الباب الثاني

مصادر القانون

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

تتعدد معاني المصدر بسبب تعدد اوصافه بحسب موقعه في دائرة نشوء القاعدة او تطبيقها وتبرز من هذه المعاني اربعة انواع له هي:

1. **المصدر التاريخي:** هو (المرجع الذي استقى منه المشرع احكام تشريعه) فيقال استمد المشرع العراقي احكام القانون المدني من مصدرين هما الشريعة الاسلامية والقانون المدني المصري.
2. **المصدر المادي او الحقيقي:** (هو المصدر الذي يزود القاعدة القانونية بمضمونها اي بمادتها), ويعني جميع الاصول الواقعية والفكرية التي تلم بمجتمع ما فتشمل الظروف الطبيعية والجغرافية والسياسية والاقتصادية والقيم الاخلاقية والدين والمثل العليا التي تسود مجتمعنا.
3. **المصدر الرسمي:** (هو طريق الذي تنفذ منه القاعدة او الوسيلة التي تخرج بها الى حيز الوجود لتصبح واجبة التطبيق) ويسمى ايضاً امصدر الشكلي, لانه يمثل الشكل الذي تظهر منه الارادة الملزمة للجماعة, ويسمى مصدراً رسمياً لانه الطريق المعتمد الذي تكتسب مادة القاعدة شكلها الملزم بمرورها منه فتصبح واجبة الاتباع.
4. **المصدر التفسيري:** (هو المرجع الذي يستعان به لإزالة ما في الفاظ القاعدة من غموض ولإستكمال نقص احكامها ولإزالة التعارض بين احكام عدد من القواعد. وقد يسمى المصدر التفسيري مصدراً غير رسمي كالفقه والقضاء.

((حصر مصادر القانون وتفاوت اهميتها))

مصادر القانون هي ستة من حيث تسلسل ظهورها الزمني, فعند نشوء المجتمع وقيام الروابط الاجتماعية وتصادم الحقوق ونشوء المنازعات اعمل الانسان عقله لحلها وهداه تفكيره الى الحل المنشود ثم بدأ يطبق نفس الحل بمحض اختياره ثم بعد ذلك اصبح واجب الاتباع وبهذا التقليد

والتكرار ظهر المصدر الاول وهو (العرف), ثم بعد ذلك ظهرت (الاديان) وهي المصدر الثاني لتهذب قواعد العرف القائمة قصورها, ثم ظهر بعدها المصدر الثالث وهو (التشريع) عندما اخذ المجتمع دور التنظيم السياسي وبرزت فيه سلطة يدين لها الافراد بواجب الولاء فأخذت تعلن قواعد العرف بعد تهذيبها كقواعد قانونية, ثم بعد ذلك برز (الفقه والقضاء) كمصدرين رسميين للقانون فأصبحت اراء الفقهاء واحكام القضاء من مصادر القانون, ثم بعد ذلك اعتبرت (قواعد العدالة) مصدراً رسمياً للقانون قريناً للقضاء في وجوده, فكثيراً ما يعالج القضاء جمود القانون الوضعي او نقصه باللجوء الى قواعد العدالة ليستلهمها الاحكام. اذا فمصادر القانون حسب اهميتها وتسلسلها الزمني هي:

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

الفصل الرابع

المصادر الرسمية او الشكلية للقانون

مصادر القانون العراقي

حددت المادة الاولى من القانون المدني العراقي المصادر الرسمية والتفسيرية في فقرتيها الثانية والثالثة فقد عددت الفقرة الثانية المصادر الرسمية وهي اربع مصادر بحسب تسلسل اهميتها وهي كل من:

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

اما الفقرة الثالثة فقد حددت المصادر التفسيرية وهما كل من:

1. الفقه 2. القضاء

اولاً: التشريع : تفيذ كلمة التشريع معنيين

– **التشريع بصفته مصدراً رسمياً للقانون:** هو (قيام سلطة عامة مختصة في الدولة بوضع القواعد القانونية في صورة مكتوبة واعطائها قوة الالزام) والتشريع بهذا المعنى يعني, عملية سن النص الذي يخرج بها مضمونه الى حيز الوجود والالزام.

- **التشـريع بصـفته صـورة من صـور القانون (قانون خاص):** هو (النص الذي يصـدر من السـلطة العامة المختصـة بسـنه في الدولة المتضـمن قاعدة قانونية او اكثر صـيغت في النص صياغة فنية مكتوبة. وهو بهذا المعنى يعني النص في حد ذاته.

((خصائص التشريع))

يتميز التشريع بالخصائص الاتية:

1. قيام سلطة عامة مختصة بوضعه.
2. اشـــتماله على قاعدة تتوفر فيها خصـــائص القاعدة القانونية من عمومية وتجريد والزام وتنظيم سلوك الافراد في المجتمع.
3. صب مضمون القاعدة التي يحتضنها في صيغة مكتوبة.

((مزايا التشريع وعيوبه))

يتميز التشـريع بجملة من المزايا يفضـل بها عن غيره من المصـادر الاخرى وهذه المزايا هي:

4- **وضوحه:** لان وضـعه في نصـوص مكتوبة وصـياغته بصـورة فنية دقيقة وصـبه في لغة سهلة غير معقدة تضفي عليه الدقة والتحديد في المضمون والوضوح في المعنى.

2- سـريانه على اقليم الدولة برمته: لان وضـعه من قبل السـلطة العامة القادرة على ضـمان طاعته تجعل من السهل اصداره ليعم مفعوله الدولة في جميع ارجائها ونفاذه في كل اقليم الدولة يقضي على تبسيط التعامل.

3- سرعة سنة وتعديله: يتميز التشريع بسرعة سنة مما يؤدي الى سرعة في الانتاج القانوني تلبي حاجة المجتمع الى انشاء قواعد جديدة, كذلك سرعة تعديل ما هو قائم منها كلما جد جديد في اوضاعه ومتطلباته.

4- أثره الهام في المجتمع: ذلك لان وضـعه من قبل سـلطة مختصـة وسـرعة سـنة وتعديله يجعل منه اداة هامة لإصلاح المجتمع وتطوره.

((عيوب التشريع))

على الرغم من المزايا التي يتميز بها التشريع فإن ثمة عيبين يكمنان فيه هما:

1. انه قد يؤدي الى جمود القانون وقعوده عن الاســـتجابة لمتطلبات المجتمع ومقتضـــيات التطور, فقد يصدره المشرع عن مصالح ذاتية واهواء شخصية لا تتفق والصالح العام, وقد يخيب المشـرع في تشـريعه لانه لم يسـتلهم العوامل الاجتماعية التي تسـهم في تكوين القاعدة القانونية من دين ومثل عليا وتقاليد وبيئة رغم انه كان يهدف الى تحقيق مصـــلحة المجتمع. وقد يقعد المشرع عن تعديل او الغاء التشريع اذا تغاير الظروف.
2. انه قد يتسبب في اضـطراب المعاملات والاخلال بالاسـتقرار الواجب لها, قد يقصـد المشـرع تلبية حاجات المجتمع ولكنه يتعجل في سـنة فتغيب عنه الدقة في الصـياغة, وقد يفوته اسـتلهام جميع المصـــادر الحقيقية للقاعدة فيأتي تشـــريعه معيباً او قاصـــراً او متعارضـــاً مع غيره من التشريعات التي اطمأن لها الناس وقد تتوالى عليه التعديلات بسبب سرعة سنه مما يزعزع الثقة بالقانون ويخل بالاستقرار الواجب توافره بالمعاملات.

الوسائل التي يمكن بها تلافي عيوب التشريع

هناك ثلاثة وسائل تمكننا من تلافي عيوب التشريع وهي:

1. إحكام صنعة التشريع ومراعاة الدقة في الصياغة.
2. إسـهام ممثلي الشـعب في سـن التشـريع وبذلك يحال دون تحكم السـلطة في وضـعه مما يقلل من احتمال سن تشريعات لا تتفق مع اوضاع المجتمع.
3. ملاحقة المشـــرع له بالتعديل كلما تطلبت ذلك حاجة المجتمع وتطور اوضـــاعه وقيمه بشرط ان يتنأنى المشرع في التشريع وان يحيط الماماً بجوانب نقص التشريع القائم.

أهمية التشريع وتفوقه من المصادر الرسمية للقانون

يحل التشـريع في المجتمعات المعاصـرة منزلة الصـدارة بين مصـادر القانون ويعتبر المصـدر الاصلي العام للقانون.

- المصدر الاصلي: هو المرجع الذي يتعين على القاضـي الرجوع اليه ابتداءً للوصول الى القاعدة التي يطبقها على النزاع ويستنبط حكمه من مضـمونها, والتشريع مصـدر اصـلي

للقانون يجب على القاضي الرجوع اليه لحسم النزاع ولا يجوز الرجوع لغيره من المصادر الرسمية الا اذا لم يجد قاعدة تشريعية او احال النص التشريعي القاضي الى مصدر اخر يستنبط منه حكمه.

- المصدر الاحتياطي: هو المصدر الرسمي للقانون الذي لا يجوز الرجوع اليه عند وجود قاعدة تشريعية, كالعرف ومبادئ الشريعة الاسلامية ومبادئ العدالة في القانون المدني العراقي.
- المصـــدر العام: هو كل ما لا يحدد تطبيقه بحقل معين من حقول الحياة القانونية ولا يقتصـر على مسـائل معينة وانما يعم جميع فروع القانون ويبسـط سـلطانه على جميع المسائل الا ما استثنى من الخضوع له واحال المشرع حكمه الى مصدر اخر.

والتشـريع مصـدر عام للقانون, لانه المرجع الاول في جميع المسـائل الا ما اسـتثني من قبل المشرع.

أسباب تفوق التشريع على غيره من المصادر الرسمية الاخرى في المجتمع المعاصر:

1. مزاياه التي يتمتع بها وسهولة تلافي عيوبه بالوسائل المذكورة, وهذه العيوب قليلة الاهمية اذا ما قورنت بكثرة مزاياه.

2. ما جد في المجتمع المعاصـــر من قيم واحداث اعلت من شـــأن التشـــريع وجعلت منه اداة لتحقيق مفاهيم نحاول حصرها فيما يلي:

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

ب. رسـوخ الاشـتراكية وتسـيدُ مفاهيمها في كثير من المجتمعات المعاصـرة والقيم الاشـتراكية وتدخل الدول في مختلف ضروب النشاط لتغيير معالم المجتمع والسير به نحو حياة افضل, كل ذلك يتحقق عن طريق القانون الذي تنفذ بواسطته الدولة الى دائرة الروابط الاجتماعية.

ج. تطور المجتمع وتعقد المعاملات وتزايد ضروب النشاط وتوطد سلطان الدولة وتعدد مظاهر النشاط الاجتماعي والاقتصادي ادى الى ضرورة مواجهته بالقوانين الملائمة التي تكفل استقرار

المعاملات والتشــريع افضــل مصــادر القانون مواجهة للتطور, بســبب دقته ووضــوحه وثباته والاحترام المكفول له من قبل الدولة.