ISSN: 2519 – 6138 (Print)
E-ISSN: 2663 – 8983(On Line)

TUJR
مجلة جامعة تكريت للحقوق
Tikrit University Journal for Rights

IRAQI Academic Scientific Journals
العراقية المجلات الاكاديمية العلمية

Tikrit University Journal for Rights
Journal Homepage : http://tujr.tu.edu.iq/index.php/t

كلية القانون
College of Law

The role of legal jurisprudence in supporting and developing Iraqi civil law

Bahoz Qhahraman Rahim

College of Law and Political Science, University of Kirkuk, Kirkuk, Iraq

bahoz_qahraman@uokirkuk.edu.iq

Araz Ahmed Suleiman

College of Law and Political Science, University of Kirkuk, Kirkuk, Iraq

arazahmed@uokirkuk.edu.iq

Article info.

Article history:
- **Received 22 March 2026**
- **Accepted 5 April 2026**
- **Available online 1 September 2026**

Keywords:

(Jurisprudence
- **interpretation**
- **ambiguity of the text**
- **silence of the legislator**
- **analysis).**

Abstract: Iraqi legislation, including civil legislation, suffers in many of its texts from inconsistency, deficiency, or contradiction in legislative wording. The reason for this is due to the rapid developments that occur in the wheel of life in a way that the Iraqi civil legislator is unable to contain all of them, or his inability to properly draft civil texts in a way that includes All the changes that occur around him, it is impossible for the civil legislator, no matter how proficient he is, to contain all the facts of life.

This inability, in turn, constitutes an obstacle for societies in many cases to understand the desired purpose of many legislative texts that were formulated in a way that cannot be digested smoothly and easily by the counterpart, so modern legislation of its various types and forms, including civil legislation, came by relying not only on the main sources that The legislator relies on it when drafting the legal text, but also relies on unofficial sources to extract the legal rules that he formulates and determine his concept of compensation.

Among these unofficial sources that the Iraqi civil legislator has become accustomed to is jurisprudence. The Iraqi civil legislator has relied on jurisprudence as a source of unofficial sources, due to the effective and prominent role it carries in attributing and supporting civil law when needed, so it is no longer a matter of the legislator or judge to stop at A problem, a flaw in the law, or the existence of a state of conflict between legal texts. However, jurisprudence came from the shadows and took it upon itself to address what was difficult for others, and to clarify the ambiguity, deficiency, error, or inconsistency in the legal text.

© 2023 TUJR, College of Law, Tikrit University

دور الفقه القانوني في إسناد وتطوير القانون المدني العراقي

م.م باهوز قهرمان رحيم
كلية القانون والعلوم السياسية ، جامعة كركوك ، كركوك ، العراق
bahoz_qahraman@uokirkuk.edu.iq
م.م آراز أحمد سليمان
كلية القانون والعلوم السياسية ، جامعة كركوك ، كركوك ، العراق
arazahmed@uokirkuk.edu.iq

معلومات البحث :

تواريخ البحث:
- الاستلام : ٢٢ / اذار/ ٢٠٢٦
- القبول : ٥ / نيسان/ ٢٠٢٦
- النشر المباشر: ١/ايلول /٢٠٢٦

الكلمات المفتاحية :
- الفقه
- التفسير
- غموض النص
- سكوت المشرع
- التحليل

الخلاصة: تعاني التشريعات العراقية ومنها التشريع المدني في الكثير من نصوصه من تضارب او نقص او تناقض في الصياغة التشريعية، ويرجع السبب في ذلك للتطورات السريعة التي تطرأ على عجلة الحياة بشكل لا مقدرة للمشرع المدني العراقي على احتوائها جميعها، أو عجزه عن حسن صياغة النصوص المدنية بشكل يشمل جميع ما يطرأ حوله من تغيرات، فالمشرع المدني مهما بلغت درجة إتقانه يستحيل عليه أن يحتوي كل وقائع الحياة.

وهذا العجز بدوره يشكل عقبة امام المجتمعات في الكثير من الاحيان فهم الغاية المطلوبة لكثير من النصوص التشريعية التي تم صياغتها بشكل لا يهضمها المقابل بشكل سلس وسهل، لذا جاءت التشريعات الحديثة بمختلف انواعها، (اشكالها)، ومنها التشريعات المدنية بالاعتماد فقط على المصادر الرئيسية التي يعتمدها المشرع في صياغة النص القانوني بل اعتمد ايضا على المصادر غير الرسمية في استخلاص القواعد القانونية التي يقوم بصياغتها وتحديد مفهومها للمقابل.

ومن بين المصادر غير الرسمية التي اعتمدها المشرع المدني العراقي هو الفقه، فالمشرع المدني العراقي قد اعتمد على الفقه كمصدر من المصادر غير الرسمية، وذلك لما يحمله من دور فعال وبارز في اسناد ودعم القانون المدني عند الحاجة، فلا يعدوا ان يقف المشرع او القاضي عند مشكلة، أو عيب في القانون أو وجود حالة تضارب بين النصوص القانونية الا وجاء الفقه من الظل وحمل على عاتقه معالجة ما استصعب على غيره، وتجلية ما يعتريه النص القانوني من غموض، أو نقص، أو خطأ، أو تضارب.

. © ٢٠٢٣, كلية القانون، جامعة تكريت

المقدمة : أولاً: التعريف بموضوع البحث

الحمدلله الملك الحق المبين، الذي حبانا بالأيمان، واليقين، وجعل من العلم نورا، وهو يهدي الى السبيل، وصل وبارك على سيدنا ومرشدنا محمد وعلى ال بيته الطيبين الطاهرين، واصحابه الاخيار اجمعين ومن اتبعهم الى يوم الدين أما بعد...

إن التقديم لموضوع هذا البحث الموسوم بـ " دور الفقه القانوني في اسناد وتطوير القانون المدني العراقي" يقتضي منا تقسيم المقدمة إلى الفقرات التالية:

اولاً: التعريف بموضوع الدراسة.

تتعدد مصادر القاعدة القانونية وإن كان مصدرها الرئيس هو التشريع الوضعي الذي تضعه السلطة الحاكمة في دولة ما، وتقف إلى جانب التشريع مجموعة مصادر اخرى، مؤازرة التشريع في سن النصوص المدنية وصياغتها صياغة متقنة، ومحكمة، ومساندته في إيجاد حلول للمسائل التي قد تفرض نفسها في الواقع، وهذه المصادر محددة تحديداً قاطعاً، جازماً، وبكل وضوح في القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١م، حيث قام المشرع العراقي بأيراد مصادر عديدة، ومختلفة، ومنها: التشريع، مبادئ الشريعة الاسلامية، مبادئ العدالة، العرف، القضاء، الفقه.

وفيما يخص بحثنا هذا فسوف نتناول احد مصادر القانون المدني والمتمثلة بـ(الفقه) حيث يعتبر من المصادر التي اشار اليها القانون المدني. والسبب الذي دعا المشرع المدني العراقي وغيره من المشرعين للاستعانة بالفقه، هي المنزلة الكبيرة التي كان يحظى بها الفقهاء، والحكماء في المجتمعات القديمة حيث كانوا يجمعون كافة انواع العلوم الانسانية، والاجتماعية، وغيرها من العلوم، وكيف كان الحكام، ورجال الدولة، والشعوب تنظر لهم وتأخذ بنصائحهم، منتظرين منهم تفسير شتى انواع المسائل المبهمة، والغامضة التي يصعب عليهم تفسيرها، أو استنباطها، فيقوم الفقهاء بدورهم بتفسيرها وايصالها لهم بشكل واضح، وسلس من دون تعقيد، أو غموض. ومن هنا جاءت التشريعات الحديثة بمختلف انواعها معتمدة على الفقه، كمصدر من مصادر القانون لما يحمله من دور فعال وبارز في اسناد القانون المدني عند الحاجة، فالقانون المدني علمه الفقه وعلماؤه الفقهاء.

وتكمن اهمية بحثنا هذا في انه يسلط الضوء على الدور الكبير والفعال الذي يؤديه الفقه في تفسير، وازالة الغموض عن نصوص القانون المدني سواء عن طريق مؤلفاتهم، أو عن طريق الاقتراحات والتوصيات التي يضعوها بين يدي المشرع المدني هذا من جانب، ومن جانب اخر، يعد الفقه المظهر العملي للقانون المدني، فاذا تجرد القانون المدني من المظهر العملي فلا يتبقى منه الشيء الكبير.

ثانياً: اهداف الدراسة.

يهدف الموضوع المختار الى امور عدة منها:

١. التعريف بالفقه وبيان جذوره التاريخية في عالم القانون.
٢. تسليط الضوء على اهم خصائص هذا المصدر.
٣. بيان الدور الرئيسي الذي يقوم به الفقيه.
٤. بيان المجالات التي يمكن ان يتدخل فيها الفقيه وابداء الرأي فيها.

ثالثاً: تساؤلات الدراسة.

إن موضوعنا المختار يثار حوله عدة تساؤلات، ومن أهم هذه التساؤلات هي: ما هو الدور الذي يلعبه الفقه كمصدر من مصادر القانون المدني؟ وما هي أهم اسباب تقلص دور الفقه كمصدر للقانون المدني في الوقت الحالي؟ وهل ما يقدمه الفقه يكون ملزما للمشرع، والقضاء؟ وما هي أهم المشاكل التي قد يواجه الفقه والفقهاء اثناء القيام بأداء مهامهم؟ الى جانب تساؤولات عديدة اخرى سوف نتطرق اليها في ثنايا الدراسة المختارة.

رابعاً: صعوبات الدراسة:

من اهم صعوبات البحث هي ما يلي:

١. عدم تناول المشرع المدني العراقي لدور الفقه بتفصيل اكبر، وادق حيث عالجه في فقرة واحدة فقط في المادة الاولى منه.
٢. تشتت الدراسات التي تناولت موضوع الدراسة بشكل مباشر وتفصيلي.

خامساً: منهجية الدراسة.

في اطار موضوع دراستنا سوف نعتمد على المنهج التحليلي المقارن، حيث سنعتمد اولا على المنهج التحليلي من اجل تحليل النصوص القانونية، والآراء الفقهية المتعلقة بموضوع دراستنا، ومن ثم سوف نعتمد على المنهج المقارن من خلال مقارنة القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١م، مع غيره من القوانين المقارنة، وكذلك سوف نعتمد في دراستنا على المنهج التطبيقي وذلك لتعزيز الدراسة بقرارات قضائية على سبيل الاستئناس ان وجدت، وذلك للإحاطة بموضوع الدراسة بشكل اوسع.

سادساً: هيكلية الدراسة.

من أجل الاحاطة بموضوع الدراسة بشكل كامل، وتحقيق الاهداف المرجوة منها، نرتأي تقسيم هذه الدراسة الى مبحثين، نتناول في المبحث الاول منه مفهوم الفقه في القانون المدني وذلك من خلال تقسيم هذا المبحث الى مطلبين، نسلط الضوء في المطلب الاول منه على تاريخ ونشأة الفقه، أما في الثاني فسنحاول التطرق الى تعريف الفقه وبيان خصائصه.

أما في المبحث الثاني فسوف نبحث فيه عن المنظومة القانونية لعمل الفقه في القانون المدني وذلك في مطلبين نبين في الاول منه الطبيعة القانونية للفقه وحالات تطبيقه في القانون المدني، وفي الثاني سنحاول بيان الطرق التي يتخذها الفقه كوسيلة لاسناد وتطوير القانون المدني.

وفي نهاية الدراسة سنشير الى الخاتمة التي سوف تتضمن اهم ما نتوصل اليها من نتائج، فضلا عن المقترحات التي نحاول بها معالجة الاشكالية التي تطرقت اليها هذه الدراسة.

المبحث الأول

مفهوم الفقه في القانون المدني

يمثل الفقه أحد ابرز مصادر القانون المدني منذ العصور القديمة، لما يحمله هذا المصدر من اهمية، ودور فعال في توجيه المشرع عند الحاجة، وللإحاطة به بشكل اوسع ومعرفة دوره الاساسي الذي يقوم به، سوف نقوم نحاول بتقسيم هذا المبحث الى مطلبين، نتناول في الاول منه نشأة وتاريخ هذا المصدر، ومن ثم سوف نسلط الضوء في المطلب الثاني منه على بيان تعريفه.

المطلب الأول

نشأة الفقه وتاريخه

سوف نقوم بتقسيم هذا المطلب الى فرعين نتناول في الفرع الأول منه تاريخ ونشأة الفقه في القوانين القديمة، وفي الثاني سوف نبين تاريخ ونشأة الفقه في القوانين الحديثة.

الفرع الأول

تاريخ ونشأة الفقه في القوانين القديمة

اولاً: نشأة الفقه في القانوني الروماني:

في مستهل الحديث نلاحظ ان القانون الروماني كان متأثرا بالصبغة الدينية في اول مرحلة من مراحل صياغة تشريعاته، فقد جمع التجميع الاول من قوانينه في مدونة الالواح الاثني عشر(١)، وكان التجميع مبدأ للحركة الفقهية، والقضائية في القانون الروماني انذاك.

وعلى المستوى الاجرائي نلاحظ ان الفقه الرومان قد مر بثلاث مراحل اساسية: ففي الدور الأول كان الفقه والتفسير بيد رجال الدين وحدهم دون غيرهم، فكانوا يكتمون اسرار وخفايا هذا الجهد ويحتكرونه لهم وحدهم دون غيرهم فلم يستطع احد من العامة الآتيان بأي حركة، او فعل، دون اللجوء الى رجال الدين لتبيان مالهم وما عليهم لكن في نطاق محدود جدا ولفئة من العامة دون غيرهم، وكل مايتم تقديمه

---

١) مدونة الاواح الاثني عشر: وهو تشريع قديم سن اعقاب تأسيس القانون الروماني، ومثلت هذه الالواح جوهر دستور الروماني واساس تقاليد الفقهاء.

كان بأجر[١]، أما في الدور الثاني فقد اصبح الفقه علنيا للناس فتم افشاء اسرار الفقه للجميع، واعلنت اسرار الاجراءات القانونية، وكيفية صياغتها، فقد اخذ المجتمع الروماني يتعلم الفقه عمليا لا علميا، وذلك عن طريق تساؤلات واستفسارات يوجهونها لرجال القانون، وكان لكل رجل قانون تلميذ من العامة يتصل به ويحضر مجلسه ويأخذ من علمه دون ان يأخذوا منهم اجرا أو مقابلا لما يقدمونه، بل كانوا يتأملون بالمناصب المرموقة في الامبراطورية الرومانية، وحتى القضاة بدوا بالتقرب من هؤلاء الرجال للاستفادة من علمهم وشروحاتهم والاستفادة منها في المسائل القانونية، أما في المرحلة الثالثة والاخيرة دخل الفقه الروماني المنحى العلمي عن طريق تدوين محاضراتهم ومؤلفاتهم الى جانب الفتاوى العملية التي كانوا يتوصلوا اليها، واصبح تدريس القانون والفقه علميا اكثر منه عمليا[٢].

وانحصر دور الفقهاء في المرحلة الاخيرة في ثلاث مهام اساسية: الأولى هي الافتاء (**Responder**)، ويقصد به الاجابة على استشارات المجتمع، وتقديم الفتوى لمن يطلبها، لكن في بداية الامر لم تكن هذه الفتاوى ملزمة للقاضي لكن كثير من الاحيان كان القاضي يأخذ بآرائهم خصوصا اذا كانت صادرة من فقهاء ذو دراية واسعة، والثانية هي مهمة التوثيق(**cavere**) وهو الاحتياط في اعداد صيغ التصرفات القانونية، اي حضور الفقيه مع رجال القانون الاخرين لمساعدتهم في مباشرة الاعمال القانونية لمنع وقوعهم في الخطأ، أو ارشادهم لاتباع صيغ معينة يكفل لهم تحقيق الغرض المقصود منه، اما المهمة الثالثة هي المقاضاة(**Agere**) ويقصد منه تدخل الفقيه مباشرة امام الحاكم القضائي(**البريتور**) لتقديم رايه الذي استشير لأجله، واضافة الى هذه المهام الاساسية فكان للفقهاء مهام، وانشطة اخرى متمثلة بالابتكار، والتجديد، وخلق مبادئ قانونية جديدة تطبق على ما يجد من علاقات، واضافة الى ذلك كان الفقهاء يقومون بتصنيف الكتب والمؤلفات القانونية حيث كانت هذه المؤلفات الصورة الناطقة لنشاطات الفقهاء[٣]. واعترف بالفقه اخيرا في القانون المدني الروماني على أنه مصدر رسمي في القانون الروماني، وجعل لبعض الفقهاء المشهورين حق اعطاء الفتاوى القانونية والزام القضاة بالأخذ بها[٤].

ثانياً: نشأة الفقه في التشريع الاسلامي.

---

[١] الدكتور علي محمد جعفر، تاريخ القانون والشرائع، الطبعة الاولى، بيروت،١٩٨٢م، ص٣١٤.

[٢] الدكتور عبدالرزاق احمد السنهوري، علم اصول القانون، مطبعة فتح الله الياس نوري واولاده، مصر، ١٣٥٤هـ_١٩٣٦م، ص١٢٦_١٢٧

[٣] الدكتور عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني، الجزء الاول، الطبعة الثانية، مطابع البصيرة، الاسكندرية، مصر ،١٩٥٤م، ص٥٩-٦٠.

[٤] الدكتور عبدالرزاق احمد السنهوري، المصدر السابق، ص ١٢٧.

مر الفقه الاسلامي بأربع مراحل في نشأته ففي المرحلة الاولى كان في عهد الرسول (ص) فلم يكن للفقه تأثير كبير في هذه المرحلة لاعتماد المسلمين على كتاب الله (عز وجل) وحديث النبي(ص)، أما في المرحلة الثانية فهي مرحلة الخلفاء الراشدين فقد حضي الفقه بأهمية كبيرة وظهر بشكل جلي وقوي، ففي هذا العهد كان للفقه والقضاء دور كبير في تكوين الشريعة الاسلامية وكان ينمو بشكل سريع وقوي(١). فكان القضاء يمتزج بالفقه، والفقه يمتزج بالقضاء، انتهت بتدوين الفقه الإسلامي وفيها بدأ الاجتهاد يلعب دوره لمواجهه ما يطرأ في المجتمع الجديد من تطور، فلجأ بعض كبار الفقهاء المسلمين لاستنباط الأحكام الشرعية من نصوص القران الكريم عن طريق تفهمها وتفسيرها وسردها بشكل سلس، وفي هذه المرحلة ظهر في العراق مدرسة أهل الرأي التي عولت على القياس ولم تعتمد كثيرًا على الحديث الشريف، أما المرحلة الثالثة، فقد بدأت بظهور مذاهب الفقه الإسلامي وتدوين الفقه في مطلع القرن الثاني للهجرة والتي امتدت حتى نهاية القرن الرابع الهجري تسمى مرحلة نضج الفقه وتوصف بأنها العهد الذهبي للفقه الإسلامي، ففيها تعاظم شأن الفقه وتوسع استنباط الأحكام، فلعب الفقه دورا هاما في تطوير الأحكام واتساع نطاق الشريعة الإسلامية ومع ذلك فإن دور الفقه الإسلامي مهما تعاظم فأنه لا يوصف بأنه دور المنشئ لقواعد القانون المدني وإنما هو دور المتفهم للنصوص والمفسر لها عن طريق الغوص فيها لتفهم علل الاحكام القانونية(٢). أما في المرحلة الرابعة فقد بدأ القضاء يتغلب شيئا فشيئا على الفقه واصبح هو المصدر الوحيد الى جانب الدين للشريعة الاسلامية(٣)،اما في العصر الحديث فقد رجع الاهتمام بشكل متزايد بالفقه بشكل عام والفقه الاسلامي بشكل خاص في إدراجهم تحت ظل القوانين وجعل من هذه المصادر اهمية بارزة لكي يرجع اليها المشرع او القاضي عند مواجهة اي صعوبة في معالجة المسألة المعروضة امامه. وفي السياق ذاته كان الفقيه المرحوم **(السنهوري)**(٤)، كان ينادي دائماً بضرورة الرجوع إلى أحكام الفقه باعتباره الأساس المشترك للقوانين العربية، ولقد سعى من جانبه الى توحيد التشريعات المدنية وذلك لتحقيق الوحدة التشريعية في البلدان العربية وبدأ خطوات تنفيذ مشروعه في وضع القانون المدني المصري ثم ما تلاه من قوانين في البلدان العربية الاخرى، وقال في هذا الصدد

---

١) الدكتور حسن خطيب، مبادئ اصول القانون، مطبعة حداد، البصرة،١٩٦٥م، ص١٨٣ومابعدها.

٢) الدكتور عبد الباقي البكري، الدكتور زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٥م، ص١٦٠.

٣) الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري، المصدر السابق، ص١٣٠.

٤) الدكتور فايز محمد حسين محمد، اثر مشروع السنهوري في القوانين المدنية العربية، ج١، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة الاسكندرية، العدد الثاني، ٢٠١٤، ص٢٥-٢٦.

ما " احب أن أوجه النظر إلى القانون بنوع خاص فللبلاد العربية جميعها تراث مشترك هو الفقه الإسلامي وأن الشريعة الإسلامية مصدر خصب يمدنا بالكثير من الأحكام القانونية التي تتمشى مع أحدث المبادئ وأرقى النظريات وقد جربت ذلك بنفسي عند وضع مشروع القانون المدني في العراق، وأني عظيم الإيمان بإمكان توحيد قانون الالتزامات والعقود لجميع البلاد العربية على أساس مشترك من الفقه الإسلامي".

الفرع الثاني

نشأة الفقه وتاريخه في القوانين الحديثة

اولاً: نشأة الفقه في القانون المدني الفرنسي.

كان للفقه الاثر الواضح في توحيد القانون المدني الفرنسي القديم وتطويره، فقد ساعد الفقهاء في فرسا في تقريب القواعد العرفية التي كانت سائدة في الجزء الشمالي في فرنسا وقواعد القانون المدني الروماني في جنوبه، ومهد مجموعة من الفقهاء في فرنسا اخراج القانون المدني لنابليون سنة (١٨٠٤م)، ومن اشهر هؤلاء الفقهاء **(ديمولان)** و**(درما)** و**(بوتيه)**، لكن وعلى الرغم من الدور الكبير الذي لعبه الفقه في القانون المدني الفرنسي القديم والحالي فأن دوره لم يبلغ الحد الكبير لعده مصدراً من مصادره الرئيسية في القانون المدني الفرنسي، لان دوره اصبح ضعيف واقتصر على تفسير النصوص القانونية فقط[١].

ثانياً: نشأة الفقه في القانون المدني الانكليزي.

إن القانون المدني الانكليزي لم يترك للفقه أي أثر يذكر في تشريعه، وإن كان هناك بعض الشواهد ما يدل على ان فقهاء الانكليز اخذوا يهتمون بالفقه فان التوسع في تدريس القانون في الكليات كان من شأنه ان يصرف البعض لدراسة القانون دراسة فقهية، ومن اشهر الفقهاء الانكليز في القانون الحديث **(انسون)** و**(دايسي)** و**(بولوك)** وغيرهم، لكن وعلى الرغم من هذه الشواهد الا ان القانون المدني الانكليزي اصر على إخراج الفقه كمصدر من مصادر القانون المدني، والسبب الأخذ بالفقه يعود في ذلك لأن القانون المدني الانكليزي لم يتأثر بالقانون الروماني والرسالات السماوية، فقد قام التشريع الانكليزي على مجموعة عادات تولى القضاء تقريرها وتثبيتها من غير فقه الفقهاء وشراح القانون، ولهذا لم ولن يكون للفقه نصيب في تكوين وتقنين التشريع المدني الانكليزي[٢].

---

[١] الدكتور محمد واصل، المدخل الى علم القانون، منشورات جامعة دمشق كلية الحقوق، ٢٠١١م، ص١٨٣.

[٢] الدكتور علي محمد بدير، المدخل لدراسة القانون دار الطباعة الحديثة، بصرة، ١٩٧٠م، ص٢١٠.

ثالثاً: نشأة الفقه في القوانين المدنية العربية.

إن القوانين العربية ومنها القانون العراقي، والاردني وغيرهم من القوانين العربية، مأخوذة من مصادر مختلفة ومتنوعة ومن اهم هذه المصادر القانون الفرنسي، والشريعة الاسلامية، فاستعانوا بهذه المصادر اثناء تقنينهم لتشريعاتهم المدنية، والتجارية، والبحرية، والجنائية، والإجرائية، والاحوال الشخصية، وكان نصيب الفقه في تكوين القانون المدني والقوانين الاخرى في هذه الدول، هو نفس نصيب الفقه في تكوين القانون المدني الروماني، والقانون المدني الفرنسي، بحيث اقتصر دورهم على تفسير النصوص القانونية الغامضة، أو إرشاد المشرع والقضاء عند الحاجة دون ان يكون رأيهم ملزما[١].

لكن هذا لم يردع المشرع المدني ورجال القانون من النص على الدور المهم الذي يقوم به الفقهاء من خلال وضعه مع بقية المصادر التي نص عليها، ولقد جاهد كثيراً على تحقيق ذلك، بداية من إدراج الفقه كمصدر غير رسمي في الفقرة الثالثة من المادة الأولى من القانون المدني العراقي التي نصت على انه:(٣ – وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالاحكام التي اقرها القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد الاخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية) ثم توالى بعد ذلك الاهتمام بالفقه في القوانين المدنية العربية الاخرى[٢]. وجدير بالذكر انه وللدور الفعال الذي يقع على عاتق الفقهاء فقد انشأ في مصر هيئة فقهية لتفسير القانون وهي لجنة المراقبة القضائية انشأت بقرار الحقانية في ١٦/فبراير/ ١٨٩١م وتتألف هذه اللجنة من بعض فقهاء القانون في وزارة العدل(الحقانية) ومهمتها البحث في المسائل القانونية التي ترفع اليها[٣]. أما في العراق فقد تم انشاء مجلس شورى الدولة بالقانون رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩م، واختصاصه قضائي، وفقهي(استشاري)، ومن الامثلة على استفسارات هذا المجلس عندما استفسرت وزارة المالية عن امكانية اجراء مزايدة في غير محل العقار يترتب عليه بطلان المزايدة ولا يترتب عليه اي اثر قانوني لمخالفتها اجراءات المزايدة وفق احكام الفقرة السادسة في المادة التاسعة من قانون بيع وايجار اموال الدولة رقم ٣٢ لسنة ١٩٨٦م[٤].

---

[١]) الدكتور عبدالرزاق احمد السنهوري، علم اصول القانون، المصدر السابق، ص١٤٩–١٥٠.

[٢]) ينظر الى الفقرة الرابعة من المادة الثانية في القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦م.

[٣]) القاضي عواد حسين ياسين العبيدي، الزام القاضي بالتفسير المتطور للقانون، مكتبة السنهوري، بيروت، لبنان، الطبعة الاولى، ٢٠١٦م، ص٥٠.

[٤]) الدكتور عصمت عبد المجيد بكر، احكام ايجار اموال الدولة، بغداد، ١٩٩٩م، ص٣٦.

المطلب الثاني

التعريف بالفقه القانوني

يستوجب هذا المطلب تقسيمه الى فرعين نبحث في الفرع الأول منه، تعريف الفقه كمصدر من مصادر القانون المدني، ومن ثم البحث في الفرع الثاني عن اهم خصائص الفقه.

الفرع الأول

تعريف الفقه باعتباره مصدراً من مصادر القانون المدني

يعرف الْفِقْهُ لغة بأنه: الْفَهْمُ للشيء والعلم به، وفهم الأحكام الدقيقة والمسائل الغامضة، وهو في الأصل مطلق الفهم، وغلب استعماله في العرف مخصوصا بعلم الشريعة؛ لشرفها على سائر العلوم[١]. أما تعريف الفقه اصطلاحا، لم يرد في التشريع المدني العراقي والتشريعات المدنية المقارنة تعريفا للفقه كمصدر من مصادره، وإن عدم ايراد التشريعات المدنية المقارنة تعريفا للفقه هو أمر حسن، لأن حصر تعريف الفقه بنص قانوني انما يجعله قاعدة قانونية واجبة التطبيق مما لا يسمح للقضاة، والفقهاء بالتوسع في مفهومه فضلا عن هذا ان مسألة التعريف من الافضل أن تترك لآراء الفقهاء، وشراح القانون لكي يأتي هذا التعريف منسجما مع تطورات الحياة التي يشهدها عالمنا اليوم. إلا أنه وعلى الرغم من عدم إيراد المشرع المدني العراقي لتعريف الفقه، إلا انه اورد ذكرها في الفقرة الثالثة من المادة الأولى منه حيث نص على أنه،(٣_ وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي اقرها القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد الاخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية)[٢].

فجعل المشرع المدني العراقي الفقه كأحد مصادره، حيث تسترشد المحاكم بتفسير الفقهاء في حال وجود غموض، أو عيب يعتري النص القانوني.

أما تعريف الفقه فقها، فعرفه **(السنهوري)**[٣] على انه، استنباط الاحكام القانونية من مصادرها بالطرق العلمية فيكون الفقه المظهر النظري للقانون المدني، وقد يقصد منه مجموعة من الآراء التي يتوصل اليها فقهاء وعلماء القانون والقائمون على دراسة القانون دراسة تحليلية انتقادية، والجامعة بين استخلاص الاحكام القانونية من مصادرها بالطرق العلمية، ومناقشة هذه الأحكام للكشف عن نقائض

---

[1]) مختار الصحاح، لمحمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي. حرف الفاء (فقه)، المكتبة العصرية –الدار النموذجية، ١٤٢٠ هـ_ ١٩٩٩م، ص٤٥٣.

[٢]) ينظر كذلك الى المادة الرابعة من القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦م.

[٣]) الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري، علم اصول القانون، المصدر السابق، ص١٢٢.

القانون وعيوبه[١]، في حين عرفه جانب اخر[٢]، على أنه، العلم بالأحكام الشرعية المستنبطة من ادلتها التفصيلية، وقد كان الفقه والفقهاء يعنون بجميع المسائل الاجتماعية، والعلمية، والانسانية، وحتى الدينية التي جاءت بها الشريعة الاسلامية المتعلقة بالعقيدة، والعبادات، والاخلاق، والمعاملات المالية[٣]، وهناك ايضا من يعرفه على انه مجموعة من فقهاء القانون الذين يشتغلون بشرح القانون في شكل مؤلفات، أو ابحاث، أو تعليقات على الأحكام، أو فتاوى، أو التدريس في كليات الحقوق[٤].

وهكذا ومن خلال تعريفات المذكورة يتجلى لنا أن جميعها تكاد تجتمع على أن الفقه هو تكميل ما اقتضب، أو شذب في اثناء تقنين القانون المدني، فهدفه الاساسي هو تفسير وشرح القواعد القانونية وإنارة الطريق أمام المشرع، والقضاء. واخيراً ومن خلال ما تم ذكره اعلاه يمكننا تعريف الفقه كمصدر من مصادر القانوني المدني على انه: (مجموعة الآراء التي تصدر من رجال متخصصين في مجال القانون، تنصب مهمتهم بالدرجة الاساس على تفسير وازالة الغموض والعيوب التي قد تعتري النصوص القانونية).

الفرع الثاني

خصائص الفقه كمصدر من مصادر القانون المدني

يتميز الفقه كمصدر من مصادر القانون المدني بمجموعة من الخصائص والعوامل التي تؤثر ايجابا في اداء عمله واظهاره بشكل فعال اكثر جنبا الى جنب مع المصادر الاخرى. ومن اهم الخصائص التي يمتاز بها الفقه ما يلي:

اولاً: الفقه يمثل الجانب النظري للقانون المدني، حيث يقوم الفقه على استنباط الاحكام من الاصول الكلية بطرق متعددة ومختلفة، ومناقشة القواعد القانونية مناقشة علمية مجردة، للكشف عن مزايا، وعيوب

---

[١] الدكتور عبد القادر الفار، مدحل لدراسة العلوم القانونية النظرية العامة للحق، ط١٤، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٤٣٤هـ_٢٠١٣م، ص٩٣.

[٢] عبد المجيد محمود مطلوب، المدخل الى الفقه الاسلامي، ط١، مؤسسة الرسالة ناشرون، دمشق، سوريا،٢٠٠٦م، ص١٧.

[٣] القاضي عواد حسين ياسين العبيدي، المصدر السابق، ص٦٣.

[٤] الاستاذ المتمرس عبدالباقي البكري، محمد طه البشير، المصدر السابق، ص١٥٨.

هذه النظريات ووضعها موضع التطبيق بشكل سليم، والفقيه عند بحثه وتنقيبه عن الحلول فهو يستعين بالتطورات الاجتماعية ومواكبتها والاخذ بأسبابها([1]).

ثانياً: يمثل الفقه الجانب الشمولي للقانون المدني، فميزة الفقه هي نظره إلى الروابط الاجتماعية نظرة واسعة شاملة، فلا يضيق بخصوصية ولا يقف عند منعرج، بل يسير قدما الى الامام، تماشيا مع تطورات الحياة([2]).

ثالثاً: وصف الفقه بالاستقلالية والتحرر من القيود الإجرائية، فالفقيه ميزته أنه غير مقيد بخصومة قضائية معينة كالقاضي وغير مقيد بحسابات سياسية أو تشريعية كالمشرع، مما يتيح له نقد النص وتطويره بحرية اكبر([3]).

رابعاً: يمثل الفقه الجانب التحليلي للقانون المدني، اذ لا يستند الفقه الى سلطة رسمية كما هو عليه الامر بالنسبة الى المشرع المدني الذي يصيغ النصوص القانونية، أو القاضي الذي يعمل على تطبيقها في الجانب العملي، أما الفقه فينظر إلى الامور بشكل تحليلي عام ابعد من الواقع وهو يقوم عمل المشرع ويبين كان يجب على المشرع عمله وبحثه([4]).

خامساً: من حيث الاصل إن الفقه من المصادر غير الملزمة، بالرغم ما يقوم به الفقهاء من جهد كبير من تفسير، واستنباط، واستكمال النصوص الناقصة، وتأليف الشروحات التي تقدم للمشرع، والقاضي إلا أن هذه الآراء لا تخرج الى التطبيق العملي ولا يمكن الزام المشرع، أو القضاء بالأخذ بها الا اذا اخذ به القضاء طوعا، ولكن يلاحظ ايضا أن اراء الفقهاء اذا اجتمعت على رأي معين فإن رأيهم يصبح ذو وزن كبير في نفوس الناس فينظرون اليه كتعبير صادق على القاعدة القانونية، وبالتالي استناد القضاة الى هذه الآراء في مرافعاتهم، وقد يحصل أن يشير القاضي الى هذه الآراء عند النطق بالحكم، ولا ينكر أحد دور الفقيه(**السنهوري**) في مجال القانون المدني، ودوره في إرساء بعض قواعد التشريع، أو صنع الاجتهادات القضائية في المعاملات المالية، أو شرح وتوضيح بعض القواعد القانونية وخاصة المأخوذة

---

[1]) الدكتور احمد الزعبي، المدخل الى علم القانون، الجامعة الاردنية، ط٢، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الاردن،٢٠٠٣م، ص٢٢٩.

[2]) الدكتور احمد عبد الرزاق السنهوري، علم اصول القانون، المصدر السابق، ص ١٢٣.

[3]) الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري، حشمت ابو ستيب، اصول القانون (المدخل لدراسة القانون)، مطبعة النهضة العربية، القاهرة، ١٩٥٠م، ص١١٦ وما بعدها. الدكتور محمد واصل، المصدر السابق، ص٢٠٩-٢١٠.

[4]) الدكتور محمد واصل، المصدر السابق، ص ٢٠٩.

من الفقه الاسلامي، وحتى المأخوذة من القانون المدني الاجنبي، وكذلك يمكن للمشرع المدني والقاضي المدني الاسترشاد بالفقه الاجنبي في حال صياغة نص معين، أو حكم معين وخاصة بالفقه في الدول التي يستمد منها المشرع المدني بعض نصوصه القانونية[١] وختاماً نود أن نذكر ما كتبه احد فقهاء القانون الفرنسي وهو الاستاذ (**planiol**) حيث وصف دور الفقه كمصدر من مصادر القانون المدني حيث ذكر ان الفقه هو اكثر المصادر تحررا لأنه الاكثر عطاء، وهو ينشأ على مهل ثم أنه لا يعرض فقط للمسائل الجزئية بل يقدم افكارا، وتتميز النتائج التي يتوصل اليها بالعمومية، والتجريد، والمنطق، والتركيب، وقوة التحليل ولكنه لا يملك سوى سلاح الاقناع التي يحاول ان يدخله الى عقل القاضي المدني عند النطق بحكمه، ولاشك أن الفقه هو من اكثر العوامل اهمية في تطوير القانون[٢].

المبحث الثاني

النظام القانوني لعمل الفقه في القانون المدني

بعد ان علمنا ان الفقه باعتباره مصدراً من مصادر القانون المدني العراقي يمثل الجانب النظري للقانون المدني لما يأتي به من مساندة للمشرع والقاضي عند الحاجة، بات لزاما علينا الأن بيان الطبيعة القانونية للفقه في القانون المدني، فنحن نعلم أن المشرع قد قسم المصادر إلى عدة اقسام، في أي قسم وضع المشرع المدني الفقه؟ وماهي اهم حالات الموجودة في القانون المدني والتي من خلالها يتم اللجوء الى تطبيق الفقه؟ هذا ما سنحاول الاجابة عنه في المطلب الأول من هذا المبحث. أما في المطلب الثاني فسوف نحاول تسليط الضوء على اهم الطرق التي يتخذها الفقه كوسيلة في اسناد وتطوير القانون المدني.

المطلب الأول

الطبيعة القانونية للفقه وحالات تطبيقه في القانون المدني

سنبحث في **الفرع الاول** من هذا المطلب الطبيعة القانونية للفقه كمصدر من مصادر القانون المدني، أما **الفرع الثاني** سنبحث فيه حالات التي يلجا لها للفقه كمصدر من مصادر القانون المدني.

الفرع الأول

---

[١]) الدكتور خالد الزعبي، والدكتور منذر الفضل، المدخل الى علم القانون، ط٢، مكتبة دار النشر والتوزيع، عمان دون سنة نشر، ص٩٢.

[٢]) عباس الصراف وجورج جزبون، المدخل الى علم القانون، كلية الحقوق جامعة الاردنية، ط١، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٣م، ص٨٣.

الطبيعة القانونية للفقه كمصدر من مصادر القانون المدني

نص المشرع المدني العراقي في المادة الأولى[١] على أنه: (١- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها.٢- فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فاذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة.٣- وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي اقرها القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد الاخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية)، يفهم من النص اعلاه أن المشرع المدني قد قسم المصادر إلى ثلاث اقسام وهي:

اولا: المصادر الاساسية (المصادر الرسمية): وهو المصدر المتمثل بـ (التشريع)[٢].

ثانيا: المصادر الثانوية: وهي الـ (عرف، مبادئ الشريعة الإسلامية، قواعد العدالة)[٣].

ثالثا: المصادر التفسيرية (الارشادية): والمتمثلة بـ(القضاء)[٤] و(الفقه).

إذ يلاحظ ان المشرع المدني وضع الفقه الى جانب القضاء في الفقرة الثالثة من المادة الاولى من القانون المدني و وضعه ضمن المصادر التفسيرية حيث يراد بالمصادر التفسيرية المصادر التي تساعد على تجلية ما يعتري القاعدة القانونية من غموض، أو نقص، أو خطأ ويطلق عليه ايضا بالمصادر (غير الرسمية) أو(الاسترشادية) أو بالمصادر(الضامرة).

لكن يثور هنا تساؤل حول كيفية التمييز بين التفسير الفقهي من التفسير القضائي؟

---

[١]) ينظر كذلك الى الفقرة الرابعة من المادة الاولى من القانون المدني الاردني.

[٢]) يعرف التشريع على انه، مجموعة القواعد المكتوبة المتضمنة للأوامر والنواهي والتوجيه بصدد اقامة النظم السلم والامن في الدولة.

[٣]) يعرف العرف على انه ما تم تداوله في المجتمع فترة من الزمن حتى تنشئ في اعتقاد الناس على ان مخالفتها يحمل جزاء. اما مبادئ الشريعة الاسلامية فيقصد منها المبادئ العامة في الشريعة الاسلامية حيث ينصرف الى مجمل الاحكام الواردة في الشريعة الاسلامية وفق مصادرها من (القران الكريم، السنة النبوية الشريفة)، اما قواعد العدالة تعني تلك القواعد التي يعترف بها الذوق السليم، والعقل، مثل الاحترام، والحرية، والكرامة، فهي قواعد مقبولة اخلاقيا، واجتماعيا. ينظر في ذلك الى: الدكتور محمد واصل، المصدر السابق، ص١٧٣ وما بعدها.

[٤]) يعرف القضاء على انه تطبيق الاحكام القانونية على القضايا التي ترفع امام القاضي. ينظر في ذلك الى: الدكتور عبد الباقي البكري، الدكتور زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، دار السنهوري، مصدر سابق، ص١٥٤.

على الرغم من العلاقة الوثيقة بين التفسير الفقهي والتفسير القضائي لان كل منهما يكمل عمل الاخر، فالفقيه يسترشد برأي القضاء، والقضاء يسترشد برأي الفقه عند الحاجة ويستفيد من تجاربه وخبرته العلمية، ولهذا قيل خير ما قيل في تفسير للقانون هو ما توافرت فيه له نظرة الفقهاء، وتجربة القاضي[١]. إلا أنهما يختلفان من حيث جهة صدورهما، إذ ان التفسير القضائي تقوم به السلطة القضائية عندما يعرض عليها نزاع معين عن الاحكام التي تتناسب مع النزاع المعروض امامها، ويتأثر حكمهم بالظروف التي تحيط بالدعوى، لذلك يعمل القضاة على ان تكون تفسيراتهم للقانون منسجمة مع هذه الظروف[٢]. أما التفسير الفقهي، فيقوم الفقهاء فيه بتفسير القواعد القانونية بغض النظر عن الظروف المحيطة به وبغض النظر اذا كانت هناك دعوى أم لا، فالتفسيرات الفقهية ما هي الا دراسات علمية، وعمليات ذهنية تتخذ طابع التحليل، والتأصيل للقواعد القانونية وتطبيقها، فيتعمد تفسير الفقهاء على منطق التجريد في استظهار ارادة المشرع الكامنة في نصوصه فهي تمر بثلاث مراحل[٣]:

المرحلة الأولى: استخلاص المقاصد من النصوص التشريعية في القانون المدني، والبحث على النوايا الكامنة وراء تشريع هذه النصوص، ومحاولة البحث عن الروابط بين النصوص القانونية وتفسيرها.

المرحلة الثانية: هي مرحلة التنظيم والتنسيق بين نتائج المرحلة الاولى والبحث عن الحلول والكشف عن ثغراتها ومعالجتها لتحويلها الى نص متكامل، والبحث عن الاثار والاسباب المؤثرة في هذه النصوص.

المرحلة الثالثة: وهي مرحلة الانتقال من الجزئيات الى الكليات، ومن العام الى الخاص ومن ثم تناول تبويب القاعدة القانونية إلى ابواب وفصول حتى يصل الى انشاء وتأسيس النظام القانوني.

ولابد من الاشارة الى أن القضاء المدني يمكن ان يصدر قرارا خلافا لما ذهب اليه الفقه خاصة إذا كانت الآراء الفقهية والشروحات التفسيرية للفقهاء لا تتفق مع نصوص القانون المدني واجبة التطبيق، حيث ان التفسيرات الفقهية ما هي إلا مجرد وجهة نظر من مجموعة من الفقهاء دون أن تكون لها اي قوة ملزمة للقاضي المدني، بل وحتى تفسيراتهم لا تلزم الفقهاء الاخرين فهذه الآراء قابلة للنقد، والتعديل،

---

[١] الدكتور غالب علي الداودي، المدخل الى علم القانون، دار وائل للطباعة والنشر والتوزيع،١٩٩٨م، ص١٨٠.

[٢] بدران ابو العينين، بيان النصوص التشريعية طرقه وانواعه، مؤسسة شباب الجامعة الاسكندرية، ١٩٨٢م، ص١٢٧.

[٣] القاضي عواد حسين ياسين العبيدي، المصدر السابق، ص٤٩

والاضافة.وخير دليل على ذلك ما ذهبت اليه محكمة التمييز في احد قراراتها[١](...لا يصح التعويل على النظريات العامة وشروح الشراح اذا كانت لا تتفق ونص القانون واجب التطبيق...). ومن زاوية اخرى نجد بأن الفقه يختلف عن الشريعة الاسلامية ايضاً، فمن حيث ان الفقه كما ذكرنا سابقا انه هو العلم بالأحكام العملية المستنبطة من أدلتها التفصيلية، فهو يختلف من هذا المنظور عن الشريعة في ثلاث امور، هي:

الأمر الأول: إن الفقه أخص من الشريعة فهو جزء مما تشتمل عليه الشريعة، **الأمر الثاني:** إن الشريعة هي الأساس الذي بني عليه الفقه من الأحكام العملية المستنبطة من القرآن والسنة الشريفة، اما **الأمر الثالث:** فهو إن الفقه أضعف من الشريعة من حيث القوة الملزمة لأن الشريعة الإسلامية بعثت من الوحي فهي تنزيل من الله تعالى عن طريق الوحي، أما الفقه فهو وإن استند على الشريعة في أحكامه إلا أن للرأي والاجتهاد نصيب فيه وهو مصدر غير ملزم[٢]. ومما لاشك فيه إن الهدف الاساسي للتفسير الفقهي هو البحث عن نية المشرع والتي عبر عنها من خلال تشريعه لنصوص القانونية في القانون المدني، لكن كيف للفقهاء التوصل الى هذه النية من واقع النصوص؟ فهل يعتد الفقه بالإرادة الباطنة للمشرع ام يلتزم فقط بالإرادة الظاهرة؟

وللإجابة على هذا تساؤل اختلفت وجهات النظر فظهرت ثلاث مدارس وهي مدرسة الشرح على المتون، والمدرسة التاريخية، ومدرسة البحث العلمي الحر.

١-مدرسة الشرح على المتون(مدرسة الالتزام بالنص):- ظهرت هذه المدرسة في اوائل القرن التاسع عشر اثر وضع التشريعات الفرنسية، وازدهرت في مجال الفقه دون القضاء، لأن القضاء بحكم طبيعة عمله فهو يقرب من الجانب العملي والتطبيقي دون النظري الذي يكون من عمل الفقه[٣].

وتقوم هذه المدرسة على تقديس النصوص الى درجة تحتم على الفقهاء تفسيرها للوصول الى مدلولها، بحيث يكون لزوما عليهم تفسير نصوص القانون المدني عن طريق الكشف عن نية المشرع

---

[١] قرار محكمة التمييز المرقمة ٧٣٢، في ١٩٤٢/٤/١٩م، منشور في مجلة القضاء العددان (٢،١) السنة ثلاثون، ١٩٧٥م، ص١٦٥. ينظر في ذلك الى: القاضي عواد حسين ياسين العبيدي، المصدر السابق، ص٥١.

[٢] عواطف عبد المجيد الطاهر، القصور التشريعي، بحث منشور في مجلة كلية دجلة الجامعة، المجلد الثاني، العدد الاول، ٢٠١٩م، ص ٦٣.

[٣] محسن بن ناصر المقاطي، دور القاضي في تفسير العقد في القانون المدني الاردني، كلية الدراسات العليا، الجامعة الاردنية، ٢٠١٠م، ص٢٢-٢٣.

الحقيقية وقت وضع القانون، ويمكن معرفة هذه النية عن طريق المعاني الموجودة في النص ومن مفرداته مع الاستعانة بقواعد اللغة، والنحو، والصرف، والمنطق، فإذا انتفى وجود النص لسبب معين وجب على الفقه البحث عن ارادة المشرع المفترضة وقت وضع التشريع[١].

ويلجأ انصار هذه المدرسة الى التفسير الحرفي او اللغوي اولاً في بحثهم عن المعنى القانوني للنصوص المطروحة من قبل المشرع المدني، فيتم الاعتماد في تحديد معاني الالفاظ والعبارات على العرف اللغوي وقواعد النحو والصرف، فأن عجزوا من خلال هذه الطريقة عن الوصول الى غاية المشرع تراهم يذهبون الى التفسير المنطقي للنصوص فيحاولون من خلاله الكشف عن روح القانون، واذا عجزت هذه الوسيلة عن الوصول الى الغاية الاساسية في النص فيجب في هذه الحالة البحث عن الارادة المفترضة الحقيقية عن طريق اللجوء الى اعتبارات العدالة والمصلحة اذ يلجأ الى هاتين الوسيلتين لمعرفة الارادة المفترضة[٢].

وقد وجهت الى المدرسة انتقادات عديدة ومنها، أن هذه المدرسة تعتبر التشريع هو المصدر الوحيد للقانون المدني مع انكار المصادر القانونية الاخرى بينما نجد ان هناك كثير من الاحيان يخرج النص التشريعي ويشوبه عيب الغموض او النقص هذا من جانب، ومن جانب اخر أن البحث عن النية المفترضة للمشرع يؤدي الى نتائج غير مرغوب بها، فقد يكون سكوت المشرع هو جهله او عدم توقعه، فكيف يمكن البحث عن نيته المفترضة؟ وبالإضافة الى ذلك ان الإصرار على الاخذ بالتفسير التشريعي دون الالتفاف الى التطورات والمتغيرات التي تحصل في المجتمع يؤدي الى جمود التشريع المدني وعجزه عن مواجهة المسائل المستقبلية[٣].

٢-**المدرسة التاريخية (المدرسة الاجتماعية):**- ظهرت هذه المدرسة على يد الفقيه الالماني (**savigny**)، وقد ايده قلة من الفقهاء الفرنسيين وعلى رأسهم الفقيه (**Saleilles**) وترتكز فحوى المدرسة التاريخية على أنه ليس من الواجب دوما أن يتم تفسير القانون وفقا لإرادة المشرع، بل بإمكان الفقهاء أن يقوموا بتفسير القانون المدني تفسيرا جريئا يراعون فيه تطور المجتمع وحاجاته المتجددة، ومواكبة التطورات والظروف الحالية ولو خالف في ذلك إرادة المشرع المدني، فيكون البحث عن النية المفترضة

---

[١] الدكتور سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، منشاة المعارف، الاسكندرية، مصر، ١٩٩٩م، ص٤٩ وما بعدها

[٢] الدكتور احمد سلامة، المدخل لدراسة القانون، دار الفكر العربي، مصر، ١٩٧٤م، ص١٩٤.

[٣] محسن بن ناصر المقاصي، المصدر السابق، ص٢٤.

للمشرع وفقا للظروف الاجتماعية والاقتصادية الحالية[١]. وكان الفقيه المرحوم **(السنهوري)**[٢]، من مقلدي هذه المدرسة ومؤمناً بتعاليمها، وخير ما يؤكد ذلك تعبيره بأنه "من يعرض للتشريع ومسائله يجب أن يعرف أن القانون ليس هو كلمة المشرع يقول له كن فيكون. وقد مضي ذلك الزمن الذي كان تسود فيه هذه النظريات السطحية والقانون كائن حي، ينشأ ويترعرع وينمو، حتى يبلغ أشده، وليس هو خلق الساعة ولا هي الإرادة وإذا كانت المدرسة التاريخية قد بالغت في هذا المعنى، فإن هذا لا يمنع من أن المذهب في جوهره صحيح فإذا أريد وضع قانون مدني للعراق وجب أن يراعى فيه أن يكون متصل الحلقات بالماضي بالقدر الذي ينبغي أن يتطلع فيه للمستقبل". لكن ما يؤخذ على هذه المدرسة انها تؤدي الى فتح مجال واسع امام الفقه للخروج عن ارادة المشرع الحقيقية تحت تفسير النص وفقا لبعض المطعيات الاجتماعية الجديدة التي تظهر امام الفقيه فتجعله يزعم ان ما يبحثه وما يطرحه الفقيه من شروحات ماهي إلا الارادة المحتملة للمشرع المدني لو شرع النص في هذه الظروف الجديدة، فيترتب على هذه المدرسة موجة من عدم الاستقرار والقلق.

٣-المدرسة العلمية:- تقف هذه المدرسة موقف الوسط بين المدرستين السابقتين، فهي لا تختلف عن مدرسة الشرح على المتون من حيث انها تقضي بضرورة تقصي ارادة المشرع الحقيقية عند وضع القانون المدني في وقت صياغة النص، لكنها تختلف معها في مسألة البحث على النية المفترضة للمشرع عند تعذر العثور على الإرادة الحقيقية، فالمدرسة العلمية ترفض افتراض شيء وتنسيبه للمشرع، فذا كان النص يشوبه غموض، أو نقص، فيجب البحث في المصادر القانونية الاخرى ومنها الفقه لتفسير النصوص القانونية وازالة الغموض والنقص الذي يعتريها ووفقا لما تقتضيه المصلحة العامة، وبهذا فقد تقترب هذه المدرسة من المدرسة التاريخية، لكن مع الاشارة الى ضرورة عدم الاسهاب والتسويف عند بحثهم لكي لا تخرج تفسيراتهم من نطاق المعقول[٣].ومع ذلك فأن الفقه باعتباره من المصادر التفسيرية التي تقدم للمشرع التفسيرات والشروحات الضرورية إلا أنها ومع كل ما تقدمه لا تلزم المشرع المدني كذلك بأي التزام، فيمكن للمشرع صياغة النصوص التشريعية دون الرجوع الى المصادر الاخرى ومن بينها الفقه. ومن خلال ملاحظة موقف المشرع العراقي يتبين لنا انه قد تبنى في المادة الأولى (مدرسة

---

[١]) الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية القانون، مطبعة دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، دون سنة نشر، ص٢٩.

[٢]) الدكتور فايز محمد حسين محمد، المصدر السابق، ص ١٤.

[٣]) الدكتور سمير تناغو، المصدر السابق، ص ٥١.

البحث العلمي الحر)، حيث سمح بالقراءة المرنة والاسترشاد بالفضاءات القانونية الأخرى عند غياب النص.

الفرع الثاني

حالات التي تستوجب تدخل الفقه باعتباره مصدراً للقانون

هناك حالات عدة تستوجب تدخل الفقه لتفسير نصوص القانون المدني يمكن ان نلخصها فيما يلي:

اولا_ الغموض والابهام الذي يشوب نصوص القانون المدني:- ويقصد به عدم وضوح عبارات النص في القانون المدني بحيث يجعله يحتمل أكثر من معنى، ودور الفقهاء يتمحور في هذه الحالة في اختيار المعنى الأكثر والاقرب إلى الصواب من بين باقي المعاني الأخرى [١]، وكمثال على الغموض الذي قد يشوب القانون المدني العراقي الذي اسس العقد على اركان ثلاثة وهي الرضا والمحل والسبب، ولكن لو دققنا في القانون المدني العراقي التي عالجت ركن المحل للاحضنا ان المشرع المدني العراقي عالج ركن المحل وكأنه ركن من اركان الالتزام لا ركناً من اركان العقد وهذا يجعل نصوص المواد التي اشارت الى هذا الركن غامضة ومبهمة ومربكة في الوقت ذاته للمقابل، فبالرجوع الى المواد (١٢٦-١٣٠)[٢]، ويلاحظ ان جميع المواد التي عالجت المحل في القانون المدني العراقي عالجته باعتباره ركناً من اركان الالتزام، وهذه الحقيقة ملفتة ومجلبة للنقد والتساؤل عما اذا كان المحل ركناً في الالتزام ام ركناً في العقد؟

وهذا التساؤل اثار جدلاً كبير بين الفقهاء، فمنهم من ذهب الى اعتبار المحل ركن من أركان العقد بغض النظر عن التفاصيل ودون الالتفات الى الغموض الذي يدور حول هذا الموضوع[٣]. بينما ذهب اخر إلى أن المحل هو ركن من أركان الإلتزام وانكروا وجود ركن المحل في العقد، فالالتزام وحده يجب أن يكون له محل[٤]. في حين ذهب اخر إلى إن مفهوم المحل كركن من اركان العقد يراد به العملية القانونية المراد تحقيقها والتي تنشأ الالتزام للوصول إليها وتحقيق نتيجتها، أما المحل كركن من أركان الالتزام فهو الأداء الذي على المدين أن يقوم به لصالح الدائن، وهو إما أن يقوم بإعطاء شيء أو ان

---

[١] محمد عبدالكريم يوسف، التفسير القانوني للنصوص، مقال منشور على شبكة الانترنت https://thakafamag.com/?p=26196 تاريخ اخر زيارة: ٢٠٢٦/٢/٤.

[٢] يلاحظ ان المادة (١١٢٧) و(١١٢٨) من القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤م، تتحدثان عن محل العقد بينما تتكلم المواد (١١٢٩) و(١١٣٠) عن محل الالتزام، كذلك الحال في القانون المدني المصري والسوري والاردني.

[٣] الدكتور احمد عبد الرزاق السنهوري، اصول علم القانون، المصدر السابق، ١٤٣.

[٤] الدكتور عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزامات وفقا للقانون الكويتي، ج١، مطبوعات جامعة كويت، كليسة الحقوق، دون سنة نشر، ص٣٢٠.

يعمل عملاً أو ان يمتنع عن عمل، ويضيف الى ذلك بأن محل العقد يتحدد بمحل الالتزامات الرئيسية التي تتحقق بها العملية القانونية المقصودة، ففي عقد البيع مثلاً أن العملية القانونية التي يتراضى عليها الطرفان والتي يتحدد بها محله هي نقل الملكية في مقابل ثمن نقدي، ونقل الملكية هو الأداء الذي يلتزم به البائع ودفع الثمن هو الأداء الذي يلتزم به المشتري(١).

ويرى جانب اخر(٢) أن للعقد محلا هو عبارة عن مجموع الالتزامات التي انشاها العقد، يحدد عادة في موضوع تحديد مضمون العقد، فمحل العقد يشمل كل ما أنشئه واحتواه من التزامات اساسية أو فرعية، وعلى هذا الأساس فإن محل عقد البيع مثلاً هي الالتزامات التالية: (الالتزام بدفع الثمن – الالتزام بنقل الملكية) ويضاف إلى هذين الالتزامين بعض من الالتزامات الفرعية كالتزام البائع بضمان العيوب الخفية والتزامه بضمان الاستحقاق والتزامه بأن يكون الشيء الذي يسلمه إلى البائع على الحالة التي اتفق عليها، إذا كان التعيين بالوصف مثلا، والتزام المشتري بتسليم المبيع في الوقت والمكان المحدد لذلك فهذه الالتزامات الرئيسية والفرعية بمجموعها تكون محل العقد وليس معنى ذلك أن كل عقد بيع يجب أن يحتوي على كل هذه الالتزامات الرئيسية والفرعية.

ثانيا_النقص او السكوت في نصوص القانون المدني:- يعد النص القانوني ناقصاً إذا سكت المشرع المدني عن إيراد بعض الألفاظ أو أغفل التعرض لبعض الحالات التي كان يلزم أن يتعرض لها حتى يستقيم المعنى المطلوب والصحيح لكي لا يفسر النص القانوني بأكثر من معنى وبالتالي فقدان النص لحجيته وقوته، وهنا يأتي دور الفقه لكي يسد النقص بتوصيف النص وصفا دقيقا لإكمال ما اغفل عنه المشرع المدني(٣). وإن وجود ثغرات ونقص في القانون المدني او غيره من القوانين مشكلة يستحيل تفاديها وذلك بسبب طبيعة الحياة وخضم الأحداث وتباين المعاملات وللتطورات السريعة التي تطرأ على عجلة الحياة بشكل لا مقدرة للمشرع المدني على احتوائها جميعها أو عجزه عن حسن صياغة النصوص تشمل جميع ما يدورمن حوله من تغيرات، فالتشريع المدني مهما بلغت درجة إتقانه يستحيل عليه أن يحتوي كل وقائع الحياة، ويقول أفلاطون "إن التشريع لا يستطيع أبدا أن يحدد بدقة ما هو في آن واحد

---

١) الدكتور اسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ج١، مكتبة عبدالله وهبة، مصر، ١٩٦٦م، ص٢٣٦.

٢) الدكتور سعدي البرزنجي، ملاحظات نقدية في القانون المدني، ط١، اربيل، ٢٠٠٧م، ص٧٦.

٣) الدكتور خالد وزاني، مناهج تفسير النصوص بين علماء الشريعة والقانون، دار الجامعة الجديد، الاسكندرية، ٢٠٠٧م، ص١٢٦.

أفضل وأعدل للجميع ولا أن يأمر بما هو أحسن لكل الناس إذ يتفاوت البشر وتختلف الأفعال ولا ترقد الأمور الإنسانية أبدا في ثبات، ومن ثم يصبح محالا على أي فن مهما بلغ شأنه أن يصوغ مبادئ يبسطها في كل المواد ولكل الجزئيات ولكل الاوقات"[١]، ومن الامثلة على نقص القانون المدني العراقي خلوه من إيراد نص خاص يشير الى تأثر تقدير التعويض بالظروف الملابسة التي يجب ان تؤخذ بنظر الاعتبار من قبل القاضي وقت تقديره التعويض عن الفعل الضار في المسؤولية التقصيرية، خلافا لما ذهب اليه المشرع المصري في المادة (١٧٠) من قانونه المدني حيث نص على انه (يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق بالمضرور طبقا لأحكام المادتين ٢٢١ و٢٢٢ مراعيا في ذلك الظروف الملابسة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم ان يعين مدى التعويض النهائي فله ان يحتفظ للمضرور بالحق في ان يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير). لكن غالبية الفقه يرون ان الاخذ به من قبل المشرع المدني العراقي والقضاء العراقي امر تقتضيه قواعد العدالة والانصاف[٢].

ثالثا_ تناقض النصوص في القانون المدني:- فقد يحدث تعارض بين نصين قانونيين حين يخالف معنى وحكم أحدهما مفهوم وحكم النص الآخر في موضوع واحد, وفي حالة التعارض بين النصين ينبغي على الفقهاء وهم بصدد تفسير النص أما أن يعتبروا أحد النصين عاماً ويطبق بصفة عامة, ويعتبر النص الأخر خاصاً ويطبق في حالات خاصة تكون الأقرب إلى الصواب، أو يعتبروا النص الجديد ناسخاً للنص القديم المتعارض معه وملغياً له[٣]، ومن الامثلة على تناقض النصوص في القانون المدني العراقي التناقض بين النصين (١٨٦) الذي أورد فيه ان:(١- اذا اتلف احد مال غيره او انقص قيمته مباشرة او تسببا يكون ضامنا، اذا كان في احداثه هذا الضرر قد تعمد او تعدى. ٢- واذا اجتمع المباشر والمتسبب ضمن المتعمد او المتعدي منهما فلو ضمنا معا كانا متكافلين في الضمان).وجاء نص المادة (١٩١) ما يلي:(١- ذا اتلف صبي مميز او غير مميز او من في حكمهما مال غيره لزمه الضمان في ماله. ٢ – واذا تعذر الحصول على التعويض من اموال من وقع منه الضرر ان كان صبيا غير مميز او مجنون جاز للمحكمة ان تلزم الولي او القيم او الوصي بمبلغ التعويض على ان يكون لهذا الرجوع

---

[١]) عواطف عبد المجيد الطاهر، المصدر السابق، ص ٧٠.

[٢]) الدكتور درع حماد، النظرية العامة للالتزامات،ج١، مصادر الالتزام، مكتبة السنهوري، بيروت، لبنان، ٢٠١٦، ص٣٣٤.

[٣]) الدكتور محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون والشريعة الاسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٩م، ص١٣١.

بما دفعه على من وقع منه الضرر.٣- عند تقدير التعويض العادل عن الضرر لا بد للمحكمة ان تراعي في ذلك مركز الخصوم).

فيلاحظ على هذين النصين ان المشرع العراقي قد وقع في تناقض في صياغته للنصين المذكورين، فبينما قد جاء بحكم عام باعتماده على شرط التعمد والتعدي لقيام المسؤولية التقصيرية في المادة (١٨٦)، لكنه رجع في المادة (١٩١) وحمل المسؤولية التقصيرية دون اشتراطه للتعمد والتعدي فبهذا قد حمل الصغير عديم التمييز المسؤولية. فيبدوا وكأننا امام وضع مربك او مقلوب فالمشرع العراقي وان قرر ان مسؤولية الصغير مخففة الا انه لم يشترط لقيام مسؤوليته صدور الخطأ لان الخطأ لا يتصور صدوره من عديم التمييز، لان الخطأ يستلزم الادراك، والبداهة وهي عناصر لا تتوافر لدى الصغير، وبهذا فقد يعامل المييز معاملة اخف من معاملة عديم التمييز لانه يتطلب في كامل التمييز الادارك والتعمد لثبوت المسؤولية التقصيريه عليه، بينما يكتفي لدى عديم التمييز الفعل الضار فقط لترتب المسؤولية التقصيرية عليه([1]).

خلاصة القول، من كل ما سبق نلاحظ تضارب وتناقض في الاحكام والشروط التي عالجت مسؤولية عديم التمييز وكامل التمييز، وهذا التناقض والتضارب خلق عدم تماثل في الحلول وتجزئتها وخلق ارباكا للواقع العملي وجعل طريق المحاكم والباحثيين القانونيين مشوشا الى حد سوءأ لذلك برأينا ان المشرع العراقي قد سلك مسلك معيبا في هذا المجال واصفاً نفسه في دائرة النقد بعد المعالجة غير الموفقه له في هذا الباب. عليه نقترح على المشرع العراقي صياغة نص مشابه لما ذهب اليه المشرع المدني المصري في المادة (١٦٤) منه، وجعل من مسؤولية عديم التمييز مسؤولية احتياطية جوازية مخففة بحيث يجعل من احكام المسؤولية التقصيرية لا تنهض في مواجهة عديم التمييز الا في حال عدم وجود مسؤول عنه او وجد لكن انتفت مسؤوليته، او تعذر الحصول منه على التعويض.

رابعا- الخطأ المادي أو المعنوي الذي يشوب نصوص القانون المدني:- يعتبر النص مشوبا بخطأ مادي أو معنوي عندما تكون صياغته وردت فيها عبارة تتضمن خطأ ماديا أو معنويا فادحا بحيث لا

---

[1]) الدكتور عبد المجيد عبد الحكيم، الاستاذ عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج ١، مصادر الالتزام، منشورات مكتبة يادكار، سليمانية، العراق، ٢٠٢١م، ص٢٤٥.

يستقيم معنى النص إلا بتصحيحها وهذا النوع من العيوب هو أبسط العيوب واقلها شأنا، لأنه لا يستوجب تفسير النص وإنما تصحيحه وتوضيحه للمشرع المدني، من قبل الشراح والفقهاء[١] .

المطلب الثاني

الطرق التي يتخذها الفقه كوسيلة لاسناد وتطوير القانون المدني

على الرغم من ان اراء الفقهاء في الوقت الحاضر لا تعد من المصادر الرسمية في القانون العراقي بشكل عام وفي القانون المدني بشكل خاص، وبالرغم من ان الفقه لا يملك الصفة الرسمية في خلق القواعد القانونية الا ان ذلك لا يعني ان الفقه مجرد من اي فائدة، بل له اهمية بالغة في القانون المدني لما يحمل على عاتقه من واجبات من جانب، ولما يقدمه من دور فعال في تفسير نصوص القانون المدني واسناد المشرع والقضاء وقت الحاجة من جانب اخر. لذا في هذا المطلب سوف نقوم بالتطرق الى أهم الطرق التي يتبعها الفقيه في تفسير النص القانوني، ومن ثم سنحاول تسليط الضوء اخيرا على أهم الواجبات والادوار التي تقع على عاتق الفقيه اثناء ممارسته للمهمة الملقاة على عاتقه، وذلك على النحو الاتي:

الفرع الأول

طرق التفسير التي يتبعها الفقيه في تفسير القانون المدني

يسترشد الفقيه بطرق عدة لتفسير النص القانوني، وهذه الطرق اما تكون طرق تفسير خارجية، او تكون طرق تفسير داخلية، وسنحاول بيان كلتا الطريقتن وعلى النحو الاتي:

اولاً: طرق التفسير الخارجية:- وهي طرق يستند فيها الفقيه الى عنصر خارج التشريع ويستعين بها لازالة العيب الذي يواجه النص واهم طرق التفسير الخارجية ما يلي:

١- حكمة التشريع:- ويقصد به الغرض الذي هدف اليه المشرع المدني من وضع النص، او العلة التي اقتضت الحكم، وعن طريق ادراك الفقيه لعلة الحكم يقوم بتفسير وتوضيح ما شاب النص من عيب او غموض او نقص (٢).

---

[١] احمد يحيى عبد الفتاح مهران، حالات وطرق تفسير القانون، مقال منشور على شبكة الانترنت: http://lawmorning.blogspot.com/2010/08/blog-post_16.html?m=1 تاريخ اخر زيارة: ٢٠٢٦/١/١٣.

[٢] الدكتور عبد الباقي البكري، الدكتور زهير البشير، المصدر السابق، ص ١٢٥.

٢- **الاعمال التحضيرية:**- وتعني مجموعة مناقشات المجالس التشريعية والمذكرات التفسيرية ومحاضر اعمال اللجان، التي تقترن عادة بالتشريعات عند تحضيرها، وتبدو اهمية الاعمال التحضيرية في التعرف على نية المشرع المدني وحكمة التشريع وتفسير الالفاظ الغامضة او المبهمة، بيد انه مهما كانت أهمية الاعمال التحضيرية فانها لا تعتبر جزءاً من التشريع المدني، بل هي شيء خارج عنه يحتمل فيه الخطأ او الصواب، وهي غير ملزمة للقاضي(١).

٣- **المصادر التاريخية:**- وتعني المصادر التي أخذ عنها القانون المدني قواعده واستمد منها أحكامه، فالقوانين الأجنبية مثلا تعتبر بمثابة مصادر تاريخية لأغلب القوانين العربية الحديثة التي استمدت أحكامها منها، وبإمكان الفقيه، حينما يجد نفسه أمام نص قانوني غامض او نقص تشريعي، أن يرجع إلى المصدر التاريخي في القوانين الاجنبية وأن يفسر النص الذي يشوبه عيب على ضوء هذا القانون، ويجب الملاحظة ان رجوع الفقيه إلى المصادر التاريخية لتفسير القانون المدني إنما يكون على سبيل الاستئناس فقط(٢).

٤- **العادات:**- تعني مجموعة القواعد التي ألفها المجتمع في تعاملهم حتى استقرت في نفوسهم، ويستعين الفقيه بهذا العامل في تحديد نطاق كثير من الحقوق، كحقوق الملكية والجوار والارتفاق ويستعين بها الفقيه في تحديد ما يعتبر من أعمال التسامح التي لا تكسب حقا وما لا يعتبر حقا، كما أن الرجوع الى العادات أمر يلجأ إليه الفقيه في تفسير العقود إذا تبين للقاضي أن إرادة المتعاقدين قد اتجهت الى الاخذ بها(٣).

٥-**المبادئ العامة للقانون والعامل الاجتماعي:**- تعتبر المبادئ العامة للقانون المدني من الوسائل التي قد تساعد في فهم نصوص القانون، ومعرفة إرادة المشرع المدني منها، وتدخل في طرق التفسير المنطقية بخضوعها للمحاكمة العقلية، لأنها عبارة عن منارات تهدي الضالون إليها لمعرفة الحقيقة، لأن الأحكام العامة في القانون المدني أو المبادئ العامة فيها كمسألة البديهيات في الرياضيات لا يمكن البرهان عليها إلا أنها تساعد في إيجاد الحلول للمسائل المستعصية، ومن هذا القبيل فإذا كان النص غامضاً او معيبا فيجب تفسيره من قبل الفقهاء بما يتفق مع أحكام الدستور بوصفه القانون الأساسي في الدولة،

---

١) فارس حامد عبدالكريم، الادارات العامة والتفسير الرجعي للقانون، مقال منشور على شبكة الانترنت على الرابط: http://www.al-nnas.com/ARTICLE/is/2lo2.htm تاريخ اخر زيارة ٢٠٢٦/٢/٢.

٢) احمد يحيى عبد الفتاح مهران، مصدر سابق.

٣) الدكتور عبد الباقي البكري، الدكتور زهير البشير، المصدر السابق، ص ١٢٦.

وعلى الفقيه أن يتفهم الإرادة التشريعية بفضل هذه العوامل من خلال مراعاة الشعور العام في المجتمع ومدى ملائمة تفسير النص للواقع[١].

ثانياً: طرق التفسير الداخلية:- وتعني استخراج دلالة النص من ألفاظه وعباراته، وإشارته وروحه أي من داخل المنظومة التشريعية ذاتها ومن هذه الطرق:

١- **الاستنتاج من باب اولى-** يكون التفسير من قبل الفقهاء عن طريق القياس من باب أولى عندما تكون العلة في الحالة التي لم يرد بشأنها نص أوضح من الحالة التي ورد نص صريح واضح عليها[٢]، لذلك فإن القياس من قبل الفقهاء يكون من باب التفضيل والأولوية والرجحان على القياس بالطريق العادي، ولهذا يسمى بالقياس الجلي.

٢- **الاستنتاج بطريق القياس:-** ويكون ذلك بتطبيق الفقيه حكم وارد بشأن حالة معينة في القانون المدني على حالة أخرى لم ينص عليها القانون المدني، وذلك لوجود الشبه المؤكد بين الحالتين أو ما يسمى بالاتحاد بينهما في العلة[٣].

٣- **الاستنتاج من مفهوم المخالفة:-** يقصد به إعطاء الفقهيه لحالة غير منصوص عليها امامه حكما يكون عكس الحكم في حالة منصوص عليها لاختلاف العلة في الحالتين، ومثال ذلك حكم بيع الأموال المستقبلة في ظل القانون المدني فقد حرم القانون المدني بيع الحقوق في تركة إنسان على قيد الحياة ولو برضاه، ولكنه لم ينص على حكم بيع الشيء المستقبل وقد جرى القضاء على جواز بيع الأشياء المستقبلة عدا التركات المستقبلية بطريق الاستنتاج من مفهوم المخالفة [٤].

٤- **تقريب النصوص المتعلقة بموضوع واحد من بعضها:-** في حال ما ساق المشرع المدني عددًا من النصوص تتعلق بموضوع واحد كالحيازة مثلا أو المسؤولية وشرع الفقيه في تفسير أحدها وجب عليه أن ينظر إليها جميعا بنظرة شاملة دون أن يكرس جهده على نص واحد دون الاخر، فمن المحتمل أن تخالفها بعض النصوص في الحكم بعضها الآخر لذا يجب عليه المقارنة والتفريق بين الالفاظ الغامضة في النص من غيره من الألفاظ أو بين النصوص المتعارضة ومثال ذلك المادة (٢١٨) من القانون

---

[١]) عبد الحي الحجازي، المصدر السابق، ٥٢٦.

[٢]) الدكتور محمد واصل، المصدر السابق، ص ٢٦١.

[٣]) احمد يحيى عبد الفتاح، المصدر السابق.

[٤]) الدكتور عبد الكريم زيدان، الموجز في اصول الفقه، ط١، بغداد، ١٩٦٢، ص١٦٥.

المدني العراقي[١]، تنص على أن يكون الأب ثم الجد ملزماً بتعويض الضرر الذي أحدثه الصغير ولفظ الجد جاء مطلقا إذ يشمل أب الأب أو أب الأم في حين ذكر القانون ذاته في المادة (١٠٢) أن لفظ الجد يقصد به الجد الصحيح وهو (اب الاب) وعليه فإن الجد الصحيح هو ملزم بالتعويض إذا لم يكن أب الصغير حياً وهذا هو طريق تقريب النصوص.

الفرع الثاني

واجبات الفقه ودوره في إسناد القانون المدني

اولاً: واجبات الفقه:- من اهم الواجبات التي يقوم بها الفقهاء في إسناد وتطوير القانون المدني ما يلـــي:-

١- يقدم الفقه مادة قيمة يسترشد بها في العمل الذي يقوم به مما يدفع المشرع إلى تبنيها فيما يصدره من القواعد التشريعية، فهو يعد المشرع بالمبادئ العامة التي يستخلص منها القواعد التفصيلية وينبه المشرع إلى النقص أو العيب الموجود في التشريع ويدعوه إلى تدارك هذا النقص أو العيب بتعديل التشريع أو يطرحه من الآراء العلمية السديدة التي توجهه إلى وضع القانون السليم عندما يقوم بالتشريع[٢].

٢- يقوم الفقه بإثراء القانون المدني والاخذ به نحو التطور، حيث لا يقوم الفقهاء بمقارنة نصوص القانون المدني المحلي فقط بعضها بالبعض، بل ايضا مقارنة هذه النصوص مع القوانين المدنية في البلدان الأخرى، مما يؤدي الى اثراء القوانين المدنية المحلية وانشاء نظريات عامة متكاملة فيها[٣].

٣- توجيه القضاء بجميع درجاته في تطبيق القانون، ولذلك كثير من القضاة يسترشدون في احكامهم بآراء الفقهاء عند وجود خلل في تفسير نصوص القانون المدني اثناء النظر في النزاع المعروض، وان القانون المدني السويسري اكد هذه الحقيقية بالنص على أن القاضي المدني يطبق النصوص التشريعية،

---

[١] تنص المادة (١٠٢) من القانون المدني العراقي على(ولي الصغير هو ابوه ثم وصي ابيه ثم جده الصحيح ثم وصي الجد ثم المحكمة او الوصي الذي نصبته المحكمة). ينظر كذلك الى: عواطف عبد المجيد الطاهر، المصدر السابق، ص٧٥.

[٢] الدكتور عبد الفتاح الباقي، المصدر السابق، ص٢٠٨.

[٣] الدكتور غالب علي الداوودي، المصدر السابق، ص١٨٦.

والعرف، وقواعد العدالة، التي يضعها كما لو كان مشرعاً، وان يستلهم الحلول المكرسة في اعمال الفقهاء، وفي الاجتهاد القضائي([1]).

٤- كثيراً ما يكون الفقيه بمثابة رقيب على القاضي المدني، اذ هو يعمد في بعض الحالات الى نقد أحكام القضاة سواء كان ذلك في مؤلفاتهم أو في تعليقاتهم على هذه الأحكام التي ينشرها في المجلات القانونية وبذلك يبين للقاضي خطاه وبأخذ بيده الى الطريق الصواب في تطبيق القاعدة القانونية([2]).

٥- يسعى الفقه دائماً نحو التجديد والتطور في شرح ونقد القانون المدني والتعليق عليه لغرض توجيهه الى تحقيق الغايات المرجوة منها([3]).

ثانياً: الدور الذي يقوم به الفقه:- يأتي دور الفقه في القانون المدني عندما يخلو النص التشريعي من نص معين أو جاء بشكل مبهم أو كان يحتاج إلى تفسير أو الكشف عن الغموض الذي يعتريه او إبداء راي علمي في نص معين أي أن دور الفقه يمكن إجماله في اربعة امور الا وهي: التحليل، والتأصيل والنقد والتعميم.

١- **التحليل:** يقوم الفقهاء بتحليل وشرح وتوضيح نصوص القانون المدني ويبينون المقصود منها وشروط تطبيقها من الناحية النظرية واضافة إلى قيام الفقهاء بتحليل الأحكام القضائية وبيان حقيقتها والمراد منها([4]).

٢- **التأصيل:** المراد من مصطلح التأصيل الفقهي هو بيان الفكرة العامة والموجهة والكامنة وراء تشريع النصوص القانونية والاحكام القضائية. وبالنسبة للتشريع يقوم الفقهاء بجمع نصوص القانون وتقريبها من بعضها البعض محاولين بذلك استخلاص الاتجاه العام للتشريع المدني، اما بالنسبة للأحكام القضائية فيقوم الفقه بدور تأصيل الحكم القضائي بعد دراسته وتقريبه من الاحكام الأخرى الصادرة من مختلف

---

[1]) ينظر الى نص المادة (١) من القانون المدني السويسري. ينظر كذلك الى الدكتور، محمد واصل، المصدر السابق، ص٢١٠-٢١١.

[2]) الدكتور غالب علي الداوودي، المصدر السابق،١٨٦.

[3]) الدكتور عوض احمد الزعبي، المصدر السابق، ص٢٣٣.

[4])الدكتور عبد القادر الفار، المصادر السابق، ص ٩٤.

المحاكم الأخرى مستخلصاً بذلك الاتجاه العام الذي ينبغي على القاضي المدني اتباعه عند إصدار الاحكام القضائية(١).

٣- النقد: بعد أن يقوم الفقهاء بمهمة التحليل والتأصيل لنصوص القانون المدني والاحكام القضائية يأتي دور وزنها بمقدار التوافق الذي صادفته سواء من الناحية الاجتماعية (المثالية) أو من الناحية الفنية بمعنى البحث عن موافقتها للعدالة، فالنقد الذي يوجهه الفقهاء إلى نصوص القانون المدني والذي يأخذ به القاضي بدوره من شانه أن يمهد للكشف عن عيوب التشريع المدني وبيان نقصه والكشف عن العبارات الغامضة فيها وابراز أي مأخذ يعتري القانون(٢).

٤- التعميم: يقوم الفقه بدور التعميم عن طريق استخلاص المبادئ العامة من جملة النصوص التشريعية التي يضعها المشرع فالفقه يقوم الانتقال من الأحكام الجزئية والتفصيلية إلى القواعد الكلية والمبادئ العامة فتصبح هذه القواعد صالحة لأن تستنتج وتستخرج منها قواعد قانونية جديدة يمكن الأخذ بها من قبل المشرع والقاضي المدني، ويعتبر دور التعميم من أهم الادوار التي يقوم بها الفقه كمصدر تفسيري فبفضل هذا الدور رسخت العلوم القانونية جملة من المبادئ التي يستهدي بها المشرع والقضاء(٣).

---

١) الدكتور حسن يوسف حسن، المدخل لعلم القانون، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط١، القاهرة، ٢٠١٣، ص٩٨.

٢) الدكتور عبد القادر الفار، المصادر السابق، ص ٩٤.

٣) المصدر نفسه، ص ٩٤.

الخاتمة

في نهاية هذا البحث نحاول ان نقدم ابرز النتائج التي توصلنا اليها، مع الاشارة الى عدد من المقترحات التي من الممكن ان تساهم في اضافة او تعديل القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١م.

اولاً: الاستنتاجات:

١. أن الفقه كمصدر تفسيري له عمل محدد وفي حالات معينة ومنها، حالة سهو المشرع عن ايراد حكم معين، أو غموض النصوص التشريعية، وتناقضها بعضها مع بعض، أو وجود خطأ مادي غير مقصود في بعض النصوص.
٢. طبيعة الفقه كمصدر من المصادر التفسيرية يغلب عليه الطابع النظري بحكم طبيعة عمل الفقهاء من تقديم الاقتراحات وتفسير النصوص في مؤلفاتهم، والمجلات القانونية، التي يعملون فيها في المعاهد والجامعات.
٣. ان الفقه في الوقت الحاضر مهما عظم الدور الذي يقوم به ومهما بلغ قوته في تفسير النصوص أو شرحها او تقديم اقتراحات للمشرع المدني، أو القضاء فانه يبقى غير ملزم من الناحية النظرية.
٤. يلجا الفقيه اثناء انجاز المهمة الاساسية الموكلة اليه الا وهي تفسير نصوص القانون المدني من اللجوء الى طرق مختلفة للتفسير سواء كانت خارجية او داخلية وذلك للوصل للغرض المقصود في عمله.
٥. ابرز دور يقوم به الفقه يكمن في اربع ادوار وهي التحليل، والتأصيل، والنقد، والتحليل، ومن اهم هذه الادوار التي يقوم بها الفقه هي مهمة التعميم.

ثانياً: المقترحات:

١. نقترح على المشرع المدني العراقي ان يعطي دوراً أكبر للفقه وان يلزم القضاء بأن يأخذ بالتفسير والاقتراحات المقدمة من قبل بعض الفقهاء في بعض الحالات المعينة.
٢. ندعو المشرع العراقي الى اعادة النظر في الفقرة الثانية من المادة الاولى التي يقدم فيها المشرع العرف على مبادئ الشريعة الاسلامية، واعطاء الشريعة الاسلامية ومن ثم القضاء والفقه في حال وجود نقص تشريعي مهمة سد هذا النقص لما تحتويه هذه الوسائل والمصادر من قدرة على مسايرة التطورات السريعة التي تطرأ على عجلة الحياة بشكل لا مقدرة للمشرع المدني

العراقي على احتوائها جميعها ومن ثم وضع العرف بعد هذه المصادر لقلة اللجوء اليه في الوقت الحاضر.

٣. ندعو المشرع المدني العراقي إلى الاستعانة ببعض الفقهاء البارزين في مجال القانون المدني في العراق، عند صياغتهم للقانون لما يملكونه من خبرات وتجارب تمنع المشرع من الوقوع في السهو، أو النقص اثناء صياغة النصوص القانونية.

٤. نقترح على المشرع العراقي لرفع التناقض والتضارب الحاصل بين المادة (١٨٦) والمادة (١٩١) من جهة، ومن جهة اخرى تحقيقا لمقتضيات العدالة صياغة نص مشابه لما ذهب اليه المشرع المدني المصري في المادة (١٦٤) منه، وجعل من مسؤولية عديم التمييز مسؤولية احتياطية جوازية مخففة بحيث يجعل من احكام المسؤولية التقصيرية لا تنهض في مواجهة عديم التمييز الا في حال عدم وجود مسؤول عن عديم التمييز او وجد لكن انتفت مسؤوليته، او تعذر الحصول منه على تعويض.

قائمة المصادر

اولاً: المصادر اللغوية:

١. مختار الصحاح، لمحمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي. حرف الفاء (فقه)، المكتبة العصرية –الدار النموذجية، ١٤٢٠ هـ _ ١٩٩٩م.

ثانياً: المصادر القانونية:

١.احمد الزعبي، المدخل الى علم القانون، الجامعة الاردنية، ط٢، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الاردن،٢٠٠٣م.

٢.احمد سلامة، المدخل لدراسة القانون، دار الفكر العربي، مصر، ١٩٧٤م.

٣.اسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ج١، مكتبة عبدالله وهبة، مصر، ١٩٦٦م.

٤.بدر ابو العينين، بيان النصوص التشريعية طرقه وانواعه، مؤسسة شباب الجامعة الاسكندرية، ١٩٨٢م.

٥.حسن خطيب، مبادئ اصول القانون، مطبعة حداد، البصرة،١٩٦٥م.

٦.حسن يوسف حسن المدخل لعلم القانون المركز القومي للإصدارات القانونية ط١ القاهرة ٢٠١٣م.

٧.خالد الزعبي، منذر الفضل، المدخل الى علم القانون، ط٢، مكتبة دار النشر والتوزيع، عمان دون سنة نشر.

٨.خالد وزاني، مناهج التفسير النصوص بين علماء الشريعة والقانون، دار الجامعة الجديد، الاسكندرية، ٢٠٠٧م.

٩.درع حماد، النظرية العامة للالتزامات،ج١، مصادر الالتزام، مكتبة السنهوري، بيروت، لبنان، ٢٠١٦م.

١٠.سعدي البرزنجي، ملاحظات نقدية في القانون المدني، ط١، اربيل، ٢٠٠٧م.

١١.سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، منشاة المعارف، الاسكندرية، مصر، ١٩٩٩م.

١٢.عباس الصراف وجورج حزبون، المدخل الى علم القانون، كلية الحقوق الجامعة الاردنية، ط١، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٣م.

١٣.عبد الباقي البكري، زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٥م.

١٤.عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزامات وفقا للقانون الكويتي، ج١، مطبوعات جامعة كويت، كلية الحقوق، دون سنة نشر.

١٥.عبد الرزاق احمد السنهوري، حشمت ابو ستيب، اصول القانون (المدخل لدراسة القانون)، مطبعة النهضة العربية، القاهرة، ١٩٥٠م.

١٦.عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية القانون، مطبعة دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، مصر، دون سنة نشر.
١٧.عبد القادر الفار، مدحل لدراسة العلوم القانونية النظرية العامة للحق، ط١٤، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٤٣٤هـ_٢٠١٣م.
١٨.عبد الكريم زيدان، الموجز في اصول الفقه، ط١، بغداد، ١٩٦٢م.
١٩.عبد المجيد عبد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج ١، مصادر الالتزام، منشورات مكتبة يادكار، سليمانية، ٢٠٢١م.
٢٠.عبد المجيد محمود مطلوب، المدخل الى الفقه الاسلامي، ط١، مؤسسة الرسالة ناشرون، دمشق،٢٠٠٦ م.
٢١.عبدالباقي البكري، محمد طه البشير، المدخل لدراسة القانون، دار السنهوري ،بيروت، لبنان، طبعة جديدة، ٢٠١٥م.
٢٢.عبدالرزاق احمد السنهوري، علم اصول القانون، مطبعة فتح الله الياس نوري واولاده، مصر، ١٣٥٤هـ_١٩٣٦م.
٢٣.عصمت عبد المجيد بكر، احكام ايجار اموال الدولة، بغداد، ١٩٩٩م
٢٤.علي محمد بدير، المدخل لدراسة القانون دار الطباعة الحديثة، بصرة، ١٩٧٠م.
٢٥.علي محمد جعفر، تاريخ القانون والشرائع، الطبعة الاولى، بيروت،١٩٨٢م.
٢٦.عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني، الجزء الاول، الطبعة الثانية، مطابع البصيرة، الاسكندرية، مصر،١٩٥٤م.
٢٧.غالب علي الداودي، المدخل الى علم القانون، دار وائل للطباعة والنشر والتوزيع،١٩٩٨م.
٢٨.عواد حسين ياسين العبيدي، الزام القاضي بالتفسير المتطور للقانون، مكتبة السنهوري، بيروت، لبنان، الطبعة الاولى، ٢٠١٦م.
٢٩.محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون والشريعة الاسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٩م.
٣٠.محمد واصل، المدخل الى علم القانون، منشورات جامعة دمشق كلية الحقوق، ٢٠١١م.

ثالثاً: الرسائل والاطاريح:

١. محسن بن ناصر المقاطي، دور القاضي في تفسير العقد في القانون المدني الاردني، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة الاردنية، ٢٠١٠م.

رابعاً: البحوث المنشورة:

١. فايز محمد حسين محمد، اثر مشروع السنهوري في القوانين المدنية العربية، ج١، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة الاسكندرية، العدد الثاني، ٢٠١٤م.
٢. عواطف عبد المجيد الطاهر، القصور التشريعي، بحث منشور في مجلة كلية الدجلة الجامعة، المجلد الثاني، العدد الاول، ٢٠١٩م.

خامساً: القوانين:

١. القانون المدني الفرنسي ١٨٠٤م.
٢. القانون المدني السويسري لسنة ١٩٠٧م.
٣. القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨م.
٤. القانون المدني السوري رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩م.
٥. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
٦. القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦م.

سادساً: القرارات القضائية:

١. قرار محكمة التمييز المرقمة ٧٣٢، في ١٩٤٢/٤/١٩م، منشور في مجلة القضاء العددان (٢،١) السنة ثلاثون، ١٩٧٥م.

سابعاً: المواقع الالكترونية:

١. احمد يحيى عبد الفتاح مهران، حالات وطرق تفسير القانون، مقال منشور على شبكة الانترنت: http://lawmorning.blogspot.com/2010/08/blog-post_16.html?m=1. تاريخ اخر زيارة: ٢٠٢٦/١/١٣.
٢. فارس حامد عبدالكريم، الادارات العامة والتفسير الرجعي للقانون، مقال منشور على شبكة الانترنت على الرابط: http://www.al-nnas.com/ARTICLE/is/2lo2.htm تاريخ اخر زيارة ٢٠٢٦/٢/٢.
٣. محمد عبدالكريم يوسف، التفسير القانوني للنصوص، مقال منشور على شبكة الانترنت https://thakafamag.com/?p=26196. تاريخ اخر زيارة: ٢٠٢٦/٢/٤.