

جامعة الأنبار  
كلية العلوم الإسلامية  
قسم الفقه وأصوله

# المادة المدخل لدراسة القانون

للمرحلة الأولى والثانية ( صباحي ومسائي )

المصدر: المدخل لدراسة القانون

المؤلف: الأستاذ عبد الباقي البكري

إعداد الدكتور فائز محمد جمعة الكبيسي

## المحاضرة الأولى

### تعريف مدخل دراسة القانون

**تعريف المدخل لدراسة القانون:** ( هو علم يتخذ من القانون موضوعاً له فيبحث فيما يحكمه من مبادئ عامة ونظريات مشتركة بين شرائع الأمم ).

#### مميزات تعريف مدخل دراسة القانون:

**أولاً:** إنه علم، ذلك لأن العلم ضرب من ضروب المعرفة يستكمل كيانه بالتطور، ويتميز بوحدة الموضوع.

**ثانياً:** إنه لا يأبه بالأحكام التفصيلية التي تختلف باختلاف القوانين وتتأثر بحاجات الأمم وظروفها، وإنما يتناول بالبحث الأفكار المشتركة والمتماثلة في مختلف القوانين.

**ثالثاً:** إنه لا يركز على حقل من حقول الحياة القانونية ليتولاه بالبحث والتنظيم، وإنما يشرف على الحياة القانونية ليتحرى الأصول المشتركة.

**رابعاً:** إنه صلة بين القوانين المختلفة ووسيلة إحاطة بالخصائص وبالمبادئ الرئيسية التي ترتكز عليها.

#### موضوعات مدخل دراسة القانون:

إنه يتخذ من القانون موضوعاً له فيتناوله من حيث الخصائص وقواعده العامة التي تتميز عن غيره، والبحث في طبيعته، وأساسه الكشف عن العنصر الذي يتكون منه، ومصادره لمعرفة كيف تنشأ قواعده، والالمام بفروعه وأنواع قواعده، وتتبعه في حياته وفنائه، والإحاطة بكيفية تفسيره، والغائه وبيان طرق التوصل إلى الاستزادة من أحكامه استجابة لحاجة المجتمع.

وإن مهمته رسم نظرية الحق وتنظيم العلاقات الاجتماعية وحماية نشاط الفرد ورسم حدودها. ولذلك يصح القول إن الحق لا قيمة له مالم يقره القانون ويحميه،

والقانون لا جدوى منه ما لم يحدد ما للأفراد من حقوق، سواء كانت قبل اسرته أو قبل غيره ممن يدخل واياهم في روابط اجتماعية أو قبل السلطات القائمة في المجتمع، كما لا تقتصر مهمة القانون على بيان الحقوق وإنما تتعداه إلى بيان الوسائل الكفيلة بحمايتها ودرء الاعتداء عليها.

**نلخص مما تقدم: إن دراسة المدخل لدراسة القانون تتوزع على قسمين:**

**أولهما:** البحث في القانون للإمام بنظريته العامة.

**ثانيهما:** البحث في الحقوق المتولدة عن شتى العلاقات القانونية الناشئة بين الأشخاص، وطرق المحافظة عليها لرسم نظرية عامة لها.

### **أهمية دراسة مدخل دراسة القانون**

تبدو أهمية هذا العلم جلية للمبتدئ في دراسة القانون، ولرجل القانون الملم بأحكامه، وبكل ولكل مثقف، لأنه يستطيع بواسطة هذا العلم الإلمام بفكرة عن القانون من حيث معناه وخصائصه وطبيعته ومصادره وفروعه وأنواع قواعده.

### **تعريف القانون**

#### **أصل لفظ القانون:**

اختلف الكتابُ في تحديد أصل هذا اللفظ، فذهب أغلبهم إلى أنه ليس عربي الأصل، وأنه دخيل على لغتنا العربية.

وذهب البعض إلى أن لفظه عربي الأصل مادة وشكلاً بدليل عدم وضع هذا اللفظ في مجموعة الألفاظ المستعربة بالرغم من شيوع استعماله وقتئذ.

أما من حيث المادة فأصله من لفظ (قن) ويعني تتبع أخبار الشيء للامعان في معرفته، وأما من حيث شكله فهو على صيغة (فاعول) العربية التي تدل على الكمال وبذل الجهد.

ومن حيث نسبه إلى أصله الأجنبي فقد اختلف فيه، فذهب أكثر الكتاب إلى أنه مستقى من كلمة (kanon) التي تعني القاعدة أو التنظيم وهي كلمة لاتينية، وقيل: إن أصله روماني، وقيل: إنه فارسي الأصل، ونسبه البعض إلى السريانية.

### نطاق استعمال لفظ القانون في المجتمع الإسلامي:

سواء كان لفظ القانون عربياً في أصله أم اجنبياً إلا أن استعماله ظل بعيداً عن حقل الروابط القانونية حتى عهد قريب، فقد كان لفظ الشريعة هو المصطلح السائد الذي يطلق على مجموعة القواعد التي تحكم الحياة القانونية في مختلف مجالاتها. أما لفظ القانون فقد قصد به فلاسفة المسلمين وعلمائهم: القاعدة المطردة سواء قامت في مجال العلوم الطبيعية أو الاجتماعية، فعرفه الفيروزآبادي بأنه: (مقياس كل شيء)، فقيل: قانون توالي الليل والنهار، وقانون البقاء للأصلح.

وقيل: إن لكل شيء قانونه الذي يحكمه، فقانون الطبيعة هو القوة، وقانون الأخلاق هو الخير، وقانون المنطق هو الحق، ووضع ابن سينا كتاباً في قواعد الطب وأطلق عليه (القانون).

### تاريخ تسرب لفظ القانون إلى حقل الروابط القانونية في مجتمعنا

الواقع إن لفظ القانون لم يتسرب إلى دائرة الروابط القانونية في مجتمعنا العربي الذي كان لفظ الشريعة سائداً فيه إلا منذ منتصف القرن التاسع عشر، فقد قامت الدولة العثمانية حينئذٍ على سن مجموعة من القوانين الوضعية بدوافع شتى منها:

1. ضعفها.

2. ضغط الدول الأجنبية عليها.

3. كثرة الجاليات الأجنبية فيها.

4. تقدير سلطاتها أن الشريعة لا تفي بجميع الأحكام.

ثم شاع مصطلح القانون في دائرة الروابط الاجتماعية بعد نشوء الدول العربية على أنقاض الإمبراطورية العثمانية وإقدام سلطاتها على سن التشريعات.

## معنى القانون اصطلاحاً

لم ينفرد القانون بمعنى واحد محدد بل ظل يعني معنيين في الاصطلاح، أحدهما خاص والآخر عام.

**أولاً: القانون بمعناه الخاص يعني:** (مجموعة من القواعد القانونية التي تسنها السلطة المختصة بالتشريع في دولة ما لتنظيم أمر معين كقانون المرور وقانون الضريبة)، والقانون بهذا المعنى يرادف التشريع وهو القانون المدون الذي تضعه السلطة التشريعية.

**ثانياً: القانون بمعناه العام يعني:** (مجموعة القواعد القانونية المرعية في مجتمع ما، والمنظمة للعلاقات الاجتماعية فيه مع التزام الأشخاص باتباعها، وإلا تعرضوا للجزاء المادي الذي تفرضه السلطة العامة)، والقانون بهذا المعنى مجموعة من الأحكام القانونية الملزمة مشرعة من قبل السلطة المختصة، أو مستمدة من مصادر أخرى غير التشريع.

**يستعمل مصطلح القانون بمعناه العام للدلالة على مفاهيم متعددة أبرزها:**

1. قد يقصد به النظريات والقواعد الكلية والتشريعات المقننة دون النقيذ بالزمان والمكان فيراد به علم القانون عندئذ.
2. قد يستعمل للدلالة على مجموعة القواعد الملزمة والمنظمة للعلاقات الاجتماعية في دولة ما وهو عندئذ يرادف مصطلح الشريعة في المعنى.
3. قد يعني مجموعة القواعد القانونية التي ينظمها فرع من فروع القانون في دولة ما، فيقال: (القانون المدني العراقي).
4. قد يراد به فرع من فروع الثقافة القانونية غير مرتبطة بدولة ما، فيقال: (القانون الدولي العام).

وخلاصة القول: يتبين من تعريف القانون بمعناه الخاص أنه مرادف للتشريع في المعنى، وهو القانون المكتوب المشرع الذي يعد نوعاً من أنواع يضمها جنس القانون، أي: بمعناه العام، وذلك لأن التشريع لا يعدو أن يكون مصدراً من المصادر الستة للقانون، وهي: (العرف، والدين، والفقهاء، والقضاء، ومبادئ العدالة، والتشريع). ويجدر بالذكر أن لفظ القانون إذا تصدرته أداة التعريف (ال) قصد به في الغالب المعنى العام للقانون، ولعل السبب في انصراف الذهن إلى التشريع عند الاطلاق هو تعاضم أهميته في وقتنا الحاضر وصدور أكثر قواعد القانون في صورته.

### التمييز بين مصطلح القانون وبين مصطلحات قانونية أخرى

ترد في لغة القانون طائفة من المصطلحات تطلق على بعض صور القانون، أو تحكم جانباً من جوانب نشاطه في الحياة الاجتماعية، كالشريعة والقانون الوضعي وفروع القانون والمجموعة القانونية والنظام القانوني، ولذلك يحسن بنا التمييز بين القانون بمعناه العام وبين معاني مصطلحات قانونية أخرى. وأهم تلك المصطلحات هي:

#### أولاً الشريعة

تعرف الشريعة بأنها: (مجموعة القواعد والنظريات القانونية السائدة في دولة معينة أو مجتمع يضم دولاً متعددة تجمعها روابط مشتركة واتجاه متجانس)، ومن أبرز الشرائع التي تسود عالمنا المعاصر وتستمد منها القوانين الوضعية أحكامها في مختلف الدول هي خمس شرائع هي:

1. الشريعة الإسلامية: هي التي تزود القوانين الوضعية الصادرة في المجتمع

الإسلامي بأحكام يتفاوت مداها باختلاف أقطاره.

2. **الشرية اللاتينية:** وهي التي تسود كثيراً من الدول اللاتينية، ودول أمريكا الجنوبية وتوثر في دول أخرى، وتتميز بأصلها الروماني وبعتمادها على القانون المكتوب.

3. **الشرية الانجلو سكسونية:** التي تعم المجتمع الانجلو سكسوني كبريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية وأستراليا، وتوثر في قوانين أمم أخرى، وتتميز بضالة تأثيرها بالقانون الروماني وبعتمادها في نشوئها وتطورها على الأعراف والسوابق القضائية.

4. **الشرية الجرمانية:** التي تعم ألمانيا والبلاد الجرمانية الأخرى كالنمسا، وتتميز بغلبة النزعة المادية عليها وبعترازها بالنظريات الجرمانية.

5. **الشرية البلشفية:** التي تسود اتحاد الجمهوريات السوفيتية ودولاً أخرى تدين بالعبدة الشيوعية ويسودها النظام الاشتراكي، وتتميز بروحها المادي وبخصائص أخرى تميزها عن الشرائع الأخرى.

### ثانياً: القانون الوضعي

يعنى بالقانون الوضعي هو: (مجموعة القواعد التي تسود دولة معينة في عصر ما، والتي تفرض الدولة تطبيقها مهما كانت طبيعتها تشريعية أو غير تشريعية وأياً كان مصدرها).

### يتميز القانون الوضعي بأمر أربعة هي:

1. أن قواعده تسود مجتمعاً متجانساً له حياته الخاصة وطابعه المعين، وعليه فإن لكل دولة قانونها الخاص بها.

2. أنه يعني مجموعة القواعد القانونية التي تسود دولة معينة في زمن معين، فهو إذاً يتحدد بالزمان والمكان، فيقال: القانون الوضعي العراقي الجنائي الحالي.

3. أنه يضم مجموعة القواعد القانونية التي تلزم الدولة الناس باتباعها عن طريق ما تملكه من سلطةٍ وقوة إجبار مادي تقسر بها الأشخاص على التقيد بها.
4. أنه يشتمل على القواعد القانونية الملزمة أياً كانت طبيعتها أو مصدرها، فلكل دولة قانونها الوضعي بصرف النظر عن كون قواعده بادية في صورة تشريع أو عرف أو احكام قضائية أو إلهية ما دامت الدولة تحمل الناس على اتباعها.

## المحاضرة الثانية

### ثالثاً: فرع القانون والمجموعة القانونية

**يقصد بفرع القانون:** (مجموعة القواعد القانونية التي تحكم حقلاً من حقول الحياة الاجتماعية وتنظم روابط ذات طبيعة واحدة)، كالقانون التجاري والقانون العقاري والقانون الدولي العام؛ لأن كلاً منها يحكم جانباً من جوانب الحياة الاجتماعية وتنظم قواعده روابط من طبيعة واحدة، فالقانون التجاري مثلاً يهيمن على الحياة التجارية، محددًا الأعمال التجارية ومنظماً الروابط بين التجار.

**وأما المجموعة القانونية:** تعني (نصوص القانون المشرعة التي تحكم حقلاً من حقول الحياة الاجتماعية الذي تتسم روابطه بوحدة طبيعتها)، فيقال: المجموعة المدنية والمجموعة التجارية.

**يتضح مما تقدم:** أن الفرع القانوني والمجموعة القانونية يتشابهان من حيث أن قواعد كل منهما تحكم حقلاً من حقول الحياة القانونية، وتنظم روابط متماثلة في طبيعتها، إلا أنهما يختلفان في المعنى والنطاق.

**اختلافهما من حيث المعنى:** فالمجموعة تعني نصوص القانون المدونة وتبدو بصورة القانون بمعناه الخاص، خلافاً للفرع الذي يشمل النصوص التشريعية والقواعد القانونية المستمدة من المصادر الرسمية الأخرى، ويبدو بصورة القانون بمعناه العام.

وأما اختلافهما من حيث النطاق: فإن المجموعة تعتبر جزءاً من الفرع الذي يحتضن المجموعة وما يتعلق بنصوصها من أحكام قضائية وآراء فقهية وما يقوم إلى جانب التشريع والفقه والقضاء من قواعد تتبع من مصادر القانون الأخرى.

#### رابعاً: النظام القانوني

**يقصد بالنظام القانوني:** (مجموعة القواعد القانونية المتميزة بالتماسك فيما بينها وبالثبات في تطبيقها والتي تهدف إلى تحقيق غرض غير معين مشترك)، فهو لا يضم قواعد متباينة عن بعضها من حيث الغرض أو متهاكمة على بعضها دون رباط وثيق يشد مجموعها، بل يتضمن قواعد قانونية تحكم وقائع اجتماعية محددة، وتهدف إلى غاية واحدة ترتبط ببعضها في صورة كيان متماسك ثابت، ومن أمثله نظام الزواج الذي يضم القواعد القانونية الهادفة إلى حكم شأن من شؤون الحياة الاجتماعية وهو قيام الأسرة، الرامي إلى تحقيق غرض معين هو تنظيم شؤون الأسرة ودعم كيانها.

#### ضرورة القانون:

بما أن الإنسان كائن اجتماعي بطبيعته لا يمكنه العيش بمعزل عن أفراد جنسه، وأن وجود مجتمع أمر ضروري للإنسان مهما تباينت صورته ( أسرة أو رهطاً من الناس أو قبيلة أو مدينة أو دولة )، فلكي يولد الإنسان ويترعرع لا بد من وجود مجتمع سابق لوجوده، وهذا المجتمع لا يستقيم له حال إلا بقانون ونظام يحكمه ويقرر قواعده ويحمي أفرادها؛ ولذلك كان وجود القانون ضرورة لا بد منها لتنظيم العلاقات بين أفراد المجتمع وحماية الحقوق.

#### خصائص القاعدة القانونية

لما كان القانون مجموعة من القواعد القانونية فإن القاعدة هي مفردة، وهي الوحدة التي يتكون منها القانون من مجموعها، فالقاعدة القانونية تعني: (خطاب

موجه إلى الأشخاص بصرف النظر عن مصدره، يشعر بترتيب نتيجة معينة على حدوث واقعة معينة ابتغاء ضبط النظام في المجتمع وتحقيق الانسجام بين روابطه).

### **خصائص القاعدة القانونية:**

تتصف القاعدة القانونية بأربع صفات، هي:

**أولاً:** أنها سلوك اجتماعي؛ لأنها لصيقة بالمجتمع ولا غنى عنها فيه لأنها تحدد سلوك الأفراد وتفرضه عليهم.

**ثانياً:** أنها قاعدة عامة مجردة تشيع روح النظام في المجتمع.

**ثالثاً:** أنها تتوجه بخطابها إلى الأشخاص في المجتمع لتتولى تنظيم روابطهم.

**رابعاً:** أنها قاعدة ملزمة بجزء مادي تفرضه السلطة العامة على من يخالفها.

وسوف نقوم ببيان كل واحدة من هذه الخصائص:

### **أولاً: القاعدة القانونية قاعدة سلوك اجتماعية**

توصف القاعدة القانونية بأنها قاعدة اجتماعية؛ لأنها لصيقة بالمجتمع ولا غنى له عنها؛ لأنها تحدد سلوك الأفراد وتفرضه عليهم، وذلك لأن الحاجة إليها لا تكون ماسة إلا إذا وجد مجتمع يعيش فيه الناس، وينشطون مع بعضهم بروابط شتى؛ لتنظيم طريق حياتهم من خلال ضبط النظام وتحقيق الانسجام، فهي اذن لا تُنشأ الا إذا وُجد المجتمع أيّاً كان شكله.

**ويترتب على وصف القاعدة القانونية بانها اجتماعية أمران:**

**أولهما:** الصلة الوثقى بين القانون وبين سائر العلوم الاجتماعية الأخرى، وذلك لأن كلاً من هذه العلوم وليدة الحياة الاجتماعية وتعنى بتنظيمها، وكل منها يؤثر بالآخر ويتأثر به، وقواعدها جميعاً تتداخل مع بعضها من حيث النطاق، وتتشابك من حيث الغرض إلى مدى ما.

**ثانيهما:** تخصيص القانون بالزمان والمكان، ذلك لأن القانون في نشوئه وفي تطوره يستجيب لظروف المجتمع وحاجاته، ويعكس أوضاعه ومشاعره، ولما كانت العوامل المادية والمعنوية التي يجئ القانون في تطوره ثمرة تفاعلها تتباين من مجتمع إلى آخر، وتتغير بمرور الزمن، لذلك أصبح لكل مجتمع قانون وضعي يختص به، وأضحى تناول أحكام القانون بالتعديل والتغيير أمر لا مفر منه عند تغير المثل الاجتماعية وتباين الأوضاع المادية عبر العصور.

**فائدة:** ما تحدده القاعدة من سلوك لا تتوجه به إلى الأشخاص على وجه النصيحة والدعوة، وإنما على سبيل الأمر والتكليف، فهي تفرضه وتكلف الناس باتباعه دون أن تدع لأحد حرية مخالفته، وتختلف عن قواعد الأخلاق التي تهدف إلى السمو النفسي على سبيل التفضيل والترغيب.

**فائدة أخرى:** وما تقتضيه القاعدة من تكليف، يكون تكليفاً مطلقاً لا تكليفاً شرطياً، معنى ذلك: إن التكليف المطلق لا يترك خياراً للمكلف بين الطاعة وبين تحمل الجزاء، وأما التكليف الشرطي فيعني تكليفاً باتخاذ وسيلة معينة يوجه لمن يريد بلوغ نتيجة معينة.

**فالقاعدة التي تحدد عقوبة السرقة مثلاً تتضمن تكليفاً مطلقاً، لا يكون الجزاء فيها شرطاً للتكليف، فهي لا تترك خياراً بين الامتناع عن السرقة وإطاعة التكليف، وبين الحق في ارتكاب جريمة السرقة وتحمل الجزاء، وإنما يرد التكليف على الجميع سواء من نوى منهم طاعتها ومن قصد مخالفتها.**

**وتسلك قواعد القانون في رسمها سلوك الأشخاص في المجتمع سبيلين:**

**أحدهما: سلبي:** فتسلكه طائفة من القواعد التي تفرض على الأشخاص واجب الامتناع عن أفعال تلحق الضرر بالغير أو تعرقل نشاطه، وتسمى بالقواعد المانعة أو الواقية، كالقواعد التي تحرم القتل، والامتناع عن تسليم المبيع.

والآخر: إيجابي: من خلال وضع جملة من القواعد التي تحت الأفراد على التضحية لمصلحة، وتحفزهم للإسهام في تمكين الغير من شق طريقه في الحياة، ابتغاء تحقيق التوازن والوئام الاجتماعي كالقاعدة التي تفرض على الابن الانفاق على أبيه المعوز، أو التي تفرض الضرائب على الثروات المكتسبة لتكوين موارد للدولة.

### المحاضرة الثالثة

#### ثانياً: القاعدة القانونية قاعدة عامة مجردة

لما كانت القاعدة القانونية تهدف إلى إقامة النظام وتحقيق الاستقرار والعدل في المجتمع، فإن ذلك لا يمكن إدراكه إلا إذا اتسع حكمها ليشمل جميع ما تواجهه من فروض؛ ليستوعب في التطبيق مختلف الحالات الفردية التي يستحيل حصرها، والتي توجد في الحال وفي المستقبل، لذلك ينبغي أن تكون عامة مجردة.

أما العمومية: فتعني أن القاعدة القانونية تصاغ بصيغة تعميم تستوعب بها ما تواجهه من حالات غير متناهية.

وتكون القاعدة عامة متى انطبقت على أفراد المجتمع كافة، فالقاعدة التي تعاقب السارق بالحبس، والقاعدة التي تنظم المرور في الطرق قواعد عامة لانصراف حكمها إلى كافة أفراد المجتمع.

وعمومية القاعدة لا تقتضي وجوب سريان حكمها في حق الناس جميعاً؛ لأن العبرة ليست بعدد من تتوجه إليه القاعدة بخطابها، وإنما بصفة من تتصرف إليه، فقد تكون القاعدة عامة لكنها في التطبيق تقتصر على فئة معينة من الأشخاص، ما دامت هذه الفئة محددة بالوصف المعني في القاعدة.

أما التجريد - وهو صفة ملازمة للعمومية - فيعني: تحرير خطاب القاعدة القانونية من الميل والهوى، وعدم إيثارها شخصاً معيناً أو سعيها لحماية وضع معين، كضمان ضد الانحراف والتحكم.

والحق: إن العمومية والتجريد صفتان متلازمتان، بل هما وجهان لخاصية واحدة، ويمكن القول: إن التجريد يتعلق بالفرض الذي تتضمنه القاعدة القانونية، وإن العمومية: تتعلق بتطبيق الحكم الذي رتبته القاعدة على الفرض؛ لأن القاعدة القانونية تتحلل إلى عنصرين هما: الفرض والحكم.

أما إذا تعلق حكم القاعدة بشخص معين باسمه أو خُصَّ بحالة معينة دون سواها، فإن صفة العمومية تزول وتنتفي، فلا تعتبر هذه القاعدة قاعدة قانونية؛ لأن وصف العمومية قد انتفت منها، وقد تطلق عليها تسميات أخرى باختلاف مصادرها فقد تسمى قراراً أو أمراً.

ويترتب على عمومية القاعدة القانونية وتجريدها أثاران:

#### **الأثر الأول: انطوائها على معنى النظام الذي تشيعه في المجتمع**

أما النظام فيعني السير على نسق متماثل مطرد، ويعني الاطراد: التكرار المستمر بالتطبيق وينصرف معنى الاستمرار إلى الثابت في التطبيق لا إلى الدوام، ويفيد معنى الثبات: السير بمقتضى القاعدة على نحو غير منقطع ما دامت قائمة نافذة دون انحرافها عن حكمها.

وعليه فإن النظام يعني السير على نسق متماثل متكرر غير منقطع في التطبيق، والنظام ينبع من عمومية القاعدة وتجريدها؛ لأن هذه الخاصية تفيد توجه القاعدة بالتكليف إلى كل من اتصف بصفة معينة من الأشخاص في الحال وفي المستقبل على نحو لا يقبل الحصر وعلى نسق متطابق.

## ثانيهما: اقتصار هدف القانون على تحقيق العدل وليس تحقيق العدالة

إن صفة العموم والتجريد تقتضي قصرَ هدف القانون على تحقيق العدل دون تحقيق العدالة، إلا إذا بدا القانون في صورة دين، والحق: إن كلاً من العدل والعدالة يقوم على مبدأ المساواة بين الناس، إلا أن المساواة التي تقوم عليها فكرة العدل مساواة مجردة تعتد بالوضع الغالب دون اكترائها بتفاوت الظروف الخاصة بالناس، أما المساواة التي تقوم عليها فكرة العدالة فمساواة واقعية تقوم على أساس التماثل في الأحكام المنصرفة إلى الحالات المتماثلة شروطها أو الأشخاص المتشابهة ظروفهم، متى تحقق التماثل بين هذه الحالات أو بين الأشخاص في الجزئيات؛ المسائل والظروف التفصيلية الخاصة، ففكرة العدل تعني المساواة المجردة، وأما فكرة العدالة فتتطوي على معنى الانصاف، والانصاف يعني: وضع الحلول لسريانها على الأشخاص ولتطبيقها على الحالات مع مراعاة البواعث.

## وإذا كان في وسع القانون تحقيق العدل إلا أنه يعجز عن تحقيق العدالة لسببين:

**أولهما:** إن قواعده توضع لتسري على جميع الحالات القائمة والمستقبلية، ومن المستحيل أن تستوعب قواعده العامة المجردة جميع الفروض والاحتمالات المقبلة؛ لعجز واضعها عن التنبؤ بما يستجد في المستقبل من ظروف خاصة أو جزئيات على نحو محيط دقيق.

**ثانيهما:** إن الاكتراث بالظروف الخاصة وجميع المسائل الجزئية أمر يتعارض وما يرمي القانون إلى تحقيقه من نظام وتجانس في المجتمع؛ ذلك لأن إقرار النظام وإشاعة التجانس يتحققان عن طريق الموازنة بين المصالح المتضاربة والحريات المتصادمة والاعتداد بالوضع الغالب في الحياة الاجتماعية.

إن العدل والعدالة كلاهما يقوم على المساواة بين الناس، إلا أن المساواة التي تقوم عليها فكرة العدل هي مساواة مجردة تعتد بالوضع الغالب دون اكرثات بتفاوت الظروف الخاصة بالناس، أما العدالة (الانصاف) فتقوم على مساواة واقعية على أساس التماثل في الأحكام المنصرفة للحالات المتماثلة شروطها أو الأشخاص المتشابهة ظروفهم مع مراعاة البواعث الخاصة وتفاصيل الظروف.

### ثالثاً: القاعدة القانونية خطاب يوجه إلى أشخاص لتنظيم روابطهم

اتضح لنا من قبل أن الإنسان اجتماعي بطبعه يضمه مجتمع يعيش فيه مع أفراد جنسه، وأن نشوء العلاقات الاجتماعية أمر لا بد منه، وأن هذا النشوء يحتم وجود قواعد تتولاها بالتنظيم، وأن أنواعاً مختلفة من القواعد تكفلت بتنظيمها تقف في مقدمتها قواعد القانون وقواعد الدين وقواعد الأخلاق وقواعد العدالة، وعليه فإن قواعد القانون لا تعدو أن تكون نوعاً من أنواع القواعد التي عنيت بتنظيم الروابط الاجتماعية، ويقصد بالرابطة الاجتماعية التي عنى القانون بتنظيمها هي: ( العلاقة الظاهرة التي تنشأ بين الأشخاص في المجتمع، والتي يجيز المجتمع للقانون تنظيمها )؛ لذلك فإن تحديد ما يخضع لحكم القانون من روابط يقتضينا سوق الملاحظات الآتية:

1. لا تتناول القاعدة القانونية بالتنظيم إلا نوعاً واحداً من الأنواع الثلاثة من الواجبات التي يتحملها الإنسان في حياته، وهي: واجبه نحو ربه، وواجبه حيال نفسه، وواجبه تجاه غيره فهي لا تحكم إلا واجب الفرد اتجاه غيره.
2. وإذا كانت القاعدة القانونية تعنى بحكم واجب الإنسان قبل غيره، فإن هذا الغير لا يتصور أن يكون جماداً أو حيواناً، فالقانون لا ينظم إلا العلاقات الاجتماعية بين أعضاء المجتمع، ومثل هذه العلاقة لا توصف بأنها اجتماعية، وإن كانت

هناك ثمة قواعد تبدو في ظاهرها كأنها تنظم العلاقة بالحيوان، إلا أنها في حقيقتها تنظم العلاقة بين الأشخاص وهي علاقة اجتماعية، فهي تحكم العلاقة بين من توجهت إليه القاعدة بخطابها وبين غيره من الأشخاص ممن يتأذى في شعوره إذا عومل الحيوان بقسوة.

3. وإذا كانت القاعدة القانونية تعنى بتنظيم الروابط مع الغير، فإن هذا الغير لا يشترط فيه أن يكون إنساناً، وإنما يجب أن يكون شخصاً، لأن الشخصية ليست مرادفة للآدمية، فالآدمي هو الإنسان، أما الشخص فهو كل من كان صالحاً لثبوت الحقوق له أو عليه.

4. إن قواعد القانون لا تحكم إلا واجبات الشخص تجاه غيره من اشخاص مجتمعه، ولا تنظم إلا الروابط بين الأشخاص في المجتمع، إلا أنها لا تعنى إلا بحكم ما يعبر عنه بالسلوك الخارجي للشخص، وعليه فإن القانون لا يعبأ بالنية إلا إذا عبر عنها بتصرف خارجي، وإذا حدث ذلك اهتم القانون بها لا لذاتها؛ لأنه لا يحفل بالنية المجردة، وإنما ليدخلها في اعتبارها حينما ينظم سلوك صاحبها في الخارج.

5. إن قواعد القانون لا تكثرث بالنوايا ما ظلت كامنة في النفس، وعليه فإن قواعد القانون في المجتمع المعاصر لا تلزم الأشخاص بالتحلي ببعض القيم الخلقية من الصدق والمروءة والشهامة، ولا تفرض الجزاء على من تجرد منها إلا إذا تسبب ذلك في الإضرار بالغير.

6. إن القاعدة القانونية لا تحكم إلا ما يجيز لها المجتمع تنظيمه من العلاقات الاجتماعية، بتأثير ما يسود المجتمع من تيارات أو نزعات فكرية، وأبرز هذه النزعات الفكرية نزعتان هما: النزعة الفردية والنزعة الاشتراكية، فإذا تشبع المجتمع بالنزعة الفردية ضاقت دائرة القانون، وخرجت عن حكمه مجموعة كبيرة من العلاقات الاجتماعية، لأن مهمة القانون تقف عند حدود مجموعة كبيرة من

العلاقات الاجتماعية ولأن مهمة القانون تقف عند حدود إقرار الأمن وحفظ الكيان ومنع الاعتداء، وإذا تسيدت النزعة الاشتراكية مجتمعاً ما اتسع نطاق القانون وبسطت قواعده على أكبر قدر ممكن من الروابط الاجتماعية، ليكون القانون طريقاً للخدمة العامة ووسيلة لتحقيق العدل التوزيعي وأداة لرسوخ التضامن والوئام الاجتماعيين.

### المحاضرة الرابعة

#### رابعاً: القاعدة القانونية قاعدة ملزمة تقترب بجزء

#### تفرضه السلطة العامة

لما كان الغرض من وجود القاعدة القانونية هو تنظيم الحياة في المجتمع عن طريق ضبط النظام وتحقيق الانسجام وإقرار العدل فيه، وإن الغرض منها ما يدرك والامتثال لها لن يضمن إلا إذا انطوت على عنصر الإيجاب المادي الجماعي، ويعني ذلك أن يكفل المجتمع احترامها عن طريق إجبار مادي يلزم الناس ويحملهم على اتباعها، ولهذا توصف القاعدة القانونية بأنها قاعدة ملزمة.

#### والإزام القاعدة القانونية يمكن تحليله إلى عناصر ثلاثة:

**أولها:** ينبغي على الأشخاص احترامها رغماً عنهم وقسراً، ولا يمكن أن يترك احترامها لمحض رغبتهم وإرادتهم.

**ثانيها:** إن قسر الأشخاص على اتباعها لا يضمن إلا إذا اقترنت بجراء مادي يفرض على مخالفيها.

**ثالثها:** إن ضمان احترامها عن طريق الجزاء المادي لا يتحقق إلا إذا تدخلت السلطة العامة فتكفلت به، والسلطة العامة تحكم باسم المجتمع وتملك مقاليدها هيئة سياسية معترف بها.

## معنى الجزاء القانوني وطبيعته:

يقصد بالجزاء لغةً ودينياً: ( الثواب والعقاب )، أما في مصطلح القانون فإن الجزاء يعني العقاب وحده، وإذا كان العقاب يعرف بأنه: ( أثر يتخذ صورة أذى يترتب على مخالفة أحكام القاعدة )، أما الجزاء القانوني فيعرف بأنه: ( أثر يتخذ صورة أذى مادي منظم يترتب على مخالفة أحكام القاعدة القانونية تفرضه السلطة العامة لجزر المخالف وردع غيره ).

ويتضح مما تقدم أن الجزاء القانوني أثر يترتب على مخالفة القاعدة، وليس أثراً يترتب على اتباعها، كما يتضح أن الجزاء القانوني يتخذ صورة أذى، وعليه فإن المكافأة وغيرها من صور الثواب لا تعتبر جزاء قانونياً؛ لأنها لا تبدو في صورة أذى.

## شروط الجزاء القانوني

لكي يوصف الجزاء بأنه ( جزاء قانوني ) ينبغي توافر شروط ثلاثة فيه، نستنتجها من معناه وطبيعته هي:

1. أن يكون على صورة أذى ظاهر يهدد به من يخالف حكم القاعدة القانونية، والأذى هو ألم أو الشعور به.
2. أن يكون منظماً، أي: معيناً بجنسه ومقداره، سواء تعين في القاعدة نفسها أو أحالت تعيينه إلى قاعدة أخرى.
3. أن يكون فرض العقاب موكلاً إلى السلطة العامة، فهي التي تحدده وتهدد به وتلحقه بالمخالف.

## أوصاف الجزاء القانوني:

يتصف الجزاء القانوني بصفتين هما:

**أولهما:** أنه جزء مادي ظاهر محسوس، وفي ذلك تختلف القاعدة القانونية عن قواعد الأخلاق التي يبدو جزاؤها أدبياً يظهر في صورة سخط المجتمع ونفوره من الإثم.

**ثانيهما:** أنه جزء دنيوي، أي: **يوقع في الحياة الدنيا**، وفي ذلك يختلف الجزاء القانوني عن جزاء مخالفة قواعد الدين الذي يكون آخروياً يوقعه الله تعالى على من خالفها في الحياة الآخرة، وقد يكون الجزاء الديني مزدوجاً، أي: دنيوياً وآخروياً.

**أنواع الجزاء القانوني:**

للجزاء القانوني أنواع متباينة، فمن حيث طبيعته يبدو على ثلاثة أنواع:

**أولها: الجزاء الجنائي:** وهو أثر يترتب على مخالفة القانون الجنائي أو العقابي وهو مرادف للعقوبة في المعنى، يفرض على صورة عقوبات تتفاوت في شدتها تبعاً لاختلاف طبيعة الجريمة ومدى خطورتها، فقد تكون بدنية تنصب على جسد الإنسان كالإعدام، وقد تكون مالية ترد على المال كالغرامة، وقد تفرض على حرية الإنسان فتقيدها كالحبس والسجن.

**وثانيهما: الجزاء المدني:** هو كل عقاب يفرض عند مخالفة قواعد القانون الأخرى عدا الجنائية، فهو جزء يفرضه القانون عند الاعتداء على حق خاص، أو إنكاره دون أن يمس الاعتداء المصلحة العامة، أو يخل بالنظام الاجتماعي، وتتعدد صور الجزاء المدني تبعاً للغرض من فرضه، فقد يكون الجزاء وقائياً متى ما قصد منه الحيلولة دون وقوع المخالفة، كأن يتمتع الموظف المختص عن توثيق عقد زواج جاء مخالفاً للقانون، وقد يكون جزاءً مباشراً، إذا أريد به حمل شخص على تنفيذ ما امتنع عن تنفيذه كالحكم بالتنفيذ الجبري على أموال المدين عن طريق الحجز عليها وبيعها لاستيفاء الدين من الثمن.

**ثالثهما: الجزاء التأديبي:** فيعني مخالفة القواعد القانونية التي تحكم الوظيفة العامة أو تفرضا طبيعة المهنة كعقوبة التوبيخ والانذار والخصم في المرتب والفصل والعزل والتوقف عن ممارسة المهنة.

### **مدى ضرورة الجزاء لقيام القاعدة القانونية**

اختلف الفقهاء وغيرهم في تقدير مدى ضرورة الجزاء لقيام القاعدة القانونية: فذهب أغلبهم إلى اعتباره عنصراً جوهراً من عناصرها، فإن خلت منه فقدت الصفة القانونية وأصبحت مجرد دعوى أو نصيحة بالقيام بعمل أو الامتناع عنه لا قاعدة قانونية، ذلك لأن تصادم الحقوق وتعارض الحريات ونشوء المنازعات بين الأفراد نتيجة مخالفة قواعد القانون يوجب تدخل الدولة بسلطاتها لحماية حقوق الأفراد وإقرار حرياتهم وحسم منازعاتهم عن طريق الجزاء.

إلا أن فريقاً من الفقهاء ذهب إلى اتجاه مخالف، فرأى أنه يكفي لوجود القاعدة القانونية شعور أغلبية الناس بأن ما تقتضيه ضرورة اجتماعية، وأن وجودها لازم لحماية النظام الاجتماعي.

والرأي الأول هو الراجح.

### **السلطة المناط بها توقيع الجزاء القانوني:**

بعد أن تطور المجتمع ونظم تنظيمياً سياسياً، واعتبر القانون من مظاهر سيادة الدولة التي تحتكر تطبيقه، وفرض توقيع جزاء مخالفته، وبعد أن حل نظام القضاء العام وحق الانتقام الجماعي محل القضاء الخاص وحق الانتقام الفردي، برزت في الدولة سلطة أنيط بها توقيع الجزاء هي السلطة القضائية، وتتكون السلطة القضائية من المحاكم، والمحاكم هي صاحبة الولاية العامة في تطبيق القانون وصاحبة الاختصاص الأصيل في توقيع الجزاء على مخالفة قواعده.

## المحاضرة الخامسة

### التمييز بين القاعدة القانونية وبين غيرها من القواعد الاجتماعية

تمهيد:

إن القانون مجموعة من قواعد تتوجه بخطابها إلى أشخاص في المجتمع لتنظيم السلوك وإقامة نظام اجتماعي، ومع ذلك فإن قواعد القانون لا تحتكر وحدها حكم سلوك الأفراد في المجتمع وإن كانت في الطليعة، بل توجد إلى جانبها قواعد اجتماعية أخرى تعني بحكم السلوك الاجتماعي كقواعد الدين وقواعد الأخلاق وقواعد العدالة وقواعد العادات والتقاليد.

وفي ضوء ما تقدم ينبغي التمييز بين مختلف صنوف القواعد الاجتماعية؛ لإدراك وجود الاختلاف بينها، ولبيان مدى الصلة التي تربطها ببعض، وإليك بيان ذلك.

### أولاً: التمييز بين القاعدة القانونية والقاعدة الدينية

تمهيد: معنى الدين وبيان أنواعه

يعرف الدين بأنه: ( مجموعة من العقائد والأحكام المستمدة من وحي قوة سامية غير منظورة، رامية إلى خير الإنسان في الحياة الدنيا والآخرة وإسعاد المجتمع )، وتنقسم الأديان من حيث مصدرها إلى فئتين:

1. الأديان السماوية: وهي: ( مجموعة العقائد والأحكام التي نزلت من الله تعالى بطريق الوحي على نبي اصطفاه من خلقه كالدين الإسلامي، والدين المسيحي، والدين اليهودي ).

2. الأديان غير السماوية: وهي: ( ما استمدت عقائدها من قوة عليا غير منظورة ليست الذات الإلهية كالدين البوذي والمجوسي )، ويعرف الدين غير السماوي عند المسلمين باسم الدين غير الإلهي أو غير منزل.

وتنقسم الأديان أيضاً من حيث عرضها المباشر ونطاقها إلى فئتين:

1. الأديان الفردية: والدين الفردي هو: ( الدين الذي يعني بتنظيم واجبات الفرد تجاه ربه ونفسه دون أن يكثر بتنظيم العلاقات الاجتماعية تنظيمًا موضوعيًا كالدين المسيحي من الأديان السماوية، والدين البوذي من الأديان غير سماوية ).

2. والأديان الجماعية: والدين الجماعي هو ( الدين الذي يعني بتنظيم العلاقات الاجتماعية تنظيمًا موضوعيًا مع عنايته بحكم العقيدة والوجدان كالدين الإسلامي واليهودي من الأديان السماوية ). فهو يتناول واجبات الإنسان الثلاثة تجاه نفسه وره وغيره.

ويقصد بالتنظيم الموضوعي: حكم مختلف مجالات الحياة الاجتماعية وتنظيم الروابط بين الأشخاص في المجتمع تنظيمًا دقيقًا بسوق القواعد العامة والأحكام التفصيلية، وإن بدا الدين أوسع من القانون نطاقاً؛ لأنه يحكم السرائر كما ينظم المظاهر.

وجدير بالذكر أن فردية الدين لا تعد نقيصةً فيه ولا تؤثر في صفته الاجتماعية، فقد جاء الدين هادفاً إلى التأكيد على القيم الأخلاقية، ليسمو بالمجتمع من التحلل الاجتماعي والتردي في بؤر الرذيلة، مكتفياً بنشر روح الفضيلة في العلاقات الاجتماعية دون تنظيمها تنظيمًا موضوعياً؛ لأن الشريعة القائمة فيه تفي بهذا التنظيم، وهذا هو شأن الدين المسيحي الذي نزل في مجتمع حَكَمَتْهُ شريعتان، هما: الشريعة الرومانية الوضعية والشريعة اليهودية الإلهية، ولأن هذا المجتمع كان يشكو تحللاً وتفككاً اجتماعياً، فقد جاء الدين المسيحي زاخراً بالقيم الخلقية، نافخاً روح الفضيلة في الروابط الاجتماعية، ليأخذ بيد المجتمع من التحلل الذي تردى فيه، وأما إذا نزل الدين في مجتمع ينقصه التماسك الاجتماعي، والروح الخلقية القويم معاً، جاء ديناً جماعياً يحكم مختلف الواجبات، وينظم شتى الروابط تنظيمًا موضوعياً، وذلك شأن الدين الإسلامي والدين اليهودي.

## صلة الدين بالقانون:

تبتعد قواعد الأديان الفردية كثيراً عن دائرة القانون، وتقرب من قواعد الأخلاق من حيث الغرض والنطاق؛ لأنها تركز اهتمامها على حكم واجبات الفرد تجاه نفسه وربه، ولا يعني ذلك أنها لا تكثرث بالروابط الاجتماعية، لأن الأديان جميعاً جاءت لأغراض اجتماعية هادفة إلى إصلاح المجتمع البشري، ولكن التفاتها من زاوية أخلاقية فحسب دون أن تعرض بيان القواعد التي تنظم هذه الروابط عرضاً موضوعياً، وإذا قيل أن للقانون الكنسي أثر كبير في القوانين الوضعية في العصر الحديث على نحو يدحض القول بابتعاد الدين المسيحي من دائرة القانون، إلا أن الواقع أن القانون الكنسي الذي لم نسلم بتأثيره في القوانين الوضعية في الدول الغربية لم يشق أحكامه من الدين المسيحي الذي جاء يخلو من التنظيم الموضوعي للروابط الاجتماعية.

## وجوه الشبه بين قواعد القانون وقواعد الدين:

تقوم بين هاتين الطائفتين من القواعد جملة من وجوه الشبه تنصب على الخصائص الآتية:

1. تماثلهما من حيث الغاية الغير مباشرة، وذلك لأن كلاهما يرمي إلى السمو بالمجتمع البشري وإسعاده.
2. تتميز قواعد القانون وقواعد الأديان جميعاً بأنها قواعد سلوك اجتماعية تهدف إلى تحديد سلوك الفرد في الهيئة الاجتماعية، وتقويمه وفرضه عليه فرضاً مطلقاً لا شرطياً.
3. توصف قواعد القانون وقواعد الأديان جميعاً بأنها عامة ينصرف حكمها إلى من اتصف بصفة معينة من الأشخاص.
4. توصف جميعاً بأنها قواعد ملزمة تقترن بجزاء يحمل الناس على اتباعها.

5. تتميز جميعاً بالوضوح والاستقرار ويسهل التعرف عليها بالرجوع إلى المدونات وغيرها من المواطن التي تجمع قواعدها.

### وجوه الاختلاف بين قواعد القانون وقواعد الأديان:

تنهض بين هاتين الفئتين من القواعد وجوه اختلاف عميقة نوجز بيانها فيما يلي:

1. اختلافهما من حيث الأصل أو المصدر، فالأديان كافة فردية أو جماعية تعتمد أحكامها من قوة عليا غير منظورة، أما القانون فتجيء من وضع البشر فرداً أو هيئةً تسنها أو مجتمعاً يفرزها.

2. اختلافهما من حيث الغاية المباشرة، فالأديان كافة فردية أو جماعية تنزع بالإنسان نحو الكمال الذاتي، وترمي إلى إقامة المجتمع على أسس الفضيلة والخير والعدالة، أما قواعد القانون فتهدف إلى غاية نفعية وهي حسن التنظيم الاجتماعي وإرسائه على أساس العدل.

3. تباينهما من حيث مقياس الحكم على التصرفات إذ يبدو المقياس في دائرة القانون مقياساً ظاهراً أو خارجياً لا يكثرث بالناويا والبواعث، خلافاً لمقياس الحكم في الأديان، فإذا كان الدين فردياً أضحى مقياس الحكم فيه باطنياً أو داخلياً ينفذ إلى أعماق النفس ويكشف عن مقاصدها، وإذا كان الدين جماعياً كان المقياس فيه مزدوجاً، مقياساً ظاهرياً يعول عليه الحساب القضائي الدنيوي، ومقياساً باطنياً يعتمد عليه الحساب الأخروي.

4. تباينهما من حيث النطاق، ذلك لأن قواعد القانون لا تعني إلا بتنظيم الروابط الاجتماعية ولا تحكم إلا فئة من هذه الروابط، أما الأديان فتتفاوت من حيث النطاق، فإذا كان الدين فردياً تميز بنطاق مستقل عن نطاق القانون لأنه يركز اهتمامه على حكم واجبات الإنسان نحو خالقه وتجاه نفسه، وإذا كان الدين جماعياً تميز بنطاق أوسع من نطاق القانون في تنظيم العلاقات الاجتماعية تنظيمياً موضوعياً، ويعنى كذلك بحكم واجبات الفرد تجاه ربه وحيال نفسه.

5. اختلافهما من حيث الجزاء، ذلك لأن الجزاء القانوني يبدو في صورة عقاب، أما الجزاء الديني فيكون عقاباً أو ثواباً ماديين غير منظمين يوقعه الله تعالى في الحياة الآخرة، إذا كان الدين فردياً، أما إذا كان الدين جماعياً فيكون الجزاء مزدوجاً دنيوياً مادياً في صورة عقاب وآخر واقع في صورتى عقاب أو ثواب.

### المحاضرة السادسة

#### ثانياً: التمييز بين القاعدة القانونية والقواعد الأخلاقية

تعرف قواعد الأخلاق بأنها: (مجموعة مبادئ يعتبرها الناس في زمن ما قواعد سلوك تتبع بدافع من الشعور الذاتي والرأي السائد وإلا تعرض مخالفتها إلى سخط المجتمع وازدراء أقرانه، و تتحدد على أساس ما يستقر في الأذهان من أفكار عن الخير والشر ابتغاء السمو بالنفس البشرية نحو المثل العليا من طريق التمسك بالفضائل وتجنب الرذائل في إقامة الروابط الاجتماعية تحقيقاً للخير وسعادة المجتمع).

#### وتستمد قواعد الأخلاق من مصادر ثلاثة:

1. الدين: فالأديان كافة تضم أحكاماً أخلاقية تهدف إلى تهذيب النفس، وترسم طريق الفضيلة وتحض الناس عليه، وتحدد درب الذيلة وتنتهى الناس عنه.
2. مقتضيات الحياة: وأوضاع المجتمع تتبع منه قواعد الأخلاق، فما يعتبر رذيلة في مجتمع ما أو عصر ما، قد لا يوصف كذلك في مجتمع آخر أو في عصر لاحق، وما يعد فضيلة قد يعد رذيلة بتأثير من عاملي الزمان والمكان، فالربا رذيلة محرمة في الشريعة الإسلامية، وكثير من صوره لا يعتبر كذلك في المجتمع المعاصر.
3. النظريات التأملية: التأمل في طبيعة النفس البشرية وفي أسرار الحياة وأسس المجتمع كان ولا يزال مصدراً لكثير من قواعد الأخلاق.

## خصائص قواعد الأخلاق:

تتصف قواعد الأخلاق بالخصائص الآتية:

1. أنها قواعد سلوك تهدف إلى إدراك مثل أعلى للسلوك القويم والضمير الطاهر، وتتشد السمو بالنفس الإنسانية نحو الكمال.
2. أنها تعمل في دائرة واجب الإنسان نحو ربه وواجبه حيال نفسه وواجبه تجاه غيره.
3. أنها تفرض على الإنسان في دائرة روابطه مع غيره نوعين من الواجبات: أولهما: سلبي يحض على الامتناع عن الاعتداء على حقوق الغير ونشاطه. ثانيهما: إيجابي يفرض عليه مساعدة الغير والتضحية في سبيل إسعاد الآخرين والأخذ بيدهم.
4. أنها قواعد عامة مجردة لأنها تتضمن خطاباً موجهاً إلى الناس، يسمو على التفاصيل في حكمه وينطوي على النظام في تطبيقه.
5. أنها قواعد نسبية، ذلك لأن بعضها قد يوصف بالخلود، إلا أن معظمها غير ثابت فتختلف أكثر قواعد الأخلاق باختلاف المجتمعات وتتباين بتباين الزمان.
6. أنها قواعد ملزمة بجزء لاقترانها بجزء مادي يتعرض له مخالفها.
7. أنها قواعد غامضة مبعثرة يعوزها الوضوح ولاستقرار في موطن يسهل الرجوع إليه.

## العلاقة بين قواعد القانون وبين قواعد الأخلاق:

ظل المجتمع البشري القديم يمزج بين القانون وبين الأخلاق فترة طويلة من الزمن مزجاً يعززه الدين، فقد كان الوعي يقتضي باعتبار الكذب والتعدي على الغير خطيئة، ثم جاء الرومان فتغير الوضع، إذ أكد بعض فقهاؤهم بتأثير من تغلغل النزعة الفردية في المجتمع الروماني على التمييز بين القانون وبين الأخلاق، ونادوا بضرورة وضع حدود للقانون تحول دون اختلاطه بالأخلاق، ثم عاد المزج بين

القانون والأخلاق في القرون الوسطى في المجتمع الإسلامي في ظل الشريعة الغراء، وفي المجتمع المسيحي في ظل التعاليم المسيحية وأحكام القانون الكنسي، حتى إذا جاء القرن الثامن عشر بفلسفة متشعبة بالنزعة الفردية أفاق التمييز بين القانون وبين الأخلاق من رواده، وتبلور في صور نظرية عرفت بالنظرية التقليدية التي اعتنقها الفرديان (كتوماسيوس) والفيلسوف الألماني (كانت)، وقد دعت هذه النظرية إلى الفصل بين القانون وبين الأخلاق، بهدف تقليص نطاق القانون ومنع الدولة من التدخل بالعلاقات الاجتماعية بحجة حماية الأخلاق، وأشارت إلى فروق ثلاثة بين القانون والأخلاق غالت في تقدير أهميتها وهي: اختلافهما من حيث الغرض ومن حيث النطاق ومن حيث الجزاء.

وقد أدى انحسار المذهب الفردي منذ منتصف القرن التاسع عشر إلى تززع النظرية التقليدية، والحق أن كلاً من الاتجاهين السابقين جاء مغالياً في رأيه، فلا يصح القول بالفصل التام بين القانون وبين الأخلاق، كما لا يجوز القول بدمجهما، ذلك لأن هناك ثمة وجوه اختلاف بينهما لا سبيل إلى نكارها.

وقد برز اتجاه فقهي جديد في الرأي لا يسلم بالاتجاهين السابقين، ولكنه يدعو إلى التقريب بين القانون وبين الأخلاق قدر المستطاع، وقد تزعم هذا الاتجاه الفقهاء الفرنسيون (مازو وكابيتان ولاكوست).

### **وجوه الاختلاف بين قواعد القانون وقواعد الأخلاق:**

تختلف قواعد القانون عن قواعد الأخلاق بالفروق التالية:

1. اختلافهما من حيث مقياس الحكم على التصرفات، وذلك لأن مقياس الحكم على التصرفات في دائرة الأخلاق مقياس داخلي أو باطني يتوغل في سرائر النفس، أما مقياس الحكم على التصرفات في دائرة القانون ظاهري أو خارج يعتمد على السلوك الخارجي للشخص، فالقانون لا يحفل بالنية المجردة التي تبرز إلى العالم الخارجي.

2. اختلافهما من حيث الوضوح والاستقرار، فقواعد الأخلاق تتميز بغموضها وبثبوتها فهي غير واضحة المعالم، كما أنها غير مستقرة لعدم وجود موطن يجمع قواعدها، أما قواعد القانون فقواعدها واضحة ومستقرة لأنها مقررة في الغالب في صيغ ومدونات يمكن الرجوع إليها.

3. اختلافهما من حيث الجزاء، وهذا الاختلاف يبدو من ناحيتين:

أولهما: فمن حيث طبيعة الجزاء: فجزاء مخالفة قواعد الأخلاق جزاء أدبي غير قابل بطبيعته للتنفيذ المادي (عذاب الضمير)، وأما جزاء مخالفة قواعد القانون فيكون جزاءً مادياً يبدو في صورة أذى ظاهر محدد جنساً وقدرًا.

ثانيهما: ومن حيث من يتولى توقيع الجزاء: فإن جزاء مخالفة قواعد الأخلاق يوقعه ضمير الائم في صورة وخز، أما جزاء مخالفة قواعد القانون فتهدد به السلطة العامة وتوقعه مؤسسات قضائية تلزم الناس .

4. اختلافهما من حيث النطاق، ويبدو من ناحيتين:

أولهما: من حيث أنواع الواجبات التي تتولاها القاعدة بالحكم، فقواعد الأخلاق تحكم مختلف الواجبات نحو ربه ونحو نفسه ونحو الآخرين، خلافاً لقواعد القانون التي تحكم نوعاً واحداً وهو واجب الفرد نحو غيره.

ثانيهما: من حيث ما تتناوله القاعدتان بالتنظيم من روابط اجتماعية. فتبدو قواعد الأخلاق أوسع نطاقاً من قواعد القانون لأنها تتناول بالحكم واجبات لا تمتد إليها يد القانون كالتضحية من أجل إسعاد الآخرين.

وقد تبدو الاختلافات أضيق نطاقاً من القانون في حالتين:

أولاهما: أن قواعد الأخلاق تقتصر في خطابها على تقرير الواجبات دون إنشاء الحقوق، أما القانون فيقرر الحقوق إلى جانب فرض الواجبات.

**ثانيهما:** أن قواعد القانون قد تتناول بالتنظيم أموراً لا شأن للأخلاق بها عندما يدخل القانون مصلحة الجماعة في اعتباره.

**مظاهر الصلة الدائمة بين القانون والأخلاق:**

1. تعتبر الأخلاق مثلاً أعلى يلهم القانون أحكامه في المجال الذي يشتركان في تنظيمه، كضبط النظام.
2. تعتبر الأخلاق مقياساً تقاس به سلامة التصرفات القانونية، فقد نصت كثير من القوانين على بطلان كل اتفاق مخالف للآداب العامة.
3. مبادئ الأخلاق تلعب دوراً ملحوظاً عند إصدار الأحكام في حالة افتقاد النص والعرف، فقد اعتبر كثير من المشرعين مبادئ العدالة ( وهي من القيم الأخلاقية ) مصدراً رسمياً للقانون.
4. قد يتأثر القانون بمبادئ الأخلاق في المجال الذي لا يعتبر فيه الواجب تكليفاً قانونياً والتزاماً مدنياً لسقوط قوته الملزمة.

### **المحاضرة السابعة**

**ثالثاً: التمييز بين قواعد القانون وبين قواعد العدالة:**

**العدالة تعني:** الشعور بالإنصاف شعوراً تمليه قواعد العدالة.  
أما **قواعد العدالة:** فتعني: ( مجموعة من القواعد تصدر عن مثل أعلى يستهدف خير الإنسانية والمجتمع بما يملأ النفوس من شعور بالإنصاف وما يوحي به من حلولٍ منصفة.

**خصائص قواعد العدالة:**

**تتميز قواعد العدالة بالخصائص الآتية:**

1. أنها عامة اجتماعية، شأنها شأن أي قاعدة؛ لأن أحكامها لا تتصرف إلى أشخاص محددين بذواتهم ولا إلى أفعال محددة بأسمائهم، وهي اجتماعية لأن العدالة تعبير عن مبدأ من مبادئ الحياة الاجتماعية.
2. أنها تصدر عن مثل أعلى يرمي إلى خير الإنسانية وصلاح المجتمع بما يمليه على المشرع في التشريع، وعلى القاضي في قراراته من لزوم توخي الانصاف في وضع الحلول.
3. أنها قواعد متغيرة لا توصف بالثبات، لأن العدالة رد فعل لأحداث اجتماعية يقبل التغير بطبيعته بتفاوت الزمان والمكان، فقد يبدو التصرف الواحد خيراً في ظروف ويظهر مصدر شر في ظروف أخرى.
4. أنها لا ترشد إلى حلول قاطعة ثابتة وإنما تملأ النفس شعوراً بالإنصاف فهي لا تملي على المشرع حكماً قاطعاً ولا تلهم القاضي معياراً دقيقاً ثابتاً وإنما يتجلى أثرها في الخفيف من صرامة الأحكام من جهة، وفي سد المنافذ أمام القاضي في طريق النكول عن الأحكام من جهة أخرى.
5. أنها قواعد يشوبها الغموض والتشتمت، فهي ليست واضحة المعالم والمدلول بسبب تغاير مفاهيمها وحدودها بتغاير الظروف والحاجات.
6. أنها قواعد ملزمة لاقترانها بجزاء يلحق مخالفتها إلا أن جزاءها ليس من طبيعة واحدة، وإنما يختلف باختلاف دورها في الحياة القانونية فقد تقترن بجزاء مادي متى اعتبرت مصدراً رسمياً للقانون، ويكون جزاؤها أدبياً في الحالات التي لا تدخل فيها في عداد مصادر القانون الرسمية.

### وجوه الشبه والاختلاف بين قواعد القانون وبين قواعد العدالة

#### تشابه قواعد العدالة قواعد القانون في بعض الخصائص، منها:

1. أنها قواعد عامة، كقواعد القانون وسائر القواعد.

2. تتميز بصيغتها الاجتماعية، فقواعد العدالة تركز اهتمامها على التنظيم الاجتماعي كقواعد القانون.

وجوه الاختلاف بين قواعد القانون وبين قواعد العدالة، و تلخص فيما يأتي:

1. اختلافهما من حيث الغاية المباشرة، فقواعد القانون تهدف إلى حسن التنظيم الاجتماعي عن طريق ضبط النظام، أما قواعد العدالة فتقوم على فكرة الخير شأنها شأن قواعد الأخلاق.

2. اختلافهما من حيث الجزاء، ذلك لأن قواعد القانون تقترن بجزاء مادي تفرضه السلطة العامة، أما جزاء قواعد العدالة فأدبي يوقعه ضمير المجتمع وضمير الفرد، وإن جاز أن يكون مادياً تفرضه السلطة العامة عندما تعد قواعد العدالة مصدراً رسمياً للقانون.

3. اختلافهما من حيث الوضوح والاستقرار، فقواعد القانون واضحة المعالم لينة الحدود تستقر في مواطن معروفة يسهل الرجوع إليها والالمام بمضمونها، أما قواعد العدالة فيكتنفها الغموض ويسودها التشتت ويعوزها الثبات فلا موطن يجمعها يتييسر الرجوع إليه.

4. ترشد قواعد القانون إلى حلول قاطعة يُستفاد من نصوصها مباشرة، أما قواعد العدالة فلا تملّي على أي من المشرع أو القاضي أحكاماً قاطعة.

5. توصف قواعد القانون بالتجرد ما دامت تعني بالظروف الجوهرية لأنها تهدف إلى تحقيق العدل وتعتد في أحكامها بالوضع الغالب، أما قواعد العدالة فتتوخى تحقيق الانصاف الذي يقتضي الاهتمام بالظروف الخاصة.

**صلة القانون بقواعد العدالة:**

تقوم بين قواعد القانون وقواعد العدالة صلة وثقى تتضح في أمرين هما:

1. أن دائرة قواعد العدالة تمثل أحياناً مرحلة وسطى تمر بها قواعد الأخلاق في طريق تحولها إلى دائرة القانون.

2. أن قواعد العدالة تؤثر كثيراً في الحياة القانونية، ويبدو تأثيرها في اتجاهين، هما: تأثيرها في دائرة التشريع وتأثيرها في نطاق القضاء.

**رابعاً: صلة القانون بسائر العلوم الاجتماعية الأخرى:**

يقصد بالعلوم الاجتماعية، العلوم التي تتوافر على دراسة الإنسان باعتباره عضواً في مجتمع، وعلم القانون علم اجتماعي يضم قواعد سلوك اجتماعية تحكم تصرفات الفرد وتنظم علاقاته مع أبناء جنسه، وما دام القانون يستقر في دائرة العلوم الاجتماعية فلا بد من وجود صلة بينه وبين سائر العلوم.

أما علاقته بعلم السياسة فتتضح حين يعرض القانون تنظيم الكيان السياسي للدولة، محدداً شكل نظام الحكم والسلطات القائمة فيها، منظماً العلاقات بين هذه السلطات من جهة وبينها وبين الشعب من جهة أخرى.

وأما عن علاقته بعلم الاقتصاد فتتجلى في دائرة المعاملات المالية فهو إذا اتجه إلى تنظيم علاقة الفرد بغيره من حيث المال وتحديد سلطة الشخص على المال، التفت إلى علم الاقتصاد لينهل منه الحلول.

وأما علاقته بعلم الاجتماع فيبدو حين يتصدى لتنظيم واجبات الفرد ومسلكه حيال أفراد جنسه، ويظهر جلياً في دائرة الأحوال الشخصية عندما يتناول بالتنظيم علاقة الفرد بأسرته، وكذلك تفرع منه في الوقت الحاضر فرع يطلق عليه علم الاجتماع القانوني الذي يركز اهتمامه على دراسة سلوك الشخص تجاه القواعد القانونية المطبقة.

وأما علاقته بعلم التاريخ، فذلك لأن الدراسة التاريخية تلقي الضوء على القواعد القانونية القديمة وتعين رجال القانون في تقديرها وتحدد مسلك المشرع حيالها.

## المحاضرة الثامنة

### مصادر القانون

**معنى المصدر:** يراد بهذا اللفظ: الأصل الذي يرجع إليه الشيء. وقد تعددت معانيه من حيث موقعه إلى أربعة معاني، وهي:

**أولاً: المصدر التاريخي:** ويقصد به المرجع الذي استسقى منه المشرع أحكاماً تشريعية، فيقال: إن المشرع العراقي استمد أحكام القانون المدني من مصدرين تاريخيين هما: الشريعة الإسلامية والقانون المدني المصري.

**ثانياً: المصدر المادي أو الحقيقي والموضوعي:** وهو المصدر الذي يزود القاعدة القانونية بمضمونها، أي: بمادتها، ويعني جميع الأصول الواقعية والفكرية التي تلم بمجتمع ما، فتشمل الظروف الطبيعية والجغرافية والسياسية والاقتصادية والقيم الأخلاقية والدين والمثل العليا التي تسود مجتمعنا.

**ثالثاً: المصدر الرسمي:** وتعني الطريق الذي تنفذ منه القاعدة أو الوسيلة التي تخرج بها إلى الوجود لتصبح واجبة التطبيق.

**رابعاً: المصدر التفسيري:** ويعني المرجع الذي يستعان به لإزالة ما في ألفاظ القاعدة من غموض، ولإستكمال نقص أحكامها وإزالة التعارض بين أحكام عدد من القواعد.

**حصر مصادر القانون، وتفاوت أهميتها:**

إن مصادر القانون ستة من حيث تسلسل ظهورها الزمني، وهي: العرف والدين والتشريع والفقهاء والفضاء وقواعد العدالة. فقد اقتضى وجود المجتمع البشري نشوء الروابط الاجتماعية. واقتضى قيامها إلى تصادم الحقوق ونشوء المنازعات، فكان لابد

من البحث عن حل النزاع، وقد أعمل الإنسان عقله وهداه تفكيره إلى الحل المنشود، ثم توافر اتباع نفس الحل في المنازعات المماثلة بدافع حب التقليد من أجل تحقيق الأمن والاستقرار، فأصبح ملزماً وصار قاعدة عرف وأضحى العرف أول مصدر للقانون في المجتمع البدائي، ثم ظهر التشريع كمصدر آخر عندما دخل المجتمع دور النظام السياسي وبرزت فيه سلطة يدين لها الأفراد بواجب الولاء.

### مصادر القانون المدني العراقي:

حددت المادة الأولى من القانون المدني العراقي المصادر الرسمية والتفسيرية للقانون في الفقرة الثانية والثالثة، فقد عدت فقراتها الثانية المصار الرسمية ( فإذا لم يوجد نص يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف، فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين، فإذا لم يوجد في فبمقتضى قواعد العدالة ).

وأشارت فقرتها الثالثة الى المصادر التفسيرية، فقضت بما يأتي: ( وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقهاء في العراق ثم البلاد الأخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية ).

يتضح مما سبق أن المصادر الرسمية للقانون المدني العراقي هي:

أولاً: المصادر الرسمية للقانون المدني العراقي أربعة حسب تسلسل أهميتها هي: التشريع، والعرف، ومبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص القانون المدني، وقواعد العدالة.

ثانياً: المصادر التفسيرية للقانون المدني العراقي، وهما مصدران هما: القضاء، والفقهاء.

## المصادر الرسمية للقانون المدني العراقي:

لقد جعلت النصوص التشريعية أعلاها منزلة واعتبرت المصدر الأصلي، فإذا لم يجد القاضي نصاً يطبقه تحتم عليه الرجوع إلى مصادر رسمية أخرى، وهي بمثابة مصادر احتياطية. ويتقدم العرف هذه المصادر الاحتياطية، تليه مبادئ الشريعة الأكثر ملاءمة لنصوص التقنين المدني دون التقيد بمذهب معين، فإن لم يجد القاضي قاعدة عرف أو مبدأً شرعياً فعليه أن يرجع إلى قواعد العدالة ليستلهم منها حكمه. وهو في رجوعه إليها إنما يجتهد برأيه، غير أن عليه أن يصدر في اجتهاده عن اعتبارات موضوعية لا عن تفكير ذاتي خاص.

### المصدر الأول: التشريع

#### تفيد كلمة التشريع معنيين:

1. قيام سلطة عامة مختصة في الدولة بوضع القواعد القانونية في صورة مكتوبة وإعطائها قوة الإلزام، والتشريع بهذا المعنى يعتبر مصدراً رسمياً للقانون.
2. النص الذي يصدر من السلطة العامة المختصة بسننه في الدولة المتضمنة قاعدة قانونية، والتشريع بهذا المعنى يفيد ما يفيد القانون بمعناه الخاص.

#### خصائص التشريع:

1. قيام السلطة العامة بوضعه.
2. اشتماله على قاعدة تتوافر فيها جميع خصائص القاعدة القانونية من عمومية وتجريد وإلزام وتنظيم سلوك الأشخاص في المجتمع.
3. صب مضمون القاعدة التي يحتضنها في صيغة مكتوبة.

#### مزايا التشريع وعيوبه:

يتميز التشريع بجملة من المزايا يفضل بها عن غيره من المصادر الرسمية للقانون، هي:

1. **وضوحه:** ذلك لأنه وضعه في نصوص مكتوبة وصياغته صياغة فنية دقيقة، وصبه في لغة بعيدة عن التعقيد، سليمة من الإبهام، عوامل تفضي عليه الدقة والتحديد في المضمون، والوضوح في المعنى.
2. **سريانه على إقليم الدولة برمته:** ذلك لأنه وضع من قبل سلطة عامة وقدرة الدولة على ضمان طاعته، تجعل من السهل إصداره ليعم مفعوله الدولة في جميع أرجائها.
3. **سرعة سنه وتعديله:** ويتميز التشريع بقصر الوقت الذي يستغرقه صنعه مما يؤدي إلى سرعة في الإنتاج القانوني تلبي حاجة المجتمع إلى إنشاء قواعد جديدة أو إلى تعديل ما هو قائم منها.
4. **أثره الهام في تطور المجتمع:** ذلك لأن وضعه من قبل سلطة مختصة وسرعة سنه وإسهام الإرادة العاقلة الواعية في تكوينه عوامل تجعل منه أداة هامة لإصلاح المجتمع والأخذ بيده في طريق التطور السريع.

#### **عيوب التشريع:**

وعلى الرغم من هذه المزايا للتشريع فإن ثمة عيبين يكمنان فيه ينشآن عن كونه وليد المشرع، وهما:

1. أنه قد يؤدي إلى جمود القانون وعوده عن الاستجابة لمتطلبات المجتمع ومقتضيات التطور، فقد يصدر التشريع عن مصالح ذاتية وأهواء شخصية لا تتفق والمصالح العام، وقد يستجيب المشرع فيما يسنه لمتطلبات المجتمع، ولكنه يقعد عن تعديل ما سنه أو إلغائه إذا تغيرت الظروف وتباينت الحاجات.
2. أنه قد يتسبب في اضطراب المعاملات والإخلال بالاستقرار الواجب لها، فقد يقصد المشرع تلبية حاجة المجتمع ولكنه يتعجل في سنه فيغلب عامل السرعة عامل الدقة في الصياغة، وقد يفوته استلهاام جميع المصادر الحقيقية للقاعدة لا

سيما العوامل الاجتماعية فيجيء تشريعه معيباً أو قاصراً أو متعارضاً مع غيره من التشريعات التي اطمأن لها الناس في روابطهم.

## المحاضرة التاسعة

### أهمية التشريع

للتشريع أهمية تجعله يفوق على غيره من المصادر الرسمية للقانون، فيحل التشريع في المجتمعات المعاصرة منزلة الصدارة بين مصادر القانون، ويعتبر المصدر الأصلي العام للقانون، ويقصد بالمصدر الأصلي: المرجع الذي يتعين على القاضي الرجوع إليه ابتداء للوصول إلى القاعدة التي يطبقها على النزاع ويستتبط من مضمونها حكمه.

والتشريع مصدر عام للقانون لأنه المرجع الأول في جميع المسائل إلا إذا ما اعتبر المشرع غيره من المصادر مصدره الأصلي، وهو في ذلك يتفوق على غيره من المصادر الرسمية. ويعزى تفوق التشريع في المجتمع المعاصر إلى سببين الآتيين هما:

1. ما يتمتع به من مزايا أشرنا إليها، أما عيوبه فمن الميسور تلافيتها، وهي على العموم قليلة الأهمية إذا ما قورنت بكثرة مزاياه.
2. ما جد في المجتمع المعاصر من قيم وأحداث أعلت من شأن التشريع وجعلت منه أداة لتحقيق مفاهيمها.

### أنواع التشريع وطرق سننها

يتدرج التشريع من حيث قوته الملزمة فنجد على ثلاثة أنواع تتفاوت من حيث قوتها هي:

أولاً: التشريع الدستوري أو الدستور: وهو التشريع الذي يضع الأساس الذي يقوم عليه نظام الدولة، ويحدد طريقة ممارسة حكام السلطة فيها، فهو يحدد شكل الحكم

في الدولة ويعين السلطات العامة فيها واختصاص كل منها، وينظم علاقات بعضها ببعض، وعلاقتها بالأفراد ويقررها للأفراد من حريات عامة وحقوق قبل الدولة.

### سن التشريع الدستوري أو الدستور:

تختلف طريقة سن الدستور أو السلطة التي تتولى وضعه باختلاف الأوضاع السياسية في المجتمع، ويصدر الدستور عادة بوحدة من أربع طرق هي:

1. قد يصدر في صورة منحة من الحكام في الدولة إلى الشعب.

2. أو في صورة عقد بين الشعب وبين صاحب السلطة.

3. وقد تسنه جمعية تأسيسية منتخبة من الشعب.

4. وقد يسنه الشعب مباشرة عن طريق الاستفتاء.

وإذا أمعنا النظر في هذه الطرق وجدنا أن الطريقة الأولى والثانية لا تتفق مع المبادئ الديمقراطية، أما الطريقتان الأخريان فأنهما تتسجمان مع مبدأ سيادة الشعب.

### تعديل الدستور:

وترتبط بسن الدستور مسألة تعديله، ذلك لأن فكرة علوية الدستور باعتباره القاعدة العليا في الدولة تقتضي وجوب العمل على حمايته عن طريق إجراءات وشروط ينبغي استيفائها في تعديله أو تغييره، وعلى العموم فإن الدساتير من حيث إجراءات المساس بها تكون على نوعين:

1. أما الدستور المرن: فهو الدستور الذي يجري تعديله أو إلغاؤه بنفس الطريقة التي يتم بها تعديل أو تغيير صدور التشريع العادي، وذلك بإصدار من السلطة التشريعية.

2. أما الدستور الجامد: فهو الدستور الذي لا يمكن تعديل أحكامه أو إلغاؤها إلا بشروط خاصة وإجراءات معينة.

ثانياً: التشريع العادي أو القانون أو التشريع الرئيسي: يقصد به التشريع الذي تسنه السلطة التشريعية في الدولة في حدود اختصاصها المبين في الدستور، وإذا كان الأصل أن السلطة التشريعية هي التي تتولى سنه إلا أن من الجائز أن تحل السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية في سنه على سبيل الاستثناء، ويقع ذلك في حالتين هما:

1. حالة الضرورة: كما لو وقعت في فترة حل مجلس الأمة، وفيما بين أدوار انعقاده، ويسمى هذا التشريع بتشريع الضرورة.

2. حالة التفويض أو التحويل: حيث تخول السلطة التشريعية السلطة التنفيذية حق إصدار قرارات لها قوة القانون فيحددون المسائل المعينة والفترة المحددة في التحويل، ويسمى هذا النوع من التشريع الاستثنائي تشريع التفويض أو التحويل.

### سن التشريع العادي:

تتولى السلطة التشريعية في الدولة سن التشريع العادي في حدود اختصاصها الذي رسمه الدستور، ومصطلح السلطة التشريعية يعني: ( الهيئة التي تمارس وظيفة سن القواعد القانونية ) ولكنها تبدو في البلاد الديمقراطية هيئة ينتخب الشعب أعضائها، وتطلق عليها تسميات شتى كالبرلمان والمجلس النيابي والجمعية الوطنية والمجلس الوطني ومجلس الأمة ومجلس الشعب، ويمر التشريع العادي في ظل النظام البرلماني من حيث سنه بثلاث مراحل هي:

1. مرحلة اقتراح القانون: يملك المجلس الوطني حق اقتراح مشروع القانون على أن يكون الاقتراح مقدماً من ربع أعضاء المجلس وعلى ان لا يتعلق بالأمر العسكري أو الأمور المالية أو شؤون الأمن العام.

2. مرحلة مناقشة المشروع والتصويت عليه: ينظر المجلس الوطني في مشروع القانون ومناقشته فيصدر قراراً إما برفضه أو تعديله أو تمريره.

3. مرحلة التصديق عليه من قبل رئيس الجمهورية: وهو موافقة رئيس الدولة عليه باعتباره شريكاً للسلطة التشريعية في التشريع، وتختلف الدساتير حيال التصديق من قبل رئيس الجمهورية.

**ثالثاً: التشريع الفرعي:** ويقصد به التشريع الذي تصدره السلطة التنفيذية بما لها من اختصاص أصيل يخول لها في الدستور ابتغاء تنفيذ التشريع العادي أو تنظيم المرافق والخدمات العامة، والسلطة التنفيذية في إصدارها هذا التشريع لا تحل محل السلطة التنفيذية حلاً مؤقتة، وإنما تبدو صاحبة اختصاص نص عليه الدستور رغبة في تخفيف أعباء السلطة التشريعية وحرصاً على تخليص القوانين من التفاصيل الجزئية.

### **التشريع الفرعي في العراق وسنه:**

يضم التشريع الفرعي في العراق أنواعاً ثلاثة هي:

1. **الأنظمة الداخلية:** ويقصد بنظام التشريع النظام الذي تضمنه السلطة التنفيذية لتيسير تنفيذ الصادر من السلطة التشريعية. والحكمة في تحويل السلطة التنفيذية حق وضعه مزدوجة وهي تخفيف الأعباء عن كاهل السلطة التشريعية كي لا تشغل نفسها بتشريعات ثانوية، وإلقاء مهمة تنفيذ القانون في دقائه على عاتق سلطة أكثر التصاقاً برئيس الجمهورية.

2. **التعليمات:** وهي تشريع فرعي يقصد به تيسير تطبيق قانون نافذ أو نظام صادر، وقد أشار إليها بعض الدساتير العراقية غير أنه حق للسلطة التنفيذية في إصدارها أمراً ثابتاً دون حاجة إلى نص دستوري صريح ما دام القانون أو النظام يخوله هذا الحق.

3. **النظام الداخلي:** ويراد به التشريع الذي يصدر استناداً إلى نصٍ ضمنه قانون صدر لينشئ أو يحكم مؤسسة ما، يخول مجلس إدارة المؤسسة - رسمية كانت

أو شبه رسمية - حق إصداره لتنظيم كيانها وتيسير أعمالها، فيتولى النظام الداخلي تحديد أغراض المؤسسة وبيان تشكيلاتها وتنظيم ميزانيتها.

### نفاذ التشريع:

يكتمل وجود القانون للتشريع بتمام المراحل الثلاث التي يقتضيها سنه وهي: ( اقتراح التشريع، والموافقة أو التصويت عليه، والتصديق)، والإمام بنفاذ القانون والالتزام بتطبيقه يقتضينا أن نتكلم في كل من إصدار التشريع ونشره والاعتذار بجهله في الفقرات الثلاث الآتية:

**أولاً: إصدار التشريع:** يقصد بإصدار التشريع تسجيل وجوده القانوني، والأمر بتنفيذه ممن يملك سلطة الأمر بالتنفيذ، وهي السلطة التنفيذية، وعلى رأسها رئيس الدولة أو الهيئة العليا فيها، ويعتبر الإصدار شهادة ميلاد للتشريع تصدر من السلطة التنفيذية. وهذا الأمر بالتنفيذ هو الذي يكسب التشريع قوة النفاذ، ولا بد من صدوره من السلطة التنفيذية، لأن المكلفين بالتنفيذ هم عمالها، ولا تملك سلطة أخرى فرض التكليف عليهم.

ولما كان الإصدار يعني تسجيل سن التشريع والأمر بتنفيذه، فإن ذلك لا يثير إشكالاً إذا كانت السلطة المختصة التي تسن التشريع هي السلطة التنفيذية؛ لأن السلطة التي تسنه هي التي تصدره فتضعه موضع التنفيذ، ونجد ذلك في أنواع متعددة سبق أن نوهنا عنها، كالتشريع الدستوري إذا صدر منحة من الحاكم أو في صورة تعاقد بينه وبين الشعب، وكالتشريع العادي إذا بدا في صورة تشريع استثنائي، وكالتشريع الفرعي.

أما إذا صدر التشريع من وضع هيئة أو سلطة غير السلطة التنفيذية كالتشريع الدستوري الذي تسنه جمعية تأسيسية أو يسنه الشعب عن طريق الاستفتاء وكالتشريع الذي تسنه السلطة التشريعية المختصة فإن وضعه موضع التنفيذ يحتم إصداره من قبل السلطة التنفيذية.

ويعني إصدار التشريع عندئذ تسجيل موافقة الجمعية التأسيسية أو موافقة أغلبية الشعب على التشريع الدستوري أو موافقة السلطة التشريعية على التشريع العادي، والأمر بتنفيذ ما تم سنه عن طريق تكليف رجال السلطة بوضعه موضع التنفيذ. ويتضح مما تقدم أن الإصدار عملية قانونية وهو فاتحة مرحلة نفاذ القانون ويعتبر عملاً تنفيذياً لا عملاً تشريعياً؛ لأنه يعقب مرحلة صنع التشريع وتستهل به مرحلة وضعه موضع التنفيذ.

**ثانياً: نشر التشريع:** إذا كان الإصدار يسجل سن التشريع وينطوي على الأمر بتنفيذه، فإن التشريع لا يكون ملزماً للمخاطبين إلا من وقت حمله إلى عملهم أو إتاحة الفرصة لهم للعلم به، وذلك يتحقق عن طريق نشره، فالنشر يعني إبلاغ مضمون التشريع إلى الكافة وإحاطتهم علماً أو تيسير سبل علمهم بما ينطوي عليه من تكليف؛ ذلك لأن التكليف لا يكون إلا بأمر معلوم والتشريع لا يكون معلوماً إلا بإشهاره.

وعليه فإن النشر في الجريدة الرسمية يكفي لافتراض على المخاطبين بصدور التشريع ومضمونه أياً كان نوع التشريع دستورياً أو عادياً أو فرعياً، ولا تغني عن هذه الوسيلة أية وسيلة أخرى، فلا يحل محل النشر في الجريدة الرسمية إذاعته في المذياع أو التلفاز أو النشر في صحف غير رسمية أو تعليق نسخ منه في أماكن بارزة، بل ولا يغني عن هذا النشر بهذه الوسيلة علم المخاطبين بأحكامه علماً يقيناً كأعضاء السلطتين ( التشريعية والتنفيذية )، فلا يكون التشريع ملزماً لهم قبل نشره في الجريدة الرسمية للدولة وهي ما تسمى في العراق بـ "الوقائع العراقية".

وينبغي أن يلاحظ أن افتراض علم الناس بصدور التشريع بمجرد نشره يقتضي إتاحة الفرصة لهم للعلم به، فإن العمل بالقانون لا يكون من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية إذا قضى الدستور بذلك، وإنما من تاريخ توزيعها.

وإذا حل ميعاد نفاذ التشريع سرى حكمه في حق جميع المخاطبين به واقتراض علمهم بمضمونه، فلا يقبل من أحدهم الاعتذار بجهله وهذا ما نسميه في القاعدة الآتية:

### قاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون:

تعني هذه القاعدة افتراض علم الكافة بصدور التشريع وإحاطتهم علماً بأحكامه منذ نفاذه، سواء كان وقت نشره أو من تاريخ آخر نص عليه التشريع، وعدم جواز الاعتذار بجهل التشريع يتفرع عن مبدأ افتراض العلم بالقانون وامتناع الاعتذار بجهله منذ خروج القاعدة القانونية بعد تكوينها إلى حيز التطبيق عن طريق أي مصدر من المصادر الرسمية فيخضع لحكمها الكافة منذئذ.

وتقوم هذه القاعدة على أساس من قواعد العدل وما تقتضيه من مساواة الناس أمام القانون، فإذا نشر القانون سرى حكمه في حق المخاطبين كافة، هذا فضلاً عن أن القاعدة القانونية تتميز بقوتها الملزمة الذاتية التي تستمدّها من وجودها لا من عامل خارجي وهو العلم بها.

يتضح مما تقدم: أن قاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون يتحدد تطبيقها في نطاق ضيق جداً، ويجوز الاحتجاج بجهل القانون فيما يتجاوز هذا النطاق، وأن الاحتجاج مسألة موضوعية تخضع لتقدير القاضي في كل قضية وتتأثر قناعة القاضي بظروف الشخص من ثقافةٍ وحالةٍ صحيةٍ وموطنٍ وغيرها من الاعتبارات التي تؤثر في قناعة القاضي بجهل الشخص بحكم القانون.

## المحاضرة العاشرة

### الرقابة على صحة التشريع:

اتضح لنا أن التشريع يتدرج من حيث القوة، وأن التشريع الدستوري يحل المنزلة الأسمى، ويليه التشريع العادي ويعقبها التشريع الفرعي من حيث القوة، وتفاوت التشريع من حيث القوة يقتضي خضوع التشريع الأدنى للتشريع الذي يعلو درجة، ويعني أن التشريع الأدنى يستمد قوته من مطابقته لأحكام التشريع الأعلى.

فإذا تعارض تشريعان من درجتين مختلفتين وجب تغليب التشريع الأعلى درجة، فالتشريع العادي ينبغي أن لا يخالف أحكام التشريع الدستوري، والتشريع الفرعي يجب أن لا يتعارض مع كل من التشريع الدستوري والتشريع العادي. وضمان عدم التعارض يقتضي فرض رقابة على كل من التشريع العادي والتشريع الفرعي، وهذه الرقابة تثير أمرين هما:

**أولهما:** تحديد الجزاء الذي ينبغي فرضه عند المخالفة.

**ثانيهما:** تحديد الجهة التي توقع هذا الجزاء وتمارس تلك الرقابة.

أما الجزاء فقد يكون إلغاء أو عدم تطبيق القواعد القانونية التي تضمنها التشريع الأدنى المخالف، وأما الجهة التي تمارس الرقابة وتوقع الجزاء فهي غير الجهة أو السلطة التي وضعت قواعد التشريع الأدنى؛ ذلك لأن مهمة الرقابة على التشريع لو أنيطت بنفس السلطة التي وضعته لانتفت القيمة العلمية للرقابة و لانعدم مجال فرض الجزاء.

يفهم مما تقدم: أن الرقابة على صحة التشريع تعني ضمان توافر الشكل الصحيح للتشريع، وضمان عدم التعارض في الأحكام بين التشريعين ( الأعلى والأدنى )، وقرّ الجزاء في الحالتين من قبل السلطة المختصة بالرقابة، وأن الأصل في هذه الرقابة أن تكون قضائية تمارسها المحاكم.

## الرقابة على صحة التشريع الأدنى من حيث الشكل:

يقصد بشكل التشريع: ( صدوره من قبل سلطة مختصة واستيفاء إجراءات سنه و نفاذه )، وهي في الغالب مراحل التشريع الثلاث من - اقتراح وتصويت وتصديق - وما يقترن بها من إجراءاتٍ تتطلب الأغلبية المطلقة أو الخاصة عند التصويت. و رقابة المحاكم على صحة التشريع من حيث الشكل أمر انعقد عليه الإجماع، فإن لم يستوفِ التشريع شكله المطلوب وجب على المحكمة أن تمتنع عن تطبيقه لانعدام وجوده القانوني.

## الرقابة على صحة التشريع الأدنى من حيث الموضوع:

يقصد بصحة التشريع من حيث الموضوع: عدم تعارض التشريع الأدنى في الأحكام مع التشريع الأعلى، فالتشريع الفرعي يجب أن لا يخالف في أحكامه كلا من التشريع العادي والتشريع الدستوري، وتوصف الرقابة على صحة التشريع العادي من حيث الموضوع بالرقابة الدستورية.

وللرقابة على صحة التشريع الأدنى من حيث الموضوع صور شتى تختلف باختلاف الدساتير، فقد تكون رقابة عليه وهو في دور الاعداد قبل إصداره قانوناً، وقد تكون الرقابة على صحته بعد إصداره ونشره.

وبناءً على ما تقدم: فإن للمحاكم الاعتيادية حث رقابة دستورية القوانين بطريق الدفع من قبل أحد أطراف الدعوى، ولها أن تمتنع عن تطبيق القانون على القضية المعروضة عليها متى تأكدت من عدم دستوريته، وندعم هذا الرأي بالحجج الآتية:

1. أن حق المحاكم في الرقابة لا يمس مبدأ الفصل بين السلطات وإنما يؤكده.
2. أن الرقابة على دستورية القوانين أمر تقتضيه طبيعة وظيفة القضاء، فهو يقوم بتطبيق التشريع أيّاً كانت مرتبته.
3. أن القول بامتناع المحاكم عن رقابة دستورية القانون بحجة وجوب احترام السلطة التشريعية لأنها لا تمثل الشعب أمر ينطوي على المغالاة.

4. أن تخويل القضاء حق على شرعية التشريع الفرعي، وسلب هذا الحق منها في الرقابة على دستوريته أمر لا مبرر له.

#### نطاق تطبيق التشريع أو مدى سريانه:

يثير تطبيق التشريع بعد نفاذه مشكلة هامة، وهي: تحديد نطاق تطبيقه من حيث المكان ومن حيث الزمان، فإذا صدر التشريع وأصبح نافذاً ثار تساؤل عن الإقليم الذي يسري تطبيقه وعن الزمان الذي يبدأ عنده سريانه. لذلك سنوزع هذا الفرع على موضوعين هما:

أولاً: **سريان القانون من حيث المكان**: يقصد بسريان القانون من حيث المكان ( تحديد الإقليم الذي يسود فيه تطبيقه )، وهذا الأمر لا يثير إشكالاً إذا نشأت العلاقة القانونية بين المواطنين وخلت من عنصر أجنبي، ذلك لأن قانون الدولة هو الذي يعم إقليمها ولا يثير ذلك إشكالاً، غير أن الأمر يتعقد إذا وجد في العلاقة عنصر أجنبي، كأن أبرم العقد بين مواطن وأجنبي أو ارتكب جريمة في إقليم الدولة فهل تخضع العلاقة الأولى أو يخضع الجاني لقانون الدولة التي تمت العلاقة في إقليمها أو ارتكبت الجريمة على أرضها أم لقانون أجنبي، يتنازع هذا الموضوع مبدآن هما:

1. **مبدأ إقليمية القوانين**: يتأسس هذا المبدأ على سيادة الدولة على إقليمها وسلطانها على رعاياها، ومفاده أن قانون الدولة يسري على جميع إقليمها وينصرف إلى جميع الأشخاص القاطنين فيه مواطنين كانوا أم أجنب.

2. **مبدأ شخصية القانون**: ومفاده أنه بالنظر لسيادة الدولة على رعاياها فينبغي أن تسري قوانينها على جميع رعاياها سواء من كان قاطناً في إقليمها أو كان مستقراً في إقليم دولة أجنبية.

## تطبيق المبدأين معاً:

بالنظر للتغيير الذي ألم بالمجتمع الدولي من ازدهار في العلاقات الاقتصادية واستقرار كثير من الجاليات الأجنبية في إقليم دول أخرى سار تطبيق هذين المبدأين جنباً إلى جنب على نحو متفاوت، ولكن في وسعنا القول أن الأصل في التطبيق هو مبدأ إقليمية القانون لارتباطه بسيادة الدولة واستقلالها.

**ثانياً: سريان القانون من حيث الزمان:** إذا صدر القانون وتم نفاذه بنشره أو بانقضاء الميعاد المحدد للنفاذ بعد النشر سرت أحكامه على الوقائع والروابط القانونية التي تقع بعد نفاذه، وهذا ما يسمى بالأثر الفوري أو المباشر للقانون، وإذا أعقب نفاذه صدور قانون جديد حل محل القانون الأول فعدله أو ألغاه سرى القانون الجديد على الوقائع التي تلي نفاذه دون أن ينسحب أثره إلى الوقائع التي تمت قبل نفاذه، وهذا ما يسمى بمبدأ عدم رجعية القانون ويقصد به ( عدم سريان حكم القانون على الوقائع والتصرفات وآثارها التي تمت قبل نفاذه )، وهو مبدأ تسنده ثلاث حجج هي:

1. المنطق: فليس من المنطق أن ينسحب أثر القانون على الوقائع التي سبقت نفاذه، وذلك لكون القاعدة القانونية تكليفاً يوجه لشخص ينبغي أن يكون على علم به.

2. العدل: والعدل يقتضي أن لا يسري حكم القانون على الوقائع التي سبقت نفاذه وتمت في ظل قانون قديم، وذلك لأن الأشخاص في تصرفاتهم قد اطمأنوا إلى ما يحكم علاقاتهم من قواعد قانونية.

3. المصلحة: رعاية مصالح الناس يقتضي كذلك عدم سريان أحكام القانون الجديد على ما تم من الوقائع في ظل قانون قديم، وإلا زعزعت استقرار التعامل وضعفت الثقة بالقانون.

## المحاضرة الحادية عشرة

### تفسير التشريع

معنى التفسير، والغرض منه:

التفسير لغة: البيان والتوضيح لكشف المراد.

التفسير اصطلاحاً: اختلف الفقهاء في تحديد مفهومه إلى اتجاهين: أحدهما يضيق في مفهومه، وثانيهما يوسع من معناه.

أما التفسير الضيق فيعني: إزالة غموض النص وتوضيح مبهمه للقضاء على الاختلاف في تحديد معناه، والتفسير بهذا المعنى لا يقع إلا في حالة غموض النص فلا شأن له بنقص أحكام النص أو بتعارض أجزاء القانون.

أما التفسير الواسع فيعني: توضيح ما غمض من ألفاظه وتقويم عيوبه واستكمال ما نقص من أحكامه والتوفيق بين أجزاءه المتعارضة وتكييفه على نحو يجاري متطلبات المجتمع وروح العصر. والتفسير بهذا المعنى يلزم تطبيق القانون ويقتضي الفهم لإيجاد الحل المناسب للحكم فإذا شاب النص غموض أو نقص، أو عيب مادي أو تعارض بين النصوص وجب على القاضي أن يعمد إلى التفسير كي يتوصل إلى الحكم المراد تطبيقه لحل النزاع.

### حالات التفسير:

إذا كان النص واضحاً، أي: أن الألفاظ تعبر عن إرادة المشرع الحقيقية فلا حاجة للاجتهاد أو التفسير في معرض النص الصريح، أما إذا شاب النص غموض أو نقص أو تجيء بعض النصوص متعارضة في أحكامها، استعان المفسر بقواعد التفسير لإزالة الغموض أو النقص أو التعارض، وسوف نبين ما يشوب النص من أمور تستوجب التفسير.

1. **غموض النص:** يعني إبهام اللفظ، أي: خفاء وعدم وضوحه على نحو يقتضي جهداً من المفسر لتحديد المعنى المقصود، والغموض عدة أنواع كاحتمال اللفظ أكثر من معنى أو غرابة اللفظ وإخراج اللفظ من معناه اللغوي إلى معنى اصطلاحي.

2. **النقص في الحكم:** ويعني انعدام النص أو أن يجيء النص يحكم حالة واحدة من جملة حالات كان ينبغي أن يستوعبها النص بالحكم.

3. **التعارض بين الأحكام:** أن تجيء أحكام نصين أو عدد من النصوص غير متوافقة مع بعضها، ويقع التعارض كثيراً في الحياة القانونية بسبب التسرع في إصدار تشريع يحكم مسألة معينة.

#### أنواع التفسير:

**أولاً: التفسير التشريعي:** وهو التفسير الذي يصدر من المشرع أو السلطة التشريعية لإزالة غموض أو سد نقص أو تقويم عيب في قانون سابق اختلفت المحاكم في تطبيقه ولم تهتد إلى معرفة قصد المشرع منه.

**ثانياً: التفسير القضائي:** يقوم القضاء بهذا التفسير بحكم طبيعة وظيفته فهو يتولى تطبيق القانون على القضايا المنظورة من قبله، وهو الذي يوجه عملياً غموض التشريع ونقصه وعيوبه، كذلك هو الذي يعمل على استتباب الأحكام للوقائع التي لا يعثر على حكم لها في النصوص.

**ثالثاً: التفسير الفقهي:** وهو التفسير الذي يقوم به الفقهاء في شرحهم للقانون، ويتميز التفسير الفقهي بطابعه النظري، ذلك لأن الفقيه عندما يقوم بالتفسير لا يعرض لحالات خاصة، وإنما يستخلص قواعد عامة ويعمد إلى التأصيل العلمي والمنطقي، وهذا النوع من التفسير لا يكون ملزماً للقضاء.

رابعاً: التفسير الإداري: وهو التفسير الذي تقوم به السلطات الإدارية في صورة منشورات وتعليمات تصدرها إلى أتباعها في السلك الإداري لتفسير تشريع ما، ولا يتمتع هذا التفسير بأي قوة ملزمة بالنسبة للقضاء.

### قواعد التفسير:

إن قواعد التفسير تبدو على نوعين من القواعد، هي:

1. قواعد التفسير الخارجية: وهي القواعد التي يستعين بها المفسر من خارج دائرة النصوص.

2. قواعد التفسير الداخلية: وهي القواعد التي يلتمسها المفسر داخل دائرة النصوص.

### طرق التفسير الخارجية:

وهي طرق يستند فيها المفسر إلى عنصر خارج عن التشريع بها لا سيما في حالة غموض النص، وأهمها ما يأتي:

1. **حكمة التشريع:** وتعني الغرض الذي هدف إليه المشرع من وضع النص، وعن

طريق إدراكه لعلة الحكم يقوم المفسر بتوضيح ما غمض من ألفاظ النص.

2. **الأعمال التحضيرية:** وهو مجموعة من الأعمال التي تواكب التشريع منذ اقتراحه

حتى تمام سنه، كالمذكرات التفسيرية ومناقشات المجلس التشريعي ومحاضرها

وأعمال اللجنة المختصة بإعداد التشريع، ويستعين المفسر بهذه الأعمال في

توضيح النص المبهم أو استكمال نقصه أو رفع التعارض بين النصوص لمعرفة

إرادة المشرع.

3. **المصادر الخارجية:** وهي المراجع التي استمدّ منها المشرع أحكام تشريعه،

فالشريعة الإسلامية والقانون المدني المصري هما المصدران التاريخيان للقانون

المدني العراقي، فإذا أغمض نص راجع المفسر مصدره لإزالة الغموض منه.

4. العادات: وهو مجموعة القواعد التي ألفها الناس في تعاملهم حتى استقرت، ويستعين بها المفسر في تحديد نطاق كثير من الحقوق كحقوق الملكية.
5. الفلسفة السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي تسود دولة ما: وهي فلسفة تشيع في مجتمع ما يسوده نظام حكم تميز بمبادئ محددة قام عليها، وفلسفة تشبع بها.

### طرق التفسير الداخلية:

وهي الطرق التي ينطوي عليها التشريع ذاته، ويستعين المفسر بهذه الطرق في الحالات التي ينعدم فيها النص أو تبدو فيها نقائص أحكام القانون أو يبدو فيها تناقض بين الأحكام وعدد من النصوص، وأهم هذه الطرق ما يأتي:

1. الاستنتاج بطريق القياس: ويعني إعطاء حالة غير منصوص على حكمها نفس حكم حالة أخرى ورد نص يحكمها لتمثال العلة بين الحالتين، فإذا قرر المشرع عدم توقيع العقوبة على من سرق زوجته طبق هذا الحكم عن طريق القياس على من نصب على زوجته.

2. الاستنتاج من باب الأولى: ويعني إثبات حكم واقعة منصوص عليها في واقعة لم ينص على حكمها؛ لأن علة الحكم في هذه الحالة غير منصوص عليها. والمراد استنباط حكم لها أقوى، أي: أكثر توافراً من علة الحكم في الحالة التي ورد بها النص، فإذا كان القانون الجنائي يعتبر تلبس الزوجة بالزنا ظرفاً مخففاً لعقوبة الزوج إذا قتل زوجته فمن باب أولى ان يكون الحكم كذلك إذا ضرب الزوج زوجته المتلبسة ضرباً مبرحاً.

3. الاستنتاج من مفهوم المخالفة: ويعرف في فقه القانون: بأنه: ( إعطاء حالة غير منصوص عليها حكماً يكون عكس الحكم في حالة منصوص عليها لاختلاف العلة في الحالتين، ومن الأمثلة ما نص عليه قانون العقوبات العراقي )

لا يسأل جزائياً من أكرهته على ارتكاب الجريمة قوة مادية أو معنوية لم يستطع دفعها )، فعلة عدم المسألة الجزائية هي ابتغاء البينة والاختبار، أما إذا ثبت الاختيار وجبت مسألته.

4. **تقريب النصوص المتعلقة بموضوع واحد من بعضها:** فإذا ساق المشرع عدداً من النصوص تتعلق بموضوع واحد كالحيازة أو المسؤولية مثلاً وشرع المفسر في تفسير أحدها وجب عليه أن ينظر إليها جميعاً، لأنه لو اقتصر في التفسير على نص واحد، فإن من المحتمل أن تخالف بعض النصوص في الحكم البعض الآخر؛ لذلك يجب على المفسر أن يجري مقارنة وتقريباً بين اللفظ الغامض في النص وبين غيره من الألفاظ أو النصوص المتعارضة.

#### **إلغاء التشريع:**

يقصد بإلغاء التشريع: ( إنهاء العمل بالنص التشريعي ورفع قوته الملزمة ).  
والحكمة من إلغاء التشريع: انتفاء المصلحة من العمل بتشريع سابق بالنظر، لأن التشريع يهدف إلى تحقيق المصالح فإذا ثبت أن المصلحة لا تتحقق في ظل تشريع ما عمد المشرع إلى إلغائه.

#### **السلطة المختصة بالإلغاء:**

تطبيقاً لمبدأ تدرج التشريع فإن النص لا يلغى إلا بنص يماثله قوة، أو يكون أقوى منه، فإن التشريع الفرعي يلغى بتشريع فرعي آخر وبقانون أو بدستور، كما أن التشريع الرئيسي يلغى بقانون آخر أو بدستور، أما الدستور فلا يعدل إلا بمقتضى الإجراءات التي نص عليها الدستور ولا ينتفي إلا بدستور آخر.

## المحاضرة الثانية عشر

### المصدر الثاني: العرف

العرف هو المصدر الثاني للقانون، وعُرِّفَ العُرفُ كمصدر رسمي للقانون بأنه: ( طريق نفاذ قواعد السلوك إلى حيز التنفيذ في صورة قاعدة غير مكتوبة تجيء ثمرة اعتياد الناس على سلوك معين لتنظيم ناحية من نواحي حياتهم الاجتماعية وتولد الشعور بضرورة الالتزام بها ). غير أن مصطلح العرف كالتشريع يفيد معنيين، هما: أولهما: المصدر الرسمي للقاعدة القانونية.

وثانيهما: القاعدة القانونية في حد ذاتها.

فهو بمعناه الأول يعرف بأنه: ( اعتياد الناس على سلوك معين في تنظيم ناحية من نواحي حياتهم الاجتماعية بحيث تنشأ منه قاعدة يسود الاعتقاد بضرورة الالتزام بها ).

وهو بمعناه الثاني يعرف بأنه: ( القاعدة القانونية التي اصطلح الناس في سلوكهم على وضعها ودرجوا على اتباعها وساد الاعتقاد بأنها ملزمة ). وتنشأ القاعدة العرفية لدافع الحاجة إلى تنظيم علاقة اجتماعية، فإذا اصطلح طرفا هذه العلاقة على حل لتنظيمها أو احتكما إلى شخص للفصل في نزاعهما وقضى بحل له أقبل الناس على اتباع هذا الحل، ومتى ساد الاعتقاد بأنها دخلت في زمرة قواعد القانون عندئذ.

### أركان العرف:

يتضح مما تقدم: أن قاعدة العرف تقوم على ركنين، أولهما: ركن مادي، وهو المادة التي نشأت عن اعتياد الناس على سلوك معين لتنظيم علاقة ما.

وثانيهما: ركن معنوي، وهو توافر عنصر الالتزام في تلك العادة.

أما الركن المادي: وهو نشوء عادة قانونية فيتطلب توافره الشروط الآتية:

1. تعلق العادة بالعلاقات القانونية القائمة بين الأشخاص في المجتمع وقيامها في دائرة معاملاتهم.
  2. عموم العادة: أي ينبغي أن تكون عامة من حيث الأشخاص الذين تتناولهم بالحكم، فلا تقتصر في التطبيق على شخص أو أشخاص معينين بذواتهم، وإنما تتوجه إليه بصفاتهم، وان تكون عامة في المكان، أي: كل إقليم الدولة.
  3. قِدْمُ العادة: ويعني مُضيّ زمن على نشوئها واطراد العمل بها مما يؤكد عمومها وثباتها.
  4. اطراد العادة: أي في تطبيقها وثباتها ويقصد بالاطراد اتباع العادة بصورة متواترة ومنتظمة، أي: تكرار تطبيقها على نسقٍ واحدٍ بحيث يتوافر لها عندئذ معنى الاستقرار.
  5. معرفة الناس بالعادة وشيوع أمرها: ذلك لأن العادة تنشأ عن اصطلاح طرفين في علاقة قانونية على وضعها، والسير بمقتضاها فترة من الزمن.
  6. عدم مخالفة العادة في حكمها لنصوص التشريع الآمرة، لأن القواعد الآمرة تتعلق بكيان المجتمع ومصالحه العليا ولا يجوز للعادة أن تخالف مضمونها.
  7. عدم مخالفة العادة للنظام العام والآداب العامة للمجتمع: وهو شرط يصح أن تطلبه في العادة التي يتكون منها العرف المحلي أو المهني، اما العادة التي ينشأ عنها عرف شامل ينطبق على إقليم الدولة فلا يتصور ان تخالف قواعد النظام العام والآداب العامة.
- اما الركن المعنوي: فهو توافر عنصر الالتزام في العادة، وهو ما اصطلاح الشراح على تسميته ركن الاعتقاد بلزوم العادة، لأن العادة لا تصبح عرفاً إلا إذا اعتقد الناس بأنها ملزمة، وينبغي أن يتحقق له الوجود المعنوي أو النفسي إلى جانب الوجود المادي فيستقر في روع الناس الاعتقاد بوجود اتباع العادة باعتبارها قاعدة قانونية تقتزن بجزء مادي تفرضه السلطة العامة عند مخالفتها.

## مزايا العرف وعيوبه:

يتميز العرف بجملة من المزايا أبرزها ما يأتي:

1. أنه يعد تعبيراً صادقاً عما يرتضيه أفراد المجتمع في تنظيم علاقاتهم.
2. أنه يتابع المجتمع في تطوره، ويبدو أكثر مرونة في مسايرة الأوضاع الاجتماعية من القانون المكتوب.

3. أنه يسد نقص التشريع فيعتبر مصدراً للقانون مكملاً له.

أما عيوب العرف التي أدت إلى تدني منزلته وتفوق التشريع عليه فأهمها ما يأتي:

1. أنه يعجز عن تحقيق تغيير عاجل في القانون لمواكبة سرعة تطور المجتمع في بعض نواحي حياته بسبب بطء تكوينه.
2. أنه يؤدي إلى ضياع وحدة القانون في الدولة بسبب ضيق نطاق تطبيقه، ذلك لأن العرف غالباً ما يكون محلياً أو مهنيّاً.
3. أنه لا يضمن ما ينبغي أن يحققه القانون في المجتمع من نظامٍ وطيّدٍ وتعاملٍ مستقرٍ بسبب غموض قواعده.

## أنواع قواعد العرف:

ينقسم العرف إلى ثلاثة أنواع من حيث نطاق تطبيقه كما يظهر في صورتين من حيث قوته الملزمة.

فأما أنواع العرف من حيث نطاق تطبيقه فقد يكون العرف شاملاً أو محلياً أو مهنيّاً، وسنبين ذلك فيما يلي:

**فالعرف الشامل:** هو ما يعم الدولة بأسرها كالقاعدة العرفية التي تقضي باعتبار أثاث المنزل ملكاً للزوجة بين المسلمين في مصر.

**وأما العرف المحلي:** فهو ما يسود إقليمياً من أقاليم الدولة أو مدينة من مدنها،  
ومن الأمثلة عليه القاعدة العرفية العشائرية في العراق.

**أما العرف المهني:** فهو ما يقوم في حرفة أو مهنة معينة من الأعراف التي تنشأ  
في أوساط العمل والأعراف التجارية والزراعية.

**وأما أنواع العرف من حيث قوته الملزمة فقواعد العرف كقواعد التشريع منها  
ما يكون آمراً، ومنها ما يكون مكملاً أو مفسراً.**

**أما قواعد العرف الآمرة:** وهي القواعد التي لا يجوز الاتفاق على استبعادها سواء  
كان العرف شاملاً أو محلياً أو مهنيّاً، ومن الأمثلة على قواعد العرف الآمرة بعض  
الأعراف التجارية وحق الزوجة في "فرنسا" بالتسمية باسم زوجها.

**وأما القواعد العرفية المكملة أو المفسرة:** فهي قواعد يجوز الاتفاق على ما  
يخالفها، ومن الأمثلة عليها العرف الذي يلزم مشتري المتجر الإعلان عن شرائه  
وعدم دفع الثمن قبل انقضاء مدة مناسبة على الإعلان تتيح لدائني البائع فرصة  
الاعتراض.

#### **التمييز بين العرف وبين العادة الاتفاقية:**

يقع خلط كثير بين الناس بين العرف والعادة مع أنه يوجد اختلاف بينهما،  
فالعرف يقوم على عادة أكسبته الوجود المادي، وعلى اعتقاد بقوته الملزمة أضفى  
وجوداً معنوياً يتأصل في النفوس، فتوافر فيه ركنان المادي والمعنوي، وأضحى قاعدة  
قانونية ملزمة، أما العادة فيتوافر فيها الركن المادي فقط ولكنها تفقد ركنها المعنوي،  
وإذا كانت تطرد في العمل فالناس يتبعونها بمحض اختيارهم دون أن يتعرضوا  
للجزاء.

### المصدر الثالث: مبادئ الشريعة الإسلامية

ظلت الشريعة الإسلامية القانون المعمول به في البلاد الإسلامية كافة منذ فجر الإسلام حتى الربع الثالث من القرن التاسع عشر، فكانت تقي بحكم جميع العلاقات القانونية لأنها نظام قانوني كامل جمع بين مبادئ الدين والأخلاق وأسس النظام والقانون، وضم إلى جانب التشريع الإلهي من كتاب كريم وسنة شريفة ما استنبطه المجتهدون من أحكام من نصوص الشريعة.

ثم بدأت فترة تميزت بانكماش نفوذ الشريعة الإسلامية في حقل القانون بدأها الاحتلال الفرنسي لأجزاء من المجتمع الإسلامي.

ومع ذلك فقد بقيت الشريعة القانون المعمول به في حقل العلاقات المدنية، سواء كانت روابط أسرية أو معاملات مالية، والمصدر الرسمي الفرد لقواعدها، غير أن نفوذ الشريعة ما لبث أن زاد انكماشاً وأخذ دورها يتقلص في دائرة القانون المدني، فأقدمت الدولة العثمانية - بدافع من حرصها - على الحفاظ على مقام الشريعة الإسلامية في نطاق القانون المدني، ليكون القانون المدني الذي ينظم هذه المعاملات تاركة مسائل الأحوال الشخصية تحكمها الشريعة الإسلامية مباشرة.

### دور الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون العراقي في الوقت الحاضر:

يقتصر أثر الشريعة الإسلامية في الحياة القانونية في العراق على حقلين من حقول القانون هما: الأحوال الشخصية والأحوال العينية والمعاملات المالية.

ويقصد بالأحوال الشخصية: مجموعة القواعد التي تحكم روابط الفرد بأسرته من زواج وما يتفرع عنه كالحضانة والرضاعة والنسب وما يتصل به كالميراث والوصية، وتعتبر الشريعة الإسلامية المصدر التاريخي للفرد لقانون الأحوال الشخصية، والمصدر الرسمي لما فات المشرع من أحكام.

أما الأحوال العينية أو المعاملات المالية فيراد بها القواعد التي تنظم الروابط المتعلقة بالنشاط المالي الخاص، فتحدد معنى المال وأنواعه، وتعنى بحكم الحقوق التي ترد عليه، من حقوق عينية وشخصية ومعنوية.

والواقع أن تأثير الشريعة الإسلامية يقتصر على الأحوال الشخصية والعينية، وينحصر في دائرتي ( قانون الأحوال الشخصية والقانون المدني الذي يحكم الأحوال العينية أو المعاملات المالية )، ولا نجد تأثيراً للشريعة الإسلامية في نطاق القوانين الأخرى؛ لأن قواعدها مستمدة من مصادر أخرى، وروابطها يحكمها التشريع ومصادر مكملة له ليس من بينها مبادئ الشريعة.

#### المصدر الرابع: قواعد العدالة

#### أهمية قواعد العدالة في الحياة القانونية في المجتمع القديم:

لعبت قواعد العدالة دوراً هاماً في تطور القانون، فقد هذبت قواعد القانون الروماني القديم بالتخفيف من صرامة أحكامه وتجريده من كثير من شكلياته واقتربت بفكرتي القانون الطبيعي وقانون الشعوب عند الرومان، كما أثرت في خلق جملة من المبادئ التي عملت على تطور القانون الروماني، منها: مبدأ حسن النية في العقود.

وقد أقام عليها فقهاء المسلمين بعض المبادئ التي اعتبرت من الأدلة الشرعية، وشهدت لها الشريعة الإسلامية بالحجية، وفي مقدمتها مبدأ الاستحسان، كما أثرت في القانون الكنسي، فأشاعت في ثناياه روح الإنصاف وأثرها في القانون الإنكليزي، وكان من نتاج مبادئ العدالة في القانون الإنكليزي ظهور نظام ( الترتست ) الشبيه بنظام الوقف الخيري في الإسلام، والتأكيد على مبدأ حسن النية، وقد ظلت مبادئ العدالة في صراع مع مبادئ القانون العمومي الإنكليزي في التطبيق حتى كتبت لها الغلبة قبل أن يتم توحيد القانون والقضاء الإنكليزيين في أواخر القرن التاسع عشر.

## أهمية قواعد العدالة في القوانين المعاصرة:

يبدو أثر قواعد العدالة في اتجاهين هما:

**أولهما:** أنها تلهم المشرع طائفة من أحكام ما يسنه من قواعد، ذلك لأن على المشرع أن يتشبع بروح الإنصاف في وضعه الأحكام باعتباره الآخذ بيد مجتمعه في طريق الصلاح والتقدم.

**ثانيهما:** أن المشرع غالباً ما يحيل القاضي إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، إذا افتقد القاعدة القانونية في المصادر الرسمية المعروفة للقانون، وذلك للبت في النزاع المطروح أمامه، كي يحول دون نكوله عن القضاء بحجة عدم وجود قاعدة يستنبط منها حكمه، ومع أن هذه القواعد ليست واضحة المعالم إلا أن على القاضي أن يجتهد برأيه لحسم النزاع وفق ما يقتضيه الشعور بالإنصاف من تقرير العدل بين الناس، وعلى القاضي في رجوعه إليها واجتهاده أن يصدر عن اعتبارات موضوعية لا عن اعتقاده الذاتي، فلا يحق له أن يبني حكمه على أفكاره الخاصة، إنما يقتصر في اجتهاده على وضع حلٍ خاصٍ لنزاعٍ خاصٍ معروض عليه دون أن يخرج عن حدود وظيفته، وعلى العموم فإن على القاضي أن يتأثر في حكمه بالاعتبارات الموضوعية التي تحيط بمجتمعه، وقد كان تأثير قواعد العدالة في حقل القضاء تأثيراً بالغاً في تطور القانون المعاصر، فقد عمل القضاء عن طريق الاجتهاد وغياب المصادر الرسمية المعروفة للقانون على تلافي قصور التشريع وسد نقائصه.