



جامعة كربلاء

كلية القانون

الفرع الخاص

دور القاضي في تحديد مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص
القانون المدني
"دراسة مقارنة"

رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون – جامعة كربلاء
وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الخاص

كتبت بواسطة الطالب

حسين نعمه كاظم العويدي

بإشراف الاستاذ الدكتور

عادل شمran حميد الشمري

استاذ القانون المدني

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ وَأَنْ أَحْكُمُ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ
يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ ۗ فَإِنْ تَوَلَّوْا فَاعْلَمُوا أَنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ
يُصِيبَهُمْ بِبَعْضِ ذُنُوبِهِمْ ۗ وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ النَّاسِ لَفَاسِقُونَ ﴾

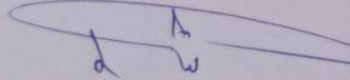
صَدَقَ اللَّهُ الْعَلِيُّ الْعَظِيمُ

سورة المائدة آية (49)

إقرار المشرف

أشهد إن رسالة الماجستير الموسومة بـ (دور القاضي في تحديد مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص القانون المدني - دراسة مقارنة -) المقدمة من قبل الطالب (حسين نعمه كاظم العويدي) إلى مجلس كلية القانون - جامعة كربلاء بوصفها جزء من متطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون الخاص قد جرت تحت إشرافي ورشحت للمناقشة .

مع التقدير .

التوقيع: 

الاسم: أ.د. عادل شمران حميد الشمري

الاختصاص: استاذ القانون المدني

جامعة كربلاء - كلية القانون

إقرار المقوم اللغوي

أشهد أنني قرأت رسالة الماجستير الموسومة بـ (دور القاضي في تحديد مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص القانون المدني "دراسة مقارنة") المقدمة من قبل الطالب (حسين نعمه كاظم العويدي) إلى مجلس كلية القانون - جامعة كربلاء، وقد وجدتُها صالحة للمناقشة من الناحيتين اللغوية والتعبيرية، بعد أن اخذ الطالب بالملاحظات المسجلة على متن الرسالة.
مع التقدير.



التوقيع:

الاسم: أ.د. حازم فاضل البارز

جامعة كربلاء - كلية العلوم الإسلامية - قسم اللغة العربية

التخصص العام: اللغة العربية

التخصص الدقيق: الأدب العربي

2023 / 6 / 4

إقرار لجنة مناقشة

نشهد نحن أعضاء لجنة المناقشة إننا اطلعنا على هذه الرسالة الموسومة بـ (دور القاضي في تحديد مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص القانون المدني "دراسة مقارنة")، وناقشنا الطالب (حسين نعمة كاظم) على محتواها، وفيما له علاقة بها، ونعتقد إنها جديرة بالقبول لنيل درجة الماجستير في القانون / فرع القانون الخاص ودرجة () .

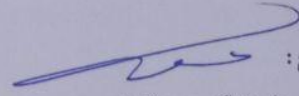


التوقيع:

الاسم: أ.م.د. عدنان هاشم جواد

(عضواً)

التاريخ: / / 2023

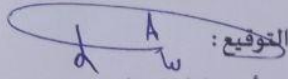


التوقيع:

الاسم: أ.د. علي شاكر عبد القادر

(رئيساً)

التاريخ: / / 2023



التوقيع:

الاسم: أ.د. عادل شمران حميد

(عضواً ومشرفاً)

التاريخ: / ٩ / 2023



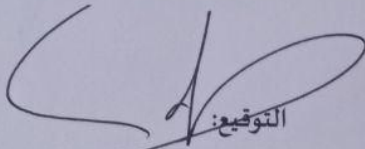
التوقيع:

الاسم: أ.م.د. حبيب بن عبد المرز

(عضواً)

التاريخ: / / 2023

صادق مجلس كلية القانون / جامعة كربلاء على قرار لجنة المناقشة



التوقيع:

س . أ.د. باسم خليل نايل السعيدي

عميد كلية القانون / جامعة كربلاء

التاريخ: / / 2023

الإهداء

إلى من جعل الشفاء في تربته والإجابة تحت قبته والأئمة من ذريته . . .

إلى سيد شباب أهل الجنة . . .

إلى ريحانة رسول الله صلى الله عليه واله وسلم . . .

إلى من عفرت بتربته ناصيتي . . .

إلى حبيبي وسيدي ومولاي أبا عبد الله الحسين عليه السلام أقدم هذا

الجهد المتواضع راجياً منه القبول . . .

الباحث

شكر و عرفان

إلهي تصاغَرَ عِنْدَ تَعَاظِمِ أَلَانِيكَ شُكْرِي، وَتَضَاعَلَ فِي جَنْبِ إِكْرَامِكَ إِيَّايَ تَنَائِي وَنَشْرِي، جَلَّتَنِي نِعْمَتُكَ مِنْ أَنْوَارِ الْإِيمَانِ حُلَاً، وَضَرَبْتَ عَلَيَّ لَطَائِفَ بَرَكَ مِنْ الْعَزِّ كِلَاً، وَقَلَّدْتَنِي مِنْكَ قَلَانِدَ لَا تُحَلُّ، وَطَوَّقْتَنِي أَطْوَقاً لَا تُفَلُّ، فَالْأُوْكَ جَمَّةٌ ضَعْفَ لِسَانِي عَنْ إِحْصَائِهَا، وَنَعْمَاؤُكَ كَثِيرَةٌ قَصْرَ فَهْمِي عَنْ إِدْرَاكِهَا فَضْلاً عَنْ اسْتِغْصَائِهَا، فَكَيْفَ لِي بِتَحْصِيلِ الشُّكْرِ، وَشُكْرِي إِيَّاكَ يَفْتَقِرُ إِلَى شُكْرٍ، فَكُلَّمَا قُلْتُ: لَكَ الْحَمْدُ، وَجَبَ عَلَيَّ لِذَلِكَ أَنْ أَقُولَ: لَكَ الْحَمْدُ.

يطيبُ لي، بعد أن اتممت رسالتي المتواضعة هذه، أن اتوجه بالشكر والثناء إلى أستاذي الفاضل الدكتور عادل شمران حميد الشمري؛ الذي تفضل بالإشراف على كتابة هذه الرسالة، وتابعتني في جميع فصولها ومباحثها ولم يبخل علي بأي ملاحظة علمية أو مشورة سألته إياها، وقد أفاض علي من أخلاقه وعلمه ما أعانني على إنجاز هذا العمل، فجزاه الله عني خير جزاء المحسنين.

ومن باب الشكر والعرفان أتقدم بخالص الشكر إلى عميد كلية القانون جامعة كربلاء والسادة الأساتذة معاوني العميد ورؤساء الفروع المحترمين.

كما أتوجه بخالص الشكر والتقدير إلى أساتذتي الأفاضل في الدراسة الأولية، كذلك أساتذتي في السنة التحضيرية لدراسة الماجستير، الذين أحاطوني بالرعاية الأبوية واستقيت من بحر معرفتهم الكثير... الكثير... فكانوا لنا نعم المورد.

وشكري وتقديري إلى أساتذة الكلية كافة وإلى جميع الملاك الوظيفي والعاملين في هذه الكلية الموقرة لاسيما موظفي الدراسات العليا والمكتبة فشكراً للجميع لما أبديتهم من مساعدة وأخلاق فاضلة سهلت لي طريق الدراسة.

وأتوجه بالشكر والتقدير إلى الأساتذة الأفاضل رئيس وأعضاء لجنة المناقشة لتفضلهم مشكورين بقراءة هذه الرسالة وإبداء الملاحظات التي من شأنها اظهارها بالشكل الأفضل.

واعترافاً بالفضل لأهله ورداً للجميل ممن ابداه أتقدم بالشكر والتقدير إلى المكتبات التي استقيت منها مصادر الرسالة ولموظفيها لما قدموه من التعاون الكبير في توفير المصادر وكذلك جميع الاخوة والزملاء والاصدقاء.

وابتهل إليه سبحانه وتعالى أن يرحم والدي ونور عيني الذي ما انفك وهو يحثني على السعي والمثابرة وتحمل مني ما تحمل فمازالت رسالته الأخيرة احتفظ بها في جوالي وهو يدعو لي بالتوفيق والنجاح عندما أخبرته بنجاحي في الدراسة، و أدعوه سبحانه وتعالى أن يرحم شهداء العراق.

كما أتوجه بخالص امتناني وشكري إلى تلك الام العظيمة التي ربنتي ودعمتني ووقفت إلى جانبي في أحلك الظروف صعوبة وعناء عندما ترفع أكفها بالدعاء تدعو لي ما وجدت إلى ذلك سبيلاً .

وابلغ شكري وتقديري وخالص دعائي إلى من أشد بهم أزمي ورمز عزتي اخوتي وأخواتي وإلى حبيبتي وام أبنائي زوجتي وإلى قررة عيني وفلذة كبدي (علي و مصطفى) لهم مني جميعاً خالص الامتنان.

الباحث

المستخلص

يعطي المشرع للقاضي المدني في سبيل الفصل في الدعوى المعروضة عليه دوراً مهماً في تحديد القاعدة القانونية لحل النزاع ليقوم بإعمال أثرها الذي من خلاله يتم حل النزاع المعروض عليه، ولكن قد يواجه القاضي المدني حالة الفراغ في القانون أو سكوت القانون والذي يراد به النقص في التشريع وهو عدم ورود حكم يتناول النزاع المعروض امام القاضي أما القصور في القانون هو عدم تضمين النص القانوني لما تقوم الحاجة إليه من أحكام تفصيلية أو جزئية وفي كلتا الحالتين يُلزم القاضي بموجب القانون بالرجوع إلى المصادر الأخرى في القانون إدراكاً من المشرع بعجز القانون عن الإحاطة بدقائق الأمور وتفصيلها ومواكبة التطورات المستمرة في الحياة الاقتصادية أو الاجتماعية .

ومن هذه المصادر هي (مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص القانون المدني) كون القانون المدني يندرج تحت طائفة القوانين التي التزمت أحكام الشريعة الإسلامية الغراء في قواعدها ونصوصها، ولكن هذا النص الخاص بالإحالة إلى مبادئ الشريعة الإسلامية التي تكون أكثر ملائمة لنصوص القانون المدني دون غيرها قد تعرض للنقد سواء من ناحية الصياغة القانونية أو خللاً موضوعياً، فكانت الكلمات مبهمة تتطلب إلى جلاء غامض النص وتقويم قصوره وتقوية ضعفه بتفسيره وبيان المراد منه وقد تم التركيز على عبارة (مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص القانون المدني) التي وردت في المادة (2/1) من القانون المدني العراقي النافذ كون القانون لم يبين المراد منها وبيان أحكامها والرقابة عليها، مما ترتب على ذلك خللاً في فهمها.

كما اهتمت الدراسة ببيان وجه الملائمة بين مبادئ الشريعة الإسلامية والقانون المدني بالإضافة إلى ذلك تم دراسة بعض المصطلحات التي تقترب من الكلمات المذكورة ورفع الخلط فيما بينها فقد أثرتنا في دراستنا هذه اموراً تستدعي المزيد من التمحيص رغبة في اعادة النظر في مختلف الجوانب التي تثيرها سوح القضاء عند شغور النص وهي جوانب نظرية وعملية وجديرة بالتأمل والنظر.

ومما تقدم نتصور إشكالية البحث بانها ذلك الغموض الذي يكتنف عملية تحديد مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص القانون المدني وافتقارها إلى التفسير بوصفها ظاهرة قانونية وقضائية.

المحتويات

رقم الصفحة	الموضوع
11-1	المقدمة
80 -13	الفصل الأول: مفهوم مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص القانون المدني
48-14	المبحث الأول: ماهية الملائمة
29-15	المطلب الأول: تعريف الملائمة وتمييزها عما يشتهر بها
20-15	الفرع الأول: تعريف الملائمة لغة واصطلاحاً
16-16	أولاً: تعريف الملائمة لغةً.
20-16	ثانياً: تعريف الملائمة اصطلاحاً.
29-20	الفرع الثاني: تمييز الملائمة عما يشتهر بها
26-21	أولاً: تمييز الملائمة عن التناسب في القانون المدني
29-26	ثانياً: تمييز الملائمة عن القياس في القانون المدني
48-30	المطلب الثاني: خصائص الملائمة وأهميتها في القانون المدني
38-30	الفرع الأول: خصائص الملائمة
33-30	أولاً - الملائمة وسيلة لإيجاد النص القانوني المفقود.
34 -33	ثانياً - الملائمة سلطة تقديرية للقاضي.
36-34	ثالثاً - الملائمة قد تستبعد المشهور من مبادئ الشريعة الإسلامية التي تتعارض مع روح القانون المدني.
37-36	رابعاً - حكمة الملائمة الرجوع إلى جوهر القانون لا شكله
38-37	خامساً - الملائمة نشاط ذهني للقاضي المدني.
48-38	الفرع الثاني: أهمية الملائمة في القانون المدني
40-39	أولاً- الملائمة أحد مقومات مبدأ الأمن القانوني.
42-41	ثانياً- الملائمة تساهم في تطوير القانون .
43-42	ثالثاً- الملائمة في القانون المدني تعد خطوة نحو نظرية منطقة الفراغ التشريعي.

45-44	رابعًا - الملائمة تعالج المسائل المستحدثة.
48-46	خامسًا - الملائمة وسيلة من وسائل تكميل التشريع المدني.
79-49	المبحث الثاني: ماهية مبادئ الشريعة الإسلامية
66-50	المطلب الأول: التعريف بمبادئ الشريعة الإسلامية
57-51	الفرع الأول: تعريف مبادئ الشريعة الإسلامية
52-51	أولًا - مبادئها الكلية واصولها العامة المستخلصة من نصوص الكتاب والسنة
53-52	ثانيًا - قواعدها الفقهية العامة
57-54	ثالثًا - القواعد الكلية التي أقرها الفقه الإسلامي.
66-57	الفرع الثاني: دور القاضي في اعمال مبادئ الشريعة الإسلامية
60-58	أولًا - اعمال مبادئ الشريعة الإسلامية بتطبيق قواعدها الاصولية على صعيد العمل القضائي.
62-60	ثانيًا - اعمال مبادئ الشريعة الإسلامية بتطبيق قواعدها الفقهية على صعيد العمل القضائي.
63-62	ثالثًا - اعمال مبادئ الشريعة الإسلامية لصلاحيتها لكل زمان ومكان.
64-63	رابعًا - اعمال مبادئ الشريعة الإسلامية بانطباق أحكامها على جميع الافراد بمختلف دياناتهم.
67-65	خامسًا - اعمال مبادئ الشريعة الإسلامية بمواءمتها للواقع الاجتماعي.
79-67	المطلب الثاني: أثر مبادئ الشريعة الإسلامية على القانون والقضاء المدني
74-67	الفرع الأول: أثر مبادئ الشريعة الإسلامية في معالجة مشكلات القانون المدني
71-69	أولًا - أثر مبادئ الشريعة الإسلامية في معالجة المسائل الطبية المستحدثة على القضاء المدني.
72-71	ثانيًا - اثر مبادئ الشريعة الإسلامية في معالجة القصور الوهمي في القانون المدني
73-72	ثالثًا - ملائمة الواقع الاجتماعي مع الشريعة الإسلامية بعيدًا عن الفلسفة الغربية الوضعية
74-73	رابعًا - اختلاف النهج الفقهي يمنح القاضي تحررًا من المنطق المجرد إلى المنطق الواقعي في الاستنباط
79-74	الفرع الثاني: أثر مبادئ الشريعة الإسلامية في تقييد سلطة القاضي.
77-75	أولًا - منع القاضي من القضاء بعلمه الشخصي.
79-77	ثانيًا - حصر الدعوى للمتقاضين

143-81	الفصل الثاني : أحكام الملائمة في القانون المدني
112-82	المبحث الأول: ضوابط العمل بالملائمة في القانون المدني.
101-83	المطلب الأول: حالات الإلزام القانوني في الأخذ بالملائمة
96-83	الفرع الأول: المبررات القانونية التي تلزم القاضي للأخذ بالملائمة
88-84	أولاً - فقدان النص التشريعي وفقاً للترتيب المنصوص عليه
93-88	ثانياً - الدعاوى المتعلقة بالحل والحرمة.
96-93	ثالثاً - الزام القاضي بضرورة الفصل في الدعوى
102-96	الفرع الثاني: قيود العمل بالملائمة
99-97	أولاً - التجانس بين مبادئ الشريعة الإسلامية والقانون المدني.
101-99	ثانياً - التقيد بمذهب معين عند الأخذ بالملائمة في بعض القوانين.
102-100	ثالثاً - علم القاضي بالأحكام الشرعية.
113-102	المطلب الثاني: مراحل الملائمة في القانون المدني.
108-103	الفرع الأول: تحديد طبيعة الوظيفة القضائية في الملائمة
106-104	أولاً - الاتجاه المنكر لإنشاء القضاء المدني للقاعدة القانونية
108-105	ثانياً - الاتجاه المؤيد لإنشاء القضاء المدني للقاعدة القانونية
113-107	الفرع الثاني: الخطوات التي يسلكها القاضي للعمل بالملائمة
110-108	أولاً - استنباط الحكم القانوني من مبادئ الشريعة الإسلامية.
113-110	ثانياً - موافقة الحكم الشرعي لنصوص القانون المدني.
139-113	المبحث الثاني: مجال سريان مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص القانون المدني والرقابة عليها
121-114	المطلب الأول : مجال سريان مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص القانون المدني
118-115	الفرع الأول: مجال سريان مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص القانون المدني في حق الأشخاص.
121-117	الفرع الثاني: مجال سريان مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص القانون المدني في ظل تغير الزمان والمكان.
140-121	المطلب الثاني : الرقابة على ملائمة مبادئ الشريعة الإسلامية لنصوص القانون المدني
126-122	الفرع الأول: الرقابة على الاجراءات القضائية الضرورية المؤثرة في صحة

	الحكم
125-123	أولاً - إثبات إن الملائمة هي إجراء قضائي ضروري يؤثر في صحة الحكم
129-126	ثانياً - الرقابة على الاعمال الاجرائية المؤثرة في صحة الحكم
140-129	الفرع الثاني: الرقابة على ملائمة مبادئ الشريعة الإسلامية لنصوص القانون المدني
134-130	أولاً - رقابة محكمة الاستئناف على ملائمة مبادئ الشريعة الإسلامية لنصوص القانون المدني.
141-134	ثانياً - رقابة محكمة التمييز على ملائمة مبادئ الشريعة الإسلامية لنصوص القانون المدني.
143-142	ثالثاً - تمييز الأحكام القضائية في الفقه الاسلامي.
149-144	الخاتمة
170-150	المصادر والمراجع
A	Abstract

المقدمة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الخلق محمد وآله الطيبين الطاهرين
واللعنة الدائمة على أعدائهم من الجن والإنس أجمعين.

نتطرق للبدء بهذا الموضوع بمقدمة سنتناول فيها المحاور الآتية: (موضوع الدراسة، أهمية
موضوع الدراسة وأسباب اختياره، إشكالية الدراسة، الأسئلة التي تُثيرها هذه الدراسة،
الدراسات السابقة، منهجية الدراسة، نطاق الدراسة، هيكلية الدراسة) وكما يلي:

أولاً - فكرة موضوع الدراسة:

إن التطور الاجتماعي بكافة جوانبه كثيراً ما يسبق التطور القانوني كون الفكر الاجتماعي
متغير بطبيعته، وان من الطبيعي أن يدخل افراد هذا المجتمع في علاقات عديدة متنوعة فيما
بينهم ويمكن أن تحصل منازعات وخصومات بسبب تعارض المصالح.

هنالك أدرك الانسان ضرورة وجود قواعد قانونية تحكم وتنظم تلك العلاقات المختلفة
وضبطها وتدفع بحل عادل لتلك الخصومات، كون المجتمع من دونها سيغدو تتحكم فيه شريعة
الغاب وتكون الغلبة للأقوى، والقواعد القانونية ظاهرة تشيع في كل مجتمع بشري منظم تحكمه
مصالح مشتركة بصرف النظر عن نوع هذا المجتمع ولونه ومعتقده كون القانون ملازم
للمجتمع ولا حياة للمجتمع بلا قانون.

ومن هنا جاء القانون وليد ظروف المجتمع الاجتماعية والسياسية والدينية و الاقتصادية و
كذلك ظروف البلاد وتوجهات الشعوب كون القانون علم اجتماعي لم يوجد الا لأغراض
اجتماعية سابقة عليه في الظهور فإذا تطور المجتمع في شأن من الشؤون وجب على القانون ان
يلاحقه في تطوره الجديد.

ونتيجة تغيير هذه الظروف وتبدل العلاقات الاجتماعية وتنوعها يحاول علماء القانون
والمشرعين المواءمة بين تلك الظروف العامة في البلد وقواعد القانون بالاعتماد على وسائل
وادوات كان لها وقع وأثر في تطور القانون، لكن هذه الادوات لم تأت بقانون كامل كون
المشرع مهما بلغت فطنته وحقاقته لا يتمكن من الاحاطة بجميع صغائر الامور وتفصيلها كون
القانون لا يحيط بكل ما يجد في المجتمع من حاجات وأهداف والتزامات غير المتناهية.

لذلك بات من المؤكد ان التشريع الذي يقصد منه اقامة نظام اجتماعي لا يمكن ان يخلو من نقص ولم يعد الآن هذا النقص في التشريع محلاً للشك أو الخلاف فالمشرع الجيد لا يمكن ان يتراجع عن الوسائل التي تسمح في ظروف معينة بتعديل آثار القانون لأنه لا بد ان تعرض وقائع لا يكون قد توقعها أو لم يكن قد نص عليها أو لم يكن في امكانه ان يتوقعها.

فلم تعد فكرة كمال التقنين مقبولة في الوقت الحاضر بل ان وجود نقص في التشريع أصبح أمراً مسلماً به بحيث أصبحت التشريعات تصدر وفيها احالة إلى المبادئ العامة وقواعد العدالة والانصاف اذا لم يجد القاضي نصاً في القانون ينطبق على الحالة المعروضة أو كان النص قاصراً أو غامضاً.

لهذا تنوعت مصادر القانون وتعددت باختلاف العصور والامصار وكلما تطورت المجتمعات وتعقدت الامور وازدادت الحاجات كلما ظهرت هنالك ثغرات في التشريع تستلزم تطويرها وتعديلها وكما قيل "ان النصوص التشريعية محدودة العدد، والنوازل غير محدودة ولا يحيط المحدود بغير المحدود..."

فالقاضي لا يستطيع ان يقف مكتوف الايدي تجاه هذه القضايا المتجددة أو يمتنع عن البت فيها بحجة فقدان النص التشريعي أو غموضه لأن واجبه احقاق الحق وحسم المنازعات بين الأفراد حتى تشيع الطمأنينة بينهم ويستتب الامن والنظام العام ولا سيما أن القضاء هو الملجأ الوحيد لحل منازعات وخصوم المواطنين.

وقد تنبأ المشرع المدني بهذا النقص وأعطى الحلول لمعالجة ذلك من خلال اللجوء إلى مصادر القانون الأخرى ومن هذه التشريعات القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل في المادة (2/1) والتي جاء فيها: " 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 "

ونصت المادة (2/1) من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 والتي جاء فيها " فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية،..."

وكذلك المادة (2/2) من القانون المدني الاردني رقم 43 لسنة 1976 التي جاء فيها "فاذا لم تجد المحكمة نصا في هذا القانون حكمت بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون ، فان لم توجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية"

كذلك المشرع المدني الإماراتي قد نص في المادة الأولى من قانون المعاملات المدنية رقم (5) لسنة 1985 بأنه : "تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تناولها هذه النصوص في لفظها وفحواها ولا مساعٍ للإجتهد في مورد النص القطعي الدلالة، فإذا لم يجد القاضي نصاً في هذا القانون حكم بمقتضى الشريعة الإسلامية..."

وهذه الإحالات إلى المصادر الأخرى من القانون قد يكتنفها الغموض بعض الشيء لأعتبرات فنية أو عملية أو لأسباب تتعلق بطبيعة الافكار التي يتصل مضمونها بتقدير المجتمع ويختلف تحديدها باختلاف الزمان والمكان ومن هذه العبارات هي (مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص القانون المدني) التي على القاضي أن يستوعب معناها ليتمكن من اللجوء إلى مبادئ الشريعة الإسلامية التي تعد المصدر الاحتياطي في حالة النقص في التشريع، فهذه العبارات التي وردت في التشريعات التي ذكرناها وللأهمية ستكون موضوع دراستنا باعتبار إن اللجوء إلى المصادر الاحتياطية أمر مفترض.

ثانياً - أهمية موضوع الدراسة وأسباب اختياره:

تُستمد أهمية الموضوع من أهمية العدل ذاته لأن فلسفة التقاضي والغاية منه تقوم على احقاق الحق واعطاء كل ذي حق حقه عند النظر بالقضايا المعروضة أمام القضاء، وان الحق موضوع التقاضي يتجرد من كل قيمة إذا لم يكن هنالك قاعدة قانونية تحميه وتنظمه سواء كانت هذه القاعدة صريحة أو ضمنية أو يستفاد من المفهوم المخالف لها يصل إلى حكمها القاضي بعقليته الحاذقة.

كذلك لا قيمة للدعوى حتى بعد ثبوتها ان لم يصدر فيها الحكم القضائي الذي يشتمل على أسبابه القانونية والمنطقية التي تستند إلى أحد مصادر القانون التي تحدد المركز القانوني للخصوم أزاء الواقعة المعروضة امام القضاء، وليس للقاضي أن يمتنع عن احقاق الحق بحجة غموض النص القانوني أو فقدانه والا عد ممتنعاً عن احقاق الحق.

نعم ان مشكلة ايجاد حل للنزاع المعروض امام القضاء أخذت مجالاً واسعاً وحيزاً كبيراً في الفكر القانوني سواء على مستوى القضاء أو الفقه ولازمت ومازالت تلازم القضاء لكن هذا

لا يبرر له أن يقف مكتوف الأيدي قبل النزاع المعروض أمامه وينكر العدالة كون القوانين المدنية تنص على مجموعة من المصادر كالعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص القانون المدني وقواعد العدالة توجب على القاضي عند فقد النص القانوني أن يبحث عن إيجاد الحل العادل للنزاع في بقية المصادر الأخرى.

فما نشهده ونقرأه حول الوقائع التي تعرض على القضاء والتي لم يجد لها حلاً بسبب تعقد المسائل وازدياد العوامل المتنازعة والقيم المتصارعة والتغيير أصبح متواصلًا أكثر فأكثر في الواقع العملي مع الملاحظة هنالك ضرورة ملحة تلزم القضاء من اللجوء إلى بقية مصادر القانون المدني وأهم هذه المصادر هي مبادئ الشريعة الإسلامية الغراء كونها صالحة لكل زمان ومكان فقد ورد في قوله تعالى من سورة النحل آية 89: (وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ تَبْيَانًا لِّكُلِّ شَيْءٍ).

وهذا ما دفعنا للخوض في هذا الموضوع إذ يمكننا ان نستشف تلك الأهمية من جانبين العلمي والعملي.

فمن ناحية الجانب العلمي للقصور في الدراسات العلمية في العراق في هذا الموضوع أو ندرتها وسنذكر في متن الرسالة الموارد التي تكون فيها المصادر شحيحة جدًا ، فالملائمة لم تحظ على حد اطلاقنا بالدراسة والتحليل من الفقه القانوني على الرغم من الأهمية التي تتميز بها.

أما الجانب العملي فيمكن في تسليط الضوء على (مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص القانون المدني) وإزالة الغموض في العبارات التي وردت فيها ومن ثم تحليلها تحليلًا منطقيًا ومقارنتها بالقانون المقارن ودعوة مشرعنا الكريم إلى تبني النصوص المقترحة فقد وردت في المادة الأولى الفقرة الثانية من القانون المدني العراقي عبارة " مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص القانون المدني" وجاءت غامضة بعض الشيء في كلماتها كونها تضم تحت طياتها دلالات واسعة ولم يضع المشرع معيار يحدد فيه المبادئ الأكثر ملائمة لنصوص القانون المدني من غيرها، لذا فإن هذه الدراسة قد تساعد القاضي في إزالة هذا الغموض في النص التشريعي والقيام بواجبه.

كذلك بيان دور مبادئ الشريعة الإسلامية الملائمة لنصوص القانون المدني في سد مواطن الخلل و النقص في القانون المدني لأنها الميزان الصحيح لنقد القوانين أو ترجيحها، لكون مبادئ الشريعة الإسلامية الملائمة لنصوص القانون المدني هي نبراس العدالة وجاء في الدستور

العراقي النافذ في المادة الثانية الفقرة أولاً " الإسلام دين الدولة الرسمي ، وهو مصدر اساس للتشريع..... "

لذلك لعبت مبادئ الشريعة الإسلامية الملائمة لنصوص القانون المدني دوراً مهماً في سد النقص التشريعي واحقاق الحق، والذي يعد الطريق الذي يجب على القاضي أن يسلكه اذا انعدم النص التشريعي والعرف في قضية ما عرضت عليه أو كانت القواعد القائمة قد أصبحت غير منطقية وربما ظالمة بسبب تطورات الحياة.

ثالثاً - إشكالية الدراسة:

إن تحقيق العدل الحقيقي لا العدل الشكلي يفترض عدم تصور عمل القاضي على أنه آلة ميكانيكية تودع لديها المواد القانونية ليستخرج منها مادة مصنعة اسمها الحكم، إذ يتعين الأخذ بعين الاعتبار منح القاضي دوراً ايجابياً بصدد تطبيقه للقانون والابتعاد عن التطبيق الحرفي الشكلي للقانون.

فلم تعد الخصومة القضائية حكراً على الخصوم يحركونها كما يشاءون وإنما أصبح للقاضي دور إيجابي في تسيرها فللقاضي دور إيجابي في عملية الإثبات كما أن له نفس الدور في تطبيق القانون والذي يتمثل في قيامه بتفسير القانون والسلطة التقديرية التي يتمتع بها القاضي عند نظر الدعوى.

وهذا قائم على افتراض ان هدف القواعد التي يفسرها القاضي ويطبقها يتفق مع العقل ولا تؤدي إلى الظلم أو انتهاك المبادئ الأخلاقية وهذا ينصرف إلى مصادر القانون كافة وليس التشريع فقط، كونه ثمة أحوال يتعذر معها ايجاد قواعد قانونية لحكم ما والذي يتعين على القاضي اللجوء إلى مصادر القانون الأخرى بما فيها (مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص القانون المدني)

وإن اعمال هذه المبادئ ينبغي بإتباع التفسير المتطور للقانون ومراعاة الحكمة من النص لإيجاد الحلول القانونية من خلال عدم الجمود بحرفية النص وعدم وجود ضابط أو معيار معين يمكن تطبيقه عند ملائمة مبادئ الشريعة الإسلامية لنصوص القانون المدني.

حيث أثار تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص القانون المدني جدلاً واسعاً نتيجة تعدد المذاهب، حيث يعرف المختصون جيداً الصعوبة التي يلاقيها القاضي عندما يريد تطبق مبادئ الشريعة الإسلامية في دولة تتعدد فيها المذاهب الإسلامية.

حيث تختلف مناهج التأويل و التفسير وكيفية التطبيق وقد أتفق المسلمون على العموميات واختلفوا على الجزئيات بل لم يتفقوا على تفسير نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، فظهرت مذاهب مختلفة وبداخلها مدارس وبداخلها آراء مختلفة ومتباينة بعضها عن بعض، كل منها يدعي ان الحق بجانبه والباطل إلى جانب غيره، وكل فريق له اتباع أكثر تعصب من علمائهم، فهذا الخلاف بالرأي كيف سيوفق القاضي في ايجاد مبادئ اسلامية تكون أكثر ملائمة لنصوص القانون المدني وايجاد حل للنزاع المعروض امامه وتحقيق العدل الحقيقي لا الشكلي كما ذكرنا.

رابعًا - الأسئلة التي تثيرها هذه الدراسة: تثير هذه الدراسة جملةً من التساؤلات لا بد لنا من الإجابة عليها ومن أهمها ما يأتي:

- 1- ماذا يراد بالملائمة في القانون وماذا يراد بمبادئ الشريعة الإسلامية التي تكون أكثر ملائمة لنصوص القانون المدني؟
- 2- ماهي الضوابط أو المعايير التي تقوم عليها الملائمة لتكون مبادئ الشريعة الإسلامية التي يحددها القاضي هي أكثر موافقة لنصوص القانون المدني من غيرها؟
- 3- ما المبررات التي دفعت المشرع للنص على اختيار مبادئ الشريعة الإسلامية التي تلائم القانون المدني دون غيرها؟ وما هي المبررات التي تدفع القاضي للجوء إلى الملائمة؟
- 4- هل إن اختيار القاضي مبدأ معين من مبادئ الشريعة الإسلامية يكون حجة على بقية المحاكم لأتباع نفس المبدأ؟ وهل يعد القاضي في هذه الحالة منشئاً للقاعدة القانونية المدنية؟
- 5- ما هو أثر الاجماع الفقهي على دفع القاضي المدني لتفضيل أو تبني مبدأ من مبادئ الشريعة الإسلامية وان لم يكن أكثر موافقاً لنصوص القانون المدني؟ و ما الحكم اذا كان أطراف النزاع لا يعتقدون بالمذهب الذي تبناه القاضي في الدعوى؟
- 6- هل إن الإجتهد والفقاهة شرط من الشروط الواجب توافرها في القاضي ليتمكن من تحديد مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص القانون المدني من غيرها؟
- 7- ماهي التطبيقات القضائية للملائمة في القانون المدني؟ وما مدى صحة الرأي القائل بعدم الحاجة إلى الارتباط بالشريعة الإسلامية؟ وكذلك القول بأن عبارة (مبادئ الشريعة الإسلامية) لم تكن عملية لكمال التشريع؟

8- كيف يتم الرقابة على الملائمة في القانون المدني؟ وما أثر الاخلال بالملائمة هل يعد القاضي ممتنعاً عن احقاق الحق أم ان القرار القضائي يعد معيباً يمكن الطعن به؟

كل هذه التساؤلات دعت إلى تناول هذا الموضوع والتي سنعمد إلى الاجابة عنها في متن الرسالة من خلال ما سنتناوله من موضوعات تباغاً بإذنه تعالى.

خامساً - الدراسات السابقة:

أما ما يخص الدراسات السابقة عن الموضوع على قدر اطلاعي دراسةً أو بحثاً فلم أجد ما يشابه العنوان الذي تحمله هذه الرسالة (دور القاضي في تحديد مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص القانون المدني) أو دراسة قانونية تخص الموضوع، ولكن كانت هنالك دراسات وبحوث تعرضت لبعض الجوانب التي تخص الشريعة الإسلامية أو تناولت مسائل لها صلة بالفراغ في القانون، مما يمكن عدها سابقة في المساهمة بالتعرض لبعض ما تعرضنا له:

- 1- سه ركه وت سليمان عمر ابو بكر، الشريعة الإسلامية مصدرًا للتقنين المدني العراقي - دراسة تأصيلية منهجية مقارنة - رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون في جامعة صلاح الدين 1430 - 2009.

تناولت هذه الدراسة عدد من المواضيع وركزت على دراسة مصادر القانون عامة والتقنين المدني خاصة ودراسة الشريعة الإسلامية كمصدر تأريخي ورسمي ثم بيان أثر الشريعة الإسلامية على التشريعات العراقية (الدساتير العراقية والقوانين الوضعية) ثم أثر الشريعة الإسلامية (مجلة الاحكام العدلية ومرشد الحيران) على التقنين المدني، وقد تناول الباحث فيها ثلاثة فصول خصص الأول لدراسة المصطلحات والتأصيل التاريخي، والثاني للدراسة الفقهية لمصادر القانون والثالث أثر الشريعة الإسلامية وفقها في التشريعات العراقية كافة.

بينما موضوع دراستنا يختلف عن هذه الرسالة من حيث المفردات العامة ومن حيث الهدف ومن حيث المنهج فيبحث في اتجاه مغاير وهو ملائمة مبادئ الشريعة الإسلامية لنصوص القانون المدني ناهيك عن ذلك ان الرسالة المذكورة لم تتطرق إلى موضوع الملائمة نهائياً للتوصل إلى الاحكام القضائية الذي تناولناه في الفصل الثاني من رسالتنا، أما من حيث الهدف فهو كان يريد أن يبين المقصود بالمصطلحات الآتية (الشريعة، الفقه، مصادر القانون،...)، التأصيل التاريخي لمصادر القانون والتقنين المدني العراقي، ونحن نهدف إلى دراسة مصطلح

الملائمة الوارد في القانون المدني العراقي وازالة الغموض منه وكيف تكون مبادئ الشريعة الإسلامية متلائمة مع القانون المدني أكثر من غيرها بهدف سد الفراغ التشريعي وصولاً إلى الحكم القضائي العادل.

2- محمد أحمد رمضان، دور القاضي في انشاء القاعدة القانونية المدنية - دراسة مقارنة - رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون والسياسة في جامعة بغداد، 1406 - 1985.

تعالج هذه الرسالة قدرة القضاة على تقديم مساهمة فعالة ومؤثرة في الحياة الاجتماعية لا تستمد من أية معرفة أو مزايا شخصية وإنما من الوظيفة التي يتقلدونها والتي يمارسون السلطة من خلالها، لتحقيق العدالة الحقيقية القريبة عن الواقعية لا الشكلية، مما يجعل القاضي ليس شخصاً روتينياً فثمة نقص في التشريع يتعين سده وثمة شكوك والتباسات يتعين ان توضح وثمة شدة واطاء يتعين تلطيفها، وقد عالج الباحث هذه المواضيع في بابين يسبقها فصل تمهيدي تحدث فيه عن دور القاضي في انشاء القاعدة القانونية في الشرائع القديمة والقانون العام ، وخصص الباب الأول لدراسة مبررات ووسائل انشاء القاضي للقاعدة القانونية المدنية وركز على الحيلة القانونية وقواعد العدالة، أما الباب الثاني فقد خصصه لبحث دور القاضي في انشاء القاعدة القانونية في القوانين الحديثة (الانكليزي، الفرنسي، العراقي).

وعليه فهذه الدراسة تختلف في مواضيعها عن المواضيع التي تضمنتها دراستنا وهي تبحث في القانون الانكليزي و الفرنسي و العراقي ونحن نبحت في القوانين المدنية العربية الاردني الاماراتي العراقي المصري، وأيضاً لم تتناول موضوع الملائمة من حيث مفهومه و خصائصه واحكامه .

مما تقدم ومن خلال مسيرة البحث على قدر علمنا لم أقف على دراسة شاملة مستقلة لموضوع (دور القاضي في تحديد مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص القانون المدني) بالنحو الذي عالجناه، ونأمل أن تسهم هذه الدراسة في اغناء المكتبة القانونية وفتح المجال للمشرع العراقي لسن وتعديل النصوص القانونية التي تتناول مثل هكذا مواضيع مهمة ومؤثرة في حياة الاشخاص.

سادساً - منهجية الدراسة:

سوف نعتمد في هذه الدراسة المنهج التحليلي فنحلل النصوص القانونية المتعلقة بهذا الموضوع الواردة في متن القانون المدني ونقوم بدراستها ونشير إلى ما قد يكتنفها من نقص أو غموض، وكيف السبيل إلى معالجة ذلك، وبالوقت ذاته لا نهمل التطبيقات العملية لإيضاح هذه الافكار، ايماناً منا بأن مبادئ الشريعة الإسلامية لا يمكن الاستغناء عنها وضرورتها العملية تظهر في مجال التطبيق في حياتنا اليومية.

كما سنسلك في أكثر الحالات طريقة الاطلاع المباشر على ما تيسر لنا من أمهات كتب القانون وكتب الفقه الإسلامي دون التقيد بمذهب معين وكتب التفسير واللغة بعد الاطلاع على آراء الفقهاء والموازنة بين هذه الآراء مما كتب في القانون الوضعي.

ولا نترك المنهج المقارن إذ سنتخذ القانون العراقي أساساً للدراسة والمقارنة مع القانون الاردني والقانون الاماراتي والقانون المصري مع بيان القواعد الاصولية والفقهية المعتمدة في فهم النصوص التشريعية ناهيك عن الاسس المنطقية المعتمدة في الاستدلال، فنجمع في تحقيق الهدف العلمي بين أكثر من منهج ونمزج قدر الإمكان بين المسلك النظري والتطبيقي.

وسأذكر رأي متواضعاً به حيثما تطلب الأمر ذلك لأن الباحث يتعين عليه ان يترك بصمته في كل موضوع يتناوله وفيه خلاف، سواء كان هذا الخلاف على صعيد الفقه أم على صعيد القضاء أم على صعيد القانون وسأبدل كل ما بوسعي من جهد إن شاء الله تعالى.

سابعاً - نطاق الدراسة:

عندما سلك الباحث المنهج المقارن عند البحث والدراسة، الأمر الذي يقتضي تحديد نطاق موضوع الدراسة فكان نطاق الدراسة في جانب القانون المدني فقط، وفي إطار الأحكام الصادرة من المحاكم الغير الجزائية.

ثامناً - هيكلية الدراسة:

جاءت هيكلية الدراسة من خلال تقسيم الرسالة وفق المقتضيات المنطقية إلى فصلين تسبقهما مقدمة وتعقبها خاتمة تُمثل (الاستنتاجات والتوصيات) التي خلصنا إليها ولكل فصل مبحثان ولكل مبحث مطلبان ولكل مطلب فرعين، إذ لا بد أن نولي الجانب الشكلي الأهمية القصوى مثلما هو الحال في الجانب الموضوعي فهما يسيران على خطين متوازيين.

ففي الفصل الأول تطرقنا لمفهوم مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص القانون المدني واشتمل هذا الفصل مبحثين يتعلق المبحث الأول منها ببيان ماهية الملائمة الذي قسمناه إلى مطلبين يتضمن المطلب الأول تعريف الملائمة وتمييزها عما يشتهر بها والثاني خصائص الملائمة وأهميتها في القانون المدني بينما تعلق المبحث الثاني ببيان ماهية مبادئ الشريعة الإسلامية وتم توزيعه إلى مطلبين الأول التعريف بمبادئ الشريعة الإسلامية والمطلب الثاني أثر مبادئ الشريعة الإسلامية على القانون والقاضي المدني.

أما الفصل الثاني فقد بحثنا فيه أحكام الملائمة في القانون المدني في مبحثين أيضاً تعلق المبحث الأول منه بضوابط العمل بالملائمة في القانون المدني وتم تقسيمه إلى مطلبين تضمن المطلب الأول حالات الإلزام القانوني في الأخذ بالملائمة وتضمن المطلب الثاني مراحل الملائمة في القانون المدني، والمبحث الثاني منه درسنا فيه مجال سريان مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص القانون المدني والرقابة عليها أيضاً قُسم إلى مطلبين الأول مجال سريان مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص القانون المدني والمطلب الثاني الرقابة على ملائمة مبادئ الشريعة الإسلامية لنصوص القانون المدني.

الفصل الأول

مفهوم مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة
لنصوص القانون المدني

الفصل الاول

مفهوم مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص القانون المدني

إن ما يقلق القاضي هو ما يعترى النصوص غالباً من عيوب تعرقل تطبيقها على الوقائع القانونية واستلهاً مختلف الحلول القانونية منها ومن هذه العيوب هي نقص التشريع بمعنى أنه لم يشتمل على قاعدة لحل نزاع معين فهذا العيب كافٍ لإثارة الحيرة والاضطراب الفكري لدى الفقيه أو القاضي والتشريع الوضعي لا يستطيع معالجة جميع الوقائع والفروض وترتيب جميع الاحكام لها، فالحديث عن عدم قدرة القانون على استيعاب جميع المنازعات والقضايا التي تعرض على المحاكم لم يأت من فراغ وإنما له جذور ضاربة في القدم، فنلاحظ عجز القانون عن تلبية جميع الاحكام للحاجات المختلفة منذ أن كان القانون جزء من الدين لا يمكن المساس به بالتعديل أو التبديل.

حيث يواجه القاضي عند تطبيق القانون مشكلات كثيرة قد تفرزها القاعدة القانونية ذاتها كالمغوض في نصوص القانون لأسباب تتعلق بطبيعة الأفكار التي يتصل مضمونها بتقدير المجتمع ويختلف تحديدها باختلاف الزمان والمكان، أو عن عجز النصوص عن استيعاب السيول الجارفة من الاحداث والتطورات الجديدة، وقد يفرزها الواقع كعدم وجود قانون يحكم النزاع منذ البداية أو صدور حكم بعدم دستورية نص كان ينطبق على النزاع كذلك قد يكون هنالك تعارضاً في النصوص القانونية، لذلك تنبأ المشرع العراقي واعترف بعدم احتواء القانون جميع المشكلات التي تعرض أمام المحاكم وذلك بإدراج عبارة "فإذا لم يوجد نص تشريعي" في المادة الاولى الفقرة الثانية من القانون المدني العراقي كما فعل غيره في كثير من التشريعات الأخرى فوضعت مصادر أخرى للقانون يستعين بها القاضي عند فقد النص التشريعي، وكانت هذه المصادر متسلسلة تختلف من قانون دولة إلى أخرى تلزم القاضي في الرجوع إليها حسب التسلسل أو شروط قد تكون مقيدة لصلاحيات القاضي أو موسعة.

وانطلاقاً مما تقدم تجدر بنا معالجة هذا الموضوع (مفهوم مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص القانون المدني) في مبحثين نعقد الأول للبحث في (ماهية الملائمة)، ونخصص الثاني للكلام عن (ماهية مبادئ الشريعة الإسلامية).

المبحث الاول

ماهية الملائمة

إن تحديد ماهية الملائمة يحدد نطاقها القانوني من خلال تعريفها وتمييزها من الأوضاع القانونية الأخرى وبيان خصائصها للوصول إلى الحكمة منها.

فالنظام القانوني هو نسق من أوامر ونواهي وهو يتخذ صور شتى فقد يصدر في صورة أمر إيجابي ما في عبارة (أكثر ملائمة لنصوص القانون المدني) وقد يصدر في صورة أمر سلبي أي نهي، وقد يكون تارة أمراً مباشراً وقد يكون أمراً غير مباشر تارة أخرى وقد يأتي جامداً وقد يأتي مرناً، على أن الأمر القانوني مهما كانت صورته هو دائماً أمر تجب طاعته من قبل المخاطبين به سواء كان المخاطبين به محكمة أو أشخاص طبيعيين أو معنويين.

ويتبادر إلى الذهن سؤال عن طبيعة الأمر القانوني أهو أمر مطلق أم شرطي؟ و هل تعد هذه العبارة من قبيل العبارات الدخيلة التي قد ترد في القوانين الحديثة وخاصة في القانون الخاص سواء من حيث الاصطلاح أو طريقة عرض النصوص، ذلك انه قد يدخل في التقنيات الحديثة عن طريق واضعي القانون أفكار ونظريات تتخذ شكل تقسيمات أو صيغ أو مبادئ وفي هذا ينسى المشرع وظيفته الاولى وهي وضع القواعد التكاليفية ويقوم بدور الفقيه، فما يرد في التشريع من تصنيف للأفكار والنظم بقصد توضيحها وتنسيقها، فهذه التصنيفات لا تكون هي الأخرى ملزمة فضلا عن انها قد تأت ناقصة أو خاطئة أو غير مجدية فنلاحظ ان المشرع فعل حسناً عندما لم يحدد للقاضي مبادئ الشريعة الإسلامية التي تكون أكثر ملائمة من غيرها لنصوص القانون المدني فالتصنيفات من عمل الفقيه لا من عمل المشرع الذي ينحصر واجبه في وضع القواعد.

فتمييز المبادئ الملائمة لنصوص القانون المدني وتأصيلها تأصيلاً علمياً إنما يكون بعد الوصول إلى أعماقها فضلاً عن تأثرها بميول فقه العصر وأفكاره، إلا أنه يلاحظ أن المبادئ القانونية وكذا التعريفات القانونية يمكن أن تكون لكل منها طبيعة أخرى بان تكون في حقيقتها تكاليف تفرض طريقة معينة في مزاوله النشاط القضائي أو تحديد الشروط الجوهرية التي يتوقف على توافرها ترتيب الآثار القانونية لنظام معين.

فتعريف العقد والمحرر الرسمي والأرتفاق يعطينا عبارة موجزة عن شروط تطبيقها فكانت القوة الملزمة من بيانها، وعلى هذا الأساس إن تحديد ماهية الملائمة يقتضي تعريفها

وتتميزها عما يشتهر بها في مطلب أول بعدها ندرس خصائص الملائمة وأهميتها في مطلب ثانٍ كما يلي:

المطلب الأول

تعريف الملائمة وتمييزها عما يشتهر بها

لا شك في أن معرفة حقيقة الشيء أو معرفة الشيء ذاته هو كشف لهويته ومدخل إلى بيان معالمه وتحديد أبعاده وبيان خطوطه العريضة لأن معرفة حقيقته يؤدي إلى بيان مضمونه فالأخير يعد الأساس أو القاعدة التي ننطلق منها لبيان المقصود من (الملائمة).

إذ إن من مقتضيات أي بحث الإحاطة به بشكل تفصيلي فكلمة (الملائمة) من حيث اللفظ قد تتسم بالوضوح ولكن لا يمكننا الإجابة عن الاسئلة التي تطرح في الذهن مالم نقف بشكل أو بآخر على ماهية هذه الملائمة.

الأمر الذي يتطلب منا الكشف عن تعريف الملائمة في الاصطلاح اللغوي والفقهي والقضائي من جانب وكذلك تمييز الملائمة من الاوضاع القانونية الأخرى من جانب آخر، وعلى هذا الأساس سنقسم هذا المطلب على فرعين نبحت في الفرع الأول تعريف الملائمة لغةً واصطلاحًا، أما الفرع الثاني فسوف نكرسه لتمييز الملائمة عما يشتهر بها من المفاهيم القانونية المقاربة لها وكما يلي:

الفرع الأول

تعريف الملائمة لغةً واصطلاحًا.

قبل التطرق إلى تعريف (الملائمة) في القانون المدني لا بد لنا من بيان المقصود بها لغةً فالملائمة شأنها شأن أي موضوع قانوني آخر لها تعريف لغوي وآخر اصطلاحى، إذ تعد الملائمة في القانون المدني من المواضيع ذات الأهمية التي لاقت وجودها في متن القوانين المدنية من جهة وكذلك شروحات الفقهاء وأحكام القضاء من جهة أخرى، ولغرض الإحاطة بالموضوع لا بد من تقسيم هذا الفرع على فقرتين نبحت تعريف (الملائمة) في معجمات اللغة العربية في فقرة أولى، أما الفقرة الثانية فنخصصها لدراسة التعريف الاصطلاحى للملائمة من الناحية الفقهية والتشريعية والقضائية وكما يأتي.

أولاً- تعريف الملائمة لغةً:

من المعلوم ان بيان المعنى اللغوي للمصطلحات القانونية يؤدي من دون شك إلى وضع مدلول دقيق لها و يكون عوناً لوضع تعريف اصطلاحي للمصطلح القانوني، لأن المعاني الاصطلاحية تكون دائماً في ظل المعاني اللغوية وبعد الرجوع إلى المعنى اللغوي لكلمة (ملائمة) نجدها اسم فاعل مؤنث من الفعل (لاءَمَ)، وجذرها (لَأَمَ)، وفي المعاجم اللغوية هناك معانٍ عدة ألا أن الاقرب إلى المعنى الاصطلاحي هو ما جاء في لسان العرب لابن منظور: "اللاءَم: الاتفاق. وقد تلاءَمَ القومُ والتأَموا: اجتمعوا واتفقوا"⁽¹⁾. وفي القاموس المحيط للفيروز آبادي: "لاءَمُهُ ملائمة: وافقَهُ، سَهَمُ لَأَمٌ: عَلَيْهِ رِيشٌ لُؤَامٌ، أَي يُلَائِمُ بَعْضُهَا بَعْضًا وَهُوَ لِنَيْمُهُ وَلِنَائِمُهُ، بَكْسَرُهَا، أَي يُلَائِمُ بَعْضُهَا بَعْضًا"⁽²⁾ وما جاء في تاج العروس للفارابي: "لاءَمْتُ بَيْنَ القومِ ملائمة، إذا أصلحت وجمعت، وإذا اتفقَ الشَّيْئَانِ فقد تَلَأَمَا والتَأَمَا"⁽³⁾. ومن مرادفات الفعل (لاءَمَ): "وافق، طابَق، ناسب، واءَم"⁽⁴⁾.

لما تقدم بيانه في كتب اللغة نجد أن المقصود من لفظة (ملائمة) والقريب من المعنى الاصطلاحي تعني (التوافق بين شيئين) وعكسها عدم التوافق كقولك لاءمني الأمر بمعنى وافقني، أما إذا كتبت الهمزة على السطر (ملاءمة) فإنها تكون (مصدر) الذي فيه دلالة الحدث مجرداً من الزمان.

ثانياً- تعريف الملائمة اصطلاحاً:

بخصوص تعريف الملائمة في الاصطلاح التشريعي فمن حيث الاصل إن المشرعين في أغلب القوانين لا سيما القوانين المدنية لا يهتمون كل الاهتمام بمسألة وضع تعريف معين لمصطلح معين إلا عند الضرورة إذ ان تعريف الملائمة جاء بالاتجاه نفسه فالتشريعات المدنية ومنها القانون المدني العراقي والقوانين محل المقارنة لم تبين ما هو تعريف الملائمة بصورة

(1) الامام العلامة جمال الدين أبي الفضل محمد بن مكرم ابن منظور الانصاري الافريقي المصري، لسان العرب، ت: عامر أحمد حيدر، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 2003، ج12، ص627.

(2) مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، اعداد وتقديم: محمد عبد الرحمن المرعشلي، ط2، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، سنة 2013، ص1066.

(3) محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تاج العروس، ت: إبراهيم التريزي، ط1، التراث العربي، الكويت، 2000، ص391، و أبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي، الصحاح، ط1، دار احياء التراث العربي، بيروت لبنان، 1999، ص1640.

(4) د. محمود اسماعيل صيني و ناصر مصطفى عبد العزيز و مصطفى أحمد سليمان، المكنز العربي المعاصر، ط1، مكتبة لبنان ناشرون، بلا مكان نشر، بلا سنة نشر، ص95.

صريحة أو ضمنية، إذ اقتصر منطوق النص وفحواه على وجوب أو جواز الأخذ بالملائمة مع مراعاة ضوابط معينة ينص عليها المشرع أو تحتمها المبادئ العامة على القاضي عند استعماله سلطاته التقديرية، فمثلاً جاء في المادة الأولى الفقرة الثانية من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 وتعديلاته " 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"، كذلك نص القانون المدني الاردني في المادة الثانية/2 على " فإذا لم تجد المحكمة نصاً في هذا القانون حكمت بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون، فإن لم توجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية"⁽¹⁾.

يبدو لنا إن اقتصار دور المشرع على تقرير الملائمة دون بيان تعريفها هو مسلك غير منتقد فمن المعلوم إن خشية المشرع من جمود النص يتحاشى وضع تعريفات للمصطلحات التي يذكرها ليكون النص ملائماً للواقع الاجتماعي مترابطاً بالحاضر مجارياً للمستقبل الحافل بالمفاجآت حيث ان تطور القانون يكون في الملائمة بين مضمون القاعدة القانونية وبين التطورات الاجتماعية التي تواجهه⁽²⁾.

أما بالنسبة لتعريف الملائمة⁽³⁾ في الاصطلاح الفقهي فقد تناول شراح القانون⁽⁴⁾ تعريف الملائمة وهم بصدد دراسة مشروعية القرار الإداري والرقابة القضائية على القرارات الإدارية وكان هذا المصطلح قد وجد لتأصيل الدراسات القضائية والقانونية دون الوقوف على ماهيته أو مجاله الاصطلاحي، حيث لم يلحظ وجود تعريف للملائمة كمصطلح مستقل جامع مانع ينعقد عليه اجماع الفقه القانوني، بل ذهب كل معرف له يدلو بدلوه حياله تحت مسميات مختلفة⁽⁵⁾

(1) المادة الثانية/2 من القانون المدني الأردني لسنة 1976.

(2) ضياء شيت خطاب، فن القضاء، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم معهد البحوث والدراسات العربية، بغداد، 1984، ص75.

(3) بعد البحث الدقيق وعلى حد علمنا أنه لم يسبق أن تم تناول الموضوع بشكل مستقل بكتاب أو اطروحة أو رسالة، سوى ما وجد عنه من اشارات قليلة ومحددة في بعض المصادر التي رجعنا إليها وسيأتي ذكرها في محله، مما يضيف أهمية اخرى على موضوع الرسالة.

(4) ومنهم: أ.د. جورج شفيق ساري، رقابة التناسب بواسطة القاضي الدستوري دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة كلية الحقوق، العدد4، مجلد8، 2018، ص12. وكذلك أ. مايا محمد نزار أبو دان، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري دراسة مقارنة، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2011، ص64.

(5) منها (رقابة التكيف القانوني للوقائع، رقابة التناسب، رقابة الملائمة).

والمفهوم العام للملائمة يعني: "ضرورة وجود توافق وتناسب وصلاحيّة بين الشيين" (1) هنا لا بد من التمييز بين الضرورة التي تحتم على القاضي اللجوء إلى الملائمة بين مبادئ الشريعة الإسلامية والقانون المدني، وبين الضرورة في وجود التوافق والتناسب بين الشيين والمقصود منهما مبادئ الشريعة الإسلامية والقانون المدني، إذ لا بد من أن يكون أحدهما وعاءً للآخر ولأن الشريعة الإسلامية أوسع من النصوص التشريعية فتكون هي الوعاء الذي يضم القانون وليس العكس وهذا ما يؤكد المنطق.

ومن جهة أخرى قاضي الملائمة يبحث عن الصلاحيّة بين الشيين حيث يباشر مهمته هذه لا بالنظر إلى قواعد القانون فحسب وإنما إلى الظروف والمعطيات التي أحاطت بالقانون والحكمة التشريعية منه، كون العملية القضائية ليست مجرد تطبيق حرفي لنصوص القانون، بل أنه أيضًا قضاء انشائي يبتدع الحلول العادلة لحسم النزاع، وهذا يتطلب من القاضي أن يبذل مجهودًا شاقًا مضمّنًا في البحث والتأصيل والملائمة (2).

وعرفت أيضًا بأنها: "ما لو عرضت على العقول السليمة لتلقّتها بالقبول" أي لو عرض على العقول السليمة أن هذا الحكم لأجل هذا الوصف تلقّته بالقبول (3)، كذلك تعني توافق العمل القانوني مع ظروف الزمان والمكان والموضوع الذي يصدر فيه، وكذلك تعني توافق التشريع مع توقيت صدوره والظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي يصدر فيها وكذلك تعني توافق القرار مع توقيت اتخاذه والظروف المختلفة التي يصدر فيها (4).

كذلك عرفت "توافق العمل القانوني مع ظروف الزمان والمكان والموضوع الذي صدر فيها" (5) وقد عبر عنه جانب من الفقه بأن المقصود من الملائمة يعني: أن التصرف كان مناسبًا أو موافقًا أو صالحًا من حيث الزمان و المكان والظروف والأعتبارات المحيطة به أو بعبارة

(1) أحمد السيد عبد الرحمن محمد، الرقابة القضائية على ملائمة أعمال الإدارة في الظروف الاستثنائية دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، مصر الاسكندرية، 2021، ص55.

(2) د. حسن علي ذنون، فلسفة القانون، بلا ناشر ومكان وسنة نشر، ص256.

(3) أحمد السيد عبد الرحمن محمد: المصدر السابق، ص60.

(4) أ.د. جرجي شفيق ساري، رقابة التناسب بواسطة القاضي الدستوري (دراسة تحليلية مقارنة)، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة المنصورة، العدد 4 المجلد 8، سنة 2018، ص12.

(5) د. عبد المنصف عبد الفتاح محمد ادريس، رقابة الملائمة في القضاء الدستوري دراسة مقارنة، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016، ص22.

أعم لهذا الاصطلاح فإنه يطلق على ما يوافق مركزاً معيناً أو حالة معينة بالنظر لما يحيط هذه الحالة من اعتبارات الزمان والمكان والظروف المحيطة⁽¹⁾.

وبالتالي فإن القاضي يملك سلطة تقديرية في عملية تحديد مبادئ الشريعة الإسلامية التي تكون أكثر ملائمة لنصوص القانون المدني بمجمله وبما يتلاءم مع ظروف الزمان و المكان والعوامل السياسية والاجتماعية وغيرها، لأن تقدير مدى ملائمة مبدأ من مبادئ الشريعة الإسلامية دون غيره لنصوص القانون المدني يرجع إلى سلطة وصلاحيات القاضي التقديرية بنص القانون⁽²⁾.

أما الفقه الإسلامي فقد عرف الملائمة بعدة تعريفات اجتمعت غالبيتها على معنى (الموافقة والمناسبة) التي تتقارب مع المعنى اللغوي فقد ورد في أحد المصادر "وسمي ملائماً لكونه موافقاً لما اعتبره الشارع"⁽³⁾، وكذلك عرفت بالموافقة، وايجاد المناسبة، ومنه الملائمة بين الشئيين. وعرفت الملائمة كذلك بأنها: جعل الوصف الفلاني علة للحكم لأن كون الشئ علة للحكم أمر شرعي، ومثالها جعل الصغر وصفاً يناسب وجوب الولاية على مال الصغير⁽⁴⁾، وكذلك تعني المناسبة بين الحكم الشرعي وعلته على ان يكون بين الحكم الشرعي والتعليل توافق وانسجام⁽⁵⁾.

والملائمة في الاصطلاح القضائي فمن المعلوم أن وظيفة القضاء هي الفصل في النزاعات القانونية فالقضاء في الغالب لا يضع تعريفاً للمصطلحات القانونية وذلك استناداً لوظيفته ونتيجة لذلك فإن أحكام القضاء لم تتضمن تعريفاً للملائمة في القانون المدني بل اقتصر دور القضاء في هذا المجال على تقرير الملائمة من خلال العمل بها في المنازعات المعروضة عليه.

(1) احمد اسماعيل ربيع، دور قواعد الشريعة الإسلامية في تقييد سلطة المشرع دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، مقدمة الى مجلس كلية الحقوق، جامعة النهرين، 2022، ص275.

(2) عبارة (حكمت المحكمة ... الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون) الواردة في المادة الاولى فقرة ثانياً تدل على صلاحية وسلطة المحكمة التقديرية على تحديد المبادئ الإسلامية التي تكون أكثر ملائمة دون سواها لنصوص القانون المدني.

(3) الامام محمد بن عبد الله الزركشي(ت 794)، شرح لقطة العجلان وبله الظمان، ت: محمد حسن محمد حسن اسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، بلا سنة نشر، ص120.

(4) د. نور الدين بن مختار الخادمي، علم المقاصد الشرعية، ط1، مكتبة العبيكان، الرياض، 2001، ص62.

(5) نادية اسماعيل محمود محمد، نظرية الملائمة في القانون الدولي الخاص، اطروحة دكتوراه، جامعة حلوان حلوان كلية الحقوق، 2014، ص14.

تأسيساً على ما تقدم وبعد بيان تعريف الملائمة في نطاق المعاجم وكذلك بيان المقصود منها اصطلاحاً من أوجه عديدة اذ بينا المقصود منها من الناحية التشريعية وتبين لنا ان المشرع لم يعط تعريفاً لها وهذا لا يعد عيباً تشريعياً كما بينا ذلك سابقاً، كما ان الفقه القانوني والاسلامي هو الآخر لم يورد تعريفاً جامعاً مانعاً للملائمة كذلك القينا موقف القضاء من التعريف وهو الآخر أيضاً لم يبين المقصود منها، ولكن هذا لا يمنع الباحث من وضع تعريف للملائمة وكذلك ليس من الدقة تعريف الملائمة بمعزل عن حقيقتها وذلك بقصرها على الموافقة بين الشيين، ولا المبالغة في تعريفها إلى الحد الذي يتطابق مع المعنى اللغوي.

لذا يمكن تعريف الملائمة على انها: (صلاحية ممنوحة للقاضي بموجب القانون تمكنه من تحديد الحكم الشرعي الذي يكون أكثر موافقةً لنصوص القانون المدني ويكون الحكم الشرعي موافقاً للقانون إذا كان منطقياً ولم يعارض نصاً من نصوصه) .

حيث يظهر التعريف إن الملائمة جزء من الصلاحيات الواسعة الممنوحة للقاضي فعند غياب النص التشريعي نتيجة النقص الحاصل في التشريع تمكنه هذه الصلاحية من اللجوء إلى بقية مصادر القانون حسب ترتيبها بما فيها (مبادئ الشريعة الإسلامية التي تكون أكثر ملائمة لنصوص القانون المدني) وهذه الصلاحية منصوص عليها في القانون بعبارة (حكمت المحكمة)، ويكون الحكم الشرعي موافقاً للقانون المدني إذا كان أكثر من غيره منطقياً ولا يخالف نصاً من نصوص القانون المدني، وهذه الموافقة يجب أن تكون موافقة ظاهرياً وباطنية والمراد بالباطنة هي الموافقة لحكمة النص القانوني، وبالتالي فإن القاضي يملك صلاحية واسعة في عملية تحديد الحكم الشرعي من خلال عدم تقيده بمذهب معين.

الفرع الثاني

تمييز الملائمة عما يشتهر بها

لكي نتضح لنا ماهية الملائمة لابد لنا أن نبين بعض المصطلحات والموضوعات التي تقترب من عملية الملائمة في القانون المدني، فالقاضي المدني يقوم بأعمال واجراءات تتصف بالصفة القضائية وهذه الاعمال تتشابه وتتداخل فيما بينها وبين الملائمة.

مما يقتضي ان نقف على حقيقة هذه الاعمال من خلال بيان أوجه الشبه والاختلاف فيما بينها ورفع اللبس والغموض عنها ومن أهم هذه الاعمال التي تقترب من الملائمة هي التناسب و

القياس، وسنحاول بيان ذلك في فقرتين الاولى تمييز الملائمة عن التناسب والفقرة الثانية تمييز الملائمة عن القياس وكما يلي:

أولاً- تمييز الملائمة عن التناسب في القانون المدني:

بدايةً قبل الخوض في تمييز الملائمة عن التناسب لابد لنا من تسليط الضوء على معنى التناسب في القانون المدني، وعند مراجعة نصوص القانون المذكور وكذلك القوانين محل المقارنة يتبين لنا ان المشرعين لم يوردوا تعريفاً (للتناسب) وهذا شأن القوانين بوجه عام اذ لا تضع تعريفاً كونها من مهمات الفقيه.

ومن حيث معناه اللغوي يفيد التناسب معاني (التوازن والتكافؤ والنسبة) وكل ما يعد أو يتقرر بالقياس على أمر أو شأن آخر وعلى وفق استعمال مفردة التناسب في الحياة الاجتماعية وما يتعلق منها بالقانون وعلومه وعلى ذلك يقال (تناسب الشيطان أي تشاكلا) ويقال (التناسبُ أي التشابه).

أما في معناه الاصطلاحي الذي استخرجه الفقه القانوني عن طريق التطبيقات التي أوردتها المشرع العراقي توصل إلى تعريفاً للتناسب فعرّفه بأنه: "المبدأ الذي يفيد التوازن والمعقولية والعدل بين الالتزامات والحقوق المدنية بما في ذلك عدم التعسف في استخدام الحقوق والتوازن بين الفعل والنتيجة أو بين الضرر والجزاء المدني أو التعويض المترتب عليه"⁽¹⁾.

كما وإن للتناسب دور مهم في تحديد الإساءة في الاستعمال الحق في القانون المدني وتحديد مضمون الحق وبيان حدوده وقد حددت المادة (7) من القانون المدني العراقي معايير التعسف في استعمال الحق والتي جاء فيها "1- من استعمل حقه استعمالاً غير جائز وجب عليه الضمان. 2- ويصبح استعمال الحق غير جائز في الاحوال الآتية: أ- اذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الاضرار بالغير. ب - اذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال إلى تحقيقها قليلة الاهمية بحيث لا تتناسب مطلقاً مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها. ج - اذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال إلى تحقيقها غير مشروعة".

(1) م.د. اسامة رشيد مجيد محمد الربيعي، مبدأ التناسب ماهيته وتأصيله - في ضوء النظرية العامة للقانون، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق جامعة تكريت، العدد 2، المجلد 6، سنة 2021، ص 396.

تقابلها المادة (5) من القانون المدني المصري والتي جاء فيها ما يلي: "يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية: إذا لم يقصد به سوي الإضرار بالغير. إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها. إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة.

فصاحب الحق يكون متعسفاً في استعماله لحقه عندما تكون المصلحة التي يبغى تحقيقها لا تتناسب على الإطلاق مع ما يصيب الغير من ضرر، كون القانون يقوم على التوازن بين المصالح المختلفة فإذا أخل أحد الأشخاص بهذا التوازن اختلال كبيراً وجب تغليب المصلحة التي تكون أكثر أهمية على غيرها من المصالح القليلة الأهمية، وتقدير تناسب المصلحة مع الضرر مسألة وقائع تكون لقاضي الموضوع فيها سلطة تقديرية واسعة من خلال الموازنة بين المصلحة والضرر⁽¹⁾.

وقد عبر القانون المدني الأردني في المادة (66) عن هذا المعيار بالمنفعة التي لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر والتي جاء فيها ما يلي: "يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالاً غير مشروع، و يكون استعمال الحق غير مشروع: أ - إذا توفر قصد التعدي. ب. إذا كانت المصلحة المرجوة من الفعل غير مشروعة. ج. إذا كانت المنفعة منه لا تتناسب مع ما يصيب الغير من الضرر. د. إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة"

وبهذا فإن التناسب يستخدم في القانون المدني للمقاربة النسبية بين شيئين أو أمرين أو بين طرفي علاقة أو رابطة في سلوكهما خلافاً لمصطلح الملائمة الدال على معنى التوافق بين شيئين، ولكن مع هذا فإن الملائمة قد تتشابه مع التناسب في بعض المواضع وقد تختلف عنها في مواضع أخرى وليبيان ذلك سنبيين أوجه الشبه والاختلاف بين التناسب والملائمة في القانون المدني من خلال تقسيم هذه الفقرة إلى نقطتين وكما يأتي:

1- أوجه الشبه بين الملائمة والتناسب: الملائمة والتناسب في القانون المدني يتشابهان في مواضع معينة ومن أهم هذه المواضع هي:

أ- يتقارب التناسب في المعنى العام مع الملائمة فكلمة (ملائم) تماثل كلمة (مناسب)، فالملائمة في اللغة كما ذكرنا في تعريفها تعني الإصلاح والجمع والاتصال بين شيئين أو طرفين فأكثر وجعلهما متلائمين بالإضافة إلى أنها تعني الاتفاق والانسجام، فيقال في اللغة الدارجة

(1) مالك جابر حميدي الخزاعي، اساءة استعمال الحق خطأً تقصيرياً يلزم من صدر منه تعويض الضرر الناشئ عنه، بحث منشور في مجلة جامعة بابل العلوم الانسانية، العدد2، مجلد17، 2009، ص8.

فرصة مناسبة أو ملائمة تكون في محله، كذلك فكرة التناسب توجي بوجه عام إلى اعمال المقارنة والقياس والتكافؤ والمقاربة النسبية بين شيئين أو أمرين أو بين طرفي علاقة أو رابطة في سلوكهما، فيقال: تناسب الشيان أي تشاكلا، ويقال: التناسب أي التشابه، جدير بالذكر ان القضاء الاداري المصري يستعمل كلمتي التناسب و الملائمة كمرادفين ولا يفرق بينهما في كثير من احكامه⁽¹⁾ كذلك يرى بعض الفقه ان تناسب الجزاء مع الخطأ يعني الملائمة.

ب- تشترك الملائمة والتناسب في عدم وجود ضوابط ومعايير محددة ودقيقة تمامًا لهما، ويرجع ذلك إلى كونهما أمر نسبي خاضع للسلطة التقديرية للقاضي التي تختلف من قاضٍ إلى آخر، فيكمن وراءهما اجتهاد القضاء وحكمته وفنطته ورقابته وكما تكمن مبادئ العدل والانصاف والمعقولية وحسن النية، فالقانون وسيلة لتحقيق غاية هي تحقيق العدالة بمفهومها الشامل فيضطلع القاضي بتحويل القانون أو تطويره اذا ما رأى أن ذلك أدعى للوصول إلى الهدف المنشود وهذا الهدف يتمثل بتحقيق التناسب و الملائمة، فيكون القاضي ملزمًا بالتحري عنهما.

ت- تتميز الملائمة والتناسب بالزاميتهما للقاضي المدني في الحالات والقضايا المعروضة عليه فيكون من واجب القاضي ان يحقق التناسب ويقرره في قضائه كون الأمر اعمالًا للعدالة كذلك الملائمة تكون ملزمة للقاضي عند فقد النص التشريعي ويأخذ بمبادئ الشريعة الإسلامية أن يحقق الملائمة بين هذه المبادئ والقانون المدني من خلال اختيار المبدأ الذي يكون أكثر ملائمة لنصوص القانون المدني من غيره تحقيقًا للعدالة .

ث- يلعب الزمان والمكان دور مهم في كل من التناسب و الملائمة ويؤثر تأثير مباشر فيهما، فالتحولات المختلفة التي تحدث في ظرف الزمان والمكان تؤثر في تفسير الموضوعات وان كان الموضوع بحسب الظاهر لم يحصل فيه تغيير فالتطورات والتغيرات التي تحصل في العلاقات والروابط الاقتصادية والاجتماعية وغيرها تؤثر في تغيير الموضوع وتكسبه حكمًا جديدًا⁽²⁾.

(1) د. محمد شهاب محمد أمين و ابراهيم محمد حاجي، التناسب كوسيلة قضائية في تحقيق التوازن بين السلطة التقديرية للإدارة وحقوق المواطنين، بحث منشور في موقع جامعة سوران أربيل، على الشبكة المعلوماتية الإلكترونية تحت الرابط:

<https://sites.google.com/a/soran.edu.iq/twejer/issues/vol4-issue1/21-4-1-17>

(2) أ.م.د هادي حسين هادي الكرعوي، م. علاء عبد النبي ياسر علي خان المدني، أثر الزمان والمكان في تحديد موضوعات الأحكام الشرعية، بحث منشور في مجلة كلية الفقه جامعة الكوفة، العدد 2، مجلد17، سنة 2013، ص1.

ج- إن كلاً من التناسب والملائمة يؤدي إلى تحقيق استقرار المعاملات المالية التي يحاول المشرع تحقيقها من خلال النص على بعض النظم القانونية والمعايير الموضوعية والذاتية، واعطاء القاضي سلطة تقديرية لتحقيق غاية القانون في استقرار المعاملات، فيهدف المشرع عبر التشريعات التي يسنها إلى تحقيق عدة غايات وأولها بل وأهمها هو تحقيق الاستقرار للمعاملات المالية، فضلاً عن العدالة والتقدم الاجتماعي⁽¹⁾.

ح- ويتشابه التناسب مع الملائمة من حيث سلطة القاضي التقديرية إذ يتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة لتحقيق التناسب والذي ينعكس على المجتمع عموماً عبر بث الطمأنينة في نفوس افراده، وكذلك الحال في الملائمة فإن استقرار التشريعات أو ما يسمى بالثبات التشريعي الذي يبقي على التشريع فترة اطول من الزمن دون ان يمس بالإلغاء أو التعديل، وفي هذه الحالة يمنح القاضي سلطة تقديرية واسعة في تفسير التشريع لتجاوز المآخذ التي قد تؤخذ عليه⁽²⁾.

2- أوجه الاختلاف بين الملائمة والتناسب: إن وجود التشابه بين الملائمة والتناسب في القانون المدني لا يمنع من وجود اختلافات جوهرية بين الموضوعين وكما يلي:

أ- فانهما يختلفان من حيث المفهوم في مجال القانون إذ يقصد بالتناسب سواء من منظور شكلي أو موضوعي فإنه يعكس أو يمثل لأول وهلة فكرة اساسية وجوهرية مفادها تناسب الجزاء مع الخطأ وهذا الجزاء سواء كان في مجال القانون المدني أو الاداري أو الجنائي أو الدولي وهكذا توجب القوانين أن يكون تناسب العقوبة مع الجريمة⁽³⁾، فمصطلح التناسب يستخدم في القانون المدني للمقاربة النسبية بين شيئين أو أمرين أو بين طرفي علاقة أو رابطة في سلوكهما، خلافاً لمصطلح الملائمة الدال على معنى التوافق بين شيئين، وليس من الصحيح استعمال كلمتي (التناسب و الملائمة) كمرادفين كما فعل المشرع المصري في المادة (2/696) من القانون المدني⁽⁴⁾.

(1) علي حميد كاظم الشكري، استقرار المعاملات المالية دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون في جامعة كربلاء، 2014، ص183.

(2) علي حميد كاظم الشكري: المصدر نفسه، ص49.

(3) م.د. اسامة رشيد مجيد محمد الربيعي: المصدر السابق، ص392.

(4) جاء في المادة (2/696) من القانون المدني المصري: "ونقل العامل إلى مركز أقل ميزة أو ملائمة من المركز الذي كان يشغله لغير ما ذنب جناة لا يعد عملاً تعسفياً بطريق غير مباشر إذا ما اقتضته مصلحة العمل، ولكنه يعد كذلك إذا كان الغرض منه إساءة للعامل".

ب- ويختلفان من حيث النطاق اذ ان نطاق الملائمة يتركز في مبادئ الشريعة الإسلامية ونصوص القانون المدني، في حين نرى ان نطاق التناسب يتركز في تطبيقات وردت في القانون المدني، منها تقييم حالة الضرورة عند تقييم شرعية استخدام القوة في أحوال الدفاع الشرعي والضرورة⁽¹⁾، وكذلك في تقدير تناسب الاعباء الواقعة على العقار المرتفق به فيما اذا كانت تفقد المنفعة من العقار⁽²⁾، وتقدير التعويض في نطاق المسؤولية المدنية فيما اذا تجاوز الشخص استعمال حقه، كذلك في نطاق المسؤولية العقدية الخاصة بمخالفات العمل⁽³⁾، كذلك تناسب التعويض مع القيود المفروضة على العامل⁽⁴⁾، بالإضافة إلى استخدامه في نطاق نظرية عدم التعسف في استعمال الحق التي تتصل وتداخل مع مواضع القانون المدني كما في العقود من حيث وجوب اعادة التوازن فيها وكذلك تفسيرها وتنفيذها على وفق ما يقتضي به مبدأ حسن النية⁽⁵⁾.

ت- ويختلف التناسب عن الملائمة من حيث المصدر، فمصدر الملائمة يأتي من الفلسفة التشريعية والقانونية لأي بلد دينه الاسلام، اما مصدر التناسب التشريع ذاته كذلك يستلهمه القاضي من غاية التشريع الرامية إلى تحقيق العدالة وتحقيق التوازن بين أطراف العلاقات المالية ويعتمد في ذلك على ملكته وخبرته القانونية.

ث- ويختلفان من حيث الحكمة منهما فالحكمة من الملائمة ان يتحقق للمنظومة التشريعية في أي بلد الثبات النسبي وتلافي اللجوء إلى الغاء التشريع وحتى تعديله قدر الامكان

(1) جاء في المادة السادسة من القانون المدني العراقي النافذ ما يأتي: "الجواز الشرعي ينافي الضمان، فمن استعمل حقه استعمالاً جائزاً لم يضمن ما ينشأ عن ذلك من الضرر" وجاء في المادة السابعة من نفس القانون ما يأتي "1 - من استعمل حقه استعمالاً غير جائز وجب عليه الضمان. 2 - ويصبح استعمال الحق غير جائز في الاحوال الآتية: أ - اذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الاضرار بالغير. ب - اذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها قليلة الاهمية بحيث لا تتناسب مطلقاً مع ما يصيب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها. ج - اذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها غير مشروعة".

(2) جاء في المادة (1284) من القانون المدني العراقي النافذ ما يلي: "لصاحب العقار المرتفق به ان يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه اذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق، ولم تبق له غير فائدة محددة لا تتناسب مع الاعباء الواقعة على العقار المرتفق به".

(3) جاء في المادة (2/873) من القانون المدني العراقي النافذ ما يأتي: "ولرب العمل ان يمتنع عن تسلمه اذا كان المقاول قد خالف ما ورد في العقد من الشروط أو ما تقضي له اصول الفن في هذا النوع من العمل الى حد لا يستطيع معه ان يستعمله أو لا يصح عدلاً ان يجبر على قبوله فإذا لم تبلغ المخالفة هذا الحد من الجسامة فليس لرب العمل ان يطلب تخفيض الثمن بما يتناسب مع اهمية المخالفة".

(4) جاء في المادة (9/10) من القانون المدني العراقي النافذ ما يأتي: "وان يقرر العقد للعامل تعويضاً عن هذا القيد الوارد على حريته في العمل يتناسب مع مدى هذا القيد".

(5) م.د. اسامة رشيد مجيد محمد الربيعي، المصدر السابق، ص399.

والحد من ظاهرة النقص في التشريع وتحقيق الأمان القانوني، اما الحكمة من التناسب فهي تحقيق التوازن في العلاقات بين الاشخاص.

ثانياً- تمييز الملائمة عن القياس في القانون المدني:

قبل بيان أوجه الشبه والاختلاف بين الملائمة والقياس في القانون المدني لابد لنا من بيان المقصود بالقياس إذ إنه: (هو إلحاق واقعة لم يرد نص بحكمها واقعة ورد النص بحكمها لتساوي الواقعتين في علة الحكم)⁽¹⁾، (إلحاق صورة مجهولة الحكم بصورة معلومة الحكم لأجل أمر جامع بينهما يقتضي ذلك الحكم)⁽²⁾ والمشرع حين يصوغ قاعدة قانونية بناءً على سبب قانوني أي بناءً على حكمة التشريع، فإنما يقصد به أن يقرر جميع النتائج المترتبة على هذا السبب وذاته في الحالات الأخرى غير الحالة المنصوص عليها، فإعمال القياس هو تفسير لإرادة المشرع⁽³⁾.

كذلك الملائمة فالحكمة الواردة في مبادئ الشريعة الإسلامية بإعتبارها أحد مصادر القانون هي ذاتها الواردة في القانون المدني فيصير إلى تطبيق هذه المبادئ التي تكون متلائمة مع القانون المدني لتشابه العلة.

ونشير في هذا الشأن إلى أنه على الرغم من أن لكل من الملائمة والقياس في القانون المدني نطاق ومجال يمكن تطبيقه فيه إلا أن لهما أوجه شبه في بعض المواضع من ناحية وأوجه اختلاف من ناحية أخرى الأمر الذي يقتضي بنا بيان ذلك وكما يأتي:

1- أوجه الشبه بين الملائمة والقياس: الملائمة والقياس في القانون المدني يتشابهان في مواضع معينة ومن أهم هذه المواضع هي:

أ- يراد بالقياس في القانون "إلحاق أمر لم ينص على حكمه في التشريع بأمر نص عليه فيه لأشتراك الأمرين في سبب الحكم"⁽⁴⁾، وان للقياس من حيث النظر إلى المقيس عليه

(1) د. خالد رشيد الجميلي، المدخل في دراسة الشريعة الإسلامية والقانون، دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد، 1989، ص141.

(2) أبو عبد الله محمد بن أحمد الحسني التلمساني (ت 771)، مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول، ت: محمد علي فركوس، ط1، المكتبة المكية، السعودية، 1998، ص652.

(3) د. عصمت عبد المجيد بكر، مشكلات التشريع دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2014، ص451.

(4) د. محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، مطبعة وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، بغداد، 1982، ص302.

صورتين هما (القياس التشريعي والقياس القانوني) ففيما يتعلق بالقياس التشريعي فيكون عن طريق قياس حالة لم يرد بشأنها نص على حالة ورد بشأنها نص أما القياس القانوني فهو قياس حالة لم يرد بشأنها نص على مجموعة المبادئ القانونية أي المقيس عليه نظاماً كاملاً من الانظمة (1) والقياس القانوني يشترك مع الملائمة التي يجب أن يراعى في الأخذ بأحكام الفقه الإسلامي بالتنسيق ما بين هذه الاحكام والمبادئ العامة التي يقوم عليها التشريع المدني في جملته فلا يجوز الأخذ بحكم في الفقه الإسلامي يتعارض مع مبدأ من هذه المبادئ حتي لا يفقد التقنين المدني تجانسه وانسجامه (2).

ب- للقياس أهمية كبيرة بين مصادر القانون لبعض الدول التي أوجبت الرجوع إلى القياس بالنص الصريح (3) التي يلجأ إليها القاضي عند عدم وجود نص بينما لم يأخذ المشرع العراقي بالقياس والنص عليه صراحةً في المواضع التي أشار فيها إلى مصادر القانون لكنه أورد في المادة الثالثة منه على انه "ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه" والمقصود منها أنه القاعدة الاستثنائية التي تشذ عن المبادئ العامة لا يجوز التوسع في تطبيقها على الحالات المتشابهة للحالة التي وردت لسانها هذه القاعدة الاستثنائية (4)، بينما لا يوجد نظير لهذه المادة في القانون المدني المصري، أما نظير المادة المذكورة في القانون المدني الاردني هي المادة (221) لذا ذهب شراح القانون الأخير إلى القول بإن القانون المدني الاردني أجاز القياس من مفهوم المخالفة لهذه المادة، كما وإن القانون أوجب الرجوع إلى الفقه وإن الفقه قد أجاز القياس فإن للقاضي الاردني القياس في المسائل المدنية، ما عدى القياس على المستثنى، ويذكر الشراح عادة نوعين من القياس الأول المسمى القياس التشريعي (قياس حالة لم يرد بشأنها نص على حالة ورد بشأنها نص) والثاني القياس القانوني (قياس حالة لم يرد بشأنها نص على مجموع المبادئ القانونية

(1) الدكتور. فرات رستم امين الجاف، الدور التفسيري والرقابي لمحكمة التمييز الاتحادية في نطاق الدعوى المدنية - دراسة مقارنة - ، ط1، دار ومكتبة الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 1435 - 2014، ص156-157.
(2) د. سليمان مرقس، المدخل للعلوم القانونية وشرح الباب التمهيدي للتقنين المدني، ط6، بدون ناشر ومكان نشر، 1987، ص446.

(3) كالتقنين المدني الايطالي القديم في المادة الثالثة منه، والتقنين المدني البرازيلي في المادة السابعة منه، والمشروع التقنين المدني لليمن الديمقراطية في المادة الثانية منه، كذلك القانون المدني النمساوي الصادر سنة 1811 الذي نص في الفقرة (7) من المادة الاولى منه (لو تعذر الفصل في واقعة خاصة طبقاً للنص أو للمفهوم الطبيعي للتشريع، وجب حينئذ الرجوع الى الحالات المشابهة التي أورد القانون بشأنها حكماً واضحاً)، نقلاً عن د. محمد شريف أحمد، المصدر السابق، ص334

(4) د. عامر عاشور عبد الله، القياس في القانون المدني والفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل كلية الحقوق، العدد 52، المجلد 15، 2012، ص72.

وروح النظام القانوني⁽¹⁾، وبذلك يشترك القياس والملائمة في نطاق عملية سد النقص أو الفراغ في القانون، بالإضافة إلى ذلك ان من شروط القياس ان لا يكون حكم الواقعة الاصلية خاصاً بها (استثناء) لأنه اذا كان خاصاً بها لا يجوز نقله إلى غيرها⁽²⁾ كذلك في الملائمة يجب أن تكون القاعدة الإسلامية عامة وليست خاصة بواقعة معينة حتى يتمكن القاضي من استنباط الحكم الشرعي منها وملاءمته لنصوص القانون المدني وحل النزاع المعروف امام.

ت- بالإضافة إلى ذلك ان القياس والملائمة يشتركان في كونهما لا يخلقان قانون جديد وإنما كشفاً عن القانون وان القاضي لا يصنع قواعد قانونية بل ينمي القواعد الكامنة فليس القانون هو مضمون النصوص الصريحة المباشرة فقط بل المضمون الحكمي لقواعد غير صريحة موجودة في مبادئ الشريعة الإسلامية والقانون فيكشف عنها القاضي⁽³⁾.

ث- القياس وسيلة من وسائل التفسير ان المشرع حين يضع قاعدة قانونية بناءً على سبب قانوني أي بناءً على حكمة التشريع فإنه يقصد ان يقرر جميع تلك النتائج على هذا السبب ذاته في حالات أخرى غير الحالة المنصوص عليها فغاية المشرع لا يمكن ان تتحدد بالمعنى الحرفي للنص أي (اعمال القياس هو تفسير لإرادة المشرع)، كذلك الملائمة تكون وسيلة من وسائل التفسير عندما تكون مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر التاريخي والمرجع الذي استمد منه المشرع أحكام تشريعه، فإذا كان النص غامضاً ورأى القاضي انه مستمد من الفقه الإسلامي استعان بهذا الفقه في تفسير النص، وقد ذهب القضاء المصري في هذا المجال بأن حق الشفعة لا يورث فإذا مات الشفيع قبل الأخذ بالشفعة فلا يجوز لوارثه أن يطالب بها وقد رجع القضاء في ذلك إلى المصدر التاريخي للقانون المدني المصري في الشفعة وهي الشريعة الإسلامية وبالذات الفقه الحنفي الذي استقى منه أحكام الشفعة⁽⁴⁾.

ج- يشترك القياس مع الملائمة في إن كلاهما يستمدان قوتها وشرعيتها من الإرادة المفترضة للمشرع، حيث إن القياس يأتي بمرتبة مبادئ الشريعة الإسلامية⁽⁵⁾ كونه يعد

(1) د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسات العلوم القانونية وفقاً للقانون الكويتي دراسة مقارنة، ج1، مطبوعات جامعة الكويت كلية الحقوق والشريعة، بلا مكان نشر، 1972، ص557.

(2) د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 1974، ص766.

(3) د. عبد الحي حجازي: المصدر السابق، ص560.

(4) د. فرات رستم امين الجاف: المصدر السابق، ص158.

(5) د. محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، مطبعة وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، بغداد، 1982، ص340.

من صميمها وبالنتيجة فإن القياس والملائمة يكونان بمرتبة واحدة في القانون المدني العراقي.

ح- كذلك يشترك القياس والملائمة في كونهما ليسا غاية يراد الوصول اليهما بالذات واما وسيلة للوصول إلى الحكم أو سد الفراغ التشريعي فكلاهما يشكلان جزءاً مهماً من عمل القاضي ويهدفان للوصول إلى الحكم القضائي .

2- أوجه الاختلاف بين الملائمة والقياس: رغم التداخل الحاصل بين الملائمة والقياس في القانون المدني والذي بيناه في الفقرة الاولى، غير أن هنالك جهات اختلاف بينهما ومن أهم أوجه الاختلاف بين الملائمة والقياس هي:

أ- تختلف الملائمة عن القياس في كون الأخير أحد صور التكميل الداخلي أو الذاتي الذي يستعين به القاضي في سد النقص في التشريع عن طريق التنظيم القانوني ذاته التي تسمى (التكميل الذاتي)، ومقتضاه أنه اذا وجد القاضي حالة نظمها المشرع تكون مشابهة للحالة المعروضة عليه والتي لم يجد لها تنظيمًا مباشرًا في التشريع فإنه يطبق حكم الحالة الاولى على الحالة الثانية⁽¹⁾، خلاف الملائمة فهي طريقة التكميل الخارجي والتي هي أحد الطرائق التقليدية في سد النقص في التشريع التي يستعين بها القاضي لتكملة التشريع عن طريق مصادر أخرى غير التشريع.

ب- من حيث وجوب الأخذ بالملائمة فقد ينص المشرع صراحة على وجوب الأخذ بالملائمة خلاف القياس الذي لم يرد نص صريح يجيز الأخذ به كما في القانون المدني العراقي.

ت- للقياس أركان ثابتة هي (الاصل أو الواقعة المنصوص عليها والفرع أو الواقعة المسكوت عنها وحكم الأصل والعلة هي الوصف الموجود في كل من الاصل والفرع) كذلك له أربعة صور (الاولى والمساواة والادنى والعكسي) خلاف الملائمة التي لا توجد فيها ضوابط ومعايير ثابتة.

المطلب الثاني

خصائص الملائمة وأهميتها في القانون المدني

لأجل الاعتراف بأهمية دور القاضي في تحديد مبادئ الشريعة الإسلامية التي تكون أكثر ملائمة لنصوص القانون المدني، وانها صلاحية قانونية مستوحاة من النص التشريعي

(1) د. عبد الحي حجازي: المصدر السابق، ص556.

ذاته، وإن الملائمة ليست مطلقة في العمل القضائي، كل هذا يحتاج تسليط الضوء على خصائص الملائمة في القانون المدني وهذا ما سنحدده في الفرع الأول بعدها نكون قد أحرزنا أهمية الملائمة في القانون المدني والتي سنبينها في الفرع الثاني كما يلي:

الفرع الاول

خصائص الملائمة

الخاصية: جمعها خصائص، وتعني عند أهل اللغة: انفراد اللفظ أو الفكرة بصفات والتميز عن المشترك معه في المعنى⁽¹⁾ والملائمة في القانون المدني لها خصائص سنجملها في نقاط دون اخلال بالموضوع وكما يلي:

أولاً - الملائمة وسيلة لإيجاد النص القانوني المفقود:

إذا عرض امام القاضي نزاع وتيقن من عدم وجود قاعدة قانونية يمكن تطبيقها على الحالة المعروضة فإن القانون أوجب عليه في القضايا المدنية ان يفصل في كل ما يعرض عليه ولا يستطيع ان يمتنع عن الحكم بحجة سكوت القانون عنها وإلا عد ممتنعاً عن إحقاق الحق⁽²⁾ ومنكرًا للعدالة.

وهذا يكون مبرر لمخاصمته استنادًا للمادة (30) من قانون المرافعات المدنية النافذ والتي جاء فيها: "لا يجوز لأية محكمة ان تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقصه والا عد القاضي ممتنعاً عن احقاق الحق ويعد أيضًا التأخر غير المشروع عن اصدار الحكم امتناعاً عن احقاق الحق" ويعد القاضي ممتنعاً عن احقاق الحق ومنكرًا للعدالة اذا امتنع عن الفصل في قضية صالحة للحكم فيها أو عن الاجابة على عريضة الدعوى قدمت اليه.

فليس للقاضي أن يمتنع عن نظر دعوى رفعت إليه أو الفصل فيها أيًا كان عذره فإذا لم يكن لديه نص يحكم موضوع الدعوى فإنه يبحث عن العرف فإن لم يجد عرفاً فإنه يبحث في مبادئ الشريعة الإسلامية التي تكون أكثر ملائمة لنصوص القانون المدني فإن لم يصل إلى حل للنزاع فإنه يحكم وفقًا لقواعد العدالة وفقًا للمادة الاولى الفقرة الثانية من القانون المدني.

(1) علي بن محمد الشريف الجرجاني، كتاب التعريفات، مكتبة لبنان، 1985، ص101.

(2) ويطلق الفقه على هذه الحالة مصطلحات عدة منها: (النقص في القانون، سكوت القانون، الفراغ في القانون، الثغرات في القانون).

معنى ذلك أن ليس للقاضي أن يمتنع عن الفصل في الدعوى على اساس عدم وجود نص قانوني يحكم الدعوى أو غموض هذا النص أو عدم كفايته فعلى القاضي الا يمتنع عن الفصل في دعوى أو الاجابة على عريضة تحت أي ظرف من الظروف اذ عليه ان يسعى إلى تفسير النص الغامض أو تكملة النص الناقص أو البحث عن القاعدة الواجبة التطبيق عند عدم النص⁽¹⁾.

وقد تكفل القانون المدني بإرشاد القاضي إلى المصادر التي يتعين عليه الرجوع إليها لسد النقص في القانون وذلك بالرجوع إلى العرف فإذا لم يجد فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص القانون المدني دون التقيد بمذهب معين، وذلك بالبحث عن قاعدة قانونية جديدة⁽²⁾.

وهنا تتضح بجلاء الوظائف الأخرى للقاضي وهي وظيفة الكشف وتحديد القواعد القانونية التي تكون أكثر موافقة للقانون وبما يتلاءم مع التطور الاجتماعي أو حكمة التشريع ، خلافاً فيما إذ حكمت المحكمة بمقتضى قواعد العدالة التي تكون فيها المحكمة قد أنشأت القاعدة القانونية مستندةً إلى اجتهاد القاضي المدني محاولاً سد الفراغ التشريعي وصنع قاعدة قانونية.

فهناك بعض القوانين⁽³⁾ تدعو القاضي صراحة إلى الإجتهد والحكم بما يضعه من قواعد لو كان مشرعاً أو تدعوه ضمناً إلى الإجتهد سواء تلمزه بإتباع الطريق الذي يتعين عليه أن يسلكه أو دون أن تحدد له المصادر التي يتعين عليه اللجوء إليها.

ويذهب الفقيه الاستاذ كلسن إلى ان مصطلح مصادر القانون يوحي بأن هذه المصادر عبارة عن كيان مختلف عن القانون ومستقل عنه بشكل معين، في حين ان مصادر القانون هي القانون ذاته⁽⁴⁾، ويبدو لنا أن مصادر القانون التي تمد القاضي بقواعد ثابتة محددة كالعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية فهذه القواعد تشبه التشريع إلى حد كبير وتبتعد كثيراً عن القواعد التي يجتهد القاضي في وضعها ويفترض نفسه انه مشرعاً، ليسد الفراغ التشريعي.

(1) د. أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2006، ص31.
(2) د. عباس العبودي، الدور الاجتهادي لأحكام محكمة التمييز الاتحادية في صياغة القاعدة القانونية للقانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد كلية القانون، العدد2، مجلد30، 2015، ص7.

(3) كالقانون المدني السويسري الذي نصت مادته الاولى على وجوب ان يحكم القاضي وفقاً للقانون العرفي اذا لم يجد نصاً تشريعياً وان يحكم القاضي بما كان يضعه من قواعد لو كان مشرعاً ان لم يجد قاعدة في العرف.
(1)Hans kelsen, pure theory of law, translated from the second germane edition by max knight, University of California press, Losangelss, U.S.A., 1978, p.131.

ونلاحظ انه تحصيل مفترض إن الملائمة تدور وجودًا وعدمًا مع وجود النقص في التشريع وانعدام العرف فالتشريع مهما كان وافيًا لا يمكن أن يحيط بكل ما يلزم لحكم وقائع الحياة غير المتناهية، والحياة بطبيعتها دائمة التغير لا تثبت على حال، كما لا يمكن للعقل البشري مهما أوتي من رحابة أن يتوقع ما تصير إليه الوقائع وأن يضع لها ما يناسبها من أحكام من أجل ذلك تحرص القوانين الوضعية دائمًا على إقامة مصادر أخرى يرجع إليها القاضي عندما يعوزه الحكم المطلوب مع نصوص التشريع وتختلف النظرة إلى هذه المصادر باختلاف تصور أساس القانون ومصادره (1) فلولا القصور في التشريع وعدم احاطته بالوقائع غير المتناهية لم يكن متصورًا أن يقوم القاضي بخلق النصوص القانونية.

ويذهب بعض الفقه إلى ان القاضي في محاولته إكمال النقص في القانون لا يخلق قاعدة قانونية عامة مجردة ولكنه يخلق حلًا عاديًا لنزاع ليس له حل في النصوص المكتوبة أو العرف وفي ذلك يعد القاضي مستلهمًا الحل من مبادئ الشريعة الإسلامية الهادفة إلى إقامة العدل وليس مبتدعًا (2).

لذا كان لزامًا على القاضي أن يبحث عن الحل القانوني في مصادر القانون الأخرى عند فقدان النص التشريعي وهي العرف ومبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص القانون المدني وقواعد العدالة، وهذه هي المصادر الرسمية التي يكون الرجوع إليها وجوبًا عند فقد النص (3).

وهكذا لا يكون وجود للملائمة إذا انعدم النقص في التشريع، فالرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص القانون المدني مرهون بعدم وجود نص في التشريع أو قاعدة في العرف، فالقاضي يكون ملزمًا بالرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية حين لا يجد حلًا للمسألة المعروضة عليه لا في التشريع الوضعي ولا في العرف.

ومعروف أن تطبيق النص في لفظه يكون بأعمال عباراته أما تطبيق النص في فحواه فيكون بأعمال المعنى المستخلص من إشارة النص ان كان هنالك ما يفيد النص بطريق الإشارة

(1) د. وائل حسن عبد الشافي، مشكلة النقص في القانون بين المذاهب الفلسفية والشرائع القانونية، المكتب الجامعي الحديث، بلا مكان نشر، 2009، ص345.

(2) د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، د.ط، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2003، ص502.

(3) عباس قاسم مهدي الداغوق، الاجتهاد القضائي مفهومه - حالاته - نطاقه، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2015، ص216.

كما قد يكون تطبيق النص في فحواه بإعمال المعنى المستفاد منه بطريق القياس على الحالة المنصوص عليها فيه لينطبق حكمه على حالة أخرى غير منصوص عليها تشترك مع الحالة الأولى في العلة أو يكون بإعمال المعنى المستخلص من مفهوم المخالفة⁽¹⁾.

ثانيًا - الملائمة سلطة تقديرية للقاضي:

ان العملية القضائية ليست مجرد تطبيق حرفي لنصوص القانون، بل إنه أيضًا قضاء انشائي يبتدع الحلول العادلة لحسم النزاع، وهذا يقتضي من القاضي أن يبذل مجهودًا شاقًا مضنيًا في البحث والتأصيل والملائمة بين المصالح المتضاربة للخصوم في الدعوى⁽²⁾.

كما ذهبت محكمة التمييز في أحد قراراتها إلى مبدأ مفاده " من أهداف قانون الإثبات توسيع سلطة القاضي في توجيه الدعوى وما يتعلق بها من أدلة بما يكفل التطبيق السليم لأحكام القانون وصولاً إلى الحكم العادل في القضية المنظورة، وكذلك تبسيط الشكليات إلى الحد الذي يضمن المصلحة العامة ولا يؤدي إلى التفريط بأصل الحق المتنازع فيه"⁽³⁾.

ففي هذا النطاق يتدخل المشرع ليفوض القاضي سلطة اختيار القاعدة القانونية الملائمة، وذلك من خلال منحه سلطة تقديرية واسعة في اختيار القاعدة القانونية التي تتماشى مع مبادئ القانون المدني وموافقة لمقاصده ومتلائمة مع مقتضيات تطور العصر، فتكون أحكام القانون بذلك أداة مرنة في يد القاضي وعباراته سلسلة.

وهذا يمنح القاضي سلطة تقديرية معينة فيما يتعلق بتطبيق الحل القانوني الأكثر ملائمة لنصوص القانون المدني الموجود في مبادئ الشريعة الإسلامية، فالسلطة التقديرية للقاضي لم تكن مقتصرة على إيجاد الحلول القانونية الواردة في النص التشريعي أو عندما يترك له حرية التقدير بشأن تطبيق الحل الوارد في النص التشريعي أو عدم تطبيقه⁽⁴⁾ وإنما كانت موسعة لتشمل خارج التشريع أيضًا ولكن بمراقبة المحكمة الأعلى درجة كما هو الحال في السلطة التقديرية في النص التشريعي.

(1) د. عبد المنعم البداروي، المدخل للعلوم القانونية، د.ط، دار النهضة العربية، بيروت، 1966، ص176.
(2) عواد حسين ياسين العبيدي، تفسير النصوص القانونية بإتباع الحكمة التشريعية من النصوص، ط1، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية للنشر والتوزيع، مصر، 2019، ص314.
(3) القرار رقم 104/موسعة اولى/988/87 منشور في كتاب ابراهيم المشاهدي، المختار من قضاء محكمة التمييز، قسم الاثبات، مطبعة الزمان، بغداد، 1999، ص142-143.
(4) أ. زرقون نور الدين، سلطة قاضي الموضوع في اختيار القاعدة القانونية الملائمة لحل النزاع، بحث منشور في الموقع الإلكتروني على الموقع: <http://archives.univ-biskra.dz/bitstream/123456789/1544/1/16.pdf>

كما وهذه السلطة التقديرية تعطي دور للقاضي في تفعيل مبادئ الشريعة الإسلامية فلا خلاف حول التزام القاضي بتطبيق القوانين القائمة، ولكننا نبادر إلى التنويه بأنه لا يمكن أن يتطرق خلاف إلى وجوب تطبيق القاضي من تلقاء نفسه مبادئ الشريعة الإسلامية من خلال أعمال هذه المبادئ على واقع الحال، كلما لم يكن هنالك نص في التشريع واجب التطبيق على النزاع ولا قاعدة عرفية واجبة التطبيق على النزاع، ذلك أن المشرع نص في المادة الأولى الفقرة الثانية من القانون المدني العراقي على وجوب الحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين، كذلك الحال فعل المشرع الاردني في المادة (2/2) من القانون المدني والتي تنص على ما يلي: " فإذا لم تجد المحكمة نصاً في هذا القانون حكمت بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون، فإن لم توجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية".

كذلك فعل المشرع الاماراتي في قانون المعاملات المدنية المادة الأولى منه " ... فإذا لم يجد القاضي نصاً في هذا القانون حكم بمقتضى الشريعة الإسلامية" وقد جاء في المادة (2/1) من القانون المدني المصري النافذ " ... فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية..."، ومعنى هذه النصوص ان مبادئ الشريعة الإسلامية من بعد التشريع والعرف تسد ما في القوانين والأعراف من نقص⁽¹⁾ لما لها من شمولية لكل متطلبات الحياة اذ تمتاز عن القوانين الوضعية بأنها شاملة لكل مناحي الحياة الانسانية وتنظم جميع النشاط الانساني لذا جاءت احكامها لتنظم كل ما يصدر من الانسان من قول أو فعل⁽²⁾.

ثالثاً - الملائمة قد تستبعد المشهور من مبادئ الشريعة الإسلامية التي تتعارض مع روح القانون المدني:

إن القوانين المدنية عادةً ما تتبنى المشهور من رأي الفقهاء في موادها القانونية، لكن في بعض الحالات تستبعد المشهور وتأخذ بالمبادئ الإسلامية التي تلائم القانون المدني، وقد فسر الدكتور السنهوري ذلك عدة مرات وذلك أثناء تحضيره لمسودة القانون وأيضاً أثناء الإرشادات التي وضعها للقضاة حول الأسلوب الذي ينبغي وفقه تفسير القانون: "يراعى عند الأخذ بأحكام الفقه الإسلامي التنسيق ما بين هذه الأحكام والمبادئ العامة التي يقوم عليها التشريع المدني في جملته، فلا يجوز الأخذ بحكم في الفقه الإسلامي يتعارض مع مبدأ من هذه المبادئ، حتى لا يفقد

(1) د. عصام أنور سليم، هيمنة مبادئ الشريعة الإسلامية على القانون المدني، ط2، المكتب الجامعي الحديث، بلا مكان نشر، 2012، ص26.

(2) د. اسامة الحموي، مبادئ الشريعة الإسلامية، منشورات جامعة دمشق، 2009، ص16.

القانون المدني تجانسه وانسجامه... ولا يختار منها إلا ما يتسق مع المبادئ العامة للتشريع المدني"⁽¹⁾

والملائمة ما هو إلا مصداق لترك مبدأ اتباع المشهور في القانون المدني حيث قد تكون هنالك مبادئ اسلامية غير مشهورة ولكنها تلائم القانون المدني يمكن للقاضي الأخذ بها، كما قال الدكتور السنهوري صراحةً "في حالة حدوث صدام بين مبادئ الشريعة والقانون فإننا نأخذ من الشريعة الملائم فقط للقانون"⁽²⁾.

فالمعيار في اختيار المبدأ الإسلامي هو مدى موافقته لنصوص القانون المدني، كما لا يحق لأي إنسان أن يستنبط مبادئ الشريعة الإسلامية من أدلتها إلا بعد أن يصل إلى درجة الاجتهاد، ولتفادي هذه الحالة يعمل بأكثرية الآراء حيث يصب منها القانون، فان ذلك هو المستفاد من دليل الشورى الحاكم على دليل التقليد⁽³⁾.

كذلك القول بعدم الأخذ بالأدلة الخلافية معناه استبعاد القياس والاستحسان جملة لكونها من الأدلة التي لم يحصل الأجماع عليها وكذلك العقل وغيره من أدلة التشريع الخلافية على خصبها، حيث نجد القانون المدني يقر القياس ويأخذ بالعقل ولا يمنع من الاستعانة به بالنظر لتسليمه بالعدالة وثمة قاعدة اساسية أجمع عليها مؤسسو المذاهب الإسلامية هي ان الأمور الخلافية التي لم يدعمها اجماع هي موضع اجتهاد مستمر وان كثرتها وتعددتها لا يبزر ردها بالإضافة إلى ذلك ان الاختلاف لا يبزر نذب الأمور الخلافية جملة ولا الالتزام بها جملة ولكنه يعد مدخراً للمشرع والقاضي بما يبزر له من فرصة الترجيح والأخذ بما يراه يحقق مصلحة عصره⁽⁴⁾.

لكن القاضي حينما يجهر بالآراء الاجتهادية المخالفة للمشهور تسبب له في أحيان كثيرة متاعب ومشاكل مما يجعل بعض القضاة يتحفظ عن الجهر برأيه تحفظاً من ردود الأفعال

(1) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، بلا سنة نشر، ص49.

(2) غاي بيخور، مدونة السنهوري القانونية نشوء القانون المدني العربي المعاصر، ترجمه: رشا جمال، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، لبنان، 2009، ص132.

(3) محمد الحسيني الشيرازي، فقه القانون، ط3، دار العلمي للطباعة والنشر، العراق، 2006، ص9.

(4) د. صلاح الدين ناهي، من معضلات التفسير القضائي مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي احتياطي للقوانين المدنية الوضعية المعاصرة، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية القانون والسياسة جامعة بغداد، مجلد1، عدد3، سنة 1977، ص18.

المتوقعة في مثل هذه الحالات، إلا أن النتيجة ستكون على حساب الحقيقة المواقفة للتطور الاجتماعي والبحث العلمي⁽¹⁾.

رابعاً - حكمة الملائمة الرجوع إلى جوهر القانون لا شكله:

استمد القانون المدني عن الشريعة الإسلامية التسليم بأن وراء التشريع مقاصد عليا يهدف إلى تحقيقها كما أن الشريعة الإسلامية تهدف إلى تحقيق مصالح العباد وتنظيم السلوك البشري كذلك القانون المدني يهدف إلى حفظ النظام العام والآداب ولا يكتفي بحظر تجاوز حدود الحق وإنما يحذر من اساءة استخدام الحق في الحدود المرسومة له لأن مثل هذه الاساءة مما ينافي مكارم الأخلاق والمثل العليا في الحق والعدل⁽²⁾.

كما أن المسائل العملية التي تطرح على القضاء مسائل قانونية جديدة لا تقع تحت حصر فضلاً عما تفتحه مجالات الدراسات المستحدثة من مسائل لم يتطرق لها القانون بشكل صريح ومن أجل هذا يجب على القضاء ألا يقف نشاطه على النطاق العملي البحث حيث التطبيق الغريزي للقانون بل يجب عليه أن يدخل إلى النطاق النظري ليشهد فقه القواعد التي تطبقها المحاكم كل يوم⁽³⁾.

فالمشرع حينما يريد سن قواعد قانونية فإنه يستهدي في ذلك بما يسمى (السياسة التشريعية) التي تبين الأهداف التي يراد من التشريع أن يحققها والتي ترسم المعطيات الاجتماعية التي يستمد منها المشرع الموضوع الذي يصوغ منه القانون، وبذلك تفرض هذه المعطيات الاجتماعية نفسها على المشرع وتقيده وقد قسم العالم فرانسوا جيني⁽⁴⁾ هذه المعطيات إلى أربعة أنواع معطيات واقعية أو طبيعية ومعطيات تاريخية ومعطيات عقلية ومعطيات مثالية وإذا تعرف المشرع على هذه المعطيات المذكورة تمكن من صنع أو سن قواعد قانونية التي تتفق مع أهداف السياسة القانونية.

وبذلك ان المعيار في الملائمة مع التشريع لا تقتصر على المعنى الظاهر القريب الذي يخلص من ألفاظ النص بل يقتضي كذلك الملائمة مع القصد التشريعي والنزول من ظاهر

(1) عبد الله أحمد اليوسف، الاجتهاد والتجديد، ط1، دار الهادي للطباعة والنشر، بيروت، 2002، ص41.

(2) د. صلاح الدين ناهي: المصدر السابق، ص11.

(3) د. عبد الحي حجازي، المصدر السابق، ص578.

(4) فرانسوا جيني قاضياً فرنسياً وأستاذاً للقانون في جامعة نانسي، الذي قدم فكرة "البحث العلمي المجاني" في تفسير القانون الإيجابي كان لدفاعه عن السلطة القضائية في تفسير القانون القانوني تأثير مهم في جميع أنحاء أوروبا شدد جيني أيضاً على أنه ينبغي للقضاة مراعاة العوامل الاجتماعية والاقتصادية عند البت في القضايا.

النصوص إلى مكنوناتها وفحواها الحقيقي للوصول إلى روح التشريع والوقوف على شتى العناصر التي يتألف منها القصد التشريعي والغاية العملية التي يراد من التشريع أن يحققها⁽¹⁾.

وهذه الحكمة التشريعية بالإمكان تغييرها مع الزمن فيجب على القاضي أن يبحث عن أساس القانون العقلي في الوقت الذي يلائم فيه، فالحكمة التشريعية هي القوة الحية المتحركة التي تبعث في النص الحياة مادام النص قائماً وهذا المبدأ أساس ما يسمى (بالتفسير المتطور للقانون).

فالأوضاع الجديدة يجب أن توائم القانون وبهذا يكون للملائمة في تطبيقها بإتباع التفسير المتطور للقانون مضمون أوسع مما كان لها في ذهن الشارع الأصلي، بالإضافة إلى ذلك ان تفسير القانون تفسيراً شكلياً فقط على نمط الرياضيات يؤدي إلى فصل الشكل عن المضمون (روح القانون) وبالتالي عزل القانون عن المجتمع وهذه الطريقة يجب هجرها إذ لا يمكن فهم النص القانوني دون فهم الهدف الذي شرع من أجله ولذلك فان الواقعة الاجتماعية موضوع النص القانوني والهدف الذي يرمي إليه انما هو داخل في نطاق النص القانوني عند تفسيره وتطبيقه⁽²⁾.

خامساً - الملائمة نشاط ذهني للقاضي المدني:

ان مبتغى القاضي من الملائمة ايجاد حكم يطبقه على الواقعة المتنازع فيها والمعروضة عليه وذلك بإعمال النشاط الذهني أو إعمال ملكة العقل في خضم ملابسات القضية وظروفها، وإن هذه الحرية أو الإجازة القانونية أو الصلاحية كما ذكرناها في تعريفنا للملائمة التي حصل عليها القاضي بموجب القانون أساسها التفكير واعمال العقل لفهم القانون والواقع، فالفكر القانوني ما جاء من فراغ وما القاعدة القانونية إلا نتاج الفهم الذي اسست عليه أركان القضاء، ويعرف القضاء في الاصطلاح فصل الخصومات وقطع النزاع⁽³⁾.

لذا فإن النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي كعملية فكرية هو تأمل النزاع الذي طرح في صورة مركز قانوني متنازع عليه يراد حسمه من خلال تطبيق الحكم القانوني الذي يتناوله نص قانوني معين من مختلف مصادر القانون دون تحديد، هنا يتوجب على القاضي ان يقوم بإعمال

(1) د. عبد الحي حجازي: المصدر السابق، ص 408 - 518.

(2) القاضي عواد حسين ياسين العبيدي، تأويل النصوص في القانون دراسة موازنة بالفقه الإسلامي ومعززة بالتطبيقات القضائية، ط1، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية، القاهرة، 2019، ص 291.

(3) القاضي ج. رانسون، فن القضاء، ترجمه محمد رشدي، شركة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي واولاده، مصر، 1912، ص 4.

نشاطه الفكري كي يصل إلى ملائمة الواقع النموذجي في مبادئ الشريعة الإسلامية والقانون المدني حتى يمكن تطبيقه.

فعلى القاضي أن يلائم بين النموذج الموضوعي الكامن في القاعدة الشرعية في مبادئ الشريعة الإسلامية والقانون المدني بجملته ليصل إلى القبول بالملائمة أو عدم القبول وان الذي يتولى هذا المعيار من كون القاعدة أكثر ملائمة من غيرها هو القاضي نفسه فهذا الأخير هو الذي يقوم بإجراء المقارنة حينما يتصدى لجوهر المركز المتنازع عليه بقصد حسمه وهذا المعيار هو السلطة التقديرية للقاضي.

نعم إن القاضي غير مقيد بالأخذ بمذهب دون غيره لكن لديه محددات بضمنها الاحتكام إلى ضميره فالقاضي يقوم بالمقارنة بين مجموع الاحكام الشرعية المنطبقة على النزاع واختيار النموذج منها ونتيجة هذا العمل هي نتيجة السلطة التقديرية⁽¹⁾.

أما المعايير القضائية فيستعملها القاضي حسب تقديره كي يضع الحل الذي يتوق الحصول عليه لما يعرض عليه من نزاعات وعندما تكون المعايير القضائية نادرة (المبادئ القضائية، المفاهيم القانونية، النمط القانوني، القياس) يكون ملزماً بالسير نحو وسائل المعقولة التي تعتمد على العقل والمنطق وله الحرية في تكوين قناعته⁽²⁾.

الفرع الثاني

أهمية الملائمة في القانون المدني

ان التطور السريع للحياة والتقدم العلمي الهائل وظهور التقنيات الحديثة أدت إلى ظهور العديد من الحالات التي لم تكن في الحسبان عند وضع النصوص أو لم تكن لدى المشرع الرؤيا الواضحة والدقة لما آل إليه التطور، فظهور المعاملات التجارية والعقود التي تعتمد وسائل التكنولوجيا أدت إلى ظهور عقود حديثة.

حيث قصرت النصوص عن مجارة هذا التطور وبانت ظاهرة نقص النصوص فلم يجد القضاء من وسيلة إلا بالاستعانة ببقية مصادر القانون ومنها مبادئ الشريعة الإسلامية فقد نصت

(1) د. نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية دراسة تحليلية وتطبيقية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2002، ص165.

(2) المحامي علي هادي جهاد ابو طيبخ، السلطة التقديرية للقاضي المدني في أدلة الإثبات دراسة مقارنة، ط1، مكتبة القانون المقارن للنشر والتوزيع، بغداد، العراق، 2020، ص32-37.

غالبية التشريعات المدنية⁽¹⁾ في مدوناتها المدنية على اعتبار الشريعة الإسلامية مصدرًا يتعين على القاضي الرجوع إليه في حالة عدم وجود نص تشريعي يحكم النزاع، لما للشريعة الإسلامية من مكانة بارزة كونها صالحة لكل زمان ومكان ولبيان أهمية ملائمة مبادئ الشريعة الإسلامية في القانون المدني سنبحثها من عدة جوانب وكما يلي:

أولاً- الملائمة أحد مقومات مبدأ الأمن القانوني:

يهدف المشرع من وراء وضع النصوص القانونية تحقيق الاستقرار في المجتمع الذي يتحقق بالأمن القانوني⁽²⁾ الذي يراد به: "معرفة الأفراد مراكزهم القانونية معرفة أكيدة دون قلق أو خوف من سوء تطبيق أو تغيير نصوص القانون" ويعول المشرع في تحقيق الاستقرار القانوني على القاضي الذي يفصل في الخصومات عن طريق اصدار الاحكام فالحكم القضائي يعبر عن الحل الذي سنه المشرع وليس رأي القاضي⁽³⁾.

إن هذا المبدأ مستوحى من فكرة ان القاعدة القانونية هي مصدر الأمان بكافة صورته، وهذا المبدأ عام يضم في ثناياه مبادئ قانونية عديدة وأغلب تلك المقومات تجد مصادر ها في مضامين دستورية أو نصوص تشريعية وحيث أن مبدأ الأمن القانوني يتمتع بصفة الإلزام بالنسبة للمشرع والقاضي سواء تم النص عليه أو لم يتم ذلك، فيلتزم المشرع بعدم مفاجأة أو

(1) ومن هذه القوانين: (القانون المدني العراقي، القانون المدني المصري ، القانون المدني السوري، القانون المدني الجزائري، القانون المدني الأردني، القانون المدني الكويتي، قانون المعاملات المدنية الاماراتي،...).

(2) ظهرت عدة اتجاهات فقهية لتعريف الأمن القانوني فهناك من عرف الامن القانوني على أنه احد مظاهر حق الانسان الطبيعي في الأمان وعلى هذا الاساس يعرفه على أنه "كل ضمانة تهدف الى تأمين حسن تنفيذ الالتزامات وتلافي عدم الوثوق بتطبيق القانون بما يؤمن حق الافراد بالأمان"، وهناك من أسس تعريفه على فكرة الثقة المشروعة، وهناك من نظر الى محتوى الأمن القانوني وفقاً لمعيار شخصي، وهناك من نظر الى محتوى الامن القانوني بالمعيار الموضوعي، كما يعرف من خلال الاهداف التي يحققها بأنه : "عملية تستهدف توفير حالة من الاستقرار في العلاقات والمراكز القانونية..."، ولعل أكثر التعريفات لمبدأ الامن القانوني وضوحاً وشمولاً التعريف الذي قدمه مجلس الدولة الفرنسي في تقريره الدوري لسنة 2006 والذي جاء فيه: " مبدأ الامن القانوني يقتضي أن يكون المواطن قادر على تحديد ما هو مباح وما هو محظور بموجب القانون الساري ... ومن أجل بلوغ هذه النتيجة يجب ان تكون القوانين السارية واضحة ومفهومة ولا تخضع في الزمن لتغيرات مفرطة وبالأخص غير متوقعة". للتفصيل أكثر ينظر د. بدوي عبد الجليل، د. هنان علي، مفهوم مبدأ الأمن القانوني ومتطلباته، بحث منشور في مجلة دراسات في الوظيفة العامة، مجلد 4، العدد2، 2021، ص5 وما بعدها.

(3) د. خالد عجالي، دور الاجتهاد القضائي في تحقيق الأمن القانوني، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والسياسية، مجلد2، عدد3، 2014، ص393.

مباغته الأفراد أو هدم توقعاتهم المشروعة عند وضع التشريعات أو عند تعديلها أو الغائها، كما ان القاضي يلتزم بإحترام الحقوق المكتسبة وضمان استقرار المعاملات القانونية⁽¹⁾.

وبذلك تكون الملائمة ضماناً مهمة للأفراد في مواجهة السلطة التشريعية وعلى القاضي تقع مهمة التوفيق بين ممارسة اختصاصه وبين متطلبات هذا المبدأ وذلك من خلال دوره وسلطته التقديرية واجتهاده. فالاستقرار القانوني لا يعني حصر وظيفة القانون في ضمان الثبات القانوني، لأن القانون هو تعبير عن حاجة المجتمع وهي بطبيعتها متغيرة ومتطورة، وهذا يجب أن يراعى من قبل قاضي الملائمة ويتجنب أحداث تغيرات جوهرية للأوضاع السائدة المستقرة.

كما أن جمود القانون وعدم تعديله كثيراً ما يكون مظهر من مظاهر عدم الاستقرار القانوني نتيجة عدم مواكبته وملاءمته لتطور العصر فالاستقرار القانوني يعني الملائمة المستمرة بين أحكام القانون أيًا كان مصدرها واحتياجات المجتمع.

فالأمن القانوني يتطلب استبعاد خطر عدم استقرار القواعد القانونية والانعكاسات السلبية عليها، الأمر الذي يقتضي مواكبة العمل التشريعي للتطور التكنولوجي والاقتصادي⁽²⁾، فلكل قاعدة قانونية هدف اجتماعي كون القانون علم هادف وليس علم تقريرى أو تفسيري فالهدف الاجتماعي للملائمة إنها ضمانة للأفراد وتحقيق السكينة الاجتماعية وأهداف يمكن استلهاهما واكتشافها بالتطبيق العملي للقانون ولولا هذا الهدف لكان القانون حبراً على ورقٍ لا صلة له بواقع الحياة الاجتماعية بل قد يصبح قيئاً يعرقل تقدم الحياة الاجتماعية وتطورها.

كما ان القيم الاجتماعية التي هي (السكينة الاجتماعية أو الأمن القانوني و العدالة والتقدم الاجتماعي) هي هدف القانون والتي تسمى الغايات الثلاث للقانون لكن فكرة الأمن القانوني تحتل المرتبة الاولى في نطاق المعاملات وقوانين المرافعات لكن الانظمة القانونية لاتقف من هذه القيم الثلاث موقفاً واحد وانما يختلف موقفها تبعاً لوجهة نظرها ومصالحها الخاصة، ومهما يكن من أمر ففي أوقات الأزمات الذي فيه أصدق اختبار للقانون حيث تختفي القيم الاجتماعية المذكورة وتظل السكينة أو الأمن القانوني إلى آخر لحظة من لحظات حياة القانون⁽³⁾.

(1) محمد سالم كريم، دور القضاء الدستوري في تحقيق مبدأ الأمن القانوني، بحث منشور في مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، كلية القانون جامعة القادسية، العدد2، مجلد 8، 2017، ص339.

(2) محمد سالم كريم، الأمن القانوني معيار للمراجعة التشريعية، بحث منشور في مجلة واسط للعلوم الانسانية، جامعة واسط، العدد 47، مجلد 17، 2021، ص762.

(3) د. حسن علي الذنون: المصدر السابق، ص159.

ثانيًا. الملائمة تساهم في تطوير القانون:

التضخم مشكلة لا يمكن انكارها وهي كثرة القواعد القانونية في القانون بشكل عام والقانون المدني بشكل خاص وكثرة الاستثناءات التشريعية، ولهذا التضخم أسباب عديدة منها تعدد مصادر القانون، والصياغة التشريعية غير الموفقة، والاسهاب في ذكر النصوص، وأهمال المبادئ العامة التي تغني عن كثير من القواعد القانونية. ولهذا التضخم سلبيات منها تعارض النصوص القانونية، وتزاحم حقوق الافراد، وانعدام الامن والاستقرار القانوني⁽¹⁾.

ولهذا كان لا بد من حلول لمواجهة هذا التضخم وذلك من خلال اعتماد المشرع على المبادئ العامة في الشريعة الإسلامية أي القواعد الاساسية التي تقوم عليها دون الاحكام التفصيلية، فالشريعة الإسلامية لا تسري هنا على اعتبار انها تتضمن قواعد دينية وانما تسري على أساس انها تتضمن القواعد القانونية التي تحكم المعاملات فيما يسكت التشريع والعرف عن تنظيمه، ويمكن أن تستمد منها قواعد قانونية ملزمة يتعين الخضوع لها، ويعمل القاضي على الكشف عنها وتقريرها مستلهماً اياها من المبادئ الكلية للشريعة الإسلامية والتي تكون متلائمة مع روح التشريع لا هيكله، فيعلنها من خلال احكامه معطياً اياها القوة الإلزامية.

أما عن كيفية مساهمة الملائمة في تطوير القانون المدني قضائياً فقد برزت هذه المسألة بشكل واضح في العصر الحديث فكانت الفكرة السائدة لدى علماء القانون هنالك فرقاً بين عمل المشرع من ناحية ومهنة القاضي من ناحية أخرى لكن التحديات المتنامية للمشاكل الاجتماعية والثورة الفكرية الحاضرة جعلت المحاكم عن طريق تفسيرها المرن الواسع أن تجعل المواد القليلة المقتضبة تستجيب للوقائع الجديدة المستحدثة من غير ان تضخم القواعد القانونية وتزيدها.

ومن هنا أصبحنا نجد كثير من الفقهاء يذهبون إلى انه ليس من حق القاضي فقط بل من واجبه أن يلاحظ التغيرات الاساسية المهمة في الرأي العام ويأخذها بعين الاعتبار وهكذا خلق قضاء جديد مبدع عمل على إثراء الفكر القانوني من فيض الشريعة الإسلامية، فالقاضي يجد حلاً حيث لا يجد نصاً في القانون أو حيث يجد ثغرات أو فراغات فيه فيقوم بسد هذا النقص وملئ هذه الفراغات⁽²⁾.

(1) د. عبد الكريم صالح عبد الكريم و د. عبد الله فاضل حامد، تضخم القواعد القانونية - التشريعية، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية، كلية الحقوق جامعة تكريت، العدد 23، مجلد6، 2014.

(2) د. حسن علي الذنون: المصدر السابق، ص255.

هذا من جهة ومن جهة أخرى إن الحكمة التشريعية للنص انما تسعى إلى ملائمة النص القانوني للواقع الاجتماعي كون الفرد هو الذي يركز عليه النظام الاجتماعي ومن هنا شاع مصطلح (قانون حقوق الانسان)⁽¹⁾ وفي الدول الإسلامية التي تعد مبادئ الشريعة الإسلامية مصدرًا من مصادرها التشريعية والدستورية فإن حقوق الانسان تعد حقًا نابغًا من مصدر الشريعة الإسلامية⁽²⁾، ومن أهداف القانون توسيع سلطة القاضي بما يكفل التطبيق السليم لأحكام القانون وصولًا إلى الحكم العادل في القضية المنظورة وضمان المصلحة العامة وعدم التفريط بالحق المتنازع عليه.

فالملائمة بين النص القانوني وبين التطورات الاجتماعية ولو فرض جدلاً إن النص القانوني مفقودًا تكون الملائمة بين مصادر تكميل التشريع التي هي مبادئ الشريعة الإسلامية محل رسالتنا والواقع الاجتماعي حتى تتلاءم مع مقتضيات العصر دون عزل القانون ومصادره عن المجتمع وإنما حاملاً بذرة التطور⁽³⁾.

ثالثًا. الملائمة في القانون المدني تعد خطوة نحو نظرية منطقة الفراغ التشريعي:

من ابتكارات الفقه⁽⁴⁾ نظرية "منطقة الفراغ التشريعي"⁽⁵⁾ التي تعرف "بأنها مساحة لم تحدها الشريعة الإسلامية بسبب طبيعتها المتغيرة وغير الثابتة، تكون الاحكام والموضوعات والعناوين فيها متغيرة، ولذلك أناط الشارع بولي الأمر وضع القواعد والاسس الخاصة بهذه المنطقة بما يتناسب مع اوضاع الزمان وظروفه ومقتضياته مع الحفاظ بطبيعة الحال على الضوابط والاطر الخاصة".

وهذه النظرية مرتبطة بالمجال الحقوقي والقضائي والاداري فضلاً عن الفقهي، وما تمثله من ثقل عملي على صعيد التشريع ومنزلة كبيرة في الحياة الاجتماعية والسياسية للمجتمع

(1) يعرف قانون حقوق الانسان بأنه: النصوص والقواعد العرفية التي تحمي حقًا من حقوق الانسان بصرف النظر عن مصدرها الدولي أو الوطني أو الديني. ينظر: د. الشافعي محمد بشير، قانون حقوق الانسان مصادره وتطبيقاته الوطنية والدولية، ط5، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2009، ص35.

(2) د. الشافعي محمد بشير: المصدر نفسه، ص35.

(3) القاضي عواد حسين ياسين العبيدي، تفسير النصوص القانونية بإتباع الحكمة التشريعية من النصوص: المصدر السابق، ص317.

(4) طرح هذه النظرية الشهيد السعيد السيد محمد باقر الصدر(رحمه الله) : فقيه ومفكر ومفسر شيعي درس العلوم الدينية عند كبار علماء الحوزة العلمية في النجف الاشرف، واستطاع ان يصل الى مرتبة الاجتهاد في سنين مبكرة وبدأ بتدريس العلوم الدينية في حوزة النجف الاشرف، كما كان مؤلفاً في مجالات مختلفة كالاقتصاد الاسلامي والفلسفة الاسلامية وتفسير القرآن اضافة الى كتابه في نظرية المعرفة.

(5) السيد محمد باقر الصدر، اقتصادنا، ط20، دار التعارف للمطبوعات، بيروت، 1987، ص378.

الإسلامي اضافة إلى دورها المؤثر في ميدان التقنين في الحكومة الاسلامية، وقد أشار إليها بعض اعلام الفقه الإسلامي⁽¹⁾، وهذه تمكن الحاكم الإسلامي من تشريع القوانين واجراء الاحكام وتطبيقها وفقاً للمصلحة العامة وبحسب مقتضيات الزمان والمكان في ضوء المبادئ العامة والقواعد الكلية للشريعة الاسلامية، للوصول إلى مكانة التشريع الهني ومنزلته في الحياة الاجتماعية وبيان مجال التقنين في الحكومة الاسلامية⁽²⁾.

كما أن المرونة التشريعية التي تجعل أحكام الإسلام صالحة لجميع الأزمان ليس معناها ان الإسلام قد سكت عن الجوانب المتطورة من حياة الإنسان وفسح المجال للتطور أن يشرع لها من عنده وإنما معناها أن الإسلام أعطى في تلك الجوانب الخطوط العريضة الثابتة بحيث إن التطورات المدنية للإنسان لا توجب تغير هذه الخطوط وتبديلها وإنما تؤثر في القوانين والتعاليم التي تباشر تنظيم الحياة في ظروف تقصر أو تطول⁽³⁾.

بالإضافة إلى ذلك إن حدود الملائمة لا تتعدى المباحات كون قضايا الحل والحرمة يكون الرجوع فيها للشريعة الإسلامية كذلك منطقة الفراغ تكون في المباحات التي لم يرد فيها الزام وجوبي أو تحريمي، وهذه النظرية تشابه إلى حد كبير نظرية الحيز القانوني الخالي التي أخذ بها فقهاء المذاهب الارادية (الوضعية القانونية)⁽⁴⁾.

وان التمايز بين النظريتين يكمن فيمن يملأ الفراغ التشريعي، فالفقهاء المسلمين يرون أن الفقيه الجامع للشرائط هو الذي يتولى ملأ منطقة الفراغ التشريعي عبر الفتاوى التي هي الأحكام

(1) منهم: السيد محمد حسين الطباطبائي، الاسلام ومتطلبات التغيير الاجتماعي، ط2، مؤسسة دار البيان العربي، بيروت، 1992، ص39. والشيخ محمد مهدي شمس الدين، الاجتهاد والتجديد، ط1، المؤسسة الدولية للدراسات والنشر، دون مكان نشر، 1996. وابراهيم العبادي، الاجتهاد والتجديد دراسة في منهج الاجتهاد عند الامام الخميني والشهيد المطهري والصدر، ط1، دار الهادي للطباعة والنشر، بيروت، 2000، ص108.

(2) مركز الدراسات الاسلامية لمجلس الشورى الاسلامي، الفقه والقانون تصورات ومقترحات ومعالجات منهجية، ط1، كعبه دل، الجمهورية الاسلامية الايرانية، قم المقدسة، بلا سنة نشر، ص635.

(3) محمد عبد القادر النجار، المساحة المفتوحة في التشريع الإسلامي، ط1، دار المهجة البيضاء للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، 1434-2013، ص218.

(4) يوصف القانون بأنه وضعي للدلالة على انه من وضع ارادة معينة، هي ارادة السلطان الصريحة أو الضمنية. ينظر بهذا الخصوص: الدكتور سليمان مرقس، فلسفة القانون دراسة مقارنة، مكتبة صادر ناشرون، بيروت - لبنان، 1999، ص201.

الشريعة التي يستنبطها من مصادر الحكم الشرعي، بينما يرى فقهاء الوضعية القانونية بأن المنطقة الخالية من القواعد القانونية يملؤها الأفراد عبر نشاطهم الاجتماعي⁽¹⁾.

رابعاً. الملائمة تعالج المسائل المستحدثة :

تعد المسائل المستحدثة على الصعيد الطبي و الصناعي والزراعي والاقتصادي وغيرها من مجالات الحياة الناتجة عن تطور الحياة وتقدم الفكر البشري، إذ من كان يتصور ان الانسان بمقدوره أن يجري عقد مع شخص آخر يبعد عنه آلاف الاميال بضغطة زر واحدة فهذا التطور ومنه التكنولوجي الذي تدخل في حياة الانسان الاجتماعية زيادة على ذلك التدخل في جسد الانسان من خلال صناعة الاجهزة الطبية الدقيقة التي تجعل بعض البشر لا يستغني عنها.

وقد تأسست على أثرها مراكز متخصصة كمراكز العناية المركزة المزودة بأجهزة الانعاش والتي من شأنها تجعل المرضى الذين يعانون (الموت الدماغى)⁽²⁾ وفقدان الوعي والغيوبة على قيد الحياة عن طريق استمرار عمل القلب وجهاز التنفس بالعمل الصناعي.

فكل هذه الأمور وغيرها مغيبة عن القانون و التشريعات المدنية، قد تتنبأ بعض الدول على الاسراع بتنظيم حالة مستحدثة معينة لكن الغالبية لم تنظم بقانون فعندما يثار الموضوع مثلاً عن الطبيعة القانونية للموت الدماغى ولا يجد له القاضي مادة قانونية تحكمه ولا عرف يكون ملزماً بالرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية الغراء، وعلى القاضي أن يحدد هل لهذا الموضوع قواعد ثابتة في الشريعة الإسلامية أم انه مستحدث ضمن منطقة الفراغ التشريعي.

حيث من المنظور الطبي هنالك ثلاث مستويات من الموت تتدرج (بالموت الإكلينيكي) الذي يتوقف فيه القلب وريثان عن العمل، والمستوى الثاني الذي تموت فيه خلايا المخ بعد بضع دقائق من توقف دخول الدم المحمل بالأوكسجين إلى المخ وبعد حدوث هاتين المرحلتين تظل خلايا الجسم حية لمدة تختلف من عضو إلى آخر وهذا ما حصل للكثير من موتانا رحمهم الله في جائحة كورونا و المستوى الثالث (الموت الخلوي) الذي تموت فيه خلايا الجسم⁽³⁾.

(1) القاضي عباس قاسم الداوقى، الاجتهاد القضائي مفهومه حالاته نطاقه دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي معززة بالتطبيقات القضائية، دار السنهوري، بيروت، 2018، ص299-300.

(2) حالة قانونية ناشئة عن مرض والتي يكون فيها المريض فاقداً للوعي والادراك والاحساس والارادة بسبب موت جذع الدماغ، فهو لا يملك مقومات الحياة وتساوده أجهزة الانعاش الطبية على البقاء حياً.

(3) د. أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، ط2، بدون ناشر ومكان نشر، 1987، ص158.

فالقانون لا يميز بين هذه المستويات الثلاثة فالإنسان أما أن يكون حيًا أو ميتًا وهناك حالة خاصة نظمها القانون وهي (الموت الحكمي) بالنسبة للمفقود الذي انقطعت اخباره ولا تعرف حياته أو مماته⁽¹⁾

فكان يتوجب على المشرع أن يكون أكثر وضوحًا فيما يتعلق بالموت الدماغي من حيث اعتباره موتًا حقيقيًا ويرتب آثار الموت أو لا يعد كذلك كون هذا من شأنه أن يضع المنخرطين في زراعة الاعضاء البشرية أمام خطر قانوني.

وقد اختلف فقهاء الفقه الإسلامي في تكييف الموت الدماغي إلى ثلاثة آراء نظرًا لأختلاف الأطباء في تكيّفه حيث يرى الرأي الأول بأنه (موت شرعي حقيقي) وممن اختار هذا القول مجلس مجمع الفقه الإسلامي في قراره رقم (5 لسنة 1986)، والقول الثاني يرى بأنه (ليس موتًا شرعيًا حقيقيًا) ولهم حججهم، والقول الثالث يرى أن للموت الدماغي مستويين الأول يترتب عليه بعض أحكام الموت والثاني يترتب عليه بقية أحكام الموت والى هذا الاتجاه ذهب المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية⁽²⁾.

أما مراجع التقليد المعاصرين⁽³⁾ وفي الدول الإسلامية يتبين لنا أن الفقه الإسلامي وفتاوى رجال الدين تذهب إلى اعتبار موت الدماغ مرضًا وليس موتًا ومن ثم لا يجوز انهاء حياة الميت دماغياً⁽⁴⁾.

(1) عرفت المادة (86) من قانون رعاية القاصرين رقم 78 لسنة 1980 المعدل المفقود بأنه الغائب الذي انقطعت اخباره ولا تعرف حياته أو مماته.

(2) د. دعيح بطي ادحيلان المطيري، الموت الدماغي وتكيّفه الشرعي دراسة فقهية طبية مقارنة، بحث منشور على شبكة الانترنت على الموقع الالكتروني: <http://ijtihadnet.net> ، ص 27-30، تاريخ الزيارة 2023/4/2.

(3) جاء في الاستفتاء الشرعي المقدم الى مكتب سماحة آية الله العظمى السيد علي الحسيني السيستاني (دام ظله الوارف) بخصوص الموت الدماغي ما يلي: " السؤال: يذهب البعض الى أن موت الدماغ يعني موت الإنسان، حتى لو لم يتوقف النبض في الحال لأنه سيتوقف بعد ذلك حتمًا، كما يقول الأطباء، فهل يعتبر ميتًا عندئذ؟
الجواب: العبرة في صدق عنوان (الميت) الموضوع لعدد من الأحكام الشرعية، إنما هو بالنظر العرفي، بأن يراه أهل العرف ميتًا، وهو غير متحقق في مفروض السؤال". وفي سؤال آخر: " السؤال: هل يجوز للشخص أن يوصي بأن يتبرعوا بأعضائه بعد موته؟ الجواب: لا يفيد التبرع بعد الموت الحقيقي وإنما يفيد بعد الموت الدماغي ولا يعتبر ذلك موتًا حقيقيًا فلا يجوز قطع الاعضاء لبقائه حيًا". مجموعة فتاوى منشورة على الموقع الرسمي لمكتب سماحة المصدر الديني الأعلى السيد علي الحسيني السيستاني على الرابط <https://www.sistani.org/arabic/qa/02075> .

(4) أ.م.د. عقيل فاضل حمد الدهان و عباس نعيم عبد الجليل، الطبيعة القانونية للموت الدماغي في القانون العراقي دراسة مقارنة بالقانونين المصري والأمريكي، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهريين، عدد 1، مجلد 19، 2017، ص120.

خامساً - الملائمة وسيلة من وسائل تكميل التشريع المدني:

مما لا شك فيه أن التشريع مهما سن بحذق ودقة وامعان فلا يبلغ درجة الكمال بل يشوبه النقص ويحتاج إلى التكميل وقد تنبه معظم المشرعين إلى مشكلة النقص في التشريع، مما دفعهم إلى اقرار مصادر لسد النقص الحاصل وتكميله كي لا يكون القاضي عاجزاً عن حسم القضايا المعروضة عليه ولا يكون النقص ذريعة للتهرب عن إحقاق الحق.

وفيما يخص مبادئ الشريعة الإسلامية فهي تعد مرجعاً لكثير من الجزئيات والفرعيات وتقوم بسد الفراغ في القانون ولما تطورت العلوم في العصر الراهن تطوراً مطرداً وتوالت الاكتشافات الحديثة في كل لحظة شيئاً جديداً لم يألف من قبل فكان لابد ان تواكب هذه التطورات بقواعد تتلاءم معها لذلك تأت الحاجة الماسة إلى علم القواعد الفقهية الكلية ومقاصد الشريعة الإسلامية اذ هما رافدان يرفدان القضاء لمعرفة حكم القانون فيما لم يرد في شأنه نص من قضايا العصر، مما يؤدي قطعاً إلى سد الفراغ الذي يمكن ان يحصل أو يتولد لمعالجة مثل هذه المسائل⁽¹⁾.

فيلجأ القاضي إلى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص القانون المدني لسد النقص في التشريع عندما لا يجد قاعدة عرفية كما جاء في المادة (2/1) من القانون المدني العراقي⁽²⁾ والمادة الاولى من القانون المدني المصري⁽³⁾ وقد لجأت محكمة التمييز في العراق إلى مبادئ الشريعة الإسلامية في عدة حالات لسد النقص في التشريع منها القرار الصادر عن محكمة التمييز بالعدد (679/ حقوقية/57/ بغداد) اذ جاء فيه:

"لدى التدقيق والمداولة من قبل هذه المحكمة المنعقدة بهيأتها العامة وجد ان العقار موضوع الدعوى انما هو عبارة عن أرض خربة تعود للأوقاف قد اعطيت في الحكر، وحيث ان الحكر هو (عقد به يكسب المحتكر حقاً عينياً على أرض موقوفة يخوله الانتفاع بإقامة بناء عليها أو باستعمالها للغراس أو لأي غرض آخر وذلك في مقابل أجره معينة)، وحيث أن مجلة

(1) علي عبد الله عفریت الحريشاوي، الفراغ في القانون دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون في جامعة كربلاء، 2015، ص235.

(2) جاء في المادة (2/1) من القانون المدني العراقي ما يلي: " فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فاذا لم يوجد فيمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فاذا لم يوجد فيمقتضى قواعد العدالة".

(3) جاء في المادة (2/1) من القانون المدني المصري ما يلي: " فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف، فاذا لم يوجد فيمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فاذا لم توجد، فيمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

الأحكام العدلية كانت خالية من أحكام تتعلق بالحكر وكذلك أحكام القانون المدني فتكون أحكام الشريعة الإسلامية هي المحكمة في الموضوع، ولما كانت هذه الأحكام قد نصت على أن يكون تقدير أجر المثل للأرض المحكورة على أساس انها أرض خالية بصرف النظر عن التحسن اللاحق بذات الارض أو بصنع البناء الذي أقامه المحتكر، وحيث ان تقرير الكشف يفيد بان الكشف وتقدير أجر المثل قد حصل بعد علم الخبراء بالقصد الذي أجرى الكشف والتقدير من أجله فيكون الكشف قد جرى وفق أصوله وتقدير أجر المثل قد استوفى شروطه الشرعية، لذلك يكون الحكم المميز بالنظر إلى ما تقدم من اسباب صحيحاً وموافقاً للقانون فقرر تصديقه وصدق بالأكثرية في 1957/6/27" (1) .

وبهذا يتمكن القاضي عندما لا يجد في التشريع نصاً أو قاعدةً أن يستعين ببقية مصادر القانون الأخرى بضمنها مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص القانون المدني ليسد النقص الحاصل في التشريع بناءً على إرادة المشرع الصريحة أو الضمنية، كون القاضي المدني لا يقتصر دوره على تطبيق القانون فحسب وإنما تكميل التشريع خلافاً للقاضي الجنائي الذي يكون مقيداً بمبدأ لا جريمة و لا عقوبة إلا بنص (2)،

وقد اختلفت مسالك القوانين المدنية فيما بينها بشأن طريقة تكميل النقص في التشريع وكيفية معالجة هذه الظاهرة وآلياتها ولكن بصورة عامة انقسمت مناهج القوانين إلى اتجاهات منها:

الاتجاه الأول: وهذا اتجاه القوانين التي تكفي بتكليف القاضي بالفصل في القضية بنفسه وعدم تزويده بأية وسيلة لتكميل النقص التشريعي، وهذه موسعة لحرية القاضي حيث يكفي بإلزام القاضي بالحكم في القضية المعروضة أمامه دون أن يبين له الوسيلة إلى ذلك فيكلف القاضي بالفصل في القضية بنفسه دون ان يحدد للقاضي كيفية هذا الفصل وآليته بمعنى لا يزود القاضي بأية وسيلة لتكميل النقص التشريعي (3).

لكن يعاب على هذا الاتجاه أنه ترك القاضي أمام قضية قانونية مفتقرة إلى الاجتهاد ولم يحدد له ضوابط ذلك الاجتهاد وخطوطه العامة مما يحتمل معه انه لربما قد لا يوفق القاضي في

(1) سلمان بيات، القضاء المدني العراقي، ج1، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، 1962، ص22.

(2) د. اسماعيل نامق حسين، تكميل التشريع دراسة مقارنة بين القانون الإماراتي والقانون العراقي، بحث محكم منشور في مجلة القضائية تصدر عن وزارة العدل في المملكة العربية السعودية، العدد7، رمضان 1434هـ، ص360.

(3) د. عبد الحي حجازي، المصدر السابق، ص549.

اجتهاده وقد يحتمل ان يعتمد في اجتهاده ويتسبب به إلى ضياع الحقوق الأمر الذي يتطلب ان يكون مثل هذا الاجتهاد تحت رقابة دقيقة ويستحسن ان يكون مرتبطاً بضوابط واضحة خوفاً من ضياع الحقوق ورعاية الاستقرار الاحكام وثباتها ومثال هذه القوانين القانون المدني الفرنسي الصادر سنة 1804⁽¹⁾.

الاتجاه الثاني: القوانين التي تلزم القاضي بالفصل عند وجود النقص التشريعي وتمده بالوقت ذاته بتوجيهات معينة، والقصد من وراء هذه التوجيهات تقييد حرية القاضي حتى تتسق الحلول التي يجريها مع النظام القانوني السائد في البلاد، وان لا يأتي بحلول غريبة عن نظام البلاد القانوني فالقاضي في ظل هذا التقييد لا بد ان يفكر في الحل من نفس المنطلق والفلسفة التي استمد المشرع منها الحكم، ومن القوانين التي تسير على هذا الاتجاه القانون المدني السويسري الصادر سنة 1907 في مادته الاولى⁽²⁾.

الاتجاه الثالث: اتجاه القوانين التي تلزم القاضي بإتباع طرق محددة لتكميل التشريع، فهذه القوانين تكون أشد توجيهاً للقاضي وأكثر تقييداً لحريته لكن هذا التشدد في التوجيه والتقييد للحرية جاء حرصاً من المشرع ليؤدي واجبه بإتقان موضوعي ومسؤولية⁽³⁾، ومن القوانين التي تسير على هذا الاتجاه القانون المدني العراقي في المادة (2/1) والقانون المدني المصري في المادة (2/1) والقانون المدني الاردني رقم (43 لسنة 1976) في المادة (2/1)⁽⁴⁾ كذلك قانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم (5 لسنة 1985 المعدل)⁽⁵⁾.

نلاحظ مما تقدم إن المشرع العراقي والقوانين محل المقارنة قد اختارت طريقاً ممتازاً بين ما ذكر من اتجاهات القوانين في تكميل التشريع سائلة الذكر لتتفادى الانتقادات المتوجهة

- (1) جاء في المادة الرابعة من القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 ما يلي: "القاضي الذي يفرض ان يحكم بحجة سكوت التشريع أو غموضه أو عدم كفايته يعد مرتكباً لجريمة الامتناع عن الحكم"
- (2) جاء في المادة الاولى من القانون المدني السويسري ما يلي: "... اذا تعذر العثور على نص قانوني قابل للتطبيق يتعين على القاضي ان يحكم وفقاً للقانون العرفي، وفي حالة عدم وجود عرف فإنه يحكم وفقاً للقاعدة التي يضعها ان قام بعمل المشرع، ويسترشد في ذلك بالحلول التي أقرها الفقه والقضاء"
- (3) د. اسماعيل نامق حسين، المصدر السابق، ص376.
- (4) جاء في المادة (2/1) من القانون المدني الاردني ما يلي: " فاذا لم تجد المحكمة نصاً في هذا القانون حكمت بأحكام الفقه الاسلامي الاكثر موافقةً لنصوص هذا القانون، فإن لم توجد فيمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية".
- (5) جاء في المادة الاولى من قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة ما يلي: "...فاذا لم يجد القاضي نصاً في هذا القانون حكم بمقتضى الشريعة الاسلامية، على ان يراعى تخير انساب الحلول من مذهبي الامام مالك والامام احمد ابن حنبل فاذا لم يجد، فمن مذهب الامام الشافعي والامام ابي حنيفة حسيماً تقتضيه المصلحة، فاذا لم يجد حكم القاضي بمقتضى العرف على الا يكون متعارضاً مع النظام العام أو الآداب، واذا كان العرف خاصاً بإمارة معينة فيسري حكمه على هذه الإمارة".

إلى كل اتجاه حيث نلاحظ المشرع العراقي عندما أُلزم القاضي بالتدرج لمصادر القانون الذي نص عليه، لم يلزمه بالتقيد بمذهب معين عند الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية ومنحه صلاحية تحديد ومناقشة المبادئ التي تكون أكثر ملائمة من غيرها لنصوص القانون المدني، وبهذا منح القاضي نوعاً من التوازن بين المنهجين.

المبحث الثاني

ماهية مبادئ الشريعة الإسلامية

هنالك أساساً مزدوجاً مبناه إرادة المشرع الأول واردة في صلب الدستور يُلزم فيه المشرع بالرجوع إلى (الشريعة الإسلامية) وعلى هذا الأساس نجد أن الصبغة الدينية تغطي على أغلب الدساتير العربية ومنها الدستور العراقي⁽¹⁾، والأساس الثاني محل بحثنا واردة في صدر التقنين المدني يُلزم فيه القاضي بالرجوع إلى (مبادئ الشريعة الإسلامية) عند عدم وجود نص تشريعي أو عرف وهذا ما يعرف في اصطلاح الفقه بمصادر القانون.

ولم يقصد المشرع جمع المصادر على هذا النحو إلى مجرد تعدادها بل يراد بوجه خاص بيان تدرجها من حيث الأولوية في التطبيق فنص على التشريع كمصدر أول ثم العرف ثم مبادئ الشريعة الإسلامية، وهذا ما جاء في المادة (2/1) القانون المدني العراقي " 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" والمادة (2/1) من القانون المدني المصري التي جاء فيها " فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية،..."⁽²⁾.

(1) جاء في المادة الثانية/أولاً من دستور جمهورية العراق لسنة 2005 " الإسلام دين الدولة الرسمي، وهو مصدر أساس للتشريع : - لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت احكام الاسلام" وجاء في المادة الثانية من دستور جمهورية مصر العربية لسنة 2014 المعدل 2019 "الإسلام دين الدولة، واللغة العربية لغتها الرسمية، ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع" وجاء في المادة السابعة من دستور دولة الإمارات العربية المتحدة لسنة 1971 المعدل 2009 " الإسلام هو الدين الرسمي للاتحاد، والشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع فيه، ولغة الاتحاد الرسمية هي اللغة العربية" زيادة على الدستور الكويتي و اليمني وغيره.

(2) كذلك قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 5 لسنة 1985 والتي جاء فيها " فإذا لم يجد القاضي نصاً في هذا القانون حكم بمقتضى الشريعة الإسلامية، على أن يراعي تخير أنسب الحلول من مذهبي الإمام مالك والإمام أحمد بن حنبل فإذا لم يجد فمن مذهبي الإمام الشافعي والإمام أبي حنيفة حسبما تقتضيه المصلحة، فإذا لم يجد حكم القاضي بمقتضى العرف على ألا يكون متعارضاً مع النظام العام أو الآداب

ومن الواضح أن مبادئ الشريعة الإسلامية تكون في هذا الغرض مصدرًا احتياطيًا فرجوع القاضي إلى مبادئ الشريعة الإسلامية حين عدم وجود حل في التشريع ولا في العرف، وقد كانت من قبل مصدرًا أصليًا عامًا أي منذ الفتح الإسلامي إلى ما قبل الإصلاح القضائي فلم يكن هناك مصدر آخر يرجع إليه قبلها فكانت المصدر الأول والآخر.

بالإضافة إلى ذلك كانت مصدرًا عامًا بمعنى انها كانت تطبق في الأصل على جميع الأشخاص في جميع المسائل فيما عدا بعض مسائل الأحوال الشخصية كانت الولاية فيها للشرائع الدينية الأخرى.

ولما لمبادئ الشريعة الإسلامية من أهمية في التشريع بصورة عامة والقانون المدني بصورة خاصة إلا أن هنالك ضبابية والتباس في تفسير وفهم (مبادئ الشريعة الإسلامية) رغم ان هذه المادة القانونية هي الوصلة بين القانون والشريعة، ولأجل هذا كله سنحدد ماهية مبادئ الشريعة الإسلامية من خلال تعريفها وبيان دور القاضي في إعمالها في مطلب أول بعدها ندرس أثر مبادئ الشريعة الإسلامية على القانون والقضاء المدني في مطلب ثانٍ كما يلي:

المطلب الأول

التعريف بمبادئ الشريعة الإسلامية

إن مصطلح (مبادئ الشريعة الإسلامية) مصطلح حادث على العلوم الإسلامية، بل ليس له وجود في أمهات الكتب الإسلامية لعمد المشرع على تصدر كلمة (مبادئ) على عبارة (الشريعة الإسلامية)⁽¹⁾، ولأن الشريعة الإسلامية تحتوي على مصطلحات كثيرة تتداخل فيما بينها في الدلالة والمعنى، وليس من بينها مصطلح (مبادئ) فهناك مصطلحات كثيرة تتداخل معها مثل: (مقاصد الشريعة، وكليات الشريعة، وأحكام الشريعة، وقواعد التشريع ومصطلح الضوابط الشرعية العامة) كل ذلك أدى إلى تعدد التفسيرات بشأن المقصود بهذه المبادئ.

وإذا كان العرف خاصاً بإمارة معينة فيسري حكمه على هذه الإمارة" وكذلك المادة (2/2) من القانون المدني الاردني رقم 43 لسنة 1976 "فاذا لم تجد المحكمة نصا في هذا القانون حكمت بأحكام الفقه الاسلامي الاكثر موافقة لنصوص هذا القانون ، فان لم توجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية"

(1) د. منصور عبد السلام الصرايرة و د. رياض منصور الخلفي، مراجعة نقدية بشأن مصادر القانون المدني الرسمية دراسة في التشريعين الأردني والكويتي، بحث منشور في المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، مجلد 5، العدد 4، 2013، ص38.

عليه سنقسم المطلب على فرعين نخصص الفرع الأول لتعريف مبادئ الشريعة الإسلامية من الناحية الاصطلاحية بعدها نبين دور القاضي في أعمال مبادئ الشريعة الإسلامية في فرع ثاني كما يلي:

الفرع الأول

تعريف مبادئ الشريعة الإسلامية

بعد ان صدرت النصوص التشريعية في القوانين المدنية والدستورية لتبين مرتبة ومنزلة الشريعة الإسلامية بوصفها مصدرًا للأحكام القضائية عند فراغ التشريع أو بوصفها مصدرًا للمشرع عند سنه التشريعات، استعمل مصطلح (مبادئ الشريعة الإسلامية) لكن أثار تعريفها جدلاً واسعاً واختلاف بالرأي بين فقهاء الشريعة زيادة على فقهاء القانون، ولم يحصل اتفاق على دلالة واحدة لدى الجميع لهذا المصطلح التشريعي إنما هنالك أكثر من رأي في بيان المقصود به فمنهم من فسرها (بالكليات العامة) كالعدالة والتمسير... ومنهم من جعلها مرادفاً لمصطلح (قواعدها الفقهية العامة) وفسرها بعضهم (بالفقه الإسلامي) كما سنبينه أدناه:

أولاً - الرأي الأول ذهب هذا الرأي إلى أن معنى مبادئ الشريعة الإسلامية هو (مبادئها الكلية واصولها العامة المستخلصة من نصوص الكتاب والسنة) التي لا يختلف جوهرها باختلاف المذاهب الفقهية الإسلامية دون أحكامها التفصيلية التي هي عبارة عن حلول وأحكام جزئية تختلف باختلاف المذاهب الفقهية الإسلامية⁽¹⁾ وفي المذهب الواحد أحياناً ينبغي الرجوع إلى المبادئ الكلية العامة الأساسية التي لم تكن محل خلاف بين المذاهب الفقهية.

ويعرف بعضهم مبادئ الشريعة الإسلامية بأنها (المبادئ العامة المتفق عليها في جميع المذاهب الإسلامية) حيث عرفت بأنها "تلك المبادئ العامة المسلم بها في جميع المذاهب الفقهية الإسلامية دون الأخذ في الاعتبار الأحكام الجزئية التفصيلية التي تختلف المذاهب الإسلامية فيها"⁽²⁾، ويستطيع القاضي أن يستخلص مبادئ الشريعة الإسلامية من هذه المذاهب دون التقيد بمذهب معين.

(1) د. عصمت عبد المجيد بكر، من مشكلات تفسير القانون التفسير في حالة فقدان النص، بحث منشور في شبكة الانترنت على الموقع https://www.bibliotdroit.com/2016/08/blog-post_56.html تاريخ الزيارة 2022/10/9.

(2) د. محمد شريف عبد الرحمن أحمد عبد الرحمن، مقدمة القانون المدني مبادئ القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص 157.

كذلك يرى جانباً من الفقه القانوني بانها "القواعد الكلية الأساسية التي تقوم عليها الأحكام التفصيلية دون التقيد بمذهب معين" والمبادئ الأساسية في المذاهب الإسلامية متفقة مع بعضها وتطبق على اساس أنها تتضمن القواعد القانونية التي تحكم المعاملات (1).

كذلك عرفت مبادئ الشريعة الإسلامية بأنها "مجموعة من المبادئ والأحكام التي شرعها الله سبحانه وتعالى، وفرض على المسلمين الامتثال لأوامرها واجتناب نواهيها" كما عرفت بأنها "النصوص التشريعية من الكتاب والسنة وليست الاجتهادات الفقهية" (2).

ويذهب رأي آخر إلى انها "مبادئ الشريعة الإسلامية التي يرجع إليها القاضي هي المبادئ الكلية التي لا يوجد خلاف بشأنها بين المذاهب المتعددة وهذه المبادئ لاتعدوا أن تكون الأفكار الجوهرية الأساسية في الشريعة الإسلامية عليه فأن رجوع القاضي إليها لا يعد تطبيقاً لقواعد قانونية تفصيلية ولكنه استلهاً للمبادئ العامة الكلية، وللموجهات والافكار الاساسية التي تقوم عليها الشريعة الاسلامية" (3).

ثانياً - الرأي الثاني حاول هذا الرأي تجنب الانتقادات الموجهة إلى الرأي الأول الذي كان لا يميز بين الشريعة الإسلامية التي هي نصوص القرآن والسنة النبوية الشريفة وبين الفقه الإسلامي الذي هو مجموع اجتهاد الفقهاء المسلمون من الأحكام العملية الفرعية في ضوء الكتاب والسنة، فعرف مبادئ الشريعة الإسلامية بأنها (قواعدها الفقهية العامة) التي استخلصها الفقهاء بعد أن تطور الفقه الإسلامي وصنف حسب الموضوعات فقد قام هؤلاء الفقهاء بدراسة الموضوعات الفقهية العامة المتشابهة واستنتجوا منها قواعد كلية فهي بمثابة ضوابط فقهية

(1) ينظر: ضياء شيت خطاب، مصادر القانون المدني العراقي، مجلة القضاء، العدد الثاني، نيسان 1956، السنة الرابعة عشر، ص193. نقلاً عن سه ركه وت سليمان عمر ابو بكر، الشريعة الإسلامية مصدرًا للتقنين المدني العراقي دراسة تأصيلية منهجية، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون والسياسة في جامعة صلاح الدين، 2009، ص112.

(2) م.م مريم محمد أحمد و أ.د. عامر عاشور عبد الله، دور الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع دراسة في ضوء مشروع دستور إقليم كردستان العراق، بحث مقدم لمؤتمر نحو دستور معاصر لإقليم كردستان العراق، كلية العلوم الانسانية والاجتماعية جامعة كوية، المؤتمر العلمي الدولي الثاني لقسم القانون، 2019، ص2.

(3) د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1974، ص265. نقلاً عن محمد أحمد رمضان، دور القاضي في انشاء القاعدة القانونية المدنية دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة بغداد، 1985، ص152.

يندرج تحتها فروع كثيرة لا حصر لها يستطيع الفقيه والقاضي أن يستند إليها في استخراج حكم الواقعة دون الحاجة إلى مراجعة كتب الفقه (1).

فبقي هذا الرأي متفقاً مع الرأي الأول في خطوطه العامة من حيث اعتماده على القواعد العامة سواء كانت هذه القواعد إجماعية أي منعقد عليها الاجماع أم خلافية دون الفرعيات الجزئية الشاذة البعيدة ودون اعتماد مذهب فقهي من المذاهب الفقهية الإسلامية سواء من المذاهب القائمة أو السابقة وكل ذلك مع افساح المجال للاجتهاد في اطار الشرع الإسلامي وفقاً لمبادئه العامة وسياسته التشريعية ومقاصده فيما لم يرد به نص (2).

فالقاعدة الفقهية هي حكم كلي ينطبق على جميع جزئياته أو أغلبها لتعرف أحكامها منه فالقواعد الفقهية مفاهيم كلية تنطبق على أغلب فروعها كلها لأنه ما من قاعدة إلا ولها استثناءات، وتتسم القواعد الفقهية بالإيجاز في صياغتها والعموم في معناها واستيعاب للفروع الفقهية وهي مفاهيم ومبادئ فقهية كبرى ضابطة لموضوعاتها تغني الباحث من الرجوع إلى أبواب الفقه المطولة والغرض منها تقريب المسائل الفقهية وتسهيلها.

وتختلف القاعدة الفقهية سالفه الذكر عن القاعدة الأصولية والتي تسمى (اصول الفقه أو علم الاصول) ويراد منها القواعد التي ترسم للمجتهد كيفية استنباط الأحكام الشرعية من مصادرها للوقائع التي لا نص فيها بمعناها انها (أدوات استنباط) (3).

كذلك القاعدة الفقهية تخص المكلف الذي يطبقها دون المجتهد (4)، وفي هذا الخصوص يقول الفقهاء: "المشروط عرفاً كالمشروط لفظاً"، و "العادة في عرف الشرع كالشرط" و من أمثلة التطبيقات العملية لهذه القاعدة: إذا لم يحدد أجر العامل يُقدر على أساس ما تعارف الناس في حالته، و كذلك تكون نفقات نقل الشيء المبيع على المشتري.

(1) د. طارق عبد الرزاق شهيد الحمامي، الاستنباط القضائي في دعاوى المدنية دراسة مقارنة بالقواعد الاصولية، اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون، جامعة كربلاء، 2020، ص151.

(2) د. صلاح الدين الناهي، من معضلات التفسير القضائي مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي احتياطي للقوانين المدنية المعاصرة، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، تصدرها كلية القانون والسياسة في جامعة بغداد، المجلد الاول، العدد 3، 1977، ص19.

(3) د. اسامة الحموي، مبادئ الشريعة الإسلامية، د.ط، منشورات جامعة دمشق، سوريا، 2008، ص197.

(4) الشيخ محمد باقر الايرواني، دروس تمهيدية في القواعد الفقهية، ط1، مؤسسة الفقه للطباعة والنشر، قم المقدسة، 1417، ص15.

ثالثاً- الرأي الثالث ذهب الدكتور السنهوري بصدد بيانه ما استقاه القانون المدني المصري من الفقه الإسلامي بقوله "استقى التقنين الجديد ما اشتمل عليه التقنين القديم من أحكام أخذها من الفقه الإسلامي واستحدث أحكاماً جديدةً أخذها عن هذا الفقه وجعل بعد ذلك كله الفقه الإسلامي مصدرًا للقانون المدني يأتي بعد النصوص التشريعية والعرف، ويتقدم مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة"⁽¹⁾.

كما ذكر " إن الفقه الإسلامي أصبح مصدرًا رسميًا للقانون المدني... فكل من الفقيه والقاضي أصبح الآن مطالبًا أن يستكمل أحكام القانون المدني، فيما لم يرد فيه نص ولم يقع فيه عرف، بالرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي ويجب عليه الرجوع إلى هذه الأحكام قبل أن يرجع إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة بل لعل أحكام الشريعة الإسلامية هي أدق تحديدًا وأكثر انضباطًا من مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، هي التي تحل محل هذه المبادئ والقواعد، فتغنيها عنها في كثير من المواطن"⁽²⁾.

كذلك أريد من مبادئ الشريعة الإسلامية المبادئ المستقرة في الفقه الإسلامي، وعلل ذلك بالاتي: الشريعة الإسلامية تضم أحكامًا اعتقادية وأحكامًا وجدانية وأحكامًا عملية والمقصود بالأحكام العملية الأحكام المنظمة للروابط الاجتماعية ويعتبر الفقه الإسلامي وهو علم من علوم الشريعة الإسلامية العلم المتوافر على تنظيم الروابط الاجتماعية وهو بذلك يقابل القانون الوضعي في وظيفته ونطاقه ولما كان الفقه الإسلامي يحكم العبادات كما يحكم المعاملات فإن المراد بمبادئ الشريعة الإسلامية المبادئ التي تحكم المعاملات وذلك لأن القانون المدني لا يعبا بحكم العبادات.

وإذا كان الفقه الإسلامي يضم ما أستقر عليه الفقه من قواعد كلية وأحكامًا جزئية فإن المراد بمبادئ الشريعة الإسلامية هي القواعد الكلية التي أقرها الفقه الإسلامي أو الرأي الغالب فيه، أما الأحكام الجزئية فقد اختلفت مذاهب الفقه الإسلامي حيالها.

(1) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري: المصدر السابق، ص45.

(2) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري: المصدر نفسه، ص48.

بالتالي إن المشرع العراقي لم يقصد في نصه الرجوع إلى الأحكام الجزئية أو الفرعية في الفقه الإسلامي وإنما قصد الرجوع إلى المبادئ العامة أو القواعد الكلية التي لا نجد خلافاً ملحوظاً في الفقه الإسلامية بشأنها⁽¹⁾.

وعليه عرفت بأنها (القواعد الكلية التي أقرها الفقه الإسلامي أو المبادئ المستقرة في الفقه الإسلامي والرأي الغالب فيه التي تحكم المعاملات) زيادة على ذلك ورد في الأسباب الموجبة للقانون المدني العراقي عبارة صريحة بأن مصادر القانون هي (التشريع ثم العرف ثم الفقه الإسلامي دون التقيد بمذهب معين ثم قواعد العدالة) وهذه المصادر الرسمية يعاونها مصدران تفسيريان هما الفقه والقضاء في العراق وفي البلاد الاجنبية التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية⁽²⁾.

أما القضاء العراقي فقد جمع بين الآراء الفقهية المختلفة حيث فسر مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر من مصادر القانون ومن ثم كمصدر من مصادر الحكم القضائي تفسيراً واسعاً بحيث لم يقتصر على جانب واحد من جوانب الشريعة دون الجوانب الأخرى في نطاق المعاملات.

بذلك جمع بين الآراء الفقهية المختلفة بشأن تفسير مصطلح (مبادئ الشريعة الإسلامية) فإنه تارةً يرجعها إلى (القواعد الاصولية) وتارةً إلى (القواعد الفقهية) وتارةً إلى (الأحكام الفقهية التفصيلية) وهذا كله عند فقدان النص التشريعي بغية إصدار الحكم القضائي في الدعوى المنظورة من قبله⁽³⁾.

وهذا ما نستنتجه من التطبيقات القضائية المتعلقة بتفسير عبارة (مبادئ الشريعة الإسلامية) حيث ورد في أحد قرارات محكمة التمييز ما يلي:

"لدى التدقيق والمداولة ...، ولما كان المبلغ الذي قبضه الوكيل لحساب موكلته المميز عليها أمانة في يده نظراً لحكم المادة 935 من القانون المدني، ولتمسكه بدفع لم يثبت وخلو القانون المدني من حكم الوكيل في حالة تمسكه بتسديد مال الموكل الذي لديه أمانة، فيجب الرجوع إلى الشريعة الإسلامية كما نصت على ذلك الفقرة الثانية من المادة الاولى من القانون

(1) عبد الباقي البكري، زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، دار السنهوري، بغداد، 2015، ص148-185.

(2) جاء في ذيل الفقرة (12) من الأسباب الموجبة من القانون المدني العراقي ما يأتي: "أما مصادر القانون فهي التشريع ثم الفقه الإسلامي دون التقيد بمذهب معين ثم قواعد العدالة".

(3) القاضي عباس قاسم الداوقوي: المصدر السابق، ص313.

المدني، إذ قضت الشريعة بإن الامين مصدق في براءة ذمته أي المال الذي في يده، فكان على المحكمة أن تحلف الوكيل بطلب من الموكلة اليمين على براءة ذمته فعدم قيامها بذلك مخالف للقانون⁽¹⁾.

وقاعدة "الأمين مصدق باليمين"⁽²⁾ أو قاعدة "عدم ضمان الأمين"⁽³⁾ كلها قواعد فقهية استندت إليها محكمة التمييز، كما أن هنالك الكثير من المواطن التي لجأ فيها القضاء إلى الأحكام الفقهية عند افتقاد النص التشريعي والعرف منها مثلاً اللجوء إلى الاحكام الفقهية لإصدار حكم في نزاع متعلق بأرض متخذة لدفن الموتى (مقبرة) لخلو القانون المدني من تلك الأحكام، كون الاحكام الفقهية تجمع على أن دفن الموتى في أرض مملوكة بإذن المالك يجعلها وقفاً بمجرد القول ولا ينتفي الوقف وإن انقطع الدفن بها أو نقلت عظام الموتى منها⁽⁴⁾.

مما تقدم نجد هنالك اختلاف في التفسير القانوني لمصطلح (مبادئ الشريعة الاسلامية) كون هذا المصطلح لوجود له بصورته ومعناه بين أدبيات علوم الشريعة الاسلامية.

وقد حاول البعض وضع مفهوم له يوضح معناه من خلال تفسير المصطلح بالاستعانة ببعض القواعد الشرعية المستمدة من ثلاث علوم من علوم الشريعة الإسلامية وهي (اصول الفقه و القواعد الفقهية ومقاصد الشريعة).

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع المدني الإماراتي قد نص في المادة الاولى من قانون المعاملات المدنية رقم (5) لسنة 1985 بأن: "تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها وفحواها ولا مساغ للإجتهد في مورد النص القطعي الدلالة، فإذا لم يجد القاضي نصاً في هذا القانون حكم بمقتضى الشريعة الإسلامية...".

(1) قرار محكمة التمييز، المرقم 1738/حقوقية/1985 في 1985/12/2، عبد الباقي البكري، المدخل لدراسة القانون والشريعة الاسلامية، مطبعة الآداب، النجف الأشرف، 1972، ص458.

(2) الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقاء، شرح القواعد الفقهية، ط2، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، 1989، ص482.

(3) وقد استُدل على اعتبار هذه القاعدة روايات وأحاديث أهل البيت عليهم السلام منها " قال الإمام علي بن ابي طالب عليه السلام: "ليس على المؤمن ضمان" للمزيد ينظر: ميرزا حسين النوري الطبرسي، مستدرک الوسائل ومستنبط المسائل، ج14، مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، بيروت، 1408-1987، ص16.

(4) قرار محكمة التمييز الاتحادية في العراق بالعدد 984/مدنية عقار/2007 في 2007/9/24، مجلة حمورابي مجلة فصلية تصدرها جمعية القضاء العراقي، العدد 1، 1430-2009، ص155-157.

فلاحظ هنا ان المشرع الإماراتي قد وُفق باستخدامه مصطلح (الشريعة الإسلامية) بدلا عن مصطلح (مبادئ الشريعة الإسلامية) خلافاً للمشرع العراقي⁽¹⁾ والمشرع الاردني⁽²⁾ والمشرع المدني المصري⁽³⁾.

ومن هنا نقترح على المشرع العراقي تعديل الفقرة الثانية من المادة الاولى من القانون المدني العراقي لتكون كالآتي: " فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيق منطوقه أو مفهومه حكمت المحكمة بمقتضى الفقه الإسلامي الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون بمجمله دون التقيد بمذهب معين "

ويمكن للقاضي الاستعانة برأي فقهاء المذاهب فرجوعه إلى الفقيه الجامع للشرائط في القضايا المستحدثة التي تتطلب البحث والاجتهاد فيها هو تعليم الهي⁽⁴⁾.

كما ويميل الباحث إلى أن المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية هو الفقه الإسلامي للأسباب والحجج الوارد ذكرها في الرأي الثالث.

الفرع الثاني

دور القاضي في أعمال مبادئ الشريعة الإسلامية

إن للقاعدة القانونية حياة تبدأ بالولادة (نفاذ القانون) ويُستمر تطبيقها لحين إلغائها فبعد اصدار القانون ونشره فإن تطبيقه قد حدد وبالتالي يكون للقانون الوضعي شكلاً ضمن النظام القانوني للبلد وإن حياته الرسمية قد بدأت ولكن ما الأمر بالنسبة لحياته الفعلية وليس الشكلية؟

فليس كل ما يشرع يطبق لأسباب كثيرة أهمها التضخم في التشريع والصياغة التشريعية والتفسير للقانون وغيرها، فالصياغة التشريعية تؤثر تأثيراً كبيراً في احياء القاعدة القانونية و حفظ الحقوق وصيانتها لأنها من الممكن أن تكون وسيلة لفقدان الحقوق وعدم نجاعة القاعدة القانونية إن قننت بصياغة مرتبكة ركيكة لا تُراعي فيها أصول الصياغة التشريعية.

(1) انظر: نص المادة الاولى الفقرة الثانية من القانون المدني العراقي.

(2) انظر: نص المادة الثانية الفقرة الثانية من القانون المدني الأردني المعدل.

(3) انظر: نص المادة الاولى الفقرة الثانية من القانون المدني المصري النافذ.

(4) ورد في كتاب الاحتجاج للشيخ الطبرسي، ج2، ص283. عن إسحاق بن يعقوب قال: سألت محمد بن عثمان العمري رحمه الله أن يوصل لي كتابا قد سألت فيه عن مسائل أشكلت علي فقد ورد التوقيع بخط مولانا الإمام المهدي المنتظر عليه السلام: "... وأما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها إلى رواة حديثنا فإنهم حجتي عليكم وأنا حجة الله".

حيث إن اللفظ المكون للنص متى ما حبس في إطار ذلك اللفظ واستقر على معنى معين أدى ذلك إلى (جمود النص) وقصوره عن ملائمة ما استجد من أوضاع أخرى ويفقد آنذاك النص تناسقه مع طبيعة الزمن ومستلزماته، ومن ثم لا يمكن للنصوص المدنية أن تسري إلا على العلاقات التي تناولها في هذا النطاق الضيق وهذا خطأ.

ولأجل الوصول إلى تطبيق فعلي للنص و الوصول إلى دلالة مفهومه بفحواه وروحه لا دلالة منطوقه، كان لزاماً على القاضي اتباع التفسير المتطور لمصطلح (مبادئ الشريعة الإسلامية) لكشف هذا الغموض في العبارة والارتباك الحاصل في تفسيرها والوصول إلى الحكم العادل والصحيح فالقانون ولد ليعيش وعلى القضاء أن يطبقه تطبيقاً يتلاءم مع روح التشريع وتطور المجتمع ، ولأجل توضيح الموضوع بصورة تفصيلية سنقسم هذا الفرع إلى عدة فقرات وكما يلي:

أولاً - إعمال مبادئ الشريعة الإسلامية بتطبيق قواعدها الاصولية على صعيد العمل القضائي:

هنالك الكثير من القواعد الاصولية⁽¹⁾ التي لها أهمية في اصدار الحكم القضائي عند فقدان النص التشريعي ويستفاد من القاعدة الاصولية في استنباط الاحكام الشرعية الكلية ومن القواعد الاصولية التي لها دور مهم على صعيد العمل القضائي نذكر قاعدة "الجمع بين النصين المتعارضين مهما أمكن أولى من الطرح" إذ إن على قاضي محكمة الموضوع إذا ما بدا له أن هنالك نصين متعارضين ظاهراً أن يبذل جهده في الجمع بين النصين المتعارضين لأن الجمع أولى من الترجيح⁽²⁾.

وينشأ التعارض من انطباق نصين على واقعة ما ويقتضي كل منهما لها حكماً يخالف ما يقتضيه الآخر وهو على صورتين أولاهما التعارض الكلي التام أو المنطقي وثانيهما التعارض الجزئي، والتعارض الأول الكلي لا نقصده كونه يحصل في الغالب عند صدور قانونين متعاقبين

(1) أول من فكر في افراد القواعد الاصولية ببحث مستقل هو الشهيد الأول في كتابه المعروف (القواعد والفوائد) الذي طبع طبعة محققة بجزئين ولكن الكتاب المذكور ليس محضاً بالقواعد الاصولية بل ذكر قواعد اخرى اجنبية عن الفقه هي أشبه باللغوية أو الأدبية أو الكلامية للمزيد ينظر: الشيخ محمد باقر الايرواني، دروس تمهيدية في القواعد الفقهية، ج1، ط1، مؤسسة الفقه للطباعة والنشر، قم المقدسة، 1417، ص12.

(2) القاضي عباس قاسم الداوقني: المصدر السابق، ص316.

في الزمن مختلفين في الأحكام ويصعب التوفيق بينهما لأن القانون القديم يعد منسوخاً ضمناً بالقانون الحديث⁽¹⁾.

وما يهنا هو التعارض الجزئي فيقع عندما يبدو التعارض بين بعض أحكام القانونين وعندئذ يجب التوفيق بين النصين بقدر المستطاع وإلا يجب تغليب أحدهما على الآخر، ويحصل التعارض الجزئي عندما يكون أحد النصين عاماً والآخر خاصاً أو عندما أحدهما مطلقاً والآخر مقيداً⁽²⁾.

والمثال على التعارض بين حكم قديم عام وحكم حديث خاص قانون العمل قانون خاص بالنسبة للقانون المدني الذي هو قانون عام ففي حالة عدم تنظيم القانون الجديد الخاص موضوعاً فإنه يجب الرجوع إلى الأحكام العامة في القانون القديم العام وبهذا تم اعمال النصين معاً.

فإذا وجد تعارض بين نصين كان لابد من رفع التعارض أما بالكشف ان كل نص منهما يواجه فرضاً مختلفاً أو بالكشف ان أحد النصين يكون استثناء من الآخر واذا لم تيسر ازالة هذا التعارض وجب القول بأنهما سقطا معاً وهذا الرأي يماثل القاعدة الاصولية القائلة " اذا تعارضا أي تساوى الدليلان في القوة تساقط"⁽³⁾.

ومن التطبيقات على المطلق والمقيد المادة (1/558)⁽⁴⁾ من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها " اذا ظهر بالمبيع عيب قديم كان المشتري مخيراً ان شاء رده وان شاء قبله بثمنه المسمى" ونص المادة (559)⁽⁵⁾ التي جاء فيها " لا يضمن البائع عيباً قديماً كان للمشتري

(1) د. حسن كيره، المدخل إلى القانون، د.ط، منشأة المعارف، الاسكندرية - مصر، 1969، ص316.

(2) المطلق هو: اللفظ الدال على الماهية بلا قيد و المقيد: بأنه اللفظ الدال على الماهية مع قيد من قيودها. للمزيد ينظر: حمد بن حمدي الصاعدي، المطلق والمقيد، ط1، عمادة البحث العلمي الجامعة الإسلامية في المدينة المنورة، السعودية، 2003، ص123.

(3) د. محمد شريف احمد: المصدر السابق، ص140.

(4) تقابلها المادة (544) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي والذي جاء فيه: " 1- إذا ظهر في المبيع عيب قديم كان المشتري مخيراً إن شاء رده وإن شاء قبله بالثمن المسمى وليس له إمساكه والمطالبة بما أنقصه العيب من الثمن".

(5) تقابلها المادة (545) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي والذي جاء فيه: " لا يكون البائع مسؤولاً عن العيب القديم في الحالات التالية: 1- إذا ب يّ البائع للمشتري العيب عند البيع. 2- إذا رضي المشتري بالعيب بعد اطلاعه عليه أو بعد علمه به من آخر. 3- إذا اشترى المشتري المبيع وهو عالم بما فيه من العيب. 4- إذا باع البائع المبيع بشرط عدم مسؤوليته عن كل عيب فيه أو عن عيب معين إلا إذا تعمد البائع إخفاء العيب أو كان المشتري بحالة تمنعه من الاطلاع على العيب. 5- إذا جرى البيع بالمزاد من قبل السلطات القضائية أو الإدارية.

يعرفه... " فنلاحظ أن الحكم الأول جاء مطلقاً فيما يتعلق بالعيب القديم سواء كان المشتري يعرفه أو يجهله، أما الحكم الثاني المقيد حيث جاء وقيد الحكم الأول بمعرفة المشتري بالعيب القديم.

وتقابلها المادة (447) من القانون المدني المصري والتي جاء فيها "1- يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوفر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء، أو الغرض الذي أعد له ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالمًا بوجوده. 2- ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع، أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلو المبيع من العيب أو أثبت أن البائع قد تعمد إخفاء العيب غشاً منه"⁽¹⁾.

ثانياً - إعمال مبادئ الشريعة الإسلامية بتطبيق قواعدها الفقهية على صعيد العمل القضائي:

القواعد الفقهية كثيرة ويرجع إليها في أبواب عامة الفقه ومن هذه القواعد على صعيد العمل القضائي هي قاعدة (أصالة الصحة)، ويراد منها ان الشخص اذا صدر منه فعل عقداً كان أو غيره من الأفعال القانونية وشك في كونه صحيحاً يترتب عليه الأثر أم إن العمل باطلاً لا يترتب عليه الأثر، استناداً للقاعدة المذكورة يُحمل العمل على انه صحيحاً ويرتب أثره ولا يقصد بالقاعدة المذكورة ان المسلم اذا صدر منه فعل يحتمل كونه محرماً يحمل على كونه مباح⁽²⁾.

وهذه القاعدة مصداق لقوله تعالى: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ"⁽³⁾ وهذه السيرة لا تختص بما اذا كان فاعل العقد ونحوه مسلماً، بل حتى غير المسلم اذا صدر منه ذلك يحمل على الصحة.

(1) د. معوض عبد التواب، المصدر في التعليق على نصوص القانون المدني، ط7، مجلد 5، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2004، ص479.

(2) الشيخ محمد باقر الايرواني: المصدر السابق، ص71.

(3) سورة الحجرات: آية 12 . بالإضافة إلى ذلك قال امير المؤمنين علي عليه السلام: " ضع أمر أخيك على أحسنه حتى يأتيك ما يغلبك منه، ولا تظن بكلمة خرجت من أخيك سوءاً وأنت تجد لها في الخير محملاً" للمزيد ينظر: ابي جعفر محمد بن يعقوب الكليني، اصول الكافي، ط1، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بيروت - لبنان، 1426 - 2005، ص517.

كذلك لو أن جهة حكومية قامت بإستملاك عقار معين لأغراض النفع العام ثم فقدت الأوليات والوثائق الرسمية الخاصة بالاستملاك، أو الطعن ببطلان الاجراءات الخاصة بالإستملاك كونها جرت خلافاً للقانون فإن الأصل في تلك الإجراءات هو حملها على الصحة لأن الاصل في الاجراءات القانونية حملها على الصحة مالم يقدّم الدليل على خلاف ذلك.

وقد سار القضاء على تطبيق القاعدة الفقهية المذكورة (أصالة الصحة) ومن التطبيقات القضائية نذكر قرار محكمة التمييز الاتحادية في العراق⁽¹⁾ والذي جاء فيه " لدى التدقيق والمداولة من قبل الهيئة المدنية في محكمة التمييز الاتحادية وجد أن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه غير صحيح مخالف للقانون ذلك لأن محكمة الاستئناف أجرت التحقيقات المطلوبة بقرارات النقض الصادرة من هذه المحكمة بالأعداد (682/م/2005 في 2005/9/25 و 1519/الهيئة الاستئنافية/العقار/2006 في 2006/8/29 و 3150/ الهيئة الاستئنافية /العقار/2006 في 2007/2/25 الا أنها توصلت إلى نتائج غير صحيحة وتخالف ما تحصل لديها من نتائج تلك التحقيقات إذ إنها استوضحت من دائرة التخطيط العمراني بشأن مدى سبق تغيير استعمال العقار موضوع الدعوى عملاً بأحكام قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم 117 لسنة 2000 فحضر ممثلها وأكد ان كافة الأوليات الخاصة بالموضوع قد تلفت نتيجة الأحداث التي مرت على البلاد في حينه، وحيث انه من المفترض أن تلك الدائرة قامت بالإجراءات المنصوص عليها في القانون وفق الاصول وإن احتراق الأوليات للسبب المذكور لا يبرر للمحكمة اعتبار المميز عاجزاً عن اثبات قيامه بها وفق الأصول في حينه وعلى من يدعي العكس عليه الاثبات، وهذا ما أستقر عليه قضاء هذه المحكمة في العديد من قراراتها (2) " .

فلاحظ إن من واجب الدائرة إنها قامت بالإجراءات المنصوص عليها في القانون وقامت بكافة الاجراءات اللازمة لنزع الملكية الخاصة لصالح المنفعة العامة وانها اتبعت الطرق المعهودة في ذلك وفق الاصول، وإن احتراق الأوليات لا يبرر للمحكمة اعتبار المميز عاجزاً عن اثبات قيامه بالإجراءات الاصولية في نزع الملكية وفق الأصول في حينها، وعلى من يدعي العكس عليه اثبات ذلك، فتم استصحاب صحة الاعمال المتخذة من قبل الدائرة الحكومية

(1) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد 247/ الهيئة الموسعة المدنية/2007 في 2008/4/22 غير منشور.
(2) ومنها القرارات الغير المنشورة: (القرار المرقم 270/هيئة عامة/2002 في 2002/12/30: " الاصل في المعاملات الصحة" والقرار المرقم 31/موسعة مدنية/2005 في 2005/6/21 و 233 و 234/ موسعة مدنية/2006 في 2007/6/20).

رغم فقدان أوليات الإستملاك كون الظروف المحيطة والواجب المناط بالدائرة والعقارات المجاورة كانت قد استمكت اصولياً فتم اعمال القاعدة الفقهية (أصالة الصحة) قضائياً.

ثالثاً - أعمال مبادئ الشريعة الإسلامية لصلاحيتها لكل زمان ومكان:

لا يخفى على الجميع ان الشريعة الإسلامية كانت هي المصدر الوحيد للأحكام القضائية، فالقضاء في الناس من سنن الله سبحانه وتعالى في الوجود إذ يقضي بينهم ويجازيهم على ما كانوا يعملون، هذا ما يتعلق بسنة القضاء الهي في الناس.

بينما السنة الأخرى الحاكمة في الوجود هي القضاء بين الناس إذ جعل الباري عز وجل الشرائع والأديان نظاماً عادلاً يضمن به الجميع حقوقهم ويلزم بواجباتهم عبر عنها بالأحكام، وجعل أنبياءه وأوليائه ومن بعدهم العلماء العدول فقال سبحانه وتعالى "يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ اللَّهِ" (1).

فالقضاء الشرعي سنة إلهية تحكم عالمي التكوين والتشريع يتم بها النظام الأتم ومن هنا تتقيد مشروعية القضاء بالتشريع الإلهي، ولأجل سمو البشر وعدالة الأنظمة ومواءمة الحياة مع السنن الإلهية في الوجود لا بد من العودة إلى الله سبحانه وتعالى وتحكيم شريعته وأحكامه في جوانب الحياة (2).

وقد قام الإجماع عند المسلمين إن كل واقعة أو حادثة على مختلف أنواعها وأزمانها وظروفها لا تخلو عن الحكم الشرعي (3)، كون قواعد الشريعة الإسلامية مصوغة بشكل لا يؤثر عليها مرور الزمان ولا يتطلب تعديلها أو تغييرها بحيث تحكم كل حالة جديدة ولو لم يكن في الامكان توقعها.

فهذه الشريعة وضعت لتنظيم شؤون المجتمع على سبيل الدوام فكلما استجدت حالات لم ينطرق لها القانون الوضعي كان لها حل في الشريعة الإسلامية في كل زمان ومكان (4).

(1) سورة ص، آية 26.

(2) الشيخ فاضل الصفار، فقه القضاء والمحاكم دراسة تقويمية مقارنة بين الشريعة والقانون، ط1، ج1، مكتبة العلامة ابن فهد الحلي، كربلاء المقدسة، 2016، ص10-22.

(3) د. عباس كاشف الغطاء: المصدر السابق، ص177.

(4) م.د. صاحب جلال عجاج، ا.م.د. عطية سليمان خليفة، علوية الشريعة الإسلامية عند التنازع، بحث منشور في مجلة العلوم الإسلامية جامعة تكريت، عدد8، مجلد12، ص30-33.

أما القاعدة الفقهية القائلة (لا يُنكر تعيّر الأحكام بتغير الأزمان) معناها قد يكون هنالك بعض الأحكام الشرعية بنيت على عرف الناس وعاداتهم، فإذا اختلفت العادة أو العرف عن زمان قبله، تتغير كيفية العمل بمقتضى الحكم الشرعي، وأما ما أصله على غير ذلك فلا تتغير.

ومن هنا يأتي دور القاضي في تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية وفق التفسير المتطور للقانون وبما يتلاءم مع المجتمع المتغير كون القانون لا يكون له وجود دون تطبيقه من قبل سلطة قضائية "إن القانون لم يُعدل بتفسير جرى بل عُذّي بتطبيق واسع فالمحاكم تستلم القانون الذي ولد وهي التي تجعله يعيش"⁽¹⁾.

ونلاحظ المشرع العراقي قدم مبادئ الشريعة الإسلامية على قواعد العدالة إيماناً منه أن لها أساساً ثابتاً في كتب الفقه الإسلامي يمكن الركون إليها أكثر من قواعد العدالة التي كثر الخلاف في مضمونها.

فأحكام الشريعة الإسلامية أوفى بالغرض من غيرها، لهذا يتعين على القاضي دراسة الفقه الإسلامي على أقل تقدير إن لم يكن مجتهداً⁽²⁾ ليتعرف على أحكامه وليتمكن من حسم النزاع المعروض عليه في حالة عدم وجود نص تشريعي أو عرف مع عدم التقيد بمذهب معين على أن يراعي في ذلك الموازنة بين ما يؤخذ من هذه المذاهب والقانون المدني⁽³⁾.

رابعاً - إعمال مبادئ الشريعة الإسلامية بانطباق أحكامها على جميع الافراد بمختلف دياناتهم:

ان الشريعة الإسلامية ونهجها في القضاء المطبق في الدول الإسلامية نظام يعتمد على العقيدة والدين والأخلاق وضرب أروع الامثلة في الدقة والتنظيم وإقامة العدل وتحقيق الأمن الاستقرار والحفاظ على الحقوق والأموال والأنفس والدماء، ونطق بذلك قرار مؤتمر القانون

(1) ريبير: القوى الخلاقة للقانون، ص387، نقلاً عن د. منذر الشاوي، مدخل في فلسفة القانون، ط1، الذاكرة للنشر والتوزيع، عمان، 2011، ص134.

(2) اختلفوا في أن الاجتهاد شرط في القاضي فلا يجوز تولي غير المجتهد، ولا يجوز الترافع إليه ولا إنفاذ حكمه، وإذا كان شرطاً فهل المراد الاجتهاد المطلق أو يكفي التجزي فيه بأن يكون مجتهداً في القضاء فقط مثلاً؟ أم لا هذا ولا ذلك؟ فيجوز أن يكون مقلداً خبيراً بالأحكام القضائية فيقضي عن تقاليد للمجتهد الجامع للشرائط؟ للمزيد ينظر: الشيخ فاضل الصغار، المصدر السابق، ص267

(3) د. علي جمعة محارب، دور الاجتهاد القضائي في تطوير القاعدة القانونية، بحث منشور في مجلة القضاء، نقابة المحامين العراقيين، العدد الاول والثاني، سنة 1991، ص93-94.

المقارن في لاهاي في آب 1938 وقد نص فيه على اعتبار الشريعة الإسلامية مصدرًا من مصادر التشريع العام وإنها حية قابلة للتطور وأنه شرع قائم بذاته ليس مأخوذًا من غيره⁽¹⁾.

وحيث أن مبادئ الشريعة الإسلامية في القانون المدني بإعتبارها مصدرًا من مصادر القانون المذكور هي غيرها التي يعينها قانون الاحوال الشخصية بإعتبارها مصدرًا له أيضًا، إذ هي تعد مصدرًا عامًا من مصادر القانون تطبق أحكامه على الجميع مسلمين كانوا أو غير مسلمين وبصفة عامة⁽²⁾.

أما في قانون الاحوال الشخصية فإن مراجعة مبادئ الشريعة الإسلامية يستلزم عند غياب النص التشريعي فقط وليس العرف زيادةً على ذلك التقيد بالمذهب الذي يقلده أطراف الدعوى والا تعرض حكم المحكمة للنقض على هذا قررت محكمة التمييز الاتحادية ما يلي:

"...وجد ان الحكم المميز صحيح وموافق للشرع و للقانون لأن وكيل المميز أقر بالطلاق الواقع في 2015/8/23 والذي تعزز بإقرار شهود محل الطلاق الذين استمعت المحكمة اليهم، كما أن المميز عليها بينت بأنها كانت على طهر غير مواقع فيه منذ 2014/10/15 لذا فإن الطلاق الواقع استوفى شروطه الشرعية على وفق المذهب الذي يقلده الطرفان"⁽³⁾.

(1) ففي مدينة "لاهاي" سنة 1937 انعقد مؤتمر دولي للقانون المقارن دعي إليه الأزهر الشريف ، فمثله فيه مندوبان من كبار العلماء حاضراً فيه عن "المسؤولية المدنية والجنائية في الشريعة الإسلامية" ، وعن "استقلال الفقه الإسلامي ، ونفي كل صلة مزعومة بين الشريعة الإسلامية ، والقانون الروماني" .
وقد سجل المؤتمر على أثر ذلك قراره التاريخي الهام ، بالنسبة إلى رجال التشريع الغربي وقد جاء فيه :
1- اعتبار الشريعة الإسلامية مصدرًا من مصادر التشريع العام .
2- وإنها حية قابلة للتطور .
3- وإنها شرع قائم بذاته ليس مأخوذًا من غيره .

وفي نفس المدينة "لاهاي" سنة 1948 انعقد مؤتمر المحامين الدولي الذي اشتركت (53) دولة من جميع أنحاء العالم ، والذي ضم جمعاً غفيراً من الأساتذة والمحامين اللامعين من مختلف الأمم والأقطار .
اتخذ هذا المؤتمر العالمي القرار التالي : "نظراً لما في التشريع الإسلامي من مرونة ، وما له من شأن هام ، يجب على جمعية المحامين الدولية ، أن تبني الدراسة المقارنة لهذا التشريع ، وتشجع عليها .." .
(2) د. توفيق حسن فرج، مذكرات في المدخل للعلوم القانونية، د.ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1960، ص113.

(3) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم 2790/هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/2016 في 2016/4/21 غير منشور.

خامسًا - إعمال مبادئ الشريعة الإسلامية بمواءمتها للواقع الاجتماعي:

كثيرًا ما يتم التجني على الشريعة الإسلامية بدعوى أن قوانين الشرع ونظامه القضائي لا يتناسب مع حاجة العصر ولا تواكب التطور الحاصل فيه، وإن مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي احتياطي (خيال محض) وهذا تضيق لا مبرر له، فالأمر يتعلق بمجرد استلزام بل إن مثل هذا الرجوع يعد فرضية نادرة⁽¹⁾.

هذا الكلام قد يقترب من الحقيقة إذا فسر النص في إطار ضيق بأنها (الاصول العامة والقواعد العامة الكلية للشريعة الإسلامية دون أحكامها التفصيلية)، ولكن يتفق الجميع على ان القانون وليد حاجة المجتمع إليه وإن تفسير القانون يجب ان لا يحدد إلا بعنصرين هما (التكوين الحرفي للنص و الهدف الاجتماعي الذي أدى إلى تشريعه) فالتكوين الحرفي للنص هو العنصر الثابت أما العنصر الثاني (الهدف الاجتماعي) والذي يهمننا هو عنصر متحرك وللمفسر (القاضي) الحق في ان يتعامل مع القانون حسب الحاجة الاجتماعية في عصره⁽²⁾.

اذ عليه (القاضي) أن يفكر ما هو النص القانوني الذي سيضعه المشرع لو عهد إليه بالتشريع في هذا اليوم هل قصد بمبادئ الشريعة الإسلامية الاصول العامة والقواعد العامة الكلية للشريعة أم الشريعة الإسلامية بمفهومها الواسع التشريع التام الكامل الذي لا يأتيه الباطل بين يديه ولا من خلفه، تنزيل من حكيم حميد اذا ليس الشريعة الإسلامية عقيدة دينية فحسب بل هي أيضًا في آن واحد سلوك أخلاقي ونظام تشريعي قانوني، فالشريعة تنظم الأحكام الفقهية فكل فقه هو شريعة وليس العكس⁽³⁾.

لذا فالنص القانوني ذاته يمكن أن يكون له معانٍ مختلفة طبقًا لزمان تطبيقه ويكون الدور الفعال في احياء القاعدة القانونية وتنشيطها للقاضي الحذق الذي ينتهز المرونة المتوفرة في النص التشريعي، كون النص كلما كانت عباراته مرنة كان انجح وأنجع من غيره فكلما زادت مرونة النص كان تفسيرها متغيرًا بتغير الأزمان والظروف.

(1) أ.م شوقي بناسي، الشريعة الإسلامية و مبادئها كمصدر للقانون المدني شعار دون أثر قانوني الالتزامات انموذجًا، بحث منشور في مجلة حوليات جامعة الجزائر، العدد2، مجلد31، سنة 2017، ص321 .

(2) د. عصمت عبد المجيد بكر، شرح قانون الإثبات، المكتبة القانونية، بغداد، 2012، ص44-40.

(3) د. عباس كاشف الغطاء، المدخل الى الشريعة الإسلامية، ط4، مؤسسة كاشف الغطاء العامة، النجف الأشرف، 1436-2015، ص27.

فعبارة (مبادئ الشريعة الإسلامية) عبارة مرنة غير جامدة يستطيع القاضي أن يفسرها تفسيراً متطوراً بحيث يبحث عن أساسها العقلي في الوقت الذي يفسرها فيه فيكسبها معنى جديداً أو يجعلها تنطبق على حالات جديدة بحيث يوائم مضمونها مع ما طرأ من تغيرات على ظروف الحياة التي وضعت من أجلها تلك النصوص ويوائم بينه وبين الظروف الاجتماعية الجديدة وهذا مصداق للمادة (3) من قانون الإثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979 المعدل و التي جاء فيها "إلزام القاضي بإتباع التفسير المتطور للقانون ومراعاة الحكمة من التشريع عند تطبيقه" ولاشك في ان ما قرره المشرع في هذا المقام هو قاعدة عامة تسري على كل فروع القانون العام والخاص ، ما لم يتعارض ذلك مع طبيعة القانون.

فعلى القاضي أن يراعي الحكمة من التشريع التي تظهر عند تطبيق القانون لا تلك الحكمة التي تصورها المشرع عند وضعه النص القانوني، وبذلك يكون القاضي متفاعلاً مع حركة المجتمع المتطور فيأخذ بتطور الاوضاع الاجتماعية والاقتصادية وحتى السياسية بنظر الاعتبار عند تطبيق القانون، فتكون الملائمة بين النص القانوني وبين ما طرأ على الحياة من ظروف جديدة وبهذا التكيف يصبح للقاعد القانونية في تطبيقها الحالي مضمون أوسع مما كان لها في ذهن المشرع عند وضعها وقد قيل (ان التشريع أبعد نظرًا من المشرع)⁽¹⁾.

وهذا ما تميز به المشرع العراقي في قانون الإثبات بالمادة سالفه الذكر من خلال توسيع سلطة القاضي بعدم التمسك بالتفسيرات الضيقة التي تفرغ القوانين من محتواها الانساني والاصلاحي وتؤدي في النهاية إلى جمود النص وعدم قدرتها على مواكبة التطورات الاجتماعية.

بالإضافة إلى ذلك هنالك أمثلة كثيرة في القانون المدني على القواعد القانونية التي ورد فيها عبارات أو كلمات مرنة كما في المادة (2/146) من القانون المدني العراقي⁽²⁾ التي جاء في ذيلها "...جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان تنقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك" فكلمة (الحد المعقول) هي فكرة مطاطة يملك القاضي في تطبيقها سلطة تقديرية واسعة متمثلة في نقص

(1) المحامي محمد علي الصوري، التعليق المقارن على مواد قانون الإثبات، ط2، ج1، المكتبة القانونية، بغداد، 2011، ص 30-31.

(2) تقابلها المادة (2/147) من القانون المدني المصري والتي جاء فيها ما يلي: "ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً اتفاق على خلاف ذلك".

الالتزام المرهق إلى الحد المعقول فهذه الفكرة مرنة جدًا يرجع في تحديدها إلى ارادة القاضي وسلطته التقديرية، وكما قال الاستاذ السنهوري فان القانون بهذا النص قد أزال كل شك في أن القاض مطلق اليد في معالجة الموقف الذي يواجهه، فمهمة القاضي في توقيع هذا الجزاء المرن تختلف عن مهمته المألوفة فهو لا يقتصر على تفسير العقد بل يتجاوز ذلك إلى تعديله⁽¹⁾، ويقول أحد الفقهاء هي تعبير المشرع عن الثقة التي يمنحها للقاضي⁽²⁾.

المطلب الثاني

أثر مبادئ الشريعة الإسلامية على القانون والقضاء المدني

إن القضاء ومبادئ الشريعة الإسلامية أحدهما مظهر للآخر فالأول هو المظهر العملي والثاني المظهر العلمي فلا يمكن للقضاء أن يتجرد من مظهره العلمي أو العملي، ولكون وظيفة القضاء تمس حقوق الناس وتؤثر في تنظيم مختلف جوانب الحياة تولى المشرع وضع قيود ومبادئ تحافظ على كرامة القضاء والابتعاد عن كل ما يبعث الريبة في استقامته.

كون القاضي بشرًا وليس بمعصوم خصوصًا ان عمل القضاء يعتريه الكثير من التعب والجهد الذهني، أو يتعرض للمساومة أو الترغيب أو التهيب مما يجعله ينحرف عن المسار الصحيح، ولما أدرك الفقه القانوني أن في التشريع نقصًا فطريًا يستعصي على التوسع في الاستدلال اللفظي و المنطقي المحدد أن يعالج هذا النقص وبما يلئم مع طبيعة المجتمع المتجدد.

ولكون الشريعة الإسلامية هي المرجع الرئيس والدستور الأعلى الذي تأتمر به الارادة الشارعة والقاضي فكان حري بنا أن نسلط الضوء على هذا الأثر في فرعين الأول نتحدث فيه عن أثر مبادئ الشريعة الإسلامية في معالجة مشكلات القانون المدني والفرع الثاني نتحدث فيه عن أثر مبادئ الشريعة الإسلامية في تقييد سلطة القاضي وكما يلي:

الفرع الأول

أثر مبادئ الشريعة الإسلامية في معالجة مشكلات القانون المدني

(1) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ط3، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، ص725.

(2) د. سمير عبد السيد تناغو: المصدر السابق، ص46.

هنالك آراء لا يمكن إنكارها تقلل من أهمية مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون في ظل وجود التشريع وبقية مصادر القانون بل هنالك آراء عللت وجود مشاكل كثيرة في التشريع بشكل عام والقانون المدني بشكل خاص ومن هذه المشكلات (تضخم القواعد القانونية في القانون الواحد) و (التضخم التشريعي في المجتمع أو كثرة التشريعات).

ويرجع السبب الرئيس لتضخم القواعد القانونية في القانون المدني إلى تعدد مصادره، ومفهوم التضخم يمتد ليشمل كل الحالات التي يكون فيها حجم التشريع كبيراً بشكل غير مبرر أو كان يحتوي نصوصاً مكررة أو نصوص تتعارض مع نصوص أخرى أو مجموعة من الاستثناءات التشريعية على القاعدة القانونية.

بحيث توجد نصوص قانونية في قانون واحد أو في قوانين مختلفة يمكن تطبيقها على مسألة واحدة، فينتج ترهل في المنظومة التشريعية قوانين لا تطبيق لها في الواقع وتؤدي إلى أرباك العمل بنصوص قانونية أخرى بينما الصياغة التشريعية الحديثة تتطلب الاكتفاء بنص أو قاعدة قانونية واحدة فالبلاغة بالإيجاز⁽¹⁾.

وليس هذا فقط بل انجر هذا التضخم إلى العقود الخاصة وظهر مصطلح (التضخم العقدي) أو (أزمة العقد) الذي بات يهدد إرادة المتعاقدين نتيجة تدخل المشرع والقاضي في العقد بشكل مفرط بحجة تحقيق التوازن العقدي والعدالة بالإضافة إلى أسباب تصب في مصالح معينة يحميها القانون، فنلاحظ تكاثر النصوص القانونية في القانون الواحد أو في قوانين مختلفة.

فيثور التساؤل هل بقي دور لمبادئ الشريعة الإسلامية يلجأ إليها القاضي عند غياب التشريع والعرف في ظل هذا التضخم؟

لذا سنقسم هذا الفرع إلى نقاط نتحدث فيها ما استحدثت من الأمور على الواقع الاجتماعي التي فرضتها الحياة نتيجة التطور في الجوانب المتعددة على المستوى الطبي و التكنولوجي والإلكتروني وغيرها كذلك مواءمة الواقع الاجتماعي مع الشريعة الإسلامية بعيداً عن الفلسفة الغربية الوضعية التي غيرت العديد من موروثاتنا الإسلامية الهادفة بالإضافة إلى التحرر من المنطق المجرد إلى المنطق الواقعي في الاستنباط وكما يلي:

(1) للمزيد ينظر: د. عبد الكريم صالح عبد الكريم و د. عبد الله فاضل حامد، تضخم القواعد القانونية - التشريعية دراسة تحليلية نقدية في القانون المدني، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية، العدد 23، السنة السادسة، 2014.

أولاً - أثر مبادئ الشريعة الإسلامية في معالجة المسائل الطبية المستحدثة على القضاء

المدني:

العالم بصورة عامة في حالة تقدم وتجدد مستمر وكما أدرك الانسان حقيقة معينة فإنه لم يبلغ مدارك العلم النهائية كما في قوله جل اسمه: " وَمَا أُوتِيتُمْ مِّنَ الْعِلْمِ إِلَّا قَلِيلًا"⁽¹⁾ ولذا أوجب الشرع الحنيف على كل مكلف ليس فقط التعلم بل الإجتهد فيه عند خلو الساحة من الفقيه المجتهد الجامع للشرائط ولم يكتفي بمؤلفات الماضين رحمهم الله من نحارير العلم وأهل الزهد والتقوى.

ونظراً لوجود ارتباط وثيق بين الطب و القانون وعدم مواكبة القانون للطب فقد أوجب هذا التطور الحاجة الفعلية لحماية لحقوق الطبيب والمريض معاً وعلى فقهاء القانون معالجة ذلك ووضع ضوابط قانونية تنظم العديد من الأمور الطبية التي تم اكتشافها مؤخراً التي لم تتل بتنظيم تشريعي ومنها (العلاج بالخلايا الجذعية البشرية) سواء تعلق بطرق الحصول عليها من مصادرها المختلفة (الأجنة، الحبل السري، نخاع العظم، المخ،...) أو في استخداماتها العلاجية الكثيرة وحفظها.

وللخلايا الجذعية أهمية كبيرة كونها اللبنة الاولى التي يتكون منها الجنين في بطن أمه وهذه الخلايا بقدرة الخالق لها القدرة على تكوين مختلف أنواع خلايا الجسم حيث لها القدرة على التحول إلى خلايا قلب أو كلى أو كبد أو خلايا دم حسب المكان الذي يتم زراعتها فيه من جسم الانسان ليتم اصلاح العضو المصاب، من خلال حقن ذلك العضو بطريقة ما وبالتالي قيامها بوظيفة ذلك العضو أو تلك الأنسجة⁽²⁾.

ولكي تكون للطبيب المشروعية القانونية للجوء إلى العلاج بالخلايا الجذعية ضرورة أن تكون هنالك مبادئ قانونية تحكم عملية المساس بجسم الإنسان فإن خالف أحد تلك المبادئ أعتبر مخالفاً بالتزامه القانوني وبالتالي ترتب المسؤولية القانونية، إلا أن القانون العراقي والإماراتي جاء خالياً من التنظيم القانوني للعلاج بهذه الوسيلة الحديثة بالرغم من جواز استخدامها شرعاً.

(1) سورة الإسراء: آية 85.

(2) أنس محمد عبد الغفار سلامة، الاطر القانونية لاستخدام الخلايا الجذعية في ضوء قانون رقم 5 لسنة 2016، بحث منشور في مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية في دولة الامارات العربية، العدد1، مجلد 16، سنة 2019، ص665.

كذلك المشرع المصري لم ينظم تقنية العلاج بالخلايا الجذعية اذ لا يوجد نص قانوني ينظم هذه التقنية ويؤكد ذلك ما جاء في قانون نقل وزراعة الاعضاء البشرية المصري رقم 5 لسنة 2010 والذي جاء فيه "أما فيما يتعلق بالخلايا الجذعية فهذه أمور معقدة لا محل لها في القانون" (1).

خلافًا لما فعل المشرع الاردني الذي أصدر نظامًا قانونيًا (نظام الخلايا الجذعية رقم 10 لسنة 2014) الذي نظم فيه الخلايا الجذعية من حيث شروط الحصول عليها واستعمالها وصرفها ووجود الضرورة الطبية وكيفية حفظ هذه الخلايا في بنك الخلايا وأنواع هذه الخلايا وغيرها من الأمور بما يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية والاعراف الطبية المعمول بها.

ولكونه في الوقت الحاضر تزايد استخدام الخلايا الجذعية لعلاج أنواع متعددة من الامراض اخرها (كوفيد 19 - مرض كورونا) فمن المؤكد ستثير جدلاً لعدم معالجتها قانونًا، لكن الشريعة الإسلامية السمحاء أعطت الحكم الشرعي من العلاج بالخلايا الجذعية من خلال الرجوع إلى المصدر الذي أخذت منه (أنسجة الأطفال وناقصي الأهلية، الخلايا الجنسية، الأجنة، المشيمة والحبل السري، ...) فكانت هنالك تجاذبات وتباين بالأراء التي تتراوح بين الرفض والاستنكار والجدل(2).

وبالنظر لما يثيره هذا العلاج من مشكلات قانونية عديدة يتعلق أهمها بمصادر هذه الخلايا باعتبار أن طريقة الحصول عليها من بعض المصادر يشكل مساساً بحق الإنسان في الحياة في بعض الأحيان ، وحقه في السلامة الجسدية في كل الأحيان، فلا بد من إيجاد مسوغ شرعي وقانوني لإباحة هذا العلاج حتى لا يدان الطبيب وتقوم مسؤوليته، ولكون مصادر الخلايا الجذعية متعددة في جسم الانسان ليس ذلك فقط بل أمتدت مصادر ها إلى الاجنة المسقطه في أي مرحلة من مراحل الحمل.

(1) زينب عبد الإله عبد الكريم، موقف الاديان السماوية والتشريعات من تجارب العلاج بالخلايا الجذعية، بحث منشور في مجلة كلية دجلة الجامعة، العدد 3، مجلد5، سنة 2022، ص85.

(2) يرى فقهاء الشريعة الإسلامية إن المبدأ العام في إن الولي الشرعي لا يملك الحق في التصرف بأعضاء طفلة القاصر، ذلك لان القاصر نفسه لا يملك التصرف بأعضائه بسبب نقص أهليته، لذا فإن الولي الشرعي لا يمكنه امتلاك امتيازات على جسم القاصر أكثر مما يملكه القاصر نفسه، في الوقت نفسه فإن على الولي الشرعي أن يعارض أي تصرف بأعضاء جسم القاصر وأن يسهل على احترام مصالحه ، ولكن يُرَدُّ على هذا الكلام، إنه لا بد من استثناء على ذلك إذا ما تعلق الغرض العلاجي لهذا التصرف لمصلحة الأخوة أو الأخوات أو الوالدين ، وهذا ما فعلته التشريعات . أنظر ، د. محمد سعيد رمضان البوطي ، مشاكل قانونية معاصرة ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية، بلا سنة نشر، ص15.

فجاءت الاحكام الشرعية مختلفة حسب المصدر المأخوذ منه الخلية فمثلاً الحصول على الخلايا الجذعية من الأجنة المجهضة تلقائياً أو بسبب طبي لا يشكل أي عائق اخلاقي أو شرعي أما إذا كان الاجهاض متعمداً وبدون سبب طبي فعن الإجهاض في ذاته يواجه اعتراضاً اخلاقياً وشرعياً كما أن ايجاد حمل مخصوص للحصول على الخلايا الجذعية أمر مرفوض رفضاً باتاً ولا تقره أي شريعة⁽¹⁾.

فالخلايا الجذعية مصادرها ووسائل الحصول عليها متعددة و يمكن اللجوء لهذه المصادر بشرط أن تحقيق غرض مشروع أهل للحماية ببيحها الشرع وهي الحصول عليها من الشخص البالغ الراشد أو الاجنة المجهضة تلقائياً أو من الحبل السري و مشيمة المولود⁽²⁾، فالخلايا الجذعية يجوز الحصول عليها وتنميتها واستخدامها بهدف العلاج أو لإجراء الأبحاث العلمية المباحة إذا كان مصدرها مباحاً⁽³⁾.

ثانياً - أثر مبادئ الشريعة الإسلامية في معالجة القصور الوهمي في القانون المدني:

لقد ميز الفقهاء بين نوعين من القصور في القانون أولهما القصور الوهمي وثانيهما القصور الحقيقي ويتحقق القصور الوهمي متى كانت القاعدة التي تعالج المسألة المطروحة موجودة ولكنها غير عادلة وعاجزة عن ان تهدي إلى حلول ناجعة أو غير منسجمة مع الظروف الاجتماعية السائدة، ويطلق رجال القانون على هذه الحالة اسماً آخر وهو (القصور الايديولوجي) لأن تغيير الايديولوجية (الفكر) خاصة الافكار السياسية منها تجعل القاضي يتوهم هذا القصور بدعوى انتقاده، ويسمى هذا القصور أيضاً (بالقصور الانتقادي) لأن القاضي ينتقد القانون القائم لأنه غير جيد أو لقصور غاية القانون لأن للقانون غاية معينة لا تنسجم القاعدة الموجودة معها، فيستحسن بالقاضي أن يتجاهل تلك القاعدة ويخلق قاعدة جديدة أخرى محلها⁽⁴⁾.

فالقاضي يملك خيارات عديدة أزاء معالجة هذه الحالة إذ بإمكانه التخلي عن حكم الحالة وفقاً لهذا النص المعيب بحسب معتقده واجتهاده طبقاً لمبادئ العدالة، كما له ان يطبق نصاً آخر غير ذي علاقة بتلك الحالة ولا يمت لها بصلة، أو يذهب إلى أعرق من ذلك ويبدلي صراحة انه

(1) د.محمد علي البار، الخلايا الجذعية والقضايا الأخلاقية، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، تصدر عن المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، ط1، العدد الثامن والثمانون، 2003، ص 55.

(2) د. محمد علي البار: المصدر نفسه، ص84.

(3) وحيد خليل ابراهيم الصافي، التنظيم القانوني للعلاج بالخلايا الجذعية دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون في جامعة كربلاء، 2013، ص100.

(4) د. محمد شريف أحمد: المصدر السابق، ص164.

غير معني بالنص الموجود ويمتنع علناً عن الحكم بموجبه لأنه نص يتعارض مع ضمير الأمة ويجافي العدالة التي يراها القاضي⁽¹⁾.

فعندما تنشأ انماط جديدة من العلاقات نتيجة تطور مفاجئ في ميدان معين مع العلاقات الاجتماعية أو التجارية أو الصناعية أو عندما تحصل ثورة جذرية تستهدف الاسس الاجتماعية التقليدية وتعرض على المحكمة المدنية ولا تجد المحكمة قاعدة قانونية تحاكي هذه التطورات نتيجة عدم ملاءمتها لظروف الواقع ومتطلبات المجتمع فيحتم هذا القصور على القاضي الالتفاف على النصوص والاستعانة ببقية مصادر القانون بما فيها مبادئ الشريعة الإسلامية كونها المصدر الرحب الملائم لكل زمان وكان⁽²⁾.

ويرى الباحث إن تدخل القاضي لمعالجة الفراغ الوهمي في القانون أمر مستحسن كونه نابع عن تحقيق غاية القضاء وهو الحكم بالعدل بما يلائم الواقع الاجتماعي خلاف النص الغامض الذي لا يمكن اعتباره سبب للجوء إلى بقية المصادر لعدم وجود تغير في ميدان الواقع الاجتماعي فالقاضي يكون ملزم بإزالة غموض النص وتقويم قصوره وتقوية ضعفه بالتأويل والنظر والقياس السليم وليس أهماله وترك العمل به واللجوء إلى نص غيره.

ثالثاً - ملائمة الواقع الاجتماعي مع الشريعة الإسلامية بعيداً عن الفلسفة الغربية الوضعية:

هنالك قضايا وظواهر في العصر الحاضر بحاجة إلى إجابات فقهية وموضوعات غزيرة معروضة على القضاء ينبغي على الفقه أن يبين حكمها عبر إعادة النظر فيها بصورة تتلاءم وحاجات العصر، حيث أدت التطورات التي طرأت على العالم وانتشار الفكر الغربي في البلاد الإسلامية إلى تعقيد الحياة الاجتماعية.

وقد أثرت التجربة الغربية في مجال القانون بشكل مباشر حتى لا تكاد دولة إلا وأخذت بالقوانين الوضعية واعتزلت شرائع الله سبحانه جملة وتفصيلاً أو أخذت منها شيئاً وخرجت بشيء ثالث مركب بينهما لا يمكن وصفه بأنه شريعة سماوية كونه ممزوج بأفكار وضعية صيرت في مجال التقنين⁽³⁾.

(1) علي عبد الله عفریت الحريشاوي: المصدر السابق، ص33.

(2) د. عصمت عبد المجيد بكر، المصدر السابق، ص409.

(3) الشيخ فاضل الصفار، فقه القضاء والمحاكم، المصدر السابق، ص21.

ومن هنا يأتى ضرورة استنباط قواعد القانون من الشريعة الإلهية فالآيات القرآنية المتعددة و الروايات المأثورة وأقوال علماء الدين وآثارهم كلها تدل على انحصار الولاية وحق التشريع بذات البارى سبحانه وتعالى أو الشخص الذي يعين من قبله تعالى في هذا السبيل، وقد أكد القرآن الكريم مراراً على هذه الحقيقة بآياته المباركة كقوله تعالى: " إِنْ أَحْكَمُ إِلَّا لِلَّهِ ۗ أَمْرًا إِلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ ۗ ذَلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ وَلَكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ" (1) وأمثالها (2).

وعندما يتم الكلام عن إمكانية أن يقوم الآخرون بهذا الأمر يؤتى بعبارات من قبيل التفويض من الله أو واجب من قبله تعالى أو حجة الله، عليه لا مناص عن ضرورة التقنين القائم على أساس الفقه الإسلامي الكاشف عن الشريعة الإلهية(3).

والقانون المدني يرتبط مع الفقه الإسلامي بمشتركات عديدة فهما يهدفان بمقاصدهما إلى إصلاح المجتمع ومنع ظواهر البغي والتعدي كلها تصب في دائرة حركة الإصلاح الاجتماعي، وجدير بالذكر ان اسلمة المفاهيم أو تدوين الفقه الإسلامي ليست بالبدعة الجديدة انما هي حركة وعي لها علماء ومفكرون اسلاميون تبلورت بشكل واضح في ثلاثينيات القرن العشرين تحت مسمى (إحياء الشريعة الإسلامية) بدعوى وجوب تلاقي القانون والأخلاق وهذا يعطي للقاضي مساحة واسعة لأختيار المادة القانونية دون التقيد بمذهب معين.

رابعاً - اختلاف النهج الفقهي يمنح القاضي تحراً من المنطق المجرد إلى المنطق الواقعي في الاستنباط:

هنالك علوم تسمى بالعلوم الآلية أو الخادمة لعلوم أخرى وهذه العلوم هي علم المنطق و علم أصول الفقه الإسلامي أو علم الأصول وهذا الأخير يوصلنا إلى الفقه الاسلامي (4).

ومن هنا تظهر لنا مهمة علم أصول الفقه تتلخص في انه يهيئ للفقيه أو القاضي قواعد تمكنه من الوصول إلى الحكم الصحيح وتسمى هذه (بقواعد الاستنباط) وهي ذاتها قواعد الاصول التي تؤدي إلى استظهار الحكم الشرعي، وهذه القواعد الاصولية الآلية تتصف

(1) سورة يوسف، آية 40.

(2) للمزيد انظر سورة المائدة الآيات: (5، 44، 45، 47) و سورة الأنعام الآيات: (6، 57، 62) وغيرها.

(3) مركز الدراسات الاسلامية لمجلس الشورى الاسلامي، المصدر السابق، ص87.

(4) يعرف الفقه اصطلاحاً بأنه: العلم بالأحكام الشرعية عن أدلتها التفصيلية. بينما علم الاصول: هو العلم الذي يبحث فيه الدارس عن القواعد التي يتمسك بها الفقيه لدى استنباط الحكام الشرعية من أدلتها المعتمدة. للمزيد ينظر: الشيخ فاضل الصفار، المهذب في اصول الفقه تطبيق القواعد الاصولية على الشريعة والقانون، ط2، مكتبة العلامة ابن فهد الحلبي، كربلاء المقدسة، العراق، 2016، ص12.

بالعمومية وذلك لأنها تطبق في جميع أبواب الفقه وفروعه، كما تتصف القاعدة القانونية بالعمومية⁽¹⁾.

وبهذا يتجلى علم المنطق القانوني في الفكر الإسلامي في مجال علم أصول الفقه للاشتراك في الغاية إذ ان علم المنطق القانوني في الفكر الإسلامي يجوز ان يطلق عليه (المنطق الفقهي الإسلامي) وكذلك (النسق الفقهي الإسلامي) والذي يتمثل في علم أصول الفقه، فالأصول إذن منهج البحث عند الفقيه أو القاضي أو منطلق مسائله أو بمعنى أوسع هو قانون عاصم لذهن القاضي من الخطأ في التفكير.

ولكن المسلمين لم يعرفوا نسقاً فقهيًا واحدًا بل تعددت أنساقهم الفكرية بتعدد المذاهب الفقهية⁽²⁾.

وهنا يأتي دور القاضي في عدم التقيد بمذهب معين، وبذلك نستطيع القول إن علم المنطق الفقهي الإسلامي يلعب دور كبيرًا في تطبيق النصوص على الواقع فهو بمقتضاه يستطيع القاضي والمفتي والمجتهد أن يصل إلى الأحكام الشرعية لما يعرض عليه من وقائع يريد البحث عن حكمها إذ يساعده في التكيف والتفسير والاستدلال والتسيب⁽³⁾.

الفرع الثاني

أثر مبادئ الشريعة الإسلامية في تقييد سلطة القاضي

تعد مبادئ الشريعة الإسلامية من مبادئ التي لها صلة ضرورية في حماية الحقوق من الانتهاك، فهناك الكثير من السلطات يلجأ المشرع إلى تقييدها تحقيقاً للمصلحة العامة كذلك مبادئ الشريعة الإسلامية قيدت بعض الحقوق والسلطات التي يتمتع بها القاضي حماية لها.

وأن هذه السلطة لا بد لها من ضابط يحكمها حتى لا تنقلب إلى سلطة تعسفية تصادر الحقوق المراد حمايتها، وان هذه الضوابط سواء كانت شرعية أم قانونية كثيرة ومتشعبة وأن مبادئ الشريعة الإسلامية تساعد بلا شك على رسم حدود موضوعية تحقيقاً للهدف المنشود.

(1) الشيخ فاضل الصفار: المهذب في اصول الفقه ...، المصدر السابق، ص11.

(2) فهناك أولاً- النسق الفقهي الذي قدمه مالك ومدرسة الحديث. ثانيًا - النسق الفقهي الذي أسسه أبو حنيفة ومدرسة الرأي. ثالثًا - النسق الفقهي الذي وضعه الشافعي. رابعًا - النسق الفقهي الذي أرسى قواعده أحمد ابن حنبل وتلاميذه... وغيرهم.

(3) أ.د. فايز محمد حسين، دور المنطق القانوني في تكوين القانون وتطبيقه دراسة في فلسفة القانون، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2011، ص97-105.

وقد حرصت كافة التشريعات والنظم القانونية على تقرير القواعد التي تكفل حماية الحقوق ومنع كل ما يجعل القضاء محل ريبة أو شك في نظر كافة الافراد بصفة عامة والمتقاضين على وجه الخصوص.

ومن بين تلك القواعد قاعدة (مبدأ حياد القاضي) فالقاضي يقف موقفًا سلبياً من كلا الخصمين فيما يتعلق بإثبات الدعوى فالقاضي لا يمكنه أن يؤسس قناعته إلا على عناصر الإثبات التي أدلى بها الأطراف ولا يمكنه التدخل تلقائياً في البحث عن الحقيقة من دون دليل قدم من قبلهما أثناء نظر الدعوى هذا المبدأ العام الذي يجب على القاضي الالتزام به كقيد تحد سلطاته الواسعة، وضمانة للمتقاضين على حد سواء فالشريعة الإسلامية تكفل المساواة أمام القضاء والنص القانوني لتحقيق العدل بين المتقاضين.

وقد أكدت الشريعة الإسلامية على هذا المبدأ وجعلت منه مقوماً من مقومات القضاء وحرصت على وضع الضمانات الكافية لصيانتته ومن ثم بسط العدل في العمل القضائي وقد وضعت قواعد ضامنة تقيد من سلطة القاضي لتكون ضمانة للمتقاضين في حياد القاضي في الفقه الاسلامي.

التشريعات المدنية أيضاً أيدت هذا المبدأ بالتأكيد عليه في نصوصها القانونية ومبادئها الأساسية وهذا ما سنبينه، كما أكدت عليه مبادئ الشريعة الإسلامية في الاصل كما ذكرنا حيث جعلته ركيزة من ركائز القضاء، وحرصت على وضع الضمانات الكافية لتحقيق هذا المبدأ ومن ثم تحقيق العدالة وهذا ما سنبينه في النقاط الآتية:

أولاً - منع القاضي من القضاء بعلمه الشخصي: مفاد هذه القاعدة إن القاضي قد يكون على علم بالدعوى المعروضة عليه أو ببعض تفاصيلها واحقاقاً للعدالة ناقش الفقهاء مدى جواز حكم القاضي بعلمه الشخصي وقد منعه أكثر الفقهاء لأنه (يشبه قضاءه لنفسه وقضاؤه لنفسه باطل بالإجماع لأنه سيكون قضاء بصحة شهادته وهذا يغير و وظيفة القاضي والشاهد) أي أن القاضي لا يحكم إلا بما يسمع في جلسة الحكم وهو رأي جمهور الفقهاء، كذلك أتفق الفقه المتأخرون من العامة على عدم بعد أن أختلف المتقدمون منهم بين مجيز ومانع ومفصل،

وخلاصة القول أن حكم القاضي بعلمه الشخصي ممتنع عند جمهور الفقهاء صوتاً (لحيادته) ويقترّب من هذا فيما أفتي به ضماناً أخرى تدعم (مبدأ حياد القاضي)⁽¹⁾.

أما الفقه الإمامي فهم على أقوال والمشهور شهرة عظيمة هو (الجواز) وقد استدلوا بأدلة عديدة أهمها قوله تعالى "وَمِمَّنْ خَلَقْنَا أُمَّةً يَهْدُونَ بِالْحَقِّ وَبِهِ يَعْدِلُونَ"⁽²⁾ أي يطلبون الحق ويحكمون به كما هو المروي وحيث إن الألفاظ تحمل على المعاني الحقيقية لا المتخيلة أو الوهمية حيث أن غاية الحكم العدل الواقعي لا العدل القضائي⁽³⁾.

أما القانون الوضعي اليوم يمنع القاضي من أن يحكم بعلمه الشخصي وعلى هذا نصت المادة (8) من قانون الإثبات العراقي " ليس للقاضي ان يحكم بعلمه الشخصي الذي حصل عليه خارج المحكمة ، ومع ذلك فله ان يأخذ بما يحصل عليه من العلم بالشؤون العامة المفروض المام الكافة بها" كذلك جاء في نفس المضمون في المادة (3) من قانون البيانات الاردني النافذ⁽⁴⁾ وهذا ما لم نجده في قانون الإثبات المصري وقانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية لدولة الامارات العربية المتحدة.

فالقاضي لا يمكن أن يؤسس قناعته إلا على عناصر الإثبات التي أدلى بها الأطراف، إلا أنه يوجد استثناء على هذا المبدأ يتعلق بالوقائع الموجودة ضمن عناصر القضية المطروحة على المحكمة فمثل هذه الوقائع يمكن للمحكمة إثارتها واعتمادها رغم أن الاطراف لم يتمسكوا بها صراحة وهذا الدور الاستقرائي للقاضي الذي يهدف إلى الكشف عن الحقيقة وتحقيق العدالة⁽⁵⁾، وذهب رأي في الفقه أن منع القاضي من القضاء بعلمه الشخصي ليس فرعاً عند مبدأ حياد القاضي بل هو النتيجة المترتبة على حق الخصوم في مناقشة أي دليل يقدم في القضية⁽⁶⁾.

(1) د. بالطيب فاطمة، حياد القاضي في ظل مبدأ استقلالية القضاء دراسة فقهية قانونية، بحث منشور في مجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية، مجلد 9، عدد2، 2017، ص301.

(2) سورة الاعراف: آية 181.

(3) الشيخ فاضل الصفار، فقه القضاء و المحاكم دراسة تقويمية مقارنة بين الشريعة والقانون، ط1، ج2، مكتبة العلامة ابن فهد الحلبي، كربلاء المقدسة - العراق، 2016، ص165.

(4) جاء في المادة (3) قانون البيانات الأردني رقم 30 لسنة 1952 ما يأتي: " ليس للقاضي أن يحكم بعلمه الشخصي".

(5) القاضي جعفر كاظم الميالي، المفهوم المتطور لفكرة حياد القاضي، مقال منشور على شبكة الدولية الانترنت على الموقع الالكتروني <https://shafaq.com> ، تأريخ الزيارة 2022/11/5.

(6) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري: المصدر السابق، ج2، ص31.

في حين ذهب رأي آخر إلى أن مبدأ منع القاضي من الحكم بعلمه الشخصي لا يأتي من مبدأ الخصوم في مناقشة الأدلة المقدمة في الدعوى وإنما يأتي من أن ما شاهده القاضي أو ما سمعه مما يتصل بوقائع القضية سوف يؤثر حتمًا في تقدير القاضي وهو عندئذ يصلح كشاهد في القضية ليقدر قاضٍ آخر شهادته وإنما لا يصلح أن يكون قاضيًا والّا عد قاضيًا وشاهدًا في وقت واحد، وبالنتيجة أن حكم القاضي بعلمه الشخصي يخرج عن موقف الحياد تجاه الخصمين⁽¹⁾.

غير أنه يجوز للقاضي أن يحكم بناءً على خبرته الشخصية العامة المفروض علم الناس بها عمومًا ولا يعد ذلك قضاءً بالعلم الشخصي للقاضي كالمعلومات التاريخية والجغرافية أو العلمية والفنية الثابتة المفروض المام الكافة بها⁽²⁾.

خلاصة ما تقدم: لا يجوز للقاضي ان يستند في تكوين اعتقاده واصدار قضاءه على واقعة اتصلت بعلمه من غير طرق الخصوم وخارج دائرة تحقيق القضية والأدلة المقدمة فيها لأن القاضي لا يرى إلا بعيون القضاء، فإذا عرضت قضية على المحكمة فالمفروض بالقاضي انه لا يعلم شيئًا عن وقائعها ويقع على عاتق الخصوم اثبات الوقائع التي يستندون اليها.

ثانيًا - حصر الدعوى للمتقاضين: أرست الشريعة مبدأ المساواة بين الخصوم لأن العدل هو الذي يحكم عملية التقاضي فالقاضي مأمور بالتسوية في الجلوس و الإقبال والإشارة ولإسكات ورفع الصوت وخفضه، ومن ابرز صور قاعدة حظر التدخل في الدعوى تلقين أحد الخصوم حجته أو استنطاقه حتى لا ينحاز إلى طرف دون طرف وقد أجاز المذهب المالكي التلقين ولكن قيده بوجود ألا يكون فيه إعانة له على فجور⁽³⁾.

ونلاحظ الفقه الإسلامي قد حصن التقاضي بمجموعة من القواعد والمبادئ صيانة له وحفظًا للحقوق لما له من تداعيات على الجماعة قبل الافراد، فالقاعدة العامة ليس للقاضي أن يبني حكمه على دليل يستمده بنفسه دون قيام الخصوم بذلك ويقتصر دوره على بيان ما اذا كان الدليل جائز القبول قانونًا أو يجب رفضه وفقًا لقواعد الإثبات الموضوعية والاجرائية حيث لا يجوز له جمع عناصر دليل أو أدلة لصالح الخصمين بل عوض عن ذلك يقدم الدليل الذي قدمه

(1) د. أحمد أبو الوفاء، الاثبات في المواد المدنية والتجارية، ط1، الدار الجامعية، دون مكان نشر، 1983، ص30.

(2) المحامي حسين المؤمن، حكم الحاكم بعلمه الشخصي في الشريعة والقانون، بحث منشور في مجلة القضاء تصدرها نقابة المحامين في العراق، العدد3، 1976، ص123.

(3) د. بالطيب فاطمة: المصدر السابق، ص303.

الخصم إلى الخصم الآخر ليطلع عليه وليناقشه وليثبت عكسه ان اراد، اذا لا يكفي ان يكون حكم القاضي صحيحاً في ذاته وانما يجب أن يبدو كذلك للخصوم وللناس كافة، فتكون لنزاهة القضاء وسائل ومظاهر في تنظيم القضاء فهذه من مظاهر حياد القاضي عدم جواز الجمع بين صفتي الخصم والحكم⁽¹⁾ ،

وتأسيساً على ما ذكرناه فإن مبدأ حياد القاضي لا يقصد به عدم تحيز القاضي لأحد أطراف الدعوى فهذا أمر بديهي مفترض في جميع أعمال القاضي ولكن يراد منه (أن يقف موقفاً سلبياً بين الخصوم) فلا يقوم بأي عمل إيجابي في توجيه الإثبات أو إقامة أدلة الإثبات، هذا من جهة ومن جهة أخرى إن مبدأ حياد القاضي لا يعني أن التدخل الإيجابي للقاضي معناه تحيزه في الحكم وإنما يكون هذا التدخل دون أن يصل إلى درجة الانحياز إلى أحد الخصوم⁽²⁾ ،

وقد برز هذا الاتجاه في المادة (17/أولاً) من قانون الإثبات العراقي التي نصت "للمحكمة ان تقرر من تلقاء نفسها، أو بناء على طلب الخصم، اتخاذ أي إجراء من إجراءات الإثبات تراه لازماً لكشف الحقيقة" فنلاحظ لو كان هنالك إجراء لازم ليظهر الحقيقة يكون من حق المحكمة التدخل لإتخاذ هذا الإجراء الذي تراه مناسباً لكشف الحقيقة وعدم ترك كشف الحقيقة للخصوم وحدهم⁽³⁾، وتقابلها المادة (9) من قانون الإثبات المصري رقم 25 لسنة 1968 والتي جاء فيها الاتي: " للمحكمة أن تعدل عما أمرت به من إجراءات الإثبات بشرط أن تبين أسباب العدول بالمحضر ويجوز لها ألا تأخذ بنتيجة الإجراء بشرط أن تبين أسباب ذلك في حكمها". كذلك المادة (5) من قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية لدولة الامارات⁽⁴⁾.

تأسيساً على ذلك قررت محكمة التمييز الاتحادية في أحد قراراتها نقض قرار محكمة الاستئناف لأنها أصدرت حكمها المميز قبل استكمال تحقيقاتها في الدعوى المدنية والذي جاء فيه: "لدى التدقيق والمداولة من الهيئة الموسعة المدنية في محكمة التمييز الاتحادية وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية ومشمتمل على اسبابه قرر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر

(1) الدكتور عصمت عبد المجيد بكر: المصدر نفسه، ص31.

(2) المستشار الدكتور أحمد الغريب شبل البناء، دور القاضي المدني في إنشاء القاعدة القانونية، ط1، دار النهضة العلمية، الإمارات - دبي، 2018، ص24.

(3) القاضي جعفر كاظم الميالي: المصدر السابق، ص2.

(4) جاء في المادة الخامسة من قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية لدولة الامارات رقم 10 لسنة 1992 ما يلي: " 1- للمحكمة أن تعدل بقرار تثبته في محضر الجلسة عما أمرت به من إجراءات إثبات بشرط أن تبين أسباب العدول بالمحضر، ولا ضرورة لبيان الأسباب إذا كان العدول عن إجراء اتخذته من تلقاء نفسها بغير طلب من الخصوم. 2- ويجوز للمحكمة ألا تأخذ بنتيجة إجراء الإثبات بشرط أن تبين أسباب ذلك في حكمها".

على الحكم المميز تبين انه غير صحيح لمخالفته أحكام القانون ذلك لأن المحكمة وان اتبعت ما رسمه القرار التمييزي الصادر عن هذه المحكمة بالعدد 2101/الهيئة الاستئنافية عقار/2013/المؤرخ 2013/6/11 الا انها أصدرت حكمها المميز قبل استكمال تحقيقاتها في الدعوى، ومن جهة تكليف المميز عليه/ اضافة لوظيفته ببيان أوجه مخالفته التخصيص للضوابط والتعليمات التي يدعيها في عريضة دعواه، ومدى توافر شروط التخصيص إلى المميز ولها في ذلك اتخاذ أي إجراء من الاجراءات الإثبات لكشف الحقيقة والوصول إلى الحكم العادل في الدعوى استناداً للمادة 17/اولاً من قانون الإثبات رقم 107 لسنة 1979 لذا قرر نقضه وإعادة الدعوى إلى محكمتها لأتباع ما تقدم على ان يبقى رسم التمييز تابعاً للنتيجة وصدر القرار بالإتفاق في 15/شوال/1435 هـ الموافق 2014/8/11م⁽¹⁾.

كما ان قيام المحكمة بإثارة الدفوع الموضوعية المتعلقة بالنظام العام لا يعد خروجاً من حياد القاضي أو المحكمة حتى لو تمحض إثارة هذا الدفع لصالح أحد الخصوم لأنها من صميم عمل القضاء، من تلك الدفوع (الدفع بتوحيد دعويين، الدفع بعدم جواز إقامة الدعوى في أكثر من محكمة، الدفع بعدم الاختصاص الولائي أو النوعي) لأن قواعد التنظيم القضائي تتعلق بالنظام العام إذ هي تنظم مرفقاً من مرافق الدولة⁽²⁾.

(1) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (253/الهيئة الموسعة المدني في 2014/8/11) المنشور على موقع قاعة التشريعات العراقية الإلكترونية: <https://iraqlid.e-sjc-services.iq/VerdictsTextResults.aspx> تأريخ الزيارة 2022/11/8.

(2) ناسؤس نامق براخاس، ضمانات حياد القاضي في الدعوى المدنية العراق نموذجاً، بحث منشور على الموقع الإلكتروني: http://isamveri.org/pdfdrg/G00340/2017/2017_BERAHASN.pdf تأريخ الزيارة 2023/2/15.

الفصل الثاني

أحكام الملائمة في

القانون المدني

الفصل الثاني

أحكام الملائمة في القانون المدني

قد يتجنب المشرع التعرض للتفاصيل في المواضيع التي يعالجها لما يتميز به من اتساع ودقة، وهذا من المسلم به أن المشرع دائماً ما يقف لدى أمهات المسائل ويترك ما سواها من الجزئيات الدقيقة لأجتهاد القضاء.

وقد يتعمد المشرع صياغة النص القانوني بلغة مبهمة تحت تأثير العوامل السياسية والاجتماعية تاريخاً للقضاء الكشف عن روح القانون، وعند حدوث وقائع على القاضي أن يستخلص المعنى المقصود أخذاً بنظر الاعتبار الوضع الاجتماعي ومستوحياً روح التشريع، كون القاضي في الحقيقة ليس الا مشرعاً ثانياً ينضم إلى المشرع الأول الذي قال ومضى وترك للقاضي ان يستدرك ما فات.

والملائمة عند القضاء ليس غاية في ذاتها وإنما وسيلة لفصل المنازعات التي لم يتطرق لحكمها التشريع والعرف، فتكون الملائمة بمناسبة نزاع فعلي معروض على القضاء والقاضي غالباً ما يستعين بحكمة التشريع أو بعلّة الحكم أو بالأعمال التحضيرية والمصادر التاريخية كون الملائمة تكون بمجمل القانون المدني لا جانباً منه.

وان الغموض قد يكون وسيلة ذكية لتمرير اللوائح القانونية بسرعة في دهاليز البرلمان ودهاء القضاة اذ أن طبيعة الموضوع قد تثير غموضاً معيناً تختلف حوله الآراء ومدى انطباق حكم معين على جزئياته المختلفة ويترتب على ذلك صعوبة الوصول إلى المراد ضمن اطار المفهوم الضيق للنص.

وما الملائمة في القانون المدني إلا مصداق للغموض في القانون المدني الناتج عن طبيعة الموضوع فمهمة القضاء التفسيرية مهمة شاقة مشوبة بغموض المعالم والحدود محفوفة بالمزالق وضرورة الاحاطة بأصول الإجتهد وفسفة التشريع كون لها دور خلاق في تطبيق النصوص المسنونة وتطويرها ودفع عجلة القانون إلى الأمام.

لهذا سنبين في هذا الفصل أحكام الملائمة في القانون المدني في بحثين نخصص المبحث الأول إلى ضوابط العمل بالملائمة في القانون المدني ونخصص المبحث الثاني لدراسة مجال سريان مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص القانون المدني والرقابة عليها.

المبحث الأول

ضوابط العمل بالملائمة في القانون المدني

بقيت الشريعة الإسلامية القانون المعمول به في البلاد الإسلامية كافة منذ فجر الإسلام حتى الربع الثالث من القرن التاسع عشر فكانت تفي بحكم جميع المعاملات القانونية لأنها نظام قانوني كامل جمع بين مبادئ الدين والاخلاق واسبس النظام والقانون وضم إلى جانب التشريع الهني من كتاب كريم وسنة شريفة ما استنبطه المجتهدون من أحكام من نصوص الشريعة وروحها مما شهدت له بالحجية فأضحى تشريعاً الهيئاً من حيث مصدره وتشريعاً وضعياً من حيث ما بذل من جهد في استنباطه من اصوله⁽¹⁾.

فلاحظ أن القانون المدني العراقي في الفقرة (2) من المادة الاولى قد أوجب على القاضي عند فقد القاعدة القانونية أو القاعدة العرفية أن يحكم بموجب مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص القانون المدني و كذلك فعل المشرع المصري في الفقرة (2) من المادة الاولى أيضاً وبهذا تعد مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الاحتياطي الثاني الذي يلي العرف.

أما المشرع الاردني فقد جعل في المادة (2) فقرة (2) من القانون المدني مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الاحتياطي الثاني الذي يلي أحكام الفقه الإسلامي وليس العرف فإذا عرض نزاع على القاضي في غير مسائل الاحوال الشخصية كان ملزماً بالرجوع إلى المبادئ العامة في الشريعة الإسلامية ليبنى حكمه على واحد من هذه المبادئ وذلك إذا لم يجد نصاً في التشريع أو حكماً من أحكام الفقه الإسلامي يطبق على النزاع⁽²⁾.

فلاحظ التعبيرات التي وردت في القانون بإختلاف صياغاتها (**حكمت المحكمة...، حكم القاضي...، حكم بمقتضى...،**) تفيد صفة الإلزام بالرجوع لمبادئ الشريعة الإسلامية.

و السؤال الذي يمكن أن يثار هنا هو: هل وضع المشرع ضوابط معينة أو قيود محددة أو بين كيفية التطبيق عندما أشار على القاضي الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية عند شعور النص التشريعي أم إن هذا الوجوب مشروط بقيد الملائمة فقط؟

(1) الاستاذ عبد الباقي البكري و المدرس زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، بيت الحكمة، بلا مكان نشر و سنة نشر، ص146.

(2) د. عوض أحمد الزعبي، المدخل الى علم القانون، ط1، دار اثناء للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2010، ص129.

لذا فصلنا الإجابة على هذا السؤال بعد تقسيم هذا المبحث على مطلبين نتناول في المطلب الأول حالات الإلزام القانوني في الأخذ بالملائمة ونتناول في المطلب الثاني مراحل الملائمة في القانون المدني وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول

حالات الإلزام القانوني في الأخذ بالملائمة

بعد ان صدرت النصوص التشريعية في القوانين المدنية و الدستورية لتبين مرتبة ومنزلة الشريعة الإسلامية بوصفها مصدرًا للأحكام القضائية في حالة الفراغ التشريعي أو بوصفها مصدرًا للمشرع كأحد مصادر القانون.

وقد استعمل المشرع للدلالة على الإلزامية (ألفاظ الوجوب) بالإضافة إلى ذلك أن تكون مبادئ الشريعة الإسلامية ملائمة لنصوص القانون دون غيرها وهذه من الأمور المشتركة بين أغلب التشريعات العربية حيث اتجهت بعض التشريعات كالقانون المدني العراقي و الاردني والاماراتي خلافًا لما اتجه إليه المشرع المصري في عدم إلزام القاضي عند أخذه بمبادئ الشريعة الإسلامية أن تكون هذه المبادئ موافقة ومتلائمة مع القانون المدني، كونه أراد الرجوع إلى المبادئ العامة من مبادئ الشريعة الإسلامية وهي لا تختلف باختلاف المذاهب.

ولكن اختلفت التشريعات المذكورة في كون هذه الملائمة مقيدة بمذهب معين كما فعل المشرع الاماراتي أو غير مقيدة بمذهب معين كما فعل المشرع العراقي والاردني وفي كل الاحوال فإن هذه الميزة تدعم دور القاضي الايجابي وتؤكد فاعليته.

لذا سنقسم هذا المطلب على فرعين نبيين في الفرع الأول المبررات القانونية للقاضي التي تستدعي الأخذ بالملائمة و الفرع الثاني نبيين فيه قيود العمل بالملائمة كما يلي:

الفرع الأول

المبررات القانونية التي تلزم القاضي للأخذ بالملائمة

ان المشرع قد نص في القوانين المدنية على قواعد موضوعية وأخرى شكلية وهذه القواعد تكون لها صفة الإلزام حيث إن المحاكم تكون ملزمة بتطبيق تلك القواعد واتباعها للفصل في الخصومات المعروضة عليها من خلال الدعاوى المرفوعة إليها من الخصوم.

وهذه القواعد قد لا تكون مستوعبة لكافة الوقائع المعروضة على المحاكم أو أن بعض النصوص أو القواعد لا تكون على درجة من الوضوح بحيث يكون من السهل على القاضي ان يستشف قصد المشرع منها.

لذا نجد أن المشرع قد التفت إلى هكذا حالة فكانت هنالك مبررات توجب على القاضي الاستعانة بالمصادر الأخرى للقانون تحديداً مبادئ الشريعة الإسلامية التي تكون أكثر ملائمة لنصوص القانون المدني لحسم الدعوى المعروضة على القضاء و هذه المبررات سنوردها بفقرات وكما يلي:

أولاً - فقدان النص⁽¹⁾ التشريعي وفقاً للترتيب المنصوص عليه: إن القاضي يكون ملزماً بإصدار الحكم بشأن الحالة التي لم تحكمها أية قاعدة قانونية لأنه لا بد له من أن يصدر حكماً بشأن النزاع المعروض أمامه كونه لا يستطيع ان يمتنع عن الحكم بحجة سكوت القانون عنها لأن القانون حتم عليه في القضايا المدنية ان يفصل في كل ما يعرض عليه وإلا عُذ ناكلاً عن إحقاق الحق أو منكرًا للعدالة فالمادة (30) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ تنص على أنه: "لا يجوز لأية محكمة ان تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقصه والا عد ممتنعاً عن احقاق الحق ويعد أيضاً التأخر غير المشروع عن اصدار الحكم امتناع عن احقاق الحق".

تقابلها المادة (494/ثانياً) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري وتجدر الاشارة الى المادة (132) من قانون العقوبات المصري رقم (58) لسنة 1931 قد نصت على انه : " اذا امتنع القاضي في غير الاحوال المذكورة عن الحكم يعاقب بالعزل وبغرامة لا تزيد على مائتي جنيه ويعد ممتنعاً عن الحكم كل قاضي ابي أو توقف عن اصدار حكم بعد تقديم طلب اليه في هذا الشأن بالشروط المبينة في قانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية ولو احتج بعدم وجود نص في القانون أو بأن النص غير صريح أو بأي وجه اخر" .

(1) يستخدم الفقه مصطلحات عدة للتعبير عن النقص في التشريع مثل: (النقص في القانون، الفراغ في القانون، الثغرات في القانون، سكوت القانون) لكن المشرع العراقي سماه في قانون المرافعات المدنية (فقدان النص) للمزيد من التفصيل انظر: د. عصمت عبد المجيد بكر، اصول تفسير القانون، ط2، بدون ناشر، بغداد، 2009.

وفيما يتعلق بقانون اصول المحاكمات المدنية الاردني فلا يوجد فيه نص يقابل المادة اعلاه الا أن المادة (37) من قانون استقلال القضاء الاردني لسنة 2001 قد نصت على انه: "أ - كل اخلال بواجبات الوظيفة وكل عمل يمس الشرف أو الكرامة أو اللياقة يشكل خطأ يعاقب عليه القاضي تأديبياً، ب - ويشمل الاخلال بواجبات الوظيفة تأخير البت في الدعوى وعدم تحديد موعد لافهام الحكم والتمييز بين المتقاضين وافشاء سر المداولة والغياب بدون عذر وعدم التقيد بأوقات الدوام".

كذلك ان المشرع يلزم القاضي بذكر اسباب الحكم في قراره بحيث يجب اشتمال الاحكام على الاسباب التي بنيت عليها⁽¹⁾ اذ تنص الفقرة الاولى من المادة (159) من قانون المرافعات المدنية العراقي الآتي: "1- يجب أن تكون الاحكام مشتملة على الاسباب التي بنيت عليها وأن تستند إلى أحد أسباب الحكم المبينة في القانون" وجاء في المادة (160) من قانون الاجراءات المدنية الاردني رقم 24 لسنة 1988 ما يلي: " يجب أن يبين في الحكم المحكمة التي أصدرته وتاريخ إصداره ومكانه وأسماء القضاة الذين اشتركوا في إصداره وحضروا النطق به وأسماء الخصوم بالكامل وحضورهم أو غيابهم وأسماء وكلائهم كما يجب أن يشتمل الحكم على عرض مجمل لوقائع الدعوى وطلبات الخصوم وخلاصة موجزة لدفعهم ودفاعهم الجوهرية وأسباب الحكم ومنطوقة".

تقابلها المادة (178) من قانون المرافعات المصري والذي جاء فيه: يجب أن يبين في الحكم المحكمة التي أصدرته وتاريخ إصداره ومكانه وما إذا كان صادرا في مادة تجارية أو مسألة مستعجلة، وأسماء القضاة الذين سمعوا المرافعة، واشتركوا في الحكم وحضروا تلاوته وعضو النيابة الذي أبدى رأيه في القضية إن كان، وأسماء الخصوم وألقابهم وصفاتهم وموطن كل منهم، وحضورهم وغيابهم. كما يجب أن يشتمل الحكم على عرض مجمل لوقائع الدعوى، ثم طلبات الخصوم، وخلاصة موجزة لدفعهم ودفاعهم الجوهرية، ورأى النيابة ثم تذكر بعد ذلك أسباب الحكم ومنطوقه. والقصور في أسباب الحكم الواقعية، والنقص أو الخطأ الجسيم في أسماء الخصوم وصفاتهم كذا عدم بيان أسماء القضاة الذين أصدروا الحكم يترتب عليه بطلان الحكم".

(1) د. صدقي محمد أمين عيسى، اثر الصياغة التشريعية على فهم النص وتطبيقه في قانون الشركات رقم (31) لسنة 1997 المعدل دراسة تحليلية، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، العدد 4، المجلد 2، 2018، ص325.

ويعد تسبب الأحكام الجزء الأكثر أهمية في الأحكام ذلك لأنه بواسطة التسبب تتحدد شرعية هذه الأحكام وحجيتها لذلك أوجب المشرع تسبب الأحكام ليضمن عدم تحيز القاضي وصدور أحكامه بعيدة عن التأثير بالعواطف وبالأخص اذا كان الحق مستنداً إلى أحد مبادئ الشريعة الإسلامية التي تتعدد فيها الآراء الفقهية، وجاء في الأسباب الموجبة لقانون المرافعات العراقي "ان القانون ذهب إلى في تسبب الأحكام قبل اصدارها وقبل النطق بها وذلك لحمل القضاة على ألا يحكموا في الدعاوى على أساس فكرة مبهمه لم يتضح معالمها أو مجملتها غابت تفاصيلها، وان يكون الحكم دائماً نتيجة أسباب معينة واضحة محصورة جرى على أساسها تفكير القاضي وتقديره"⁽¹⁾.

وعندما يتحتم على القاضي اصدار الحكم في الحالة التي يفتقد فيها إلى القاعدة واجبة التطبيق في التشريع والعرف يجب عليه الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص القانون المدني بشرط شعور النص التشريعي والعرفي المنطبق على النزاع، فإذا وجد نص لا بد من اتباعه حتى لو كان غير منصفاً في نظر القاضي، وإلا عد قراره مخالفاً للقانون وأصبح عرضة للنقض اعمالاً بالمادة (2) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها "لا مساع لاجتهاد في مورد النص" فيجب على القاضي أن يرجع أولاً إلى التشريع لأستقاء الحكم القضائي ولا يحق له الرجوع إلى العرف إلا إذا شغل التشريع في حكم قانوني وذلك لأن التشريع هو المصدر الرسمي الأول وكذلك الحال بالنسبة لعلاقة العرف بمبادئ الشريعة الإسلامية فلا لجوء إلى هذه المبادئ في معرض عرف قائم قادر على تجهيز الحكم القانوني⁽²⁾.

وفي قرار لمحكمة التمييز الاتحادية الهيئة المدنية⁽³⁾ الذي جاء فيه: "القرار / لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر في القرار المميز وجد انه غير صحيح ومخالف للقانون ذلك ان لجنة خبراء الجدول امام القضاء في رئاسة محكمة استئناف بغداد الرصافة الاتحادية قررت رفض طلب المميز بالتسجيل في جدول الخبراء بحجة الحكم على المميز من محكمة جنح بغداد الجديدة

(1) الاستاذ الدكتور عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية، ط1، دار السنهوري، بغداد، 2016، ص436.

(2) المحامي فوزي كاظم المياحي، القانون المدني العراقي فقهاً وقضاً، ط1، ج1، مطبعة السيماء، بغداد، 2016، ص11.

(3) قرار محكمة التمييز الاتحادية - الهيئة المدنية المرقم 5108 / هـ م 2017/ في 2017/10/9، منشور على الموقع الالكتروني <https://iraql.d.e-sjc-services.iq/VerdictsTextResults.aspx> اخر زيارة للموقع 2022/10/22.

وحيث ان الثابت من الاوليات ان الحكم الصادر ضد المميز كان وفق أحكام المادة 413 من قانون العقوبات رقم 111 لسنة 1969 المعدل وحيث يشترط فيمن يقيد اسمه في جدول الخبراء ان لا يكون محكوما عليه بعقوبة جنائية في جريمة غير سياسية أو بأية عقوبة من اجل فعل ماس بالشرف عملا بأحكام المادة الرابعة /2 من قانون الخبراء امام العقار رقم 163 لسنة 1964 المعدل، وحيث ان العقوبة الصادرة بحق المميز لم تكن عن فعل ماس بالشرف وحيث لا مساع للاجتهد في مورد النص (المادة الثانية) من القانون المدني فيكون القرار المميز والحالة قد جانب الصواب من هذه الجهة لذا قرر نقضه وإعادة الاضبارة إلى مرجعها لمراعاة ما تقدم على ان يبقى رسم التمييز تابعا" للنتيجة وصدر القرار بالإتفاق في 19/ محرم / 1439 هـ الموافق 9 /10/ 2017 م".

فإذا كان القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروف على القاضي خالياً من نص تشريعي يعالج النزاع سواءً كان متعلقاً بالجوانب الشكلية أو الموضوعية ويستوي في ذلك أن يكون فقدان النص التشريعي على مستوى قواعد المرافعات أو الإثبات أو أي إجراء آخر من إجراءات نظر الدعوى، ويقصد بفقدان النص التشريعي بصدد الدعوى المعروضة على القاضي فقدان التام للنص التشريعي أو ما يسميه البعض بـ (شغور النص)⁽¹⁾.

أما لو كان النص التشريعي قائماً إلا إنه كان مشوباً بالغموض أو بالقصور فعلى القاضي أن يقوم بجلاء غموض النص وتقويم قصوره وتقوية ضعفه بالتأويل والنظر والقياس السليم بإتباع ما يدعى في أصول الفقه الإسلامي بـ (السبر والتقسيم)⁽²⁾ والتمثيل وتتبع المناسبات بإسقاط الابعد فالأبعد منها)⁽³⁾.

فغموض النص التشريعي لا يمكن اعتباره سبباً للجوء إلى بقية مصادر القانون ومنها مبادئ الشريعة الإسلامية والا كان الحكم القضائي معرض للنقض، وبهذا يتعين على القاضي أن يلجأ إلى التشريع أولاً لحل ما يعرض أمامه من منازعات فإذا وجد حكماً لما عرض أمامه امتنع عليه أن يلجأ إلى المصادر الأخرى أي أنه يلجأ إلى المصادر الأخرى الا إذا لم يجد نصاً في

(1) القاضي عباس قاسم مهدي الداقوي: المصدر السابق، ص218.

(2) يراد بالسبر والتقسيم في اصطلاح الفقهاء: هو حصر الأوصاف التي تحتمل العلية في الأصل ثم إبطال بعضها بدليل واختيار الباقي، ومنهم من عرفه بقوله: السبر اختبار الوصف هل يصلح للعلية أولاً، والتقسيم هو أن العلة إما كذا وإما كذا. للمزيد ينظر نسيبة عبد الحميد الموحدة، الاستدلال بالسبر والتقسيم عند النحاة والصرفيين دراسة وصفية تحليلية، رسالة ماجستير في اللغة والنحو مقدمة الى عمادة الدراسات العليا جامعة مؤتة، الاردن، 2010 ص18.

(3) د. صلاح الدين ناهي: المصدر السابق، ص12.

المصدر الأصلي وهو التشريع، أما لو كان هنالك نص لكنه غامض أو مبهم فلا يجوز للقاضي أن يبحث في المصادر الأخرى وإنما يتعين عليه البحث عن المعنى الذي يقصده النص ولا ينتقل إلى المصادر الأخرى إلا إذا وجد بعد البحث أن النص لا ينطبق في لفظه أو فحواه على الحالة المعروضة عليه خلاصة القول لا يكفي غموض النص أو عدم وضوحه حتى يقال أنه لا يوجد نص تشريعي⁽¹⁾.

ثانياً - الدعاوى المتعلقة بالحل والحرمة: يفرد القضاء العراقي لمجموعة من الدعاوى سماها (دعاوى الحل والحرمة) تنظيمًا خاصًا يسلك فيه مسالك لا تراعي القواعد الاجرائية العامة في الدعاوى المدنية في كثير من مفاصله مبررًا لنفسه بذلك دخول مواضيعها في فكرتي النظام العام قانونًا والحسبة شرعًا⁽²⁾، الأمر الذي يستدعي من القاضي اتباع نظامًا إجرائيًا خاصًا بتلك الدعوى.

فنظام الحل والحرمة أعلى منزلة وأقدس مكانة من فكرة النظام العام لهذا نلاحظ ان المشرع العراقي في قانون المرافعات المدنية قد احتاط لذلك وأعطى حيزًا للقضاء لممارسة دوره في القضايا التي تتعلق بالحل والحرمة وقد تجسد ذلك في نص المادة (299) من قانون المرافعات المدنية التي جاء فيها: "تطبق النصوص التالية على الدعاوى الشرعية فان لم يوجد نص تطبق أحكام المرافعات المبينة بهذا القانون بما يتلاءم مع طبيعة الدعوى الشرعية".

وكذلك تأكده في الأسباب الموجبة للقانون المذكور على الطبيعة المتعلقة بالحل والحرمة (الشرعية) والتي اعتبرها ذو طبيعة خاصة تتصل اتصالًا مباشرًا بمفهوم الحل والحرمة فلا تكون والحالة هذه حقًا خاصًا لأصحابها، وهذا يستوجب تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية الملائمة لنصوص القانون المدني وذلك بالاستناد إلى مفهوم الحل والحرمة المقيد لمدد الطعن القانونية، فعلى الرغم من وضوح وصراحة المادة (171) من قانون المرافعات المدنية رقم 83

(1) المحامي فوزي كاظم المياحي: المصدر السابق، ص12.

(2) الحسبة في اللغة من العد والحساب وتأتي بمعنى طلب الأجر والثوبة من الله عز وجل. أما في الاصطلاح فقد عرفها جمهور الفقهاء بأنها: ولاية دينية يقوم ولي الأمر - الحاكم - بمقتضاها بتعيين من يتولى مهمة الأمر بالمعروف إذا أظهر الناس تركه، والنهي عن المنكر إذا أظهر الناس فعله، صيانة للمجتمع من الانحراف، وحماية للدين من الضياع، وتحقيقا لمصالح الناس الدينية والدنيوية وفقا لشرع الله تعالى. للمزيد ينظر: تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي، الحسبة في الإسلام أو وظيفة الحكومة الإسلامية، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، دون سنة نشر.

لسنة 1969 النافذ⁽¹⁾ بحتمية مدد الطعن وعد مراعاتها وتجاوزها يؤدي إلى سقوط الطعن لكن محكمة التمييز تميل إلى عدم الأخذ به والعمل بموجبه اذا تعلق موضوع الطعن بمسائل (الحل والحرمة) وهذا ما تميز به عن التشريعات محل المقارنة اذ لم نجد في قانون المرافعات المدنية المصري وقانون الاجراءات المدنية لدولة الامارات وقانون أصول المحاكمات المدنية الاردني نص يماثل ما تميز به المشرع العراقي في المادة (299) فيما يتعلق الدعاوى الشرعية واعطاها خصوصية في التعامل معها.

وهذا ما ذهبت إليه محكمة التمييز في أحد قراراتها بالقول: "اذا تعلق موضوع الدعوى بالحل والحرمة فلا ينتفت إلى المدة القانونية أو وقوع الطعن خارج المدة القانونية"⁽²⁾، وفي قرار آخر "يحق لأي من أطراف الدعوى أو عضو الادعاء العام الطعن تمييزاً في الحكم في الدعوى التي تتعلق بالحل و الحرمة ولو انقضت مدد الطعن"⁽³⁾، فالقضاء العراقي يراعي نظام الحل والحرمة على حساب الشكلية الإجرائية كما هو الحال في القرار التمييزي المذكور.

وإن أمر التكييف القانوني لموضوع الدعوى أمر يدخل في نطاق السلطة التقديرية لقاضي محكمة الموضوع الذي ينظر النزاع ويتم ذلك عن طريق مقارنة الوقائع بمفترض القاعدة القانونية الذي يراها القاضي محتملة التطبيق على النزاع المعروض عليه، وان السلطة التقديرية في نشاط القاضي ووقائع النزاع والقاعدة القانونية بأشكالها المختلفة هي أدوات التكييف القانوني⁽⁴⁾.

بما أن المشرع ألزم القاضي بإصدار أحكام موافقة للشرع والقانون وحيث أن المواضيع التي تناقش دعاوى الحل و الحرمة هي مواضيع شرعية بإمتياز وخطرة لأنطوائها على حقوق شرعية مهمة سماها الفقه حقوق الله ، وكان لزاماً على محكمة التمييز ابتداء تلك المنظومة الخاصة بهذا النوع من الدعاوى من وحي الفقه الإسلامي والذي يشكل مصدرة حكمية.

(1) نصت المادة (171) من قانون المرافعات العراقي النافذ الاتي " المدد المعينة لمراجعة طرق الطعن في القرارات حتمية يترتب على عدم مراعاتها وتجاوزها سقوط الحق في الطعن وتقضي المحكمة من تلقاء نفسها ببرد عريضة الطعن إذا حصل بعد انقضاء المدد القانونية"

(2) رقم القرار (198/موسعة/1981 في 1981/8/29) منشور في كتاب الاستاذ ابراهيم المشاهدي، معين القضاة، ج1، مطبعة الزمان، بغداد، 2000، ص92-93.

(3) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (2017/147) منشور على شبكة الانترنت على الموقع الالكتروني:

<https://www.sirwanlawyer.com/index.php/342/01212/sad/2126-a-138>

(4) القاضي عباس قاسم مهدي الداوقوي، المصدر السابق، ص411.

وحيث ان مسائل الحل والحرمة من النظام العام الذي لا يجوز الاتفاق على مخالفته فذلك يستلزم تمكين الادعاء العام من حق الطعن فيه، ومما يؤكد أن أحكام الفقه الإسلامي هي بحكم القانون وهو ما أستقر عليه قضاء محكمة التمييز الاتحادية عند نظر الاحكام الخاصة بقضايا الاحوال الشخصية كونها أكثر ارتباطاً بالحلال والحرام فتكون قرارات المحكمة المذكورة تبدأ بالعبارة الآتية: (ان الحكم غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع و القانون) وهذا الاقتران بين الشرع والقانون يدل على أن أحكام الفقه الإسلامي واجبة الاتباع بحكم القانون في دعاوى الحل والحرمة⁽¹⁾.

وفي قرار لمحكمة التمييز الاتحادية⁽²⁾ الذي جاء فيه: " لدى التدقيق والمداولة لوحظ بان كافة الطعون التمييزية مقدمة ضمن المدة القانونية قرر قبولها شكلاً ولوحدة الموضوع قرر توحيدها ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد بأنه صحيح وموافق للقانون للأسباب والحيثيات القانونية السليمة التي جاءت فيه لأن دعوى المدعي والشخص الثالث إلى جانبه/إضافة لوظيفته قد انصبت على طلب ابطال قيد التسجيل العقاري للمقار المرقم 186 م 1م الجبيلة المشيد عليه جامع الشيخ يحيى المظفر منذ سنة 1850 م والذي تقام فيه الصلوات والمراسيم الدينية حتى الوقت الحالي والذي تم تسجيله باسم المدعى عليها خلافاً لأحكام القانون ولأن الثابت من وقائع الدعوى وادلتها الثبوتية ومستنداتها بان العقار موضوع الدعوى هو عبارة عن مسجد قد تم تشييده منذ سنة 1850 م . ولحد الآن يؤمه الناس لأداء الصلوات الخمس والذكر والدعاء وغير ذلك من الأمور العبادية ويدار المسجد من قبل السيد (ا ع ي) استناداً إلى الأمر الاداري الصادر من ديوان الوقف الشيعي بالعدد / 1445/5/6/2 في 2021/6/1 والذي تضمن تجديد جهة التولية إلى السيد (ا ع ي) على جامع الشيخ المظفر الواقع في محافظة البصرة وفقاً للتولية الشرعية الصادرة من مكتب سماحة المرجع الديني الأعلى السيد علي الحسيني السيستاني (دام ظله) المؤرخة 23/شعبان/1442 هـ وابتداءً من تاريخ تحريرها ولمدة عام واحد على ان يقوم بتنفيذ شرط الواقف ولأن العقار موضوع الدعوى رغم انه جامع ويعتبر والحالة هذه وفقاً فقد تم تسجيله ابتداءً من قبل لجان التسوية سنة 1961 ومن ثم جرت عليه عدة معاملات تصرفية واخرها تسجيله باسم المدعى عليه الأول (ا ح خ

(1)أ.د. عقيل سرحان محمد و نهاد وحيد جبار، التفريد الإجرائي لدعاوى الحل و الحرمة دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة الشرائع للدراسات القانونية، مجلة محكمة تصدر عن مركز الشرائع لتنمية المهارات القانونية والادارية، المجلد 1، عدد 2، سنة 2021، ص15.

(2) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم(203/202/201/ الهيئة الاستئنافية عقار/ 2022 في 2022/2/31) منشور على الموقع الالكتروني <https://www.hjc.iq/qview.2630> اخر زيارة 2022/10/23.

(بالقيد العقاري المرقم 21/أذار/2019 جلد 233 رغم ان اتخاذه مسجداً كان قبل مائة سنة أو أكثر من تسجيله من قبل لجان التسوية في سجلات التسجيل العقاري خلاف الواقع.

ولان الوقف بإعتباره حقاً عينياً يرتكز على أمرين وفقاً لآراء فقهاء الشريعة الإسلامية والذين أكدوا بان الأمر الأول يتعلق بالواقف والثاني يتعلق بالعين وان وقف الارض لاتخاذها مسجداً ينعقد بالإرادة الصريحة أو الضمنية، فيتحقق الوقف صراحة بلفظ (وقفت أو اوقفت) أو (حبست) ونحوها من الالفاظ اللغوية الدالة دلالة قطعية لا تقبل التأويل لمعنى اخر.

كما يتحقق الوقف أيضاً بالإرادة الضمنية عن طريق القيام والتعاطي مع المشيدات والبناء على الارض بأفعال تشير بما لا يدع مجالاً للشك بان البناء المشيد على الارض ما هو الا مسجداً ومثال على ذلك تعمير الجدار أو الاسطوانة الخربة للمسجد أو ان يبنى البناء على الطراز الإسلامي في فن العمارة الذي أختصت به المساجد والجوامع.

فهنا تكون الارض والمشيدات وفقاً لازماً وذلك لأنعقاد الوقف بصورة صحيحة فلا يجوز بعد ذلك إجراء تصرف عليه أو تبديله أو الرجوع عنه لأن الشخص عند قيامه بوقف عقاره لاتخاذ مسجداً حتى لو كان ذلك بالإرادة الضمنية يكون قد خرج الملك منه إلى ملك الله سبحانه وتعالى.

فلا يجوز إجراء أي تصرف ناقل للملكية عليه سواء صدر هذا التصرف من المالك أو الغير والا يعتبر تبديلاً للوقف بدون مسوغ شرعي وما يترتب على ذلك خضوعه للزجر والتهديد الوارد في النص القرآني الذي جاء فيه "فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَمَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ" (1). كما ان الفقرة (8) من المادة الاولى من قانون ادارة الاوقاف رقم 64 لسنة 1966 قد عدت المساجد من المؤسسات الدينية التي يقوم بتشبيدها الاوقف أو ديوان الاوقاف أو اشخاص آخرين وتهدف إلى البر أو النفع العام من ضمن الوقف اللازم الذي لا يمكن المساس به بالفسخ أو التصرف به تصرفاً ناقلاً للملكية خلافاً لشرط الاوقف. ولأن مسجد الشيخ يحيى المظفر مشيد على أرض العقار موضوع الدعوى منذ أكثر من قرن ونصف القرن وبدون أي معارضة تذكر من أحد لذا تكون هذه الارض موقوفة وفقاً مؤبداً كمسجد ولا يغير من هذا الأمر تسجيله خلاف ذلك لأن وجوب حماية الوقف واستمرار بقاءه وديمومته يتعلق بالحل والحرمة ومن النظام العام كما ان إجراء التسجيل بصفة ما لا يلغي صفة الوقف للعقار موضوع الدعوى لأنه موقوف كمسجد حقيقة وحكماً ولأن الواقع المادي

(1) سورة البقرة: الآية 181.

يشير بأن المسجد مشيد قبل التسجيل ولا يوجد أي قيد عقاري يسبق تشييد المسجد واتخاذ من دور العبادة لجمهور الناس لذا فان توثيق أي تصرف بالتسجيل بعد ذلك لا ينفي صفة الوقف عن العقار ويبقى موقوفاً وما يترتب على ذلك تكون كافة التصرفات الواردة على العقار موضوع الدعوى بالتسجيل ابتداءً ومروراً بالقيود العقارية اللاحقة ولغاية القيد العقاري الأخير تعتبر هذه التصرفات باطلة بطلاناً مطلقاً مما يقتضي ابطال القيود العقارية التي سجلت تلك التصرفات بموجبها ولأن المدعي والشخص الثالث إلى جانبه قد حصرا دعواهما بأبطال القيد العقاريين المرقمين 21/أذار/2019 جلد 233 باسم المدعى عليه (ا ح خ) والقيد 1/ نيسان/1980 جلد 190 باسم المدعى عليها (ن ع ع) فتكون دعواهما واردة قانوناً ويقتضي اجابتها للأسباب المذكورة سلفاً مع الاحتفاظ بإقامة دعوى مستقلة للمطالبة بإبطال القيود العقارية الأخرى ان كان لذلك مقتضى ولما كان الحكم المميز قد التزم وجهة النظر القانونية المتقدمة وقضى بأبطال القيد العقاري اعلاه فيكون لما استند إليه من اسباب قانونية حري بالتصديق وتأسيساً على ما تقدم قررت المحكمة تصديق الحكم المميز ورد الطعون التمييزية مع تحميل كل واحد من المميزين رسم التمييز المدفوع من قبله وصدر القرار بالإتفاق وفق المادة 2/210 مرافعات مدنية في 2022/1/31 م".

ويلاحظ على قرار محكمة التمييز أنها قد جارت الشرع في حكمها واعتبرت العقار موقوفاً بناءً على الرأي الشرعي وإن لم يتم اتخاذ الاجراءات القانونية اللازمة لوقف العقار واعتمدت على الإرادة الضمنية للواقف التي استشفتها من المشيدات والبناء على الارض بأفعال تشير بما لا يدع مجالاً للشك بأن البناء المشيد على الارض ما هو الا مسجداً وبالنتيجة يمتنع على المالك أو الغير إجراء أي تصرف ناقل للملكية على العقار كون الوقف يعقد لفظاً ويصبح المالك أجنبياً على العقار. فأوجب اتباع أحكام الشريعة الإسلامية بداعي الحل والحرمة.

كذلك الحال في دعوى ازالة الشيوخ اذا كانت هنالك حصة ضمن العقار مسجلة (وقف خيرى) فعند اتجاه المحكمة إلى ازالة شيوخ العقار يجب أن تتجنب الحصة الموقوفة وفقاً خيرياً عن البيع لأن البيع لا يمنح الوقف الخيري مطلقاً فالأخير معناه حبس العين حبساً مؤبداً⁽¹⁾، وفي قرار لمحكمة استئناف بابل بصفتها التمييزية الذي جاء فيه: "إذا كان هنالك حصة مسجلة وقف صحيح خيرى ضمن العقار المطلوب ازالة شيوخه فإن الوقف الخيري يتم الوقف فيه على جهة خير وتحبس فيه العين عن ان تملك لأحد ويتم التصرف بنفقتها ابتداءً وانتهاءً على جهة

(1) القاضي حيدر عودة كاظم، الاجراءات العملية في الدعاوى المدنية، ط2، ج1، دون ناشر ومكان نشر، 1441-2020 ، ص332.

البر لا يقطع مما يترتب على ذلك عدم جواز بيعها أو رهنها أو توزيعها أو اعادتها لأن الوقف خرج عن ملكية الواقف ولما كان مآل دعوى ازالة الشيوخ عند عدم قابلية العقار للقسمة هو البيع فإن ذلك يتنافى ويتعارض مع عدم جواز بيع الوقف الخيري، ولما كان الشريك لا يجبر على البقاء على الشيوخ الا بمقتضى نص أو شرط فيمكن للمحكمة والحالة هذه السير بدعوى ازالة الشيوخ وفق القانون دون المساس بحصة الوقف وتجنبيها عن البيع لأن البيع لا يرد عليها⁽¹⁾.

ويلاحظ من خلال قرار محكمة التمييز المتقدم ذكره ان الحصة الشائعة الموقوفة وقفًا خيرياً صحيحاً تكون سبباً في تقييد المحكمة من خلال عدم تمكنها من بيع الحصة الموقوفة لإخراجها من حالة الشيوخ كون ذلك يتناقض مع مبادئ الشريعة الإسلامية .

ثالثاً - إلزام القاضي بضرورة الفصل في الدعوى: إن من أولى واجبات القاضي إحقاق الحق والقضاء بين الناس وتعطي كافة الدساتير والقوانين لكل شخص حق مراجعة القضاء لتثبيت حقوقه وصيانتها، إذ يتمتع على القاضي في غير الأحوال المنصوص عليها قانوناً⁽²⁾ أن يتمتع عن الفصل في المنازعات التي تعرض عليه، وبالتالي ليس له أن يتخلص من هذا الواجب وملزم بالبت في طلب المتقاضين وإلا عد منكرًا للعدالة ومستنكفًا عن احقاق الحق وتعد حالة إنكار العدالة أو الاستنكاف عن إحقاق الحق من الأحوال التي تقبل فيها مخاصمة القضاة، التي نصت عليها أغلب التشريعات⁽³⁾.

ومن هذه التشريعات قانون المرافعات المدنية في المادة (30) التي جاء فيها: "لا يجوز لأية محكمة أن تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقصه وإلا عد القاضي

(1) قرار محكمة استئناف بابل بصفتها التمييزية بالعدد (123/122/240121/ت/حقوقية/2017) في 2017/7/31. ينظر: القاضي حيدر عودة كاظم: المصدر السابق، ص331.

(2) حيث لا يجوز للقاضي أن تمتنع عن القضاء في المنازعات المعروضة عليه، إلا في حالات التنحي الوجوبي وعدم الصلاحية و رد القضاة واستشعار الحرج من نظر الدعوى الواردة في قانون المرافعات للمزيد ينظر: م.م. حسام عبد محمد ظاهر، امتناع القاضي عن احقاق الحق دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، العدد1، مجلد1، 1437 - 2016.

(3) د. ريم جمعة مصطفى ذكري، النظام القانوني لمخاصمة القاضي دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية - مصر، 2021، ص164.

ممتنعاً عن إحقاق الحق، ويعد أيضاً التأخر غير المشروع عن اصدار الحكم امتناعاً عن إحقاق الحق⁽¹⁾.

ومن هذا النص نستنتج إن القاضي لا يملك حق رفض سماع الدعوى بحجة عدم وجود نص في القانون بشأنها كون القانون قد أعطى للقاضي مصادر أخرى يجب اللجوء إليها عند فقدان النص وهذا الإلزام القانوني هو مبرر يحتم على القاضي اللجوء لمصادر القانون الأخرى ومنها مبادئ الشريعة الإسلامية.

ويستفاد من المادة (1/ثانياً) من القانون المدني العراقي بأنه اذا لم يجد الحاكم نصاً في القانون لا يجوز له أن ينفذ يده من هذه الحالة بحجة سكوت القانون عنها لأن القانون حتم عليه أن يفصل في كل ما يعرض عليه فإذا لم يجد نصاً يقرر أحقية أو عدم أحقية المدعي في دعواه فلا يجوز له رد الدعوى ويكون حكمه (باطلاً) لقصور في تسبيبه وعليه أن يجتهد في الاهتداء إلى حكم القانون⁽²⁾.

لقد رتب هذه المادة جزاء على نكول الحاكم فاعتبرته ممتنعاً عن احقاق الحق والسكوت عن الحق يبرر الشكوى على الحاكم كما هو منطوق الفقرة (3) من المادة (286) من قانون المرافعات المذكور⁽³⁾ فهذه المادة قد أوضحت حالات الاستنكاف عن احقاق الحق بينما اقتصررت المادة (30) على الامتناع عن صدور الحكم لغموض القانون أو فقدان النص وكذلك التأخر في حسم الدعوى لأنه ليس من العدل تحصيل الحق فحسب بل تحصيله بأقرب وقت وكل مماثلة أو تسويق غير مشروعين يعد امتناعاً أو سكوتاً عن احقاق الحق⁽⁴⁾.

(1) تقابلها المادة (2/494) من قانون المرافعات المصري والتي جاء فيها: تجوز مخاصمة القضاة وأعضاء النيابة في الأحوال الآتية: 2- إذا امتنع القاضي من الإجابة على عريضة قدمت له أو من الفصل في قضية صالحة للحكم وذلك بعد إذاره مرتين على يد محضر يتخللها ميعاد أربع وعشرين ساعة بالنسبة إلى الأوامر على العرائض وثلاثة أيام بالنسبة إلى الأحكام في الدعاوى الجزئية والمستعجلة والتجارية وثمانية أيام في الدعاوى الأخرى.

(2) القاضي عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية، ط2، ج1، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة - مصر، 2009، ص404

(3) جاء في المادة (3/286) من قانون المرافعات المدنية العراقي ما يأتي: "لكل من طرفي الخصوم ان يشكو الحاكم أو هيئة المحكمة أو احد حكامها أو القضاة الشرعيين في الاحوال الآتية : - ... 3- اذا امتنع الحاكم عن احقاق الحق . ويعتبر من هذا القبيل ان يرفض بغير عذر الاجابة على عريضة قدمت له، أو يؤخر ما يقتضيه بشأنها بدون مبرر أو يمتنع عن رؤية دعوى مهياة للمرافعة واصدار القرار فيها بعد ان حان دورها دون عذر مقبول - وذلك بعد اذار الحاكم أو القاضي أو هيئة المحكمة بعريضة بواسطة الكاتب العدل تتضمن دعوته الى احقاق الحق في مدة اربع وعشرين ساعة فيما يتعلق بالعرائض وسبعة ايام في الدعاوى .

(4) القاضي عبد الرحمن علام: المصدر نفسه، ص406.

ونلاحظ ان الملائمة فتحت المجال للرحب أمام القاضي ليجد الحل الذي ينطبق وواقعة الدعوى ويصدر الحكم الذي يراه مناسباً وموافقاً للقانون كي لا يكون ممتنعاً عن احقاق الحق والا يلزم اعدار القاضي بواسطة الكاتب العدل لإحقاق الحق استناداً إلى المادة (3/286) من قانون المرافعات المدنية وعند امتناعه عن ذلك فان الأمر يشكل سبباً من أسباب الشكوى من القضاة⁽¹⁾.

وان انكار العدالة هو نوع من أنواع الخطأ السلبي الذي يتحقق بالترك أو الامتناع أو الاهمال المتمثل في الامتناع عن القيام بعمل قانوني مشروع والامتناع عن الالتزام بواجب عام ويتم تحديده بمعيار الشخص المعتاد، وتقوم المسؤولية عن الامتناع عندما يريد المرء حدوث الضرر الذي كان يجب عليه أن يحول دون وقوعه اذ أن سوء النية وقصد الاضرار يوجبان المسؤولية وبذلك تعد انكار العدالة أيضاً نوع من أنواع الامتناع الموجبة للمسؤولية المدنية⁽²⁾.

ويطرح سؤال هل إن الشكوى من القضاة تشمل قضاة محكمة التمييز الاتحادية كون القانون لم يتطرق إلى ذلك؟ للإجابة على ذلك نقول إن محكمة التمييز ليست محكمة موضوع وإنما هيئة قضائية عليا تمارس الرقابة القضائية على جميع المحاكم مالم ينص القانون على خلاف ذلك⁽³⁾، وهذا ما أستقر عليه قضاء الهيئة العامة في محكمة التمييز الاتحادية التي جاء في قراراً لها ما يلي:

" ولما كان قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 وتعديلاته قد عالج الشكوى من القضاة في المواد (286 إلى 292) وقد تضمنت المادة (287) منه على ان الشكوى من القضاة تكون بعريضة تقدم إلى محكمة الاستئناف التابع لها القاضي المشكو منه إلا إذا تعلق الشكوى برئيس محكمة الاستئناف أو أحد قضااتها فتقدم الشكوى إلى محكمة التمييز ومعنى ذلك ان الشكوى تكون موجهة إلى قضاة المحاكم والى رئيس وقضاة محكمة الاستئناف ولم يتطرق القانون إلى قضاة محكمة التمييز وهذا يعني عدم شمولهم بالشكوى من القضاة طبقاً لما ورد بأحكام قانون المرافعات المدنية، وحيث ان محكمة التمييز الاتحادية هي الهيئة

(1) القاضي مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969، ط4، المكتبة القانونية، بغداد - العراق، 2011، ص 48.

(2) د. ريم جمعة مصطفى ذكري: المصدر السابق، ص172.

(3) ينظر: المادة (12) من قانون التنظيم القضائي رقم 160 لسنة 1979 المعدل والتي جاء فيها "محكمة التمييز هي الهيئة القضائية العليا التي تمارس الرقابة القضائية على جميع المحاكم ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، وتتألف من رئيس وخمسة نواب للرئيس وقضاة لا يقل عددهم جميعاً عن ثلاثين ويكون مقرها في بغداد".

القضائية العليا التي تمارس الرقابة القضائية على جميع أعمال المحاكم ما لم ينص القانون على خلاف ذلك عملاً بأحكام المادة (12) من قانون التنظيم القضائي رقم 160 لسنة 1979 المعدل.

عليه فان محكمة التمييز الاتحادية وهي المحكمة العليا فهي محكمة رقابة وتدقيق للأحكام والقرارات التي تصدرها المحاكم وليست محكمة موضوع ولا رقابة عليها، إلا لأحكام القانون وان ما يرد في القرارات التمييزية يعبر عن التفسير والاجتهاد القضائي للقضاة الذين أصدروها، ومن كل ما تقدم يتضح ان الشكوى من القضاة لا تشمل قضاة محكمة التمييز الاتحادية وهذا ما أستقر عليه قضاء الهيئة العامة في محكمة التمييز الاتحادية⁽¹⁾.

الفرع الثاني

قيود العمل بالملائمة

ان تحديد مبادئ الشريعة الإسلامية التي تكون أكثر ملائمة من غيرها لنصوص القانون المدني تكون مقيدة بقيود فرضها القانون ذاته وتختلف هذه القيود من قانون دولة إلى قانون دولة أخرى، وهناك قيود مشتركة فرضها الواقع العملي والمنطق القضائي لا يختلف عليها اثنان فالمعرفة التي يتسم بها القاضي وفهمه للنصوص القانونية والاحكام الشرعية هو قيد فرضه المنطق كونها من موجبات قدرته وكفاءته.

فالمكانة المهمة للقضاة والمهام الهائلة التي يقومون بها تجعلهم محور اهتمام ومحط أنظار لذا تدخل الشارع المقدس في كثير من أحكام القضاء بحيث أصبح سلوك القضاء مضرّباً للأمثال ولذا نثير هذا الموضوع ليس بقصد المساس بمكانة القاضي وتقييد صلاحياته بقدر حمايته من تأثيرات قد تعيقه على اتخاذ الرأي السديد، كما إن حالة التطور التي تشهدها المعاملات المدنية وما يتصل بها من حقائق اعتماداً على فإساسة القاضي واجتهاده بالنظر إلى استخدام الوسائل العلمية والتقنية في الكثير من القضايا المعروضة على القضاء.

هذه الحقيقة أضافت للقاضي عبئاً تطلب منه الحرص على عدم اصدار أحكامه مالم يراعي بعض القيود التي أوردها المشرع والآخرى التي فرضها الواقع العملي قائمة على تحليلات منطقية تعزز قناعاته وتدعم اقتراضاته وهذه القيود سنبينها على شكل نقاط وكما يلي:

(1) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 10/الهيئة العامة/2018 في 2018/3/27 منشور على شبكة الأنترنت الموقع الرسمي لمجلس القضاء الأعلى <https://www.hjc.iq/qview.2660> تاريخ الزيارة 2022/11/19.

أولاً - التجانس بين مبادئ الشريعة الإسلامية والقانون المدني: عند الأخذ بأحكام الفقه الإسلامي يجب أن يراعى التنسيق ما بين هذه الأحكام والمبادئ العامة التي يقوم عليها التشريع المدني في جملته فلا يجوز الأخذ بحكم في الفقه الإسلامي يتعارض مع مبدأ من مبادئ القانون المدني حتى لا يفقد التقنين المدني انسجامه⁽¹⁾.

والمشرع في الملائمة غير المقيدة بمذهب لا يقيد أو يحدد القاضي عند أخذه بمبادئ الشريعة الإسلامية أن تكون هذه المبادئ أو الأحكام مأخوذة من مذهب معين من المذاهب الإسلامية وعدم التقيد بإتباع منهج معين من مناهج الأصوليين كالمنهج الحنفي ومنهج الاستحسان والقياس والمنهج الامامي الذي يستند إلى الحجج النقلية كنصوص الكتاب والسنة وظواهرهما ولأدلة العقلية والمنهج المعتزلة الذي يتميز بالاستناد إلى الأدلة العقلية⁽²⁾.

وبهذا يترك للمحكمة حرية وسلطة واسعة في اختيار رأي المذهب الذي تراه أكثر ملائمة أو موافقاً لنصوص القانون بمجمله وإن الهدف من هذا عدم التقييد عدة أمور أهمها:

- 1- منح القاضي سلطة واسعة في اختيار القاعدة الشريعة التي يستنبط منها حكمه العادل للفصل في النزاع المعروض أمامه.
- 2- عدم الجمود على مذهب معين بالذات لأن ما يضيق عند مذهب معين ونظرياته ففي المذاهب الأخرى السعة والحلول الناجعة.
- 3- من جهة أخرى اشاعة فكرة التقريب بين المذاهب الإسلامية التي تبعث التفاؤل في امكانية ردم الهوة بين المسلمين وهذه من الحاجات الملحة في وقتنا الحاضر الذي يعد بعداً مهماً في أحكام الموقف الإسلامي حيال التطورات الحاصلة في منطقة الشرق الاسلامي.
- 4- عدم التقيد بمذهب يسعى لتقوية شوكة المسلمين وبناء اسس الوحدة الدينية في المواقف والسياسات تجاه الأحداث و الأزمات التي تواجه الأمة ووضع حد لسوء التفاهم بين أتباع المذاهب الإسلامية.

(1) القاضي عباس قاسم مهدي الداقوقي: المصدر السابق، ص220.

(2) الشيخ فاضل الصفار، اصول الفقه وقواعد الاستنباط "دراسة تطبيقية مقارنة"، ج1، ط3، مكتبة العلامة ابن فهد الحلبي، العراق - كربلاء المقدسة، 1437 - 2016، ص34.

5- زيادة على ذلك منح القاضي فرصة للانفتاح على كل المذاهب تطلعاً إلى ثراء ما يكتنزه كل مذهب من فكر غني مع الحفاظ على الخصوصيات الفقهية أو العقائدية لكل مذهب⁽¹⁾.

وإن هذا المجال للمحكمة في اختيار المذهب الذي تراه مناسباً مقيد بضابطة و يشتمل على نوع من التحديد القانوني للحكم الذي يجب أن توجده المحكمة، هذا التحديد يتمثل بضرورة أن يكون رأي المذهب الذي ستختاره المحكمة دون سواه هو الأكثر ملائمة وتجانساً وتقارباً من نصوص القانون بمجملها من بين المذاهب الأخرى فإن مسألة الملائمة بين رأي مذهب معين وبين نصوص القانون مسألة في غاية الصعوبة، فهي تعتمد على تقدير القاضي ومدى ثقافته القانونية وقدرته على الاستنتاج من المصادر الفقهية الإسلامية فيتعين على القاضي أن يكون على اطلاع بأراء الفقهاء المسلمين من مختلف المذاهب وفي شتى المسائل⁽²⁾.

كذلك دلت النصوص المباركة على أن شرعية الحكم تدور مدار الحكم الهني فلا شرعية لغير حكم الله سبحانه إذ قال تعالى: " وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ " (3) إذ جعل ملازمة دائمة بين الحكم بغير ما أنزله الله سبحانه وبين الكفر، فعلى القاضي أن يبحث عن الحكم الهني واستبعاد الاحكام التي تنسب إلى الشريعة الإسلامية تجنيًا والتي تكون مخالفة لمبدأ المشروعية⁽⁴⁾ كون القرآن حاوٍ للأحكام القضائية حتى في المنازعات الشخصية، وقد ورد في ذلك المضمون روايات كثيرة⁽⁵⁾.

والحاصل فالنص كما يشير إلى الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية فإنه لا يحظر الرجوع للمذاهب رجوعاً (اجتهادياً) وكذلك لا يعني استبعاد الحلول الجزئية التفصيلية جملة والوقوف عند المبادئ العامة المجمع عليها، فإن أكثر المبادئ لا يخلو من اختلاف الفقه فيها أو

(1) د. رشيد الخيون، السيد حسن شبر، محمد عطوان، غانم جواد، د. ابراهيم العاني، ابراهيم الحيدري، شيعة العراق المصدريّة والأحزاب، ط3، مركز المسبار للدراسات والبحوث، دبي الامارات العربية المتحدة، 2011، ص136.

(2) أ.د. حيدر حسين الشمري، م.د. صفاء متعب فجة، م.م. وليد طارق عزيز، مبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي دراسة مقارنة في تشريعات الأسرة العربية، بحث منشور في مجلة القادسية للقانون و العلوم السياسية، العدد2، المجلد 11، 2020، ص20.

(3) سورة المائدة: الآية 44.

(4) جاء في الروايات المعتبرة قال أبو عبد الله الصادق عليه السلام " ما من أمر يختلف فيه اثنان إلا وله أصل في كتاب الله عز وجل ولكن لا تبلغه عقول الرجال " للمزيد ينظر: ابي جعفر محمد بن يعقوب الكليني، اصول الكافي، ط1، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بيروت - لبنان، 1426 - 2005، ص39.

(5) الشيخ فاضل الصفار، فقه القضاء و المحاكم ... : المصدر السابق، ص114.

في مداها وشروطها واختلاف السياسات التشريعية والتفسيرية في صدها ولا يعني ذلك الخلاف يفقدها وصف العموم.

من جهة أخرى فإن الترخيص بالرجوع إلى المذاهب أعترااف بالحق في تختيار الحلول الاجتهادية التي كانت موضع اختلاف المذاهب في عمومياتها وجزئياتها وبذلك لا تحتمل صيغة النص النهائي الزام القضاء بإستبعاد الحلول الجزئية التفصيلية والوقوف عند المبادئ الاساسية الكلية التي لم تختلف فيها المذاهب لأن هذا الحظر المفترض جدلاً في عدم الرجوع إلى الاجتهادية يتنافى مع جواز الرجوع للمذاهب فالمذاهب لا تتصف بهذا الوصف الا لكونها مدارس اجتهادية ذات سبل منهجية متنوعة تتفق في بعض الأدلة وتختلف في بعضها⁽¹⁾.

ثانياً - التقيد بمذهب معين عند الأخذ بالملائمة في بعض القوانين : يراد بالملائمة المقيدة بمذهب معين إن المشرع يقيد القاضي في اتباع مذهب معين وسلوك منهج دون غيره من بقية المذاهب الإسلامية أو إلزام القاضي في التدرج في المذاهب الإسلامية وهذا ما فعله المشرع الإماراتي في قانون المعاملات المدنية حيث جاء في المادة (1) منه ما يأتي: " تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها وفحواها، ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص القطعي الدلالة، فإذا لم يجد القاضي نصاً في هذا القانون حكم بمقتضى الشريعة الإسلامية، على أن يراعي تخير أنسب الحلول من مذهبي الإمام مالك والإمام أحمد بن حنبل فإذا لم يجد فمن مذهبي الإمام الشافعي والإمام أبي حنيفة حسبما تقتضيه المصلحة".

فلاحظ المشرع الاماراتي قد قيد القاضي في التختيار من مذهبي الإمام مالك والإمام أحمد بن حنبل فإن لم يجد الحكم فيما ذكر، عليه البحث في مذهبي الإمام الشافعي والإمام أبي حنيفة، وهنا يترتب الوجوب على القاضي في التقيد بالمذاهب المحددة في القانون، كون هذا نص يقيد المطلق ويجب مراعاة هذا القيد وتطبيق الحكم الوارد فيه، والمتمثل بالملائمة بين المذاهب المحددة في النص و المقيدة بالتسلسل الوارد ذكره والواردة على سبيل الحصر، كون القاعدة الاصولية تقول (المطلق يجري على اطلاقه ما لم يقم دليل التقييد نصاً أو دلالة).

لذلك نجد في هذا النوع من التقييد إن المشرع رسم طريقاً للمحكمة يجب عليها اتباعه وتطبيق ما يراه المشرع من رؤيا خاصة لمذهب معين، فهذا التحديد أمر مرتبط بالمذهب الذي يتبعه غالبية سكان البلد ومراعاة المذهب الأكثر اتباعاً في أوساط المجتمع، وقد أعطى المشرع المجال للمحكمة في حالة عدم الوصول إلى حل للقضية المعروضة امامه بعد اتباع المذهب

(1) صلاح الدين ناهي: المصدر السابق، ص15.

المعين في النص القانوني فرسم لها طريقاً في الفرض المذكور يجب اتباعه وهو اللجوء إلى المذهب الآخر المذكور في النص القانوني.

لكن هنالك قوانين أخرى خرجت عن هذا السياق⁽¹⁾ حيث لم تضع الحل الذي يجب على المحكمة اتباعه في حالة انعدام الحل في المذهب الفقهي المعين بالنص من قبل المشرع أما لسبب اغفاله لهذه المسألة أو إنها لا تريد فسح المجال للمحكمة للبحث في بقية المذاهب أو لثقتة في المذهب الذي يحدده أو غير ذلك⁽²⁾.

وبالنتيجة سنكون أمام ما يسمى (مشكلة توحيد القانون) التي تنافي شرعية القضاء في القانون فمشكلة توحيد القانون مشكلة يواجهها القانون الوضعي إذ وحد القانون في البلد الواحد وحكم جميع المواطنين بضابطة واحدة بالرغم من اختلافهم في العقيدة والعادات و التقاليد الأمر الذي أفقد القانون صفة العدالة و الشرعية⁽³⁾، وخاصة في حالة صدوره استجابة لإرادة الجهة القابضة على السلطة وعدم الالتفات إلى رغبات وحاجات المجتمع وتطلعاته وبالتالي فإن مثل هذا التشريع لا يلقى القبول من المواطنين فيحاولون الالتفاف على أحكامه وعدم الاستجابة إلى ما ورد فيه من نصوص وواجبات، أي مخالفتهم لأحكامه كلما وجدوا إلى ذلك سبيلاً⁽⁴⁾، وافتعال الفراغ الوهمي (الفكري) في القانون لقصوره عن الغاية.

ثالثاً - علم القاضي بالأحكام الشرعية: من البدهة في عدالة القضاء كفاءة القاضي ومؤهلاته القضائية ليتولى هذا المنصب ويحكم بحكم الله، حيث أجمع الخاصة والعامة بأن لا يجوز للجاهل بقواعد القضاء وأحكامه ان يتولاه كما لا ينفذ حكمه ولا يصح الترافع إليه وهو من الضروريات الأولية ويدل عليه الكتاب والسنة والعقل فهذه من المقدمات التي لولاها يعجز القاضي عن بلوغ الحق.

(1) نصت المادة (305) من قانون الأحوال الشخصية السوري رقم 59 لسنة 1953 " كل ما لم يرد عليه نص في هذا القانون يرجع فيه إلى القول الأرجح في المذهب الحنفي"

(2) أ.د. حيدر حسين الشمري، م.د. صفاء متعب فجة، م.م. وليد طارق عزيز: المصدر السابق، ص17.

(3) الشيخ فاضل الصفار، فقه القضاء و المحاكم ...: المصدر السابق، ص160.

(4) د. عصمت عبد المجيد بكر، مشكلات التشريع دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2014، ص62.

فاختيار الاحكام المناسبة تتطلب الحنكة والذكاء من القاضي إذ قد يقع في تزامم المصالح والمفاسد التي تهم العدالة أو المتقاضين وعليه أن يعمل بمقتضيات الأهم والمهم في أحكامه بما يتلاءم مع حكمة القضاء وأغراضه العليا⁽¹⁾.

وبهذا يتضح ان معرفة القاضي وفهمه للنصوص والاحكام الشرعية هو الآخر من الشروط التي يجب أن يتمتع بها كونها من شروط قدرته وكفاءته فلا بد من أن يكون لدى القاضي إلمام بالأحكام الشرعية ودرجة من الثقافة والوعي وحسن الفهم، سواء في الحكم الذي يصدر عنه أو في التطبيق والممارسة ويدل على ذلك مضافاً إلى الاجماع عموم ما دل من الكتاب الكريم على النهي عن اتباع غير العالم في قول وفي عمل وفي الأخبار ما روي من أبي جعفر الصادق عليه السلام قال: " من أفتى الناس بغير علم ولا هدى من الله لعنته ملائكة الرحمة... " والجاهل لا يعرف ما يجب الاستناد إليه من الأحكام في مقام رفع النزاع وحل الخصومات ولا يميز بين مواضع الحق ومواضع الباطل ولا يملك القدرة على تقييم البيانات والحجج ولا الميزان الذي يزن به الشهادات والأقوال، فلا يحقق بنصبه الغرض المرجو من تعيين القاضي ونصبه ولا بلوغ الحق وترسيخ مظاهر العدل⁽²⁾.

وقد اختلف الفقه في شرط الإجتهد فيما يتولى القضاء⁽³⁾، فهل يجوز تولي غير المجتهد؟ وهل يجوز الترافع إليه ونفاذ حكمه؟ وهل المراد من الإجتهد المطلق أم يكفي أن يكون مجتهداً في القضاء فقط؟ أم يكفي للقاضي أن يكون مقلداً فيقضي عن تقليد للمجتهد الجامع للشرائط؟

هذه المسألة لازالت محللاً للخلاف لها تفاصيلها وأدلتها في كتب الفقه والخوض فيها يجرنا إلى مواضيع قد تبعدنا عن الموضوع، لكن خلاصة القول بان الرأي الراجح من المتأخرين والمعاصرين صرحوا (بجواز ان يتولى القاضي المقلد للقضاء بشرط أن يكون خبير بأحكامه ومستنداً فيها إلى فتوى الفقيه الجامع للشرائط ومأذوناً من قبله).

(1) الشيخ فاضل الصفار، فقه القضاء والمحاكم ... : المصدر السابق، ص261.

(2) م.م. علي خالد دببيس و م.م. ميثاق طالب غركان، القضاء في القانون والفقه الاسلامي دراسة تطبيقية، بحث منشور في مجلة جامعة اهل البيت عليهم السلام العدد الرابع عشر، ص184.

(3) القول الأول: ان الاجتهاد ليس شرطاً لصحة تولية القاضي وإنما هو شرط أولوية واستحباب وهو الصحيح من مذهب الحنفية. القول الثاني: ان الاجتهاد شرط لصحة تولية القاضي وهو قول عند الحنفية وقول عند المالكية وهو المذهب عند الشافعية والحنابلة. للمزيد ينظر: أحمد بن صالح بن أحمد الغزالي، شرط الاجتهاد للقاضي، بحث منشور في مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات، الدمنهور - مصر، العدد الثالث، المجلد الرابع، 2018، ص964.

كون توفر المجتهد الجامع للشرائط في جميع الأمصار والاعصار أمر متعذر أو نادر إذ إن بلوغ الإجتهد لم يحصل إلا للقليل النادر من أهل الفضل وفي هذا القليل فإن المؤهلين للقضاء منهم أقل بكثير.

ومن هنا جاءت ضرورة علم القاضي بالأحكام الشرعية وأصولها المستنبط منها الحكم ومعرفة بفرعها فيما انعقد عليه الإجماع أو حصل فيه اختلاف على أقل تقدير وإن تعذر عليه استنباط الحكم الشرعي من مصادره أن يستفتي المجتهدين الحاصلين على درجة الإجتهد والمقدرة على الفتيا، كون عمل القضاء ينشئ بناءً خاصاً من القواعد الفقهية والقانونية⁽¹⁾.

المطلب الثاني

مراحل الملائمة في القانون المدني

إن الملائمة تُبحث في مرحلة تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية وليس استنباط الأحكام الشرعية من أدلتها فهذه مهمة الفقيه الجامع للشرائط وليس القاضي، أما عملية الملائمة فتتعلق باستنباط الحكم القانوني الذي يستلزم وجود نص سابق (مبادئ الشريعة الإسلامية)، وكما ذكرنا أن اختيار المبدأ الذي يتلاءم والقانون المدني ليس بالشيء اليسير على القاضي وإنما عليه الاستعانة بالعلوم الآلية الخادمة كعلم المنطق وعلم الأصول عند التعامل مع النصوص الشرعية كافة كون القانون علم مخدوم.

بذلك يستطيع القاضي سلوك طرائق مثالية كالقواعد الاصولية و المنطقية واللغوية وعدم الاستغناء عن شروحات الفقه وآراء القضاء لفهم النصوص الدينية وتطبيقها بعد فهم الأفكار القانونية الكلية لنصوص القانون المدني المراد الملائمة معها لحل المشكلة المعروضة أمام القضاء.

(1) د. عبد الرحمن عباس إدعين، قواعد الإجراءات الأصولية والمرافعات المدنية في النظام القضائي الإسلامي دراسة قانونية تاريخية، ط1، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية، القاهرة، مصر، ص228-229.

وهذه تتطلب من القاضي المُقلد⁽¹⁾ أن يكون على دراية عالية بالفقه الإسلامي والمناهج المعتمدة في استنباط الأحكام على أقل تقدير، والقدرة على تمييز الآراء الفقهية الرصينة من غيرها ومعرفة القيمة العلمية للكتب التي تناولت الفقه الإسلامي.

قبل الخوض في مراحل الملائمة (الاستنباط والموافقة) من الضروري علينا أن نحدد هل أن القاضي عندما يستنبط الحكم القانوني ويحدد الأكثر ملائمة من غيره لنصوص القانون المدني، يقوم بإنشاء قاعدة قانونية مدنية؟ أم أن القاضي لا ينشئ قواعد قانونية؟ ولكنه يحدد ويبحث وصولاً للحكم الصحيح؟ وهل اعترف الفقه الحديث للقاضي بإنشاء القاعدة القانونية؟

لذلك سنقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الفرع الأول تحديد طبيعة الوظيفة القضائية في الملائمة ونخصص الفرع الثاني الخطوات التي يسلكها القاضي للعمل بالملائمة وكما يلي:

الفرع الأول

تحديد طبيعة الوظيفة القضائية في الملائمة

الأصل العام إن القاضي يطبق القانون ولا يشرعه ولكن الفقه الحديث يسلم استثناءً بأن للقاضي دور في إنشاء قواعد القانون المدني بإعتباره أمرًا واقعيًا لا مناص منه تفرضه الضرورة العملية، فالاجتهاد متصل مع الواقع المتغير وكثرة الوقائع ومحدودية النصوص والتزام القاضي بالفصل في النزاع فنلاحظ المحاكم التمييزية متجددةً بمبادئ قانونية مستحدثة فتبتدع شيء لم يكن موجود.

والمعروف ان الدور الانشائي مسلم به في مجال القضاء الإداري كونه قضاء انشائي يبتدع الحلول المناسبة للروابط القانونية وقد أنكر الكثيرين هذا الدور في نطاق القانون الخاص إلا أنه ثابت في التاريخ، حيث جاء القانون المصري وقنن نظريات وقواعد أنشأها القضاء.

وبهذا يتحتم علينا قبل الخوض في الخطوات التي يسلكها القاضي عندما يختار مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص القانون المدني أن نبين طبيعة الوظيفة القضائية في الملائمة فيما اذا كانت تقف بالقاضي عند مجرد التطبيق الآلي لمبادئ الشريعة الإسلامية لوضع

(1) جاء في المسائل المنتخبة لسماحة المصدر الديني الأعلى السيد علي الحسيني السيستاني - دام ظلّه الوارف - باب الاجتهاد والتقليد ما يأتي: " يجب على كلِّ مكلف أن يحرز امتثال التكاليف الإلزامية الموجهة إليه في الشريعة المقدسة، ويتحقق ذلك بأحد أمور: اليقين التفصيلي، الاجتهاد، التقليد، الاحتياط... للمزيد ينظر الموقع الالكتروني <https://www.sistani.org/arabic/book/13/522> تأريخ الزيارة 2023/2/23.

الحلول القانونية لحسم النزاع المعروض امامه؟ أم انه يتعدى ذلك إلى الدور الانشائي؟ وهل يستطيع القضاة الآخرين الذين تعرض عليهم قضية مماثلة أن يطبقوا الحكم نفسه؟ بتعبير آخر هل تعد الملائمة مصدرًا لإنشاء القاعدة القانونية في القانون المدني اذا تواتر العمل بها واستقر القضاء عليها؟ هذا ما سنبينه بالفقرتين الآتيتين:

أولاً - الاتجاه المنكر لإنشاء القضاء المدني للقاعدة القانونية: إن البلدان التي تصنف من الناحية الانظمة القانونية بأنها بلدان القانون المكتوب أي (بلدان ذات النزعة اللاتينية) تذهب إلى هذا الاتجاه، إلى أنه (ليس بوسع القضاء إنشاء قاعدة قانونية) بحيث تكون مصدرًا يمكن الرجوع إليه كما هو الحال في القاعدة القانونية.

لأنه يرى أن ما يضعه القضاء في حالة الفراغ التشريعي والنقص القانوني من حلول وأحكام قضائية لا تتوفر فيها خصائص القاعدة القانونية، فهي تفتقر إلى صفة العمومية والتجريد ولا تتوفر لها قوة الإلزام، فما يصدر من القضاء في حالة النقص القانوني لا يرقى بخصائصه إلى مرتبة التشريع لذا فالمحاكم غير ملزمة بعدم مخالفة هذا الاتجاه، كون الحكم الذي يتخذه بشأن الواقعة محل النزاع لا يكون ملزمًا له في قضية مشابهة أخرى كيفما بالمحاكم الاخر، فالقاضي يخلق القانون الواجب التطبيق في حدود القضية المعروضة أمامه فقط⁽¹⁾.

لا خلاف في أنه لا يمكن الحديث عن هذا الدور بمعزل عن تصور اطراد القضاء على الالتزام بإجهاداته ولا شك في أن محكمة التمييز الاتحادية هي الجهة القضائية التي تلعب الدور الحاسم في العملية القضائية بمختلف جوانبها هذا من جهة ومن جهة أخرى ان استقرار القضاء على رأي ثابت في فهم النصوص القانونية وفي تطبيقاتها يعد من مقتضيات سلامة التعامل في مجال العلاقات القانونية التي تنشأ بين الأفراد كذلك الحال في مبادئ الشريعة الإسلامية التي يستقى منها الحكم القانوني، كما ان من حق المجتمع على القضاة أن تكون معالجاتهم للقضايا ذات قرار واستقرار لا تتغير إلا بتغير الزمان والظروف من حولها، لأن القضاء أستقر على العمل بهذه الاحكام⁽²⁾.

(1) راقية عبد الجبار علي، تأصيل دور القاضي في تكوين القاعدة القانونية، بحث منشور في المجلة العربية للفقهاء والقضاة، العدد 46، ص79.

(2) علي عبد الله عفریت الحريشاوي، الفراغ في القانون دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون في جامعة كربلاء، 2015، ص310.

فهذا الاتجاه يعطي للقاضي دور كاشفاً للقانون أو بعبارة أخرى أن هذا الاتجاه يعتبر القضاء مصدرًا تفسيريًا للقانون والواقع أن هذا الاتجاه يكاد أن يتبناه الأغلبية العظمى من الفقهاء وشراح القانون المدني⁽¹⁾.

ويستند أنصار هذا الاتجاه إلى عدة حجج لدعم رأيهم منها أن انشاء القاعدة القانونية من قبل القضاء يتعارض و(مبدأ الفصل بين السلطات) أي أن انشاء القاعدة القانونية من اختصاص السلطة التشريعية دون غيرها من السلطات فإن قام بها القضاء يكون قد تجاوز حدود اختصاصه وخالف المبدأ المذكور⁽²⁾.

فوظيفة القضاء في البلدان التي تعطي الصدارة للتشريع (البلدان اللاتينية- الأنكلوسكسونية) تطبيق القانون فقط ولا يعد القضاء منشأً للقانون، حتى عندما يستنبط القاضي الحل القانوني من مصادر غير التشريع عند افتقاده فإنه لا يعد منشأً للقاعدة القانونية وإنما مقررًا لقاعدة أدى تطبيقها إلى ذلك الحل.

أما إذا رجع القاضي إلى قواعد العدالة واجتهد في استنباط الحكم القانوني فإنه يتأثر في الغالب بإعتبارات موضوعية وليس بمشاعره ومعتقداته الخاصة لأنه يتعارض ومبدأ حياد القاضي وبذلك لا ينقلب مشرعًا وإنما لأنه يحل محل المشرع الذي يتخلى من ناحيته عن تنظيمها الدقيق تاركًا ذلك إلى القضاء⁽³⁾.

ثانيًا - الاتجاه المؤيد لإنشاء القضاء المدني للقاعدة القانونية: على العكس من الاتجاه الذي ذكرناه هذا الاتجاه يقر للقاضي المدني بأنه يعمل كما لو كان مشرعًا فينشئ قاعدة يسد بها نقص التشريع في القضية المعروضة امامه، وحينما يفعل ذلك يقال انه حكم بمقتضى (قواعد العدالة أو القانون الطبيعي أو العدالة الموضوعية أو الضمير القانوني) إلى غير ذلك من

(1) لتفصيل ذلك ينظر: عبد الرحمن البزاز، مبادئ اصول القانون، مطبعة العاني، بغداد، 1954، ص144. د. محمد شريف أحمد، المصدر السابق، ص30. الاستاذ عبد الباقي البكري، المصدر السابق، ص487. مالك دوهان الحسن، المدخل لدراسة القانون، مطبعة الجامعة، بغداد، 1972، ج1، ص411.

(2) د. غالب علي الداودي، المدخل الى علم القانون، ط7، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، 2004، ص182-183.

(3) محمد أحمد رمضان، دور القاضي في انشاء القاعدة القانونية المدنية دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون والسياسة في جامعة بغداد، 1985، ص318-319.

المصطلحات التي لا تعبر في حقيقتها الا من رأي القاضي واجتهاده الشخصي متأثراً بالعوامل الاجتماعية والثقافية والسياسية والاقتصادية المحيطة به⁽¹⁾.

فالعملية القضائية ليست مجرد تطبيق حرفي لنصوص القانون بل انها أيضاً قضاء انشائي يبتدع الحلول العادلة لحسم النزاع وهذا يقتضي من القاضي أن يبذل جهداً شاقاً في التوفيق بين المصالح المتضاربة لأطراف القضية، وان هذا الجانب الانشائي في العملية القضائية لا يمكن أن يكون عملية شكلية بل هو توفيق أيضاً بين مجموعة من القيم الانسانية و مصالح الاطراف المتنازعين فلا بد للقاضي من الإجتهد عند وجود النقص في التشريع⁽²⁾.

ومع ذلك افترض المشرع ان مبادئ الشريعة الإسلامية قد لا يكون فيها حكم للنزاع المعروف فيكون للقاضي أن يجتهد وفقاً لمبادئ القانون الطبيعي والعدالة، بالرغم من أن مبادئ الشريعة الإسلامية تكفي لحكم شتى النزاعات في المجتمع إذا احسن الإجتهد فيها، فشرط الإجتهد قد لا تتوفر في القاضي وبذلك قد لا يجد رأياً لأحد فقهاء الشريعة الإسلامية ليعول عليه في النزاع المعروف أمامه⁽³⁾.

هذا فيما يقتصر على الدعوى المنظورة من قبل محكمة واحدة لكن ما الحكم اذا أخذت بنفس الرأي المحاكم الأخرى التي يعرض عليها قضايا مماثلة لتلك القضايا التي حسمت من قبل محاكم أخرى وتواتر العمل به؟ ففي هذه الحالة يصبح الحل المأخوذ به ليس صادراً عن حكم فردي بل صادر عن القضاء ثم تتواتر أحكام المحاكم وتستقر على الأخذ به فعند ذلك تنشأ (قاعدة قانونية جديدة) ويساعد على هذا الاستقرار وجود المحاكم العليا كمحكمة التمييز أو النقض التي تراقب صحة أحكام المحاكم الدرجة الاولى والثانية بحيث يصبح ما تقره في هذا الشأن قاعدة تتوحد بموجبها الاحكام على اساس من أن هذه القاعدة الجديدة ستكون مصدراً للاستنباط يأخذ بها القضاة في القضايا المماثلة⁽⁴⁾، بمعنى آخر نتيجة التكرار في الأخذ بالحلول التي تضعها المحاكم لتكميل النقص التشريعي سيكون هنالك (عرف قضائي) انشأته المحاكم نتيجة استمرارها واستقرارها على اتجاه معين وأصبحت مقبولة بوصفها قاعدة قضائية.

كذلك يبرر اصحاب هذا الاتجاه بان المشرع قد رضي ضمناً من خلال سكوته على ما يبتدعه القضاء من مبادئ وأحكام، فترتفع هذه القواعد عن مجرد القواعد الموضوعية لنزاع

(1) محمد أحمد رمضان: المصدر نفسه، ص320.

(2) الاستاذ ضياء شيت خطاب: المصدر السابق، ص74.

(3) د. أحمد الغريب شبل البنا: المصدر السابق، ص174.

(4) طارق عبد الرزاق شهيد الحمامي: المصدر السابق، ص173.

بعينه إلى مرتبة القواعد العامة المجردة التي تتسع في الحال وفي الاستقبال لطائفة غير متناهية من الافراد والروابط المتماثلة في صفاتها وشروطها مما يعطيها صفة القواعد القانونية بالمعنى الصحيح⁽¹⁾.

ومن المؤكد عندما يستهدي القاضي بمبادئ الشريعة الإسلامية فإنه لا يجعل من حكمه تعبيراً الهياً عن هذه المبادئ بل يبقى حكمه معبراً عن مجهوده الانساني وعن صنعته البشرية فالقاضي وهو بشر لا يمكن ان ينطق أبداً بأحكام الهيئة أو دينية بل أحكامه كلها أحكام بشرية مصنوعة.

كما ويرى انصار هذا الاتجاه بأنه ليس كل حكم فردي قضائي يؤدي دائماً إلى تكوين قاعدة قانونية فقد لا تأخذ المحاكم الأخرى بما أخذ به الحكم المذكور فيظل الحكم الذي أخذ به حلاً فردياً ابتداءً وانتهى العمل به، فالمعيار في اعتبار الحكم القضائي قاعدة قانونية هو عندما يتم الأخذ به من قبل محاكم أخرى في المنازعات المتشابهة⁽²⁾.

ويميل الباحث إلى أن القضاء مهما أستقر على حكم معين في مسألة ما وإن ابتدع حلاً لم يكن موجود في التشريع فهذا الحكم لا يرتقي إلى اعتباره قاعدة قانونية بخصائصها بالرغم ما يتمتع به الاستقرار القضائي من قيمة قانونية وقضائية في الواقع العملي لكنه لا يصل إلى مرتبة القاعدة القانونية التشريعية.

الفرع الثاني

الخطوات التي يسلكها القاضي للعمل بالملائمة

ان المصادر التي يرجع إليها القاضي في حالة الفراغ التشريعي وتحديدًا مبادئ الشريعة الإسلامية ليختار الملائم منها لنصوص القانون المدني عليه أن يسلك خطوات معينة للوصول إلى الحكم القضائي، فإذا عرضت على القاضي قضية مستحدثة أو مسألة جديدة ولم يجد في النصوص التشريعية النافذة والعرف ما يتوصل معه إلى حسم القضية المعروضة عليه فالقاضي ملزم في هذه الحالة أن يبحث عن الحل في مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص القانون المدني مستدلاً منها على الحكم المطلوب، لكن كيف سيجد القاضي الحكم الذي يريده في

(1) الدكتور حسن كيره، المدخل الى القانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1969، ص215.

(2) د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1974، ص490-491.

مبادئ الشريعة الإسلامية الواسعة المتشعبة المختلفة المذاهب، كان لا بد عليه أن يتبع الخطوات الآتية:

أولاً- استنباط الحكم القانوني من مبادئ الشريعة الإسلامية: رغم اختلاف الألفاظ في تعريف الاستنباط في أصول الفقه والمنطق والقانون إلا أن كلها تدور حول معنى واحد هو (استخراج المجهول من المعلوم)⁽¹⁾.

والاستنباط عملية فكرية تتطلب وجود قاعدة عامة سابقة في وجودها على الحكم⁽²⁾ فالقاضي إذا اختار إحدى القواعد الفقهية مصدرًا للقواعد القانونية ليتوصل إلى الحكم القانوني فإنه يجعل من تلك القاعدة المقدمة الكبرى في استدلاله القياسي، وتكون الواقعة موضوع النزاع هي المقدمة الصغرى، ويستنبط من خلال هذا الاستدلال الحكم في الدعوى المنظورة عليه، وهذه العملية تتطلب منه إحاطة كافية في مظان⁽³⁾ ودلالة القاعدة الفقهية ومعرفة موارد تطبيقها⁽⁴⁾.

فالقاضي يمارس مرحلتين الأولى اختيار أو تحديد القاعدة الفقهية والمرحلة الثانية استنباط أو استخراج الحكم القانوني المنطبق على الواقعة المعروضة أمام القاضي، فالمرحلة الأولى لا تقل أهمية عن مرحلة استنباط الحكم القانوني من القاعدة الفقهية إذ أن الأولى ستكون هي الأساس والمبنى للحكم القانوني الذي يمثل غاية الاستنباط بينما القاعدة الفقهية تمثل عنصر مصدر الحكم القانوني.

وبما أن عدد القواعد الفقهية ليس بالقليل كان يجب على القاضي أن يكون على دراية تامة بالقواعد الفقهية ومعرفة موارد تطبيقها وخبيراً بمصالح الناس وأعرافهم حتى يكون اجتهاده ملائماً لمقاصد الشرع، وهنا تتبين قدرة القاضي ومؤهلاته العلمية والقانونية وخبرته القضائية في استنباط الحكم القانوني.

وقد اختلف الفقهاء على مذهبين في اعتبار الإجتهد شرط صحة أو شرط كمال بالنسبة لتولي القضاء حيث قال بالرأي الأول (شرط الصحة) الشافعية والحنابلة وبعض الحنفية و

(1) د. ياسر باسم ذنون، دور الاستدلال المنطقي لفهم الواقع والأدلة في الدعوى المدنية، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، عدد33، مجلد9، سنة2007، ص118.

(2) د. صفاء متعب الخزاعي، علم الاستنباط القانوني، ط1، مكتبة القانون المقارن، بغداد، 2021، ص118.

(3) مَطْلَأُ الشَّيْءِ: المَوَاضِعُ الَّتِي يَرَجَّحُ كَوْنُهُ فِيهَا، الْمَرَاجِعُ، الْمَصَادِرُ.

(4) طارق عبد الرزاق شهيد الحمامي، الاستنباط القضائي في الدعوى المدنية دراسة مقارنة بالقواعد الاصولية، اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون، جامعة كربلاء، 2020، ص154.

أكثر المالكية أما الرأي الثاني (شرط كمال) قال به جمهور الحنفية و بعض المالكية ، أما في حال فقدان القاضي المجتهد فالكل مجمعون على جواز تولية الأمثل فالأمثل⁽¹⁾.

أما في الفقه الجعفري⁽²⁾ فإن النصوص الشرعية و اتفاق فقهاءهم و أهل الخبرة و حكم العقل كلها تدل على أن حق الحاكمية في زمن غيبة الامام المنتظر عجل الله تعالى فرجه مختصة بالفقيه الجامع للشرائط كما أنه مختص بالنبى صلى الله عليه واله وسلم و الإمام المعصوم عليه السلام في زمن الحضور، فلا يجوز الاحتكام إلى غيره كما لا يجوز له عدم التصدي لهذه المهمة إن توفرت له الظروف و الأسباب، فكل حاكم لا يتمتع بالاجتهاد و العدالة ولا يكون مأذوناً من المجتهد العادل فإنه لا يتمتع بشرعية الحاكم⁽³⁾ وهذا يتطلب من السادة القضاة الذين تصدوا لمسؤولية الاحتكام إليهم إن لم يكونوا مجتهدين بالأحكام الشرعية أو أن يكون رجوعهم إلى الفقيه العالم بواسطة الطرق الشرعية أو أن يكون لديهم مأذونية شرعية من الفقيه المجتهد الجامع للشرائط لتولي القضاء بين الناس.

ان الحاكم الذي يتمتع بشرعية الحكم هو من يروي أخبار الأئمة عليهم السلام و يقدر على النظر في حلالهم و حرامهم و يعرف أحكامهم و هذه العناوين لا تنطبق إلا على المجتهد أو من يرجع إلى المجتهد فيأخذ منه الحكام، بدهاءة أن الحاكم إن لم يكن مجتهداً لا بد وأن يكتسب علمه من مجتهد فالحاكم على كل تقدير هو مجتهد⁽⁴⁾.

أما لو اهتدى القاضي إلى وجود حكم شرعي مستنبط من قبل الفقهاء بموجب الأدلة المعتبرة في أصول الفقه والتي غالباً ما تكون على شكل مسائل عملية و فتاوى شرعية فهذا

(1) ابن قدامة، روضة الناظر و جنة المناظر، ت: د. عبد العزيز عبد الرحمن السعيد، ط2، ج1، جامعة الامام محمد بن سعود، الرياض، 1399هـ ، ص93. الحطاب، مواهب الجليل، ط2، ج6، دار الفكر، بيروت، 1398هـ، ص88. النووي، روضة الطالبين، ط2، ج11، المكتب الاسلامي، بيروت، 1405هـ، ص95. نقلاً عن: النعمان منذر الشاوي، تقنين الفقه الإسلامي، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق، جامعة النهدين، 2003، ص133.

(2) عن أحمد بن محمد، عن الحسين بن سعيد، عن أبي الجهم، عن أبي خديجة قال: بعثني أبو عبد الله (عليه السلام) إلى أصحابنا فقال: قل لهم: إياكم إذا وقعت بينكم خصومة أو تدارى في شيء من الأخذ و العطاء، أن تحاكموا إلى أحد من هؤلاء الفساق، اجعلوا بينكم رجلاً قد عرف حلالنا و حرامنا، فاني قد جعلته عليكم قاضياً، و إياكم أن يخاصم بعضكم بعضاً إلى السلطان الجائر. ينظر: محمد بن الحسن الحر العاملي، تفضيل وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة، ت: السيد محمد رضا الحسيني، ط2، ج2، مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، قم المقدسة، 1414هـ، ص139.

(3) الشيخ فاضل الصفار، فقه القضاء و المحاكم، المصدر السابق، ص143.

(4) الشيخ فاضل الصفار، فقه القضاء و المحاكم، المصدر نفسه، ص134.

سيوفر للقاضي جهداً وهي تحديد أو اختيار مبادئ الشريعة الإسلامية المراد الاستنباط منها الحكم القانوني، فيتخذ هذا الحكم الشرعي مصدرًا للقاعدة القانونية.

ثانياً. موافقة الحكم الشرعي لنصوص القانون المدني: إن القانون المدني العراقي

كغيره من القوانين المدنية العربية محل المقارنة سألقة الذكر قد تعرض لمبادئ الشريعة الإسلامية وبهذا قد وفر للقاضي إمكانية الوصول إلى الحكم القانوني من هذا المصدر والوصول إلى قصد المشرع الذي يكون أكثر ملائمة لأوضاع المجتمع الذي تطبق فيه، ولكن أوجب على القاضي عندما يأخذ بمبادئ الشريعة الإسلامية أن لا تكون متعارضة مع المبادئ العامة للقانون المدني⁽¹⁾ لضمان تجانس أحكامه على اختلاف مصادره وامتتاع تنافره⁽²⁾ ليس فقط غير متعارضة بل أن تكون المبادئ التي يختارها الأكثر ملائمة لنصوص القانون المدني من غيرها⁽³⁾.

ويرى معظم الفقهاء⁽⁴⁾ أنه عند الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدرًا رسميًا أن يراعى في الأخذ بأحكام الفقه الإسلامي التنسيق ما بين هذه الأحكام و المبادئ العامة

(1) كان نص مشروع القانون المدني المصري المادة (2/1) يقضي بأن يكون رجوع القاضي الى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص القانون ولكن تم الاعتراض على ذلك من قبل لجنة مجلس الشيوخ المؤلفة لبحث المشروع، بأن التعارض بين مبادئ الشريعة الإسلامية وبين نصوص القانون لن يحدث، لأن الشريعة الإسلامية لن تطبق الا حيث لا يوجد نص، ولن يطبق منها الا المبادئ العامة دون الحلول التفصيلية، وانتهى الامر الى حذف عبارة (الأكثر ملائمة لنصوص القانون) لأن حكمها مفهوم في حدود فكرة الملائمة. للمزيد انظر: د. محمد شريف عبد الرحمن أحمد، المصدر السابق، ص 84.

(2) د. حسن كيره، المدخل الى القانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1969، ص 288.

(3) وقد اعترض عضو لجنة مشروع القانون المدني العراقي السيد حسن تاتار على عبارة "دون التقيد بمذهب معين" في الفقرة الثانية من المادة الاولى مرتين أن هذا الاطلاق قد يسبب اجتهادات كثيرة في المحاكم فتجتهد بعض المحاكم اجتهادات قد تجدها فقهية ولكن لا تراها محكمة التمييز كذلك فيحصل ارباك في الأحكام. فرد عليه السيد منير القاضي موضحاً أن الارتباك لا يمكن أن يقع وأن الاطلاق في الاجتهاد أيضاً مقيد بعبارة "طبقت أحكام الفقه الإسلامي الكثر ملائمة لنصوص هذا القانون" السابقة للعبارة المعترض عليها. للمزيد انظر: سلمان بيات المحامي، القضاء المدني العراقي، الجزء الاول، شركة الطبع و النشر الأهلية، 1962، ص 20.

(4) القاضي عيسى عبد الله عيسى، التقنين المدني الجديد معلقاً عليه بأراء الفقهاء، دون ناشر، مصر، 1970، ص 39. كذلك في هذا المعنى: د. عباس الصراف، د. جورج حزبون، المدخل الى علم القانون، ط4، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، 1997، ص 47. كذلك: د. حسن كيره، المصدر السابق، ص 288. كذلك: القاضي فريد فتیان، مقدمة القانون المدني، شركة النشر والطباعة العراقية المحدودة، بغداد - العراق، 1954، ص 46. كذلك: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، دار احياء التراث العربي، بيروت - لبنان، دون سنة نشر، ص 49.

التي يقوم عليها التشريع المدني في جملته فلا يجوز الأخذ بحكم في الفقه الإسلامي يتعارض مع مبدأ من مبادئ القانون المدني كي لا يفقد التقنين المدني تجانسه وانسجامه⁽¹⁾.

ومن مسؤوليات محكمة التمييز هي الحفاظ على وحدة القانون فهي تنظر في الأحكام وليس النزاع ووجهتها في ذلك هو مدى تطبيق القضاة للقانون لتقول كلمتها في ذلك أما بالنقض أو التصديق، وقد خلصت محكمة التمييز الاتحادية إلى مدى الحاجة للحفاظ على وحدة القانون بأنه يغمرنا الشعور دائماً بالحاجة الملحة إلى اثبات القانون ووحدة تطبيقه ويوم يختلف منطق تطبيق القانون من قاضٍ لآخر ومن حالة إلى أخرى سوف يفقد القانون معناه الحقيقي وتهتز إرادته الإلزامية ويكون مبدأ توحيد أحكام المحاكم ووحدة القضاء ضرباً من ضروب الخيال⁽²⁾.

وعلى القاضي أن يجتهد ليقرب بين أحكام الشريعة الإسلامية والقانون المدني دون الاخلال بوحدة القانون فيستطيع القاضي أن يأخذ من الشريعة الإسلامية ما يراه أكثر ملائمة للتطبيق بل يمكن الرجوع إلى آراء تخرج عن نطاق المذاهب الأربعة المشهورة يمكن الانتفاع بها إلى حد بعيد⁽³⁾.

ولهذا لم يُقيد القاضي بالالتزام بمذهب معين أو بالرأي الراجح في المذاهب، بل أطلق الرجوع إلى هذه المبادئ دون قيد أو شرط وهو ما يفسح المجال لأختلاف الأحكام في المسألة الواحدة باختلاف وجهات نظر القضاة، زيادة على ذلك تجنباً للمذهبية التي تُضيق من مجال الأخذ بما يتناسب مع المصلحة العامة كما تدفع القاضي إلى عدم الجمود على مذهب معين فأعطى للقاضي صلاحية أن يتخير بين المذاهب الفقهية أو لأحد الفقهاء المعترين وإن خالف في رأيه جميع المذاهب الفقهية، وبمعنى آخر أن يوازن بين اجتهادات الفقهاء التي تحفل بها موسوعات الفقه الإسلامي و يختار المذهب أو الرأي الذي يكون أكثر ملائمة لنصوص القانون المدني و يحقق المصلحة العامة⁽⁴⁾.

(1) د. رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، الدار الجامعية للطباعة والنشر، 1985، ص524.

(2) الدكتور لفته هامل العجيلي، دراسات في قانون المرافعات المدنية تأملات فكرية وعملية، ج3، دار السنهوري، بغداد، 2022، ص59.

(3) د. السيد محمد السيد عمران، الأسس العامة في القانون، منشورات الحلبي الحقوقية، دون مكان نشر، 2002، ص79.

(4) م.د. نوري حمة سعيد حيدر الهومندي، ضرورة المعالجة القانونية لعبارات مبهمه في بعض القوانين العراقية دراسة تحليلية مقارنة، بحث منشور في المجلة العلمية لجامعة جيهان في السليمانية، العدد1، مجلد3، 2019، ص417.

لكن ما الحكم لو وجد القاضي عند تطبيق مذهب معين أن المذهب بحد ذاته متعدد الآراء والاحكام اذ ينقسم اتباع المذهب الواحد إلى أفكار و آراء مختلفة لكل منهم رأيه بشأن مسألة معينة حسب وجهة نظره فما هو الحكم في هذه الحالة؟ للإجابة نقول إن القانون المدني عادةً ما يتبنى المشهور من رأي الفقهاء في مواده القانونية وفي حالات أخرى استبعد المشهور واتباع غير المشهور، مع هذا فإنه قام بالتشريع في اطار المعايير الفقهية وفقاً لرأي أقلية الفقهاء على أقل تقدير⁽¹⁾.

وبهذا قد خرج المشرع العراقي في القانون المدني المادة الاولى منه كذلك القوانين محل المقارنة عن مبدأ اتباع المشهور من رأي الفقه الاسلامي، ونلاحظ أن المشرع العراقي في القانون المذكور قد أحال في بعض أحكامه إلى الشريعة الإسلامية ومثال ذلك ما نصت عليه الفقرة (2) من المادة (34) منه بقولها " ومع ذلك فحقوق الحمل يحددها قانون الأحوال الشخصية" كذلك الفقرة (2) من المادة (36) التي جاء فيها " أحكام المفقود تخضع لقانون الأحوال الشخصية" ومن المعلوم أن المصدر الأول لقانون الأحوال الشخصية هي الشريعة الإسلامية، وهذا ما أخذ به المشرع المصري أيضاً في القانون المدني المادة (32) التي جاء فيها: "يسري في شأن المفقود والغائب الأحكام المقررة في قوانين خاصة، فان لم توجد فأحكام الشريعة الإسلامية"⁽²⁾.

وقد كان لقضائنا في اعمال مبادئ الشريعة الإسلامية القدر المعلى و الحظ الأوفر في تطوير التشريع وقد انبرى الفقهاء المجتهدون لأولئك القضاة نقداً ومناظرة ما أثمرت تلك المباريات و الجهود المجردة عن الاهواء ضرباً من التعاون بين الفقه و القضاء⁽³⁾.

في قرار لمحكمة التمييز الاتحادية فيما يخص تطبيق الإرث الشرعي على حق التصرف في البساتين المحدثه قبل نشر قانون حق التصرف والذي جاء فيه ما يلي: " ان المادة (2/186) من قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971 المعدل أشارت إلى تطبيق أحكام الارث الشرعي على حق التصرف في الأراضي الأميرية أو الموقوفة وفقاً غير صحيح تبعاً للمنشآت والمغروسات القائمة عليها ان كانت محدثة قبل نشر قانون التصرف في 19/نيسان/1913 وبالتالي يتعين تطبيق أحكام القانون المذكور والاستناد إلى القسم الشرعي دون القسم النظامي

(1) مركز الدراسات الإسلامية لمجلس الشورى الاسلامي: المصدر السابق، ص539.

(2) تقابلها المادة (2/32) من القانون المدني الأردني.

(3) د. علي جمعة محارب: المصدر السابق، ص96.

في احتساب التعويض إلى المميزين وتقسيمه عليهم طبقاً للأنصبة الشرعية ويكون اصرار المحكمة على اعتماده في محله وتكون بإلزامها الشخص الثالث والمدعى عليه بالتعويض استناداً لتقرير الخبراء الخمسة عما لحق المميزين من اضرار نتيجة لتجريف التربة ورفع قسم من الأتربة قد اصابته صحيح القانون لأن كل تعد يصيب الغير بأي ضرر يستوجب التعويض عملاً بالمادة (204) مدني" (1) .

وبهذا فإن القضاء العراقي غير ملزم بالتقيد بمذهب معين من المذاهب الإسلامية أو المدارس الفقهية بل تعد جميعها مرجعاً لاستنهاض الاحكام القانونية الصحيحة⁽²⁾ إلا أن هذا الاطلاق يشتمل على قيد للحكم الذي وجدته المحكمة وهو أن يكون أكثر ملائمة لنصوص القانون المدني بمجمله بمعنى أن على القاضي النظر إلى نصوص القانون المدني بمجملها ومن ثم تحليلها واستنتاج روح النص و الهدف الاجتماعي الذي يستهدفه القانون ويبغي تحقيقه، حيث بدون هذه القيمة يصبح القانون حبراً على ورق لا صلة له بواقع الحياة الاجتماعية بل قد يصبح قيداً يعرقل تقدم الحياة الاجتماعية وتطورها⁽³⁾.

المبحث الثاني

مجال سريان مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص القانون المدني والرقابة عليها

ان التشريع يبدأ العمل به فور نشره في الجريدة الرسمية أو بعد ذلك بمدة ينص عليها المشرع فيكون من واجب العمل به، لكن مبادئ الشريعة الإسلامية متى تكون ملائمة لنصوص القانون المدني هل تكون ملائمة في كل زمان؟ ومتى تكون ضرورة مفترضة؟ كلنا نعرف إن دين الله واحداً إشارة إلى قوله تعالى "سُنَّةَ اللَّهِ فِي الَّذِينَ خَلَوْا مِنْ قَبْلُ وَلَنْ تَجِدَ لِسُنَّةِ اللَّهِ تَبْدِيلًا"⁽⁴⁾ فالأحكام الشرعية لا تتغير إلا بتغير الموضوعات أما مرور الزمان والمكان وتبدل

(1) قرار محكمة التمييز الاتحادية الهيئة الموسعة بالعدد (57/الهيئة الموسعة المدنية/2021) في 2021/2/17. ينظر: القاضي حيدر عوده كاظم، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، ط1، ج5، دون ناشر ومكان نشر، 2021، ص514.

(2) د. علي محمد بدير، المدخل لدراسة القانون نظرية القانون، دار الطباعة الحديثة، البصرة، 1970، ص188.

(3) د. حسن علي الذنون، فلسفة القانون، بلا ناشر ومكان النشر وسنة نشر، ص158.

(4) سورة الاحزاب: الآية 62.

الأشخاص فلا يغير الحكم، وعن الإمام الصادق عليه السلام قال: "حلال محمد حلال أبداً إلى يوم القيامة، وحرامه حرام أبداً إلى يوم القيامة، لا يكون غيره ولا يجيء غيره"⁽¹⁾.

أما القانون فيمكن أن يكون مؤقت محدد المدة يعمل به خلال مدة معينة وهو ما يسمى بـ (التشريع المؤقت) مثل التشريعات التي تصدر في أوقات الحوادث غير العادية أو الأزمات وينتهي العمل به بمجرد انقضاء المدة المحددة للعمل به وتزول عنه كل فاعلية، هذا من جهة ومن جهة أخرى كيف يتم الرقابة على الأعمال والقرارات و الأحكام التي تصدرها المحاكم المستندة إلى مصادر أخرى غير التشريع، من خلال مراجعة القواعد الموضوعية للتأكد من وجود القاعدة القانونية وسلامة تطبيقها على وقائع الدعوى وبما يؤدي إلى احترام كافة القواعد التي سنها المشرع.

بهذه المقدمة الوجيزة سنقسم هذا المبحث على مطلبين نتحدث في المطلب الأول مجال سريان مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص القانون المدني والمطلب الثاني الرقابة على ملائمة مبادئ الشريعة الإسلامية لنصوص القانون المدني وكما يلي:

المطلب الأول

مجال سريان مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص القانون المدني

إن تغيير الأحكام بصورة عامة ليس بجديد إذ أشارت له بعض النصوص التشريعية كالقانون المدني العراقي في المادة الخامسة منه التي جاء فيها "لا ينكر تغيير الأحكام بتغيير الأزمان" وكذلك أشارت له بعض النصوص الفقهية و الأصولية تحت هذه القاعدة، وهذه القاعدة لها دراسات مستفيضة لكن من الجانب الأصولي فقط إلا أن الدراسات في مجال القانون تكاد تكون نادرة ويرجع ذلك إلى بنية القاعدة القانونية التي تجعل من العسير تسليط هذه القاعدة الفقهية على فهم تغيير القواعد القانونية.

وحيث أن الأحكام الشرعية تنقسم إلى قسمين أحكام ثابتة غير قابلة للتغيير ولا للتبديل مهما تغير الزمان والمكان مثل الإيمان بالله تعالى وملائكته وكتبه ورسله واليوم الآخر وأحكام قابلة للتغيير والتبديل كالأحكام المتعلقة على علل وأوصاف فإنها تتغير بتغييرها، إذ الحكم يدور مع علته وجوداً وعدمًا.

(1)أبي جعفر محمد بن يعقوب الكليني: المصدر السابق، ص38.

وبهذا أول ما يعرض عند تطبيق الاحكام الشرعية الأكثر ملائمة لنصوص القانون المدني هو وجوب تعيين (نطاق هذا التطبيق بتحديد المدى الذي يبلغه سريانها) ومدى السريان يتحدد في أمور كتحديد هذا المدى بالنسبة إلى المخاطبين بها (أطراف الدعوى المعروضة على القضاء)، وذلك بالتساؤل عما اذا كانت هذه المبادئ تسري في حق جميع هؤلاء المخاطبين دون استثناء؟ كذلك الزمان الذي تسري فيه مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص القانون المدني؟ وهل تتغير هذه الاحكام بتغير الازمان؟، والتساؤل عن كيفية سريانها وانتهائها وطريقة حل التنازع الناشئ عن تعاقب المبادئ الاسلامية؟.

عليه سنعرض مجال سريان مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص القانون المدني في حق الأشخاص في الفرع الأول وبعدها نعرض مجال سريان مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص القانون المدني في ظل تغير الزمان والمكان وكما يلي:

الفرع الأول

مجال سريان مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص القانون المدني

في حق الأشخاص

القاعدة القانونية اذا تكونت وخرجت من مصدر من المصادر الرسمية تسري في حق المخاطبين بأحكامها دون استثناء كون القانون يلزم كل الأشخاص المخاطبين بحكمه الحاكم منهم والمحكوم كامل الإدراك وعديم الإدراك من يعلم بالقانون أو من يجهل به، بمعنى انها تطبق على كافة من تتوجه اليهم من الاشخاص، فلا يعفى واحد منهم من الخضوع لأحكامها ويعبر عن ذلك بالمبدأ المعروف "لا يفترض في أحد الجهل بالقانون" أي لا عذر بجهل القانون.

فلا يقبل من أي أحد كان الاحتجاج بجهله حكم قاعدة قانونية ليفلت من انطباقها عليه وسريانها في حقه فجهل القاعدة القانونية لا يصلح عذراً يمنع أو يعفي من انطباقها على أحد فهي تسري في حق جميع المخاطبين بأحكامها من علم بها ومن جهلها سواء فالجهل بالقانون لا يحول دون تطبيقه على من يجهله⁽¹⁾، مع ذلك فقد استعان الفقه في تبرير قاعدة عدم جواز الأعتذار بالجهل بالقانون بقاعدة أخرى فنية من قواعد الصياغة القانونية وهي (قاعدة افتراض العلم بالقانون) وهي قاعدة عرفها القانون الروماني منذ آلاف السنين.

(1) الدكتور حسن كيره، المدخل الى القانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1969، ص300.

أما بشأن الأحكام القضائية المستنبطة من مبادئ الشريعة الإسلامية المتلائمة منها لنصوص القانون المدني في حالة النقص القانوني فما يصدر من القضاء لا يرتقي إلى مرتبة القاعدة القانونية، وهذا ما جاء به الاتجاه الرافض لدور القاضي في انشاء القاعدة القانونية حيث من المقرر فقهاً وقانوناً انه يجب نشر التشريع حتى يصبح ملزماً للمخاطبين بأحكامه، والمراد بالنشر هو الاعلان عن وجود التشريع حتى يتأتى العلم به بعد اصداره.

فالقوة الإلزامية للتشريع تأت من نشره فهناك تلازم حتمي بين الالتزام بالقانون وبين امكان العلم به لذا فاستحالة العلم بالقانون تجعله غير ملزماً بالنسبة لمن استحال عليهم العلم به⁽¹⁾.

هذا بالنسبة للتشريع أما بالنسبة لمبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة للنصوص القانون المدني فكيف ستمتد قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون إليها بالرغم من أن قاعدة افتراض العلم بالقانون توحى إلى أنها تتعلق بالتشريع فقط، إلا أن ذلك غير صحيح فمن المؤكد أن هذه القاعدة لا تنصرف إلى التشريع وحده بل إلى القانون بصفة عامة أيًا كان مصدره⁽²⁾.

فالتشريع عبارة عن مجموعة القواعد القانونية التي تصدر في شكل مكتوب عن السلطة التي تمتلك حق اصداره بمقتضى الدستور ويسمى التشريع قانوناً كالقانون المدني وقانون التجارة وقانون العقوبات فكل قانون يصدر كما قلنا بشكل مكتوب وعن سلطة تمتلك حق اصداره يسمى تشريعاً.

فالقانون أوسع من التشريع من ناحية وأضيق من ناحية أخرى، فإذا أخذنا القانون بمعنى مجموعة القواعد القانونية الملزمة أيًا كان مصدرها كان التشريع قانوناً مصدره السلطة التشريعية إلى جانب مجموعة القواعد القانونية الناشئة عن العرف أو عن أي مصدر آخر من المصادر الرسمية التي ينص عليها القانون.

أما اذا أخذنا التشريع حسب تسلسله وتدرجه من حيث القوة فالتشريع يحتوي من حيث هذا الاعتبار على (الدستور و القانون و النظام و التعليمات) فيظهر في ذلك أن المعنى الأول يجعل القانون أوسع من التشريع أما الثاني فيجعل التشريع أوسع من القانون⁽³⁾.

(1) الدكتور سمير تناعو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1974، ص596.

(2) الدكتور سمير تناعو: المصدر السابق، ص628.

(3) د. عباس الصراف، جورج حزبون، المدخل إلى علم القانون نظرية القانون - نظرية الحق، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، 2005، ص44.

وبهذا فمن المؤكد أن هذه القاعدة (عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون) لا تنصرف إلى التشريع وحده بعناه الضيق بل إلى القانون بمعناه الواسع أيًا كان مصدره فمبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص القانون المدني تعد مصدر من مصادر القانون ولا يجوز الاعتذار بالجهل بها.

فالقضاء عندما يطبق مبادئ الشريعة الإسلامية على المنازعات المعروضة أمامه وهي منازعات تتصل غالبًا بمراكز قانونية نشأت أو انقضت في ظل قواعد قانونية سابقة على القاعدة الجديدة المستنبطة من مبادئ الشريعة الإسلامية، ومعنى ذلك أن القواعد الجديدة تنطبق بأثر رجعي ورجعية القضاء تعبر عن أقصى درجات عدم الاهتمام بفكرة العلم بالقانون أو إمكان العلم به.

نلخص القول ان مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص القانون المدني تنطبق على جميع الأشخاص المخاطبين بأحكامها سواء علموا بها أو لم يعلموا فلا يقبل من أحد الاعتذار بالجهل بالقانون وأساس هذه القاعدة هو أن الاستغناء عنها يؤدي إلى انهيار القانون وحلول الفوضى محله فهي قاعدة ضرورية يفرضها وجود القانون ذاته، وهذه القاعدة تمتد إلى القانون في كل مصادر التشريع والعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص القانون المدني وقواعد العدالة وتمتد كذلك إلى القواعد الآمرة والقواعد المكملة.

الفرع الثاني

مجال سريان مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص القانون المدني

في ظل تغير الزمان والمكان

انطلاقًا من المجال الاصولي والفقهية وما وجد فيه من قواعد مهمة نرى أن للزمان والمكان الدور الفعال في تغير الأحكام القانونية، وإن المراد من الزمان والمكان ليس بمعناهما اللغوي بل بحكم كون الانسان يعيش في وعاء مكاني وزماني أي تغير أساليب الحياة والظروف الاجتماعية والخصائص والعلاقات الحاكمة على الافراد بمرور الزمان وتغير المكان.

فالزمان في حد ذاته لا يغير الحكم، إذا هذه الظروف تؤثر بشكل مباشر على التصرفات والوقائع على الأفراد المخاطبين بالحكم والذي بتغييره (الزمان والمكان) يتغير تبعاً لذلك موضوع الحكم أو افراده أو صفاتهم أو مصلحة تشريعية مما يستتبعه تغير الحكم نفسه⁽¹⁾.

وقد اعترف المشرع العراقي بذلك حيث جاء في المادة (5) من القانون المدني العراقي "لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان"⁽²⁾ ومورد التغير إن الاحداث التي تقع في خط الزمان تؤثر على الحكم القانوني ومن ثم تلزم المشرع والقضاء على إلغاء وتبديل الأحكام بسبب هذه الطروء الزمانية.

وهذا في حد ذاته يشكل نقطة بالغة الأهمية على مستوى مرونة التشريع وعلامة فارقة له كون الزمان والمكان يمثلان عنصرين رئيسيين في عملية الإجتهد القضائي فتجد مسألة كان لها في السابق حكم وان نفس المسألة تجد لها حكماً جديداً في ظل العلاقات المتغيرة كما في تغير حكم تصرف الفضولي خلال المدة الزمنية من وقت التصرف إلى وقت الاجازة اللاحقة بحكم الوكالة السابقة، فقد جاء في المادة (135) من القانون المدني العراقي مايلي: "1- من تصرف في ملك غيره بدون اذنه انعقد تصرفه موقوفاً على اجازة المالك. 2- فإذا أجاز المالك تعتبر الاجازة توكيلاً وبطال الفضولي بالبدل ان كان قد قبضه من العاقد الآخر. 3- واذا لم يجز المالك تصرف الفضولي بطل التصرف واذا كان العاقد الآخر قد ادى للفضولي البدل فله الرجوع عليه به، فان هلك في يد الفضولي بدون تعد منه وكان العاقد الآخر قد اداه عالمياً انه فضولي فلا رجوع له عليه بشيء منه. 4- واذا سلم الفضولي العين المعقود عليها لمن تعاقد معه فهلك في يده بدون تعد منه فللمالك ان يضمن قيمتها ايهما شاء فإذا اختار تضمين احدهما سقط حقه في تضمين الآخر"⁽³⁾ فنلاحظ تغير الأوضاع والأحوال الزمنية كيف كان له تأثير كبير في تصرف الشخص الفضولي.

فهذه الضرورة ناشئة عن عدم انضباط عنصري الزمان والمكان في معيار محدد وقالب معين فإن حقيقة الزمان والمكان تلازم التغير الذي لا محيد عنه، وهذه المسألة يمكن أن تكون

(1) د. صفاء متعب الخزاعي: المصدر السابق، ص191.

(2) لم نجد ذكر مماثل لهذه القاعدة الفقهية القانونية في متون القوانين المدنية موضوع المقارنة.

(3) تقابلها المادة (190) من القانون المدني المصري والتي جاء فيها: " تسري قواعد الوكالة إذا أقر رب العمل ما قام به الفضولي " كذلك المادة (302) من القانون المدني الأردني والمادة (326) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي.

وتشكل قاعدة واسعة في التشريع تفتتح منه أبواب عديدة وتكشف عن حلول حيوية لكثير من القضايا والحوادث ومن خلالها تراح الكثير من مظاهر الجمود⁽¹⁾.

عليه فلا ينبغي للقاضي أن يقيد نفسه بموقف واحد ودائم يتخذه في كافة أحكامه رغم تغير الزمان والمكان والعرف والحال كون تغير الأوضاع والأحوال الزمنية له تأثير كبير في كثير من الأحكام ليس القانونية فحسب بل الشرعية الاجتهادية أيضاً، لأن ما كان من الأحكام مبنياً على عرف الناس وعاداتهم تتغير كيفية العمل بمقتضى الحكم باختلاف العادة عن الزمن السابق، وأما أصل الحكم الثابت بالنص فلا يتغير، وإلا فإن الجمود سوف يضيع حقوقاً كثيرة ويكون ضرره أكثر من نفعه.

كذلك نلاحظ إن أغلب الاحكام الشرعية هي قضايا واقعية بمعنى ان موضوعها فرض مقدر الوجود سواء في الحال أم الماضي أم المستقبل وقد لا يكون لها مصداق في الخارج إلا مستقبلاً وقت عرض النزاع على القاضي، وهناك أمثلة كثيرة يكون للزمان والمكان تأثيراً فيها منها: البيع بالكيل أو بالعدد أو الوزن فالاختلاف يقع فيما هو مكيل أو موزون فان من الامتعة ما يباع بالعد ومنها ما يباع بالوصف ومنها ما يباع بالذراع، فتحديد ذلك مكيلاً أو موزوناً يختلف حسب الازمنة والامكنة.

كذلك قد يؤثر مرور الزمان في تحول ما كان من القيميات إلى المثلي والعكس فقد كانت الاثواب في السابق قيمة لعدم تماثل ثوب مع آخر ولكن التطور الذي تحقق في الوقت الحاضر جعل من السهل نسج الاثواب الكثيرة بنسج واحد بحيث لا يميز بين ثوب واخر وبذلك المثلي والقيمي يختلفان بحسب الازمنة والامكنة⁽²⁾.

عليه فإن التغيير والتجديد ممكن في المعاملات بالخصوص بل يجب تبعاً لمصلحة الحياة وتطورها في كل مجتمع، وهذا ينسجم مع القول بإن الشريعة الإسلامية تصلح لكل زمان ومكان

(1) د. صلاح عبد الحسن الدوخي، منطقة الفراغ التشريعي دراسة مقارنة لأهم العناصر المرنة في الشريعة الإسلامية، ط2، مركز المصطفى العالمي للترجمة والنشر، إيران - قم المقدسة، 1437هـ، ص148-149.

(2) أ.م.د. هادي حسين هادي الكرعاعي، م. علاء عبد النبي ياسر علي خان المدني، أثر الزمان والمكان في تحديد موضوعات الأحكام الشرعية، بحث منشور في مجلة كلية الفقه في جامعة الكوفة، عدد 13، سنة 2013، ص9.

أي أن مبادئ الشريعة الإسلامية في المعاملات تقسح المجال لكل اجتهاد يستجيب لحاجات الناس في كل عصر ومصر⁽¹⁾.

بالإضافة إلى ذلك من القضايا المستحدثة هي مسألة الإنتفاعات الأخرى من الطريق كون الأصل في الانتفاع بالطريق هو الاستطراق أما الانتفاعات الأخرى كبناء الساباط⁽²⁾ والانتفاع من أسطح الطرق العامة المسقفة، فيجوز ذلك إذا لم يزاحم الانتفاع المذكور بالطريق وهو الاستطراق ويتبع في ذلك السيرة والعادة في كل زمانٍ ومكانٍ إذ إنها تختلف بحسب الأزمنة والأمكنة، ففي السابق كان المتعارف الاستفادة من الطرق بجميع اشكالها، فلو كان طرفا الطريق العام ملكاً لواحدٍ فله الحق أن يبني على الطريق ما يريده مما لا يزاحم المارة بل قد تكون فيه مصلحة للعابرين⁽³⁾.

أما الآن فهو أمر منكر في كثير من البلاد ولا يقبله العرف والعادة ويعد من المزاحمة، لذا فإن المناطق فيما ذكر هو التعدي فإذا لم يحصل تعدٍ سواء على ذات الطريق أو فضائه فهو أمر مقبول حتى في زماننا هذا وأما إذا حصل التجاوز كما لو بلغت الرواشن⁽⁴⁾ إلى الجدار المقابل أو مثل ذلك فهذا غير متعارف عليه أيضاً في هذه الأزمنة.

عليه فإن الحكم الشرعي الخاص بهذه الأمور التي ذكرت يتغير بحسب تغير أعراف كل زمانٍ إذا إنها قد تكون متعارفة في زمانٍ أو مكانٍ مما يُعد مزاحمة وقد تكون في زمانٍ أو مكانٍ ما تعارف عليه الناس غير ذلك⁽⁵⁾.

(1) محمد جواد مغنية، فلسفات اسلامية، ط6، دار ومكتبة الهلال، بيروت - لبنان، 1993، ص699. نقلاً عن د. صلاح عبد الحسن الدوخي، المصدر السابق، ص260.

(2) الساباط: هو السقيفة التي تُقام بين حائطين، وجمعه: سوابيط، وسوابطات.

(3) توجد الكثير من الشواخص القديمة تحديداً في محافظة كربلاء المقدسة و الموصل القديمة عندما يكون طرفا الطريق العام ملكاً لشخص واحد، فإن مالك العقارين يستأثر بملكية فضاء الطريق الذي يشق العقارين المملوكين له، ومن الآثار التي مازالت لحد الان هو (طاق الزعفران الأثري) في منطقة باب الطاق، وعلى اثر ذلك تم ملاحظة عقارات اخرى حديثة.

(4) الرواشن: معناها الشرفة المطلة على الطريق، وجمعها: رواشن.

(5) د. علاء الحلبي، أثر الزمان والمكان في المعرفة الفقهية دراسة تحليلية ضمن مجال فلسفة الفقه، ط1، لبنان، 2016، ص370-371.

المطلب الثاني

الرقابة على ملائمة مبادئ الشريعة الإسلامية لنصوص القانون المدني

حق التقاضي حق مصون ومقدس ونصت عليه الدساتير الوطنية والاجنبية كما ضمته حقوق الانسان والقوانين الداخلية ولا يجوز مصادرة هذا الحق أو تقييده، فاللجوء إلى القضاء هو الطريق الانسب لطلب الحقوق قضائياً اذا بات من العسير اللجوء إلى القوة لانتزاع الحقوق في ظل الدولة الحديثة التي أخذت على عاتقها اصدار القوانين وتطبيقها.

ولما كان القضاء بشر يخطئون ويصيبون فلا بد من وجود جهة قضائية عليا تضبط الاحكام الصادرة من المحاكم الادنى، ويتولى التحقق من مدى تطبيق القانون في قضائها، وهذا أمر بالغ الأهمية ويتوقف عليه وصف الدولة بأنها دولة قانون، فإذا ما سار القاضي بالاتجاه الذي يرضي قناعته الشخصية دون رقيب فان هذا يوهن عظمة العدالة ويضعف حجتها ويصبح اللجوء إلى القضاء ترفاً لا معنى له.

ومن هنا كان للرقابة على الملائمة دوراً مهماً وحاسماً سيما ضمن اطار القانون المدني كون هذه الملكة التي يملكها القاضي المدني تحديداً تتسق مع فلسفة وجود هذا القانون فهو قانون لا يقوم على الفردية والانعزال الأمر الذي يلقي بكل ثقله على القضاء ليمارس دوراً مهماً في هذا الموضوع لما له من سلطة تقديرية واجتهادية.

فالقضاء بإعتباره الملجأ الأخير للمتخاصمين عليه أن يحكم بالعدل بينهم ولا يستطيع أن يتذرع أو أن يمتنع عن ذلك تحت تسيب عدم وجود النص القانوني الذي يفصل في النزاع هذا من جهة ومن جهة أخرى القضاء بصورة عامة لا يستقم بمفرده بل ضرورة وجود محاكم عليا تراقب القرارات القضائية بغية عدم انفلات هذه السلطة وتجاوز حدودها من قبل القاضي والانجرار إلى تزمته القاضي بمذهب معين دون بقية المذاهب الإسلامية التي قد تكون أكثر انطباقاً وفاعلية للحالة المعروضة عليه.

فلا اعتراف للقاضي بهذه السلطة الواسعة لا يعني الاعتراف له بسلطة استبدادية مطلقة لا تخضع لأية رقابة من أي نوع كان بل يتوجب أن تخضع للرقابة من قبل الجهات القضائية المختصة بالطعن، وبالتالي يمارس القضاء عمله وفقاً لقيود وضوابط محددة وليست مطلقة، وهذه الرقابة تمارسها محكمة الاستئناف بإعتبارها درجة ثانية من درجات التقاضي إذا ما رفع الطعن إليها كما تمارسها محكمة التمييز بإعتبارها المحكمة المختصة بالنظر في الطعون

الصادرة من المحاكم المختصة عن طريق نقضها إذا ما وجدت مخالفة للقانون في اجتهاد لمحكمة الموضوع أو تصديق الحكم إذا ما وجد أنه موافق للقانون.

وقد جرى تقسيم هذا المطلب إلى فرعين تنطرق في الفرع الأول إلى الرقابة على الاجراءات الضرورية المؤثرة في صحة الحكم أما الفرع الثاني فقد جرى التطرق فيه إلى رقابة محكمتي الاستئناف والتمييز على الملائمة وكما يلي:

الفرع الأول

الرقابة على الاجراءات القضائية الضرورية المؤثرة في صحة الحكم

ان الاجراءات التي رسم معالمها القانون انما يبتغي من ورائها انتظام سير الدعوى للوصول إلى الحل المنشود وهي إجراءات لا يمكن للخصوم الاتفاق على مخالفتها والمحكمة اليد الطولى فيها، فالقاضي يهيمن على ادارة الدعوى ويتولى السير باجراءاتها وفق السياقات المرسومة.

فينظم القضاء المدني مجموعة من الاجراءات القضائية المتتابعة تتابعًا زمنيًا تبدأ بإقامة الدعوى وتنتهي بصدور الحكم يكتسب فيها حجية الشيء المقضي فيه وكل إجراء قضائي هو جزء من الأجزاء التي تتكون منها الدعوى ويعد عملاً قانونيًا قائمًا بذاته ينظم القانون عناصره واثاره ويرتب الجزاء على مخالفة قواعده.

وتستلزم دراسة الرقابة على الاجراءات القضائية الضرورية المؤثرة في صحة الحكم اثبات هل إن الاعمال القضائية التي يقوم بها القاضي المدني لتحديد مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص القانون المدني من استنباط الحكم القانوني ومن ثم موافقة الحكم الشرعي لنصوص القانون المدني هل تعد من قبيل الاجراءات القضائية الضرورية المؤثرة في صحة الحكم من عدمه ومن ثم كيف سيتم الرقابة عليها هذا ما سنبينه فيما يلي:

أولاً - إثبات إن الملائمة هي إجراء قضائي ضروري يؤثر في صحة الحكم:

للإجراءات القضائية المدنية دور أساسي في عمل القضاء إذ لا تقوم الدعوى القضائية بدونها فمن خلالها تتم المطالبة القضائية في المحاكم المدنية وخلالها يتم السير في الدعوى حتى النطق بالحكم الحاسم للدعوى وقد تصل إلى مرحلة تنفيذ الأحكام⁽¹⁾.

ويثير تعريف الإجراء القضائي جدلاً نوعاً ما كونه لا يوجد في القوانين الخاصة بالإجراءات القضائية نص يبين فيه معنى الإجراء القضائي، بالرغم من أن لتحديده فائدة عملية في تمييز الأعمال التي تكون مظهرًا للنشاط الإجرائي، ذلك إن وضع نظرية عامة تحكم الإجراء القضائي يعد من أهم المسائل التي يهتم بها الفقه الإجرائي الحديث لأن العلم القانوني كلما تقدم نحو الكمال خرج من الجزئيات إلى الكليات ومن الخصوصيات إلى العموميات، وإذا كان لفقهاء القانون الموضوعي الفضل في تأصيل نظرية التصرف القانوني ودفعهم بالعلم القانوني خطوات واسعة فإن الفقه الإجرائي وعلى حد تعبير الاستاذ الدكتور فتحي والي "يحتاج بحق إلى تأصيل الإجراء القضائي وتمييزه عن غيره ووضع القواعد العامة التي تحكمه"⁽²⁾.

ومن التعريفات الفقهية للإجراء القضائي ما ذهب إليه جانب من الفقه الفرنسي بأنه (مجموعة من الأعمال سواء كانت قضائية أم تتم خارج مجلس القضاء والتي تتعاون في أعمال الحق) وبحسب هذا المعنى لتعريف الإجراء القضائي فإنه عمل قانوني داخل الدعوى أو ممهدها لتتولى قاعدة إجرائية تحديد شروطه ويترتب عليه إنشاء أو تعديل أو إنهاء مركز إجرائي⁽³⁾.

وعرف الفقه المصري الإجراء القضائي بأنه (كل عمل ذو مسلك إيجابي من جانب الخصوم أو من جانب المحكمة في رفع الدعوى إلى القضاء أو المرافعة فيها أو في تحقيقها أو الحكم فيها) وعرف أيضاً (كل سلوك إرادي يترتب عليه القانون آثار قانونية تتعلق بالعمل ذاته).

أما الفقه العراقي فقد عرف الإجراء القضائي بأنه (عمل يترتب عليه القانون أثرًا إجرائيًا ويكون جزءًا من الدعوى سواء تعلق الأمر ببدئها أو المشاركة فيها تدخلًا أو اختصاصًا أثناء نظرها أو التقدم بدعوى حادثة أو بإنهاء الدعوى الأصلية)، على أن الرأي الراجح عرف

(1) د. ضمير حسين ناصر و علي سعود داخل، تصحيح الاجراء القضائي المعيب دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، مجلد6، عدد4، 2014، ص235.

(2) الدكتور عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية دراسة مقارنة ومعززة بالتطبيقات القضائية، ط1، دار السنهوري، بغداد، 2016، ص146.

(3) حيدر فهمي حاتم، تعسف الخصوم في استعمال الإجراءات القضائية - دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون في جامعة بابل، 2015، ص25.

الإجراء القضائي بأنه (العمل القانوني الذي يرتب عليه القانون مباشرةً أثرًا إجرائيًا ويكون جزءًا من الدعوى المدنية)⁽¹⁾.

واستنادًا للتعريف المتقدمة يشترط أن يتوافر في الملائمة شروط ثلاثة لكي تكون عملاً إجرائيًا قضائيًا يؤثر في صحة الحكم التي هي ذاتها شروط الإجراء القضائي متى ما انطبقت عليها كانت الملائمة إجراء قضائيًا وكما يلي:

1- يجب أن يكون الإجراء القضائي عملاً قانونيًا:

أي يجب أن يتخذ مسلكًا إيجابيًا يتم أثناء إجراء الدعوى يترتب عليه أثر قانوني وليس مجرد عمل مادي، فعندما يسند القاضي حكمه إلى أحد مبادئ الشريعة الإسلامية نتيجة الفراغ التشريعي أو إلى فتوى شرعية يكون قد أحدث عملاً قانونيًا ورتب عليه أثرًا، فالأعمال القانونية الصادرة عن المحاكم يهدف إلى أحداث أثر قانوني معين وهو بذلك يختلف عن الأعمال المادية للمحكمة التي يكون محلها دائمًا واقعة مادية⁽²⁾. ويمكن أن يمارس الإجراء القضائي بالشكلية التي تحقق الغاية من ممارسته فيما لو كانت الشكلية لا تتعلق بالنظام العام والملائمة لم تحدد بشكلية معينة في القانون المدني.

كما ان الإرادة مفترضة في الإجراء القضائي بتوافر الشكل القانوني فالشكلية تحقق أكبر الضمانات الممكنة لصحة ارادة القائم بالعمل، على أن عدم وجود الإرادة على الرغم من توافر الشكلية لا يجعل من الإجراء القضائي صحيحًا ويستطيع من نسب إليه الإجراء التمسك ببطلانه⁽³⁾.

2- يجب أن يرتب القانون عليه أثرًا إيجابيًا مباشرًا:

يشترط في العمل لكي يعد عملاً إجرائيًا أن يتخذ مسلكًا إيجابيًا يتم أثناء الدعوى من شأنه ان يرتب آثار قانونية عند اقامتها أو تعديل نطاقها من حيث الموضوع والسبب والأشخاص أو التأثير في سيرها أو انهاءها وينبغي على ذلك لا يعد مجرد الامتناع عن عمل معين إجراء

(1) د. ضمير حسين ناصر و علي سعود داخل، المصدر السابق، ص237.

(2) نواف طلال فهيد العازمي، ركن الاختصاص في القرار الاداري وآثاره القانونية على العمل الاداري دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق جامعة الشرق الاوسط في عمان الاردن، 2012، ص27.

(3) القاضي عبد الستار ناهي، مستلزمات صحة الاجراء القضائي، بحث منشور على الموقع الرسمي لمجلس القضاء الاعلى العراقي على الرابط الاتي <https://www.sjc.iq/view.68927> ، ص2، تأريخ الزيارة 2023/3/6.

قضائي⁽¹⁾ ، وأن تترتب عليه آثار إجرائية مباشرةً بان تكون تلك النتيجة الأثر المباشر للعمل فتؤثر في الدعوى سواء ببديئها أو تعديلها أو انهاءها⁽²⁾.

3- أن يكون الإجراء القضائي جزءاً من الدعوى المدنية:

يقصد بهذا الشرط ان الإجراء القضائي يكون جزء من الدعوى التي يراد اعتماد الإجراء لها، فلا يكفي لأعتبار العمل إجرائياً ان يرتب آثار إجرائية بل يجب ان يكون جزء من الخصومة التي يراد ان يعتبر عملاً إجرائياً بالنسبة لها ولهذا لا تعد اعمال إجرائية تلك الاعمال التي تكون خارج الخصومة كالأعمال الممهدة للدعوى، كإعذار المدين وتوكيل محام متى جرت هذه الأمور قبل اقامة الدعوى ولكن لو تمت تلك الأمور بعد اقامة الدعوى عد التمسك بها عملاً إجرائياً لأن مثل هكذا إجراء من شأنه التأثير المباشر في سير الدعوى⁽³⁾.

والإجراء القضائي يمكن ان يكون(قولي أو فعلي أو شفوي أو مكتوب) فالإجراء القضائي القولي يتمثل في عبارات لفظية تهدف إلى غرض معين كما في شرح المدعى عليه لدفاعه وشهادة الشهود والنطق بالحكم، والإجراء القضائي الفعلي يتمثل في سلوك معين كما في انتقال المحكمة للمعينة وانعقادها واختلاؤها للمداولة، اما النطق بالحكم إجراء الشفوي بينما تقرير الخبير وصدور الاحكام بعد النطق بها فإنها تعد إجراءات مكتوبة⁽⁴⁾.

مما تقدم نلاحظ ان الملائمة عملاً إجرائياً قضائياً لم ينظم المشرع له شكل معين وبالتالي للقاضي المدني الحرية في شكل هذا الإجراء سواء يتخذ على شكل استفتاء مكتوب لأحد المراجع أو قولياً أو ندب خبير شرعي أو قرار لجنة افتاء، لكن على المحكمة أن تتبع الشكل الذي يحقق الغاية الموضوعية للعمل وهذه النتيجة تؤدي لها القواعد العامة كقواعد القياس مثلاً، كما أن وجود الخطأ في الملائمة هو خطأ في الاجراءات.

(1) القاضي عبد الستار ناهي عبد عون، الطبيعة القانونية للإجراء القضائي، بحث منشور على الموقع الرسمي لمجلس القضاء العراقي، على الرابط الاتي: <https://www.sic.iq/view.67686> ص1، تأريخ الزيارة 2023/3/7.

(2) الدكتور فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات دراسة تأصيلية وتطبيقية للأعمال الاجرائية في قانون المرافعات واسباب بطلانها الشكلية والموضوعية وانواع البطلان وبيان من له التمسك به وتصحيحه واثاره، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية للطباعة والنشر والتوزيع، دون مكان نشر، 1997، ص70.

(3) القاضي عبد الستار ناهي عبد عون، المصدر السابق، ص1.

(4) الدكتور عباس العبودي: المصدر السابق، ص148.

ثانياً - الرقابة على الاعمال الاجرائية المؤثرة في صحة الحكم:

لا يسلم القاضي من الخطأ شأنه شأن أي انسان ولا تسلم نفوس المتقاضين من الضغائن والأحقاد فلا يتصور أن يصدر القضاء مطابقاً لحقيقة الواقع كما ان الشعور بعدم الثقة هو شعور طبيعي لدى المحكوم عليه فكان من المتعين على المشرع أن يعمل على تأمين مصلحة الخصوم بإجازة الطعن بالأحكام.

وطرق الطعن في الأحكام هي الوسائل التي حددها القانون على سبيل الحصر التي بمقتضاها يتمكن الخصوم من التظلم من الأحكام الصادرة عليهم بقصد اعادة النظر فيما قضت به، وقد يوجه الطعن إلى قرار المحكمة ذاته وقد يوجه الطعن إلى الاجراءات والأوضاع التي لا يست اصداره⁽¹⁾.

وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة (203) من قانون المرافعات المدنية العراقي بما يلي: " للخصوم أن يطعنوا تمييزاً...3- اذا وقع في الاجراءات الاصولية التي اتبعت عند رؤية الدعوى خطأ مؤثر في صحة الحكم"⁽²⁾ و المادة (198) من قانون أصول المحاكمات المدنية الاردني التي جاء فيها: " لا يقبل الطعن في الأحكام بالتمييز إلا في الأحوال التالية: 6. إذا كان في الحكم والإجراءات المتخذة في الدعوى مخالفة صريحة للقانون أو كان في أصول المحاكمة مخالفة تتعلق بواجبات المحكمة فعلى محكمة التمييز أن تقرر نقضه ولو لم يأت المميز، والمميز ضده في لوائحها على ذكر أسباب المخالفة المذكورة. إما إذا كانت المخالفة تتعلق بحقوق الخصمين فلا تكون سبباً للنقض إلا إذا اعترض عليها في محكمتي البداية والاستئناف وأهمل الاعتراض ثم أتى أحد الفريقين على ذكرها في لائحته التمييزية وكان من شأنها أن تغير وجه الحكم".

وكما ذكرنا ان الاعمال الاجرائية هي الاعمال القانونية التي يرتب عليها القانون مباشرة أثراً إجرائياً ويكون جزءاً من الدعوى المدنية، وإن المقصود بالخطأ في الاجراءات هو أن يوجد

(1) الدكتور أحمد أبو الوفاء، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، ط4، منشأة المعارف، الاسكندرية، دون سنة نشر، ص704.

(2) تقابلها الفقرة الثانية من المادة (248) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري والتي جاء فيها: " للخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض في الاحكام الصادرة من محاكم الاستئناف في الأحوال الآتية : 2- إذا وقع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم" كما جاء في الفقرة الثانية من المادة 198 من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني: " لا يقبل الطعن بالتمييز إلا في الأحوال التالية: 2- - إذا وقع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم".

عيب في الاجراءات التي اتخذتها المحكمة وأن تكون هنالك صلة وثيقة بين هذا العيب والحكم الصادر.

وفي قرار لمحكمة التمييز الاتحادية الذي جاء فيه ما يلي: "القرار/لدى التدقيق والمداولة ظهر أن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية فقرر قبوله شكلاً وعند النظر في الحكم المميز تبين أن المحكمة قد أفهمت ختام المرافعة بجلسة المرافعات المؤرخة 2 / 3 / 2010 وحدثت يوم 3 / 3 / 2010 موعداً لإصدار القرار إلا أنها قررت فتح باب المرافعة مجدداً للسبب المذكور في الجلسة المذكورة دون أن تقرر الرجوع عن قرارها فكان عليها تحديد موعد جديد للمرافعة وتبليغ المدعى عليه حسب الأصول وحيث أن النقص المذكور في الإجراءات انطوى على خطأ بين ومؤثر في تطبيق القانون فقد تقرر نقض الحكم المميز وإعادة الاضبارة إلى محكمتها للسير فيها على ضوء ما تقدم ويبقى رسم التمييز تابعاً للنتيجة وصدر القرار بالإتفاق في 12 / شوال / 1431 هـ الموافق 21 / 9 / 2010م " (1).

فلاحظ ان محكمة التمييز الاتحادية تمارس الرقابة على الاجراءات التي اتبعت بدءاً من قبل المحكمة من تأريخ اقامة الدعوى لحين صدور الحكم فيها وهذه الاجراءات.

وهناك من الاجراءات ما يكون متعلقاً بالنظام العام وأية مخالفة لها تؤثر في صحة الحكم، لذا فإن المحاكم ملزمة بمراعاتها سواء طلب الاطراف ذلك أو لم يطلبوا، وللخصوم الحق بالتمسك بالدفع بمخالفة هذه الاجراءات في أية حالة تكون عليها الدعوى ولهم ان يتمسكوا بإثارته وعندئذ على المحكمة التي تنظر الدعوى ان تبت فيما يثار امامها من ادعاءات أو دفعات تتعلق بإجراءات الدعوى(2).

وفي قرار لمحكمة التمييز الاتحادية الذي جاء فيه ما يلي: "القرار/ لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلاً، ولدى النظر في الحكم المميز، فقد وجد انه غير صحيح ومخالف للقانون، ذلك لأن المحكمة قد قررت في جلسة المرافعة ليوم 16/12/2013 ابطال الحكم الغيابي واحالة الدعوى إلى محكمة بداءة السماوة حسب الاختصاص المكاني، وبعد رفض محكمة بداءة السماوة قرار الاحالة قررت المحكمة في

(1) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (745 في 21/9/2010) منشور على شبكة الانترنت على الموقع الالكتروني <https://iraqlid.e-sjc-services.iq/VerdictsTextResults.aspx> الخاص بقاعدة التشريعات العراقية.

(2) الدكتور فرات رستم امين الجاف: المصدر السابق، ص267.

جلسة المرافعة ليوم 2014/1/9 الرجوع عن قرار ابطال الحكم الغيابي وانتهت بإصدار حكمها المميز القاضي بتأييد الحكم البدائي عدد 2013/ب/217 في 2013/11/28 المعارض عليه ورد الاعتراض وحيث ان الحكم الغيابي بعد ابطاله لم يعد موجوداً بعد فكان على المحكمة الاستمرار في نظر الدعوى واصدار الحكم وفق الاصول وحيث ان المحكمة قد خالفت ذلك واخطأت في الاجراءات الاصولية وفي الحكم المميز مما يعد موجباً للنقض عملاً بأحكام المادة (3/203) من قانون المرافعات المدنية ولهذه الاسباب قرر نقض الحكم المميز وإعادة اضبارة الدعوى إلى محكمتها لأتباع ما تقدم واصدار الحكم وفق القانون على ان يبقى رسم التمييز تابعاً للنتيجة وصدر القرار بالإتفاق في 10/جمادي الاخرة/1435 هـ الموافق 2014/4/10 م⁽¹⁾.

أما اذا لم تكن الاجراءات من النظام العام فإن موضوع اثارته في المحكمة وفي الطعن مرهون بالطلب الذي يتقدم به المحكوم عليه في الدعوى وان هنالك معيارين للتمييز بين القواعد المتعلقة بالنظام العام عن تلك التي لا تتعلق بها هو المعيار المادي والمعيار الموضوعي وكما يلي:

أولاً - معيار مادي: حيث يمكن التعرف على النص المتعلق بالنظام العام من خلال الالفاظ التي صيغ بها النص كأن يبدأ البص بكلمة (يلزم، يجب، لا يجوز) إلى غير ذلك من العبارات التي تفيد الأمر والنهي، أما النص الذي لا يتعلق بالنظام العام فيمكن أن يأتي بصيغة (يجوز، يمكن، يصح) أو غير ذلك من الالفاظ .

ثانياً - المعيار الموضوعي: ويتم اللجوء إليه عندما لا تساعد الفاظ النص على التعرف على نوع القاعدة القانونية حيث يقضي هذا المعيار الرجوع إلى مضمون النص فإذا تعلق هذا المضمون بكيان المجتمع ومقوماته أو بإجراءات مهمة في الدعوى فإنه يمكن الاستدلال منه في هذه الحالة بأنه يتعلق بالنظام العام، أما اذا كان مضمون النص ومعناه يتعلق بالمصالح الخاصة الفردية ولا يمس النظام العام فإنه في هذه الحالة لا يعد متعلقاً بالنظام العام⁽²⁾.

ومن خلال ما تقدم نتوصل إلى أن دور القاضي المدني في تحديد مبادئ الشريعة الإسلامية التي تكون أكثر ملائمةً لنصوص القانون المدني هو إجراء قضائي متعلق بالنظام العام وهذا ما

(1) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (574 في 2014/4/10) المنشور على شبكة الانترنت على الموقع الإلكتروني <https://iraqlid.e-sic-services.iq/VerdictsTextResults.aspx> الخاص بقاعدة التشريعات العراقية.

(2) الدكتور غالب علي الداوودي، المدخل الى علم القانون، ط7، دار وائل للطباعة والنشر، 2004، ص80-81.

يستدل عليه من عبارة نص المادة (2/1) من القانون المدني (حكمت المحكمة) التي تفيد الأمر والوجوب والمحكمة تكون ملزمة بها بغض النظر عن تمسك الخصوم أو عدم تمسك الخصوم بها، وإذا كانت الملائمة التي عاصرت الحكم قد شابها عيب مؤثر في صحة الحكم فإن ذلك مدعاة لنقض الحكم .

الفرع الثاني

الرقابة على ملائمة مبادئ الشريعة الإسلامية لنصوص القانون المدني

يعد الحكم القضائي النتيجة المنطقية التي توصلت لها محكمة الموضوع في ظل وقائع وأدلة الإثبات المعروضة عليها، كما ويعد الحكم القضائي نهاية للنزاع المعروض على القاضي إذ إنه وبصدور الحكم النهائي في الدعوى تعد الدعوى المرفوعة إلى القاضي محسومة من قبله وقد عبر القاضي عن رأيه بحكم قضائي معبر عن اجتهاده ورأيه القانوني في الدعوى المعروضة عليه.

ومن المبادئ المسلم بها انه ليس بإمكان المحكمة مراجعة الحكم الذي صدر منها أو إجراء أي تعديل أو تغيير فيه اذ تستنفذ ولايتها على الدعوى بمجرد صدور الحكم فيهاو كون المحكمة قد أعلنت عن رأيها وعبرت عن قناعتها بما توصلت إليه من تحقيقات ويفتضي انها اختارت الوقت الذي استجمعت في وجدانها ما قد عدته نهاية رحلة الدعوى وانها قد أرسنها على شاطئ الحقيقة القضائية، ولضمان مبدأ استقرار المراكز القانونية للمتخاصمين والتي تضع حدًا للنزاع المطروح.

وقد ورد استثناء على هذا المبدأ سمح فيها المشرع حق مراجعة الحكم الذي صدر منها هي (تصحيح الأخطاء المادية والحسابية⁽¹⁾)، وتفسير الحكم⁽²⁾ لأن هذه الأخطاء لها وقائعها الثابتة في سير إجراءات الدعوى وانها كانت موضع دفع المتخاصمين فإن إجراء التغيير فيها وفقاً لمجريات الدعوى لا يمثل تصدياً جديداً لها ولا يمثل اخلالاً بحق الدفاع اذ المحكمة في هذه

(1) ورد في المادة (1/167) من قانون المرافعات المدنية العراقي ما يلي: "لا يؤثر في صحة الحكم ما يقع فيه من اخطاء مادية بحتة كتابية أو حسابية وانما يجب تصحيح هذا الخطأ من قبل المحكمة بناء على طلب الطرفين أو احدهما" .

(2) جاء في المادة (10) من قانون التنفيذ العراقي رقم (45) لسنة 1980 والتي جاء فيها: "للمنفذ العدل، ان يستوضح من المحكمة التي اصدرت الحكم عما ورد فيه من غموض، واذا اقتضى الامر صدور قرار منها افهم نوب العلاقة بمراجعتها دون الاخلال بتنفيذ ما هو واضح من الحكم الواجب التنفيذ" .

الحالة لا تتعرض إلى موضوع الدعوى مجدداً وإنما إلى الجزئية المتعلقة بتصحيح الخطأ المادي أو الحسابي.

إلا أن هذا الحكم الذي خلصت له المحكمة المختصة قد يكون مصيباً للواقع وقد يكون غير مصيب كون القاضي غير معصوم عن الخطأ وشأنه شأن المجتهدين الآخرين قد يصيب وقد يخطئ أزاء ذلك وبغية بعث الاطمئنان في نفوس المتقاضين فقد أعطى القانون لمن خسر الدعوى الطعن في الحكم الصادر ضده والعلّة في إجازة الطعن في الأحكام هي حماية حقوق المحكوم عليه فقد يخطئ القاضي أو هيئة المحكمة في حكمها مما يؤدي إلى الحاق ضرر بالمحكوم عليه دون وجه حق.

لذلك كان لا بد من ايجاد وسيلة قانونية لدرء هذا الضرر ولزيادة قناعة المتخاصمين وبعث الاطمئنان إلى عدالة المحكمة وصحة الحكم، وهذا هو السبب الذي من أجله شرعت طرق الطعن في الأحكام ونحن لسنا في صدد بيان طرق الطعن في الأحكام بقدر تعلق الأمر في بيان دور محكمتي الاستئناف والتمييز في الرقابة على ملائمة مبادئ الشريعة الإسلامية لنصوص القانون المدني والنتيجة التي خلصت لها محكمة الموضوع وهذا ما سنبينه في فقرات نخصص الفقرة الأولى رقابة محكمة الاستئناف على ملائمة مبادئ الشريعة الإسلامية لنصوص القانون المدني والفقرة الثانية رقابة محكمة التمييز على ملائمة مبادئ الشريعة الإسلامية لنصوص القانون المدني كذلك سنتطرق إلى موضوع تمييز الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي في فقرة ثالثة وكما يلي:

أولاً- رقابة محكمة الاستئناف على ملائمة مبادئ الشريعة الإسلامية لنصوص القانون المدني:

إن الطعن في الأحكام القضائية بطريق الاستئناف هو الطريق الوحيد الذي يتيح طرح النزاع مجدداً أمام محكمة موضوع أخرى أعلى درجة من محكمة الموضوع التي أصدرت الحكم المطعون فيه، فهو فرصة إضافية مهمة للخصوم لكي يقدموا للمحكمة ما فاتهم تقديمه للمحكمة الأولى من دفوع وأدلة ووجهات نظر في تحليل النصوص القانونية التي تحكم النزاع لذا فإنه يمثل التجسيد العملي الوحيد لمبدأ التقاضي على درجتين⁽¹⁾.

كما وإن إعادة طرح النزاع أمام محكمة الاستئناف يتيح لها أن تراقب عن كثب الإجراءات التي اتخذها قاضي محكمة الموضوع فإذا ما وجدت أن قاضي محكمة الموضوع قد

(1) القاضي رحيم حسن العكيلي، الطعن في الأحكام المدنية بالاستئناف، ط1، مكتبة هولير القانونية للطباعة والنشر، اربيل، 2022، ص5.

أخطأ فلها أن تلغي الحكم ولها أن تعدله بحسب الأحوال، وبذلك فإن فكرة رقابة محكمة الاستئناف تقوم على أساس أن القضاة هم بشر فهم عرضة للوقوع في الخطأ سواء في فهم القانون وتطبيقه أو في تحديد الوقائع.

لذلك تتجه أغلب التشريعات إلى تنظيم طريق الاستئناف لضمان صحة وعدالة الحكم فعن طريقه يتم عرض النزاع أمام محكمة أعلى من المحكمة التي أصدرت الحكم وهذا ما يعرف (بمبدأ التقاضي على درجتين) الذي يعتبر من المبادئ الأساسية التي تقوم عليها الانظمة القضائية المعاصرة، إذ بموجبه لا يكفي ان تخضع القضية لحكم قضائي واحد وانما يعرض النزاع نفسه على جهة قضائية أعلى من تلك المصدرة للحكم وتتمثل هذه الجهة بمحكمة الاستئناف لغرض الرقابة على الحكم وتقدير مدى تطابقه وسلامته مع القانون⁽¹⁾.

ومما لا شك فيه أن الاستئناف يتيح للقضاء ذاته المتمثل في المحكمة الأعلى رقابتها على المحكمة الأدنى وهذه الرقابة تقوم بتصحيح مسار الأحكام الخاطئة نحو العدالة المنشودة وتعد حقاً للقضاء والمتخاصمين إذ إن المحكمة التي تُصدر حكمها وهي تعلم انه يمكن أن يعاد النظر فيه وأن تناقش حيثياته ومنطوقه تكون أشد عناية بدراسة الموضوع وأكثر أناة في إصدار الحكم الفاصل فيه وأدق في تحرير أسبابه⁽²⁾.

كذلك فسح المجال للخصوم لتقديم ما فاتهم من دفوع وأدلة جديدة لأن الاستئناف يعيد طرح موضوع النزاع مرة أخرى كما ذكرنا بالإضافة إلى ذلك أن محكمة الاستئناف تمتلك ذات الصلاحيات التي تمتلكها المحكمة المختصة التي نظرت النزاع عند الفصل في موضوع الدعوى⁽³⁾.

وقد نصت المادة (34/ 1) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969 المعدل على أنه: " تختص محكمة الاستئناف بالنظر في الطعن استئناف في الاحكام الصادرة من محاكم البداء بدرجة اولى، وبالمسائل الأخرى المبينة في القانون"، ومن التطبيقات القضائية على المادة سالفة الذكر، قرار محكمة التمييز الاتحادية الذي جاء فيه ما يلي: "لدى التدقيق

(1) الدكتور أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، د.ط، دون ناشر ومكان نشر، 2009، ص1073.

(2) الدكتور عباس العبودي، شرح احكام قانون المرافعات المدنية دراسة مقارنة ومعززة بالتطبيقات القضائية، ط1، دار السنهوري، العراق - بغداد، 2015، ص470.

(3) المحامي محمد هاشم المنكوشي، الرافع في شرح قانون المرافعات المدنية، ج3، د.ط، مكتبة صباح القانونية، بغداد، 2021، ص336.

والمداولة وجد أن الحكم المميز صحيح وموافق للقانون ذلك ان محكمة الاستئناف تختص بالنظر في الطعن استئنافا في الأحكام الصادرة من محاكم البداية بدرجة أولى وبالمسائل الأخرى المبينة في القانون طبقا للفقرة الأولى من المادة 34 من قانون المرافعات المدنية، وحيث أن محكمة البداية أصدرت قرارا بتنفيذ حكم صادر من محكمة غير عراقية وحيث أن هذا القرار لا يقبل الطعن فيه استئنافا لأنه ليس حكما صادرا في دعوى موضوعية تنظرها المحكمة بصفة أصلية وإنما هو قرار يضي على الحكم الأجنبي قوة التنفيذ مما يتعين معه رد العريضة الاستئنافية شكلا وحيث أن الحكم المميز قد التزم في قضائه بوجهة النظر المتقدمة لذلك قرر تصديقه ورد الاعتراضات التمييزية وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالإتفاق في 1 / 11 / 1987 " (1).

كذلك نصت المادة (1/176) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني ما يلي: " تستأنف الأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية ومحاكم الصلح إلى محكمة الاستئناف على أن تراعى في ذلك أحكام أي قانون آخر"، كذلك المادة (27) من قانون الاجراءات المدنية الاماراتي ما يلي: " تختص المحاكم الاستئنافية بالحكم في قضايا الاستئناف التي ترفع إليها عن الأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية على الوجه المبين بالقانون".

تقابلها المادة (48) من قانون المرافعات المدنية المصري والتي جاء فيها: "تختص محكمة الاستئناف بالحكم في قضايا الاستئناف التي ترفع إليها عن الأحكام الصادرة ابتدائياً من المحاكم الابتدائية،...".

ونلاحظ أن الاستئناف وسيلة عملية لتطبيق مبدأ التقاضي على درجتين لذلك لا يكون إلا مرة واحدة تطبيقاً لقاعدة عدم جواز الاستئناف بعد الاستئناف، وإذا كان الاستئناف من طرق الطعن العادية فإن مؤدى ذلك هو جواز سلوكها لأي سبب ولو لمجرد عدم رضا المحكوم عليه بالحكم الصادر ضده، وله تقديم ما يشاء من الأسباب التي يعتقد بأنها تعيب الحكم سواء ما تعلق منها بالواقع أو القانون.

ومن جانب آخر فإن المشرع لم يحدد حالات الطعن بطريق الاستئناف وإنما حدد اختصاص محكمة الاستئناف فقط من حيث نوعية الدعوى وهذا ما نصت عليه المادة (185).

(1) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (323 في 1/11/1987) المنشور على شبكة الانترنت على الموقع الإلكتروني الاتي: <https://iraqlid.e-sjc-services.iq/VerdictsTextResults.aspx>.

تقابلها المادة (178) من قانون المرافعات المدنية المصري رقم 13 لسنة 1968 والتي جاء فيها: "...والقصور في أسباب الحكم الواقعية والنقص أو الخطأ الجسيم في أسماء الخصوم وصفاتهم وكذا عدم بيان أسماء القضاة الذين أصدروا الحكم يترتب عليه بطلان الحكم".

من قانون المرافعات المدنية المذكور بأنه "يجوز للخصوم الطعن بطريق الاستئناف في أحكام محاكم البداية الصادرة بدرجة أولى في الدعاوى التي تتجاوز قيمتها ألف دينار والأحكام الصادرة منها في قضايا الإفلاس وتصفية الشركات"⁽¹⁾.

يتضح لنا إن المشرع لاحظ هنالك اعتبارات عملية جديرة بالحماية تقوم على رعاية مصالح الخصوم كما تتصل بحسن سير القضاء وقصر الدعاوى قليلة الأهمية على درجة واحدة ومن هذه الاعتبارات عيب التناقض في أسباب الحكم وتشمل هذه إذا كانت أسباب الحكم مصدرها مبادئ الشريعة الإسلامية التي يترتب على تناقضها بطلان الحكم القضائي كون أسباب الحكم تقود إلى نتائج، ويتحقق التناقض في الأسباب عندما يتضمن الحكم اتجاهين متضادين أحدهما يتفق مع المنطوق بينما الاتجاه الآخر مغاير تماماً له وحيث إذا كان الحكم متناقضاً بعضه لبعض يعد هذا من الأخطاء الجوهرية في الحكم وتستوجب نقضه.

ويقتضي استخلاص الحكم من الوقائع التي تحصلت للمحكمة من مستندات الخصوم أو من التحقيقات التي أجرتها ومن ثم انزال حكم القانون على تلك الوقائع فإذا قادها ذلك إلى استخلاص مفهوم خاطئ لها فإنها تكون وقعت في التناقض الذي يعيب التسبيب⁽²⁾.

والتسبيب معناه بيان العلل الواقعية والقانونية والشرعية التي بني عليها منطوق الحكم، ولما كان عمل المحكمة هو تطبيق القانون فيجب عليها عند التسبيب أن تورد أسباباً ممضاة قانوناً وهذه الأسباب تكون كاشفة عن التطبيق السليم لأحكام مبادئ الشريعة الإسلامية كون القانون بمعناه العام هو الشامل لكافة التشريعات سواء كان دستوراً أو قانوناً أو نظاماً أو تعليمات ومصادر الحكم مبينة في المادة (1) من القانون المدني وهي التشريع والعرف ومبادئ

(1) الدكتور اجياد ثامر نايف الدليمي، موسوعة قانون المرافعات المدنية الحماية الإجرائية للحكم المدني من التناقض دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة، ط1، مكتبة القانون المقارن، بغداد، 2019، ص60.

(2) الدكتور لفته هامل العجيلي، دراسات في قانون المرافعات المدنية رؤية في النص والتطبيق، ج1، دار السنهوري، بغداد، 2023، ص54.

الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص القانون المدني وقواعد العدالة وأحكام الفقه والقضاء التي يجب على المحكمة العمل بها ترتيباً لا تخييراً⁽¹⁾.

فالأسباب المخالفة لهذه المصادر المذكورة تدل على التطبيق الخاطئ للقانون مما يجعله مدعاة للفسخ والنقض عند الطعن به بطرق الطعن القانونية مالم ينته إلى نتيجة صحيحة⁽²⁾.

وبحكم الأثر الناقل للاستئناف فان لمحكمة الاستئناف ما لمحكمة الموضوع من سلطات فيما يتعلق بإجراء التحقيقات اللازمة التي تقتضيها الفصل في الدعوى إلا أن تلك التحقيقات تنحصر فيما رفع لأجله الاستئناف فقط، ولا يجوز أحداث دعوى في الاستئناف لم يسبق إيرادها سابقاً، لأن محكمة الاستئناف تكمل وتستدرك ما فات محكمة البداءة⁽³⁾.

مما تقدم ومن فلسفة الطعن بالاستئناف يتضح لنا إن المشرع العراقي يجيز للخصوم اللجوء للطعن بطريق الاستئناف لأي سبب يعتقدون أنه مؤثر في صحة الحكم من حيث الواقع والقانون ويمكن للمحكمة أن تثير البطلان المتصل بالنظام العام وهذا يتعين على المحكمة ان تقضي به ويجوز لكل خصم ان يتمسك به في أي حال.

وبإمكان محكمة الاستئناف ان تتبنى حكم آخر مغاير لحكم محكمة أول درجة بسبب أدلة أو وقائع أو دفوع فيمكن للمحكمة الأخيرة ان تتبنى رأي أو مبدأ تراه أكثر ملائمة لنصوص القانون المدني مستندة لأدلة لم تكن مقدمة لمحكمة أول درجة، مما غير من أوجه الحكم في الدعوى، أي ان محكمة الاستئناف انما قد تقضي بفسخ الحكم أو تعديله ليس لأنه غير صحيح في ذاته بل لأن هنالك وقائع أو أدلة أوجبت تغيير الحكم في الدعوى⁽⁴⁾.

ثانياً - رقابة محكمة التمييز على ملائمة مبادئ الشريعة الإسلامية لنصوص القانون المدني:

إن الوظيفة الأساسية المنوطة بالقضاء هي فض المنازعات بين الأشخاص وفقاً لما يقضي به القانون ولما كان القضاء يتكون من محاكم عدة حسب الاختصاص المكاني والتوزيع والترتيب في السلم القضائي في البلد و لأختلاف قابليات القضاة وقدراتهم على فهم وتطبيق

(1) أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، د.ط، دار المطبوعات الجامعية، دون مكان نشر، 2007، ص589.

(2) المحامي محمد هاشم المنكوشي: المصدر السابق، ص50.

(3) الدكتور لفته هامل العجيلي: المصدر السابق، ص116.

(4) القاضي رحيم حسن العكيلي: المصدر السابق، ص9.

القانون ومبادئ الشريعة الإسلامية فإن هذه المحاكم المتعددة قد تختلف فيما بينها في تحصيل الوقائع المتماثلة وفي تكيفها لها وقد تختلف أيضاً في فهمها للقانون أو تفسيرها ان كان غامضاً.

لذا فإن الأمر يدعو إلى وجود هيئة قضائية متخصصة متمثلة بمحكمة التمييز كونها أعلى هيئة قضائية تتولى مراقبة تطبيق القانون وتحافظ على وحدة اعماله ويتم ذلك عبر الطعون التمييزية وقد أجمع الفقه على ان محكمة التمييز لها وظيفة مهمة وخاصة مضمونها مراقبة الاحكام التي تصدرها المحاكم والمحافظة على الأعمال السليم للقانون وضمان وحدة تفسيره⁽¹⁾.

فتتحرى المحكمة المذكورة عن مدى تطبيق القانون على الواقع بشكل صحيح، إذ هي لا تتدخل في الوقائع ولا تعيد إنتاج الوقائع، وانما تقصر بحثها على مهمة اساسية وهي إذا كانت محكمة الموضوع قد شوهدت مضامينها أو رتبت أثراً لا تنتهجه هذه الوقائع كما أريد لها أن تكون، فهي تعمل على تقويم الشذوذ الذي يقع من محاكم الدرجة الاولى وتقرير قاعدة قانونية سليمة وتثبيت القضاء بشأنها⁽²⁾.

وتقوم بذلك عن طريق فرض الرقابة القضائية على أعمال وقرارات المحاكم ومراقبة تطبيق المحاكم للقانون سواء كان من الناحية الموضوعية أو الاجرائية كذلك رقابة الاحكام المتعلقة بالنظام العام ولكي تقوم محكمة التمييز الاتحادية بدورها الرقابي في حالة حصول خرق للقانون في نطاق الدعوى المدنية يجب على رئيس الادعاء العام أن يطعن في الحكم أو القرار اذا لم يكن أحد من ذوي العلاقة قد طعن فيه لتلافي خرق القانون وانتهاكه⁽³⁾.

(1) الدكتور آدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، ط1، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، 2009، ص379.

(2) الدكتور لفته هامل العجيلي: المصدر السابق، ج3، ص61.

(3) المادة (7) من قانون الادعاء العام العراقي رقم 49 لسنة 2017 المعدل والتي جاء فيها: "أولاً: يتولى رئيس الادعاء العام اتخاذ الإجراءات التي تكفل تلافي خرق القانون أو انتهاكه وفقاً للقانون.

ثانياً: أ. اذا تبين لرئيس الادعاء العام حصول خرق للقانون في حكم أو قرار صادر عن أي محكمة عدا المحاكم الجزائية أو في أي قرار صادر عن لجنة قضائية أو من مدير عام دائرة رعاية القاصرين أو مدير رعاية القاصرين المختصة أو المنفذ العدل من شأنه الإضرار بمصلحة الدولة أو القاصر أو أموال أي منهما أو مخالفة النظام العام يتولى عندها الطعن في الحكم أو القرار لمصلحة القانون رغم فوات المدة القانونية للطعن اذا لم يكن احد من ذوي العلاقة قد طعن فيه أو قد تم الطعن فيه ورد الطعن من الناحية الشكلية .

ب. لاجوز الطعن لمصلحة القانون وفق أحكام الفقرة (أ) من هذا البند اذا مضت (5) سنوات على اكتساب الحكم أو القرار الدرجة القطعية".

ولضمان حسن تطبيق القانون فقد ذهب قانون المرافعات المدني العراقي في المادة (159)⁽¹⁾ إلى التشدد في تسبب الأحكام قبل اصدارها وقبل النطق بها والتي جاء فيها ما يلي:

"1 - يجب ان تكون الاحكام مشتملة على الاسباب التي بنيت عليها وان تستند إلى أحد اسباب الحكم المبينة في القانون. 2 - على المحكمة ان تذكر في حكمها الأوجه التي حملتها على قبول أو رد الادعاءات والدفع التي أوردها الخصوم والمواد القانونية التي استندت اليها"، وفي أحد قرارات محكمة التمييز الاتحادية الذي جاء فيه ما يلي: " لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلا ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون لأن المحكمة ردت الدعوى من جهة الخصومة وذكرت ان الدعوى اقيمت من غير ذي صفة دون ان تبين اسباب ذلك أو تضمن حكمها توضيحات بهذا الشأن خلافاً لما توجبه المادة (1/159) من قانون المرافعات المدنية التي توجب ان تكون الاحكام مشتملة على الاسباب التي بنيت عليها وان تذكر المحكمة في حكمها الاوجه التي حملتها على قبول أو رد الادعاءات والدفع وحيث ان المحكمة أصدرت حكمها المميز دون مراعاة ما تقدم مما اخل بصحته، لذا قرر نقضه وإعادة الدعوى إلى محكمتها لأتباع ما تقدم على ان يبقى رسم التمييز تابعا للنتيجة وصدر القرار بالإتفاق في 21/محرم/1443هـ الموافق 2021/8/29م"⁽²⁾.

وذلك لحمل القضاة على ألا يحكموا في الدعوى على أسباب مبهمه لم تتضح معالمها أو مجمله غابت أو خفيت تفاصيلها وأن يكون الحكم دائماً نتيجة أسباب واضحة محصورة جرى على أساسها المداولة بين القضاة قبل النطق بها فإذا لم تودع الأسباب قبل تلاوة الحكم في يوم صدوره فان معنى ذلك ان القاضي قد نطق بالحكم قبل ان يتدبر في أسبابه، فيكون الحكم قد خلا من هذه الضمانة التي يحرض عليها الشارع⁽³⁾. كما أن الالتزام بالتسبب هو التزام قانوني في معظم التشريعات، وتختلف النظم القانونية المختلفة في اسلوب التعبير عن هذا الالتزام⁽⁴⁾.

(1) تقابلها المادة (176) من قانون المرافعات المدنية المصري والتي جاء فيها ما يلي: "يجب أن تشتمل الأحكام على الأسباب التي بنيت عليها وإلا كانت باطلة".

(2) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (11240/هيئة احوال شخصية في 2021/8/29) المنشور على شبكة الانترنت على موقع التشريعات العراقية الآتية: <https://iraqlid.e-sjc-services.ig/VerdictsTextResults.aspx>.

(3) ينظر الأسباب الموجبة لقانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 وتعديلاته، ص140.

(4) الدكتور عزمي عبد الفتاح، تسبب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، ط4، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص41.

ولو أردنا أن نحدد أسباب الطعن بالأحكام المتاحة للخصوم لوجدنا أنها تتمحور حول محورين رئيسيين هما مخالفة الحكم الصادر للقواعد الموضوعية ومخالفته للقواعد الإجرائية، وإن المقصود بالقانون الذي يخالفه الحكم الصادر من المحكمة هو جميع النصوص الواردة في كافة المجموعات الرسمية والقوانين المكتملة لها فيشمل التشريع واللوائح والقرارات والمعاهدات الدولية المصادق عليها وفق القانون ويشمل أيضاً العرف ومبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص القانون المدني وقواعد العدل والانصاف والقوانين الاجنبية التي تشير لها قواعد الاسناد الوطنية في الدولة التي صدر الحكم فيها بل وحتى العقد المبرم بين المتداعين اذ يدخل في مفهوم القانون لأن العقد شريعة المتعاقدين طالما كانت نصوصه غير مخالفة للنظام العام⁽¹⁾.

وتتخصر مخالفة الحكم الصادر من المحكمة للقواعد الموضوعية بأربعة صور هي مخالفة الحكم للقانون بمعناه الضيق⁽²⁾ والخطأ في تطبيق القانون والخطأ في تأويله والتناقض في الأحكام، وإن ما يهمننا بخصوص موضوعنا هو (الخطأ في تطبيق القانون والخطأ في الإجراءات الاصولية المؤثرة في صحة الحكم) نعم قد ترتبط الصور الأخرى بموضوعنا بشكل غير مباشر لكن الأكثر ارتباطاً هو الخطأ في تطبيق القانون وقد نص على هذا السبب من الأسباب المتاحة للخصوم الطعن تمييزاً كل من القانون المصري بالمادة (1/248) منه والاماراتي في المادة (1/173) منه⁽³⁾ وكذلك العراقي (1/203) منه⁽⁴⁾.

(1) د. نبيل اسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية، ط1، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2015، ص94.

(2) كون مخالفة القانون إما ان تكون بمعناه الواسع ويشمل بالإضافة الى مخالفة القانون بمعناه الضيق الخطأ في تطبيق القانون والخطأ في تأويل القانون.

(3) المادة (1/173) من قانون الاجراءات المدنية الاماراتي الاتحادي رقم 11 لسنة 1992 والتي جاء فيها: "1- للخصوم أن يطعنوا بالنقض في الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف إذا كانت قيمة الدعوى تجاوز عشرة آلاف درهم أو كانت غير مقدره القيمة وذلك في الأحوال الآتية:

أ- إذا كان الحكم المطعون فيه مبنياً على مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو في تأويله."

(4) المادة (1/203) من قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 المعدل والتي جاء فيها: "للخصوم ان يطعنوا تمييزاً، لدى محكمة التمييز في الاحكام البدائة أو المحاكم الشرعية، ولدى محكمة استئناف المنطقة في الاحكام الصادرة من محاكم البدائة كافة، وذلك في الاحوال الآتية.

1 - اذا كان الحكم قد بنى على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو عيب في تأويله.

2 - اذا كان الحكم قد صدر على خلاف قواعد الاختصاص .

3 - اذا وقع في الاجراءات الاصولية التي اتبعت عند رؤية الدعوى خطأ مؤثر في صحة الحكم.

4 - اذا صدر حكم يتناقض حكماً سابقاً صدر في الدعوى نفسها بين الخصوم انفسهم أو من قام مقامهم وحاز درجة البتات .

ويقصد بالخطأ في تطبيق القانون إنزال حكم قاعدة قانونية على واقعة لا تنطبق عليها أو هو تطبيق الحكم على وقائع الدعوى قاعدة قانونية غير تلك القاعدة الواجبة التطبيق ويتحقق هذا الخطأ عندما يطبق القاضي على الوقائع التي أثبتتها قانوناً غير القانون الواجب التطبيق عليها كما لو طبقت المحكمة أحكام قانون ايجار العقار على الواقعة المعروضة امامها في الوقت الذي يتعين عليها تطبيق أحكام القانون المدني أو أن تقوم المحكمة بتطبيق قاعدة من قواعد الفقه الإسلامي حيث يجب تطبيق قاعدة تشريعية.

فالخطأ في تطبيق القانون يتأتى عن طريق الخطأ في ربط العناصر الواقعية بفرضيات القاعدة القانونية لأن كل قاعدة قانونية تتكون من جزئية هما الفرضيات التي تبين شروط وميادين تطبيق القاعدة القانونية والحل الذي تقرره القاعدة للفرضيات فالخطأ في هذا يؤدي إلى الخطأ في تطبيق القانون بالمفهوم الواسع⁽¹⁾.

وإن مجرد تحري القاضي للصدق في الوقائع المدعى بها ثم اعمال ذكائه وعلمه ومنطقه فيها فهذا لا يخضع لرقابة محكمة التمييز باعتبار أن ذلك متصل بالواقع وواجب القاضي فحص الواقع أو البحث في مادياتها وتقدير الصحيح واستبعاد ما يثبت عدم صحته، ولكن اذا أثبت مصدرًا وهميًا لا وجود له أو كان موجودًا ولكنه مناقض لما اثبتته أو غير مناقض لكن يستحيل عقلاً استخلاص الواقعة منه فهنا يكون القاضي قد أخطأ في فهم الواقع مما يكون حكمه خاضعاً لرقابة محكمة التمييز وموجباً للنقض⁽²⁾.

أما الخطأ الاجراءات الاصولية المؤثرة في صحة الحكم فهي نوعان نوع يتعلق بالنظام العام ويجوز للخصوم التمسك بها في أية حالة تكون عليها الدعوى، وعلى المحكمة أن تحكم بها من تلقاء نفسها والاجراءات المتعلقة بالنظام العام كثيرة منها عدم تسبيب الاحكام، والنوع الآخر

5 - اذا وقع في الحكم خطأ جوهري .

ويعتبر الخطأ جوهرياً اذا اخطأ الحكم في فهم الوقائع أو اغفل الفصل في جهة من جهات الدعوى أو فصل في شيء لم يدع به الخصوم أو قضى بأكثر مما طلبوه أو قضى على خلاف ما هو ثابت في محضر الدعوى أو على خلاف دلالة الاوراق والسندات المقدمة من الخصوم أو كان منطوق الحكم مناقضاً لبعضه لبعض أو كان الحكم غير جامع لشروطه القانونية".

(1) الدكتور صفاء مهدي محمد الطويل، الطعن لمصلحة القانون في القانون العراقي دراسة مقارنة، دار الوارث للطباعة والنشر، كربلاء المقدسة، 2021، ص 50-51.

(2) عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 مع المبادئ القانونية لقرارات محكمة تمييز العراق مرتبة على مواد القانون، ط2، ج4، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، 2009، ص41.

من الاجراءات يتعلق بالخصوم اذ لهم التنازل عنه ويسقط اذا لم يتمسكوا به مثل بطلان تبليغ عريضة الدعوى⁽¹⁾.

وليس كل خطأ في الاجراءات يترتب عليه نقض الحكم بل لا بد لهذا البطلان من شأنه أن يؤثر في الحكم فليس كل إجراء باطل يمكن الطعن به عن طريق التمييز مالم يكن مؤثراً في الحكم بحيث يؤدي هذا الإجراء الباطل إلى صدور الحكم الذي انتهت إليه المحكمة، أما اذا اتخذت المحكمة إجراء باطل وصدور الحكم ولم يكن مبنياً على هذا الإجراء فلا يمكن الطعن به لأن العلاقة السببية غير متوفرة⁽²⁾.

أما اذا مضت المدة القانونية للطعن واذا لم يكن أحد من ذوي العلاقة قد طعن فيه أو قد تم الطعن فيه ورد الطعن من الناحية الشكلية فهناك طريق للطعن في الأحكام هو (الطعن لمصلحة القانون)عالجه قانون الادعاء العام رقم (49) لسنة 2017 في المادة (7) والتي جاء فيها ما يلي: " أولاً: يتولى رئيس الادعاء العام اتخاذ الإجراءات التي تكفل تلافي خرق القانون أو انتهاكه وفقاً للقانون. ثانياً: أ. اذا تبين لرئيس الادعاء العام حصول خرق للقانون في حكم أو قرار صادر عن أي محكمة عدا المحاكم الجزائية أو في أي قرار صادر عن لجنة قضائية أو من مدير عام دائرة رعاية القاصرين أو مدير رعاية القاصرين المختصة أو المنفذ العدل من شأنه الإضرار بمصلحة الدولة أو القاصر أو أموال أي منهما أو مخالفة النظام العام يتولى عندها الطعن في الحكم أو القرار لمصلحة القانون رغم فوات المدة القانونية للطعن اذا لم يكن أحد من ذوي العلاقة قد طعن فيه أو قد تم الطعن فيه ورد الطعن من الناحية الشكلية. ب. لا يجوز الطعن لمصلحة القانون وفق أحكام الفقرة (أ) من هذا البند اذا مضت (5) سنوات على اكتساب الحكم أو القرار الدرجة القطعية. ثالثاً: لرئيس الادعاء العام ان يطلب من محكمة التمييز الاتحادية وقف إجراءات التحقيق والمحاكمة مؤقتاً أو نهائياً في أي حالة كانت عليها الدعوى حتى صدور القرار فيها اذا وجد سبباً يبرر ذلك على وفق أحكام قانون أصول المحاكمات الجزائية"⁽³⁾، ومن التطبيقات القضائية على المادة المذكورة قرار محكمة التمييز الاتحادية الذي

(1) الدكتور عباس العبودي: المصدر السابق، ص484.

(2)الدكتور صفاء مهدي محمد الطويل: المصدر السابق، ص85.

(3) تقابلها المادة (250) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري والتي جاء فيها: " للنائب العام أن يطعن بطريق النقض لمصلحة القانون في الأحكام الانتهائية - أي كانت المحكمة التي أصدرتها - إذا كان الحكم مبنياً على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله وذلك في الأحوال الآتية:1- الأحكام التي لا يجيز القانون للخصوم الطعن فيها.2- الأحكام التي فوت الخصوم ميعاد الطعن فيها أن نزلوا فيها عن الطعن. ويرفع هذا الطعن بصحيفة يوقعها النائب العام. وتنتظر المحكمة الطعن في غرفة المشورة بغير دعوة الخصوم. ولا يفيد الخصوم من هذا الطعن.

جاء فيه ما يلي: "بعد التدقيق والمداولة لوحظ ان السيد رئيس الادعاء العام / إضافة لوظيفته طلب الطعن لمصلحة القانون في الحكم الصادر من محكمة استئناف الكرخ الاتحادية بالعدد 288/س/2019 في 2019/12/30 لأشتماله على خرق للقانون ومخالفة للنظام العام، وقد وجد إن المدعي (ح.م.خ) إضافة لقيومته على شقيقته المحجورة (ز.م) اقام الدعوى 1346/ب/2018 للمطالبة بأبطال قيد الهبة غير المشروطة الخاص بالعقار المرقم 632/159 العطيفية العائد للمحجورة وإعادة تسجيله بإسمها بعد إن تنازلت به لشقيقتها المدعى عليها (ف.م.خ) وقد ثبت من التقارير الطبية إن المحجورة تعاني من (ذهان مزمن وغير قادرة على ادارة شؤونها بنفسها) وان المرض حصل قبل التصرف بالعقار في 2017 وان محكمة الاستئناف قضت بتصديق الصلح الواقع بين القيم والمدعى عليها والمتضمن (التنازل عن الحكم البدائي)، ولأن المحجورة لم تكن كاملة الأهلية وقت التصرف بالعقار وان قانون رعاية القاصرين يسري على المحجور الذي تقرر المحكمة انه ناقص الأهلية أو فاقد (المادة 3/اولاً/ج) وان على الولي أو الوصي أو القيم المحافظة على أموال القاصر ولا يجوز له التبرع من ماله إلا لأداء واجب عائلي انساني ولا يجوز له مباشرة التصرفات الواردة في المادة 43 من قانون رعاية القاصرين إلا بموافقة الدائرة ومن ذلك (الصلح) فكان على المحكمة ادخال مديرية رعاية القاصرين شخصاً ثالثاً في الدعوى إلى جانب المستأنف عليه ، لذا واستناداً للمادة 7/ثانياً/أ من قانون الادعاء العام رقم 49 لسنة 2017 قرر قبول الطعن لمصلحة القانون ونقض الحكم الصادر من محكمة استئناف الكرخ في الدعوى 288/س/2019 في 2019/12/30 وإعادة الدعوى إلى محكمتها لأتباع ما تقدم على إن يبقى رسم التمييز تابعاً للنتيجة وصدر القرار بالإتفاق في 2022/6/26 م" (1).

يلاحظ أن القانون قد اناط رفع هذا الطعن برئيس الادعاء العام في العراق ونائب الادعاء العام في مصر، حيث لا يجوز للخصوم تقديم مثل هذا الطعن مباشرة وإنما يجب رفعه إلى رئيس الادعاء العام ليتولى دراسته ومن ثم اتخاذ القرار بشأن قبوله أو رفضه، هو نظام يهدف إلى معالجة ما قد يشوب الاحكام والقرارات من أخطاء بنيت عليها عند صدورها ويترتب عليها

(1) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (1403/هيئة استئنافية عقار) في (2022/6/26) المنشور على شبكة الأنترنت على الموقع الإلكتروني الاتي: <https://iraql.d.e-sjc-services.iq/VerdictsTextResults.aspx>.

الاضرار بمصلحة الدولة أو القاصر أو أموال أي منهما أو مخالفة النظام العام ويتعذر معالجة الاخطاء وفق طرق الطعن التي حددها القانون⁽¹⁾.

كذلك المادة (174) من قانون الاجراءات المدنية الاماراتي والتي جاء فيها ما يلي:
"لنائب العام أن يطعن بطريق النقض من تلقاء نفسه أو بناءً على طلب خطي من وزير العدل في الأحكام الانتهائية أيًا كانت المحكمة التي أصدرتها إذا كان الحكم مبنياً على مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو تأويله وذلك في الأحوال الآتية: 1- الأحكام التي لا يجيز القانون للخصوم الطعن فيها. 2- الأحكام التي فوت الخصوم ميعاد الطعن فيها أو نزلوا فيها عن الطعن أو رفعوا طعنًا فيها قضى بعدم قبوله. ويرفع هذا الطعن بصحيفة يوقعها النائب العام خلال سنة من تاريخ صدور الحكم وتتنظر المحكمة الطعن في غرفة مشورة بغير دعوة الخصوم، ويفيد هذا الطعن الخصوم".

وقد ورد مصطلح (خرق القانون) مطلقاً وإنه لا يقتصر على مخالفة القواعد القانونية فحسب بل يشمل قواعد (الدستور أو العرف أو مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص القانون المدني أو العدالة أو القرارات التي هي بمثابة القوانين) وقد ذهب القضاء العراقي من خلال تطبيقاته إلى اعتبار الخرق هو كل سبب يتيح للخصوم الطعن في الحكم الصادر من المحكمة المختصة فهو يشمل كل أسباب الطعن التمييزي المتاحة للخصوم والمشار إليها في المادة (203) من قانون المرافعات المدنية فيمثل (مخالفة القانون وتارة خطأ في تطبيقه وتارة أخرى يعني مخالفة قواعد الاختصاص ومرة هو التناقض في الاحكام ومرة أخرى هو خطأ الحكم في فهم الوقائع ولم تتردد محكمة التمييز في اعتبار الخرق بأنه اغفال الحكم في الفصل في جهة من جهات الدعوى)⁽²⁾.

ومن الآثار المترتبة على الطعن لمصلحة القانون لا تقتصر على تصحيح الخطأ القانوني وانما أيضاً تصحيح الحقوق المكتسبة للخصوم وتغيير المراكز القانونية والحقوق التي اكتسبوها بموجب الحكم أو القرار المطعون فيه ويكون قرار محكمة التمييز واجب الاتباع⁽³⁾.

ولما تقدم يمكن اعتبار الخطأ في ملائمة مبادئ الشريعة الإسلامية لنصوص القانون المدني خرقاً للقانون يمكن الطعن به بطريق الطعن لمصلحة القانون كون مصطلح خرق القانون

(1) الدكتور فرات رستم أمين الجاف: المصدر السابق، ص189.

(2) الدكتور صفاء مهدي محمد الطويل: المصدر السابق، ص125.

(3) الدكتور عباس العبودي: المصدر السابق، ص530.

مصطلح فضايف و لم يحدد مفهومه قانون الادعاء العام النافذ، وحيث أن المصدر التاريخي لقانون الادعاء العام العراقي هو قانون الادعاء العام رقم (159) لسنة 1979 الملغي الذي ورد في الاسباب الموجبة في التعديل اللاحق له رقم (5) لسنة 1987 بأن ما يعتبر خرقاً للقانون هو (المخالفة للقانون التي ينتج عنها ضرر جسيم يمس المصلحة العامة ويهدد الشعور بالأمن القانوني كالأضرار بأموال الدولة ومخالفة النظام العام كمخالفة القانون فيما يتعلق بقضايا الحل والحرمة) ولم يحدد شراح القانون مفهوم مخالفة القانون فهل إن مفهومه بالمعنى الواسع أو الضيق؟ وهل يشمل القواعد الموضوعية وحسب أو القواعد الموضوعية والاجرائية.

ثالثاً - تمييز الأحكام القضائية في الفقه الاسلامي:

إن ما دفعنا للتطرق إلى هذه الجنبه الفقهية في الفقه الاسلامي، لتعرف على إمكانية الطعن في الاحكام القضائية هل لها أصل في الفقه الإسلامي من عدمه ولا يكون هنالك أي شك في أن الطعن بالأحكام القضائية يتعارض مع الشريعة الإسلامية،

وحيث أن القضاة بشر يخطئون فهل أخذت الشريعة الإسلامية بنظر الاعتبار هذا الأمر وأقرت (مبدأ مراجعة الأحكام القضائية)، فنجد في كتب الفقه ما يسمى بـ (ولاية المظالم) وهذه نوع من القضاء العالي له سلطة أوسع من سلطة القضاء العادي إذ هو أعلى درجات القضاء في تاريخ الإسلام يصل بها التقاضي إلى مرحلته الأخيرة إذا لم تكف المراحل الأولى في حسم النزاع أو قامت عقبات دون تنفيذه.

والغرض من انشائه انصاف من يتظلم فهو يقوم بأعمال محكمة التمييز في الوقت الحاضر إذا لم يكن أطول منها باعاً وأشد وقعاً وأسرع نفوذاً حيث انه يمنح ألواناً متعددة من القضاء منها: (القضاء المستعجل والنظر في اشكالات التنفيذ، القضاء الاداري، القضاء العالي) حيث يناط بقاضي المظالم النظر في القضايا التي يلجأ إليه فيها المتقاضون الذين يعتقدون ان القاضي لم يحكم بينهم بالعدل، كون قاضي المظالم يملك من الاجراءات مالا يملكه القاضي العادي الأمر الذي يحقق ان وظيفته تعتبر بمثابة هيئة قضائية عليا⁽¹⁾.

وان الفقه الإسلامي يفترض في القاضي ان يكون مجتهداً، لكن قد يتولى القضاء غير المجتهد لعدم وجود من يتصف بهذه الصفة وفي هذه الحالة فان القاضي اما ان يقضي بمذهب

(1) الدكتور هاشم جميل عبد الله، مبدأ تمييز الأحكام القضائية في الشريعة الإسلامية، مركز التحقيقات الاسلامي، دون مكان نشر وسنة، ص498.

معين أو أن يختار أقوال المجتهدين فإذا أصدر هذا القاضي حكماً خاطئاً وكان متفقاً مع بعض الاقوال المعتمدة نفذ وإذا لم يوافق الا رأياً شاذاً نقض.

لذلك قال بعض الفقهاء المعاصرين إلى جواز حصر ولاية النظر في الأحكام وفسخها ونقضها وإبرامها بالقضاة الذين يعينهم ولي الأمر لهذه الأغراض ومنع غيرهم من القضاة النظر في هذه الأحكام حتى ولو كانوا هم الذين اصدروها ودليلهم في ذلك هو أن القضاء يمكن تخصصه في الزمان والمكان ونوع الخصومات أما كيفية النظر في الأحكام الصادرة فهذا أيضاً يمكن تنظيمه بضوابط معينة من قبل ولي الأمر⁽¹⁾.

الحاصل الكلام إن الحاكم لو علم بخطئه في الحكم أما للخطأ في الدليل القطعي أو للتقصير في الإجتهد أو لخطأ البيئة ونحو ذلك (فيجب عليه نقض حكمه وهذا الحكم بالنسبة إلى حاكم آخر كذلك أيضاً، كما قال المحقق الحلي في كتابه شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ما نصه: "لو قضى الحاكم على غريم بضمان مال وأمر بحبسه فعند حضور الحاكم الثاني ينظر فإن كان الحكم موافقاً للحق لزم والا أبطله سواء كان مستند قطعياً أو اجتهادياً وكذا كل حكم قضى به الأول وبان للثاني فيه الخطأ فإنه ينقضه وكذا لو حكم هو ثم تبين الخطأ فإنه يبطل الأول ويستأنف الحكم بما علمه لاحقاً"⁽²⁾.

(1) القاضي عباس قاسم الداوقوي، المصدر السابق، ص110.

(2) ابو القاسم نجم الدين بن جعفر بن الحسن الملقب بالمحقق الحلي، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام مع تعليقات آية الله العظمى السيد صادق الحسيني الشيرازي، ج4، منشورات رشيد، قم المقدسة - ايران، 1328، ص370.

الخاتمة

الخاتمة

بحمده تعالى انتهينا من دراسة موضوع (دور القاضي في تحديد مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص القانون المدني - دراسة مقارنة -) على أمل أن نكون قد وفقنا في تقديم مادة علمية تضاف إلى المكتبة القانونية، إذ لم ندخر جهداً في سبيل إيصالها إلى هذا المستوى، إلا أنها مهما بلغت فهي من عمل البشر القاصر، ولا بد لنا من وقفة متأملة لعرض أهم النتائج التي توصلنا إليها فضلاً عن توجيه النظر إلى أهم ما يستحق إن يطرح من مقترحات قد يحتاج إليها الواقع العملي والنصوص القانونية وكما يلي:

أولاً- النتائج:

- 1- قصد المشرع العراقي بعبارة (مبادئ الشريعة الإسلامية) الفقه الإسلامي بأحكامه وقواعده دون التقيد بمذهب معين.
- 2- من خلال البحث توصلنا إلى ان الملائمة لم يتم تحديد تعريف لها وهذا ما دفعنا إلى تعريفها بأنها (صلاحية ممنوحة للقاضي بموجب القانون تمكنه من تحديد الحكم الشرعي الذي يكون أكثر موافقاً لنصوص القانون المدني ويكون الحكم الشرعي موافقاً للقانون إذا كان منطقياً ولم يعارض نصاً من نصوصه).
- 3- مبادئ الشريعة الإسلامية تكون أكثر ملائمة لنصوص القانون المدني اذا لاءمت ظروف الزمان والمكان والعوامل السياسية والاجتماعية المعاصرة للواقعة المعروضة أمام المحكمة ولم تعارض نصاً من نصوصه.
- 4- إن الملائمة غير المقيدة بمذهب معين ماهي إلا طريق توصلنا إلى تقارب حقيقي بين المذاهب الإسلامية وتجنب التصادم في خطوات عملية في القضاء، وكذلك منع استبداد وتعسف السلطة التشريعية.
- 5- ان اختلاف الرأي بين فقهاء المذاهب الإسلامية هو من حسنات هذا التراث الشرعي الذي ارتبطت به قوانيننا المدنية العربية وربما تكون طريقاً للرقى والتكامل.
- 6- الملائمة المقيدة بمذهب معين تكون مجحفة وغير عادلة بالنسبة للفئات الأقلية من المواطنين التي تخالف معتقداتهم المذهب المحدد من قبل المشرع، كونها تطبق قانون لا يعتقدون بشرعيته وهذه من المفارقات الكبيرة في القانون الذي ينص على إقراره بالأديان و المذاهب و الاقليات التي تعيش داخل البلد لكنه في عين الحال يهضم حقهم في أن تحكم نفسها بما تعتقد به.

- 7- تعد الفقرة الثانية من المادة الاولى من القانون المدني العراقي خروجًا صريحًا عن مبدأ اتباع المشهور في القانون المدني كون الملائمة متجددة ومتغيرة مع مرور الزمان .
- 8- إن ابتدع القضاء حلاً لم يكن موجود في التشريع واستقرت عليه المحاكم لا يرتقي هذا الحكم أن يكون قاعدة القانونية بخصائصها.
- 9- ان القواعد التي يصنعها القضاء بالملائمة لا تسري إلا على القضية المعروضة أمام المحكمة التي اجتهدت لسد الفراغ التشريعي وايجاد الحكم العادل لحسم القضية المعروضة أمامها.
- 10- أن مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون لا ينصرف إلى التشريع وحده بمعناه الضيق بل إلى القانون بمعناه الواسع أيًا كان مصدره بما في ذلك مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص القانون المدني ولا يجوز الاعتذار بالجهل بها.
- 11- توصلنا إلى أن سلطة القاضي مقيدة في كل عمل قضائي ولكن في الوقت نفسه لا يمكن عد القاضي أداة صماء يطبق النص على الواقعة من دون أن يكون له دور اجتهادي.
- 12- الرقابة القضائية لا تمارس على سلطة القاضي مباشرةً لأن هذه الرقابة تتم عن طريق رقابة عناصر هذا النشاط الذهني وبالتالي هي ليست رقابة على رأي القاضي من حيث النتيجة التي انتهى إليها وإنما على طريقة تكوين هذا الرأي.
- 13- توصلنا إلى ان الملائمة عملاً إجرائياً قضائياً (ضرورة قضائية) لم ينظم المشرع له شكل معين وبالتالي للقاضي المدني الحرية في شكل هذا الاجراء، وان الخطأ الوارد فيها هو خطأ في الاجراءات كون الملائمة تؤثر في صحة الحكم.
- 14- إن تدخل القاضي لمعالجة الفراغ الوهمي في القانون أمر مستحسن كونه نابع عن تحقيق غاية القضاء وهو الحكم بالعدل بما يلائم الواقع الاجتماعي خلاف النص الغامض الذي لا يمكن اعتباره سبب للجوء إلى بقية المصادر لعدم وجود تغير في ميدان الواقع الاجتماعي فالقاضي يكون ملزم بإزالة غموض النص وتقويم قصوره وتقوية ضعفه بالتأويل والنظر والقياس السليم وليس أهماله وترك العمل به واللجوء إلى نص غيره.
- 15- إن الحكم القضائي يمكن الطعن به اذا خالف القانون والقانون لا يقتصر على ما تصدره السلطة التشريعية فحسب وانما يشمل العرف ومبادئ الشريعة الإسلامية

الأكثر ملائمة لنصوص القانون المدني وقواعد العدالة واحكام القضاء والقانون الاجنبي والمعاهدات الدولية.

16- توصلنا إلى أنه يمكن اعتبار الخطأ في ملائمة مبادئ الشريعة الإسلامية لنصوص القانون المدني خرقاً للقانون يمكن الطعن به بطريق الطعن لمصلحة القانون كون مصطلح خرق القانون مصطلح فضفاض.

ثانياً - المقترحات:

- 1- نقترح تعديل الفقرة الثانية من المادة الاولى من القانون المدني العراقي لتكون على الوجه الآتي: (فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيق منطوقه أو مفهومه حكمت المحكمة بمقتضى الفقه الإسلامي الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون بمجمله دون التقيد بمذهب معين).
- 2- نقترح اضافة فقرة لاحقة للفقرة المذكورة في المادة الاولى من القانون المدني تتضمن ما يأتي: (تكون أحكام الفقه الإسلامي أكثر ملائمة لنصوص القانون المدني بمجمله إذا وافقت روح القانون والهدف الاجتماعي الذي يبغى تحقيقه والمرتبط بواقع الحياة الاجتماعية المتغيرة).
- 3- نقترح على المشرع العراقي ايراد نص في القانون المدني الباب التمهيدي يتضمن ما يأتي: (يراعى عند الأخذ بأحكام الفقه الإسلامي أن لا تكون متعارضة مع المبادئ العامة التي يقوم عليها التشريع المدني في جملة كي لا يفقد التقنين المدني تجانسه وانسجامه).
- 4- نوصي بتعديل المادة الثالثة من قانون الإثبات العراقي على النحو الآتي: (إلزام القاضي بالتفسير المتطور للقانون بمختلف مصادره وذلك بمراعاة حكمة التشريع والأهداف العامة للقانون بما يحقق الاستجابة لحاجات المجتمع القائمة).
- 5- نوصي المشرع العراقي بإيراد فقرة ثانية للمادة (30) من قانون المرافعات المدنية يُنظم فيها الملائمة كإجراء قضائي ضروري مؤثر في صحة الحكم، على النحو الآتي: (ملائمة أحكام الفقه الإسلامي لنصوص القانون المدني إجراء قضائي ضروري مؤثر في صحة الحكم، وعلى المحكمة أن تتبع الشكلية التي تحقق الغاية المرجوة منها).
- 6- نقترح على القضاء ألا يقف نشاطه على النطاق العملي البحت حيث التطبيق الحرفي للقانون، بل يجب عليه أن يدخل إلى النطاق النظري ليشهد فقه القواعد التي تطبقها المحاكم كل يوم.

- 7- نقترح على القاضي أن لا يجمد على موقف واحد ودائم يتخذه في كافة أحكامه رغم تغير الزمان والمكان والعرف والحال وإلا فإن الجمود سوف يضيع حقوقاً كثيرة ويكون ضرره أكثر من نفعه.
- 8- غموض النص التشريعي لا يمكن اعتباره سبباً للجوء إلى بقية مصادر القانون ومنها مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص القانون المدني، ولذلك نقترح على القاضي أن يقوم بجلاء غموض النص وتقويم قصوره وتقوية ضعفه بالتأويل والنظر والقياس السليم.
- 9- لأجل مواكبة متغيرات الزمان والمكان وتجاوز الاستغراق في القضايا المشبعة بحثاً واستدلالاً، نقترح أن يكون هنالك ابداء للرأي القضائي ولو كان مخالفاً للإجماع فضلاً عن المشهور، وعدم الجمود عند الآراء الفقهية القديمة.
- 10- نقترح الاهتمام بدراسة القواعد والنظريات العامة في الفقه الإسلامي لما لها من أثر في توسيع آفاق الطالب وتربية ملكات قادرة على استيعاب الجزئيات.
- 11- نقترح ربط الدراسات الفقهية بالواقع بإن تتجه بحوثها إلى الاهتمام بالمشاكل المعاصرة ومحاولة إيجاد الحلول لها.

المصادر والمراجع

المصادر والمراجع

• بعد القرآن الكريم.

أولاً- كتب الفقه الإسلامي:

- 1- أحمد بن الشيخ محمد الزرقاء، شرح القواعد الفقهية، ط2، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، 1989.
- 2- ابراهيم العبادي، الإجتهد والتجديد دراسة في منهاج الإجتهد عند الامام الخميني والشهيد المطهري والصدر، ط1، دار الهادي للطباعة والنشر، بيروت، 2000.
- 3- ابو القاسم نجم الدين بن جعفر بن الحسن الملقب بالمحقق الحلي، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام مع تعليقات آية الله العظمى السيد صادق الحسيني الشيرازي، منشورات رشيد، قم المقدسة - ايران، 1328.
- 4- أبو عبد الله محمد بن أحمد الحسني التلمساني (ت ٧٧١)، مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول، ط1، المكتبة المكية، السعودية، 1998.
- 5- ابي جعفر محمد بن يعقوب الكليني، أصول الكافي، ط1، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بيروت - لبنان، 2005.
- 6- تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي، الحسبة في الإسلام أو وظيفة الحكومة الإسلامية، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، دون سنة نشر.
- 7- حمد بن حمدي الصاعدي، المطلق والمقيد، ط1، عمادة البحث العلمي الجامعة الإسلامية في المدينة المنورة، السعودية، 2003.
- 8- د. خالد رشيد الجميلي، المدخل في دراسة الشريعة الإسلامية والقانون، دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد، 1989.
- 9- د. ساجد ناصر حمد الجبوري، التشريع الإسلامي والغزو القانوني الغربي للبلاد الإسلامية، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان، 2005.
- 10- د. عباس كاشف الغطاء، المدخل إلى الشريعة الإسلامية، الطبعة الرابعة، مؤسسة كاشف الغطاء العامة، النجف الأشرف، 2015.
- 11- د. علاء الحلي، أثر الزمان والمكان في المعرفة الفقهية دراسة تحليلية ضمن مجال فلسفة الفقه، ط1، دار الرافدين، لبنان، 2016.

- 12-د. نور الدين بن مختار الخادمي، علم المقاصد الشرعية، ط1، مكتبة العبيكان، الرياض، 2001.
- 13- عبد الله أحمد اليوسف، الإجتهد والتجديد، ط1، دار الهادي للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 2002.
- 14- فاضل الصفار، أصول الفقه وقواعد الاستنباط "دراسة تطبيقية مقارنة"، ج1، ط3، مكتبة العلامة ابن فهد الحلي، العراق - كربلاء المقدسة، 2016.
- 15- فاضل الصفار، المذهب في أصول الفقه تطبيق القواعد الاصولية على الشريعة والقانون، ط2، مكتبة العلامة ابن فهد الحلي، كربلاء المقدسة، العراق، 2016.
- 16- فاضل الصفار، فقه القضاء و المحاكم دراسة تقويمية مقارنة بين الشريعة والقانون، ط1، ج2، مكتبة العلامة ابن فهد الحلي، كربلاء المقدسة - العراق، 2016.
- 17- فاضل الصفار، فقه القضاء والمحاكم دراسة تقويمية مقارنة بين الشريعة والقانون، ج1، ط1، مكتبة العلامة ابن فهد الحلي، كربلاء المقدسة، 2016.
- 18- محمد الحسيني الشيرازي، فقه القانون، ط3، دار العلقمي للطباعة والنشر، العراق، 2006.
- 19- محمد باقر الايرواني، دروس تمهيدية في القواعد الفقهية، ج1، ج2، ط1، مؤسسة الفقه للطباعة والنشر، قم المقدسة، 1417.
- 20- محمد باقر الصدر، اقتصادنا، ط20، دار التعارف للمطبوعات، بيروت، 1987.
- 21- محمد بن الحسن الحر العاملي، تفضيل وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة، ت: السيد محمد رضا الحسيني، ط2، ج27، مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، قم المقدسة، 1414هـ.
- 22- محمد جواد مغنية، فلسفات اسلامية، ط6، دار ومكتبة الهلال، بيروت - لبنان، 1993.
- 23- محمد حسين الطباطبائي، الإسلام ومتطلبات التغيير الاجتماعي، ط2، دار البان العربي، لبنان، 1992.
- 24- محمد عبد القادر النجار، المساحة المفتوحة في التشريع الإسلامي، ط1، دار المهجة البيضاء للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، 2013.
- 25- محمد كاظم المصطوفي، القواعد مائة قاعدة فقهية، ط14، مؤسسة النشر الاسلامي، بلا مكان وسنة نشر.

- 26- محمد مهدي شمس الدين، الإجتهد والتجديد، ط1، المؤسسة الدولية للدراسات والنشر، دون مكان نشر، 1996.
- 27- مركز الدراسات الإسلامية لمجلس الشورى الاسلامي، الفقه والقانون تصورات ومقترحات ومعالجات منهجية، ط1، كعبه دل، الجمهورية الإسلامية الإيرانية، قم المقدسة، بلا سنة نشر.
- 28- ميرزا حسين النوري الطبرسي، مستدرک الوسائل ومستنبط المسائل، ج14، مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، بيروت، 1987.

ثانياً - معاجم اللغة والمصطلحات والموسوعات:

- 1- أبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي، الصحاح، ط1، دار احياء التراث العربي، بيروت لبنان، 1999.
- 2- جمال الدين أبي الفضل محمد بن مكرم ابن منظور الانصاري الافريقي المصري، لسان العرب، ت: يوسف البقاعي، ابراهيم شمس الدين، نضال علي، ط1، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بيروت لبنان، 2015.
- 3- علي بن محمد الشريف الجرجاني، كتاب التعريفات، مكتبة لبنان، 1985.
- 4- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، اعداد وتقديم: محمد عبد الرحمن المرعشلي، ط2، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، سنة 2013.
- 5- محمد بن عبد الله الزركشي(ت 794)، شرح لقطه العجلان وبله الظمان، ت: محمد حسن محمد حسن اسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، دون سنة نشر.
- 6- محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تاج العروس، ت: إبراهيم التريزي، ط1، التراث العربي، الكويت، 2000.

ثالثاً - الكتب الفقه القانوني:

- 1- أحمد السيد عبد الرحمن محمد، الرقابة القضائية على ملاءمة أعمال الإدارة في الظروف الاستثنائية دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقه الاسلامي، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، مصر الاسكندرية، 2021.
- 2- أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية، دون مكان نشر، 2007.

- 3- انور العمروسي، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني بمذاهب الفقه واحكام القضاء الحديثة في مصر والاقطار العربية، ط4، دار العدالة، القاهرة، 2010.
- 4- أنور طلبية، المطول في شرح القانون المدني، دون ناشر ومكان نشر وسنة نشر.
- 5- ثامر عبد الجبار عبد العباس السعيد، الصياغة القانونية لنصوص التشريع، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2019.
- 6- جهاد صالح العتيبي، القواعد القضائية في شرح القانون المدني، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، 2012.
- 7- حيدر عودة كاظم، الاجراءات العملية في الدعاوى المدنية، ط2، ج1، دون ناشر ومكان نشر، 1441-2020.
- 8- د. اجياد ثامر نايف الدليمي، موسوعة قانون المرافعات المدنية الحماية الإجرائية للحكم المدني من التناقض دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة، ط1، مكتبة القانون المقارن، بغداد، 2019.
- 9- د. أحمد أبو الوفا، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، ط1، الدار الجامعية، دون مكان نشر، 1983.
- 10- د. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، ط4، منشأة المعارف، الاسكندرية، دون سنة نشر.
- 11- د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دون ناشر ومكان نشر، 2009.
- 12- د. أحمد الغريب شبل البناء، دور القاضي المدني في إنشاء القاعدة القانونية، ط1، دار النهضة العلمية، الإمارات - دبي، 2018.
- 13- د. أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، ط2، بدون ناشر ومكان نشر، 1987.
- 14- د. أحمد محمد ابراهيم، القانون المدني معلقاً على نصوصه بالاعمال التحضيرية واحكام القضاء وارااء الفقهاء، ط1، دار المعرف، مصر، 1964.
- 15- د. أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2006.

- 16- د. آدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، ط1، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، 2009.
- 17- د. آدم وهيب النداوي، الموجز في قانون الاثبات، المكتبة القانونية، بغداد، دون سنة نشر.
- 18- د. اسامة الحموي، مبادئ الشريعة الاسلامية، منشورات جامعة دمشق، سوريا، 2008.
- 19- د. محمد السيد عمران، الأسس العامة في القانون، منشورات الحلبي الحقوقية، دون مكان نشر، 2002.
- 20- د. الشافعي محمد بشير، قانون حقوق الانسان مصادره وتطبيقاته الوطنية والدولية، ط5، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2009.
- 21- د. براء منذر كمال عبد اللطيف، أصول البحث القانوني التقليدي والالكتروني، ط1، دار ابن الاثير للطباعة والنشر، الموصل، 2010.
- 22- د. توفيق حسن فرج، مذكرات في المدخل للعلوم القانونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1960.
- 23- د. حامد شاكر محمود الطائي، العدول في الاجتهاد القضائي دراسة قانونية تحليلية مقارنة، ط1، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية، القاهرة، مصر، 2018.
- 24- د. حسن علي ذنون، فلسفة القانون، بلا ناشر ومكان وسنة نشر.
- 25- د. حسن كيره، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1969.
- 26- د. رشيد الخيون وآخرون، شيعة العراق المرجعية والأحزاب، ط3، مركز المسبار للدراسات والبحوث، دبي الامارات العربية المتحدة، 2011.
- 27- د. رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، الدار الجامعية للطباعة والنشر، 1985.
- 28- د. رمضان محمد ابو السعود و د. محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون، منشورات الحلبي الحقوقية، دون مكان وسنة نشر.
- 29- د. ريم جمعة مصطفى ذكري، النظام القانوني لمخاصمة القاضي دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية - مصر، 2021.
- 30- د. سليمان مرقس، المدخل للعلوم القانونية وشرح الباب التمهيدي للتقنين المدني، ط6، بدون ناشر ومكان نشر، 1987.

- 31- د. سليمان مرقس، فلسفة القانون دراسة مقارنة، مكتبة صادر ناشرون، بيروت - لبنان، 1999.
- 32- د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1974.
- 33- د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2003.
- 34- د. صفاء متعب الخزاعي، علم الاستنباط القانوني، ط1، مكتبة القانون المقارن، بغداد، 2021.
- 35- د. صفاء مهدي محمد الطويل، الطعن لمصلحة القانون في القانون العراقي دراسة مقارنة، دار الوارث للطباعة والنشر، كربلاء المقدسة، 2021.
- 36- د. صلاح عبد الحسن الدوخي، منطقة الفراغ التشريعي دراسة مقارنة لأهم العناصر المرنة في الشريعة الاسلامية، ط2، مركز المصطفى العالمي للترجمة والنشر، ايران - قم المقدسة، 1437هـ.
- 37- د. طارق الجيار، الملاءمة الأمنية ومشروعية قرارات الضبط الإداري، ط1، منشأة المعارف، مصر، 2009.
- 38- د. عباس الصراف و د. جورج حزبون، المدخل إلى علم القانون، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005.
- 39- د. عباس الصراف، جورج حزبون، المدخل إلى علم القانون نظرية القانون - نظرية الحق، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، 2005.
- 40- د. عباس الصراف، د. جورج حزبون، المدخل إلى علم القانون، ط4، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، 1997.
- 41- د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات المدني، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، بلا سنة نشر.
- 42- د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية دراسة مقارنة ومعززة بالتطبيقات القضائية، ط1، دار السنهوري، بغداد، 2016.
- 43- د. عبد الحفيظ علي الشيمي، رقابة الاغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة نشر.

- 44-د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسات العلوم القانونية وفقاً للقانون الكويتي دراسة مقارنة، ج1، مطبوعات جامعة الكويت كلية الحقوق والشريعة، بلا مكان نشر، 1972.
- 45-د. عبد الرحمن البزاز، أبحاث وأحاديث في الفقه والقانون، مطبعة العاني، بغداد، 1958.
- 46- د. عبد الرحمن عباس ادعين، قواعد الإجراءات الأصولية والمرافعات المدنية في النظام القضائي الإسلامي دراسة قانونية تاريخية، ط1، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية، القاهرة، مصر.
- 47- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري و الدكتور أحمد حشمت ابو شيت، أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، مصر، 1938.
- 48- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام ، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، بلا سنة نشر.
- 49- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ط3، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000.
- 50- د. عبد المنصف عبد الفتاح محمد ادريس، رقابة الملاءمة في القضاء الدستوري دراسة مقارنة، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016.
- 51- د. عبد المنعم البداروي، المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، بيروت، 1966.
- 52- د. عزمي عبد الفتاح، تسبيب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، ط4، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
- 53- د. عصام انور سليم، دور القضاء في تفعيل ثوابت الاسلام، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2014.
- 54- د. عصام أنور سليم، هيمنة مبادئ الشريعة الإسلامية على القانون المدني، ط2، المكتب الجامعي الحديث، بلا مكان نشر، 2012.
- 55-د. عصمت عبد المجيد بكر، أصول البحث القانوني، المكتبة القانونية، العراق بغداد، 2017-2018.
- 56- د. عصمت عبد المجيد بكر، شرح قانون الإثبات، المكتبة القانونية، بغداد، 2012.

- 57- د. عصمت عبد المجيد بكر، مشكلات التشريع دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2014.
- 58- د. علي عبد العالي الاسدي، الأوقاف في التشريعات العراقية، ط1، المكتبة القانونية، بغداد، 2022.
- 59- د. علي محمد بدير، المدخل لدراسة القانون نظرية القانون، دار الطباعة الحديثة، البصرة، 1970.
- 60- د. عمار عباس الحسيني، الوجيز في منهج البحث القانوني، ط2، مكتبة دار السلام القانونية، العراق النجف الاشرف، 2016.
- 61- د. عوض أحمد الزعبي، المدخل إلى علم القانون، ط1، دار إثراء للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2010.
- 62- د. غالب علي الداودي، المدخل إلى علم القانون، ط7، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، 2004.
- 63- د. فايز محمد حسين، دور المنطق القانوني في تكوين القانون وتطبيقه دراسة في فلسفة القانون، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2011.
- 64- د. فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات دراسة تأصيلية وتطبيقية للأعمال الاجرائية في قانون المرافعات واسباب بطلائها الشكلية والموضوعية وأنواع البطلان وبيان من له التمسك به وتصحيحه واثاره، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية للطباعة والنشر والتوزيع، دون مكان نشر، 1997.
- 65- د. فرات رستم امين الجاف، الدور التفسيري والرقابي لمحكمة التمييز الاتحادية في نطاق الدعوى المدنية - دراسة مقارنة - ، ط1، دار ومكتبة الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2014.
- 66- د. محمد حسين منصور، نظرية القانون مفهوم وفلسفة وجوهر القانون طبيعة وخصائص القاعدة القانونية مصادر القانون وتطبيقه، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2009.
- 67- د. محمد سعيد رمضان البوطي، مشاكل قانونية معاصرة ، ط1 ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، دون سنة نشر.
- 68- د. محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، مطبعة وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، بغداد، 1982.

- 69- د. محمد شريف عبد الرحمن أحمد عبد الرحمن، مقدمة القانون المدني مبادئ القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.
- 70- د. محمد علي سكيكر، الوجيز في الثقافة القانونية في ضوء الفقه والتشريع والقضاء، ط1، المصرية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2018.
- 71- د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد - الباب التمهيدي، المطبعة العالمية، مصر، 1954.
- 72- د. محمد ماهر ابو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته دراسة تطبيقية في مصر، ط1، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة، 2006.
- 73- د. محمود اسماعيل صيني و ناصر مصطفى عبد العزيز و مصطفى أحمد سليمان، المكنز العربي المعاصر، ط1، مكتبة لبنان ناشرون، من دون مكان نشر، د.ت.
- 74- د. محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني، ط2، مؤسسة البستاني للطباعة، دون مكان نشر، 1990 - 1991.
- 75- د. مصطفى الجمال و د. نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للقانون، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002.
- 76- د. معوض عبد التواب، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، ط7، مجلد5، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2004.
- 77- د. منذر الشاوي، مدخل في فلسفة القانون، ط1، الذاكرة للنشر والتوزيع، عمان، 2011.
- 78- د. نبيل اسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية، ط1، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2015.
- 79- د. نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية دراسة تحليلية وتطبيقية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2002.
- 80- د. همام محمد محمود زهران و د. مصطفى احمد ابو عمرو، مبادئ القانون، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010.
- 81- د. وائل حسن عبد الشافي، مشكلة النقص في القانون بين المذاهب الفلسفية والشرائع القانونية، المكتب الجامعي الحديث، بلا مكان نشر، 2009.

- 82- د.حسن علي عبد الحسين البديري، دور المحكمة الاتحادية العليا العراقية في سد الفراغ الدستوري دراسة تحليلية مقارنة، اصدارات معهد العلمين للدراسات العليا، النجف الاشرف، دون سنة نشر.
- 83-الدكتور لفته هامل العجيلي، دراسات في قانون المرافعات المدنية رؤية في النص والتطبيق، ج1- ج2 - ج3، دار السنهوري، بغداد، 2023.
- 84-رحيم حسن العكيلي، الطعن في الأحكام المدنية بالإستئناف، ط1، مكتبة هولير القانونية للطباعة والنشر، اربيل، 2022.
- 85- ضياء شيت خطاب، فن القضاء، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم معهد البحوث والدراسات العربية، بغداد، 1984.
- 86- عباس قاسم الداوقى، الإجتهد القضائي مفهومه حالاته نطاقه دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي معززة بالتطبيقات القضائية، دار السنهوري، بيروت، 2018.
- 87- عباس قاسم مهدي الداوقى، الإجتهد القضائي مفهومه - حالاته - نطاقه، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2015.
- 88- عبد الباقي البكري وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون، بيت الحكمة، بلا مكان نشر و سنة نشر.
- 89- عبد الباقي البكري، المدخل لدراسة القانون والشريعة الاسلامية، مطبعة الآداب، النجف الأشرف، 1972.
- 90- عبد الباقي البكري، زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، دار السنهوري، بغداد، 2015.
- 91- عبد الرحمن البزاز، مبادئ أصول القانون، مطبعة العاني، بغداد، 1954.
- 92- عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 مع المبادئ القانونية لقرارات محكمة تمييز العراق مرتبة على مواد القانون، ط2، ج4، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، 2009.
- 93- عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية مع المبادئ القانونية لقرارات محكمة تمييز العراق مرتبة على مواد القانون، ط1، مطبعة بابل، بغداد، 1977.
- 94- عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية، ط2، ج1، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة - مصر، 2009.

- 95- علي هادي جهاد ابو طبيخ، السلطة التقديرية للقاضي المدني في أدلة الإثبات دراسة مقارنة، ط1، مكتبة القانون المقارن للنشر والتوزيع، بغداد، العراق، 2020.
- 96- عواد حسين ياسين العبيدي، تأويل النصوص في القانون دراسة موازنة بالفقه الإسلامي ومعززة بالتطبيقات القضائية، ط1، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية، القاهرة، 2019.
- 97- عواد حسين ياسين العبيدي، تفسير النصوص القانونية بإتباع الحكمة التشريعية من النصوص، ط1، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية للنشر والتوزيع، مصر، 2019.
- 98- عيسى عبد الله عيسى، التقنين المدني الجديد معلقاً عليه بأراء الفقهاء، مطبعة الاقتصاد، دون مكان وسنة نشر، 1970.
- 99- عيسى عبد الله عيسى، التقنين المدني الجديد معلقاً عليه بأراء الفقهاء، دون ناشر، مصر، 1970.
- 100- فريد فتیان، مقدمة القانون المدني، شركة النشر والطباعة العراقية المحدودة، بغداد - العراق، 1954.
- 101- فوزي كاظم المياحي، القانون المدني العراقي فقهاً وقضاً، ط1، ج1، مطبعة السيماء، بغداد، 2016.
- 102- عواد حسين ياسين العبيدي، إلزام القاضي بالتفسير المتطور للقانون، دار السنهوري، بغداد، 2015.
- 103- مالك دوهان الحسن، المدخل لدراسة القانون، مطبعة الجامعة، بغداد، 1972.
- 104- مايا محمد نزار أبو دان، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري دراسة مقارنة، ط1، المؤسسة الحديثة للكتب، لبنان، 2011.
- 105- محمد علي الصوري، التعليق المقارن على مواد قانون الإثبات، ط2، ج1، المكتبة القانونية، بغداد، 2011.
- 106- محمد هاشم المنكوشي، الرفع في شرح قانون المرافعات المدنية، ج3، مكتبة صباح القانونية، بغداد، 2021.
- 107- مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969، ط4، المكتبة القانونية، بغداد - العراق، 2011.

- 108- منير القاضي، شرح قانون اصول المرافعات المدنية والتجارية، ط1، مطبعة العاني، بغداد، 1957.
- 109- مهند وليد الحداد و خالد وليد الحداد، مدخل لدراسة علم القانون، ط1، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.

رابعًا - الأطاريح الجامعية:

- 1- أبو آدم سلطان حميد، مقاصد الشريعة كلياتها ومراتبها وطرق حفظها، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الشريعة الجامعة الاسلامية، بغداد، 2010.
- 2- احمد اسماعيل ربيع، دور قواعد الشريعة الإسلامية في تقييد سلطة المشرع دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق جامعة النهريين، 2022.
- 3- انسام رسام غضبان حسين، نظرية الملائمة في تسوية نزاعات الاحوال الشخصية دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون في جامعة كربلاء، 2022.
- 4- طارق عبد الرزاق شهيد الحمامي، الاستنباط القضائي في الدعوى المدنية دراسة مقارنة بالقواعد الاصولية، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون، جامعة كربلاء، 2020.
- 5- علي حميد كاظم الشكري، استقرار المعاملات المالية دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون في جامعة كربلاء، 1435-2014.
- 6- علي عبد الله عفريت الحريشاوي، الفراغ في القانون دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون في جامعة كربلاء، 2015.
- 7- قاسم هيال رسن وادي، مشروع السنهوري لتقنين الفقه الإسلامي في القانون المدني، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون، جامعة بابل، 1442-2021.
- 8- نادية اسماعيل محمود محمد، نظرية الملائمة في القانون الدولي الخاص، اطروحة دكتوراه، جامعة حلوان كلية الحقوق، 2014.
- 9- النعمان منذر الشاوي، تقنين الفقه الإسلامي، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق، جامعة النهريين، 2003.

خامساً - الرسائل الجامعية:

1. حيدر فهمي حاتم، تعسف الخصوم في استعمال الإجراءات القضائية - دراسة مقارنة -، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون في جامعة بابل، 2015.
2. زينه عبد الحكيم عبد الرضا، الإجتهد القضائي ودوره في تطوير قواعد القانون المدني دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون جامعة بغداد، 2020.
3. سه ركه وت سليمان عمر ابو بكر، الشريعة الإسلامية مصدرًا للتقنين المدني العراقي دراسة تأصيلية منهجية، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون والسياسة في جامعة صلاح الدين، 2009.
4. طالب عبد سلمان حسين العلي، النسبية في القانون المدني دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون في جامعة كربلاء، 2021.
5. محمد أحمد رمضان، دور القاضي في انشاء القاعدة القانونية المدنية دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون جامعة بغداد، 1985.
6. نسيبة عبد الحميد المواجدة، الاستدلال بالسبر والتقسيم عند النحاة والصرفيين دراسة وصفية تحليلية، رسالة ماجستير في اللغة والنحو مقدمة إلى عمادة الدراسات العليا جامعة مؤتة، الاردن، 2010.
7. نواف طلال فهيد العازمي، ركن الاختصاص في القرار الاداري وآثاره القانونية على العمل الاداري دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق جامعة الشرق الاوسط في عمان الاردن، 2012.
8. وحيد خليل ابراهيم الصافي، التنظيم القانوني للعلاج بالخلايا الجذعية دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون في جامعة كربلاء، 2013.

سادسًا - البحوث العلمية:

- 1- أحمد بن صالح بن أحمد الغزالي، شرط الإجتهد للقاضي، بحث منشور في مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات، الدمنهور - مصر، العدد الثالث، المجلد الرابع، 2018.
- 2- اسامة رشيد مجيد محمد الربيعي، مبدأ التناسب ماهيته وتأصيله - في ضوء النظرية العامة للقانون، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق جامعة تكريت، العدد 2، المجلد 6، سنة 2021.
- 3- أنس محمد عبد الغفار سلامة، الاطر القانونية لاستخدام الخلايا الجذعية في ضوء قانون رقم 5 لسنة 2016، بحث منشور في مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية في دولة الامارات العربية، العدد 1، مجلد 16، سنة 2019.
- 4- جعفر كاظم الميالي، المفهوم المتطور لفكرة حياد القاضي، مقال منشور على شبكة الدولية الانترنت على الموقع الالكتروني <https://shafaq.com>.
- 5- جورج شفيق ساري، رقابة التناسب بواسطة القاضي الدستوري دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة كلية الحقوق، العدد 4، مجلد 8، 2018.
- 6- جورج شفيق ساري، رقابة التناسب بواسطة القاضي الدستوري (دراسة تحليلية مقارنة)، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة المنصورة، العدد 4 المجلد 8، سنة 2018.
- 7- حسام عبد محمد ظاهر، امتناع القاضي عن احقاق الحق دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، العدد 1، مجلد 1، 2016.
- 8- حسين المؤمن، حكم الحاكم بعلمه الشخصي في الشريعة والقانون، بحث منشور في مجلة القضاء تصدرها نقابة المحامين في العراق، العدد 3، 1976.
- 9- د. اسماعيل نامق حسين، تكميل التشريع دراسة مقارنة بين القانون الإماراتي والقانون العراقي، بحث محكم منشور في مجلة القضائية تصدر عن وزارة العدل في المملكة العربية السعودية، العدد 7، رمضان 1434هـ.
- 10- د. بالطيب فاطمة، حياد القاضي في ظل مبدأ استقلالية القضاء دراسة فقهية قانونية، بحث منشور في مجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية، عدد 2، مجلد 9، 2017.

- 11- د. بدوي عبد الجليل، د. هنان علي، مفهوم مبدأ الأمن القانوني ومتطلباته، بحث منشور في مجلة دراسات في الوظيفة العامة، مجلد 4، العدد 2، 2021.
- 12- د. جاسر العودة، الفرق بين مبادئ الشريعة الإسلامية وأحكام الشريعة، بحث منشور في الشبكة الدولية الانترنت، <https://www.jasserauda.net>، تأريخ الزيارة 2022/6/11.
- 13- د. حسن الخطيب، الصياغة القانونية والمنطق القضائي، بحث منشور في مجلة القضاء، العدد الاول، السنة الثانية والثلاثون، 1977.
- 14- د. حيدر حسين الشمري، م.د. صفاء متعب فجة، م.م. وليد طارق عزيز، مبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي دراسة مقارنة في تشريعات الأسرة العربية، بحث منشور في مجلة القادسية للقانون و العلوم السياسية، العدد 2، المجلد 11، 2020.
- 15- د. خالد عجالي، دور الإجتهد القضائي في تحقيق الأمن القانوني، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والسياسية، مجلد 2، عدد 3، 2014.
- 16- د. دعيح بطي ادحيلان المطيري، الموت الدماغى وتكيفه الشرعى دراسة فقهية طبية مقارنة، بحث منشور على شبكة الانترنت على الموقع الالكتروني: <http://ijtihadnet.net>
- 17- د. صدقي محمد أمين عيسى، أثر الصياغة التشريعية على فهم النص وتطبيقه في قانون الشركات رقم (31) لسنة 1997 المعدل دراسة تحليلية، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، العدد 4، المجلد 2، 2018.
- 18- د. صلاح الدين ناهي، من معضلات التفسير القضائي مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي احتياطي للقوانين المدنية الوضعية المعاصرة، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية القانون والسياسة جامعة بغداد، مجلد 1، عدد 3، سنة 1977.
- 19- د. ضمير حسين ناصر و علي سعود داخل، تصحيح الإجراء القضائي المعيب دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، مجلد 6، عدد 4، 2014.
- 20- د. عامر عاشور عبد الله، القياس في القانون المدني والفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل كلية الحقوق، العدد 52، المجلد 15، 2012.

- 21- د. عباس العبودي، الدور الاجتهادي لأحكام محكمة التمييز الاتحادية في صياغة القاعدة القانونية للقانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد كلية القانون، العدد2، مجلد30، 2015.
- 22- د. عبد الكريم صالح عبد الكريم و د. عبد الله فاضل حامد، تضخم القواعد القانونية - التشريعية، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية، كلية الحقوق جامعة تكريت، العدد 23، مجلد6، 2014.
- 23- د. عبد الكريم صالح عبد الكريم و د. عبد الله فاضل حامد، تضخم القواعد القانونية - التشريعية دراسة تحليلية نقدية في القانون المدني، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية، العدد23، السنة السادسة، 2014.
- 24- د. عصمت عبد المجيد بكر، من مشكلات تفسير القانون التفسير في حالة فقدان النص، بحث منشور في شبكة الانترنت على الموقع https://www.bibliotdroit.com/2016/08/blog-post_56.html، تأريخ الزيارة 2022/10/9.
- 25- د. محمد شهاب محمد أمين و ابراهيم محمد حاجي، التناسب كوسيلة قضائية في تحقيق التوازن بين السلطة التقديرية للإدارة وحقوق المواطنين، بحث منشور في موقع جامعة سوران أربيل، على الشبكة المعلوماتية الالكترونية تحت الرابط: <https://sites.google.com/a/soran.edu.iq/twejer/issues/vol4-issue1/21-4-1-17>.
- 26- د. محمد علي البار ، الخلايا الجذعية والقضايا الأخلاقية ، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي ، تصدر عن المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي ، ط1، العدد الثامن والثمانون ، 2003.
- 27- د. محمد فاروق، مستقبل التقنين الإسلامي مع دراسة للقوانين الكويتية المستمدة من الشريعة الإسلامية، بحث منشور في مجلة دراسات الخليج والجزيرة العربية، العدد الرابع السنة الاولى، 1975.
- 28- د. منصور عبد السلام الصرايرة و د. رياض منصور الخليلي، مراجعة نقدية بشأن مصادر القانون المدني الرسمية دراسة في التشريعين الأردني والكويتي، بحث منشور في المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، مجلد 5، العدد 4، 2013.

- 29- د. ياسر باسم ذنون، دور الاستدلال المنطقي لفهم الواقع والأدلة في الدعوى المدنية، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، عدد33، مجلد9، 2007.
- 30- راقية عبد الجبار علي، تأصيل دور القاضي في تكوين القاعدة القانونية، بحث منشور في المجلة العربية للفقهاء والقضاء، العدد 46، 2015.
- 31- زرقون نور الدين، سلطة قاضي الموضوع في اختيار القاعدة القانونية الملائمة لحل النزاع، بحث منشور في الانترنت على الموقع: <http://archives.univ-biskra.dz/bitstream/123456789/1544/1/16.pdf>.
- 32- زينب عبد الإله عبد الكريم، موقف الأديان السماوية والتشريعات من تجارب العلاج بالخلايا الجذعية، بحث منشور في مجلة كلية دجلة الجامعة، العدد 3، مجلد5، 2022.
- 33- سالم رضوان الموسوي، أثر الصياغة التشريعية في الأحكام القضائية، بحث منشور في الشبكة الدولية للإنترنت، www.iraqidvelopers.com/iraqfsc/ar/node/312، تأريخ الزيارة 2022/6/25.
- 34- شوقي بناسي، الشريعة الإسلامية ومبادئها كمصدر للقانون المدني شعار دون أثر قانوني الالتزامات انموذجاً، بحث منشور في مجلة حوليات جامعة الجزائر، العدد2، مجلد31، سنة 2017.
- 35- صاحب جلال عجاج، ا.م.د. عطية سليمان خليفة، علوية الشريعة الإسلامية عند التنازع، بحث منشور في مجلة العلوم الإسلامية جامعة تكريت، عدد8، مجلد12.
- 36- عبد الستار ناهي عبد عون، الطبيعة القانونية للإجراء القضائي، بحث منشور على الموقع الرسمي لمجلس القضاء العراقي، على الرابط الاتي: <https://www.sjc.iq/view.67686>، تأريخ الزيارة 2023/3/7.
- 37- عبد الستار ناهي، مستلزمات صحة الإجراء القضائي، بحث منشور على الموقع الرسمي لمجلس القضاء الأعلى العراقي على الرابط الاتي <https://www.sjc.iq/view.68927>، تأريخ الزيارة 2023/3/6.
- 38- عقيل سرحان محمد و نهاد وحيد جبار، التفريد الإجرائي لدعاوى الحل و الحرمة دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة الشرائع للدراسات القانونية، مجلة محكمة تصدر عن مركز الشرائع لتنمية المهارات القانونية والادارية، عدد 2، المجلد 1، 2021.

- 39- عقيل فاضل حمد الدهان و عباس نعيم عبد الجليل، الطبيعة القانونية للموت الدماغى فى القانون العراقى دراسة مقارنة بالقانونين المصرى والأمريكى، بحث منشور فى مجلة كلية الحقوق، جامعة النهريين، عدد 1، مجلد 19، 2017.
- 40- على خالد دببىس و م.م. ميثاق طالب غركان، القضاء فى القانون والفقه الإسلامى دراسة تطبيقية، بحث منشور فى مجلة جامعة اهل البيت عليهم السلام العدد الرابع عشر.
- 41- مالك جابر حميدى الخزاعى، اساءة استعمال الحق خطأ تقصيرياً يلزم من صدر منه تعويض الضرر الناشئ عنه، بحث منشور فى مجلة جامعة بابل العلوم الانسانية، العدد2، مجلد17، 2009.
- 42- محمد سالم كريم، الأمن القانونى معيار للمراجعة التشريعية، بحث منشور فى مجلة واسط للعلوم الانسانية، جامعة واسط، العدد 47، مجلد 17، 2021.
- 43- محمد سالم كريم، دور القضاء الدستورى فى تحقيق مبدأ الأمن القانونى، بحث منشور فى مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، كلية القانون جامعة القادسية، العدد2، مجلد 8، 2017.
- 44- مريم محمد أحمد و أ.د. عامر عاشور عبد الله، دور الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع دراسة فى ضوء مشروع دستور إقليم كردستان العراق، بحث مقدم لمؤتمر نحو دستور معاصر لإقليم كردستان العراق، كلية العلوم الانسانية والاجتماعية جامعة كوية، المؤتمر العلمى الدولى الثانى لقسم القانون، 2019.
- 45- نوري حمة سعيد حيدر الهموندى، ضرورة المعالجة القانونية لعبارات مبهمه فى بعض القوانين العراقية دراسة تحليلية مقارنة، بحث منشور فى المجلة العلمية لجامعة جيهان فى السليمانية، العدد1، مجلد3، 2019.
- 46- هادي حسين هادي الكرعوى، م. علاء عبد النبى ياسر على خان المدنى، أثر الزمان والمكان فى تحديد موضوعات الأحكام الشرعية، بحث منشور فى مجلة كلية الفقه فى جامعة الكوفة، عدد 2، مجلد 17، سنة 2013.
- 47- ناسؤس نامق براخاس، ضمانات حياذ القاضى فى الدعوى المدنية العراقى نموذجاً، بحث منشور على الموقع الإلكتروني: http://isamveri.org/pdfdrg/G00340/2017/2017_BERAHASN.pdf

سابعًا - المجاميع والقرارات القضائية المنشورة والغير المنشورة:

- 1- ابراهيم المشاهدي، المختار من قضاء محكمة التمييز، مطبعة الزمان، بغداد، 1999.
- 2- ابراهيم المشاهدي، معين القضاة، ج1، مطبعة الزمان، بغداد، 2000.
- 3- ابراهيم المشاهدي، نافذة على القانون والقضاء، شركة السندباد للطباعة المحدودة، دون مكان نشر، 2002.
- 4- حيدر عودة كاظم، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، ط1، ج1، دون ناشر ومكان نشر، 2021.
- 5- سلمان بيّات المحامي، القضاء المدني العراقي، الجزء الاول، شركة الطبع و النشر الأهلية، 1962.
- 6- سلمان بيّات، القضاء المدني العراقي، ط1، ج1، 2، بلا جهة ومكان نشر، 2020.
- 7- سلمان عبيد عبد الله، المختار من قرارات محكمة التمييز الاتحادية، ط1، مكتبة القضاء والقانون، ج5، بغداد، 2015.
- 8- فلاح كريم وناس آل جحيش، الموسوعة القضائية المدنية، ج1، مكتبة السنهوري، بغداد، 2021.
- 9- قرار محكمة التمييز الاتحادية - الهيئة المدنية المرقم 5108 / هـ م / 2017 في 2017/10/9، منشور على الموقع الإلكتروني <https://iraqlid.e-sjc-services.iq/VerdictsTextResults.aspx>
- 10- قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (253/الهيئة الموسعة المدني في 2014/8/11) المنشور على موقع قاعدة التشريعات العراقية الإلكتروني: <https://iraqlid.e-sjc-services.iq/VerdictsTextResults.aspx>
- 11- قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم 2790/هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/2016 في 2016/4/21.
- 12- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد 247 / الهيئة الموسعة المدنية/2007 في 2008/4/22.
- 13- قرار محكمة التمييز الاتحادية في العراق بالعدد 984 / مدنية عقار / 2007 في 2007/9/24، مجلة حمورابي تصدرها جمعية القضاء العراقي، العدد1، 2009.
- 14-قرارات محكمة التمييز الاتحادية المنشورة على الموقع الرسمي لمجلس القضاء الأعلى المتاح على الموقع الإلكتروني: www.hjc.iq

- 15-قرارات محكمة النقض المصرية المنشورة على الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية المتاح على الموقع الإلكتروني: WWW.cc.gov.eg .
- 16-قرارات محكمة النقض المصرية والمنشورة على موقع محامي مصر المتاح على الموقع الإلكتروني: lawgyrupt.net .
- 17-مجلة قضاء محكمة تمييز العراق العدد(4)، المطبعة الحكومة، بغداد، 1970.
- 18-مجموعة قرارات محكمة التمييز الاتحادية، النشرة القضائية، المجلد الأول، القسم الثالث.

ثامناً - القوانين العراقية والعربية والاجنبية والأعمال التحضيرية والمذكرات الايضاحية:

- 1- القانون المدني المصري رقم 113 لسنة 1948 النافذ.
- 2- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 مع مجموعة الاعمال التحضيرية.
- 3- قانون البيانات الاردني رقم 30 لسنة 1952.
- 4- قانون الإثبات المصري رقم 25 لسنة 1968.
- 5- قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم 13 لسنة 1968
- 6- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969.
- 7- القانون المدني الاردني لسنة 1976 وتعديلاته.
- 8- قانون التنظيم القضائي رقم 160 لسنة 1979 المعدل.
- 9- قانون الإثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979 المعدل.
- 10- قانون رعاية القاصرين رقم 78 لسنة 1980 المعدل.
- 11- قانون التنفيذ العراقي رقم 45 لسنة 1980 المعدل.
- 12- قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة رقم 5 لسنة 1985.
- 13- قانون أصول المحاكمات المدنية الاردني رقم 24 لسنة 1988.
- 14- قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية الاماراتي رقم 10 لسنة 1992.
- 15- قانون الاجراءات المدنية الاماراتي الاتحادي رقم 11 لسنة 1992.
- 16- الدستور العراقي لسنة 2005.
- 17- نظام الخلايا الجذعية رقم 10 لسنة 2014 الاردني.
- 18- قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية ومنع الاتجار بها رقم 11 لسنة 2016 العراقي.
- 19- قانون الادعاء العام العراقي رقم 49 لسنة 2017 المعدل.

تاسعًا - المراجع الأجنبية:

1. Hans kelsen, pure theory of law, translated from the second germane edition by max knight, University of California press, Losangelss, U.S.A., 1978.
2. غاي بيخور، مدونة السنهوري القانونية نشوء القانون المدني العربي المعاصر، ترجمة: رشا جمال، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، لبنان، 2009.
3. القاضي ج.رانسون، فن القضاء، ترجمه محمد رشدي، شركة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي واولاده، مصر، 1912.
4. ليونارد وود، احياء التشريع الاسلامي، ترجمه د. بدر الدين مصطفى، ط1، مركز نهوض للدراسات والنشر، بيروت، 2020.

Abstract

The legislator gives the civil judge, in order to decide on the case before him, an important role in determining the legal basis for resolving the dispute in order to implement its effect through which the dispute presented to him is resolved, but the civil judge may face a state of emptiness in the law or the silence of the law, which is intended to be a deficiency in the legislation, which is The absence of a ruling dealing with the dispute presented to the judge. The deficiency in the law is the failure to include in the legal text what is needed in terms of detailed or partial provisions. In both cases, the judge is obligated by law to refer to other sources in the law. Continuous developments in economic or social life.

Among these sources are (the principles of Islamic law that are most appropriate to the texts of civil law) because the civil law falls under the range of laws that adhere to the provisions of Islamic law in its rules and texts, but this text is related to the reference to the principles of Islamic law that are more appropriate to civil law than others. For criticism, whether in terms of legal drafting or an objective defect, the words were vague and required to clarify the ambiguous text and correct its shortcomings and strengthen its weaknesses by interpreting them and clarifying what is meant by them. Focus has been placed on the phrase (principles of Islamic law that are most appropriate to the texts of civil law) that appear in Article (1/2) Of the Iraqi civil law in force, the fact that the law did not explain what is meant by it and clarify its provisions and control over them, which resulted in a disagreement in their understanding.

The study also focused on clarifying the compatibility between the principles of Islamic law and civil law. In addition, some terms that are close to the aforementioned words were studied and the confusion between them was lifted. The vacancy of the text is theoretical and practical aspects that deserve reflection and consideration.

From the foregoing, we imagine the research problem as the ambiguity surrounding the process of determining the principles of Islamic law that are most appropriate to the texts of civil law and its lack of interpretation as a legal and judicial phenomenon.



University of Karbala

College of Law

Private department

**The role of the judge in determining the principles of
Islamic law most appropriate to the texts of civil law
(a comparative study)**

**Master's thesis submitted to the Council of the Faculty of Law -
University of Karbala**

It is part of the requirements for the master's degree in private law

Written by the student:

Hussein neamah kadhim Al - awaidi

Under supervision by:

Assist. Dr. Adel Shamran Hamid Al-Shammari

Rabi' al-Awwal/ 1445 A.H

September/ 2023 A.D