وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
الجامعة التقنية الشمالية
المعهد التقني الدور

الحقيبة التعليمية

القسم العلمي: تقنيات الإدارة القانونية

اسم المقرر: المدخل لدراسة القانون / نظرية الحق

المرحلة / المستوى: الأول

الفصل الدراسي: الثاني

السنة الدراسية: ٢٠٢٤-٢٠٢٥

اسم المقرر:	المدخل لدراسة القانون/ نظرية الحق						
القسم:	تقنيات الإدارة القانونية						
الكلية:	المعهد التقني الدور						
المرحلة / المستوى	الأول						
الفصل الدراسي:	الثاني						
عدد الساعات الأسبوعية:	نظري	١	عملي	٢			
عدد الوحدات الدراسية:	٣						
الرمز:	LMT104						
نوع المادة	نظري		عملي		كلهما	*	
هل يتوفر نظير للمقرر في الأقسام الأخرى	كلا						
اسم المقرر النظير							
القسم							
رمز المقرر النظير							
معلومات تدريسي المادة							
اسم مدرس (مدرسي) المقرر:	مصطفى كامل مجيد						
اللقب العلمي:	مدرس مساعد						
سنة الحصول على اللقب	٢٠٢٣						
الشهادة :	ماجستير						
سنة الحصول على الشهادة	٢٠٢١						
عدد سنوات الخبرة (تدريس)	٢ سنة						

الوصف العام للمقرر

مقرر المدخل لدراسة القانون يهدف عادة إلى تقديم الطلاب إلى أساسيات القانون والنظريات القانونية, يشمل ذلك غالبا دراسة نظريات القانون والحق, حيث يتم التركيز على فهم كيفية تطوير وتفسير القوانين والمفاهيم القانونية, يعتبر هذا المقرر أساسيا لفهم كيفية عمل النظام القانوني وتأثير القوانين على المجتمع والفرد, بما في ذلك دراسة الأصول والمبادئ التي تكون أساسا للتشريعات والقرارات القضائية.

الأهداف العامة

- يساعد الطلاب على فهم المفاهيم الأساسية في مجال القانون؟
- تعريف الطلاب بالنظام القانوني في بلدهم أو في النظام القانوني الذي يدرسونه, بما في ذلك المؤسسات القانونية والأعضاء المختلفين في النظام القانوني.
- يعزز في تطوير مهارات التفكير القانوني.

الأهداف الخاصة

- **تزويد الطلاب بالمفاهيم والمصطلحات الأساسية في مجال القانون.**
- **تعريف الطلاب للنظام القانوني الذي يدرسونه, بما في ذلك المؤسسات القانونية وأساسيات التشريع والقضاء؟**
- **تعزيز قدرات الطالب على التفكير القانوني والتحليل القانوني.**
- **فهم تطور النظام القانوني وتأثير العوامل التاريخية والثقافية عليه.**
- **تهدف لفهم أساسيات القانون وتطوير المهارات اللازمة للتفكير القانوني الناجح.**

الأهداف السلوكية أو نواتج التعلم

- تعزيز المشاركة الفعالة للطلاب في النقاشات وأنشطة التعلم الجماعي.
- تعزيز قدرات الطالب على تحليل القضايا القانونية واستنتاج الحلول المناسبة.
- الالتزام بالمبادئ الأخلاقية والمهنية اللازمة لممارسة القانون بشكل قانوني دقيق و واضح.
- تحفيز الطلاب على التفاعل بنشاط, تطوير مهارات التفكير والتحليل, وتنمية المهارات اللازمة لممارسة القانون.

المتطلبات السابقة

- لا يحتاج الطالب إلى أي مواد دراسية سابقة أو مهارات معينة .

الأهداف السلوكية أو مخرجات التعليم الأساسية		
ت	تفصيل الهدف السلوكي أو مخرج التعليم	آلية التقييم
1	. فهم المصادر الرسمية والتفسيرية للقانون.	• المحاضرات . • الواجبات الفردية والمشاركة . • الاختبارات الورقية.
2	معرفة سريان القانون من حيث الزمان والمكان.	• المحاضرات . • الواجبات الفردية والمشاركة . الاختبارات الورقية.
3	توضيح معنى الحق وأنواعه.	• المحاضرات . • الواجبات الفردية والمشاركة . الاختبارات الامتحان الورقي.
4	التمييز بين الحق العيني والحق الشخصي.	• الاختبارات المشاريع الفردية والجماعية.

الأسلوب أو الطريقة	مبررات الاختيار
المحاضرات النظرية	تهدف إلى تعليم الطالب كيفية التحليل والتعامل مع المشاكل
العصف الذهني	أسلوب يهدف إلى توليد أفكار جديدة وحلول مبتكرة للمشاكل أو التحديات المطروحة
التفكير الناقد	تهدف إلى تقييم وتحليل الأفكار والمعلومات بشكل منطقي ومنظم
التواصل اللغوي	للتأثير على الأخرين وإقناعهم بالآراء أو الفكر الذي يتم تبادله، مما يساهم في بناء القناعات والاتفاقات.
المناقشة والحوار	تهدف كلاهما إلى تبادل الآراء والأفكار بين الأفراد ومناقشة المواضيع المختلفة

المدخل لدراسة القانون / مصادر القانون ونظرية الحق							
عنوان الفصل	الوقت						
التوزيع الزمني	النظري	العملي	العنوان الرئيسي	العنوان الفرعي	طريقة التدريس	التقنيات	طرق القياس
الأسبوع الاول	**١ ساعة**	٢ ساعة	التشريع وطرق سنه	التشريع الدستوري التشريع الفرعي	محاضرة	عرض تقديمي، شرح، أسئلة وأجوبة	اختبار
الأسبوع الثاني	**١ ساعة**	**٢ ساعة**	أصول صياغة القاعدة التشريعية	نفاذ التشريع الرقابة على صحة التشريع	محاضرة	عرض تقديمي، شرح، أسئلة وأجوبة	واجبات بيتية
الأسبوع الثالث	**١ ساعة**	**٢ ساعة**	العرف	معنى العرف أركان العرف و أنواعه	محاضرة	عرض تقديمي، شرح، أسئلة وأجوبة	كتابة تقارير
الأسبوع الرابع	**١ساعة**	**٢ ساعة**	مبادئ الشريعة الإسلامية	دور الشريعة كمصدر للقانون قواعد العدالة	محاضرة	عرض تقديمي، شرح، أسئلة وأجوبة	مناقشات بين الطالب والاستاذ
الأسبوع الخامس				القضاء ومعانيه			اختبار اكوز

	١ ساعة	**٢ ساعة**	المصادر التفسيرية	منزلة القضاء في المجتمع	محاضرة	عرض تقديمي، شرح، أسئلة وأجوبة	

عنوان الفصل	الوقت						
التوزيع الزمني	النظري	العملي	العنوان الرئيسي	العنوان الفرعي	طريقة التدريس	التقنيات	طرق القياس
الأسبوع السادس	**١ ساعة**	٢ ساعة	المصادر التفسيرية	تعريف الفقه مميزات الفقه	محاضرة	عرض تقديمي، شرح، أسئلة وأجوبة	واجبات جماعية
الأسبوع السابع	**١ ساعة**	**٢ ساعة**	سريان القانون	سريان القانون من حيث المكان مبدأ إقليمية وشخصية القانون	محاضرة	عرض تقديمي، شرح، أسئلة وأجوبة	أسئلة وأجوبة
الأسبوع الثامن	**١ساعة**	**٢ ساعة**	سريان القانون	سريان القانون من حيث الزمان مبدأ عدم رجعية القانون	محاضرة	عرض تقديمي، شرح، أسئلة وأجوبة	كتابة تقارير
الأسبوع التاسع	**١ ساعة**	**٢ ساعة**	الحق وأنواعه	تعريف الحق علاقة القانون بالحق	محاضرة	عرض تقديمي، شرح، أسئلة وأجوبة	اختبار اكوز

			النظرية الشخصية النظرية الموضوعية	الانتقادات الموجهة لنظرية الحق		مناقشة	أسئلة وأجوبة

عنوان الفصل	الوقت						
التوزيع الزمني	النظري	العملي	العنوان الرئيسي	العنوان الفرعي	طريقة التدريس	التقنيات	طرق القياس
الأسبوع العاشر	**١ساعة**	٢ ساعة	حق الملكية بالنسبة للقانون العراقي	أنواع الحق الحقوق من حيث مناطها	محاضرة	عرض تقديمي، شرح، أسئلة وأجوبة	واجبات جماعية
الأسبوع الحادي عشر	**١ ساعة**	**٢ ساعة**	الحقوق المدنية	حقوق الأسرة الحقوق المالية	محاضرة	عرض تقديمي، شرح، أسئلة وأجوبة	واجبات بيتية
الأسبوع الثاني عشر	**١ ساعة**	**٢ ساعة**	حق الملكية	حق الاستعمال حق الاستغلال حق التصرف	محاضرة	عرض تقديمي، شرح، أسئلة وأجوبة	كتابة تقارير
الأسبوع الثالث عشر	**١ ساعة**	**٢ ساعة**	حقوق الارتفاق	مصادر حقوق الارتفاق انقضاء حقوق الارتفاق	محاضرة	عرض تقديمي، شرح، أسئلة وأجوبة	اختبار شفوي

عنوان الفصل	الوقت						
التوزيع الزمني	النظري	العملي	العنوان الرئيسي	العنوان الفرعي	طريقة التدريس	التقنيات	طرق القياس
الأسبوع الرابع عشر	**١ ساعة**	٢ ساعة	الحقوق العينية التبعية	الرهن التأميني الرهن الحيازي	مناقشة	شرح	أسئلة وأجوبة
الأسبوع الخامس عشر	**١ساعة**	**٢ ساعة**	الحقوق الشخصية	تعريف الحقوق الشخصية وأنواعه الفرق بين الحق العيني والحق الشخصي	محاضرة	شرح، أسئلة وأجوبة	اختبار تحريري

الأسبوع الاول

. الاختبار القبلي

١. ماذا يعني نفاذ التشريع؟

. الاختبار ألبعدي

١. تكون الرقابة على صحة التشريع على نوعين بينها بالتفصيل؟

٢. تكلم عن قاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون؟

الأسبوع الثاني

. الاختبار القبلي

١. ما هو العرف وما علاقته بالقانون؟

. الاختبار ألبعدي

١. عرف العرف كمصدر رسمي للقانون ثم بين أركانه؟

٢. يتمتع العرف بجملة من المزايا والعيوب عددها؟

الأسبوع الثالث

. الاختبار القبلي

١. ما هي مبادئ الشريعة الإسلامية؟

. الاختبار ألبعدي

١. ما هو دور الشريعة كمصدر للقانون في الوقت الحاضر؟

٢. بين أهمية قواعد العدالة؟

الأسبوع الرابع

. الاختبار القبلي

١. ما هي المصادر التفسيرية للقانون؟

. الاختبار ألبعدي

١. بين منزلة القضاء في المجتمع القديم؟

٢. عدد مميزات القضاء؟

الأسبوع الخامس

. الاختبار القبلي

١. ما هو الفقه وما علاقته بالقانون؟

. الاختبار ألبعدي

١. عدد مميزات الفقه؟
٢. ما هي منزلة الفقه في المجتمع الإسلامي؟

الأسبوع السادس

. الاختبار القبلي

١. ماذا يعني سريان القانون؟

. الاختبار ألبعدي

١. عرف مبدأ إقليمية القانون؟
٢. ما هي الاستثناءات التي ترد على مبدأ إقليمية القانون؟

الأسبوع السابع

. الاختبار القبلي

١. ما هو سريان القانون من حيث الزمان؟

. الاختبار ألبعدي

١. تكلم عن مبدأ عدم رجعية القانون بالتفصيل؟
٢. عدد الاستثناءات التي ترد على مبدأ عدم رجعية القانون؟

الأسبوع الثامن

. الاختبار القبلي

١. ما هو الحق وما علاقته بالقانون؟

. الاختبار ألبعدي

١. ما هي العلاقة بين الحق والواجب؟
٢. ما هو وجود الحق؟

الأسبوع التاسع

. الاختبار القبلي
١. ما هي الانتقادات التي وجهت إلى فكرة الحق؟

. الاختبار ألبعدي
١. تكلم عن النظرية الشخصية بلغة قانونية؟
٢. عدد عناصر الحق بموجب نظرية دابان؟

الأسبوع العاشر

. الاختبار القبلي
١. ما هو حق الملكية في القانون العراقي؟

. الاختبار ألبعدي
١. عدد أنواع الحق من حيث الحماية التي يعطيها القانون؟
٢. عرف الحق الناقص؟

الأسبوع الحادي عشر

. الاختبار القبلي
١. ما هي أنواع الحقوق من حيث مناطها؟

. الاختبار ألبعدي
١. عرف الحقوق المالية وبين أقسامها؟
٢. عدد خصائص الحقوق العامة؟

الأسبوع الثاني عشر

. الاختبار القبلي
١. ما هو حق الملكية؟

. الاختبار ألبعدي
١. عرف حق التصرف ثم عدد خصائصه؟
٢. تكلم عن حق المساطحة؟

الأسبوع الثالث عشر

. الاختبار القبلي

١. ما هي حقوق الارتفاق؟

. الاختبار ألبعدي

١. عدد مصادر حقوق الارتفاق؟
٢. بين الفرق بين حق التصرف باعتباره عنصر من عناصر حق الملكية وبين حق التصرف باعتباره حقا عينيا أصليا؟

الأسبوع الرابع عشر

. الاختبار القبلي

١. ما هي الحقوق العينية التبعية؟

. الاختبار ألبعدي

١. عدد مميزات الحقوق العينية التبعية؟
٢. عرف الرهن التأميني والرهن الحيازي؟

الأسبوع الخامس عشر

. الاختبار القبلي

١. ما هي الحقوق الشخصية؟

. الاختبار ألبعدي

١. عدد أنواع الحقوق الشخصية؟
٢. ما الفرق بين الحقوق العينية والحقوق الشخصية؟
٣. عرف الحقوق الأدبية؟

المحاضرة الحادية عشر

مصادر القانون و انواعه و المصادر الرسمية للقانون العراقي

ـ معنى المصدر : هو الاصل الذي يرجع اليه الشيء او الينبوع الذي ينبع منه .

و تتنوع مصادر القانون من حيث تعدد الفاظ وصفه

1- المصدر التاريخي / هو المرجع الذي استقى منه المشرع احكام تشريعه . فيقال استمد المشرع العراقي احكام القانون المدني من مصدرين هما الشريعة الاسلامية و القانون المدني المصري .
2- المصدر المادي او الحقيقي / هو المصدر الذي يزود القاعدة القانونية بمضمونها اي بمادتها .
3- المصدر الرسمي / هو الوسيلةالتي تخرج بها القاعدة الى حيز الوجود لتصبح واجبة التطبيق و يسمى ايضا المصدر الشكلي , لانه يمثل الشكل الذي تظهر منه الارادة الملزمة للجماعة , و يسمى مصدرا رسميا لأنه الطريق المعتمد الذي تكتسب مادة القاعدة شكلها الملزم بمرورها منه فتصبح واجبة الاتباع .
4- المصدر التفسيري / هو المرجع الذي يستعان به لازالة ما في الفاظ القاعدة من غموض و لاستكمال نقص احكامها و قد يسمى المصدر التفسيري مصدرا غير رسمي كالفقه و القضاء .

مصادر القانون حسب اهميتها و تسلسلها الزمني هي :

(العرف , الدين , التشريع , الفقه , القضاء , قواعد العدالة).

المصادر الرسمية او الشكلية للقانون

مصادر القانون العراقي /

حددت المادة الاولى من القانون المدني العراقي المصادر الرسمية و التفسيرية في فقرتيها الثانية و الثالثة فقد عددت الفقرة الثانية المصادر الرسمية و هي اربع مصادر بحسب تسلسل اهميتها و هي كل من :

1- التشريع 2- العرف 3- مبادئ الشريعة الاسلامية 4- مبادئ العدالة .

اما الفقرة الثالثة فقد حددت المصادر التفسيرية و هما كل من :

1- الفقه 2- القضاء

اولاً / التشريع /

تفيد كلمة التشريع معنيين .

- التشريع بصفته مصدرا رسميا للقانون : هو قيام سلطة عامة مختصة في الدولة بوضع القواعد القانونية في صورة مكتوبة و اعطائها قوة الالزام .
- التشريع بصفته صورة من صور القانون الخاص : هو النص الذي يصدر من السلطة العامة المختصة بسنه في الدولة المتضمن قاعدة قانونية او اكثر صيغت في النص صياغة فنية مكتوبة .

خصائص التشريع :

يتميز التشريع بالخصائص الاتية :

1- قيام سلطة عامة مختصة بوضعه.
2- اشتماله على قاعدة تتوفر فيها خصائص القاعدة القانونية من عمومية و تجريد و الزام و تنظيم سلوك الافراد في المجتمع .
3- صب مضمون القاعدة التي يحتضنها في صيغة مكتوبة .

مزايا التشريع و عيوبه :

يتميز التشريع بمجموعة من المزايا يفضل بها عن غيره من المصادر الاخرى و هذه المزايا تتمثل بما يلي :

1- وضوحه / لان وضعه في نصوص مكتوبة و صياغته بصورة دقيقة وصبه في لغة سهلة بعيدة عن التعقيد تضفي عليه الدقه و الوضوح في المعنى .

2- سريانه على اقليم الدولة بكامله / لانه وضع من قبل السلطة العامة التي تضمن طاعته و تجعل من السهل اصداره ليعم مفعوله الدولة في جميع ارجائها .
3- سرعة سنه و تعديله / يتميز التشريع بسرعة سنه مما يؤدي الى سرعة في الانتاج القانوني تلبي حاجة المجتمع الى انشاء قواعد جديدة , كذلك سرعة تعديل ماهو قائم منها كلما جد جديد في اوضاع و متطلبات المجتمع .
4- اثره الهام في المجتمع / ذلك لان وضعه من قبل سلطة مختصة و سرعة سنه و تعديله يجعل منه اداة هامة لاصلاح المجتمع و تطوره تطورا سريعا .

عيوب التشريع :

للتشريع عيوب وهي :

1- انه قد يؤدي الى جمود القانون وقعوده عن الاستجابة لمتطلبات المجتمع ومقتضيات التطور , فقد يصدره المشرع عن مصالح ذاتية واهواء شخصية لا تتفق والصالح العام. وقد يقعد المشرع عن تعديل اول الغاء التشريع اذا تغايرت الظروف .

2- انه قد يتسبب في اضطراب المعاملات والاخلال بالاستقرار الواجب لها , كإستعمال المشرع سنه فتغيب عنه الدقة في الصياغة . وقد تتوالى عليه التعديلات بسبب سرعة سنه مما يزعزع الثقة بالقانون ويخل بالاستقرار الواجب توافره بالمعاملات .

الوسائل التي يمكن بها تلافي عيوب التشريع :

هناك ثلاث وسائل يمكن من خلالها تلافي عيوب التشريع وهي :

1- احكام صنعة التشريع ومراعاة الدقة في الصياغة .

2- اسهام ممثلي الشعب في سن التشريع وبذلك يحال دون تحكم السلطة في وضعه مما يقلل من احتمال سن تشريعات لا تتفق مع اوضاع المجتمع .

3- ملاحقة المشرع له بالتعديل كلما تطلبت ذلك حاجة المجتمع وتطور اوضاعه.

اهمية التشريع وتفوقه على غيره من المصادر الرسمية للقانون :-

يحل التشريع في المجتمعات المعاصرة منزلة الصدارة بين مصادر القانون ويعتبر المصدر الاصلي العام للقانون .

ـ المصدر الاصلي :- هو المصدر الذي يتعين على القاضي الرجوع اليه ابتداءً للوصول الى القاعدة التي يطبقها على النزاع , والتشريع مصدر اصلي للقانون يجب على القاضي الرجوع اليه لحسم النزاع ولا يجوز الرجوع لغيره من المصادر الرسمية الا اذا لم يجد قاعدة تشريعية .

ـ المصدر الاحتياطي :- هو المصدر الرسمي للقانون الذي لا يجوز الرجوع اليه عند وجود قاعدة تشريعية , كالعرف ومبادئ الشريعة الاسلامية ومبادئ العدالة في القانون المدني العراقي .

ـ المصدر العام :- هو كل ما لا يحدد تطبيقه بحقل معين من حقول الحياة القانونية ولا يقتصر على مسائل معينة وانما يشمل جميع فروع القانون ويبسط سلطانه على جميع المسائل الا ما استثنى من الخضوع له .

والتشريع مصدر عام للقانون , لانه المرجع الاول في جميع المسائل الا ما استثنى من قبل المشرع .

اسباب تفوق التشريع على غيره من المصادر الرسمية الاخرى :

1ـ مزاياه التي يتمتع بها وسهولة تلافي عيوبه بالوسائل التي ذكرناها , وهذه العيوب قليلة الاهمية مقارنةً بكثرة مزاياه .

2ـ ما جد في المجتمع المعاصر من قيم واحداث ساعدت في اعلاء شأن التشريع وجعلت منه اداة لتحقيق مفاهيم نحاول حصرها فيما يلي :

أ ـ قيام الديمقراطية واستقرار قيمها , لان القيم الديمقراطية تعني الايمان بسيادة الشعب والتمسك بحقوق افراده وضمان ذلك يقتضي ان يكون القانون المكتوب هو الصورة الغالبة للقانون , لينص فيه على حقوق الشعب وضمان حرياته .

ب ـ تطور المجتمع وتعقد المعاملات وتزايد ضروب النشاط وتوطد سلطان الدولة وتعدد مظاهر النشاط الاجتماعي والاقتصادي ادى الى ضرورة مواجهته بالقوانين الملائمة التي

تكفل استقرار المعاملات والتشريع افضل مصادر القانون مواجهة للتطور , بسبب دقته وثباته والاحترام المكفول له من قبل الدولة .

انواع التشريع وطرق سنه :-

للتشريع ثلاث انواع تتفاوت من حيث قوتها الملزمة : (التشريع الدستوري , التشريع العادي , التشريع الفرعي).

اولاً / التشريع الدستوري او الدستور :-

هو التشريع الذي يضع الاساس الذي يقوم عليه نظام الدولة , ويحدد طريقة ممارسة الحكام للسلطة فيها . فهو يحدد شكل الحكم ويعين السلطات العامة فيها واختصاص كل منها وينظم علاقاتها ببعضها البعض و علاقتها بالافراد و عرف التشريع الدستوري في العراق باسم القاون الاساسي في العهد الملكي و عرف باسم الدستور في العهد الجمهوري و قد صدرت ستة دساتير في العهد الجمهوري .

سن التشريع الدستوري او الدستور :

تختلف طريقة سن الدستور التي تتولى وضعه باختلاف الاوضاع السياسية في المجتمع و يصدر الدستور عادة باحدى الطرق الاتية :

1- قد يصدر في صورة منحة من الحكام الى الشعب.
2- قد يصدر بصورة عقد بين الشعب و بين صاحب السلطة .
3- قد تسنه جمعية تأسيسية منتخبة من الشعب .
4- قد يسنه الشعب مباشرة عن طريق الاستفتاء .

ان الطريقة الاولى و الثانية لا تتفقان مع المبادئ الديمقراطية التي تأسست على فكرة سيادة الشعب و اعتباره مصدر السلطات , فالدستور فيهما يصدر من مجتمعات غير مستقرة من حيث القيم الديمقراطية .

اما الطريقة الثالثة و الرابعة فانهما ينسجمان مع مبدأ سيادة الشعب و ان كانتا تتفاوتان من حيث مدى اسهام الشعب في سن دستورها , فسنه عن طريق جمعية تأسيسية ينتخب

الشعب اعضائها يكون اصدق تعبيرا عن الارادة العامة للشعب و يتم عن طريق الانتخابات .

اما سنه عن طريق الاستفتاء و ان قام على فكرة سيادة الشعب الا ان الدستور يوضع من قبل السلطة القائمة ليطرح بعد ذلك للاستفتاء الشعبي بما لا يترك مجالا لفهم تفصيلاته و ابداء الرأي في نواقصه اذ ليس امام الشعب الا ان يوافق عليه او يرفضه برمته و في ذلك احراج للرأي العام و تضيق على حرية التعبير .

ولعل افضل طريقة لسن الدستور و اكثرها انسجاما مع مبدأ الديمقراطية في جوهره هي التي تجمع بين الطريقتين الثالثة و الرابعة معا.

تعديل الدستور :

الدستور يعد القاعدة العليا في الدولة و ان سن الدستور مرتبط بمسألة تعديله فان الشروط و الاجراءات التي تنبغي استيفاؤها في تعديله او تغييره تكون اكثر تعقيدا و اشد تقيدا من الطرق المتبعة في تعديل التشريع العادي و تنقسم الدساتير من حيث اجراءات المساس بها او تعديلها الى :

1- دساتير مرنة : الدستور المرن هو الذي يجري تعديله او الغاؤه بنفس الطريقة التي يتم بها تعديل او تغيير التشريع العادي و ذلك باصدار السلطة التشريعية .
2- دساتير جامدة : اما الدستور الجامد فهو الذي لا يمكن تعديل احكامه او الغاؤها الا بشروط خاصة و اجراءات معينة اعقد من الاجراءات المتبعة في تعديل او الغاء القوانين العادية .

ومن الامثلة على الدساتير الجامدة القانون الاساسي العراقي , ومن الامثلة على الدساتير المرنة الدستور الانكليزي و الدساتير المؤقته العراقية في العهد الجمهوري .

ثانياً / التشريع العادي او القانون التشريع الرئيسي /

يقصد به التشريع الذي تسنه السلطة التشريعية في الدولة في حدود اختصاصها المبين في الدستور .

و اذا كان الاصل ان السلطة التشريعية هي التي تتولى سنه الا انه من الجائز ان تحل السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية على سبيل الاستثناء و ذلك في حالتين .

1- حالة الضرورة : كما لو وقعت في فترة حل مجلس الامة و في مابين ادوار انعقاده احداث تقتضي الاسراع في اتخاذ التدابير او الحلول لمواجهتها عن طريق قرارات لها قوة القانون و يسمى هذا التشريع بتشريع الضرورة.
2- حالة التفويض او التخويل : حيث تخول السلطة التشريعية السلطة التنفيذية حق اصدار قرارات لها قوة القانون بحدود المسائل المعينة و الفترة المحددة للتخويل بدافع من الرغبة في احاطة التشريع بالسرية قبل اصداره و يسمى تشريع التفويض او التخويل . و يبدو التشريع العادي في العراق الان بصورتين هما القانون و القرار الذي له قوة القانون .

ثالثاً / التشريع الفرعي :-

هو ادنى انواع التشريع , وهو التشريع الذي تصدره السلطة التنفيذية بما لها من اختصاص اصيل تخول لها في الدستور ابتغاء تنفيذ التشريع العادي او تنظيم المرفق والخدمات العامة .

والسلطة التنفيذية في اصدارها لهذا التشريع لا تحل محل السلطة التشريعية حلولاً مؤقتاً , وانما تكون صاحبة اختصاص اصيل نص عليه الدستور , وذلك رغبة في تخفيف اعباء السلطة التشريعية , وتسليماً بقدرة السلطة التنفيذية في التعرف على التفصيلات الخاصة بتنفيذ القوانين واختيار التنظيم الملائم للمصالح والمرافق العامة .

وفي العراق يسمى بالقرارات الادارية والانظمة والتعليمات.

المحاضرة الثانية عشر

اصول صياغة القاعدة التشريعية , تدرج التشريع والرقابة عليه

نفاذ التشريع :-

يكتمل الوجود القانوني للتشريع بتمام ثلاث مراحل يقتضيها سنه , وهي اقتراح التشريع والموافقة عليه او التصويت والتصديق , والوجود القانوني للتشريع لا يكفي لنفاذه اي خروجه الى حيز التطبيق والزام الكافة باتباعه , وانما ينبغي لنفاذه وجوب العمل بمقتضاه ان يجتاز مرحلتين , هما اصداره ونشره .

اولاً / اصدار التشريع :-

يقصد به تسجيل وجوده القانوني والامر بتنفيذه ممن يملك سلطة الامر بالتنفيذ وهي – السلطة التنفيذية – وعلى رأسها رئيس الدولة او الهيئة العليا فيها او رئيس مجلس الوزراء .

ويعتبر الاصدار شهادة ميلاد للتشريع تصدر من السلطة التنفيذية , يثبت بها كافة اجراءات صنعه وامراً من هذه السلطة توجهه الى رجالها للقيام بتنفيذه باعتباره تشريعاً واجب الاتباع . وهذا الامر بالتنفيذ هو الذي يكسب التشريع قوة النفاذ .

ثانياً / نشر التشريع :-

هو ابلاغ مضمون التشريع الى الكافة واحاطتهم علماً او تيسير سبل عملهم بما ينطوي عليه من تكليف , وذلك لان التكليف لا يكون الا بأمر معلوم والتشريع لا يكون معلوماً الا بإشهاره .

ـ ان الوسيلة المعتمدة التي حددتها الشرائع لنشر التشريع هي (نشر نصوصه في الجريدة الرسمية للدولة) , لان العدل يقتضي عدم تطبيق التشريع على المخاطبين به قبل علمهم بصدوره , وعليه فإن النشر في الجريدة الرسمية يكفي لإفتراض علم المخاطبين بصدور التشريع ومضمونه أياً كان نوع التشريع دستورياً ام عادياً ام فرعياً . وهذه الجريدة الرسمية تسمى في العراق بالوقائع العراقية وفي مصر بالوقائع المصرية .

ـ وهناك الكثير من الدساتير التي تقضي العمل بالقانون الجديد من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية , كالدستور المصري القائم والدستور العراقي المؤقت , ما لم ينص على مضي مدة معينة من تاريخ النشر لبدء نفاذه .

ـ اذا نشر التشريع في الجريدة الرسمية وتضمن اخطاءً فان مصيره رهن بطبيعة تلك الاخطاء ومدى اهميتها , فان كان الخطأ مادياً كالخطأ المطبعي او خطأ في الصياغة اللغوية الذي لا يتأثر المعنى بتصحيحه , امكن اعادة نشر النص مصححاً دون حاجة لإصدار قانون جديد .

اما ان كان الخطأ موضوعياً كإسقاط كلمة تؤثر في معنى النص أو فقرة من مادة او مادة او اكثر او كان خطأ في الصياغة يؤثر في معنى النص , فإن تصحيح هذا الخطأ لا يكون الا بتشريع جديد يستوفي مراحل السن والنفاذ .

قاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون :-

تعني هذه القاعدة افتراض علم الكافة بصدور التشريع واحاطتهم علماً بأحكامه منذ نفاذه سواء كان وقت نشره او من تاريخ آخر نص عليه التشريع . وعدم جواز الاعتذار بجهل القانون يتفرع عن مبدأ افتراض العلم بالقانون .

ـ تقوم هذه القاعدة على اساس من قواعد العدل وما تقتضيه من مساواة الناس امام القانون اقراراً للنظام ودرع الفوضى , فاذا نشر القانون سرى حكمه في حق المخاطبين كافة . ولو ابيح الاحتجاج بجهله لتعذر تطبيقه على اكثر الناس وفي ذلك مساس بسيادة النظام وهدر لمبدأ المساواة واخلال بالمصلحة العامة . هذا فضلاً عن ان القاعدة القانونية تتميز بقوتها الملزمة الذاتية التي تستمدها من وجودها وفي الاعتذار بجهلها انكاراً لقوتها الملزمة .

ـ هناك استثناء يرد على تطبيق هذه القاعدة وهي (حالة القوة القاهرة) التي تمنع وصول الجرائد او توزيعها , والتي تتضمن قانوناً من القوانين ففي هذه الحالة يجوز الاعتذار بجهلها حتى تزول القوة القاهرة .

الرقابة على صحة التشريع :

مما تقدم تبين ان التشريع ثلاث انواع تتدرج من حيث القوة حيث يحل التشريع الدستوري في المنزلة الاولى يليه التشريع العادي ثم التشريع الفرعي و تفاوت التشريع من حيث قوته

يقتضي خضوع التشريع الادنى للتشريع الذي يعلوه درجة و يعني ان التشريع الادنى يستمد قوته من مطابقته لاحكام التشريع الاعلى .

- اذا تعارض تشريعان في درجتين مختلفتين وجب تغليب الاعلى فالتشريع الفرعي يجب ان لا يخالف التشريع العادي و التشريع العادي يجب ان لا يتعارض مع احكام التشريع الدستوري .
- يقتضي ضمان عدم التعارض بين انواع التشريع فرض رقابة على كل من التشريعيين الفرعي و العادي و هذه الرقابة تثير امرين :

1- تحديد الجزاء الذي ينبغي فرضه عند المخالفة : و هذا الجزاء اما ان يكون الغاء او عدم تطبيق القواعد القانونية التي تضمنها الادنى المخالف .
2- تحديد الجهة التي توقع هذا الجزاء و تمارس تلك الرقابة .

- الاصل ان تكون الجهة التي تمارس الرقابة على صحة التشريع هيئة قضائية و ذلك لأن مهمة الرقابة تنطوي على تفسير قواعد قانونية تتضمنها و تتدرج في مرتبتها لمعرفة ما اذا كان هناك تعارض في الاحكام وهي مهمة قضائية لا يمكن ان تتولاها الا جهة مختصة بتفسير القواعد القانونية و تطبيقها .
- يفهم من ذلك ان الرقابة على صحة التشريع هي ضمان توافر الشكل الصحيح للتشريع و ضمان عدم التعارض في الاحكام بين التشريعين الاعلى و الادنى و فرض الجزاء في الحالتين من قبل السلطة المختصة بالرقابة و التي عادة ما تكون هيئة قضائية .

و تكون الرقابة على صحة التشريع على نوعين .

1- من حيث الشكل/ و يعني صدوره من قبل سلطة مختصة و استيفاءه اجراءات اصداره و نفاذه و هي غالبا ثلاثة مراحل (اقتراح , تصويت , تصديق)
2- من حيث الموضوع / اي الرقابة على التشريع من ناحية الموضوع بحيث لا يتعارض التشريع الادنى مع الاعلى فالتشريع الفرعي يجب ان لا يخالف احكام التشريع العادي و الدستوري. و يطلق عليه الرقابة الدستورية و تتمثل صور الرقابة على صحة التشريع من حيث الموضوع :

1- الرقابة عفي دور الاعداد ايي قبل اصداره قانونا .
2- الرقابة بعد الاصدار و النشر و هذه الرقابة التي تفرض بعد نفاذه تكون اما رقابة سياسية او قضائية .

و اقتصرت الرقابة على التشريع في العراق بعد نفاذ التشريع و اختلفت الجهة المختصة بالرقابة على دستورية القوانين باختلاف الاوضاع في العراق و في دستور العراق لسنة 2005 النافذ اعطى المحكمة الاتحادية العليا صلاحية الرقابة على دستورية القوانين في المادة 93/ اولاً.

المحاضرة الثالثة عشر

العُـــــرف

معنى العرف :

العرف كالتشريع يفيد معنيين أولهما المصدر الرسمي للقاعدة – وثانيهما القاعدة القانونية في حد ذاتها , وما يهمنا في التعريف هو المعنى الاول.

ـ العرف كمصدر رسمي للقانون :- يقصد به اعتياد الناس على سلوك معين في تنظيم ناحية من نواحي حياتهم الاجتماعية بحيث تنشأ منه قاعدة يسود الاعتقاد بضرورة الالتزام بها.

ـ العرف كقاعدة قانونية :- هو القاعدة القانونية التي اصطلح الناس في سلوكهم على وضعها ودرجوا على اتباعها وساد الاعتقاد على انها ملزمة .

اركان العرف :

للعرف ركنين اولهما مادي – وثانيهما معنوي :

أولاً / الركن المادي :-

هو المادة التي نشأت عن اعتياد الناس على سلوك معين لتنظيم علاقة ما. اي نشوء عادة قانونية .

ـ للركن المادي للعرف عدة شروط ينبغي توافرها وهي :

1ـ تعلق العادة بالعلاقات القانونية القائمة بين الاشخاص في المجتمع .

2ـ عموم العادة : اي انه ينبغي ان تكون العادة عامة من حيث الاشخاص والمكان .

3ـ قدم العادة : ويعني مضي مدة من الزمن على نشوئها واطراد العمل بها .

4ـ إطراد العادة في تطبيقها وثباتها : ويقصد بالاطراد إتباع العادة بصورة متواترة ومنتظمة اي تكرار تطبيقها على نسق واحد بحيث يتوافر لها معنى الاستقرار بصورة ثابتة .

5ـ معرفة الناس بالعادة وشيوع امرها : ينبغي ان يجري العمل بمقتضاها .

6- عدم مخالفة العادة في حكمها لنصوص التشريع الآمرة : لان هذه القواعد الآمرة تتعلق بكيان المجتمع ومصالحه العليا فلا يجوز للعادة مخالفة مضمونها .

7- عدم مخالفة العادة للنظام العام والآداب في المجتمع .

ثانياً / الركن المعنوي :-

وهو توافر عنصر الإلزام في العادة وهو ما اصطلح الشراح على تسميته بركن الإعتقاد بلزوم العادة , وذلك لأن العادة لا تصبح عرفاً الا اذا اعتقد الناس بأنها ملزمة وشعروا بما لها من قوة إلزام تفرض عليهم اتباعها .

مزايا العرف وعيوبه :

يتمتع العرف بجملة من المزايا والعيوب وهي :

- مزايا العرف :

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

2- انه يتابع المجتمع في تطوره ويبدو اكثر مرونة في مسايرة الاوضاع الاجتماعية من القانون المكتوب او المدون .

3- انه يسد نقص التشريع فيعتبر مصدراً للقانون مكملاً له .

عيوب العرف :

هناك عدة عيوب للعرف أدت الى تفوق التشريع عليه أهمها :

1- انه يعجز عن تحقيق تغيير عاجل في القانون لمواكبة سرعة تطور المجتمع .

2- انه يؤدي الى ضياع وحدة القانون في الدولة بسبب ضيق نطاقه , وذلك لأن العرف غالباً ما يكون محلياً أو مهنياً ويندر أن يعم الدولة بأسرها .

3- انه لا يضمن ما ينبغي ان يحققه القانون في المجتمع من نظام وتعامل مستقر بسبب غموض قواعده وصعوبة التثبيت من وجودها .

انواع العرف :

يبدو العرف على ثلاث انواع من حيث نطاق تطبيقه :

ـ من حيث نطاق تطبيقه : فقد يكون العرف شاملاً او محلياً او مهنياً .

1ـ العرف الشامل :- هو ما يعم الدولة بأسرها . واذا كان هناك تعارض مع العرف المحلي تكون الغلبة للعرف المحلي لتخصصه .

2ـ العرف المحلي : هو ما يسود اقليم من اقاليم الدولة او مدينة من مدنها او منطقة في مدينة كبيرة منها . كالقواعد العرفية العشائرية في العراق .

3ـ العرف المهني : هو ما يقوم في حرفة او مهنة معينة كالأعراف التي تنشأ في اوساط العمل والأعراف التجارية .

ـ من حيث القوة الملزمة : قواعد العرف كقواعد التشريع منها ما يكون آمراً ومنها ما يكون مكملاً أو مفسراً .

1ـ قواعد العرف الآمرة :- هي القواعد التي لا يجوز الاتفاق على استبعادها سواءً كان العرف شاملاً ام محلياً ام مهنياً وينبغي تطبيقها عند افتقاد النص التشريعي .

2ـ قواعد العرف المكملة او المفسرة :- هي قواعد يجوز الاتفاق على ما يخالفها .

التمييز بين العرف والعادة الاتفاقية :

يقع الخلط كثيراً بين العرف والعادة وقد ساعد على وقوع هذا الخلط عدم التمييز بينهما وجمع الفقه العربي على التمييز بينهما , ويتخذ من عنصر الالزام معياراً لهذا التمييز , فالعرف يتوافر فيه الركنان المادي والمعنوي , اما العادة فلا يتوافر فيها سوى الركن المادي . وقد اخذ كل من المشرع العراقي والمصري بهذا المعيار .

و تعرف العادة الاتفاقية / هي العادات التي تنشأ من اتفاق المتعاقدين على اتباعها سواء كان هذا الاتفاق صريح او ضمني و يستخلص من ظروف التعاقد و تستمد قوتها الملزمة من اتفاق الطرفين على الالتزام .

و هناك فروق جوهرية يمكن من خلالها التمييز بين العرف و العادة الاتفاقية هي :

1- يطبق القاضي العرف من تلقاء نفسه على ما يعرض عليه من نزاع باعتبار العرف قانون , اما العادة الاتفاقية فتعتبر شرطا في العقد اي يجب التمسك بها من قبل احد الطرفين لكي يقوم القاضي بتطبيقها .
2- يلزم العرف المتعاقدين بأحكامه سواء كانوا على علم بها او كانوا يجهلونها , اما العادة الاتفاقية فيجب ان يكون الطرفان على علم بها اما اذا جهلها احدهما او كلاهما امتنع تطبيقها .
3- يجب على القاضي ان يتحرى وجود العرف بنفسه فان لم يقتنع بوجوده قضى بعدم ثبوته , اما العادة الاتفاقية فتفرض على من يدعيها واجب عبء اثباتها .
4- يخضع تطبيق العرف من حيث التثبت من توافر عنصريه المادي و المعنوي و سلامة تطبيقه لرقابة محكمة التمييز , اما العادة الاتفاقية فلا رقابة لمحكمة التمييز عليها .
5- تغليب حكم العرف على حكم النص التشريعي في حالات معينة عند تعارضهما , اما العادة الاتفاقية فلا تعد قاعدة قانونية ولا يمكن ان تلغي قانونا او تفصل نصا تشريعيا في التطبيق .

منزلة العرف في فروع القانون ودوره في الحياة القانونية :

تتفاوت منزلة العرف باختلاف فروع القانون و كذلك بتفاوت الانظمة القانونية فهو يمارس دورا هاما في بعضها و ينعدم أثره في بعضها الاخر كما سنرى :

1- يلعب العرف دورا هاما في دائرة كل من (القانون العام – القانون الدستوري – القانون التجاري) فالأعراف الدولية تعتبر مصدرا هاما لقواعد القانون الدولي العام . و العرف الدستوري يعتبر المصدر الوحيد للدستور العرفي و مصدرا مكملا في العديد من الدول للدستور المكتوب كما تعتبر الاعراف التجارية مصدرا هاما لقواعد القانون التجاري .
2- لا اثر للعرف في بعض فروع القانون (كالقانون المالي و القانون الجنائي و قوانين الاجراءات كأصول المحاكمات الجزائية , و قوانين المرافعات المدنية و التجارية) لأن التشريع هو المصدر الوحيد و الاساس لهم .
3- ويلعب العرف دورا تتفاوت اهميته بتفاوت الانظمة القانونية في فروع القانون الأخرى (كالقانون المدني و القانون الاداري و قانون العمل) وذلك لان العرف يعتبر مصدرا رسميا للقانون المدني . كما يأخذ القضاء الاداري العرف بعين الاعتبار في كثير من

الحالات كما للعرف اثر في دائرة قوانين العمل و في اطار القانون المدني للعرف دورين مهمين هما :

1- دور المكمل للتشريع و يعني وجوب رجوع القاضي اليه و الحكم بمقتضاه عن افتقاد النص.

2- دور المساعد للتشريع فقد تحيل اليه النصوص تنظيم مسائل معينة او يستعان به لتفسير نية المتعاقدين .

المحاضرة الرابعة عشرة

مبادئ الشريعة الاسلامية

ـ دور الشريعة الاسلامية كمصدر للقانون في الوقت الحاضر :

يقتصر أثر الشريعة الاسلامية في الحياة القانونية في العراق على حقلين من حقول القانون هما : 1ـ الاحوال الشخصية 2ـ الاحوال العينية أو المعاملات المالية .

ـ الاحوال الشخصية : يقصد بها مجموعة القواعد التي تحكم روابط الفرد بأسرته من زواج وما يتفرع عنه كالحضانة والرضاعة والنسب والطلاق والفريق والعدة والنفقة وما يتصل به كالميراث والوصية والوقف والقواعد التي تحدد الشخصية وغيرها .

وتعتبر الشريعة الاسلامية المصدر التاريخي الوحيد لقانون الاحوال الشخصية والمصدر الرسمي لما فات المشرع من احكام , وذلك طبقاً لما نص عليه قانون الأحوال الشخصية المعدل سنة 1959 فقد نصت مادته الاولى على ما يأتي :

أ ـ تسري النصوص التشريعية في هذا القانون على جميع المسائل التي تتناولها الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون .

ب ـ اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون .

ـ الاحوال العينية أو المعاملات المالية : فيراد بها القواعد التي تنظم الروابط المتعلقة بالنشاط المالي للشخص فتحدد معنى المال و انواعه وتعني بحكم الحقوق التي ترد عليه من حقوق عينية وشخصية .

ـ تخضع الأحوال العينية في العراق لحكم القانون المدني دون الاحوال الشخصية.

ـ تعتبر الشريعة الاسلامية أهم مصدرين تاريخيين للتقنين المدني العراقي وثانيهما هو القانون المدني المصري , كما تعتبر المصدر الثالث لقواعد القانون المدني بعد التشريع والعرف .

قــواعـــد العدالـــــة

اهمية قواعد العدالة في الحياة القانونية في المجتمع القديم :

لعبت قواعد العدالة دوراً هاماً في تطوير القانون في المجتمعات القديمة .

1- فقد هذبت قواعد القانون الروماني القديم بالتخفيف من صرامة احكامه .

2- وتجريده من الكثير من شكلياته .

3- وكانت مصدراً للأحكام القضائية .

4- واثمرت في خلق جملة من المبادئ التي ساهمت في تطور القانون الروماني كمبدأ حسن النية , ومنع الإثراء غير المشرع .

- كما اقام عليها فقهاء المسلمين بعض المبادئ التي اعتبرت من الأدلة الشرعية وشهدت لها الشريعة الاسلامية بالحجية وفي مقدمتها مبدأ الاستحسان .

- كما كان لها دور في بروز قواعد العدالة في القانون الانكليزي , وقد ظلت مبادئ في صراع مع مبادئ القانون العمومي الانكليزي في التطبيق حتى كتبت لها الغلبة .

اهمية قواعد العدالة في القوانين المعاصرة :

تبدو اهمية قواعد العدالة في اتجاهين وهما :

1- انها تلهم المشرع طائفة من أحكام ما يسنه من قواعد , ذلك لان على المشرع الآخذ بيد مجتمعه في طريق الاصلاح والتقدم .

2- ان المشرع غالباً ما يحيل القاضي الى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة أو الى قواعد العدالة فقط اذا افتقد القاعدة القانونية , كي يحول دون نكوله عن القضاء بحجة عدم وجود قاعدة قانونية يستنبط منها حكمه .

المحاضرة الخامسة عشر

المصادر التفسيرية أو المصادر غير الرسمية

الفقه ــ القضاء

أولاً / القضاء :

يفيد لفظ القضاء ثلاث معاني هي:

1- فقد يعني مجموعة المحاكم الموجودة في الدولة .

2- وقد يراد به مجموعة الأحكام التي تصدرها المحاكم في دولة معينة .

3- وقد يقصد به مجموعة المبادئ القانونية المستخلصة من استقرار المحاكم على اتباعها والحكم بمقتضاها .

مميزات القضاء :

يتميز القضاء بالمميزات الآتية :-

1- يشمل الجانب العملي للقانون فيتولى تطبيق القواعد القانونية على ما يبت فيه من قضايا ويضع الحلول العملية .

2- يتميز القضاء بطابعه وروحه الواقعي فيتعامل بواقع الحياة ويقوم على ما ينبع من هذا الواقع من منازعات لحسمها .

3- ان المحاكم أقدر على تطبيق ما تراه مناسباً من تفسير للقانون من الفقهاء .

منزلة القضاء في المجتمع القديم :

- لقد لعب القضاء دوراً مهماً في القانون الروماني , فقد كان القضاء مصدراً رسمياً لهذا القانون , وقد برزت اهميته عقب تجميع القانون الروماني القديم في الألواح الاثني عشر , وقد تولى البريتور شؤون القضاء وكان البريتور ينتخب لمدة سنة ينشر فيها منشوراً بإسم المنشور البريتوري يدرج فيه القواعد التي يلتزم باتباعها في قضائه , ولم يكن القاضي في بادئ الأمر يلتزم رسمياً بهذا المنشور حتى صدر قانون يقضي باعتبار عدم الالتزام بهذا المنشور مخالفة قانونية .

ـ أما في المجتمع الاسلامي فقد مر القضاء بثلاث مراحل :

1- المرحلة الاولى :- وهي عهد النبي صلى الله عليه وسلم وفيها لم يمارس القضاء دوراً مهماً كمصدر للأحكام , وذلك لأن القرآن والسنة هما المصدران الوحيدان للشريعة الاسلامية , ولأن النبي صلى الله عليه وسلم كان القاضي الوحيد للمسلمين وكان قضاؤه ملزماً .
2- المرحلة الثانية :- التي بدأت بعهد الخلفاء الراشدين و انتهت بتدوين الفقه الاسلامي في مطلع القرن الثاني للهجرة و فيها برز دور القضاء في استنباط الاحكام الشرعية . و قد امتزج الفقه و القضاء في هذه المرحلة فكان القضاة خلالها من الفقهاء المجتهدين .
3- المرحلة الثالثة : التي بدأت بتدوين الفقه الاسلامي فيها و تعاظمت اهمية الفقه و تضائل شأن القضاء و لم يعد القضاء محصورا بين الفقهاء و المجتهدين , فاستقل القضاء عن الفقه و اصبح تابعا له يستمد منه ما يطبقه من قواعد .

اما في المجتمع الانكليزي فقد مارس القضاء دورا مهما وكان و ما يزال يعتبر مصدرا رسمياً للقانون و ذلك لأن النظام القانوني يقوم في جانب منه على السوابق القضائية .

يقصد بالسابقة القضائية : ان كل محكمة تلتزم بالمبدأ القانوني الذي بنت عليه حكمها السابق او ما يسمى بحكمة القرار كما تلتزم بالمبادئ القانونية التي قررتها المحاكم التي تماثلها او تعلو عليها في المرتبة .

_ منزلة القضاء في المجتمع المعاصر /

ـ يعتبر القضاء الاداري مصدراً رسمياً للقوانين التي تقر بوجوده كفرنسا وجمهورية مصر العربية .

ـ اما القضاء العادي فيستقر في دائرة المصادر التفسيرية للقانون , اما المجتمع الانجلوسكسوني كبريطانيا والذي يعتمد مبدأ السوابق القضائية .

ـ اما القضاء العراقي فلا يختلف من حيث منزلته عن كل من القضاء العادي في فرنسا ومصر , لأنه لا يأخذ بمبدأ السوابق القضائية أسوة بهما , فالمحاكم العراقية لا تلتزم بسابق قراراتها ولا تتقيد بها غيرها من المحاكم في القضايا المماثلة .

ثانياً / الفقه :

ـ معنى الفقه : يقصده به مجموعة اراء علماء القانون القائمة على دراسة القانون دراسة تحليلية انتقادية والجامعة بين استخلاص الاحكام القانونية من مصادرها بالطرق العملية ومناقشة هذه الاحكام للكشف عن نقائض القانون وعيوبه .

كذلك يقصد به علماء القانون المختصين في شرح في شرح وتفسير ونقد القانون .

مميزات الفقه:

يتميز الفقه بالخصائص الآتية :

1ـ انه يمثل الجانب العملي للقانون خلافاً للقضاء الذي يمثل الجانب العملي له , لأنه يقوم على استخلاص الأحكام الجزئية من الأصول الكلية للقواعد القانونية بالطرق العلمية .

2ـ يتميز بالطابع النظري خلافاً للقضاء الذي يتميز بالطابع الواقعي .

3ـ إن اراء الفقهاء لا تخرج الى التطبيق العلمي الا اذا اخذت بها المحاكم طوعاً ولا يتمتع بقوة الزام ذاتية تلزم القضاء بآراء الفقهاء .

منزلة الفقه في المجتمع الروماني :

مر الفقه الروماني بأربع مراحل هي :

1ـ المرحلة الاولى :- العلمية التي بدأت عقب نشوء منصب البريتور وفيها عكف فريق من النابهين على دراسة القانون وتقديم الفتاوى والمرافعات في القضايا الهامة .

2ـ المرحلة الثانية :- تميزت بظهور المدارس الفقهية وبدأت في مطلع العهد الامبراطوري وتعليم القانون واعطاء الفتاوى بشرح القانون وابداء الرأي .

3ـ المرحلة الثالثة :- بدأت ببداية العهد العلمي الذي امتد طوال القرنين الروماني الثاني والثالث قبل الميلاد , وقد وصف بالعهد الذهبي للقانون الروماني , إذ اصبح الفقه فيه مصدراً رسمياً للقانون .

4- المرحلة الرابعة :- التي بدأت بنهاية العهد العلمي وفيها اخذت أهمية الفقه بالإنكماش وتضائل شأن المنشورات الفقهية كمصدر للقانون وأخذ التقليد يحل محل الاجتهاد .

منزلة الفقه في المجتمع الاسلامي :

مر الفقه الاسلامي في تطوره بأربعة ادوار ايضاً وهي :

1- المرحلة الاولى (دور النشوء) :- الذي بدأ بنزول القرآن الكريم وانتهى بوفاة النبي الكريم صلى الله عليه وسلم , وقد احتوى القرآن الكريم على تنظيم لشؤون العبادات والمعاملات عرف بإسم (فقه القرآن) وتولى الرسول الكريم تفصيل مجمله .

2- المرحلة الثانية (مرحلة النمو) :- التي بدأت بهد الخلفاء الراشدين وانتهت بتدوين الفقه الاسلامي , وفيها بدأ الاجتهاد يلعب دوره , وفي هذه المرحلة ظهرت مدرسة اهل الرأي في العراق التي عولت على القياس وقد نما الفقه في هذه المرحلة واصبح الاجتهاد مرجعاً في استنباط الأحكام .

3- المرحلة الثالثة (نضج الفقه) :- بدأت بظهور مذاهب الفقه الاسلامي وتدوين الفقه في مطلع القرن الثاني للهجرة والتي امتدت حتى نهاية القرن الرابع الهجري , وتوصف بانها العهد الذهبي للفقه , اذ تعاظم فيها شأن الفقه وبرز الاجتهاد ولعبت دوراً هاماً في تطوير الاحكام واتساع نطاق الشريعة الاسلامية .

4- المرحلة الرابعة (مرحلة التقليد) :- بدأت بعد اتفاق اكثر أئمة المسلمين على غلق باب الاجتهاد في اواخر القرن الرابع الهجري , وبدأ عندئذ عهد جمود الفقه الاسلامي .

المحاضرة السادسة عشر

سريان القانون من حيث المكان والزمان

ـ سريان القانون من حيث المكان:

يقصد بسريان القانون من حيث المكان (تحديد الاقليم الذي يسود فيه تطبيق القانون).

و هناك مبدأين هما مبدأ اقليمية القانون و مبدأ شخصية القانون.

1ـ مبدأ اقليمية القانون / يقصد بهذا المبدأ ان قانون الدولة يطبق على كل ما يقع داخل اقليمها , و ينصرف الى جميع الأشخاص الموجودين فيه وطنيين كانوا ام أجانب , كما ان هذا القانون يقف عند حدود اقليم الدولة فلا يتعداه . أي انه لا يسري على كل ما يقع خارج حدود الاقليم ولو تعلق الأمر بمواطني هذه الدولة المقيمين في دول أجنبية .

2ـ مبدأ شخصية القانون / يقصد به سريان قانون الدولة على الأشخاص التابعين لها بجنسيتهم سواء كانوا موجودين على اقليمها او مقيمين في دول أجنبية أخرى ولا يسري على الأجانب وان كانوا مقيمين على أرضها.

ـ تطبيق المبدأين معاً :

نظرا للتغيير الذي الم بالمجتمع الدولي من ازدهار في العلاقات الاقتصادية ونمو في العلاقات التجارية و استقرار الكثير من الجاليات الأجنبية في دول أخرى , سار تطبيق المبدأين معا و لكن على نحو يتفاوت فيه مدى تطبيق كل منهما تبعا لتفاوت طبيعة العلاقات القانونية و اختلاف طبيعة القواعد القانونية التي تحكم هذه العلاقات , غير ان بوسعنا القول أن الأصل في التطبيق هو مبدأ الاقليمية لارتباطه بسيادة الدولة و استقلالها , اما الاستثناء فهو مبدأ شخصية القانون, الا انه قد يتسع تطبيقه في بعض فروع القانون و يضيق في أخرى .

- **اولاً / مدى تطبيق المبدأين في فروع القانون العام :**

  قواعد القانون العام هي القواعد التي تنظم العلاقات التي تظهر فيها الدولة باعتبارها صاحبة السيادة في المجتمع .

  الأصل في قواعد القانون العام ان تطبق تطبيقا اقليمياً , اي ان يطبق مبدأ اقليمية القانون في فروع القانون العام .

و لكن هناك ثمة استثناءات تبرز في مجالات ضيقة ترد على هذا المبدأ و ابرزها ما يلي :

1- في دائرة القانون الدستوري : لا يتمتع الاجانب ببعض الحقوق العامة و السياسية التي يقررها الدستور , كحق الانتخاب و حق الترشيح للهيئات النيابية و حق تولي الوظائف العامة و كذلك بعض الواجبات الوطنية كواجب الخدمة العسكرية و ذلك لأن هذه الحقوق و الواجبات هي مظهر من مظاهر الانتماء الى الوطن و لا يتصوران تسري الا في حق المواطنين دون الأجانب .

2- في دائرة القانون الجنائي: تتعدد الاستثناءات على مبدأ الاقليمية وقد وردت بعض الاستثناءات في قانون العراقي النافذ هي:

أ- توسع المشروع العراقي في تطبيق مبدأ اقليمية القانون فأجاز امتداد تطبيق قانون العقوبات العراقي الى خارج اقليم الدولة بالنسبة لجرائم معينة قدر المشرع خطورتها فقضى بتطبيق القانون العراقي عليها حفاظا على امن وسلامة الدولة أياً كان مرتكبها عراقيا او أجنبيا. وهذه الجرائم هي (الجرائم التي تمس أمن الدولة العراقية الداخلي والخارجي او ضد نظامها الجمهوري أو سنداتها المأذون بإصدارها قانونا او طوابعها او جريمة تزوير اورقاها الرسمية او تزوير عملتها سواء كانت ورقية ام معدنية). (المادة9 قانون العقوبات العراقي).

ب- كذلك توسع المشروع العراقي في تطبيق قانونه افجعل له اختصاصا شاملاً لكل من ارتكب جريمة في الخارج (من تخريب او تعطيل وسائل المخابرات و المواصلات الدولية و الاتجار بالنساء او الأطفال او الرقيق او المخدرات).(المادة 13 قانون العقوبات).

ج ـ أخذ المشروع العراقي بمبدأ شخصية القانون في ثلاث حالات هي :

<u>الحالة الاولى :</u> يخضع لحكم قانون العقوبات العراقي المواطن العراقي الذي يرتكب جريمة خارج العراق اذا وجد في العراق وكانت الجريمة جناية او جنحة وكان معاقباً عليها بمقتضى قانون محل ارتكابها , ويطبق القانون العراقي حتى لو اكتسب الجاني الجنسية العراقية بعد ارتكاب الجريمة او كان متمتعاً الجنسية العراقية وقت ارتكابها وفقدها بعدئذ . (المادة 10 قانون العقوبات).

الحالة الثانية : اخضع قانون العقوبات العراقي لحكمه كل من يرتكب جريمة في الخارج بدرجة جناية او جنحة من موظفي الجمهورية العراقية والمكلفين بخدمة عامة لها اثناء تأدية اعمالهم او بسببها . (المادة 12 فقرة 1 قانون العقوبات).

الحالة الثالثة : كذلك قضى قانون العقوبات العراقي بان رجال السلك الدبلوماسي العراقي الذين لا يخضعون لأحكام القانون الجنائي للدولة التي يقيمون فيها لتمتعهم بالحصانة الدبلوماسية , فانهم يخضعون لأحكام القانون العراقي اذا ارتكبوا جناية او جنحة مما نص عليه القانون العراقي. (المادة 12 فقرة 2 من قانون العقوبات).

تطبيق المبدأين في فروع القانون الخاص :

تعرف قواعد القانون الخاص بأنها (مجموعة القواعد التي تنظم الروابط بين الاشخاص في المجتمع او بينهم وبين الدولة على اعتبارها شخصاً معنوياً عادياً. لذلك فان المجال يتسع للأخذ بمبدأ شخصية القانون في نطاق فروع القانون الخاص فيجوز ان يتعدى قانون الدولة في التطبيق حدود اقليمها .

ـ اخذ المشرع العراقي بمبدأ شخصية القانون على نطاق واسع في مجال الاحوال الشخصية اسوةً بغيره من المشرعين .

ـ اما في دائرة القانون المدني والتجاري فقد تمسك المشرع العراقي بمبدأ اقليمية القانون .

سريان القانون من حيث الزمان:

اذا صدر قانون وتم نفاذه بنشره أو انقضاء الميعاد المحدد للنفاذ بعد النشر سرت احكامه على الوقائع والروابط القانونية التي تقع بعد نفاذه وهذا ما يسمى بالاثر الفوري او المباشر للقانون , واذا كان هذا القانون الجديد قد حل محل قانون قديم فعدله او الغاه فإن اثر القانون الجديد يسري على الوقائع التي تلي نفاذه دون ان ينسحب اثره على الوقائع التي تمت قبل نفاذه اي في ظل القانون القديم , وهذا ما يسمى بمبدأ عدم رجعية القانون .

مبدأ عدم رجعية القانون:

يقصد بهذا المبدأ (عدم سريان حكم القانون على الوقائع والتصرفات وآثارها التي تمت قبل نفاذه). وهذا المبدأ تسنده ثلاث حجج هي المنطق والعدل والمصلحة.

ـ اذ ليس من المنطق ان ينسحب اثر القانون على الوقائع التي سبقت نفاذه , لان القاعدة القانونية تعني تكليفاً يوجه لشخص ما بأمر معين وينبغي لتحمل هذا التكليف ان يكون الشخص المخاطب على علم به ويفترض علم المخاطب بالتكليف عند نشر القانون , اذا فالمنطق يقتضي ان لا يسري القانون الا على ما هو آتٍ من وقائع .

ـ والعدل يقتضي ان لا يسري القانون على الوقائع التي سبقت نفاذه وتمت في ظل القانون القديم , فليس من العدل ان ترتكب جريمة في ظل قانون يحدد عقوبة لها ثم يعاقب الشخص بعقوبة اخرى اقرها قانون جديد .

ـ وتوجب المصلحة العامة كذلك عدم سريان احكام القانون الجديد على الوقائع السابقة لنفاذه , والا تزعزع استقرار التعامل وضعفت الثقة بالقانون .

وقد نصت بعض الدساتير واكثر القوانين على مبدأ عدم رجعية القانون ومن ضمنهم القانون المدني العراقي وقانون العقوبات العراقي .

<u>الاستثناءات التي ترد على مبدأ عدم رجعية القانون :</u> وتتمثل

<u>1ـ النص الصريح :</u>

فإذا قضى المشرع بسريان القانون على الماضي بالنص الصريح في قانونه سرى حكم هذا القانون على ما وقع قبل نفاذه من وقائع وتصرفات .

<u>2ـ القانون التفسيري :</u>

(وهو التشريع الذي يصدر لازالة غموض شاب نصوص قانون نافذ وأدى الى ارتباك القضاء في تفسيره وتطبيقه) , فإذا صدر القانون التفسيري سرت احكامه على الوقائع القائمة وقت نفاذه دون الوقائع التي حسمت من قبل القضاء قبل صدوره .

<u>3ـ القانون المتعلق بالنظام العام :</u>

تسري احكام هذا القانون على الماضي ولا يحق لأحد الاعتراض على تطبيقها بحجة مساسها بحق اكتسبه .

ـ اذا تعلقت بمسائل الاحوال الشخصية وتحديداً في المسائل الموضوعية لها كالجمع بين الاختين الذي حرمه الاسلام بأثر رجعي .

4- القانون الجنائي الاصلح للمتهم :

تنص الكثير من القانونين كما يسلم الفقه والقضاء بسريان القانون الجنائي الاصلح للمتهم على الجرائم التي ارتكبت قب نفاذه ولم يصدر الحكم النهائي فيها ,
ولتوضيح هذه المسألة هنالك حالتين تقترن بصدور الحكم النهائي او عدم صدوره وهاتين الخالتين هما :

- الحالة الاولى : هي اباحة الفعل (الغاء العقوبة):

يقصد بها ان يبيح القانون الجديد الفعل الذي ارتكبه المتهم ويلغي العقوبة المقررة عليه سابقاً اي انه لم يعد هنالك جريمة اصلاً .

- ولا يوجد فرق بين صدور الحكم النهائي واتخاذه الدرجة القطعية وبين عدم صدوره ففي كلا الحالتين تلغى العقوبة ويطلق سراح المحكوم عليه .

- والحجة في رجعية القانون الاصلح للمتهم هي مراعاة العدل والمصلحة من جهة ولان المشرع هو الذي يقدر مدى خطورة الفعل المرتكب من جهة اخرى .

- الحالة الثانية : هى تخفيف العقوبة :

هي ان يخفف القانون من عقوبة الجريمة المرتكبة وتطبيق القانون الجديد في هذه الحالة يتوقف على حالة صدور الحجم واتخاذه الدرجة القطعية من عدمه :

- فإذا صدر الحكم النهائي في جريمة قتل بالاعدام ثم صدر بعد ذلك قانون جديد يخفف العقوبة الى السجن المؤبد فلا يسري حكم القانون الجديد على هذه الجريمة لكون الحكم الصادر فيها قد اتخذ الدرجة القطعية وبذلك ينفذ حكم الاعدام بالمتهم .

- اما اذا نفذ القانون الجديد قبل صدور الحكم النهائي للجريمة واتخاذه الدرجة القطعية فإن هذا القانون يسري عليها وبذلك يستفيد المحكوم عليه من حكم تخفيف العقوبة الى السجن المؤبد بدل الاعدام .

المحاضرة الثامنة عشروالتاسعة عشر

تعريف الحق وانواعه,الحقوق العينيه ,الحقوق الشخصية, الحقوق العينية الاصلية والتبعية

علاقة القانون بالحق :

يعمل القانون على اقامة النظام في المجتمع ويحكم سلوك الافراد وروابطهم عن طريق الدولة اذا تجبر الافراد على ذلك بالقوة.

فيوفق القانون بين المصالح المتعارضة لافراد المجتمع , ففي كل مرة يقر فيها قانوناً ملزماً في مواجهة شخص معين يتقرر في مقابل ذلك حقاً لشخص آخر .

العلاقة بين الحق والواجب :

القاعدة القانونية اذا قررت حقاً لأحد الاطراف المتخاصمين فستقرر بالضرورة واجباً على الطرف المقابل تلزمه باحترام هذا الحق ومنع التعدي عليه , ففكرتا الحق والواجب فكرتان متلازمتان في الفكر القانوني. توضح احدهما الاخرى وتحددها والحق لا يتقرر لشخص إلا في مواجهة شخص اخر يتحمل الواجب , فالواجب لا ينشأ إلا اذا وجد حق يقابله .

ما هو وجود الحق والتعريف بالحق :

1- وجود الحق : فكرة الحق لم تكن من الافكار التي سلم بها فقهاء القانون جميعا , اذ تعرضت وما زالت لانتقادات كثيرة في جدواها وفي فائدتها , وعليه أبرز من نقد فكرة الحق جاء من أنصار مذهب القانون الوضعي هو الفقيه الفرنسي (ديجي) .

تعرضت فكرة الحق لانتقادات كثيرة في جدواها وفائدتها ومن ضمن المنتقدين الفقيه الفرنسي (ديجي) :

أ ـ اعتبر ديجي فكرة الحق فكرة ميتافيزيقية غير واقعية .

ب ـ هي افكار لا تخضع للمشاهدة والتجربة فهي بتقديره دخيلة على عالم القانون لأنها فكرة فلسفية .

ت ـ وهو ينكر وجود حقوق طبيعية ملازمة للفرد والسابقة في وجودها وجود المجتمع .

ج ـ هو ينكر حقوق ينشؤها القانون للفرد .

هـ ـ يرى في الحق خضوع إرادات إنسانية الى ارادات انسانيه اخرى .

و ـ هو يستبدل فكرة الحق بفكرة (المركز القانوني) فالقانون في نظره يجب ان ينشئ مراكز قانونية إيجابية وسلبية للأفراد (المقرض في مركز إيجابي والمقترض في المركز سلبي اذا تجاوز الاجل المحدد للسداد).

الانتقادات الموجهة لنظرية (ديجي) :

- انه اعطى للحق مفهوما معيناً جعله مجال نقده .
- ثانياً إن قوله بأن الحق يقضي تغليب ارادات انسانية على أخرى لم يقل به أحد .
- اقتراحه لفكرة (المركز القانوني) عند التمعن بها ما هي إلا فكرة الحق وان اتخذت شكل وتسمية أخرى .

2ـ التعريف بالحق : لعل أهم النظريات التي تولت التعريف بالحق :

أولاً / النظرية الشخصية (نظرية الارادة) :

يعرف الحق بموجب هذه النظرية بـ : هو تلك القدرة أو السلطة الارادية التي يخولها القانون لشخص في نطاق معلوم , فالعنصر الأساس في الحق هو إرادة الفرد وقد تعرضت لعدة انتقادات :

أ ـ تأكيد النظرية على أن الحق مقرون بالإرادة يخالف كل الشرائع التي تعطي حقا لعديمي الارادة كالمجنون والصبي الغير مميز .

ب ـ الاخذ بهذه النظرية معناه عدم الاعتراف بالشخصية المعنوية التي وإن كان لها ارادة فهي غير حقيقية .

ج ـ ان تعريف الحق بأنه قدرة إرادية يؤدي الى الخلط بين وجود الحق واستعماله . او بين الحق ومباشرته فالحق يوجد ولو دون تدخل الارادة اما استعمال الحق فلا يأتي إلا عن طريق الارادة فعديم الارادة يثبت له حقوق ولكن لا يستطيع مباشرتها الا عن طريق ولي او وصي.

ثانياً / النظرية الموضوعية (نظرية المصلحة):

يعرف الحق بموجب النظرية الموضوعية بـ :

هو مصلحة يحميها القانون (الحق = مصلحة + حماية قانونية) وهذه النظرية للفقيه الألماني (ايرانج) الذي نظر للحق من ناحية موضوعه لا من ناحية صاحبه لأنه يثبت لذوي الارادة وعديمي الإرادة وقد تعرضت للانتقادات التالية :

أ ـ لا ينبغي الخلط بين الحق وغايته (المصلحة) لأن الحق ما هو إلا وسيلة لتحقيق المصلحة.

ب ـ إنها جعلت من الحماية القانونية العنصر الثاني للحق بالرغم من ان الحماية هي النتيجة للتسليم بوجود الحق وتالية لقيامه لأنها تأتي بعد أن يوجد الحق .

ثالثاً / النظرية المختلطة :

يعرف الحق بموجب هذه النظرية بـ :

هي تجمع بين النظريتين السابقتين فتبين ان الحق هو السلطة إرادية وفي الوقت نفسه مصلحة محمية وبما أنها جمعت بينهما فالحق ليس الارادة وليس المصلحة وهو ليس هذا وذاك معاً .

رابعاً / النظرية الحديثة (نظرية دابان) :

يعرف الحق بموجب هذه النظرية بـ :

إنه ميزة يمنحها القانون لشخص وتحميها طرق قانونية فيكون لذلك الشخص بمقتضى تلك الميزة ان يتصرف بمال أقر القانون استئثاره به باعتباره مالكا له او مستحقا له في ذمة الغير.

وعناصر الحق بموجب هذا التعريف :

أولاً : الحق علاقة استئثار بين شخص وشيء.

ثانياً : يثبت الشخص ولو لم تتوفر فيه الارادة .

ثالثاً : يرد موضوع الاستئثار على الاشياء المادية المستقلة عن الشخص كالمنقولات والعقارات .

رابعاً : يرد على القيم اللصيقة بالشخصية كحياة الإنسان وسلامة بدنه والحريات الاخرى .

خامساً: يرد على اشياء مادية ومعنوية ذات كيان خارجي عن الشخص ويكون هو الذي أوجدها كحق المؤلف فيما ألف وحق المخترع فيما اخترعه ويكون الانتماء مباشراً دون وسيط .

سادساً: قد يكون موضوع الاستئثار أداءات ايجابية او سلبية مالية او غير مالية يلتزم شخص في مواجهة شخص اخر بالقيام بها ويكون الانتماء غير مباشر .

ب ـ التسلط : هو القدرة على التصرف وهو يضمن القدرة لمالك الشيء والحرية في ان يفعل من حيث الاساس فيما يملكه فيستطيع أن يستعمله أو يستغله لصالحه او لصالح الغير او ينقل حقه كلا او بعضاً الى الغير سواء بثمن أو بدونه .

ج ـ احترام الغير للحق : ان جميع الناس غير صاحب الحق ملزمون باحترامه واحترام الحق يقع على الناس كافه فإذا وقع الاعتداء من الغير كان لصاحب الحق ان يدفع الاعتداء عن طريق القضاء .

د ـ الحماية القانونية : وهو عنصر اساسي لا يمكن ان يقوم الحق بدونه . فالحق بالمعنى الحقيقي هو الحق الذي يحميه المجتمع عن طريق وسائل قانونية , فالشخص لا يستطيع الوصول الى حقه بيده بل لا بد ان تدخل السلطة لحمايته .

هـ ـ تعريف الحق في مشروع القانون المدني العراقي :

عرفت المادة (88) من مشروع القانون المدني العراقي الحق بأنه : (الحق ميزة يمنحها القانون ويحميها تحقيقاً لمصلحة اجتماعية).

<u>حق الملكية بالنسبة للقانون العراقي :</u>

للمالك في حدود القانون التصرف في ماله واستعماله واستغلاله طبقاً للغاية الاقتصادية والاجتماعية للملكية باعتبارها وظيفة اجتماعية .

<u>انواع الحق :</u>

من حيث الحماية التي يعطيها القانون :

أ ـ الحقوق التامة : هي الحقوق التي لا يقتصر دور القانون على تقريرها بل يحيطها بحمايته بما يمكن صاحبها من الإفادة منها ولو عن طريق الجبر والقهر كون السلطة الالتزام تنطوي على عنصرين :

أولاً : عنصر المديونية : هو الواجب القانوني الذي على المدين بأداء معين وهذا الواجب ينقضي بالوفاء الاختياري .

ثانياً : عنصر المسؤولية : ان يجبر الدائن المدين على الوفاء اذا لم يقم به من تلقاء نفسه وهذه المسؤولية تقع على عاتق المدين في ماله لا في جسمه ولا يكون الالتزام كاملاً اذا اجتمع فيه هذان العنصران , (التزام مدني).

ب ـ الحقوق الناقصة : هي ان يوجد عنصر المديونية دون عنصر المسؤولية فيكون الالتزام ناقص (التزام الطبيعي)

وأن الحق الناقص : هو حق موجود يعترف به القانون لكنه لا يحميه وهو منزلة وسططى بين الحق الكامل والحق الاخلاقي .

الالتزام الطبيعي : هو الالتزام الذي لا جبر على المدين في تنفيذه .

انواع الحقوق من حيث مناطها

من حيث مناطها : تقسم الحقوق الى قسمين :

أولا : الحقوق السياسية (الدستورية) لانها مقررة في الدستور : هي تلك الحقوق التي تقرر للشخص باعتباره عضو في الجماعة السياسية لتمكينه من الاسهام في توجيه شؤون الدولة كحق الانتخاب والوظائف العامة والتشريح للمجالس , وتتميز بالخصائص التالية :

أ ـ انها مقصورة على الوطنيين دون الاجانب .

ب ـ هي ليست حقوق خالصة بل تخالطها الواجبات في الانتخاب حق وواجب بنفس الوقت .

ثانياً : الحقوق الغير سياسية : هي الحقوق التي ليس لها علاقة بتسيير شؤون الدولة بل هي تقرر للأفراد بغية تمكينهم من ممارسة نشاطهم الاعتيادي في الجماعة , وتقسم الى قسمين هي:

أ ـ الحقوق العامة : الحقوق التي تثبت للإنسان بمجرد وجوده أي لكونه انسان (حق الاسم ـ وسلامة جسده) وتثبت للإنسان سواء كان وطني ام اجنبي ومنها مادية كسلامة الجسد ومعنوية كالحق في الشرف , وخصائصها :

1ـ الحقوق العامة لا يجوز التصرف فيها .

2ـ الحقوق العامة لا تسقط ولا تكتسب بالتقادم .

3ـ الاعتداء على الحقوق العامة ينشئ لصاحبها الحق في التعويض .

ب ـ الحقوق المدنية : الحقوق التي لا تقرر لأي انسان بل لأولئك الذين تتوفر فيهم شروط اكتسابها وهي :

1ـ حقوق الاسرة / حقوق تقرر للشخص باعتباره عضو في أسرة معينة وهي سلطة مقررة لشخص في مواجهة شخص آخر تربطه قرابه , وهي لا تمنح للشخص مصلحة خاصة انما مصلحة الاسرة وهي حقوق غير مالية لذلك تخرج عن دائرة التعامل ومنها ما يقيم بالمال مثل حق النفقة .

2ـ الحقوق المالية / هي الحقوق التي يمكن تقويم محلها بمال وهي أما عينية أو شخصية .

* الحق العيني : هو سلطة مباشرة على شيء معين يعطيها القانون لشخص معين ومحل الحق العيني هو الشيء وهي على قسمين الأصلي والتبعي :

ـ الحق العيني الأصلي : تلك الحقوق التي تخول صاحبها الحق في استعمال الشيء واستغلاله بصورة كاملة أو ناقصة وسميت أصلية لأنها تقرر مستقلة بذاتها غير مستندة على غيرها وتشمل حق الملكية والتصرف والعقر والمنفعة والاستعمال والسكنى والمساطحة والارتفاق والاجازة الطويلة .

- حق الملكية : هو أوسع الحقوق العينية الاصلية من حيث السلطات التي يمنحها للمالك في الاستعمال والاستغلال والتصرف ويتميز بأنه حق دائم ويداوم محله ولا يسقط بعدم الاستعمال ويتبين ان لحق الملكية ثلاث عناصر هي :

أ ـ الاستعمال : استعمال المالك للشيء فيما يصلح له للحصول على منافعه الزراعة ـ السكن ـ الطعام) .

ب ـ الاستغلال : الاعمال اللازمة للحصول على ما يولد من الشيء او ينتج عنه .

ج ـ التصرف : نوعان مادي (منزل يهدمه او وقود استهلكه) وقانوني (نقل ملكية شيء).

- حق التصرف : حق عيني عقاري يتعلق بالأراضي الزراعية من حيث الانتفاع بها واستغلالها للأغراض الزراعية ويأتي عن طريق تفويض الأرض للأشخاص أو منحها باللزمة وهو قبل للإرث بعد وفاة المتصرف .
- حق الانتفاع : حق عيني مقرر بشخص على عين مملوكة لآخر يخوله سلطة استعمال هذا الشيء واستغلاله لفترة معينة وينتهي بوفاة المنتفع او انقضاء الاجل المحدد له ويتمتع بعدة خصائص :
  أ ـ يأخذ صفة الشيء الذي يستقر عليه (عقاري أو منقول) .
  ب ـ مؤقت بطبيعته .
  ج ـ يجوز النزول عن حق المنفعة للغير او بيعه او ايجاره إلا اذا نص العقد خلاف ذلك .
  د ـ يقع على العقار والمنقول .
  هـ ـ المال المنتفع به أمانة بيد المنتفع .
- حق الاستعمال والسكنى : سلطة مباشرة لشخص على شيء معين تخوله استخدام هذا الشيء لمدة معينة .

- حق المساطحة : حق عيني عقاري يخول صاحبه أن يقيم بناء او منشآت أخرى غير الغراس على أرض الغير بموجب اتفاق بينه وبين صاحب الارض والعقد هو المصدر الوحيد للمساطحة ويحدد حقوق المساطح والتزاماته ويجب ان تسجل المساطحة في التسجيل العقاري ويرد على الارض المملوكة الموقوفة وقفاً صحيحاً لا تزيد مدته على (25) سنة اذا لم تحدد المدة فلمتعاقدين على المساطحة انهاء العقد بعد ثلاث سنوات ولا يزول حق المساطحة بزوال البناء قبل انتهاء المدة وينتقل حق المساطح في المساطحة وفي البناء بالميراث والوصية وينقضي بانقضاء المدة المحددة له او باتحاد الذمة او بالاتفاق قبل انتهاء المدة او بالاستناد الى حكم قضائي حائز درجة الثبات .
- حقوق الارتفاق : حق يحدد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه مالك آخر وينقضي بانقضاء الاجل المحدد او بهلاك احد العقارين او اتحاد الذمة او عدم استعمال (15) سنة او بالتنازل عنه ويرد على العقار فقط دون المنقول .

<u>مصادر حقوق الارتفاق :</u>

مصادر حقوق الارتفاق هي :

1- العقد 2- الميراث 3- الوصية 4- التقادم 5- تخصيص المالك .

<u>ينقضي حق الارتفاق :</u>

ينقضي حق الارتفاق بانقضاء الاجل المحدد وبهلاك أحد العقارين أو اتحاد الذمة أو عدم الاستعمال خمسة عشرة سنة او بالتنازل عنه .

س / ماذا تعني الحقوق العينية الأصلية ؟ عدد هذه الحقوق , مبينا الفرق بين حق التصرف باعتباره عنصر من عناصر حق الملكية وبين حق التصرف باعتباره حقاً عينياً أصلياً ؟

ج / الحق العيني الأصلي : تلك الحقوق التي تخول صاحبها الحق في استعمال الشيء واستغلاله بصورة كاملة أو ناقصة وسميت أصلية لأنها تقرر مستقلة بذاتها غير مستندة على غيرها , وتشمل :

أ ـ حق الملكية ب ـ حق التصرف ج ـ حق العقر د ـ حق الانتفاع هـ ـ حق الاستعمال والسكنى و ـ حق المساطحة ز ـ حق الاجازة الطويلة .

الفرق بين حق التصرف باعتباره عنصر من عناصر حق الملكية وبين حق التصرف باعتباره حقاً عينياً أصلياً :

ـ حق التصرف باعتباره احد عناصر حق الملكية / نوعان ماديا مالك الشيء ان يتصرف بالشيء المملوك له تصرفات مادية (منزل يهدمه ـ وقود استهلكه) , او تصرف قانوني لا يؤثر في كيانه المادي (نقل ملكية شيء أو ترتيب حق عيني آخر عليه) .

ـ حق التصرف باعتباره حق عيني أصلي / حق عيني عقاري يتعلق بالأراضي الزراعية من حيث الانتفاع بها واستغلالها للأغراض الزراعية ويأتي عن طريق تفويض للأشخاص او منحها باللزمة وهو قابل للإرث بعد وفاة المتصرف .

ثانياً / الحقوق العينية التبعية : هي حقوق مقررة على اشياء معينة بضمان الوفاء بالتزام ما أو هو مصلحة تنشأ على شيء مملوك لغيره تخوله استيفاء دينه من ثمن ذلك الشيء بالتقدم على سائر الدائنين .

مميزاتها :

أ ـ ميزة التتبع : ويكون بمقتضاه للدائن سلطة تتبع الشيء المرهون محل الحق في مواجهة اي شخص ولو كان الشخص غير المدين .

ب ـ ميزة التقدم : وبمقتضاها اذا كانت أموال المدين غير كافية لسداد جميع ديونه يتقدم صاحب الحق التبعي على سائر الدائنين بالاستيفاء لأنه لا يشترك في التوزيع بل يستوفي حقه بالتقدم والأولوية .

وتشمل الحقوق العينية التبعية :

أولاً : الرهن التأميني : هو عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً يكون له بمقتضاه ان يقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن العقار في اي يد يكون ويتميز :

- انه لا يرد إلا على العقار .
- لا يترتب عليه انتقال العقار المرهون الى حيازة الدائن المرتهن ويبقى في حيازة المدين الراهن .
- لضمان عدم التصرف توضع اشارة الرهن على العقار المرهون في التسجيل العقاري.

ثانياً : الرهن الحيازي : عقد يجعل الراهن مالاً محبوساً في يد المرتهن او في يد عدل بدين يمكن للمرتهن استيفاؤه منه كلا او بعضا مقدماً على الدائنين العاديين التاليين له في المرتبة , ويتميز :

- يحوز الدائن الشيء المرهون .
- يستوفي حقه من ثمنه بالأولوية .
- يرد على العقار والمنقول على حد سواء .

ثالثاً : حقوق الامتياز : حق عيني يقرر بنص القانون لبعض الدائنين مراعاة لصفة ديونهم مثل حق الزوجة في النفقة . وتتميز :

- لا ينشأ إلا بنص القانون .
- يعتبر بموجبه الدين ممتازاً على سائر الديون نظراً لصفة الحق .

الحقوق الشخصية :

الحق الشخصي : هو رابطة بين شخصين دائن (ايجابي) ومدين (سلبي) بمقتضاها يحق للدائن مطالبة المدين بإداء معين , إن العلاقة من جانبها الايجابي (حق) ومن جانبها السلبي (التزام) .

انواع الحقوق الشخصية :

أ ـ الالتزام بإعطاء شيء / هو التزام المدين بأن ينقل للدائن ملكية شيء ما أو أي حق عيني آخر (التزام البائع) .

ب ـ الالتزام بقيام بعمل / التزام المدين القيام بعمل ايجابي لمصلحة الدائن كالتزام المقاول ببناء دار .

ج ـ الالتزام بالامتناع عن عمل / التزام المدين بالامتناع عن عمل يملك القيام به قانوناً كأن يبيع شخص محلاً ويشترط عدم ممارسة نفس المهنة فيه .

س / ما الفرق بين الحقوق العينية والحقوق الشخصية ؟

ت	الحق العيني	الحق الشخصي
1	يقوم الحق العيني نظراً الى سلطة مباشرة لشخص معين على مال معين بالذات على عنصرين (صاحب الحق ومحل الحق)	الحق الشخصي فيتحلل الى ثلاث عناصر (صاحب الحق ومن عليه الحق ومحل الحق)
2	لما كان الحق العيني سلطة مباشرة على مال معين بالذات فإن صاحب الحق يستطيع الانتفاع بالشيء محل الحق دون وساطة شخص آخر	صاحب الحق الشخصي فلا يصل الى حقه الا بواسطة المدين

3	لما كان الحق العيني سلطة مباشرة على مال معين بالذات فأن لصاحبه الحق في ملاحقة الشيء الذي انصب عليه الحق في يد اي شخص كان .	لا يرد ذلك في الحق الشخصي
4	لصاحب الحق العيني حق التقدم والأولوية على الدائنين الشخصيين في الاستيفاء	اصحاب الحقوق الشخصية بالذات يرد حقهم على ذمة المدين بمجموعها لا على ذلك الشيء
5	يستطيع صاحب الحق العيني ان يتنازل عن حقه بإرادته المنفردة لأنه ليس الا سلطة مباشرة يجوز لصاحبها التنازل عنها بإرادته	الحق الشخصي لا يمكن التنازل عنه الا بتوافق ارادة الطرفين.

الحقوق الادبية :

الحقوق الادبية : هي الحقوق التي ترد على أشياء غير مادية لا يمكن ادراكها بالحس كالإنتاج الفني والأدبي والرسوم .

تقسم الى :

أولاً : الحقوق الأدبية والفنية , (حق المؤلف على كتابه , حق الملحن على موسيقاه ..).

ثانياً : الحقوق التجارية والصناعية , (حق المخترعين عن اختراعاتهم , حق التجار عن الاسماء التجارية لمحلاتهم).

المصادر الأساسية :

- **الكتب المنهجية (المدخل لدراسة القانون، الأستاذ عبد الباقي البكري و الأستاذ زهير البشير, المكتبة القانونية, العراق , بغداد , العاتك لصناعة الكتاب, بيروت).**
- **الكتب المنهجية (المدخل لدراسة القانون، الدكتور محمد حسين منصور، منشورات الحلبي الحقوقية، مصر , الإسكندرية, ٢٠١٣).**
-

- **المصادر المقترحة:**
- **(المدخل لدراسة القانون, الدكتور محمد حسن قاسم, الجزء الأول, منشورات الحلبي الحقوقية, مصر, الإسكندرية, ٢٠١٢)**

خارطة القياس المعتمدة

المحتوى التعليمي	عناوين الفصول	الأهمية النسبية	الأهداف السلوكية					عدد الفقرات
			المعرفة		الفهم	التطبيق	التحليل	التقييم
			النسبة					
الفصل الأول								
الفصل الثاني	المدخل لدراسة القانون	١٠٠٪	٣٥٪		٢٥٪	١٠٪	١٠٪	٢٠٪
الفصل الثالث								
الفصل الرابع								
المجموع								