محاضرات

المدخل لدراسة القانون

المرحلة الاولى

قسم الشريعة

كلية العلوم الاسلامية

اعداد مدرس المادة

م. علاء كامل عبد

(المحاضرة الاولى)

تعريف علم القانون والقاعدة القانونية.
يعرف علم القانون بانه / علم يتخذ من القانون موضوعاً له فيبحث فيما يحكمه من مبادئ عامة ونظريات مشتركة بين الامم .
ومن خلال التدقيق في هذا التعريف يمكن استخلاص جملة من المميزات التي تشير اليها في ادناه :-
اولاً / انه علم لان العلم هو ضرب من ضروب المعرفة يستكمل كيانه بالتطور ويتميز بوحده الموضوع وباحتوائه على قواعد كليه ونظريات .
ثانياً / انه لا يذكر في الاحكام التفصيلية التي تختلف باختلاف القوانين وتتأثر بحاجات الامم وظروفها ، واينما يبحث في الافكار المشتركة والمتماثلة في مختلف القوانين .
ثالثاً / انه لا يركز اهتمامه على حقل او مجال واحد من حقول او مجالات القانون بالبحث والتحميص وانما يشرف على الحياة القانونية ليتحدى الاصول والافكار القانونية المشتركة السائدة في مختلف الحقول المدنية او التجارية او الجنائية او غيرها .
رابعاً / يمثل الصلة بين القوانين المختلفة ووسيلة احاطة بخصائصها ومبادئها الرئيسية التي ترتكز عليها .
تعريف القانون : -
يعرف القانون بمعناه العام بانه : مجموعة القواعد القانونية المرعية في مجتمع ما ، المنظمة للعلاقات الاجتماعية فيه والتي يلتزم الاشخاص باتباعها والا تعرضوا للجزاء المادي الذي تفرضه السلطة العامة لذا يتضح من هذا التعريف ان القانون بهذا المصطلح العام يشير الى مفاهم متعددة ابرزها هي :-
اولاً / قد يقصد به النظريات والقواعد الكلية والتشريعات المقننة دون التقييد بالزمان والمكان فيراد به علم القانون عندئذ .
ثانياً / قد يستعمل لدلالة على مجموعة القواعد الملزمة والمنظمة للعلاقات الاجتماعية في دولة ما . كأن يقال : القانون الفرنسي او القانون العراقي او القانون الالماني .
ثالثاً / قد يعني مجموعة القواعد القانونية التي ينظمها فروع من فروع القانون في دولة ما كأن يقال : القانون المدني العراقي او القانون التجاري الفرنسي .
رابعاً / قد يراد به فرع من فروع الثقافة القانونية غير المرتبط بدولة ما فسيقال مثلاً القانون الدولي العام .
لذا: فقد عرف الفقهاء القانون بمعناه العام بانه ((مجموعة من قواعد السلوك العامة المجردة ، المنتظمة للعلاقات الاجتماعية بين الاشخاص والمقترنة بجزاء مادي تفرضه السلطة العامة على من يخالفها .

((القاعدة القانونية))

معنى القاعدة القانونية :

تعرف القاعدة القانونية على انها : قاعدة سلوك اجتماعية عامة مجردة ملزمة تقوم بتنظيم الروابط بين الاشخاص او المجتمع .

خصائص القاعدة القانونية :-

من خلال تعريف القاعدة القانونية اعلاه يمكن لنا استخلاص خصائصها :-

اولاً – انها قاعدة سلوك اجتماعية

توصف القاعدة القانونية بانها قاعدة اجتماعية لان الحاجة اليها لا تكون ماسه وضرورية الا اذا وجد مجتمع يعيش فيه الناس وينشطون ويدخلون في روابط وعلاقات فيما لمنظم شؤون الحياة وان هذا التنظيم لا يتم الا من خلال ضبط النظام والانسجام عن طريق القانون لذا : فان القاعدة القانونية لا تنشأ الا اذا وجد المجتمع اياً كان شكله واذا كانت الدولة هي الشكل السياسي للمجتمع المعاصر فان ذلك لا يعني ارتباط وجودها بوجود الدولة لانها اقدم من وجود الدولة فقد عرفتها المجتمعات القديمة عندما كانت بشكل اسرة او رهط او قبيلة او مدينة قبل ان ينشأ المجتمع المنظم تنظيماً سياسياً وهو الدولة .

كما وانها توصف بانها قاعدة سلوك بمعنى انها قاعدة (تقومية) اي انها تعمل على تقويم سلوك الفرد بفرض ما ينبغي ان يكون عليه وتحدده في ضوء غاياتها وتخضعه لسطاتها ، وهي بذلك تختلف عن (القاعدة الطبيعية) التي توصف بانها قاعدة (تقديرية) اي انها تقر امراُ واقعياً لا سلطان لاحد عليه ولا تملك سوى التعبير عنه .

ثانياً / انها قاعدة عامة مجردة .

العمومية تعني ان القاعدة القانونية عندما يتم صياغتها فأنها تصاغ بصيغة التعميم بحيث تستوعب كل ما يواجهها من فروض وحالات غير متناهية ، فلا تتناول بالذكر شخصاً معيناً باسمه او فعلاً محدداً بذاته ، لذا فالقاعدة تكون عامة متى ما انطبقت على افراد المجتمع كافة ، فالقاعدة التي تعاقب السارق بالحبس والقاعدة التي تنظم المرور في الطرق العامة والقاعدة التي تحدد التزامات البائع والمشتري في عقد البيع وهي قواعد عامة لانصرافها الى الكافة يصرف النظر عن الجنس والاسم والمركز .

اما التجريد وهو الصفة الملازمة للعمومية فيعني : تحرر خطاب القاعدة القانونية من الميل والهوى وعدم ايثارها شخصاً معيناً او سعيها لحماية وضع معين هذا راي اما الراي الاخر فيذهب الى ان التجديد هو : سمو حكم القاعدة القانونية على التفضيلات وغضها النظر عن الفروق الثانوية في الظروف واعتدادها بالظروف الاعتبارات الرئيسية المشتركة بين مجموعة من الوقائع حتى تطبق عليها جميعاً عليه .

فان التجديد والعمومية صفتان متلازمتان ووجهان لخاصة واحدة من خصائص القاعدة لا سبيل الى فصلها عنن بعض وذلك لان القاعدة القانونية يجب ان تكون مجردة لا تعني بالتفضيلات ولا تنزل الى دقائق الامور اوالظروف حتى تكون عامة .

ثالثاً / القاعدة القانونية خطاب يوجه الى الاشخاص لتنظيم روابطهم

لا بد من الاشارة هنا ان الانسان هو كائن اجتماعي بطبيعته لا يستطيع العيش بمعزل عن ابناء جنسه لذا لا بد ان يعيش في وسط مجتمع وان طبعه هذا التعايش تؤدي الى نشؤ علاقات اجتماعية وان نشؤ هذه العلاقات يحتم وجود قواعد تعمل على تنظيمها ، لذلك فان هناك انواعاً مختلفة من القواعد تكفلت بتنظيم هذه العلاقات وتأتي في مقدمتها قواعد القواعد وقواعد الدين وقواعد الاخلاق وقواعد العدالة وعليه فان قواعد القانون لا تعدو ، ان تكون نوعا من انواع القواعد التي عنيت بتنظيم الروابط الاجتماعية وان بدت في وقتنا الحاضر هي اهمها اثراً .

والمقصود بالرابطة او العلاقة الاجتماعية التي يعنى القانون بتنظيمها هي العلاقة الظاهرة التي تنشأ بين الاشخاص في المجتمع والتي يجيز المجتمع للقانون تنظيمها .

وان الواجبات التي يتحملها الانسان هي ثلاث انواع وهي : واجبة نحورية ، واجبه حيال نفسه ، وواجبة تجاه غير ، وتختص فواجبه اتجاه ربه يجري تنظيميه من خلال قواعد الدين ، وواجباته اتجاه نفسه تتكفل بحكمه قواعد الدين وقواعد الاخلاق ، اما واجباته اتجاه غير فهو الذي تتولى تنظيمه وحكمه قواعد القانون ، وهذا يستلزم ان يكون الغير انسان ، فلا يمكن ان يتصور هذا يتصور هذا الغير جماد او حيوان ، فالقاعدة القانونية تعنى بتنظيم العلاقات الاجتماعية التي تنشأ بين الافراد داخل المجتمع وهناك راي يذهب الى ان هذا الغير لا يشترط ان يكون انساناً وانما يجب ان يكون شخصاً لان العلاقة الاجتماعية التي يتولى القانون حكمها هي العلاقة بين الاشخاص في المجتمع البشري ، وان الشخصية ليست مرادفة للأدمية فقط فالأدمي هو الانسان اما الشخص فهو كل من كان صالحاً لثبوت الحقوق له وترتب الواجبات عليه ، فالإنسان يسمى بالشخص الطبيعي ، بينما يوجد مصطلح اخر بعنوان (الشخص المعنوي)

والذي يكون في صورة مجموعة من الاشخاص الطبيعيين يشتركون ويتظافرون فيما بينهم لتحقيق غرض معين مثل (الجمعيات ، الشركات ، المصارف ، الجامعات .... الخ)

رابعاً / قاعدة ملزمة تقترن بجزاء مادي تفرضه السلطة العامة يمكن تحليل الزام القاعدة القانونية الى ثلاثة عناصر :-

١- ينبغي على الاشخاص احترامها رغما عنهم وحكراً لا ان يترك احترامها لمحض رغباتهم وارادتهم .
٢- ان قسر الاشخاص على احترام القاعدة القانونية لا يضمن الا اذا اقترنت بجزاء مادي يفرض عند مخالفتها ، لأنها لو تجردت من الجزاء المادي لا صارت مجرد دعوة او نصيحة .
٣- ان ضمان احترامها عن طريق الجزاء المادي لا يتحقق الا اذا تدخلت السلطة العامة وتكفلت به ، اذ ان السلطة العامة تحكم باسم المجتمع وتملك مقاليدها هيئة سياسية معترف بها لذلك يكون تدخلها واجباً مشروعاً .

وان القاعدة القانونية باقترانها بالجزاء المادي بالجزاء المادي الذي يفرض من قبل السلطة العامة هو الوصف الذي تنفرد وتتميز عن غيرها من القواعد التي تعني برسم وضبط السلوك الاجتماعي مثل قواعد الدين او قواعد الاخلاق .

والمقصود بالجزاء في مصطلح القانون هو العقاب ويعرف الجزاء القانوني بانه (عقاب خاص او اثر يتخذ صورة اذى مادي منظم يترتب على مخالفة احكام القاعدة القانونية تفرضه السلطة العامة لزجر المخالف وردع غيره

((شروط الجزاء القانوني))

حتى يوصف الجزاء بانه جزاء قانوني ينبغي ان تتوافر ثلاثة شروط فيه وهي :

١- ان يكون في صورة اذى ظاهر يهدد به من يخالف حكم القاعدة القانونية والالم هو : الاذى الذي يكون ظاهراً خارجياً يصيب الانسان في جسمه اوماله او حريته دون الاقتصار على المشاعر والضمير .

٢- ان يكون منظماً اي : يكون معيناً بجنسه ومقداره سواءً تعيين في القاعدة نفسها او أحالت تعينه الى قاعدة اخرى سابقة .

٣- ان يكون فرض الجزاء او العقاب موكولاً الى السلطة العامة فهي التي تحدده وتهدد به وتلحقة بالمخالف ، وسالبة من المعتدى عليه الحق في الانتقام لنفسه ، او استيفاء حقه بالقوة بيد ان هذا الامر يرد عليه استثنائين هما :-

أ- حق الدفاع الشرعي :

ويعني حق الفرد في الدفاع عن نفسه في رد الاعتداء الذي يهدده في الحياة او المال بخطر جسيم حال بالقوة عند الاقتضاء دون تدخل من قبل السلطة العامة .

ب- حق الحبس المدني الذي يرد في دائرة المعاملات .

وهو حق يتقرر تطبيقاً لفكرة الضمان الخاص ابتغاء حماية الدائن من التعرض لمزاحمة غيره من الدائنين من ناحية وكوسيلة لدفع المدين الى تنفيذ التزامنة من ناحية اخرى مثل : حق الوديع الذي انفق مصروفات على الوديعة وصيانتها من التلف في الامتناع عن تنفييذ التزام ينبغي عليه الوفاء به فيحبس الوديعة عند نظير ما اضطر الى انفاقه من مصرفات للمحافظة عليها .

((اوصاف الجزاء القانوني))

من خلال امعان النظر في شروط الجزاء القانوني يمكن لنا الاهتداء الى اوصافه ، فهو يتميز بصفتين هما :-

١- انه جزاء مادي اي انه ظاهر ومحسوس ما دام الاشتراط فيه ان يكون اذى معيناً جنساً ومقداراً وبذلك تختلف القاعدة القانونية عن قواعد الاخلاق التي يبدو جزاؤها ادبياً يظهر في حدة سخط المجتمع ونفوره من الاثم ورفضه لذلك الفضل .

٢- انه جزاء دنيوي : اي انه يوقع في الحياة الدنيا ما دمنا اشترطنا انه يوقع السلطة العامة وتقوم بفرضه وتخويل تقديره والحكم بتوقيعه للفضاء وبذلك يختلف عن الجزاء المترتب على مخالفة قواعد الدين الذي يكون جزاءً أخروياً يوقعه الله سبحانه وتعالى في الاخرة وقد يكون الجزاء الديني مزوجاً اي اخروياً ودنيوياً اذا تقيدت الدولة باحكام الدين والزمت الناس باتباع قواعده وفرضت السلطة العامة الجزاء عند مخالفتها ليبدو الدين عنئذ ديناً وقانوناً معاً .

((انواع الجزاء))

يقسم الجزاء القانوني بشكل عام من حيث طبيعته الى ثلاثه انواع هي :

اولاً / الجزاء الجنائي

هو اثر يترتب على مخالفة قواعد القانون الجنائي او العقابي وهو مرادف للعقوبة ويفرض في صورة عقوبة تتفاوت من حيث شدتها تبعاً لاختلاف طبيعة الجريمة ومدى خطورتها كما تتابين من حيث محلها اي : ما ترد عليه فقد تكون بدنية تنصب على جسد الانسان مثل الاعدام وقد تكون مالية ترد على المال مثل : الغرامة وقد تفرض على حرية الانسان فتقيدها مثل الحبس او السجن .

ويقوم هذا الجزاء على اساس حماية حق المجتمع في السكينة والامن والاستقرار ، فهو نوع من الدفاع الاجتماعي يباشره المجتمع من خلال السلطة العامة او الادعاء العام ضد من يرتكب جريمة ، فهو يقرض لاعتبارات المصلحة العامة والنظام العام ، لذلك يلعب الجزاء الجنائي دوراً هاماً في اجبار الافراد على احترام القانون سواءً من خلال تأديب ومعاقبة المخالف او ردع وزجر الاخرين ، وهو يعد اقصى انواع الجزاء .

ثانياً/ الجزاء المدني .

وهو الجزاء الذي يوقع على المخالف في حال مخالفة قاعدة من قواعد القانون الخاص تحمي مصلحة خاصة او حق خاص بفرد من الافراد وتقتصر مهمه هذا الجزاء على تحاشي الضرر الذي ينتج عن مخالفة القاعدة او ازالة هذا الضرر واصلاحه بعد حدوثه ، لذا فهو حق خاص يتقرر لصالح من لحقه الضرر من الاشخاص ومن ثم فان للمتضرر ان يطالب في دعوى مدنية ، او ان يتقدم بالدعوى المدنية للقضاء الجنائي تبعاً للدعوى الجنائية متى ما ترتب على الجريمة الجنائية التي اخلت بالنظام العام اعتداء على حق خاص ، وتتعدد صور الجزاء المدني فهي :-

1. **صورة الجزاء المباشر او التنفيذ العيني ، اي التزام الفرد بتنفيذ ما لم يقم بتنفيذه مختاراً ، مثل الحكم بطرد المستأجر بعد انتهاء مدة الايجار من العين المؤجرة ، او الزام البائع بتسليم الشيء المبيع .**
2. **في صورة محو او ازالة اثر المخالفة اي اعادة الحال الى ما كانت عليه قبل وقوع المخالفة مثل : الحكم بازالة الحائط او المباني المقامة في ملك الجار وهذه الازالة المادية ، وقد تكون الازالة قانونياً مثل : الحكم ببطلان العقد المخالف للنظام العام مثل تأجير مسكن للعب القمار او ممارسة الدعارة .**
3. **التعويض في الحالات التي يستحيل فيها التنفيذ العيني او اعادة الحال الى ما كنت عليه قبل وقوع المخالفة ، والتعويض يعتبر جزاء غير مباشر ، ويتمثل في الحكم يدفع مبلغ نقدي بهدف اصلاح الضرر الذي اصاب الغير بسبب مخالفة القانون .**

ثالثاً / الجزاء التأديبي :

ويتمثل في الاثر المترتب على مخالفة القواعد القانونية التي تحكم الوظيفة العامة او تفرضها طبيعة المهنة مثل عقوبة (لفت النظر ، الانذار ، التوبيخ او الخصم من الراتب او الفصل او العزل عن الوظيفة ويطلق على هذا الجزاء الم العقوبة لان الضرر الحادث يصيب مصلحة الجماعة دون ان يقتصر على فرد معين ويتميز هذا الجزاء بانه فرضه يكون من قبل الرئيس الاداري او الهيئة المشرفة على ممارسة المهنة دون ان يوكل للقضاء ويجوز ان يجتمع هذا الجزاء مع الجزاء الجنائي او المدني عند تحقق شروط وقوعهما .

- السلطة المسؤولة عن توقيع الجزاء القانوني

بعد تطور المجتمع وتنظيمه تنظيماً سياسيا واعتبار القانون انه مظهر من مظاهر سيادة الدولة التي تحتكر تطبيقه وفرض توقيع الجزاء على مخالفة ، وبعد ان حل القضاء العام وحق الانتقام الجماعي محل نظام القضاء الخاص وحق الانتقام الفردي ، برزت في الدولة سلطة أنيط بها مسؤولية توقيع الجزاء وهذه السلطة هي (السلطة القضائية)التي تتكون من المحاكم ، والمحاكم هي صاحبة الولاية العامة في تطبيق القانون وصاحبة الاختصاص الاصيل في توقيع جزاء مخالفة قواعده .

بيد ان هناك استثناء بان لا تتولى المحاكم توقيع الجزاء بنفسها وهي :

١- في حالة الدفاع الشرعي عن النفس : اذا اعطى القانون الحق للشخص في توقيع الجزاء بنفسه في حالة قيام شخص بالاعتداء عليه اعتداءً خطير وجسيم يهدد حياته .

٣- هناك حالة خاصة اعطى فيها القانون صلاحية توقيع الجزاء من قبل الفرد منصوص عليها في قوانين خاصة .

((التمييز بين القاعدة القانونية والقاعدة الدينية))

قبل التمييز بين قواعد القانون وقواعد الدين نمهد لهذا التمييز بتحديد معنى الدين والاشارة الى البعض منها من حيث مصدرها وصلتها بالقانون .

اولاً / معنى الدين وبعض انواعه :

يعرف الدين على انه : مجموعة من العقائد والاحكام المستمدة من وحي قوة سامية غير منظورة والتي ترمي الى خير الانسان في الحياة الدنيا والاخرة واسعاد المجتمع

الا ان الاديان لا تبدو جميعاً من طبيعة واحدة وانما تتأثر طبيعتها بمصدرها وبغرضها المباشر الذي يحدد نطاقها من حيث التنظيم فهي من حيث المصدر تبدو على فئتين هي :

١- الاديان السماوية .

٢- الاديان غير االسماوية .

وهذا التقسيم يؤكد عليه المسلمون

اما الدين السماوي هو مجموعة العقائد والاحكام التي تنزلت من الله تعالى بطريقه الوحي على نبي اصطفاه من بين خلقه مثل : الدين الاسلامي والمسيحي واليهودي .

اما الدين غير السماوي : هو ما استمدت عقائده واحكامه من قوة عليا غير منظورة ليست هي الذات الاهلية مثل الدين البوذي والمجوسي والاديان الوثنية الاخرى .

كما نقسم الاديان من حيث عرضها المباشر ونطاقها الى قسمين هما :

١- الدين الفردي : وهو الدين الذي يهتم بتنظيم واجبات الفرد تجاه ربه وتجاه نفسه وان يكترث بتنظيم العلاقات الاجتماعية تنظيماً موضوعياً مثل الدين المسيحي من الاديان السماوية والدين البوذي من الاديان الغير السماوية .

٤- الدين الجماعي : وهو الدين الذي يعنى بتنظيم العلاقات الاجتماعية تنظيماً موضوعياً وعيانته بحكم العقيدة والوجدان مثل الدين الاسلامي واليهودي من الاديان السماوية

والكونفوشيوسية من الاديان غير السماوية والمقصود بالتنظيم الموضوعي هو حكم مختلف المجالات في الحياة الاجتماعية وتنظيم الروابط بين الاشخاص في المجتمع تنظيماً دقيقاً يسوق القواعد العامة والاحكام التفصيلية .

ثانياً / وجه الشبه بين قواعد القانون وقواعد الدين .
تقوم بين هاتين الطائفتين من القواعد جملة وجوه الشبه تنصب على الخصائص الاتية :-
١- تماثلهما من حيث الغاية غير المباشرة لان الهدف القانوني غير المباشر وغرض الدين واحد لان كلاهما يرمي الى السمو بالمجتمع البشري واسعاده .
٢- توصف قواعد القانون والدين جميعاً بانها عامة ينصرف حكمها الى كل من انصف بصفة معينة من الاشخاص او توافرت فيه شروط محددة من الافعال تعلق بها حكم القاعدة .
٣- تتميز قواعد القانون والدين بانها قواعد سلوك اجتماعية تهدف الى تحديد سلوك الفرد في الهيئة الاجتماعية وتقويمه وفرضه عليه فرضاً مطلقاً لا شرطياً .
٤- توصف جميعها بانها قواعد ملزمة تقترن بجزاء يحمل الناس على اتباعها .
٥- تتميز جميعها بالوضوح والاستقرار فلا يشوبها الغموض ويسهل التعرف عليها بالرجوع الى المدونات وغيرها من المواطن التي تجمع قواعدها .

ثالثاً - وجوه الاختلاف بين قواعد القانون وقواعد الاديان
١- اختلافهما من حيث الاصل او المصدر : فالأديان كافة فردية او جماعية تعتمد احكامها من قوة عليا غير منظورة وان تباينت هذه القوة العليا يتباين الاديان فقد تكون سماوية هي الذات الاهلية وقد تكون غير سماوية اما قواعد القانون فتكون من وضع البشر سواءً كان فرداً او هيئة او يفرزها المجتمع وان جاز ان يكون الدين مصدراً تاريخياً لها او ان يكون الدين الجماعي مصدراً رسمياً لها في احيان اخرى .
٢- اختلافها من حيث الغاية المباشرة : فالأديان كافة فردية او جماعية تنزع بالانسان نحو الكمال الذاتي وترمي الى اقامة المجتمع على اساس الفضيلة والخير والعدالة ، اما قواعد القانون فتهدف الى غاية نفعية هي حسن التنظيم الاجتماعي وارساله على اساس العدل .
٣- تباينهما من حيث مقياس الحكم على التصرفات : اذ يبدو المقياس في دائرة القانون مقياساً ظاهرياً او خارجياً ينصب على التصرف في مظهره المادي دون ان يتعداه الى ما يكمن من نوايا وبواعث ، خلافاً لمقياس الحكم في الاديان فاذا كان الدين فردياً اضحى مقياس الحكم فيه باطنياً او داخلياً صرفاً ، واذا كان الدين جماعياً كان المقياس فيه مزدوجاً ، مقاساً ظاهرياً يعول عليه الحساب القضائي الدنيوي ومقاساً باطنياً يعتمد عليه الحساب الاخروي . وترتكز عليه قيمه التصرف في نظر الدين .
٤- تباينها من حيث النطاق : لان قواعد القانون لا تعنى الا بتنظيم الروابط الاجتماعية ولا تحكم الا فئة من هذه الروابط ، اما الاديان فتتفاوت من حيث النطاق فاذا كان الدين فردياً تميز بنطاق مستقل عن نطاق القانون لأنه يركز اهتمامه على حكم واجبات الانسان نحو خالقه وتجاه نفسه ولا يكترث بتنظيم الروابط الاجتماعية موضوعياً واذا كان الدين جماعياً تميز

بنطاق اوسع من القانون ، لانه كما يشارك القانون في تنظيم العلاقات الاجتماعية تنظيماً موضوعياً يعنى كذلك بحكم واجبات الفرد تجاه ربه وحيال نفسه .
٥-اختلافهما من حيث الجزاء ، لان الجزاء القانوني يبدو في صورة عقاب وانه يوصف بجزاء مادي ويكون اذى ظاهراً منظماً تفرضه السلطة العامة اما الجزاء الديني فيكون عقاباً او ثواباً ماديين غير منظمين يوقعه الله سبحانه وتعالى في الحياة الاخرة اذا كان الدين فردياً ويكون الجزاء مزدوجاً دنيوياً في صورة عقاب واخروي في صورتي عقاب او ثواب في الاديان الجماعية ويختلف الجزاء القانوني عن الجزاء الدنيوي من حيث شروطه وصورة والغرض منه .

((التمييز بين القاعدة القانونية والقاعدة الاخلاقية))
اولاً / تعريف قواعد الاخلاق ومصادرها :
تعرف هذه القواعد بانها مجموعة المبادئ التي يعتبرها الناس في زمن ما قواعد في زمن ما قواعد سلوك تتبع بدافع من الشعور الذاتي والرأي السائد والا تعرض مخالفها الى سخط الجميع وازدراء اقرانه والتي تحدد على اساس ما استقر في الاذهان من افكار عن الخير والشر ابتغاء السمو بالقس البشرية نحو المثل العليا من خلال التمسك بالفضائل وتجنب الرذائل في اقامة الروابط الاجتماعية .

وتستمد قواعد الاخلاق مصدرها ثلاثة :
الدين / اذ ان كافة الاديان تضم احكاماً اخلاقية تهدف الى تهذيب النفس والسمو بها وترسم طرف الفضيلة وتخص الناس على السير فيه وتحدد في ذات الوقت طرق الرذيلة وتنهى الناس عن سلوكها .
مقتضيات الحياة / اذ ان اوضاع المجتمع وما يقتضيه تمثل ينبوع تنبع منه قواعد الاخلاق فما يعتبر رذيله في عصر ما او مجتمع ما قد لا يوصف كذلك في مجمع اخر او في عصر لاحق وما يعد فضيلة قد يعد رذيلة يتأثر عاملي الزمان والمكان مثلاً : الربا محرم في الشريعة الاسلامية ، بينما كثير من صورة لا يعد كذلك في كثير من المجتمعات المعاصرة والكذب رذيلة منهي عنها في الشريعة الاسلامية الا ان الكذب البسيط كما يعبر عنه او الابيض يعد من وسائل الاعلان والدعاية في مجتمعنا المعاصر
النظريات التأملية : يعد التأمل في النفس البشرية وطبيعتها والتأمل في اسرار الحياة وأسس المجتمع كان وما يزال الكثير من قواعد الاخلاق .
ثانياً / خصائص قواعد الاخلاق .
تتصف قواعد الاخلاق بالخصائص الاتية :
١- انها قواعد سلوك تهدف الى ادراك مثل اعلى للسلوك القويم والضمير الطاهر وتنشد للسمو بالنفس الانسانية نحو الكمال .

٢- انها تعمل في دائرة واجب الانسان نحو ربه وواجبه حيال نفسه وواجبه حيال نفسه وواجبه تجاه الغير .
٣- انها تفرض على الانسان في دائرة روابطه مع غيره نوعين من الواجبات
اولهما سلبي / يحضه عن الامتناع من على الاعتداء على حقوق الاخرين ونشاطه .
ثانيهما ايجابي / يفرض عليه مساعدة الغير والتضحية في سبيل اسعاد الاخرين والاخر بيدهم .
٤- انها قواعد عامة مجردة لأنها تتضمن خطاباً موجهاً الى الناس كافة يسمو اعلى التفضيلات في حكمه وينطوي على النظام في تطبيقه .
٥- انها قواعد ملزمة بقدر ما لاقترانها بجزاء عادي يتعرض له مخالفها وهو ازدراء المجمع وتأنيب الضمير
٦- انها قواعد نسبية وذلك لان بعضها قد يوصف بالخلود الا ان معظمها غير ثابت لأنها تختلف باختلاف المجتمعات وباختلاف الازمان .
٧- انها قواعد غامضة مبعثرة يعوزها الوضوح ولا تستقر في موطن يسهل الرجوع اليه وذلك لأنها تستقر في ضمير الجماعة فيكون من العسير تدوينها ويتعذر الإحاطة بها علماً .

((اوجه الاختلاف بين قواعد القانون وبين قواعد الاخلاق))

١- اختلافها من حيث مقياس الحكم على التصرفات : وذلك لان مقياس الحكم على التصرفات في دائرة الاخلاق هو مقياس داخلي او باطني يتوغل في سرائر النفوس ويكشف الدوافع فالعبرة بالنية دائماً في نظر الاخلاق لا بالعمل واثاره . اما مقياس الحكم على التصرفات في دائرة القانون فهو ظاهري خارجي يعتمد على السلوك الخارجي للشخص فالقانون لا يعتد بالنية المجردة التي لا تبرز الى العالم الخارجي او لا بدل عليها دليل .

٢- اختلافها من حيث الوضوح والاستقرار:
فقواعد الاخلاق تمييز بغموضها وبتشتتها فهي غير واضحة المعالم وهي غير مستقرة لعدم وجود موظف يجمع قواعدها لأنها تكمن في الضمائر اما قواعد القانون فهي قواعد واضحة مستقرة فهي واضحة لأنها مقررة في الغالب في صيغ محددة وهي مستقرة في مواطن يسهل الرجوع اليها لا للتعرف عليها مثل التشريعات والقوانين .

٣- اختلافهما من حيث الجزاء
والاختلاف هنا من حيث طبيعة الجزاء ومن يتولى توقيعه فمن حيث طبيعة الجزاء فان جزاء مخالفة قواعد الاخلاق جزاء ادبي غير قابل بطبيعته للتنفيذ المادي ويبدو في صورتين : عذاب الضمير وسخط المجتمع .
اما جزاء مخالفة قواعد القانون يكون جزاء مادياً يبدو في صورة اذى ظاهر محدداً جنسًا وقدراً .
اما من حيث من يتولى توقيعه فان جزاء مخالفة قواعد الاخلاق جزاء يوقعه ضمير الاثم في صورة وخز وتكبية وضمير الجماعة في صورة سخط او اشمئزاز ، اما الجزاء القانوني فتهدد به السلطة العامة وتوقعه مؤسساتها القضائية .

٤- اختلافهما من حيث التطبيق :
ويظهر الاختلاف من ناحيتين .
أ- من حيث انواع الواجبات التي تتولى القاعدتان :
فان قواعد الاخلاق تحكم مختلف الواجبات التي يتحملها الفرد في صيانه كواجبه نحو ربه ونحو نفسه وحيال غيره خلافاً لقواعد القانون التي تحكم واجب الفرد نحو غيره وان امتد حكمها الى فئة من الواجبات الاخرى لذا تبدو قواعد الاخلاق اوسع من القانون في هذه الناحية
ب-من حيث ما تتناوله القاعدتان بالتنظيم من الروابط الاجتماعية فقد تبدو قواعد الاخلاق اوسع نطاقاً من قواعد القانون لأنها تتناول بالحكم واجبات لا تمتد اليها يد القانون لان الاخلاق تفرض على الانسان في دائرة واجباته نحو الغير نوعين من الواجبات هما : الواجب الايجابي المتمثل بمعاونة غيره والتضحية في سبيل اسعاد الاخرين والواجب السلبي المتمثل بامتناعه عن الاعتداء على الغير ، اما القانون فانه يفرض الواجبات السلبية كأصل ويعتني ببعض الواجبات مثل احكام النفقة ودفع الضرائب الا انها لا تصل الى المدى الذي تبلغه قواعد الاخلاق.

((اوجه الصلة او التشابه بين قواعد القانون والاخلاق))
١-تعد الاخلاق مثلاً اعلى يلهم القانون احكامه في المجال الذي يشتركان في تنظيمه وكلما نمى احساس المجتمع ونضج وعيه تعاظم نشاط القانون في دائرة الاخلاق وبرز دور الاخلاق في تكوين القاعدة القانونية .
٢- تعد الاخلاق مقياساً تقاس به سلامة التصرفات القانونية وهي بذلك تمارس سلطاناً واسعاً في دائرة روابط القانون تقره النصوص في كثير من التشريعات .
٣- كما تلعب الاخلاق دوراً هاماً في تكوين القاعدة القانونية كذلك فانها تلعب دوراً ملحوظاً عند اصدار الاحكام في حالة افتقاد النص والعرف ، اذ اعتبر الكثير من المشرعين ان مبادئ العدالة مصدراً رسمياً للقانون يرجع اليه القاضي عند الافتقاد الى الحكم في الصادر الرسمية الاخرى .
٤- قد يتأثر القانون بمبادئ الاخلاق في المجال الذي يعد فيه الواجب تكليفاً قانونياً والتزاماً مدنياً لسقوط قوته الملزمة . اي انه قد يفقد الالتزام المدني قوته الملزمة لسبب من الاسباب مثل التقادم ويسقط عمن التزم به فاذا انقضت المدة المحددة قانونياً للمطالبة بالحق سقط الحق بالتقادم ، بيد انه عندما كانت قواعد الاخلاق لا تقر بضياع الحق على صاحبه لمجرد عدم المطالبة به فقد حاول القانون التوفيق بين دواعي الاستقرار في التعامل وبين مقتضيات الاخلاق .

(المحاضرة الثانية)

((مصادر القانون))

يقصد بالمصدر هو : الاصل الذي يرجع اليه الشيء او الينبوع الذي ينبغ منه واهتم رجال القانون في البحث بمصادر القانون الا انهم قرنوا هذا اللفظ يوصف يؤثر في تحديد موقع المصدر في دائرتي نشوء القاعدة او تطبيقها الملزم ، لذا تعددت الاوصاف في لفظ المصدر على النحو الاتي :

اولاً / المصدر التاريخي : ويقصد به المرجع الذي استقى منه المشرع احكام تشريعه فيقال ان المشرع العراقي قد استمد احكام القانون المدني من مصدرين تاريخيين هما الشريعة الاسلامية والقانون المدني المصري .

ثانياً / المصدر المادي / وهو المصدر الذي يزود القاعدة القانونية بمضمونها اي بمادتها ، ويعني جميع الاصول الواقعية والفكرية التي تلم بمجتمع ما فتشمل الظروف الطبيعية والجغرافية والسياسية والاقتصادية والقيم الاخلاقية والدين والمثل العليا التي تسود المجتمع .

ثالثاً / المصدر الرسمي : ويعني الطريق الذي تنفذ منه القاعدة او الوسيلة التي تخرج بها الى حيز الوجود لتصبح واجبة التطبيق ويسمى ايضاً المصدر الشكلي فهو يسمى مصدراً رسمياً لانه يعني الطريق المعتمد الذي تكتسب مادة القاعدة شكلها الملزم بمرورها منه فتصبح واجبة الاتباع وهو يسمى مصدراً شكلياً لانه يعني الشكل الذي منه الارادة الملزمة للجماعة .

رابعاً / المصدر التفسيري : ويعني المرجع الذي يستعان به لازالة ما في الفاظ القاعدة من غموض ولاستكمال نقص احكامها ولازالة التعارض بين احكام عدد من القواعد وقد يسمى المصدر التفسيري مصدراً غير رسمي .

((مصادر القانون العراقي))

حددت المادة الاولى من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل المصادر الرسمية والمصادر التفسيرية للقانون في فقرتيها (الثانية والثالثة) وبذلك تقسم مصادر القانون العراقي الى مصادر رسمية واخرى تفسيرية وهو ما سيجري بيانه وعلى النحو الاتي : -

اولاً / المصادر الرسمية او الشكلية للقانون العراقي .

حددت الفقرة (٢) من المادة الاولى من القانون المدني العراقي المصادر الرسمية للقانون العراقي وذكرتها حسب تسلسل اهميتها فنصت على ((اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقييد بمذهب معين فاذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة.

لذا : نرى ان هذه المادة جعلت من النص التشريعي اعلاها منزلة واعتبرته المصدر الاصلي ، فاذا لم يجد القاضي نصاً يطبقه تحتم عليه الرجوع الى مصادر رسمية اخرى والتي تكون هي بمثابة مصادر احتياطية ويتقدم العرف هذه المصادر الاحتياطية عليه مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملاءمة لنصوص التقنين المدني ودون التقييد بمذهب معين ، فاذا لم يجد القاضي الحكم فيما تقدم فعليه الرجوع الى قواعد العدالة ليستلهم منها حكمه لذا سيتم بيان هذه المصادر بشيء من التركيز.

((التشريع))

ان كلمة التشريع تفيد معنيين : -

أ- قيام السلطة عامة مختصة في الدولة بوضع القواعد القانونية في صورة مكتوبة واعطائها قوة الالزام والتشريع بهذا المعنى هو ما يعد مصدراً رسمياً للقانون .

ب – هو النص الذي يصدر عن السلطة العامة المختصة بسنه في الدولة والمتضمن قاعدة قانونية او اكثر صيغت في هذا النص صياغة فنية مكتوبة والتشريع بهذا المعنى يفيد معنى القانون الخاص .

٢- خصائص التشريع .

من خلال تعريف التشريع في اعلاه يتضح بانه يمتاز بخصائص تتمثل في الاتي :-

أ- انه يضع او يشتمل على قاعدة قانونية بخصائصها المعروفة من حيث انها قاعدة عامة ومجردة وتقترن بجزاء يفرض على من يخالفها ، عليه يجب التوافر وحق التشريع قيام عنصر موضوعي وعنصر شكلي .

ويقصد بالعنصر الموضوعي : وجود قاعدة قانونية تتوافر في شأنها الخصائص السابق بيانها ، ويتصل ذلك بمضمون التشريع وهو ما يطلق عليه (التشريع) بالمعنى الموضوعي او المادي .

اما المقصود بالعنصر الشكلي هو : صدور القاعدة القانونية طبقاً لقواعد بين التشريع المكررة في الدستور .

ب- التشريع يصدر في صورة مكتوبة :

اذا ان القاعدة التشريعية تصدر في صورة وثيقة رسمية مكتوبة ويحقق الشكل المكتوب للقاعدة القانونية التحديد والثبات اللازمين لاستقرار المعاملات ويزيل عنها كل غموض او ابهام قد يتعلق بوجودها او تاريخ نشأتها .

ج/ التشريع يصدر عن سلطة مختصة بوضعه :

اذ لا تتكون القاعدة التشريعية بطريقة تلقائية داخل الجماعة كما هو الحال بالنسبة للعرف ، بل لا بد من تدخل ارادة واعية تتولى وضعها والالزام بها وتتمثل هذه الارادة في السلطة التشريعية ، حيث يمنحها الدستور بوصفها سلطة عامة ذات سيادة الاختصاص بوضع التشريعات ، وقد ادى ظهور مبدأ الفصل بين السلطات الى اختصاص السلطة التشريعية بوضع القواعد القانونية التي تنظم المجتمع وتعد هذه القواعد تعبيراً عن ارادة الشعب ، لان المجلس الذي يتولى وضعها يتم انتخابه عن طريق الشعب .

((انواع التشريع))

يتدرج التشريع من حيث قوته الملزمة فتجده على ثلاثة انواع تتفاوت من حيث قوتها وهي على النحو الاتي :-

اولاً / التشريع الدستوري او الدستور .

وهو التشريع الذي يضع الاساس الذي يقوم عليه نظام الدولة ويحدد طريقة ممارسة السلطة من قبل الحكام فيها فهو يحدد شكل الحكم في الدولة ويعين السلطات العامه فيها واختصاص كل منها وينظم علاقات بعضها ببعض وعلاقاتها بالافراد ويقر للافراد الحقوق والحريات العامة في مواجهة الدولة .

اما عن كيفية سن او وضع الدستور ، فان طريقة سن الدستور او السلطة التي تتولى وضعه تختلف باختلاف الاوضاع السياسية في المجتمع ويصدر الدستور عادة بواحدة من اربع طرق :

١- يصدر في صورة منحه من الحكام في الدولة الى الشعب .

٢- يصدر في صورة عقد بين الشعب وبين صاحب السلطة .

٣- قد يصدر عن طريق جمعية تأسيسه منتخبه من الشعب

٤- قد يصدر عن الشعب مباشرة عن طريق الاستفتاء .

وعند الامعان والتدقيق في هذه الطرق نجد ان الطريقة الاولى والثانية لا تتفقان مع المبادئ الديمقراطية التي تتأسس على فكرة سيادة الشعب واعتبار انه مصدر السلطات اذ ان الدستور يصدر عن طريقهما في مجتمعات لم تستقر فيها القيم الديمقراطية واذ كان صدوره يجيء في الغالب بتأثير من الضغط الشعبي .

اما الطريقتان الاخريان فانهما تنسجمان مع مبدأ سيادة الشعب وان كانت تتفاوتان من حيث مدى اسهام الشعب في سن دستورهما اذ ان سنة عن طريق جمعية تأسيسية ينتخب الشعب اعضائها وفي صدوره عن هذه الجمعية يكون اصدق تعبيراً عن الارادة العامة واوسع مجالاً لتمحيص احكامه من قبل من وضع الشعب فيهم ثقته عن طريق الانتخاب ، اما سنه عن طريق الاستفتاء فهو وان قام على فكرة ان الشعب مصدر السلطات الا ان الدستور يوضع من قبل السلطة القائمة ليطرح بعد ذلك على استفتاء شعبي وقد لا يترك مجالاً لتمحيص احكامه وتفهم تفصيلاته وابداء الراي في نواقصه اذ ليس امام الشعب الا ان يختار بين الموافقة عليه برمته او رفضه بأجمعه وفي ذلك احراج للراي العام وتضيف على حرية التعبير لان الشعب غالباً ما يفضل الابقاء على الوضع القائم قبل صدوره ولعل افضل طريقة لسن الدستور واكثرها انسجاماً مع المبدأ الديمقراطي في جوهره لا في مظهره فحسب هي التي تجمع بين الطريقتين الثالثة والرابعة معاً .

ثانياً / التشريع العادي او القانون او التشريع الرئيسي : ويقصد به : هو التشريع الذي تسنه السلطة التشريعية في الدولة في حدود اختصاصها المبين في الدستور .

واذا كان الاصل ان السلطة التشريعية هي التي تتولى سنه الا ان من الجائز ان تحل السلطه التنفيذية محل السلطة التشريعية في سنه على سبيل الاستثناء وذلك يقع في حالتين هما :

اولاهما : حالة الضرورة كما لو وقعت في فترة حل مجلس النواب او في احداث تقتضي الاسراع في اتخاذ التدابير او الحلول لمواجهتها عن طريق قرارات لها قوة القانون .

ثانيهمـــا : في حالـــة التفـــويض او التخويـــل اذ قـــد تخـــول الســـلطة التشريـــعية السـلطة التنفيذيـة حـق اصـدار قـرارات لهـا قـوة القـانون في حـدود مسـائل معينـة ولفـترة محـددة في التخويـل بـدافع الرغبـة في احاطـة التشريـع بالسريـة قبـل اصـداره ويسـمى هـذا التشريـع الاسـتثنائي ومـا يبـدو عليـه التشريـع العـادي في العـراق هـو صـورتان همـا القـانون والقـرار الـذي لـه قـوة القـانون ولا وجـود لتشريع الضرورة او تشريع التفويض .

امـا عـن كيفيـة سـن التشريـع العـادي تتـولى السـلطة التشريـعية في الدولـة سـن التشريـع العـادي في حـدود اختصاصـها الـذي رسـمه الدسـتور ، وان مصـطلح (السـلطة التشريـعية) يعـني الهيئـة او الجهـة الـتي تمـارس وظيفـة سـن القواعـد القانونيـة وتبـدو هـذه الهيئـة في الـبلاد الديمقراطيـة بشـكل هيئـة ينتخـب الشـعب اعضـائها وتطلـق عليهـا تسـميات مختلفـة مثـل (البرلمـان او مجلـس النـواب او المجلـس النيـابي او الجمعيـة الوطنيـة او المجلـس الـوطني او مجلـس الامـه او مجلـس الشـعب) ويمـر التشريـع العـادي في ظـل النظـام البرلمـاني مـن حيث سنه بثلاث مراحل هي :

١- مرحلة اقتراح التشريع .
٢- مرحلة التصويت عليه .
٣- مرحلة التصديق .

ثالثـاً / التشريـع الفـرعي : ويمثـل هـذا التشريـع ادنى انـواع التشريـع مرتبتـاً ويقصد به :

هـو التشريـع الـذي تصـدره السـلطة التنفيذيـة بمـا لهـا مـن اختصـاص اصـيل يحـول لهـا في الدسـتور ابتغـاء تنفيـذ التشريـع العائـدي او تنظـيم المرافـق والخـدمات العامـة والسـلطة التنفيذيـة في اصـدارها . وهـذا التشريـع تحـل محـل السـلطة التشريـعية حلـولاً مؤقتـاً وانمـا تبـدو صـاحبة اختصـاص اصـيل نـص عليـه الدسـتور رغبـةً في تخفيـف اعبـاء السـلطة التشريـعية وحرصـاً عـلى تخليـص القـوانين مـن التفضـيلات الجزئيـة وتسـليماً بقـدرة السـلطة التنفيذيـة عـلى التعـرف عـلى التفضـيلات الخاصـة بتنفيـذ القـوانين واختيـار الملائـم للمصـالح والمرافـق العامـة ، لان التشريـع العـادي لا يتنـاول بـالتنظيم جميـع التفضـيلات الدقيقـة فيمـا يتناولهـا بـالحكم عـلى مسـائل ، لتعـذر المـام السـلطة التشريـعية بهـا ولانهـا تظهـر في الغالـب عنـد تطبيـق القـانون ولـذلك يـترك امـر تنفيـذها وتنظيمهـا للسـلطة التنفيذيـة بمـا ينـاط بهـا مـن اختصـاص اصـيل ويتمثـل التشريـع الفـرعي في العـراق بمـا يسـمى ب(الانظمـة والتعليمـات ، الانظمـة الداخليـة) ويقصـد بالنظـام : هـو التشريـع الـذي تضـعه السـلطة التنفيذيـة لتيسير تنفيذ القانون الصادر من السلطة التشريعية .

اما التعليمات فهي: تشريع فرعي يقصد به تيسير تطبيق قانوناً نافذ او نظام صادر .

وتوضع التعليمات من قبل جهة رسمية (وزارة) او جهة اخرى خولها القانون او النظام بالنص الصريح اصدار التعليمات اللازمة لتفصيل المجمل في احكامه ولبيان الضروري من الاجراءات في تطبيقه لذا فان التعليمات تكون اقل قوة وادنى مرتبة من النظام لانها كما تصدر تنظيماً لتنفيذ القانون فقد تصدر تسهيلاً لتطبيق النظام .

اما النظام الداخلي فيقصد منه : هو التشريع الذي يصدر استناداً الى نص تضمنه قانون صدر لشيء او يحكم مؤسسة ما يخول مجلس ادارة المؤسسة الرسمية او شبه الرسمية حق اصداره لتنظيم كيانها . وتيسير اعمالها فيتولى النظام الداخلي تحديد اغراض المؤسسة وبيان تشكيلاتها وتنظيم ميزانيتها وملاكها وصلاحيتها ويصدر منها ممثلة في مجلس ادارتها ولما كان النظام الداخلي يوضع استناداً الى نص ورد في قانون يحكم مؤسسه ما ينبغي ان لا يخرج في احكامه عن حدود الغرض من اصداره وان لا يخالف ما جاء في القانون من احكام .

((نفاذ التشريع والرقابة على صحته))

من اجل الالمام بنفاذ القانون والالتزام بتطبيقه لا بد من البحث في امور ثلاثة وهي (اصدار التشريع ونشره والاعتذار بجهله) وعلى النحو الاتي :

اولاً / اصدار التشريع

يقصد بإصدار التشريع هو تسجيل وجوده القانوني والامر بتنفيذه ممن يملك سلطة الامر بالتنفيذ وهي السلطة التنفيذية ويعد الاصدار بمثابة شهادة ميلاد للتشريع تصدر عن السلطة التنفيذية يثبت بها مولودة مكتمل الخلقة اي : مستكمل الاجراءات صنعه وفقاً لأحكام الدستور ويتضمن امراً من السلطة التنفيذية توجهه الى رجالها بالقيام بتنفيذه كلاً فيما يخصه باعتباره تشريعاً واجب الاتباع وهذا الامر بالتنفيذ هو الذي يكسب التشريع قوة النفاذ ولابد من صدوره من السلطة التنفيذية لان المكلفين بالتنفيذ هم عمالها ولا تملك سلطة اخرى فرض التكليف عليهم .

واغلب الدساتير لا تنص على مدة معينة ينبغي اصدار التشريع خلالها بعد سنه من قبل السلطة المختصة لان الاصل ان الاصدار يجب ان يتم فور تمام سن التشريع دون ابطاء بيد انه من المستحسن ان يتم تحديد مدة

الاصدار دون ان يترك هذا الامر حتى يمنع بذلك التراضي والعناد من قبل السلطة التنفيذية في اصداره خاصةً اذا كان التشريع تشريعاً عادياً تسنه السلطة التشريعية وعليه :

مما تقدم يتضح ان الاصدار هو عملية قانونية وفاتحه لمرحلة نفاذ القانون ويعد عملاً تنفيذياً لا عملاً تشريعياً لأنه يعقب مرحلة صنع التشريع وتستهل به مرحلة وضعه موضع التنفيذ .

ثانياً / نشر التشريع : لايكون التشريع ملزماً للمخاطبين به الا من وقت حمله او وصوله الى عملهم او اتاحة الفرصة لهم للعلم به وذلك ما يتحقق عن طريق نشره .

فالنشر يعني : ابلاغ مضمون التشريع الى الكافة واحاطتهم علماً او تيسير سبل عملهم بما ينطوي عليه من تكليف ، لان التكليف لا يكون الا بامر معلوم والتشريع لا يكون معلوماً الا بنشره واشهاره كما ان العدل يقتضي عدم تطبيق التشريع على المخاطبين به قبل علمهم بصدوره ولما كانت المصلحة العامة تقتضي الاسراع بتطبيق التشريع تحقيقاً للغرض من اصداره ولما كان علم جميع الناس بصدور التشريع علماً حقيقياً امراً متعذراً لذا : جرت الشرائع على افتراض اعلم بصدوره بمجرد شهره او نشره بوسيلة يتم تحددها بموجب القانون وهذه الوسيلة المعتمد هي نشر نصوص التشريع في الجريدة الرسمية للدولة .عليه فان النشر في الجريدة الرسمية يكفي لافتراض علم المخاطبين بصدور التشريع ومضمونه ايا كان نوع التشريع دستورياً او عادياً او فرعياً ولا تغني عن هذه الوسيلة ايه وسيلة اخرى حتى وان بدت اكثر جدوى في اذاعته واشهاره فلا تحل محل النشر في الجريدة الرسمية اذاعته في المذياع او تلاوته في التلفاز او تعليق نسخه منه في اماكن بارزة بل لا يغني عن النشر بهذه الوسيلة علم المخاطبين بأحكامه علماً يقيناً كأعضاء السلطتين التشريعية والتنفيذية فلا يكون التشريع ملزماً لهم ولا يمكن الاحتجاج به عليهم وان احاطوا علما بصدوره وبمضمونه قبل نشره في الجريدة الرسمية للدولة ، وهذه الجريدة في العراق تسمى (جريدة الوقائع العراقية) .

ثالثاً / قاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون . تعنى هذه القاعدة افتراض علم الكافة بصدور التشريع واحاطتهم علماً بإحكامه منذ نفاذة سواء كان وقت نشره او من تاريخ اخر نص عليه التشريع .

وعدم جواز الاعتذار بجهل التشريع يتفرع عن مبدأ افتراض العلم بالقانون وامتناع الاعتذار بجهله منذ خروج القاعدة القانونية بعد تكونيها الى حيز التطبيق عن طريق اي مصدر من المصادر الرسمية فيخضع لحكمها الكافة منذ ذلك الوقت ولايصلح الجهل بها عذراً للإعفاء من حكمها وعليه فان هذه

القاعدة لا تقتصر على التشريع وانما تنحسب على القواعد القانونية جميعاً ايا كان مصدرها الرسمي .

وتقوم هذه القاعدة على اساس من قواعد العدل وما تقتظيه من مساواة الناس امام القانون اضراراً للنظام ودرءً للفوضى ، فاذا نشر القانون سرى حكمه في حق المخاطبين كافة ولو ابيح او أجيز الاحتجاج بجهله لتعذر تطبيقه على اكثر الناس وفي ذلك مساس بسيادة النظام وهدر المبدأ المساواة واخلال بالمصلحة العامة فضلاً عن ان القاعدة القانونية تتميز بقوتها الملزمة الذاتية التي تستمدها من وجودها لا من عامل خارجي هو العلم بها وفي الاعتذار بجهلها انكار لقوتها الملزمة التي تبعث من ذاتها من وقت نافذها .

((الرقابة على صحة التشريع))

يجب ان لا يتعارض التشريع العادي احكام التشريع الدستوري . كما يجب ان لا يعارض التشريع الفرعي أياً من التشريع الدستوري او التشريع العادي .

ومن اجل ضمان عدم التعارض هذا يقتضي او يستلزم فرض رقابة على كل من التشريع العادي والتشريع الفردي وهذه الرقابة تشير إلى أمرين هما :

اولاً / تحديد الجزاء الذي ينبغي فرضه عند المخالفة .

ثانياً / تحديد الجهة التي توقع هذا الجزاء وتمارس تلك الرقابة .

فالجزاء اما ا يكون الغاء التشريع او عدم تطبيق القواعد القانونية التي تضمنها التشريع الادنى المخالف .

اما الجهة التي تمارس الرقابة وتوقع الجزاء فهي حتماً غير الجهة او السلطة التي وضعت قواعد التشريع الادنى وذلك لان مهمة الرقابة على التشريع لو اعطيت او خولت الى ذات السلطة التي وضعته لانتفت القيمة العملية والعلمية للرقابة ولانعدام مجال فرض الجزاء .

والاصل ان تكون الجهة التي تمارس الرقابة على صحة التشريع وهي (هيئة قضائية) لان مهمة الرقابة تنطوي او تتضمن تفسير قواعد قانونية تتضمنها تشريعات تتدرج في مرتبتها المعرفة ما اذا كان هناك تعارض في الاحكام فيما بينها ولتقدير الغاء او تعطيل احكام التشريع الادنى عند التثبيت من التعارض وهي مهمة قضائية لا يمكن ان تتولاها الا جهة مختصة بتفسير القواعد القانونية وتطبيقها .

والرقابة على التشريع كما تتناول ضمان سلامته من حيث الشكل فتتناول ايضاً كفالة صحته من حيث الموضوع ، وان الرقابة قد تنصب على التشريع بعد نفاذه فقد تنصب كذلك في المراحل الاولى لتحضيره كذلك فانها كما ترد على التشريع العادي لضمان دستورية اي عدم تعارضه مع احكام الدستور كذلك فانها ترد على التشريع الفرعي لضمان دستورية وقانونية معاً .

عليه فان الرقابة على صحة التشريع تعنى ضمان توافر الشكل الصحيح للتشريع وضمان عدم التعارض في الاحكام بين التشريعيين الاعلى والادنى وفرض الجزاء في الحالتين من قبل السلطة المختصة بالرقابة وان الاصل في هذه الرقابة ان تكون (قضائية) تمارسها المحاكم .

((سريان القانون من حيث المكان))

بعد نفاذ التشريع تبرز الى حيز الوجود اشكالية تتعلق في تحديد نطاق تطبيقه من حيث المكان ومن حيث الزمان ، فاذا صدر التشريع واصبح نافذاً ثار تساؤل عن الاقليم الذي يسري فيه اي (المكان) تطبيقه وعن الزمان الذي يبدأ عنده سريانه لذا سيتم تناول سريان التشريع من حيث المكان والزمان بشكل منفصل وعلى النحو الاتي :

اولاً / سريان القانون من حيث المكان :

يقصد به : تحديد المكان او الاقليم الذي يسود فيه تطبيق القانون وان هذا الامر في ذاته لا يثير مشكلة اذا نشأت العلاقة القانونية بين مواطنين وحلت من عنصر اجنبي ، لان قانون الدولة هو الذي يعم ويحكم اقليمها ، الا ان الامر ينعقد اذا كان احد اطراف العلاقة عنصر اجنبي مثل : ابرام عقد بين مواطن واجنبي او ارتكب اجنبي جريمة في اقليم الدولة فهل تخضع العلاقة الاولى (العقد) او يخضع الجاني لقانون الدولة التي نمت فيها العلاقة او الجريمة في اقليمها ام يجوز اخضاع العلاقة او الجريمة الى قانون اجنبي ؟

يتنازع هذا الامر مبدآن هما : مبدأ اقليمية القانون ومبدأ شخصية القانون ، لذا سيتم الكلام عن هذين المبدأين بشيء من الايجاز :

أ/ مبدأ اقليمية القوانين .

يتأسس هذا المبدأ على سيادة الدولة على اقليمها وسلطانها وعلى رعاياها ومضمونه او مفاده : ان قانون الدولة هو الذي يسري على جميع اقليمها وينصرف الى جميع الاشخاص القاطنين فيه سواءً كانوا ، ام اجانب ، وانه

يقف عند حدود اقليم الدولة فلا يتعداه الى رعاياها القاطنين خارجه والمقيمين في دولة اجنبية .

وهذا المبدأ متأصل وعريق في القدم وكان يهدف على عزل الدول القديمة عن بعضها وعدم تشابك او تعقد العلاقات بين افرادها كذلك لتأكيد سيادة الدولة على اراضيها بدون منازع ، بيد ان هذا المبدأ ما لبث ان تصدع الى مدى ما منذ القرن الثالث عشر الميلادي بسبب نمو او تنامي التجارة ونشابك العلاقات بين افراد الدويلات او الدول مما اقتضى السماح بتطبيق قانون اجنبي على اقليم الدولة .

ب/ مبدأ شخصية القانون .

ومضمونه : هو انه بما ان للدولة السيادة التامة على رعاياها فان ذلك يقتضي ان تسري قوانينها على جميع رعاياها سواء كان قاطناً في اقليمها او كان مستقراً في اقليم دولة اجنبية وقد ظهر او تطبيق لهذا المبدأ في الدويلات الايطالية في القرن الثالث عشر بعد ازدهار التجارة وتشابك العلاقات بين افراد هذه الدويلات ونزوح الكثير من الاجانب للاستقرار في اقليم دولة اخرى وقد بدأ ظهوره عن طريق المجاملات الدولية ثم استقر بتأثير من اعتبارات المصلحة والعدالة .

((مدى تطبيق المبدأين في فروع القانون العام))

تعد قواعد القانون العام الداخلي هي القواعد التي تنظم العلاقات التي تظهر فيها الدولة باعتبارها صاحبة السيادة في المجتمع فهي تربط ارتباطاً وثيقاً بسيادة الدولة وسلطانها على اقليمها لذلك فان الاصل في قواعد القانون العام ان تطبق اقليمياً الا انه هناك استثناءات ترد وفي مجالات ضيقة على هذا المبدأ واهمها هي :

أ/ في دائرة القانون الدستوري لا يتمتع الاجانب بما نص عليه الدستور من بعض الحقوق العامة والسياسية مثل (حق الانتخاب ، حق الترشيح للهيئات النيابية ، واجب الخدمة العسكرية ، لان هذه الحقوق تمثل مظهراً للانتقاء الى الوطن .

ب/ في دائرة القانون الاداري والمالي : يحرم الاجانب من حق تولي الوظائف العامة وان جاز ارتباطهم بعقود خاصة ، وكذلك قد يعفى الاجانب من دفع الضرائب لاعتبارات يقدرها المشرع ترتبط بالمصلحة العامة او تكون على سبيل المجاملة .

ج/ اما في مجال او دائرة القانون الجنائي فهناك العديد من الاستثناءات التي ترد على مبدأ اقليمية القانون كما هو الحال في قانون العقوبات العراقي النافذ والتي تتمثل في الاتي .:

١- اجاز هذا القانون امتداد قانون العقوبات العراقي الى خارج اقليم الدولة بالنسبة الى جرائم معينة قدر المشرع خطورتها حفاظاً على امن وسلامة الدولة ايا كان مرتكبها عراقياً او اجنبياً اذ نجد ان المادة (٩) منه اشارت الى تطبيق احكامه على كل من ارتكب خارج العراق جريمة تمس امن الدولة العراقية الخارجي او الداخلي او ضد نظامها او سنداتها المأذون بإصدارها قانونياً او طوابعها او جريمة تزوير في اوراقها الرسمية او العملة الورقية او المسكوكات المعدنية .

٢- يطبق القانون العراقي على كل من ارتكب جريمة من الجرائم المنصوص عليها في المادة (١٣) من قانون العقوبات العراقي حتى وان كان ارتكابها في خارج العراق وذلك رغبة في رعايها مصلحة المجتمع الدولي والحفاظ على أمن العائلة الدولية ومن هذه الجرائم هي : جرائم تخريب او تعطيل رسائل المخابرات والمواصلات الدولية والاتجار بالنساء او الصغار او بالرقيق او المخدرات .

٣- قلص او حد المشرع العراقي من نطاق مبدأ اقليمه القانون مراعاة على بعض الفئات من المسؤولين اذ نجد المادة (١١) نصت على عدم سريان قانون العقوبات العراقي على الاشخاص الذين يتمتعون بحصانة مقررة بمقتضى الاتفاقيات الدولية او القانون الدولي العام والقانون الداخلي وفي مقدمة هؤلاء رؤساء الدولي واعضاء البعثات الدبلوماسية هذا فيما يتعلق بمبدأ إقليمه القوانين ، اما فيما يخص مبدأ شخصية القانون نرى بان المشرع العراقي قد اخذ به في الحالات الاتية :

١- اخضع المشرع العراقي لحكم قانون العقوبات بموجب المادة (١٠) منه للمواطن العراقي الذي يرتكب جريمة خارج العراق اذا وجد في العراق وكانت الجريمة جناية او جنحة وكانت معاقب عليها بمقتضى قانون محل ارتكابها ويطبق عليها القانون العراقي حتى ولو اكتسب الجاني الجنسية العراقية بعد ارتكاب الجريمة او كان متمتع بالجنسية العر اقية وقت ارتكابها وفقدها بعد ذلك .

٢- سريان احكام قانون العقوبات حسب نص المادة (١/١٢) على كل من ارتكب جريمة في الخارج من موظفي الجمهورية والمكلفين بخدمة عامة لها اثناء تأدية اعمالهم او بسببها بشرط ان تكون الجريمة جناية او جنحة .

٣- نصت المادة (٢/١٢) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ بإخضاع رجال السلك الدبلوماسي العراقي في الخارج الذين لا

يخضـــون الى احكـــام القـــانون الجنـــائي في الدولـــة الـــتي يقيمـــون فيهـــا لتمـــتعهم بالحصـــانة الدبلوماســـية لأحكـــام القـــانون العـــراقي اذا ارتكبـــوا جناية او جنحه مما نص عليها القانون العراقي .

((تطبيق المبدئية في فروع القانون الخاص))

بدايـــة تعـــرف قواعـــد القـــانون الخـــاص بانهـــا مجموعـــة مـــن القواعـــد الـــتي لمعظـــم الروابط بين الاشخاص في المجتمع او بعضهم وبين الدولة .

والاصـــل ان يحـــدد المشرـــع الـــوطني مـــدى تطبيـــق قواعـــد العامـــة الخـــاص الـــداخلي فيقـــرر الحـــالات الـــتي ياخـــذ بهـــا مبـــدأ اقليميـــة القـــانون والحـــالات الـــتي يعتمـــد فيهـــا مبـــدأ شخصـــية القـــانون وهـــو في الغالـــب لا يكـــون حـــداً في هـــذه التمديـــد وانمـــا يـــترك عنـــد مقتضـــيات العـــرف الـــدولي والاتفاقيـــات الدوليـــة عنـــد اخـــذ بمبـــدأ شخصـــية القـــانون فيتـــولى العـــرف الـــدولي والاتفاقيـــات الدوليـــة تحديـــد كثـــير مـــن الحـــالات الـــتي ينـــبغي عـــلى المشرـــع الـــوطني ان ياخـــذ في نطاقهـــا بمبـــدأ شخصـــية القـــانون وينـــبغي عـــلى المشرـــع الـــوطني الحـــد في توســـيع نطـــاق تطبيـــق هـــذا المبـــدأ في غيرها من الحلات نزولاً عند اعتبارات المجاملة او المعاملة بالمثل .

الواقـــع ان المشرـــع العـــراقي اخـــذ بمبـــدأ شخصـــية القـــانون عـــلى نطـــاق واســـع في مجـــال الاحـــوال الشخصـــية حيـــث نجـــد انـــه نـــص في المـــادة (٢) عـــلى انـــه تسرـــي احكام هذا القانون على العراقيين الا ما استثني منهم بقانون خاص .

اما في دائرة القانون المدني التجاري :

نـــرى ان المشرـــع العـــراقي تمســـك بمبـــدأ اقليميـــة القـــانون لكنـــه ســـمح بـــبعض الاســـتثناءات الـــتي يطبـــق فيهـــا القـــانون الاجنـــبي والـــتي اشـــار اليهـــا في الفـــرع الاول من الفصل الاول من الباب التمهيدي للقانون المدني العراقي .

ثالثاً / سريان القانون من حيث الزمان .

يـــتحكم بموضـــوع سريانـــه مـــن حيـــث الزمـــان مبـــدأ عـــدم رجعيـــه القـــانون لـــذا ســـيتم بإيجاز بيان المراد من هذا المبدأ .

المقصـــود بمبـــدأ عـــدم رجعيـــه القـــانون : هـــو عـــدم سريـــان القـــانون عـــلى الوقـــائع والتصرـــفات وأثارهـــا الـــتي تمـــت قبـــل نفـــاذه وهـــو يســـتند عـــلى ثلاثـــة حجـــج وهي : المنطق والعدل والمصلحة .

فمـــن حيـــث المنطـــق : فانـــه لـــيس مـــن المنطـــق ان يســـحب اثـــر القـــانون عـــلى الوقائع التي سبقت نفاذه .

اما من حيث العدل : فليس من العدالة ان يسري القانون على الوقائع التي سبق نفاذه وتمت في ظل قانون اخر ، لان الاشخاص قد اطمأنوا الى ما يحكم علاقاتهم وافعالهم من قواعد قانونية ، فليس من العدل ان ترتكب جريمة في ظل قانون يحدد عقوبة لها ثم يعاقب عليها الشخص بعقوبة اخرى اقرها قانون جديد ، للحفاظ على استقرار المعاملات ودعم الثقة بالقانون .

كذلك الحال فان المصلحة العامة تقتضي ان يكون هناك استقرار في تطبيق القانون وعدم التأرجح في تطبيقه ولضمان ثقة المواطنين بالقانون وتطبيقه فأن المصلحة العامة تقضي بعدم سريانه على الحالات السابقة لنفاذة .

ونجد بان المشرع العراقي قد اخذ بهذا المبدأ في القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل في المادة (١/١٠)

الا ان هناك استثناءات ترد على مبدأ عدم رجعية القانون وهي :

١- النص الصريح : اي انه اذا نص المشرع بسريان القانون على الماضي بشكل وبنص صريح في القانون فهنا يسري هذا القانون على ما وقع قبل نفاذه من وقائع وتصرفات .
٢- القانون التفسيري : ويراد منه التشريع الذي يصدر لإزالة غموض شابه النص القانوني النافذ وادى الى ارتباك القضاء في تفسيره وتطبيقه فاذا اصدر القانون التفسيري سرت احكامه على الوقائع القائمة وقت نفاذه دون الوقائع التي حسمت من قبل القضاء قبل صدوره .
٣- القانون المتعلق بالنظام العام : تسري احكام هذا القانون على الماض ولا يحق لاحد الاعتراض على تطبيقها بحجة مساسها بحق المكتسبة ومع ذلك يجب ان يلاحظ ان هذه القوانين اذا تعلقت بمسائل احوال الشخصية سرت على الماضي دون خلاف في المسائل الموضوعية مثل : الجمع بين الاختين الذي حرمه الاسلام بأثر رجعي دون المسائل الشكلية التي لا اثر لها في نطاقها لمبدأ الرجعية فمن اسلم لا يطلب منه اعادة عقد زواجه بالشكل الذي يتطلبه الاسلام .
٤- القانون الاصلح للمتهم : فاذا ما صدر الحكم النهائي قبل نفاذ القانون الجديد الذي اعتبر الفعل المكون للجريمة مباح فعلى السلطة المختصة ان توقف تنفيذ الحكم وتطلق صراح المحكوم عليه واذا صدر القانون الجديد محفظاً من عقوبة الجريمة وجب على المحكمة المختصة اعادة النظر في العقوبة لتخفيفها ويقع ذلك عن طريق طلب يقدم وموافقة المحكمة عليه وقد اشار المشرع العراقي الى هذا الاستثناء في المادة (٢/٢) من قانون العقوبات العراقي النافذ رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل .

((تفسير التشريع))

التفسير لغة :

يعني لغة البيان والتوضيح لكشف المراد

اما اصطلاحاً : فيراد منه : ازالة الغموض الذي يعتري النص وتوضيح المبهم منه للقضاء والتفسير بهذا المعنى لا يقع الا في حالة غموض النص فلا شأن له بنقص احكام النص او يعارض اجزاء القانون هذا المعنى الاصطلاحي الضيق .

اما المعنى الواسع للتفسير فهو : توضيح ما غمض من الفاضه وتقويم عيوبه واستكمال ما نقص من احكامه والتدقيق بين اجزاءه المتعارضة وتكييفه على نحو يجاري متطلبات المجتمع وروح العصر والتفسير بهذا المعنى يلازم تطبيق القانون ويقتضي فهم معناه لايجاد الحل المناسب للحكم .

((حالات التفسير))

اولاً / الغموض يعني : ابهام اللفظ اي خفاء وعدم وضوح على نحو يقتضي جهداً من المفسر لتحديد المعنى المقصود ويشأ الغموض الاسباب منها : احتمال اللفظ اكثر من معنى واحد او غرابة اللفظ من معناه اللغوي .

ثانياً / النقص في الحكم .

ويعني انعدام النص او ان يفوت النص حكم حالات كان ينبغي ان يحكمها او بتعبير اخر ان يجيء النص بحكم حالة واحدة من جملة من الحالات كان ينبغي ان يستوعبها النص بالحكم كان بنص الحكم على تحريم التعامل في تركه مستقبلية دون ان ينص الحكم التعامل في الاحوال المستقبلية بصورة عامة .

ثالثاً / التعارض بين احكام النصوص .

ويقصد منه ان تاتي احكام نص او عدد من النصوص غير متوافقة مع بعضها وكثيراً ما يقع التعارض في الحياة القانونية ويرجع السبب في ذلك الى تسرع المشرع في اصدار تشريع يحكم مسألة معينة دون استيعاب دقيق لاحكام التشريعات الصادرة في شأنها لتحاشي التعارض فيما بينها .

((انواع التفسير))

اولاً / التفسير التشريعي :

وهو التفسير الذي يصدر عن المشرع لإزالة غموض او سد نقص او تقويم عيب في قانون سابق اختلفت المحاكم في تطبيقه ولم تهتدي الى معرفة قصد المشرع منه وذلك ابتغاء ضبط المقصود بالقاعدة القانونية وقد تضاءلت اهمية هذا النوع من التفسير في الوقت الحاضر .

ثانياً / التفسير القضائي :

وفقاً لهذا النوع يتولى القضاء مهمة التفسير بحكم طبيعة وظيفته فهو الذي يتولى تطبيق القانون على القضاية المنظورة من قبله وهو الذي يواجه عملياً غموض التشريع ونقصه وعيوبه وهو الذي يعمل على استنباط الاحكام للوقائع التي لا يعتبر على حكم لها في النصوص ويتميز هذا النوع من التفسير بالطابع العملي لانه يواجه واقع الحياة فهو في تفسيره للتشريع يتأثر بالظروف المحيطة ويسعى الى جعل احكام القانون متماشية مع حاجات المجتمع وتطور اوضاعه لذا فان القضاء في قيامه بمهمة التفسير يلعب دور هاماً في تطوير القانون .

ثالثاً/ التفسير الفقهي :

ويقصد به التفسير الذي يقوم به الفقهاء في شرحهم للقانون ويتميز هذا التفسير بطابعه النظري لان الفقه عندما يقوم بالتفسير لا يعرض لحالات خاصة وانما يستخلص قواعد عامة ويعمد الى التاهيل العلمي والمنطقي دون ان يعتمد في التفسير على وقائع الحياة .

وهذا النوع من التفسير لا يكون ملزماً للقضاء الا ان القضاء كثيراً ما يتأثر بهذا التفسير لاعتبارات ادبية لا سيما اذا صدر الراي من فقيه جليل كذلك فان الفقهاء غالباً ما يتأثرون بما اتجهت اليه المحاكم في اخذها لظروف الحياة العملية بعين الاعتبار وكثيراً ما يتأثر القضاء باراء الفقهاء السديدة وقد يحملهم ذلك الى العدول عن اتجاه قضائي سابق ، لذا فالتعاون بين الفقه والقضاء وثيق في الوقت الحاضر والتأشير بينهما متبادل .

رابعاً / التفسير الاداري :

وهو التفسير الذي يقوم به السلطات الادارية في صورة منشورات وتعليمات تصدرها الى اتباعها في السلك الاداري لتفسير تشريع ما او نص في تشريع ولا

يمتنع هذا النوع باي قوة ملزمة بالنسبة للقضاء وانما يعتبر بمثابة راي شخصي ويقصر الزامه على من وجه اليه التفسير من رجال الادارة .

((الغاء التشريع))

يقصد بالإلغاء هو : انهاء العمل بالنص التشريعي ورفع قوته الملزمة والحكمة من الالغاء هي انتفاء المصلحة من العمل بتشريع سابق بالنظر لان التشريع يهدف الى تحقيق المصالح فاذا ثبت ان المصالح لا تتحقق في ظل تشريع ما عمد المشرع الى الغائه ، والالغاء يسمى ايضاً (نسخاً) .

((السلطة المختصة بالإلغاء))

تطبيقاً لمبدأ تدرج التشريع فان النص لا يلغى الا بنص يماثله قوة او يكون اقوى منه وان كل عمل قانوني قائم وناخذ لا يلغى ولا يعدل الا بعمل اخر يتعارض معه ويستوفى نفس الاجراءات التي اتبعت في انشائه لذا فان التشريع الفرعي يلغى بتشريع فرعي اخر او بقانون او بدستور ، كما ان التشريع الرئيسي او القانون لا يلغى الا بقانون اخر او بدستور ، اما الدستور فلا يعدل الا بموجب الاجراءات التي نص عليها ولا يلغى الا بدستور اخر ولا يجوز ان يقع العكس اي لا يمكن الغاء قانون بتشريع فرعي (نظام او تعليمات) .

((انواع الالغاء))

اولاً – الالغاء الصريح

ويعني الغاء النص التشريعي بنص تشريعي اخر ويتحقق في الحالات الاتية :

أ-ان يصدر تشريع يلغى تشريعاً سابقاً بنص صريح دون احلال تشريع لاحق محل تشريع سابق .

ب-ان يصدر تشريع لاحق تتعارض احكامه او بعضها مع احكام تشريع سابق وينص المشرع صراحة في التشريع اللاحق على الغاء ما يتعارض مع احكامه كلياً او جزئياً في تشريع او تشريعات سابقة .

ج-ان يصدر تشريع يقضي بالنص الصريح على سريانه مده محددة او في ظروف معينة وانقضت تلك المدة او انتهت تلك والظروف فان العمل به ينتهي عندئذ مثل التشريعات التي تصدر اثناء الحروب مثل قانون اعلان حالة الطوارئ او قانون التسعيرة الجبرية في ظل ظروف اقتصادية تحتم اصدارها .

د-اذا لـم يستوفي التشريع شرطاً او ردة او طلبه الدستور ، كأن يصدر التشريع في ظل ظروف اقتضى صدوره او اشترط الدستور عرضها على المجلس او السلطة التشريعية خلال مدة معينة خطوره ولم يعرض هذا التشريع على هذه الجهة خلال المدة المحددة لعرضه .

ثانياً : الالغاء الضمني

يقصد به الغاء حكم تشريع سابق بتشريع لاحق دون ان ينص فيه على الالغاء ويتحقق ذلك في حالتين :

أ-ان تاتي احكام التشريع اللاحق متعارضة مع احكام التشريع السابق كلياً او جزئياً ولم يرد في التشريع اللاحق نص بالإلغاء ، وتجدر الاشارة هنا ان التعارض في احكام القوانين لا يعني دائماً الغاء النص السابق بالنص اللاحق الا اذا كان كلاهما من صفة واحدة كأن يكون كلاهما قد جاء بحكم عام او يجئ كلاهما بحكم خاص.

ب-ان يقوم التشريع اللاحق باعادة تنظيم وضع قانوني تناوله تشريع سابق بالتنظيم دون ان ينص على الغاء التشريع القديم ، اذ تحل قواعد التشريع اللاحق محل جميع قواعد التشريع السابق مثل : اذا صدر قانون ضمان اجتماعي جديد فانه يحل محل قانون الضمان السابق وان لم ينص المشرع عل الغاء القانون السابق .

((المصدر الثاني للقانون))

٢- العُرف

يعد العرف المصدر الاخر من المصادر الرسمية للقانون باعتباره مصدراً احتياطياً يتم اللجوء اليه في حال عدم المام او شمولية النص التشريعي للحالة او الواقعة المعروضة امام القانون ويقصد بالعرف :

هو اعتياد الناس على سلوك معين في تنظيم ناحية من نواحي حياتهم الاجتماعية بحيث تنشأ منه قاعدة يسود الاعتقاد بضرورة الالتزام بها .

وتنشأ القاعدة العرفية بدافع الحاجة الى تنظيم علاقة اجتماعية فاذا اصطلح طرفا هذه العلاقة على حل لتنظيمها او احتكما الى شخص للفصل في نزاعهما وقضى بحل واقبل الناس على اتباع هذا الحل لتنظيم تلك الناحية من نواحي حياتهم الاجتماعية بدافع من حب التقليد متى شعروا بصلاحه ،

وهكذا يكون هناك تؤثر على اتباع هذا الفعل بالشكل الذي يولد اعتقاد بضرورة الالتزام بها لتمضي العادة في طريقها الى دائرة العرف .

((اركان العرف))

اولاً / الركن المادي :

وهو نشوء عادة قانونية وهذا يتطلب توافر شروط وهي :

١-ان تتعلق العادة بالعلاقات القانونية القائمة بين الاشخاص في المجتمع وقيامها في دائرة معاملاتهم .

٢-عموم العادة : اي انه ينبغي ان تكون العادة عامة من حيث الاشخاص الذين تتناولهم بالحكم فلا تقتصر بالتطبيق على شخص او اشخاص معينين بذاتهم وانما تتوجه اليهم بصفاتهم وتكون عامة في المكان الذي تتبع فيه باطراد .

٣-قدم العادة : ويعني مضي زمن طويل على نشوئها واطراد العمل بها مما يؤكد عمومها وثباتها وبدل على رسوخ اثرها في النفوس واطمئنان الناس الى الحل الذي تضعه .

٤-اطراد العادة : ويقصد بذلك اتباع العادة بصورة متواترة ومنتظمة اي تكرار تطبيقها على نسق واحد بحيث يتوافر لما عندها معنى الاستقرار واتباعها بصورة مستمرة اي بصورة غير متقطعة .

٥-معرفة الناس بالعادة وشيوع امرها : لان العادة نشأ عن اصطلاح طرفين في علاقة قانونية على وضعها والسير بمقتضياتها فترة من الزمن بصورة مطردة ثابته ولا يكفي ذلك الا بالعمل بمقتضاها من قبل اغلب المخاطبين بها وليس عدد محدود وهذا لا يتحقق الا اذا شاع وجودها بين الناس واحاطوا علماً بمضمونها .

٦-عدم مخالفة العادة في حكمها لنصوص التشريع الأمرة لان هذه القواعد الامرة تتعلق بكيان المجتمع ومصالحه العليا و لا يجوز للعادة ان تخالف مضمونها .

٧-عدم مخالفة العادة للنظام العام والآداب العامة في المجتمع .

ثانياً / الركن المعنوي :

ويقصد به توافر الاعتقاد بلزوم العادة لان العادة لا تصبح عرفاً الا اذا اعتقد الناس بانها ملزمة وشعروا بما لها من القوة التي تقضي باتباعهم لها ، لذا فان

تـوافر الـركن المـادي لا يكـفي لوجـود العـرف وانمـا ينـبغي لوجـوده مـن ان يتحقـق لـه الوجـود المعنـوي او النفسي ويسـتقر في ردع النـاس الاعتقـاد بوجـوب اتباعهـا باعتبارهـا قانونـاً يقـترن بجـزاء مـادي تفرضـه السـلطة العامـة عنـد مخالفتهـا ويغـير هـذا الاعتقـاد وجـود للعـرف باعتبـاره قانونـاً ملزمـاً بـل يـبقى عـادة يملك الافراد مخالفتها دون تعرض لجزاء قانوني .

مزايا العرف

١-انه يعد تعبيراً صادقاً عما يرتضيه افراد المجتمع في تنظيم علاقاتهم .

٢-انـه يتـابع المجتمـع في تطـوير ويبـدو اكـثر مرونـة في مسـايرة الاوضـاع الاجتماعية من القانون المكتوب .

٣-انـه يسـد الـنقص في التشريـع فيعتـبر مصـدراً للقـانون مكمـلاً لـه ويسـاعده في تنظيم فيحكم ما احال التشريع اليه حكمه .

((عيوب العرف))

١- انـه يعجـز عـن تحقيـق تغـير عاجـل في القـانون لمواكبـة سرعـة تطـور المجتمع في بعض نواحي حياته بسبب البطئ في تكوينه .
٢- انـه يـؤدي الى ضـياع وحـدة القـانون في الدولـة بسـبب ضـيق نطـاق تطبيقـه لان العـرف غالبـاً مـا يكـون محليـاً او مهنيـاً ويـندر ان يعـم الدولـة بأسرها .
٣- انـه لا يضـمن مـا ينـبغي ان يحققـه القـانون في المجتمـع مـن نظـام وطيـد وتعامـل مسـتقر بسـبب غمـوض قواعـده وصـعوبة التثبـت مـن وجودهـا والتحقـق مـن مضـمونها ، لان قواعـد العـرف فضـلاً عـن بـطء تكوينهـا تقتصر على انشـاء مضـمون القاعـدة القانونيـة فقـط وتفتقـد الصـياغة المحكمـة الـتي تـدرج فيهـا قواعـد التشريـع لتكفـل التعـرف عـلى الحقـوق والواجبات وتضمن استقرار التعامل .

((المصدر الثالث للقانون))

٣-مبادئ الشريعة الاسلامية

يقتصر اثـر الشريـعة الاسـلامية في الحيـاة القانونيـة خاصـة في العـراق عـلى حقلـين مـن حقـول القـانون همـا : الاحـوال الشخصـية والاحـوال العينيـة او المعاملات المالية .

ويقصد بالاحوال الشخصية : مجموعه القواعد التي تحكم روابط الفرد باسرته من زواج وما يتفرع عنه مثل الحضانة والرضاعة والنسب والطلاق والعدة والنفقة وما يتصل به مثل الميراث والوصية والقواعد التي تحدد الشخصية مثل الاهلية .

وتعد الشريعة الاسلامية هي المصدر التاريخي الاوحد لقانون الاحوال الشخصية والمصدر الرسمي لما فات المشرع من احكام وذلك طبقاً لما نص عليه قانون الاحوال الشخصية المعدل رقم (٨٨) لسنه ١٩٥٩ حيث نصت المادة (١) على ما ياتي : ((تسري النصوص التشريعية في هذا القانون على جميع المسائل التي تتناولها الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون او اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص القانون))

ام الاحوال العينية او المعاملات المالية . فيراد منه القواعد التي تنظم الروابط المتعلقة بالنشاط المالي للشخص فتحدد معنى المال وانواعه وتعنى بحكم الحقوق التي ترد عليه من حقوق عينيه وشخصية ومعنوية وتخضع الاحوال العينية في العراق لحكم القانون المدني دون الاحوال الشخصية اسوة بالقوانين المدنية في البلاد العربية وتعد الشريعة الاسلامية اهم مصدر تاريخي للقانون المدني العراقي اذا اشارت المادة (٢/٢) على انه (اذا لم يوجد نص يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فاذا لو يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقييد بمذهب معين .

((المصدر الرابع للقانون))

٤- قواعد العدالة .

كما بينا سبق بان قواعد العدالة تعني ((مجموعة من القواعد تصدر عن مثل اعلى يستهدف خير الانسانية والمجتمع بما يملئ النفوس من شعور بالإنصاف وما يوحي به من حلول منصفة .

فقواعد العدالة بعدها من مصادر القانون لها اثر واضح فيه ويبدو ذلك في اتجاهين هما :

أ- انهالهم المشرع طائفة من احكام ما يسنه من قواعد ، لان المشرع عليه ان يتشبع بروح الانصاف في وضعه للاحكام وان يهدف الى السمو بالتنظيم الاجتماعي فيما يشرعه ، وان القاضي اذا ما التفت صوب

قواعد العدالة فانها سوف تلهمه ما ينبغي عليه ان يفعل وستحثه على السير بقانونه قدماً نحو الكمال .

ب- ان المشرع غالباً ما يحيل القاضي الى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة او الى قواعد العدل فقط اذا افتقد القاعدة القانونية في المصادر الرسمية المعروفة للقانون للبت في النزاع حتى يتلافى مسألة عدم الحكم او الاحراج بحجة عدم وجود قاعدة قانونية تحكم الموضوع لذا : كان القواعد العدالة تأثير واضح على سير القضاء بالاتجاه الصحيح وتطوير القانون عن طريق الاجتهاد وغياب المصادر الرسمية للقانون لتلافي القصور في التشريع وسد النقص فيه .

ثانياً / المصادر النفسية او المصادر غير الرسمية .

نصت المادة (الاولى /٣) من القانون المدني العراقي على انه (تستريث المحاكم في كل ذلك بالاحكام التي امدها القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد الاخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية) وفيها هذا النص ان القضاء والفقه تعتبران من العناصر التي تستريثها المحاكم في استخلاص قواعد القانون وتمديد نصوصها وانهما مصدران تعتبر ان القانون العراقي لهما قوة الزام تفرض اتباع احكامهما ، لذا سيتم البت في موضوع القضاء والفقه باعتبارهما من المصادر التفسيرية .

١- القضاء

يفيد لفظ القضاء :هو مجموعة المحاكم الموجودة في دولة معينة وقد يراد به ايضاً : مجموعة الاحكام التي تصدرها المحاكم ، ويقصد به هو مجموعة المبادئ القانونية المستخلصة من استقرار المحاكم على اتباعها والحكم بمقتضاها .

ويتميز القضاء بالميزات الاتية :

أ / انه يشمل الجانب العملي للقانون فيتولى تطبيق القواعد القانونية على ما يبت فيه من قضايا ويضع الحلول العملية للجزيئات

ب / يتميز بطابعه الروحي الواقعي فيتقيد بواقع الحياة ويقوم على ينبع من هذا الواقع من منازعات لحسمها ويجعل من القانون مادة حية تساير واقع البيئة المحيطة

ج/ ان المحاكم اقدر على تطبيق ما تراه من تفسير للقانون من الفقهاء بحكم وظيفتها فهي التي تتولى تطبق القانون على المنازعات وتخرج ما تراه الى حيز الوجود والعمل

٢- الفقه

يقصد بالفقه : هو مجموع اراء علماء القانون القائمة على دراسة القانون دراسة تحليلية انتقادية والجامعة بين استخلاص الاحكام القانونية من مصادرها بالطرق العلمية ومناقشة هذه الاحكام لكشف عن نقائض القانون وعيوبه

وقد يراد من الفقه بانه : علماء القانون انفسهم الذين تخصصوا في شرح القانون وتفسيره ونقده

ويمتاز الفقه بالمميزات الاتية :

أ- انه يمثل الجانب العلمي للقانون على خلاف القضاء الذي يمثل الجانب العملي له ، لأنه يقوم على استخلاص الاحكام الجزئية من الاصول الكلية للقواعد القانونية بالطرق العلمية ومناقشة قواعد القانون مناقشة علمية للكشف عن عيوبها ومزاياها ووضع نظريات عامة تنطبق على جزئيات كثيرة منسقاً بين حلولها

ب- يتميز بالطابع النظري على خلاف القضاء الذي يتميز بالطابع الواقعي

ت- ان اراء الفقهاء لا تخرج الى التطبيق العلمي الا اذا اخذت بها المحاكم طوعاً فهو ينجرد من الصيغة الرسمية ولا يتمتع بقوة الزام ذاتية تلزم القضاء بآراء الفقهاء .

(المحاضرة الثالثة)

((فروع القانون))

يقصد بفروع القانون : هي مجموعة القواعد التي تحكم حقلاً واحداً من حقول الحياة الاجتماعية وتنظيم روابط ذات طبيعة واحدة مثل : القانون المدني والقانون التجاري والقانون الدستوري لذا كان هناك عدة تقسيمات للقانون سيتم بيانها تباعاً :

اولاً / التقسيم الثنائي التقليدي للقانون

بمقتضى هذا التقسيم يضم القانون قسمين رئيسيين هما :

أ- القانون العام :

ويعرف على انه مجموعة القواعد التي تحكم الروابط الناشئة بين الافراد او بينهم وبين الدولة على اعتبارها شخصاً معنوياً عادياً

ويترتب على هذا التقسيم بعض النتائج وهي كالاتي :

١- تتمتع السلطات العامة في الدولة بامتيازات يخولها لها القانون العام لا تجد نظير لها في القانون الخاص .

٢- تخضع الاموال التي يملكها اشخاص القانون العام في الدولة لنظام قانوني تختلف عن النظام القانوني الذي يحكم الاموال الخاصة للأفراد فلا يجوز النضر بالأموال العامة او الحجز عليها كما لا يجوز تملكها بالتقادم ضماناً لدوام المنفعة .

٣- تختلف احكام مسؤولية اشخاص القانون ومسؤولية التابعين لهؤلاء الاشخاص عن الاحكام القانونية لمسؤولية اشخاص القانون الخاص .

٤- يخضع علاقات الدولة بعمالها لقواعد قانونية تختلف عن تلك التي تحكم علاقات ارباب العمل والعمال في القانون الخاص فلا يتمتع عمال المرافق العامة بحق الاضراب او التوقف عن العمل وذلك لضمان ديمومة العمل وسير المرافق العامة خلافاً للعمال في نطاق القانون الخاص .

٥- ظهور قضاء مستقل عن القضاء العادي وهو القضاء الاداري للفصل في المنازعات الناشئة في نطاق القانون العام والذي يتمتع بمكانه مرموقة في بعض الدول مثل : فرنسا ومصر ، اما المنازعات في القانون الخاص فتخضع جميعها للقضاء العادي .

٦- لا يجوز الاتفاق على مخالطة قواعد القانون العام لارتباطها بسيادة الدولة لانها قواعد آمرة ، اما قواعد القانون الخاص فيجوز الاتفاق على مخالفة البعض منها باعتبارها قواعد مكملة او مفسرة للإرادة

وتوجد فروع للقانون العام وهي :

- القانون العام الخارجي :

وهو مجموعة القواعد التي تنظم الروابط التي تبدو فيها الدولة طرفاً والتي تجاوز حدود اقليمها ويضم هذا الفرع قانوناً واحداً فقط وهو القانون (الدولي العام) .

- القانون العام الداخلي :

ويشمل هذا الفرع على فروع اخرى تتمثل بالاتي :

١- القانون الدستوري .

وهـــو مجموعـــة القواعـــد القانونيـــة الاســـاس الـــتي تحـــدد شـــكل الدولـــة ونـــوع الحكومـــة وكيفيـــة تنظـــيم ســـلطاتها العامـــة في تكوينهـــا واختصاصـــها وعلاقتهـــا فيما بينها وتقرر حقوق الافراد وعلاقتهم بالدولة وسلطاتها العامة .

٢- القانوني الاداري :

وهـــو مجموعـــة القواعـــد القانونيـــة الـــتي تـــنظم حركـــة الســـلطة التنفيذيـــة في اداء وظيفتهـــا الاداريـــة وتحـــدد الوســـائل الـــتي يمكـــن الافـــراد مـــن حمـــل هـــذه الســـلطة على اداء واجبها في هذا المجال .

٣- القانون المالي .

وهـــو مجموعـــة القواعـــد المنتظمـــة لإيـــرادات الدولـــة وهيئاتهـــا العامـــة ومصروفاتها وإجراء الموازنة بينهما .

٤- القانون الجنائي .

وينقسم هذا الفرع الى قسمين هما :

- قـــانون العقوبـــات : وهـــو مجموعـــة القواعـــد الـــتي تحـــدد الافعـــال المحرمـــة الـــتي تعـــد جـــرائم وكيفيـــة تحقـــق المســـؤولية الجنائيـــة وتحديـــد العقوبـــة المقررة لكل جريمة .
- قـــانون اصـــول المحاكمـــات الجزائيـــة وهـــو مجموعـــة القواعـــد القانونيـــة الـــتي تبـــين الاجـــراءات الواجـــب اتباعهـــا ابتـــداءاً مـــن وقـــوع الجريمـــة حـــتى تمـــام تنفيذ الحكم الصادر فيها تطبيقاً لاحكام قانون العقوبات .

ب/ القانون الخاص ويشمل :

اولاً / القانون المدني .

ويعـــرف عـــلى انـــه : مجموعـــة القواعـــد القانونيـــة الـــتي تحكـــم المعـــاملات الماليـــة بين الافراد او بينهم وبين الدولة على اعتبارها شخصاً معنوياً عادياً .

ثانياً / القانون التجاري .

هـــو مجموعـــة القواعـــد القانونيـــة الـــتي تحكـــم الاعمـــال التجاريـــة وروابـــط التجـــار وقواعده لا تنطبق بين التجار في اطار العلاقة التجارية .

ثالثاً / قانون المرافعات .

وهو مجموعة القواعد التي تبين الاجراءات التي يتبعها الفرد للوصول عن طريق السلطة العامة الى حماية حقوقه الخاصة المقررة في القانون لذا فهو يعد قانوناً شكلياً او اجرائياً .

رابعاً / القانون الدولي الخاص .

هو مجموعة القواعد القانونية التي تحدد المحكمة المختصة والقانون الواجب لتطبيق في النزاع الذي ينشأ بسبب رابطة قانونية تتميز بوجود عنصر اجنبي فيها سواء كان طرفاً في الرابطة او كان محلها او كان السبب المنشأ لها كما تحكم قواعده مسائل الجنسية ومركز الاجانب في الدولة .

ثانياً – التقسيم الثلاثي للقانون .

وفقاً لهذا التقسيم يقسم القانون الى ثلاثة اقسام وهي :

(القانون العام ، القانون الخاص ، القانون الاجتماعي)

١- القانون العام .

بحسب انصار هذا الراي فان القانون العام يشمل : القانون العام الخارجي كما يشكل اكثر فروع القانون العام الداخلي وهي (القانون الدستوري والقانون الاداري والقانون المالي) .

٢- القانون الخاص : وفقاً لهذا التقسيم يضم فرعاً واحداً وهو (القانون المدني)

٣- القانون الاجتماعي او المختلط :

يضم جميع الفروع التي كانت موزعة على القسمين السابقين غير ان من هذه الفروع ما يبدو خليطاً من القواعد لموضوعية التي تنتمي الى القانون العام والخاص مثل (القانون التجاري والبحري والجوي والزراعي وقانون العمل) .

((القواعد الآمرة والقواعد المكملة او المفسرة للإدارة))

تعرف القواعد الآمرة بانها :

القواعد التي تلزم الكافة باحترامها فلا يجوز مخالفتها او الاتفاق على استبعادها ومن الامثلة عليها : القاعدة التي تحرم القتل والقاعدة التي تلزم البائع بتسليم المبيع الى المشتري .

اما القواعد المكملة او المفسرة فتعرف :

انها القواعد التي يجوز للأفراد الاتفاق على استبعاد تطبيقها والاتفاق على خلاف حكمها فهي القواعد التي تطبق اذا لم يتفق المتعاقدان على ما يخالفها او سكتوا عن الاشارة الى موضوعها فاذا وجد الاتفاق على مخالفتها حكمها كانت العبرة بالاتفاق لان الارادة الحقيقية للأفراد اولى بالاتباع من ارادتهم المفترضة .

وقد اطلقت عليها هذه التسمية لأنها تكمل نقصاً او قصوراً في الاتفاق فان الارادة ان تحكمه او تقرر امراً يفترض ان الارادة كانت تتجه اليه لو انها التفت الى حكمه ، كما انها تفسر غموضاً شاب الارادة ومن الامثلة عليها هي : القاعدة التي تقضي بان يكون الثمن مستحق الوفاء في مكان تسليم المبيع . القاعدة التي تعض بتحميل المؤجر كلفة الترميمات في العين المؤجرة اثناء الاجازة .

((اساس التميز بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة او المفسرة للإرادة))

اساس التميز يبدو في مدى اهمية القاعدة واتصالها بكيان المجتمع ومصالحه الاساسية ومدى ما يترك للارادة من سلطان وحرية في انشاء وحكم الروابط القانونية .

فالقاعدة الامرة تمثل الارادة العليا للمجتمع في تنظيم امر بالغ الاهمية على نحو معين وتتضمن امراً او شيأً يفرض قيداً على ارادة الافراد فلا يجوز لهم الاتفاق على ما يخالفه .

اما القاعدة المكملة : فهي لا تمثل ارادة المجتمع العليا وانما تمثل الارادة المفترضة للافراد لتعلقها بالنشاط الحر لهم .

عليه فالقاعدة الامرة قاعدة مطلقة من حيث تطبيقها على الكافة وتنعدم حرية مخالفتها من قبل الاشخاص ، اما القاعدة المكملة او المفسرة للإرادة فهي قاعدة نسبية من حيث تطبيقها وللأفراد الحرية في استبعادها لانها لا تحمل بنفس المكانة من الاهمية والقوة التي تحلها القاعدة الامرة ويترتب على التميز بين هذه القواعد نتيجتان هما :

اولاً / ان مدى سلطان الارادة اتجاه القواعد القانونية يختلف تبعاً لما اذا كانت هذه القواعد امرة او كانت مكملة للإرادة فإرادة الافراد تبدو معدومة بالنسبة للقواعد الامرة على خلاف القواعد المكملة التي يكون فيها حرية الارادة والافراد بشكل مطلق .

ثانياً / ان على القاضي الالتزام بحكم القواعد الامرة او القانونية من تلقاء نفسه دون التفات الى اتفاق الخصوم ولكن عليه احترام هذا الاتفاق اذا كان مخالفاً للقواعد المكملة او المفسرة للارادة .

معيار التمييز بين القواعد الامرة والمكملة او المفسرة للارادة .

هناك معياريين للتميز بينهما :

اولاً / المعيار المادي او الشكلي او اللفظي :

ويعني ان تتضمن القاعدة لفظاً يصرح بطبيعتها الامرة او يكونها مكملة او مفسرة للارادة فتعتبر القاعدة آمرة اذا جاءت بصيغة الامر او النهي مثل (لفظ يجب ان يلزم او لا يجوز ، او ان يرد في القاعدة نص يقضي ببطلان ما يخالفها من اتفاق وقد تصرح القاعدة بانها مكملة او مفسرة او تأتي بصيغة الجواز او بالنص فيها على جواز الاتفاق على ما يخالفها) .

ثانياً / المعيار المعنوي او الموضوعي :

ويعني معنى النص وفحواه اذا لم تصرح النصوص بنوع القواعد التي تتضمنها فاذا افاد معنى النص ان القاعدة التي يتضمنها لا يجوز الاتفاق على مخالفتها او استبعادها كانت القاعدة امرة . وان افادة غير ذلك اعتبرت القاعدة مكملة او مفسرة للارادة .

(المحاضرة الرابعة)

((نظرية الحق))

تعريف الحق .

كان تعريف مثار خلاف بين الفقهاء بحسب اختلاف وجهات نظرهم لذ تولى التعريف بالحق عدة نظريات وهي :-

اولا / النظرية الشخصية (نظرية الارادة)

يعرف الحق بمقتضى هذه النظرية بانه : تلك القدرة او السلطة الارادية التي تحولها القانون لشخص من الاشخاص في نطاق معلوم فجوهر الحق هو القدرة الارادية .

ثانياً / النظرية الموضوعية (نظرية المصلحة)

يعرف الحق وفقاً لهذه النظرية بانه : مصلحة يحميها القانون وواضح هذه النظرية هو الفقيه الالماني (اميرنج) الذي لاحظ ان الحق يثبت لذوي الارادة وانما يثبت ايضاً لعدمي الارادة على السواء وليس هناك عبرة بالإرادة وانما بالغابة من الارادة اي : الغرض الذي نشطت من اجله الارادة فالمصلحة هي جوهر الحق .

ثالثاً / النظرية المختلطة .

تجمع هذه النظرية بين النظريتين السابقتين وقالوا ان الحق اذا كان سلطة ارادية فهو في الوقت نفسه مصلحة محمية اي انهم جمعوا بين عنصر الإرادة وعنصر الحق .

رابعا/ النظرية الحديثة (نظرية دابان)

يعرف الحق بحسب هذه النظرية بانه : ميزة يمنحها القانون لشخص وتحميها طرق قانونية فيكون لذلك الشخص بمقتضى تلك الميزة ان يتصرف في المال امر القانون باستئثاره به باعتباره مالكاً له او باعتبار مستحقاً له بذمة الغيرة .

((عناصر الحق))

من خلال النظريات التي عرفت الحق يتضح منها ان الحق يحتوي على عنصرين هما :

اولاً / الرابطة القانونية :

هناك صعوبة تثور في بيان ما هيه هذه الرابطة : فهناك من ذهب الى انها تعني الرابطة التي يحكمها القانون اي ان الرابطة القانونية لا يتصور وجودها الا بين الاشخاص وحدهم فلا يتصور وجودها الا بين الاشخاص على اعتبار

ان كل رابطة قانونية تفترض حقاً من ناحية والتزاماً من ناحية اخرى فليس من المعقول تكليف الاشياء بواجب او التزام .

بيد ان هذا الراي يجعلها تتوافر فقط في الحق الشخصي دون الحق العيني وللخروج من هذا المأزق ذهب فريق من الفقهاء الى القول بان الرابطة القانونية قائمة بين الاشخاص في الحق العيني كما هي في الحق الشخصي اذ توجد رابطة قانونية بين الشخص صاحب الحق العيني وبين الناس كافة يلتزمون بموجبها بالامتناع من الاعتداء على حقه .

لذا يمكن القول بان الروابط القانونية تنقسم الى نوعين :

أ – روابط اقتضاء .

وهذه لا تكون الا بين شخص وشخص اخر يلتزم بموجبها احدهما وهو المدين بان يقدم اداء معيناً للشخص الاخر الدائن .

ب – روابط تسلط .

وهذه لا تكون الا بين الاشخاص والاشياء يمارسون بموجبها سلطه مباشرة على هذه الاشياء .

ثالثاً – الاستئثار

ومعناه : ان الشخص يستأثر او ينفرد لنفسه بأشياء او قيم اي : انه يختص بها وحده دون غيره من الاشخاص فيكون هذا الشيء او هذه القيمة موضوع الحق تابعاً للشخص وهو يختص به ويمارس عليه ما يخوله له القانون من تسلط او اقتضاء دون سائر الناس فالمالك يستأثر وحده بالتسلط على ملكه وله ان يتصرف فيه بالكيفية ويحسب الحدود التي رسمها القانون

((اركان الحق))

الركن الاول : اشخاص الحق

لابد لكل حق من صاحب ينسب اليه اذ لايمكن تصور الحق الا منسوباً الى شخص من الاشخاص واذ كان الامر كذلك اي لايمكن نسبة الحق الا الى شخص فبالمقابل فان الواجب او الالتزام الذي يقابل الحق لا بد ان يقع هو الاخر على الاشخاص .

والشخص في نظر القانون هو : كل من يصلح لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزام فثبتت الشخصية القانونية للإنسان باعتباره اهلاً لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات وهو ما يطلق عليه بالإنسان الطبيعي .

بيد ان الشخصية القانونية ليست مقصورة على الانسان وحده فهي تثبت لبعض جماعات من الافراد ولبعض مجموعات الاحوال وذلك تلبيه لدواعي الضرورة العملية وهو ما يطلق عليه الشخصية الاعتبارية او المعنوية .

فالشخصية الطبيعية : يقصد بها : الانسان والمبدأ العام في القانون هو ثبوت الشخصية القانونية لكل انسان وذلك باعتباره كائناً اجتماعياً متميزاً وضعت القواعد القانونية لتنظيم شؤونه فهو علة او سبب وجود القانون والغاية منه ويترتب على ذلك ان يكون هذا الشخص اهلاً لاكساب الحقوق وتحمل الواجبات .

وتبدأ الشخصية الطبيعية للإنسان بولادته حياً بحسب نص المادة (٣٤) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل والولادة لا بد ان تكون تامة اي يجب ان ينفصل المولود عن امه انفصالاً تاماً وان يكون حياً فاذا كان كذلك ثبتت له الشخصية القانونية ويقوم الدليل على حياته بثبوت اعراض ظاهرة للحياة مثل : البكاء ، الصراخ والشهيق والحركة اما اذا ولد الجنين ميتاً فلا تبدأ الشخصية القانونية حتى ولو تمت الوفاة خلال فترة الوضع .

اما اذا انفصل عن امه بجناية فان الشخصية القانونية تثبت له ولو ولد ميتاً وثبت الواقعة بشهادة الميلاد المستخرجة من السجلات الرسمية المعدة لهذا الغرض وفقاً لقانون الاحوال المدنية فاذا انعدم الدليل هذا او تبين عدم صحة ما ادرج فيه فيجوز الاثبات عند ذلك باي طريقة اخرى حسن بص المادة (٣٥) مدني وذلك لان واقعة الولادة واقعة عادية يجوز اثباتها بكافة طرق الاثبات ، اما ما يتفرع عن هذه الواقعة من نسب فانه يخضع لقواعد الاحوال الشخصية .

اما بالنسبة لانتهاء الشخصية فيكون في حالتين :

اولاً / انتهاء الشخصية بالموت الحقيقي .

اذ تنتهي الشخصية بوفاة الشخص فعلاً وهذا ما نص عليه المادة (١/٣٤) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل لان الموتى لا يعتبرون اشخاصاً في نظر القانون وتثبت واقعة الوفاة بالسجلات الرسمية المعدة لذلك فاذا انعدم الدليل او تبين عدم صحة ما ادرج في السجلات فيجوز الاثبات بأية طريقة اخرى حسب نص المادة (٣٥) من القانون المدني العراقي .

ثانياً /انتهاء الشخصية بالموت الحكمي (حالة المفقود)

المفقود : هو الغائب الذي انقطعت اخباره فلا يعرف ان كان حياً او ميتاً ولما كان الشرع يهدف الى استقرار العلائق الاجتماعية فانه اجاز انهاء الشخصية انهاءً تقديرياً وذلك في حالة المفقود الذي غاب عن وطنه غيبة منقطعة وانقطعت اخباره بحيث يغلب احتمال موته على احتمال حياته بالرغم من انه لا يمكن تقديم دليل يبقي على وفاته لذا يجب حسم مركزه الغامض بالترخيص للقاضي باعتباره ميتاً .

بحيث تقضي شخصيته بالموت التقديري لا بالموت الحقيقي وذلك خلافاً للأصل بانتهاء الشخصية وان القانون المدني العراقي نص على ان من غاب بحيث لا يعلم اهو حي ام ميت بحكم كونه مفقوداً بناءً على طلب ذي الشأن كما اشار الى ان احكام المفقود تخضع لقانون الاحوال الشخصية حسب نص (م٣٦) من القانون المدني العراقي وحيث ان قانون الاحوال الشخصية لم ينظم احكام المفقود فانها تبقى محكومة للشرعية الاسلامية بمذاهبها المختلفة فاذا حكم بموته توزع اموله على ورثته الموجودين وقت الحكم وتعتد زوجته ان كان متزوجاً عدة الوفاة اما ظهر المفقود بعد الحكم بعد وفاته فان من شأن ذلك ان يعيد له شخصيته القانونية لان الحكم بموت المفقود هو حكم اعتيادي وليس حقيقياً على شرط ان لا يضر ذلك بحقوق الغير فاذا كانت تركته قد وزعت على الورثة فتعاد اليه اذا كانت ماتزال موجودة وتعود اليه زوجته ما لم تكن قد تزوجت من اخر حسن النية غير عالم بحياة الاول .

ثانياً / الركن الثاني (محل الحق)

لما كانت الحقوق المالية هي اما حقوق عينية او حقوق شخصية ولما كان الحق العيني هو سلطة مباشرة لشخص على شيء معين كان الشيء هو محل الحق في هذه الحالة وفي الحق الشخصي نجد ان محل الحق هو القيام بعمل او الامتناع عن العمل الذي يلتزم به المدين الذي يمكن اجباره عليه .

وفي دراستنا لموضوع الحق او محل الحق سنين اولاً موضوع او محل الحق الشخصي وهي الاعمال وثانياً موضوع او محل الحق العيني وهي الاشياء .

اولاً / الاعمال .

ان الاعمال بعدها محلاً للحقوق الشخصية اما ان تكون اعمالاً ايجابية او اعمال سلبية اي التزاماً بالقيام بعمل او الامتناع عن عمل ويشترط في اعمال بعدها محلاً للحق بعض الشروط وهي :

١- ان يكون العمل او الامتناع عنه ممكناً اي تكون من المستطاع القيام به او قد يكون العمل مستحيلاً استحاله مطلقة ويكون كذلك اذا مستحيلاً لذاته اي بالنسبة للناس كافة ، لا ان يكون مستحيلا فقط للملتزم مثل : ان يتعهد الشخص بمحور المحيط سياحة او ان يلمس السماء باصبعه وهذه تسمى (الاستحالة الطبيعية) وقد تكون الاستحالة المطلقة (استحالة قانونية) مثل : ان يتعهد الشخص باستئناف في قضية بعد انقضاء مدة الطعن الاستئنافي فهنا يكون الالتزام باطلاً للاستحالة وقد تكون الاستحالة (نسبية) فيكون الالتزام مستحيلاً على المدين فقط دون غيره ففي هذه الحالة يوجد التزام ويقوم على محل صحيح وفي الاستحالة النسبية يكون المعتدي مسؤولاً عنها .

٢- ان يكون القيام بالعمل او الامتناع عن العمل يجب ان يكون هناك للعمل (معيناً) او قابل للتعيين فاذا تعهد المقاول بإقامة بناء وجب ان يتعين هذا البناء كأن يتم تعين الطبقات التي يتكون منها البناء وعدد الغرف ومساحة كل غرفة واذا كان المحل الامتناع عن عمل فيجب تعيين نوع العمل الذي يمتنع المدين عن القيام به ومدى هذا الالتزام في الزمان والمكان .

٣- مشروعية المحل : اذ يشترط في المحل ان يكون مشروعاً فاذا كان غير مشروع بان كان مخالفاً للنظام العام او الآداب كان الالتزام باطلاً مثل : التزام الشخص بان يرتكب جريمة مقابل المال .

ثانياً / الاشياء :

الاشياء هي محل الحق العيني والشيء هو كل ماله كيان ذاتي مستقل عن الانسان مثل : الارض ، الشجر والاشياء قد تكون مادية فتدركها الحواس وقد تكون (معنوية) فلا تدرك بالحواس وانما تدرك بالفكر اي اشياء ذهنية او معنوية والاشياء المادية هي التي تصلح ان تكون محلاً للحقوق للعينية اما الاشياء المعنوية فتكون محلاً للحقوق الادبية او المعنوية وهناك من الاشياء المعنوية ما تخرج عن التعامل بها بطبيعتها اي لا يمكن التعامل بها مثل (اشعة الشمس او الهواء او البحر وقد تخرج الاشياء عن التعامل (بحكم القانون) فقد تكون قابله للتعامل بطبيعتها ولكن القانون يخرجها عن التعامل فيكون التعامل بها غير مشروع مثل التصرف في الاموال العامة المخصصة للمنفعة العامة .

(المحاضرة الخامسة)

((تقسيمات المال))

تنقسم الاشياء الى تقسيمات كثيرة اهمها :

١- اشياء قابلة للاستهلاك وغير قابلة للاستهلاك .

٢- اشياء قيمية واشياء قيمية .

٣- عقارات ومنقولات .

اولاً / الاشياء القابلة للاستهلاك والغير قابلة للاستهلاك :

فالأشياء القابلة للاستهلاك : هي الاشياء التي لا يمكن استعمالها والاستفادة منها الا اذا ادى ذلك الى استهلاكها سواءً كان الاستهلاك مادياً او قانونياً مثل النقود والمأكولات والوقود والسوائل .

اما الاشياء غير القابلة للاستهلاك : هي الاشياء التي تقبل الاستعمال المتكرر دون ان تستهلك بمجرد هذا الاستعمال مثل : الدور او الاراضي والسيارات والآلات الزراعية .

واهمية هذا التقييم هي :

١- ان حق المنفعة وحق لاستعمال لا يردان على الاشياء القابلة للاستهلاك وذلك لان المنتفع او صاحب حق الاستعمال ملزم عند انتهاء حقه برد العين الى صاحبها .

٢- هناك من العقود التي لا يمكن ان تتعلق بالاشياء القابلة للاستهلاك وهي العقود التي تلزم احد المتعاقدين برد الشيء الذي تسلمه بعد استعمال مثل : عقد الايجار فلا يجوز تاجي رشي قابل للاستهلاك اذ انه يترتب على استعمال هذا الشيء هلاكه .

ثانياً / الاشياء المثلية والاشياء القيمية .

الاشياء القيمية وتسمى ايضاً بالاشياء المعينة بالذات وهي الاشياء التي تتفاوت احادها تفاوتاً يعتد به في المعاملات ولا يقوم بعضها مقام البعض الاخر في الوفاء او بفقد نظيرها في الاسواق مثل الدور والاراضي والكتب الخطية والاحجار الكريمة .

اما الاشياء المثلة وتسمى ايضاً بالاشياء المعنية بالنوع : هي الاشياء التي نظر في اسواق التجارة بدون تفاوت بينهما او بتفاوت يسير لا يعتد به التجار او المشترون وتقدر هذه الاشياء عادة في التعامل ما بين الناس بالعدد او المقياس او الكيل او الوزن مثل النقود والحبوب والفواكه .

واهمية هذا التقسيم تتضح في الاتي :

١- تنقل الملكية في الاشياء القيمية كقاعدة عامة بمجرد انعقاد العقد ، اما في المثليات فان انتقال الملكية او الحق العيني يتراخى الى حين التسليم او التعين .

٢- هلاك الاشياء القيمية يجعل تنفيذ الالتزام المنصب عليه مستحيلاً ومن ثم يصار الى التعويض اما هلاك الاشياء المثلية فلا ينهي الالتزام ، لا مكانية تنفيذه من جنس ما هلك .

٣- ليس للمدين شيء قيمي ان يدفع شيئا غيره بدون رضا الدائن حتى ولو كان مساوياً له في القيمة او كان ذا قيمة اكبر اما الاشياء المثلية فيقوم بعضها مقام البعض الاخر في الوفاء وان لم يرضى الدائن .

ثالثاً / العقارات والمنقولات .

نصت المادة (١/٦٣) من القانون المدني العراقي على ان :

العقار كل شيء له مستقر بحيث لا يمكن نقله او تحويله دون تلف فيشمل الارض والبناء والجسور والسدود والمناجم وغير ذلك من الاشياء العقارية .

اما (المنقول) هو كل شيء يمكن نقله او تحويله دون تلف فيشمل : النقود والمكيلات والموزونات وغير ذلك من الاشياء المنقولة ومعيار التفرقة بين العقارات والمنقولات يرجع الى طبيعة الشيء فاذا امكن نقله او تحويله من مكان الى اخر دون تلف فهو منقول والا فهو عقار .

((مصادر الحق))

تستند الحقوق في وجودها الى القانون فكل الحقوق ترد الى القانونية لانه هو الذي ينظمها ويحميها بيد ان القانون يعد المصدر البعيد لكل الحقوق فما هي مصادرها القريبة المباشرة :

اولاً / الوقائع القانونية :

وهي حادث يقع فيرتب عليه القانون اثراً سواء كان الحادث من قبل الطبيعة ام من فعل الانسان وسواء كان فعل الانسان عملاً مادياً او تصرفاً ارادياً ولقد اطلع على تسمية الاحداث التي هي من فعل الطبيعة وكذلك الافعال الارادية للإنسان ب (الوقائع القانونية) بمعناها الضيق .

اذا الواقعة القانونية هي : كل حدث يقع فيترتب عليه القانون اثراً قانونياً وهو اكتساب شخص لحق لم يكن له من قبل وهذه الواقعة قد تكون من فعل الطبيعة وقد تكون من عمل الانسان .

اما الوقائع الطبيعية فهي : الوقائع التي تقع بفعل الطبيعة دون ان يكون للإنسان دخلاً في حصولها وتكون سبباً في اكساب الحقوق او في انقضائها .

فالولادة واقعة طبيعية يترتب على حدوثها قيام كافة الحقوق التي ترد على قيم لصفة بالشخصية وذلك مثل : الحق في سلامه جيده وحقه في حريته ، وكذلك الوفاة واقعة طبيعية ايضاً يترتب عليها نشوء حقوق لورثة المتوفي فتنتقل الملكية بالميراث ويصبح الوارث صاحب حق ملكية وقد تكون الواقعة الطبيعية سبباً لانقضاء الحقوق فهلاك الشيء هو واقعة مادية تؤدي الى انقضاء الحق العيني للوارد عليه ، وكذلك مضي المدة وهي واقعة طبيعية تؤدي الى انتهاء حقوق الدائنية .

اما الوقائع الانسانية فهي : الاعمال المادية التي تصدر من الانسان ويرتب القانون على مجرد حصولها اثراً قانونياً بغض النظر عما اذا كان الانسان الذي قام بالعمل قد اراد نشوء هذا الحق ام لم يرده والاعمال المادية تكون على نوعين :

١- الاعمال الضارة : وهو كل فعل او عمل مادي يقوم به الشخص ويترتب عليه ضرر لشخص اخر فينشأ نتيجة هذا الفعل حق للشخص المتضرر في مطالبة مرتكب الفعل الضار بالتعويض لما لحقه من ضرر .

٢- الاعمال النافعة : وهي كل عمل مادي يترتب عليه اثراء شخص على حساب شخص اخر دون سبب قانوني وهنا يرتب القانون لمن افتقر حقاً في الرجوع على من اثرى على حسابه وذلك بمطالبته بتعويضه عما لحقه من خسارة .

ثانياً / التصرفات القانونية :

التصرف القانوني هو : اتجاه الارادة الى احداث اثر قانوني معين قد يكون انشاء حق او نقله او تعديله او انقضائه .

والاثر القانوني الذي يترتب في هذه الحالة هو اثر ارادي اي : انى الارادة هي التي اتجهت اليه وارادته فمثلاً : في عقد البيع نتيجة ارادة البائع الى التزامه بنقل ملكية الشيء المبيع الى المشتري وكسب الحق في الثمن وتتجه ارادة المشتري نحو التزامه بالثمن وكسبه ملكية المبيع .

والتصرفات القانونية تنقسم الى قسمين :

١- تصرف صادر من جانب واحد : وهو التصرف الذي يقوم على ارادة شخص واحد تنفرد بأبرامه وتحديد اثاره ، اذ ان اساسه هو الارادة المنفردة مثل : الاقرار ، والوصية والوقف والوعد بجائزة .

٢- تصرف قانوني من جانبين : وهو التصرف الذي لا تكفي فيه ارادة واحدة لإبرامه وانما يشرط لذلك تقابل ارادتين وتطابقها على احداث الاثر القانوني ويطلق على هذا النوع من التصرفات القانونية العقد او الاتفاق مثل : عقد البيع والهبة والقرض والرهن وغيرها .

(المحاضرة السادسة)

((العقد))

يقصد بالعقد بانه : اتفاق ارادتين متطابقتين على انشاء التزام او نقله او تعديله او انهائه . بشرط ان يقصد العاقدان احداث اثر قانوني فاذا لم يكن الامر كذلك فلا يمكن ان يقوم بينهما عقد بالمعنى الذي نريده .

وقد عرف القانون المدني العراقي العقد في المادة (٧٣) منه بانه ارتباط الايجاب الصادر من احد المتعاقدين بقبول الاخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه .

((شروط صحة العقد))

تتوقف صحة العقد على توافر شرطين هما (شرط الاهليه ، خلو الارادة من العيوب)

اولاً / شرط الاهلية (اهلية التعاقد)

يعرف الفقهاء بين اهلية الوجوب واهلية الاداء :

أ – اهلية الوجوب .

وهي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات وهذا النوع يثبت للإنسان منذ ان يرى النور بل حتى الجنين في بطن امه بشرط ولادته حياً فهي لا ترتبط بقدر . الانسان على التمييز او عدم التمييز فكما تثبت للعاقل تثبت للمجنون وكما تثبت لكبير تثبت للصغير

ب – اهلية الاداء :

هي قدرة الشخص على التصرف في اموالة اي صلاحية لابرام تصرفات قانونية وهذه الاهلية لا تثبت لكل شخص وانما تثبت .لمن لديه القدرة على ابرام التصرفات القانونية له ولغيره لذا فان اهلية الاداء ترتبط وثيقاً بقدرة الانسان على التمييز وهذه القدرة تختلف من انسان الى اخر وعليه فان اهلية الانسان تمر بثلاثة مراحل .

- الصغير غير المميز وتبدأ من الولادة الى حد السنه السابعة كاملة فكل من لم يبلغها يعتبر فاقداً للتميز وم ثم يكون عديم الاهلية وتكون جميع تصرفاته باطلة سواء كانت هذه التصرفات ضارة او نافعة او دائرة بين النفع او الضرر وسواءً اجاز وليه هذه التصرفات ام لم يجزها

فلا ينعقد بيع عديم التميز ولا اجازته ولا يعتبر قبوله للهبة وانما يتولى ذلك عنه وليه اوصيه في الحدود التي رسمها القانون .

- الصغير المميز :

- يعد الصغير مميزاً من وقت بلوغه سن التمييز الى وقت بلوغه سن الرشد اي من وقت اتمامه سبع سنوات الى وقت تمام ثمانية عشر سنة ولا يقصد بوصفه مميزاً هو التميز الكامل وانما الصغير قد توفرت له بعض اسباب التميز فهو لا يزال ناقص العقل لذا يكون ناقص الاهلية وتصرفاته تكون على ثلاثة انواع :

- تصرفات صحيحة ونافذه سواءً اذن بها ولي الصغير ام لا وهي تلك التصرفات التي تكون نافعة له بشكل كامل مثل قبوله الهبة والوصية .

- تصرفات باطلة حتى وان اذن بها الولي وهي التصرفات التي تعود على الصغير بالضرر المحض مثل الهبة والاعارة .

- تصرفات موقوفة على اجازة الولي فان اجازها صحت والا فلا فهي باطلة مثل البيع والايجار وهي التصرفات الدائرة بين النفع والضرر .

- بلوغ الرشد

- وهي اتمام الثامنة عشر من العمر فهنا تنتهي الولاية عليه ويكون كامل الاهلية وله مطلق الحق في اجراء كافة التصرفات القانونية .

- ثانياً : خلو الارادة من العيوب

لابد ان تنصرف الارادة الى انعقاد العقد دون اي ضغط خارجي وان تكون هذه الارادة سليمه اي خالية من العيوب التي قد تصيب هذه الارادة سليمة اي خالية من العيوب التي قد تصيب هذه الارادة ومنها الغلط والتدريس والاكراه والتي سيتم بيانها بشكل اكثر تركيز عند الحديث عن اركان العقد .

((اركان العقد))

يقوم العقد على ثلاثة اركان وهي (الرضا ، المحل ، السبب)

اولاً : الرضاء

يتطلب الرضاء وجود الارادة فاذا انعدمت الارادة انعدم الرضا لذا : لا يتوافد الرضاء اذا صدر عن حبي غير مميز او مجنون اذ لا اعتبار لإرادتهم وتقع تصرفاتهم باطلة بطلاناً مطلقاً اذ لا يعتد الا بالرضاء الصادر من شخص مدرك مميز .

كذلك لا يعد بالرضاء الا اذا كان قائماً في الحدود التي تتطابق فيا ارادة كل من الطرفين المتعاقدين مع ارادة الطرف الاخر وهذا ما يسمى بتوافر الايجاب مع القبول .

ويشترط لكي يكون العقد صحيحاً ان يوجد الرضاء صحيحاً وهو لا يكون كذلك الا اذا صدر عن ذي اهلية وان يكون غير مرغوب مشوب بعيب من عيوب الرضاء وعيوب الرضاء هي (الاكراه ، والغلط ، والتغريم مع الغبن ، الاستغلال) والتي سيجري بيانها تباعاً وعلى النحو الاتي :

أ/ الاكراه

عرف القانون المدني العراقي الاكراه في المادة (١/١١٢) بانه (اجبار الشخص بغير حق على ان يعمل دون رضاه)

مثل: ان يضرب شخص اخر او ان يهدده بالضرب او القتل او الحبس او بالاعتداء على العرض او باي اذى اخر حتى يدفعه على ان يعطيه مبلغاً من المال او ان يبيع له ماله اوو ان يجري غير ذلك من التصرفات .

ب /الغلط

وهو وهم يتولد فذ ذهن الشخص يحمله على اعتقاد وغير الواقع ويكون هو الدافع على التعاقد فهو والحاله هذه تصور كاذب للواقع يؤدي بالشخص الى ابرام تصرف قانوني ما كان يبرمه لو تبين له حقيقته الامر مثل : ان يشتري شخصاً تمثال معتقداً انه قطعة اثرية ثم يتبين انه مجرد تقليد ، او ان يشتري حلية معتقداً انها ذهباً خالصاً ثم تبين انها من النحاس او من النحاس المطلي بالذهب

ج/ الغبن مع التغرير .

التغرير هو : ايهام الشخص بما يرغبه في الاقدام على اتعاقد ويكون ذلك بالفعل اي بالقيام بإجراءات فعلية من المتعاقد في العقود عليه يظهره به احسن مما هو على حقيقته فيدفع المتعاقد الاخر الى التعاقد تحت تأثير هذا المظهر غير الصحيح مثل : صبغ الثوب القديم ليظهره جديداً او صبغ السيارات لإيهام المشتري بانها جديدة .والتغرير وحده لا يعد عيباً من عيوب الرضاء بل لا بد من ان يصاحبه الغبن ، والغبن هو : عدم التعادل بيم ما يعطيه المتعاقد وما يأخذه فاذا دفع المشتري مثلاً للبائع ثمناً اقل من القيمة الواقعية للشيء المبيع اختل فكان البائع مغبوناً والمشتري غابناً والعكس بالعكس .

د/ الاستغلال

وهو ان يستغل شخص في اخر طيشه الواضح او الهوى الجامح لديه والذي يتملكه او حاجته او عدم خبرته فيجعله يبرم تصرفاً يؤدي الى غبنه مثل : ان تستغل شابة دلالها على زوجها الشيخ الكبير هواءه الجامح نحوها وتحمله او تجعله ان يهبها ماله

ثانياً / الركن الثاني (المحل)

لابد لكل تصرف من محل يقوم عليه وبغيره لا يقوم ، ومحل الالتزام هو الاداء الذي يجب على المدين ان يقوم به لصالح الدائن او هو المعقود عليه في العقد والمحل اما ان يكون نقل حق عيني او القيام بعمل او الامتناع عن عمل .

فمثلاً عقد البيع لا يقوم الا اذا وجد محله وهو الشيء المبيع والثمن الذي يدفعه المشتري وكذلك فان عقد الايجار لا ينعقد الا اذا وجد الشيء المؤجر واتفق فيه على قيام المستأجر على دفع اجرة مقابل الانتفاع بالعين المأجورة .

ويشترط في المحل ان يكون موجوداً او ممكناً وغير مستحيل كما يشترط فيه ايضاً ان يكون معيناً او قابلاً للتعين وغير مخالف للنظام العام والآداب اي ان يكون مشروعاً

ثالثاً / الركن الثالث (السبب)

والسبب في الالتزام العقدي وثيق الصلة بالإرادة اذ لا يتصور تحرك الارادة دون سبب .

فقد يقصد بسبب الالتزام بانه : الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول اليه من التزام البائع بتسليم المبيع هو حصول على الثمن وسبب التزام المشتري بدفع الثمن حصوله على المبيع وقد يقصد بالسبب بانه :الباعث الدافع الى التعاقد والباعث الدافع الى التعاقد هو الغرض البعيد وغير المباشر الذي جعل الملتزم يتعاقد فمثلاً :ى في عقد البيع يكون الدافع او الباعث الذي دفع المشتري الى الشراء قد يكون الحصول على الشيء المبيع للسكن او محل لممارسة التجارة او نادياً ويشترط وجود السبب وقت ابرام العقد فاذا لم يوجد السبب ابتداء كان العقد باطلاً ولا يكفي لقيام العقد وجود السبب فحسب بل يجب فوق ذلك ان يكون السبب مشروعاً بمعنى ان لايكون مخالفاً للنظام العام والآداب فاذا كان كذلك كان العقد باطلاً مطلقاً مثل : ان يهب شخص مبلغاً من المال لشخص يقصد ارتكاب جريمة .

والجزاء المترتب على تخلف احد اركان العقد او عدم توفر شروط اي ركن فيه يكون جزاءه البطلان .

((اثار العقد))

اذا نشا العقد صحيحاً توفره له قوة ملزمة وامكن اجبار المتعاقدين على تنفيذ ما ورد فيه والاصل ان اثر التصرف قاصر على من يقوم بإنشائه وهو ما يسمى بنسبة اثر العقد من حيث الاشخاص وكذلك فان الاصل ايضاً ان المتعاقد لا يلزم بما لم يتضمنه العقد وهو ما يسمى بنية اثر العقد من حيث الموضوع .

اولاً / اثر العقد من حيث الاشخاص :

اذا كان الاصل ان اثر العقد لا ينصرف الا الى المتعاقدين بحيث لا يمكن ان يلتزم شخص بمقتضى عقد لم يكن طرفاً فيه فان يجوز استثناء ان ينصرف اثر العقد الى غير المتعاقدين فيجوز ان يكسب شخص حقاً من عقد لم يكن طرفاً فيه وهو ما يسمى (الاشتراط لمصلحة الغير) ويجب ان نلاحظ ان لفظ المتعاقدين يشمل بالإضافة الى المتعاقدين نفسيهما خلفهما العام وخلفهما الخاص .

١- الخلف العام /

هو من يخلف سلفه في ذمته المالية كلها او في جزء شائع منها مثل الثلث او الربع او النصف كالوارث والموصى له بجزء شائع من التركة والخلف يخلف سلفه بمقتضى احكام الميراث والوصية فمن الطبيعي ان يتاثر بالعقود التي يبرمها سلفة وقد نصت المادة (١٤٢) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل على اثر العقد بالنسبة للمتعاقدين والخلف العام .

٢- الخلف الخاص /

وهوو من يخلف الشخص في حال معين من احواله مثل المشتري والموصي له بعين معينة (مثل ملكية دار معينة او ملكية منقول معينة) وهذا لا يتأثر بالتصرفات التي يجريها السلف اذا كانت تلك التصرفات تتعلق بالشيء الذي يخلفه فيه كما يجب ان يكون التصرف صادراً من سلفه قبل انتقال الشيء اليه فاذا ما رهن شخص داره لدى المصرف العقاري ثم باعها فانها تنتقل الى المشتري وهي مرهونه .

ثانياً / اثر العقد من حيث الموضوع .

ويقصد منه ان المتعاقد لا يلزم الا بما تضمنه العقد ولا يلزم بغير ذلك بمعنى ان قوته تنحصر بما ورد فيه فان له في حدود موضوعه قوة نفاذ مساوية لقوة القانون فيجب على المتعاقد ان ينفذ ما رتبه العقد في ذمته من التزامات والا كان مسؤولاً عن عدم تنفيذها وهذا ما يعبر عنه في الفقه بان العقد شريعة المتعاقدين .

وقد بينت المادة (١٤٦/أ) من القانون المدني العراقي انه اذا نفذ العقد كان لازماً لا يجوز لاحد المتعاقدين الرجوع عنه او تعديله الا بمقتضى نص في القانون او بالتراضي فكما لا يجوز الرجوع عنه او تعديله الا باتفاق للطرفين او وفقاً لنص قانوني فانه لا يجوز للقاضي ذلك الا اذا اجاز القانون ذلك .

((انحلال العقد))

ويقصد بانحلال العقد هو زواله بعد ابرامه ويتم ذلك عن طريق الالغاء والفسخ والانفساخ والاقالة .

١- الالغاء وهو انهاء العقد بإرادة احد احدى الطرفين وزوال اثر العقد وفي هذه الحالة يقال له الغاء العقد بارادة منفردة واهم العقود التي اجاز القانون الغائها بارادة منفردة هي الوكالة والاعارة .

٢- الفسخ وهو زوال العقد الملزم للجانبين باثر رجعي بناءً على طلب احد طرفي العقد بعد تخلف الطرف الاخر عن تنفيذ التزامه ويشترط كقاعدة عامة ولكن يقع الفسخ بعد ان يصدر حكم به من القضاء ان كان يجوز ان يتفق المتعاقدان على اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه عند تخلف احد المتعاقدين عن الوفاء بالالتزام فيقع الفسخ في هذه الحالة بمقتضى الاتفاق .

٣- الانفساخ : اذا استحال على المدين تنفيذ التزامه بسبب اجنبي لا بد له فيه انقضى الالتزام وانفسخ العقد بحكم القانون ويترتب على انقضاء الالتزام على هذا الوجه ان ينقضي الالتزام الذي يقابله .

٤- الاقالة : اذا اتفق المتعاقدان على الغاء العقد وارجاع الحال الى ما كانت عليه قبل العقد وتم رد ما سلم الى صاحبه فان هذا الاتفاق صحيح ويقال له (الاقالة) فالاقالة عقد مثل باقي العقود وهي في الوقت نفسه فسخ اتفاقي بين المتعاقدين وهو ما نصت عليه المادة (١٨٣) من القانون المدني العراقي بقولها (الاقالة في حق العاقدين فسخ وفي حق الغير عقد جديد) .

((الحقوق الشخصية))

يعرف الحق الشخصي بانه : رابطة بين شخصين دائن ومدين والتي بمقتضاها يحق للدائن مطالبة المدين باداء معين مثل : اعطاء شيء معين او القيام بعمل او الامتناع عن عمل فالعلاقة التي تنشأ عن الحق الشخصي لهما طرفان ، طرف ايجابي وهو الدائن وطرف سلبي وهو المدين .

((انواع الحقوق الشخصية))

تنقسم الحقوق الشخصية الى ثلاثة انواع وهي :

اولاً / الالتزام بإعطاء شيء

وهو التزام المدين بان ينقل للدائن ملكية شيء ما او اي حق عيني اخر مثل : التزام البائع او الواهب بنقل ملكية شيء مبيع او موهوب الى المشتري او الموهوب له .

ثانياً : الالتزام بالقيام بعمل .

هــو الــتزام المــدين بالقيــام بعمــل ايجــابي لمصــلحة الــدائن مثــل الــتزام الرســام بعمــل لوحــة لزبونــة او الــتزام المقــاول ببنــاء الــدار او الــتزام العامــل بــإداء العمــل الذي كلف به .

٣-الالتزام بالامتناع عن عمل :

وهــو الــتزام المــدين بالامتنــاع عــن عمــل يملــك القيــام بــه قانونــاً مثــل : ان يبيــع شــخص محــلاً تجاريــاً الى مشــتري اخــر يشــترط عليــه عــدم ممارســة نفــس النــوع من التجارة في المنطقة التي يقع فيها المحل الذي باعه .

((الحمد لله رب العلمين))