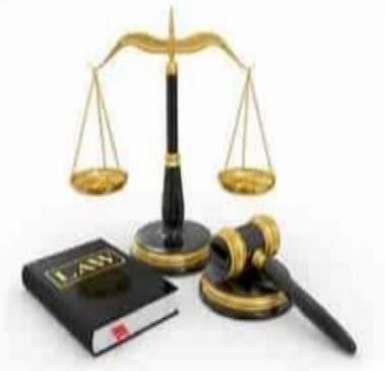
ISSN: 2075-7220 : الرقم الدولي

ISSN: 2313-0377 : الرقم الدولي العالمي

مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية



مجلة علمية فصلية محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة بابل

العدد الثالث/ملحق 2024 السنة السادسة عشر

رقم الايداع في دار الكتب والوثائق ببغداد 1291 لسنة 2009

Print ISSN : 2075-7220

Online ISSN : 2313-0377

Al-Mouhaqiq Al-Hilly Journal For Legal and Political Science

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University

Third issue/Appendix 2024 Sixteenth year

No. Deposit in the Archives office – office 1291 for the national Baghdad in 2009

هيئة تحرير المجلة

ت	الاسماء	الصفة	مكان العمل	الاختصاص العام	الاختصاص الدقيق
1	أ.د. فراس كريم شيعان	رئيس هيئة التحرير	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون دولي خاص
2	م.د. هند فائز احمد	مدير هيئة التحرير	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون دولي خاص
3	أ.د. اسراء محمد علي سالم	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون جنائي
4	أ.د. اسماعيل صعصاع غيدان	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون اداري
5	أ.د. حسون عبيد هجيج	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون جنائي
6	أ.د. ضمير حسين ناصر	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون مدني
7	أ.د. وسن قاسم غني	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون مدني
8	أ.د. ذكرى محمد حسين	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون تجاري
9	أ.د. صادق محمد علي	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون اداري
10	أ.د. اسماعيل نعمة عبود	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون جنائي
11	أ.م.د محمد جعفر هادي	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون مدني
12	أ.م.د. رفاه كريم كربل	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون اداري
13	أ.م.د. قحطان عدنان عزيز	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون دولي
14	أ.م.د. ماهر محسن عبود	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون مدني
15	أ.م.د. اركان عباس حمزة	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون دستوري
16	أ.د. مروان محمد محروس	عضواً	كلية الحقوق/جامعة البحرين	قانون	ــــــــــ
17	أ.د. مزهر جعفر عبد جاسم	عضواً	اكاديمية السلطان قابوس لعلوم الشرطة / عمان	قانون عام	قانون جنائي
18	أ.د. سهيل حدادين	عضواً	الجامعة الاردنية	قانون	ــــــــــ
19	أ.د. فتحي توفيق عبد الرحمن	عضواً	كلية القانون/جامعة البتراء	قانون	ــــــــــ
20	أ.م.د. منى محمد عباس عبود	مدقق اللغة الانجليزية	كلية التربية الاساسية / جامعة بابل	اللغة الانجليزية	ــــــــــ
21	م.د. احمد سالم عبيد	مدقق اللغة العربية	كلية القانون / جامعة بابل	اللغة العربية	ــــــــــ

الفهرس

ت	عنوان البحث	اسم الباحث	عدد الصفحات
1	الاجتهاد القضائي المدني ومسوغات اللجوء اليه (دراسة مقارنة)	أ.د. ميري كاظم عبيد الخيكاني م.م.هاجر عبد العظيم عنبر	30 – 1
2	مآل المستحدثات التي يقيمها المستأجر في المأجور (دراسة مقارنة)	أ.م.د.حبيب عبيد مرزة العماري	68 – 31
3	المواجهة القانونية للأفعال الاجرامية باستخدام الذكاء الاصطناعية (الحقوق الملكية – انموذجاً)	م.د. كرار حيدر ضياء	99 – 69
4	حق الاجنبي في اللجوء الى القضاء الدستوري (دراسة مقارنة بين القانون العراقي والقانون الايراني)	أ.د.محمد مهدي عزيز اللاهي عقيل حمود حمزة المرشدي	118 – 100
5	التكاملية بين القواعد الاسنادية والموضوعية في مواجهة تغير موطن المؤمن له (دراسة مقارنة بين القانون العراقي والمصري والايراني)	أ.د.محمد مهدي عزيز اللاهي احمد صاحب عباس	143 - 119

مجلة المحقق الحلي

للعلوم القانونية والسياسية

مجلة علمية فصلية محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة بابل

العدد الثالث/ ملحق

السنة السادسة عشر

2024

البريد الالكتروني **https://www.iasj.net/iasj/journal/160/issues**

رقم الايداع في دار الكتب والوثائق ببغداد 1291 لسنة 2009

الاجتهاد القضائي المدني ومسوغات اللجوء إليه (دراسة مقارنة)

أ.د. ميري كاظم عبيد الخيكاني
جامعة بابل/ كلية القانون

م.م. هاجر عبد العظيم عنبر
جامعة بابل/ كلية القانون
law179.hajer.abad@uobabylon.edu.iq

تاريخ استلام البحث:2024/9/10 تاريخ قبول النشر:2024/10/1 تاريخ النشر:2024/10/30

الملخص

يحتل الدور الاجتهادي لأحكام محكمة التمييز دوراً متميزاً في صياغة القاعدة القانونية، بفضل الدور الذي تمارسه هذه المحكمة في تطويع القانون المدني في ظل استمرار الظروف المتغيرة للمجتمع مع بقاء الجمود التي تتسم به القاعدة القانونية، ذلك أن المشرع مهما توخى الدقة والكمال في عمله في صياغة القاعدة القانونية، فانه لا يستطيع أن يحيط بكل شيء وأن يضع الحلول اللازمة لكل القضايا الجديدة التي تظهر في المجتمع لذلك تحرص المحاكم من خلال الاجتهاد القضائي التوفيق بين نصوص القاعدة الثابتة وأوضاع المجتمع المتغيرة.

الكلمات المفتاحية: الاجتهاد ،قضائي،مسوغات

Jurisprudence and the justifications for resorting to it (a comparative study)

Prof.Dr.Miri Kadhum
University of Babylon/College of Law

Hajer Abd-Aladeem
University of Babylon/College of Law

ABSTRACT

The jurisprudential role of the provisions of the Court of Cassation occupies a distinct role in the formulation of the legal base, thanks to the role exercised by this court in adapting the civil law in light of the continued changing conditions of society with the survival of the rigidity that characterizes the legal base, so that the legislator, no matter how accurate and perfect in his work in drafting the legal base, he cannot surround everything and develop the necessary solutions to all new issues that appear in society, so the courts are keen through jurisprudence.

Key words: Jurisprudence, Judicial, Justification

المقدمة

اولا: جوهر فكرة البحث:

تكمن الوظيفة الاساسية للقاضي عموماً في تطبيق القانون على القضايا والمنازعات المعروضة أمامه، الا انه غالباً ما يواجه القاضي وجود نقص أو قصور أو غموض في النصوص القانونية التي تعالج القضايا والمنازعات، إذ ان هذه الاسباب مجتمعة تدعو القاضي إلى الاجتهاد، بغية استنباط أو استخلاص مبادئ قانونية عامة من مصادرها المختلفة، ليطبقها على تلك الوقائع والمنازعات، لذا فان الاجتهاد القضائي يلعب دوراً فاعلاً في اعانة القاضي على ايجاد الحلول القانونية عند اخفاق القانون على تقديم مثل هذه الحلول. ذلك إنّ المشرع مهما بلغ من الدقة والكمال في عمله، إلا انه يبقى قاصراً عن الاحاطة بكل شيء، ووضع الحلول اللازمة لكل قضية، لا سيما في ظل تسارع وتيرة التطورات وتحولات الواقع السياسي والاقتصادي والاجتماعي وعجز القواعد القانونية امام هذا الكم الهائل من المعلومات العلمية والتقنية، فقد يحصل ان تكون الحالة المنظورة امام القضاء خارج توقعات المشرع، فضلا عن الحالات الاخرى التي قد تواجه القضاة من قبيل إشكالية صياغة النصوص القانونية وما تنطوي عليه من غموض أو تعارض، على نحو يجعل منها عاجزة عن تقديم الحلول القانونية للمنازعات المطروحة، فالغالب على صياغة النصوص الجمود والايجاز والاقتصار على العموميات وتكتفي بالمبادئ والقواعد الاساسية، لذا بات لزاماً على القضاة ايجاد الحلول اللازمة لتلك الحالات، الامر الذي يدفعه الى الابتداع والاجتهاد للفصل في القضايا المعروضة عليه، وهذه المهمة تتطلب شروط محددة للقيام بها، أهمها توافر ملكة الاجتهاد التي تعد الاساس في عملية التكييف القانوني، فاحياناً يكون القاضي مؤهل للعمل القضائي، لكن في قضية معينة بالذات يكون غير قادر على الحكم فيها، وبذلك يجب ان تتوافر فيه شروط تمكنه من استنباط الاحكام القضائية، لكي يفصل في القضية المعروضة امامه.

لذ فأن الاجتهاد القضائي إن صح القول، هو لتجاوز ما يعتري القاعدة القانونية من عيوب من جهة، واداة لتدارك الفراغ التشريعي من جهة اخرى، حيث انه يؤدي دورا مهما في تطوير القوانين والتخفيف من شدة صرامتها، ذلك ان المشرع قد تنبه الى تزويد المحاكم بوسائل واسعة من اجل تحقيق المهمة الموكلة اليه في تطبيق القانون على أحسن وجه، فوضع أمامه القدرة على وضع الحلول العاجلة بغية تغطية النزاعات المعروض عليها بأحكام واسعة.

ثانيا: أهمية البحث: -

للاجتهاد القضائي اهمية قانونية كبرى في الواقع العملي كونها مسالة ضرورية جدا، فهو يساعد القاضي في ايجاد الحلول القانونية للمنازعات المعروضة عليه، عند اخفاق مصادر القانون الاخرى في اعانته في ايجاد هذه الحلول، وذلك من خلال اعماله للاجتهاد القضائي، وعلى هذا الاساس يعد الاجتهاد القضائي ضرورة عملية ملحة تقتضيها طبيعة النصوص التشريعية والعملية القضائية، إذ إن محدودية النصوص التشريعية ازاء وقائع الحياة المتجددة، يحتم على القضاء بذل الجهود واستخلاص الحلول القانونية من فحوى النصوص التشريعية المحدودة من خلال تطبيق بما يؤمن للتشريع مواكبة تطورات المجتمع.

ثالثا: **إشكالية البحث**:

تكمن اشكالية البحث في ان القانون العراقي لا يأخذ بالاجتهاد القضائي كمصدر اصلي للقانون، كما في بعض الدول، لذا فان الاجتهاد القضائي متغير بشكل متسارع، فأصبحت مسألة وضع ضوابط للاجتهاد القضائي ضرورة ملحة لتجنب صدور أحكام متعارضة، لعدم وجود قاعدة تلزم قضاءها بالتقيد بالاجتهادات السابقة، فكل محكمة غير ملزمة بقرارتها او بقرارات غيرها من المحاكم، فضلا عن الحكم الذي يصدره القاضي وهو بصدد الفصل في نزاع ما لا يرقى الى مستوى القاعدة القانونية، كما إنّ الحجية النسبية التي يتمتع بها الاجتهاد القضائي تجعل من الحل القضائي متغير وغير ثابت مما يشكل خطراً يهدد المراكز القانونية للأفراد ما لم يتم التعامل معه بضوابط قانونية، أي وفق قواعد ومبادئ واسس مع علوية المحاكم العليا عندما ترسي مبدأ قانونيا واضحاً للمساهمة في حماية الاجتهادات القضائية المستقرة.

رابعا: **منهجية البحث**: -

للوصول الى التكامل المنهجي، اعتمدنا في البحث على المنهج التحليلي القائم على تحليل النصوص القانونية، فضلا عن اعتماد المنهج المقارن بين القوانين، وقد اعتمد قانون المرافعات العراقي رقم(83) لسنة 1969، وقانون التنظيم القضائي العراقي رقم(160) لسنة 1979اساسا للبحث، ومقارنته مع قانون المرافعات المصري رقم (13) لسنة 1968، وقانون السلطة القضائية المصري رقم 46 لسنة 1972، وكذلك وقانون الاجراءات المدنية الفرنسي لسنة 1991، واعمالا للمنهج التطبيقي فقد ضمنا بحثنا الاحكام والقرارات الصادرة من المحاكم المختصة، للتوصل في نهاية المطاف الى نتائج معينة يكون لها وقعها الذي يدعم ويعزز هذه الدراسة.

خامسا: **هيكلية البحث**:-

من اجل تغطية مفردات الموضوع ودراسته بصورة وافية، ارتأينا تقسيم موضوعنا الاجتهاد القضائي ومسوغات اللجوء اليه الى مبحثين، **فنتناول في المبحث الاول**: مفهوم الاجتهاد القضائي، من خلال تقسيمه على مطلبين: **فندرس في المطلب الاول**: تعريف الاجتهاد القضائي، ونعالج في **المطلب الثاني**: الشروط الواجب توافرها في الاجتهاد القضائي.

في حين سنبحث في **المبحث الثاني**: مسوغات الاجتهاد القضائي، من خلال تقسيمه على مطلبين، فنتناول في **المطلب الاول:** غموض النص القانوني، ونبحث في **المطلب الثاني**: نقص النص القانوني، وسننهي الدراسة بخاتمة نوضح فيها ما نتوصل اليه من نتائج ومقترحات.

المبحث الاول

مفهوم الاجتهاد القضائي

تكمن الوظيفة الاساسية للقاضي عموما في تطبيق القانون على القضايا والمنازعات المعروضة امامه، الا انه غالبا ما يواجه القاضي وجود نقص او قصور او غموض في النصوص القانونية التي تعالج القضايا والمنازعات، اذ ان هذه الاسباب مجتمعة تدعو القاضي الى الاجتهاد، بغية استنباط او استخلاص مبادئ قانونية عامة من مصادرها المختلفة، ليطبقها على تلك الوقائع والمنازعات، لذا فان الاجتهاد القضائي يلعب دورا فاعلا في اعانة القاضي على ايجاد

الحلول القانونية عند اخفاق القانون على تقديم مثل هذه الحلول، لذا من اجل اعطاء فكرة واضحة عن دواعي ومسوغات اللجوء الى الاجتهاد القضائي، سيتم تقسيم هذا المبحث على مطلبين، اذ سنتناول في المطلب الاول تعريف وشروط الاجتهاد القضائي، ومن ثم سنتناول في المطلب الثاني مسوغات اللجوء الى الاجتهاد القضائي وكالتالي :

المطلب الاول

تعريف الاجتهاد القضائي

لا شك ان يكون لكل مصطلح مفهوم ودلالة معينة، لغرض الوقوف على اثاره وتمييزه عن غيره من المفاهيم فلابد من تعريفه، ولما لتعريف الشيء من اهمية كبيرة ينبغي علينا تعريف الاجتهاد القضائي من خلال بيان الموقف القانوني والفقهي والقضائي وهذا ماسنبينه في هذا الفرع وكما يأتي:

اولا-تعريف الاجتهاد القضائي قانونا:

لم ينص المشرع العراقي ولا التشريعات محل المقارنة على تعريف الاجتهاد القضائي، الا انه لابد من الاشارة الى ان المشرع العراقي قد اورد الاشارة الى الاجتهاد القضائي دون ان يطلق عليه مثل هذه التسمية، وذلك في المادة (2/1) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 حيث نصت" 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 ".

كما نص القانون مدار البحث على انه" تسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي اقرها القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد الاخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية "، والى نفس المعنى ذهب القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 المعدل في المادة (1) منه الى ان " فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف، فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

كذلك ذهب القانون المدني الفرنسي الى المعنى ذاته اذ نص في المادة (4) الى " القاضي الذي يرفض الحكم بحجة سكوت او غموض او نقص التشريع يمكن مقاضاته بسبب انكاره العدالة"[1].

وباستقراء نصوص المواد سالفة الذكر، نلاحظ ان المشرع العراقي والتشريعات المقارنة اعترفت صراحة للقاضي بسلطته في الاجتهاد القضائي والتفسير، حيث يرى الفقه العراقي والقوانين المقارنة، ان احالة القاضي الى مبادئ القانون الطبيعي والعدالة انما يقصد تكليفه بان يجتهد باحثا عن الحل العادل للنزاع، ذلك ان احالة القاضي الى مبادئ القانون الطبيعي، لا يعني احالته الى قواعد محددة ومنضبطة يطبقها آليا على النزاع، انما القصد ان يستلهم القاضي الحل العادل للنزاع وفقا لاجتهاده وطبقا لما يمليه عليه ضميره، وذلك حتى لا يكون منكرا للعدالة، لان المشرع لا يمكنه ان يحدد في نصوصه التشريعية كل الحالات التي سوف تستجد مستقبلا.

كما نص القانون المدني العراقي على الاجتهاد القضائي بصورة غير مباشرة وذلك في المادة (2) من القانون المدني التي نصت " لا مساغ للاجتهاد في مورد النص"[2]، عليه ومن باب مفهوم المخالفة فان القانون المدني جوز الاجتهاد بقواعده واسسه في حال عدم وجود النص، اذ ان المراد من القاعدة المشار اليها، انه لايصح الاجتهاد في حكم مسالة ورد بشأنها نص صريح قطعي يعالجها، وهذا يدل على مشروعية الاجتهاد في حالة عدم ورود نص

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University
Online ISSN:2075-7220 Print ISSN:2313-0377
https://www.iasj.net/iasj/journal/160/issues

قانوني يعالج الواقعة المعروضة امام القضاء، فيبيح للقاضي الاجتهاد في حال عدم ورود نص او غموضه او نقص فيه.

من جانب اخر فقد بين المشرع العراقي من خلال النصوص القانونية، بانه يحظر على القاضي الامتناع عن احقاق الحق وذلك في قانون المرافعات العراقي اذ جاء فيه " لا يجوز لأي محكمة ان تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون او فقدان النص او نقصه والا عد ممتنعا عن احقاق الحق، ويعد التأخر غير المشروع عند اصدار الحكم امتناعا عن احقاق الحق ."[3].

وبالرجوع الى القوانين المقارنة نجد ان المشرع المصري قد خلا من نص مماثل لنص المادة (30) لكنه نص في المادة (112) من قانون العقوبات النافذ رقم (58) لسنة (1937)على " اذا امتنع احد القضاة ... عن الحكم يعاقب بالعزل وبغرامة لا تزيد على مائتي جنيه، ويعد ممتنعا عن الحكم كل قاض ابى او توقف عن اصدار حكم بعد تقديم طلب اليه، في هذا الشأن وبالشروط المبينة في قانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية"، والى نفس الامر ذهب المشرع الفرنسي في المادة(504) من قانون المرافعات، الى انه " على جواز مخاصمة القاضي اذا رفضت الاجابة على عريضة قدمت اليه او اهمل الحكم في قضية صالحة للحكم فيها"[4].

ومما تقدم يتضح لنا ان القاضي يمارس عملية استنباط الحكم في الدعوى المنظورة، من القواعد التي سيجتهد بأنشائها لكيلا يكون منكرا للعدالة، حيث ان القانون اوجب الاجتهاد في حالة عدم وجود او غموض نص القانون او وجود نقص في القانون من خلال بذل الجهد في اصدار الاحكام، وعد امتناع القاضي عن اصدار الحكم ممتنعا عن احقاق الحق.

وقد جاء في المذكرة الايضاحية المختصرة لمشروع القانون المدني العراقي بانه" لم يكتفي المشرع بتحديد مواطن الرجوع في تطبيق القانون للجهات الاربعة المارة الذكر، بل فتح للقضاة بابين يسترشدون بهما وهما الاحكام التي اقرها القضاء والفقه في العراق والقضاء والفقه في البلاد التي تقترب قوانينها مع القوانين العراقية" [5].

وقد ورد في المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري ما يشير الى الاجتهاد القضائي عند خلو مصادر القانون من قاعدة تنطبق على النزاع وذلك بنصها على " الزام القاضي ان يجتهد رأيه حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء"[6].

نخلص مما تقدم الى انه لم يرد تعريف للاجتهاد القضائي في القانون العراقي والقوانين محل المقارنة، انما وردت عبارات يوحي معناها بذلك وكذلك ما اورده القانون من نصوص تحمل ضمنا معنى الاجتهاد.

ثانيا-تعريف الاجتهاد القضائي فقهاً وقضاءً:

لقد اورد الفقه عدة تعاريف للاجتهاد القضائي لا يمكن استقصاءها لكثرتها، والتي لا تكاد تختلف عن المعنى اللغوي، اذ ان اغلب هذه التعريفات تختلف في العبارات الا انها تتفق في المعنى، حيث ذهب البعض الى تعريف الاجتهاد القضائي بأنه " الحل الذي تتخذه الجهات القضائية في قضية معروضة امامها في حالتي عدم وجود النص القانوني او غموضه او عدم كفايته"[7].

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University
Online ISSN:2075-7220 Print ISSN:2313-0377
https://www.iasj.net/iasj/journal/160/issues

ويعد الاجتهاد القضائي بهذا المعنى احد الحلول القانونية لتفادي القصور التشريعي فله الدور الفاعل في اعانة القاضي في ايجاد الحلول القانونية بسبب اخفاق المصادر الاخرى، حيث يؤمن للتشريع ملاحقة تطورات المجتمع، من خلال تطبيق النصوص القديمة بروح جديدة .

كما عرف " بذل القاضي وسعه وجهده في استنباط الحلول القانونية من مصادرها الرسمية واتباع التفسير المتطور للقانون في حال عدم كفاية النص القانوني او غموضه من مجموع المبادئ التي يقوم عليها النظام القانوني"[8].

ونلاحظ من خلال هذا التعريف ان مبدأ التفسير المتطور يفتح باب الاجتهاد امام القاضي لخلق حالة من الموائمة والملائمة مع النص القانوني والواقعة المعروضة على القاضي والاستفادة من وسائل التطور العلمي في الوصول الى الحقيقة والابتعاد عن التفسير الشكلي.

وهناك من يرى ان للاجتهاد القضائي مدلول واسع يمثل مجموع القرارات التي تصدرها الجهات القضائية في المسائل التي تدخل في نطاق اختصاصها وصلاحيتها، اما المدلول الضيق يقصد به الحل الذي دأبت الجهات القضائية اعطاءه لمسألة قانونية معينة""[9].

ويعرف الفقه الفرنسي الاجتهاد القضائي بانه" عملية توحيد التفسير في القانون المقدم من قبل المحاكم"، او" مجموعة الحلول التي تقدمها القرارات الصادرة عن المحاكم عند تطبيق القانون او عند تفسير القانون عندما يعتريه الغموض"[10].

يلاحظ من التعريفات السابق ذكرها قد جاءت على نحو متشابه حيث خلت من الاشارة الى صفة الالزام المصاحبة للاجتهاد القضائي، اذ لا يجوز للقاضي عدم اللجوء اليه في حال ظهرت الحاجة لذلك على اعتبار ان القاضي ملزم بالفصل في النزاع دون ان يكون له التعذر بعدم وجود النص او غموضه.

اما بالنسبة الى تعريف الاجتهاد القضائي قضاء فحسب اطلاعنا على الاحكام القضائية المتعلقة بالاجتهاد القضائي لم نجد تعريف له، الا انه وردت بعض القرارات الصادرة عن محكمة التمييز ما يشير الى اصطلاح الاجتهاد القضائي، اذ جاء في قرار لها" ان ما يرد في القرارات التمييزية يعبر عن التفسير والاجتهاد القضائي للقضاة الذين اصدروها"[11].

كما نجد ان محكمة النقض المصرية قد اشارت الى الاجتهاد القضائي " لا مجال للاجتهاد ازاء صراحة النصوص الواجب تطبيقها"[12].

وبالاستعانة بالتعاريف الموضوعة من قبل الفقهاء، وفي ضوء المآخذ المذكورة، فبدورنا يمكن أن نقترح تعريفا أكثر تناسباً مع طبيعته فنعرفه بانه" قيام القاضي باجتهاده واعمال فكره باستنباط واستخلاص المبادئ العامة للقانون من مصادرها المختلفة والتي تتمثل بالنصوص القانونية في مجالات القانون المختلفة أو من روح القوانين أو من الاحكام القضائية العليا والمستقرة والراسخة أو من مبادئ العدالة بغية تطبيقها على الوقائع والمنازعات المعروضة امامه وذلك في حالة فقدان النص القانوني او غموضه وحتى مع وجوده في حال انتابت قواعده حالة من القصور التشريعي في معالجة ومواكبة الانشطة المختلفة " .

المطلب الثاني

الشروط الواجب توافرها في الاجتهاد القضائي

قبل ان نفصل شروط الاجتهاد القضائي، لا بد لنا ان نأتي على ذكر عناصر او اركان هذا الاخير، ذلك لان الحديث عن الشروط بشكل عام هو حديث عن شروط كل ركن من اركان الاجتهاد وكالتالي:

اولا/ المجتهد(القاضي): وهو محور العملية الاجتهادية الذي يقوم ببذل الجهد والوسع والطاقة حتى يتوصل الى الحكم، وأن الذي يقوم بدور المجتهد في العملية القضائية، هو القاضي الذي ينظر نصوص القوانين، وهذه المهمة تتطلب شرط محددة للقيام بها، اهمها وجود سلطة قضائية مستقلة ومحايدة تحمي الحقوق والحريات، فضلا عن توافر ملكة الاجتهاد التي تعد الاساس في عملية التكييف القانوني، ولأجل ذلك وضعت شروط عدة لاجتهاد القاضي، اذ ان اغلب القوانين (العراقي والقوانين المقارنة) قد بينت الشروط التي تؤهل القاضي للعمل القضائي بصورة عامة، كما ان هناك شروط خاصة يجب ان يتمتع بها القاضي عند ممارسته للمهنة، وبذلك يجب ان تتوافر فيه شروط تمكنه من استنباط الاحكام القضائية، لكي يفصل في القضية المعروضة[13].

الشروط العامة: لقد اشترطت القوانين (العراقي والمقارن) شروط عامة يجب توافرها فيمن يمكن أن يكون قاضياً، ولقد حدد قانون التنظيم القضائي العراقي رقم (60) لسنة 1979 وقانون المعهد القضائي رقم (33) لسنة 1976المعدل هذه الشروط المطلوبة، والتي سنتطرق لها بشيء من الايجاز فهي من البديهيات.

1-: الجنسية: اذ تشترط هذه القوانين في القاضي أن يكون وطنياً، اي يحمل جنسية البلد الذي يتولى فيه منصب القضاء[14]، فالقضاء وظيفة عامة وهو مظهر من مظاهر سيادة الدولة، ولا يجوز ان يكون عضو الدولة في تولي سلطتها الا من يتمتع بجنسيتها، وشرط الجنسية شرط لتولي القضاء في اغلب التشريعات.

2-السن: وكذلك اشترطت القوانين سنا معينة في القاضي يتحقق معها النضج الذهني، فاشترطت ان يكون كامل الاهلية وبالغا سنا معينة، فلا يجوز تعيين ناقص الاهلية[15]، فيجب ان يكون ناضج العقل، صحيح الادراك، جيد الفطنة حتى يتمكن من الفصل في المنازعات [16].

3-الاعتبار: من الشروط العامة ايضا ان يكون المتقدم للقضاء محمود السيرة وحسن السمعة، وان لا يكون محكوما من محكمة او مجلس تأديبي لأمر مخل بالشرف، لاعتبار منصب القضاة ذات طبيعة خاصة [17] .

4- الخبرة القانونية: يجب أن يكون المرشح لتولي القضاء قد مارس عملاً قانونياً مدة معينة قبل اشتغاله في القضاء حتى يكتسب خبرة ودراية في فهم قواعد القانون اثناء هذه المدة، وتأتي هذه الخبرة من الممارسة الفعلية للمحاماة او في وظيفة قضائية او قانونية في دوائر الدولة[18].

5-الكفاية البدنية: يشترط ان يكون الشخص مؤهلاً من الناحية البدنية بالاضطلاع بمسؤولية القضاء، وسليماً من العاهات الظاهرة فيجب أن يكون صحيحاً معافى من الامراض التي تجعل منه غير قادر على تأدية واجبات وظيفته [19].

اما الشروط الخاصة فهي: -

1-أن يكون القاضي مزوداً بثقافة قانونية شاملة وذو دراية بالمنطق القضائي:

إن تزود القاضي بالثقافة القانونية الشاملة، سوف يساعده على الاجتهاد في تطبيق النصوص القانونية على القضايا المطروحة عليه، وهذا الامر يتطلب ان تكون له معرفة شاملة باللغة العربية واساليبها وعباراتها، ذلك ان النصوص التشريعية قد يعتريها بعض القصور عند تطبيقها، فقد تتضمن هذه النصوص اغلاطا مادية او لغوية، فيستعمل فيها لفظ في غير محله او يسقط منها حرف أو كلمة سهواً، فيبرز هنا دور القاضي في اصلاح الخلل الذي اصاب النص المعيب، لذلك ينبغي على القاضي أن يكون متمكناً من العلوم القانونية ومعرفة تطبيقها، لاسيما المنطق القانوني والمنطق القضائي[20].

لذا فإن سلطة القاضي في استخلاص الواقعة محل الدعوى ليست مطلقة، بل مقيدة بأن يكون تقديرها في ذلك متصفا بالمنطقية، ويكون التقدير منطقيا متى استلهم الاصول والضوابط المنطقية ، بان تكون المقدمات مؤدية الى النتيجة التي خلص اليها الحكم[21].

2-الحياد النفسي للقاضي المدني:

من اهم ضمانات التقاضي والاجتهاد، حياد القاضي لتحقيق العدل بين المتقاضيين، فلا حياد للقاضي الا اذ كان مستقلاً استقلالاً وظيفياً وشخصياً، وإن اجتهاد القاضي اذ ما كان غير محايد وابيح له الاجتهاد، قد يكون هذا الاخير في غير محله ولا يحقق الغاية الاساسية منه، لذلك حرصت التشريعات على ضمان هذا المبدأ بالتأكيد عليه في نصوصها القانونية الاساسية، والنصوص الخاصة، وجعلت منه مقوماً من مقومات القضاء وذلك من اجل بسط العدل والعدالة في العمل القضائي.

ومن الجدير بالذكر ان حياد القاضي واستقلاليته تنصرف بصورة او بأخرى عندما لا يكون هناك نص قانوني يعالج المسألة المعروضة امام القضاء او عند تكييف الدعوى، أو تفسير النص لإصدار الحكم واذ ما كان القاضي غير محايد او مستقل عند اجتهاده في الحكم، سيكون حكمه غير صحيح، لكونه بني على اساس باطل لعدم حيادهِ أو أستقلاله في اصدار الحكم.

والحياد بصورة عامة " .بانه" الوضع القانوني الذي يكون فه القضاء بعيدا عن التمييز لأي فريق او خصم، ولا سلطان عليه في قضائه الا ما يمليه عليه ضميره واحكام القانون، بمنأى عن التأثير والتدخل من اي جهة مهما علا شأنها، ومراعاة العرف ومبادئ العدالة المطلقة ليمكن القاضي من فتح باب الاجتهاد والحكم في الوقائع التي ليس فيها نصا صريحا"[22] .

إذ إن الحياد ليس مجرد نظرية متروكة فقط لضمير القاضي إنما لا بد ان يعزز بضمانات وبأسس علمية تحفظ تحققه. فالحياد هو ليس فقط أن يكون القاضي غير متحيز لطرف على حساب طرف آخر انما ان يكون متجرداً من أي نزعة سواء كانت شخصية ام مادية ام غيرها، وأن يطبق القاضي القانون على الوقائع المعروضة امامه تطبيقا سليما، اذ يجب ان لا يكون للقاضي عند مباشرة مهامه مصلحة ذاتية قد تؤثر عليه ويميل اليها مما ينعكس على حساب التطبيق الموضوعي للقانون، فالحياد يعني هنا تجرد القاضي من اي ضغوط داخلية قد تمليها عليه مشاعره، أو ضغوط مادية قد تمليها عليه مصالحه الذاتية، لان التجرد هو مصدر الحياد، كذلك يجب ان تكون الحالة النفسية للقاضي معتدلة اثناء نظره للنزاع من أي وضع يؤثر على حياده النفسي عند اجتهاده، ذلك إن التأثير الشخصي للقضاة الذي تتداخل فيه جوانب متعددة، كالموروث الاجتماعي، والبيئة، والحالة الاقتصادية، والجدية في العمل، والحالة النفسية المستقرة أو الانفعالية، كلها عوامل مهمة في تطبيق القانون تطبيقا سليماً، لان القاضي انسان يتأثر بما يحيطه

من الظروف والارهاصات، وقد يستجيب في بعض الاحيان لمؤثرات معينة خلافا لقناعته الخاصة، لذا على القاضي ان يتلافى اعمال اجتهاده في ظل ظروف غير صالحة لذلك وتؤثر على ادراكه[23].

2-التأهيل القانوني للقاضي المدني:

القاضي هو الشخص الذي اوكلته الدولة مهمة تطبيق نصوص القانون في المسائل التي تعرض عليه من قبل الافراد، وهذه المهمة تحتاج الى التأهيل العلمي والعملي والمهني في مجال القانون، خاصة في ظل التطور السريع للأحداث وظهور وقائع جديدة وامور لا تكون النصوص القانونية محيطة بها، وتحتاج من القاضي قاعدة فكرية قانونية واسعة وجهد استثنائي لغرض وضع حلول لها[24].

علاوة على ذلك يجب على القاضي تطوير ملاكاته الفكرية، وان كان بالاعتماد على نفسه، بالإضافة لما تقدمه له المؤسسة القضائية من دعم، او ما تشترطه من نظام لتطوير قابلياته العقلية، لان سعيه في تعزيز قابلياته وقدراته بجهده الخاص، هو الاساس في بيان رغبته في طلب المزيد من العلم، وهذا ما يؤهله للعمل بجد واخلاص من اجل تحقيق العدالة[25].

ومن المفيد ان نؤكد الى إن أساس القاعدة الفكرية يبدأ من خلال اعداد القاضي في مرحلة البكالوريوس حيث يبدأ اعداده القانوني ثم يمارس العمل كمحامي مما يساهم في بناء القاعدة الفكرية والقانونية له، وخاصة في احتكاكه بالجانب العملي واستدامه المباشر مع المسائل القانونية مما يزيد خبرته القانونية[26]، لذا يجب ان تبنى الثقافة القانونية للقاضي في بيئة علمية تواكب المستحدثات القانونية لتساهم في انشاء منهجية قانونية خاصة للقاضي عند البحث عن حل للمنازعة، من خلال استخدام القاضي للوسائل العلمية الحديثة التي تساعده في الوصول الى الحقيقة [27].

ومن الجدير بالذكر ان العلم بالقانون ليس له حدود معينة بل انه متجدد وواسع حيث ان لكل فترة زمنية هنالك وقائع واحداث جديدة، على القاضي ان يكون منفتحا على العلوم الاخرى وعدم البقاء والثبات على ما يمتلكه من معلومات قانونية[28].

3-القدرة على الاستنتاج الصحيح:

إن الاستنتاج هو العملية الذهنية التي يتوصل بها القاضي الى حل معين، وذلك بعد دراسة وبحث عميق للوقائع التي قام الخصوم بتقديمها، ويمثل الاستنتاج النتيجة البحثية الاخيرة، أي إن التوصل الى الحكم الملائم للنزاع المعروض على القاضي يتطلب منه جهد كبير ووقت مناسب لدراسة الوقائع المحيطة بالنزاع، وكذلك قدرة القاضي على التمييز لغرض الوصول الى حكم صحيح نهائي، يمثل ما استنتجه القاضي من تدقيقه في عناصر النزاع من حيث اطرافه وموضوعه واسباب النزاع[29].

وتجدر الاشارة يجب أن لا تكون للمؤثرات الخارجية والآراء اي تأثير على قدرة القاضي في الاستنتاج، وإنّ القاضي لا يصدر النتيجة النهائية الا بعد وصوله الى الاحساس المستقل بالحكم واجب الاصدار، اي بمعنى ان يتفق الحكم مع التفكير السليم وقواعد المنطق، حيث ان الاستنتاج يجب ان يكون علمي وذلك عن طريق السير على المنهج الاستنباطي او الفرضي، حتى يمكن الوثوق بالنتيجة المتوصل اليها[30].

فمن القواعد الاساسية لتكوين اجتهاد القاضي هو استخدام المنهج الفرضي أو الاستقرائي وذلك لفهم الواقع، أي تجزئة الواقعة المطروحة أمامه الى عناصرها المادية والقانونية، وفهمها الفهم الصحيح حتى تكون مقدمات الاستنتاج القضائي صالحة لتحقيق النتيجة المترتبة عليها، وكذلك استخدام المنهج الاستنتاجي لغرض استخلاص

النتائج الصحيحة التي تتلائم مع الواقع المعروض. وإنّ القاضي في استنتاجه يجب ان يكون واسع الافق لا يرتكز على جانب معين ويترك جانب اخر قد يكون هو الحل القانوني ويتضمن الطريق الاسرع للتوصل الى الحكم القضائي الصائب[31].

لذا نجد إن الحكم القضائي يمر بالعديد من المراحل حتى يصل الى ما هو عليه، ونجد ان الاستنتاج يمثل مرحلة مهمة ونهائية في استخلاص القاضي للحكم، وذلك من خلال دراسته للوقائع المعروضة وصب الافكار في حكم قانون صائب يمثل قدرة القاضي على الاستنتاج [32].

ثانيا/ دليل الاجتهاد: يقصد به "هي نصوص القانون التي يطبقها القاضي على الوقائع القانونية المعروضة عليه، أي ما يستند اليه القاضي لاستنباط الحكم في القضية المعروضة"، أو هو النص الذي يتوصل القاضي من خلاله الى استنباط الحكم للواقعة المراد اصدار الحكم بشأنها، لذا يجب ان يكون الاجتهاد في حدود فهم النص دون الخروج عليه في حالة وجود نص يحتمل اكثر من حكم، فاذا كانت النصوص قطعية فلا مساغ للاجتهاد، أما في حالة غياب النص يمكن التوصل الى الحكم بتطبيق القواعد الكلية ومجمل العبارات، لأن الغاية الاساسية من الاجتهاد القضائي هو اصدار حكم في الواقعة المعروضة، وهذا الحكم الذي يصدره القاضي يجب ان يكون مسبباً قانوناً، ذلك لان الاحكام القضائية لا تصدر جزافاً، انما يجب أن تكون مسببة ومعللة، أي يجب أن يكون اجتهاد القاضي مبني على أساس سليم يستند اليه عند اصدار اجتهاده، أي يكون مستنداً الى دليل او حجة، والدليل هنا هو مصدر القانون الذي يستنبط من خلاله القاضي الاحكام [33].

المبحث الثاني

مسوغات اللجوء الى الاجتهاد القضائي

يمثل الاجتهاد دوراً بارزاً وخلاقاً خاصة عندما يجد القاضي نفسه امام واقعة ليس لها حلاً قانونياً، بسبب غياب النص الذي يستند إليه أو غموضه، أو تعارضه، فلا بد أن يمارس دوراً اجتهادياً مبتدعاً للحلول، ليفصل في القضية المعروضة عليه، وذلك من خلال استنتاج الاحكام للحالات غير المنصوص عليها، وعليه قسمنا هذا المبحث على مطلبين، سنتناول في المطلب الاول غموض النص القانوني، أما المطلب الثاني تناولنا فيه نقص النص القانوني وكما يأتي:

المطلب الاول

حالة غموض النص القانوني

التشريع هو القواعد القانونية المكتوبة التي تصدرها السلطات المختصة في الدولة، وفقا لما تنظمه الاجراءات والقواعد وفي حدود صلاحيتها، لذا يعد النص التشريعي من أبرز مصادر القانون المدني واهمها في النظم القانونية التي تأخذ بمبدأ التشريع المكتوب، ومنها النظام القانون العراقي والمصري والنظام القانون الفرنسي، حيث ان القاضي وفق هذه الانظمة يقوم بتطبيق القواعد القانونية التي وضعها المشرع، وحيث تلك النصوص قد لا تكون جميعها واضحة الامر الذي يؤدي الى اختلاف الآراء حوله.

وهنا يبرز دور القاضي المدني في الاستنباط من القواعد العامة التي تتضمنها متون القوانين المدنية، أي إن القاضي ملزم بإيجاد نوع من التوافق بين ما يعرض عليه من وقائع وبين ما يستند عليه من نصوص قانونية، وذلك لإصدار الحكم القضائي[34].

لذا فالمقصود بغموض النص القانوني " ابهام اللفظ اي اخفاء النص وعدم وضوحه على نحو يقتضي جهداً، اذ يحتمل النص اكثر من معنى واحد في هذه الحالة ينبغي على من يطبق النص تحديد المعنى الذي يحمله النص من بين المعاني الاخرى عن طريق تفسير النص، حيث لا يمكن تطبيق ذلك النص بشكل صحيح ما لم يقم بإزالة الغموض الذي يكتنفه"[35].

ويتضح من ذلك ان الغموض يأتي نتيجة لتضمن النص اكثر من معنى، احدهما يرتب اثراً والآخر لا يرتب أي أثر، من ذلك ما تقضي به المادة (1157) من القانون المدني الفرنسي التي نصت "حينما يتضمن الشرط معنيين، فأنه يجب من باب اولى أن يفهم هذا الشرط بالمعنى الذي يرتب اثراً، بدلاً من ادراكه بالمعنى الذي لا ينتج اي اثر"[36].

ومن هنا فأن الغموض في نصوص القانون يعزى الى ثلاثة اسباب، فقد تقتضيه فن الصياغة التشريعية، أو إن طبيعة الموضوع الذي يتناوله النص بالحكم يقتضي ذلك، أو قد تقتضيه طبيعة اللغة، فاذ ما اعترى النص القانوني غموض لأي سبب، كأن يجعل من الصعوبة فهم مراده، فلا بدّ للقاضي أن يجتهد من خلال توضيح ما ابهم من الفاظه، وتكميل ما اقتضب منها، موضحاً معناه الحقيقي بما ييسر فهم أحكامه[37] ، لذا يتم توضيح هذه الاسباب في ثلاث فقرات كما يأتي:

اولا/ الغموض الناتج عن فن الصياغة التشريعية:

إن صياغة النصوص التشريعية يعد فناً قائماً بذاته، فهو علم، لأنها تقوم على اساس من المنهج العلمي والمنطق القانوني الذي يراعي ظروف وحاجات المجتمع الآنية والمستقبلية، وهو فن لأنها تعبر عن رغبة المشرع في التوفيق بين المصالح المتعارضة ووضع المراكز القانونية في نطاقها الصحيح.

ولقد عرفت الصياغة التشريعية " صب الافكار القانونية والاحكام التشريعية في قوالب لتحقيق السياسة التشريعية وبطريقة تيسير تطبيق القانون من الناحية العملية، ذلك ان القانون يقوم على دعامتين هما معطيات الحياة، والصياغة الفنية "[38]، فالسياسة التشريعية باعتبارها فن فأنها تقوم على أساس علمي، اذ تتكون من شقين هما معرفة الوقائع ومقتضياتها، وما يتسم بالطابع العلمي ليس للصياغة دور فيه لأنه يكون المظهر الخارجي للقانون، أما الشق الثاني فهو وضع أنسب الاساليب لاحتواء المقتضيات[39].

فالتشريع السليم، هو الذي يختار العبارات والصيغ المناسبة للوقائع التي ستطبق القاعدة القانونية عليها، فإذا كانت تتطلب الصرامة والحسم فتتصف بالجمود مثل تحديد سعر الفائدة التي نصت عليه المادة(1/172) من القانون المدني العراقي " يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفوائد على أن لا يزيد هذا السعر على سبعة بالمائة"، وتحديد التقادم المسقط للالتزام الذي حدده القانون بخمس عشر سنة، إلا أن الوضوح لا يعد مقياساً لدقة الصياغة على وجه الاستمرار، كما يقول الاستاذ الانكليزي (سالموند) إذ قد تؤدي الصياغة الجامدة الى هدر نية المشرع الحقيقة وقصور القواعد القانونية، وبالمقابل فأن الارخاء والمرونة المفرطة التي تفسح المجال أمام تحكم القضاء، قد تفضي الى التضحية بالانسجام القانوني والثبات[40].

بينما إذا كانت مما لا يتطلب الصرامة والحسم، فلا بد ان تتصف الصيغة بالمرونة على نحو تتوسع من خلالها سلطة القاضي، اذ بموجبها يصدر أحكام مختلفة وفقاً لكل حالة وما يحيط بها من ظروف، فهي تجعل من الصياغة القانونية ذات معيار عام يشمل وقائع معينة وحلول متعددة، أي يجعل من القاعدة القانونية تتمتع بنوع من المرونة، حيث انها قاعدة تستجيب لظروف العمل المختلفة عند التطبيق، لأنها تحاكي ظروف الواقع التي تتطلب غالباً المرونة، لتقديم مختلف الحلول لظروف وملابسة الواقع، ومن امثلة الصياغة المرنة ما نصت عليه المادة(1/81) من القانون المدني العراقي "لا ينسب الى ساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان يعتبر قبولاً".

ففي هذا النص يجد القاضي مجالاً واسعاً من الاحتمالات والتقديرات وفيما اذا كانت في معرض الحاجة إلى بيان من عدمه[41].

وكذلك ما ورد في المادة(125) من القانون ذاته التي منعت أن يستغل أحد المتعاقدين حاجة المتعاقد الاخر أو طيشه أو عدم خبرته أو ضعف ادراكه، فتمنح القاضي ثقة مشروعة لتقدير فيما اذا كان هناك استغلال للحالات المحددة في النص من عدمه[42].لهذا يعتبر فن الصياغة فناً دقيقاً جداً.

يتضح مما تقدم إن الصياغة المرنة وسيلة هامة تعين المشرع في بعض الحالات على التوفيق بين الواقع والقانون.

وتجدر الاشارة الى إن المرونة ليس لها قوالب معينة، فقد تبدو مجرد احتمال الصيغة لتقديرات متعددة طبقاً للوضع الخاص بالواقعة القانونية، وتسمى بالصياغة المرنة الاعتيادية التي نجدها شائعة في القوانين المدنية الحديثة، نذكر على سبيل المثال منها ما جاء في نص المادة (621) من القانون المدني العراقي يعد بنوع خاص سببا مقبولا للرجوع في الهبة" ثم ذكر الحالات على سبيل المثال في أربع فقرات متتالية من ذات المادة، وقد استخدم المشرع هذه الطريقة في أكثر من مادة في القانون ذاته.

من ذلك ايضا مانصت عليه الفقرة الثانية من المادة (2/146) من القانون المدني العراقي، حيث اجازت للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان تنقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول إذ طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن أصبح تنفيذ الالتزام التعاقدي مرهقاً للمدين بحيث يهدد بخسارة فادحة. ففي هذه الفقرة يتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة، اذ يعود اليه تقدير ما إذا كان الحدث طارئاً أو غير طارئ، وما اذا كان تنفيذ الالتزام مرهقا أو غير مرهق ويعود الى القاضي كذلك تقدير الحد المعقول الذي ينقص إليه الالتزام[43].

وقد تظهر المرونة في وضع الضوابط القانونية كما في ضابط المعقولية وضابط الملائمة[44]، إن الضوابط القانونية عبارة عن صيغ غامضة يقتضيها فن الصياغة التشريعية لحكم حالات معينة، ولكي تؤدي مهمتها بشكل سليم، لا بدّ من الرجوع في تفسيرها إلى المنهج الاجتماعي السائد والى روح القانون وهدفه، لا الى قواعد اللغة والمنطق فحسب[45].

ولابد من التأكيد إن الغموض قد يرجع ايضاً إلى وجود بعض الكلمات في النص القانوني زائدة ولا فائدة منها، أو وجود نقص في تركيب الجمل والعبارات، اذ يؤدي ذلك الى عدم فهم النص نتيجة الغموض الذي يكتنفه[46]، من ذلك ما نصت عليه المادةً(204) من قانون المرافعات المدنية العراقي" مدة الطعن بطريق التمييز ثلاثون يوما بالنسبة لأحكام محاكم البداءة والاستئناف، وعشرة أيام بالنسبة لأحكام محاكم البداءة ومحاكم الاحوال الشخصية" .

حيث نجد إن عبارة (احكام محاكم البداءة) وردت مرتين نتيجة التعديل على القانون، مما يتعين مع هذا الغموض والالتباس الحاصل وجوب رفعه.

ثانيا/ الغموض الذي تقتضيه طبيعة الموضوع:

قد يقتضي طبيعة الموضوع الذي يعالجه المشرع أن يتحاشى التعرض لأدق التفاصيل فيه لما تتميز به من الاتساع والدقة، وقد يتعمد المشرع لأسباب سياسية او اجتماعية الغموض، فيصوغه بلغة مبهمة أو يبتر النص، ليترك للقضاء عند حدوث الوقائع استخلاص المعنى المقصود مع الزمن، ومن الامثلة على ذلك ما نصت عليه المادة (1384) من القانون المدني الفرنسي بخصوص المسؤولية عن فعل الشيء إذ لم يخطر في وصف واضعي هذه المادة حديث التطور الصناعي الهائل، فبرز دور الاجتهاد القضائي الذي وضع نظاما مستقلا للمسؤولية عن فعل الجوامد في ضوء المفاهيم الجديدة المستحدثة[47].

وكذلك ما نصت عليه المادة (174) من القانون المدني العراقي " لا يجوز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد ولا يجوز في أي حال أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال وذلك كل دون اخلال بالقواعد والعادات التجارية".

وهناك من يرى إن غموض النصوص قد يكون متعمداً، وذلك من اجل تمريرها بصورة سريعة على البرلمان لتخرج الى حيز الوجود، حيث من المعروف إن اللوائح التي ترد بلغة واضحة وسهلة تطول المناقشة فيها، وذلك لان كل عضو بإمكانه ملاحظة ثغرات هذه اللوائح، مما يؤدي الى استبطاء التشريع، في حين قد تنجو اللوائح الواردة بلغة مبهمة وغامضة من المشكلة هذه، مما يؤدي بالتالي إلى سرعة خروج التشريع الى حيز الوجود[48].

حيث نلاحظ من خلال ما تقدم إن هناك تفاصيل لا يمكن الالمام بجزيئاتها عند وضع المواد القانونية لتنظيم المسائل المتعلقة بها، وهذا مما يدفع المشرع الى وضع النصوص المنظمة لها بصيغة عامة دون التعرض للتفاصيل المحيطة بها، ولأجل بيان هذه الاحكام واستخلاصها تنهض مهمة القاضي في الاجتهاد والتفسير[49].

ثالثا/ الغموض الناتج عن القصور في اللغة وفي التعبير:

إن الغموض الناتج من احد الفاظ النص أو عباراته، يكون مما يحتمل اكثر من معنى واحد والامر الذي يستدعي معه اللجوء الى الاجتهاد، من اجل معرفة الاقرب لمراد النص والمغزى الحقيقي منه، ومن أبرز اسباب الغموض هو وجود الالفاظ المشتركة ذات المعاني المتعددة، وقد ينتج الغموض عن تعدد الاحتمالات ووجهات النظر في تحديد المقصود من فكرة معينة كفكرة السبب او الخطأ، لأن هذه الافكار لم يتفق الفقهاء على تحديد معانيها بل حاول كل أن يصورها حسب ما يعتقده ويتبناه من الآراء الخاصة، والواقع إن أي نص يشتمل على مثل هذه الافكار يكون عرضة لتعليق المشرع[50].

ويرى البعض إن الاسباب التي تدعوا الى صرامة النصوص وكفايتها في الدلالة على المعنى المقصود، لأنه ليس بإمكان المشرعين ان يتكهنوا بمختلف الوقائع التي قد تحدث وحتى في حال كان باستطاعتهم ذلك، إلا انهم لن يستطيعوا التعبير عنها بكلمات خالية من كل غموض، وذلك بسبب امكاناتهم اللغوية المحدودة، كما إنه ليس في وسع أي لغة مهما كان غناها أن تواجه الحاجات الاجتماعية المتطورة[51].

ومن المفيد أن نؤكد إلى إنه الغموض قد لا يأتي من وجود الالفاظ المشتركة، بل من اسلوب النص نفسه وفي هذه الحالة على المجتهد ان يكمل النص مستهدياً في ذلك بقصد المشرع، حيث العبارة السهلة تصاغ بأسلوب سلس بحيث يمكن تصور المقصود منه دون تحليل او اجتهاد[52].

أما العبارة الصعبة فتصاغ بأسلوب معقد التركيب واللفظ فيصعب تصور المراد منه الا بالتحليل. ومثال ذلك نص الفقرة الاولى من المادة (117) من القانون المدني العراقي " إذا وقع غلط في محل العقد وكان مسمى ومشار إليه فأن اختلف الجنس تعلق العقد بالمسمى وبطل لانعدامه" حيث يلاحظ من خلال هذا النص انه من الصعب معرفة الفكرة او فهم فكرة النص الا بعد التحليل والتدقيق كما قد يكون قصور التعبير نتيجة اقتضاب النص كأغفال المشرع عن ذكر شرط او حالة لازمة لتطبيق القاعدة القانونية.

من ذلك ما نصت عليه المادة(151) من القانون المدني المصري القديم التي نصت" إن كل فعل نشأ عنه ضرراً للغير يوجب ملزومية فاعله بتعويض الضرر" حيث نجد إن المشرع قصد هنا مسؤولية الفاعل عن ضرر الغير عندما يكون فعله متصفاً بالخطأ، وليس الضرر المطلق، ولهذا اضيف ركن الخطأ كشرط من قبل الفقه والقضاء[53]، إلا انه تمت معالجة هذا القصور التشريعي من قبل المشرع المصري في القانون المدني المصري النافذ رقم(131) لسنة 1948 في المادة (163) التي قررت " كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم مرتكبه بالتعويض".

وعندئذ ينبغي على المفسر أن يكمل هذا النقص مستهدياً في ذلك بقصد المشرع، دون أن يتوسع في ذلك[54] .

ومن الامثلة في القانون المدني الفرنسي في هذا الصدد، ما نصت عليه المادة(1599) على ان "بيع ملك الغير باطل..." حيث يعد البيع بموجب هذه المادة لما لا يملكه باطلا، في حين إن في القانون المدني الفرنسي نوعين من البطلان هما(البطلان النسبي والمطلق)، وبسبب غموض هذه المادة اجتهد القضاء الفرنسي وقرر إن ما يشوب بيع ملك الغير من بطلان هو نسبي، على الرغم من المادة المشار اليها سلفاً لم تحدد نوع البطلان[55].

وقد لا يقع التعبير عن الارادة التشريعية بالطريقة المناسبة حيث يدل منطق التشريع وسوح النصوص، على إن المشرع قد ذكر في النص اكثر مما يقصد قوله، وعندئذ يجب توسع الالفاظ التي صيغت بها ارادة المشرع، ويبقي في الحالة الثانية استبعاد تطبيق القانون على حالات تبدوا من حيث الظاهر داخلة في نطاق عبارة التشريع، ولكنها في الحقيقة خارجة عن نطاق ارادة المشرع[56].

المطلب الثاني

حالة النقص في القانون

تعد حالة النقص في القانون من الاحوال المسلم بها في نطاق القانون، لأن الاخير مهما بلغ واضعه من الدقة في وضعه يستحيل أن يلم بكل المسائل، ولاسيما تلك المتغيرة وغير المتوقعة، فالتشريع مهما بدا كاملاً، فأنه ما ان يسري ويروم القاضي تطبيقه يجد نفسه أمام العديد من المسائل غير المتوقعة، ذلك إن التشريعات تبقى كما هي، في حين حياة الانسان ووقائعه لا تبقَ كما هي، بل تتغير باستمرار وهذا التغيير لا يتوقف بل ينتج في كل مرحلة بعض الوقائع الجديدة، لذا فقد لا تجد المحكمة قاعدة قانونية تحكم وقائع الدعوى مما ينعكس سلباً على الوقائع المادية، ولذا لا يسمح للقاضي أن يرفع يده عن الدعوى بحجة سكوت القانون، لذا على القاضي أن يجتهد ويكمل الفجوة الموجودة في القانون للوصول الى حكم قضائي، ويلاحظ إن هذه الظاهرة تسمى النقص في القانون، ولقد طرحت بشأن النقص في القانون عدة تعاريف :

فقد عرفه البعض" عدم احتواء القانون مطلقاً على نص يعالج النزاع المعروض أمام القاضي أو إنه يحتوي هذا النص بيد إنه تنقصه بعض الاحكام التفصيلية اللازمة لحل النزاع"[57].

كما عرفه ضياء شيت الخطاب" عدم ورود حكم فيه يتناول النزاع المعروض أمام القاضي، وكذلك القصور في القانون وهو عدم تضمن النص القانوني لما تقوم الحاجة اليه من احكام تفصيلية او جزيئية"[58].

وتجدر الاشارة لم تكن فكرة النقص في القانون محل اجماع الفقه القانوني، فبينما يعد النقص في القانون متفقا مع طبيعة الامور، في حين ينكر البعض حقيقة وجوده في القانون، حيث ذهب هؤلاء إلى القول بكمال التشريع وإن القانون كامل لا قصور فيه ويمكن أن يتضمن حلولاً لجميع الحالات، وما من خصومة تطرح على القاضي إلا وجد النص للفصل فيها، وهؤلاء أنصار نظرية (كمال التشريع)[59].

في حين ذهب آخرون يمثله أصحاب (نظرية النقص في التشريع) إلى إن النقص أمر طبيعي في القانون، وإن هذا الاخير قاصر عن تنظيم الاوضاع القانونية والاجتماعية بصورة شاملة، إذ من غير المتصور عقلاً لأي انسان ان يتكهن بما يستجد أو يحصل في الحياة من حالات ووقائع، لكي يضع لها مسبقاً نصوصا تحكمها، فالقول بعدم وجود نقص في القانون أمر غير مقبول ولا يمكن التمسك به[60].

صفوة القول إن فكرة وجود نقص في القانون تكاد تكون محل اجماع الفقه في الوقت الحاضر، ويتأكد ذلك بوضوح كلما اتسع السقف الزمني بين صدور القانون وتطبيقه، ذلك إن النقص في القانون هو أمر موجود ولا يمكن انكاره بأي شكل من الاشكال، وما قيل في كمال التشريع هي اراء ذات ابعاد فلسفية ومبررات منطقية، لا تلبث ان تتهاوى عند اصطدامها بالواقع العملي وظهور حوادث مستجدة لم تكن بالحسبان عند سن القوانين..

ولابد من الاشارة إلى إن فقهاء القانون يميزون بين النقص في القانون وبين غيره من المفاهيم التي قد تشتبه به كالتفسير، فهذا الاخير يكون نتيجة لغموض النصوص، في حين إن النقص في القانون يترتب عليه ضرورة اكماله بالتدخل التشريعي فيها، كما ان التفسير عندما تكون القاعدة القانونية موجودة الا انها غامضة، في حين إن القاعدة القانونية لا تكون موجودة في حالة النقص في القانون[61].

كذلك ينبغي التفرقة بين حالة ألا يشمل القانون على قاعدة لحل نزاع معين فيكون تشريعا ناقصا، وبين حالة ان يحتوي التشريع على قواعد تناقض بعضها بعضا، فيكون تشريعاً غير متجانس، ويقال بان التشريع غير المتجانس يشتمل على ما يزيد عن الحاجة.

أما التشريع الناقص فيكون في خلو مما كان يتعين أن يشتمل عليه، كما إن عدم تجانس التشريع يعالج بالتعديل في حين يكون علاج النقص في القانون التكميل[62].

ومن الجدير بالذكر إن النقص في القانون أو القصور في القانون يتخذ نوعيين أساسين، أحدهما القصور المزيف، الذي ينشأ ويعد قصوراً في القاعدة القانونية عندما لا تنسجم مع ظروف الواقع ومتطلبات المجتمع، ويسمى القصور الوهمي أيضا، والاخر القصور الحقيقي الذي ينشا عندما تعيب او تنعدم القاعدة القانونية :

فالقصور المزيف: يراد به عدم توافق النص القانوني المعمول به مع الظروف والتطورات التي يشهدها المجتمع، على الاصعدة كافة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، إذ يضطر القاضي الى محاولة ايجاد حلول ملائمة للتطور الذي طرأ على المجتمع لتغير الايدلوجية، لذلك يطلق عليه بالقصور الايدلوجي، لان تغير الافكار خاصة السياسية منها، يحمل القاضي الى توهم هذا القصور، إذ ان هذا النوع من القصور تظهر اهميته عند حصول احداث فجائية في

ميدان معين من ميادين الحياة بكل اشكالها، فتتكون روابط جديدة غير مألوفة من قبل، أو حصول تغير اجتماعي لمجتمع ما، بسببها ينزع وجهته كليا التي كان زمنا عليها، لذلك يسمى بالمزيف، بناء على ان القاعدة القانونية موجودة لكنها غير عادلة او غير منسجمة مع الظروف السائدة في المجتمع، ويسمى ايضا بالانتقادي بناء على انتقاده لها عندما يجدها قاصرة عن بلوغ الغاية التي تستهدف تحقيقها مما يؤدي الى تجاهلها واحلال محلها، كما يسمى بقصور الغاية[63].

مثال ذلك أحكام المسؤولية التقصيرية في القانون المدني الفرنسي التي تطورت بعد التحولات بالطاقة وادخال الطاقة الخارجية بالصناعة، ففي السابق ووفقا لنص المادة (1382) من القانون ذاته كانت تقام المسؤولية على اساس الخطأ الثابت الذي كان سبباً في حرمان العمال المتضررين من المطالبة بالتعويض، وعلى أثر التطورات الجديدة في الطاقة البخارية والشعور بالإنصاف أدى الى الالتفاف على النصوص والاعتماد بإقامة المسؤولية على الخطأ غير الثابت او مبدأ تحمل التبعة[64].

القصور الحقيقي: الذي يكون بدوره على صورتين أيضا، القصور الحقيقي لفقدان النص، أي عدم عثور القاضي على حكم في نصوص القانون يتناول النزاع المعروض امامه، فيستطيع القاضي في هذه الحالة الانطلاق من أي نقطة في استدلاله لما تستدعيه الحاجة، والا يستحيل عليه اصدار الحكم المطالب في الدعوى[65].

اما النوع الثاني ويسمى القصور للنقص في النص ويتحقق بعدم تضمن القواعد القانونية على ماتتطلبه دقة وسلامة تطبيقها من أحكام تفصيلية وجزيئية، مما يوجب على القضاء معالجة النقص الذي يعتري النص القانوني بغية اصدار الحكم الواجب، ومن الامثلة على القصور الحقيقي كما لو الزمت القاعدة القانونية المخاطبين بالقيام بعمل معين إلا انها لم تحدد مع ذلك جزاء مخالفة هذا الالتزام، أو إن تشترط القاعدة القانونية مدة معينة للإمهال من دون أن تحدد مقدارها[66].

ومن المفيد أن نؤكد إن هذا النقص لا يحدث كما يقال-عفويا-ولا كذلك بصورة مصممة مسبقا بالكامل، فهناك أسباب لهذه الظاهرة أهمها :

اولا: قصور الصياغة القانونية : أي عملية وضع انسب القواعد القانونية لمجابهة هذه الوقائع واشباع تلك الحاجات الاجتماعية، فالصياغة القانونية تعد من وسائل وضوح النصوص التشريعية المهمة والتي بدورها تنعكس على تطبيق النصوص القانونية، فالصياغة الجيدة توفر حماية سابقة للحقوق والحريات، كما من شأنها أن تعين القاضي على تطبيقها وفق التعبير الذي اراده المشرع على نحو لا يفسح المجال لاجتهاده، حيث إن من يصنع القانون هو وسائل الصياغة القانونية، ذلك إن القانون يقوم على دعامتين هما معطيات الحياة، والصياغة الفنية والى جانب عنصر المعنى في النص القانوني، يوجد عنصر آخر متمم له هو عنصر الشكل، ذلك بقدر ما نحتاج الى المعنى لإدراك الغاية من النص، بقدر ما نحتاج الى الشكل لتحقيق التطبيق العلمي لها [67].

ويختلف تدخل الصياغة القانونية في بناء القواعد القانونية من فكرة الى اخرى، فقد تصاغ الفكرة على وجه محدد منضبط لا يدع المجال للرأي عند تطبيق القاعدة وفي هذه الحالة توصف الصياغة القانونية انها صياغة جامدة[68]، وقد لا تتحدد الفكرة على هذا النحو، بل تترك درجة من المرونة بحيث توفر مجالا للرأي والتقدير للقاضي[69]، في ضوء الظروف والملابسات التي تحيط القضية المطروحة امامه، فعندئذ توصف هذه الصياغة بالصياغة المرنة، واعتماد احدى الطرقتين يساعد في منحه القدرة على المواكبة والاستجابة لمتغيرات الظروف، وبعبارة اخرى سيخلق ما يطلق عليه بالفراغ التشريعي[70].

لذا فأن الصياغة المرنة تساعد على خلق النقص في القانون بل هي أهم أسباب وجود هذه الظاهرة، وبذلك تكون مجالاً رحباً لنشوء الاجتهاد القضائي، بخلاف ما عليه القواعد القانونية المصاغة بصياغة جامدة كونها حاسمة في ارادة معنى معين لا يقبل التأويل والاضافة.

ثانيا: طبيعة القاعدة القانونية التي تتمثل بالعمومية والتجريد: فنعني بالعمومية إن القاعدة القانونية تصاغ بصياغة التعميم لتستوعب وتشمل جميع الفروض في الحالات غير المتناهية فيدخل في نطاقها كل ما تواجهه من اعمال، لذلك صيغة قواعد القانون واحكامه بصياغة عامة، لتطبق على كل حالة، أما التجريد فيعني إن حكم القاعدة القانونية تنطبق على الوقائع المتماثلة وعلى اشخاص ذوي الظروف المتشابهة، اذ ان خاصية العمومية والتجريد ترتبط باعتبارات عملية فضلا عن ارتباطها بمبدأ سيادة القانون ومبدأ المساواة امامه، وتستند هذه الاعتبارات على عجز المشرع بالمطلق وعدم قدرته على اصدار قرارات خاصة تنظم سلوك كل فرد في المجتمع، فتأتي الصياغة العامة هنا، وسيلة لمعالجة المستحدث والمتغير من الوقائع[71] .

لذا يظهر واضحاً إن المشرع ولاعتبارات عملية يضطر الى صياغة القاعدة القانونية بصيغة التجريد فرضاً، والعمومية حكماً، مما يعني ان العمومية والتجريد بما توفره من قدرة النص على الانطباق على عدد لا متناه من الاشخاص والوقائع في الحال والاستقبال، تحقق واحدا من أنشط أسباب خلق النقص في القانون، من خلال امتداد القاعدة القانونية العامة في السريان والانطباق على عدد غير محدد من الاشخاص وغير متناه من الوقائع [72].

ثالثا: الاعتبارات المتعلقة بالسياسة التشريعية: فأحيانا تدفع اعتبارات السياسة التشريعية المشرع إلى الاحجام عن معالجة بعض المسائل، رعاية لشعور طائفة من الناس، أو توقياً لأثارة الرأي العام، أو لكون تلك المسائل ما زالت غير مستقرة على أساس ثابت، ففي هذه الحالة يعتمد المشرع على اجتهاد القضاء في استقصاء مقصوده، لمعالجة هذه المسائل إذا ما اثير نزاع بصددها، ونظراً لأن المشرع قد تعمد نظراً للأسباب المذكورة انفا، عدم ذكر بعض المسائل، فالبعض يعتبر هذا النوع من النقص في القانون عمديا، ويسميه النقص العمدي في القانون[73].

رابعا: تطور الحياة ووسائلها: إن العوامل والظروف الطبيعية يجب أن تؤخذ بعين الاعتبار عند تكوين القانون واذ ما سن قانون لا يراعِ هذه العوامل يكون قد خرج عن فطرة لا بد للإنسان في تبديلها، الامر الذي سيكون سبباً من أسباب النقص في القانون، فالقانون يتكون من مجموعة من قواعد تقديرية، لاتقريرية ومن هنا كان على المشرع ان يرصد وقائع الحياة ويفهمها فهماً صحيحاً وواضحا، ثم يتولى بعد ذلك وزنها أو تقيمها فيقر الصالح منها ويطرح ما هو فاسد[74].

ومن هنا فأن دراسة وقائع الحياة تضعنا أمام عدة عوامل مؤثرة في خلق قواعد القانون، وهذه العوامل المؤثرة هي العوامل السياسية، والاجتماعية، والعوامل الاقتصادية، وعوامل التطور السريع في التكنلوجيا، كما إن وقائع الحياة في حال تغيير وتبدل مستمر في الحاجات لذا تدعو الضرورة ان تكون ثمة تشريعات تتناسب مع هذه المتغيرات والحاجات لكي تسايرها ولا تتخلف عنها، ومن هنا لابد من التوفيق بين القانون الثابت والمتغيرات لكي لا يوصف النص بالجمود، كما ان التطور السريع للحياة والتقدم العلمي وظهور التقنيات الحديثة أدت الى ظهور الكثير من الحالات لم تكن في الحسبان عند وضع النصوص، أو لم تكن عند المشرع الرؤيا الواضحة لما سيؤول اليه تطور الحياة مع التقدم في الزمن، لذا فقصرت القوانين السارية عن مجاراة هذا التطور ، وبانت ظاهرة نقص النصوص، فلم يجد القضاء من وسيلة الا الاجتهاد، لايجاد الحلول المناسبة[75].

وبالرجوع الى القانون العراقي والقوانين محل المقارنة وموقفها من النقص، نجد إن المشرع العراقي وسواه، قد اعترف صراحة أو ضمناً بفكرة النقص في القانون في العديد من صور القواعد القانونية، منها قواعد تحيل القاضي الى مصادر القانون الاخرى لحل النزاع المعروض، وابرزها المادة (1) من القانون المدني العراقي التي نصت على احالة القاضي على قواعد قانونية اذا لم يجد قاعدة ملائمة لحل النزاع المعروض وهذا المسلك يعد اعتراف ودليلاً قاطعاً على وجود النقص في القانون[76].

وكذلك هناك من القواعد التي تمنع القاضي من الاستنكاف عن الحق، حيث نجد القانون العراقي والقوانين محل المقارنة الزمت القاضي بالفصل في المسألة المطروحة امامه في جميع الاحوال، والا فانه يكون تحت طائلة العقاب، وهذا اعتراف من المشرع بانه من الممكن أن تعرض على القاضي حالات ليست هناك نصوص تحكمها، ومع هذا فانه ملزم بالحكم بها من ذلك نص المادة (30) من قانون المرافعات وقد سبق الاشارة اليه في بحثنا[77].

كذلك من القواعد التي تترك للقاضي حرية التقدير في اللجوء الى العرف او مبادئ العدالة، من ذلك ما قضت به المادة (587) من القانون المدني العراقي التي نصت" نفقات تسلّم المبيع على المشتري مالم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك".

وكذلك من القواعد القانونية التي تؤكد على الدور الايجابي للقاضي في ظل قواعد القانون المدني الجديد بتفويض المشرع للقاضي بالتدخل بإرادته لاستكمال النقص في القانون، حيث إن المشرع يضع الاطار العام للحكم ويترك للقاضي تحديده بما يستقيه من واقع الخصومة وفقا لتقديره الخاص وطبقا لما يمليه عليه ضميره وحسه القانوني، من ذلك ما نصت عليه المادة(2/86) من القانون المدني "اذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقا عليها فيما بعد ولم يشترط ان العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها اعتبر العقد قد تم .. فان المحكمة قد تحكم طبقا لطبيعة المعاملات ولأحكام القانون والعرف والعدالة". وكذلك نص المادة (144) من القانون المدني المصري، بأن من حق القاضي ان يحول العقد الى عقد اخر توافرت اركانه إذا تبين ان نية المتعاقدين كانت تنصرف الى ابرام هذا العقد.

وتجدر الاشارة الى تلك ان الاشكال من القواعد التي تم بسطها لم تكن إلا امثلة على اعتراف المشرع بالنقص في القانون، على أن هذا الاعتراف لم يكن مختصاً بالقانون المدني دون سواه من فروع القانون، حيث نجد كثيراً من القواعد القانونية التي تؤكد حقيقة اثبات النقص في القانون غير القانون المدني، كالقانون التجاري وقانون الاثبات وقانون الدولي الخاص[78]، وبذلك فتح الاجتهاد امام القاضي ايماناً منهم بحتمية النقص في القانون.

أما موقف القضاء من النقص في القانون فنجد إن هناك الكثير من القرارات التي تشير الى النقص في القانون، حيث ذهبت محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها مفاده " القضاء ملزم بحكم القانون بالفصل في اي قضية تعرض عليه وسد النقص التشريعي" [79].

وكذلك من التطبيقات القضائية قرار محكمة التمييز " قد رفع الخصومة بين الطرفين وقد يسقط حق المدعي في الشفعة بحكم القانون لأنه لم يكن شريكاً في العقار وقد عاد الطرفان الى الحالة التي كان عليها قبل اقامة الدعوى ولم يكسب أو يخسر أحد الطرفين أي حق في الدعوى وقد انتفى بذلك السبب الذي تركن اليه المحكمة بالحكم بالمصاريف ...وحيث ان المادة (63) من قانون المحاماة قد نصت على ان تحكم المحكمة على من خسر الدعوى كلا او جزءا بأتعاب المحاماة وحيث انه لا يوجد نص تشريعي يشير إلى المصاريف في مثل هذه الحالات وحيث انه

بالرجوع الى المادة الاولى من القانون المدني تجد هذه المحكمة انها عند عدم وجود نص تشريعي يمكن تطبيقه يجب الحكم بمقتضى العرف .."[80].

وبالرجوع الى القضاء المصري، نجد إن محكمة النقض المصرية قد أحالت القاضي الى قواعد العدالة لسد النقص في التشريع اذ جاء في قرار لها "ان إلزام رب العمل بإعطاء الاجير عند انقضاء عقد العمل شهادة بخلو طرفه...لا يعدو أن يكون مما يوجبه حسن النية في تنفيذ عقد العمل الفردي.. ومن ثم كان الحكم الابتدائي على صواب في الاخذ بقواعد العدالة لسد ما في القانون من نقص في هذا الخصوص"[81].

وبالرجوع الى القضاء الفرنسي، حيث نجد ان محكمة باريس اصدرت حكماً صريحاً بالأخذ بنظرية تحمل التبعة دون ان ينص عليها القانون المدني الفرنسي وجاء في حيثيات الحكم " سواء كان الضرر ناشئا عن شيء أم كان بفعل تابع او خادم لغير من ضحية هذا الضرر فان العدالة تقضي في هذه الحالة بان يتحمل النتائج المادية لهذا الضرر لا من كان ضحية له أو لورثته وهم غرباء تماماً عن الحادث او الفعل الضار انما يتحملها من كان الشيء او عمل التابع يعود اليه بالفائدة والنفع"[82].

الخاتمة

في نهاية دراستنا الموسومة ب(الاجتهاد القضائي ومسوغات اللجوء اليه) فإننا نعرض هنا لاهم النتائج التي توصلنا اليها ، ثم نعقب ذلك ببعض التوصيات التي نرى من الاهمية الاخذ بها في هذا المجال وعلى النحو الاتي:

اولا: الاستنتاجات:

1-لم يرد نص في القانون يتضمن تعريف (الاجتهاد القضائي) لذا يمكن تعريفه بانه " قيام القاضي باجتهاده وإعمال فكره باستنباط واستخلاص المبادئ العامة للقانون، من مصادرها المختلفة والتي تتمثل بالنصوص القانونية في مجالات القانون المختلفة، بغية تطبيقها على الوقائع والمنازعات المعروضة امامه وذلك في حالة فقدان النص القانوني او غموضه او حتى مع وجوده في حالة انتابت قواعده حالة من القصور التشريعي".

2-ان لجوء القضاء الى الاجتهاد القضائي في تقرير الحلول العادلة للمنازعات المعروضة امامه يجد سندا قانونيا في عدة نصوص تشريعية، منها ما تقضي به المادة (2) من القانون المدني بأن (لا مساغ للاجتهاد في مورد نص) ومفهوم المخالفة لهذا النص يعني جواز الاجتهاد، وكذلك ما تنص عليه المادة (30) من قانون المرافعات العراقي التي تنص (لا يجوز لأي محكمة ان تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون، أو فقدان النص أو نقصه).

3- هناك عدة شروط يجب ان يتمتع بها القاضي عند قيامه بالاجتهاد، فأحياناً يكون القاضي مؤهل للعمل القضائي، لكن في قضية معينة بالذات يكون غير قادر على الحكم فيها، وبذلك يجب أن تتوافر فيه شروط تمكنه من استنباط الاحكام القضائية، لكي يفصل في القضية المعروضة.

4-للاجتهاد القضائي دور له اهمية في القانون، وفي ميدان العمل القضائي كونه وسيلة قضائية تعين القاضي في الفصل في الدعاوى في حالات انعدام النص القانوني أو نقصه أو غموضه، وتعمل على ترسيخ ثقة الخصوم بالسلطة القضائية، اذ يعد أحد الحلول لتفادي قصور قواعد القانون الناجمة عن طبيعة هذا القانون.

ثانيا: التوصيات:

١- الاعتناء بالصياغة التشريعية عبر مجلس الدولة واللجان المختصة، لضمان خروج النص القانوني واضحاً حاكماً غير مناقض لما سبقه من تشريعات، وذلك للتقليل من اجتهاد القضاة.

٢- نوصي المشرع العراقي بتعديل نص المادة (١٣/اولا/٢) من قانون التنظيم القضائي، من خلال تغيير صياغة النص ليكون شاملاً دون تقييده وجود نزاع حول تعارض الأحكام والقرارات الصادرة عن محكمة التمييز.

٣-الأخذ بمبدأ تخصص القضاة من خلال إضافة مواد قانونية إلى قانون التنظيم القضائي النافذ بهذا الخصوص، بحيث يسهم الأمر في تحسين نوعية القرارات الصادرة من القضاء بسبب ادخال هذا المبدأ.

الهوامش

[1])"Un juge qui refuse de statuer pour cause de silence, d'ambiguïté ou d'absence de législation peut être poursuivi pour déni de justice".

[2]) نجد ان المشرع المصري لم يورد مثل هذا النص، وكذلك المشرع الفرنسي على الرغم من كونه يمثل الجذر التاريخي لمنظومة التشريع الوضعي المدني في هذه الدول.وتجدر الاشارة الى ان المقصود بالاجتهاد القضائي لغة: مشتق من كلمة(جهد) بمعنى بذل الجهد او تحمل الجهد وهو المشقة، فالاجتهاد في اللغة هو استفراغ الوسع في فعل كان، ويقال استفرغ وسعه في حمل الثقيل، ولا يقال استفرغ وسعه في حمل النواة. ويقال اجهد الشخص: بمعنى اتعبه جهده، اما مصطلح "القضائي" في اللغة العربية يقصد به من القضاء، والقضاء بمعنى قضى اي حكم، وقد يراد به الاداء فيقال قضى فلان دينه، ويقال بمعنى الانتهاء من الشيء والحكم في الشيء. انظر ابن منظور محمد بين مكرم، لسان العرب، ج2، دار احياء التراث العربي، بيروت، 1419، ص397.انظر كذلك ابو حامد بن محمد الغزالي، المستصفى في علم الاصول، ج2،ط1، مصر، 1356، ص101

[3]) كما نصت المادة (3/286) من قانون المرافعات العراقي " لكل من طرفي الخصوم ان يشكو القاضي او هيئة المحكمة او احد قضاتها في الاحوال التالية...3- اذا امتنع الحاكم عن احقاق الحق".

[4]) " Il est permis de se quereller avec le juge s'il refuse de répondre à une requête qui lui est soumise ou s'il néglige de statuer dans une cause valable pour jugement".

[5]) انظر منير القاضي، المذكرة الايضاحية المختصرة لمشروع القانون المدني، مطبعة الحكومة، بغداد،1948،ص5.

[6]) انظر مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الاول،ص188.

[7]) راجع حامد شاكر محمود الطائي، العدول في الاجتهاد القضائي، ط1، المركز العربي، 2018، ص67.

[8]) راجع عباس قاسم مهدي الداقوقي، الاجتهاد القضائي مفهومه حالاته نطاقه، المركز القومي للإصدارات، ط1، 2015، ص83.

[9]) راجع احمد الغريب شبل، دور القاضي المدني في انشاء القاعدة القانونية، دار النهضة العربية، مصر، ط1، 2017، ص130. انظر كذلك راجع عبد الرحمن اللمتوني، الاجتهاد القضائي والامن القانوني، بحث منشور في مجلة المغرب، العدد 16، 2018،ص122.

[10]) "Ensemble des solutions apportées par les décisions de justice dans l'application du droit (not. Dans l'interprétation de la loi quand celle-ci est obscure)."Voir:G. CORNU (dir.)،Vocabulairejuridique،Association H. Capitant،PUF،8ème 1eréd. 1987،V° Jurisprudence.P.16.

[11]) 10/الهيئة العامة/ 2018، في 2018/3/27، غير منشور

[12]) نقض جنائي، 1967/2/19/ص128 نقلا عن د. حسين منصور، المدخل لدراسة القانون، دار الكتب العربية، دون ذكر سنة النشر، دون ذكر مكان الطبع، ص233.

[13]) راميا الحاج، مبدأ حياد القاضي بين النظرية والتطبيق ، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2008،ص81.
[14]) ولم يجوز المشرع العراقي تولية القضاء للاجنبي حتى لو اكتسب الجنسية العراقية، حيث يشترط قانون التنظيم القضائي العراقي في المادة (1/36) منه " ان يكون عراقيا بالولادة ومن ابويين عرقيين بالولادة" ، والى نفس الامر ذهبت المادة (1/7) من قانون المعهد القضائي رقم (33) لسنة 1976، كذلك قانون السلطة القضائية المصري رقم (46) لسنة 1972 في المادة(1/38).
[15]) فقد اشترط قانون المعهد القضائي في المادة(7/ب) " ان لا يقل عمره عن ثمان وعشرين سنة"، اما قانون السلطة القضائية المصري فقد اشترط الا يقل العمر عن ثلاثين للقاضي، وعن ثمان وثلاثين سنة للمستشار بمحكمة استئناف وثلاث واربعين سنة للمستشار في محكمة النقض وذلك في المادة(2/38).
[16])عبد الغني بسيوني ، مبدأ المساواة امام القضاء وكفالة حق التقاضي، منشأة المعارف، الاسكندرية، ص166.
[17]) اذ نص قانون المعهد القضائي على ذلك في المادة(7)" ج-ان لا يكون محكوما عليه بجناية غير سياسية او جنحة مخلة بالشرف، د- ان يكون محمود السيرة وحسن السمعة" . وهذا ما نصت عليه المادة(4/38) من قانون السلطة القضائية المصري " الا يكون قد حكم عليه من المحاكم او مجالس التأديب لامر مخل بالشرف ولو كان قد رد اليه اعتباره".
[18]) ساهرة موسى داراوك، ضمانات التقاضي في الدعوى المدنية، رسالة قدمت الى مجلس كلية الحقوق جامعة النهرين،2008،ص44.
[19]) اذ نص قانون المعهد القضائي في المادة (7/ه) على ان " ان تتوافر فيه الجدارة البدنية واللياقة" ، والملاحظ انه لا يوجد نص مقابل في قانون السلطة القضائية المصري.
[20]) عباس العبودي، المنطق القانوني، محاضرات القيت على طلبة المرحلة الثانية، كلية القانون، جامعة كركوك، 2000، ص5.
[21]) راجع محمد سليمان الاحمد، فكرة التطور القانوني بين تبدل القانون وتغير الواقع، بحث منشور في مجلة الابحاث المستقبلية،العدد1، لسنة2000، ص110
[22]) بالطيب فاطمة، حياد القاضي في ظل مبدأ استقلالية القضاء، بحث منشور في مجلة البحوث العلمية والدراسات الاسلامية، العدد الرابع عشر، ص280.طلعت دويدار، ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم، منشأة المعارف، الاسكندرية،25،2018. راجع ساهرة موسى، ضمانات التقاضي في الدعوى المدني، مصدر سابق، ص33..
[23]) انظر د. عادل محمد جبر، حماية القاضي وضمان نزاهته، منشأة المعارف، الاسكندرية، ص275، انظر كذلك عزمي عبد الفتاح، تسبيب الاحكام واعمال القضاة ، دار المعارف، الاسكندرية، ص192.
[24]) محمد يحيى احمد عطية، القضاء بالعلم الشخصي واثره على حياد القاضي، منشأة المعارف، الاسكندرية، ص957.
[25]) احمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية، دار المعارف، الاسكندرية، ص233.
[26]). انظر ادم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، مكتبة بغداد، دون ذكر سنة نشر، ص37.
[27]) علاء عامر علي، مبدأ اقتناع القاضي، رسالة قدمت الى مجلس كلية الحقوق، جامعة بابل،2022، ص28.
[28]) انظر د. مصطفى الزلمي، دلالات النصوص وطرق استنباط الاحكام، ط1، 2014،ص301.
[29]) راجع د. ابراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، ج1، منشاة المعارف، الاسكندرية، 1974، ص30
[30]) راجع علاء عامر، مبدأ اقتناع القاضي، مصدر سابق، ص34.
[31]) انظر حماة الحق، الاجتهاد القضائي، مقالة منشورة على الموقع الالكتروني https://jordan-lawyer.com/2021/09/19/impartiality-of-the-judiciary/ تاريخ الزيارة 2024/7/4.
[32]) راجع سعد احمد بيومي، لغة الحكم القضائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص207.
[33]) راجع حسن علي ذنون، فلسفة القانون، مطبعة العاني، 1975، ص275، انظر كذلك حسين فريجة، الاجتهاد القضائي مفهومه وشروطه، بحث منشور في مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الاول، الجزائر،2005، ص13.
[34]) انظر سمير تناغو ، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1974، ص740. انظر كذلك عصام انور سليم، المدخل للقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، دون ذكر سنة النشر، ص322.
[35]) عبد الزاق السنهوري، اصول القانون، مطبعة لجنة التأليف، القاهرة، 1950، ص222. انظر كذلك عمر طه بدوي، المدخل لدراسة القانون، دون ذكر مكان النشر، دون ذكر سنة الطبع، ص92.
[36]) "Lorsqu'une condition a deux significations, elle doit être comprise a fortiori, dans le sens qui produit un effet, plutôt que dans le sens qui ne produit aucun effet".
[37]) انظر سعيد سليمان جبر، محمد سامي عبد الصادق، المدخل للعلوم القانونية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ص45، راجع حسن حرب، دراسات في المدخل الى العلوم القانونية، دار الخليج ، الاردن، 2020، ص115،.
[38]) احمد محمد الرفاعي، المدخل لدراسة القانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، ص193. مالك دوهان، المدخل لدراسة القانون، مطبعة الجامعة، بغداد، 1972، ص464.
[39]) راجع فارس حامد، القصور التشريعي، بحث في فلسفة القانون الوضعي، منشور على الموقع https://burathanews.com/arabic/studies/61272، تاريخ الزيارة، 2024/4/4.

[40]) شمس الدين الوكيل، مبادئ القانون، ط1، منشورات المعارف ، الاسكندرية، 1968، ص149
[41]) راجع سليمان براك دايح، الامن القضائي بين التنظير القانوني والتطبيق القضائي، بحث منشور في مجلة الشرق الاوسط للدراسات القانونية، جامعة الفلوجة، العدد 2، 2023، ص108.
[42]) خالد وزاني، مناهج تفسير النصوص بين علماء الشريعة وفقهاء القانون، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2008، ص633، عبد الرزاق السنهوري، اصول القانون، مطبعة لجنة التأليف، القاهرة،1950، 322. انظر كذلك فاطمة الزهرة، المدخل الى العلوم القانونية، دار بلقيس للنشر،2018،ص87 .
[43]) انظر القاضي عواد حسين ياسين ، تفسير النصوص القانونية باتباع الحكمة التشريعية من النصوص، المركز العربي للدراسات والبحوث،2019، ص115.
[44]) انظر محمد شريف احمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، دار التفسير للطبع، 2015، ص109.
[45]) محمد شريف احمد ، نظرية تفسير النصوص المدنية، مصدر سابق، 112.
[46]) انظر احمد محمد الرفاعي، المدخل لدراسة القانون، مصدر سابق، ص195. انظر كذلك، شمس الدين وكيل، مبادئ القانون، مصدر سابق، ص 155.
[47]) د. توفيق حسن فرج، مذكرات في العلوم القانونية، منشورات الحلبي، دون ذكر سنة النشر، ص189
[48]) انظر هادي محمد عبد الله، دور ارادة المشرع في تفسير النصوص القانونية، رسالة مقدمة الى مجلس كلية الحقوق، جامعة كركوك، 2016، ص48.
[49])عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية القانون، ط4، مطبعة دار الكتاب العربي، 1965، ص335.
[50]) سمير تناغو، جوهر القانون، دار المعارف، الاسكندرية، 2014، 115.
[51]) راجع محمد فوزي نوجي، التفسير المنشئ للقاضي لدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ص98.
[52])انظر محمد صغير ، المدخل للعلوم القانونية، دار العلوم، دون ذكر مكان النشر، دون ذكر سنة الطبع، ص 165.
[53]) انظر محمد شريف احمد، تفسير النصوص ، مصدر سابق، 117.، انظر كذلك فارس حامد، دور الاجتهاد القضائي في تطوير النظام القانوني، مصدر سابق، ص22.
[54]) محمد شريف احمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، مصدر سابق، ص118.
[55]) نقلا عن مجيد حميد العنبكي، المدخل الى دراسة النظام القانوني الانكليزي، دون ذكر مكان النشر، ص30.
[56]) سليمان مرقس، المدخل للعلوم القانونية، مطبعة السلام، القاهرة، ص433.
[57]) راجع عواطف عبد المجيد الطاهر، القصور في التشريع، بحث منشور في مجلة جامعة النهرين، العدد الاول، المجلد الثاني، 2019، ص63.
[58]) ضياء شيت خطاب، فن القضاء ، معهد البحوث والدراسات العربية،1984، 76. انظر كذلك القاضي عواد حسين ياسين، الاجتهاد القضائي واثره في سد الفراغ التشريعي، بحث منشور في مجلة الباحث العربي، كركوك، العدد3 ،2023.
[59])انظر عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة القانون ، الكويت،1970، ص54. انظر كذلك هانس كلسن، النظرية المحضة في القانون، ترجمة اكرم الوتري، مركز البحوث القانونية، بغداد،1986.ص120.
[60]) انظر منذر الشاوي، مذاهب القانون، بغداد،1986،ص68. انظر كذلك عبد المنعم فرج صدة، اصول القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، ص92.
[61]) راجع احمد محمد الرفاعي ،المدخل للعلوم القانونية، مصدر سابق، ص196.
[62]) ضياء شيت الخطاب، فن القضاء، مصدر سابق، ص72.
[63]) راجع ابراهيم حميد محسن، الفراغ التشريعي في احكام الضرائب المباشرة، اطروحة دكتوراه، قدمت الى مجلس كلية الحقوق جامعة بغداد، 2007، ص90. راجع ايضا كاناريز ، سد الفراغ في القانون وموقف النظام القانوني الالماني منه، بحث مقدم الى المركز القومي لبحوث المنطقة بروكسل، ترجمة عبد الرسول الحصاني، ص76.
[64]) راجع ورود محمد جابر، انواع القصور التشريعي في احكام قانون الانضباط واهمية معالجته، مقال منشور على الموقع الالكتروني،https://mail.almerja.com/reading.php?idm216271، تاريخ الزيارة2024/4/15.
[65])انظر محمد شريف احمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، مصدر سابق، 196. انظر كذلك عواطف عبد المجيد طاهر، القصور في التشريع، مصدر سابق، ص65.
[66]) انظر محمد شريف احمد ، نظرية تفسير النصوص المدنية، مصدر سابق، ص115.
[67])د استاذنا الدكتور ضمير حسين المعموري، الفراغ التشريعي، بحث مقدم الى مجلة المحقق الحلي، 2007،ص21.
[68]) تكون صياغة القاعدة القانونية جامدة اذا كان كل من الفرض والحكم محددين تحديدا دقيقا، بحيث لا يكون للمكلف بتطبيق القاعدة أي حرية او سلطة تقديرية في تقدير توافر الفرض او عدم توافره، لذا فان هذه الصياغة تحقق ثبات القاعدة القانونية، ومثالها القواعد القانونية التي تحدد مواعيد الطعن في الاحكام بطريق الاعتراض والاستئناف والتمييز، ومن ذلك ايضا سن الرشد هي ثماني عشرة سنة كاملة. انظر صاحب عبيد الفتلاوي، مدخل لدراسة علم القانون، ج1، ط1، دار وائل للنشر، الاردن،2011، ص119.

[69]) يقصد بالصياغة المرنة التعبير عن حكم التشريع بعبارات واسعة، تسمح بتغير الحلول تبعا للظروف والاحوال، ولما تقدره المحكمة من تطبيق القاعدة القانونية من تقديرات متعددة الاتجاهات والجوانب، وفي نطاق القانون الخاص هناك الكثير من القواعد المرنة من ذلك الحوادث العامة الاستثنائية، الغلط في الصفة الجوهرية وغيرها الكثير . انظر عليوة مصطفى، الوسيط في سن وصياغة وتفسير التشريعات، ج4، مكتبة الخليج، ص28.

[70]) انظر سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، مصدر سابق، ص44. انظر كذلك استاذنا الدكتور ضمير المعموري، الفراغ التشريعي، مصدر سابق، ص22.

[71]) انظر علي عبد الله عفريت، الفراغ في القانون، اطروحة دكتوراه، مقدمة الى مجلس كلية القانون، جامعة كربلاء، 2015، ص307.

[72]) راجع استاذنا الدكتور ضمير المعموري، الفراغ التشريعي، مصدر سابق، 26.

[73]) انظر د. صالح محسوب، فن القضاء، مطبعة العاني، بغداد، 1982، ص67. انظر كذلك منذر الشاوي، فلسفة القانون، مصدر سابق، 289.

74) راجع حسن احمد البغدادي، النقص الفطري في احكام التشريع، بحث منشور في مجلة القضاء التي تصدر عن نقابة المحامين، العدد الرابع، 1945، ص401، انظر كذلك احمد فواز حسن، دور القاضي في تفسير النصوص الجزائية، اطروحة مقدمة الى مجلس كلية الحقوق، الجامعة الاسلامية، لبنان، 2016، ص49.

[75]) راجع عواد حسين ياسين، الزام القاضي بالتفسير المتطور للقانون، مصدر سابق، ص36، انظر كذلك هدى محمد ناجي، المبادئ القضائية ودورها في الدعوى المدنية، اطروحة مقدمة الى مجلس كلية الحقوق جامعة بابل، 2022، ص186.

[76]) حيث نصت هذه المادة" ...2 – فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية ..فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ العدالة". تقابلها المادة الاولى من القانون المدني المصري.

[77]) انظر بهذا الخصوص ايضا المادة(4) من القانون المدني الفرنسي.

[78]) انظر عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، ج1، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، 1387، ص380.

[79]) الهيئة الرسمية المدنية، 2012/6/24القرار منشور في المجلة الحقيقة القانونية ، ص52.

[80]) قرار محكمة التمييز المرقم 344/مدنية اولى/1979/المؤرخ في 1980/11/22/ اشار اليه ضياء الشيت الخطاب، مصدر سابق، ص75.

[81]) نقلا عن محمد احمد رمضان، دور القاضي في انشاء القاعدة القانونية، رسالة مقدمة الى مجلس كلية الحقوق، جامعة بغداد، 1985، ص165، فتاك علي، دور الاجتهاد القضائي في سد النقص في التشريع، بحث منشور في مجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد 7، العدد 2، 2022، ص13.

[82]) محكمة باريس، 1910/15 ،نقلا عن فارس حامد، دور الاجتهاد القضائي في تطوير النظام القانوني، بحث منشور على الموقع الالكتروني https://alsabaah.iq/80617-.html ، تاريخ الزيارة 2024/4/20.

قائمة المراجع

اولا: الكتب القانونية

1-ابن منظور محمد بين مكرم، لسان العرب، ج2، دار احياء التراث العربي، بيروت، 1419.

2-ابو حامد بن محمد الغزالي، المستصفى في علم الاصول، ج2،ط1، مصر، 1356.

2- مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، بيروت، ط3، 1413.
3- منير القاضي، المذكرة الايضاحية المختصرة لمشروع القانون المدني، مطبعة الحكومة، بغداد،1948.
4- حامد شاكر محمود الطائي، العدول في الاجتهاد القضائي، ط1، المركز العربي، 2018.

5-عباس قاسم مهدي الداقوقي، الاجتهاد القضائي مفهومه حالاته نطاقه، المركز القومي للإصدارات، ط1، 2015.
6- احمد الغريب شبل، دور القاضي المدني في انشاء القاعدة القانونية، دار النهضة العربية، مصر، ط1، 2017.
7- حسين منصور، المدخل لدراسة القانون، دار الكتب العربية، دون ذكر سنة النشر، دون ذكر مكان الطبع.

8- راميا الحاج، مبدأ حياد القاضي بين النظرية والتطبيق ، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2008.

9- عبد الغني بسيوني ، مبدأ المساواة امام القضاء وكفالة حق التقاضي، منشأة المعارف، الاسكندرية ، دون ذكر سنة النشر.
10-.طلعت دويدار، ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم، منشأة المعارف، الاسكندرية ، دون ذكر سنة النشر..
11- عادل محمد جبر، حماية القاضي وضمان نزاهته، منشأة المعارف، الاسكندرية ، دون ذكر سنة النشر.
12- عزمي عبد الفتاح، تسبيب الاحكام واعمال القضاة، دار المعارف، الاسكندرية، دون ذكر سنة النشر.
13- محمد يحيى احمد عطية، القضاء بالعلم الشخصي واثره على حياد القاضي، منشأة المعارف، الاسكندرية، دون ذكر سنة النشر.
14- احمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية، دار المعارف، الاسكندرية، 1980.
15- ادم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، مكتبة بغداد، دون ذكر سنة نشر.
16- مصطفى الزلمي، دلالات النصوص وطرق استنباط الاحكام، ط1، 2014.
17- ابراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، ج1، منشاة المعارف، الاسكندرية، 1974.
18- سعد احمد بيومي، لغة الحكم القضائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
19- حسن علي ذنون، فلسفة القانون، مطبعة العاني، 1975.
20- سمير تناغو ، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1974.
21- عصام انور سليم، المدخل للقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، دون ذكر سنة النشر.
22- عبد الرزاق السنهوري، اصول القانون، مطبعة لجنة التأليف، القاهرة، 1950.
23- عمر طه بدوي، المدخل لدراسة القانون، دون ذكر مكان النشر، دون ذكر سنة الطبع.
24- سعيد سليمان جبر، محمد سامي عبد الصادق، المدخل للعلوم القانونية، منشأة المعارف، الاسكندرية.
25- حسن حرب، دراسات في المدخل الى العلوم القانونية، دار الخليج، الاردن، 2020.
26- احمد محمد الرفاعي، المدخل لدراسة القانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1988.
27- مالك دوهان، المدخل لدراسة القانون، مطبعة الجامعة، بغداد، 1972.
29- شمس الدين الوكيل، مبادئ القانون، ط1، منشورات المعارف، الاسكندرية، 1968.
30- خالد وزاني، مناهج تفسير النصوص بين علماء الشريعة وفقهاء القانون، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2008.
31- فاطمة الزهرة، المدخل الى العلوم القانونية، دار بلقيس للنشر،2018 .
32- عواد حسين ياسين، تفسير النصوص القانونية باتباع الحكمة التشريعية من النصوص، المركز العربي للدراسات، 2019.
33-. محمد شريف احمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، دار التفسير للطبع، 2015.
34- د. توفيق حسن فرج، مذكرات في العلوم القانونية، منشورات الحلبي، دون ذكر سنة النشر.
35- عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية القانون، ط4، مطبعة دار الكتاب العربي، 1965..
36- سمير تناغو، جوهر القانون، دار المعارف، الاسكندرية، 2014.
37- محمد فوزي نوجي، التفسير المنشئ للقاضي لدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة،2011.
38- مجيد حميد العنبكي، المدخل الى دراسة النظام القانوني الانكليزي، بغداد، الدائرة القانونية1990 .
39- سليمان مرقس، المدخل للعلوم القانونية، مطبعة السلام، القاهرة،1986.
40- ضياء شيت الخطاب، فن القضاء، المنظمة العربية للتربية والثقافة، معهد البحوث والدراسات العربية، بغداد، 1984.
41- هانس كلسن، النظرية المحضة في القانون، ترجمة اكرم الوتري، مركز البحوث القانونية، بغداد،1986.
42- منذر الشاوي، مذاهب القانون، دار الثقافة للنشر، 2011.

43- عبد المنعم فرج صدة، اصول القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، دون ذكر مكان النشر.
44- صاحب عبيد الفتلاوي، مدخل لدراسة علم القانون، ج1، ط1، دار وائل للنشر، الاردن،2011.
45- انظر عليوة مصطفى، الوسيط في سن وصياغة وتفسير التشريعات، ج4، مكتبة الخليج.
46- عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، ج1، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، 1387.

ثانيا: الرسائل والاطاريح

1- ساهرة موسى داراوك، ضمانات التقاضي في الدعوى المدنية، رسالة قدمت الى مجلس كلية الحقوق جامعة النهرين،2008.

2- علاء عامر علي، مبدأ اقتناع القاضي، رسالة قدمت الى مجلس كلية الحقوق، جامعة بابل،2022.
3-علي عبد الله عفريت، الفراغ في القانون، اطروحة دكتوراه، مقدمة الى مجلس كلية القانون، جامعة كربلاء، 2015.
4- هادي محمد عبد الله، دور ارادة المشرع في تفسير النصوص القانونية، رسالة مقدمة الى مجلس كلية الحقوق، جامعة كركوك، 2016.
5- ابراهيم حميد محسن، الفراغ التشريعي في احكام الضرائب المباشرة، اطروحة دكتوراه، قدمت الى مجلس كلية الحقوق جامعة بغداد، 2007.
6- احمد فواز حسن، دور القاضي في تفسير النصوص الجزائية، اطروحة مقدمة الى مجلس كلية الحقوق، الجامعة الاسلامية، لبنان، 2016.
7- هدى محمد ناجي، المبادئ القضائية ودورها في الدعوى المدنية، اطروحة مقدمة الى مجلس كلية الحقوق جامعة بابل، 2022.
8- محمد احمد رمضان، دور القاضي في انشاء القاعدة القانونية، رسالة مقدمة الى مجلس كلية الحقوق، جامعة بغداد، 1985.

ثالثا: البحوث والمقالات

1- عبد الرحمن اللمتوني، الاجتهاد القضائي والامن القانوني، بحث منشور في مجلة المغرب، العدد 16، 2018.
2- عباس العبودي، المنطق القانوني، محاضرات القيت على طلبة المرحلة الثانية، كلية القانون، جامعة كركوك، 2000.
3- بالطيب فاطمة، حياد القاضي في ظل مبدأ استقلالية القضاء، بحث منشور في مجلة البحوث العلمية والدراسات الاسلامية، العدد الرابع عشر، 2018.
4- حماة الحق، الاجتهاد القضائي، مقالة منشورة على الموقع الالكتروني https://jordan-lawyer.com/2021/09/19/impartiality-of-the-judiciary/.
5- حسين فريجة، الاجتهاد القضائي مفهومه وشروطه، بحث منشور في مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الاول، الجزائر،2005.
6- فارس حامد، القصور التشريعي، بحث في فلسفة القانون الوضعي، منشور على الموقع https://burathanews.com/arabic/studies/61272.
7- سليمان براك دايح، الامن القضائي بين التنظير القانوني والتطبيق القضائي، بحث منشور مجلة الشرق الاوسط للدراسات القانونية، جامعة الفلوجة، العدد 2، 2023.

8- فارس حامد، دور الاجتهاد القضائي في تطوير النظام القانوني، مقال منشور على الموقع https://alsabaah.iq/80617-.html تاريخ الزيارة 2024/7/7.

9- عواطف عبد المجيد الطاهر، القصور في التشريع، بحث منشور في مجلة جامعة النهرين، العدد الاول، المجلد الثاني، 2019.
10- عواد حسين ياسين، الاجتهاد القضائي وأثره في سد الفراغ التشريعي، بحث منشور في مجلة الباحث العربي، كركوك، العدد3 ،2020.
11- كاناريز، سد الفراغ في القانون وموقف النظام القانوني الالماني منه، بحث مقدم الى المركز القومي لبحوث المنطقة بروكسل، ترجمة عبد الرسول الحصاني، 2018.
12- ورود محمد جابر، انواع القصور التشريعي في احكام قانون الانضباط واهمية معالجته، مقال منشور على الموقع الالكتروني، https://mail.almerja.com/reading.php?idm216271
13- ضمير حسين المعموري، الفراغ التشريعي، بحث مقدم الى مجلة المحقق الحلي، 2007.
14 -حسن احمد البغدادي، النقص الفطري في احكام التشريع، بحث منشور في مجلة القضاء التي تصدر عن نقابة المحامين، العدد الرابع، 1945.
15-فتاك علي، دور الاجتهاد القضائي في سد النقص في التشريع، بحث منشور في مجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد 7، العدد 2، 2022.
16- وليد سليمان، تفسير القاعدة القانونية، بحث منشور في المجلة العربية للآداب، المجلد الخامس، العدد19، 2021.

رابعا: القرارات القضائية:

1-قرار محكمة التمييز الاتحادية 10/الهيئة العامة/ 2018، في 2018/3/27، (غير منشور).

2-قرار محكمة التمييز/ الهيئة الرسمية المدنية، 2012/6/24 منشور في مجلة الحقيقة القانونية، يصدرها اتحاد الحقوقيين العراقيين، البصرة، العدد37، 2016.

خامسا: المصادر الاجنبية

1- Ensemble des solutions apportées par les décisions de justice dans l'application du droit (not. Dans l'interprétation de la loi quand celle-ci est obscure)."Voir:G. CORNU (dir.)،Vocabulairejuridique،Association H. Capitant،PUF،8ème 1eréd. 1987،V° Jurisprudence.P.16