

من مشكلات تفسير القانون
((التفسير في حالة فقدان النص))

إعداد
السيدالدكتور/ عصمت عبد المجيد بكر
مستشار في مجلس شوري الدولة
وزارة العدل - بغداد
جمهورية العراق

من مشكلات تفسير القانون ((التفسير في حالة فقدان النص))

مقدمة :

ويعرف النقص بأنه (الحالة التي لا يجد القاضي في نصوص القانون المكتوب قاعدة ليطبقها على النزاع المعروف عليه)⁽³⁾ ويعرف أيضا (عدم احتواء التشريع مطلقا على نص يعالج النزاع المعروف أمام القاضي أو انه يحتوي على هذا النص بيد أنه تنقصه الأحكام التفصيلية اللازمة لحل ذلك النزاع)⁽⁴⁾ كما عرف (فقدان القاضي النص التشريعي مع قيام الحاجة إليه لفض نزاع معروف عليه)⁽⁵⁾ ويلاحظ على هذه التعاريف أنها حصرت التفسير بالقاضي في حين أن هناك قانونيين من مستويات مختلفة كالمستشار وعضو الإدعاء العام والفقير والشارح ، والأستاذ في القانون والمحامي ورجل القانون في أي موقع وظيفي يتطلب التفسير ، فكل هؤلاء يمارسون تفسير النصوص القانونية ، لذلك ينبغي القول (المفسر) وعدم الاقتصار على (القاضي) أما فيما يتعلق بالترجيح بين المصطلحات المتداولة للتعبير عن النقص في التشريع ، فنرى أن مصطلحات الفراغ ، الثغرات ، السكوت ، الفقدان ، متماثلة وان كنا نفضل كلمة (الفقدان) خاصة وأن المادة

إذا لم يجد المفسر نصا قانونيا سليما كان أم معيبا ينطبق على الحالة المعروضة عليه، فلا يجوز له أن ينفذ يده من هذه الحالة بحجة سكوت القانون عنها لأن القانون حتم عليه في القضايا المدنية أن يفصل في كل ما يعرض عليه ، فقد نصت المادة (30) من قانون المرافعات المدنية العراقية رقم (83) لسنة 1969 على أنه (لا يجوز لأية محكمة أن تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقصه وإلا عد القاضي ممتنعاً عن إحقاق الحق ، ويعد أيضا التأخير غير المشروع عن إصدار الحكم امتناعا عن إحقاق الحق)⁽¹⁾ لذلك يجب على القاضي الاجتهاد للاهتداء إلى حكم القانون ، ونصت المادة (132) من قانون العقوبات المصري على معاقبة القاضي الذي يمتنع عن الحكم ولو احتج بعدم وجود نص في القانون أو بأن النص غير صريح أو بأي وجه آخر ، وتستخدم مصطلحات عديدة للتعبير عن النقص في التشريع مثل النقص في القانون الفراغ في القانون ، الثغرات في القانون ، القصور في القانون ، سكوت القانون⁽²⁾

والخامس كانون الأول 1945 ص 396 وص 405.

(3) عبد الحي حجازي المدخل لدراسة العلوم القانونية – الكويت 1972 ج 1 ص 538.

(4) محمد أحمد رمضان (دور القاضي في إنشاء القاعدة القانونية المدنية رسالة ماجستير – كلية القانون بجامعة بغداد 1406 هـ 1985 م. ص 54.

(5) النعمان منذر الشاوي (اجتهاد القاضي فيما لا نص فيه في الشريعة الإسلامية والتشريع المدني العراقي رسالة دكتوراه كلية الحقوق / جامعة النهريين 1421 هـ - 2000 م ص 169.

(1) انظر المادة 494/ثانيا مرافعات مصرى و م(486) أصول المحاكمات السوري و م(282 / رابعاً) المرافعات المدنية والتجارية والإدارية الموريتاني لسنة 1983 والمعدل في 1985/5/28 وأطلقت على هذه الحالة (الامتناع عن الحكم) وانظر الدكتور/ عباس العبودي شرح أحكام قانون المرافعات المدنية دراسة مقارنة الموصل 2000.

(2) الدكتور/ حسن أحمد البغدادي النقص الفطري في أحكام التشريع مجلة القضاء ، بغداد العدد الرابع

المطروحة⁽⁷⁾ أما النقص أو القصور الحقيقي ،
فيعني فقدان نص يعالج الواقعة المنظورة وهذا
هو موضوع بحثنا.

ولما كان التفسير، عند فقدان النص
الجزائي يختلف عن حالة فقدان النص المدني
لذلك نبحت عنهما في المبحثين القادمين.

المبحث الأول فقدان النص القانوني الجزائي

-

تثير مشكلة التفسير في حالة فقدان النص
القانوني الجزائي ، جملة تساؤلات تتعلق بمبدأ لا
جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص ، والشك
يفسر لمصلحة المتهم ، والقياس في النصوص
الجزائية ، ونجيب على هذه التساؤلات ونبحث
عنها ، وفيها في المطالب الآتية :

المطلب الأول لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص

بات من المسلم به ، ان المشرع وحده هو
الذي يحدد الفعل والامتناع الذي يعد جريمة كما
أنه هو الذي يحدد الجزاء المقرر لكل منهما
وبذلك تنحصر مصادر التجريم والجزاء في
نصوص القانون ، ويرسم مبدأ لا جريمة ولا
عقوبة إلا بنص ، الحد الفاصل بين اختصاص

المشرع واختصاص القاضي ، فالقاضي ليس له
أن يعتبر فعلاً ما جريمة ، إلا إذا وجد نص في
القانون يصف صراحة الفعل أو الامتناع
المنسوب إلى المتهم بأنه جريمة ، فإذا لم يجد

(7) الدكتور/ عبد الحسين القطيفي - محاضرات غير
مطبوعة القاها على طلبه الماجستير - كلية القانون
بجامعة بغداد 1977 أشار إليها الدكتور/ محمد
شريف أحمد ص157.

(30) من قانون المرافعات المدنية رقم (83)
لسنة 1969م قد استخدمتها ، أما كلمة (النقص)
أو (القصور) فنرى أنهما تدلان على وجود نص
قانوني يعالج الحالة المعروضة ، ولكن النص لا
يستوعب هذه الحالة أو لا يقدم حكماً قانونياً لهذه
الحالة.

وقد يبدو لأول وهلة أن لا تداخل بين
التفسير وفقدان النص فمجال التفسير هو النص
القانوني أما مجال الفقدان فهو الفراغ ، ومع ذلك
فإن معظم شراح القانون ذهبوا إلى اعتبار (
النقص في القانون) أو (فقدان النص) من
حالات التفسير واسبابه ، وذلك أن النقص
لا يتبين وجوده إلا بعد تفسير النصوص المتعلقة
بالموضوع تفسيراً يأخذ بعين الاعتبار مجموع
القواعد القانونية ، ثم أن معالجة النقص في
التشريع تتم ، في الأغلب بالاستعانة بالقياس أو
بالمبادئ العامة أو بالمصادر التي يحددها
المشرع في التشريع ذاته فلا يخرج المفسر حينئذ
عن دائرة النصوص التشريعية ، ومع ذلك هناك
من يذهب إلى عدم اعتبار النقص من أسباب
التفسير وحالاته بالمعنى الدقيق والحقيقي وإن
كان من الممكن اعتباره كذلك مجازاً وافتراساً
(6) ونقص النص أو فقدانه ، اما أن يكون مزيفاً ،
ويتحقق ذلك عندما يكون النص القانوني موجوداً
، ولكنه غير عادل أو غير منسجم مع الظروف
الاجتماعية والاقتصادية السائدة ، وقد يلجأ
المفسر إلى تجاهل النص والحكم طبقاً لقواعد
العدالة أو تطبيق نص آخر لا علاقة له إطلاقاً
بالواقعة المعروضة عن طريق التكييف أو
اخضاع النص لشرط جديد لم يرد فيه ، ومن ثم
الامتناع عن تطبيق النص بحجة عدم توفر
الشرط الجديد ، واللجوء إلى تطبيق نص آخر
يجده أنسب للواقعة

(6) محمد شريف أحمد نظرية تفسير النصوص المدنية ،
رسالة دكتوراه - كلية القانون - جامعة بغداد 1979
ص155 - 156.

القاضي هذا النص فلا سبيل إلى اعتبار الفعل جريمة ولو اقتنع بأن الفعل أو الامتناع مناف للعدالة أو الأخلاق أو لمصلحة العامة⁽⁸⁾ وبذلك يختلف دور القاضي الجزائي عن دور القاضي المدني فالقاضي المدني يطبق النص التشريعي إذا وجدته وإذا لم يجده حكم بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة⁽⁹⁾.

وعلى الرغم من أن القانون الأساسي العراقي (الدستور) لعام 1925 جاء خالياً من النص على مبدأ الشرعية ، وكذلك قانون العقوبات البغدادي 1918 (الملغي) لم يرد فيه نص على المبدأ الا أن أحكام القضاء العراقي استقرت على أن الإدانة لا بد أن تستند إلى نص في القانون ، ثم إن المادة 2/217 من قانون أصول المحاكمات الجزائية البغدادي (الملغي) كانت تنص على أنه يجب أن يبين في الحكم الجريمة التي ثبتت على المتهم ومادة قانون العقوبات البغدادي أو أي قانون آخر التي ثبتت بمقتضاه الجريمة والعقاب الذي حكم به عليه كما أن المحاكم راعت هذا المبدأ باعتباره عرفاً قضائياً⁽¹⁰⁾ ، وقد ورد النص صراحة على مبدأ لا جريمة ولا عقوبة الا بنص لأول مرة في العراق في دستور 29/نيسان/1964 في المادة (2) (لا جريمة ولا عقوبة الا بناء على قانون ولا عقاب الا على الأفعال اللاحقة لصدور القانون الذي ينص عليها وجاء النص على هذا

المبدأ في المادة (22) من دستور (21) أيلول 1968 ، أما في قانون العقوبات رقم 111 لسنة 1969 فقد نصت المادة الأولى منه على أن (لا عقاب على فعل أو امتناع الا بناء على قانون ينص على تجريمه وقت اقترافه ، ولا يجوز توقيع عقوبات أو تدابير احترازية لم ينص عليها القانون ، كما نصت الفقرة(1) من المادة (2) من قانون العقوبات على أن (يسري على الجرائم القانون النافذ وقت ارتكابها ويرجع في تحديد وقت ارتكاب الجريمة إلى الوقت الذي تمت فيه أفعال تنفيذها دون النظر إلى وقت تحقيق نتائجها) وفي دستور عام 1970 نصت المادة (2/21 ب) على أن (لا جريمة ولا عقوبة الا بناء على قانون ، ولا تجوز العقوبة الا على الفعل الذي يعتبره القانون جريمة أثناء اقترافه ، ولا يجوز تطبيق عقوبة أشد من العقوبة النافذة وقت ارتكاب الجرم)⁽¹¹⁾ ، وقد سبقت الشريعة الإسلامية التشريعات الوضعية في إقرار إرادة يمكن استنتاجه من الآيات القرآنية الكريمة والأحاديث النبوية الشريفة فقد ورد في قوله تعالى (وما كنا معذبين حتى نبعث رسولاً)⁽¹²⁾ ، وقوله سبحانه تعالى (وما كان ربك

(11) انظر م 2/66 من دستور مصر عام 1971 ، وم 5 من قانون العقوبات المصري ، وم 8 من دستور الاردن عام 1952 ، وم 3 من قانون العقوبات الاردني ، وم 8 من دستور لبنان ، وم 10 من دستور سوريا ، وم 1 من قانون العقوبات السوري ، وم 32 من دستور السودان العام 1998 ، وم 29 من قانون العقوبات السوداني والفصل السابع من دستور تونس لعام 1959 ، وم 1 من قانون العقوبات التونسي ، والفصل العاشر من دستور المغرب ، وم 46 من دستور الجزائر لعام 1996 ، وم 103 من دستور اليمن لعام 1994 وم 2 من ق العقوبات في اليمن لعام 1994 ، م 57 من دستور موريتانيا لعام 1991.
(12) سورة الإسراء الآية (15).

(8) الدكتور/ علي حسين الخلف والدكتور/ سلطان الشاوي ، المبادئ العامة في قانون العقوبات – مطابع الرسالة – الكويت 1982 ص 30 – الدكتور/ فخري عبد الرزاق الحديثي شرح قانون العقوبات القسم العام بغداد 1002 ص 35 الدكتور/ أكرم نشأت إبراهيم القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن بغداد 1998 ص 79.
(9) المادة (2/1) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951
(10) الدكتور/ علي حسين الخلف ، الوسيط في شرح قانون العقوبات بغداد 1968 هامش ص 71.

مهلك القرى حتى يبعث في أمها رسولا يتلوا عليهم آياتنا...⁽¹³⁾.

وهناك آيات قرآنية عديدة بهذا المأل⁽¹⁴⁾.

وورد في خطبة الرسول (ص) في حجة الوداع (الا وان دم الجاهلية موضوع وأول دم أبدأ به دم الحارث بن عبد المطلب ، وان ربا الجاهلية موضوع وأول ربا أبدأ به ربا عمي العباس بن عبد المطلب...) فالرسول (ص) لم يعاقب على مثل هذه الأفعال ، جرائم الدم وجرائم الربا ، والتي ارتكبت قبل الإسلام لعدم وجود نص سابق يعاقب عليها وقت ارتكابها⁽¹⁵⁾.

المطلب الثاني الشك يفسر لمصلحة المتهم

الأصل براءة المتهم حتى تثبت إدانته لذلك فإن تصرفات الأفراد مشروعة الا ما استثنى منها بنص ، ولا يمتد الاستثناء إلى ما وراء حدوده ، فيفسر الشك لمصلحة المتهم إذا قام شك لدى القاضي في ثبوت الواقعة أو في ثبوت نسبتها إلى المتهم لا بسبب نقص النصوص وإنما بسبب نقص الأدلة أو عدم كفايتها ، كما أن الشك في الاقتناع بأدلة الإثبات يفسر لمصلحة المتهم⁽¹⁶⁾، وقد نص العديد من الدساتير على

مبدأ الشك يفسر لمصلحة المتهم⁽¹⁷⁾ ، كما أن المادة (99) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الصادر في 1999/6/17 نصت على هذا المبدأ⁽¹⁸⁾ ، ولكن هذا الشك لا يثير مشكلة في التفسير لا بل ولا علاقة له بالموضوع الذي نريد بحثه هنا ، فالشك الذي يفسر لمصلحة المتهم الذي له علاقة بالتفسير هو الذي نريد بحثه هنا ، وخاصة عندما يثور شك في تحديد إرادة القانون ، فمثل هذا الشك لا يستقيم مع واجب القاضي في تفسير القانون من أجل تطبيقه ، فلا يجوز الامتناع عن تطبيق القانون على المتهم بحجة أنه غامض كما لا تجوز تبرئة المتهم بناء على أن مجرد الشك في تحديد معني القانون يفسر لمصلحة المتهم⁽¹⁹⁾

فما دام القاضي قادراً على تحديد القانون تعين عليه كشف إرادة المشرع دون تغليب معني على معني آخر أو بناء على أحد المعنيين هو في صالح المتهم ، لأن هدف القاضي هو تحديد إرادة القانون أياً كان اتجاهها سواء في صالح المتهم أو في غير صالحه⁽²⁰⁾ ، ويجب أن لا يحول الغموض في النص دون اتخاذ جميع الوسائل التي تؤدي إلى تجديد المصلحة التي يحميها القانون بتقريره ذلك النص ، فإذا توصل

(17) انظر م20 / دستور العراق في 16/تموز/1970 ، ودستور مصر(67) لعام 1971 ، ودستور اليمن لعام 1994 (م46) ودستور السودان لعام 1998 م32 ، ودستور الجزائر لعام 1996 م45 ، وم1/11 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 1948/12/10.

(18) انظر مجلة دراسات قانونية – بيت الحكمة – العدد الأول السنة الأولى 1999 ص81.

(19) كاظم عبد الله حسين الشمري نظرية تفسير النصوص الجزائية – رسالة دكتوراه – كلية القانون – جامعة بغداد 2001 ص309 والمصادر التي يشير إليها.

(20) أحمد فتحى سرور ، الحماية الدستورية للحقوق والحريات ، القاهرة – دار الشروق 1999 ص418.

(13) سورة القصص الآية (59).

(14) سورة الانفال الآية (38) سورة المائدة – الآية

(95) سورة النساء الآية (165) سورة طه الآية

(134).

(15) الشيخ المرحوم محمد أبو زهرة – الجريمة

والعقوبة في الفقه الإسلامي الجريمة ، القاهرة دار

الفكر العربي 1977 ص189.

(16) كاظم عبد الله حسين الشمري القبض كإجراء ماس

بالحرية الشخصية رسالة ماجستير كلية القانون بجامعة

بغداد 1992 ص10 وما بعدها.

جريمة سلفا والحيلولة دون غموض النص وهذه النتيجة قد لا نتوصل إليها إذا فسرنا الشك لصالح المتهم ، لأن هذا الشك قد يؤدي إلى تحميله جريمة معينة أخف من جريمة أخرى يثور الشك في مدى انصراف قصد المشرع إليها⁽²⁵⁾.

المطلب الثالث القياس في النصوص الجزائية

إذا سكت المشرع عن معالجة حالة معينة بنص ، بحيث يظهر أن هناك نقصا أو ثغرة في التشريع ، ويوجد في الوقت ذاته نص قانوني يعالج حالة مماثلة بحيث تتحد في العلة مع الحالة غير المنصوص عليها أو السكوت عنها ، فهل يجوز للمفسر (في نطاق النصوص الجزائية) اللجوء إلى (القياس) لتطبيق ذلك النص على الحالة المسكوت عنها أم لا يجوز ذلك باعتبار أن القياس محظور في النصوص الجزائية ؟ عرف القياس بأنه (استدلال بعلّة حكم منصوص عليه في مسألة مشابهة تتوفر فيها هذه العلة)⁽²⁶⁾.

أما في نطاق القانون الجنائي ، فقد عرف القياس بأنه قيام القاضي الجنائي بقياس واقعة لم يرد نص بتجريمها على واقعة أخرى مجرمة لوجود تشابه (تناظر) بين الواقعتين⁽²⁷⁾ ، ويرى اتجاه أن القاضي بموجب القياس يطبق نصا قانونيا يخص حالة أو جريمة معينة على حالة أخرى غير منصوص عليها ، وذلك بناء على وجه التشابه بين الحالتين ، سواء كان ذلك التشابه في نوع الجريمة أو في الباعث الذي دفع

المفسر إلى تحديد قصد المشرع فعليه أن يعتمد على سواء أكان مضمون النص لصالح المتهم أم ضده⁽²¹⁾ ، وقد يكون النص القانوني بالغ الغموض وينقصه التحديد ، مما يجعل مهمة القاضي في التفسير مستحيلة ، وعلى الرغم من ذلك بقي في نفسه شك في انطباق النص القانوني على الواقعة أي أن الغموض أصبح نهائياً واستحال عليه بالتالي تفسير النص بالعثور على معني محدد له ففي هذه الحالة لا نكون بصدد مجرد شك في تحديد إرادة القانون وإنما حيال تعذر كامل في تحديد هذه الإرادة ، فإنه لا يجوز في هذه الحالة للقاضي أن يرفض الحكم ولكنه يرفض الإدانة ويقضي بالبراءة⁽²²⁾.

فالأصل في الأفعال الإباحة فإذا انتفى ما يخالف هذا الأصل ، وجب الإبقاء عليه⁽²³⁾ ، وإذا تعلق الغموض بقيد إجرائي ضد المتهم تعين إسقاطه وعدم اشتراطه ، أما حين يتعلق

الغموض بضمان إجرائي لصالح المتهم فإنه لا يؤثر في مبدأ توفر الحرية التي يحميها هذا الضمان ، لأن الأصل هو تمتع الفرد بالحرية وبراءة المتهم ، ويجب على القاضي أن يفسر إرادة المشرع في الجانب الذي يتسق مع هذا الأصل العام⁽²⁴⁾.

فالنص الغامض لا يمكن أن يخلق جريمة أو عقابا باعتبار أن جوهر مبدأ الشرعية هو إحاطة الأفراد علما عن طريق التشريع بما يعتبر

(21) الدكتور / محمود نجيب حسني شرح قانون

العقوبات - القسم العام. القاهرة - دار النهضة العربية
1989 ط6 ص95.

(22) الشمري - نظرية تفسير النصوص الجوائية
ص310 والمصادر التي يشير إليها.

(23) محمود نجيب حسني - القسم العام ص95.

(24) د. أحمد فتحي سرور - الحماية الدستورية للحقوق
والحريات ص419.

(25) محمود نجيب حسني - القسم العام ص 96 - أحمد
فتحي سرور - الوسيط في القانون العقوبات القسم العام
1996 ص161.

(26) الزلمي ج 1 ص133.

(27) الدكتور/ عبد الرؤوف مهدي - شرح القواعد
العامة لقانون العقوبات 1983 ص94.

وتوقيع العقاب في غير الحالات التي نص عليها
المشرع⁽³²⁾. وقضت محكمة النقض المصرية
(من المقرر أنه لا عقوبة إلا بنص يعرف الفعل
المعاقب عليه ويبين العقوبة الموضوعة له ، مما
مقتضاه عدم التوسع في تفسير نصوص القانون
الجنائي وعدم الأخذ فيه بطريق القياس)⁽³³⁾.

البند الثاني : القياس في النصوص القانونية المتعلقة بأسباب الإباحة :

تعرف أسباب الإباحة بأنها (حالات
انتفاء الركن الشرعي بناء على قيود واردة على
نطاق نص التجريم تستبعد منه بعض
الأفعال)⁽³⁴⁾.

ولما كانت النصوص التشريعية هي
المصدر الوحيد لقواعد التجريم والعقاب ، فإن
الأمر ليس كذلك بالنسبة لنصوص الإباحة ، إذ
يجوز للقاضي بشأن أسباب الإباحة أن يلجأ إلى
مصادر أخرى غير النصوص التشريعية وبالتالي
فإن القياس جائز على نصوصها ذلك أنها قواعد
أصلية⁽³⁵⁾. ففي مجال نصوص الإباحة لا تنقيد
بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات – فالاعتداد
بالقياس لا يفضي إلى إهدار مبدأ الشرعية ، وهذا
الفهم الحديث لأسباب الإباحة ينسجم مع
مقتضيات التطور الذي شهده المجتمع الإنساني
فالعديد من أسباب الإباحة المنصوص عليها في
قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة

الجاني لارتكابها⁽²⁸⁾ ولما كان القياس يتعلق
بالجرائم والعقوبات وأسباب الإباحة وموانع
المسؤولية والأعذار والظروف والإجراءات
الجزائية ، لذلك نبحت القياس في هذه المواضع
تباعاً.

البند الأول : القياس في النصوص الجزائية المنشئة للجرائم والعقوبات :

يكاد يجمع الفقهاء على أن أول نتائج مبدأ
الشرعية وأهمها هو: أن القياس محظور في مجال
النصوص المنشئة للجرائم والعقوبات فهذا المبدأ
يحقق الردع ، فضلاً عن ضمان الثبات
والاستقرار القانوني⁽²⁹⁾. فإذا اقتنعت المحكمة
بأن المتهم لم يرتكب ما اتهم به أو جدت أن الفعل
المسند إليه لا يقع تحت أي نص عقابي فتصدر
حكمها ببراءته من التهمة المسندة
إليه⁽³⁰⁾ فالقياس محظور سواء استند إلى علة
نص آخر أو روح التشريع في النظام العقابي
والمبادئ العامة التي تحكمه طالما أنه في
الحالتين سيوجد جريمة أو عقوبة لم ينص عليها
المشرع⁽³¹⁾.

وقد استقر القضاء في فرنسا ومصر على
التسليم بأن القياس في مجال النصوص المنشئة
للجرائم والعقوبات محظور ، فقد قضت محكمة
النقض الفرنسية (لا يجوز للقاضي أن يسعى
عن طريق القياس إلى إكمال نقص القانون

(28) الدكتور صالح محسوب – التفسير والقياس في

التشريعات العقابية الحديثة – بغداد 1953 ص144
وللتوسع راجع كتب أصول الفقه الإسلامي.

(29) الدكتور/ محمود نجيب حسني القسم العام ص93-

الدكتور/مأمون محمد سلامة قانون العقوبات – القسم
العام – القاهرة دار الفكر العربي 1990 ص46.

(30) م182/ب قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم

(23) لسنة 1971 (عراقي).

(31) الدكتور/ أحمد فتحي سرور الوسيط في شرح قانون

العقوبات – القاهرة 1996 ص159.

(32) نقض فرنسي (3) اب 1934 مشار إليه في د.

علي حسين الخلف. الوسيط هامش ص90.

(33) نقض (3) ديسمبر 1979 مجموعة أحكام النقض

س(30) رقم 187 ص 873 ونقض (24) ديسمبر

1980 مجموعة أحكام النقض س 32 رقم (27)

ص177.

(34) محمود نجيب حسني شرح قانون العقوبات القسم

العام ص151.

(35) المصدر السابق ص152.

1969 كانت تستند في أساسها على العرف خلال فترة نفاذ قانون العقوبات البغدادي (الملغي) ومن ذلك القيام بالعمليات الجراحية والعلاج الطبي واعمال العنف التي تقع أثناء الألعاب الرياضية حتى أن حق التأديب سواء أكان للزوج تجاه زوجته أم الأب تجاه ابنه أم المعلم ومن في حكمه تجاه من يتولى تعليمه لم يكن منصوصاً عليه في قانون العقوبات البغدادي (الملغي). وإنما كان يستند إلى العرف⁽³⁶⁾ وأخيراً فإن تطبيقات أسباب الإباحة غير محددة بنصوص ، وبالتالي فهي غير محصورة فيها ، وبالنتيجة فإن القانون لم ينص

عليها على سبيل الحصر ، ومن ثم يصح القياس في مجال النصوص الخاصة بأسباب الإباحة العامة⁽³⁷⁾ .

البند الثالث : القياس في النصوص القانونية المتعلقة بموانع المسؤولية :

ان موانع المسؤولية لا تمحو صفة الجريمة عن الفعل وان أثرها يقتصر على انتفاء مسؤولية مرتكب الفعل⁽³⁸⁾ ، ونص قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969 على موانع المسؤولية الجزائية في المواد (60-65) وهي فقد الإدراك والإرادة والإكراه والضرورة يضاف إليها صغر السن بمقتضى المادة (3) /أولاً) من قانون رعاية الأحداث رقم (76) لسنة 1983 ، ولما كانت النصوص التشريعية

المتعلقة بموانع المسؤولية لا تنشئ جرائم ولا تقرر عقوبات ، ومن ثم فإن القياس عليها لا ينطوي على إهدار لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات⁽³⁹⁾ فالقانون لم يرد موانع المسؤولية على سبيل الحصر بل أوردتها على سبيل التمثيل ويترتب على ذلك ، أنه ليس هناك ما يمنع من وجود تطبيقات أخرى غير المنصوص عليها وكشف عنها العلم ولم يكن ذلك معروفاً عند صياغة هذه النصوص ، فإذا تحقق فإن القاضي يحكم بعدم المسؤولية مع عدم ورود نص خاص بها⁽⁴⁰⁾ .

وابرز مثال على ذلك نص المادة (60) من قانون العقوبات العراقي (لا يسأل جزائياً من كان وقت ارتكاب الجريمة فاقد الإدراك أو الإرادة لجنون أو عاهة في العقل أو بسبب كونه في حالة سكر أو تخدير نتجت عن مواد مسكرة أو مخدرة أعطيت له حظراً قسراً أو غير علم منه بها أو لأي سبب آخر يقرر العلم أنه يفقد الإدراك أو الإرادة ...)⁽⁴¹⁾ ، وفي فرنسا وبالرغم من وجود نص تشريعي بشأن حالة الضرورة فقد اضفي عليها القضاء الفرنسي حكم الإكراه المعنوي⁽⁴²⁾ .

البند الرابع : القياس في النصوص القانونية المتعلقة بالأعذار :

أولاً : الأعذار المعفية من العقاب :

(39) الدكتور/ عبد الفتاح الصيفي - القاعدة الجنائية بيروت - الشركة الشرقية للنشر والتوزيع 1967 ص 387.

(40) الشمري ، نظرية تفسير الجزائية ص 363.
(41) انظر المادة (61) والمادة (62) من قانون العقوبات المصري.

(42) الدكتور/ محمد أبو العلا عقيدة الاتجاهات الحديثة في قانون العقوبات الفرنسي الجديد - مجلة العلوم القانونية والاقتصادية - جامعة عين شمس العدد (3) السنة (39) 1997 ص 18.

(36) الدكتور/ ضياء الدين مهدي الصالحى - أسباب الإباحة والجهل والغلط بها في القانونيين العراقي والألماني - مجلة القانون المقارن بغداد العدد (22) لسنة 1990 ص 114.

(37) الصالحى ص 115 - 116 محمود نجيب حسني - القسم العام ص 154.

(38) د. عوض محمد - قانون العقوبات - القسم العام - دار المطبوعات الجامعية 1998 ص 462.

ويطلق على الأعذار المعفية ، مواع العقب ، وهي أسباب بينها القانون تؤدي إلى الإعفاء من العقاب على الرغم من توفر جميع أركان الجريمة وشروط المسؤولية عنها ، وبالتالي فإن للأعذار المعفية طابع الاستثناء على الأصل ، لذلك يجب أن يحددها القانون على سبيل الحصر والتحديد⁽⁴³⁾.

ذهب اتجاه في الفقه إلى انكار صلة الأعذار المعفية بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات وبالتالي لا يوجد ما يبرر حظر القياس على النصوص التي تقرر هذه الأعذار ، يضاف إلى ذلك كون العذر في صالح المتهم⁽⁴⁴⁾ إلا أن الرأي الراجح يذهب إلى حظر القياس على نصوص الأعذار المعفية وهذا ما يتفق مع طبيعتها وجوهرها ، وإلا فإن القول بغير ذلك يفضي إلى نتيجة لا يمكن قبولها ، وهي تقويض نظرية الأعذار المعفية من أساسها ، وذلك بقيام استثناءات جديدة خروجاً على الأسباب والأوضاع الخاصة المحددة في نصوص القانون صراحة ، ومن مظاهر ذلك أن يستفيد من الإعفاء أشخاص غير من حددهم النص أو أن يمتد حكم العذر المعفي إلى جرائم غير تلك قصدتها المشرع في النصوص صراحة⁽⁴⁵⁾.

ثانياً : الأعذار المخففة من العقاب :

يقصد بالأعذار المخففة من العقاب حالات حددها المشرع على سبيل الحصر ويتوجب على القاضي عند توفرها أن يخفف العقوبة بموجب قواعد معينة في القانون⁽⁴⁶⁾ ، والأعذار المخففة في قانون العقوبات العراقي ، أما أعذار عامة يتسع نطاقها لجميع الجرائم أو أغلبها وهي بموجب المادة (1/128) من القانون ، الباعث الشريف ، الاستفزاز الخطير من المجنى عليه

بغير حق ، وعذر نقص الإدراك أو الإرادة (المسؤولية المخففة) وذلك بموجب المادة (60) من القانون ، أو اعذار خاصة وهي التي ينحصر نطاقها في جريمة أو فئة محددة من الجرائم ، فقد تكون علة العذر اعتبارات نفسية وعائلية (م2/256) عقوبات أو قد تكون مصلحة عملية في حالة الجرائم صعبة الاكتشاف ، وهو ما نصت عليه المادتان (311و462) عقوبات وقد تكون علة العذر التوبة الإيجابية وإصلاح الضرر الناشئ عن الجريمة مثال ما نصت عليه المادة (1/426) من قانون العقوبات العراقي (إذا لم يحدث الخاطف اذاً بالمخطوف وتركه قبل انقضاء ثمان وأربعين ساعة من وقت الخطف من مكان أمين يسهل عليه الرجوع منه إلى أهله تكون العقوبة الحبس مدة لا تزيد على سنة⁽⁴⁷⁾ .

ويذهب اتجاه في الفقه إلى أنه بالنظر لخضوع الأعذار لمبدأ التحديد التشريعي فإن ذلك يستلزم أن تفسر النصوص القانونية الخاصة بها (تفسيراً ضيقاً) ويعلل هذا الاتجاه ذلك حتى لا يجاوز العذر النطاق الذي أراده له القانون ، وقد أقر القضاء الفرنسي والمصري هذا الرأي في

(46) د. فخرى عبد الرزاق الحديث - الأعذار القانونية المخففة للعقوبات - دراسة مقارنة بغداد 1979 ص104.
(47) انظر المادة (204و237) من قانون العقوبات المصري.

(43) الدكتور/ فخري عبد الرزاق الحديثي - النظرية العامة للأعذار القانونية المعفية من العقوبة - دراسة مقارنة بغداد 1976 ص80.

(44) الدكتور/ رؤوف عبيد - مبادئ القسم العام من التشريع العقابي - دار الفكر العربي 1989 ص119 د.
حسنين إبراهيم صالح - النظرية العامة للظروف المخففة - القاهرة دار النهضة العربية 1970 ص163.
(45) د. عماد فتحي السباعي - النظرية العامة للأعذار المعفية في القانون الجنائي - دراسة مقارنة - القاهرة 1986 - ص496 - 496.

مقدماً لأنها بطبيعتها تستحيل على الحصر ، فيترك الأمر فيها للقاضي أن يستخلصها ويقدرها تبعاً لظروف ووقائع كل دعوى لذلك جاز القياس عليها لأنها لا تخضع لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات⁽⁵²⁾.

ثانياً : الظروف القضائية المشددة :

هي أسباب نص عليها المشرع ويجب على القاضي فيها أو يجوز له ، ان يحكم بعقوبة أشد مما قرره القانون للجريمة ، فيجاوز بذلك الحد الأقصى المقرر قانوناً أو إحلال عقوبة من نوع أشد محلها⁽⁵³⁾ وما دامت الظروف القضائية المشددة تعد صورة من صور جسامة الجريمة وبالتالي جسامة العقوبة ، فهي بالتالي تخضع لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ، فعلة التشديد فيها قاصرة ، لذلك فإن حظر القياس على النصوص الخاصة بالظروف المشددة يتفق وطبيعتها وجوهرها والقول بغير ذلك يفضي إلى نتيجة خطيرة تقوض مبدأ الشرعية من أساسه⁽⁵⁴⁾.

البند السادس : القياس في النصوص القانونية الجزائية الإجرائية :

يقصد بالنصوص القانونية الجزائية الإجرائية ، تلك النصوص التي تنظم النشاط الذي تباشره الأجهزة والهيئات التي تعهد إليها الدولة بمباشرة هذا النشاط بسبب وقوع جريمة وتستهدف به تحديد المسؤول عنها وإنزال

(52) الشمري ، نظرية تفسير النصوص الجزائية

ص384.

(53) فخري الحديثي - القسم العام ص 467 الخلف

والشاوي ص444.

(54) الشمري - نظرية تفسير النصوص الجزائية ص

388.

بعض الأحكام⁽⁴⁸⁾ في حين ذهب اتجاه آخر في الفقه إلى أنه لا يوجد ما يحول دون القياس على نصوص الأعدار المخففة ما دام ذلك لا ينطوي على مجافاة لروح القانون ، وليس من شأن القياس في مجال النصوص القانونية الخاصة بالأعدار المخففة أن يمس بحقوق المتهم ، بل أنه يخفف العقاب ويوسع من حرية الفرد وليس فيه اضرار بالمجتمع لأن المحكمة لا تأخذ بالقياس الا عندما تتيقن بأن الأخذ به يطابق قصد المشرع ، وهو في النهاية لا يخالف مبدأ الشرعية لأنه لا يؤدي إلى تقرير جرائم وعقوبات غير منصوص عليها في القانون⁽⁴⁹⁾ ، والأعدار المخففة المنصوص عليها في المادتين (1/128) و(60) من قانون العقوبات العراقي إنما هي أعدار عامة ، وان النصوص التي تتضمنها هذه الأعدار صادرة عن مبدأ قانوني عام ، أي ليست واردة على سبيل الحصر والاستثناء ، بمعنى أن نصوصها ذات علة متعدية وليست قاصرة⁽⁵⁰⁾.

البند الخامس : القياس في النصوص القانونية المتعلقة بالظروف القضائية :

أولاً : الظروف القضائية المخففة :

تسمح الظروف القضائية المخففة ، للقاضي ، عند تحققها ، الحكم بعقوبة تقل عن الحد الأدنى المقرر للجريمة أو إحلال عقوبة من نوع أخف محلها في نطاق قواعد حدها القانون⁽⁵¹⁾ وما دامت الظروف القضائية المخففة ليست واردة في القانون على سبيل الحصر والاستثناء ، فليس بوسع المشرع أن يحددها

(48) محمود نجيب حسني - القسم العام ص820.

(49) د. مأمون محمد سلامة - حدود سلطة القاضي

الجنائي في تطبيق القانون - دار الفكر العربي.

(50) الشمري - نظرية تفسير الجزائية ص 377.

(51) فخري الحديثي - القسم العام ص462 الخلف

والشاوي ص 457.

العقوبة أو التدبير الاحترازي به وتحديد الأصول والقواعد التي تحكم عمل هذه الهيئات⁽⁵⁵⁾.

ومن المتفق عليه فقها جواز القياس في مجال النصوص الجزائية الإجرائية ، لأن هذه النصوص لا يحكمها مبدأ الشرعية ، فيجري عليها على غيرها من النصوص القانونية ، ومن ثم يجوز مد الحكم الوارد فيها إلى حالة أخرى ما دامت متماثلة معها في العلة ، ذلك أن النصوص الشكلية إنما تستهدف حسن سير العدالة الجزائية وإدراك الحقيقة بأسرع وقت دون مساس بالنصوص المتعلقة بالتجريم والعقاب التي تقيد بها الدساتير والقوانين بمبدأ الشرعية⁽⁵⁶⁾ ، ويرى البعض أنه لا يصح الالتجاء إلى القياس إلا عندما يكون الفراغ أو القصور حقيقيا ، أما الفراغ أو النقص الظاهري للنصوص فإن وسائل التفسير المنطقي كفيلة بسد هذا الفراغ وتبديد ذلك القصور ، فالشرعية الإجرائية لا بد لها من انعكاسات على تفسير نصوص الإجراءات الجزائية ، ويتمثل ذلك في حظر القياس في مجال النصوص الإجرائية التي تضع قيوداً على الحرية الشخصية للمتهم أو تنتقص من ضمانات حقه في الدفاع أو تتعلق بالاختصاص القضائي ، فهذه محل حماية دستورية داخلية في منطوق الشرعية الجنائية في شقها الإجرائي فهي عمل تشريعي محض وبالتالي لا يجوز القياس عليها ، أما سوى ذلك في النصوص الإجرائية والتي تستهدف فقط حسن سير العدالة كغاية وموضوع

، فإن القياس عليها جائز⁽⁵⁷⁾ فعلي القاضي أن يقوم بكل إجراء يراه مفيداً لكشف الحقيقة ، ولو لم يكون منصوصاً عليه في القانون ، ما دام هذا الإجراء

لا ينقص حقا من الحقوق المقررة كالمساس بحق المتهم في دفاعه عن نفسه مثلا⁽⁵⁸⁾ ، ويلاحظ أن المادة الأولى من قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 نصت على أن (يكون هذا القانون هو المرجع لكافة قوانين المرافعات والإجراءات إذا لم يكن فيها نص يتعارض معه صراحة) ، ويجب أن لا يكون تطبيق النص الموجود في المرافعات المدنية (لعدم وجوده في الأصول الجزائية) متعارضاً والمبادئ والأساس الذي قام عليه قانون أصول المحاكمات الجزائية) ، مثال ذلك القواعد المتعلقة بانقطاع المرافعة وإبطال الدعوى ، فلا يمكن تطبيق هذه النصوص على الرغم من خلو قانون أصول المحاكمات الجزائية منه⁽⁵⁹⁾ ، ومن ناحية أخرى يلاحظ أن قانون أصول المحاكمات الجزائية قد أغفل النص على رد القضاة ، فيجوز الاستعانة بقانون المرافعات المدنية لسد هذا النقص⁽⁶⁰⁾ لم يجد المفسر نصاً يقيس عليه حكم الحالة المعروضة لا في قانون أصول المحاكمات الجزائية ولا في الفروع القانونية الأخرى ، فعليه حينئذ الالتجاء إلى المبادئ العامة التي تحكم الإجراءات الجزائية ، فإن لم يهتد إلى حل للمشكلة التجأ إلى المبادئ العامة التي تحكم

(57) الشمري - نظرية تفسير النصوص الجزائية

ص394 ، وص 395 - 396.

(58) د. عبد الوهاب حومد ، دراسات معمقة في الفقه

الجنائي المقارن - جامعة الكويت 1983 ص

482.

(59) الأستاذ/ عبد الأمير العكيلي - أصول الإجراءات

الجنائية في قانون أصول المحاكمات الجزائية ج1

بغداد 1977 ص12-13.

(60) الشمري - نظرية تفسير النصوص الجزائية ص

398.

(55) الأستاذ/ عبد الأمير العكيلي - والدكتور / سليم

إبراهيم حربة - شرح قانون أصول المحاكمات

الجزائية - مطبعة جامعة بغداد 1987 ص10

الدكتور/سعيد حسب الله عبدالله - شرح قانون أصول

المحاكمات الجزائية الموصل 1998 ص50.

(56) د. محمود نجيب حسني - شرح قانون الإجراءات

الجنائية - القاهرة 1981 ص20 د. سامي

النصراوي - دراسة في أصول المحاكمات الجزائية

- بغداد ج1 1974 ص6.

الإجراءات بصفة عامة ، مدنية كانت أو تجارية أو إدارية ، فإن لم يجد حلاً فعلياً أن يهتدي بالمبادئ العامة التي تحكم النظام القانوني للدولة وقضت محكمة النقض المصرية بأنه لا يعيب الحكم استناده في تفسير القانون إلى قواعد المنطق والعدالة بما لا يخالف حكم القانون⁽⁶¹⁾ ويذكر أنه لا مجال لتطبيق قاعدة (الشك يفسر لمصلحة المتهم) في تفسير النصوص الإجرائية وإنما يقتصر مجال هذه القاعدة على اثبات الوقائع ، أما النص الذي يشوبه غموض فينبغي على المفسر أن يجلوه ، خاصة وأن جميع وسائل التفسير جائزة له ليستظهر ما يقصده المشرع يقيناً⁽⁶²⁾.

المبحث الثاني فقدان النص القانوني المدني

المدنية يجد أمامه مصادر عديدة يستقي منها الحل المناسب للقضية المراد إبداء الرأي فيها أو حسمها وإصدار حكم فيها ، وقد نصت الفقرة

(2) من المادة (1) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 على أنه (فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة) ، ثم نصت الفقرة (3) من هذه المادة على أن (وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقهاء في العراق ثم في البلاد الأخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية)⁽⁶⁴⁾ ، كما نصت المادة (2)

(64) نصت الفقرة (2) من المادة الأولى من قانون

الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 .

(2- تسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقهاء الإسلاميين في العراق وفي البلاد الإسلامية الأخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية) ونصت الفقرة (2) من المادة (1) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 (فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، حكم القاضي العرف ، وإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة) ، ونصت المادة (1) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 على أن:

1- تسري نصوص هذا القانون على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بالفاظها ومعانيها ولا مسأغ للاجتهاد في مورد النص.

2- فإذا لم تجد المحكمة نصوصاً في هذا القانون حكمت بإحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون ، فإن لم توجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية.

3- فإذا لم توجد حكمت بمقتضى العرف فإن لم توجد حكمت بمقتضى قواعد العدالة ، ويشترط في العرف أن يكون عاماً وقديماً ثابتاً ومطرداً ، ولا يتعارض مع أحكام القانون أو النظام العام أو الآداب ، أما إذا كان العرف خاصاً ببلد معين فيسري حكمه على ذلك البلد.

من المسلم به مدى ضرورة التفسير وأهميته ، ولا شك أن هذه الضرورة وتلك الأهمية ، تبرزان في مجال النصوص القانونية غير الجزائية في أوضح صورة وبيان ، نظراً لما يتمتع به القاضي المدني من سلطة تقديرية واسعة ، وكذلك المفسر للنصوص القانونية المدنية ، إضافة إلى أن القاضي المدني يعد ممتنعاً عن إحقاق الحق في حالة امتناعه عن الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقصه⁽⁶³⁾ ، ولذلك فإن المفسر للنصوص القانونية

(61) الدكتور/ مأمون محمد سلامة ، التعليق على نصوص قانون الإجراءات الجنائية القاهرة 1981 ص 290.

(62) الدكتور/ أحمد فتحي سرور – الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية – القاهرة 1993 ج 1 ص 96 – الدكتور/ محمود نجيب حسني شرح قانون الإجراءات الجنائية القاهرة 1988 ص 21.

(63) م(30) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 .

من القانون المدني على أن (لا مساغ للاجتهاد في مورد النص) والمادة (3) منه (ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه) وغير ذلك من النصوص القانونية المتعلقة بالتفسير، بناء عليه نبحت عن قواعد العرف ومبادئ الشريعة الإسلامية وقواعد العدالة والقانون الطبيعي والقياس وأحكام القضاء والفقهاء في مطالب متتابعة.

المطلب الأول قواعد العرف

-

نصت الفقرة (2) من المادة (1) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 على أنه (إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف.....) فما هو العرف وما هو دوره في القانون المدني وكيف نلجأ إليه لإيجاد حل لمعضلة قانونية معروضة علينا، هذا ما نبحت فيه في بندين اثنين.

تكرر مرة بعد أخرى حتى أثر في نفوسهم وصارت تتلقاه عقولهم بالقبول⁽⁶⁶⁾ أو هو ما تكرر استعماله من فعل أو قول حتى اكتسب صفة الاستقرار في النفوس والتقبل في العقول والرعاية⁽⁶⁷⁾ فالعرف، مجموعة القواعد القانونية التي تنشأ من اضطراد سلوك الناس على نحو معين في اتباعها زمناً طويلاً مع اعتقادهم بالزامها، وبيان مخالفتها تستتبع توقيع جزاء مادي، فالقواعد القانونية العرفية تنشأ في ضمير الجماعة، وفي العلاقات بين أفراد المجتمع دون تدخل من سلطة خارجية⁽⁶⁸⁾ والعرف التجاري هو مجموعة القواعد القانونية غير المكتوبة التي اعتاد التجار اتباعها في معاملاتهم التجارية، والتي اكتسبت صفة الإلزام نتيجة لاستمرار العمل بها على وجه التكرار واعتقاد المعنيين بها بلزوم إتباع أحكامها في الحالات المماثلة⁽⁶⁹⁾.

ثانياً - تمييز العرف عن بعض التعبيرات الأخرى

1- العرف والعادة :-

ذهب جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية إلى التسوية بين مفهومي العرف والعادة وأنهما مترادفان في حين ذهب البعض من الفقهاء إلى التفرقة بينهما، وأن العادة تعني التكرار وتكون فردية أو جماعية،

(66) بدران أبو العينين بدران - أصول الفقه الإسلامي

القاهرة 1393 هـ - 1973 م. ص 218.

(67) الدكتور/ مصطفى إبراهيم الزلمي - أصول الفقه

بغداد 1991 ج 1 ص 88.

(68) الدكتور/ توفيق حسن فرج المدخل للعلوم القانونية

1976 ف 154 ص 239.

(69) الدكتور/ عدنان أحمد ولي (مصادر القاعدة القانونية

التجارية في ظل قانون التجارة العراقي-مجلة القضاء-العددان الثالث والرابع 1984 ص 84.

البند الأول - ماهية العرف :-

أولاً - تعريف العرف :

يقصد بالعرف لغة، المعروف، وهو ما تعارف عليه الناس في عاداتهم ومعاملاتهم⁽⁶⁵⁾ أما اصطلاحاً، فيقصد بالعرف ما اعتاده جمهور الناس والفقهاء من قول أو فعل.

4- ويستترشد في ذلك كله بما أقره القضاء والفقهاء

على ألا يتعارض مع ما ذكر، ونصت المادة

(3) من القانون المدني الأردني (يرجع في فهم

النص وتفسيره وتأويله ودلالته إلى قواعد

أصول الفقه الإسلامي).

(65) المعجم الوسيط ج 2 ص 602.

أستخدم العرف والعادة بشكل مترادف كما في المواد (163-165).

2- العرف والإجماع :

يتفق العرف والإجماع في أن كليهما اتفاق مجموع إرادات على أمر معين إلا أن هناك فروقا بينهما ، ومنها أن المعتبر في العرف توافق أغلب الناس على أمر معين عامهم وخاصهم ، أما الإجماع فالمعتبر فيه اتفاق مجتهدى الأمة خاصة ، كما أن العرف يتحقق بتوافق الأغلبية أو الأكثرية ، أما الإجماع فيطلب اتفاق الجميع دون استثناء ، وأخيراً فإن الحكم الثابت بالإجماع يكون كالنص الشرعي ، لا مساعٍ للاجتهاد فيه بعد ثبوته ، أما الحكم الثابت بالعرف فهو يقبل التغيير إذا تغير العرف الذي أسس عليه⁽⁷³⁾ .

3- العرف والتشريع :

يتفق العرف وما تدعو إليه الحاجة من الناحية العملية ، لأنه يعبر عن حاجات الجماعة ، في حين أن قواعد التشريع قد توضع ولا تتلاءم مع ظروف الجماعة ، ولا تنمو قواعد في ضمير الجماعة كالقواعد العرفية ، ثم أن العرف يتطور بتطور المجتمع في حين أن التشريع قد يتخلف عن التطور ما لم يتدخل المشرع بالتعديل ، والعرف بطئ التكوين ينشئ

القواعد القانونية تدريجياً في حين التشريع أداة سريعة يستطيع أن يتمشي مع حاجات

(73) توفيق حسن فرج ف159 ص 248-250 الدكتور/ رمضان أبو السعود - الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني - بيروت الدار الجامعية للطباعة والنشر 1983 ص 490-491.

إلا أن العرف يكون جماعياً فقط لأن مايعتاده بعض الناس لا يكون عرفاً إذا لا بد في تحقيق العرف من اعتياد الأغلب أو الكل⁽⁷⁰⁾ ، وذهب اتجاه إلى أن العادة أعم من العرف لأن العادة تشمل العادة الناشئة عن عامل طبيعي كحرارة الإقليم أو برودته وهي العادة المتكررة فتكون النسبة بين العادة والعرف هي العموم والخصوص المطلق لأن العادة أعم مطلقاً والعرف أخص ، فكل عرف هو عادة وليست كل عادة عرفاً ، لأن العادة قد تكون فردية أو مشتركة⁽⁷⁰⁾ في حين ذهب اتجاه آخر إلى أن العرف أعم من العادة ، فخص العرف بالقول والعادة بالفعل⁽⁷⁰⁾ أما في ميدان القانون ، فإن العرف يقتضي توفر ركن مادي حيث يلزم لقيام العرف أن يضطرد سلوك الناس مدة طويلة على أمر من الأمور بصورة عامة ثابتة لا تتغير ، ولا تتنافى مع الآداب العامة أو مع المبادئ العامة الأساسية التي تقوم عليها الجماعة ، وركن معنوي هو شعور الأفراد بالزام العرف وهذا الركن المعنوي هو الذي يميز العرف عن العادة التي تقوم متى توفر الركن المادي فقط دون الركن المعنوي⁽⁷¹⁾ ويلاحظ أن القانون المدني

العراقي ، تأثراً منه بالفقه الإسلامي ، قد

(70) أبو العينين ص 218 الزلمي 71 ، وانظر ابن نجيم الاشتباه والنظائر ص93 السيوطي الاشباه والنظائر ص92.

(70) انظر مصطفى الزرقا - المدخل الفقهي لعام 1964 دمشق ج1 ص481.

(70) انظر الدكتور/ سعد العنزي - العرف والعادة في الشريعة والقانون - مجلة الحقوق - الكويت العدد الأول السنة الثالثة والعشرين ص189-240. (71) توفيق حسن فرج ف 156 ص 243 - 244.

المجتمع إلى إنشاء قواعد جديدة لمواجهة ما يستجد من مشاكل تحتاج إلى حلول سريعة ، ويؤدي العرف إلى تعدد القواعد القانونية في البلد الواحد ، وتنشئ القواعد العرفية قواعد قانونية دون أن توضع في صيغة محددة واضحة مكتوبة تبين متى بدأ وقت سريانها في حين أن التشريع يتميز بالدقة والتحديد⁽⁷³⁾.

ثالثاً - شروط العرف وأنواعه :

1- شروط العرف :

لكي يصبح العرف مصدراً من مصادر القانون يجب أن تتوفر فيه الشروط الآتية :-

أ - أن يكون عاماً ، فالعرف ينشئ قاعدة قانونية والقاعدة لا بد أن تكون عامة مجردة فلا ينصرف حكمها إلى شخص معين بذاته أو أشخاص معينين بالذات وليس معني هذا أن العرف يجب أن يكون شاملاً لكل الأشخاص في الدولة فقد يكون خاصاً بمهنة أو بإقليم معين.

ب- أن يكون العرف قديماً ، أي يجب أن يمضي على اتباع العرف فترة طويلة بحيث يمكن أن يقال أن الأمر استقر في الجماعة على اتباعه.

ج - أن يكون العرف ثابتاً: أي أن يتبعه الناس بانتظام بطريقة لا تتغير ولا تنقطع.

د - أن يكون العرف مطابقاً للنظام العام والآداب في المجتمع.

(73) الهامش السابق.

هـ- أن تتولد في أذهان الناس الشعور بضرورة احترام العرف وان مخالفته تستوجب توقيع الجزاء عليهم⁽⁷⁴⁾.

2- أنواع العرف :

أ - العرف بالقول: مثال ذلك ، لفظ الفائدة ، فلغة تعني المنفعة ، أما في لغة القانون فتعني ربح المال في زمن محدد بسعر محدد وجمعه فوائد⁽⁷⁵⁾ وقد نصت المادة (171) من القانون المدني العراقي (إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود وكان معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام وتأخر المدين في الوفاء به كان ملزم أن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخر فوائد قانونية).

ب- العرف الفعلي: كعقد الزواج ، اما على المذهب الحنفي أو على مذهب الشيعة الأمامية دون بقية المذاهب الإسلامية.

ج - العرف العام: هو أن يكون العرف عاماً يشمل جميع أنحاء البلد الواحد دون استثناء.

(74) توفيق حسن فرج ف 156 ص 241 - 242 عبد الباقي البكري - المدخل لدراسة القانون والشريعة الإسلامية 1972 ، ص 382-385 الدكتور/ مالك دوهان الحسن - المدخل لدراسة القانون بغداد 1972 ، ص 381-383 البزاز ص 126 - 127 وص 130-131 د. رياض القيسي - علم أصول القانون بيت الحكمة - بغداد (2002) ص 145 وما بعدها.
(75) المعجم الوسيط ج 2 ص 714.

د - العرف الخاص: هو الذي يعد كذلك أو لدى أصحاب مهنة أو تجارة معينة.

هـ- العرف المحلي: وهو ما كان نطاق سريانه مقتصرًا على جغرافية كالبصرة أو الموصل أو بغداد.

ج - يختلف العرف باختلاف الجهات والمناطق في بلد واحد ، مما قد يؤدي إلى تعدد القواعد القانونية العرفية في الموضوع الواحد ذاته مما يشكل عقبة في سبيل وحدة النظام في داخل المجتمع الواحد⁽⁷⁶⁾.

خامسا - إثبات العرف :-

نظراً لطبيعة العرف القانونية ، فإن القاضي يفترض فيه العلم بالعرف ، وهو يقضي فيه بعلمه ، ولا يطلب من الخصوم اثباته ويخضع في قضائه به لرقابة محكمة التمييز⁽⁷⁷⁾ مع ملاحظة أن قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 لم يميز بين مسألة القانون ومسألة الواقع في الخضوع لرقابة محكمة التمييز ، ذلك أن المادة (203) من هذا القانون نصت على أن للخصوم أن يطعنوا تمييزاً لدى محكمة التمييز في الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف أو محاكم الأحوال الشخصية ، ولدى محكمة استئناف المنطقة في الأحكام الصادرة من محاكم البداءة كافة ، وذلك في الأحوال الآتية:-
إذا وقع في الحكم خطأ جوهري ، ويعتبر الخطأ جوهرياً إذا أخطأ الحكم في فهم الوقائع...).

ولصعوبة معرفة العرف من الناحية العملية ، فإن الخصوم يعاونون القاضي في التحقيق من وجود العرف وتحديد مضمونه وبالإمكان اللجوء إلى أهل الاختصاص في مهنة معينة أو إلى

(76) الدكتور/ رمضان أبو السعود - الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني - بيروت الدار الجامعية للطباعة والنشر 1983 ص 490-491 د. رياض القيسي - علم أصول القانون ف 41 ص 144 - 145

(77) الدكتور/حسن كيرة - المدخل إلى القانون - القاهرة 1969 ص 267 وما بعدها.

رابعاً - مزايا العرف وعيوبه :

1- مزايا العرف :

- أ - يتفق العرف وحاجات الجماعة لأنه يستند إلى ما يجري عليه الناس في أحوالهم الاقتصادية والاجتماعية.
- ب- يتطور العرف ويتغير تبعاً للظروف الاقتصادية والاجتماعية.
- ج - في الأغلب الأعم لا يحيط التشريع بكل مشكلة أو مسألة تظهر في المجتمع ، لذلك كثيراً ما نجد نقصاً في التشريع ، فيأتي العرف غالباً ليسد هذا النقص أو فقدان النص في نواحي القانون.

2- عيوب العرف :

- أ - أن قواعد العرف غير مكتوبة ويصعب التحقق من مضمون القاعدة العرفية ، إذ ليس من السهل تحديدها والتثبت منها.
- ب - أن العرف بطئ التكوين ، ومن ثم فهو بطئ في التطور أيضاً ولا يمكن الاعتماد عليه لتطوير المجتمع

العرف التجارية لمعرفة وجود العرف وتحديد مضمونه ، ومع ذلك يبقى القاضي في النهاية هو المرجع في تقدير وجود العرف وفي تفسيره ، ولمحكمة التمييز أن تعقب عليه إذا طبق عرفاً غير موجود أو أغفل عرفاً قائماً⁽⁷⁸⁾ أما العادة فهي مجرد واقعة مادية ، وان على من يتمسك بها أن يثبت وجودها ومضمونها ويخضع هذا الإثبات لسلطة القاضي التقديرية ، ويجوز إثبات وجود العادة ومضمونها بجميع طرق الإثبات⁽⁷⁹⁾.

سادساً - القوة الملزمة للعرف :

قيلت نظريات عديدة في الأساس الذي يستمد العرف منه قوته الملزمة هي:-

1- يستمد العرف حجته الملزمة ، من إرادة المشرع ، فإذا نص القانون على اعتبار العرف مصدراً فهو دليل على أن إرادته نصبت العرف مصدراً للقانون بجانب التشريع ، سواء كان النص على ذلك صراحة أو ضمناً ، أما إذا لم ينص على ذلك فلا اعتبار له مطلقاً⁽⁸⁰⁾.

2- يستمد العرف قوته من قضاء المحاكم به ذلك لأن ما يجري به العرف يظل مجرد عادة إلى أن يتدخل القضاء فيقره ويطبقة ليسبغ عليه بذلك القوة الملزمة ، لا بل وقد تجاوز ذلك إلى تكوينه وتحديد مضمونه

فدور القضاء حيال العرف شبيه بدور الصانع إزاء المادة الأولية ، فهو يتولاها صنعا ويخرجها شكلاً محدداً⁽⁸¹⁾.

3- يستمد العرف قوته الملزمة من الضرورات الاجتماعية ، لأن حاجة الناس إلى قاعدة تحكم علاقاتهم اقتضت نشوء العادة وإطرادهم على اتباعها أفضى إلى استقرارها وشعورهم بضرورة الالتزام بها أدى إلى انقلابها عرفاً⁽⁸²⁾.

وفي الحقيقة أن المشرع هو الذي يقرر ما إذا كان يسمح للعرف أن يكون مصدراً للقانون أو لا يسمح بذلك ، وعلى هذا نصت الفقرة (2) من المادة الأولى من القانون المدني العراقي حيث جعل المشرع العرف مصدراً للقانون عند عدم وجود النص التشريعي بالنص على ذلك وبإرادة تشريعية واضحة وصريحة⁽⁸³⁾ فالقضاء يكشف في الحكم القضائي عن وجود العرف كقاعدة قانونية⁽⁸⁴⁾.

البند الثاني - دور العرف في القانون المدني :

يلعب العرف دوراً مهماً في مختلف فروع القانون ، كالقانون المدني والقانون الدستوري والقانون الدولي العام⁽⁸⁵⁾ ، ولما كانت دراستنا هنا تنصب على النصوص القانونية المدنية ، لذلك نبحت في دور العرف في القانون المدني ،

(81) البكري ص 406 اليزاز ص 134 تناغوف 138 ص 453.

(82) البكري ص 409 - 410 اليزاز ص 135 تناغو ف 139 ص 457 وما بعدها.

(83) النعمان منذر الشاوي ص 370.

(84) البكري ص 408 حسن كبيرة ص 288.

(85) الدكتور/ سعد عبد الجبار العلوش ، دراسات في العرف الدستوري - بغداد 1999 - ص 9 ، ص 111.

(78) السنهوري - الوسيط ج 2 ص 56 هامش رقم (2) الدكتور/ عبد الباسط جميعي - نظام الإثبات في القانون المدني المصري القاهرة 1953 ف 59 ص 62.

(79) السنهوري - الوسيط ص 51-52.

(80) البكري ص 404 عبد الرحمن اليزاز - مبادئ أصول القانون بغداد 1958 - ص 133 الدكتور/ سمير عبد السيد تناغو - النظرية العامة للقانون - الاسكندرية 1974 ف 136 ص 449.

ويبرز دوره في حالة اكماله للتشريع أو معاونته له أو مخالفته له ، ونلقي الضوء على هذه الأدوار :-

أولاً - دور العرف المكمل للتشريع :

لا يتصور شمول التشريع بكافة الحلول للمشاكل المتصورة في المجتمع فهناك من المسائل ما يقصد المشرع أن يتركه لحكم العرف لأنه الأنسب ، وهناك من المسائل التي لم تكن في ذهن المشرع عند وضع التشريع وبالرغم من أن القانون المدني المصري والقانون المدني العراقي قد أحالا إلى العرف ، فإن دور العرف في القانون المدني يعد دوراً ضئيلاً إلى حد ما ، إذ أن هذا القانون يعد شاملاً لمعظم المشاكل وحلولها⁽⁸⁶⁾ ، ومع ذلك فإن المشرع مهما تدخل في تنظيم كل ما قد

يعرض في الحياة من أمور فإنه لا يستطيع أن يعرض لها جميعاً بالتنظيم فيقف العرف وراءه ومن خلفه المصادر الاحتياطية الأخرى ليسد ما قد يكون هناك من نقص ، كما يلاحظ أن دور العرف المكمل يبرز أيضاً في حالة وجود قاعدة تشريعية تضع حكماً لمسألة من المسائل وينص المشرع في هذه القاعدة على أن حكمها لا ينطبق إلا إذا لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره ، ففي هذه الحالة يجب أولاً أن نطبق ما اتفق عليه المتعاقدان ، ان وجد اتفاق بينهما ، أما إذا لم يوجد اتفاق بينهما فإننا نطبق العرف ان وجد ، وإذا لم يوجد اتفاق أو عرف فإن القاعدة التشريعية هي التي تطبق ، مثال ذلك ما نصت عليه المادة

(171) من القانون المدني العراقي (...) وتسري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها أن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري

تاريخاً آخر لسريانها ، وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره⁽⁸⁷⁾ والمادة 573 من القانون (...) وإذا لم يكن الثمن مستحقاً عند تسليم المبيع وجب الوفاء به في موطن المشتري وقت الاستحقاق ، ما لم يوجد عرف أو قانون يقضي بغير ذلك⁽⁸⁸⁾ والمادة 583 (نفقات عقد البيع ورسوم التسجيل وغيرها من الرسوم وأجرة كتابة السندات والصكوك وغير ذلك من المصروفات التي يقتضيها البيع تكون على المشتري ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك)⁽⁸⁹⁾ وفي كل هذه

الحالات إذا كانت هناك قاعدة عرفية تخالف القاعدة التشريعية فإن القاعدة العرفية هي التي تطبق دون القاعدة التشريعية⁽⁹⁰⁾ والتي هي بطبيعة الحال من القواعد المكملة أو المفسرة.

ثانياً - دور العرف المعاون للتشريع

قد ينظم المشرع موضوعاً معيناً ولكنه يحيل القاعدة التشريعية ذاتها إلى العرف فيقوم العرف بتفسير وتحديد ما أحال إليه المشرع كان يحيل التشريع إلى العرف لتحديد بعض المعايير التي يضعها أو للاستهداء به في الكشف عن قصد المتعاقدين أو يستعين به سبيل وضع حدود معينة لفكرة يفضل أن يترك تحديدها للعرف

(87) م 226 مدني مصري.

(88) م 456 مدني مصري.

(89) م 462 مدني مصري.

(90) توفيق حسن فرج ف162 ص256-257.

(86) رمضان أبو السعود ص506 - 507 وهذا الامر ينطبق على القوانين العربية الأخرى التي أقرت بالعرف.

وندرس حالات دور العرف المعاون للتشريع على النحو الآتي:-

1- قد يستعين المشرع بالعرف لتحديد بعض المعايير المرنة التي يضعها في القاعدة التشريعية مثال ذلك المادة (2/150) من القانون المدني العراقي (ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام)⁽⁹¹⁾ ، والمادة (537/ج) (يدخل في البيع من غير ذكر... ج - كل ما يجري العرف على أنه من مشتقات المبيع)⁽⁹²⁾.

2- قد يستعين المشرع بالعرف للاستهداء به في التعريف على ما قصد المتعاقدين مثال ذلك ما نصت عليه المادة (2/150) من القانون المدني العراقي (ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف...)⁽⁹³⁾.

3- يحدث أيضا أن يترك المشرع مسألة معينة - وهو يضع القاعدة - لينظمها العرف مثال ذلك ما نصت عليه المادة (175) من القانون المدني العراقي (الفوائد التجارية التي تسري على الحساب الجاري يختلف سعرها القانوني باختلاف الجهات ويتبع في طريقة احتساب الفوائد المركبة في الحساب الجاري ما يقضي به العرف التجاري)⁽⁹⁴⁾.

4- يحدث أن يضع المشرع فكرة معينة غير أنه لا يعني بيان حدود هذه الفكرة وإنما يترك ذلك للعرف ، مثال ذلك ما نصت عليه المادة (3/558) من القانون المدني العراقي (والعيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وأرباب الخيرة أو ما يقوت به غرض صحيح إذا كان الغالب في المال المبيع عدمه....)⁽⁹⁵⁾.

ثالثا - دور العرف المخالف للتشريع :

1- في القواعد التشريعية الأمرة:

الأصل أن العرف لا يملك ، كقاعدة عامة ، إلغاء التشريع أو مخالفته ، وهذا ما يجب الأخذ به بالنسبة لنصوص التشريع الأمرة المتعلقة بالنظام العام ، فلا يصح إلغاء القاعدة التشريعية أو مخالفتها الا بتشريع آخر.

وإذا تعارض عرف مع قاعدة تشريعية أمرية فإن الغلبة للقاعدة التشريعية سواء أكان ذلك التعارض في نطاق القانون المدني بين قاعدة تشريعية مدنية أمرية وبين قاعدة عرفية مدنية - أم كان ذلك في نطاق القانون التجاري بين قاعدة تشريعية تجارية أمرية وبين قاعدة عرفية تجارية ، أما إذا كان التعارض بين قاعدة تشريعية مدنية أمرية وقاعدة عرفية تجارية فإن القاعدة العرفية تطبق في هذه الحالة إذ لا محل

(91) م 148 مدني مصري.

(92) م 432 مدني مصري.

(93) م 150 مدني مصري.

(94) م 23 مدني مصري.

(95) م 448 مدني مصري ، وانظر رمضان أبو السعود ص 511-513.

لتطبيق القواعد المدنية ، وهي قواعد عامة ، إذا ما وجدت قاعدة عرفية تجارية ، وهي قاعدة خاصة.

المصري ينص على أن التضامن بين الدائنين أو المدنيين لا يفترض وإنما بناء على اتفاق أو نص في القانون(م 279 مدني مصري).

أما في العراق فقد كانت المادة (2) من قانون التجارة رقم (149) لسنة 1970 (الملغي) تنص على أن :-

2- في القواعد التشريعية المكملة أو المفسرة

قد توجد قاعدة تشريعية مكملة أو مفسرة تضع حكماً لمسألة من المسائل ، وينص المشرع في هذه القاعدة على أن حكمها لا ينطبق إلا إذا لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره في هذه الحالة يجب أولاً أن نطبق ما اتفق عليه المتعاقدان إن وجد اتفاق بينهما ، أما إذا لم يوجد اتفاق بينهما فإننا نطبق العرف إن وجد ، وإذا لم يوجد اتفاق أو عرف ، فإن القاعدة التشريعية هي التي تطبق ، ومن قبيل ذلك ما ينص عليه القانون المدني العراقي في المادة (171) (... وتسري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها أن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها ، وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره⁽⁹⁶⁾) والمادة (573) (.... وإذا لم يكن الثمن مستحقاً عند تسليم المبيع وجب الوفاء به في موطن المشتري وقت الاستحقاق ، ما لم يوجد عرف أو قانون يقضي بغير ذلك⁽⁹⁷⁾) والمادة (583) (نفقات عقد البيع ورسوم التسجيل وغيرها... تكون على المشتري ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك)⁽⁹⁸⁾) والمادة (586) (2- فإذا لم يحدد الاتفاق أو العرف زماناً أو مكاناً لتسليم المبيع (0009)⁽⁹⁹⁾) والمادة (587) (نفقات تسليم المبيع على المشتري ، ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك)⁽¹⁰⁰⁾ فإذا كانت هناك

1- تسري على المسائل التجارية أحكام الاتفاق الخاص بين المتعاقدين فإذا لم يوجد اتفاق خاص سرت نصوص هذا القانون أو غيره من القوانين المتعلقة بالمسائل التجارية ثم قواعد العرف العام. إذا لم يوجد عرف تجاري وجب تطبيق أحكام القانون المدني.

2- لا يجوز تطبيق الاتفاق الخاص أو قواعد العرف التجاري إذا تعارضت مع نصوص تشريعية أمرة وعندما صدر قانون التجارة رقم (30) لسنة 1984 فلم يعترف بالعرف التجاري وقد نص البند (ثانياً) من المادة (4) منه على أن يسري القانون المدني على جميع المسائل التي لم يرد بشأنها حكم خاص في هذا القانون أو في أي قانون آخر) أما القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 فقد أجاز تطبيق العرف التجاري حتى لو أتى بحكم مخالف لقاعدة أمرة في القانون المدني من ذلك ما نصت عليه المادة (232) من هذا القانون (لا يجوز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال ، وذلك كله دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية ، ومن ذلك أيضاً قاعدة افتراض التضامن قامت واستقرت في ظل القانون التجاري المصري على الرغم من وجود نص في القانون المدني

(96) م 226 مدني مصري.

(97) م 573 مدني مصري.

(98) م 583 مدني مصري.

(99) م 586 مدني مصري.

(100) م 587 مدني مصري.

قاعدة عرفية تخالف القاعدة التشريعية المكملة أو المفسرة فإن القاعدة العرفية هي التي تطبق دون القاعدة التشريعية المكملة أو المفسرة ، وهذه نتيجة لإحالة القاعدة التشريعية على القاعدة العرفية⁽¹⁰¹⁾.

الأبدان⁽¹⁰⁴⁾ والشريعة والدين والملة بمعنى واحد ، وهو ما شرعه الله لعباده من الأحكام ، ولكن هذه الأحكام تسمى شريعة باعتبار وصفها وبيانها واستقامتها ، وتسمى (دينا) باعتبار الخضوع لها وعبادة الله بها ، وتسمى (ملة) باعتبار املائها

على الناس⁽¹⁰⁵⁾ أما الإسلام ، فمعناه الانقياد والاستسلام لله تعالى ثم خص باستعماله بالدين الذي أرسل الله به نبيه محمدا (ص) وبهذا المعنى وردت كلمة الإسلام في قوله تعالى (اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً)⁽¹⁰⁶⁾ وقوله تعالى (ومن يبتغ غير الإسلام ديناً فلن يقبل منه وهو في الآخرة من الخاسرين)⁽¹⁰⁷⁾ لذلك فإن الشريعة الإسلامية في الاصطلاح الشرعي هي (الأحكام التي شرعها الله لعباده ، سواء أكان تشريع هذه الأحكام بالقرآن أم بسنة النبي محمد (ص) من قول أو فعل أو تقرير)⁽¹⁰⁸⁾ وتتميز الشريعة الإسلامية بخصائص عديدة هي ، أنها من عند الله (سبحانه وتعالى) هو الله تعالى فهي وحيه إلى رسوله محمد (ص) باللفظ والمعنى وهو القرآن الكريم ، أو بالمعنى دون اللفظ وهو السنة ، فهي بهذا الاعتبار تختلف اختلافا جوهريا عن جميع الشرائع الوضعية لأن مصدر هذه الشرائع البشر ومصدر الشريعة الإسلامية رب البشر

المطلب الثاني مبادئ الشريعة الإسلامية

-

البند الأول-التعريف بالشريعة الإسلامية وتمييزها عن المصطلحات الأخرى:

أولاً : الشريعة الإسلامية والفقهاء الإسلامي :

1- الشريعة الإسلامية :

يقصد بالشريعة لغة ، المذهب أو الطريقة المستقيمة وشرعة الماء أي مورد الماء الذي يقصد للشرب ، وشرع أي نهج وأوضح وبين المسالك وشرع لهم يشرع شرعا أي سن⁽¹⁰²⁾ ويقصد بالشريعة ، في الاصطلاح الشرعي ما شرع الله لعباده من الدين ، أي من الأحكام المختلفة⁽¹⁰³⁾ وسميت هذه الأحكام شريعة لاستقامتها ولشبهها بمورد الماء لأن بها حياة الناس والعقول كما أن في مورد الماء حياة

⁽¹⁰⁴⁾ الدكتور/ عبد الكريم زيدان - المدخل لدراسة

الشريعة الإسلامية - بغداد 1964 ، ف45 ص38.

⁽¹⁰⁵⁾ الشيخ محمد رشيد رضا- تفسير المنار ج3

ص257.

⁽¹⁰⁶⁾ سورة المائدة - الآية (3).

⁽¹⁰⁷⁾ سورة آل عمران - الآية (85).

⁽¹⁰⁸⁾ تفسير القرطبي ج16 ص163.

⁽¹⁰¹⁾ توفيق حسن فرج ف162 ص253 -

257 رمضان أبو السعود ص513 - 514.

⁽¹⁰²⁾ المختار من صحاح اللغة ص265 تفسير القرطبي

ج16 ص10.

⁽¹⁰³⁾ تفسير القرطبي ج16 ص163 محمد سلام

مدكور تاريخ التشريع الإسلامي ص11 وهوامشها.

(109) كما أن الشريعة الإسلامية تتميز بأن الجزء فيها دينوي وأخروي وأنها عامة لجميع البشر في كل مكان وزمان وباقية غير قابلة للنسخ والتبديل ، وأحكام الشريعة الإسلامية نوعان: الأول جاء

على شكل أحكام تفصيلية ، والثاني على شكل قواعد ومبادئ عامة ، والأحكام التفصيلية تتعلق بالعقيدة والعبادات والأخلاق أو ببعض المسائل الخاصة بعلاقات الأفراد فيما بينهم.

أما القواعد والمبادئ العامة ، فهي لا يمكن أن تضيق بحاجات الناس كما لا يمكن أن تتخلف عن أي مستوي عال تبلغه الجماعة ، ومن الأمثلة على ذلك مبدأ الشورى في الحكم حيث ورد في قوله تعالى (وامرهم شورى بينهم) (110) (وشاورهم في الأمر) (111) ومبدأ المساواة ومبدأ العدالة (ان الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل) (112) و (ويا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين لله شهداء بالقسط ولا يجرمنكم شنآن قوم على الا تعدلوا اعدلوا هو أقرب للتقوى) (113) وقاعدة (لا ضرر ولا ضرار) وهو حديث نبوي شريف.

-2- الفقه الإسلامي :

يقصد بالفقه ، لغة ، العلم بالشيء والفهم له كما يعني إدراك غرض المتكلم من كلامه ، ومنه قوله تعالى (فما لهؤلاء القوم لا يكادون يفقهون حديثاً) (114) وقوله تعالى على لسان نبيه شعيب (قالوا يا شعيب ما نفقه كثيراً مما تقول) (115) ثم أطلق لفظ (الفقه) في الاصطلاح الشرعي على جميع الأحكام الدينية التي جاءت بها الشريعة الإسلامية سواء أكانت هذه الأحكام متعلقة بأمور العقيدة أم بالأخلاق أم بالعبادات أم بالمعاملات ، ثم طرأ تغير على مفهوم الفقه ، في الإصلاح ، فصار يطلق على (العلم بالأحكام الشرعية).

ثانيا - الشريعة الإسلامية وأصول الفقه :

سيق أن عرفنا في (أولا) من هذا البند أن الشريعة الإسلامية تعني في الاصطلاح الشرعي (الأحكام التي شرعها الله لعباده ، سواء أكان بتشريع هذه الأحكام بالقرآن أم بسنة النبي محمد (ص) من قول أو فعل أو تقرير ، أما أصول الفقه الإسلامي فهي عبارة عن قواعد عامة يتوصل بها إلى استنباط الأحكام الشرعية الفرعية من أدلتها التفصيلية ، فهي قانون الاجتهاد وقواعد الاستنباط التي يستعين بها المجتهد (أو القاضي) على استخراج الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية (الجزئية) (116) والمقصود بالأحكام الشرعية العملية ، هي تلك الأحكام التي تنظم أعمال وتصرفات الإنسان وتبين صفاتها التكليفية من وجوب وندب وحرمة وكراهة وإباحة وصفاتها الوضعية من كونها سببا أو شرطا أو مانعا أو

(114) سورة النساء - الآية (78).

(115) سورة هود - الآية (91) ثم انظر زيدان ف65 ص62 وتراجع كتب اللغة والقواميس في كلمة (الفقه)

(116) الزلمي - أصول الفقه في نسجه الجديد ط1999 ج1 ص6.

(109) زيدان ق46 ص39.

(110) سورة الشورى - الآية (38).

(111) سورة آل عمران - الآية (159).

(112) سورة النساء - الآية (58).

(113) سورة المائدة - الآية (8).

صحيحاً أو باطلاً ، ولعلم أصول الفقه أهمية كبيرة في المجالين الفقهي والقانوني ، فمن بلغ مرتبة الاجتهاد وتوفرت له أسبابه يستعين بقواعد أصول الفقه وقوانينه في استنباط الأحكام

الشرعية العملية للقضايا والمسائل التي تعني ببيان أحكامها إضافة إلى تمكنه من ترجيح رأي فقيه على رأي فقيه آخر للأخذ بما هو افقه وغير ذلك من جوانب أهمية على علم أصول الفقه ، أما في المجال القانوني ، فإن الملم بقواعد أصول الفقه تفتح ذهنيته مما يكون مؤهلاً لإجراء المقارنات.

والموازنات بين آراء فقهاء المسلمين من جهة وآراء فقهاء القانون من جهة أخرى للوصول إلى ما هو أكثر ملائمة به في التشريعات الوضعية ، ثم أن أهمية أصول الفقه تتجلى للقانوني من حيث فهم وتفسير النصوص القانونية ، فهي عامة وخاصة ، ومطلقة ومقيدة وغامضة وواضحة ، فالعام يخص بالخاص عند التعارض والمطلق يقيد بالمقيد عند التضارب والغامض يزال غموضه بالواضح إذا كان تشريعها يرمي إلى تحقيق غاية واحدة ، وكل ذلك لا يتم الا بالاستعانة بقواعد أصول الفقه ، وكذلك عند تعارض النصوص القانونية فيما بينها تتم الاستعانة بقواعد وأصول الفقه الإسلامي حيث يتم اللجوء إلى الجمع بين النصين أولى من إهمال أحدهما ، فإذا لم يتيسر ذلك وجب البحث عن المرجحات لتقديم الراجح على المرجوح في العمل ، وان لم يمكن ذلك بأن كان النصان متساويين في القوة الإلزامية ولم يكن هناك مرجح لأحدهما فيجب البحث عن تاريخ تشريعهما لتحديد المتأخر منها واعتباره ناسخاً للأول وملغياً له ، ثم أن قواعد أصول الفقه الإسلامي تعين من يعمل في مجال تشريع القوانين من حيث الصياغة الفنية الدقيقة للنصوص القانونية بعيداً عن الحشد والتعقيد

والغموض والإبهام . كما أن هذه القواعد تفيد رجل القانون في فهم النصوص القانونية وتفسيرها بالدقة المطلوبة⁽¹¹⁷⁾.

وقد نصت المادة (3) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 على أن (يرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله ودلالته إلى قواعد أصول الفقه الإسلامي).

ثالثاً - المبادئ العامة للقانون :

قيلت آراء عديدة في تحديد المقصود بالمبادئ العامة للقانون وهي:-

1- ان المقصود بالمبادئ العامة للقانون ، القواعد العامة للقانون ، وهي قابلة الانطباق على قواعد قانونية أخرى بحيث تعتبر هذه القواعد تطبيقاً للمبدأ العام ويعد المبدأ العام هو القاعدة بالنسبة لهذه القواعد فالمبدأ العام هو قاعدة القواعد القانونية أن جاز التعبير ويمكن التعرف على هذه المبادئ بسهولة ويسر عن طريق مراجعة القواعد القانونية للترقية بين ما يعتبر منها أصلاً وما يعتبر فرعاً ، وبالتالي فإن فكرة المبادئ العامة تصبح فكرة فنية المقصود منها وضع بناء منطقي متماسك للقواعد القانونية.

2- يقصد بالمبادئ العامة تلك التي يقضي بها العقل الإنساني ، مثل مبدأ عدم جواز التكليف بمستحيل ، ومبدأ أن من يجب عليه الضمان لا يجوز منه الاسترداد ومبدأ أن الباطل لا أثر له وهكذا ، ولكن هذا الاتجاه

⁽¹¹⁷⁾ الزلمي أصول الفقه ج1-15 وانظر زيدان - أصول الفقه ص5 وما بعدها.

عن القانون الطبيعي فهي تظل مع ذلك تعبيراً مؤقتاً قابلاً للتعبير بحسب ظروف الزمان والمكان ، وهي كذلك بالضرورة تعبير إنساني لا يمكن أن يوصف بالكمال أو يكتب له الخلود.

وأن أقوى تعبير عن المبادئ العامة للقانون التي أمكن للإنسان استخلاصها من القانون الطبيعي ، تلك التي جاءت في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي أصدرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في 10/ ديسمبر/1948.

فالمبادئ العامة للقانون هي أفكار جوهرية يمكن استخلاصها من الفكرة العامة للوجود السائد في مجتمع معين ، كما يمكن كذلك استقراءها من القواعد القانونية الوضعية الموجودة في المجتمع.

وتعد مبادئ الشريعة الإسلامية من المبادئ العامة للقانون في البلدان العربية والإسلامية التي تقر دساتيرها بأن الإسلام هو دين الدولة وتستمد قوانينها من مبادئ الشريعة الإسلامية وتعد المبادئ العامة للقانون طريقاً من طرق التفسير المنطقي ويمكن الاستعانة بها ، ويستعين المفسر بهذه المبادئ في تفسير الغامض من النصوص القانونية ، وذلك بالرجوع إلى المبدأ القانون العام الذي يعتبر النص المراد تفسيره تطبيقاً له ، وكذلك في حالة ما إذا كان النص المراد تطبيقه وتفسيره استثناء من مبدأ عام ، فعلى المفسر في هذه الحالة عدم التوسع في التفسير⁽¹¹⁸⁾.

البند الثاني: المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية:

(118) الدكتور/ سمير عبد السيد تناغو – النظرية العامة للقانون ف79 ص246-248 ف81 ص253 ف82

يطابق بين المبادئ العامة وبين القانون العقلي أو الطبيعي عن طريق التعبير عن القانون الطبيعي تعبيراً لفظياً محدداً في قواعد تبدو معقولة ، ولكنها تقبل مع ذلك المناقشة ويمكن أن تختلف بشأنها الآراء فهناك قواعد مقبولة ولكنها مع قاعدة أخرى فقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، تحد منها وتقيدها قاعدة عدم جواز الغبن الذي يؤدي إلى الإثراء لأحد طرفي العقد على حساب الطرف الآخر وقاعدة إطلاق حق الملكية تحد منها وتقيدها قاعدة عدم جواز التعسف في استعمال الحق.

3- أن المبادئ العامة تتفق مع التقاليد القانونية في بلد معين ، ولكن هذه التقاليد لا تكون لها قيمة إلا بالقدر الذي تؤثر به في تكون العقلية القانونية لرجال القانون ، ثم تستمد بعد ذلك قيمتها من هذه العقلية ذاتها التي أسهمت هي في تكوينها ، فتكون قيمة التقاليد الحقيقية مرادفة في الواقع لمجرد الحنين إلى الشيء المألوف ، ولا يمكن هذا لاعتبارها متضمنة للمبادئ العامة للقانون ، خاصة وان الدراسات الحديثة ورسائل الدراسات العليا لا تكف عن تقديم الأفكار القانونية الجيدة وإبراز الأخطاء الكامنة في الأفكار القانونية التقليدية.

4- يذهب هذا الرأي إلى أن تحديد المقصود بالمبادئ العامة للقانون هو الذي يذهب إلى الربط بين هذه المبادئ وبين الفلسفة العامة السائدة في مجتمع معين ، فالمبادئ العامة هي الأفكار التي تصدر عن الفكرة العامة للوجود أو عن التصور العام للكون والحياة في مجتمع معين ، والتي تؤدي إلى استنباط مجموعة القواعد القانونية الوضعية التي تنظم سلوك الأشخاص في هذا المجتمع ، وإذا أخذنا المبادئ العامة على أنها تعبير

نصت الفقرة (2) من المادة (1) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 (فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين....)⁽¹¹⁹⁾ وقيلت في تحديد المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية ثلاثة آراء نبينها فيما يأتي :-

أولاً - الرأي الأول :

ذهب هذا الرأي إلى أن معني (مبادئ الشريعة الإسلامية) هو مبادئها الكلية وأصولها العامة وحدها التي لا يختلف جوهرها باختلاف المذاهب الفقهية الإسلامية دون أحكامها التفصيلية التي لا يختلف جوهرها باختلاف المذاهب الفقهية الإسلامية دون أحكامها التفصيلية التي هي عبارة عن حلول وأحكام جزئية تختلف باختلاف المذاهب الفقهية الإسلامية ، وفي المذهب الواحد أحياناً ينبغي الرجوع إلى المبادئ الكلية العامة الأساسية التي لم تكن محل خلاف بين المذاهب الفقهية كل ذلك بشرط أن تكون الأكثر ملاءمة لنصوص القانون المدني.⁽¹²⁰⁾

- ص 261 - محمد صبري السعدي ص 9 -
 - ص 234 - توفيق حسن فرج ف 169 ص 269 -
 271 وانظر فارس حامد عبد الكريم العجرش فكرة المعيار في القانون وتطبيقاتها في القانون المدني - دراسة مقارنة رسالة ماجستير - كلية القانون بجامعة بغداد 2001 ص 121-127.
⁽¹¹⁹⁾ م 2/1 قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 118 لسنة 1959 ، م 1/2 القانون المدني السوري رقم 84 لسنة 1949 ، م 1/2 القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.
⁽¹²⁰⁾ مرقص ص 344 كبيرة ص 299 حجازي ص 473 البكري ص 456-457 ضياء شيت خطاب - مصادر القانون المدني العراقي - مجلة القضاء-

وان هناك من ذهب إلى ان (..... هذه المبادئ لا تعدو أن تكون الأفكار الجوهرية الأساسية في الشريعة الإسلامية ، ورجوع القاضي إليها لا يعتبر تطبيقاً لقواعد قانونية تفصيلية ولكنه استلهم للمبادئ العامة الكلية وللموجهات والأفكار الأساسية التي تقوم عليها الشريعة الإسلامية)⁽¹²¹⁾.

ثانياً - الرأي الثاني :

ذهب هذا الرأي إلى أن المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية ، قواعد العامة سواء أكانت جماعية (أي مما انعقد عليها الإجماع) أم خلافية دون الفرعيات الجزئية الشاذة البعيدة وما يكشف البحث العلمي والنقد والتمحيص فساد من الأقوال الاجتهادية ، دون اعتماد مذهب فقهي معين من المذاهب القائمة أو التي انقرض مقلدوها وكل ذلك مع إفساح المجال للاجتهاد في إطار الشرع الإسلامي وفقاً لمبادئه العامة وسياسته التشريعية ومقاصده فيما لم يرد به نص⁽¹²²⁾.

ثالثاً - الرأي الثالث :

يذهب إلى أن المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية ، الفقه الإسلامي ويقدم هذا الرأي الأدلة الآتية :-

العدد(2) نيسان 1956 محمد أحمد رمضان ص 152
⁽¹²¹⁾ تناغو ص 265.
⁽¹²²⁾ الدكتور/ صلاح الدين الناهي من معضلات التفسير القضائي مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي احتياطي للقوانين المدنية المعاصرة - مجلة العلوم القانونية والسياسية - المجلد الأول العدد (3) 1977 ص 19-20 ونصوص قانونية وشرعية بغداد مطبعة الإيمان 1390هـ- 1971 ط 2 ص 14-15.

نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة.

4- لا يقصد بمبادئ الشريعة الإسلامية القواعد الكلية في الشريعة الإسلامية التي لها وجود ومفهوم مستقل عن الشريعة الإسلامية والفقهاء الإسلامي والقواعد الكلية هي صياغات لفظية مختصرة لآيات قرآنية كريمة أو أحاديث نبوية شريفة أو قواعد لغوية ليسهل الرجوع إليها عند الحاجة إلى معرفة حكم جزئية صغيرة يردّها إلى القاعدة الكلية.

5- أن القانون المدني العراقي أعتمد في الدرجة أساس على مجلة الأحكام العدلية وهي تقنين للمذهب الحنفي⁽¹²⁴⁾ فالرجوع إلى مبادئ الفقه الإسلامي الأكثر ملاءمة لنصوص القانون وهي مبادئ الفقه الحنفي سواء أكانت أصولية أم فقهية ، هو تفسير أكثر وضوحا واستقامة من القول بأن الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية هو الرجوع إلى القواعد الكلية الفقهية الأكثر ملاءمة لنصوص القانون المدني المستمد

من الفقه الحنفي الذي قد يخالف تماما في بعض الأحيان مذاهب فقهية إسلامية أخرى ، لذلك فإن عبارة (دون التقيد بمذهب معين) تصبح زائدة ، بعد أن وجد أن المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية هي (الفقه الإسلامي) الأكثر ملاءمة لنصوص القانون المدني يعني الفقه الإسلامي⁽¹²⁵⁾.

1- ورد في الأسباب الموجبة للقانون المدني العراقي (اما مصادر القانون فهي التشريع ثم العرف ثم الفقه الإسلامي دون تقيد بمذهب معين ثم قواعد العدالة ...) فأطلقت الأسباب الموجبة على (مبادئ الشريعة الإسلامية) تعبير (الفقه الإسلامي).

2- يلاحظ أن مشروع القانون المدني العراقي (النافذ حاليا برقم(40) لسنة 1951) كان قد استخدم تعبير (الفقه الإسلامي) في المادة (2/1) من المشروع ثم عدل إلى تعبير (مبادئ الشريعة الإسلامية) ، ثم أن المذكرة الإيضاحية المختصرة لمشروع القانون التي وضعها المرحوم الأستاذ/ منير القاضي (أحد أعضاء لجنة المشروع) بين في الفصل الأول وعنوانه (في تطبيق القانون). (عرض المشروع في هذا الفصل مصادر القانون فيبين أنها: أولا- النصوص التشريعية... ثانيا- أحكام الفقه الإسلامي الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون العراقي دون تقيد بمذهب معين ، وقد أقر المشروع باعتباره (الفقه الإسلامي) مصدرا من مصادر القانون منزلة ذات شأن للفقه الإسلامي...)⁽¹²³⁾.

3- كثيرا ما يطلق لفظ (الشريعة) ويراد به الفقه ، وذلك من باب إطلاق العام ويراد به الخاص ، فالفقه أخص من الشريعة ، فهو جزء ما تشمل عليه الشريعة فالشريعة تتكون من علم العقائد وعلم الأخلاق والسلوك وعلم الفقه ، ثم أن الشريعة الأساس الذي بني عليه الفقه الذي هو العلم بالأحكام الشرعية العملية المستنبطة من أدلتها التفصيلية ، وما الأدلة التفصيلية الا

(124) مجموعة الأعمال التحضيرية ص5 - ص87.

(125) انظر في تفاصيل الرأي الثالث النعمان منذر الشاوي اجتهادات القاضي فيما لا نص فيه في الشريعة الإسلامية والتشريع المدني العراقي-دراسة

(123) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني العراقي - بغداد مطبعة الزمان 1419 هـ 1998م ج1 ص11 ، أما المذكرة الإيضاحية فقد طبعت في مطبعة الحكومة بغداد 1948 ص (هـ).

رابعاً - تقدير الآراء الثلاثة :

المدني من حكم الوكيل في حالة تمسكه بتسديد مال الموكل الذي لديه أمانة فيجب والحالة هذه الرجوع إلى الشريعة الإسلامية كما نصت على ذلك الفقرة (2) من المادة الأولى من القانون المدني إذ قضت الشريعة بأن الأمين مصدق بيمينه في براءة ذمته...⁽¹²⁶⁾ وقضت (... وحيث أن مجلة الأحكام العدلية كانت خالية من أحكام تتعلق بالحكم ، وكذلك أحكام القانون المدني فتكون أحكام الشريعة الإسلامية هي المحكمة في الموضوع... وهذه الأحكام قد نصت على أن يكون تقدير أجر المثل للأرض المحكورة على أساس أنها أرض خالية بصرف النظر عن التحسين اللاحق بذات الأرض بوضع البناء الذي إقامة المحنكر⁽¹²⁷⁾ ، وكذلك قضت (أن ما ذهب إليه محكمة الموضوع من عدم اعتبار الجلطة القلبية مرض موت بحجة أن

المريض يكون قادراً من الناحية الذهنية والجسدية على تمشية أعماله وإدارة أملاكه غير سليم قانوناً ، وحيث أن هذه المحكمة ترى أن القانون المدني لم يعرف مرض الموت لذلك فإن القضاء يرجع في هذا التعريف إلى الفقه وإلى التعريف الوارد في مجلة الأحكام العدلية (المادة 1595...)⁽¹²⁸⁾ ، وهذه القرارات القضائية تؤيد أن المقصود (بمبادئ الشريعة الإسلامية) في القانون المدني (الفقه الإسلامي).

⁽¹²⁶⁾ القرار 1738 /حقوقية/1958 في 1958/12/2 عبد العزيز السهيل أحكام القضاء العراقي على مواد القانون المدني ج1 بغداد مطبعة الضامن 1381هـ 1962م ص 8-9.

⁽¹²⁷⁾ القرار 679 /حقوقية/1957 في 1957/6/27 سلمان بيّات القضاء العراقي ج1 بغداد 1962 ص22.

⁽¹²⁸⁾ القرار المرقم 1434 /مدنية أولى/ 1983 - 1984 في 1985/5/28 مشار إليه في محمد أحمد رمضان ص153.

إن ما ذهب إليه الرأي الأول من أن المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية هي القواعد الكلية الأساسية المجمع عليها بين سائر المذاهب الإسلامية هو تحديد غير دقيق ، فهذا الرأي لم يميز بين الشريعة الإسلامية التي هي نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة وبين الفقه الإسلامي الذي هو مجموع اجتهاد الفقهاء المسلمون من الأحكام العملية الفرعية في ضوء الكتاب والسنة . أما الرأي الثاني ، فقد حاول تجنب بعض الانتقادات الموجهة إلى الرأي الأول من حيث عدم اشتراطه (الرأي الثاني) انعقاد الإجماع على مبادئ الشريعة وقواعدها العامة ، إلا أنه بقي متفقاً مع الرأي الأول في خطوطه العامة ، من حيث اعتماده على القواعد العامة سواء أكانت جماعية أم خلافية دون الفرعيات الجزئية ودون اعتماد مذهب فقهي من المذاهب الفقهية الإسلامية مع إفساح المجال للاجتهاد في إطار المبادئ العامة للشرع الإسلامي وسياسته التشريعية ومقاصده فيما لم يرد به نص.

وإذا ما محصنا الأدلة والحجج التي تقدم بها الرأي الثالث ودرسنا الأعمال التحضيرية للقانون المدني العراقي ومذكرته الإيضاحية التي وضعها أحد واضعي القانون فإننا نميل إلى أن المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية هو الفقه الإسلامي ، ويبدو أن ذلك كان مثبتاً في المشروع الأول للقانون ، أي كان مدوناً (الفقه الإسلامي) ثم بدل التعبير إلى مبادئ الشريعة الإسلامية) وهو يريد ويقصد (الفقه الإسلامي) ومن التطبيقات القضائية لرجوع القضاء العراقي إلى مبادئ الشريعة الإسلامية ، ما قضت به محكمة التمييز (ولتمسكه بدفع لم يثبت ولخلو القانون

أصولية مقارنة - رسالة ماجستير كلية النهدين للحقوق 1421هـ 2000م ، ص381-391.

البند الثالث- موقع (مبادئ الشريعة الإسلامية) بين مصادر القانون المدني :

ويلاحظ أن القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 قدم مبادئ الشريعة الإسلامية على العرف ، حيث نصت المادة (2) منه على أن :

1- تسري نصوص هذا القانون على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بألفاظها ومعانيها ولا مساع للاجتهاد في مورد النص.

2- فإذا لم تجد المحكمة نصوص في هذا القانون حكمت بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون ، فإذا لم توجد بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية.

3- فإذا لم توجد حكمت بمقتضى العرف....).

وبذلك يتميز هذا القانون بأن ميز بين أحكام الفقه الإسلامي وبين مبادئ الشريعة الإسلامية وأنه أعطي مبادئ الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي بعض حقها إذ جعلهما في المرتبة الثانية والثالثة بعد التشريع ، وحققهما التصدير في سائر القوانين الخاصة في الدول الإسلامية عربية كانت أو غير عربية⁽¹³⁰⁾

ويذكر أن مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني الأردني ميزت بين أحكام الفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة الإسلامية حيث ورد فيها (وقد فرق المشروع بين أحكام الفقه الإسلامي وبين مبادئ الشريعة الإسلامية فالأولى مدونة في الكتب الفقهية والثانية تستخلص من

يلاحظ أن القانون المدني العراقي(م2/1) قدم العرف كمصدر رسمي للقانون على مبادئ الشريعة الإسلامية ووضع مباشرة بعد التشريع محتذياً ، في ذلك حذو القانون المدني المصري (م2/1) في الوقت الذي نجد فيه أن هذا القانون الأخير استقى من القانون المدني الفرنسي ، بشكل أساسي ، وأعتد عليه أكثر من اعتماده على الفقه الإسلامي ، في حين أن القانون المدني العراقي اعتمد إلى حد كبير على أحكام ونظريات الفقه الإسلامي ، ثم أن مبادئ الشريعة الإسلامية ، إذا فهمناها على أنها القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة ومجمل آراء الفقهاء المسلمين وفهمهم لإرادة الله سبحانه وتعالى ، فكيف يجوز أن يتقدم العرف عليها في الوقت الذي يمثل العرف فيه إرادة الجماعة ويبدو ان مبادئ الشريعة الإسلامية كانت تتقدم على العرف في المشروع الأول للقانون المدني العراقي ولكنه عند التنقيح قدم العرف على مبادئ الشريعة الإسلامية ، لذلك نجد المرحوم الأستاذ/ عبد الرزاق السنهوري يقول في رسالة وجهها إلى أحد أعضاء لجنة إعداد مشروع القانون المدني العراقي (... لاحظت بوجه عام أن كثيراً من التعديلات التي أدخلتموها على اللائحة من شأنها أن تقرب كثيراً ما بين مشروع القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري وتبقي لدى الملاحظات الآتية: 1- في المادة (1) لاحظت أنكم اخترتم مكان الشريعة الإسلامية بين مصادر القانون إلى المرتبة الثالثة تمشياً مع القانون المصري ، والقانون العراقي يستمد من الشريعة الإسلامية بنص فلم يكن غريباً أن يجعل الشريعة الإسلامية في المرتبة الثانية (...)⁽¹²⁹⁾.

(130) النعمان منذر الشاوي - اجتهاد القاضي فيما لا نص فيه رسالة ماجستير ص391.

(129) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني العراقي ص12-13.

نصوص الكتاب والسنة كالأمر بالعدل والمساواة والنهي عن أكل أموال الناس بالباطل... (131).

الدقيقة وتقضي التماثل في المعاملة للحالات المتماثلة في ظروفها وتفصيلاتها (136).

المطلب الثالث قواعد العدالة

البند الأول : التعريف بقواعد العدالة

أولاً - معنى قواعد العدالة :

1- في اللغة: القواعد جمع قاعدة - والقاعدة من البناء أساسه ، والقاعدة من النساء هي المرأة التي انقطعت عن الولد أو عن الحيض أو عن الزوج وقال تعالى في كتابه العزيز (والقواعد من النساء) (132).

وتعني ، القاعدة ، الضابط أو الأمر الكلي الذي ينطبق على جميع جزئياته مثل (كل متهم بريء حتى تثبت إدانته) (133).

أما العدالة فتعني ، لغة ، الاستقامة وقيل العدالة ترادف العدل ، والعدل هو الإنصاف وإعطاء المرء ماله وأخذ ما عليه (134).

وتعني العدالة أيضاً، التعبير الصادق عن الشعور بالمساواة بين الناس (135) أو امتلاء النفس بالشعور بالمساواة الواقعة التي تكثرت بالظروف الخاصة والجزئيات

(131) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني - الجزء الأول (2000) إعداد المكتب الفني - نقابة المحامين / عمان/ الأردن ص38.
(132) سورة النور - الآية (60).
(133) المعجم الوسيط ج2 ص754-755.
(134) المعجم الوسيط ج2 ص594.
(135) البكري - المدخل ص183.

2- في الاصطلاح: عرفت قواعد العدالة بأنها القواعد القائمة إلى جانب أحكام القانون المدني (الوضعي) والمستندة إلى أسس صريحة مستمدة من وحي العقل والقانون الطبيعي ، أو أنها مستمدة من فكرة العدل المطلق ، وترمي هذه القواعد إلى تعديل الأحكام القانونية وتوسيعها (137) وهو تعريف وضعه السير (هنري مين) في كتابه (القانون القديم) وقد تبناه الأستاذ/ عبد الرحمن البزاز مع تحوير بسيط ، كما أشار إلى ذلك (138).

3- وعرفت قواعد العدالة أيضاً بأنها (مجموعة من القواعد تصدر عن مثل أعلى يستهدف خير الإنسانية والمجتمع بما يملأ النفوس من شعور بالإنصاف وما يوحي به من حلول منصفة، فالعدالة تعني التعبير عن الشعور بالمساواة التي تبني على الواضح الغالب في المجتمع ، فهي تعني الشعور بالإنصاف، وهو شعور كامن في النفس البشرية يكشف عنه العقل السليم بوحي من الضمير النقي الذي يملئ حلولا تسري على الأفراد والحالات مراعية دقائق الظروف والجزئيات بشكل يهدف إلى إعطاء كل ذي حق حقه (139).

ثانياً - خصائص قواعد العدالة :

(136) عبد الباقي البكري - مبادئ العدالة (مفهومها ومنزلها ووسائل إدراكها) مجلة العلوم القانونية والسياسية - عدد خاص (مايس) 1984 ص58.
(137) عبد الرحمن البزاز - مبادئ أصول القانون ص129.
(138) المصدر السابق ص129 هامش (1).
(139) البكري - المدخل ص184.

5- تتميز قواعد العدالة بجملة خصائص هي:

يشوب قواعد العدالة الغموض والتشتت فهي ليست واضحة المعالم والمدلول بسبب تباين مفاهيمها وحدودها بتباين الظروف والحاجات ، كما أنها لا تستقر في موطن واحد لأنها تستمد من مثل أعلى يلهم النفوس شعوراً بالإنصاف ، وبسبب ذلك يتعذر التعرف بدقة على هذه القواعد كما يعسر الإلمام سلفاً بأحكامها.

6- تعد قواعد العدالة ملزمة لاقتربها بجزء يلحق مخالفتها ، إلا أن جزاءها ليس من طبيعة واحدة وإنما يختلف باختلاف دورها في الحياة القانونية ، فقد تفتقر بجزء مادي متى اعتبرت مصدراً رسمياً للقانون وهي لا تعتبر كذلك ، إذا أحال النص القضاء عليها عند افتقاد المصادر الرسمية المعروفة للقاعدة القانونية كالنص التشريعي وقواعد العرف ، ويكون جزاءها أدبيا في الحالات التي لا تدخل فيها في إعداد المصادر الرسمية للقانون ، فقواعد العدالة اضعف قوة من قواعد القانون وأقوى من القاعدة الخلقية ، ويكون جزاء قواعد العدالة أدبيا في الحالات التي لا يتحكم فيها على القاضي الرجوع إليها⁽¹⁴⁰⁾

ثالثاً: مقارنة بين قواعد العدالة وقواعد القانون:

تتشابه قواعد العدالة وقواعد القانون في بعض النقاط ، فهي قواعد عامة كقواعد القانون وسائر القواعد ، وتتميز بصفاتها الاجتماعية كسائر القواعد الاجتماعية ، وتركز اهتمامها على التنظيم الاجتماعي كقواعد القانون ، ومع ذلك

(140) عبد الباقي البكري وآخرون - المدخل لدراسة القانون 1982 ص 81-83 وهذا الجزء من كتابة المرحوم الأستاذ/ البكري.

1- أن قواعد العدالة قواعد عامة، لا تنصرف أحكامها إلى أشخاص محددين بذواتهم ولا إلى أفعال محددة بأسمائها، وهي اجتماعية لأن العدالة تعبير عن مبدأ من مبادئ الحياة الاجتماعية وهو المساواة، والمساواة قاعدة من قواعد التنظيم الاجتماعي تهدف إلى رسم العلاقات بين الأشخاص في المجتمع.

2- تصدر قواعد العدالة عن مثل أعلى يرمي إلى خير الإنسانية وصلاح المجتمع بما على المشرع في الشريعة ، وعلى القاضي في قراراته من لزوم توخي الإنصاف في وضع حله.

3- أن قواعد العدالة، قواعد متغيرة لا توصف بالثبات لأن العدالة رد فعل لأحداث اجتماعية يقبل التغيير بطبيعته بتفاوت الزمان والمكان ، وان فكرة المساواة ترتكز عليها العدالة وهي وحدها الحقيقة الأبدية ، أما مظاهر العدالة وما تمليه من حلول فلا يمكن وصفها بالخلود والثبات لتأثرها بعامل الزمان والمكان ومقتضيات الظروف والحاجات.

4- لا ترشد قواعد العدالة إلى حلول قاطعة ثابتة وإنما تملأ النفس شعوراً بالإنصاف فهي لا تملي على المشرع حكماً قاطعاً ولا تلهم القاضي معياراً دقيقاً ثابتاً، وإنما يتجلى أثرها في التخفيف من صرامة الأحكام من جهة وفي سد المنافذ أمام القاضي عن طريق النكول عن الأحكام بحجة افتقاد المصادر الرسمية للقاعدة القانونية الواجبة التطبيق على ما يعرض عليه من قضايا من جهة أخرى.

فهناك فروق كبيرة بين قواعد العدالة وقواعد القانون نجملها على النحو الآتي:-

1- من حيث الغاية: تهدف قواعد القانون إلى حسن التنظيم الاجتماعي عن طريق ضبط النظام واستقرار المعاملات وتقرير العدل.

أما قواعد العدالة فتهدف إلى الخير الاجتماعي وليس الخير المطلق الذي تهدف قواعد الأخلاق إلى إدراكه.

2- من حيث الجزاء: تقتزن قواعد القانون بجزاء مادي تفرضه السلطة العامة ، اما جزاء قواعد العدالة فأدبي يوقعه ضمير

المجتمع وضمير الفرد ويجوز أن يكون جزاء هذه القواعد ماديا تفرضه السلطة العامة عندما تعد قواعد العدالة مصدراً رسمياً للقانون.

3- من حيث الوضوح والاستقرار: تكون قواعد القانون واضحة المعالم بينه الحدود يسهل الرجوع إليها والإلمام بمضمونها أما قواعد العدالة فيكتنفها الغموض ويسودها التشتت ويعوزها الثبات ، ولا توجد معالم محددة لها يسهل التعرف عليها إضافة إلى تباينها بتباين الظروف والأوضاع والحاجات تأثراً بعاملي الزمان والمكان.

4- حلول قاطعة: ترشد قواعد القانون القاضي إلى حلول قاطعة يستفيد من نصوصها مباشرة عند وضوحها وبصورة غير مباشرة أي من طريق التفسير عند غموضها أو نقص أحكامها ، أما قواعد العدالة فلا تملي على أي من المشرع والقاضي أحكاماً قاطعة ، وإنما تملأ نفسيهما بشعور يوحى بالأحكام والقرارات

المنصفة ، ومدى الإنصاف في هذه الأحكام والقرارات أمر يتأثر تقديره بالظروف والأوضاع والحاجات والقيم الاجتماعية.

5- من حيث التجرد: توصف قواعد القانون بالتجرد مادامت تعني بالظروف الجوهرية والاعتبارات الرئيسية دون دقائق الظروف وجزئياتها ، أما قواعد العدالة فتتوخى تحقيق الإنصاف الذي يقتضي الاهتمام بالظروف الخاصة والاعتبارات الثانوية ، فإن صفة التجريد فيها تبدو باهتة جداً.

ومع ذلك فإن العلاقة بين قواعد القانون وقواعد العدالة وثيقة ذلك ان قواعد العدالة تمثل أحيانا مرحلة وسطي تمر بها قواعد الأخلاق في طريق تحولها إلى قاعدة قانونية ، كما أن قواعد العدالة تؤثر كثيراً في الحياة القانونية من حيث تأثرها في نطاق التشريع وفي القضاء⁽¹⁴¹⁾

البند الثاني : دور قواعد العدالة في القانون الوضعي :

اختلفت الآراء في الدور الذي تلعبه قواعد العدالة في القانون الوضعي ، ونستعرض فيما يلي هذه الآراء:

أولاً : دور قواعد العدالة في تطوير القانون :

تعد قواعد العدالة طريقة من طرق تطوير القانون حالها حال الحيلة القانونية والتشريع بما

(141) البكري- مبادئ العدالة - مجلة العلوم القانونية والسياسية ص63.

ثالثاً : دور قواعد العدالة باعتبارها جوهر القانون :

تعد قواعد العدالة من المصادر المادية للقاعدة القانونية فهي جوهر القانون ، ولا تزود القاضي بقاعدة عامة مجردة ليطبقها على الدعوى المعروضة أمامه، وهي لا ترد القاضي إلى ضابط يقيني ثابت يؤسس عليه حكمه ، ولكنها تلزمه فقط بالاجتهاد للوصول إلى الحل العادل⁽¹⁴⁷⁾.

فالرجوع إلى قواعد العدالة يمثل الرجوع إلى جوهر القانون ، فهي الأم التي ولدت القانون ورجوع القاضي إليها ما هو الا رجوع إلى المصدر المادي للقاعدة القانونية ليجتهد رأيه أي يقوم ببحث علمي حر عن الحل العادل للنزاع ، وهو في بحثه بهذا يرجع إلى الجوهر ذاته الذي يستهدف به المشرع نفسه في وضع القواعد التشريعية ، فقواعد العدالة عامل من العوامل الاجتماعية شأنها شأن القيم الدينية والأخلاقية التي تتفاعل وتتحد مع العوامل الأخرى الطبيعية والاقتصادية والسياسية لتكوين المادة الأولية للقانون⁽¹⁴⁸⁾ ، وتؤثر قواعد العدالة في المشرع والقاضي ، فهي تقيد المشرع بحيث يلتزم بعدم الخروج على المبادئ التي تمليها قواعد العدالة بما يسن من قوانين ، ولكن القاضي يتأثر بقواعد العدالة على نحو أشد وأظهر ، لأنه يلتجأ إليها عندما لا تمده مصادر القانون الرسمية الأخرى بقواعد تمكنه من حل النزاع المعروض عليه⁽¹⁴⁹⁾.

(147) الدكتور/ حسن أبو السعود - مذكرات أصول

القانون - بغداد مطبعة التقيض الأهلية - بغداد 1940-1941 ص 306 محمد شريف أحمد ، ص 232 البكري - المدخل ص 463.

(148) تناعو ص 233-241 ص 245 حسن كبيرة المدخل ط 1971 ص 413 البكري - المدخل ص

462 رمضان ص 158.

(149) رياض القيسي ص 252.

يتضمن ذلك أيضا من دور في إنشاء القانون⁽¹⁴²⁾.

ولكن قواعد العدالة لا تقوم تلقاء ذاتها بإنشاء القواعد القانونية ، بل المرجع الذي يلجأ إليه القاضي في عمله ، فالتشريع هو طريق لتطوير القانون ، وكذلك الحيلة القانونية وهما طريقتان تعتمدان على قواعد العدالة في تطوير القانون والتي هي بدورها تعتبر وسيلة لهذا التطور⁽¹⁴³⁾.

ثانياً : دور قواعد العدالة في التعرف على القاعدة القانونية :

تعد قواعد العدالة مصدراً من مصادر التعرف على القاعدة القانونية شأنها في ذلك شأن التشريع والعرف ذلك أن المنشئ (الرسمي) للقاعدة القانونية لا يكون الا الدولة أو بعض مؤسساتها التي تملك سلطة إنشاء القواعد القانونية وفقاً للدستور⁽¹⁴⁴⁾ ، ولكن الواقع القانوني لا يتفق مع هذا الاتجاه ، فإن غالبية جمهور الفقهاء تتفق على الاعتراف للجماعة بدور إنشاء العرف⁽¹⁴⁵⁾.

وكذلك الحال بالنسبة لقواعد العدالة فهي مصدر منشئ (رسمي) يضع القاضي بواسطتها قواعد قانونية خاصة بالنزاع المعروض عليه وتسميتها بالحلول أو الأحكام القانونية أدق من تسميتها بقواعد قانونية⁽¹⁴⁶⁾.

(142) الدكتور/ هاشم الحافظ - تاريخ القانون - بغداد - دار الحرية للطباعة 1980 ص 51-52 ص 69-81.

(143) محمد أحمد رمضان ص 156.

(144) انظر حجازي ص 376-377 ، ص 474.

(145) محمد أحمد رمضان ص 157.

(146) النعمان منذر الشاوي ص 399.

البند الثالث : التفسير بمقتضى قواعد العدالة:

عامة مجردة يطبقها على القضية التي يريد حسمها ، وإنما يلزمه بالاجتهاد برأيه للوصول إلى حل منصف يطبقه على النزاع فيأخذ بعين الاعتبار في حله ظروف كل شخص ودقائق ملابسات كل حالة صادراً في حله عن الشعور بالأنصاف الذي ينبغي أن تمتلئ به نفسه⁽¹⁵³⁾ .

ويلاحظ أنه لا يجوز للقاضي أن يترك أيًا من المصادر التي تتقدم على قواعد العدالة

بحجة أنها تتنافى مع قواعد العدالة إذ ليس من اختصاصه بحث سلامة القانون وصلاحه وليس من اختصاصه النظر في كون القانون الوضعي مطابقاً لقواعد العدالة أو مناقضا لها ذلك لأن مبدأ الفصل بين السلطات يقف حائلاً بين القاضي وبين البحث عن عدالة أو عدم عدالة قواعد القانون الوضعي⁽¹⁵⁴⁾ ، كما على القاضي وهو يلجأ إلى قواعد العدالة أن لا يضع قاعدة لحل المنازعة المعروضة أمامه ، بحيث تتناقض مع أسس ومبادئ البلد الذي يعيش فيه القاضي⁽¹⁵⁵⁾ ، وأخيراً يلاحظ أستاذنا الدكتور/ صلاح الدين الناهي ان النص العراقي يفترض أن الشريعة الإسلامية محيطة بنصوصها وروحها بجميع قواعد العدل والإنصاف وان استنباط هذه القواعد داخل ضمن إطار الشرع الإسلامي لا خارج إطاره⁽¹⁵⁶⁾ .

ومن التطبيقات القضائية لقواعد العدالة ما قضت به محكمة التمييز في العراق (... إن اعتراض المميزين باستدعائهما التمييزي المؤرخ

عندما يفقد المفسر النص القانوني الذي ينطبق على الحالة المراد تفسيرها ، وبعد البحث عن الحل في العرف وفقاً لنص المادة (2/1) من القانون المدني العراقي ، وعدم العثور على حل ينتقل المفسر إلى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم يجد حلاً (وهذا محال حسب رأينا) فينتقل المفسر إلى قواعد العدالة مستهدياً بها للتوصل إلى الحالة المعروضة أمامه ، وهذا يتطلب من المفسر جهداً عقلياً وفكرياً مضمناً واستثماراً

لجميع الوسائل العقلية والفكرية والثقافية العامة وليست رجوعاً إلى محض آراء شخصية ذاتية وذلك بغية الوصول إلى أفضل ما يمكن تصوره من حلول قانونية⁽¹⁵⁰⁾ ، فالنص على قواعد العدالة معناه فسح المجال أمام القاضي للاجتهاد والبحث عن الحلول القانونية بنفسه بحثاً حراً علمياً غير مقيد بنص أو بمصدر من مصادر القانون⁽¹⁵¹⁾ فالقانون المدني العراقي بنصه في الفقرة (2) من المادة (1) منه على قواعد العدالة عندما قرر في حالة عدم وجود نص ملائم في التشريع أن يرجع القاضي إلى العرف فإن لم يجد فيه ضالته فإنه يضع القاعدة المناسبة كما كان القاضي مشرعاً ، كأنما يقول المشرع للقاضي أقضي بالحكم الذي تراه مناسباً ، ولكن أحرص على أن يكون حكمك موضوعياً فيستسيغه العقل السليم ويستجيب لمستلزمات العدالة ومقتضياتها⁽¹⁵²⁾ فالمشرع عندما يحيل القاضي إلى قواعد العدالة فهو لا يزود القاضي بقاعدة

(153) البكري - مبادئ العدالة ص66.

(154) البزاز ص141 رمضان - ص163.

(155) رمضان ص164.

(156) الدكتور/ صلاح الدين الناهي - النظرية العامة في القانون الموزن وعلم الخلاف بغداد 1968 - ص153-154.

(150) البزاز ص130.

(151) محمد هشام القاسم - اثر الاجتهاد القضائي في

تطوير القانون - مجلة القانون (السورية) العدد (7)

السنة 1968 ص122

(152) المصدر السابق ص123 شمس الدين الوكيل -

ص274 رمضان - ص160-161.

في خصوص تحميل المحكمة إياه نصف مصاريف المحكمة والبدائية بناء على الصلح الواقع بينه وبين خصمه المميز عليه كان وفق مقتضى العدل إذا لم يبحث الصلح الواقع عن الطرف الذي يتحمل مصاريف المحاكمة لهذا القرار رد اعتراض المميز المصدق..(157) و (... ان القرار قد رفع الخصومة بين الطرفين

وقد سقط حق المدعى في الشفعة بحكم القانون لأنه لم يكن شريكا في العقار المشفوع وقد عاد الطرفان إلى الحالة التي كانا عليها قبل إقامة الدعوى..) وحيث ان المادة (63) من قانون المحاماة المعدل قد نصت على ان تحكم المحكمة على من خسر الدعوى كلا وجزءا بأتعاب المحاماة ، وحيث أن رد الدعوى كان بسبب القرار المشار إليه الصادر بعد إقامة الدعوى ، وحيث لا يوجد نص تشريعي يشير إلى المصاريف في أمثال هذه الحالات ، وحيث أنه بالرجوع إلى المادة الأولى من القانون المدني تجد هذه المحكمة أنها عند عدم وجود نص تشريعي يمكن تطبيقه يجب الحكم بمقتضى العرف ثم مبادئ الشريعة الإسلامية فقواعد العدالة التي كانا عليها قبل إقامة الدعوى بسبب نص تشريعي صادر بعد إقامة الدعوى يجب أن يتحمل كل طرف المصاريف التي صرفها وأتعاب محاميه ..(158).

المطلب الرابع

مبادئ القانون الطبيعي

—

لم يتطرق القانون المدني العراقي إلى القانون الطبيعي⁽¹⁵⁹⁾ الا أن القانون المدني المصري⁽¹⁶⁰⁾ لسنة 1948 نص في الفقرة (1) منه على أنه (فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف فإذا لم

يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، ولما كانت لفكرة القانون الطبيعي جذورا في الفكرين الإسلامي والغربي لذلك نبحت عن هذه الجذور في بندين اثنين:-

البند الأول : القانون الطبيعي في الفكر الغربي

أولا : القانون الطبيعي عند اليونان :

استرعى انظار اليونان وجود نظام ثابت تسير عليه أمور الكون ، سواء في ذلك الظواهر الطبيعية أو المخلوقات فقد لاحظوا أن هناك قواعد تحكم الظواهر الطبيعية من فلك وماء وهواء ، كما أن الناس يولدون ويكبرون ويموتون على نحو ثابت ، بل أن الناس في معاملاتهم يسيرون على نمط واحد وقواعد ثابتة لا تتغير ، فظهرت بذلك فكرة قانون أعلى يحتوي على القواعد التي تهيمن على نظام الكون ، هذا القانون هو القانون الطبيعي.

وربط فلاسفة اليونان بين القانون الطبيعي والعقل ، فالعقل هو الذي يؤدي إلى التعرف على قواعده ، والقانون الطبيعي هو ما يمكن به العقل

(159) وكذلك القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة

1976.

(160) وبهذا الاتجاه القانون المدني السوري (م2/1) والقانون المدني الليبي (م1) وقانون التجارة اللبناني (م3).

(157) القرار المرقم 1410 حقوقية 1954 في

1954/9/13 عبد العزيز السهيل ص11.

(158) مشار إليه في الأستاذ / ضياء شيت خطاب في القضاء ص75.

، ويجب على القانون الوضعي أن يكون مثاله ، وكلما قرب منه كلما كان أقرب إلى العدل.

وأختلف الفلاسفة حول ما يجب من طاعة للقوانين الوضعية ، فمنهم من أوجب طاعتها ولو كانت ظالمة ، ومع ذلك فقد وجد منهم من رأي التحرر من كل المؤثرات الخارجية بما فيها إجبار الدولة أو الخضوع للقانون الطبيعي الذي يعلو سلطانه على القوانين الوضعية التي تضعها الدولة.

ثانيا - القانون الطبيعي عند الرومان :

تأثر الرومان بالفلسفة اليونانية وأخذوا عنها فكرة القانون الطبيعي واعتبروه القانون المثالي الذي يتكون من مجموعة قواعد أبدية موجودة في الطبيعة يدركها الإنسان بالعقل وهي قواعد ثابتة لا تتغير بتغير الزمان والمكان ، اثر هذا القانون في كل من القانون المدني الذي يطبق على الرومان الأصليين أنفسهم وقانون الشعوب الذي يطبق على الأجانب سواء فيما بينهم وفي معاملاتهم مع الرومان ، وبدأ هذا واضحا في تحرير القانون المدني من الشكليات والأوضاع التي كان يقوم عليها وفي الحد من الحالات التي يجافي فيها مبادئ القانون الطبيعي وفي الحلول التي تؤدي إليها تطبيقه منفعة مع العدالة ، اما في قانون الشعوب فقد كان دور القانون الطبيعي أكثر ظهورا ، لأن الرومان استمدوا منه القواعد التي تطبق على الأجانب باعتبار أنها قواعد عامة أبدية ، فلا مانع من تطبيقها بالنسبة للشعوب المختلفة ، ومن الجدير بالذكر عدم الخلط بين قانون الشعوب والقانون الطبيعي ، فالأول فكرة رومانية ، والثاني فكرة مصدرها الفلسفة اليونانية وهاتان الفكرتان قد تتحدان وتتطابقان في بعض الأحيان ولكنهما قد تتعارض احدهما مع الأخرى بدرجة لا يصح معها الأخذ بالرأي القائل بأنهما في حقيقتهما شئ واحد ،

مثال ذلك أن فقهاء الرومان يقرون بالرق في حين أن القانون الطبيعي يعتبر الناس جميعا يولدون أحرار ، مع ان الرق كان معترفا به في قانون الشعوب.

ثالثا : القانون الطبيعي عند الكنسيين في العصور الوسطى :

انتقلت فكرة القانون الطبيعي إلى رجال الكنيسة فصبغوها بصبغة دينية وأصبح القانون الطبيعي هو ذلك القانون الإلهي الأزلي ، وانه من وضع الله سبحانه وتعالى باعتباره خالق الطبيعة ، وهو بذلك يسمو على القانون الوضعي ويفرق القديس (توما الاكوينى) بين أنواع ثلاثة من القوانين تتدرج في أهميتها وهي القانون الإلهي والقانون الطبيعي والقانون الوضعي ، فالأول هو مشيئة الله تعالى وهو القانون الأبدي الذي يصل إلينا عن طريق الوحي والشعور نؤمن به إيمانا ، ولا يستطيع العقل أن يدركه في حقيقته ، فهو مسألة إيمان واعتقاد ، لا مسألة عقل واستدلال ، والثاني القانون الطبيعي يشمل القواعد التي يمكن للعقل إدراكها من القانون الإلهي ، اما الثالث (القانون الوضعي أو الإنساني) فهو من خلق الإنسان ويجب أن نستلهم فيه قواعد القانون الطبيعي وأن يطبق مبادئه.

رابعا : القانون الطبيعي في القرنين السابع عشر والثامن عشر :-

نتيجة للمغالاة في تصوير فكرة سيادة الدولة وطغيانها على حقوق الأفراد في الداخل وتحكم القوة في تنظيم العلاقات بين الدول ذات السيادة في الخارج واختفاء فكرة القانون الطبيعي تبعا لذلك ، فظهرت الحاجة بصفة خاصة في أوروبا خلال القرنين السابع عشر والثامن عشر ، لذلك نادي انصار القانون الطبيعي بوجود قواعد عليا تسيطر على علاقات

يصبح مذهباً رسمياً يتضمنه إعلان رسمي بعد أن كان مجرد فكرة ينادي بها الفلاسفة والكتاب وكان من الطبيعي أن تتأثر به القوانين الوضعية التي صدرت خلال تلك الفترة (أواخر القرن الثامن عشر وأوائل القرن التاسع عشر) وكانت أسس هذا القانون تدون في قانون نابليون.

سادسا - انتكاس فكرة القانون الطبيعي في القرن التاسع عشر :-

تعرضت فكرة القانون الطبيعي إلى انتقادات خلال القرن التاسع عشر وخاصة من أنصار المذهب التاريخي ، وتركزت الانتقادات في ناحيتين:

1- أن ما يذهب إليه أنصار القانون الطبيعي من وجود قواعد خالدة ثابتة على مر الزمان يكذبه الواقع ، فالوقائع القانونية كانت ولا تزال متغيرة بحسب البلاد ، بل أنها تختلف في البلد الواحد من زمان إلى آخر وهذا هو المدرسة التاريخية التي ترى أن القانون وليد البنية الاجتماعية وأنه يتغير بتغير الزمان والمكان.

2- أن القول بأن العقل هو الذي يكشف عن القانون الطبيعي يؤدي إلى تغير القواعد تبعاً لتصوّر كل شخص ، وذلك لاختلاف الأشخاص في التفكير والعواطف ودرجة الثقافة وظروف البيئة والمعتقدات الدينية وبذلك يتاح لكل شخص الفرصة في أن يعتبر رأيه الخاص الذي يكشف عنه بعقله في مسألة معينة هو كشف لقاعدة من قواعد القانون الطبيعي فتتغير القواعد بالنسبة للمسألة الواحدة.

سابعا - مذهب القانون الطبيعي ذي المضمون المتغير :

الأفراد بالدولة ، كما تسيطر على علاقات الدول فيما بينها ، إذ لا توجد سلطة تشريعية كبرى تضع القواعد التي تحكم علاقات الأفراد بالدولة أي تضع قواعد القانون الدستوري ، كما أنه ليس هناك أيضاً سلطة تشريعية تضع القواعد التي تحكم علاقات الدول مع بعضها البعض الآخر ، أي تضع قواعد القانون الدولي العام ، لهذا كان لا بد أن يتطور هذا القانون من الالتجاء إلى العقل الإنساني إلى التفكير الحر الذي نأدي بوجود قانون طبيعي يسيطر على علاقات الأفراد بالدولة وعلى علاقات الدول فيما بينها فظهر ازدهار القانون الطبيعي في أقوال الفقهاء والمفكرين.

ونادي الفلاسفة بالرجوع إلى القانون الطبيعي وهي قواعد عامة أبدية أودعها الله سبحانه وتعالى في الكون لتسري على كل الأمم وترعم هذه الفكرة الفقيه الهولندي (جروسوس) الذي ذهب إلى أن القانون الطبيعي قواعد يستخلصها العقل القويم من الطبيعة وبحث الكتاب والمفكرين عن أساس شرعية سيادة الدولة وتركزت فلسفتهم في فكرة العقد الاجتماعي.

خامسا - عهد الثورة الفرنسية :

بلغت نظرية القانون الطبيعي أوج مجدها في أواخر القرن الثامن عشر ، حيث قامت الثورة الفرنسية وتأثرت بنظرية (جان جاك روسو) ، وفي عام (1789م) صدر (إعلان حقوق الإنسان والمواطنين)، ونصت المادة الأولى منه (الناس يولدون أحرار ويستمررون متساوين في الحقوق) ، ونصت المادة الثانية منه (الغاية من كل مجتمع سياسي هي المحافظة على الحقوق الطبيعية الخالدة للإنسان وإن هذه الحقوق هي الحرية ، والملكية والأمن ومقاومة الطغيان) ، وبذلك أتيح للقانون الطبيعي أن

هذه القواعد تعتبر أساسا يقاس عليه صلاحية التشريع الوضعي أو عدم صلاحيته بحيث إذا خرج عنها المشرع ولم يرعها كان تشريعا ظالما أو فاسدا ، وبذلك أصبح القانون الطبيعي يكتفي بالتوجيه إلى الحلول العملية التي تضعها القوانين الوضعية على ضوء مبادئه وأصوله العامة المحدودة (161).

وبذلك فإن عبارة القانون الطبيعي تدل على معنيين مختلفين:

1- يقصد به تلك المجموعة قليلة العدد من المبادئ الأساسية المبنية على العدالة وسلامة الذوق وصيانة حريات الأفراد وضمان أرواحهم وفي حرية العمل وحرية الملكية وصيانة النظام الاجتماعي والأدبي وحقوق الأسرة ، ويتعين على المشرع أن يراعيها ، وتعتبر هي المقياس الذي تقدر به صلاحية التشريع أو عدم صلاحيته فالقانون الطبيعي ليس هو القانون ولا نموذج القانون ، بل هو القاعدة العليا للتشريع التي أن حاد عنها المشرع وخرج عليها كان تشريعه ظالما أو فاسداً.

2- يقصد به القواعد التفصيلية التي يفرعها العقل على تلك المبادئ لتحقيق العدالة في الحالات الخاصة مع مراعاة ظروف كل منها(162).

البند الثاني: القانون الطبيعي في الفكر الإسلامي

(161) توفيق حسن فرج ف 53-61 ص 94-108
مرقس ف 159-166 تناغوف 47-64 ص 130-
186 رمضان أبو السعود ص 535 - 543
الدكتور/ منذر الشاوي 0 مذاهب القانون بغداد
منشورات العدالة ص 11-34.
(162) مرقس ف 166 ص 359 - 360 ف 167
ص 362.

ذهب أنصار القانون الطبيعي لتلافي الانتقادات الموجهة إليه ، إلى أنه لا بد للمشرع من مثل أعلى يهديه ويستتير به عند القواعد القانونية ، هذا المبدأ الذي يستلهمه المشرع ويستتير به الا مثلا أعلى للعدالة يدركه الإنسان من أمور الطبيعة بالتعقل والتدبير والتفسير السليم ، سواء أكان هذا الإنسان مشرعا أم قاضيا أم فقها ، هذا المثل الأعلى يختلف باختلاف البيئة ، كما يختلف باختلاف الأزمنة ، فليس ثمة أمة من الأمم الا وتسعي في تحقيقه وهذا المثل الأعلى هو القانون التي يسنها باعتبارها قواعد أبدية لا تتغير في الزمان أو المكان ، أما مذهب القانون الطبيعي ذي المضمون المعبر ، فيسلم أولا أن أساس القواعد للعدل الذي يهتدي به المشرع أو القاضي خالد لأن صفة الخلود تلحق فكرة العدل في ذاتها ، ثم أنه توجد قواعد مشتركة لما يعتبر مثلا أعلى بين جميع الأمم وهي ترجع إلى أن طبيعة البشر واحدة وإلى ان الإنسانية في مجموعها تمثل وحدة تعلو على تغاير الزمان والمكان ، ويشمل القانون الطبيعي هذا العدد القليل من المبادئ العامة المشتركة بين الأمم.

ثامنا - انتعاش النظرية التقليدية في القانون الطبيعي :-

نادى انصار القانون الطبيعي ، منذ مطلع القرن العشرين بالعودة إلى الفكرة التقليدية للقانون الطبيعي باعتباره يشمل قواعد أبدية لا تتغير بتغير الزمان والمكان ، وهي قواعد تسمو فوق القانون الوضعي الذي يجب أن يكون في نطاقها والا يحيد عنها ، وقالوا بأن القانون الطبيعي يحتوي على مجموعة من القواعد محدودة العدد مشتركة بين المجتمعات ، وتعتبر مثلا أعلى للعدل ، كما أنها خالدة على مر الزمان والمكان.

الديني لأن اعتناق الإسلام يقضي الإيمان بهذا الأساس.

ومع ذلك فهناك فريقاً من المفكرين المسلمين وهم المعتزلة خصوصاً والعديلية عموماً نهجوا منهاجاً عقلياً صرفاً ، واعترفوا بقدرة العقل على ذلك ، وعلى الحكم بالحسن والقبح ويعني ذلك انهم تنبوا فكرة شبيهة بفكرة القانون الطبيعي ، وقد عرفت هذه الفكرة بالتحسين والتقبيح العقليين وقالوا في هذا الصدد أن الأشياء إما حسنة أو قبيحة لذواتها أو لصفاتها أو لوجوه واعتبارات وحسن الأشياء يقتضي وجوبها وقبحها يوجب حرمتها ، والعقل هو الحاكم بهما سواء ورد بها الشرع أو لم يرد أن هذا القول يفيد اعترافاً بوجود قواعد يستوحىها العقل من الشيء ذاته أو صفته ، وان وظيفة الشرع هي معاضدة العقل في المسائل التي لا يدركها أي المسائل الغيبية ، وقد ناصرهم الماتريديون كما أيدهم الاخباريون من علماء الشيعة إلا أن هؤلاء أسسوا الفكرة على الدين وضيقوا دور العقل ، فقالوا أن الشيء في ذاته يكون حسناً أو قبيحاً ألا أنه ليس في وسع العقل الحكم بهما دون واسطة من الشرع وسلك الفيلسوف الفقيه (ابن رشد) المسلك ذاته ، إلا أنه صرح بأن الحكمة والشريعة تعكسان حقيقة واحدة ، لأن الحق لا يصاد الحق بل يوافقه ويشهد له⁽¹⁶³⁾.

البند الثالث- التفسير بمقتضى القانون الطبيعي

ان المشرع المختلط في مصر ، كان عند وضع التقنيات المختلطة من أنصار القانون الطبيعي ، ولكن نظراً لاختلاف العلماء في ذلك الوقت في ماهية هذا القانون وانقسامهم بين الفكرة التقليدية وفكرة القانون الطبيعي ذي

⁽¹⁶³⁾ للتفصيل انظر الدكتور/ محمد شريف أحمد ، فكرة القانون الطبيعي عند المسلمين – دراسة مقارنة – بغداد 1980 .

مما لا شك فيه أن القانون الطبيعي فكرة ونشوء مرتبط بالواقع والفكر الغربي المسيحي لا بالواقع أو الفكر الإسلامي الذي له منحى مستقل عن التفكير والتأصيل وتقييد القواعد فالمفكرون المسلمون لم يتأثروا بغيرهم في ميدان الفكر القانوني بتاتا وإذا كانوا قد درسوا الفلسفة اليونانية وترجموها وجدوا نضارتها وايقظوها من سباتها إلا ان انظارهم لم تتجه مطلقاً إلى التنظيمات القانونية الرومانية التي كانت قائمة جنباً إلى جنب مع الفلسفة اليونانية في بداية النهضة الفقهية ، وذلك لإيمانهم بأن القرآن الكريم لم يفرط في شيء (ما فرطنا في الكتاب من شيء) وانه رسم الخطوط العريضة لمعالجة المشاكل التي تحدث في العلاقات الاجتماعية وانه قد احتوي على عصارة الشرائع السماوية السابقة والتي بقيت صالحة للتطبيق ولذلك لم يهتموا بمناقشة المسائل الفكرية ذات الصلة بالقانون والفقه ومنها مسألة القانون الطبيعي.

فالمفكر المسلم يجب أن يفسر جميع الظواهر والأفعال والأشياء في هدي المفاهيم الدينية ، ومن هنا تبدو فكرة القانون الطبيعي في أساسها العقلي متناقضة مع هذا التصور فالقانون كأى شيء يجب أن يكون إلهياً أو مستمداً من التشريع الإلهي ، وترفض النظرية الإسلامية السائدة والتي تمثلها آراء الأشاعرة ، قدرة الإنسان على أن يميز صفة الخير في التصرف الإنساني منفصلاً عن الوحي الإلهي ، فالقاعدة الشرعية هي خطاب الله سبحانه وتعالى المتعلق بأفعال المكلفين أي أوامر الله ونواهيه وإباحته وقد تضمنها الكتاب الكريم (الذي لا ياتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه) ولا يعقل شرعياً طبقاً لهذه النظرية السائدة أن نبحت عن أساس آخر لإلزام الشرع غير الوحي

ومما لا شك فيه أن مبادئ القانون الطبيعي ينبغي الرجوع إليها في التفسير حسب ترتيب المصادر المنصوص عليها في القانون ولا يجوز الرجوع مباشرة إلى هذه المبادئ قبل المرور بالمصادر التي تتقدمها وعدم العثور على حل للمشكلة المطروحة ، كما لا يجوز التغاضي عن المصادر التي تتقدم مبادئ القانون الطبيعي حتى وان كان النص الموجود غير عادل من وجهة نظر المفسر. والذهاب مباشرة إلى مبادئ القانون الطبيعي بحجة أن الحل في هذه المبادئ عادل وغير مجاف للعدالة.

ويلاحظ أستاذنا الدكتور/ صلاح الدين الناهي ، ان القول بالرجوع إلى القانون الطبيعي معناه افتراض شعور الشرع الإسلامي عن الحكم بحيث يضطر القاضي إلى الرجوع إلى القانون الطبيعي فيما حدود الشرع الإسلامي وهو افتراض معضل يجر إلى التساؤل عما إذا كان ثمة مجال للقول بأن وراء الشريعة الإسلامية محيطاً آخر يخرج فيه من إطار الشرع الإسلامي إلى إطار قانون طبيعي قائم بذاته مستقل عن الشرع الإسلامي ، وهذا ما يفترضه النص المصري⁽¹⁶⁸⁾.

ومن ثم نرى أن لا مبرر لذكر القانون الطبيعي أو قواعد العدالة ، بعد أن نذكر أحكام الفقه الإسلامي ، فإن لم تجد المحكمة حكماً قضت بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية والتي هي من السعة والشمول والمرونة وتشبعها بمبادئ العدل والحق والإنصاف ، مما تجعلها صالحة للتطبيق على مر العصور والدهور.

المطلب الخامس القياس

(168) النظرية العامة في القانون الموازن وعلم الخلاف ص153-154.

الحدود المتغيرة التي كانت تسمى أيضاً فكرة القانون العدل رأي المشرع المختلط أن يجمع بين الفكرتين ، أو بعبارة أخرى قصد الإحالة أولاً إلى تلك المبادئ القليلة العدد الثابتة التي لا تتغير والتي تكون ما يمكن أن يسمى القانون الطبيعي المبدئي ، أما المشرع الوطني فيما بين سنة (1883) وسنة (1897) كان قد تأثر بنقد المذهب التاريخي لفكرة القانون الطبيعي التقليدية فنهبها ، ولكنه لم يستطع أن يستغني عن الإحالة إلى قواعد العدالة ، ولعله كان في تلك متأثراً بالفكرة الحديثة (فكرة القانون الطبيعي ذي الحدود المتغيرة) أو القانون العدل⁽¹⁶⁴⁾ ، وقد ترددت لجان تنقيح القانون المدني المصري في الإحالة إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة أو في أن تستبدل بها الإحالة إلى مبادئ القانون الوضعي المصري بما في ذلك مبادئ الشريعة الإسلامي أو الإحالة إلى المبادئ القانونية المشتركة بين الدول الحديثة⁽¹⁶⁵⁾ ولكن رجح في النهاية الرأي القائل بالاحتفاظ بالإحالة إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة كما هي باعتبار أن القضاء المصري قد ألفها واستند إليها في تطبيق المبادئ العامة للقانون المدني ومبادئ الشريعة الإسلامية وبعض القواعد المقررة في تشريعات أجنبية أو معاهدات دولية⁽¹⁶⁶⁾. وان المحاكم المصرية رجعت في العديد من الأحكام القضائية التي أصدرتها إلى مبادئ القانون الطبيعي⁽¹⁶⁷⁾.

(164) الدكتور/ محمد كامل مرسي - في شرح الباب التمهيدي للقانون المدني المصري ص113.
(165) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج1 ص184 وما بعدها.
(166) المصدر السابق ج1 ص188.
(167) مرقس ف169 ص367-370.

الدكتور/ مصطفى الزلمي هذا التعريف (كما يقول) من القاعدة الشرعية العامة التي اقرها فقهاء الصحابة (رض) واجمعوا عليها وهي (ان الحكم يدور مع علته وجودا وعدمًا) فالفقيه أو القاضي أو المفتي عندما تعرض عليه مسألة مجهولة الحكم لم يرد بشأنها نص خاص ظاهراً، ولكن تتوفر فيه علة حكم مسألة أخرى مشابهة ورد في حكمها نص يستدل بهذه العلة على شمول النص لتلك الواقعة⁽¹⁷³⁾.

ثانياً - أركان القياس :

يتكون القياس من الأركان (العناصر)

الآتي:

1- المقيس عليه (أو الصل أو المشبه به أو الملحق به) وهو المحل الذي يثبت الحكم فيه نص.

2- المقيس (أو الفرع أو المشبه أو الملحق) وهو المحل الذي لا نص فيه.

3- حكم الأصل وهو الحكم الشرعي الثابت في الأصل والذي يطلب المجتهد قصديته من الأصل إلى الفرع بطريق القياس.

4- العلة وهي الوصف الظاهر المنضبط الذي شرع الحكم لأجله في الأصل ، وتبين وجوده في الفرع والذي بمقتضى وجوده ينتقل الحكم من الأصل إلى الفرع ، أما الحكم الذي يثبت في الفرع بسبب القياس فهو نتيجة القياس وثمرته ، وليس ركناً من أركانه ، لأن ركن الشيء جزؤه الذي

(173) المصدر السابق ص132.

البند الأول : التعريف بالقياس :

أولاً - القياس لغة واصطلاحاً :

1- القياس لغة :

مصدر قاس ، بمعنى قدر يقال قست الأرض بالقصبة أي قدرتها بها ، وهو يتعدى بالباء كقولك قست الثوب بالذراع ، ويتعدى به (علي) في الشرع فيقال: قاس النبيذ على الخمر وهو عبارة عن تقدير الشيء المادي أو المعنوي بواسطة وحدة معينة لمعرفة عدد ما يحتويه من هذه الوحدة ، ويستعمل أصلاً في العلوم الطبيعية والرياضية وبصورة عامة ، فهو لغة ، التقدير والتسوية بين شيئين فأكثر⁽¹⁶⁹⁾.

2- القياس اصطلاحاً :

هناك تعاريف عديدة للقياس اصطلاحاً ومنها القياس هو تقدير الفرع بالأصل في الحكم والعلة⁽¹⁷⁰⁾. والقياس هو إلحاق صورة مجهولة الحكم بصورة معلومة الحكم لأجل أمر جامع بينهما يقضى ذلك الحكم⁽¹⁷¹⁾.

والقياس استدلال بعلة حكم مسألة منصوص عليه على وجوده في مسألة متشابهة تتوفر فيها هذه العلة⁽¹⁷²⁾ ، وقد استنتج الأستاذ

(169) الشريف الجرجاني - التعريفات - مكتبة لبنان

بيروت 1969 ص190 .

(170) عبد اللطيف بن عبد العزيز ابن ملك - شرح

المنار وحواشيه في علم الأصول - دار سعادت -

طبع نظارة المعارف العمومية 1315 - ص 748.

(171) الشريف محمد بن علي التلمساني المالكي - مفتاح

الوصول إلى علم الأصول - دار الكتاب العربي

مصر - الطبعة الأولى 1382 هـ 1962

ص158.

(172) الزلمي ج1 اصول الفقه ص133.

يتوقف عليه وجوده ولا تتحقق حقيقة الشيء بدونه⁽¹⁷⁴⁾.

الاستثناءات من الأصول تكون للضرورة والضرورات تقدر بقدرها.

ثالثا - شروط القياس :

2- شروط حكم الفرع :

ان شروط القياس هي تحقق كل ركن من أركان القياس :-

أ - أن تتوفر في الفرع علة حكم الأصل.

1- شروط حكم الأصل :

ب- أن لا يثبت للفرع حكم بنص أو بالإجماع ، لأن القياس يأتي بعدهما في المرتبة.

أ - أن يكون حكم الأصل شرعيا إذا كان الملحق به حكما شرعيا فلا يلحق الحكم الشرعي باللغوي ولا بالعقلي.

ج - أن لا يتعارض إحقاقه بالأصل مع نص.

ب- أن يكون حكم الأصل معللا بعلة يدركها العقل ، فإذا كان تعبديا لا يقاس عليه غيره.

3- حكم العلة :

والعلة في الاصطلاح الشرعي ، عبارة عن المصلحة المتوخاة من تشريع الحكم المعلل بها من جلب منفعة للإنسان أو دفع المضره عنه ويشترط في العلة أن تكون وصفا ظاهرا أي واضحا محسوسا يمكن إدراكه والتحقق من وجوده أو عدمه وان لا تكون وصفا قاصرا على الأصل وأن يكون الوصف مطردا منعكسا وان لا تكون العلة ملغاة في الفرع بنص صريح وان لا تخالف رضا أو إجماعا⁽¹⁷⁵⁾.

ج- أن لا يكون حكم الأصل منسوخا لأن المفروض أن الحكم يتعدى من الأصل إلى الفرع ويخضع الفرع النص الأصل فإذا كان منسوخا يكون القياس باطلا ، لأن ما يبني على الباطل باطل.

د - أن يكون حكم الأصل ثابتا بالنص أو الإجماع فلا يجوز القياس على ما يثبت حكمه بغير هذين المصدرين.

رابعا - أنواع القياس :

للقياس تقسيمات عديدة هي :-

هـ- أن لا يكون حكم الأصل مما يثبت استثناء عن الأصل والقواعد العامة لأن القياس للتوسيع ولا يجوز فيما جاء على سبيل الاستثناء وغالبا أن

⁽¹⁷⁵⁾ الزلمي ج 1 ص 135 - 136 بدران أبو العينين ص 147-150 زيدان ص 164 وما بعدها.

⁽¹⁷⁴⁾ زيدان ق 181 ص 162 الزلمي ج 1 ص 134 بدران أبو العينين - أصول الفقه الإسلامي مصر 1393 هـ - 1973 م ص 147.

أ - ينقسم القياس من حيث هو إلى قياس قطعي وقياس ظني :

2- قياس العكس: وهو إثبات نقيض حكم معلوم في معلوم آخر ، لوجود نقيض علته فيه.

د - وينقسم القياس باعتبار العلة إلى :

1- قياس العلة: وهو ما ذكرت فيه العلة صراحة.

2- قياس الدلالة: وهو ما لم تذكر فيه العلة وإنما ذكر لازمتها أو اثرها أو حكمها.

3- القياس في معني الأصل: وهو الجمع بين الأصل والفرع بنفي الفارق⁽¹⁷⁶⁾.

خامسا - مراحل القياس باعتبار علته :

يمر القياس باعتبار علته بأربع مراحل وهي:

- 1- تخريج المناط: وهو الوقوف والإطلاع على علة الحكم التي اناطه بها وهي مقصد من مقاصد الشريعة ، من ضروريات الحياة أو حاجاتها أو تحسيناتها وهذه العلة قد تكون منصوصة ، وقد تكون مستنبطة .
- 2- تحقيق المناط: ويقصد به التأكد من توفر العلة في المقيس.
- 3- تنقيح المناط: أي استبعاد تأثير الفروق الموجودة بين الأصل والفرع على إلحاق الثاني بالأول في الحكم.

4- تثبيت دوران الحكم من المناط: أي إثبات دوران الحكم المراد إثباته للفرع (المقيس)

1- القياس القطعي: وهو الذي يقطع فيه بعلّة الحكم في الأصل أنها هي العلة الفلانية ، كما يقطع بوجود مثل تلك العلة في الفرع، فعند ذلك يقطع القائل بثبوت الحكم في الفراغ.

2- القياس الظني: وهو الذي لا يقطع فيه بعلّة في الأصل أو يقطع بها ، إلا أنه لا يقطع بوجودها في الفرع ، وقد تكون مظنونة فيهما معا.

ب- وينقسم القياس من حيث الحكم الثابت في الفرع إلى ثلاثة أقسام هي :

1- القياس الأولوي: ويسمي القياس الجلي وهو ما يكون الفرع فيه أولى من الأصل بالحكم لوضوح العلة وظهورها فيه.

2- القياس المساوي: وهو ما تكون العلة فيه مساوية الظهور في الفرع والأصل.

3- القياس الأدني: وهو ما سوى هذين القسمين في الأقيسة التي شاع استعمال الفقهاء لها ، وهو ما كانت العلة فيه في الفرع أخفي منها في الأصل ، أو احتمل عدم وجودها فيه.

ج - وينقسم القياس من حيث ثبوت مثل أو نقيض حكم الأصل في الفرع إلى :

1- قياس الطرد: وهو أن تثبت مثل حكم الأصل في الفرع لاشتراكهما في العلة.

⁽¹⁷⁶⁾ زيدان ص184 وما بعدها الزلمي ص146 وما بعدها بدران ص187 وما بعدها.

مع العلة المشتركة بين المقيس والمقيس عليه وجوداً وعدمًا⁽¹⁷⁷⁾.

البند الثاني – القياس في القانون المدني :

أولاً : دور القياس في القانون المدني :

قيلت في الدور الذي يلعبه القياس في القانون المدني آراء ثلاثة هي:-

1- القياس وسيلة من وسائل التفسير :

ان المشرع حين يصوغ قاعدة قانونية بناء على سبب قانوني أي بناء على حكمة التشريع فإنما يقصد أن يقرر جميع النتائج المترتبة على هذا السبب ذاته في حالات أخرى غير الحالة المنصوص عليها ، فغاية المشرع لا يمكن أن تحدد بالمعني العرفي للنصوص ، فاعمال القياس هو تفسير لإرادة المشرع وان كان يتم افتراضها ، ويسلم معظم الفقهاء في سويسرا و فقهاء مدرسة الشرح على المتون في فرنسا بهذا الرأي ، في حين ذهب اتجاه إلى انه لا يمكن اعتبار القياس وسيلة من وسائل تفسير النصوص التشريعية ، ذلك لأن أساس التفسير هو الغموض ، وفي حالة القياس لا يصار إلى استجلاء غموض النص الموجود سابقاً ليطبق على حالة جديدة ، وإنما يصار إلى تطبيق هذا النص الذي يحكم حالة معينة على حالة أخرى مشابهة لها في العلة⁽¹⁷⁸⁾

2- يعد القياس مصدراً رسمياً حاله حال العرف ومبادئ الشريعة الإسلامية⁽¹⁷⁹⁾ في حين أن القياس يقصد به تعدية حكم نص في واقعة معينة إلى واقعة جديدة لا يوجد نص ينطبق عليها لاتحاد الواقعتين في العلة ، فهو عملية عقلية فنية ، وهي تختلف اختلافاً كلياً عن رجوع القاضي إلى العرف أو إلى مبادئ الشريعة الإسلامية لأنه يرجع إلى قواعد ثابتة ومحددة سلفاً ، ويختلف القياس عن قواعد العدالة لأن القاضي يرجع إلى مجمل أفكار ومبادئ عامة يعتقدونها هو تمثل العدالة ، وفي الحالتين فإن القياس يختلف عن العرف ومبادئ الشريعة الإسلامية من جهة ، وعن قواعد العدالة من جهة أخرى إذا فلا يمكن اعتبار القياس مصدراً رسمياً للقانون⁽¹⁸⁰⁾.

3- القياس ليس مصدراً تفسيرياً ولا مصدراً رسمياً للقانون ، بل هو يمثل مكاناً وسطاً بينهما ، فالقياس يشمل على تجاوز المعني الحرفي للنصوص إلى اكتشاف الإرادة المفترضة للمشرع ، لذا فإنه يعد وسيلة اجتهادية أي وسيلة من وسائل ما يسميه الفقيه الفرنسي (فرانسوا جيني) (البحث العلمي الحر) والتي تؤدي إلى سد النقص في التشريع وتكملته لا تفسيره ، وهذا ما يقره الفقه الألماني أيضاً.⁽¹⁸¹⁾

الرسول الجصائي – مجلة القضاء – العدد الأول
1973 ص72.

⁽¹⁷⁹⁾ مرقس ص277-278.

⁽¹⁸⁰⁾ رمضان ص145.

⁽¹⁸¹⁾ كارناريز ص74-75 محمد شريف أحمد
ص313-314 ، ص339-349 حسن كيره
ص411.

⁽¹⁷⁷⁾ الزلمي ص132 وما بعدها زيدان ف199

ص181 وما بعدها بدران أبو العينين ص180 وما بعدها.

⁽¹⁷⁸⁾ انظر س.ف (كارناريز) سد الفراغ في القانون وموقف النظام القانوني الألماني منه ترجمة د. عبد

ثانياً - مرتبة القياس بين مصادر القانون :

الحالة المشابهة لها والمنصوص عليها في التشريع فسنكون حينئذ أمام حالتين متشابهتين في العلة الا أن حكم كل منهما يختلف عن الآخر بحسب ما سيطبق عليها من تشريع أو عرف ، لذلك يتوجب أن يصار إلى القياس قبل الرجوع إلى مصادر القانون الأخرى أولاً لدفع التناقض الذي قد يحصل ، وثانياً لأن في الرجوع إليه نوعاً من أعمال إرادة المشرع ، والتي تتضمنها العلة المشتركة أو حكمة التشريع التي يسعى إلى تحقيقها وتفصيلها على إرادة الجماعة المتمثلة بالعرف⁽¹⁸⁵⁾.

ثالثاً: موقف القانون المدني العراقي من القياس

لم يتبع المشرع مسلك بعض التقنيات المعاصرة من أخذ بالقياس بالنص الصريح في المواضع التي أشار فيها إلى مصادر القانون مبيناً في الوقت ذاته موقعه في تسلم التدرج بين المصادر عند التطبيق ، ومن أمثلة هذه التقنيات التقنين المدني النمساوي الصادر سنة 1811م الذي نص على أنه (لو تعذر الفصل في واقعة خاصة طبقاً للنص أو للمفهوم الطبيعي للتشريع وجب الرجوع إلى الحالات المتشابهة التي أورد القانون بشأنها حكماً واضحاً).

ولم يقف المشرع العراقي عند حد إغفال النص على الأخذ بالقياس ، وإنما كان موقفه مرتبكاً فقد أورد نصاً يحظر الأخذ بالقياس في حالة معينة ، فقد نصت المادة (3) من القانون المدني العراقي على أنه (ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه) وهي مادة نقلها المشرع من المجلة (م15) وأوضح أن المقصود بهذه المادة هو منع القياس على حكم واقعة معينة ويبدو استثناءاً من قاعدة عامة ، فالقاعدة الاستثنائية التي تشذ عن المبادئ العامة لا يجوز

قيمت ثلاثة آراء في الموقع الذي يحتله القياس ضمن ترتيب مصادر القانون:

1- أن استخدام القاضي للقياس يأتي بعد التشريع والعرف وقبل مبادئ الشرعية الإسلامية⁽¹⁸²⁾.

2- يأتي القياس ضمن الشريعة الإسلامية بعد التشريع والعرف ، فالرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية يتضمن الرجوع إلى القياس⁽¹⁸³⁾.

3- يأتي القياس ضمن التشريع وقبل المصادر الأخرى كالعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية ، وذلك أن القياس الصق بالتشريع وأكثر اتصالاً به ، ويلجأ إلى القياس بعد فقدان الحكم القانوني وعدم إسعاف لفظ النص أو فحواه للوصول إلى حل معين فيلجأ عند ذلك إلى تطبيق حكم حالة منصوص عليها في التشريع على حالة مشابهة لها في العلة ولكن غير منصوص عليها في التشريع.⁽¹⁸⁴⁾

ثم أنه لو جعلنا القياس يلي العرف في الترتيب ، كما ذهب إلى ذلك الرأي الثاني فإنه من الممكن أن تحدث حالة لم ينص عليها التشريع ولكن هناك حالة متشابهة لها في العلة منصوص عليها في ذلك التشريع الا أنه سيصار وفق هذا الرأي الثاني إلى تطبيق العرف لأنه يسبق القياس في الترتيب ، فإذا فرضنا أن العرف له حكم في تلك الحالة يختلف عن حكم

(182) مرقس ص 277-278 رمضان ص 145.

(183) محمد شريف أحمد ص 315 رمضان 146.

(184) رمضان ص 146.

(185) النعمان منذر الشاوي ص 412.

التوسع في تطبيقها على الحالات المشابهة للحالة التي وردت بشأنها⁽¹⁸⁶⁾.

ويبدو من هذا أن موقف المشرع المدني العراقي ليس سليماً فهو لم يسكت حيال القياس ويدع امره إلى الفقه ، ولم يات بقاعدة إيجابية تبيح الأخذ به ، وإنما صاغ قاعدة سلبية وسكت عن الأصل ، ولو أراد المشرع الفصل فيما اختلف فيه فقهاء المسلمين حول حجية القياس واعتباره مصدراً للأحكام يجب العمل بما دل عليه ، لكان قد نص على ذلك صراحة في المادة الأولى التي خصصها لتعداد المصادر التي ترجع إليها المحاكم في استنباط أحكامها ، ولو افترضنا أنه أراد الأخذ بالقياس بدلالة نهيه عن الأخذ به في حالة معينة ، فأين هو مكانه في الترتيب الذي وضعه المشرع لمصادر القانون من حيث الأولوية في التطبيق ، أيعمل بالقياس قبل العرف أم بعده وقبل مبادئ الشريعة الإسلامية أم بعدها⁽¹⁸⁷⁾.

رابعاً - نطاق أعمال القياس :

1- ما لا يجوز فيه القياس :-

ليس كل حكم قابلاً للاجتهاد ، لأن القياس عملية عقلية في بعض الأمور مثل المعاملات فإنه غير جائز في أحكام أخرى مثل النصوص الجزائية على النحو الذي فصلناه في هذا البحث⁽¹⁸⁸⁾ والعبادات والمقدرات الشرعية وما لا تدرك علته عقلاً ، وحتى في المعاملات إذا كان

(186) في شرح هذه المادة من المجلة - انظر المرحوم منير القاضي شرح المجلة - الجزء الأول ، بغداد مطبعة العاني 1949 ص 74-75.
(187) محمد شريف أحمد ص 310-311 مرقس ص 237.
(188) انظر المبحث الأول.

القياس جائزاً ، فإنه في النصوص القانونية الأمرة ، وكذلك في النصوص التي تحدد أرقامها محددة لا يجوز القياس عليها.

2- ما يجوز فيه القياس :

يجوز القياس في المعاملات المالية والأحوال الشخصية والأحكام الدولية والدستورية وغير ذلك من الأمور التي تتطور بتطور العلاقات الإنسانية بشرط أن لا يؤدي هذا القياس إلى مخالفة قاعدة عامة مجمع عليها أو نص صريح فقد قاس الفقهاء قتل الموصي له للموصي على قتل الوارث للمورث في الحرمان للعلة المشتركة بينهما وهي مصلحة حماية أرواح الأبرياء⁽¹⁸⁹⁾ ، وقياس بعض العقود مثل الإجارة والرهن على عقد البيع الذي يشغل من تجب عليه صلاة الجمعة عند إقامتها ، فالعلة هي رعاية مصلحة إقامة شعائر الدين وهي من المصالح الضرورية وقياس الاتفاقيات الدولية الثنائية والجماعية على صلح الحديدية في جواز انحلال أحد الأطراف في الاتفاقية عن التزاماته المترتبة عليه إذا أخل الطرف الآخر بالتزاماته والعلة هي رعاية المصلحة العامة.

وفي الأحكام الدستورية ، وهي الأحكام التي تنظم العلاقة بين الحكام والمحكومين في الدولة ، وقد قاس الصحابة ، (رض الله عنهم) انتخاب أبي بكر (رض الله عنه) للخلافة على انتخابه من قبل الرسول (صلى الله عليه وسلم) لإمامته المسلمين في الصلاة في مرض وفاته لعلة مشتركة هي رعاية المصلحة العامة الدينية والدينية⁽¹⁹⁰⁾.

المطلب السادس القضاء والفقه

(189) ص 123 بدران أبو العينين ص 187.
(190) الزلمي ص 124 نعمان منذر الشاوي ص 219-320.

هناك ثلاثة اتجاهات في التعريف بالقضاء اصطلاحاً وهي:-

- أ - القضاء يعني صدور حكم عن جهة قضائية بطريقة معينة وإجراءات متبعة وعلى وجه الإلزام⁽¹⁹⁴⁾.
- ب- القضاء ، يعني حسم المنازعات وقطع الخصومات⁽¹⁹⁵⁾.
- ج- القضاء ، يعني منصب الفصل بين الناس في الخصومات حسماً للتداعي وقطعاً للتنازع بالأحكام الشرعية المتفافة من الكتاب والسنة⁽¹⁹⁶⁾.

ثانياً - مشروعية القضاء :

نجد أدلة مشروعية القضاء في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة والإجماع والقياس والعرف فقد ورد في القرآن الكريم قوله تعالي (يا داود انا جعلناك خليفة في الأرض فأحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله)⁽¹⁹⁷⁾.

(194) الدكتور/ اسماعيل إبراهيم البدوي - نظام القضاء في الإسلام - الكويت 1420 هـ 1989 م ص 101 وانظر تعريف ابن فرحون (برهان الدين ابي الوفاء ابراهيم ابن فرحون) تبصرة الحكام في أصول الاقضية ومناهج الأحكام - المطبعة البهية بمصر 1320 هـ ج 2 ص 70.

(195) انظر تعريف الفقيه ابن عابدين - حاشية رد المحتار على الدار المختار - شرح تنوير الابصار مع التكملة - محمد أمين الشهير بابن عابدين - مطبعة البابي الحلبي - مصر الطبعة الثانية 1386 هـ 1966 م ج 5 ص 352.

(196) عبد الرحمن بن خلدون - مقدمة ابن خلدون - بيروت - دار إحياء التراث العربي ، ص 220.

(197) سورة المائدة - الآية (49).

البند الأول - أحكام القضاء :-

أولاً - التعريف بالقضاء :

1 - القضاء في اللغة :

القضاء: الحكم والجمع: الأفضية ، وقضي عليه يقضي قضاء وقضية ، واستقضى فلان أي جعل قاضياً يقضي بين الناس⁽¹⁹¹⁾.

وقضي قضاء قضاء " وقضية: حكم وفصل ، ويقال قضي بين الخصمين ، وقضي عليه وقضي له ، وقضي بكذا فهو قاض وجمعه قضاة ، واستقضى السلطان فلاناً: صيره قاضياً واستقضى فلان فلاناً طلب قضاءه وحكمه ، والقاضي: القاطع للأمور المحكم لها ، والقاضي من يقضي بين الناس بحكم الشرع ، والقضاء الحكم⁽¹⁹²⁾.

ورد لفظ (القضاء) ومشتقاته في القرآن الكريم في مواضع كثيرة وبمعان متعددة ، ولكنها بمجموعها تكون المعني الواسع الكامل للقضاء⁽¹⁹³⁾ وفي آيات قرآنية كثيرة يأتي القضاء بمعني الحكم ، الإلزام ، الأمر ، التبليغ إلى المحكوم عليه النطق به في مجلس القضاء الأسلوب المحكم والمنقن ، الانتهاء رد الحقوق المضي.

2- القضاء في الاصطلاح :

(191) ابن منظور - لسان العرب مجلد (3) ص 111-112.

(192) المعجم الوسيط ج 2 ص 749.

(193) سورة النساء - الآية (65) سورة يوسف (14) سورة الاسراء (4) (23) سورة طه (15) ، 73 ، (114) سورة فصلت (12) سورة يوسف (41) سورة يونس (71).

وقوله سبحانه وتعالى (فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما)⁽¹⁹⁸⁾ وفي السنة النبوية ، قول الرسول (صلى الله عليه وسلم) (إذا حكم الحاكم فاجتهد فأصاب فله أجران.. وإذا حكم فأخطأ فله اجر واحد)⁽¹⁹⁹⁾ وقوله (ص) (إنما انا بشر وأنكم تختصمون إلى ولعل بعضكم أن يكون الحن بحجته من بعض واقضي له على نحو ما أسمع فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذ فإنما أقطع له قطعة من النار)⁽²⁰⁰⁾.

أما الإجماع فقد أجمع المسلمون منذ عصر الصحابة (رض) على مشروعية الحكم بين الناس والفصل بينهم في المنازعات والخصومات وقضي الخلفاء الراشدون (رض) واستقضوا فصار بذلك فعلهم إجماعاً⁽²⁰¹⁾ كما أن بالنسبة للعرف ، فإن القضاء أمر بمعروف ونهي عن المنكر والناس قد جبلوا على التنافس والتغالب اطردت عادات الأمم على تولية بعض الناس أمر الفصل في نزاعاتهم ، لذلك كان القضاء من أكد الأعراف على مر العصور⁽²⁰²⁾.

(198) سورة النساء – الآية (65).

(199) الترمذي محمد بن عيسى السنن/ دار الكتب العلمية في الأحكام برقم (1326) وابن ماجه محمد بن يزيد السنن – دار إحياء الكتب العربية 2987م في الأحكام برقم (2314).

(200) اخرجه البخاري في الحيل برقم (6967) أبو عبد الله محمد بن إسماعيل – الجامع الصحيح – دار القلم ببيروت 1987م وابن ماجه في الأحكام برقم (2317).

(201) محمد الشربيني الخطيب – مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج مصر – مطبعة البابي الحلبي 1377- 1958م ج4 ص372.

(202) الدكتور/ سعود بن سعد لآل دريب – التنظيم القضائي في المملكة العربية السعودية في ضوء الشريعة الإسلامية ونظام السلطة القضائية – الرياض – مطابع حنيفة 1403- 1983 م.ص 76

ثالثاً – وظيفة القاضي :

يختص القاضي بالفصل في المنازعات التي تعرض أمامه وإصدار الأحكام التي تنهي هذه المنازعات ، فالحكم القضائي قرار نهائي يعلنه القاضي في نطاق خصومة معروضة عليه متبعا في ذلك إجراءات شكلية معينة بقصد واقعة تجهيل تكتنف عائلية حق يدعيه طرف وينكره طرف آخر ، فالحكم ليكتسب هذه الصفة يلزم أن يصدر من القضاة في منازعة رفعت إليهم " وفقاً لقانون المرافعات وبالشكلية التي يحددها القانون⁽²⁰³⁾ والحكم غير البات هو الحكم الذي يمكن أن يطعن فيه بأي طريقة من طرق الطعن.

أما الحكم البات فلا يمكن الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن الواردة في القانون⁽²⁰⁴⁾ وإذا اكتسب الحكم درجة الثبات ، أدي إلى منع رؤية الدعوى مجدداً أو عرض النزاع مرة أخرى على القضاء ، فقد نصت المادة (105) من قانون الإثبات (العراقي) رقم (107) لسنة 1979 على أن (الأحكام الصادرة من المحاكم العراقية التي حازت درجة الثبات تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق ، إذا اتحد أطراف الدعوى ولم تتغير صفاتهم وتعلق النزاع بذات الحق محلاً وسبباً)⁽²⁰⁵⁾ فالحكم القضائي الذي تصدره المحكمة في خصومة ما يعد عنوان الحقيقة ، ويبقى مرعياً ومعتبراً ما لم يبطل أو ينقض من محكمة أعلى منها وفق الطرق

(203) الدكتور/ أدم وهيب الندوي – المرافعات المدنية – دار الكتب للطباعة والنشر جامعة الموصل 1988 ص 327.

(204) انظر مؤلفنا الوجيز في شرح قانون الإثبات – بغداد مطبعة الزمان 1997 ص258.

(205) انظر المواد (41) اثبات مصري و(1/40) بينات أردني و(1/9) بينات سوري.

في الخصومة لا يحتج به عليه ولا يؤثر على حقوقه ، لأنه لم تتح له فرصة مناقشة الأدلة التي أنبني عليها الحكم⁽²⁰⁹⁾

ويقوم أسلوب إصدار الحكم القضائي على دراسة لموضوع الدعوى بأدلتها وتفصيلها ثم تقرر المحكمة النتيجة حسبما يتراءى لها حيث تعتبر المحكمة نفسها أنها حرة فيما تصدره من أحكام وقرارات وان كان لها حكم أو قرار سابق بخلافه ، وهذا ما يسمى بأسلوب (الاجتهاد الحر) الأمر الذي ينتج عنه تعدد الأحكام واختلافها في موضوع واحد ، فقد تصدر المحكمة حكيمين متناقضين في قضيتين متماثلتين ولنفس طرفي الدعوى وليس بين الحكمين الأول

والثاني سوى فترة قصيرة من الزمن قد لا تتجاوز يومين أو ثلاثة ، لذلك فإن حق القاضي في الاجتهاد وعدم تقيده باجتهاد سابق صادر منه أو من محكمة أخرى أو محكمة عليا (التمييز) لا يعني أنه له حرية اتخاذ اجتهاد جديد لأن هذا يضعف ثقة الناس بالقانون وبالقضاء⁽²¹⁰⁾ ويلاحظ أن الفقرة (3) من المادة (1) من القانون المدني العراقي نصت على أن (وتستترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي اقرها القضاء والفقهاء في العراق ، ثم في البلاد الأخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية)⁽²¹¹⁾.

ويري اتجاه أن نظام السوابق القضائية هو مصطلح أجنبي انكليزي أو فرنسي فإنه معمول به في معظم الدول ، وهو معمول به في العراق

(209) مؤلفنا الوجيز في شرح قانون الإثبات ص 260.
(210) الدكتور/ صالح محسوب - السوابق القضائية ودورها في الاستقرار القضائي - بغداد منشورا العدالة 1423 هـ - 2002م ص 40.
(211) انظر الفقرة (4) من المادة (2) من القانون المدني الاردني (ويستترشد) في كل ذلك كله بما اقره القضاء والفقهاء على أن لا يتعارض مع ما ذكر).

القانونية⁽²⁰⁶⁾ ويكتسب الحكم حجية الأمر المقضي بالنسبة إلى الخصوم ، فلا يجوز لأي منهم دحض هذه الحجية أو إثبات خلافها ، سواء كان على شكل دفع عند الاحتجاج عليه بها أو عن طريق دعوى جديدة⁽²⁰⁷⁾ وحجية الأمر المقضي به (حجية الشيء المحكوم فيه) معناها أن للحكم حجية بين الخصوم تمنع من إعادة النظر أمام القضاء فيما فصل فيه ألا من طريق الطعن فيه بالطرق التي اجازها القانون وفي المواعيد التي حددها ، وتثبت الحجية لكل حكم يفصل في نزاع إلى أن تزول بإبطال الحكم أو فسخه أو نقضه ، أما قوة الأمر المقضي به (قوة

الشيء المحكوم فيه) فصفة تثبت للحكم الذي يكون نهائيا ، أي غير قابل للطعن به (قوة الشيء المحكوم فيه) فهي تعني قابلية الحكم للتنفيذ الجبري فحجية الأمر المقضي به (حجية الشيء المحكوم فيه) (هي التي يعني بها قانون الإثبات وهي كون الحكم حجة على الخصوم أما قوة الأمر المقضي به (قوة الشيء المحكوم فيه) فهي تعني قابلية الحكم للتنفيذ الجبري⁽²⁰⁸⁾.

أما بالنسبة للغير فالأصل في حجية الأحكام أنها نسبية وأن الحكم لا يفيد منه أو يضار به الا من كان خصما في الدعوى التي صدر فيها ولا يحوز الحجية الا بينهم ، وان الغير لم يكن طرفا

(206) انظر المادة (160/ثالثا) من قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 المعدل.
(207) السنهوري - الوسيط ج2 ف 343 ص 635.
(208) الدكتور/ محمد جمال الدين زكي - الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري القاهرة - مطبعة جامعة القاهرة ط 31978 ف 713 ص 1152-1153 فتحى والي مبادئ قانون القضاء المدني - القاهرة 1975 ف 89-90 ص 137-138.

أيضا في بعض القضايا من قبل محكمة التمييز والمحاكم العراقية الأخرى ، وان لم تشر محكمة التمييز إلى ذلك صراحة في منطوق الحكم ، وهذا بدهة لأنه هو ما يقرره العقل والمنطق سواء كان قانونيا أم لا ، فالقضايا المتماثلة يجب أن تكون لها حلولاً واحدة سواء في العراق أو في فرنسا أو أي بلد آخر (212).

ويذكر أن قانون التنظيم رقم (160) لسنة 1979 نص على أن (م13 - أولاً - تتكون هيئات محكمة التمييز أ - الهيئة العامة وتتعد

البند الثاني - اجتهادات الفقه :-

أولاً : التعريف بالفقه :

1- الفقه لغة :

فقه الأمر ، فقها أحسن إدراكه ، يقال فقه عنه الكلام ونحوه ، فهمه.

الفقه : الفهم والفتنة الفقهية العالم الفطن. العالم بأصول الشريعة وأحكامها واستعمل فيمن يقرأ القرآن ويعلمه (ج) فقهاء(217)

2- الفقه ، اصطلاحاً :

مجموعة آراء علماء القانون الذين يعرضون بها لشرح القانون وتفسيره وتحليله ونقده سواء أكان ذلك في مؤلفاتهم أم فتاويهم أم محاضراتهم أم بحوثهم ودراساتهم.

ثانياً - دور الفقيه في تفسير القانون :

برئاسة رئيس محكمة التمييز.. وعضوية نوابه وقضاة المحكمة العاملين فيها كافة وتختص بالنظر فيما يأتي: 1- ما يحال عليها من إحدى الهيئات إذا رأت العدول عن مبدأ قررتها أحكام سابقة) وللسوابق القضائية فوائد عديدة ، منها استقرار المعاملات واقتصاد في وقت المحكمة في حسم الدعوى وتكوين ذوق قانوني لدى القضاة والتخفيف من أعباء القضاة والمحامين والمواطنين بتقليل الدعاوى والمساهمة في تطوير القانون لإيجاد حلول للقضايا المستجدة (213) وإذا اطردت أحكام المحاكم واستقرت على معني معين نظر الناس إليه باعتباره المعنى القانوني المعمول به وأصبحت له قوة القانون (214) وان عبارة محكمة النقض المصرية (وعلى ما جري عليه قضاء هذه المحكمة ..) التي تتكرر في أحكامها القضائية ، لا تخفي أن ما جرى عليه قضاؤه هو حكم القانون الواجب التطبيق (215) ، وفي نطاق النظرية العامة للقانون التي لا تقتصر

(212) صالح محسوب - السوابق القضائية ص44.

(213) المصدر السابق ص45 وما بعدها.

(214) مرقس ق172 ص274.

(215) تناغو القضاء مصدر أصلي للقانون - مجلة

القضاء - نادي القضاء - القاهرة 1975 العدد

التاسع (سبتمبر) ص79.

(216) المصدر السابق ص78.

(217) المعجم الوسيط ج2 ص705.

وسيلة أخرى⁽²¹⁹⁾ ، فإن رأيهم ، لاسيما إذا ثبتوا عليه بإطراد يصبح له وزن كبير في نفوس الناس ، فينظرون إليه باعتباره تعبيراً صادقا

عن القاعدة القانونية ويستندون إليه في مرافعاتهم أمام المحاكم ، والغالب أن تقضي المحاكم بمقتضاه ، وذلك ما يجعل لأراء الفقهاء قيمة عملية كبيرة⁽²²⁰⁾ إضافة إلى قيمتها العلمية البحتة.

ولا يعد الفقه مصدراً من المصادر الرسمية للقانون ، وإن كان يساهم بنصيب متفاوت كثرة وقلة في تكوين القانون في كل بلد أي أنه يعتبر من المصادر المنشئة غير الرسمية أو مصادر الإقناع لا من مصادر الإلزام⁽²²¹⁾.

ويلاحظ من جهة أخرى أن الفقيه يعتمد في شرحه للقانون وتفسيره على استقرار الأحكام القضائية وتطبيقها للقانون ، كما أنه يساهم في تسليط الضوء على غوامض القانون ونواقصه والعيوب التي تعتور صياغة النصوص القانونية ، مما يسهل الأمر على المشرع للتصدي لمعالجة هذه العيوب ، ومن ثم فإن من الضروري لجميع

(219) الأستاذ /ضياء شيت خطاب ، مصادر القانون المدني العراقي مجلة القضاء - العدد (2) 1956 ص203.

(220) مرقس ف173 ص374.

(221) المصدر السابق 175 ص385.

نصت الفقرة (3) من المادة (1) من القانون المدني العراقي على أن (وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقهاء في العراق ثم في البلاد الأخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية) وبذلك فإن اجتهادات الفقهاء هي للاسترشاد بها في تفسير القانون وهي ليست ملزمة بل لها معنى اعتباري وقيمة معنوية بالنسبة للقاضي عندما يتصدى للفصل في منازعة قضائية معروضة أمامه ، وكذلك بالنسبة لمفسر القانون ، إيا كان ، فإن استرشاده واعتماده برأي أحد فقهاء القانون ، يدعم رأيه الذي يدعو إليه ، ذلك أن الفقيه هو

عالم في القانون ولكن ليست له في الغالب صفة رسمية ولا سلطة في إنشاء قواعد قانونية أو إبداء آراء ملزمة للناس ، وإنما تقتصر مهمته على شرح القانون وعرض كلياته وجزئياته واستنباط آراء علمية تبين ما يجب أن يكون عليه القانون وتساعد في تفسير النصوص القانونية المعمول بها وتطبيقها وتنير السبيل أمام كل من المشرع والقاضي فيتهدي بها كل منهما ويستوحياها في عمله دون أن يكون مقيدا بها⁽²¹⁸⁾.

وآراء الفقهاء ذات قيمة كبيرة في معرفة حكم القانون لأن القانون يصدر في شكل مواد موجزة وقد تكون غامضة وتحتاج إلى التدقيق وإلى مقارنة المواد مع بعضها والرجوع إلى مصادرهما التاريخية، سواء كان ذلك باستخلاص المعنى من النصوص أو بإصلاح ما يعثور النص القانوني من عيب أو بقياس مسألة على أخرى ، أو باستنباط نظرية عامة على أساس الأصول التي تتضمنها بعض النصوص أو بأية

(218) مرقس ف 173 ص374.

العاملين في ميدان القانون ، الرجوع إلى الآراء الفقهية ودراستها والاستفادة منها علماً وعملاً .