إقليم كوردستان - العراق

مجلس القضاء

الطبيعة القانونية لمسؤولية الكفيل في الدعوى الجزائية

دراسة تحليلية تطبيقية

بحث مقدم الى مجلس القضاء إقليم كوردستان كجزء من متطلبات الترقية من الصنف الرابع الى الصنف الثالث من أصناف القضاة

من قبل القاضي

نيان مجيد شريف

باشراف القاضي / د. طه عمر رشيد

قاضي محكمة بداءة السليمانية

١٤٤٦ هجري ٢٧٢٤ كوردى ٢٠٢٤ ميلادي

توصية المشرف

أشهد بان هذا البحث الموسوم (الطبيعة القانونية لمسؤولية الكفيل في الدعوى الجزائية دراسة تحليلية تطبيقية) قدتم تحت اشرافي واتبعت الباحثة القاضي (نيان مجيد شريف) طرق علمية في كتابة البحث واستعملت مصادر علمية قيمة عليه ارشح البحث للمناقشة .

المشرف

القاضي د. طه عمر رشيد

اهداء

اهدي هذا الجهد المتواضع الى :-

اساتذتي وزملائي من رجال القضاء والقانون ....

كل من علمني كلمة واحدة في حياتي .....

الباحثـــــــــــــــــــــــــــــــــة

شكر وتقدير:

الحمدلله رب العالمين ،والصلاة والسلام علي سيدنا محمد صادق العد الأمين، اخرجنا من ظلمات الجهل والوهم الى انوار المعرفة والعلم،وعلى اله وصحبه اجمعين .

فاول مايخطر ببالي هو التقدم بالشكر والثناءالجميل الى القاضي الدكتور (طه عمر رشيد)لما احاطتني به من رعاية وتوجيه وعناء الاشراف على هذا البحث، بحيث لولا مساعدته واشرافه المتواصل الي لما كان البحث ليخرج بهذة الصورة، فاسال الله الغفور العزيز ان يجزيه خير الجزاء، انه نعم المولى ونعم المجيب .

ولا انسى ان اقدم شكري وتقديري الى كل من مد لي العون والمساعدة .

الباحثـــــــــــــــــــــــــة

المحتويات

المقدمة.....١-٢

المبحث الأول:ماهية الكفالة الجزائية..... ٣

المطلب الأول:تعريف الكفالة واركانهاوشروطها..... ٣

الفرع الاول:تعريف الكفالة..... ٣-٤

الفرع الثاني:اركان الكفالة..... ٤-٦

الفرع الثالث: شروط الكفالة..... ٧-٨

المطلب الثاني:الكفالة الجزائيةوتميزها عن الكفالة المدنية.....١٠

الفرع الأول:تعريف الكفالة الجزائية..... ١٠-١١

الفرع الثاني:أوجه التشابه بين الكفالة المدنية والكفالة الجزائية..... ١١-١٢

الفرع الثالث:أوجه التمييز بين الكفالة المدنية والكفالة الجزائية..... ١٢-١٤

المبحث الثاني:التزام الكفيل في الدعوى الجزائية وانهائها..... ١٥

المطلب الأول:التزام الكفيل باحضارالمتهم امام المحكمة..... ١٥-١٦

المطلب الثاني:التزام الكفيل بدفع مبلغ الكفالة..... ١٧-٢١

المطلب الثالث:انهاء الكفالة في الدعوى الجزائية ٢٢

الفرع الأول:انهاء الكفالة بقرار المحكمة..... ٢٢-٢٣

الفرع الثاني:انهاء الكفالة بطلب من الكفيل..... ٢٤

الفرع الثالث:انهاء الكفالة بحكم القانون..... ٢٤-٢٥

الفرع الرابع:انهاء الكفالة بطلب من المتهم..... ٢٥-٢٦

الخاتمةوالاستنتاجات ٢٧-٢٨

المصادر ٢٩-٣١

المقدمة:

الحمد الله الذي علم الانسان مالم يعلم ،والصلاة والسلام على خاتم النبيين ،اما بعد،فان الانسان كائن اجتماعي بطبعه ،حيث ان الطبيعة البشرية قائم على حب الذات والانانية والطمع والاعتداء على حقوق ألأخرين وماولة سلبها اما بالقوة او الحيلة ،لذلك استلزم لوجود المجتمع البشري وجود قواعد تحكم تصرفات افراده وتحسم نشوء الخصومات بينهم ،وللقاضي دور مهم في فض هذه النزاعات والخصومات بين الافراد من اجل إيصال الحقوق لصاحبه فهي ساحة للعدل ولأحقاق الحق .

والجريمة من حيث الوصف القانوني ،هي واقعة قانونية تتسم بالخطورة أيا كان نوعها واسمها وعنوانها في القانون الذي ينظمها ،وايا كانت المصلحة التي تطوعها ،خاصة او عامة ومهما كانت طبيعتها ،وعلى الرغم من الوصف القانوني ، فلا يصح ان يعاقب مرتكب الجريمة فور وقةعها ،وانما اتخاذ الإجراءات القانونية بحقه في تفتيش والقبض والتوقيف وغير ذلك تمهيدا لاحالته الى المحكمة المختصة . انما يتعين لذلك اتباع إجراءات معينة منصوص عليها في قانون أصول المحاكمات الجزائية .

أهمية البحث :

ان أهمية الموضوع لاتكمن في التطبيق السليم للقانون فحسب ،وانما تتعلق بانتهاك جسيم للحقوق والحريات الاساسية للأنسان ،فاتهام انسان (الكفيل المخل)دون وجه الحق ،واتخاذ الإجراءات الجنائية بحقه دون ان يكون قد ارتكب فعلا جرميا معاقبا عليه في التشريعات العقابية ،امر يتنافى مع مبادى العدل والانصاف.

أسباب اختيار البحث :

لقد لاحظت خلطا حاصلا لدينا في المحاكم في كيفية التعامل مع موضوع اخلال الكفيل بكفالته في الدعوى الجزائية أوتحديد المسؤلية القانونية المترتبة عليه ،فهل هي المسؤلية جزائية ؟ واعتبارالمخل انه ارتكب فعلا جرميا معاقبا عليه في التشريع الجزائي،ام هي مسؤولية مدنية يترتب عنها مايترتب على الشخص المخل بالتزام مدني ؟وهل ان سبب الخلط هو عدم فعالية تلك النصوص الجنائية التي تعالج تلك المشكلة ؟مما تبرز ألأسباب الموجبة لاعادة النظر فيهاودراسة الموضوع. ام ان المشكلة هي نتيجة الخطا في التطبيق ،ممايتطلب التدخل السريع لتصحيح ما شاع اتباعه لدينا في بعض المحاكم ؟

أهداف البحث:

يهدف هذا البحث الى دراسة موضوع الكفالة الجزائية و تمييزها عن الكفالة المدنية و من ثم تقييم و تحليل النصوص القانونية الواردة في قانون اصول المحاكمات الجزائية بغية الوصول الى استنتاجات علمية قانونية و تحدي الطبيعة القانونية للكفالة الجزائية،و تحديد مشكلاتها في الدعوى الجزائية.

منهجية البحث:

إنّ المنهج المتّبع في هذ البحث عبارة عن المنهج التحليلي والنقدي والتطبيقي للأحكام والقرارات،من خلال وصف تحليل مصطلحات عديدة متعلّقة بالكفالة،و عن طريق دراسة تحليلية لنصوص الواردة التشريع العراقي المدنى و الجزائى ٠و تقييم القرارات القضائية.

المبحث الاول

ماهية الكفالة الجزائية

ان دراسة موضوع ماهية الكفالة يقتضى تقسيم هذا المبحث على المطلبين، ونبين في المطلب الأول تعريف الكفالة واركانها وشروطها ثم نوضح في المطلب الثاني الكفالة الجزائية وتميزها عن الكفالة المدنية.

المطلب الأول

تعريف الكفالة واركانها وشروطها

ان الحديث عن ماهية الكفالة يقتضى التطرق الى تعريفه ،فاذا وقفنا عنده علمنا ان لها اركان ولها مجموعة شروط يجب ان تتوافركي نكون امام تعريف الكفالة ،الامر الذى يقتضى تقسيم هذا المطلب على ثلاثة فروع ،نوضح في الفرع الأول تعريف الكفالة ونتطرق في الفرع الثاني الى اركانها في الفرع الثالث الى شروطها .

الفرع الأول

تعريف الكفالة

الكفالة لغة :من كفل المال .وقد ردت جملة من التعريفات لفقهاء المسلمين منها(الكفالة ،فعلى ضربين:احداهما:كفالة اقتضاهاعقد، والأخر كفالة قهر.فاماالتي بالعقد فان تكفل برجل بوجهه الى اجل معلوم.فان جاء الاجل ولم يات به بنفسه ،حبسه ليجيء به او يخرج مما هو عليه. واماالتى بالقهر فعلى ضربين :احداهما:ان يخلي غريمامن يد مطالبه ،اوقاتلامن يد أولياء الدم.فان كان غريما فحكم المخلي له حكمالكفيل المتبرع.واذا كان قاتلا وجب على من خلاه الدية او تسليم القاتل.

ومن الناحية الفقهية لقد اختلف الفقهاء المسلمون في تعريف الكفالة تبعا لاختلافاتهم فيما يترتب عليها من اثر، فعرفها الحنفية بانها ضم ذمة الكفيل الى ذمة الأصيل في المطالبة بنفس او دين او عين .ويرى المالكية والشافعية في المشهور والحنابلة ان الكفالة هي ان يلتزم الرشيد باحضاربدن من يلزم حضوره في مجلس الحكم[1]، حيث عرف القانون المدني العراقي رقم (٤٠)لسنة ١٩٥١المعدل في المادة (١٠٠٨) الكفالة بانها(ضم ذمة الى ذمة في المطالبة بتنفيذ الالتزام) بموجب هذا التعريف بان الكفالة اصلا مدنية سواء كان متضامنة ام لا وماهي في الأساس الا عقد مدني تخضع للقواعد المدنية كما هو معروف ان عقد الكفالة من العقود المسماة

[1]–سامي سليمان فقي ، الكفيل في الدعوى الجزائية ،الطبعة الأولى ، مطبعة شهاب ،أربيل ،٢٠١٠، ص١٠.

في القانون المدني وهذا التعريف ماخوذمن الفقة الاسلامي فانة لابد من وجود التزام مكفول اذ ان هذا الالتزام هوالذي يضمنة الكفيل وان الالتزام الكفيل تابع لالتزام المكفول وجوداوعدما[٢]،الكفالة تعتبر مدنية حتى ولو كان الكفيل تاجرا،وقد استثنى القانون الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية او عن تظهيرها،وهذا مانصت عليه المادة (١٠١٦)من القانون المدني العراقي (١-كفالة المدين في دين تجاري تعتبر مدنية حتى لو كان الكفيل تاجرا) ،ان كفالة المدين في في دين تجارى تعتبر كفالة مدنية حتى ولو كان الكفيل تاجرا ولذلك فان حق الكفيل في الرجوع على مكفوله بما اداه عن دين الكفالة يتقادم بمضى خمس عشرة سنة [٣]،ان الكفالة المربوطة بالاضبارة هي عن استمرار المكفول في سلك الشرطة أي ان الكفالة ليست جزائية وبالتالي لاتخضع لتطبيقات احكام المادة ١١٩ من قانون أصول المحاكمات الجزائية [٤].

الفرع الثاني

اركان الكفالة

الكفالة عقد كغيره من العقود لابد له من اركان ثلاثة (التراضى والمحل والسبب)، سنحاول أن نتصدى إليها بصورة مختصرة وهي كالآتي.

الركن الأول / التراضي في عقدالكفالة:

متى اعتبرنا الكفالة عقدا، وجب لانعقاده توافر الرضالدى طرفيه الكفيل والمكفوله اما المكفول عنه فلا حاجة لرضائه لانه ليس بطرفى الكفالة، ووجود الرضا في عقد الكفالةيستلزم التعبيرعن ارادتين متطابقتين،وهومايعبر عنه يتطابق الايجاب والقبول و اضافة تطابق الارادتين ،يجب ان تكون الارادةحرة سليمة لايشوبها اى عيب من العيوب الإرادة [٥] .واذا اثير شك حول تفسير إرادة الكفيل في الالتزام فان قاضى الموضوع هوالذى يقوم بالتحرى عن الإرادة الحقيقية للكفيل ويفسرها وفقا للقواعد العامة في تفسير العقود .و ذلك تفسير

---

[٢] – هاشم عبدالله حاجي ،المرجع السابق ،ص٤.

[٣] –القرار التمييزي المرقم ٥٧/م١/٧٩ الصادر من محكمة تمييز العراق في ١٩٨٠/٥/٤ منشور من قبل القاضي ابراهيم المشاهدي، المبادى القانونية في قضاء محكمة التمييز، في القسم المدني، مطبعة العمل المركزية، بغداد، ٢٠٠٧، ص٥٩٥.

[٤] –(مجلة پاريزەر– ژمارە ١ ص٤٤٥) نقلاعن القاضي عبدالله علي الشرفاني،المرجع السابق ،ص٢٨٩.

[٥] –الدكتور عدنان إبراهيم السرحان ،العقود المسماة في المقاولة،الوكالة ،الكفالة ،الطبعة الأولى ، مكتبة دار االثقافة للنشر والتوزيع،عمان –ساحة الجامع الحسيني ،١٩٩٦،ص١٨٧.

الشك في مصلحة الكفيل [٦]. وضرورة تطابق الايجاب والقبول طرفى الكفالة، هو شرط لانعقادها .فالمادة (١٠٠٩)من القانون المدني العراقي تنص على انه (تنعقد الكفالة بايجاب وقبول من الكفيل والمكفول له) وتسرى القواعد العامة في عيوب الرضاء على عقد الكفالة .وعلى ذلك تكون الكفالة قابلة للابطال للغلط اذاوقع الكفيل في الغلط جوهري بخصوص الدين الذى يكفله كان يعتقد انه يكفل دينا بدون الفوائد الا انه تبين بان الدين بالفائدة .ويمكن الوصول الى هذه النتيجة عن طريق القول ان الكفيل وقع في غلط جوهرى فتكون الكفالة قابلة للابطال [٧].

الركن الثاني / المحل : الكفالة شأنها شأن بقية العقود، يجب ان يكون لها محل، قابلا لحكمه، زد على ذلك يجب ان يكون هذا المحل موجودا او ممكن الوجود، إذ الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة بننفيذ الالتزام فهي ضمان لتوثيق الدين وهذا يقتضى في الأصل ثبوت الدين ووجوده حتى يمكن انعقاد الكفالة ضما للوفاء به وحيث تصح الكفالة في القانون معلقة على شرط ملائم لمقتضى العقداو مضافة الى زمن مستقبل. وتجدر الإشارة الى انه ان امكن ضمان الديون المسستقبلية وكفالتها ،فان الكفالة فيها لايمكن ان تنتج اثرها الا اذا وجد ألألتزام المكفول فعلا. فالكفالة الثمن للمشتري عند الاستحقاق مثلا لا يطالب فيها كفيل البائع الا اذاقضي باستحقاق المبيع ثم بالزام البائع برد الثمن [٨]،ليس بمقدور الكفيل الخروج من الكفالة الابعد تحقق الشروط التي اصبح كفيلا بسببها [٩] ،تنص المادة ٢/١٠٠٩من القانون المدني العراقي (ويجوز ان تكون الكفالة منجزة او معلقة على شرط او مضافة الى زمن مستقبل).

بالإضافة الى الشرط المذكور فيجب ان يكون المحل في الكفالة معينا او قابلا للتعين، إذ لايكفي لصحة الكفالة ان يكون الالتزام المكفول موجودا او قابلا للوجود بل يجب فيه ان يكون ايضامعينا اوقابلا للتعين .وعلى ذلك لايصح ضمان المجهول وكفالتة كضمان بعض دين المدين او جزء غير محدود منه ، وذلك لجهالة التزام المكفول مما يؤدي الى عجز الكفيل عن الوفاء به. فلا يتحقق المقصود من الكفالة ،ومعلومية المكفول به او تعيينه يختلف بحسب ما هيته، فاذاكنا امام كفالة بالنفس ،وهي التي يلتزم بها الكفيل باحضار المكفول في الوقت المعين عند طلب المكفول له ، فان الالتزام المكفول هو التزام بفعل او بقيام بعمل وهو تسليم النفس،لذلك

---

[٦] –هاشم عبدال حاجي،عقدالكفالةفي القانون المدني،بحث مفهوم الى القضاء كجزءمن متطلبات الترقية من الصنف الرابع الى الصنف الثالث من أصناف الادعاءالعام،٢٠١٦، ص١٠–١١ .

[٧] –عبدالرزاق احمد السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ،الطبعة الثالثة الجديدة نهضة مصر ، ص٨٢ .

[٨] – الدكتور عدنان إبراهيم السرحان ،المرجع السابق ،ص ١٩٤–١٩٥.

[٩] –القرار التمييزي المرقم ١٨٢/الهيئة المدنية الاستئنافية /٢٠١٩ في ٢٠١٩/٨/٢٦ ، محكمة تمييز إقليم كوردستان العراق ،القاضي جاسم جزاء جافر هورامي ،صفوة المباءى القانونية لمحكمة تمييز إقليم كوردستان العراق للفترة ٢٠١٨–٢٠٢٠،الطبعة الأولى ،مكتبة **يادگار** ،٢٠٢٠،ص٢٠٥.

فان تعيين هذا الالتزام يكون بتعيين محله وهي النفس الواجب تسليمها اما الكفالة بالمال فقد يكون الالتزام الكفول به فيهادينااو عينا ،وعندئذ يجب لمعلومية الدين تحديد وتعين محله سواء اكان هذا الدين عبارة عن عمل او امتناع عن عمل او تسليم مبلغ من النقود او شيء مثلي، فان كان عينا وجب على المدين تسليمها او نقل حق عين عليها، وجب تعيين وتحديد هذه العين وبيان ماهية التزام المدين الواجب تنفيذه على هذه العين حتى تصح كفالة هذا الالتزام .[١٠]

الركن الثالث : السبب في عقد الكفالة : لم يتطرق المشرع العراقي الى ماهية السبب كركن مستقل في عقد الكفالة، وهذا ما يتوجب علينا الرجوع الى القواعد العامة في القانون المدني ودراسة أحكامه بالقدر الذي ينسجم وقواعد عقد الكفالة،إذ إن السبب هو ركن من اركان العقد حسب المادة (١٣٢)من القانون المدني العراقي، إذ تنص المادة ١٣٢ من القانون المدني على(يكون العقد باطلا اذا التزم المتعاقد دون سبب او لسبب ممنوع قانونا ومخالف للنظام العام او للآداب .٢-ويفترض في كل التزام ان له سببا مشروعاولو لم يذكر هذا السبب في العقدمالم يقم الدليل على غير ذلك ٣-امااذا ذكرسبب في العقد فيعتبر انه السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على مايخالف من ذلك) وركن السبب في عقد الكفالة كغيره من العقوديخضع للنظرية العامة للعقد،حيث يجب ان يكون باعث كل من الكفيل والدائن المكفول له من عقد الكفالة مشروعا . فان كان القصد من ابرام العقد مخالف للقانون او للنظام العام والاداب كانت الكفالة باطلة كما لو كفل شخص امراءة مقابل علاقة غير مشروعة تنشابينهماو مقابل الاستمرارفي علاقة غير مشروع سابقة وتعقدالكفالة عادة لمصلحة المدين كما فيهامصلحة للدائن [١١].

فالكفالة بوصفها تابعة للالتزام الاصلي تدور معه وجودا وعدما ،وتطبيقها لما سبق لاتصح كفالة دين القمار او الرهان ، ودين الربا الفاحش فيمايجاوز الفائدة القانونية ، كما لاتجوز الكفالة في التزام مستحيل ،او التزام قائم على سبب غير مشروع .فالشكل القانوني والقاسم المشترك في مثل هذه الحالات هو عدم وجود الدين لاستحالة او لبطلان سنده بطلانا مطلقا[١٢].

---

[١٠] – الدكتور عدنان إبراهيم السرحان ،المرجع السابق ، ص١٩٦.

[١١] –هاشم عبدال حاجي ،المرجع السابق ،،ص١٣.

[١٢]–هاشم عبدال حاجي ،المرجع السابق ،نفس الصفحة.

الفرع الثالث

شروط الكفالة

عقد الكفالةعقد رضائي يكفي لانعقاده توافر الايجاب والقبول ،فانه لايشترط فيه اي شكل خاص ، فقد تكون الكفالة بغيرالكتابة،ومع ذلك تكون صحيحة،فالكتابة لأثبات العقدوليست لانعقاده [١٣]،وقد جاء في قرار قضائي لمث هذه الحالة (يجب اثبات الكفالة بالبينة التحريرية اذا كان مبلغايزيد عن عشرة دنانير)[١٤]،(ان المدعى عليه الاول انكر كفالتة بالمبلغ المدعى به وان المدعى عجز عن اثبات دعواه بالنسبة اليه ورفض توجية اليمين الحاسمة اليه فاصبحت الدعوى بدون سند قانونى) [١٥].

و لكن الكفالة فى دعوى الجزائية عدة شروط يجب توفرها في شخص الكفيل ،كما هناك شروط تتعلق بكيفية تحديد مبلغ الكفالة بالإضافة الى شروط إضافية قد تشترطها السلطة التحقيقية بما يتلائم مع ظروف ومقتضيات سلامة التحقيق . كماسنبينه في الفقرات الآتية:

الفقرة الأولى : شروط الكفيل: لايقبل أي شخص لان يكون كفيلا بل يجب ان تتوافر فيه شروط خاصة ، وهذا بالنسبة الى جميع أنواع الكفالة اي سواء اكانت اتفاقية او قانونية او قضائية، فالكفالة كما راينا ، تبرع محض لا مصلحة فيها للكفيل ولكي تكون هذه الكفالة صحيحة يجب ان تتوفر في الكفيل أهلية التبرع وهذا يعني ضرورة ان يكون الكفيل عاقلا بالغا رشيدا ، فلا تصح كفالة المجنون والمعتوه والصبي،فلا تصح كفالة المريض مرض الموت اذا كان مدينا بدين يحيط بماله ،وتصح كفالته اذا لم يكن مدينا حيث تطبق عليها عندئذ احكام الوصية ، ولكن الكفالة عقد فهي بهذه الصفة يجب ان تتوافر فيها الشروط العامة اللازمة لجميع العقودوهي وجود الرضا ومحل الالتزام ولسبب المشروع ،وعلى اية حال ،فان تقدير توفر الشروط اللازمة في الكفيل فى القوانين الإجرائية ،امر متروك لقاضي التحقيق او المحقق او مسؤول المركز حيث ينص المشرع

---

[١٣] – المحامي المستشار ابوبكر برهان حمه ،احكام الكفالة في القانون العراقي (المدنية –التجارية–الجزائية)معززة بقرارات محكمة التمييز ،الطبعة الثانية ،مكتبة **يادگار** ،٢٠٢٠،ص٤.

[١٤]– القرار التمييزي المرقم ٢٣/حقوقية/١٩٦٦ الصادر من محكمة تمييز العراق في ١٩٦٦/٥/١٤ منشور من قبل القاضي جاسم جزاء جافر هورامي، الجامع لأهم مباديء قضاء محكمة تمييز العراق لأكثر من ستة عقود، قسم القانون المدني، الجزء الثالث، ط/٢، مطبعة يادكار، ٢٠١٨، ص١٣٧.

[١٥]– القرارالتمييزي المرقم ٩٨/هيئة مدنية /٢٠٠٠ في ٢٠٠٠/٥/١١ الصادر من محكمة تمييز إقليم كوردستان العراق أشار اليه القاضي عبدالله على الشرفاني ،المجز في التطبيقات القضائية في المحاكم والدوائر العدلية ،مكتبة يادكار لنشر الكتب القانونية ،الطبعة السادسة ،٢٠١٣،ص٢٩٠.

العراقي في المادة ١١٤/ب من قانون أصول المحاكمات الجزائيةعلى انه (ا–يحدد مبلغ التعهد او الكفالة تبعا لظروف كل قضية على ان يكون مناسبا لنوع الجريمة وحالة المتهم .ب–تقبل الكفالة اذا اقتنع القاضي او المحقق او المسوول في مركز الشرطة باقتدار الكفيل على دفع مبلغها.ج–يقبل من المتهم اوالكفيل مبلغ التعهد اوالكفالة نقدا ويودع في صندوق المحكمة او مركز الشرطة) فالقائمون بالتحقيق هم اقدر الناس على مراعاة مصلحة التحقيق والتاكيد فيما اذا كان الكفيل قادر على الوفاء من عدمه [١٦].

الفقرة الثانية: شروط مبلغ الكفالة :ان وسيلتي اخلاء السبيل (التعهد او الكفالة)قد اشترط قانون أصول المحاكمات الجزائية لصحة التصرف بموجبهما عدة شروط حددها في المادة (١١٤) من قانون أصول المحاكمات الجزائية .

فالبرغم من ان تحديد نوع الكفالة وتحديد مبلغها امر منوط بإرادة القاضي وحسب ظروف القضية وظروف المتهم،الا انه يتم مراعاة جملة عوامل وظروف في تقدير مبلغ الكفالة او التعهد منها:

١– جسامة الجريمة : فنوع الجريمة ومدى خطورتها وفيما اذا كانت جناية او جنحه او مخالفة ,هي تتحكم في توليدالقناعة لدى القاضي لتحديدمبلغ الكفالة الذي يتناسب مع تلك الجريمة .

٢–مركز المتهم وحالته المالية ومايترتبه عليه هذا المركز من التزام بالقانون أو عدم الالتزام به :فهناك اشخاص معروفين كشخصيات تحترم القانون ولا يخشى منهم الهروب وهناك اشخاص من ارباب السوابق الاجرامية ويخشى منهم الهروب او ارتكاب جريمة أخرى وغيرها من الظروف التي يضطر معها القاضي في تخفيض او زيادة مبلغ الكفالة .

٣/ كفاية الأدلة ضد المتهم ومدى اتصاله بالجريمة: [١٧]،يرى بعض الباحثين إلى إن كفاية الأدلةتدخل ضمن الأمور التي تؤثر على قناعة القاضي في تقدير مبلغ الكفالة، بحيث إذا إقتنع القاضي بأن الأدلة تعد كافية للإحالة أو للإدانة من حيث المآل للحكم في الدعوى، فإنه يقوم بتقدير مبلغ يضمن حضوره مستقبلا امام محكمة الموضوع،وغالبا مايحدث هذه الحالة أمام محكمة الموضوع(محكمة الجنح والجنايات) بأن تقرر المحكمة تطبيقا للمادة(١٥٧)من قانون أصول المحاكمات الجزائية إلغاء الكفالة السابقة المنظمة أمام محكمة التحقيق، ويوقف المتهم لحين تقديم كفالة أخرى وبمبلغ كبير مقارنة بالكفالة التي نظمت له تحقيقا، وهذا الراي وإن كان يفتقر إلى تأصيل قانوني دقيق ويخالف الحكمة من الكفالة وأهداف التوقيف، بالإضافة إلى إن تقدير كفاية الأدلة للحكم ومن عدمها لايدخل ضمن الإختصاص الأصلي لمحاكم التحقيق، لكننا نؤيد هذا الراي ونرى بأن

---

[١٦]– سامي سليمان فقي ،المرجع السابق ، ص٢٧–٢٨–٢٩.

[١٧]– سامي سليمان فقي ، المرجع السابق، ص٣٠.

ضرورة تصدي القاضي للوقائع التي تحدث تفرض منحه هذه السلطة للتصرف في الدعوى بحيث يضمن حضور المتهم مستقبلا.

٤/هناك ظروف قد روعيت اثناء إصدار ألامر بتوقيف المتهم، ونظرا لخطورة التوقيف من حيث مسامة بحرية الافراد فانه يجب ان يتحدد بحدود المصلحة او المسوغات التي اقتضت اتخاذه.ومن اجل ذلك فقد احاطة القانون بضمانات كثيرة تلطف من حدته وتضمن عدم التعسف باستخدامه ،ومن هذه الضمانات تحديد السلطة المخولة باتخاذه وجواز اخلاء سبيل المتهم بكفالةاوبدونهااوبتعهده الشخصي .[١٨]وإن تلك الظروف كانت قائمة وتدوم حين إحضار المتهم أمام القاضي، فحينئذ يصدر القاضي قراره أما بتوقيف المتهم مراعاة لتلك الظروف، أو أن يقرر إطلاق سراحه بكفالة مالية كبيرة دون النظر الى جسامة الجريمة وعدم خطورة المتهم، إذ إن القاضي له سلطة تقديرية كاملة تارة من حيث توقيفه أو إطلاق سراحه، وتارة أخرى حينما يقرر إطلاق سراحه فله سلطة مطلقة في تحديد مبلغ الكفالة أو التعهد، إذ المادة ١١٤ من قانون اصول المحاكمات الجزائية قد منحته تلك السلطة، دون أن تكون لمحكمة التمييز بسط رقابتها عليها[١٩]، لكن بالرجوع الى ساحات القضاء نجد بأن هناك تطبيقات نجدها بين الحين والآخر تتصدى محاكم الجنايات بصفتها التمييزية إلى التدخل في قرارات قضاة التحقيق بإطلاق سراح المتهمين بالكفالة ونقضها تارة برفع مبلغ الكفالة التي حددها قاضي التحقيق، وتارة أخرى بتقليل مبلغها[٢٠].

---

[١٨] ـ سعيد حسب الله عبدالله،شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية ،دار ابن الاثير-الموصل،٢٠٠٥،ص٢٢٧.

[١٩]– سامي سليمان فقي ،المرجع السابق ،ص٣١، وتطبيقا لهذه الفكرة ينظر: القرار التمييزي المرقم ٥٣/ت/٢٠١٢ في ٢٠١٢/٢/٢١ الصادر من محكمة جنايات السليمانية/٢ بصفتها التمييزية والمتضمن على(إن إطلاق سراح المتهم وفقا للمادة(٤٣٠) من قانون العقوبات يخضع لسلطة التقديرية للقاضي)، وكذلك ينظر: القرار التمييزي المرقم ٨٨/ت/٢٠١١ في ٢٠١١/٤/٢٦ الصادر من محكمة جنايات السليمانية/٢ بصفتها التمييزية والمتضمن على(إطلاق سراح المتهم بكفالة وفقا للمادة(٤٢١) من قانون العقوبات تدخل ضمن السلطة التقديرية لقاضي التحقيق)، تم نشرهما من قبل كامران رسول سعيد، المباديء والقرارات الهامة لمحكمة جنايات السليمانية/٢ بصفتها التمييزية لسنوات(٢٠١٠–٢٠١٣)، مطبعة بةيوةند، السليمانية، ٢٠١٤، ط١، ص١٧٩–١٨٣.

[٢٠]– للمزيد حول سلطة المحكمة في تحديد مقدار الكفالة وضوابطه وخضوعها لرقابة محكمة الطعن ينظر: د.جمال ابراهيم الحيدري، الوافي في قانون أصول المحاكمات الجزائية، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠٢٣، ص ٣٠٢و٣٠٣، وتطبيقا لهذه الفكرة ينظر القرار التمييزي المرقم ٢٣٣/ت/٢٠١١ الصادر من محكمة جنايات السليمانية/١ بصفتها التمييزية في ٢٠١١/٥/٨ المتضمن على(... لوحظ بان قاضي التحقيق قد اصدر قراراه باخلاء سبيل المتهم الا انه لم يحدد مبلغ الكفالة وهذا لايجوز قانونا كان المقتضي على قاضي التحقيق بيان مبلغ الكفالة....) نُشِر القرار من قبل كامران رسول سعيد، أهم المباديء والقرارات الهامة لمحكمة جنايات السليمانية/١ بصفتها التمييزية لسنوات(٢٠٠٩–٢٠١٣)، مطبعة كارو، السليمانية، ٢٠١٣، ط١، ص٤٥و٤٦، وكذلك ينظر القرار التمييزي المرقم ٢٥٥٥/ب.ت/٢٠٢٢ الصادر من محكمة جنايات السليمانية/٣ في ٢٠٢٣/١/٢ والمتضمن على(... حيث تبين من خلال مضمون أوراق الدعوى وظروف الحادث بان هناك

المطلب الثاني

الكفالة الجزائية وتميزها عن الكفالة المدنية

في هذا المطلب نتحدث عن التميز بين الكفالة الجزائية والمدنية ،الامر يقتضي تقسيم هذا المطلب على عدة فروع، إذ نوضح في الفرع الأول التعريف بالكفالة الجزائية دون التطرق الى تعريف الكفالة المدنية لسبق الإشارة إليه في المطلب الاول أما في الفرع الثاني قمنا ببيان أوجه التشابه بين الكفالة المدنية والكفالة الجزائية وفي الفرع الثالث تصدينا الى بيان أوجه التمييز بين الكفالة المدنية والكفالة الجزائية .

الفرع الأول:

تعريف الكفالة الجزائية

لم ترد في القوانين الجنائية اى تعريف للكفالة بعكس القوانين المدنية التي لاتخلو أي قانون من تعريف لها،فلو كانت الكفالة الجزائية فعلا(جزائية)لكان المشرع قد نص على اعطاءتعريف مغاير لما هو منصوص علية في القوانين المدنية ونظرا لماتمتاز بها الكفالة الجزائية من احكام خاصة ،فقد خاض الفقهاء كما تعودوا لملىء هذا النقص وإعطاء مفهوم مطابق من حيث المعنى بما أوردته التشريعات المدنية من جهة واكثر ملائمة لمل تمتاز به الكفالة الجزائية من جهة الثانية اى بمعنى اخر حاول الفقه الجنائي استخلاص تعريف خاص للكفالة الجزائية من المفهوم العام لها[٢١].

لقد وضع شراح القوانين الإجرائية في شروحاتهم تعريفات عديدة للكفالة الجزائية وهى نفس التعاريف الخاصة بالكفالة بالنفس المنصوص عليها في القوانين المدنية ولكن بصياغة اكثر ملائمة لما تقتضيها طبيعة النصوص ولأحكام الجزائية ،فعرفها البعض بانها تعنى (ضمان شخص اخر وضم ذمته الى ذمته في التعهد)وعرفها اخرون بانها تعنى (عقد يلتزم به شخص بان يحضر شخصااخر لدى القضاء،اوعند استحقاق الموجب ،او عند الحاجة) وكما عرف بانها (عبارة عن تعهد او التزام ياخذه شخص على نفسه (الكفيل)بان يحضرشخصا اخر(المتهم)في زمان ومكان معينين في مقابل الافراج عن هذا الأخير ،وفي حالة الاخلال بذلك الالتزام،يلتزم الكفيل بدفع مبلغ معين من المال يحدده المرجع الذي اصدرقرار اخلاء السبيل فى السند الكفالة ،وعرف غيرهم

تجاوز في طلب هكذا مبلغ ككفالة نقدية من قبل المحكمة، وإن إيداع هكذا مبلغ سيشكل عبءً ثقيلا على المتهم، لذا يقتضي الطلب منه لتقديم كفالة شخصية ضامنة، أو نقدية مناسبة....). القرار غير منشور.

[٢١]– سامي سليمان فقي ، المرجع السابق ، ص٩.

عقد الكفالة الجزائية بانها (عقد بين الكفيل والمكفول له المتمثل بالسلطات القضائية او التنفيذية التي يكون الموقوف متعلق لها بمقتضى قضية جزائية)[٢٢].

في الدعوى الجزائية فان الذمة الأولى كما هو معلوم هى ذمة المتهم المتعهد بالحضور عند الطلب امام السلطةوالذمة الثانيةهى ذمة الكفيل الذى يأتي ويعلن عن كفالته للمتهم فيلزم بذلك نفسه بالتزام محله وهو عمل يقوم به وهو ان يحضر مكفوله،ومن هنا يظهر ان الكفالة انما هي عقد وان كانت مبرمة مع جهة رسمية قضائية مختصة وان قرار السلطة الجزائية بتفاصيله يمثل صيغة الايجاب في هذا العقد وإعلان الكفيل لكفالته بالشروط المحدودة في صيغة الايجاب يمثل صيغة القبول وان كانت في هذا العقد شروط واملاءات مذعنةفطرفا الكفالة اذا هما المكفول له اى لمصلحته وهوالسلطة الممختصة صاحبة القرار والكفيل ومحل عقد الكفالة وهو احضار المكفول به (المتهم)وعند الاخلال بذلك دفع مبلغ الكفالة .[٢٣]

الفرع الثانى

أوجه التشابه بين الكفالة المدنية والكفالة الجزائية

تشابه احكام الكفالة الجزائية واحكام الكفالة المدنية من عدة وجوه منها:

هناك نوع من الكفالة المدنية تحت مسمى الكفالة بالنفس،حيث ان طبيعة الاداء في هذا الالتزام هو احضار المدين ،واذا لم يستطيع ذلك فيصار الى فرض الغرامة التهديدية بحقه ،حيث ينص المشرع العراقي في المادة ١٠١٧ من القانون المدني على انه(المضمون في الكفالة بالنفس،هو احضارالمكفول به فان اشترط في الكفالة تسليمه في وقت معين،يجبر الكفيل على احضاره وتسليمه للمكفول له في هذا الوقت ان طلبه ،فان احضره يبرا من الكفالة وان لم يحضره،جاز للمحكمة ان تقضي على الكفيل بغرامة تهديدية مالم يظهر عجزه وعدم اقتداره على احضار المكفول به)،وهذاالحكم هو نفس الحكم الذي أورده المشرع في الكفالة الجزائية ،اذ ان التزام الكفيل في هذا الأخير هو احضار المكفول والذي هوالمتهم في الدعوى الجزائية ،بحيث اذا لم يستطيع ذلك فيحول التزامه الى دفع مبلغ الكفالة بالطريقة التي يقررهاقاضي محكمة الجنح ،لذا نستطيع القول بان الكفالة الجزائية اذالم يكن نوعا من أنواع الكفالات المدنية وهي الكفالة بالنفس ،لكنها تتشابههامن حيث الحكم .هذا من جانب ومن جانب اخر فان الكفالة الجزائية تتشابه مع نوع خاص من الكفالة المدنية والتي هي الكفالة التضامنية ،حيث ان التزام الكفيل في كليهما واحد ،بحيث يجوز مطالبة احد الكفلاء بالدين كله،دون إمكانه

---

[٢٢] –سامي سليمان فقي ،المرجع السابق ،ص١٢–١٣.

[٢٣]– سامي سليمان فقي ،المرجع السابق ،ص٨–٩.

الدفع بالرجوع،وهوعين الحكم في الكفالة الجزائية ،بحيث يستطيع قاضي محكمة الجنح استيفاء كامل مبلغ الكفالة من احد الكفلاءالحاضرين دون ان يكون له الحق بتقسيم المبلغ على الجميع، إذ ان التطبيقات القضائية لمحاكم الجنح قد سارت على هذا المنوال، بحيث اصبح الأمر مسلما به، وإن كان الحظ لم يسعفنا في الحصول على قرار تمييزي يؤيد المنوال المذكور.

الفرع الثالث

اوجة التمييز بين كفالة الجزائية والمدنية

ان مفهوم الكفالة الجزائية يختلف عن الكفالة المدنية التي يقدمها المدين الى الدائن ،وهي تعني ضم ذمة الى ذمة ،بمعنى ان ذمة الكفيل تضم الى ذمة المدين في المطالبة بالدين ،ويحق للدائن مطالبة الكفيل بالدين اذالم يقم المدين بنفسه بأدائه / حسب ألأحوال المنصوص عليها في القانون /،ويصبح الكفيل متضامنا مع المدين في تحمل الدين اذاكانت الكفالة تضامنية ،والتي تعطى الدائن حق التخيير بين المطالبة المدين او الكفيل او كلاهما بالدين.لكن هذه المعاني المذكورة لاتتحقق بالنسبة للكفالة الجزائية والتي لاتتعلق بفكرة ضم ذمة الكفيل الى ذمة المتهم ،بل ترتبط فكرة الكفالة الجزائية بفكرة احضار المتهم،بحيث يتعهد الكفيل بان يقوم باحضار المتهم في المكان والزمان الذي تحددهاالمحكمة ،وبخلافه فانه يستعدلدفع المبلغ المقرون بالكفالة ،وبذلك فان طبيعة الأداء في كليهمامختلفة اذ ان الاداءفى الكفالة المدنية هو دفع مبلغ من المال ،لكن الأداء في الكفالة الجزائية هو احضارالمتهم المكفول أي قيام بعمل،وان لم يستطيع فيتحول هذا الالتزام الى دفع المبلغ المقرون بها .وذلك عن طريق اتخاذ إجراءات تختلف اختلافا جذرياعن طرق وإجراءات استحصال الدائن على المبلغ الوارد في الكفالة المدنية من الكفيل [٢٤].

عقدالكفالة المدنية كسائر العديد من العقود ألأخرى ،يعتمد بشكل أساسي على مبدءالتراضي ،بان يكون عقد الكفالة مبنيا على إرادة حرة ومتوافقة بين الكفيل والمكفول والدائن اما الكفالة الجزائية فانهاهي الأخرى التي تخضع لمبداء الرضائية ابتداء،لكن تختلف عن الكفالة المدنية من عدة وجوه،اذ الكفالة المدنية قد تكون عادية ،بحيث يتفق اطراف الكفالة عليها دون الحاجةالى تصديقه او توثيقه من جهة مختصة ،وتنطبق عليهاكافة

[٢٤] – القاضي د.سيروان رؤوف علي، مقال تحت عنوان الإشكاليات العملية في الكفالة الجزائية دراسة في المظاهر والحلول، منشور في مجلة المركز القانوني، عدد ١٠، للشهر ٦ من عام ٢٠٢٤، ص١٠٣ .

الاحكام القانونية التي تخص السندات العادية ،وقد تكون رسمية ،بحيث يتدخل موظف رسمي في تنظيمه،والذي يخضع لاستيفاء الرسم القانوني ،وتنطبق عليها الاحكام القانونية الخاصة بالسندات الرسمية ،حيث ان كاتب العدل هو الشخص الذى انيطت اليه مهمة تنظيم وتوثيق التصرفات القانونية . اما بخصوص الكفالةالجزائية فانها تتميزبانها غير خاضعة للرسم الطابع والمصاريف الأخرى ،بمعنى ان المشرع وبغية تسهيل امر تنظيمه قد استثناها من استيفاء هذا الرسم،واعفاها منه ومن المصاريف الأخرى الناجمة عنها ،وبما ان هذه العبارة جاءت مطلقة وان المطلق يجرى على اطلاقه لذلك فان الكفالة الجزائية كانت معفاة من استيفاءاى رسم او مصاريف أخرى وبما ان هذه المسالة قد نظمت في قانون أصول المحاكمات الجزائية والذي هو القانون الخاص بتنظيم الكفالة الجزائية ،لذا من المفروض على دوائر كاتب العدل ان تراعى الوجوب الواردفى المادة (١١٨)من قانون أصول المحاكمات الجزائية التي تنص على انه (يعفي التعهدوالكفالة من رسم الطابع والمصاريف أخرى) وان لاتستوفي رسم الطابع والمصاريف الأخرى من الكفالات الجزائية التي تنظيمهاوبخلاف ذلك فانهاقد استوفت الرسوم خلافا للدستوروالقانون،لان الدستور لم يجيزاستيفاءالرسم الا بالنص،باضافةالى ذلك فان المادة(١١٨)الانفة الذكر،قد صرحت باعفاء تلك الكفالة من الرسم والمصاريف الأخرى فضلا عن ذلك فان قانون الكتاب العدول رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٨النافذ في الإقليم هو قانون خاص يهدف الى تنظيم وتوثيق التصرفات القانونية وضمان حمايتها واضفاءالصفة الرسمية عليها،وهذه الاخيرةلاتنطبق تمام الانطباق على الكفالات الجزائية بل على كاتب العدل حينما يجد بان الكفالة المقدمة اليه هي كفالةجزائية نظمت بخصوص دعوى جزائية ان يقوم باشعار الموظف المختص باستيفاء الرسم بانها معفاة من الرسم والمصاريف تطبيق الاحكام المادة (١١٨)من قانون أصول المحاكمات الجزائية [٢٥].

ان التزام الكفيل في الكفالة المدنية هو التزام تبعي ،وانه قائم بالقيام الالتزام الأصلي ،بحيث اذا انقضى التزام الأصيل فينقضي التزام الكفيل تبعا له تطبيقا للمبداء القائل بان التابع تابع والتابع لاينفرد بالحكم،وبما ان التزام الكفيل هو التزام تبعي ،فان قيام الكفيل بأداء مبلغ الكفالة لايحرمه من مطالبة المكفول والذي هو المدين عن المبلغ الذي دفعه، وان عقد الكفالة هو السندفي هذا الرجوع [٢٦]. وقد جاء في قرار لمحكمة تمييز العراق (....للكفيل الرجوع على المكفول باقساط الدين التي دفعها الكفيل فعلا دون الأقساط التي لم يسددها بعد (١٠٣٣من القانون المدني.....)[٢٧]لكن حسب ما استقر عليه القضاءفي العراق فان التزام الكفيل في الدعوى

---

[٢٥] – القاضي د.سيروان رؤوف علي، مصدر سابق،ص١٠٥-١٠٦.

[٢٦] –ينظر القرار التمييزي المرقم ١٦٤٥/الهيئة الاستئنافية منقول/٢٠٢٤ الصادر من محكمة التمييز الاتحادية في ٢٠٢٤/٤/٢٩. غير منشور.

[٢٧] –(القرار التمييزي المرقم ٧٣٨/م١/٧٨ الصادر من محكمة تمييز العراق في ١٩٧٩/١٠/٢٥ المنشور في مجموعة الاحكام العدلية، العدد الرابع، السنة العاشرة، ١٩٧٩، ص٢٥.

الجزائية هو التزام اصلي وليس تبعي وذلك لنسبية اثار عقد الكفالة بالنفس وعدم انصرافها الى المكفول ،لكون التزامه امام المحكمة المختصة التزام اصلي وليس تبعي ،وبذلك يكون الكفيل في الكفالة بالنفس ملزم بدفع مبلغها عند اخلاله بالتزامه في حال عدم احضار مكفوله، حيث ردت محكمة البداءة دعوى الكفيل ضد المكفول وأيدته محكمة التمييز الإتحادية مبررا أياه بأن دعوى المدعي لاسند لها قانونا، إذ أشارت المحكمة الاخيرة في قرارها إلى إن(.....لان الثابت من وقائع الدعوى بان المدعى عليه /المميز عليه كان موقوفاعلى قضية تحقيقية وان المدعي /المميزقد تكفل باحضاره في حالة اطلاق سراحه بكفالة وجاءفي صك الكفالة انه أي المدعي مع بقية الكفلاء ملزمين بدفع مبلغ الكفالةفي حالة اخلالهم بالتزامهم باحضارمكفولهم وبالتالي فان الكفالة هنا كفالةبالنفس وان المدعي ملزم بدفع مبلغهاعند اخلاله بالتزامه عند عدم احضار مكفوله ولاسند قانوني لدعواه بالرجوع على المكفول بمبلغ الكفالة او التعويض ومعه تكون دعواه واجبة الرد .....))[٢٨]، وبذلك فان قيام الكفيل بدفع مبلغ الكفالة لايعطيه الحق في الرجوع علي المتهم ومطالبته بالمبلغ الذي دفعه .

[٢٨] – ينظر:القرار التمييزي المرقم ٨١٧ /الهيئة الاستئنافية منقول /٢٠٢٢الصادر من محكمة التمييز الاتحادية في ٢٠٢٢/٣/١٦، القرار منشور في الموقع الالكتروني لمجلس القضاء الأعلى على العنوان التالي https://www.sjc.iq/qanoun/civilian/ وكان آخر زيارة له في ٢٠٢٤/٦/٥.

المبحث الثاني

التزام الكفيل في الدعوى الجزائية وانهائها

في هذه المبحث سوف نتكلم عن التزام الكفيل في الدعوى الجزائية وانهاء الكفالة الجزائية،لذا سوف نقسم هذا المبحث الى ثلاثة المطالب ،في المطلب الا ول نتكلم عن التزام الكفيل باحضار المتهم امام المحكمة الجزائية وفي المطلب الثاني عن التزام الكفيل بدفع مبلغ الكفالة والمطلب الثالث والأخيرنتكلم عن انهاء الكفالة في الدعوى الجزائية .

المطلب الأول

التزام الكفيل باحضار المتهم امام المحكمة

بعد اطلاق سراح المتهم من التوقيف بقرار من الجهة التي قررت توقيفة او من جهة اعلى منها والتي تتولى الرقابة على اعمالها كما هو الحال بالنسبة لمحكمة الجنايات بصفتها التميزية والتي تتولى الاشراف والرقابة على اعمال قاضي التحقيق، وكذلك محكمة الاستئناف بصفتها التميزية التي تنظر تمييزافى الاحكام الصادرة من محاكم الجنح واخيرامحكمة التمييز بالنسبة للرقابة على الدعاوى التي تحسم من قبل محاكم الجنايات،فأن اخلاء سبيل المتهم لايعني انتهاء الدعوى ،بل هو اجاء مؤقت بطبيعته ،اذ تبقى الدعوى في مسارها الطبيعي وتمضي المحكمة في ألأجراءات لحين حسم الدعوى ، أي ان اطلاق سراح المتهم بكفالة لايعني انهاء الدعوى بل هو لغرض عدم بقاء المتهم في التوقيف فترة التحقيق والمحاكمة ،وقد يقتضي الحالة ان يعاد توقيفه ثانية حسب الضرورة وبقرارمسبب من القضاء وبما ان اخلاء السبيل المتهم قد يكون بالتعهد الشخصي من المتهم ، بان يتعهد بالحضور امام السلطات المختصة حين الطلب ، او مقرونا بكفالة شخص ضامن وهذا هو الكفيل الضامن ، او كفالة عينية والتي هي في الغالب مبلغ من النقود وقد لايقترن التعهدباية كفالة مما تقدم وتقرير كل ذلك يعود للسلطة التقديرية للقاضي او المحكمة حسب ظروف الجريمة والمتهم [٢٩].

ففي الكفالة الجزائية ان التزام الكفيل يقتصر على احضار المتهم حين الطلب من المحكمة وان عدم احضار المتهم يستلزم تكليف الكفيل بالحضور وتفهيمه باحضار المتهم وبخلافه سينطبق عليه –أي على الكفيل احكام المادة (١١٩)من قانون أصول المحاكمات الجزائية .ومن الناحية التطبيقية نقض قرار محكمة

---

[٢٩] –الدكتور وعدى سليمان المزوري ،شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية (نظريا وعمليا)،الطبعة الثانية ،مكتبة تبايي أربيل ومكتبة گازى دهوك ،٢٠١٥،ص ١٦٦.

تحقيق عنكاوه لان المحكمة لم يكلف الكفيل بالحضوروبسبب عدم احضار المتهم فتحت له قضية مستقلة للكفيل وفق المادة ٢٣٨من قانون العقوبات ،الا ان محكمة الجنايات رات بان هذا الاتجاه غير صحيح اذ يجب في تلك الحالة تكليف الكفيل بالحضور وفي حالة عدم احضار المتهم تطبيق المادة ١١٩ من أصول فقط[٣٠].

أما بالنسبة لموضوع تنفيذ أمر القبض بحق المتهم فإن الكفيل يعفى من المسؤولية حين القبض على المكفول من قبل رجال الشرطة،وقد جاء في قرار المحكمة (: تبين ان الطعن قدم ضمن المدة القانونية علية قرر قبوله شكلا ولدى عطف النظر على القرار غير صحيح ومخالف للقانون ، حيث ان المحكمة قد أصدرت القرار النهائي بشان المتهم (ح.م.م)وتم القبض عليه اثناء اصدار القرار بغلق التحقيق وبدلامن ايراد كلمة اخلاء سبيله اخطات المحكمة بايراد كلمة (الافراج)وان الكفيل مكلف باحضار المتهم ولايعتبر مدينا ....وبامكان الممحكمة اعفاء الكفيل حتى في حالة عدم امكان تنفيذ مايترتب عليه وان حضور المتهم بنفسه او القاءالقبض عليه يعفى مسؤلية الكفيل تلقائيا، عليه قرر نقض القرارمع إعادة الأوراق اصوليا صدر القراربالاكثرية في ٢٠١٢/٩/١١[٣١].

---

[٣٠] –ينظر القرار التمييزي المرقم ٣١٥/تميزية الجنايات الثالثة /٢٠١٣ الصادر من محكمة جنايات أربيل بصفة تمييزية في ٢٠١٣/١٢/١٧ إذ تضمن القرار على(...لدى التدقيق والمداولة وجد ان تدخل التمييزى من قبل المحكمة جنح عنكاوه قانونى عليه تقرر قبوله شكلا ولدى عطف النظر على قرار الإحالة المرقم (٢٩٥)في ٢٠١٣/٧/٣وجد بانه غير صحيح ومخالف للقانون حيث تبين بان قاضى تحقيق المختص اصدر قراره المؤرخ في ٢٠١٣/٥/٢٧بفتح قضية مستقلة بحق الكفيل(المتهم س.ا.خ في هذه القضية)بحجة عدم قيامه بجلب صورة القيد للمتهم في القضية الاصلية دون مراعاة بان التزام الكفيل يقتصر على احضار المتهم حين الطلب وفى حالة اخلاله بالتزاماته كان المقتضي بقاضى التحقيق ان يعمل باحكام المادة (١١٩)من القانون أصول المحاكمات الجزائية وليست المادة (٢٣٨)من قانون العقوبات بالإضافة الى ذلك لم تجد هذه المحكمة بين طيات أوراق القضية ورقة تكليف بالحضور لكفيل المتهم يطلب منه الحضور امام السلطات التحقيقية وهذه النواقض قد اخل بصحة قرارالاحالة علية تقرر نقض القرارالمميز وتاييد التدخل التمييزى وإعادة الأوراق الى محكمتها لاتباع ماتقدم وصدر القرار بالاتفاق استنادالاحكام المادة (٢٦٥) من قانون أصول المحاكمات الجزائية في ٢٠١٣/١٢/١٧....) نقلا من كامران رسول سعيد، المباديء والقرارات الهامة لمحكمة جنايات أربيل/١–٢–٣ بصفتهم التمييزية لسنوات ٢٠٠٩–٢٠١٣، الجزء الاول، ط١، مطبعة هونه ر، ٢٠١٥، ص ١٤٩ .

[٣١] –القرارالتمييزي ٥٨٣/ت/٢٠١٢في ٢٠١٢/٩/١١/محكمة جنايات السليمانية/١بصفتها التمييزية ،كامران رسول سعيد ،اهم المبادى والقرارات الهامة لمحكمة جنايات السليمانية /١ بصفتها التمييزية ،الطبعة الأولى ،مطبعة كارو ،٢٠١٣، ص٤٧.

المطلب الثاني

التزام الكفيل بدفع مبلغ الكفالة

كما بينا سابقا قد يكفى قاضى التحقيق لاطلاق سراح المتهم بتقديمه تعهدا بان يحضر امام الجهة المختصة في موعيد معين ،ولقاء ذلك يضع مبلغا من المال يقدره قاضى التحقيق في صندوق المحكمة او مركز الشرطة وفى حالة تخلفه او اخلاله بالتعهد يقيد مبلغ التعهد كاراد نهائي الى خزينة الدولة، مالم يقدم عذرتقتنع به المحكمة يسوغ سبب تخلفه ،وقد يقررقاضى التحقيق اطلاق سراح المتهم الموقوف بتعهد مقرون بكفالة شخص ضامن ففي هذه الحالة يتعهد الكفيل علاوة على تعهد المتهم شخصياباحضار المتهم امام السلطة المختصة في حالة عدم حضوره من تلقاء نفسه وفى حالة اخلاله بهذا الالتزام فان عليه ان يدفع مبلغ الكفالة [٣٢].

إذ إن إلتزام الكفيل حسب الكفالة التي تقدمها للمحكمة هو إلتزام بإحضار المتهم المكفول، بحيث إذا لم يتمكن من إحضار المتهم وأخل بإلتزامه فيتم احالته على محكمة الجنح وللمحكمة ان تقرر تحصيل المبلغ كله او بعضه حسبما يتراىء لها من ظروف المتهم او الكفيل اوتقرر اعفاءه اذا كان الاخلال سببه اضطرارى كان يهرب المتهم ويتعذر العثور عليه، وللمحكمة أن تقرر تحصيل المبلغ مقسطا لمدة لاتتجاوز سنة واحدة او حجز المبلغ المودع من المتهم او الكفيل او تقرر حجز امواله وبيعا وفق قانون التنفيذ بناء على مذكرة ترسلها المحكمة الى مديرية التنفيذ لاستيفاء المبلغ المحكوم به من ثمنها مع مراعاة احكام القانون فيما لايجوز حجزه وبيعه منها فاذا لم يكف الثمن المتحصل لوفاء المبلغ فللمحكمة ان تقرر حبسه مدة لاتتجاوز ستة اشهر ومصادرة المبلغ المحجوز واذا لم يصادر المبلغ الذى كان قد اودع من الكفالة او التعهد الشخصى في حالة عدم الاخلال بالتعهد او الكفالة فيرد الى صاحبه بعد اكتساب الحكم ببرائة المتهم او عدم مسؤوليته او الافراج عنه او رفض الشكوى درجة البتات[٣٣].

وفي حالة عدم وجود مبرر قوي يبيح للكفيل الإخلال بكفالته، أو عدم تمكن المحكمة من الحصول على مبلغها أو الحجز عليها، فيجوز حبسه لقاء المبلغ كأي مدين آخر، اي انه يعامل معاملة المدين، دون معاملته كشخص إرتكب جريمة، لان الكفيل ليس بالمتهم، وان إخلاله بالكفالة لايشكل جريمة[٣٤].

---

[٣٢] –سعيد حسب الله عبدالله ،المرجع السابق،ص٢٣٠–٢٣١.

[٣٣] –القاضي سلمان عبيد عبدالله الزبيدي ،شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١المعدل،الطبعة الأولى ،مكتبة القانون والقضاء ،بغداد،٢٠١٥،ص١٨٧.

[٣٤] –ينظر القرار التمييزي المرقم ١٢٤/ت/جزائية/٢٠١٦ الصادر من محكمة استئناف بابل بصفتها التمييزية في ٢٠١٦/٣/٧ والمتضمن على(.....ان اخلال الكفيل بكفالته وعدم وجود سبب(اضطراري)يبيح له ذلك الاخلال، كما انه لايوجد له أموال

اما الإجراءات المحكمة حين إخلال الكفيل بالكفالة وهى كالآتي [٣٥]:

١. يتم تدوين أقوال الكفيل في الدعوى الجزائية الخاصة بالمتهم المكفول والذي هو الكفيل فيها.
٢. بعد أن تبين للمحكمة بأنه غير قادر على تنفيذ إلتزامه بإحضار المكفول تقرر المحكمة إحالته بكتاب إلى محكمة الجنح لإتخاذ الإجراءات معه وفقا للمادة(١١٩)من قانون اصول المحاكمات الجزائية.
٣. يتم إحالة الكفيل بكتاب مرفقا به النسخة الاصلية من سند كفالته، ونسخة مصدقة من قرارقاضي التحقيق بالاحالة ان كان الاخلال امامه ،ونسخة من محضر الجلسة المحاكمة التي قرر فيه احالته ان كان الاخلال امام محكمة الموضوع ، ونسخة من إفادته التي بين الكفيل عدم قدرته من إحضار المكفول.

وبعد ورود الكتاب يؤشر القاضي على الكتاب المرسل إليه، متضمنا تسجيله في سجل الكفيل المخل، ومن ثم تقديمه إليه مع تدوين اقوال الكفيل لبيان مقدرته واسباب إخلاله بالكفالة، وبعد تنفيذ القرارين يتم عرض الملف إليه لإصدار القرار فيه بالطريقة التي بينتها المادة(١١٩)من قانون اصول المحاكمات الجزائية، علما بأن إحالة المتهم إلى محكمة الجنح ليس لغرض محاكمته، وأن هذه الإحالة ليست بالإحالة الواردة في المادة(١٣١)من قانون اصول المحاكمات الجزائية، بل الغرض منها هو إستيفاء المبلغ فقط كمدين عادي اي أنه ليس بالمتهم وبذلك لايجوز القبض عليه ولاتوقيفه وإن كان هناك إتجاه في القضاء الكوردستاني يذهب إلى إن الكفيل إذا تبلغ ولم يحضر فإنه يجوز القبض عليه وفقا للمادة(٢٣٨)من قانون العقوبات، لذا سار العمل في القضاء على عدم جواز إنتداب المحامي له، وعدم جواز توجيه التهمة إليه، بالإضافة إلى عدم جواز إعمال القواعد الأخرى التي أوجب القانون إعمالها حين محاكمة المتهم.

بالرجوع إلى ساحة القضاء في العراق وإقليم كوردستان نجد بأن هناك تباين وإختلاف في تطبيق المادة(١١٩)من قانون المذكور، إذ نقضت محكمة إستئناف منطقة اربيل بصفتها التمييزية قرار محكمة الجنح اربيل بقولها(... ان المميز لايعتبر متهما بارتكاب جريمة بل انه اخل بكفالته وان المادة ١١٩ أصول ليست عقابية لذا لايجوز محاكمته كسائر المتهمين بل يحال بقرار من قبل حاكم التحقيق وبكتاب رسمي على المحكمة الجنح بعد تدوين أقواله لاستحصال مبلغ الكفالة وفق التفصيل المبين في المادة المشار اليها كان المقتضي

يجوز حجزها وبيعها، ولم يقدم تسوية مقبولة لسداد المبلغ فان ذلك كله يسوغ للمحكمة حبسه مدة لاتتجاوز ستة اشهر وفقا لصراحة المادة (١١٩/ب)من قانون أصول المحاكمات الجزائية ...) نقلا عن القاضي عدنان مايح بدر، الاجراءات العملية لدعاوى الجنح معززة بالقرارات الصادرة من محاكمالاستئناف بصفتها التمييزية، طبعةجديدة،المكتبة القانونية بغداد،٢٠١٩ ،ص٢٧٥.

[٣٥] – بهذا المعنى ينظر: القاضي د.سيروان رؤوف علي، مرجع سابق ص١١٠-١١١- .

بمحكمة الجنح عند إحالة المميز على المحكمة باعتباره متهما طلب التدخل في قرار الإحالة من محكمة الجنايات المختصة لمعالجة الخطا القانوني الذى وقع فية قاضى التحقيق....)[٣٦]. وجاء في قرار اخر لمحكمة الجنايات (ان المادة ١١٩ من قانون أصول المحاكمات الجزائية المعدل غير عقابية فلا يجوز توقيف الكفيل بموجبها بل يجب عند اخلال الكفيل بكفالته احالته بقرار على محكمة الجنح)[٣٧]،وقرار اخرلمحكمة الاستئناف (..ان محكمة الجنح قد طبقت القانون تطبيقا صحيحاعندما قررت الزام الكفيل بدفع الكفالة البالغ خمسة ملايين دينار دفعة واحدة الا انها اخطات عندما قررت حبس الكفيل جبسا بسيطا لمدة ستة اشهر في حالة عدم الدفع ، حيث ان قرار حبس المدين يكون بعد رفضه وامتناعه عن بيان تسوية مقبولة وهذا مانص عليه الفقرة (ب)من المادة (١١٩)من قانون أصول المحاكمات الجزائية...)[٣٨]. ,إن كان هناك إتجاه يرى خلاف ما سار عليه القضاء ، إذ عاملت المحكمة معاملة المتهم وكفيل المحال حيث اشارت المحكمة في قرارها بأنها قد اتخذت الإجراءات الجزائية ضد الكفيل المخل بكفالته كسائر المتهمين[٣٩].

من خلال استقراء القرارات المشار اليها أعلاه ،لاحظنا خلطا حاصلا في كيفية التعامل مع الكفيل المخل بكفالته ،وهذا الخلط لم يقتصر على محاكم التحقيق والجنح فحسب،بل امتد ليشمل محكمةالجنايات بصفتها التمييزية وكما لاحظنا هو طريق مراجعة غايتها التحقيق من انطباق الاحكام والإجراءات مع القانون والأصول ،وإقامة حد بين الخطا والصحيح ووضع مذهب واحد في التفسيرمنعا من تضارب والاراء حول تاويل النص الواحد الكفيل[٤٠].

ومن اهم الالفاظ الواردة في المادة موضوعة البحث والتي ابهمتها وتسببت في إعطاء اكثر من تفسير لها وهى كما يلي :

---

[٣٦] –القرار التمييزي المرقم ١١٩/ت/ج/٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/١٠/٢٣ منشور من قبل القاضي كيلاني سيد احمد، المباديء القانونية لقرارات محكمة استئناف منطقة أربيل، بصفتها التمييزية، مطبعة منارة، ط١، ٢٠١٠، ص١٦٣.

[٣٧] –القرار التمييزى المرقم ١١٠/ت/٢٠١٢/٢ الصادر من محكمة جنايات أربيل بصفتها التميزية في ٢٠١٢/١٢/٣٠، أشار اليه كامران رسول سعيد، المباديء والقرارات الهامة لمحكمة جنايات أربيل/١و٢و٣، ج١، ط١، مطبعة هونةر، ٢٠١٥، ص ١٣٦و١٣٧.

[٣٨] القرار التمييزي ٤١/ت.ج/٢٠١٣في ٢٠١٣/٥/٩/محكمة استئناف المثنى ،القاضي عدنان مايح بدر،المرجع السابق ،ص٢٨١.

[٣٩] –القرار التمييزي بالعدد١٧٧/ت/٢٠٠٥ في ٢٠٠٥/٥/١٨ الصادر من محكمة جنايات دهوك بصفتها التمييزية نقلا عن سامي سليمان فقي، مرجع سابق ،ص٧٢–٧٣.

[٤٠] – سامي سليمان فقي ،المرجع السابق ، ص٧٤.

١- كلمة الإحالة :لعل من اهم أسباب الخلط الحاصل في تفسير النصوص المتضمنة إجراءات الاخلال بالكفالة هو ورد كلمة (الإحالة)في المادة (١١٩)من قانون أصول المحاكمات الجزائية حيث جاءت فيها (اذا اخل المتهم بتعهده او الكفيل بكفالته فيحال على محكمة الجنح....)وذلك لان هذه الكلمة وردت في قرارات قاضى التحقيق بعد انتهاء التحقيق فجاءت في الفقرة (ب)من المادة /١٣٠من قانون أصول المحاكمات الجزائية [٤١].

٢-كلمة الحبس :تنص الفقرة ب من المادة ١١٩ منه (اذا لم يكف الثمن ...فللمحكمة ان تقرر حبسه مدة لاتتجاوز ستة اشهر) ومن المعلوم ان هذا الحبس هو اجراء اكراهي ويختلف عن الحبس العقابي الوارد في المادتين (٨٨و٨٩)من قانون العقوبات ،فالحبس الاكراهي ليس بعقوبة وان كان مانعامن الحرية انما هو ضمان للدفع وعليه فان الحبس المذكور او باقل من مدته ليس عقوبة تفرض على المخل وانماهو وسيلة اجبار على تسديد المبلغ او اظهار امواله القابلة للحجز او على الأقل تقديم تسوية تقبلها وتقتنع بها المحكمة ،لذا فان منطق العدالة يقضى بانهاء حبسه متى تمكن من احد الحلول الثلاثة المتقدمة ،وان بقى من مدة حبسه شيء ،ومما يعزز الراي المذكور بان هذا الحبس ليس عقوبة حيث لاعقوبة بدون جريمة هو ان المشرع جعل الحبس المذكور جوازيا للمحكمة ولم يجعله وجوبيا في حين توقيع العقوبة على المجرم المدان ضمن الحدود القانونية للعقوبة المحددة في القانون لأجبار امام المحكمة في عدم فرضها وهذا ايضايدل على ان القصد من الحبس هو فقط (للحمل والاجبار)على إيجاد حل من الحلول الثلاثة المذكورة أعلاه [٤٢] .

٣-كلمة المصادرة :تنص الفقرة (ج)من المادة ١١٩ منه (يصادر المبلغ المحجوز او المحصل ويقيد ايرادا للخزينة كما تنص الفقرة (د)منها اذالم يصادر المبلغ المودع ....) ويرى الأستاذ (عبدالرحمن العكيلى)الى إعادة النظر في صياغة لفظي المصادرة الواردتين في الفقرتين (ج،د)من المادة المذكورة واستخدام كلمة (يقيد)تلافيا لاي التباس في فهم وتفسير وتطبيق المادة المذكورة ،علما ان المشرع قد استعمل هذه الكلمة الأخيرة في الفصل الثالث من الباب الثالث من نفس القانون عندمعالجته للاحكام المشتركة لحفظ السلام وحسن السلوك حيث تنص الفقرة (ب)من المادة ٣٢٧ من قانون أصول المحاكمات الجزائية.

٤-الشرط الجزائي في المادة المذكورة وتمييزه عن الغرامة :من المعلوم ان الغرامة تختلف عن الشرط الجزائي المنصوص عليه في عقد يحدد فيه مقدما مقدار التعويض الذي يستحق في حالة عدم تنفيذ هذا العقد، فان

---

[٤١] -سامي سليمان فقي ،المرجع السابق ،ص٩٢.

[٤٢] -سامي سليمان فقي ،المرجع السابق ،ص٩٥.

عدم التنفيذ الذي يجعل الشرط الجزائي مستحقالايكون في العادة جريمة ما ،وفضلا عن ذلك فالغرامة لاتنتج عن اتفاق كالشرط الجزائي بل تقرر بمقتضى قانون او مرسوم [٤٣] .

عليه ولما تقدم لايمكن وصف الكفيل المخل بكفالته في الدعوى الجزائية ب (المتهم)لان من شروط المتهم ان يكون منسوبا اليه المساهمة في الجريمة ،أي يشترط في الشخص الذي يعد متهما ان يكون منسوبا اليه المساهمة في جريمة بصفته فاعلا اصليا او في أفعال الغير وان كان يمكن ان يترتب عليها مسؤلية مدنية الا انه لايترتب عليها مسؤلية جنائية ،ولايمكن اعتبار فعل الاخلال (جريمة)فلكي يقوم الجرم ويحق العقاب على فاعله يجب ان تتوفراركانه الثلاثة الركن القانوني والمادي والمعنوي لدى الكفيل[٤٤]،وكون المادة (١١٩)من الأصول الجزائية ،مادة إجرائية وليست عقابية ،يعني ان مسؤولية الكفيل المخل بكفالته في الدعوى الجزائية هي مسؤولية مدنية وليست مسؤولية جزائية وعليه فلا يجوز اطلاقااتخاذ الإجراءات الجزائية ضده وفق المادة المذكورة ،فلا يملك قاضي التحقيق سلطة التوقيف تجاهه ولا حتى ان يكفله عن اخلاله بالالتزام الوارد بالكفالة ،فلا يجوزللقاضي او المحكمة فتح القضية مستقلة بحقه ،ولايجوز تنظيم قرار إحالة له ولا احالته بدعوى موجزة او غير موجزة ولايجوز توجيه التهمة اليه ولايدان[٤٥].

[٤٣] –سامي سليمان فقي ،المرجع السابق ،،ص٩٧.

[٤٤] –سامي سليمان فقي ،المرجع السابق ،ص.١٠٢

[٤٥] –سامي سليمان فقي ،المرجع السابق ، ،ص١٠٤.

المطلب الثالث

انهاء الكفالة فى الدعوى الجزائية

هناك طرق مختلفة لإنهاء الكفالة الجزائية، إذ سنحاول في هذا المطلب أن نسلط الضوء على تلك الطرق وهي كالآتي:

الفرع الأول

انهاء الكفالة بقرار المحكمة

اذا اختلت الكفالة بظهور ضعف في اقتدار الكفيل او غش منه او ظهور خطا في الكفالة او غير ذلك مما يخل بصحتها او اصبح الكفيل غير قادر على الوفاء بها فاللقاضي ان يصدر امرا بالقبض على المتهم او يكفله بتقديم كفالة أخرى فان لم يقدمها قرر توقيفه [٤٦] .

فاذا ظهرت ظروف جديدة تودي الى القول بضعف قدرة الكفيل على الوفاءبالتزاماتة في الكفالة او اظهر ان في تلك الكفالةغش في ما يتعلق بقابلية الكفيل على تنفيذ كفالته او حالة المالية او اذا ظهرخطافى الكفالة نفسها،كان يكون المبلغ اقل من المبلغ الذي حدده القاضي او ان الكفالة لم توقع من قبل الكفيل ام لم تصدق من قبل الجهة المختصة الى غير ذلك من الأمور التي تؤدى الى عدم اعتباره اكفالة صحيحة ام ان الكفيل سوف يتعذر علية القيام بها بموجب الظروف الجديدة فان للقاضي ان يصدر امرا بالقاء القبض على المتهم الذى اطلق سراحه بموجب تلك الكفالةويامره بتقديم كفالةجديدة تتوافر فيها الشروط القانونية المار ذكرهافان رفض المتهم القيام بذلك او عجز عنه فان للقاضي ان يقرر توقيفه[٤٧].

فالكفالة وكما اشرنا الى ذلك التزام تبعي فاذا انقضت الدعوى الجزائية تنتهي معها التعهد او الكفالة، وتنقضي الدعوى الجزائية بوفاة المتهم او صدورحكم بات بادانته او برائته او حكم او قرار بات بعدم مسؤليته عن الجريمة المستندة اليه او قرار نهائي بالافراج عنه او بالعفو عن الجريمة او بوقف الإجراءات فيها وقفا نهائياو في الأحوال التي ينص عليها القانون [٤٨]، حيث إتجهت محكمة استئناف منطقة السليمانية بهذا المنوال في قرارات

---

[٤٦] –الدكتور وعدي سليمان المزوري،المرجع السابق ،ص١٦٧.

[٤٧] –سامي سليمان فقي ،المرجع السابق ،ص٣٨.

[٤٨] –انظر المادة ٣٠٠من قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم ٢٣لسنة ١٩٧١.

لها منها القرار المرقم(٣٥ /ب.كه تن /٢٠٢٠) في(٢٠٢٠/١/٢٠) إذ جاء فيه (.....ان الكفالة تنتهي بانتهاء الدعوى سواء بالادانة او الافراج فكان على المحكمة ان تقرر إعادة المبلغ اما الى المدان او وكيله [٤٩]).

بيناسابقا ان صدور الحكم او القرار في الدعوى الجزائية يؤدي الى انتهاءالكفالة الجزائية اذا لم يكن الكفيل فيها مخلا بالتزاماته وفي هذه الحالة تصدر المحكمة قرارا بالغاءالكفالة لكن بعد اكتساب الحكم او القرار درجة البتات ،لكن بالرجوع الى نص المادة(١١٩/د)من قانون أصول المحاكمات الجزائية تبين بانها قد اشارت الى حالات صدور الحكم بعدم المسؤولية او براءته او الافراج او رفض الشكوى دون الاشارة الى صدر الحكم بالادانة ،علما بان هذه الحالة هي الحالة التي لها تطبيقات جمة في ساحة القضاء لذا نقترح على المشرع العراقي ان يضيف هذه الحالة الى الحالات المذكورة في المادة عن طريق تعديل الفقرة (د)من المادة ١١٩من قانون أصول المحاكمات الجزائية .

و الجدير بالذكر إن المشرع العراقي وإن صرح انتهاء كفالة الكفيل في الدعوى الجزائية في حالات الافراج والبراءة وعدم المسؤولية وحالات رفض الشكوى، لكنه لم يتطرق الى أن قرارات الافراج سواء كانت في مرحلة التحقيق أو المحاكمة تؤدي الى انتهاء الكفالة الجزائية في الحال، أم يقترن انتهاءه بمرور مدة الافراج الواردة في المادة(٣٠٢)من قانون أصول المحاكمات الجزائية، لكي يحول الافراج المؤقت الى افراج نهائي، إذ القضاء العراقي حاول سد هذا الفراغ التشريعي من خلال استلهام فكرته من الحكمة التشريعية من منح تلك المدة لاستئناف سير التحقيق حيث وازن المشرع بين مصلحة المتهم في لايسلب حريته أكثر، وبين حق المجنى عليه في لايهدر حقه نتيجة أمور لايد له في حدوثها، وبذلك فإن إستئناف سير التحقيق في الدعوى يؤدي الى إمكان دعوة المتهم وكفيله من جديد، وإن لم يكن الأمر بهذا المنوال فلم يتحقق التوازن المذكور خاصة اذا لم يمكن احضار المتهم مباشرة بسبب مغادرته البلد وما الى آخره من الأسباب ، ولتعزيز هذا الرأي نشير الى قرار لمحكمة تمييز العراق إذ ورد فيه(....ان قرار الافراج ليس حكما ولا تنقضي به الدعوى ولو اكتسب درجة البتات مالم تمض المدة المنصوص عليها في المادة ٣٠٢من الأصول الجزائية وهى سنة على قرار الافراج الصادر من المحكمة وسنتين على القرار الصادر من حاكم التحقيق....)،[٥٠] .

---

[٤٩] – نقلا عن المحامي المستشار ابوبكر برهان حمه ،اهم القرارات الصادرة من محكمة استئناف منطقة السليمانية بصفتها التمييزية لسنة ٢٠٢٠،الطبعة الأولى ،مكتبة **يادگار**،٢٠٢٢،ص١٧.

[٥٠] –القرار التمييزي المرقم ٢٧١٠/جنايات/٧٤ الصادر من محكمة تمييز العراق في ١٩٧٥/٢/١٨ منشور من قبل القاضي إبراهيم المشاهدي، المباديء القانونية في قضاء محكمة التمييز، القسم الجنائي، مكتبة الجاحظ، بغداد، ١٩٩٠، ص٥٩.

الفرع الثاني

انهاء الكفالة بطلب من الكفيل

يكون من حق الكفيل الطلب من قاضي التحقيق او المحكمة الموضوع اعفائه من الكفالة ولكن يشترط عليه احضار مكفوله امام تلك الجهات او تسليمه الى مركز الشرطة وعند ذاك يصدر القرار بإلغاء تلك الكفالة وفى هذه الحالة يقرر القاضي توقيف المتهم مالم يقدم كفالة أخرى [٥١] .

فالقانون قد أجاز للكفيل اذا ظهرت له بعد تقديم الكفالة أمور يرى من الضروري فيها ان يتخلى عن التزاماته في الكفالة ، ومن هذه الأمور احتمال هروب المتهم او قيامه باعمال ضد الكفيل او لغير صالحه ،أوان ظروف الكفيل قد تغيرت بحيث يصعب عليه الاستمرار في تحميل أعباء الكفالة [٥٢]،كما اشارت المادة (١١٧) الأصولية (للكفيل ان يطلب اعفاءة من الكفالة على ان يحضر مكفوله امام القاضي او يسلمه الى مركز الشرطة وعندئذ يصدر القاضي قرارا بالغاء الكفالة وله ان يقرر توقيف المتهم ما لم يقدم كفالة أخرى).

الفرع الثالث

انهاء الكفالة بحكم القانون

اذا توفي المتهم في اى مرحلة من مراحل الدعوى انقضت بذلك الدعوي وهذا يعنى توقف كافة الإجراءات ومنها الإجراءات التي تحدثنا عنها سابقا بصدد تحصيل مبلغ التعهد او الكفالة عند الاخلال بهما ، حيث يجب ان تتوقف هذه الإجراءات ضد المتهم وضد كفيله وهذا يعنى ارجاع المبالغ المودعة ان كانت هناك أموال مودعة لدى المحكمة او مركز الشرطة واذا كانت الإجراءات السابقة قد وصلت الى مرحلة حجز الأموال وبيعها فيجب رفع الحجز، واذا كانت هناك أقساط قد دفعت فيجب التوقف عن تحصيل الأقساط الباقية حين تحقق وفاة المتهم [٥٣].

---

[٥١] –القاضي عبدالكريم حيدر علي ،مذكرات في شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم ٢٣ لسنة١٩٧١المعدل،الطبعة الأولى ،مكتبة هوليرالقانونية ،ص٨٣.

[٥٢] –سامي سليمان فقي ،المرجع السابق ، ص٣٣.

[٥٣] –بهذا المعنى ينظر: د.جمال ابراهيم الحيدري، مرجع سابق، ص ٣١٠، وتطبيقا لهذه الفكرة ينظر أيضا القرار التمييزي المرقم ٥٢٢/جنايات/٧٢ الصادر من محكمة تمييز العراق في ١٩٧٣/٣/٩ المتضمن على(...اذا توفي المتهم تقف

تنقضي التزامات التعهد الشخصي الصادرة من المتهم بحضوره عند الطلب وينقضي الالتزام المالي بدفع مبلغ التعهد عند الاخلال به [٥٤].واشارت المادة(١٣٠/ا،ج)من قانون أصول المحاكمات الجزائية بان (١- اذا توفي المتهم تقف الإجراءات ضده وضد كفيله عن الاخلال بالتعهد او الكفالة ٣- تقف إجراءات الحجز والبيع وتحصيل الأقساط الباقى في الأحوال المذكورة في الفقرتين السابقتين وتبرا الذمة من المبالغ التي لم يتم تحصيلها) .

واذا توفي الكفيل تقف الإجراءات ضده عند الاخلال بالكفالته و تبراء ذمته و لاشان للورثة بموضوع الكفالة او مايلزم به في حالة صدور قرار بالزامه بكل او جزء من مبلغ الكفالة حيث تتوقف إجراءات البيع وتحصيل الأقساط الباقية وتبراء الذمة من المبالغ التي لم يتم تحصيلها وفي هذه الحالة –وفاة الكفيل– فان القاضي يكون مخيرا بين اصدار امر القبض على المتهم الذي توفي كفيله واعادته للتوقيف او ان يقرر تكليف المتهم بتقديم كفالة جديدة وفي حالة امتناعه عن ذلك يقرر توقيفه [٥٥].

الفرع الرابع

انهاء الكفالة بطلب من المتهم

تتميز عقد الكفالة المدنية بأنها مقررة لمصلحة الدائن، وبذلك فإن المشرع قد أجاز للدائن إبراء المدين من جهة، وإبراء الكفيل من جهة أخرى[٥٦].لكن في الكفالة الجزائية فإن القانون لم يجز للكفيل إنهاء كفالته إلا بالطريقة التي تطرقنا إليه فى الفرع الثاني من هذا المطلب، وإن المشرع العراقي لم يتصدى إلى موضوع إنهاء الكفالة الجزائية بطلب من المتهم، لكن بالرجوع إلى ساحة القضاء نستطيع أن نلمس تطبيقات لهذه الحالة، إذ يقدم المتهم طلبا إلى المحكمة التي كانت الدعوى في حوزتها، ويوضح مبررات طلبه لكي تقوم المحكمة بإصدار قرار بإلغاء كفالته ومن ثم إعادة توقيفه، وإن السبب في ذلك قد يرجع إلى شعور المتهم المكفول بالذنب دينيا أو تحت تاثير اللوم الاجتماعي له، وقد يكون السبب هو إرضاء مشاعر المشتكي أو الخصم في الدعوى الجزائية، وبالنظر إلى وجود هذه الحالة في ساحة القضاء وعدم النص عليها، لذا فإن الضرورة تقتضي تعديل

الاجراءات ضده وفق المادة ١٢٠ من قانون اصول المحكمات الجزائية...) نشر القرار في النشرة القضائية، العدد الاول، السنة الثالثة، ١٩٧٣، ص٢١٥و٢١٦.

[٥٤] –القاضي جمال محمد مصطفى ،شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية ،بغداد،٢٠٠٥ص٨١.

[٥٥] – القاضي عبدالكريم حيدر علي،المرجع السابق ،ص٨٢.

[٥٦] –ينظر: المادتان: (١٠٤٠و١٠٤١) من القانون المدني.

المادة(١١٧)من قانون أصول المحاكمات الجزائية عن طريق إضافة فقرة لها بحيث تجيز إنهاء الكفالة بناء على طلب المتهم، وحيث إن التعديل المقترح يوازي ومبدأ الشرعية الإجرائية ويتمشى معه، ويفيدنا في رد على الإنتقاد الموجه دائما إلى عمل القاضي الجزائي بأنه كان مخالفا للمبدأ المذكور.

الخاتمة:

بعد ان انتهينا بفضل من الله سبحانه وتعالى ،من اكمال كتابة هذا البحث ،فاننا نستطيع ان نستخلص اهم النتائج التي توصلنا اليها والمقترحات التي قد تترتب عليها بالنقاط الاتية :

النتائج :

١. تعتبر الكفالة الجزائية من أحد المواضيع المهمة في قانون اصول المحاكمات الجزائية، والتي لايمكن للقاضي الجزائي الإستغناء عنها، بجيث لايجد المتمعن دعوى جزائية إلا وفيها تطبيق لأحكام الكفالة الجزائية، لكن بالنظر لهذه الأهمية في التطبيق ألا أن المشرع العراقي لم يعالج أحكامها معالجة دقيقة، مما سبب إختلافات جمة في التطبيق.
٢. ان الكفالة الجزائية هو نوع من الكفالة بالنفس إبتداءً، والذي يكون الكفيل فيها ملزما بإحضار المكفول، وإذا لم يتمكن من إحضار المتهم المكفول فيتحول إلتزامه إلى إلتزام بأداء المبلغ المعين في كفالته.
٣. إعتبر القضاء العراقي بأن التزام الكفيل في الدعوى الجزائية هو إلتزام أصلي وقائم بذاته إبتداءً، وذلك بعكس الكفالة المدنية التي تتسم بأنها إلتزام تبعي، تتبع الإلتزام الأصلي وجودا وعدما.
٤. ان تحديد نوع الكفالة وتقدير مبلغها امر منوط بإرادة القاضي، والذي يحددهما حسب ظروف القضية وظروف المتهم، ألا أن هناك مسائل لها أثرها في ذلك منها جسامة الجريمة، وكذلك مركز المتهم وحالته المالية.
٥. تتشابه الكفالة الجزائية مع الكفالة المدنية من عدة وجوه، ألا أن أوجه التمييز بينهما كانت بينة وواضحة، بحيث جعلت من الكفالة الجزائية نظاما قانونيا مختلفا تارة من حيث إنعقاده، ومن حيث تنفيذه، وأخيرا طريقة إنتهاءه.
٦. حاولت محاكم الطعن في العراق وإقليم كوردستان سد النواقص الموجودة في أحكام الكفالة الجزائية، تارة عن طريق إستلهام فكرتها من أحكام الكفالة المدنية، وتارة أخرى عن الطبيعة المختلفة لهذه الكفالة عن الكفالة المدنية.
٧. ان بعض محاكم التحقيق وكذلك محاكم الموضوع لاتزال تطبق احكام الكفالة بخلاف مارسمها المشرع من الإجراءات، وانها تعامل الكفيل معاملة المتهم ،مما اثر سلباعلى حق الكفلاء تارة في حرياتهم وتارة أخرى في أموالهم وترتبت عليه المسؤولية الجزائية ،في حين ان مسؤولية الكفيل المخل لاتتعدى كونها مسؤولية مدنية ويترتب عليها مايترتب على أي مخل بالتزام مدني.

المقترحات :

١. نقترح على المشرع العراقي والكوردستاني بإجراء تعديلات على أحكام الكفالة الجزائية في قانون أصول المحاكمات الجزائية عن طريق الخوض في تفاصيل أكثر بخصوص كيفية أخذها في حالة تعدد الكفلاء، وتحديد مسؤوليتهم وكيفية إستحصال المبلغ منهم، بالإضافة إلى كيفية أخذها من الشخص المعنوي حينما كان متهما، ومندرجات هذه الكفالة وكيفية تنفيذها.

٢. نقترح على المشرع العراقي والكوردستاني تعديل الشطر الأول من الفقرة(أ)من المادة(١١٩)من قانون أصول المحاكمات الجزائية وإحلال عبارة(إذا أخل المتهم بتعهده أو الكفيل بكفالته فيقدم إلى محكمة الجنح بقرار من قاضي التحقيق أو المحكمة الجزائية لتحصيل المبلغ ممن أخل بإلتزامه..) محل العبارة المذكورة في مستهل الفقرة، مما يزيل اللبس الحاصل في التطبيق جراء لفظة(فيحال)الواردة في صدر الفقرة المذكورة.

٣. نقترح على المشرع العراقي والكوردستاني اضافةعبارة(او ادانة)الى صدرالمادة (١١٩/د)من قانون أصول المحاكمات الجزائية.

قائمة المصادر:

أولاً / الكتب :

١- المحامي المستشارابوبكر برهان حمه ، احكام الكفالة فى القانون العراقى (المدنية -التجارية -الجزائية) ،الطبعة الثانية،مكتبة يادطار،٢٠٢٠.

٢- القاضي جمال محمدمصطفى، شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية،بغداد ،٢٠٠٥ .

٣- د.جمال ابراهيم الحيدري، الوافي في قانون أصول المحاكمات الجزائية، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠٢٣.

٤- الدكتوروعدى سليمان المزورى استاذ القانون الجنائي المساعد ،شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية نظرياوعمليا ،الطبعة الثانية،مكتبة طازى/دهوك،٢٠١٥.

٥- سلمان عبيد عبدالله الزبيدى ،شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية ،الطبعة الاولى ،دار الكتب والوثائق ببغداد،٢٠١٥.

٦- سعيد حسب الله عبدالله، شرح قانون االصول المحاكمات الجزائية ،دار ابن الاثيرللطباعة والنشر- الموصل،٢٠٠٥ .

٧- سامي سليمان فقي ،الكفيل في الدعوى الجزائية ،الطبعة الأولى ،مطبعة شهاب -اربيل ،٢٠١٠.

٨- عبدالكريم حيدر عاى ، مذكرات فى شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقى ،الطبعة الاولى،مكتبة هولير القانونية،٢٠٢١ .

٩- القاضى عبداللة على الشرفانى ، الموجز فى التطبيقات القضائية فى المحاكم والدوائر العدلية ،الجزء الاول،الطبعة السادسة،مكتبة يادطار ،السليمانية ،٢٠١٣.

١٠- عدنان ابراهيم السرحان ، شرح القانون المدنى العقود المسماة فى المقاولة ،الوكالة ،الكفالة ،الطبعة الاولى -الاصدار الثاني،لمكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان-ساحة الجامع الحسيني،١٩٩٦.

١١- عبدالرزاق احمد السنهورى ، الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد ،الجزء العاشر والاخير ،الطبعة الثالثة الجديدة،نهضة مصر،٢٠١١ .

١٢- القاضي عدنان مايح بدر ،الإجراءات العملية لدعاوى الجنح معززةبالقرارات الصادرة من محاكم الاستئناف بصفتها التمييزية ،الطبعة الجديدة،المكتبة القانونية بغداد،٢٠١٩.

ثانياً / البحوث:

١- هاشم عبدال حاجي ،عقد الكفالة في القانون المدني،بحث مفهوم الى القضاء كجزء من متطلبات الترقية من الصنف الرابع الى الصنف الثالث من اصناف الادعاء العام،٢٠١٦.

ثالثاً: المراجع القضائية:

١- القاضي إبراهيم المشاهدي ،المبادئ القانونية في قضاء محكمة التميزفي القسم المدني، مطبعة العمال المركزية،بغداد،٢٠٠٧.

٢- القاضي إبراهيم المشاهدي ،المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييزفي القسم الجنائي، مطبعة الجاحظ، بغداد،١٩٩٠.

٣- المحامي المستشار ابوبكر برهان حمه ، اهم القرارات الصادرة من محكمة استئناف منطقة السليمانية بصفتها التميزية لسنة ٢٠٢٠/القسم الجزائى ،الطبعة الاولى،مكتبة **يادگار**،٢٠٢٢ .

٤- القاضي جاسم جزاء جافر هورامي ، الجامع لأهم مباديء قضاء محكمة تمييزالعراق لأكثرمن ستة عقود قسم القانون المدني ،الجزء الثالث ، الطبعة ألثانية ، مكتبة **يادگار**٢٠١٨.

٥- القاضي جاسم جزاء جافر هورامي ،صفوة المباديء القانونية لمحكمة تمييز إقليم كوردستان العراق للفترة ٢٠١٨-٢٠٢٠ ،الطبعة الأولى،مكتبة **يادگار**،٢٠٢٠.

٦- كامران رسول سعيد ، اهم المبادى والقرارات الهامة لمحكمة جنايات السليمانية /١ بصفتها التمييزية ،الطبعة الأولى ،مطبعة كارو،سليمانية،٢٠١٣.

٧- كامران رسول سعيد، المباديء والقرارات الهامة لمحكمة جنايات السليمانية/٢ بصفتها التمييزية لسنوات(٢٠١٠-٢٠١٣)، مطبعة بةيوةند، السليمانية، ٢٠١٤، ط١.

٨- كامران رسول سعيد ، المبادء والقرارات الهامة لمحكمة جنايات أربيل/ ١-٢-٣ بصفتهم التمييزية لسنوات (٢٠٠٩-٢٠١٣)، الجزء ألأول ، الطبعة ألأولى مطبعة هونه ر ٢٠١٥.

٩- القاضي **گيلانى** سيد أحمد ، المباديء القانونية لقرارات محكمة استئناف منطقة أربيل (بصفتها التمييزية) للسنوات ٢٠٠٥-٢٠٠٩ ، الطبعة ألأولى، مطبعة منارة ، أربيل ، ٢٠١٠ .

١٠- مجموعة ألأحكام العدلية ، العددالرابع ، السنة العاشرة ١٩٧٩ .

١١- النشرة القضائية، العدد الاول، السنة الثالثة، ١٩٧٣.

١٢- القرار التمييزي المرقم ٢٥٥٥/ب.ت/٢٠٢٢ الصادر من محكمة جنايات السليمانية/٣ في٢٠٢٣/١/٢.(غير المنشور) .
١٣- القرار التمييزي المرقم ١٦٤٥/الهيئة الاستئنافية منقول/٢٠٢٤ الصادر من محكمة التمييز الاتحادية في ٢٠٢٤/٤/٢٩. (غير المنشور) .

رابعاً/ القوانين :

١- قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١.
٢- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
٣- قانون العقوبات العراقي رقم ١١١لسنة١٩٦٩.

خامساً/ المواقع ألأليكترونية:

موقع ألأليكتروني لمجلس القضاء ألأعلى/قرارات محكمة التمييز ألأتحادية https://iraqcas.e-sjc-/ services.iq:

سادساً/ مقالات:

القاضي د.سيروان رؤوف علي،مقال تحت عنوان الاشكاليات العملية في الكفالة الجزائية دراسة في المظار والحلول، منشور في مجلة المركزالقانوني،عدد١٠،للشهر ٦من عام٢٠٢٤.