

محاضرات في المدخل لدراسة القانون (نظرية القانون)

المرحلة الأولى قسم تقنيات الإدارة القانونية

اعداد: م.م حنين محمود ابراهيم

المحاضرة الأولى

ماهية مدخل القانون

تعريف المدخل لدراسة القانون: هو مجموعة من القواعد العامة والمجردة التي تنظم سلوك الأفراد في المجتمع، والمقتزنة بجزء مادي توقعه السلطة العامة على من يخالفها.

ضرورة القانون:

الإنسان كائن اجتماعي بطبعه، ولا يمكنه العيش بمفرده. واجتماع البشر يولد تعارضاً في المصالح والرغبات، مما يتطلب وجود "منظم" لهذه العلاقات لضمان استقرار المجتمع وتجنب الفوضى.

• **القانون كأداة للعدالة:** يهدف القانون إلى تحقيق التوازن بين حرية الفرد ومصلحة الجماعة.

• **القانون كضرورة للبقاء:** بدون قانون، تسود شريعة الغابة حيث القوي يأكل الضعيف.

تعريف القانون:

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

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

أما من حيث المادة فأصله من لفظ (قن) ويعني تتبع أخبار الشيء للإمعان 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 الكُتّاب 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.

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، ثم شاع مصطلح القانون في

دائرة الروابط الاجتماعية بعد نشوء الدول العربية على أنقاض الإمبراطورية العثمانية وإقدام سلطاتها على سن التشريعات.

الفرق بين القانون بمعناه العام والخاص

• **القانون (بمعناه العام):** 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.

• **القانون (بمعناه الخاص):** 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.

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 يجب 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:

• **الشريعة الإسلامية:** هي التي تزود القوانين الوضعية الصادرة في المجتمع الإسلامي بأحكام يتفاوت مداها باختلاف أقطاره.

• **الشريعة اللاتينية:** وهي التي تسود كثيراً من الدول اللاتينية، ودول أمريكا الجنوبية وتؤثر في دول أخرى، وتتميز بأصلها الروماني وباعتمادها على القانون المكتوب.

- **الشرعية الأنجلو سكسونية:** التي تعم المجتمع الأنجلو سكسوني كبريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية وأستراليا، وتؤثر في قوانين أمم أخرى، وتتميز بضالة تأثيرها بالقانون الروماني وباعتمادها في نشوئها وتطورها على الأعراف والسوابق القضائية.
- **الشرعية الجرمانية:** التي تعم ألمانيا والبلاد الجرمانية الأخرى كالنمسا، وتتميز بغلبة النزعة المادية عليها وباعتزازها بالنظريات الجرمانية.
- **الشرعية البلشفية:** التي تسود اتحاد الجمهوريات السوفيتية ودولاً أخرى تدين بالعقيدة الشيوعية ويسودها النظام الاشتراكي، وتتميز بروحها المادي وبخصائص أخرى تميزها عن الشرائع الأخرى.

ثانياً: القانون الوضعي

يقصد 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:

١. أن قواعده تسود مجتمعاً متجانساً له حياته الخاصة وطابعه المعين، وعليه فإن لكل دولة قانونها الخاص بها.
٢. أنه يعني مجموعة القواعد القانونية التي تسود دولة معينة في زمن معين، فهو إذاً يتحدد بالزمان والمكان، فيقال: القانون الوضعي العراقي الجنائي الحالي.
٣. أنه يضم مجموعة القواعد القانونية التي تلزم الدولة الناس باتباعها عن طريق ما تملكه من سلطة وقوة إجبار مادي تقسرها الأشخاص على التقيد بها.
٤. 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 أحكام قضائية أو إلهية ما دامت الدولة تحمل الناس على اتباعها.

المحاضرة الثانية

التمييز بين المصطلحات القانونية وخصائص القاعدة القانونية

تعريف فرع القانون:

هو 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، محدداً الأعمال التجارية ومنظماً الروابط بين التجار.

تعريف المجموعة القانونية:

هي عبارة عن نصوص القانون المشرعة التي تحكم حقلاً من حقول الحياة الاجتماعية الذي تنسم روابطه بوحدة طبيعتها، فيقال: المجموعة المدنية والمجموعة التجارية.

المقارنة بين الفرع القانوني والمجموعة القانونية:

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.

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 تنبع من مصادر القانون الأخرى.

رابعاً: النظام القانوني

يقصد بالنظام القانوني مجموعة القواعد القانونية المتميزة بالتماسك فيما بينها وبالاثبات في تطبيقها والتي تهدف إلى تحقيق غرض معين مشترك، فهو لا يضم قواعد متباينة عن بعضها من حيث الغرض أو متهاكة 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 كيانه.

ضرورة القانون

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، ولكي يولد الإنسان ويتعرعرع 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.

تتصف القاعدة القانونية بأنها:

أولاً: القاعدة القانونية قاعدة سلوك اجتماعية

لقاعدة القانونية لا تهتم بنوايا الأفراد أو مشاعرهم الداخلية، بل تهتم بـ "السلوك الخارجي" الذي يظهر للغير. وهي قاعدة اجتماعية لأنها لا تطبق إلا في وجود جماعة؛ فالشخص الذي يعيش وحيداً في جزيرة لا يحتاج إلى قانون. ويترتب على وصف القاعدة القانونية بأنها 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 يجيء القانون في تطوره ثمرة تفاعلها تتباين من مجتمع إلى آخر، وتتغاير بمرور الزمن، لذلك أصبح لكل مجتمع قانون وضعي يختص به،

وأضحى تناول أحكام القانون بالتعديل والتغيير أمراً لا مفر منه عند تغاير المثل
الاجتماعية وتباين الأوضاع المادية عبر العصور.

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.

مفهوم العمومية و التجريد: 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 تنصرف 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: تعني أن القاعدة تطبق كلما توافرت شروطها، ولا تنتهي بانتهاء واقعة واحدة. فهي لا تُفصل على مقياس شخص معين.

ثالثاً: القاعدة القانونية خطاب يوجه إلى أشخاص لتنظيم روابطهم

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.

الرابطة الاجتماعية هي التي عني القانون بتنظيمها وهي: (العلاقة الظاهرة التي تنشأ بين الأشخاص في المجتمع، والتي يجيز المجتمع للقانون تنظيمها).

رابعاً: القاعدة القانونية قاعدة ملزمة تقتزن جزاء 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 يُدرك والامتثال لها لن يُضمن إلا إذا انطوت على عنصر الإجبار المادي الجماعي، ويعني ذلك أن يكفل المجتمع احترامها عن طريق إجبار مادي يلزم الناس ويحملهم على اتباعها، ولهذا توصف القاعدة القانونية بأنها قاعدة ملزمة.

عناصر إلزام القاعدة القانونية:

- ينبغي على الأشخاص احترام القانون رغماً عنهم ولا يمكن أن يترك احترامها لمحض رغبتهم وإرادتهم.
- إن قسر الأشخاص على اتباعها لا يُضمن إلا إذا اقترنت بجزاء مادي يُفرض على مخالفيها.
- 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

الجزاء القانوني يعرف بأنه: (أثر يتخذ صورة أذى مادي منظم يترتب على مخالفة أحكام القاعدة القانونية تفرضه السلطة العامة لزرع 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 جزاءً قانونياً؛ لأنها لا تبدو في صورة أذى.

شروط الجزاء القانوني:

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

أوصاف الجزاء القانوني:

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

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

أنواع الجزاء القانوني

١. الجزاء الجنائي: وهو أثر يترتب على مخالفة القانون الجنائي أو العقابي وهو مرادف للعقوبة في المعنى، فيُفرض 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 تُفرض على حرية الإنسان فتقيدها كالحبس والسجن.

٢. الجزاء المدني: هو كل عقاب يُفرض عند مخالفة قواعد القانون الأخرى عدا الجنائية، فهو جزاء 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 يمتنع 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 حجز عليها وبيعها لاستيفاء الدين من الثمن.

٣. الجزاء التأديبي: فيعني مخالفة القواعد القانونية التي تحكم الوظيفة العامة أو تفرضها طبيعة المهنة كعقوبة التوبيخ والإنذار والخصم في المرتب والفصل والعزل والتوقف عن ممارسة المهنة.

السلطة المناط بها توقيع الجزاء القانوني

بعد أن تطور المجتمع ونُظم 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 الثالثة

التمييز بين القاعدة القانونية والقواعد الاجتماعية

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 تُعنى 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.

أولاً: التمييز بين القاعدة القانونية والقاعدة الدينية

يعرّف الدين بأنه مجموعة من العقائد والأحكام المستمدة من وحي قوة سامية غير منظورة، رامية إلى خير الإنسان في الحياة الدنيا والآخرة وإسعاد المجتمع.

تقسيم الأديان من حيث مصدرها:

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

٢. 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 المنزل.

وجوه الشبه بين قواعد القانون وقواعد الدين:

١. تماثلهما من حيث الغاية غير المباشرة، وذلك لأن كلاهما يرمي إلى السمو بالمجتمع البشري وإسعاده.

٢. 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.

٣. توصف قواعد القانون وقواعد الأديان جميعاً بأنها عامة ينصرف حكمها إلى من اتصف بصفة معينة من الأشخاص.

٤. توصف جميعاً بأنها قواعد ملزمة تقتزن بجزاء يحمل الناس على اتباعها.

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

وجوه الاختلاف بين قواعد القانون وقواعد الأديان:

١. **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.

٢. **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.

٣. **تباينهما من حيث مقياس الحكم على التصرفات:** إذ يبدو المقياس في دائرة القانون مقياساً ظاهراً أو خارجياً لا يكثرث بالنوايا 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.

٤. **تباينهما من حيث النطاق:** ذلك لأن قواعد القانون لا تُعنى 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، ويُعنى كذلك بحكم واجبات الفرد تجاه ربه حيال نفسه.

٥. **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 صورتين عقاب أو ثواب.

ثانياً: التمييز بين القاعدة القانونية والقواعد الأخلاقية

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

مصادر قواعد الأخلاق:

تستمد قواعد الأخلاق من مصادر ثلاثة هي:

١. الدين: فالأديان كافة تضم أحكاماً أخلاقية تهدف إلى تهذيب النفس، وترسم طريق الفضيلة وتحض الناس عليه، وتحدد درب الرذيلة وتنهى الناس عنه.
٢. مقتضيات الحياة: وأوضاع المجتمع تنبع 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.
٣. النظريات التأملية: التأمل في طبيعة النفس البشرية وفي أسرار الحياة وأسس المجتمع كان ولا يزال مصدراً لكثير من قواعد الأخلاق.

وجوه الاختلاف بين قواعد القانون وقواعد الأخلاق:

١. من حيث مقياس الحكم على التصرفات: مقياس الحكم على التصرفات في دائرة الأخلاق مقياس داخلي أو باطني يتوغل في سرائر النفس، أما مقياس الحكم على التصرفات في دائرة القانون فمقياس ظاهري أو خارجي يعتمد على السلوك الخارجي للشخص؛ فالقانون لا يحفل بالنية المجردة التي لا تبرز إلى العالم الخارجي.
٢. من حيث الوضوح والاستقرار: قواعد الأخلاق تتميز بغموضها وبتشتتها 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.
٣. من حيث طبيعة الجزاء: جزاء مخالفة قواعد الأخلاق جزاء أدبي غير قابل بطبيعته للتنفيذ المادي (عذاب الضمير وخزي المجتمع)، وأما جزاء مخالفة

قواعد القانون فيكون جزاءً مادياً يبدو في صورة أذى ظاهر محدد جنساً وقدرًا.

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

٥. **من حيث النطاق:** قواعد الأخلاق تحكم مختلف الواجبات نحو ربه ونحو نفسه ونحو الآخرين، خلافاً لقواعد القانون التي تحكم نوعاً واحداً وهو واجب الفرد نحو غيره.

٦. **من حيث ما تتناوله القاعدتان بالتنظيم:** تبدو قواعد الأخلاق أوسع نطاقاً من قواعد القانون لأنها تتناول بالحكم واجبات لا تمتد إليها يد القانون كالتضحية من أجل إسعاد الآخرين وقد تبدو الأخلاق أضيق نطاقاً من القانون في حالتين: أولاًهما أن قواعد الأخلاق تقتصر في خطابها على تقرير الواجبات دون إنشاء الحقوق، أما القانون فيقرر الحقوق إلى جانب فرض الواجبات؛ وثانيهما أن قواعد القانون قد تتناول بالتنظيم أموراً لا شأن للأخلاق بها عندما يدخل القانون مصلحة الجماعة في اعتباره (كتنظيم المرور والسجلات التجارية).

مظاهر التشابه بين القانون والأخلاق:

١. تعتبر الأخلاق مثلاً أعلى يُلهم القانون أحكامه في المجال الذي يشتركان في تنظيمه، كضبط النظام.

٢. تعتبر الأخلاق مقياساً تقاس به سلامة التصرفات القانونية، فقد نصت كثير من القوانين على بطلان كل اتفاق مخالف للأداب العامة والنظام العام.

٣. تلعب مبادئ الأخلاق دوراً ملحوظاً عند إصدار الأحكام في حالة افتقار النص والعرف؛ فقد اعتبر كثير من المشرعين مبادئ العدالة (وهي من القيم الأخلاقية) مصدراً رسمياً للقانون.

٤. قد يتأثر القانون بمبادئ الأخلاق في المجال الذي لا يعتبر فيه الواجب تكليفاً قانونياً والتزاماً مدنياً لسقوط قوته الملزمة (كالالتزام الطبيعي).

ثالثاً: التمييز بين قواعد القانون وبين قواعد العدالة

تعني مجموعة من القواعد تصدر عن مثل أعلى يستهدف خير الإنسانية والمجتمع بما يملأ النفوس من شعور بالإنصاف وما يوحي به من حلولٍ منصفة.

وجوه الشبه والاختلاف بين قواعد القانون وبين قواعد العدالة:

١. أنها قواعد عامة كقواعد القانون وسائر القواعد.
٢. تتميز بصيغتها الاجتماعية؛ فقواعد العدالة تركز اهتمامها على التنظيم الاجتماعي كقواعد القانون.

وجوه الاختلاف بين قواعد القانون وبين قواعد العدالة:

١. من حيث الغاية المباشرة: قواعد القانون تهدف إلى حسن التنظيم الاجتماعي عن طريق ضبط النظام، أما قواعد العدالة فتقوم على فكرة الخير شأنها شأن قواعد الأخلاق.
٢. من حيث الجزاء: قواعد القانون تقتزن بجزاء مادي تفرضه السلطة العامة، أما جزاء قواعد العدالة فأدبي يوقعه ضمير المجتمع وضمير الفرد، وإن جاز أن يكون مادياً تفرضه السلطة العامة عندما تُعد قواعد العدالة مصدراً رسمياً للقانون.
٣. من حيث الوضوح والاستقرار: قواعد القانون واضحة المعالم بيّنة الحدود تستقر في مواطن معروفة يسهل الرجوع إليها والإلمام بمضمونها، أما قواعد العدالة فيكتنفها الغموض ويسودها التشتت ويعوزها الثبات فلا موطن يجمعها يتيسر الرجوع إليه.
٤. من حيث الدلالة على الأحكام: ترشد قواعد القانون إلى حلول قاطعة يُستفاد من نصوصها مباشرة، أما قواعد العدالة فلا تملي على أي من المشرع أو القاضي أحكاماً قاطعة.
٥. من حيث التجريد ومراعاة الظروف: توصف قواعد القانون بالتجرد ما دامت تُعنى بالظروف الجوهرية لأنها تهدف إلى تحقيق العدل وتعتد في أحكامها بالوضع الغالب، أما قواعد العدالة فتتوخى تحقيق الإنصاف الذي يقتضي الاهتمام بالظروف الخاصة.

المحاضرة الرابعة

مصادر القانون والمصادر الرسمية للقانون المدني العراقي

مصادر القانون

معنى المصدر: يُراد بهذا اللفظ: الأصل الذي يرجع إليه الشيء. وقد تعددت معانيه من حيث موقعه إلى:

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.

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

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

مصادر القانون المدني العراقي

حددت المادة الأولى من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المصادر الرسمية والتفسيرية للقانون في فقرتيها الثانية والثالثة: نصت المادة الأولى من القانون المدني العراقي: (فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين، فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة، وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقهاء في العراق ثم البلاد الأخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية).

المصدر الأول: التشريع

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

خصائص التشريع:

١. قيام السلطة العامة بوضعه.
٢. اشتماله على قاعدة تتوافر فيها جميع خصائص القاعدة القانونية من عمومية وتجريد وإلزام وتنظيم سلوك الأشخاص في المجتمع.
٣. صبب مضمون القاعدة التي يحتضنها في صيغة مكتوبة رسمية.

مزايا التشريع وعيوبه:

• مزايا التشريع:

١. وضوحه: لوضعه في نصوص مكتوبة وصياغته صياغة فنية دقيقة في لغة بعيدة عن التعقيد وسليمة من الإبهام، مما يضفي عليه الدقة والتحديد.
٢. سريانه على إقليم الدولة برمته: لصدوره من سلطة عامة ذات سيادة تملك فرض احترامه فهي أرجاء الدولة كافة.
٣. سرعة سنه وتعديله: بقصر الوقت الذي يستغرقه صنعه مما يتيح مواكبة حاجات المجتمع المتجددة.
٤. أثره الهام في تطور المجتمع: لكونه يصدر عن إرادة عاقلة واعية توجه المجتمع نحو الإصلاح والتطور.

• عيوب التشريع:

١. الجمود: قد يؤدي إلى جمود القانون وقعوده عن الاستجابة لمتطلبات المجتمع إذا قصر المشرع في تعديله، أو إذا صدر عن مصالح ضيقة.
٢. التسرع واضطراب المعاملات: إذا تعجل المشرع في سنه فغلب عامل السرعة على عامل الدقة والصياغة الرصينة، أو أهمل استلهم الواقع الاجتماعي.

التدرج التشريعي للقوانين

يتدرج التشريع في قوته الملزمة إلى ثلاثة أنواع رئيسية:

أولاً: التشريع الدستوري (الدستور):

هو القانون الأساسي الأعلى في الدولة، يضع القواعد التي يقوم عليها نظام الحكم، ويحدد السلطات العامة واختصاصاتها وعلاقاتها ببعضها وبالأفراد، ويقرر الحقوق والحريات العامة.

• طرق سن الدستور:

يصدر بإحدى أربع طرق:

١. المنحة: تصدر من الحاكم إلى الشعب بإرادته المنفردة.
٢. العقد: اتفاق وتعاقب بين الحاكم والشعب (ممثليه).
٣. الجمعية التأسيسية: هيئة منتخبة من الشعب تتولى وضع الدستور وإقراره.
٤. الاستفتاء الشعبي: وضع مشروع الدستور وطرحه على الشعب للتصويت عليه مباشرة.

تعديل الدستور: ينقسم الدستور من حيث سهولة وصعوبة تعديله إلى:

١. دستور مرن: يعدل بذات الإجراءات المقررة لتعديل القوانين العادية بواسطة السلطة التشريعية.
٢. دستور جامد: يتطلب لتعديله شروطاً وإجراءات معقدة وخاصة نص عليها الدستور لحماية علويته مثل الدستور العراقي.

ثانياً: التشريع العادي

هو التشريع الذي تسنه السلطة التشريعية (البرلمان، مجلس النواب، مجلس الشعب) في حدود اختصاصاتها الدستورية.

• مراحل سن التشريع العادي:

١. مرحلة اقتراح القانون: اقتراح مشروع القانون وفق النصاب والشروط المقررة دستورية.
٢. مرحلة المناقشة والتصويت: دراسة المشروع ومناقشته وإقراره أو تعديله أو رفضه.
٣. النشر في الجريدة الرسمية: جريدة الوقائع العراقية.

ثالثاً: التشريع الفرعي

هو التشريع الذي تصدره السلطة التنفيذية لتسهيل تنفيذ القوانين العادية أو لتنظيم المرافق والخدمات العامة. ويضم التشريع الفرعي في العراق ثلاثة أنواع:

١. الأنظمة: تضعها السلطة التنفيذية لتيسير تنفيذ القوانين.
٢. التعليمات: تصدر لتوضيح كيفية تطبيق القوانين والأنظمة.
٣. النظام الداخلي: تضعه إدارة المؤسسة (عامّة أو شبه عامّة) لتنظيم سير العمل وهيكلتها وميزانيتها.

قاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون:

مفهوم قاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون:

تعني افتراض علم الكافة بصدور التشريع وإحاطتهم علماً بأحكامه منذ نفاذه (سواء من تاريخ النشر أو من تاريخ لاحق محدد فيه). فلا يقبل من أحد الدفع بجهله بالقانون للتملص من أحكامه أو المسؤولية القانونية.

وتقوم هذه القاعدة على أساس مبدأ المساواة والعدالة واستقرار المعاملات، فضلاً عن القوة الملزمة الذاتية للقاعدة القانونية. ولا يجوز الاحتجاج بجهل القانون إلا في حالات استثنائية ضيقة تخضع لتقدير القضاء (كالقوة القاهرة التي تحول دون وصول الجريدة الرسمية إلى منطقة معينة أو حالات الغلط المانع في الرضا وفق شروط دقيقة).

المحاضرة الخامسة

الرقابة على صحة التشريع وسريانه من حيث المكان والزمان

الرقابة على صحة التشريع ومبدأ تدرج القواعد

يتدرج التشريع في قوته وإلزامه وفق هرمية تشريعية؛ فالتشريع الدستوري في القمة يليه التشريع العادي ثم التشريع الفرعي. وهذا التفاوت يقتضي خضوع التشريع الأدنى للتشريع الأعلى مرتبة، واستمداد قوته منه، فلا يجوز للتشريع العادي مخالفة الدستور، ولا للتشريع الفرعي مخالفة الدستور أو القانون العادي.

الرقابة على صحة التشريع الأدنى من حيث الشكل والموضوع:

١. الرقابة من حيث الشكل: صدوره من سلطة مختصة واستيفاء إجراءات سنه ونفاذه ومراعاة الأغلبية المطلوبة. وقد انعقد الإجماع على رقابة المحاكم للشكل؛ فإن لم يستوف شكله امتنعت المحكمة عن تطبيقه لانعدام وجوده القانوني.

٢. الرقابة من حيث الموضوع (الرقابة الدستورية): التحقق من عدم تعارض مضمون التشريع الأدنى مع الأحكام والمبادئ الدستورية. وللمحاكم الاعتيادية حق فحص الدستورية عن طريق الدفع الفرعي المثار من أحد الخصوم والامتناع عن تطبيق النص غير الدستوري.

نطاق تطبيق التشريع

أولاً: سريان القانون من حيث المكان

يقصد به تحديد النطاق الإقليمي والشخصي لتطبيق القانون. ويتنازع هذا الموضوع مبدآن رئيسيان:

١. مبدأ إقليمية القوانين: يتأسس على سيادة الدولة على إقليمها، ومفاده أن قانون الدولة يسري على كل ما يقع داخل حدودها الإقليمية وعلى جميع الأشخاص المقيمين فيه مواطنين كانوا أم أجانب.
٢. مبدأ شخصية القوانين: مفاده أن قانون الدولة يطبق على مواطنيها سواء كانوا داخل حدود إقليم الدولة أو خارجها. وقد أخذ القانون العراقي بهذا المبدأ مع الأخذ بمبدأ إقليمية القانون في أحوال معينة.

ثانياً: سريان القانون من حيث الزمان

إذا صدر القانون ونُشر سرت أحكامه على الوقائع اللاحقة لنفاذه (الأثر الفوري والمباشر للقانون). وإذا حل قانون جديد محل قديم سرى على المستقبل دون الماضي، وهو ما يُعرف بمبدأ عدم رجعية القوانين.

مبدأ عدم رجعية القوانين: يقصد به عدم سريان أحكام القانون الجديد على الوقائع والتصرفات والحقوق التي نشأت واكتملت قبل نفاذه في ظل القانون السابق، ومع ذلك هناك استثناءات في مجال القانون الجنائي (القانون الاصلح للمتهم) فإذا صدر قانون جديد يلغي جريمة ما، أو يخفف العقوبة المقررة لها، أو يقرر تدابير أكثر رحمة، فإن هذا القانون يسري بأثر رجعي على الجرائم التي وقعت قبل صدوره ولم يصدر فيها حكم بات. وكذلك بالنسبة للقوانين التفسيرية التي تصدر لتزيل غموض قانون سابق، ي حالات استثنائية، قد ينص المشرع صراحة في صلب القانون الجديد على سريانه بأثر رجعي.

المحاضرة السادسة

تفسير التشريع وطرق تفسيره وإلغاؤه

تفسير التشريع: هو إزالة غموض النص وتوضيح مبهمه للقضاء على الاختلاف في تحديد معناه. أو هو توضيح ما غمض من ألفاظه وتقويم عيوبه واستكمال ما نقص من أحكامه والتوفيق بين أجزائه المتعارضة وتكييفه ليجاري متطلبات المجتمع وروح العصر.

• حالات التفسير

١. **غموض النص:** إبهام اللفظ وخفاء معناه، كاحتمال اللفظ لأكثر من معنى أو خروجه عن معناه اللغوي إلى معنى اصطلاحى خاص.
٢. **النقص في الحكم:** انعدام النص على حكم مسألة أو قصر الحكم على حالة واحدة من حالات متشابهة كان ينبغي شمولها.
٣. **التعارض بين الأحكام:** تعارض حكم نص مع نص آخر في نفس التشريع أو في تشريع موازٍ له.

• أنواع التفسير

١. **التفسير التشريعي:** يصدر من المشرع نفسه أو السلطة التشريعية لتوضيح قانون سابق، وله قوة القانون الأصلي ويكون ملزماً لجميع المحاكم بأثر كاشف.

٢. **التفسير القضائي:** يقوم به القضاة بمناسبة فصلهم في المنازعات المعروضة، وهو تفسير عملي وواقعي لا يلزم إلا في حدود القضية التي صدر فيها.

٣. **التفسير الفقهي:** يقوم به أساتذة القانون وشراحه، وهو تفسير علمي نظري تأصيلي يستنبط القواعد الكلية ويستترشد به القضاء دون أن يكون ملزماً له.

٤. **التفسير الإداري:** تقوم به الإدارات والوزارات عبر منشورات وتعليمات موجهة للموظفين، ولا يلزم القضاء المستقل.

قواعد وطرق تفسير التشريع

أولاً: طرق التفسير الخارجية:

١. **حكمة التشريع (علة الحكم):** الغاية والمقصد الاجتماعي أو الاقتصادي الذي استهدفه المشرع من وراء سن النص.

٢. **الأعمال التحضيرية:** المذكرات الإيضاحية، ومحاضر جلسات المجلس النيابي، وتقارير اللجان التشريعية التي رافقت إعداد القانون.

٣. **المصادر التاريخية:** الرجوع إلى القوانين الأصلية التي اقتبس منها النص (كالشريعة الإسلامية أو القانون المدني المصري والفرنسي).

٤. **العادات:** القواعد العرفية والمستقرة في التعامل بين الأفراد والتي استقر عليها العمل في بيئة معينة.

٥. **الفلسفة العامة للدولة:** المبادئ الكبرى السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي توجه النظام القانوني للدولة.

ثانياً: طرق التفسير الداخلية (الاستنتاج العقلي والمنطقي):

١. **القياس (مفهوم الموافقة العادي):** إعطاء واقعة غير منصوص عليها نفس حكم واقعة منصوص عليها لاتحاد العلة بينهما (مثال: قياس النصب على السرقة بين الزوجين في عدم العقاب).

٢. **الاستنتاج من باب أولى (مفهوم الموافقة من باب أولى):** إعطاء واقعة غير منصوص عليها حكم واقعة منصوص عليها لكون علة الحكم في الحالة غير

المنصوصة أظهر وأقوى (مثال: إذا كان تلبس الزوجة بالزنا يخفف عقوبة قتلها، فمن باب أولى يخفف عقوبة ضربها).

٣. مفهوم المخالفة: إعطاء الحالة غير المنصوص عليها حكماً معاكساً لحكم الحالة المنصوص عليها لانتفاء علة الحكم (مثال: عدم مساءلة المكره جزائياً يقتضي بمفهوم المخالفة مساءلته عند ثبوت الاختيار).

٤. تقريب النصوص المتعلقة بموضوع واحد: مقارنة النصوص وتفسيرها مجتمعة كوحدة واحدة متكاملة دون اجتزاء نص بمعزل عن سياقه العام.

• إلغاء التشريع

هو إنهاء العمل بالنص التشريعي وتجريده من قوته الملزمة بالنسبة للمستقبل. انتفاء المصلحة التي والحكمة منه تبدل الظروف الاجتماعية والحاجة إلى تنظيم جديد أكثر ملاءمة والسلطة المختصة بالإلغاء ومبدأ توازي الأشكال: لا يُلغى النص التشريعي إلا بنص يماثله في القوة أو أعلى منه درجة؛ فالتشريع الفرعي يُلغى بتشريع فرعي أو عادي أو دستوري، والتشريع العادي لا يُلغى إلا بتشريع عادي أو دستوري، والدستور لا يُعدل أو يُلغى إلا بإجراءات دستورية مماثلة.

المحاضرة السابعة

المصادر الأخرى للقانون

المصدر الثاني: العرف

العرف هو المصدر الثاني للقانون، وعُرف العرف 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).

أركان العرف:

تقوم قاعدة العرف على ركنين أساسيين: ركن مادي وركن معنوي:

أولاً: الركن المادي وتتطلب فيه الشروط الآتية:

١. **تعلق العادة بالروابط القانونية:** أن تتصل بمعاملات الأشخاص وروابطهم القانونية لا بمجرد المجاملات السطحية.

٢. **عموم العادة:** أن تكون عامة ومجردة تنطبق على الكافة أو على فئة معينة بصفاتهم، وتعم إقليم الدولة أو إقليماً جغرافياً أو مهنيّاً معيناً.

٣. **قِدَم العادة:** مضي مدة زمنية كافية على نشوئها واطراد العمل بها بما يرسخ استقرارها.

٤. **اطراد العادة واستمرارها:** اتباعها بصورة متواترة ومنتظمة دون انقطاع على نسق ثابت.

٥. **علانية العادة وشيوعها:** أن تكون معلومة وشائعة بين أفراد البيئة الاجتماعية المتعاملة بها.

٦. **عدم مخالفة العادة لنص تشريعي أمر:** لأن التشريع أسمى من العرف، فلا يجوز لعرف أن يهدر نصاً قانونياً أمراً يتعلق بالنظام العام.

٧. **عدم مخالفة العادة للنظام العام والآداب العامة:** أن تتفق مع المبادئ الأخلاقية والاجتماعية العليا السائدة في المجتمع.

ثانياً: الركن المعنوي (عنصر الإلزام والاعتقاد بلزوم العادة):

وهو استقرار الاعتقاد في نفوس الجماعة وضميرهم بأن هذه العادة أصبحت ملزمة واجباً اتباعها، وأن من يخالفها يتعرض لجزاء مادي تفرضه السلطة العامة. وبهذا الركن المعنوي تكتسب العادة القوة القانونية وتتحول إلى عرف ملزم.

• مزايا العرف:

١. تعبير صادق وتلقائي عن الإرادة الشعبية وحاجات المجتمع الحقيقية.
٢. المرونة وسهولة مواكبة التطور الاجتماعي التلقائي.
٣. سد النقص والقصور في النصوص التشريعية.

• عيوب العرف:

١. بطء نشوئه وتطوره مما يجعله عاجزاً عن التغيير السريع المطلوب في العصر الحديث.
٢. صعوبة التثبت من وجوده ومضمونه الدقيق بسبب غموضه وعدم تدوينه.
٣. يهدد وحدة القانون في الدولة لتنوع الأعراف المحلية والمهنية.

أنواع قواعد العرف والتمييز بينه وبين العادة الاتفاقية:

• أنواع العرف من حيث نطاق تطبيقه: عرف شامل (يعم أرجاء الدولة كافة كعرف ملكية أثاث المنزل للزوجة بمصر)، وعرف محلي (يسود إقليماً أو مدينة كالعرف العشائري في العراق)، وعرف مهني (ينشأ في أوساط مهنة معينة كالأعراف التجارية والبحرية والزراعية).

• أنواع العرف من حيث قوته الملزمة: عرف آمر (لا يجوز الاتفاق على مخالفته كحق الزوجة بالتسمية باسم زوجها بفرنسا)، وعرف مكمل أو مفسر (يجوز للأطراف الاتفاق على استبعاده أو مخالفته).

التمييز بين العرف والعادة الاتفاقية:

العرف يتوافر فيه الركنان المادي والمعنوي فيلزم الأفراد كقاعدة قانونية، بينما العادة الاتفاقية تتضمن الركن المادي فقط دون الركن المعنوي، ولا تلزم المتعاقدين إلا إذا اتجهت إرادتهم الصريحة أو الضمنية إلى الأخذ بها.

المصدر الثالث: مبادئ الشريعة الإسلامية

هي المبادئ العامة المستمدة من أصول الشريعة (مثل العدل، المساواة، الوفاء بالعقود، حماية الملكية). إذا لم يجد القاضي نصاً في التشريع (القانون المكتوب)، ولم يجد عرفاً جارياً، فإنه ينتقل وجوباً إلى "مبادئ الشريعة الإسلامية" ليحكم بها. ويقتصر أثر الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون العراقي في الوقت الحاضر على حقلين رئيسيين:

١. حقل الأحوال الشخصية: تُعد الشريعة الإسلامية المصدر التاريخي للفرد لقانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل، والمصدر الرسمي الاحتياطي فيما لم يرد به نص تشريعي خاص.

٢. حقل المعاملات المالية (الأحوال العينية): نصت المادة الأولى من القانون المدني العراقي على أن مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص القانون هي المصدر الاحتياطي الثاني بعد العرف، دون التقيد بمذهب فقهي معين.

المصدر الرابع: قواعد العدالة

قواعد العدالة ليست نصوصاً قانونية مكتوبة في مدونات، بل هي مجموعة من المبادئ الأخلاقية والمنطقية السامية التي يملها العقل السليم والضمير الإنساني والإنصاف، والتي تستهدف تحقيق العدل في الحالات التي لا يجد فيها القاضي نصاً تشريعياً أو عرفاً أو مبادئ شريعة تنظم النزاع المعروض أمامه.