دور العرف في حياة القاعدة القانونية
دراسة مقارنة في النظم الوضعية

The role of custom in the life of legal rule Comparative study in situational systems

م.م.صفاء متعب فجة الخزاعي

نبذة عن الباحث :
تدريسي في كلية القانون جامعة القادسية

مقدمة

تمثل قواعد العرف في احيان كثيرة شكلا من أشكال القانون ، بسبب اشتراكها مع قواعد القانون في الخصائص العامة مما يصيرها قاعدة قانونية في ما اذا رغب المشرع في ذلك، فهي قواعد عامة مجردة تنظم السلوك الفردي على نحو ملزم، لذلك اصطلح على تسمية العرف بالقانون غير المكتوب .

ولفاعلية العرف في حياة القاعدة القانونية ، فأن له أهمية بالغة كونه يتدخل في صياغة فكرة القاعدة القانونية وبالتالي إنشاءها تارة ، وتارة أخرى دوره في إزالة غموض النص القانوني عندما يراد تطبيقه وتنفيذه على الوقائع وهنا يلعب الدور الكاشف لها. لذلك فان العرف يعد عامل مهم ومؤثر في ايجاد القاعدة القانونية و إزالة غموضها- أي في أطوار حياتها-

واختلفت القوانين في مدى عد العرف مصدرا منشئا او كاشفا للقاعدة القانونية ، ويرجع ذلك إلى الأنظمة التي تنتهجها في تشريع الأحكام ، وهنالك ثلاث مناهج بارزة في العالم وهي النهج الانكلوسكسوني و اللاتيني و الجرماني (١).

اما عن هيكلية البحث فقد انتظم البحث في مبحثين فضلا عن المقدمة والخاتمة. تناولنا في المبحث الاول مفهوم العرف والذي قسمنها الى مطلبين الاول تعريفه تشريعيا وفقها واركانه وطبيعة القاعدة العرفية في المطلب الثاني اما المبحث الثاني فتناولنا فيه الدور المنشيء والكاشف للعرف و افردنا المطلب الاول لدوره الانشائي و المطلب الثاني لدوره الكاشف عن معنى النص القانوني.

المبحث الأول: مفهوم العرف

تتكون القاعدة العرفية من سلوك محدد او موقف معين يصدر عن شخص او مجموعة اشخاص بمناسبة معينة ، ثم يتكرر ذلك السلوك في مناسبات مماثلة بشكل مطرد ، الى الحد الذي يتولد معه الاعتقاد لدى العامة بضرورة احترامه .

و العرف له مدخلية مهمة في حياة القاعدة القانونية ، لذلك فانه قد يرتقي من حيث الصفات الى مستوى صفات القاعدة القانونية ، وفي هذه الحالة يعتد فيه المشرع ، ومن الملاحظ ان الفقه لم يفرق بين القاعدة العرفية و العرف وعرفوها بتعاريف مختلفة وأوضحوا فيها معنى العرف وطبيعته واركانه ، الا انه عند التدبر فانه يوجد بون ضيق بينهما ، اذ ان القاعدة العرفية تمثل قمة الهرم الذي يصل اليه كمال العرف لكي يتبلور كقاعدة قانونية بعد ان تتكون فيه كل خصائص الأخيرة.

ولدراسة هذا المبحث لابد من ان نتناوله في مطلبين حيث نكرس المطلب الاول الى تعريف العرف وتحديد اركانه باعتباره مقدمة لاستظهار حقيقة فكرة القاعدة العرفية ، ونتناول في المطلب الثاني طبيعة القاعدة العرفية .

المطلب الأول: تعريف العرف و تحديد أركانه

أشار القانون بصورة واضحة إلى العرف وأعطاه دور كبير في التدخل بإنشاء و فهم القاعدة القانونية ، وكما إن الفقه أشبعوه بحثا ، فضلا عن ذلك لابد من الوقوف على اركانه أيضا.

لذلك سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين الفرع الأول نتناول فيه التعريف التشريعي و الفقهي للعرف و الفرع الثاني اركانه.

الفرع الأول: تعريف العرف

لابد من ان نستظهر الموقف التشريعي و الفقهي من العرف في هذا الفرع وذلك بنقطتين:

اولا : التعريف التشريعي..

نظرا لأهمية و محورية العرف باعتباره أقدم مصادر القاعدة القانونية فقد اختلفت القوانين في مدى إعطاءه أولوية في حكم القاعدة القانونية ، فذهبت القوانين الانكلوسكسونية إلى تقديمه على كل المصادر الأخرى ، وعده المصدر الأول للقانون.

لكن ما ان ظهرت المدرسة اللاتينية وخصوصية هذه المدرسة التي لاتتفق مع صيرورة القاعدة العرفية والتي تتميز باحتياجها إلى وقت طويل في تكونها، ذهبوا إلى القول بضرورة ان يكون القانون مكتوب لذلك قدموا التشريع على العرف(٢) .

و بالرغم من ذلك فان العرف يبقى يلعب الدور الاساسي في توجيه وفهم المشرع ، فتارة العرف يكون اداة لفهم القاعدة القانونية ، كما في العرف التفسيري ، وتارة يحل محل القاعدة القانونية عند غيابها .

وقد صرح القانون المدني العراقي بهذه الحقيقة بنصه في المادة الأولى منها((٢- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ..)) (٣) .

كما و ذهب المشرع المصري في المادة الأولى و المشرع الفرنسي إلى ذات المعنى في عد العرف المصدر الثاني للقانون الذي يلي التشريع (٤).

ويتعدى العرف الوظيفة الاحتياطية ، ليمارس دورا آخر يلجأ إليه القضاء عند غموض او نقص النص القانوني ، بل أحينا قد يحتضنه التشريع باعتباره جزء منه كما في المادة (٥٢٧) من القانون المدني العراقي التي تشير الى ان سعر السوق هو السعر المتعارف بين التجار و كذلك أحكام تسليم المبيع التي تشير صراحة في إمكان الرجوع الى العرف وما يقضي به عند التسلم ومن يتحمل التسليم (٥) ، وسوف يأتي تفصيل ذلك لاحقا.

ثانيا : التعريف الفقهي..

ان شراح القانون اشبعوا مفهوم العرف بحثا وتفصيلا ، واستقروا على فكرة واحدة له ((وهو طريق نفاذ قواعد السلوك إلى حيز التنفيذ في صورة قاعدة غير مكتوبة تجيء ثمرة اعتياد الناس على سلوك معين لتنظيم ناحية من نواحي حياتهم الاجتماعية وتولد الشعور بصورة الالتزام بها))[٦].

وعرف ألشاطبي من فقهاء الشريعة الإسلامية العرف بأنه : ((ما أستقر في النفوس من جهة المعقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول [٧] .

اما فلاسفة القانون فقد اتجهوا الى تشبيه مصطلح العرف بمصطلح التشريع من خلال إفادته احد المعنيين([٨]:

١- : المصدر الرسمي للقاعدة القانونية .

فكما يعد التشريع مصدرا رسميا للقانون بسنه من قبل السلطة التشريعية ، كذلك العرف يعد مصدرا رسميا للقانون في حالة غياب التشريع ، حيث اعتياد الناس على سلوك معين في ناحية من نواحي حياتهم الاجتماعية ونشوء قاعدة منه ، وما يرافقه من الاعتقاد بلزومها ووجوب احترامها ، مما تتولد منه القاعدة القانونية العرفية ، وهذه آلية تقنين القاعدة العرفية في المنهج اللاتيني.

٢- : وهو بمعناه الثاني يدل على القاعدة القانونية غير المسنونة التي نتجت عما درج عليه الناس من اتباع سلوك معين في شؤونهم مع شعورهم بلزوم احترام هذا السلوك والخضوع لأحكامه ، وعليه فان هذا المعنى هو نفسه الذي تدل كلمة التشريع (أي باعتباره ذات القاعدة القانونية) ، وهذا ما معمول به في المنهج الانكلوسكسوني.

ومن الملاحظ، حتى يتحول العرف الى قاعدة قانونية ، لابد من اعتياد الناس على سلوكه وهو ينشأ بشكل تلقائي دون الحاجة لأعداد نظام معين ، وإضفاء الشرعية عليه من قبل

الدولة تتمثل باتباع آلية التشريع من قبل السلطة المعنية لتقنن القاعدة العرفية بعد ذلك [٩].

وهكذا نجد ان اصطلاح العرف يستعمل أحيانا بمعنى القاعدة القانونية التي تستقر عن طريق العرف ، مثال ذلك القاعدة التي تقضي باعتبار أثاث المنزل ملك الزوجة بين المسلمين في مصر، ويستعمل أحيانا بمعنى المصدر الذي تتولد هذه القاعدة منه [١٠] .

الفرع الثاني: أركان العرف

اختلف شراح القانون في مدى الفرق بين العرف و العادة فذهبوا إلى أن العرف يتوافر فيه ركنان المادي والمعنوي اما العادة فتتضمن الركن المادي فقط ، لذا سوف نتناول أركان العرف في نقطتين أيضا لكي نستظهر مدى انطباقهما على مصطلحي العرف و العادة:-

أولا : الركن المادي..

يقع الخلط كثيرا بين العرف والعادة وقد ساعد على وقوع هذا الخلط عدم التمييز بينهما من قبل الفقه وذكرهما كمترادفين في كثير من النصوص التشريعية من قبل المشرع الوضعي كالمشرع العراقي والمصري [١١].

ومع ذلك فأن الفقه الإسلامي و الوضعي المعاصر يجمع على وجوب التمييز بينهم ويتخذ من عنصر الإلزام معيار لهذا التمييز ، فالعرف يقوم على عادة أكسبته الوجود المادي وعلى اعتقاد بقوته الملزمة أضفى وجودا معنويا يتأصل في النفوس[١٢] .

ولكي تكون العادة المظهر المادي للعرف لابد من توافر الشروط التالية :-

١- العمومية :- اذ ينبغي ان تكون العادة مطبقة من كل السلطات المعنية بها دون استثناء، ولهذا توصف العادة بالخصوصية اذا ما امتنعت أي من السلطات المعنية بها عن ممارستها او اعترضت عليها [١٣] .

٢- الا تكون العادة مخالفة للقانون :- فيجب ان لاتكون القاعدة التي يتحقق بها الركن المادي للقاعدة القانونية العرفية مخالفة لنص التشريع في الدول التي تجعل الغلبة للتشريع على العرف في المنزلة مادام العرف يعتبر مصدرا رسميا احتياطيا بعد التشريع[١٤] .

٣- التكرار :- يعني تطبيق العادة بصورة متكررة في مواقف متطابقة هذا وقد اختلف الفقهاء بشأن عدد المرات اللازمة لتطبيق العادة كي ترتقي الى مستوى الركن المادي للعرف . الا انهم متفقون على ان تكون مرتين على الاقل ، اذ لايمكن تصور نشوء القاعدة نتيجة لفعل واحد او تصرف منفرد [١٥].

٤- الوضوح :- وينصب على عدم قابلية العادة المكونة للعرف للتأويل او التفسير لعدة احتمالات [١٦].

٥- ان تكون ثابتة ومطردة :- ويشترط ان تكون العادة ثابتة ومطردة حتى يتولد منها الركن المادي للقاعدة القانونية العرفية ، أي ان يتواتر الناس على اتباعها بصورة منتظمة دون ان تتخلل ذلك فترات انقطاع او توقف ، كأتباع الناس لها

في بعض الاوقات وعدولهم عنها في اوقات أخرى وكون العادة ثابتة ومطردة ومعمولا بها بصورة منتظمة ام لا مسألة يترك تقديرها للقاضي ايضا[١٧].

٦- ان لاتكون العادة مخالفة للنظام العام والآداب العامة في المجتمع وهو شرط يصح تطلبه في العادة التي يتكون منها العرف المحلي او المهني ، اما العادة التي ينشأ عنها عرف شامل ينطبق على اقليم الدولة برمته فلا يتصور ان تخالف قواعد النظام العام والآداب العامة لانها تسهم عندئذ في تحديد مفهوم النظام العام والآداب العامة في الدولة[١٨].

ثانيا : الركن المعنوي..

وهو توافر عنصر الالزام في القاعدة العرفية وذلك بأن يتولد في أذهان الناس الشعور بضرورة احترام القاعدة العرفية وان مخالفتها تستوجب توقيع الجزاء عليهم جبرا [١٩].

فهذا الشرط جوهري واساسي للتفرقة بين العرف و العادة ، فإذا لم يوجد الركن المعنوي في العادة لايقوم العرف الذي تتولد منه قاعدة قانونية ملزمة مهما طال الزمن على تواتر الناس في اتباعها كسلوك معين ، وانما تبقى مجرد (عادة) محصورة في الوجود المادي فقط دون الوجود المعنوي[٢٠] .

لذلك لاتعد عادة تقديم الهدايا بين الناس في المناسبات السارة او المحزنة، كالزواج والأعياد والولادات والوفيات عرفا ملزما رغم قدم اتباعها من قبل الناس ، فالناس يقدمونها لمجرد المجاملة دون ان يشعروا بالزام تقديمها قانونا .

وسيضل هذا النوع من السلوك في نطاق قواعد المجاملات ولا يتعداه الى نطاق القواعد القانونية مهما اتصفت بالعموم والقدم والاطراد وعدم مخالفة النظام العام والآداب والتشريع[٢١].

ومن الملاحظ ان الشعور بالإلزام ينشأ من الشعور بالسخط المجتمعي ، وهذا بدوره ينشأ من العقل الجمعي للناس في ممارستهم لشيء قد يطغى على عقل الفرد ، وكما يعبر عنه الفقه الإسلامي بالارتكاز العام الذي يستحوذ على عقول الأفراد باعتباره فرد[٢٢].

وعليه فإننا نؤيد الى ما ذهب إليه الفقه الإسلامي ، من إن الجزاء او الركن المعنوي في العرف هو جزاء أدبي فقط وبذلك نخالف لمن ذهب إلى القول بإن العرف يحوي على جزاء مادي ، نعم ممكن ان يحوي على الجزاء المادي متى ما تحولت القاعدة العرفية الى قاعدة قانونية .

المطلب الثاني: طبيعة القاعدة العرفية

والأسئلة التي تثار حول طبيعة القاعدة العرفية :هل ان القاعدة العرفية هي العرف ذاته ؟، وهل يمكن عد كل عرف قاعدة عرفية وبالعكس ؟، ام هنالك نسبة بينهما؟.

وهل أن السلوك الاجتماعي – العرف – المنظم من قبل القانون الوضعي ينشأ بصورة ارادية ولا قانون غير القانون المدين بوجوده للسلطة ؟، ام انه ينشأ بصورة تلقائية في المجتمع وخارج سلطة الدولة بحيث لايكون للسلطة أي تأثير في هذه النشأة او الوجود سوى تقنين القاعدة العرفية؟ .

فلأجل الإجابة عن ذلك ، لابد من تحديد طبيعة القاعدة العرفية من خلال معرفة النسبة بين العرف و القاعدة العرفية وذلك في الفرع الأول وكذلك العلاقة بينها وبين السلطة وهيئاتها في الفرع الثاني.

الفرع الأول: العرف و القاعدة العرفية

هنالك قاعدة في علم المنطق ، مفادها ان النسبة بين الألفاظ أحيانا تكون من خلال عموم وخصوص مطلقا ، أي مدى عد لفظ جزء من لفظ أخر([٢٣]).

وعند عرض هذه القاعدة المنطقية نجد من مصاديقها العرف و القواعد العرفية ، حيث إن العرف يعد اعم مطلقا من القاعدة العرفية ،ويمكن توضيح ذلك بمعرفة فكرة القاعدة العرفية.

القاعدة العرفية هي صورة من صور العرف و التي تتوفر فيها خصائص القاعدة القانونية والتي تكون ذات اعتبار في ذهن المشرع و القاضي.

لذلك فان القاعدة العرفية هي السلوك الذي يرتقي الى مستوى القاعدة القانونية لأنه يكتسب صفاتها ، والعرف بهذا المعنى يعد مصدرا للقانون([٢٤]) .

- ومن جملة ما يترتب على هذا المستوى من العرف ما يلي:

١- عمومية القاعدة العرفية بصورة يتم ممارستها من قبل الأغلبية الساحقة في المجتمع ، وتكون مشهورة بصورة لا يمكن تجاهلها في مكان او زمان معينين في مجتمع ما .

٢- إلزامية القاعدة العرفية . و الإلزام بهذا المعنى مهم جدا فان القاعدة العرفية لابد لان تصل إلى ذروتها في شعور المجتمع بضرورة الالتزام بها أدبيا ، و تكون ذات سطوة على سلوكيات الناس و او أقوالهم .

وقد يصل الحال فيها الى اكتسابها صفة الإلزام القانوني وتعرض مخالفها للجزاء القانوني وذلك في حالة تحولها الى قاعدة قانونية او قضائية- في النظم الانكلوسكسونية مثلا.

٣- حتمية صحة القاعدة العرفية ، ان العرف اذا اكتسب الصفة القانونية أو توفرت فيه خصائص القاعدة القانونية هذا يعني انه عرف صحيح بلا شك وريب ، لأنه المشرع او القاضي لايمكن ان يعتد بعرف مخالف للنظام العام او الاداب العامة.

وهذا عكس فكرة العرف بالمعنى العام الذي هو كل سلوك فعلي او قولي يعتاد عليه الناس ويكسب صفة الإلزام في النفوس ، وانطلاقا من هذا المعنى للعرف فان هذا السلوك قد يكون فاسد أو صحيح عام أو خاص مطرد او غير مطرد ، وخاصة ان الفقه لم يستقر على تمييز العرف عن العادة ، حيث يعتبرون كل عادة عرف وكل عرف عادة من ذلك الأعراف العشائرية والمجاملات وغيرها.

وبناءا على ماتقدم ، للوهلة الأولى لم نتلمس وجود فرق في لفظ العرف و القاعدة العرفية ، إلا انه عند التدبر فيهما نجد أن هناك فرق ضيق بينهما فان العرف لا يتحول الى قاعدة او متكأ الا بعد اكتسابه خصائص القاعدة القانونية من عمومية وتجريد وغيرها ، باستثناء الجزاء القانوني الذي تتميز به القاعدة القانونية عن غيرها ،أما العرف فانه

لاتتوفر فيه خصائص القاعدة العامة ، لذلك قسموا العرف إلى أنواع ، وعليه فان العرف الذي يعتد فيه القانون ذلك العرف الذي تنطبق عليه الشروط القانونية أعلاه.

وصفوة القول ، من الناحية العملية فان هذا الفرق وبالرغم من وجوده بين المصطلحين ، ليس بذات اهمية ، طالما أن المفهوم العرفي لمصطلح العرف ينصرف الى القاعدة العرفية المكتملة الشروط ، لذلك فالإبقاء عليه لا يخل بموضوعية الفكرة المرادة ، وان الفرق نظري.

الفرع الثاني: السلطة والقاعدة العرفية

ان العلاقة بين السلطة والقاعدة العرفية تتحدد في القاعدة التي تجد أساسها وقوتها الملزمة في السلطة ، فالسلطة ان شئنا هي التي تتحكم في نشأة او وجود القاعدة العرفية .

لذا فأن العرف في المجتمع المنظم سياسيا لايستطيع ان يفرض نفسه اذا رفضت سلطات الدولة ان تعترف له بالقيمة القانونية ، لان الشعور القانوني للأفراد المعنيين يجب ان يكرس فعلا من قبل المحاكم ومن قبل هيئات الدولة المكلفة بتطبيق القانون [٢٥] .

وبصدد الشعور القانوني قيل بأنه القناعة بوجود جزاء قانوني يميز ويصف العادة كعرف ملزم ، أي ان الافراد يطيعون القاعدة العرفية لانهم يفترضون جزاء لها . او ان الافراد يطيعون القاعدة العرفية لانها تمتلك وكما يظهر لهم صفات القاعدة القانونية[٢٦] .

في الواقع ان القاعدة العرفية لايمكن ان توجد بصورة تلقائية ، اذ لابد من ان تكون وراءها هيئة او سلطة تقيمها ، والسلطة في المجتمعات المنظمة سياسيا تتمثل في الدولة وهيأتها، وعليه فأن العرف لايكون ملزما وبالتالي صيرورته قاعدة قانونية، مالم يكرس من قبل الدولة (السلطة) اوبعبارة اخرى من قبل هيئاتها الكلفة بتطبيق القانون .

ولاشك ان التلقائية يمكن ان تكون عاملا في تكوين القانون . الا ان هذا لايعني ان القاعدة العرفية يمكن ان تكون الظاهرة القانونية النموذجية بحيث توجد بذاتها ولذاتها ، أي انها لاتستمد قوتها الملزمة من أي هيئة اخرى . فهي دائما تبقى تابعة في وجودها وفي قيمتها الملزمة للسلطة بشكل او بآخر وهذا مبدأ تبناه بعض الفقه[٢٧].

ويذهب الرأي الآخر الراجح في الفقه الى ان القوة الإلزامية للعرف أساسها إرادة الجماعة . فالعرف مرتبط بالجماعة منذ نشأتها قبل ان تعرف الكتابة وهو ينشأ من الجماعة التي تتواتر على إتباع السلوك المكون للركن المادي له حتى يستقر في انفسهم[٢٨] .

وبالجمع بين الرأيين ، ليس كل قانون ينشأ بصورة إرادية ، بل ان هنالك قواعد قانونية توجد من أعراف تنشا بصورة تلقائية ومستقلة عن قانون الدولة ، وتكون المحاكم ملزمة في تطبيقه والتي تسمى بالقوانين العرفية ، ونجد نطاقها الواسع في النظم الانكلوسكسونية .

فما يهم في النظرية العامة للقانون ، ليس مراحل تكون القواعد ، التي تخص التأريخ وعلم الاجتماع ، وانما الملامح المميزة للوضعية القانونية . يقول الفقيه دابا : ان القانون لايوجدة بصفة قاعدة ملزمة الا منذ الوقت الذي تكون الدولة بواسطة هيئاتها المؤهلة ، قد اقامته كقانون دولة بصورة صريحة او ضمنية بصورة مباشرة او غير مباشرة [٢٩].

المبحث الثاني: دور العرف المنشئ و الكاشف

تتفاوت منزلة القاعدة العرفية باختلاف فروع القانون فهي تمارس دورا هاما في دائرة كل من القانون الدولي العام والقانون الدستوري ، فهي تعتبر مصدرا هاما لقواعد القانون الدولي العام والقاعدة العرفية الدستورية تعد المصدر الفرد للدستور العرفي كما ساهمت هذه القواعد في بلورة كثير من القواعد والأحكام التي تم تدوينها في الاتفاقيات الدولية [٣٠].

أما في ما يتعلق بنطاق القانون الخاص فلا تقل أهمية القاعدة العرفية عن ما هو موجود في القانون العام ، حيث إن القاعدة العرفية في هذا الفرع من القانون تلعب دورا مهما في ولادة القاعدة القانونية تارة ، وتارة أخرى في تفسيرها وإزالة كل غموض او نقص في حكم هذه القواعد لذا فان للقواعد العرفية دوران بارزان في حياة القاعدة القانونية احدهما منشاءا و الأخر كاشفا.

ومن اجل الوقوف على فعالية العرف في القاعدة القانونية نقسم هذا المبحث الى مطلبين .نتناول في المطلب الاول دور العرف المنشئ للقاعدة القانونية ونتناول في المطلب الثاني دور العرف الكاشف لها:

المطلب الأول: دور العرف المنشئ

كما مر مسبقا – تتفاوت الدول في مدى عد العرف مصدرا رسميا ومنشاءا للقاعدة القانونية ، ويرجع تفاوتها الى طبيعة النظام الذي تنتهجه الدول في تشريع القوانين، وابرز هذه الأنظمة – النظام اللاتيني و الانكلوسكسوني و الجرماني.

لكن بالرغم من ذلك فان القواعد العرفية في كثير من الأحيان تلعب دورا منشاءا في كل القوانين بغض النظر من طبيعة النهج او النظام المعتمد.

لذلك سوف نقسم هذا المطلب الى فرعين الفرع الأول نتناول فيه موقف النظم الوضعية من مصدرية العرف ، و الفرع الثاني نبحث فيه نطاق العرف المنشئ في القانون العراقي .

الفرع الأول: موقف النظم القانونية من العرف المنشئ

وكما هو معروف إن هنالك ثلاث مناهج او نظم حاكمة على الآليات التشريعية في العالم وهي اللاتيني و الانكلوسكسوني والجرماني.

فبالنسبة للمنهج او النظام اللاتيني الذي يعم كل من فرنسا و غيرها من الدول المتأثرة بالنظام التشريعي الفرنسي كالعراق و مصر[٣١] . تتميز باعتبار التشريع المصدر الرسمي الأول للقانون.

وقد اعترف الفقه في هذه الدول بان التشريع لايحيط تنظيما بدقائق الحياة القانونية ولا يمدها بجميع الحلول، لذلك وضعت الى جانبه مصادر رسمية اخرى تعتبر مصادر

احتياطية وفي مقدمتها العرف ،وهذا ما ذهب إليه المشرع العراقي في ترتيبه لمصادر القانون التي تعد العرف المصدر الرسمي الذي يلي التشريع من حيث الاهمية [٣٢] .

هذا وبخلاف الدول الانجلوسكسونية التي تجعل الأولوية للعرف على التشريع في المنزلة،وفي أنظمة دول أخرى تتساوى منزلة التشريع والعرف ، كالنظام الجرماني، على أساس ان كليهما يعبران عن مشيئة الامة وارادتها ولهذا يجوز لكل نوع منهم ان يعدل او يلغي النوع الاخر [٣٣] .

و الذي يهمنا الدول اللاتينية ، فبمفهوم الموافقة لموقفها من العرف ، يلاحظ أن القاضي لايلجأ للعرف بحثا عن الحكم القانوني الواجب التطبيق الا اذا افتقد الحكم التشريعي- في لفظ النصوص اوفحواها – الذي يحكم المسألة موضوع النزاع.

وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية " لايجوز الحكم بالعرف الا اذا لم يوجد نص تشريعي "[٣٤] .

واحتراما لمبدأ تدرج المصادر الرسمية فأن العرف- من حيث الأصل – لايملك إلغاء القاعدة التشريعية مطلقا (سواء كانت آمرة او مكملة) بينما العكس صحيح .

الا ان بعض الدول اللاتينية أشارت إلى عكس هذا المعنى ، ومن ذلك ما ورد في نص مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري في المادة الثانية منه على انه "غني عن البيان ان النص على عدم جواز نسخ التشريع الا بمقتضى عرف لاحق [٣٥].

ومع ذلك فأن الكل متفقون – من حيث الأصل – على إن العرف يعتبر مصدر رسمي للقانوني قد اصبح محدودا في الوقت الحاضر لان طراز الحياة الحديثة لايساعد كثيرا على نشوء قواعد عرفية تمثل دولة بكاملها ، ولذا فأن سلطان العرف يتضح على الاكثر في الاوساط التي يكون فيها الافراد على اتصال مستمر بسبب تجانسهم في المهنة او في المركز الاجتماعي او بسبب توزيعهم الجغرافي ، اما فيما عدا ذلك فأن التشريع هو المصدر الرسمي الذي يعول عليه اكثر من أي مصدر اخر في اظهار الشعور القانوني بالإلزام لدى الإفراد [٣٦] .

وأخيرا لكي يعتبر العرف مصدر للنص القانوني لابد من ان تتوافر فيه عدة شروط التي تم ذكرها ، إضافة الى الشروط او الخصائص التي ينبغي توافرها لاعتبار قاعدة ما قاعدة قانونية[٣٧].

وخلاصة ما تقدم ، ان العرف في الأنظمة اللاتينية لايعد في كل حال من الأحول المصدر الأول الذي لاغنى عنه، نعم ممكن التسليم بذلك في الدول الانكلوسكسونية او الجرمانية.

ونحن نرى ان المنهج أعلاه لايعبر في كثير من الأحيان عن ارادة الجماعة لاسيما ان الجميع متفقون على ان عمومية التشريع وتجرده لايلبي كل الحاجات المتطورة للجماعة ، لذلك ان منهج الجرماني نعده أكثر الأنظمة توفيقا في إعطاءه للعرف هذه المنزلة و هي مساوية للتشريع ، ويرجع تقدم احدهما للأخر الى مدى ملائمة العرف او التشريع للواقع.

ويمكن ملاحظة منهج النظام الجرماني في بعض احكام القانون المدني العراقي وذلك في القواعد المكملة او المفسرة ، حيث ان هذه القواعد قد تعطي في بعض الاحيان اولوية للعرف على التشريع في التطبيق ، كما سوف ياتي في الفرع الثاني.

الفرع الثاني: نطاق العرف المنشئ في القانون المدني العراقي

إن غلبة تصارع العرف مع التشريع من حيث المصدرية للقانون ،هو الذي يحدد مدى عد المصدر منشيء وغير منشئ. وكما تقدم فلا مجال للكلام في النظام الانكلوسكسوني الذي يقر بصورة صريحة ان العرف هو المصدر الوحيد و الرئيس للقاعدة القانونية ، لذلك غلب على قوانيينها ظاهرة عدم الكتابة .

لكن العلماء المؤسسين(٣٨) قد شككوا في ذلك وذهبوا بالقول ، الى ان القاعدة العرفية في البلدان التي تنتهج النظام الانكلوسكسوني تكون مكتوبة من خلال الأحكام القضائية ، حيث ان القضاء في هكذا بلدان يعتمد بصورة كلية على الأعراف ومن بعد ذلك اذا استفاضت هذه الاعراف تكتسب الصفة القانونية وتصبح قاعدة واجبة الاتباع ، وعليه فان القاعدة العرفية لايمكن إتباعها الا اذا كانت ضمن قالب هو القرار القضائي لا التشريعي ، ومن المسلم به ان الحكم القضائي مكتوب ومسبب وتتوفر في شروط معينة.

وعلى عكس الأنظمة اللاتينية ومنها العراق ، فبالرغم من تقدم التشريع على العرف ، إلا إن القاعدة العرفية قد يكون لها في أحيان نادرة دورا إنشائيا وبالتالي صيرورتها قاعدة قانونية.

فقد اجاز المشرع المدني العراقي في القواعد المكملة الرجوع على العرف وتقديمه على حكم المشرع في القاعدة القانونية ، ويعبر الفلاسفة العراقيين عن هذه الحالة بالقاعدة البديلة ، والتي تم تعريفها بأنها (القاعدة التي لاتطبق إلا إذا لم يتفق الأطراف على استبعادها او استبعاد حكمها)(٣٩).

بمفهوم المخالفة فان حكم القاعدة الناجمة من التشريع فيما اذا اتفقوا الأطراف على استبعادها ، تحل محلها القاعدة العرفية ، كما أشارت المادة (٥٤٢) من القانون المدني العراقي بقولها ((١- تكاليف تسليم المبيع كأجرة الكيل و الوزن تلزم البائع ،مالم يوجد اتفاق او عرف يقضي بخلاف ذلك)).

لذلك فان مفاد هذه المادة ، اذا ما وجد عرف مكتمل الشروط فانه بلا شك يقدم على حكم المشرع، وبالتالي يعد المصدر المنشيء لحكم القاعدة القانونية ، من خلال المساهمة في خلق قواعد تعتبر من النظام العام لكن في نطاق القواعد المفسرة اوالمكملة لإرادة المتعاقدين لا الآمرة(٤٠).

رُب سائل يسال ، ان هذه المادة و قريناتها لا تعد متكأ في تقدم العرف على التشريع ، بل ان العرف في هذه الحالة احتضنه التشريع وبالتالي فهو تشريع لا عرف كل ما هنالك أشار المشرع إلى أكثر من حكم في فرضية واحدة ؟.

وللإجابة عن ذلك ، نقول ان عين هذا الأمر هو الذي يؤكد فاعلية العرف وتقديمه على التشريع ، حيث ان المشرع لولا لم يرى دور العرف – في هذا المقام – وأهميته والذي أضحى

اداة ضغط على المشرع بسبب دوره في استقرار المعاملات ، لما نص على ارجحيته على الحكم الذي اختاره هو – أي المشرع.

وهنا يمكن القول ان العرف قد طغى على مضمون القاعدة القانونية وبالتالي يعد في هذه الموارد المصدر الرئيس و المنشئ للقاعدة وحكمها.

أما في غير هذه الحالة فان العرف لا يكون له أي دور منشئ ، لكن يمكن أن يؤثر على فهم وصياغة القاعدة العرفية وهنا يكون له دور كاشف لا منشئ ، كما يأتي لاحقا.

المطلب الثاني: دور العرف الكاشف

ان لم يكن للعرف الدور المنشئ في اغلب القوانين لاسيما تلك التي تنتهج النظام اللاتيني ،الا انه يعد العامل الرئيس في تفسير كثير من القواعد القانونية ، و يكون للعرف دورا مباشرا في الكشف عن غموض النصوص القانونية وكذلك دور غير مباشر .

وقد تم تعريف مصطلح الكشف بانه (استجلاء غموض الكلام الحاصل سبب تزاحم المعاني المتبادرة للذهن)[٤١] .

وان تفسير النص او إزالة الغموض مهمة تلقى على عاتق المفسر لاسيما القاضي ، الا انه في بعض الحالات لاسبيل لإزالة الغموض إلا عن طريق تدخل المشرع[٤٢] .

و القاضي قد يلجأ الى طرق التفسير لإزالة غموض النص وطرق التفسير كما نعلم تكون على نوعيين طرق التفسير الخارجية منها حكمة التشريع والأعمال التحضيرية والمصادر التاريخية والعادات والاعراف وكذلك الفلسفة السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي تسود دولة ما، لذا يعتبر العرف من طرق التفسير الخارجية التي يتعين بها القاضي لازالة غموض النص القانوني[٤٣].

بالإضافة الى طرق التفسير الخارجية توجد ايضا طرق التفسير الداخلية منها الاستنتاج بطريق القياس والاستنتاج من باب اولى والاستنتاج من مفهوم المخالفة وكذلك تقريب النصوص المتعلقة بموضوع واحد من بعضها[٤٤] .

وتجد القاعدة العرفية في العراق مجالها الواسع في تفسير النصوص لذلك نجد ان المشرع اشار بصورة واضحة الى كثير من القواعد الفقهية يتم اللجوء اليها عند غموض العقد من حيث المضمون من ذلك قاعدة ((المعروف عرفا كالمشروط شرطا))[٤٥] ،وكذلك ((العادة محكمة))[٤٦]، و ايضا ((المعروف بين التجار كالمشروط بينهم))[٤٧] وغيرها من القواعد.

ويرجع البعض الى ان التفسير لايقوم الا إذا كانت للظروف و العادات الاجتماعية دور في الغموض، وهذا الذي يبرر في ان اغلب المدارس التفسيرية أولت الاعراف و العادات أهمية لما لها من دور في إزالة الغموض[٤٨].

بناءا على ما تقدم ، يمكن ان نستنتج من إن مدخلية العرف ليس لازالة غموض النص الناتج من ألفاظ او عبارات مبهمة فقط ، وإنما الأغلب يرجع الى ان النص قد يُشرع من قبل السلطة المختصة بألفاظ واضحة قطعية، إلا انه ما أن يتجاوز فترة تشريعه وما يرافق ذلك من حدوث تقلبات او تغيرات في المفاهيم الاجتماعية و الاعراف بسبب التطورات الزمنية ، فانه يؤدي الى حتمية غموض بعض مصطلحاته ، مثال ذلك ، ان

مصطلح (العامل) كان المراد به الحرفي او المزارع البسيط وقت تشريع قانون العمل، لكن بعد التحولات الاجتماعية وظهور سلوكيات جديدة اكتسبت صفة الالزام مما ادى الى تنوع الأنشطة في العمل ، أضحى هذا المفهوم ينطبق على المهندس و الطبيب و الأستاذ الجامعي العاملين في القطاعات الخاصة .

كذلك لفظ (الليل) كظرف مشدد في جريمة السرقة ، فانه غامض هل المراد به المعنى الفلكي المحصور بين غروب الشمس وشروقها او بمجرد حلول الظلمة ، وهنا يرجع إلى المفاهيم الاجتماعية في تفسير الليل([٤٩]).

وعد البعض حالة إهمال المشرع لبعض الحالات التي كان لابد من ذكرها ، وان يذكر حالة من عدة حالات كان من المقرر ذكرها ([٥٠]).

وواقع الأمر إن الحالة الأخيرة لاتعد غموض في النص إنما بتعبير الأصوليين ان هذه طبيعة القواعد الكلية التي يندرج تحتها مجموعة من الجزئيات موجودة أو قد توجد في المستقبل،وكشفها مستقبلا ليس من باب إكمال النقص ، وإنما غاية الأمر هو إن جزئيات النص الكلي غيرمحصورة بعدد معين([٥١]) .

اما عن مدى إلزام المحكمة في وجوب مراعاة الاعراف و العادات في تفسير النصوص ، فاننا نجد المشرع الزم القاضي وبصورة صريحة في ضرورة مراعاة التغير في الافكار و الحاجات الاجتماعية عند التفسير ، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة الثانية من قانون الإثبات العراقي بقولها ((الزام القاضي بإتباع التفسير المتطور ...))([٥٢]) .

وكذلك فان قانون المرافعات العراقي قد اعطى القضاء سلطة في تأويل النصوص ، و الحكمة من تفويض القضاء هذه السلطة في التأويل هي رغبة المشرع في ان يعطي القضاء سلطة تطويع النصوص للتطورات في الظروف الاجتماعية وشمول النص القانوني للوقائع و التصرفات القانونية التي تظهر بعد تشريع النص بفترة قد تطول او تقصر ، وعدم قصور الحكم القانوني على مرحلة تشريعه و صدوره فقط بل امتداده الى اطول فترة زمنية ممكنة([٥٣]).

وبناءا على ما تقدم فان العرف له دور مهم ومؤثر في إزالة غموض النص القانوني فهو لاينشئ قاعدة جديدة وانما يقتصر دوره على ازالة غموض التشريع [٥٤].

وعليه يمكن القول ، ان دور العرف يجد مداه الكاشف لغموض القاعدة القانونية في القوانين التي تقدم التشريع على العرف والمتبعة في الانظمة اللاتينية ، لان التشريع كما مر سابقا – لايحيط بكل دقائق التطورات الاجتماعية ،فبمعونة الاعراف و العادات يمكن ان يتحقق هدف التشريعات وهي العدالة .اما بالنسبة للقوانين الانكلوسكسونية فان العرف الكاشف يضمحل فيها ، باعتبار ان عمود التشريع الوحيد فيها هو العرف والذي ينشئ كل القواعد القانونية.

الخاتمة

في ضوء ماسبق ومن خلال طيات البحث توصلنا الى النتائج و المقترحات التالية :

أولا: النتائج :.

١- وجدنا ان مفهوم العرف هو إحدى المسلمات التي يتبعها أفراد مجتمع ما ، يعاقب من شذ عنها ويصبح منبوذا من قبل الجماعة ، وكذلك فانه ينشأ بشكل تلقائي دون الحاجة لإعداد نظام معين ، او قواعد مدونة ، ويتغير في أذهان الناس وفق المعطيات التي يتأثر بها المجتمع .

٢- استنتجنا ان العرف يختلف من الناحية النظرية عن القاعدة العرفية ، لان القاعدة العرفية هي قمة ما يتوصل اليه العرف من مدى توافر شروط القاعدة القانونية ،حيث ان كل قاعدة عرفية عرف والعكس ليس صحيح ، لان من العرف ، صحيح و فاسد وعام وخاص وغيره من الانواع ، والقاعدة العرفية هي من تتوفر فيها شروط العرف باعتباره قاعدة قانونية.

اما من الناحية العملية ،فنجد ان التفرقة غير مهمة ، طالما ان مصطلح العرف عند سماعه من قبل المتخصصين يراد به القاعدة العرفية المكتملة الشروط ، وهذا ما قصده المشرع العراقي في الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني.

٣- ان القوة الالزامية للعرف اساسها ارادة الجماعة لا السلطة ، فالعرف مرتبط بالجماعة منذ نشأتها قبل ان تعرف الكتابة وهو ينشأ من الجماعة التي تتواتر على إتباع السلوك المكون للركن المادي له فيستقر لديها هذا السلوك .

٤- يتميز العرف بتوفر الركن المادي والمعنوي فيه وهو بذلك يختلف عن العادة التي يتوفر فيها الركن المادي فقط .

٥- استنتجنا ان للعرف دورين بارزين احدهما منشئ و الأخر كاشف ، واختلفت القوانين ومدى الاخذ باحد هذين الدورين تبعاً ،لاختلاف النظام التشريعي المعتمد من انكلوسكسوني التي تعد العرف منشاءا دون التشريع او لاتيني التي اخذت بالدور الكاشف للعرف او جرماني التي اخت بالدورين له بنفس الوقت.

٦- توصلنا الى نتيجة مهمة – مفادها – بالرغم من ان المشرع العراقي ينتهج النظام اللاتيني في القانون ، وقد نص على أن التشريع المصدر المنشئ الأول للقانون و العرف المصدر الاحتياطي الثاني ، إلا انه وجدناه في بعض الموارد اخذ بدور العرف المنشئ للقاعدة القانونية ، وذلك في القواعد المكملة و المفسرة و في المواد التي تجيز الرجوع الى العرف ان وجد وتغليب حكمه على حكم المشرع ، كما في المادة (٥٤٢) من القانون المدني التي تتعلق بنفقات التسليم على البائع مالم يوجد عرف يقضي بخلاف ذلك ، وعبر الفلاسفة القانونين على هكذا قواعد ب(القواعد البديلة).

ثانيا : المقترحات :.

- ان المقترح الوحيد الذي نهيب بالمشرع إتباعه ،ان ينتهج – على الأقل في القانون المدني المنهج الجرماني الذي ساوى بين مرتبة التشريع و العرف وترك تحديد الأولية للقضاء.

ويرجع السبب في ذلك ، إلى أن التشريع مهما كان دقيقا فانه لايحيط بكل دقائق الأمور المتعلقة بالعلاقات الاجتماعية للأفراد ، لاسيما أنها في تطور وتغير دائم ، وفي

هكذا حالات فان العرف يكون أرجح من التشريع في تحقيق العدالة التي يبتغيها المشرع ، لأنه لايمكن أن نتصور تغير مفهوم أو سلوك اجتماعي إلا ان يكون ضمن نطاق العرف أو العادة ،و حكم العرف في هكذا حالات ، هو الحكم الحقيقي و العادل لأنه يعبر عن إرادة الجماعة بسبب اختيارهم هم له .

المصادر:

اولا:- الكتب القانونية :

١- د. احمد محمد حوامدة ، قضايا قانونية معاصرة ، ط١ ، دار الحامد للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠١١.
٢- د. بكر عبد الفتاح السرحان ، المدخل الى علم القانون ، ط١ ،دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة ، عمان ، ٢٠١٢ .
٣- جميل الشرقاوي ، دروس في اصول القانون ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،١٩٨٤ .
٤- . د.حسن محيو ود.سلمي منصور ، القانون المدني (المدخل الى العلوم القانونية) ،ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، القاهرة ، ٢٠١٠.
٥- د. حميد حنون خالد ، مبادئ القانون الدستوري ، تطور النظام السياسي في العراق ، مكتبة السنهوري ، ط١ ، بغداد ، ٢٠١٣ .
٦- د.حيدر ادهم عبد الهادي ، دروس في الصياغة القانونية ، حقوق الطبع و النشر محفوظة لمركز العراق للابحاث، ٢٠٠٨ .
٧- د. سعيد سالم جويلي ، المدخل لدراسة القانون الدولي الانساني ، لايوجد عدد الطبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١-٢٠٠٢ .
٨- عبد الباقي البكري وزهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ، المكتبة القانونية ، ط٣ ، بغداد ،٢٠١١.
٩- د.عبد الرزاق السنهوري و د.احمد حشمت ابوستيت ، أصول القانون ، ط٢ ، دار المعارف ، مصر ، ١٩٤١ .
١٠- د.عبد القادر الفار ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، ط ٦ ، دار الثقافة للنشر و التوزيع عمان ، ٢٠١٠ .
١١- د. عبد المجيد عباس ، اصول القانون ، ط١ ، مطبعة المعارف ، بغداد ،١٩٤٧.
١٢- د. عبد المنعم فرج الصدة ، مبادئ القانون ، ط١ ، دار النهضة العربية، بيروت،١٩٨٢ .
١٣- د.عزيز كاظم جبر الخفاجي ، مبادئ أساسية لمدخل للعلوم القانونية ، ط١ ، لايوجد اسم ولامكان الطبع و النشر ، سنة٢٠١٢ -٢٠١٣ .
١٤- د. عدنان عاجل عبيد ، القانون الدستوري (النظرية العامة والنظام الدستوري في العراق) ، ط١ ، دار الثقافة والكتب في المكتبة الوطنية ، بغداد ، ٢٠١٠.
١٥- د. غالب علي الدوادي ، المدخل الى علم القانون ، ط٢، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠١٢ .

١٦- د.محمد حسن قاسم ، المدخل لدراسة القانون ،ج١،لايوجد عدد للطبعة ، منشورات الحلبي الحقوقية ،القاهرة ، ٢٠٠٩.
١٧- د. منذر الشاوي ، فلسفة القانون ، ط٢ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ٢٠١١ .
١٨- د. همام محمد محمود ، المدخل الى القانون (نظرية القانون) ، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٠ .

ثانيا : كتب أصول الفقه و علم المنطق :

١- د . الشيخ حسن كريم الربيعي ، أصول الفقه الإسلامي ، ط١ ، مطبعة الرحمة ، النجف الاشرف ، ٢٠١١.
٢- اية الله السيد كمال الحيدري ، شرح كتاب المنطق للعلامة المظفر ، ج٢ ، ط١ ، مطبعة فدك ، قم ،٢٠١١ .
٣- سيد محمد تقي الحكيم ، الأصول العامة للفقه المقارن ، ط١ ، مطبعة بيك فدك ، قم ،٢٠٠٥ .
٤- العلامة محمد رضا المظفر ، علم المنطق ، لا يوجد عدد للطبعة ، دار المرتظى ، قم ، ٢٠٠٩ .

ثالثا : المجلات .

١- السيد محمد ألواسعي ، العرف و الفقه ، مجلة فقه أهل البيت عليهم السلام ،ط٢ ، العدد السادس والعشرون – السنة السابعة ، تصدر عن مؤسسة دار معارف الفقه الإسلامي طبقا لمذهب أهل البيت ، قم – إيران ، ٢٠٠٢ ،

رابعا : المواقع على الانترنت .

١- منتدى دار العدالة و القانون العربية ، الموقع على الانترنت http://www.justice-lawhome.com

خامسا : القوانين .

١- القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ .
٢- القانون المدني المصري رقم ١٥١ لسنة ١٩٤٨ .
٣- لقانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل
٤- قانون المرافعات المدنية العراقي لاقم ١٨٠ لسنة ١٩٦٩.
٥- قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ اى لسنة ١٩٧٩.

الهوامش :

(١)- اما الشريعة الاسلامية ، فهي ليست نظاما يتاثر فيه المشرع في تشريعه للقانون فحسب،وانما تعد منظومة دينية اجتماعية نبيلة ، لان ما فيها من الجانب الباطني اكبر بكثير مما في الجانب الخارجي المادي ، لذلك فانها تترفع عن قياسها بالانظمة الناتجة من التدرج و التطور التاريخي لسلوكيات البشر والاعراف.وعليه اصطلحنا على هذه الأخيرة بالمناهج المؤثرة في صياغة التشريعات كالنظام الانكلوسكسونية واللاتيني و الجرماني.

(٢) - د.محمد حسن قاسم ، المدخل لدراسة القانون ،ج(٢)،لايوجد عدد للطبعة ، منشورات الحلبي الحقوقية،القاهرة ٢٠٠٩،ص٢٥٦.

(٣) - القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١المعدل.

(٤) - انظر الفقرة الاولى من المادة الاولى من القانون المدني المصري رقم (١٥١) ١ لسنة (١٩٤٨). والقانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤.

(٥) - للتوضيح اكثر انظر الى المواد (٥٢٨ ، ٥٤٢) من القانون المدني العراقي.

(٦) عبد الباقي البكري وزهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ،ط٣ ، المكتبة القانونية ، بغداد ،٢٠١١،ص١٣٩ .

(٧) نقلا عن ، د . الشيخ حسن كريم الربيعي ، اصول الفقه الاسلامي ، ط١ ، مطبعة الرحمة ، النجف الاشرف ، ٢٠١١، ص ١٧٠.

(٨) - د. منذر الشاوي ، فلسفة القانون، ط٢ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان، ٢٠١١، ص ١٨٤، ومابعدها.

(٩) جميل الشرقاوي ، دروس في اصول القانون ، ط٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،١٩٨٤ ،ص١٢٦.

(١٠) د. غالب علي الدوادي ، المدخل الى علم القانون ، ط٢ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠١٢،ص١٧١.

١١) - أشارت المادة إلى مصطلح العرف (٥٢٧ ، ٥٤٦ ، وغيرها) وكذلك بالنسبة لمصطلح العادة فقد اشار اليها القانون المدني عند تنظيمه للقواعد المتعلقة بتفسير العقد ، المادة (١٥٥ ، ١٥٦ ، ١٥٧ ،...الخ).

(١٢) - السيد محمد ألواسعي ،مجلة فقه أهل البيت عليهم السلام ،ط٢ ، العدد السادس والعشرون – السنة السابعة ، تصدر عن مؤسسة دار معارف الفقه الإسلامي طبقا لمذهب أهل البيت ، قم - ايران ، ٢٠٠٢ ، ص١٥١ .د.حسن محيو ود.سلمي منصور ، القانون المدني (المدخل الى العلوم القانونية) ،ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، القاهرة ، ٢٠١٠، ص١٢١.د.عبد القادر الفار ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، ط ٦ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠١٠ ، ص٨٥ ومابعدها.

(١٣) د. عدنان عاجل عبيد ، القانون الدستوري (النظرية العامة والنظام الدستوري في العراق) دار الوثائق والكتب في المكتبة الوطنية، بغداد ،٢٠١٠ ، ص٧٣ .

(١٤) د. غالب علي الداودي ، المصدر السابق ، ص١٨٠ .

١٥ - د.حسن محيو ود.سامي منصور ، المصدر السابق ،ص١٢٢.

١٦ -د.جميل الشرقاوي ، المصدر السابق ،١٢٨.

(١٧) د. غالب علي الداودي ، المصدر السابق ، ص ١٧٩ .

(١٨) عبد الباقي البكري وزهير البشير ، المصدر السابق ، ص١٤١ .

(١٩) -د. احمد محمد حوامدة ، قضايا قانونية معاصرة ، ط١ ، دار الحامد للنشر و التوزيع ، عمان ، ٢٠١٢،ص٧٤.

(٤)- د.عبد القادر الفار ، المصدر السابق ، ص٨٦.

(٢١) د. غالب علي الدوادي ، المصدر اعلاه ، ص١٨٠.

٢٢ - السيد محمد الواسعي ، المصدر السابق ، ١٥٢.

(٢٣)- العلامة محمد رضا المظفر ، المنطق ، لا يوجد عدد للطبعة ، دار بيك ، قم ، ٢٠٠٩ ، ص١٣٣.

(٢٤)- د.حسن محيو و د.سامي منصور ، المصدر السابق ، ص١٢٢.
(٢٥) د. منذر الشاوي ، المصدر السابق، ص ١٨٢ ، ومابعدها.
٢٦ - د.حسن محيو و د.سامي منصور ، المصدر السابق ، ص١٢٣ .
(٢٧) منذر الشاوي ، المصدر السابق ، ص١٨٣ .
(٢٨) د . بكر عبد الفتاح السرحان ، المدخل الى علم القانون ، ط١، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة عمان ،٢٠١٢ ، ص١٢٢ .
٢٩ - نقلا عن ، د. منذر الشاوي ، المصدر اعلاه ، ص١٢٤.
(٣٠) د. سعيد سالم جويلي ، المدخل لدراسة القانون الدولي الإنساني ، لايوجد عدد طبعة، دار النهضة العربية ، القاهرة ،٢٠٠١-٢٠٠٢ ، ص٢٠٠ .
٣١ - عبد الباقي البكري وزهير البشير ، المصدر السابق ، ص٣٤.
(٣٢) عبد الباقي البكري وزهير البشير ، المصدر أعلاه ، ص ١٣٩ .
(٣٣) د. غالب علي الدوادي ، المصدر السابق ، ص ١٧٤.
٣٤ - الطعن ٣٢٣ س ٣٥ بجلسة ٦٩/٦/١٩ ، منتدى دار العدالة و القانون العربية ، الموقع على الانترنت http://www.justice-lawhome.com
(٣٥) نقلا عن د. همام محمد محمود ، المدخل الى القانون (نظرية القانون) ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط١ ، بيروت ، ٢٠١٠ ، ص ٣١٠.
(٣٦) د. عبد المجيد عباس ، اصول القانون ، ط١، مطبعة المعارف ، بغداد ،١٩٤٧ ، ص ١٤١ .
٣٧ - د.حيدر ادهم عبد الهادي ، دروس في الصياغة القانونية ، حقوق الطبع و النشر محفوظة لمركز العراق للابحاث، ٢٠٠٨ ، ص٢٠ -٢١ .و د. بكر عبد الفتاح السرحان ، المصدر السابق ، ص١١٢ .

٣٨ - د.عبد الرزاق السنهوري و د.احمد حشمت ابوستيت ، أصول القانون ، ط٢ ، دار المعارف ، مصر ، ١٩٤١ ، هامش ص٨١.
٣٩ - د.منذر الشاوي ، المصدر السابق ، ص١٤٧.
(٤٠) د. عبد المجيد عباس ، اصول القانون ، ط١ ، مطبعة المعارف ، بغداد ،١٩٤٧، ص١٢٩ .
٤١ - السيد محمد تقي الحكيم ، الاصول العامة للفقه المقارن ، ط١ ، مطبعة بيك فدك ، قم ،٢٠٠٥ ،ص٢٤٣.
(٤٢) عبد الباقي البكري وزهير البشير ، المصدر السابق ، ص ١١٩.
٤٣ - العلامة السنهوري ود.احمد حشمت اوستيت ، المصدر السابق ، ص٤٦.
٤٤ - العلامة السنهوري ود.احمد حشمت ابو ستيت ، المصدر اعلاه ، ص٤٦-٤٧.
٤٥ - المادة (١٥٨) من القانون المدني العراقي .
٤٦ - المادة (١٥٩) من القانون المدني العراقي.
٤٧ - المادة (١٦١ ، ١٦٢) من القانون المدني اعلاه.
٤٨ - حيث ان المدارس الفلسفية في التفسير هي مدرسة الشرح على المتون التي لم تعطي الجانب الاجتماعي أي دور ، اما المدرسة الاجتماعية فان محور فكرها الجانب الاجتماعي للنصوص ، و المدرسة المشهورة و المعتمدة من قبل اغلب المفسرين مدرسة البحث العلمي الحر التي اعطت للجانب الاجتماعي دور في تفكيك وتفسير كثير من النصوص القانونية ، انظر د.عبد الباقي البكري وزهير البشير ، المصدر السابق ، ص٢٣٣.
٤٩ - د.عزيز كاظم جبر الخفاجي ، مباديء اساسية لمدخل للعلوم القانونية ، الطبعة الاولى ، لايوجد اسم ولامكان الطبع و النشر ، سنة٢٠١٢ – ٢٠١٣ ،ص١٠٢-١٠٣ .
٥٠ - د.عزيز كاظم الخفاجي ، المصدر السابق ، ص١٠٥.

٥١ - اية الله السيد كمال الحيدري ، شرح كتاب المنطق للعلامة المظفر ، ج٢ ، ط١ ، مطبعة فدك ، قم ،٢٠١١،ص٦٦.
٥٢ - المادة الثانية من قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ .
٥٣ - المادة (٣٠) من قانون المرافات العراقي رقم ١٨٠ لسنة ١٩٦٩.
(٥٤) عبد الباقي البكري وزهير البشير ، المصدر السابق ،ص١٢٥ ومابعدها .