محاضرات الفصل الدراسي الثاني 2021/2020 إعداد / م.م زينب كاظم مطلك

المادة / مدخل قانون

المحاضرة الرابعة / المصادر الرسمية الاحتياطية (العرف , مبادئ الشريعة الإسلامية , قواعد العدالة)

الموضوع الأول (العرف)

معنى العرف / يقصد به هو طريق نفاذ قواعد السلوك إلى حيز التنفيذ في صورة قاعدة غير مكتوبة سببها اعتياد الناس على سلوك معين لتنظيم ناحية من نواحي حياتهم الاجتماعية وتولد الشعور بضرورة الالتزام بها , أو هو القاعدة القانونية التي اصطلح الناس في سلوكهم على وضعها ودرجوا على إتباعها وساد الاعتقاد بأنها ملزمة .

نشوء القاعدة العرفية / تنشأ القاعدة العرفية بدافع الحاجة لتنظيم علاقة اجتماعية فإذا توصل طرفا العلاقة لحل معين لها أو احتكما الى شخص للفصل في نزاعهما , وأقبل الناس على اتباع نفس الحل لتنظيم تلك الناحية من حياتهم الاجتماعية واستمروا على اتباع هذا الحل يصبح بمثابة عادة يستقرون على اتباعها وبمرور الزمن على ثباتها عندهم واتباعهم لها يتولد اعتقاد لديهم بضرورة الالتزام بها فتصبح هذه العادة **عرف** , وإذا ساد الاعتقاد بأنها ملزمة ولم تخالف النصوص التشريعية ولا تخرق النظام العام والآداب العامة فأنها تدخل في زمرة قواعد القانون في صورة قاعدة عرفية فتتقيد المحاكم بتطبيقها .

أركــان العرف / لقاعدة العرف ركنين هما الركن المادي والركن المعنوي .

أولا / الركن المادي – هو نشوء عادة قانونية بالشروط التالية .

1- تعلق العادة بالعلاقات القانونية القائمة بين الأشخاص في المجتمع في دائرة معاملاتهم .
2- عموم العادة - أي أن تطبق على كل الأشخاص المشمولين بالحكم بصفاتهم وليس بذواتهم فيجب أن لا تقتصر على شخص أو أشخاص معينين , كما يجب أن تكون عامة في المكان التي تتبع فيه كان اقليم بأكمله أو جزءاً منه
3- قِدَم العادة – ويعني أن يمضي زمن على نشوئها واستمرار العمل بها ورسوخها في نفوس الناس وإطمئنانهم لها , وتحديد الزمن أمر يخضع لتقدير القاضي بحسب طبيعة المعاملات وتفاوت موضوعها ومدى تكرر العمل بها .
4- إطراد العادة في تطبيقها وثباتها , والإطراد هو اتباع العادة بصورة متواترة ومنتظمة أي تكرار تطبيقها على نسق واحد بحيث يتولد استقرارها , أما الثبات فهو اتباعها بصورة مستمرة وغير متقطعة
5- معرفة الناس بالعادة وشيوع أمرها , أي أن يجري العمل بمقتضاها من قبل أغلب المخاطبين بها وأن يحيطوا علماً بمضمونها وبعملوا بها عن بينة واختيار
6- عدم مخالفة العادة لنصوص التشريع الآمرة لكونها تتعلق بكيان المجتمع ومصالحه العليا , إلا أنه في بعض الحالات في فروع القانون التجاري إن القاعدة العرفية تبدو أكثر ملائمة في التطبيق من النص التشريعي فالمشرع يصوغ النص لكنه يقر للقاعدة العرفية بالأفضلية في التطبيق عند التعارض .
7- عدم مخالفة العادة للنظام العام والآداب العامة في المجتمع هذا الشرط تتطلبه العادة التي يتكون منها العرف المحلي أو المهني , أما العادة التي ينشأ عنها عرف شامل يطبق على اقليم الدولة برمته فأنها تسهم في تحديد مفهوم النظام العام والآداب العامة ولا يتصور وجود مخالفة .

ثانيا / الركن المعنوي / هو توافر عنصر الالزام والاعتقاد في العادة , أي أن يستقر في روح الناس وجوب اتباع العادة باعتبارها قاعدة قانونية تقترن بجزاء مادي تفرضه السلطة العامة على من يخالفها وبغير هذا الاعتقاد لا يوجد العرف باعتباره قانونا ملزما بل يظل عادة يملك الافراد مخالفتها دون التعرض للجزاء القانوني

مزايا العرف /

1- يعد تعبيراً صادقاً عما يرتضيه أفراد المجتمع في تنظيم علاقاتهم
2- يساير تطورات المجتمع أكثر من القانون المكتوب
3- يسد النقص في التشريع فيعد مصدراً مكملاً للقانون

عيوب العرف /

1- يعجز عن تحقيق تغيير عاجل في القانون بسبب بطء تكوينه
2- يؤدي الى ضياع وحدة القانون لأن تطبيقه غالبا يكون محليا أو مهنيا ويندر أن يعم الدولة بأسرها
3- لا يحقق نظام وطيد وتعامل مستقر بسبب غموض قواعده وصعوبة التثبيت من وجودها والتحقق من مضمونها

أنواع قواعد العرف /

أولا - من حيث نطاق تطبيقه له ثلاثة أنواع هي

أ- العرف الشامل هو ما يعم الدولة بأسرها كالقاعدة العرفية التي تقضي بإعتبار أثاث المنزل ملكاً للزوجة بين المسلمين في مصر
ب- العرف المحلي هو ما يسود إقليم من أقاليم الدولة أو مدينة أو منطقة في مدينة كبيرة كالقواعد العرفية العشائرية في العراق
ت- العرف المهني هو يقوم في حرفة أو مهنة معينة بالأعراف التي تنشأ في أوساط العمل والأعراف التجارية والزراعية كالعرف التجاري الذي يقضي بجواز تقاضي الفوائد المركبة واحتساب الفوائد من تاريخ الخصم

ثانيا – من حيث القوة الملزمة له نوعان هما

أ- قواعد عرف آمرة وهي القواعد التي لا يجوز الاتفاق على استبعادها سواء كان العرف محلي أو مهني أو شامل فينبغي تطبيقها عند افتقاد النص التشريعي إلا اذا نص المشرع على أفضليتها في التطبيق على التشريع بالرغم من وجوده كالأعراف التجارية , وحق الزوجة في فرنسا بالتسمية بإسم زوجها
ب- القواعد العرفية المكملة أو المفسرة وهي قواعد يجوز الاتفاق على ما يخالفها كالعرف الذي يلزم مشتري المتجر الإعلان عن شرائه وعدم دفع الثمن قبل انقضاء مدة مناسبة على الإعلان تتيح لدائني البائع فرصة الاعتراض

التمييز بين العرف وبين العادة الإتفاقية / العرف يقوم على عادة أكسبته وجوده المادي , وعلى قوة ملزمة أضفت وجوداً معنوياً يتأصل في النفوس أي أن العرف يتوافر فيه ركنان مادي ومعنوي فيصبح قاعدة قانونية ملزمة , أما العادة فيتوافر فيها الركن المادي فقط وإن الناس يتبعونها بمحض إختيارهم دون أن يتعرضوا للجزاء عند مخالفتها , وإذا اتفق العاقدان على اتباع العادة سواء كان الاتفاق صريحا او ضمنيا فأنها تستمد قوة ملزمة من اتفاق الطرفين على الالتزام بها وليس من ذاتها وتعتبر جزء من العقد الذي تم بين الظرفين لذا سميت بالعادة الاتفاقية , أما اذا احال المشرع اليها بنص تشريعي تصبح واجبة الاتباع فترقى الى مرتبة العرف المكمل وتكون لها قوة قواعد القانون المكملة والمفسرة للإرادة

النتائج المترتبة على ثبوت الصفة القانونية لقاعدة العرف وانتفائها من العادة الاتفاقية

1- يطبق القاضي العرف من تلقاء نفسه باعتباره قانونا أما العادة الاتفاقية فينبغي على صاحب المصلحة من الخصوم التمسك بها حتى يطبقها القاضي
2- العرف ملزم للمتعاقدين سواء علموا بأحكامه أو لا , أما العادة الاتفاقية إذا جهل أحكامها احد الطرفان يمتنع تطبيقها
3- القاضي هو من يتحرى عن وجود العرف فإذا لم يجده يقضي بعدم ثبوته لديه , أما العادة الاتفاقية فيقع على من يدعيها واجب عبء اثباتها
4- تطبيق العرف يخضع لرقابة محكمة التمييز للتأكد من توافر عناصره وسلامة تطبيقه , أما العادة الاتفاقية فلا رقابة لمحكمة التمييز على قضاء قاضي الموضوع بشأن وجودها وتطبيقها
5- في العرف التجاري يمكن أن يفضل المشرع حكم العرف على نصوص التشريع , أما العادة الاتفاقية التجارية فلا تلغي نصا أو تتغلب عليه

منزلة العرف في فروع القانون ودوره في الحياة القانونية / تتفاوت منزلة العرف باختلاف فروع القانون فهو يمارس دورا هاما في القانون الدولي العام والقانون الدستوري والقانون التجاري , ولا أثر للعرف في بعض فروع القانون كالقانون المالي والجنائي والقوانين الإجرائية كقانون اصول المحاكمات الجزائية وقوانين المرافعات المدنية والتجارية , أما القانون الإداري والمدني وقانون العمل فأن أهمية العرف تتفاوت بتفاوت الأنظمة القانونية .

يمارس العرف دورين في ظل القانون المدني العراقي أولهما : دور المكمل للتشريع أي وجوب رجوع القاضي له عند افتقاد النص التشريعي وثانيهما : دور المساعد للتشريع فقد تحيل النصوص إليه تنظيم مسائل معينة أو يلجأ إليه لضبط معيار أو يستعان به لتفسير نية المتعاقدين تقديرا من المشرع بأن العرف أقدر من التشريع على الوفاء بالغرض الذي ينشده .

الموضوع الثاني (مبادئ الشريعة الإسلامية)

دور الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون العراقي / يقتصر أثر الشريعة الإسلامية على حقلين من حقول القانون هما الأحوال الشخصية , والأحوال العينية أو المعاملات المالية :

يقصد **بالأحوال الشخصية** مجموعة القواعد التي تحكم روابط الفرد بأسرته من زواج وما يتفرع عنه كالحضانة والرضاعة والنسب والطلاق والتفريق والعدة والنفقة وما يتصل به كالميراث والوصية والوقف والقواعد التي تحدد الشخصية وتنظم نشاطها كقواعد الأهلية وتحكم مميزاتها من اسم وموطن وحالة سواء كانت سياسية وهي الجنسية أو عائلية وهي القرابة أو حالة دينية .

أما **الأحوال العينية أو المعاملات المالية** فهي القواعد التي تنظم الروابط المتعلقة بالنشاط المالي للشخص فتحدد معنى المال وأنواعه وتعنى بحكم الحقوق التي ترد عليه من حقوق عينية وشخصية ومعنوية , وتخضع الأحوال العينية في العراق لحكم القانون المدني خلافاً للقوانين المدنية الغربية التي تحكم الأحوال الشخصية والعينية معاً .

- تعتبر الشريعة الإسلامية أحد أهم مصدرين تاريخيين للقانون المدني العراقي يليها القانون المدني المصري .

الموضوع الثالث (قواعد العدالة)

أهمية قواعد العدالة في القوانين المعاصرة / يتضح أثر قواعد العدالة في اتجاهين هما

1- إنها تلهم المشرع طائفة من أحكام ما يسنه من قواعد لأن على المشرع الأخذ بيد مجتمعه نحو طريق الصلاح والتقدم والعمل على اشاعة روح الخير والعدل في الحياة القانونية وأن يتشبع بروح

الإنصاف في وضعه الاحكام وأن يهدف الى السمو بالتنظيم الاجتماعي فيما يشرعه وهذا ما تحققه قواعد العدالة

2- إن المشرع غالبا ما يحيل القاضي الى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة أو الى قواعد العدالة فقط إذا افتقد القاعدة القانونية في المصادر الرسمية المعروفة للقانون للبت بالنزاع المطروح أمامه ؛ كي يحول دون نكوله عن القضاء بحجة عدم وجود قاعدة يستنبط منها حكمه

وقد كان لقواعد العدالة في مجال القضاء أثر كبير في تطور القانون المعاصر فقد عمل القضاء عن طريق الاجتهاد وغياب المصادر الرسمية للقانون على تلافي قصور التشريع وسد نقائصه بتقرير عدد من النظريات والأحكام العادلة كنظرية تحمل التبعة وأحكام المسؤولية التقصيرية المبنية على خطأ مفروض قابل لإثبات العكس أو غير قابل له وأحكام الملكية الأدبية والفنية والصناعية قبل أن يتولى المشرعون أغلب هذه النظريات والأحكام بالإقرار والحماية وصوغها في نصوص تشريعية .