دور القاضي في معالجة القصور التشريعي (دراسة في القانون المدني العراقي)

The Role of the Judge in Legal Deficiencies (A Study in Iraqi Civil Law)

أ.م.د. حسن خميس جوريد العبيدي

المديرية العامة لتربية كركوك– قسم الاشراف الاختصاصي – شعبة التحقيقات

Hasan07261@gmail.com

تاريخ استلام البحث: ٢٠٢٥/٧/٢ تاريخ قبول النشر: ٢٠٢٥/١٠/٥

الملخص:

يظهر القصور التشريعي في القانون المدني العراقي الى الواقع العملي عند غموض النص القانوني، او غيابه، مما يؤدي ذلك الى الدخول في القصور التشريعي؛ مما يوجب على القاضي الاستعانة بوسائل قانونية لسد هذا الفراغ؛ وهذه الوسائل تتمثل في تفسير النص عند غموضه او الاستعانة بالمصادر القانونية الاخرى التي حددها القانون المدني لمعالجة هذا القصور عند غياب النص القانوني.

الكلمات المفتاحية: دور القاضي، القصور التشريعي، التفسير

Abstract:

Legislative deficiencies in Iraqi civil law become apparent in practice when the legal text is ambiguous or absent. This leads to legislative deficiencies, requiring judges to resort to legal means to fill this gap. These means include interpreting the text when it is ambiguous, or resorting to other legal sources specified by civil law to address the deficiencies when the legal text is absent.

Keywords: Role of the judge, legislative deficiencies, interpretation

المقدمة

اولا: مدخل تعريفي بموضوع البحث: يواجه القاضي في بعض الأحيان مشاكل قانونية عديدة، يكون سببها أما عدم وضوح النص القانوني، أو عدم وجوده، او لتعدد النصوص القانونية التي تنطبق على مسألة واحدة، ان القصور التشريعي يلقي عبئا ثقيلا على القاضي المدني دون غيره؛ فهو ملزم بإيجاد حل للنزاع المعروض عليه والا عد منكرا للعدالة.

ثانيا: أهمية البحث: تتمثل أهمية الدراسة في ان الالفاظ التي حددها القانون المدني العراقي تكون في بعض الاحيان قاصرة عن الافصاح عن قصد المشرع، الامر الذي يتطلب من القاضي البحث عن روح النص وحكمته؛ وفق المفهوم الحالي، وعدم الجمود عند حرفية النصوص القانونية.

ثالثا: مشكلة البحث: تكمن مشكلة البحث في الوسائل المتاحة للقاضي في معالجة القصور التشريعي في القانون المدني العراقي؛ فالقاضي ملزم شرعا وقانونا في الفصل بالنزاع المعروض عليه، مستعينا بذلك بالوسائل التي حددها له القانون.

رابعا: منهجية البحث: سنعتمد في كتابة هذا البحث على المنهج الوصفي التحليلي الذي سيتناول النصوص القانونية الواردة في القانون المدني العراقي والقوانين الاخرى ذات الصلة بموضوع البحث، والآراء الفقهية التي قيلت بشأن الموضوع.

خامسا: هيكلية البحث: لغرض اعطاء صورة واضحة عن دور القاضي في معالجة القصور التشريعي، قمنا بتقسيم هذا البحث الى مبحثين وعلى النحو التالي:

المبحث الاول: دور القاضي المدني في حالة وجود النص القانوني.

المطلب الاول: حالة غموض النص.

المطلب الثاني: حالة تعارض النصوص القانونية.

المبحث الثاني: دور القاضي المدني في حالة غياب النص القانوني.

المطلب الاول: دور القاضي في استخدام مصادر القانون المدني لمعالجة القصور التشريعي.

المطلب الثاني: تقييم موقف المشرع العراقي في معالجة القصور التشريعي.

المبحث الأول: دور القاضي المدني في حالة وجود النص القانوني

ان مهمة القاضي المدني تتمثل في عمله دائما في إحقاق الحق من خلال تطبيقه أحكام القانون، على ان يكون ذلك منسجما مع حكمة التشريع، لذا فان دور القاضي في معالجة القصور التشريعي؛ في حالة وجود النص القانوني يكون فقط عن طريق التفسير للنصوص القانونية، وهذا التفسير في القانون المدني العراقي يكون على نوعين سنقوم بتسليط الضوء عليهما في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: حالة غموض النص

يقصد بغموض النص خفاؤه، وعدم وضوحه؛ على نحو يقتضي جهدا من التفسير لتحديد المعنى المقصود [١] وينشأ غموض النص عن أسباب مختلفة [٢] سنتولى توضيحها من خلال الفقرات التالية:

اولا: غموض يتطلبه فن الصياغة التشريعية: وبمقتضى هذه الفقرة فان القاعدة القانونية تكون على نوعين الاول: جوهر ويقصد به: المحتوى الذي تشتمل عليه القاعدة القانونية، وهذه القاعدة تستمد وجودها من واقع الحياة الاجتماعية، اما النوع الثاني: فيقصد به الصورة التي اعطاها القانون لهذا الجوهر حتى يصبح صالحا للتطبيق من الناحية العملية [٣]، وفي ضوء ذلك يجب على القاضي عند غموض النص ان يفسره معتمدا على جوهر القاعدة القانونية، والصورة التي أعطاها القانون لهذا الجوهر.

ثانيا: غموض النص القانوني تتطلبه طبيعة الموضوع: يعود هذا الغموض الى اختلاف المفاهيم من زمن الى آخر؛ ومن دولة الى أخرى، الأمر الذي يدفع مشرعي القوانين المدنية الى وضع قاعدة غير منضبطة الحدود، ومن الامثلة العملية على هذه الفقرة ما ورد في المادة (١٣٠) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ والتي نصت على انه(١- يلزم ان يكون محل الالتزام غير ممنوع قانونا ولا مخالفا للنظام العام والآداب وإلا كان العقد باطلا) ومن الملاحظات التي وردت على هذه المادة القول بان هذه الفقرة معروفة في الفقه الاسلامي والتي تقول ان المحل يجب ان يكون فيه فائدة للعاقدين، وان يكون

مقصودا شرعا، ويجب ان يستعاض عن هذا بفكرة النظام العام أو الآداب؛ اذ هي فكرة أوسع وتغني عن الفكرة الاولى ولا ضرورة لاجتماع الفكرتين، مادامت الثانية تغني عن الاولى(٤).

ثالثا: غموض ناشئ عن الصياغة اللغوية: يتطلب فهم نصوص القانون المدني والقوانين الاخرى ان يكون المصطلح القانوني موزونا من الناحية اللغوية، وان يكون بسيطا وواضحا، صياغته تكون مفهومة للمتلقي؛ وبخلاف ذلك فان الصياغة اللغوية للنص القانوني تكون غامضة للقاضي عند تطبيق النص (٥).

ونخلص مما تقدم ان دور القاضي في حالة غموض النص في القانون المدني؛ يكمن في قيامه بتفسير النص تفسيرا يحدث معه اثرا يكون متوافقا مع الغرض من سن القانون، مؤمنا التناسق وعدم الاختلاف بين هذا النص والنصوص القانونية الاخرى الواردة في هذا القانون، وبخلاف ذلك فان القاضي يكون ممتنعا عن احقاق الحق.

رابعا: اتباع التفسير المتطور للقانون في حالة وجود النص القانوني: يمكن التعرف على موقف القضاء العراقي من تفسير النص القانوني بإتباع التفسير المتطور للقانون من خلال استعراض بعض النصوص القانونية التي جاء بها القانون المدني العراقي والتي اشارت ضمنا الى اتباع التفسير المتطور للقانون، ومن هذه النصوص ما جاءت به المادة (٢٠٥) من القانون المدني العراقي والتي نصت على انه" ١- يتناول حق التعويض الضرر الادبي كذلك فكل تعد على الغير في حريته أو في عرضه أو في شرفه أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي يجعل المتعدي مسؤولا عن التعويض٢- ويجوز ان يقضى بالتعويض للأزواج والأقربين من الاسرة عما يصيبهم من ضرر أدبي بسبب موت المصاب...". ولغموض النص القانوني حيال مسألة تعويض الصغير غير المميز والتي لم تعالج بوضوح من خلال هذا النص ذهبت محكمة التمييز العراقية في احدى قراراتها الى مبدأ مفاده " ان الصغير غير المميز يستحق التعويض الادبي لان الثابت لدى علماء النفس ان الطفل يتأثر نفسيا بشكا آني وبشكل متواصل بعد ذلك بسبب فقدان أحد والديه وان عدم وضوح هذا التأثير في حينه لا يعني عدم وجوده..."(٦).

ونصت المادة (٢) من القانون المدني العراقي على انه" الجواز الشرعي ينافي الضمان فمن استعمل حقه استعمالا جائزا لم يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر" وحيث ان اللجوء الى القضاء حق مكفول لكل المواطنين فللقاضي هنا اتباع التفسير المتطور للقانون رغم وجود النص القانوني وذلك لأنه لا يستطيع ترك الدعوى بلا حكم والا عد ممتنعا عن احقاق الحق.

المطلب الثاني: حالة تعارض النصوص القانونية

بحث شراح القانون المدني تعارض نصوص القانون على انها مادة التفسير، وتحدثوا عن أي القانونين يكون نافذا وأيا منها يعد ملغيا، ومن خلال الاطلاع على شراح القانون المدني نجد انهم ذهبوا ان الالغاء يكون على نوعين: اما الغاء صريح او الغاء ضمني، وسنتناول بيان هذين النوعين من الالغاء وحسب التفصيل التالي:

اولا: الالغاء الصريح: يكون الغاء القانون صريحا إذا تضمن التشريع اللاحق نصا قانونيا بإلغاء تشريع سابق أو الغاء نصوص قانونية معينة في ذلك التشريع، ومثال على ذلك ما ورد في نص المادة

(٨٩) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها: (لا يتم العقد في المزايدات الا برسوها)، وان المادة (٢/٣) من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ نصت على انه: (لا نعقد التصرف العقاري الا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري).

والسؤال الذي يثار هنا إذا جرت مزايدة معينة على عقار هل تتم برسوها حسب نص المادة (٨٩) من القانون المدني، أم يجب تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري حسب نص المادة (٢/٣) من قانون التسجيل العقاري.

والقول هنا ان قانون التسجيل العقاري هو قانون لاحق للقانون المدني العراقي، وبهذا فانه يعد قانونا خاصا؛ نصوصه هي سارية المفعول في هكذا مسألة، لذا فان التصرفات العقارية تخضع لقانون التسجيل العقاري في الدائرة المختصة، وبالتالي لا تنعقد التصرفات العقارية الا بعد تسجيلها، لأن التسجيل هنا يعد ركنا للانعقاد، ووفقا لهذا فان المادة(٢/٣) من قانون التسجيل العقاري تعد معدلة للمادة (٨٩) من القانون المدني العراقي [٧].

ثانيا: الالغاء الضمني: يختلف الالغاء الضمني عن الالغاء الصريح في ان التشريع الجديد لا يحتوي على نص بإلغاء التشريع القديم، انما تتعارض نصوصه القانونية مع بعض النصوص القانونية التي يتضمنها التشريع القديم، ووفقا لهكذا نوع من الالغاء فان النصوص القانونية القديمة تكون ملغاة ضمنا، وذلك في حدود التعارض الموجود في التشريعين.

ومن الامثلة على ذلك ما نصت عليه المادة (٢٠٥) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها: (١- يتناول حق التعويض الضرر الادبي كذلك فكل تعد على الغير في حريته أو في عرضه أو في شرفه أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي يجعل المتعدي مسؤولا عن التعويض٢- ويجوز ان يقضى بالتعويض للأزواج والأقربين من الاسرة عما يصيبهم من ضرر أدبي بسبب موت المصاب...).

فعند الاطلاع على نص المادة (٢٠٥) من القانون المدني نجد انها اجازت التعويض عن الضرر الأدبي في حالة موت المصاب، واشارت ان التعويض يكون للأزواج والأقربين، في حين هناك قرار لمجلس قيادة الثورة(المنحل) المرقم (٨١٥) في ٦/٢٠/ ١٩٨٢ حصر التعويض عن الضرر الادبي في زوج المتوفي وأقاربه من الدرجتين الاولى والثانية، وهنا يتبين لنا أن هناك تعارض بين نص المادة (٢٠٥) من القانون المدني العراقي وقرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) وبما ان القانون المدني صدر ١٩٥١ وقرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) صدر سنة ١٩٨٢ فان هذا التعارض يمكن ازالته من خلال اعمال المبدأ القائل(القانون اللاحق يلغي القانون السابق، وتعد مثل هذه الحالة الغاء ضمني[٨] للمادة (٢٠٥) من القانون المدني العراقي التي كان الأجدر بالمشرع العراقي تحديد درجة الأقارب المستحقين للتعويض عن الضرر الأدبي الناشئ عن موت المصاب.

ومن الامثلة الاخرى على الالغاء الضمني ما ورد في المادة (١/٥٨٨) من القانون المدني العراقي والتي نصت على انه: (١- اذا ظهر بالمبيع عيب قديم كان المشتري مخيرا ان شاء رده وان شاء قبله بثمنه المسمى)،

وما نصت عليه المادة (٥٩٩) من القانون المدني والتي جاء فيها: (لا يضمن البائع عيبا قديما كان المشتري يعرفه او كان يستطيع ان يتبينه لو أنه فحص المبيع بما ينبغي من العناية) ومن خلال الاطلاع على نص المادتين (٥٨٨و٥٩٩) من القانون المدني العراقي نجد ان الاولى جاءت بحكم مطلق مقترن بوجود عيب قديم، سواء علمه المشتري أو جهله، اما النص الثاني فقد جاء بتقييد على النص الاول وذلك من خلال اشتراطه معرفة المشتري بالعيب القديم[٩] وهنا يكون النص الثاني هو الاولى بالتطبيق في ظل وجود هذا التعارض.

المبحث الثاني: دور القاضي المدني في حالة غياب النص القانوني

اعتمد المشرع العراقي في حالة عدم وجود نص قانوني يعالج مسألة معينة في القانون المدني العراقي على ما جاءت به المادة(١) من القانون والتي نصت: (١- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناوله هذه النصوص في لفظها وفحواها ٢- فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فاذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة٣- وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد الاخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية).

نلاحظ ومن خلال نص المادة (١) من القانون المدني العراقي ان المشرع أعطى عدة مصادر يمكن الاستفادة منها في معالجة القصور التشريعي؛ وسنتناول هذه المصادر حسب التسلسل الذي جاءت به المادة (١) المشار اليها اعلاه ثم سنقوم بتقييم موقف المشرع العراقي في ترتيب هذه المصادر وذلك من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول: دور القاضي في استخدام مصادر القانون المدني لمعالجة القصور التشريعي

سنتناول في هذا المطلب المصادر القانونية التي حددها المشرع العراقي في المادة (١) من القانون المدني العراقي، والتي وضعت لمساعدة القاضي في الحكم بمسألة معينة عند عدم وجود نص قانوني يمكن اعماله، وسنبين هذه المصادر حسب الترتيب الذي جاء به المشرع العراقي ومن خلال الفقرات التالية:

اولا: العرف: يعد العرف مصدرا احتياطيا للقانون، وهو ينشئ من حالة الاعتياد على سلوك معين، وهو يختلف عن التشريع في ان التشريع لا يرى النور ولا يشرع الا من جهة مختصة، اما العرف فهو خلاصة ما اعتاد عليه الناس [١٠].

ومن خلال اطلاعنا على نصوص القانون المدني العراقي نجد ان العرف يأتي في الترتيب الثاني بعد نصوص التشريع، حيث جاء في المادة (١) فقرة(٢) من القانون المدني العراقي ما نصه: (٢- فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف...).

ومن الأمثلة على تأثير العرف في النص القانوني ما ورد في المادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي والتي نصت على انه: (ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول ايضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف...)، ويتضح لنا من النص السابق ان لفظ المستلزمات معيار متغير يصعب تحديده، ومن ثم فان المشرع قد احال على العرف مع غيره من الادوات للتعريف بهذا المعيار[١١]

هذا من جهة ومن جهة اخرى نجد ان نص المادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي جاء لتفسير نص موجود فيما نبحث نحن عن دور العرف في حالة عدم وجود النص.

ومن الأمثلة الاخرى لتأثير العرف في القانون المدني العراقي ما جاء في نص المادة(٥٨٣) من القانون المدني والتي تنص على ان: (نفقات عقد البيع ورسوم التسجيل وغيرها من الرسوم واجرة كتابة السندات والصكوك وغير ذلك من المصروفات التي يقتضيها البيع تكون على المشتري مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك) وايضا ما ورد في نص المادة (٥٨٧) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها: (نفقات تسلم المبيع على المشتري، ما لم يوجد عرف او اتفاق يقضي بغير ذلك). وما ورد في المادة (٧٦٢) والتي تحدثت عن المأجور حيث نصت على انه: (ايا كان المأجور يجب على المستأجر ان يستعمله على النحو المبين في عقد الايجار، فان سكت العقد وجب عليه ان يستعمله بحسب ما اعد له ووفقاً لما يقتضيه العرف).

ونخلص القول ومن خلال هذه النصوص القانونية ان هناك مجال لتطبيق العرف في حالة انعدام الاتفاق فان لم يوجد العرف فيطبق التشريع.

ثانيا: الشريعة الاسلامية: فيما يخص مكانة الشريعة الاسلامية في القانون المدني العراقي والتي يعود اليها القاضي عند غياب النص القانوني، فقد جاءت في المرتبة الثانية بعد العرف، مقلدا المشرع العراقي بهذا الاتجاه المشرع المصري وهو ما نصت عليه المادة (٢/١) من القانون المدني العراقي.

ومن الموضوعات التي استمدها القانون المدني العراقي من الشريعة الاسلامية، نجد بعض القواعد الفقهية مثل المادة (٢) والتي جاء فيها: (لا مساغ للاجتهاد في مورد النص) وما جاء في المادة (٣) والتي نصت على انه: (ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه) وهكذا نوع من القواعد لغاية المادة (٥) من القانون المدني العراقي، ونجد ايضا نظرية التعسف في استعمال الحق مادة (٧)، والرضا كأحد أركان العقد المواد (٧٧-٩٢) والأهلية المواد (٩٣-١١١) كذلك أحكام تفسير العقد والتي هي عبارة عن قواعد فقهية المواد(١٥٥-١٦٧) والارادة المنفردة كمصدر من مصادر الالتزام.

كانت هذه بعض الأمثلة التي تبين استمداد القانون المدني من الشريعة الاسلامية، والتي تعطي للقاضي دور كبير في الاستعانة بالشريعة الاسلامية سواء توافر ام لم يتوافر النص القانوني [١٢].

ثالثا: مبادئ العدالة: تعد العدالة من المصادر القانونية التي اعتمد عليها المشرع العراقي؛ لعلاج القصور التشريعي في القانون المدني العراقي، حيث يكون القاضي ملزما بإصدار حكم في أي نزاع مدني يعرض عليه حتى لو لم يجد نص في القانون، والا اعتبر القاضي منكرا للعدالة[١٣].

وقد ذهبت محكمة التمييز العراقية في احدى قراراتها الى القول (... ان تشكيل لجان خاصة لتطبيق أحكام قانون العفو العام لا يحول دون ممارسة محكمة التمييز حقها في القرارات الصادرة بشأن ذلك القانون رغم صدورها من محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية) [١٤]. ونرى من خلال هذا القرار التمييزي ان قانون العفو اعطى حق نظر القانون لمحكمة الاستئناف، لكن لغرض تحقيق العدالة تصدت محكمة التمييز لهذا الموضوع.

رابعا: القضاء: جاء في الفقرة الثالثة من المادة الاولى من القانون المدني العراقي (وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقه...) وكان المشرع موفقا في هذه الفقرة وخاصة فيما يخص القضاء؛ فالمحاكم هي الأقدر على تطبيق ما تراه، وتخرجه الى حيز الوجود، فلا يخفى ما لأحكام القضاء من دور بارز في حل المنازعات بين الأشخاص، أو ما يتعارف على تسميته بالسوابق القضائية [١٥].

ومن التطبيقات القضائية التي تتعلق بالمادة الاولى الفقرة (٣) من القانون المدني العراقي ما ذهبت اليه محكمة التمييز العراقية، اذ جاء في قرار لها: (ولما كان المبلغ الذي قبضه الوكيل لحساب موكله المميز امانه في يده نظرا لحكم المادة (٩٣٥) من القانون المدني ولتمسكه بدفع لم يثبت وخلو القانون المدني العراقي من حكم الوكيل في حال تمسكه بتسديد مال الموكل الذي لديه امانة فيجب والحالة هذه الرجوع الى الشريعة الاسلامية كما نصت على ذلك الفقرة(٢) من المادة الاولى من القانون المدني اذ قضت الشريعة بأن الامين مصدق في براءة ذمته في أي في المال الذي في يده فكان على المحكمة ان تحلف الوكيل بطلب من الموكل اليمين على براءة ذمته فعدم قيامها بذلك مخالف للقانون لذا قرر نقضه وصدر القرار بالاتفاق[١٦] ويعد هذا القرار تطبيقا للفقرة (٣) من المادة (١) من القانون المدني العراقي والمشار اليها سابقا، والتي تلزم القاضي بخلق حلول قانونية للمسائل التي لم يرد فيها نص في القانون.

خامسا: الفقه: جاء في الفقرة (٣) من المادة(١) من القانون المدني العراقي والمشار اليها سابقا: (وتسترشد المحاكم في ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقه في العراق...) وجاء في نص المادة (١) فقرة (٣) من قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل: (تسترشد المحاكم بالأحكام التي أقرها القضاء والفقه الاسلامي في العراق) ويتبين لنا من خلال النصين السابقين ان نص المادة (١) فقرة (٣) من القانون المدني العراقي جاء عاما ليشمل الفقه الاسلامي والقانوني، أما المادة (١) فقرة (٣) من قانون الأحوال الشخصية فقد جاءت خاصة ومقيدة في الفقه الاسلامي فقط، وقد اورد بعض الفقهاء[١٧] فروقا بين الفقه والشريعة يمكن ايجازها بما يلي:

١. ان الشريعة هي الأساس الذي بني عليه الفقه.

٢. ان الفقه أخص من الشريعة الاسلامية فهو جزء مما تشتمل عليه الشريعة.

٣. ان الفقه أضعف من الشريعة من حيث القوة الملزمة فالشريعة نتجت عن وحي إلهي اما الفقه فهو استند الى اصول الشريعة في احكامه.

ورغم تلك الفروق التي أشار اليها الفقهاء بين الشريعة والفقه، فان مسألة التمييز لا زالت غير واضحة بما فيه الكفاية، عند الرجوع اليها، وسيكون لنا كلام آخر في هذه المسألة عند معالجتنا لموقف المشرع العراقي في معالجة القصور التشريعي في المطلب الثاني من هذا المبحث.

المطلب الثاني: تقييم موقف المشرع العراقي في معالجة القصور التشريعي

تناولنا في المطلب الاول من هذا المبحث المصادر الاحتياطية للقانون المدني العراقي والتي تناولتها المادة (١) بفقراتها الثلاثة المشار اليها سابقا وهي كل من العرف والشريعة الاسلامية ومبادئ

العدالة والقضاء والفقه، وللوقوف على ايجابيات وسلبيات الاتجاه السابق الذي تبناه المشرع العراقي، سنقوم بتناول هذه المصادر ومن خلال الفقرات الثلاثة وحسب التفصيل التالي:

اولا: تقديم العرف على الشريعة الاسلامية: اشرنا فيما تقدم ان المشرع ومن خلال المادة (١) من القانون المدني العراقي قام بتقديم العرف على مبادئ الشريعة الاسلامية في حالة عدم وجود نص تشريعي، وهذا الاتجاه يؤاخذ عليه المشرع العراقي وذلك للدور الكبير الذي لعبته الشريعة في وضع نصوص القانون المدني العراقي، وأول من أعترض على تقديم العرف على الشريعة الاسلامية الدكتور عبد الرزاق السنهوري الذي قال في هذا الشأن: " لاحظت في المادة (١) من القانون المدني العراقي انكم اخرتم مكان الشريعة الاسلامية بين مصادر القانون الى المرتبة الثالثة تماشيا مع القانون المدني المصري، والقانون المدني العراقي يستمد من الشريعة بنصيب أوفر، فلم يكن غريبا ان يجعل الشريعة الاسلامية في المرتبة الثانية[١٨].

ومن المآخذ الاخرى على تقديم العرف على الشريعة الاسلامية في القانون المدني العراقي القول ان للعرف عيوب منها ان العرف يؤدي الى ضياع وحدة القانون؛ بسبب ضيق نطاق تطبيقه، ذلك ان العرف غالبا ما يكون محليا ومن النادر ان يعم الدولة بأسرها، كما ان قواعد العرف يعتريها الغموض ويصعب التثبت من وجودها، وتفتقر الى الصياغة التشريعية المحكمة التي تضمن استقرار المعاملات، وتكفل التعرف على الحقوق والواجبات [١٩].

ومن الامثلة على ما تقدم ما ورد في المادة (٥) من القانون المدني العراقي والتي نصت على انه: (لا تتغير الاحكام بتغير الزمان) وهذه المادة منقولة من المادة (٢٩) من مجلة الأحكام العدلية، وهذه القاعدة معناها ان الاحكام المبنية على العرف لا على النص والدليل تتغير مع تغير العادات التي بنيت عليها [٢٠]، وهذا يؤدي الى عدم وحدة القانون وضياع استقرار المعاملات. وفي ضوء ما تقدم فإننا نرى ضرورة تأخير مرتبة العرف الا ما بعد مرتبة الشريعة الاسلامية وذلك لخصوصية القانون المدني العراقي والذي استسقى الكثير من احكامه من الشريعة الاسلامية.

ثانيا: جدوى ايراد قواعد العدالة بعد مبادئ الشريعة الاسلامية: لقد ورد في المادة (١) فقرة (٢) من القانون المدني العراقي وكما ورد سابقا الاحالة الى قواعد العدالة بعد مبادئ الشريعة الاسلامية، والذي يثير التساؤل هنا ما جدوى ذكر قواعد العدالة بعد مبادئ الشريعة الاسلامية وجعلها أحد المصادر الاحتياطية للقانون؟

للجواب على هذا التساؤل هناك[٢١] من يقول " لعل المراد من هذا الموقف الذي اختلف فيه المشرع العراقي مع المشرع المصري[٢٢] هو افتراض المشرع العراقي ان الشريعة الاسلامية محيطة بنصوصها وروحها بجميع قواعد العدالة والانصاف وان استنباط هذه القواعد داخل ضمن اطار الشرع الاسلامي لا خارج اطاره" ويضيف صاحب هذا الرأي ان الشريعة الاسلامية بعدها مصدر من مصادر القانون المدني تفوق قواعد العدالة لسببين: اما الأول فهو يتمثل في ان قواعد العدالة ليست مصدرا من مصادر الشريعة الاسلامية وانما اساس يحيط بالنصوص التشريعية، أما السبب الثاني فيكمن بان العدالة كمصدر للقانون لا تعطي سلطة

تقديرية يعول عليها للوصول الى حكم يفصل في النزاع المعروض أمام القاضي عند عدم وجود نص قانوني يعالج المسألة، بينما هناك[٢٣] من يذهب الى التساؤل هل عجزت مبادئ الشريعة الاسلامية ان تحيط بالأحكام ليتم اللجوء الى قواعد العدالة؟ في الوقت الذي وردت فيه العديد من النصوص الشرعية التي تحدد إطار العدل والانصاف، وهي على درجة كبيرة من الدقة. ونميل بدورنا للرأي الأخير والذي يتضمن دمج مبادئ العدالة مع احكام الشريعة الاسلامية؛ دون جعل مبادئ العدالة مصدر مستقل من مصادر القانون المدني العراقي.

ثالثا: الشريعة الاسلامية والفقه الاسلامي: جاء في المادة (١) من القانون المدني العراقي والمشار اليها فيما تقدم حيث ورد في الفقرة (٢) (... فاذا لم يوجد نص فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون...) وورد ايضا في الفقرة (٣) (وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقه في العراق). ونصت المادة (٣/١) من قانون الاجوال الشخصية العراقي (تسترشد المحاكم في ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقه الاسلامي...).

وعند الاطلاع على النصين السابقين نجد ان مصطلح الفقه ورد مطلقا في المادة (٣/١) من القانون المدني العراقي، في حين ورد مقيد من خلال نص المادة (٣/١) من قانون الاحوال الشخصية العراقي، في الوقت الذي فيه ان معظم احكام القانون المدني العراقي مستسقاة من مجلة الاحكام العدلية، ان عدم التمييز بين الشريعة الاسلامية والفقه الاسلامي انسحب على دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥[٢٤] والذي نص في المادة (٢) فقرة (اولا) (الاسلام دين الدولة الرسمي وهو مصدر اساس للتشريع لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت احكام الاسلام) ومن خلال اطلاعنا على نص المادة (٢) اولا من الدستور العراقي فإننا لم نجد فيها حلا جذريا لهذا الاختلاف بين القوانين العراقية التي عالجت الشريعة الاسلامية والفقه الاسلامي كمصدرين للقانون.

نخلص مما تقدم وبعد تقييم موقف المشرع العراقي عند معالجته للقصور التشريعي في القانون المدني العراقي، نجد ان المادة (١) من القانون بحاجة الى بعض التعديل لكي تكون صياغتها محكمة وتضمن استقرار التعامل، وتكون صالحة للوقت الحاضر، ونقترح تعديل المادة (١) لتصبح بالشكل التالي: (١- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناوله هذه النصوص في لفظها وفحواها٢- فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية والفقه الاسلامي الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فاذا لم يوجد فبمقتضى العرف ٣- وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء في العراق ثم في البلاد الاخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية).

الخاتمة

في ختام بحثنا هذا والذي تناولنا فيه دور القاضي في معالجة القصور التشريعي في القانون المدني العراقي توصلنا الى مجموعة من النتائج والتوصيات يمكن ايجازها بما يلي:

اولا: النتائج:

١. ان الاساس القانوني الذي يوضح دور القاضي المدني في معالجة القصور التشريعي هو نص المادة (١) من القانون المدني العراقي.

٢. ان القاضي ملزم قانونا في الفصل بالمسألة التي تعرض عليه ولا يمكنه الامتناع عن الحكم بحجة غموض النص او فقدانه والا عد ممتنعا عن احقاق الحق.

٣. القصور في القانون المدني العراقي يظهر من خلال الواقع العملي وهنا يأتي دور القاضي في معالجة هذا القصور.

٤. للقاضي اتباع التفسير المتطور للقانون في حالة غموض النص القانوني.

ثانيا: التوصيات:

١. نقترح تعديل نص المادة (٢٠٥) من القانون المدني العراقي لتصبح كالاتي: (١- يتناول حق التعويض الضرر الادبي كذلك فكل تعد على الغير في حريته أو في عرضه أو في شرفه أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي يجعل المتعدي مسؤولا عن التعويض٢- ويجوز ان يقضى بالتعويض للأزواج والأقربين من الاسرة من الدرجة الاولى عما يصيبهم من ضرر أدبي بسبب موت المصاب...).

٢. نقترح تعديل نص المادة (١) من القانون المدني العراقي لتصبح كالاتي: (١- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناوله هذه النصوص في لفظها وفحواها٢- فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية والفقه الاسلامي الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فاذا لم يوجد فبمقتضى العرف ٣- وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء في العراق ثم في البلاد الاخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية).

الهوامش:

(١) د. عبد الباقي البكري وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون، ط١، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٩، ص ١١٩.

(٢) القاضي عواد حسين ياسين العبيدي، الزام القاضي بالتفسير المتطور للقانون، ط٢، هاتريك للطباعة والنشر والتوزيع، اربيل، العراق، ٢٠٢٥، ص ١٩ وما بعدها.

(٣) د. منذر الشاوي، فلسفة القانون، ط١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٥، ص ٢٤٠.

(٤) ضياء شيت خطاب وآخرون، القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ مع الاعمال التحضيرية، مطبعة الزمان، بغداد، ١٩٩٨، ص ١٤.

(٥) د. عصمت عبد المجيد بكر، دور اللغة في صياغة التشريع، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية، بيت الحكمة، عدد ١، ١٩٩٩، ص ٤٢.

(٦) محكمة التمييز العراقية/ هيئة موسعة قرار ١٩٨١ في ١١/٢١/ ٩٨٢ القرار منشور في مجموعة الاستاذ ابراهيم المشاهدي، المختار من قضاء محكمة التمييز، قسم القانون المدني والقوانين الخاصة، الجزء الحادي عشر، ص ١٠٥.

(٧) القاضي عواد حسين ياسين العبيدي، مصدر سابق، ص ٣١-٣٢.

(٨) د. عصمت عبد المجيد بكر، عيوب الصياغة التشريعية، بحث منشور في مجلة الحقوقي، الاعداد (١-٤) مطبعة الزمان، بغداد، ١٩٩٧، ص ٩٦.

(٩) محمد شريف احمد، نظرية تفسير النصوص المدنية– دراسة مقارنة بين الفقهين المدني والاسلامي، المكتبة الوطنية، بغداد، ١٩٨٢، ص ١٣١.

(١٠) م.د كاظم حمادي يوسف الحلفي و م.د صدام بدن رحيمه الساعدي، العرف وأثره في استنباط الحكم القانوني، مجلة كلية القانون والعلوم السياسية، عدد (١١) ص ٦٦.

(١١) م.د كاظم حمادي يوسف الحلفي و م.د صدام بدن رحيمه الساعدي، العرف وأثره في استنباط الحكم القانوني، مصدر سابق، ص ٦٨.

(١٢) د. حسن محمد بودن، ضمانات الخصوم أمام القضاء في الشريعة الاسلامية– دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١١، ص٢١٦.

(١٣) فاطمة محمد عبد العليم، أثر الدين في النظم القانونية، اطروحة دكتوراة، جامعة القاهرة، مصر، ٢٠٠١، ص ٤٩٧.

(١٤) قرار محكمة التمييز العراقية، هيئة عامة، ٢٠٠٨، منشور في مجلة التشريع والقضاء، العدد (٢) ٢٠٠٩، ص ٨٣.

(١٥) القاضي عواد حسين ياسين العبيدي، مصدر سابق، ص ٥٨.

(١٦) قرار محكمة التمييز العراقية، رقم ١٧٣٨ في ١٢/٢/ ١٩٥٨ نقلا عن القاضي عواد حسين ياسين العبيدي مصدر سابق، ص٥٩.

(١٧) د. مصطفى الزلمي وعبد الباقي البكري، المدخل لدراسة الشريعة، دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٨٩، ص١٣١.

(١٨) د. ضياء شيت خطاب واخرون، ج١٠، مصدر سابق، ص١٢.

(١٩) د. عبد الباقي البكري وزهير بشير، المدخل لدراسة القانون، مصدر سابق، ص ١٤٢.

(٢٠) القاضي عواد حسين ياسين العبيدي، مصدر سابق، ص ٧١.

(٢١) د. صلاح الدين الناهي، النظرية العامة في القانون الموازن وعلم الخلاف، بدون مكان طبع، ١٩٦٨، ص١٥٣–١٥٤.

(٢٢) جاء في المادة (١) فقرة (٢) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل (...فاذا لم يجد القاضي فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة)

(٢٣) القاضي عواد حسين ياسين العبيدي، مصدر سابق، ص٨٠.

(٢٤) دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥، العدد (٤٠١٢) نشر في الوقائع العراقية بتاريخ ٢٠٠٥/١٢/٢٨.

المصادر

اولا: الكتب:

١) ابراهيم المشاهدي، المختار من قضاء محكمة التمييز، قسم القانون المدني والقوانين الخاصة، الجزء الحادي عشر.

٢) د. عبد الباقي البكري وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون، ط١، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٩.

٣) القاضي عواد حسين ياسين العبيدي، إلزام القاضي بالتفسير المتطور للقانون، ط٢، هاتريك للطباعة والنشر والتوزيع، اربيل، العراق، ٢٠٢٥.

٤) د. منذر الشاوي، فلسفة القانون، ط١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٥.

٥) ضياء شيت خطاب وآخرون، القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ مع الاعمال التحضيرية، مطبعة الزمان، بغداد، ١٩٩٨.

٦) محمد شريف احمد، نظرية تفسير النصوص المدنية–دراسة مقارنة بين الفقهين المدني والاسلامي، المكتبة الوطنية، بغداد، ١٩٨٢.

٧) د. حسن محمد بودن، ضمانات الخصوم أمام القضاء في الشريعة الاسلامية– دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١١.

٨) د. مصطفى الزلمي وعبد الباقي البكري، المدخل لدراسة الشريعة، دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٨٩.

٩) د. صلاح الدين الناهي، النظرية العامة في القانون الموازن وعلم الخلاف، بدون مكان طبع، ١٩٦٨.

ثانيا: الابحاث:

١) د. عصمت عبد المجيد بكر، عيوب الصياغة التشريعية، بحث منشور في مجلة الحقوقي، الاعداد(١–٤) مطبعة الزمان، بغداد.

٢) د. عصمت عبد المجيد بكر، دور اللغة في صياغة التشريع، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية، بيت الحكمة، عدد ١، ١٩٩٩.

٣) م.د كاظم حمادي يوسف الحلفي و م.د. صدام بدن رحيمه الساعدي، العرف وأثره في استنباط الحكم القانوني، مجلة كلية القانون والعلوم السياسية، عدد(١١).

ثالثا:– الرسائل والأطاريح:

١) فاطمة محمد عبد العليم، أثر الدين في النظم القانونية، اطروحة دكتوراة، جامعة القاهرة، مصر، ٢٠٠١.

رابعا: التشريعات:–

١) دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

٢) القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١

٣) القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨

٤) قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل

٥) قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١

خامسا: القرارات:

قرارات محكمة التمييز العراقية

١) قرار محكمة التمييز العراقية، رقم ١٧٣٨ في ١٢/٢/ ١٩٥٨.

٢) محكمة التمييز العراقية/ هيئة موسعة قرار ١٩٨١ في ١١/٢١/ ٩٨٢.

٣) قرار محكمة التمييز العراقية، هيئة عامة، ٢٠٠٨.