الرسمية المحددة في التقنين المدني هي ما نعتدبها في بحثنا هذا. فالتشريع مصدر عام لجميع القوانين والعرف مصدر عام لجميع القوانين. باستثناء القانون الجنائي وقانون الأحوال الشخصية والشريعة الإسلامية تبسط سلطانها في دائرتي الأحوال الشخصية والقانوني المدني وعلى العموم فإن تضائل أهمية بعض هذه المصادر في بعض فروع القانون أو انعدامها وظهور مصادر رسمية أخرى لبعض القوانين تقف إلى جانبها مما يتناوله شراح هذه القوانين بالتفصيل لابعض من قيمة ما تولى القانون المدني تحديده من المصادر. فالقانون المدني هو عماد القانون الخاص بمختلف فروعه وإلى المصادر الرسمية التي ذكرها يمكن أن ترد إليها أغلب مصادر فروع القانون الأخرى.

تقسيم:

وفي ضوء ما تقدم من بيان للمصادر الرسمية للقانون. سنوزع هذا الفصل إلى اربعة مباحث. نخصصها للكلام في التشريع والعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية وقواعد العدالة على التوالي ويلاحظ على هذا التقسيم أننا لم نفرد للقضاء مبحثًا خاصًا بالرغم من اعتباره مصدرًا رسميًا للقانون في بعض المجتمعات المعاصرة. وسبب ذلك أننا أثرنا التصدي للبحث فيه في معرض تفصيلنا للمصادر التفسيرية للقانون تأثرًا منا بوضعه الغالب. فالقضاء يعتبر مصدرًا رسميًا للقانون حيث يوجد نظام السوابق القضائية وكثير من القوانين الحديثة لا تقر هذا النظام. وذلك فهو يعتبر في أغلب المجتمعات المعاصرة مصدرًا تفسيريًا للقانون فحسب. غير أننا وعند الكلام فيه سنعرض إلى تفاوت أهميته بتفاوت المجتمعات ونشير إلى منزلته كمصدر رسمي للقانون في بعضها.

المصادر الرسمية في القانون العراقي
① التشريع
② العرف
③ مبادئ الشريعة الاسلامية
④ قواعد العدالة

المبحث الأول

التشريع

تعريف التشريع:

تفيد كلمة التشريع معنيين أولهما: قيام سلطة عامة مختصة في الدولة بوضع القواعد القانونية في صورة مكتوبة وإعطائها قوة الإلزام. والتشريع بهذا المعنى هو ما يعتبر مصدرًا رسميًا للقانون وثانيهما النص الذي يصدر من السلطة العامة المختصة بسنه في الدولة

المتضمن قاعدة قانونية أو أكثر صيغت في النص صياغة فنية مكتوبة. والتشريع بهذا المعنى يفيد ما يفيده القانون بمعناه الخاص، يتضح من ذلك أن التشريع بمعناه الأول يعني عملية سن النص التي يخرج بها مضمونه إلى حيز الوجود والإلزام. وهو بمعناه الثاني: يعني النص في حد ذاته الذي يعتبر صورة من صور القانون.

خصائص التشريع:

يتميز التشريع بالخصائص الآتية:-

١) قيام سلطة عامة مختصة بوضعه.

٢) اشتماله على قاعدة تتوافر فيها جميع خصائص القاعدة القانونية من عمومية وتجريد وإلزام وتنظيم سلوك الأشخاص في المجتمع.

٣) صب مضمون القاعدة التي يحتضنها في صيغة مكتوبة.

مزايا التشريع وعيوبه:

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

١) وضوحه: ذلك لأن وضعه في نصوص مكتوبة وصياغته صياغة فنية دقيقة وصبه في لغة بعيدة عن التعقيد سليمة من الإبهام عوامل تضفي عليه الدقة والتحديد في المضمون والوضوح في المعنى.

٢) سريانه على إقليم الدولة برمته: ذلك لأن وضعه من قبل سلطة عامة وقدرة الدولة على ضمان طاعته، تجعل من السهل إصداره ليعم مفعوله الدولة في جميع أرجائها ونفاذه في كل إقليم الدولة يقضي إلى تبسيط التعامل. وإلى توحيد النظام وتوثيق الروابط بين فئات الشعب. وتقوية الأواصر بين أفراد الدولة في مختلف أرجائها. وبذلك يكون عاملاً على تحقيق الوحدة القانونية في الدولة وتنمية التضمن بين أفرادها.

٣) سرعة سنه وتعديله: ويتميز التشريع بقصد 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 كلما جد جديد في أوضاعه ومتطلباته.

٤) أثره الهام في تطور المجتمع: ذلك لأن وضعه من قبل سلطة مختصة وسرعة سنة وإسهام الإرادة العاقلة الواعية في تكوينه عوامل تجعل منه أداة. هامة لإصلاح المجتمع والأخذ بيده في طريق التطور السريع.

وعلى الرغم من هذه المزايا فإن ثمة عيبين يكمنان فيه ينشآن عن كونه وليد المشرع.

أولهما: أنه قد يؤدي إلى جمود القانون وقعوده عن الاستجابة لمتطلبات المجتمع ومقتضيات التطور. فقد يصدر التشريع عن مصالح ذاتية وأهواء شخصية لا تتفق والصالح العام. وقد يهدف المشرع إلى تحقيق مصلحة المجتمع ولكنه يخيب في تشريعه عن الاستجابة لها لأنه لم يستلهم العوامل الاجتماعية المختلفة التي تسهم في تكوين القاعدة من دين ومثل وتقاليد وبيئة. وقد يستجيب المشرع فيما يسنه لمتطلبات المجتمع. ولكنه يقعد عن تعديل ما سنه أو عن إلغائه إذا تغايرت الظروف وتباينت الحاجات، والمجتمع في تطور مستمر.

وثانيهما: أنه قد يتسبب في اضطراب المعاملات والإخلال باستقرار الواجب لها. قد يقصد المشرع تلبية حاجة المجتمع ولكنه يتعجل في سنه فيغلب عامل السرعة عامل الدقة في الصياغة. وقد يفوته استلهام جميع المصادر الحقيقية للقاعدة، لاسيما العوامل الاجتماعية فيجيء تشريعه معيبًا أو قاصرًا أو متعارضًا مع غيره من التشريعات التي اطمأن لها الناس في روابطهم. وعندئذ يلاحق ما أصدره بالتعديل. وقد تتوالى التعديلات لقصور في أحكامها تتسبب فيه عدم أناة المشرع وتسرعه في إصدارها قبل أن يعي جوانب النقص وقبل أن يمعن النظر في جميع المصادر المادية للقاعدة القانونية وتكاثر التشريعات وتوالي تعديلاتها في مسألة معينة تثير المشاكل التي تنشأ عن التنازع فيما بينها من حيث الزمان ويزعزع الثقة بالقانون ويخل بالاستقرار الواجب توافره للمعاملات.

ومع ذلك فإن من اليسير تلافي هذين العيبين بثلاث وسائل. أولها: إحكام صنعه التشريع ومراعاة الدقة في الصياغة. وثانيها: إسهام ممثلي الشعب في سن التشريع وبذلك يحال دون تحكم السلطة في وصفه. ويقلل إلى حد كبير احتمال سن تشريعات لا تتفق مع أوضاع المجتمع وحاجاته ولا تتجاوب مع إحساسه ومثله وآماله. ثالثها: ملاحقة المشرع له بالتعديل كلما تطلبت ذلك حاجة المجتمع وتطور أوضاعه وقيمه، بشرط أن يتأنى المشرع في التشريع وأن يحيط إلمامًا بجوانب نقص التشريع القائم. مستهديًا بالعوامل الطبيعية والاقتصادية والاجتماعية التي يجيء مضمون القاعدة ثمرة تفاعلها. وإن يتجنب موالاته له بالتعديل بين فترات قصيرة موالاة تربك التعامل وتنقص من هيبة القانون.

أهمية التشريع وتفوقه على غيره من المصادر الرسمية للقانون:-

يحل 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 ويستنبط من مضمونها حكمه والتشريع مصدرًا أصلي للقانون فعلى القاضي أن يرجع إليه أولاً لحسم ما يعرض أمامه من قضايا ولا يجوز له الركون إلى غيره من المصادر الرسمية إذا لم يجد قاعدة تشريعية أو أحال النص التشريعي القاضي إلى مصدر آخر يستنبط منه حكمه. ويطلق على المصادر الرسمية التي لا يجوز الرجوع إليها في حالة وجود القاعدة التشريعية مصطلح المصادر الاحتياطية للقانون كالعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية وقواعد العدالة، في القانون المدني العراقي.

ويقصد بالمصدر العام للقانون كل ما لا يحدد تطبيقه بحقل معين من حقول الحياة القانونية ولا يقتصر على مسائل معينة. وإنما يعم جميع فروع القانون ويبسط سلطانه على جميع المسائل إلا ما استثنى من الخضوع له وأحال المشرع حكمه إلى مصدر رسمي آخر. والتشريع مصدر عام للقانون؛ لأنه المرجع الأول في جميع المسائل إلا ما اعتبر المشرع غيره من المصادر مصدره الأصلي. وهو في ذلك يتفوق على غيره من المصادر الرسمية.

ويعزى تفوق التشريع في المجتمع المعاصر إلى السببين الآتيين:-

أولهما: ما يتمتع به من مزايا أشرنا إليها. أما عيوبه فمن الميسور تلافيها بالوسائل التي مر بنا ذكرها. وهي على العموم قليلة الأهمية إذا ما قورنت بكثرة مزاياه. ثانيهما: ما جد في المجتمع المعاصر من قيم وأحداث أعلت من شأن التشريع وجعلت منه أداة لتحقيق مفاهيمها نحاول حصرها فيما يأتي:

١) قيام الديمقراطية واستقرار قيمها: ذلك لأن القيم الديمقراطية تعني الإيمان بسيادة الشعب والتمسك بحقوق أفراده وضمان ذلك يقتضي أن يكون القانون المكتوب هو الصورة الغالبة للقانون لينص فيه على حقوق الشعب وضمان حرياته ولينال سنه بسلطة يجري تكوينها وفق إرادة الأمة لتضم من يختاره الشعب ويودع ثقته فيه تعبيرًا عن سيادته. كما أن إسهام الشعب في تصريف شؤونه يتم عن طريق ما تسنه السلطة التشريعية من تشريع عادي. وهو أبرز صور التشريع تنظيمًا للحياة العامة.

٢) رسوخ الاشتراكية وتسيد مفاهيمها في كثير من المجتمعات المعاصرة والقيم الاشتراكية تهدف إلى تغير معالم المجتمع ومثله والسير به نحو حياة افضل يشيع فيها العدل والخير العام وهي تفيد تدخل الدولة في مختلف ضروب النشاط واحتكار توزيع مزايا الحياة الاجتماعية وأعبائها. وتدخل الدولة يتحقق عن طريق القانون الذي تنفذ بواسطته إلى دائرة

الروابط الاجتماعية لتولاها رقابة وتوجهها، وتتخذ منه سبيلاً لتحقيق العدالة التوزيعية
وتجعل منه أداة للخدمة العامة.

(٣) تطور المجتمع بما اقترن به من تعقد المعاملات وتزايد ضروب النشاط وتوطد سلطان الدولة. فقد أدى تعدد وتعقد مظاهر النشاط الاجتماعي والاقتصادي في المجتمع الحديث الى ضرورة مواجهته بالقوانين الملائمة التي تكفل استقرار المعاملات وتتولى تنظيم الحياة الاجتماعية والتشريع أفضل مصادر القانون مواجهة للتطور لما يتميز به من دقة ووضوح وثبات وسرعة في الإنشاء والتعديل. كما أن توطد سلطان الدولة مكنها بما لها من قوة القهر على فرض احترام ما تسنه من قواعد تشريعية تستجيب لمقتضيات التطور.

تقسيم البحث:

بعد أن تعرفنا على التشريع يحسن بنا الإلمام بأكثر جوانبه بإيجاز ولذلك تقضيها الإحاطة علمًا بهذه الجوانب أن نوزع هذا المبحث على فروع متعاقبة نخصصها للبحث الوجيز فيما يأتي:

١) أنواع التشريع وطرق سنها.
٢) نفاذ التشريع والرقابة على صحته.
٣) نطاق التشريع من حيث المكان والزمان.
٤) تفسير التشريع.
٥) إلغاء التشريع.
٦) التقنين وهو صورة هامة من صور التشريع.

الفرع الأول

أنواع التشريع وطرق سنها

يتدرج التشريع من حيث قوته الملزمة فنجده على ثلاثة أنواع تتفاوت من حيث قوتها هي: التشريع الدستوري والتشريع العادي والتشريع الفرعي ويحل التشريع الدستوري المرتبة العليا. ويليه التشريع العادي من حيث القوة أما التشريع الفرعي فيحل المرتبة الثالثة

الروابط الاجتماعية لتتولاها رقابة وتوجهها، وتجعل منه أداة للخدمة العامة.

(٣) تطور المجتمع بما اقترن به من تعقد المعاملات وتزايد ضروب النشاط وتوطد سلطان الدولة. فقد أدى تعدد وتعقد مظاهر النشاط الاجتماعي والاقتصادي في المجتمع الحديث إلى ضرورة مواجهته بالقوانين الملائمة التي تكفل استقرار المعاملات وتتولى تنظيم الحياة الاجتماعية، والتشريع أفضل مصادر القانون مواجهة للتطور لما يتميز به من دقة ووضوح وثبات وسرعة في الإنشاء والتعديل. كما أن توطد سلطان الدولة مكنها بما لها من قوة القهر على فرض احترام ما تسنه من قواعد تشريعية تستجيب لمقتضيات التطور.

تقسيم البحث:

بعد أن تعرفنا على التشريع يحسن بنا الإلمام بأكثر جوانبه بإيجاز ولذلك تقضيا الإحاطة علمًا بهذه الجوانب أن نوزع هذا المبحث على فروع متعاقبة نخصصها للبحث الوجيز فيما يأتي:

١) أنواع التشريع وطرق سنها.
٢) نفاذ التشريع والرقابة على صحته.
٣) نطاق التشريع من حيث المكان والزمان.
٤) تفسير التشريع.
٥) إلغاء التشريع.
٦) التقنين وهو صورة هامة من صور التشريع.

الفرع الأول

أنواع التشريع وطرق سنها

يتدرج التشريع من حيث قوته الملزمة فنجده على ثلاثة أنواع تتفاوت من حيث قوتها هي التشريع الدستوري والتشريع العادي والتشريع الفرعي ويحل التشريع الدستوري المرتبة العليا. ويليه التشريع العادي من حيث القوة أما التشريع الفرعي فيحل المرتبة الثالثة

وسنتكلم بإيجاز في هذه الأنواع الثلاثة محددين معانيها مبينين طرق سنها.

أولاً- التشريع الدستوري أو الدستور.

وهو التشريع الذي يضع الأساس الذي يقوم عليه نظام الدولة ويحدد طريقة ممارسة الحكام السلطة فيها. فهو يحدد شكل الحكم في الدولة ويعين السلطات العامة فيها واختصاص كل منها وينظم علاقات بعضها ببعض وعلاقاتها بالأفراد ويقرها للأفراد من حريات عامة وحقوق قبل الدولة.

وقد عرف التشريع الدستوري في العراق باسم القانون الأساسي في العهد الملكي وهو القانون الأساسي الصادر في (٢١/ آذار سنة ١٩٢٥ وعرف باسم الدستور في العهد الجمهوري وقد صدرت في العهد الجمهوري ستة دساتير هي الآتية.

أولها: دستور ٢٧ تموز ١٩٥٨ المؤقت. ثانيها: قانون المجلس الوطني لقيادة الثورة رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٣، أو دستور ٤ نيسان لسنة ١٩٦٣. ثالثها: قانون المجلس الوطني لقيادة الثورة رقم ٦١ لسنة ١٩٦٤ أو دستور ٢٢ نيسان ١٩٦٤ رابعها: دستور ٢٩ نيسان ١٩٦٤ المؤقت الذي عدلت أحكامه بموجب القانون رقم ١٣٧ الصادر في ١٨ أيلول ١٩٦٥. خامسها: دستور ٢١ أيلول سنة ١٩٦٨ المؤقت، الذي عدلت أحكامه بقوانين لاحقة أبرزها التعديل الرابع لدستور الوزراء فأصبح رئيس الجمهورية رئيس الحكومة. وأعقبه القانون رقم ٢٢٤ سنة ١٩٦٩ وهو قانون تعديل قانون السلطة التنفيذية رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٤ الذي ألغى ديوان مجلس الوزراء. سادسها: دستور ١٩ تموز سنة ١٩٧٠ المؤقت الذي وعد بإصدار دستور دائم. وهو الدستور القائم.

سن التشريع الدستوري أو الدستور:

تختلف طريقة سن الدستور أو السلطة التي تتولى وضعه باختلاف الأوضاع السياسية في المجتمع ويصدر الدستور عادة بواحدة من أربع طرق فقد يصدر في صورة منحة من الحكام في الدولة إلى الشعب أو في صورة عقد بين الشعب وبين صاحب السلطة. وقد تسنه جمعية تأسيسية منتخبة من الشعب. وقد يسنه الشعب مباشرة عن طريق الاستفتاء وإذا أمعنا النظر في هذه الطرق. وجدنا أن الطريقة الأولى والثانية لا تتفقان مع المبادئ الديمقراطية التي تتأسس على فكرة سيادة الشعب واعتباره مصدر السلطات. فالدستور يصدر عن طريقهما في مجتمعات لم تستقر فيها القيم الديمقراطية وإن كان صدوره يجيء في الغالب بتأثير من الضغط