



جامعة كربلاء
كلية القانون
الفرع الخاص

تفاهم النصوص في القانون المدني "دراسة مقارنة"

أطروحة مقدمة إلى مجلس كلية القانون - جامعة كربلاء
وهي جزء من متطلبات نيل شهادة الدكتوراه فلسفة في القانون
الخاص

تقدمت بها الطالبة
إسراء جمعة عبد الحسن الكعب

بإشراف
الاستاذ الدكتور أشواق عبد الرسول عبد
الأمير

1445 هـ /

2024 م /

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

﴿ مَا نَنْسَخْ مِنْ آيَةٍ أَوْ نُنسِهَا نَأْتِ بِخَيْرٍ مِّنْهَا
أَوْ مِثْلَهَا أَلَمْ تَعْلَمْ أَنَّ اللّٰهَ عَلَىٰ كُلِّ

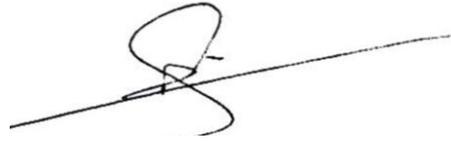
شَيْءٍ قَدِيرٌ ﴿

صدق الله العلي العظيم

الآية (106) من سورة البقرة

إقرار المشرف

أشهد إن أطروحة الدكتوراه الموسومة بـ (تفاهم النصوص في القانون المدني دراسة مقارنة) المقدمة من قبل الطالبة (إسراء جمعة عبد الحسن الكعب) إلى مجلس كلية القانون – جامعة كربلاء بوصفها جزء من متطلبات نيل درجة الدكتوراه فلسفة في القانون الخاص ، وقد جرت تحت إشرافي ورشحت للمناقشة... مع التقدير ...



التوقيع :

الأسم : أ.د. اشواق عبد الرسول عبد الامير

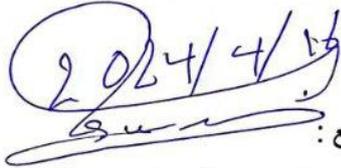
الاختصاص : القانون المدني

كلية القانون / جامعة كربلاء

إقرار المقوم اللغوي

أشهد إنني قرأت أطروحة الدكتوراه الموسومة بـ (تفاهم النصوص في القانون المدني (دراسة مقارنة)) المقدمة من قبل الطالبة (اسراء جمعة عبد الحسن الكعب) إلى مجلس كلية القانون – جامعة كربلاء، وقد وجدتها صالحة من الناحيتين اللغوية والتعبيرية، بعد أن أخذت الطالبة بالملاحظات المسجلة على متن الأطروحة .

مع التقدير ...


التوقيع :

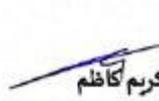
الاسم : أ.م.د. سهيلة خطاف عبد الكريم

الاختصاص العام : اللغة العربية

الاختصاص الدقيق : النحو

إقرار لجنة مناقشة

نشهد نحن أعضاء لجنة المناقشة إننا اطلعنا على هذه الاطروحة الموسومة بـ (تفاقم النصوص في القانون المدني "دراسة مقارنة")، وناقشنا الطالبة (اسراء جمعه عبدالحسن) على محتواها، وفيما له علاقة بها، ونعتقد إنها جديرة بالقبول لنيل درجة الدكتوراه في القانون / فرع القانون الخاص وبدرجة (جيد جداً على).

التوقيع: 
الاسم: أ.د. عمار كرم كاظم

(عضواً)

التاريخ: / / 2024

التوقيع: 
الاسم: أ.د. عادل شميران حميد

(رئيساً)

التاريخ: / / 2024

التوقيع: 
الاسم: أ.م.د. صفاء متعب فجه

(عضواً)

التاريخ: / / 2024

التوقيع: 
الاسم: أ.م.د. عدنان هاشم جواد

(عضواً)

التاريخ: / / 2024

التوقيع: 
الاسم: أ.د. اشواق عبدالرسول

(عضواً ومشرفاً)

التاريخ: / / 2024

التوقيع: 
الاسم: أ.م.د. عباس سمير حسين

(عضواً)

التاريخ: / / 2024

صادق مجلس كلية القانون / جامعة كربلاء على قرار لجنة المناقشة

التوقيع: 

أ.د. باسم خليل نايل السعيد

عميد كلية القانون / جامعة كربلاء

التاريخ: / / 2024

الإهداء

إلى ...

من أفاضني بدعائه وحبه وأمدني بكل ما أحتاج إليه أبي الحبيب

إلى ...

من أحاطتني بالحب والحنان والرعاية أُمي الحبيبة

إلى ...

من كانت العين لا تراه فالقلب لن ينساه أخي (مصطفى) رحمه الله

إلى ...

سندي ورفيق حياتي وحبيب روحي زوجي (علي) العزيز

إلى ...

من هن قلبي خارج جسدي وسر وجودي ابنتي

(جنى و سما)

إلى ...

صديقة الروح (لبنى)

إلى ...

من معي في كل خطوات حياتي

أخوتي وأخواتي

إلى ...

كل من ساندني

أهدي جهدي ... المتواضع

إسراء

﴿ الشكر وامتنان ﴾

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الخلق والمرسلين سيدنا محمد الصادق
الامين وعلى اله الطيبين الطاهرين وصحبه المنتجبين وبعد ...

يطيب لي في هذا المقام أن اتقدم بالشكر والعرفان وعظيم الامتنان إلى أستاذتي المشرفة
على هذه الأطروحة الدكتوراة (أشواق عبد الرسول) التي امدتني بتوجيهات سديدة ونصائح علمية
اثرت الدراسة ، فلها الفضل في إخراج هذه الأطروحة في أتم وجه ، فأسأل الله سبحانه وتعالى أن
يوفقها في حياتها ويمدها بالصحة والعافية .

كما لا أنسى أن أوجه شكري وامتناني إلى الأستاذ الدكتور (علي شاكِر البدري) لما قدمه من
اسداء وعلم ونصائح طيلة مرحلة الدكتوراه فشكراً لك من اعماق قلبي ، والشكر موصول أيضاً
إلى الأستاذ الدكتور (حيدر حسين الشمري) الذي اختار لي موضوع هذه الأطروحة عندما كنت
بحاجة لموضوع يكون جدير بالبحث فأسأل الله سبحانه وتعالى أن يوفقه ويمده بالصحة والعافية ،
كما اتقدم بالشكر والتقدير إلى الدكتور (ثامر عبد الجبار السعيد) لمساندته لي فجزاه الله خيراً .

كما أتقدم بالشكر الجزيل والامتنان الخالص إلى عميد الكلية المحترم والسادة معاونين
المحترمين ، ورئيس فرع القانون الخاص الدكتوراة (اشراق صباح) المحترمة.
وأتوجه بخالص الامتنان ووافر الاحترام لأساتذتي في السنة التحضيرية لدراسة الدكتوراه
الذين افاضوا علينا من وافر علمهم ، فلکم خالص الشكر والدعاء بالموفقية .

كذلك أوجه الشكر والامتنان إلى جميع الأساتذة الأفاضل رئيس واعضاء لجنة المناقشة على
قبولهم مناقشة هذه الأطروحة ، فجزاكم الله خيراً

كما أوجه شكري وامتناني إلى كل من ساندني وخاصة ابن أختي العزيز (كرار)، والشكر
موصول أيضاً إلى الأستاذ (علاء) والأستاذ (منتظر) والست (ايناس) وإلى جميع موظفي ديوان
محافظة البصرة على دعمهم الدائم لي ، أسأل الله عز وجل أن يحفظهم ويمدهم بالصحة والعافية .
أخيراً أتقدم بالشكر والامتنان إلى مكتبة كلية القانون /جامعة كربلاء وإلى موظفي الدراسات
العليا وخاصة الست (مروة) ، وإلى صديقاتي وزملائي ، وكل من مد يد العون لي وساندني ولو
بكلمة طيبة .

الباحثة

قائمة المحتويات

رقم الصفحة	الموضوع
5-1	المقدمة
62-6	الفصل الأول : مفهوم تقادم النصوص في القانون المدني
28-8	المبحث الأول: ماهية تقادم النصوص في القانون المدني
18-8	المطلب الأول: تعريف تقادم النصوص
10-9	الفرع الأول: تعريف تقادم النصوص لغة
18-10	الفرع الثاني: تعريف تقادم النصوص اصطلاحاً
28-18	المطلب الثاني: تمييز تقادم النصوص عما يشته به
23-19	الفرع الأول: تمييز تقادم النصوص عن القصور التشريعي
28-24	الفرع الثاني: تمييز تقادم النصوص من التزايد الطبيعي للنصوص
62-29	المبحث الثاني : اسباب تقادم النصوص في القانون المدني
55-30	المطلب الأول: الصياغة الغير سليمة لنصوص القانون
32-30	الفرع الأول: تعريف الصياغة التشريعية
55-33	الفرع الثاني: عيوب الصياغة التشريعية
62-55	المطلب الثاني: تنوع مصادر القانون
59-57	الفرع الأول: عدم الملائمة في النصوص المدنية
62-59	الفرع الثاني : المبالغة في النصوص المدنية
114-63	الفصل الثاني : أحكام تقادم النصوص في القانون المدني
90-65	المبحث الأول: أثر تقادم النصوص
74-66	المطلب الأول: أثر تقادم النصوص على استقرار الأمن القانوني
69-65	الفرع الأول: تعريف الأمن القانوني
74-69	الفرع الثاني: تطبيقات الأمن القانوني
90-75	المطلب الثاني: أثر تقادم النصوص في التزام الوضعي لحقوق الافراد
82-76	الفرع الأول: التزام الوضعي لحقوق الأفراد في ذات القانون
90-82	الفرع الثاني: التزام الوضعي لحقوق الأفراد في القوانين المتعددة

114-91	المبحث الثاني: تأثير السياسة المدنية للمشرع في تقاوم النصوص
99-92	المطلب الأول: ماهية السياسة المدنية
94-92	الفرع الأول: تعريف السياسة المدنية
99-94	الفرع الثاني: خصائص السياسة المدنية ووسائل فهمها
114-99	المطلب الثاني: تطبيقات السياسة المدنية في تقاوم النصوص
109-99	الفرع الأول: تطبيقات الفقه اللاتيني في قواعد القانون المدني
114-109	الفرع الثاني : تطبيقات الفقه الاسلامي في قواعد القانون المدني
165-115	الفصل الثالث: اليات معالجة تقاوم النصوص في القانون المدني
149-117	المبحث الأول: المعالجة القضائية لتقاوم النصوص
138-117	المطلب الأول: تفسير القاضي للنصوص القانونية
128-118	الفرع الأول: معنى التفسير
138-128	الفرع الثاني: قواعد التفسير
148-139	المطلب الثاني: تأويل القاضي للنصوص القانونية
144-139	الفرع الأول: معنى التأويل
149-144	الفرع الثاني: قواعد التأويل
165-149	المبحث الثاني: المعالجة التشريعية لتقاوم النصوص
155-150	المطلب الأول: المعالجة الشكلية
152-150	الفرع الاول: لغة الصياغة التشريعية
155-153	الفرع الثاني: قواعد الصياغة التشريعية
165-155	المطلب الثاني: المعالجة الموضوعية
161-156	الفرع الأول : الفقه الإسلامي
165-161	الفرع الثاني : القانون المقارن والقضاء
174-166	الخاتمة
195-175	قائمة المصادر
i-ii	Abstract

(الملخص)

تطرقت هذه الدراسة إلى موضوع مهم في مجال القانون المدني ألا وهو تفاقم النصوص في القانون المدني ، إذ لا يخفى إن القانون المدني العراقي يهدف إلى حماية المجتمع من خلال تنظيم العلاقات بين الافراد انفسهم من جهة وما بين الأفراد وبين الدولة عندما تظهر بمظهر الأفراد العاديين من جهة أخرى من خلال إلزام والجزاء ،تنظيماً محققاً للاستقرار في المراكز القانونية وموفقاً بين الالتزامات المتعارضة ، لكي لا تعم الفوضى ويختل الثبات الاجتماعي ، ومهما حاول المشرع أن يجتهد في صياغته للنصوص القانونية إلا أنه قد يعتري النصوص القانونية تفاقماً يقوم على زيادة غير مبررة لهذه النصوص، أما بسبب الصياغة التشريعية غير السليمة التي ينتج عنها تعارض أو تناقض ، أو غموض وعدم دقة ، أو تكرار في النصوص والخطأ ، أو بسبب تنوع في مصادر القانون نتيجة للدمج غير الملاءم بين هذه المصادر ،أو المبالغة في تنظيم موضوع معين بكم هائل من النصوص القانونية والتي لا تدعو الحاجة إليها ، مما يترتب عليه أثراً في عدم استقرار القاعدة القانونية وتزاحم في حقوق الأفراد .

إن من مظاهر ديمومة النص القانوني تحقيق النظام والاستقرار في المجتمع من خلال إخراج القواعد القانونية بشكل مرن يلبي الحاجات المتجددة على مرور الوقت وبصياغة تشريعية واضحة معبرة عن الواقع الاجتماعي ، فكلما كانت القواعد القانونية تتسم بالدقة والوضوح والإيجاز غير المخل وغير مؤدية الى تفسيرات متعارضة أو تأويلات لا تتوافق مع غاية المشرع كلما تحقق الاستقرار القانوني .

إن السياسة المدنية للمشرع العراقي جاءت متسمة بالشكلية أكثر مما هي متسمة بالموضوعية ، إذ إن المشرع احياناً يستمد الأحكام القانونية من الفقه الإسلامي ويستمد احياناً أخرى الأحكام القانونية من الفقه الغربي، مما أدى بالنتيجة إلى وجود العديد من النصوص والأحكام القانونية غير المنسجمة وغير المتوافقة مع بعضها البعض، إن تنوع مصادر القانون لا يعد أمراً سلبياً وإنما يعد أمراً ايجابياً ويشكل أحد المعالجات لتفاقم النصوص، لكنه في نفس الوقت قد يعد أحد أسباب تفاقم النصوص ، إذ ترتب عليه عدم الملاءمة والمبالغة وعدم الانسجام بين الأحكام القانونية .

المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على خير الخلق اجمعين محمد وآله الطيبين الطاهرين...

قسمنا هذه المقدمة على سبع فقرات هي : التعريف بموضوع الدراسة، أهمية الدراسة ، أسباب اختيار الدراسة ، إشكالية الدراسة ، أسئلة الدراسة ، منهجية الدراسة ونطاقها ، خطة الدراسة، و كالأتي:

أولاً - التعريف بموضوع الدراسة

يصنف شراح القانون العائلات القانونية الرئيسية إلى ثلاث: العائلة اللاتينية، وعائلة القانون العام أو الإنجلوأمريكية، والشريعة الإسلامية، وعلى الرغم مما يبدو ظاهرياً أن القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 ومعه غالبية التشريعات العربية تدرج تحت لواء العائلة اللاتينية، إلا أن البحث في ثناياه يكشف عدم دقة هذا القول ، حيث يعتبر القانون المدني العراقي وريث القانون المدني المصري والذي بدوره يعد وريث القانون المدني الفرنسي ، وإلى جانب ذلك اعتمد المشرع العراقي في الكثير من نصوصه على الفقه الاسلامي، فحاول أن يوفق بين الفقهاء الإسلامي والغربي، إلا أن هذا التوفيق خلق نوع من عدم الدقة في الصياغة التشريعية للنصوص وعدم الانسجام وعدم الملاءمة بين أحكامه المختلفة ، حتى في العناوين الرئيسية في القانون المدني فمثلاً نجده استخدم تعبير(الحقوق الشخصية) وتعبير (الالتزامات) حيث ساوى بينهما على الرغم إنهما وجهان مختلفان لرابطة المديونية ، و أدى عدم التوافق إلى تفاقم حجم النصوص المدنية وعدم الترابط فيما بينها ، إذ أصبح من السهل جداً أن تتعارض النصوص المدنية مع بعضها البعض أو تتداخل مما يجعل التصرف الواحد خاضعاً لأكثر من نص قانوني ، الأمر الذي يؤدي إلى تعدد النتائج بشكل غير مقبول .

فعلى سبيل المثال يثار تساؤل عن أهمية وجود المادة (506) في القانون المدني العراقي عندما عرفت عقد البيع بأنه (مبادلة مال بمال) إذ علمنا أن مقصود المشرع من البيع حسب المادة (507) ومجمل النصوص المنظمة للبيع هو نقل ملكية مقابل ثمن نقدي ، وعليه أصبحت المادة (506) لا

تطبيق لها في الواقع وإنما أخذت رقماً نصاً في القانون ليس إلا ، ومن الأمثلة الأخرى ما نص عليه المشرع العراقي في المادة (6) (... من استعمال حقه استعمالاً جائزاً لم يضمن ما ينشأ عن ذلك من الضرر) فلا داعي لهذا النص ذلك لأن المشرع قرر بموجب المادة (7) مبدأ عام يقضي بأنه (من استعمل حقه استعمالاً غير جائز وجب عليه الضمان) فالنص السابق عديم الجدوى وذلك، لأنه من البديهيات أم لأنه مفهوم المخالفة لنص آخر عام ،وبذلك باتت هذه المواد وأمثالها سواء في النظرية العامة للعقد او في العقود المسماة او في الحقوق العينية نصوص غير مفيدة تربك العمل في النصوص المفيدة .

ثانياً – أهمية الدراسة

تبدو أهمية دراسة الموضوع من جانبين ، الجانب النظري إن أهمية دراسة تفاقم النصوص في القانون المدني تنبع من اعتباره الأداة الرئيسية التي تساهم في الوصول إلى الغرض من التشريع والغاية التي يسعى المشرع إلى تحقيقها ألا وهي تنقيح أو إصدار تشريع بمنتهى الوضوح والدقة وغير متعارض او متناقض في نصوصه ولهذه الغاية أثرها على الإصلاح القانوني واستقرار المعاملات .

أما الجانب العملي ، تبرز الأهمية للدراسة من خلال وضع قواعد قانونية واضحة وغير مبهمة بعيدة عن التعارض والتناقض والغموض والتكرار ، وهذا سوف يؤدي إلى تسوية المنازعات التي تحدث نتيجة تفاقم النصوص المدنية وبالتالي تساعد مهمة القضاء في تطبيق النصوص القانونية بعيداً عن الإرباك وعدم التركيز.

ثالثاً- اسباب اختيار الدراسة

1- القانون الجيد هو الذي يتضمن نصوص قانونية ضرورية ونافعة من دون الاستطالة والإطناب وهذا لا يعني ان يكون عاجزاً عن الإحاطة بمختلف المسائل القانونية وقادراً على احتواء الحلول لمشاكل متنوعة ، بل الهدف تنظيم نصوص القانون وتنقيحه من الأحكام الزائدة ليكون قانون منسجماً مع حاجات المجتمع الضرورية ، لأن الغاية منه حفظ المجتمع وتثبيت دعائمه وصولاً إلى حياة يسودها النظام والعدل والاستقرار .

2- ما تتميز به فكرة بحثنا عن البحوث الأخرى ،من حيث لم يتم التطرق إلى تفاقم النصوص كدراسة بحثية معمقة ،على الرغم من وجود دراسات عن الفراغ التشريعي و القصور التشريعي و النقص في القانون .

رابعاً - إشكالية الدراسة

إن القانون المدني العراقي قانون انتابه التناقض والتضخم في بعض نصوصه ،مما جعله قانوناً متشككاً ومتشعباً من نواح مختلفة ويعاني من العيب في الصياغة القانونية ، حيث يتضمن نصوصاً متكررة أو نصوصاً تتعارض مع نصوص أخرى مع وجود مجموعة من الاستثناءات التشريعية على القاعدة القانونية بحث تطغى على الأصل العام لهذه القاعدة ، حيث لها اثارها السلبية في عدم استقرار الحقوق والحريات وبالنتيجة عدم استتباب الأمن والطمأنينة بالمجتمع ، إذ إن غاية القانون تتمثل باستقرار المراكز القانونية بحيث يمكن للأفراد بناء توقعاتهم المشروعة على القواعد القانونية مقدماً وعدم تحوله إلى مصدر للارتباك وعدم الثقة ، فضلاً على أنه سيؤدي إلى عدم استقرار الاجتهاد القضائي فيعالج القاضي عند تطبيقه النصوص القانونية قضية واحدة بطرق متعددة .

خامساً - اسئلة الدراسة

يترتب على موضوع دراستنا الموسومة بتفاهم النصوص في القانون المدني العراقي سؤال مركزي للموضوع متمثل في ما المقصود بتفاهم النصوص في القانون المدني العراقي وتفرع عن هذا السؤال المركزي مجموعة من الأسئلة الفرعية الأخرى يمكن تلخيصها بالآتي :

- 1- هل الصياغة غير السليمة لنصوص القانون وحدها السبب في تفاهم النصوص أم هناك أسباب أخرى؟
- 2- هل لتفاهم النصوص تأثير على استقرار الأمن القانوني؟
- 3- كيف يؤثر تفاهم النصوص على حقوق الأفراد؟
- 4- ما مدى تأثر السياسة المدنية في تفاهم النصوص المدنية ؟
- 5- هل هنالك حلول يمكن من خلالها معالجة التفاهم في النصوص المدنية ؟

سادساً - منهجية الدراسة ونطاقها

موضوع دراستنا يتعلق بتفاهم النصوص في القانون المدني العراقي من خلال الاعتماد على الأسلوب التحليلي الأصولي الانتقادي لنصوصه مع مقارنته بالقانون المصري ، وذلك محاولة تشخيص المواضع التي تتفاهم فيها النصوص المدنية ، والأسباب التي أدت إلى حدوث التفاهم مع محاولة الوصول إلى الحلول التي يمكن من خلالها معالجة تفاهم النصوص في القانون المدني .

سابعاً : خطة الدراسة

إن الدراسة تتطلب تقسيم الأطروحة إلى ثلاثة فصول مع قسمة كل فصل إلى مبحثين وكل مبحث إلى مطلبين وكل مطلب إلى فرعين .

أما الفصل الأول :فسيخصص لمبحث مفهوم تفاقم النصوص في القانون المدني وينقسم إلى مبحثين : أما المبحث الأول : فهو مخصص لمبحث ماهية تفاقم النصوص في القانون المدني وسيقسم إلى مطلبين : أما الأول فهو مخصص لمبحث تعريف تفاقم النصوص ، وأما الثاني فهو مخصص لمبحث تمييز تفاقم النصوص عما يشته به .

وأما المبحث الثاني : فهو مخصص لمبحث أسباب تفاقم النصوص في القانون المدني ويقسم إلى مطلبين : أما الأول فهو لمبحث الصياغة غير السليمة لنصوص القانون ، وأما الثاني فهو مخصص لمبحث تنوع مصادر القانون.

وأما الفصل الثاني : فسنبحث من خلاله أحكام تفاقم النصوص في القانون المدني وينقسم إلى مبحثين أما المبحث الأول فمخصص لمبحث أثر تفاقم النصوص وينقسم على مطلبين : حيث يتم البحث في المطلب الأول عن : أثر تفاقم النصوص على استقرار الأمن القانوني وفي المطلب الثاني عن : أثر تفاقم النصوص في التزاحم الوضعي لحقوق الأفراد.

وأما المبحث الثاني : فيتطرق إلى تأثير السياسة المدنية للمشرع في تفاقم النصوص وينقسم إلى مطلبين : يتطرق المطلب الأول إلى ماهية السياسة المدنية ويخصص المطلب الثاني لمبحث تطبيقات السياسة المدنية في تفاقم النصوص .

وأما الفصل الثالث : فهو مخصص لمبحث اليات معالجة تفاقم النصوص في القانون المدني وينقسم إلى مبحثين : أما المبحث الأول فمخصص لمبحث المعالجة القضائية لتفاقم النصوص وينقسم على مطلبين أما المطلب الأول : فيقع البحث فيه في تفسير القاضي للنصوص القانونية وأما المطلب الثاني : فيخصص لمبحث تأويل القاضي للنصوص القانونية .

أما المبحث الثاني : يبحث من خلاله المعالجة التشريعية لتفاقم النصوص وينقسم إلى مطلبين : يتطرق المطلب الأول الى المعالجة الشكلية ، وأما المطلب الثاني : فيخصص لمبحث المعالجة الموضوعية .

الفصل الأول
مفهوم تفاقم النصوص
في القانون المدني

الفصل الأول

مفهوم تفاقم النصوص في القانون المدني

تمهيد وتقسيم :-

إن الفكرة الرئيسية في صياغة التشريع، ان يكون النص القانوني معبر عما يقصده المشرع بدقة ووضوح وإحاطة وإيجاز، حتى يحقق المشرع السياسة التشريعية والأهداف التي يبتغيها في قواعد قانونية متناسقة ومنسجمة مع بعضها البعض ، متبعاً بذلك منهجاً واضحاً في التعبير عن الصياغة مما يجعل الهدف من التشريع سهل التحقيق ويقع في إطار الغرض المقصود من التشريع ويسهل تطبيقها على أرض الواقع العملي، ويصل المشرع إلى الأهداف التي يقصدها، فالغموض والإرباك في التعبير يؤديان إلى تشويه النص القانوني ، ومن ثم إلى عدم الوصول إلى الغرض من التشريع وعدم تحقيق العدل ، في حين ان الوضوح والبساطة تبتدئ بالتعبير المستقيم الواضح للنص القانوني وتنتهي كذلك بالتطبيق المستقيم الواضح، وتميل التشريعات الحديثة إلى بساطة العبارة ووضوح القصد ، وفي جميع الأحوال لا يمكن تبسيط النصوص القانونية وتوضيحها إلا بقدر ما تسمح بذلك طبيعة الأفكار التي يراد التعبير عنها، والابتعاد قدر الإمكان عن وجود التعقيد والصعوبة في النص القانوني .

لذا يتصف المشرع باختياره الحاذق لمعاني الكلمات ومطابقتها للفكرة المراد التعبير عنها، ولديه القدرة والإبداع في فن صياغة النص القانوني ، وهي السمة البارزة التي تميز لغة القانون، فالإيجاز والاقتضاب وحصر التعبير في كلمات واضحة وعبارات محددة ، تعد الصفة الأولى التي يجب ان يتميز بها التشريع لكي لا نكون أمام تفاقم للنصوص ،حتى يتمكن القضاء من تطبيق النصوص القانونية على افضل وجه في دعاوى التي ترفع إليه ، ولايؤدي إلى اختلافاً في أحكام القضاء لعدم التناغم والانسجام بين النصوص القانونية ، لذلك قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين ، سنكرس المبحث الأول ماهية تفاقم النصوص في القانون المدني ، ونخصص المبحث الثاني إلى اسباب تفاقم النصوص في القانون المدني .

المبحث الأول

ماهية تفاقم النصوص في القانون المدني

إن القانون المدني العراقي وليد التطور التاريخي لعدة قوانين ، فقد تأثر القانون المدني العراقي بالقانون المدني المصري والأخير تأثر بالقانون المدني الفرنسي ، إلى جانب أخذ القانون المدني العراقي الكثير من النصوص من مجلة الأحكام العدلية مما جعل في بعض الأحيان عدم التناسق والملاءمة بين النصوص القانونية لتعدد المدارس التي ينهل منها المشرع العراقي وعدم إمكانية تطبيق عدد من نصوص القانون المدني العراقي في الجانب العملي، فموضوع تفاقم النصوص يكاد أن يكون مادة بحثية خامة ، وما وجدناه في الفقه والتشريع والقضاء لا يساعدنا على التعمق والنظر به ، ولكننا مع ذلك سنسعى جاهدين إلى الإحاطة بموضوع تفاقم النصوص .

لذا سنكسر هذا المبحث إلى مطلبين سنبيين في المطلب الأول تعريف تفاقم النصوص ، وسنبيين في المطلب الثاني تمييز تفاقم النصوص مما يشته به .

المطلب الأول

تعريف تفاقم النصوص

حتى نستطع ان نجد تعريفاً واضحاً لتفاقم النصوص في القانون المدني ، فانه يتطلب البحث عن معناه من خلال الرجوع إلى معاجم اللغة العربية لتوضيح المقصود منه من الناحية الاصطلاحية - لوجود العلاقة الوطيدة بين المعنيين - من أجل الحصول على فهم واضح للموضوع وتمييز معناه عن الأوضاع الأخرى التي قد يتم الخلط بينها ، سنناقش في هذا المطلب تعريف تفاقم النصوص من خلال فرعين نخصص الفرع الأول إلى تعريف تفاقم النصوص من وجهة نظر لغوية ، فيما سنبيين في الفرع الثاني تعريفه من حيث الاصطلاح .

الفرع الأول

تعريف تفاقم النصوص لغة

يتكون مصطلح (تفاقم النصوص) في القانون المدني من جملة مركبة هما (تفاقم) و(النصوص) ولوضع تعريف تفاقم النصوص في القانون المدني لغة وتحديد معناه يقتضى الرجوع إلى مراجع اللغة العربية لبيان المعنى اللغوي في التفاقم و النصوص وكما يأتي .

أولاً- معنى التفاقم لغةً

تفاقم تفاقماً فقم الامر عظم شره واشتد (تفاقمت المصيبة) (1)، تفاقم الأمر عظم (2) تفاقم (3) (فعل) فاقم يتفاقم ، تفاقماً ، فهو متفاقم ، تفاقم المرض : تزايد شدة ، تضخم ، تفاقمت الفيضانات : اشتد هولها تفاقمت المصائب بحلول كوارث جديدة تفاقم الأمر : استفحل شره ، تفاقم : (اسم) مصدر تفاقم حاول الطبيب ان يحد من تفاقم المرض : من تزايد وتضخمه ، من استفحاله ، تفاقم الكوارث : اشتدادها ، تعاضمها .

لذا يتحصل لدينا مما يأتي ان التفاقم هو الزيادة السلبية والتضخم بشكل غير مبرر .

ثانياً- معنى النصوص لغةً

النصوص جمع نص ، مصدر نص ينص، كلام منصوص مكتوب ، من الكلام : متنه، من كل شيء : منتهاه (4) ، وهو رفع الشيء:من نص الحديث نصاً: رفعه وأسنده إلى المحدث عنه وكل ما ظهر ، فقد نص ، ويقال نص المتاع : جعل بعضه فوق بعض ، ويقال نصت النساء العروس نصاً : رفعتها على المنصة ،ونص الدابة ، استحثها شديداً ، ويقال نص فلاناً: استقصى مسأله عن شيء حتى استخراج كل ما عنده، والنص التعيين على شيء ما والمنصوص عليه : المبين المعين ،

(1) جبران مسعود ، معجم الرائد ، ط7، دار العلم للملايين ، بيروت ، 1992 ، ص226 .

(2) الرازي ، محمد بن ابي بكر بن عبد القادر ، مختار الصحاح ، ط7، دار الفكر ، بيروت ، 1981 ، ص509 .

(3) معجم المعاني الجامع ، معجم عربي على الموقع الالكتروني (www.almaany.com) ، تاريخ الزيارة

. 2022/6/5

(4) جبران مسعود ، مصدر سابق ، ص807 .

والنص صيغة الكلام الأصلية التي وردت من المؤلف ، وما لا يحتمل إلا معنى واحداً أو لا يحتمل التأويل ومنه قولهم لا اجتهاد في مورد النص⁽¹⁾.

والمتصفح لمعاجم اللغة يجد تبايناً في التعريفات ، فقد عرف النص على انه ((كل خطاب تم تثبيته بواسطة الكلام))⁽²⁾ ، وهذا يعني أن القول الشفاه عند أصحاب هذا التعريف لا يوصف بالنص ما لم يصب في صيغة مكتوبة ، كما عرف في ضوء وظيفته على انه ((القول المكتفي بذاته والمكتمل في دلالته))⁽³⁾، كما عرف على أنه ((كل فكرة مكتوبة أو منطوقة مهما كان طولها ، شريطة ان تكون وحدة متكاملة))⁽⁴⁾، وهذا يعني قبوله إضفاء وصف النص على القول إلى جانب الكتابة.

يتبين لنا مما تقدم أن كلمة (نص) من ناحية المعنى اللغوي يدور على عدة معاني يظهر لنا من خلالها أن وصف النص ينطبق على القول والكتابة للوصول إلى منتهى الأشياء والوضوح والبيان.

الفرع الثاني

تعريف تفاهم النصوص اصطلاحاً

يعد النص القانوني من ابرز وأهم مصادر القانون المدني في النظم القانونية التي تأخذ بمبدأ (التشريع المكتوب) ومنها القانون العراقي و القانون المصري والقانون الفرنسي⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ ينظر كل من ، ابو الفضل جمال الدين بن مكرم بن منظور ، لسان العرب ، دار صادر ، بيروت ، 1984 ، ص 635-636. محب الدين ابي الفيض السيد محمد مرتضى الحسيني الواسطي الزبيدي الحنفي ، تاج العروس من جواهر القاموس ، ط1 ، بيروت ، المجلد الرابع ، 1994 ، ص 440 .

⁽²⁾ الازهر الزناد ، نسيج النص ، المركز الثقافي العربي ، ط1 ، الدار البيضاء ، 1993 ، ص 12.

⁽³⁾ صلاح الفضل ، بلاغة الخطاب وعلم النص ، عالم المعرفة ، الكويت ، 1992 ، ص 232 .

⁽⁴⁾ احمد عفيفي ، اتجاه جديد في دراسة النحو العربي ، مكتبة زاهر الشرق ، مصر ، 2001 ، ص 21.

⁽⁵⁾ اما الانظمة القانونية الاخرى التي لم تعتمد التشريع المكتوب فنجد انها لا تتجاهله تماماً بل تعتبره مصدراً إلى جانب المصادر الاخرى للقانون ، إذ ان في النظام الانكليزي الذي يعد من ابرز الانظمة القانونية التي تعتمد بالسوابق القضائية باعتبارها مصدراً من مصادر القانون فان القوانين الحديثة نجدها اخذت صورة الوثيقة المكتوبة الصادرة من البرلمان في صورة تشريع منذ بداية القرن التاسع عشر ولحد الان، لمزيد من التفصيل =

ان الفقه القانوني يتعامل دائماً مع نصوص القانون الا أنه قلما نجد تعريفاً للنص في دراستهم ومؤلفاتهم ومن بين تلك التعريفات ، من عرف النص بأنه ((القلب اللغوي الذي تقدم به القاعدة القانونية ، فالقاعدة القانونية هي الفكرة المنظمة لوضع معين والنص هو اللغة التي تعبر من خلالها الفكرة إلى عالم الوجود فاللغة هي أداة التعبير عن الفكرة القانونية كما تكونت لدى المشرع))⁽¹⁾.

وعرفه آخر بأنه ((القلب المادي الذي يتجسد فيه المعنى))⁽²⁾، وهذا التعريف معناه قريب لمعنى القاعدة القانونية ويستعيضون عنه بتعريف القاعدة القانونية وبيان خصائصها ونطاق أعمالها وأوجه التمييز بينها وبين القواعد الاجتماعية الأخرى كقواعد الأخلاق والتقاليد⁽³⁾، ولعل السبب يعود إلى ان القواعد القانونية تصاغ على هيئة نصوص ، ومن ثم فان الحديث عن فحوى النص

=ينظر د. مجيد حميد العنكبي، المدخل إلى دراسة النظام القانوني الانكليزي ، من دون مكان نشر وسنة طبع ، ص 30. نقلاً عن زينة عبد الحكيم عبد الرضا ، الاجتهاد القضائي ودوره في تطوير قواعد القانون المدني ((دراسة مقارنة))، اطروحة دكتوراه ، جامعة بغداد، 2020 ، ص 35 .

(1) د. مصطفى الموجي ، القاعدة القانونية في القانون المدني ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2010 ، ص 45.

(2) د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، المنطق القانوني في تصورات ، ط2، المكتبة القانونية ، بغداد، 2007، ص 59 .

(3) ان القانون مجموعة قواعد ، فان القاعدة هي مفردة ، هي الوحدة التي يتكون القانون من مجموعها ، وإذا كانت القاعدة ايأ كانت طبيعتها ، تعني لغة التنظيم ، وتشير إلى النظام الذي تسير عليه الامور على نسق متمثل مطرد يحتم ترتب حدث معين كلما توافرت ظروف خاصة سواء كان ذلك في حقل العلوم الطبيعية او في دائرة العلوم الاجتماعية ، فتعرف القاعدة القانونية بانها خطاب موجه إلى الاشخاص بصرف النظر عن مصدره ، يشعر بترتيب نتيجة معينة على حدوث واقعة معينة ابتغاء ضبط النظام في المجتمع وتحقيق الانسجام بين روابطه ، ألا ان هنالك تعريف اخر اكثر دقة تم استخلاصه من فكرة القانون القائمة على اساسين أولهما : التلازم بين القانون وبين المجتمع مما يحتم ان تكون قواعده قواعد سلوك اجتماعية عامة مجردة منظمة كأية قاعدة تحدد سلوك الشخص وتنظم علاقته بغيره من الاشخاص في المجتمع وتتميز بعموميتهما وتجريدها . وثانيهما : التلازم بين القانون والجزاء ، على نحو محتم لا يدرك غايته في الحياة الاجتماعية ، الخضوع لأحكامه وحمل الناس على اتباعه عن طريق القوة المادية التي تملكها السلطة العامة في المجتمع وتهدد بها من يخالف قواعده . وعليه فتعرف القاعدة القانونية في ضوء فكرة القانون : بانها قاعدة سلوك اجتماعية عامة مجردة ملزمة تنظم الروابط بين الاشخاص في المجتمع . لمزيد من التفصيل ينظر : عبد الباقي البكري، وآخرون ، المدخل لدراسة القانون ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ص 31-75 .

التشريعي هو حديث عن القاعدة القانونية، كما يطلق القانونيين لفظة النص على المادة، فالقانون عندهم يتألف من عدد من النصوص أي المواد، وكل مادة تحمل حكماً واحداً في الأقل، ومعنى هذا أن النص (المادة) هو أصغر وحدة لغوية مستقلة ترد في قانون وتتضمن قاعدة قانونية، أي فرضاً وحكماً ملزماً⁽¹⁾.

ويقول أحد الفقهاء⁽²⁾ ((ويشتمل هذا الباب - يقصد به الباب التمهيدي في القانون المدني - على ثمانية وثمانون نصاً)) ويقصد به المادة القانونية والمادة عبارة عن النص القانوني.

يتبين لنا مما تقدم ومن امثلة ورود النص، نص المشرع العراقي على ان المادة (1) منه على ان ((1. تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها⁽³⁾. 2. فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة...))⁽⁴⁾، اما القانون المدني المصري فقد نص على انه ((1-تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في

⁽¹⁾ سعيد احمد بيومي، لغة القانون في ضوء علم لغة النص، ط1، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2010، ص 26.

⁽²⁾ د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، ط3، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص 39.

⁽³⁾ ان دلالات النصوص من حيث الأحكام لا تكون على نمط واحد فمنها ما يؤخذ من الفاظ النصوص وعباراتها وهو ما يسمى بالمنطوق، ومنها ما يتم استنباطه من روح النصوص ومغزاها وعللها وهذا يسمى بالمفهوم، ولما كان المنطوق الصريح هو ما يؤخذ من لفظ النصوص، ومفهوم الموافقة هو ما يؤخذ من فحواها، فقد انتقد جانب من الفقه هذه الفقرة لكونها قيدت القاضي باستثناء الأحكام من النصوص بإحدى هاتين الطريقتين، واقترحوا ان يتم تعديلها لتكون هكذا (تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص بمنطوقها أو مفهومها)، على اعتبار ان المنطوق يشمل الصريح وغير الصريح، والمفهوم يشمل الموافقة والمخالفة. د. مصطفى ابراهيم الزلمي، اصول الفقه الاسلامي في نسيجه الجديد، ج2، ط1، بغداد، 1991، ص 207، ود. عباس زبون العبودي، الدور الاجتهادي لأحكام محكمة التمييز الاتحادية في صياغة القاعدة القانونية للقانون المدني، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، مجلد 30، العدد 2، 2015، ص 6.

⁽⁴⁾ المادة (1) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل.

فحواها. ٢. فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ((⁽¹⁾).

وجملة الكلام أن المادة هي أصغر وحدة لغوية يمكن تسميتها (نص) ، وان كل تشريع (قانون) يتكون في الواقع من نصوص تم وضعها في شكل مواد ، إذ من الممكن ان يتضمن النص قاعدة قانونية واحدة أو أكثر أو تتوزع القاعدة القانونية على أكثر من نص قانوني .

ومما لا شك فيه ان صياغة النصوص القانونية يعد فنا قائما بذاته ومرتبطة بمجموعة من الضوابط وأهمها حسن الصياغة والهيكلية وسهولة التطبيق، غير ان واقع بعض القوانين —وأهمها القانون المدني موضوع البحث - قد كشف حقيقة عدم الدقة أحيانا في الصياغة التشريعية للنصوص، مما أثر ذلك سلبا في صعوبة فهمها و تعذر تطبيقها مما أدى ذلك إلى تكاثر وتزايد حجم النصوص القانونية (تفاقم النصوص) و عدم الترابط فيما بينها، بحيث أصبح من السهل جدا ان تتعارض النصوص القانونية مع بعضها أو تتداخل مما يجعل التصرف الواحد خاضعا لأكثر من قاعدة قانونية، مما يؤدي إلى تعدد النتائج مما سمح بتراجع في القيمة القانونية للتشريع ⁽²⁾.

وعليه فينبغي أن يكون النص القانوني متماسكاً لفظياً ومعنوياً⁽³⁾ ، وتكمن أهمية التماسك بالنسبة إلى النص في ان الأحكام والقواعد القانونية التي يتضمنها إنما قصد المشرع من سنها تنظيم السلوك

⁽¹⁾ المادة (1) من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 المعدل .

⁽²⁾ ايرادين نوال ، تأثير تضخم التشريع على الامن القانوني ، دفاتر البحوث العلمية ، العدد 13 ، 2018 ، ص 103.

⁽³⁾ ان تماسك النصوص القانونية يقتضي ان تكون النصوص مترابطة وتتابع وفق آلية منتظمة على نحو متصل ، وهذا التماسك إما ان يكون لفظي (شكلي) ويقصد به ترابط الجمل في النص مع بعضها بعضاً بوسائل لغوية معينة مثل أحرف العطف وعلامات الوصل والفصل والترقيم وأسماء الإشارة وأدوات التعريف والأسماء الموصولة والإحالة وكل الروابط التي يتحقق بها استمرار المعنى على سطح النص والتي يعني بتحديد علم اللغة ، فهذا الترابط اللفظي يهتم بالروابط التي تجري في سطح النص أكثر من اهتمامه بالشكل الدلالي أو المعنوي للنص ، والنوع الثاني من التماسك النصي هو التماسك المعنوي الذي يعني بالروابط الدلالية والعلاقات المنطقية بين منظومة المفاهيم التي يتضمنها النص كالسببية والتفصيل بعد الإجمال والنتيجة والتفسير والتقابل الدلالي والمقدمة والنتيجة، والانسجام الخاص بين القانون نفسه والانسجام العام مع القوانين الأخرى ، =

الإنساني والذي يمثل مجموعة من الأفعال الإنسانية التي يقبع خلفها قصد ما وكل مجموعة متشابهة من هذه الأفعال تكون وحدة متماسكة ومن ثم ينتظمها نص واحد متماسك ، فالتماسك قاعدة عامة في تفسير الأفعال الإنسانية والنصوص التي تنتظمها على حد السواء ولما كان وراء كل فعل إنساني سبب يدفع إليه ، وليس ثم فعل إنساني دون فعل سابق عليه او لاحق له ، فبذلك تنشأ سلسلة من الأفعال تكون وحدة متماسكة او كلاً متماسك ويكون تماسك النص مشابهاً لتماسك الأفعال الإنسانية (1).

الأصل في النصوص القانونية كما قضت بذلك المحكمة الدستورية العليا المصرية "انها تؤخذ باعتبارها متكاملة، وان المعاني التي تتولد عنها يتعين ان تكون مترابطة فيما بينها ما يرد عنها التنافر أو التعارض ،هذا بالإضافة إلى ان هذه النصوص انما تعمل في إطار وحدة عضوية تجعل من أحكامها نسيجاً متالفاً متماسكاً بما مؤداه ان يكون لكل نص منها مضمون محدد يستقل به عن غيره من النصوص استقلالاً لا يعزلها بعضها عن بعض، وانما يقيم منها في مجموعها ذلك البنين الذي يعكس ما ارتأته الإرادة الشعبية أقوم لدعم مصالحها في المجالات السياسية والاقتصادية والاجتماعية" (2).

ذهب أحد شراح القانون المدني إلى تعريف التفاقم بمصطلح التضخم ، حيث عرفه بالتضخم التشريعي إذ يرى انه ((يكون نتيجة وضع نصوص قانونية استجابة لأعتبارات سياسية واقتصادية واجتماعية تمتاز بالتحديد الزمني في تطبيقها، أضف إلى ذلك عدم استقرار التشريعات التي توضع عادة بطريقة ارتجالية دون دراسة ودون مراعاة واقع المجتمع وخصوصياته، مما يؤدي إلى عدم احترامها من طرف الأفراد والعصيان والخروج عن طوع القانون، وهذا ما يجعل السلطة تضطر

= وهذا النوع من التماسك يتجاوز السطح الظاهري. ، ص 252 . د. صبحي إبراهيم الفقي ، علم اللغة النص بين النظرية والتطبيق ، ط 1 ، ج 1 ، دار قباء ، القاهرة ، 2000 ، ص 96 . سعيد يقطين ، من النص إلى النص المترابط ، المركز الثقافي العربي ، ط 1 ، الدار البيضاء ، المغرب ، 2005 ، ص 127 .

(1) سعيد احمد بيومي ، مصدر سابق، ص 36.

(2) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية ، القضية رقم (22) ، السنة 8 قضائية ، جلسة (5) يناير 1991 ، الحكم منشور على الموقع الالكتروني <http://hrlibrary.umn.edu> ، تاريخ الزيارة 2022/5/10 .

إلى إلغائه واستبداله. كما يعتبر تضخماً تشريعياً عدم تمتع النصوص القانونية بالفعالية المطلوبة، نتيجة كونها وسيلة في يد السلطة لمواجهة ظرف محدد أو خدمة برنامج أو توجه معين⁽¹⁾

يذهب أحد الفقهاء وهو بصدد عرضه لظاهرة التضخم التشريعي بالقول انه ((تتجلى الظاهرة التضخمية سواء من خلال ازدياد عدد القوانين الصادرة في كل سنة ، ام من خلال تكديس النصوص مع مرور الزمن وتطويل القوانين التي تشرذ في اغلب الاحيان خارج ميدانها او تنفيه في الثرثرة وهي تسهم في جعل القانون صعب المنال إلى حد ما وغير مستقر⁽²⁾ .

يقول فقيه آخر بانه ((التضخم التشريعي يؤدي إلى الجهل بالقوانين وعدم كفاءتها مما يؤدي إلى خفض قيمتها في العقلية العامة))⁽³⁾ .

يعد التضخم أحد العلل التي تصيب التشريع، وتهدد الأمن القانوني مباشرة، ومناطق هذه العلة ازدياد عدد القوانين الصادرة كل سنة مما يسبب تكديساً لها مع مرور الزمن، وهو ما يجعل منها صعبة المنال وبعيدة عن الاستقرار ، كما يمثل التضخم أيضاً كثرة النصوص غير المبررة التي تحكم مسألة معينة، والتي قد تكون مكررة ومتناقضة فيما بينها، ومرد ذلك هو التشتت التشريعي

(1) د. سامية كسال ، التضخم التشريعي عائق امام الاستثمار الاجنبي (مستجدات القانون رقم 16-09 لمواجهة هذا العائق)، مجلة صوت القانون ، المجلد الخامس ، العدد 2، 2018 ، ص 441-442 .

(2) R.SAVATIER: L inflation legislative et l indigestion du corps , social , chorn , 1977 p.43-48 , نقلاً عن د. عبد الكريم صالح عبد الكريم ، واخرون ، تضخم القواعد القانونية –التشريعية (دراسة تحليلية نقدية في القانون المدني)، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية ، السنة (6) ، العدد (23) ، 2014 ، ص 147. كما ذهب الفقيه الفرنسي مونتسيكو إلى القول (القوانين غير مجدية تضعف القوانين اللازمة) ينظر :

MIHAI BĂDESCU1 , Legislative inflation – an important cause of the dysfunctions existing in contemporary public administration, Juridical Tribune, Volume 7, Issue 2, June 2018, p.361 .

(3) JEAN CARBONNIER, Droit civil Introduction, 27ème, éd. collections Thémis, PUF⁽³⁾ Paris, 2002, p. 123.

حيث نجد أحكام الموضوع الواحد متناثرة في قوانين مختلفة، وهو ما يشكل عقبة للوصول لهذه القوانين والإحاطة بها، ومن ثم سلك مسلك يعارضها⁽¹⁾.

يمكن أن نعرف تفاقم النصوص بأنه (التزايد بشكل غير مبرر في النصوص القانونية في القانون الواحد او في قوانين مختلفة التي يمكن تطبيقها على مسألة واحدة)، ومن أجل توضيح مما تقدم ذكره نبينه من خلال أحكام الشفعة⁽²⁾ فنجد ان المشرع العراقي في القانون المدني قد خصص سبع عشرة مادة قانونية ، وكان الأجدر به عدم الولوج في تفاصيل أحكام الشفعة لقلّة تطبيقها في المجال العملي⁽³⁾ بينما المشرع المصري في القانون المدني خصص أربع عشرة مادة قانونية⁽⁴⁾ ، ونجد هذه المواد لم تعد ضرورية ، إذ كان بالإمكان تنظيمها في مواد قليلة تجنباً لتفاقم النصوص،

⁽¹⁾ خادم نبيل ، تأثير تضخم التشريعات العقارية على الامن القانوني ، مجلة القانون العقاري والبيئة ، المجلد 9، العدد 2، 2021 ، ص 11 .

⁽²⁾ لقد تطرق المشرع العراقي إلى حق الشفعة وذلك ضمن المواد (1128-1144) من القانون المدني حيث عرف الشفعة في المادة (1128) ((الشفعة هي حق تملك العقار المبيع ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات المعتادة) ويتضح من هذه المادة، بان المشرع العراقي اعتبر الشفعة حقاً وهذا اتجاه غير سليم وانما تعتبر الشفعة (مكنة قانونية تعطي للشفيع القدرة على تملك العقار المبيع ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات المعتادة في الاحوال والشروط المنصوص عليها في القانون)). للمزيد من التفصيل ينظر : ارام محمد صالح سعيد ، المكنة القانونية بين النظرية والتطبيق ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2010، ص 159-169.

⁽³⁾ قد حذفت المادة (1129) وحل محلها النص الحالي وذلك بموجب قرار مجلس قيادة الثورة المرقم 978 في 1978/7/24 وقد الغى الفقرة (اولاً) من قرار مجلس قيادة الثورة المرقم (211) في 1978/2/14 ونص القرار على ان ينفذ من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية وتسري أحكامه على الدعاوى التي لم تكتسب درجة البتات ، إذ تنص على (1- ينحصر حق الشفعة بالشريك في دار السكن الشائعة شرط ان لا يملك داراً للسكن على وجه الاستقلال 2- تعتبر الشقة السكنية بحكم دار السكن لاغراض هذا القرار).

⁽⁴⁾ لقد تطرق المشرع المصري إلى حق الشفعة وذلك ضمن المواد (935-948) من القانون المدني حيث عرف الشفعة في المادة (935) ((الشفعة رخصة في بيع العقار الحلول محل المشتري في الاحوال بالشروط المنصوص عليها في المواد التالية)).

كحذف المادة (1131) و(1132) من القانون المدني وتعديل المادة (1133) من القانون المدني⁽¹⁾.

كذلك ما جاء في نص المادة (190) من القانون المدني العراقي في فقرتها الثانية ((1- إذا اتلف احد مال غيره على زعم انه ماله ، ضمن ما اتلف . 2- اما إذا اتلفه بإذن مالكة فلا يضمن)) يلاحظ ان الفقرة الثانية زائدة لأنها من البديهيات ، فلم تكن هنالك حاجة للنص عليها ، اضافة لذلك أن الفقرة الأولى محكومة بالقواعد العامة في الإلتلاف بموجب نص المادة (186) من القانون المدني العراقي⁽²⁾ وبهذا فان المادة (190) تعد بأكملها زائدة عن الحاجة. ولا نجد ما يقابلها في القانون المدني المصري إذ أن المشرع العراقي جارى في نهجه الفقه الإسلامي من حيث سوق الأحكام التفصيلية⁽³⁾.

ونسوق مثال آخر لتفاقم النصوص فقد نظم المشرع العراقي حق العقر من بين أنواع الحقوق العينية الأصلية، إذ نصت عليه المادة (1/68) من القانون المدني العراقي، والمواد

(1) اذ تنص المادة (1131) على انه ((1- اذا تزام الشفعاء يكون استعمال حق الشفعة بحسب الترتيب المبين في المادتين السابقتين . 2- واذا تزام الشفعاء من طبقة واحدة ، فالاستحقاق بالشفعة يكون بينهم على التساوي ، ألا انه فيما بين الخلطاء يقدم الاخص على الاعم فمن له حق الشرب في الخرق المشعب من النهر الخاص ، يقدم على من له حق في ذلك النهر ويقدم الخليط في حق الشرب على الخليط في حق المرور .)) اما المادة (1133) فتتنص على انه ((اذا كان المشتري للعقار المشفوع قد توافرت فيه الشروط التي تجعله شفيعاً ، فإنه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقة او من طبقة ادنى ، ولكنه يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى)) . والمادة (1133) فتتنص على انه ((1- لا تثبت الشفعة ، الا ببيع العقار المشفوع مع وجود السبب الموجب لها وقت البيع . 2- ويشترط في المال المشفوع ان يكون عقارا مملوكا، وان يكون بيعه قد تم قانونا، ويشترط في العقار المشفوع به ان يكون ملكا للشفيع ، وقت بيع العقار المشفوع وان يبقى مملوكا الى وقت الحكم بالشفعة او التراضي عليها . 3- ومتى تثبت الشفعة ، فلا تبطل بموت البائع المشتري او الشفيع .))

(2) نصت المادة (186) من القانون المدني العراقي على انه ((1- إذا اتلف احد مال غيره او انقص قيمته مباشرة او تسببا يكون ضامنا ، إذا كان في احداثه هذا الضرر قد تعمد او تعدى . 2- وإذا اجتمع المباشر والمتسبب ضمن المتعمد او المعتدي منهما فلو ضمنا معا كانا متكافلين في الضمان)) .

(3) مثال ذلك ان المشرع العراقي قد دخل في تفاصيل أحكام المسؤولية عن الحيوان ، فقد نظم أحكامه ضمن المواد (221-226) من القانون المدني حيث اكثر فيها من الاقتباس من الفقه الاسلامي بشكل مبالغ واستخدم مصطلحات ليس محلها في متن القانون المدني . د. عبد المجيد الحكيم ، وآخرون ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، الجزء الأول مصادر الالتزام، المكتبة القانونية ، بغداد ، ص 234

(١٢٤٢-١٢٤٣-١٢٤٤) من القانون ذاته على الرغم ان هذا الحق قد الغي بشكل نهائي بصدور قانون تصفية حق العقر رقم (١٧) لسنة (١٩٨٠) النافذ، مما أدى إلى تفاقم حجم النصوص المنظمة لحق العقر على الرغم انها نصوص ملغاة ، بموجب نصوص لاحقة لها في تاريخ صدورها (1)، أما بالنسبة إلى موقف المشرع المصري فلم يتم تنظيمه من قبله لأنه حق ضعيف وجد لمعالجة حالات معينة ثم انتهى بأنتهاؤها .

المطلب الثاني

تمييز تفاقم النصوص عما يشته به

إن فكرة تفاقم النص لا بد أن نزيل بعض العوائل عنه، ولا عجب في ذلك، لأننا لم نُحط بعدُ بجميع جوانب الفكرة، والمفهوم لم يزل يستدعي مداخل أخرى للوقوف في ساحته، لذا يقتضي تمييز التفاقم عما يشته به من المفاهيم القانونية ، سنقتصر في هذا المطلب على تمييز تفاقم

(1) حق العقر يعرف بانه إدارة أعمال الأراضي الخراجية و أستغلالها بعد ان أهملها أصحابها من قبل الحكومة على ان يترك لأصحابها ١/٢٠ أو ١/٢٥ أو 30/1 من الحاصل يطلق عليه العقر ، ولم تتضمن التشريعات التابعة للدولة العثمانية ما يدل على تنظيمها لحق العقر ، مما يدل ان هذا النظام طبق في العراق فقط في عهد الوالي (مدحت باشا) وذلك بموجب الفرمان المؤرخ في ١٦/ كانون الثاني ١٨٦٨م . وقد نصت المادة (١٢٤٢) من القانون المدني العراقي على انه ((١- تبقى حقوق العقر بأيدي أصحابها إذا كان تصرفهم فيها ثابتاً بسندات معتبرة قانوناً . ٢- ومن لم يكن بيده سند ، وتحقق تصرفه في حق العقر مدة أربعين سنة ، يعامل معاملة المتصرف بسند معتبر قانوناً)) ثم أصدر المشرع قانون أطفال حق العقر رقم (150) لسنة (١٩٦٧) ، ثم صدر قانون الإصلاح الزراعي رقم (١١٧) لسنة (١٩٧٠) ، حيث أكد في المادة (49) منه على اعتبار حق العقر ملغياً باستثناء حق العقر على العقار الموقوف . ثم صدر بعد ذلك قانون التسجيل العقاري رقم (43) لسنة (١٩٧١) المعدل النافذ ، والذي تولى تنظيم أحكام حق العقر في المواد (٢٢٤-٢٢٨) ، ثم صدر أخيراً قانون تصفية حق العقر رقم (١٧) لسنة (١٩٨٠) ، والذي ألغى صراحة قانون أطفال حق العقر لسابق رقم (150) لسنة (1967) ، حيث نصت المادة (1) منه على انه (تصفى الحقوق العقرية في كافة العقارات الزراعية وغير الزراعية ، وفقاً لأحكام هذا القانون ، ولا يجوز أحيائها بعد تصفيتهما). مصطفى مجيد عزيز ، شرح قانون التسجيل العقاري رقم (43) لسنة 1971، ج1، العاتك لصناعة الكتب ، القاهرة ، 2008، ص99-100.

النصوص عن القصور التشريعي وذلك في فرع أول ، وسنبين تمييز تفاقم النصوص عن التزايد الطبيعي للنصوص في فرع ثان وكما يأتي .

الفرع الأول

تمييز تفاقم النصوص عن القصور التشريعي

هنالك بعض الظواهر القانونية التي تجد ارضيتها في مسائل التشريع ومنها مسألة القصور التشريعي ، إن الغرض من تشريع قانون هو ايجاد تنظيم معين للعلاقات التي تنشأ بين الأفراد من جهة ، وبينهم وبين السلطة من جهة أخرى ، والنص القانوني ما هو إلا تعبير عن الإرادة التشريعية ، فإن المشرع مهما بذل من جهد لا يمكنه ان يضع تشريع متكامل لا يحتوي على زيادة او فراغ . قد يتبادر في الذهن أن القصور التشريعي يشمل التفاقم وانعدام ونقص النصوص باعتباره تقصير من المشرع مما يستدعي بنا بيان معنى القصور التشريعي وذلك في فقرة اولى ، ثم نبين أوجه الشبه والاختلاف في فقرة ثانية وكما يأتي .

أولاً- معنى القصور التشريعي

يعرف القصور التشريعي بانه ((هو حالة يواجهها القاضي خلال قيامه بمهمته في تفسير وتطبيق قواعد التشريع على الحالة المعروضة امامه سواء أكان هذا التشريع موضوعياً ام اجرائياً وقد تكون الحالة التي يواجهها القاضي حالة النقص في التشريع سواء اكان النقص في الصياغة ام في المفهوم وقد يكون القصور سكوت النص عن الحالة القانونية المعروضة امامه))⁽¹⁾ ، يلاحظ من خلال التعريف أن القصور التشريعي يشمل كل من الفراغ التشريعي الذي عبر عنه (سكوت النص) والنقص التشريعي ، (نقص في النص) على الرغم من الخلط فيما بينهما إذ اعتبره بعض

(1) عواطف عبد المجيد الطاهر ، القصور في التشريع ، مجلة الدجلة ، المجلد الثاني ، العدد الأول ، 2019 ، ص

الشراح والباحثين مصطلح واحد⁽¹⁾ . يقصد بالفراغ التشريعي بانه ((الحالة التي لا يجد القاضي في نصوص القانون -المكتوب- قاعدة ليطبقها على النزاع المعروض امامه)) ، وبمقتضى هذا التعريف فان المقصود من الفراغ التشريعي عدم احتواء التشريع على نص يعالج النزاع المعروض أمام القاضي⁽²⁾ . وأبرز مصداق على ذلك أن المشرع العراقي في القانون المدني لم ينظم مرحلة المفاوضات العقدية ، وكذلك الحال في القانون المدني المصري⁽³⁾ ، وفي ظل هذا الوضع فانه يتم النظر اليها على اعتبار أنها مجرد أعمال مادية ، بينما يفترض أن يكون هنالك تنظيم لهذه المرحلة المهمة من مراحل ابرام العقد. أما بالنسبة إلى النقص التشريعي فقد طرحت بشأنه العديد من التعاريف اختلفت في ألفاظها لكنها اتحدت في فحواها ، فعرفه رأي في الفقه أنه ((بعدم تضمين النص التشريعي للأحكام التفصيلية التي يحتاجها القاضي في حل النزاعات المعروضة امامه))⁽⁴⁾ ، في حين عرفه رأي ثان أنه ((عيب يعتري التشريع يجعل من نصوصه غير صالحة بحد ذاتها

(1) يلاحظ انه تم اعطاء عدة مصطلحات تشمل كل من النقص والسكوت كالفراغ التشريعي او النقص أو القصور او الفجوات او الثغرات او الاغفال في التشريع للمزيد ينظر : صعب ناجي ، واخرون، الفراغ التشريعي وعيوب الصياغة التشريعية ، دراسات قانونية ، العدد 47 ، بغداد ، 2019 ، ص 42-44 .

(2) يلاحظ انه قد يحصل خلط بين الفراغ التشريعي والفراغ في القانون على الرغم من اختلافهما حيث ان الفراغ التشريعي يدخل على التشريع فقط وليس على القانون بأكمله بينما الفراغ في القانون فيعرف انه (كل موضوع لم يرد بشأنه نص قانوني أو قاعدة قانونية عامة من غير النص حيث ينبغي ان يتوفر حكم القانون) ، وبمقتضى هذا التعريف فان الفراغ لا ينحصر فقط في حالة انعدام النص التشريعي ، بل تضمن إلى جانب ذلك القواعد القانونية الاخرى الواجب توافرها. علي عبد الله عفریت الحريشاوي ، الفراغ في القانون (دراسة مقارنة) ، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة كربلاء ، 2015 ، ص 24 . طاهر عيسى والي الشافعي ، قواعد العدالة في القانون المدني ، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة كربلاء ، 2022 ، ص 203 .

(3) نجد ان المشرع الفرنسي نظم مرحلة (المفاوضات العقدية) في التعديل رقم (1) لسنة (2016) للقانون المدني الفرنسي لسنة 1804النافذ إذ نصت المادة (1112) منه على ((البدء بالمفاوضات ما قبل التعاقد وتقدمها وقطعها مسائل اختيارية ، يجب لزاماً ان تستوفي هذه المسائل مقتضيات حسن النية ، وفي حالة الخطأ المرتكب في المفاوضات ، فان تعويض الضرر الناجم عنه لا يجوز ان يتضمن التعويض عن فوات المنافع المتوقعة للعقد المراد ابرامه)) يلاحظ ان المشرع الفرنسي كان موفقاً في هذا التنظيم ، خصوصاً في التركيز على مبدأ حسن النية .

(4) محمد احمد رمضان ، دور القاضي في انشاء القاعدة القانونية المدنية (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 1985 ، ص 54 .

لحكم الواقعة المعروضة امام القاضي على نحو يستوجب اصلاح هذا العيب ممن له سلطة الاصلاح ((⁽¹⁾ .

في سبيل بيان فكرة النقص التشريعي نسوق المثال الآتي ، إذ نص المشرع العراقي على انه ((إذا زال السبب الذي ادى إلى اتحاد الذمة وكان لزواله اثر رجعي عاد الالتزام إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة لذوي الشأن ويعتبر اتحاد الذمة كان لم يكن))⁽²⁾ . يقابله موقف المشرع المصري حيث نص على ((1- إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد ، انقضى هذا الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة .2- وإذا زال السبب الذي ادى لاتحاد الذمة ، وكان لزواله اثر رجعي ، عاد الدين إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة إلى ذوي الشأن جميعاً ، ويعتبر اتحاد الذمة كان لم يكن))⁽³⁾ . من خلال النصوص المتقدمة يتبين لنا أنها تقرر عودة الالتزام الذي انقضى باتحاد الذمة إذا تبين زوال السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة ، لكنها لم تبين حالة ما إذا تصرف أحد الأطراف بمحل الالتزام للغير خلال الفترة بين انقضاء الالتزام وعودته ، وعليه ففي هذه الحالة اشتمل النص على نقص تشريعي⁽⁴⁾ .

يلاحظ أنه عند الرجوع إلى نصوص القانون المدني نجد أن هنالك قواعد قانونية كان قد اعترف المشرع من خلالها صراحة او ضمناً بفكرة القصور التشريعي ، حيث رسم الطريق الذي يتبعه القاضي في حالة تحققها باعتماده على المصادر الاخرى للقانون غير التشريع وذلك بموجب المادة الأولى من قانوننا المدني⁽⁵⁾ . وهذا الحل قد ورد أيضاً في القانون المدني المصري بموجب المادة

(1) حميد سلطان ، واخرون ، الاجتهاد القضائي ودوره في سد الفراغ التشريعي (دراسة مقارنة في ضوء الفقه الاسلامي والقانون الوضعي) ، مجلة روح القوانين ، جامعة طنطا ، العدد78 ، 2017 ، ص 590 .

(2) المادة (419) من القانون المدني العراقي .

(3) المادة (370) من القانون المدني المصري .

(4) يلاحظ ان المشرع الفرنسي قد وضع حلاً لمثل هذا الفرض حيث نصت المادة (1349) على انه ((ينتج اتحاد الذمة من اجتماع صفتي الدائن والمدين للالتزام نفسه في الشخص نفسه ، اتحاد الذمة يقضي الدين وملحقاته ، مع مراعاة الحقوق المكتسبة لصالح الغير او ضدهم)) .

(5) إذ تنص المادة الأولى على ((١. تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها . ٢. فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فيمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فإذا لم يوجد =

الأولى أيضاً مع بعض الاختلاف في شكل النص ومضمونه⁽¹⁾ ، أما المشرع الفرنسي لم يذكر نص مثلما نص المشرعين العراقي والمصري المتقدمين ، إلا أنه قد نص على ان ((القاضي يمتنع عن الحكم بذريعة نقص القانون او غموضه او عدم كفايته يمكن ملاحقته كمرتكب للاستتفاف عن احقاق الحق))⁽²⁾ ، ويلاحظ أن المشرع الفرنسي لم ينص على المصادر التي يرجع إليها القاضي عندما يكون هنالك قصور تشريعي كما فعل المشرع العراقي والمصري .

كما قد تبنت محكمة التمييز في العراق المادة الأولى السابق ذكرها من قانوننا المدني لمعالجة القصور التشريعي ، فذهبت إلى ((لما كان المبلغ الذي قبضه الوكيل لحساب موكلته المميز عليها امانة في يده نظراً لحكم المادة (935) من القانون المدني ولتمسكه بدفع لم يثبت وخلو القانون المدني من حكم الوكيل في حالة تمسكه بتسديد مال الموكل الذي لديه امانة فيجب والحالة هذه الرجوع إلى الشريعة الاسلامية كما نصت على ذلك الفقرة (2) من المادة الأولى من القانون المدني.....))⁽³⁾ .

ثانياً- اوجه الشبه الاختلاف

بعد ايضاح معنى القصور التشريعي ، فانه لا بد من بيان اوجه الشبه والاختلاف بين القصور التشريعي (قصور النصوص) وتفاقم النصوص وكما يأتي .

=فبمقتضى قواعد العدالة3- وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي اقرها القضاء والفقهاء في العراق ثم في البلاد الاخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية ((.

⁽¹⁾ إذ تنص المادة الأولى على ((1- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها. ٢. فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة)).

⁽²⁾ المادة (4) من القانون المدني الفرنسي .

⁽³⁾ القرار 1738/حقوقية/1958 في 1958/2/2 ، مجموعة المحامي عبد العزيز سهيل ، أحكام القضاء العراقي على مواد القانون المدني ، ج1 ، دار التضامن ، بغداد، 1962 ، ص 9 .

1- أوجه الشبه

أ- يلاحظ إن ما يجمع الفكرتين هو عيب الصياغة الذي يرجع إلى اعتلال النظام القانوني في الدولة ، وهذه العيوب تنال من سلامة النص وتؤثر على قدرة نفاذه وتطبيقه ، فالمشرع مهما يكون حاذقاً فلا يمكن أن يضع تشريع متكامل لا يعتريه تفاقم او قصور النصوص .

ب- إن كلاهما لا يظهر ولا يكشف أمره الا من خلال التطبيق العملي وبالتحديد عند التقاضي أمام المحكمة ، ولا يمكن للمحكمة ان تقف موقف المتفرج إزاء هاتين الفكرتين ، وبالتالي سوف يتم تفعيل دور القاضي باجتهاده⁽¹⁾ ، والمشرع، بإصداره تشريعاً جديداً او بتعديله التشريع النافذ .

2- أوجه الاختلاف

أ- يبدو الاختلاف بين تفاقم النصوص والقصور التشريعي ، في أنهما على طرفي نقيض فقد يبدو ان التفاقم يدخل ضمن القصور التشريعي بمعنى تقصير من قبل المشرع في ايراد النصوص الا انه بعد بيان المفهوم فإن القصور التشريعي هو النقص او انعدام النصوص، بينما تفاقم النصوص هو التزايد بشكل غير مبرر في النصوص في القانون الواحد او في قوانين مختلفة التي يمكن تطبيقها على مسألة واحدة ، كان يحتوي على نصوص مكررة او خاطئة او متعارضة او متناقضة مع نصوص أخرى عند التطبيق إضافة إلى كثرة الاستثناءات التشريعية على القاعدة القانونية بحيث تغطي على الأصل العام.

ب- إن المشرع أقر صراحة او ضمناً بفكرة القصور التشريعي ، حيث إنه اوجد الحل المناسب الذي يتحتم على المحكمة أن تتبعه مثلما أشرنا إليه سلفاً ، ومن ثم فان ظاهرة القصور التشريعي ليس من الأمور الغريبة على شراح القانون ، بينما ظاهرة تفاقم النصوص اغفل المشرع الإشارة إليها .

(1) وليد طارق فيصل جواد العزاوي، تعارض المصالح في المعاملات المالية (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه ، جامعة كربلاء ، كلية القانون ، 2022 ، ص 160-161 .

الفرع الثاني

تمييز تفاقم النصوص من التزايد الطبيعي للنصوص

إن المجتمع في تطور مستمر ، فهو يفرض بالضرورة تدخل المشرع لتنظيم المستجدات الطارئة ، فيعتبر تزايد عدد النصوص القانونية من هذا جانب عادي وطبيعي أي ممكن تسميته بالتزايد الإيجابي ، إذ إن نمو وازدياد عدد النصوص تبرره الحماية اللازمة للفرد في مواجهة تطور التقنيات الجديدة ، لكن لا تعتبر تدخلات المشرع كلها مبررة بالضرورة وهنا يكمن التفاقم ، من هذا الباب سنحاول بيان معنى التزايد الطبيعي للنصوص وذلك في فقرة أولى ثم نبين أوجه الشبه والاختلاف في فقرة ثانية وكما يأتي .

أولاً - معنى التزايد الطبيعي للنصوص

قد يعمد المشرع إلى أن تكون النصوص القانونية مقتضبة ، فيقتصر القانون على عدد قليل من النصوص ، يتناول فيها المشرع الأحكام العامة مخولاً الجهات المختصة سلطة تنظيم الجزئيات والتفاصيل وذلك من خلال التعليمات واللوائح ، أو أن يتضمن التشريع فضلاً عن الأحكام العامة ، كافة الجزئيات والتفاصيل الدقيقة ، فيحاول المشرع أن ينظم جميع الحالات المتصورة قدر المستطاع ، بان يجعل لكل حالة الحكم المتفق مع طبيعة هذه الحالة ومقتضياتها⁽¹⁾ .

فالتزايد الطبيعي للنصوص يمثل الحالة الثانية بانه التي تحتوي تزايداً مبرراً ، نظراً لأهميته وضرورته في الحياة العملية ، فهنا التزايد يعتبر إيجابي وذلك من خلال وجود قواعد تلامس الواقع يمكن فهمها ببسر ، وتطبيقها بانسيابية ، وإلا فان الأثر المترتب على عدم وجودها ، هو قصور تشريعي .

من الأمثلة على التزايد الطبيعي للنصوص ، أن المشرع نظم كثيراً من أحكام العقود كالبيع والإيجار بعد أن بين الأحكام العامة للعقد في نطاق نظرية عامة تشمل العقود أيأ كانت صورها ، وهذه الأحكام العامة تسري على العقود جميعها مالم يرد بشأن بعضها حكم خاص .

(1) سه ركه وت سليمان عمر ، تقويم الصياغة التشريعية للعقد ، اطروحة دكتوراه ، جامعة الموصل، كلية الحقوق

يعد عقد الإيجار ⁽¹⁾ من أهم العقود ، فمن خلاله يتمكن الأفراد من الحصول على منفعة الأشياء في الوقت الذي يحتاجون فيه اليها دون أن يضطروا إلى أن يدفعوا أثمانها التي قد تبلغ حداً يعجزهم عن القيام بأدائها ، إن عقد الإيجار يمس مصالح متعددة ومتعارضة تتسم بالكثير من الأهمية الاقتصادية والاجتماعية ، مما دفع المشرع لتنظيم أحكام خاصة وهذه الأحكام تشكل زيادة إيجابية .

قد بين المشرع في القانون المدني العراقي القواعد التي تحكم عقد الإيجار فقد خصص له الفصل الأول من الباب الثاني(المواد من 722 – 846) إضافة إلى قانون إيجار العقار النافذ ⁽²⁾ مع العديد من قرارات مجلس قيادة الثورة المنحل الصادرة بعد نفاذ هذا القانون، كذلك الحال بالنسبة إلى المشرع المصري فقد نظم القواعد التي تحكم عقد الإيجار في الفصل الأول من الباب الثاني المخصص للعقود الواردة على الانتفاع بالشيء ، وأفردت له المواد (558 – 634)، إضافة إلى قانون إيجار الأماكن الجديد ، وقانون الإصلاح الزراعي المعدل ⁽³⁾.

فالمشرع نظم عقد الإيجار تنظيم مفصلاً في القانون المدني ، فقد أسهب فيه ، حيث أورد أحكام عامة للإيجار ، وأحكام خاصة ، مبتدأ في أركان عقد الإيجار ، وقد عرض فيها للمؤجر والأجرة والعين والمؤجرة والمدة ، ثم دخل بعد ذلك بأحكام الإيجار وقد فصل في التزامات المؤجر والتزامات المستأجر، وبين بعد ذلك قواعد التنازل عن الإيجار والإيجار من الباطن ، ثم عرض لبيان الأسباب التي ينتهي بها عقد الإيجار ، ثم نظم أحكام خاصة بأنواع مختلفة من الإيجار ، وعلى الرغم أن المشرع نظم أحكامه تنظيمًا مفصلاً وشاملاً ، فإنه أضاف إليها قواعد خاصة تنظم بعض أحكامه بموجب قانون إيجار العقار ، نظراً لتزايد المستمر في عقد الإيجار للدور السكنية ولحاجة

⁽¹⁾ عرفت المادة (722) من القانون المدني العراقي عقد الإيجار انه ((الإيجار تملك منفعة معلومة بعوض معلوم لمدة معلومة وبه يلتزم المؤجر ان يمكن المستأجر من الانتفاع بالمأجور)) اما القانون المدني المصري فيعرفه في المادة (558) انه ((الإيجار عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه ان يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدة معينة لقاء اجر معلوم)).

⁽²⁾ قانون أيجار العقار رقم 87 لسنة 1979 المعدل بالقانون رقم 56 لسنة 2000 .

⁽³⁾ قانون ايجار الاماكن الجديد رقم 49 لسنة 1977 والمعدل بالقانون رقم 136 لسنة 1981، وقانون الاصلاح الزراعي رقم 178 لسنة 1952 المعدل بالقانون رقم 96 لسنة 1992.

الأفراد للدور السكنية المستأجرة ، قد يدفع أصحاب الأملاك إلى رفع معدلات الإيجار بصورة متزايدة ، مما يؤدي بالنتيجة إلى عواقب وخيمة ، لذلك تدخل المشرع بموجب قانون إيجار العقار ، خلافاً القاعدة العامة في القانون المدني العقد شريعة المتعاقدين، إذ إن الأصل أن المتعاقدين أحرار في الاتفاق على تحديد مدة الإيجار التي يستغرقها ذلك العقد وعلى تحديد الأجرة ، بينما أتى قانون إيجار العقار ووضع حد لذلك وتدخل في إرادة المتعاقدين من خلال إلزام الملاك بتأجير املاكهم فلا يجوز أن يبقى العقار المعد للسكن خالياً لمدة تزيد على 90 يوم ، وإلا تولت السلطات المختصة إيجاره⁽¹⁾، ولا يجوز للطرفين ان يتفقا على أجرة تزيد عن الحد المقرر بموجب القانون ، ناهيك عن أن عقد الإيجار لا ينتهي بانتهاء مدته وانما يمتد بحكم القانون ما دام المستأجر شاغلاً المأجور ومستمراً في دفع الأجرة ، ويلاحظ أن المؤجر في عقد إيجار المشمول بقانون إيجار العقار مقيداً بصورة واضحة ،فهو مجبر على إيجار ملكه وبأجرة رسم القانون حدودها العليا ، ولا يستطيع أن يسترجع ملكه بانتهاء المدة المتفق عليها في عقد الإيجار إلا إذا رغب المستأجر في ذلك ، او توفر لديه سبب من الأسباب القانونية للتخلية⁽²⁾، فكل ذلك من التنظيم إنما جاء بناء على ضرورات اقتصادية واجتماعية لا يمكن تجاهلها⁽³⁾.

ثانياً – أوجه الشبه والاختلاف

بعد إيضاح معنى التزايد الطبيعي للنصوص ، فانه لابد من بيان أوجه الشبه والاختلاف بين التزايد الطبيعي للنصوص وتفاقم النصوص كما يأتي :

1- وجه الشبه

إن التزايد الطبيعي للنصوص وتفاقم النصوص كلاهما يعدان زيادة في عدد النصوص القانونية من حيث معالجتها لموضوع معين .

⁽¹⁾المادة (20) من قانون ايجار العقار النافذ ، اما المادة (8) من قانون ايجار الاماكن المصري فقد حددت المدة بأربعة اشهر .

⁽²⁾ المادة (17) من قانون ايجار العقار ، والمادة (31) من قانون ايجار وبيع الاماكن المصري .

⁽³⁾ للمزيد ينظر د. عزيز الخفاجي ، قراءة في القانون رقم 56 لسنة 2000 (قانون تعديل قانون ايجار العقار رقم 87 لسنة 1979) ، مجلة كلية الفقه ، العدد 4 ، 2007 ، ص3-4 .

2- أوجه الاختلاف

أ- التزايد الطبيعي للنصوص هو تزايد إيجابي في عدد النصوص القانونية يفرضه واقع الحال والضرورة ويترتب على انعدام هذه النصوص لمعالجة موضوع معين قصور تشريعي ، أما تفاقم النصوص فانه تزايد سلبي او غير مبرر ، أي إن النص يحتوي على تفصيلات غير منطقية وليس مكانها القانون او أنها تعد من قبيل تحصيل حاصل ومن البديهيات .

ب- الزيادة الإيجابية تكون في قوانين مختلفة مثل القانون المدني وقانون إيجار العقار بينما عادةً تكون الزيادة السلبية في نفس القانون مثل المسؤولية عن الحيوان في القانون المدني من خلال نصوص المواد (221-226) ⁽¹⁾ او في قوانين مختلفة مثل الشكالية التي نص عليها القانون المدني وقانون التسجيل العقاري ⁽²⁾ بنفس المضمون لكن بصيغ مختلفة ⁽³⁾ .

(1) سوف نؤجل بيانه لاحقاً بصورة أكثر تفصيلاً .

(2) رقم (43) لسنة 1971 المعدل.

(3) موقف القانون العراقي، تنص المادة (90/1) مدني عراقي على انه ((إذا فرض القانون شكلاً معيناً للعقد، فلا ينعقد إلا باستيفاء هذا الشكل، ما لم يوجد نص بخلاف ذلك)). وبعد ان نظم المشرع العراقي أحكام الشكالية في العقود المدنية، جاء ونص بشأن بيع العقار في المادة (508) على انه ((بيع العقار لا ينعقد إلا إذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون)). كما نصت المادة (1126/2) على انه ((العقد الناقل لملكية عقار لا ينعقد إلا إذا روعيت فيه الطريقة المقررة قانوناً)). أما فيما يتعلق بموقف قانون التسجيل العقاري العراقي ، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (3) على انه ((لا ينعقد التصرف العقاري إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري)). اما بالنسبة لموقف القانون المصري فقد نصت المادة (204) مدني مصري على انه ((الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل)). ونصت المادة (934/1) مدني مصري على انه ((في المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى سواء كان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان في حق الغير، إلا إذا روعيت الأحكام المبينة في قانون تنظيم الشهر العقاري)). وفي هذا الصدد تنص المادة (9) من قانون تنظيم الشهر العقاري المصري رقم 114 لسنة 1946 النافذ على انه ((جميع التصرفات التي من شأنها انشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل ويدخل في هذه التصرفات الوقف والوصية. ويترتب على عدم =

ج- يلاحظ أن تفاقم النصوص يرجع إلى سلبية الصياغة التشريعية والمبالغة في التنظيم الذي يترتب عليه آثار سلبية تؤثر على الأمن القانوني وحقوق الأفراد ، أما التزايد الطبيعي للنصوص فلا يعتبر عيب في الصياغة وإنما عدم وجود هذه الزيادة في النصوص القانونية هو العيب في الصياغة التشريعية الذي يؤثر سلباً على الأمن القانوني وحقوق الأفراد.

=التسجيل ان الحقوق المشار اليها لاتنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول، لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم، ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن)).

المبحث الثاني

أسباب تفاقم النصوص في القانون المدني

تعد الصياغة التشريعية من المفاهيم القانونية الدقيقة، فهي فن وعلم قائم بذاته ، فتعد الصياغة التشريعية علم لأنها تقوم على أساس المنهج العلمي والمنطق القانوني الذي يراعي ظروف وحاجات المجتمع الآنية والمستقبلية دون أن ينكر ما مضى من الحقوق المكتسبة ، وتعد الصياغة فن لأنها تعبير عن رغبة المشرع في التوفيق بين المصالح المتعارضة ووضع المراكز القانونية في نطاقها الصحيح، فالعلم والفن يجتمعان لإخراج الصياغة التشريعية إلى حيز الوجود لتكون أمام تشريع ناجح ومعتمد مهما تغيرت الظروف ومر الزمان.

إن العناية بصياغة النص التشريعي لم تستقم بشكل ملحوظ وثابت إلا حديثاً بعد ان أثبتت التجربة أن اتصاف صياغة النصوص القانونية بعدم الدقة اللازمة والوضوح المطلوب قد أثر على قدرة نفاذها وتحقيقها للأغراض التي سنت من أجلها، كما أدى ذلك إلى تفاقم النصوص القانونية وعدم ترابط بعضها ببعض وقد أثر ذلك على الانماط التشريعية المعتمدة وصبغ عليها سمة التذبذب وعدم التناسق ، فالصياغة التشريعية من المسائل الفنية الضرورية لإنشاء القاعدة القانونية وفق أسس ومبادئ سليمة خالية من الأخطاء والشوائب والتعقيد والمبالغة وسهلة الفهم بالنسبة إلى كافة المتعاملين مع النص القانوني فأن حذق القواعد الأساسية المعتمدة في صياغة النصوص التشريعية من شأنه ان يجنب ارتكاب الأخطاء والوقوع في الإخلالات وعدم الملاءمة التي تؤثر على جودة النص وتقلل من فاعليته.

مما تقدم ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين ، سنبيين في المطلب الأول الصياغة غير السليمة لنصوص القانون أما المطلب الثاني فنكرسه لبيان تنوع مصادر القانون .

المطلب الأول

الصياغة غير السليمة لنصوص القانون

إن صياغة النصوص التشريعية لا يعني فقط وضع نصوص قابلة للتطبيق العملي بمجرد صياغتها ، إنما لها مفهوم واسع يتضمن آليات الصياغة التشريعية الصحيحة ، وكيف تساهم في إخراج القواعد القانونية إلى الحيز الخارجي ، فالصياغة التشريعية فن من الفنون القانونية التي تعنى بتحقيق العدل في المجتمع ، ولا غنى عنها في جميع فروع القانون العام أو فروع القانون الخاص وفي درجات الهرم التشريعي من الدستور حتى التشريع الفرعي لما تتمتع به من أهمية واسعة في ترتيب وتنسيق النصوص التشريعية من اللفظ والمعنى والقصد ، إلا أن الصياغة التشريعية تعرضت في الوقت الحاضر لنقد واسع من قبل شراح القانون بسبب العيوب التي تظهر في روح وغاية النصوص التشريعية والتي كانت سبباً في الكثير من النزاعات والاختلافات كما أثرت في اختلاف الأحكام القضائية بسبب عدم التناغم والانسجام بين نصوص القانون .

تفصيلاً لما تقدم ذكره ولكي نبين معنى الصياغة التشريعية فسنخصص الفرع الأول لتعريف الصياغة التشريعية ، أما الفرع الثاني فسنبحث فيه عيوب الصياغة التشريعية .

الفرع الأول

تعريف الصياغة التشريعية

لم يتعرض المشرع لتعريف الصياغة التشريعية في القانون العراقي وفي القوانين المقارنة ، والظاهر أن المشرع ترك التعرض لوضع التعريفات اعتماداً على ما يقوم به الفقه في هذا المجال وتجنب وضع تعريف يحدد به عملية صياغة التشريعات⁽¹⁾ ، لكن الفقه تصدى لتعريف الصياغة

(1) على الرغم من قيام مجلس النواب العراقي بإصدار دليل الصياغة التشريعية إلا أنه لم يضمه تعريفاً لهذه الصياغة ، وكذلك قطاع التشريع بوزارة العدل المصرية عندما أصدر دليل جمهورية مصر لإعداد وصياغة مشروعات القوانين قد جاء خالياً من تعريف الصياغة التشريعية . طاهر عيسى والي الشافعي ، مصدر سابق ، ص 123 .

التشريعية حيث عرفت بانها ((الشكل الذي يحقق التطبيق العملي للقاعدة القانونية))⁽¹⁾.

كما عرفت الصياغة التشريعية⁽²⁾ بأنها ((مجموعة الوسائل والقواعد المستخدمة لصياغة الافكار القانونية والأحكام التشريعية بطريقة تيسر تطبيق القانون من الناحية العملية وذلك باستيعاب وقائع الحياة في قوالب لفظية لتحقيق الهدف الذي تنشده السياسة القانونية))⁽³⁾ وعرفت أيضاً بأنها ((فن يتكون من مجموعة من الوسائل المستخدمة لصياغة الافكار القانونية والنصوص التشريعية بطريقة التعاون على تطبيق القانون من الناحية العملية مما يحقق استيعاب متطلبات الحياة في قوالب تشريعية))⁽⁴⁾.

يتضح مما تقدم أن الصياغة التشريعية⁽⁵⁾ (فن يتألف من مجموعة من الوسائل والأدوات التي يستخدمها المشرع في صياغة المادة الأولية التي تتكون منها القواعد القانونية إلى قواعد منضبطة ومحددة قابلة للفهم والتطبيق العملي) .

(1) د. انور سلطان ، المبادئ القانونية العامة ، ط4، دار النهضة العربية ، بيروت ، 1983 ، ص94 .

(2) الصياغة التشريعية تنفرع من الصياغة القانونية حيث ان الصياغة القانونية بصورة عامة هي الاداة التي يجري بمقتضاها نقل التفكير القانوني من الحيز الداخلي إلى الحيز الخارجي ، هي بعبارة بسيطة اداة للتعبير عن فكرة امنة لتصبح هكذا حقيقة اجتماعية يجري التعامل على اساسها .فالصياغة القانونية تشمل الصياغة التشريعية وتشمل صياغة التصرفات القانونية كالعقود ، والعقد يبدأ فكرة في ذهن المتعاقدين وبعد ابداء تلك الفكرة تصاغ بشكل قانوني من قبل احد المتعاقدين او من قبل اهل الخبرة من المحامين وغيرهم من الحقوقيين لمزيد من التفصيل ينظر د. احمد شرف الدين ، اصول الصياغة القانونية للعقد ، القاهرة ، 2008 ، ص15 .د. حسن كيرة ، المدخل إلى القانون ، منشأة المعارف ط4، الاسكندرية ، ص26. طاهر عيسى والي الشافعي ، مصدر سابق ، ص 124 .

(3) د. محمد شريف احمد ، تفسير نظرية النصوص المدنية (دراسة مقارنة) ، مطبعة وزارة الاوقاف والشؤون الدينية ، بغداد ، 1982 ، ص 103 .

(4) ينظر : مجلة العدالة ، وثائق ، سبل تغيير التشريع ، السنة 3، العدد 4 ، ص 472.

(5) ان الصياغة التشريعية باعتبارها فن من الفنون العلمية لابد ان تستند على عناصر معينة تعتبر مقومة لهذه الصياغة وتعد بمثابة اركان لها وهذه العناصر هي : الصائغ التشريعي (المشرع) ، الفاعل القانوني ، وصف الحالة . بينما قسم البعض العناصر إلى الصائغ التشريعي ، المصوغ ، المصوغ به (اللفظ او القالب) . كذلك ذكر فقهاء القانون عدة انواع للصياغة التشريعية ، حيث ان هذه الانواع هي الصياغة الجامدة والصياغة =

ذهب بعض الفقه الفرنسي⁽¹⁾ إلى أن القانون شيء معقد في طبيعته ولا بد من تحليله تحليلاً دقيقاً حتى تتبين ماهيته وعنده أن القانون يشتمل على عنصرين العلم وفن الصياغة، فالعلم بالمعنى الواسع هو المادة التي يستخلصها العقل من طبيعة الروابط الاجتماعية المتطورة ، فالعلم هو المادة والجوهر ، أما الصياغة فهي القالب الذي تصاغ فيه هذه المادة حتى تصبح قابلة للتطبيق العملي فالصياغة هي الشكل والصورة .

فالصياغة التشريعية يتم من خلالها التعبير عن مضمون القاعدة القانونية فهي تمثل الشكل الذي يخرج فيه ومن خلاله جوهر القاعدة القانونية لذا تعد الصياغة عنصراً أساسياً في تكوين وبناء القاعدة القانونية إذ إنها تمنح القاعدة الشكل العملي القابل للفهم ومن ثم التطبيق⁽²⁾.

=المرنة ، ينطبق عليها فيما بعد استعمال الطرق المادية او المعنوية .اما اهم صفات الفن التشريعي هي :1- ان تكون الصياغة شاملة لما يراد تنظيمه حالاً من العلاقات القانونية وإلى ما ينتظر وقوعه في المستقبل .2- ان تكون العبارات دقيقة تقرر حلولاً ثابتة غير متغيرة .3- ان تكون سهلة التطور في المراد منها بان تتوافق مع المراكز المادية . للمزيد ينظر : طاهر عيسى والي الشافعي ، مصدر سابق ، ص 125-137 . امانة فارس حامد ، د. سلام عبد الزهرة عبد الله ، المعايير العامة للصياغة التشريعية (دراسة مقارنة) ، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، المجلد 9 ، العدد 4 ، 2017 ، ص94-95. د. خالد جمال احمد ياسين ، مبادئ الصياغة التشريعية ، بحث منشور في المجلة القانونية ، العدد4 ، البحرين ، 2015 ، ص 21-46 . د. محمد شريف احمد ، مصدر سابق ، ص 104.

(1) رأي الفقيه الفرنسي (geny) ينظر : عبد الرزاق السنهوري ، احمد حشمت ابو ستيت ، اصول القانون او المدخل لدراسة القانون ، مطبعة لجان التأليف والترجمة والنشر ، القاهرة ، 1938 ، ص 71 .

(2) فالجودة تعتمد على استعماله في الاتصال مع بذل اقل قدر ممكن من الجهد من قبل المتلقي او المخاطب به ، وفعالية النص تعتمد على تركه انطباعاً قوياً لدى المتلقي يسهل بلوغ الهدف منه ، أما ملاءمة النص فتعني التوافق بين مقام النص من جهة ووسائل المحافظة على معايير النصية من جهة أخرى، وهكذا ان تحقيق تماسك النص التشريعي يعتمد على فهم كل عبارة مكونة للنص في علاقتها بما يفهم من العبارات الأخرى.أ.م.د . علي احمد حسن اللهبي ، قواعد صياغة النص التشريعي ، مجلة العلوم القانونية ، جامعة بغداد، كلية القانون ، العدد الأول، 2019 ، ص 61-62 .

الفرع الثاني

عيوب الصياغة التشريعية

بعد أن بينا معنى الصياغة التشريعية ، يتضح أن جودة الصياغة يعد عنصر مهم لفهم النص القانوني وتطبيقه ، فالتشريع يخاطب أفراد المجتمع بكل عمومية وتجرد محاولاً تنظيم سلوك الأفراد في المجتمع من خلال الإلزام والجزاء وهذا ما يمتاز به النص التشريعي من غيره من النصوص الأخرى ، لكن ينبغي عند مخاطبة الأفراد الاهتمام بالتماسك في النص بكل معانيه حتى تبقى للنص التشريعي الجودة والفاعلية وملاءمة النص ، إذ ينبغي على المشرع أن يجمع في الصياغة بين دقة التكليف وكمال التحديد للوقائع فكل لبس أو غموض في صياغة القواعد التي تتضمنها النصوص يثير الشك في تفسيرها ، الأمر الذي يؤدي إلى تطبيق القاعدة خلاف للغاية التي أرادها المشرع ، فالصياغة لا بد أن تتم بدقة ووضوح وإيجاز ، فهو ينشئ للقاعدة القانونية معنى ولفظاً⁽¹⁾ ، لكن مهما حاول المشرع أن يجتهد في صياغته للنص التشريعي ، قد يعترضه التعارض أو التناقض في الفاظه وصياغته ، وقد تبثلى نصوصه بالغموض وعدم الدقة ، وقد يشوبها التكرار والخطأ ، بحيث تصبح من الأسباب التي تؤدي إلى تفاقم النصوص وتعييبها ، لذلك سنبيين في هذا الفرع هذه العيوب ، في الفقرات الآتية :

أولاً- التعارض بين النصوص

ينشأ التعارض من انطباق نصين على واقعة ما ، ويقتضي كل منهما لها حكماً يخالف ما يقتضيه الآخر ويبدو التعارض في صورتين ، التعارض الكلي التام والتعارض الجزئي⁽²⁾ .

(1) د. مصطفى محمد الجمال ، النظرية العامة للقانون ، الدار الجامعية ، بيروت ، لبنان ، 1987 ، ص 64-65.

(2) التعارض الكلي او التام او المنطقي (فيقصد به تعارض أحكام قانون حديث مع قانون اخر قديم على نحو يجعل تطبيقهما معا امر مستحيلا كما يستحل التوفيق بينهما) فإذا ما حصلت هذه الصورة من التعارض بين التشريعات المختلفة والمتباينة في الدرجة فان القاعدة العامة تقضي بتغليب التشريع الاقوى وذلك استنادا إلى مبدأ تدرج التشريع ، اما إذا كان هذا التعارض حاصلًا بين تشريعات متساوية في قوتها فانه يصار إلى اعمال قاعدة اللاحق ينسخ السابق كون القانون القديم يعد منسوخاً ضمناً عن طريق القانون الحديث . اما التعارض الجزئي (فيقصد به التعارض بين أحكام القانونين وعندئذ يجب التوفيق قدر المستطاع بين النصين ، كان يكون احد النصين =

يعد التعارض من العيوب التي تؤدي إلى تفاقم النصوص القانونية ، ويظهر بشكل واضح عند تطبيق القانون ، فيجد القاضي أن التشريع يتضمن نصين أحدهما لا يتفق مع الآخر من حيث المضمون وقد يقع التعارض بين تشريعات مختلفة أو بين نصين في تشريع واحد . فقد يحدث بين نص عام ونص خاص أو بين مطلق والمقيد ، مثلاً نص المشرع في المادة (106) من القانون المدني العراقي على ((سن الرشد هي ثماني عشرة سنة كاملة)) . والمواد الأخرى التي تطابقها في التشريعات في اعتبارات كمال الأهلية وسن الرشد بتمام الثامنة عشر ، فهذا النص جاء بصيغة عامة ، لكن جاء المشرع العراقي في قانون رعاية القاصرين⁽¹⁾ ونص في المادة (1/3) على ((... ويعتبر من أكمل الخامسة عشرة وتزوج بإذن المحكمة كامل الأهلية)) فهذا النص أخرج من عموم المادة (106) ، أما القانون المدني المصري فقد نص المشرع في المادة (2/44) على ((2- وسن الرشد هي احدى وعشرون سنة ميلادية كاملة)) ونص المشرع المصري من قانون الولاية على المال⁽²⁾ في المادة (60) على ((إذا إذنت المحكمة في زواج القاصر الذي له المال كان ذلك إذنا له في التصرف في المهر والنفقة ما لم تأمر المحكمة بغير ذلك عند الإذن او في قرار لاحق))⁽³⁾ ، فهذا النص أخرج من عموم المادة (2/44) . كذلك ما نص عليه المشرع في المادة (2/930)

=يشمل بعض التصرفات القانونية او بعض الوقائع في حين ان حكم النص الاخر يشمل الوقائع الاخرى غير تلك الوقائع التي كان النص الأول قد شملها ، والا لا بد من تغليب احد النصوص المتعارضة على الاخر فيحصل الالغاء الضمني فقط على الأحكام الواردة في القانون القديم والتي يثبت تعارضها مع القانون الحديث والعلة من هذا الالغاء ، بما ان المشرع كان قد اظهر من خلال النصوص المتعارضة رغبتين متناقضتين فيصار إلى العمل برغبته الجديدة) وان التعارض الجزئي يحصل عندما يكون احد النصين عاما وثانيهما خاصا او عندما يكون احدهم مطلق والآخر مقيداً . د. حسن كيرة ، مصدر سابق ، ص333 . احمد محمد علي الحريثي ، قواعد تفسير النصوص القانونية بين الفقه والقانون وأحكام القضاء ، دار السنهوري ، بيروت ، 2020 ، ص 75 . د. محمد كامل المرسي، وآخرون ، اصول القوانين ، المطبعة الرحمانية ، مصر ، 1923 ، ص258 . د.محمد شريف احمد ، مصدر سابق ، ص 136 .

(1) قانون رعاية القاصرين رقم (78) لسنة 1980 المعدل .

(2) قانون الولاية على المال رقم (119) لسنة 1952 .

(3) ان كلا المشرعين العراقي والمصري أجازا استثناء منح الأهلية للقاصر المتزوج للتصرف في ماله رغم عدم بلوغه سن الرشد، عمر القاصر المتزوج يقل عن سن الرشد بثلاث سنوات في كلا القانونين. ففي القانون العراقي يجب إكمال (15) من العمر بينما سن الرشد هو إكمال (18) سنة، أما في القانون المصري فيجب =

من القانون المدني العراقي على انه ((ويشترط ان يكون الوكيل عاقلاً مميزاً ولا يشترط ان يكون بالغاً فيصح ان يكون الصبي المميز وكيلاً ، وان لم يكن ماذوناً)) ، هذه المادة باعتبار عمومها تجيز توكيل غير البالغ إذا كان عاقلاً مميزاً أيّاً كان التصرف الموكل فيه ونوعه ، وهذا ما يتعارض مع نص المادة (196) من قانون التسجيل العقاري التي تشترط كمال الأهلية في كل من الموكل والوكيل حيث تنص على ((يشترط ان يكون الموكل والوكيل كاملين الاهلية)) ولحل هذا التعارض يرجح العمل بالحكم الوارد في قانون التسجيل العقاري كونه نصاً خاصاً على العمل بالحكم العام (1). أما القانون المدني المصري⁽²⁾ فقد خلا من النص على جواز توكيل الصبي المميز حيث تطبق القواعد العامة بالنسبة الى الأهلية المطلوبة⁽³⁾.

=كمال (18) من العمر في حين سن الرشد هو إكمال (21) سنة، كلا المشرعين اتفقا على عدم تمتع القاصر المتزوج بهذه الخصوصية إلا إذا كان زواجه بإذن من المحكمة، أجاز المشرع المصري للقاصر أهلية التصرف في النفقة والمهر فقط، بينما نظيره العراقي لم يقتصر أهليته ضمن النفقة والمهر وإنما أعطته الحرية في إجراء التصرفات القانونية حسب رأي أغلبية الفقهاء والباحثين، لان النص الذي أورده المشرع العراقي في المادة الثالثة من قانون رعاية القاصرين جاء مطلق والقاعدة تقضي ان المطلق يجر على اطلاقه ، كما ان قانون رعاية القاصرين صدر بهدف تنظيم المعاملات المالية للقاصر وليس المسائل الشخصية . وهناك رأي آخر يرى ان القاصر المتزوج بإذن المحكمة هو كامل الاهلية في مسائل الاحوال الشخصية فقط حيث ذهبت محكمة استئناف بغداد (الرصافة) في احد قراراتها ذي العدد (2000/هـ/1609) بتاريخ 2000/9/6، الذي جاء فيه ما نصه ((... ان المميز (أ) في الخامسة عشر من عمره يعد بالغاً فيما يتعلق بالاحوال الشخصية ، أما فيما يتعلق بالقضايا المالية والتجارية فانه لا يزال قاصراً...)). ينظر : اكرم زاده الكوردي ، أحكام القاصر الماذون والمتزوج في القانون العراقي والمصري ، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية ، المجلد 13 ، العدد الأول ، 2020 ، ص 30. القاضي ناصر عمران ، القاصر المتزوج بإذن المحكمة بين الحماية القانونية والمسؤولية المدنية ، مقال منشور على موقع مجلس القضاء الاعلى ، تاريخ النشر 2017/4/24، تمت الزيارة 2022/12/11 في الساعة الثامنة مساءً.

(1) د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، مصدر سابق ، ص 291 .

(2) أما القانون المدني الفرنسي فقد أجازت المادة (1990) المعدلة منه بان يكون الوكيل قاصراً غير ماذون.

(3) ان المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري كان قد اشتمل على نص هو نص المادة (2/974) منه الذي جاء فيه (اما الوكيل فيكفي فيه ان يكون قادراً على التمييز... الخ) لكن لجنة المراجعة حذف هذا النص باعتباره من القواعد العامة ، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المصري ، ج5 ، مطابع مدكور ، القاهرة ، بلا تاريخ ، ص 189.

من أمثلة النص المطلق والمقيد المادة (1/558) من القانون المدني العراقي التي نصت على ((إذا ظهر بالمبيع عيب قديم كان المشتري مخيراً إن شاء رده وان شاء قبله بثمنه المسمى)) بينما نص في المادة (559) من القانون المدني العراقي على ((لا يضمن البائع عيباً قديماً كان المشتري يعرفه او كان يستطيع ان يتبينه لو انه فحص المبيع بما ينبغي من العناية ، الا إذا ثبت ان البائع قد اكد له خلو المبيع من هذا العيب او اخفى العيب غشاً منه)) فالحكم الأول يتعلق بوجود عيب قديم سواء أكان المشتري يعرف بهذا العيب أم يجهله وهو حكم مطلق ، بينما الحكم الثاني قيد الحكم بمعرفة العيب القديم من قبل المشتري (1)، وهنا يتم ترجيح الثاني على الأول حيث عالج المشرع العراقي هذا الموضوع في نص المادة (160) من القانون المدني والتي نصت على ((المطلق يجري على اطلاقه إذا لم يقدّم دليل التقييد نصاً او دلالة))، وتقابل هذه النصوص ما عدا المادة (160) في القانون المدني المصري المواد (447-448) (2).

إن إمكانية إيجاد الحل في الحالات السابقة حالة أن يقيد العام بالخاص والمطلق بالمقيد ليس كافياً فكثرة مثل هذه الاستثناءات التشريعية تعتبر مشكلة تواجه القاضي وتؤدي بالنتيجة إلى تفاقم النصوص، إلا ان هنالك نوع آخر من التعارض بين النصوص التشريعية ومن أمثلة ذلك هو ما أوجده المشرع العراقي من تعارض بين المادة (750) من القانون المدني والتي نصت على ((1- على المؤجر اصلاح وترميم ما حدث من خلل في المأجور ادى إلى اخلال في المنفعة المقصودة منه . 2- إذا امتنع المؤجر من الترميم ، كان للمستأجر ان يفسخ الاجارة او ان يقوم بالترميم بإذن

(1) د. محمد شريف احمد ، مصدر سابق ، ص 141 .

(2) نصت المادة (447) على ((1-يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي تكفل للمشتري وجودها فيه ، أو إذا كان المبيع عيب ينقص من قيمته أو من نفعه بحب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء ، أو الغرض الذي أعد له ، ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالمياً بوجوده . 2- ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع أو كان يستطيع ان يتبينها بنفسه لو انه فحص المبيع بعناية الرجل العادي ، إلا إذا أثبت المشتري ان البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب ، أو أثبت ان البائع قد تعمد إخفاء العيب غشاً.)) ونصت المادة (448) على ((لا يضمن البائع عيباً جري العرف علي التسامح فيه.)) اما القانون المدني الفرنسي فقد نص في المادة (1641) على ((ان البائع ملزم بضمان عيوب المبيع الخفية التي تجعله غير صالح للاستعمال في ما اعد له او التي تنقص فعلياً الاستعمال إلى حد ان المشتري لما كان اشتراه او لا اشتراه بسعر اقل لو علم بوجودها)).

من المحكمة، ويرجع على المؤجر بما صرف بالقدر المعروف)) والمادة (2/751) من القانون المدني العراقي والتي نصت على ((...2- اما إذا اصبح في حالة لا يصلح معها للانتفاع الذي اجر من اجله او نقص هذا الانتفاع نقصاً كبيراً ، ولم يكن للمستأجر يد في شيء من ذلك جاز له إذا لم يقم المؤجر في ميعاد مناسب بإعادة المأجور إلى الحالة التي كان عليها ان يطلب اما نقص الاجرة او فسخ الاجارة)) إذ أوجبت المادة (750) على المؤجر القيام بصيانة العين المؤجرة في حالة وجود خلل يتعارض مع ما للمستأجر من حق في الانتفاع، بينما أعفت الفقرة الثانية من المادة (751) المؤجر من واجب الصيانة إذا حدث في العين المؤجرة هلاك جزئي، ومن المعلوم ان الهلاك الجزئي فيه معنى الخلل في المأجور وفق المادة (750) فكان المشرع ألزم المؤجر بالصيانة في مادة وإعفاء في مادة أخرى من الصيانة، وهو ما يؤدي إلى التعارض بين النصوص، وكان الأولى بالمشرع العراقي لإزالة التعارض الحاصل بين المادتين تحديد درجة الهلاك الجزئي بالجسيم الذي يأخذ حكم الهلاك الكلي⁽¹⁾. بينما يلاحظ أن المشرع المصري بموجب المادة (2/569) من القانون المدني قد نص على ((...2- ما إذا كان هلاك العين جزئياً ، أو إذا أصبحت العين في حالة لا تصلح معها للانتفاع الذي أوجرت من اجله ، أو نقص هذا الانتفاع نقصاً كبيراً أو لم يكن للمستأجر يد في شيء من ذلك ، فيجوز له ، إذا لم يقم المؤجر في ميعاد مناسب بإعادة العين إلى الحالة التي كانت عليها ان يطلب تبعاً للظروف أما انقاص الأجرة أو فسخ الإيجار ذاته دون إخلال بما له من حق في ان يقوم بنفسه بتنفيذ الالتزام المؤجر وفقاً لأحكام المادة السابقة)) ويفهم مما تقدم من هذا النص إشارته الواضحة إلى الهلاك الجزئي بصورة لا تقبل تأويل ، وكان صياغة المشرع المصري في قانونه المدني أفضل صياغة من المشرع العراقي في قانونه المدني فيما يتعلق بالصيانة والهلاك الجزئي.

كذلك ما أوجده المشرع العراقي من تعارض بين المادة (2/136) والمادة (2/944) من القانون المدني حيث حدد في المادة الأولى للعقد الموقوف مدة معينة يجب فيها استعمال خيار الإجازة أو النقص فإذا لم يصدر في هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد اعتبر العقد نافذاً ، بينما أجازت المادة (2/944) للغير تحديد ميعاد مناسب يجيز فيه للموكل التعاقد ، فإذا لم تصدر الإجازة

(1) د. عبد الكريم صالح عبد الكريم ، وآخرون ، مصدر سابق ، ص 160 .

في هذا الميعاد، فإنه يتحلل من العقد⁽¹⁾. أما بالنسبة إلى موقف المشرع المصري فلم يأخذ بفكرة العقد الموقوف.

مثال آخر ما نصت عليه المادة (1/134) من القانون المدني العراقي ((١ - إذا انعقد العقد موقوفاً لحجر أو اكراه أو غلط أو تغرير جاز للعاقدين ان ينقض العقد بعد زوال الحجر أو ارتفاع الاكراه أو تبين الغلط أو انكشاف التغرير كما ان له ان يجيزه، فإذا نقضه كان له ان ينقض تصرفات من انتقلت اليه العين وان يستردها حيث وجدها وان تداولتها الأيدي فان هلكت العين في يد من انتقلت اليه ضمن قيمتها)) وهذا يعني أنه لو قام شخص ببيع شيء مملوك للغير و باعه المشتري بدوره إلى شخص آخر وتوالت البيوع واستقر الشيء في حيازة شخص حسن النية أو سيء النية، فلمالك الشيء الحق في أن ينقض جميع التصرفات التي تمت على الشيء المملوك وله أن يسترده حيث وجده وان تداولته الأيدي ، وفي الوقت الذي نجد فيه ان المشرع من خلال هذا النص قد وجد ان العدل يقتضي الانتصار لمالك الشيء إذ له أن يسترد ملكه ولو كان من يحوز الشيء حسن النية ، فان هذا النص يتعارض مع ما قضت به المادة (1163) مدني عراقي التي نصت على انه ((١ - من حاز وهو حسن النية منقولاً أو سنداً لحامله مستنداً في حيازته إلى سبب صحيح فلا تسمع عليه دعوى الملك من احد. 2-والحيازة بذاتها قرينة على توافر حسن النية ووجود السبب صحيح ، ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك))، التي تبين أن حائز المنقول هو المالك الفعلي له ، وهنا يثور التساؤل أي من النصين يعد عاماً بالنسبة إلى الآخر؟ نص المادة (١٣٤) لكونه ورد ضمن القواعد العامة المنظمة لنظرية الإلتزام بما فيها نظرية العقد، ومن ثم فان المادة (1163) تعد نصاً خاصاً يستوجب تطبيقه عند التعارض، أم ان المادة (1163) تعد نصاً عاماً ينظم المبدأ العام الذي يحكم الحيازة في المنقول بحسن نية وبسبب صحيح، ومن ثم فان المادة (١٣٤) تعد نصاً خاصاً ينظم حالة خاصة من حالات الحيازة وبالتالي تعد استثناءً من الأصل،

(1) نصت المادة (136) من القانون المدني العراقي على ((.... 2 - ويجب ان يستعمل خيار الاجازة او النقص خلال ثلاثة اشهر فإذا لم يصدر في هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد اعتبر العقد نافذا.)) بينما نصت المادة (944) من القانون المدني العراقي على ((1 - إذا تعاقد الوكيل مع الغير باسم الموكل ولكن جاوز في تعاقد حدود الوكالة او عمل احد دون توكيل اصلاً، فان نفاذ العقد في حق الموكل يبقى موقوفاً عن اجازته. 2 - ويجوز لهذا الغير ان يحدد للموكل ميعاداً مناسباً يجيز فيه التعاقد، فان لم تصدر الاجازة في هذا الميعاد، تحلل من العقد)).

شأنها شأن المادة (1164) التي نص المشرع فيها صراحة على انها استثناء من أحكام المادة السابقة، حيث نصت على انه ((استثناء من أحكام المادة السابقة ، يجوز لمالك المنقول او السند لحامله إذا كان قد اضاعه او خرج من يده بسرقة او غصب أو خيانة امانة ان يسترده ممن يكون حائزاً له بحسن نية وبسبب صحيح في خلال ثلاثة سنوات من وقت الضياع او السرقة او الغصب او خيانة الامانة)) . فالمشرع لم يعتبر الحائز بحسن نية مالكاً فعلياً إلا بعد ثلاث سنوات من وقت السرقة او الضياع او خيانة الأمانة او الغصب، ولكن لم يحدد وقت محدد لرفع الدعوى بموجب المادة (134) ، بل جعل المدة مفتوحة للمالك الذي يخرج المنقول من تحت يده مع وجود رضا صادر منه ولكن هذا الرضا كان معيباً، مع أن الحالة الأولى اخطر من الحالة الثانية ، وهذا هو عيب في موقف المشرع العراقي⁽¹⁾ لذلك نقترح على المشرع العراقي إزالة التعارض بين المادة (134) والمادة (1163) وذلك بجعل المادة (134) تختص بالتصرفات العقارية والمنقولات التي لا تنطبق قاعدة المادة (1163) بشأنها، أما بالنسبة إلى موقف المشرع المصري فقد اعتنق فكرة العقد القابل للإبطال ولم يأخذ بفكرة العقد الموقوف .

لحل هذا التعارض يأتي دور القاضي لينظر إلى المصالح التي سيرها جديرة بالرعاية، ولتحقيق المصلحة الأجدر بالرعاية لابد ان مطبق القانون يسعى لتحقيق العدالة، لكن للعدالة وجوه كثيرة، وقد يختلف إثتان في مدى تحققها في الحالة الواحدة، لا سيما لو كانت المصالح المتعارضة بين الأطراف جميعها واجبة الرعاية ، فيأتي دور القانون من خلال فرضياته وأحكامه ، وكذلك القاضي من خلال تكييفه وتحليله ثم قراره ، في فحص المصلحة الأولى بالرعاية فيسعى إلى تحقيقها على حساب الأخرى⁽²⁾ .

(1) د. عبد الكريم صالح عبد الكريم ، وآخرون ، مصدر سابق ، ص166 . د.محمد سليمان الاحمد ، خواطر مدنية

(افكار و آراء في القانون المدني) ، مؤسسة حمدي للطباعة والنشر، السليمانية ، 2009 ، ص426-428 .

(2) د. محمد سليمان الاحمد ، المصدر السابق ، ص 425-426 .

ثانياً- غموض النصوص

الغموض هو ألا يكون النص واضحاً ويكون ذلك من خلال استخدام الألفاظ بطريقة لا تحمل معنى أو تطبيق واضح او عندما تحتوي العبارة على أكثر من معنى واحد⁽¹⁾، وعرف الغموض بأنه لفظ او (كلام) لا تكون دلالاته على المعنى او (الحكم) المراد واضحة⁽²⁾، وتتعدد الأسباب التي تؤدي إلى غموض النص⁽³⁾، لكن سنشير إلى أهم الأسباب التي تؤدي إلى الغموض ومن ثم تكون سبباً لتفاقم النصوص :

1- أسلوب صياغة النص القانوني ، حيث تكون العبارة مصاغة بأسلوب معقد في الفاظه وتركيبه تؤدي إلى عدم فهم النص القانوني ، فيستشعر المشرع هذا الغموض في العبارة ويقوم بإدراج عبارة اخرى لشرح المقصود من العبارة الغامضة هذا الأسلوب سوف يؤدي إلى تفاقم النصوص كان من الممكن تلافيه لو أن المشرع استخدم عبارة واضحة للقارئ دون حاجة إلى زيادة في الإيضاح ، ومثال ذلك المادة (1/117) من القانون المدني العراقي حيث نصت على ((1 - إذا وقع غلط في محل العقد وكان مسمى ومشارا اليه فان اختلف الجنس تعلق بالمسمى وبطل لانعدامه، وان اتحد الجنس واختلف الوصف فان كان الوصف مرغوبا فيه تعلق العقد بالمشار اليه وينعقد لوجوده الا انه يكون موقوفا على اجازة العقاد)) فنتيجة غموض هذه الفقرة اتجه المشرع إلى ايضاحها بذكر أمثلة يمكن من خلالها للقارئ غير المتخصص أن يفهمها ، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة أعلاه على ((2 - فإذا بيع هذا الفص على انه ياقوت فإذا هو زجاج بطل البيع، ولو بيع هذا الفص ليلا على انه ياقوت

(1) The Florida Senate , manual for drafting legislation , office of bill drafting services , sixth edition , 2009 , p.10.

(2) د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، مصدر سابق ، ص 531.

(3) الغموض الناتج عن الخلل في الصياغة بحيث يترتب عليه اختلال عنصر التعبير والخلل قد يكون في صورة خطأ او نقص ، والغموض الناتج عن السياسة التشريعية التي ينتهجها المشرع عند صياغة النص ، والغموض الناتج عن القصور في اللغة والتعبير ، للمزيد ينظر في ذلك محمد د. محمد شريف أحمد، ، مصدر سابق، ص ١٠٣. د. عصمت عبدالمجيد بكر، مشكلات التشريع، ط1، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2014 ، ص ٢١٢ وما بعدها. زينة عبد الحكيم عبد الرضا ، مصدر سابق ، ص 36 .

احمر فظهر اصفر او بيعت البقرة على انها حلوب فظهرت غير حلوب يكون البيع موقوفا على اجازة المشتري)) اما في القانون المدني المصري فلا توجد مادة مقابلة لها .

2- إيراد كلمات في النص القانوني زائدة او مواد قانونية متعددة كان من الممكن جمعها في مادة واحدة وبفقرات متعددة وباقتضاب ووضوح لتجنب تفاقم النصوص ، ومثال ذلك بخصوص ركن المحل⁽¹⁾، فقد خصص القانون المدني المواد (١٢٦ - ١٣٠) لمعالجة المحل، ولكن القارئ عندما يقرأ تلك المواد يشعر كان المشرع عالج المحل كركن من الالتزام وليس كركن في العقد، فقد نصت المادة (١٢٦) على انه ((لا بد لكل التزام ينشأ عن العقد من محل يضاف إليه...))، وكذلك تنص المادة (١٢٧) منه ((1- إذا كان محل الالتزام مستحيلا استحالة مطلقة كان العقد باطلاً))، كذلك تنص المادة (١٢٨) مدني أيضاً على أنه ((1- يلتزم ان يكون محل الالتزام معيناً معيناً نافعياً للجهة الفاحشة...)) وكما تنص المادة (١٢٩) منه على انه ((1- يجوز ان يكون محل الالتزام معدوماً وقت التعاقد إذا كان ممكن الحصول في المستقبل...)) وكذلك تنص المادة (١٣٠) مدني أيضاً على انه ((1- يلزم ان يكون محل الالتزام غير ممنوع قانوناً ولا مخالفاً للنظام العام والآداب...))، إن المشرع العراقي يبدو من خلال هذه المواد عالج المحل كركن في الالتزام⁽²⁾، حيث إن عدم

(1) د. تحسين حمد سمايل ، التفاقم السلبي في نصوص القانون المدني العراقي واليات علاجه، وقائع مؤتمر الدولي الثالث للقضايا القانونية ، جامعة ايشك ، كلية القانون، اربيل، 2018 ، ص 251 .

(2) ان قانون العقود الفرنسي الجديد قد عمد إلى التخلي عن ركني المحل والسبب، وقام بتعويضهما بتسمية جديدة هي مضمون العقد وفق المادة (1128) تنص على انه ((يكون ضروريا لصحة العقد :1- رضاء الاطراف المتعاقدين 2- اهليتهم للتعاقد 3- مضمون مشروع ومؤكد)) ، والتي تتمثل أساسا في مجموعة البنود التعاقدية المتفق عليها في العقد، والتي يجب ان تكون مؤكدة ومشروعة، يحددها أطراف العقد وفق مبدأ الحرية التعاقدية، ووفق مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ، وفي حالة نقص هذه البنود أو غموضها، فان مضمون العقد يتحدد ليس بما اتفق عليه الأطراف فحسب، وانما وفقا لما تقتضيه أحكام القانون والعرف والعدالة، عن طريق ما يعرف بتكملة القاضي للعقد . حيث يلاحظ ان هدف المشرع الفرنسي من وراء تخليه عن ركني المحل والسبب، وتعويضهما بركن مضمون العقد هو هدف اقتصادي، غايته توحيد قانونه المدني مع قوانين الاتحاد الأوروبي. للمزيد ينظر : غفران محبوب ، واخرون ، مضمون العقد بديل لركني المحل والسبب في قانون العقود الفرنسي الجديد ، مجلد صوت القانون ، المجلد الثامن ، 2022، ص460-461 .

وضوح قصد المشرع قد أدى إلى الاختلاف في الرأي بين الفقهاء⁽¹⁾، ولم يحسم بعد هذا الموضوع من قبلهم ، هذا من ناحية ؛ ومن ناحية أخرى فلا حاجة لكل تلك المواد، حيث أدى إلى تضخم في القانون المدني وكان بالأمكان جمعها في مادة واحدة مكونة من عدة فقرات. كذلك حال موقف المشرع المصري فقد خصص القانون المدني المواد (131) - (135) لمعالجة المحل⁽²⁾.

ثالثاً- التناقض بين النصوص

التناقض⁽³⁾ هو ((اختلاف الجملتين بالنفي والاثبات اختلافاً يلزم منه لذاته كون أحدهما صادقة

(1) ففي نظرية العقد خلاف فقهي حول ما إذا كان الأمر يتعلق بمحل الالتزام، أو بمحل العقد، أو ان المحل يتعلق بالالتزام دون العقد؟ وانقسم الفقه بخصوص ذلك إلى فريقين، فريق يرى انه لا بد من التمييز بين محل العقد ومحل الالتزام ، فمحل العقد حسب هؤلاء يتمثل في العملية القانونية التي تراضا الطرفان على تحقيقها، كعملية البيع أو انشاء شركة، أو انتهاء دين. بينما يرى فريق آخر ان العبرة هي بمحل الالتزام لا بمحل العقد ، لان العقد ليس له في الحقيقة محل، بل يرتب آثار تتمثل في انشاء التزامات وهذه الالتزامات هي التي لها محل والذي يجب ان يكون ممكناً، معيناً، ومشروع . ينظر: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، 2015، 408. محمد حسن قاسم، القانون المدني، الالتزامات، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، 2018، ص 316، محمد عرفان الخطيب، نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث، الاعتبار الموضوعي، الجزء الثاني، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة السادسة، العدد الثاني، 2018، ص 360. - علي فيلالي، الالتزامات، النظرة العامة للعقد، الطبعة الثالثة، 2013، ص 235 .

(2) نصت المادة (131) على أنه ((1- يجوز ان يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً.)) والمادة (132) نصت على أنه ((إذا كان محل الالتزام مستقبلاً في ذاته ، وجب ان يكون معيناً بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلاً.)) والمادة (133) نصت على أنه ((1- إذا لم يكن محل الإلتزام معيناً بذاته ،وجب ان يكون معيناً بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلاً.)) والمادة (134) نصت على أنه ((إذا كان محل التزام نقوداً ،التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد ...)) والمادة (135) نصت على أنه ((إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً.))

(3) ان المعنى اللغوي من نقض وله معاني عديدة ابرزها هدم الشيء كالبناء والعقد ، ومخالفة شيء اخر صحيح ، بمعنى يوجد شيء سابق تم اقراره ثم نقوم بمخالفته. سه ركه وت سليمان عمر، مصدر سابق ، ص 39 .

والأخرى كإذبة⁽¹⁾ . أو هو ((اختلاف القضيتين بالإيجاب والسلب بحيث يقتضي لذاته صدق أحدهما وكذب الأخرى))⁽²⁾ والمناقضة في الكلام: التخالف، وأصله التخالف. نفيًا أو إثباتًا من النقيضين، فإن النقيضتين كل قضيتين من صدقت أحدهما كذبت الأخرى والنقيضتان لا تجتمعان، ولا ترتفعان، كقولك زيد قائم، زيد ليس بقائم، مع اتحاد جهات مذكورة في غير هذا⁽³⁾ . فالتناقض بين النصوص في القانون يكون بين حكمين مختلفين في قاعدتين قانونيتين مختلفتين⁽⁴⁾ .

فمن التناقض الذي أثاره المشرع العراقي ما ذهب إليه في المادة (1/186) من القانون المدني من أنه ((إذا أتلّف أحد مال غيره أو انقص قيمته مباشرة أو تسبباً يكون ضامناً إذا كان في إحداثه هذا الضرر قد تعمد أو تعدى))، ثم جاء المشرع ونص في المادة (1/191) من القانون المدني العراقي على أنه ((إذا أتلّف صبي مميز أو غير مميز أو من في حكمهما مال غيره لزمه الضمان في ماله)) فالتناقض واضح في هذين النصين⁽⁵⁾ ، فالمشرع العراقي اشترط التعمد والتعدي (الخطأ) لثبوت المسؤولية على الفاعل في المادة (186)، فالتعمد يقتضي الإدراك ، فغير المميز لا يمكن القول أنه يملك ادراك، في حين انه جعل من عديم التمييز مسؤولاً في كل الأحوال ودون اعتبار لعنصر الإدراك والتمييز (دون خطأ) ، أي اكتفى بالفعل الضار وذلك في المادة (191)، فهذا تناقض⁽⁶⁾ في مسلك المشرع فهو – أي المشرع- كانه قد حاسب كامل الأهلية محاسبة أخف من

(1) الكوفي ، ايوب بن موسى الحسيني القريمي الكوفي ، الكليات ، المطبعة العامرة ، 1864 ، ص 126 .

(2) محمد بن علي التهانوي الهندي ، كشاف اصطلاحات الفنون ، المجلد 2 ، 1862 ، ص 1313 .

(3) الشيخ احمد بن يوسف بن عبد الدائم المعروف بالسمين الحلبي ، عمدة الحفاظ في تفسير اشرف الالفاظ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ج4 ، 1996 ، ص 214 .

(4) ان النقيض ليس بمعنى الضد ولكنها هو الفعل الذي به يجعل الوصف مضاد للوصف السابق فهو يرد على الحال الفعلي وليس على الحال الوصفي : ينظر : عباس علي العلي ، مفهوم التناقض والتضاد ، مقال منشور على الموقع الالكتروني <https://www.ahewar.org> ، تاريخ الزيارة 2022/8/2 . د. تحسين حمد سمايل ، مصدر سابق ، ص 253 .

(5) د. عبد المجيد الحكيم ، وآخرون ، مصدر سابق ، ص 219 . د. عبد المنعم البدر اوي ، اصول القانون المدني المقارن ، ط2، القاهرة، 1970 ، ص 190-191 .

(6) هناك اتجاه فقهي ذهب إلى تبرير موقف المشرع العراقي إلى انه التناقض الموجود يمكن رفعه عن طريق الجمع بين نصوص القانون المدني العراقي التي عرضت لأحكام المسؤولية التقصيرية ذلك كلاً من المادة(186) والمادة (204) من القانون المدني العراقي إذا كانت تشترط التعدي لترتيب المسؤولية التقصيرية فان أيًا من =

معاملة عديم الأهلية ، فظاهر النص يوحي بان غير المميز يسأل وان لم تثبت وجود خطأ صدر منه بخلافه كامل الاهلية نشترط وجود ركن الخطأ⁽¹⁾، ولعل سبب هذا التناقض أن المشرع العراقي أراد مجازاة الفقه الإسلامي خلافاً للقانون المدني المصري الذي جاء متأثراً بالقانون المدني الفرنسي⁽²⁾.

=المادة (191) والمادة (202) التي حكمت الافعال غير المشروعة التي تقع على النفس لم تشترطه ، فأتجه إلى بيان ان الخطأ التقصيري هو الاخلال بالتزام قانوني يقتضي الحيطة واليقظة في السلوك ابتغاء عدم الاضرار بالغير ويبدو في صورة انحراف عن سلوك الشخص المعتاد المحاط بنفس ظروف الفاعل الخارجية سواء كان اخلالاً متعمداً او غير متعمد وسواء صدر من مميز او عديم التمييز ، رأي : د. عبد المجيد الحكيم ، وآخرون ، مصدر سابق ، ص219-220 .

⁽¹⁾ هناك اتجاه فقهي جعل مسؤولية غير المميز تقوم على الضرر، حيث انه إذا لم يكن قادراً على ارتكاب الخطأ فانه يستطيع احداث الضرر وبالتالي مسؤوليته موضوعية تدور مع الضرر، وليس الخطأ الذي يتطلب لتحقيقه توفر عنصري التعدي والادراك واستدل اصحاب هذا الاتجاه بنص المادة (2/191) التي تحدثت عن الضمان وليس المسؤولية ومن ثم الحكم بالتعويض فيها على أساس الضمان الذي محوره الضرر وليس الخطأ . د . فرهاد حاتم حسين ، عوارض المسؤولية المدنية (دراسة تحليلية مقارنة) ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2014 ، ص 145 .

⁽²⁾ لقد كان القانون الفرنسي لحقبة طويلة من الزمن يأخذ بمبدأ عدم مسؤولية عديم التمييز، سواء في ظل القانون القديم أو قانون نابليون، وكان الفقه والقضاء يلجان إلى القواعد العامة المنصوص عليها في المواد (١٣٨٢، ١٣٨٣، ١٣٨٤) التي لا يسأل عديم التمييز بمقتضاها، إذ هي تستلزم الخطأ، وظل الوضع على هذا الحال حتى صدر القانون رقم ٦٨-٥ الصادر في ٣ يناير ١٩٦٨، الذي تعدلت بمقتضاه المادة (٢/٤٨٩) بحيث يلتزم المختل عقلياً البالغ سن الرشد بتعويض الأضرار التي يحدثها للآخرين. وعلى الرغم من ان هذا النص قد ورد في الباب الخاص بحماية المرضى المختلين عقلياً، مع انه ينبغي ان يكون في موضعه المناسب وهو باب المسؤولية، فضلاً عن ضرورة اتساع النص ليشمل جميع حالات انعدام التمييز، بحيث تتحدد مسؤوليتهم عن أفعالهم الضارة، وبالإمكان ان يكون هناك بند خاص في الميزانية لتعويض هذه الأضرار. للمزيد ينظر : د . أحمد محمد عبد الرحيم ، الأساس القانوني لمسؤولية عديم التمييز دراسة مقارنة بين التشريع المدني الفرنسي والتشريع المدني المصري ، بحث منشور في مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات ، المجلد السادس ، العدد الثاني والثلاثين ، الإسكندرية ، 2016 ، ص 250 .

فقد أشارت المادة (1/164) من القانون المدني المصري ⁽¹⁾ إلى ضرورة توفر التمييز لدى فاعل الفعل الضار لكي تنهض مسؤوليته المدنية ، لأن الخطأ يقوم على العنصرين المادي والمعنوي ، وان انتفاء أي من هذين العنصرين معناه انتفاء الخطأ ومن ثم انتفاء المسؤولية المدنية ، وهذا مما يجعل عديم التمييز غير مسؤول عن فعله الضار استناداً إلى القاعدة العامة ⁽²⁾.

صفوة القول ان المشرع العراقي قد وقع في تناقض لأنه أورد المادة (1/191) ضمن النصوص التي تعالج المسؤولية التقصيرية عن الأعمال الشخصية وهذه المسؤولية تتطلب أركان ثلاثة خطأ وضرر ورابطة سببية بين الخطأ والضرر، والخطأ يقوم على عنصرين العنصر المادي (الإخلال او التعدي) والعنصر المعنوي (الإدراك او التمييز)، بينما غير المميز انتقت لديه احدى عناصر الخطأ وهو التمييز او الادراك ، ومع ذلك جعله المشرع مسؤول ، ومن ثم فانه قد حاسب كامل الاهلية حيث تطلب منه الإخلال والإدراك محاسبة اخف من عديم الأهلية الذي تطلب منه الإخلال فقط فمثل هذه الصياغة ادت إلى تفاقم نص المادة (1/191) من القانون المدني العراقي، ولهذا نقترح على المشرع العراقي إزالة التناقض من خلال إلغاء عنصر الإدراك في الخطأ الذي يستتشف من المادة (2/186) والاكتماء بعنصر الإخلال في الخطأ.

كذلك نجد ، ما ذهب إليه المشرع العراقي في المادة (68) من القانون المدني التي نصت على أن ((١- الحقوق العينية الأصلية هي حق الملكية وحق التصرف وحق العقر وحقوق المنفعة والاستعمال وحق الاجارة الطويلة)) فلا اشكال في تلك الحقوق التي أوردتها تلك المادة باعتبارها حقوق عينية ما عدا حق الاجارة الطويلة، والسؤال الذي يطرح نفسه، هل ان هذا الحق يعد من الحقوق العينية؟ فالمادة (68) من القانون المدني، جعلت من الإجارة الطويلة حقاً عينياً بنص قانوني صريح، والتناقض تكمن في ان مفهوم المخالفة لهذا الحق هو عقد الإيجار الذي لا يدخل ضمن نطاق الحقوق العينية؛ لان الحقوق العينية وردت على سبيل الحصر وليس على سبيل المثال، إذ اعتبر المشرع عقد الإيجار من الحقوق الشخصية، فهذا هو وجه التناقض الذي وقع فيه

(1) حيث تنص على ((1- يكون الشخص مسؤولاً عن اعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز)).

(2) فقد جاء في مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، انه يشترط لكي يكون الشخص مسؤولاً ان يكون قادراً على التمييز بين الخير والشر . ينظر مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، الجزء الثاني ، القسم الأول ، الالتزامات ، مطبعة دار الكتاب العربي ، مصر ، ص 357 .

المشرع العراقي، ومما لا شك فيه ان هناك اختلافاً في صفات وخصائص كل من الحق الشخصي والحق العيني، فالحق العيني، كما ورد في المادة (67) من القانون المدني على انه ((1- الحق العيني هو سلطة مباشرة على شيء معين يعطيها القانون لشخص معين))، في حين ان الحق الشخصي بموجب المادة (69) من القانون المدني ((1- الحق الشخصي هو رابطة قانونية بين شخصين دائن أو مدين يطالب بمقتضاها الدائن المدين بان ينقل حقا عينيا او ان يقوم بعمل او ان يمتنع عن عمل))، فالذي يميز الحق العيني عن الحق الشخصي هو كونه سلطة يباشرها الشخص على الشيء محل الحق دون توسط آخر، بل هو يمارس هذه السلطة في تعامل مباشر في الشيء محل الحق يستعمله ويستغله ويتصرف فيه دون حاجة إلى توسط من أحد، ولا حتى إذن من شخص ما؛ بينما صاحب الحق الشخصي لا يستطيع الوصول إلى حقه إلا بتوسط شخص آخر دون ان ينصب ذلك الحق على مال معين مباشرة، أي لا يملك سلطة على مال معين بالذات بعكس الحقوق العينية، وبهذه الصورة ان هناك اختلافاً في خصائص كل من الحقين وليس في مدتها، فحق المستأجر حق شخصي سواء قصرت مدة لإيجار أم طال تلك المدة، فالإشكالية هنا، لماذا لم يعتبر عقد الإيجار من الحقوق العينية مع ان جوهرها واحد، ولا فرق بينهما (1)، وان قيل أن المدة فرق بينهما فقد تطول مدة عقد الإيجار كحق شخصي إلى أكثر من ثلاثين سنة (2)، وان قيل وجود أبنية في عقد الإيجار الطويلة فقد توجد أبنية يقيمها المستأجر في عقد الإيجار (3) والحقيقة أن الفرق بينهما

(1) للمزيد ينظر : د. سعدي اسماعيل البرزنجي ، ملاحظات نقدية في القانون المدني ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2010 ، ص 11-18 . د. تحسين حمد سمايل ، مصدر سابق ، ص 253-254 .

(2) تنص المادة (740) من القانون المدني العراقي على انه ((1- إذا عقد الإيجار لمدة تزيد على ثلاثين سنة أو إذا كان مؤبداً جاز انهاءه بعد انقضاء ثلاثين سنة بناء على طلب احد المتعاقدين ، مع مراعاة المواعيد القانونية المنصوص عليها في المادة التالية ويكون اتفاق يقضي بغير ذلك. 2- على انه لا يجوز لأحد من المتعاقدين ان ينهي الإيجار إذا كان قد عقد لمدة حياة المؤجر أو المستأجر ولو امتد لمدة لا تزيد على ثلاثين سنة وإذا نص في عقد الإيجار انه يبقى ما بقي المستأجر يدفع الأجرة ، فيعتبر انه قد عقد لمدة حياة المستأجر)) .

(3) تنص المادة (774) من القانون المدني العراقي على انه ((1- إذا انقضت الإجارة وكان المستأجر قد بنى في المأجور بناء أو غرس فيه أشجاراً أو قام بتحسينات أخرى مما يزيد قيمته ، وكان ذلك على الرغم من معارضة المؤجر أو دون علمه ألزم المستأجر بهدم البناء وقلع الأشجار وإزالة التحسينات ، فان كان ذلك يضر بالمأجور جاز للمؤجر ان يمتلك ما استحدثه المستأجر بقيمته مستحقاً للقلع. 2- اما إذا احدث المستأجر شيئاً من ذلك بعلم المؤجر ودون اعتراض منه ، فان المؤجر يلتزم بان يرد للمستأجر الاقل مما انفقه او ما زاد في قيمة المأجور =

أن حق الإيجار الطويلة يسجل في دائرة التسجيل العقاري بينما عقد الإيجار لا يسجل في دائرة التسجيل العقاري ، ومع ذلك وجدنا القضاء العراقي ⁽¹⁾ عد حق الإيجار الطويلة موجود مع عدم تسجيله في دائرة التسجيل العقاري وهذا مخالفة صريحة لنص المادة (229/ف2) من قانون التسجيل العقاري إذ تنص على أنه ((2- يسجل عقد، الإجارة الطويلة الذي يخول فيه صاحب الارض المستأجر ان يقيم بناء او منشآت اخرى غير الغراس حسب الشروط المتعاقد عليها ويخضع التسجيل والمدة وحق التصرف والإرث لأحكام حق المساطحة))، أما بالنسبة إلى موقف المشرع المصري فلم يشر إلى حق الإجارة الطويلة في متن القانون المدني⁽²⁾ .

رابعاً- الخطأ في النصوص

قد تقع أخطاء⁽³⁾ عديدة في صياغة النصوص التشريعية ، ومن هذه الأخطاء، أخطاء طباعية أو لغوية أو إملائية، أو إحلال لفظ في النص محل لفظ آخر، أو طبع حرف العطف (أو) الذي يعني

= ما لم يكن هناك اتفاق خاص يقضي بغير ذلك .3- فإذا أحدث المستأجر شيئاً من ذلك بأمر المؤجر ، فان المؤجر يلتزم بان يرد للمستأجر ما انفقه بالقدر المعروف ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بغير ذلك)) .

(1) إذ جاء في قرار لمحكمة التمييز المرقم 1733/عقد مساطحة/2008 في 2008/8/5 بان (عقد المساطحة إذا لم يسجل في دائرة التسجيل العقاري وفق المادة (1266/2) من القانون المدني يكون بمثابة عقد خاص ، وهو عقد إجارة طويلة وان طلب فسخه تطبق بحقه أحكام المادة (774) من القانون المدني ، وعلى المحكمة التحقق من ذلك بالاطلاع على إضبارة التسجيل ، فان كان قد سجل تطبق أحكام المادة (1270) مدني) منشور على الموقع الالكتروني لمجلس القضاء الاعلى ، تاريخ الزيارة 2022/12/13 ساعة 8 مساءً .

(2) هناك اتجاه في الفقه يرى ان حق الحكر في القانون المصري يقابل حق الاجارة الطويلة في القانون العراقي ، حيث عرف الفقه المصري حق الحكر بانه ((عقد يكتسب المحتكر بمقتضاه حقا يخوله الانتفاع بأرض معينة ، بأقامة بناء عليها او باستعمالها للغرس او لأي غرض اخر وذلك مقابل اجرة معينة)) وعرف ايضا انه ((ايجار طويل الأجل يعطي للمستأجر حقا عينيا على العين المؤجرة)) . ينظر :د. حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني ، الحقوق العينية الاصلية ، بغداد ، 1954 ، ص 423 .د. سليمان مرقس ، شرح القانون المدني ، العقود المسماة ، عقد الإيجار ، ج3، مطبعة النهضة الجديدة ، 1968 ، ص 821 .د. سمير عبد السيد تناغو ، عقد الإيجار ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2008 ، ص 486 .

(3) ان المعنى اللغوي للخطأ هو مجانبه الحق- أي جانب الحق والصواب - وضده : أصاب، والمخطئ هو الذي ارتكب ذنباً أو جانب الصواب عن غفلة وجهل، وأما الخاطئ فهو الذي ارتكب الخطأ عن علم وإصرار . أ.عبد الحق الكتاني، المغني ، معجم اللغة العربية ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2013 ، ص125 .

الترديد ويفترض استعمال حرف (و) الذي يفيد مجرد العطف والجمع، أو قد يشير النص إلى مادة سابقة وهو يريد غيرها، أو الخطأ في ترجمة بعض المصطلحات أو الكلمات المنقولة عن لغة أجنبية أو قد يكون الخطأ في ترقيم المواد أو تسلسلها، وقد يكون الخطأ قانونياً، لعدم الدقة في استخدام التعابير أو المصطلحات القانونية أو للزيادة في تعابير النص أو الإيجاز المخل في الصياغة⁽¹⁾.

فالأخطاء، سواء أكانت مادية أم قانونية، تستوجب التصحيح لأن إغفال مصطلح ما أو وضعه في غير مكانه في نص تشريعي يمكن أن يؤدي إلى التأثير على معناه وأحياناً تغييره تغييراً كلياً على عكس الغاية التي أرادها له المشرع، كما أنه في بعض الأحيان الأخرى فإن تلك الأخطاء قد تخلق لبساً في الفهم يترتب عنه إختلاف في المدلول يؤدي إلى تباين في التطبيق⁽²⁾.

من التطبيقات التي نذكرها، الخطأ في استعمال المصطلحات حيث إن المشرع العراقي نص في المادة (590) من القانون المدني على أنه ((1- لا يجوز للوصي المختار من قبل الاب أو الجد ان يبيع مال نفسه لليتيم...)) فان استخدام المشرع العراقي مصطلح (اليتيم) في المادة أعلاه للدلالة على القاصر الموضوع تحت الوصاية محل نظر ، فهنا لا يتطلب تعيين الوصي المختار ان يكون هناك يتيماً، فمن الممكن ان يكون هناك وصي مختار لشخص معين مازال والده على قيد الحياة كما لو كان الجد هو ولي الصغير لفقدان والد الصغير الأهلية، ثم تعين الجد وصياً مختاراً قبل ان يموت، لذا الأولى بالمشرع العراقي تعديل نص المادة (590) بإضافة مصطلح (من هم تحت رعايته) أو (الموصى عليه) أو (الذي تحت الوصاية) بدلاً من مصطلح (اليتيم)⁽³⁾ ، فان هذا الخطأ أدى إلى تفاقم النص طالما ان القاضي يمكن أن يستعين بمصطلحات أخرى تكون أشمل من مصطلح (اليتيم) الذي هو أضيق من المعنى المراد من النص ، وعليه فان وجوده لا فائدة منه، أما

(1) د. عصمت عبد المجيد بكر ، مصدر سابق ، ص206 .

(2) د. زهير اسكندر ، الصياغة التشريعية ، مركز الدراسات القانونية والقضائية ، تونس ، 2011، ص3.

(3) هيثم احمد المصاورة ، عيوب الصياغة التشريعية ، بحث قدم للمؤتمر العلمي الأول لكلية القانون والسياسة ،جامعة دهوك، المنعقد تحت شعار (التشريع في العراق واقليم كردستان بعد 2003 بين الواقع والطموح)،

بالنسبة إلى موقف المشرع المصري فقد وضع قاعدة عامة يصار إليها في تعاقد الشخص مع نفسه وذلك بموجب المادة (108) من القانون المدني⁽¹⁾ .

كذلك نجد ما ذهب إليه المشرع العراقي في تعريفه للمال بموجب المادة (65) من القانون المدني على أن ((المال هو كل حق له قيمة مادية))⁽²⁾ وهذا الحق ذو القيمة المادية يكون دائماً معنوياً ، أي ليس له جسم محسوس يتجسد فيه ، لذلك لا يدرك بالحس ، ولدى النظر في تعريف المال يتبين ان كلمة (مادية) وردت خطأ في القانون المدني العراقي، فاتجه البعض إلى تعريفه بأنه ((المال هو كل حق له قيمة مالية))⁽³⁾ . أو إن المال هو حق له قيمة اقتصادية بحكم القانون⁽⁴⁾ . فالمال دائماً معنوي لا يدرك إلا بالفكر⁽⁵⁾ . نقترح أن يكون تعريف المال كالاتي (المال هو كل حق له قيمة تقدر بالنقد) .

وذهبت محكمة النقض المصرية إلى تعريف المال بقولها ((ان المال في عرف القانون هو كل شيء متقوم نافع للانسان يصح ان يستأثر به وحده دون غيره ، وكما يكون المال شيئاً مادياً

(1) تنص المادة (108) من القانون المدني المصري على انه ((لا يجوز لشخص ان يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه ، سواء أكان التعاقد لحسابه هو ام لحساب شخص اخر ، دون ترخيص من الاصيل ، على انه لا يجوز للأصيل في هذه الحالة ان يجيز التعاقد ، كل هذا مع مراعاة ما يخالفه ، مما يقضي به القانون او قواعد التجارة)).

(2) ان جمهور الفقه الإسلامي يذهبون ان المال قد يكون مادياً أو معنوياً بينما ذهب فقهاء الحنفية إلى ان المال عندهم مادي فقط، كما ان الفقه الإسلامي لم يفرق بين المال ومحل الشيء، وان الشيء في الفقه الإسلامي اعم من المال بينما الشيء وفق نظرة القانون اخص من المال ،استاذنا د. علي شاکر عبد القادر البدری، التغير الجبري لمالك العين واثره في التصرفات القانونية ، ط1، المركز القومي للاصدارات القانونية ، القاهرة ، 2016، ص34 .

(3) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، ج1، مصادر الالتزام في المقارنة والموازنة بين الفقه الغربي والفقه الإسلامي، ط 3، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، 1969، ص1، وكذلك جاء لفظ (قيمة مالية) عند مناقشة المادة 186 من قانوننا العراقي ،انظر القانون المدني مع مجموعة الأعمال التحضيرية ، الجزء الثاني، مطبعة الزمان ، بغداد ، 2002، ص6 .

(4) د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني العراقي، مصدر سابق ، ، ص53.

(5) استاذنا د. علي شاکر عبد القادر البدری، مصدر سابق ، ص 20 . د. محمد سليمان الاحمد، خواطر مدنية (افكار و آراء في القانون المدني) ، ص292 .

كالأعيان التي تقع تحت الحواس وقد يكون شيئاً معنوياً كالحقوق التي لا تدرك إلا بالتصور)) (1)، يلاحظ أن ما قصدته محكمة النقض المصرية هو امكانية ان يكون المال مادياً كالأعيان(2)، بينما المال دائماً معنوي وهذا التعريف يخلط بين الشيء والمال ، والملاحظ أن المشرع المصري في المادة (1/87) جاء بما يأتي ((تعتبر اموال عامة ،العقارات والمنقولات التي للدولة او للأشخاص الاعتبارية العامة والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم أو قرار من الوزير المختص))، فالمشرع قد خلط بين الشيء والمال فقد عدت العقارات والمنقولات أموالاً بينما هي من تقسيمات الاشياء، كذلك حال المشرع العراقي قد خلط بين الشيء والمال فقد نصت الفقرة (1) من المادة(186)من القانون المدني ((إذا اتلف احد مال غيره أو انقص قيمته مباشرة أو تسببا يكون ضامناً، إذا كان في إحداث هذا الضرر قد تعمد أو تعدى))، بينما نجد أن الإلتلاف وانقاص القيمة لا يصدقان إلا في وصف الشيء ، وكذلك ان المنقول يعد شيء بدلالة الفقرة (2) من المادة (62) من القانون المدني العراقي فالمنقول شيء وذلك لأن له حيزاً حسيماً يتجسد فيه، ومن ثم يمكن إدراكه بالحس لهذا لا يصدق عليه أنه من تقسيم الأموال بل يعد من تقسيمات الأشياء وهذا ما لم يبينه القانون المدني العراقي في المادة (71/ ف1) ، وتفصيل ذلك أن المال أعم من الشيء بالمعنى القانوني، فالشيء وهو محل الحق المالي وليس هو المحل الوحيد إذ يُعدُّ العمل مثلاً محلاً للحق المالي(الشخصي) ،وبمعنى أوضح ان الشيء هو محل لبعض الحقوق المالية، أما السبب في الخلط بين الشيء والمال فإن الواضح أن الشيء في أغلب الحالات مقرر عليه حق مالي فيعد مالا بسبب وجود هذا الحق، فالمال هو الحقوق المالية نفسها عينية كانت أم شخصية أم ذهنية ، بينما الشيء قانوناً محل لبعض الحقوق المالية وليست محل لكل الحقوق المالية (3).

كذلك نجد ما ذهب إليه المشرع العراقي بموجب المادة (2/43) من قانون التسجيل العقاري النافذ حيث نص على ((يشترط ان يكون موضوع التسجيل:- أ- غير مسجل سابقاً في سجلات دائرة

(1) قرار محكمة النقض المصرية بتاريخ 1946/1/31، ج1، في 25 سنة، ص300، وأورده المستشار انور طلبية ،

المطول في شرح القانون المدني، ج2، ط2، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2006، ص 108.

(2) ان العلاقة المنطقية بين الشيء والعين ان الشيء اعم مطلقاً من العين ، فكل عين هي شيء وليس كل شيء هي عين ، لان الشيء غالباً ما يكون مادياً وقد يكون معنوياً، بينما العين مادياً دائماً استناداً د. علي شاکر عبد القادر

البدری ، مصدر سابق ، ص 21.

(3) للمزيد ينظر : استناداً د. علي شاکر عبد القادر البدری ، مصدر سابق ، ص20-22.

التسجيل العقاري. ب- مسجلاً سابقاً وقد فقد سجله وسنده. ج- مسجلاً سابقاً وسنده مفقود وسجله موجود إلا انه ممزق أو معيب بدرجة لا يمكن الاعتداد به. د- مسجلاً سابقاً وسجله مفقود وكل من السند وصورته ممزق أو معيب أو غير مصدق من جهة مختصة. ه- مسجلاً في احد السجلات التي لا تعتمد اساساً لأثبات الملكية والحقوق العينية ((، يلاحظ أن المشرع استهل المادة بالفعل (يشترط) في حين كان يفترض ان يذكر الفعل (يجب) لان المادة في حقيقة الامر لا تتكلم عن شروط يجب توفرها جميعاً وإنما هي أسباب إذ أن كل منها يصلح ان يكون بحد ذاته سبباً لطالب التسجيل ، فكان على المشرع ان يفصل بين هذه الاسباب بالحرف (أو) لكي يستقيم مع قصده بان يكون كل سبب من هذه الاسباب موضوعاً قائماً بذاته للتسجيل⁽¹⁾ ، هذا من جانب ، ومن جانب آخر نجد أن المادة (44) من قانون التسجيل العقاري قد نصت على الشروط الواجب توفرها في طالب التسجيل اذ جاء فيها ((1- يشترط في طالب تسجيل حق الملكية مجدداً ان يكون حائزاً له بحسن نية وبصفة المالك لمدة لا تقل عن خمس عشرة سنة بدون انقطاع. 2- لا يسجل العقار مجدداً باسم الأجنبي إلا بالاستناد إلى قرار قضائي حائز درجة البنات)).

فيلاحظ مما تقدم أن المشرع العراقي قد وقع في الخطأ في صياغة النصوص وهذا الخطأ قد أدى إلى تقادم النصوص من حيث ذكره للفعل (يشترط) مرتين في المادة (43/ف2) والمادة (44) بينما كما بينا أن المادة (43/ف2) ذكرت أسباب يجب توافرها وليس شروط فأما الشروط فقد نصت عليها المادة (44) ، إضافة إلى الاسهاب في ذكره الأسباب في حين كان بإمكانه الاقتضاب في صياغة النص بالقول إن كان العقار غير مسجل بدائرة التسجيل العقاري او في حكم غير المسجل بدلاً من ذكر الأسباب التي نصت عليها المادة (43/ف2)⁽²⁾.

(1) استاذنا د. علي شاکر عبد القادر البدری ، السبب الصحيح واثره في الملكية (دراسة قانونية مقارنة) ، ط1 ، المركز القومي للأصدرات القانونية ، القاهرة ، 2016 ، ص 145-146. د. عبد المجيد الحكيم ، دراسة في قانون التسجيل العقاري العراقي مع المقارنة بقوانين البلاد العربية التي تتبع نظام التسجيل العقاري ، ج1 ، السجل العقاري ، معهد البحوث والدراسات العربية ، ص 187.

(2) لا توجد مواد مقابلة في القانون المصري .

خامساً- التكرار في النصوص

التكرار⁽¹⁾ هو ايراد الحكم القانوني في أكثر من نصوص القانون سواء في القانون ذاته أم في قانونين مستقلين ، بشكل يؤدي إلى تفاقم النصوص القانونية⁽²⁾.

مثال ذلك ، ما نصت عليها المادة (584) من القانون المدني بشأن مصروفات الأشياء المباعة جزافاً، إذ نصت على ان ((الأشياء المباعة جزافاً مؤونتها على المشتري، فلو بيعت ثمرة كرم جزافاً كانت أجرة قطع تلك الثمرة وجزها على المشتري، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك))، من جهة أخرى نصت المادة (585) من القانون المدني أيضاً على ان ((ما يباع محمولاً تكون أجرة نقله وايصاله إلى بيت المشتري جارية على حسب الاتفاق أو العرف)).

يلاحظ أنه لا داعي لورود هاتين المادتين في ظل وجود المادة (587) من القانون المدني التي نصت على ((نفقات تسليم المبيع على المشتري ، ما لم يوجد عرف او اتفاق يقضي بغير ذلك)) هنا جاء النص مقتضياً، يغني عن وجود النصين المشار إليهما أعلاه، فكان على المشرع العراقي الاكتفاء بنص المادة (587) من القانون المدني كما فعل المشرع المصري بموجب المادة (464) من القانون المدني⁽³⁾ ، أو على الأقل توحيد النصين وجعلها كالاتي ((الأشياء المباعة جزافاً أو ما

(1) والتكرار في اللغة أصل الكر: العطف على الشيء والعود اليه بالذات أو بالفعل ومنه كر في الحرب أي رجع إليها. والتكرار: إذا أعدته مرة بعد أخرى، وهو اسم مصدر من التكرير، مصدره كرر: وهو الاتيان بشيء مرة بعد أخرى والتكرار: هو اعادة الشيء فعلاً كان أو قولاً أما التأكيد هو ان يكون اللفظ تقرير المعنى الحاصل قبله وتقويته والتكرير أبلغ من التأكيد لان الكلام إذا تكرر تقرر الشيخ احمد بن يوسف بن عبد الدائم المعروف بالسمين الحلبي ، مصدر سابق ، ج3 ، ص 386 . د. محمود عبدالرحمن عبدالمنعم، معجم المصطلحات الفقهية ، ج4، دار الفضيلة، القاهرة، ص 486 . الكوفي ، ايوب بن موسى الحسيني القريني الكوفي ، مصدر سابق ، ص270 .

(2) التكرار: هو العودة إلى الشيء مرة أخرى بالفعل أو بالقول. ومن خلال العرض اللغوي السابق (فالتكرار) لفظ مستقل عن لفظ (الزيادة) ولهما معنيان مغايران وعليه ليس من الدقة اعتبار كليهما عيباً واحداً أو مترادفين، وان الزيادة هي شيء زائد ولا نحتاجه، سببينه لاحقاً ، أما التكرار فهو اعادة الشيء مرة أخرى للتأكيد عليه سواء مع الاضافة أو عدم الاضافة. د. رائد خلف هاشم البهادلي ، واخرون ، التشريع بين الصياغة والصناعة ، ط2، بيروت ، 2010، ص69. سه ركه وت سليمان عمر ، مصدر سابق ، ص 42 .

(3) التي تنص على ((نفقات تسليم المبيع على المشتري ما لم يوجد عرف او اتفاق يقضي بغير ذلك)) .

يباع محمولاً تكون مصاريفها على المشتري ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك))، وبذلك تمكنا من إيراد نص مقتضب من حيث الصياغة وغير مطول بعيداً عن التكرار الذي يؤدي إلى تفاقم النصوص⁽¹⁾.

كذلك نجد ما ذهب إليه المشرع العراقي، حيث أنه لا داعي لوجود نص المادة (١٩٨/ف1) من القانون المدني تجنباً للتكرار، حيث نصت المادة المذكورة على أنه ((١- غاصب الغاصب حكمه حكم الغاصب، فإذا غصب أحد من الغاصب المال المغصوب واتلفه في يده فالمغصوب منه مخير ان شاء ضمنه الغاصب الأول، وان شاء ضمنه الغاصب الثاني، وله ان يضمن مقدراً منه الأول والمقدار الآخر الثاني، فإذا ضمن الغاصب الأول، كان لهذا ان يرجع على الثاني، وإذا ضمن الثاني فليس له ان يرجع على الأول)).

يلاحظ على الفقرة الأولى من هذه المادة نظمت حكم غاصب الغاصب، فعد غاصب الغاصب له حكم الغاصب، فكان الأجدر عدم الإتيان من قبل المشرع بأحكام تنظم أحكام غاصب الغاصب في حين أن القانون قد نظم أحكام الغصب في المواد (١٩٢ - ٢٠١) من القانون المدني، فتكرار الأحكام ثانياً لا داعي لها وإلا فاننا سنحتاج إلى تكرارها ثلاثة عند التطرق لحكم غاصب غاصب الغاصب وهكذا، مما أدى إلى تفاقم النصوص دون مبرر⁽²⁾، أما بالنسبة إلى موقف المشرع المصري فإنه لم ينظم أحكام الغصب في متن القانون المدني المصري .

كذلك ورد تكرار في نص المادة (١٩٣) من القانون المدني العراقي والذي جاء فيه ((يضمن الغاصب إذا أستهلك المال المغصوب أو أتلفه أو ضاع أو تلف كله أو بعضه بتعديه أو بدون تعديه))، ونص المادة (974) من القانون المدني العراقي الذي جاء فيه ((1- إذا وجد شخص شيئاً ضائعاً فأخذه على سبيل التملك، كان غاصباً ووجب عليه الضمان إذا هلك ولو بدون تعد. 2- أما إذا أخذه على ان يراه لمالكة كان أمانة في يده ووجب تسليمه للمالك وفقاً للإجراءات التي يقرها القانون))، حيث نجد أن يد الغاصب هي يد ضمان محكمة بحكم اليد الوارد في المادة (٤٢٦) من القانون المدني العراقي التي نصت على ((إذا انتقل الشيء إلى يد غير صاحبه بعقد أو بغير عقد

(1) د. تحسين حمد سمايل، مصدر سابق، ص 248.

(2) د. محمد سليمان الاحمد، خواطر مدنية (افكار واره في القانون المدني)، ص 416.

وهلك دون تعد او تقصير فان كانت اليد يد ضمان هلك الشيء على صاحب اليد، وان كانت يد أمانة هلك الشيء على صاحبه ((،فأنه لا داعي لذكر المادة (١٩٣) والمادة (974) مع وجود النص على حكم يد الضمان في المادة (٤٢٦) والتي تعتبر قاعدة عامة (1).

كما ورد تكرار بموجب المادة (234/ف2) من القانون المدني العراقي والمادة (3/ف138) حيث نصت المادة (234) على ((1- إذا كان من تسلم الشيء غير المستحق ناقص الأهلية فلا يكون ملزماً إلا برد ما كسب حتى ولو كان سيء النية. 2- وكذلك إذا ابطال عقد ناقص الأهلية فلا يرد إلا ما كسبه بسبب تنفيذ العقد)) أما المادة (3/ف138) فقد نصت على ((3- ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية إذا ابطال العقد لنقص أهليته ان يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد)) فالفقرة الثانية من المادة (234) والفقرة الثالثة من المادة (138) تعتبر نصوص مكررة ويمكن الاستغناء عنها والاكتفاء بالمادة (1/ف234) على اعتبارها قاعدة العامة ، أما بالنسبة إلى موقف المشرع المصري فقد نص في المادة (2/ف142) من القانون المدني على ((2- ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية إذا ابطال العقد لنقص أهليته ان يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد)) ونص في المادة (186) من القانون المدني على ((إذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملزماً إلا بالقدر الذي اثرى به)) ففي كلا الحالتين ناقص الأهلية لا يلزم إلا برد ما كسب فلا حاجة إلى التكرار (2).

كما ورد تكرار في المادة (١٣٧) من القانون المدني العراقي ،حيث جاءت الفقرة الثالثة تكرر ما ورد في الفقرة الأولى ، فالفقرة الأولى تنص على ((العقد الباطل هو ما لا يصح أصلاً باعتبار ذاته أو وصفاً باعتبار بعض أوصافه الخارجية))، بينما تنص الفقرة الثالثة ((ويكون باطلاً أيضاً

(1) لم ينص على يد الضمان في القانون المدني المصري ولا في القانون المدني الفرنسي ، حيث لم يضع تقسيماً لليد إلى يد أمانة ويد ضمان ، باستثناء القانون المدني العراقي الذي جاء متأثر بالفقه الاسلامي .

(2) ينتقد جانب من الفقه العراقي حكم عدم الزام ناقص الأهلية الا برد ما كسب حتى ولو كان سيء النية ، حيث يتسأل عن امكانية الرجوع عليه على اساس من المسؤولية التقصيرية بدلاً عن الاكتفاء بالرجوع عليه بما كسب فقط؟ ثم اجاب بان هذا الحكم غير عادل . ينظر : د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، نظرية الالتزام برد غير المستحق (دراسة مقارنة) ، اطروحة دكتوراه، جامعة بغداد ، 2005، ص104. د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام ، مصدر سابق، ص644.

إذا أختلت بعض أوصافه...)). وكان الأولى ان تقتصر هذه المادة على فقرتين فقط تخصص الفقرة الأولى لذكر أسباب البطلان، والفقرة الثانية على ذكر الأمثلة، اما في القانون المدني المصري فلا توجد مادة مقابلة لها حيث يلاحظ ان المشرع العراقي جاء متأثر بالفقه الاسلامي⁽¹⁾.

المطلب الثاني

تنوع مصادر القانون

إن مشرع القانون المدني العراقي حاول أن يستمد جل أحكامه من الفقه الإسلامي باعتبار أن معظم أبناء المجتمع العراقي يدينون بدين الإسلام، وان الفقه الإسلامي يشكل الجانب المنظم لهذا الدين من ناحيتي المعاملات المالية والعبادات ، وهذا قد يكون من حق المشرع الذي حاول قدر الإمكان ترسيخ وتدعيم قواعد هذا الدين الحنيف في القانون المدني ، حتى يكون بمثابة الحجر الأساس في الاحتكام إليه في جميع المسائل الفقهية وعلى مختلف فروعها، وهذا ما دعا بالمشرع العراقي إلى ان يقوم باستمداد الأحكام القانونية من مجلة الأحكام العدلية والتي تمثل الفقه الإسلامي في أحد جوانبه⁽²⁾.

فعندما تم إعداد القانون المدني العراقي كانت فكرة العلامة السنهوري في وقتها تقوم على منهج المزج بين الفقه الإسلامي والفقه القانوني الغربي⁽³⁾، ويرجع ذلك إلى تأثير العلامة السنهوري بالفقه

(1) فجمهور الفقهاء يقسمون العقد إلى صحيح وباطل وفساد، اما الحنفية فيقسمون العقد إلى صحيح وباطل وفساد، والصحيح ما كان مشروعاً بأصله ووصفه و الباطل هو غير المشروع بأصله و وصفه اما الفساد فهو المشروع بأصله دون وصفه. ينظر/ د. اسراء فهيمي ناجي واستاذنا د. عادل شمران حميد، العقد الفاسد في الفقه الاسلامي والقانون المدني، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، السنة الرابعة، عدد خاص ببحوث المؤتمر القانوني الوطني الأول، ٢٠١٢، ص ١٧٤. ينظر : د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني ، مصدر سابق ، ص 303.

(2) حيث تعتبر مجلة الأحكام العدلية تقنياً للفقه الحنفي والذي كان سائداً ومطبوقاً في العراق قبل اصدار القانون المدني برقم 40 لسنة 1951.

(3) ويذهب الدكتور منير القاضي إلى تسمية القانون المدني العراقي ب(ملتقى البحرين) لانه مجمع يلتقي عنده الفقه الشرقي (الفقه الإسلامي) والفقه الغربي. فهو نتاج هذين الفقهيين العظيمين والبحرين الزاخرين، ألف بينهما، =

الفرنسي تأثراً كبيراً في تلك الفترة ، ، حيث استقى القانون المدني العراقي مصادره من ، مجلة الأحكام العدلية ، مرشد الحيران ، الفقه الإسلامي ، وأصول الفقه ، ومشروع القانون المدني المصري (في حينه تم تشريعه بالقانون رقم (138) لسنة 1948) وهذا قد استمد أحكامه من الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الحديثة (في حينه) كالقانون المدني السويسري ، والقانون المدني البولوني ، والقوانين الجرمانية ، والمشروع الفرنسي الإيطالي ، ومن القانون المصري والقانون الفرنسي (1).

إن تعدد المصادر التي تستمد منها القواعد القانونية تعد من أسباب تفاقم النصوص القانونية إذ إنها قد تؤدي إلى تطويل القانون المدني العراقي، فالدمج بين الفقه الإسلامي والقوانين الحديثة ذات الصبغة الغربية يعد السبب الجوهري لتفاقم النصوص فكثيراً ما اعتمد المشرع العراقي على المفهوم الغربي لمواضيع القانون المدني ، إلا أن حرصه على عدم قطع الصلة بالفقه الإسلامي دفعه إلى ان يأتي بنص قانوني مستمد من الفقه الاسلامي ولكن سرعان ما يبقى النص مجرداً من الفائدة العملية او عدم الملاءمة عندما يقيد المسألة محل التنظيم بما هو سائد من أحكام في القوانين الغربية الحديثة ، إضافة إلى أن هناك مواضيع كثيرة قام المشرع بتنظيمها مبالغة منه في ذكر تفاصيل لا تدعو الحاجة إليها ، بأيراد نصوص وصياغتها على الرغم من عدم ضرورتها وأهميتها ، لذلك سنقسم هذا المطلب إلى فرعين ، نشير في الفرع الأول إلى عدم الملاءمة في النصوص المدنية ، والفرع الثاني إلى المبالغة في النصوص المدنية .

=فقام الدليل على متانة الفقه الإسلامي ومرونته و إصالته بحيث أستوعب معظم ماجاء به الفقه الغربي أو جراه أو سايره وماشاه، ودل على ان فقه الأمم ظواهر اجتماعية لا تختلف إلا قدر أختلاف البيئات، وتطورها بأختلاف العوارض والأزمان . ينظر : د. منير القاضي ، ملتقى البحرين (شرح موجز للقانون المدني العراقي) ، ج1، مطبعة العاني ، بغداد ، 1952، ص 4-6.

(1) فمصادر القانون المدني المصري النافذ تتجسد في التقنين المدني القديم والقضاء المصري ،الفقه الاسلامي ، التقنينات الحديثة .وقيد السنهوري الاستقاء من الشريعة الاسلامية بقيد (قدر الامكان) ، د.عبد الرزاق احمد السنهوري ، وجوب تنقيح القانون المدني المصري وعلى أي اساس يكون هذا التنقيح ، مجلة القانون والاقتصاد ، ص113.

الفرع الأول

عدم الملاءمة في النصوص المدنية

إن الملاءمة في النصوص المدنية يراد بها ((استئصال اي تناقض في النصوص القانونية والحد من حالات التعارض فيما بين الأحكام او التقليل منها ، بمعنى ان القانون المدني يصبح له توجه عام ملحوظ حيث نستطيع ان نستجمع في أحكامه المبادئ العامة السائدة فيه))⁽¹⁾ ، وعليه فان عدم الملاءمة في النصوص المدنية يكون نتيجة عدم وجود توجه عام للأحكام الموجودة في القانون المدني العراقي ، إذ أن المشرع العراقي كما سبق ان ذكرنا حينما وضع القانون المدني خلط بين الفقه اللاتيني والفقه الإسلامي في الأحكام التي تضمنتها نصوص هذا القانون، ومن البديهي أن هذين الفقهين بينهما اختلافات واضحة وكبيرة، وفي بعض الأحيان عندما يأخذ المشرع بمبادئ الفقه الإسلامي يترك الفقه اللاتيني والعكس صحيح، فهذا يخلق نوعاً من عدم الملاءمة بين الأحكام ، لا سيما انه في القانون نفسه ومن خلال نص المادة الأولى فان المشرع ألزم القاضي أن يطبق النصوص التشريعية عند الحكم أو الفصل في الدعاوى، وفي حالة عدم وجود نص تشريعي يمكن تطبيقه، فيرجع القاضي إلى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين. فالملاءمة التي يطلبها المشرع من القاضي هنا أصلاً لم يتقيد بها عند تشريعه القانون المدني، فالأولى هو ان تتحقق الملاءمة بين النصوص نفسها قبل طلب تحقيقها بين التشريع والمذهب الذي يتلقى منه القاضي حكم الشريعة، أما المشرع المصري وبموجب المادة الأولى من القانون المدني لم يشر إلى مصطلح الملاءمة⁽²⁾.

ومن أمثلة عدم الملاءمة بين نصوص القانون المدني ، نجد أن المشرع العراقي بموجب المادة (526/ف1) حدد مفهوم الثمن في عقد البيع بانه ((1- الثمن ما يكون بدلاً للمبيع ويتعلق بالذمة)) فهذه المادة توحى جواز ان يكون الثمن شيئاً مثلياً من غير النقود على اعتبار ان ما يتعلق بالذمة لا

(1) د.محمد سليمان الاحمد ، خواطر مدنية (افكار وراء في القانون المدني)، ص 280.

(2) المصدر سابق، ص 280-281.

يقتصر على النقد⁽¹⁾، وفي المادة (527/1) نص المشرع على ((1- في البيع المطلق يجب ان يكون الثمن مقدراً بالنقد...)) هنا اشترط المشرع أن يكون الثمن مقدراً بالنقد في عقد البيع حسب توجه القوانين المدنية الحديثة لأن نقل الملكية مقابل شي غير النقد يخضع لوصف آخر كأن يكون مقايضة أو وفاء بمقابل ، وبذلك أصبحت الفقرة الأولى من المادة (526) مجردة من فرصة التطبيق في الواقع⁽²⁾. أما بالنسبة إلى موقف المشرع المصري فقد اشترط ان يكون الثمن نقدياً بموجب المادة (418) من القانون المدني التي عرفت البيع بانه ((عقد يلتزم به البائع ان ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي)) فلم يكن متأثر بالفقه الاسلامي .

كذلك نجد ما ذهب إليه المشرع العراقي بموجب نص المادة (233/2) من القانون المدني العراقي على أنه ((إذا كان من تسلم غير المستحق سيء النية وقت التسلم أو بعده، فإنه يلزم أيضاً برد كل ما أستفاده أو كان يستطيع ان يستفيده من الشيء، وذلك من يوم ان تسلم غير المستحق أو من اليوم الذي أصبح فيه سيء النية، وفي كل الأحوال يلزم برد ما أستفاده أو كان يستطيع ان يستفيده من يوم رفع الدعوى، ويلزمه الضمان من وقت ان صار سيء النية إذا هلك الشيء أو ضاع ولو بغير تعد منه))⁽³⁾ فإنه لم يعتد بقصد التملك وذلك عندما عد يد

(1) ان الفقهاء المسلمون لم يشترطوا في الثمن ان يكون مبلغاً من النقود، ذلك ان القاعدة المقررة عندهم هي ان ((كل ما يصلح ان يكون ديناً في الذمة يصلح ان يكون ثمناً، وغيره لا يصلح)). وقد تأثر القانون المدني العراقي بهذا الرأي . للمزيد ينظر في ذلك : د. طارق كاظم عجيل ، الوسيط في عقد البيع (دراسة معمقة بالفقه الغربي والاسلامي) ، ج1، 2010، ص 235-236 .

(2) د. عبد الكريم صالح عبد الكريم ، وآخرون ، مصدر ساق ، ص 154 .

(3) إذا كان القابض حسن النية فان القانون بجانبه ، إذ يلتزم برد ما تسلمه سواء كان المقبوض من النقود أو أشياء مثلية أو قيمية ، لكنه لا يلتزم برد فوائد النقود ، كما لا يتأثر بانخفاض الأسعار أو ارتفاعها، وجزاء لحسن نيته تعد يده يد أمانة فهو لا يضمن هلاك الشيء بسبب أجنبي ، ويضمن بتعدي منه أو تقصيره ، كما لا يلتزم برد ثمار الشيء المقبوض انما يستهلكها ، اما عن حقه بأسترداد ما انفق من نفقات على المقبوض ، فيجب التمييز بشأن ذلك بين ثلاث انواع منها ، وهي النفقات الضرورية ويكون من حقه استردادها ، والنافعة فيستطيع استردادها إذا كانت قيمة الشيء أكبر من قيمة ما انفق ، أما إذا كانت قيمة الشيء أقل من قيمة ما انفقه جاز له تملك الشيء بئمن مثله، أما النفقات الكمالية فلا يستطيع المطالبة بها لكن من حقه ان يطالب بنزعها ، مالم يطلب المالك تملكها مقابل دفع قيمتها مستحقة للقلع . أما إذا كان القابض سيء النية أي يعلم وقت القبض انه انما يقبض ما ليس له فيه حق ، فتعد يده يد ضمان =

القبض حسن النية يد أمانة على الرغم من انه قد قبض الشيء بقصد تملكه ، وهذا لا يتلاءم مع المادتين(427،428) ⁽¹⁾ من القانون المدني العراقي ، التي تشير إلى ان اليد تكون يد ضمان إذا حاز الشيء بقصد تملكه او لم ينفذ التزامه كالبائع .

الفرع الثاني

المبالغة في النصوص المدنية

نلاحظ في القانون المدني العراقي ، أن هناك أحكام كثيرة قد بالغ المشرع في تنظيمها ، مما انتج كم هائل من النصوص القانونية التي لا داعي لها لكونها زائدة بطبيعتها كونها مجرد تحصيل حاصل فالنص التشريعي الواحد قد يحوي تزييداً غير مبرراً ، بعبارة أخرى يتحقق التزييد عندما يتم إيراد جزء في النص التشريعي لا تدعو الحاجة إليه، وهو ما يتجلى عند إضافة عبارات إلى النص بالرغم من وضوح المعنى المعبر فيه، وبهذا يتم إيراد نصوص وصياغتها على الرغم من عدم ضرورتها وأهميتها مما يؤدي إلى ما يسمى ب(الحشو) ،ومن مظاهر الحشو في النص القانوني ما ذهب إليه المشرع العراقي في المادة (211) من القانون المدني من انه ((إذا أثبت الشخص ان الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كافة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير

=،فيضمن هلاك الشيء حتى بالسبب الأجنبي ، ويترتب على ذلك نتائج عكسية منها ، وجوب رد المقبوض سواء نقوداً أو أشياء مثلية أو قيمية ، ويؤخذ بنظر الاعتبار ارتفاع الأسعار وانخفاضها، أي رد القيمة عند أعلى حد وصلت إليه ، كما يلزم برد قيمة المنفعة التي حصل عليها ، والثمار التي حصل عليها، والثمار التي أستهلكها عند أعلى حد وصلت إليه ، ويلزم كذلك بقيمة ما كان يمكن ان يستفيد الدافع من العين. د. نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، دار الجامعة الجديدة، 2009، ص516. د. درع حماد عبد، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، مكتبة السنهوري ، لبنان ، 2016، ص 442-444. د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، مصدر سابق ، 561.

⁽¹⁾ نصت المادة (427) على (1- تكون اليد يد ضمان إذا حاز صاحب اليد الشيء بقصد تملكه ، وتكون يد أمانة إذا حاز الشيء لا بقصد تملكه بل باعتباره نائباً عن المالك. 2- وتنتقل يد الأمانة إلى يد ضمان إذا كان صاحب اليد ولو بغير قصد التملك قد حبس الشيء عن صاحبه دون حق أو أخذه بغير إذنه) .بينما نصت المادة (428) على ((إذا انتقلت ملكية الشيء بعقد كانت يد المالك القديم قبل التسليم يد ضمان ، وتنتقل يد امانة إذا امتنع واجب التسليم بقيام سبب للحبس)) لا توجد مواد مقابلة لها في القانون المدني المصري.

أو خطأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان....)). فقد استمد المشرع مصطلح (الآفة السماوية) (1) كسبب أجنبي من الفقه الإسلامي، كما انه استمد تعبير القوة القاهرة والحادث الفجائي من القانون الفرنسي، فهذه المبالغة في التعابير الثلاثة ترجع إلى تنوع مصادر القانون مما جعلها سبب في تفاقم النص القانوني إذ يحسن بالمشرع العراقي أن يكتفي بذكر احداها لأنها تنضوي جميعاً تحت مصطلح عام ألا وهو (السبب الاجنبي) الذي يعني كل حدث لا دخل لإرادة الإنسان في وقوعه وليس في وسعه توقعه (2)، أما بالنسبة إلى موقف المشرع المصري فقد نصت المادة (165) من القانون المدني على ((إذا أثبت الشخص ان الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ الغير كان غير ملزم بتعويض....)) يلاحظ أنه استمد فقط تعبير القوة القاهرة والحادث المفاجئ من القانون الفرنسي دون ان يتأثر بالفقه الإسلامي، فكان أيضاً على المشرع المصري ان يكتفي بتعبير واحد طالما أنهما مترادفان من حيث المعنى والأثر (3).

(1) يرد مصطلح (الآفة السماوية) وهي من الظروف الطارئة الخارجة عن ارادة المدين وبدون خطأ منه مما تقتضي الترفق بمصطلح الجائحة في الحديث الشريف (ان بعث من اخي تمرا فأصابته جائحة فلا يحل لك ان تأخذ منه شيئاً، بم تأخذ مال اخيك بغير حق؟) فمصطلح (الآفة السماوية) في نصوص الفقه الاسلامي يقابل مصطلح (القوة القاهرة) والجوائح لغة: جمع جائحة وهي مأخوذة من الجوح وهو الهلاك والجوائح اما اصطلاحاً: فهي كل امر سماوي لا صنع للآدمي فيه من ريح او برد او جراد اهلك نباتا او ثمرة. د. بيرك فارس حسن الجبوري، واخرون، انقضاء الالتزام بالسبب الاجنبي، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 1، العدد 1، 2012، ص 8-9.

(2) د. عبد الكريم صالح عبد الكريم، واخرون، مصدر سابق، ص 155. د. عبد المجيد الحكيم، واخرون، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني، مصدر سابق، ص 241.

(3) ذهب بعض الفقهاء إلى التمييز بين (القوة القاهرة) و (الحادث الفجائي) الا انهم لا يتفقون على فيصل التفرقة فيما بينها، فمنهم من يقول ان القوة القاهرة هي الحادث الذي يستحيل دفعه اما الحادث الفجائي فهو الحادث الذي لا يمكن توقعه فيكفي إذن ان يكون الحادث مستحيل الدفع او ان يكون غير ممكن التوقع ولا يلزم اجتماع الخصيصتين، ومن الفقهاء من يسلم بوجود اجتماع الخصيصتين ولكن يميز في خصيصته استحالة الدفع بين ما إذا كانت هذه الاستحالة مطلقة فتوجد (القوة القاهرة) او نسبية فيوجد الحادث الفجائي ولكن هذا التمييز لا يقوم على اساس صحيح إذ الاستحالة في كل من القوة القاهرة والحادث الفجائي يجب ان تكون استحالة مطلقة، ومن الفقهاء من يقيم التمييز على اساس آخر فيجعل كل من القوة القاهرة والحادث الفجائي حادثاً مستحيل الدفع غير =

كذلك يلاحظ أن المشرع العراقي قد دخل في تفاصيل أحكام المسؤولية عن الحيوان ، فقد نظم أحكامه ضمن المواد (221-226) من القانون المدني حيث أكثر فيها من الاقتباس من الفقه الاسلامي بشكل مبالغ واستخدم مصطلحات ليس محلها في متن القانون المدني ، حيث نصت المادة (222) على أنه ((1- إذا اضر الحيوان بمال شخص ورأه صاحبه ولم يمنعه كان ضامنا 2- ويضمن صاحب الثور النطوح والكلب العقور ما احدثاه من الضرر إذا تقدم اليه احد من اهل محلته او قريته بالمحافظة على الحيوان ولم يحافظ عليه أو كان يعلم او ينبغي ان يعلم بعيب الحيوان)) ، إذ لايناسب ذكر عبارات (الثور النطوح ، الكلب العقور) في القانون المدني فإنها تعد تفاصيل زائدة لا حاجة إليها⁽¹⁾ ، كذلك حال بقية النصوص القانونية المنظمة لمسؤولية الحيوان (223-226) التي لا حاجة لها وتعتبر زائدة في ضوء وجود المادة (221)⁽²⁾ على عكس القانون المدني المصري الذي

=ممكن التوقع ولكن القوة القاهرة تكون حادثا خارجيا عن الشيء الذي تتحقق به المسؤولية كعاصفة او زلزال والحادث الفجائي حادث داخلي ينجم عن الشيء ذاته كأنفجار آلة او انكسار عجلة، ثم يجعل القوة القاهرة هي التي تمنع من تحقق المسؤولية اما الحادث الفجائي فلا يمنع من تحققها بل يتحمل المدين تبعته، وهذا الراي لا يجوز التسليم به ايضا لان من المسلم به ان كلا من القوة القاهرة والحادث الفجائي تنعدم به الرابطة السببية ينظر. د. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي (دراسة مقارنة بالفقه الغربي الحديث) ، معهد الدراسات العربية العالية ، ج6، 1959، ص 138-139.

⁽¹⁾ للمزيد ينظر : قاسم اسماعيل علي ، السياسة المدنية في التشريع العراقي ، اطروحة دكتوراه ، جامعة السليمانية ، كلية القانون، 2011 ، ص 197-199 .

⁽²⁾ نصت المادة (223) على انه ((1- إذا ادخل شخص دابة في ملك يراه بدون إذنه ضمن ضرر تلك الدابة سواء كان راكبا أو سائقا أو قائدا موجودا عندها أو غير موجود. 2- اما لو انتقلت بنفسها ودخلت في ملك الغير وأحدثت ضررا فصاحبها لا يضمن إلا إذا اثبت انه لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع تسرب الدابة. 3- - وكذلك لو ادخل الدابة في ملك غيره بإذنه لا يضمن ضررها إلا إذا ثبت انه لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر)) ونصت المادة (224) على انه ((1- لا يضمن المار بحيوانه انه في الطريق العام راكبا أو قائدا أو سائقا الضرر الذي لا يمكن التحرز منه فلو انتشر من رجل الدابة غبار أو طين ولوث ثياب الغير فلا ضمان . 2- اما الضرر الذي يمكن التحرز منه كمصادمة الدابة أو لكمة يدها أو رأسها فيضمنه ألا إذا ثبت انه لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوعه)) ونصت المادة (225) على انه ((1- لو أوقف شخص دابة بلا ضرورة أو ربطها في الطريق العام في غير المحال المعدة لوقوف الدواب ضمن ضررها في كل الأحوال . 2- ويضمن الضرر كذلك من سيب الدابة في الطريق العام أو تركها تتسرب إذا ثبت انه لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع تسربها)) ونصت المادة (226) على انه ((1- إذا أضرت الدابة التي ربطها صاحبها في ملكه دابة غيره التي أتى بها صاحبها وربطها في ملك =

خصص مادة قانونية واحدة⁽¹⁾ لتنظيم المسؤولية عن الحيوان فكان الأجدر بالمشرع العراقي تنظم المسؤولية عن الحيوان في مادة او مادتين كما فعل المشرع المصري بدل هذه الاطالة التي سببت تفاقم في نصوص القانون المدني .

كما يلاحظ أن المشرع العراقي قد بالغ في حكم الإلتلاف في القانون المدني، كما في نص المادة (189) ((إذا غر احد آخر ضمن الضرر، فلو قال شخص لاهل السوق هذا الصغير ولدي بيعوه البضاعة فأني إذنته بالتجارة ثم ظهر بعد ذلك ان الصبي ولد غيره فلاهل السوق ان يطالبوه بثمن البضاعة التي باعوها للصبي وبالتعويض عن الاضرار الاخرى)) فقد ذكر تفاصيل لا داعي لها لكونها تخضع لحكم القواعد العامة في الإلتلاف⁽²⁾ .

=الأول بدون إذنه فلا ضمان ، وإذا أضرت هذه الدابة صاحب الملك ضمن صاحبها . 2- وإذا ربط شخصان دابتيهما في محل لهما حق الربط فيه فأضرت إحدى الدابتين الأخرى فلا ضمان إلا إذا ثبت صاحب الدابة التي أصابها الضرر ان الآخر لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع هذا الضرر . 3- وإذا ربط شخصان دابتيهما في محل ليس فيه حق الربط وأضرت دابة الرابط أو لا دابة الرابط مؤخرًا فلا ضمان ، وإذا كان الأمر بالعكس لزم الصمت .)) نصت المادة (221) على انه ((جناية العجماء جبار فالضرر الذي يحدثه الحيوان لا يضمنه صاحبه الا إذا ثبت انه لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر))، تنتظر المادة (413) من مشروع القانون المدني العراقي الجديد التي نصت على ((حائز حيوان ولو لم يكن مالكا مسؤول عما يحدثه الحيوان من ضرر بالغير ولو كان الحيوان قد ظل او تسرب))، واصل هذه المادة يرجع إلى القانون المدني الفرنسي (1385) وكذلك المادة (176) من القانون المدني المصري.

⁽¹⁾ نصت المادة (176) على انه ((حارس الحيوان، ولو لم يكن مالكا له، مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر، ولو ضل الحيوان او تسرب، ما لم يثبت الحارس ان وقوع الحادث كان بسبب اجنبي لايد له فيه)).

⁽²⁾ كذلك حال نصوص المواد (187،188،190) من القانون المدني جميعها زائدة عن الحاجة ومحكومة بالقواعد العامة للإلتلاف بموجب المادة (186)، بينما لا توجد مواد مقابلة في القانون المدني المصري .

الفصل الثاني
أحكام تفاقم النصوص في
القانون المدني

الفصل الثاني

أحكام تفاقم النصوص في القانون المدني

تمهيد وتقسيم :-

التشريع ، شكل ومضمون ، وروح ومقاصد ، بل حتى رسائل انسانية حضارية ، فهو يوفر للمخاطب مواد قانونية محكمة الصياغة او هذا يفترض ، وأسبابا موجبة ، وأحيانا مذكرات إيضاحية ، فالتشريع يراد به التطبيق على أرض الواقع إذ ليس من الحكمة سن تشريع تأبى طبيعته التطبيق على الواقع ، فلا بد أن يدخل في تصورات المشرع ابتداء مدى قبول المجتمع للتشريع ومدى نجاعته ، فالعقل التشريعي يقف في اعلى هرم العقول المفكرة والمدبرة في المجتمع ، من ثم يجب ان تتسع دائرة ذكائه كل الفرضيات التي ينجم عنها وضع الحلول ، وكذلك الاحتمالات التي تنجم عن وضعه الحلول التشريعية ، إذ إن ثمة موضوعات عالجهما التشريع دون أن يحقق اهدافه في استقرار المعاملات والأوضاع القانونية وتحقيق الثقة دون تزامم للحقوق ، فالاستقرار القانوني يشغل حيزاً مهماً عند وضع التشريع من جهة ان القانون هو الذي ينظم العلاقات الاجتماعية بين الأفراد ، فلا بد ان يكون هذا التنظيم محققا للاستقرار في المراكز القانونية ، كذلك من الأمور القانونية المهمة التي ينبغي مراعاتها عند وضع التشريع الابتعاد عن جميع الفروض التي تخلق تزامم في حقوق الأفراد.

إذ لابد أن يكون المنهج المتبع من قبل المشرع واضح ومعقول في بناء القانون المدني لكي لا نكون امام تفاقم للنصوص وحتى نصل إلى الغايات التي يسعى إليها المشرع في تنظيم العلاقات القانونية ليصبح مصدراً لاستقرار القضاء واستتبابه ، وهذا كله يعتمد على نوع السياسة المدنية لتحديد المبادئ والأسس والأصول العامة المتبعة من قبل المشرع في تشريعه أحكام القانون المدني ، لذلك سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين ، سنكرس المبحث الأول ، أثر تفاقم النصوص ونخصص المبحث الثاني تأثير السياسة المدنية للمشرع في تفاقم النصوص.

المبحث الأول

أثر تفاقم النصوص

يهدف القانون المدني إلى حماية المجتمع من خلال تنظيم العلاقات بين الأفراد بالمجتمع أو الأفراد والدولة ، ولا بد ان يكون هذا التنظيم محققا للاستقرار في المراكز القانونية والتوفيق بين الالتزامات المتعارضة ، لكي لا تعم الفوضى ويختل الثبات الاجتماعي فيما إذا كان لكل شخص التصرف بحرية مطلقة وفقاً لما يظن بأنه حقاً .

ان نظرية الأمن القانوني تهدف في الاساس إلى حماية الاشخاص من الآثار السلبية للقانون فلا بد ان تكون القاعدة القانونية واضحة لا غموض فيها ، ولا بد من التقليل من التعديلات التشريعية التي قد تفرغ القانون من محتواه ، وبمقتضى الأمن القانوني يلتزم المشرع بعدم مباغطة الأفراد أو هدم توقعاتهم المشروعة حيث إن انعدام الأمن القانوني والتزام الوضعي للحقوق الذي نعيش فيه اليوم الناتج عن تفاقم النصوص وعدم إستقراره وتدهور جودة القاعدة القانونية، عد فيها القضاء آخر وافي للأمن القانوني في مواجهة الكيفية التي وضع بها المشرع الحقوق وتعامل معها، والمتقاضي أصبح يعاني إلى جانب هذا للتغيرات و التقلبات المفاجئة في الاجتهادات القضائية .

لأجل بيان الأثر المترتب على تفاقم النصوص سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين ، نبحث في الأول منهما ، أثر تفاقم النصوص على استقرار الأمن القانوني ، ونخصص المطلب الثاني لبحث أثر تفاقم النصوص في التزام الوضعي لحقوق الأفراد.

المطلب الأول

أثر تفاقم النصوص على استقرار الأمن القانوني

ان فكرة الأمن القانوني تقتضي تأكيد وتحديد القواعد القانونية لتنظيم المراكز القانونية للأفراد وأن تضمن النتائج بحيث يستطيع كل شخص ان يتوقع هذه النتائج وأن يعتمد عليها ، والابتعاد عن التعارض أو التكرار الدائم للنصوص القانونية بحيث لا يفاجأ الشخص بتكرار المعالجة التشريعية لمسألة واحدة بأكثر من طريقة ، ومن ثم عدم استقرار الاجتهاد القضائي فيعالج قضية واحدة بطرق

متعددة ، ولأجل توضيح تأثير تفاقم النصوص على استقرار الأمن القانوني لابد ان نقسم هذا المطالب إلى فرعين نبحث في الفرع الأول تعريف الأمن القانوني ونخصص الفرع الثاني إلى تطبيقات الأمن القانوني .

الفرع الأول

تعريف الأمن القانوني

اصبح مبدأ الأمن القانوني من اهم الغايات التي يهدف القانون إلى تحقيقها ، لان القاعدة القانونية ينبغي أن تحقق الأمن القانوني والأمن القانوني يهدف إلى استقرار المراكز القانونية، حيث ذهب احد الفقهاء ⁽¹⁾ إلى القول بأنه ((أكثر من العدل نحتاج إلى الأمن لكي نعيش))⁽²⁾.

⁽¹⁾MAZEAUD HENRI ((Plus encore que de justice , nous avons besoin pour vivre de securite)) MAZEAUD HENRI , Travaux de 1,association Henri Capitant , Tome 1 , Dalloz,Paris,1946,P.198.

⁽²⁾ أن جانباً من الفقه القانوني ذهب إلى أن التعارض بين مبدأ الأمن القانوني وقواعد العدالة يظهر أنه ناتج عن اختلاف طبيعة كل منهما وذلك لأن الاستقرار القانوني الذي يحصل من مراعاة الأمن يمثل الجانب الواقعي في القانون من صنع المشرع او القاضي لا يدخل في جوهر القانون ، بينما تمثل قواعد العدالة الجانب المثالي الذي يدخل في جوهر القانون وغايته، بمعنى أنه ينبغي الإقرار في التعارض بين المبدأين الأمن والعدالة وسبب هذا التعارض هو أن الأمن القانوني يفرض أحكاماً تباها العدالة وتحكم قواعد العدالة بأمر لا يمكن أن يتحقق الأمن القانوني من خلالها . للمزيد من التفصيل ينظر: اسماعيل نامق حسين ، العدالة وأثرها في القاعدة القانونية ، دار الكتب القانونية ، القاهرة ، 2011 ، ص240. د. حسون عبيد هجيج وفخري جعفر احمد ، فلسفة العدالة القانونية ، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية ، العدد 1 ، السنة 11 ، 2019 ، ص260 . وهناك من ذهب إلى ان قواعد العدالة عند تطبيقها من قبل المشرع لتحقيق الأمن القانوني ، وان بدا بينهما وبين الأمن تخالف وتعارض فهو ظاهري ، لان معنى قواعد العدالة يعني اعطاء كل ذي حق حقه ، كما يراه الضمير الانساني والعقل الكلي ، ولا تتحقق العدالة بالمساواة دائماً ، وألا فأن المساواة بين المختلفين ليس من العدالة في شيء. طاهر عيسى والي الشافعي ، مصدر سابق، ص 153 .

لم يرد مصطلح الأمن القانوني⁽¹⁾ في اي من النصوص الدستورية العراقية ولا المصرية ، إلا انها لم تخل من الاشارة إلى عناصر الأمن القانوني⁽²⁾ .

إن عدد من الفقهاء تصدوا لتعريف الأمن القانوني⁽³⁾ ، نظراً لأهميته القصوى في مختلف فروع القانون ، حيث عرفه احدهم بأنه ((هو الاجراءات التي تتخذها السلطة العامة بهدف تحقيق التوازن

⁽¹⁾ ان مصطلح الأمن القانوني أول ما ظهر في ألمانيا سنة ١٩٦١ ثم انتقل إلى المجموعة الأوروبية حيث أصدرت محكمة العدل الأوروبية بمناسبة الفصل في قضية (BOSCH) بتاريخ 6 / أبريل / ١٩٦٢ ، حيث أصدرت اجتهاداً قضائياً بخصوص مبدأ الأمن القانوني ، وصدر بعد ذلك حكم آخر بتاريخ ١٤ / يوليو / ١٩٧٠ في قضية اخرى تضمن نفس المبدأ (الأمن القانوني) تحت رقم 69/57 ، وفي تاريخ 5 / ماي / ١٩٨١ في قضية (DURBECK) ، حيث تم الإقرار بمبدأ الثقة المشروعة ، والتي تعد عنصراً من عناصر الأمن القانوني، الا أن البعض الآخر يذهب إلى عدم صواب هذا التوجه فقد عرف المبدأ من طرف الفقه الفرنسي منذ أكثر من قرن، كل ما في الأمر أنه لم يحظى باهتمام واسع لأنه كان يعتبر مجرد مكون من مكونات دولة القانون، فقد شاع لدى رجال و فقهاء القانون الدستوري الفرنسي إستخدام عبارة " الواقع القانوني " دون عبارة الأمن القانوني لأنهم كانوا يجهلون الأثار السلبية المترتبة عن عدم إستقرار القاعدة القانونية. ينظر : فهيمة بالحزمي ، الأمن القانوني للحقوق والحريات الدستورية ، اطروحة دكتوراه ، جامعة عبد الحميد بن باديس ، الجزائر، 2018، ص 31.

Cathy Pomat , la magistrature familiale vers une consécration légal du nouveau visage de l'office du juge de la famille Edition harmattou , 2004 , collection logiques

juridique , p 190 , et p192 . نقلا عن : ارادين نوال ، مصدر سابق ، ص 120 .

⁽²⁾ ذكر في الدستور العراقي النافذ لسنة 2005 بعض العناصر المهمة لمبدأ الأمن القانوني منها : عدم رجعية القانون على الماضي ، و شرط نشر القوانين الصادرة من الهيئة التشريعية في الجريدة الرسمية وذلك لتكون نافذة وحجة على جمع الاشخاص المخاطبين بها ، حيث نصت المادة (9/19) منه على ((ليس للقوانين أثر رجعي مالم ينص القانون على خلاف ذلك ، ولا يشمل هذا الاستثناء قوانين الضرائب والرسوم)) ونصت المادة (129) من الدستور نفسه على انه ((تنشر القوانين في الجريدة الرسمية ويعمل بها من تاريخ نشرها ، مالم ينص على خلاف ذلك)) . وقد ذكرت مثل هذه العناصر في الدستور المصري المعدل لسنة 2019 فقد نصت المادة (225) على أنه ((تنشر القوانين في الجريدة الرسمية خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إصدارها ، ويعمل بها بعد ثلاثين يوماً من اليوم التالي لتاريخ نشرها إلا إذا حددت لذلك ميعاداً آخر ، ولا تسري أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ، ومع ذلك يجوز في غير المواد الجنائية و الضريبية النص على خلاف ذلك ، بموافقة أغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب)) .

⁽³⁾ الأمن القانوني مصطلح مركب من مفردتين الأمن وقانوني ، فالأمن لغة ، بمعنى (الامان) و (الامانة) والأمن ضد الخوف ، اما الامانة ضد الخيانة ، وهو بمعنى ايماننا ، وثق به وصدقه ، امن ، مستقر لا اضطراب فيه ولا =

بين ثبات ووضوح وسهولة الوصول إلى القواعد القانونية السائدة في وقت معين بما يحقق الثقة والاطمئنان لدى المخاطبين بها ، وبين التطور والتغيير الطبيعي لها⁽¹⁾ . وعرفه آخر بأنه ((تحقيق قدر من الثبات النسبي للعلاقات القانونية وحد ادنى من الاستقرار للمراكز القانونية المختلفة بهدف اشاعة الأمن والطمأنينة بين اطراف العلاقات القانونية من اشخاص قانونية عامة وخاصة ، بحيث تتمكن هذه الاشخاص من التصرف بأطمئنان على هدى من القواعد والانظمة القانونية القائمة وقت قيامها بأعمالها وترتيب اوضاعها على ضوء منها دون التعرض لمفاجئات او تصرفات مباغته صادرة عن السلطة العامة من شأنها زعزعة هذه الطمأنينة او العصف بهذا الاستقرار))⁽²⁾ ، وعرف كذلك بأنه ((الفعالية المثلى لقانون يمكن الوصول اليه وفهمه ، والذي يسمح لأشخاص القانون بأن يتوقعوا بدرجة معقولة الاثار القانونية لتصرفاتهم ويحترم التوقعات المشروعة المبنية مسبقا من قبلهم وبذلك يعزز تحقيقها))⁽³⁾ .

وجاء تعريف القضاء الفرنسي للأمن القانوني بما جاء في التقرير السنوي لمجلس الدولة الفرنسي الصادر سنة ٢٠٠٦ ، والذي جاء فيه ((مبدأ الأمن القانوني معناه أن يكون المواطنين قادرين على تحديد ما هو مسموح وما هو محظور عنهم بموجب القانون المعمول به، دون أن يستدعي ذلك من جانبهم بذل مجهودات غير محتملة، ولتحقيق هذه النتيجة، يجب أن تكون القواعد

= فوضى ، اما كلمة قانوني ، فتعني كلمة (قانون) الاصل أو الاساس ، فكلمة القانون معربة يرجع اصلها إلى اللغة اليونانية فهي مأخوذة من الكلمة اليونانية (Kanun) ومنها العصا المستقيمة اي النظام او المبدأ او الاستقامة في القواعد القانونية ، فالقانون ضرورة حتمية لاي مجتمع انشائي ، فالقانون هو مقياس كل شيء وطريقه ، والقانون هو القواعد والأحكام التي تتبعها الناس في علاقاتهم المختلفة وتنفيذها الدولة او الدول بواسطة المحاكم والسلطات العامة . ابن منظور ، لسان العرب ، مادة (امن) ، دار صادر ، بيروت ، ط3 ، 1414 هـ . د . سهيل حسين الفتلاوي ، تاريخ القانون ، مكتبة الذاكرة ، بغداد ، 2010 ، ص11 . معجم المعاني الجامع ، مصدر سابق ، تاريخ الزيارة 2023/1/13 .

(1) د. مازن ليلو راضي ، ، حماية الأمن القانوني في النظم القانونية المعاصرة ، ط1 ، المركز العربي للنشر والتوزيع ، القاهرة ، 2020 ، ص22 .

(2) د. يسرى محمد العصار ، الحماية الدستورية للامن القانوني في قضاء المحكمة الدستورية ، بحث منشور في المجلة الدستورية ، العدد3 ، السنة 1 ، 2003 ، ص2 .

(3) Piazzon Thomas, la securite juridique, theses, defrenhos, coll doctor et natariat, T.35,2009,P.62.

التي يتم سننها واضحة ومفهومة، وإلا تخضع بمرور الوقت إلى تغييرات متكررة لا يمكن التنبؤ بها))⁽¹⁾.

من خلال ما تقدم يتبين لنا أن غاية الأمن القانوني تتمثل باستقرار المراكز القانونية بحيث يمكن للأفراد بناء توقعاتهم المشروعة على القواعد القانونية مقدماً وعدم تحول القانون إلى مصدر للارتباك وعدم الثقة .

الفرع الثاني

تطبيقات الأمن القانوني

إن من أهم المشاكل التي تواجه النصوص القانونية والتي تشكل تهديداً حقيقياً للأمن القانوني هي تفاقمها وعدم وضوحها بصورة يصعب وصولها إلى المخاطبين بها ، ومن ثم يتولد عنها عدم استقرار للقاعدة القانونية بمعناه عدم استقرار في الحقوق والحريات وبالنتيجة عدم استتباب الأمن والطمأنينة بالمجتمع، من مظاهر المساس بالأمن القانوني الناتج عن تفاقم النصوص :

أولاً- التقادم المكسب

يعرف التقادم بأنه ((وسيلة يكسب بها الحائز ملكية الشيء او حقاً عينياً اخر عليه ، بمقتضى حيازة تظل مدة معينة))⁽²⁾ ، فالمشرع العراقي بموجب القانون المدني قد عد التقادم المكسب وفق العبارات التي استعملها في المادة (1/1158)⁽³⁾ وسيلة لدفع الدعوى أو منع سماعها ، إلا أنه

(1) م. عمار محمد مراد، التضخم التشريعي وأثره على الأمن القانوني في العراق ، بحث منشور في مجلة المستنصرية للدراسات العربية والدولية ، 2022، ص 473.

(2) كما يعرف بأنه ((عبارة عن وسيلة من وسائل انقضاء الالتزام عند مضي مدة معينة)) ، فمن خلال التعريفين السابقين يتضح ان التقادم في التعريف الأول وسيلة لكسب الملكية ، بينما في التعريف الاخر يعد وسيلة لانقضاء الالتزام .د. عبد المنعم فرج الصدة ، حق الملكية، ط2، مطبعة مصطفى البابي، مصر، 1967 ، ص581. د. حسن علي ذنون ، شرح القانون المدني ، أحكام الالتزام ، شركة الرابطة ، بغداد، 1954 ، ص332.

(3) التي تنص على ((1- من حاز منقول او عقار غير مسجل في دائرة التسجيل العقاري باعتباره ملكا او حاز حقا عينيا على منقول او حقا عينيا غير مسجل على عقار واستمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة فلا تسمع عليه عند الإنكار دعوى الملك او دعوى الحق العيني من احد ليس بذوي عذر شرعي)).

وضع النص الخاص بالتقادم المكسب من بين اسباب كسب الملكية بين الاحياء⁽¹⁾، وبذلك نجد أن المشرع العراقي جعل من التقادم المكسب وسيلة لدفع الدعوى فقط ، ألا أنه يوجد استثناء على هذه القاعدة العامة هي حق القرار المقرر في المادة (1184/ف1) من القانون المدني والتي تنص على ((إذا حاز أحد أرضاً أميرية باعتباره متصرفاً فيها وزرعها عشر سنوات متوالية من غير منازع ، ثبت له حق القرار عليها سواء وجد بيده سند أو لم يوجد ويعطى الحائز في هذه الحالة سنداً بحق التصرف في هذه الأرض دون بدل ، بعد تسجيل هذا الحق في دائرة التسجيل العقاري)) ، ويتبين من نص هذه المادة أن التقادم هنا مكسب للحق وهي الحالة الوحيدة في القانون المدني ، إذ يعطي الحائز حق التمسك ليس فقط من خلال الدفع بل يستطيع عن طريق الدعوى أن يتمسك بحقه ، إلا أن هذه المادة أصبح العمل بها معطلاً حيث منعت المحاكم من سماع دعاوى حق القرار ، بعد اعتبار جميع الاراضي غير المسجلة ملك للدولة وبعد توحيد أصناف الأراضي الاميرية ، وعليه فإنه قد أفرغ التقادم المكسب من محتواه ، ويرجع ذلك إلى أن المشرع العراقي عند صياغته للنصوص القانونية بالتقادم كان متأثر بالفقه الإسلامي فنجد ان غالبية المذاهب الإسلامية لم تأخذ بالتقادم واقصى ما يترتب على مرور الزمن الطويل عندهم انه يمنع من سماع الدعوى عند الانكار فلا يمتلك احد شيئاً مملوكاً للغير بوضع اليد مهما تقادم عهده من جهة والقانون المصري الذي عد التقادم سبب من اسباب كسب الملكية حيث نصت المادة (968) من القانون المدني على انه ((من حاز منقولاً أو عقاراً دون أن يكون مالكا له أو حاز حقاً عينياً على منقول أو عقار دون أن يكون هذا الحق خاصاً به كان له أن يكسب ملكية الشيء أو الحق العيني إذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة)) والقانون الفرنسي اذ نجد أن القانون المدني النافذ عد التقادم المكسب من أسباب كسب الملكية كما جاء في المادة (2219) التي تنص على ((التقادم طريق لكسب الحقوق أو للتخلص منها بمرور زمن معين بالشروط المذكورة في القانون)) من جهة أخرى⁽²⁾ ذهب البعض⁽³⁾ إلى أن المشرع العراقي رجع في قانون التسجيل العقاري وجعل التقادم وسيلة لكسب

(1) اذ جاء المشرع العراقي في المواد (1113-1168) وجعل التقادم وسيلة لكسب الملكية بين الاحياء بمقتضى (الحيازة).

(2) ينظر : محمد ابو زهرة ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1977 ، ص 140 . علي الخفيف ، أحكام المعاملات الشرعية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 2008 ، ص 85 .

(3) مصطفى مجيد ، شرح قانون التسجيل العقاري ، ج 1 ، مطبعة الارشاد ، بغداد ، 1973 ، ص 369 .

الملكية والحقوق العينية الأصلية الأخرى ، إذ أجاز ذلك في المادة (44) منه والتي تنص على ((يشترط في طالب تسجيل حق الملكية مجدداً ان يكون حائزاً بحسن نية وبصفة المالك لمدة لا تقل عن خمس عشرة سنة بدون انقطاع)) ، لكن قد يبدو أن هناك تعارضاً بين قانون التسجيل العقاري والقانون المدني العراقيين فيما يتصل بالتسجيل المجدد والتقدم المكسب فقانون التسجيل العقاري اشترط حسن النية إضافة إلى الحيازة لمدة خمس عشرة سنة والقانون المدني لم يشترط حسن النية في التقدم المكسب الطويل وإنما اكتفى بالحيازة لمدة خمس عشرة سنة ولكنه اشترط في التقدم المكسب القصير الحيازة لمدة خمس سنوات بحسن نية وسبب صحيح ، فإذا كان على صعيد المعالجة في إمكانية تطبيق القواعد العامة التي تقضي بأن اللاحق ينسخ السابق، وإن الخاص يقيد العام ، فإنه يرد على ذلك بان لكل منهما مجال تطبيق وأثراً متغيراً ، فنطاق تطبيق التسجيل العقاري يكون عن طريق طلب مقدم إلى لجنة تثبيت الملكية ، بينما نطاق تطبيق القانون المدني يكون من خلال القضاء، وكذلك نجد بينهما تغييراً من حيث الأثر، فأثر التقدم المكسب يستطيع الحائز من خلاله من دفع دعوى الملك إذا توافرت فيه شروط التقدم المكسب، بينما أثر التسجيل المجدد يتم تثبيت حق الملكية باسم الحائز، إذا توافرت لديه شروط التسجيل المجدد⁽¹⁾، فمما تقدم نجد أن مثل هذه النصوص تخلق ارباكاً من ناحية التطبيق وبالنتيجة تؤدي إلى عدم الاستقرار القانوني.

ثانياً- الأهلية القضائية بالزواج

إن كثرة الاستثناءات التشريعية بحيث تغطي على الأصل العام وعدم الوضوح فيها تعتبر مشكلة تواجه القاضي وتؤدي بالنتيجة إلى عدم الاستقرار في المعاملات والأوضاع القانونية ، حيث نجد نص المشرع العراقي في المادة (106) من القانون المدني العراقي على ((سن الرشد هي ثماني عشرة سنة كاملة)) ، فيعتبر بموجب هذا النص كمال الأهلية وسن الرشد بتمام الثامنة عشر⁽²⁾ ،

(1) استاذنا د. علي شاكر عبد القادر البدري ، السبب الصحيح وأثره في الملكية (دراسة قانونية مقارنة) ، مصدر سابق ، ص 116-117 .

(2) يميز الفقهاء عادة بين نوعين من الأهلية ، أهلية الاداء وأهلية الوجوب فأما أهلية الوجوب فتعرف (هي صلاحية الانسان لثبوت الحقوق له ولوجوب الالتزامات عليه) ، حيث ربط فقهاء القانون الوضعي بين أهلية الوجوب والشخصية القانونية ، بينما علماء الفقه الإسلامي فقد ربطوا بين أهلية الوجوب والذمة المالية ، أما أهلية الأداء فهي (صلاحية الشخص لصدور العمل القانوني منه على وجه يعتد به شرعاً) ومناطق أهلية الاداء=

فهذا النص جاء بصيغة عامة لكن جاء المشرع العراقي في قانون رعاية القاصرين ونص في المادة (1/3) على ((... ويعتبر من اكمل الخامسة عشرة وتزوج بإذن المحكمة كامل الاهلية)) فهذا النص اخرج من عموم المادة (106) ، فبموجب هذا الاستثناء فإنه من كان قاصر وأكمل الخامسة عشرة من عمره وتزوج بإذن المحكمة يعتبر كامل الأهلية رغم عدم إكماله سن الرشد، هنا تعرض موقف المشرع العراقي للنقد للأسباب التالية⁽¹⁾:

1- هل هو كامل الأهلية في المعاملات المالية أم فقط في مسائل الأحوال الشخصية ، وخاصة ان قانون رعاية القاصرين يتعلق بالأموال ، ف نجد القضاء مرة قد اعتبر الصغير كامل الأهلية فيما يتعلق بالأحوال الشخصية فقط⁽²⁾ ومرة اخرى اعتبره كامل الأهلية في الأحوال الشخصية والمالية والتجارية⁽³⁾.

= هو العقل والتمييز، فمن كان كامل التمييز كان كامل الاهلية ويستطيع ان يباشر جميع التصرفات القانونية وتنقسم إلى ثلاثة انواع:1- التصرفات النافعة نفعاً محضاً . 2- التصرفات الدائرة بين النفع والضرر. 3- التصرفات الضارة ضرراً محضاً . ومن كان ناقص التمييز كان ناقص الاهلية فيصلح لمباشرة التصرفات النافعة نفعاً محضاً ولا يصلح لمباشرة التصرفات الضارة ضرراً محضاً اما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فتخضع لأحكام تكفل حمايته ومن فقد التمييز كان عديم الاهلية ولا يصلح لمباشرة التصرفات القانونية . د. عبد المجيد الحكيم ، وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مصادر الالتزام ، مصدر سابق ، ص 63-64.

(1) اكرم زاده الكوردي ، مصدر سابق ، ص 26-27 .

(2) حيث ذهبت محكمة التمييز الاتحادية العراقية في قرار لها رقم 2901/شرعية/2009 في 2009/7/20 انه (اعتبار من اكمل الخامسة عشر وتزوج بإذن المحكمة كامل الاهلية انما يتعلق بالحقوق الشخصية لا الحقوق المالية) مشار اليه لدى المحامي مؤيد حميد الاسدي ، الوجيز الميسر في قانون الاحوال الشخصية العراقي ، مكتبة الصباح ، بغداد ، 2016 ، ص 273. كذلك يلاحظ ان مجلس شورى الدولة العراقي قد اتجه إلى نفس القرار السابق عندما ذكر في قرار له المرقم 2005/24 في 2005/6/8، انه (ان من اكمل الخامسة عشر من العمر وتزوج بإذن المحكمة يعد كامل الاهلية فيما يتعلق بقضايا الاحوال الشخصية ولا يتعدى أثر ذلك إلى جميع التصرفات المالية والتجارية) قرار منشور في موقع وزارة العدل العراقية ، تاريخ الزيارة 2023/4/14 على الموقع الالكتروني ، www.moj.gov.iq .

(3) حيث ذهبت محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها رقم 2473/منقول/2015 في 2015/5/13 انه (استنادا لأحكام الفقرة (أ) من المادة (الثالثة اولا) من قانون رعاية القاصرين تصح خصومة من اكمل الخامسة عشر =

2- القاصر نضجه العقلي لم يكتمل بعد فكيف يتم منحه الأهلية الكاملة بالزواج فهذا الاستثناء سيضيق من القاعدة العامة كثيراً .

3- ستسجل العديد من عقود الزواج الوهمية لكي يتم اكتساب الأهلية الكاملة ومن ثم إجراء جميع التصرفات القانونية في الأموال وهنا ستتجسد مخاطر جسيمة بحق القاصر والمجتمع من جهة، والعلاقات الزوجية من جهة أخرى .

4- في حالة انحلال الرابطة الزوجية فما هو موقف المشرع العراقي اتجاه القاصر، هل يبقى كامل الأهلية أم يعود لوضعه القانوني قبل الزواج، وما موقفه من التصرفات التي يجريها بعد انحلال الرابطة الزوجية، فهذا ما لم يبيّنه القانون .

اما بالنسبة إلى موقف المشرع المصري فقد نص في قانون الولاية على المال بموجب المادة (60) على أنه ((إذا إذنت المحكمة في زواج القاصر الذي له المال كان ذلك إذنا له في التصرف في المهر والنفقة ما لم تأمر المحكمة بغير ذلك عند الإذن او في قرار لاحق))⁽¹⁾ يلاحظ من خلال النص المتقدم ان اهلية القاصر المتزوج تعد اهلية كاملة للتصرف في النفقة والمهر فقط⁽²⁾.

ثالثاً- الوعد بالتعاقد

لقد أورد المشرع العراقي نظرية عامة للوعد بالتعاقد حينما نص في المادة (91) من القانون

=من العمر تزوج بإذن المحكمة باعتباره كامل الأهلية في الدعاوى الشخصية والمالية على حد سواء) غير منشور ، نقل عن أ.د. عمار سعدون حامد المشهداني ، اهلية التقاضي المحدودة للخصم القاصر (دراسة مقارنة) بحث منشور في مجلة اليقين للدراسات القانونية ، السنة الأولى ، المجلد 1، 2022 ، ص81.

⁽¹⁾ فهذا النص اخرج من عموم المادة (2/44) التي تنص على ((2- وسن الرشد هي احدى وعشرون سنة ميلادية كاملة)).

⁽²⁾ ان القانون المصري لم يأخذ بنظام الإذن القضائي لمن لم يبلغ السن القانوني ، الا انه حدد سن الزواج وفرق فيه بين الذكر والانثى ، حيث نصت المادة (17) من قانون تنظيم بعض اوضاع واجراءات التقاضي في مسائل الاحوال الشخصية المصري رقم (1) لسنة 2000 النافذ على انه (لا تقبل الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج إذا كان سن الزوجة يقل عن ست عشر سنة ميلادية ، او كان سن الزوج يقل عن ثماني عشرة سنة ميلادية وقت رفع الدعوى ...) كما منعت لائحة الاجراءات الشرعية للموظفين الرسميين اجراء عقد الزواج قبل ان يبلغ الزوجين السن القانونية . ينظر في ذلك أ.د. عمار سعدون حامد المشهداني ، مصدر سابق ، ص 83-84.

المدني على ((1- الاتفاق الابتدائي الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين او احدهما بابرام عقد معين في المستقبل لا يكون صحيحا الا إذا حددت المسائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه والمدة التي يجب ان يبرم فيها .2- فإذا اشترط القانون للعقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل تجب مراعاته ايضاً في الاتفاق الابتدائي الذي يتضمن وعداً بابرام هذا العقد)) فبموجب الفقرة (2) من المادة السابقة فإنه إذا كان العقد النهائي شكلي فالوعد بالتعاقد لا بد ان يكون شكلي ، وهذا ايضاً توجه المشرع المصري بموجب المادة (101/ف2)⁽¹⁾ من القانون المدني ، يلاحظ أن المشرع العراقي قد وقع في تعارض بين المادة السابقة والمادة (3/ف1) من قانون التسجيل العقاري التي جاء فيها ((1- التصرف العقاري هو كل تصرف من شأنه انشاء حق من الحقوق العينية الاصلية والتبعية او نقله او تغييره او زواله وكل تصرف مقرر لحق من الحقوق المذكورة 2- لا ينعقد التصرف العقاري الا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري))⁽²⁾ فبموجب هذه المادة أن ما يسجل في دائرة التسجيل العقاري هي التصرفات العقارية بينما الوعد بالتعاقد يرتب للواعد حقاً شخصي وليس حقاً عيني وإن كان الشيء الموعود به عقاراً أو حقاً عينياً عقارياً، لذلك فإن دوائر التسجيل تمتنع عن تسجيل الوعد بالتعاقد مما يؤدي إلى بطلان الوعد بابرام عقد يستلزم القانون لانعقاده تسجيله في دائرة التسجيل العقاري وهذا سيؤدي إلى عدم الاستقرار القانوني والاقتصادي خصوصاً أن الأفراد في الكثير من الاحيان يتجهون إلى إبرام وعد بالتعاقد قبل إبرام العقد النهائي⁽³⁾ .

(1) التي تنص على ((1- الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين او احدهما بابرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد ، الا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه ، والمدة التي يجب ابرامه فيها .2- وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين ، فهذا الشكل تجب مراعاته ايضاً في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بابرام هذا العقد)).

(2) لا توجد مادة مقابلة لها في القانون المصري .

(3) عزيد مروان عزت حمد، الوعد بالتعاقد وتطبيقاته في القانون المدني العراقي دراسة قانونية مقارنة ، مجلة افاق للعلوم ، المجلد 5، العدد4، 2020 ، ص 54-55.

المطلب الثاني

أثر تفاقم النصوص في التزام الوضعي لحقوق الأفراد

إن القانون المدني العراقي والقوانين المقارنة تتضمن العديد من حالات تزامم لحقوق الأفراد وهي كوضع قانوني سوف يخل باستقرار المعاملات المالية، وهذا التزام لا يأتي بصورة واحدة بل يظهر على أكثر من صورة ، فقد يكون بين المصالح العامة والمصالح الخاصة ، أو بين الحقوق المضمونة أو الحقوق العادية وقد يحصل بين الحقوق المتباينة⁽¹⁾ أو قد يكون تزامماً وضعياً وهو من صور التزام التي تدخل ضمن اطار موضوعنا كما يمكن تسميته بالتزامم بسبب المشرع .

لذلك ولغرض بيان أثر تفاقم النصوص في التزام الوضعي لحقوق الأفراد ، يقتضي الامر منا أن نقسم هذا المطلب إلى فرعين نبحث في الفرع الأول التزام الوضعي لحقوق الأفراد في ذات القانون ، وفي الفرع الثاني التزام الوضعي لحقوق الأفراد في القوانين المتعددة.

(1) الحقوق العادية يقصد بها ان لجميع الدائنين المرتبة نفسها في تحصيل حقوقهم من ذمة المدين اي يتم تقسيم التزام حاصل بينهم بالتساوي (قسمة غرماء) لا تكون هنالك افضلية لحق على اخر ، بل تكون جميع الحقوق في درجة واحدة من القوة . اما الحقوق المضمونة يقصد بها الضمانات العينية التي تثبت وتقرر حق عيني تبعي على مال مملوك للمدين او الغير اي يكون للدائن اضافة للضمان العام ضمان خاص، والغرض منها تجنب الدخول في قسمة الغرماء مع بقية الدائنين . اما الحقوق المتباينة او المتفاضلة هي الحقوق التي تفاوتت مرتبتها لأي سبب من الاسباب كالتفضيل بسبب محل الحق ، اي تأتي الحقوق على أكثر من درجة فيما بينها كما في التزامم حق مضمون بالرهن وحق عادي غير مضمون .د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، الكتاب الأول ، مصادر الالتزام ، مطبعة المعارف ، بغداد ، 1971 ، ص 319.د. محمد طه البشر ود. غني حسون طه ، الحقوق العينية الاصلية والتبعية ، الجزء لثاني ، مطابع وزار التعليم العالي والبحث العلمي ، 1982 ، ص 345 .د. صلاح الدين الناهي ، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات ، ج1 ، بغداد، 1950 ، ص12 . ابو عبد الله محمد بن ابي بكر بن ايوب بن قيم الجوزية ، بدائع الفوائد ، تحقيق علي بين محمد العمران ، الجزء الثالث ، الطبعة الأولى ، دار عالم الفوائد ، ص 263.

الفرع الأول

التزام الوضعي لحقوق الأفراد في ذات القانون

إن التزام الوضعي للحقوق أو التزام الناتج عن المعالجة القانونية للنصوص يعد من الأمور القانونية التي ينبغ مراعاتها من قبل المشرع عند وضع النص القانوني ، فلكي تكون الصياغة التشريعية ملاءمة وسليمة وتكون لها ديمومتها ولا تحدث مشاكل قانونية أو منازعات قضائية تنتج عن تطبيق النص يجب أن يتم تجنب الأسباب التي تؤدي إلى تفاقم النصوص ، وبهذا فإن التزام الوضعي يقصد به تعارض النصوص الناجم عن الكيفية التي وضع بها المشرع الحقوق وتعامل معها⁽¹⁾.

بعد بيان معنى التزام الوضعي للحقوق سنشير إلى أهم تطبيقاته في ذات القانون، وهو ما وقع به المشرع العراقي من تعارض بين نص المادة (722) من القانون المدني ونص المادة (742) من القانون المدني⁽²⁾ ، فبموجب المادة (722) من القانون المدني العراقي عرف المشرع عقد الإيجار بأنه ((الإيجار تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم لمدة معلومة وبه يلتزم المؤجر ان يمكن المستأجر من الانتفاع بالمأجور)) فهنا قد تأثر المشرع العراقي في تعريفه لعقد الإيجار بالفقه الإسلامي⁽³⁾ والتي تشير إلى أن المؤجر لا يلتزم بجعل المستأجر ينتفع بالعين المؤجرة بل يلتزم أيضا بتمليك المنفعة للمستأجر وتركه ينتفع بالعين إلا أن المشرع في المادة (722) قد خالف هذا الفقه الإسلامي فيما يتعلق بطبيعة الالتزام الذي يكون على المؤجر حيث نجد أنه جعل هذا الالتزام إيجابياً من خلال تمكين المؤجر للمستأجر الانتفاع بالمأجور ، فالمشرع العراقي حاول المزج بين الصفة السلبية التي من شأنها تسليم المأجور بالحالة التي كان عليها وقت العقد ، والصفة الإيجابية التي تلزم المؤجر أن يجعل المأجور بحالة تصلح للانتفاع به ، أما المادة (742) من القانون المدني

(1) وليد طارق فيصل ، مصدر سابق ، ص 75.

(2) د. سعيد مبارك ، وآخرون ، الموجز في العقود المسماة (البيع - الإيجار - المقاوله) ، بيروت ، 2012 ، ص 189 ، 265.

(3) حيث عرفت المادة (577) من مرشد الحيران الإيجار بأنه ((تمليك المؤجر للمستأجر منفعة مقصودة من العين المؤجرة في الشرع ونظر العقلاء بعوض يصلح اجره)) كما عرفته المادة (450) من مجلة الأحكام العدلية بأنه ((بيع المنفعة المعلومة في مقابل عوض معلوم)).

العراقي فقد نصت على ((على المؤجر بعد قبضه الاجر المسمى المشروط تعجيله ، ان يسلم المأجور للمستأجر بالحالة التي عليها وقت العقد فأن كانت قد تغيرت بفعله او بفعل غيره تغيرا يخل بالمنفعة المقصودة ، فالمستأجر مخيرا ان شاء قبله وان شاء فسخ الاجارة)) فهنا استمد المشرع العراقي حكم هذه المادة من نص المادة (642) من مرشد الحيران⁽¹⁾ ، أي إن النص اعتمد الصفة السلبية فقط فيما يتعلق بالتزامات المؤجر ، فهنا حصل لدينا تفاقم في النصوص وارباك في تطبيقها وتزاحم للحقوق حيث ان المادة (722) من القانون المدني العراقي في شقها الثاني ((... ان يمكن المستأجر من الانتفاع بالمأجور)) جاءت خلاف المادة (742) من القانون المدني العراقي ، فكان الأجر بالمشرع العراقي بدلاً من محاولته المزج بين الصفة الايجابية والسلبية أن يأخذ بما أخذت به القوانين المدنية الأخرى كالقانون المدني المصري إذ عرف القانون المدني المصري عقد الإيجار بموجب المادة (558) بأنه ((الإيجار عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه ان يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدة معينة لقاء اجر معلوم)) اما فيما يتعلق بتسليم المأجور فقد نصت المادة (564) على ((يلتزم المؤجر ان يسلم المستأجر العين المؤجرة وملحقاتها في حالة تصلح معها لأن تفي بما اعدت له من منفعة وفقا لما تم عليه الاتفاق او لطبيعة العين)) وكذلك نجد أن القانون المدني الفرنسي أخذ بالصفة الإيجابية دون السلبية⁽²⁾ ، وذلك بجعل التزام المؤجر إيجابياً يلزمه بتسليم المأجور في حالة يصلح معها أن يفي بما أعد له من منفعة وفقاً لما تم عليه الاتفاق أو وفقاً لطبيعة المأجور⁽³⁾.

من التطبيقات الأخرى ما ذهب اليه المشرع العراقي في متن القانون المدني في إعطاء معنيين لمصطلح واحد وهو مصطلح (يتم) فهذا التعدد في المعنى يؤدي إلى تفاقم النصوص نتيجة الخطأ في الصياغة ، فبموجب المادة (87/ف1) والمادة (603/ف1) وكذلك المادة (1322/ف1) من

(1) التي تقضي بأنه (على المؤجر بعد قبضه الاجر المسمى المشروط تعجله ان يسلم للمستأجر العين المؤجرة بالهيئة التي رآها وقت العقد ، فإذا كانت قد تغيرت بفعله او بفعل غيره تغييرا يخل بالسكنى فالمستأجر مخير ان شاء قبلها وان شاء فسخ الاجارة).

(2) حيث تنص المادة (1730) من القانون المدني الفرنسي على ان المؤجر (يلتزم بتسليم الشيء في حالة حسنة من جميع الوجوه).

(3) ان قانون ايجار العقار العراقي لم يلتفت ايضا إلى هذه النقطة الهامة في المادة (8) من القانون التي نصت على ((على المؤجر أن يسلم المأجور بحالة تصلح للانتفاع به وفق العقد)).

القانون المدني العراقي جاء فيهم مصطلح (تم) ⁽¹⁾ ليس بمعنى الانعقاد ، فالانعقاد موجود لكنه غير مكتمل من حيث ترتيب أثاره، بدلالة أن المادة (603/ف1) من القانون المدني العراقي والتي تنص على ((1- لا تتم الهبة في المنقول الا بالقبض ويلزم في القبض إذن الواهب صراحة او دلالة)) فنجد أن هذه المادة كانت صياغتها الأولى من قبل اللجنة التحضيرية للقانون المدني في المادة (567/ف1) هي ((لا تنعقد الهبة الا بالقبض ويجوز للواهب قبل القبض أن يرجع عن الهبة ويعتبر نهيه الموهوب له رجوعاً)) لكن أحد أعضاء اللجنة التحضيرية اعترض على مصطلح (انعقاد) وبين ان الهبة تنعقد كأى عقد اخر دون ان تكون هناك حاجة للقبض لكنها لا ترتب أثارها أي لا(تتم) الا بالقبض على اعتبار ان العقود تنعقد بمجرد التراضي ولكن لا تنشئ الحقوق الا بعد تسليم ، فتم تعديل النص من (لا تنعقد الهبة) إلى (لا تتم الهبة) ⁽²⁾.

وكذلك نجد بدلالة أن المادة (87/ف1) من القانون المدني العراقي التي تنص على ((1- يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق صريح او ضمني او نص قانوني يقضي بغير ذلك)) وتظهر للوهلة الأولى أن العقد ينعقد بعلم الموجب بالقبول وبقراءة متمعنة للنص نجد ان التعاقد ما بين الغائبين يظهر للوجود عندما تتقابل وتتوافق الارادتان لأكمال العقد ، وهما إرادة الموجب وإرادة الموجه إليه الإيجاب ، أما بالنسبة إلى العلم ، فعلم الموجب بالقبول هو ليس عنصراً في ابرام العقد بل يعد عنصراً ضرورياً من اجل نفاذ العقد ولزومه ، لان العقد ينعقد باقتران القبول بالإيجاب من قبل الموجه اليه ويمكن التوصل لذلك إذا حللنا خلال نظرية العلم حيث ان العلم لا يعد من العناصر المكونة للتراضي في العقد لان أصحاب هذه النظرية يقولون إن القبول لا ينتج مفعوله الا بوصوله إلى علم من وجه اليه ، ومن جهة اخرى يعدون وصول القبول قرينة على العلم وهذا يسمى (بالعلم الافتراضي) اي ان الموجب حتى لو لم يعلم بالقبول وكانت الظروف تدل على العلم فسوف يحكم بانعقاد العقد ، فالعلم لو اعتبر

⁽¹⁾ من خلال الرجوع لمعاجم اللغة لكلمة (تم) يتبين ان المقصود منها كمل ، فيقال تم العمل اي صار كاملاً وتم على الامر اي استمر عليه وتم الشيء اي صار تاماً كاملاً . الخليل بن احمد الفراهيدي ، كتاب العين ، ج1 ، ط1 ، مطبعة انتشارات اسوة ، طهران ، 1425هـ ، ص 83 وما بعدها. ويفهم مما تقدم ان قبل تمام العقد يوجد الشيء ولكنه غير مكتمل بعد وهذا المعنى اللغوي يمكن سحبه للمعنى الاصطلاحي.

⁽²⁾ استاذنا د. علي شاکر عبد القادر البديري ، التغيير الجبري لمالك العين وأثره في التصرفات القانونية (دراسة

من العناصر المكونة للتراضي في العقد لما يمكن ان يتحقق الانعقاد الا به ، وخلاف ذلك الافتراض يجعل من الممكن أن ينعقد العقد دون تحقق احد عناصره الرئيسية وهو العلم ، وعليه فإن العلم هو لنفاذ العقد أو لزمومه وليس لغرض الانعقاد⁽¹⁾ ، أما دلالة المادة (1322/ف1) من القانون المدني العراقي والتي تنص على ((1- يشترط لتمام الرهن الحيازي ولزمومه على الراهن أن يقبض المرتهن المرهون)) ، فتفسيرها يحتاج الرجوع إلى الفقه الإسلامي حيث ذهب الفقهاء إلى ثلاثة آراء ، الأول منها يعد القبض ركناً ، والثاني يعد القبض شرطاً اتفق عليه جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية ، أما الرأي الثالث فلا يعده ركن ولا شرط ، فالرأي الأول ذهب اليه بعض فقهاء القانون المدني⁽²⁾ وبينوا أن الرهن الحيازي هو عقد عيني ، القبض فيه ركن وليس مجرد التزام ينشأ عن العقد بعد تمامه ، كما أن المشرع قد ذكر كل ما يتصل بالقبض من أحكام في الفصل الأول المخصص للكلام عن أركان العقد من تراض ومحل وسبب وبحته في هذا المكان بالذات يدل بان المشرع أراد أن يجعل من القبض ركناً للعقد لا مجرد أثر من أثاره، كما أن اعتبار القبض ركناً في عقد الرهن يتوافق مع بعض القرارات الصادرة من القضاء العراقي، فقد قضت محكمة تمييز العراقية في أحد قراراتها بأنه (إذا لم يتم التسليم فلا ينعقد الرهن)⁽³⁾ ، وقضت في قرار لاحق بان (التسليم والتسلم في الرهن الحيازي هو ركن انعقاد فإذا تخلف يكون العقد غير مستوف لشروطه الشكلية التي فرضها القانون)⁽⁴⁾.

اما الرأي الثاني ذهب إلى أن القبض شرط في عقد الرهن، إلا أن أصحاب هذا الرأي قد اختلفوا في طبيعة هذا الشرط إلى اربعة اتجاهات ، فقد ذهب الاتجاه الأول إلى أنه شرط صحة ، إلا أن فقهاء القانون المدني والقضاء ، غير مواكب لهذا التوجه، وذهب الاتجاه الثاني إلى أنه شرط لزوم وقد واكب رأي من الفقه المدني هذا الاتجاه مستنداً إلى كلمة اللزوم الواردة في المادة (1322/1)

(1) للمزيد ينظر : استاذنا د. علي شاكر عبد القادر البديري التغير الجبري لمالك العين وأثره في التصرفات القانونية (دراسة مقارنة) ، مصدر سابق ، ص195-198.

(2) د. محمد طة البشر ود. غني حسون طه ، مصدر سابق ، ص 204.

(3) القرار رقم 120 / حقوقية اولى / 1971 / المؤرخ في 5/8/1971 . منشور في مجلة القضاء ، العدد الثالث ، السنة السادسة والعشرون ، 1971 ، ص262.

(4) القرار رقم 3235/مدنية ثانية / 1974 / المؤرخ في 18/8/1975 . منشور في مجموعة الأحكام العدلية ، العدد الثالث ، السنة السادسة ، 1975 ، ص36 .

من القانون المدني العراقي ، فقد ذهب هذا الراي إلى ان القبض شرط للزوم الرهن على الراهن سواء أكان المرهون عقاراً ام منقولاً وذلك لان الرهن فيه معنى التبرع، لكون الراهن لا يستوجب بمقابلته على الرهن شيئاً والتبرع لا يلزم الا بالقبض ولا يشترط لصحة الرجوع رضاء المرتهن لانه إذا كان الرهن غير لازم كان للراهن ان ينفرد بالرجوع ، وعلى ذلك فعقد الرهن قبل القبض يكون غير لازم للراهن والمرتهن أما بعد القبض فيصبح لازماً للراهن دون المرتهن إذ يكون للمرتهن حق الرجوع عنه وفسخه بخلاف الراهن، حيث لا يجوز له ذلك مع بقاء الدين لتعلق حق المرتهن بالمرهون⁽¹⁾، أما القضاء فهناك بعض القرارات الصادرة من القضاء العراقي تعتبر القبض شرط لزوم في عقد الرهن، فقد قضت محكمة التمييز العراقية في احد قراراتها بأنه (لا يكون عقد الرهن الحيازي لازماً على الراهن إذا امتنع عن تسليم المرهون للمرتهن وليس لهذا المطالبة بالمرهون إلا إذا كان الراهن قد سلمه له ثم عاد إلى حيازة الراهن لأي سبب كان)⁽²⁾.

بينما ذهب الاتجاه الثالث إلى أنه شرط تمام وقد واكب راي من الفقه المدني هذا الاتجاه مستنداً إلى كلمة (التمام) الواردة في المادة (1/1322) من القانون المدني العراقي فقد قال احد الفقهاء بأنه (الرهن ينعقد بالإيجاب والقبول ولكنه لا يتم الا بالتسليم الواقع بعد انعقاد العقد او اثناء ذلك لمحض رضاء الراهن ولذا كان للراهن الرجوع عن الرهن قبل القبض ولو لم يرض المرتهن)⁽³⁾، وإن اعتبار القبض شرط تمام في عقد الرهن يتوافق مع بعض القرارات الصادرة من القضاء العراقي ، فقد قضت محكمة التمييز العراقية بأنه (لا يعتبر الرهن الحيازي تاماً الا بتسلم المرهون)⁽⁴⁾، وقضت في قرار لاحق بانه (يشترط لتمام الرهن الحيازي ان يقبض المرتهن المرهون فان لم يتم

(1) ينظر : شاكراً ناصر حيدر ، شرح القانون المدني الجديد ، الحقوق العينية العقارية ، الطبعة الأولى ، مطبعة المعارف ، بغداد ، 1953 ، ص 192. د. علي هادي العبيدي ، الحقوق العينية ، الطبعة الأولى ، مكتبة دار الثقافة والنشر والتوزيع ، عمان ، 1420 هـ ، 2000 م ، ص 392.

(2) القرار رقم 3235 / مدنية ثانية عقار / 1974 المؤرخ في 1975/8/18 ، منشور في مجلة الأحكام العدلية ، مصدر سابق ، ص 36.

(3) د. صلاح الدين الناهي ، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية ، مطبعة المعارف ، بغداد ، 1953 ، ص 104..

(4) القرار رقم 120 / حقوقية اولى / 1971 والمؤرخ في 1971/8/5 ، منشور في مجلة القضاء ، العدد الثالث ، السنة السادسة والعشرون ، 1971 ، ص 262.

القبض عند العقد فليس للمرتهن مطالبة الراهن بتسليم المرهون ومنع معارضته له بالمنفعة (1) ونحن نتفق مع هذا التوجه في بيان معنى (التمام) فالعقد موجود لكنه غير مكتمل من حيث ترتيب آثاره ، في حين ذهب الاتجاه الرابع إلى انه شرط نفاذ ، وقد واكب الفقه المدني المصري هذا الاتجاه ، مستندا فيما ذهب إليه إلى نص المادة (1/1109) من القانون المدني المصري التي نصت على أنه (يجب لنفاذ الرهن في حق الغير ان يكون الشيء المرهون في يد الدائن او الاجنبي الذي ارتضاه المتعاقدان) .

أما الرأي الثالث فلا يعده ركن ولا شرط ، هذا الرأي لم يواكبه الفقه المدني ولا يوجد نصاً قانونياً أو قراراً قضائياً يتواكب مع ما ذهب إليه هذا الرأي من الفقه الإسلامي (2) .

بينما نجد المادة (89) من القانون المدني العراقي تنص على ((لا يتم العقد في المزايدات الا برسو (المزايدة) ويسقط العطاء بعطاء ازيد ولو وقع باطلا او باقفال المزايدة دون ان ترسو على احد ، هذا مع عدم الاخلال بالأحكام الواردة بالقوانين الاخرى)) فيلاحظ أن مصطلح (يتم) فيها جاء بمعنى يختلف عن المواد السابقة حيث إن الإيجاب هنا هو العطاء الأول والقبول هو الرسو ومن ثم ان التمام هنا جاء بمعنى الانعقاد أي العقد لا ينعقد إلا برسو المزايدة وليس لنفاذ العقد أو لزومه ، فهنا كلمة (يتم) تخلق حالة من الإرباك لدى القضاء ، فكان من الممكن أن يستعين المشرع بمصطلح آخر أكثر دقة من مصطلح (يتم) في هذه المادة ، وهو مصطلح (ينعقد) ، وعليه فإن مصطلح (يتم) في المادة (89) وجوده لا فائدة منه ، بل كان الأجدر استخدام مصطلح ينعقد .

أما بالنسبة إلى القانون المدني المصري فنجد أن المشرع المصري قد وقع بنفس الخطأ الذي وقع به المشرع العراقي في بيان معنى مصطلح (التمام) فتارة تعني (ترتيب الاثار المترتبة على

(1) القرار رقم 2533 / مدنية ثالثة / 1975 المؤرخ في 1977/6/2 ، منشور في مجلة الأحكام العدلية ، العدد الثاني ، السنة الثامنة ، 1977 ، ص 30.

(2) للمزيد ينظر : مروة ابو العلا ، القبض في عقد الرهن الحيازي حسب الفقه والقانون ، مقال منشور على الموقع الالكتروني <https://www.mohamah.net> ، تاريخ الزيارة 2023/6/14 الساعة 7 مساءً .

الانعقاد) وذلك بموجب المواد (1/97) و (1109) ⁽¹⁾ من القانون المدني المصري وتارة اخرى تعني (الانعقاد) بموجب المواد (99) و(1/487) ⁽²⁾ .

إذ بموجب المادة (1/97) من القانون المدني المصري ، ينعقد العقد دون تحقق أحد عناصره الرئيسية وهو العلم ، وعليه فأن العلم هو لنفاذ العقد أو لزومه وليس لغرض الانعقاد⁽³⁾، أما المادة (1109) من القانون المدني المصري فيلاحظ أن القبض شرطاً في الرهن أي أن عقد الرهن لا يتوقف على القبض بل العقد يكون صحيحاً ولازماً وتاماً بمجرد العقد واما القبض فهو شرط لنفاذه بحق الغير ، فالعقد موجود لكنه غير مكتمل من حيث ترتيب اثاره.

بينما المواد (99) و(1/487) من القانون المدني المصري فيلاحظ أن مصطلح (يتم) فيها جاء بمعنى يختلف عن المواد السابقة حيث إن التمام هنا جاء بمعنى الانعقاد اي العقد لا ينعقد إلا برسو المزايدة بالنسبة إلى المادة (99) ، وعقد الهبة لا ينعقد الا بالقبول بالنسبة للمادة (1/487).

الفرع الثاني

التزام الوضعي لحقوق الأفراد في القوانين المتعددة

تتعدد تطبيقات التزام الوضعي للحقوق في القوانين ، ومن أكثر التطبيقات شيوعاً هو التزام الوضعي الذي يكون بين القانون المدني العراقي وقانون التسجيل العقاري العراقي والذي يتعلق بتصرف الراهن في المال المرهون وبين القانون المدني العراقي وقانون إيجار العقار العراقي وبينه وبين قانون رعاية الفاصرين الذي يتعلق بالامتداد القانوني .

⁽¹⁾ إذ تنص المادة (1/97) ((يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ، ما لم يوجد اتفاق او نص قانوني يقضي بغير ذلك)). ، اما المادة (1109) تنص على ((يجب لنفاذ الرهن في حق الغير ان يكون الشيء في يد الدائن او الاجنبي الذي ارتضاه المتعاقدان)).

⁽²⁾ إذا تنص المادة (99) على ((لا يتم العقد في المزايدات الا برسو المزداد ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ولو كان باطلاً)). اما المادة (1/487) تنص على ((لا تتم الهبة الا إذا قبلها الموهوب له او نائبه)).

⁽³⁾ إذ تنص المادة (91) من القانون المدني المصري على ((ينتج التعبير عن الارادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه اليه ، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك)).

أولاً- تصرف الراهن في المال المرهون

للمالك قبل الرهن سلطة التصرف بالشيء محل ملكيته، فله سلطة التصرف المادي كما له سلطة التصرف القانوني، فله أن يبيعه أو يهبه وله أن يرتب عليه حقا عينيا اصليا أو تبعيا، كما له أن يتلفه أو يهلكه، فالناس مسلطون على اموالهم ، ولكن هل سوف تبقى هذه السلطة بعد رهن المال بذات نطاقها ومداهما ، أم أن الرهن الذي يرتبه الشخص على ماله سيحد من سلطاته.

لقد اتفق الفقه ان للراهن سلطة التصرف المادي بالمرهون ، فله أن يبني أو يغرس في العقار أو يغير من إعداد العقار بشرط أن لا يؤدي التصرف إلى انقاص قيمته، وإلا كان للمرتهن المطالبة بتعزيز الضمان برهن جديد أو إعادة الحال إلى ما كان عليه ، أو اعتبار الدين قد حل والمطالبة به فورا ، نتيجة إخلال الراهن بضمانه سلامة المرهون ، أن سلطة التصرف المادي في المرهون لا تثير اية إشكال، ولكن ما يثير الإشكال هو التصرف القانوني حيث إن الراهن له أن يتصرف بالمرهون تصرفاً قانونياً بنقل ملكيته للغير أو ترتيب حق عيني عليه وهو مرهون ، باعتبار أن ذلك التصرف لن يؤثر في حق الدائن المرتهن ، تأسيسا على حقه في التتبع واستحصال دينه من ثمن ذلك المرهون سواء أكان بيد الراهن أم انتقل إليه المرهون ، وإنه لا يجوز للدائن المرتهن أن يشترط على الراهن عدم جواز التصرف في العقار المرهون، حيث يخشى إذا أجاز هذا الشرط ان يصبح من الشروط الدارجة في عقود الرهن ومن ثم يؤدي إلى الاضرار بنظام الائتمان⁽¹⁾ ، وإن المشرع العراقي ساوى في الحكم في أثر سلطة التصرف بين نوعي الرهن التأميني والحيازي. فقد نصت المادة (1/1295) من القانون المدني العراقي على أنه ((1- يجوز للراهن أن يتصرف بالبيع وغيره في العقار المرهون رهنا تأمينيا، وتصرفه هذا لا يؤثر في حق الدائن المرتهن)). كما نصت المادة (1334) من القانون المدني العراقي على ((يجوز للراهن أن يتصرف بالبيع وغيره في الشيء المرهون رهنا حيازيا، وأي تصرف لا يخل بحق المرتهن)).

يلاحظ أن القواعد العامة السابقة قد جاء بها المشرع العراقي في القانون المدني ، إلا أنه بعد إصداره قانون التسجيل العقاري رقم (43) لسنة 1971 المعدل ، فقد نص في المادة (317) منه على ان ((1- للراهن إجراء جميع التصرفات الناقلة للملكية على العقار المرهون وحينئذ يتحول

(1) محمد طه البشير ، واخرون ، الحقوق العينية التبعية ، ج2 ، بيروت ، المكتبة القانونية، 2017، ص 89،91.

الدين بمرتبته وشروطه إلى من انتقل اليه العقار المرهون بموافقة الدائن المرتهن. 2- إذا تعدد الراضون فلكل واحد منهم الانفراد بنقل دينه إذا لم يشترط التضامن بينهم في سجل الرهن اما إذا اشترط التضامن فلا يجوز ذلك الا بموافقة بقية المدينين مع الرهن)) فموجب الفقرة الأولى من هذه المادة فإن المشرع قيد حق الرهن في التصرف بالعقار المرهون بموافقة الدائن المرتهن ، وقد درج القضاء العراقي على ما تقدمت الإشارة إليه ، إذ قضت محكمة تمييز العراقية بانه (لا يصح تصرف الرهن بالمرهون بيعاً الا بإذن المرتهن) (1) فيلاحظ أن قانون التسجيل العقاري والقضاء العراقي توجه خلافاً للقواعد العامة في الرهن، فهذا التزاحم في المعالجة القانونية للرهن بين القانون المدني العراقي وقانون التسجيل العقاري العراقي ولد تفاقم في النصوص وارتباك في تطبيقها مما أضر بحقوق الأفراد في حصولهم على نظام ائتمان ، أما بالنسبة إلى القانون المدني المصري فلم يشترط موافقة الدائن المرتهن كما ذهب اليه القانون المدني العراقي ولم يأت بمواد مخالفة لهذه القاعدة العامة خلاف المشرع العراقي الذي وقع في أزمة تفاقم للنصوص التي سببت إرباك في تطبيق النصوص (2).

ثانياً- الامتداد القانوني

تعد المدة في عقد الإيجار عنصر مهماً من عناصر الإيجار ، فالإيجار من عقود المدة أو العقود الزمنية وبهذا الأساس يرتبط تنفيذ عقد الإيجار بمدة معينة يتفق فيها المتعاقدان على انتفاع المستأجر بالمأجور، وفي حالة عدم الاتفاق فأن ذلك لا يؤدي إلى بطلان العقد لأن القانون قد تكفل بتحديد المدة (3) . وعلى الرغم أن مدة الإيجار تكون غالباً محددة بموجب العقد المبرم بين المؤجر

(1) قرار رقم 742/ح/1956 بتاريخ 1956/9/30 . مجلة القضاء ، العدد ، السنة 14 ، 1956 ، ص716. وقرار رقم 149 /موسعة اولى / 84-85 بتاريخ 1985/6/28 (غير منشور) . وقرار رقم 66 /مدنية اولى / 92 بتاريخ 1992/3/27 (غير منشور) .

(2) فقد نصت المادة (1043) من القانون المدني المصري على انه ((يجوز للراهن ان يتصرف في العقار المرهون واي تصرف يصدر منه لا يؤثر في حق الدائن المرتهن)).

(3) إذ تنص المادة (741) من القانون المدني على ((إذا عقد الإيجار دون اتفاق على مدة او عقد لمدة غير محددة او تعذر اثبات المدة المدعى بها فيعتبر الإيجار منعقداً للمدة المحددة لدفع الاجرة وينتهي بأقضاء هذه المدة بناء على طلب احد المتعاقدين إذا نبه المتعاقد الاخر بالاخلاء.....)) ، بينما تنص المادة (2) من قانون ايجار العقار المعدل العراقي على ((تعين مدة الإيجار في العقد ، وعند عدم تعيينها ، يعتبر الإيجار منعقداً لمدة سنة تبدأ =

والمستأجر، إلا أن المشرع العراقي قد تدخل بموجب قانون إيجار العقار المعدل ووضع مبدأ يسمى بمبدأ الامتداد القانوني للعقد حيث تنص المادة (3/ف1) على ((يمتد عقد الإيجار بعد انتهاء مدته ما دام المستأجر شاغلا العقار ومستمرًا بدفع الاجرة طبقاً لأحكام القانون، مع مراعاة أحكام الفقرة 14 من المادة السابعة عشرة منه))⁽¹⁾ ، فبموجب هذه المادة فإن عقد الإيجار سوف يمتد بقوة القانون طالما أن المستأجر باقٍ في المأجور ومستمرًا في دفع الأجرة ويؤدي الالتزامات الموجبة بالعقد ، ولا يمكن للمؤجر أن يطالب المستأجر بأخلاء المأجور ولو انتهت مدة العقد إلا لأحد الأسباب التي أوردها القانون⁽²⁾ . أما بالنسبة إلى المشرع المصري فقد اصدر قانون رقم (11) لسنة 1920 الذي قرر الامتداد القانوني لعقود الإيجار، ولم يكن هذا القانون يطبق إلا على الأماكن المؤجرة للسكن ، ثم أصدر قانون رقم (4) لسنة 1921 الذي طبق الامتداد القانوني على الأماكن المؤجرة للسكن وغير السكن ، ثم أصدر بعده عدة قوانين كان آخرها قانون سنة 1996م الذي ألغى فكرة الامتداد القانوني وطبق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين فقط في العقارات الجديدة، أما العقارات القديمة فيطبق عليها الامتداد وتزداد الأجرة في العقارات القديمة (غير السكنية) زيادة دورية كل سنتين، إذًا وبموجب التشريعات المصرية المتعاقبة الخاصة بإيجار الأماكن (كتشريع سنة 1947 و 1969 و 1977 و 1981)، أخذت بالامتداد القانوني ومنعت المؤجر من إخراج المستأجر من المكان المؤجر بعد انتهاء مدة عقد الإيجار، وجعلته ممتدا تلقائياً دون تحديد مدة ما دامت التشريعات الخاصة قائمة ، وطالما بقي المستأجر شاغلا للمأجور وموفياً بالتزاماته المفروضة عليه بموجب عقد الإيجار وأحكام القانون ولم يرق فيه سبب من أسباب الإخلاء⁽³⁾ .

=من الوقت المسمى في العقد ، فإن لم يسم ، فمن تاريخ تسليم المأجور إلى المستأجر خالياً من الشواغل ((يلاحظ ان هذه المادة خاصة في العقارات المبنية المؤجرة لاغراض السكنى للعراقيين الواقعة ضمن حدود امانة بغداد والبلديات .للمزيد ينظر نص المادة (1) من قانون ايجار العقار.

(1) ويستثنى من مبدأ الامتداد القانوني بموجب المادة (3/ف2) من قانون ايجار العقار المعدل العراقي ((تستثنى من حكم الفقرة 1 من هذه المادة العقارات المعدة للسكنى المبنية حديثاً واكتمل بناؤها في 1/1/1998 او بعده ، وتكون مدة نفاذ عقد الإيجار فيها وفق اتفاق الطرفين)) .

(2) ينظر المادة (17) من قانون ايجار العقار المعدل العراقي .

(3) إذا تنص المادة (1) من قانون رقم 4 لسنة 1996 بشأن سريان أحكام القانون المدني على الاماكن التي لم يسبق تأجيرها والاماكن التي انتهت او تنتهي عقود ايجارها ، على انه ((لا تسرى أحكام القانونين رقمى 49 لسنة 1977 فى شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر و136 لسنة 1981 فى شأن بعض =

إن المشرع العراقي يعطي الحق للمستأجر في البقاء بالمأجور لمدة (12) سنة رغم ارادة المؤجر ورغم العقد المبرم بين الطرفين (الاتفاق) بينما المشرع المصري لم يحدد مدة للامتداد القانوني ، فهنا سوف يحصل تزامم وضعي من قبل المشرع العراقي في حقوق الأفراد، لأن عقد الإيجار يعد من اعمال الإدارة وليس من اعمال التصرف فلا يترتب على عقد الإيجار خروج الشيء المؤجر إلى ذمة المستأجر وإنما هو تمكين المستأجر من الانتفاع بالمأجور مدة معينة يعود بعدها إلى المؤجر⁽¹⁾، إلا أن المشرع العراقي في قانون ايجار العقار مكن المستأجر في البقاء بالمأجور لمدة (12) سنة امتداداً قانونياً جبراً عن إرادة المؤجر وخروجاً عن العقد المبرم بين الطرفين، سوف نوضح هذا التعارض مع كلاً من الإيجار الصادر ممن له حق المنفعة و الإيجار الصادر من الدائن المرتهن رهن حيازي و إيجار عقار القاصر، وعقد الإيجار عند تحقق الشرط الفاسخ .

1- الإيجار الصادر ممن له حق المنفعة

يعد حق المنفعة حق عيني يتفرع عن حق الملكية يخول صاحبه استعمال الشيء المنتفع به وتوابعه والاستيلاء على ثماره مدة انتفاعه به⁽²⁾ ، لأن القانون المدني العراقي يجيز

=الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر والقوانين الخاصة بإيجار الأماكن الصادرة قبلهما، على الأماكن التي لم يسبق تأجيرها، ولا على الأماكن التي انتهت عقود إيجارها قبل العمل بهذا القانون أو تنتهي بعده لأي سبب من الأسباب دون أن يكون لأحد حق البقاء فيها طبقاً للقانون)). اما اسباب الاخلاء فقد وردت في المادة (18) من القانون رقم 136 لسنة 1981 على سبيل الحصر . للمزيد ينظر : بشار طلال احمد مومني، الامتداد القانوني لعقد الإيجار (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير ، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، الاردن ، 1999، ص 2،7 .

(1) م.د بياض نجم الدين كريم ، أثر الامتداد القانوني لعقد الإيجار في طبيعة حق المستأجر (دراسة في قانون ايجار العقار العراقي والقوانين المعدلة لتطبيقه في اقليم كردستان) ، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية ، المجلد (13)، العدد(44) ، 2023 ، ص390.

(2) إذ تنص المادة (1252) من القانون المدني العراقي على ((للمنتفع ان يستعمل الشيء المنتفع به وتوابعه ، وله ان يستولى على ثماره مدة انتفاعه به وله نتاج المواشي ، وعليه ان يعرض منها ما نفق من الاصل)). وتنص المادة (987) من القانون المدني المصري على ((تكون ثمار الشيء المنتفع به من حق المنتفع بنسبة مدة انتفاعه...))

أن تملك منافع الأعيان عقار كانت أو منقول (1) وللمنتفع أيضاً استغلال الشيء عن طريق تأجيريه لأي مدة طالما لا تزيد عن مدة حق الانتفاع، فلا يتقيد المنتفع بمدة (ثلاث سنوات) التي يتقيد بها من يكون له الحق في الإدارة (2) طالما أن المنتفع يستغل حقاً له وليس إدارة مال وان كان بمدة معينة هي مدة حياته أو لمدة أقل من ذلك ، اما سلطة التصرف فيحتفظ بها المالك حيث يسمى ب(مالك الرقبة) (3).

فقد يكون حق الانتفاع لمدة (5) سنوات على عقار خاضع لأحكام قانون إيجار العقار المعدل العراقي ، ويقوم صاحب حق الانتفاع هذا بتأجيريه خلال هذه المدة ، بعد انتهاء حق الانتفاع بالمدة المقررة، المفروض يتم إرجاع العقار إلى المالك وفق القواعد العامة إلا أنه قد يتفاجأ المالك انه لا يمكنه ذلك ، ولا يمكنه أن يستغل العقار مرة أخرى بسبب وجود الامتداد القانوني الذي يكون رغما عن ارادة المالك و ارادة صاحب حق الانتفاع ورغماً عن العقد المبرم بين (المنتفع والمستأجر).

2- الإيجار الصادر من الدائن المرتهن رهن حيازي

إن للدائن المرتهن ان يستغل العين المرهونة وفقاً لما أعدت له العين المرهونة ما لم يتفق على خلاف ذلك ، فوفق القانون المدني العراقي ، فله أن يؤجر العين عقاراً كانت ام منقولاً على ان يخصم الأجرة من الدين فتستنزّل أولاً من الفوائد والمصاريف ثم من أصل الدين (4) ، فموجب المادة (1339/ف1) من القانون المدني العراقي والتي تنص

(1) إذ تنص المادة (1249) من القانون المدني العراقي على ((يصح تملك منافع الاعيان دون رقبته سواء كانت الاعيان عقارا او منقولاً))

(2) إذ تنص المادة (724) من القانون المدني العراقي على ((ليس لمن لا يملك الا حق الادارة ان يعقد اجارة قد تزيد مدتها على ثلاث سنوات ، فإذا عقدت الاجارة لمدة اطول من ذلك انقصت المدة إلى ثلاث سنوات ما لم يوجد نص يقضي بغيره)). وتنص المادة (559) من القانون المدني المصري على ((لا يجوز لمن لا يملك حق الادارة ان يعقد اجارا تزيد مدته على ثلاث سنوات الا بترخيص من السلطة المختصة ، فإذا عقد الإيجار لمدة اطول من ذلك ، انقضت المدة إلى ثلاث سنوات كل هذا ما لم يوجد نص يقضي بغيره)).

(3) د. سعيد مبارك ، واخرون ، مصدر سابق ، ص212. محمد طه البشير ، واخرون ، مصدر سابق ، ص353.

(4) إذ تنص المادة (1340) من القانون المدني العراقي على ((ليس للمرتهن ان ينتفع بالمرهون رهنا حيازيًا دون مقابل ، وما حصل عليه من صافي ريعه وما استفاده من استعماله ، يخصم من الدين الموثق بالرهن ولم يكن =

على ((يتولى المرتهن ادارة المرهون رهنا حيازيا ، وليس له ان يتصرف فيه ببيع او برهن ، وعليه ان يبذل في ادارته من العناية ما يبذله الرجل المعتاد ، وليس له ان يغير في طريقة استغلاله الا برضاء الراهن)) وبموجب المادة (1106/ف1) من القانون المدني المصري ((يتولى الدائن المرتهن ادارة الشيء المرهون ، وعليه ان يبذل في ذلك من العناية ما يبذله الرجل المعتاد ، وليس له ان يغير من طريقة استغلال الشيء المرهون الا برضاء الراهن ، ويجب عليه ان يبادر بأخطار الراهن عن كل امر يقتضي تدخله)) ان للدائن المرتهن حق الإدارة أي إيجار المرهون لمدة لا تزيد عن ثلاث سنوات⁽¹⁾ ، لكن سوف يتفاجأ المدين الراهن ان كان مالك للعقار بالامتداد القانوني وفق القانون العراقي لأكثر من ثلاث سنوات لعقد الإيجار الخاضع لأحكام قانون إيجار العقار ، وذلك خلافاً إلى العقد المبرم بين الدائن المرتهن والمستأجر .

3- إيجار عقار القاصر

إن القانون المدني العراقي بين أنه يكون لولي القاصر أو وصيه أو القيم عليه الحق في ابرام عقد الإيجار لمدة لا تزيد عن ثلاث سنوات على اعتباره من عقود الإدارة وذلك بموجب المادة (105) من القانون المدني العراقي حيث نصت على أنه ((1- عقود الإدارة الصادرة من الوصي في مال الصغير تكون صحيحة نافذة ولو كانت بغبن يسير ويعتبر من عقود الإدارة بوجه خاص الإيجار إذا لم تزد مدته على ثلاث سنوات وأعمال الحفظ والصيانة واستيفاء الحقوق وإيفاء الديون وبيع المحصولات الزراعية وبيع المنقول الذي يسرع إليه التلف والنفقة على الصغير))⁽²⁾ . بينما جاء بعد ذلك قانون رعاية القاصرين المعدل واطاف قيد لصحة عقد الإيجار وهو موافقة دائرة رعاية القاصرين وذلك بموجب المادة (43) وحدد مدة للإيجار في الفقرة (الخامسة) منها

= قد حل اجله ، على ان يكون الخصم اولاً من قيمة ما انفق في المحافظة عليه ، وما دفعه من الضرائب والتكاليف وما استحقه من التعويض ثم من المصروفات والفوائد ، ثم من اصل الدين)) . د. سعيد مبارك ، واخرون ، مصدر سابق ، ص214.

⁽¹⁾ ذلك بموجب المادة (724) من القانون المدني العراقي والمادة (559) من القانون المدني المصري السابقتين الذكر.

⁽²⁾ لا توجد مادة مقابلة لها في القانون المدني المصري وبهذا تطبق المادة (559) منه .

حيث جاء فيها ((خامساً- ايجار العقارات لأكثر من سنة واحدة وللأراضي الزراعية لأكثر من ثلاث سنوات على ان لا تمتد مدة الإيجار في اي من الحالتين إلى ما بعد بلوغ الصغير سن الرشد)) بينما اورد القانون المصري قيد لصحة عقد الإيجار وهو الحصول على إذن المحكمة بموجب قانون الولاية على المال رقم 119 لسنة 1952 بموجب المادة (10) وحدد مدة للإيجار في الفقرة (السابعة والثامنة) ((سابعاً- إيجار عقار القاصر لمدة أكثر من ثلاث سنوات في الأراضي الزراعية ولمدة أكثر من سنة في المباني. ثامناً- إيجار عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد لأكثر من سنة)).

فمن خلال تقدم فأن المشرع العراقي قد بين انه ليس للولي أو الوصي أو القيم أن يبرم عقد إيجار القاصر إلا بموافقة مديرية رعاية القاصرين المختصة ولمدة لا تزيد عن سنة في العقارات وثلاث سنوات في الأراضي الزراعية وعلى أن لا تمتد مدة التأجير وإن قلت عن المدد أعلاه إلى ما بعد بلوغ القاصر سن الرشد ، لكن ما تقدم قوله ستعارض مع أحكام قانون ايجار العقار المعدل العراقي ، إذ سيخضع عقد ايجار القاصر للامتداد القانوني وهنا يحصل تعارض وتضارب في تطبيق نصوص المواد السابقة ويحصل تزامم وضعي في تطبيق النصوص وخصوصاً ان التوجه القضائي ومن خلال الاطلاع على أحكام القضاء العراقي نجد أن الأحكام في الدعاوى والمنازعات المتعلقة بعقد ايجار عقار القاصر طبقت فيها أحكام قانون إيجار العقار المعدل وأغفلت أحكام قانون رعاية القاصرين الخاصة بتحديد المواعيد النهائية لنفاذ عقود الإيجار الواردة على عقار القاصر، فأحكام القضاء حكمت خلاف تطبيق قواعد سريان القانون من حيث الزمان فأن قانون رعاية القاصرين لاحق وقانون قانون إيجار العقار سابق وبموجب قواعد حل تنازع القوانين من حيث الزمان فان اللاحق منهما ينسخ بحكمه السابق ومن ثم فإنه المفروض يكون الحكم لقانون رعاية القاصرين، وهذا هو الضابط العام في تحديد القانون الواجب التطبيق، إلا أنه قد تم العمل بالقضاء العراقي بحكم الامتداد القانوني في قانون إيجار العقار المعدل بصرف النظر عن كون العقار مملوكاً للقاصر أو لغيره⁽¹⁾ .

(1) ومن الأحكام القضائية ، حكم محكمة بداءة الموصل بالعدد 1999/3419 في 1999/12/30 ، غير منشور .
حكم محكمة استئناف نينوى بالعدد 118/س/2000 في 2000/8/20 غير منشور . حكم محكمة بداءة الكرادة =

4- عقد الإيجار عند تحقق الشرط الفاسخ

يكون الشرط فاسخاً إذا علق عليه فسخ العقد وزوال الحق⁽¹⁾، فهو أمر مستقبل غير محقق الوقوع يتوقف عليه زوال الالتزام حسب تحققه أو تخلفه ، فالعقد فيه موجود ونافذ لكنه غير لازم ، إذ تنص المادة (289/ف1) من القانون المدني العراقي على ((1- العقد المعلق على شرط فاسخ يكون نافذاً غير لازم ، فإذا تحقق الشرط فسخ العقد والزم الدائن برد ما اخذه فإذا استحال رده وجب الضمان وإذا تخلف الشرط لزم العقد)) وتقابلها المادة (269/ف1) من القانون المدني المصري التي تنص على ((1- يترتب على تحقق الشرط الفاسخ زوال الالتزام ويكون الدائن ملزماً برد ما اخذه ، فإذا استحال الرد لسبب هو مسؤول عنه وجب عليه التعويض)) وعليه إذا تحقق الشرط الفاسخ فسخ العقد وزال ، ما عدا أعمال الإدارة تبقى رغم تحقق الشرط وذلك بموجب الاستثناء الذي ورد في الفقرة الثانية من المادة (289) والتي تنص على ((على ان اعمال الادارة التي تصدر من الدائن تبقى قائمة رغم تحقق الشرط))، وبالفقرة الثانية من المادة (269) التي تنص على ((على ان اعمال الادارة التي تصدر من الدائن تبقى نافذة رغم تحقق الشرط))، فإن استأجر عقار سكني ممن اشتراه ، ثم فسخ عقد البيع فعقد الإيجار سيبقى عند تحقق الشرط الفاسخ ، ولا يفسخ عقد الإيجار ولا يستطيع البائع الذي فسخ عقده ان يسترد العقار من المستأجر قبل نهاية عقد الإيجار، على الرغم من انه يعد من اعمال الإدارة التي لا تزيد على ثلاث سنوات وفق القانون المدني ، ولكن لوجود الامتداد القانوني فسيتمدد عقد الإيجار لمدة 12 سنة ، طالما أن المستأجر شاغل للمأجور ويدفع الأجرة وهذا خلاف الغرض الذي أريد منه في حالة تحقق الشرط الفاسخ .

=بالعدد 2006/662 في 2006/4/27 ، غير منشور . حكم محكمة بداءة الموصل بالعدد 2011/5364 في 2011/12/28 ، غير منشور . للمزيد ينظر: د. ضحى محمد سعيد النعمان، وآخرون ، إيجار عقار القاصر (دراسة في القانون العراقي)، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية ، المجلد(3) ، العدد (9) ، 2014 ، ص 87-91 .

(1) د. عبد المجيد الحكيم ، وآخرون ، القانون المدني وأحكام الالتزام ، الجزء الثاني ، بيروت ، ص 193 .

المبحث الثاني

تأثير السياسة المدنية للمشرع في تفاقم النصوص

إن القانون علم غائي، فهو كائن اجتماعي لا يعيش الا داخل المجتمع، وهو وليد الشعور بحاجة إلى قواعد قياسية ومعيارية ملزمة في سبيل تحقيق التوازن وعدم التعارض بين المصالح المختلفة للأفراد، فموضوعه أفعال الإنسان من حيث ما يجب أن يكون عليه سلوكهم وغايته العامة في جميع القوانين إيجاد تنظيم لمختلف العلاقات القانونية بصفة دائمة ومستمرة، ومن مظاهر الديمومة تحقيق النظام والاستقرار في المجتمع .

يعد التشريع أهم مصادر القانون الرسمية ، ويقصد به وضع القواعد القانونية بصورة مكتوبة من قبل سلطة مختصة بالتشريع ، بموجب الدستور ، في شكل مكتوب ، وتدخل حيز التنفيذ بعد نشرها في الجريدة الرسمية⁽¹⁾ ، ومن المعلوم أن وراء كل تشريع سياسة معينة ينطلق منها المشرع لتحديد الأسس والأصول والمبادئ المرجعية في وضع التشريع ، والسؤال الذي يرد هنا ما هي السياسة التي اتبعتها المشرع العراقي في بناء القانون المدني طالما يتوجب على واضعي أي تشريع أن يكون لهم نهج عام واضح وسليم في بنائه بشكل يكون في مقدور مطبقي هذا القانون التعرف على الأسس التي بنيت عليها قواعد القانون ومن خلالها يمكن فهم القانون وروحه والاهداف والغايات التي شرع من أجلها .

من أجل معرفة السياسة المدنية للمشرع العراقي في استمداده الأحكام القانونية والتحقق فيما إذا كان المشرع العراقي موفقاً في انتهاج هذه السياسة في بناء القانون المدني، سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين ، نبحت في الأول منهما ، ماهية السياسة المدنية ، ونخصص المطلب الثاني لبحث تطبيقات السياسة المدنية في تفاقم النصوص.

(1) للمزيد من التعريفات ينظر: د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية ، دار الفكر العربي بيروت ، 1975 ، ص182. د. عبد المنعم البدر اوي، المدخل للعلوم القانونية ، دار النهضة العربية ، بيروت ، 1996 ، ص160. د.عباس الصراف، واخرون ، المدخل إلى علم القانون، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، 2008، ص44.

المطلب الأول

ماهية السياسة المدنية

تمثل السياسة المدنية الاتجاهات العامة في المدونة المدنية والمبادئ والأسس القانونية التي يقوم عليها التشريع المدني في مكان وزمان معينين لأن السياسة المدنية ليست إلا انعكاس للواقع الاجتماعي والاقتصادي السائد في البلاد، ومن خلال هذه الاتجاهات العامة يمكن تحقيق غاية القانون المدني وأهدافه المتمثلة باستقرار المعاملات المالية للأفراد .

وبغية الوقوف على المعنى الدقيق للسياسة المدنية سنقسم هذا المطلب إلى فرعين نبحت في الفرع الأول تعريف السياسة المدنية ونخصص الفرع الثاني إلى خصائص السياسة المدنية .

الفرع الأول

تعريف السياسة المدنية

السياسة المدنية⁽¹⁾ إرشاد الناس إلى الطريق المنهجي في العاجل والأجل في أمور معاشهم⁽²⁾، فهي كما يوصفها البعض⁽³⁾ بأنها القانون الموضوع لرعاية الآداب والمصالح والأموال ، والسياسة المدنية مصطلح يستخدمه الحكماء والفلاسفة للتعبير عن قسم من أقسام الحكمة العلمية وتسمى

⁽¹⁾السياسة مصدر ساسة الحاكم الرعية ، أي أمرهم ونهاهم فهي القيام مع الشيء بما يصلحه ، السياسة فعل سائس ، حيث يقال : هو يسوس الدواب ، إذا قام عليها وراضها والوالي يسوس رعيته ويقال سوس له امرأ ، أي روضه وسوس الطبع والخلق والسجية ويقال فضاضة في سوسه أي في طبعه . ينظر : ابن منظور، لسان العرب ، إذ جاء فيه ان (ساس) يعني زجر الحمار ليمضي او ليحتبس او ليشرب ، المجلد (13) ، حرف السين، دار نوبلس للنشر والتوزيع، ط1، 2006، ص203-205 .

⁽²⁾د. محمد علي التهنوي ، موسوعة كشاف اصطلاح الفنون والعلوم ، ج1، ط1، مكتبة لبنان ، بيروت ، 1996 ، ص 994 .

⁽³⁾د. محمد علي التهنوي ، المصدر السابق ، ص 994 .

بالحكمة السياسية وعلم السياسة وسياسة الملك وأيضاً بالحكمة المدنية، وهو علم تعلم منه أنواع السياسات والاجتماعات المدنية وأحوالها (1) .

لقد بين أحد الشراح تعريفاً للسياسة المدنية (2) بأنه ((علم بمصالح جماعة متشاركة في المدنية... سميت بها لحصول السياسة المدنية أي مالكية الأمور المنسوبة إلى البلدة بسببها)) ، إن تعريف السياسة المدنية بهذه الطريقة راجع إلى كونها ترجمة للمصطلحات المستخدمة للتعبير عن مصطلح السياسة باعتباره العلم الإنساني المعروف والتي تعبر في أصولها عن حكم المدن (3) ، فلذا لا يعد التعريف المقصود بموضوع البحث ، لكن المقصود بالسياسة المدنية وكما يعرفها البعض (4) هي الموجهات العامة في القانون المدني أي الاتجاهات العامة التشريعية الموجودة في القانون المدني ففي كل تشريع توجد سياسة معينة، ينطلق منها المشرع لتحديد المبادئ والأسس والأصول العامة التي يقوم عليها التشريع وبيان أهدافه وغاياته العامة (5) .

يفهم مما سبق أن للسياسة المدنية معنى عام وهو النهج العام المتبع من قبل المشرع في تشريع أي قانون من القوانين السائدة في البلاد، إذ يوجد في كل تشريع سياسة معينة يقصد من خلالها المشرع تحقيق جملة من الأهداف والغايات ، وللسياسة المدنية معنى خاص وهو الاتجاه العام في التشريع المدني والذي بموجبه يمكن رصد الأسس والأهداف التي يقوم عليها هذا التشريع للوصول

(1) د. محمد علي التهنوي ، المصدر السابق ، ص 995.

(2) د. حسن صعب ، علم السياسة ، دار العلم للملايين ، ط 8 ، بيروت ، 1997 ، ص 19.

(3) د. حسن صعب ، المصدر السابق، ص 20.

(4) د. محمد سليمان الاحمد ، خواطر مدنية (افكار و آراء في القانون المدني)، ص 433-434 .

(5) وتجدر الإشارة إلى ان مصطلح السياسة التشريعية كثيراً ما يختلط مع مصطلح الفلسفة التشريعية ، الا ان هنالك فرق بين المصطلحين فالسياسة التشريعية قد تكون مكملة للفلسفة التشريعية غير مرادفة لها كما يذهب إليها البعض ، فالسياسة التشريعية يقصد بها الاتجاهات العامة الموجودة في تشريع معين ، حيث توجد في كل تشريع سياسة معينة ينطلق منها المشرع لتحديد المبادئ والأسس والأصول العامة باعتبارها الخطوة الأولى التي يقوم عليها التشريع ، ومن خلال السياسة التشريعية تؤدي إلى استئصال اي تناقض في النصوص التشريعية والحد من حالات التعارض فيما بين الأحكام والتقليل منها ، وعليه فأن السياسة التشريعية يأتي دورها بعد تحديد الفلسفة التشريعية : ينظر في ذلك د. محمد سليمان الاحمد ، المصدر السابق ، ص 280 ، 433 . د. تحسين حميد سمايل ، مصدر سابق ، ص 241 .

إلى الغايات العامة في القانون ، وإن سبب تسمية هذه السياسة بالسياسة المدنية يرجع إلى الصفة المدنية الموجودة في سياسة المشرع والتي تتعلق بوظيفة القانون المدني المتمثلة بالقواعد القانونية التي تنظم المعاملات المالية للأفراد، والسؤال الذي يرد هنا هل ان السياسة المدنية هي قواعد عامة في التشريع المدني ام انها اتجاهات عامة؟ وللإجابة عن ذلك لا بد أن نبين ان السياسة المدنية لا تعد قاعدة عامة في التشريع المدني ، وإنما تعد النهج العام المتبع من قبل مشرع القانون المدني ، أي إنها أعم من القواعد العامة فهي اتجاهات عامة تشريعية في القانون المدني تحتوي على مبادئ قانونية يرجع إليها المشرع في بناء القانون المدني بناءً واضح وسليم وصولاً إلى الغايات والأهداف المراد تحقيقها (1) . قد يتبادر إلى الذهن تساؤل عن الخصائص والوسائل التي يمكن من خلالها فهم وادراك وتمييز السياسة المدنية للمشرع، والتي سنعمل على بيانها إجابة لهذا التساؤل في الفرع الثاني من هذا المطلب .

الفرع الثاني

خصائص السياسة المدنية ووسائل فهمها

من أجل إعطاء فكرة واضحة عن السياسة المدنية سنشير إلى أهم الخصائص التي تتميز بها هذه السياسة وإلى الوسائل التي من خلالها نستطيع فهمها، وذلك كما يأتي :

أولاً- خصائص السياسة المدنية

1- إن الغاية في السياسة المدنية هي احتوائها على مبادئ قانونية عامة وليست قواعد قانونية ، فالمبادئ القانونية تحتوي على الحكم دون الفرضية مثال ذلك ((ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه)) (2) ، أي ان السياسة المدنية للمشرع العراقي قد احتوت على مبدأ قانوني يقضي بأن الثابت على خلاف القياس هو الأمر المختص بحكم خاص يختلف عن نظائره التي تشترك معه في ذات المعنى ومن ثم فلا يجوز ان يقاس على هذا الأمر حتى ولو ظهر ما يشترك معه في ذات العلة ، بعكس القواعد القانونية التي تحتوي على

(1) قاسم اسماعيل علي ، مصدر سابق ، ص 7 .

(2) نص المادة (3) من القانون المدني العراقي .

عنصري الفرضية والحكم ، فأما الفرضية فيقصد بها السلوك او الواقعة التي إذا تحققت يرتب عليها القانون أثراً معيناً ، وأما الحكم فهو الحل أو العلاج الذي تأتي به القاعدة القانونية أمام مشكلة ما ، أي هو الأثر الذي يرتبه القانون على الفرض ، مثال ذلك نص المادة (204) من القانون المدني العراقي ((كل تعد يصيب الغير بأي ضرر اخر غير ما ذكر في المواد السابقة يوجب التعويض)) فالفرض هنا جاء من شروط مادية وهي حصول الضرر وقانونية وهي الخطأ وأن تتحقق العلاقة السببية بين الخطأ والضرر ، أما الحكم فيها هو التعويض ، فالمبادئ القانونية هي موجبات عامة لا تطراً عليها استثناءات بعكس القاعدة القانونية فأنها معرضة لتطراً عليها الاستثناءات (1) .

2- السياسة المدنية علم قائم بذاته ، إذ تعتبر جزء من علم السياسة العامة للتشريع وتشمل السياسات و المناهج المتبعة في تشريع القوانين المختلفة ، ولهذا فإن السياسة المدنية علم مستقل لها الموجهات والمطلقات العامة التي تميزها عن بقية العلوم والتي يكون في مقدور المشرع الاعتماد عليها في بناء القانون المدني ، كما تعد السياسة المدنية علم سنني وليس سببي (2) ، لأن القواعد القانونية المنظمة للمعاملات المالية في المجتمع تكون نتيجة نوع السياسة المدنية المتبعة من قبل المشرع ، فمثلاً نوع السياسة المدنية المتبعة في الدول ذات

(1) ينظر في ذلك : م. حيدر حسن هادي اللامي ، عناصر القاعدة القانونية (دراسة في النظرية العامة للقانون) ،مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية ، العدد20، 2020 ، ص 200-205 . قاسم اسماعيل علي ،مصدر سابق ، ص 9. احمد منصور ، ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه ،مقال منشور على الموقع الالكتروني <https://jordan-lawyer.com> ، تاريخ الزيارة 2023/7/3 .

(2) ان العلم السببي يأخذ نمطا طبيعيا خاضعاً في العادة لطبائع الاشياء ، حيث ان الأحكام الافتراضية التي تنشأ بين الشرط والنتيجة في ظل العلم السببي هي أحكام حتمية تحصل دون يكون لعمل البشر او ما هو فوق قدرة البشر ، دور في تحقيق تلك الأحكام المتصفة بالحتمية . وبهذا فإن الشرط في العلم السببي يكون هو العلة ، في حين تكون النتيجة أثراً لذلك الشرط . ينما العلم السنني يعتمد على دور البشر في اتيانه إلى الوجود ، اضافة لذلك ان العلم السببي ليست له نقطة نهاية لأن الأسباب حتمية او انها طبيعية وراء حدوث تلك الظاهرة أو النتيجة اما العلم السنني فأنها محكومة بأحكام تأتي إلى الوجود بفعل البشر ولذلك هي ليست واحدة ، كما ان في العلم السنني هنالك اختلاف في النتيجة والشرط الي يكون غير موجود بالعلم السببي حيث ان النتيجة تكون أثر للشرط . د. محمد سليمان الاحمد ، (قاعدة نصل اوكام) ودورها في تكوين ملكة قانونية سليمة ، مطبعة شهاب ، ط1، اربيل، 2010، ص38.

النظام الإنكلوأمريكي والتي تعتمد وبشكل أساسي على السوابق القضائية تختلف عن نوع السياسة المدنية المتبعة في الدول ذات النظام اللاتيني التي لا تركز إلى السوابق القضائية (1).

3- تشكل السياسة المدنية نهجاً عاماً لجميع التشريعات الخاصة الأخرى، أي إن السياسة المدنية لا تقتصر في دورها على القانون المدني فحسب، بل تتعدى إلى جميع التشريعات الخاصة الأخرى ففي قانون التجارة العراقي يوجد نص فيه (2) يقضي بسريان القانون المدني على جميع المسائل التي لم ينظمها هذا القانون ، وهذا يؤكد بأن السياسة المدنية لا تقتصر على القانون المدني بل تمتد إلى القوانين الأخرى لأنها تعد الشريعة العامة في النظم القانونية السائدة في البلد (3).

ثانياً – وسائل فهم السياسة المدنية

إن فهم وادراك السياسة المدنية للمشرع يكون من خلال ما يأتي :

- 1- المذكرات المرفقة مع التشريع : تنقسم المذكرات التي يمكن ان ترفق مع التشريع بالآتي:
 - المذكرة التفسيرية للقانون ، ويقصد بها تلك المذكرة التي تتضمن تفسير مواد التشريع كل مادة على حدة ، أي تفسير المقصود بكل مادة قانونية في التشريع وبيان الهدف منها ومصدرها والأسباب الموجبة للأخذ بها وكذلك ما يقابلها في القانون المقارن ، فهي مذكرة تسبق القانون في الاصدار وتوضح المبادئ التي تقوم عليها التشريع ، حيث يتوجب أن يقوم المشرع بإيضاح السياسة المتبعة في هذا التشريع من خلال تلك المذكرة ، فالمذكرة التفسيرية تكاد تكون جزءاً معنوياً من التشريع ، حيث يشترط في أي تشريع ان تكون له مذكرة تفسيرية واضحة يوضح فيها المشرع الملاحظات والتوجهات على مضمون التشريع وجزئياته، حتى يستطيع المطبقين لقواعده على فهم

(1) ينظر في ذلك : قاسم اسماعيل علي ، مصدر سابق ، ص8. د. عبد المجيد الحكيم ، الاعتبار في القانون الانكليزي ، بحث منشور في مجلة القضاء ، السنة (34)، العدد (4)، 1981، ص 280.

(2) المادة (4/2) من قانون التجارة العراقي المرقم (30) لسنة 1984 (ثانياً- يسري القانون المدني على جميع المسائل التي لم يرد بشأنها حكم خاص في هذا القانون او اي قانون خاص اخر)).

(3) ينظر في ذلك : قاسم اسماعيل علي ، مصدر سابق ، ص11. د. فايز محمد حسن ، دور المنطق في تكوين القانون وتطبيقه ، دراسة في فلسفة القانون، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية، 2011، ص 207 .

مواده بالتفصيل ، إلا أنه يلاحظ أن المشرع العراقي لم يوضح سياسته المدنية في المذكرة التفسيرية التي وضعت للقانون المدني⁽¹⁾.

• المذكرة الإيضاحية ، يقصد بها الملخص الذي يرفق مع مشروع القانون ، يقوم بإعدادها الفقيه المختص في مجال القانون المدني وبصورة رسمية وبتكليف من الدولة ، والهدف الرئيسي منها تمكين السلطة التشريعية من فهم مجمل مشروع القانون المقدم إليها من السلطة التنفيذية قبل البدء بإقرار المواد القانونية في مشروع القانون⁽²⁾.

2- الديباجة ، هي عبارة عن مقدمة للقانون وتعد جزء منه ، إلا أن القانون المدني العراقي لم يحتو على ديباجة⁽³⁾.

3- مجموعة الاعمال التحضيرية ، يقصد بها الوقائع والمستندات التي مر بها النص القانوني عند وضعه ، وتكشف عن حقيقة المعنى المقصود منه ، والمناقشات التي دارت حوله في اللجنة التي وضعت⁽⁴⁾.

4- الأسباب الموجبة ، يقصد بها مجموعة من العوامل التي دعت إلى سن التشريع ، ومن خلالها يمكن معرفة مدى نجاعة السياسة المتبعة من قبل المشرع ، وعند الرجوع إلى الاسباب الموجبة للقانون المدني العراقي نجد أن المشرع لم يوضح سياسته المدنية عند

(1) ينظر في ذلك : قاسم اسماعيل علي ، المصدر سابق ، ص 11. د. ليث كمال نصرأوين، متطلبات الصياغة التشريعية الجيدة وأثرها على الاصلاح القانوني ،مجلة كلية القانون الكويتية العالمية ، العدد2، الجزء الأول، السنة الخامسة ، 2017 ، ص 408.

(2) ينظر في ذلك : قاسم اسماعيل علي ، مصدر سابق ، ص 12. د. ليث كمال نصرأوين، مصدر سابق ، ص 403-404.

(3) ينظر في ذلك : قاسم اسماعيل علي ، المصدر سابق ، ص 11.

(4) إذ قد ورد في الاعمال التحضيرية للقانون المدني العراقي ما يشير إلى كون القانون المدني المصري مصدراً تاريخياً للقانون المدني العراقي في خطاب الاستاذ السنهوري مع اعضاء اللجنة إذ نص الخطاب على ((لاحظت بوجه عام ان كثير من التعديلات التي ادخلتموها على اللائحة من شأنها ان تقرب كثيراً ما بين مشروع القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري ، هذا إلى ما في هذه التعديلات من ضبط ودقة . لذلك لا اتردد في الموافقة عليها . ولا يسعني في هذه المناسبة الا ان ابدى شدة اعجابي بمثابرتكم على متابعة نصوص القانون المدني المصري الجديد واقتباسكم منه ما من شأنه ان يزيد نصوص اللائحة دقة وانضباطاً وان يقرب ما بين القانونين كما قدمت)) . د. علي حميد كاظم الشكري ، استقرار المعاملات المالية (دراسة مقارنة) ، اطروحة دكتوراه جامعة كربلاء ، كلية القانون ، 2014 ، ص 81 .

تشريعه أحكام القانون المدني⁽¹⁾ ، حيث جاء فيها ((3- وقد توخت اللجنة في هذا المشروع أن تتدارك بوجه خاص تشنت القواعد المعمول بها في الوقت الحاضر ، وانتفاء التناسق بين المصادر التي استقت منها هذه القواعد . فيلاحظ من ناحية ، أن قواعد القانون المدني في العراق لا ينظمها عقد جامع ، وإنما هي مبعثرة في مواطن متفرقة ، فبعض الأحكام الكلية وقواعد العقود قد وضعت في المجلة ، وقواعد الملكية وغيرها من الحقوق العينية موزعة بين المجلة وقانون الأراضي وقواعد التأمينات قد انفرطت بين المجلة وعدد من التشريعات الخاصة ، وأبلغ من ذلك أن قواعد تعتبر من صميم القانون المدني ، كالقواعد الخاصة بالفوائد والتعويضات ودعاوى وضع اليد وحقوق الامتياز ، أقحمت اقحاماً على قواعد الإجراءات فانتشرت بين قانون أصول المحاكمات الحقوقية وقانون الاجراء وقانون المحاكم الصلحية ، هذا ولا تزال قواعد الوقف ومسائل الأحوال الشخصية تستقي من الفقه الإسلامي مباشرة . 4 - وغني عن البيان ان تفريق قواعد القانون المدني على هذا الوجه يخل بما يجب ان يتوافر لهذه القواعد من اسباب الوحدة وينال مما ينبغي لها من تناسق وتواصل . ولا يقف أثر كل اولئك عند حد تحميل الباحث مشقة بالغة في تفصي القواعد القانونية في مظانها ، ولكنه يجاوز ذلك إلى تعقيد فقه هذه القواعد ذاتها واغلاق الكثير من نواحيها على نحو يضر باستقرار الحقوق والمعاملات))⁽²⁾ .

5- المبادئ والأسس التي يقوم عليها التشريع ، أي التي اسس عليها التشريع المدني والتي يمكن من خلالها معرفة السياسة المدنية للمشرع ، إلا أنه نجد ان هذه المبادئ والأسس غير مبانة في صدر القانون المدني في حين انها موضحة في الكثير من القوانين العراقية كما في المادة الأولى من قانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة 1984 ، والمادة الثانية من قانون رعاية القاصرين وغيرها من قوانين أخرى⁽³⁾ .

بعد بيان ماهية السياسة المدنية باعتبارها الاتجاه العام في التشريع المدني والذي بمقتضاه يمكن تحديد المبادئ والأسس والأصول العامة بغية الوصول إلى الغايات العامة في القانون، هناك سؤال

(1) قاسم اسماعيل علي ، المصدر سابق ، ص 11.

(2) د. علي حميد كاظم الشكري ، مصدر سابق ، ص 83-84 .

(3) د. محمد سليمان الاحمد ، خواطر مدنية (افكار وارهاء في القانون المدني)، ص 434 .

يثار في هذا السياق هل أن المشرع العراقي قد انتهج سياسة مدنية واضحة وصريحة في بناء القانون المدني؟ وهل لنوع السياسة المدنية المنتهجة من قبل المشرع دور في تفاقم النصوص؟ ففي صدد الإجابة عن هذين السؤالين ومعرفة السياسة المدنية المتبعة من قبل المشرع العراقي في استمداده الأحكام القانونية سوف نبين ذلك في المطلب الثاني في تطبيقات السياسة المدنية في تفاقم النصوص.

المطلب الثاني

تطبيقات السياسة المدنية في تفاقم النصوص

من خلال الرجوع إلى الأسباب الموجبة في القانون المدني العراقي باعتبارها العوامل التي دعت إلى سن التشريع ، يتبين لنا أن المشرع العراقي لم يوضح سياسته المدنية عند تشريعه أحكام القانون المدني حيث مزج بين الفقه اللاتيني والفقه الإسلامي في الأحكام التي تضمنتها نصوص هذا القانون واحتوى القانون المدني على كثير من المواضيع التي ليس هنالك حاجة لوجودها او عدم الملاءمة بينها ، مما أدى إلى تفاقم النصوص .

لذلك سنقسم هذا المطلب على فرعين نبحت في الفرع الأول تطبيقات الفقه اللاتيني في قواعد القانون المدني ونخصص الفرع الثاني إلى تطبيقات الفقه الإسلامي في قواعد القانون المدني .

الفرع الأول

تطبيقات الفقه اللاتيني في قواعد القانون المدني

إن مشرع القانون المدني قام باستمداد البعض من أحكامه القانونية من الفقه اللاتيني والذي يتزعمه الفقه الفرنسي، إذ إنه قد استمدتها بشكل عشوائي ودون معرفة هل هي ضرورية لتشريعنا أم لم تكن ضرورية بينما كان من المفترض أن يكون له نهج سليم وواضح باستمداد الأحكام القانونية التي تكون في صالح المجتمع من أجل الوصول إلى الغاية من التشريع وهي محاولة اقامة

نظام في المجتمع وإسعاد الأفراد وحماية حقوقهم ومصالحهم ،ومن أهم التطبيقات التي استمدها
المشرع من الفقه اللاتيني هي :

أولاً - نظرية السبب

قبل الولوج في بيان السياسة المدنية للمشرع العراقي في نظرية السبب سنبين معنى هذه النظرية
وكما يأتي:

1- معنى نظرية السبب

إن للسبب معان عدة ، فهو قد يكون بمعنى المصدر ⁽¹⁾ ، وقد يأتي بمعنى الغرض المباشر
بموجب النظرية التقليدية ، أو يأتي بمعنى الباعث الدافع للتعاقد بموجب النظرية الحديثة ، سنشير
لهما بشكل موجز لغرض الإحاطة بموضوع البحث:

أ- النظرية التقليدية

تأخذ النظرة التقليدية بالسبب المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه، وهو
ما يعرف بسبب الالتزام او السبب القصدي والذي يكون واحداً في كل نوع من العقود ، ففي عقد
البيع السبب القصدي للبايع هو الحصول على الثمن والسبب القصدي للمشتري هو الحصول على
المبيع ، اي قد حددت هذه النظرية السبب القصدي لكل طائفة من العقود⁽²⁾ ، أما أصل هذه النظرية

⁽¹⁾ ويقصد به الواقعة القانونية التي انشأت الالتزام كالعقد والارادة المنفردة والعمل غير المشروع ، والسبب بهذا
المعنى يسمى بالسبب المنشئ وهو يخرج من نطاق بحثنا ، والسبب المقصود الذي يقتصر وجوده على الالتزام
العقدي لان الالتزام غير العقدي كالالتزام القانوني والالتزام الناشئ عن المسؤولية التقصيرية او الأثر بلا سبب
لم يرق على ارادة الملتزم ولهذا اينما توجد ارادة يوجد السبب ، إذ لا يمكن للارادة ان تتجه دون سبب الا إذا
صدرت عن غير وعي ، وبالتالي فان دور السبب في الالتزام العقدي يكبر حيثما يزداد حظ الارادة في انشاء
العقود الرضائية ويضعف في العقود الشكلية .د. حسن علي دنون ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام
، اثبات الالتزام ، ط1، بغداد ، 1976 ، ص 136 .د. نبيل ابراهيم سعد ، مصدر سابق ، ص 154 . د. عبد
الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام ، الجزء الأول ، مصدر سابق ، ص
436 .

⁽²⁾ إذا يلاحظ 1- في العقود الملزمة للجانبين يعتبر سبب التزام كل من المتعاقدين هو التزام المتعاقد الآخر. ففي
عقد البيع حيث سبب التزام البائع هوالتزام المشتري والعكس صحيح. 2-في العقود الملزمة لجانب الواحد، =

فتعود إلى الفقيه الروماني دوما (Domat) ومنه انتقلت إلى الفقه الفرنسي ثم إلى القانون المدني الفرنسي في المواد (1131-1133) ⁽¹⁾، ولقد استلزمت هذه النظرية في السبب عدة شروط هي ⁽²⁾:

- ان يكون السبب موجود، فأن كان غير موجود فأن العقد يعد باطلاً، وشرط وجود السبب هو شرط ابتداء وبقاء، أي ضرورة وجود السبب وقت إبرام العقد لحين وقت تنفيذه، وبناء على ذلك لاتعد سندات المجاملة عقود لانتفاء السبب وقت إبرام العقد فهي عبارة عن سندات يعطيها شخص لآخر مجاملة له دون أن تعني وجود دين حقيقي .
- أن يكون السبب صحيحاً ، فالسبب غير الصحيح لا يصلح ان يقوم عليه التزام ، والسبب يكون غير صحيح إذا كان وهمياً او صورياً، فالسبب الموهوم هو ذلك السبب الذي لا وجود له الا في تفكير ومخيلة المتعاقد، كما لو باع شخص داره لآخر معتقداً أنه نقل إلى مدينة أخرى، أما السبب الصوري فهو سبب غير حقيقي، وإذا ذكر سبب في العقد فيفترض انه السبب الحقيقي ما لم يثبت العكس.
- أن يكون السبب مشروعاً، و يكون السبب مشروع إذا كان مما لا يتعارض مع تحريم صريح في القانون أو النظام العام والآداب ، مثال ذلك التزام شخص بدفع مبلغ من النقود مقابل تعهد شخص آخر بارتكاب جريمة من الجرائم .

=إذا كان العقد من العقود العينية،قرضا او عارية او وديعة او رهن حيازة ، يعتبر سبب التزام المتعاقد الملتمزم هو تسلمه الشيء محل التعاقد. فسبب التزام المودع عنده مثلا برد الوديعة هو سبق تسلمه لهذه الوديعة ، بينما إذا كان عقد الملزم لجانب واحد من المعاولات، فيكون السبب فيها التزاما سابقا مدنيا كان ام طبيعيا، مثلا، تعهد الوارث بدفع مبلغ الموصى به إلى الموصى له ،سببه التزام الوارث بتنفيذ الوصية ،وتعهد شخص بدفع مبلغ على سبيل النفقة، يكون الإلتزام المدني الذي يفرضه القانون أو الإلتزام الطبيعي الذي يفرضه المجتمع، ويتحول بهذا التعهد من التزام مدني يجد سببه في هذا الإلتزام الطبيعي.3- في عقود التبرع، فان سبب التزام المتبرع هو نية التبرع حيث يقصد الواهب، التبرع إلى الموهوب له، ويقصد المعير تقديم خدمة للمستعير. ينظر في ذلك : قاسم اسماعيل علي ، مصدر سابق ، ص52.د. عبد المجيد الحكيم ، وآخرون ، الوجيز في نظرية الإلتزام في القانون المدني العراقي ، مصدر سابق ، ص102.د. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة بالفقه الغربي) ، مصدر سابق ، ص 17 .

⁽¹⁾قاسم اسماعيل علي ، مصدر سابق ، ص52.

⁽²⁾د. عبد المجيد الحكيم ، وآخرون ، الوجيز في نظرية الإلتزام في القانون المدني العراقي ، مصدر سابق ،

ب- النظرية الحديثة

تأخذ النظرية الحديثة أو نظرية القضاء بالباعث الدافع للتعاقد اي الغرض البعيد أو غير المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول اليها من وراء التزامه، وهو ما يعرف بسبب العقد والذي يتغير من عقد لآخر وبالنسبة لكل متعاقد ، فمن يبيع غايته المباشرة الحصول على الثمن أم الغايات غير المباشرة (البواعث) مختلفة فقد يشتري بالثمن شيئاً آخر أو يهبه الخ ،فهذه النظرية جاء بها القضاء والفقهاء الفرنسيين خروجاً عن النظرية التقليدية ولهذه النظرية الشروط الآتية⁽¹⁾:

- يتشترط في الباعث الدافع إلى التعاقد أن يكون مشروعاً اي غير مخالف لقواعد النظام العام او الاداب والا كان عقد باطل ، ومن ثم يمكن الاستناد فقط على مشروعية الباعث الدافع للتعاقد والاستغناء عن مسألة وجود وصحة السبب.
- يشترط علم الطرف الاخر بالباعث الدافع للتعاقد في عقود المعاوضة ، يتوجب أن يتقيد مبدأ بطلان العقد لعدم مشروعية الباعث بالحدود التي تكفل وقاية للتعامل من أن يتزعزع ، أما عقود التبرع فيعتد بالباعث الذي لدى المتبرع سواء ان كان معلوماً من الطرف الاخر أم كان مجهولاً به .

2- السياسة المدنية للمشرع العراقي في نظرية السبب

خصص المشرع العراقي مادة واحدة للسبب في متن القانون المدني العراقي وهي المادة (132) التي نصت على أن ((1- يكون العقد باطل إذا التزم المتعاقد دون سبب او لسبب ممنوع قانوناً و مخالف للنظام العام او للاداب 2- ويفترض في كل التزام ان له سبب مشروعاً ولو لم يذكر هذا السبب في العقد ما لم يقيم الدليل على غير ذلك 3- اما إذا ذكر السبب في العقد فيعتبر انه السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك)) من خلال هذا النص يتبين أن المشرع العراقي لم يعين معنى السبب في هذه المادة وهل ينصرف هذا اللفظ إلى المعنى الضيق المفهوم في النظرية التقليدية أم إلى المعنى الواسع المفهوم في النظرية الحديثة ؟ ثارت مناقشات حول هذا النص فقد

(1) قاسم اسماعيل علي ، مصدر سابق ، ص54.د. عبد المجيد الحكيم ، وآخرون ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، مصدر سابق ، ص101.د. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة بالفقه الغربي) ، مصدر سابق ، ص 27-28.

ذهب الدكتور عبد الرزاق السنهوري (رئيس لجنة اعداد القانون المدني) أن القانون المدني العراقي ذكر السبب دون أن يحدد المعنى المراد منه ،المعنى الضيق أم المعنى الواسع ويرى بأن يبقى النص كما هو حتى يأخذ القضاء العراقي بكلا المعنيين ، فيفهم السبب أولاً بالمعنى الذي تفهمه النظرية التقليدية وفي هذا المعنى فائدة ثم يفهم ثانياً بالمعنى الذي تفهمه النظرية الحديثة ، ولم يبين الدكتور السنهوري لماذا يريد الجمع بين السبب وفق النظرية التقليدية ووفق النظرية الحديثة ، يبدو أن سياسة واضعي القانون المدني العراقي لم يحددوا موقفهم من أي من النظريتين، حيث ذهب أحد أعضاء لجنة إعداد المشروع إلى القول (يحسن أن نحدد في النص ما إذا كنا نريد الأخذ بالمعنى الضيق للسبب أو بالمعنى الواسع عندي أنه يحسن الأخذ بالمعنيين معا) في حين ذهب عضو آخر إلى القول بأن في (الأخذ بالمعنى الواسع خطراً على سلامة المعاملات لأن النظرية الحديثة تجعل السبب هو الدافع إلى التعاقد وبذلك فإن المعاملات لا تنضبط)⁽¹⁾ وأخيراً ذهب الدكتور السنهوري إلى أن (الأولى أن نحدد معنى السبب في النص نفسه وأن نقتصر على هذا البيان في المذكرة الإيضاحية وفي ذلك ترك المجال فسيحاً للقضاء العراقي حتى إذا اقتنع بوجود الأخذ بنظرية السبب بمعناها الواسع طبق النظرية الحديثة فعل ذلك وله ما يؤيده مما ورد في المذكرة الإيضاحية وإن خشي الا تنضبط المعاملات من وراء الأخذ بالنظرية الحديثة وأراد الوقوف عند النظرية التقليدية كان له في نصوص القانون ما لا يتعارض مع هذا الموقف فلا يتخرج من وجود نص يلزمه بالأخذ بمعنى معين في فهم نظرية السبب) إلا أنه عند الرجوع إلى المذكرة الإيضاحية للقانون العراقي وهي من إعداد احد اعضاء لجنة اعداد مشروع القانون (الاستاذ منير القاضي) نجد التالي (نص المشروع على أن لا يكون الباعث (السبب) للعقد أمراً ممنوعاً قانوناً أو مخالفاً للنظام العام والآداب، والمراد من السبب الباعث المستحدث لإجراء العقد، لا فرق في ذلك بين المعاوزات والتبرعات)⁽²⁾، هذا القول لا ينسجم مع توجه نص القانون المدني العراقي الذي حاول ان يوفق بين النظريتين لكنه لم يحالفه التوفيق كونه قد جمع بين نظريتين لا يمكن التوفيق بينهما لاسيما ان احدهما قامت على نقيض الأخرى ، فهذا يعد سبب في اضطراب موقف الفقه والقضاء العراقيين في نظرية السبب حيث لا يمكن الجمع بين متناقضين ، حيث إن الاستقرار في تبني

(1) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني العراقي ، ج1، بغداد ، مطبعة الزمان ، 1998 ، ص 147 .

(2) د. عصمت عبد المجيد بكر ، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية (دراسة مقارنة)، دار الكتب العلمية ،

المواضيع أمر ضروري لفهم سياسة المشرع وعدم حدوث تفاقم للنصوص ، فكان من الأجدر بالمشرع العراقي ان يتبنى النظرية الحديثة للسبب وبصياغة واضحة وصريحة يمكن من خلالها معرفة الموجهات العامة للمشرع من نظرية السبب باعتباره ركنا ثالثا في العقد .

أما بالنسبة إلى السياسة المدنية للمشرع المصري في نظرية السبب فقد خصص المشرع مادتين في بيان السبب المادة (136) من القانون المدني المصري التي تنص على ((إذا لم يكن للالتزام سبب، او كان سببه مخالفا للنظام العام او الاداب ، كان العقد باطلا)) والمادة (137) التي تنص على ((1- كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض ان له سبباً مشروعاً ، ما لم يقدّم الدليل على غير ذلك 2- ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك ، فإذا قام الدليل على صورة السبب فعلى من يدعي ان للالتزام سبباً اخر مشروعاً ان يثبت ما يدعيه))، فمن خلال نص هاتين المادتين يتبين أن توجه المشرع المصري وتوجه المشرع العراقي متشابهين حيث اشترط أن يكون لكل التزام سبب قصدي ، وأن يكون الباعث الدافع إلى الالتزام مشروعاً ، ومن ثم قد خلط بين النظرية التقليدية والنظرة الحديثة للسبب (1).

يتبين لنا مما تقدم ان المشرع العراقي لم تتضح لديه الرؤيا في سياسته حين تعرض للنص على السبب في المادة (132) من القانون المدني في الخلط بين النظرية التقليدية والنظرية الحديثة متأثراً بذلك في بحرفية المادتين (1131) و(1133) من القانون المدني الفرنسي والمادتين (136) و(137) من القانون المدني المصري ، فكان من المستحسن للمشرع العراقي أن يأخذ بنظرية الباعث المستمدة من الفقه الإسلامي مباشرة بنصوص صريحة وواضحة باعتبار أن الفقه الإسلامي من أهم مصادر القانون المدني العراقي .

(1) الا انه قد ذهب البعض من الفقهاء وفي مقدمتهم الدكتور عبد الرزاق السنهوري إلى بيان ان المراد بالسبب في القانون المدني المصري هو الباعث الدافع إلى التعاقد ، حيث يقول في شرح المادة (136) من القانون المدني خلاصته : لم يصرح التقنين الجديد فيما اورده من نص بالمعنى الذي يقصده (السبب) ولكن لا شك انه يعتق النظرية الحديثة وينبذ النظرة التقليدية ... فالسبب إذن في التقنين الجديد هو الباعث الدافع إلى التعاقد لا مجرد الغرض المباشر المقصود في العقد وهو امر نفسي خارج عن العقد يتغير بتغير البواعث . ينظر في ذلك: مصطفى ابراهيم الزلمي ، نظرية الالتزام برد غير المستحق (دراسة مقارنة)، ط2، ص54-55. صادقي عباس تطور ركن السبب في القانون المدني وحدود انعكاساته على العقود الادارية (دراسة مقارنة)، مجلة افاق للبحوث والدراسات، 2018، ص128 .

ثانياً- الدعوى غير المباشرة

سنشير أولاً إلى معنى الدعوى غير المباشرة بشكل موجز ثم نبين السياسة المدنية للمشرع العراقي فيها :

1- معنى الدعوى غير المباشرة

بموجب الدعوى غير المباشرة يستطيع الدائن ان يستعمل حقاً لمدينه ، باسم هذا المدين لا باسم الدائن ، طالما الحق الذي يستعمله الدائن يدخل في الضمان العام ، وهذا بمقتضى ما له من الحق على عموم أموال مدينه ، هذه الدعوى يستعملها الدائن لا بالنسبة إلى الحقوق الناشئة عن العقد فحسب ، بل تشمل كل حقوق المدين ، سواء نشأت عن عقد أم عن فعل ، فهي تتجاوز دائرة العقود ، وسبب وصف هذه الدعوى بأنها غير مباشرة لأنه لا توجد علاقة قانونية مباشرة بين دائني المدين المهمل ومديني المدين ، وان هذه العلاقة تقوم بواسطة المدين ولهذا تقام الدعوى بأسمه ولحسابه ، كما لو رفع دائن البائع دعوى على المشتري يطلب فيها باسم مدينه (البائع) الزام المشتري بدفع الثمن أو باقي الثمن او يطلب فسخ العقد لعدم وفاء المشتري بالثمن ، كما أن الغرض الأساس من هذه الدعوى هو حماية الدائن من الضرر الذي يصيبه نتيجة اهمال المدين في استعمال حق من حقوقه ، حيث ان المدين قد يعتمد الإهمال في استعمال حقوقه إذا كان في وضع مالي سيء ، ولأنه يعلم بأن أثر هذا الإهمال لن يلحقه بل سيلحق دائنيه⁽¹⁾ ، ولقد تطرق القانون المدني العراقي إلى أحكام هذه الدعوى بموجب المادتين (261) و (262) فبموجب المادة الأولى (261) فأنها تنص على ((يجوز لكل دائن ، ولو لم يكن حقه مستحق الاداء ، ان يستعمل بأسم مدينه حقوق هذا المدين الا ما اتصل منها بشخصه خاصة ، او كان فيها غير قابل للحجز ، ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولاً الا إذا اثبت ان المدين لم يستعمل هذه الحقوق ، وان اهماله في ذلك من شأنه ان يسبب اعساره ، أو ان يزيد في هذا الاعسار ولا يشترط اعدار المدين ولكن يجب ادخاله في الدعوى)) ، أما المادة الثانية (262) فتتص على ((يعتبر الدائن في استعماله لحقوق مدينه نائباً عن هذا المدين ، وكل فائدة تنتج من استعمال هذه الحقوق تدخل في اموال المدين وتكون ضماناً لجميع دائنيه)) .

(1) د. عبد المجيد الحكيم ، وآخرون ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، مصدر سابق ، ص 109 . حسن نعمة ياسر الياصري ، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه الإسلامي والقانون المقارن (دراسة تحليلية مقارنة) ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2019 ، ص 121 .

2- السياسة المدنية للمشرع العراقي في الدعوى غير المباشرة

إن سياسة المشرع العراقي في استمداد الأحكام القانونية لا بد أن تنطلق من أهمية هذه الأحكام ومدى تطبيقها في المجال العملي، حيث يلاحظ أن المشرع العراقي استقى أحكام هذه الدعوى من التشريع المصري الذي بدوره قد استمدها من الفقه الغربي⁽¹⁾ دون أن يراعي مدى أهمية هذه الدعوى في الواقع ، إذ إن المادة (261) من القانون المدني العراقي مستقاة من المادة (298) من مشروع القانون المدني المصري وهي تقابل المادة (235)⁽²⁾ من القانون المدني المصري ، أما المادة (262) من القانون المدني العراقي فمستقاة من المادة (295) من مشروع القانون المدني المصري وهي تقابل المادة (236)⁽³⁾ من القانون المدني المصري .

كما يجدر بالذكر أن هنالك وسيلتين افضل للدائن في الحصول على حقه دون مزاحمة من باقي الدائنين لان اعتماد الدعوى غير المباشرة يؤدي إلى استفاة جميع الدائنين ومزاحمة الدائن الذي رفع الدعوى وتحمل عناء اقامتها والترافع بها، الوسيلة الأولى هي العمل بأحكام قانون التنفيذ العراقي المرقم (45) لسنة (1985) الذي يغني عن تطبيق أحكام الدعوى غير المباشرة فتصبح نصوص المواد (261) و(262) زائدة ولا فائدة عملية لها وبالنتيجة تؤدي إلى تفاقم في نصوص القانون المدني ، إذ بموجب المادة (75)⁽⁴⁾ من قانون التنفيذ يستطيع الدائن الحفاظ على أموال مدينه

(1) حيث تنص المادة (1166) من القانون المدني الفرنسي على هذه الدعوى والتي تسمى أيضا بدعوى استعمال الحقوق ((ومع ذلك يجوز للدائنين ان يستعملوا حقوق مدينهم ودعاويه ما عدا الحقوق والدعاوي المتصلة بشخصه اتصالاً تاماً)).

(2) حيث تنص المادة (235) من القانون المدني المصري على ((1- لكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الاداء ان يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين ، الا ما كان منها متصلاً بشخصه خاصة او غير قابل للحجز . 2- ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولاً إلا إذا أثبت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق وأن عدم استعماله لها من شأنه أن يسبب اعساره أو أن يزيد في هذا الاعسار . ولا يشترط اعدار المدين لاستعمال حقه ولكن يجب إدخاله خصماً في الدعوى)).

(3) حيث تنص المادة (236) من القانون المدني المصري على ((يعتبر الدائن في استعماله حقوق مدينه نائباً عن المدين ، وكل فائدة تنتج من استعمال هذه الحقوق تدخل في أموال المدين وتكون ضمناً لجميع دائنيه)).

(4) حيث تنص المادة (75) من قانون التنفيذ العراقي على ((إذا كانت اموال المدين المطلوب حجزها موجودة لدى الغير، فيبلغ الغير بقرار الحجز، ويفهم بان لا يسلم الاموال المذكورة لاحد، وانه مسؤول عنها، وليس له حق التصرف بها، الا بقرار من المنفذ العدل، وله ان يبدي ما يشاء من بيانات واعتراضات، وينظم الموظف القائم بالتنفيذ محضراً بذلك)) تلاحظ ايضا المواد (76-81) من قانون التنفيذ العراقي .

التي توجد لدى الغير من خلال إجراء الحجز التنفيذي الذي يكون بواسطة مديريات التنفيذ ، إذ من المعلوم أن الاجراءات التنفيذية تكون أسرع من اجراءات الدعوى ومن ثم سيكون حصول الدائن على حقه بصورة أسرع ، أما الوسيلة الاخرى هي العمل بأحكام قانون المرافعات المدنية المرقم (83) لسنة (1969) ، إذ بموجب نظام الحجز الاحتياطي أن للدائن ايقاع الحجز الاحتياطي على مال المدين سواء أكان هذا المال في يد المدين أم في يد الغير⁽¹⁾ ، كما يجوز ايقاع الحجز قبل رفع الدعوى او بعدها وبهذا فأن الدائن يستطيع أن يحافظ على حقه بواسطة نظام الحجز الاحتياطي ، كما أنه لصاحب الدين الذي لم يحل أجله يستطيع أن يرفع الدعوى به ويستحصل على حكم قبل حلول الأجل⁽²⁾.

ثالثاً - التجديد

سنذكر أولاً معنى التجديد باعتباره طريقة من طرق انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء ثم نبين السياسة المدنية للمشرع العراقي في التجديد.

1- معنى التجديد

الالتزام أو الحق الشخصي مؤقت، فمصيره إلى زوال ، أما بالوفاء او بغيره ، الأصل أن الالتزام ينتهي بالوفاء ، ولكن قد لا يترتب على الالتزام قيام المدين بأداء ما عليه وفاء به ، وإنما يسقط الالتزام بطرق أخرى منها طرق تعادل الوفاء كالتجديد ومنها طرق لا يحصل بها الوفاء اي دون الوفاء كالابراء .

فالتجديد يقصد به استبدال دين جديد بدين قديم فيكون سبباً في انقضاء الدين القديم وفي نشوء الدين الجديد ، فالتجديد هو اتفاق على انقضاء الالتزام القديم ، وعقد لانشاء الالتزام الجديد ، وذلك

(1) إذا تنص المادة (231/ف1) من قانون المرافعات المدنية العراقي على ((1- ان يستصدر امر من المحكمة بتوقيع الحجز الاحتياطي على اموال مدينه المنقولة والعقارية الموجودة لديه ولدى شخص ثالث بقدر ما يكفي لوفاء الدين وملحقاته .)) تلاحظ ايضا المواد (232- 250) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

(2) إذا تنص المادة (6) من قانون المرافعات المدنية العراقي على ((يشترط في الدعوى ان يكون المدعى به مصلحة معلومة وحالة وممكنة ومحقة ومع ذلك فالمصلحة المحتملة تكفي ان كان هناك ما يدعو إلى التخوف من الحاق الضرر بنوي الشأن ويجوز كذلك الادعاء بحق مؤجل على ان يراعى الاجل عند الحكم به وفي هذه الحالة يتحمل المدعى مصاريف الدعوى)) .

يكون أما بتغيير الدين (محلّه أو مصدره) ، أو بتغيير المدين أو بتغيير الدائن⁽¹⁾، وقد تطرق المشرع العراقي إلى موضوع التجديد في نصوص المواد (401-404) من القانون المدني العراقي إذ تنص المادة (401) على ((يجوز تجديد الالتزام باتفاق الطرفين على ان يستبدلا بالالتزام الاصلي التزاما جديدا يختلف عنه في محله او مصدره)) فمن شروط التجديد وجود التزام قديم ، ونشوء التزام جديد (بعقد)، إضافة إلى نية التجديد، أما الاثار المترتبة عليه فتتمثل بسقوط الالتزام القديم بأصله وتوابعه إلا إذا وجد اتفاق على بقاء التأمينات ، أما الأثر الآخر فهو الأثر المنشئ الذي يكون مصدره العقد⁽²⁾.

2- السياسة المدنية للمشرع العراقي في التجديد

إن نظام التجديد كان يتمتع بأهمية بالغة في ظل القانون الروماني ، الذي كان ينظر إلى الالتزام نظرة شخصية ، باعتبار الالتزام رابطة شخصية بين الدائن والمدين غير قابلة للتعديل أو الانتقال أو النزول عن الدين الناشئ منها ، وإلا انهارت هذه الرابطة من اساسها ، ولم يكن هناك طريق لانقضاء الالتزام الا بالوفاء او البراء او مضي المدة ونظرا لحاجة الناس في ذلك الوقت إلى تعديل الالتزام فقد كانوا يلجئون إلى التجديد ، الذي من خلاله يسقط الالتزام القديم وينشئ آخر محله يختلف عنه في محله او احد اطرافه ، إذ إن هذا القانون كان لا يجيز حوالة الحق ولا حوالة الدين⁽³⁾، ونظراً لتأثر القانون المصري بالفقه اللاتيني وتأثر القانون العراقي بالقانون المصري فنجد أن المشرع العراقي في سياسته المدنية قد استقى أحكام التجديد بموجب المادة (401) من القانون المدني العراقي من المادة (489) من مشروع القانون المدني المصري والتي تقابل المادة (352/1ف)⁽⁴⁾ من القانون المدني المصري ، بينما كان من الأجدر بالمشرع العراقي عدم الاخذ

(1) د. عبد المجيد الحكيم ، وآخرون ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، مصدر سابق ، ص 332 .

(2) نظر في ذلك : نصوص المواد (402-404) من القانون المدني العراقي للمزيد ينظر : د. عبد المجيد الحكيم ، وآخرون ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، مصدر سابق ، ص 333-340 .

(3) رضا وهدان ، تجديد التزام (نطاقه - تأصيله - اثاره) ، ط1، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية ، 1992 ، ص 43-44 .

(4) إذ تنص المادة (352/1ف) من القانون المدني المصري على ((يتجدد الالتزام :أولا : بتغيير الدين إذا اتفق الطرفان على ان يستبدلا بالالتزام الاصلي التزاما جديدا يختلف عنه في محله او في مصدره.)) تلاحظ ايضا المواد (352/2) ، (353-361).

بنظام التجديد لفقده أهميته العملية ولأنه قد تبنى نظم قانونيه تغنيه عنه والتي قد استمدها من مجلة الأحكام العدلية ، فبالنسبة إلى التجديد بتغيير الدين يغنى عنه الوفاء بمقابل (1)، وبالنسبة إلى التجديد بتغيير المدين تغني عنه حوالة الدين (2) ، وأما التجديد بتغيير الدائن فتغني عنه حواله الحق (3)، وعليه فنصوص التجديد مجرد زيادة مؤدية إلى تفاقم في نصوص القانون المدني .

الفرع الثاني

تطبيقات الفقه الإسلامي في قواعد القانون المدني

تتعدد الأحكام القانونية المستمدة من الفقه الإسلامي ، إذ ان مشرع القانون المدني حاول أن يكثر في استمداده للأحكام القانونية من الفقه الإسلامي دون مراعاة الحبكة التشريعية ، مما أدى إلى عدم انسجام وملاءمة الأحكام القانونية ، فهناك العديد من هذه الأحكام الموجودة في الفقه الإسلامي يتوجب التخلي عنها لكونها لا تتناغم مع الواقع والتطور والرقى الحاصل في المجتمع ، ومن اهم التطبيقات التي استمدها المشرع من الفقه الإسلامي هي :

أولاً- الدين المشترك

سنحاول بيان معنى الدين المشترك أولاً ثم نبين السياسة المدنية للمشرع العراقي فيه .

1- معنى الدين المشترك

هو صورة وسط بين التعدد الصوري وتعدد الدائنين مع التضامن فيكون أعلى من التعدد

(1) إذ تنص المادة (399) من القانون المدني العراقي على ((إذا قبل الدائن في استيفاء حقه شيئاً آخر غير الشيء المستحق قام هذا مقام الوفاء)) وتقابلها في ذلك المادة (350) من القانون المدني المصري .

(2) إذ تنص المادة (1/339) من القانون المدني العراقي على ((حوالة الدين هي نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه)) وتقابلها في ذلك المادة (315) من القانون المدني المصري .

(3) إذ تنص المادة (362) من القانون المدني العراقي على ((يجوز للدائن ان يحول لغيره ما له من حق على مدينه الا إذا حال دون ذلك نص في القانون او اتفاق المتعاقدين او طبيعة الالتزام ، وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضاء المحال عليه)) وتقابلها في ذلك المادة (303) من القانون المدني المصري.

الصوري ، وأدنى من التضامن الإيجابي ، مثال ذلك كئمن بيع عقار مشترك بين اثنين أو أكثر ، فالدين المشترك هو واحد عند نشوئه ومنقسم عند المطالبة به (1) ، وقد عرف المشرع العراقي الدين المشترك بموجب المادة (303/ف1) من القانون المدني على أنه ((يكون المدين مشتركاً بين عدة دائنين إذا نشأ من سبب واحد غير متجزئ اما لوحده الصفقة او لسبق الاشتراك في المال الذي نشأ عنه الدين)) فمصدر الدين المشترك إذا ، أما يكون نتيجة سبق الاشتراك في المال وهذا هو الوضع القانوني ، أو يكون نتيجة وحدة الصفقة وهذا هو الوضع الاتفاقي ، كما قد ينشأ الدين المشترك ابتداءً لا عن وحدة الصفقة ولا عن سبق الاشتراك في المال (2) ، قد تطرق المشرع العراقي للدين المشترك في المواد (303-314) من القانون المدني .

2- السياسة المدنية للمشرع العراقي في الدين المشترك

يعد الدين المشترك صورة خاصة للتعدد بين الدائنين عرفه الفقه الإسلامي ولم يعرفه الفقه الغربي ، فقد قام المشرع العراقي باقتباس أحكام الدين المشترك من الفقه الإسلامي وبالتحديد عن مجلة الأحكام العدلية(3) ، فقد نظم المشرع العراقي موضوع ليست له أهمية في الحياة العملية لقلّة وندرة وقوعه بمواد عديدة (303-314) من القانون المدني، بينما يلاحظ أن السياسة المدنية السائدة

(1) فالتعدد الصوري يقال له ايضاً (الالتزام المتعدد الاطراف) هو الذي يتعدد فيه احد اطرفي الالتزام او كلاهما من غير ان تربط بين اطرافه رابط خاصة وهذا التعدد لا يثير صعوبة لوجود فيه عدد من الروابط القانونية بقدر عدد الدائنين او المدينين . اما التضامن الايجابي او الدائنون المتضامنون ، فهو الذي يتعدد فيه الدائنين ويكون لكل دائن ان يطالب بكل الدين ، وتبرأ ذمه المدين إذا وفي بالدين كله لأي من الدائنين ومصدره يكون دائماً الاتفاق الصريح او الضمني . د. عبد المجيد الحكيم ، وآخرون ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، المصدر سابق ، ص 230-231 ، 239 .

(2) إذ يقصد بسبق الاشتراك بالمال ان هناك مال مملوك بين اكثر من شخص وينشأ الدين بسبب هذا المال مثال ذلك ان (أ،ب،ج) لديهم سيارة ويقوم (و) بأتلاف هذه السيارة هنا (و) ملزم بتعويض (أ،ب،ج) اي حدوث الامر ليس بأرادتهم ، بينما يقصد بوحدة الصفقة ان يتصرف عدة اشخاص بمال يملكونه بعقد واحد وبدون تعيين حصة كل منهم في العوض مثال ذلك ان (أ،ب،ج) يبيعون سيارة إلى (و) فهنا حدث الامر بأرادتهم وبدون تعيين حصة كل منهم في الثمن . اما المقصود بنشوء الدين المشترك ابتداءً فهو الذي يقع عن طريق الارث او الوصية او الهبة. د. عبد المجيد الحكيم ، وآخرون ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، المصدر سابق ، ص 232-233.

(3) مستقاة من المواد (1091-1112) من مجلة الأحكام العدلية .

في الدول العربية (1) وخصوصاً سياسة المشرع المصري لم يتم فيها تنظيم موضوع الدين المشترك لعدم أهميته ، فمثلاً قد استطرد المشرع العراقي في ضرب أمثلة عديدة في المادة (303/ف2) (2) وهذا في حد ذاته موقف سلبي من المشرع العراقي لأنه عمل الأمثلة كما هو معروف يكون عادة من أعمال الفقه وليس من أعمال التشريع ، كذلك قد نص المشرع العراقي بموجب المادة (306) من القانون المدني على ((إذا اخذ الشركاء من المدين كفيلاً بحصته في الدين المشترك او احاله المدين على اخر فللشركاء ان يشاركوه في المبلغ الذي يأخذه من الكفيل او المحال عليه)) فهذه المادة منقولة عن المادة (1109) من مجلة الأحكام العدلية وهي ليست إلا تطبيق للقواعد العامة في الكفالة والحوالة فلا حاجة إلى التكرار في الدين المشترك ، فكثرة النصوص في القانون المدني ومن دون أن تكون هنالك حاجة لها طالما ان هنالك مواضيع اخرى تؤدي غرضها اوقع المشرع العراقي في ايجاد قانون متشنت ودون ان تكون له توجه واضح .

ثانياً- الالتزام غير قابل للانقسام

سننظر أولاً إلى معنى الالتزام غير قابل للانقسام ثم نبين السياسة المدنية للمشرع العراقي فيه.

1- معنى الالتزام غير قابل للانقسام

الأصل ان الالتزام متعدد الاطراف في صورته الإيجابية أو السلبية ، يقبل الانقسام بين أطرافه ويقسم بينهم سواء أكانوا دائنين او مدينين الا انه قد يكون الالتزام غير قابل للانقسام وهو الالتزام الذي يتم تنفيذه دفعة واحدة ولا ينفذ بصورة جزئية ، مثال ذلك إذا اشترى شخص سيارة من شخصين ، فالبائعان ملزمان بتسليم السيارة ، ويستطيع المشتري أن يطالب أيهما بهذا التسليم ، إذ لا يمكن ان يقوم كل منهما بتسليم حصته من الدين ، كما هو الحال للأشياء المثلية ، إذ إن عدم

(1) ما عدا القانون المدني الاردني رقم (43) لسنة 1976 المعدل ، الذي قد قام ايضا بتنظيم أحكام الدين المشترك وقد نقل النصوص من القانون المدني العراقي متأثراً بذلك بالفقه الإسلامي ، وقانون المعاملات المدنية الاتحادي لدولة الامارات العربية المتحدة رقم (5) لسنة 1985 .

(2) المادة (303/ف2) من القانون المدني العراقي تنص على ((فيعتبر ديناً مشتركاً ثمن المبيع المشترك بين اثنين او اكثر وثمن الشئيين ولو كانا مشتركين ما دام البيع في الحالتين قد صدر صفقة واحدة من غير تعيين ثمن حصة كل واحد ويعتبر ديناً مشتركاً كذلك الدين الأيل بالارث إلى عدة ورثة وقيمة المال المشترك إذا استهلك وبدل القرض المستقرض من مال مشترك)).

قابلية الالتزام للانقسام أما ترجع إلى طبيعة المحل الذي يرد عليه ويسمى في هذه الحالة بعدم الانقسام الطبيعي كما في المثال اعلاه، أو قد ترجع إلى الاتفاق ويسمى في هذه الحالة بعدم الانقسام الاتفاقي مثال ذلك إذا اشترى شخص طن من الحنطة واشترط أن يكون تسليم هذه الكمية غير قابل للانقسام على الرغم أن الالتزام قابل للانقسام بطبيعته إلا أن المتعاقدين اتفقا على اعتباره غير قابل للانقسام، وهذا الاتفاق أما أن يكون صريحاً كما في المثال السابق أو أن يكون ضمناً وذلك يكون طبقاً للغرض الذي رمى إليه المتعاقدان كما إذا اشترى شخص قطعة ارض وكان البائع عدة أشخاص كانت الأرض على ملكيتهم، فالالتزام هو لاء بتسليم الأرض لا يتجزأ في تنفيذه لاسيما إذا بان أن غرض المشتري هو البناء عليها ، ولا تظهر أهمية الالتزام غير القابل للانقسام إلا في حالة تعدد الدائنين أو تعدد المدينين، إذ يجوز لكل دائن أن يطالب بالتنفيذ الكلي، ويكون كل مدين ملزماً بالتنفيذ الكامل ، وإذا أوفى أحد المدينين بالدين كاملاً فإن لهذا المدين الرجوع على المدينين الآخرين كل بنسبة حصته فيه ، وإذا انقضى الدين بسبب غير الوفاء بالنسبة إلى أحد المدينين انقضى بالنسبة للمدينين الآخرين لكون الالتزام غير قابل للانقسام⁽¹⁾.

2- السياسة المدنية للمشرع العراقي في الالتزام غير قابل للانقسام

إن أحكام الالتزام غير قابل للانقسام مستمدة من الفقه الإسلامي ، وتطرق المشرع العراقي إليها بموجب المواد (336-338) ⁽²⁾ من القانون المدني ، بينما كان الأجدر بالمشرع العراقي عدم النص عليها ، لأنه قد اخذ بأحكام التضامن ومن ثم لا حاجة إلى النص على الالتزام غير قابل للانقسام لكون أحكام التضامن تغني عنه وبالتالي النتائج التي تؤدي إليها أحكام الالتزام غير قابل للانقسام يمكن تحقيقها من خلال أحكام التضامن ، فأن كان هنالك تضامناً لتمكن الدائن مطالبة اي مدين له بكل الدين وهذا من مزايا التضامن وإن رفض المدين أن يوفي للدائن الذي يطالبه فلدائن إجباره قضائياً، وما يقبضه أحد الدائنين ينقسم فيما بينهم فما يقبضه أحدهم يشترك فيه الجميع ،

(1) د. عبد المجيد الحكيم ، وآخرون ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، مصدر سابق ، ص 254-256 . د. طلبة وهبة خطاب ، أحكام الالتزام بين الشريعة الإسلامية والقانون (دراسة مقارنة)، ط1، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1983 ، ص 218-219. د. محمد حسين منصور ، النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام) ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2006 ، ص 379 .

(2) اما المشرع المصري فقد نص عليه بموجب المواد (300-302) من القانون المدني .

فالدائن القابض يعد أصيل عن نفسه في قبض الدين ووكيل عن الدائنين الاخرين ، فهذه الأحكام تغني عن اللجوء للالتزام غير قابل للانقسام⁽¹⁾ ، إذأ فان السياسة المدنية للمشرع العراقي لم تكن موفقه ، فكثرة المواضع المؤدية إلى نفس النتيجة تؤدي إلى تفاقم سلبي في نصوص القانون المدني.

ثالثاً- الحجر على المدين المفلس

سنوضح أولاً معنى الحجر على المدين المفلس ثم نبين السياسة المدنية للمشرع العراقي فيه .

1- معنى الحجر على المدين المفلس

يعد الحجر على المدين المفلس من الوسائل التي خولها القانون المدني للدائن لكي يضمن تنفيذ المدين لالتزامه ويتمكن من تجنب تصرفاته الضارة ، ويفترض بهذه الوسيلة أن أموال المدين لا تكفي للوفاء بديونه المستحقة الأداء ، فالمدين المفلس المحجور عليه هو الذي تزيد ديونه المستحقة على أمواله ، ويصدر حكم من المحكمة بحجره بناء على طلب احد الدائنين متى كان طلب الحجر مبنياً على أسباب معقولة مقنعة⁽²⁾.

2- السياسة المدنية للمشرع العراقي في الحجر على المدين المفلس

لقد تطرق المشرع العراقي إلى موضوع الحجر على المدين المفلس في المواد (270-279) التي هي مشتقة من المواد (959، 961، 999، 1002، 1000) من مجلة الأحكام العدلية وتقابل

(1) ينظر في ذلك نصوص المواد (315-335) من القانون المدني العراقي ، وتقابلها في ذلك المواد(279-299) من القانون المدني المصري .

(2) هذه الصورة المقصودة من الاعسار تسمى بالاعسار القانوني ، والذي مؤداه حالة قانونية تنشأ من زيادة ديون المدين المستحقة الاداء عن امواله ، اما الصورة الاخرى من الاعسار فتسمى بالاعسار الفعلي ، وهي حالة واقعية تنشأ من زيادة ديون المدين ولو كانت غير مستحقة الاداء على امواله . د. طلحة وهبة خطاب ، مصدر سابق ، ص125 . د. عبد المجيد الحكيم ، واخرون ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، مصدر سابق ، ص156-157.

المواد (249-261) من القانون المدني المصري ، فالمشرع العراقي قد استمد تسميته⁽¹⁾ وبعض أحكامه من الفقه الإسلامي وبالأخص من الفقه الحنفي، واقتبس أحكامه الأخرى من القانون المدني المصري⁽²⁾.

ان أهمية الحجر على المدين قد تضاعفت كثيراً في الواقع إن لم يكن قد اختلفت تطبيقاته في المحاكم ويكون من النادر أن نلمس صدور حكم بالحجر على مدين ما، ولهذا ليس هناك مسوغ يدفع المشرع في التطرق إلى موضوع الحجر ب (عشر مواد) لتنظيم أحكامه فهذه مبالغة منه لأنه نادراً ما يلجأ الدائنون إليه إلا إذا كانت لديهم رغبة في التشهير بالمدين والإساءة إلى سمعته إضافة إلى ذلك ان الحجر لا يحقق الغاية المرجوة منه وذلك لكثرة نفقاته وقلة جدواه للدائنين الذين يجدون في دعوى عدم نفاذ التصرفات (الدعوى البوليصة) وفي سائر وسائل ضمان التنفيذ ما يغني عن الحكم بشهر إعسار المدين⁽³⁾ ، فالمشرع العراقي عندما استمد الأحكام من الفقه الإسلامي لم يكن موفق ، لأنه كان ينبغي أن يكون دقيقاً وان يقف على الخلفية المنطقية لذلك الحكم لان الفقه الإسلامي لم يعرف التمييز بين الأعمال التجارية والأعمال المدنية التي يقوم عليها القانون المعاصر، لهذا فقد قامت الحاجة في الماضي إلى وضع نظام الحجر على المدين المفلس لكي يؤدي دور مشابهاً لما يؤديه نظام الإفلاس في القانون التجاري⁽⁴⁾.

(1) إذا ان استخدام المشرع العراقي وصف (المدين المفلس) غير موفق وذلك لوجود اختلاف واضح بينه وبين نظام الاعسار المدني والافلاس التجاري ، فكان الاجدر به ان يصفه بالمعسر .

(2) د. عبد المجيد الحكيم ، وآخرون ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، مصدر سابق ، ص 155 .

(3) د. طلبة وهبة خطاب ، مصدر سابق ، ص 124 .

(4) قاسم اسماعيل علي ، مصدر سابق ، ص 46 .

الفصل الثالث
اليات معالجة تفاقم
النصوص في القانون
المدني

الفصل الثالث

آليات معالجة تفاقم النصوص في القانون المدني

تمهيد وتقسيم :-

إن المنهج المتبع من قبل المشرع لا بد أن يكون واضحاً ومعقولاً في بناء القانون المدني لكي لا نكون امام تفاقم للنصوص وحتى نصل إلى الغايات التي يسعى إليها المشرع في تنظيم العلاقات القانونية لتكون مصدراً لاستقرار القضاء واستتبابه ، لكن مهما حاول المشرع أن يجتهد في صياغته للنص التشريعي ، قد يعثره التعارض أو التناقض في الفاظه وصياغته ، وقد تبثلي نصوصه بالغموض وعدم الدقة ، وقد يشوبها التكرار والخطأ ، بحيث تصبح من الاسباب التي تؤدي إلى تفاقم النصوص وتعييبها خصوصاً أن القانون المدني العراقي و كما ذكرنا سابقاً وليد التطور التاريخي لعدة قوانين ، مما جعل في بعض الأحيان عدم التناسق والملاءمة والانسجام بين النصوص القانونية لتعدد المدارس التي ينهل منها المشرع العراقي .

بما ان هدف القانون المدني تنظيم العلاقات بين الأفراد بالمجتمع أو الأفراد والدولة ، فلا بد ان يكون هذا التنظيم محققاً للاستقرار في المراكز القانونية والتوفيق بين الالتزامات المتعارضة ، ولكي يتحقق ذلك لا بد من وجود آليات يمكن من خلالها الوصول لحلول تعالج تفاقم النصوص في القانون المدني ، وتتجسد هذه الحلول أما في التدخل القضائي لكونه يتميز بالطابع العملي والواقعي لتطبيق حكم القانون الصحيح من خلال تفسير القاعدة القانونية أو تأويلها او انها تتجسد في التدخل التشريعي من خلال اصدار قانون مدني جديد او تنقيح القانون المدني وتعديله ، لذا سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين ، سنكرس المبحث الأول ، المعالجة القضائية لتفاقم النصوص ونخصص المبحث الثاني المعالجة التشريعية لتفاقم النصوص.

المبحث الأول

المعالجة القضائية لتفاقم النصوص

إن النصوص القانونية الأصل فيها حسن الصياغة وسهولة التطبيق ، إلا أنه قد يعتريها تفاقم يجعل القاضي يجد صعوبة في الوصول إلى الحل الوارد في القاعدة القانونية بسهولة ، مما يحتم عليه القيام في عملية تفسير النصوص القانونية أو تأويلها لغرض الوصول إلى الحل السليم وتحقيق الفائدة العملية المرجوة من هذه النصوص .

إن تفسير القاضي للقواعد القانونية أو تأويلها يكون لغرض معرفة إرادة المشرع من صياغته للقواعد القانونية من أجل الوصول إلى المعنى الصحيح ومعالجة عيوب النص ، ففهم النص القانوني يحتاج إلى جهد من القاضي للوصول إلى الحل أو الحكم المناسب المستخلص من القاعدة القانونية لكي تطبق على الواقع بشكل سليم ودون أن تخلق تزاماً وضعي للحقوق، فوجود التفسير أو التأويل كمعالجة قضائية يمكن من خلالها حفظ الأمن القانوني في المجتمع وعدم تحول النصوص القانونية إلى عبء على الأفراد وكذلك يمكن من خلالها الاستجابة لتغيرات وتطورات الحياة الانسانية .

لأجل الاحاطة بالمعالجة القضائية لتفاقم النصوص سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين ، نبحث في الأول منهما ، تفسير القاضي للنصوص القانونية، ونخصص المطلب الثاني لبحث تأويل القاضي للنصوص القانونية.

المطلب الأول

تفسير القاضي للنصوص القانونية

إن للتفسير عدة أنواع أما أن يكون بواسطة المشرع نفسه فيسمى بالتفسير التشريعي ويسمى القانون الذي يصدر بعمل المشرع قانوناً مفسراً وأما أن يكون عن طريق الشراح في كتبهم وابحاثهم ويسمى بالتفسير الفقهي ، أو أن يكون من قبل القضاة عند قيامهم بتطبيق القانون ويسمى بالتفسير القضائي ويعد هذا النوع من أهم الأنواع لما يتميز به بكونه تفسير عملي وذو طبيعة واقعية حيث يباشر القاضي تفسير النصوص القانونية بمناسبة تطبيقه لها على القضايا الواقعية

المعروضة عليه مما يدفعه إلى الملاءمة في تفسيره للنصوص بين الجانب النظري لها والجانب الواقعي للنزاع من أجل تحقيق الاستقرار القانوني ، ولأجل توضيح تفسير القاضي للنصوص القانونية لا بد أن نقسم هذا المطلب إلى فرعين نبحت في الفرع الأول معنى التفسير ونخصص الفرع الثاني إلى قواعد التفسير .

الفرع الأول

معنى التفسير

لكي نبين المراد بالتفسير لا بد من أن نسلط الضوء على تعريف التفسير وبيان مدارسه ، وذلك من خلال تقسيم هذا الفرع إلى فقرتين كما يأتي :

أولاً- تعريف التفسير

إن لتفاهم النصوص القانونية أسباب عديدة سبق ذكرها تدفع القاضي عند تطبيقه النص القانوني إلى التفسير⁽¹⁾ ، حيث يقوم القاضي بهذا التفسير من تلقاء نفسه حتى ولو لم يطلب ذلك الخصوم⁽²⁾ ، للحد من الآثار السلبية الناشئة عن تفاهم النصوص .

عرف التفسير في فقه القانون الوضعي بعدة تعريفات ، وانطلق كل تعريف من وجهة نظر مختلفة منها من اخذ بالمعنى الضيق للتفسير ، والآخر بالمعنى الواسع ، فوفقاً للمعنى الضيق فيقصد بالتفسير ((الاستدلال على ما تتضمنه القواعد القانونية من حكم وتحديد المعاني التي

(1) ان المعنى اللغوي للفظ التفسير هو بيان الشيء وايضاحه ، جاء في معجم مقاييس اللغة : الفاء والسين والراء كلمة واحدة تدل على بيان شيء وايضاحه . وجاء في لسان العرب ، فسر الشيء يفسره ، ويفسره فسراً وفسره : ابانه ، والتفسير مثله . او هو كشف المعنى المعقول . ينظر في ذلك : ابي الحسين احمد بن فارس بن زكريا ، معجم مقاييس اللغة ، ج4 ، ط2 ، بيروت ، دار الفكر للطباعة ، 1979 ، ص 504 ، مادة (فسر) . مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز ابادي ، القاموس المحيط ، ج2 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1971 ، ص 192 ، مادة (فسر) . ابن منظور ، لسان العرب ، ج10 ، ص 261 ، مادة (فسر) . محب الدين ابي الفيض السيد محمد مرتضى الحسيني الواسطي الزبيدي الحنفي ، مصدر سابق ، ص 249 .

(2) محمد صبري السعدي ، تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية ، وهران ، 1984 ، ص 131 .

تتضمنه حتى يمكن تطبيقها في الطرف الواقعية)) (1) ، ويقصد به كذلك ((تبين معناه من خلال نصوصه فكثيراً ما تدق معرفة المعنى الذي اريد تضمينه النص ، فيلجأ إلى التفسير ، لجلاء غامضه ، والوصول إلى معناه ومدلوله ، وغني عن البيان ان التفسير لا يكون الا حين يكون النص غامضاً ، فتدق معرفة معناه ومدلوله ، اما إذا كان النص واضحاً في الدلالة على مقصوده ، ما كانت ثمه حاجة إلى تفسيره هنا يكون غير ذي جدوى)) (2) ، فالتفسير وفقاً لهذا المعنى يكون خاص بتوضيح الألفاظ الغامضة للنصوص ويعتبرون النصوص الواضحة لا يوجد داعي لتفسيرها (3) .

في حين يقصد بالتفسير وفقاً للمعنى الواسع بأنه ((توضيح ما ابهم من الفاظه ، وتكميل ما اقتضب من نصوصه ، وتخريج ما نقص من أحكامه ، والتوفيق بين اجزائه المتناقضة)) (4) او هو ((عملية سابقة لأيجاد الحكم وضرورية للحصول عليه وكل تطبيق للقانون يستلزم تفسيره)) (5) ويقصد به كذلك ((توضيح ما غمض من الفاظه والتوفيق بين اجزائه المتعارضة وتكليفه على نحو يجري متطلبات المجتمع وروح العصر)) (6) ، فالتفسير وفقاً لهذا المعنى لا يكون مقتصرأ على توضيح الألفاظ الغامضة للنصوص وانما يكون ملازماً للقانون لغرض فهم معناه ومعالجة العيوب التي تطرأ عليه لإيجاد الحل الملائم .

يتبين مما تقدم أن المعنى الواسع للتفسير هو الأرجح فهو ينسجم مع طبيعة القانون فمهما حاول المشرع ان يجتهد في صياغته للنص التشريعي ، قد يعتريه تفاقم النصوص وتعيبها، فلولا التفسير لأصبح القانون عبئاً على القضاء وعلى المجتمع أيضاً ، فالتفسير في مداه الواسع يسهم في إيجاد الحل المناسب من خلال النص ، دون التوقف على ظاهره فقط .

(1) د. توفيق حسن فرج ، مصدر سابق ، ص 291 .

(2) د. مالك دوهان الحسن ، المدخل لدراسة القانون ، مطبعة الجامعة ، بغداد ، 1972 ، ص 446 .

(3) ينظر : د. رمضان ابو السعود ، المدخل إلى القانون ، وبخاصة المصري واللبناني ، الدار الجامعية ، الاسكندرية ، 1986 ، ص 188. عبد المنعم فرج الصدة ، اصول القانون ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي واولاده ، القاهرة ، 1971 ، ص 273.

(4) عبد الرزاق السنهوري ، وآخرون ، مصدر سابق ، ص 200.

(5) د. مالك دوهان الحسن ، مصدر سابق ، ص 466.

(6) عبد الباقي البكري، وآخرون، مصدر سابق ، ص 117، 118.

ثانياً- مدارس التفسير

ظهرت ثلاثة اتجاهات في القرن التاسع عشر وفي ظل سيادة القانون المكتوب تمثل مذاهب لتفسير النص القانوني، أولها المنهج التقليدي الذي رأى أن القانون بكل قواعده مصدره التشريع فهو مصدر القانون الوحيد الذي يغطي كل العلاقات القانونية بالاستعانة بالمنطق وعرف بمدرسة التزام النص أو مدرسة الشرح على المتن ، والثاني المذهب التاريخي الذي أحل الأسلوب العقلي محل الأسلوب المنطقي ورأى أن القانون وليد البيئة الاجتماعية والحياة العملية وعرف بالمدرسة التاريخية أو الاجتماعية ، والمذهب الثالث يعتمد على أساس إرادة المشرع الحقيقية والواضحة، وفي حالة عدم التمكن من الوقوف على إرادة المشرع الحقيقية ، يتم الرجوع إلى الظروف الاجتماعية والاقتصادية وجميع الحقائق الموضوعية عرف هذا المذهب بالمدرسة العلمية أو مدرسة البحث العلمي الحر ، ولأهمية هذه المدارس الثلاثة بالتفسير سنبينها تباعاً ، ثم نبين موقف المشرع العراقي والمصري من تفسير النصوص القانونية .

1- مدرسة الالتزام بالنص :

نشأت هذه المدرسة في فرنسا بعد سنة (1840 م) وهي الفترة التي كثرت فيها التقنيات وعلى رأسها قانون نابليون (القانون المدني الفرنسي) لذلك كان أغلب مؤيدي هذه المدرسة من فقهاء القانون المدني فالنصوص التشريعية عند هذه المدرسة تتضمن كل القانون ، لذا سميت هذه المدرسة (الشرح على المتن) لأنها تعتقد فقط بكمال التشريع وكفايته بأنه يضم كل ما يلزم من قواعد تواجه جميع الفروض والاحتمالات القانونية في الحياة الاجتماعية⁽¹⁾.

تقوم هذه المدرسة على ركيزتين أساسيتين الأولى تقوم على تقديس النصوص التشريعية والتفكير بها حيث التزمت هذه المدرسة بنظرية كمال القانون ، فهي تعتقد أن التشريع المصدر الوحيد للقانون وهو يشتمل على جميع الأحكام والحلول ، وإنه على

(1)د. عصمت عبدالمجيد بكر، مصدر سابق ، ص 265 .ستار جبار زاير ، أثر الاصول اللفظية في صياغة النصوص القانونية (دراسة مقارنة) ، اطروحة دكتوراه، معهد العلمين للدراسات العليا ، 2021 ، ص 94 .

القاضي أن يتابع نصوص التشريع خطوة خطوة لكشف نية المشرع مستعينا بالتفسير الحرفي أو بالتفسير المنطقي للوصول إلى الحكم واجب التطبيق⁽¹⁾.

أما الثانية فتقوم على التقيد بإرادة المشرع الحقيقية أو المفترضة ، لأن القانون ما دام يصدر عن إرادة المشرع فينبغي أن يكون تفسير النصوص بالكشف عن نية المشرع وقت سن التشريع بصرف النظر عما وجد من تغير في الظروف والحاجات التي اقتضاها تطور المجتمع في الفترة بين وضع التشريع وبين وقت التفسير ، وتميزت هذه المدرسة بالبحث عن إرادة المشرع الحقيقية وفي حالة عدم التوصل إلى تلك الإرادة فأنهم يسمحون لأنفسهم بتجاوزها إلى الإرادة المفترضة في حالة الضرورة وبالحال الذي كان في المشرع وقت وضع النص ، لا وقت تطبيقه⁽²⁾.

يلاحظ أن هناك انتقادات عديدة وجهت إلى هذه المدرسة أهمها هو التزامها بالنص واعتباره المصدر الوحيد للقانون حيث إنهم تجاهلوا تماماً الغاية الاجتماعية للنص القانوني والأهداف المطلوب تحقيقها ، فالبحث عن نوايا المشرع يؤدي إلى جمود القانون ومنع تطوره فهو يخالف سنة الحياة في التقدم والتطور فالمدرسة هذه تبحث عن إرادة المشرع وليس عن جوهر القاعدة القانونية⁽³⁾ ، إلا أنه وعلى الرغم من النقد الموجه إلى هذه المدرسة لا زالت متبعة حتى اليوم في شرح نصوص القانون ولا يزال نهجها في بعض جوانبه السليمة في تفسير نصوص التشريع قائماً⁽⁴⁾.

(1) د. عصمت عبدالمجيد بكر، مصدر سابق ، ص 264 . د. عصمت عبد المجيد بكر ، اصول تفسير القانون ، ط2، 2004 ، ص16.

(2) د. محمد شريف احمد ، نظرية تفسير النصوص المدنية (دراسة مقارنة بين الفقهاء المدني والإسلامي) ، مطبعة وزارة الاوقاف والشؤون الدينية ، ص175-176 . ستار جبار زاير ، مصدر سابق ، ص 94-96 .

(3) د. عصمت عبد المجيد بكر ، اصول تفسير القانون ، مصدر سابق ، ص18. طاهر عيسى والي الشافعي ، مصدر سابق ، ص247 .

(4) د. محمد شريف احمد ، مصدر سابق ، ص 181 .

2- المدرسة التاريخية :

ظهرت هذه المدرسة بفعل الثورة الصناعية في أواخر القرن التاسع عشر إذ لم تعد مدرسة الالتزام بالنص قادرة على مواكبة التطورات المتلاحقة من حيث ملاءمة النصوص مع الواقع وظهور اتجاه ربط النص بالمجتمع ويعزله عن المشرع والظروف التي أحاطت به عند سن التشريع وقد اقترن هذا الاتجاه باسم المدرسة التاريخية أو الاجتماعية ، فتخلّى القضاء الفرنسي تدريجياً عن المنهج التقليدي في التفسير ، وحاول ملاءمة النصوص للواقع بمعنى أن تفسير القاضي للنص يكون تفسيراً تاريخياً إذ يتم الرجوع إلى التاريخ وإلى الظروف الاجتماعية التي عاصرت سن القواعد القانونية لمعرفة غاية المشرع من سن التشريع وأن يكون المفسر للنص بنفس الوقت يتحلى بروح التطوير بحيث يجعل قواعد القانون متطورة في الاتجاه الذي يهدف إليه المجتمع ذاته، فطريقة هذه المدرسة في التفسير أنها لا تلتزم بإرادة المشرع الحقيقية أو المفترضة كما في مدرسة الالتزام بالنص بل يتم البحث عن الإرادة المحتملة للمشرع أي الإرادة التي كان المشرع يعبر عنها لو أنه وجد في الظروف المحيطة بالوقائع القانونية⁽¹⁾، لذا فهذه المدرسة تحسب على المذاهب الفلسفية الواقعية ، وتعتبر الفلسفة الاجتماعية أو التاريخية القانون أشبه باللغة فإنه يولد في بيئة اجتماعية ويتم تطويره بفعل العوامل البيئية سواء أكانت دينة أم اجتماعية أم غيرها فجميعها تؤثر في تطور القانون ومن دون أي جهد أو كفاح ولا تفكير فالقانون لا يخلق بشكل إرادي بل إن القواعد القانونية تنشأ بشكل ذاتي في البيئة الاجتماعية⁽²⁾.

على الرغم من أن هذه المدرسة لها الفضل في وصل القانون بالبيئة في بيان الصفة الاجتماعية للقانون وفسر خضوعه لظاهرة التطور بأن يكتسب مرونة باعتباره من خلق

(1) عواد حسين ياسين العبيدي ، تفسير النصوص القانونية بإتباع الحكمة التشريعية من النصوص ، ط1، المركز العربي للنشر والتوزيع ، القاهرة ، 2019، ص 142 .د. محمد شريف احمد ، مصدر سابق ، ص 187 .

(2) طاهر عيسى والي الشافعي ، مصدر سابق ، ص 248 .د. عصمت عبد المجيد بكر ، مشكلات التشريع (دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة)، مصدر سابق ، ص 266

الظروف الاجتماعية وجاء تلبية لحاجات الجماعة ولا يتمثل في قواعد جامدة⁽¹⁾، إلا أنها واجهت العديد من الانتقادات منها أنها خرجت في التفسير عن وظيفته الأساسية وجعلته تعديلاً أو إلغاء لنصوص التشريع وخلق لقواعد جديدة من خلال فسحها المجال للقاضي لأن يخرج عن وظيفته تحت ستار التفسير بحجة إنها الإرادة المحتملة للمشرع مما يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات ويمنع ثبات القواعد التشريعية إذ يؤدي إلى اختلاف التفسيرات للتشريع الواحد فتصدر الأحكام القضائية متباينة في الحالات المتماثلة، حيث يغلب القاضي افكاره الشخصية وينسبها إلى المشرع مما يؤدي بالنتيجة إلى تعارضه مع المبادئ الدستورية (مبدأ الفصل بين السلطات) لكون التشريع من اختصاص السلطة التشريعية⁽²⁾. ومن الانتقادات التي وجهت إليها أيضاً المغالاة في ربط القانون بالبيئة وإغفال دور الإرادة الواعية للإنسان في توجيه أحكامه فوفق هذه المدرسة ينشأ القانون بشكل ذاتي من دون جهد أو كفاح ولا تفكير، فهو أشبه باللغة من حيث انه يولد في بيئة اجتماعية وينشأ فيها وينمو ذاتياً، لكن الواقع يخالف ذلك، إذ كثيراً ما يكون القانون نتيجة كفاح متواصل، إذ إن التسليم بدور الإرادة الواعية في تكوين القانون وتطويره يستتبع التسليم بوجود هدف للقانون⁽³⁾.

3- المدرسة العلمية :

تعرف هذه المدرسة أيضاً بمدرسة البحث العلمي الحر، ونشأت على يد الفقيه الفرنسي (فرانسوا جيني)، الي درس أفكار المدرستين السابقتين بما فيهما من محاسن ومساوئ وإدراك إنهما لا تحققان المنهج المطلوب من حيث تحقق الاستقرار القانوني

(1) د. عصمت عبد المجيد بكر، اصول تفسير القانون، مصدر سابق، ص 19. عواد حسين ياسين العبيدي، مصدر سابق، ص 145.

(2) د. محمد شريف احمد، مصدر سابق، ص 194. د. عصمت عبد المجيد بكر، اصول تفسير القانون، المصدر السابق، ص 20-21. عواد حسين ياسين العبيدي، المصدر سابق، ص 144-145.

(3) د. عصمت عبد المجيد بكر، مشكلات التشريع (دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة)، مصدر سابق، ص 266. عبد المهدي محمد سعيد احمد العجلوني، قواعد تفسير النصوص وتطبيقها في الاجتهاد القضائي الاردني (دراسة اصولية مقارنة)، اطروحة دكتوراه، الجامعة الاردنية، 2005، ص 100.

والعدالة إضافة إلى افتقارهما إلى الضوابط التي تعصم القرار القضائي من تحكم الأهواء ، فوجد ضالته في أسلوب البحث العلمي الحر الذي دعى إليه في كتابه (طرق تفسير القانون الخاص الوضعي ومصادره) الذي صدر عام (1899 م) ، فكانت طريقة (جيني) في التفسير وفق هذه المدرسة طريقة وسطية بين مدرسة الالتزام بالنص والمدرسة التاريخية من حيث أنها تعتمد في تفسير النصوص القانونية على إرادة المشرع الحقيقية عند وضع النص وليس على الإرادة المفترضة كما هو رأي مدرسة الالتزام بالنص ، ولا الإرادة المحتملة للمشرع كما هو رأي المدرسة التاريخية⁽¹⁾، فتقوم هذه المدرسة على أساسين يتمثل الأول منه في ضرورة تعدد مصادر القانون فنتيجة عجز التشريع ونقصه رفض (جيني) فكرة كمال التشريع المكتوب لكون القانون المكتوب نتاج العقل البشري و ارادته المحدودة ، فإنه لا يمكن أن يستمد منه كل القواعد التي تتطلبها الحياة الاجتماعية المعقدة وغير المحدودة ، فالتشريع لا يصلح لوحده حل لكل مشكلة لذلك نادى (جيني) بتعدد مصادر القانون ، واعتماد مصادر أخرى غير التشريع ، كالعرف مثلاً ، كي لا يضطر القاضي إلى الاعتماد على نفسه في اكتشاف القاعدة ولكي لا يتصل عن إصدار الحكم فيؤاخذ على تنصله⁽²⁾ ، أما الأساس الثاني فيكون باتباع أسلوب البحث العلمي الحر في تفسير القانون والوصول إلى الحكم وذلك من خلال البحث عن الإرادة الحقيقية للمشرع اي وجوب التقيد بالقصد الحقيقي للمشرع وقت نشوئه إلا إذا اختار المشرع التعبير عن ارادته بفكرة مرنة كفكرة النظام العام التي يمكن ان تفسر وفق الأفكار السائدة وقت تطبيق النص ، ف(جيني) يرفض القصد المفترض للمشرع ويركز اهتمامه على القصد الحقيقي الكامل من خلال النص ، كما انه يرفض النية المحتملة للمشرع من حيث إذا لم يؤد تفسير النص تفسيراً حقيقياً يقوم على احترام إرادة المشرع إلى انطباقه على النزاع المعروض فيجب التسليم حينئذ بعدم انطباق النص والبحث عن الحلول القانونية بالاستعانة بالمصادر الأخرى للقانون وفي حالة خلو جميع المصادر على حل للواقعة فحينها يقوم القاضي ببحث علمي حر -

(1) د. محمد شريف احمد ، مصدر سابق ، ص 202 . طاهر عيسى والي الشافعي ، مصدر سابق ، ص 249 .

ستار جبار زاير، مصدر سابق ، ص 101 .

(2) عبد المهدي محمد سعيد احمد العجلوني ، مصدر سابق ، ص 117 . ستار جبار زاير، المصدر سابق ، ص 101 .

وسمي كذلك لأنه سيتحرر من الخضوع لأي سلطة وضعية ويتحاشى كلياً أفكاره الذاتية وتصورات الشخصية – بالرجوع إلى جوهر القانون وهو الحقائق الواقعية والفكرية التي تتكون منها القاعدة القانونية ليستوحي الحل القانوني منها والقاضي في هذه الحالة لا يصبح مشرعاً لأن الحل القانوني الذي سيهتدي إليه لا ينطبق إلا على الواقعة محل النزاع ولا يتحول إلى قاعدة قانونية ملزمة فالحل الذي يصل إليه القاضي لا يتوافر فيه عنصرَي العموم والإلزام⁽¹⁾ ، على الرغم من كون هذه المدرسة جمعت بين مزايا المدرستين السابقتين في التفسير ورغم الجهود التي بذلها (جيني) في ترصين أفكارها لتقوم على أسس منطقية معقولة ولا تحمل النصوص القانونية أكثر مما تتحمل إلا أنها تعرضت للانتقادات ، أهمها أن نهج المدرسة العلمية يؤدي إلى القضاء على ثبات القانون ويعطي مجالاً واسعاً لحرية القاضي وبالنتيجة إلى أحكام قضائية متناقضة في قضايا متماثلة ومراكز قانونية متشابهة ، وسيؤدي إلى ضياع المصلحة التي أراد المشرع حمايتها⁽²⁾ .

4- موقف المشرع العراقي والمصري من تفسير النصوص القانونية

إن موقف المشرع العراقي من مسألة التفسير من الممكن تلمسه من خلال المادة الأولى من القانون المدني العراقي والمادة الثالثة من قانون الاثبات رقم (107) لسنة 1979 ، ففي المادة (1) من القانون المدني نصت على أنه ((1- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها .2- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة.3- وتسترشد المحاكم في كل ذلك

(1) للمزيد ينظر في ذلك : د. محمد شريف احمد ، مصدر سابق ، ص 203-213 . عواد حسين ياسين العبيدي ، مصدر سابق ، ص 147-151 . طاهر عيسى والي الشافعي ، مصدر سابق ، ص 249. ستار جبار زاير، المصدر سابق ، ص 102-104 .

(2) د. محمد شريف احمد ، المصدر سابق ، ص 215 . 151 . طاهر عيسى والي الشافعي ، المصدر سابق ، ص 250. ستار جبار زاير، المصدر سابق ، ص 104 .

بالأحكام التي أقرها القضاء والفقهاء في العراق ثم في البلاد الأخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية.) لم يكتف القانون المدني في بيان اتجاهه في التفسير وتحديد المصادر بهذه المادة وإنما زاد على ذلك ببيان ما يشعر بتأثره بالفقه الإسلامي فقرر في المادة الثانية منه أنه ((لا مسأغ للاجتهاد في مورد النص)) وأقر في المادة الخامسة انه ((لا ينكر تغيير الأحكام بتغيير الأزمان)) ، ويظهر من خلال النظر إلى نص (المادة 1/1ف) أن المشرع العراقي قصد أن النصوص التي شرعها يجب على القاضي أن يفسرها تفسيراً لفظياً لإيجاد الحلول للفروض والوقائع المعروضة عليه فهنا سار المشرع العراقي بمنهج مدرسة الالتزام بالنص لكنه في نفس الوقت لم يجعل التشريع المصدر الوحيد للقانون ، وإنما اعتبره المصدر الرسمي الأصلي الوحيد للقانون حيث يحيل القاضي إلى التشريع بموجب عبارته (لفظها او فحواها)⁽¹⁾ ، أي على القاضي أن يستنبط الحكم من نصوصه سواء أكان من لفظ النص أم من فحواه ، فيراد بلفظ النص (دلالة المنطوق) ، ويراد بالفحوى (دلالة المفهوم ، والسياق)⁽²⁾ ، أما نص (المادة 1/2ف) فهنا المشرع العراقي لم يحصر القانون بمصدر واحد ، وإنما أخذ بمصادر متعددة كما هو منهج المدرسة العلمية إذ إن القانون يعبر عن إرادة المشرع الحقيقية عند وضع التشريع فإذا لم يوجد نص فعلي بالعرف وان لم يجد عرفاً فعلياً بمبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص القانون دون التزام بمذهب معين ، فإن لم يجد حكماً فيها فعلياً بقواعد العدالة ، أما نص (المادة 1/3ف) فإنه يلزم القاضي بأن يسترشد بالفقه والقضاء في العراق ثم في البلاد التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية⁽³⁾ ، بعد بيان موقف المشرع العراقي في المادة الأولى من القانون المدني ، يثار سؤال ماذا لو طال

(1) د. هادي محمد عبد الله ، دور إرادة المشرع في تفسير النصوص القانونية (دراسة مقارنة في ضوء فلسفة القانون) ط1 ، السليمانية ، 2017 ، ص 67 .

(2) ان المشرع العراقي قد تأثر بالفقه الغربي من مصطلحات الصياغة والتفسير منها فحوى النصوص التشريعية التي يراد بها عندهم روح التشريع ، كما ان مصطلح (فحوى) ان كان متعارفاً عند علماء اصول الفقه الإسلامي الا انه مختلف فيه من حيث دلالاته وشموله للدلالة المفهومية والسياقية معاً ، إذ تم انتقاد موقف المشرع العراقي في صياغته (المادة 1/1ف) ، لقد تم ذكر الانتقاد انفاً في الفصل الأول . للمزيد ينظر في ذلك : طاهر عيسى والي الشافعي ، المصدر سابق ، ص 253-255.

(3) للمزيد ينظر : د. هادي محمد عبد الله ، مصدر سابق ، ص 79-92.

بالتشريع الأمد ، وتغيرت الحكمة منه عند التطبيق عما كانت عليه عند وضعه؟ الاجابة عن هذا السؤال جاء في المادة (3) من قانون الإثبات التي نصت على ((التزام القاضي باتباع التفسير المتطور للقانون ومراعاة الحكمة من التشريع عند تطبيقه)) التي تقرر بها أنه على القاضي التزام التفسير المتطور للقانون وأن يراعي في تفسيره الحكمة من النصوص التشريعية أي يتحرى إرادة المشرع وقصده من التشريع لا عند وضع التشريع بل عند تطبيقه ، وبهذا يكون المشرع قد نحى منحى المدرسة التاريخية التي ألزمت القاضي بالبحث عن نية المشرع وقت التطبيق وبالكيفية التي لو أن المشرع وضع النص في الظروف الحاضرة التي يطبق فيها النص ، لكنه لم يأخذ بالنية المحتملة التي نادى بها ، بل إن الإرادة المقصودة هنا هي إرادة المشرع الحقيقية لا المفترضة التي تنادي بها مدرسة التزام النص ولا المحتملة التي تنادي بها المدرسة التاريخية طالما ان القانون هو الذي ألزم القاضي بالتفسير المتطور من خلال الموازنة بين مضمون النص القانوني وما طرأ من تغييرات على ظروف الحياة التي وضعت من أجلها تلك النصوص وكيفية تحقيق المصلحة المتوخاة من التشريعية⁽¹⁾ . من خلال ما تقدم نجد أن المشرع العراقي قد أخذ بمناهج المدارس الثلاثة التي ذكرناها انفاً مع بعض الاختلاف .

أما بالنسبة إلى موقف المشرع المصري من مدارس التفسير فهو متقارب مع موقف المشرع العراقي وذلك بموجب المادة (1) من القانون المدني المصري⁽²⁾ مع الاختلاف البارز في تحديد مصادر القانون الرسمية، حيث أقر فكرة القانون الطبيعي بجانب قواعد العدالة بينما المشرع العراقي فقد اكتفى بقواعد العدالة كما أن المشرع العراقي زاد على المشرع المصري في تحديد ما يؤخذ به من مبادئ الشريعة الإسلامية⁽³⁾، كما اختلف المشرع المصري في طريقة التأكيد على استعمال التفسير المتطور ومراعاة الحكمة من

(1) د. هادي محمد عبد الله ، مصدر سابق ، ص 93، 101 .

(2) التي تنص على انه ((-تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها. ٢. فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة)).

(3) د. محمد شريف احمد ، المصدر سابق ، ص 221-222 .

التشريع التي جاء بها المشرع العراقي في المادة (3) من قانون الإثبات ، فقد نص المشرع المصري في قانون المرافعات المدنية والتجارية في المادة (248/ف1) على أن ((للخصوم ان يطعنوا امام محكمة النقض في الأحكام الصادرة من محاكم الاستئنافإذا كان الحكم المطعون فيه مبنياً على مخالفة القانون او خطأ في تطبيقه او في تأويله)) فيظهر من خلال هذه المادة ان المشرع المصري قد ألزم القاضي ضمناً بتفسير القانون بل وتأويله (1) .

الفرع الثاني

قواعد التفسير

إن هناك قواعد عديدة ومتنوعة تستخدم في فهم التشريع ومن أهم القواعد التي يلجأ إليها القاضي في تفسير النصوص القانونية ، قواعد تفسير أصلية التي تتمثل في التفسير اللفظي والتفسير المنطقي والمبادئ العامة للقانون، وقواعد تفسير مساعدة التي تتمثل في الأعمال التحضيرية والمصادر التاريخية والقياس (2) .

(1) جاء في مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ما يأتي (... من المقطوع به ان كل نص تشريعي ينبغي ان يعيش في البيئة التي يطبق فيها ويحيا حياة قومية توثق صلته بما يحيط به من ملاسبات ... ولكل من القضاء والفقهاء بل على كل منهما عند تطبيق النص او تفسيره ، ان يعتبر هذا النص قائماً بذاته ، منفصلاً عن مصدره ، فيطبقه او يفسره تبعاً لما تقتضيه المصلحة ، ولما يتسع له التفسير من حلول تفي بحاجات البلد ، وتساير مقتضيات العدالة ، وبذلك تتطور هذه النصوص في صميم الحياة القومية ، وتثبت ذاتيتها...) ينظر في ذلك : طاهر عيسى والي الشافعي ، المصدر سابق ، ص 259 .

(2) لقد اختلف الفقهاء في تقسيم وتحديد هذه القواعد ، فمن الفقهاء من قسمها إلى طرق داخلية وطرق خارجية ، وأراد بالطرق الداخلية ، تلك التي ينطوي عليها النص نفسه ، ومن أهمها ، كما بينها الدكتور عبد الرزاق السنهوري ، الاستنتاج بطريق القياس ، والاستنتاج من باب أولى ، والاستنتاج من مفهوم المخالفة ، وتقريب النصوص المتعلقة بموضوع واحد بعضها من بعض . وأما الطرق الخارجية فهي التي يستند فيها المفسر على عنصر خارجي عن النص نفسه ، بالاستناد إلى حكمة التشريع ، والاسترشاد بالأعمال التحضيرية ، والاستهداء بالعادات ، والرجوع إلى المصادر التاريخية للتشريع . ومن الفقهاء من صنفها إلى طرق نحوية لغوية ، وطرق منطقية ، كما بينها الدكتور عصمت عبد المجيد بكر ، إذ قصد بالطرق النحوية تطبيق قواعد اللغة على التشريع ، أما الطرق المنطقية فهي التي تتلمس الوصول إلى روح النص وذلك بالرجوع إلى حكمة التشريع والتقريب بين =

أولاً - قواعد التفسير الأصلية

يقصد بهذه القواعد التي يشتمل عليها النص ذاته ، يستند إليها القاضي للتعرف على الحكم القانوني المطلوب وهي التفسير اللفظي والتفسير المنطقي والمبادئ العامة للقانون .

1- التفسير اللفظي

يقصد بالتفسير اللفظي التعرف على الحكم من خلال فهم جمل وكلمات النص ، فالنص في الحقيقة مجموعة من الألفاظ التي يريد الشارع التعبير من خلالها عن معنى هادف ، ويأتي ذلك من خلال الكشف عن مدلول هذه الألفاظ عن طريق تحديد دلالة كل لفظ على حدة وتحديد المعنى الاجمالي لها واداة المفسر في هذا المجال هي اللغة التي تعين على البحث عن المعنى الذي تعطيه اللغة لكل لفظ ، الخطوة الأولى لعمل المفسر هي المعنى الحرفي ، بأن يقرأ النص ويحترم قدسيته ، باعتباره كاشفاً عن الإرادة الحقيقية للمشرع ، لأن المفروض أن كل لفظ وارد في النص له ضرورته ولا يجوز اعتباره نافلة من القول ، فالعبرة في معنى النص بألفاظه ولذلك يجب ابتداءً استخلاص المعنى اللفظي لعبارات التشريع⁽¹⁾ ، ولكي يكون التفسير الحرفي للنصوص مقبولاً لا بد من مراعاة عدة اعتبارات ، الاعتبار الأول عدم التقيد بألفاظ النص لفظاً ، أي إن يتم استخلاص المعنى من مجموع عبارات النص على هدى قصد المشرع منه ويترتب على ذلك ، إنه إذا جاء في النص لفظ في غير موضعه وجب على المفسر ألا يتقيد به ، وانما يتحتم عليه أن يفسر النص في مجموعه على ضوء قصد المشرع الذي أراد أن يعبر عنه بمجموع الفاظ النص ، وإن لم يتمكن من ذلك عليه هدر التفسير اللفظي

=النصوص والمصدر التاريخي للنص القانوني المراد تفسيره والاعمال التحضيرية والمذكرات التفسيرية . ومن الفقهاء من صنفها إلى طرق لتفسير النص السليم ، وطرق لتفسير النص المعيب ، وطرق لأكتشاف الحكم القانوني في حالة عدم وجود النص القانوني ، كما بينها الدكتور سليمان مرقس ينظر في ذلك : د. محمد شريف احمد ، المصدر سابق ، ص 237-239 .د. عصمت عبد المجيد بكر ، مشكلات التشريع(دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة) ، مصدر سابق ، ص 380-407 .د. سليمان مرقس ، المدخل للعلوم القانونية ، ط3 ، القاهرة ، 1957 ، 203-204 . عبد الرزاق السنهوري ، واخرون ، مصدر سابق ، ص 207-214 .

(1) د. محمد شريف احمد ، مصدر سابق ، ص 242

والالتجاء للتفسير المنطقي⁽¹⁾ ، أما الاعتبار الثاني إذا كان للفظ معنيان أحدهما اصطلاحياً والآخر لغوي وجب الأخذ بالمعنى الاصطلاحي دون المعنى اللغوي ، ما لم تظهر نية المشرع إلى الأخذ بالمعنى الاخير ، وذلك لأن الأصل وجوب فهم الالفاظ وفقاً لمعناها الدارج إلا إذا كان لها معنى خاص مخالف مثل عبارات (وضع اليد) و(حسن النية) و(القوة القاهرة) فهنا يجب فهم هذه العبارات وفقاً لمعناها الاصطلاحي⁽²⁾ ، أما الاعتبار الثالث فإنه لا بد على المفسر أن ينظر إلى أي نص باعتباره جزء من كل كامل وهو التشريع ويفهم نصوصه في مجموعه دون الاكتفاء بفهم كل نص على حدة⁽³⁾ ، فالنصوص التشريعية يكمل بعضها للبعض فقد يخصص البعض ما جاء عاماً في نص آخر وقد يقيد ما اطلقه البعض الاخر، فمثلاً لا يمكن الاستناد إلى المادة (146/ف1) من القانون المدني العراقي التي تقرر مفهوماً عاماً إذا نفذ العقد كان لازماً ، وإنما يجب النظر إلى (ف2) من نفس المادة التي تجيز تعديل العقد بعد نفاذه في حال حصول ظروف استثنائية عامة غير متوقعة ، ففي النظر للفقرتين للمادة (146)⁽⁴⁾ من القانون المدني العراقي تكتمل الصورة القانونية للأصل والاستثناء⁽⁵⁾ .

2- التفسير المنطقي

إن التعرف على الحكم القانوني لا يأتي من خلال التفسير اللفظي فقط بل يتم أيضاً من خلال الاستنتاج من مفهوم النص أو من خلال حكمة التشريع .

أ- الاستنتاج من مفهوم النص

الاستنتاج من مفهوم النص يراد به التلازم المنطقي الحاصل بين معنيين، بين المعنى اللغوي وبين المعنى الثانوي يستنتج من المعنى الأول ، ويستنتج ذلك بطريقتين ،

(1) د. محمد شريف احمد ، مصدر سابق ، ص 244 . عواد حسين ياسين العبيدي ، مصدر سابق ، ص 216-217.

(2) د. محمد شريف احمد ، المصدر سابق ، ص 245 .

(3) د. عصمت عبد المجيد بكر ، مشكلات التشريع (دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة)، مصدر سابق ، ص 386 .

(4) تقابلها المادة (147) من القانون المدني المصري .

(5) د. محمد شريف احمد ، مصدر سابق ، ص 246 .

اولها مفهوم الموافقة وثانيها مفهوم المخالفة .

• مفهوم الموافقة :

ومعناه انه إذا كانت هناك قاعدة مقررة لحالة معينة وكانت هناك حالة لم ينص على حكم لها ولكن تتوافر فيها نفس العلة التي أدت إلى وضع النص للحالة الأولى ، جاز للمفسر أن يطبق حكم الحالة الأولى على الحالة الثانية (1)، مثال ذلك ان المشرع اجاز للمحكمة انقاص مقدار التعويض إن اشترك المتضرر في خطأه مع المدين ، ولكن نجده لم ينص على حالة وجود سبب أجنبي مشترك مع خطأ المدين في احداث الضرر ، ويتبين للمفسر أن العلة في الحالتين واحدة، وهي أن فاعل الضرر يسال بمقدار خطأه في إحداث الضرر، لذا اقتضى أن تأخذ الحالة الثانية حكم الحالة الأولى (2) ، وكذلك إذا كان هناك حكم لحالة منصوص عليها ووجدت حالة لم يرد بشأنها نص وكانت العلة في الحالة الثانية اكثر توفراً منها في الحالة المنصوص عليها فأن المفسر يطبق حكم الحالة الأولى على الحالة الثانية من باب اولى ويسمى هذا ب(المفهوم من باب اولى) (3) ، والذي يستدل عليه بطريقتين، الأولى تطبيق حكم الكثير على القليل، مثالها إذا كان لشخص حق التصرف في عقار معين بنقل ملكيته إلى الغير فله من باب اولى أن يؤجره لأن التأجير أقل من نقل الملكية، أما الطريقة الثانية تطبيق حكم القليل على الكثير، مثالها ، إذا كان القاصر ممنوعاً من التصرف بعوض فإنه من باب اولى لا يستطيع التصرف بغير عوض (4) .

(1) د. عصمت عبد المجيد بكر ، مشكلات التشريع (دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة)، مصدر سابق ، ص 392 . د.

محمد شريف احمد ، مصدر سابق ، ص 252.

(2) المادة (210) من القانون المدني العراقي ، وتقابلها في ذلك المادة (216) من القانون المدني المصري.

(3) وسماه الفقه الفرنسي (لسبب اقوى) وهو متصل بقواعد منطقية منها (من يملك الاكثر يملك الاقل)، (ان ما يسري على الكل يسري على الجزء) . د. محمد شريف احمد ، مصدر سابق ، ص 255.

(4) د. عصمت عبد المجيد بكر ، مشكلات التشريع (دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة)، مصدر سابق ، ص 393.

• مفهوم المخالفة

ومعناه أن اقتصار النص على حالات معينة يوجب تطبيق عكس حكمه على الحالات الأخرى التي لا يشملها هذا النص، وبمعنى آخر دلالة اللفظ على ثبوت نقيض حكم المنطوق به للمسكوت عنه ، فيفهم مما تقدم أن المشرع إن نظم مسألة معينة على نحو معين فيلزم القول ان المسألة المختلفة لابد ان تلقى تنظيماً مختلفاً ، وإن الحالة العكسية يجب أن تلقي تنظيماً عكسياً⁽¹⁾، ويتحقق مفهوم المخالفة بصورتين، اولهما ان تأتي المخالفة في الحكم من اختلاف العلة في الحالتين وهي الحالة التي نص عليها والحالة التي لم يرد نص بشأنها ، مثال ذلك ما نصت عليه المادة (7/ف1) من القانون المدني العراقي ((من استعمل حقه استعمال غير جائز وجب عليه الضمان.)) ، فيستنتج بطريق مفهوم المخالف أن من استعمل حقه استعمالاً جائزاً فلا ضمان عليه⁽²⁾، أما الصورة الثانية أن تكون الحالة المنصوص عليها جزئية من جزئيات الحالة غير المنصوص عليها وتبدو كحالة استثنائية فتخصص لها حكم منفرد دون سائر الجزئيات الأخرى، مثال ذلك في القانون المدني المصري السابق لم يتم تنظيم مسألة عقد البيع المستقبلي بل نظم مسألة تركة انسان على قيد الحياة ويعد التعامل بها باطل ، فيفهم أنه طالما المشرع نظم جزئية من حالات البيع المستقبلي وعد الحكم فيها باطل ، فيفهم خلاف ذلك أن سائر الجزئيات الأخرى لا تشترك معها في الحكم وعليه يعد حكم عقد البيع المستقبلي صحيحاً، وفهم كل ما تقدم من مفهوم المخالفة لان افراد التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة

⁽¹⁾ وعبر عنه الفقيه الفرنسي جيني ب(ان تخصيص حالة معينة يشكل قرينة على ان الحالات التي لم تعالجها النصوص تحكم بما يخالفها) وهذا ما يعنيه القول المأثور بأن ادخال الواحد في الاعتبار هو اخراج الاخر منه .

د.محمد شريف احمد ،مصدر سابق ، ص 257.

⁽²⁾تقابلها في ذلك المادة (4) من القانون المدني المصري .

طالما يعد باطلاً⁽¹⁾ فان سائر الجزئيات الأخرى وهي بقية الأموال المستقبلية لا تشترك معها في الحكم⁽²⁾ .

مفهوم المخالفة يكون على عدة أنواع أهمها الصفة والشرط والغاية والعدد والحصص⁽³⁾

ب- الاستنتاج من حكمة التشريع

إن لكل نص هدف يسعى إلى تحقيقه وهو يمثل الحكمة من وضعه فهو سبب وجود التشريع وغايته المباشرة، فهو (مقصد المشرع) من تشريعه للنصوص وهو يختلف بحسب المصالح المراد حمايتها، والمساوئ التي يبتغي قطع السبيل إليها⁽⁴⁾ .

⁽¹⁾المادة (129/2ف) من القانون المدني العراقي . والمادة (131/2ف) من القانون المدني المصري .

⁽²⁾ عواد حسين ياسين العبيدي ، مصدر سابق ، ص 226-227.

⁽³⁾ من امثلة الصفة في القانون المدني العراقي ما نصت عليه المادة (99) من تقييد الصغير بصفة الماذون بقولها ((الصغير الماذون في التصرفات الداخلة تحت الإذن بمنزلة البالغ سن الرشد)) ومن امثلة الشرط ما اورده المادة (١٤٢ / 2ف) من شروط لانتقال الحقوق والالتزامات الشخصية إلى الخلف الخاص بقولها ((إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فان هذه الإلتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه)) ومن أمثلة الغاية ما ورد في المادة (1091) من ان ((الحائط الذي يكون وقت انشائه فاصلاً بين بنائين يعد مشتركاً حتى مفرقهما)) أي ان غاية الاشتراك بين الحائطين هو مفرقهما وما بعدهما لا يعد مشتركاً، ومن امثلة العدد ما نصت عليه المادة (570/1ف) من لزوم اقامة دعوى ضمان العيب خلال ستة اشهر وإلا سقط الحق بسماعها ، حيث جاء فيها بأنه ((لا تسمع دعوى ضمان العيب إذا انقضت ستة اشهر من وقت تسليم المبيع، حتى لو لم يكشف المشتري العيب الا بعد ذلك، ما لم يقبل البائع ان يلتزم بالضمان مدة اطول)) ومن امثلة الحصر ما ورد في المادة (184/1ف) من ان ((لا تلزم الإرادة المنفردة صاحبها الا في الاحوال التي ينص فيها القانون على ذلك)) . للمزيد ينظر في ذلك : . د. عصمت عبد المجيد بكر، اصول تفسير القانون ، ص 87-88. حسن ضعيف حمود المعموري ، التفسير المتطور للقانون (دراسة مقارنة) ، اطروحة دكتوراه ، جامعة بابل ، 2022 ، ص 91-92. ستار جبار زاير ، مصدر سابق ، ص 112-115.

⁽⁴⁾ عواد حسين ياسين العبيدي ، مصدر سابق ، ص 227-228.

إن النص ينزل من حكمته منزلة الوسيلة من الغاية ، ومن يريد الغاية عليه التقيد بالوسيلة المفضية إليه ، فالتفسير ليس مجرد فن لغوي وإنما هو يتحسس مطالب الحياة العملية والحقائق الاجتماعية ، إن القاعدة القانونية تكون وليدة مفاضلة بين المصالح المتنازعة ، فمثلاً في التوازن بين مصلحة المالك باسترداد ملكه المغتصب ومصلحة الآخر، يكون ذلك للمالك لأن مصلحة المالك أولى بالرعاية من مصلحة المغتصب ، بينما المفاضلة بين مصلحة المستأجر والمالك تقتضي تفضيل مصلحة المستأجر، لأن مستأجر مستند لحق قانوني وليد عقد رتب التزامات على أطرافه ، فالتوازن بين مصالح الأفراد أو ما بين مصلحة الفرد والجماعة هي فلسفة القانون ، فالتوازن العملي يتطلب مراعاة مراكز القوة والضعف في أطراف العلاقة القانونية أو المراكز القانونية⁽¹⁾، إن أهمية حكمة التشريع تتجلى في امرين ، الأمر الأول ملاءمة النص للواقع الاجتماعي ، إن في بعض الاحيان قد يؤدي تطبيق ظاهر النص إلى نتائج غير ملاءمة ، لذا يبدو تطبيق النص التشريعي بظاهره يؤدي إلى نتائج غير عادلة ، بينما روح النص تقتضي غير ذلك ، فالحكمة التشريعية هي القوة الحية المحركة التي تبعث في النص الحياة وتمثل الغاية الأساسية من وضع النص ، فيستطيع النص أن يكسب مع الزمان معنى جديداً أو ينطبق على حالات جديدة ، أما الأمر الثاني فيتمثل في تطوير القانون ، فان التشريع لا يمكنه معالجة جميع الوقائع والفروض، لان مصالح المجتمع المتعددة لا يمكن احتوائها بنص تشريعي، فحكمة التشريع تعد حلقة وصل وربط ما بين الواقعة التي لها نص يعالجها وما بين واقعة التي تفتقد النص⁽²⁾ ، فالمفسر لا يلجأ إلى حكمة التشريع إلا إذا كان هناك مبرر لذلك ، كحالة وجود نص معيب أو عند تحقيق الموائمة بين النص والواقع ، او بصدد حالة لم ينص عليها ، أما إذا كان النص يدل على المعنى دلالة قطعية وواضحة ، فلا يجوز الخروج عنه⁽³⁾.

(1) د. محمد شريف احمد ، مصدر سابق ، ص 264-265 .

(2) المصدر سابق ، ص 267-268 .

(3) وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا الصدد بانه (متى كان النص واضحاً جلي المعنى قاطعاً في الدلالة على المراد منه فانه لا يجوز الخروج عليه أو تأويله بدعوى الاستهداء بالحكمة التي أملتة . لان البحث في حكمة التشريع ودواعيه انما يكون عند غموض النص أو وجود لبس فيه مما يكون معه القاضي مضطراً في =

3- المبادئ العامة للقانون

يقصد بها مجموعة من الوقائع العامة ، التي تتغير ببطء في مجموعها ويكون لها جمود نسبي ، تقدم أو تعرض فكرة من الواقع والقانون وتجد أساسها في الطبيعة الإنسانية وانها تجسد العقلانية ، من خلال الربط بين الفلسفة العامة السائدة في مجتمع معين وبين هذه المبادئ، فيفترض إنها تشكل اساس القانون لاستنادها إلى العقل والمنطق وطبيعة الاشياء وضرورات الحياة⁽¹⁾ وتكون هذه المبادئ أما مكتوبة أو غير مكتوبة تستقر في ضمير الجماعة تملئها قواعد العدالة، والمبادئ العامة للقانون التي يتبناها المشرع وتصبح مكتوبة ، تسمى بالمبادئ القانونية التي تكون جزء من المبادئ العامة للقانون التي بدورها تختلف عن القواعد القانونية⁽²⁾ ، إن القاضي يعمل على تقرير المبادئ العامة للقانون واستخلاصها في أحكامه وتطبيقها على القضايا المتنازع فيها والمطروحة أمامه للوصول إلى الحل الصحيح ، ومن المبادئ غير المكتوبة (مبدأ ما بني على باطل باطل) فهي مبادئ مستخلصة من استقرار المحاكم على اتباعها والحكم بمقتضاها بشرط أن لا يكون هناك مانع من تطبيقها وأن لا يكون هناك ما يعارضها⁽³⁾ ،ومما تقدم فإن اعتماد مثل هذه المبادئ تغني المشرع عن التوسع في القواعد القانونية المكتوبة والتفصيلية ومن ثم يحد من تفاقم النصوص .

=سبيل تعرف الحكم الصحيح إلى تقصي الغرض الذي يرمي إليه والقصد الذي أملاه . ذلك ان الأحكام تدور مع علتها لا مع حكمتها ومن ثم لا يجوز اهدار العلة والخذ بالحكمة عند وجود نص واضح سليم (نقض 1965/12/2 ، منشور في مجموعة المكتب الفني س 16 ، ص 1190 .نقلاً عن د. محمد شريف احمد ،مصدر سابق ، ص 268-269 . د. عصمت عبد المجيد بكر، اصول تفسير القانون ، ص92.

(1) علي هادي جهاد ابوطيخ، دور المبادئ القضائية في الإثبات المدني (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه ، جامعة كربلاء ، 2022 ، ص 81، 196. طارق عبد الرزاق شهيد الحمامي ، الاستنباط القضائي في الدعوى المدنية (دراسة مقارنة بالقواعد الاصولية)، اطروحة دكتوراه ، جامعة كربلاء ، 2020 ، ص 85.

(2) سبق ان بينا الفرق بين المبادئ القانونية والقواعد القانونية وذلك في الفصل الثاني .

(3) قضت محكمة النقض المصرية بأن ((قاعدة الغش تبطل التصرفات وهي قاعة سليمة ، ولم يجر بها نص خاص في القانون ، وتقوم على اعتبارات خلقية واجتماعية في محاربة الغش والخديعة والاحتتيال وعدم الانحراف عن جادة حسن النية الواجب توافره في التصرفات والاجراءات عموماً صيانة لمصلحة الفرد والمجتمع =

ثانياً- قواعد التفسير المساعدة

ان قواعد التفسير المساعدة هي عوامل خارجية تساعد على فهم النص وتوضح قصد المشرع بصورة سليمة أو على توسيعه ومد حكمه خارج نطاقه ، إذاً هي تساعد قواعد التفسير الأصلية أما من خلال قواعد تقويم عبارة النص والتي تتجسد في المصادر التاريخية ووسائل فهم السياسة المدنية لمساهمتها في وضع النص في شكله المعين⁽¹⁾، أو من خلال قاعدة مد حكم النص إلى ميادين خارجة عن نطاقه ويقصد بها القياس .

1- تعريف القياس

توجد تعاريف عديدة للقياس فعرف بأنه تقدير الفرع بالأصل في الحكم والعلة⁽²⁾، كما عرف بأنه هو الحاق صورة مجهولة الحكم بصورة معلومة الحكم لأجل أمر جامع بينهما يقتضي ذلك الحكم⁽³⁾، وعرف كذلك بأنه إلحاق أمر لم ينص على حكمه في التشريع بأمر نص عليه فيه لاشتراك الامرين في سبب الحكم ، ومقتضاه إذا وجد القاضي حالة نظمها المشرع تكون مشابهة للحالة المعروضة عليه ولم يجد لها تنظيم مباشر في التشريع فإنه يطبق حكم الحالة الأولى على الحالة الثانية⁽⁴⁾، فالقياس عملية عقلية يقوم بها القاضي يدرس فيها وقائع الدعوى ثم يرى أي مبدأ ممكن أن يطبقه

(=)1979/5/21 ، س30 ، ج2 ، ص399 ، نقلاً عن د. محمد حسين منصور ، المدخل إلى القانون ، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2010 ، ص 233 . طارق عبد الرزاق شهيد الحمامي ، مصدر سابق ، ص86.

⁽¹⁾ سبق ان بينا المصادر التاريخية للنصوص القانونية في المبحث الثاني من الفصل الأول لذلك سوف لن نتطرق لها مرة اخرى ، كما بينا وسائل فهم السياسة المدنية للمشرع في المبحث الثاني من الفصل الثاني - والتي تتجسد في المذكرات المرفقة مع التشريع والديباجة والاعمال التحضيرية والاسباب الموجبة والمبادئ والاسس التي يقوم عليها التشريع، فهي قواعد يعول عليها في تفسير النصوص القانونية - فلن نتطرق اليها مرة اخرى ايضا لذا سيقصر بحثنا على قاعدة التفسير القياس فقط .

⁽²⁾ د. عصمت عبد المجيد بكر ، اصول تفسير القانون ، مصدر سابق ، ص139.

⁽³⁾ الشريف محمد بن علي التلمساني المالكي ، مفتاح الوصول في علم الاصول ، ط1 ، دار الكتاب العربي ، مصر ، 1962 ، ص 158 .

⁽⁴⁾ عواد حسين ياسين العبيدي ، مصدر سابق ، ص 245-246.

فيتخذة مقدمة كبرى ، ومن الواقعة المعلومة مقدمة صغرى ومن هاتين المقدمتين يتألف القياس لكي ينتهي إلى النتائج التي تحمل الدلالة على مدى صحة الادعاء أو عدم صحته ، ويكون الالتجاء إلى قاعدة القياس دون حاجة إلى ترخيص المشرع (1) .

2- شروط القياس

أ- إن للقياس ثلاثة عناصر أولها المقيس عليه (2) وهو الأصل الذي يثبت الحكم فيه بنص ، ثانيها المقيس هو الفرع الذي لا نص فيه ، وثالثها العلة هي الوصف الظاهر المنضبط الواضح الذي وجد الحكم لأجله في الأصل ، وتبين وجوده أيضاً في الفرع بسبب القياس ، فهو نتيجة القياس ، لذا من شروط القياس ان يكون هناك نص يحكم الحالة المراد الفصل فيها حيث ينبغي تطبيق النص في حالة وجوده (3) .

ب- أن يكون هناك تشابه في الجوهر بين المقيس والمقيس عليه فمثلاً أن القانون يعتبر الغلط في العقد عيب من عيوب الإرادة ومن ثم فإن الغلط سيؤثر وبما لا يقبل الشك في كافة التصرفات القانونية وذلك بناءً على ما يقوم بين العقد والتصرف القانوني من تشابه في العناصر الأساسية وهي ان كل منهما يقوم على التعبير عن الإرادة (4) .

ج- يجب أن لا تكون القاعدة القانونية التي يراد تطبيق حكمها على الحالة الغير منصوص عليها قد وردت لحالة استثنائية (5) .

(1) طارق عبد الرزاق شهيد الحمامي ، مصدر سابق ، ص 73 .

(2) ان للقياس من حيث النظر للمقيس عليه نوعين ، النوع الأول يسمى بالقياس التشريعي ، وهو قياس حالة لم يرد بشأنها نص مع حالة ورد بشأنها نص لوجود تشابه في الحكمة في الحالتين ، اما النوع الثاني فيسمى بالقياس القانوني ، وهو قياس حالة لم يرد بشأنها نص على مجموع المبادئ القانونية وروح النظام القانوني مثال ذلك تطبيق أحكام العقود المسماة على العقود غير المسماة التي لم ينص على أحكامها متى كانت مشابهة للمسماة في الجوهر . د. محمد شريف احمد ، مصدر سابق ، ص 305-306 .

(3) د. عصمت عبد المجيد بكر ، اصول تفسير القانون ، مصدر سابق ، ص 140 . عواد حسين ياسين العبيدي ، مصدر سابق ، ص 246 .

(4) عواد حسين ياسين العبيدي ، المصدر سابق ، ص 246 .

(5) المصدر سابق ، ص 247 .

3- القياس في القانون المدني

اختلف الفقه⁽¹⁾ في بيان الدور الذي يلعبه القياس في القانون المدني ولقد اخذنا بالتوجه الذي اعتبر فيه القياس قاعدة من قواعد التفسير ، مثله مثل مفهوم الموافقة ومفهوم المخالفة ، أما موقف القانون المدني العراقي ، فإن المشرع العراقي لم يقف عند حد إغفال النص على الأخذ بالقياس وإنما كان موقفه مرتبكاً فقد اورد نصاً يحظر فيه الاخذ بالقياس في حالة معينة ، حيث نصت المادة الثالثة من القانون المدني العراقي على انه ((ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه)) وهذه المادة نقلها المشرع العراقي عن المجلة (م15) التي اخذتها بدورها من كتاب المجامع ، ومعناها إنه يجب أن لا تكون القاعدة القانونية التي يراد بها بسط حكمها على الحالة غير المنصوص عليها قد وردت لحالة استثنائية من قاعدة عامة ، فالاستثناء لا يجوز التوسع في تطبيقه ، فالمشرع العراقي قد صاغ قاعدة سلبية وسكت عن الأصل ، أما موقف القانون المدني المصري فالمشرع المصري لم يورد مادة قانونية عن القياس ، اضافة إلى أن الفقه المصري لم يعط القياس الا قدر قليل من العناية⁽²⁾ .

⁽¹⁾ ذهب اتجاه إلى ان دور القياس يكمن في تفسير النصوص القانونية وايجاد الحلول للوقائع المستحدثة في نطاق المسائل المدنية وبالتالي يعد قاعدة تفسيرية ، ويسلم معظم الفقهاء في سويسرا و فقهاء مدرسة شرح المتون في فرنسا بذلك ، وهناك اتجاه يعد القياس مصدراً رسمياً حاله حال العرف ومبادئ الشريعة الإسلامية وهذا توجه الدكتور سليمان مرقس ، في حين ذهب اتجاه اخر ان القياس لا يعد قاعدة تفسيرية ولا مصدر رسمي للقانون ، بل هو يمثل مكانا وسطا بينهما ، فالقياس يشمل على تجاوز المعنى الحرفي للنصوص إلى اكتشاف الإرادة المفترضة للمشرع ، لذا فهو يعد وسيلة اجتهادية أي وسيلة من وسائل الفقيه الفرنسي (فرانسوا جيني) (البحث العلمي الحر) والتي تؤدي إلى سد النقص في التشريع وتكملته لا تفسيره وهذا ما يقره الفقه الالمانى ايضا . ينظر في ذلك : د. عصمت عبد المجيد بكر ، اصول تفسير القانون ، مصدر سابق ، ص 142-143 . د. محمد شريف احمد ، مصدر سابق ، ص 335-338 .

⁽²⁾ والسبب بعدم ايراد نص يرجع إلى فلسفة المشرع المصري بعدم الاخذ بما جاء بالفقه الإسلامي ، حيث تنقسم القوانين العربية كما ذكر في الاسباب الموجبة للقانون المدني العراقي المعدل إلى فريقين الأول اعتمد اعتماد رئيسي على مجلة الأحكام العدلية كالعراق والاردن وفلسطين ، والثاني اعتمد التقنين المدني الحديث كمصر وسوريا وتونس فأخذت أحكامها من الفقه الغربي والتقنين الفرنسي . د. محمد شريف احمد ، المصدر سابق ، ص 334-335 .

المطلب الثاني

تأويل القاضي للنصوص القانونية

إن القاضي اما يجد كفاية تطبيق مطلق النص على الواقعة المعروضة عليه وذلك لكون النص لا يحتمل إلا معنى واحد ، وأما يجد أن النص يحتمل معنيين احدهما اظهر من الآخر ومن ثم لا يقف عند حرفية النص بل يقوم بالنظر إلى مآل النص وغايته ، فالقانون روح قبل ان يكون حرفاً ومعنى قبل أن يكون لفظاً ، فالقاضي يسعى إلى تحقيق الحكم المناسب والعدل للنزاعات المعروضة عليه، من خلال ترجمة النصوص بالشكل الذي يحقق الملاءمة مع التغيرات في المجتمع ، ولأجل توضيح تأويل القاضي للنصوص القانونية لابد أن نقسم هذا المطلب إلى فرعين نبحت في الفرع الأول معنى التأويل ونخصص الفرع الثاني إلى قواعد التأويل .

الفرع الأول

معنى التأويل

لكي نبين المراد بالتأويل لا بد من أن نسلط الضوء على تعريف التأويل وبيان سلطة القاضي في تأويل النصوص القانونية ، وذلك من خلال تقسيم هذا الفرع إلى فقرتين كما يأتي :

أولاً- تعريف التأويل

اتجه الفقه القانوني إلى بيان معنى التأويل من خلال بعض التعريفات ، فقد عرفه أحدهم بأنه ((صرف اللفظ من المعنى الظاهر إلى غير الظاهر))⁽¹⁾ ، وعرفه آخر بأنه ((صرف اللفظ من المعنى الراجح إلى المعنى المرجوح لدليل يقترن به))⁽²⁾ ، كما عرف بأنه ((عملية عقلية منطقية تعمل على تحديد المعنى الحقيقي للقاعدة القانونية ، وتعيين مداها من واقع الفاظ النص والحق والمركز القانوني محل الحماية بقصد اعلان حكم القانون في الحالة والواقعية المعروضة))⁽³⁾ ،

(1) د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، دلالات النصوص وطرق استنباط الأحكام في ضوء اصول الفقه الإسلامي ، ط1، احسان للنشر والتوزيع ، اربيل ، 2014 ، ص307 .

(2) د. عبد الكريم زيدان ، الوجيز في اصول الفقه الإسلامي ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، 1985 ، ص314 .

(3) د. احمد حشمت ابو شيت ، اصول القانون ، مطبعة لجنة التأليف والنشر ، 1938 ، ص 163 .

كما عرّفه الفقه الفرنسي بأنه ((تحقيق المعنى الحقيقي للاتساق بين الصيغة الثابتة في شكل قاعدة مكتوبة وبين فروض الحياة المتغيرة))⁽¹⁾، من خلال التعريفات المتقدمة نجد ان التّأويل هو صرف النص عن معناه الراجح إلى المعنى المرجوح لدليل يقتضي ذلك، وبذلك فهو يختلف عن التفسير الذي عرف بتعريفات عدة من قبل الفقه فمنهم من ضيق في معناه ومنه من وسع من معناه، فنطاق التفسير أوسع من نطاق التّأويل في الجانب العملي، فالتفسير وفق المعنى الواسع يشمل ما غمض من الفاظ النص وسد النقص فيه والتوفيق بين أجزائه المتعارضة ويكون في النصوص القطعية والنصوص ظنية الدلالة، أما التّأويل ينحصر غالباً في نطاق النصوص ظنية الدلالة وبذلك يكون في التطبيق العملي أقل نطاقاً وأقل مساحةً من التفسير، فضلاً عن ذلك فإن القاضي ملزم بتفسير النصوص القانونية على خلاف التّأويل الذي يعد اجتهاداً خاضعاً لسلطة القاضي التقديرية⁽²⁾.

ذكر المشرع العراقي مصطلح التّأويل بشكل صريح في قانون المرافعات المدنية بموجب نص المادة (203) منه التي نصت على أن للخصوم الطعن تمييزاً ((1. إذا كان الحكم قد بني على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو عيب في تأويله)) وكذلك نص المادة (213) من ذات القانون إذ جاء فيها ((إذا وقع خطأ في تطبيق القانون أو عيب في تأويله وكان الحكم من الأساس صحيحاً وموافقاً للقانون تصدقه المحكمة من حيث النتيجة))، أما بالنسبة إلى المشرع المصري فقد ذكر مصطلح التّأويل بموجب المادة (248/ف1) من قانون المرافعات المدنية والتجارية التي سبق ذكرها والتي لا تختلف عن ما ذكره المشرع العراقي، وكذلك في المادة (250) من نفس القانون⁽³⁾، أما القانون المدني العراقي فسنذكر منه أحد التطبيقات التي يمكن الاستعانة فيها

(1) Gaston may , introduc on ala science du droit , paris , 1925, p.121.

(2) التفسير اعم من التّأويل إذ يراه البعض انه ((التفسير اعم من التّأويل واكثر استعماله في الالفاظ ومفرداتها، واكثر استعمال التّأويل في المعاني والجمال)) . محمد فاروق نبهان ، المدخل إلى علوم القرآن الكريم ، دار علم القرآن ، ط1، حلب ، 2005، ص73 . عواد حسين ياسين العبيدي ، تأويل النصوص في القانون دراسة موازنة بالفقه الإسلامي ومعززة بالتطبيقات القضائية ، المركز العربي ، مصر ، 2018 ، ص 96. زينة عبد الحكيم عبد الرضا ، مصدر سابق، ص84-85.

(3) وقد ذهب التشريع الفرنسي إلى النص على التّأويل في المادة (١١٥٤) من القانون المدني التي جاء فيها ((إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق التفسير أو التّأويل)) والمادة (1157) التي نصت على ((إذا كانت العبارة تحمل أكثر من دلالة فتحمل على المعنى الذي يجعلها تنتج أثراً)).

بالتأويل، البيع بالشفعة⁽¹⁾، إذ إن الأصل في الشفعة ان تكون مقررة في البيع وهي حق تملك العقار المبيع ولو جبراً على المشتري وذلك بموجب المادة (1128) من القانون المدني العراقي⁽²⁾ فالشفعة لا تقرر إلا ببيع العقار استناداً لأحكام المادة (1133) من القانون المدني العراقي والتي نصت على ((١- لا تثبت الشفعة الا ببيع العقار المشفوع مع وجود السبب الموجب لها وقت البيع))، وما يفهم من ظاهر النص بأن الشفعة مقررة للشفيع بحالة البيع فقط وهذا المعنى الراجح، إلا أن المعنى المرجوح ينصرف إلى تصرفات تأخذ حكم البيع، منها المقايضة، والاقالة، والصلح، والوفاء بمقابل، فالفقه الإسلامي لا يفرق بين البيع والمقايضة، فيعتبر البيع المطلق والمقايضة بيعاً، بموجب المادة (506) من القانون المدني العراقي التي تنص على ((مبادلة مال بمال))، فالمقايضة التي هي مبادلة بغير النقد أي مبادلة العين بالعين، كما لو تقايض شخصان على عقار فكان لكل صاحب عقار الأخذ بالشفعة، ستأخذ حكم البيع المطلق وهذا هو المعنى المؤول منه، فأن لهذا التأويل أهمية في مدى اعتبار العقد بيعاً مطلقاً او مقايضة فيما إذا كان البديل جزء منه نقداً والجزء الآخر من غير النقد، في هذه الحالة نميز في القيمة والسمة الغالبة في العقد، فإذا كان النقد أكثر فهو بيع، وإذا كان غير النقد أكثر فهو مقايضة، كما لهذا التأويل فائدة من حيث الأحكام فيختلف كل منهما في تحديد نفقات العقد فيمن يتحملها بين الطرفين على الرغم من اعتبارهما ذات معنى واحد، إلا ان نص المادة (583) من القانون المدني العراقي تنص على ((نفقات عقد البيع ورسوم التسجيل وغيرها من الرسوم واجرة كتابة السندات والصكوك وغير ذلك من المصروفات التي يقتضيها البيع تكون على المشتري مالم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك))، بينما تنص المادة (600) من القانون نفسه على انه ((مصروفات عقد المقايضة وغيرها من النفقات الأخرى يتحملها المتقايضان مناصفة، مالم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك)) فبهذه الحالة يعد كل من الطرفين بائع ومشتري، بينما في عقد البيع يتحمل المشتري فقط تلك النفقات، فيفهم مما تقدم جواز تملك العقار

(1) وليد صالح نعمة عباس، التأويل في النصوص المدنية (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه، جامعة كربلاء، 2023، ص137-138.

(2) اما القانون المدني المصري فقد عرف الشفعة موجب المادة (935) بأنها ((رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري في الاحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية)).

ولو جبراً على المشتري فيما إذا كان العقد مقيضة وذلك لانصراف معنى البيع بمعناه الواسع يشمل معنى المقيضة وتطبق على أكثر أحكام المقيضة عقد البيع .

ثانياً- سلطة القاضي في تأويل النصوص القانونية

إن القاضي ملزم قانوناً في تطبيق النصوص القانونية على الوقائع المعروضة أمامه فهي تعد مادة القاضي للاستخلاص الأحكام القانونية ، إلا أن هذه النصوص منها ما هي واضحة الدلالة وصريحة ومنها ما هي غير واضحة الدلالة وغير صريحة ، فما هي سلطة القاضي في تأويل تلك النصوص القانونية .

1- سلطة القاضي في تأويل النصوص واضحة الدلالة

طالما أن النصوص القانونية صريحة وقطعية في دلالتها على المعنى وليس بها غموض أو التباس ، فالأصل ان القاضي لا مناص أمامه إلا أعمال النص الصريح وإنزال الحكم القانوني على الواقعة المعروضة له لانه من واجب القاضي تطبيق النصوص القانونية⁽¹⁾، وهذا ما ذهبت اليه محكمة التمييز العراقية في قرار لها جاء فيه ((... فأتجاه هذه الصراحة القانونية لا مساغ للاجتهاد في ان البيوع التجارية لا تشملها الشفعة كما ذهبت اليه المحكمة ... اما السبب الثاني الذي ارتأته محكمة البداة وهي ان الاملاك العامة لا تصح الشفعة فيها معتمدة على المادة (71)⁽²⁾ ، من القانون المدني في ذلك فلا وجه له ايضاً لان المادة المذكورة منعت التصرف بالاموال العامة والحجز عليها وتمليكها بالتقادم ولم تمنع الشفعة فيها وهذا النص صريح ولا يمكن تأويله او القياس عليه إذ لو اراد المشرع منع الشفعة من هذه الاموال لنص على ذلك في باب

(1) عواد حسين ياسين العبيدي ، تأويل النصوص في القانون دراسة موازنة بالفقه الإسلامي ومعززة بالتطبيقات

القضائية ، مصدر سابق ، ص 151 .

(2) إذ تنص المادة (71) من القانون المدني العراقي على ((1- تعتبر اموالاً عامة العقارات والمنقولات التي للدولة او للأشخاص المعنوية العامة والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل او بمقتضى القانون 2- وهذه الاموال لا يجوز التصرف فيها او الحجز عليها او تملكها بالتقادم)) . تقابلها في ذلك المادة (87) من القانون المدني المصري .

الشفعة نفسه ...) (1) ، أما الاستثناء فأن للقاضي تأويل النصوص الصريحة والواضحة الدلالة مراعاة المصلحة العامة ولأسباب تستدعي ذلك، من خلال إعطاء النص القانوني التأويل الذي ينسجم مع قصد المشرع ومتطلبات الواقع المستحدثة (2) .

(1) القرار (1201/ حقوقية /1953) في 16/11/1953 منشور لدى كتاب المحامي عبد العزيز سهيل ، مصدر سابق ، ص 75. وقد ذهبت محكمة النقض المصرية في احد قراراتها إلى التوجه نفسه حيث جاء فيها ((متى كان النص واضحا جلي المعنى قاطعا في الدلالة على المراد منه فانه لا يجوز الخروج عليه أو تأويله بدعوى الاستهزاء بالحكمة التي أمثته...)) سبق الإشارة اليه في المطلب الأول من هذا المبحث .

(2) فمن التطبيقات القضائية نجد ان المحاكم قد تضطر إلى التأويل بالرغم من صراحة النصوص القانونية في ظل احوال استثنائية مثال ذلك امام صراحة المادة (12) الفقرة (6) من قانون بيع وايجار اموال الدولة رقم 21 لسنة 2013 المعدل التي جاء فيها ((لا تجري مزايدة البيع او الايجار الا ضمن الوحدة الادارية التي يقع فيها المال غير المنقول)) ، ثار تساؤل بصدد قضية معينة كانت مطروحة أمام محكمة بداءة الرياض في كركوك للنظر فيها لكون المزايدة اجريت في غير الوحدة الادارية التي يقع فيها المال غير المنقول فان تلك المحكمة اصدرت قرارها بإبطال المزايدة وما ترتب عليها من آثار قانونية ذلك استناداً إلى نص المادة(9) الفقرة (6) من قانون بيع وايجار اموال الدولة ، فهل يعد القرار الذي اتخذته محكمة البداءة حول البطلان صائبا ام انه كان بالإمكان اجراء المزايدة في غير الوحدة الادارية فيما لو ادت اسباب اخرى لذلك استثناءً ؟ اجابت محكمة التمييز الاتحادية عن هذا التساؤل المتعلق بتلك القضية من خلال قرارها الذي جاء فيه ((.. ولدى التدقيق في اضبارة المزايدة على العقار موضوع الدعوى ، لوحظ بان مدير بلديات كركوك وبسبب الوضع الأمني في المنطقة طلب من محافظة كركوك بمطالعة المؤرخة 2004/11/1 لتعذر انتقال لجنة البيع والايجار الثانية وبكامل اعضائها إلى مواقع المزايدات في الاقضية والنواحي ولتعرض الموظفين إلى حوادث اطلاق النار عليهم طلب الموافقة على اجراء المزايدة في مقر مديرية بلدية كركوك وقد وافق محافظ كركوك على ذلك الطلب كما ان وزارة البلديات والاشغال العامة بكتابها المرقم ٢٧٩5 في 2004/3/15 (مديرية البلديات العامة) كانت قد وافقت على هذا الاجراء ؛وبذلك يكون ادعاء المدعي بان اجراءات المزايدة باطللة لعدم اجرائها في موقع العقار ومن ثم ابطال كافة الآثار القانونية المترتبة على تلك المزايدة لا سند له ، وتكون دعوى المدعي فاقدة لسندها القانوني ويكون الحكم المميز الذي قضى بفسخ الحكم البدائي ورد دعوى المدعي قد التزم وجهة النظر القانونية ، لذا قرر تصديقه ... و صدر القرار بالاتفاق في 18/ربيع الأول/ 1429 هـ الموافق 2008/3/25)) القرار (366) /الهيئة الاستثنائية/العقار / 2008 / في 2008/3/25 ((غير منشور)) زينة عبد الحكيم عبد الرضا ، مصدر سابق ، ص 86-87 .

2- سلطة القاضي في تأويل النصوص غير واضحة الدلالة

إن سلطة القاضي المدني في التأويل تبرز في النصوص غير واضحة الدلالة وغير الصريحة وذلك لعدم فهم المراد من النص القانوني لما ينتابه من عيوب الصياغة التشريعية، ومن التطبيقات القضائية العراقية التي احال القاضي في فهمه للنص إلى التأويل ، ما قضت به محكمة التمييز في قرارها الذي جاء فيه ((ان وصف الشركة المدعى عليها انها شركة اقليمية منبثقة عن منظمة الاوبك ورأسمالها ستة ملايين دينار لا ينفي الاعتبار ان عقد الايجار المبرم بين الطرفين مشمول بأحكام القانون المدني ، حيث ان على المحكمة التحقيق من الدفع الذي اورده وكيل الشركة ... من ان الشركة هي من شركات القطاع العام ولها مجلس ادارة برئاسة وكيل وزير النفط وتطلع على عقد تأسيسها للوقوف على صحة ذلك وفيما إذا كانت الشركة المدعى عليها تتمتع بالشخصية المعنوية العامة لغرض معرفة ما إذا كان المأجور مشمولاً بأحكام ايجار العقار رقم 87 لسنة 1979 ، بموجب المادة الأولى منه ، وتطبيق أحكام المادة (١٨) من القانون المذكور التي لم تجز طلب تخلية العقارات التي تستأجرها الدولة او الاشخاص المعنوية الا في حالة الضرورة الملجئة ، وذلك لان دعوى الفسخ تؤول بالنتيجة إلى تخلية المأجور، وان اختلفت لفظاً ، الا انها تتفق معها مآلاً ؛ لان مقتضى الحكم في الدعويين رفع يد الشاغل عن العقار))⁽¹⁾ . فقد ذهبت محكمة التمييز إلى تأويل النص القانوني بما يوائم المصطلح القانوني بغية الوصول إلى تحقيق العدالة وتلافي عيوب الصياغة التشريعية .

الفرع الثاني

قواعد التأويل

عندما يقوم القاضي بتأويل النصوص القانونية ، فإنه لابد من معرفة السبب الذي بنى عليه القاضي الحكم بحث يكون واضح للخصوم ، إذ يضطر للرجوع إلى القواعد الفقهية العامة المستمدة

(1) القرار (975) مدنية اولى /995 في 3/5/1995 ، القرار اشار اليه القاضي ثائر جمال الوندائي، سلطة القاضي في تأويل النص القانوني، منشورات اتحاد حقوقي كردستان ، كركوك، 2006، ص 14-15 .

من الفقه الإسلامي لتأويل النصوص من أجل تطبيق القانون تطبيق سليم مسبب بعيداً عن النقص وعدم الدقة ، لذ سنقسم هذا الفرع إلى فقرتين كما يأتي :

أولاً- قواعد الجمع

يتجه القاضي إلى إعمال قواعد الجمع من أجل تطبيق النصوص التي تحمل أكثر من معنى واحد ومن قواعد الجمع ما يأتي:

1- قاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله

يستعين القاضي بهذه القاعدة عند تأويله للفظ وتحديد المعنى المراد منه ، ويقصد بها إعمال الكلام وحمله على الوجه الصحيح أولى من طرحه وإلغائه كلياً⁽¹⁾، فقد ذكر المشرع العراقي هذه القاعدة بموجب المادة (158) من القانون المدني التي جاء فيها ((أعمال الكلام أولى من إهماله ، لكن إذا تعذر إعمال الكلام يهمل)) وهي مأخوذة من نص المادة (60) من مجلة الأحكام العدلية⁽²⁾ ، مما يعني إذا كان للكلام أكثر من معنى فيأخذ بكلام المعنيين ويستدل بالمراد بالمعنى الحقيقي الذي يشكل أكثر أثراً، والا يهمل إذا لم يرتب أي أثر قانوني أو كان ذات نتيجة واحدة، أو كان مخالف للنظام العام والآداب، أو إذا لم يحمل على أي معنى حقيقي فيتم إهماله، وذلك استكمالاً للقاعدة إذا تعذر إعمال الكلام يهمل⁽³⁾ ، ويتفرع عن هذه القاعدة عدة قواعد منها التأسيس أولى من التأكيد ، كما لو أقر شخص بأنه مدين لأخر بمبلغ معين من دون ذكر سبب الدين وأعطى الدائن سنداً بذلك ، ثم أقر بعد ذلك للشخص ذاته مرة ثانية بأنه مدين له بنفس مقدار ذلك المبلغ وأعطاه سنداً به ولم يبين سبب الدين ، فهنا الكلام الثاني لا يهمل وإنما يعمل به على التأسيس باعتبار الدين الثاني غير الأول ولا يحمل على التأكيد بعد جمع اللفظين⁽⁴⁾

(1) مقال منشور على الموقع الإلكتروني ، <http://ijtihadnet.net/mojam> ، تاريخ الزيارة ، 2023/12/16 .

(2) هذه المادة مستوحاة من الفقه الحنفي ، اما القانون المدني المصري فلم نجد فيه مادة تأخذ بهذا المعنى .

(3) وليد صالح نعمة عباس ، مصدر سابق ، ص 53.

(4) محيي هلال السرحان ، القواعد الفقهية شرحها ودورها في إثراء التشريعات الحديثة ، دار الكتب العلمية ،

بيروت ، 2005 ، ص 50 . وليد صالح نعمة عباس ، مصدر سابق ، ص 52.

2- قاعدة إعمال الدليلين أولى من إهمال أحدهما

يمكن إعمال هذه القاعدة من خلال دفع التعارض بها وذلك بثلاث طرق ، الأولى النسخ⁽¹⁾ فنبحث عن المتأخر ونجعله ناسخاً للمتقدم أي أن ينسخ أحد الدليلين الآخر، الثانية ، وهي الترجيح من خلال ترجيح أحد الدليلين على الآخر ، وإلا فيلجأ إلى الطريقة الثالثة وهي الجمع⁽²⁾ إذ يمكن الجمع بين الدليلين من خلال حمل المطلق على المقيد وحمل العام على الخاص أو حمل كلاهما على حالة غير الحالة التي يحمل عليها الآخر وإلا فالتوقف⁽³⁾ ، ومن التطبيقات القضائية العراقية على الجمع والتوفيق ما نصت عليه محكمة التمييز بقرار لها بأن ((إذا وجدت المحكمة تناقضاً بين أقوال المدعي ووكيله ، فعليها تكليف المدعي بالتوفيق بين القولين ، قبل اتخاذ القرار برد الدعوى لهذا السبب))⁽⁴⁾ .

ثانياً- قواعد التفريق

تقوم قواعد التفريق بتسهيل عمل القاضي في تأويل النص من خلال ترجيح إحدى المعاني وحملها على اللفظ الذي يعطي للكلام مدلوله الحقيقي ، وتتمثل هذه القواعد بما يأتي :

1- حمل اللفظ على المعنى الذي يعطي أكثر أثراً

من خلال هذه القاعدة يتعرف القاضي على اللفظ الذي يترك أكثر أثراً من خلال

(1) النسخ في اصطلاح الاصوليين ((هو ابطال العمل بالحكم الشرعي بدليل متراخ عنه يدل على ابطاله صراحة او ضمناً ابطالا كلياً او ابطالا جزئياً لمصلحة اقتضته او هو اظهار دليل لاحق نسخ ضمناً العمل بدليل سابق)) عبد الوهاب خلاف ، علم اصول الفقه و خلاصة التشريع الإسلامي ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1996 ، ص 207 .

(2) الترجيح يقصد به تقوية احد المتساوين على الاخر وصفا ، او بيان الرجحان في القوة لاحد المتعارضين على الاخر وتقديم الراجح على المرجوح . محمد شريف احمد ، مصدر سابق ، ص 146 .

(3) د. عياض بن نامي السلمي ، اصول الفقه الذي لا يتسع الفقيه جهله ، ط 1 ، دار التدمرية ، الرياض ، 2005 ، ص 419 .

(4) قرار محكمة التمييز المرقم 124/ منقول//86 في 11/3/1986 مجموعة الأحكام العدلية ، العدان الأول والثاني ، 1986 ، ص 92 .

المعنيين المحمول عليها مقصود اللفظ ، ويستترشد بها في فهم وتأويل النصوص القانونية الأكثر فائدة لتطبيق القانون، وهناك من يعد هذه القاعدة تطبيق للقاعدة السابقة من قواعد الجمع (إعمال الكلام أولى من إهماله) على اعتبار أن لها معنى آخر غير المعنى السابق ذكره بأنه في حال وجود معنى واحد يحمل عليه اللفظ ، وليس الجمع بين المعنيين، فإهمال اللفظ في المعنيين يجعل النص بلا فائدة ، فإعمال الكلام أولى من إهماله ، إضافة لذلك فإن إعمال الكلام بحال وجود أكثر من معنى يحتمل تأويله فينبغي حمله على المعنى الذي يعطي أكثر أثراً⁽¹⁾ ، ومن التطبيقات القضائية العراقية فأن محكمة التمييز قد حملت العقد الذي يحمل أكثر من معنى ، على المعنى الذي ينتج أثراً في قرار لها بأنه ((ان المميز باع إلى المميز عليه داره المشيدة على ارض اميرية تجاوزاً، وهذا البيع ينصرف إلى بيع المنشآت ، لان الارض تعود ملكيتها إلى وزارة المالية ، ولان المنشآت المذكورة مشيدة على ارض اميرية تعود للغير تجاوزاً، لذا فهي تعتبر بحكم المنقول، ولان المنقول ينقل الملكية بالعقد بمجرد الانعقاد...))⁽²⁾ ، يفهم من هذا القرار بأن للعقد معنيين ،الأول ان العقد باطل ولا ينتج أثراً ، لأن الارض اميرية تجاوز ولا يمكن التصرف بها وبيعها ، أما المعنى الآخر الذي اخذت به المحكمة للعقد هو اعتباره بيع منقول - بيع المنشآت- وبالتالي يصح البيع على تلك المنشآت المشيدة على هذه الأرض إذ تنتقل ملكية المنقول بمجرد الانعقاد، فاتجاه محكمة التمييز هو موافق للقاعدة إذ تجعل العقد بالاتجاه الذي ينتج أثراً إيجابياً⁽³⁾.

2- إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز

إذا تعذر استعمال الكلام بمعناه الحقيقي فإنه لا يهمل بل يستعمل في معناه المجازي ، ان الأصل في الكلام الحقيقية ، ويصار إلى المجاز عند تعذر الحقيقة أي عند عدم إمكان حمل اللفظ على معناه الحقيقي ، وعدم الإمكان بعدم وجود الحقيقة القائم الدال عليها

(1) وليد صالح نعمة عباس ، مصدر سابق ، ص 58.

(2) قرار محمة التمييز المرقم 683/ مدنية ثالثة / 1971 في 1971/7/4 اشار اليه ، المحامي فوزي كاظم المياحي ، القانون المدني العراقي فقهاً وقضاءً، نظرية العقد ، ج2، مكتبة الصباح ، بغداد، 2018، ص 400 .

(3) وليد صالح نعمة عباس ، مصدر سابق ، ص 59.

اللفظ ، فحمل الكلام على معناه المجازي تصحيح لكثير من التصرفات التي سيكون مصيرها الإهمال أو البطلان إذا تم حملها بالمعنى الحقيقي⁽¹⁾، ذكر المشرع العراقي هذه القاعدة بموجب المادة (155/ف2) من القانون المدني التي جاء فيها ((الاصل في الكلام الحقيقية ، اما إذا تعذرت فيصار إلى المجاز))⁽²⁾ .

من خلال ما تقدم فإن الحقيقة هي المعنى الاصلي الذي وضع له اللفظ ، والآخر فهو المجاز الكلام الذي يلفظ به ويراد به غيره ولا يعمل به إلا من خلال المناسبة بين المعنيين ، مثاله ، لفظ المحكمة يراد به المكان الذي يتواجد به القاضي ، ويراد به القاضي نفسه، فعند القول حكمت المحكمة فإنه لا ينصرف اللفظ إلى حقيقة المعنى الظاهر ، وإنما بدلالة المعنى قرار القاضي⁽³⁾ ، ومن التطبيقات القضائية العراقية فقد أصدرت محكمة التمييز الاتحادية قرارها الذي جاء فيه ((... ان عدم ذكر عبارة (اضافة لتركة مورثيهما) ازاء اسم كل واحد منهما في صدر عريضة الدعوى لا يغير من موضوع عريضة الدعوى طالما اقيمت بشكل صحيح، وتأويل معناها المجازي إلى التركة وان لم يذكر ظاهراً، وفيها حفاظ على حقوق بقية الورثة في القطعة موضوع الدعوى، ولا سيما ان المشرع حرص في المادة (4) من قانون الاثبات على تبسيط الشكالية إلى الحد الذي يضمن فيه المصلحة العامة ، ولا يؤدي إلى التفريط باصل الحق المتنازع فيه وان الاصل في الكلام الحقيقة وإذا تعذر يصار إلى المجاز م) 2/155مدني) لذا فإن اصدار المحكمة قرارها المنقوض بحجة عدم توجيه الخصومة لا سند له من القانون لذا قرر نقضه..))⁽⁴⁾ ، والواضح من القرار اتجاه القضاء إلى التأويل

(1) وليد صالح نعمة عباس ، مصدر سابق ، ص 59-60.

(2) لم نجد لهذه المادة نظير في القانون المدني المصري لكونها مستمدة من الفقه الإسلامي وكون التشريع المصري متأثر بالفقه العربي.

(3) د. حسن علي دنون ، شرح القانون المدني اصول الالتزام ، مطبعة المعارف ، بغداد ، 1970 ، ص 376 .

(4) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم بالعدد 187/هيئة موسعة مدني/2014 في 2014/11/11 ، منشور في، القاضي فلاح كريم وناس الاجيش، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية ومحكمة تمييز اقليم كردستان ومحاكم الاستئناف بصفتها التمييزية ، ج1، ط1، البيت القانوني ، بيروت ، 2019 ، ص 201 .

بالانصراف إلى المجاز باعتبار أن الحكم يعطي المعنى الأكثر فائدة⁽¹⁾.

يتبين لنا مما تقدم انه رغم هذه الحلول القضائية لمعالجة تفاقم النصوص بتفسير القاعدة القانونية أو تأويلها ، إلا أنها لا تعد حلاً كافياً ، فكثر أسباب التفاقم تؤدي إلى اختلاف الأحكام القضائية وعدم تحقق العدالة في الحالة الواحدة ، مما يقتضي ترشيح وتوحيد القواعد القانونية من خلال الحاجة إلى التدخل التشريعي لإزالة أسباب التفاقم وتعزيز النص القانوني ، سنبين آلية المعالجة المتجسدة بالتدخل التشريعي في المبحث القادم.

المبحث الثاني

المعالجة التشريعية لتفاقم النصوص

عند إصدار قانون جديد أو تعديل القانون من قبل قوانين المقارنة فإنه يكون حسب الحاجات والمستجدات في الحياة ، فيفترض بالقانون أن يكشف عن واقع الحياة الاجتماعية والاقتصادية والسياسية وقدرة القانون على الانسجام مع الفلسفة التشريعية العامة للدولة والتقييد بالتوجهات العالمية كحقوق الإنسان وغيرها ، فإذا كانت الضرورة تقتضي تغييرات جذرية فإن إصدار قانون جديد يكون هو الخيار الأفضل من تعديله، أما إذا كانت تغييرات طفيفة وبسيطة فنحن بحاجة إلى التعديل ويكون هو الخيار الأجدر ، فالقانون المدني العراقي قانون جيد ومتماسك من حيث الصياغة لكن تعثره عيوب التي سبق ذكرها، وكل مما تقدم ذكره يجعلنا نتساءل هل نحن بحاجة إلى تعديل فقط للقانون أم بحاجة ماسة إلى إصدار قانون جديد ، فكما نعلم أن هنالك مشروعين - فكرتين- إلى تغيير القانون المدني العراقي ليكونا بديل للقانون النافذ ، إلا أنهما لم يكتب لهما النجاح لكونهما اقتبسا كثيراً من القانون النافذ ، فلم يتم إلى الآن إصدار قانون مدني عراقي جديد ، فالقانون المدني عليه عدة ملاحظات وعيوب ، فهنا ننظر إلى حجم هذه العيوب هل تقتضي تغييرات بسيطة أم تغييرات كبيرة ، من أجل التوصل إلى النسق التشريعي والابتعاد عن الإسراف في النصوص القانونية ، فإن تعديل القانون أو إصدار قانون جديد ليس بالأمر السهل وإنما يحتاج إلى أسس يقوم

(1) وليد صالح نعمة عباس ، مصدر سابق ، ص 62.

عليها ، ولأجل الاحاطة بالمعالجة التشريعية لتفاقم النصوص سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين ، نبحث في الأول منهما ، المعالجة الشكلية ، ونخصص المطلب الثاني لمبحث المعالجة الموضوعية.

المطلب الأول

المعالجة الشكلية

إن التشريع فن له قواعده وأصوله ، وصياغته تعتمد على العلاقة بين الشكل والمضمون ، فشكل النص لا يمكن ايضاحه دون ايضاح المضمون ، كما أن الشكل جزء لا يتجزأ من المضمون ، فضبط أسلوب التعبير القانوني يؤثر في جودة التشريع من خلال تحويل التشريع إلى مجموعة متماسكة من القواعد القانونية التي يسهل استخلاص الأحكام القانونية منها على الوجه الذي ينسجم مع التشريع ، ولأجل توضيح المعالجة الشكلية لابد أن نقسم هذا المطلب إلى فرعين نبحث في الفرع الأول لغة الصياغة التشريعية ونخصص الفرع الثاني إلى قواعد الصياغة التشريعية.

الفرع الأول

لغة الصياغة التشريعية

يرتبط النص القانوني باللغة بشكل طبيعي ، فالمشرع بحاجة إلى اللغة لصياغة النص القانوني ، فالقانون علم له لغة خاصة كما هو الحال لبقية العلوم ، وكما أن لكل فرع من فروع القانون لغة خاصة به تنسجم مع طبيعة ذلك القانون ومشكلاته وأهدافه ، إذ ينبغي أن يكون لدى الصانع التشريعي الخبرة الكافية في أقسام الألفاظ من ناحية اللفظ العام واللفظ الخاص والمطلق والمقيد والظاهر والخفي واللفظ المجمل والمشكل ، وأيضاً العلم بدلالة منطوق النص القانوني ودلالة

مفهومه⁽¹⁾، فمن معايير ضبط لغة الصياغة التشريعية ، مراعاة قواعد اللغة ، إذ يجب مراعاة القواعد اللغوية وأحكام الصرف والنحو في بناء الجملة القانونية ، منها استخدام علامات الترقيم بشكل دقيق وعلى ماذا تدل كل علامة منها وان يتم استخدامها بالمكان والشكل الصحيح ، إذ يلاحظ ان القانون المدني العراقي⁽²⁾ لم يراع فيه علامات الترقيم في فهم النص ، فهناك ميل لدى صائغي اللغة القانونية إلى التقليل من استخدامها في النصوص القانونية نتيجة الخوف من أن تفسر المحكمة علامات الترقيم بما يغير المعنى المراد التعبير عنه في النص القانوني ، لكن في الحقيقة أن التقليل من علامات الترقيم أدى إلى خلق نوع من الغموض وصعوبة في فهم النص القانوني⁽³⁾ ، إذ يميل الاتجاه الحديث إلى ضرورة استخدام علامات الترقيم في تركيب الجمل القانونية⁽⁴⁾ .

(1) مهند جاسم محمد ، الصياغة التشريعية بين لغة القانون وقانون اللغة ، رسالة ماجستير ، جامعة الشرق الاوسط ، 2020 ، ص 67-68 . خالد جمال احمد حسن ، الصياغة التشريعية ومقومات جودتها ، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية ، العدد 2، الجزء الأول ، السنة الخامسة ، 2017 ، ص 146 .

(2) إذ ان القانون المدني المصري كان افضل في مراعاته علامات الترقيم .

(3) يلاحظ على سبيل المثال نص المادة (30) من القانون المدني البحريني رقم (19) لسنة 2001 وذلك نص المادة (40) منه - يلاحظ انه قد التزم بكل دقة بعلامات الترقيم ، فوضع النقطة في مكانها كما جعل للفاصلة وجود في فهم النص ، لاسيما مع وجود الجمل الاعتراضية - وقارنها بنظيراتها المادة (86) من القانون المدني العراقي . للمزيد ينظر : د. محمد سليمان الاحمد ، الهندسة التشريعية ، مركز البحوث القانونية ، ط1 ، العراق ، 2022 ، ص 112 . مهند جاسم محمد ، الصياغة التشريعية بين لغة القانون وقانون اللغة ، رسالة ماجستير ، جامعة الشرق الاوسط ، 2020 ، ص 107-109 .

(4) إذ دافع الفقيه (ثورنتون) عن استخدام علامات الترقيم في اللغة القانونية قائلاً: ((إن علامات الترقيم أداة من أدوات تركيبية الجملة؛ و هي وسيلة مكملة لترتيب الكلمات لتوضيح تنظيم الكلمات في الجملة ، و من ثم لتكشف طريقة تركيب الجملة. و يتمثل الغرض الأساسي من استخدام علامات الترقيم في مساعدة القارئ على فهم المعنى المراد التعبير عنه بطريقة أسرع، و ذلك عن طريق وضع علامات إرشادية لتركيبية الجملة)). ودافع كذلك الفقيه (كريب) عنها إذ يرى ((أنه يعتمد فهم الجمهور للنص التشريعي على المرجعية للنحو، و بناء الجملة التي يعتبر الترقيم جزءا منها، و من ثم فإنه يعد ضروريا لتفسير المعنى)). كما يري الفقيه (مارتينيو) ((أن من الخطأ أن يعمل الصائغ القانوني في عصرنا الحالي بالنصيحة القائلة بتجاهل علامات الترقيم، و سبب ذلك بسيط، و هو أن الهيئة التشريعية تقر التشريع وفقا للنص المكتوب الذي يتضمن علامات الترقيم، و تبعا لذلك فإن المحاكم تنظر إلى علامات الترقيم في القواعد القانونية بنفس الطريقة التي تنظر بها إلى الكلمات، بوصفها علامات إرشادية على النية التشريعية. و يمكن للمحكمة أن تغض النظر عن علامة ترقيم ما لنفس السبب الذي =

كما ينبغي أن تصان اللغة التي خرج بها النص، فعلى صائغ النص التشريعي أن يكون أسلوب تركيبه للنص أسلوب عربي سليم ليس مولد أو أعجمي وأن لا يعاني من ركافة ناجمة عن نقل وترجمة النصوص من لغات أجنبية، إذ إن أي عيب في لغة النص هو عيب شكلي للقاعدة القانونية وإن خلو النص من أي خلل لغوي يعيبه منوط بتدقيقه قبل سنه من قبل الهيئة المختصة بالتشريع ومن خلال لجنة مختصة في مجال اللغة⁽¹⁾، إضافة لذلك ينبغي موافقة العبارة للمعنى، إذ تتضمن اللغة العربية على عدة الفاظ وتراكيب، فهي تدل بالعموم على معنى واحد، ولكن عند التخصيص والدقة تكون معانيها مختلفة، فموافقة العبارة للمعنى أي أن تكون بمقداره، فلا تزيد عليه فتشمل غيره ولا تنقص عنه فتتقص معناه، أو أن يكون معناها في اللغة غير المعنى الذي قصده الصائغ، فيجب أن تكون العبارة لوحدها كافية في الدلالة على المعنى دلالة مباشرة دون حاجة للاستعانة بخارجه، كما يجب استعمال الأصل في كل معنى وفي كل أسلوب، وان يستعمل الصائغ اللفظ الأوضح والمتفق عليه والابتعاد عن اللفظ الضعيف أو المختلف فيه⁽²⁾، ومن المعايير الأخرى أنه إذا أمكن التعبير عن الفكرة بصورة صحيحة سواء بصيغة التعبير الإيجابي أم التعبير السلبي، فإنه يفضل استخدام صيغة الإثبات بدلاً من صيغة النفي، ذلك أن الجملة في صيغة الإثبات تحتوي على عدد كلمات أقل وتمكن القارئ من فهم معناها بسهولة، كما أنه يفضل استخدام الجملة الفعلية بصيغة المضارع كونها أكثر تحديداً وتأكيداً عن الجملة المكتوبة بصيغة المستقبل في مجال الإلزام، وأن يتم استخدام المصطلحات الأحدث نسبياً التي رسخت في الفكر القانوني، وأن تكون الكلمات التي تتصل بعضها ببعض متجاوزة قدر الإمكان كونها تمثل وحدة واحدة، كوضع الفعل بجوار الفاعل والفاعل بجوار المفعول به، والعبارات المقيدة للمعنى بجوار الأسماء التي تقيد معناها، وأن يتم الابتعاد عن الكلمات التي تثير الجدل حول مفهومها ومدلولها⁽³⁾.

=يجعلها تغض النظر عن كلمة ما؛ و هو إذا اعتبرت المحكمة أن ذلك ضروري لاكتشاف القصد التشريعي و تنفيذ ما قصده المشرع)) . محمد محمود صبرة ، اصول الصياغة القانونية بالعربية والانجليزية ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2002 ، ص 342.

(1) للمزيد ينظر : مهدي جاسم محمد ، مصدر سابق ، ص 102-106 .. محمد سليمان الاحمد، الهندسة التشريعية ، مصدر سابق ، ص 111-112 .

(2) للمزيد ينظر : مهدي جاسم محمد ، المصدر سابق ، ص 89-95 .

(3) د. ليث كمال نصرأوين ، مصدر سابق ، ص 424-425 .

الفرع الثاني

قواعد الصياغة التشريعية

لا تخفى أهمية الصياغة السليمة للنصوص التشريعية وما تستلزمه من الدقة والوضوح والإيجاز لإضفاء الجودة القانونية عليها ، لكي تصل إلى المخاطب بها ليفهم المراد منها ومن ثم التقيد به، إذ يجب تجنب تحشية النص التشريعي والتقليل من حدة الاستثناءات التشريعية وعدم استخدام مفردات غامضة أو متكررة ومفردات أخرى مثيرة للبس والإبهام ، ومن قواعد الصياغة التشريعية ما يأتي:

أولاً- الدقة والوضوح والانسجام

الصياغة التشريعية الجيدة هي التي تكون واضحة المعنى و مؤدية للغرض منها ومعبرة عن الواقع الاجتماعي ، فكلما كانت القواعد القانونية تتسم بالدقة و الوضوح وتبتعد عن الغموض والتعارض كلما تحقق الاستقرار القانوني ، ويقصد بالوضوح ((ان تعبر الكلمات والعبارات عن المقصود بسهولة ويسر بحيث يستطيع المستمع ، ويتمكن القارئ من ان يقف على حقيقة المراد من الخطاب شفهيّاً كان او تحريراً بسهولة ويسر))⁽¹⁾ ، وقد عبر الفقيه الدكتور عبد الرزاق السنهوري عن ضرورة الدقة والوضوح في لغة النص التشريعي بأنه ((يجب ان تكون واضحة ، دقيقة، فاللغة المعقدة تجعل القانون مغلقاً ، كما ان اللغة غير الدقيقة تجعل القانون مبهماً. ويجب ان يكون للتشريع لغة فنية خاصة به ، يكون كل لفظ فيها موزوناً محدود المعنى ، ولا يجوز ان يتغير معنى اللفظ الواحد باستعماله في عبارات مختلفة، كما انه إذا عبر عن معنى بلفظ معين ، وجب ان لا يتغير هذا اللفظ إذا اريد التعبير عن هذا المعنى مرة اخرى ، ولا يتنافى ان تكون لغة التقنين فنية مع ان تكون بسيطة تنزل إلى مستوى فهم الجمهور))⁽²⁾ ، فمن الضروري أن يصاغ النص التشريعي بدقة ووضوح لكي يكون قابل للفهم وسهل التطبيق لا يثير لبس ولا إبهام ولا يحتوي على عبارات تزيداً لا لزوم لها تؤدي بالنتيجة إلى التفسير غير الدقيق أو التأويلات المختلفة ، على سبيل

(1) عليوة مصطفى فتح الباب ، الوسيط في سن وصياغة وتفسير التشريعات ، الكتاب الثاني ، صاغة وتفسير التشريعات ، دار الكتب القانونية ودار شتات ، ط1، القاهرة 2012 ، ص 116-117 .

(2) د.عبد الرزاق احمد السنهوري ، وجوب تنقيح القانون المدني المصري وعلى أي اساس يكون هذا التنقيح ،

المثال نص المشرع العراقي في المادة (٢٢١) من القانون المدني على أنه ((جناية العجماء جبار (...)) مقتبساً بذلك قاعدة أصلها الفقه الإسلامي ، فتعابيرها تبدو غير واضحة ، مما دفع المشرع إلى توضيح التعابير التي جاءت بها هذه القاعدة في المادة ذاتها، موضحاً بأنه ((... فالضرر الذي يحدثه الحيوان لا يضمنه صاحبه إلا إذا ثبت أنه لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر)) ، إلا أنه في الحقيقية أدى ذلك إلى الاسهاب والاسراف والمبالغة في بناء القاعدة القانونية من أجل تحقيق الوضوح لها ، بينما كان الأجدر بالصانغ التشريعي أن يختار الألفاظ بعناية ودقة على مستوى اختيار الكلمات وتركيب الجملة وانشاء النص لتحقيق الانسجام التشريعي⁽¹⁾ .

ثانياً – الإيجاز

يعد الأسلوب الموجز من مظاهر البلاغة والأحكام في الصياغة التشريعية، فالأسلوب الموجز يعبر عن اعلم المعاني بأقل الكلمات ، ويشمل الفكرة بأكملها دون ان يزيد عليها، لأن زيادة عبارة أو تكرارها في النص قد يؤدي إلى الاختلاف في فهم النص القانوني أو قد تفسد معنى القاعدة القانونية وتؤدي إلى تفسيرات متعارضة أو تأويلات لا تتوافق دائماً مع غاية المشرع⁽²⁾، فالصفة الأساسية التي يجب ان يتسم بها التشريع هو الإيجاز والاقتضاب والابتعاد عن الإطناب أو الإسراف وحصر التعبير في كلمات واضحة ومحددة ، فكل كلمة من النص التشريعي لها مدلول مقصود لذاته ، وينبغي لها ان تطابق الفكرة المراد التعبير عنها ، بالمقابل لا يمكن الاقتضاب والإيجاز في الأحكام القانونية إلا بالقدر الذي تسمح به طبيعة الأفكار المراد التعبير عنها ، فالإيجاز من قواعد تنظيم الصياغة التشريعية التي تؤدي إلى عدم ائقال النص التشريعي من خلال تجنب الدخول في التفاصيل والاقتصار على ما هو ضروري للحد من تفاقم النصوص القانونية، مثال ذلك ما جاءت به المادتين (177،179) من القانون المدني العراقي⁽³⁾ إذ ذكر المشرع في الفقرة الثانية منهما امثلة تطبيقية للقاعدة القانونية، بينما المصلحة التشريعية لا تستوجب ذلك لأن وضع الأمثلة

(1) مهند جاسم محمد ، المصدر سابق ، ص 69 . احمد حسن كاظم المسعودي، مبدأ وضوح القانون (دراسة في النظرية العامة للقانون)، مجلة مراس، العدد الثاني ، السنة الثانية ، 2022 ، ص 167.

(2) فتيحة بن صديق ، محمد هاملي ، قواعد الصياغة القانونية اهم محاور الدراسات القانونية المستقبلية ، مجلة الدراسات والبحوث القانونية ، العدد2، المجلد 8، 2023 ، ص346.

(3) بينما المشرع المصري اكتفى بذكر القاعدة ولم يذكر امثلة تطبيقية لها تنظر المواد(157-161) من القانون المدني ، فكان من الافضل للمشرع العراقي ان ينحى منحى المشرع المصري .

من وظائف الفقه القانوني ، إذ إن وضع الأمثلة يصرف القانون عن الإيجاز إلى الإسهاب وبالنتيجة إلى تفاقم النصوص ، كذلك ليتحقق الإيجاز في النص القانوني يجب تجنب إيراد التعريفات إلا للضرورة ، فكما نعلم أنه ليس من وظيفة المشرع إيراد التعريفات إلا في حالتين وهما أن يراد بالتعريف حسم خلاف فقهي حاد ، أو أن يكون هذا التعريف مخالف لمعنى مستقر أو أن يكون تشريع حديث يتضمن مجموعة من المصطلحات الجديدة والفنية مثل القوانين المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني والمعاملات والتجارة الإلكترونية⁽¹⁾ ، إضافة لذلك ينبغي التخفيف من حدة الاستثناءات التشريعية ، لأن تكرار الاستثناءات في الموضوع الواحد يؤدي بالنتيجة أن تغطي أهداف الاستثناءات على أهداف القاعدة الأصلية ، حينها يتعين على المشرع في هذه الحالة مراجعة سياسته في تقرير تلك الاستثناءات ، فالاستثناء لا يكون مبرراً إلا عندما تكون هناك حاجة للمفاضلة بين الأهداف التي تدعو إليها القواعد العامة في التشريع⁽²⁾ ، إذأ يجدر بالمشرع من خلال ما تقدم ومن أجل تحقيق ديمومة للنص القانوني وتجنب تعديله ، أن يأتي بحلول وقواعد عامة دون التدخل في التفاصيل، وإعطاء معيار عام لها مثل معيار النظام العام والآداب⁽³⁾ .

المطلب الثاني

المعالجة الموضوعية

إلى جانب المعالجة الشكلية الواجب مراعاتها في الصياغة التشريعية ، هنالك معالجة موضوعية ينبغي مراعاتها ايضاً ، وتتجسد بالمصادر التي ينبغي ان يكون القانون المدني العراقي مستمد منها ، فهي الاصل او المنبع الذي يستمد منه القانون قواعده وأحكامه ، وتتمثل هذه المصادر في تجاربنا

(1) قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي رقم (78) لسنة 2012 ، حيث خصص المادة (1) للتعريف بالمصطلحات ب (19) فقرة ، كذلك الحال في قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004 ، خصص المادة (1) للتعريف بالمصطلحات ب (9) فقرات . ينظر في ذلك : د. عصمت عبد المجيد بكر ، مشكلات التشريع (دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة)، مصدر سابق ، ص194-196 .

(2) د. عبد الكريم صالح عبد الكريم ، وآخرون ، مصدر سابق، ص 165-166 .

(3) علي محمود حميد ، ديمومة النص القانوني (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير ، كلية القانون، جامعة كربلاء ، 2024، ص 46 .

الخاصة وتجارب غيرنا من الدول ، ولأجل توضيح المعالجة الموضوعية لابد ان نقسم هذا المطلب إلى فرعين نبحت في الفرع الأول الفقه الإسلامي ونخصص الفرع الثاني إلى القانون المقارن والقضاء .

الفرع الأول

الفقه الإسلامي

إن العمل بمجلة الأحكام العدلية كان سائداً أيام دولة العثمانية ، إلا أنه بعد الحرب العالمية الأولى انقسمت البلدان العربية من حيث التقنين إلى قسمين ، القسم الأول ، بلاد المجلة ويشمل كلاً من العراق وفلسطين وشرق الأردن ، والثاني ، بلاد التقنين المدني الحديث ، وهي البلاد التي اخذت بنظام التقنين الغربي لاسيما التقنين الفرنسي كمصر وسوريا ولبنان وتونس ومراكش ، ففي العراق بقي العمل بالمجلة المستمدة أحكامها من الفقه الإسلامي ولاسيما ، الفقه الحنفي ، فترة من الزمن ، حتى شعر رجال الفقه والقانون بضرورة سن تشريع خاص ينظم المعاملات المدنية والمالية يواكب التطور ، فشرع القانون المدني العراقي عام (1951م) وأصبحت أحكامه سارية المفعول عام (1953م) ، والذي استمد مصادره من مجلة الأحكام العدلية ، مرشد الحيران ، الفقه الإسلامي ، اصول الفقه ، ومشروع القانون المدني المصري ، والبلاد الأجنبية ولاسيما القانون المدني الفرنسي ، لكن التعدد في المصادر أدى إلى تطويل القانون المدني العراقي ، ففي حالة تنقيح القانون المدني أو إصدار قانون جديد يجب ان يعد الفقه الإسلامي مصدراً تاريخياً رئيسياً ، فيكون القانون المدني أساسه الشريعة الإسلامية المتمثلة بالفقه الإسلامي من خلال تجميع الأحكام الفقهية واختيار الرأي الراجح منها ، إذا يكون بذلك رجعنا إلى أصلتنا القانونية ، إلا أن هناك من يدعي ان الفقه الإسلامي فقه جامد غير متطور ⁽¹⁾ ، وهذا الادعاء بعيد عن السداد ، فالشريعة الإسلامية

(1) إذ ان بعض المستشرقين كالاستاذين شنوك هير حرونج وجولد زيهر، خيل له أن مبادئ الشريعة الإسلامية جامدة لا تتطور ، ذلك يرجع إلى أن هؤلاء المستشرقين ليسوا من رجال القانون ، فهم ينظرون إلى الشريعة الإسلامية نظرة المؤرخ لا نظرة الفقيه ، وإلا فإن رجال القانون ممن درسوا الشريعة الإسلامية يختلفون مع هؤلاء المستشرقين في نظرهم إلى الشريعة ، ويكفي أن نشير إلى الفقيه الألماني الكبير كوهلر (Kohler) =

المتتمثلة بالفقه الإسلامي تعد من أرقى النظم القانونية في العالم فهي تضم ثروة تشريعية هائلة من الأحكام والمبادئ ، تفوق في سعتها وعمقها احدث المبادئ القانونية عند أعرق الأمم ، فلا يعرف في تاريخ القانون نظام قانوني قائم على دعائم ثابتة من المنطق القانوني الدقيق يضاهي منطق القانون الروماني إلا الشريعة الإسلامية ، وقد أكد هذه الحقيقة المؤتمر الدولي للقانون المقارن المنعقد في مدينة (لاهاي) سنة ١٩٣٧ ، حيث قرر جعل الشريعة الإسلامية مصدراً من مصادر القانون المقارن ، وعدها حية قابلة للتطور ، وتشريعاً قائماً بذاته ، وليس مأخوذاً من غيره (1) ، إذ أن الفقه الإسلامي كان دائماً فقه متطور يفي بالحاجات ويحل ما يستجد من مشكلات وقضايا تبعاً لاختلاف الظروف والعادات والأحوال ، وتبعاً لتفاوت حاجات الناس ومصالحهم الزمنية وامكانياتهم المكانية مما اعطاه المرونة والحيوية (2) ، حتى أن مجلة الأحكام العدلية نصت على عدد من القواعد الفقهية الكلية كقاعدة ((لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان)) (3) ، فضلاً عن ذلك فإن الفقه الإسلامي لا يتعارض مع مبدأ المواطنة فهو يطبق على جميع الأفراد بمختلف دياناتهم ، إذ تم الاخذ بالكثير من أحكام الفقه الإسلامي كحقوق الارتفاق وأسباب اكتساب الملكية والكثير من أحكام البيع والايجار والأهلية وغيرها من المسائل التي تعد من صميم المعاملات المالية ، فلم يشعر أحد

= إلى الأستاذ الإيطالي دلفيشيو De Veechio عميد كلية الحقوق بروما وإلى العميد الأمريكي ويجمور (Wigmore) وإلى كثيرين غيرهم من الفقهاء ، يشهدون بما انطوت عليه الشريعة الإسلامية من مرونة وقابلية للتطور ويضعونها إلى جانب القانون الروماني والقانون الانجليزي ، احدى الشرائع الاساسية الثلاثة التي سادت ولا تزال تسود العالم . د. احمد عبد الرزاق السنهوري ، وجوب تنقيح القانون المدني المصري ، مصدر سابق ، ص 112 .

(1) إذ قال الدكتور الريكو أنساباتو (Barico Insabato): ((ان الاسلام إذا كان محدودا غير متغير في شكله يتمشى بالرغم من ذلك مع مقتضيات الحاجات الظاهرة . فهو يستطيع أن يتطور ، دون أن يتضاءل ، في خلال القرون ، و يبقى محتفظا بكامل ما له من قوة الحياة والمرونة (ولا يجوز) أن تهدم يد الخلافة هذا الهيكل العظيم من العلوم الإسلامية ، أو أن تغفله ، أو أن تمسه بسوء ، فهو الذي أعطى للعالم أرسخ الشرائع ثباتا ، شريعة تفوق في كثير من تفاصيلها الشرائع الأوروبية)) . بلقيس عبد الله سلمان ، القانون المدني العراقي – الواقع والمستقبل ، رسالة ماجستير ، جامعة الكوفة ، العراق ، 2023 ، ص 67 . د. احمد عبد الرزاق السنهوري ، وجوب تنقيح القانون المدني المصري ، مصدر سابق ، ص 112-113 .

(2) د. عصام انور سليم ، هيمنة مبادئ الشريعة الإسلامية على القانون المدني ، المكتب الجامعي الحديث ، ط2 ، 2012 ، ص 126-127 .

(3) المادة (3) من مجلة الأحكام العدلية .

انها دون أحكام القوانين الحديثة الراقية⁽¹⁾، أما فيما يخص مكانة الفقه الإسلامي بين مصادر تطبيق القانون ، فقد أشارت اليه المادة الأولى من القانون المدني العراقي التي أخذت مع بعض التعديل من المادة الأولى من القانون المدني المصري ، التي تنص على ترتيب مصادر تطبيق القانون المدني إذ جعلت الفقه الإسلامي في المرتبة الثالثة بعد التشريع والعرف مقلداً بذلك القانون المدني المصري⁽²⁾، بينما يلاحظ أنه في المشروع الذي قدمته لجنة وضع القانون برئاسة الدكتور عبد الرزاق السنهوري ، كان يقدم الفقه الإسلامي على العرف ، إلا أنه تغير إلى ما هو عليه الآن ، مما أدى إلى الظن أن القانون المدني العراقي قد ابتعد خطوة عن الفقه الإسلامي بجعله في المرتبة الثالثة⁽³⁾، إلا أن البعض يرى ان تقديم الفقه الإسلامي او تأخيرها عن العرف ، ليست بالمسألة بالغة الأهمية ، لان الفقه الإسلامي ذاته يأمر بأعمال العرف⁽⁴⁾، وهناك من لا يتفق اصلاً بجعل الفقه الإسلامي مصدراً للرجوع إليه في القانون المدني إذ يرى أن المشرع قد أخذ ما هو ضروري من الفقه الإسلامي باعتباره مصدراً تاريخياً عند وضع التشريع لعدة اعتبارات منها ان القاضي المطبق للقانون ليس لديه ثقافة في تفاصيل الفقه الإسلامي وفروعه ، كما أنه سيؤدي إلى اختلاف الأحكام القضائية وعدم توحيدها ، إضافة إلى أن الفقه السائد في منطقة لا يختلف عن العرف السائد فيها في اغلب الأحيان فلماذا لا يتم الاكتفاء بتطبيق العرف فقط ، ثم أنه قد يكون المتخاصمين من غير المسلمين فهل من العدل تطبيق الفقه الإسلامي عليهما في حالة عدم وجود نص⁽⁵⁾، وهناك من قدم

(1) للمزيد ينظر في ذلك د. احمد عبد الرزاق السنهوري ، وجوب تنقيح القانون المدني المصري ، مصدر سابق ، ص 112-126 .

(2) د. احمد حميد سعيد ، واخرون ، تأثير الفقه الإسلامي في أثار القانون المدني العراقي (دراسة مقارنة) ، مجلة ابحاث كلية التربية الاساسية ، المجلد 16 ، العدد 1 ، 2019 ، ص 1142 .

(3) حمد بو جمعة، أثر الفقه الإسلامي في القوانين المدنية للدول العربية ، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية ، العدد السابع ، المجلد الثاني ، 2017 ، ص 748 .

(4) د. محمد وحيد الدين سوار ، الاتجاهات العامة في القانون المدني الاردني دراسة موازنة في الفقه الإسلامي ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ط 2001، ص 245.

(5) لذلك اقترح هذا الاتجاه ان تكون صياغة المادة الأولى من القانون المدني العراقي كالاتي ((1- يسري هذا القانون على جميع المسائل التي تعالجها نصوصه التشريعية لفظاً ومعنى. 2- وعند عدم وجود نص أمر ، فان على القاضي أن يحكم في النزاع بموجب العلاقة السابقة عليها إذا كانت في صورة عقد، ويعد عقداً، على وفق هذه المادة ، جميع الاتفاقات الجائزة والأحكام المكملة الواردة في القانون ، او اي تشريع فرعي أو لوائح عمل=

الفقه الإسلامي على العرف وجعل منه المصدر الثاني بعد التشريع⁽¹⁾، إلا أن هناك من يعتقد وهو الاتجاه الذي نتفق معه أن تقديم الفقه الإسلامي على العرف سوف يحجب العرف ، لأنه من غير

=أو أنظمة ، تدخل في مضمون العقد، وتعد جزءا من الشريعة التي تحكم المتعاقدين. 3- فإذا لم يجد القاضي نصا في التشريع أو حكم تضمنه العقد، فعليه أن يحكم باجتهاده القائم على قواعد العدالة ، ولا يجوز له الامتناع عن إصدار الحكم بحجة عدم وجود النص، وإلا أصبح منكرا للعدالة، وعليه ان يراعي في حكمه الإعتبارات الآتية: أ- الشريعة والعرف السائدين في النزاع. ب- حماية الثقة العامة في التعامل. ج- حماية الطرف الذي تمتع بقدر عال من حسن النية د- المصلحة الأجدر بالرعاية . هـ - عدم مخالفة الحكم لما إستقر عليه النظام العام أو الآداب العامة. و - ماتعلق بموضوع النزاع من آراء الفقه وأحكام القضاء ، قديمها وحديثها، في العراق أو أية دولة تتقارب قوانينها وواقعها الإجتماعي مع ما هو كائن في العراق . 4- يعد القانون المدني، شريعة عامة لجميع القوانين المعمول بها في الدولة)) . د.محمد سليمان الاحمد ، خواطر مدنية (افكار واره في القانون المدني) ، مصدر سابق، ص 38-39 .

(1) مثال ذلك : القانون المدني القطري رقم 22 لسنة 2004 إذ تنص المادة الأولى منه على ((1- تسري النصوص التشريعية على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بمنطوقها وبمفهومها 2- إذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى الشريعة الإسلامية، فإذا لم يجد، حكم بمقتضى العرف، وإلا فبمقتضى قواعد العدالة)) ، والقانون المدني الاردني إذ تنص المادة الثانية منه على ((1- تسري نصوص هذا القانون على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بألفاظها ومعانيها ولا مساغ للإجتهاد في مسورد النص. 2- فإذا لم تجد المحكمة نصاً في هذا القانون حكمت بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون، فإذا لم تجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية. 3- فإن لم يوجد حكمت بمقتضى العرف، فإن لم توجد حكمت بمقتضى قواعد العدالة ويشترط في العرف أن يكون عاماً وقديماً ثابتاً ومطرداً ولا يتعارض مع أحكام القانون أو النظام العام أو الآداب. أما إذا كان العرف خاصاً ببلد معين فيسري حكمه على ذلك البلد. 4- وتسترشد في ذلك كله بما أقره القضاء والفقه على الا يتعارض مع ما ذكر)) يلاحظ من خلال هذه النصوص انه ذكر المشرع القطري مصطلح (الشريعة الإسلامية) وليس مصطلح الفقه الإسلامي، على اعتبار ان شراح القانون المدني يرون أن إحالة المشرع القاضي إلى الشريعة الإسلامية كمصدر احتياطي يلجأ إليه حينما لا يوجد نص تشريعي أفضل من إحالته للفقه الإسلامي، على أساس أن الرجوع للشريعة الإسلامية يكون بإعمال المبادئ الشرعية والقواعد الكلية التي لا تختلف باختلاف المذاهب ليستنبط منها القاضي حلا للنزاع؛ أما في الإحالة إلى الفقه الإسلامي، فإن القاضي سيكون مقيدا بالتفصيلات والتفريعات الفقهية التي تذخر بها كتب الفقه الإسلامي ، بينما المشرع الاردني تارة استخدم مصطلح (الفقه الإسلامي) وتارة اخرى استخدم مصطلح (مبادئ الشريعة الإسلامية) على اعتبار ان الشريعة الإسلامية وهي الأساس وهي عبارة عن الأحكام الأساسية الواردة في القرآن والسنة، وثانيهما مبادئ الشريعة الإسلامية وهو مفهوم مستحدث وهو مفهوم أخف من الفقه الإسلامي ذلك أن المبادئ المقصود بها=

المتصور أن يستنفذ القاضي جهده في الفقه الإسلامي ليجد الحكم في العرف ، فهذا ينافي صلاحية الفقه الإسلامي لكل زمان ومكان ، فضلاً لذلك أن من شرائط العرف عدم مخالفته للنظام العام والآداب ، ويعد الفقه الإسلامي مكوناً أساسياً من مكونات النظام العام في الدولة ، ومن ثم مخالفتها هي مخالفة للنظام العام ، فمن غير الممكن أن يكون ثمة عرف مخالف للفقه الإسلامي ، فصيافة المشرع العراقي والمشرع المصري موفقة في تقديم العرف على الفقه الإسلامي ، ويرى هذا الاتجاه أيضاً أنه ذكر قواعد العدالة كمصدر احتياطي أخير يلجأ إليه القاضي تزيدياً من قبل المشرع ليس له حاجة به ، إذ تغني عنه أحكام الفقه الإسلامي⁽¹⁾ ، نحن لا نتفق مع هذه الجزئية ونرى صحة توجه المشرع العراقي والمصري بجعل قواعد العدالة المصدر الاحتياطي الأخير والسبب في ذلك أن قواعد العرف والفقه الإسلامي المتفق عليها محدودة ، بينما قواعد العدالة يستطيع القاضي أن يستنبط منها الحكم المناسب دائماً⁽²⁾.

=الجزء وليس الكل. ، اما بالنسبة للمشرع العراقي والمصري فأستخدم مصطلح (مبادئ الشريعة الإسلامية) الذي اثار جدلاً واسعاً واختلاف في الرأي بين فقهاء الشريعة وكذلك فقهاء القانون ولم يحصل اتفاق على دلالة واحدة لدى الجميع لهذا المصطلح التشريعي ، وهناك اكثر من رأي لبيان المقصود به ، نحن نفضل مصطلح الفقه الإسلامي بأراءه المختلفة دون التقييد بمذهب معين ، باعتبار ان اختلاف الاراء امر ايجابي وليس سلبي فهو يدل على الرقي واستجابة لحاجات المجتمع المختلفة . ينظر في ذلك حسين نعمة كاظم العويدي ، دور القاضي في تحديد مبادئ الشريعة الإسلامية الأثر ملائمة لنصوص القانون المدني (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير ، جامعة كربلاء ، كلية القانون ، 2023 ، ص51-57 . د. توفيق فرج ، المدخل للعلوم القانونية ، الدار الجامعية ، 1993 ، ص278 وما بعدها . د. حسام الدين الاهواني ، اصول القانون ، 1988 ، ص 187 . نقلاً عن حسن حسين البراوي ، تأتي الشريعة الإسلامية على القانون المدني القطري : دراسة مقارنة ، المجلة الدولية للقانون ، العدد الثالث ، 2013 ، ص6. محمد سعيد عبد المولى ، الفقه الإسلامي كمصدر للقانون المدني ، 2022 ، مقال منشور على الموقع الالكتروني <https://jordan-lawyer.com> ، تاريخ الزيارة 2024/2/3 .

⁽¹⁾ إذ يرى ان معنى العدالة ايتاء كل ذي حق حقه فهذا مقرر وثابت في الشريعة الإسلامية ، كما انه إذا كانت الغاية من الاحالة إلى قواعد العدالة هي دعوة القاضي للاجتهاد برأيه ليصل لحكم للنزاع المعروض عليه ، فإنه هذه الغاية محققة في الشريعة الإسلامية حيث يعد الاجتهاد من اصول الشريعة . حسن حسين البراوي ، مصدر سابق ، ص10 ، ص20.

⁽²⁾ طاهر عيسى والي الشافعي ، مصدر سابق ، ص 296 .

ومن خلال ما تقدم يتبين لنا أنه في حالة تنقيح القانون المدني أو إصدار قانون مدني جديد لا بد من الاعتماد على أحكام الفقه الإسلامي كمصدر تأريخي من خلال تجميع الأحكام الفقهية واختيار الرأي الراجح منها ، بما ينسجم مع حاجات العصر والمستجدات الحديثة ، وكذلك جعل من الفقه الإسلامي مصدر من مصادر تطبيق القانون وذلك باستخدام مصطلح (الفقه الإسلامي) بدلاً من مصطلح (مبادئ الشريعة الإسلامية) للأسباب السابق ذكرها ، وبذلك نقترح أن يكون نص المادة (1/2) من القانون المدني العراقي هكذا (2)- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى الفقه الإسلامي دون التقيد بمذهب معين فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة).

الفرع الثاني

القانون المقارن والقضاء

أولاً- القانون المقارن

من المصادر التي ينبغي أيضاً أن يستمد منها المشرع عند تنقيح أو إصدار قانون مدني جديد القانون المقارن ، فالقانون المقارن⁽¹⁾ مصدر خصب يزيد من حدة نظر المشرع، فقد ضرب

(1) ان مصطلح (القانون المقارن) ترجمة للمصطلح الفرنسي Droit comparé، والانكليزي Comparative law. وقد استقر الفقه، في الوقت الحاضر، على استخدام تعبير (القانون المقارن) بعد فترة من عدم اعتماد تسمية موحدة. ففي فرنسا كانت قد شاعت تسمية (التشريع المقارن) La législation comparée، وفي ألمانيا تم اختيار تسمية (المنهج المقارن) La méthode comparative، وغلبت في إنكلترا تسمية (الفقه المقارن) Comparative jurisprudence. ولعل مرد الاختلاف في التسمية هو الخلاف حول تعريف القانون المقارن ووظيفته وطبيعته ، فمن هؤلاء من صنف القانون المقارن على أنه علم مستقل متميز، كعلم الاجتماع واللغات ، فهم يبحثون له عن غاية معينة يحققها ، غاية مستقلة ومتميزة عن تلك التي تهدف اليها سائر العلوم القانونية ، في حين ذهب فريق آخر إلى تصنيفه منهجاً من مناهج البحث القانوني، ليس له في ذاته غاية خاصة ثابتة او هدف واحد لا يتغير ، بل ان غايته وهدفه يختلفان على حسب ما يقصده من يقوم بالمقارنة ، الا ان هنالك حقيقة متفق عليها من الجميع وهي تشكل نقطة البداية في القانون المقارن هي ان القانون المقارن يقوم على المقارنة بين قوانين بلدان مختلفة واستخلاص ما بين هذه القوانين من اوجه الشبه أو اوجه خلاف . عماد قطان ، القانون المقارن ، مقال منشور على الموقع الالكتروني ، <https://arab-ency.com.sy> ، تاريخ الزيارة 2/16=

المشرع الفرنسي مثلاً في الإفادة من القانون المقارن في نهاية القرن التاسع عشر عن طريق اقتراحات تقدم بها فقهاء وأساتذة جامعات لتنقيح القانون المدني الفرنسي بعد اطلاعهم على التقنيات التي كانت قد صدرت في ذلك الحين في العديد من دول أوروبا، ولم يقتصر الأمر على المشرع الفرنسي، فيلاحظ أن التشريعات الأوروبية أيضاً قد سلكت منذ بدايات القرن العشرين مسلكاً موحداً لتنظيم الحاجات ومواجهة الظروف المستجدة باعتبار أن هناك تشابهاً وتماثلاً في الظروف والحاجات في دول أوروبا، فاليوم نحن في زمان ازدادت فيه صلات دول العالم بعضها ببعض ولم تعد أي دولة مهما كانت مستقلة أن تعيش في عزلة عن الدول الأخرى إذ بدأ التحرر من القيود المكانية، فنحن في عصر يشهد ثورة في عالم الاتصالات والمواصلات والعلاقات على مختلف المستويات بين الدول، وازدياد في العلاقات الاجتماعية والاقتصادية والثقافية، وتزايد تطبيق القانون الأجنبي نظراً لزيادة الصلات الاقتصادية والتجارية وزيادة انتشار العقود النموذجية الدولية واستخدام التقنيات العلمية في إبرام العقود الإلكترونية وإيجاد وسائل للمنازعات الناشئة عن هذه العقود واتساع اختصاص المحاكم الوطنية في المنازعات الخاصة للأجانب، فالإلمام بالحلول في القوانين الأجنبية، يوسع من تفكير وخيال المشرع وتزداد لديه ملكته الانتقادية التحليلية، بمقدار ارتفاع أفق دراسته القانونية ويحمله ذلك على شيء من التفكير بدلاً من الاستسلام للحلول الواردة في التشريع، فالقانون المقارن لا يعطي القدرة على التعرف على النظم القانونية الأجنبية فحسب، بل أيضاً يعطي القدرة على إدراك التشريع الوضعي الوطني وما فيه من مواطن القوة والضعف، فالمقارنة بين القوانين تساعد على تحسين القانون الوطني وإصلاح عيوبه والوصول إلى التنظيم القانوني الذي ينشده المشرع إلا أنه في نفس الوقت لا يجب انتزاع قانون من بيئة ونقله إلى بيئة أخرى دون التأكد من مدى ملائمة القانون المنقول للبيئة الوطنية، فما يصلح لمجتمع معين لا يعني بالضرورة أنه يصلح لمجتمع آخر، فلا يمكن فهم قانون دولة من الدول بدون دراسة الظروف التي تعيش فيها الدولة فهي التي تفسر سبب وجود قاعدة قانونية معينة، وبهذا فالدمج بين

الفقه الإسلامي والقوانين المقارنة ينبغي ان يكون ملائم وبصورة حذرة جداً لكي نتجنب التفاقم في النصوص كما هو عليه الحال في القانون المدني العراقي والمصري⁽¹⁾.

ثانياً- القضاء

إن للقضاء أهمية كبيرة فهو الذي درج على تطبيق القانون ، فيصلح بالتطبيق الكثير من عيوب القانون ، لأنه مهما كان المشرع حذراً ودقيقاً في عمله ، فإن بعض النصوص لا تعدو أن تكون غير ملائمة أو مبالغ فيها أو يعترئها عيب من عيوب الصياغة التشريعية ، فنشير في هذا المجال إلى سؤال في مدى إمكانية القضاء في تكوين قاعدة قانونية وهذا التساؤل يقودنا لسؤال آخر هل يكون للقضاء دور مصدري في تنقيح أو إصدار قانون مدني جديد إلى جانب الفقه الإسلامي والقانون المقارن .

في البدء يلاحظ أن الشرائع تنقسم إلى قسمين في ذكر ترتيب القضاء بين مصادر تطبيق القانون فقسم يعد القضاء مصدر رسمياً من مصادر القانون وهي البلاد ذات النزعة الإنجلوأمرىكية ، حيث يحتل القضاء مركزاً رئيسياً بين مصادر تطبيق القانون فله من القوة ما للتشريع تماماً ، فحكم القاضي يعتبر سابقة قضائية ملزمة له، لا يستطيع بعد ذلك ان يخالفها في الحالات المماثلة ، فضلاً عن ذلك سيكون حكمه ملزماً لكل محكمة تأتي بعده في المرتبة ، كما أن النظام الإنجلوأمرىكي لا يشترط أن تستقر المحاكم في اتجاه معين ، بل يكفي صدور حكم واحد من أية محكمة ، لكي تصبح هذه المحكمة ملزمة باتباعه بعد ذلك ، كما تلتزم به جميع المحاكم الأخرى التي تليها في الأهمية ، فمثلاً النظام القضائي الإنجليزي أساسه السوابق القضائية ، والقاضي الإنجليزي إذ ما عرضت عليه قضية ما يبحث عن سابقة قضائية تطابق في ظروفها الدعوى المعروضة ، فالقاضي في النظام الإنجلوأمرىكي يصنع القانون ، وأحكام القضاء مصدر رسمي للقواعد القانونية ، أما القسم الآخر لا يعد القضاء مصدرراً رسمياً للقانون، لأن الحكم الذي تصدره أية محكمة مهما علا شأنها ليس له من قوة إلزامية إلا في الدعوى التي صدر بها ، ومن حيث المبدأ من الممكن مخالفته في

(1) د. عصمت عبد المجيد بكر ، مشكلات التشريع (دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة)، مصدر سابق ، ص142-

143. عماد فطان ، القانون المقارن ، مقال منشور على الموقع الإلكتروني ، <https://arab-ency.com.sy> ،

الدعاوى الأخرى المشابهة من قبل سائر المحاكم ، بل ومن المحكمة نفسها التي أصدرته ، وهذا توجه لأغلب الدول وبالأخص فرنسا والدول العربية⁽¹⁾ ، فنلاحظ أن المشرع العراقي ذكر القضاء بين مصادر تطبيق القانون التفسيرية بموجب المادة (1،ف3)⁽²⁾ من القانون المدني ، فالقضاء مصدر ثانوي للقانون وآراؤه للاستئناس فقط، والمحاكم غير ملزمة بالأخذ بالسوابق القضائية ، فمحكمة التمييز الاتحادية حرة في العدول في اجتهادها وان قضائها غير ملزم لغيرها من المحاكم إلا في حالة واحدة نصت عليها المادة (2/215) من قانون المرافعات المدنية العراقية وذلك عندما يقتصر الحكم المميز الصادر عن محكمة استئناف أو أول درجة على اتباع قرار التنازل فقط على الإجراءات الأساسية التي يتضمنها ، مالم يكن قرار التنازل صادراً عن سلطة عامة⁽³⁾ أما بالنسبة إلى المشرع المصري فقد ذكر القضاء في مشروع القانون المدني إذ كان يضم في مادته الأولى فقرة خاصة تنص على ((ان يستلهم القاضي خلال تطبيقه لمصادر القانون الرسمية الأحكام التي اقرها القضاء والفقهاء مصرياً كان ام اجنبياً)) ، لكن هذه الفقرة تم حذفها من النص النهائي للقانون ويرجع السبب في ذلك إلى الخشية من ان تتخذ محكمة النقض سبباً لنقض كل حكم يخالف أحكامها وبذلك يقيد القاضي بهذه الأحكام ، وهذا لا يجوز خشية أن تعتبر محكمة النقض أحكامها بمثابة قواعد قانونية يتوجب على المحاكم الأدنى منها اتباعها ، لذلك جاءت المادة الأولى من القانون المدني المصري مقتصرة في تعدادها لمصادر القانون على النص التشريعي ، والعرف ، ومبادئ الشريعة الإسلامية ، ومبادئ القانون الطبيعي ، وقواعد العدالة⁽⁴⁾ .

عند التعمق في النظر فإننا نلاحظ أن المشرع العراقي بموجب المادة (1/2) من القانون المدني منح القضاء سلطة سد النقص في حالة غياب النص التشريعي ، وهذا اعتراف صريح من

(1) الاجتهاد القضائي كمصدر من مصادر القانون ، مقال منشور على موقع الموسوعة القانونية الالكترونية ،

<https://elawpedia.com>

(2) التي تنص على ((.. 3- وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي اقرها القضاء والفقهاء في العراق ثم في البلاد الأخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية))

(3) اسيل حامد شكر ، دور السوابق القضائية في تحقيق الأمن القضائي ، مجلة بلاد الرافدين للعلوم الانسانية والاجتماعية ، المجلد 4 ، العدد 1 ، 2022 ، ص 36 .

(4) الاجتهاد القضائي كمصدر من مصادر القانون ، مقال منشور على موقع الموسوعة القانونية الالكترونية

، مصدر سابق ، <https://elawpedia.com> .

القانون بقدرة القضاء على خلق قاعدة قانونية حتى وإن كان في حالات معينة وإن لم ينص في القوانين على أن القضاء مصدر رسمي للقاعدة القانونية، وذهب إلى هذا التوجه عدد غير قليل من فقهاء القانون في العراق ومصر⁽¹⁾، فالقاضي يعبر عن رؤيته القانونية الخاصة لتطبيق النص التشريعي على النزاع المعروض ، بإرادة منفصلة عن إرادة المشرع، هي إرادته باختيار الحل المناسب للواقعة ، ومن ثم فإن القاضي لا يعد اللسان الناطق بمنطق التشريع ، وإنما يعد الناطق باسم روح القانون من خلال موازنة التشريع مع روح القانون بما يتوافق مع متغيرات المجتمع⁽²⁾ ، ومن التطبيقات القضائية الدالة على دور القضاء العراقي في خلق القاعدة القانونية حكم محكمة العمل العليا سنة 1973 بقرارها الذي قضت فيه بسريان عقد العمل الباطل بأثر رجعي ، وأكدت هذه المحكمة هذا المبدأ بموجب قرارها الصادر في 22 شباط سنة 1978 ، ونتيجة تكرار تطبيقه تم تقنينه في المادة(95) من قانون العمل رقم (71) لعام 1987 الملغي⁽³⁾. فالقضاء له دور كبير في الإصلاح التشريعي من خلال الاطلاع على القرارات القضائية الاجتهادية ، ويفضل قيام السلطة القضائية بالحرص على نشر هذه القرارات ، فالقوانين تعتمد عليها عند تشريعها لأنها تعد أفضل وسيلة لتلبية حاجات المجتمع ، لكون القضاء له علاقة مباشرة مع المواطنين إذ تظهر من خلاله حاجات الناس والمجتمع وما ينقص من أمور وأحكام تستدعي إضافتها ، فلذا نرى أن مهمة القضاء ليس تطبيق القانون فقط وإنما يعد أيضاً مصدراً يستمد منه القانون قواعده وأحكامه إلى جانب الفقه الإسلامي والقانون المقارن .

(1) ينظر في ذلك : د. عزيز جواد هادي ، القوة الملزمة لقرارات محمة التمييز الاتحادية ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، المجلد 2، العدد1، 2010 ، ص 390. د. عباس العبودي ، الدور الاجتهادي لأحكام محكمة التمييز الاتحادية في صياغة القاعدة القانونية للقانون المدني العراقي ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، العدد2، مجلد30، 2015 ، ص 10. د. سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة للقانون ، منشأة المعارف، الاسكندرية ، مصر ، 1974 ، ص 483. د. محمد حسين منصور ، مصدر سابق ، ص 232.

(2) ينظر في ذلك ، أ.د. محمد عرفان الخطيب ، حقيقة الدور ((المصدري)) للاجتهاد القضائي في القانون المدني ((الواقعية القانونية)) دراسة مقارنة بين المدرستين الفرنسية والعربية (القوانين المصرية والسورية واللبنانية) مثلاً ، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية ، المجلد7 ، العدد4 ، ، 2019 ، ص 136-139 .

(3) اسيل حامد شكر ، مصدر سابق ، ص 37.

الخاتمة

الخاتمة

بعد الإنتهاء من هذه الدراسة الموسومة (تفانم النصوص في القانون المدني -دراسة مقارنة) سنبن اام ما توصلنا إليه من نتائج وتوصيات :

أولاً- النتائج

- 1- إن المقصود بتفانم النصوص هو التزايد بشكل غير مبرر في النصوص القانونية في القانون الواحد او في قوانين مختلفة التي يمكن تطبيقها على مسألة واحدة .
- 2- إن هناك فرقاً بين مفهوم القصور التشريعي ومفهوم التزايد الطبيعي للنصوص عن فكرة تفانم النصوص ، فمفهوم القصور التشريعي ينشأ عندما يكون هناك نقص أو انعدام للنص القانوني ، وقد أقر المشرع صراحة أو ضمناً هذا المفهوم ، إذ إنه أوجد الحل المناسب عند تحققه ، أما مفهوم التزايد الطبيعي للنصوص فينشأ عندما يكون هناك زيادة إيجابية ومبررة في عدد النصوص القانونية ، وإن كان هناك انعدام للنص لمعالجة موضوع معين يعد ذلك قصور تشريعي ، في حين أن فكرة تفانم النصوص ، تنشأ في حالة الزيادة غير المبررة في النصوص القانونية والتي تنتج نصوص متكررة أو متعارضة أو متناقضة أو خاطئة ، مع إغفال المشرع إيجاد معالجة لها .
- 3- إن جودة الصياغة يعد عنصر مهماً لفهم النص القانوني وتطبيقه ، فالصياغة لا بد أن تتم بدقة ووضوح وإيجاز ، لأنه من أسباب تفانم النصوص في القانون المدني الصياغة غير السليمة للنصوص ، فمهما حاول المشرع أن يجتهد في صياغته للنص التشريعي ، سيعتريه عيب من عيوب الصياغة التشريعية والتي تتجسد في التعارض أو التناقض في الفاظ النص ، أو بالغموض وعدم الدقة ، أو التكرار والخطأ في النصوص .
- 4- إن تنوع المصادر المستمدة منها القواعد القانونية تعد من أسباب تفانم النصوص إذ إنها قد تؤدي أحياناً إلى عدم الملاءمة وإلى التطويل بالقانون المدني العراقي إذ يوجد أحياناً خلط للمشرع العراقي بين الفقه اللاتيني والفقه الإسلامي في الأحكام التي تضمنتها نصوص القانون المدني العراقي مما خلق نوعاً من عدم الملاءمة بين الأحكام أو المبالغة في إيراد النصوص وصياغتها على الرغم من عدم ضرورتها وأهميتها.

- 5- إن القانون هو الذي ينظم العلاقات الاجتماعية بين الأفراد ، فلا بد أن يكون هذا التنظيم هادف إلى استقرار المعاملات والاضاع القانونية ومبتعد عن جميع الفروض التي تخلق تزامم في حقوق الأفراد .
- 6- ان الأمن القانوني من اهم الغايات التي يسعى القانون إلى تحقيقها ، وغاية الأمن القانوني تتمثل باستقرار المراكز القانونية بحيث يمكن للأفراد بناء توقعاتهم المشروعة على القواعد القانونية مقدماً وعدم تحول القانون إلى مصدر للارتباك وعدم الثقة .
- 7- تبين أن لكل من التقادم المكسب والتسجيل المجدد نطاقاً واثراً متغايرين فمجال تطبيق التسجيل العقاري يتم عن طريق طلب يقدم إلى لجنة تثبيت الملكية ، بينما مجال تطبيق القانون المدني يتم عن طريق القضاء ، وكذلك نجد تغايراً بينهما من حيث الأثر ، فأثر التقادم المكسب يمكن الحائز من خلاله من دفع دعوى الملك إذا توافرت شروط التقادم المكسب ، بينما أثر التسجيل المجدد يكون من خلال تثبيت حق الملكية باسم الحائز ، إذا توافرت لديه شروط التسجيل المجدد .
- 8- إن هناك صور متعددة لتزامم حقوق الأفراد ، فقد يكون التزامم بين المصالح العامة والمصالح الخاصة أو بين الحقوق المضمونة والحقوق العادية أو قد يحصل التزامم بين الحقوق المتباينة ، إلا أن التزامم الذي يسبب تفاقم في النصوص هو التزامم الوضعي او بسبب المشرع والذي يكون في ذات القانون او في قوانين متعددة.
- 9- تبين أن هنالك تزامم في المعالجة القانونية في تصرف الراهن بالمرهون بين قانون التسجيل العقاري العراقي الذي اشترط موافقة الدائن المرتهن للتصرف والقانون المدني العراقي الذي لم يحتاج إلى موافقة الدائن المرتهن للتصرف .
- 10- يعد عقد الإيجار من أعمال الإدارة ، وليس من أعمال التصرف فلا يترتب على عقد الإيجار خروج الشيء المؤجر إلى ذمة المستأجر وإنما هو تمكين المستأجر من الانتفاع بالمأجور مدة معينة تعود بعدها العين المستأجرة إلى المؤجر ، إلا أن المشرع العراقي في قانون ايجار العقار مكن المستأجر في البقاء بالمأجور لمدة (12) سنة امتداداً قانونياً جبراً عن إرادة المؤجر وخروجاً عن العقد المبرم بين الطرفين مما جعل الفقه يعد الامتداد القانوني من اعمال التصرف ، فسيحصل تزامم وضعي من قبل المشرع العراقي في حقوق الأفراد.

- 11- تبين أن السياسة المدنية هي الموجهات العامة في القانون المدني أي الاتجاهات العامة التشريعية الموجودة في القانون المدني ففي كل تشريع توجد سياسة معينة، ينطلق منها المشرع لتحديد المبادئ والأسس والأصول العامة التي يقوم عليها التشريع وبيان أهدافه وغاياته العامة، و للسياسة المدنية معنى عام وهو النهج العام المتبع من قبل المشرع في تشريع أي قانون من القوانين السائدة في البلاد، إذ يوجد في كل تشريع سياسة معينة يقصد من خلالها المشرع تحقيق جملة من الأهداف والغايات ، و معنى خاص وهو الاتجاه العام في التشريع المدني والذي بموجبه يمكن رصد الأسس والأهداف التي يقوم عليها هذا التشريع للوصول إلى الغايات العامة في القانون، وإن سبب تسمية هذه السياسة بالسياسة المدنية يرجع إلى الصفة المدنية الموجودة في سياسة المشرع والتي تتعلق بوظيفة القانون المدني المتمثلة بالقواعد القانونية التي تنظم المعاملات المالية للأفراد.
- 12- إن السياسة المدنية لا تعد قاعدة عامة في التشريع المدني ، وانما تعد الاتجاه العام المتبع من قبل مشرع القانون المدني ، فهي أعم من القواعد العامة لكونها اتجاهات عامة تشريعية في القانون المدني تحتوي على مبادئ عامة للقانون يرجع إليها المشرع في بناء القانون المدني بناءً واضحاً وسليماً وصولاً إلى الغايات والاهداف المراد تحقيقها .
- 13- تبين لنا أن المشرع العراقي لم يبين سياسته المدنية عند تشريعه أحكام القانون المدني حيث مزج بين الفقه اللاتيني والفقه الإسلامي في الأحكام التي تضمنتها نصوص هذا القانون واحتوى القانون المدني على كثير من المواضيع التي ليس هنالك حاجة لوجودها أو عدم الملاءمة بينها ، مما أدى إلى تفاقم النصوص.
- 14- يلجأ القاضي في بعض الأحيان إلى تفسير النصوص القانونية بمناسبة تطبيقه لها على القضايا الواقعية المعروضة عليه لإيجاد الحل المناسب من خلال النص ، فهو لا يكون مقتصرأ على توضيح الألفاظ الغامضة للنصوص وانما يكون ملازماً للقانون لغرض فهم معناه ومعالجة العيوب التي تطرأ عليه لإيجاد الحل الملائم .
- 15- ظهرت ثلاثة مذاهب لتفسير النص القانوني، اولى هذه المذاهب التي بينت أن القانون بكل قواعده مصدره التشريع فهو مصدر القانون الوحيد الذي يغطي كل العلاقات القانونية بالاستعانة بالمنطق وسمي هذا المذهب بمدرسة التزام النص او مدرسة الشرح على المتون ، وثاني هذه المذاهب هي التي أحل الأسلوب العقلي محل الاسلوب المنطقي وبينت ان

القانون ولويد البيئة الاجتماعية والحياة العملية وعرفت بالمدرسة التاريخية أو الاجتماعية ، وثالث هذه المذاهب يعتمد على اساس إرادة المشرع الحقيقية والواضحة، وفي حالة عدم التمكن من الوقوف على إرادة المشرع الحقيقية ، فيتم الرجوع إلى الظروف الاجتماعية والاقتصادية وجميع الحقائق الموضوعية وعرف هذا المذهب بالمدرسة العلمية أو مدرسة البحث العلمي الحر ، وتبين ان المشرع العراقي قد اخذ بمناهج المدارس الثلاثة مع بعض الاختلاف ، وموقف المشرع المصري متقارب مع موقف المشرع العراقي.

16- إن للتفسير قواعد متعددة، منها تعد قواعد اصلية يستند اليها القاضي للوصول إلى الحكم القانوني المطلوب كالتفسير اللفظي والتفسير المنطقي والمبادئ العامة للقانون ومنها تعد قواعد مساعدة للقواعد الأصلية لكونها عوامل خارجية تساعد على فهم النص وتوضح قصد المشرع بصورة سليمة او على توسيعه ومد حكمه خارج نطاقه كالقياس.

17- إن القاضي يتمكن من تأويل النصوص القانونية من خلال صرف النص عن معناه الراجح إلى المعنى المرجوح لدليل يقتضي ذلك ،وبذلك فهو يختلف عن التفسير من حيث النطاق ، فنطاق التفسير اوسع من نطاق التأويل في الجانب العملي ، فالتفسير وفق المعنى الواسع يشمل ما غمض من الفاظ النص وسد النقص فيه والتوفيق بين أجزائه المتعارضة ويكون في النصوص القطعية والنصوص ظنية الدلالة ، أما التأويل ينحصر غالباً في نطاق النصوص ظنية الدلالة وبذلك يكون في التطبيق العملي أقل نطاقاً وأقل مساحة من التفسير، فضلاً عن ذلك فأن القاضي ملزم بتفسير النصوص القانونية على خلاف التأويل الذي يعد اجتهاد خاضعاً لسلطة القاضي التقديرية .

18- القاضي يرجع في قواعد التأويل إلى القواعد الفقهية العامة المستمدة من الفقه الإسلامي لتأويل النصوص كأعمال قواعد الجمع من أجل تطبيق النصوص التي تحمل أكثر من معنى واحد ، وقواعد التفريق من خلال ترجيح إحدى المعاني وحملها على اللفظ الذي يعطي للكلام مدلوله الحقيقي .

19- إن أسلوب التعبير القانوني يؤثر في جودة التشريع من خلال تحويل التشريع إلى مجموعة متماسكة من القواعد القانونية التي يسهل استخلاص الأحكام القانونية منها على الوجه الذي ينسجم مع التشريع ، فالمشرع بحاجة إلى اللغة لصياغة النص القانوني، وإلى مراعاة قواعد الصياغة التشريعية كالإيجاز والوضوح.

20- إن المعالجة موضوعية تتجسد بالمصادر فهي المنبع الذي ينبغي أن يستمد منه القانون المدني العراقي قواعده وأحكامه بصورة ملاءمة وحذرة ، وأهم هذه المصادر الفقه الإسلامي وذلك من خلال تجميع الأحكام الفقهية واختيار الرأي الراجح منها ، وبما ينسجم مع حاجات العصر والمستجدات الحديثة وكذلك القانون المقارن الذي يقوم على المقارنة بين قوانين بلدان مختلفة واستخلاص ما بين هذه القوانين من أوجه الشبه أو أوجه خلاف ، فالمقارنة بين القوانين تساعد على تحسين القانون الوطني وإصلاح عيوبه و الوصول إلى التنظيم القانوني الذي ينشده المشرع ، فضلاً عن القضاء فمن خلال تطبيق النصوص القانونية سيتم إصلاح الكثير من عيوب القانون وذلك لقدرة القضاء على خلق قاعدة قانونية حتى وإن كان في حالات معينة .

أولاً- التوصيات

1. نقترح على المشرع العراقي إلى ضرورة مراجعة القانون المدني بتعديله أو بإصدار قانون مدني جديد ، يكون أساسه الفقه الإسلامي والقانون المقارن والقضاء ، وذلك من خلال مراعاة الملائمة بين النصوص القانونية ، والاستغناء عن الأمثلة التطبيقية وعدم التطرق إلى الجزئيات والتخفيف من حدة الاستثناءات التشريعية ، وتوضيح السياسة المدنية المتبعة في الأسباب الموجبة للقانون المدني ، فالصياغة التشريعية الجيدة هي التي تتسم بالوضوح والدقة والإيجاز بالقدر الذي تسمح به طبيعة الافكار المراد التعبير عنها ، وبما ينسجم مع مقتضيات الواقع الاجتماعي .
2. نقترح على المشرع العراقي تعديل المادة الاولى من القانون المدني وأن تكون صياغتها كالآتي (1- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص بمنطوقها أو مفهومها 2- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى الفقه الإسلامي دون التقيد بمذهب معين فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة) .
3. نقترح على المشرع العراقي عدم الولوج في تفاصيل أحكام الشفعة لقلة تطبيقها في المجال العملي ، وان يعمل على تنظيمها في مواد قليلة بدلاً من تخصيص سبع عشرة مادة قانونية ،

- كحذف المادة (1131) و(1132) من القانون المدني وتعديل المادة (1133) من القانون المدني .
4. إن المشرع العراقي قد بالغ في حكم الائتلاف في القانون المدني ،لذلك نقترح على المشرع العراقي حذف المواد (187،188،189،190) من القانون المدني لكونها زائدة عن الحاجة ومحكومة بالقواعد العامة للإئتلاف بموجب المادة (186) من القانون المدني .
5. ندعو المشرع العراقي إلى ازالة التعارض بين المادتين (750) و (751/ف2) من القانون المدني وأن يسلك منهج المشرع المصري في قانونه المدني فيما يتعلق بصياغته للصيانة والهلاك الجزئي ، كما ونقترح أيضاً ازالة التعارض بين المادة (1/134) من القانون المدني التي تقرر أن لمالك الشيء الحق في ان ينقض جميع التصرفات التي تمت على الشيء المملوك وله ان يسترده حيث وجده وإن تداولته الايدي والمادة (1163) من القانون المدني التي تقرر ان حائز المنقول هو المالك الفعلي ، وذلك بجعل المادة (134) تختص بالتصرفات العقارية والمنقولات التي لا تنطبق قاعدة المادة (1163) بشأنها .
6. نقترح على المشرع العراقي صياغة المادة (1/117) من القانون المدني بصورة واضحة بعيدة عن الغموض حتى يمكن حذف المثال المذكور في الفقرة (2) من نفس المادة الذي وضعه المشرع لإيضاح غموض الفقرة الاولى .
7. نقترح على المشرع العراقي معالجة موضوع المحل كركن من أركان العقد ، فقد خصص المشرع العراقي المواد (126-130) من القانون المدني ، إلا أنه عند قراءة متمعنة لهذه المواد يبدو و كأن المشرع عالج المحل ركنا في الالتزام وليس ركنا من أركان العقد.
8. ندعو المشرع العراقي ازالة التناقض الحاصل بين المادة (1/186) والمادة (1/191) من القانون المدني من خلال إلغاء عنصر الإدراك في الخطأ الذي يستشف من المادة (1/186) والاكْتفاء بعنصر الإخلال في الخطأ.
9. نقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة (590) من القانون المدني والأفضل أن تكون صياغتها كالآتي (1- لا يجوز للوصي المختار من قبل الاب أو الجد أن يبيع مال نفسه للموصى عليه...).
10. ندعو المشرع العراقي إلى تعديل المادة (65) من القانون المدني لتكون بالصيغة الاتية (المال هو كل حق له قيمة تقدر بالنقد) .

11. نوصي ان يقوم المشرع العراقي بنهج مسلك المشرع المصري بموجب المادة (464) من القانون المدني ، وذلك بحذف المادتين (584،585) من القانون المدني العراقي والاكتفاء بالمادة (587) من القانون المدني العراقي الذي جاء مقتضباً.
12. نقترح أن يقوم المشرع العراقي بحذف المادة (198/ف1) من القانون المدني المنظمة لحكم غاصب الغاصب لكونها أعطت له حكم الغاصب فهنا يعد نصاً مكرراً لا حاجة له ، طالما ان القانون المدني العراقي قد نظم أحكام الغاصب في المواد (١٩٢ – ٢٠١) من القانون المدني، فضلاً عن حذف المادتين (193) و (974) من القانون المدني العراقي طالما أن يد الغاصب تعد يد ضمان فتكون محكمة بحكم اليد الوارد في المادة (426) من القانون المدني العراقي التي تعد قاعدة عامة والتي تنص على حكم يد الضمان .
13. نقترح أن يقوم المشرع العراقي بحذف نصوص المواد (234/ف2) و (138/ف3) من القانون المدني التي تعد نصوص مكررة ويمكن الاستغناء عنها والاكتفاء بالمادة (234/ف1) من القانون المدني على اعتبارها قاعدة العامة .
14. نجد أن الأجر بالمشرع العراقي في القانون المدني أن يتخلى عن الحشو في النصوص القانونية ، وأن تكون صياغته للنص بعبارات واضحة المعنى ، مثل ما هو الحال في المادة (211) من القانون المدني ، وكان الأجر أن تكون صياغته كالاتي (إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كقوة قاهرة أو فعل الغير أو خطأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان....).
15. ندعو المشرع العراقي ان يقوم بحذف النصوص القانونية المنظمة للمسؤولية عن الحيوان في المواد (221-226) من القانون المدني ، وأن ينهج مسلك المشرع المصري في تنظيم المسؤولية عن الحيوان بموجب المادة (176) من القانون المدني .
16. نقترح على المشرع العراقي تعديل المادة (89) من القانون المدني ، فمن الأفضل أن تكون صياغتها كالاتي (لا ينعقد العقد في المزايدات...).
17. ندعو المشرع العراقي أن يتبنى النظرية الحديثة للسبب وبصياغة واضحة وصريحة يمكن من خلالها معرفة الموجهات العامة للمشرع من نظرية السبب باعتباره ركناً ثالثاً في العقد .

18. نقترح على المشرع العراقي حذف المواد (261) و(262) من القانون المدني المنظمة للدعوى غير المباشرة إذ تعد زائدة ولا فائدة عملية لها ، وذلك لأن أحكام المادة (75) من قانون التنفيذ تغني عنها ، ولوجود أيضاً نظام الحجز الاحتياطي المنظم من قبل قانون المرافعات العراقي .فضلاً عن ذلك نقترح ايضاً حذف المواد (401-404) من القانون المدني العراقي المنظمة لموضوع التجديد لأنها زائدة ولا فائدة عملية لها و لوجود نظم قانونية تغنيه عنه .

19. نقترح على المشرع العراقي حذف المواد (303-314) من القانون المدني المنظمة لموضوع الدين المشترك لعدم اهميته في الحياة العملية ولقلة وندرة وقوعه ، فضلاً عن ذلك نقترح على المشرع العراقي حذف المواد (336-338) من القانون المدني المنظمة للالتزام غير قابل للانقسام ، لأن المشرع العراقي قد اخذ بأحكام التضامن فلذا لا حاجة للنص على الالتزام غير قابل للانقسام لكون أحكام التضامن تغني عنه ، كذلك نقترح على المشرع العراقي أيضاً حذف المواد (270-279) من القانون المدني المنظمة للحجر على المدين المفلس لأنه نادراً ما يلجأ الدائنون إليه فهم يفضلون اللجوء إلى دعوى عدم نفاذ التصرفات وإلى سائر وسائل ضمان التنفيذ التي تغني عن الحكم بشهر اعسار المدين.

20. نهيب بالقضاء العراقي الحرص على نشر القرارات القضائية الاجتهادية ، فالقوانين تعتمد على القرارات القضائية الاجتهادية عند تشريعها لكونها تعد أفضل وسيلة لتلبية حاجات المجتمع لاسيما في ظل التطور الذي يشهده العالم .

المصادر

قائمة المصادر

بعد القرآن الكريم

أولاً- كتب اللغة العربية

1. ابن منظور ، ابو الفضل جمال الدين بن مكرم ، لسان العرب ، دار صادر ، بيروت ، 1984.
2. ابي الحسين احمد بن فارس بن زكريا ، معجم مقاييس اللغة ، ج4 ، ط2، بيروت ،دار الفكر للطباعة ، 1979.
3. احمد عفيفي ، اتجاه جديد في دراسة النحو العربي ، مكتبة زاهر الشرق ، مصر، 2001.
4. الازهر الزناد ، نسيج النص ، المركز الثقافي العربي، ط1، الدار البيضاء ، 1993.
5. جبران مسعود ، معجم الرائد ، ط7، دار العلم للملايين ، بيروت ، 1992
6. الرازي ، محمد بن ابي بكر بن عبد القادر ، مختار الصحاح ، ط7، دار الفكر ، بيروت ، 1981.
7. سعيد يقطين ، من النص إلى النص المترابط ، المركز الثقافي العربي ، ط 1 ، الدار البيضاء ، المغرب ، 2005
8. د. صبحي إبراهيم الفقي ، علم اللغة النص بين النظرية والتطبيق ، ط 1 ، ج 1 ، دار قباء ، القاهرة ، 2000.
9. صلاح الفضل، بلاغة الخطاب وعلم النص ، عالم المعرفة ، الكويت ، 1992
10. الفراهيدي ،الخليل بن احمد ، كتاب العين ، ج1، ط1، مطبعة انتشارات اسوة ، طهران ، 1425هـ .
11. الفيروز ابادي ، مجد الدين محمد بن يعقوب ، القاموس المحيط ، ج2، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1971.

12. القريمي ، ايوب بن موسى الحسيني الكوفي، الكليات ، المطبعة العامرة ، 1864.
13. د. محمد علي التهناوي ، موسوعة كشف اصطلاح الفنون والعلوم ، ج1، ط1.
14. د. محمود عبدالرحمن عبدالمنعم، معجم المصطلحات الفقهية ، ج4، دار الفضيلة، القاهرة.
15. الواسطي ، محب الدين ابي الفيض السيد محمد مرتضى الحسيني الزبيدي الحنفي ، تاج العروس من جواهر القاموس ، ط1 ، بيروت ، 1994 .

ثانياً- الكتب القانونية

1. د. احمد حشمت ابو شيت ، اصول القانون ، مطبعة لجنة التأليف والنشر ، 1938.
2. د. احمد شرف الدين ، اصول الصياغة القانونية للعقد ، القاهرة ، 2008 .
3. احمد محمد علي الحريثي ، قواعد تفسير النصوص القانونية بين الفقه والقانون واحكام القضاء ، دار السنهوري ، بيروت ، 2020 .
4. ارام محمد صالح سعيد ، المكنة القانونية بين النظرية والتطبيق ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2010.
5. اسماعيل نامق حسين ، العدالة واثرها في القاعدة القانونية ، دار الكتب القانونية ، القاهرة ، 2011 .
6. د. انور سلطان ، المبادئ القانونية العامة ، ط4، دار النهضة العربية ، بيروت ، 1983.
7. أنور طلبية ، المطول في شرح القانون المدني ، ج2 ، ط2 ، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2006 .
8. د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية ، دار الفكر العربي ، بيروت ، 1975.
9. د. حسام الدين الاهواني ، اصول القانون ، 1988.

10. د. حسن علي ذنون ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، اثبات الالتزام ، ط1، بغداد ، 1976.
11. د. حسن علي ذنون ، شرح القانون المدني اصول الالتزام ، مطبعة المعارف ، بغداد ، 1970.
12. د. حسن علي ذنون ، شرح القانون المدني ، احكام الالتزام ، شركة الرابطة ، بغداد، 1954 .
13. د. حسن كيرة ، المدخل الى القانون ، منشأة المعارف ط4، الاسكندرية ، 2014.
14. حسن نعمة ياسر الياسري ، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه الاسلامي والقانون المقارن (دراسة تحليلية مقارنة) ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2019.
15. د. درع حماد عبد، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، مكتبة السنهوري ، لبنان ، 2016 .
16. د. رائد خلف هاشم البهادلي ، وآخرون ، التشريع بين الصياغة والصناعة ، ط2، بيروت ، 2010 .
17. رضا وهدان ، تجديد التزام (نطاقه – تأصيله – آثاره) ، ط1، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية ، 1992.
18. د. رمضان ابو السعود ، المدخل الى القانون ، وبخاصة المصري واللبناني ، الدار الجامعية ، الاسكندرية ، 1986.
19. د. زهير اسكندر ، الصياغة التشريعية ، مركز الدراسات القانونية والقضائية ، تونس ، 2011.
20. د. سعدي اسماعيل البرزنجي ، ملاحظات نقدية في القانون المدني ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2010.

21. سعيد احمد بيومي ، لغة القانون في ضوء علم لغة النص، ط1 ، دار الكتب القانونية ، القاهرة ، 2010.
22. د. سعيد مبارك ، طه الملا حويش، صاحب عبيد الفتلاوي ، الموجز في العقود المسماة (البيع - الايجار - المقاوله)، بيروت ، 2012 .
23. د. سليمان مرقس ، المدخل للعلوم القانونية ، ط3 ، القاهرة ، 1957.
24. د. سليمان مرقس ، شرح القانون المدني ،العقود المسماة ، عقد الايجار ، ج3، مطبعة النهضة الجديدة ، 1968.
25. د. سمير عبد السيد تناغو ، عقد الايجار ، منشأة المعارف - الاسكندرية ، 2008 .
26. د.سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة للقانون ، منشأة المعارف، الاسكندرية ، مصر- 1974.
27. د. سهيل حسين الفتلاوي ، تاريخ القانون ، مكتبة الذاكرة ، بغداد ، 2010.
28. شاکر ناصر حيدر ، شرح القانون المدني الجديد ، الحقوق العينية العقارية ، الطبعة الاولى ، مطبعة المعارف ، بغداد ، 1953 .
29. د. صلاح الدين الناهي ، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية ، مطبعة المعارف ، بغداد، 1953.
30. د. صلاح الدين الناهي ، الوجيز في النظرية العامة للتزامات ، ج1، بغداد، 1950.
31. د. طارق كاظم عجيل ، الوسيط في عقد البيع (دراسة معمقة بالفقه الغربي والاسلامي) ، ج1 ، 2010 .
32. د. طلبة وهبة خطاب ، احكام الالتزام بين الشريعة الاسلامية والقانون (دراسة مقارنة)، ط1، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1983.

33. د. عباس الصراف، وآخرون ، المدخل الى علم القانون، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، 2008 .
34. عبد الباقي البكري، زهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ، المكتبة القانونية ، بغداد .
35. عبد الحق الكتاني، المغني ، معجم اللغة العربية ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2013.
36. عبد الرزاق السنهوري ، احمد حشمت ابو ستيت ، اصول القانون او المدخل لدراسة القانون ، مطبعة لجان التأليف والترجمة والنشر ، القاهرة ، 1938 .
37. د. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي (دراسة مقارنة بالفقه الغربي الحديث)، معهد الدراسات العربية العالية ، ج6، 1959.
38. د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الجزء الاول ، ط3، مصادر الالتزام ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2009.
39. د. عبد المجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري ، محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، الجزء الاول، مصادر الالتزام ، المكتبة القانونية ، بغداد، 1980.
40. د. عبد المجيد الحكيم ، دراسة في قانون التسجيل العقاري العراقي مع المقارنة بقوانين البلاد العربية التي تتبع نظام التسجيل العقاري ، ج1، السجل العقاري ، معهد البحوث والدراسات العربية.
41. د. عبد المجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري ، محمد طه البشير ، القانون المدني واحكام الالتزام، الجزء الثاني ، بيروت، 1980.
42. د. عبد المنعم البدر اوي ، اصول القانون المدني المقارن، مكتبة السيد عبد الله وهبه، ط2، 1970.
43. د. عبد المنعم البدر اوي ، اصول القانون المدني المقارن ، ط2، القاهرة، 1970.

44. د. عبد المنعم البدر اوي، المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، بيروت، 1996.
45. عبد المنعم فرج الصدة، اصول القانون، مطبعة مصطفى البابي الحلبي واولاده، القاهرة، 1971.
46. د. عبد المنعم فرج الصدة، حق الملكية، ط2، مطبعة مصطفى البابي، مصر، 1967.
47. د. عصام انور سليم، هيمنة مبادئ الشريعة الاسلامية على القانون المدني، المكتب الجامعي الحديث، ط2، 2012.
48. د. عصمت عبد المجيد بكر، اصول تفسير القانون، ط2، 2004.
49. د. عصمت عبدالمجيد بكر، مشكلات التشريع، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2014.
50. د. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية (دراسة مقارنة)، دار الكتب العلمية، بيروت، 2015.
51. د. علي شاكر عبد القادر البدري، التغيير الجبري لمالك العين واثره في التصرفات القانونية ط1، المركز القومي للأصدارات القانونية، القاهرة، 2016.
52. د. علي شاكر عبد القادر البدري، السبب الصحيح واثره في الملكية (دراسة قانونية مقارنة)، ط1، المركز القومي للأصدارات القانونية، القاهرة، 2016.
53. د. علي فيلاي، الالتزامات، النظرة العامة للعقد، الطبعة الثالثة، 2013.
54. د. علي هادي العبيدي، الحقوق العينية، الطبعة الاولى، مكتبة دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان، 2000م.
55. عليوة مصطفى فتح الباب، الوسيط في سن وصياغة وتفسير التشريعات، الكتاب الثاني، صاغة وتفسير التشريعات، دار الكتب القانونية ودار شتات، ط1، القاهرة 2012.
56. عواد حسين ياسين العبيدي، تأويل النصوص في القانون دراسة موازنة بالفقه الاسلامي ومعززة بالتطبيقات القضائية، المركز العربي، مصر، 2018.

57. عواد حسين ياسين العبيدي ، تفسير النصوص القانونية بإتباع الحكمة التشريعية من النصوص ، ط1، المركز العربي للنشر والتوزيع ،القاهرة ، 2019 .
58. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، الكتاب الاول ، مصادر الالتزام ، مطبعة المعارف ، بغداد ، 1971 .
59. د. فايز محمد حسن ، دور المنطق في تكوين القانون وتطبيقه ، دراسة في فلسفة القانون، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 2011.
60. فوزي كاظم المياحي ، القانون المدني العراقي فقهاً وقضاءً، نظرية العقد ،ج2، مكتبة الصباح ، بغداد ، 2018 .
61. د . فرهاد حاتم حسين ،عوارض المسؤولية المدنية (دراسة تحليلية مقارنة) ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2014.
62. . مازن ليلو راضي ، ، حماية الامن القانوني في النظم القانونية المعاصرة، ط1، المركز العربي للنشر والتوزيع ، القاهرة ، 2020 .
63. د. مالك دوهان الحسن ،المدخل لدراسة القانون ، مطبعة الجامعة ، بغداد ، 1972.
64. محمد بن علي التهانوي الهندي ، كشاف اصطلاحات الفنون ، المجلد 2 ، 1862.
65. محمد حسن قاسم، القانون المدني، الالتزامات، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، 2018 .
66. محمد حسين منصور ، النظرية العامة للالتزام (احكام الالتزام) ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2006.
67. د. محمد حسين منصور ، المدخل الى القانون ، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2010 .

68. د. محمد سليمان الاحمد ، خواطر مدنية (افكار و آراء في القانون المدني) ، مؤسسة حمدي للطباعة والنشر، السليمانية ، 2009 .
69. د. محمد سليمان الاحمد ، (قاعدة نصل اوكام) ودورها في تكوين ملكة قانونية سليمة ، مطبعة شهاب ، ط1، اربيل، 2010.
70. د. محمد سليمان الاحمد ، الهندسة التشريعية ، مركز البحوث القانونية ، ط1، العراق ، 2022.
71. د. محمد شريف احمد ، تفسير نظرية النصوص المدنية (دراسة مقارنة) ، مطبعة وزارة الاوقاف والشؤون الدينية ، بغداد ، 1982.
72. د. محمد صبري السعدي ، تفسير النصوص في القانون والشريعة الاسلامية ، وهران ، 1984 .
73. محمد طه البشير ، د. غني حسون طه ، الحقوق العينية التبعية ، ج2 ، المكتبة القانونية ، بيروت ، 2017.
74. د. محمد كامل مرسي، اصول القوانين ، المطبعة الرحمانية ، مصر ، 1923.
75. محمد محمود صبرة ، اصول الصياغة القانونية بالعربية والانجليزية ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2002 .
76. د. محمد وحيد الدين سوار ، الاتجاهات العامة في القانون المدني الاردني دراسة موازنة في الفقه الاسلامي ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ط1، 2001.
77. مصطفى ابراهيم الزلمي ، نظرية الالتزام برد غير المستحق (دراسة مقارنة)، ط2، بغداد ، 1970 .
78. مصطفى مجيد عزيز، شرح قانون التسجيل العقاري رقم (43) لسنة 1971، ج1، العاتك لصناعة الكتب ، القاهرة ، 2008.

79. د. مصطفى الموجي ، القاعدة القانونية في القانون المدني ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2010.
80. : د. منير القاضي ، ملتقى البحرين (شرح موجز للقانون المدني العراقي)، ج1، مطبعة العاني ، بغداد ، 1952.
81. مؤيد حميد الاسدي ، الوجيز الميسر في قانون الاحوال الشخصية العراقي ، مكتبة الصباح ، بغداد ، 2016.
82. د. نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، دار الجامعة الجديدة ، 2009.
83. د. هادي محمد عبد الله ، دور ارادة المشرع في تفسير النصوص القانونية (دراسة مقارنة في ضوء فلسفة القانون) ط1، السليمانية ، 2017 .

ثالثاً- كتب متفرقة

1. ابو عبد الله محمد بن ابي بكر بن ايوب بن قيم الجوزية ، بدائع الفوائد ، تحقيق علي بين محمد العمران ، الجزء الثالث ، الطبعة الاولى ، دار عالم الفوائد.
2. احمد بن يوسف بن عبد الدائم المعروف بالسمين الحلبي ، عمدة الحفاظ في تفسير اشرف الالفاظ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ج4 ، 1996.
3. د. حسن صعب ، علم السياسة ، دار العلم للملايين ، ط 8 ، بيروت ، 1997.
4. د. عبد الكريم زيدان ، الوجيز في اصول الفقه الاسلامي ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، 1985.
5. عبد الوهاب خلاف ، علم اصول الفقه و خلاصة التشريع الاسلامي ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1996.
6. علي الخفيف ، احكام المعاملات الشرعية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 2008 .

7. د. عياض بن نامي السلمي ، اصول الفقه الذي لا يتسع الفقيه جهله ، ط1 ، دار التدمرية ، الرياض، 2005.
8. محمد ابو زهرة ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1977.
9. محمد بن علي التلمساني المالكي ، مفتاح الوصول في علم الاصول ، ط1 ، دار الكتاب العربي ، مصر ، 1962.
10. محمد فاروق نبهان ، المدخل الى علوم القرآن الكريم ، دار علم القرآن ، ط1 ، حلب ، 2005. مكتبة لبنان ، بيروت ، 1996.
11. محيي هلال السرحان ، القواعد الفقهية شرحها ودورها في اثراء التشريعات الحديثة ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2005.
12. د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، اصول الفقه الاسلامي في نسجه الجديد ، ج2 ، ط1 ، بغداد ، 1991.
13. د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، دلالات النصوص وطرق استنباط الاحكام في ضوء اصول الفقه الاسلامي ، ط1 ، احسان للنشر والتوزيع ، اربيل ، 2014 .
14. مصطفى ابراهيم الزلمي ، المنطق القانوني في تصورات ، ط2 ، المكتبة القانونية ، بغداد، 2007 .
- رابعاً- الرسائل والاطاريح

1. بشار طلال احمد مومني، الامتداد القانوني لعقد الايجار (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير ، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، الاردن ، 1999 .
2. بلقيس عبد الله سلمان ، القانون المدني العراقي – الواقع والمستقبل ، رسالة ماجستير ، جامعة الكوفة ، العراق ، 2023 .
3. حسن ضعيف حمود المعموري ، التفسير المتطور للقانون (دراسة مقارنة) ، اطروحة دكتوراه ، جامعة بابل ، 2022 .

4. حسين نعمة كاظم العويدي ، دور القاضي في تحديد مبادئ الشريعة الاسلامية الاثر ملائمة لنصوص القانون المدني (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير ، جامعة كربلاء ، كلية القانون ، 2023 .
5. زينة عبد الحكيم عبد الرضا ، الاجتهاد القضائي ودوره في تطوير قواعد القانون المدني "دراسة مقارنة"، اطروحة دكتوراه ، جامعة بغداد، 2020 .
6. ستار جبار زاير ، اثر الاصول اللفظية في صياغة النصوص القانونية (دراسة مقارنة) ، اطروحة دكتوراه، معهد العلمين للدراسات العليا ، 2021 .
7. سه ركه وت سليمان عمر ، تقويم الصياغة التشريعية للعقد ، اطروحة دكتوراه ، جامعة الموصل، كلية الحقوق ، 2016.
84. طارق عبد الرزاق شهيد الحمامي ، الاستنباط القضائي في الدعوى المدنية (دراسة مقارنة بالقواعد الاصولية) ، اطروحة دكتوراه ، جامعة كربلاء ، 2020.
8. طاهر عيسى والي الشافعي ، قواعد العدالة في القانون المدني ، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة كربلاء، 2022.
9. عبد المهدي محمد سعيد احمد العجلوني ، قواعد تفسير النصوص وتطبيقها في الاجتهاد القضائي الاردني (دراسة اصولية مقارنة) ، اطروحة دكتوراه ، الجامعة الاردنية ، 2005 .
10. علي حميد كاظم الشكري ، استقرار المعاملات المالية (دراسة مقارنة) ، اطروحة دكتوراه جامعة كربلاء ، كلية القانون ، 2014 .
11. علي عبد الله عفريت الحريشاوي ، الفراغ في القانون (دراسة مقارنة) ، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة كربلاء ، 2015.
12. علي محمود حميد ، ديمومة النص القانوني (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير ، كلية القانون، جامعة كربلاء ، 2024.

13. علي هادي جهاد ابوطبيخ، دور المبادئ القضائية في الاثبات المدني (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه ، جامعة كربلاء ، 2022 .
14. فهيمة بالحمزي ، الامن القانوني للحقوق والحريات الدستورية ، اطروحة دكتوراه ، جامعة عبد الحميد بن باديس ، الجزائر، 2018 .
15. قاسم اسماعيل علي ، السياسة المدنية في التشريع العراقي ، اطروحة دكتوراه ، جامعة السيلمانية ، كلية القانون، 2011 .
16. محمد احمد رمضان ، دور القاضي في انشاء القاعدة القانونية المدنية (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 1985.
17. مهند جاسم محمد ، الصياغة التشريعية بين لغة القانون وقانون اللغة ، رسالة ماجستير ، جامعة الشرق الاوسط ، 2020.
18. وليد صالح نعمة عباس ، التأويل في النصوص المدنية (دراسة مقارنة) ، اطروحة دكتوراه ، جامعة كربلاء ، 2023 .
19. وليد طارق فيصل جواد العزاوي، تعارض المصالح في المعاملات المالية (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه ، جامعة كربلاء ، كلية القانون، 2022.

خامساً- البحوث والمقالات

1. احمد حسن كاظم المسعودي، مبدأ وضوح القانون (دراسة في النظرية العامة للقانون)، مجلة مراس، العدد الثاني ، السنة الثانية ، 2022 .
2. د. احمد حميد سعيد ، وآخرون ، تأثير الفقه الاسلامي في اثراء القانون المدني العراقي (دراسة مقارنة) ، مجلة ابحاث كلية التربية الاساسية ، المجلد 16، العدد 1، 2019.
3. د . أحمد محمد عبد الرحيم ، الأساس القانوني لمسؤولية عديم التمييز دراسة مقارنة بين التشريع المدني الفرنسي والتشريع المدني المصري ، بحث منشور في مجلة كلية

- الدراسات الإسلامية والعربية للنبات ، المجلد السادس ، العدد الثاني والثلاثين ، الإسكندرية ، 2016 .
4. د. اسراء فهمي ناجي / د. عادل شمران حميد، العقد الفاسد في الفقه الاسلامي والقانون المدني، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، السنة الرابعة ، ٢٠١٢ .
5. اسيل حامد شكر ، دور السوابق القضائية في تحقيق الامن القضائي ،مجلة بلاد الرافدين للعلوم الانسانية والاجتماعية ،المجلد 4، العدد 1، 2022.
6. اكرم زاده الكوردي ، احكام القاصر المأذون والمتزوج في القانون العراقي والمصري ، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية ، المجلد 13 ، العدد الاول ، 2020
7. امنة فارس حامد ، د. سلام عبد الزهرة عبد الله ، المعايير العامة للصياغة التشريعية (دراسة مقارنة) ، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والاساسية ، المجلد 9 ، العدد 4 ، 2017.
8. ايرادين نوال ، تأثير تضخم التشريع على الامن القانوني ، دفاثر البحوث العلمية ، العدد 13 ، 2018 .
9. د بيام نجم الدين كريم ، اثر الامتداد القانوني لعقد الايجار في طبيعة حق المستأجر (دراسة في قانون ايجار العقار العراقي والقوانين المعدلة لتطبيقه في اقليم كردستان) ، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية ، المجلد (13)، العدد(44) ، 2023 .
10. د. بيريك فارس حسن الجبوري ، واخرون ، انقضاء الالتزام بالسبب الاجنبي ، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية ، المجلد 1، العدد 1، 2012.
11. د. تحسين حمد سمايل ، التفاهم السلبي في نصوص القانون المدني العراقي واليات علاجه، وقائع مؤتمر الدولي الثالث للقضايا القانونية ، جامعة ايشك ، كلية القانون، اربيل، 2018.

12. ثائر جمال الوندأوي، سلطة القاضي في تأويل النص القانوني، منشورات اتحاد حقوقي كردستان ، كركوك، 2006 .
13. حسن حسين البراوي ، تأثي الشريعة الاسلامية على القانون المدني القطري : دراسة مقارنة ، المجلة الدولية للقانون ، العدد الثالث ، 2013 .
14. د. حسون عبيد هجيج وفخري جعفر احمد ، فلسفة العدالة القانونية ، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، العدد 1 ، السنة 11 ، 2019 .
15. حمد بو جمعة، اثر الفقه الاسلامي في القوانين المدنية للدول العربية ، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية ، العدد السابع ، المجلد الثاني ، 2017.
16. حميد سلطان ، واخرون ، الاجتهاد القضائي ودوره في سد الفراغ التشريعي (داسة مقارنة في ضوء الفقه الاسلامي والقانون الوضعي) ، مجلة روح القوانين ، جامعة طنطا ، العدد78 ، 2017 .
17. حيدر حسن هادي اللامي ، عناصر القاعدة القانونية (دراسة في النظرية العامة للقانون) ، مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية ، العدد20، 2020 .
18. خادم نبيل ، تأثير تضخم التشريعات العقارية على الامن القانوني ، مجلة القانون العقاري والبيئة ، المجلد 9، العدد2.
19. خالد جمال احمد حسن ، الصياغة التشريعية ومقومات جودتها ، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية ، العدد 2، الجزء الاول ، السنة الخامسة ، 2017 .
20. خالد جمال احمد ياسين ، مبادئ الصياغة التشريعية ، بحث منشور في المجلة القانونية ، العدد4 ، البحرين ، 2015 .
21. د. سامية كسال ، التضخم التشريعي عائق امام الاستثمار الاجنبي (مستجدات القانون رقم 09-16 لمواجهة هذا العائق)، مجلة صوت القانون ، المجلد الخامس ، العدد 2، 2018.

22. صادقي عباس ، تطور ركن السبب في القانون المدني وحدود انعكاساته على العقود الادارية (دراسة مقارنة)، مجلة افاق للبحوث والدراسات، 2018.
23. صعب ناجي ، وآخرون، الفراغ التشريعي وعيوب الصياغة التشريعية ، دراسات قانونية ، العدد 47 ، بغداد ، 2019 .
24. د. ضحى محمد سعيد النعمان، وآخرون ، ايجار عقار القاصر (دراسة في القانون العراقي (مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية ، المجلد(3) ، العدد (9) ، 2014.
25. عباس العبودي ، الدور الاجتهادي لاحكام محكمة التمييز الاتحادية في صياغة القاعدة القانونية للقانون المدني العراقي ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، العدد2، مجلد30، 2015.
26. د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، وجوب تنقيح القانون المدني المصري وعلى أي اساس يكون هذا التنقيح ، مجلة القانون والاقتصاد .
27. د. عبد الكريم صالح عبد الكريم ، وآخرون ، تضخم القواعد القانونية –التشريعية (دراسة تحليلية نقدية في القانون المدني)، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية ، السنة (6) ، العدد (23) ، 2014.
28. د. عبد المجيد الحكيم ، الاعتبار في القانون الانكليزي ، بحث منشور في مجلة القضاء ، السنة (34)، العدد (4)، 1981.
29. د. عزيز جواد هادي ، القوة الملزمة لقرارات محمة التمييز الاتحادية ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، المجلد 2، العدد1، 2010.
30. عزيز الخفاجي ، قراءة في القانون رقم 56 لسنة 2000 (قانون تعديل قانون ايجار العقار رقم 87 لسنة 1979) ، مجلة كلية الفقه ، العدد 4 ، 2007.
31. عضيد مروان عزت حمد، الوعد بالتعاقد وتطبيقاته في القانون المدني العراقي دراسة قانونية مقارنة ، مجلة افاق للعلوم ، المجلد 5، العدد4، 2020 .

32. أ.م.د. علي احمد حسن اللهيبي ، قواعد صياغة النص التشريعي ، مجلة العلوم القانونية ، جامعة بغداد، كلية القانون ، العدد الاول، 2019 .
33. أ.د. عمار سعدون حامد المشهداني ، اهلية التقاضي المحدودة للخصم القاصر (دراسة مقارنة) بحث منشور في مجلة اليقين للدراسات القانونية ، السنة الاولى ، المجلد 1، 2022 .
34. م. عمار محمد مراد، التضخم التشريعي واثره على الامن القانوني في العراق ، بحث منشور في مجلة المستنصرية للدراسات العربية والدولية ، 2022.
35. عواطف عبد المجيد الطاهر ، القصور في التشريع ، مجلة الدجلة ، المجلد الثاني ، العدد الاول ، 2019.
36. غفران محبوب ، وآخرون ، مضمون العقد بديل لركني المحل والسبب في قانون العقود الفرنسي الجديد ، مجلد صوت القانون ، المجلد الثامن ، 2022 .
37. فتيحة بن صديق ، محمد هاملي ، قواعد الصياغة القانونية اهم محاور الدراسات القانونية المستقبلية ، مجلة الدراسات والبحوث القانونية ، العدد2، المجلد 8، 2023 .
38. د. ليث كمال نصرأوين، متطلبات الصياغة التشريعية الجيدة واثرها على الاصلاح القانوني ،مجلة كلية القانون الكويتية العالمية ، العدد2، الجزء الاول، السنة الخامسة ، 2017.
39. محمد عرفان الخطيب، نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث، الاعتبار الموضوعي، الجزء الثاني، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة السادسة، العدد الثاني، 2018.
40. محمد عرفان الخطيب ، حقيقة الدور ((المصدري)) للاجتهد القضائي في القانون المدني ((الواقعية القانونية)) دراسة مقارنة بين المدرستين الفرنسية والعربية (القوانين المصرية والسورية واللبنانية مثلاً) ، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية ،المجلد 7 ، العدد4 ، 2019.

41. هيثم احمد المصاورة ، عيوب الصياغة التشريعية ، بحث قدم للمؤتمر العلمي الاول لكلية القانون والسياسة ،جامعة دهوك، ، المجلد 14، العدد، 2011 .
42. د. يسرى محمد العصار ، الحماية الدستورية للامن القانوني في قضاء المحكمة الدستورية ، بحث منشور في المجلة الدستورية ، العدد3، السنة 1، 2003 .

سادساً- الدستور والقوانين و الاعمال التحضيرية

1. الدستور العراقي النافذ لسنة 2005 .
2. الدستور المصري المعدل لسنة 2019 .
3. القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 المعدل.
4. قانون تنظيم الشهر العقاري المصري رقم 114 لسنة 1946 النافذ.
5. القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 المعدل .
6. القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل.
7. قانون الولاية على المال المصري رقم 119 لسنة 1952 .
8. قانون الاصلاح الزراعي المصري رقم 178 لسنة 1952 المعدل.
9. قانون المرافعات المدنية العراقية رقم 83 لسنة 1969.
10. قانون التسجيل العقاري رقم (43) لسنة 1971 المعدل .
11. القانون المدني الاردني رقم 43 لسنة 1976 المعدل.
12. قانون ايجار الاماكن الجديد المصري رقم 49 لسنة1977 المعدل.
13. قانون أيجار العقار العراقي رقم 87 لسنة 1979 وتعديلاته.
14. قانون رعاية القاصرين العراقي رقم 78 لسنة 1980 المعدل.

15. قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984.
16. قانون المعاملات المدنية الاتحادي لدولة الامارات العربية المتحدة رقم (5) لسنة 1985.
17. قانون التنفيذ العراقي المرقم 45 لسنة 1985.
18. قانون تنظيم بعض اوضاع واجراءات التقاضي في مسائل الاحوال الشخصية المصري رقم (1) لسنة 2000 النافذ .
19. القانون المدني البحريني رقم (19) لسنة 2001.
20. القانون المدني القطري رقم 22 لسنة 2004 .
21. قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي رقم (78) لسنة 2012.
22. قانون بيع وايجار اموال الدولة رقم 21 لسنة 2013 المعدل .
23. مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني العراقي ، ج1، بغداد ، مطبعة الزمان ، 1998،
24. مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ، الالتزامات ، مطبعة دار الكتاب العربي ، مصر.

سابعاً- مجاميع القرارات القضائية

1. مجموعة المحامي عبد العزيز سهيل ، احكام القضاء العراقي على مواد القانون المدني ج1 ، دار التضامن ، بغداد، 1962.
2. القاضي فلاح كريم وناس الاجحيش، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية ومحكمة تمييز اقليم كردستان ومحاكم الاستئناف بصفتها التمييزية ، ج1، ط1، البيت القانوني بيروت ، 2019.
3. مجموعة الاحكام العدلية ، العددان الاول والثاني ، 1986.

4. مجموعة الاحكام العدلية ، العدد الثالث ، السنة السادسة ، 1975.

ثامناً- المواقع الالكترونية

1. احمد منصور ، ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه ،مقال منشور على الموقع الالكتروني <https://jordan-lawyer.com> .
2. عباس علي العلي ، مفهوم التناقض والتضاد ، مقال منشور على الموقع الالكتروني <https://www.ahewar.org> .
3. عماد قطان ، القانون المقارن ، مقال منشور على الموقع الالكتروني ، <https://arab-ency.com.sy> .
4. محمد سعيد عبد المولى ، الفقه الاسلامي كمصدر للقانون المدني ، 2022 ، مقال منشور على الموقع الالكتروني <https://jordan-lawyer.com> .
5. مروة ابو العلا ، القبض في عقد الرهن الحيازي حسب الفقه والقانون ، مقال منشور على الموقع الالكتروني <https://www.mohamah.net> .
6. ناصر عمران ، القاصر المتزوج بإذن المحكمة بين الحماية القانونية والمسؤولية المدنية ، مقال منشور على موقع مجلس القضاء الاعلى ، <https://www.sjc.iq> .
7. الموقع الالكتروني لمجلس القضاء الاعلى ، <https://www.sjc.iq> .
8. موقع وزارة العدل العراقية الالكتروني ، www.moj.gov.iq .
9. مقال منشور على الموقع الالكتروني ، <http://ijtihadnet.net/mojam> .
10. الاجتهاد القضائي كمصدر من مصادر القانون ، مقال منشور على موقع الموسوعة القانونية الالكتروني ، <https://elawpedia.com> .
11. معجم المعاني الجامع ، معجم عربي على الموقع الالكتروني www.almaany.com .

12. حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية ، القضية رقم (22) ، السنة 8 قضائية ، جلسة (5) يناير 1991 ، الحكم منشور على الموقع الالكتروني [/http://hrlibrary.umn.edu](http://hrlibrary.umn.edu)

تاسعاً- المصادر الانجليزية

1. Gaston may , introduc on ala science du droit , paris , 1925.
2. JEAN CARBONNIER, Droit civil Introduction, 27éme, éd. collections Thémis, PUF Paris, 2002.
3. MIHAI BĂDESCU¹ , Legislative inflation – an important cause of the dysfunctions existing in contemporary public administration, Juridical Tribune, Volume 7, Issue 2, June 2018.
4. MAZEAUD HENRI ((Plus encore que de justice , nous avons besoin pour vivre de securite)) MAZEAUD HENRI , Travaux de 1,association Henri Capitant , Tome 1 , Dalloz,Paris,1946.
5. Piazzon Thomas, la securite juridique, theses, defrenhos,coll doctor et natariat,T.35,2009.
6. The Florida Senate , manual for drafting legislation , office of bill drafting services , sixth edition , 2009.

Abstract

This study touched on an important topic in the field of civil law, which is the aggravation of texts in civil law, as it is no secret that the Iraqi civil law aims to protect society by regulating relations between individuals themselves on the one hand and between individuals and the state when it appears as ordinary individuals on the other hand Others, through obligation and punishment, An regulating that achieves stability in legal centers and reconciles conflicting obligations, so that chaos does not prevail and social stability is not disturbed, No matter how diligent the legislator tries to formulate the legal texts, the legal texts may suffer from an aggravation based on an unjustified increase in these texts, either due to... improper legislative drafting that results in conflict or contradiction, or ambiguity and inaccuracy, or repetition in the texts and errors, or due to diversity in the sources of law as a result of inappropriate merging between these sources or exaggeration in organizing a specific topic with a huge amount of legal texts that are not needed To it, which results in instability of the legal base and competition in the rights of individuals.

One of the manifestations of the permanence of the legal text is achieving order and stability in society by issuing legal rules in a flexible manner that meets renewed needs over time and with clear legislative formulation that expresses social reality, The more the legal rules are characterized by accuracy, clarity, and brevity without prejudice and do not lead to conflicting interpretations or interpretations that do not It is consistent with the goal of the legislator whenever legal stability is achieved.

The civil policy of the Iraqi legislator was characterized by formality more than it was characterized by objectivity, as the legislator sometimes derived legal provisions from Islamic jurisprudence and at other times derived legal provisions from Western jurisprudence, which led as a result to the presence of many texts and legal provisions that were inconsistent and incompatible with each other , The diversity of sources of law is not considered a negative matter, but rather a positive matter and constitutes one of the solutions to the deterioration of texts, but at the same time it may be considered one of the reasons for the Aggravation of texts, as it has resulted in inadequacy, exaggeration, and lack of harmony between the legal provisions.



**University of Kerbala
College of Law
private law**

**Aggravation of Texts in Civil Law
"A comparative study "**

**To the council of the College of Law/University of
Karbala It is part of the requirements for
obtaining the degree of Doctor of private Law**

A thesis submitted by the student

Asraa Jumaah Abdul Hasan Al-kaab

**Supervised by
Prof. Dr. Ashwaq Abdulrasool Abdulameer**

2024/AD

1445/AH