تطوير القواعد القانونية من خلال الاجتهاد القضائي

م.م. إيمان عباس مهدي
جامعة بابل-كلية القانون

الملخص

يعتبر الانسان كائن اجتماعي بطبعه، حيث يميل إلى أقامه روابط وعلاقات ،وكانت تنظم هذه الروابط والعلاقات بناءاً على القوة والعنف لتحقيق متطلباتهم ورغباتهم، الشيء الذي أدى الى حدوث نزاعات بين المجتمع وانعدام الامن والاستقرار القانوني.

ومن اجل ذلك كانت هناك حاجة إلى وجود سلطة عليا لها قوة إلزامية يخضع لها الجميع، فجاءت فكرة القانون ،وعلى ذلك فأن القاعدة القانونية تستمد وجودها من مصادر تاريخية وأخرى تفسيرية. فالأولى يقصد بها المنابع التي قد يستقي منها المشرع بعض أحكامه، إما المصادر الرسمية أو الشكلية فهي التي يستمد منها القانون الالزامية، وبالتالي سيطرته وسلطانه. إما المصادر التفسيرية فيقصد بها المراجع الذي يستعان بها في تفسير القانون. فهي معين أو مساعد لفهم القانون وازالة البس أو الغموض.

أن القاعدة القانونية لن تحقق العدالة في المجتمع إلا أذا تم تطبيقها بشكل يوافق الغاية من وضعها والحكمة التشريعية من سن هذه القاعدة، وأن المجتمع يلجأ إلى القضاء باعتباره هو مركز الثقل للعلاقات الاجتماعية، فيحصل صاحب الحق عن طريق الجهاز القضائي على حماية قضائية للحق الذي قرره القانون.

وعلى ذلك فأن وظيفة الجهاز القضائي هي تكفل الحماية القانونية واستقرار الاوضاع عن طريق العملية القضائية المقصود منها هو الفصل في الخصومات وفقاً للقانون لكي تتحقق العدالة في المجتمع.

ومن هنا يبدأ دور القاضي في الاجتهاد في بحثه وتفسيره للنص القانوني وتطبيقه، فبغير الاجتهاد لن تتحقق العدالة في المجتمع كونها الوسيلة من وسائل الاستقرار في المجتمع، ومظهر من مظاهر الدولة الحديثة.

وباعتبار الجهاز القضائي سلطة مستقلة عن سلطات الدولة الثلاث ،فأن الفصل بين هذه السلطات والتكامل بينهما على وجه يسمح به الدستور هو أداة هامة في تكريس الامن في المجتمع، وتعزيز الثقة في الحماية القضائية.

وبما أن مهمة القاضي لا تقتصر على الفصل في المنازعات وفقاً للنصوص القانونية الموضوعة بل يستطيع القاضي إلى تفسير الغامض منها والبحث عن الحلول في حالة عدم وجود حل لبعض القضايا أي عدم وجود نص مكتوب في مصادر القاعدة القانونية، فيقوم القاضي بهذا العمل وهو ما يطلق عليه الاجتهاد القضائي.

وتدور فكرة هنا في كيفية تطوير وتفسير وخلق القواعد القانونية، وعلى ذلك تم تقسيم هذا البحث إلى: المبحث الاول: مفهوم الاجتهاد القضائي وفيه مطلبين المطلب الاول :تعريف الاجتهاد القضائي المطلب الثاني: حالات الاجتهاد القضائي.
اما المبحث الثاني: دور وضوابط الاجتهاد القضائي يتضمن مطلبين المطلب الاول: دور الاجتهاد القضائي في النظام القانوني المطلب الثاني: ضوابط الاجتهاد القضائي.

المبحث الاول: مفهوم الاجتهاد القضائي

لابد من الوقوف عن تعريف الاجتهاد القضائي يقتضي الامر بنا أن نتولى تعريفه في مطلب وعن حالات الاجتهاد القضائي.

المطلب الاول: تعريف الاجتهاد القضائي

سنتناول هذا المطلب تعريف الاجتهاد القضائي يقتضي الامر بنا أن نتولى تعريف لغة واصطلاحاً وقانوناً.

أولاً: التعريف لغة

هو مصدر اجتهد، واصله الفعل(جهد)وله معان لغوية متعددة ومنها:

١- الاجتهاد والتجاهد: بذل الوسع والمجهود[١].
٢- الجهد والجهد الطاقة: حيث قيل الجهد المشقة، والجهد الطاقة، فيقال جهد الرجل في كذا، أي بالغ وجد فيه[٢].
٣- كما قد يراد به القياس: أي يعني رد القضية المعروضة للقاضي من خلال إلحاقها بالكتاب والسنة[٣].
٤- إما في اللغة الفرنسية فإن كلمة الاجتهاد هي كلمة لاتينية الاصل (prudencia) تعني المعرفة والعلم[٤].

ثانياً: الاجتهاد القضائي اصطلاحا:

لقد تعددت تعريفات العلماء للاجتهاد اصطلاحاً، فقد عرفه الرازي في المحصول بأنه" استفراغ الوسع في النظر فيما لا يلحقه فيه لوم ،مع استفراغ الوسع فيه"[٥]،وقد بين هذا التعريف حقيقة الاجتهاد، من حيث أنها استفراغ الوسع كما جاء في المعنى اللغوي، ولهذا فأن من لا يستفرغ وسعه يكون مقصراً، ولا يعد مجتهداً بالمعنى الشرعي، وقد عرفه الامدي[٦] عن هذا المعنى بقوله: "بذل الوسع إلىأن يحس من نفسه العجز عن المزيد فيه"، كما جاء تعريف الاجتهاد القضائي" هو عملية توحيد التفسير في القانون المقدم من قبل المحاكم".

---

(١) محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي: مختار الصحاح، دار الكتاب العربي وبيروت، ت٦٦٦÷،ص١١٤.
(٢) ابن منظور محمد بن مكرم الافريقي المصري: لسان العرب،ج٢ ،مادة(جهد)،ط٣،دار احياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي،بيروت،١٩٩٩،ص٣٩٥-٣٩٧.
(٣) محمد بن أبراهيم، الاجتهاد والعرف ،دار السلام للطباعة والتوزيع والترجمة،،القاهرة، دار سحنون للنشر والتوزيع،نشرمشترك،ط١،٢٠٠٩،ص٢٢.
(٤) زينة عبد الحكيم عبد الرضا، الاجتهاد القضائي ودوره في تطوير قواعد القانون المدني" دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، جامعة بغداد،٢٠٢٠،ص٥.
(٥) الرازي، المحصول،ج٤،ص١٣٦٤.
(٦) سيف الدين الامدي، علي بن محمد بن سالم التغلبي، أبو الحسن، ولد في أمد (ديار بكر تركيا)،سنة ١١٥٦وتوفي في دمشق ستة ١٢٣٣،وله عشرون مصنفا.الزركلي،الاعلام،ج٤ ،٣٣٢.

ويقصد ايضاً بالاجتهاد القضائي كمصدر من مصادر القاعدة القانونية هو " مجموعة المبادئ التي تستنبط من الاحكام الصادرة عن المحاكم"، ويشكل الاجتهاد القضائي مصدراً يغذي النظام القانوني،فأذا كان التشريع يرتبط بالقانون، فالاجتهاد يرتبط بحياة القانون، ولذلك يبقى القانون الذي تصنعه المحاكم هو القانون الحي المتحرك والحقيقي.

ثالثاً: الاجتهاد القضائي قانوناً

في مجال القانون ينقسم تعريف الاجتهاد إلى مجموعتين:

الاولى تربط الاجتهاد بالسلطه القضائية ووظيفتها إذ تجعله يشمل جميع الاحكام والقرارات التي تصدر عن الهيئات ذات الطبيعة القضائية فتعرف الاجتهاد على أنه" مجموع من الحلول التي تستنبطها المحاكم بمناسبة فصلها في المنازعات المعروضة عليها وفق إجراءات متبعة على وجه الالزام". أو "هو مجموع القرارات القضائية التي تصدر عن المحاكم"[١].

إما المجموعة الثانية: فإنها تركز في تعريفها للاجتهاد على الجانب الذهني والابداعي للقاضي إذ أن القانون غالبا ما يصدر في صياغة موجزة غير مفصلة وبالتالي قد يعتري نصوص القانونية الغموض أو الابهام بل وحتى النقص عن معالجة بعض المسائل، وعندها يظهر دور القاضي المهم وسلطته التقديرية في محاولة الوصول لحل المنازعات المعروضة أمامه من خلال إزالة الغموض أو الابهام وسد ذلك النقص من خلال استنباط الاحكام القانونية[٢].

ومن هنا تعرف هذا الاجتهاد بأنه" الحل الذي تتخذه جهة قضائية في قضية معروضة أمامها، في حالة عدم وجود النص القانوني الواجب التطبيق أو غموضه أو عدم كفايته"[٣].

المطلب الثاني: حالات الاجتهاد القضائي

إذا كان الاجتهاد القضائي هو عملية البحث والاستنباط التي يقوم بها القضاء للوصول إلى حل يحكم النزاع عند عدم وجود النص، فإنه يقصد متى يبدأ الاجهاد ومتى ينتهي. حيث لا يستطيع القاضي أن يمتنع عن الفصل في أي نزاع يعرض عليه بحجة عدم وجود قاعدة قانونية يمكن تطبيقها وإلا عد مرتكبا لجريمة أنكار العدالة.

فواجب الفصل في النزاع المطروح من جهة، وعدم وجود النص من جهة اخرى، يجعلان القاضي ملزما بالبحث والاستنباط والاجتهاد للوصول إلى قاعدة يطبقها على النزاع.

وقد وضع القانون للقاضي طريقا لابد من السير عليه في حالة عدم وجود نص في التشريع المكتوب، إذ يجب عليه في هذه الحالة البحث في مبادئ الشريعة الاسلامية عن الحكم المناسب للنزاع،[٤]فإن لم يهتد إلى الحل بحث عنه في العرف، فإن وجد عرفا

---

[١] زينة عبد الحكيم عبد الرضا،مصدر سايق،ص٥

[٢] د. عصمت عبد المجيد بكر، أصول تفسير القانون،ط٤، ٢٠٠٨،ص١٤٨.

[٣] غوتي بن ملحة، أفكار حول الاجتهاد القضائي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء ٣٥،رقم ٣،سنة ١٩٩٧،ص٦١٩.

[٤] د. علي علي سلمان، نظرات قانونية مختلفة، الشريعة الاسلامية كمصدر للقانون في البلاد العربية، ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ١٩٩٤،ص٢٧.

التزم بتطبيقه كما لفو طبق القانون حتى ولو لم يتمسك به الخصوم ،وهو في تطبيقه للعرف يخضع لرقابة المحكمة العليا حين تراقب التطبيق السليم للقانون[١].

إما في حالة عدم وجود عرف يحكم النزاع، بحث القاضي في مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة والتي يقصد بها مجموعة المبادئ والقيم الانسانية التي يهتدي العقل الانساني إليها في أي مجتمع بشري.

وقد رأى الفقه ان إحالة القاضي إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة إنما يقصد بها تكليفه بأن يجتهد برأيه لكي يبحث عن الحل العادل للنزاع حتى لا يكون منكرا للعدالة وهو إذا يفعل ذلك، ينبغي عليه ألا يتأثر بأفكاره ومعتقداته الشخصية، وانما يجب عليه أن يقوم بتصدير اجتهاده مبني على اعتبارات موضوعية تراعي المبادئ التي تسود النظام القانوني بأكمله فالقاضي يقوم بعمل أقرب إلى عمل المشرع بحيث يجعل نفسه مشرعا فيتصور لو أن المشرع أراد تنظيم هذه المسألة ما كان سيفعل.[٢]وأن القاضي في كل هذا الاجتهاد يبحث عن الحل الذي يحقق العدالة ويرضي الشعور العام بها، وهو بذلك يسعى إلى تعزيز ثقة المخاطبين بالقاعدة القانونية بالنصوص التشريعية وتكريس أمنهم وشعورهم بالأمان عند الاحتكام إليه والرضا بأحكامه.

وإما إذا وجد نص فإن سلطة القاضي في الاجتهاد يحكمها أصل جامع مؤداه أنه لا اجتهاد في مورد النص[٣] ورغم ذلك توجب مهمة القاضي الاجتهاد مع وجود النص في حالتين:

أولا: حالة غموض النص التشريعي

يعتبر النص التشريعي هو المصدر الرسمي الاول الذي يعود اليه القاضي أثناء نظره في النزاع تمهيدا للفصل فيه، ولهذا يبذل المشرع وسعه فبإصدار تشريعات تستجيب لكل مستجدات المجتمع، ويعمد إلى تعديلها في كل مرة يتبين عدم احاطتها بالوقائع غير المتناهية. غير أن ذلك لا يعني ان تكون نصوص القانون واضحة دائما، إذ قد يعتريها غموض يجعل الفاظها غير واضحة، أو قد تحتمل اكثر من معنى، أو أن يوجد تعارض بين النصوص في المفاهيم، وهذا ما يجعل القاضي ملزما بالبحث عن مدلولها الذي يقصده المشرع عن طريق نشاط ذهني هو عبارة عن تفسير قضائي وهو يعد مسألة قانون يخضع فيها القاضي لرقابة المحكمة العليا وفقا لقواعد تفسير النصوص.

واذ كان هناك غموض في النص اي ليس له معنى محدد ويحتمل اكثر من معنى فان القاضي يجتهد لإبراز قصد المشرع منه، وهذا ما يعرف بالتفسير القضائي للنص القانوني[٤].

---

[١] د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ،دار احياء التراث، الجزء الثاني،لبنان،١٩٥٢،ص٥٢.

[٢] د. محمد سعيد جعفر، مدخل الى العلوم القانونية، دار هومة ،الطبعة١٦،الجزائر ،٢٠٠٨،ص٢٠٢.

[٣] بغدادي جيلالي ،الاجتهاد القضائي، الديوان الوطني للأشغال التربوية،١٩٩٣،ص١٥٧.

[٤] د. عمار بوضياف، المدخل الى العلوم القانونية ،دار جسور لنشر والتوزيع ،الطبعة٣،الجزائر،٢٠٠٧،ص١٨١.

ثانيا: حالة النقص في التشريع

لا يواجه القاضي عند تطبيقه للنصوص القانونية مشكلة غموضها او تعارضها او تضخمها فقط، بل قد يواجه مشكلة عدم وجود نص يحكم المسألة اذ لا يقف جهد القاضي واجتهاده عند تفسير النص الذي يحتمل التاويل ،بل يمتد إلى حالة النقص الذي يعتري النص، فقد يصدر نص قانوني دون مراسيمه التنفيذية ما يدفع القاضي الى البحث عن الحل المناسب واستلهامه من مجموعة المبادئ التي يقوم عليها النظام القانوني في الدولة.

وقد لا يتسع النص لوضع قانوني جديد لم يكن معروفا في اذهان من وضع النصوص نتيجة تغيرات اجتماعية أو ثقافية او اقتصادية .

المبحث الثاني: ضوابط و دور الاجتهاد القضائي

لابد من البحث في هذا المبحث عن ضوابط الاجتهاد القضائي وعن دور الاجتهاد القضائي وذلك في مطلبين.

المطلب الاول: ضوابط الاجتهاد القضائي في النظام القانوني

اذا تقرر بان الاجتهاد له مسوغات تجعل منه ضروري ومشروعا ،غير ان هناك عدة ضوابط ينبغي بها من يقوم بالعملية الاجتهادية ولا يحيد عنها، حتى لا يخرج الاجتهاد عن المقاصد الكلية والعامة للتشريع من جهة، ومن جهة اخرى حتى يتحقق الاجتهاد النتائج المرجوة منه بالوصول الى الحكم الصائب ومراد التشريع في الشرع والقانون.

وبذلك ينبغي ان يصدر الاجتهاد عن اهله، وهم الفقهاء من اهل النظر والكفاءة العلمية والصلاح ممن تتوفر فيهم الشروط اللازمة للاجتهاد، لان الاجتهاد انما هو استفراغ للوسع في تتبع الادلة وادراكها والبحث عنها في مظانها، وبيان منزلتها والموازنة بينها اذا تعارضت بالاستفادة مما وضعه اهل الاصول من قواعد التعارض والترجيح ولاياتي هذا الا لمن توافرت لديه مؤهلات الاجتهاد، فلا يكون من الاجتهاد المعتبر شرعا بما يفتي به من لم يبلغ مرتبته ولم تحقق فيه شرائطه.

ان الانتقال من الاجتهاد الفردي الى الجماعي فالانفراد الجماعي يعرف هو اتفاق مجموعة من العلماء على حكم شرعي في بعض المسائل الظنية ،بعد النظر والتامل في البحوث المقدمة والآراء المعروضة في مؤسسة او مجتمع ،او اتفاق اكثرية الحاضرين على راي معين في ضوء مصادر الشريعة الاسلامية ومقاصدها وقواعدها ومبادئها، لاختيار ما يحقق المصلحة الزمنية" أو هو اتفاق اكثر من مجتهد على حكم شرعي بعد بذلهم غاية وسعهم في استنباطه من ادلته، وهو الغالب الان في المجامع الفقهية[1].

والاجتهاد الجماعي في المسائل المستجدة والاحكام الشرعية المستمدة من ادلة ظنية الدلالة أو الثبوت بما يراعي حال المكلفين وظروفهم وفق ضوابط السياسة

---

[1] مصطفى وهبي الزحيلي، الاجتهاد الجماعي واهميته في مواجهة مشكلات العصر، مؤتمر الفتوى وضوابطها ،من تنظيم المجتمع الفقهي الاسلامي ،التابع لرابطة العالم الاسلامي، مكة المكرمة ،ايام ١٧-٢٠جانفي ٢٠٠٩،ص٦-٧.

الشرعية، ولا يمنع ذلك من استمرار الاجتهاد الفردي الذي يعد ركيزة الاجتهاد الجماعي، ولكن الالزام بثماره لا يتم الابعد الاتفاق بين المجتهدين على صلاحه وخيرته للامة.

اما بالنسبة للضوابط الخاصة بالعملية الاجتهادية فيجب ان يقع الاجتهاد في مجاله اي ان يكون فيما يجوز فيه الاجتهاد في المتغيرات أي الظنيات لا الثوابت والقطعيات، فمجال الاجتهاد هو الاحكام ظنية الدليل، اما ما كان دليله قطعيا فلا سبيل للاجتهاد فيه كونها اصبحت من العلوم من الدين بالضرورة، وانما تأتي ظنية الدليل من جهة ثبوته أو من جهة دلالتها و من جهتهما معا.

وكذلك يجب احترام فقه الامة المتوارث والبحث فيه والاعتناء به ،عن طريق تبسيطه وتنقيحه وتخريجه وتحقيقه في ثوبه الجديد وفق ملائمته لتحقيق الغرض من ايجاد احكام لكثير من القضايا المعاصرة. فالفقه الاسلامي يحوي احكاما وقواعد مقطوعا بها مجمعا عليها، مستمدة من نصوص الكتاب والسنة، واستقراء ما جاء فيها من جزيئات الاحكام، وهذا الجزء هو المقطوع به من الشريعة الاسلامية، وهناك احكام ظنية مختلف عليها وان كان اصلها النص للاختلاف في ثبوتها او دلالتها أو فيهما معا، وهناك احكام اخرى ليست نصية بل هي اجتهادية منبثقة عن الشريعة في جملتها ومجموعها للافي جميعها وتفصيلاتها[١].

ينبغي الحذر من الغلو في اعتبار المصلحة الواقع وهو واقع لم يصنعه الاسلام بعقيدته ولا شريعته واخلاقه، كما لم يصنعه المسلمون بإرادتهم وعقلهم وايديهم، بل صنع لهم وفرض عليهم في زمن الغفلة والضعف والتفكك من طرف العدو المستعمر، ولهذا فليس معنى الاجتهاد ان نحاول تبرير هذا الواقع على ما به، وجر النصوص من تلابيبها لتأييده، وافتعال الفتاوى لإضفاء الشرعية على وجوده، والادهى من ذلك محاولة تبرير هذا الواقع وتجويز بأسانيد شرعية، وهو امر غير مقبول[٢].

ان عدم الافراط في التفسير ،اذ كان من خصائص التشريع الاسلامي ان الاصل فيه يسر كله ،الا ان ذلك لا يعني ان تكاليف الشريعة ليست فيها مشقة وتعب لا يستطيع المكلف بأحكامها، ولكن المراد بيسر الشريعة ان تكاليفها دائما مناطة بقدرة المكلف وطاقته فلا تكليف الا بمقدور. عليه فالنظرة الى نصوص الشريعة ينبغي الا تكون بتجزئة نصوصها ،كونها جاءت بأحكام فيها تيسير واحكام فيها مشقة وابتلاء في حدود طاقة المكلفين .وان النصوص التشريعية التي تعطي للمكلف تصورا متوازنا عن تكاليف الشريعة، فلا يبالغ في وصفها باليسر الذي يلغي كل ما فيه من مشقة او مزيد تحمل، ولا يصفها بالعسر الذي يتحمل فيه لمكلف مالا يطيق[٣]،وعلى هذا النهج ينبغي للعالم المجتهد والقاضي المجتهد ان يسير في استنباطه للأحكام من الشريعة دون إفراط في التيسير ولا غلو في التعسير.

---

[١] يوسف القرضاوي ،الاجتهاد في الشريعة الاسلامية مع نظريات تحليلية في الاجتهاد المعاصر ،دار القلم، ط١، الكويت، ١٩٩٦، ص٢٠٥

[٢] المصدر السابق،ص١٨٠-١٨١.

[٣] بن الشيخ، الاجتهاد بين مسوغات الانقطاع وضوابط الاستمرار، مصدر سابق،ص٩٨-٩٩.

المطلب الثاني: دور الاجتهاد القضائي في خلق وتفسير النصوص القانونية

ان القاضي في حالة عدم وجود نص تشريعي يحكم الواقعة محل النزاع، فأنه يجب عليه القيام ببحث عن حل لتلك الواقعة وفقا للترتيب المعمول به في المصادر الاخرى التي من بينها قواعد العدالة والتي تكون بمثابة مبرر ليقوم القاضي بدوره أو يجتهد بنفسه بغية ايجاد حل امام الواقعة المعروضة امامه وفقا لقواعد العدالة.

ومن هنا خرجت سلطة القاضي بالبحث العلمي الحر اي عن طريق قيام القاضي بمجهود عقلي وهو البحث العلمي الحر مما يمكنه من ايجاد حل يحكم المنازعة المعروضة[١]، لقد ظهرت هذه المدرسة عندما اخرج صاحبها الفقيه فرانسوا جيني مؤلفه عام ١٨٩٩ بعنوان طرق تفسير القانون الوضعي ومصادره، وهذه المدرسة تتفق مع مدرسة الشرح على المتون في احترامها للنص القانوني فيما يتعلق بأن التفسير يتم وفقا لإرادة المشرع الحقيقية وقت وضع التشريع، غير انهما يختلفان فيما يتعلق بالبحث عن النية المفترضة للمشرع، ففي الحالات التي لم يعرض لها المشرع لا تلجأ للبحث عن النية المفترضة بل يجب التسليم بان التشريع لا يتضمن القاعدة التي تحكم هذه الحالة ،وبذلك علية ان يقوم ببحث عن حكم اخر في الشريعة او العرف. فاذا لم يكون هناك وجود حكم يعتمد عليه القاضي فانه لا يبقى امامه سوى اللجوء الى البحث العلمي الحر حيث يؤمن اصحاب هذه المدرسة بفكرة النقص في التشريع وضرورة اكمال هذا النقص عن طريق اللجوء الى المصادر الاخرى للقانون.

كما ان هذه المدرسة تقوم على بيان ارادة المشرع كما هي دون تحوير أو تعديلا و تطوير لإخضاعها لأية ظروف اجتماعية جديدة، فاذا لم يتم تفسير النص تفسيرا حقيقيا، فانه يجب التسليم عندئذ بعدم انطباق النص، ومن ثم ضرورة البحث عن قاعدة قانونية اخرى[٢].وطالما ان المشرع قد احال الى القاضي البحث عن ذلك الحل في تلك المصادر التي منها قواعد العدالة والقانون الطبيعي،فانه يتبين قد اعطى للقاضي صلاحية ان يجتهد بنفسه للوصول الى حل.

اما بالنسبة لقواعد العدالة كمبرر للاجتهاد القاضي لخلق القاعدة القانونية، فان قواعد العدالة لها بالغ الاهمية في التشريعات المقارنة، اذ نجد الكثير من التشريعات قد اعتمدت الى تقنين بعض القواعد الفقهية والاحكام والقرارات الصادرة عن المحاكم المسندة الى قواعد العدالة لاسيما فيما يتعلق بالتعويض في المسؤولية المدنية وكذلك فيما يتعلق بالإجراءات الشكلية للدعوى المدنية.

اما بالنسبة للتفسير القضائي فله بالغ الاهمية سواء من الناحية العلمية أو التطبيقية، فالتفسير القضائي يمارسه القاضي بما له من سلطة قانونية ممنوحة له بموجب القوانين وذلك لفض النزاعات المعروضة عليه وصولا الى العدالة التي يريدها الخصوم عبر الحكم الذي يصدره القاضي. وبذلك فان التفسير القضائي قد يؤدي الى تطوير النصوص القانونية عن طريق الاشارة الى مواطن النقص والقصور في النص القانوني،

---

[١] سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف،الاسكندرية،١٩٧٣،ص٤٨٨.

[٢] سمير عبد السيد تناغو ،مصدر سابق،٧٥٥.

لذلك يجب ان يقوم القاضي ان يقوم بتفسير النص القانوني أذا النص لا يستجيب للتطورات الاجتماعية الا ان هذا الالزام قد يختلف باختلاف المحكمة التي اصدرته، وبذلك فأن المشرع مهما كان حريصا في صياغة النص التشريعي فان تلك النصوص لا يمكن ان تكون مستوعبة لمستجدات الحياة المتغيرة ومن زمن الى زمن ،فالقاعدة القانونية التي تم تشريعها مثلا قبل خمسين سنة فقد لا تكون وافية بحاجات العصر الحاضر، وهناك قواعد لابد لقاضي ان يراعيها عند تفسير النص القانوني، وذلك حتى يكون التفسير دقيقا ومتماشيا مع روح العصر[١].

ومن اهم هذه القواعد هو اتباع التفسير المتطور للقانون وعدم التقييد بحرفية النصوص ومحاولة الغوص في اعماق النص التشريعي محاولا استجلاء النص عبر الوصول الى قصد المشرع والحكمة من التشريع وعدم الاكتفاء بالتقييد بظواهر النصوص وما توحيها من معاني ظاهرية قد لا تفي بالغرض.

كما يتعين الرجوع الى النصوص التشريعية ذات الصلة بموضوع النزاع ،ذلك ان النصوص التشريعية في مختلف القوانين الاخرى تعد بينة قانونية متكاملة تكمل بعضها البعض وتفسر بعضها البعض.

وكذلك يحبذ الرجوع الى قوانين الدول الاخرى التي تتقارب قوانينها مع القانون الوطني لقاضي الموضوع لتفسير ما غمض من النص في القانون الوطني، كما يتعين عليه الرجوع الى السوابق القضائية ذات الصلة بموضوع النزاع في القانون الوطني او قوانين الدول الاخرى التي

الخاتمة

بعد ان انتهينا مد دراسة هذا البحث توصلنا الى عدة نتائج وتوصيات

اولا: النتائج

ان المقصود بالاجتهاد القضائي هو كل ما يبذله القاضي من جهد أو الهيئة القضائية في ايجاد واستنباط الحلول والاحكام القانونية ليطبقها على خصومه معروضه عليه في اطار القانون وينطلق القاضي فيها من قواعد استثنائية غير موجودة او موجودة ويعتريها غموض وعدم كفاية مراعيا في ذلم الموازنة بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة للأفراد .

ان التفسير القضائي له بالغ الاهمية من الناحية العلمية او التطبيقية ،فالتفسير القضائي يمارسه القاضي بما له من سلطة قانونية ممنوحة له بموجب القوانين وذلك لفض النزاعات المعروضة عليه وصولا الى العدالة التي ينشدها الخصوم.

ثانيا: التوصيات

١- تقييد سلطة القاضي بضابط مراعاة تحقيق الامن القانوني

٢- يجب على المشرع العراقي ان يرسخ على مبدأ الاعمال التحضيرية لكل القوانين التي يحدثها لكي يقلل من التضارب القضائي في هذا المجال،

---

[١] عباس قاسم مهدي الداقوقي، الاجتهاد القضائي "مفهومة، حالاته نطاقة "دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي معزز بالتطبيقات القضائية ،الطبعة الاولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر ،سنة ٢٠١٥،ص٢٠٧.

٣- يجب العمل عل نشر كافة الاجتهادات القضائية لمحكمة النقض وليس جزء منها.

المصادر

اولا: الكتب

١) ابن منظور محمد بن مكرم الافريقي المصري: لسان العرب،ج٢،مادة(جهد)،ط٣،دار احياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي،بيروت،١٩٩٩.
٢) بغدادي جيلالي ،الاجتهاد القضائي، الديوان الوطني للأشغال التربوية،١٩٩٣.
٣) بن الشيخ، الاجتهاد بين مسوغات الانقطاع وضوابط الاستمرار.
٤) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ،دار احياء التراث، الجزء الثاني،لبنان،١٩٥٢.
٥) د. عصمت عبد المجيد بكر، أصول تفسير القانون،ط١،٢٠٠٤.
٦) د. علي علي سلمان، نظرات قانونية مختلفة، الشريعة الاسلامية كمصدر للقانون في البلاد العربية، ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ١٩٩٤.
٧) د. عمار بوضياف، المدخل الى العلوم القانونية ،دار جسور لنشر والتوزيع ،الطبعة٣،الجزائر،٢٠٠٧.
٨) د. محمد سعيد جعفر، مدخل الى العلوم القانونية، دار هومة ،الطبعة١٦،الجزائر ،٢٠٠٨.
٩) الرازي، المحصول،ج٤.
١٠) زينة عبد الحكيم عبد الرضا، الاجتهاد القضائي ودوره في تطوير قواعد القانون المدني" دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، جامعة بغدغاد،٢٠٢٠.
١١) سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف،الاسكندرية،١٩٧٣.
١٢) سيف الدين الامدي، علي بن محمد بن سالم التغلبي، أبو الحسن، ولد في أمد (ديار بكر تركيا)،سنة ١١٥٦وتوفي في دمشق ستة ١٢٣٣،وله عشرون مصنفا.الزركلي،الاعلام،ج٤ .
١٣) عباس قاسم مهدي الداقوقي، الاجتهاد القضائي "مفهومة، حالاته نطاقة "دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي معزز بالتطبيقات القضائية ،الطبعة الاولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر ،سنة ٢٠١٥.
١٤) غوتي بن ملحة، أفكار حول الاجتهاد القضائي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء ٣٥،رقم ٣،سنة ١٩٩٧.
١٥) محمد بن أبراهيم، الاجتهاد والعرف ،دار السلام للطباعة والتوزيع والترجمة،،القاهرة، دار سحنون للنشر والتوزيع،نشرمشترك،،٢٠٠٩.
١٦) محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي: مختار الصحاح، دار الكتاب العربي وبيروت، ت٦٦٦.
١٧) مصطفى وهبي الزحيلي، الاجتهاد الجماعي واهميته في مواجهة مشكلات العصر، مؤتمر الفتوى وضوابطها ،من تنظيم المجتمع الفقهي الاسلامي ،التابع لرابطة العالم الاسلامي، مكة المكرمة ،ايام ١٧-٢٠جانفي ٢٠٠٩.
١٨) يوسف القرضاوي ،الاجتهاد في الشريعة الاسلامية مع نظريات تحليلية في الاجتهاد المعاصر ،دار القلم،ط١،الكويت،١٩٩٦.

ثانيا: الرسائل والاطاريح

١) زينة عبد الحكيم عبد الرضا، الاجتهاد القضائي ودوره في تطوير قواعد القانون المدني" دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، جامعة بغدغاد،٢٠٢٠،ص٥.