

محاضرات فى مادة المدخل لدراسة القانون

القيت على طلبة المرحلة الاولى للعام الدراسى ٢٠١٦ ٢٠١٧

من قبل

الاستاذ المساعد الدكتور رائد صيوان المالكى

القاعدة القانونية وسيلة لتنظيم الروابط القانونية بين الاشخاص في المجتمع:

- تساهم القواعد القانونية وبشكل اساسي في تنظيم الروابط القانونية التي تنشأ بين الاشخاص داخل المجتمع وتعمل جنباً الى جنب مع قواعد الدين والاخلاق التي وجدت ايضاً لتنظيم هذه العلاقات .
- ماهو المقصود بالرابطة القانونية التي تختص القاعدة القانونية بتنظيمها؟
يراد بالرابطة القانونية هي العلاقة القانونية التي تنشأ بين شخصين في المجتمع والتي يرجع نشؤها الى مصادر او اسباب خمسة هي العقد والارادة المنفردة والعمل غير المشروع والكسب دون سبب والقانون .
فمثلاً عقد البيع هو السبب والمصدر في نشوء علاقة قانونية بين البائع والمشتري والتي يختص القانون المدني بتنظيمها .
- اذا كانت القاعدة القانونية تختص بتنظيم العلاقات القانونية فهل تنظمها جميعاً دون استثناء ام تنظم البعض دون البعض الاخر؟ وماهو السبب؟ لا
تنظم القاعدة القانونية جميع العلاقات القانونية وانما تنظم البعض دون البعض الاخر فهو ينظم فقط العلاقة القانونية الاجتماعية الظاهرة التي تنشأ بين الاشخاص والتي يجيز المجتمع للقانون التدخل لتنظيمها . وسنبين مفهوم ذلك فيما يلي :
- القانون لاينظم الا العلاقة الاجتماعية : من المعلوم ان الانسان يتحمل ثلاث واجبات في حياته ، واجبه نحو نفسه ، وواجبه نحو ربه ، وواجبه نحو غيره ، ولا ينظم القانون الا واجب الانسان نحو غيره او ما تسمى بالعلاقة الاجتماعية .
- من هو الغير : هذا الغير من المؤكد لا يمكن ان يكون جماداً او حيواناً فالقانون لاينظم علاقة انسان بحيوان او علاقة انسان بجماد لان القانون ينظم فقط العلاقة الاجتماعية التي تنشأ بين اعضاء المجتمع . كما لا يشترط في الغير ان يكون انساناً بل يشترط ان يكون شخصاً سواء كان شخصاً طبيعياً او شخصاً معنوياً . والشخص الطبيعي هو الانسان الادمي

اما الشخص المعنوي فهو الشخص الاعتباري الذي لا يوجد حقيقة بل افتراضاً .

- القانون لا ينظم من العلاقات الاجتماعية الا الظاهرة منها اما غير الظاهرة فلا يتدخل بتنظيمها . ما المقصود بالعلاقة الظاهرة وغير الظاهرة ؟ العلاقة الظاهرة هي العلاقة التي اتخذت مظهراً خارجياً وذلك بالتعبير عنها باحد وسائل التعبير عن الارادة القول او الفعل او الكتابة او السكوت او غيرها . اما غير الظاهرة في ما بقي مخفياً في داخل الانسان دون ان يخرج الى العالم الخارجي اي عدم التعبير عنه بقول او فعل وظل حبسها في داخل الانسان وهو مرتبط بنوايا الانسان وافكاره دون التنفيذ .
- القانون لا يتدخل في فرض القيم الخلقية على الانسان .
- القانون لا ينظم الا العلاقات الاجتماعية التي يجيز المجتمع للقانون حكمها ، اي بمعنى ان المجتمع في بعض الاحيان قد يكون مانعاً يمنع القانون من حكم بعض العلاقات الاجتماعية بحجج يخلقها المجتمع.

القاعدة القانونية ملزمة لاقترانها بالجزاء الذي تفرضه السلطة العامة على المخالف :

ماهي اهمية صفة الالتزام في القاعدة القانونية ؟

لانتصور ان تحقق القاعدة القانونية اهدافها وان يتبعها الناس الا اذا كانت ملزمة فلو افترضنا ان القاعدة القانونية غير ملزمة فهذا يعني ان يترك اتباعها لمحض ارادة الاطراف واما كانت ارادة الافراد حرة فلذلك فان مخالفة القاعدة امر وارد وبنسب مرتفعة من قبل الاشخاص وكنتيجة لذلك لن تتمكن القاعدة القانونية من تحقيق اهدافها .

ماهي عناصر الالتزام فى القاعدة القانونية ؟

لكي تكون القاعدة القانونية ملزمة لابد من توفر ثلاث عناصر اساسية وهي كالآتي :

١- لابد ان يفرض على الافراد احترام القاعد القانونية رغماً عنهم وقسراً
لا ان يترك اتباعها لمحض ارادتهم ورغباتهم .

٢- لكي يقسر ويرغم الافراد على اتباعها لابد من اقتران القاعدة القانونية بجزاء مادي ، وبدون هذا الجزاء ستكون القاعدة القانونية مجرد دعوة او نصيحة .

٣- مجرد وجود الجزاء المادي غير كافي لجعل القاعدة ملزمة بل لابد من وجود سلطة عامة مختصة توقع الجزاء على المخالف بأسم المجتمع .

ماهو المقصود بالجزاء القانونى ؟

في علم اللغة والدين الجزاء ذو معنى مزدوج فهو يعني الثواب والعقاب الاول لمن يتبع والثاني لمن يخالف ، بينما في القانون يقصد بالجزاء هو العقاب فقط لمن يخالف ... ويقصد بالجزاء القانوني وهو عقاب خاص اثر يتخذ صورة اذى مادي ظاهر ومنظم يفرض من قبل السلطة العامة على من يخالف القاعدة القانونية وذلك لغرض زجر المخالف وردع غيره .

اذا طبيعة الجزاء القانوني طبيعة خاصة فهو عقوبة مادية ظاهرة ومنظمة تقرض عل المخالف ... وع ذلك يوجد في الفقه الفرنسي ينادي بازدواجية معنى الجزاء القانوني المكافاة لمن يتبع والعقوبة لمن يخالف ولكن لا يمكن تطبيق هذا الرأي والاخذ به لان اتباع القانون هو واجب على اشخاص المجتمع وهم في اتباعهم للقانون غير متفضلين على الدولة .

ماهي شروط الجزاء القانونى ؟

لكي يعتبر الجزاء قانوني لابد من توفر ثلاث شروط اساسية وهي :

١- يجب ان يكون في صورة اذى مادي ظاهر ، ويراد بالاذى هو الالم او الشعور بالالم فكافة صور الجزاء القانوني تنطوي على الاذى سواء كان الاذى في جسد الانسان كالاعدام او حرите كالسجن والحبس او في ذمته المالية كالغرامة والتعويض . وهو ظاهر لان يتخذ مظهراً خارجياً يترك اثره في الفرد في جسده او حرите او ماله .

٢- يجب ان يكون الجزاء القانوني منظم اي معين ومحدد من حيث النوع والمقدار في ذات القاعدة القانونية التي تحدد الفعل المنهي عنه او في قاعدة قانونية لاحقة وبدون هذا التنظيم لا نكون امام جزاء قانوني .

٣- يجب ان يكون الجزاء موكولاً للسلطة العامة فهي التي تضمنه في القاعدة القانونية (السلطة التشريعية) ، وهي التي تحدده وتامر بايقاعه على المخالف (السلطة القضائية) ، وهي التي توقعه وتنفذه على المخالف (السلطة التنفيذية) .

ماهي اهمية شرط السلطة العامة في الجزاء القانوني ؟

نحن الان نعيش في اطار المجتمع المنظم سياسيا واقتصاديا واجتماعيا الا وه الدولة ولذلك فان توقيع الجزاء يجب ان يكون ايقاعه ايضا منظما تتكفل به سلطة مختصة منصوص عليها في القانون الاساسي للدولة وهو الدستور اذ من غير الممكن البقاء على نظام القضاء الخاص او نظام الانتقام الفردي بل لا بد من وجود نظام للقضاء العام او نظام الانتقام العام اذ الاول لا ينسجم مع الدولة والثاني ينسجم .

ما هي الاستثناءات التي ترد على قيام السلطة العامة توقيع الجزاء القانوني ؟

هناك استثناءين هما :

١- حق الدفاع الشرعي : ويرد في قانون العقوبات ويعني حق الفرد المهدد بورود اعتداء على نفسه او ماله ويرتب عليه خطر جسيم حال برد هذا الاعتداء بوسائل تتناسب مع الاعتداء ولو كان بارتكاب جريمة .

٢- حق الحبس المدني : ويرد في اطار القانون المدني ويعني حق المدين الذي ترتب بذمته التزام باداء شي للدائن بالامتناع عن ادائه لان الدائن قد امتنع ايضا عن تنفيذ التزامه تجاه المدين وذلك كوسيلة للضغط على الدائن الممتنع لغرض التنفيذ . ويسمى ايضا حق الدفع بعدم التنفيذ .

هل تعتبر هذه الاستثناءات خروجاً غير مشروع عن الاصل القاضى بتوقيع الجزاء من السلطة العامة ؟

لا تعتبر وسائل غير مشروعة بل هي مشروعة اجازها المشرع بنصوص صريحة وارادة في القانون وكل ما هناك ان المشرع اجاز وبالقانون للفرد الحلول محل السلطة العامة في توقيع الجزاء لضرورات اجتماعية اقتضت ذلك ففي حالة الدفاع الشرعي هناك خطر على وشك الوقوع ولايوجد فترة كافية لتدخل السلطة العامة لتحول دون وقوع الخطر فلذلك يخوا الفرد برد الاعتداء نيابة عن السلطة . بينما في الحبس المدني رغب المشرع ان يقتضي المدين حقه بنفسه من الدائن الممتنع باسرع وقت ودون تكاليف لان القول بعدم وجود حق الحبس فهذا يعني لجوء المدين للمحكمة لاقتضاء حقه من الممتنع وهذه يحتاج الى وقت طويل للنظر في دعواه كما يحتاج الى الاموال .

ما هي اوصاف الجزاء القانوني ؟

هذه الاوصاف ترتبط بالشروط فهي نتيجة طبيعية لشروط الجزاء القانوني وتتمثل هذه الاوصاف بالاتي :

١- يوصف الجزاء القانوني بأنه جزاء مادي مادام يشترط فيه ان يكون أذى ظاهر ومحسوس ، ومادي يعني انه يترك أثره في المخالف في حالة توقيعه عليه ، وهو في ذلك على خلاف الجزاء الذي يوقع نتيجة مخالفة القاعدة الأخلاقية التي يوصف جزاءها بأنه معنوي ضعيف .

٢- يوصف الجزاء القانوني بأنه دنيوي مادام يشترط في توقيعه ان يكون موكولا للسلطة العامة فهي توقعه بمجرد الحكم به من قبل المحكمة دون

تأجيل ، وهذا خلافا لجزاء مخالفة القاعدة القانونية الذي يكون أخروياً إي يفرض في الآخرة فهو جزء مؤجل لا معجل .

ماهي أنواع الجزاء القانوني ؟

تتعدد أنواع الجزاء القانوني بحسب القانون محل المخالفة فلذلك يقسم الجزاء القانوني الى ثلاثة أنواع أساسية وهي الجزاء الجنائي والجزاء المدني والجزاء التأديبي (الجزاء الإداري والانضباطي) وسوف نتناول هذه الأنواع تباعاً من حيث تعريفه وانواعه واهميته والمحكمة المختصة بتوقيعه وكما يلي :

اولاً / الجزاء الجنائي :

ما هو المقصود بالجزاء الجنائي ؟ هو اثر يترتب على مخالفة احكام القانون الجنائي وبالتحديد قانون العقوبات ، او بعبارة اخرى هو الجزاء الذي يفرض في حالة ارتكاب الشخص للجريمة .

ماهي انواع الجزاء الجنائي ؟ تتنوع الجزاءات الجنائية الا انواع متعددة الا ان ابرزها هي انواع اربعة هي الاتية :

١- الاعدام : وهو ازهاق روح انسان على قيد الحياة على سبيل العقوبة بسبب ارتكابه جريمة تستحق هذه العقوبة طبقاً لاحكام قانون العقوبات كجريمة القتل مع سبق الاصرار والترصد وجريمة السرقة مع القتل وغيرها .

٢- السجن : وهي عقوبة مقيدة للحرية وجزاء جنائي يفرض على الفرد الذي يرتكب جريمة تكليف بانها جنائية وتكون مدته خمس سنوات فما فوق .

٣- الحبس : وهي عقوبة مقيدة للحرية وجزاء جنائي يفرض على شخص يرتكب جريمة تكليف بانها جنحة او مخالفة وتكون مدتها دون الخمس سنوات .

٤- الغرامة : وهي عقوبة مالية تفرض على الشخص الذي يرتكب جريمة تكليف بانها مخالفة عادة ويكون ذلك باستيفاء مبالغ نقدية من الفرد على سبيل العقوبة .

ما هي أهمية الجزاء الجنائي ؟ يعتبر الجزاء الجنائي اهم انواع الجزاءات وذلك لانه وجد لحماية المصلحة العامة (مصلحة المجتمع) وحماية المصلحة الشخصية (مصلحة المجنى عليه او اسرته) ولذلك اي جريمة ترتكب يتعلق بها حقان ، الحق العام والحق الخاص والاولوية للحق العام ولذلك لو تنازل المجنى عليه او اسرته عن الحق الشخصي فلا تسقط العقوبة بل يبقى الحق العام بل حتى لو تمت مثلا جريمة القتل بناءا على طلب المجنى عليه او لم يكن له اسرة لرفع الدعوى فلا تسقط العقوبة لتعلق الحق العام بها .

من هي المحكمة المختصة بفرض الجزاء الجنائي ؟ هي محكمة الجنايات او الجزاء في الجرائم التي تكييف بانها جنائية ... ومحكمة الجناح في الجرائم التي تكييف بانها جناح او مخالفات ... ومحكمة الاحداث بالنسبة للفرد الذي يرتكب جريمة وقد اتم سن التاسعة من عمره ولم يصل الى عمر الثامنة عشرة .

ثانياً/ الجزاء المدني :

ما هو المقصود بالجزاء المدني ؟ هو اثر يترتب على مخالفة القوانين الاخرى عدا القانون الجنائي وبالتحديد مخالفة القوانين ذات الطبيعة المدنية .

ماهي أهمية الجزاء المدني ؟ هو جزاء مهم لكن هو اقل أهمية من الجزاء الجنائي اذ لا علاقة له بحق الدولة او المجتمع او الحق العام وانما وجد لحماية حق خاص يعود للأفراد فقط لغرض جبر ما لحقهم من اضرار .

ما هي انواع الجزاء المدني ؟ يوجد عدد من الانواع اهمها ما يلي :

١- الجزاء الوقائي : وهو جزاء مدني يفرض من قبل موظف مختص للحيلولة دون وقوع المخالفة كالقاضي الذي يمتنع عن تسجيل عقد زواج تخلف فيه شرط من شروطه .

٢- التنفيذ العيني الجبري : جزاء مدني يفرض على المدين الممتنع عن تنفيذ التزامه رضائياً متى ماكان هذا التنفيذ ممكناً .

٣- التنفيذ بمقابل (التعويض) : جزاء مدني يفرض على المدين متى ما كان تنفيذ التزامه عيناً غير ممكن فيصار الى تقدير قيمة ما التزم به نقداً ويلزم بدفعة للدائن ... اي هو عبارة عن مبلغ نقدي يلتزم به المدين للدائن ... كما ان التعويض يمكن فرضه في حالة اخلال المدين بتنفيذ التزامه تجاه الدائن وترتب نتيجة ذلك ضرر لحق الدائن .

٤- الفسخ : جزاء مدني يفرض في العقود الملزمة للجانبين في حالة اخلال احد طرفيها بتنفيذ التزامه تجاه الطرف الاخر.

٥- البطلان : جزاء مدني يفرض على العقد في حالة وجود خلل في احد اركانها او شروط هذه الاركان .

من هي المحكمة المختصة بفرض الجزاء المدني ؟ هي محكمة البداية وكذلك يمكن للمحاكم الجنائية ان تفرض الجزاءات المدنية وبالتحديد التعويض متى ما رفعت الدعوى الجزائية برفقة الدعوى المدنية . كذلك محكمة الاحوال الشخصية تفرض عادة جزاءات ذات طبيعة مدنية .

الجزاء التأديبي (الاداري) :

ما هو المقصود بالجزاء التأديبي ؟ هو اثر يترتب على مخالفة احكام القانون الاداري او بعبارة اخرى جزاء يفرض في حالة مخالفة احكام الوظيفة ولذلك هو يفرض على شخص يحمل صفة موظف .

ماهي انواع الجزاء التأديبي ؟ ورد ذكر هذه الانواع في قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام وهي لفت النظر والانذار والتوبيخ وانقاص الراتب وقطع الراتب وتنزيل الدرجة والفصل والعزل .

ما هي أهمية الجزاء التأديبي ؟ يحتل أهمية وسط فهو اقل أهمية من الجزاء الجنائي واكثر أهمية من الجزاء المدني وذلك انه يتعلق بالمصلحة العامة فقط ولا علاقة له بالمصلحة الخاصة لان متعلق بالوظيفة العامة التي تعتبر جزء من المصلحة العامة .

ما هي الجهة التي تفرض الجزاء التأديبي ؟ لا تفرضه محكمة كالجزاء الجنائي والمدني وانما يفرض من قبل مدير الدائرة التي ينتمي لها الموظف بناءً على توصية ترفع من قبل لجنة تحقيقية تشكل لغرض التحقيق مع الموظف المخالف ، ومما تجدر الاشارة اليه انه قد يصدر فعل من شخص يستحق ان يفرض عليه الانواع الثلاثة من الجزاء كالموظف الذ يقوم بقتل زميله في مكان العمل فيجب عزله من الوظيفة ويلزم بدفع التعويض وكذلك يجب احالته الى محكمة الجزاء لغرض فرض الجزاء الجنائي عليه .

التمييز بين القاعدة القانونية وبين غيرها من القواعد الاجتماعية

لا تعتبر القواعد القانونية هي القواعد الوحيدة التي تنظم سلوكيات الافراد داخل المجتمع ، بل يعمل معها جنباً الى جنب كلاً من قواعد الدين وقواعد الاخلاق ، فهما يعملان ايضاً مع القواعد القانونية في تنظيم سلوكيات الافراد في المجتمع وان كان القانون يبدو اكثر أهمية في الوقت الحاضر . وعليه لا بد ان نميز بين القانون والدين اولاً ثم بين القانون والاخلاق ثانياً .

التمييز بين القواعد القانونية والقواعد الدينية

ما هو المقصود بالدين ؟ يقصد بالدين مجموعة من العقائد والمبادئ والقواعد الكلية والجزئية المستمدة من وحي قوة سامية غير منظورة والتي تهدف وتسعى الى تحقيق خير البشر في الحياة الدنيا والاخرة واسعاد المجتمع .

فالدين كالقانون هو عبارة عن مجموعة من القواعد والمبادئ التي وجدت لخدمة المجتمع سواء في الدنيا او في الاخرة والتي استمدت من قوة سامية اي قوة جبارة هائلة لا حدود لسلطاتها وقدراتها بل ان هذه القدرات غير متصورة وت فوق الخيال وهذه قدرات الله سبحانه وتعالى الذي يملك من القدرات الى حد ان الله اذا

اراد شيئاً انما امره ان يقول للشئى كن فيكون . وهذه القوه بالاضافة الى كونها سامية فهي ايضاً غير منظورة اي بمعنى لا ترى بالعين المجردة ولا تدركها الابصار . واذا كان هذا التعريف يمكن ان ينطبق عل الاديان السماوية وينطبق عل صفات الله سبحانه وتعالى الا انه لا ينطبق على الاديان غير السماوية لانها في اصلها ومصدرها ترجع الى البشر فهو من ابتدعها ولا يمكن ان يوصف البشر بالقوة السامية غير المنظورة .

ما هي انواع الدين ؟ تتنوع الاديان بحسب زاوية النظر اليها اذا نظرنا الى مصدرها فهناك الدين السماوي والدين غير السماوي ... اما ذا نظرنا الى الغرض من الدين ونطاقه فهناك الدين الفردي والدين الجماعي .. وعليه سوف نتناول هذه الانواع لمعرفة اي منها يرتبط بعلاقة وثيقة بالقانون .

اولاً: الدين من حيث مصدره اما دين سماوى او غير سماوى : يقصد بالدين السماوي هو الاديان المنزلة من قبل الله سبحانه وتعالى عن طريق الوحي على نبي اصطفائه من خلقه وعددها ثلاثة اديان هي بحسب الاقدمية الدين اليهودي والدين المسيحي والدين الاسلامي .

اما الاديان غير السماوية في اديان غير منزلة من السماء ولا علاقة لله بها فلذلك وهي بمجموعها من خلق البشر ولذا تسمى لدى المسلمين بالديان الوثنية او التكفيرية كالدين البوذي والمجوسي والكونفوشيوسي والهندوسي وغيرها .

ثانياً: الدين من حيث غرضه ونطاقه اما دين فردي او دين جماعى : يقصد بالدين الفردي هو الدين الذي يقتصر على تنظيم علاقة الانسان بربه وعلاقته بنفسه دون ان ينظم تنظيماً موضوعياً دقيقاً علاقة الانسان بغيره او ما تسمى بالعلاقة الاجتماعية . اي بمعنى اخر ان الدين الفردي ينظم فقط جانب العبادات والاخلاق ولا يتدخل في تنظيم المعاملات تنظيمياً موضوعياً وانما يكتفي فقط بالتاكيد على ضرورة ان يتحلى الانسان بمبادئ الاخلاق ولا سيما الصدق وحسن النية عند التعامل مع الغير دون الدخول في التفاصيل ... فمثلا الدين الفردي ينص على عقد البيع لكن لا ينظمه بالتفصيل من حيث المقصود به واطرافه والتزاماتهم وحقوقهم وتفصيلها بل يؤكد فقط على ضرورة تحلي كل من البائع والمشتري بمبادئ الاخلاق ، ومن الاديان السماوية الفردية هو الدين المسيحي الذي اقتصر على تنظيم علاقة الانسان بربه ونفسه دون علاقة الانسان بغيره .

اما الدين الجماعي فهو الدين الذي ينظم علاقة الانسان بربه ونفسه وغيره تنظيمًا موضوعياً دقيقاً بالاحكام العامة وبالتفصيلات فلا يقتصر على تنظيم جانب العبادات والاخلاقيات فقط كالدين الفردي وانما ينظم جانب المعاملات او ما تسمى بالعلاقة الاجتماعية وينظم كل منهم بالتفصيل ، كالدين اليهودي والدين الاسلامي فهي توصف بانها اديان جماعية .

ومما تجدر الاشارة اليه ان كون الدين قد جاء فردياً فهذا لا يعتبر نقيصة او سلبية في الدين ، فالدين المسيحي جاء فردياً وهو منزل من قبل الله وحاشى لله ان ينزل شي ناقص ، بل ان الضرورة الاجتماعية وظروف المجتمع هي من يحدد كون الدين فردي او جماعي فالدين المسيحي نزل على مجتمع كان يعاني تفككاً اخلاقياً بالاضافة الى الاشرار بالله سبحانه وتعالى حيث كانت عبادة الاصنام بينما كانت المعاملات لها قواعد تنظمها حيث كانت تسود المجتمع الشرية اليهودية السماوية والشريعة الرومانية الوضعية فلذلك الضرورة الاجتماعية اقتضت انياتي الدين المسيحي فردياً .

اما الدين الاسلامي فقد جاء جماعياً لان المجتمع الذي نزل عليه كان يعاني تفككاً من جميع النواحي العبادات والمعاملات والاخلاق فلذلك جاءت الدين الاسلامي شريعة متكاملة تحتوي على قواعد تفصيلية تعتبر ثورة اصلاحية شاملة للناس سواء في جانب العبادات او المعاملات او الاخلاق .

العلاقة او الصلة بين الدين والقانون

بعد ان بينا انواع الدين لا بد من تحديد الصلة بين الدين والقانون والذي يهمننا في هذا الصدد هو تقسيم الدين الى جماعي وفردي ... فنقول ان العلاقة ستكون محصورة بين القانون والدين الجماعي اذ ان كل منهما يختص بتنظيم العلاقة الاجتماعية او علاقة الانسان بالغير ويتقاطعان في ان الدين الجماعي ينظم بالاضافة الى تنظيمه للعلاقة الاجتماعية علاقة الانسان بربه ونفسه بينما القانون لا ينظمها فلذلك يبدو الدين من هذا الجانب اوسع نطاق ووظيفة من القانون .

ولا علاقة بين الدين الفردي والقانون لانهما يتقاطعان من حيث الوظيفة لان الدين الفردي ينظم عبادات و اخلاقيات ولا ينظم العلاقة الاجتماعية الا من باب خلقي بينما القانون ينظم فقط العلاقة الاجتماعية . ومع ذلك هناك راي يذهب الى وجود علاقة بين الدين الفردي ممثلاً بالدين المسيحي وبين القوانين الوضعية في الدول

الاوربية فمعظم الاحكام الموجودة في هذه القوانين ماخوذة من الدين المسيحي او بالتحديد من قانون الكنيسة الذي يرجع في اصله الى الدين المسيحي .

ولكن كثير من الفقه لم ياخذ بهذا الراي ورد على الراي الاول بالقول صحيح ان القوانين الاوربية اخذت احكامها من قانون الكنيسة الا ان قانون الكنيسة لم يؤخذ من الدين المسيحي وانما اخذ من الشريعة اليهودية التي كانت مطبقة في تلك الفترة بالاضافة الى اعراف المجتمع وقد تم تلطيف صرامة تلك الاحكام بما كان يتحلى به رجال الكنيسة من اخلاقيات ولذلك سمي بقانون الكنيسة . ويضاف الى ذلك ان الدين المسيحي جاء خاليا من تنظيم احكام المعاملات فكيف اخذت القوانين الاوربية احكامها منه ففاقد الشيء لا يعطيه .

مقارنة بين القواعد الدينية والقانونية

هناك اوجه للشبه بين الدين والقانون وهناك اوجه للاختلاف بينهما وسنبين ذلك فيما ياتي :

اولاً : اوجه الشبه بين الدين والقانون : يتشابهان من النواحي الاتية :

- ١- من حيث الهدف غير المباشر : فكلاهما يهدف الى خير المجتمع واسعاده وصلاحه والاخذ بيد الفرد نحو الكمال الذاتي .
- ٢- من حيث قواعد كل منهما تعتبر قواعد سلوك اجتماعية .
- ٣- من حيث كل منهما تعتبر قواعده قواعد عامة .
- ٤- من حيث كل منهما تعتبر قواعده ملزمة .
- ٥- من حيث كل منهما يمتاز بالوضوح والاستقرار : فالدين واضح لانه مفهوم وغير غامض ويسهل التعرف عليه من خلال قراءة المدونات التي دون فيها فيمكن التعرف على الدين الاسلامي المدون بالرجوع الى القران الكريم والسنة النبوية اذ توجد كثير من الكتب الخاصة بتفسير القران وكذلك الكتب الخاصة باحاديث الرسول (ص) وتفاسيرها . كذلك القانون واضح ومستقر ، فهو واضح لان المشرع يحرص عادة على ان ياتي القانون واضح ومفهوم غير غامض من خلال الصياغة القانونية واللغوية . كذلك هو مستقر لانه مدون ومكتوب في كتيبات اعدت لهذا الغرض تسمى متون القوانين بالضافة الى وجود كثير من المؤلفات القانونية التي يتولى

فقهاء القانون شرح القوانين فيها بشكل مبسط يسهل على الفرد من خلال الرجوع لها معرفة القانون .

ثانياً : اوجه الاختلاف بين الدين والقانون : يختلفان من النواحي الاتية :

١- من حيث الغاية او الهدف المباشر : توصف غاية الدين بانها غاية مثالية لا يوجد ما يماثلها فهي تنظر الى الفرد من جانب والى المجتمع من جانب اخر وتعمل على تحقيق مصلحتها في وقت واحد . بينما توصف غاية القانون المباشرة بانها غاية نفعية فهي لاتنظر الى المجتمع وتعمل على تحقيق مصلحته بينما لا تنظر الى مصلحة الفرد لان تحقيق مصلحة المجتمع ككل في نظر القانون هو تحقيق لمصلحة الفرد وان كان غالبيتهم وليس جميعهم .

٢- من حيث المصدر : فمصدر الدين السماوي هو الله سبحانه وتعالى فهو من اوجد الاديان السماوية الثلاثة فهو واضعها بينما القانون مصدره السلطة التشريعية وهي سياسية مختصة بتشريع القوانين بمقتضى القانون الدستوري وتتكون من عدد من الاعضاء البشر بحسب ما يحدده الدستور .

٣- من حيث مقياس الحكم على التصرفات : يقصد بمقياس الحكم على التصرفات هو متى يتدخل القانون لحكم تصرفات الفرد ومتى يتدخل الدين لحكم تصرفات الفرد . فقد عرفنا ان القانون لا ينظم سلوكيات الفرد الا الظاهر منها ولا يعتد بالنية والاحساس والافكار مادامت حبيسة في داخل النفس البشرية او غير ظاهرة وهذا يعني ان مقياس الحكم في القانون ظاهري . بينما مقياس الحكم في الدين يوصف بانه مزدوج يحكم الظاهر وغير الظاهر لان الله سبحانه وتعالى سوف يفرض على الانسان سياسة الثواب والعقاب اي الحسنة والسيئة على اساس سلوكياته الظاهرة ونواياها وبهذا يقول الله في القران الكريم : (ويعلم خائنة الاعين وما تخفي الصدور) . كذلك ما نقل عن الرسول (ص) انه قال : (انما الاعمال بالنيات ولكل امرىء ما نوى) .

٤- من حيث النطاق : ويقصد بالنطاق مجال عمل الدين والاخلاق فعلمنا ان نطاق عمل الدين الجماعي هو العبادات والمعاملات اي علاقة الانسان بربه ونفسه وغيره بينما نطاق عمل القانون يقتصر فقط على علاقة الانسان

بغيره فالدين الجماعي يحد نطاقاً مع القانون في تنظيم علاقة الانسان بغيره ولكن يختلف عنه بان الدين اوسع نطاق من القانون في انه ينظم بالاضافة الى علاقة الانسان بغيره علاقته بربه ونفسه .

- هـ- من حيث الجزاء : فكلاهما الدين والقانون ملزم الا انهما يختلفان في الجزاء من عدد من النواحي وهي كالآتي :
- أ- فمن حيث المعنى : الجزاء الديني ثواب وعقاب الاول لمن يتبع والثاني لمن يخالف بينما الجزاء القانوني عقاب لمن يخالف.
- ب- من حيث السلطة التي توقعه : فالجزاء الديني يوقع من حيث الاصل من قبل الله سبحانه وتعالى وممكن من قبل البشر اذا تم تطبيق الدين كقانون داخل الدولة وخاصة فيما يتعلق بعقوبات جرائم الحدود كالسرقة والزنا وشرب الخمر . بينما يوقع الجزاء القانوني من قبل السلطة العامة متمثلة بالسلطة التنفيذية وعلى وجه التحديد وزارتي العدل بالتعاون مع وزارة الداخلية .
- ت- من حيث التنظيم : فالجزاء القانوني كما عرفنا جزاء منظم محدد من حيث النوع والمقدار .. وهذا خلاف للجزاء الديني حيث الاصل فيه غير محدد او مغير منظم .
- ث- من حيث وقت توقيعه : فالجزاء القانوني جزاء دنيوي يوقع حالاً وبدون تأجيل في الحياة الدنيا وهذا خلافاً للجزاء الديني الذي يكون اخروياً يوقع في الآخرة او يوم القيامة مع ملاحظة امكانية توقيع الجزاء الديني في الحياة الدنيا اذا كانت الدولة تطبق الدين كقانون كقطع يد السارق الا ان هذه تبقى عقوبة دنيوية لا تسقط العقوبة الآخروية التي يوقعها الله سبحانه وتعالى .

التمييز بين القواعد القانونية والقواعد الاخلاقية

ما المقصود بقواعد الاخلاق وما هي مصادرها ؟ يقصد بقواعد الاخلاق مجموعة من المبادئ التي يعتبرها الناس قي مجتمع ما وعصر ما قواعد سلوك تتبع بدافع من الشعور الذاتي وللراي السائد وبخلافه يتعرض مخالفتها لجزاء ادبي يتمثل بسخط المجتمع وازدراء الاقران وتتحدد هذه القواعد على اساس ما يستقر في

الأذهان من أفكار عن الخير والنشر والتي تهدف إلى خير الإنسانية والمجتمع عن طريق الحث على سلوك طريق الفضيلة والابتعاد عن طريق الرذيلة والتميز بين ما يعتبر صالح وطالح من الأعمال .

وتستقى قواعد الأخلاق من مصادر ثلاثة هي الدين ومقتضيات الحياة والنظريات التأملية . فالدين يعتبر المصدر الرئيسي لقواعد الأخلاق فهما لا يتقاطعان بل يصبان في منبع واحد وبالضرورة أن كل قاعدة دينية تعتبر قاعدة خلقية والاديان السماوية الثلاثة كلها توصف بأديان الأخلاق والدين الإسلامي جاء بكثير من القواعد الخلقية التي أكد ضرورة الالتزام بها ومنها خطاب الله سبحانه وتعالى في القرآن الكريم للمرسول (ص) (وانك لعلى خلق عظيم) ...وقوله تعالى (وقولوا للناس حسنة)...وقوله تعالى (وهدوا إلى الطيب من القول) وغيرها من الآيات وكذلك أكدت السنة النبوية على التحلي بالأخلاق وورد عن الرسول كثير من الأحاديث منها قوله (ص) : (ما من شيء أثقل في ميزان المؤمن يوم القيامة من حسن الخلق وإن الله ليبغض الفاحش البذي) وقوله (ص) (أكمل المؤمنين إيماناً أحسنهم أخلاقاً) وغيرها .

أما المصدر الثاني من مصادر الأخلاق فهي مقتضيات المجتمع وظروفه أو بعبارة أخرى المجتمع فهو الآخر يلعب دور أساسي في وضع قواعد الأخلاق عن طريق الناس العقلاء والحكماء في المجتمع عن طريق ما يمتلكونه من خبرات وعقول نيرة تسمح لهم بنشر الأخلاق داخل المجتمع .

أما المصدر الثالث فهو النظريات التأملية والذي يتأمل هو الإنسان فالإنسان يعتبر مصدر لقواعد الأخلاق عن طريق تأمله في أسرار الكون وطبيعة النفس البشرية وأسس المجتمع .. والقول تأمل الإنسان أي بالتفكير بما يملكه من عقل سليم هو ضرورة قواعد الأخلاق من عدمه والتي تساعد في معرفة ما هو صالح وطالح وما هو خير أو شر فلكل إنسان مبادئه وأخلاقياته الخاصة به .

ماهي الخصائص التي تمتاز بها قواعد الأخلاق ؟

تمتاز قواعد الأخلاق بمجموعة من الخصائص وهي تتمثل بالاتي :

- ١- قواعد الأخلاق هي قواعد سلوك اجتماعية .
- ٢- قواعد الأخلاق تعمل في تنظيم الواجبات الثلاثة للإنسان واجبه نحو نفسه وربه وغيره .

- ٣- في اطار تنظيم واجب الانسان نحو غيره تفرض على الانسان واجب سلبي يتمثل بالامتناع عن القيام باعمال ضارة وواجب ايجابي تحت الانسان على القيام بافعال نافعة .
- ٤- قواعد الاخلاق عامة ومجردة .
- ٥- قواعد الاخلاق ملزمة لاقتربانها بجزاء ادبي عادي .
- ٦- قواعد نسبية اي مختلفة ومتغيرة تتغير وتختلف بتاثير عاملي الزمان والمكان فما يعتبر قواعد اخلاق في مجتمع ما لاتعتبر كذلك في مجتمع اخر وما يعتبر في المجتمع الواحد في عصر ما قواعد اخلاق قد لا تعتبر كذلك في عصر لاحق .
- ٧- قواعد غير واضحة وغير مستقرة لانها غامضة ومبعثرة غير مستقرة بل هي موجودة في ضمير الفرد وضمير الجماعة فهي لاحصر لها بل يمكن القول انها تشمل جميع سلوكيات الانسان التي تنسجم مع الخير وتعمل بالضد من الشر .

الصلة والعلاقة بين القانون والاخلاق

مرت العلاقة بين القانون والاخلاق بتطور تاريخي تمخض عنه وجود اتجاهين بخصوص تحديد طبيعة العلاقة بين القانون والاخلاق ..

الاتجاه الاول : وهو يدمج تماماً بين القانون والاخلاق ويرى ان القانون هي الاخلاق والاخلاق هي القانون ولا فرق بينهما وهو ما كان عليه فقهاء الاغريق والدين الاسلامي وكذلك الدين المسيحي واتجاه فقهي قانوني حديث ظهر في القرن التاسع عشر في فرنسا والمانيا .

الاتجاه الثاني : ويفصل فصل تام بين القانون والاخلاق ويرى ان القانون شي والاخلاق شي اخر وهو ما كان عليه فقهاء الرومان واتجاه فقهي قانوني حديث ظهر في فرنسا في القرن الثامن عشر .

والراجح هو عدم الاخذ بكلا الاتجاهين في تحديد طبيعة العلاقة بينهما فلا يمكن ان الدمج التام او الفصل التام بينهما لوجود اوجه للشبه والخلاف بينهما لذلك فان الراي الصحيح هو التقريب بين القانون والاخلاق قدر الامكان .

اوجه الاختلاف بين القانون والاخلاق

- ١- من حيث الغاية المباشرة : فغاية الاخلاق غاية مثالية كغاية الدين بينما توصف غاية القانون المباشرة بانها غاية نفعية .
- ٢- من حيث الوضوح والاستقرار : فقواعد الاخلاق يعوزها الوضوح والاستقرار لانها غير واضحة ومبعثرة بينما قواعد القانون واضحة ومستقرة .
- ٣- من حيث مقياس الحكم على التصرفات : فمقياس القانون كم عرفنا مقياس ظاهر يحكم تصرفات الانسان مظهر منها فقط ولا يعتد بالنوايا بينما مقياس الاخلاق مقياس مزدوج كالدين يعتد بالظاهر وغير الظاهر .
- ٤- من حيث الجزاء : فجزاء مخالفة القاعدة القانونية جزاء مادي بصورة اذى ظاهر ومحسوس توقعه السلطة العامة على المخالف بينما جزاء مخالفة القاعدة الخلقية جزاء ادبي معنوي عادي يتخذ صورتين هما تانيب الضمير وسخط المجتمع وان ضمير الفرد وضمير الجماعة هي السلطة المختصة بتوقيعه .
- ٥- من حيث النطاق: السؤال المهم الذي يثار بهذا الشأن من هو الاوسع نطاق هل هي الاخلاق ام القانون ؟
اذا نظرنا الى انواع العلاقات التي يتدخلان بتنظيمها فان الاخلاق تبدو اوسع نطاق من القانون لان الاخلاق تنظم علاقة الانسان مع ربه ونفسه وغيره بينما لا ينظم القانون الا علاقة الانسان بغيره .
اما في اطار العلاقات الاجتماعية التي يشترك كلاهما في تنظيمها فتارة تبدو قواعد الاخلاق اوسع نطاق وتارة اخرى تبدو قواعد القانون اوسع نطاق وعلى النحو الذي سيذكر الان :

أ- الحالات التي تبدو فيها الاخلاق اوسع نطاق من القانون : تبدو الاخلاق اوسع نطاقاً من القانون فيما يلي :

- ١- ان الاخلاق في تنظيمها لعلاقة الانسان بغيره تفرض نوعين من الواجبات احدهما سلبي والاخر ايجابي وابعاد كثيرة لا حصر لها . بينما القانون هو الاخر يفرض واجبات سلبية متعددة ولكن يفرض واجبات ايجابية محدودة وقليلة جداً .
- ٢- في اطار تنظيمهما للواجب السلبي ايضاً تبدو الاخلاق هي الاوسع من القانون لان الاخلاق تتدخل في الحكم الواجب السلبي

بظاهره وباطنه بينما القانون لا يتدخل الا بحكم الواجب السلبي
الظاهر دون حكم النوايا .

ب- الحالات التي يبدو فيها القانون اوسع نطاقاً من الاخلاق: يبدو
القانون اوسع نطاقاً من الاخلاق في الحالات الاتية :

١- ان القانون عندما ينظم العلاقة مع الغير ويقرر فرض واجب معين على
شخص ما فان هذا الواجب يعتبر بالضرورة حق لمصلحة طرف اخر فمثلاً
القانون عندما يفرض على البائع واجب تسليم المبيع فان هذا الواجب هو
يعتبر حق لمصلحة المشتري فنقول واجب البائع تسليم المبيع وحق
المشتري استلام المبيع . بينما الاخلاق تفرض واجبات مجردة على
الاشخاص وهي لا تقرر حقوق لاشخاص اخرين عند تقرير هذه الواجبات
فمثلاً نقول الصدقة واجب اخلاقي فهو لا يمثل حقاً لباقي الاشخاص بل هو
مجرد واجب ملقى على عاتق الشخص .

٢- ان هناك من الامور التي يتدخل القانون بتنظيمها لاشاعة روح النظام داخل
المجتمع غير معروفة لدى قواعد الاخلاق وعند توجيه السؤال لقواعد
الاخلاق عن رايها بتنظيم القانون لهذه الامور فانها تسكت ولا تجيب لانها
اصلاً تجهلها ولكن الراجح ان السكوت يفسر بقبول الاخلاق لها ما دام ان
القانون يهدف من وراء تنظيم تلك الامور هو اشاعة النظام لان الاخلاق لا
تتقاطع مع النظام ابداً كقواعد المرور وقواعد المرافعات وغيرها .
وفي بعض الاحيان يقوم القانون بتنظيم امور تتجافى وتأبأها قواعد
الاخلاق بل ان تنظيمها من قبل القانون يعتبر امر لا اخلاقي الا ان المشرع
ولمقتضيات المصلحة العامة ولا اعتبارات تتعلق باستقرار المعاملات نظم
هذه الامور وهو غير متعمد في مخالفة قواعد الاخلاق لان تنظيم تلك
الامور هو اهم من ارضاء الاخلاق كالتقادم المسقط والتقادم المكسب .
ويبدو ان القانون في كلتا الحالتين اوسع من الاخلاق بتنظيمه الامور غير
منظمة من قبل الاخلاق .

مظاهر الصلة الدائمة بين القانون والاخلاق

بسبب التشابه بين القانون والاخلاق من حيث الغاية غير المباشرة من حيث كل منهما يهدف الى خدمة المجتمع واسعاده وصلاحه وتنظيمه وجدت مظاهر للصلة الدائمة التي لا تنقطع بين القانون والاخلاق وتتمثل هذه المظاهر بالاتي :

١- تساهم الاخلاق في مساعدة المشرع في تكوين القواعد القانونية :
فالاخلاق تعتبر جزء من المادة الاولية التي يستخدمها المشرع في صناعة القاعدة القانونية والتي تؤخذ من ظروف المجتمع والتي تسمى بالاصول الواقعية والفكرية والتي تتمثل بظروف المجتمع السياسية والاقتصادية والاجتماعية ودين المجتمع واعرافه واخلاقياته . فلا يتجرأ المشرع ان يضع قواعد قانونية تخالف اخلاقيات المجتمع ولذلك فهي اذاً تساهم في خلق القانون .

٢- تعتبر الاخلاق مقياس تقاس به سلامة التصرفات القانونية : يقصد بالتصرف القانوني هو العقد والعقد لكي يكون سليماً لا بد ان يكون موافقاً وغير مخالف لقواعد الاداب العامة والاداب العامة هي في حقيقتها ترجع في اصلها واساسها الى قواعد الاخلاق فمن اركان العقد مثلاً هو المحل او المعقود عليه وهو في عقد البيع المبيع ومن شروط المحل انه يجب ان يكون مشروعاً ولكي يكون مشروعاً يجب ان لا يكون التعامل به مخالف للنظام العام والاداب العامة فاذا كان مخالفاً لهما اعتبر العقد باطل كما لو كان محل عقد البيع هو عبارة عن كمية من المخدرات .

٣- تساهم الاخلاق في مساعدة القاضي في اصدار الاحكام القضائية : فاذا عرض نزاع على القاضي المدني ولم يجد نص في القانون رجع الى الاعراف فاذا لم يجد في الاعراف رجع الى الشريعة الاسلامية فاذا لم يجد رجع الى قواعد العدالة فهي التي تساعد القاضي احيانا في ايجاد الحل المناسب وقواعد العدالة في حقيقتها واساسها هي قواعد خلقية احس المجتمع بضرورتها فاسبغ عليها الصفة الالزامية فجعلت قواعد العدالة في مرتبة وسط بين قواعد القانون وقواعد الاخلاق .

٤- يتأثر القانون كثيرا بقواعد الاخلاق في جميع المجالات التي لا تعتبر فيها الواجبات تكاليف او التزامات قانونية او مدنية ... هذا المظهر خاص بفكرة الالتزام وانواعه فمن المعلوم ان الالتزام نوعين هما الالتزام المدني والالتزام الطبيعي .. ويقصد بالالتزام المدني هو الالتزام الذي توفر فيه عنصري المديونية والمسؤولية.. ويقصد بالمديونية ان ينفذ المدين التزامه رضائيا ... اما المسؤولية فيعني ان ينفذ المدين التزامه جبراً اذا لم يقم به رضاءاً .

اما الالتزام الطبيعي فهو ماتوفر فيه عنصر المديونية دون عنصر المسؤولية فهو التزام لا ينفذ الا رضاءاً ولا مجال لاجبار المدين لتنفيذه لافتقاده لعنصر المسؤولية .

والاصل في جميع الالتزامات عند بداية نشوئها هي التزامات مدنية الا انها استثناءً ممكن ان تتحول الى التزامات طبيعية عند توفر سبب لذلك كالتقادم المسقط والابراء فمن ابرى مدينه من مبلغ من النقود يعني ان التزام المدين بدفع الدين قد تحول من التزام مدني الى التزام طبيعي وبعد الابراء سيكون دفع الدين متروك لارغبة المدين الا ان الدائن لا يستطيع اجبار المدين على دفعه ... والسؤال المهم ماهي الاسباب التي دفعت القانون الى ايجاد الالتزام الطبيعي ؟ السبب هي قواعد الاخلاق لانها ترفض اسقاط الحقوق وتعتبر الحق باق في ذمة المدين مهما طال الزمن لان الحقوق لاتسقط فابتدع القانون بسبب الاخلاق فكرة الالتزام الطبيعي والالتزام الطبيعي هو في اصلة التزام خلقي لا قانوني .

مصادر القانون

يقصد بمصدر الشيء اصله فهو ينبوع الذي ينبع منه الشيء ، فكل شيء مصدر واصل يخرج منه ، ومصدر القانون هو اصله واساسه ومنبعه الذي خرج منه ... وتتعدد مصادر القانون الى اربع انواع علينا التعرف عليها وما هو المقصود بكل نوع من هذه الانواع وكما يلي :

١- المصدر التاريخي : ويقصد به المرجع الذي يستعين به المشرع لتزويد قواعده القانونية بالاحكام المناسبة ... وسميت تاريخية لانها اقدم من

القانون الذي يحتاج الى احكام .. فمثلاً تعتبر الشريعة الاسلامية والقانون المدني المصري مصادر تاريخية للقانون المدني العراقي اعتمد عليها المشرع في كثير من الاحكام الواردة في القانون المدني العراقي وكلاهما يعتبر اقدم تاريخياً من القانون المدني العراقي الذي يعود الى عام ١٩٥١ بينما الشريعة الاسلامية سبقت القانون العراقي ب ١٤٠٠ سنة اما القانون المدني المصري فقد وضع في عام ١٩٤٨ .

٢- المصدر المادي (الموضوعي او الحقيقي): وهو المرجع الذي يعتمد عليه المشرع في تزويد القاعدة القانونية بمادتها الاولية والتي تستخدم في تكوينها ... او بعبارة اخرى هو المرجع الذي يمنح القاعدة القانونية موضوعها ... فقد سبق ان ذكرنا ان المشرع يُعد صانع وهو بحاجة الى مادة اولية تستخدم لصناعة القاعدة القانونية .. فالمصدر المادي هو من يمنح للقاعدة مادتها وهي تتمثل بما يسمى (الاصول الواقعية والفكرية) للمجتمع .. وهي بدورها تتمثل بظروف المجتمع اياً كانت الطبيعية والجغرافية والتاريخية والسياسية والاقتصادية والدين والعادات والتقاليد واخلاقيات المجتمع والتي تساهم بمجموعها بتكوين القانون .

٣- المصدر الرسمي (الشكلي) : وهو الطريق والوسيلة التي تخرج من خلالها القاعدة القانونية الى الوجود وتدخل نطاق التطبيق بوصفها قاعدة ملزمة يجب اتباعها ... ويسمى بالمصدر الشكلي ايضاً بوصفه هو المرجع الذي يزود القاعدة القانونية بشكلياتها التي حددها الدستور والتي تشمل مراحل سن التشريع ونفاذه والتي اذا ما اجتازتها الفقاعة القانونية اكتسبت قوتها الالزامية واصبحت واجبة التطبيق . فنقول بهذا الخصوص مثلاً ان التشريع والعرف هما مصدران رسميان للقانون .

٤- المصدر غير الرسمي (المصدر التفسيري) : وهو المرجع الذي يستعان به في تفسير القواعد القانونية عند احتوائها على عيب الغموض او النقص او التعارض بين الاحكام ... ففي بعض الاحيان قد تاتي القاعدة القانونية غامضة غير واضحة او ناقصة لبعض الاحكام او قد تاتي الاحكام

متعارضة فيما بينها .. فلمعالجة هذه العيوب يجب اللجوء الء المصدر التفسيري فيوضح الغامض ويستكمل الناقص ويزيل المتعارض .. ويعتبر القضاء والفقهاء اهم المصادر التفسيرية للقانون .

ما هي المصادر التي تعيننا في مجال دراستنا ؟

لقد تبيننا لنا ان للقانون اربع انواع من المصادر تختلف في المقصود بها ، ولا يعيننا في هذا المجال لا المصدر التاريخي ولا المصدر المادي لان الاول يعني ان ندرس الشريعة الاسلامية مفصلا والقانون المدني المصري من خلال كتاب المدخل وهذا الامر غير صحيح لان دراسة الشريعة الاسلامية ستكون في مادة مستقلة بتفاصيلها والقانون المصري لا يعيننا .

ولذلك سيكون المصدر الرسمي وغير الرسمي هو ما يخصصنا في مجال الدراسة فالاول يعني دراسة للتشريع والمصادر الرسمية الاخرى ... والثاني يعني دراسة للمصادر التي تساهم في معالجة عيوب التشريع وبالتالي تسهيل تطبيقه .

ماهي مصادر القانون المدني العراقي ؟

حددت المادة الاولى من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ مصادر القاعدة القانونية المدنية وكما يلي :

- (١) - تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها او في فحواها ٢- فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فاذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة ٣- وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالاحكام التي اقرها القضاء والفقهاء في العراق ثم في البلاد الاخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية .
- ويلاحظ ان المصادر في النظام القانوني العراقي تمتاز بامرئين اساسيين هما :

- ١- جعل التشريع هو المصدر الاول من مصادر القانون شأنه في ذلك شأن النظام القانوني العالمي .

٢- جعل من الدين متمثلاً بالشريعة الاسلامية من بين مصادر القاعدة القانونية وقد اكد على هذا الامر ايضاً الدستور العراقي النافذ لعام ٢٠٠٥ حيث نصت المادة الثانية منه على ان الاسلام دين الدولة الرسمي وهو مصدر اساسي للتشريع .

ويلاحظ على المادة الاولى ايضاً ما يلي :

١- انها جعلت للقانون مصادر ستة هي التشريع والعرف والشريعة الاسلامية وقواعد العدالة والقضاء والعرف .

٢- هذا المصادر الستة يمكن تقسيمها الى مصادر رسمية ومصادر غير رسمية وتشمل الرسمية اربع مصادر هي التشريع والعرف والشريعة الاسلامية وقواعد العدالة . اما غير الرسمية فهما مصدران هما القضاء والعرف .

٣- قسمت المصادر الرسمية الى نوعين مصدر رسمي اصلي هو التشريع ومصادر رسمية احتياطية هي العرف والشريعة الاسلامية وقواعد العدالة ويقصد باحتياطية اي انه لا يتم اللجوء لها الا بافتقار النص التشريعي .

٤- انها جعلت من القضاء والفقهاء مصادر تفسيرية استرشادية الرجوع لها غير ملزم فان شاء القاضي رجع لها وان شاء لا يرجع وفي تلك اللحظة اذا لم يجد الحل المناسب للنزاع المعروض امامه في المصادر الرسمية الثلاثة الاولى وليست لديه الرغبة الرجوع الى القضاء والفقهاء فعليه ان يرجع لقواعد العدالة والتي تعني ان على القاضي ان يجتهد في رايه لحل للنزاع على ان يكون الاجتهاد مبني على اساس موضوعي لا شخصي ذاتي .
ويلاحظ ان بعض الدول ولا سيما الدول ذات النظام القانوني الانكلوسكسوني قد جعلت من القضاء مصدراً اساسياً وملزماً بالاستناد الى ما يسمى بنظام السوابق القضائية .

٥- ان اتباع الترتيب الوارد للمصادر في المادة الاولى للقانون المدني العراقي هو اتباع ملزم من قبل القاضي بحسب الترتيب الذي اورده المشرع ،

فلا يجوز له مثلاً ان يتجاوز التشريع ويذهب مباشرة للعرف او للشريعة الاسلامية بل هو ملزم باتباع الترتيب الذي اورد المشرع فعليه اولا الاستعانة بالتشريع فاذا لم يجد نص رجوع للعرف على ان عودته للعرف مشروطة بعدم وجود نص مناسب يمكن ان يطبقه اما اذا وجد نص لكنه غامض فلا يجوز للقاضي الرجوع للعرف بل عليه ان يبحث عن معنى النص ويطبقه ... فاذا وجد النص لا ينطبق على النزاع المعروض لا بلفظه ولا فحواه رجوع الى باقي المصادر بحسب التسلسل والترتيب الذي ذكره المشرع الاسبق فالاسبق وهكذا .

ما هي مصادر القوانين الاخرى ؟

ان المصادر الستة التي ذكرناها هي مصادر القانون المدني العراقي فهو يعتبر اكثر قانون تنوعت وتعددت مصادره كما ان بعض مصادر القانون المدني هي نفسها مصادر باقي القوانين ولا سيما التشريع والعرف والشريعة الاسلامية بشكل اقل ... فالقانون الجنائي يعتمد على مصدر واحد هو التشريع .. وللقانون الدستوري مصدرين التشريع والعرف .. وللقانون التجاري مصدرين التشريع والاعراف التجارية .. ولقانون الاحوال الشخصية مصدرين التشريع والشريعة الاسلامية ... ولقانون العمل مصادر عدة هي التشريع والعرف والقضاء والفقهاء وتعليمات العمل والقرارات النقابية العامة وعقود العمل الجماعية

ولذلك فان دراسة مصادر القانون المدني العراقي هي نفسها دراسة لمصادر باقي القوانين ولا سيما دراسة التشريع الذي يعد اهم مصدر من مصادر القانون ومصدر مشترك لجميع القوانين بدون استثناء .

التشريع

ماهو المقصود بالتشريع ؟ يرى بعض الفقهاء ان التشريع هو قيام سلطة عامة مختصة بمقتضى القانون بوضع قواعد قانونية ملزمة بصيغة مكتوبة ... بينما يرى البعض الاخر وهو الراجح ان التشريع هو عبارة عن النصوص الموضوعية من قبل السلطة العامة المختصة بموجب القانون والتي تتضمن قواعد قانونية

يراد من التعريف الاول هو ليس التشريع في ذاته بل عملية سن التشريع ولا يمكن ان نعرف التشريع من خلال عملية وضعه او سنه بل يجب تعريفه من خلال ذاته وحقيقته فهو عبارة عن نصوص ولذل يرجح التعريف الثاني على الاول .

ماهي الخصائص التي يمتاز بها التشريع ؟

يمتاز التشريع بالخصائص التالية :

١- قيام سلطة عامة مختصة بوضعه : ويقصد بهذه السلطة هي السلطة التشريعية فهي السلطة المختصة بوضع التشريع بمقتضى احكام القانون الدستوري فيما يتعلق بالتشريعات التي تسمى فقهاً التشريعات العادية والسلطة التنفيذية فيما يتعلق باصدار التشريعات التي تسمى فقهاً التشريعات الفرعية والتي تشمل الانظمة والتعليمات والانظمة الداخلية .

٢- اشتمال التشريع على قواعد قانونية تتصف بجميع الخصائص الاساسية للقاعدة القانونية من عمومية وتجريد والزام وتنظيم لسوكيات الاشخاص في المجتمع .

٣- ان تصدر هذه القواعد بصيغة فنية مكتوبة : فمن اهم خصائص التشريع هو ان يكون مكتوب ومدون فلا يتصور ان يصدر تشريع بصيغة شفوية اذ لايعتبر في هذه الحالة تشريعاً .

انواع التشريع

لا تبدو التشريعات على نوع واحد بل هي تتنوع الى ثلاثة انواع اساسية هي التشريع الدستوري والتشريع العادي والتشريع الفرعي ، فالتشريعات ليست متساوية من حيث المرتبة والقوة بل هي متدرجة طبقاً لمبدأ اساسي دستوري يقال له مبدأ تدرج القاعدة القانونية الذي يقصد ب هان القواعد القانونية ليست بمرتبة متساوية واحدة بل هناك القاعدة الاعلى ثم الادنى وعلى القاعدة الادنى ان تحترم القاعدة التي علوها عند صدورها من ناحية الشكل وناحية الموضوع والا كانت القاعدة الادنى باطلة ... وعل هذا الاساس نجد ان التشريع الدستوري ياتي في قمة الهرم القانوني فهو اعلى نوع من انواع التشريعات بسبب موضوعه فهو

القانون الاساسي للدولة ويعالج مواضيع مهمة تتعلق بكيان الدولة واساسه وكيفية ادارتها ... ويليه في المرتبة التشريع العادي فهو اقل اهمية من التسريع الدستوري ويجب عند اصداره ان لا يخالف التشريع الدستوري شكلاً ومضموناً ... وقد جاء في مرتبة اقل من الدستور لان المواضيع التي ينظمها هي اقل اهمية من مواضيع الدستور ... اما في المرتبة الاخيرة فتاتي التشريعات الفرعية فهي يجب عند اصدارها ان لاتخالف التشريع الدستوري والتشريع العادي شكلاً ومضموناً وقد جاءت اخيراً لان مواضيعها هي اقل اهمية من مواضيع كلاً من التشريع الدستوري والتشريع العادي .

لماذا هذا التنوع والتدرج في التشريع ؟ يرتبط وجود التشريع والحاجة له بمصالح المجتمع ، فالمجتمع بحاجة اولاً الى قانون اساسي ينظمه من حيث المقومات الاساسية ويؤمن الحريات والحقوق والواجبات العامة وينظم نظام الحكم والسلطات الرئيسية في الدولة وهذا ما تكفل به التشريع الدستوري .

ولكن المجتمع بعد ذلك بحاجة الى قواعد سلوك تحكم علاقات الاشخاص في حياتهم اليومية وهي قواعد متنوعة بتنوع العلاقات محل التنظيم فذلك ظهر التشريع المدني والتشريع التجاري والتشريع العقابي وتشريع الاحوال الشخصية وغيرها من التشريعات التي تصدر عن السلطة التشريعية والتي تسمى في لغة فقهاء القانون (التشريعات العادية) .

ويلاحظ على العلاقات التي تنشأ بين افراد المجتمع تنوعها وبعضها يمتاز بالثبات بين البشر على اساس وضع معين من المصالح ، بينما يمتاز البعض الاخر بعدم الثبات والتغير، وعليه فان فن التشريع يقتضي مواجهة هذه العلاقات بنوعين من التشريعات ، النوع الاول تشريعات تتصف بالدوام والثبات تختص بتنظيم العلاقات الثابتة وهو التشريع العادي ، اما العلاقات المتباينة والمتغيرة وبسرعة فيجب تنظيمها بتشريع سريع الاصدار وكثير التنوع وسهل التعديل لكي يتلائم مع هذه العلاقات المتباينة والمتغيرة ولذلك ظهر ما يعرف بالتشريع الفرعي (الانظمة والتعليمات والتي تصدر عن السلطة التنفيذية) .

التشريع الدستوري (الدستور)

ويسمى ايضاً بالقانون الاساسي للدولة بوصفه القانون المختص باساس الدولة وكيانها ويعرف بانه مجموعة القواعد القانونية التي تبين شكل الدولة وكيفية ممارسة الحكام للسلطات الممنوحة لهم وكذلك ينظم السلطات الرئيسية الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية من هي وممن تتكون وماهي صلاحياتها وينظم العلاقة فيما بينها على اساس نظام الفصل بين السلطات وكذلك ينم الدستور مجموعة من الحقوق والحريات العامة التي يتمتع بها افراد المجتمع .

ولكل دولة دستورها الخاص بها ولا يتصور وجود دولة بدون دستور ، وبطبيعة الحال العراق من الدول التي تمتلك دستور خاص بها ، وباسترجاع التاريخ شهدت الدولة العراقية منذ تاسيسها ولحد عام ٢٠٠٥ وضع (٩) دساتير الاول وضع في العهد الملكي في عام ١٩٢٥ وسمي بالقانون الاساسي ، وشهدت فترة العهد الجمهوري وضع (٦) دساتير للفترة الممتدة من عام ١٩٥٨ _ ١٩٧٠ ، بينما شهدت الفترة الممتدة من عام ٢٠٠٣ وحتى عام ٢٠٠٥ وضع دستوريين احدهما هو قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية او ما يعرف باسم (قانون بريمر) وهو الحاكم العسكري الذي حكم العراق بعد سقوط النظام السابق . وهذا القانون يعتبر حسب راي اغلب الفقه هو دستور مؤقت نظم الدولة العراقية خلال فترة محددة ومهد لصدور الدستور العراقي الاخير والنافذ حالياً وهو الدستور العراقي الدائم لعام ٢٠٠٥ .

ما هي الكيفية التي يم بها سن التشريع الدستوري (الدستور)؟

يوجد في الواقع اربع طرق لوضع الدستور ويمكن ان نقسمها الى صنفين احدهما الطرق غير الديمقراطية والاخر الطرق غير الديمقراطية وتحديد اي منهما تتبع في وضع الدستور يختلف من دولة الى اخرى بحسب الاوضاع السائدة فيها وظروفها الاجتماعية والسياسية ، وسنتناولهما تباعاً:

اولاً : الطرق غير الديمقراطية : ويقصد بها الطرق الرجعية التي تسود مجتمعات عادة مستبدة من قبل حكامها فهي غير ديمقراطية لانها لا تمنح للشعب فرصة في قول كلمته في دستوره والمفروض ان يكون الشعب هو مصدر السلطات وان يمنح فرصة في المشاركة في وضع الدستور وتشمل هذه الطرق ما يلي :

١- طريقة المنحة : تصور هذه الطريقة الدستور بانه عبارة عن منحة او هدية او مكافاة مقدمة من قبل الحاكم الى افراد شعبه دون ان يكون لهم

دور في وضعه فالحاكم هو من يضعه ويفرضه على الشعب فلذلك هي طريقة غير ديمقراطية .

٢- طريقة العقد : وهذه الطريقة تصور الدستور بانه عبارة عن عقد تم الاتفاق على بنوده بالاشتراك بين الحاكم وافراد الشعب وهي طريقة كانت سائدة في اوربا الملكية الرجعية القديمة اذ كان الملك يجمع حاشيته والموالين له لا الشعب ويتلو عليهم بنود الدستور ويوافقون عليه وهي طريقة اقرب للخيال اذ من المستحيل من الناحية الواقعية ان يتم الاتفاق حول بنود الدستور بين الحاكم وكل فرد من افراد الشعب وكل من هنالك ان الحاكم سينفرد بوضع الدستور وسيوافق عليه فقط من هم من حاشيته ولذلك فهذه الطريقة غير ديمقراطية .

ثانياً : الطرق الديمقراطية : وهي الطرق التي تمنح للشعب فرصة حقيقة للمشاركة في وضع الدستور ولو بطريقة غير مباشرة بوصف الشعب مصدر السلطات وبوصف الدستور من الشعب وللشعب ، وهذه الطرق تشمل ما يلي :

١- طريقة الاستفتاء الشعبي : وتعني هذه الطريقة انه بعد انتهاء السلطة الحاكمة في الدولة من وضع الدستور ستنظم استفتاء شعبي تسأل فيه الشعب عن رأيه بالدستور وذلك من خلال استمارة مطبوعة ومعدة لهذا الغرض تحتوي على كلمة (نعم) للدستور او كلمة (لا) للدستور فاذا وافق الشعب بالاغلبية اعتمد الدستور واذا لم توافق الاغلبية فلا يعتمد الدستور . وعلى الرغم من كون هذه الطريقة تعتبر من الطرق الديمقراطية على اعتبار انها اعطت فرصة للشعب بأن يقول كلمة حول دستوره الا ان نسبة الديمقراطية فيها منخفضة لا نها لم تعطي فرصة حقيقية للشعب في ان يقول كلمته حول بنود الدستور بنداً بنداً فلعل الشعب يوافق على بعضها دون البعض الاخر فهو مجبور اما الموافقة على الكل او رفض الكل .

٢- طريقة الجمعية التأسيسية المنتخبة : وهذه الطريقة تعني ان ينظم داخل الدولة انتخابات عامة لتشكيل جمعية تأسيسية وطنية حيث يقوم الشعب في اختيار من يمثله في تلك الجمعية المنتخبة والتي بعد تشكيلها ستكون مهمتها وضع دستور للدولة وهذا يعني ان الشعب هو من وضع دستوره ولو بشكل غير مباشر عن طريق من يمثله في الجمعية المنتخبة ولذلك هي تعتبر طريقة

ديمقراطية ونسبة الديمقراطية فيها مرتفعة بالمقارنة مع طريق الاستفتاء الشعبي .

ولعل افضل الطرق التي يجب ان تتبع في وضع الدستور والتي ستزيد بشكل مرتفع جداً من نسبة الديمقراطية هي الجمع بين طريقة الجمعية التأسيسية والاستفتاء الشعبي ... فبعد ان تنتهي الجمعية المنتخبة من كتابة الدستور يجب بعد ذلك عرضه على الشعب في استفتاء شعبي لمعرفة رايه في الدستور .

ما هي الطرق التي اتبعت في وضع الدساتير العراقية المختلفة ؟

بخصوص القانون الاساسي العراقي لعام ١٩٢٥ فقد تم كتابة مسودة الدستور الدائم من قبل لجنة شكلتها الحكومة البريطانية برئاسة السير برسي كوكس ثم شكلت لجنة عراقية تولت عرض الدستور على المجلس العراقي التاسيسي المنتخب الذي قرر اقراره ثم صدق الملك فيصل الاول عليه .
اما الدساتير التي وضعت في الفترة ما بين ١٩٥٨ وحتى ١٩٧٠ فقد اتبعت فيها شكل الاعلانات وهي مشابهة لطريقة المنحة حيث اعتمدت هذه الدساتير في وضعها من قبل الحكام الذين يسيطرون على مقاليد الامور بانقلاب عسكري فكان كل ياتي يجلب معه دستوره الخاص به دون ان يكون للشعب اي دور في وضعه .

اما قانون ادارة الدولة المؤقتة (قانون بريمر) فكان العراق يمر بظروف استثنائية تمثلت بسقوط النظام السابق واحتلال العراق من قبل القوات الامريكية التي عينت حاكماً عسكرياً امريكياً هو بول بريمر الذي انفراد بوضد قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية .

اما الدستور العراقي الحالي النافذ لعام ٢٠٠٥ فقد تم اعداد مسودة الدستور من قبل لجنة انبثقت عن الجمعية الوطنية التأسيسية والتي قامت لاحقاً باقرار الدستور والذي عرض بعد ذلك على الشعب في استفتاء شعبي ووافق عليه اغلبية الشعب . فلذلك فان الدستور العراقي الحالي حسب الراجح قد وضع باتباع الطرق الديمقراطية وذلك بالجمع بين طريقة الجمعية التأسيسية المنتخبة وطريقة الاستفتاء الشعبي ... وان كان البعض يرى ان الدستور العراقي قد اقر بعد الموافقة عليه من قبل الشعب بالاستفتاء الشعبي وان الدستور قد وضع من قبل لجنة معينة وغير منتخبة او منبثقة عن الجمعية الوطنية .

هل من الممكن تعديل الدستور؟

نعم جميع الدساتير قابلة للتعديل ولكن اجراءات التعديل تختلف من دستور الى دستور اخر ، واجراءات التعديل عادة ما يتم النص عليها في ذات الدستور وهي تختلف بحسب نوعية الدستور ما اذا كان مرن او جامد وعلى النحو الاتي :

١- الدستور المرن : فهو سمي مرن من حيث اجراءات تعديله التي توصف بانها مرنة اي سهلة وبسيطة تكون ذات الاجراءات المتبعة في تعديل التشريعات العادية التي تتم بتشريع يصدر عن السلطة التشريعية عادة وهو حال غالبية الدساتير العراقية التي كانت مرنة وسهلة من حيث تعديلها ... وعادة كل دسيور مؤقت يوصف بانه مرن في تعديله .

٢- الدستور الجامد : وسمي جامد لانه جامد من حيث اجراءات تعديله لانها معقدة وصعبة جداً لكنها غير مستحيلة وعادة ان كل دستور دائم يوصف بانه دستور جامد ... ومن الدساتير العراقية الدائمة والجامدة هو القانون الاساسي لعام ١٩٢٥ والدستور الحالي النافذ لعام ٢٠٠٥ ونستدل على ذلك من خلال نص المادة (١٢٦) والتي نصت على مجموعة من الاجراءات الواجبة الاتباع في حالة الرغبة في تعديل الدستور العراقي وهي تتمثل بالاتي :

- أ- مقترح التعديل يجب ان يقدم من قبل رئيس الجمهورية ومجلس الوزراء مجتمعين او خمس اعضاء مجلس النواب .
- ب- موافقة ثلثي اعضاء مجلس النواب على التعديل .
- ت- موافقة الشعب على التعديل بعد استفتاء يجرى لهذا الغرض .
- ث- مصادقة رئيس الجمهورية على التعديل خلال سبعة ايام .

فهذه الاجراءات من حيث الواقع العراقي هي مستحيلة الوقوع .

التشريع العادي (الرئيسي) :

يقصد بالتشريع العادي هو التشريع الذي تضعه السلطة التشريعية بمقتضى اختصاصاتها المنصوص عليها في الدستور.

والاصل ان السلطة التشريعية هي المختصة باصداره ولكن مع ذلك يجوز استثناءً في دساتير بعض الدول اصدار التشريع العادي من قبل السلطة التنفيذية وذلك في حالتين هما :

١- حالة الضرورة : وبقتضى هذه الحالة تقوم السلطة التنفيذية باصدار تشريع يسمى (تشريع الضرورة) وذلك عندما تحدث في الدولة بعض الحالات الاستثنائية التي هي بحاجة لمواجهتها اصدار قرارات لها قوة القانون وقد تكون السلطة التشريعية غير موجودة كما في حالة حل البرلمان او في حالة انتهاء دورة انعقادها فاذا حدثت هكذا حالات لا بد من وجود سلطة تكون هي المختصة بمعالجتها وهي لا تكون الا السلطة التنفيذية عن طريق اصدار تشريع الضرورة .

٢- حالة التحويل (التفويض) : وتعني هذه الحالة وجود تحويل مسبق منصوص عليه في الدستور بمقتضاه تفوض السلطة التشريعية السلطة التنفيذية اصدار تشريعات لمواجهة حالات معينة وخلال فترة زمنية معينة فاذا صدر تشريع من السلطة التنفيذية خلال هذه الفترة سمي التشريع بتشريع (التفويض او التحويل) .

من هي السلطة التشريعية المختصة بوضع التشريعات العادية ؟
يقصد بالسلطة التشريعية هي السلطة المختصة باصدار التشريعات العادية بقتضى احكام الدستور ، وهي عبارة عن هيئة سياسية تتكون في الدول ذات النظام الديمقراطي من عدد من الاعضاء المنتخبين من قبل الشعب ، وتتعدد التسميات التي تطلق على السلطة التشريعية في دول العالم ومهما اختلفت التسميات فالوظيفة واحدة وهي وضع التشريعات فقد تسمى السلطة التشريعية البرلمان او مجلس النواب او المجلس النيابي او مجلس الامة او مجلس الشعب الجمعية الوطنية او المجلس الوطني او مجلس قيادة الثورة .

وعادة تتكون السلطة التشريعية من مجلس واحد ومع ذلك هناك بعض الدول تتكون فيها السلطة التشريعية من مجلسين وذلك يعود اما لاسباب سياسية او اسباب اجتماعية ، كما هو الحال في الولايات المتحدة الامريكية حيث يمثل الكونكرس السلطة التشريعية فيها ويتكون من مجلسين هما مجلس النواب ومجلس الشيوخ وذلك لاسباب سياسية تتمثل في الرغبة في تقوية السلطة التنفيذية على حساب السلطة التشريعية والتي يكون رئيس الدولة جزء منها ، واعضاء مجلس النواب يتم اختيارهم جميعهم بالانتخاب بينما مجلس الشيوخ يتم انتخاب البعض وتعين البعض الاخر .

كذلك تتكون السلطة التشريعية في المملكة المتحدة من مجلسين هما المجلس الاعلى (مجلس اللوردات) والمجلس الادنى (مجلس العموم) وذلك لاسباب اجتماعية فالمجتمع البريطاني كان قبل رسوخ اسس الديمقراطية والمساواة فيه مقسم الى طبقات اهمها طبقة النبلاء او اللوردات وطبقة عامة الناس وفي البداية كان البرلمان البريطاني يمثل فقط طبقة النبلاء فكان مجلس واحد الا انه في مرحلة لاحقة وبرسوخ مبادئ المساواة في المجتمع البريطاني تم انشاء مجلس اخر يمثل عامة الشعب فظهر مجلس العموم الذي يمثل عامة الناس .

وفي العراق تتكون السلطة التشريعية الاتحادية حسب دستور عام ٢٠٠٥ من مجلسين هما مجلس النواب ومجلس الاتحاد (م/٤٨). ويتكون مجلس النواب من عدد من الاعضاء بنسبة مقعد واحد لكل ١٠٠ الف نسمة من نفوس العراق يمثلون الشعب العراقي يتم انتخابهم بطريق الاقتراع العام السري المباشر (م/٤٩) .

اما مجلس الاتحاد فهو مجلس تشريعي يضم ممثلين عن الاقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم وينظم تكوينه وشروط العضوية فيه واختصاصاته وكل ما يتعلق به بقانون يسن باغلبية ثلثي اعضاء مجلس النواب (م/٦٥)... وعلى الرغم من نص الدستور العراقي على تكوين السلطة التشريعية في العراق من مجلسين الا ان الواقع يقول ان مجلس واحد هو الذي يمثل السلطة التشريعية حالياً وهو مجلس النواب ولا وجود لمجلس الاتحاد لحد الان .

ويختص مجلس النواب العراقي بالاضافة الى تشريع القوانين الاتحادية باختصاصات اخرى في غاية الاهمية لعل ابرزها الرقابة على اداء السلطة التنفيذية وانتخاب رئيس الجمهورية والموافقة على المعاهدات والاتفاقيات الدولية والموافقة على تعيين اصحاب المناصب البارزة في الدولة كرئيس

محكمة التمييز والسفراء وغيرهم ، بالإضافة الى اختصاصات اخرى لا مجال لذكرها (م/٦١) .

ماهى الكيفية التى يتم بها سن التشريع ؟

يتم سن التشريع بمراحل متعددة وهى عموماً في الدول ذات النظام الديمقراطي النيابي وبالتحديد في العراق تمر بالمراحل الآتية :

١- تقديم مقترح القانون : وتقدم المقترحات حسب الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ من قبل عشرة من اعضاء مجلس النواب او من احدى لجانه المختصة (م/٦٠ ثانياً) او من قبل مجلس الوزراء (م/٨٠ ثانياً) .

٢- تقديم مشروعات القوانين : وتقدم هذه المشروعات من رئيس الجمهورية ومجلس الوزراء (م/٦٠ اولاً) .

ولقد اثار تطبيق المادة ٦٠ من الدستور العراقي وتفسيرها خلافاً حاداً بين السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية لدينا في العراق ، فالبرلمان يرى ان من حقه اقتراح القوانين وتقديم مشاريعها مباشرة للمناقشة والتصويت دون مرور بالسلطة التنفيذية بينما ترى السلطة التنفيذية ان من حق مجلس النواب تقديم مقترحات للقوانين فقط دون اعداد مشاريعها فاعداد المشاريع حسب المادة ٦٠ هي حصراً منوطة بالسلطة التنفيذية فهي من يقوم باعداد مشاريع القوانين واحالتها بعد ذلك الى مجلس النواب لغرض مناقشتها والتصويت عليها .

وقد حسمت هذا الخلاف المحكمة الاتحادية العليا التي قررت عدم دستورية مقترحات القوانين المشرعة من قبل البرلمان دون مرورها والمصادقة عليها من قبل مجلس الوزراء حيث اشترطت المحكمة وجوب قيام مجلس النواب برفع مقترحات القوانين من قبل عشرة من اعضاء مجلس النواب او احد لجانه الى مجلس الوزراء لغرض المصادقة عليه قبل عرضه للمناقشة والتصويت عليه .

٣- المناقشة والتصويت : بعد الانتهاء من اعداد مشروع القانون من قبل مجلس الوزراء يحال الى مجلس النواب وبالتحديد الى احدى لجان المجلس لفحصه وتقديم تقرير عنه الى رئاسة مجلس النواب ، وعلى الرئاسة الدعوة الى مناقشة مشروع القانون بعد تلاوة التقرير المقدم من قبل اللجنة المختصة ، وتتم بعد ذلك قراءة المشروع قراءة اولى ثم يقرأ المشروع

قراءة ثانية بعد يومين على الاقل وبعد استلام المقترحات التحريرية بتعديله
ثم اجراء المناقشة عليه والتي تتم بمناقشة مواد المشروع مادة مادة ثم
بعد ذلك تاتي خطوة التصويت على المشروع .
ومما تجدر الاشارة اليه ان جلسات مجلس النواب لكي تعتبر صحيحة يجب
تحقق النصاب القانوني ويكون بحضور الاغلبية المطلقة لعدد اعضاءه
(٥٠% من اعضاء المجلس + ١) ... وتتخذ القرارات في جلسات مجلس
النواب بالاغلبية البسيطة (٥٠% من المشاركين في الجلسة + ١) بعد
تحقق النصاب ما لم ينص على خلاف ذلك (م/٥٩) .
ويجري التصويت عادة على مشروع القانون مادة مادة بشكل منفرد ثم
يجري التصويت على القانون دفعة واحدة بكامل مواده .

٤- مصادقة رئيس الجمهورية : بعد انتهاء مجلس النواب من التصويت على
المشروع وحصوله على الموافقة باغلبية الاصوات يجب احالة المشروع
الى رئيس الجمهورية لغرض المصادقة عليه وتعتبر القوانين مصادق عليه
بعد مرور خمسة عشر يوماً من تاريخ تسلمها (م/٧٣ ثالثاً) ... وهذا يعني
ان ليس لرئيس الجمهورية في العراق سلطة الاعتراض او رفض التصديق
على مشاريع القوانين بل هو ملزم بالمصادقة عليها والا اعتبرت مصادق
عليها بمجرد ورودها له ومر على ذلك خمسة عشر يوماً من تاريخ
استلامها وبالتالي امكانية نشرها .
وبعد الانتهاء من المصادقة سنتنتهي مرحلة سن التشريع وسيدخل
التشريع في مرحلة اخرى هي مرحلة النفاذ والتي تتضمن خطوتين اولهما
اصدار التشريع من قبل رئيس الجمهورية ثم نشره في الجريدة الرسمية
... وسيتم الكلام عن نفاذ التشريع لاحقاً .

التشريع الفرعي :

ويقصد به التشريع الذي يصدر من السلطة التنفيذية بمقتضى اختصاص اصيل
منصوص عليه في الدستور ، فالسلطة التنفيذية عندما تصدره هي لا تصدره
بصفة استثنائية بحيث تحل محل السلطة التشريعية لا بل هي صاحبة الاختصاص
الاصيل في اصداره .

لماذا جعلت السلطة التنفيذية هي صاحبة الاختصاص في التشريع الفرعي وليس السلطة التشريعية ؟

في الواقع توجد عدد من الاسباب التي دعت الى ذلك وهي تتمثل بالاتي :

١- التخفيف عن كاهل السلطة التشريعية : فهي مكلفة ومختصة في وضع التشريعات العادية فلو كلفت ايضا بوضع التشريعات فهذا الامر سيثقل كاهلها وستتعدد وتزدوج وظيفتها .

٢- رغبة المشرع في عدم تضمين تشريعاته العادية الا الاحكام الرئيسية العامة وعدم اقحامها بالتفصيلات والجزئيات بل ترك امر تنظيمها الى التشريعات الفرعية التي تضعها السلطة التنفيذية .

٣- ان التشريعات الفرعية تتعلق بتقديم الخدمات العامة لافراد المجتمع فلذلك تبدو الحاجة في وضعها الى سلط هي اكثر دراية بحاجات المجتمع واحتكاكاً به وهذه السلطة هي السلطة التنفيذية بحكم وظيفتها .

التشريعات الفرعية في العراق :

تتمثل التشريعات الفرعية في العراق بالانظمة والتعليمات والانظمة الداخلية وسنبين المقصود بكل نوع من هذه الانواع وكالاتي :

١- النظام : وهو تشريع فرعي تضعه السلطة التنفيذية لتسهيل تطبيق تشريع نافذ موضوع من قبل السلطة التشريعية ، فيتضمن عادة قواعد تفصيلية للاحكام العامة الواردة في التشريع العادي ، ويعتبر النظام اقوى انواع التشريعات الفرعية ويأتي من حيث القوة الالزامية بعد التشريع العادي .

٢- التعليمات : وهي تشريع فرعة تضعه السلطة التنفيذية لتسهيل تطبيق تشريع نافذ موضوع من السلطة التشريعية او لتسهيل تطبيق نظام صادر عن السلطة التنفيذية وتعتبر التعليمات اقل قوة من الانظمة في تاتي بعدها من حيث المرتبة .

٣- النظام الداخلي : تشريع فرعي يصدر بناءً على نص في قانون يصدر لينشئ ويحكم مؤسسة ما رسمية او شبه رسمية او حتى غير رسمية يخول مجلس ادارتها تنظيم كيانها وتسيير اعمالها . فالنظام الداخلي يحدد هو حاجة لا غنى عنها وشرط لتاسيس المؤسسات اياً كانت طبيعتها تبين اغراض المؤسسة وممن تتكون وميزانيتها وملاكها الوظيفي وسلطاتها ... ويوضع النظام الداخلي من قبل مجلس الادارة في المؤسسة ويخضع لمصادقة الجهات المختصة .

٤- القرارات : وتعتبر نوع من انواع التشريعات الفرعية التي توضع لتسهيل تطبيق القوانين النافذة .

ويتولى مجلس الوزراء استناداً لنص المادة (٨٠ ف ثالثاً) من الدستور اصدار الانظمة والتعليمات والقرارات بهدف تنفيذ القوانين . كما يجوز ان تصدر التعليمات والانظمة الداخلية والقرارات من الوزير المختص ما عدا الانظمة فهي من اختصاص مجلس الوزراء .

نفاذ التشريع

بعد اجتياز التشريع لمرحلة السن سيكون له وجود من الناحية القانونية ، الا ان ذلك لا يعني ان التشريع قد اصبح ملزم وواجب التطبيق من قبل الاشخاص بل يجب لكي يتحقق ذلك ان يمر بمرحلة اخرى يُقال لها مرحلة النفاذ والتي تتضمن اصدار التشريع اولاً ثم نشره ثانياً ... ولذلك سنبحث اصدار التشريع ثم بعد ذلك نشر التشريع .

اصدار التشريع

يقصد باصدار التشريع بانه عملية قانونية تنفيذية بمقتضاها يتم تسجيل الوجود القانوني للتشريع والامر بتنفيذه ممن له ذلك وهي السلطة التنفيذية وعلى راسها رئيس الدولة او رئيس الجمهورية او الملك او اي سلطة اخرى يمنحها الدستور الحق في اصدار التشريع .

من خلال التعريف يتضح ما يلي :

- ١- ان عملية الاصدار هي عملية قانونية لان القانون وبالتحديد الدستور هو من نص عليها وتتطلبها ولذلك وصفت بالعملية القانونية .
- ٢- ان عملية الاصدار هي عملية تنفيذية لانها تدخل في مرحلة نفاذ التشريع لا في سنه وهي فاتحة تنفيذ القانون وان من يقوم بها هي السلطة التنفيذية لا السلطة التشريعية ولذلك وصفت بالعملية التنفيذية .

٣- ان عملية الاصدار في مضمونها تتضمن القيام بخطوتين اولهما تسجيل الوجود القانوني للتشريع او بعبارة اخرى تسجيل سن التشريع ، فلذلك يقال بأن الاصدار هو بمثابة اصدار لشهادة ميلاد التشريع واعتماده في السجلات الرسمية للدولة . اما ثانيهما فان الاصدار يتضمن امراً بالتنفيذ يصدر من رئيس السلطة التنفيذية الى رجاله للقيام والبدء بتنفيذ القانون وقد منح للسلطة التنفيذية وليس لسلطة اخرى لانها هي وحدها من يستطيع اصدار الامر لرجال السلطة التنفيذية لا سلطة اخرى ، ومن لحظة اصدار الامر سيكتسب التشريع قوته الانزامية .

وفي العراق فان من يقوم باصدار التشريعات هو رئيس الجمهورية طبقاً لنص المادة (٧٣) من الدستور العراقي النافذ لعام ٢٠٠٥ .

وعادة ان الاصدار يتضمن بعض العبارات التي توضع في التشريع والتي تحتل مقدمة التشريع وخاتمته . فالتشريع يبدأ بالعبارة الاتية : (باسم الشعب) وتاتي بعدها مباشرة عبارة (رئاسة الجمهورية) ثم تاتي بعدها العبارة الاتية : (بناءً على ما اقره مجلس النواب وطبقاً لاحكام البند ... من المادة.... من الدستور ...قرر رئيس الجمهورية اصدار القانون الاتي : قانون العمل رقم (٣٧) لسنة (٢٠١٥) . ثم بعدها تاتي سرد مواد القانون بالتسلسل من المادة الاولى وحتى المادة الاخيرة ، ويختم القانون بالعبارة الاتية : (على الوزير المختص تنفيذ هذا القانون) .

فجميع التشريعات تصدر باسم الشعب بوصفه مصدر السلطات ويعد صدور التشريعات باسم الشعب التزام دستوري منصوص عليه في الدستور العراقي في المادة(١٢٨) والتي تنص على:(تصدر القوانين والاحكام القضائية باسم الشعب) .

هل تتور عملية اصدار التشريع بعض المشاكل ؟

للإجابة على هذا السؤال نقول ان هناك احتمالين في احدهما توجد مشكلة وفي الثاني لا توجد مشكلة وعلى النحو الآتي :

١- الحالة الاولى : الاصدار يثير مشكلة : وذلك في حالة التشريعات التي تسن من السلطة التشريعية وتصدر من السلطة التنفيذية ، كما هو الحال في التشريعات العادية ، وتتمثل هذه المشكلة بتراخي السلطة التنفيذية بالقيام باصدار التشريع كنوع من تصفيات الحسابات مع السلطة التشريعية او رغبة منها في ادخال بعض التعديلات على التشريع فتعمل السلطة التنفيذية على تاخير الاصدار للضغط على السلطة التشريعية للرضوخ لها .. والذي يزيد من هذه المشكلة هو عدم وجود نص في الدستور يحدد مدة يلزم خلالها السلطة التنفيذية بالقيام باصدار ، فلذلك لتلافي هذه المشكلة يجب تحديد مدة في الدستور يلزم خلالها السلطة التنفيذية باصدار التشريع .

٢- الحالة الثانية : الاصدار لا يثير مشكلة : وذلك في حالة التشريعات التي تسن وتصدر من السلطة التنفيذية كما هو الحال في التشريعات الاستثنائية في حالتها الضرورية والتحويل وكذلك التشريع الفرعي ، فلا يتصور قيام السلطة التنفيذية بالتراخي لان من وضع التشريع هي وحسب رغباتها .

نشر التشريع

بعد اصدار التشريع يجب بعد ذلك القيام بنشره حتى يصبح واجب التطبيق من قبل الاشخاص . ويقصد بالنشر هو عبارة عن عملية قانونية تنفيذية بمقتضاها يتم ابلاغ الناس بصدور قانون جديد واحاطتهم علما بما يتضمنه من احكام ينبغي عليهم عليهم الالتزام بها . من التعريف يتضح ما يلي :

١- ان النشر عملية قانونية : لان القانون الدستوري هو من يشترط نشر التشريع كما فعل الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ في المادة (١٢٩) والتي

تنص على : (تنشر القوانين في الجريدة الرسمية ويعمل بها من تاريخ نشرها ما لم ينص على خلاف ذلك).

٢- ان النشر عملية تنفيذية : لان من يقوم بالنشر هي السلطة التنفيذية وبالتحديد وزارة العدل فبعد اصدار القانون سيحال بكتاب رسمي من رئاسة الجمهورية الى وزارة العدل حيث سيقوم وزير العدل باحالة التشريع الى دائرة الوقائع العراقية وهي احدى الدوائر التابعة لوزارة العدل والتي ستتولى عملية طبع الجريدة الرسمية وباللغات العربية والكردية والانكليزية واصدارها وتوزيعها بالاضافة الى نشرها على شبكة النت .

لماذا يجب ان ينشر التشريع ؟

يمكن اجمال هذه الاسباب بسببين هما كالآتي :

١- ليس من العدل ان يفرض على الناس تشريعات لا علم لهم بها ، بل العدل يقتضي اعلام الناس بالتشريع اولا ثم الزامهم بتطبيقه ثانياً .

٢- ان التشريع ينطوي على معنى التكليف ولا يمكن ان يفرض على الناس تكاليف مجهولة بل القاعدة تقضي بانه لا تكليف بمجهول بل التكليف يجب ان يكون معلوم ولكي يكون معلوم يجب اشهاره ويتم الاشهار عن طريق النشر .

اين يجب ان ينشر التشريع ؟

يلزم الدستور العراقي في المادة (١٢٩) نشر التشريع لدينا في العراق في الجريدة الرسمية لجمهورية العراق والتي تسمى ب(جريدة الوقائع العراقية) ، ولذلك لا يمكن الاستغناء عن نشر التشريع في الجريدة الرسمية بوسائل اخرى وان كانت هذه الوسائل اكثر جدوى وفائدة في تحقيق العلم بالتشريع بالمقارنة بالنشر في الجريدة الرسمية ... كما لو تم اذاعة التشريع في الراديو او تلاوته في التلفزيون او عمل بوسترات كبيرة بالتشريع وتعليقها في اماكن بارزة او عامة او نشره على شبكة النت ، فكل هذه الوسائل اكثر فائدة من النشر في الجريد الرسمية لكن لا يمكن الاعتماد عليها بصفة اصلية بل لا بد من النشر

في الجريدة الرسمية لان الدستور يلزم بذلك ولا مانع بعد ذلك من النشر في الوسائل الاخرى بوصفها وسائل مساعدة لا اصلية .

هل النشر في الجريدة الرسمية سيحقق العلم الحقيقي لكل افراد المجتمع؟

في الواقع لا يحقق النشر في الجريدة الرسمية العلم الحقيقي لكل افراد المجتمع بل للبعض منهم بحكم اختصاصه بتدريس او دراسة القانون او ممارسة وظيفة قانونية كالقاضي والمحامي والمشاور القانوني او حتى الانسان المثقف الذي لديه رغبة بالاطلاع على قوانين الدولة ،بينما الغالبية لا يتحقق لديهم هذا العلم الحقيقي وذلك بسبب ان هذه الاغلبية تجهل بقوانين الدولة ولا تعلم اين تنشر ولا يعلمون بوجود جريد الوقائع العراقية ، وكذلك هو حال من لا يعرف القراءة والكتابة وعلى هذا الاساس وحرصا على تحقيق المصلحة العامة التي تقتضي الاسراع بتطبيق القوانين وعدم تعطيل مصالح المجتمع فقد اقام المشرع قرينة ودليل عن طريق الحيلة القانونية بالعلم الافتراضي لكافة افراد المجتمع ، اي بمعنى ان المشرع يفترض وبمجرد نشر التشريع في الجريدة الرسمية علم الكافه بع علماً افتراضياً لا حقيقياً وذلك لصعوبة تحققه .

متى يجب نشر التشريع في الجريدة الرسمية؟

لم يحدد الدستور العراقي فترة زمنية تلتزم خلالها السلطة التنفيذية بنشر التشريع وقد جرى العمل ان تباشر وزارة العدل وبشكل مباشر بنشر التشريع فور الانتهاء من الاصدار ومع ذلك نلاحظ ان بعض الدساتير ذهبت الى تحديد فترة يجب خلالها نشر التشريع كفترة عشرة ايام كما فعل الدستور المصري وهو الافضل .

متى يعتبر التشريع نافذ وواجب التطبيق ؟

تنص المادة (١٢٩) من الدستور على : (... ويعمل بها من تاريخ نشرها ما لم يُنص على خلاف ذلك) . فهناك اصل واستثناء ، اما الاصل فيعتبر التشريع نافذ من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية اذ يعتبر اليوم التالي ليوم النشر هو التاريخ الفعلي لنفاذ التشريع ، فلو تم نشر التشريع في الجريدة الرسمية بتاريخ ٢٠١٦/١٢/٢٥ فيعتبر نافذ بتاريخ ٢٠١٦/١٢/٢٦ .

اما الاستثناء فان التشريع يعتبر نافذ بعد مرور فترة من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية ، كما لو نص في التشريع على انه يعتبر نافذ بعد مرور ثلاثة اشهر من تاريخ نفاذه ، فاذا نشر التشريع بتاريخ ١٢/٢٥ فانه يعتبر نافذ بتاريخ ٢٠١٧/٣/٢٦ ، والمشرع هو من يقدر الاخذ بالاصل او الاستثناء وذلك بحسب اهمية موضوع التشريع وعدد مواده القانونية فقد يقدر المشرع ان يترك مجالاً للناس لقراءة التشريع وفهم موضوعه واحكامه كما حصل في القانون المدني العراقي الذي نشر في الجريدة الرسمية في سنة ١٩٥١ الا انه لم يدخل حيز النفاذ الا في عام ١٩٥٣ وذلك لاهمية القانون المدني وكثرة الاحكام الواردة فيها وصعوبتها فقد المشرع منح فرصة للناس لقراءته فقدرها بعامين .

ماهي المشاكل التي يثيرها نشر التشريع ؟

يثير التشريع بعد نشره مشكلتين اساسيتين تتمثلان بالاتي :

١- مشكلة التوزيع : فقد تقوم السلطة التنفيذية بطباعة الجريدة الرسمية الا ان بعض الظروف الخارجة عن ارادتها قد تحول دون القيام بتوزيع الجريدة الرسمية لبعض مناطق الدولة كما لو حصلت فيضانات او اي ظروف اخرى طبيعية او غير طبيعية بتدخل الانسان تحول دون وصول الجريدة الرسمية وتوزيعها ... فهذه تعتبر مشكلة اساسية وتثير التساؤل حول تاريخ نفاذ القانون هل سيكون من تاريخ النشر ام من تاريخ التوزيع ؟

هذه المشكلة حدثت في الخمسينيات في مصر وبالتحديد في الصعيد المصري حيث حالت الفيضانات دون وصول الجريدة الرسمية الى تلك المناطق فاصدر القضاء المصري قرار شهير اعتبر بمقتضاه عملية التوزيع عملية مهمة ومكتملة لعملية النشر ولا يعتبر التشريع نافذ بمجرد نشره بل يعتبر نافذ من تاريخ توزيع الجريدة الرسمية .

٢- مشكلة الأخطاء : فقد تقع بعض الأخطاء أثناء نشر التشريع وهي على نوعين وكما يلي :

أ- أخطاء مادية : كما لو كان الخطأ هو عبارة عن خطأ مطبعي أو خطأ في الصياغة اللغوية الذي لا يؤثر في المعنى .. ففي هذه الحالة تعتبر الأخطاء غير مؤثرة والحل أن يجري تصحيحها ومن ثم إعادة نشر النص مصححاً فقط .

ب- أخطاء موضوعية : كما لو افتقد النص التشريعي لكلمة تؤثر في المعنى القانوني له أو افتقد النص لفقرة أو لفقرات أو افتقد التشريع لمادة قانونية أو عدد من المواد أو كان الخطأ في الصياغة القانونية التي تؤثر في المعنى القانوني للنص ، فكل هذه الصور من الأخطاء تعتبر مؤثرة يستوجب إعادة سن التشريع وإصداره مجدداً لا مجرد إعادة النشر .

قاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون

ما المقصود بقاعدة الجهل بالقانون ليس بعذر ؟

هي قاعدة فقهية مقتضاها افتراض علم كافة الناس بصدور التشريع واحاطتهم علماً بضمونه واحكامه اعتباراً من تاريخ نفاذه سواء كان منذ وقت نشره او من وقت اخر نص عليه التشريع .

ويلاحظ على التعريف ماياتي :

١- ان قاعدة الجهل بالقانون ليس بعذر هي قاعدة فقهية في الاصل : لان فقهاء القانون هم من ابتكر هذه القاعدة ، فقد نشأت كقاعدة فقهية وبقيت كذلك فهي لا تعتبر قاعدة قانونية دستورية وان اغلب القوانين الاخرى لاتنص عليها لانها تعتبر من الامور الطبيعية والبديهية التي ياخذ بها القضاء دون الحاجة للنص عليها في القوانين .. ومع ذلك نصت عليها بعض القوانين كقانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ في المادة (٣٧) .

٢- هي قاعدة لاتقوم من حيث الاساس على العلم الحقيقي لكافة الناس بالتشريع بعد نشره لتعذر ذلك ، بل تقوم على اساس العلم الافتراضي لكافة الناس .

٣- هذه القاعدة تعني ببساطة ان كافة الناس بعد نشر التشريع ملتزمون بالتقيد باحكام القانون سواء الذين يعلمون والذين لا يعلمون به فالكل سيخضع للقانون ولا يستطيع من لا يعلم ان يحتج بذلك ، فالمسافر خارج البلد والمريض والشخص الامي الذي يجهل القراءة والكتابة جميع لا يستطيعون الاحتجاج بجهل القانون .

ما هي اسباب عدم جواز اعتبار الجهل بالقانون عذر ؟

يوجد في الواقع سببين اساسيين هما الدافع بالتمسك بقاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون وهما ما يلي :

١- العدل والمساواة : فالعدل والمساواة بين الناس في تطبيق القانون يقتضيان التمسك بقاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون ، وعدم الاخذ بخلافها اي باعتبار الجهل بالقانون عذر ، لانه لو تم اعتبار الجهل عذر فهذا يعني اهدار لمبدأ العدل ومساواة الناس في تطبيق القانون وسوف يقتصر تطبيق القانون على من يعلم به بينما لا يطبق على من لا علم له به وهذا ما سيؤدي بالنهاية الى الفوضى وعدم الاستقرار واهدار للنظام داخل الدولة لان نسبة من سيخالف القانون من الناس سوف يرتفع ويستطيعون الافلات من العقوبة بحجة عدم العلم بالقانون .

٢- القوة الالزامية للقاعدة القانونية : فكما هو معلوم ان القاعدة القانونية تتصف بالصفة الالزامية التي تكتسبها من ذاتيتها ووجودها ، وبالتحديد من اصدار التشريع من قبل السلطة التنفيذية . فالقاعدة القانونية لا تكتسب الزاميتها من عنصر خارجي عنها وهو العلم بها ... فلو افترضنا اعتبار الجهل بالقانون عذر فهذا سيؤدي الى اعتبار القاعدة القانونية ملزمة فقط لمن يعلم بها بينما ستعتبر غير ملزمة لمن لا يعلم بها ، وهذا الامر لا يمكن التسليم به وهو مخالف للمنطق القانوني والواقع الذي يقول بأن القانون ملزم لجميع الناس سواء الذين يعلمون والذين لا يعلمون به .

ما هو نطاق تطبيق قاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون ؟
تعتبر قاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون قاعد مطلقة من حيث نطاق التطبيق ، فهي تطبق على جميع القواعد القانونية اياً كان مصدرها التشريع او غير التشريع والتي تعتمد على المصادر الاخرى كالعرف والدين . وكذلك تطبق على القواعد القانونية اياً كانت طبيعتها امره او مكملة ، وكذلك تطبق على القواعد القانونية اياً كان نوع القانون جنائي او مدني او اي قانون اخر .

ماهو الاستثناء الذي يرد على قاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون ؟

اذا كان الاصل هو عدم جواز الاعتذار بجهل القانون ، فانه يرد على هذا الاصل استثناء يتعلق بالقوة القاهرة ... ويقصد بالقوة القاهرة هي كل حادث فجائي لا يتصور الانسان حدوثه او من الممكن ان يتصور حدوثه لكن لا يمكن تفادي اثاره بعد وقوعه ... وقد تكون قوة القاهرة بفعل الطبيعية الفيضانات والزلازل والبراكين ... وقد تكون بفعل الانسان كالحروب والاحتلال والثورات والنزاعات الداخلية وغيرها

فلو حدثت في بعض مناطق الدولة قوة القاهرة حالت دون توزيع ووصول الجريدة الرسمية الى تلك المناطق فمن الطبيعي ان لا يعتبر القانون نافذ واجب التطبيق على سكان تلك المناطق وبالتالي من الضروري قبول اعتذارهم بجهل القانون .

فعلى سبيل المثال لدينا في العراق فقد عزلت بعض محافظات العراق مثل الانبار ونيوى بسبب السيطرة عليهما من قبل ما يسمى ب(داعش) قد حال دون وصول الجريدة الرسمية اليهما فمن الطبيعي ان لا تنفذ القوانين في تلك المحافظات وبالتالي يمكن لسكانها الاعتذار بجهل القانون .

وتطبيقاً لكل ما تقدم ذكره فقد نصت المادة ٣٧ من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل على قاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون والاستثناء الذي يرد عليها وعلى النحو الاتي : (١- ليس لاحد ان يحتج بجهله باحكام هذا القانون او اي قانون عقابي مالم يكن قد

تعذر عليه العلم بالقانون الذي يعاقب على الجريمة بسبب القوة القاهرة .
٢- للمحكمة ان تعفو من العقاب الاجنبي الذي يرتكب جريمة خلال سبعة
ايام على الاكثر من تاريخ قدومه الى العراق اذا ثبت جهله بالقانون وكان
قانون محل اقامته لا يعاقب عليها) .

ويشترط لتطبيق احكام الفقرة الثانية من المادة ٣٧ ما يلي :

١- ان يكون الشخص اجنبي : ويقصد بالشخص الاجنبي هو كل من لا
يحمل الجنسية العراقية ، وعليه لا تقبل المحاكم العراقية الادعاء بجهل
القانون من العراقي الذي كان مسافراً خارج العراق ولم تمكنه
الظروف من معرفة تشريع صدر في غيابه .

٢- ان يرتكب الاجنبي الجريمة خلال فترة اقصاها سبعة ايام من تاريخ
قدومه الى العراق حتى يمكن قبول اعتذاره بجهل القانون... اما اذا
ارتكب الجريمة بعد تواجده في العراق لفترة تجاوزت السبع ايام فلا
 مجال عندئذ لقبول اعتذاره بجهل القانون .

٣- ان يثبت الاجنبي وبالادلة المقنعة امام القاضي انه كان فعلاً يجهل العلم
بالقوانين العراقية التي تعاقب على الجريمة التي ارتكبها .

٤- ان لا يعاقب قانون محل اقامة الاجنبي على الجريمة التي ارتكبها
الاجنبي في العراق .

فمتى ما توفرت الشروط السابق ذكرها جاز للمحكمة ان تحكم بالعفو عن الاجنبي
من العقوبة المقررة في قانون العقوبات العراقي .