام أَيضًا جاءت من باب التخفيف على كاهل المتهم الذي لا يستطيع دفع مبلغ الكفالة نقدًا، أَو قد لا يستطيع إيجاد كفيلًا ضامنًا، إلَّا أَنَّه قد خلا قانون أُصول المحاكمات الجزائية العراقي من هذه البدائل.

٤- لا يوجد في قانون الإجراءات الجنائية المصري ولا في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني نص صريح يمنع من الإفراج بالكفالة عن من أُسندت إليه جريمة جنائية معاقب عليها بالإعدام.

٥- حصر المشرِّع العراقي صلاحية النظر في مسألة الإخلال بالكفالة بمحكمة الجنح فقط، على عكس القوانين المقارنة؛ إذ أَناطت مسألة النظر في حالات الإخلال بالكفالة إلى محاكم مختلفة وهي المحكمة التي وقع إمامها الإخلال.

٦- اتفقت التشريعات الجنائية محل الدراسة عدا المشرِّع المصري على تبرأة ذمة الكفيل (تركته) عند وفاته وسقوط ما تبقى بذمته من دين، إذ نص عليها صراحةً كل من المشرِّع العراقي

والفلسطيني والأردني، أمّا قانون الإجراءات الجنائية المصري فلم يتطرق إلى حكم هذه الحالة.

٧- اتفقت التشريعات الجنائية محل الدراسة عدا المشرِّع المصري على جواز تقديم طلب من قبل الكفيل لإعفائه من الكفالة، فقد نص كل من المشرِّع العراقي والفلسطيني والأردني صراحة على إعطاء هذا الحق للكفيل، أما المشرِّع المصري فلم ينص عليه.

٨- انفرد المشرِّع العراقي بمعالجة الحالة التي يكون فيها الكفيل غير قادر على دفع مبلغ الكفالة دفعة واحدة عن طريق السماح له بتسديد المبلغ على شكل دفعات، كذلك تميز بمعالجة حالة امتناع الكفيل المُخل عن دفع مبلغ الكفالة من خلال حجز أمواله وبيعها وفقًا لقانون التنفيذ.

٩- انفرد المشرِّع المصري بتضمين الكفيل مبلغ الغرامات المالية التي قد يحكم بها على المتهم وكذلك المصاريف التي صرفتها الحكومة.

١٠- انفرد المشرِّع الفلسطيني بإيراد نص صريح في جواز الإفراج بالكفالة عن المتهم المُدان أو المحكوم في حالة الطعن بالحكم الصادر بحقه.

١١- انفرد المشرِّع الأردني بخصوص مسألة إعفاء الكفيل المُخل بالكفالة الجزائية من دفع مبلغ الكفالة أو مصادرته بإعطائه فرصة أُخرى للتخلص من دفع هذا المبلغ أُو مصادرته في حالة ما إذا حضر المتهم بنفسه أو أحضره الكفيل قبل صدور الحكم في القضية أو خلال ثلاثة أشهر من تاريخ صدور قرار الدفع أو المصادرة.

١٢- تخبّط القضاء العراقي في العديد من قراراته بخصوص الطبيعة القانونية لمسؤولية الكفيل المُخل.

١٣- اتفقت التشريعات الجنائية على عدم عدّ الكفيل المُخل بالكفالة الجزائية متهمًا وإنَّما مخلًا بالتزام مدني، فقد عدّ مبلغ الكفالة من قبيل الالتزامات المدنية وليس من قبيل العقوبات كالغرامة.

ثانيًا/ المقترحات:

١- ندعو المشرِّع العراقي إلى استعمال مصطلح موحد في تنظيم أحكام إخلاء السبيل، فقد سبق أنْ أشرنا إليه أنَّه استعمل اصطلاحات مختلفة عند تنظيمه لموضوع إخلاء سبيل المتهم، إذ استعمل مصطلح إطلاق السراح في بعض المواد، في حين استعمل مصطلح إخلاء السبيل في مواد أُخرى.

٢- نقترح تعديل نصوص مواد قانون أُصول المحاكمات الجزائية العراقي التي نظمت موضوع إخلاء السبيل على أنْ يكون إخلاء سبيل المتهم بالتعهد الشخصي مقصورًا على الجرائم

المعاقب عليها بالحبس مدة سنة فأقل أو الغرامة؛ لضعف ضمان هذا الإجراء في التأكد من حضور المتهم وعدم هروبه.

٣- نقترح تعديل نص الفقرة (ب) من المادة (١١٤) من قانون أُصول المحاكمات الجزائية العراقي وحصر صلاحية إخلاء سبيل المتهم بالقاضي فقط وعدم إعطاء المحقق أو المسؤول في مركز الشرطة هذه الصلاحية الأمر الذي يستتبعه إلغاء المادة (١١٢) من القانون نفسه؛ لأنَّ الحياة قد تطوّرت كثيرًا، وتنوعت وسائل التنقل والاتصال والوصول السريع إلى مركز دائرة القاضي.

٤- ندعو المشرِّع العراقي إلى ضرورة تحديد مدة زمنية يجب فيها الفصل في طلب إخلاء السبيل وذلك عن طريق التعديل بإضافة فقرة (ثانية) إلى نص المادة (١١٥) الأُصولية يحدد فيها المدة التي يجب خلالها الفصل في طلب إخلاء السبيل، إذ نقترح تعديلها كالآتي:

أ- متى قدم التعهد أو الكفالة أو المبلغ النقدي أُخلي سبيل المتهم في الحال ما لم يكن موقوفًا عن جريمة أُخرى.

ب- يجب البت في طلب إخلاء السبيل في مدة أقصاها ثلاثة أيام، تبدأ من اليوم التالي لتقديم الطلب.

٥- ندعو المشرِّع العراقي إلى توسيع دائرة المنع من إخلاء السبيل وعدم اقصارها بشكل أساس على الجرائم المعاقب عليها بالإعدام، إذ هناك بعض الجرائم الخطرة وإنْ لم يكن معاقب عليها بالإعدام نرى من الضروري عدم إخلاء سبيل المتهم فيها وعلى حد أدنى هي الجرائم المعاقب عليها بالسجن مدى الحياة أو السجن المؤبد؛ إذ إنَّ احتمالية هروب المتهم بمثل هذه الجرائم واردة جدًا، كذلك يجب التشدُّد وعدم إخلاء سبيل المتهم في الجرائم الواقعة على الأموال إلّا بعد إرجاعها.

٦- نسترعي انتباه المشرِّع العراقي إلى ضرورة تحديد الطبيعة القانونية لمسؤولية الكفيل المُخل بالكفالة الجزائية عن طريق تعديل نص المادة (١١٩) الأُصولية وإزالة الإبهام والغموض الذي اكتنف نصها؛ بسبب استعماله فيها عبارات غير واضحة أدت إلى اختلاف وجهات النظر وتباين الاتجاهات القضائية في تحديد هذه الطبيعة.

٧- لم يعالج المشرِّع العراقي حكم حالة هروب الكفيل وقد يكون بالاتفاق والتواطؤ مع المتهم وإنَّ هذه الاحتمالية واردة وليست بمستحيلة، وبذلك هروب المتهم من العقاب وضياع حقوق الآخرين، الأمر الذي دفعنا إلى أنْ نقترح على مشرعنا العراقي ضرورة فرض عقوبة جزائية مقيدة للحرية على الكفيل عند ثبوت هذه الحالة لا تقل عن عقوبة الجريمة المطلوب عنها المتهم.

٨- ندعو المشرِّع العراقي إلى ضرورة وضع حد أدنى لمبلغ الكفالة الجزائية على أساس نوع الجريمة وجسامتها فيما يتعلق بالجرائم الواقعة على الأشخاص، أما الجرائم الواقعة على الأموال نقترح أَنْ يُحددها المشرِّع بحد أدنى لا يقل عن ضعف الأموال التي وقعت عليها الجريمة.

٩- ندعو المشرِّع إلى تعديل نص المادة (١١٩) الأُصولية وجعله نصًا عقابيًا ليكون رادعًا حقيقيًا للقضاء على محاولات التواطؤ التي قد تحصل بين الكفيل والمتهم للهروب من العقاب وبذلك ضياع حقوق الآخرين.

١٠- نسترعي انتباه كل من المشرعين المصري والفلسطيني إلى ضرورة النص الصريح على عدم جواز الإفراج عن المتهم بجريمة معاقب عليها بالإعدام، على الرغم من أَنَّ ما درج عليه كل من القضاء المصري والفلسطيني هو عدم إخلاء سبيل من أُسندت إليه جريمةٌ معاقب عليها بالإعدام؛ لأَنَّ القوانين الإجرائية، وكذلك الأعراف القانونية والقضائية دائمًا ما تشترط أَنْ يكون إخلاء سبيل المتهم لا يؤثر على سير الدعوى الجزائية، ومّما لا شك فيه أَنَّ إخلاء سبيل المتهم في مثل هذه الدعاوى يؤثر حتمًا على سيرها، فقد استعمل القضاء المقارن هذه القاعدة غطاءً شرعيًا لعدم إخلاء سبيل من أُسندت إليه جريمة معاقب عليها بالإعدام.

المصادر والمراجع

***القران الكريم.**

أَوّلًا/ المعجمات اللغوية:

١- د. أَحمد مختار عبد الحميد، معجم اللغة العربية المعاصرة، الجزء الثالث، الطبعة الأُولى، عالم الكتب، ٢٠٠٨.
٢- جمال الدين ابن منظور الأَفريقي، لسان العرب، الجزء الثالث عشر، بلا طبعة، دار المعارف، القاهرة، بلا سنة.
٣- محمد بن أَبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، بلا طبعة، دار الرسالة، الكويت، ١٩٨٣.

ثانيًا/ الكتب:

١ - القاضي إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، بلا طبعة، الناشر شهاب أَحمد الحميد، مطبعة الحافظ، بغداد، ١٩٩٠.
٢ - أَبو بكر برهان حمه، أَحكام الكفالة في القانون العراقي (المدنية والتجارية والجزائية)، الطبعة الثانية، مكتبة يادكار، ٢٠٢٠.
٣ - أَحمد المهدي و أَشرف الشافعي، الحبس الاحتياطي والإجراءات المترتبة عليه، الطبعة الأُولى، دار العدالة، القاهرة، ٢٠٠٥.
٤ - أَحمد المهدي، شروط الإفراج عن المتهم وأَحكام الكفالة والإجراءات الخاصة بهما، الطبعة الأُولى، دار العدالة، القاهرة، ٢٠٠٥.
٥ - د. أَحمد عبد العزيز الالفي، شرح قانون العقوبات الليبي (القسم العام)، الطبعة الاولى، ١٩٦٩.
٦ - د. أَحمد محمد اسماعيل برج، الكفالة بالمال وأَثرها في الفقه الإسلامي، بلا طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٤.
٧ - د. إدريس عبدالجواد عبدالله بريك، الحبس الاحتياطي وحماية الحرية الفردية في ضوء آخر تعديلات قوانين الإجراءات الجنائية (دراسة مقارنة)، بلا طبعة، دار الجامعة الجديدة، بلا سنة.

٨ - د. بشير سعد زغلول، القواعد القانونية للحبس الاحتياطي وبدائله، بلا طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠.

٩ - د. جاسم العبودي، التجريم والعقاب، بلا طبعة، دار الحكمة، بغداد، ١٩٩٠.

١٠ - د. جمال إبراهيم الحيدري، شرح أحكام القسم الخاص من قانون العقوبات، الطبعة الأُولى، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٤.

١١ - جمعه سعدون الربيعي، المرشد إلى الدعوى الجزائية وتطبيقاتها، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، ٢٠١٠.

١٢ - د. حسن علي ذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، بلا طبعة، شركة التايمز للطباعة، بغداد، بلا سنة.

١٣ - القاضي حسين صالح إبراهيم، المبادئ القانونية في قضاء محكمة استئناف دهوك بصفتها التمييزية،الطبعة الأُلى، مطبعة هاوار، ٢٠١٣.

١٤ - د. راقية عبد الجبار علي، التأمين والكفالة في القانون البحريني والقوانين العربية، الطبعة الأُولى، البحرين، ٢٠١٢.

١٥ - د. سامي النصراوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، بلا طبعة، مطبعة دار السلام، بغداد، ١٩٧٦.

١٦ - د. سامي النصراوي، دراسة في قانون أُصول المحاكمات الجزائية، بلا طبعة، مطبعة الجامعة المستنصرية، ١٩٧٦.

١٧ - القاضي سامي سليمان فقي، الكفيل في الدعوى الجزائية، الطبعة الأُولى، مطبعة شهاب، أَربيل، ٢٠١٠.

١٨ - د. سعد حسب الله عبدالله، شرح قانون أُصول المحاكمات الجزائية العراقي، بلا طبعة، ابن الأَثير للطباعة والنشر، الموصل، ٢٠٠٥.

١٩ - د. سليم إبراهيم حربة، و د. عبد الأَمير العكيلي، شرح قانون أُصول المحاكمات الجزائية ، الجزء الأَوّل، بلا طبعة، العاتق لصناعة الكتب، بلا سنة.

٢٠ القاضي عبد الله علي الشرفاني، الموجز في التطبيقات الجنائية، بلا طبعة، مؤسسة o.p.l.c للطباعة والنشر، ٢٠٠٦.

٢١ - د. عبد الأَمير العكيلي، أُصول الإجراءات الجنائية في قانون أُصول المحاكمات الجزائية، الطبعة الأُولى، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٥.

٢٢ – د. عبد الأَمير العكيلي، ابحاث في إجراءات التحري وجمع الادلة والتحقيق، الطبعة الاولى، مطبعة المعارف، بغداد، بلا سنة.

٢٣ - د. عبد الودود يحيى، عقد الكفالة، بلا طبعة، القاهرة، ١٩٦٠.

٢٤ - القاضي عثمان ياسين علي المبادئ والتطبيقات القضائية، بلا طبعة، مطبعة روز هلات، أربيل، ٢٠١٣.

٢٥ - د. عدنان إبراهيم السرحان، العقود المسماة، الطبعة الأُولى، مكتبة دار الثقافة، عمان، ١٩٩٦.

٢٦ - د. عدنان إبراهيم السرحان، د. نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، الطبعة الأُولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨.

٢٧ - د. عدنان إبراهيم السرحان، شرح القانون المدني العقود المسماة المقاولة والوكالة والكفالة، بلا طبعة، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٩.

٢٨ - د. على حسين الخلف، و د. سلطان عبد القادر الشاوي المبادئ العامة في قانون العقوبات، بلا طبعة، العاتق لصناعة الكتاب، المكتبة القانوني، بغداد، بلا سنة.

٢٩ - د. عمر واصف الشريف، التوقيف الاحتياطي (دراسة مقارنة)، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ، ٢٠١٠.

٣٠ - د. عمر واصف الشريف، النظرية العامة في التوقيف الاحتياطي، الطبعة الأُولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، بلا سنة.

٣١ - د. عوض محمد عوض، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، بلا طبعة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٩٩.

٣٢ - د. فهمي محمود شكري، موسوعة القضاء البريطاني، الطبعة الأُولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، المكتبة القانونية، بغداد، ١٩٨٨.

٣٣ - فؤاد علي الراوي، توقيف المتهم في التشريع العراقي (دراسة مقارنة) الطبعة الأُولى، مطبعة أوفسيت عشتار، بغداد، ١٩٨٣.

٣٤ - د. قدري عبد الفتاح الشهاوي، أركان عقد الكفالة، بلا طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.

٣٥ - د. ماجد محمد ابو رخية، الآثار المترتبة على الكفالة المالية (دراسة مقارنة)، بلا طبعة، بلا سنة.

٣٦ - د. مجدي محمود محب الحافظ، الحبس الاحتياطي، الطبعة الأُولى، المركز القومي للإصدارات القانونية،٢٠٠٧.

٣٧ - د. محمد سعيد نمور، أُصول المحاكمات الجزائية، الطبعة الأُولى، دار الثقافة، ٢٠٠٥.

٣٨ - د. محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، بلا طبعة، مطبعة وزارة الاوقاف والشؤون الدينية، ١٩٧٩.

٣٩ – د. محمد ظاهر معروف، المبادئ الاولية في أُصول الاجراءات الجنائية، الجزء الاول، دار الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٧٢.

٤٠ - القاضي محمد عبد جازع، مسؤولية الكفيل في الدعوى الجزائية، بلا طبعة، مطبعة سيماء، بغداد، ٢٠١٦.

٤١ - د. محمد علي سالم عياد الحلبي، شرح قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني، بلا طبعة، مطبعة دار الفكر، ٢٠٠٢.

٤٢ - د. محمد علي عبده، عقد الكفالة (دراسة مقارنة)، الطبعة الأُولى، لبنان، ٢٠٠٥.

٤٣ - محمد محمود معطي و د. غسان رباح، الكفالة في ضوء الفقه والاجتهاد، الطبعة الأُولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٩.

٤٤ - د. مصطفى عبد الجواد حجازي، عقد الكفالة في القانون المدني، بلا طبعة، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٦.

ثالثًا/ الرسائل والأطاريح:

١- أجود علي غالب العزاوي، الكفالة في الشريعة والقانون(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية دار العلوم، قسم الشريعة الاسلامية، ١٩٧٢.

٢- أنور زاهر أبو حسن، الإفراج بالكفالة في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني(دراسة مقارنة)، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، فلسطين، ٢٠١٦.

٣- حسن صادق عبود آل حسوني، الكفالة في المواد الجزائية(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، معهد العلمين للدراسات العليا، العراق النجف، ٢٠١٧.

٤- سعاد توفيق سليمان أبو مشايخ، عقد الكفالة المدنية والآثار المترتبة عليه (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، ٢٠٠٦.

٥- عبد الرحمن ياسر الشراونة، التوقيف والحبس الاحتياطي في القانونين الفلسطيني والأردني، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا، كلية الحقوق، عمان، ٢٠٠٩.

٦- علي مهدي صالح الدفاعي، عقد الكفالة بالنفس(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة القادسية، كلية القانون، ٢٠١٦.

٧- محمد ناصر أحمد ولد علي، التوقيف (الحبس الاحتياطي) في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني، أطروحة دكتوراه، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، ٢٠٠٧.

٨- وسام محمد نصر، الإفراج بالكفالة في التشريع الفلسطيني(دراسة مقارنة) رسالة ماجستير، جامعة الأزهر، كلية الحقوق، غزة ٢٠١٠.

رابعًا/ البحوث القانونية:

١- إياد وحيد جبار، أحكام الكفالة الجزائية، بحث مُقدم إلى المعهد القضائي العراقي ٢٠١٤.
٢- حسين سعدون عبد الرضا السواد، أحكام الكفالة الجزائية، بحث مُقدم إلى المعهد القضائي العراقي، ٢٠١٥.
٣- حسين عباس سمين، أحكام التوقيف وإخلاء السبيل بالكفالة وفق قانون أُصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ المعدل، بحث مُقدم إلى المعهد القضائي العراقي، ٢٠١٣.
٤- رعد أدهم عبد الحميد، و د. نوزاد صديق سليمان، عقد الكفالة دراسة مقارنة في القانون والشريعة الإسلامية، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة صلاح الدين، العدد الخامس، المجلد الثاني، ٢٠١٣.
٥- سليمان سارة، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، بحث تخرج مُقدم إلى المعهد الوطني للقضاء، الجمهورية الجزائرية،٢٠٠٤.
٦- د. ضياء عبد الله عبود، العفو كسبب من أسباب انقضاء الدعوى الجزائية في قانون أُصول المحاكمات الجزائية العراقي النافذ، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء- كلية القانون، السنة الثالثة، العدد الثاني، ٢٠١١.
٧- القاضي عبد الله سلام بكر، الكفالة الجزائية، بحث مُقدم إلى المعهد القضائي العراقي، ٢٠١٦.

خامسًا/ المواقع الإلكترونية:

١- أكرم زادة الكردي، أحكام الكفالة الجزائية دراسة مقارنة بين قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي والأردني، بحث منشور على شبكة الإنترنت تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٣/٥ على الرابط الآتي:
https://portal.arid.my/ar-LY/Posts/Details/82d50cca-5121-44f8-b1e6-f1570e6a6476

٢- بيان صادر عن المكتب الاعلامي للمحكمة الاتحادية العليا، منشور على شبكة الانترنت تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٤/١٤ على الرابط الآتي:

/https://www.iraqfsc.iq/news.3880

٣- القاضي حيدر علي نوري، مقال منشور على شبكة الإنترنت تاريخ الزيارة ١٥ /٢٠٢١/٤ على الرابط الآتي:

/https://www.iraqfsc.iq/news.3991

٤- رائد أحمد محمد، موقف المشرِّع العراقي من عبء الإثبات في المواد الجنائية، مقال منشور على شبكة الإنترنت تاريخ الزيارة ٢/٣/ ٢٠٢١، على الرابط الآتي:
https://almerja.com/reading.php?i=7&ida=1296&id=973&idm=36835

٥- رعد فجر الراوي، الأسباب العامة لانقضاء الدعوى الجزائية بطرق استثنائية، مقال منشور على شبكة الإنترنت، تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٥/٧، على الرابط الآتي:

http://http//www.uoanbar.edu.iq

٦- القاضي سالم روضان الموسوي، هل يجوز توقيف الكفيل بموجب القوانين النافذة، مقال منشور في مجلة الحوار المتمدن الإلكترونية، بالعدد في ٢٠٠٦/٧/٢٤ تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٤/٨ على الرابط الآتي:

https://m.ahewar.org/s.asp?aid=70723&r=0

٧- قاسم الزهيري، و د. محمد سرحان الحمداني، المسؤولية الجنائية للكفيل بالنفس وفق القانون الجنائي العراقي، مقال منشور على شبكة الإنترنت تاريخ الزيارة ٤/٨/ ٢٠٢١ على الرابط الآتي:

٠&r=٦٨٩٠٦٤https://m.ahewar.org/s.asp?aid=

سادسًا/ الدساتير والإعلانات العالمية:

١- دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

٢- دستور مصر لسنة ٢٠١٤ المعدل بسنة ٢٠١٩.

٣- دستور المملكة الأردنية لسنة ١٩٥٢ المعدل بسنة ٢٠١٦.

٤- الاعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عام ١٩٤٨.

سابعًا/ القوانين والقرارات التشريعية:

١ - القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.
٢ - قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (١٥٠) لسنة ١٩٥٠.
٣ - القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.
٤ – قانون العقوبات الأردني رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠.
٥ - قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني رقم (٩) لسنة ١٩٦١.
٦ - قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩.
٧ - قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١.
٨ - قانون الادعاء العام العراقي رقم (١٥٩) لسنة ١٩٧٩ (المُلغى).
٩ - قانون التنفيذ العراقي قم (٤٥) لسنة ١٩٨٠.
١٠ - قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (١٦٣١) لسنة ١٩٨٠.
١١ - قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (١١٣٣) لسنة ١٩٨٢.
١٢ - قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (١٣) لسنة ١٩٩٢.
١٣ - قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (١٢٠) لسنة ١١٩٤.
١٤ - قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (١٠١) لسنة ١٩٩٩.
١٥ - قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم(٣) لسنة ٢٠٠١.
١٦ - قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني رقم (٣٢٨) لسنة ٢٠٠١.
١٧ - القانون المدني البحريني رقم (١٩) لسنة ٢٠٠١.
١٨ - قانون رسوم المحاكم الفلسطيني رقم (١) لسنة ٢٠٠٢.
١٩ - القسم ١/٣ من أمر سلطة الائتلاف المؤقتة المنحلة رقم ٧/قانون عقوبات لسنة ٢٠٠٣.
٢٠ - قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (٨) لسنة ٢٠٠٣.
٢١ - أمر سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) رقم (٣١) لسنة ٢٠٠٣.
٢٢ - أمر سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) رقم (٣) لسنة ٢٠٠٤.
٢٣ - قانون التضمين العراقي رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٦.
٢٤ - قانون رقم (٩) لسنة ٢٠٠٦ بشان تعديل قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني.
٢٥ - القانون المدني الفلسطيني رقم (٤) لسنة ٢٠١٢.
٢٦ - القانون المدني الفرنسي لسنة (١٨٠٤) المعدل سنة ٢٠١٦.
٢٧ - قانون الادعاء العام العراقي رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٧.

ثامنًا/ القرارات القضائية:

١- قرار محكمة التمييز الاتحادية، بالعدد (٥٢٢/جنايات/ ١٩٧٢) في (١٩٧٢/٣/٩)،النشرة القضائية، العدد الاول، السنة الثالثة.
٢- قرار محكمة تمييز العراق بالعدد (١١٥/ت/ج/١٩٧٦) في (١٩٧٦/٢/١٧) غير منشور.
٣- قرار محكمة جنايات الكرخ بصفتها التمييزية بالعدد (٢٨/ت/ج/١٩٨١) في (١٩٨١/٣/١٩).
٤- قرار محكمة تمييز العراق بالعدد (٩٠٥/ت/ج/ ١٩٨٥) في (١٩٨٥/٦/٢٤) غير منشور.
٥- قرار محكمة جنايات الرصافة بصفتها التمييزية بالعدد (٢٣٠/ت/ج/١٩٩٧)، في (١٩٩٧/٦/٤)، غير منشور.
٦- قرار محكمة جنايات الرصافة بصفتها التمييزية رقم (٢٣٠/ت/ج/١٩٩٧)، في (١٩٩٧/٦/٤)، غير منشور.
٧- قرار محكمة استئناف أربيل بصفتها التمييزية بالعدد (٤٣/ت ج/٢٠٠٢) في (٢٠٠٢/٥/٨).
٨- قرار محكمة استئناف أربيل بصفتها التمييزية بالعدد (٨٤/ت/ج/٢٠٠٤) في (٢٠٠٤/٩/١٤) غير منشور.
٩- قرار محكمة جنايات دهوك بصفتها التمييزية ، بالعدد (١٧٧/ت/ج/٢٠٠٥) في (٢٠٠٥/٥/١٨) غير منشور.
١٠- قرار محكمة استئناف أربيل بصفتها التمييزية بالعدد (٨٤/ت ج/٢٠٠٥) في (٢٠٠٥/٨/١٤)، غير منشور.
١١- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (١١٧٣ /٢٠٠٦) في (٢٠٠٧/٥/٣٠) غير منشور.
١٢- قرار محكمة استئناف كربلاء الاتحادية بصفتها التمييزية بالعدد (٢٧/كفالة/٢٠٠٧) في (٢٠٠٧/٧/١٥) منشور على شبكة الإنترنت على الرابط الآتي:
https://www.hjc.iq/qview.650 تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٦/٢٩.
١٣- قرار محكمة جنايات الرصافة بصفتها التمييزية بالعدد ١٥٧/ت/٢٠٠٩ في (٢٠٠٩/٤/٢٣)، غير منشور.
١٤- قرار محكمة جنايات الرصافة الهيئة الثالثة بصفتها التمييزية بالعدد (٢٠٥/ت/ج/٢٠٠٩) في ٢٠٠٩/٥/٦، غير منشور.
١٥- قرار محكمة استئناف دهوك بصفتها التمييزية بالعدد (٥٩/ ت ج/٢٠١٠) في (٢٠١٠/٤/٢١)، غير منشور.

١٦- قرار محكمة استئناف الرصافة الاتحادية بصفتها التمييزية بالعدد (٧٢٠/ت/ج/٢٠١٠) في (٢٠١٠/٥/٩)، غير منشور.

١٧- قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم (٥٩٢١/ الهيئة الجزائية/ ٢٠١٢) في (٢٠١٢/٤/١٠)، غير منشور.

١٨- قرار لمحكمة استئناف الرصافة الاتحادية بصفتها التمييزية بالعدد (١٣/ج/٢٠١٣) في (٢٠١٣/١/٥)، غير منشور.

١٩- قرار محكمة استئناف بغداد/ الرصافة بصفتها التمييزية بالعدد (٩٤٠/ت/ج/٢٠١٤) في (٢٠١٤/٨/٨) غير منشور.

٢٠- قرار محكمة استئناف النجف الاتحادية بصفتها التمييزية بالعدد (٣٧/ت/ج/٢٠١٦)، غير منشور.

٢١- قرار محكمة استئناف البصرة الاتحادية بصفتها التمييزية بالعدد (١٨٣/ت/ج/٢٠١٦) في (٢٠١٦/١١/٧)، غير منشور.

٢٢- قرار محكمة استئناف البصرة الاتحادية بصفتها التمييزية بالعدد (١٨٣/ت/ج/٢٠١٦) في (٢٠١٦/١١/٧)، غير منشور.

Abstract

The penal bail has occupied an important position and a prominent aspect of the majority of procedural laws, and we believe that it is one of the most important topics of these laws, Because it is related to the rights and freedoms of individuals, it is a means of preserving those rights and freedoms to the extent necessary, as it is considered one of the important guarantees for all parties to the criminal case, The Iraqi legislator dealt with it in the Code of Criminal Procedure No. (23) of 1971 amended and the systems of its provisions under Chapter Three of the Chapter Five in Articles (109-120) under the title (Arrest and Release of the Accused), and these articles showed their provisions, how to issue them, their controls and their scope, as well as their procedural system, how to cancel them, and the responsibility for breaching them, By setting its broad outlines, and it was marred by a lot of deficiency, ambiguity and ambiguity, the matter prompted us to address this issue according to the comparative analytical inductive approach of the legislative texts between the Iraqi Code of Criminal Procedure No. (23) for the year 1971 and the Egyptian Code of Criminal Procedure No. (150) for the year 1950 The Amendment and the Palestinian Criminal Procedures Law No. (3) of (2003) and the Jordanian Code of Criminal Procedure No. (9) of 1961," the study focused on clarifying the concept of desisting, The penal instrument and its specificity, as well as a statement of the procedural system for it, and since each obligation is subject to a breach of it intentionally or unintentionally, the researcher did not neglect the study of the responsibility resulting from breaching the penal bail with an indication of the legal nature of that responsibility that was subjected to a great confusion by jurisprudence And the judiciary alike due to the lack of explicitness of the articles that organized its provisions, there are those who consider it a civil liability, and others consider it a penal responsibility, and others think that it is of a dual nature, and from our side we have come to the conclusion that this responsibility is almost outside the scope of civil responsibility, although the scope of work of this guarantee It is limited to the criminal courts, but its general

provisions are found in the civil law, in addition to the fact that the place of the guarantor's obligation in the criminal case is not different from the place of the guarantor's commitment to the self, and in order to become familiar with all aspects of the subject of our study marked (legal responsibility for breaching the penal bail "comparative study"), In order to complete the basic aspects of this study and to create an integrated series of ideas without losing one of its links, we decided to divide the study according to a structure consisting of three chapters, i. As we shed light in the first chapter on the definition of the penal bail within two sections, and we devoted the second chapter to discussing the procedural system of the penal bail and guarantees of its implementation and how to terminate it as well in two sections, while in the third chapter we discussed the provisions of breaching the penal bail and the liability resulting from it and the problematic of its interpretation as well, and we ended up in two chapters, With a conclusion that included the most important results that we revealed and reached, and some recommendations that we hope will be of scientific benefit, God willing, and that they will find acceptance and interest from our Iraqi legislator... And God is the Guardian of success and success.

Republic of Iraq
Ministry of Higher Education
and Scientific Research
Kerbala University
college of Law

Legal liability for breach of the penal guarantee (Comparative study)

A thesis submitted by the student

Abd Alhussein Abd Alah Abd Alhussein

To the Council of the College of Law - University of Kerbala - which is part of the requirements for obtaining a master's degree in public law

Supervised by

Professor Dr.

Ali Hamza Asal

AD/2021 **HD/ 1443**