

## المحاضرة السادسة

### المدخل لدراسة القانون

#### تفسير التشريع

اختلف الفقهاء في تحديد مفهومه، وذهب الفقه بذلك الى اتجاهين احدهما يضيق في مفهومه والاخر يوسع من معناه.

- ١- التفسير الضيق: هو ازالة غموض النص وتوضيح مبهمه للقضاء على اختلاف تحديد معناه. والتفسير هنا لا يقع الا في حالة غموض النص.
- ٢- التفسير الواسع: توضيح ما غمض من الفاظه وتقويم عيوبه واستكمال ما نقص من احكامه والتوفيق بين احكامه المتعارضة وتكييفه على نحو يجاري متطلبات المجتمع وروح العصر.

والتفسير بمعناه الواسع هو الملازم للقانون.

#### • حالات التفسير:

**اولاً: غموض النص:** وهو ابهام اللفظ أي اخفاء وعدم وضوحه على نحو يقتضي جهداً من المفسر لتحديد المعنى المقصود.

تلقى مهمة ازالة الغموض على عاتق المفسر وهو القاضي، الا انها في بعض الاحيان تلقى على المشرع.

**ثانياً: النقص في الحكم:** ويقصد به انعدام النص او ان يفوت النص حكم حالات كان ينبغي ان يحكمها، او بتعبير اخر ان ياتي النص بحكم حالة واحدة من جملة حالات كان ينبغي ان يستوعبها النص بالحكم.

**ثالثاً: التعارض بين احكام النصوص:** يقصد به ان تجيء احكام نصين او عدد من النصوص بصورة غير متوافقة مع بعضها.

## • انواع التفسير:

**اولاً: التفسير التشريعي:** هو التفسير الذي يصدر من المشرع لازالة غموض او سد نقص او تقويم عيب في قانون سابق اختلفت المحاكم في تطبيقه ولم تهتد الى قصد المشرع منه وذلك ابتغاء ضبط المقصود بالقاعدة القانونية.

**ثانياً: التفسير القضائي:** وهو التفسير الذي يقوم به القضاء بحكم وظيفته فحو الذي يتولى تطبيق القانون على القضايا المنظورة من قبله.

يتميز التفسير القضائي بالطابع العلمي وعدم تمتعه بالقوة الملزمة، فلا يلتزم به القاضي او المحاكم الا بالحالات التي نص عليها القانون.

**ثالثاً: التفسير الفقهي:** هو التفسير الذي يقوم به الفقهاء في شرحهم للقانون.

يتميز التفسير الفقهي بطابعه النظري، وعدو تمتعه بالقوة الملزمة، واخيراً لا يمكن اعتبار الفقه مستقلاً عن القضاء.

**رابعاً: التفسير الاداري:** هو التفسير الذي تقوم به السلطة الادارية في صورة منشورات وتعليمات تصدرها الى اتباعها في السلك الاداري لتفسير تشريع ما.

لا يتمتع هذا التفسير بالقوة امام القضاء، وانما يعتبر بمثابة رأي شخصي يقتصر الزامه على من وجه اليه التفسير من رجال الادارة.

## • قواعد التفسير:

**اولاً: طرق التفسير الخارجية:** وهي الطرق التي يستند فيها المفسر الى عنصر خارج عن التشريع ويستعين بها لاسيما في حالة غموض النص.

اهم قواعد التفسير الخارجية:

١- حكمة التشريع

٢- الاعمال التحضيرية

٣- المصادر التاريخية

٤- العادات

٥- الفلسفة السياسية والاقتصادية والاجتماعية السائدة في دولة ما.

**ثانياً: طرق التفسير الداخلية:** وهي الطرق التي ينطوي عليها التشريع ذاته ويستعين بها المفسر في الحالات التي يندم فيها النص او تبدو فيها نقائص احكام القانون او يبدو فيها التناقض بين احكام عدد من النصوص.

أهم قواعد التفسير الداخلية:

- ١- الاستنتاج بطريق القياس
- ٢- الاستنتاج من باب اولى
- ٣- الاستنتاج من مفهوم المخالفة
- ٤- تقريب النصوص المتعلقة بموضوع واحد من بعضها.

### الغاء التشريع

يقصد بالغاء التشريع : انتهاء العمل بالنص التشريعي ورفع قوته الملزمة.

والحكمة من الالغاء هي انتفاء المصلحة من العمل بالتشريع السابق.

#### • السلطة المختصة بالالغاء:

النص لا يلغى الا بنص يماثله قوة او يكون اقوى منه، لذلك فالتشريع الفرعي يلغى بتشريع فرعي اخر او بقانون او بدستور، وكذلك التشريع او القانون فيلغى بقانون او دستور، اما الدستور فلا يلغى الا بدستور اخر.

#### • انواع الالغاء:

اولاً: **الالغاء الصريح** ويقصد به الغاء النص التشريعي بنص تشريعي اخر.

يتحقق الالغاء الصريح في الحالات الاتية:

- ١- ان يصدر تشريع يلغي تشريعاً سابقاً بنص صريح دون احتلال تشريع لاحق محل التشريع السابق.
- ٢- ان يصدر تشريع لاحق بتعارض كل او بعض احكامه مع احكام تشريع سابق وينص المشرع صراحة في التشريع اللاحق على الغاء ما يتعارض مع احكامه كلياً او جزئياً في تشريع او تشريعات سابقة.
- ٣- ان يصدر تشريع ينص على سريانه مدة محددة او لظروف معينة فقط.
- ٤- اذا لم يستوف التشريع شرطاً تطلبه الدستور، كأن تصدر تشريعات في ظل ظروف معينة تطلب الدستور عرضها على المجلس التشريعي خلال مدة معينة ولم تعرض فأنها تعتبر لاغية لمخالفتها شرط الدستور.

**ثانياً: الإلغاء الضمني** ويقصد به الغاء حكم تشريع سابق بتشريع لاحق دون ان ينص فيه على الإلغاء.

يتحقق الإلغاء الضمني في الحالات الآتية:

- ١- ان تأتي احكام التشريع اللاحق متعارضة مع احكام التشريع السابق كلياً او جزئياً ولم يرد بالتشريع اللاحق نص صريح بالالغاء. ولا تتحقق هذه الحالة الا اذا كان التشريعان كلاهما قد جاء بحكم خاص او بحكم عام.
- ٢- ان يقوم التشريع اللاحق باعادة تنظيم وضع قانوني تناوله تشريع سابق بالتنظيم دون ان ينص على الغاء التشريع القديم.
- من الجدير بالذكر ان كثير من الفقهاء يرى عدم جواز الغاء التشريع بقاعدة عرفية سلبية مفادها عدم استعمال التشريع فترة من الزمن. الا باستثناء يرد على العرف التجاري اذ يمكن ان يلغي نص تشريعي عند عدم استعماله بشرط الا يتعلق هذا النص بالنظام العام.

#### • اثر الإلغاء:

- يؤدي الغاء التشريع الى انهاء العمل به منذ وقت نفاذ التشريع الجديد.
- يختلف الإلغاء عن الابطال وذلك لان الحكم بابطال قانون يجعله لا يرتب أي اثر ويقتضي عدم العمل به وعدم سريان احكامه على الوقائع والتصرفات التي لم يبت فيها في ظل قانون سابق.

### العرف

#### • معنى العرف

- العرف كالتشريع يراد به معنيين: الاول المصدر الرسمي للقاعدة وثانيهما القاعدة القانونية بحد ذاتها، ويهمننا هو المعنى الاول.
- العرف كمصدر رسمي للقانون وهو اعتياد الناس على سلوك معين في تنظيم ناحية من نواحي حياتهم الاجتماعية بحيث تنشأ منه قاعدة يسود الاعتقاد بضرورة الالتزام بها.
- العرف كقاعدة قانونية هو القاعدة القانونية التي اصطلح الناس في سلوكهم على وضعها ودرجوا على اتباعها وساد الاعتقاد بأنها ملزمة.

## • اركان العرف

اولاً: **الركن المادي** وهو المادة التي نشأت عن اعتياد الناس على سلوك معين لتنظيم علاقة ما ، أي نشوء عادة قانونية.

شروطه:

- ١- تعلق العادة بالعلاقات القانونية القائمة بين الاشخاص في المجتمع.
- ٢- عموم القاعدة
- ٣- قدم القاعدة
- ٤- اطراد العادة في تطبيقها وثباتها
- ٥- معرفة الناس بالعادة وشيوع امرها
- ٦- عدم مخالفة العادة في حكمها لنصوص التشريع الامرة
- ٧- عدم مخالفة العادة للنظام العام والاداب العامة

**ثانياً: الركن المعنوي** وهو توافر عنصر الالتزام في العادة وهو ما اصطلح الشراح على تسميته بركن الاعتقاد بلزوم العادة. فالعادة لا تصبح عرفاً الا اذا اعتقد الناس بأنها ملزمة بما لها من قوة تفرض عليهم اتباعها.

## • مزايا العرف

- ١- يعد تعبيراً صادقاً عما يرتضيه افراد المجتمع في تنظيم علاقاتهم.
- ٢- انه يتابع المجتمع في تطوره ويبدو اكثر مرونة في مسايرة الاوضاع الاجتماعية من القانون المكتوب.
- ٣- يسد نقص التشريع فيعد مصدراً للقانون مكملاً له.

## • عيوب العرف

- ١- يعجز عن تحقيق تغيير عاجل في القانون لمواكبة سرعه تطور المجتمع بسبب بطء تكوينه.
- ٢- يؤدي الى ضياع وحدة القانون في الدولة بسبب ضيق نطاقه، فالعرف يكون محلي او مهني ويندر ان يعم الدولة بأسرها.
- ٣- غموض قواعده وصعوبة التأكد من وجودها.

## • انواع العرف

اولاً: من حيث نطاق تطبيقه، ويقسم الى

- ١- العرف الشامل: وهو ما يسري على الدولة بأسرها
- ٢- العرف المحلي : وهو ما يسود اقليم من اقاليم الدولة او مدينة من مدنها او منطقة في مدينة كبيرة منها، ويقدم العرف المحلي على العرف الشامل عند تعارضهما لانه اكثر تخصصاً.
- ٣- العرف المهني: هو ما يقوم في حرفة او مهنة معينة كالاعراف التي تنشأ في اواسط العمل والاعراف التجارية.

ثانياً: من حيث القوة الملزمة، ويقسم الى

- ١- قواعد العرف الامرة: وهي القواعد التي لا يجوز الاتفاق على استبعادها سواء كان العرف شاملاً ام محلياً ام مهنياً وينبغي تطبيقها عن افتقاد النص التشريعي.
- ٢- قواعد العرف المكملة او المفسرة: وهي قواعد يجوز الاتفاق على مخالفتها.

## • التمييز بين العرف والعادة الاتفاقية

ان معيار التمييز بينهما هو عنصر الالتزام، فالعرف يتوافر فيه الركنان المادي والمعنوي اما العادة فلا يتوافر فيها سوى الركن المادي، وقد اخذ المشرع العراقي والمصري بهذا المعيار.

- الفروق الجوهرية التي يمكن من خلالها التمييز بين العرف والعادة تتلخص في الاتي:

- ١- يطبق القاضي العرف من تلقاء نفسه على ما يعرض عليه من نزاع، اما العادة فهي شرط في العقد فينبغي ان يحتج بها احد الاطراف لكي يقوم القاضي بتطبيقها.
- ٢- يلزم العرف المتعاقدين باحكامه سواء كانوا على علم به ام لا، اما العادة فينبغي ان يكون الطرفان على علم بها.
- ٣- القاضي يتحرى بنفسه عن وجود العرف اما العادة فتفرض على من يدعيها وجوب اثباتها.
- ٤- يخضع تطبيق العرف لرقابة محكمة التمييز، اما العادة فلا رقابة لمحكمة التمييز عليها.

٥- قد يبلغ العرف التجاري درجة من القوة يتفوق بها على نص مخالف له وقد ينص المشرع على تغليب العرف على النص التشريعي، اما العادة فلا يمكن معها ذلك.

### • منزلة العرف في فروع القانون ودوره في الحياة القانونية

١- يلعب العرف دوراً هاماً في دائرة كل من (القانون العام – القانون الدستوري القانون التجاري) فالاعراف الدولية تعد مصدراً للقانون الدولي العام، والعرف الدستوري يعد المصدر الوحيد للدستور العرفي وصدراً مكماً للعديد من الدول للدستور المكتوب، كما تعد الاعراف التجارية مصدراً لقواعد القانون التجاري.

٢- لا اثر للعرف في بعض فروع القانون (كالقانون المالي والقانون الجنائي وقوانين الاجراءات الجزائية وقوانين المرافعات المدنية والتجارية) لان التشريع هو المصدر الاساس للقانون المالي والجنائي، والنصوص التشريعية هي مصدر لقواعد الاجراءات جنائية او مدنية او تجارية.

٣- يلعب العرف دوراً متفاوت اهميته بتفاوت الانظمة القانونية في فروع القانون الاخرى (كالقانون المدني والقانون الاداري وقانون العمل وذلك لان العرف يعد مصدراً رسمياً للقانون المدني كما في بعض القوانين المدنية العربية المعاصرة، كما يأخذ القضاء الاداري العرف بعين الاعتبار في كثير من الحالات كما للعرف اثر في دائرة قوانين العمل.

- يمارس العرف في ظل القانون المدني العراقي القائم دورين هما:

١- دور المكمل للتشريع ويعني وجوب رجوع القاضي اليه والحكم بمقتضاه عند افتقاد النص.

٢- دور المساعد للتشريع فقد تحيل اليه النصوص تنظيم مسائل معينة او يلجأ اليه لضبط معيار او يستعان به لتفسير نية المتعاقدين.

## مبادئ الشريعة الاسلامية

### • يقتصر اثر الشريعة الاسلامية كمصدر للقانون في:

- ١- الاحوال الشخصية : يقصد بها (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 وغيرها).
- تعتبر الشريعة الاسلامية المصدر التاريخي الوحيد لقانون الاحوال الشخصية.
- ٢- الاحوال العينية او المعاملات المالية: يقصد بها (القواعد التي تنظم الروابط المتعلقة بالنشاط المالي للشخص فتحدد معنى المال وانواعه وتعنى بحكم الحقوق التي ترد عليه من حقوق عينية وشخصية ومعنوية).
- تعتبر الشريعة الاسلامية المصدر الثالث لقواعد القانون المدني بعد التشريع والعرف.
- وفي ما يخص قواعد العدالة تحدثنا عنها مسبقاً في صلتها بالقانون ولا مجال لاعادة ذكرها في المصادر الرسمية.