جامعة كربلاء

كلية القانون

الفرع الخاص

ديمومة النص في القانون المدني

(دراسة مقارنة)

رسالة تقدم بها الطالب

علي محمود حميد

إلى مجلس كلية القانون / جامعة كربلاء

وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الخاص

إشراف الدكتور

علي شاكر عبد القادر البدري

أستاذ القانون المدني

2024 م 1446 هـ

إقرار المشرف

أشهد بأن رسالة الماجستير الموسومة بـ (ديمومة النص في القانون المدني – دراسة مقارنة) المقدمة من قبل الطالب (علي محمود حميد) الى مجلس كلية القانون – جامعة كربلاء بوصفها جزء من متطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون الخاص قد جرت تحت إشرافي ورُشحت للمناقشة ..... مع التقدير .

التوقيع :

الاسم : أ.د. علي شاكرعبد القادر البدري

الدرجة العلمية : أستاذ

الاختصاص الدقيق : القانون المدني

كلية القانون – جامعة كربلاء

بسم الله الرحمن الرحيم

(إقرار الخبير اللغوي)

أشهد أن رسالة الماجستير الموسومة بـ (ديمومة النص في القانون المدني – دراسة مقارنة) للطالب (علي محمود حميد عباس) تمت مراجعتها لغوياً، وتصويب ما ورد فيها من أخطاء نحوية وإملائية وأسلوبية مما جعل الرسالة مؤهلة للمناقشة العلمية .

التوقيع

٢٣/١١/٢٠٢٠

أ.د. محمد عبد الرسول جاسم

جامعة كربلاء - كلية التربية - قسم اللغة العربية

إقرار لجنة مناقشة

نشهد نحن أعضاء لجنة المناقشة إننا اطلعنا على هذه الرسالة الموسومة بـ (ديمومة النص في القانون المدني "دراسة مقارنة")، وناقشنا الطالب (علي محمود حميد) على محتواها، وفيما له علاقة بها، ونعتقد إنها جديرة بالقبول لنيل درجة الماجستير في القانون / فرع القانون الخاص وبدرجة (جيد جداً).

التوقيع:

الاسم: أ.د. عادل شمران حميد

(رئيساً)

التاريخ: ٢٨/ ١/ 2024

التوقيع :

الاسم: أ.م.د. عدنان هاشم جواد

(عضواً)

التاريخ: ٢٨/ ١/ 2024

التوقيع :

الاسم:.أ.م.د. حسين عبيد شعواط

(عضواً)

التاريخ: / / 2024

التوقيع :

الاسم: أ.د. علي شاكر عبد القادر

(عضواً ومشرفاً)

التاريخ: / / 2024

صادق مجلس كلية القانون / جامعة كربلاء على قرار لجنة المناقشة

التوقيع:

أ.د. باسم خليل نايل السعيدي

عميد كلية القانون / جامعة كربلاء

التاريخ: / / 2024

الاهداء

الى : التي ارضعتني اللبان وغمرتني بالدفء والحنان وغرست فيَّ حب الانسان فصيرتني كما كانت واعدتني كما ارادت ، تلك هي امي عزي وفخري ومناي ، اليها أُهدي هذا السِفر .

وانت يا ابي أثمر تعبُك وأينع غرسُك قدمت لي كل شيء فأغنيتني عن كل شيء ، فتحت امامي سُبل الحياة وهيأت لي طُرق العلم فبك أصول ومنك استمد العزم واليك أُهدي ثمر غرسك .

ابي وامي عسى ان أردَ هنا جزءاً يسيراً مما بذلتما في سبيلي من الجهد صغيرا او كبيرا .

ولأشقائي الاعزاء لمواقفهم في دعمي ومساندتي .

ولشريكة حياتي زوجتي ام ملاك التي هيأت لي سبل الراحة لمواصلة الدراسة والبحث ، وبناتي الحبيبات (ملاك وسمر) اهدي هذا الجهد .

ولا يفوتني هنا ان اهدي هذا الجهد المتواضع الى روح صديقي وزميلي في العمل والدراسة المغفور له بإذن الله تعالى (علي حسين نور) لنبله وحُسن خلقه ، له الرحمة والمغفرة وعاليات الجنان .

الباحث

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ مثل الجنة التي وعد المتقون تجري من تحتها الأنهار أكلها دائم وظلها تلك عقبى الذين اتقوا وعقبى الكافرين النار ﴾

الآية ٣٥ من سورة الرعد

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ وأما الذين سعدوا ففي الجنة خالدين فيها ما دامت السماوات والأرض إلا ما شاء ربك عطاء غير مجذوذ ﴾

صدق الله العلي العظيم

الآية ١٠٨ من سورة هود

شكر وعرفان

الحمد لله من قبل ومن بعد ، انه من دواعي سروري وبعد توفيق من الله (سبحانه وتعالى) أن مَنّ عليَّ بإكمال دراستي العليا (الماجستير) ، ان أتقدم بالشكر الجزيل الى حضرة الأستاذ الدكتور (علي شاكر عبد القادر البدري) الذي تشرفت بقبوله الاشراف على رسالتي للماجستير والذي لم يتوان عن تقديم النصح والإرشاد وخلاصة خبرته العلمية لي في سبيل إنجاح العمل واظهاره بأحسن صورة فله مني كل الشكر والامتنان ، والشكر موصول أيضا الى استاذي العزيز الدكتور عادل شمران الشمري الذي اهداني عنوان رسالتي هذه وهو (ديمومة النص القانوني) إذ كنت بأمس الحاجة لعنوان يكون جديراً بالكتابة والبحث فكانت هذه الهدية المجانية كبيرة الأثر في نفسي عظيمة التقدير في وجداني ، كما لا يسعني الا ان أتقدم بعظيم الشكر ووافر الامتنان الى عمادة كلية القانون المتمثلة بالأستاذ المساعد الدكتور عبد الله عبد الأمير ومن بعده الأستاذ الدكتور ضياء عبد الله عبود الاسدي ، وكل الشكر والتقدير الى السيد معاون العميد للشؤون العلمية الأستاذ الدكتور علاء الحسيني والسيد معاون العميد للشؤون الإدارية الأستاذ الدكتور نوري الشافعي ، كما أتقدم بالشكر الجزيل الى رئيس قسم القانون الخاص الأستاذ المساعد الدكتور اشراق صباح الاعرجي والشكر موصول أيضا الى كل اساتذتي في كلية القانون من درسني ومن لم اتشرف بتدريسه لي وذلك لكل ما قدموه من جهود علمية وتسهيلات للطلبة في خدمة المسيرة العلمية ورصانتها .

ولا يفوتني ان أتقدم بالشكر الجزيل الى جميع الموظفين والعاملين في كلية القانون العزيزة لكل ما قدموه من جهود في خدمة الطلبة ولا سيما موظفي مكتبة الكلية على تعاونهم معنا وتسهيل عملية استعارة الكتب والمصادر العلمية ، كما أتقدم بالشكر الجزيل الى زميلي وصديقي العزيز الحقوقي الأستاذ علي عباس على كل ما قدمه لي من نصح وارشاد ، أيضا أتقدم بالشكر الجزيل الى زملائي واصدقائي المحاميان علي عبد العزيز النصراوي ومجيد عبد العزيز النصراوي على كل ما قدموه لي من مساعدة ونصائح ومعلومات مجانية قيّمة وأيضا قرارات قضائية ، كما لا انسى المساعدة والمعونة المقدمة لي من صديقي واخي العزيز المحامي علي احمد المعيلو .

كما أتقدم بجزيل الشكر والاحترام الى السادة القضاة والمحامين على استقطاع جزء من وقتهم الثمين ومنحه لي بعمل بعض اللقاءات والاستفادة من خبرتهم العملية في مجال تطبيق القانون ، وهم كل من القاضي المتقاعد والمحامي الاستاذ عبد العزيز عبد المجيد النصراوي والقاضي احمد جدوع التميمي والقاضي محمد خضير والقاضي علي المحنا والمحامي الأستاذ طارق الخفاجي ، وشكر خاص الى القاضي السيد حسين إبراهيم الناطور على منحه لي الكثير من وقته وتزويدي بالمعلومات والقرارات القضائية المتميزة والتي افادتني كثيرا في اثناء كتابتي لهذه الرسالة .

أخيرا وليس آخرا أتقدم بالشكر والثناء والدعاء الى عائلتي الذين لولاهم من بعد الله سبحانه وتعالى لم اصل الى ما انا عليه الآن ابدا ، ابي العزيز يا من حملت اسمه بكل فخر واعتزاز ، امي الغالية يا من تخطيت كل الصعاب بفضل دعاءها لي ، اخوتي الأعزاء السند والعضُد ، زوجتي العزيزة رفيقة دربي وكفاحي ، بناتي الغاليات (ملاك وسمر) عيناني اللتين أرى بهما .

..... اليكم جميعا اقدم شكري وعرفاني .

الباحث

المحتويات

العنوان	رقم الصفحة
المقدمة	١ ــ ٥
الفصل الأول : مفهوم ديمومة النص في القانون المدني	٦ ــ ٨٥
المبحث الأول : ماهية ديمومة النص في القانون المدني	٨ ــ ٤٧
المطلب الأول : التعريف بديمومة النص القانوني	٨ ــ ٢٨
الفرع الأول : تعريف ديمومة النص القانوني	٨ ــ ١٨
الفرع الثاني : خصائص ديمومة النص القانوني	١٩ ــ ٢٨
المطلب الثاني : معوقات ديمومة النص التشريعي ووسائل تلافيها	٢٨ ــ ٤٧
الفرع الأول : المعوقات المؤثرة على ديمومة النص التشريعي	٢٨ ــ ٣٨
الفرع الثاني : وسائل تلافي معوقات النص التشريعي	٣٨ ــ ٤٧
المبحث الثاني : مقومات ووسائل ديمومة النص القانوني	٤٨ ــ ٨٥
المطلب الأول : مقومات ديمومة النص القانوني	٤٨ ــ ٦٨
الفرع الأول : جوهر النص القانوني	٤٨ ــ ٥٧
الفرع الثاني : الصياغة التشريعية	٥٧ ــ ٦٨
المطلب الثاني : وسائل ديمومة النص القانوني وتمييزها عن ما يشتبه بها من أوضاع	٦٨ ــ ٨٥
الفرع الأول : وسائل ديمومة النص القانوني	٦٩ ــ ٧٧
الفرع الثاني : تمييز ديمومة النص القانوني عما يشتبه بها من أوضاع قانونية	٧٨ ــ ٨٥
الفصل الثاني : احكام ديمومة النص في القانون المدني	٨٦ ــ ١٥٤
المبحث الأول : تطبيقات الديمومة في نصوص القانون المدني	٨٨ ــ ١٢٠
المطلب الأول : مكامن القوة في نصوص القانون المدني	٨٨ ــ ١٠٣
الفرع الأول : قوة الموضوع للنص القانوني	٨٨ ــ ٩٦
الفرع الثاني : قوة الصياغة للنص القانوني	٩٦ ــ ١٠٣
المطلب الثاني : مكامن الضعف في نصوص القانون المدني	١٠٣ ــ ١٢٠
الفرع الأول : ضعف الموضوع للنص القانوني	١٠٤ ــ ١١٢
الفرع الثاني : ضعف الصياغة للنص القانوني	١١٢ ــ ١٢٠
المبحث الثاني : آثار ديمومة النص في القانون المدني	١٢١ ــ ١٥٤
المطلب الأول : اثر تطبيق النص على استقرار المعاملات	١٢١ ــ ١٣٩

الفرع الأول : اثر ديمومة النص على استقرار المعاملات	١٢١ – ١٣٠
الفرع الثاني : أثر التفسير القضائي للنص على استقرار المعاملات	١٣٠ – ١٣٩
المطلب الثاني : اثر تطبيق النص في تحقيق العدالة	١٣٩ – ١٥٤
الفرع الأول : اثر الديمومة في تحقيق العدالة	١٣٩ – ١٤٦
الفرع الثاني : أثر التفسير القضائي للنص في تحقيق العدالة	١٤٦ – ١٥٤
الخاتمة	١٥٥ – ١٥٩
المصادر	١٦٠ – ١٧١
ملخص اللغة الانجليزية	A – B

المُستخلص

القانون هو اسمى ما ابدعه الفكر الإنساني وهو في نفس الوقت اخطر ابداع توصل اليه العقل البشري ، فبه ومن خلاله يمكن تحديد وتوجيه سلوك الافراد وتقييد حرياتهم وتحديد ما هو مباح لهم فعله وما هو محرم عليهم فعله أيضا ، لذا فانه يجب توخي الدقة والحذر في سن وصياغة نصوص تلك القوانين كونها على تماس مباشر مع حياة وممتلكات المواطنين اذ يعد القانون سلاحا ذا حدّين اذ من خلاله قد تُصان الكرامة الانسانة وتحترم او قد تهدر هذه الكرامة الإنسانية وتستباح بموجب القانون ، أي ان القانون قد يكون عادلا وقد يكون قانونا غير عادل .

وقد اصبح القانون مرآة تعكس مستوى تقدم الأمم والشعوب ومدى قدرتها على سن القوانين الجيدة والتي من خلالها يتحقق تقدم هذه الأمم ومستوى رفاهيتها ، بكونها قوانين نابعة من الحاجة الفعلية لهذه الامم ويحقق تطلعات شعوبها وازدهارها ، اذ تحرص الدول على سن القوانين الرصينة التي تعبر عن تطلعات ومصالح الافراد والمصلحة العامة ، والقوانين لا تكون جيدة الّا اذا كانت تتسم بالديمومة اذ ينبغي ان تكون القوانين جيدة وتتصف بالدوام النسبي بما يحقق مقتضيات مبدأ الامن القانوني الذي تحرص جميع الدول على توفير متطلباته وتفعيل مقوماته .

ولديمومة القانون مقومات ومتطلبات يجب مراعاتها عند صياغة التشريعات التي تُقدم الدولة على وضعها لمعالجة مسألة معينة او مجموعة من المسائل ، وهذه المقومات التي يجب ان تُراعى عند سن التشريعات هي جوهر القانون وموضوعه أولا وثانيا الاعتناء بجانب الصياغة القانونية لإظهار فكرة وجوهر القانون بالطريقة السليمة والعملية التي تؤدي الغرض من سن التشريع ، اذ يجب الاعتناء بجوهر القانون وموضوعه جيدا قبل ان يكون قانونا أي ان تكون هناك حاجة فعلية وجدية لهذا القانون وان لا يكون لمعالجة موضوع آني ويكون كرد فعل غير مبرر ، كذلك مراعاة الأصول العلمية والفنية المعتمدة في الصياغة التشريعية ليتحقق دوام القانون وفاعليته في خدمة الفرد والمجتمع .

وقد اعتمدنا في كل ذلك على المنهج التحليلي المقارن اذ قمنا بتحليل النصوص القانونية في القانون المدني وتمت المقارنة مع الوضع في القانون المدني المصري وأيضا المقارنة مع ما عليه الوضع في القانون المدني الفرنسي ، كما استتبعنا اراء الفقه واحكام القضاء في اغلب المسائل ..... وتوصلنا الى مجموعة من الاستنتاجات والتوصيات ... ومن الله تعالى التوفيق .

الباحث

المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على اشرف الانبياء والمرسلين النبي الامّي الأمين محمد وعلى آله وصحبه المنتجبين وبعد .

بدءا سنقسم هذه المقدمة على ست فقرات وبالشكل التالي : فكرة البحث وأهمية البحث وإشكالية البحث ومنهجية ونطاق البحث وهيكلية البحث ، وكما يلي :-

أولا : فكرة الدراسة .

يعد القانون المدني العراقي المرقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل من اهم القوانين النافذة والمعمول بها في جمهورية العراق ، ولا يكـاد باستطاعة احد الاستغنـاء عنه وعن احكامه ، فالأشخـاص (الطبيعية او المعنوية) تتعامل وفق ما جاء به من قواعد قانونية في تعاملاتهم المدنية ، والقضاء يقضي وفق ما نصت احكامه سواء اكانت شكلية ام موضوعية ، وعند خلو أي قانون خاص من النص فيكون لزاما على المعنيين والمحكمة الرجوع الى القانون المدني لاتباع احكامه كونه يعتبر المرجع العام لكافة الاحكام بوصفه القواعد العامة لجميع القوانين عند خلوها من حكم معين .

ولا شك في ان أي مشرع عند سنه لقانون معين يستهدف معالجة اكبر عدد من الحالات والتصورات والتي تعتري الحياة العملية ، وهو بذلك يضع قواعد عامة مجردة بهدف استيعاب اكبر قدر ممكن من المشاكل او المعاملات التي تتطلب حلا قانونيا معينا ، وكنتيجة طبيعية لذلك ان لا تكون القواعد القانونية آنية او تستهدف حالة معينة بحد ذاتها لان ذلك غير منطقي وفق السياق الطبيعي للأمور ، لذا كان لزاما على المشرع ان يتأنى في صياغة القواعد القانونية ويراعي الشروط الشكلية والموضوعية عند الصياغة ، وكل ذلك يسهم في إظهار القواعد القانونية الى الوجود بشكل متكامل الى ابعد حد ممكن وفق القدرات الإنسانية المتاحة .

ومن الطبيعي ان لا تكون كل القوانين المرعية هي بنفس الجودة والقوة القانونية والثبات ، فمن القوانين من لا يلبي الحاجات الإنسانية بسبب بعده عن الواقع او بسبب الضعف في الصياغة او غيرها من الأسباب ، اما البعض الاخر من القوانين وأيضا لأسباب معينة فإنها تتصف بالديمومة لقربها من الواقع واشتمالها على كافة عناصر ديمومة النص القانوني ، ونحن بهذا الصدد وفي دراستنا هذه سنركز على القانون المدني ونرى مدى اشتماله على عناصر الديمومة من عدمه .

ثانيا : أهمية الدراسة .

تنبع أهمية موضوع هذه الرسالة من خلال الأهمية البالغة التي يضطلع بها القانون في حياة الافراد من خلال تنظيم أمور حياتهم اليومية وتعاملاتهم المالية والاجتماعية ، كما ينظم مراكزهم القانونية وفقا لأحكامه ، ومن ثم فانه ينبغي لهذه القوانين ان تكون على مستوى عالٍ من الجودة والفاعلية بما يؤمن الاستقرار في التعامل وتحقيق العدالة للأفراد بما يخدم الصالح العام .

وعليه فانه ينبغي دراسة القانون المدني ومدى توافر شروط ومقومات ديمومته لا سيما وانه قانون قديم الى حد ما ، ومن ثم فانه يمكننا ومن خلال هذه الدراسة معرفة فيما اذا كان القانون المدني مواكب للتطور الحاصل وهل يحتاج الى تعديلات طفيفة ام جوهرية ، ام انه بات لا يرقى الى توفير الغطاء القانوني لجميع الحالات والوقائع والمستجدات في الوقت الحالي مما يستوجب الغاءه وسن قانون مدني جديد يلبي كافة الاحتياجات المستحدثة وفق الأصول العلمية المدروسة نتلافى من خلالها العيوب القديمة ونرقى بالقانون الى مستويات جيدة تلبي الطموحات وتعكس الإمكانيات العلمية الرصينة في سن القوانين .

ثالثا : إشكالية الدراسة .

تكمن إشكالية البحث في وجوب ان تكون النصوص القانونية على مستوى عالٍ من الرصانة في الموضوع والدقة في الصياغة ؛ لكي تُصان الحقوق ويستقر التعامل ويسهل على الافراد معرفة وتوقع القانون ، من خلال ثبات واستقرار التشريعات وعدم تذبذبها وتشتتها مما يعني اضطراب العمل وضياع الحقوق وعدم الاستقرار ، فهل تتمتع نصوص القانون المدني العراقي بهذه الرصانة في الموضوع والدقة في الصياغة من عدمه .

أيضا فان الإشكالية تكمن في ان القانون المدني العراقي اصبح قانونا نافذا في عام ١٩٥٣ أي بعد سنتين على صدوره في عام ١٩٥١ ، وبذلك فان هذا القانون تطبق احكامه على ما يقرب من السبعين عاما وهي مدة كبيرة نسبيا وخلال هذه المدة الزمنية حصلت الكثير من التغيرات والتطورات لا سيما الانفتاح الكبير على العالم الخارجي بعد عام ٢٠٠٣ ، فهل لا يزال هذا القانون يلبي حاجات المجتمع ويغطي كافة تعاملاته المالية .

وبما ان نطاق دراستنا اطار القانون المدني العراقي فتتحدد إشكالية البحث في ديمومة نصوص هذا القانون من عدمه ، أي هل تتوافر شروط ومقومات هذه الديمومة في نصوص القانون بالمجمل ام تتوافر

ديمومة النص القانوني في بعض هذه النصوص دون البعض الاخر ، وهل ان النصوص الجيدة هي الغالبة في هذا الحال ام النصوص غير الجيدة ؟ ام ان هناك أسبابا أخرى لديمومة نصوص القانون المدني ؟ .

رابعا : اسئلة الدراسة .

من المعروف ان من اهم أغراض القانون هي تحقيق العدالة واستقرار المعاملات ومن ثم فان الإشكالية الأخرى تكمن في مدى تحقق هذه العدالة بين الافراد وشعورهم بها من خلال جودة نصوص القانون المدني من عدمه ؟ كما ان التساؤل يكمن أيضا في مدى تحيق هذا القانون لاستقرار المعاملات من خلال لجوء الافراد اليه طواعية او في ضوء لجوئهم الى القضاء ؟ .

ومن هنا يبرز السؤال في كفاية نصوص القانون المدني العراقي لمواكبة هذه التطورات واستيعابها من عدمها ؟ وفي هذا الحال هل نحن بحاجة الى إعادة تأهيل وتعديل للقانون فقط بما يتناسب والتطور الحاصل وحسب الحاجة ام نحن بحاجة الى الغاء القانون وسن قانون جديد وفق رؤية جديدة وحديثة بما يتناسب والوضع الحالي الذي نعيشه ؟ واذا كانت الاجابة هي (نعم) ان القانون المدني بحاجة الى الغاء وسن قانون جديد فهل ان السلطة التشريعية في العراق وفي ظل هذه الظروف والمعطيات مؤهلة للقيام بذلك من عدمه ؟ .

كل هذه الأسئلة والاشكاليات المطروحة سنحاول الإجابة عليها ان شاء الله تعالى في هذه الرسالة مستمدين العون من الله سبحانه وتعالى .

خامسا : منهجية الدراسة .

إنّ البحث في موضوع (ديمومة النص في القانون المدني) ، يتطلب منا اتباع المنهج التحليلي لبيان مدى توافر الديمومة في نصوص القانون المدني العراقي من عدمها ، كما سنتبع المنهج المقارن لمعرفة كيفية عمل القوانين محل المقارنة ومدى ديمومتها ، اذ اننا سنقوم بالمقارنة مع القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي ، إذ إن القانون الفرنسي الصادر عام ١٨٠٤م يعد تجربة ناجحة لديمومة النصوص القانونية وكذلك القانون المدني المصري الذي يعد مصدرا تاريخيا للقانون المدني العراقي وهو بدوره اشتق كثيرا من نصوص مواده من الفقه الغربي وبالذات القانون الفرنسي .

سادسا : هيكلية الدراسة .

في البداية لابد من مقدمة تمهد الطريق لموضوع البحث ، تضم هذه المقدمة فكرة البحث ، واهمية موضوع البحث ، واشكالية البحث ، ومنهجية البحث ونطاقه ، وأخيرا هيكلية هذا البحث .

ومن اجل الإحاطة بموضوع بحثنا (ديمومة النص في القانون المدني) سنقسم هذه الرسالة على فصلين ، يكون عنوان الفصل الأول هو (مفهوم ديمومة النص القانوني) ، وعنوان الفصل الثاني هو (احكام ديمومة النص في القانون المدني) ، وسنعمد الى تقسيم الفصل الأول على مبحثين نخصص الأول لبحث ماهية ديمومة النص القانوني ، اما المبحث الثاني سنخصصه لبيان عيوب النص القانوني ووسائل تلافيها .

اما الفصل الثاني فنقسمه على مبحثين نخصص الأول الى تطبيقات الديمومة في نصوص القانون المدني ، اما المبحث الثاني فنخصصه لآثار ديمومة النص في القانون المدني .

أخيرا نختم الرسالة بخاتمة تضم مجموعة من الاستنتاجات والتوصيات ، ونرجو ان نكون قد وفقنا لتقديم شيء في سبيل العلم والمعرفة ومن الله تعالى التوفيق .

الفصل الأول

مفهوم ديمومة النص في القانون المدني

الفصل الأول

مفهوم ديمومة النص في القانون المدني

تقسيم وتمهيد

يعد القانون المدني العراقي من اقدم القوانين المعمول بها في العراق والنافذة المفعول لغاية الان ، إذ يعود تاريخ إصداره الى عام ١٩٥١م وان تاريخ العمل به وصيرورته نافذا وملزما هو عام ١٩٥٣م ، أي بعد عامين من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية وذلك استنادا الى المادة (١٣٨٢) منه والتي نصت على (ينفذ هذا القانون بعد مرور سنتين من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية) ، ويعد هذا القانون في وقته نقلة نوعية في تقنين وتشريع قانون مدني موحد ، إذ تم بموجبه الغاء العديد من القوانين التي كان معمولا بها سابقا استنادا الى المادة (١٣٨١) ، اذ تم بموجب هذه المادة الغاء ما اشتملت عليه مجلة الاحكام العدلية إضافة الى قانون الأراضي وغيرها من القوانين التي تتعارض صراحة او دلالة مع هذا القانون ، وقد حاول المشرع في وقتها الاستفادة من القوانين المقارنة وبالأخص القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨م في تنظيم وتقنين هذا القانون ، إذ اعتمد المشرع المصري في تقنين لقانونه المدني على القانون المدني الفرنسي بشكل كبير واساسي ، اما المشرع العراقي فلقد اعتمد على مبدأ المزاوجة بين أسس وقواعد الشريعة الإسلامية التي تعتبر أساسا لمجلة الاحكام العدلية الملغاة ، والقانون المدني المصري الذي يعد امتدادا للقوانين الغربية ولاسيما القانون الفرنسي ، وهناك من انتقد المشرع العراقي مشكلا عليه طريقة المزاوجة بين نقيضين اذ ان القوانين الغربية فيها الكثير من الاحكام المخالفة للشريعة الإسلامية فكيف يتم المزج والملاءمة بينهما ، بخلاف البعض الاخر الذي لا يجد مشكلة في ذلك اذ يعتقدون ان المشرع اخذ من تلك القوانين ما يناسبه تاركا غير الملائم منها ، وفي خضم كل ذلك وبعد مرور ما يقرب على السبعين عاما من نفاذ القانون سنبحث في مدى استجابة القانون المدني العراقي للتطورات الحاصلة خلال كل هذه المدة ، وهل ان القانون يتصف بالديمومة من عدمه ؟ وهل ان القانون المدني فعلا لا يزال يؤدي دوره بدون نقصان في احكامه ؟ ام انه يحتاج الى تعديل بعض مواده ؟ او يجب الغاءه وتشريع قانون مدني جديد يواكب التطور ويتجاوز عن النقص وعيوب القانون القديم ان وجدت ؟ واذا كان كذلك فلمَ لم يبادر المشرع الى الغائه ؟ ام انه عجز ان يأتي بمثله ؟ لذا سنحاول البحث في ماهية ومفهوم الديمومة للنص القانوني وتعريفها وخصائصها للإجابة على هذه الأسئلة ، ولذا سنبحث في هذا الفصل في مفهوم (ديمومة النص في القانون المدني) وسنقسم الفصل على مبحثين نخصص الأول الى

تحديد ماهية وتعريف ديمومة النص القانوني والمبحث الثاني نخصصه لخصائص هذه الديمومة على النص القانوني وتمييزها عن بعض المصطلحات المشابهة .

المبحث الأول

ماهية ديمومة النص القانوني

لبيان ماهية ديمومة النص القانوني ينبغي لنا بيان ما المقصود بالديمومة ، ونتعرف على تعريف هذا المصطلح (الديمومة) ، وبيان خصائصها التي تتصف بها وما لهذه الخصائص من دور واهمية للنص القانوني ، وللتعريف بماهية ديمومة النص في القانون المدني ، سنقسم هذا المبحث على مطلبين ، نعرف ديمومة النص القانوني لغة واصطلاحا في المطلب الأول ، وفي المطلب الثاني سنبين خصائص الديمومة وعلى النحو التالـــي :-

المطلب الأول

التعريف بديمومة النص القانوني

لغرض تعريـف ديمومة النـص في القـانون المدنـي وبيـــان خصائصها ينبغي لنـــــا ان نعرف مصطلح (الديمومة) ومن ثم نعرف مصطلح (النص) في اللغة وأيضا لا بد لنا من تعريف مصطلح (الديمومة) و(النص القانوني) اصطلاحا ومن ثم الخلاصة الى تعريف لـ (ديمومة النص القانوني) وذلك في فرعٍ اول ، ومن خلال هذا التعريف الذي يتم التوصل اليه يتم استخلاص الخصائص التي من الممكن ان تتصف بها الديمومة وتبيانها وذلك في فرعٍ ثانٍ وكما يلي :-

الفرع الأول

تعريف ديمومة النص القانوني

لتعريف ديمومة النص القانوني سنقوم بتقسيم هذا الفرع على (أولا وثانيا) ، إذ سنعرف ديمومة النص القانوني لغة في أولا من هذا الفرع ، ونعرفها اصطلاحا في ثانيا منه وكما يلي : -

أولا : تعريف ديمومة النص القانوني لغة .

لتعريف ديمومة النص القانوني لغة سنقوم بتعريف مصطلح (الديمومة) في النقطة رقم (١) ، ونقوم بتعريف النص في النقطة رقم (٢) وكما يلي :-

١- تعريف الديمومة لغة .

الديمومة في اللغة العربية مشتقة من الفعل الثلاثي (دام) وهو ما يدل على الاستمرارية والبقاء وللديمومة معانٍ عدة في اللغة العربية ، منها " دام الشيء : اذا امتد عليه الزمان "[١] ، ومنها ما جاء في القرآن الكريم وفي مواضع عدة وكلمات متعددة للدلالة على معانٍ متعددة ايضا لكنها متقاربة من جهة النتيجة ، قال تعالى : { مَّثَلُ الْجَنَّةِ الَّتِي وُعِدَ الْمُتَّقُونَ ۖ تَجْرِي مِن تَحْتِهَا الْأَنْهَارُ ۖ أُكُلُهَا دَائِمٌ وَظِلُّهَا ۚ تِلْكَ عُقْبَى الَّذِينَ اتَّقَوا ۖ وَّعُقْبَى الْكَافِرِينَ النَّارُ } [٢] وقوله تعالى { الَّذِينَ هُمْ عَلَىٰ صَلَاتِهِمْ دَائِمُونَ }[٣] وأيضا قال تعالى { خَالِدِينَ فِيهَا مَا دَامَتِ السَّمَاوَاتُ وَالْأَرْضُ إِلَّا مَا شَاءَ رَبُّكَ ۚ إِنَّ رَبَّكَ فَعَّالٌ لِّمَا يُرِيدُ } [٤] ، يتبين لنا من خلال الآيات السابقة اختلاف الكلمات التي وردت فيها لكنها جميعا تدل على معنى الدوام والاستمرار .

وقد يُستفاد معنى الديمومة من خلال تدخل الإرادة في الشيء ، والتي بدونها لا يتحقق هذا الدوام والاستمرار كما جاء في قوله تعالى : { وَمِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ مَنْ إِن تَأْمَنْهُ بِقِنطَارٍ يُؤَدِّهِ إِلَيْكَ وَمِنْهُم مَّنْ إِن تَأْمَنْهُ بِدِينَارٍ لَّا يُؤَدِّهِ إِلَيْكَ إِلَّا مَا دُمْتَ عَلَيْهِ قَائِمًا ۗ ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا لَيْسَ عَلَيْنَا فِي الْأُمِّيِّينَ سَبِيلٌ وَيَقُولُونَ عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ وَهُمْ يَعْلَمُونَ } [٥] ، ومعنى الآية ان من اهل الكتاب اذا إئتمنتهم لا يؤدون الأمانة الا (ما دُمت) عليهم قائما ، أي انه يجب للإيفاء بالأمانة من قبلهم تدخل صاحب هذه الأمانة بالملازمة والتذكير والالحاح او أي عمل او وسيلة اخرى يتخذها لجعل (المؤتَمَن) بالفتحة على التاء يؤدي الأمانة في موعدها او حين المطالبة [٦] .

---

(١) الراغب الاصفهاني ، مفردات الفاظ القرآن ، تحقيق صفوان عدنان داوودي ، ط ٢ ، منشورات طليعة النور ، مدينة قم ، ٢٠١٦ ، ص ٣٢٢ .
(٢) الآية ٣٥ ، سورة الرعد .
(٣) الآية ٢٣ ، سورة المعارج .
(٤) الآية ١٠٧ ، سورة هود .
(٥) الآية ٧٥ ، سورة آل عمران .
(٦) محمد علي الصابوني ، صفوة التفاسير ، ج ١ ، ط ١ ، دار الصابوني للطباعة والنشر والتوزيع ، القاهرة ، ١٩٩٧ ، ص ١٩٢ – ١٩٣ .

وقد يستفاد المعنى (معنى الديمومة) تلقائيا بدون تدخل الإرادة وقد جاء هذا المعنى قوله تعالى : { وَأَمَّا الَّذِينَ سُعِدُوا فَفِي الْجَنَّةِ خَالِدِينَ فِيهَا مَا دَامَتِ السَّمَاوَاتُ وَالْأَرْضُ إِلَّا مَا شَاءَ رَبُّكَ عَطَاءً غَيْرَ مَجْذُوذٍ } [1] أي ان السعداء خالدين في الجنة (ما دامت السمّوات والأرض) ودوام السماوات والأرض لا دخل لإرادة السعداء فيها كما وصفهم القرآن الكريم .

كما جاء في لسان العرب لابن منظور (الديامیم : المفاوز. ومفازة ديمومة أي دائمة البعد . وفي حديث جهيش ابن اوس : وديمومة سردح ؛ هي الصحراء البعيدة ، وهي فعلولة من الدوام ، أي بعيدة الارجاء يدوم السير فيها ، وحكى أبو حنيفة عن الفراء : ما زالت السماء ديما ديما أي دائمة المطر) [2] .

وجاء أيضا في المنجد (دام – دوما ودواما وديمومة : ثبت وامتد واستمر ، دوُمت السماء ، مطرت ديمة . الشيء : بلُه بمعنى انه داوَمَ على بله لئلا يَيبَس . ديمت السماء : مطرت ديمة . دوام الشيء : طلب دوامه تأنى فيه . الداماء البحر لدوام ماءه) [3] .

كما جاء في مختــار الصحاح (دام الشيء ويدام (دوما) و(دواما) و(ديمومة) و(دام) الشيء سكن . و(الدوامةُ) بالضم والتشديد فلكة يرميها الصبي بخيط فتدوم على الاراض أي تدور . و(الدوم) شجر المقل . و(المدام) و(المدامة) الخمر .و(استدام) الرجل الامر اذا تأنى به وانتظر .و(المداومة) على الامر المواظبة عليه .وقولهم : ما (دام) معناه الدوام لان ما اسم موصول بدام ولا يستعمل الا ظرفا كما تستعمل المصادر ظروفا تقول ك لا اجلس ما دُمت قائما أي دوام قيامك كما تقول وردتُ مَقدَمَ الحاج [4] .

٢- تعريف النص القانوني لغة .

جاء في لسان العرب (النص : رَفعُكَ الشيء . نص الحديث ينصه نصاً : رَفَعَه . وكل ما قد أُظهِرَ فقد نُصَ . وقال عمرو بن دينار : ما رأيت رجلا أنص للحديث من الزهري أي أرفع له وأسند . يقال : نص الحديث الى فلان أي رفعه ، وكذلك نصصته اليه . ونصت الظبية جيدها رفعته . ونص المتاع نصا : جعل بعضه فوق بعض . ونص الدابة ينصها نصا : رفعها في السير ، وكذلك الناقة . قال أبو عبيد : النص التحريك

([1]) الآية ١٠٨ ، سورة هود .
([2]) ابن منظور ، معجم لسان العرب ، الجزء الأول ، ط ١ ، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات ، بيروت - لبنان ، ٢٠٠٥ ، ص ١٣٥٢ .
([3]) لويس معلوف ، المنجد في اللغة والأعلام ، ط ٣٩ ، دار المشرق ، بيروت – لبنان ٢٠٠٢ ، ص ٢٣٠ .
([4]) محمد بن ابي بكر عبد القادر الرازي ، مختار الصحاح ، دار المشرق ، كويت ، ١٩٨٢ ، ص ٢١٦ .

حتى تستخرج من الناقة اقصى سيرها ؛ وانشد : وتقطع الخرق بسير نص . والنص والنصيص : السير الشديد والحث ، ولهذا قيل : نصصت الشيء رفعته ، ومنه منصة العروس . واصل النص اقصى الشيء وغايته ، ثم سمي ضرب من السير سريع . ابن الاعرابي : النص الإسناد الى الرئيس الأكبر ، والنص التوقيف ، والنص التعيين على شيء ما ، ونصُ الامرِ شدته . ونص الرجل نصا اذ سأله عن شيء حتى يستقصي ما عنده . ونص كل شيء منتهاه . قال الازهري النص أصله منتهى الأشياء ومبلغ أقصاها ، ومنه قيل : نصصت الرجل اذا استقصيت مسألته عن الشيء حتى تستخرج كل ما عنده ، وكذلك النص في السير انما هو اقصى ما تقدر عليه الدابة ، قال : فنص الحِقاق انما هو الادراك ، وقال المبرد : نص الحقاق منتهى بلوغ العقل ، أي اذا بلغت من سنها المبلغ الذي يصلح ان تحاقِق وتخاصم عن نفسها ، وهو الحِقاق ، فعصبتها أولى بها من أمها . وروي عن كعب انه قال : يقول الجبار احذروني فاني لا اناص عبدا الا عذبته أي لا استقصي عليه في السؤال والحساب ، وهي مفاعلة منه ، الا عذبته . ونصص الرجل غريمه اذا استقصى عليه . وفي حديث هرقل : ينصهم أي يستخرج رأيهم ويظهره ؛ ومنهم قول الفقهاء : نص القرآن ونص السنة أي ما دل ظاهر لفضهما عليه من الاحكام . شمر النصنصة والنضنضة الحركة . وكل شيء قلقلته فقد نصنصته) [1] .

كما جاء في المنجد (نص الشيء : رفعه واظهره ، والحديث : رفعه واسنده ، والمتاع جعل بعضه فوق بعض ، والعروس : اقعدها على المنصة ، وفلان : بالغ في النص ، وناص مُناصة غريمه : ناقشه والح عليه في الطلب . تناصّ القوم : ازدحموا . إنتص الشيء : ارتفع استوى واستقام . نصوص : الكلام المنصوص ، ومن الكلام : هو ما لا يحتمل الا معناً واحدا او لا يحتمل التأويل ، ومن كل شيء منتهاه ، المنصوص : المنصوص عليه : المعيّن) [2] .

وأيضا جاء في مختار الصحاح (نص) الشيء رفعه وبابه ردّ ومنه (مِنصة) العروس بكسر الميم . و(نصَ) الحديث الى فلان رفعه اليه . و(نصُ) كل شيء منتهاه . وفي حديث عليٍ رضى الله تعالى عنه (اذا بلغ النساء نص إلحاق) يعني منتهى بلوغ العقل . ونصنص الشيء حركه . وفي حديث ابي بكر رضى الله عنه حين دخل عليه عُمَرُ رضى الله عنه وهو يُنصنِصُ لسانه ويقول : هذا اوردني الموارد . قال ابو عبيد : هو بالصاد لا غير . قال : وفيه لغة اخرى ليست في الحديث : نضنض بالضاد المعجمة) [3] ، كما عرفه

([1]) ابن منظور، مرجع السابق ، ص ٣٩٣٠ .
([2]) لويس معلوف ، مرجع سابق ، ص ٨١٠ – ٨١١ .
([3]) محمد بن ابي بكر عبد القادر الرازي ، مرجع سابق ، ص ٦٦٢ – ٦٦٣ .

الجرحاني على انه (النص ما ازداد وضوحا على الظاهر بمعنى في المتكلم وهو سوق الكلام لأجل ذلك المعنى كما يقال احسنوا الى فلان الذي يفرح بفرحي ويغم بغمي كان نصا في بيان محبته) وأيضا عرفه بانه (النص ما لا يحتمل الا معنىً واحدا قيل ما لا يحتمل التأويل) [١] .

ثانيا : تعريف ديمومة النص القانوني اصطلاحا

سنعرض لتعريف مصطلح (الديمومة) اصطلاحا في النقطة رقم (١) من هذا الفرع ، ونعرف (النص القانوني) في المعنى الاصطلاحي في النقطة رقم (٢) وكما يلي :-

١- تعريف الديمومة اصطلاحا .

حسب اطلاعنا في الفقه القانوني لم نجد تعريفا صريحا للديمومة ، ووجدنا مظهر من مظاهرها في عناوين اخرى ، كالثبات والاستقرار القانوني ، وفي خصائص القواعد القانونية ، وروح القانون ، وان المنطق السليم للأمور يسحب الذهن الى فهمها كحالة إيجابية تكتنف النص القانوني وتحيط به وتحفظه من الخطأ وتجعله مسايرا للظروف والمستجدات وما قد يطرأ على الحياة من أمور تحتاج الى حل قانوني سليم ، لذا سنحاول هنا ان نستجمع كل شيء إيجابي يتعلق بالنص القانوني ويمكن ان يرتبط بفكرة الديمومة .

ان من خصائص القاعدة القانونية هي (العمومية والتجريد) وترتبط هذه الخصيصة بفكرة الديمومة للنص القانوني ، إذ ان القاعدة القانونية (النص القانوني) لا تخاطب أشخاصا بذواتهم وانما تكون موجهة الى الافراد وتخاطبهم بصفاتهم ، وأيضا فان القاعدة القانونية لا تواجه فرضا معينا بالذات وانما تحدد الشروط العامة اللازم توافرها لتطبيقها ، فالنص القانوني يُوجِد حلاً لكل حالة تنطبق عليها شروط محددة يتضمنها هذا النص القانوني ، وان سبب نشوء النص القانوني لا يرتبط بشخص معين او بواقعة معينة وانما تكون لكل الأشخاص والوقائع التي من الممكن حصولها في المستقبل وتنضوي تحت شروط هذا النص القانوني ، ولذلك فان القانون يتسم بالدوام [٢] .

والديمومة هنا ، لا نعني بها الديمومة الأبدية للنصوص القانونية ، اذ انه من غير المتصور ان القانون وهو عبارة عن جهد انساني محدود أن يُلم بكل الأمور ويضع التصورات والحلول لكافة ما يطرأ في الحياة

---

(١) علي الجرحاني ، كتاب التعريفات ، بدون سنة طبع ، ولا مكان طبع ، ص ٣١٠ .
(٢) الدكتور رمضان محمد أبو السعود والدكتور محمد حسين منصور ، المدخل الى القانون ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت – لبنان ، ٢٠٠٣ ، ص ١٥ .

الإنسانية من اعمال قانونية او وقائع مادية ، وانما المقصود بالديمومة هو ان تحيط النصوص القانونية المحدودة - قدر الإمكان - بكافة الحالات التي وضعت من اجلها وتلك التي من الممكن ان تحصل في المستقبل بما يحقق الاستقرار القانوني في المجتمع [١] .

ولتحقيق ديمومة النص القانوني على النحو سالف الذِكر ؛ لابد من ان تصاغ هذه النصوص على نحو متقن وسليم لتحقيق الغاية التي أرادها المشرع من وراء هذه النصوص القانونية ، وكلما كانت صياغة النصوص القانونية دقيقة كانت صالحة للتطبيق في الواقع العملي من دون ان تثير صعوبات بسبب الغموض او النقص او عدم الوضوح ، إذ ان النص القانوني بما يحتويه من قاعدة عامة مجردة هو عبارة مادة أولية وجوهر وموضوع لهذه القاعدة وتأتي الصياغة التشريعية لتعبر عن مضمون هذه القاعدة القانونية وتعطيها الشكل الخارجي المطلوب [٢] .

إن للصياغة القانونية تأثيرا مباشرا على ديمومة النص القانوني ، اذ ان هنالك نوعين من الصياغة للقواعد القانونية ، صاغة جامدة [٣] ، تتضمن حلا ثابتا لحالة معينة تسلب من القاضي سلطته التقديرية عند تطبيقها ، ويكون هذا الحل دائما هو نفسه كل ما توافرت شروط انطباق هذه القاعدة بغض النظر عن ظروف وملابسات كل حالة على حدة ، وصياغة مرنة [٤] ، تضع معيارا عاما يتيح ويوفر للقاضي سلطة تقديرية عند تطبيق القاعدة القانونية مراعيا الظروف الخاصة بكل قضية تُعرض عليه [٥] .

ولا تخفى الأهمية البالغة في استخدام المهارات والاساليب اللغوية في صياغة النص القانوني وبيان مراد المشرع منه ، إذ لا يجب ان تكون لغة النص القانوني موجهة للمختصين بالعلوم القانونية فقط ، وانما تكون لغة واضحة وسهلة وتكون قدر الإمكان مفهومة من قبل عامة الناس ولكن ليس على حساب الدقة ، كونها قواعد قانونية عامة موجهة للجمهور تفرض عليهم التزامات او تمنحهم حقوقا ومن ثم يجب ان تكون لغة النص القانوني بعيدة عن الابهام والغموض وان لا تكون عصية على الفهم ؛ لأنه في حالة العكس سيصل

---

(١) الدكتور حسن كيره ، المدخل الى القانون ، القسم الأول ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، بدون سنة طبع ، ص ٢٢-٢٣ .
(٢) الدكتور رافد خلف هاشم والدكتور عثمان سلمان غيلان ، التشريع بين الصناعة والصياغة ، الطبعة الأولى ، دار الكتب والوثائق ، بغداد ، ٢٠٠٩ ، ص ٣٤ - ٣٥ .
(٣) مثال ذلك المادة رقم (١٠٦) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل .
(٤) مثال ذلك المادة رقم (١٤٦) من القانون المدني العراقي .
(٥) الدكتور احمد شوقي محمد عبد الرحمن ، المدخل للعلوم القانونية ، النظرية العامة للقانون ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٥ ، ص ١٨٢ – ١٨٧ .

النص الى المخاطب به غامضا مشوبا بالعيب مما يؤدي اما الى عدم فهمه او فهمه على نحو خاطئ ، وفي كلتا الحالتين سيؤدي ذلك الى اضطراب المصالح وعدم استقرار المعاملات وهو ما ينافي ديمومة النص القانوني [١] .

ومن مظاهر ديمومة النص القانوني هو تحقيق النظام والاستقرار في المجتمع ، إذ تتصف القواعد القانونية بالعمومية لتطبق على الافراد كافة عند تحقق شروط تطبيقها وبذلك تتحقق المساواة بين الناس ، ويمنع ذلك من تطبيق القـانون على فئة من الناس دون غيرها ، بما يضمن للنص القـانوني القبول بين الناس ودوام تطبيقه [٢] ، إذ ان القوة الحقيقية للنص القانوني لا تأتي من خلق المشرع للقواعد القانونية ، وانما تأتي من استمداد المشرع المادة الأولية وموضوع التشريع من عادات وتقاليد الافراد والمعتقدات الحميدة السائدة والمثل العليا الموجودة بين الناس وأيضا من الحاجات العملية والضرورات الاقتصادية ، وان ما يفعله المشرع هو وضع كل هذه الاهتمامات في قواعد قانونية تتكون من الفاظ من تعبيره ، بالإضافة الى إعطاء هذه التعابير التشريعية (النصوص القانونية) قوة ملزمة ورسمية ، ومن هنا فان التشريع يختلف عن المصادر الأخرى للقانون وذلك لكونه مصدر للّفظ والمعنى وليس للمعنى فقط [٣] ، ولا يقتصر تطبيق النص القانوني على سلوك الافراد وانما يسري ويطبق على اعمال السلطات العامة أي انها تخضع لأحكام القانون ، لذا فان سيادة القانون تستلزم خضوع الجميع له حكاما ومحكومين ، فيطبق على أي عمل او تصرف تقوم به السلطة العامة داخل حدود اقليمها [٤] ، ناهيك عن خضوع حتى السلطة القضائية لأحكام القانون [٥] وبذلك يستشعر الافراد الأمان ويطمأنوا ويبادروا الى تطبيق القواعد القانونية ذاتيا مما يسهم في ديمومة النص القانوني .

وتعد جودة النص القانوني وديمومته احدى مستلزمات مصطلح (الامن القانوني) ، ومعناه ان يتاح للأفراد معرفة حقوقهم وواجباتهم بموجب القانون على نحو من الدقة ، ويمكنهم التصرف على أساس ذلك

---

(١) الدكتور ليث كمال نصراوين ، متطلبات الصياغة التشريعية الجيدة واثرها على الإصلاح القانوني ، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية ، العدد الثاني ، الجزء الأول ، السنة الخامسة ، ٢٠١٧ ، ص ٤١٥ – ٤١٦ .
(٢) الدكتور سعيد عبد الكريم مبـــارك ، أصول القانون ، الطبعة الأولى ، مكتبة يـادكـــــار ، بدون مكان طبع ، ٢٠١٧ ، ص ٢٣ .
(٣) الدكتور عبد الرزاق السنهوري ، علم أصول القانون ، بدون طبعة ، مطبعة فتح الله الياس ، مصر ، ١٩٣٦ ، ص ٧٦ .
(٤) الدكتور محمد حسين قاسم ، المدخل لدراسة القانون (القاعدة القانونية – نظرية الحق) ، الجزء الاول ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت – لبنان ، ص ٤٥ – ٤٦ .
(٥) فقد نصت المادة (١٩) فقرة أولا من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ على انه (القضاء مستقل لا سلطان عليه لغير القانون) .

بمختلف التصرفـــات القانونية دون خوف من وقوع نتـائج مبهمة نتيجة هذه التصرفـات القانونية في المستقبل [١] ، فالقانون ينظم حقوق وواجبات الافراد وحتى حرياتهم وهم يتصرفون على أساس ذلك ، واذا كان لابد من تعديل او تغيير بالقواعد القانونية او تحديثها فلا يجوز ان يكون ذلك فجائيا او من السرعة إذ يكون فخا للأفراد على حساب احترام التوقعات والآمال المشروعة [٢] ، وكل ذلك يأتي من الجودة التشريعية للنص القانوني الذي يحمي الافراد من الاثـــار السلبية التي قد تعتري النصوص القانونية ومن التعديلات المتكررة للقانون ، إذ ان (الامن القانوني) يتكون من مبادئ متعددة منها : مبدأ المساواة ، وضوح القاعدة القانونية ، عدم تناقض النصوص القانونية ، الطابع التوقعي للقانون ، احترام الحقوق المكتسبة ، احترام المراكز القانونية ، عدم رجعية القوانين ، احترام مبدأ الثقة المشروعة [٣] ، إذ تعد ديمومة النص القانوني كأحد ركائز (مبدأ الامن القانوني) .

وتجدر الإشارة الى انه لابد من مراعاة مبدأ تدرج القواعد القانونية لضمان ديمومة النص القانوني ، اذ ان هناك أنواعا مختلفة للتشريع والنصوص القانونية وتتدرج من جهة قيمتها القانونية باختلاف السلطة التي تضعه وأيضا باختلاف الموضوعات التي يتناولها ، فيأتـــي في قمة الهرم التشريعي القانون الأساســـي (الدستور) ومن ثم التشريع العادي ومن ثم الأنظمة والتعليمات (التشريع الفرعي) ، وهنا نكون امام قيمة قانونية هامة مفادها ان التشريع الأعلى مرتبة يمكن له الغاء ما دونه من تشريعات [٤] ، وفي المقابل فان التشريع الأدنى لا يجوز له مخالفة التشريع الأعلى بالإلغاء او تعطيل التنفيذ او التعديل او الإضافة [٥] ، وان لذلك أهمية منطقية وعملية إذ ان التشريع يتضمن القواعد الأساسية دون ان الولوج الى التفصيلات الجزئية التي تكون السلطة التنفيذية اقدر على الإحاطة بها تبعا لتغير الظروف والوقت تتمكن من معالجتا بما تمتلكه من صلاحيات اصدار الأنظمة والاوامر والتعليمات ، وان ذلك أيضا يخفف من أعباء السلطة التشريعية ومن

---

[١]) الدكتور سعيد بن علي بن حسن المعمري والدكتور رضوان احمد الحاف ، مبدأ الامن القانوني ومقومات الجودة التشريعية ، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، العدد ٧٩ ، ٢٠٢٢ ، ص ١٥ .

[٢]) الدكتور احمد براك ، مبدأ الامن القانوني ، مقال منشور على الموقع الالكتروني التالي http://www.ahmadbarak.ps/Category/StudyDetails/١٠٤٢ ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٢/٥ ، وقت الزيارة ، ٨:٣٠ صباحا .

[٣]) منشورات مجلس النواب المغربي ، سلسلة الأوراق البحثية الموجزة العدد ٢٠٢٠/٠١ ، جودة التشريع ودورها في تحقيق الامن القانوني ، دار ابي رقراق للطباعة والنشر ، ٢٠٢٠ ، ص ٢٥ .

[٤]) الدكتور محمد حسين قاسم ، مرجع سابق ، ص ١٧٩ .

[٥]) الدكتور همام محمد محمود ، المدخل الى القانون ، نظرية القانون ، بدون طبعة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠١ ، ص ٢٨٠ .

ثم يضمن ذلك للقانون العادي القدر من الاستقرار [١] ، نتيجة لذلك فان تدرج القواعد القانونية وهو ما يُعبَر عنه بـ (المشروعية) وهو استناد التصرفات القانونية الى القانون واحترام السلطات كافة للقانون أيضا يعزز الثقة بالدولة ومؤسساتها ويسهم بتحقيق دولة القانون والتي من خلالها ونتيجة لها فان لديمومة النص القانوني مكان نافذ فيها [٢] .

٢- تعريف النص القانوني اصطلاحا .

قلمّا نجد تعريفا دقيقا للنص القانوني في الدراسات والمؤلفات القانونية ويُستعاض عن بحث وتعريف النص القانوني ودراسته بتعريف (القاعدة القانونية) وبيان خصائصها ومقوماتها واوجه الشبه والاختلاف بينها وبين القواعد الأخرى كقواعد الاخلاق وقواعد العدالة ، والحديث عن النص القانوني وخصائصه انما هو حديث عن القاعدة القانونية التي تُصاغ على هيأة نصوص قانونية تتضمن قواعد عامة ومجردة [٣] .

يوجد للنص القانوني مفهومان ، الأول مفهوم واسع ، والأخر مفهوم ضيق ، فأما المفهوم الواسع للنص القانوني فنعني به القاعدة القانونية بغض النظر عن قيمتها القانونية ، وأيضا القرارات القضائية الصادرة عن مختلف المحاكم ، وأيضا كافة النصوص القانونية الأخرى سواء اكانت الاكاديمية منها ام استشارات قانونية او نصوص معاهدات وما الى ذلك من النصوص القانونية ، واما المفهوم الضيق فنعني به النصوص التشريعية الصادرة عن السلطة المختصة بالتشريع ، وهي محور دراستنا هذه [٤] .

ويقصد بالنص القانوني عند القانونيين بـ (المادة) التي يتكون من مجموعها قانون معين ، وكل نص قانوني (مادة) تحتوي على حكم واحد في الأقل ، ومن ثم فان المادة هي اصغر وحدة قانونية ترد في تشريع معين والقانون انما هو مجموعة من المواد تُصاغ في نصوص محددة [٥] .

---

(١) الدكتور احمد شوقي محمد عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص ٨١ .
(٢) الدكتور محمد طه حسين ، ماهية مبدأي الشرعية والمشروعية ومصادرهما ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، جامعة بغداد ، العدد الأول ، ٢٠١٩ ، ص ١٢٣ .
(٣) الدكتور سعيد احمد بيومي ، لغة القانون في ضوء علم لغة النص ، ط ١ ، دار شتات للنشر والبرمجيات ، القاهرة ، ٢٠١٠ ، ص ٢٦ .
(٤) الدكتور ميلود بن حوحو ، منهجيـــة تحليل النصوص القانونيـــة ، ط ١ ، المركز الديمقراطي العربي ، برلين ، ٢٠٢١ ، ص ١٥ .
(٥) الدكتور علي احمد حسن ، قواعد صياغة النص التشريعي ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، العدد الأول ، جامعة بغداد ، ٢٠١٩ ، ص ٤٠ – ٤١ .

ولا شك في ان كل نظام قانوني انما هو نتاج فِكرٍ معين وفلسفة مُتبناة من قبل مشرع ما ، ويُفترض بان النص القانوني قد وضع من قبل المشرع بتمعنٍ واتقــان وهو يمثل حقــا مــا أراده المشرع من تكليف للأفراد [١] ، وان هذا النص القانوني هو القالب اللغوي الذي تُقدم من خلاله القاعدة القانونية ، فالقاعدة القانونية هي فكرة منظِمة لوضع معين والنص هو اللغة التي تُخرج من خلالها هذه الفكرة الى عالم الوجود القانوني الخارجي ، فاللغة هي أداة التعبير عن الفكرة القانونية كما تكونت لدى المشرع [٢] .

والنص القانوني يتميز عن غيره من النصوص الأخرى كالنص الادبي والعلمي ، بما يحتويه من خطاب قانوني موجه من قبل السلطة الى الافراد يتضمن أوامر ونواهي ، ويمتاز بالدقة والوضوح ويكون قَصْدُ المشرع فيه محددا خاليا من المشاعر والعواطف والاحاسيس [٣] ، ولان القانون يستخدم اللغة كوسيلة للتعبير على نحو سليم فان هذه الوسيلة تخضع لعدة إجراءات تضمن سلامتها وسلامة النص القانوني وتكون لغة مباشرة وملزمة بعيدة عن الخيال والابداع الادبي الذي نجده في الاعمال الأدبية ، إذ تضع المفاهيم مباشرة بين يدي المتلقي بطريقة سلسة كما انها ليست لغة جامدة وانما هي لغة تتأثر بالظروف المحيطة [٤] .

ولا يشترط بالنص القانوني ان يكون محددا بحجم معين ، فقد يطول او يقصُر حسب المبررات والحاجة التي دعت الى انشائه والفكرة التي يحملها هذا النص والتي يُراد منه ايصالها [٥] ، وقد يتضمن (النص القانوني) قاعدة قانونية كاملة او اكثر، ويمكن ان تُستخلص القاعدة القانونية في اكثر من نص واحد بشرط وجود الترابط فيما بين هذه النصوص في الفكرة والموضوع [٦] ، ومن الممكن ان يأتي النص بقاعدة قانونية تحتوي على فرض فقط او تحتوي على حكم فقط او مجرد واقعة مادية تستوجب الإشارة اليها كنص الفقرة واحد من المادة ٣٤ من القانون المدني العراقي (تبدأ شخصية الانسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته) ، كما يمكن استخلاص القاعدة القانونية صراحة من عبارة النص القانوني كما يمكن استخلاصها ضمنا من سياق

---

(١) مجيد سعيد مكي شيحان ، القواعد المنطقية واستخداماتها في قراءة النص القانوني ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الآداب ، جامعة الكوفة ، ٢٠١٥ ، ص ٦٧ .

(٢) الدكتور مصطفى العوجي ، القاعدة القانونية في القانون المدني ، ط ٢ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بدون مكان طبع ، ٢٠١٠ ، ص ٥٤ .

(٣) مرنيز نورية ، تعليمية النص القانوني ، مذكرة ماستر لاستكمال متطلبات شهادة الماستر في الدراسات اللغوية ، جامعة عبد الحميد بن باديس – مستغانم ، كلية الادب العربي والفنون ، قسم الدراسات اللغوية ، الجزائر ، ٢٠١٨ ، ص ٢١ .

(٤) الدكتورة نجاة سعدون والدكتور جمال بوتشاشة ، البناء اللغوي للنص القانوني ما بين العربية والفرنسية في ظل لغة الاختصاص ، بحث منشور في مجلة الأثر ، معهد الترجمة ، جامعة الجزائر ، العدد ٢٨ ، ٢٠١٧ ، ص ٤١ – ٤٣ .

(٥) الدكتور ميلود بن حوحو ، مرجع سابق ، ص ١٥ .

(٦) الدكتور سعيد احمد بيومي ، مرجع سابق ، ص ٢٨ – ٢٩ .

ودلالة هذا النص القانوني ، لذا فانه يتبين لنـا بان النص القانوني قد يحتوي على اكثر من قاعدة قانونية فهو يحتويها ويضمها بين طياته [١] .

ويجب الرجوع للنص القانوني (التشريع) عند الحاجة الى تطبيق حكم القانون على الاعمال والوقائع القانونية ، كونه المصدر الرسمي للقانون والذي يحتل مرتبة الصدارة من بين المصادر الرسمية الأخرى للقانون لاسيما في القانون المدني [٢] ، وقد اشارت الى ذلك التسلسل المادة رقم واحد من القانون المدني العراقي [٣] ، والنص القانوني يتم وضعه ليحكم الاعمال والتصرفات القانونية والوقائع في المستقبل كأصل عام ، فلا تنصرف آثاره الى الماضي ، ولكن قد يحكم ويطبق على ما تم في الماضي كإستثناء فيما لو تطلبت المصلحة العامة ذلك وهو ما يسمى بمبدأ (عدم رجعية القوانين) [٤] .

لذا ومن خلال كل ما تقدم يمكن ان نعرف (ديمومة النص القانوني) على انها : (صلاحية النص القانوني المُصاغ بحرفية واتقان بشكل يستوعب كل الحالات المراد تنظيمها ولمدة غير محدودة) .

ولذا فان المقصود بديمومة النص القانوني هي اجادة المشرع لصياغة النص التشريعي بالطريقة التقنية والفنية السليمة ، والتي من خلالها تبرز براعته في قراءة وتصور الحالة او الحالات التي تحتـاج الـى حل قانوني ما ، مع اجادته في وضع الحل القانوني لها والذي لم يتزعزع او يتـأثر بمرور الزمان .

الفرع الثاني

خصائص ديمومة النص القانوني

إنّ لديمومة النص القانوني خصائص عدة ، فهي تتعلق بالقاعدة القانونية من جهة خضوع الافراد الى أحكامها ، وأيضا فان العلاقات بين هؤلاء الافراد تكون مبنية ومرتكزة على ما جاءت به هذه القواعد القانونية

---

(١) الدكتور علي احمد حسن ، مرجع سابق ، ص ٤٢ – ٤٣ .

(٢) الدكتور عبد الودود يحيى ، محاضرات في المدخل لدراسة القانون ، ط ١ ، دار العادل للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ٢٠٢١ ، ص ٦٧ – ٧٠ .

(٣) إذ نصت هذه المادة على (١ – تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها او في فحواها. ٢ – فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة. ٣ – وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالاحكام التي اقرها القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد الاخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية).

(٤) الدكتور سعيد احمد بيومي ، مرجع سابق ، ص ٣٠ .

من احكام ، ومن ثم فان كثير من العلاقات الاجتماعية تتحدد على وفق ما تضمنته النصوص القانونية المنظِمة لتلك العلاقات ، لذا فإنها (الديمومة) تحقق توازنا في هذه العلاقات وتؤدي الى استقرار الأوضاع القانونية ، ومن خلالها نصل الى نظام قانوني رصين ومتين يحقق الامن والاستقرار للجماعة ، ويمكن لنا استنتاج مجموعة من الخصائص تم استخلاصها من تعريف الديمومة وكما يلي :-

١- مجموعة عناصر تقي النص القانوني من العيوب .

تتمحور ديمومة النص القانوني على مجموعة عناصر يجب توافرها لكي تتحقق هذه الديمومة للنصوص القانونية ، وهذه العناصر تتعلق بالسلطة القائمة على التشريع وما تؤمن به من أسس وقِيَمْ قانونية تجسدها في رؤاها التشريعية والقوانين التي تتبناها ، ونظرا لأهمية عملية صياغة التشريعات فقد يعهد بهذه المهمة الى لجنة او جهة استشارية فنية متخصصة او الى جهة رسمية يكون اختصاصها تقويم النصوص التشريعية لمشروعات القوانين ايضا ويكون هذا التقويم للنصوص من الناحية الشكلية والموضوعية قبل المصادقة عليها واصدارها [١] لكي يتم تدارك ما قد يصيب هذه النصوص من عيوب غير مرغوب فيها كما هو الحال في العراق [٢] .

ولهذه الهيئات دور مهما في عملية صياغة القوانين بما يؤمن لها الديمومة والاستمرارية ، وذلك من خلال ترجمة السياسات التشريعية وموائمتها مع ارض الواقع منعا لحصول فجوة بينهما ، والحرص على وضع القوانين بلغة سلسة مفهومة تصل الى المخاطب بها بيسر وسهولة ، وأيضا ضمان عدم تعارض مشاريع القوانين المقترحة مع القوانين الاخرى السارية ذات الصلة وعدم مخالفة المبادئ القانونية الدستورية [٣] .

كما تتعلق هذه العناصر ايضا بشخص الصائغ للتشريعات القانونية وما يمتلكه من مهارات وخبرات قانونية وممارسة عملية ، وغالبا ما يكون هذا الصائغ هو النائب البرلماني ، إذ يؤدي دورا مهما في عملية التشريع بما يمتلك من سلطة خوله إياها القانون ، ولا يقل هذا الدور المهم في حالة مناقشة وإقرار القوانين ذات الطبيعة الخاصة والتي قد لا يمتلك هذا النائب المعلومات الكافية عنها ، اذ تنص اغلب دساتير العالم بإمكانية استعانة البرلمان باللجان والخبراء الفنيين والمختصين من اجل بيان الجوانب الفنية الدقيقة وتكوين

---

(١) الدكتور سلطان ناصر السويدي والدكتور محمد ياسين ، دور هيأة التشريع في مجال الصياغة التشريعية ، بحث منشور في مجلة القانونية ، العدد الرابع ، بدون سنة نشر ، ص ٣١٢ .

(٢) ينظر الى نص المادة (٥) من قانون مجلس شورى الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل .

(٣) الدكتور بن حفاف سماعيل ، الصياغة التشريعية ودورها في خدمة التشريع ، بحث منشور في مجلة المعيار ، الجزائر ، العدد ٨ ، ٢٠١٣ ، ص ١١٢ .

صورة عنها والالمام بها ، لذا فان النائب البرلماني يمكن له المشاركة في جلسات هذه اللجان وطرح الاستفسارات وتكوين الصورة الكافية عن موضوع التشريع ويمكن له بعد الاقتناع التصويت بما يحقق المصلحة العامة وسواء اكان التصويت بالإيجاب ام بالرفض [١] .

ايضا تتعلق هذه العناصر باستخدام الوسائل والأساليب الفنية في عملية صياغة النصوص القانونية والتي تعد واحدة من اهم هذه العناصر اذ يُعبَر عنها بانها علم فن صياغة القوانين ، فالصياغة علم كونها نظرية قائمة بذاتها تطورت تبعا لتطور الحياة وزيادة تعقيدها وازدياد الحاجة الى التشريع لينظم العلاقات بمختلف أنواعها وصنوفها ، كما انها من العلوم التطبيقية التي تعتمد على قواعد وأساليب علمية ، فهي لا تهتم بالجانب الشكلي فقط وانما تهدف الوصول الى سن تشريع متطور وان يلبي حاجات المجتمع ، وان يكون واضحا وغير متعارض مع التشريعات الأخرى قابلا للفهم من قبل الجميع ، وهي (الصياغة) فن أيضا إذ تتطلب مهارات وقدرات خاصة يتجنب بها التعقيد في لغة النصوص التشريعية ويختار المصطلحات العبارات الواضحة والبعيدة عن مجال العمل الادبي للجمل ، ويتفادى الأخطاء المادية والقانونية التي تؤثر على معنى النص او تغيره لتجنب الغموض الذي يؤدي الى التفسيرات وتطبيق القانون بشكل مختلف في كل مرة تبعا لتفسير من يقوم بتطبيق القانون [٢] .

كما تتعلق هذه العناصر بجودة التشريع وقيمته الموضوعية والقانونية واتصاله بواقع المجتمع وان ينبع من حاجاته الفعلية ، اذ ان القانون هو حدث اجتماعي ينشأ من الجماعة وينمو في ظل معطيات واقعها ، ويتطور بتطور هذه الظروف ، ومخطئ من يعتقد ان القانون هو حدث اصم وثابت لا يتغير بتغير الظروف ولا يتفاعل مع معطيات الزمان والمكان الذي نشأ في ظل افرازاتهما ، بل على العكس من ذلك فان القانون هو كائن اجتماعي يتأثر ويتفاعل مع البيئة الاجتماعية ويتطور بتطورها ، وهذا يفسر اختلاف قوانين البلدان عن بعضها البعض بل قد تختلف قوانين البلد الواحد من زمن الى زمن آخر ، إذ ان القيمة المثلى للتشريع تنبع من الحاجات الفعلية للمجتمع ومعطيات الواقع كونها المادة الاولية التي منها يستقي المشرع نصوص التشريع لتكون ملائمة لحاجة المجتمع وتحقق أهدافه وتطلعاته ، ونتيجة لذلك فان لكل مجتمع خصوصيته التي

---

(١) الدكتور قمر الدين عبد الرحمن السماني ، اختيار النائب البرلماني واثره على جودة التشريعات ، بحث منشور في المجلة الدولية للدراسات القانونية والفقهية المقارنة ، العدد الأول ، المجلد الثاني ، ٢٠٢١ ، ص ٦٠ .

(٢) الدكتور بن حفاف سماعيل ، مرجع سابق ، ص ١١٠ – ١١١ .

تميزه عن غيره وقوانينه التي تلائمه ، ومن ثم فان ما يكون صالحا من القوانين لبلد ما قد لا يكون صالحا لبلد اخر [١] .

٢- خصوصية الديمومة وتعلقها بالنصوص التشريعية .

تختلف فكرة ومفهوم القانون بمعناه الواسع عنه بمعناه الضيق ، إذ ان القانون بمعناه الواسع يضم في طياته كافة القواعد القانونية ومن ضمنها التشريع الذي يجسد معنى القانون بمعناه الضيق ، ويخضع القانون بمعناه الضيق لمبدأ تسلسل القواعد القانونية وتدرجها ، وتختلف هذه القواعد القانونية باختلاف السلطة التي تضعه وتبعا لأهمية الموضوعات التي تتناولها هذه النصوص القانونية [٢] ، ولهذا فان التشريعات تتدرج من جهة قوتها ويأتي القانون الأساسي او الدستور في قمة الهرم للنظام القانوني [٣] ويأتي من بعده التشريع العادي ومن ثم يأتي التشريع الفرعي [٤] ، والنتيجة المترتبة على هذا المبدأ هي ان التشريع الأدنى يجب ان يكون متوافقا مع التشريع الأعلى منه مرتبة ولا يتضمن احكاما تتعارض معه ، فاذا تضمن التشريع الأدنى مرتبه احكاما تتعارض مع التشريع الأعلى مرتبة فانه يكون معرضا للإلغاء او عدم التطبيق [٥] .

وكما تتصف القواعد القانونية مهما كان نوعها وقيمتها ومرتبتها القانونية بالعمومية والتجريد ويجب أيضا ان تتصف بالديمومة منعا لحصول الارباك فيما بينها ، فكلما كان النص ركيكا كان معرضا للإلغاء ومسببا للمشاكل من ناحية التفسير والتطبيق ، اذ ان عدم ملازمة صفة الديمومة للنص الدستوري فإنه تؤدي الى حالة من الارباك وعدم الاستقرار للنصوص القانونية الأدنى منه مرتبة ؛ كونها تستند اليه في قانونيتها وترتبط معه بعلاقة (المشروعية) فاذا لم تكن هناك قواعد قانونية دستورية سيحصل ارباك في منظومة الدولة القانونية ويضيع المعيار الذي على أساسه يتم قياس مدى مشروعية اعمال كل سلطة عند قيامها بواجباتها وفقا للقانون من عدمه ، وكذا الحال بالنسبة للتشريع العادي فانه يؤدي الى نفس النتيجة بالنسبة للتشريع الفرعي [٦] .

---

(١) الدكتور خالد جمال احمد محسن ، مبادئ الصياغة التشريعية ، بحث منشور في المجلة القانونية البحرينية التابعة لهيئة التشريع والافتاء القانوني ، العدد الرابع ، ٢٠١٥ ، ص ٦٥ .

(٢) الدكتور محمد حسين قاسم ، مرجع سابق ، ص ١٧٩ .

(٣) يذكر ان كلمة (دستور) هي كلمة اصلها فارسي مكونة من شقين (دست) ومعناها قاعدة و (ور) ومعناها صاحب ، ومعناها اصطلاحا مجموعة القواعد الأساسية التي تبين شكل الدولة ونوع الحكم فيها ومدى سلطاتها تجاه الافراد .

(٤) الدكتور عبد الودود يحيى ، مرجع سابق ، ص ٧٦ .

(٥) الدكتور همام محمد محمود ، مرجع سابق ، ص ٢٨٠ – ٢٨١ .

(٦) الدكتور محمد طه حسين الحسيني ، ماهية مبدأي الشرعية والمشروعية ومصادرهما ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، العدد الأول ، جامعة بغداد ، ٢٠١٩ ، ص ١٢١ – ١٢٢ .

والمقصود بالنص القانوني هنا بمعناه الضيق وهو النص التشريعي ، الذي تسنه السلطة المختصة في الدولة والذي هو من عمل وفكر الانسان ، وليس المقصود به القانون بمعناه الواسع ، اذ ان القانون بمعناه الواسع قد يضم قواعد دينية او عرفية او قواعد أخلاقية وغيرها من القواعد والمبادئ العامة ، وهذه القواعد او المبادئ تختلف عن التشريع من جهة المصدر وآلية الوجود والنطاق والغرض المقصود منها وأيضا تختلف من جهة الجزاء [١] ، وقد يختلط معنى القانون بمعناه الواسع وهو مجموعة القواعد القانونية الملزمة للأفراد مع احد مصادره واهمها وهو التشريع ؛ نظرا للأهمية البالغة التي يحتلها التشريع كأحد اهم مصادر القانون [٢] ، وذلك للمزايا التي يتمتع بها التشريع في الوقت الحاضر مع تراجع مصادر القانون الأخرى من جهة قوة الالزام مقارنة بالتشريع [٣] ؛ كونه يتضمن جزاء تفرضه السلطة العامة على الافراد تحقيقا للنظام في المجتمع [٤] ، كما انه (التشريع) يصدر بصورة مكتوبة مما يجعل الرجوع اليه سهلا ومتاحا مع إمكانية تحديد أوجه المنع فيه والاباحة دون عناءٍ كبير نسبيا [٥] .

وهنا تختص الديمومة بالتشريع كونه يصدر من السلطة التشريعية ويعبر عن السياسة التشريعية للدولة ، ومن ثم من الممكن التحكم او قياس مدى ديمومة النص القانوني - على افتراض اتباع الأساليب المحكمة في الصياغة والمضمون – على عكس مصادر القانون الأخرى [٦] ، كون ان هذه القواعد والمبادئ تختلف في ديمومتها تبعا لاختلافها من جهة المصدر والغرض والنطاق كما اسلفنا ، مما يصعب التحكم بصياغتها وبلورتها بشكل يضمن لها ديمومة تطبيقها .

وخلاصة القول ان الديمومة اذا اتصف بها النص القانوني بمعنـــاه الضيق وهو (النص التشريعي) فان ذلك يحسب للسلطة التي سنته واجادت في صياغته والعكس صحيح اذ ان ضعف التشريع وعدم قابليته على مسايرة الواقع الاجتماعي ومسايرته ينعكس بالضرورة على واضعيه ، إذ ان قوة التشريح الحقيقية تكمن في

---

(١) الدكتور احمد شوقي عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص ١٥ – ١٨ .

(٢) الدكتور احمد محمد الرفاعي ، المدخل للعلوم القانونية ، نظرية القانون ، برنامج الدراسات القانونية ، منشور على الموقع الالكتروني https://elibrary.mediu.edu.my/books/MEDIU1198.pdf ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٣/٢٤ ، وقت الزيارة ١٠:٣٠ مساءا ، ص ٨ .

(٣) الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري ، مرجع سابق ، ص ٧٥ .

(٤) الدكتور احمد شوقي عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص ١٠ .

(٥) الدكتور محمد سامر عاشور ، مدخل الى علم القانون ، منشورات الجامعة الافتراضية السورية ، ٢٠١٨ ، ص ٧٨ .

(٦) الدكتور رافد خلف هاشم والدكتور عثمان سلمان غيلان ، مرجع سابق ، ص ٢٥ .

استقاء المشرع لمادة التشريع من حاجات الناس الفعلية وعاداتهم والمثل العليا التي يتوخاها المشرع في المجتمع والنابعة من الضرورات العملية والحاجات والتطلعات الاقتصادية [١] .

٣- تؤدي بالضرورة الى تحقق دولة القانون .

يعد مفهوم (دولة القانون) [٢] من المفاهيم الحديثة نسبيا التي اخذت بالظهور مع تبلور فكرة الدولة الديموقراطية ، وترجع أصول فكرتها تاريخيا الى المانيا بمطالبة الطبقة البرجوازية بحرية اكبر في مواجهة السلطة الملكية الحاكمة آنذاك ، وكان ذلك قبل ثورة عام ١٨٤٨ وكان الفكرة مؤسسة على خضوع مؤسسات الدولة كلها للقانون ، ومن ثم تطورت هذه الفكرة واخذت في التوسع لدى فقهاء القانون العام في المانيا أواخر القرن التاسع عشر ، لتكون أساسا قانونيا لإيجاد وتفعيل رقابة القضاء على اعمال مؤسسات الدولة [٣] .

ويلاحظ هنا ان الفقهاء اختلفوا في تحديد مفهوم دقيق لدولة القانون ؛ لكونها تحمل في ثناياها كثيرا من المدلولات والمعطيات التي تتغير بتغير الظروف والزمان والمكان ، كما اختلفوا أيضا في إعطاء تعريف جامع مانع لدولة القانون ، فمنهم من عرفها على انها (السلطة المؤسسة الشرعية التي تَحكُم وتُحكَمْ بالقانون) [٤] ، وعُرفت أيضا بانها (الدولة التي تخضع نفسها للقانون وليست تلك التي تضع نفسها فوق القانون) [٥] .

وبناءً عليه فان ديمومة النص القانوني تعد احدى مقومات دولة القانون ، ورغم اختلاف الفقه اختلافا بسيطا في تحديد المبادئ الأساسية التي تقوم عليها دولة القانون ولكنه (الفقه) يُجمع على انها لا تخرج عن المفاهيم التالية وهي (وجود الدستور وتدرج القواعد القانونية ومبدأ سمو الدستور وخضوع الدولة والافراد للقانون او سيادة القانون والاعتراف بالحقوق والحريات الفردية ومبدأ الفصل بين السلطات وتفعيل دور الرقابة

---

(١) الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري ، مرجع سابق ، ص ٧٦ .

(٢) تُعرف دولة القانون على انها (حالة ناتجة عن خضوع مجتمع ما لنظام قانوني يقضي على الفوضى والعدالة الخاصة ، أي انه مصطلح يعكس وجود نظام قانوني يتم فيه احترام القانون ضمانا لحقوق الخاضعين له) ، اليات بناء دولة القانون في العراق ، بحث منشور في مجلة أبحاث ، كلية التربية الأساسية جامعة الموصل ، مقدم ضمن العدد الخاص بالمؤتمر العلمي الدولي الرابع / الدراسات التاريخية والجغرافية ، العدد ٤,١ ، ، ٢٠٢٢ ، ص ٢٨٦ – ٢٨٧ .

(٣) كمال كعلاب ، دولة القانون الديمقراطية :إشكالية المفهوم ومتطلبات الدسترة ، بحث منشور في مجلة سياسات عربية ، المركز العربي للأبحاث ، الدوحة ، العدد ٥٢ ، المجلد ، ٩ ، ٢٠٢١ ، ص ٩ .

(٤) تني حاج محمد المنتصر بالله ، إشكالية بناء دولة القانون : دراسة في المفاهيم ، المقومات والاسس ، بحث منشور في مجلة اكاديميا ، العدد الثالث ، ٢٠١٥ ، ص ١٤٩ .

(٥) دلال القحطاني ، الدولة القانونية التعريف الفقهي والتطور التاريخي ، بحث منشور على الموقع الالكتروني https://eipss-eg.org/ ، المعهد المصري للدراسات ، ٢٠١٩ ، وقت الزيارة ٤:٠٠ صباحا ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٣/٢٩ .

القضائية) وقد تكون الاختلافات هذه شكلية فقط او اختلافات بالتسمية اما من جهة المضمون فهم يتفقون على ما سبق ذكره [١] ، إذ نستخلص من ان أساس مبدأ دولة القانون هو (خضوع الجميع حكاما ومحكومين للقانون ، وتأسيسا على ذلك فان دولة القانون تجعل من الحكام والمحكومين سواسية امام القانون) [٢] .

وجدير بالذكر ان الديمومة تلعب دورا مهما في جميع مبادئ دولة القانون ، اذ ان مبادئ دولة القانون تتمحور حول ديمومة النص القانون فوجود الدستور ليس هو الغاية ؛ وانما حماية الحقوق والحريات الأساسية للأفراد وضمان هذه الحماية من خلال الدستور هي الغاية الرئيسة من وجوده ، اذ يمثل الدستور - وهو اعلى نص قانوني في النظام القانوني للدولة - قيدا على السلطات كافة التي قد تتجاوز على حريات الافراد بما لديها من قوة وسلطة القانون ، إذ انه الضمانة التي تحمي حقوق الافراد من جنوح السلطة العامة عن هذه الحقوق التي كفلها لهم الدستور [٣] .

ومن هنا فانه يمكن القول بان ديمومة النص القانوني هي مظهر من مظاهر دولة القانون ، اذ ان من عناصر الديمومة هي صياغة النصوص بدقة واحترافية عالية وهذا يعزز من وجود دولة القانون [٤] ، اذ عن طريق هذه الصياغة الدقيقة للنصوص الدستورية وتضمينها الحقوق والحريات الأساسية للأفراد يجعلها سدا منيعا امام السلطة اذا ما ارادت التجاوز على هذه الحقوق ، وليست الصياغة فقط هي الضمانة للحقوق والحريات الدستورية اذ ان ما تتضمنه هذه النصوص من قيمة موضوعية تنبع من الاحتياجات الفعلية للمجتمع وتلبي تطلعات الافراد تتماشى مع روح القانون لها الأثر البالغ في تدعيم أسس دولة القانون ، وذلك عن طريق النص على هذه الحقوق في الدستور بصورة واضحة ولا تعطي مجالا للّبس فيها مما يجعلها ذات قيمة دستورية [٥] .

ومن خلال حُسن اختيار الفاظ النص التشريعي التي تعبر عن المعنى المراد من قبل المشرع - وذلك يكون مقرونا بفن صيغتها - يمكن ان نؤسس الى نظام قانوني رصين يعتمد مبدأ تدرج القواعد القانونية مما يؤكد سمو النصوص الدستورية وأيضا احترام حقوق الافراد من قبل السلطة وتطبيق القانون على الجميع

---

(١) يوسف فخر الدين والمحامية ليليت سليمان ولبنى حمشو ، دولة القانون والحقوق في تحليل قانونيين / ات سوريين / ات دراسة تشاركية ، المركز السوري للدراسات والأبحاث القانونية ، بدون مكان طبع ، ٢٠٢٢ ، ص ٢٤ – ٢٥ .

(٢) عمر فرج حميد العلواني ، خضوع السلطة السياسية للقانون في اطار مفهوم دولة القانون ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون ، جامعة الشرق الأوسط ، عمان – الأردن ، ٢٠١٩ ، ص ٥٢ .

(٣) شيماء رافع سلطان وزيد رافع سلطان ، مرجع سابق ، ص٢٨٩ – ٢٩٠ .

(٤) الدكتور خالد جمال احمد محسن ، مرجع سابق ، ص ١٩ .

(٥) كمال كعلاب ، مرجع سابق ، ص ١٥ – ١٧ .

رؤساء ومرؤوسين [١] ، وذلك يكمن في إيجاد نصوص قانونية ثابتة وذات لغة سهلة وواضحة وبسيطة تكون سهلة الوصول الى المتلقي ، وسريعة الفهم من قبل المخاطب بها [٢] .

أخيرا لابد لدولة القانون من نظام قضائي فعال ومستقل يعمل على ضمان الحقوق والحريات العامة التي كفلها الدستور ، اذ انه بدون نظام المراقبة القضائية فلا قيمة لوجود الدستور من دون تطبيقه تطبيقا سليما ، وعدم الخروج عن احكامه ، وهذه الضمانة القضائية تستند الى مبدأ دستوري ألا وهو مبدأ الفصل بين السلطات ، كما يعمل القضاء على مراقبة قيام كل سلطة بواجباتها من دون تعد على صلاحيات وعمل السلطات الأخرى في الدولة [٣] ، فمن خلال القضاء يشعر الافراد بالأمان ويتحصنون به كسلاح ضد الإجراءات الحكومية والإدارية المخالفة للقانون والمجحفة بحقهم ؛ كونه الجهة التي تتمتع بالحياد والاستقلالية عن باقي السلطات في الدولة وكونه أيضا ان هدفه هو احقاق الحق [٤] ، وبناءً عليه فان عمل القضاء هذا من الأهمية والخطورة بمكان ؛ كونه يمس الحقوق والحريات العامة كما انه يعد مقياسا فاصلا على عمل السلطتين التشريعية والتنفيذية ومدى التزامهما بصلاحيتهما الدستورية وعدم الخروج عليها ، وبذا فانه لا يمكن للقضاء إتمام هذه المهمة على اتم وجه ما لم تكن هناك ديمومة للنصوص القانونية الدستورية [٥] ، إذ ينشغل بالتفسير وابطال القوانين والاعمال المخالفة للدستور ويقع في عملية اختلاف التفسير لهذه النصوص على فرض ركة صيغتها من الناحية اللغوية والموضوعية ، اما اذا كان ديمومة النص القانوني حاضرة في النصوص الدستورية فان عمل القضاء سيكون اكثر فعالية ومن ثم يعزز من ثبات واستقرار الدولة القانونية .

٤- رصانة التشريع ونجاعته [٦] .

يؤدي التشريع دورا مهما في توجيه الفكر القانوني لنظام قانوني معين وترجمته على ارض الواقع ، بموجب قواعد قانونية تفرض على المخاطبين بها ويجب احترامها والعمل بموجبها ، لذا ازداد اهتمام الباحثين

---

(١) مها بهجت يونس الصالحي ، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون (دراسة مقارنة) ، أطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون / جامعة بغداد ، ٢٠٠٦ ، ص ٧ – ١٢ .

(٢) خالد جمال احمد حسن ، مرجع سابق ، ٦٢ – ٦٣ .

(٣) تني حاج محمد المنتصر بالله ، مرجع سابق ، ص ١٥٥ .

(٤) شيماء رافع سلطان وزيد رافع سلطان ، مرجع سابق ، ص ٢٩٢ .

(٥) كمال كعلاب ، مرجع سابق ، ص ١٩ – ٢٠ .

(٦) النجاعة في القانون تعني (مردودا او اثرا يتوقع من قانون موضع التطبيق ، وهي وسيلة يقاس بها وزن القانون ، وتكون القاعدة القانونية ناجعة او فعالة عندما تُتبع بحكم الواقع او يعاقب على عدم اتباعها والسبب في اتباع هذه القاعدة قد يكون للاقتناع بصحتها من الناحية الأخلاقية او لمجرد توافقها او ملاءمتها لحاجات الافراد) ، سه ردار مه لا عزيز و ره واك اكه رش سيدمينه ، وجود القانون بين الصحة والنجاعة ، دراسة وصفية تحليلية ، بحث منشور على مجلة جامعة حلبجة ، مجلد ٥ ، عدد ٤ ، ٢٠٢٠ ، ص ٢٢٩ .

والمختصين بعلم الصياغة القانونية فهي السبيل الى تحقيق الجودة التشريعية التي من خلالها تتحقق أيضا جودة النظام القانوني بشكل عام ، من خلال صياغة النصوص القانونية بشكل واضح وسلس ، مفهوم من قبل المخاطب به ، وأيضا بشكل دقيق [١] ، على ان لا يكون وضوح النص القانوني بما يتضمنه من قواعد قانونية على حساب القيمة الموضوعية والقانونية والدقة في الصياغة ، كما لا يمكن التضحية بالوضوح لصالح الدقة وانما يكون الامر بموازنة الامرين وحسب الحاجة والمصلحة في ذلك [٢] .

بالإضافة الى ذلك فان ديمومة النص القانوني تؤدي الى زيادة ثقة الافراد بالتشريع وقناعتهم بوجوب تطبيقه ذاتيا ، إذ ان النصوص القانوني هي ترجمة لحاجات وضرورات اقتصادية واجتماعية لمجتمع معين ، صُبت في قوالب لغوية دقيقة وواضحة ومن ثم فان النصوص القانونية التي لا تعبر عن واقع وحاجات المجتمع ستكون مرفوضة من قبلهم كونها لا تلبي رغباتهم واحتياجاتهم ، وتكون مدعاة للتحايل عليها وعدم تطبيقها الا اذا فُرضت عليهم بقوة القهر والارغام ، وعلى العكس من ذلك فعندما يرى الافراد ان القانون يلبي رغباتهم ومصالحهم وينظمها فانه يكون موضع احترام وتقدير من قبلهم ، إذ ان نتيجة هذه القوانين هي التي تدفع الناس الى تطبيقها عن رغبة واختيار [٣] .

ونود هنا ان نبين بان هناك فرقا بين صحة القانون ونجاعته او فاعليته ، اذ ان التشريع اذا ما صدر عن سلطة مختصة ورُوعيت فيه الإجراءات والشروط المطلوبة لسنه فانه يكون صحيحا ، لا علاقة لصحة القانون بمدى قبول الناس او الافراد له من عدمه فهو يصدر عن سلطة مختصة وهو خارج إرادة الافراد [٤] ، إذ توجد قوانين او نصوص معينة صادرة ولكنها غير مطبقة على مستوى الواقع فهي (ميّتة) لذا فان هذه القوانين تكون سليمة من الناحية الوضعية ولكنها غير ناجعة [٥] ، اذن فان النصوص القانونية تكون ناجعة اذا كانت مطاعة ومطبقة من قبل الفئة الاجتماعية ، اذ تقاس نجاعة القانون بما يحدثه على ارض الواقع من قبول وفاعلية لدى الافراد [٦] .

---

(١) جديدي ضياء الدين رمضان ، ضوابط جودة الصياغة التشريعية ، بحث منشور في مجلة الحقوق والحريات ، مجلد ١٠ ، العدد ٢ ، الجزائر ، ٢٠٢٢ ، ص ١٣٣ – ١٣٤ .

(٢) الدكتور رافد خلف هاشم البهادلي والدكتور عثمان سلمان غيلان العبودي ، مرجع سابق ، ص ٩٠ – ٩١ .

(٣) سه ردار مه لا عزيز و ره واك اكه رش سيدمينه ، مرجع سابق ، ص ٢٢٩ – ٢٣٠ .

(٤) الدكتور منذر الشاوي ، مدخل في فلسفة القانون ، ط ١ ، الذاكرة للنشر والتوزيع ، بغداد ، ٢٠١١ ، ص ١٦٦ .

(٥) الدكتور منذر الشاوي ، مرجع سابق ، ص ١٦٧ – ١٦٨ .

(٦) سه ردار مه لا عزيز و ره واك اكه رش سيدمينه ، مرجع سابق ، ص ٢٣٠ – ٢٣١ .

٥- ديمومة النص القانوني هي احد عناصر مبدأ الامن القانوني .

يعد مبدأ الامن القانوني من المبادئ الحديثة نسبيا وهو احد مقومات ومظاهر دولة القانون ، ولعل من ابرز مقومات وعناصر هذا المبدأ هو ، وضوح القانون ، وجودة التشريعات ، وسهولة الوصول اليها والمعرفة بها [١] ، ليتسنى للأفراد تحديد ما هو مباح وما هو ممنوع من جانب القانون دون عناء كبير ومشقة غير مبررة [٢] ؛ ليتمكنوا على أساس ذلك من التصرف بمختلف التصرفات القانونية دون خوف من عواقب غير محسوبة تؤدي الى خسارتهم في تلك التصرفات او على الأقل التسبب في ضررهم بسبب جهلهم بالقانون او صعوبة معرفته لعدم ثباته .

ومن جانب اخر فقد تزايد الاهتمام بهذا المبدأ من جانب الفقه والدولة بمفهومها العام أيضا ؛ نتيجة للتطورات السريعة والواسعة التي تشهدها الحياة الإنسانية وفي مختلف المجالات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية أيضا ، والتي اوجدت حالة من الفجوة بين القواعد القانونية المعمول بها وبين هذه المتغيرات الجديدة التي فرضت نفسها على الواقع الإنساني ، ومن اجل تلافي هذه الفجوة يجب ان تكون التشريعات بمستوى قانوني يرقى لمعالجة هذه الأوضاع المستجدة دائما ، إذ ان قيمة القاعدة القانونية تكمن في مدى استجابتها للظروف ودرجة استقرارها ومدى ضمانها للحقوق كي تحقق ثقة الافراد بالنظام القانوني القائم [٣] .

ولا نعني باستقرار القاعدة القانونية وثباتها عصمتها من التعديل ، سواء اكـــان تعديلا كليـــا (الإلغاء) ام جزئيا ، ذلك ان السلطة المعنية بتشريع القانون مهما حاولت ان تتنبأ بالأحداث التي من الممكن ان تطرأ مستقبلا سيبقى جهدها قاصرا ، لأنه جهد انساني وهذا ليس بعيب وانّ تعديل القانون هنا يجد له مكانا وبقوة ، فلا يمكن القول بحصر وظيفة القانون بضمان الاستقرار رغم التطورات الحاصلة في المجتمع نتيجة تطور الحياة لأنه سيكون بالنتيجة ان تطبق قواعد قانونية لم تعد تتماشى مع الأوضاع الجديدة ، ومن ثم ستكون هناك فوضى قانونية ؛ لذا فان الحاجة الى تعديل القانون ملحة ، مع العلم بان تعديل القانون يجب ان لا يكون على حساب الاستقرار القانوني وثبات القواعد القانونية نسبيا ضمانا لاستقرار المراكز القانونية وعدم زعزعتها

---

(١) الدكتور احمد براك ، مبدأ الامن القانوني ، مقال منشور على الانترنيت متاح على الرابط التالي ، http://www.ahmadbarak.ps/Category/StudyDetails/١٠٤٢ ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٢/٥ ، وقت الزيارة ٨:٣٠ صباحا .

(٢) عبد المجيد غميجة ، مبدأ الامن القانوني وضرورة الامن القضائي ، بحث مقدم في اطار الندوة المنظمة من طرف الوداية الحسنية للقضاة بمناسبة المؤتمر الثالث عشر للمجموعة الافريقية للاتحاد العالمي للقضاة ، الدار البيضاء ، ٢٠٠٨ ، ص ٧ .

(٣) جعفر عبد السادة بهير ، دور مجلس الدولة في حماية مبدأ الامن القانوني ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، العدد الخاص لبحوث مؤتمر فرع القانون العام المنعقد تحت عنوان (الإصلاح الدستوري والمؤسساتي الواقع والمأمول) ، جامعة بغداد ، ٢٠١٨ ، ص ٤ .

نتيجة التعديل المستمر للقانون وبدون ضوابط وضمانات كفيلة برصانة وجودة التشريع [1] ، لذا فان صياغة التشريعات بما تتضمنه من قواعد قانونية بصورة محكمة تضمن لها الديمومة والثبات كفيل بتحقيق مبدأ الامن القانوني .

المطلب الثاني

معوقات النص التشريعي ووسائل تلافيها

سنحاول في هذا المطلب ان نسلط الضوء على بعض العيوب ونقاط الضعف التي تطال النص التشريعي ومن ثم تؤثر على ديمومته وذلك في الفرع الأول كما سنحاول من خلال كل ما تقدم ان نقدم بعض الضمانات والطرق والوسائل الكفيلة بتلافي تلك العيوب للوصول بالنص القانوني الى بر الأمان وبما يضمن تحقيق الهدف المرجو منه على اكمل وجه ممكن وذلك في فرع ثان وكما يلي :-

الفرع الأول

المعوقات المؤثرة على ديمومة النص التشريعي

سبق وان بينا النص التشريعي يحتوي على قاعدة قانونية سواء اكانت هذه القاعدة آمرة ام مفسرة ام غير ذلك ، وهذا النص قد تتخلله بعض العيوب التي من شأنها ان تؤثر على استمراريته ومن ثم ديمومته ، وسنتعرض الى تلك العيوب بوصفها سلبيات تعتري وتحيط بالنص التشريعي والذي هو عمل انساني قاصر يمكن للخلل ان يصيبه ، ولذا فان النص التشريعي من الممكن جدا ان يتعرض الى التعديل او الإلغاء وحسب المصلحة من ذلك فلا شيء يبقى على الدوام والى ما لا نهاية ، اذ انه من الجيد تعديل بعض مواد وفقرات القانون التي لا تستجيب الى الواقع العملي ، مع ذلك فان كثرة التعديلات دلالة على عدم استجابة القانون ككل لما هو مطلوب منه والأسباب كثيرة اما لسرعة تشريعه او عدم الجدية في التشريع او غيرها من الأسباب ، وفي مثل هكذا حالات يستحسن دراسة حالة هذا التشريع دراسة عملية ودقيقة والتوصية اما بالغائه لعدم جدواه او الغائه مع سن قانون جديد يتضمن كافة الاحكام والتعديلات الضرورية وجعل القانون ذي قيمة عملية وجدوى قانونية ، وذلك لان كثرة التعديلات في نفس القانون هي حالة غير صحية وتدل على ضعف التشريع وتؤدي الى ارباك العمل القانوني وعدم استقرار المعاملات .

وبرأينا فان هناك نوعين من العيوب التي تعتري النصوص القانونية والتي يمكن اجمالها بالعيوب الشكلية للنصوص القانونية والعيوب الموضوعية ، وتتعلق العيوب الشكلية بعدم اتباع الإجراءات الرسمية لإصدار وسن القوانين كعدم مراعاة التوقيتات الدستورية في الإصدار والنشر وغيرها من الأمور ، اما العيوب

---

[1]) جعفر عبد السادة بهير ، مصدر سابق ، ص ١٠ .

الموضوعية فهي تتعلق بمضمون هذه النصوص وجوهر القانون كالغموض والتعارض مع بقية النصوص القانونية سواء في نفس القانون او مع غيره من القوانين ذات العلاقة ، ولذا سنقوم باستعراض العيوب الشكلية والموضوعية تباعا وكما يلي-:

أولا : العيوب الشكلية .

فيما يتعلق بالعيوب الشكلية التي قد تعتري النص القانوني ، فإنها عيوب تخص صحة التشريع ومشروعيته من الناحية الدستورية والقانونية ، فان أي تشريع يجب ان يصدر عن جهة او سلطة مختصة دستوريا وغالبا ما تكون هذه السلطة هي السلطة التشريعية ، وان أي قانون يصدر من أي جهة أخرى غير مخولة دستوريا فانه يكون معيبا بعيب عدم الاختصاص ، وأيضا فانه يجب على هذه السلطة المختصة دستوريا بتشريع القوانين ان تلتزم بالإجراءات والتوقيتات والشكل الذي نص عليه الدستور لإصدار القوانين وبخلاف ذلك فان القانون يصدر معيبا بعيب الشكل [1] ، واي من هذه العيوب اذا صاحبت التشريع فإنها تُخل بصحته ومن ثم مشروعيته ، فكل قانون يجب ان يكون مشروعا أي صحيحا لكي يكون مُطاعا والا فان مصيره الإلغاء وعدم التطبيق [2] ، لذا سنحاول التطرق الى هذين العيبين بوصفهما من العيوب الشكلية التي تطال النصوص القانونية .

١- عيب عدم الاختصاص .

ترتكز فكرة العيب في الاختصاص على مبدأي المشروعية والفصل فيما بين السلطات [3] ، ومبدأ المشروعية هو عدم مخالفة أي سلطة للقانون وقيامها بواجباتها على وفق ما حددته النصوص الدستورية ، إذ تكون هذه النصوص الدستورية هي الفيصل فيما اذا خالفت أي سلطة صلاحياتها وواجباتها المنوطة بها دستوريا ، ومن ثم فان أي عمل تقوم به أي من سلطات الدولة وهو خارج اختصاصها الدستوري فانه يكون عملا غير مشروع والعكس صحيح [4] .

اما مبدأ الفصل بين السلطات فانه يعني توزيع الصلاحيات والوظائف التي تقع على عاتق الدولة على هيئات وجهات منفصلة ، إذ تكون كل هيأة مستقلة عن الهيأة الأخرى بما تقوم به من الوظائف التي خولها

---

(١) الدكتور صبري محمد السنوسي ، اركان صحة التشريع ، بحث منشور في المجلة القانونية البحرينية التابعة لهيئة التشريع والافتاء القانوني ، العدد الثاني ، ٢٠١٤ ، ص ٦٢ .

(٢) الدكتور محمد طه حسين ، مرجع سابق ، ص ١١٥ .

(٣) الدكتور صبري محمد السنوسي ، مرجع سابق ، ص ٦٢ .

(٤) الدكتور محمد طه حسين ، مرجع سابق ، ص ١١٩ – ١٢٠ .

إياها الدستور ، اي عدم تركيز سلطات الدولة الثلاث (التشريعية والتنفيذية والقضائية) بيد سلطة واحدة ، وانما يتم توزيعها على الهيئات المتعددة في الدولة وحسب طبيعة عمل كل منها ، والاستقلالية هنا لا تعني العزل التام فيما بين هذه السلطات ، وانما يوجد نوع من التعاون والتواصل مع وجود رقابة لكل سلطة على الأخرى بشكل او بآخر [١] .

ويعد العمل التشريعي من صميم عمل السلطة التشريعية الممثلة بالبرلمان ، ولكن قد يعهد بهذا الاختصاص الى جهات أخرى مثل رئيس الجمهورية ولكن في حالات معينة ومحدودة كحالة الطوارئ مثلا وبناءً على تخويل صريح من الدستور ، كما ان تفويض الاختصاص التشريعي لا يجوز الا اذا سمحت النصوص الدستورية بذلك ووفق ضوابط محددة كأن يتم تخويل رئيس الجمهورية بإصدار مراسيم لها قوة القانون في حالات معينة وكما قلنا ان سمحت النصوص الدستورية بذلك ، على ان تكون هذه النصوص نصوصا صريحة وفي حالات محددة ، وفي حال صدر مرسوم جمهوري خارج مدة التفويض وأُريد له ان يكون بقوة القانون فانه بلا شك سيكون معيبا بعيب عدم الاختصاص ويعد عملا غير مشروع لصدوره من جهة غير مختصة قانونا [٢] .

وقد كرس دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ مبدأ الفصل بين السلطات بموجب المادة (٤٧) والتي نصت على (تتكون السلطات الاتحادية ، من السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية ، تمارس اختصاصاتها ومهامها على أساس مبدأ الفصل بين السلطات) ، كما اكد على ان مجلس النواب هو الجهة الحصرية بتشريع القوانين الاتحادية وذلك بموجب الفقرة (أولا) من المادة (٦١) من الدستور ، والتي نصت على (أولا : تشريع القوانين الاتحادية ...) [٣] .

---

(١) جناد فاطمة الزهراء وطالبي خيرة سهام ، إشكالية الفصل بين السلطات في النظم الدستورية المعاصرة ، مذكرة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة زيان عاشور ، الجلفة ، ٢٠٢١ ، ص ٧ .

(٢) الدكتور صبري محمد السنوسي ، مرجع سابق ، ص ٦٢ – ٦٣ .

(٣) يذكر ان دستور جمهورية العراق لعام ١٩٧٠ المؤقت لم يعرف هذا المبدأ (مبدأ الفصل بين السلطات) الا انه تم التأكيد عليه بشكل واضح بموجب دستور عام ٢٠٠٥ ، كما ان الدستور اناط بمجلس النواب وحده سلطة سن وتشريع القوانين الاتحادية ، اذ خلت المواد الدستورية التي نصت على اختصاصات السلطة التنفيذية المكونة من (رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء) بموجب المادة (٦٦) من الدستور ، إذ جاءت المادة (٧٣) الخاصة بصلاحيات رئيس الجمهورية خالية من اية صلاحيات تشريعية ، وكذلك خلت المادة (٨٠) الخاصة بصلاحيات مجلس الوزراء من اية صلاحيات تشريعية ، كما المادة (٦١) الخاصة بصلاحيات مجلس النواب الاتحادي قد خلت أيضا من اية صلاحية لتفويض سلطتها واختصاصها التشريعي الى أي جهة أخرى وتحت اي ظرف كان ، الا انه بموجب الدستور الحالي فان العراق هو دولة اتحادية وعمليا يوجد فيها إقليم واحد فقط لحد الان ، وبموجب الدستور فان للإقليم سلطاته التشريعية والتنفيذية والقضائية الخاصة ، وتمتلك سلطته التشريعية صلاحية سن وتشريع القوانين الخاصة بالإقليم وذلك لا يخل بصلاحية التشريع لمجلس النواب الاتحادي .

والقوانين اما ان تقدم على شكل مشروعات قوانين او مقترح قانون ، والمختص بتقديم مشروعات القوانين هي الحكومة ، ولا يخل ذلك بمبدأ الفصل بين السلطات الذي اشرنا اليه فيما سبق ولا يضر بالاختصاص الأصيل للسلطة التشريعية ، لان المشروع يقدم من قبل الحكومة ويرسل الى مجلس النواب لغرض مناقشته والتصويت عليه وذلك لان مجلس النواب يعد الجهة التي تمثل الشعب ، ومن ثم فان من حق مجلس النواب ان يصوت بالإيجاب او بالسلب وحسب ما تقتضيه المصلحة العامة ، لذا فان مشروع القانون لا يكون قانونا نافذا ما لم تتم الموافقة عليه من قبل مجلس النواب ، والعلة في إعطاء الحق للسلطة التنفيذية بالمشاركة في صناعة القوانين هي ان هذه السلطة ممثلة مؤسساتها الدستورية التنفيذية هي على تماس مباشر مع الافراد والاقدر على تلبية احتياجاتهم ومن ثم الاقدر على معرفة الحاجة الفعلية للقوانين التي من الممكن ترتقي بالخدمة المقدمة وأيضا ما لديها من الخبراء والمستشارين المؤهلين لتقدير الحاجة لتشريع قوانين ملحة تكون فعلا مطلوبة لحسن سير العمل [١] .

اما مقترحات القوانين فإنها وحسب دستور جمهورية العراق عام ٢٠٠٥ فإنها تقدم من قبل اما عشرة نواب او احد اللجان المتخصصة لمجلس النواب [٢] ، ومن ثم فان عدم ورود القانون من عشرة نواب او احد اللجان المتخصصة فانه سيكون معيبا وغير قابل للمناقشة وممكن الطعن به ويؤثر سلبا على الغرض الذي يُراد تشريعه من اجله ويفقد الزاميته وثباته وأخيرا ديمومته .

٢ - عيب عدم استيفاء الشكل .

التشريع هو قواعد قانونية عامة مجردة تصدر عن السلطات والجهات المختصة للدولة ، ومفردة (التشريع) قد يقصد بها القانون النافذ والذي يقسم على التشريع الأساسي والتشريع العادي والتشريع الفرعي ، وقد يقصد بها أيضا عملية سن التشريع بذاتها ، وما يهمنا هنا اقسام التشريع الثلاثة إذ ان لكل منها طريقا يجب ان تسلكه لتصبح قانونا بالمعنى المعروف ، وإجراءات وتوقيتات ينبغي ان تمر من خلالها لتصبح نافذة وهذه الإجراءات والشروط تختلف باختلاف اقسام التشريع ، اذ ان الدستور وهو القانون الأساسي يختلف عن التشريع العادي بالطريقة التي ينبثق من خلالها وكذا الحال بالنسبة للتشريع العادي فانه يختلف بدوره عن التشريع الفرعي ، وكل هذه التشريعات بأقسامها المختلفة فإنها تختلف أيضا من جهة مصدرها والسلطة التي

---

(١) الدكتور رافد خلف هاشم والدكتور عثمان سلمان غيلان ، مرجع سابق ، ص ١٨ – ١٩ .

(٢) المادة (٦٠ و٦١) من الدستور واللتان تنصان على المادة ٦٠ (أولا : مشروعات القوانين تقدم من رئيس الجمهورية ومجلس الوزراء . ثانيا : مقترحات القوانين تقدم من عشرة من أعضاء مجلس النواب او من احدى لجانه المختصة) اما المادة ٦١ فانها تنص على (يختص مجلس النواب بما يأتي : أولا : تشريع القوانين الاتحادية ...) .

تأتي عن طريقها ، لذا فان العيوب التي قد تصيب هذه التشريعات قد تختلف أيضا تبعا للجهة التي تمتلك الحق بإصدار مثل هكذا تشريعات وأيضا الطريقة التي يجب ان تتبعها في سنه [١] .

فبالنسبة للتشريع العادي فانه يُسن ويصدر على وفق الإجراءات والشروط التي نص عليها الدستور ورسم خطوطها وحدد ملامحها ، وتتنوع طرق وإجراءات تشريع القوانين في الدول تبعا لطبيعة النظام السياسي ودرجة نضجه وطبقا لما هو محدد في الدستور ، لذا نجد ان ولادة القوانين تختلف بين دولة وأخرى تبعا لذلك ، فتختلف فلسفة الحكم لكل دولة عن الأخرى وحسب شكل نظام الحكم فيها ومن ثم فان القوانين في هذه الدول تُسن وتصدر بطرق مختلفة [٢] .

وتُسن التشريعات العادية على مراحل تبدأ بمقترحات او مشروعات قوانين ومن ثم تناقش وتصدّر وأخيرا تُنشر لتكون نافذة بحق الجميع ، وهناك من الدول من تعطي لرئيس الجمهورية حق اقتراح القوانين إضافة الى مجلس النواب كما في مصر [٣] ، وهناك من يعطي هذا الحق الى مجلس الوزراء حصرا دون مجلس النواب كما في دولة الامارات العربية المتحدة [٤] ، وقد تكون الآلية على شكل مشروعـــات قوانين تتقدم بها الحكومة او مقترحـــات قوانين تقدم من قبل مجلس النواب كما في العراق [٥] ، إذ ان مشروعات القوانين تقدم من قبل الجهة طالبة التشريع وتحال الى الأمانة العامة لمجلس الوزراء لتدقيقها ومن ثم ارسالها الى مجلس شورى الدولة ليدققها حسب اختصاصه استنادا الى الفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون المجلس المرقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل [٦] ، وبعد اجتياز المقترح القانون هذه الإجراءات يحال الى مجلس النواب للتصويت عليه اما بالموافقة او التعديل او الرفض من ثم يحال الى رئاسة الجمهورية للمصادقة او

---

(١) عليوة مصطفى فتح الباب ، الوسيط في سن وصياغة وتفسير التشريعات ، الكتاب الأول ، سن التشريعات ، الجزء الأول ، بدون طبعة ، دار شتات للنشر والبرمجيات ، مصر ، ٢٠١٢ ، ص ٢٥ – ٢٦ .

(٢) الدكتور حسن مصطفى البحري ، القانون الدستوري والنظم السياسية ، القسم الثاني ، النظم السياسية ، ط ١ ، بدون دار نشر ، بدون مكان نشر ، ٢٠٢٠ ، ص ٢٦٩ .

(٣) عليوة مصطفى فتح الباب ، مرجع سابق ، ص ٨٧ .

(٤) عليوة مصطفى فتح الباب ، مرجع سابق ، ص ٦٧ – ٦٩ .

(٥) اشارت الى ذلك المادة ٦٠ من دستور جمهورية العراق النافذ لعام ٢٠٠٥ ، سبق وان تمت الإشارة الى نص هذه المادة بالهامش رقم ٢ من الصفحة السابقة .

(٦) يذكر انه تم تغيير تسمية (مجلس شورى الدولة) الى (مجلس الدولة) وفك ارتباطه بوزارة العدل وجعله هيأة مستقلة لها كيانها وشخصيتها القانونية بموجب قانون تعديل قانون مجلس شورى الدولة المرقم ٧١ لسنة ٢٠١٧ والمنشور في جريدة الوقائع العراقية رقم ٤٤٥٦ لسنة ٢٠١٧ .

الإصدار [١] وأخيرا يرسل الى الجريدة الرسمية لنشرة ليكون نافذا ، اما مقترحات القوانين فإنها تقدم اما من قبل عشرة نواب او احد لجان المجلس المتخصصة وتُعرض على مجلس النواب للموافقة عليها وتنشر في الجريدة الرسمية [٢] ، وهذه الإجراءات هي من اجل رصانة القانون شكلا موضوعا لبيان الحاجة الفعلية منه ومدى انسجامه مع القوانين النافذة واتفاقه مع السياسة التشريعية للبلد وأيضا ضمان عدم اصطدامه مع المبادئ الدستورية لضمان استقرار التشريع وتأديته الغرض الذي شُرع من اجله ومن ثم ديمومته واستمراره .

والنشر في الصحيفة الرسمية له أسبابه المنطقية والقانونية ، اذ من غير المنطقي ان تحدد سلوكيات الافراد ووضع الجزاءات للمخالفين بدون ان يتم اعلامهم بما هو ممنوع بموجب القانون ولكي لا يتم التحجج بهذا العذر وهو عدم معرفة القانون ، لذا فان النشر هو قرينة قانونية على علم كافة المخاطبين بالقاعدة القانونية وتطبيقا لمبدأ راسخ وثابت الا وهو (عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون) [٣] ، وهذا ما تم التأكيد عليه بموجب المادة (٦) من قانون النشر في الجريدة الرسمية رقم ٧٨ لسنة ١٩٧٧ والتي تنص على (لا يعتد بالجهل بمضمون ما ينشر في الوقائع العراقية) ، إذ ترسل مقترحات القوانين الى مجلس الدولة ليتم دراستها وتدقيقها شكلا ومضمونا وبحضور ممثل عن الجهة طالبة التشريع [٤] ، وهذه الإجراءات وجدت من اجل سلامة التشريعات وديمومتها .

٣- العيوب المادية .

على الرغم من الإجراءات والتدقيقات والمراجعات التي تجري على النصوص القانونية الا انه من المتوقع ان تلحق تلك النصوص القانونية بعض العيوب المادية ومنها الخطأ ، والخطأ قد يكون خطئا ماديا وقد يكون خطأً قانونيا ، والخطأ المادي يقع نتيجة لعوامل متعددة على طول مسيرة التشريع من اقتراحه مرورا بمناقشته

---

(١) اختلف الفقه القانوني من عملية (الإصدار) فمنهم من يرى بان الإصدار هو مجرد عمل مادي وليس جزءا من عملية تشريع القانون ، ولكن هناك من خالفهم بالرأي والقول بان الإصدار هو مجرد واقعة مادية ليس اكثر يجانب الصواب ، إذ ان الراجح فقها ان عملية الإصدار هي عملية قانونية وتعتبر جزءا من عملية التشريع ولا يكتمل بدونها ، وبها يعلن رئس الجمهورية باعتباره الرئيس الأعلى للسلطة التنفيذية بان هذا القانون قد استنفذ جميع شروط وإجراءات تشريعه واصبح واجب النفاذ وعلى الجميع اطاعته وتطبيقه ، للمزيد راجع الدكتور منذر الشاوي ، مرجع سابق ، ص ١١٨ – ١٢٠ .

(٢) الدكتور رافد خلف هاشم والدكتور عثمان سلمان غيلان ، مرجع سابق ، ص ٢٠ – ٢٤ .

(٣) الدكتور منذر الشاوي ، مرجع سابق ، ص ١٢٠ – ١٢٣ .

(٤) الدكتور محمد ماضي ، اختصاص مجلس شورى الدولة في صياغة مشروعات الأنظمة والتعليمات والأنظمة الداخلية ، بحث متاح على الرابط التالي https://www.moj.gov.iq/uploaded ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٥/١٢ ، وقت الزيارة ١,٠٠ صباحا .

والموافقة عليه وطباعته والنشر في الجريدة الرسمية ، وقد يكون ذلك للعجالة في سن التشريع بوضع لفظ مكان لفظ اخر او كلمة مكان أخرى او تقديم وتأخير بالحروف او الكلمات مما يؤثر على المعنى ويخرج النص التشريعي عن مساره المقصود [١] ، ومن الممكن تلافي هذه الأخطاء بعد وقوعها من خلال نشر بيان تصحيحي في الجريدة الرسمية [٢] ، ويكون ذلك بناءً على طلب من الجهة التي صدر عنها التشريع استنادا الى المادة الثامنة [٣] من قانون النشر في الجريدة الرسمية رقم (٧٨) لسنة ١٩٧٧ .

اما الخطأ القانوني فيكون بإعطاء حكم قانوني لحالة او واقعة قانونية غير مقصودة ، إذ تؤدي الصياغة القانوني غير المقصودة لحكم قاعدة قانونية لا تنطبق عليها ، ويؤدي ذلك الى تطبيق حكم القاعدة القانونية الواردة بالنص القانوني على غير الحالة المقصودة بها ، من خلال الدلالة الواردة في هذا النص وقد ما يعبر عنه بالغلط في حكم القاعدة القانونية ، ولا يمكن تدارك هذا الخطأ الى بتعديل القانون نفسه من قبل الجهة التي سنته وأصدرته ومن ثم نشر التعديل في الجريدة الرسمية بموجب بيان تصحيحي ، وبذلك فان تصحيح الخطأ القانوني يكون اكثر تعقيدا من الخطأ المادي الذي من الممكن تصحيحه ببيان ينشر في الجريدة الرسمية فقط وكما سبق ذكره [٤] ، وبالتأكيد فان مثل هذه الأخطاء تؤثر على ديمومة النص القانوني وينبغي التأني في كافة إجراءات صناعة التشريعات لتلافي كثرة التعديلات التي تؤثر سلبا على تطبيقها بالشكل السليم .

ثانيا : العيوب الموضوعية .

النص القانوني يحتوي على احكام قانونية تطبق على جميع المخاطبين بأحكامه ، وعلى جميع الافراد ان ينظموا امورهم الحياتية واعمالهم اليومية على وفق ما جاءت به احكامه والا تعرضوا للجزاءات القانونية ، ونظرا لخطورة هذا الموضوع فانه يجب ان يكون هذا النص القانوني واضحا ومفهوما ومعلوما ومتاحا للجميع ، الا انه وفي بعض الأحيان قد تحتوي هذه النصوص على عيوب غير ظاهرية كما في الخطأ المادي وتظهر هذه العيوب من خلال تطبيق القانون ، ومن هذه العيوب (النقص والغموض والتعارض وأخيرا التزيد

---

(١) الدكتور ليث كمال نصراوين ، مرجع سابق ، ص ٤١٦ – ٤١٧ .
(٢) الدكتور رافد خلف هاشم والدكتور عثمان سلمان غيلان ، مرجع سابق ، ص ٥٦ .
(٣) نصت هذه المادة على (تصحح الأخطاء المطبعية التي تقع عند النشر في بيان يصدر عن الجهة التي أصدرت الأصل وينشر التصحيح في الوقائع العراقية) .
(٤) الدكتور رافد خلف هاشم والدكتور عثمان سلمان غيلان ، مرجع سابق ، ص ٥٦ – ٥٧ .

والتكرار) وتعد كثرة الاستثناءات [١] من احد العيوب التي تطال النص القانوني وتؤثر على سلامته ، وسنوضح هذه العيوب بشيء من الايجاز وكما يلي :-

١- النقص في التشريع .

توجد نظريتان قيلت بخصوص قصور او نقص القانون من عدمه ، وهما نظرية كمال التشريع ونظرية انكار كمال التشريع ، وتتلخص نظرية كمال التشريع بان القانون كامل ولا يمكن ان يكون ناقصا ومن ثم فانه يتضمن كافة الحلول وفي أي وقت ولا يمكن ان يتخلله أي نقص ، ولهذه النظرية ارتباط بنظرية الفصل بين السلطات ولكن على أساس الفصل التام بينها [٢] ، الا ان موضوع نقص التشريع اصبح مسلما به في الوقت الحاضر لتطور الفكر القانوني ونضوجه ، إذ لا يمكن للقانون ان يلم ويلبي جميع التصورات ويضع حلا لها لصدوره عن أرادة مهما وصفت بالوعي والنضوج الا انها تبقى إرادة قاصرة وهذه من سنة الحياة [٣] ، وقديما لم يكن النقص في القانون مسلما به لارتباط مصدر القانون بالدين والقداسة ولذا لا يمكن المساس بالقانون مطلقا [٤] ، وتقوم هذه النظرية على أساس ان القانون المدون شامل لجميع الحالات التي من الممكن ان تحصل في الحياة وان على القاضي اما ان يحكم بالدعوى وفقا لما هو موجود من نصوص قانونية او ان لا يقبل نظر الدعوى لعدم وجود النص القانوني إذ ان ذلك يعد حلا بحد ذاته [٥] .

اما بالنسبة لنظرية انكار كمال التشريع فإنها جاءت ردا على نظرية كمال التشريع والتي تكونت ملامحها في نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين ، إذ انكر أصحابها قضية كمال القانون وقالوا بانه لا يوجد تشريع متكامل ولا يخلو من النقص ، واذا كان موضوع كمال التشريع في السابق ممكن القول به لبساطة الحياة وقلة اعداد البشر وعدم الاختلاط القوي فيما بينهم ، اما الان فان ذلك لا يتلاءم مع تطور الحياة البشرية وظهور الصناعة والتجارة التي تتطلب تبادل السلع والخدمات فيما بين الافراد والدول ، وكل ذلك يجعل من

---

(١) يُعرف الاستثناء في القانون على انه (خروج مسألة او واقعة معينة عن حكم القاعدة العامة لضرورة ومصلحة تقتضي ذلك) ، ينظر استاذنا الدكتور عادل شمران الشمري والدكتور علي شمران الشمري ، فلسفة الاستثناء في القانون المدني (دراسة مقارنة) ، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق ، كلية القانون جامعة كربلاء ، العدد الثالث ، ٢٠١٨ ، ص ١٢٠ .

(٢) الدكتورة عواطف عبد المجيد الطاهر ، القصور في التشريع ، بحث منشور في مجلة دجلة ، المجلد الثاني ، العدد الأول ، ٢٠١٩ ، ص ٦٥ .

(٣) علي عبد الله عفريت ، الفراغ في القانون (دراسة مقارنة) ، أطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة كربلاء ، ٢٠١٥ ، ص ١٥ .

(٤) علي عبد الله عفريت ، مرجع سابق ، ص ٨ .

(٥) الدكتورة عواطف عبد المجيد الطاهر ، مرجع سابق ، ص ٦٥ .

مسألة عدم كفاية النصوص القانونية مسألة متيقن منها وإن كانت القوانين ذات جودة عالية فلا بد أن يعتريها الناقص لتطور مجالات الحياة وتشعبها ، والنقص يأتي اما من قصور التشريع عن التنبه لمسألة ما ووضع حل قانوني لها بسبب التسرع في اصدار التشريعات وعدم التأني في صياغتها وبلورتها في مواد متقنة وكافية ، او قد يكون النقص من خلال ضرورة التشريع والمرونة التي تتطلبها بعض المسائل لذا يلجأ المشرع الى وضع مفاهيم عامة وعدم النص على هذه المسائل بموجب نصوص خاصة بها [١] ، والنقص بشكل عام هو اغفال لفظ في التشريع لا يستقيم الحكم بدونه [٢] ، او هو الحالة التي لا يتمكن فيها القاضي من إيجاد الحكم القانوني الذي يمكن تطبيقه على الدعوى المرفوعة امامه ، وقد يعبر عن النقص بانه الفراغ القانوني الذي كان يجب المشرع أن يسده بموجب نصوص قانونية بشأن قضية ما تحتاج الى حل قانوني ، وقد يكون بتنظيم جزئي لموضوع معين إذ لا يمكن للقاضي تطبيق النص القانوني بشكل حاسم لوجود نقص في الحكم الوارد فيه كأن ينظم القانون مسألة الفائدة على القروض بدون ان يحدد نسبة هذه الفائدة [٣] ، ومن صور النقص في التشريع هو عدم قيام المشرع بإيراد نظرية عامة لمعالجة موضوع معين له من الأهمية بحيث يتطلب وجود هذه النظرية لمعالجة كافة حالاته المتصورة والمحتملة أيضا وعدم الاقتصار على ايراد نصوص قانونية لمعالجة تطبيقات محدودة وضيقة لموضوع معين ، حيث ان من شأن ذلك ان يقلل من فاعلية التشريع ويجعله محدودا ، اذ ان من صفات القاعدة القانونية هي العمومية والتجريد أي الشمولية في معالجة التصرفات والوقائع [٤] ، وبكل تأكيد ان النقص في النصوص القانونية يعيبها ويحد من استقرار التشريع بشكل عام ؛ لأنه يستوجب تعديل القانون مما يسبب ارباك في العمل القانوني .

٢- الغموض في التشريع .

وفي هذه الحالة لا يكون النص القانوني واضحا في دلالته على الحكم ، إذ لا يدل اللفظ الذي وضع لهذا النص على المعنى والحكم المقصود منه ، ولذا فانه يجب لفهمه ان يستعان بطرق من خارج هذا النص عبر وسائل التفسير المختلفة ، الامر الذي يضطر المشرع الى اصدار التفسيرات من اجل إزالة الغموض وتطبيق القانون بالشكل السليم [٥] ، وأيضا فان النص القانوني يعد غامضا ان كانت دلالته تفيد اكثر من معنى إذ

---

(١) الدكتورة عواطف عبد المجيد الطاهر ، مرجع سابق ، ص ٦٥ .
(٢) الدكتور رافد خلف هاشم والدكتور عثمان سلمان غيلان ، مرجع سابق ، ص ٥٧ .
(٣) الدكتور ليث كمال نصراوين ، مرجع سابق ، ص ٤١٩ .
(٤) الدكتور عدنان هاشم جواد الشروفي ، الحق في الحبس للضمان (دراسة مقارنة) ، ط ١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت – لبنان ، ٢٠١٠ ، ص ٣٢٥ – ٣٢٩ .
(٥) هيثم الفقي ، الصياغة القانونية ، بحث منشور على موقع المكتبة الشاملة للعلوم القانونية متاح على الرابط التالي

يجعل التطبيق له يسمح التنقل بين البدائل ، كما ان صياغة النص القانوني اذا كانت غير متقنة في اختيار الالفاظ التي تدل على معنى محدد فأنها تتسبب في غموض النص [١] ، وللغموض ثلاثة صور أولها **الغموض الخفي** وهو ان يكون اللفظ دالا على معناه ظاهريا ولكنه عند التطبيق يكون فيه نوع من الغموض والخفاء على البعض وتحتاج ازالته الى التأني في الحكم ، وثانيهما هو **الغموض المشكل** ويكون النص فيه بحالة لا يدل لفظه على المعنى الموضوع له والمراد منه وانما يحتاج الى وسائل خارجية لتبين معناه ، والفريق بين الغموض المشكل والخفي ان خفاء النص الخفي لا يكون في ذات اللفظ وانما في الاشتباه بانطباق معناه على بعض الافراد ، اما فيما يتعلق بالخفاء في النص المشكل فانه يكون في ذات النص ، وأخيرا **الغموض المجمل** وهو ان ينطوي في معنى اللفظ عدة أحوال تجمعت فيه ولا يمكن التعرف عليها الا من خلال التبيان لها ، كونه لا يدل بالصيغة الموضوع بها على مراده وغير مقترن بإمارات تمكننا من التوصل الى فهم هذا المراد ، الا بصدور تفسير من المشرع يوضح مراد النص القانوني ، فان كان هذا التفسير شاملا ووافيا كان بها وان لم يكن كذلك فان غموض النص يتحول من مجمل الى مشكل يتطلب البحث والتفسير لإزالة الغموض [٢] ، ولابد للمشرع هنا ان يتأنى في صياغة وسن التشريعات ولكن لا يصل الى حد التأخير كما لا يجب ان لا تكون السرعة في سن التشريع على حساب الدقة ؛ لأنه في كلتا الحالتين سيؤدي ذلك الى اضطراب التشريع مما ينسحب على الحياة العملية للأفراد ويؤدي الى عدم استقرار المعاملات .

٣- التعارض في التشريعات .

وهي حالة اصطدام النص التشريعي مع نص آخر بشكل او بآخر يتعذر الجمع بينهما ، وقد يكون التعارض ضمن القانون الواحد او بين مواد قانون ومواد قانونية لقانون آخر ، وبالرغم من وضوح كل من القانونين اذا ما تم النظر اليه على حده [٣] ، ولكن بالرغم من ذلك فان هناك طرقا عدة لإزالة التعارض فيما بين التشريعات ، فاذا كان التشريعات المتعارضة متفاوتة من جهة القوة القانونية فانه يتم العمل على وفق القانون الأعلى قيمة قانونية استنادا الى مبدأ تدرج التشريعات ، واذا كان التعارض بين قوانين من نفس القوة فانه يتم ترجيح القانون الاحدث على القانون الاقدم بوصفه ناسخا لأحكام القانون القديم ، وممكن ان يتم إزالة التعارض من خلال قاعدة الخاص يقيد العام فاذا تعارض قانونان بنفس المرتبة وكان احدهما يعد خاصا والأخر عاما فان

---

https://www.droitarabic.com/٠٦/٢٠١٨/pdf_١٣/html. ، ص ١٢ .

(١) الدكتور ليث كمال نصراوين ، مرجع سابق ، ص ٤١٧ .

(٢) الدكتور رافد خلف هاشم والدكتور عثمان سلمان غيلان ، مرجع سابق ، ص ٥٧ – ٥٨ .

(٣) الدكتور ليث كمال نصراوين ، مرجع سابق ، ص ٤١٨ .

القانون الخاص هو الذي يرجح ، اما بالنسبة للتعارض الذي يحصل بين مواد القانون الواحد فيتم إزالة التعارض باللجوء الى طرق التفسير الداخلية والخارجية للنصوص القانونية [1] ، وتقع مسؤولية ازالة تعارض التشريعات على المشرع ، اذ يجب عليه ان التنبه لهذه المسألة الحساسة ولا ان يكون لديهما اطلاع كاف على القوانين المعمول بها لمنع حصول هذه التعارضات التي من الممكن ان تربك عمل السطات التي يقع على عاتقها تطبيق القانون وأيضا يربك عمل الافراد في تعاملاتهم التجارية والشخصية مما يضعف ثقتهم بالقانون ويؤثر على ديمومته .

٤- **التزيد والتكرار في التشريعات .**

هو ان يتكرر الحكم القانوني في مسألة معينة في اكثر من مرة او قد يضع المشرع في نصوص التشريع عبارات زائدة لا معنى لها تربك وضع التشريع مما تؤدي الى صعوبة فهمه وتفسح المجال للتفسير والتأويل ، وهذا العيب يؤثر بالسلب في شكل النص القانوني ويسلب عنه صفتي الاختصار والايجاز اللتين تقتضيهما سلامة شكل القاعدة القانونية ، والتزيد والتكرار يكون في صورتين هما اما ان يكون التكرار في ايراد حكم قانوني في نصوص عدة لنفس التشريع ، او ان يكون التكرار للأحكام في النصوص القانونية لتشريعات مختلفة [2] ، ولهذا العيب أسباب متعددة منها:-

أ- الاخلال بالمعنى من خلال الايجاز غير المبرر وعدم إيضاح الاحكام القانونية من خلال النقص في بعض الالفاظ الأساسية والعبارات إذ لا يستقيم الحكم من دونها .

ب- تداخل الصلاحيات والاختصاصات وعدم حسم موضوعها بدقة ، واضطراب النصوص التشريعية من خلال الصياغة الركيكة غير المتقنة .

ج- العبارات المستخدمة في الصياغة والتي تحمل معنى واسعا مما يربك استخدام هذه المعاني ومن ثم الارباك في الاحكام القانونية [3] .

---

(1) الدكتور رافد خلف هاشم والدكتور عثمان سلمان غيلان ، مرجع سابق ، ص ٥٨ – ٥٩ .
(2) الدكتور ليث كمال نصراوين ، مرجع سابق ، ص ٤١٩ .
(3) الدكتور رافد خلف هاشم والدكتور عثمان سلمان غيلان ، مرجع سابق ، ص ٥٩ .

الفرع الثاني

وسائل تلافي معوقات النص التشريعي

يتم التحكم في جودة النص القانوني من خلال معايير عدة وعوامل وشروط لازمة لدوام ثباته واستقراره ومن ثم ديمومته ، ومن غير هذه العوامل والشروط لا تتحقق هذه الديمومة للنص القانوني مما ينعكس ذلك على فاعليته القانونية على الجانب العملي ، ويؤدي ذلك الى عدم فائدة التشريعات وعدم جدواها ومن ثم تكون صناعة التشريع هي مضيعة للوقت والجهد معاً ، لذا فان عملية صناعة التشريع هي علم وفن قائم بذاته يعتمد في جودته على شروط عدة ومعايير علمية اذا ما طُبقت بالشكل الصحيح فانه بالتأكيد سوف نصل بالنص القانوني الى قمة الجودة العلمية والفائدة العملية .

وهذه المعايير تتعلق باعتقادنا بجانبين مهمين من عملية صناعة التشريع وهما :- **أولا** الجهات والسلطات والأشخاص المخولين بوضع التشريعات ، وهي ما تسمى بمهارات وحرفية الصائغ ، **وثانيا** هي عملية الصياغة التشريعية لهذه التشريعات ومهارة استخدام الأساليب العلمية والتقنية فيها وولادة التشريع من واقع الحاجة الفعلية للمجتمع .

أولا :- الجهة المختصة بسن التشريع .

توجد معايير عدة وشروط يجب توافرها في الجهة واضعة التشريع من جهة وجودها وصلاحياتها واستقلالها وآلية وضعها لهذه التشريعات ، وكل ذلك يخضع الى طبيعة النظام السياسي وشكله وطبيعة العلاقة فيما بين السلطات الناشئة عنه .

ان المستقر عليه في اغلب الدول والنظم السياسية ان السلطة التشريعية هي صاحبة الاختصاص الأصيل في سن التشريع ، استنادا الى مبدأ الفصل بين السلطات ، الا ان ذلك لا يمنع من مشاركة السلطة التنفيذية – بما تملكه من خبرات عملية وتقنية – للسلطة التشريعية في وضع مقترحات للقوانين مع بقاء حق سنها وتعديلها او رفضها الى السلطة التشريعية ، وهناك حالات محددة تفوض فيها السلطة التنفيذية بإصدار قرارات لها قوة القانون كما في حالتي الضرورة وما يسمى بتشريع التفويض [1] .

ولكي تقوم السلطة التشريعية بواجبها على اكمل وجه فان يفترض ان تتمتع بالاستقلالية التي تمكنها من أداء اعمالها وعلى المستويين التشريعي والرقابي ، ويراد بالاستقلال هنا هو استقلال السلطة التشريعية ككل

([1]) الدكتور عبد الباقي البكري والدكتور زهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ، بدون طبعة ، بيت الحكمة ، بغداد ، ١٩٨٩ ، ص ٩١ .

عن باقي السلطات الأخرى في النظام القانوني للدولة وهو ما يعبر عنه بـ (الاستقلال العضوي) للسلطة التشريعية [1] ، كما يراد به أيضا هو استقلال أعضاء السلطة التشريعية عن الضغوطات والمؤثرات الخارجية التي من الممكن ان تمارس عليهم لأسباب حزبية او فئوية او غيرها من الأسباب وهو ما يعبر عنه بـ (الاستقلال الوظيفي) للسلطة التشريعية [2] ، إذ ان هذا الاستقلال عنصر محوري في عمل هذه السلطة وذلك لخطورة وخصوصية العمل الذي تضطلع به .

هناك طرقا عدة لتكوين سلطة التشريع اما بالتعيين او بالانتخاب او بالتعيين والانتخاب معا ، إذ تؤثر طريقة اختيار أعضاء السلطة التشريعية على طريقة عملهم حتما ، فالأعضاء الذين يتم اختيارهم عن طريق التعيين سيكون ولائهم للجهة التي عينتهم او على اقل تقدير ستكون هناك حالة من التبعية والتأثير الذي سينعكس سلبا على عملية التشريع ، والطريقة الأكثر استجابة لمتطلبات عمل هذه السلطة هي طريقة الانتخابات ، إذ ستكون هذه السلطة ممثلة عن مختلف شرائح الشعب وتعبر عن آمال وتطلعات المجتمع من خلال ما تشرعه من قوانين تمثل ما يرمي اليه من التطور والاستقرار والازدهار في مختلف المجالات ، وتعد طريقة الانتخابات من افضل الطرق لاختيار ممثلي الشعب طبعا مع توفير مستلزمات نجاحها من الشفافية وعدم التزوير ، أي وصول ممثلي الشعب الحقيقيين الى السلطة التشريعية ؛ لان ذلك يكون كفيلا – على الأقل – ان يتم تشريع القوانين التي يحتاج اليها المجتمع بشكل فعلي حتى لو لم تكن بالشكل والصيغة المطلوبتين [3] ، وعلى الرغم من ان لكل طريقة من طرق تكوين السلطة التشريعية لها من العيوب والمميزات التي تشكل كيانها ، الا ان طريقة الانتخاب تبقى هي الطريقة والأسلوب الأفضل من بين كل الوسائل الأخرى ؛ كونها اقل هذه الطرق عيوبا وهي السبيل الأمثل لتحقيق وتمثيل إرادة الشعب ، كما ان في تكرار عملية الانتخابات بشكل دوري يفعل رقابة الرأي العام على أداء هذه السلطة ويجعلها تدين بالولاء الى الشعب الذي عبر عن ارادته بانتخابها [4] .

وبرأينا فان العبرة ليست في شكل السلطة التشريعية وانما العبرة تكمن في كمية الوعي السياسي والمهارة التشريعية التي تتمتع وتتصف بها هذه السلطة ، إضافة الى طبيعة النظام السياسي ونضجه على كافة المستويات والعلاقة فيما بين سلطات الدولة وتكاملها ، كما انه وحسب رأينا ووفقا للتجارب والواقع العملي للدول فان

---

(1) مروج هادي الجزائري ، استقلال السلطة التشريعية ، أطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون ، جامعة بغداد ، ٢٠١٤ ، ص ٢٩ .

(2) مروج هادي الجزائري ، مرجع سابق ، ص ١٠٠ .

(3) الدكتور قمر الدين عبد الرحمن السماني ، مرجع سابق ، ص ٥٦ – ٥٧ .

(4) مروج هادي الجزائري ، مرجع سابق ، ص ٤٤ .

لكل دولة وحسب طبيعة نظامها السياسي ووعي شعبها وكثير من العوامل الأخرى شكل سلطتها التشريعية الذي يتماشى مع واقعها وينجح وفقا لمعطياته ، اذ ان من الدول من تأخذ بنظام المجلس الواحد على الرغم من انها دولة اتحادية كالباكستان والعكس صحيح [١] ، ولا يفوتنا التأكيد أيضا على أهمية الشروط وطريقة اختيار أعضاء السلطة التشريعية واثرها البالغ على جودة التشريع وديمومته [٢] .

ومن الضمانات القانونية لجودة التشريعات هي وجود هيئات متخصصة في الصياغة القانونية ، وان لا تعتمد السلطة التشريعية على افراد وأعضاء البرلمان فقط في سن وتشريع القوانين ، اذ انه من غير السليم الاعتماد على جهة واحدة في سن التشريعات وانما يجب تشكيل هيأة او لجنة مختصة بالصياغة القانونية ، إذ يتم تشكيل لجنة تابعة للسلطة التشريعية واخرى تابعة للسلطة التنفيذية ، تعملان على صياغة مشروعات ومقترحات القوانين بالشكل السليم وصياغة الأفكار التي تتقدم بها اللجان البرلمانية المختصة وأيضا الجهات والمؤسسات التنفيذية ، ويتم تدقيق مشاريع ومقترحات القوانين بما يتلاءم مع المنظومة القانونية السارية المفعول إذ لا يتم التعارض فيما بينها بما يحقق استقرار التشريع وديمومته ، ولا ضير من ان تتعاون هذه اللجان التابعة للسلطتين التشريعية والتنفيذية وتتبادلان الخبرات والامكانات بما يخدم صناعة التشريع [٣] .

اذ انه في العادة يتم تشكيل دائرة مختصة بالتشريع داخل مجلس النواب يقع على عاتقها صياغة الأفكار والمقترحات بالشكل الفني المطلوب والصحيح ، إذ إنّ صياغة التشريع تبقى عملية فنية يجب اسنادها الى اهل الاختصاص ولا عيب في ذلك على أعضاء مجلس النواب ، اذ تنص اغلب الدساتير على جواز استعانة أعضاء السلطة التشريعية بالخبراء والفنيين والمختصين اذا تطلب التشريع ذلك ، من اجل الوقوف على الحيثيات الدقيقة وتفاصيل الأمور الفنية التي ليست من اختصاص أعضاء السلطة التشريعية من اجل الخروج بالنص التشريعي بأفضل صورة من الناحية الشكلية والموضوعية [٤] .

وتقع على السلطة التشريعية مسؤولية أخلاقية كبيرة ؛ بسبب طبيعة العمل الذي تقوم به من سن القوانين التي يجب ان تخدم المجتمع وتحقق تطلعاته ، مع ايمان المشرع بمبدأ سيادة القانون كأساس لمشروعية السلطة

---

(١) تتعدد اشكال السلطة التشريعية في الدول وعبر التاريخ ، فمن الدول من يعتمد على نظام المجلس الواحد ، ومنها من يعتمد على نظام المجلسين ولكل منهما مميزاته وعيوبه ، ولكل دولة وعبر ما يقرره الدستور فيها ان تختار شكل هذه السلطة وحسب ما تمليه المصلحة ، وما تعتنقه هذه الدولة من فكر وفلسفة سياسية وقانونية ، ينظر مروج هادي الجزائري ، مرجع سابق ، ص ٣١ وما بعدها .

(٢) اذ تشترط الدول ان تتوفر عدة مؤهلات في عضو البرلمان ليتمكن من أداء مهامه ، منها التحصيل الدراسي وبياض سجله الجنائي وما الى ذلك ، ينظر الدكتور قمر الدين عبد الرحمن السماني ، مرجع سابق ، ص ٥٨ – ٥٩ .

(٣) الدكتور ليث كمال نصراوين ، مرجع سابق ، ص ٤٠١ .

(٤) الدكتور قمر الدين عبد الرحمن السماني ، مرجع سابق ، ص ٦٠ .

وضمان حقوق الافراد ، مع إيجـاد التوافق والانسجـام ما بين القوانين والنصوص الدستوريـة وفق مبـدأ سمو الدستور [١] .

ثانيا :- عملية الصياغة التشريعية .

تتعلق الصياغة التشريعية بشكل ومضمون النص التشريعي ، اي ما يجب ان تظهر به مجموعة القواعد القانونية وفق ما أراد المشرع ، على ان يكون ذلك بأسلوب تقني وعلمي مختصر وسهل للمتلقي ، يحتوي على عبارات قانونية مركزة بعيدة عن الغموض والتشتت [٢] .

كذلك يجب الحرص على مراعاة احكام القوانين النافذة ضمن المنظومة القانونية للدولة ، والاحاطة الشاملة لمجموع القوانين ذات العلاقة منعا للتعارض والتصادم فيما بينها مما يفسح المجال للتفسير والتأويل ، الذي من شأنه اضعاف قدرة التشريع على أداء رسالته وفرض قوته القانونية [٣] ، إذ يتم الالتزام بالسياسة التشريعية المتبعة في سن القوانين وعدم الخروج عليها مما ينتج لنا تشريعات شاذة عن الوسط القانوني ، وتكون صياغة التشريعات متوافقة مع هذه السياسة بما يضمن وحدة التطبيق [٤] ، لتوحيد المصطلحات القانونية المستخدمة والوقوف على مدى الحاجة الفعلية للتشريع الجديد [٥] ، ذلك لان صياغة أي نص قانوني يجب ان تكون ذات السياق المعمول به في صياغة القوانين النافذة السابقة على وجود هذا القانون ، مما يجعله مكملا للتشريعات متماشيا مع احكامها ومتجانس في الأفكار الرؤى المستقرة في الكيان القانوني للدولة بشكل عام مما يجعله عامل قوة للمنظومة القانونية [٦] .

وقد يتطلب الامر الرجوع الى بعض قوانين الدول المتقاربة في طبيعة أنظمتها السياسية وبنيتها الاجتماعية مع قوانين الدولة صاحبة التشريع للاقتباس من قوانينها ، والتي اثبتت التجارب العملية نجاح تجربتها التشريعية على المستويين العلمي والعملي [٧] ، على ان لا يكون ذلك بطريقة نسخ للمصطلحات والجمل بدون قراءة

---

(١) الدكتور سري محمود صيام ، مرجع سابق ، ص ٣٢ – ٣٣ .

(٢) هريش سهام ، البحث في نوعية النص التشريعي ، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، ٢٠٢٠ ، ص ٦٢ – ٦٣ .

(٣) الدكتور خالد جمال احمد ، ماهية الصياغة التشريعية ومقومات جودتها ، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية ، ملحق خاص بالمؤتمر السنوي الرابع (القانون .. أداة للإصلاح والتطوير) ، العدد ٢ ، الجزء الأول ، ٢٠١٧ ، ص ١٧١ .

(٤) الدكتور ليث كمال نصراوين ، مرجع سابق ، ص ٤١٢ – ٤١٣ .

(٥) الدكتور ليث كمال نصراوين ، مرجع سابق ، ص ٤٠٦ .

(٦) هريش سهام ، مرجع سابق ، ص ١٢١ .

(٧) هريش سهام ، مرجع سابق ، ص ١٢٢ .

واضحة المعالم والاقتصار على الاستفادة من التجربة والأفكار لتلك القوانين المقارنة بما يفيد التشريع المراد صياغته [١] ، وينبغي عند الاقتباس ترجمة الأفكار بما يتلاءم مع واقع المجتمع وحاجاته بعيدا عن النقل الحرفي للكلمات المقتبسة ، اذ ان لكل امة طبيعتها الخاصة وعاداتها وطبائعها فان صلاح قانون ما في مجتمع ما لا يعني بالضرورة صلاحه في مجتمع آخر ، لأنه وبالتأكيد لكل امة ومجتمع مقاييسه الخاصة ومعتقداته الدينية والطبيعة الجغرافية الخاصة به التي تفرض نوعا معينا من التشريعات التي تلائم واقع هذه المجتمع ، فاذا تم استيراد قوانين دخيلة على المجتمع غريبة على واقعه فان من شأن ذلك ان يجعلها عقيمة وموتها محتم [٢] .

بالإضافة الى ذلك فانه يجب عند صياغة النصوص التشريعية ، الاخذ بعين الاهتمام البنود والاحكام الواردة في الاتفاقيات والمعاهدات التي انظمت اليها هذه الدولة ، وأصبحت عضوا فيها والتي تكون ملزمة لها [٣] ، وان تأتي تلك التشريعات بما يتلاءم وينسجم مع هذه المعاهدات او العهود والمواثيق الدولية العامة ، وبعبارة اخرى فانه ينبغي ان لا يتم صياغة التشريعات وتضمينها احكام وقواعد قانونية بما يتعارض والالتزامات الدولية لهذه الدولة [٥] .

وهناك رأيان مستقران في الفقه القانوني بشأن تأثير المعاهدات والاتفاقيات الدولية على التشريعات الوطنية ، اذ ان هناك من يقول بان تلك المعاهدات والاتفاقيات الدولية في حال انظمت اليها الدولة فإنها تصبح مساوية للتشريعات الوطنية في القيمة القانونية ، واذا ما تعارضت هذه التشريعات الوطنية مع تلك المعاهدات فانه يجب إزالة التعارض فيما بينها وذلك بتعديل التشريعات الوطنية ، او ان بنود ونصوص الاتفاقية هي التي تسري عند التعارض بعدّها نصوصا وقواعد قانونية خاصة والخاص يقيد العام عند التعارض ، والمقصود بالتشريعات الوطنية هي (التشريعات العادية) وليس الدستور ، اذ انه اسمى من تلك المعاهدات والاتفاقيات [٥] ، وبالمقابل هناك من يقول بان المعاهدات والاتفاقيات الدولية هي اعلى قيمة قانونية من التشريعات العادية للدول ، أي انه في حال انظمت دولة ما الى معاهدة او اتفاقية دولية فانه يجب تعديل القوانين

---

(١) الدكتور ليث كمال نصراوين ، مرجع سابق ، ص ٤٠٧ .
(٢) منتسكيو ، روح الشرائع ، الجزء الأول ، ترجمة عادل زعيتر ، بدون طبعة ، دار المعارف بمصر ، القاهرة ، ١٩٥٣ ، ص ١٨ – ١٩ .
(٣) هريش سهام ، مرجع سابق ، ص ١١٥ .
(٤) الدكتور عاطف سعدي محمد علي ، مهارات استخدام اللغة القانوني في مجالي التشريع والافتاء القانوني ، بحث منشور في المجلة القانونية البحرينية التابعة لهيئة التشريع والافتاء القانوني ، العدد الثالث ، ٢٠١٥ ، ص ١١٩ .
(٥) الدكتور رافد خلف هاشم والدكتور عثمان سلمان غيلان ، مرجع سابق ، ص ٨٥ .

الداخلية بما ينسجم وبنود هذه الاتفاقية او المعاهدة ، لكن وفي نفس الوقت فان قيمة هذه الاتفاقيات الدولية لا تعلو على دساتير الدول ، فاذا كان ولابد من الانضمام الى معاهدة دولية فانه من الممكن التحفظ على بعض بنودها التي تتعارض مع دستور الدولة المنظمّة الى المعاهدة ، وفي هذا الامر حل واقعي ومنطقي لمثل هذه الإشكالية وبذلك يمكن الحفاظ على استقرار التشريعات الوطنية وديمومتها [١] .

ومن المهم جدا ان تكون هناك الخبرة الكافية في مدلولات الالفاظ من ناحية اللفظ العام واللفظ الخاص والمطلق والمقيد والظاهر والخفي واللفظ المجمل والمشكل ، وأيضا العلم بدلالة منطوق العبارات والجمل والاشارات ودلالة المفهوم للنص القانوني ، اذ ان من شأن هذه المهارات في الصياغة ان تقلل اللبس وتظهر المعنى المقصود بشكل واضح وجلي للمتلقي مما يسهم في رصانة نصوص التشريع وديمومته [٢] .

وعلى الرغم من افتراض قيام المشرع والصائغ بواجبهم بأفضل صورة ممكنة الا ان العمل التشريعي للقوانين يحتم الاخذ بنظام الاحالة ، والاحالة تكون على نوعين **الأول** الإحالة الى مواد واحكام في نفس القانون او قانون آخر له نفس القيمة القانونية ، والنوع **الثاني** هو الإحالة الى الأنظمة والتعليمات التي تختص السلطة التنفيذية بصياغتها واعدادها ، والاحالة الى القانون نفسه او قوانين أخرى هي عملية الاستشهاد بحكم قانوني سابق او الإشارة اليه في التطبيق [٣] ، اما الإحالة الى الأنظمة والتعليمات فهي عملية الزام السلطة التنفيذية بإصدار التعليمات لتسهيل تنفيذ القوانين التي تشرعها وتضعها السلطة التشريعية ، وقد يكون هذا الالزام محددا بوقت معين او غير محدد تاركا المجال لسلطة الحكومة التقديرية لوضع هذه التعليمات ، وكل ذلك مرهون بمادة وموضوع التشريع واهميته وطبيعته [٤] .

وان المبررات التي تستدعي الاخذ بنظام الإحالة الى التشريعات او الى التعليمات هي انه قد تتعدد القوانين التي تعالج موضوعات متشعبة وتتداخل فيها سلطات مختلفة فانه من المفيد الإحالة الى تشريع سبق وان عالج الموضوع او الجزئية في التشريع الجديد [٥] ، كما ان من المبررات التي تستدعي الإحالة الى التعليمات هي طبيعة الموضوع المحال الى التعليمات من كونه موضوع دائم التغير والتبدل مما يتيح المجال للسلطة التنفيذية

---

(١) هريش سهام ، مرجع سابق ، ص ١١٦ وما بعدها .
(٢) الدكتور خالد جمال احمد ، ماهية الصياغة التشريعية ومقومات جودتها ، مرجع سابق ، ص ١٤٦ – ١٦٩ .
(٣) هريش سهام ، مرجع سابق ، ص ١٢٦ – ١٢٧ .
(٤) الدكتور ليث كمال نصراوين ، مرجع سابق ، ص ٤١١ – ٤١٢ .
(٥) هريش سهام ، مرجع سابق ، ص ١٢٨ .

بسرعة الاستجابة لمتطلباته ومعالجته بالصورة المثلى ، والخبرات المتراكمة لدى جهات السلطة التنفيذية والمعرفة بالأمور التقنية والفنية مما يجعلها اكثر ملائمة في علاج مثل كهذا مواضيع [1] .

ولكن وعلى الرغم من أهمية ومميزات الاحالة الى التعليمات الا انه ينطوي على خطورة مخالفة الاحكام الدستورية وتقويض لسلطة التشريع التي هي اختصاص اصيل للسلطة التشريعية ، بالنظر لكون ان التعليمات هي من اختصاص السلطة التنفيذية ولا تملك السلطة التشريعية الرقابة عليها من ناحية صياغتها لهذه التعليمات والترجمة الحقيقية لإرادة المشرع التي قصدها في التشريع ، الا انه يمكن التقليل من خطورة هذا الموضوع عبر الصياغة الدقيقة لموضوع وقواعد الإحالة وتحجيم السلطة التقديرية للحكومة في إصدارها لتلك التعليمات الا بالقدر الضروري [2] ، وينبغي توخي الدقة الشديدة في موضوع الإحالة وخاصة بين مواد القانون نفسه والقوانين الأخرى ، لان من شأن عدم الدقة في نظام الإحالة ارباك الوضع القانوني وعدم استقرار التشريع وهو ما يناقض ديمومة النص القانوني .

ولابد من تفعيل القدرة على التنقل بين مواد التشريع عبر الترتيب الجيد لمواد هذا التشريع ، وتقسيم مواده على أبواب وفصول واقسام لتسهيل الوصول الى الحكم المطلوب وبشكل سلس يساعد المكلفين والمخاطبين بأحكام التشريع فهمه وتطبيقه بالشكل السليم [3] .

وتجدر الإشارة الى أهمية وضعية النص التشريعي وتأثيرها على ديمومته ، فانه من الشائع ان توضع النصوص التشريعية بطريقتين ، الأولى هي ان يأتي المشرع بالحلول لكل المواضيع التي تخطر على باله والتي ممكن ان تحصل في المستقبل وحسب تصوره للأحداث ، والثانية هي ان يأتي بحلول وقواعد عامة بدون التدخل في التفاصيل وإعطاء معيار عام لها مثل معيار النظام العام والآداب العامة ، إذ يوازن المشرع في اللجوء الى احدى هاتين الطريقتين لضمان فاعلية النص التشريعي وديمومته [4] ، وفي الحقيقة فان هناك مجموعة من الأسباب والمعايير التي تدعو المشرع الى اللجوء الى هاتين الطريقتين ، وتتلخص هذه الأسس المعيارية في :-

١- الموضوع الذي تعالجه القاعدة القانونية . فهناك مواضيع لا تصلح معالجتها الّا بصياغة القاعدة القانونية بطريقة جامدة لا تترك مجالا للتأويل والتفسير ، مثل القواعد القانونية التي تحدد مواعيد

---

(١) هريش سهام ، مرجع سابق ، ص ١٣٧ – ١٣٨ .
(٢) الدكتور ليث كمال نصراوين ، مرجع سابق ، ص ٤١١ – ٤١٢ .
(٣) جديدي ضياء الدين رمضان ، مرجع سابق ، ص ١٣٨ .
(٤) هيثم الفقي ، مرجع سابق ، ص ١٠ .

قبول الطعون وغيرها من القواعد القانونية ، والعكس صحيح فان هنالك من المواضيع التي تتطلب معالجتها بموجب قواعد قانونية مرنة لأنها مواضيع متجددة وقابلة للتغيير .

٢- السلطة التي يقع على عاتقها تنفيذ القاعدة القانونية . ينبغي عند صياغة القاعدة القانونية النظر الى السلطة التي ستقوم بتنفيذ القانون والموازنة بينها فيما لو كانت جهة إدارة ام قضاء ، ويتحتم هنا دراسة الموضوع بشكل منطقي لإعطاء مثل هذه السلطة التقديرية من عدمها وحسب الحاجة الفعلية لذلك .

٣- مستوى الوعي القانوني للمجتمع . إذ ان المجتمعات المتقدمة والتي وصلت الى مرحلة متقدمة من النضج القانوني يسمح وضعها بصياغة القواعد القانونية صياغة مرنة تلبية لتطور الحياة وتسارعها ، كونها ستكون مقدرة ومحترمة من الافراد المخاطبين بها ولا تثير مرونتها مشاكل في التطبيق ، بعكس المجتمعات التي لم تصل الى هذه المستوى من الوعي والنضج القانوني فإنها تحتاج الى شيء من الصرامة ، وهنا تدعو الحاجة الى قواعد قانونية جامدة في صياغتها محددة في مضمونها [١] .

ولا تخفى أهمية اللغة القانونية المستخدمة في صياغة النصوص التشريعية وما تستلزمه من الدقة والوضوح والسهولة بنفس الوقت لإضفاء الجودة القانونية عليها ، وذلك لكي يتم ايصالها الى المخاطب بها ويتم فهم المراد منها وتم التقيد به [٢] ، ويجب تجنب تحشية النص التشريعي واستخدام مفردات غامضة ومفردات أخرى مثيرة للالتباس ، ويجب أيضا عند استخدام كلمة معينة لدلالتها على معنى معين الاستمرار والمداومة على استخدام نفس الكلمة اذا أُريد بها نفس المعنى ، والحرص قدر الإمكان باستخدام ذات الكلمات المستخدمة في القوانين ذات العلاقة لتوحيد المصطلحات القانونية ، والحذر الشديد عند استخدام (واو) العطف وحرف (او) لأنها تغير المعنى بشكل كبير [٣] ، كما يجب استخدام علامات الترقيم بشكل دقيق ومعرفة على ماذا تدل كل علامة منها واستخدامها بالشكل والمكان الصحيح ، وينبغي أيضا مراعاة قواعد اللغة واحكام النحو والصرف في بناء الجملة القانونية ، إضافة الى كثير من الارشادات اللغوية والنحوية التي لا مجال لذكرها هنا جميعا [٤] .

ومن المفيد هنا ان نبين اثر العدالة الاجتماعية التي هي احدى غايات القانون في المساهمة في استقرار وثبات التشريع ، كونه يجب ان يلبي ويحقق رغبات وطموحات الافراد مستجيبا لمتطلباتهم ومحققا لآمالهم

---

(١) هريش سهام ، مرجع سابق ، ص ١٠٣ – ١٠٤ .
(٢) الدكتور ليث كمال نصراوين ، مرجع سابق ، ص ٤١٥ .
(٣) هيثم الفقي ، مرجع سابق ، ص ١٢ .
(٤) الدكتور رافد خلف هاشم والدكتور عثمان سلمان غيلان ، مرجع سابق ، ص ٩٣ – ٩٤ .

المشروعة ، لان القانون بنظر البعض ما هو الا ظاهرة اجتماعية تنبع من واقع حـال المجتمع وتلبي احتياجـاته [١] ، كما يجب ان تراعى مبادئ حقوق الانسان في صياغة القواعد القانونية حتى وان كانت غير منصوص عليها في الدستور ، بل يتم استخلاصها مما استقر عليه الضمير الإنساني وما يتفق مع القيم الأخلاقية والدينية [٢] .

ومن الأمور التي تسهم في ديمومة النص القانوني هي اعتبارات المساواة وسيادة القانون وعدم التمييز في وضع الأعباء والاثقال على كاهل الافراد بينما يتم اعفاء الدولة من هذه الالتزامات عند تساويهم بالمراكز القانونية ، كما ان في ذلك اعتبار أخلاقي عند فرض التزامات من جانب الدولة على الافراد ومطالبتهم بالخضوع للقانون [٣] ، إذ ان من اعتبارات ومظاهر دولة القانون هو خضوع الجميع لحكم القانون افرادا ومؤسسات حكاما ومحكومين [٤] ، وبذلك يتم مراعاة قواعد ومبادئ الامن القانوني من خلال وضوح القاعدة القانونية ومعرفة المخاطبين بأحكامها الحدود المتاحة لهم وفقا للقانون [٥] .

وأخيرا فانه لضمان جودة التشريع وديمومته فانه يستلزم مراجعة التشريع باستمرار لتقييمه وتطويره ، وضمان تلبيته للضرورة التشريعية التي وجد من اجلها بما يتلائم مع المعطيات والتطورات الاجتماعية والتقنية والاقتصادية ، من اجل النهوض بالواقع التشريعي وتقديمه بأفضل صورة ممكنة لحصد الإيجابيات ونبذ السلبيات [٦] .

---

(١) هريش سهام ، مرجع سابق ، ص ١٢٣ .
(٢) الدكتور سري محمود صيام ، مرجع سابق ، ص ٣٨ .
(٣) الدكتور سري محمود صيام ، مرجع سابق ، ص ٣٩ .
(٤) تني حاج محمد المنتصر بالله ، مرجع سابق ، ص ١٥٠ .
(٥) غيلاس امينة ومحي الدين عواطف ، الصياغة التشريعية الجيدة للقاعدة القانونية والامن القانوني ، بحث منشور في مجلة الحقوق والحريات ، المجلد ١٠ ، العدد ٢ ، الجزائر ، ٢٠٢٢ ، ص ٧٩٨ .
(٦) الدكتور سري محمد صيام ، مرجع سابق ، ص ٣٧ .

المبحث الثاني

مقومات ووسائل ديمومة النص القانوني

لابد لكل شيء من مقومات ووسائل ، تكوّن عِمادَ وجوده وتدعم استمرارية هذا الوجود ، ولولاها لا يستقيم وجود هذا الشيء او على الأقل لا يستقيم استمرار وجوده ، وكذلك الحال بالنسبة للنص القانوني ، فلا تتحقق ديمومته ولا يتصف بها بدون وجود هذه المقومات والوسائل ، لذا سنحاول في هذا المبحث بيان مقومات ديمومة النص القانوني والوسائل التي يمكن من خلالها تطويع وتطوير النصوص القانونية ، بما يتناسب وتغير الزمان والمكان والظروف المحيطة ، لذا سنقسم المبحث على مطلبين نتطرق في المطلب الأول الى مقومات ديمومة النص القانوني ، وفي المطلب الثاني نتطرق الى وسائل ديمومة النص القانوني وتمييزه عن ما يشتبه به من أوضاع قانونية وكما يأتي :-

المطلب الأول

مقومات ديمومة النص القانوني

يتكون النص القانوني من شكل ومضمون يكونان في مجموعهما القاعدة القانونية ، وهذه القاعدة القانونية تتعلق بموضوع معين وتختص به وهو ما يدعى بموضوع او جوهر النص القانوني ، ولا بد لموضوع القاعدة القانونية من شكل معين تخرج به للعالم الخارجي وهو ما يسمى بالصياغة التشريعية ، لذا سنقسم هذا المطلب على فرعين نخصص الأول الى مضمون النص القانوني وجوهره بوصفه أحد مقومات ديمومته ، ونخصص الفرع الثاني للصياغة التشريعية بوصفها إحدى هذه المقومات ، وكما يلي :-

الفرع الأول

جوهر النص القانوني وموضوعه

لا يستقيم النص التشريعي الا بموضوع يعالجه او جوهر يميزه عن غيره من النصوص القانونية ويعرف به ، ولذا فان لكل نص قانوني موضوع معين ، يكون جزءا من مجموع الموضوع العام الذي دعت الحاجة اليه الى تشريع قانون ما ، في سبيل تنظيمه ووضع القواعد والاسس العامة لبيان نطاقه والاطار العام الذي يستند اليه ، وسواء اكانت مادة هذا النص التشريعي تتعلق بموضوع شكلي وتحديد الإجراءات اللازمة لممارسة

الحقوق ، ام تعلقت بوضعها حلا موضوعيا لمسألة ما او واقعة قانونية معينة ، فان هذا الموضوع يكون من الضروري التطرق اليه اذ لولاه لما اكتملت ابعاد هذا الموضوع الذي شرع القانون من اجله .

ان (جوهر القانون) يعني المادة الأولية التي تدخل في تكوين القاعدة القانونية وأيضا مجموعة العوامل التي تحيط بها ، أي انها وكما يعبر عنها فلاسفة القانون (القوى الخلاقة للقانون) [١] ، وجوهر القانون أيضا هو مضمون القاعدة القانونية والذي يعد بمثابة الغاية المرجوة والهدف المبتغى من وجودها ، بمعنى اخر فان جوهر القانون هو مجموع القيم الاجتماعية والمُثل العليا التي يبتغي المشرع إقرارها وفرضها على الافراد بموجب مواد وقواعد قانونية يعبر عنها بصيغة معينة وتكون صالحة للتطبيق العملي [٢] ، ولا ينبغي ان يذهب الذهن الى ان جوهر القانون يعني بالضرورة هو الموضوع الحرفي الذي جاءت به القاعدة القانونية ، وانما قد يكون هذا الجوهر في روح النص وفحواه إذ ان التعبير عن مضمون القاعدة القانونية يكون فضفاضا يسمح لموضوع هذه القاعدة القانونية ان يتسم بالمرونة التي تتطلبها معالجة مثل هكذا مواضيع قانونية ، ومن ثم فان السعي الى استقطاب المصالح البشرية ومحاولة درء وابعاد المفسدة عنها انما هي غاية سامية للقانون والتي يعبر عنها بروح القانون [٣] .

ان القوانين الصادرة عن المشرع تستهدف تحقيق المصلحة العامة ، ولا ينبغي ان ينسب الى المشرع بانه اصدر قانونا لم يستهدف فيه تحقيق المصلحة العامة ، ولذلك فان انحراف السلطة التشريعية عن المقصد الحقيقي للتشريع واستهدافه لأغراض خاصة هو امر قد يكون من الصعب اثباته ، الا اذا اجتمعت عيوبا أخرى الى جانب هذا العيب تدل عليه وتبرزه ، اذ قد يهدف التشريع الى الاضرار بمصلحة جماعة معينة على غير ما تقتضيه المصلحة العامة او تحقيق مصلحة لفرد او فئة معينة خلافا لمبدأ العدالة الاجتماعية [٤] .

ولا يقتصر موضوع التشريع وجوهره بالغاية منه فقط وانما بالإضافة الى ركن الغاية فانه يتضمن ركني المحل والسبب ، ويتمثل المحل بالأثر المترتب على وجود القانون والذي يتحقق من خلاله والذي يجب ان يكون منسجما مع النصوص الدستورية ويعد هذا الركن الموضوعي من الأهمية بمكان اذ انه بتخلفه يُقضى بعدم دستورية التشريع كمبدأ المساواة امام القانون وحظر التمايز فيما بين المواطنين ، ومع ذلك فانه لا يُقصد

---

(١) الدكتور عيسى خليل خيرالله ، روح القوانين ، الطبعة الأولى ، مطبعة شهاب ، أربيل ، ٢٠١٠ ، ص ١٩ .
(٢) الدكتور خالد جمال احمد ، ماهية الصياغة التشريعية ومقومات جودتها ، مرجع سابق ، ص ١١٩ – ١٢٠ .
(٣) الدكتور عيسى خليل خيرالله ، مرجع سابق ، ص ١٣ .
(٤) الدكتور صبري محمد السنوسي ، مرجع سابق ، ص ٧١ .

بهذه المساواة هي المساواة العددية او الفعلية وانما مساواة الافراد امام القانون عندما تتماثل المراكز القانونية فيما بينهم ، اما بالنسبة لسبب اصدار التشريع فأنه يتمثل بالحاجة الفعلية والمصلحة المعتمدة التي دعت الى اصدار القانون ، والمشرع له سلطة تقديرية في اصدار القوانين في أحيان كثيرة الا انها قد تكون مقيدة في أحيان اخرى ، ومهما كانت سلطة المشرع التقديرية واسعة فإنها يجب ان لا تتجاوز الحدود الدستورية في انتزاع الحقوق او التقليل منها الا على وفق ما يسمح به الدستور ووفق الضوابط المرسومة من قبله ؛ لان مخالفته تعد من الخطورة بمكان [١] .

ومن المعايير والمبادئ الموضوعية العامة التي تسهم في ديمومة النص القانوني ، مبدأ استقرار التشريع ومبدأ توقعية التشريع ومبدأ فاعلية التشريع ، إذ ان لكل من هذه المبادئ اثره البالغ في مقبولية التشريع لدى الافراد ومن ثم ديمومته ، ويعد مبدأ الاستقرار التشريعي [٢] من المبادئ التي تدخل في تدعيم الامن القانوني ، ولا نقصد بالاستقرار التشريعي هنا ان تعطل عجلة التطور القانوني بإيجاد تشريعات تواكب التطور الإنساني وتلامس طموح الافراد في إيجاد التشريعات التي تحقق مصالحهم وتنميها ، وان الضعف الذي يشوب هذا المبدأ يخلق لنا تشريعات متعاقبة التي من شأنها تجعلنا امام النصوص القانونية المباغتة التي تسبب نفور الافراد منها وذلك بسبب انها قد تؤدي الى الاضرار بمراكزهم القانونية والحقوق المكتسبة المتولدة عنها ، الامر الذي يزعزع ثقة الفرد بكفاءة التشريع [٣] .

ويعد مبدأ التوقع المشروع من الأمور المهمة في ارساء اركان ديمومة النص القانوني ، ويكون ذلك من خلال الاطمئنان الذي يشعر به الفرد تجاه ما يود القيام به من تصرفات قانونية قائمة على حد ادنى من المعقولية القانونية ، اذ انه من العدالة حماية الثقة والتوقعات المشروعة التي نشأت بين الأفراد واضحت متداولة فيما بينهم ، وعدم جواز حصول تغييرات مفاجئة في التشريعات والتي من شأنها ان تحطم تلك

---

(١) الدكتور صبري محمد السنوسي ، مرجع سابق ، ص ٦٧ – ٦٩ .

(٢) تجدر الملاحظة الى انه يجب عدم الخلط بين الاستقرار التشريعي والثبات التشريعي وذلك للتقارب والتداخل فيما بين المصطلحين ، اذ ان الثبات التشريعي وما يشوب هذا المفهوم من الحدة والجفاء يجعل من التشريع كيانا غير مرحب به ، اي غير محبذ من قبل الافراد كونه صارم وحازم ، على عكس الاستقرار التشريعي الذي نقصده والذي عن طريقه تستمر الاوضاع والمراكز القانونية بالشكل الذي يناسب افراد المجتمع ، كونه يأتي عن طريق الدراسة المتعمقة للظروف والملابسات العامة للمجتمع ، ينظر سيف الدين احميطوش ، مرجع سابق ، ص ٢٢ – ٢٣ .

(٣) الدكتور محمد المسلماني ، الامن القانوني والامن القضائي ، بحث منشور في مجلة المستنصرية للدراسات العربية والدولية ، العدد الخاص بالمؤتمر العلمي الدولي العاشر ، بغداد ، ٢٠٢٢ ، ص ٣١ – ٣٢ .

التوقعات المشروعة [1] ، وقد تمت الإشارة الى هذا المعنى في احد التعريفات التي سيقت للتوقع المشروع وتم تعريفه على انه (عدم مفاجأة الافراد بتصرفات مباغته تصدرها السلطات العامة على نحو لم يتوقعه الافراد من شأنها زعزعة الطمأنينة والعصف بها) [2] ، ويفهم مما تقدم ان على السلطة التشريعية ان تلتزم بان لا تصدر تشريعات مباغتة والتي من شأنها ان تصطدم مع التوقعات المشروعة التي تولدت لدى الافراد من خلال الثقة في النظام القانوني القائم ، ولا شك ان هذا الامر يسري أيضا على نية السلطة التشريعية في تعديل القوانين والتشريعات القائمة بهدف مسايرة ومواكبة التطور على الصعيد القانوني والتكنلوجي والاقتصادي وحتى الاجتماعي ، اذ يجب ان تكون هذه التعديلات على وفق برنامج معد ومدروس ووفق توقيتات زمنية معلنة تعطي للأفراد إمكانية تعديل وترتيب امورهم وتصرفاتهم القانونية وحماية للثقة المتداولة في الأوساط الاجتماعية من نظام قانوني ما ، وبذلك فان لفكرة التوقع المشروع للتشريعات وحماية هذه الفكرة تعد قيمة قانونية كبيرة تسهم في استقرار وثبات موضوع وجوهر التشريع الذي هو من مقومات ديمومة النص القانوني .

ان القاعدة القانونية وجدت لتؤدي اغراضا معينة وتحقق أهدافا محددة وحسب الفلسفة التي يؤمن بها واضعها وهي تمثل الرؤية التي يجب ان يسير عليها المجتمع ، وهي لا تكون كذلك الا اذا كانت صحيحة من جهة المصدر ومؤثرة في المخاطبين بها ، اذ ان القاعدة القانونية تمثل وجهة نظر وإرادة السلطة التي تضعها الا انها ومن جهة أخرى تتعلق بإرادة الخاضعين لها من جهة استمراريتها وديمومتها ، وذلك لان النص التشريعي بما يتضمنه من قاعدة قانونية تحدد ما يجب ان يكون عليه سلوك الافراد لا بد ان يكون قادرا على ان يقوم بوظيفته بما يقدمه من اقناع ذاتي لدى الافراد بضرورة خضوعهم للقانون ، عن طريق استيفائها لكافة شروط صحتها وكذلك توفيرها واحتوائها على شروط نجاعتها وفاعليتها من خلالها تحقيقها لمصالح الافراد ومن ثم مقبوليتها لديهم [3] .

([1]) بواب بن عامر وهنان علي ، الحق في التوقع المشروع (الثقة المشروعة) كأحد ركائز الامن القانوني ، بحث منشور في مجلة الدراسات الحقوقية ، مجلد ٧ ، عدد ١ ، الجزائر ، ٢٠٢٠ ، ص ٦٦ .

([2]) صبرينة بوزيد ، الامن القانوني لأحكام قانون المنافسة ، ط ١ ، مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية ، ٢٠١٨ ، ص ٦١ .

([3]) سه ردار مه لا عزيز وره واك اكه رش سيدمينه ، مرجع سابق ، ٢٢٦ – ٢٢٧ .

وفيما يتعلق بصحة التشريع ، فإنه يجب ان يصدر عن السلطة المختصة والمتمثلة بـ(مجلس النواب) [١] وان يستوفي الشروط والمحددات والتوقيتات الدستورية والأصول العامة اللازمة لذلك ، والتشريع الذي يخالف الأطر والإجراءات التي رسمها الدستور يكون محكوما عليه بالإلغاء ، مثل ان يتطلب الدستور اغلبية معينة لإصدار بعض القوانين او ما اشترطه الدستور من توقيتات وإجراءات لإصدار تلك القوانين [٢] ، كما ويجب أيضا مراعاة هرمية التشريع ، أي انه يجب ان يحترم القانون الأدنى مرتبة القانون الأعلى منه مرتبة في هذا الهرم التشريعي ، إذ لا يجوز ان يأتي القانون او التشريع العادي بأحكام تخالف المبادئ الواردة في الدستور ، ولا يجوز أيضا ان تصدر هذه القوانين خلافا للشروط والمحددات التي استوجبها الدستور بوصفه القانون الأعلى قيمة والاسمى مكانة في الدولة [٣] ، اذ انه من المعروف والمستقر عليه ان التشريع العادي يصدر عن البرلمان [٤] والتشريع الفرعي يصدر عن السلطة التنفيذية لتسهيل العمل بالقانون وبموجب الصلاحيات المخولة لها دستوريا [٥] ، والتشريع الفرعي لا يختلف عن التشريع العادي من جهة هو قواعد عامة مجردة الا انه يختلف من الجهة المصدرة له ومن جهة المواضيع التي يتناولها فضلا عن انه ادنى مرتبة من التشريع العادي [٦] .

وهذا المعنى يعبر عنه بالفقه القانوني بـ (المشروعية) التـــي تعني وجود قانون اسمى في البلاد (الدستور) يضفي المشروعية على كافة القوانين والتشريعات مهما كانت قيمتها القانونية التي تصدر بناءً عليه واستنادا اليه ويحدد السلطة المختصة بإصداره ، ولذا فان أي تشريع يصدر عن سلطة غير مختصة او يخالف

---

(١) استنادا الى نص الفقرة أولا من المادة ٦١ من الدستور العراقي النافذ لعام ٢٠٠٥ والتي نصت على (يختص مجلس النواب بما يأتي : تشريع القوانين الاتحادية) .

(٢) الدكتور صبري محمد السنوسي ، مرجع سابق ، ص ٦٤ – ٦٥ .

(٣) الدكتور ليث كمال نصراوين ، مرجع سابق ، ص ٤١٢ .

(٤) الدكتور همام محمد محمود ، مرجع سابق ، ١٩٣ .

(٥) إذ اشارت المادة ٦١ من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ الى الصلاحيات التي يختص بها البرلـــمان الاتحـــادي (مجلس النواب) وبموجب الفقرة الأولى منها نصت على اختصاص (تشريع القوانين الاتحادية) الذي يعتبر اختصاص اصيل للسلطة التشريعية ، كما اشارت المادة ٨٠ من الدستور الى الصلاحيات المخولة الى مجلس الوزراء وبضمنها " اصدار الأنظمة والتعليمات والقرارات ، بهدف تنفيذ القوانين " وهذا الاختصاص أيضا يعتبر اختصاص اصيل للحكومة اذ انه من غير المجدي ان يثقل القانون بالتفصيلات المملة والتي تسبب ترهل القانون وانما يترك هذا الامر الى الحكومة لإصدار التعليمات كونها على تماس ودراية تفصيلية بكيفية وما الحاجة التي تستدعي تنفيذ القانون على النحو السليم .

(٦) الدكتور همام محمد محمود ، مرجع سابق ، ٢٥٣ .

ما جاء به الدستور من احكام ومبادى عليا فانه يكون غير مشروع ، وعلى العكس من ذلك فان كل تشريع يصدر عن سلطة مختصة دستوريا ولا يخالف ما جاء بالدستور من احكام ومبادئ فانه يكون مشروعا [1] .

ولا بد لنا هنا من ان نبين الأساس الفلسفي لإلزام القانون ، إذ اختلف الفلاسفة حول ذلك تبعا لاختلافهم في تفسير طبيعة القانون فمنهم من يعتمد على الجانب الشكلي للقانون وقسم اخر يعتمد على الجانب الموضوعي منه ، وسنحاول هنا ان نبين المدارس التي تبنت الجانب الشكلي في تفسير أساس الزام القانون ، تاركين بيان المدارس التي اعتمدت الجانب الموضوعي في معرض بيان نجاعة القاعدة القانونية ، والجانب الشكلي تمثله مدرستان هما مدرسة الفيلسوف اوستن في إنجلترا ومدرسة تقديس النص في فرنسا ، سنقوم ببيان الأسُس التي تقوم عليها هاتان النظريتان او المدرستان وكما يلي :-

١- إرادة الحاكم .

تركز هذه النظرية على إرادة الحاكم في تفسير أساس الالزام للقانون ، ومن ثم فانه يجب ان يكون هناك حكاما ومحكومين او جماعة حاكمة وجماعة محكومة ، اذ يقوم الحكام بإصدار القوانين وعلى المحكومين طاعة هذه القوانين لأنها صادرة عن الحاكم وهناك عقوبة لمن لا يمتثل لتلك القوانين كجزاء على مخالفته إياها ، ومن القائلين بهذه النظرية هو الفيلسوف الإنجليـزي (أُستن) ودعمها في آرائه وكتاباته ، ولكنه لم يكن من أوائل القائلين بها اذ ان لهذه النظرية جذورا عند الفلاسفة اليونانيين ، وانكر أستن فكرة وجود قانون دولي عام لعدم وجود الحكام الذين تجب لهم الطاعة على المحكومين كما لا يوجد عقاب وجزاء مباشر جراء مخالفة احكام هذا القانون ، وهذه المدرسة لم تستطع ان تعطي تفسيرا شافيا لأساس الزام القانون الا ما قالت به من وجود العقاب كجزاء لمخالفة القانون .

٢- إرادة المشرع .

وتقوم هذه المدرسة على أساس تقديس النص ، إذ تتفق هذه المدرسة مع ما قال به أُستن اذ جعلت إرادة المشرع هي المصدر الرئيس للقانون ، ويتم الكشف عن إرادة هذا المشرع من خلال الفاظ النص التشريعي عند وضع القانون استنادا الى قواعد اللغة والمنطق ، وعند عدم القدرة على الوصول الى هذه الإرادة لعدم وجود نص تشريعي فانهم يقولون بان إرادة المشرع هذه تفترض على أساس ما متوفر من نصوص المشرع

([1]) الدكتور محمد طه حسين ، مرجع سابق ، ص ١٢٠ – ١٢١ .

الأخرى ، وقد تبلور ظهور هذه المدرسة في بداية القرن التاسع عشر في اعقاب القيام بتجميع نصوص وقواعد القانون المدني الفرنسي في مدونة واحدة تم تسميتها (تقنين نابليون) [١] .

وهناك من فلاسفة القانون من يؤمنون بان الجانب الموضوعي هو أساس الالزام في القانون ، ويرون ان الجوهر ومضمون التشريع هما الأساس في الالزام القانوني ، ومن انصار هذا الرأي والمؤيدين له هم المدرسة الطبيعية ومدرسة الفقيه جيني في فرنسا [٢] ، وسنقوم بإيجاز ببيان ما تقوم عليه هاتان المدرستان وكما يلي :-

١- مدرسة القانون الطبيعي .

تجسدت نظرية القانون الطبيعي لدى الفلاسفة اليونانيين الذين اعتقدوا بوجود قواعد واحكام قانونية يكون منبعها العقل السليم ، تكوّن بمجموعها (قواعد القانون الطبيعي) وهذه القواعد تسمو على بقية القواعد القانونية ، ويقاس مدى عدالة بقية القوانين بمدى اتفاقها مع قواعد القانون الطبيعي ، ولهذه النظرية جذور يونانية إذ قام الفيلسوف اليوناني (سوفوكل) [٣] بنسبة نظرية القانون الطبيعي الى القواعد الإلهية غير المدونة على ورق ، وقد عد ارسطو ان القانون الطبيعي ما هو الا العدالة التي من الممكن ان نلجأ اليها عند قصور القوانين الأخرى ، وان القوانين والقواعد القانونية الوضعية يجب ان لا تخالف قواعد القانون الطبيعي لكي تحوز على صفة الالزام ، ومن المأخذ على هذه النظرية هو عدم وضوح مرتكزاتها والاسس التي تستند عليها ، وعدم قدرتها على تبرير الحجة في الالزام للقواعد القانونية [٤] .

٢- المدرسة التاريخية .

تكونت معالم هذا المذهب وبدأت بالظهور في القرن الثامن عشر في الكتابات والاقوال لبعض المفكرين في فرنسا ، ومنهم مونتسكيو وما ذهب اليه في كتابه روح الشرائع من انه (ينبغي ان تكون القوانين خاصة

---

(١) محمد مصطفوي ، الأصول العامة لنظام التشريع : دراسة مقارنة بين الإسلام والقانون الوضعي ، ط ١ ، مكتبة مؤمن قريش ، بيروت ، ٢٠٠٨ ، ص ٤٦ – ٤٨ .

(٢) محمد مصطفوي ، مرجع سابق ، ص ٤٥ – ٤٦ .

(٣) ويسمى (سوفوكليس) ولد حوالي عام ٤٩٦ ق.م. في اثينا وتوفي سنة ٤٠٥ ق.م. وكان من اسرة ثرية وله اهتمامات شعرية لكنه أيضا كان نشيطا في الحياة العامة الاثينية ، وتولى العديد من المناصب المهمة في الدولة منها وزير خزانة ومستشارا عاما ، وكان من بين أصدقائه العديدين كل من سقراط وافلاطون وهيرودوت وارسطو ، نقلا عن موقع ويكيبيديا ، متاح على الرابط التالي :
https://ar.wikipedia.org/wiki/%D8%B3%D9%88%D9%81%D9%88%D9%83%D9%84%D9%8A%D8%B3 ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٥/١٤ ، وقت الزيارة ٩:٣٠ مساءا .

(٤) محمد مصطفوي ، مرجع سابق ، ص ٤٨ – ٥٢ .

بالشعب الذي تُخلق له ، حتى انه ليكون محض صدفة ان توافق قوانينُ أُمةٍ أُمةً أخرى) فبرأيه ان القوانين لابد لها ان تتناسب مع طبيعة البلدان والحياة التي تعيشها شعوبها وديانتهم التي يدينون بها والعادات والأخلاق التي هم عليها ، ويعتقد انصار هذه المدرسة بان القوانين لا تُصنع وانما هي تتكون وتتبلور من خلال الاستمرار عليها والثبات عليها مع الزمن ، وتقوم هذه المدرسة على ان القانون لا ينشأ عن طريق التفكير والاستدلال كما نادى بذلك انصار مدرسة القانون الطبيعي ، وانما ينشأ من حاجة المجتمع ويتأثر بالظروف ويمكن ان يختلف من زمان الى اخر ومن مكان الى اخر حسب تلك الظروف والمحددات المجتمعية ، ولم تسلم هذه المدرسة من المأخذ أيضا إذ انها تغفل عن دور إرادة الانسان الواعية في وضع الأهداف والمعايير السامية التي ينبغي ان تتحقق من خلال اصدار التشريعات والقوانين ، كما ان التسليم بقضية وجود الضمير للجماعة وافتراضه دائما لا يمت للحقيقة بصلة اذ قد لا يتحقق وجود ضمير الجماعة في بعض التشريعات والقوانين ، وأيضا فهي لم تأتِ بمرتكزات راسخة ورصينة لتكون أساسا لتفسير أساس الالزام للقوانين [١] .

ولابد لكل ذلك ان يكون متلائما ومتوافقا مع السياسة التشريعية للبلد ، اذ ان لكل دولة سياستها التشريعية المستوحاة من طبيعة الظروف الخاصة بها الاقتصادية والاجتماعية والسياسية أيضا وهي تختلف باختلاف الدول ، وقد تختلف هذه السياسة في البلد الواحد بين مدة وأخرى تبعا لتغير هذه الظروف ومدا استقرارها وثباتها ، وعليه فان هذه التشريعات الصادرة عن السلطات المختصة يجب ان تلتزم بهذه السياسة ولا تخرج عنها بل على العكس من ذلك أي انها يجب ان تسير معها جنبا الى جنب لكي لا تنتج تشريعات غريبة عن الوسط الذي ستطبق فيه [٢] ، وتعرف السياسة التشريعية على انها (مسلك الجهة المختصة بالتشريع او خطتها نحو تطبيق السياسة العامة العليا بمجالاتها المتنوعة كالسياسية والاقتصادية والاجتماعية من خلال التشريعات التي تضعها) لذا فان هذه السياسة يتم تنفيذها بموجب نصوص قانونية ملزمة تضمن وحدة تطبيقها ، ومن اهم العوامل التي تؤثر على هذه السياسة هي وجود دستور يتضمن المبادئ العامة لهذه السياسة وتقاس به مدى استجابة التشريعات للدستور [٣] .

الا ان هناك من يرى بان القاعدة القانونية لا تكتمل ما لم تستنفذ شروط صحتها ونجاعتها في نفس الوقت [٤] ، فلكي تكون هذه القاعدة القانونية جزءا من المنظومة القانونية المتكاملة للدولة لابد لها ان تكون

---

(١) محمد مصطفوي ، مرجع سابق ، ص ٥٢ – ٥٤ .
(٢) منشورات مجلس النواب العراقي ، مرجع سابق ، ٢٣ .
(٣) الدكتور ليث كمال نصراوين ، مرجع سابق ، ص ٤١٣ – ٤١٤ .
(٤) هانز كلسن ، نقلا عن الدكتور منذر الشاوي ، مرجع سابق ، ص ١٦٦ – ١٦٧ .

صحيحة أولا وناجعة ثانيا وفي نفس الوقت ، أي انها قد وضعت استنادا للشروط التي حددت من قبل القاعدة الأعلى قيمة قانونية وتكون سابقة في الوجود عليها ، كما ويجب ان تتصف هذه القاعدة القانونية بالنجاعة إذ تكون نافذة في من وجهت اليهم من الافراد [١] .

وبرأينا فان صحة القاعدة القانونية يجب ان تكون صحة حقيقية وليست صحة مصطنعة تقتصر على تطبيق إرادة الحكام واستيفاء الشكل القانوني دون المضمون [٢] ، اذ ان من شأن ذلك ان يجعل الافراد يتجاهلون القانون دون ان يمسوه او يمسون صحته فهو قانون ساري المفعول من الناحية الشكلية ولكنه غير مطبق من الناحية العملية بما يخلق من مقاومة لدى الافراد في تطبيقه ، اذ ان الايمان بالقواعد القانونية التي تضعها السلطة من قبل الافراد المخاطبين بها يتحقق من خلال الاطمئنان الذي ينبعث في نفوسهم والذي يجعلهم متأكدين من ان المشرع والسلطة لم تضع هذه القوانين الا مراعاة للمصالح والحقوق العامة وان تطبيق هذه القواعد القانونية سيعوف بالمنفعة عليهم [٣] ، ومن ثم تتحقق ديمومة النص القانوني من خلال الصحة الحقيقية للقاعدة القانونية ونجاعتها ونفاذها بين الجمهور .

وعلى اية حال فانه لابد للتشريع المراد تحقيق ديمومته وفعاليته ان يؤمن المشرع بان استقرار اي تشريع يجب ينبع من ايمان الافراد والمجتمع به بما يجلبه لهم من منافع ويحقق لهم من مصالح ، وان تترسخ القناعة لدى الجماعة بان تطبيق القانون والتشريعات واللجوء اليها هو السبيل الأمثل لضمان استقرار مصالحهم وافشاء العدالة فيما بينهم ، إذ ان القناعة الذاتية لدى الفرد هي السبيل الأمثل لتطبيق القانون تطبيقا ذاتيا وعلى العكس من ذلك فان عدم الاقتناع من جانب المجتمع بضرورة هذا القانون او قناعتهم بان التشريع يضر بمصالحهم فان التنكر للتشريع وتجاهله سيكون هو المصير الحتمي لقواعد القانون مهما تضمنت قواعده من عقوبات وجزاءات قاسية [٤] ، ولكن ذلك لا يجب ان يكون على حساب قيمة القاعدة القانونية وموضوعها ، إذ انه من غير الصحيح ان تأتي النصوص التشريعية متفقة دائما مع ما هو سائد في المجتمع من سلوكيات وتعاملات ، وانما قد تأتي هذه النصوص التشريعية متضمنة قواعد قانونية تشكل منعا لبعض التصرفات التي قد اعتاد الافراد عليها فيما سبق في تعاملاتهم ، او قد تأتي النصوص التشريعية ببعض السلوكيات التي يجب

---

(١) الدكتور منذر الشاوي ، مرجع سابق ، ص ١٦٧ .
(٢) سه ردار مه لا عزيز وره واك اكه رش سيدمينه ، مرجع سابق ، ص ٢٣٣ .
(٣) الدكتور منذر الشاوي ، مرجع سابق ، ص ١٣٦ – ١٤٠ .
(٤) الدكتور سري محمود صيام ، المعايير الحاكمة لجودة صناعة التشريع ، بحث منشور في مجلة القانونية التابعة لهيأة التشريع والرأي القانوني ، العدد الأول ، البحرين ، ٢٠١٤ ، ص ٣٣ .

على الافراد الالتزام والتقيد بها وقد تكون هذه السلوكيات الجديدة بعيدة عن واقع المجتمع ولكن قد تملي المصلحة العامة تلك التصرفات وتحتمها طبيعة المرحلة التي يعيشها المجتمع [١] ، وهذه المهمة الصعبة والحساسة تقع على عاتق المشرع بما يمتلكه من سلطة وإمكانات مادية وبشرية وقانونية ، إذ يتم تبصير جميع المخاطبين بقواعد التشريع واحكامه والجهات التي ستتولى تطبيقه بأهداف التشريع وعدالة قواعده من اجل تحقيق الاقتناع الداخلي به مما يؤمن الفاعلية في احكامه وتطبيقها على نحو سليم وذاتي وهذا هو جوهر التشريع [٢] .

الفرع الثاني

الصياغة التشريعية

الصياغة تعني ترتيب الكلام بنحو معين من اجل إيصال الأفكار من خلال استعمال الفاظ معينة [٣] ، والتشريع هو احد مصادر القانون الرسمية واهمها ، ويقصد به وضع القواعد القانونية بصورة مكتوبة من قبل سلطة مختصة ، وقد يقصد به القواعد القانونية نفسها ، فهذا المصطلح له استعمال مزدوج يأتي بمعنى القواعد القانونية المرعية في مكان وزمان معينين ، وقد يأتي بمعنى المصدر الذي تستقي منه القواعد القانونية مادتها [٤] .

وكما هو معروف بان القاعدة القانونية تتكون من شقين (الفرض والحكم) ، فهي أيضا تتكون من ناحية أخرى من عنصرين الا وهما عنصر (العلم) وعنصر (الصياغة) ، فأما عنصر العلم فانه يتعلق بجوهر القاعدة وموضوعها أي المادة الأولية التي يتكون منها القانون ، واما عنصر الصياغة فنعني به اخراج هذا الجوهر او المضمون للقاعدة القانونية الى حيز الوجود المادي باستخدام الوسائل والأساليب الفنية اللازمة [٥] ، وبعبارة أخرى فان الصياغة التشريعية تعد جزءا مهما من تكوين القاعدة القانونية اذ تمثل الشكل الخارجي الذي تظهر به هذه القاعدة وتطبق من خلاله ، فكلما كانت هذه الصياغة متقنة في اسلوبها

---

(١) هريش سهام ، مرجع سابق ، ص ٩٦ .
(٢) الدكتور سري محمود صيام ، مرجع سابق ، ص ٣٤ .
(٣) الدكتور رافد خلف هاشم والدكتور عثمان سلمان غيلان ، مرجع سابق ، ص ٣٤ .
(٤) الدكتور عبد الودود يحيى ، مرجع سابق ، ص ٧٤ .
(٥) الدكتور رمضان محمد أبو السعود والدكتور محمد حسين منصور ، مرجع سابق ، ص ١٣١ .

وتعبيرها كانت القاعدة القانونية صالحة للتطبيق بشكل فعال وعدم مخالفة النص بحجة عدم فهمه او صعوبة تفسيره [١] .

وقد عُرفت الصياغة التشريعية بتعريفات عدة فمنهم من عرفها على انها (آلية لإفراغ قصد المشرع في الفاظ النص القانوني (المواد القانونية) ، وفق نسق منهجي ولغة سلسة وواضحة وغير مثيرة للالتباس ، ولا تدع أي مجال للتأويل ، مما يخرج النص عن قصد المشرع) [٢] ، كما عرفت بانها (المكنة التي تسمح للمشرع والصائغ بتحويل فكرة مشروع او اقتراح القانون ، الى قواعد محددة ، واضحة ، سهلة التفسير والتطبيق ، ويجعلها منسجمة مع الدستور والتشريعات الأخرى) [٣] ، كما عرفها اخرون بانها (أداة لتحويل المادة الأولية التي تتكون منها القاعدة القانونية الى قواعد منضبطة محددة وعملية صالحة للتطبيق الفعلي على نحو يحقق الغاية التي يفصح عنها جوهرها) [٤] ، ويتبين لنا من خلال التعاريف أعلاه أهمية الصياغة التشريعية وخطورتها في آن واحد ، اذ من خلالها يتم تحديد سلوك الافراد والهيئات وفرض الالتزامات ووضع الحدود التي يجب الالتزام بها من جانب المجتمع والا تعرض المخالف الى الجزاء ، فان دقة الصياغة التشريعية تجعل من تطبيق القواعد القانونية سلسا ويكون التشريع معروفا من قبل المخاطب به وبذلك تساهم الصياغة التشريعية في ديمومة النص القانوني .

ولابد لنا هنا من بيان امر في غاية الأهمية وهو ان الصياغة التشريعية قد تبدو للوهلة الأولى انها تتعلق بالنص التشريعي فقط ، الا ان ذلك غير صحيح فهنالك جانب اخر للصياغة يتعلق بشخص الصائغ الذي قد يكون لجنة مختصة او جهة رسمية حكومية او استشارية او قد يكون المشرع نفسه (عضو مجلس النواب) ، ويقصد بالصائغ هنا (وهو الخبير الذي يصوغ لنا مضمون النص التشريعي في عبارات دقيقة وواضحة فيُبدع في حُسنِ إخراجه ورسمه لفظاً ومعناً) [٥] ، ولهذا الصائغ مواصفات ومهارات يجب ان تتوافر فيه لتتم عملية الصياغة التشريعية على اتم وجه ، وغالبا ما يُعبر عن هذا المعنى بـ (حرفية الصائغ) ، إذ تقع

---

(١) الدكتور رافد خلف هاشم والدكتور عثمان سلمان غيلان ، مرجع سابق ، ص ٣٤ – ٣٥ .
(٢) الدكتور بن حفاف سماعيل ، مرجع سابق ، ص ١١٠ .
(٣) شيشون عبلة وخلفة نادية ، الصياغة التشريعية الجيدة أداة لتدعيم الحكم الراشد في الجزائر ، بحث منشور في مجلة الباحث للدراسات الاكاديمية ، العدد ١ ، مجلد ٩ ، الجزائر ، ٢٠٢٢ ، ص٤٩١ .
(٤) الدكتور توفيق حسن فرج ، المدخل للعلوم القانونية ، القسم الأول ، النظرية العامة للقانون ، الدار الجامعية ، ١٩٩٣ ، ص ١٦٤ .
(٥) الدكتور خالد جمال احمد حسن ، مبادئ الصياغة التشريعية ، مرجع سابق ، ص ١٧ .

على عاتق الصائغ ترجمة ما يعرض عليه من أفكار قانونية ويضعها في قوالب محددة ومبوبة وهي ما يطلق عليها (النصوص القانونية) ، وان الصياغة الجيدة لهذه الأفكار وتحويلها الى نصوص قانونية ملزمة تؤدي الغرض المقصود منها بدون زيادة او نقصان ، كما ان اجادة معرفة واستخدام قواعد اللغة لها الأثر البالغ جودة التشريع إذ انه (الصائغ) يختار الالفاظ بما يتلاءم مع فلسفة وأفكار واضع التشريع بما يحقق الهدف المبتغى من تشريع القانون [١] .

ومن هنا ونظرا للدور الكبير والخطير الذي يقع على عاتق الصائغ ، فانه تقع عليه مسؤولية أخلاقية كبيرة تتمثل وكما يُعبر عنها بـ (الأمانة والمناعة) ، وتعني الأمانة بانه يترجم السياسة العامة الى قواعد محددة وان كانت له رؤيته الخاصة التي قد لا تتناسب مع تلك السياسة ، والمناعة هنا نعني بها انه يجب عليه تغليب المصلحة العامة على مصالحه الشخصية او الفئوية والطائفية ، كما ويجب عليه ان يلتزم بالموضوعية والثبات واستخدام المصطلحات المألوفة في بيئته القانونية والابتعاد عن تلك العبارات الغريبة التي تأتي من ترجمة بعض القوانين الأجنبية [٢] ، وكل هذه المسؤولية التي تقع على عاتق الصائغ اذا ما رُوعِيَتْ بدقة وامانة وإخلاص فأنها تصب في ديمومة النص القانوني وثباته واستقراره .

ان قضية سلامة التشريع تحتم وجود هذه الهيئات المتخصصة التي تُعنى بالصياغة التشريعية وجودتها ، ومن المفيد هنا ان نبين انه من الجيد وجود هيئات عدة متخصصة في هذا المجال [٣] ، على ان لا يكون هذا التعدد معرقلا لعملية الصياغة التشريعية فمثلا نعتقد بوجوب وجود هيئات تخصصية في كل وزارة تقوم بصياغة مقترح القانون الذي تود هذه الجهة الحكومية تقديمه للبرلمان من اجل اقراره ، وأيضا وجود مثل هذه الجهة في مجلس النواب لصياغة الأفكار المقدمة من اللجان البرلمانية او أعضاء مجلس النواب وحسب الاختصاص على شكل مشروعات قوانين [٤] ، إضافة الى وجود الجهة الرسمية المعنية بصياغة نصوص التشريعات وضمان سلامتها من الناحية الشكلية والموضوعية ، وهي مجلس شورى الدولة المؤسس بموجب

([١]) هيثم الفقي ، مرجع سابق ، ص ١٠ – ١١ .

([٢]) منشورات مجلس النواب العراقي ، دليل الصياغة التشريعية ، طبع على نفقة مجلس النواب ، بغداد ، ٢٠١٤ ، ص ٦١ .

([٣]) الدكتور ليث كمال نصراوين ، مرجع سابق ، ص ٤٠١ .

([٤]) يلاحظ ان هنالك فرق بين مقترح القانون ومشروع القانون ، إذ إن مقترح القانون يقدم من رئيس الجمهورية او الحكومة المتمثلة بمجلس الوزراء الى البرلمان من اجل التصويت عليه واقراره ليصبح قانون ، اما مشروع القانون فهو يقدم من قبل عشرة أعضاء من مجلس النواب او احدى لجانه النيابية وذلك استنادا الى المادة (٦٠) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ .

القانون رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ وتم تعديل القانون بموجب قانون التعديل المرقم ٧١ لسنة ٢٠١٧ والذي تم بموجبه تعديل تسميته الى (مجلس الدولة) [١] ، إذ ان هذه الجهات تخفف من كاهل وعبء مجلس الدولة ، وذلك من خلال ورود مقترحات ومشاريع القوانين وفيها من الصياغة المبدئية التي فقط يعدل عليها اذا رأى انه من الضروري اجراء هذا التعديل في الصياغة ، او الإبقاء عليها كما هي في حالة كونها جاءت جيدة وتتماشى مع ما هو مطلوب من القانون وتوصل الفكرة كما هي الى المتلقي ، بالإضافة الى ذلك فان تعدد هذه الجهات سوف يؤسس الى وجود كوادر متخصصة ورصينة في الدولة وتفشي هذه الثقافة القانونية بين المؤسسات في الدولة وبالمكان تبادل الخبرات فيما بينها بما يعزز من جودة الصيــاغة ومن ثم جودة التشريعات وديمومتها .

ومن اجل القيام بعملية الصياغة التشريعية فانه يجب العلم بان للصياغة أنواع معينة وطرق وأساليب محددة يجب الوقوف عندها وبيانها ، لذا سيتم تبيان انواع الصياغة التشريعية في (أولا) ونتعرض لطرق تلك الصياغة في (ثانيا) وكما يلي :-

أولاً :- أنواع الصياغة التشريعية .

من المستقر والثابت ان للصياغة التشريعية نوعين هما (الصياغة الجامدة والصياغة المرنة) ، ومعيار التمييز بين نوعي الصياغة التشريعية هو مدى منح المشرع السلطة التقديرية للقاضي في تطبيق القاعدة القانونية ، فمتى ما كان القاضي يتمتع بسلطة تقديرية في تطبيق القاعدة القانونية على الحالة المعروضة امامه سنكون امام نص مرن والعكس صحيح ، إذ ان القاضي لا يتمتع بتلك السلطة في تقدير الحل على النزاع المعروض امامه [٢] ، ولغرض معرفة أنواع الصياغة التشريعية وتأثيرها على ديمومة النص القانوني سنتناولها على النحو الآتي :-

١- الصياغة الجامدة .

تعرف الصياغة الجامدة على انها (الصياغة التي تعطي حلا ثابتا لا يتغير بتغير الظروف والملابسات الخاصة بكل حالة فردية تندرج تحت الفرض ، فهي تحقق ثبات القاعدة القانونية سواء بالنسبة الى الوقائع

---

(١) تم اصدار قانون التعديل ونشر في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (٤٤٥٦) لسنة ٢٠١٧ .
(٢) الدكتور احمد شوقي محمد عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص ١٨٢ .

الخاضعة لها او الحل المطبق عليه) [١] ، كما تعرف بانها (التعبير عن حكم القانون بألفاظ وعبارات لا تحتمل التقدير كونها لا تترك للقائم على تطبيق القانون مجالا رحبا عند تطبيقه) [٢] .

وتكون صياغة النص القانوني جامدة في حال اذا اوجدت حلا ثابتا ومحددا لوقائع محددة لا تتغير بتغير الظروف والملابسات ، ولذا فان القاضي لا يمكن له الا ان يطبق الحكم الذي تضمنته القاعدة القانونية بصورة صارمة من دون أي تأثير للاعتبارات الشخصية لأطراف النزاع [٣] ، ويكون دور القاضي في هذه الحالة هو فقط التثبت من توفر شروط تطبيق القاعدة القانونية والحكم بموجبها [٤] ، كما يتوحد الحكم بموجب هذا النوع من الصياغة للقاعدة القانونية على الجميع ممن تنطبق عليهم الشروط الواردة فيها [٥] ، وتكون الحاجة الى مثل هذا النوع من الصياغة في الأمور التي تتطلب الثبات والحزم وتحديد الحل الحازم الذي لولاه لما استقر التعامل في هذه الأمور التي تتطلب حلا قاطعا بعيدا عن التأثيرات الفرعية التي قد تحرف التشريع عن مساره .

ومن امثلة ذلك القواعد القانونية التي صيغت صياغة جامدة ، تحديد قانون المرافعات لمواعيد الطعن في الاحكام القضائية [٦] التي لو تركت لظروف كل شخص على حدة لعمت الفوضى في التعامل وتزعزع مبدأ مهم في النظام القانوني الا وهو (حُجية الشيء المقضي به) ، وأيضا تحديد سن الرشد فانه لو تُرك هذا الامر للظروف والقدرة العقلية والجسدية للأشخاص لكان هناك اضطراب في التعاملات المالية وعزوف كبير عنها [٧] .

ورغم مجافاة هذا النوع من صياغة القواعد القانونية للعدالة الواقعية للأفراد وعدم مرونتها الا انها تتميز بكونها تحقق العدل المجرد وذلك بتوحيد الاحكام والحلول على مختلف الافراد لتطابق شروط القاعدة القانونية

---

(١) الدكتور سلام عبد الزهرة الفتلاوي وآمنة فارس حميد ، المعايير العامة للصياغة التشريعية (دراسة مقارنة) ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، العدد الرابع ، السنة التاسعة ، ٢٠١٧ ، ص ١٠٧ .
(٢) الدكتور ليث كمال نصراوين ، مرجع سابق ، ص ٣٩٢ .
(٣) الدكتور رمضان محمد أبو السعود والدكتور محمد حسين منصور ، مرجع سابق ، ص ١٣٢ .
(٤) الدكتور احمد شوقي ، مرجع سابق ، ص ١٨٢ .
(٥) الدكتور همام محمد محمود ، مرجع سابق ، ص ١٦٤ .
(٦) استنادا الى المادة (١٧١) من قانون المرافعات والتي تنص على (المدد المعينة لمراجعة طرق الطعن في القرارات حتمية يترتب على عدم مراعاتها وتجاوزها سقوط الحق في الطعن وتقضي المحكمة من تلقاء نفسها برد عريضة الطعن اذا حصل بعد انقضاء المدة القانونية) .
(٧) اذ نصت المادة ١٠٦ من القانون المدني على انه (سن الرشد هي ثماني عشرة سنة كاملة) .

عليهم ، كما تتميز بالوضوح والثبات في التطبيق وأيضا تحقق الاستقرار القانوني واستقرار المعاملات [١] ، وكل هذه المميزات تجعل من الضروري اللجوء الى مثل هذه النوع من صياغة النصوص التشريعية في بعض الفروض وذلك لضمان الاستقرار والاستمرار وديمومة النص القانوني .

٢- الصياغة المرنة .

يقصد بالصياغة المرنة (الصياغة التي يتم التعبير عنها في القاعدة القانونية فرضا وحكما او احدهما ، بطريقة معيارية تفسح المجال لسلطة القاضي التقديرية عند تطبيقها لمراعاة الفروق الفردية التي قد تعرض في الواقع عليه) [٢] ، او هي (تلك الصياغة التي تقتصر على وضع الفكرة او المعيار تاركة تحديد ما يدخل فيها من مفردات لتقدير من يقوم بتطبيق القاعدة ذاتها) [٣] .

ومن ثم فان صياغة النص القانوني تكون مرنة اذا كانت القاعدة القانونية قد اكتفت بوضع معيار عام يسترشد به القاضي عند تطبيقه لهذه القاعدة على الموضوع المعروض امامه ، وذلك وفقا لما تمليه الظروف الخاصة بهذا الموضوع او طبقا لظروف اطراف العلاقة القانونية [٤] ، وتستدعي الحاجة الى هكذا النوع من الصياغة ، للحالات والوقائع والعلاقات القانونية التي لا يمكن التنبؤ بها وحصرها عند صياغة النص القانوني [٥] ، مثل معيار الإرهاق في تنفيذ الالتزام بالنسبة للمدين في حالة حصول حوادث استثنائية الواردة في الفقرة ٢ من المادة ١٤٦ من القانون المدني العراقي .

وتتميز الصياغة المرنة للنصوص القانونية وقواعدها بانها تمنح القضاء سلطة تقديرية قد تكون واسعة جدا او سلطة تقديرية معقولة يتمكن بموجبها مراعاة الظروف الخاصة لكل حالة على حدة ، كما يتمكن من الحكم بموجب مقتضيات العدالة التي تحتمها القضايا المستجدة ، وعدم تكرار الاحكام التي قُررت سابقا على قضايا قد تشبه القضية المعروضة شكلا ، ولكن مقتضيات العدالة تفرض حكما اخر مراعاة لملابسات وظروف القضية المعاصرة ، وهذا الحكم لربما لم تكن تخطر على بال المشرع عند وضعه القاعدة القانونية ما يسمح

---

(١) الدكتور همام محمد محمود ، مرجع سابق ، ص ١٦٥ .
(٢) الدكتور سلام عبد الزهرة الفتلاوي وآمنة فارس حميد ، مرجع سابق ، ص ١١١ .
(٣) الدكتور خالد جمال احمد حسن ، مبادئ الصياغة التشريعية ، مرجع سابق ، ص ٢٤ .
(٤) هيثم الفقي ، مرجع سابق ، ص ٤ .
(٥) الدكتور ليث كمال نصراوين ، مرجع سابق ، ٣٩٣ .

باستيعاب النص القانوني حالات جديدة ويسهم في مواكبة عجلة التطور التي تفرضها حركة التطور المستمر للحياة الإنسانية [1] .

إنّ صياغة النص التشريعي صياغة مرنة تعطي للقاضي عند تطبيقه للقانون مساحة واسعة للحركة في ميدان النص المرن ، وتمكنه (القاضي) من تنويع الحلول باختلاف الحالات الظروف ، وتجعل النص القانوني - بصياغته التي تعبر عن الإرادة الانسانية المحدودة – ان يكون صالحا ويستوعب تطبيقه على حالات متعددة وفي ازمان متعددة أيضا ، مما يبث الحياة في النصوص القانونية عبر الأزمنة المتعاقبة [2] ، لكن هذه المرونة يجب ان لا تكون اكثر من اللازم وما هو مطلوب منها تحقيقه عند التطبيق ، مما قد يؤثر على فكرة الامن القانوني والتوقع المشروع ومن ثم تكون هذه المرونة على حساب جودة التشريع [3] .

لا شك في ان صياغة النص التشريعي صياغة مرنة له الأثر الكبير والبالغ على ديمومة النص القانوني ، من خلال تحقيق العدالة الفعلية والواقعية عند التطبيق مما يسهم في تدعيم الاعتقاد الإيجابي لدى الافراد بضرورة الاحتكام الى القانون ؛ لاعتقادهم المبني على أسباب معقولة في حصولهم على حقوقهم بموجب القانون العادل ، وأيضا من خلال إمكانية استيعاب النص القانوني لحالات مستحدثة على وفق ما تمليه ضرورات التطور الاجتماعي والاقتصادي والتقني في الحياة العملية .

٣- الحاجة للصياغتين معا .

لا شك في ان ديمومة النص القانوني تستوجب الجمع - عند صياغة النصوص التشريعية - بين الصياغة الجامدة والمرنة على حد سواء ، لكن هذه الحاجة للصياغتين تكون مبنية على أساس الحاجة الفعلية لطبيعة الحل للحالة التي من اجلها وجد هذا النص القانوني والحكم الذي جاء به وأيضا على أساس الفلسفة القانونية التي وضعت هذه الاحكام تبعا لها ، أي ان هناك قوانين تكون الحاجة فيها الى تغليب الصياغة الجامدة على المرنة والعكس صحيح ، وذلك تبعا لما يريد المشرع تنظيمه في القانون المراد إصداره .

وان النظر بعين فاحصة للقوانين محل المقارنة نجدها قد تمت صياغتها بجمع الاسلوبين معا ؛ لأنه توجد مواضيع لا تصلح معالجتها الّا بنصوص جامدة او ان المشرع أراد معالجتها بنصوص جامدة لغرض تحقيق

---

(1) الدكتور خالد جمال احمد حسن ، مبادئ الصياغة التشريعية ، مرجع سابق ، ص ٢٦ .
(2) الدكتور ليث كمال نصراوين ، مرجع سابق ، ٣٩٣ – ٣٩٤ .
(3) شيشون عبلة وخلفة نادية ، مرجع سابق ، ص ٤٩١ – ٤٩٢ .

قدر من الثبات والاستقرار للمراكز القانونية ، إذ يتم من خلال هذه النصوص الجامدة تقييد سلطة القاضي التقديرية وجعله ينزل حكم القاعدة القانونية بطريقة آلية من دون النظر الى الاهتمامات الشخصية لأطراف القضية المعروضة امامه ، وبالمقابل فان هناك قضايا لا تصلح معالجتها الا بنصوص مرنة تسمح للقاضي مراعاة الامور والملابسات الخاصة بكل قضية تحقيقا لمقتضيات فكرة العدالة الواقعية ، وأيضا جعل النص القانوني يستوعب القضايا المستجدة الناتجة عن تطور الحياة الإنسانية ، وذلك من خلال وضع معيار عام يسترشد به القاضي للحكم في القضايا المعروضة عليه لكي لا يكون (منكرا للعدالة) [1] بحجة عدم وجود نص قانوني يحكم القضايا المستجدة [2] .

وبكل الأحوال فان معيار الاخذ باي صورة من صور الصياغة التشريعية للنصوص القانونية من اجل ديمومتها يتوقف على عدة أمور منها : الحالة او الفرض الذي تعالجه القاعدة القانونية وطبيعة الحل الموضوع لها ، وأيضا السلطة القائمة على تطبيق القانون قضائية كانت ام إدارية ، كما ان مستوى الوعي والنضج القانوني الذي يتمتع به افراد المجتمع يؤدي دورا هاما في اختيار نوع الصياغة للنصوص القانونية التي تعالج مختلف شؤونه القانونية والاقتصادية والاجتماعية [3] .

ثانيا :- طرق الصياغة القانونية .

لابد لنا هنا ان نعلم بان الصياغة التشريعية لها طرقها الخاصة واساليبها القانونية المحكمة ، التي بموجبها يصاغ النص التشريعي بالجودة المطلوبة ويحقق الغاية المبتغاة منه في تحقيق المصلحة العامة للأفراد

---

(١) يعد موضوع انكار العدالة من المواضيع المهمة والخطيرة ، وقد عرفها البعض على انها (رفض القاضي صراحة أو ضمناً الفصل في الدعوى ، أو تأخير الفصل فيها على الرغم من صلاحيتها للفصل . أو رفضه أو تأخيره ، البت في إصدار الأمر المطلوب على عريضة ، دون مبرر قانوني) وقد تطرق المشرع العراقي إلى بعض صور تلك الجريمة ، في بـــاب (الشكوى من القضاة) ، المنصوص عليها في المواد (٢٨٦-٢٩٢) من قانون المرافعات المدنية وعد تلك الصور أسباباً تبيح مخاصمة القضاة ، ويحكم على القاضي في حال ثبوتها بتعويض الضرر الذي اصاب المشتكي من جراء انكار القاضي للعدالة ، على ان يتم ابلاغ مجلس القضاء الأعلى لاتخاذ الإجراءات القانونية المقتضاة .
للمزيد ينظر الى القاضي عامر حسن شنته ، انكار العدالة ، مقال منشور على موقع مجلس القضاء الأعلى على الرابط التالي https://www.sjc.iq/view.5620/ ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٤/١٤ ، وقت الزيارة ٦,٠٠ صباحا .

(٢) الدكتور خالد جمال احمد حسن ، ماهية الصياغة التشريعية ومقومات جودتها ، مرجع سابق ، ص ١٢٩ – ١٣٠ .

(٣) المستشار محمد ياسين والمستشار المساعد سلطان ناصر السويدي ، دور هيئة التشريع في مجال الصياغة التشريعية ، بحث منشور في المجلة القانونية البحرينية التابعة لهيئة التشريع والافتاء القانوني ، العدد الرابع ، ٢٠١٥ ، ص ٣١٤ .

والمجتمع ككل ، وتتمثل هذه الطرق في فئتين الأولى هي الصياغة المادية والفئة الثانية تتمثل في الصياغة المعنوية ، وسنعرض لهاتين الطريقتين تباعا وكما يلي :-

١- صياغة مادية .

وتعني ان يتم التعبير عن جوهر القاعدة القانونية في مظهر مادي محسوس ، سواء أكان ذلك في إحلال الكم محل الكيف ، ام كان باشتراط شكلية معينة في بعض التصرفات القانونية ليترتب الأثر القانوني الذي اشترطته القاعدة القانونية [١] .

ويقصد بإحلال الكم محل الكيف هو ان يتم التعبير عن مضمون القاعدة القانونية برقم معين ، مما يجعل التطبيق لهذه القاعدة آلي ولا يمكن للقاضي ان يتحكم في تطبيق حكم هذه القاعدة القانونية فهو اما ان يحكم بمقتضاها نصا او يعدل عن تطبيقها لعدم تحقق شروط تطبيقها [٢] .

ومثـــال ذلك ما نصت عليه المـــادة (١٠٦) [٣] من القانون المدني العراقي ، ففي هذه الحالة فان الاستدلال على جوهر القاعدة القانونية في تحديد المعيار الذي يتم به تحديد بلوغ الشخص لسن الرشد ورجحان عقله واكتمال الادراك لديه والتمييز عنده ، إذ يمكن له ان يتحمل المسؤولية في ابرام التصرفات القانونية ، استدل عليه المشرع برقم محدد وعدّه ذا دلالة حاسمة على المعنى الذي أراده الا وهو (١٨) سنة كاملة ، على اساس انه في هذا العمر يكتمل العقل لدى غالبية الناس وانه لو ترك تقدير بلوغ سن الرشد لتقدير القاضي لكل حالة على حدة لكان في ذلك صعوبات عملية بالغة وما يستتبعه من عدم استقرار المعاملات واضاعة وقت القضاء في البحث والتقصي عن مسألة في غاية الصعوبة كونها متغيرة من شخص الى اخر تبعا لظروف وعوامل متعددة ، وعلى العكس من ذلك فان المشرع بتحديده سن الرشد تحديدا قاطعا مستخدما في ذلك رقما محددا لا لبس فيه ، فانه من شأن ذلك ان يبعث على الاستقرار والاطمئنان في التعاملات بين الافراد على اعتبار ان تبيان مدى قدرة الشخص المقابل على ابرام التصرف القانوني امر من اليسير التثبت منه [٤] .

---

(١) الدكتور خالد جمال احمد ، ماهية الصياغة التشريعية ومقومات جودتها ، مرجع سابق ، ص ١٣٠ .
(٢) هيثم الفقي ، مرجع سابق ، ص ٥ .
(٣) اذ نصت هذه المادة على انه (سن الرشد هي ثماني عشرة سنة كاملة) .
(٤) الدكتور همام محمد محمود ، مرجع سابق ، ص ١٦٧ .

اما ما يتعلق بالشكليات التي يلجأ اليها المشرع في بعض الحالات ويشترطها في بعض التصرفات فيقصد بها الزام المتصرف افراغ تصرفه في شكل معين حتى يرتب عليه اثاره القانونية [١] ، وعادة ما تكون هذه الشكلية التي يتطلبها القانون وتنحصر في كتابة رسمية وبدونها لا ينعقد هذا التصرف القانوني [٢] وان كان هذا التصرف بالأصل يعتبر تصرفا رضائيا ينعقد بمجرد تطابق الايجاب والقبول كما في البيوع والتصرفات العقارية الاخرى ، ولا شك في ان هذه الشكلية تعتبر خروج عن المبدأ العام المقرر في القانون المدني وهو مبدأ رضائية انعقاد العقود [٣] .

وعلى هذا فان هذه الشكلية تبقى معرقلا ومعطلا لسرعة اجراء التصرفات القانونية التي تعتمد على الرضائية في ابرامها وما تستلزمه من جهد ووقت ولا ننسى ما يشترط لأجراء هذه الشكلية من رسوم ونفقات [٤] ، الا ان لجوء المشرع الى تطلب الشكلية في بعض التصرفات القانونية له ما يبرره ، فتارة يلجأ المشرع الى هذه الشكلية لتنبيه المتعاقد الى خطورة التصرف الذي هو بصدده وغالبا ما يكون ذلك في التصرفات العقارية ، وأيضا يلجا المشرع الى الشكلية وذلك لتيسير اثبات بعض التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها عن حد معين وغالبا ما يكون ذلك في العقود والتصرفات التجارية ، والشكلية قد تكون أحيانا اجراء واجبا لتحقق العلانية للغير الذي لم يكن طرفا في التصرف القانوني ومن اجل نفاذه في حقه [٥] .

ويمكننا القول بان الصياغة المادية هي من ادوات الصياغة الجامدة ، بصورة يعبر المشرع عن طريقها ومن خلالها عن فلسفته التي يؤمن بها ويعتقد انها وبها يمكن ان يتحقق صلاح المجتمع وينفذ سياسته التشريعية بموجب قواعد قانونية يعتقد انها يجب ان تصاغ بنوع من الصرامة والتحديد الدقيق الذي يسهم في ثبات التشريع وديمومته .

٢- صياغة معنوية .

يقصد بالصياغة المعنوية (عملية ذهنية يجري خلالها إعطاء حكم معين لشيء مجهول بناء على شيء معلوم يدل عليه او إعطاء شيء ما حكما معينا مخالفا لواقعة من اجل ترتيب اثر قانوني معين او تحقيق غاية

---

(١) الدكتور خالد جمال احمد ، ماهية الصياغة التشريعية ومقومات جودتها ، مرجع سابق ، ص ١٣٢ .
(٢) هيثم الفقي ، مرجع سابق ، ص ٦ .
(٣) الدكتور خالد جمال احمد ، ماهية الصياغة التشريعية ومقومات جودتها ، مرجع سابق ، ص ١٣٢ .
(٤) الدكتور خالد جمال احمد ، مرجع سابق ، ص ١٣٣ .
(٥) الدكتور احمد شوقي ، ماهية الصياغة التشريعية ومقومات جودتها ، مرجع سابق ، ص ١٩٠ – ١٩١ .

عملية معينة) [١] ، ويعرفها البعض على انها (عمل ذهني يكسب القاعدة القانونية اخراجا معينا) [٢] ، وتعد الصياغة المعنوية طريقة منطقية من نسج الخيال يرتب لها المشرع اثار قانونية معتبرة [٣] .

ان طرق الصياغة المعنوية عديدة ولعل من أهمها هي (القرائن القانونية والحيل القانونية) ، والقرينة تعني (ما يستنبطه واضع القانون من واقعة ثابتة ومعلومة للاستدلال بها على واقعة غير ثابتة مجهولة في ضوء الاحتمال الراجح) [٤] ، او يعبر عنها بانها (عملية موضوعها امر مشكوك فيه على انه مؤكد ، أي تحويل الشك الى يقين وإخراج القاعدة القانونية على هذا الأساس) [٥] .

والقرينة من جهة المصدر قد تكون قانونية او قضائية ، ومن جهة الأثر فالأصل انها قرينة بسيطة ولكنها قد تكون قاطعة ، والقرينة القانونية تكون من عمل المشرع كوسيلة للصياغة المعنوية للقاعدة القانونية ، اما القرينة القضائية فإنها من خلق القضاء تتمثل في استنباط عقلي من القاضي ولا يستند في ذلك الى نص قانوني ، وانما يستدل على واقعة متنازع عليها من خلال واقعة أخرى ثابتة ، ويستنتج القاضي ويعتمد على القرائن من الظروف والملابسات لكل قضية [٦] ، بينما يقصد بالقرينة البسيطة هي الاستنباط من واقعة ثابتة معلومة للاستدلال بها على واقعة أخرى مجهولة استدلالا ظنيا يسمح بإثبات العكس ، اما القرينة القاطعة فتعني استنباط القانون واقعة مجهولة من أخرى معلومة استنباطا لا يقبل اثبات العكس [٧] .

وللقرينة القانونية أهمية كبيرة في مجال صياغة النصوص القانونية وتطبيقها وتسهم في ديمومتها ، اذ يهدف المشرع من خلالها الى منع وغلق باب التحايل على القانون من خلال هذه القرائن التي يلجأ اليها الافراد للاحتكام الى القانون كونه يحقق مصالحهم ، وان ذلك يبعدهم عن التحايل على القانون الذي هو فعل محرم قانونا ومن ثم يكون التعامل به ضمن السماح القانوني بموجب القرينة القانونية التي اقرها المشرع للأفراد ، ويهدف المشرع أحيانا الى التيسير وتقليل عبء الاثبات على من يقع عليه هذا العبء وذلك تقديرا من المشرع بصعوبة الاثبات في بعض الفروض ، فيقرر قرينة لصالح من يصعب عليه الاثبات في مثل هذه الفروض ،

---

(١) الدكتور خالد جمال احمد حسن ، مبادئ الصياغة التشريعية ، مرجع سابق ، ص ٣١ .
(٢) الدكتور خالد جمال احمد حسن ، ماهية الصياغة التشريعية ومقومات جودتها ، مرجع سابق ، ص ١٣٤ .
(٣) الدكتور رافد خلف هاشم والدكتور عثمان سلمان غيلان ، مرجع سابق ، ص ٤٠ .
(٤) الدكتور خالد جمال احمد حسن ، مبادئ الصياغة التشريعية ، مرجع سابق ، ص ٣١ .
(٥) هيثم الفقي ، مرجع سابق ، ص ٦ .
(٦) الدكتور احمد شوقي ، مرجع سابق ، ص ١٩٤ .
(٧) الدكتور خالد جمال احمد حسن ، مبادئ الصياغة التشريعية ، مرجع سابق ، ص ٣٣ – ٣٤ .

ولذا تكون هذه القرينة السبب في اعفاء المكلف بالإثبات ويصبح هذا العبء على عاتق الخصم الاخر ، لكن هذه القرينة لا تعفي المتمسك بها من عبء الاثبات كليا ، وانما فقط ينتقل بموجبها هذا العبء على الطرف الاخر الذي بإمكانه اثبات العكس في حال كانت هذه القرينة بسيطة ، وأيضا من المبررات والمسوغات التي توضع في نظر المشرع عند إقرار القرائن القانونية هو تقرير ما جرى عليه التعامل بين الافراد ، فقد يلجأ المشرع الى إقرار ما جرى عليه العرف بين الناس في تعاملاتهم ما دام ذلك لا يخالف نصا في القانون [1] ، اذ ان قوة القانون تنبع من حاجات الناس الفعلية وتقرير ما هو متداول فيما بينهم ما دام ذلك التعامل لا يخالف نصا في القانون ، وذلك لكي لا يكون هذا القانون كجسم غريب زرع في كيان المجتمع مما يؤدي الى نفور الافراد منه والابتعاد عنه .

ويمكننا القول أيضا بان القرائن القانونية هي من ادوات الصياغة المرنة للنصوص التشريعية ، ونظرا للمميزات التي تتمتع بها في تقرير التعامل وتيسير الاثبات فهي بلا شك تسهم في ثباتية وقوة النص القانوني وتدعم ديمومته .

اما الافتراض القانوني .

فنحيل تفصيل موضوعه الى الفرع الأول من المطلب الثاني من هذا المبحث وتحت عنوان وسائل ديمومة النص القانوني .

المطلب الثاني

وسائل ديمومة النص القانوني وتمييزها عما يشتبه بها من أوضاع

هناك العديد من الوسائل المتاحة والتي يتم من خلالها الحفاظ على ثبات وديمومة النص القانوني ، وقد تكون هذه الوسائل الزامية في بعض الأحيان ، ينص عليها المشرع ويضعها لتكون طريقا يهتدي به القائم على تفسير القانون وتنفيذه ، ليتم بث روح الحياة في النصوص القانونية مهما طال بها الزمن وتطورت مجالات الحياة ، وسنقوم ببحث هذه الوسائل في الفرع الأول من هذا المطلب ، اما المطلب الثاني سنخصصه لتمييز ديمومة النص القانوني عن ما قد يشتبه بها من أوضاع قانونية ، وكما يأتي :-

---

([1]) الدكتور خالد جمال حسن ، ماهية الصياغة التشريعية ومقومات جودتها ، مرجع سابق ، ص ١٣٤ – ١٣٧ .

الفرع الأول

وسائل ديمومة النص القانوني

تتطلب ديمومة النص القانوني ، العمل وفق وسائل تجعل من هذا النص القانوني متلائما مع مستجدات الحياة ومتطلباتها ، إذ تضمن هذا الوسائل استيعاب النص القانوني لأغلب الحالات التي تحصل والتي من الممكن ان تحصل في المستقبل ، مما يعطي النصوص القانونية القدرة على مسايرة التقدم والتطور الحتمي في مختلف مجالات الحياة ، ويضع الحلول للمشاكل التي لابد ان تحصل كنتيجة طبيعية لاختلاط الافراد وتعاملهم مع بعضهم البعض .

ومن الوسائل الكفيلة بديمومة النص القانوني هي (الصياغة التشريعية والتفسير المتطور للقانون والقواعد العامة في القانون المدني والافتراض القانوني) ، وسنقوم بالحديث عن هذه الوسائل وتفصيلها فيما يلي تباعا وعلى اربع فقرات :-

أولا : الصياغة التشريعية .

سبق وان تم الحديث عن الصياغة التشريعية كأحد مقومات ديمومة النص القانوني ، لذا ومنعا للتكرار نحيل القارئ الكريم الى الفرع الثاني من المطلب الأول من المبحث الثاني .

ثانيا : التفسير المتطور للقانون .

يقصد بتفسير القانون هو (تحديد المعنى الذي تشتمل عليه القاعدة القانونية ويترتب على طريقة التفسير تعيين مدى نطاق تطبيق القاعدة القانونية على الحالات الواقعية المختلفة) [1] ، او هو (الوقوف على معنى القاعدة القانونية وتحديد نطاقها حتى يتسنى إعمال حكمها على ما يعرض من حالات خاصة) [2] ، وبذلك فان المفسر يقوم بتفسير النص القانوني وفقا لما جاء في مضمونه ولا يجوز له الذهاب الى ابعد من ذلك ، والا سيكون التفسير معبرا عن إرادة القائم بالتفسير وليس عن إرادة المشرع [3] .

([1]) الدكتور احمد شوقي ، مرجع سابق ، ص ٢٦٥ .
([2]) الدكتور محمد حسن قاسم ، مرجع سابق ، ص ٣٨٩ .
([3]) الدكتور مصطفى العوجي ، مرجع سابق ، ص ١٦٣ .

هذا ما يقصد بالتفسير بشكل عام ، اما التفسير المتطور للقانون فيقصد به (الكشف عن محتوى القاعدة القانونية المتحرك والذي يستجيب لحاجات المجتمع القائمة وقت تطبيق القاعدة) [١] ، او هو (ان يتعامل القاضي من النص وفقا للحاجة الاجتماعية في عصره ، بان يناقش ، او يبحث بما كان يذهب اليه المشرع فيما لو عُهد اليه التشريع في هذا اليوم ، وليس بما كان يفكر به يوم وضع التشريع الواجب التطبيق) [٢] ، والقائم بالتفسير في هذا الحال انما يقوم بتوضيح غموض الفاظ النصوص التشريعية وتقويم عيوبها ، ويستكمل النقص في احكام القانون ان وجد ، ويوفق بين الأجزاء المتعارضة وتكييف النص على نحو يواكب التطور في المجتمع ، فلا يقف التفسير للقانون موقفا جامدا وهو التفسير وقت وضع التشريع وانما يتعداه الى كل وقت يتم فيه تفسير القانون وفق متطلبات المجتمع الراهنة [٣] .

والتفسير يكون على ثلاثة أنواع وهي التفسير التشريعي ، الذي تقوم وتضطلع به السلطة التشريعية لتوضيح ما شاب قانونا ما من غموض ، وهذا النوع من التفسير يكون ملزما للجميع ويعتبر بمثابة القانون نفسه ، والتفسير القضائي الذي يكون من اختصاص المحاكم وهي بصدد الحكم بشأن النزاع والقضايا المعروضة عليها ، ولا يلزم هذا النوع من التفسير الا اطراف القضية التي صدر التفسير بصددها وهو غير ملزم حتى للمحاكم الأخرى ، وأخيرا التفسير الفقهي الذي يقوم به شراح القانون والفقهاء وهم بصدد شرح القوانين واحكام القضاء والتعليق عليها ، وهذا النوع من التفسير غير ملزم لأي احد وانما يؤخذ به فقط على سبيل الاستئناف [٤] .

وللتفسير اتجاهات متعددة اهمها هو التفسير الضيق للقانون الذي تمثله مدرسة الشرح على المتون او مدرسة التزام النص ، وقد تبلورت هذه المدرسة عقب صدور المدونات القانونية الفرنسية ، والتفسير الواسع للقانون تمثله المدرسة التاريخية او الاجتماعية ، والتي تعتد بإرادة المشرع المحتملة وقت التفسير ، وأيضا

---

(١) حسن ضعيف حمود ، التفسير المتطور للقانون (دراسة مقارنة) ، أطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة بابل ، ٢٠٢٢ ، ص ١٦ .

(٢) الدكتور هادي محمد عبد الله ، دور إرادة المشرع في تفسير النصوص القانونية ، (دراسة مقارنة في ضوء فلسفة القانون) ، ط ١ ، مكتبة يادكار ، السليمانية ، ٢٠١٧ ، ص ١٠٠ .

(٣) فارس محمد عبد الكريم ، الإدارات العامة والتفسير الرجعي للقانون ، مقال منشور على الانترنيت متاح على الرابط التالي http://al-nnas.com/ARTICLE/is/2lo2.htm ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٧/١٣ ، وقت الزيارة ١٢:٣٠ مساءا .

(٤) الدكتور حسين عثمان ، قراءة في كتاب تفسير القوانين (النص والسياق والتفسير المقاصيدي) ، إلمار دريدجر ، تفسير القوانين (النص والسياق والتفسير المقاصيدي) ، ترجمة الدكتور محمد احمد سراج والدكتور احمد علي ضبش ، مركز نهوض للدراسات والبحوث ، بدون سنة طبع ولا مكان طبع ، ص ٣ – ٤ .

مدرسة البحث العلمي الحر التي تعتد بإرادة المشرع وقت وضع التشريع ، واذا لم يوجد حكم ففي هذه الحالة يتم البحث في المصادر الأخرى للقانون ، فان لم تسعف هذه المصادر في إيجاد حل فانه يتعين البحث بالطريقة العلمية وفق العوامل والحقائق التي تسهم في خلق القاعدة القانونية [١] .

وقد الزم المشرع العراقي القاضي بالتفسير المتطور للقانون وذلك بموجب المادة الثالثة من قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل [٢] ، وبذلك فان المشرع العراقي قد اخذ بالأسلوب الواقعي للتفسير القانوني وحسنا فعل في ذلك ؛ لما يحققه هذا الأسلوب من منافع ومزايا جيدة نابع عن تفكير قانوني ناضج ، إذ ان المصلحة او الحكمة من التشريع مزايا متعددة منها ، انها وسيلة لتوسيع المعنى للنص القانوني وتوسيع نطاق تطبيقه ، كما انها (الحكمة من التشريع) وسيلة من وسائل تفسير النص عند غموضه ، واذا ما علمنا ان النصوص التشريعية متناهية والوقائع القانونية والفروض هي غير متناهية ، ومن ثم فانه ليس للمتناهي ان يحيط ويستوعب اللامتناهي الا باعتماد وسائل منها مراعاة الحكمة من التشريع عند تطبيقه ، وأيضا فان إلزام القاضي باتباع التفسير المتطور للقانون يوحد قرارات المحكمة الصادرة بخصوص مواضيع معينة عندما تراعي في ذلك مصالح لم تتغير ، مما يصب في ديمومة النص القانوني [٣] .

والقاضي ملزم باتباع التفسير وليس بإنشائه ، اذ ان عليه بموجب المادة الثالثة من قانون الاثبات اتباع التفسير المتطور ان وجد فيما يخص الحالة المعروضة عليه ، ولا يمكن له ان يخلق تفسيرا متطورا من عنده ؛ لأنه سيكون في غير الموقع الذي يجب ان يكون عليه وهو الاتباع وليس الخلق للتفسير ، ولكن ذلك لا يمنع في الحالة الواقعية بان يخلق القاضي تفسيرا متطورا للقانون ، لا فقط اتباعه ، إذ انه باتباعه لتفسير متطور سابق هذا يعني ان هناك قاضيا قبله توصل الى هذا التفسير ، مما يعني ان إلزام القاضي باتباع التفسير المتطور لا يمنعه من خلقه ، إذ انه اذا لم يجد تفسيرا متطورا سابق فانه بالنتيجة كان ملزما باتباع منهج التفسير المتطور [٤] .

ونجد انه من المناسب الإشارة الى انه كان على المشرع النص على اتباع التفسير المتطور في متن القانون المدني وليس فقط في قانون الاثبات ؛ لان التفسير المتطور هو من مسائل القانون الموضوعي وليس

---

(١) الدكتور احمد شوقي ، مرجع سابق ، ص ٢٧٠ – ٢٧٣ .
(٢) إذ نصت هذه المادة على (الزام القاضي باتباع التفسير المتطور للقانون ومراعاة الحكمة من التشريع عند تطبيقه) .
(٣) الدكتور هادي محمد عبد الله ، مرجع سابق ، ص ١٠٩ – ١١٠ .
(٤) حسن ضعيف حمود ، مرجع سابق ، ص ١٣ .

من مسائل قانون الاثبات ، إذ ان التفسير هو الكشف عن الحكم القانوني ، اما موضوع الاثبات هو الكشف عن الواقع ، والواقع يقدم من قبل الخصوم ولا يكون القاضي ملزما به ، اما القانون فمن المفترض ان يكون القاضي عالما به ولا يطلبه من الخصوم [١] .

واذا كان التفسير المتطور يجد أساسه القانوني الاول في قانون الاثبات ، فان هناك عددا من المواد في القانون المدني تؤسس الى فكرة التفسير المتطور ، من خلال توجيه القضاء الى التعمق في فهم النص القانوني والعمل به على وفق المصلحة المبتغاة منه ، ونجد ذلك واضحا من خلال قراءة المادة الخامسة من القانون المدني العراقي [٢] ، وتأكد لنا ذلك من سؤال عن كفاية النصوص القانونية في القانون المدني لإصدار الاحكام ، إذ كانت الإجابة بالنفي إذ استجدت الكثير من الوقائع والحالات التي لم يتطرق لها التقنين المدني ، مثل حالات الأفعال المضرة الحاصلة نتيجة خرق الخصوصية واستخدام وسائل التواصل الاجتماعي ، وغيرها من المواضيع التي تطلبت تدخلا تشريعيا مثل قانون الاستثمار وقانون التوقيع الالكتروني وغيرها ، إذ ان هناك قاعدة عامة مفادها ان التشريع محدود ومتناهي والحالات والوقائع غير متناهية ، لذا فانه وحالة النقص تلجأ المحكمة الى التفسير المتطور للقانون لمعالجة القضايا المستجدة ، كما ان هناك مبدأً عاما وهو (لا ينكر تغير الاحكام بتغير الازمان) ، وهذا المبدأ هو صريح ما جاءت به المادة الخامسة من القانون المدني [٣] .

ثالثا : القواعد العامة في القانون المدني .

إن للقواعد العامة دورا مهما في حل مختلف القضايا عند عدم وجود نص خاص بشأنها ، اذ تلجأ المحاكم في الكثير من المرات للاستعانة بالقواعد العامة للقانون لتقرير حكم قانوني على حالة واقعية ، اذ ان هناك الكثير من القواعد التي يفرضها المنطق القانوني والعلمي للأشياء بدون ان تكون مدونة ، فهناك مبادئ تكون جزءا من النظام القانوني وان لم يُنص عليها صراحة ، وقد يشكل المبدأ العام قاعدة قانونية قائمة او يكون مشتقا من قواعد قانونية عدة تكوّن في مجموعها المبدأ القانوني [٤] .

---

(١) حسن ضعيف حمود ، مرجع سابق ، ص ١٢ – ١٣ .

(٢) اذ تنص هذه المادة على (لا ينكر تغير الاحكام بتغير الازمان) .

(٣) مقابلة مع قاضي محكمة بداءة كربلاء ، السيد حسين إبراهيم الناطور ، تاريخ المقابلة في ٢٠٢٣/٧/٩ ، حيث أشار الى نص المادة الخامسة من القانون المدني .

(٤) الدكتور مصطفى العوجي ، مرجع سابق ، ص ٨١ – ٨٣ .

وتختلف القواعد العامة في القانون عن المبادئ العامة للقانون ، اذ ان الأخيرة هي مبادئ مستقرة في ضمير الجماعة ولا تكون مكتوبة عادة ، يلجا اليها القاضي لتسبيب حكمه عندما لا يجد نصا ينطبق على القضية المعروضة امامه ، فيعطي بذلك قوة الالزام للمبدأ القانوني وعلى الجميع احترامه ، اما اذا تبناها المشرع في قاعدة قانونية فإنها تُعد من القواعد العامة ، ومن خلال تبني المشرع لبعض المبادئ القانونية ، يستطيع التقليل من اللجوء الى النصوص القانونية بشأن الأمور التفصيلية إذ يتفادى تضخم التشريع [١] .

وهنالك كثير من القواعد العامة في القانون المدني منها ما جاء بتقرير المسؤولية التقصيرية [٢] إذ ينص المشرع على حالات وشروط هذه المسؤولية وكيف تقع ومن يتحملها وغيرها من الأمور ، وتكون بمثابة مرجع عام لهذا العنوان ، وكذلك الحال بالنسبة للمواضيع الأخرى التي تناولها القانون المدني ، أيضا يصار الى تطبيق القواعد العامة في القانون المدني عند عدم النص عليها في القوانين الخاصة ، او خلو القانون الخاص من قاعدة معينة او قصوره عنها ، اذ ان القانون المدني يعد المرجع لجميع القوانين الخاصة واساسها ، وتفرعت منه العديد من القوانين كالقانون التجاري وقانون العمل وغيرها [٣] .

ومصداقا لهذا الكلام فقد جاء في المادة الرابعة من قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ ، ان القانون المدني يكون مرجعا لكل ما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون [٤] ، اذ انه ووفقا لقانون التجارة فان مصادر القانون التجاري تتدرج حسب قوتها القانونية لذا فان التشريع التجاري يأتي بالمرتبة الأولى ، سواء اكانت القاعدة القانونية آمرة ام مفسرة ، ومن ثم تأتي قواعد القانون المدني وهي ما تسمى بالقواعد العامة [٥] .

---

[١]) الدكتور عبد الكريم صالح عبد الكريم والدكتور عبد الله فاضل حامد ، تضخم القواعد القانونية – التشريعية ، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية ، العدد ٢٣ ، ٢٠١٤ ، ص ١٦٤ – ١٦٥ .

[٢]) اذ نظم المشرع العراقي احكام هذه المسؤولية بموجب المواد (١٨٦ – ٢٣٣) ينظر الدكتور تحسين حمد سمايل ، التفاقم السلبي في نصوص القانون المدني العراقي وآليات علاجه ، بحث منشور في مجلة القانون والعلوم السياسية ، ضمن وقائع المؤتمر الدولي الثالث للقضايا القانونية ، أربيل ، ٢٠١٨ ، ص ٢٤١ .

[٣]) الدكتور رمضان محمد أبو السعود والدكتور محمد حسين منصور ، مرجع سابق ، ص ٧١ .

[٤]) نصت هذه المادة على (١- يسري هذا القانون على النشاط الاقتصادي للقطاع الاشتراكي والمختلط والخاص . ٢- يسري القانون المدني على جميع المسائل التي لم يرد بشأنها حكم خاص في هذا القانون او أي قانون خاص اخر) .

[٥]) الدكتور باسم محمد صالح ، القانون التجاري ، بدون طبعة ، القسم الأول ، شركة العاتك لصناعة الكتاب ، بيروت ، بدون سنة طبع ، ص ٢٢ – ٢٤ .

أيضا فان قانون العمل رقم (٣٧) لسنة ٢٠١٥ هو قانون خاص ، وكل ما لم يرد بشأنه حكم فيه يمكن الرجوع به الى القواعد العامة في القانون المدني ، إذ لم ينص قانون العمل النافذ على الغاء المواد المتعلقة بالعامل وعقد العمل في القانون المدني ، كما فعل قانون الاثبات [١] ومن ثم فان المواد التي تختص وتنظم عقد العمل تبقى سارية المفعول ، ومن ثم فان هذه المواد يتم الرجوع اليها كل ما دعت الحاجة لذلك [٢] ، وهذا ما يعطي نصوص القانون المدني الاستمرارية والديمومة .

وفي قرار لمحكمة التمييز الاتحادية الهيأة المدنية الموسعة ، قضت المحكمة بموجب القواعد العامة في القانون المدني واسست حكمها عليها ، ضمن نطاق احكام المسؤولية التقصيرية ، وجاء القرار بهدف تحقيق العدالة وذلك بالحكم بمشروعية التعويض عن العمل غير المشروع ، رغم تفسير محكمة البداءة والحكم بعدم استحقاق التعويض للشخص الأجنبي استنادا الى الفقرة أولا من المادة رقم (٢) [٣] من قانون هيأة دعاوى الملكية رقم (١٣) لسنة ٢٠١٠ ، والتي يتم التعويض بموجبها فقط للمواطن و(المواطن) من يحمل الجنسية العراقية ، ومن ثم استحق المدعي التعويض استنادا الى احكام المسؤولية التقصيرية وفقا للقواعد العامة ، وليس استنـــــادا الى قانون هيــأة دعاوى الملكيــة [٤] .

وبذلك فان القواعد العامة بوصفها وسيلة من وسائل ديمومة النص القانوني ، كان لها دور كبير في إرساء الحقوق وتحقيق العدالة ، من خلال لجوء المحكمة اليها في تقرير مصلحة جديرة بالاعتبار .

رابعا : الافتراض القانوني .

الافتراض القانوني يعني (تصور ذهني يقوم على افتراض مخالف للحقيقة) [٥] ، ويراد بذلك (إعطاء وضع من الأوضاع حكما يخالف الحقيقة توصلا الى ترتيب اثر قانوني معين عليه ما كان ليترتب لولا هذه المخالفة وبذلك تبدو طريقة الحيل او الافتراض تغييرا للواقع وتعكس صورة غير حقيقية له من اجل تغليب

---

(١) يذكر انه بصدور قانون الاثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ ، فقد أُلغيَ بموجبه المادة (١٣) من القانون المدني والباب السادس منه ، المتضمن المواد (٤٤٤ – ٥٠٥) وذلك بموجب الفقرة أولا من المادة (١٤٧) من القانون .

(٢) إذ نظم المشرع موضوع عقد العمل واركانه والتزامات طرفيه وكيفية انتهائه ، وذلك بموجب المواد (٩٠٠ – ٩٢٥) من القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل ، وتعد هذه المواد قواعدا عامة بالنسبة لقانون العمل النافذ .

(٣) إذ نصت هذه المادة على (يهدف هذا القانون الى ما يأتي :
أولا : ضمان حقوق المواطنين الذين انتزعت عقاراتهم خلافا للقانون . ثانيا : الحفاظ على المال العام ومعالجة عدم التوازن بين مصالح المواطنين ومصلحة الدولة) .

(٤) قرارها المرقم ٣٦٨/الهيأة المدنية الموسعة/٢٠١٥ في ٢٠١٥/١١/١٦ ، قرار غير منشور .

(٥) الدكتور احمد شوقي ، المرجع السابق ، ص ١٩٥ .

الحكم الذي يبتغي المشرع اقراره وترجيحه) [١] ، وقد عرف البعض الافتراض [٢] على انه (خلق حالة قانونية مستنبطة من النص القانوني وجعلها تنطبق على واقعة مادية معروضة امام القضاء لم ينطبق عليها النص القانوني من قبل لتحقيق العدالة بين الأطراف) ، وبذلك فان المشرع قد يلجأ الى الحيلة القانونية ويؤسس حكمه على افتراض مخالف للواقع من اجل تحقيق منفعة اجتماعية او عدالة لا يمكن تحقيقهما الا من خلال هذا الافتراض المخالف للحقيقية [٣] .

وتختلف الحيلة القانونية عن القرينة القانونية من جهة ان الافتراض الذي تبنى عليه الحيلة القانونية دائما ما يخالف الحقيقة ، فلا يمكن للحقيقة ان تلتقي بالخيال في اطار الحيلة القانونية ، فيكون التصور هنا مخالفا للواقع دائما ، بينما تقوم القرينة القانونية على احتمال يمكن ترجيحه لإمكان حصوله في غالب الأمور ، ومن ثم فان الافتراض الذي تتضمنه القرينة القانونية ممكن ان يكون متفقا مع الواقع في أحيان كثيرة ، وان الاختلاف بينهما يكون محدودا [٤] .

والامثلة على الافتراض القانوني كثيرة منها الشخصية المعنوية [٥] ، التي حُددت بموجب المادة (٤٧) مدني عراقي ونظمت احكامها المواد (٤٨ – ٤٩) من القانون المدني [٦] ، والعقار بالتخصيص الذي يكون له مغزى ومنفعة في عدّ بعض المنقولات ومعاملتها معاملة العقار وذلك من اجل استمرار الانتفاع بالعقار ،

---

(١) الدكتور رافد خلف هاشم والدكتور عثمان سلمان غيلان ، مرجع سابق ، ص ٤٠ – ٤١ .

(٢) استاذنا الدكتور جمال عبد كاظم الحاج ياسين والدكتور علي شمران حميد الشمري ، وسائل تطور النصوص القانونية ، بحث منشور في مجلة اهل البيت (ع) / كلية القانون ، ٢٠١٨ ، العدد ٢٢ ، ص ٢٠٨ .

(٣) الدكتور همام محمد محمود ، مرجع سابق ، ص ١٧٣ .

(٤) الدكتور احمد شوقي ، مرجع سابق ، ص ١٩٥ .

(٥) الدكتور ياسر باسم ذنون ، الافتراض القانوني ودوره في تطوير القانون ، بحث منشور في مجلة تكريت للعلوم الإنسانية العدد ١ ، المجلد ١٢ ، ٢٠٠٥ ، ص ١٣٣ .

(٦) اذ نصت المادة (٤٧) على (الأشخاص المعنوية هي : أ – الدولة . ب – الإدارات والمنشآت العامة التي يمنحها القانون شخصية معنوية مستقلة عن شخصية الدولة بالشروط التي يحددها . ج – الالوية والبلديات والقرى التي يمنحها القانون شخصية معنوية بالشروط التي يحددها . د – الطوائف الدينية التي يمنحها القانون شخصية معنوية بالشروط التي يحددها . ه – الأوقاف . و – الشركات التجارية والمدنية الا ما استثني منها بنص في القانون . ز – الجمعيات المؤسسة وفقا للأحكام المقررة في القانون . ح – كل مجموعة من الأشخاص او الأموال يمنحها القانون شخصية معنوية) .

وقد اشار المشرع العراقي الى العقار بالتخصيص بموجب المادة (٦٣) مدني [١] ، وأيضا أشار المشرع المصري الى العقار بالتخصيص وقبلهم المشرع الفرنسي في قانونه المدني لعام ١٨٠٤ [٢].

لم يتفق الفقه على تقسيم واحد للافتراض القانوني ، بل اختلفوا في ذلك تبعا للزاوية التي ينظر اليه من خلالها [٣] ، فقد تم تقسيم الافتراض على اقسام عدة لما له من وظائف متعددة ، فهو من جهة وظيفته يقسم على افتراض تاريخي وافتراض علمي ، ومن جهة طبيعته يقسم على افتراض تصوري وافتراض قياسي ، اما من جهة دوره في القاعدة القانونية فيقسم على افتراض منشئ للقواعد القانونية ، وافتراض موسع من نطاق عمل القاعدة القانونية ، وأخيرا افتراض معنون للقاعدة القانونية [٤] .

ان ما يهمنا في موضوع بحثنا (ديمومة النص القانوني) هو التقسيم الثالث للافتراض ، أي تقسيمه من جهة دوره في صياغة وبناء القواعد القانونية ، لذا سنركز البحث على هذا التقسيم وكما يلي :-

١- الافتراض المنشئ للمراكز القانونية .

اذ ان هناك قواعد قانونية قائمة على مخالفة الواقع ، إذ تنطوي على الافتراض في مضمونها ، مثال ذلك تصحيح نسب الابن غير الشرعي ، بافتراض وجود العلاقة الشرعية بين الاب والام السابقة على ولادة الابن ، إذ يجعل الافتراض الابن غير الشرعي شرعيا [٥] ، والموت المدني أي افتراض موت المفقود لمدة زمنية معينة وذلك لاهتمامات معقولة ، لكي لا تبقى الزوجة معلقة ويبقى مصير أموال المفقود مجهولا إذ يوزع على

---

(١) إذ نصت هذه المادة على (يعتبر عقارا بالتخصيص المنقول الذي يضعه مالكه في عقار مملوك له رصدا على خدمة هذا العقار او استغلاله) .

(٢) إذ اشار المشرع المصري الى العقار بالتخصيص بموجب المادة (٨٢/ف٢) ، بقوله (ومع ذلك يعتبر عقارا بالتخصيص ، المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه ، رصدا على خدمة هذا العقار او استغلاله) ، اما المشرع الفرنسي فقد أشار الى ذلك بموجب المادة (٥٢٤) من القانون المدني الفرنسي ، بقوله (ان الحيوانات والاشياء التي وضعها مال فيها لخدمة واستغلال هذه الأرض هي عقارات بالتخصيص ...) ، ينظر ايناس مكي عبد نصار ، الافتراض القانوني (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي) ، أطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة كربلاء ، ٢٠٢٢ ، ص ٢٥٤ وهامشها .

(٣) الدكتور أبو زيد عبد الباقي مصطفى ، الافتراض ودوره في تطور القانون (دراسة نظرية وتطبيقية لفكرة الافتراض القانوني) ، ط ١ ، مطبعة دار التأليف ، بدون مكان طبع ، ١٩٨٠ ، ص ٣٣ .

(٤) ايناس مكي عبد نصار ، مرجع سابق ، ص ١٢٠ .

(٥) ينظر استاذنا الدكتور جمال عبد كاظم الحاج ياسين والدكتور علي شمران حميد الشمري ، مرجع سابق ، ص ٢١١ .

الورثة للاستفادة منه ، والحلول الشخصي أي حلول شخص آخر محل الدائن في مواجهة المدين بعد سداده الدين عن هذا المدين ، إذ يسهم هذا النوع من الافتراض في إقـــامة وبنـاء النظـــام القانوني [١] .

٢- الافتراض الموسع من نطاق القاعدة القانونية .

يؤدي هذا النوع من الافتراض دورا في توسيع نطاق القواعد القانونية القائمة ، ولا ينشئ قواعد قانونية جديدة بل يدخل حالات جديدة في حكم القاعدة القانونية ، ومثال ذلك العقار بالتخصيص فهو يدخل بعض المنقولات في حكم العقار ، دون الحاجة الى انشاء قواعد قانونية جديدة لتنظم هذا الموضوع ، فيكون دور الافتراض في هذه الحالة هو إيجاد حلول جديدة من خلال نفس القواعد القانونية ، ومن هنا فان الافتراض يقوم بتعديلات على فرض القاعدة القانونية لتشمل وقائع جديدة ، إذ يؤدي استخدامه الى تقليل الحاجة الى صياغة قواعد قانونية جديدة ، ومن ثم الاسهام في ديمومة النص القانوني القائم [٢] .

٣- الافتراض القانوني معنون ومبرر لوجود القاعدة القانونية .

وهنا لا يكون للافتراض دور في انشاء القاعدة القانونية او توسيع نطاقها ، وانما فقط يقتصر دوره على شرح وتبرير وجود القاعدة القانونية ، وغالبا ما يكون هذا النوع من الافتراض من صناعة الفقهاء لتبرير وضع معين لا يوجد له مبررا في الواقع ، مثل دية الجنين التي تستند على افتراض وجوده حيا لتنتقل تركته الى الورثة ، إذ يقوم هذا الافتراض على مخالفة الواقع لإيجاد حل ومبرر لهذه المخالفة [٣] .

ولكن ومع كل ذلك فلا ينبغي للمشرع التوسع في اللجوء الى الحيلة القانونية في الصياغة القانونية ، وذلك لما تنطوي عليه من مخالفة الحقيقة وتضييق استخدامها في الحالات الضرورية التي يتعذر بلوغها الا عن طريقها ، كما يتعين الالتزام بالتفسير الضيق في نطاق الحيلة القانونية لكي لا ينحرف التشريع عن الغاية المبتغاة منه [٤] .

---

(١) الدكتور أبو زيد عبد الباقي مصطفى ، مرجع سابق ، ص ٤٣ .
(٢) الدكتور ياسر باسم ذنون ، مرجع سابق ، ص ١٣٣ .
(٣) ايناس مكي عبد نصار ، مرجع سابق ، ص ١٢٩ .
(٤) الدكتور احمد شوقي ، مرجع سابق ، ص ١٩٦ .

الفرع الثاني

تمييز الديمومة عما يُشتبه بها من أوضاع قانونية

قد يُشتبه مصطلح ديمومة النص القانوني مع غيره من المصطلحات القانونية ويتداخل معها في المفهوم والموضوع والشروط والخصائص وما الى ذلك ، لذا سنعمد في هذا الفرع الى تمييز الديمومة عن شرط الثبات التشريعي ، في الفقرة الأولى وفي الفقرة الثانية سنميز الديمومة عن مبدأ الامن القانوني وكما يلي :-

أولا :- تمييز ديمومة النص القانوني عن شرط الثبات التشريعي .

يوجد في الحقيقة تعريفات عدة لشرط الثبات التشريعي على مستوى الفقه القانوني ، وكل تعريف قد يختلف على باقي التعريفات بحسب الرؤية والتكييف لطبيعة هذا الشرط ، فقد تم تعريفه على انه (تعهد الدولة المتعاقدة مع المستثمر في حالة عقود الدولة ، او الدولة المضيفة للاستثمار عامة ؛ بتثبيت واستقرار النظام القانوني للاستثمار او محل عقد الاستثمار) [1] ، وعُرّفَ أيضا بانه (شروط عقدية في عقود خاصة ومحددة ما بين المستثمر والدول المضيفة ، عنوانها تغيير القانون في الدولة المضيفة خلال مدة المشروع وحياته) [2] ، وهناك تعريف آخر لشرط الثبات التشريعي على انه (وسيلة ضمان ترد في عقود الاستثمار المنعقدة بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة بهدف حماية المستثمر من التدخلات التشريعية التي قد تؤدي إلى الإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد وذلك سواء وردت تلك الشروط في بنود العقد أو في القوانين الوطنية ، أو حتى في الاتفاقيات الدولية) [3] ، ولا يسع المجال هنا لذكر باقي التعريفات التي قيلت لتعريف هذا الشرط ، اذ سنكتفي بهذه التعريفات التي اوردناها والتي نتوصل من خلالها الى تصور كامل لحقيقية هذا الشرط ، حيث عدّه البعض على انه شرط وعدّه البعض الآخر على انه تعهد من جانب الدولة وأخيرا فقد عدّه البعض على انه وسيلة وذلك تبعا للزاوية التي يُنظر اليه من خلالها كما اسلفنا .

---

(1) الدكتور عبد اللطيف والي وطالب الدكتوراه طه عبد الرزاق رحموني ، شرط الثبات التشريعي كضمانة في عقود الاستثمار ، بحث منشور في المجلة الجزائرية لقانون الاعمال ، العدد الثاني ، ٢٠٢٠ ، ص ١٤١ .

(2) الدكتور إسماعيل نامق ، شرط الثبات التشريعي والقانون الأفضل للمستثمر ودورهما في جلب الاستثمار ، دراسة تحليلية مقارنة ، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية ، ملحق خاص بالمؤتمر السنوي الدولي السابع لكلية القانون الكويتية العالمية ، التنظيم القانوني لتطوير الاستثمار ، السنة ٨ ، العدد ٨ ، ٢٠٢٠ ، ص ٢٤٥ .

(3) الدكتورة روزان عبد القادر دزه يى والدكتور محمد اشرف شيخو ، شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة قه لاى زانست العلمية تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية ، المجلد ٦ ، العدد ٢ ، أربيل ، ٢٠٢١ ، ص ٤٢٧ .

اما بالنسبة لديمومة النص القانوني فلم نجد لها تعريفا كما اسلفنا ، ولكننا قمنا باستخلاص تعريف لها من خلال فحص واستقراء معانيها ومظاهرها [١] .

لذا فان شرط الثبات التشريعي يتشابه مع ديمومة النص القانوني من جهة :-

١- إنّ الهدف الأساس لشرط الثبات التشريعي هو توفير الامان والاستقرار القانوني للمستثمر من اية تعديلات قد تطرأ على القوانين التي تم التعاقد بموجبها وفي وقتها من التعديل والتغيير وحماية توقعات المستثمر من عدم اختلال التوازن الاقتصادي للعقد الاستثماري مما قد يؤدي الى خسارته [٢] ، بالإضافة تشجيع الاستثمارات في البلد المضيّف للاستثمار واستقطاب المستثمرين بما يمثله هذا الشرط من ضمان لاستثماراتهم [٣] ، وأيضا فان ديمومة النص القانوني تهدف الى توفير الأمان والاستقرار القانوني سواء للمستثمرين بشكل خاص ام الافراد بشكل عام مما يشجع على التعامل وفق احكام القانون دونما خوف من التغيير المفاجئ للنصوص القانونية المرعية .
٢- كما يتشابه شرط الثبات التشريعي مع ديمومة النص القانوني من جهة هو من صميم عمل المشرع الوطني الذي يبتغي من وراء ادراج شرط الثبات التشريعي في النصوص القانونية الداخلية ؛ الى جلب الاستثمارات الأجنبية وتحقيق التنمية المستدامة [٤] ، وكذلك الامر في ديمومة النص القانوني ، فان من صميم عمل المشرع في أي قانون يصدره ان يراعي ويتوخى الدقة في صياغته للنصوص القانونية من جهة اللغة والمضمون ؛ كيما يحقق الغاية المبتغاة من التشريع في خلق الاستقرار القانوني والنظام القانوني بشكل عام .
٣- وقد جاء في مضمون التعاريف لشرط الثبات التشريعي بانه (وسيلة ضمان) توفرها الدول المضيفة للاستثمار بهدف تأمين الحماية اللازمة والاطمئنان الكافيين للمستثمرين لجذبهم للاستثمار فيها ، كونهم سيكونون بمنأى عن التغييرات التي من الممكن ان تحصل في قوانين الدولة اثناء حياة المشروع

([١]) راجع صفحة رقم (١٨) من هذه الرسالة .
([٢]) الدكتور عبد اللطيف والي وطالب الدكتوراه طه عبد الرزاق رحموني ، مرجع سابق ، ص ١٤٣ – ١٤٤ .
([٣]) اميرة المرضي عوض ، النظام القانوني لشرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار الأجنبي ، بحث منشور في المجلة العربية للبحوث في القانون والاقتصاد ، كلية القانون جامعة الكويت ، المجلد الأول ، العدد الأول ، ٢٠٢٠ ، ص ٧ .
([٤]) الدكتورة كسال سامية زايدي ، دور شرط الثبات التشريعي المدرج في عقود الاستثمارات في حماية المستثمر الأجنبي ، بحث منشور في مجلة الحقوق والحريات ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة ، الجزائر ، ضمن فعاليات الملتقى الدولي السادس عشر حول الضمانات القانونية للاستثمار في الدول المغاربية ، العدد الثالث ، ٢٠١٦ ، ص ١٨٠ .

الاستثماري والذي غالبا ما تكون مدة حياته طويلة نسبيا ، ومن ثم قد تكون هذه التغييرات في القوانين مؤثرة على مصالح المستثمر ومركزه المالي [١] ، ولا يختلف هذا المعنى في ديمومة النص القانوني ، اذ تعد (الديمومة) أيضا وسيلة ضمان واجب على الدولة توفيرها في تشريعاتها وقوانينها لضمان انسيابية الحياة والعمل اليومي للأفراد ولمنع تعارض وتصادم الحقوق فيما بينهم .

اما أوجه الاختلاف فيما بين شرط الثبات التشريعي وديمومة النص القانوني فتتلخص فيما يلي :-

١- من خلال قراءة التعاريف التي اوردناها في بداية هذا الفرع يتبين لنا ان هذا الشرط ما هو (الا تعهد من قبل الدولة) لضمان حقوق المستثمر وخاصة المستثمر الأجنبي ، بان لا تُلغي او تعدل القانون الواجب التطبيق على العقد الاستثماري بما يحقق ضررا لهذا المستثمر ، واذا حدث أي تعديل او تغيير للقانون فلا يجب ان يمس ذلك الضمانات والاعفاءات التي منحت للمستثمر بموجب القانون القديم [٢] ، وبهذا يختلف شرط الثبات التشريعي عن ديمومة النص القانوني كونها ضرورة قانونية مهمة تضطلع بها الدولة لحفظ الامن والنظام وبمختلف المجالات سواءً الاقتصادية ام السياسية والاجتماعية والعلاقات الشخصية ، وهي لا تتعلق بمستوى معين من القواعد القانونية اذ يجب ان تكون كل القواعد القانونية ذات ديمومة من القواعد الدستورية وقواعد القانون العادي والقواعد الأدنى منها ، فالديمومة ليست تعهدا من جانب الدولة لشخص او جهة ما وانما هي واجب مفترض على الدولة ان تؤديه لضمان جودة وعدالة تشريعاتها تجاه الافراد بواسطة مؤسساتها القانونية والدستورية .

٢- ويختلف شرط الثبات التشريعي عن ديمومة النص القانوني من جهة المصدر ، فان شرط الثبات التشريعي قد يرد في النصوص التشريعية او ضمن نصوص العقود الاستثمارية او قد يرد من خلال الاتفاقيات الدولية [٣] ، اما مصدر ديمومة النص القانوني ترد في النصوص التشريعية فقط ، فهي متأتية من النصوص القانونية وهي تتصف بها ؛ بما تحمله هذه النصوص من قواعد قانونية سواء اكانت آمرة ام مفسرة كونها قواعد عامة مجردة تسري على الكافة [٤] ، يصوغها المشرع بلغة

---

(١) الدكتورة روزان عبد القادر دزه يى والدكتور محمد اشرف شيخو ، مرجع سابق ، ص ٤٢٧ .
(٢) الدكتور إسماعيل نامق ، مرجع سابق ، ص ٣٤٧ .
(٣) الدكتورة روزان عبد القادر دزه يى والدكتور محمد اشرف شيخو ، مرجع سابق ، ص ٤٢٧ – ٤٣١ .
(٤) الدكتور احمد شوقي محمد ، مرجع سابق ، ص ٧ – ٨ .

قانونية تتميز بالعناية والدقة والبساطة بنفس الوقت [1] قاصدا تنظيم حالة معينة تستدعيها الضرورة والحالات التي يُتصور حصولها في المستقبل .

٣- وأخيرا يختلف شرط الثبات التشريعي عن ديمومة النص القانوني من جهة ان (مفهوم الثبات التشريعي) يرتبط بفكرة الصرامة والصلابة وعدم المرونة ؛ لذا فان هذه الفكرة غير محببة في التعامل ولها معنى الازدراء ، في حين ان فكرة الديمومة للنص القانوني تدعو الحاجة اليها من خلال ارتباطها بفكرة استقرار المعاملات ، كونها تأتي من خلال الدقة في صياغة النص ومراعاة الجانب الموضوعي في تطبيق القانون والحاجة الفعلية للتشريع على ارض الواقع ، وان ديمومة النص القانوني تضمن استمرار الأوضاع القانونية بشكل يتناسب مع وضع المجتمع وخصوصيته [2] .

ثانيا : تمييز ديمومة النص القانوني عن مبدأ (الامن القانوني) .

يعد مبدأ الامن القانوني من المبادئ الحديثة نسبيا ، ظهر مع تبلور فكرة الدولة الحديثة ودولة المؤسسات وسيادة القانون ، وهناك عدة تعريفات لهذا المبدأ او المصطلح منها ما عُرّفَ على انه (بأنه التزام السلطات العامة بتحقيق قدر من الثبات النسبي للعلاقات القانونية ، وحد أدنى من الاستقرار للمراكز القانونية المختلفة ؛ بهدف إشاعة الأمن والطمأنينة بين أطراف العلاقات القانونية من أشخاص قانونية عامة وخاصة ، إذ تتمكن هذه الأشخاص من التصرف باطمئنان على هدى من القواعد والأنظمة القانونية القائمة وقت قيامها بأعمالها ، وترتيب أوضاعها على ضوء منها دون التعرض لمفاجآت أو تصرفات مباغته صادرة عن السلطات العامة يكون من شأنها زعزعة هذه الطمأنينة أو العصف بهذا الاستقرار) [3] ، وعُرّف أيضا على انه (وجود نوع من الثبات النسبي للعلاقات القانونية وحدّاً ادنى من الاستقرار للمراكز القانونية لغرض إشاعة الامن والطمأنينة بين اطراف العلاقات القانونية بغض النظر عما اذا كانت اشخاص قانونية ام عامة ، إذ تستطيع هذه الأشخاص ترتيب أوضاعها وفقا للقواعد القانونية القائمة وقت مباشرتها لأعمالها دون ان تتعرض لمفاجآت او اعمال لم تكن بالحسبان صادرة عن احدى سلطات الدولة الثلاث ، ويكون من شأنها هد ركن الاستقرار او زعزعة

---

(١) الدكتور بن حفاف سماعيل ، مرجع سابق ، ص ١١٠ – ١١١ .

(٢) سيف الدين احميطوش ، اليات تعزيز الجودة التشريعية ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسي ، جامعة محمد الخامس ، الرباط ، ٢٠١٨ ، ص ٢٢ – ٢٣ .

(٣) الدكتورة هانم احمد محمود ، ضمانات تحقق الامن القانوني ودور المحكمة الدستورية العليا في كفالته دراسة مقارنة ، مقالة منشورة في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية الصادرة عن جامعة المنوفية ، القاهرة ، الجزء الأول ، مجلد ٥٢ ، عدد ٢ ، ص ١٣ .

روح الثقة والاطمئنان بالدولة وقوانينها) [١] ، كما يُعرف على انه (قيد موضوعي عام على كل سلطات الدولة وبخاصة السلطة التشريعية ؛ بموجبه تلتزم الدولة بتوفير أكبر قدر ممكن من الثبات النسبي للقواعد القانونية ؛ وذلك لفرض اطمئنان الأفراد والمؤسسات إلى استمرار علاقاتهم القانونية وفقا لتلك القواعد ؛ وعدم إمكانية مفاجأتهم بقواعد قانونية جديدة تُغير ترتيبهم لأوضاعهم وفق ذلك) [٢] ، وأخيرا عُرّفَ على انه (مبدأ يقتضي ان يكون المواطنون ، دون عناء كبير ، في مستوى تحديد ما هو مباح وما هو ممنوع من طرف القانون المطبق وللوصول الى هذه النتيجة ، يتعين ان تكون القواعد المقررة واضحة ، ومفهومة ، والا تخضع في الزمان الى تغييرات متكررة او غير متوقعة) [٣] .

وكما سبق القول باننا لم نجد تعريفا لديمومة النص القانوني لكن الباحث استخلص تعريفا سبق وان اشرنا اليه [٤] ، وسوف لن ندرجه هنا منعا للزيادة والتكرار .

ويتبين لنا من خلال التعاريف التي اوردناها انه قد يحصل تشابه والتباس في المصطلحات فيما بين ديمومة النص القانوني ومبدأ الامن القانوني ، إذ يتفقان فيما بينهما في ما يلي :-

١- إذ يتحدان في الغاية التي من اجلها وجدا وهي تحقيق الاستقرار القانوني والثبات النسبي للمراكز القانونية وعدم تعديل القوانين بصورة مفاجئة ومستعجلة واحترام التوقعات المشروعة للأفراد [٥] ، اذ ان من ضمانات مبدأ الامن القانوني انه يعمل على تحقيق المساواة بين الافراد امام القانون ويقف حائلا امام أي عمل يخالف القانون ويميز بين الافراد او المراكز القانونية على أساس غير قانوني ، والمقصود بالمساواة هنا هي المساواة القانونية وليست المساواة الحسابية ، أي ان تكون المعاملة موحدة على الجميع متى ما تشابهوا بالظروف [٦] ، كذلك الامر بالنسبة لديمومة النص القانوني فان من خصائص القاعدة القانونية هي العمومية والتجريد أي انها قواعد تخلو من الصفات والشروط الخاصة ولا تطبق على شخص بذاته او واقعة محددة ، أي انها تسري على جميع المخاطبين بحكمها

---

(١) استاذنا الدكتور عامر زغير محيسن ، الموازنة بين فكرة الامن القانوني ومبدأ اثر رجعية الحكم بعدم الدستورية ، بحث منشور في مجلة مركز دراسات الكوفة ، العدد الثامن عشر ، ٢٠١٠ ، ص ٢٠٢ .
(٢) الدكتورة هانم احمد محمود ، مرجع السابق ، ص ١٥ .
(٣) الدكتور سعيد بن علي بن حسن المعمري والدكتور رضوان احمد الحاف ، مرجع سابق ، ص ١٦ .
(٤) لملاحظة التعريف يرجى مراجعة الصفحة رقم (١٨) من هذه الرسالة .
(٥) الدكتور احمد براك ، مرجع سابق .
(٦) الدكتورة هانم احمد محمود ، مرجع السابق ، ص ٢٢ - ٢٥ .

وتطبق عليهم متى ما تحققت الشروط العامة التي تتطلبها ، وبذلك فهي تؤدي الى تطبيق القانون على الجميع دون استثناء او تمييز بما يحقق المساواة والاستقرار القانوني [١] .

٢- كما تتشابه ديمومة النص القانوني مع مصطلح الامن القانوني في ان من متطلبات كليهما هو الخضوع الى فكرة المشروعية [٢] وتدرج القواعد القانونية [٣] ، إذ ان من عناصر الامن القانوني هو تدرج التشريعات في الدولة وعدم التعارض والتناقض فيما بين هذه القواعد القانونية ، فاذا ما تعارضت القواعد القانونية فان القانون الاسمى هو الذي يسود ، أي انه في حالة وجود تشريع عادي يتعارض مع نص دستوري فانه يهمل وكذلك الامر بالنسبة للتعليمات واللوائح التنظيمية فلا يُعمل بها اذا ما خالفت نصا دستوريا او تشريعا عاديا اعمالا لمبدأ المشروعية ، ومن خلال العمل على وفق مبدأ تدرج القواعد القانونية تتحقق احدى عناصر الامن القانوني للأفراد [٤] ، اما بالنسبة لديمومة النص القانوني فأنها لا تخرج عن هذين المبدأين (المشروعية وتدرج القواعد القانونية ، اذ ان النصوص القانونية اذا ما أُريد لها الدوام والاستقرار والثبات يجب ان تكون خاضعة لهذين المبدأين والا لم يُكتب لها الدوام ، وتكون معرضة للإلغاء او عدم التنفيذ ، ومن ثم فان المشروعية وتدرج القواعد القانونية تُعدّان من العناصر المهمة التي تتطلبها ديمومة النص القانوني [٥] .

وعلى الرغم من كل أوجه التشابه هذه إلّا انه توجد فوارق جوهرية بينهما سنبينها تباعا وكما يلي :-

١- ان مبدأ (الامن القانوني) قد يرقى الى ان يكون مبدأ دستوريا ، فقد نصت دساتير بعض الدول [٦] على العديد من عناصره وان لم تأت على ذكر مصطلح (الامن القانوني) بشكل صريح ، ولكن تم ذكر عناصره ومن أهمها مبدأ الفصل بين السلطات ومبدأ المساواة امام القانون واحترام الحقوق والحريات ، وبذلك فان مبدأ الامن القانون يصبح واضحا جليّا وفق ما جاءت به الدساتير من أفكار

---

(١) الدكتور محمد حسن قاسم ، مرجع سابق ، ص ٤٢ – ٤٥ .
(٢) الدكتور محمد طه حسين الحسيني ، مرجع سابق ، ص ١٢٠ – ١٢١ .
(٣) الدكتور محمد طه حسين الحسيني ، مرجع سابق ، ص ١٢٣ – ١٢٦ .
(٤) الدكتور احمد شوقي محمد عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص ٨٣ – ٨٤ .
(٥) الدكتور همام محمد محمود ، مرجع سابق ، ص ٢٧٩ وما بعدها .
(٦) كالعراق ومصر وألمانيا والبرتغال ، وقد تضمن الدستور العراقي العديد من عناصر هذا المبدأ بموجب المواد (٢ ، ١٤ ، ١٥ ، ٢٠ ، ٤٦ ، ٤٧ ، ١٢٥ ، ١٢٦ .

ومبادئ تُرسِخُه وتُرسي دعائمه كمبدأ دستوري عام [١] ، اما ديمومة النص القانوني فهي التزام عام من جانب الدولة تجاه رعاياها ، وأيضا فهي (ديمومة النص القانوني) ضرورة قانونية تحتمها وظيفة الدولة من خلال تشريع القوانين وتحديد ما هو مباح وما هو محرم بالنسبة للأفراد وأيضا تحديد سلطات الدولة وصلاحيات هذه السلطات وإيجاد نوع من التناغم فيما بينها وعدم خلق التعارض والتصادم فيما بينها من اجل خلق حياة لائقة يسودها القانون والذي يجب ان يُصاغ بكل دقيق وعلمي وواضح من اجل ديمومة الحياة بشكل عام في المجتمع .

٢- كما ان مبدأ الامن القانوني في الحقيقية مبدأ عام تندرج تحت مفهومه كثير من المفاهيم والقيم القانونية [٢] ، فهو يتعلق بالحقوق والحريات بشكل عام وبدولة القانون وخضوع جميع سلطاتها التشريعية والتنفيذية والقضائية ومؤسساتها للقانون [٣] ، كما ان الامن القانوني قد يُعبر عنه بتعابير عدة تتلخص في مجموعها حول مبادئ محددة منها (واجب القاضي بالبت طبق القوانين المطبقة يوم تقديم الطلب ، عدم رجعية القواعد القانونية ، الاثار الملزمة لاتفاقات الأطراف ، التأويل في اضيق نطاق للنصوص الجزائية ، احترام آجال الطعون والتقادم ، احترام حجية الشيء المقضي به ، حماية مبدأ الثقة المشروعة) [٤] ، وأيضا مبدا المساواة امام القانون ، وسهولة الولوج الى القانون والى المحاكم [٥] ، أي ان الامن القانوني هو غاية القانون بشكل عام وتأمين النظام القانوني من الاختلالات بواسطة وسائل متعددة [٦] ، الا ان الديمومة تتعلق بالنص القانوني وجودته من الناحية الشكلية والموضوعية ، من جهة الاهتمام ببنية النص القانوني ووضع منهجية لضبط أسلوبه ولغته ، والحرص كل الحرص على تماسك الفكرة في التشريع بشكل عام وعدم تشتيت الرؤية [٧] ، مع اعتماد الدقة

---

(١) بلحمزى فهيمة ، الامن القانوني للحقوق والحريات الدستورية ، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عبد الحميد بن باديس ، مستغانم ، ٢٠١٨ ، ص ٤٩ – ٥٢ .

(٢) الدكتورة هانم احمد محمود ، مرجع سابق ، ص ١٢ .

(٣) بواب بن عامر وهنان علي ، مرجع سابق ، ص ٦٢ .

(٤) عبد المجيد غميجة ، مرجع سابق ، ص ٤ .

(٥) مفهوم الامن القانوني ومبادئه ، مقال متاح على الموقع الالكتروني https://universitylifestyle.net ، بدون اسم للكاتب ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٣/٦ ، وقت الزيارة ٤:٣٠ مساءا .

(٦) جعفر عبد السادة بهير ، مرجع سابق ، ص ٨ .

(٧) الدكتور رافد خلف هاشم البهادلي والدكتور عثمان سلمان غيلان العبودي ، مرجع سابق ، ص ٦١ – ٨٨ .

في مضمون النص القانوني ، ومن ثم فان متعلق ديمومة النص القانوني هو (النص التشريعي) الذي هو نتاج فكر المشرع بما يؤمن به من أفكار [١] تحدد الشكل العام للنظام القانوني في دولة ما .

٣- ويعد مبدأ الامن القانوني مفهوما عاما وان ديمومة النص القانوني تعد - بشكل او باخر - جزء من المبدأ العام وهو مبدأ (الامن القانوني) او هو انعكاس لتشريع جيد ، اذ ان الغاية الأساسية المبتغاة من جودة التشريع هي تحقيق الامن القانوني ، ومن المبادئ المكونة للأمن القانوني هي وضوح القاعدة القانونية وعدم تناقض النصوص القانونية [٢] ، وهذه المبادئ تُعد من عناصر ديمومة النص القانوني ؛ إذ ان الصياغة القانونية الجيدة تؤدي الى انتاج تشريعات تمتاز بالوضوح والدقة وعدم التناقض [٣] ، كما ان فعالية الامن القانوني تتحقق في حماية الافراد من اية اثار سلبية للتشريع الذي قد يشوبه قصور ويتطلب التعديل المتكرر ، لذا فان جودة التشريع تؤدي حتما الى الامن القانون الذي يعتبر سببا في تحقق الامن الاجتماعي والاقتصادي لان التشريع الجيد المبني على قواعد ومعايير محكمة في الصياغة يؤدي الى تكوين منظومة قانونية رصينة ، لذا فان من شأن هذا الارتباط الوثيق بين التشريع والصياغة الجيدة ان يحقق بالنتيجة الامن القانوني المنشود [٤] .

---

(١) الدكتور محمد حسن قاسم ، مرجع سابق ، ص ٦٩ .
(٢) منشورات مجلس النواب المغربي ، سلسلة الأوراق البحثية الموجزة العدد ٢٠٢٠/٠١ ، مرجع سابق ، ص ٢٥ .
(٣) الدكتور سعيد بن علي بن حسن المعمري والدكتور رضوان احمد الحاف ، مرجع سابق ، ص ٤٦ .
(٤) منشورات مجلس النواب المغربي ، سلسلة الأوراق البحثية الموجزة العدد ٢٠٢٠/٠١ ، مرجع سابق ، ص ٢٦ – ٢٧ .

الفصل الثاني

احكام ديمومة النص في القانوني المدني

الفصل الثاني

احكام ديمومة النص في القانوني المدني

تقسيم وتمهيد

يعد القانون المدني العراقي من اهم القوانين العراقية النافذة ، والذي يعود تاريخ إصداره ونفاذه الى الخمسينيات من القرن الماضي ، أي انه قانون تم العمل به ما يقرب على الستين عاما ولا يزال يُعمل به ، وبذلك فانه يعد من اقدم القوانين السارية المفعول لحد الان ، إذ تسري احكامه على الافراد المؤسسات وتقضي المحاكم بموجب مواده ، والقانون منذ إصداره والى الان لم تجر عليه تعديلات جوهرية ما خلا بعض التعديلات على بعض مواده .

وبلا شك فانه وخلال هذه المدة الطويلة نسبيا قياسا الى عمر الانسان قد حصلت كثير من التطورات والتغيرات التي فرضتها طبيعة الحياة البشرية ، ومن المعلوم ونتيجة لهذه التطورات فقد تطورت معها الاعمال القانونية والوقائع المادية ، والتي تحتاج الى نص قانوني يحكم تلك الحالات وينظمها واضعا علاجا قانونيا لها ، ومن ثم فان صمود القانون المدني طيلة هذه المدة يعد امرا إيجابيا ، ولكن هل ان هذا الصمود نابع من قوة وديمومة القانون المدني ، ام يرجع الى عدم قدرة المشرع على تعديله ، ام ان الامر راجع الى عدم وجود ما يستدعي ذلك التعديل .

لذا سنحاول ان نبحث في هذا الفصل احكام ديمومة النص في القانون المدني ، مستعرضين اهم التعديلات التي طالت هذا القانون خلال دورة حياته التي استمرت الى ما يقرب على السبعين عاما كما اسلفنا ، ومن اجل بيان الفكرة رأينا ان نقسم هذا الفصل على مبحثين ، نخصص الأول الى تطبيقات ديمومة النص في القانون المدني ، والمبحث الثاني نخصصه الى آثار ديمومة النص في القانون المدني .

المبحث الاول

تطبيقات الديمومة في نصوص القانون المدني

يعد القانون المدني العراقي قانونا واسعا فهو يضم (١٣٨٣) مادة ، موزعة على أبواب وفصول وفروع حسب المواضيع التي تعالجها هذه المواد ، وان مواضيع مواد القانون وصياغته قد تذبذبت بين القوة للبعض والضعف للبعض الآخر ولا تثريب على المشرع في بعض هفواته اذ ان القانون هو نتاج فكر وجهد انساني ولا يمكن للإنسان واعماله ان تصل الى درجة الكمال اذ ان الكمال المطلق لله (سبحانه وتعالى) ، ويمكن لنا بيان النصوص القانونية الجيدة وغير الجيدة منها عبر تتبع تطبيقات نصوص هذه المواد القانونية والوقوف مواطن الضعف والقوة لها ، لذا سنقوم بتحليل نصوص القانون المدني العراقي لمعرفة النصوص الجيدة من غير الجيدة مع المقارنة قدر الإمكان مع القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي مقسمين المبحث على مطلبين نخصص الأول لمكامن القوة في القانون المدني ، والمطلب الثاني نخصصه لمكامن الضعف في القانون وكما يلي : -

المطلب الأول

مكامن القوة في نصوص القانون المدني

تنبع القوة الذاتية لأي قانون من قوة الصياغة لمواده ، وبنفس الوقت من قوة روح وجوهر موضوع النص القانوني ، بعبارة أخرى قوة معالجة القانون لموضوع معين وإيجاد الحل المناسب لهذا الموضوع ، وكل ما كانت نصوص القانون الجيدة اكثر من النصوص التي يعتريها الضعف كان افضل ، واتسم القانون بالثبات والاستقرار والاستمرار الذي يجب ان يكون عليه ، لذا فأننا سنقسم هذا المطلب على فرعين إذ نخصص الأول لقوة موضوع النص في القانون المدني ، والفرع الثاني نخصصه لقوة الصياغة لنصوص القانون المدني وكما يلي :-

الفرع الأول

قوة الموضوع للنص القانوني

سبق وان بيّنا ان النص القانوني يتكون من شكل ومضمون ، المضمون يعني الموضوع الذي يعنى به النص القانوني والشكل عبارة عن الصياغة التشريعية التي يظهر بها مضمون النص الى العالم الخارجي ،

لذا وفي هذا الفرع سنحاول التعرف على مواد من القانون المدني العراقي تبرز فيها قوة الموضوع الذي تعالجه هذه المواد القانونية .

بدءا حسنا فعل المشرع العراقي بإيراده مبادئ عامة [١] أسست للعديد من القواعد القانونية ضمن مواد القانون المدنـــي العراقي ، والامثلة كثيرة منها ما جاءت به المواد (٢ ــ ٣ ــ ٥ ــ ١٥٦ ــ ١٥٧ ــ ١٦٦) [٢] وغيرها الكثير ، فوجود هذه المبادئ تلهم القاضي عند عدم وجود نص قانوني صريح يتطبق على الحالة التي هو بصدد الفصل فيها ، وبذلك يدوم عمر القانون بما تتضمنه هذه المبادئ من مرونة عالية تمكن القاضي من تطويع النص القانوني لإيجاد الحل المناسب .

تعد مصادر القانون المدني من اهم المواضيع التي تطرق اليها المشرع العراقي وعالجها في المادة الأولى منه ، إذ عدد المشرع هذه المصادر عبر تسلسل من الأعلى قيمة قانونية الى الأدنى قيمة قانونية ، وهذا التسلسل الذي وضعه المشرع يعد تسلسلا الزاميا للقاضي عند نظره للدعوى وإيجاد الحكم المناسب لها [٣] ، وبحسب الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني العراقي ، يتبين لنا بان مصادر القانون المدني الرسمية هي أربعة مرتبة حسب أهميتها ، ويأتي التشريع في مقدمتها ومن ثم العرف ومن ثم مبادئ الشريعة الإسلامية دون التقيد بمذهب معين وأخيرا قواعد العدالة [٤] ، والى جانب هذه المصادر الرسمية توجد مصادر

---

(١) يُعرف المبدأ القانوني على انه (فكرة عامة تصلح ان تكون أساسا لمجموعة من الحلول القانونية) ، إسماعيل نامق حسين ، نقلا عن الدكتور مالك دوهان الحسن ، المدخل لدراسة القانون ، مرجع سابق ، ص ٦٥ ، ويفرق البعض بين المبدأ والقاعدة القانونية ، إذ ان القاعدة القانونية تحتوي على حلول معينة تنطبق على العديد من الحالات ، اما المبدأ فانه يعتبر أساسا لهذه القواعد القانونية ، مثل مبدأ حسن النية ومبدأ عدم جواز الاثراء بلا سبب وغيرها ، ينظر الى علي حميد الشكري ، استقرار المعاملات المالية ، دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة كربلاء ، ٢٠١٤ ، ص ٧١ – ٧٢ .

(٢) اذ نصت هذه المواد على ما يلي :- مادة رقم ٢ (لا مساغ للاجتهاد في مورد النص) ، والمادة ٣ نصت على (ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه) ، والمادة ٥ نصت على (لا ينكر تغير الاحكام بتغير الازمان) ، والمادة ١٥٦ نصت على (تترك الحقيقة بدلالة العادة) ، والمادة ١٥٧ نصت على (لا عبرة للدلالة في مقابل التصريح) ، وأخيرا المادة ١٦٦ نصت على (يفسر الشك في مصلحة المدين) .

(٣) الدكتور عبد الباقي البكري والدكتور زهير البشير ، مرجع سابق ، ص ٨٣ .

(٤) نصت هذه الفقرة على (فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فاذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة) .

أخرى تفسيرية استرشادية وهي عبارة عن (احكام القضاء واراء الفقه القانوني) ، وذلك استنادا الى الفقرة ثالثا من نفس المادة [1] .

اما المشرع المصري فانه أيضا جعل هناك مصادر متعددة للقانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل ، وذلك بموجب المادة الأولى منه [2] ، الا انه (المشرع المصري) لم ينص على المصادر التفسيرية كما فعل المشرع العراقي ، ولم يُحسن في ذلك ؛ لان الفقه والقضاء لهما أهمية بالغة في تفسير القانون بالنسبة للفقه ، وتوحيد تطبيقه بالنسبة للقضاء ، ولقد اخذ المشرع بهذا الموقف متأثرا بالقانون الفرنسي الذي لا يعتبر الفقه والقضاء من المصادر الرسمية للقانون [3] ، وعلى الرغم من ذلك فإننا نجد هناك كثير من قرارات القضاء التي تسهم في تفسير القانون ، بالإضافة الى اراء الفقه الجديرة بالاحترام والتقدير والتي تسهم بشكل كبير في تدعيم الفكر القانوني وانضاجه .

ومن المواضيع التي احسن المشرع العراقي في النص عليها ما جاءت به المادة (٨٨) مدني عراقي [4] التي امتلك فيها المشرع بُعد نظر في تنظيم مكان وزمان العقد ووضع قاعدة عامة لذلك ، إذ أشار الى انه يمكن التعاقد بين المتباعدين مكانيا باستخدام الهاتف او اية وسيلة أخرى ، وعبر المشرع عنها بعبارة (اية طريقة أخرى) وهي عبارة واسعة المعنى ، ويمكن ان يندرج تحتها التعاقد بأي وسيلة اتصال حديثة ، بما في ذلك استخدام الوسائل الالكترونية [5] الحديثة في التعاقد ، ان لتحديد مكان وزمان التعاقد أهمية كبيرة من الناحية العملية ، فمن خلال تحديد وقت ومكان انعقاد العقد يمكن تحديد الوقت الذي يستطيع فيه الموجب الرجوع عن ايجابه اذا كان غير ملزم له ، وكذلك الحال بالنسبة للقابل ، كما انه يمكن تحديد المحكمة المختصة بنظر الدعوى الناشئة عن هذا العقد ، إذ انه من المعروف ان المحكمة المختصة هي المحكمة التي تم ابرام

---

(١) نصت هذه الفقرة على (وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي اقرها القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد الأخرى والتي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية) .

(٢) نصت هذه المادة على (١- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها او في فحواها . ٢- فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فاذا لم يوجد فبمقتضى القانون الطبيعي وقواعد العدالة) .

(٣) الدكتور رمضان محمد أبو السعود والدكتور محمد حسين منصور ، مرجع سابق ، ص ٢١١ وما بعدها .

(٤) إذ نصت هذه المادة على (يعتبر التعاقد (بالتليفون) او بأية طريقة مماثلة كأنه تم بين حاضرين فيما يتعلق بالزمان وبين غائبين فيما يتعلق بالمكان) .

(٥) عرفت الفقرة سابعا من المادة الأولى من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢ الوسائل الالكترونية على انها (أجهزة او معدات او أدوات كهربائية او مغناطيسية او ضوئية او كهرومغناطيسية او اية وسائل أخرى مشابهة تستخدم في انشاء المعلومات ومعالجتها وتبادلها او تخزينها) .

العقد ضمن اختصاصها المكاني ، أيضا دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين بحق الدائن (الدعوى البوليصية) ، اذ لا يجوز للدائن ان يقيم هذه الدعوى في مواجهة مدينه الا اذا اثبت ان دينه اسبق على هذا العقد [١] .

أيضا فان موضوع العربون [٢] الذي نظمته المادة (٩٢) [٣] من القانون المدني العراقي فقد احسن المشرع في تنظيم احكامه اذ جعله دليلا على ان العقد اصبح باتا لا يمكن لاحد اطرفه الرجوع عنه الا باتفاق الطرفين ، اذ ان الأصل في العربون بموجب القانون المدني العراقي هو ان العقد قد تم ولا يجوز الرجوع عنه ، وبذلك يتحقق قدر اكبر من الاستقرار في المعاملات ، وهذا هو اتجاه التشريعات الجرمانية [٤] ، وخالف المشرع العراقي بذلك المشرع المصري والفرنسي في تنظيمهما للعربون واثره ، إذ اخذ المشرع المصري بالاتجاه الثاني وهو الاتجاه اللاتيني ، الذي لم يجعل من دفع العربون دليلا على ان العقد اصبح باتا وانما يحتفظ من قدمه بحق الرجوع عن العقد ، الا اذا قضى الاتفاق بغير ذلك وهذا ما جاءت به المادة (١٠٣) من القانون المدني المصري ، وايضا فعل المشرع الفرنسي نفس الشيء اذ انه وبموجب المادة (١٥٩٠) من القانون المدني الفرنسي ، لم يجعل من دفع العربون دليلا على ان العقد اصبح باتا ، والملاحظ ان العربون ليس من النظام العام فيجوز الاتفاق على خلاف الاصل الذي جاء به القانون وليس في ذلك من ضير [٥] .

أيضا هنالك العديد من نصوص ومواد القانون المدني الجيدة في موضوعها ، والتي استطاعت مقاومة الزمن بفاعليتها ، ومن اجل بيان هذه المواد التي لها الفاعلية في الواقع العملي ، أجرينا مقابلات عدة مع قضاة محكمة البداءة وبعض المحامين ، لمعرفة اكثر الدعاوى التي تنظرها المحاكم او تلك التي يقيمها المحامون

---

(١) الدكتور عبد المجيد الحكيم والدكتور عبد الباقي البكري والدكتور محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، طبعة جديدة منقحة ، الجزء الأول ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠١٨ ، ص ٦٥ – ٦٦ .

(٢) لم يرد في القانون المدني العراقي تعريفا للعربون ولا في القوانين محل المقارنة ، الا ان الفقه القانوني عرفه على انه (مبلغ من النقود يدفعه احد المتعاقدين للأخر وقت التعاقد اما بقصد التأكيد على ان العقد الذي ابرماه قد اصبح باتا لا يجوز الرجوع عنه او بقصد المحافظة على حق العدول عن التعاقد لكل منهما) ، ينظر الدكتور سعيد مبارك والدكتور صاحب عبيد الفتلاوي والدكتور طه الملا حويش ، الموجز في العقود المسماة (البيع – الايجار – المقاولة) ، طبعة جديدة ومنقحة ، دار السنهوري ، بيروت ، ٢٠١٥ ، ص ٦١ .

(٣) نصت هذه المادة على (١- يعتبر دفع العربون دليلا على ان العقد اصبح باتا لا يجوز الرجوع عنه الا اذا قضى الاتفاق بغير ذلك . ٢- فاذا اتفق المتعاقدان على ان العربون جزاء للعدول عن العقد كان لكل منهما حق العدول ، فان عدل من دفع العربون وجب عليه تركه وان عدل من قبضه رده مضاعفا) .

(٤) الدكتور سعيد مبارك والدكتور صاحب عبيد الفتلاوي والدكتور طه الملا حويش ، مرجع سابق ، ص ٦١ .

(٥) الدكتور عبد المجيد الحكيم والدكتور عبد الباقي البكري والدكتور محمد طه البشير ، مرجع سابق ، ص٧٢ – ٧٣ .

للمطالبة بحقوق موكليهم [١] ، وتبين ان اكثر هذه الدعاوى هي (دعاوى منع المعارضة ودعاوى الدين ودعاوى اجر المثل ودعاوى إزالة التجاوز ودعاوى التمليك ودعاوى ابطال القيد ودعاوى إزالة الشيوع ودعاوى الاستملاك) وغيرها ، وبعد الاطلاع على عدد من القرارات التي أصدرتها عدد من محاكم البداءة والهيئات الاستئنافية وجدنا المواد التي اعتمدت هذه المحاكم عليها في تسبيبها لهذه القرارات [٢] ، وتم مرجعتها وتحليلها وعدّها كمواد جيدة في القانون المدني العراقي ، ومن هذه القرارات ما قضت به محكمة بداءة كربلاء في دعوى كان موضوعها (اجر مثل) [٣] ، إذ أسست المحكمة قرارها على المادة (١٩٧) مدني [٤] التي نظمت موضوع اجر المثل ، اذ قضت المحكمة بأحقية المدعين بأجر المثل بعد قيام مدير بلدية كربلاء (إضافة الى وظيفته) بالاستيلاء على عقارهم بدون وجه حق وبدون تعويض ، وان كان هذا الفعل

---

(١) مقابلة مع القاضي علي المحنا ، بتاريخ ٢٠٢٣/٧/٥ ، كذلك أجرينا مقابلة مع القاضي المتقاعد والمحامي عبد العزيز عبد المجيد النصراوي ، بتاريخ ٢٠٢٣/٧/٥ ، وكذلك أجرينا مقابلة مع المحامي طارق الخفاجي ، بتاريخ ٢٠٢٣/٦/٢٢ .

(٢) نصت المادة (١٥٩) من قانون المرافعات المدنية المرقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل على (١- يجب ان تكون الاحكام مشتملة على الأسباب التي بنيت عليها ، وان تستند الى احد الأسباب الحكم المبينة في القانون . ٢- على المحكمة ان تذكر في حكمها الأوجه التي حملتها على قبول او رد الادعاءات والدفوع التي أوردها الخصوم والمواد القانونية التي استند اليها) ، إذ الزمت هذه المادة القضاء تسبيب احكامه وفقا للقانون عند إصداره الاحكام بشأن القضايا التي ينظرها ، وتعد عملية تسبيب الاحكام احد الضمانات اللازمة للخصوم ، من احتمالية تعسف القاضي في حكمه وعدم حياديته او تحيزه لأحد اطراف الدعوى ، وايضا تعد عملية تسبيب الاحكام ضمانة للرقابة على الحكم القضائي والطعن فيه اذا ما خالف القانون ، كما انه وسيلة لتحقيق العدالة القضائية ، ينظر الدكتور هادي حسين الكعبي وعلي فيصل نوري ، تسبيب الاحكام المدنية (دراسة مقارنة) ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، العدد ثاني ، السنة السادسة ، ص ١٤٠ – ١٤٣ .

(٣) تتلخص وقائع هذه الدعوى المرقمة ١٤٤٦/ب/٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/١١/١١ بادعاء المدعين فيها بقيام مدير بلدية كربلاء (إضافة الى وظيفته) ، بالاستيلاء على العقار المرقم (٦٠٧) باب الخان بدون وجه حق او مسوغ قانوني وضمه الى الطريق العام ، وان لهم في هذا العقار اسهما على الشيوع ، لذا طلبوا دعوة المدعى عليه (إضافة الى وظيفته) والحكم بإلزامه بتأدية اجر المثل عن العقار من تاريخ ١٩٩٣/١/١ ولغاية ٢٠٠٧/١٢/٣١ ، إذ اجرت المحكمة تحقيقاتها وقررت اجراء الكشف على العقار وبصحبة خبير مساح لغرض تقدير قيمة اجر المثل ، وقد قدر الخبير المساح قيمة اجر المثل بمبلغ معين وتم الاعتراض عليه ، إذ انتخبت المحكمة ثلاثة خبراء لتقديم تقريرهم وبعد عدة اعتراضات توصلت المحكمة الى قناعة بمشروعية الطلب ، وقضت بالزام المدعى عليه مدير بلدية كربلاء (إضافة الى وظيفته) بتأدية اجر المثل عن سهامهم في العقار موضوع الدعوى ، قرار غير منشور .

(٤) نصت هذه المادة على (المغصوب ان كان عقارا يلزم الغاصب رده الى صاحبه مع اجر مثله واذا تلف العقار او طرأ على قيمته نقص ولو بدون تعد من الغاصب لزمه الضمان) .

(الاستيلاء) من اجل المصلحة العامة ؛ كونه يتعارض مع نص المادة (١٠٥٠) مدني [١] والمادة (٢٣) من الدستور الدائم لعام ٢٠٠٥ [٢] .

وقرار الهيأة الاستئنافية في محكمة استئناف كربلاء الاتحادية وموضوعها (إزالة تجاوز) [٣] ، إذ أسست المحكمة قرارها على المادتين (١٩٧ و١٠٦٦) مدني [٤] ، إذ فسخت الهيأة الاستئنافية قرار الحكم البدائي لمحكمة الموضوع الذي قضى بان المدعيين عاجزان عن الاثبات ومنحتهما حق تحليف المدعى عليه اليمين الحاسمة ، وقضت هذه الهيأة بالزام المدعى عليه برفع التجاوز على العقار المرقم ٢٨/٨ مقاطعة ١٦/بدعة عيشة ، وسبق التنويه عن موضوع المادة (١٩٧) مدني ، اما بالنسبة للمادة (١٠٦٦) مدني فأحسن المشرع بإعطاء الحق للشريك على الشيوع بالقيام بما ضروري للحفاظ على الشيء الشائع ، حتى وان لم يوافق الشركاء على ذلك اذ انه بذلك يمكن للشريك من الحفاظ على المال المشاع ان كان الشركاء الآخرين مهملين او كانوا غير حاضرين او غيرها من الأسباب ، وبهذا العمل يكون الشريك قد حفظ ماله ومال الشركاء الآخرين معه على الشيوع .

وأيضا قرار الهيأة الاستئنافية في محكمة استئناف كربلاء الاتحادية المرقم ٤١٢/س/٢٠١٥ في ٢٠١٥/٧/١٥ موضوعها (تعويض) ، اذ أسست المحكمة قضاءها في رد الدعوى على المادة (٢٣٢)

---

(١) إذ نصت هذه المادة على (لا يجوز ان يحرم احد من ملكه ، الا في الأحوال التي يقررها القانون وبالطريقة التي يرسمها ، ويكون ذلك مقابل تعويض عادل يدفع اليه مقدما) .

(٢) اذ تنص هذه المادة على (أولا : الملكية الخاصة مصونة ، ويحق للمالك الانتفاع بها واستغلالها والتصرف بها ، في حدود القانون . ثانيا : لا يجوز نزع الملكية الا لأغراض المنفعة العامة مقابل تعويض عادل وينظم ذلك بقانون . ثالثا : أ- للعراقي الحق في التملك في أي مكان في العراق ولا يجوز لغيره تملك غير المنقول الا ما استثني بقانون . ب- يحظر التملك لأغراض التغيير السكاني) .

(٣) وتتلخص وقائع هذه الدعوى المرقمة ٤٢٣/س/٢٠١٢ في ٢٠١٢/١٠/١١ بإقامة المدعيين الدعوى البدائية المرقمة ٢١٢٨/ب/٢٠١٢ في ٢٠١٢/٩/١١ والتي طالبا بموجبها دعوة المدعى عليه والحكم بإلزامه بإزالة التجاوز الحاصل من قبله على العقار المرقم ٢٨/٨ مقاطعة ١٦/ بدعة عيشة والمتمثل بإقامة دار سكنية وقضت محكمة الموضوع بان المدعيين عاجزين عن الاثبات ومنحتهما حق توجيه اليمين الحاسمة للمدعى عليه ولعدم قناعة المدعيين بالحكم طعنا به استئنافا وسجل الطعن الاستئنافي بالرقم ٤٢٣/س/٢٠١٢ إذ فسخت الهيأة الاستئنافية الحكم البدائي ولم تقتنع بما ذهبت اليه محكمة البداءة من منح المدعيين حق تحليف اليمين اذا انه من المقرر فقها وقانونا عدم جواز توجيه اليمين الحاسمة اذا خالفت ظاهر الحال وكانت الدعوى ثابتة بغير يمين إذ ان المدعيين اثبتا دعواهما بالبينة الشخصية لذا قررت المحكمة الزام المدعى عليه بإزالة التجاوز وتسليم العقار خاليا من الشواغل ، قرار غير منشور .

(٤) تنص هذه المادة على (لكل شريك في الشيوع الحق في ان يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء ، حتى وان كان ذلك بغير موافقة باقي الشركاء) .

مدني [1] والتي تخص موضوع التقادم المسقط عن سماع دعاوى التعويض عن العمل غير المشروع بعد تركها مدة ثلاث سنوات ، اذ قضت المحكمة برد دعوى المدعي شكلا لكونه اقام دعواه مطالبا بالتعويض عن اعمال المدعى عليه غير المشروعة ، وبذا تكون الدعوى مقامة خارج المدة المنصوص عليها في المادة المشار اليها أعلاه مما استوجب ردها شكلا ، وهذه المادة جيدة برأينا إذ إنها تؤدي الى استقرار المعاملات ، وأيضا لكونها قد منحت من له الحق بإقامتها مدة ثلاث سنوات وهي مدة كافية برأينا لإقامة الدعوى والمطالبة بالحق المدعى به ، إذ تبدأ هذه المدة بالسريان من الوقت الذي يعلم فيه المتضرر بالضرر والمتسبب به .

ومن المواد المميزة في القانون المدني العراقي ما جاءت به المادة (٧٠) منه [2] والتي اشارت الى الأموال المعنوية ، اذ تعتبر طائفة الأموال والحقوق المعنوية او الأدبية من الحقوق حديثة المنشأ والاعتبار ، إذ انه كان السائد في الفقه القانوني تقسيم الأموال والحقوق الى حقوق عينية وحقوق شخصية [3] ، الا انه تم الاعراض عن ذلك التقسيم وظهور طائفة جديدة من الحقوق لم تكن مألوفة سابقا وهي الحقوق المعنوية ، وتصدي القوانين والتشريعات الحديثة لهذه الحقوق لتنظيمها ، وما اخذ به المشرع العراقي في المادة (٧٠) من التقنين المدني إشارة الى اعتناقه احدث الاتجاهات في هذا المجال ، وان المشرع لم يورد تفصيلا دقيقا لينظم مثل هذه الحقوق وانما ترك تنظيمها الى القوانين الخاصة ، وفعلا صدر قانون براءة الاختراع والنماذج الصناعية رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٠ وايضا قانون حماية المؤلف رقم ٣ لسنة ١٩٧١ [4].

ونتيجة تطور الحياة وتطور وتنوع آلياتها وبظهور هذه الحقوق الجديدة لذا اختلفت الطبيعة القانونية لها عن غيرها من الحقوق ، بدءا كان الفقه يدرج الحقوق المعنوية او الأدبية بطائفة الحقوق العينية ولا يستقيم ذلك التوجه مع طبيعة الحقوق العينية من انها ترد على الأشياء المادية فقط ، كما انها حقوق لا تتصف بالتأبيد اذ انها حقوق يتمتع بها صاحبها لمدة معينة يحددها القانون ، لذا اتجه الفقه القانوني الى تكييفها الى حقوق

---

(1) اذ تنص هذه المادة على (لا تسمع دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المتضرر بحدوث الضرر وبالشخص الذي احدثه ولا تسمع الدعوى في جميع الأحوال بعد انقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع) .

(2) نصت هذه المادة على (١- الأموال المعنوية هي التي ترد على شيء غير مادي كحقوق المؤلف والمخترع والفنان . ٢- ويتبع في حقوق المؤلفين والمخترعين والفنانين وعلامات التجارة ونحو ذلك من الأموال المعنوية احكام القوانين الخاصة) .

(3) الدكتور حسن كيره ، المدخل الى القانون ، القسم الثاني ، مرجع سابق ، ص ٤٨١ .

(4) الدكتور عبد الباقي البكري والدكتور زهير البشير ، مرجع سابق ، ص ٢٧٠ – ٢٧١ .

ملكية واتجه آخرون الى تكييفها بانها حقوق من نوع خاص وطبيعة مزدوجة ؛ كونها تجمع بين خصائص حقين مختلفين حق معنوي وحق مالي [١] .

ولقد اخذ المشرع المصري بهذا الاتجاه الحديث في تقسيم وتصنيف الحقوق ، إذ كان التقنين المدني القديم يعد هذه الحقوق من حقوق الملكية الّا ان المشرع في القانون المدني الجديد اكد على انها حقوق خاصة تنظمها قوانين خاصة بها [٢] ، وهو ما جاءت به المادة (٨٦) من القانون المدني المصري [٣] .

ومن المواضيع المميزة التي عالجها القانون المدني العراقي ما جاءت به المادة (١٢٤) مدني [٤] ، إذ وضعت قاعدة عامة لعدم التوازن بين طرفي العقد من جهة الحقوق والالتزامات واثر ذلك على العقد ، فاذا لحق احد طرفي العقد غبن [٥] من جراء دخوله طرفا فيه فان ذلك لا يمنع من نفاذ العقد ، الا اذا صاحب هذا الغبن تغريرا [٦] سواء اكان من الطرف المقابل في العقد ، ام من الغير بشرط ان يكون الطرف المقابل على علم بصدور التغرير من الغير لمصلحته ، وهذا ما أكدته المادة (١٢٢) مدني [٧] ، والاصل هو ان مجرد الغبن لا يمنع من نفاذ العقد ولو كان فاحشا ، ولكن اذا كان الغبن فاحشا وكان الطرف المغبون محجورا او ان الغبن لحق مالا عائدا للدولة او الوقف فان العقد يكون باطلا [٨] ، ونرى ان توجه المشرع هذا يتفق مع استقرار المعاملات وكان موفقا فيه ، اذ انه نادرا ما يكون هناك تطابق بين طرفي العقد من الناحية المالية ، ولذا فانه لو أُتيح لكل شخص ان يطعن بالعقد لمجرد انه لحقه غبن من جراء تعاقده مع الطرف الآخر ؛ لعمّت

---

(١) الدكتور حسن كيره ، المدخل الى القانون ، القسم الثاني ، مرجع سابق ، ص ٤٨٨ – ٤٨٩ .

(٢) الدكتور حسن كيره ، المدخل الى القانون ، القسم الثاني ، مرجع سابق ، ص ٤٨٩ .

(٣) فقد نصت هذه المادة على (الحقوق التي ترد على شيء غير مادي تنظمها قوانين خاصة) .

(٤) تنص هذه المادة على (١- مجرد الغبن لا يمنع من نفاذ العقد ما دام الغبن لم يصحبه تغرير . ٢- على انه اذا كان الغبن فاحشا وكان المغبون محجورا او كان المال الذي حصل فيه الغبن مال الدولة او الوقف فان العقد يكون باطلا . ٣- لا يجوز الطعن بالغبن في عقد تم بطريق المزايدة العلنية) .

(٥) الغبن هو (عدم التعادل عند تمام العقد بين ما يدفعه المتعاقد وما يأخذه) ، ينظر الدكتور عبد المجيد الحكيم والدكتور عبد الباقي البكري والدكتور محمد طه البشير ، مرجع سابق ، ص ١١٩ .

(٦) يُراد بالتغرير هو (ان يذكر احد المتعاقدين للآخر أمورا ترغبه في الاقدام على التعاقد معه ، او ان يقوم بإجراءات فعلية تدفعه الى التعاقد معه) ، ينظر الدكتور عبد المجيد الحكيم والدكتور عبد الباقي البكري والدكتور محمد طه البشير ، مرجع سابق ، ص ١١٧ .

(٧) نصت هذه المادة على (اذا صدر التغرير من غير المتعاقدين فلا يتوقف العقد الا اذا ثبت للعاقد المغبون ان العاقد الآخر كان يعلم او كان من السهل عليه ان يعلم بهذا التغرير وقت ابرام العقد) .

(٨) فقد نصت المادة (١٢٤) من القانون المدني على (١- مجرد الغبن لا يمنع من نفاذ العقد ما دام الغبن لم يصحبه تغرير . ٢- على انه اذا كان الغبن فاحشا وكان المغبون محجورا او كان المال الذي حصل فيه الغبن مال الدولة او الوقف فان العقد يكون باطلا . ٣- لا يجوز الطعن بالغبن في عقد تم بطريق المزايدة العلنية) .

الفوضى وانعدم الاستقرار في المعاملات وغابت الثقة في التعامل وهذا ما لا يتفق مع العقل السليم والمنطق .

ونكتفي بهذا القدر من المواد المميزة التي سقناها في هذا الفرع ، ولا يعني ذلك انه لا توجد مواد أخرى جيدة في القانون المدني العراقي ، اذ ان هناك العديد من المواد التي تضمنت مواضيع متميزة لا يسع المجال لذكرها هنا لاهتمامات تتعلق بشكلية الرسالة [١] .

الفرع الثاني

قوة الصياغة للنص القانوني

تعد الصياغة التشريعية من اهم العناصر الداخلة في صناعة التشريع ، اذ تتكون القاعدة القانونية من عنصرين وهما عنصر العلم وعنصر الصياغة كما اشرنا الى ذلك سابقا ، وتتجلى أهمية عملية الصياغة التشريعية للقوانين من كونها الوسيلة التي يعبر بها المشرع عن أفكاره ورُؤاه ، وأيضا تحقيق المصلحة العامة من خلال سن القوانين والتشريعات وذلك بإعطائها صفة الالزام [٢] ، وهذه الصياغة كثيرا ما يعبر عنها (بفن الصياغة) التشريعية ؛ اذ انها تتطلب الكثير من المهارات والخبرة والمعرفة بأساليب اللغة وتداخلاتها ومخارجها ، الى جانب الاطلاع الواسع والمعرفة بالعلوم الأخرى التي لها علاقة بعلم وفن الصياغة التشريعية [٣] .

والحقيقية من يطلع على نصوص القانون المدني العراقي وعلى الرغم من وجود هفوات في الصياغة لبعض مواده القانونية ، الا انه وفي الوقت نفسه يجد كثير من المواد التي اجاد في صياغتها ، إذ أسهمت هذه الدقة في الصياغة في ديمومة النص القانوني للقانون المدني العراقي .

ومن الأمثلة على جودة الصياغة لنصوص القانون المدني العراقي هو مجيئه بالقواعد والمبادئ العامة ، التي تتسم بانها ذات كلمات مضغوطة ومعاني كبيرة ومن المبادئ التي اجاد المشرع في صيغتها هو (لا ينكر تغير الاحكام بتغير الازمان) [٤] ، وهي مادة قانونية متميزة اذ أعطت الرخصة والمشروعية للمحكمة

---

(١) ينظر على سبيل المثال لا الحصر المواد (٤٧ و٧٤١ وغيرها الكثير) .
(٢) الدكتور ليث كمال نصراوين ، مرجع سابق ، ص ٣٩١ – ٣٩٢ .
(٣) الدكتور ليث كمال نصراوين ، مرجع سابق ، ص ٣٨٨ .
(٤) المادة رقم (٥) من القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل .

للتوسع بتفسير القانون على وفق المصلحة ومتغيرات الظروف واستجابة لتطورات الحياة ، إذ ان هذا المبدأ يتفق مع احكام المادة الثالثة من قانون الاثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل والمتعلقة بالزام القاضي باتباع التفسير المتطور للقانون ، اذ تُكمل هاتان المادتان الواحدة للأخرى بما يحقق العدالة ويعطي للمحكمة مجالا أوسع ومساحة اعم للحكم إذ يتفق واحكام القانون مع عدم ضياع الحق .

ومن المبادئ العامة الأخرى التي وضعها المشرع في نصوص القانون المدني العراقي هي (لا مساغ للاجتهاد في مورد النص) [١] وأيضا (درء المفاسد أولى من جلب المصالح) [٢] وأيضا (يفسر الشك في مصلحة المدين) [٣] .

وقد يلجأ المشرع الى بيان ارادته بشكل صريح وواضح وجلي لا تحتمل التفسير او التأويل ، وقد يعبر عن ارادته تلك بنصوص غير محددة وعبارات فضفاضة مما يسمح للقائم على تطبيق القانون بالاجتهاد والتفسير ، ولجوء المشرع الى هذا الأسلوب او ذاك نابع من فلسفته في كيفية حل الإشكالات والمسائل التي تحصل والتي من الممكن ان تحصل في الحياة العملية ، والقاضي يجد نفسه ملزما باتباع النص الواضح الذي لا لبس فيه ويدل دلالة قطعية على الحكم ، اما بالنسبة للنصوص غير الواضحة وتلك المصاغة بطريقة مرنة فهناك مساحة وحرية يستطيع القاضي التحرك في نطاقها [٤] .

وايمانا من المشرع بأهمية التفسير في تطبيق القانون وديمومته واستخلاص الاحكام القانونية فقد وضع مبادئ وقواعد عامة لعملية التفسير ، ومن هذه المبادئ القانونية العامة التي قررها المشرع للاستعانة في عملية التفسير للوقوف على إرادة المشرع الحقيقية عند وضعه للتشريع [٥] ، (ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه) [٦] و(العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني) [٧] و(الأصل في الكلام الحقيقة ، اما اذا تعذرت الحقيقة فيصار الى المجاز) [٨] و(تترك الحقيقة بدلالة العادة) [٩] و(لا

---

[١]) المادة رقم (٢) مدني عراقي .
[٢]) المادة رقم (٨) مدني عراقي .
[٣]) المادة رقم (١٦٦) مدني عراقي .
[٤]) الدكتور هادي محمد عبد الله ، مرجع سابق ، ص ٦٤ – ٧١ .
[٥]) الدكتور هادي محمد عبد الله ، مرجع سابق ، ص ٦٤ – ٧١ .
[٦]) المادة رقم (٣) مدني عراقي .
[٧]) الفقرة الأولى من المادة رقم (١٥٥) مدني عراقي .
[٨]) الفقرة الثانية من المادة رقم (١٥٥) مدني عراقي .
[٩]) المادة رقم (١٥٦) مدني عراقي .

عبرة بالدلالة في مقابل التصريح) [1] ، وغيرها من المبادئ العامة التي وردت في المواد من (١٥٥ الى ١٦٦) والتي يستعين بها القاضي في تفسير بنود وفقرات العقود حرصا على بقائه قدر الإمكان حماية لمبدأ استقرار المعاملات .

أيضا فقد اجاد المشرع في صياغته للمادة رقم (٣٠) [2] من القانون المدني ، إذ جاء بعبارة (... مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعا) ، وتعد عبارة المبادئ الأكثر شيوعا عبارة مرنة وتعطي ضابطا عاما في تطبيق القانون ، وان كان موضوع الرجوع الى هذه المبادئ يتحدد بموجب هذه المادة فقط في موضوع تنازع القوانين ، الا انه من مواضيع القانون الدولي الخاص ذات الاهمية البالغة ، إذ اسهم الفقه ولازال يساهم في دعم وتوجيه المشرع بعد المفاضلة بين آراء الفقهاء في تشريع قاعدة قانونية معينة ، وأيضا تقديم يد العون للقضاء في استخلاص القواعد القانونية من أفكار وآراء هؤلاء الفقهاء وتطبيقها على الوقائع المعروضة عليه ، وفي كل ذلك يجد القاضي مشروعية احكامه في المادة رقم (٣٠) من القانون المدني التي قد تحل كثير من الإشكالات التي قد تحصل في حال عدم وجود هذه المادة القانونية [3] .

ومن السليم استعمال المشرع لكلمة (المبادئ) ولم يستعمل كلمة القواعد ؛ لان المبادئ القانونية اكبر واوسع من القواعد القانونية وتعتبر أساسا للعديد من القواعد القانونية ، اما القاعدة القانونية فهي وحدة قانونية تتضمن حلال معينا لحالة معينة ، من هنا فان المبدأ القانوني يعطي للقاضي مساحة واسعة لإيجاد الحلول القانونية بما يضمن ديمومة النص القانوني [4] .

وقد عالج المشرع العراقي مسألة مهمة في موضوع قصور او النقص في التشريع بوضعه اطارا عاما يمكن اللجوء اليه بمقتضى نص المادة (٣٠) من القانون المدني ، منهيا بذلك الحاجة الى تشريع جديد او تعديل

---

(١) المادة رقم (١٥٧) مدني عراقي .
(٢) اذ نصت هذه المادة على (يتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازل القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعا) .
(٣) الدكتور غالب علي الداودي والدكتور حسن محمد الهداوي ، القانون الدولي الخاص ، الجزء الأول ، طبعة جديدة ومنقحة ، شركة العاتك لصناعة الكتاب ، بيروت ، ٢٠١٨ ، ص ٣٧ .
(٤) إسماعيل نامق حسين ، مرجع سابق ، ص ٦٥ .

التشريع القائم بما يضمن استجابته للظروف المستجدة ، وحسنا فعل المشرع العراقي بصياغته لهذه المادة بما يؤمن عدم الحاجة الى تدخل تشريعي في مسألة تنازع القوانين [١] .

وكما لاحظنا في الفصل الأول من هذه الرسالة ان المشرع قد يلجأ في صياغة النصوص القانونية الى الصياغة الجامدة او المرنة وحسب فلسفته في إيجاد الحل المناسب للموضوع الذي يحتاج الى معالجة ، وان لكل من طرق الصياغة هدفها واسلوبها وضرورتها فقد يعمد المشرع الى معالجة موضوع معين بنصوص قانونية جامدة مما يعني وجود حل حازم ونهائي للمسألة ، وعلى العكس من ذلك فقد يعمد المشرع الى معالجة مواضيع أخرى بموجب نصوص مرنة تحتمل التفسير والتأويل لفسح المجال أمام القضاء لمراعاة دقائق الأمور والظروف الموضوعية لأطراف العلاقة القانونية وأيضا استجابة للمتغيرات والتطورات الحياتية [٢] .

ومن الامثلة على الصياغة الجامدة في نصوص القانون المدني هي ايراد التعاريف للموضوعات المهمة والحيوية ، ومنها تعريف العقد ايمانا من المشرع بضرورة تحديد مفهومه بصورة واضحة وجلية لا تترك مجالا للشك ؛ وذلك لأهمية العقود والتعاقد في الحياة العملية وأيضا كونه الوسيلة الأكثر تداولا في التعاملات المالية بين الافراد او الجهات الأخرى ، إذ عرف المشرع العراقي العقد على انه (ارتباط الايجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه) [٣] ، في حين لم يبين المشرع المصري تعريفا للعقد في القانون المدني ، على عكس المشرع فرنسي الذي عرف العقد بموجب المادة (١١٠١) من القانون المدني على انه (اتفاق شخصين او اكثر على انشاء او الغاء او تعديل او نقل التزام) [٤] ، ونرى بان التعريف الذي أورده المشرع العراقي هو افضل من التعريف الفرنسي ؛ لانه واضح ومختصر وذو عبارات سهلة ومفهومة وتؤدي الغرض المقصود من التعريف .

---

(١) الدكتور اياد مطشر صيهود ، نظرية الفراغ التشريعي في القانون الدولي الخاص (دراسة تحليلية استدلالية في مدى اثر المبادئ الشائعة دوليا على بنية القانون العراقي) ، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية ، جامعة كركوك ، العدد ٣١ ، مجلد ٨ ، ٢٠١٩ ، ص ٤٣٢ .

(٢) الدكتور بن حفاف سماعيل ، مرجع سابق ، ص ١١١ .

(٣) المادة (٧٣) من القانون المدني العراقي .

(٤) نقلا عن الدكتور جليل حسن بشات الساعدي ، ندوة علمية توعوية في كلية القانون – جامعة بغداد تحت عنوان (مستحدثات القانون المدني الفرنسي في ضوء التعديل النافذ في ٢٠١٦/١٠/١) ، متاح على الرابط التالي https://colaw.uobaghdad.edu.iq/?p=١٥١١ ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/١٠/٩ ، وقت الزيارة ٤:٣٠ مساءا .

والتعريف الذي أورده المشرع العراقي في قانونه المدني هو تعريف جيد وشامل وقد أحسنَ في اختيار الفاظه ، ورغم ان هذا التعريف قد وضعه المشرع عام (١٩٥١) الا انه كان ولا يزال مواكبا للتطور ، إذ إن المشرع العراقي أعاد تعريف العقد الالكتروني وذلك بموجب الفقرة (حادي عشر) من المادة الأولى من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٢ وبنفس العبارات التي استعملها في تعريفه للعقد في القانون المدني حرفيا مع إضافة عبارة (... والذي يتم بوسيلة الكترونية) في نهاية التعريف ، وهذا يدل على رصانة التعريف الذي جاءت به المادة (٧٣) من القانون المدني .

أيضا عرف المشرع العراقي الوكالة على انها (عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز ومعلوم) [١] ، وذلك ايمانا منه بأهمية هذا الموضوع على الصعيد العملي والقانوني ، كما عرف المشرع المصري الوكالة على انها (عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل) [٢] ، وأيضا عرفها المشرع الفرنسي على انها (الوكالة او التفويض عقد بمقتضاه يعطي شخص اخر سلطة للقيام بعمل شيء للموكل وبإسمه) [٣] .

ونرى بان تعريف المشرع العراقي هو افضل تعريف ؛ لأنه يعطي تعريفا وافيا ومختصرا واصيلا للوكالة وأيضا استعماله لكلمة (تصرف) التي تدل على التصرف القانوني الناتج عن هذه الوكالة ، اما التعريف الذي جاء به المشرع المصري فان من يقرأه لا يشعر بانه تعريف للوكالة بقدر ما هو وصف لهذا العقد وبيان اثره ، في حين ان تعريف المشرع الفرنسي للوكالة يؤخذ عليه انه يبين ان الوكالة هي سلطة يعطيها الموكل للوكيل ، بينما هي سلطة يخولها القانون للموكل لكي يمنحها للوكيل بموجب عقد الوكالة ، كما ان التعريف جاء بكلمة (... بعمل شيء للموكل وبإسمه) وهذا يعد تعبيرا قانونيا سليما كما لو استعمل المشرع كلمة التصرف كونه ادق بالمعنى .

وأيضا من الأدلة على كفاية التعريف الذي وضعه المشرع العراقي في القانون المدني ، هو عدم تطرق القوانين الأخرى (الموضوعية منها والاجرائية) الى تعريف الوكالة مكتفية بالتعريف الذي جاءت به المادة (٧٣) من القانون المدني ، وما تطرقت اليه هذه القوانين هو فقط الى احكام الوكالة فيما يتعلق بالمواضيع التي

---

(١) المادة (٩٢٧) من القانون المدني العراقي .
(٢) المادة (٦٩٩) من القانون المدني المصري .
(٣) الفقرة أولا من المادة رقم (١٩٨٤) من القانون المدني الفرنسي لعام ١٨٠٤ .

تعالجها خصوصية هذه القوانين كقانون المحاماة رقم ١٧٣ لسنة ١٩٦٥ وقانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٥ [١] .

ومن المواضيع التي صاغها المشرع صياغة جامدة هي سن الرشد وتحديده تحديدا نافيا للجهالة ولا يترك مجالا للشك والتفسير ؛ لما لهذا الموضوع من أهمية بالغة في استقرار المعاملات والثقة في التعامل اذ يفترض تحديد موضع سن رشد الأشخاص لكي يتم التعرف عليهم بسهولة مما يدفع المتعاقدين الى الاطمئنان على تعاملاتهم مع الأشخاص المقابلة لهم في العقود والتصرفات القانونية الأخرى ، ولكي لا يتم اتخاذ موضوع أهلية الأشخاص ذريعة لفسخ العقود ومن ثم انعدام الثقة وشيوع الفوضى ، إذ حدد المشرع سن الرشد بقوله (سن الرشد هي ثماني عشرة سنة كاملة) [٢] ، اما المشرع المصري فقد جعل سن الرشد بإحدى وعشرون سنة ولكنه ضمّن المادة التي اشارت الى سن الرشد فقرة أولى تضمنت الشروط والموانع لمباشرة الشخص لحقوقه المدنية [٣] ، في حين ان المشرع الفرنسي جعل سن الرشد هي (١٨) سنة .

ونعتقد بان المشرع العراقي احسن في صياغته للمادة (١٠٦) المتعلقة بسن الرشد ؛ لأنه افرد لها مادة خاصة وواضحة كما انه استعمل كلمة (كاملة) بعد عدد السنوات لكي يمنع التفسير بخصوص هذا الموضوع لأهميته في الجانب العملي واستقرار التعاملات ، إذ انه صار واضحا ان سن الرشد يبدأ مع بداية اليوم الأول من العام التاسع عشر لكل فرد يحمل الجنسية العراقية .

ومن المعروف ان مصادر الالتزام بموجب القانون المدني العراقي هي خمسة تشمل (العقد والإرادة المنفردة والعمل غير المشروع والكسب بلا سبب وأخيرا القانون) [٤] ، وما يعنينا من الامر هو المصدر الأخير من مصادر الالتزام ألا وهو (القانون) فقد اجاد المشرع في صياغته للمادة المتعلقة بهذا المصدر بقوله (الالتزامات التي تنشأ مباشرة من القانون وحده تسري عليها النصوص القانونية التي انشأتها) [٥] ، وبذلك فان المشرع العراقي اختزل كل الالتزامات الناشئة عن القانون كمصدر أخير من مصادر الالتزام بموجب مبدأ عام هو (سريان النصوص القانونية على الالتزامات التي انشأتها) ، وحسنا فعل المشرع في

---

(١) إذ نظم قانون المحاماة موضوع الوكالة بموجب احكام المواد (٢٢ - ٤٣ – ٤٤ – ٤٧ – ٤٨ – ٦١ – ٦٤ – ٦٩) ، وتطرق قانون المرافعات المدنية الى موضوع الوكالة وعالجها بموجب احكام المواد (٥٢ – ٥٣) منه .

(٢) المادة (١٠٦) من القانون المدني .

(٣) المادة (٤٤) من القانون المدني المصري .

(٤) الدكتور عبد المجيد الحكيم والدكتور عبد الباقي البكري والدكتور محمد طه البشير ، مرجع سابق ، ص ٢١ – ٢٤ .

(٥) المادة (٢٤٥) من القانون المدني .

ذلك إذ لا يمكن حصر تلك الالتزامات التي من الممكن ان تُنشئها النصوص القانونية في مختلف القوانين المرعية او تلك القوانين التي ستسن مستقبلا ، مما يعني انه لابد من تفصيل هذه الالتزامات وبيان احكامها بالتفصيل ومن غير المنطقي ولا من العملي فعل ذلك ؛ كونه سيؤدي الى ترهل التشريع وتشتته وربما الى تناقضه وتعارضه وهذا لا يستقيم مع مبادئ الصياغة التشريعية السليمة ولا يتلاءم مع ديمومة النص القانوني .

ولا شك في ان القانون هو مصدر لجميع الالتزامات اذ ان العقد والإرادة المنفردة وغيرها من مصادر الالتزام لم تكن لكون كذلك لو لا ان القانون نظمها واعطاها القوة الملزمة ، وبذلك فان القانون قد يكون مصدرا غير مباشر لهذه الطائفة من الالتزامات ولكنه يعد مصدرا مباشرا لطائفة أخرى من الالتزامات التي لا يمكن ردها الى مجموعة معينة من المصادر ، وقد افرد المشرع العراقي لكل هذه الالتزامات غير المحددة والناشئة مباشرة عن القانون مادة واحدة جامعة مانعة [1] .

أيضا من أصول الصياغة المميزة لبعض المواد في القانون المدني هو استخدام المشرع للدلالة في مواد متعددة ، وقد استخدم المشرع مصطلح (الدلالة) في مواطن عديدة توزعت على مختلف نصوص القانون وفي مختلف المواضيع [2] ، فقد استخدمها المشرع كطريقة للتعبير عن الإرادة كإجازة العقد الموقوف وذلك في المادة (١٣٦) مدني ، او الإقرار بحق كما جاء في المواد (٤٣٨،١٥١) او قد تكون الدلالة طريقة للتعبير عن الإرادة بالتنازل عن حق معين وكما جاء في المواد (١١٣٤،٤٤٣) ، وقد استعمل المشرع مصطلح الدلالة في المواد (١٦٠،١٥٧،١٥٦) وجعلها قواعد عامة للتفسير يلجأ اليها القاضي عند تطبيق القانون [3] ، وغير ذلك من الاستعمالات التي أراد المشرع التوسع في تطبيق وعلاج الحالات التي تنطبق عليها هذه المواد ومنها المادة (١٣٨١) التي توسع من نطاق عمل القانون المدني وذلك عن طريق الغاء كل النصوص التي تتعارض حتى ولو دلالة مع احكام هذا القانون مما يسهم في ديمومته .

وقد اعطى المشرع للقائم على تطبيق القانون في المواضيع التي يمكن استنباط الاحكام فيها عن طريق الدلالة او تلك المواضيع التي يمكن التقصي فيها عن الإرادة من خلال الدلالة المساحة الكبيرة للتحرك والتوسع

---

(١) الدكتور عبد المجيد الحكيم والدكتور عبد الباقي البكري والدكتور محمد طه البشير ، مرجع سابق ، ص ٤١٧ – ٤٢٠ .

(٢) استخدم المشرع العراقي مصطلح او كلمة الدلالة في المواد :
(١٣٦،١٥١،١٥٦،١٥٧،١٦٠،٤٣٨،٤٤٣،٦٠٣،١١٣٤،١٢٢١،١٣٤٩،١٣٨١) ، وقد تعدد الغرض من استخدام هذا المصطلح باختلاف المواد القانونية .

(٣) الدكتور هادي محمد عبد الله ، مرجع سابق ، ص ٦٤ – ٧١ .

في تفسير القانون والوقائع ، إذ ان لتعبير الدلالة مفهوما واسعا جدا فقد يكون للألفاظ استعمالات ودلالات تختلف عن وضعها العادي وحسب موقعها في الجملة كالأطلاق والتقييد [١] والعام والخاص [٢] والحقيقة والمجاز [٣] ، مما يتيح الحرية في العمل بالنسبة للقاضي في سبيل احقاق الحق وتحقيق العدالة ، كما ان الدلالة مهمة في تحديد منطوق ومفهوم النصوص وتقييم الأدلة اذا كانت قطعية الدلالة او ظنية الدلالة [٤] إذ تسهم هذه الصياغة باستعمال مفردة الدلالة ذات الاستخدام والمفهوم الواسع في ديمومة النصوص القانونية .

المطلب الثاني

مكامن الضعف في نصوص القانون المدني

من غير الممكن ولا المتصور ان تكون النصوص التشريعية لقانون ما كلها بذات القوة والحبكة في الصياغة والمضمون ، وانما قد تكون هناك بعض النصوص لهذا القانون ينتابها الضعف في صياغتها او في مضمونها او حتى الاثنين معا ، وهذا الضعف في النصوص التشريعية ، اما ان يكون غير مقصود او ان تكون هذه النصوص جاءت بأمثلة على مواضيع أراد المشرع توضيحها وبيانها ، من اجل تقريب الصورة للمتلقي والمتعامل مع نصوص هذا القانون ، او قد تكون هناك اسباب أخرى مثل عدم وجود تطبيقات لبعض النصوص القانونية او ان هذه التطبيقات قد تلاشت بمرور الزمن ، وسنحاول التعرف في هذا المطلب على مكامن الضعف التي اعترت بعض نصوص ومواد القانون المدني العراقي ، إذ سنقسم هذا المطلب على فرعين نخصص الأول لضعف الموضوع للنص القانوني ونخصص الثاني لضعف الصياغة للنص القانوني وكما يلي :-

---

(١) الدكتور مصطفى إبراهيم الزلمي ، أصول الفقه في نسيجه الجديد ، ج٢ ، ط٥ ، المكتبة القانونية ، بغداد ، بدون سنة طبع ، ص ٣١٦ .

(٢) الدكتور مصطفى إبراهيم الزلمي ، مرجع سابق ، ص ٣٣٠ .

(٣) الدكتور مصطفى إبراهيم الزلمي ، مرجع سابق ، ص ٣٨٦ .

(٤) الدكتور مصطفى إبراهيم الزلمي ، مرجع سابق ، ص ٤٣٦ – ٤٤٧ .

الفرع الأول

ضعف الموضوع للنص القانوني

من المعروف ان القانون المدني العراقي هو من القوانين الواسعة ، إذ إنه يحتوي على (١٣٨٣) مادة موزعة على أبواب وفصول تضم مختلف المواضيع التي تخص الالتزام وآثاره وغيرها من المواضيع المدنية .

ولا يخفى ان القانون المدني العراقي يعاني من الضعف في العديد من نصوصه ولأسباب كثيرة ، منها ان المشرع أراد الجمع بين نقيضين من المصادر لهذا القانون [١] ، وهي الشريعة الإسلامية والفقه اللاتيني وبالذات القانون المدني الفرنسي ، مما أصاب القانون المدني عدم الملاءمة في مواضيعه شيئا كثيرا [٢] ، وأيضا قد ترجع أسباب هذا الضعف الى ان هذه المواد لم تواكب التطور في مجالات الحياة الإنسانية وعلى مختلف الأصعدة ، او انها لا تنسجم مع الواقع العراقي نتيجة النقل الحرفي من القوانين المقارنة [٣] ، وتتعد مكامن الضعف التي قد تأتي في صورة التعارض في ما بين النصوص ، او تعدد المواد التي تحكم موضوعا واحدا مما ينتج عنه تناقضا بين الاحكام ، او الخطأ وغيرها من الحالات التي تضعف قوة ومكانة النص القانوني .

ومن الأمثلة على ضعف موضوع النص القانوني ما جاءت به الفقرة ثانيا من المادة (٢١٤) مدني عراقي [٤] ، اذ انها جاءت بما ينافي العدالة إذ رتبت مسؤولية على الشخص الذي يتسبب بضرر يصيب مصلحة خاصة دافعا به ضررا يصيب مصالح عامة ، وهذا القول لا يلتقي مع المنطق ويصطدم مع مقتضيات العدالة ، فكيف نجازي من يقوم بفعل لينقذ المصلحة العامة او مصالح خاصة لكنها كثيرة مقارنة بالضرر

---

(١) لكل تشريع مصادر يستقي منها مادته وموضوعه ، فالقانون له مصادر رسمية يجب الرجوع اليها أولا عند التطبيق ، وأخرى تسمى مصادر تفسيرية يتم الرجوع اليها عند غموض النص التشريعي وعدم وضوحه ، وهناك المصادر التاريخية وتعني الأصل والاساس التاريخي الذي استمد القانون الوضعي منه احكامه ، للمزيد ينظر الدكتور عبد الودود يحيى ، مرجع سابق ، ص ٦٧ – ٧٠ .

(٢) الدكتور قاسم هيال رسن ، مشروع السنهوري لتقنين الفقه الإسلامي في القانون المدني ، ط ١ ، المركز العربي للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ٢٠٢٢ ، ٢٤٨ – ٢٤٩ .

(٣) الدكتور عبد الكريم صالح عبد الكريم والدكتور عبد الله فاضل حامد ، مرجع سابق ، ص ١٤٨ .

(٤) إذ نصت هذه المادة على (١- يتحمل الضرر الخاص لدرء الضرر العام . ٢- فاذا هدم أحدا دارا بلا اذن صاحبها لمنع وقوع حريق في المحلة وانقطع هناك الحريق فان كان الهادم هدمها بأمر من اولي الامر لم يلزمه الضمان ، وان كان هدمها من تلقاء نفسه الزم بتعويض مناسب) .

الذي سببه لمصلحة خاصة ، وقد يكون تكبد في سبيل ذلك مصاريف او مجهودات جسدية شعورا منه بالسؤولية تجاه المجتمع ، بأن عليه تعويض ما تسبب به من ضرر لصاحب المصلحة الخاصة ، واذا كان لابد من تعويض فانه يتحمله أصحاب الدور المجاورة للدار المهدوم في حالة الحريق في سبيل عدم انتشاره او تتحمله الدولة لحث الافراد على المساعدة ومد يد العون في حالة الحاجة اليها [١] .

كما ان الفقرة ثانيا من المادة (٢١٤) مدني عراقي المشار اليها في أعلاه تتعارض مع نص الفقرة ثانيا من المادة (٢١٢) مدني عراقي [٢] ، إذ إنه بموجب الفقرة ثانا من المادة (٢١٢) لا يتحمل من احدث الضرر دفاعا عن نفسه او غيره بشرط ان لا يجاوز في ذلك القدر الضروري لاتقاء الضرر، في حين انه واستنادا الى الفقرة ثانيا من المادة (٢١٤) يتحمل من احدث ضررا خاصا لدرء ضرر عام تعويض ما سببه من ضرر ، اذا اجتهد وبدون امر من السلطة العـامة وهذا كما قلنا بسبب كثرة المواد التي تعالج نفس الموضوع وتشتتها ، إذ اصبح من السهولة حصول التعـارض والتضـارب بين نصوص القانون المدني العراقي [٣] .

أيضا من المواضيع التي لم يوفق المشرع في علاجها هو موضوع الشفعة [٤] ، إذ ان هناك تضخما في واضحا للنصوص القانونية التي أُدرجت بشأنها ، اذ خصص المشرع سبع عشرة مادة لموضوع الشفعة هي المواد من (١١٢٨ الى ١١٤٤) ، والتي أصبحت موضوعا غير متداول في الواقع العملي الا قليلا ، خاصة اذا ما علمنا ان الشفعة قد انحصرت بالشريك بالدار او الشقة السكنية فقط [٥] شريطة ان لا يملك دارا على وجه الاستقلال ، وكان الاجدر بالمشرع تنظيمها بموجب مواد قانونية اقل من ناحية العدد واكثر عمقا واحاطة

---

(١) الدكتور عبد المجيد الحكيم والدكتور عبد الباقي البكري والدكتور محمد طه البشير ، مرجع سابق ، ص ٣٠٤ .

(٢) إذ نصت هذه المادة على (١- الضرورات تبيح المحظورات ولكنها تقدر بقدرها . ٢- فمن احدث ضررا وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه او عن غيره كان غير مسؤول على الا يجاوز في ذلك القدر الضروري ، والا اصبح ملزما بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة) .

(٣) الدكتور عبد الكريم صالح عبد الكريم والدكتور عبد الله فاضل حامد ، مرجع سابق ، ص ١٤٥ .

(٤) عرفت المادة (١١٢٨) مدني عراقي الشفعة على انها بقولها (الشفعة هي حق تملك العقار المبيع ولو جبرا على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات المعتادة) .

(٥) انحصر حق الشفيع بالشريك في الدار او الشقة السكنية بموجب قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم ٩٧٨ في ١٩٧٨/٧/٢٤ الذي الغى نص المادة (١١٢٩) وأحل محلها النص التالي (١- ينحصر حق الشفعة بالشريك في دار السكن الشائعة شرط ان لا يملك دار للسكن على وجه الاستقلال . ٢- تعتبر الشقة السكنية بحكم دار السكن لأغراض هذا القرار) ، وأيضـا الغى هذا القرار الفقرة الاولى من قرار مجلس قيـادة الثورة المنحل رقم ٢١١ في ١٩٧٨/٢/١٤ التي كانت تنص على (تلغى المـادة (١١٢٩) من القـانون المدني ، يحل محلها ما يلي : (ينحصر حق الشفعة في العقـار الشـائع غير الزراعي المملوك ملكا صرفـا) .

من تلك المواد التي استخدمها في معالجته لموضوع الشفعة [١] ، اما المشرع المصري فلم يكن حاله افضل من المشرع العراقي في الموضوع ، اذ نظم الشفعة بموجب أربع عشرة مادة هي المواد من (٩٣٥ الى ٩٤٨) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل ، ولا غرابة في ذلك اذ يعد القانون المدني المصري مصدرا تاريخيا للقانون المدني العراقي [٢] ، اما المشرع الفرنسي فقد نظم ما يعرف بـ (حق استرداد الحصة المبيعة) بموجب المادة (٨٤١) من القانون الفرنسي الصادر عام ١٨٠٤ المعدل ، والتي نصت على (كل شخص لم يكن وارثا ولو قريبا للمتوفى تنازل له احد الورثة عن حصته في التركة فلباقي الورثة او احدهم الحق في إخراجه من القسمة ودفع قيمة الحصة المبيعة له) [٣] ، اي ان المشرع الفرنسي حصر هذا الحق فقط بالورثة الشركاء في التركة .

أيضا من مظاهر الضعف والتعارض ان المشرع جعل الظروف الطارئة [٤] من القواعد الآمرة ، اما القوة القاهرة [٥] فلم يعدّها كذلك رغم ان القوة القاهرة تجعل من تنفيذ الالتزام مستحيلا ، على عكس الظروف الطارئة التي تجعل منه مرهقا وليس مستحيلا ، إذ نظم المشرع العراقي احكام نظرية الظروف الطارئة بموجب المادة (١٤٦) مدني عراقي ، وقد نصت نهاية الفقرة الثانية من المادة أعلاه على انه (... ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك) ، في حين نظمت احكام المواد (١٦٨ و٢١١) مدني عراقي [٦] موضوع القوة

---

(١) الدكتور تحسين حمد سمايل ، مرجع سابق ، ص ٢٤٠ .

(٢) الدكتور قاسم هيال رسن ، بحوث في القانون المدني ، ط ١ ، الجزء الثاني ، دار العادل للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ٢٠٢٢ ، ص ٤٦ .

(٣) نقلا عن ما منشور في الموقع الالكتروني المتاح على الرابط التالي ، https://amar.blogspot.com/٢٠١٦/٠٣/blog-post_٧٠٦.html ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٧/٩ ، وقت الزيارة ٣:١٥ صباحا .

(٤) تعرف الظروف الطارئة على انها (حالة عامة غير مألوفة او غير طبيعية او واقعة مادية عامة أيضا لم تكن في حسبان المتعاقدين وقت التعاقد ولم يكن في وسعهما ترتيب حدوثها بعد التعاقد ويترتب عليها ان يكون تنفيذ الالتزام التعاقدي مرهق للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة وان لم يصبح مستحيلا) ينظر محمد عبد الرحيم عنبر ، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة ، نقلا عن الدكتور اقصاصي عبد القادر ، نظرية الظروف الطارئة واثرها على تنفيذ الالتزام التعاقدي ، بحث منشور في المجلة الافريقية للدراسات القانونية والسياسية ، العدد ٢ ، مجلد ٢ ، الجزائر ، ٢٠١٨ ، ص ١٢٩ .

(٥) تعرف القوة القاهرة على انها (حدث خارجي غير متوقع لا يمكن مقاومته مستقل عن إرادة الأطراف المتعاقدة وهو يحول بصورة مطلقة دون تنفيذ مجموع الالتزامات العقدية) ينظر الدكتور نصري منصور نابلسي ، العقود الإدارية ، نقلا عن الدكتورة اميرة جعفر شريف والدكتورة كاوه ياسين سليم والدكتور مصطفي رشيد ، نظريتي القوة القاهرة والظروف الطارئة في القانون العراقي والشريعة الإسلامية ، بحث منشور في مجلة جامعة تيشك الدولية ، ضمن وقائع المؤتمر الدولي الرابع للقضايا القانونية ، ٢٠١٩ ، ٩٨٩ .

(٦) اذ تنص المادة ١٦٨ على (اذا استحال على الملتزم بالعقد ان ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب اجنبي لا يد له فيه وكذلك يكون الحكم اذا تأخر الملتزم في تنفيذ التزامه) ، كما

القاهرة ، وأيضا نظمت المادة (٤٢٥) مدني عراقي [١] موضوع استحالة التنفيذ بسبب اجنبي ، وقرر المشرع العراقي حكما عاما وهو انه اذا وقع ضرر واثبت الملتزم ان الضرر وقع بسبب قوة قاهرة لم يكن ملزما بالضمان ، لكنه عاد واستثنى هذا الحكم في حالة وجود نص او اتفاق بخلافه [٢] ، أي انه يمكن الاتفاق على ان يتحمل المدين كافة تبعات وقوع قوة قاهرة ولكن هذا الاتفاق يعد باطلا في حالة الظروف الاستثنائية ، وفي ذلك مجافاة للعدالة وللمنطق أيضا .

اما المشرع المصري فقد نظم احكام الظروف الطارئة بموجب المادة (١٤٧) مدني مصري [٣] ، ونظام احكام القوة القاهرة بموجب المادة (١٦٥) [٤] مدني مصري ، ولم يختلف موقف المشرع المصري عن المشرع العراقي اذ جعل الظروف الطارئة من النظام العام والقوة القاهرة يجوز الاتفاق على ان يتحملها المدين ، ولا غرابة في ذلك اذ ان المشرع العراقي اقتبس نصوص مواده بخصوص الظروف الطارئة والقوة القاهرة من القانون المدني المصري وبصورة حرفية أيضا .

اما بالنسبة لموقف المشرع الفرنسي فانه وبموجب المادة (١١٣٤) من القانون المدني الفرنسي قبل التعديل ، اعطى للاتفاق بين الأطراف المتعاقدة قوة القانون فلم يجز انهاء العقد الا باتفاق الطرفين او بموجب القانون [٥] ، اما بالنسبة لموقف المشرع الفرنسي بعد تعديل القانون المدني الفرنسي بموجب المرسوم التشريعي رقم ١٣١ لسنة ٢٠١٦ ، فانه اخذ بنظرية الظروف الطارئة بموجب المادة (١١٩٥) مدني

نصت المادة ٢١١ على (اذا اثبت الشخص ان الضرر قد نشأ عن سبب اجنبي لا يد له فيه كآفة سماوية او حادث فجائي او قوة قاهرة او فعل الغير او خطأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يوجد نص او اتفاق على غير ذلك) .

(١) إذ نصت هذه المادة على (ينقضي الالتزام اذا اثبت المدين ان الوفاء به اصبح مستحيلا لسبب اجنبي لا يد له فيه) .

(٢) الدكتورة اميرة جعفر شريف والدكتورة كاوه ياسين سليم والدكتور مصطفي رشيد ، مرجع سابق ، ص ٩٩١ .

(٣) نصت هذه المادة على (١- العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله الا باتفاق الطرفين او للأسباب التي يقررها القانون . ٢- ومع ذلك اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدي وان لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك) .

(٤) نصت هذه المادة على (اذا اثبت الشخص ان الضرر قد نشأ عن سبب اجنبي لا يد له فيه كحادث مفاجئ او قوة قاهرة او خطأ من المضرور او خطأ من الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص او اتفاق على غير ذلك) .

(٥) الدكتور عبد الكريم صالح عبد الكريم والدكتور زيمان رمضان سعيد ، مستجدات نظرية الظروف الطارئة ، دراسة في ضوء المرسوم التشريعي رقم ١٣١ لسنة ٢٠١٦ الخاص بتعديل القانون المدني الفرنسي مع المقارنة بالقانون المدني العراقي ، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق ، العدد ١٢ ، ٢٠٢٠ ، ص ٢٠٢ .

فرنسي [1] ولم يجعلها من النظام العام اذ ان من شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة هو عدم وجود اتفاق بين الأطراف على تحمل المدين تبعة تغير الظروف ، وقبل ذلك اعطى صلاحية للأطراف المتعاقدة على إعادة التفاوض قبل اللجوء للقضاء وهو اتجاه جيد لضمان بقاء العقد واستقرار المعاملات [2] .

ومن الأسباب الأخرى هو عدم وضوح السياسة التشريعية [3] المتبناة من قبل المشرع العراقي في نصوص القانون المدني ، اذ يرى جانب من الفقه [4] ان القانون المدني لا ينضوي تحت سياسة معينة واضحة المعالم ؛ وذلك بسبب تعدد مصادره واستنباط احكامه من فكرين مختلفين هما الفقه الإسلامي والفقه اللاتيني ، وعدم توفيق المشرع العراقي من الملاءمة بينهما ، فهو يأخذ من هذا الفقه مرة وأخرى من الفقه او الفكر اللاتيني سعيا منه وحرصا على دمج القديم بالحديث .

ويرى الدكتور السنهوري ان من أسباب المزج بين الفقه الإسلامي القانون الغربي هو تفكيك الشكل عن الموضوع ، إذ يتم الاعتماد على الفقه الإسلامي في اقتباس مواضيع القانون بينما يتم اعتماد الأساليب الحديثة في الصياغة التشريعية وتؤخذ من التقنينات الغربية ؛ ليتمكن القانون المدني العراقي من مواكبة التطور في الحياة الحديثة ولا يصبح قانونا منعزلا عن القوانين الحديثة [5] .

ان الرؤية التي جاء بها الدكتور السنهوري عند قيامه بتشريع القانون المدني العراقي بصفته رئيس مشروع اعداد القانون ، تقوم على أساس غير عملي اذ ان المفسر غالبا ما يرجع الى المصدر التاريخي للقانون ، إذ إن ذلك يساعد ويسهم مساهمة كبيرة في الوقوف على حقيقة موقف وقصد المشرع عند وضعه

---

(1) نصت هذه المادة على (اذا حدث تغير في الظروف ، غير ممكن التوقع عند ابرام العقد ، ترتب عليه ان صار التنفيذ باهظ الكلفة بالنسبة لاحد الأطراف ، الذي لم يقبل تحمل تبعة هذا التغير ، يمكن لهذا الأخير ان يطلب من المتعاقد معه إعادة التفاوض على العقد ، على ان يستمر في تنفيذ التزامه اثناء إعادة التفاوض . في حال رفض او فشل إعادة التفاوض يجوز للأطراف الاتفاق على فسخ العقد اعتبارا من التاريخ ووفق الشروط التي يحددونها ، او الطلب من القاضي باتفاقهم المشترك ، ان يقوم بتطويع العقد في حال عدم الاتفاق خلال مدة معقولة يمكن للقاضي بناءً على طلب احد الأطراف تعديل العقد او انهائه ، اعتبارا من التاريخ ووفق الشروط التي يحددها) ، نقلا عن الدكتور عبد الكريم صالح عبد الكريم والدكتور زيمان رمضان سعيد ، مرجع سابق ، ص ٢٠٥ .

(2) الدكتور عبد الكريم صالح عبد الكريم والدكتور زيمان رمضان سعيد ، مرجع سابق ، ص ٢٠٥ – ٢٠٧ .

(3) السياسة التشريعية تعني : (الاتجاهات العامة التشريعية الموجودة في تشريع معين) ، ومن خلال هذه السياسة يمكن تحديد الأصول والاسس والمبادئ العامة للتشريع ، والتي بوجودها ونضجها ووضوحها يمكن الحيلولة دون تعارض الاحكام او التناقض فيما بينها ، ينظر الدكتور تحسين حمد سمايل ، مرجع سابق ، هامش صفحة ٢٤١ .

(4) الدكتور تحسين حمد سمايل ، مرجع سابق ، نقلا عن الدكتور محمد سليمان الأحمد ، خواطر مدنية ، ص ٢٤٤ .

(5) الدكتور قاسم هيال رسن ، مرجع سابق ، ص ٢٥٣ وما بعدها .

للنص القانوني ، وبذلك فان على القاضي عند تفسير ما اعترى بعض النصوص القانونية من غموض الرجوع الى مصادر تاريخية متباينة ؛ لكون ان موضوع النص مقتبس من الفقه الإسلامي وصياغة هذا النص مقتبسة من الفقه اللاتيني ، مما يشغل القاضي في البحث والتقصي ومن ثم قد لا يصل الى نية المشرع الحقيقية ، وبالنتيجة فان تطبيق القانون سيكون مختلف في كل مرة وهذا ما يتعارض مع ديمومته [١] .

ومن العيوب التي تشوب النصوص التشريعية من جراء عدم وضوع السياسة التشريعية ، هي كثرة النصوص القانونية وتشعبها وعدم انسجامها وتناقضها أحيانا [٢] ، ومن النصوص التي جاءت متعارضة مع بعضها البعض هي المواد (١٠٦٠) و(١٠٩٠) والمادة (١٠٩٢) مدني عراقي [٣] ، اذ وردت تناقضات عدة في احكام هذه المواد ، إذ يمكن لمالك العقار ان يجبر جاره على وضع حدود فاصلة بين املاكهم المتجاورة وذلك بموجب المادة (١٠٦٠) ، بينما واستنادا الى احكام المواد (١٠٩٠) و(١٠٩٢) لا يمكن اجبار الجار لجاره على ان يضع حدودا بينهما ، او ان للجار الذي لم يساهم في تعلية الحائط المشترك – الذي هو ملزم بالمشاركة في نفقاته وفقا للمادة (١٠٦٠) – ان يساهم بنصيبه في هذه النفقات ويصبح شريكا في الحائط المُعلى إذ يتبين بان المادة (١٠٩٠) تتعارض مع المادتين (١٠٦٠ و١٠٩٢) واربكت العمل بهما ، إذ إن الجار اذا لم يسهم في نفقات التعلية وأصبحت هذه التعلية واقع حال ، فهو مستفيد منها بدون ان يتكبد نفقات إضافية فلماذا يسهم في نفقات شيء موجود وهو مستفيد منه بكل الأحوال ، وكان بالإمكان عوضا عن هذه المواد الثلاث ان يأتي المشرع بمادة واحدة ويحسم امره في امكان اجبار الجار لجاره على ان يضعا حدودا لأملاكهما المتلاصقة .

---

(١) الدكتور قاسم هيال رسن ، بحوث في القانون المدني ، مرجع سابق ، ص ١٧ .

(٢) الدكتور تحسين حمد سمايل ، مرجع سابق ، ص ٢٤٤ .

(٣) إذ نصت المادة (١٠٦٠) على (لكل مالك ان يسور ملكه على ان لا يمنع ذلك من استعمال حق لعقار مجاور ، وله ان يجبره جاره على وضع حدود لأملاكهما المتلاصقة ، وتكون نفقات التحديد شركة بينهما) ، كما نصت المادة (١٠٩٠) على (للجار الذي لم يساهم في نفقات التعلية ان يصبح شريكا في الجزء المعلى ، اذا هو دفع نصيبه مما انفق عليه وقيمة ما يخصه من الأرض التي تقوم عليها زيادة السمك اذا كانت هناك زيادة) ، وأيضا نصت المادة (١٠٩٢) على (لا يجوز للجار ان يجبر جاره على إقامة حائط او غيره على حدود ملكه ، ولا على ان يعطيه جزءا من حائطه او من الأرض القائم عليها الحائط ، الا في الحالة المنصوص عليها في المادة (١٠٩٠) ٢- ومع ذلك ليس لمالك الحائط ان يهدمه مختارا دون عذر قوي ان كان هذا يضر الجار الذي يستتر بالحائط) .

أيضا هناك تناقض واضح بين المادة (١٣٤) والمادة (١١٦٣) مدني عراقي [١] ؛ وهذا بسبب ضعف السياسة التشريعية وعدم تجلي معالمها [٢] ، اذ تشير الفقرة الأولى من المادة (١٣٤) الى إمكانية استرداد العين محل العقد الموقوف في حالة نقضه ممن انتقلت اليه هذه العين مهما تداولتها الايدي ولو كانوا حسِني النية ، في حين ان الفقرة الأولى من المادة (١١٦٣) تعطي حصانة لمن يحوز على منقول بحُسن نية بان لا تُسمع عليه دعوى الملك من احد ، وفي الحقيقة ان ما تشير اليه هاتان المادتان يربك العمل ويقوض استقرار المعاملات الذي هو من اهم اهداف القانون .

ومن مظاهر الضعف في نصوص القانون المدني ، الخلل الذي وقع فيه المشرع في عدّ الاجارة الطويلة من الحقوق العينية بموجب نص المادة (٦٨) من القانون المدني [٣] ، على عكس الايجار العادي او قصير المدة فقد عدّه المشرع حقا شخصيا بمفهوم المخالفة لنص المادة أعلاه ، يتبين ان المشرع ذكر الحقوق العينية على سبيل الحصر ولا مشكلة في ما ذكرته المادة (٦٨) من تعداد لهذه الحقوق ، الا ان الاشكال يكمن في تقسيم حق الاجارة الى قسمين مختلفين وترتيب آثار مختلفة بشأنهما ، وسبب التمييز بالنسبة للمشرع العراقي هو فقط عامل الوقت ، وتوجد فوارق كبيرة بين بين الحق العيني والحق الشخصي من جهة الصفات والخصائص ، اذ ان الحق العيني هو سلطة مباشرة للشخص على شيء معين كما بينته المادة (٦٧) من القانون المدني [٤] ، اما الحق الشخصي فهو رابطة قانونية بين شخصين دائن ومدين يستطيع الدائن بمقتضى هذه العلاقة مطالبة مدينه بنقل حق عيني او القيام بعمل او الامتناع عنه ، وذلك وفق التعريف الذي أوردته

---

[١]) إذ نصت المادة (١٣٤) على (١- اذا انعقد العقد موقوفا لحجر او اكراه او غلط او تغرير جاز للعاقد ان ينقض العقد بعد زوال الحجر او ارتفاع الاكراه او تبين الغلط او انكشاف التغرير كما ان له ان يجيزه ، فاذا نقضه كان له ان ينقض تصرفات من انتقلت اليه العين وان يستردها حيث وجدها وان تداولتها الايدي فان هلكت العين في يد من انتقلت اليه ضمن قيمتها . ٢- وللعاقد المكره او المغرور الخيار ان شاء ضمن العاقد الاخر وان شاء ضمن المجبر او الغار فان ضمن المجبر او الغار فلهما الرجوع بما ضمناه على العاقد الاخر ، ولا ضمان على العاقد المكره او المغرور ان قبض البدل مكرها او مغرورا في يده بلا تعد منه) ، واما المادة (١١٦٣) فقد نصت على (١- من حاز وهو حسن النية منقولا او سندا لحامله مستندا في حيازته الى سبب صحيح ، فلا تسمع عليه دعوى الملك من احد . ٢- والحيازة بذاتها قرينة على توافر حسن النية ووجود السبب الصحيح ، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك) .

[٢]) الدكتور تحسين حمد سمايل ، مرجع سابق ، ص ٢٤٤ .

[٣]) فقد نصت هذه المادة على (١- الحقوق العينية الاصلية هي حق الملكية وحق التصرف وحق العقر وحقوق المنفعة والاستعمال والسكنى والمساطحة وحقوق الارتفاق وحق الوقف وحق الاجارة الطويلة . ٢- والحقوق العينية التبعية هي حق الرهن التأميني وحق الرهن الحيازي وحقوق الامتياز) .

[٤]) نصت هذه المادة على (١- الحق العيني هو سلطة مباشرة على شيء معين يعطيها القانون لشخص معين . ٢- وهو اما اصلي او تبعي) .

الفقرة الأولى من المادة (٦٩) [١] للحق الشخصي ولذا فان حق الايجار يبقى حقا شخصيا مهما طالت مدة عقد الايجار او قصرت ، وبذلك فان الحق العيني يختلف عن الحق الشخصي بكونه سلطة مباشرة على الشيء بدون وساطة من احد ، اما الحق الشخصي فلا يستطيع صاحبه استعماله الا بتدخل من شخص اخر يكون واسطة بين صاحب الحق الشخصي وحقه ، وهنا كان المشرع قد اخفق في عدّ الاجارة الطويلة حقا عينيا على عكس الاجارة القصيرة او العادية رغم عدم الاختلاف بين الاثنين من جهة الجوهر [٢] .

ويعد موضوع الفوائد التأخيرية وإقرار المشرع العراقي لها بموجب القانون من مواطن الضعف في نصوص القانون المدني ، وما الفائدة التأخيرية الا رباً بحد ذاته ورغم ان المشرع اطلق عليها فائدة ، وجاء موضوع الفائدة في القانون ضمن آثار العقد وتحديدا ضمانات العقد ، إذ ألزم المشرع المدين بموجب المادة (١٧١) مدني عراقي بدفع فوائد تعويضية للدائن على سبيل التعويض اذا هو تأخر عن سداد مبلغ الدين ، والربا محرم شرعا بموجب نصوص قرآنية عديدة [٣] تدل دلالة واضحة على حرمته مطلقا ، وبذلك خالف المشرع الشريعة الإسلامية وناقض نفسه حينما قال بان احكام القانون المدني مستمدة من الفقه الإسلامي ، ولا يوجد فقه إسلامي يحلل او يجيز اخذ الربا ، وكانت هذه من الهفوات المضافة الى غيرها والتي سببها تبني الحداثة غير المبررة المقتبسة عن القانين الغربية ولا سيما القانون المدني الفرنسي ، كما ان المادة (١٧١) أصبحت مادة مخالفة للدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ الدائم الذي جعل الدين الإسلامي دين الدولة الرسمي ولا يجوز سن قانون يخالف ثوابت الإسلام [٤] ، كما الزم المشرع المصري المدين بدفع الفوائد عن تأخره عن سداد الدين وذلك بموجب المادة (٢٢٦) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ ، ويلاحظ ان

---

(١) فقد نصت هذه الفقرة على (الحق الشخصي هو رابطة قانونية بين شخصين دائن او مدين يطالب بمقتضاها الدائن المدين بان ينقل حقا عينيا او ان يقوم بعمل او يمتنع عن عمل) .

(٢) الدكتور تحسين حمد سمايل ، مرجع سابق ، ص ٢٥٣ – ٢٥٤ .

(٣) منها على سبيل المثال لا الحصر قوله تعالى في الآية (٢٧٥) من سورة البقرة (الذين يأكلون الربا لا يقومون الا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس ذلك بانهم قالو انما البيع مثل الربا واحل الله البيع وحرم الربا فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف وامره الى الله ومن عاد فاولئك أصحاب النار هم فيها خالدون) ، وأيضا الآيتان (٢٧٦ و٢٧٨) من سورة البقرة ، والآية (١٣٠) من سورة آل عمران .

(٤) فقد نصت المادة الثانية من الدستور على (أولا : الإسلام دين الدولة الرسمي وهو مصدر أساس للتشريع . أ- لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت احكام الإسلام ...) .

المشرع العراقي قد نقل حرفيا نص هذه المادة الى قانونه المدني وذلك غير مستغرب ؛ كون ان القانون المدني المصري يعد المصدر التاريخي للقانون المدني العراقي [١] .

الفرع الثاني

ضعف الصياغة للنص القانوني

لقد رأينا فيما سبق ان الصياغة التشريعية هي الشكل الذي تظهر به القاعدة القانونية للعالم الخارجي ، ومن خلالها يُفهم قصد المشرع عن طريق التعبير اللفظي لما يدور في ذهن المشرع ، ولذا فانه قد لا تكون الصياغة التشريعية لبعض النصوص القانونية بالدقة والحبكة المطلوبتين ، وقد يتأتى الضعف في الصياغة من الأخطاء اللغوية او النحوية او حتى المطبعية او الزيادة غير المبررة للنص القانوني ، وكل ذلك يؤثر على المعنى المراد من النص القانوني او القاعدة القانونية ، وابسط مثال على تلك الأخطاء هو الفرق بين حرفي (واو) و (او) اذ انه بوضع الحرف في غير محله يتغير المعنى بشكل كبير [٢] ، ومن الأمثلة على ذلك ما جاءت به الفقرة الثانية من المادة (٢٢٢) من القانون المدني ، التي ربطت وجوب ان يكون الضرر من (ثور نطوح وكلب عقور) معا لكي يُعتد به ضررا موجبا للمسؤولية .

ومن مظاهر الضعف في الصياغة ما أورده المشرع في الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني العراقي ، إذ نصت الفقرة على (... فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فاذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة) [٣] ، ولم يبين المشرع معنى المبدأ وما هو ، ولذا حصل اللبس والغموض بشأن هذا العنوان إذ ان فقهاء الشريعة الإسلامية لم يستخدموا مصطلح مبدأ وانما جاءت في كتبهم كلمة اصل او أساس ، الّا انه هناك من يرى ان المشرع قد قصد بالمبادئ هي المبادئ المستقرة في الفقه الإسلامي ، إذ ان الشريعة الإسلامية تحتوي على احكام تخص العقيدة وأخرى احكام عملية اجتماعية ، ومن ثم فإن المشرع كان يعني الاحكام العملية المتلاءمة مع موضوع القانون

---

(١) الدكتور قاسم هيـــال رسن ، مشروع السنهوري لتقنين الفقه الإسلامي في القانون المدني ، مرجع سابق ، ص ٢١٧ – ٢٢٣ .

(٢) الدكتور تحسين حمد سمايل ، مرجع سابق ، ص ٢٥٠ .

(٣) إذ نصت هذه الفقرة على (فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فاذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة) .

المدني [1] ، ويرى البعض [2] ان المقصود بالمبادئ في الشريعة الإسلامية هي تلك المبادئ الكلية دون الغوص في الجزئيات ، وهذه المبادئ الكلية لا يُختلف عليها بين المذاهب ومن ثم فانه لا يكون هناك داعٍ لذكر عبارة (دون التقيد بمذهب معين) ، اذ ان هذه المبادئ كما تبين لنا لا يمكن الاختلاف بشأنها ، أيضا فان عبارة (الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون) هي عبارة مبهمة وتجعل القاضي في حيرة من امره ، إذ إنه من الناحية العملية يصعب تحديد ما هو ملاءم من المبادئ الاسلامية للنصوص القانونية من عدمه ، اما المشرع المصري فانه نأى بنفسه عن هذه التداخلات ، إذ جاءت الفقرة ثانيا من المادة الأولى من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنــة ١٩٤٨ المعدل [3] خاليــة من عبارة (الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين) وقد احسن في ذلك [4] .

أيضا جاء في الفقرة ثانيا من المادة الأولى من القانون المدني العراقي عبارة (... فاذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة) ، فلم يعرف المشرع العراقي او يبين ماهية هذه القواعد او خصائصها او معالمها ، كما ان العدالة لا يمكن حصرها بقواعد معينة ، إذ ان العدالة أساس وروح القوانين وغايتها وينبغي ان تستند القاعدة القانونية للعدالة ليضمن بقاءها وديمومتها ، واذا كان من الممكن اطلاق لفظ المبدأ على العدالة فان المبدأ هو فكرة عامة تصلح ان تكون أساسا لمجموعة من القواعد القانونية ، وبذلك تكون العدالة هي أساس المبادئ القانونية ، مثل مبدأ حسن النية ومبدأ عدم شرعية الاثراء بلا سبب كلها مبادئ تستند الى العدالة ، ولكن يمكن التسليم جدلا بان المبدأ هو العدالة فكان على المشرع استخدام مصطلح (مبادئ العدالة) بدلا من (قواعد العدالة) ؛ كونه اقرب للحقيقة واصدق للمعنى [5] ، وحقيقة نرى ان سبب ذلك هو المزج غير الموفق وغير المدروس بين المصادر التاريخية للقانون المدني العراقي ، وهي الشريعة الإسلامية والقانون المدني المصري الذي اخذ من القانون الفرنسي كثيرا .

---

(1) الدكتور عبد الباقي البكري والدكتور زهير البشير ، مرجع سابق ، ص ١٤٨ .
(2) الدكتور سمير تناغو ، النظرية العامة للقانون ، نقلا عن إسماعيل نامق حسين ، العدالة واثرها في القاعدة القانونية ، مرجع سابق ، ص ٢٦٣ .
(3) نصت هذه الفقرة على (فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، حكم القاضي بمقتضى العرف ، فاذا لم يوجد ، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة) .
(4) إسماعيل نامق حسين ، العدالة واثرها في القاعدة القانونية ، مرجع سابق ، ص ٢٦٣ – ٢٦٤ .
(5) إسماعيل نامق حسين ، العدالة بين الفلسفة والقانون ، مرجع سابق ، ص ٦٩ – ٧١ .

اما المشرع المصري فقد جمع بين (مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة) [1] وذلك في معرض حديثه عن مصادر القانون المدني المصري ، ولتأثر المشرع المصري بالقانون الفرنسي فقد جعل من مبادئ القانون الطبيعي مصدرا للقانون المدني المصري عند خلو النص التشريعي والعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية ، لكن الملاحظ انه جمع بين مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة بحرف الواو مما يعني المزج بينهما ، وعدم امكان اللجوء الى مبادئ القانون الطبيعي الا اذا كان هذا المبدأ متوافقا مع قواعد العدالة ، وهذا النهج الذي انتهجه المشرع المصري مُنتَقَدا وغير موفق ؛ وذلك للاختلاف فيما بينهما كون ان العدالة هي جزء والقانون الطبيعي هو الكل وان القانون الطبيعي ذو مصدر ديني بالأصل اما العدالة فهي موجودة في ضمير كل انسان [2] .

ومن التطبيقات الأخرى على ضعف الصياغة والتي توقع المتلقي في لبس ، سواء اكان هذا المتلقي افرادا يتعاملون ويحتكمون الى هذه المادة ام القضاء حين يقضي بموجبها المادة في حالة النزاع ، ما جاءت به الفقرة الأولى من المادة (١٣٦) مدني عراقي [3] التي تتعلق بإجازة العقد الموقوف ، إذ اشترطت هذه المادة بموجب الفقرة الأولى منها ان الاجازة تستند الى الوقت الذي تم فيه العقد ، وأيضا اشترطت لصحة هذه الاجازة هو وجود من يملك هذه الرخصة وقت صدور العقد ، فما جاءت به هذه الفقرة لا يستقيم مع المنطق ولا يمكن التسليم به ، اذ انه يجب على من يمتلك رخصة إجازة العقد ان يكون حيا وموجودا من وقت صدور العقد الى وقت الاجازة ، وانه اذا مات فلا تنتقل هذه الرخصة الى الاخرين ولا يمكنهم إجازة العقد ، فاذا تصرف القاصر قبل ان يأذن الولي بهذا التصرف ومات هذا الولي وقامت المحكمة بتعيين ولي لهذا القاصر ، فانه وبناءً على نص الفقرة الاولى المشار اليها لا يستطيع إجازة هذا التصرف [4] .

([1]) وذلك بموجب الفقرة ثانيا من المادة الأولى من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل .

([2]) علي حميد كاظم الشكري ، مرجع سابق ، ص ٦٣ – ٦٨ .

([3]) اذ نصت هذه الفقرة على (١- إجازة العقد الموقوف تكون صراحة او دلالة وتستند الى الوقت الذي تم فيه العقد ويشترط في صحتها وجود من يملكها وقت صدور العقد ولا يشترط قيام العاقدين او المالك الأصلي او المعقود عليه وقت الاجازة) .

([4]) Ammar AL-Bsherawy And Ali abdul-Jabbar Rahim , The Negative Aggravation of the Legal Provisions In the Iraqi Civil Code , Akkad Journal of Law and Public Policy , Vol. 2, No. 1, 2022 , p 5 .

ومن الأمثلة الأخرى على الخلل وعدم الدقة في الصياغة التشريعية [١] ، ما جاءت به الفقرة الثانية من المادة (٩١) مدني عراقي [٢] التي اشترطت الشكلية في الوعد بإبرام عقد معين ، اذا كان هذا العقد من العقود التي اشترط القانون في انعقادها استيفاء الشكلية المطلوبة ، ومن المعلوم ان التصرفات العقارية لا تنعقد الا اذا سجلت بدائرة التسجيل العقاري [٣] ، إذ ان الوعد بالتعاقد لا ينتج عنه الا حقا شخصيا فلا مجال لتطبيق الفقرة ثانيا من المادة (٩١) ، وذلك حسب اختصاص هذه الدائرة استنادا الى المادة (٢) من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ [٤] ، اذ تختص هذه الدائرة بتسجيل الحقوق العقارية الاصلية والتبعية فقط ولا تختص بتسجيل الحقوق الشخصية ، وبذلك اصبحت هذه الفقرة لا معنى لها من الناحية العملية ، وهذا الخلل متأتٍ من النقل الحرفي من القانون المصري إذ إن الفقرة ثانيا من المادة (٩١) المشار اليها قد تم نقلها من الفقرة ثانيا من المادة (١٢١) مدني مصري [٥] ، مما أوقع المشرع العراقي في ارباك إذ ان الحق الشخصي لا يمكن تسجيله بدائرة التسجيل العقاري ، على عكس الوضع في مصر الذي يسمح القانون فيها بتسجيل الحق الشخصي ، اذ يمكن التنفيذ العيني الجبري بحق من وعد بإجراء التصرف العقاري اذا تحققت شروطه [٦] وذلك بموجب المادة (١٠٢) مدني مصري [٧] .

أيضا من الأخطاء في الصياغة والمبالغة في زج الأمثلة وخلق مواد قانونية غير مفيدة ، مما جعل هناك تزيدا وتكرارا غير مبرر في نصوص القانون المدني العراقي ، ومنها تلك المواد التي نظمت المسؤولية عن

---

(١) الدكتور عبد الكريم صالح عبد الكريم والدكتور عبد الله فاضل حامد ، مرجع سابق ، ص ١٥٥ – ١٥٦ .

(٢) اذ تنص هذه المادة على (١- الاتفاق الابتدائي الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين او احدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون صحيحا الا اذا حددت المسائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه والمدة التي يجب ان يبرم فيها . ٢- فاذا اشترط القانون للعقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل تجب مراعاته أيضا في الاتفاق الابتدائي الذي يتضمن وعدا بإبرام هذا العقد) .

(٣) ينظر الى المادة رقم (٥٠٨) مدني عراقي والتي تنص على (بيع العقار لا ينعقد الا اذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون) .

(٤) ينظر الى المادة رقم (٢) من قانون التسجيل العقاري والتي تنص على (تختص دائرة التسجيل العقاري بتسجيل التصرفات العقارية والاحكام القضائية الحائزة درجة البتات وما في حكمها الواردة على الحقوق العقارية الاصلية والتبعية وانتقال هذه الحقوق الى الخلف العام) .

(٥) اذ تنص هذه المادة على (١- الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين او احدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد الا اذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه والمدة التي يجب ابرامه فيها . ٢- اذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل تجب مراعاته أيضا في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد) .

(٦) الدكتور عبد الكريم صالح عبد الكريم والدكتور عبد الله فاضل حامد ، مرجع سابق ، هامش الصفحة رقم ١٥٦ .

(٧) إذ نصت هذه المادة على (اذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الاخر طالبا تنفيذ الوعد وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة قام الحكم متى حاز قوة الشيء المقضي به مقام العقد) .

الحيوان والتي أضحت مواد غير عملية وليس لها تطبيق فعلي على ارض الواقع [١] ، ولكن هناك من يرى [٢] ان هذه المواد ليست متراكمة ولا يوجد فيها تزيد او تكرار ؛ كون ان موضوع المسؤولية عن الحيوان هو موضوع (قديم متجدد) ، صحيح انه لم يعد هناك استخدام للحيوانات لأغراض نقل البضائع والانسان في الطرق العامة او قل استخدامها بشكل واضح جدا ، الا انه في الآونة الأخيرة يوجد يلاحظ استخدام الحيوانات لأغراض الزينة او حب تملك الحيوانات الاليفة كالكلاب او القطط ، إذ ان وجود هذه الحيوانات في الطرقات وبين الناس لا يمنع من حصول بعض الحوادث التي تترتب عليها مسؤولية صاحب الحيوان .

وعلى اية حال فان المسؤولية عن الحيوان تم تنظيمها في القانون المدني العراقي بموجب المواد (٢٢١ – ٢٢٦) [٣] ، وهي مواد احتوت على كثير من الأمثلة دون الاحكام الموضوعية [٤] ، وكان الاجدر بالمشرع العراقي ان ينظمها بموجب مواد اقل مما اتجه اليه في قانونه المدني واكثر رصانة كما فعل المشرع المصري اذ نضم مسؤولية الحيوان في مادة واحدة وهي المادة (١٧٦) [٥] من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ ، والمشرع الفرنسي في المادة (١٢٤٣) [٦] من القانون المدني الفرنسي الصادر عام ١٨٠٤ المعدل ، وان اتجاه المشرع العراقي في تنظيم موضوع مسؤولية الحيوان في ستة مواد هو اتجاه منتقد ويدل على ضعف وركة في الصياغة .

وبرأينا فان الاخذ بما ذهب اليه المشرع الفرنسي هو الاجدر كونه جمع اغلب التصورات التي من الممكن ان تحصل عن مسؤولية الحيوان ، إذ ان المشرع المصري وان اجاد في اختصار الموضوع الا انه اغفل

---

[١]) الدكتور تحسين حمد سمايل ، مرجع سابق ، ص ٢٤٥ .

[٢]) مقابلة مع قاضي محكمة بداءة كربلاء السيد محمد خضير ، في معرض اجابته عن بعض الأسئلة بخصوص موضوع البحث ، وذلك بتاريخ ٢٠٢٣/٥/١٦ .

[٣]) على سبيل المثال نصت المادة (٢٢٢) على (١- اذا ضر حيوان بمال شخص ورآه صاحبه ولم يمنعه كان ضامنا . ٢- ويضمن صاحب الثور النطوح والكلب العقور ما احدثاه من الضرر اذا تقدم اليه من اهل محلته او قريته بالمحافظة على الحيوان ولم يحافظ عليه او كان يعلم او ينبغي ان يعلم بعيب الحيوان) ، مع العلم ان المشرع استخدم حرف (واو) بين الثور النطوح والكلب العقور ، وكان عليه استخدام الحرف (او) للدلالة على التخيير ، فانه وبحسب المادة (٢٢٢) لا يتحمل المسؤولية عن الحيوان الا من كان لديه ثور نطوح وكلب عقور واحدثا معا ضررا بالآخرين .

[٤]) الدكتور تحسين حمد سمايل ، مرجع سابق ، ص ٢٤٥ .

[٥]) إذ نصت هذه المادة على (حارس الحيوان ، ولو لم يكن مالكا له ، مسؤول عما يحدثه الحيوان من ضرر ، ولو ضل الحيوان او تسرب ، ما لم يثبت الحارس ان وقوع الحادث كان بسبب اجنبي لا يد له فيه) .

[٦]) نصت هذه المادة على (يكون مالك الحيوان ، او الشخص الذي يستخدمه ، خلال فترة استخدامه ، مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه الحيوان ، سواء كان تحت حراسته ام ضائعا ام هاربا منه) ، نقلا عن الدكتور نافع بحر سلطان ، قانون العقود الفرنسي الجديد ، ترجمة عربية للنص الرسمي ، ط ١ ، مطبعة المنتدى ، بغداد ، ٢٠١٧ ، ص ٦٢ .

مسؤولية صاحب او حارس الحيوان في كل ضرر يتسبب به هذا الحيوان ما لم يثبت الحادث قد وقع قضاءً وقدرا وانه قد اتخذ كافة الوسائل للحيلولة دون وقوع الضرر .

ومن المواد التي ليس لها تطبيق حقيقي ويتم السؤال عن قيمة وجودها ، هي المادة (٥٠٦) مدني عراقي التي عرفت البيع بانه (مبادلة مال بمال) ، في حين ان المادة (٥٠٧) [١] من نفس القانون تبين ان قصد المشرع من عقد البيع هو انتقال الملكية في مقابل الثمن النقدي ، لذا أصبحت المادة (٥٠٦) مدني عراقي عديمة النفع ولا فائدة منها وليس لها تطبيق [٢] .

أيضا من العيوب وجود مواد مختلفة لمعالجة نفس الموضوع مما يؤدي الى التعارض والتضارب فيما بينها ، ومنها المادة (٧٧٩) [٣] مدني عراقي التي ينتهي عقد الايجار بموجبها بمجرد انتهاء مدته دونما حاجة الى انذار ، ما لم يكن متفقا على ان عقد الايجار يمتد الى مدة أخرى ، وفي المادة (٧٨٠) [٤] ذهب المشرع الى انه اذا انتهت مدة عقد الايجار وبقى المستأجر منتفعا بالمأجور ولم يعترض المؤجر على ذلك ، فان عقد الايجار يتجدد من تلقاء نفسه لمدة غير محددة ، والحقيقة ان نص المادة (٧٨٠) وحده كافٍ لمعالجة الموضوع مما جعل هنالك تزيد وتكرار للمواد القانونية على حساب جودة التشريع ، والملاحظ بان المادة (٧٧٩) لا يوجد لها مثيل في القوانين العربية [٥] .

---

(١) نصت هذه المادة على (البيع باعتبار المبيع اما ان يكون بيع العين بالنقد وهو البيع المطلق او بيع النقد بالنقد وهو الصرف او بيع العين بالعين وهو المقايضة) .

(٢) الدكتور عبد الكريم صالح عبد الكريم والدكتور عبد الله فاضل حامد ، مرجع سابق ، ص ١٤٨ .

(٣) نصت هذه المادة على (١- ينتهي الايجار بانتهاء المدة المحددة في العقد دون حاجة الى تنبيه بالإخلاء ، ما لم يكن مشترطا في العقد ان الايجار يمتد الى مدة أخرى محددة او غير محددة عند عدم التنبيه بالإخلاء في ميعاد معين قبل انقضاء مدة الايجار . ٢- فاذا لم تحدد مدة الايجار او كان العقد لمدة غير محددة ، طبقت احكام المادة ٧٤١) ، ومن الجدير بالذكر ان المادة (٧٤١) تُعنى بالمدد التي يجب ان يقوم المؤجر فيها بإنذار المستأجر وحسب نوع المأجور .

(٤) اذ تنص هذه المادة على (١- اذا انتهى عقد الايجار وبقي المستأجر منتفعا بالمأجور بعلم المؤجر ودون اعتراض منه ، اعتبر الايجار قد تجدد بشروطه الأولى ولكن لمدة غير محددة ، وتسري على الايجار اذا تجدد على هذا الوجه احكام المادة ٧٤١ . ٢- ويعتبر هذا التجديد الضمني ايجارا جديدا لا مجرد امتدادا للإيجار الأصلي ، ومع ذلك تنتقل الى الايجار الجديد التأمينات العينية التي كانت للإيجار القديم اما كفالة شخصية كانت او عينية ، فلا تنتقل الى الايجار الجديد الا اذا رضى الكفيل بذلك) .

(٥) Ammar AL-Bsherawy And Ali abdul-Jabbar Rahim , Op . Cit , p 2 - 3 .

ومن مظاهر الضعف في الصياغة أيضا ما ذهب اليه المشرع من تعداد للسبب الأجنبي وضرب الأمثلة ، ما جاءت به المادة (٢١١) [١] مدني عراقي وعددت صورا للسبب الأجنبي وهي (الآفة السماوية او الحادث الفجائي او القوة القاهرة) ، والسبب في ذلك هو التعدد في مصادر القانون المدني العراقي والمزج غير المتقن بين الشريعة الإسلامية والفقه الفرنسي ، إذ استمد المشرع مصطلح (الآفة السماوية) من الشريعة الإسلامية ، كما استمد مصطلحي (الحادث الفجائي والقوة القاهرة) من القانون الفرنسي ، وكان يكفي ان يأتي بمصطلح (القوة القاهرة) للتعبير عن السبب الأجنبي الذي ليس للإنسان يد فيه ولا يسعه توقعه [٢] ، بينما نرى ان المشرع المصري قد ذكر القوة القاهرة والحادث الفجائي في معرض حديثه عن السبب الأجنبي ، وذلك في المادة (١٦٥) [٣] من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل - متأثرا بالقانون الفرنسي – إذ إن المشرع الفرنسي ذكر صور السبب الأجنبي ووصفه بـ (القوة القاهرة والحادث الفجائي) [٤] وذلك بموجب المادتين (١١٤٧ و١١٤٨) من القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ [٥] .

ومن يطالع نصوص القانون المدني العراقي يجد العديد من الأخطاء اللغوية ، كما يلاحظ عدم الدقة في صياغة المواد القانونية احيانا وعدم استخدام المفردات والحروف اللغوية السليمة أحيانا أخرى ، ومن الأمثلة على ذلك استخدام المشرع أداة الاستثناء او الحصر (إلا) [٦] – الهمزة تحت الالف – في غير محلها مرة ، واستخدمها مرة اخرى استخداما صحيحا وفي نفس الفقرة ، إذ ان من يقرأ نص الفقرة ثانيا من المادة

---

(١) نصت هذه المادة على (اذا اثبت الشخص ان الضرر قد نشأ عن سبب اجنبي لا يد له فيه كآفة سماوية او حادث فجائي او قوة قاهرة او فعل الغير او خطأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يوجد نص او اتفاق على غير ذلك) .

(٢) الدكتور عبد الكريم صالح عبد الكريم والدكتور عبد الله فاضل حامد ، مرجع سابق ، هامش الصفحة ١٤٤ و ١٤٥ .

(٣) إذ نصت هذه المادة على (اذا اثبت الشخص ان الضرر قد نشأ عن سبب اجنبي لا يد له فيه كحادث فجائي او قوة قاهرة او خطأ المضرور او خطأ من الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص او اتفاق على غير ذلك) .

(٤) الدكتور هوزان عبد المحسن عبد الله ، مفهوم القوة القاهرة وآثاره في تنفيذ العقد : دراسة مقارنة في ضوء التعديل رقم ١٣١-٢٠١٦ للقانون المدني الفرنسي ، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية ، العدد ٢ ، ٢٠٢١ ، ص ٥٠٦ .

(٥) يذكر انه تم الغاء هاتين المادتين واحل المشرع الفرنسي محلهما المادة (١٢١٨) بموجب مرسوم قانون تعديل القانون الفرنسي رقم ١٣١-٢٠١٦ ، لكن المشرع الفرنسي ابقى على مصطلح القوة القاهرة ، ينظر الدكتور هوزان عبد المحسن عبد الله ، مرجع سابق ، ص ٥٠٢ ، إذ تم تعريف القوة القاهرة على انها (حادث خارج عن سيطرة المدين ، والذي لا يمكن توقعه بشكل معقول في وقت ابرام العقد ، ولا يمكن تجنب اثاره باتخاذ التدابير المناسبة ، مما يؤدي الى استحالة تنفيذ المدين لالتزامه) ، نقلا عن الدكتور هوزان عبد المحسن عبد الله ، مرجع سابق ، ص ٥٠٧ .

(٦) ينظر الدكتور فاضل صالح السامرائي ، معاني النحو ، ط ٢ ، مجلد ٢ ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٣ ، ص ٢١٢ وما بعدها .

(٢١٢) [١] مدني عراقي يفترض ان يعلم بان المشرع أراد القول بـ (إلا) الأولى (أن لا) ؛ كون المعنى لا يستقيم الّا باستخدام (أن لا) لأن موضع الاستخدام هو نفي [٢] ، اما (إلا) الثانية التي تفيد الاستثناء فإن استخدامها سليم وصحيح .

ايضا استخدم المشرع في الفقرة الأولى من المادة (٩١٢) [٣] مدني عراقي كلمة لا تعبر عن المعنى الذي أراده بتاتا ، إذ جاء بكلمة (اذا **وافق** العامل الى اختراع ...) والواضح من سياق ومعنى المادة انه أراد القول (اذا **وُفِّقَ** العامل الى اختراع ...) ، اذا ما علمنا ان معنى كلمة وافق تعني (القبول) ، ووافق في اللغة تعني (وفق : الوفاق : الموافقة . والتوافق : الاتفاق . ومنه الموافقة ، تقول : وافقت فلانا في موضع كذا ، ووافقت فلانا على امر كذا أي اتفقنا عليه معا) [٤] ، وكان من الأفضل على المشرع استخدام كلمة (توصل) فإنها ابلغ في المعنى واسهل على الفهم وتمنع الغموض واللجوء الى التفسير .

كما ان المشرع استخدم لغة صعبة وغير مفهومة ، وتتعارض مع ما يجب ان تكون عليه الصياغة القانونية من سهولة وسلاسة [٥] ، وذلك في الفقرة (٣) من المادة (٣٠٤) [٦] مدني عراقي مستخدما كلمة (توى) ، وهذه الكلمة كلمة صعبة وغير مطروقة ولا مستخدمة في الأوساط القضائية ولا العملية بين الافراد ، وعند البحث تبين ان كلمة توى في اللغة العربية تعني (الهلاك ، وفي الصحاح : هلاك المال . والتوى : ذهاب ما لا يُرجى ، وقد ذُكر من يُدعى من أبواب الجنة فقال : ذلك الذي لا توى عليه أي لا ضياع ولا خسارة

---

(١) نصت هذه المادة على (١- الضرورات تبيح المحظورات ولكنها تقدر بقدرها . ٢- فمن احدث ضررا وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه او عن غيره كان غير مسؤول على إلا يجاوز في ذلك القدر الضروري ، وإلا اصبح ملزما بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة) .

(٢) ينظر الدكتور فاضل صالح السامرائي ، معاني النحو ، ط ٢ ، مجلد ١ ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٣ ، ص ٢٣٥ ، أيضا ينظر الدكتور فاضل صالح السامرائي ، معاني النحو ، ط ٢ ، مجلد ٣ ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٣ ، ص ٢٩٠ وما بعدها .

(٣) نصت الفقرة الأولى من هذه المادة على (اذا وافق العامل الى اختراع في اثناء خدمته لرب العمل فلا يكون لهذا أي حق في ذلك الاختراع ولو كان العامل قد استنبطه بمناسبة ما قام به من اعمال في خدمة رب العمل) .

(٤) ابن منظور ، المجلد الأول ، مرجع سابق ، ص ٤٣٢٦ .

(٥) منشورات مجلس النواب العراقي ، مرجع سابق ، ص ٣٩ .

(٦) إذ نصت هذه المادة على (١- اذا كان الدين مشتركا فلكل واحد من الشركاء ان يطلب حصته منه . ٢- فاذا قبض احد الشركاء شيئا من الدين المشترك فالشركاء الاخرون بالخيار ان شاءوا فيما قبضه عينا ويتبعون هم والقابض المدين بما بقي لكل منهم في ذمته وان شاءوا تركوا للقابض ما قبضه واتبعوا المدين بحصتهم . ٣- فان اختاروا متابعة المدين فلا يرجعون على القابض بشيء الا اذا توى فيرجعون عندئذ على القابض بحصتهم فيما قبضه ويأخذون منه مثل ما قبض لا عينه) .

، وهو من التوى الهلاك) [1] ، وكان من الاجدر به (المشرع) استخدام كلمة (هلك) بدلا عن كلمة (توى) في معرض كلامه عن الدين المشترك وحالات رجوع الشركاء ، اذا ما علمنا ان كلمة هلك هي كلمة عربية فصيحة ومتداولة ومفهومة ، وأيضا إستُعمِلت في القرآن الكريم في عدة آيات منها على سبيل المثال في قوله تعالى { يستفتونك قل اللهُ يفتيكم في الكلالة إن إمرؤ هلك ليس له ولد وله اخت ... } [2] ، وأيضا قوله تعالى { ولقد جاءكم يوسف من قبل بالبينات فما زلتم في شك مما جاءكم به حتى اذا هلك قلتم لن يبعث الله من بعده رسولا كذلك يضل الله من هو مسرف مرتاب } [3] ، وقوله تعالى { هَلَكَ عني سُلطانِيه } [4] ، لذا فان المشرع لم يكن موفقا في استخدامه لكلمة (توى) .

نكتفي بهذا القدر من اثبات وجود الأخطاء في الصياغة ، وأيضا في اللغة في نصوص القانون المدني العراقي ، وهناك من يرى ان هذه الأخطاء ترجع الى تعدد مصادر القانون المدني ، ومحاولة الجمع بين نقيضين الا وهما الفقه الإسلامي والفقه الغربي اللاتيني ، مما جعل هناك ارباك واضح في ثنايا ومواد القانون [5] ، ونحن نؤيد ذلك من انه (القانون المدني) أُريد له ان يجمع بين فكرين متناقضين ومختلفين مما أدى الى هذا الارباك في الصياغة لبعض مواده .

---

(1) لسان العرب ، المجلد الأول ، مرجع سابق ، ص ٤٥٣ .
(2) سورة النساء ، الآية ١٧٦ .
(3) سورة غافر ، الآية ٣٤ .
(4) سورة الحاقة ، الآية ٢٩.
(5) الدكتور قاسم هيال رسن ، بحوث في القانون المدني ، مرجع سابق ، ص ٥٠ وما بعدها .

المبحث الثاني

آثار ديمومة النص في القانون المدني

لابد لكل شيء من اثر يتركه وراءه ، او بصمة تلازمه وتجعل منه شيئا حسنا او العكس ، وبالنسبة لموضوع بحثنا هذا فانه وبلا شك ان لديمومة النص في القانون المدني آثار حسنة ، تمتد الى جميع المتعاملين على وفق احكامه ، ومن بين اهم الآثار المتحققة عن ديمومة النص القانوني هي استقرار المعاملات وتحقيق العدالة ، لذا سنعمد الى بحث هذين الأثرين وتقسيمهما على مطلبين ، نخصص الأول الى استقرار المعاملات والثاني نخصصه الى تحقيق العدالة وكما يلي :-

المطلب الاول

اثر تطبيق النص على استقرار المعاملات

لاريب ان ديمومة النص القانوني تؤثر إيجابيا وبشكل مباشر على استقرار المعاملات ، ويعد مبدأ استقرار المعاملات من اهم الأغراض والاهداف التي يسعى المشرع الى تحقيقها ، وذلك عن طريق القوانين التي يشرعها والتي ومن خلالها ينظم الاعمال ويضع حلولا لجميع الحالات التي قد تطرأ في الحياة العملية ؛ كنتيجة طبيعية لاختلاط الافراد وتعاملهم مع بعضهم البعض ، لذا سنقسم هذه المطلب على فرعين نخصص الأول لبحث اثر الديمومة على استقرار المعاملات ، فيما نخصص الثاني لبيان دور التفسير للنص القانوني على استقرار المعاملات .

الفرع الأول

اثر الديمومة على استقرار المعاملات

يعد مبدأ استقرار المعاملات من الأمور الإيجابية التي تكوّن عماد استقرار الدولة والمجتمع بشكل عام ، ووجود هذا المبدأ مهم فيما تتقدم وتتطور الحياة الإنسانية باطراد مستمر مما يبرر ويفرض وجود استقرارا للمعاملات بالقدر الذي تستقر معه الحياة بشكل عام [١] .

كما ان هذا المبدأ من الأمور والاهداف التي يسعى اليها المشرع ، عبر تشريع القوانين التي تضمن ذلك الاستقرار من خلال جودة هذه التشريعات وثباتها ، للتوفيق فيما بين المصالح المتعارضة للأطراف الداخلة

([١]) علي حميد كاظم الشكري ، مرجع سابق ، ص ٦ .

في معاملات مالية يرغب كل طرف فيها الى تحقيق مصالحه على حساب المصالح الأخرى ، كما ان الاستقرار في المعاملات يتجسد في تطبيق القانون من خلال الجهات التي تتولى تطبقه ، سواء اكانت هذه الجهات قضائية ام جهات إدارية ، من خلال توحيد احكام القضاء إزاء المواضيع المتشابهة وتغليب مبدأ الاستقرار على تحقيق العدل او العدالة وذلك لاهتمامات تقتضيها المصلحة العامة [١] .

ومن عوامل استقرار إستقرار المراكز القانونية او استقرار المعاملات المالية ، هي عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون وعدم رجعية القاعدة القانونية واحترام الحقوق المكتسبة [٢] ، وكل هذه المصطلحات هي جزء من استقرار الأوضاع القانونية ، فمن خلال ديمومة النص القانوني يتعرف الأفراد وبدقة على ما لهم من حقوق وواجبات ابتداءً قبل الدخول في معاملات مالية مع الغير ، من خلال وضوح القاعدة القانونية وسهولة معرفة الافراد بها واستقرار هذه القواعد ، أو هي (ثبات اثار الوقائع الإنسانية في الأموال بنفاذها او انحلالها) كما يرى البعض ، ويقصد بها ان يتحدد مقدار الحقوق والالتزامات الواقعة على اطراف العلاقة المالية ، أي معرفة كل طرف من اطراف هذه العلاقة حقوقه والتزاماته تجاه الطرف المقابل ، كما يتعين معرفة الطرف المقابل بمقدار الالتزامات التي عليه والحقوق التي له على الطرف الاخر [٣] .

وكذلك فان التطبيق السليم للقانون يولد اسقراراً ذاتيا لدى الافراد فيما يخص حقوقهم ويمنحهم الطمأنينة الكافية التي تمنعهم من الالتجاء الى غير القانون لاستيفائها والمحافظة عليها ، لذلك فان التطبيق الانتقائي للقانون يخل بنجاعته ويؤدي على عدم الاستقرار [٤] ، وهنا يأتي دور ديمومة النص القانوني التي من خلالها يتم صياغة النصوص القانونية بوضوح وسلاسة من خلال صياغتها بدقة واحتراف إذ تسد الطريق على التفسيرات التي تخرج عن روح النص ومقصوده وتمنع من تعدد تطبيق القانون بتعدد الاشخاص تبعا للتفسيرات المختلفة المتولدة عن غموض النص القانوني .

وكذلك فان القانون لا تقف وظيفته عند توفير البقاء او الوجود للجماعة ، وانما تتعدى ذلك نحو تقدم المجتمع ورقيه أيضا ، وبما ان النصوص القانونية محدودة وان الحاجات الإنسانية والاعمال والوقائع المادية

---

(١) علي حميد كاظم الشكري ، مرجع سابق ، ص ١ .
(٢) الدكتور احمد شوقي ، مرجع سابق ، ص ٢٠٠ – ٢١٩ .
(٣) علي حميد كاظم الشكري ، مرجع سابق ، ص ٢٣ .
(٤) الدكتور إسماعيل نامق حسين ، التطبيق الانتقائي للقانون وتأثيره على الاستقرار القانوني ، بحث منشور في مجلة جامعة التنمية البشرية ، قدم في المؤتمر العلمي الدولى الرابع لجامعة التنمية البشرية ، مجلد ٣ ، العدد ٢ ، ٢٠١٧ ، ص ٤٧ – ٥٠ .

غير محدودة وجب على القانون ان يكون متطورا ويتماشى مع روح التطور الإنساني لتحقيق تطلعات المجتمع الاجتماعية والاقتصادية والسياسية ، ويكون ذلك من خلال استيعاب النصوص القانونية التي صيغت بدقة وفراسة لمسايرة الظروف والمستجدات التي تحصل نتيجة التقدم الفطري للحياة الإنسانية [١] ، ومنعا لوجود حالات او وقـائع لا توجد لها تغطية قانونية فعالة لكي يستتب الاستقرار وعدم حصول حالة من الفراغ القـانوني .

ويعني مبدأ عدم رجعية القانون ، ان القانون لا تسري نصوصه الا على المستقبل ، ولا تشمل القضايا التي وقعت في الماضي ، فلا يجوز تطبيق قاعدة قانونية على اعمال او وقائع تمت واحدثت اثرها في زمن سابق على صدور القانون الجديد [٢] .

ان مبدأ عدم رجعية القوانين وصل الى حد ان يكون مبدئا دستوريا ، فقد نصت كثير من دساتير الدول عليه ايمانا منها به واحتراما له واعتقادا منها بسموه ما يستوجب تضمينه في مواد الدستور ، ونظرا لمكانة هذا المبدأ في الضمير القانوني العالمي فقد تضمن الإعلان العالمي لحقوق الانسان هذا المبدأ وأشار اليه في المادة (١١) من الإعلان [٣] ، كما جاء مضمون هذا المبدأ في الفقرة (٩) من المادة (١٩) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ [٤] ، اما دستور جمهورية مصر لعام ٢٠١٤ فقد تضمن مبدأ عدم رجعية القانون وذلك في المادة (٩٥) منه [٥] ، وقد اشـار الدستور الفرنسي ايضـا لهذا المبدأ بموجب المادة (٦) منه [٦] .

---

(١) الدكتور محمد حسن قاسم ، مرجع سابق ، ص ١١ .

(٢) الدكتور محمد حسن قاسم ، مرجع سابق ، ص ١١ .

(٣) فقد نصت هذه المادة على (١- كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئـا الى ان يثبت ارتكابه لها قانونا في محاكمة علنية تكون قد وُفرت له فيها جميع الضمانـات اللازمة للدفاع عن نفسه . ٢- لا يدان أي شخص بجريمة بسبب أي عمل او امتنـاع عن عمل لم يكن في حينه يشكل جرما بمقتضى القانون الوطني او الدولي ، كما لا تُوقع عليه اية عقوبة اشد من تلك التي كانت سارية في الوقت الذي ارتكب فيه الفعل الجرمي) ، انظر الإعلان العالمي لحقوق الانسـان الصـادر عن الأمم المتحدة عام ١٩٤٨ .

(٤) فقد نصت هذه الفقرة على (ليس للقوانين اثر رجعي ما لم ينص على خلاف ذلك) .

(٥) فقد نصت هذه المادة على (العقوبة شخصية ، ولا جريمة ولا عقوبة الا بناءً على قانون ، ولا توقع عقوبة الا بحكم قضائي ، ولا عقاب الا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون) .

(٦) فقد نصت هذه المادة على (لا يعمل بالقوانين باثر رجعي الا عند وجود نص بخلاف ذلك) ، نقلا عن الدكتور علي عبد العالي الاسدي ، تنازع القوانين في الزمان في المراكز العقدية المستمرة ، بحث منشور في مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية ، العدد ١٧ ، ٢٠١٩ ، ص ٦٠ .

وبناءً على ذلك فلا يمكن للمشرع العادي مخالفة الدستور والمجيء بقواعد قانونية تتعارض ومبدأ عدم رجعية القانون ، وعموما فقد نصت اغلب القوانين المدنية على هذا المبدأ فقد اشارت المادة (١٠) من القانون المدني العراقي الى عدم رجعية القانون [١] ، اما القانون المدني المصري فقد أشار أيضا الى هذا المبدأ ولكن بإيراده صورا لتطبيقات المبدأ بموجب المواد (٦ – ٩) ، ونرى ان المشرع المصري لم يكن موفقا في ذلك لأنه أورد امثلة وتطبيقات للمبدأ ولم يأتي بقاعدة عامة لهذا المبدأ وايراد الاستثناء المحدد لهذا الموضوع والمتمثل بالنص الصريح [٢] ، اما القانون المدني الفرنسي فقد أشار هو الاخر الى هذا المبدأ بموجب المادة (٢) منه [٣] ، ونرى بان المشرع الفرنسي اغفل النص على الاستثناء على المبدأ الا وهو نص القانون ليتم التأكيد على ما جاء به الدستور الفرنسي ، ولذا فإننا نرى ان المشرع العراقي كان موفقا اكثر من المشرعين المصري والفرنسي في ايراد مبدأ عدم رجعية القانون وصياغته لقاعدته القانونية .

وهناك أيضا اعتبارات منطقية لعدم رجعية القاعدة القانونية للحفاظ على الحقوق المكتسبة ، وحماية لاستقرار التعامل ، فالقواعد القانونية تتضمن الامر بفعل معين او الامتناع عنه ، وبالتالي فانه من غير المنطقي محاسبة الافراد بقوانين لم تصدر بعد ولم يعلموا بوجودها ، وعلى ذلك فان المتعاملين على وفق القوانين المرعية لأن يأمنوا على تعاملاتهم وتعاقداتهم فيما لو كان هناك مجال لان ينطبق عليهم القانون الجديد والذي يمكن ان يضر بحقوق احد الأطراف او يثقله بأعباء جديدة ، لذا فانه يجب ان تستقر التعاملات وفق القواعد القانونية السارية وقت التعاقد المنتج لآثاره القانونية وما انشأهُ من مراكز قانونية وحقوق مكتسبة فلا يجوز ان يطبق القانون الجديد الا للضرورة القصوى وفي حدود ضيقة جداً [٤] ، ومن هنا فان لديمومة النص القانوني أهمية بالغة في تجنب التعديل المتكرر للقانون او الحاجة الى قانون جديد كل ما استجدت ظروف من شأنها ان تجعل هناك ثغرة او نقصا في المنظومة القانونية للدولة ، مما يستوجب الحاجة الى قوانين تنظم هذه المستجدات وبالتالي قد تخلق نوعا من الاضطراب في تطبيق القانون .

ان هذا المبدأ وان امسى قاعدة عامة التزمت بها اغلب القوانين ، الان انه توجد هناك بعض الاستثناءات التي ترد عليه ، منها النص الصريح في القانون الجديد على شموله بالحكم للحالات السابقة ، وان ذلك يكون

---

[١]) إذ نصت هذه المادة على (لا يعمل بالقانون الا من وقت صيرورته نافذا فلا يسري على ما سبق من الوقائع الا اذا وجد نص في القانون الجديد يقضي بغير ذلك او كان القانون الجديد متعلقا بالنظام العام او الآداب) .

[٢]) الدكتور علي عبد العالي الاسدي ، مرجع سابق ، ص ٦٢ .

[٣]) نصت هذه المادة على (لا ينص القانون الا على المستقبل وليس له اثر رجعي) .

[٤]) الدكتور احمد شوقي محمد عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص ٢١٩ .

بان يورد المشرع نصا صريحا في القانون الجديد ولا يجوز ان يتم تقدير تلك الإرادة للمشرع ، ويجب ان تكون هذه الرجعية مستندة الى اهتمامات حقيقية وطبقا للمصلحة العامة [١] ، كما ان من الاستثناءات التي ترد على هذا المبدأ هو القانون الاصلح للمتهم ، أي ان ينطبق القانون الجنائي الجديد على المتهم في حال كونه اصلح له ، ويكون القانون اصلح للمتهم في حالات عدة منها ان يكون الفعل مجرما بموجب القانون القديم ومباحا بموجب القانون الجديد ، او اذا تقرر بموجبه نوعا من الاعفاء من عقوبة الفعل المجرم دون الغاء الجريمة بحد ذاتها ، كل ذلك بشرط ان لا تكون المحكمة قد اصدرت الحكم وتم استنفاذ كافة طرق الطعن فيه [٢] ، ونص قانون العقوبات العراقي المرقم ١١١ لسنة ١٩٦٩م المعدل على رجعية القانون اذا كان اصلح للمتهم بموجب الفقرة (٢) من المادة الثانية منه [٣] ، ومن الاستثناءات الأخرى على هذا المبدأ هو النظام العام والآداب ، فاذا صدر قانون جديد وتضمن احكاما تتعلق بالنظام العام او الآداب فانه يمتد ليشمل الوقائع التي حدثت قبل صدوره [٤] ، وأيضا القوانين التفسيرية فإنها تحكم الوقائع التي شملها القانون المراد تفسيره ما لم يأت القانون المُفسِر بأحكام جديدة [٥] .

ولكن يثور السؤال هنا كيف يتم العمل بهذا المبدأ ، فهل يسري القانون الجديد على الحالات التي نشأت وتمت في ضل القانون القديم ، ام فقط تلك التي نشأت وفق القانون القديم ولم تكتمل آثارها الا بعد نفاذ القانون الجديد ؟

هناك نظريات عدة طُرحت في هذا المجال ، وهي النظرية التقليدية التي تقوم على أساس التفريق بين الحق المكتسب ومجرد الامل ، والنظرية الحديثة التي تقوم على أساس عدم رجعية القانون على الماضي والاثر المباشر له [٦] ، إذ يرى انصار هذه النظرية ان القانون الجديد لا يسري على الحقوق المكتسبة والتي اكتملت وانتجت اثارها ، ولكنه (القانون الجديد) يسري اذا كان هناك مجرد امل في الحصول على حق أي انه لم يكتمل ، ولم تسلم هذه النظرية من النقد إذ انها لم تضع معيارا للتفريق بين ما هو حق مكتسب وما هو

---

(١) الدكتور محمد حسن قاسم ، مرجع سابق ، ص ٣٦٠ .
(٢) الدكتور رمضان محمد أبو السعود والدكتور محمد حسين منصور ، مرجع سابق ، ص ٢٥٧ .
(٣) نصت هذه الفقرة على (على انه اذا صدر قانون او اكثر بعد ارتكاب الجريمة وقبل ان يصبح الحكم الصادر فيها نهائيا فيطبق القانون الاصلح للمتهم) .
(٤) الدكتور محمد حسن قاسم ، مرجع سابق ، ص ٣٦١ .
(٥) الدكتور رمضان محمد أبو السعود والدكتور محمد حسين منصور ، مرجع سابق ، ص ٢٥٨ .
(٦) الدكتور علي عبد العالي الاسدي ، مرجع سابق ، ص ٦٥ .

مجرد امل [١] ، اما النظرية الحديثة فيرى أنصارها ان القانون ليس له اثر رجعي على الحالات والمراكز القانونية التي تكونت او انقضت وفق القانون القديم ، اما بالنسبة للأثر المباشر للقانون فانه يجب تطبيق القوانين الجديدة فور صيرورتها نافذة ، ويُمتنع عن العمل بالقانون القديم ، وتطبق القوانين الجديدة على كل ما يقع بعد نفاذها حتى وان كانت هذه المراكز قد نشأت وقت العمل بالقانون القديم [٢] ، ولقد اخذ المشرع العراقي بالنظرية الحديثة لتنازع القوانين من جهة الزمان [٣] وذلك بموجب المادة (١٠) من القانون المدني العراقي [٤] .

ومن العوامل الأخرى المقررة لاستقرار المعاملات هو مبدأ (عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون) التي تعني افتراض علم كافة المخاطبين بالقاعدة القانونية بها من وقت سريان القانون ، إذ انه بخلاف ذلك تعم الفوضى ولا يمكن تطبيق القانون على اغلب الافراد لمجرد ادعائه بعدم علمه بالقانون او القاعدة القانونية ، وعلى الرغم من عدم النص على هذا المبدأ في دساتير الدول الا انه يعد مبدأً مسلما به في الفقه القانوني ، وهذا المبدأ يقوم على أساس من العدل في تطبيق القانون اذ انه من غير المقبول ان يتم تطبيق القوانين على من يعلم بها فقط دون الاخرين ، كما انه من الصعوبة بمكان تطبيق القانون تطبيقا سليما من دون وجود هذا المبدأ القانوني [٥] ، من اجل إعمال هذا المبدأ لا بد من نشر القوانين لكي يتم افتراض على الكافة بها من خلال نشر القوانين في الجريدة الرسمية [٦] ، ولذا نجد ان دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ قد نص على هذا الامر في المادة (١٢٩) منه [٧] ، كما نص القانون المدني بموجب المادة (١٣٨٢) على وجوب نشر القانون في الجريدة الرسمية والعمل به بعد مرور مدة سنتين من تاريخ نشره [٨] ، وتعد مدة سنتين مدة طويلة نسبيا ولكنها جيدة ؛ لكون ان القانون من القوانين الضخمة والتي قننت مجموعة قوانين سابقة والغت أخرى ،

---

(١) الدكتور محمد حسن قاسم ، مرجع سابق ، ص ٣٥٧ – ٣٥٨ .
(٢) الدكتور رمضان محمد أبو السعود والدكتور محمد حسين منصور ، مرجع سابق ، ص ٢٦٥ – ٢٦٧ .
(٣) نقلا عن الدكتور علي عبد العالي الاسدي ، مرجع سابق ، ص ٩٣ – ٩٥ .
(٤) حيث نصت هذه المادة على (لا يعمل بالقانون الا من وقت صيرورته نافذا فلا يسري على ما قد سبق من الوقائع الا اذا وجد نص في القانون الجديد يقضي بغير ذلك او كان القانون الجديد متعلقا بالنظام العام او الاداب) .
(٥) الدكتور عبد الباقي البكري والدكتور زهير البشير ، مرجع سابق ، ص ١٠٠ – ١٠١ .
(٦) يذكر ان جريدة (الوقائع العراقية) هي الجريدة الرسمية في العراق وقد تأسست بموجب قانون النشر في الجريدة الرسمية رقم ٧٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل .
(٧) فقد نصت هذه المادة على (تنشر القوانين في الجريدة الرسمية ، ويعمل بها من تاريخ نشرها ، ما لم ينص على خلاف ذلك) .
(٨) نصت هذه المادة على (ينفذ هذا القانون بعد مرور سنتين من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية) .

ومن ثم فانه احدث ثورة في مجال صناعة التشريع في وقته ، إذ كانت هذه المدة ضرورية لدراسته واستيعابه ثم للعمل وفق ما جاء به .

ومن العوامل الأخرى التي تستقر بها المعاملات هو عامل المدة القانونية ، ويقصد بالمدة : (الامتداد الزمني الذي تستغرقه المعاملة منذ ابرامها وصولا لتمام تنفيذها) [١] ، وتعد من العوامل المهمة في تحقيق استقرار المعاملات ، وهناك العديد من التطبيقات في القانون المدني العراقي التي تشير الى المدة كعامل من عوامل استقرار المعاملات ، ومنها ما جاء في المادة (١٣٦) [٢] في إجازة العقد الموقوف إذ اشترطت مرور ثلاثة اشهر من وقت علم من يملك حق الاجازة لهذا العقد ، وتعد هذه المدة كافية للتعبير عن الإرادة وعدم ترك مصير العقد الى اجل غير معلوم ، اذ انه وخلال هذه المدة لو كان لمن يملك هذا الخيار مصلحة في نقض العقد لبادر الى ذلك وبما انه لم يستعمل حقه فان العقد يكون نافذا لضمان استقرار المعاملات ، على عكس المشرع المصري الذي أجاز ابطال العقد خلال مدة ثلاث سنوات وذلك بموجب المادة (١٤٠) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل [٣] ، وهي مدة طويلة نسبيا وتتعارض مع مبدأ استقرار المعاملات .

وأيضا ما جاء بالفقرة (١) من المادة (٤٣١) مدني عراقي إذ لا تُسمع الدعوى على المنكِر اذا تركها مدة سنة واحدة من دون عذر مشروع [٤] ، وذلك في ما يخص حقوق الأطباء والمحامين والصيادلة ومن يمارس عملا او مهنة حرة وأيضا حقوق التجار وأصحاب الفنادق والعمال والخدم وغيرهم ممن ورد ذكرهم في

---

(١) نصت هذه المادة على (ينفذ هذا القانون بعد مرور سنتين من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية) .

(٢) نصت هذه المادة على (١- إجازة العقد الموقوف تكون صراحة او دلالة وتستند الى الوقت الذي تم فيه العقد ويشترط في صحتها وجود من يملكها وقت صدور العقد ولا يشترط قيام العاقدين او المالك الأصلي او المعقود عليه وقت الاجازة . ٢- ويجب ان يستعمل خيار الاجازة او النقض خلال ثلاثة اشهر فاذا لم يصدر في هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد اعتبر العقد نافذا . ٣- ويبدأ سريان المدة اذا كان سبب التوقف نقص الاهلية من الوقت الذي يزول فيه هذا السبب او من الوقت الذي يعلم فيه الولي بصدور العقد ، واذا كان سبب التوقف الاكراه او الغلط او التغرير ، من الوقت الذي يرتفع فيه الاكراه او يتبين فيه الغلط او ينكشف فيه التغرير ، واذا كان سبب التوقف انعدام الولاية على المعقود عليه فمن اليوم الذي يعلم فيه المالك بصدور العقد) .

(٣) إذ تنص هذه المادة على (١- يسقط الحق في ابطال العقد اذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات . ٢- ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الاهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب ، وفي حالة الغلط والتدليس من اليوم الذي ينكشف فيه ، وفي حالة الاكراه من يوم انقطاعه ، وفي كل حال لا يجوز التمسك بحق الابطال لغلط او لتدليس او اكراه اذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد) .

(٤) نصت الفقرة (١) من المادة (٤٣١) على (١- لا تسمع الدعوى على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي سنة واحدة في الحقوق الآتية : ...) .

الفقرات (أ ، ب ، ج) من الفقرة (١) من المادة [١] ، كل ذلك اذا كان ترك إقامة الدعوى بدون عذر مشروع ويترك تقدير وجود العذر الشرعي من عدمه الى قناعة وتقدير المحكمة ، ويكون ذلك بعد تحليف المتمسك بهذا الدفع ان ذمته غير مشغولة بالدين ، وبذلك فان المشرع العراقي قد وازن بين استقرار المعاملات من خلال تقريره لمدة السنة الواحدة للمطالبة بالحقوق المشار اليها في الفقرات (أ ، ب ، ج) من الفقرة الأولى من المادة المذكورة وأيضا تحقيق العدالة باشتراطه تحليف اليمين للمتمسك بهذا الدفع على ان ذمته غير مشغولة بالدين بموجب الفقرة (٣) من نفس المادة [٢] ، أي ان المشرع لم يمنع من إقامة الدعوى أساسا وانما يمكن لمن تُقام عليه مثل هذه الدعاوى ان يتمسك بالدفع الذي أوردته هذه المادة على شرط ان يحلف يمينا بان ذمته غير مشغولة بالدين ، إذ إنه اذا لم يحلف هذا اليمين يمكن للمدعي ان يستحصل على حقه بإقامته لهذه الدعوى .

وتعد الشكلية [٣] من عوامل استقرار المعاملات وهي استثناء من مبدأ الرضائية في التعامل ، اذ ان الأصل في التعامل بين الافراد هو التراضي فيما بين الطرفين الا ان المشرع قد يفرض أحيانا شكلا معينا على بعض التصرفات لعدة أسباب ، اما لأهمية هذا التصرف او لخطورته على حقوق القائم به او قد يكون الهدف منها هو تحقيق استقرار المعاملات ، ولذا فانه لا يكون هذا التصرف قانونيا وينتج آثاره الا بعد استيفاء الشكل الذي نص عليه القانون [٤] ، وقد أشار الى ذلك المشرع العراقي بموجب الفقرة الأولى من المادة

---

(١) إذ نصت هذه الفقرات على (أ - حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والأساتذة والمعلمين والمهندسين والخبراء ووكلاء التفليسة والسماسرة بوجه عام كل من يزاول مهنة حرة على ان تكون هذه الحقوق واجبة لهم جزاء عما ادوه من عمل وما تكبدوه من مصروفات . ب – حقوق التجار والصناع عن أشياء وردوها لأشخاص لا يتجرون في هذه الأشياء وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن اجر الإقامة وثمن الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم . ج – حقوق العملة والخدم والاجراء من أجور يومية وغير يومية ومن ثمن ما قاموا به من توريدات) .

(٢) نصت هذه الفقرة على (ويجب على من يتمسك بعدم سماع الدعوى بمرور سنة واحدة ان يحلف يمينا توجهها المحكمة من تلقاء نفسها على ان ذمته غير مشغولة بالدين ، وتوجه اليمين الى ورثة المدينين او اوليائهم ان كانوا محجورين بانهم لا يعلمون بوجود الدين) .

(٣) ويقصد بالشكلية في التشريعات الموضوعية بانها عنصر خارجي يطلب القانون من الاشخاص اتباعه في عقودهم ، لإمكان ترتيب آثار قانونية معينة ، واذا لم يتبعه الاشخاص ، فلا ينتج العقد آثاره . اما المقصود بالشكلية في التشريعات الاجرائية فهي الوسيلة التي يجب ان تتم بها الاجراءات القضائية ، حتى يترتب عليها آثارها القانونية ، اما الشكلية في الاجراءات القضائية في القوانين الحديثة فتعني بانها مجموعة الاشكال التي يفرض القانون اتباعها في الاجراءات المنظمة لوسائل الحماية القضائية للحقوق والمراكز القانونية في العلاقات الخاصة والعلاقات العامة ، ينظر علي حميد الشكري ، مرجع سابق ، ص ٢٢٧ – ٢٢٨ .

(٤) علي حميد الشكري ، مرجع سابق ، ص ٢٣٠ – ٢٣١ .

(٩٠) من القانون المدني [١] ، أشار بشكل خاص الى التصرفات العقارية لا تتم الا باستيفاء الشكلية المعينة وهي التسجيل في دائرة التسجيل العقاري [٢] وذلك بموجب المادة (٥٠٨) من القانون المدني [٣] ، وقد جاء في احد قرارات لمحكمة التمييز الاتحادية ما يؤكد على أهمية مبدأ استقرار المعاملات [٤] ، ففي القرار المشار اليه ذهبت المحكمة الى ان قسما من المدعى عليهم قد استحصلوا على قرارات تمليك صحيحة ، وتم استيفاء هذه القرارات لشكلها النهائي وذلك بتنفيذها في دائرة التسجيل العقاري المختصة ، ومن ثم فانهم أولى واجدر بالحماية القانونية من المدعي الذي استند على قرار تمليك صادر في عام ١٩٩٨ ، ولم ينفذ الى تاريخ إقامة الدعوى على اساس ان المدعي هو دائن مهمل وان المدعى عليهم حسنو النية لكون ان سندات التسجيل العقاري التي تثبت ملكيتهم للعقار قد صدرت وفق إجراءات قانونية صحيحة .

وأخيرا فان من عوامل استقرار المعاملات هو نظام التقادم ، ويعني كسب الحق او انقضائه خلال مدة زمنية معينة ، وهو على نوعين مسقط ومكسب ، والتقادم هو نظام قانوني يستند الى الوقت يمكن من خلاله كسب الحقوق او انقضائها وفقا للشروط المحددة في القانون [٥] .

لم يعرف المشرع العراقي ولا المصري التقادم وهو ليس من واجبه وضع التعريفات ، الا ان المشرع الفرنسي عرفه في المادة (٢٢١٩) على انه (وسيلة للكسب او للإبراء ، بمرور مدة معينة وبالشروط التي يعينها القانون) [٦] .

والتقادم اما مسقط او مكسب للحق ، فأما المسقط فقد تناوله المشرع العراقي تحت عنوان (مرور الزمان المانع من سماع الدعوى) ، اذ انه نظام لعدم سماع الدعوى وليس طريقا لكسب الحقوق اذ لا يمكن للدائن

---

(١) إذ نصت هذه المادة على (١- اذا فرض القانون شكلا معينا للعقد فلا ينعقد الا باستيفاء هذا الشكل ما لم يوجد نص بخلاف ذلك . ٢- يجب استيفاء هذا الشكل أيضا فيما يدخل على العقد من تعديل) .

(٢) وهي (الدائرة المختصة باجراء التسجيل العقاري وفق احكام هذا القانون) ، وذلك كما عرفتها المادة الأولى من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ ، ويكون هذا التسجيل في سجل خاص يسمى السجل العقاري والذي عرفته المادة الأولى أيضا من نفس القانون على انه (السجل الذي تثبت فيه التسجيلات العقارية وفق نصوص القانون ويستند اليه في اصدار السند) .

(٣) نصت هذه المادة على (بيع العقار لا ينعقد الا اذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون) .

(٤) قرارها المرقم (٢٧٧/الهيأة الموسعة المدنية/٢٠١٧) في ٢٠١٧/٩/٢٥ ، المنشور على موقع محكمة التمييز الاتحادية ومتوفر على الرابط التالي ، https://www.sjc.iq/qview.2395/ ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٦/٢٤ ، وقت الزيارة ٩:٣٠ مساءا .

(٥) الدكتور محمد حسن قاسم ، مرجع سابق ، ص ٣٧٦ .

(٦) نقلا عن علي حميد الشكري ، مرجع سابق ، ص ٢١٢ .

استيفاء حقه الا اذا اقر المدين بذلك ، وقد يصطدم نظام التقادم مع مبادئ العدالة إذ انه بموجبه يمكن للحق ان ينقضي بطريق غير الوفاء او الابراء ، لكن هذا النظام تم ايجاده لمبررات تقتضيها حسن سير النظام واستقرار المعاملات [١] .

اما التقادم المكسب فقد تأثر المشرع العراقي بالشريعة الإسلامية ولم يجعله سببا من أسباب كسب الملكية وانما مانعا من سماع الدعوى ، على عكس المشرع المصري الذي كان اكثر تأثرا بالقانون الفرنسي والفقه الغربي ، اذ جعل من التقادم سببا من أسباب كسب الملكية وذلك استنادا الى المادة (٩٧٣) مدني مصري .

وللتقادم تأثير على استقرار المعاملات اذ يجب احترام الأوضاع الظاهرة وتوفير الحماية لها بشروط ومدة يحددها القانون ، إذ ان من المنطقي ان يقوم الدائن باستحصال حقه من مدينه وعدم قيامه بذلك يعد دائنا مهملا ، ومن ثم فانه اذا سُمح لكل دائن او ورثته ان يطالبوا بحقوقهم وفي أي وقت لعمّت الفوضى وتهدد الامن المجتمعي ، وأُشغِل القضاء بدعاوى وقضايا هو في غنى عنها لتهاون واهمال الدائن في المطالبة بحقه ، مما يعد القانون السكوت عن المطالبة بالحق قرينة على الوفاء به او التنازل عنه [٢] .

الفرع الثاني

أثر التفسير القضائي للنص على استقرار المعاملات

الأصل ان تكون النصوص القانونية مصاغة بشكل جيد وتنطوي على قاعدة قانونية واضحة ، مما يسهل تطبيقها على المسائل القانونية ويسهل التعامل على أساسها ، ولكنها (النصوص القانونية) قد يعتريها غموض او نقص او أخطاء لغوية او قانونية ، تحتم على القائم على تطبيق القانون اللجوء الى التفسير بما يحقق الفائدة العملية من هذه وجود النصوص القانونية [٣] .

والتفسير ضرورة ملحة في التطبيق العملي للقانون ، فضلا عن الناحية النظرية ، وهذه الضرورة نابعة من كون ان القانون هو نتاج بشري لا يبلغ الكمال مهما اتخذ الانسان الى ذلك سبيلا ، اذ ان المشرع لا يمكن له ان يتصور جميع الحالات التي ممكن ان تحصل من الناحية العملية ، كما ان من الممكن ان لا يعبر المشرع عن ارادته بالصورة السليمة ، فيُسقِطُ لفظا في غير محله او يسهو عن اللفظ السليم او يختار من الكلمات التي

---

(١) علي حميد الشكري ، مرجع سابق ، ص ٢١٨ .
(٢) علي حميد الشكري ، مرجع سابق ، ص ٢٢٣ .
(٣) الدكتور رمضان محمد أبو السعود والدكتور محمد حسين منصور ، مرجع سابق ، ص ٢٣٣ .

تكون لها معانٍ مختلفة او غير ذلك ، مما يجعل من عملية التفسير حاضرة في تطبيق القانون ولازمة له [١] .

وهناك اتجاهان يحددان نطاق عملية التفسير ، الاتجاه الضيق الذي يحد من عملية التفسير والاتجاه الواسع الذي يوسع منها ، اما الاتجاه الضيق فانه يأخذ بتفسير النصوص التشريعية فقط ، أي النصوص القانونية المكتوبة [٢] ، واما التفسير الواسع فانه يتبنى تفسير جميع مصادر القانون سواء المكتوبة منها ام غيرها كالعرف واحكام القضاء ، فعندما تعجز النصوص القانونية عن إعطاء الحكم في القضايا المستجدة ، فيجب عند إذٍ اللجوء الى تفسير المصادر الأخرى لبيان الحكم القانوني المستوحى من جوهر وحكمة التشريع [٣] .

وتبعا لذلك فقد تعددت التعريفات لعملية تفسير النصوص القانونية حسب الاتجاه الذي يأخذ به ، فمنهم [٤] من عرفه على انه (الوقوف على معنى القاعدة القانونية وتحديد نطاقها حتى يتسنى اعمال حكمها على ما يعرض من حالات خاصة) ، وأيضا عرفه البعض [٥] على انه (توضيح من ابهم من الفاظ التشريع وتكميل ما اقتضب من نصوصه ، وتخريج ما نقص من احكامه والتوفيق بين اجزائه المتناقضة) ، وهذه التعريفات تتبع الاتجاه الضيق في تفسير النصوص القانونية ، اما التعريفات التي تأخذ بالاتجاه الواسع للتفسير فقد تم تعريفه على انه (توضيح ما غمض من الفاظ النص وتقويم عيوبه واستكمال ما نقص من احكامه والتوفيق بين اجزائه المتعارضة وتكييفه على نحو يجاري متطلبات المجتمع وروح العصر) [٦] ، ومنهم [٧] من عرفه على انه (عملية ذهنية ترد على القاعدة القانونية أيا كان مصدرها وفق قواعد علمية رصينة لبيان معنى هذه القاعدة او كشف غموضها او إزالة تعارضها مع ما يرتبط بها من قواعد أخرى او

---

(١) حسن ضعيف حمود ، مرجع سابق ، ص ١١ – ١٢ .
(٢) الدكتور عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ، ص ١١١ .
(٣) الدكتور حسن كيره ، مرجع سابق ، ص ٣٩٧ .
(٤) الدكتور محمد حسن قاسم ، مرجع سابق ، ص ٣٨٩ .
(٥) الدكتور عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ، ص ١١٠ .
(٦) القاضي عواد حسين العبيدي ، تأويل النصوص في القانون ، ط ١ ، منشورات مكتبة الجيل العربي ، العراق – الموصل ، ٢٠١١ ، ص ٧١ .
(٧) الدكتور خالد جمال احمد ، تفسير النص القانوني بين الحرفية والغائية ، بحث منشور في المجلة القانونية البحرينية التابعة لهيئة التشريع والافتاء القانوني ، العدد الثاني ، ٢٠١٤ ، ص ٢١ .

اكمال ما انتقص في مبناها مما لا ينفك عن معناها بغية انزال مضمونها الصحيح على الحالة الواقعية محل التفسير) .

ونحن بدورنا نؤيد الاتجاه الثاني الذي يأخذ بالتفسير الواسع للقانون وعدم التقيد بالنصوص التشريعية ، لان من شأن ذلك ان يفسح المجال لتطوير القانون وديمومته ، وان التعرض للتفسير في الوقت الحالي يكون عند معالجة النصوص التشريعية وذلك لسببين : أولهما ان التشريع هو المصدر الأكثر شيوعا للقواعد القانونية ، وثانيا ان التفسير يكون اكثر انطباقا على النصوص التشريعية من غيرها [١] .

وتجدر الملاحظة بان المشرع العراقي قد اخذ بالاتجاه الواسع للتفسير وذلك بموجب المادة (٣) من قانون الاثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل ، إذ جاء في هذه المادة (الزام القاضي باتباع التفسير المتطور للقانون ...) ، جاءت كلمة التفسير معرفة (بال التعريف) للدلالة على العموم ، كما ان عبارة القانون تعني عموم القواعد القانونية أيا كان مصدرها التشريع ام العرف ام غيرها من المصادر التي رتبتها المادة الأولى من القانون المدني العراقي [٢] .

وقد يتشابه مصطلح التفسير مع مصطلح (التأويل) [٣] ، او قد يُظن انه مرادف له ، الا ان ذلك غير صحيح ، فالتفسير يختلف عن التأويل من جهة المفهوم والنطاق ، اذ ان مجال التفسير أوسع من ناحية التطبيق العملي ؛ كون ان تفسير القانون وفق المفهوم الواسع يتناول غموض النصوص القانونية واستكمال النقص فيها ، كما يوفق بين الأجزاء المتعارضة والتكييف بنحو يراعي متطلبات وروح العصر ، بينما يتعلق التأويل بالنصوص الظنية والتي تقبل التأويل مع وجود الدليل على صرف اللفظ الظاهر الى المعنى غير الظاهر [٤] .

والتفسير على أنواع متعددة وهي التفسير التشريعي الذي يصدر عن السلطة التشريعية ، والتفسير القضائي الذي يصدر القضاء بمناسبة تطبيقه للقانون لحل النزاعات في القضايا التي ينظرها ، وأخيرا التفسير الفقهي

---

(١) هند إبراهيم ، كيفية وأنواع تفسير القانون ، مقال منشور على موقع محاماة نت على الفيس بوك ، متاح على الرابط التالي https://www.facebook.com/mohamahnet ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٦/١١ ، وقت الزيارة ، ٥:٠٠ مساءا .

(٢) حسن ضعيف حمود ، مرجع سابق ، ص ١٤ .

(٣) يعرف التأويل على انه (صرف اللفظ عن معناه الظاهر الى معنى آخر يحتمله اللفظ بدليل يصيره راجحا) ، القاضي عواد حسين العبيدي ، مرجع سابق ، ص ٧٢ .

(٤) القاضي عواد حسين العبيدي ، مرجع سابق ، ص ٧٢ .

وهو الذي يصدر عن رجال القانون والكتاب وهم بصدد دراسة القانون والتعليق عليه ، وقد يكون التفسير صادرا عن جهة الادارة وهذا التفسير يصدر عن رجال الإدارة بحكم وظائفهم لتيسير عمل المرافق العامة [١] ، وما يهمنا هنا حقيقة هو التفسير القضائي ؛ كونه يتميز بطابع علمي وواقعي إذ ينبري القضاء للتفسير وهو بصدد تطبيق القانون عمليا ليجد الحل المناسب للمسائل والقضايا التي ينظرها ، إذ ان التفسير هو من صميم عمل القضاء لتطبيق حكم القانون الصحيح ، وتجسيد إرادة المشرع على القضايا المنظورة امامه وتطوير القانون من خلال التفسير استجابة لمتطلبات وتطور الحياة الانسانية [٢] .

ويجد التفسير مجاله الواسع في النظام القانوني العراقي ، اذ ان المحاكم العراقية لا تأخذ بنظام السوابق القضائية ، إذ إن محاكم الموضوع غير ملزمة قانونا بان تتتبع القرارات التي أصدرتها سابقا في ذات الموضوع ، وغير ملزمة أيضا بالقرارات الصادرة عن المحاكم الأعلى منها درجة ، ما عدا قرارات المحكمة الاتحادية العليا وقرارات محكمة التمييز الاتحادية التي تصدر عن الهيأة العامة [٣] ، ونجد ان كثيراً من الدول في العصر الحديث لا تأخذ بنظام السوابق القضائية ما عدا الدول ذات الاتجاه الانكلوسكسوني ، وابرز مثال على هذه الدول هي المملكة المتحدة ، وأيضا نجد ان القضاء المصري لا يعمل بنظام السوابق القضائية وكذلك القضاء الفرنسي ، إذ لا ينكر دور تفسيرات محكمة النقض الفرنسية في تطوير القانون من خلال تفسيره وتوسعها في تفسيره [٤] .

وحقيقية هناك العديد من القرارات التي استهدف القضاء فيها تحقيق استقرار المعاملات ، بناءً على تفسيراته لنصوص القانون ، منها تفسير محكمة التمييز الاتحادية باختصاص محكمة البداءة بالدعوى وموضوعها منع معارضة ، إذ إدعت محكمة الموضوع بعدم اختصاصها على أعمال اللجان المشكلة بموجب قانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٧٠ [٥] ، استنادا الى الولاية العامة للقضاء على كافة الأشخاص الطبيعية والمعنوية ، بموجب المادة (٢٩) [٦] من قانون المرافعات المدنية الا ما استثني منها بنص خاص ، وان امتناع وزارة

---

(١) الدكتور عبد الباقي البكري والدكتور طه البشير ، مرجع سابق ، ص ١٢٠ .
(٢) الدكتور احمد شوقي ، مرجع سابق ، ص ٢٦٨ .
(٣) ينظر الى نص المادة (٩٤) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ الدائم ، وأيضا ينظر الى نص المادة (٢١٥) من قانون المرافعات المدنية المرقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل .
(٤) الدكتور عبد الباقي البكري والدكتور طه البشير ، مرجع سابق ، ص ١٥٦ – ١٥٧ .
(٥) قانون تمليك الاراضي الاميرية الواقعة ضمن حدود البلدية الى الوحدات الإدارية (البلديات) .
(٦) تنص هذه المادة على (تسري ولاية المحاكم المدنية على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية بما في ذلك الحكومة وتختص بالفصل في كافة المنازعات الا ما استثني بنص خاص) .

المالية من تسجيل الأرض موضوع الدعوى باسم البلدية المختصة رضاءً فيتم ذلك جبرا عن طريق القضاء ، وان التعكز على افتراض التلازم بين تطبيق قانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٧٠ ووجود التخصيصات المالية الكافية ووجوب استيفائها لا يمكن قبوله والحال هذه ، فان صح هذا الامر فانه لا يمنع من تطبيق القانون ان توفرت شروطه الموضوعية ، وان عدم تسديد اية مبالغ ناتجة عن تعويض او رسوم او اية أعباء مالية تقع بذمة دائرة المدعي فانه يعتبر دين بذمتهم يمكن استيفائه رضاءً او قضاءً [١] .

وبذلك قد اتجهت محكمة التمييز الاتحادية [٢] الى اختصاص محكمة الموضوع بموضوع الدعوى حفاظا على استقرار المعاملات ، وعدم بقاء الموضوع بدون حل مما يخل بعمل البلدية في تقديم الخدمات والتصرف بالعقار على وفق المصلحة العامة ، وأيضا جاء تفسير محكمة التمييز الاتحادية لكي لا يمتنع القضاء عن الحكم بحجة عدم اختصاصه او بحجة عدم وجود النص القانوني ، مما يجعل من المحكمة منكرة للعدالة وذلك لعدم الفصل بموضوع الدعوى .

أيضا من المبادئ التفسيرية التي استقرت عليها محكمة التمييز ، هي (ان اجر المثل هو نوع من أنواع التعويض لذا فان تكرار المطالبة لا سند له من القانون) [٣] ، إذ قضت المحكمة بان تكرار مطالبة المدعي باجر المثل في الدعوى ليس له سند من القانون ، وبنت المحكمة قرارها على تفسير المادة (١٠٥٠) من القانون المدني ، وقررت بان التعويض عن نفس الضرر الذي تسبب به نفس الشخص يكون لمرة واحدة ، إذ ان المدعي سبق وان استحصل على اجر المثل عن قيام المدعى عليه بإنشاء أبراج للطاقة الكهربائية على القطعة العائدة للمدعي ، وبذلك فان لا يجوز للمدعي تكرار إقامة الدعاوى للمطالبة باجر المثل عن نفس التجاوز الذي حصل على ارضه من جانب المدعى عليه ، ونجد بانه وبموجب توجه محكمة التمييز الاتحادية هذا حصل نوع من الاستقرار في المعاملات ، اذ انه وبعد هذا التوجه التمييزي فقد تم التقليل من هكذا نوع من الدعاوى لتخفيف العبء على المحاكم ، ونحن بدورنا لا نؤيد هذا التوجه لمحكمة التمييز الاتحادية كونه منافي للعدالة ويؤسس لحالة تؤدي الى وقوع الظلم والحيف على أصحاب العقارات التي يتم التجاوز عليها سواء اكان ذلك التجاوز للمصلحة العامة من عدمه ، اذ انه من المفترض على جهات الحكومة والإدارات عند

---

(١) قرارها المرقم ٣٧٩/ الهيأة الموسعة المدنية /٢٠١٧ ، قرار غير منشور .

(٢) بموجب القرار المرقم ٣٧٩/الهيأة المدنية الموسعة/٢٠١٧ ، قرار غير منشور .

(٣) قرارها المرقم ٢٣/ مدني /٢٠١٥ ، قرار منشور على صفحة المحامي سيروان عزيز على منصة الفيس بوك ، متاح على الرابط التالي https://www.sirwanlawyer.com/index.php/٣٤٢/٠١٢١٢/١١/١٧٣٧m-١٢٥٥ ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٧/٦ ، وقت الزيارة ٩:٣٠ مساءا .

قيامها بإنشاء مشاريع للمصلحة العامة ان لا تتجاوز على الأملاك الخاصة وان اضطرت لذلك فانه يجب ان يكون مقابل تعويض عادل يدفع اليه مقدما استنادا الى احكام المادتين (١٠٥٠) و(١١٧٨) من القانون المدني [١] .

وعلى الرغم من ان القضاء العراقي لا يأخذ بمبدأ السوابق القضائية ، الا ان محكمة التمييز الاتحادية لا تحيد في بعض الأحيان عن توجهاتها السابقة ، بل وانها تستشهد بها ففي موضوع تفسير المحكمة لغرض تحقيق استقرار المعاملات ، فإنها قضت أيضا بعدم استحقاق المدعي لأجر المثل كتعويض عن سهامهم التي ذهبت للطريق العام ، ووجهت بوجوب قيام محكمة الموضوع بسؤال المدعي فيما اذا كان يرغب بالتعويض لمرة واحدة من عدمه ، وفي حال رفضه التعويض لمرة واحدة واصراره على المطالبة باجر المثل فان الدعوى تُرد ، حسب استقرار قضاء محكمة التمييز على هذا النحو [٢] .

وهناك قرار لمحكمة التمييز الاتحادية قائم على تفسير النصوص القانونية بغية تحقيق استقرار المعاملات ، إذ ادعى المدعون بانه تم تسفير مورثهم لأسباب عرقية وان له عقارا تمت مصادرته من قبل وزير المالية (إضافة الى وظيفته) ، إذ ان العقار تم بيعه الى ان وصل الى يد المدعى عليها الرابعة ، لذا طلبوا دعوة المدعى عليه (إضافة الى وظيفته) والحكم بإبطال قيد العقار وإعادة تسجيله باسم مورثهم ، إذ ان محكمة الموضوع قضت بإبطال قيد العقار وإعادة تسجيله باسم مورث المدعين ، تم تمييزه من قبل المدعى عليه وقضت محكمة التمييز الاتحادية بنقض قرار محكمة الموضوع ، بناءً على تفسير المادة رقم (٢) من قانون هيأة دعاوى الملكية رقم ١٣ لسنة ٢٠١٠ ، إذ شرعت احكام هذا القانون بهدف (ضمان حقوق المواطنين) ، وبما ان مصطلح المواطنين ينصرف الى الأشخاص الذين يحملون الجنسية العراقية فقط ، ولان الثابت من

---

(١) اذ تنص المادة (١٠٥٠) على (لا يجوز ان يحرم احد من ملكه الا في الأحوال التي قررها القانون وبالطريقة التي يرسمها ويكون ذلك في مقابل تعويض عادل يدفع اليه مقدما) ، كما نصت المادة (١١٧٨) على (لا يجوز ان يحرم المتصرف في ارض اميرية حق تصرفه الا في الأحوال التي قررها القانون وبالطريقة التي رسمها ويكون ذلك في مقابل تعويض عادل يدفع اليه مقدما) .

(٢) قرارها المرقم ٤٣/٤٢/الهيأة الموسعة المدنية /٢٠٢٣ ، قرار منشور على صفحة المحامي اكو احمد على منصة الفيس بوك ، متاح على الرابط التالي https://www.facebook.com/kirkuklawyer/photos/a.١٦٤١٦٥٧١٨٩٤٠٩٥٩٤/٢٨٣٤٠٢٣٧٧٦٨٣٩٥٩٠/?type=٣ ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٧/٦ ، وقت الزيارة ١٠:٠٠ مساءا .

مستندات الدعوى بان مورث المدعين إيراني الجنسية ، لذا لا يمكن ان يسري هذا القانون عليه لكونه غير عراقي الجنسية [١] .

ويمكن تصور الخلل الحاصل في استقرار المعاملات فيما لو قضت المحكمة بإبطال قيد عقار تم بيعه اربع مرات وإعادة تسجيله باسم مالكه الأصلي ، ناهيك عن عدم الثقة التي تتولد لدى الافراد من إمكانية نزع الملكية لوجود خلل سابق في بيانات وعائدية هذا العقار ، وعدم حماية الغير حسن النية لان هذا القرار فيه هدم للثقة وزعزعة للاستقرار ، ولكن في الحقيقة ان هذا القرار ينطوي على اجحاف للعدالة .

كما اتجهت محكمة التمييز الاتحادية في تفسيرها الذي توخى تحقيق استقرار المعاملات ، على وفق مبدأ الحكم الآتي (ان قرار سحب القطعة من الشخص الذي ملكت او خصصت له من قبل البلدية المختصة خلافاً لأحكام المادة (١٣٩) [٢] من قانون التسجيل رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ لا يمنع المحكمة من التصدي عن اسباب صحة السحب من عدمه ويترتب على ذلك ، اذا كان سبب السحب للقطعة صحيح فتكون دعوى المدعي واجبة الرد اما اذا كان سبب السحب غير صحيح وان التخصيص للمدعي قد تم وفقاً للقانون فله الحق بالمطالبة بإبطال قيد التسجيـل العقـاري للقطعة واعادتها اليه اذا كانت البلدية المختصة لم تتصرف بالقطعة وبخلاف ذلـك وتصرفها للغير فان للمدعي حق المطالبة بقيمة تلك القطعة وليس ابطــال قيدها وذلك حماية للغير حسن النية ومبدأ استقرار المعاملات) [٣] .

يتبين من وقائع هذه الدعوى ان المدعية قد طلبت في دعواها ابطال قيود القطعة موضوع الدعوى وإعادة تسجيلها باسمها ، إذ تم سحب القطعة منها عام ١٩٩٧ واعيد تسجيلها باسم البلدية ومن ثم تم تسجيلها بإسم احد المدعى عليهم ، إذ نظرت المحكمة الى كثرة التصرفات الجارية عليها وما يمكن ان يتنج عن قرار ابطال القيد من نتائج خطيرة ، لذا فان تطبيق المادة (١٣٩) من قانون التسجيل العقاري محل نظر ولا يمكن تطبيقها على اطلاقها ، لذا اتجهت المحكمة وركنت الى حماية الغير الحسن النية والمحافظة على مبدأ استقرار المعاملات .

---

(١) قرارها المرقم ٤٢٩٧/الهيأة المدنية عقار/٢٠١٢ ، قرار غير منشور .

(٢) تنص هذه المادة على (١- يتم ابطال التسجيل العقاري استنادا الى قرار من الوزير قبل اكتساب التسجيل شكله النهائي وفقا لأحكام هذا القانون اما اذا كان التسجيل قد اكتسب الشكل النهائي فلا يجوز ابطاله الا بحكم قضائي حائز درجة البتات . ٢- اذا ابطل التسجيل يبطل السند تبعا له) .

(٣) قرارها المرقم ٣٣٥/الهيأة الموسعة المدنية/٢٠١٩ ، قرار غير منشور .

اما في مصر فقد جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية (ان حسن النية هو اعتقاد المتصرف اليه اعتقادا تاما حين التصرف ان المتصرف مالكا لما يتصرف فيه ، فان كان هذا الاعتقاد يشوبه أي شك امتنع حسن النية) [١] ، وهذا القرار جاء بتفسير على ان افتراض حسن النية في التعاملات هو حماية لاستقرار المعاملات ، اذ ان حُسن النية مسألة كامنة في النفس ومسألة اثباته تثير إشكالات وصعوبات جمة ومن ثم فان المراكز القانونية تبقى مستقرة على هذا الأساس ومن يدعي خلاف ذلك عليه الاثبات [٢] .

وأيضا جاء في قرار اخر لمحكمة النقض المصرية (المقرر - في قضاء محكمة النقض – ان النص في الفقرة الأولى من المادة ١٤٧ من القانون المدني على أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين وفي المادة ١٤٨ منه على أنه يجب تنفيذ العقد طبقًا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية وفي المادة ١٥٠ من القانون ذاته على أنه إذا كانت عبارة العقد واضحةً فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين أمَّا إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف على المعني الحرفي للألفاظ مع الإستهداء في ذلك بطريقة التعامل وبما ينبغي من أمانة وثقة بين المتعاقدين ، وفقًا للعرف الجاري في المعاملات يدل على أن مبدأ سلطان الإرادة مازال يسود الفكر القانوني ولازم ذلك أن ما اتفق عليه المتعاقدان متى وقع صحيحًا لا يخالف النظام العام أو الآداب أصبح ملزمًا للطرفين، فلا يجوز نقض العقد ولا تعديله من جهة أيٍّ من الطرفين، إذ إن العقد وليد إرادتين وما تعقده إرادتان لا تحله إرادة واحدة ، وهذا هو الأصل ، كما يمتنع ذلك على القاضي – أيضًا - لأنه لا يتولى إنشاء العقود عن عاقديها وإنما يقتصر عمله على تفسير مضمونها بالتزام عبارات العقد الواضحة وعدم الخروج عنها بحسبانها تعبيرًا صادقًا عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، وذلك احترامًا لمبدأ سلطان الإرادة وتحقيقًا لاستقرار المعاملات) [٣] ، إذ اتجهت محكمة النقض في قضاءها واستهدفت استقرار المعاملات بعدم التوسع في تفسير العقد واحترام إرادة المتعاقدين اذا كانت عبارات والفاظ العقد واضحة والاعتماد على الإرادة الظاهرة للمتعاقدين وعدم تفسير العقد بما لا يحتمل سعيا لغايات معينة كتحقيق العدالة

---

(١) قرارها المرقم (٢٦٢) الصادر بتاريخ ١٩٤٨/١/٢٩ ، القرار منشور في مجموعة محمود احمد عمر ، نقلا عن استاذنا الدكتور علي شاكر البدري ، القيد الأول ، بحث منشور في مجلة جامعة اهل البيت عليهم السلام ، العدد الثامن ، ٢٠٠٩ ، ص ٣٥٣ .

(٢) ينظر استاذنا الدكتور علي شاكر البدري ، مرجع سابق ، ص ٣٥٣ .

(٣) قرارها المرقم (٢٢٠٦) لسنة ٨٢ القضائية لعام ٢٠٢١ ، القرار منشور على موقع منشورات قانونية متاح على الرابط https://manshurat.org/taxonomy/term/١١٧١ ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٩/٢٠ ، وقت الزيارة ٩:٣٠ مساءا .

، فيكون تفسير المحكمة بما يتلاءم مع تحقيق الاستقرار في المعاملات وثبات العقد بشروطه فيما بين المتعاقدين [١] .

تجدر الإشارة الى ان تعدد المحاكم يؤدي الى تعدد الاحكام واختلافها فيما بين هذه المحاكم نتيجة اختلاف التفسيرات والاجتهادات الخاصة لكل قاضي من قضاة هذه المحاكم بناءً على فهمه الشخصي واستنتاجاته التي يتوصل اليها مما قد يؤدي الى التعارض فيما بين هذه الاحكام والتصادم أحيانا ، لذا كان لزاما وجود هيأة قضائية عليا تعمد على توحيد تفسير القانون وتطبيقه [٢] ، وهذه المحاكم موجودة في النظام القانوني لأغلب الدول لاسيما النظم القانونية للدول محل المقارنة وتضطلع بهذه المهمات الأساسية في توحيد تفسير وتطبيق القانون على المستوى القانوني والقضائي ، الا انه وبموجب القانون رقم (٩١ – ٤٩١) لعام ١٩٩١ قد خول المشرع الفرنسي محكمة النقض الفرنسية صلاحية (ابداء الرأي) إضافة الى دورها الاصلي المعروف وبهذا فقد استحدث المشرع الفرنسي دورا جديدا لهذه المحكمة في سبيل توحيد الاحكام القضائية ومنعا لتضاربها والاختلاف في تفسير النصوص القانونية ، وبذلك يتحقق الاستقرار القضائي الذي ينعكس حتما على الاستقرار العام في التعاملات المالية للأفراد ويكون هذا الامر عن طريق طلب محكمة الموضوع ابداء الرأي القانوني من محكمة النقض الفرنسية بمناسبة نظرها لقضية غير مطروقة سابقا والاستعلام عن رأي محكمة النقض فيها ، ويكون هذا الرأي غير ملزم لمحكمة الموضوع قانونا الا ان لرأي محكمة النقض قوة أدبية كبيرة ؛ كون ان المحكمة اذا خالفت توجه محكمة النقض فان الطعن سيكون أمام ذات المحكمة التي ابدت الرأي مسبقا وبذلك فإنها ستنقض قرار المحكمة التي خالفتها بالرأي ، ومن ثم يسهم هذا الاجراء في توحيد احكام القضاء ويسري دعائم استقرار المعاملات ، ويجب ان يتسم الموضوع المطلوب الرأي فيه بالحداثة ولم يصدر قرار لمحكمة النقض في موضوع مماثل له [٣] .

وفي رأينا ان هذا الدور لمحكمة النقض الفرنسية لجدير بالإشادة إذ إنه يؤدي الى استقرار التعامل وأيضا الى القناعة الذاتية لأطراف الدعوى بعدالة القرار الصادر بالدعوى وعدم الطعن به لان هذا الطعن سيكون امام ذات المحكمة التي ابدأت الرأي في موضوع الدعوى مسبقا ، كما انه يوفر الجهد والوقت والمال وعدم

---

(١) علي حميد كاظم الشكري ، مرجع سابق ، ص ١٢٩ .
(٢) الدكتورة سحر عبد الستار امام ، تدعيم دور محكمة النقض الفرنسية في تحقيق العدالة (ابداء الرأي) ، بحث منشور ضمن وقائع المؤتمر السنوي الدولي الخامس لكلية الحقوق جامعة الإسكندرية تحت عنوان (العدالة بين الواقع والمأمول) ، مجلد ٢ ، ٢٠١٢ ، ص ١٠٨١ – ١٠٨٢ .
(٣) الدكتورة سحر عبد الستار امام ، مرجع سابق ، ص ١٠٨٦ – ١٠٩٢ .

اشغال المحكمة بالطعون اذ انه سيقلل من عدد الطعون التي من الممكن ان تقدم من اطراف الدعوى لقناعتهم بالقرار الصادر كما قلنا .

ومن قرارات محكمة النقض الفرنسية التي إستهدفت في قضائها اهتمامات استقرار المعاملات بنت قرارها على مبدأ (ان الدين المحرر وفق محرر عقد عرفي وان كان سببه غير شرعي ولكنه لم يكن السبب الحاسم في العقد ولا يخالف النظام العام ، عليه فانه لا يمكن للمدين الغاء هذا العقد ومن ثم فان عليه الإيفاء من جانبه للعقد وأداء الدين للدائن) [١] ،

المطلب الثاني

اثر تطبيق النص في تحقيق العدالة

ان احدى غايات القانون هي تحقيق العدالة ، والعدالة مبلغٌ سامي ترتضيه النفس البشرية وتؤمن به ، إذ تختلف النظرة والاسس التي تقوم عليها فكرة العدالة باختلاف المجتمعات ، الا انه من المؤكد ثمة مشتركات ورؤية موحدة الى مجموعة من المبادئ التي تمثل العدالة بمفهومها العام ، والتي تنطبق مع مفاهيم جميع الشعوب والمجتمعات البشرية ولا يمكن الاختلاف عليها ، وبما ان النص القانوني يفترض ان يتصف بالديمومة لتحقيق الغايات التي من اجلها تم سنه ، لذا سنبحث في هذا المطلب في اثر ديمومة النص القانوني في تحقيق العدالة وذلك في فرع اول ، وفي الفرع الثاني سنبحث في دور التفسير للنص القانوني في تحقيق العدالة وكما يلي :-

---

(١) قرارها المرقم (٩٦) في ١٩٩٨ ، الغرفة المدنية الأولى ، إذ تتلخص حيثيات هذا القرار (بان شخصا كان مدينا لزوجته بمبلغ معين من المال بموجب سند عرفي وانها بعد طلاقهما قاضته لسداد الدين المقترض ، إذ ان زوجها السابق قد طعن بهذا المحرر وطلب الغاءه كونه جاء لسبب غير مشروع إذ رفضت المحكمة الطعن الذي تقدم به لكون انها تحققت من السبب الحاسم في هذا الاتفاق المحرر بموجب السند العرفي كان هو تنزيلات ضريبية غير مشروعة ولكن وبعد التحقق تبين ان زوجته السابقة قد صرحت لدى مصلحة الضرائب بكامل المبلغ المقترض وبذلك تم تفنيد السبب المدعى به وهو تنزيلات ضريبية غير مشروعة ، وعليه فان محكمة النقض الفرنسية أيدت حكم محكمة الاستئناف في فرساي ورفضت الطعن المقدم من قبل الزوج) ، القرار منشور لدى محمد بلمعلم ، القرارات البالغة الأهمية لمحكمة النقض الفرنسية بخصوص مدونة القانون المدني الفرنسي من ١٨٧٦ لغاية ٢٠١٠ ، جزء ١ ، طبعة أولى محدثة ، إصدارات RJCC75 تير ، باريس ، ٢٠٢٢ ، ص ٤٧ .

الفرع الأول

اثر الديمومة في تحقيق العدالة

للعدالة جذور موغلة في القِدَم ، فقد دلت عليها مختلف الشرائع والقوانين القديمة لذا فهي مرتبطة بوجود العلاقات بين البشر ، وعلى الرغم من ذلك فانه يصعب تحديد الزمن الذي ادرك فيه الانسان هذه القيمة وتعامل على أساسها ، لكنها تجسدت في مختلف العصور على انها قيمة سامية يجب التعامل على وفق ما تمليه من مبادئ إنسانية ، كما احتلت العدالة مكانة بارزة في مختلف الشرائع السماوية والقوانين الوضعية ؛ لكونها تتفق مع الطبيعة الإنسانية للبشر والتي جبلوا عليها [١] .

لقد تم تعريف مصطلح العدالة بالعديد من التعريفات ، وكلٌ عرفها حسب منظوره الخاص اليها وحسب الموضوع الذي ينظر اليها من خلاله ، إذ لم نجد تعريفا من قبل المشرع العراقي لقواعد العدالة ولا العدالة نفسها ، كما لم نجد تعريفا لها في القوانين محل المقارنة ، ولا يعد ذلك عيبا وقع فيه المشرع في عدم تعريفه للعدالة ؛ اذ انه ليس من واجب المشرع ان يضع التعريفات للمصطلحات تاركا المجال لسلطة تطبيق القانون بان تأخذ الحرية والمساحة المطلوبة لشمول الوقائع التي تراها محط اعتبار من منظور العدالة [٢] .

اما على مستوى الفقه فقد تم تعريف العدالة على انها (ان العدالة هي إحساس أخلاقي موجود في الضمير الاجتماعي وظيفته المواءمة بين القاعدة القانونية وعلاقة معينة ابتغاء تنظيم هذه العلاقة ، او هي شعور أخلاقي يستلهمه القاضي في اثناء محاولته تخفيف حكم قاعدة قانونية في تطبيقها على حالة معينة حينما يأذن له القانون في ذلك بنص صريح) [٣] ، وهذا التعريف غير موفق كونه ينظر للعدالة من منظر تطبيقها القضائي متناسيا اصلها التشريعي ؛ لان القاضي عندما يقضي موجب قواعد العدالة فانه يستند لنص قانوني خوله هذه الصلاحية [٤] .

---

(١) إسماعيل نامق حسين ، العدالة واثرها في القاعدة القانونية القانون المدني نموذجا (دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية) ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠١١ ، ص ١٧ .

(٢) طاهر عيسى والي ، قواعد العدالة في القانون المدني (دراسة مقارنة) ، أطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة كربلاء ، ٢٠٢٢ ، ص ٢١ – ٢٢ .

(٣) طاهر عيسى والي ، مرجع سابق ، ص ٢٣ .

(٤) طاهر عيسى والي ، مرجع سابق ، ص ٢٣ .

كما تم تعريفها على انها (شعور كامن في النفس يكشف عنه العقل السليم ويوحي به الضمير المستنير ويهدف الى إعطاء كل ذي حق حقه) [١] ، ويرى البعض بان التعريف يصدق على العدل وليس العدالة [٢] .

او هي (ان نتعامل مع القضايا المماثلة بمعاملة مماثلة ، وان يكون للقضايا المختلفة تعاملا مختلفا) [٣] ، او هي التسوية بين المتماثلين والتفرقة بين المختلفين .

ولقد أشار المشرع العراقي الى العدالة على انها قواعد وذلك في معرض الحديث عن مصادر القانون [٤] ، وذلك في الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني إذ أشار (... فاذا لم يوجد بمقتضى قواعد العدالة) [٥] ، كما اشار اليها في مواضع أخرى من القانون المدني في المواد (٢/١٤٦ ، ٢/١٥٠ ، ٢/٢١٢ ، ٢/٩١٠/ج ، ٣/٩١٢) [٦] ، كما أشار المشرع المصري الى قواعد العدالة بوصفها احد مصادر

---

(١) إسماعيل نامق حسين ، نقلا عن الدكتور صوفي أبو طالب ، مبادئ تاريخ القانون ، مرجع سابق ، ص ٥٣ .

(٢) إسماعيل نامق حسين ، نقلا عن الدكتور عبد الرحمن البزاز ، أبحاث واحاديث في الفقه والقانون ، مرجع سابق ، ص ٥٤ .

(٣) إسماعيل نامق حسين ، نقلا عن H.L.A.Hart, The concept of law, Oxford University Press ، مرجع سابق ، ص ٥٢ .

(٤) طاهر عيسى والي ، مرجع سابق ، ص ٢١ .

(٥) إذ نصت هذه المادة على (١ – تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها او في فحواها. ٢ – فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة. ٣ – وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي اقرها القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد الاخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية) .

(٦) اذ نصت المادة (١٤٦) على (١- اذا نفذ العقد كان لازما ولا يجوز لاحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله الا بمقتضى نص في القانون او بالتراضي . ٢- على انه اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدي وان لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان تنقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك) ، كما نصت المادة (١٥٠) على (١- يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية . ٢- ولا يقتصر التزام المتعاقد على ما ورد فيه ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام) ، وأيضا نصت المادة (٢١٢) على (١- الضرورات تبيح المحظورات ولكنها تقدر بقدرها . ٢- فمن احدث ضررا وهو في حالة دفاع شرعي عهن نفسه او عن غيره كان غير مسؤول على الا يجاوز في ذلك القدر الضروري والا يصبح ملزما بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة) ، وأيضا نصت المادة (٩١٠) على (١- اذا كان العمل الموكول الى العامل يمكنه من معرفة عملاء رب العمل او الاطلاع على سر اعماله كان للطرفين ان يتفقا على الا يجوز للعامل بعد انتهاء العقد ان ينافس رب العمل ولا يشترك في أي مشروع يقوم بمنافسته . ٢- غير انه يشترط لصحة هذا الاتفاق : أ - ... ب - ... ج – والا يؤثر هذا الاتفاق في مستقبل العامل من الناحية الاقتصادية تأثيرا ينافي العدالة . د - ... ٣- ...) ، أيضا نصت المادة (٩١٢) على (

التشريع الرسمية بالاشتراك مع مبادئ القانون الطبيعي ، وذلك بموجب الفقرة (٢) من المادة رقم (١) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ [١] ، والملاحظ هنا ان المشرع المصري لم يفرد قواعد العدالة كمصدر مستقل للتشريع وانما جاءت مدمجة ومسبوقة بحرف العطف (واو) مع مبادئ القانون الطبيعي ، وبذلك فان قواعد العدالة بالاشتراك مع مبادئ القانون الطبيعي تعتبر رابع مصادر القانون المدني المصري ، وأيضا أشار المشرع الى العدالة في تطبيقات معينة منها ما جاء بالمادة (٩٥) من القانون المدني عند تحديد المسائل غير الجوهرية في العقد ، والمادة (١٤٨) التي تقضي بمراعاة العدالة في تحديد ما هو من مستلزمات العقد ، والمادة (١٤٩) الخاصة بسلطة القاضي ومراعـاة العدالة في إعادة التوازن الذي اختل في عقود الإذعـان وغيرها من مواد القانون المدنـي [٢] .

ومما تجدر الإشارة اليه هو ارتباط فكرة العدالة بالقانون الطبيعي ، وهذه الفكرة تبلورت لدى الفلاسفة اليونانيين وانتقلت بعدها الى الفلاسفة الرومان [٣] ، إذ اعتقد هؤلاء بان هناك قواعد قانونية مثالية ثابتة وازلية يسير عليها العالم وفقا لطبيعة الأشياء التي لا تتغير بتغير الزمان او المكان ، ويكشف العقل البشري السليم عن هذه القواعد وهو منبعها وبهذا أُطلقت تسمية القانون الطبيعي على مجموع هذه القواعد [٤] ، ولم تقف فكرة القانون الطبيعي هنا وانما تطورت وأصبحت نظرية عامة تغلغلت الى القوانين الحديثة ، ويبدو ان

١- اذا وافق العامل الى اختراع في اثناء خدمته لرب العمل فلا يكون لهذا أي حق في ذلك الاختراع ولو كان العامل قد استنبطه بمناسبة ما قام به من اعمال في خدمة رب العمل . ٢- على ان ما استنبطه العامل من اختراعات في اثناء عمله يكون من حق رب العمل اذا كانت طبيعة الاعمال التي تعهد بها العامل تقضي منه افراغ جهده في الابتداع او كان رب العمل قد اشترط في العقد صراحة ان يكون الحق فيها يهتدي اليه من المخترعات . ٣- واذا كان الاختراع ذا أهمية اقتصادية جدية جاز للعامل في الحالتين المنصوص عليهما في الفقرة السابقة انن يطالب بمقابل خاص يقدر وفقا لمقتضيات العدالة ويراعى في تقدير هذا المقابل المعونة التي قدمها رب العمل وما استخدم في هذا السبيل من منشآته) .

(١) إذ نصت هذه المادة على (١- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفضها او في فحواها . ٢- فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف فاذا لم لوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة) .

(٢) الدكتور عابد فايد عبد الفتاح ، العدالة في القانون المدني (دراسة مقارنة بين القانون المصري والقانون الفرنسي) ، بحث منشور في مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق جامعة حلوان ، مجلد ٢٦ ، مصر ، ٢٠١٢ ، ص ٢٠٥ .

(٣) حسن ضعيف حمود ، مرجع سابق ، ص ١١٦ .

(٤) الدكتور احمد شوقي ، مرجع سابق ، ص١٣٨ .

المشرع المصري قد تأثر بهذه الفكرة مما جعله ينص في المادة الأولى من قانونه المدني على القانون الطبيعي وقواعد العدالة جنبـــا الى جنب كمصدر للتشريع عند خلو النص [١] .

اما القانون الفرنسي فقد جاء وفي المادة (٤) منه بما مؤداه ان القاضي الذي يمتنع عن اصدار الحكم يمكن ان يعاقب بتهمة (انكار العدالة) [٢] ، وكان يوجد خوفا في فرنسا من إعطاء القاضي بان يصدر الاحكام وفقا لمقتضيات العدالة عند خلو النص التشريعي ؛ وذلك خوفا من تحكم القاضي في مسارات القضايا وان يبتعد عن تطبيق القانون بحجة خلو النص ، وكان ذلك كردة فعل على تحكم السلطة قبل الثورة الفرنسية والإبقاء على صلاحيات واسعة وعائمة للقاضي ، وبذلك فان تطبيقات العدالة في القانون الفرنسي جاءت قليلة وفي مواضيع قليلة أيضا [٣] .

لقد نص القانون المدني الفرنسي صراحة على العدالة ولكن في مواضع قليلة جدا ، وذلك في المادة (٥٦٥) في موضوع الالتصاق بالمنقول وأيضا في المادة (١١٣٥) فيما يتعلق بتنفيذ العقود والمادة (١٨٥٤) فيما يخص موضوع الشركات (الا انه الغي فيما بعد) ، ورغم هذا الدور المنخفض للعدالة في صريح نصوص القانون المدني الفرنسي ، الا ان القانون لا يخلو من فكرة العدالة في مضمون مواده ، ويمكننا استخلاص فكرة العدالة في المادة (١/١٢٤٤) مدني فرنسي التي تمنح القاضي صلاحية التقدير بين موقف المدين وحاجة الدائن في موضوع النظرة الى ميسرة ، وكذلك المادة (١١٥٢) مدني فرنسي وبموجبها تمنح للقاضي سلطة زيادة او انقاص الشرط الجزائي عن المتفق عليه اذا كان فيه مبالغة ، وشكل عام فان فكرة العدالة متضمنة في القواعد القانونية التي توفر الحماية للمدينين المتلكئين وتقلل من قوة الالزام التي تتضمنها التعهدات [٤] .

واذا كانت العدالة في القانون العراقي قد أُشير اليها كمصدر من مصادر التشريع تارة ، وكآلية يسترشد بها القاضي عند نظره للدعوى تارة أخرى ، الا انها (أي العدالة) في القانون الإنكليزي تعد قانون بحد ذاته

---

(١) حسن ضعيف حمود ، مرجع سابق ، ص ١١٧ .
(٢) القانون المدني الفرنسي الصادر عام ١٨٠٤م .
(٣) الدكتور عابد فايد عبد الفتاح ، مرجع سابق ، ص ٢١٠ .
(٤) الدكتور عابد فايد عبد الفتاح ، مرجع سابق ، ص ٢١٠ – ٢١٢ .

إذ إنه يوجد في بريطانيا قانون اسمه (قانون العدالة) يُعمل به الى جانب القانون العادي ، وفي حال حصل تعارض بين القانونين فان الغلبة ستكون لقانون العدالة [١] .

وبذلك نرى أهمية العدالة للقانون واستمراريته ، إذ ان فكرة العدالة او مقتضيات العدالة هي ملازمة لروح نصوص القانون ، مما يعني دوام وثبات النص التشريعي واستمرار تطبيقه واستيعابه للحالات والوقائع المتجددة ؛ لان العدالة من هي قيمة اجتماعية وهدف سامي من اهداف القانون ، وقد ترتقي الى اعلى هرم اهداف القانون وتتقدم على هدف السكينة الاجتماعية في بعض المدارس والمذاهب القانونية مثل المدارس المثالية ، إذ ان القوانين التي تنافي العدالة الاجتماعية وتكون مدعاة للظلم سيكون مصيرها الفشل والتلاشي ومقاومة الافراد لها حتما [٢] .

ورغم بحثنا في كثير من القرارات التي أصدرتها المحاكم ، الّا اننا لم نجد قراراً يشير بشكل صريح الى انه استند على (قواعد العدالة) في تسبيب قرار المحكمة الا ما ندر ، وذلك لعدم وجود نص في القانون او العرف او مبادئ الشريعة الإسلامية ، وانما كانت الشواهد القضائية تدل من خلال القرارات التي أصدرتها المحاكم على ان العديد من القرارات التي تم إصدارها كانت تتفق مع روح القانون وتتضمن مبادئ العدالة بمفهومها الواسع ، ومن تلك التطبيقات القضائية القرار الصادر من محكمة بداءة بغداد المحدودة إذ جاء فيه (... ولما لم يشرع نظام الألقاب فمن الواجب المحكمة اذا عرضت عليها دعوى لقب ان تحكم بمقتضى قواعد العدالة لان المادة الأولى من القانون المدني تقضي في حالة عدم وجود نص تشريعي على المحكمة ان تحكم بمقتضى العرف فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية والا فبمقتضى قواعد العدالة) [٣] .

أيضا قرار لمحكمة التمييز والذي جاء فيه (اذا نكل الطالب عن تنفيذ تعهده فيلتزم بما انقضته الوزارة في التعهد ولا يلزم بثلاثة أمثال ذلك وان اشترطته الوزارة في التعهد لأنه يعتبر اثراء بلا سبب قانوني ولان

---

(١) إسماعيل نامق حسين ، العدالة بين الفلسفة والقانون ، منشورات مكتب الفكر والوعي في الاتحاد الوطني الكردستاني ، السليمانية ، ٢٠١٠ ، ص ٥٣ .

(٢) الدكتور حسن علي الذنون ، فلسفة القانون ، ط ١ ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٧٥ ، ص ١٦٦ – ١٦٨ .

(٣) قرارها المرقم المرقم (٩٥٥/١٤١٠) في ١٩٥٥/١٢/٢٥ ، إسماعيل نامق حسين ، نقلا عن عبد العزيز السهيل ، احكام القضاء العراقي على مواد القانون المدني ، مرجع سابق ، ص ٢٩٢

التعويض يقدر بمقدار الضرر حسب المادة ١٧٠ مدني ، والضرر الذي لحق الوزارة هو ما انقضته على الطالب) [١] .

والقرار الصادر عن الهيأة التمييزية المدنية في رئاسة محكمة استئناف بغداد / الرصافة الاتحادية والذي جاء فيه (... ولدى عطف النظر على القرار المميز وجد انه غير صحيح ومخالف لأحكام للقانون وذلك لأنه لا يوجد مانع قانوني من تصحيح الأخطاء المادية الواردة في الكتب والوثائق والحجج الرسمية بعد تثبت المحكمة من صحة الطلب المقدم وان الخطأ الوارد هو خطأ مادي ناشئ عن عمل الموظف المختص ولا موجب لتحميل المواطن وزر ذلك الخطأ وان المشرع عندما أورد المادة ١٦٧ من قانون المرافعات المدنية وقصر النص الوارد فيها على الاحكام القضائية مراعاة منه لما لهذه الاحكام من خصوصية إذ ان القرار المميز قد سار بخلاف وجهة النظر القانونية المبسوطة لذا قرر نقضه وإعادة الاضبارة الى محكمتها لاتباع ما تقدم وصدر القرار بالاتفاق في ١١/رجب/١٤٤٣ هـ الموافق ٢٠٢٢/٢/١٣) [٢] ، وهذا القرار في الحقيقة جدير بالاحترام ؛ كونه تعاطى مع القضية وفق معطيات العدالة فان الإجراءات الرسمية تسري على الجميع ، لكن اذا أصاب احدى هذه المعاملات خطأ سببه الموظف فليس من العدالة والانصاف تحميل المواطن وزر وتكاليف تصحيح هذه المعاملة .

وأيضا القرار الصادر عن الهيأة التمييزية لمحكمة استئناف كربلاء الاتحادية ، وجاء في حيثيات هذا القرار انه (لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي واقع ضمن مدته القانونية قرر قبوله شكلا ، ولدى عطف النظر على القرار المميز وجد انه غير صحيح ومخالف لأحكام القانون اذ ان محكمة الموضوع تنظر طعن بطريق الاعتراض على حكم غيابي وان الأثر المترتب على اسقاط عريضة الاعتراض يترتب عليه عدم إمكانية تجديد الاعتراض بخلاف ابطال عريضة الدعوى مما كان على محكمة الموضوع انتظار المعترض وعدم الشرع في اسقاط عريضة الاعتراض في الساعة العاشرة وخمسة وأربعين دقيقة والانتظار حتى فراغ المحكمة من نظر كافة الدعاوى لذلك اليوم وتثبيت ذلك في محضر الجلسة ، حتى لا ينهض لتغيب المعترض بعد ذلك عذر مشروع وإزاء ما تقدم ... قرر نقض القرار المميز وإعادة الدعوى الى محكمتها

---

(١) قرارها المرقم (٨٢٥/مدنية ثانية/١٩٧٣) في ١٩٧٣/١٢/٢٩ ، إسماعيل نامق حسين ، نقلا الدكتور علي جمعة محارب ، دور الاجتهاد القضائي في تطوير القاعدة القانونية ، مرجع سابق ، ص ٢٩٢ .

(٢) قرارها المرقم ٣٣/ش/٢٠٢٢ في ٢٠٢٢/٢/١٣ ، القرار منشور على صفحة المدونة القانونية لطلبة المعهد القضائي العراقي ، متاح على الرابط التالي https://www.facebook.com/groups/624817364620289 ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٧/١٥ ، تاريخ الزيارة ١١:٠٠ مساءا .

لمراعاة ما تقدم مع الاحتفاظ للمميز برسم التمييز لحين النتيجة وصدر القرار بالاتفاق في ١/ رمضان /١٤٤٤ هـ الموافق ٢٠٢٣/٣/٢٣ م) [١] .

وهذه القرارات جاءت وفق مقتضيات العدالة وتحقيقا لمبادئ العدالة ، اذ لا توجد هناك قواعد للعدالة واضحة ومكتوبة وقد اشكلنا على المشرع استخدامه لمصطلح (قواعد العدالة) ، لان القاعدة تنطوي على حل لمسألة معينة اما (مبادئ العدالة) فإنها فكرة تصلح لان تكون أساسا لمجموعة من الحلول ، والعدالة في الحقيقة هي اكبر من المبدأ القانوني اذ تعد هي أساس المبادئ ، ولكون لا يوجد في الاصطلاح القانوني مصطلح اكبر من المبدأ لذا كان على المشرع العراقي اطلاق تسمية المبدأ ، لأنه اقرب للمعنى المقصود ولا يحد من استعمال العدالة ونطاق العدالة بما يؤثر على ديمومة النص القانوني [٢] .

واستخدم المشرع العراقي (العدالة) أحيانا و(مقتضيات العدالة) أحيانا أخرى ، ولا يبدو ان المشرع قد أراد مفهوما خاصا لكل من المصطلحين ، اذ ان العدالة ومقتضياتها شيء واحد يحقق نفس النتيجة والاثر ، فقد أوردها المشرع العراقي في الفقرة الثانية من المادة (٨٦) مدني ، كطريقة تسترشد بها المحكمة لتحديد المسائل غير الجوهرية في العقد ، عند عدم اتفاق اطراف العقد عليها ولتحسم النزاع وفقا لما تقتضيه العدالة ، أيضا العدالة حاضرة في إعادة التوازن للعقد عند حدوث حوادث استثنائية ، وهذا ما جاءت به الفقرة الثانية من المادة (١٤٦) مدني ، أيضا يجب تنفيذ العقد وفقا لمبدأ حسن النية وان يلتزم المتعاقد بتنفيذ مستلزمات العقد طبقا لمقتضيات العدالة ، وهذا ما قضت به الفقرة الثانية من المادة (١٥٠) مدني ، وهناك تطبيقات للعدالة اشتملت عليها مواد أخرى للقانون المدني [٣] ، مما تعطيه القوة والمقبولية ومن ثم ديمومة النصوص التي تحدد سلوك الافراد وتتعامل معهم على أساس هذه العدالة .

---

(١) قرارها المرقم ٥١/ت/متفرقة/اسقاط عريضة دعوى/٢٠٢٣ في ٢٠٢٣/٣/٢٣ ، القرار منشور على صفحة المحامي فائز الحلي على الفيس بوك ، متاح على الرابط التالي https://www.facebook.com/faeezoffice?mibextid=ZbWKwL ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٧/١٥ ، وقت الزيارة ٩:٣٠ مساءا .

(٢) إسماعيل نامق حسين ، العدالة واثرها في القاعدة القانونية (القانون المدني نموذجا) ، مرجع سابق ، ص ٦٨ – ٦٩ .

(٣) سبق وان اشرنا الى نصوص هذه المواد في هامش الصفحة رقم (١٤١) ، لذا نحيل القارئ الى هناك .

الفرع الثاني

أثر التفسير القضائي للنص في تحقيق العدالة

يضطلع القضاء بمهمة سامية وحساسة بنفس الوقت ، اذ يقوم بفض النزاعات بين الخصوم ويحقق العدالة بما له من ولاية عامة على الجميع وله الكلمة الفصل ، اذ انه سلطة قائمة بذاتها ومستقلة عن باقي السلطات ولا سلطان عليه لغير القانون [١] ، ويؤدي القضاء دوره هذا من خلال التطبيق السليم للقانون ويطبق إرادة المشرع على ارض الواقع ، وفي سبيل ذلك يقوم القضاء بتحديد الوقائع القانونية وملاءمة النصوص القانونية التي تنطبق عليها في حال وجد قاعدة قانونية صريحة وواضحة ، اما في حالة غموض النص وعدم وضوحه او في حالة الفراغ التشريعي فان القاضي يجب عليه ان يجتهد لإيجاد الحكم المناسب للمسألة التي هو بصدد معالجتها ، ولكي يقوم القضاء بعمله على اكمل وجه فانه بحاجة الى التفسير ولابد له من ذلك ؛ لان النصوص التشريعية من غير الممكن ان تغطي وتعالج كافة نواحي الحياة وتضع حلولا قانونية لها والقاضي يتدارك هذا الخلل عن طريق عملية التفسير للنصوص التشريعية .

والمشرع قد يصرح للقاضي بـ (الاجتهاد القضائي) [٢] في عمله كما فعل المشرع السويسري والتركي والكويتي ، فقد جاءت قوانينهم المدنية بما يسمح للقاضي بالاجتهاد فيما لو لم يجد نصا لتطبيقه على المسألة محل النزاع ، اما المشرع العراقي والمشرع المصري والمشرع الفرنسي فانهم يسمحون للقاضي بالاجتهاد ضمنا ، ويفهم ذلك من نص المادة الأولى من القانون المدني العراقي والمصري من خلال اللجوء الى العرف ومبادئ الشريعة الإسلامية وقواعد العدالة في حالة عدم وجود نص تشريعي ، وأيضا يفهم سماح المشرع

---

(١) ينظر المادة (١٩) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ النافذ .

(٢) هناك عدة تعريفات لعملية الاجتهاد القضائي وفقا للزاوية التي ينظر بها اليه فقد تم تعريفه على انه (مجموع القرارات القضائية الصادرة عن القضاء الوطني او الدولي) وبهذا الوصف فانه يشير الى العملية القضائية الصادرة عن الكيان القضائي ككل او عن وحدات هذا الكيان ونعني بذلك المحاكم المختصة على اختلاف درجاتها ، او يعبر عنه بانه (الجانب المتواتر لما استقر عليه القضاء في قضية او مسألة قانونية معينة) إذ يقصد به مجموعة الاحكام القضائية الواردة في احد فروع القانون كالاجتهاد القضائي العام او الاجتهاد القضائي الخاص او الاجتهاد القضائي المدني او الجنائي والى غير ذلك ، ينظر الدكتور محمد عرفان الخطيب ، حقيقة الدور المصدري للاجتهاد القضائي في القانون المدني (الواقعة القانونية) ، دراسة مقارنة بين المدرستين الفرنسية والعربية ، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية ، العدد الرابع ، الكويت ، ٢٠١٩ ، هامش الصفحة ١٢٢ ، أيضا يمكن تعريفه الاجتهاد القضائي على انه (الحل الذي تتخذه جهة قضائية في قضية معروضة امامها في حالة عدم وجود النص القانوني الواجب التطبيق او غموضه او عدم كفايته) ، ينظر الدكتور مازن ليلو راضي ، الامن القضائي وعكس الاجتهاد في القضاء الإداري ، بحث منشور في المجلة السياسية والدولية ، العدد ٤١-٤٢ ، ٢٠١٩ ، ص ١٣١ .

العراقي للقاضي بالاجتهاد في عمله من مفهوم المخالفة لنص المادة (٢) من القانون المدني أي انه اذا وجد نص مبهم او غامض فيمكن للقاضي ان يجتهد رأيه تحقيقا للعدالة [١] ، اما المشرع الفرنسي فيتبين سماحهُ بالاجتهاد من خلال استقراء نص المادة الرابعة من القانون المدني الفرنسي لعام ١٨٠٤ اذ يلجأ القاضي الى قواعد العدالة او القانون الطبيعي [٢] .

ويعد القضاء قديما مصدرا من مصادر القانون الرسمية واحكامه ملزمة للكافة ، ولكن الحال مختلف في النظم القانونية الحديثة إذ ان مركز القضاء بالنسبة لمصادر القانون هو مصدر استرشادي تفسيري ، على عكس بعض النظم التي بقيَ القضاء محافظا على مكانته فيها بكونه مصدرا رسميا كما هو الحال في الأنظمة الانكلو اميريكية التي تأخذ بنظام السوابق القضائية إذ تلتزم المحاكم الأدنى بتفسيرات المحاكم العلى منها درجة ، ولكن هذا التفاوت بين هذه الأنظمة ليس بهذه الحدية فهناك قوانين مشرعة الى جانب الاجتهادات القضائية في البلدان التي تعتمد على نظام السابقة القضائية ، وأيضا فان الدول التي يكون القضاء فيها مفسرا للنصوص القانونية يكون هو مصدرا لإنشاء بعض القواعد القانونية في بعض الأحيان [٣] .

ولقد اختلف الفقه في قيمة قرارات القضاء التي يصدرها في النزاعات المعروضة عليه ، هل لهذه القرارات قوة الانشاء للقاعدة القانونية من عدمه ، فبموجب القانون العراقي هناك رأي يقول ان القضاء لا يصنع القواعد القانونية كونه لا يأخذ بالسوابق القضائية كما ان صنع القواعد القانونية يصطدم مع مبدأ الفصل بين السلطات ، وعلى العكس من ذلك فانه يرى البعض بان من واجبات القضاء تطبيق احكام القانون وتفسيره عند غموضه وأيضا صنع القواعد القانونية ، اذ ان القاضي بتفسيره للقانون يخلق قواعد قانونية جديدة ولكنها مقتصرة على القضية المنظورة وحجيتها لا تتعدى هذه القضية واطرافها [٤] ، كما ان وجود المادة الخامسة من القانون المدني العراقي والتي تنص على (لا ينكر تغير الاحكام بتغير الازمان) هي دلالة على وجود إمكانية انشاء قواعد قانونية استجابة لمتغيرات الظروف وعند نقص التشريع لذا فإننا نرى ان للقضاء إمكانية في خلق قواعد قانونية ولكنها ليست قواعد عامة مجردة وذلك لا يتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات ويحقق العدالة التي هي من صميم واجبات القضاء .

---

(١) اذ تنص هذه المادة على (لا مساغ للاجتهاد في مورد النص) .
(٢) علي عبد الله عفريت ، مرجع سابق ، ص ٧٩ – ٨١ .
(٣) علي عبد الله عفريت ، مرجع سابق ، ص ٢٨١ .
(٤) علي عبد الله عفريت ، مرجع سابق ، ص ٢٩١ – ٢٩٣ .

اما في مصر فلا يختلف الوضع عن العراق فان اتجاه النظام القانوني فيها لاتيني كما هو معلوم ولكن هذا لا يمنع من قيام القضاء بتفسير القانون وخلق القواعد القانونية المقتصرة على اطراف الدعوى [١] ، إذ قضت محكمة النقض المصرية بان (النص على اختصاص المحكمة العليا بتفسير النصوص القانونية لم يقصد به سلب اختصاص المحاكم الأخرى بتفسير النصوص القانونية التي تعرض لها بصدد الفصل في منازعات المطروحة عليها ... باعتبار هذا التفسير هو من صميم عملها واولى واجباتها للوصول الى معرفة الحكم القانوني فيما هو معروض عليها) [٢] .

اما فيما يتعلق بحقيقة مركز القضاء في فرنسا فانه أيضا يتحدد في اتجاهين منكر لدور القضاء في انشاء القواعد القانونية ، واتجاه آخر مؤيد لهذا الدور الذي يضطلع به القضاء في فرنسا ، الاتجاه المعارض يرى ان دور القضاء هو فقط في تطبيق القانون ولا يمكن للأحكام التي يصدرها القضاء باي شكل من الاشكال ان تأخذ وتتصف بصفات القواعد القانونية من العمومية والتجريد ، ولو أراد المشرع هذا الدور للقضاء لنص عليه صراحة في النصوص القانونية [٣] ، اما الاتجاه الاخر فانه يرى ان القاضي لا يقوم بتفسير القانون فقط وانما عليه ان يقوم بتحديد القاعدة القانونية الواجب اتباعها وتطبيقها عند عدم وجود او سكوت النص القانوني [٤] .

والقاضي يصنع القواعد القانونية بطريقتين او كيفيتين ، الكيفية النوعية وذلك عن طريق توضيح معنى القاعدة القانونية القائمة وتفسيرها بما يجعلها مكتملة المعالم لتطبيقها على الوقائع القانونية ، وأيضا الكيفية الكمية وبموجبها يذهب القاضي الى ابعد من الكيفية الأولى ويقوم بإنشاء قواعد قانونية جديدة غير موجودة في التشريع [٥] ، وكل ذلك من اجل تطبيق العدالة والانصاف ، ان دور القضاء في انشاء القواعد القانونية فعلا يتعارض مع ما المادة رقم (٥) من القانون المدني الفرنسي التي تمنع القضاء من اصدار اللوائح العامة

---

(١) الدكتور همام محمد محمود ، مرجع سابق ، ص ٤٤٧ .

(٢) قرارها المرقم ٨٧٧ في ١٩٨٢/١٢/١٤ مشار اليه في الدكتور همام محمد محمود ، مرجع سابق ، نقلا عن عبد المنعم حسني ، ص ٤٤٧ .

(٣) Georges Ripert,Les forces creatrices dudroit, L. G. D. J., Paris, 1956, P.383.

And , Jean chevalier, Droit civil, Sirey, Paris, 1961, PP.14 – 15

(٤) Barraine, Raymond, Droit civil, Paris, 1958, p.11.

(٥) Walin, Le Pouvoir normative de la Jurisprudence, Op. Cit., PP.134 – 135.

وأيضا المادة (١٣٥١) التي تقضي بنسبية الشيء المقضي به ، ولكن ذلك المنع يتبدد وخاصة بوجود المادة رقم (٤) من القانون المدني التي تحظر على القاضي الامتناع عن اصدار الاحكام في القضايا المعروضة امامه بحجة عدم وجود نص تشريعي وهذه المادة بحد ذاتها هي دعوة للقاضي ليكمل نقص التشريع تحقيقا للعدالة [١] .

وتعد العدالة من موجبات الاستقرار فقد تتحد وتندمج مع الاستقرار من جهة الهدف والنتيجة ولكنهما قد يفترقان في أحيان أخرى ، اما الاستقرار فان تحققه ليس شرطا بان يحقق العدالة اذ انه قد يفرض أمورا تتنافى مع مقتضيات العدالة كاشتراط الشكلية في بعض التصرفات والتقادم المسقط للحقوق على الرغم من مشروعيتها [٢] ، وفي قرار لمحكمة التمييز الاتحادية [٣] فقد تم تصديق القرار المميز الذي تم رد الدعوى بموجبه والتي دعوى تعويض ناشئة عن العمل غير المشروع ، واستندت محكمة التمييز الاتحادية الى احكام المادة (٢٣٢) [٤] من القانون المدني التي تمنع سماع دعوى التعويض عن العمل غير المشروع بعد انقضاء ثلاث سنوات من علم المتضرر بحصول الضرر وعلمه بالمتسبب ، وهذا القرار منافي لمقتضيات العدالة ولكنه استجابة لاستقرار المعاملات .

و لا يقتصر التفسير فقط على النص القانوني الغامض وانما يتعداه الى النص القانوني الواضح أيضا ، ولكن يجب ان لا يتم التوسع بالتفسير في حالة النص الواضح بحجة التماس حل عادل ولكنه يخالف صريح النص القانوني ، أي ان يتم التفسير من خلال عبارات النص وروحه وهذه الوسائل هي وسائل التفسير الداخلية للنص القانوني [٥] ، اما في حالة النص القانوني المعيب عن طريق التقريب فيما بين النصوص القانونية والرجوع للمصادر التاريخية للقانون والاستعانة بالحكمة من التشريع وأيضا الرجوع الى الاعمال التحضيرية ، فكل ذلك يساعد القاضي على استخلاص نية المشرع في هذا الحال وذلك بان لا يتعامل مع النص كانه

---

(١) علي عبد الله عفريت ، مرجع سابق ، ٢٨٩ .

(٢) الدكتور علي حميد كاظم الشكري ، قواعد العدالة مصدر استقرار المعاملات المالية ، مقال منشور على الانترنيت متاح على الرابط التالي https://almerja.com/reading.php?idm=١٥٢١٨٦ ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٧/١٠ ، وقت الزيارة ١٠:٣٠ مساءا .

(٣) قرارها المرقم ٤٧٤٤/الهيأة الاستئنافية عقار/٢٠١٥ ، قرار غير منشور .

(٤) إذ تنص هذه المادة على (لا تسمع دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المتضرر بحدوث الضرر وبالشخص الذي احدثه ولا تسمع الدعوى في جميع الأحوال بعد انقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع) .

(٥) الدكتور محمد حسن قاسم ، مرجع سابق ، ص ٤٠٢ – ٤٠٦ .

مستقل عن باقي نصوص القانون وانما يتعامل معها كنها وحدة قانونية واحدة يكمل بعضها الاخر وهذه الوسيلة في التفسير تسمى الاستعانة بالوسائل الخارجية للتفسير [١] ، وكل هذه الوسائل والطرق يرجع اليها القاضي لتحقيق العدالة من خلال التفسير المنطقي والسليم لنصوص القانون .

ويلجأ القضاء الى تفسير النصوص القانونية كونها محدودة في حين ان الوقائع القانونية غير محدودة ، وفي سؤال الى احد السادة القضاة [٢] تأكد لنا هذا الموضوع من خلال سؤاله عن مدى كفاية النصوص القانونية في القانون المدني وهل هي كافية لإصدار الاحكام من عدمه ؟ كانت الإجابة بالنفي والدليل على ذلك لجوء محكمة التمييز الاتحادية الى تفسيرات مختلفة إزاء القضايا المعروضة امامها ، وهذا الامر قد يربك عمل القضـــاء من خلال عدم الاستقرار في موقف محكمة التمييز الاتحادية ، وفي سؤال لاحد الســادة القضــاة [٣] عن كفاية نصوص القانون المدني من عدمه ؟ إذ يعتقد بعدم كفايتها وان المحكمة تقوم بسد هذا النقص مستعينة بالقواعد العامة في القانون المدني والقوانين الخاصة وما يستقر عليه اجتهاد محكمة التمييز الاتحادية .

بمعنى ان القانون غير كاف لوحده وانما يكون للتفسير القضائي دور هام جدا في ديمومة القانون وتحقيق العدالة ، وخاصة عند ترك المشرع مساحة للقاضي لمراعاة الأمور التفصيلية للوقائع وصياغته نصوص القانون بصورة مرنة وفضفاضة لتحقيق قدر اكبر من العدالة [٤] ، كما تأكدت أهمية التفسير الذي تقوم به المحكمة من خلال توجيه سؤال الى قاض متقاعد ومحامي متمرس [٥] والذي اكد على ان المحكمة تسد النقص والارباك الذي يعتري نصوص القانون من خلال تفسير النصوص القانونية وان القضاء يلجأ الى الملاءمة في احكام نصوص القانون ويستند على ما يسد حاجته ويحقق العدالة .

ومن القرارات القضائيـة التـي فسرت بها محكمة التمييـز الاتحـــادية القانون تحقيقـا للعدالـة ما قضت بـه [٦] من نقض لقرار محكمة الموضوع الذي تم رد دعوى المدعي بموجبه ، إذ رُدت الدعوى بإبطال قيد

---

(١) الدكتور رمضان محمد أبو السعود والدكتور محمد حسين منصور ، مرجع سابق ، ص ٢٤٦ – ٢٤٨ .
(٢) مقابلة مع القاضي احمد جدوع التميمي ، نائب رئيس الهيأة الاستئنافية في محكمة استئناف كربلاء الاتحادية ، المقابلة بتاريخ ٢٠٢٣/٦/٢٢ .
(٣) مقابلة مع قاضي محكمة بداءة كربلاء السيد حسين الناطور ، المقابلة بتاريخ ٢٠٢٣/٧/٩ .
(٤) الدكتور احمد حسين عثمان ، مرجع سابق ، ص ٥ .
(٥) مقابلة مع القاضي المتقاعد والمحامي عبد العزيز عبد المجيد النصراوي ، المقابلة بتاريخ ٢٠٢٣/٧/٥ .
(٦) قرارها المرقم ١٠٩٨/الهيأة المدنية/٢٠١٧ في ٢٠١٧/٢/٢٠ ، قرار غير منشور .

العقار الذي تمت مصادرته لأسباب عرقية ، إذ تأكد للمحكمة ان المدعي هو مواطن عراقي لذا كان المقتضى إجابة دعواه بإبطال قيد العقار المصادر وإعادة تسجيله باسمه ، وهذا القرار جاء تحقيقا للعدالة على الرغم من ان العقار قد جرت عليه عدة بيوع .

وأيضا قضاء محكمة التمييز الاتحادية [١] بمشروعية طلب المدعي بإبطال قيد العقار موضوع الدعوى ان كان وفقا للقواعد العامة للمسؤولية التقصيرية ، إذ ان المدعي هو كويتي الجنسية لذا كان على المحكمة سؤاله ان كان يطلب الابطال استنادا الى قانون هيأة دعاوى الملكية ، ام استنادا للقواعد العامة وتصدر حكمها على وفق ذلك أي ان المحكمة اتجهت بتفسيرها على جواز ابطال قيد العقار استنادا للقواعد العامة في القانون المدني وبما يحقق العدالة .

وجاء في قرار لمحكمة التمييز الاتحادية (الهيأة الموسعة المدنية) [٢] الذي قضى بنقض قرار محكمة الموضوع التي ردت دعوى المدعي بالمطالبة باجر المثل في العقار المشاع عن الفترة السابقة لوفاة مورثهم ، اذ ان محكمة الموضوع اتبعت قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ١٦٥٥/الهيأة المدنية عقار/٢٠١١ في ٢٠١١/٥/١١ الذي قضى بعدم جواز مطالبة الورثة باجر المثل عن المدة السابقة لوفاة مورثهم ، لذا وجدت هذه المحكمة وبأكثرية أعضائها وبموجب هذا القرار ان المبدأ المشار اليه في القرار السابق لا أساس قانوني له اذ لا يوجد نص قانوني يمنع مثل هذه المطالبة ، ويؤيد مشروعية طلب المدعين المفهوم المخالف لنص الفقرة الثالثة من المادة (٢٠٥) من القانون المدني التي جاء فيها (... لا ينتقل التعويض عن الضرر الادبي الى الغير الا اذا كان تحددت قيمته بمقتضى اتفاق او حكم نهائي) ، وبذا فانه يتعين على محكمة الموضوع السير بالدعوى موضوعيا وحسمها حسب الأصول بعدّ المطالبة باجر المثل عن الفترة السابقة لوفاة المورث ان تحققت شروط الدعوى تكون واردة قانونا ، وبموجب هذا القرار وتحقيقا لمقتضيات العدالة قامت (الهيأة الموسعة المدنية) بتفسير مغاير لتفسير (الهيأة المدنية عقار) في محكمة التمييز الاتحادية قضت بمشروعية إجابة دعوى المدعين ان تحققت شروط الدعوى .

اما في مصر فقد قضت محكمة النقض بناء على تفسير القانون وسد النقص الحاصل فيه بناءً على مقتضيات العدالة وبما يوجبه مبدأ حُسن النية ، وقد جاء في بعض من قراراتها (ان الزام رب العمل بإعطاء

---

(١) قرارها المرقم ٦٢٧٩/الهيأة الاستئنافية عقار/٢٠٢٢ في ٢٠٢٢/١٢/١٢ ، قرار غير منشور .
(٢) قرارها المرقم ٢٢٠/الهيأة الموسعة المدنية/٢٠١١ في ٢٠١٢/٦/٢٤ ، قرار غير منشور .

الاجير عند انقضاء عقد العمل شهادة بخلو طرفه .... لا يعدو ان يكون مما يوجبه حسن النية في تنفيذ عقد العمل الفردي .... ومن ثم كان الحكم الابتدائي على صواب في الاخذ بقواعد العدالة لسد ما في القانون من نقص بهذا الخصوص) [١] ، وهنا فان محكمة النقض المصرية أسست حكمها بناءً على مقتضيات العدالة والتي عدّت ان مبدأ حُسن النية هو كأحد مرتكزات وآليات العدالة .

وفي قرار آخر أيضا طبق القضاء المصري فكرة العدالة وفسر القانون بما يتلاءم وهذه الفكرة إذ اقر حماية الملكية والحقوق الفكرية والأدبية قبل تنظيم القانون لهذه الحقوق وحمايتها ، إذ جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية من ان لزوم حماية الاسم التجاري والعلامة التجارية وهذا ما زاده الاجتهاد القضائي مع حماية حقوق الملكية الفكرية والصناعية ، فقد شمل هذا القرار الحقوق التجارية بالحماية أيضا بناءً على مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة [٢] .

ويبدو ان اللجوء للعدالة في فرنسا في المجالين القانوني والقضائي كان محدودا في بادئ الامر اذا ان القاضي الفرنسي كان دائما محكوم بنص المادة (١١٣٤) مدني فرنسي والتي تقيد تدخله في مجال العقد إذ يلتزم بمبدأ سلطان الإرادة الذي تقرره هذه المادة ، الا انها (العدالة) ظهرت لها تطبيقات في عدة مجالات منها إجازة المراجعة للشرط الجزائي استنادا الى المادة (١١٥٢) مدني فرنسي في حال كونه شرطا مجحفا ومبالغ فيه ، أيضا في موضوع نظرة الميسرة استنادا الى المادة (١٢٤٤-١) مدني فرنسي إذ يستطيع القاضي منح المدين مهلة لتنفيذ التزاماته مراعيا بذلك ظروف المدين وعدم الاضرار بالدائن [٣] ، كما منح القانون الفرنسي لأطراف الدعوى الحق في ان يطلبوا من القاضي بموجب المادة (٤/١٢) مرافعات فرنسي او من المحكم بموجب المادة (١٤٧٤) من نفس القانون ان يحكم بينهم بصفته محكما وديا اذ ان سلوكه عندئذ سيختلف بالتأكيد [٤] .

ويلاحظ انه في فرنسا لا يمكن للقاضي ان يحكم طبقا للعدالة الا اذا كان هناك أساس قانوني سابق يسمح للقاضي بذلك إذ لا يكفي الترخيص العام الوارد في المادة (٤) من القانون المدني الفرنسي للقاضي ان يحكم

---

(١) القرار مشار اليه في محمد احمد رمضان ، نقلا عن طاهر عيسى والي ، مرجع سابق ، ص ١٦٩ .
(٢) قرارها المرقم (١٢١) لسنة ٢٥ ق الصادر بتاريخ ١٩٥٩/١٢/١٠ مشار اليه في الدكتور حسن البدراوي ، نقلا عن طاهر عيسى والي ، مرجع سابق ، ص ١٢١ .
(٣) الدكتور عابد فايد عبد الفتاح ، مرجع سابق ، ص ٢٢٥ – ٢٢٦ .
(٤) الدكتور عابد فايد عبد الفتاح ، مرجع سابق ، ص ٢١٥ .

طبقا للعدالة والتي بخلافها يكون منكرا للعدالة وانما يجب ان يكون هناك ترخيص قانوني في الحالة الواقعية المعينة والا كان الحكم معرضا للنقض [١] ، أي ان العدالة لا تعد في النظام القانوني الفرنسي مصدرا عاما للقانون على عكس الوضع في مصر فانه واستنادا الى الفقرة (ثانيا) من المادة الأولى من القانون المدني المصري فإنها تعد إجازة عامة للقاضي بان يحكم طبقا للعدالة والقانون الطبيعي كونها تعد مصدرا عاما للقانون [٢] .

اما في فرنسا فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في عدة قضايا بناءً على تفسيرها للقانون وحيثيات القضية قاصدة تحقيق مقتضيات العدالة ، اذ جاء في احد قراراتها (ان المعقود عليه وان تم بيعه في المزاد العلني ثم تبين ان المالك له قد وقع في غلط جوهري في صفة الشيء المباع بسبب الخبير الذي قيّمه فان ذلك لا يمنع حق المالك السابق بالمطالبة بفسخ عقد البيع لأنه تضرر من ذلك) [٣] ، إذ استهدفت المحكمة في تفسيرها للقانون تحقيق العدالة ؛ وذلك لحصول غلط في صفة جوهرية للمبيع مما يعطي الحق للمالك الأصلي في فسخ العقد والغائه كونه لحقه ضرر مادي ومعنوي من جراء ذلك ، كونه قام ببيع لوحة متوارثة عائليا وأيضا الفرق في سعر المبيع .

---

(١) F. ZENATI. " Le juge et l'équité", Ann. Fac. Lyon, 1985, P.89 .

(٢) الدكتور عابد فايد عبد الفتاح ، مرجع سابق ، ص ٢٣٦ – ٢٣٧ .

(٣) قرارها المرقم (٨٢) في ١٩٨٣ ، الغرفة الأولى المدنية ، إذ تتلخص وقائع هذه القضية (بان السيد Philippea والسيد Mauricea) قاما ببيع لوحة فنية كانت تتناولها تقاليد العائلة على انها تعود لريشة Rene ولكن الخبير (Robert) صنفها من ضمن اعمال مدرسة الاخوة كراتشي (Carrache) وقد بيعت اللوحة على هذا الأساس وبموافقة مالكيها ، الا ان اتحاد المتاحف الوطنية مارس حقه في الحصول على اللوحة عن طريق الشفعة وعرضها على انها ابداع فني يعود أصلا الى السيد (Rene) لذا طلب مالكيها السابقين الغاء البيع لوجود خطأ جوهري في صفة اللوحة الا ان محكمة الاستئناف قضت بعدم الغاء البيع لأنه تم بموافقة المالكين وإن كان هناك من خطأ فانه يجب تقديره يوم البيع ، الا ان محكمة النقض الفرنسية نقضت هذا القرار وأكدت على حق المالكين السابقين في الغاء البيع لانهم وقعوا في خطأ بسبب الخبير الذي قام بتقييم اللوحة مما يرتب مسؤوليته عن ذلك) ، القرار منشور لدى محمد بلمعلم ، القرارات البالغة الأهمية لمحكمة النقض الفرنسية بخصوص مدونة القانون المدني الفرنسي من ١٨٧٦ لغاية ٢٠١٠ ، جزء ١ ، طبعة أولى محدثة ، إصدارات RJCC75 تير ، باريس ، ٢٠٢٢ ، ص ٤٠ .

الخاتمة

أولا : النتائج .

١- إنّ عنوان ديمومة النص القانوني هو عنوان يبحر في فلسفة القانون ، اذ لا يكتب لأي نص قانوني البقاء الا اذا رُوعيت فيه شروط ديمومته واستقراره ، وللديمومة مقومات ووسائل لابد من مراعاتها في سبيل تحقيق العدالة .

٢- إنّ للنص القانوني مقومات داخلية وخارجية ضامنة لديمومته ، تتعلق الداخلية منها بجوهر النص القانوني وموضوعه من ناحية ، وتتعلق من ناحية اخرى في جودة الصياغة لهذا النص القانوني اذ ان الصياغة التشريعية امست علم قائم بذاته ، اما المقومـات الخارجيـة فهي تتعلق ببنية الدولة بشكل عـام ومدى الوعي القانوني للأفراد ووجود دولة القانون التي تطبق القانون دون ما تمييز .

٣- ان لديمومة النص القانوني وسائل يتم الاعتماد عليها لإكمال ما قد يشوب القانون من نقص ، وهذه الوسائل هي (**التفسير المتطور للقانون والقواعد العامة في القانون المدني والافتراض القانوني**) ، اذ تسهم هذه الوسائل بشكل كبير في ثبات القانون وديمومته .

٤- ان موضوع ديمومة النص القانوني موضوع خاص وعام في نفس الوقت ، فالديمومة موضوع خاص كونها تختص بالنص التشريعي فقط دون سواه ، وهي موضوع عام لأنها تخص كافة فروع القانون وبكافة مستوياته ومهما كانت قيمته القانونية ، سواء اكان القانون الأساسي للدولة ام القانون العادي ام حتى التشريع الفرعي .

٥- القانون المدني بحاجة الى إعادة قراءة وتنظيم وتشذيب للمواد الزائدة وغير العملية ، ليتلاءم مع التطور الكبير الحاصل على الصعيد القانوني والاجتماعي والاقتصادي والمفاهيمي ، واذا كانت هناك دعوات الى الغاء هذا القانون وتشريع قانون بديل عنه ، فاني وسأكون جريء في هذا الطرح ، لا اتفق مع هذا الرأي او هذه الدعوات ليس من جهة المبدأ وانما من حيث التطبيق ؛ كون ان عملية صياغة التشريع في العراق وخلال المدة المنصرمة وللأسف اثبتت عدم فاعليتها وعدم قدرتها على تشريع القوانين بصياغة متميزة ، لا من جهة الكم ولا النوع ونجد ان بقاء القانون المدني الحالي على فرض حاجته للتعديل خير من الغاءه وتشريع قانون جديد بدلا عنه .

٦- نعتقد بان سبب الخلل في صياغة بعض النصوص في القانون المدني العراقي هو الاستخدام غير السليم للّغة في بعض نصوصه ، وفي أحيان أخرى عدم الدقة وعدم الوضوح في اختيار موضوع المادة القانونية وتضاربها وتعارضها مع مواد أخرى من نفس القانون ، يرجع الى تعدد مصادر القانون المدني وتنافرها ، إذ ان المشرع العراقي حاول الجمع بين نقيضين وهما الفقه الإسلامي والقانون المدني الفرنسي ، وكما هو معلوم ليس هناك تلاقي او ملائمة في هذين الاتجاهين ، مما اثر سلبا على موضوعات ونصوص القانون المدني وصياغتها بالشكل السليم .

٧- وجدنا من خلال البحث وتلمسنا ذلك حسيا ان العيوب التي تعتري بعض نصوص القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل ، هي عيوب نظرية في اغلبها لا تبرز الا من خلال البحث الدقيق والمعمق في نصوص القانون ، وهذه العيوب لم يتطرق اليها الفقه الا في الآونة الأخيرة عندما بدأ البحث في جودة وقوة القانون المدني وبيان عيوبه ، اما فيما يتعلق بالقضاء فيبدو انه يركن الى القانون ويجد فيه ما يمكن اللجوء اليه من الاحكام عند نظر الدعاوى ، ويظهر انه قد تأقلم مع نصوص هذا القانون في إيجاد الاحكام المناسبة للقضايا المعروضة عليه وذلك عبر الملاءمة فيما بين نصوص القانون المدني ، وان كان هناك من نقص في القانون لأي سبب كان فان محكمة التمييز تتصدى للمواضيع الجديدة عبر تفسيراتها واتجاهاتها التمييزية .

٨- ان القانون المدني العراقي والمصري يستهدف بين طياته تحقيق الاستقرار القانوني وبنفس الوقت تحقيق العدالة فقط جاءت العدالة في كثير من النصوص القانونية والزمت القاضي بتحقيقها من خلال احكامه ، في حين ان القانون المدني الفرنسي استهدف تحقيق الاستقرار القانوني اكثر من العدالة اذ انه لم تذكر كلمة العدالة في القانون المدني الفرنسي الا في المادة الرابعة وفي معرض الزام القاضي بالحكم في القضايا المعروضة عليه والا عُدَّ منكرا للعدالة ، ويرجع السبب في ذلك للتخوف من منح السلطة التقديرية للقضاء في كل ما لم يرد بشأنه نص صريح بحيث ينحرف القاضي عن تطبيق القانون بحجة تحقيق العدالة .

٩- إنّ القانون المدني العراقي اقتبس كثيرا من نصوص مواده عن القانون المدني المصري وفي بعض الأحيـان يصل هذا الاقتبـاس الى ان يكون نسخة طبق الأصل عن النص المصري في الصيغة والمضمون .

١٠- ان السبب الرئيسي في ديمومة القانون المدني هو انه من القوانين الواسعة اولاً ، وان لتفسيرات القضاء الدور البارز والمهم في تطويع النصوص القانونية للوقائع المستجدة والملائمة فيما بين مواد

القانون لتغطية ما يطرأ من المسائل المستحدثة ثانيا ، لكنه (القانون المدني) وبنفس الوقت لا يخلو من العيوب في الصياغة والمضمون ، اذ ان فيه تزيدا وتكرارا وكثيرا من الأخطاء اللغوية وغيرها من العيوب ، لكن القضاء استقر الى هذا القانون وقد تكيف معه مع العمل على ملاءمة النصوص القانونية على الوقائع والقضايا المعروضة عليه .

١١- لاحظنا وجود دليل لصياغة التشريعات في العراق وهو كُتيب صادر من مجلس النواب عام ٢٠١٤ ويعد دليلا جيدا يحتوي على المعايير اللازمة لصناعة وصياغة التشريعات بما يتضمنه من أسس ومبادئ عامة للصياغة التشريعية الجيدة ، الا ان التشريعات التي صدرت عن مجلس النواب لم تكن بالمستوى المطلوب ولم ترقى في مواجهة التحول الجذري الذي حصل في العراق بعد عام ٢٠٠٣ مما يعني انه لم يُأخذ بهذا الدليل عند سن وصياغة التشريعات في العراق .

١٢- ان القانون المدني العراقي بشكل عام قد تضمن كثيرا من الأفكار الجيدة والصياغات المتقنة لهذه الأفكار في نصوص مواده ، وكل ذلك كان في باكورة تكون الفكر القانوني العربي واستقلاله بسن القوانين وذلك يعبر عن وجود فكر قانوني ناضج ومتميز في حينها فما بالك اليوم وقد تطور هذا الفكر القانوني بشكل كامل وملحوظ فهو قادر على المجيء بقوانين رصينة تحقق أمال ورغبات المجتمعات العربية بوجود رجال قانون افذاذ من أساتذة قانون وفقهاء وقضاة جيدين وجديرين بهذه المهمة اذا أعطيت لهم الفرصة في ذلك .

ثانيا : المقترحات .

١- معالجة موضوع تشريع قانون المحكمة الاتحادية العليا وكما نص عليها الدستور ، إذ انها وان كانت تؤدي عملها بشكل قانوني الا ان ذلك لا يتفق مع الأسس والأصول القانونية فلا بد من تشريع قانون للمحكمة الاتحادية العليا والنص على عدد أعضاءها وصفاتهم وطريقة اختيارهم آلية عمل هذه المحكمة وحسم الجدل بشأن المادة (٩٢) من الدستور ؛ وذلك لخطورة وظيفة وعمل هذه المحكمة على سير عمل الدولة والنظام القانوني بأكمله .

٢- نقترح تأسيس دائرة مختصة بشؤون التشريع في السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية ، تتولى صياغة ومراجعة صياغة مقترحات ومشروعات القوانين قبل المصادقة عليها بما يضمن دقتها وجودتها وملاءمتها للسياسة التشريعية العامة للدولة وعدم تعارضها مع القوانين ذات الصلة .

٣- نقترح تعديل المادة الخامسة من قانون مجلس الدولة بما يضمن إلزام ارسال مقترحات القوانين اليه كما هو الحال بالنسبة لمشاريع القوانين ، لغرض توحيد صياغتها وتنقيحها وتوحيد المصطلحات القانونية بما يتناسب مع السياسة العامة للدولة وضمان عدم التعارض فيما بين القوانين وانسجامها فيما بينها ووحدتها وديمومتها .

٤- تنظيم عملية المشاركة الشعبية في العملية التشريعية ، من خلال ممثلي النقابات والجمعيات بما لها من تواصل مع الشرائح الشعبية وجعل القانون اكثر اتصالا وخدمة للأفراد بما يضمن نجاعته وديمومته ، من خلال آلية مدروسة تعمل على جعل التشريع نابع من حاجات المجتمع الفعلية وبما يخدم مصالحه المشروعة .

٥- بالنظر لأهمية المراجعة التشريعية الدورية للقوانين ، نقترح تشكيل لجنة (للمراجعة التشريعية) وتتكون من ممثلين من السلطة التشريعية ومجلس الدولة ولا يمنع ذلك من الاستعانة بخبرة السلطة التنفيذية والقضائية والوقوف على الحاجة الفعلية والعملية التي تدعو الى تشريع او تعديل القانون ، كما نعتقد بضرورة إشراك الفقهاء القانونيين من أساتذة الجامعات في هذه اللجان للاستفادة من عصارة خبرتهم القانونية لإثراء التشريعات بالأفكار القانونية الجيدة .

٦- نقترح الغاء قرارات مجلس قيادة الثورة (المنحل) المعدِلة لمواد القانون المدني وتعديل مواد القانون بما يتلاءم وفحوى هذه القرارات للمحافظة على مكانة القانون المدني وعدم تشتيته .

٧- نقترح تعديل المادة الأولى من القانون المدني لتكون بالشكل التالي :-

(المادة الأولى :-

١- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها او مفهومها او منطوقها .

٢- فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه قضت المحكمة بمقتضى العرف فاذا لم يوجد فبمقتضى احكام الفقه الإسلامي دون التقيد بمذهب معين .

٣- وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي اقرها القضاء والفقه في القضايا المشابهة) .

٨- نقترح تعديل القانون المدني وذلك بإضافة مادة قانونية تنص على وجوب اتباع التفسير المتطور للقانون وعدم الاكتفاء بنص المادة الثالثة من قانون الاثبات التي الزمت القاضي باتباع التفسير المتطور ؛ كون ان التفسير يتعلق بالمسائل الموضوعية وليس بمسائل الاثبات ، ونقترح ان يكون النص بالشكل التالي (الزام القاضي باتباع التفسير المتطور للقانون بما يضمن تحقيق العدالة) .

المصادر

القرآن الكريم

أولا :- المعاجم اللغوية .

١- ابن منظور ، معجم لسان العرب ، الجزء الأول ، ط ١ ، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات ، بيروت - لبنان ، ٢٠٠٥ .
٢- لويس معلوف ، المنجد في اللغة والأعلام ، ط ٣٩ ، دار المشرق ، بيروت – لبنـــان ٢٠٠٢ .
٣- محمد بن ابي بكر عبد القادر الرازي ، مختار الصحاح ، دار المشرق ، كويت ، ١٩٨٢ .

ثانيا :- الكتب الفقهية .

١- د. مصطفى إبراهيم الزلمي ، أصول الفقه في نسيجه الجديد ، ج٢ ، ط٥ ، المكتبة القانونية ، بغداد ، بدون سنة طبع .

٢- د. فاضل صالح السامرائي ، معاني النحو ، ط ٢ ، مجلد ١ ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٣ .
٣- علي الجرحاني ، كتاب التعريفات ، بدون سنة طبع ، ولا مكان طبع .
٤- محمد علي الصابوني ، صفوة التفاسير ، ج ١ ، ط ١ ، دار الصابوني للطباعة والنشر والتوزيع ، القاهرة ، ١٩٩٧ .
٥- الراغب الاصفهاني ، مفردات الفاظ القرآن ، تحقيق صفوان عدنان داوودي ، ط ٢ ، منشورات طليعة النور ، مدينة قم ، ٢٠١٦.

ثالثا :- الكتب القانونية .

١- إسماعيل نامق حسين ، العدالة بين الفلسفة والقانون ، منشورات مكتب الفكر والوعي في الاتحاد الوطني الكردستاني ، السليمانية ، ٢٠١٠ .

٢- إسماعيل نامق حسين ، العدالة واثرها في القاعدة القانونية القانون المدني نموذجا (دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية) ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠١١ .

٤- د. أبو زيد عبد الباقي مصطفى ، الافتراض ودوره في تطور القانون (دراسة نظرية وتطبيقية لفكرة الافتراض القانوني) ، ط ١ ، مطبعة دار التأليف ، بدون مكان طبع ، ١٩٨٠ .

٥- د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن ، المدخل للعلوم القانونية ، النظرية العامة للقانون ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٥ ، ص ١٨٢ – ١٨٧ .

٦- د. باسم محمد صالح ، القانون التجاري ، بدون طبعة ، القسم الأول ، شركة العاتك لصناعة الكتاب ، بيروت ، بدون سنة طبع .

٧- د. توفيق حسن فرج ، المدخل للعلوم القانونية ، القسم الأول ، النظرية العامة للقانون ، الدار الجامعية ، ١٩٩٣ .

٨- د. حسن علي الذنون ، فلسفة القانون ، ط ١ ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٧٥ .

٩- د. حسن كيره ، المدخل الى القانون ، القسم الأول ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، بدون سنة طبع .

١٠- د. حسن مصطفى البحري ، القانون الدستوري والنظم السياسية ، القسم الثاني ، النظم السياسية ، ط ١ ، بدون دار نشر ، بدون مكان نشر ، ٢٠٢٠ .

١١- د. حسين عثمان ، قراءة في كتاب تفسير القوانين (النص والسياق والتفسير المقاصيدي) ، إلمار دريدجر ، تفسير القوانين (النص والسياق والتفسير المقاصيدي) ، ترجمة د. محمد احمد سراج و د. احمد علي ضبش ، مركز نهوض للدراسات والبحوث ، بدون مكان طبع ولا سنة طبع .

١٢- د. رافد خلف هاشم و د. عثمان سلمان غيلان ، التشريع بين الصناعة والصياغة ، الطبعة الأولى ، دار الكتب والوثائق ، بغداد ، ٢٠٠٩ .

١٣- د. رمضان محمد أبو السعود و د. محمد حسين منصور ، المدخل الى القانون ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت – لبنان ، ٢٠٠٣ .

١٤- د. سعيد احمد بيومي ، لغة القانون في ضوء علم لغة النص ، ط ١ ، دار شتات للنشر والبرمجيات ، القاهرة ، ٢٠١٠ ، ص ٢٦ .

١٥- د. سعيد عبد الكريم مبـــارك ، أصول القانون ، الطبعة الأولى ، مكتبة يـادكـــــار ، بدون مكان طبع ، ٢٠١٧ .

١٦- د. سعيد مبارك و د. صاحب عبيد الفتلاوي و د. طه الملا حويش ، الموجز في العقود المسماة (البيع – الايجار – المقاولة) ، طبعة جديدة ومنقحة ، دار السنهوري ، بيروت ، ٢٠١٥ .

١٧- د. عبد الباقي البكري والمدرس زهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ، بدون طبعة ، بيت الحكمة ، بغداد ، ١٩٨٩ .

١٨- د. عبد الرزاق السنهوري ، علم أصول القانون ، بدون طبعة ، مطبعة فتح الله الياس ، مصر ، ١٩٣٦ .

١٩- د. عبد المجيد الحكيم و د. عبد الباقي البكري و د. محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، طبعة جديدة منقحة ، الجزء الأول ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠١٨ .

٢٠- د. عبد الودود يحيى ، محاضرات في المدخل لدراسة القانون ، ط ١ ، دار العادل للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ٢٠٢١ ، ص ٦٧ – ٧٠ .

٢١- د. عدنان هاشم جواد الشروفي ، الحق في الحبس للضمان (دراسة مقارنة) ، ط ١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت – لبنان ، ٢٠١٠ .

٢٢- د. عيسى خليل خيرالله ، روح القوانين ، الطبعة الأولى ، مطبعة شهاب ، أربيل ، ٢٠١٠ .

٢٣- د. غالب علي الداودي و د. حسن محمد الهداوي ، القانون الدولي الخاص ، الجزء الأول ، طبعة جديدة ومنقحة ، شركة العاتك لصناعة الكتاب ، بيروت ، ٢٠١٨ .

٢٤- د. قاسم هيال رسن ، بحوث في القانون المدني ، ط ١ ، الجزء الثاني ، دار العادل للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ٢٠٢٢ .

٢٥- د. قاسم هيال رسن ، مشروع السنهوري لتقنين الفقه الإسلامي في القانون المدني ، ط ١ ، المركز العربي للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ٢٠٢٢ .

٢٦- د. محمد حسين قاسم ، المدخل لدراسة القانون (القاعدة القانونية – نظرية الحق) ، الجزء الاول ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت – لبنان .

٢٧- د. محمد سامر عاشور ، مدخل الى علم القانون ، منشورات الجامعة الافتراضية السورية ، ٢٠١٨ ، ص ٧٨ .

٢٨- د. منذر الشاوي ، مدخل في فلسفة القانون ، ط ١ ، الذاكرة للنشر والتوزيع ، بغداد ، ٢٠١١ .

٢٩- د. ميلود بن حوحو ، منهجية تحليل النصوص القانونية ، ط ١ ، المركز الديمقراطي العربي ، برلين ، ٢٠٢١ .

٣٠- د. نافع بحر سلطان ، قانون العقود الفرنسي الجديد ، ترجمة عربية للنص الرسمي ، ط ١ ، مطبعة المنتدى ، بغداد ، ٢٠١٧ .

٣١- د. هادي محمد عبد الله ، دور إرادة المشرع في تفسير النصوص القانونية ، (دراسة مقارنة في ضوء فلسفة القانون) ، ط ١ ، مكتبة يادكار ، السليمانية ، ٢٠١٧ .

٣٢- د. همام محمد محمود ، المدخل الى القانون ، نظرية القانون ، بدون طبعة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠١ ، ص ٢٨٠ .

٣٣- صبرينة بوزيد ، الامن القانوني لأحكام قانون المنافسة ، ط ١ ، مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية ، ٢٠١٨ .

٣٤- عليوة مصطفى فتح الباب ، الوسيط في سن وصياغة وتفسير التشريعات ، الكتاب الأول ، سن التشريعات ، الجزء الأول ، بدون طبعة ، دار شتات للنشر والبرمجيات ، مصر ، ٢٠١٢ .

٣٥- عواد حسين العبيدي ، تأويل النصوص في القانون ، ط ١ ، منشورات مكتبة الجيل العربي ، العراق – الموصل ، ٢٠١١ .

٣٦- محمد بلمعلم ، القرارات البالغة الأهمية لمحكمة النقض الفرنسية بخصوص مدونة القانون المدني الفرنسي من ١٨٧٦ لغاية ٢٠١٠ ، جزء ١ ، طبعة أولى محدثة ، إصدارات RJCC٧٥ تير ، باريس ، ٢٠٢٢ .

٣٧- محمد مصطفوي ، الأصول العامة لنظام التشريع : دراسة مقارنة بين الإسلام والقانون الوضعي ، ط ١ ، مكتبة مؤمن قريش ، بيروت ، ٢٠٠٨ .

٣٨- منتسكيو ، روح الشرائع ، الجزء الأول ، ترجمة عادل زعيتر ، بدون طبعة ، دار المعارف بمصر ، القاهرة ، ١٩٥٣ ، ص ١٨ – ١٩ .

٣٩- منشورات مجلس النواب العراقي ، دليل الصياغة التشريعية ، طبع على نفقة مجلس النواب ، بغداد ، ٢٠١٤ .

٤٠- منشورات مجلس النواب المغربي ، سلسلة الأوراق البحثية الموجزة العدد ٢٠٢٠/٠١ ، جودة التشريع ودورها في تحقيق الامن القانوني ، دار ابي رقراق للطباعة والنشر ، ٢٠٢٠ .

٤١- يوسف فخر الدين والمحامية ليليت سليمان ولبنى حمشو ، دولة القانون والحقوق في تحليل قانونيين / ات سوريين / ات دراسة تشاركية ، المركز السوري للدراسات والأبحاث القانونية ، بدون مكان طبع ، ٢٠٢٢ .

رابعا :- الاطاريح .

١- ايناس مكي عبد نصار ، الافتراض القانوني (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي) ، أطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة كربلاء ، ٢٠٢٢ .

٢- بلحمزى فهيمة ، الامن القانوني للحقوق والحريات الدستورية ، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عبد الحميد بن باديس ، مستغانم ، ٢٠١٨ .

٣- حسن ضعيف حمود ، التفسير المتطور للقانون (دراسة مقارنة) ، أطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة بابل ، ٢٠٢٢ .

٤- طاهر عيسى والي ، قواعد العدالة في القانون المدني (دراسة مقارنة) ، أطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة كربلاء ، ٢٠٢٢ .

٥- علي حميد الشكري ، استقرار المعاملات المالية ، دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة كربلاء ، ٢٠١٤ .

٦- علي عبد الله عفريت ، الفراغ في القانون (دراسة مقارنة) ، أطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة كربلاء ، ٢٠١٥ ، ص ١٥ .

٧- مروج هادي الجزائري ، استقلال السلطة التشريعية ، أطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون ، جامعة بغداد ، ٢٠١٤ .

٨- مها بهجت يونس الصالحي ، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون (دراسة مقارنة) ، أطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون / جامعة بغداد ، ٢٠٠٦ .

٩- هريش سهام ، البحث في نوعية النص التشريعي ، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، ٢٠٢٠ .

خامسا :- الرسائل الجامعية .

١- جناد فاطمة الزهراء وطالبي خيرة سهام ، إشكالية الفصل بين السلطات في النظم الدستورية المعاصرة ، مذكرة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة زيان عاشور ، الجلفة ، ٢٠٢١ .

٢- سيف الدين احميطوش ، اليات تعزيز الجودة التشريعية ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسي ، جامعة محمد الخامس ، الرباط ، ٢٠١٨ .

٣- عمر فرج حميد العلواني ، خضوع السلطة السياسية للقانون في اطار مفهوم دولة القانون ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون ، جامعة الشرق الأوسط ، عمان – الأردن ، ٢٠١٩ .
٤- مجيد سعيد مكي شيحان ، القواعد المنطقية واستخداماتها في قراءة النص القانوني ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الآداب ، جامعة الكوفة ، ٢٠١٥ .
٥- مرنيز نورية ، تعليمية النص القانوني ، مذكرة ماستر لاستكمال متطلبات شهادة الماستر في الدراسات اللغوية ، جامعة عبد الحميد بن باديس – مستغانم ، كلية الادب العربي والفنون ، قسم الدراسات اللغوية ، الجزائر ، ٢٠١٨ .

سادسا :- البحوث المنشورة .

١- اميرة المرضي عوض ، النظام القانوني لشرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار الأجنبي ، بحث منشور في المجلة العربية للبحوث في القانون والاقتصاد ، كلية القانون جامعة الكويت ، المجلد الأول ، العدد الأول ، ٢٠٢٠ .

٢- بواب بن عامر وهنان علي ، الحق في التوقع المشروع (الثقة المشروعة) كأحد ركائز الامن القانوني ، بحث منشور في مجلة الدراسات الحقوقية ، مجلد ٧ ، عدد ١ ، الجزائر ، ٢٠٢٠ .

٣- تني حاج محمد المنتصر بالله ، إشكالية بناء دولة القانون : دراسة في المفاهيم ، المقومات والاسس ، بحث منشور في مجلة اكاديميا ، العدد الثالث ، ٢٠١٥ .
٤- جديدي ضياء الدين رمضان ، ضوابط جودة الصياغة التشريعية ، بحث منشور في مجلة الحقوق والحريات ، مجلد ١٠ ، العدد ٢ ، الجزائر ، ٢٠٢٢ .
٥- جعفر عبد السادة بهير ، دور مجلس الدولة في حماية مبدأ الامن القانوني ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، العدد الخاص لبحوث مؤتمر فرع القانون العام المنعقد تحت عنوان (الإصلاح الدستوري والمؤسساتي الواقع والمأمول) ، جامعة بغداد ، ٢٠١٨ .

٦- د. إسماعيل نامق ، شرط الثبات التشريعي والقانون الأفضل للمستثمر ودورهما في جلب الاستثمار ، دراسة تحليلية مقارنة ، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية ، ملحق خاص بالمؤتمر السنوي الدولي السابع لكلية القانون الكويتية العالمية ، التنظيم القانوني لتطوير الاستثمار ، السنة ٨ ، العدد ٨ ، ٢٠٢٠ .

٧- د. إسماعيل نامق حسين ، التطبيق الانتقائي للقانون وتأثيره على الاستقرار القانوني ، بحث منشور في مجلة جامعة التنمية البشرية ، قدم في المؤتمر العلمي الدولى الرابع لجامعة التنمية البشرية ، مجلد ٣ ، العدد ٢ ، ٢٠١٧ .

٨- د. اميرة جعفر شريف والدكتورة كاوه ياسين سليم والدكتور مصطفي رشيد ، نظريتي القوة القاهرة والظروف الطارئة في القانون العراقي والشريعة الإسلامية ، بحث منشور في مجلة جامعة تيشك الدولية ، ضمن وقائع المؤتمر الدولي الرابع للقضايا القانونية ، ٢٠١٩ .

٩- د. اياد مطشر صيهود ، نظرية الفراغ التشريعي في القانون الدولي الخاص (دراسة تحليلية استدلالية في مدى اثر المبادئ الشائعة دوليا على بنية القانون العراقي) ، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية ، جامعة كركوك ، العدد ٣١ ، مجلد ٨ ، ٢٠١٩ .

١٠- د. بن حفاف سماعيل ، الصياغة التشريعية ودورها في خدمة التشريع ، بحث منشور في مجلة المعيار ، الجزائر ، العدد ٨ ، ٢٠١٣ .
١١- د. تحسين حمد سمايل ، التفاقم السلبي في نصوص القانون المدني العراقي وآليات علاجه ، بحث منشور في مجلة القانون والعلوم السياسية ، ضمن وقائع المؤتمر الدولي الثالث للقضايا القانونية ، أربيل ، ٢٠١٨ .

١٢- د. جمال عبد كاظم الحاج ياسين و د. علي شمران حميد الشمري ، وسائل تطور النصوص القانونية ، بحث منشور في مجلة اهل البيت (ع) / كلية القانون ، ٢٠١٨ .

١٣- د. خالد جمال احمد ، تفسير النص القانوني بين الحرفية والغائية ، بحث منشور في المجلة القانونية البحرينية التابعة لهيئة التشريع والافتاء القانوني ، العدد الثاني ، ٢٠١٤ .

١٤- د. خالد جمال احمد ، ماهية الصياغة التشريعية ومقومات جودتها ، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية ، ملحق خاص بالمؤتمر السنوي الرابع (القانون .. أداة للإصلاح والتطوير) ، السنة الخامسة ، الجزء الأول ، العدد الثاني ، ٢٠١٧ .

١٥- د. خالد جمال احمد محسن ، مبادئ الصياغة التشريعية ، بحث منشور في المجلة القانونية البحرينية التابعة لهيئة التشريع والافتاء القانوني ، العدد الرابع ، ٢٠١٥ .
١٦- د. روزان عبد القادر دزه يى والدكتور محمد اشرف شيخو ، شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة قه لاى زانست العلمية تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية ، المجلد ٦ ، العدد ٢ ، أربيل ، ٢٠٢١ .

١٧- د. سحر عبد الستار امام ، تدعيم دور محكمة النقض الفرنسية في تحقيق العدالة (ابداء الرأي) ، بحث منشور ضمن وقائع المؤتمر السنوي الدولي الخامس لكلية الحقوق جامعة الإسكندرية تحت عنوان (العدالة بين الواقع والمأمول) ، مجلد ٢ ، ٢٠١٢ .

١٨- د. سري محمود صيام ، المعايير الحاكمة لجودة صناعة التشريع ، بحث منشور في مجلة القانونية التابعة لهيأة التشريع والرأي القانوني ، العدد الأول ، البحرين ، ٢٠١٤ .

١٩- د. سعيد بن علي بن حسن المعمري والدكتور رضوان احمد الحاف ، مبدأ الامن القانوني ومقومات الجودة التشريعية ، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، العدد ٧٩ ، ٢٠٢٢ .

٢٠- د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي وآمنة فارس حميد ، المعايير العامة للصياغة التشريعية (دراسة مقارنة) ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، العدد الرابع ، السنة التاسعة ، ٢٠١٧ .

٢١- د. سلطان ناصر السويدي والدكتور محمد ياسين ، دور هيأة التشريع في مجال الصياغة التشريعية ، بحث منشور في مجلة القانونية ، العدد الرابع ، بدون سنة نشر .
٢٢- د. عابد فايد عبد الفتاح ، العدالة في القانون المدني (دراسة مقارنة بين القانون المصري والقانون الفرنسي) ، بحث منشور في مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق جامعة حلوان ، مجلد ٢٦ ، مصر ، ٢٠١٢ .

٢٣- د. عادل شمران الشمري و د. علي شمران الشمري ، فلسفة الاستثنـــاء في القـانون المدني (دراسة مقارنة) ، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق ، كلية القانون جامعة كربلاء ، العدد الثالث ، ٢٠١٨ .

٢٤- د. عاطف سعدي محمد علي ، مهارات استخدام اللغة القانوني في مجالي التشريع والافتاء القانوني ، بحث منشور في المجلة القانونية البحرينية التابعة لهيئة التشريع والافتاء القانوني ، العدد الثالث ، ٢٠١٥ .

٢٥- د. عامر زغير محيسن ، الموازنة بين فكرة الامن القانوني ومبدأ اثر رجعية الحكم بعدم الدستورية ، بحث منشور في مجلة مركز دراسات الكوفة ، العدد الثامن عشر ، ٢٠١٠ .

٢٦- د. عبد الكريم صالح عبد الكريم والدكتور زيمان رمضان سعيد ، مستجدات نظرية الظروف الطارئة ، دراسة في ضوء المرسوم التشريعي رقم ١٣١ لسنة ٢٠١٦ الخاص بتعديل القانون المدني الفرنسي مع المقارنة بالقانون المدني العراقي ، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق ، العدد ١٢ ، ٢٠٢٠ .

٢٧- د. عبد الكريم صالح عبد الكريم والدكتور عبد الله فاضل حامد ، تضخم القواعد القانونية – التشريعية ، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية ، العدد ٢٣ ، ٢٠١٤ .

٢٨- د. عبد اللطيف والي وطالب الدكتوراه طه عبد الرزاق رحموني ، شرط الثبات التشريعي كضمانة في عقود الاستثمار ، بحث منشور في المجلة الجزائرية لقانون الاعمال ، العدد الثاني ، ٢٠٢٠ .

٢٩- د. علي احمد حسن ، قواعد صياغة النص التشريعي ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، العدد الأول ، جامعة بغداد ، ٢٠١٩ .

٣٠- د. علي شاكر البدري ، القيد الأول ، بحث منشور في مجلة جامعة اهل البيت عليهم السلام ، العدد الثامن ، ٢٠٠٩ .

٣١- د. علي عبد العالي الاسدي ، تنازع القوانين في الزمان في المراكز العقدية المستمرة ، بحث منشور في مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية ، العدد ١٧ ، ٢٠١٩ .

٣٢- د. عواطف عبد المجيد الطاهر ، القصور في التشريع ، بحث منشور في مجلة دجلة ، المجلد الثاني ، العدد الأول ، ٢٠١٩ .

٣٣- د. قمر الدين عبد الرحمن السماني ، اختيار النائب البرلماني واثره على جودة التشريعات ، بحث منشور في المجلة الدولية للدراسات القانونية والفقهية المقارنة ، العدد الأول ، المجلد الثاني ، ٢٠٢١ .

٣٤- د. كسال سامية زايدي ، دور شرط الثبات التشريعي المدرج في عقود الاستثمارات في حماية المستثمر الأجنبي ، بحث منشور في مجلة الحقوق والحريات ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة ، الجزائر ، ضمن فعاليات الملتقى الدولي السادس عشر حول الضمانات القانونية للاستثمار في الدول المغاربية ، العدد الثالث ، ٢٠١٦ .

٣٥- د. ليث كمال نصراوين ، متطلبات الصياغة التشريعية الجيدة واثرها على الإصلاح القانوني ، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية ، العدد الثاني ، الجزء الأول ، السنة الخامسة ، ٢٠١٧ .

٣٦- د. مازن ليلو راضي ، الامن القضائي وعكس الاجتهاد في القضاء الإداري ، بحث منشور في المجلة السياسية والدولية ، العدد ٤١-٤٢ ، ٢٠١٩ .

٣٧- د. محمد المسلماني ، الامن القانوني والامن القضائي ، بحث منشور في مجلة المستنصرية للدراسات العربية والدولية ، العدد الخاص بالمؤتمر العلمي الدولي العاشر ، بغداد ، ٢٠٢٢ .

٣٨- د. محمد طه حسين ، ماهية مبدأي الشرعية والمشروعية ومصادرهما ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، جامعة بغداد ، العدد الأول ، ٢٠١٩ .

٣٩- د. محمد طه حسين الحسيني ، ماهية مبدأي الشرعية والمشروعية ومصادرهما ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، العدد الأول ، جامعة بغداد ، ٢٠١٩ .

٤٠- د. محمد عرفان الخطيب ، حقيقة الدور المصدري للاجتهاد القضائي في القانون المدني (الواقعة القانونية) ، دراسة مقارنة بين المدرستين الفرنسية والعربية ، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية ، العدد الرابع ، الكويت ، ٢٠١٩ .

٤١- د. نجاة سعدون والدكتور جمال بوتشاشة ، البناء اللغوي للنص القانوني ما بين العربية والفرنسية في ظل لغة الاختصاص ، بحث منشور في مجلة الأثر ، معهد الترجمة ، جامعة الجزائر ، العدد ٢٨ ، ٢٠١٧ .

٤٢- د. هادي حسين الكعبي وعلي فيصل نوري ، تسبيب الاحكام المدنية (دراسة مقارنة) ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، العدد ثاني ، السنة السادسة .

٤٣- د. هوزان عبد المحسن عبد الله ، مفهوم القوة القاهرة وآثاره في تنفيذ العقد : دراسة مقارنة في ضوء التعديل رقم ٢٠١٦-١٣١ للقانون المدني الفرنسي ، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية ، العدد ٢ ، ٢٠٢١ .

٤٤- د. ياسر باسم ذنون ، الافتراض القانوني ودوره في تطوير القانون ، بحث منشور في مجلة تكريت للعلوم الإنسانية العدد ١ ، المجلد ١٢ ، ٢٠٠٥ .

٤٥- سهردار مه لا عزيز و ره واك اكه رش سيدمينه ، وجود القانون بين الصحة والنجاعة ، دراسة وصفية تحليلية ، بحث منشور على مجلة جامعة حلبجة ، مجلد ٥ ، عدد ٤ ، ٢٠٢٠ .

٤٦- شيشون عبلة وخلفة نادية ، الصياغة التشريعية الجيدة أداة لتدعيم الحكم الراشد في الجزائر ، بحث منشور في مجلة الباحث للدراسات الاكاديمية ، العدد ١ ، مجلد ٩ ، الجزائر ، ٢٠٢٢ .

٤٧- شيماء رافع سلطان وزيد رافع سلطان ، اليات بناء دولة القانون في العراق ، بحث منشور في مجلة أبحاث ، كلية التربية الأساسية جامعة الموصل ، مقدم ضمن العدد الخاص بالمؤتمر العلمي الدولي الرابع / الدراسات التاريخية والجغرافية ، العدد ٤,١ ، ، ٢٠٢٢ .

٤٨- عبد المجيد غميجة ، مبدأ الامن القانوني وضرورة الامن القضائي ، بحث مقدم في اطار الندوة المنظمة من طرف الوداية الحسنية للقضاة بمناسبة المؤتمر الثالث عشر للمجموعة الافريقية للاتحاد العالمي للقضاة ، الدار البيضاء ، ٢٠٠٨ .

٤٩- غيلاس امينة ومحي الدين عواطف ، الصياغة التشريعية الجيدة للقاعدة القانونية والامن القانوني ، بحث منشور في مجلة الحقوق والحريات ، المجلد ١٠ ، العدد ٢ ، الجزائر ، ٢٠٢٢ .

٥٠- كمال كعلاب ، دولة القانون الديمقراطية إشكالية المفهوم ومتطلبات الدسترة ، بحث منشور في مجلة سياسات عربية ، المركز العربي للأبحاث ، الدوحة ، العدد ٥٢ ، المجلد ، ٩ ، ٢٠٢١ .

٥١- الدكتور اقصاصي عبد القادر ، نظرية الظروف الطارئة واثرها على تنفيذ الالتزام التعاقدي ، بحث منشور في المجلة الافريقية للدراسات القانونية والسياسية ، العدد ٢ ، مجلد ٢ ، الجزائر ، ٢٠١٨ .

٥٢- المستشار محمد ياسين والمستشار المساعد سلطان ناصر السويدي ، دور هيئة التشريع في مجال الصياغة التشريعية ، بحث منشور في المجلة القانونية البحرينية التابعة لهيئة التشريع والافتاء القانوني ، العدد الرابع ، ٢٠١٥ .

سابعا :- المقالات .

١- د. هانم احمد محمود ، ضمانات تحقق الامن القانوني ودور المحكمة الدستورية العليا في كفالته دراسة مقارنة ، مقالة منشورة في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، جامعة المنوفية ، القاهرة ، الجزء الأول ، مجلد ٥٢ ، عدد ٢ ، ٢٠٢٠ .

ثامنا :- القوانين .

١- القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ المعدل .
٢- الإعلان العالمي لحقوق الانسان لعام ١٩٤٨ .
٣- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل .
٤- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل .
٥- الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ .
٦- قانون المحاماة رقم ١٧٣ لسنة ١٩٦٥ المعدل .
٧- قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل .
٨- قانون براءة الاختراع والنماذج الصناعية رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٠ .
٩- قانون تمليك الأراضي الاميرية الى البلديات رقم ٨٠ لسنة ١٩٧٠ .
١٠- قانون حماية المؤلف رقم ٣ لسنة ١٩٧١ .
١١- قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ المعدل .
١٢- قانون النشر في الجريدة الرسمية رقم ٧٨ لسنة ١٩٧٧ .
١٣- قانون مجلس الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ .
١٤- قانون الاثبات ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل .
١٥- قانون المرافعات المدنية رقم ٦٩ لسنة ١٩٨٣ المعدل .

١٦- قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ المعدل .
١٧- دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ .
١٨- قانون هيأة دعاوى الملكية رقم ١٣ لسنة ٢٠١٠ .
١٩- قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٢ .
٢٠- دستور جمهورية مصر العربية لعام ٢٠١٤ .
٢١- قانون العمل العراقي رقم ٣٠ لسنة ٢٠١٥ .

تاسعا :- القرارات القضائية .

١- قرار الهيأة التمييزية المدنية في رئاسة محكمة استئناف بغداد / الرصافة الاتحادية المرقم ٣٣/ش/٢٠٢٢ في ٢٠٢٢/٢/١٣ ، القرار منشور على صفحة المدونة القانونية لطلبة المعهد القضائي العراقي ، متاح على الرابط التالي ، https://www.facebook.com/groups/624817364620289 .

٢- قرار الهيأة التمييزية لمحكمة استئناف كربلاء الاتحادية المرقم ٥١/ت/متفرقة/اسقاط عريضة دعوى/٢٠٢٣ في ٢٠٢٣/٣/٢٣ ، القرار منشور على صفحة المحامي فائز الحلي على الفيس بوك ، متاح على الرابط التالي ، https://www.facebook.com/faeezoffice?mibextid=ZbWKwL .

٣- قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ١٠٩٨/الهيأة المدنية/٢٠١٧ في ٢٠١٧/٢/٢٠ ، قرار غير منشور .

٤- قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٢٢٠/الهيأة الموسعة المدنية/٢٠١١ في ٢٠١٢/٦/٢٤ ، قرار غير منشور .

٥- قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٢٣/ مدني /٢٠١٥ ، قرار منشور على صفحة المحامي سيروان عزيز على منصة الفيس بوك ، متاح على الرابط التالي https://www.sirwanlawyer.com/index.php/٣٤٢/٠١٢١٢/١١/١٧٣٧m-١٢٥٥ .

٦- قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٣٣٥/الهيأة الموسعة المدنية/٢٠١٩ ، قرار غير منشور .

٧- قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٣٧٩/ الهيأة الموسعة المدنية /٢٠١٧ ، قرار غير منشور .

٨- قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٤٣/٤٢/الهيأة الموسعة المدنية /٢٠٢٣ ، قرار منشور على صفحة المحامي اكو احمد على منصة الفيس بوك ، متاح على الرابط التالي ، https://www.facebook.com/kirkuklawyer/photos/a.٢٨/١٦٤١٦٥٧١٨٩٤٠٩٥٩٤/٣٤٠٢٣٧٧٦٨٣٩٥٩٠/?type=٣ .

٩- قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٤٢٩٧/الهيأة المدنية عقار/٢٠١٢ ، قرار غير منشور .

١٠- قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٤٧٤٤/الهيأة الاستئنافية عقار/٢٠١٥ ، قرار غير منشور .

١١- قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٦٢٧٩/الهيأة الاستئنافية عقار/٢٠٢٢ في ٢٠٢٢/١٢/١٢ ، قرار غير منشور .

١٢- قرار محكمة النقض الفرنسية المرقم (٨٢) في ١٩٨٣ .

١٣- قرار محكمة النقض الفرنسية المرقم (٩٦) في ١٩٩٨ .

١٤- قرار محكمة النقض المصرية المرقم (١٢١) لسنة ٢٥ ق الصادر بتاريخ ١٩٥٩/١٢/١٠ .
١٥- قرار محكمة النقض المصرية المرقم (٢٢٠٦) لسنة ٨٢ القضائية لعام ٢٠٢١ ، القرار منشور على موقع منشورات قانونية متاح على الرابط التالي ، https://manshurat.org/taxonomy/term/١١٧١ .

١٦- قرار محكمة النقض المصرية المرقم (٢٦٢) الصادر بتاريخ ١٩٤٨/١/٢٩ .
١٧- قرار محكمة النقض المصرية المرقم ٨٧٧ في ١٩٨٢/١٢/١٤ .
١٨- قرار محكمة بغداد المحدودة المرقم (٩٥٥/١٤١٠) في ١٩٥٥/١٢/٢٥ .
١٩- قرار محكمة تمييز العراق المرقم (٨٢٥/مدنية ثانية/١٩٧٣) في ١٩٧٣/١٢/٢٩ .
٢٠- قرارها المرقم (٢٧٧/الهيأة الموسعة المدنية/٢٠١٧) في ٢٠١٧/٩/٢٥ ، المنشور على موقع محكمة التمييز الاتحادية ومتوفر على الرابط التالي ، https://www.sjc.iq/qview.2395/ .

عاشرا :- المقابلات

١- مقابلة مع القاضي احمد جدوع التميمي ، بتاريخ ٢٠٢٣/٦/٢٢ .

٢- مقابلة مع القاضي المتقاعد والمحامي عبد العزيز عبد المجيد النصراوي ، بتاريخ ٢٠٢٣/٧/٥ .
٣- مقابلة مع القاضي حسين ابراهيم الناطور ، بتاريخ ٢٠٢٣/٧/٩ .

٤- مقابلة مع القاضي علي المحنا ، بتاريخ ٢٠٢٣/٧/٥ .
٥- مقابلة مع القاضي محمد خضير ، بتاريخ ٢٠٢٣/٥/١٦ .
٦- مقابلة مع المحامي طارق الخفاجي ، بتاريخ ٢٠٢٣/٦/٢٢ .

احد عشر :- مواقع الانترنيت .

١- https://amar.blogspot.com/٢٠١٦/٠٣/blog-post_٦٠٧.html .

٢- https://almerja.com/reading.php?idm=١٥٢١٨٦

٣- https://ar.wikipedia.org/wiki/%D٩%٨٨%٩D%٨١%٩D%٨٨%٩D%٣B%٨%D٣B%٨A%D٨%٩D%٨٤%٩D%٨٣ .

٤- الدكتور احمد براك ، مبدأ الامن القانوني ، مقال منشور على الانترنيت متاح على الرابط التالي ، http://www.ahmadbarak.ps/Category/StudyDetails/ ١٠٤٢ .
٥- الدكتور احمد محمد الرفاعي ، المدخل للعلوم القانونية ، نظرية القانون ، برنامج الدراسات القانونية ، منشور على الموقع الالكتروني التالي ، https://elibrary.mediu.edu.my/books/MEDIU١١٩٨.pdf .

٦- الدكتور جليل حسن بشات الساعدي ، ندوة علمية توعوية في كلية القانون – جامعة بغداد تحت عنوان (مستحدثات القانون المدني الفرنسي في ضوء التعديل النافذ في ٢٠١٦/١٠/١) ، متاح على الرابط التالي ، https://colaw.uobaghdad.edu.iq/?p=١٥١١

٧- الدكتور محمد ماضي ، اختصاص مجلس شورى الدولة في صياغة مشروعات الأنظمة والتعليمات والأنظمة الداخلية ، بحث متاح على الرابط التالي https://www.moj.gov.iq/uploaded .

٨- دلال القحطاني ، الدولة القانونية التعريف الفقهي والتطور التاريخي ، بحث منشور على الموقع الالكتروني التالي ، https://eipss-eg.org/ ، المعهد المصري للدراسات ، ٢٠١٩ .

٩- فارس محمد عبد الكريم ، الإدارات العامة والتفسير الرجعي للقانون ، مقال منشور على الانترنيت متاح على الرابط التالي ، http://al-nnas.com/ARTICLE/is/٢lo٢htm. .

١٠- القاضي عامر حسن شنته ، انكار العدالة ، مقال منشور على موقع مجلس القضاء الأعلى على الرابط التالي https://www.sjc.iq/view.٥٦٢٠ / .

١١- مفهوم الامن القانوني ومبادئه ، مقال متاح على الموقع الالكتروني التالي ، https://universitylifestyle.net .

١٢- هند إبراهيم ، كيفية وأنواع تفسير القانون ، مقال منشور على موقع محاماة نت على الفيس بوك ، متاح على الرابط التالي ، https://www.facebook.com/mohamahnet .

١٣- هيثم الفقي ، الصياغة القانونية ، بحث منشور على الموقع التالي ، https://www.droitarabic.com/٠٦/٢٠١٨/pdf ١٣/html. .

اثنا عشر :- المصادر الأجنبية .

١- Ammar AL-Bsherawy And Ali abdul-Jabbar Rahim , The Negative Aggravation of the Legal Provisions In the Iraqi Civil Code , Akkad Journal of Law and Public Policy .

٢- Barraine, Raymond, Droit civil .
٣- F . ZENATI . “ Le juge et l'équité", Ann. Fac. Lyon .
٤- Georges Ripert,Les forces creatrices dudroit .
٥- Jean chevalier, Droit civil, Sirey, Paris, 1961.

٦- H.L.A.Hart, The concept of law, Oxford University Press .

٧- Walin, Le Pouvoir normative de la Jurisprudence .

In all of this, we relied on the comparative analytical approach, as we analyzed the legal texts in the civil law, and the comparison was made with the situation in the Egyptian civil law, and also with the situation in the French civil law, and we also included the opinions of jurisprudence and judicial rulings on most issues ..... We reached a set of conclusions and recommendations... May God grant us success.

Abstract

The law is the highest creation of human thought, and at the same time it is the most dangerous innovation that the human mind has come up with. Through it, it is possible to determine and direct the behavior of individuals, restrict their freedoms, and determine what is permissible for them to do and what is forbidden for them to do as well. Therefore, precision and caution must be exercised in enacting and drafting it. The texts of these laws are in direct contact with the lives and property of citizens, as the law is considered a double-edged sword, as through it human dignity may be preserved and respected, or this human dignity may be wasted and violated under the law, meaning that the law may be just or it may be an unjust law.

Law has become a mirror that reflects the level of progress of nations and peoples and the extent of their ability to enact good laws through which the progress of these nations and the level of their well-being are achieved, as they are laws that stem from the actual need of these nations and achieve the aspirations and prosperity of their people, as countries are keen to enact solid laws that express their aspirations and interests. Individuals and the public interest, and laws are only good if they are durable, as laws should be good and characterized by relative permanence in a way that achieves the requirements of the principle of legal security, which all countries are keen to provide its requirements and activate its components.

The sustainability of the law has components and requirements that must be taken into account when formulating legislation that the state proposes to put in place to address a specific issue or a group of issues. These components that must be taken into account when enacting legislation are the essence of the law and its subject matter, firstly, and secondly, taking care of the legal drafting side to show the idea and essence of the law in the proper and practical way that leads to The purpose of enacting legislation, as the essence and subject matter of the law must be well taken care of before it becomes a law, meaning that there is an actual and serious need for this law and that it is not to address an immediate issue and be an unjustified reaction, as well as taking into account the scientific and technical principles adopted in the legislative drafting to achieve the law’s permanence and effectiveness. In the service of the individual and society.

University of Karbala

College of Law

Special Law section

Permanence of the text in civil law

(Comparative stady)

Prepare the student :

Ali Mahmood Hameed

A thesis submitted to the collage of law / University of Karbala in partial fulfilment of the requirements for mastr's degree in private law

Supervised by :

Prof.dr.Ali Shaker Abdul Kader AL-badri

١٤٤٦ هـ

٢٠٢٤ م