جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
معهد العلمين للدراسات العليا
قسم القانون – القانون الخاص

الأحكام الإجرائية العرفية في المحاكم المدنية
(دراسة مقارنة)

رسالة مقدمة من قبل الطالب

كاظم قاسم صالح الموسوي

إلى مجلس معهد العلمين للدراسات العليا

كجزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الخاص

إشراف

الاستاذ الدكتور

عادل شمران حميد الشمري

١٤٤٧ هـ

٢٠٢٥م

بِسمِ اللهِ الرَّحمَنِ الرَّحِيمِ

إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا ۝

صدق الله العلي العظيم

سورة النساء – الآية ٥٨

الإهداء

إلى قدوتي الأولى، والقنديل الذي ينير دربي، من علمني أن الحياة كفاح وتحدي، إلى من رفعت رأسي عالياً افتخاراً به

أبي العزيز وامي الغالية أدامهما الله ذخراً لي

إلى من أشد بهم أزري وكانوا لي سنداً وعضداً، من ملؤوا أيامي فرحاً وعزماً على تحقيق النجاح، وكانوا لي عوناً في السراء والضراء

أهلي وأقربائي أدامكم الله

إلى أساتذتي الأكارم الذين نهلت من علمهم الواسع وحكمتهم الرشيدة حفظهم الله وسدد خطاهم

إلى منبر العلم والعلماء

معهد العلمين للدراسات العليا

لكم جميعاً أهدي ثمرة جهدي المتواضع هذا

الباحث

شكر وعرفان

أشكر الله العظيم الذي وفقني وأعانني بفضله على إتمام هذا العمل المتواضع، فالحمد لله حتى يبلغ الحمد منتهاه.

يسعدني أن أتقدم بالشكر الجزيل إلى معهد العلمين للدراسات العليا، وإدارته التي كان لي شرف الانتماء إليه.

مثلما أنحني تقديراً وإجلالاً للقامة العملية المتميزة المتمثلة **بالأستاذ الدكتور عادل شمران حميد الشمري** الذي شرفني بالموافقة على الإشراف على هذه الرسالة، وقدم لي كثيراً من الجهد والوقت والمتابعة من أجل إنجاز هذه الرسالة، ولم يدخر جهداً ولم يبخل بنصيحة، ومنحنني من علمه وتوجيهاته القيمة وآرائه السديدة التي كانت خير عون في إنجاز رسالتي هذه، أتقدم إليه بأسمى آيات الشكر والثناء والعرفان بالجميل.

ومن دواعي سروري واعتزازي ان أسطر خالص شكري وتقديري إلى من غرس في قلبي جذور الود والاعتزاز إلى جميع الأساتذة والدكاترة والمدرسين في معهد العلمين وذلك لما قدموه في السنة التحضيرية، ولما احاطوني به من رعاية إنسانية وعلمية تركت في نفسي أثراً طيباً لن أنساه ما حييت، داعياً المولى عز وجل أن يمد في عمرهم ويمنحهم الصحة والعافية.

ولا يفوتني في هذا المقام أن أتوجه بعميق امتناني وثنائي إلى أساتذتي الأفاضل، إذ كان لي الشرف بقبولهم العضوية في لجنة المناقشة سائلاً الله أن يجعلهم ذخراً لينهل كلَ طالب من فيضِ عِلمهمٍ.

متمنياً لجميع القامات العلمية والقانونية والإدارية في المعهد التوفيق والنجاح وان ينعم الله عليهم بالخير والبركة وأن يوفقهم لما يحبه ويرضاه ويمنحهم مزيداً من الصحة والسعادة، انه سميعٌ مجيب الدعاء.

الباحث

الملخص

لموضوع الأحكام الإجرائية العرفية في المحاكم المدنية ودور العرف في ضوء القانون المدني؛ اهمية كبيرة يتمتع بها وللدور الكبير الذي يؤديه، لأن العرف يقوم بدور كبير في مجال القانون الخاص، فكثيراً ما يحكم العرف بعض المسائل القانونية في حالة غياب النص، وفي بعض الحالات يلجأ المشرع عند تنظيم موضوع معين إلى العرف؛ وذلك لتفصيل بعض المسائل التي تستلزم تطبيقه، فقد نص المشرع العراقي في المادة الأولى الفقرة الثانية من قانون المدني العراقي على ما يلي: (فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فاذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة...)، والتي تقابلها المادة الأولى من القانون المدني المصري الفقرة (٢) والتي تنص على انه: فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبقه حكم القاضي بمقتضى العرف فاذا لم يوحد فبمقتضى مبادي الشريعة الإسلامية فاذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، اما المشرع الفرنسي فليس لديه نص نظير لنصي المشرعين العراقي والمصري المتقدمين، غير أنه قد نص في المادة (٤) من القانون المدني على ان القاضي الذي يمتنع عن الحكم بذريعة نقص القانون أو غموضه أو عدم كفايته يمكن ملاحقته كمرتكب للاستنكاف عن أحقاق الحق.

وتعد القواعد العرفية قانوناً ملزماً بعد أن تتوافر لها عناصر العرف المادية والمعنوية، ولكن السؤال الذي يطرح نفسه أين تكمن هذه القوة الملزمة التي جعلته مصدراً رسمياً من بين مصادر القانون ؟

وفي معرض الإجابة على هذا السؤال تعددت الآراء, فهناك من ارجع ذلك إلى رضا المجتمع وهناك من يرى أساس هذه القوة الضرورات الاجتماعية أي للقواعد العرفية قوة ذاتية،

وهناك من أنكر ما تقدم وذهب إلى أن أساس ذلك هو جهة معينة أضفت عليه هذه القوة, وهي القضاء), ورأي آخر يرى تلك الجهة هي (المشرع)، ورغم تعدد الآراء، ولكن لا أحد ينكر عنصر الإلزام فيه الذي رقى به إلى الرتبة الرسمية مثلما تقدم، ففي البلدان – كالعراق ومصر – التي جعلته في المرتبة الثانية بعد التشريع صار للقواعد العرفية دور في سد الفراغ التشريعي، فتؤخذ منه القاعدة القانونية حين افتقاد النص، وبهذا يكون له دور مكمل للتشريع وله دور آخر – أيضا –حين إرادة تطبيق النص إذ يرجع إليه لمعرفة مستلزمات هذا التطبيق أو لتشخيص موضوع الحكم القانوني، أو المعرفة دلالة الألفاظ المستعملة في النص التشريعي وبهذا يكون له دور مساعد للتشريع، ةقدمناه في فقه القانون وأصوله مع بيان ما في الفقه الإسلامي وأصوله وتقريب ما في هذا الثاني لاسيما في الأسس والأدلة في قوته وحجيته – من الأول لنوظف ما فيه لتقييم دور القواعد العرفية في المحاكم المدنية في سد الفراغ التشريعي الذي يبتني على أساس ما ورد في إطار تقدير تلك الأسس والأدلة وهو المحور الجوهري في هذا البحث كي تنتهي هل أن تلك الأسس تنهض به إلى القيام بالدورين المذكورين أعلاه، أو أن له دوراً محدداً.

الفهرست

الموضوع	الصفحة
المقدمة	١-٤
الفصل الأول: ماهية القواعد العرفية في الأحكام الإجرائية أمام المحاكم المدنية	**٦-٦٨**
المبحث الأول: ماهية القواعد العرفية لتكوين الأحكام الاجرائية	**٧-٣٠**
المطلب الأول: التعريف بالقواعد العرفية	٨-٢٢
الفرع الأول: تعريف العرف	٩-١٤
الفرع الثاني: اركان العرف وتمييزه	١٥-٢٢
المطلب الثاني: مزايا وعيوب واقسام القواعد العرفية	٢٣-٣٠
الفرع الأول: مزايا وعيوب القواعد العرفية	٢٤-٢٧
الفرع الثاني: اقسام العرف	٢٧-٣٠
المبحث الثاني: الاركان الإجرائية للحكم المدني	**٣١-٦٨**
المطلب الأول: الحكم المدني واركانه الاجرائية	٣٢-٥١
الفرع الأول: تعريف الحكم المدني ومراحله	٣٢-٤٤
الفرع الثاني: الاركان الإجرائية للحكم المدني	٤٤-٥١
المطلب الثاني: اساس القوة الملزمة للعرف	٥٢-٦٠
الفرع الأول: القوة الملزمة للعرف	٥٢-٦٠
الفرع الثاني: عناصر الحكم المدني	٦٠-٦٨
الفصل الثاني: الاستدلال بالقواعد العرفية في بناء الحكم المدني	**٧٠-١٢٠**

الموضوع	الصفحة
المبحث الأول: الاستدلال بالقواعد العرفية للوصول للأحكام الإجرائية	**٧٣-٩٥**
المطلب الأول: دور الاستدلال في القاعدة العرفية	٧٤-٨٣
الفرع الأول: دور الاستدلال في القاعدة العرفية في القانون العراقي	٧٥-٧٩
الفرع الثاني: دور الاستدلال في القاعدة العرفية في القانون المصري	٨٠-٨٣
المطلب الثاني: الاستدلال بإجراءات اقامة الدعوى أمام المحاكم المدنية	٨٤-٩٥
الفرع الأول: جوانب النظرية لإجراءات إقامة الدعوى أمام المحاكم المدنية	٨٥-٨٨
الفرع الثاني: الجوانب العملية لإجراءات إقامة الدعوى الإجرائية العرفية	٨٩-٩٥
المبحث الثاني: مظاهر الاستدلال بالقواعد العرفية والرقابة عليها	**٩٦-١٢٠**
المطلب الأول: مظاهر الاستدلال بالقواعد العرفية في واقع الدعوى أمام المحكمة المدنية	٩٧-١٠٧
الفرع الأول: تقييم الواقعة محل الدعوى في المحكمة المدنية	٩٨-١٠٣
الفرع الثاني: استخلاص الواقعة الصحيحة في الدعوى أمام المحكمة المدنية	١٠٣-١٠٧
المطلب الثاني: كيفية اثبات القواعد العرفية والرقابة عليها	١٠٨-١٢٠
الفرع الأول: كيفية اثبات القواعد العرفية	١١٠-١١٥
الفرع الثاني: رقابة المحكمة على القواعد العرفية	١١٥-١٢٠
الفصل الثالث: دور القواعد العرفية في الأحكام الإجرائية أمام المحاكم المدنية	**١٢١-**
المبحث الأول: دور القواعد العرفية في سد الفراغ التشريعي على وفق القواعد الاجرائية	**١٢٤-١٥١**
المطلب الأول: الدور المكمل للقواعد العرفية لاستخراج الأحكام الاجرائية	١٢٦-١٤١
الفرع الأول: مضمون الدور المكمل للتشريع لاستخراج الأحكام الاجرائية	١٢٧-١٣٤

الموضوع	الصفحة
الفرع الثاني: تطبيقات الدور المكمل للعرف لاصدار الأحكام الاجرائية	١٣٥-١٤٠
المطلب الثاني: الدور المساعد للعرف لإصدار الأحكام الاجرائية	١٤٠-١٥١
الفرع الأول: مضمون الدور المساعد للعرف لإصدار الأحكام الاجرائية	١٤٢-١٤٧
الفرع الثاني: تطبيقات الدور المساعد للعرف لإصدار الأحكام الاجرائية	١٤٨-١٥١
المبحث الثاني: مركز القواعد العرفية بين مصادر القانون وتكييفها للوقائع	**١٥٢-**
المطلب الأول: أمكانية مخالفة القواعد العرفية لنصوص التشريع من عدمه	١٥٣-١٥٩
الفرع الأول: عدم قدرة القواعد العرفية على الغاء نص تشريعي	١٥٤-١٥٦
الفرع الثاني: جواز مخالفة القواعد العرفية للنص التشريعي	١٥٧-١٥٩
المطلب الثاني: مناط التكييف للوقائع على الحكم المدني	١٦٠-
الفرع الأول: تأسيس تكييف الوقائع على الاستدلال	١٦١-١٦٣
الفرع الثاني: أثر تكييف الوقائع على مراحل الحكم المدني	١٦٣-١٦٩
الخاتمة	١٧٠-١٧٤
أولاً. النتائج	١٧٠-١٧٢
ثانياً: المقترحات	١٧٢-١٧٤
قائمة المصادر	١٧٥-١٩٤
الملخص بالانكليزي	A-B

مقدمة

مقدمة

أولاً: موضوع الدراسة.

يعد العرف مصدراً من مصادر القانون بشكل عام والقانون المدني العراقي، ولكنه يعد مصدراً إحتياطياً؛ بحيث لا يلجأ القاضي إلى تطبيق العرف إلا إذا لم يجد نصاً تشريعياً يمكن تطبيقه على المسألة المعروضة عليه.

وتتميز القواعد القانونية في أي مجتمع بخصائص تعكس طبيعة ذلك المجتمع وظروف الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي يعيشها، وتعد القواعد أو الأحكام الإجرائية العرفية من أهم القواعد القانونية في أي دولة أو قانون من اجل تسيير الدعوى أمام المحاكم المختصة وصولاً إلى إصدار الحكم ومن ثم تنفيذه أمام الدائرة المعنية بعد اكتسابه الدرجة الباتة في الحكم.

ويقصد بالقواعد الإجرائية العرفية تلك القواعد التي لم توضع في نصوص تشريعية مكتوبة وإنما نشأت وتطورت في المجتمع نتيجة للعرف والتقاليد السائدة فيه، وتعد هذه القواعد من أهم مصادر القانون في المجتمعات التقليدية التي تعتمد على العرف والتقاليد في تنظيم شؤونها المختلفة بما في ذلك المحاكمة والقضاء.

فدأب بعض المشرعين على وضع نطاق للمعالجات التي يتم بمقتضاها الاستدلال القضائي لسد الفراغ التشريعي عن طريق القواعد الإجرائية العرفية في اصدار الحكم أمام المحاكم المدنية، وذلك تقويماً لمسلك القضاة في الاستدلال العرفي ولقطع الجدل والاعتراض الذي قد يثار، فيما لم تركت الأمور بلا موجه، فذهب المشرع لوضع الموجهات أمام القضاء ليرسم له الطريق ويجد فيها الحلول، إذا ما ثبت وجود العجز التشريعي، ويبدو أن المشرع العراقي قد ساير هذا الاتجاه بخصوص وضع تلك الموجهات، فنص على اتباع العرف عند قصور النص التشريعي وعوزه، وأورد مبادئ الشريعة من بعدها، ومن ثم تلاها بذكر قواعد العدالة بوصفها مصادر أصلية يتم اللجوء اليها عند الحاجة.

فعند غياب النص التشريعي، يكون القاضي أمام حالة الفراغ التشريعي حينئذ، وقد أعطى المشرعين العراقي والمصري للعرف المرتبة الأولى في المصادر الاحتياطية لسد هذا الفراغ، وكذلك الحال بالنسبة للقاضي الفرنسي، وإن لم ينص مشرعه على الإحالة إليه إلا إن للعرف قوة ذاتية تلقائية، فمع عدم وجود النص التشريعي فيصار إليه في الاستدلال المنطقي للعرف لبناء الحكم القضائي.

ثانياً: أهمية الدراسة.

يعد موضوع الأحكام الإجرائية العرفية من المسائل التي تكتسب أهمية كبيرة لما له من دور فعال في مجال القانون المدني؛ بحيث يتم اللجوء للعرف وللأحكام الإجرائية العرفية في العديد من المسائل التي تعرض على المحاكم المدنية.

ثالثاً: أهداف الدراسة.

تهدف هذه الدراسة إلى التعرف على الأحكام الإجرائية العرفية في المحاكم المدنية في العراق وإجراء المقارنة مع الأحكام الإجرائية العرفية في بعض الدول العربية من أجل التعرف على نقاط التشابه والاختلاف بين هذه الأحكام بغية الاستفادة من هذه القواعد التي تطورت المجتمعات العربية، والتي يسترشد بها المشرع العراقي عند وضع القوانين أو تعديل القوانين السارية في المجتمع العراقي، وتهدف ايضاً لبيان موضوع العرف في القانون المدني وذلك لمعرفة طبيعته والقواعد التي تحكمه، مثلما يهدف البحث إلى تناول الجانب العملي المتمثل في السوابق القضائية في مجال العرف أمام المحاكم المدنية حتى يتم ربط الجانب النظري بالعملي.

رابعاً: اشكالية الدراسة.

يتطلب وجود النقص التشريعي في القواعد الإجرائية إجراء هذه الدراسة من أجل التعرف على تأثير العرف على هذه الأحكام والوقوف على نقاط أوجه التشابه والاختلاف بينهما، ومن ثم يحصل الإثراء للفكر القانوني للمشرع عبر الاستفادة من تجارب المشرعين العرب الآخرين الذين تقترب تشريعاتهم من التشريعات العراقية، على الرغم من أن العرف يعد من المصادر المهمة للتشريع، إلا أن هنالك صعوبة كبيرة في التعرف على القواعد العرفية، وأن هنالك خلافاً كبيراً

حول تطبيق العرف بواسطة القضاء أمام المحاكم المدنية مما نتج عنه تضارب في الأحكام القضائية.

خامساً: منهجية الدراسة.

سوف نعتمد في هذه الدراسة على المنهج التحليلي الوصفي المقارن بحيث يتم تحديد وبيان معالم النصوص القانونية المتعلقة بالعرف وبالأحكام الإجرائية العرفية أمام المحاكم المدنية في العراق ومصر وبعض الدول الأخرى عبر القانون المدني المصري رقم ١٣١ لعام ١٩٤٩، وقانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١، وقانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩المعدل، وقانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩، وغير ذلك مما يحيط بها.

سادساً: خطة الدراسة.

ولبيان الأحكام الإجرائية العرفية أمام المحاكم المدنية ودور العرف في تكوينها سوف نقسم موضوع دراستنا على ثلاث فصول، وسوف نعتمد منهجية التقسيم الثنائي المتبعة في المنهجية العلمية وذلك عبر تقسيم الفصول الواردة في الرسالة عل مبحثين، وكلّ مبحث سوف نقسمه على مطلبين، وصولاً للخاتمة والتي تضمن أهم الاستنتاجات والتوصيات، بناءً على الشكل التالي إذ اوردنا الفصل الأول تحت عنوان ماهية القواعد العرفية والأحكام الإجرائية أمام المحاكم المدنية وقد قسمناه على مبحثين ندرس في المبحث الأول ماهية القواعد العرفية والأحكام الإجرائية أمام المحاكم المدنية ونخصص المبحث الثاني للحديث عن ماهية القواعد العرفية والأحكام الإجرائية أمام المحاكم المدنية.

ونتناول في الفصل الثاني الاستدلال بالقواعد العرفية في بناء الحكم المدني وقد قسمناه على مبحثين نتحدث في المبحث الأول عن الاستدلال بالقواعد العرفية للوصول للأحكام الإجرائية ونخصص المبحث الثاني لدراسة مظاهر الاستدلال بالقواعد العرفية والرقابة عليها، أما بالنسبة إلى الفصل الثالث فقد تناولنا فيه دور القواعد العرفية في الأحكام الإجرائية أمام المحاكم المدنية وأيضاً قسمناه على مبحثين نبين في المبحث الأول دور القواعد العرفية في سد الفراغ التشريعي على وفق القواعد الإجرائية ونخصص المبحث الثاني لدراسة مركز القواعد العرفية بين مصادر القانون وتكييفها للوقائع.