

## الاتجاهات الفقهية في تقسيمات الصياغة التشريعية

أ.د. نواف حازم خالد  
م.م. سرکوت سليمان عمر  
بحث مستل من أطروحة الدكتوراه ( تقويم الصياغة التشريعية لنظرية العقد )  
كلية الحقوق - جامعة الموصل ، قيد المناقشة.

### المستخلص

تناول فقهاء القانون والأساتذة والكتاب تقسيمات الصياغة التشريعية تحت عناوين مختلفة كأنواع الصياغة التشريعية ، وطرق الصياغة التشريعية ، أساليب الصياغة ، وسائل الصياغة ، ويلاحظ اما التقليد والنقل عن البعض في دراسة الموضوع ، وعدم اتفاق الفقهاء والكتاب لأدراج ما ينطوي تحت كل موضوع ، ولغرض إعادة طرح الموضوع من زاوية مختلفة ، والتوصل لأيراد تقسيم شامل يتضمن جميع الانواع والاساليب والطرق والوسائل ، وعدم تجزئة الموضوع ودراسته أكثر من مرة تحت عناوين مختلفة ، تم اختيار عنوان ( تقسيمات الصياغة التشريعية ) لدراسة الموضوع ورفع بعض الاشكاليات حول الموضوع ويتم تقسيم البحث الى أربعة فروع ، يخصص الفرع الأول لبيان التقسيمات الفقهية لانواع وطرق الصياغة التشريعية ، والثاني لتقسيم الصياغة التشريعية من حيث الطبيعة ( جامدة ، ومرنة ) ، والثالث لتقسيم الصياغة من حيث الطرق ( مادية ، معنوية ) ويشمل الطرق المادية : ( التعبير بالأرقام ) استعمال الكم محل الكيف ، استخدام الشكل ، الطوائف والتقسيمات ، ويندرج تحت طرق الصياغة المعنوية : كل من القرائن ، الحيلة القانونية ، وخصص الفرع الأخير لتقسيم الصياغة التشريعية من حيث نطاق تطبيقها وتم التطرق للكليات والجزئيات في التشريع ، و المثال والحصص في الصياغة التشريعية ، والقواعد الآمرة والقواعد المكملة في الصياغة التشريعية .

ويلاحظ أن المشرع يعتمد أحيانا لأستخدام الصياغة المرنة وذلك لكي يستوعب النص حالات أخرى في المستقبل ، وان أستخدام الصياغة الجامدة يختلف باختلاف التدرج التشريعي اذ أنه يكثر في النصوص الدستورية بينما تقل في التشريعات ، كما أن المشرع عليه أن يستخدم جميع التقسيمات حسب طبيعة النص التشريعي حيث ان لكل جزئية في التقسيمات إيجابياتها وسلبياتها ، ولا يمكن الأستغناء عن أي منهما ، ويساهم دقة أستخدام نوعية الصياغة في الأرتقاء بالصياغة التشريعية .

## SUMMARY

jurists, professors and book divided legislative drafting under different headings as types of legislative drafting, and methods of legislative drafting, drafting methods, and means of drafting, and it is noted that either tradition, and copying from some in the study of the subject, and disagreement of the scholars and writers to incorporate what is involved under each subject, and the purpose of presenting the subject from a different angle, and to provide a comprehensive division that includes all types and styles and ways and means, and the in order that the subject is not directed and study it more than once under different titles, the address (the divisions of legislative drafting) was choosen to study the issue and raise some dilemmas about the subject and the research divided to four branches, the firstbranch is allocates to demonstrate the divisions jurisprudence and the types and methods of legislative drafting, and the second for the division of legislative drafting in nature (rigid and flexible), and the third to divide the drafting in terms of ways (material, moral) material ways :( including (the use of quantum replace qualitative), the use of shape, sects and divisions, and falls under the moral drafting : all the evidence, legal resourceful ways, and the final section is devoted for Of the division of legislative drafting in terms of its scope of application it, was general and details were addressed in the legislation, and example and exclusiveness in the legislative drafting, and peremptory norms and complementary norms in legislative drafting. It is noted that the legislator sometimes deliberately use the flexible drafting in order to for the text accommodate other cases in the future, and that the use of rigid drafting varies depending on the legislative gradient as it is frequently used in the constitutional texts, while less used in legislation, and that the legislator has to all divisions used by the nature of the legislative text as evrery parts of divisions has positives and negatives, and accuracy in usiy ways of drafty contributes in improring legislative drafting.

## المقدمة

### أولاً: أسباب اختيار الموضوع

- 1- تعد موضوع الصياغة التشريعية من الموضوعات التي مر على كل من درس أو بحث في القانون .
  - 2- تعد من الموضوعات المحبوبة والمشوقة لدى الكثيرين مما يشجع الكتابة فيه ودراسة جوانبه المتعددة.
- ثانياً: أهمية الموضوع:

أ- إنعقاد مؤتمرات خاصة حول الصياغة التشريعية، في العراق فقط عقدت عدة مؤتمرات منها:

- 1- المؤتمر العلمي الأول لكلية القانون والسياسة - جامعة دهوك تحت شعار (التشريع في العراق وأقليم كردستان بعد 2003 تبين الواقع والطموح (2011) (1)
  - 2- مؤتمر كلية القانون - جامعة المستنصرية تحت عنوان ( الصياغة التشريعية وواقع التشريع العراقي في 2012/4/19 الصادرة من كلية القانون - الجامعة المستنصرية.
  - 3- المؤتمر الوطني الاول للجامعة العراقية (كلية القانون والعلوم السياسية) وجامعة الكوفة (كلية القانون) تحت عنوان : ( دور كليات القانون في إقترح وصياغة التشريعات القانونية) المنعقد في 30 نيسان 2013.
- هكذا نرى انه داخل العراق عقدت ثلاث مؤتمرات في ثلاث السنوات متتالية في ثلاث جامعات حول الصياغة التشريعية مما يدل على مدى أهمية موضوع الصياغة التشريعية وأثرها في تطوير التشريعات الحديثة.

ب- تخصيص رسائل وأطاريح جامعية في العراق ومن أهمها:-

- 1- أثر الصياغة القانونية في القوة الملزمة المستندات ما قبل التعاقد. (2)
- 2- الاطروحة التي بين أيدينا (تقويم الصياغة التشريعية لنظرية العقد).

ج- الأهمية الموضوعية للموضوع:

- 1- يساهم في الصياغة جهات متعددة، بدأ بالجهة التي أعدت المشروع في الحكومة، مروراً بمجلس الشورى، ووصولاً بتعديلات الصياغة في المجالس النيابية ولجانها قبل صدوره كقانون.
- 2- يتكرر صياغة النصوص القانونية في أكثر من مرحلة من مراحل اصدار التشريع سواء كان في مرحلة المشروع، أو في مرحلة مناقشة المشروع داخل مجلس النواب.
- 3- يتعلق الصياغة بعملين مهمين هما علم اللغة، وعلم القانون ولا يقل أهمية أحدهما عن الآخر.
- 4- الصياغة التشريعية ينصب علي التشريع، والتشريع يحتل المرتبة الاولى بين مصادر القانون في العصر الحديث، لذلك فكل مزايا التشريع وأهميته تعد مزايا للصياغة التشريعية.

1 - المنشور من مجلة جامعة دهوك ، عدد خاص عدد 2، مجلد 14، ك1، 2011.

2 - علاء حسين علي عبد زابر شبح، ماجستير كلية القانون، جامعة بابل، 2008.

### ثالثاً: نطاق البحث

يتم دراسة موضوع الصياغة التشريعية وتقسيماتها، وما يفرع عنها من بيان أنواع الصياغة وطرقها وأساليب الصياغة من الناحية الفقهية وتحديد اتجاهات تقسيماتها من الناحية الفقهية .

### رابعاً: منهج البحث:

ثم استخدام أكثر من منهج في تناول الموضوع كالمنهج الوصفي وذلك من خلال تجميع مفردات الموضوع من مصادرها المختلفة، والمنهج التحليلي من خلال ارجاع الموضوع الى بعض جزئياتها.

### خامساً: مشكلة البحث:

تشير موضوع تقسيمات الصياغة التشريعية بعض الاشكاليات من حيث مدى دقة تناول الموضوع فقهاً؛ وتحديد أهم تقسيماته من خلال بيان التقسيمات بدل الانواع والطرق والاساليب، حيث تناول فقهاء القانون والأساتذة والكتاب تقسيمات الصياغة التشريعية تحت عناوين مختلفة كأشكال الصياغة التشريعية ، وطرق الصياغة التشريعية ، أساليب الصياغة ، وسائل الصياغة.

### سادساً: أهداف البحث:

يهدف البحث تناول موضوع تقسيمات الصياغة التشريعية من زاوية مغايرة مما سبق دراسته ، ومحاولة تجميع الموضوع تحت عنوان واحد شامل .

### ثامناً: خطة البحث:

تم تقسيم البحث الى أربعة فروع يخصص :

الفرع الأول : لبيان التقسيمات الفقهية لأنواع وطرق الصياغة التشريعية

الفرع الثاني : لتقسيم الصياغة التشريعية من حيث الطبيعة (جامدة، ومرنة)

الفرع الثالث: لتقسيم الصياغة من حيث الطرق (مادية، معنوية) ويشمل الطرق المادية : ( التعبير بالأرقام ) استعمال الكم محل الكيف )، استخدام الشكل، الطوائف والتقسيمات، ويندرج تحت طرق الصياغة المعنوية: كل من القرائن، الحيلة القانونية.

الفرع الرابع: لتقسيم الصياغة التشريعية من حيث نطاق تطبيقها وتم التطرق للكليات والجزئيات في التشريع، و المثال والحصص في الصياغة التشريعية، والقواعد الآمرة والقواعد المكملة في الصياغة التشريعية.

## المحتويات

الفرع الأول : التقسيمات الفقهية لأنواع وطرق الصياغة التشريعية

الفرع الثاني: تقسيم الصياغة التشريعية من حيث الطبيعة (جامدة، ومرنة)

أولاً: الصياغة الجامدة (الحاسمة):-

ثانياً: الصياغة المرنة:-

الفرع الثالث: تقسيم الصياغة من حيث الطرق (مادية، معنوية):

أولاً: طرق الصياغة المادية:

1-التعبير بالأرقام (استعمال الكم محل الكيف):-

2-استخدام الشكل:

3-الطوائف والتقسيمات:

ثانياً:-طرق الصياغة المعنوية:

1-القرائن:-

2-الحيلة القانونية:-

الفرع الرابع: تقسيم الصياغة التشريعية من حيث نطاق تطبيقها:-

أولاً: الكليات والجزئيات في التشريع:

ثانياً:- المثال والحصص في الصياغة التشريعية:

ثالثاً:- القواعد الآمرة والقواعد المكملة في الصياغة التشريعية:-

## الفرع الأول التقسيمات الفقهية لأنواع وطرق الصياغة التشريعية

من خلال إستقراء أهم ما كتب في بيان أنواع وطرق الصياغة التشريعية وتصنيف الجهود السابقة قبل البدء باختيار الأرجح منهما يلاحظ وجود اختلافات كثيرة حسب اجتهاد وقناعة الفقيه أو الكاتب أو الباحث، من أهم الاشكالية في هذا المجال استخدام عدة مصطلحات مثل (أنواع، طرق، اساليب، أدوات) وإدراج ما ينطوي تحت هذه المصطلحات، أو الاكتفاء بأحد هذه المصطلحات أو مصطلحين ليشمل جميع جزئيات هذا الموضوع.

بغية تسليط الضوء على الجهود السابقة يتم تصنيف هذه الجهود كما يلي:-

**أولاً: التقسيم القديم المستقر (التمييز بين الانواع والطرق):-**

وضع هذا التقسيم الفقيه جيني إذ (يقسم جيني طرق الصياغة القانونية الى نوعين (طرق صياغة مادية وطرق صياغة معنوية).<sup>(1)</sup>

ويتم التمييز بين أنواع وطرق الصياغة حسب ما يلي:-

- 1-أنواع الصياغة: أ-صياغة جامدة ب-صياغة مرنة
- 2-طرق الصياغة: أ-الطرق المادية (التعبير بالارقام، الشكل، التقسيم والطوائف)
- ب-الطرق المعنوية والقرينة، الافتراض أو الحيلة القانونية.<sup>(2)</sup>

**ثانياً: الاكتفاء بالأنواع فقط ودمج الطرق مع الانواع:-**

حاول د.عبدالقادر الشخيلي اتباع طريقة جديدة من خلال تطرقه لأنواع الصياغة التشريعية: وقسمه الى ثلاثة أقسام وهي:<sup>(3)</sup>

- 1-قواعد الصياغة الآمرة والصياغة الكاملة
- 2-الصياغة التشريعية من حيث الاسلوب: وهي: صياغة جامدة، مرنة.
- 3-الصياغة التشريعية من حيث الوسيلة: وهي: وسيلة مادية، وسيلة معنوية.<sup>(4)</sup>

---

(1) د.عبدالحى حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ج1، القانون وفقاً للقانون الكويتي دراسة مقارنة، جامعة الكويت، 1972، ص413.

(2) من أصحاب هذا الاتجاه: د.مالك دوهان الحسن، المدخل لدراسة القانون، ج1، النظرية العامة للقانون، مطبعة الجامعة بغداد، 1972، ص283-387، د.توفيق حسن فرج، د.توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، القاهرة، ط2، 1981، ص169-173، د.عصمت عبدالمجيد بكر، مشكلات التشريع-دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2004، ص163-185، د.عليوة مصطفى فتح الباب، الوسيط في سنن وصياغة وتفسير التشريعات، دار الكتب القانونية ودار شتات، القاهرة، المجلد الأول، 2012، ص21، 435-553، د.همام محمود محمد زهران، المدخل الى القانون -النظرية العامة للقانون-، دار الجامعة الجديدة، اسكندرية، 2008، ص169-180، علي فيلاي، مقدمة في القانون، موفم للنشر، الجزائر، 2010، ص235-241، وكذلك د.محمد واصل، د.محمد حاتم البيات، المدخل الى علم القانون، جامعة دمشق، 2003-2004، ص137-142.

(3) د.عبدالقادر الشخيلي، الصياغة القانونية، تشريعاً، فقهاً، قضاءً، محاماة، دار الثقافة، عمان، ط1، ص57-86.

(4) يلاحظ، ان د.عبدالقادر الشخيلي، في مؤلفه السابق ( فن الصياغة القانونية تشريعاً وفقهاً وقضاءاً) الصادر عام 1995 استخدم (صور الصياغة التشريعية) بدلاً من أنواع الصياغة التشريعية وغير رأيه واستخدم انواع بدلاً من الصور.

### ثالثاً: الاكتفاء بالطرق دون التطرق للانواع:

استخدم بعض الفقهاء الطرق بدلاً من الانواع من هؤلاء د. عبدالحی حجازي قسم الطرق الى:-

1- طرق الصياغة المادية وأمثله:

أ- استعمال التحديد الكمي بدلاً من التحديد الكيفي

ب- بيان أحوال تطابق القاعدة القانونية: طريقة المثال الحصر .

ج- الطوائف والتقسيمات

د- الشكل

2- طرق الصياغة المعنوية: القرائن، المجاز. (1)

أما د. عبدالناصر توفيق العطار فقد اشار الى طرق صياغة التشريع وهي: ( التضيف والتقسيم، الحصر والتمثيل، الصياغة بالكم أو کیف، الفرض أو القرنية القانونية والحيل القانونية). لقد دمج الطرق بصورة عامة دون فصلها الى طرق مادية وطرق معنوية.

### رابعاً: استخدام الأساليب والوسائل بدلاً من الطرق والانواع:

-ومن أبرز هؤلاء د. سمير عبدالسيد تتاغو استخدم عبارة (بعض وسائل الصياغة الخاصة بالتشريع وهي: الشكلية، والقرائن والحيل القانونية). (2)

لم يميز د. سمير بين الطرق المادية والمعنوية ولم يتطرق الى نوع واحد للطرق المادية وهي الشكل بينما استخدم ( د. ثروت أنيس الاسيوطي) أساليب فن الصياغة القانونية هي:

1-المعيار والقاعدة (المعيار المرن والقاعدة الجامدة، أي استعمال التحديد الكيفي بدلاً من التحديد الكمي).

2-المثال والحصر

3-الطائفة والتقسيم. (3)

يلاحظ ان د. ثروت أنيس دمج بين انواع الصياغة (الجامدة والمرنة) مع طرق الصياغة المادية والتحديد الكيفي بدلاً من التحديد الكمي بالاضافة الى اضافة المثال والحصر كأساليب الصياغة.

(1) د. عبدالحی حجازي، مصدر سابق، ص 413-526.

(2) د. سمير السيد تتاغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف بالاسكندرية، 1986، ص 378-411.

(3) ثروت أنيس الأسويوطي، مبادئ القانون، ج 1 القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974، ص 168-176.

#### خامساً: تقسيمات إضافية لأنواع الصياغة التشريعية:-

حاول الاستاذ ( د. عصمت عبدالمجيد في آخر كتاب له اضافة انواع أخرى للصياغة التشريعية الى جانب الصياغة المرنة والجامدة ) وقسم انواع الصياغة التشريعية الى خمسة أقسام وهي:-

- 1-المرونة والجهود في الصياغة
- 2-المثال والحصص في الصياغة
- 3-العمومية والتجريد
- 4-الكليات والجزئيات في صياغة التشريع
- 5-القواعد الآمرة والقواعد الكملة.<sup>(1)</sup>

ان الاستاذ د.عصمت عبدالمجيد كونه كان رئيس مجلس شورى الدولة في العراق سابق لديه خبرة واسعة في الصياغة التشريعية، حاول نقل خبراته في هذه الكتب، واستفاد من كتاب (سبل تغيير التشريع) الصادر من وزارة العدل في العراق التي أشار الى الاقسام (1-4) فيه، ثم أضاف د.عبدالقادر الشخيلي (القواعد الآمرة والقواعد المكملة) وبموجب وجهة نظره ان كل هذه الأقسام يندرج تحت أنواع الصياغة التشريعية.

(1) د.عصمت عبدالمجيد بكر، مشكلات التشريع، 2014، ص165-182.



## الفرع الثاني

### تقسيم الصياغة التشريعية من حيث الطبيعة (جامدة، ومرنة)

أولاً: الصياغة الجامدة (الحاسمة):-

#### 1-تعريف الصياغة الجامدة

(هي الصياغة التي يواجه وقائع معينة ويعطها حلاً معيناً لا يختلف مهما كانت الظروف يتقيد بها القاضي، ولا تترك مجالاً للسلطة التقديرية للقاضي).<sup>(1)</sup> أو هي (الصياغة التي تواجه فرضاً معيناً تعطيه حلاً ثابتاً لا يتغير بتغير الظروف والملابسات الخاصة بكل حالة فردية تندرج تحت الفرض، ولذلك فهي تحقق ثبات القاعدة القانونية سواء بالنسبة الى الوقائع الخاضعة لها أو الحل المطبق عليها).<sup>(2)</sup> (وهي التعبير الجامد الذي يضع حكماً لا يقبل التغيير أو التقدير عند التطبيق أو يكون تطبيقها مجرد عمل مادي يتجرد من ل سلطة تقديرية).<sup>(3)</sup> في هذا النوع من الصياغة (يتم التعبير عن مضمون القاعدة (فرضاً وحكماً) بطريقة محكمة لا مجال للتقدير في فهمها، بحيث لا تحتل الا المعنى الوحيد الذي دلت عليه عبارة النص).<sup>(4)</sup> يلاحظ ان التعاريف الآتية للصياغة الجامدة متقاربة في المعنى إذ ان الصياغة الجامدة أو الحاسمة تعطي حل ثابت، جامد، صريح يستخدم فيها أرقام ومدد وتصاغ بعبارات لا تقبل التأويل أو التفسير أو التغيير ولا يتأثر بتغيير الظروف. ومن مثال الصياغة الجامدة ما نص عليه (م106) من القانون المدني العراقي<sup>(5)</sup> على أن (سن الرشد هي ثماني عشرة سنة كاملة).

#### 2-مميزات الصياغة الجامدة:-

أ-هذا النوع من الصياغة يتميز بالدقة في تحديد الفرض الذي تعرض له القاعدة التشريعية ، وبيان الحكم الذي يخضع له هذا الفرض<sup>(6)</sup>.

ب-ويتميز هذا النوع من أنواع الصياغة بالسهولة في التطبيق وتحقيق الاستقرار الاجتماعي إذ لا مجال للشك حول كيفية تطبيق القاعدة القانونية.<sup>(7)</sup>

ج-دور القاضي فيه سلبي وضيق.

د-عباراته صيغت بصورة محددة ويعبر منها بالارقام أو المدد أو العبارات بصورة قطعية وواضحة.

#### ثانياً: الصياغة المرنة:-

1-تعريف الصياغة المرنة: هي الصياغة التي لا تحدد الحكم أو ما يخضع له من أفراد ووقائع تحديداً منضبطاً

جامعاً مانعاً، وإنما تقتصر على وضع الفكرة في هذا أو ذاك تاركة وتحديد ما يدخل فيها لتقدير من يقوم بتطبيق القاعدة ذاتها.<sup>(8)</sup>

(1) د.توفيق حسن فرج، مصدر سابق، ص169.

(2) د.حسن كيرة، مدخل الى القانون ،منشأة المعارف بالأسكندرية ،ط5، 1974، ص183-184.

(3) د.مالك دوهان الحسن، مصدر سابق، ص283-284.

(4) د.همام محمد محمود الزهران، مصدر سابق، ص169.

(5) رقم 40 لسنة 1951.

(6) د.مالك دوهان الحسن، مصدر سابق، ص283-384.

(7) د.همام محمد محمود، د.محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص83.

(8) د.عبدالقادر الشخيلي، مصدر سابق، ص68.

يلاحظ على هذا أنه يدخل ضمن تفسير ووصف الصياغة المرنة أكثر من كونه تعريفاً دقيقاً. وعرف أيضاً بأنه (هي الصياغة التي تقتصر على وضع معيار يستهدي به القاضي عند تطبيقه للقاعدة القانونية مع مراعاة ظروف وملابسات كل حالة على حدة، إذ يتمتع القاضي بسلطة تقديرية ، فيكون له دور أكبر عند تطبيقه للقاعدة القانونية.<sup>(1)</sup> وعرف أيضاً بأنه (هي الصياغة التي تكتفي بنصوص عامة بحيث تعطي النصوص حرية لمطبق القانون في أن يطبق القانون حسب الظروف والمستجدات بحيث اذا ظهر ظروف جديدة ما كان المشرع متوقعاً يستطيع مطبق القانون أن يدخل أو يجد الحكم في هذه المتطلبات الجديدة عن طريق التفسير الواسع للنص العام يحتمل لها يريد القاضي أو المطبق للقانون ليحسم النزاع.<sup>(2)</sup>

تعريف أكثر دقة من التعاريف السابقة، يؤخذ عليه إنه يركز على دور القاضي بشكل أكثر وفيه تفسير لعملية الصياغة المرنة.

وعليه فإن الصياغة المرنة : هي نوع من أنواع صياغة النصوص القانونية بقواعد عامة وواسعة المعنى والدلالات بقصد تلافي النقص التشريعي ومراعات الظروف الخاصة واعطاء القاضي دوراً واسعاً لدور المشرع.

ومن أمثلة الصياغة المرنة استخدام لفظ: (للقاضي أو ذكر أمثلة او عبارات عامة)

2-خصائص الصياغة المرنة:-

يتصف الصياغة المرنة ببعض الخصائص منها:-

أ-عدم الدقة في تحديد النصوص بحيث يحتمل التفسير والتأويل والاجتهاد.

ب-وجود صعوبة في تطبيق النص لكونه يراعي الحالات الخاصة والظروف والملابسات.

ج-للقاضي دور ايجابي وواسع في تطبيق النص القانوني .

(1) علي فيلاي، مصدر سابق، ص236.

(2) د.مالك دوهان الحسن، محاضرة: عيوب الصياغة التشريعية لبعض نصوص الدستور العراقي 2005/8/22، موقع youtube

### الفرع الثالث

#### تقسيم الصياغة من حيث الطرق (مادية، معنوية)

للصياغة القانونية طريقان مادي ومعنوي، وطرح هذا التقسيم العلامة ديجي وتبعه آخرون من الفقهاء والكتاب وكل من هذه الطرق يندرج تحته فروع ونماذج مختلفة ويقصد بالطرق هي وسائل التعبير عن مضمون وجوهر اقاعدة القانونية تحقيقاً للهدف المنشود منها.<sup>(1)</sup>

##### أولاً: طرق الصياغة المادية:

( في هذه الطرق، يعبر عن جوهر القاعدة القانونية تعبيراً مادياً مجسماً في مظهر خارجي يمكن الوقوف عليه بسهولة.<sup>(2)</sup> وهي طرق تتميز بأن لها طابعاً خارجياً وبأنها تقصد الى تحقيق الطمأنينة بمعنى أنه اذا أتبع الافراد هذه الطرق كان من حقهم أن يطمئنوا الى حماية مصالحهم، وانه اذا اتبعها الحكام ساغ لهم أن يطمئنوا الى طاعة المحكومين.<sup>(3)</sup>

ومن أمثلة هذه الطريقة ما يلي:

##### 1-التعبير بالأرقام (استعمال الكم محل کیف):-

حيث يتم التعبير عن جوهر القاعدة في صورة عديدة حاسمة في الدلالة عليه<sup>(4)</sup>، وفي هذه الحالة يحدد القانون الفكرة التي يتضمنها جوهر القاعدة القانونية تحديداً عددياً لا يدع مجالاً للخلاف والتحكم، لكي تصبح ميسرة التطبيق من الناحية العملية.<sup>(5)</sup> ومن أمثلة ذلك تحديد سن الرشد ومدد التقادم، وتحديد نصيب الورثة، وتحديد سعر الفائدة وهكذا... وفي هذه الحالة يستخدم المشرع الأرقام في النصوص القانونية بدلاً من أن يعد الشيء بصفته أو كيفه مما قد يؤدي الى اختلاف الآراء وتضاربها، يفضل أن يحدده تحديداً كمياً أو عددياً ينقطع به دابر كل خلاف في التطبيق.<sup>(6)</sup>

##### 2-استخدام الشكل:

( قد يشترط المشرع شكلاً معيناً للفرض الذي تتضمنه القاعدة التشريعية حتى يتحقق الأثر القانوني الوارد في حكمها، فيقال عندئذ أن المشرع عبر عن طريق الشكل غايات متنوعة.<sup>(7)</sup> والشكل هو عنصر خارجي يشترط القانون اضافته الى الظاهرة الاصلية التي من شأنها انشاء أو تعديل أو نقل أو انقضاء حق أو مركز قانوني بحيث لا تنتج الظاهرة الاصلية وهي في المادة التصرف القانوني - الاثر المشار اليه بغير اضافة هذا العنصر الخارجي اليها.<sup>(8)</sup> قد يعمد المشرع في تحقيق ما ينبغي من سن تشريعات الى اتباع أسلوب شكيلات معينة، إما بقصد تحقيق ضمانات معينة كاشتراط استطلاع رأي جهة معينة قبل اتخاذ الاجراء، واما للتنبيه والتذكير بخطورة التصرف حتى يتمهل صاحب الشأن ملياً قبل الاقدام على التصرف كاشتراط القانون ان تكون هبة العقار بورقة رسمية، او تحقيق العلانية كما في تسجيل

(1) عليوة مصطفى فتح الباب، مصدر سابق، ص43.

(2) د. عصمت عبدالمجيد بكر، مشكلات التشريع، مصدر سابق، ص182.

(3) د. عبدالحی حجازي، مصدر سابق، ص413.

(4) د. همام محمد محمود زهران، المدخل الى القانون، مصدر سابق، ص172.

(5) د. توفيق حسن فرج، مصدر سابق، ص173-174.

(6) د. عبدالحی حجازي، مصدر سابق، ص414.

(7) د. مالك دوهان الحسن، المدخل لدراسة القانون، مصدر سابق، ص291.

(8) د. سمير عبد السيد تناغو، مصدر سابق، ص378.

العقارات لانتقال ملكيتها، او لاثبات كتابه درأً لكثرة الادعاءات والمناقضات كما في اثبات التصرف التي تزيد قيمته على مبلغ معين.<sup>(1)</sup>

### 3- الطوائف والتقسيمات:

( يلجأ المشرع، في تبسيط القانون وتسهيل تطبيقه، الى توزيع وقائع الحياة المتعددة المتشعبة على طوائف وتقسيمات، ولقد بالغ الفقه التقليدي على الاخص في المانيا في عملية التقسيم والترتيب لان علم القانون كأن بيد أساتذة أكاديميين ضالعين في علم المنطق، لذا مال الفكر القانوني الى التقسيم والتبويب نظراً لحاجة الاساتذة الى الوضوح والتنظيم لتسهيل عملية الشرح والتدريس، فبعد أن قسموا البناء القانوني الى طوائف من الأفكار القانونية، تولوا بالنسبة الى هذه التقسيمات عملية التبويب والترتيب systematization ثم الترتيب والتأليف syn these فالبيع مثلاً عقد، والعقد تصرف قانوني، والتصرف القانوني اعلان إرادة ان خضم الافكار القانونية ينتظم عند سافيتي واتباعه في المدرسة الالمانية في شكل هرم مدرج، تفترش القاعدة مجموعة من المواد المقتبسة عن الدرجات الأعلى من خلال البرهنة المنطقية، وتشرف على القمة فكرة أساسية تحكم الهرم كله وكلما صعدنا قل عدد القواعد، وكلما هبطنا اتسع نطاق تطبيقها فالإرادة هي الفكرة الأساسية او منها يشتق التصرف القانوني، ومنه العقد او منه البيع.<sup>(2)</sup> من خلال ما سبق يلاحظ أن تقسيم القواعد القانونية الى طوائف وتقسيمات بني على فكرة منطقية وعلمية دقيقة ، وله فلسفته الخاصة وان النصوص القانونية يرتبط بينهما تماسك شبكي.

#### أ- الطوائف:-

يقصد بالطوائف (اختيار المشرع من بين الحلول المتعددة الممكنة بعض أنواع مألوفة في العمل يقتصر عليها دون غيرها بحيث لا يترتب أي أثر قانوني على غير ما أختاره)<sup>(3)</sup> كالحقوق العينية الواردة على سبيل الحصر في القانون المدني او كقاعدة (لا جريمة ولا عقوبة الا بنص) في القانون الجنائي، معنى ذلك أن القانون لا يعترف الا بما هو منظم ومقنن ومنصوص عليه وإقتضاره على طوائف محددة من الحقوق والجرائم.

ب- ويقصد بها طريقة يجمع فيها المشرع جميع الوقائع المختلفة وتقسيمها الى أقسام وإعطاء كل قسم منها قواعد خاصة به لا تطبق على غيره من الاقسام، مثال ذلك تقسيم القوانين المدنية الاشياء الى عقار ومنقول وإخضاع كل من القسمين لقواعد خاصة به، كذلك تقسيم القانون المالي الدخول الى أقسام يخضع كل قسم منها لقواعد خاصة به من حيث الضرائب.<sup>(4)</sup>

ان التقسيمات في نطاق القوانين له مفهوم واسع بالاضافة الى تتسم الوقائع والافكار ضمن مجموعات ، الا ان القوانين من الناحية الشكلية يضع تصنيفات وعناوين وفصول لمجموعة من المواد في القوانين وهذا أيضا يدخل ضمن التقسيمات في القوانين.

(1) علوية مصطفى فتح الباب، مصدر سابق، ص46-4.

(2) ثروت أنيس الأسيوطي ، مصدر سابق، ص172.

(3) د.عبدالحى حجازي، مصدر سابق، ص416.

(4) د.عبدالحى حجازي، مصدر سابق، ص417.

وقد أعتبر أحد الاساتذة الطوائف والتقسيمات ضمن طرق الصياغة المعنوية<sup>(1)</sup> الا ان ذلك ليس دقيقا لان الطرق المعنوية تتمثل في عمل ذهني ومنطقي وأن الطوائف والتقسيمات قد حسمها المشرع واخرجها الى الوجود عن طريق الطرق المادية للصياغة التشريعية.

### ثانياً: طرق الصياغة المعنوية:

بالاضافة الى الطرق المادية، هناك طرق معنوية (وهذه الطرق إنما هي طرق منطقية بحثة من صنع الذهن ويلجأ اليها المشرع في سبيل اخراج القاعدة القانونية اخراجاً عملياً يحقق الغاية التي يفصح عنها جوهره).<sup>(2)</sup> (وهي تتكون من جهد فكري وتعميم بقصد تصوير الواقع في الذهن ... والعمل الذهني يهدف الى الحاق الواقع بنموذج مجرد عام يكون أساساً لبناء القاعدة القانونية وتطبيقها فمسمى العمليات الذهنية هو مسعى مزدوج نحو خلق وتطبيق القانون، ويبدأ العمل الذهني بعض مجموعة من الوقائع المتشابهة وتحليلها تحليلًا اجتماعيًا، ثم استنباط تصور من هذه الوقائع بعد تحليلها، ثم صياغة القاعدة القانونية العامة المجردة بفضل هذا التصور، فاذا ما حدثت وقائع معينة، أمكن البحث عن التصور المجرد الذي يجب الحاقها، لتحديد تطبيق القاعدة القانونية، فلما كانت وقائع الحياة متشعبة بحيث يستحيل على المشرع ان يشرع لحكم كل واقعة حسب ظروفها وملابساتها ظهرت الحاجة الى العمل الذهني الانساني للتبسيط والتوحيد والايضاح).<sup>(3)</sup>

ومن أهم أمثلة الطرق المعنوية للصياغة التشريعية القرائن والحيل القانونية ونشير اليها بايجاز كالاتي:-

#### 1-القرائن:-

عرفت الفقرة أولاً من المادة (98) من قانون الاثبات العراقي القرينة القانونية بانه (هي استنباط المشرع أمراً غير ثابت من أمر ثابت).<sup>(4)</sup>

من خلال لتعريف نلاحظ ما يلي:-

أ-القرينة هي عملية عقلية ذهنية لانه في حقيقته (استنباط).

ب-استنباط يختص به المشرع (استنباط المشرع) وهذا ما يميزه عن غيره من الاستنباطات، كالقرينة القضائية التي يقوم القاضي باستنباطها.

ج-عملية القرينة يتضمن أمرين: أمر غير ثابت أي مجهول وامر ثابت أي معلوم ويتم استنباط أمر مجهول من أمر معلوم.

د-القرائن القانونية منصوص عليها في القانون لذلك سميت بالقرائن القانونية.

ه-يعتبر القرائن من الطرق المعنوية في الصياغة التشريعية لانها عمل ذهني يقوم بها المشرع.

(ان كون القرائن القانونية من استنباط المشرع يجعلها تنطوي على خطورة لا توجد بالنسبة لغيرها ذلك أي المشرع

وهو يقوم باستنباطها والنص عليها في صيغة عامة مجردة، حتى ولو بدت مغايرتها للواقع في بعض الحالات، لذا على

(1) د.محمد حسين منصور، نظرية القانون، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2009، ص2880-294.

(2) د.توفيق حسن فرج، مصدر سابق، ص177.

(3) د.مالك دوهان الحسن، المدخل لدراسة القانون، مصدر سابق، ص293-294.

(4) رقم (107) لسنة 1979.

المشرع أن يقتصد في ذلك حتى يترك مجالاً رحباً للقاضي في الملائمة بين الحقيقة الواقعية والافتراض في كل حالة على حدة.<sup>(1)</sup>

القرينة القانونية هي افتراض قانوني يجعل الشيء المحتمل أو الممكن صحيحاً، وفقاً لما هو مألوف في الحياة أو وفقاً لما يبرحه العقل... وهي وسيلة من وسائل الصياغة القانونية التي يحاول القانون عن طريق الامساك بالواقع بشيء من اليقين والتحديد، رغم أن الواقع ذاته مشوب بالشك والاحتمال لكن قطع الشك باليقين يكون بطريقة تتفق غالباً مع ما هو واقع أو مألوف أو راجح أي تجعل القرينة من الشيء المحتمل صحيحاً، ويؤدي القرينة إلى تبسيط الواقع وتبسيط الواقع في القرينة القانونية تلعب دورها في الإثبات عن طريق نقل محل الإثبات من الواقعة المطلوب اثباتها إلى واقعة أخرى بديلة، وفي القواعد القانونية يقوم عن طريق إحلال فكرة محل فكرة أخرى كإحلال الكم من الكيف.<sup>(2)</sup>

مما سبق يلاحظ مدى ارتباط القرينة بالصياغة التشريعية من خلال محاولة المشرع استيعاب حالات كثيرة سواء كان في مجال الإثبات أو في مجال القواعد القانونية الموضوعية والقرائن نوعان قانونية وقضائية، والقرائن القانونية إما بسيطة أو قاطعة.<sup>(3)</sup> ومن أمثلة لقرائن القانونية في مجال الإثبات ( قرينة الزوجية على ثبوت نسب المولود الوفاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالاقساط السابقة، ومن أمثلة القرائن في مجال القواعد الموضوعية تقرير كمال الأهلية قرينة على أن بلوغ هذه السن هو دليل النضج والكمال لدى الأفراد<sup>(4)</sup>، وهذه قاعدة قانونية تقوم في مضمونها على إحلال الكم محل الكيف، لأن الفكرة في القاعدة التي تنظم الأهلية في التصرفات المالية هي فكرة الإدراك السليم، بحيث يصبح مضمون القاعدة هو أن الشخص إذا وصل إلى درجة الإدراك السليم يكون كامل الأهلية في التصرفات المالية.<sup>(5)</sup>

## 2- الحيلة القانونية:-

يعرف الحيلة القانونية بآته (افتراض أمر مخالف للحقيقة والواقع للتوصل إلى تغيير حكم في القانون دون التعرض إلى نصه.<sup>(6)</sup>

من خلال تعريف الحيلة يمكن ملاحظة ما يلي:-

- أ- الحيلة هي افتراض وبهذا يتشابه مع القرينة في أن كل منهما افتراض وعمل ذهني.
- ب- الحيلة القانونية والقرينة القانونية تتشابهان أيضاً في أن كل منهما من عمل المشرع.
- ج- الحيلة القانونية أمر مخالف للحقيقة (أي أن المشرع يقوم بمخالفة الواقع)، بهذا يختلف الحيلة عن الصورية إذ أن لأخير الأفراد يخالفون الواقع باتفاقهم المستتر.
- د- هناك اختلافات جذرية بين الحيلة والقرينة إذ أن (القرينة تجعل من الشيء المحتمل صحيحاً، بينما الحيلة تجعل من الشيء غير الصحيح صحيحاً)، لذلك فإن لحيلة دائماً في دائرة غير الصحيح بخلاف القرينة.<sup>(7)</sup>

(1) د. آدم وهيب الندوي، شرح قانون الإثبات، مطبعة المعارف، بغداد، 1984، ص 187-188.

(2) د. سمير عبد السيد تناعو، مصدر سابق، ص 387-389.

(3) لا يخلو أي كتاب في شرح قانون الإثبات من التوسع في دراسة موضوع القرائن باعتباره أحد أدلة الإثبات يمكن الرجوع إليها.

(4) د. محمد حسين منصور، نظرية القانون، مصدر سابق، ص 289-291.

(5) د. سمير عبد السيد تناعو، مصدر سابق، ص 396.

(6) يستخدم د. عبد الحلي حجازي (المجاز) بدلاً من الحيلة القانونية في كتابه المدخل، ص 427 ويستخدم (د. محمد حسين منصور) الافتراض أو الحيل القانونية معاً كمترادفين لبعض.

(7) د. عبد الواحد كرم، معجم مصطلحات الشريعة والقانون، عمان، ط 2، 1998، ص 280.

وهذا يعني ايضاً أن (القرينة تؤسس تصويرها على الاحتمالات الغالب الراجح في العمل بحيث يأتي تعميمه في الاتجاه العادي الطبيعي للأمور، بينما تؤسس الحيلة تصويرها على انكار الواقع أو تشويهه لذلك يعتبر الافتراض مخالفة صريحة للواقع، ومن أمثلة الحيل القانونية نظام الموت المدني الذي كان معروفاً كعقوبة تبعية يفترض فيه موت الشخص رغم بقاءه حياً وترتب عليه اهدار شخصيته، والتوقيف الصيفي والعقار بالتخصيص أو العقار بحسب المآل).<sup>(1)</sup> ومن أمثلة الحيلة القانونية (عندما يقرر المشرع نظام الوفاء مع الحلول، ومؤداه أن الوفاء بالدين لا يؤدي الى انقضائه بل يظل الدين قائماً بعد الوفاء به، ويحل فيه الموفى محل الدائن اذا توافرت شروط معينة (م326-331 قانون المدني المصري) فإنه يضع نظاماً مخالفاً لطبيعة الاشياء، لأن الوفاء بحسب طبيعته ووفقاً لمبدأ الذاتية يؤدي الى انقضاء الالتزام، ولذلك فإن نظام الوفاء مع الحلول ينطوي على حيلة قانونية قصد بها المشرع حماية مصلحة الموفى في استرداد ما وفاه، وكذلك عندما يقرر المشرع قاعدة الاثر الرجعي للقسمة والتي يقرر انه ويعتبر المتقاسم للحصة التي الت اليه منذ أن تملك في الشيوع وأنه لم تملك غيرها شيئاً في بقية الحصص (م843 المدني المصري) فهو يضع قاعدة لا تخالف فحسب الحقيقة التاريخية في استمرار الشيوع فترة من الزمن، بل هي تخالف أيضاً واقعة حدوث القسمة، لأنه اذا كانت ملكية كل متقاسم مفرزة منذ أن تملك في الشيوع، فمعنى ذلك أن القسمة لم تضع شيئاً ولم يكن هناك مبرر لوجودها، فالأثر الرجعي للقسمة هو في الواقع انكار لحدوث القسمة ذاتها).<sup>(2)</sup>

هـ- الغرض من الحيلة القانونية (أي مخالفة المشرع للواقع) له تبريراته منه انه (قد يتخير الشارع تأسيس حكمه على افتراض لا يؤيده الواقع بدافع تحقيق نفع اجتماعي أو عدل ما كان ليتربت لولا هذا الافتراض ولولا هذه المخالفة للواقع كالعقار بالتخصيص هو في حقيقته منقول بطبيعته رصده صاحب العقار لخدمة واستغلال العقار شأن الالات الزراعية فاعتبره المشرع عقاراً حكماً توصلًا لضمان استمرار عملية الاستغلال الزراعي مطبق على المنقول حكم العقار)... وكذلك الامر بالنسبة للمنقول بحسب المآل الذي هو عقار بطبيعته الا أن مصيره الوشيك الى الانفصال شأن بيع عقار انقضاء وشأن بيع غابة لتقطيعها، دعى الى تجميل بمعاملة من جانب المشرع معاملة المنقول من حيث أحكام البيع والرهن والحجز).<sup>(3)</sup> وهكذا يلاحظ أن القاعدة القانونية بما يتضمن من فرضية وحكم فان المشرع يفترض افتراضات كثيرة كثيرة حتى لو كان بعض من هذه الافتراضات تخالف الواقع.

و- دور الحيلة في الصياغة القانونية:-

تستخدم الحيلة في خمسة أدوار مختلفة فهي اما تستخدم في خلق قواعد قانونية جديدة كتصحيح نسب الأبئ غير الشرعي، واما تستخدم في نطاق السياسة القانونية كالحيلة الخاصة بالتجنس وذلك تجعل غير الوطني وطنياً، أو التبنّي أو الوفاء مع الحلول، و اما تستخدم في توسيع نطاق تطبيق القواعد القائمة كالحيلة التي تؤدي الى اعتبار المنقول عقاراً بالتخصيص، أو في استخدام الحيلة في تبرير القواعد القائمة ومن هذا القبيل الحيلة التي تفسر امتياز مؤجر العقار على المنقولات التي يضعها المستأجر على العين المؤجرة على أساس فكرة الرهن الضمني، وتستخدم الحيلة أخيراً في عنوان القاعدة ومن هذا القبيل أن المشرع المصري يطلق اسم شركات القطاع العام على الوحدات الاقتصادية المكونة

(1) د.حسن كيرة، مصدر سابق، ص202.

(2) د.سمير عبدالسيد نتاغور، مصدر سابق، ص403-404.

(3) د.همام محمد محمود زهران، مصدر سابق، ص180.

للقطاع العام، رغم أن النظام القانوني لهذه الوحدات يختلف تماماً عن النظام القانوني للشركات<sup>(1)</sup>، وهكذا نجد أدوار متعددة للحيلة القانونية وإن كانت قد قل دورها حالياً.

ز- الحيلة بين المؤيدين المعارضين:- هل وجود الحيلة ضروري في العصر الحديث كما كان ضرورياً في العصور القديمة، أو لا فائدة منه؟

هناك آراء متعددة للفقهاء وانقسم الى ثلاثة آراء:<sup>(2)</sup>

الاول: يؤيدون استعمال الحيلة (او المجاز) في القانون بجهة ان الذهن البشري يعجز بطبيعته عن خلق تصورات جديدة لمواجهة الحقائق الجديدة فلم يكن بد من الالتجاء الى هذا النوع من الصياغة القانونية، فضلاً عن تحقيقه الاقتصاد في الوسائل، اذ يعفي الانسان من بذل مجهود اضافي.

والثاني: عارض وجود الحيلة لما تتطوي عليه من تشويه الحقائق ويرون انه لا فائدة من هذه الطريقة مادام القانون الوضعي يستطيع أن ينمي نفسه عن طريق قواعد جديدة، ويهيئون بالقانون أن تكون عباراته مطابقة للحقيقة.

والثالث يرون ان الحيلة والمجاز بسبب مخالفتها للحقيقة يجب الاتصدر الا من المشرع، فلا يكون هناك مجاز الا بنص، فلا يجوز للفقهاء ولا القضاء ان ينشأ مجازات قانونية جديدة ولا يزداد عليها ولا يتوسع في تفسيرها على الغرض الذي انشئت من أجله مع وجود محكمه عليا تراقب القضاء في ذلك...).

(1) د.سمير عبدالسيد تناعو، مصدر سابق، ص4-6-411.

(2) تطرق الى بيان هذا الاراء د.عبدالحى حجازي، مصدر سابق، ص428-430.



## الفرع الرابع

### تقسيم الصياغة التشريعية من حيث نطاق تطبيقها

هناك عدة مسائل تدخل ضمن نطاق تطبيق الصياغة التشريعية للنصوص، ومن أهم هذه المسائل (الصياغة الكلية او الجزئية، المثال والحصر، القواعد الامرة والقواعد المكملة، الثبات والتغيير في الموضوعات.....).

ويتم التطرق لهذه المسائل فيما يلي:-

#### أولاً: الكليات والجزئيات في التشريع:

ما المقصود بالكلي والجزئي؟ و(هل يتعين عند صياغة مشروعات القوانين الوقوف عند الكليات أو الدخول في الجزئيات، أيهما أدق استخدام الاقتضاب الشديد وقلة عدد المواد أي الاقتصار على الاحكام العامة أو التطرق الى الجزئيات والتفاصيل<sup>(1)</sup>)، وهل يختلف الانظمة القانونية في ذلك؟ وهل أن جميع أنواع القوانين بمستوى واحد من حيث الصياغة؟

#### 1-تعريف الكليات:

كل: اسم لجميع أجزاء الشيء أو هو الحكم على المجموع والكلية هي الحكم على كل فرد (جزء) ، والكلي: هو الذي لا يمنع نفس تصور معناه من وقوع الشركة فيه، والكلي: اذا كان مندرجاً في حقيقة جزئياته يسمى ذاتياً ، و ان لم يندرج بل كان خارجاً عن الحقيقة يسمى عرضاً، والكلي اما ان يكون تمام ما تحته من الجزئيات فيسمى نوع أو مندرجا فيها يسمى الجنس، او خارجاً عنها يسمى عرضاً وعلى هذا الاساس الكليات الخمس عند أرباب المنطق هي (الجنس والنوع، والفصل أو الخاصة، والعرض العام).<sup>(2)</sup> الكليات في المجال القانوني يطلق عليه الأحكام العامة والقواعد العامة التي يندرج تحتها الاحكام والقواعد الجزئية والتفصيلية والتي تربط الجزئيات بالاحكام العامة والقواعد العامة ضمن قانون رئيسي واحد أو في القوانين الرئيسية والفرعية المنظمة لنفس المجال.

هناك فرق بين (الكل) و (الكلي) من عدة أوجه منها (أن الكل من حيث هو : كل يكون موجوداً في الخارج، وأما الكلي فلا وجود له الا في الذهن، والكل يعد باجزائه، والكلي يعد بجزئياته، الكل لا يكون كلا في كل جزء وحده، والكلي يكون كليا لكل جزء وحده ، وأن الكل أجزاؤه متناهية، والكلي جزئياته غير متناهية).<sup>(3)</sup>

#### 2- دور المشرع في صياغة الكليات والجزئيات:-

( يتطلب من المشرع اجراء موازنة دقيقة حول استخدام الاقتضاب الشديد في صياغة نصوص التشريع وبالتالي إقتصار القانون على عدد قليل من النصوص أي الأحكام العامة دون التطرق الى الجزئيات والتفاصيل، وبذلك يخول المشرع الجهة المعنية بتطبيق التشريع لاصدار التعليمات واللوائح لتنظيم التطبيق، أما الأسلوب الثاني في صياغة التشريع فيذهب الى أن يتضمن التشريع الأحكام العامة والتفصيلية والاسهاب في بيان أحكام الجزئيات بحيث يحاول

(1) سبل تغيير التشريع، دائرة اصلاح النظام القانوني والتخطيط العدلي، وزارة العدل، بغداد، منشورات العدالة (13)، مطبعة الزمان بغداد ، ص48.

(2) الكفوي، الكليات، (أبي البقاء أيوب بن موسى الحسيني القريني الكوفي، الكليات، مؤسسة الرسالة، ط1، 2011، ص626-629، ولا يخلو كتب المنطق من شرح المصطلحات السابقة.

(3) الكفوي، الكليات، هامش ص628.

التشريع أن ينظم جميع الحالات المتصورة التي تشملها ولكن هذا الأسلوب قد يؤدي الى بقاء التشريع جامداً لا يستطيع مواكبة تغييرات الظروف وتطورات الحياة ويتطلب الأمر تعديل التشريع لمعالجة الحالات المستجدة<sup>(1)</sup>.  
ان صياغة الكليات والجزئيات من صلب عمل المشرع من خلال وضع نظرية عامة حول الموضوع أو الاكتفاء بتنظيم بعض المسائل وترك المجال امام القاضي للاجتهاد والتفسير وأعطائه السلطات التقديرية الواسعة.  
3-تقويم الصياغة الكلية والجزئية في التشريع:-

مما لا شك فيه أن لكلا الصياغتين مزايا وعيوب، للصياغة المقتضية عيوب منها ( أن الاقتضاب يؤدي الى الغموض والابهام وتخبط الأحكام، ثم ان اقتضاب نصوص القانون المدني قد يتناسب ظروف البلاد التي أتبعته هذا المسلك والاقتضاب يحتاج الى جهاز مدرب من القضاة الفنيين يعالج بالتفسير ما تحوي النصوص من فجوات وما تتركه من تفاصيل).

أما الصياغة الجزئية (ومعالجة الكثير من المواضيع في قوانين فرعية فان ميزة هذه الطريقة سهولة تغيير القواعد التفصيلية اذا وردت في قوانين فرعية، كلما تغيرت الظروف وتطورت الحياة، دون حاجة الى المساس بصلب المجموعات القانونية الرئيسية، بيد أن عيب هذه الطريقة هو بعثرة القواعد القانونية التي تحكم الموضوع الواحد، بين القانون الرئيس من جهة والقوانين الفرعية من جهة، ذلك يحوي القواعد الاساسية ، وتلك تتضمن القواعد التفصيلية، مما يؤدي الى صعوبة الالمام بالقانون على الشخص غير المدرب، ويفترض قدرا من الوعي لدى المواطنين<sup>(2)</sup>).

هناك موضوعات ينبغي أن لا يتم الخلط بينهما ونحن بصدد بيان الكليات والجزئيات في الصياغة التشريعية، وهي هل نقوم بصياغة الكليات والجزئيات في نطاق قانون واحد معاً، أم نميز بين القانون الرئيسي والقانون الفرعي ونوزع الكليات والتفاصيل بين القانونين، ففي الحالة الثانية من نراعي ندرج القواعد القانونية وخضوع القانون الادنى للقانون الاعلى، وترك التفاصيل للقانون الادنى كما ينص في الدساتير (ينظم ذلك بقانون) وينص في القانون الفرعي (على وزير المختص اصدار تعليمات لتسهيل تنفيذ هذا القانون).

لذلك فمن طبيعة الدساتير أحتوائها على الكليات والقواعد العامة، وكذلك القوانين الرئيسية المهمة كالقانون المدني، وقانون العقوبات، وترك التفاصيل للأنظمة والتعليمات.

#### 4-موقف الأنظمة القانونية من الكليات والجزئيات في التشريع:-

(تتميز قوانين الدول الاشتراكية (سابقاً) في صياغتها بالاقتضاب الشديد، وقلة عدد المواد مع ضخامة حجم مادة، مثال ذلك القانون المدني الروسي لسنة 1964، والقانون المدني التشيكوسلوفاكي لسنة 1964، والقانون المدني لألمانيا الديمقراطية لسنة 1975، بينما قوانين الدول الغربية تتميز بالاسهاب المفرط، وكثرة عدد المواد مع صغر حجم كل مادة، مثال ذلك قانون نابليون سنة 1804، والقانون المدني الالماني سنة 1896، وعلى الأخص قوانين مجموعة الدول الانجلو-أمريكية ، حيث تغرق في التفاصيل، والحال بالنسبة الى قوانين الأقطار العربية، فيها أسهاب في العرض وبسر في الفهم<sup>(3)</sup>).

(1) د. عصمت عبدالمجيد بكر، مشكلات التشريع، مصدر سابق، ص 177-178.

(2) سبل تغيير التشريع، مصدر سابق، ص 28-29.

(3) صدر هذه القوانين في القرن الماضي تفكك بعض هذه الدول في تسعينات القرن الماضي ولكن تاريخياً تم الإشارة اليه هكذا ولا يمكن تغيير أسماء الدول.

### ثانياً: - المثل والحصر في الصياغة التشريعية:

(ان الحياة متبانية الجوانب، متشعبة النواحي، متعددة المظاهر في حين أن التشريع موحد الصياغة، نموذجي القلب، هناك صعوبة في حصر وقائع الحياة، فكيف تجابة الصياغة كافة الفروض والظروف، وكذلك ما يجد من تطورات واحتمالات، ان النصوص متناهية، والوقائع غير متناهية وما لا يتناهي لا يضبط ما يتناهي.. فما الحل؟ ان الاسلوب الأمثل في نطاق القوانين المدنية، عند تحديد نطاق القاعدة، هو ذكر حالات إنطباقها على سبيل المثال، مع إفساح المجال أمام القاضي للقياس، حتى تشمل القاعدة ما يطرأ من احداث، فقد يلجأ التشريع المدني الى ايراد الحكم في شكل فكرة عامة، ثم يذكر لها تطبيقات، كفكرة السبب الأجنبي الذي يعفي من مسؤولية عدم تنفيذ الالتزام، مع ذكر أمثلة القوة القاهرة والحادث المفاجئ، وفعل الغير وخطأ المضرور.<sup>(1)</sup> ولكن في أحيان أخرى ( قد يعتمد المشرع في تعبيره عن القاعدة القانونية الى تعليق حكمها على شروط معينة أو حالات معينة على سبيل الحصر، ومثل هذا التعبير يجرّد القاضي من سلطة التقدير الا في حدود الشروط والحالات التي يضعها النص التشريعي، وأمثله ما حددته الفقرة الثانية من المادة (18) من القانون المدني العراقي توافر شروط معينة لاعتبار الاجنبي ناقص الاهلية بالغاً سن الرشد وهما (ان يكون احد الطرفين اجنبي والاخر عراقي، وموضوع العقد تصرف مالي، والتصرف المالي ترتب أثره في العراق، وخفاء نقص أهليته) ففي هذه الحالة تعلق حكم القاعدة على توافر شروط معينة واستبعدت سلطة القاضي التقديرية الا في حدود توافر هذه الشروط).<sup>(2)</sup> ( ولطريقة البيان على سبيل الحصر له غايته ويظهر ذلك عندما يريد القانون أن يحول دون التوسع في تطبيق قاعدة معينة الى ابعد مما نص عليه، والتفرقة بين بيان ماورد على سبيل الحصر وآخر ورد على سبيل المثال لها أهميتها في التفسير، من وجه أنه يجوز إضافة حالة أخرى الى الحالات التي وردت على سبيل المثال، في حين لا يجوز ذلك فيما ورد البيان فيه على سبيل الحصر).<sup>(3)</sup>

### ثالثاً: - القواعد الآمرة والقواعد المكملّة في الصياغة التشريعية:-

لاخلاف بشأن القاعدة القانونية الآمرة في فروع القانون العام الخارجي والداخلي باعتبار أن كل القواعد فيها هي قواعد أمرة ولا توجد قواعد مكملّة، ولكن بالنسبة لفروع القانون الخاص حيث توجد قواعد أمرة وقواعد مكملّة يجب التمييز بينهما.<sup>(4)</sup>

1- القاعدة الآمرة: هي قاعدة قانونية يتمتع الاتفاق على خلاف ما جاء فيها من أحكام<sup>(5)</sup>، أو هي تلك القواعد التي يجبر الأفراد على احترامها، ولا يجوز لهم الاتفاق على ما يخالف أحكامها نظراً لتعلقها بإقامة النظام العام في المجتمع، ومن ثم فلا يجوز أن يترك مثل هذا التنظيم لإرادة الأفراد، ويعتبر كل اتفاق يخالف أحكامها باطلاً لا يعتد به، لأنها قواعد تهدف الى المحافظة على أساس المجتمع من ذلك مثلاً القواعد التي تحرم الجريمة كالقتل والسرقة إذ لا يجوز

(1) سبل تغيير التشريع، مصدر سابق، ص32.

(2) د.مالك دوهان الحسن، المدخل لدراسة القانون، مصدر سابق، ص290.

(3) د.عبدالحى حجازي، مصدر سابق، ص416.

(4) د.أحمد سي علي، مدخل للعلوم القانونية-النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية، دار الأكاديمية، دار البيضاء، ط1، 2011-2012، ص200.

(5) د.عبدالواحد كرم، مصدر سابق، ص318.

استبعاد أحكامها.<sup>(1)</sup> وتعد القاعدة آمرة في القانون الخاص إذا تضمنت نصوصها قواعد اشتملت في نهاية صياغتها على عبارة (يجب أو يمنع أو لا يجوز أو لا يمكن أو قابلاً للإبطال أو إبطال الاتفاق المخالف لها، أو تحت طائلة البطلان أو وإلا،...) <sup>(2)</sup> ان القواعد الآمرة في القانون يمكن تمييزها بسهولة سواء من صيغ المستخدمة أو لتعلقها بأساس المجتمع ومصالحه العليا، أو من حيث أهمية الموضوع الذي يعالجه، أو لمنع الأفراد مخالفة القواعد.

## 2-القواعد المكملّة أو المفسرة:-

فهي قاعدة قانونية ليس للأفراد الخروج عليها في اتفاقاتهم الخاصة والاتفاق على خلاف ما جاء فيها.<sup>(3)</sup> بمعنى أن (القواعد المكملّة أو التفسيرية تطبق في حالة عدم اتفاق الطرفين على ما يخالفها، فإذا تولى الطرفان تنظيم العلاقة بينهما فالعقد شريعة المتعاقدين، أما إذا أغفلا تنظيم مسألة فتتولى القواعد المكملّة إكمال إرادة الطرفين أو تفسيرها، ومن أمثلة القواعد المكملّة ما نصت عليه المادة (749) من القانون المدني العراقي (تبدأ مدة الإيجار من الوقت الذي سمي في العقد، وإن لم يسم فمن تاريخ العقد).<sup>(4)</sup> أي أن القواعد المكملّة أو المفسرة هي تلك القواعد التي يجوز للأفراد أن يخالفوا حكمها، وإذا ما اتفقوا على مخالفة هذا الحكم كان إتفاقهم صحيحاً، أما إذا سكتوا ولم ينصوا على ما يخالف حكمها فإنها تسري عليهم، وبعبارة أخرى، فإن القواعد المكملّة هي قواعد تسري على أفراد ما لم يتفقوا على مخالفة حكمها، ولكن حينما نقول ان القواعد المكملّة يجوز استبعاد حكمها لا يعني ذلك أن هذه القواعد ليست ملزمة لجميع القواعد القانونية تعتبر قواعد ملزمة، إذ ان الإلزام هو عنصر أساسي لقيام القاعدة القانونية ، وأن الصياغة التشريعية معيار للتمييز بين القواعد الآمرة عن القواعد المكملّة.<sup>(5)</sup> ويتم اللجوء الى المعيار اللفظي للتمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكملّة، فإذا تبين أن المشرع قد أفصح على نحو أو آخر، في عبارة النص عما إذا كان يجوز الاتفاق على خلاف القاعدة التي شرعها أم يحرم هذا الاتفاق، فيتم التعويل على عبارة النص التشريعي في تحديد صفته، وهل هي آمرة أم على العكس مكملّة لإرادة الطرفين، ومن المسلم به أن النظام العام والآداب يلعبان دوراً مهماً في صياغة نص تشريعي ما بصورة تجعله نصاً آمراً أو مكملّاً.<sup>(6)</sup> وتعد القاعدة مكملّة إذا كانت عبارتها مختصة بصيغة ( مالم يقض الاتفاق بغير ذلك ) أو ( مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك ) أو ( مالم يوجد اتفاق يخالفه ) أو ( مالم يوجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك ) أو ( مالم يقض القانون بغير ذلك ).<sup>(7)</sup> بالإضافة الى ما سبق يمكننا إضافة تقسيمات أخرى للصياغة التشريعية من حيث نطاق تطبيقها مثل صياغة الأصل والاستثناء، إذ أن القانون يحدد في البداية الأصل والقاعدة العامة، ثم يقوم بصياغة استثناءات القاعدة. والجدير بالذكر لا تعد دقيقاً ادراج العمومية والتجريد مع الحالات السابقة لان العمومية والتجريد من الخصائص اللازمة للقاعدة القانونية.<sup>(8)</sup>

(1) د.عبدالقادر الشخيلي، مصدر سابق، ص57-58.

(2) د.أحمد سي علي ، مدخل للعلوم القانونية-النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية، دار الاكاديمية، دار البيضاء، الجزائر، ط1، 2011-2012، ص200.

(3) د.عبدالواحد كرم، مصدر سابق، ص318.

(4) د.عصمت عبدالمجيد بكر، مصدر سابق، ص179-180.

(5) د.عبدالقادر الشخيلي، مصدر سابق، ص59-61.

(6) د.عصمت عبدالمجيد بكر، مصدر سابق، ص181.

(7) د.أحمد سي علي، مصدر سابق، ص205.

(8) ينظر د.عصمت عبدالمجيد بكر، مصدر سابق، ص174، وكذلك سبل تغيير التشريع، مصدر سابق، ص34-35.

### أولاً: الاستنتاجات:

- 1- ابعاد الأساسية للبحث القانوني هي: النصوص القانونية ، التطبيقات القضائية ، الفقه القانوني ، فلسفة القانون ، وان دراسة التقسيمات الفقهية للصياغة التشريعية تناولته الفقه القانوني لذلك يلاحظ تنوع الآراء والأجتهادات في هذا المجال.
- 2- عدم اتفاق فقهاء القانون والكتاب في اختيار عنوان واحد محدد يندرج تحته جميع تقسيمات الصياغة التشريعية ، والسبب في ذلك أختلاف طبيعة الدراسات الانسانية عن الدراسات العلمية الطبيعية ، اذ أن الاجتهاد واختلاف الآراء ووجهات النظر هي الغالبة في الدراسات الانسانية ، وان نسبة الخطأ المسوح بها-ان وجد خطأ في وجهات النظر- هو 5%، بينما نسبة الخطأ المسموح بها 1%.
- 2- المشكلة الأساسية لدى غالبية المؤلفين التقليدي والنقل والتكرار عن ما سبقهم دون محاولة التأصيل والنقد العلمي لمن سبقهم مما يؤدي الى تكرار نفس المعلومات في غالبية المؤلفات، وتعد هذه من أهم الأشكاليات في دراسة تقسيمات الصياغة التشريعية المتعلقة بالكتاب والباحثين.
- 3- هناك أشكالية تتعلق بالمفاضلة بين التقسيمات الفرعية ، وهي أيهما أفضل هل الصياغة الجامدة أم المرنة؟ الأهتمام بالكليات أم بالجزئيات ، استخدام الحصر أم المثال.. وهكذا في بقية الجزئيات ، وعند دراسة الموضوعات يلاحظ ضرورة كل الموضوعات وتكامل بين الموضوعات المدرجة تحت تقسيمات الصياغة التشريعية ، فالصياغة الجامدة والمرنة ضروري معا ، وكذلك الكليات والجزئيات .
- 4- أشكالية الأكثفاء بالأعتماد على جانب معرفي تخصصي واحد (كالقانون مثلاً) بينما هناك تداخل بين فروع المعرفة اذ أن الموضوعات المتعلقة بالصياغة التشريعية لها علاقة بأكثر من حقل معرفي فهي غير محصورة بالقانون ، بل يتعدى الى الجانب اللغوي والأصولي.
- 6- هناك أشكالية موضوعية تتعلق بمكان وضع ودراسة موضوع الصياغة التشريعية عموماً وتقسيماتها على وجه الخصوص، فهل يتم دراسته مستقلاً في كتب الخاصة التي تتناول الصياغة التشريعية ، أو مع دراسة مصادر القانون ومن أول هذه المصادر (التشريع) وأضاف موضوع الصياغة التشريعية وتقسيماتها اليه كما نجد من المؤلفات القديمة حول (المدخل للقانون أو أصول القانون).
- 7- وطرح في الأونة الأخيرة ضرورة ادراج (الصياغة التشريعية ) ضمن المناهج الدراسية ، وقد كان كلية القانون في جامعة بغداد سابقا في ادراجه كمادة يدرس في المرحلة الرابعة ، بينما نجد قيام (أ.د.مازن ليلو راضي) بتدريس المادة في لطلاب الماجستير في كلية القانون والسياسة في جامعة دهوك ، كل ذلك يدل على أهمية وضرورة دراسة موضوع الصياغة التشريعية ومفرداتها.

## ثانيا :المقترحات:

- 1- ادراج وأضافة موضوع الصياغة التشريعية وأهم موضوعاتها وخاصة(عيوب الصياغة التشريعية ، وتقسيمات الصياغة التشريعية ، والنظرية الحديثة في التشريع-روكيبيي - ، والأصول اللغوية والأصولية والقانونية للصياغة التشريعية )ضمن مفردات كتاب المدخل لدراسة القانون بصورة مبسطة وبشكل تعداد فقط لأهميته.
- 2- دراسة موضوع الصياغة التشريعية في الدراسات العليا في الماجستير بصورة مستقلة أو مع مادة أصول البحث أو بشكل تطبيقي على النصوص التي تدرس مع المواد القانونية(سواء مع القانون المدني أو الجنائي أو التجاري أو غيره....)
- 3- تعليم الطالب المنهج النقدي وخاصة طلاب الدراسات العليا وبالأخص طلاب الدكتوراه وعدم التسليم المطلق للمؤلفات السابقة دون التثبت والمناقشة والتمحيص، لأن العلوم الإنسانية بضمنها القانون نسبية وغالبيتها آراء ووجهات نظر .

## المصادر

### أولاً: الكتب:-

- 1-د.أحمد سي علي، مدخل للعلوم القانونية-النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية، دار الأكاديمية، دار البيضاء، ط1، 2011-2012
- 2-د.آدم وهيب الندوي، شرح قانون الاثبات، مطبعة المعارف، بغداد، 1984، ص 187-188.
- 3-د.توفيق حسن فرج، د.توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، القاهرة، ط2، 1981
- 4-ثروت أنيس الأسيوطي، مبادئ القانون، ج1 القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974
- 5-د.حسن كيرة، مدخل الى القانون، منشأة المعارف بالأسكندرية، ط5، 1974
- 6-سبل تغيير التشريع، دائرة اصلاح النظام القانوني والتخطيط العدلي، وزارة العدل، بغداد، منشورات العدالة (13)، مطبعة الزمان بغداد
- 7-د.سمير السيد تتاغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف بالاسكندرية ، 1986  
2008
- 8-د.عبدالحى حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ج1، القانون وفقاً للقانون الكويتي دراسة مقارنة، جامعة الكويت،
- 9-د.عبدالقادر الشخلي، الصياغة القانونية، تشريعاً، فقهاً، قضاءً، محاماة، دار الثقافة، عمان، ط1، 2014.
- 10-د.عبدالقادر الشخلي، فن الصياغة القانونية تشريعاً وفقهاً وقضاءاً، عمان، دار الثقافة ، 1995
- 11-د.عصمت عبدالمجيد بكر، مشكلات التشريع-دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2004 .
- 12-علي فيلاللي، مقدمة في القانون، موفم للنشر، الجزائر، 2010
- 13-د.عليوة مصطفى فتح الباب، الوسيط في سن وصياغة وتفسير التشريعات، دار الكتب القانونية ودار شتات ، القاهرة ، المجلد الأول ، 2012
- 14-د.مالك دوهان الحسن، المدخل لدراسة القانون، الجزء الاول-النظرية العامة للقاعدة القانونية، مطبعة الجامعة، بغداد، 1972
- 15-د.محمد حسين منصور، نظرية القانون، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2009
- 16-د.محمد واصل، د.محمد حاتم البيات، المدخل الى علم القانون، جامعة دمشق، 2003-2004
- 17-د.همام محمود محمد زهران، المدخل الى القانون -النظرية العامة للقانون-، دار الجامعة الجديدة ،اسكندرية

### ثانياً: الرسائل الجامعية:

- 18-أثر الصياغة القانونية في القوة الملزمة المستندات ما قبل التعاقد، علاء حسين علي عبد زاير شبح، ماجستير  
كلية القانون، جامعة بابل، 2008.

**ثالثا: المعاجم والقواميس:**

- 19- الكفوي، الكليات، أبي البقاء أيوب بن موسى الحسيني القريمي الكوفي، الكليات، مؤسسة الرسالة، ط1، 2011  
20- د.عبدالواحد كرم، معجم مصطلحات الشريعة والقانون، عمان، ط2، 1998

**رابعا: المصادر الالكترونية:**

- 21- د.مالك دوهان الحسن، محاضرة: عيوب الصياغة التشريعية لبعض نصوص الدستور العراقي 2005/8/22، موقع  
www.youtube.com

**خامسا: القوانين:-**

- 22- قانون الأثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979.  
23- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951