دور الاجتهاد القضائي في استنباط الأحكام (دراسة قانونية مقارنة)

The role of judical jurisprudence in deriving judgments (A coparative study)

الكلمات الافتتاحية :
دور الاجتهاد القضائي، استنباط الاحكام .
Keywords :
The role of judical jurisprudence , deriving judgments

Abstrat
When the judge lacks the legislative text applicable to the incident in question, and backup sources such as custom and the principles of Islamic Sharia did not help him in deriving the judicial ruling, then he would be facing a state of legal void, and he could not refrain from ruling or count as denying justice according to Article ٣٠ of the Iraqi Code of Procedures Article ١٢٢ of the Egyptian Penal Code and Article ٤ of the French Civil Code. In this case, the judge will take a discretionary role in order to reach the judicial ruling of the pending case, he will lay down the legal basis for the case before him and the ruling will be deduced from it to adjudicate it, and in order not to The fact that this jurisprudence was based personally has been restricted by the legislator, that this is in light of the rules of justice, meaning that if the judge faces a legal vacuum, then he returns to the essence of the law and plays a role similar to that of the legislator when setting the legislative rule, and in addition to this the judge is inspired by this diligent work The principles and ideals of natural law, the judge's will, and indeed the human will, are unable independently to reach the fullness of the law without being guided by a direction that he takes towards justice and indicating it.

أ.د. عادل شمران حميد

نبذة عن الباحث :

طارق عبد الرزاق شهيد

نبذة عن الباحث :

تاريخ استلام البحث :
٢٠٢٠/٠٨/٠١
تاريخ قبول النشر :
٢٠٢٠/٠٨/١٦

But after the judge deduced the verdict in the pending case with this ijtihad, if a case similar to that was presented to him or other judges, which was the subject of the first ijtihad, some of them applied the same first ruling and some of them succeeded him, then the Court of Cassation or Cassation consolidated the rulings issued by the lower courts And, as a result of this, there is a judicial trend. Is this trend considered a legal rule? The disagreement has occurred in that, there is a trend that states that the judiciary cannot establish the legal rule in the event of a legal void but rather merely sets judicial solutions that do not live up to the characteristics of the legal rules, and they have their arguments as to what they went to, and they opposed them in another direction so they went that the judiciary is different from The work of the individual judge creates the legal rules that are general, abstract, and obligatory, and they have their arguments that support what they went to, and we see that despite the great legal value of the judicial principles, they do not reach the legal legal norms.

The research responds to the problem of whether the jurisprudence creates the legal basis for extraction in the case of the legislative and legal void.

We divided it into two requirements. In the first we dealt with deduction in the light of the rules of justice. In the second we exposed the role of the judiciary in establishing the legal rule. We made the first demand in two branches. In the first we dealt with the idea of justice and in the second the idea of natural law. We made the second demand in two branches. The denial of establishing the judiciary for the legal base, and we discussed in the second section the trend in favor of establishing the judiciary for the legal base.

المقدمة

نتناول في هذه المقدمة اربع فقرات هي: موضوع البحث ، أهمية البحث ، إشكالية البحث ، منهجية وخطة البحث .

أولا- موضوع البحث

اذا لم يظفر القاضي بالقاعدة القانونية في النص التشريعي ولا في بقية المصادر الاحتياطية كالعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية عندئذ يصبح حكم الواقعة التي يريد ان يفصل فيها مجهولا، وفي مثل هذه الحالة جعل المشرع له مصدرا اجتهاديا واسعا سماه قواعد العدالة، لأجل ان يصل في ضوئه إلى حكم الواقعة المعروضة عليه، فقد نص المشرع العراقي والمصري على هذا المصدر في الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني لكلاهما وقد اكتفى الأول بالتعبير عنه (بقواعد العدالة) إلا ان الثاني عبّر عنه (بمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة) . ويلاحظ هنا ان القاضي يقوم بأنشاء القاعدة القانونية واستنباط الحكم بما توحي اليه وما تقتضيه هذه القواعد ، لذا يُعدّ هذا المصدر مصدرا منشئا لا كاشفا عن الحكم القانوني .

فموضوع البحث يسلط الضوء على استنباط الحكم من قبل القضاء من المصدر المنشئ للقاعدة القانونية.

ثانيا- أهمية البحث : اذا لم يجد القاضي نصا تشريعيا ولم تسعفه المصادر الاحتياطية المتقدمة أي لم يجد فيها قاعدة قانونية ، هل يسوغ والحال هذه ان يعتذر عن

إصدار الحكم لعدم وجود نص قانوني اوقاعدة موضوعة سلفا تنطبق على واقعة الدعوى المنظورة؟

أجاب عن هذا التساؤل المشرع العراقي بنصه في المادة (٣٠) من قانون المرافعات رقم٨٣ لسنة ١٩٦٩ على انه (لا يجوز لأية محكمة ان تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقصه والا عُدّ القاضي ممتنعا عن أحقاق الحق . . .).

ونص المشرع المصري في قانون العقوبات رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧النافذ في المادة (١٢٢) منه على انه (إذا امتنع أحد القضاة . . . عن الحكم يعاقب بالعزل وبغرامة لا تزيد على مائتي جنيه ، ويُعدُّ ممتنعاً عن الحكم كل قاضي أبى أو توقف عن إصدار حكم بعد تقديم طلب إليه في هذا الشأن بالشروط المبينة في قانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية ، ولو احتج بعدم وجود نص في القانون أو بأن النص غير صريح أو بأي وجه أخر).

أما المشرع الفرنسي تناول ذلك في القانون المدني لسنة ١٨٠٤ فنص في المادة (٤) منه على (ان القاضي الذي يمتنع عن الحكم بذريعة نقص القانون أو غموضه أو عدم كفايته يمكن ملاحقته كمرتكب للاستنكاف عن أحقاق الحق).

وما تقدم نفهم بأن القاضي يمارس عملية استنباط الحكم في الدعوى المنظورة من القواعد التي سيجتهد بأنشائها لكي لا يكون منكرا للعدالة ، وان هذه المسالة تتصل بالمصدر الاحتياطي الثالث الذي ذكره المشرع العراقي والمصري في المادة (٢/١) من القانون المدني، بمعنى ان المشرع جعل هذا المصدر للقاضي لإجل سد الفراغ التشريعي والنقص القانوني ، فمن خلال ما تقدم تتجسد لنا أهمية البحث في هذا الموضوع الذي يمارس فيه القاضي الاجتهاد في إنشاء القاعدة القانونية من جهة واستنباط الحكم القضائي للدعوى المنظورة من جهة أخرى، وقد يتكون على اثر ذلك اتجاها قضائيا يكون ملزما للمحاكم

ثالثا- إشكالية البحث: الإشكالية التي يتعرض لها البحث هل ان اجتهاد القاضي في الدعوى المنظورة بإنشاء القاعدة القانونية التي تنطبق عليها ومن ثم استنباط الحكم القضائي منها، يتحول فيما بعد بتصدي القضاء له وإقراره من محكمة التمييز والنقض مصدرا للاستنباط فيكون حاله حال النص التشريعي ، وبالتالي تُلزم المحاكم الأدنى به؟

رابعا-منهجية وخطة البحث: لقد اعتمدت المنهج التأصيلي في هذا البحث فكنا نستقرئ الأفكار الجزئية الواردة في مسالة أو نقطة معينة في البحث وأقوم بدراستها حتى اخرج بفكرة أساسية جامعة لتوظيفها في عملية الاجتهاد القضائي واستنباط الحكم منه موضوع البحث.

وقد اتخذت القانون العراقي أساسا للبحث ، والمقارنة مع القانون المصري والقانون الفرنسي ، وعززت ذلك بالتطبيقات القضائية المتاحة في الفرع المبحوث عنه.

وسنقسم هذا البحث ،من اجل القاء الضوء على موضوعه ،إلى مبحثين نتعرض في المبحث الأول إلى الاستنباط في ضوء قواعد العدالة ، وفي الثاني نتعرض إلى دور القضاء

في إنشاء القاعدة القانونية، وسنجعل المبحث الأول على مطلبين نتناول في الأول فكرة العدالة وفي الثاني فكرة القانون الطبيعي ، ونجعل المبحث الثاني على مطلبين ايضا نتناول في المطلب الأول الاتجاه المنكر لانشاء القضاء للقاعدة القانونية، ونتناول في المطلب الثاني الاتجاه المؤيد لانشاء القضاء للقاعدة القانونية.

المبحث الأول: الاستنباط في ضوء قواعد العدالة

بعد ان حصل الفراغ التشريعي والنقص القانوني، أذ لم يظفر بالقاعدة القانونية المنطبقة على الدعوى لا في التشريع و لا في المصادر الاحتياطية التالية له ، ومع هذا الحال سينتهي الامر إلى ان القاضي يجتهد في ذلك واستنادا لهذا الاجتهاد يحكم في القضية المنظورة إلا ان المشرع أراد إبعاد هذا الاجتهاد عن الراي الذي ينحدر من التفكير الشخصي والتصورات الذاتية ، فجعل للقاضي قواعد لينطلق منها في اجتهاده تعرف بقواعد العدالة ، حتى يكون موضوعيا في هذا الاجتهاد ، فقواعد العدالة ترسم ما يجب ان يكون عليه القاضي في اجتهاده بوضع قاعدة تنطبق على القضية المعروضة عليه ، والقاضي عندما يلجا إلى قواعد العدالة يمارس عملا مركبا اذ هو يضع القاعدة وهو يقوم باستنباط الحكم منها ، فالاستنباط هنا لا ينصب مباشرة على قواعد العدالة وإنما بتوسط القاعدة القانونية التي هي اثرمن هذه القواعد .

ومما يتصل بفكرة العدالة فكرة أخرى هي فكرة القانون الطبيعي ، التي توجه القاضي إلى الحل العادل في الفصل والحكم في الدعوى المنظورة.

ولكي نتصور هذا المصدر الاجتهادي وعملية الاستنباط التي تحصل في ظله، لابد من القاء الضوء على فكرة العدالة من ناحية ، وعلى فكرة القانون الطبيعي من ناحية أخرى ، سيما وان المشرع المصري صرح بجعل الفكرتين كمصدر واحد كما تقدم يلجا اليه القاضي في مواجهة حالة الفراغ القانوني ، وان عدم ذكر المشرع العراقي لمبادئ القانون الطبيعي لا يعني الاستغناء بقواعد العدالة عنها ، بل ان البحث في قواعد العدالة يستدعي البحث في مبادئ القانون الطبيعي نظرا للتلازم بين الفكرتين.

لذا نتناول الفكرتين أعلاه في هذا المبحث بمطلبين، نخصص المطلب الأول لفكرة العدالة ، ونتعرض في المطلب الثاني لفكرة القانون الطبيعي .

المطلب الأول: فكرة العدالة

ليس كل القضايا التي تُعرض على القاضي لها قاعدة قانونية موضوعة ليستنبط منها الحكم لفصل الدعوى المنظورة ، ومع هذه الحالة من الفراغ التشريعي والنقص القانوني فان القاضي سيقوم من تلقاء نفسه بوضع القاعدة وبذلك يحاكي ما قام به المشرع ، فيستعين بفكرة العدالة وقواعدها التي لها دلالة في هذه الصورة بالرجوع إلى المصادر المادية للقانون ، فيرجع القاضي إلى المادة الأولية ويقوم بوضع القاعدة مراعيا حقائق الحياة الاجتماعية والمُثل الأخلاقية ، مما يعني ان فكرة العدالة تقتضي الرجوع إلى جوهر القانون ومقتضيات الإنصاف والشعور به، وبهذا العمل يكون القاضي قد جمع بين صفة العمل التشريعي والعمل القضائي بوضع القاعدة وتطبيقها

واستنباط الحكم القضائي منها ، وهذا العمل الاجتهادي يمارسه القاضي بحرية عند بحثه عن الحل للقضية المعروضة أمامه، ولكن هذه الحرية لم تصل إلى تكوين القاعدة وفق أفكاره الشخصية ، لإنه مقيّد بضوابط البحث العلمي، فالقاضي عند وضعه القاعدة القانونية لاجل ان يتوصل إلى حل وحكم القضية المعروضة عليه يكون أستعان بالمعطيات الواقعية والتاريخية والعقلية والمثالية، فالمراد هنا بالحرية عدم خضوعه في بحثه إلى سلطة وضعية يجب ان يستمد منها القاعدة التي يطبقها ، ولكن ذلك لم يخرجه عن نطاق الأسس العلمية الموضوعية[١].

وأيضا تقتضي منه هذه العدالة ان يتعامل مع القضية المعروضة عليه بالمساواة الواقعية لا المجردة، فيجب ان يراعي الظروف والجزئيات المحيطة بكل قضية على حدة ، فالعدالة فكرة يفرضها الوجود الاجتماعي[٢].

فيجب على القاضي ان يسعى لاعطاء كل ذي حق حقه ويتوخى مراعاة موازين الأنصاف والشعور به عندما يريد فصل الدعوى المنظورة ،فعليه ان يوازن بين المصالح المتعارضة بين الخصوم ويسعى ان يعيد المراكز القانونية كما هي لأطراف النزاع دون ان يلحق احد منهما ظلما[٣].

وهذه العدالة سواء على صعيد البحث عن القاعدة أو صعيد دراسة القضية لا تنفك عن العدالة المطلوبة كصفة نفسية للقاضي ، فعلماء النفس يشكون كثيرا في سلامة استنباط الحكم ممن لا يتصف بهذه الصفة لتحكم عوامل التبرير في استنباطهم كما هو الحال في اكثر تصرفاتهم المنحرفة ، وهي عوامل بعضها لاشعوري[٤].

ويلاحظ ان هذا العمل الاجتهادي الذي يمارسه القاضي في ضوء فكرة العدالة وقواعدها امر بغاية الدقة والصعوبة لان الحالة الواقعية تعرض في وسط ظروف وتفاصيل لا تكون دائما على نفس الدرجة من الأهمية القانونية ولا تكون كلها متساوية من حيث القيمة ، لذا يتعين على القاضي ان يستخلص العناصر الأساسية للحالة الواقعية سيما وانها مفتقرة إلى القاعدة القانونية الموضوعة مُسبقا، وهذا يتطلب من القاضي عمقا قانونيا وحاسة تلهمه الفهم الواعي والتطبيق السليم للقانون وعدم إصداره الأحكام القضائية غير العادلة[٥].

وفي فكرة العدالة هذه وقواعدها يرى البعض إنها مصدر أخير للقاضي ليجتهد بعقله ومشاعره الإنسانية مع مراعاة الظروف الشخصية التي أحدثت الحالة موضوع النزاع ، وعليه التسوية في الحكم على الحالات المتشابه، بمعنى انه يجتهد برأيه ، ولعل هذا الرؤية متأثرة بمدرسة الرأي في الفقه الإسلامي التي تذهب إلى الاجتهاد الشخصي عند عدم النص، ولهذا كما يرى البعض ان من الوسائل التي يلجا اليها القاضي عندما يصل إلى مصدر العدالة القياس المنبثق عن الروح العامة للنظام القانوني الذي يعمل القاضي في ظله[٦].

وفي مجال التشريع ، ان المشرع العراقي جعل قواعد العدالة المصدر الرسمي الرابع ، والاحتياطي الثالث حسب تسلسل المصادر الذي نصت علية الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١المعدل اذ نص (فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة) ، وقد ورد بشأن هذا المصدر في مشروع القانون المذكورعند مناقشة المادة المتقدمة أنه (اعتبرت الجملة الأخيرة من الفقرة الثانية من هذه المادة (قواعد العدالة) من جملة المصادر لتطبيق القانون ولدى مناقشة مدى مفهوم هذا المصدر ذهبت اللجنة إلى ان قواعد العدالة كمصدر للقانون عندما يريد تطبيقه الحكام إنما يكون ذلك تحت رقابة محكمة التمييز ، ولمحكمة التمييز ان توحد قواعد العدالة ، وبمرور الزمن يتركز مفهوم هذا المصدر)[٧].

وفي ضوء ما تقدم فهذا المصدر مصدر اجتهادي يلجا اليه القضاة لتطبيق القانون واستنباط الحكم القضائي لفصل الدعوى المنظورة ، وهو عمل يتعلق بالقانون لا بالوقائع لذا يخضع القاضي فيه لرقابة محكمة التمييز، وعلى هذه الأخيرة ان توّحد الاجتهادات المختلفة في اتجاه واحد يرسم مسارا للقضاة عند اللجوء إلى هذا المصدر، واذا كان يكتنف بعض الغموض وعدم التحديد لهذا الفكرة وقواعدها فأن التطبيق القضائي بما له من صفة عملية سيُضفي على هذا المصدر قدرا من الوضوح والتشخيص .

والمصدر التاريخي للمادة أعلاه هو القانون المدني المصري في مادته الأولى أيضا ولم يختلف المشرعان العراقي والمصري في مرتبة هذا المصدر إلا ان المشرع المصري عطف قواعد العدالة على مبادئ القانون الطبيعي ، وهناك من علق على المادة أعلاه بشأن هذا المصدر، ان المشرع المصري اخذ بفقه المدرسة العلمية في ضرورة رجوع القاضي إلى جوهر القانون اذا لم توجد قاعدة في المصادر الرسمية ، وقد رأى المشرع المصري ان يُعبر عن هذا الجوهر باصطلاح (مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة) ، وقد لا يكون هذ الاصطلاح كافيا للإفصاح عن معنى جوهر القانون ولكن يوجه اليه على أي حال ، وهذا يعني ان القضاء إنما يستلهم في إنشاء القواعد القانونية حقائق الحياة الواقعية في الجماعة التي تكشف عنها التجربة ، والمثل الأعلى للعدل الذي يكشف عنه العقل[٨].

وأما المشرع الفرنسي ، لم ينص بالإحالة على هذا المصدر واكتفى بالزام القاضي عدم الامتناع عن الحكم حال الفراغ التشريعي كما تقدم والا عد مستنكفا عن أحقاق الحق وبالتالي فهو يلجا اليها اذا لم يجد قاعدة تشريعية أو عرفية ليستنبط منها الحكم .

وفي مجال القضاء ، ذهبت محكمة التمييز، مستندة إلى هذا المصدر، إلى ان (المادة (٦٣) من قانون المحاماة المعدل قد نصت على ان تحكم المحكمة على من خسر الدعوى كلا أو جزءا بأتعاب المحاماة ، وبما ان الطرفين قد عادا إلى الحالة التي كانا عليها قبل إقامة الدعوى ولم يكسب أو يخسر احد من الطرفين أي حق في الدعوى ، وحيث لا يوجد نص

تشريعي يشير إلى المصاريف في أمثال هذه الحالات ، وحيث ان الرجوع إلى المادة الأولى من القانون المدني نجد هذه المحكمة إنها عند عدم وجود نص تشريعي يمكن تطبيقه يجب الحكم بمقتضى العرف ثم مبادئ الشريعة الإسلامية فقواعد العدالة ، وحيث ان العدالة تقضي في حالة إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل إقامة الدعوى يجب ان يتحمل كل طرف المصاريف التي صرفها وأتعاب محاميه)[٩].

فالقضاء لا يمكنه ان يمتنع عن الحكم في كل الأحوال وإلا عُدّ القاضي الممتنع منكرا للعدالة لان ذلك سيؤدي إلى حرمان الشخص من حق التقاضي الذي قرره القانون ، فقد نص الدستور العراقي في المادة (١٩/ثالثا) منه على ان (التقاضي مصون ومكفول للجميع. . .) ونص الدستور المصري النافذ في المادة (٩٧) منه على ان (التقاضي حق مصون ومكفول كافة . . .) .

هذا وقد توسع القضاء الفرنسي في مفهوم أنكار العدالة ولم يجعلها تقتصر على حالة امتناع القاضي عن الحكم فحسب ، فقد قررت محكمة النقض الفرنسية (يجب ان يفهم بالاستنكاف عن أحقاق الحق ليس فقط رفض إجابة الاستدعاءات أو إهمال الحكم في القضايا الجاهزة للحكم بل أيضا وبصورة أوسع كل نقص من الدولة في واجبها تأمين الحماية القضائية للأفراد)[١٠].

إذن ففي حالة الفراغ التشريعي بل القانوني لا يستطيع القاضي ان يمتنع عن الحكم بحجة عدم وجود القاعدة القانونية التي تحكم القضية المعروضة عليه ، فالقاضي بحسب طبيعة عمله هو الشخص الذي يمسك بالميزان بين الأطراف المتنازعة، فهو الرجل الذي يطبق العدل ويحكم بالعدالة بين الناس ولذلك لا يجوز ان يتنصل عن واجبه في أحقاق الحق في كل الأحوال وبذلك يوفر الحماية القضائية للمواطنين ويكفل حقهم القانوني في التقاضي[١١].

المطلب الثاني: فكرة القانون الطبيعي

من اجل ان يكتمل التصور عن عمل القاضي الاجتهادي في إنشاء القاعدة القانونية واستنباط الحكم منها للقضية المعروضة عليه والتي خلت من قاعدة موضوعة سلفا لتحكمها، ونظرا للتلازم بين فكرتي العدالة والقانون الطبيعي، نحاول تسليط الضوء على هذه الفكرة الأخيرة في هذا المطلب.

فيراد بمبادئ القانون الطبيعي ، بوصفها مصدرا للقاعدة القانونية وعملية الاستنباط للحكم القضائي في الدعوى المنظورة ، تلك المُثل العليا الطبيعية التي يُسلم العقل بضرورتها لتنظيم العلاقات بين الأفراد في أي مجتمع إنساني ، فهي مبادئ يكشفها العقل والتي تعتبر مبادئ سامية لمن يتصدى للتشريع سواء ذلك الذي تضعه السلطة التشريعية أم الذي ذلك الذي ينشئه القاضي حلا للمنازعة المعروضة أمامه ، لإجل ان يتحاشى ما ينآى به عن العدالة، فهذه المبادئ مبادى عقلية للعدل مستخرجة من طبيعة الأشياء أي مسلمات العقل الموافقة لطبيعة الأشياء[١٢]، فهي تلك المبادئ

والقيم الإنسانية الثابتة التي يستشعر بها العقل النيّر والفطرة النقية التي فطر الله الناس عليها .

وهي بهذا المعنى تعتبر(الموجهات المثالية للعدالة) ، فوظيفة هذه المبادئ ان توجه القاضي نحو العدل في عمله الاجتهادي ، وقد يُعبر عنها بأنها (الدستور المثالي للعدل) ، وبالتالي تعتبر مَثلا أعلى للتنظيم القانوني، فهي توجه القاضي إلى العدل الذي ينبغي ان يسود وفي الوقت نفسه تمنع القاضي من التحكم والقضاء بغير ذلك فتحفظ القانون في جوهره باعتباره مقيما للعدل[١٣].

وهذه الفكرة تُعبر عن حقيقة ينبغي التسليم بها وهي ان الإرادة الإنسانية غير قادرة بنفسها على نحو الاستقلال الوصول إلى كمال القانون من دون ان تستهدي بموجه يأخذ بها نحو العدل والدلالة عليه[١٤].

وأساس هذه الفكرة ، هو ان كما للطبيعة قوانين تحكمها كذلك هناك قوانين تحكم السلوك هذا من جهة ، ومن جهة أخرى ان متطلبات الموضوعية في تطبيق القانون تقتضي من القاضي ان يبتعد عن الإرادة الخاصة وعليه ان يذعن لتلك الموجهات والقيم العليا التي تمنعه من التحكم وبالتالي يسري القانون على حد سواء بالنسبة لجميع الأفراد دون إيثار مصالح على أخرى[١٥].

وفي نطاق هذه الفكرة حاول بعض الفلاسفة التمييز بين الفكرة وبين المفهوم للقانون الطبيعي فاقتصر صفة الثابت على الأولى باعتبار التحسس بالعدل أو عدمه ملازم للطبيعة الإنسانية أما المفهوم فهو نسبي متغير لان مظاهر العدالة قد تختلف بحسب الزمان والمكان[١٦].

ونحن نعتقد لا جديد في هذا الطرح يُغيّر من مبادى القانون الطبيعي التي هي بمثابة موجهات للإرادة الإنسانية لاسيما إرادة القاضي الذي يعتبر أمينا على تحقيق العدل ، وهذا العدل لا يختلف باختلاف الظروف لإنه من ثوابت الفطرة الإنسانية ، فيستحيل ان يأتي زمن يُرى فيه ان إعطاء كل ذي حق حقه امر غير حسن أو ان ذلك خلاف العدل ، نعم العدالة تختلف بحسب الظروف المحيطة بكل قضية وتختلف من بلد إلى بلد بحسب المعايير والقوانين السائدة فيه.

فالقاضي وهو ينظر في واقع الدعوى باعتبارها ظاهرة اجتماعية ، يؤخذ بنظر الاعتبار كل ما هو واقع لإجل ان يجتهد في وضع القاعدة القانونية ويقوم باستنباط الحكم الذي يفصل الواقعة محل النزاع، ولكن لابد من وراء ذلك من عامل تقويم فوق العنصر الواقعي يوحي اليه بالقيم الحقة التي يجب ان يراعيها في عمله هذا، فمتطلبات هذا العمل التشريعي القضائي تجتمع فيه الواقعية والمثالية ،والعناصر الاجتماعية والأخلاقية ، والجانب التطبيقي والعقلي لإجل أنشاء واستخراج حكم للقضية في الدعوى المنظورة[١٧].

وفي مجال التشريع اكتفى المشرع العراقي بالنص على (قواعد العدالة) من دون (مبادئ القانون الطبيعي) ، ويرى البعض تبرير ذلك لان المشرع استغنى بفكرة العدالة عن فكرة

القانون الطبيعي باعتبارهما فكرتين مترادفتين فليست قواعد القانون الطبيعي في الواقع غير قواعد العدل يستنبطها القاضي من طبيعة الأشياء بما أودعه الله فيه من فكر وعقل سليم[١٨].

أما المشرع المصري فقد نص عليهما معا ، واعتبر البعض هذا انتباها منه لخطر فكرة القانون الطبيعي التي تتضمن توجيها للقاضي إلى المثل الأعلى يستلهمه فيما اذا وجد فراغا في القانون الوضعي ، ويقترح تبديل هذا المصطلح باصطلاح (المثل الأعلى للعدل) أو (موجهات العدل المثالية) لان المراد به وجود مثل أعلى للتنظيم القانوني يكون هاديا عند تكوين القاعدة القانونية لموازين العدل والحق[١٩].

والواقع ان المشرع المصري أتى بمصطلح القانون الطبيعي نتيجة تأثره بحركة التغريب التي اجتاحت المجتمع العربي والإسلامي في القرن التاسع عشر، فقام باقتباس المنهج القانوني الغربي وبالذات نظرية مصادر القانون اذ بالإضافة إلى التشريع والعرف والشريعة الإسلامية تم الأخذ بفكرة(القانون الطبيعي وقواعد العدالة) كمصدر يلجا اليه القاضي اذا لم تسعفه المصادر الأخرى ، وقد قنن المشرع تلك الفكرة في القانون المدني المختلط[٢٠]، كانت هذه الفكرة آنذاك مسيطرة على الفكر القانوني الفرنسي ، وقد نصت المادة (١١٥) من القانون المدني المختلط على ذلك ،ونصت المادة (٩٢) منه ايضا على انه (اذا اختلط منقولان لشخصين واتحدا بحيث لا يتيسر فصلهما من غير تلف فللمحاكم ان تنظر في ذلك بمقتضى أصول العدالة مع مراعاة الضرر وموقف الخصمين وحُسن نية كل منهما)[٢١].

ولفكرة القانون الطبيعي المتقدمة توجد فكرة قريبة منها يبحثها الأصوليون والفلاسفة المسلمون وهي فكرة التحسين والتقبيح العقليين ، التي تعني وجود قواعد ومبادئ يكشفها العقل في طبيعة الفعل ذاته وتوصف هذه القواعد بأنها ثابتة وخالدة ، بمعنى ان العقل يستقل بأدراك الحكم من دون توسط شرعي بخلاف المدركات العقلية غير المستقلة التي تعتمد على بيان الشارع ، فهذا الشيء حسن أو غير حسن إنما يدركه العقلاء ، فالقول بأن هذا مما ينبغي ان يفعل أي انه حسن وهذا مما لا ينبغي ان يفعل أي انه قبيح، فهنا العقل يكون طريق إلى ادراك الحكم ، فالإنسان يشعر فطريا بان الظلم قبيح وان العدل حسن ، وهذا الإدراك لا يفتقر إلى بيان شرعي ، فحتى من ينكر الشريعة والقانون يحكم بالحُسن والقُبح مستندا في ذلك إلى ضرورة العقل ، وفي نطاق هذه الفكرة ان النموذج الأول المستهدف من وراء ذلك هو العدل ، والعدل هو توفير حق الغير واستيفاء الحق منه ، وهذا ما نسميه بضمان الحقوق والواجبات ، وعليه ففكرة القانون الطبيعي وفكرة التحسين والتقبيح العقليين تقران بوجود قيم واعتبارات تظل ثابتة ، ففي العدل قيمة خُلقية تسمى بالحُسن وهذه القيمة تشكل قاعدة عقلية لا يمكن تغيرها لان حُسن العدل ذاتي فيه ، وهي مبادئ شاملة عامة وملائمة للمجتمع الإنساني ، وهناك تشابه بين مقولة جروسيوس في القانون الطبيعي وهي ان هناك قواعد ومبادئ تفرضها الطبيعة الاجتماعية للإنسان ويحدد معالمها العقل ، وبين مقولة المعتزلة

بوجود مبادى وأحكام عقلية ضرورية لا يستغني عنها الأنسان ، وبهذا الصدد يرى الفيلسوف ابن الرشد بالنسبة للقانون والشريعة فيهما قواعد ضرورية للحياة الإنسانية منشأهما العقل والتشريع في تحديد المبادئ العامة لهما، ففي كلاهما مبادئ ضرورية يدركها العقل البشري ويستخلص ضرورة تلك المبادئ من الحاجات الأساسية للإنسان، والى جانب ذلك هناك قواعد ومبادئ أقرها القانون والشريعة بأمر من المشرع أو الشارع، فالقانون والشريعة لابد ان يضُما قواعد عقلية يكون للعقل مدخل في وجه الزامها ، وان يضُما قواعد قانونية وضعية أو شرعية في المجالات التي لا ينفذ فيها العقل تستكمل عن طريق السلطة التشريعية أو الشارع المقدس[٤٢] ذلك (ان لله على الناس حجتين حجة ظاهرة وحجة باطنة ، فأما الظاهرة فالرسل والأنبياء والأئمة ، وأما الباطنة فالعقول)[٤٣] ، فمصادر المعرفة تكون عن طريق الوحي وعن طريق العقل. اذن فكرة القانون الطبيعي تؤصل ايضا في الفلسفة والفكر الإسلامي.

المبحث الثاني: دور القضاء في إنشاء القاعدة القانونية

بعد ان استنبط القاضي الحكم للقضية المعروضة عليه من القاعدة التي وضعها باجتهاده في ضوء قواعد العدالة والقانون الطبيعي سدا للفراغ القانوني ، فلو عُرضت عليه أو على قضاة آخرين قضية ماثلة للقضية التي كانت محلا للاجتهاد والاستنباط الأول وقد طبقوا نفس الحكم أو بعض القضاة قد اصدر حكما مخالفا ، ثم قامت محكمة التمييز أو النقض بتوحيد الأحكام الصادرة من المحاكم الأدنى ، وعلى اثر ذلك تكوّن اتجاه قضائي في هذه القضية ، فهل يعتبر هذا الاتجاه مصدرا لإنشاء القاعدة القانونية ، بتعبير آخر هل ان تلك القاعدة الاجتهادية التي كانت مصدرا للاستنباط اذا تواتر العمل بها واستقر القضاء عليها لاسيما استقرار المحاكم العليا يجب ان تكون مصدر لاستنباط القضاة في القضايا المماثلة لها فيما يعرض عليهم من قضايا مستقبلاً؟

لقد وقع الخلاف في مدى إمكانية القضاء لإنشاء القاعدة القانونية ، فهناك من يرى ان ما يضعه القضاء في حالة الفراغ التشريعي و النقص القانوني مجرد حلول أو قواعد قضائية ولكن لا ترقى إلى كونها قواعد قانونية مكتملة الخصائص كالقاعدة القانونية التشريعية ، واستندوا فيما ذهبوا اليه بعِدة حجج ، بينما عارضهم اتجاه آخر وذهبوا إلى ان ما يستقر عليه القضاء يجب ان يكون مصدرا للقاعدة القانونية ومحلا للاستنباط القضائي للأحكام ، بمعنى ان القضاء لا يضع حلول فحسب وإنما يُنشئ القانون على نحو بحيث تكون القواعد التي وضعها تتسم بالعمومية والتجريد والإلزام، ولهم حججهم المؤيدة لما اتجهوا اليه.

وبناءا على ما تقدم سنقسم هذا المبحث على مطلبين ، نتناول في المطلب الأول الاتجاه المنكر لإنشاء القضاء للقاعدة القانونية ، و نتناول في المطلب الثاني الاتجاه المؤيد لإنشاء القضاء للقاعدة القانونية.

المطلب الأول: الاتجاه المنكر لإنشاء القضاء للقاعدة القانونية

يذهب هذا الاتجاه إلى انه ليس في وسع القضاء إنشاء القاعدة القانونية بحيث تكون مصدرا للاستنباط فيلزم القاضي بالرجوع اليها كما هو الحال في القاعدة القانونية التشريعية ، لإنه يرى ان ما يضعه القضاء في حالة الفراغ التشريعي والنقص القانوني من حلول وأحكام قضائية لا تتوفر فيهما خصائص القاعدة القانونية ، فهي تفتقر إلى صفة العمومية والتجريد ولا تتوفر لها قوة الإلزام ، فلا يوجد في البلدان التي لا تقوم أنظمتها على أساس السوابق القضائية قانون يلزم المحاكم باتباع الاتجاه العام الذي يستخلص من استقرار القضاء على حل معين ، لذا فالمحاكم غير ملزمة بعدم مخالفة هذا الاتجاه وان لم تخالفه فعلا ، فضلا عن ان هذا الاتجاه لا يتوجه إلى طائفة غير متناهية من الأشخاص والروابط المتماثلة في صفاتها وشروطها كما هو الحال في كل قاعدة قانونية ، ففي مثل العراق ومصر وفرنسا التي لا تقوم على نظام السوابق القضائية المعروف في القانون الإنكليزي فمن غير الممكن ان نقول بان الأحكام والاتجاهات القضائية هي بمثابة قاعدة قانونية ملزمة أنشاءها القضاء ، فما يصدر من القضاء في حالة النقص القانوني لا يرقى بخصائصه إلى مرتبة التشريع ، فالقاضي يخلق القانون الواجب التطبيق في حدود القضية المعروضة أمامه ولكن لا يُنشئ قاعدة قانونية عامة مجردة ، وأما ما نراه من اتباع المحاكم الدُنيا لما تقرره المحاكم العليا ، كالتمييز والنقض، لم يكن على نحو الإلزام القانوني وإنما الزاما أدبيا نظرا لما لهذه المحاكم من هيبة في نفوس القضاة وخشية المحاكم الدنيا من ان تنقض أحكامهم لما لتلك المحاكم من سلطة رقابية على صحة تطبيق القانون ، فنجد محاكم الدرجة الأولى والاستئناف على الأعم الأغلب لا تخالف ما استقرت عليه أحكام محكمة التمييز أو النقض[٢٤].

وفي نطاق هذا الاتجاه هناك من يذهب إلى ان أنشاء القاعدة القانونية من قبل القضاء يتعارض ومبدا الفصل بين السلطات ، فطبقا لهذا المبدأ لا يجوز للمحكمة ان تصدر حكما يلزم بتطبيقه في المستقبل في المنازعات المماثلة وان تتبعه المحاكم الأخرى فيما يُعرض عليها لان هذا العمل هو تشريعي فان قام به القضاء يكون عندئذ تجاوز حدود اختصاصه وخالف المبدأ المذكور فوظيفة القضاء في البلدان التي تعطي الصدارة للتشريع وهي البلدان اللاتينية هي تطبيق القانون ولا يُعد منشأ له كما هو الحال في البلدان الانكلوسكسونية[٢٥]، واذا كان بعض المتقاضين في العراق أو مصر يستشهدون أحيانا ببعض الأحكام السابقة لاسيما الصادرة من محكمة التمييز أو النقض التي صدرت في دعاوى مشابه لدعواهم إنما يفعلوا ذلك لا لأجل الزام المحكمة التي تنظر في قضيتهم بهذه السوابق وإنما لغرض إقناعها لما لتلك الأحكام من دلالة قضائية لدى قضاة محاكم الدرجة الأولى والاستئناف[٢٦].

ويحتج البعض بمبدأ الحجية النسبية للأمر المقضى به في إنكار إنشاء القضاء للقواعد القانونية لان هذا المبدأ يحول دون إعطاء الأحكام الصادرة من القضاء صفة القاعدة

القانونية التي تسري حالا ومستقبلا لكون هذه الحجية تقتصر بالنسبة فقط على اطراف النزاع والدعوى التي صدر فيها الحكم[٢٧].

ويتجه رايٌ آخر في رفض الاعتراف بدور القضاء في أنشاء القاعدة القانونية لان ذلك يتعارض مع الأمن والاستقرار القانوني[٢٨]، فالأمن القانوني يتطلب عنصر الثقة بالقانون ، وهذا المبدأ يجب ان يكفل للمواطن سهولة معرفة ما هو مباح وما هو ممنوع قانونا ، وان الاستقرار القانوني ينبغي ان يؤدي إلى تمكين الأشخاص من ان يتوقعوا نتائج أفعالهم سلفا[٢٩]، وان القاعدة القضائية يصعب العلم بها والاطلاع على مضمونها على نحو يضعف ثقة المجتمع بالقانون فكيف يمكن التحدث مع أشخاص اكتشفوا انهم أخطأوا لا لشيء سوى ان القاضي احدث قاعدة قانونية لم تكن موجودة من قبل ، فاليوم من المفاهيم المعروضة مفهوم (الحق في المعلومة) ، فالمتقاضون يطالبون بمعرفة المعلومة القانونية والقضائية علما مسبقا بما يجعلهم يعرفون كيف ستعاملهم المحكمة وكيف هم يعاملون المحكمة في حين ان الاتجاه القضائي قد تعدل عنه المحاكم بما يستلزم الأخلال بالأمن القانوني[٣٠].

وهناك من يرى فضلا عما تقدم ، انه من الناحية الايدلوجية يوجد تقليد موروث ينظر ان القضاء ليس مصدرا للقانون ذلك لان المصدر المقبول هو التشريع ، القانون بمعناه الضيق ، وفي حالة الفراغ التشريعي فالمحاكم لا تنشئ قواعد قانونية بل فقط تصدر أحكاما تستنبطها من القانون بواسطة العملية القياسية[٣١].

وجدير بالذكر ان المدرسة العلمية مدرسة جيني التي رسمت طريقة البحث العلمي الحر للقاضي في حالة الفراغ التشريعي والنقص القانوني بأن يرجع إلى جوهر القانون لحل النزاع المعروض عليه ، فأنها تعترف للقضاء الحق في خلق الحلول العادلة للمنازعات الفردية دون خلق القواعد القانونية العامة[٣٢].

وأما في مجال التشريع هناك من يرى ان ما نص عليه المشرع العراقي في المادة (٢/١) من القانون المدني المتقدمة ان المصدر الرابع (قواعد العدالة) هو مصدر مساعد للوصول إلى القرار القضائي وان كان مصدرا اجتهاديا للقاضي[٣٣].

وفي الفقه المصري راي يستند إلى نص المشرع المادة (٢/١) من القانون المدني المصري المتقدمة لتأييد هذا الاتجاه ذلك ان المشرع لم يأتي في صياغتها ما يدل على تخويل القضاء حق إنشاء القواعد القانونية وإنما فقط حددت المصادر الرسمية بالترتيب ولم تذكر القضاء من بينها وهذا يؤكد ان ليس له تلك الصلاحية[٣٤].

أما المشرع الفرنسي فقد نص بهذا الصدد في المادة الخامسة من القانون المدني رقم ١٨٠٤المعدل على انه (يُمنع على القضاة ان يفصلوا بصيغة الأحكام العامة والتنظيمية في القضايا المقدمة اليهم) وأستند البعض إلى هذه المادة على ان القضاء الفرنسي لا ينشئ القاعدة القانونية ، لان هذه المادة تمنع السلطة القضائية من وضع قرارات تنظميه عامة ، فالتشريع الفرنسي يحظر على المحاكم إصدار أحكام عامة لها

صفة تنظميه لائحيه أي لا يجوز لها وضع قواعد لتطبق على القضايا المماثلة مستقبلا ، فالحكم القضائي يقتصر على فصل النزاع المعروض أمام القضاء[٣٥].

ويلاحظ ان المادة أعلاها أوردها المشرع الفرنسي بعد المادة الرابعة التي تناولت منع القاضي من عدم إصدار الحكم في القضية المعروضة أمامه في حالة النقص في القانون والا عُدّ مرتكبا جريمة الاستنكاف عن أحقاق الحق، ولم نجد لدى المشرع العراقي ولا المشرع المصري نص كنص هذه المادة بينما رأينا لديهما نظير المادة الرابعة المذكورة آنفا من القانون المدني الفرنسي اذ تناولها المشرع العراقي في قانون المرافعات وتعرض المشرع المصري لها في قانون العقوبات كما تقدم .

وأما قضائيا، فقد سارت محكمة النقض الفرنسية على ما أفادته المادة الخامسة أعلاه فذهبت إلى أن (قضاة الموضوع لا يفصلون بصيغة أحكام عامة وتنظيمية . . .)[٣٦].

وقد تكرر منها هذا المعنى في عدة قضايا بان لا يجوز للقاضي ان تكون قرارته على نحو تنظيمي عام[٣٧].

وفي مسألة الأمن القانوني وتحوّل الاجتهاد القضائي ذهبت محكمة النقض الفرنسية بأن (مقتضيات الأمان القانوني وحماية الثقة المشروعة ، لا يمكن ان تكرس حقا مكتسبا في اجتهاد ثابت بالنظر لكون تطور الاجتهاد ينتج عن سلطة القاضي في تطبيق القانون)[٣٨].

المطلب الثاني: الاتجاه المؤيد لإنشاء القضاء للقاعدة القانونية

يذهب هذا الاتجاه إلى ان القاضي عندما يُعرض عليه النزاع وبعد ان تكتمل جميع الأدلة والإجراءات لابد ان يفصل هذا النزاع باستنباطه الحكم القضائي من القاعدة القانونية الموضوعة بحسب المصادر القانونية المُقررة ، واذا لم يجد القاعدة المنطبقة على القضية المعروضة عليه ففي هذه الحال لا يسوغ له التنصل عن الحكم والا عُدّ مرتكبا لجريمة إنكار العدالة ومستنكفا عن أحقاق الحق، فعندئذ يجتهد القاضي في ضوء قواعد العدالة والقانون الطبيعي أي برجوعه إلى جوهر القانون ويضع القاعدة ويستنبط منها الحكم الفاصل في القضية المعروضة عليه ، وهذا الحل من حيث المبدأ يقتصر على الدعوى المنظورة ، ولكن اذا أخذت به محاكم أخرى فيما يعرض عليها من القضايا المماثلة لتلك القضية التي صدر فيها الحكم ، ففي هذه الحالة يصبح الحل المأخوذ به ليس صادرا عن حكم فردي بل صادرا عن القضاء ، ثم تتواتر أحكام المحاكم وتستقر على الأخذ به ، فعند ذلك تنشأ قاعدة قانونية جديدة، ويساعد على هذ الاستقرار وجود المحاكم العليا كمحكمة التمييز أو النقض التي تراقب صحة أحكام المحاكم الدرجة الأولى والثانية ، بحيث يصبح ما تقره في هذا الشأن قاعدة تتوحد على أساسها الأحكام على اعتباران هذه القاعدة الجديدة ستكون مصدرا لاستنباط القضاة مستقبلا في القضايا المتماثلة ، أي عندما يتكون اتجاه عام موحد ومستقر للقضاء يكون هذا الاتجاه بمثابة قاعدة قانونية بالمعنى الصحيح ، مما يعني ان الحلول التي تضعها المحاكم لتكميل النقص وسد الفراغ القانوني اذا تكرر الأخذ بها في المنازعات المتشابه من شأنه ان يخلق

قاعدة قانونية هي القاعدة التي وضعها الحكم الأول ، ويفسر البعض هذا التكرار وهذا الاستقرار بأنه يُكوّن عرفا، وعندئذ يعتبر القضاء مُنشِئاً للقواعد القانونية التي ترجع إلى نوع من أنواع العرف ألا وهو العرف القضائي ، وبهذا الشأن هناك من يرى انه يكفي لتكوين القضاء صدور حكما واحدا من محكمة النقض بشرط ان يكون هذا الحكم معبر عن القضاء بمجموعه ، ولا دخل لكثرة الأحكام أو قلتها، فالمهم ان تكون هذه القاعدة قد أصبحت مقبولة باعتبارها قاعدة قضائية ، فاذا كانت القاعدة التي استُنبط منها احد الأحكام تعبر عن جوهر القانون وتستجيب لحاجات المجتمع فأنها ستلقى قبولا سريعا لدى المتقاضين ورجال القانون(٣٩).

إذن هذا الاتجاه يُفرق بين القاضي والقضاء ، فالقاضي ابتداءا يُنشئ حلا خاصا للنزاع المعروض أمامه ، أما الثاني يُنشئ قاعدة قانونية عامة ، ولا يرى في ذلك خرقا لمبدأ الفصل بين السلطات ؛ لان هذا المبدأ هو مبدا نسبي لا يؤدي إلى إجبار القضاء على عدم الفصل في المنازعات التي لا يوجد بشأنها قاعدة موضوعة سلفا فالقضاء هو الذي يكمل النقص في حالة الفراغ التشريعي والقانوني، ولو كان هذا المبدأ واردا على نحو الإطلاق لاستلزم التعارض بينه وبين فكرة أنكار العدالة ، وان القاعدة القانونية القضائية وان لم يكن أنشاءها صادرا من هيئة معينة بالذات كما هو الحال في صدور القاعدة القانونية التشريعية إلا إنها نشأت من أحكام المحاكم في مجموعها ، ويعبر الفقه الفرنسي عن ذلك بتعبير مختصر اذا أراد بأنشاء القضاء للقاعدة القانونية هو تعبير(واقعة القضاء)(٤٠).

ويعزز هذا الاتجاه فيما يذهب اليه بان مبدا المساواة أمام القانون يقضي بضرورة التزام ذات القاعدة التي وضعها القضاء استكمالا للتشريع وسدا للنقص القانوني في كل المنازعات التي تعرض مستقبلا والتي يتوافر فيها شروط تطبيق القاعدة ، فمبدأ المساواة لا يقتصر على المساواة أمام النصوص التشريعية ، إنما يعني وبنفس الدرجة المساواة أمام القواعد المكملة للتشريع والصادرة من القضاء للتطبيق على حالات مماثلة ، فاذا قام التماثل في المراكز القانونية استوجب وحدة القاعدة القانونية التي ينبغي ان تنظمهم، وهذا يتحقق بقيام القضاء بأنشاء القاعدة القانونية التي تطبق في الحال والاستقبال على الوقائع والقضايا المتشابه في موضوعها وشروطها، وأيضا اليوم اصبح هناك أجماع بالنسبة لدور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية فلم يعد دوره مجرد أداة تطبيق لإرادة المشرع ، فملاحقة ومواكبة التطورات الحديثة جعلت منه صانعا للقاعدة القانونية في الأعم الأغلب، ولذا فالقاضي المدني أيضا صانعا للقاعدة القانونية عند نقص القانون لمليء الثغرات ومراعاة الظروف التي تبدلت ولأجل مواكبة التطورات والمستجدات في حياة المجتمع(٤١).

ويرى ان الواقع العملي للقضاء يفرض القول ان هذا القضاء يقوم بإنشاء القاعدة القانونية ،حيث يكشف هذا الواقع التزام القضاة بما سبق ان حكموا به ، واتجاههم للأخذ بنفس الحلول الصادرة من قضاة آخرين في الحالات المتشابه، كما ان التدرج بين

المحاكم يجعل المحكمة الأدنى تحرص على تطبيق حلول المحكمة الأعلى ، وان استقرار القضاء على اتجاه معين يُعد من الناحية العملية في حكم القاعدة التشريعية ، وان ما تذهب اليه المحاكم العليا كالتمييز والنقض يكون ملزما للمحاكم الأدنى من الناحية الواقعية لإنها لو خالفت ذلك سيكون حكمها عُرضة للنقض ، وان القضاء يستند إلى ما استقر عليه في تسبيب الحكم كما يستند إلى التشريع[٤٢].

ويستفيد هذا الاتجاه من بعض النصوص التشريعية ، فيرى البعض طبقا لنص المادة (٢/١) من القانون المدني العراقي ان القاضي يستحدث القاعدة القانونية في حالة النقص في القانون[٤٣].

وأيضا يستفيد البعض من نص المادة (٢/١) من القانون المدني المصري ، وهي نظير المادة أعلاه لدى المشرع العراقي ، فان المصدر الأخير الذي نصت عليه تركت فيه المسالة إلى اجتهاد القاضي في وضع القاعدة القانونية المنطبقة على النزاع وصولا للحكم القضائي فهو اذن يُنشئ القاعدة القانونية ، وفي هذا اعتراف ضمني من المشرع في هذا الدور للقاضي ، وليس لدى المشرع المصري – وكذلك العراقي – نصا يتعارض أو يمنع هذا الدور، وان القانون المدني المصري قنن أحكام القضاء في بعض النظريات العامة نحو (نظرية التعسف في استعمال الحق) و(تكوين العقد) و(الاستغلال) و(الالتزام الطبيعي) ، فقواعد هذه النظريات أنشاءها القضاء بلا نص فجاء المشرع وقام بتقنينها ، وان إعادة ما وضعه القضاء من نظريات ومبادئ وحلول بصياغة تشريعية فيه دلالة على ان القضاء يُنشئ القواعد القانونية[٤٤].

ويرى جانب من الفقه الفرنسي ان مفهوم المادة (٤) من القانون المدني الفرنسي يفيد إقرار المشرع بحق القاضي في صنع قاعدة الخصومة عند غياب النص الذي يحكمها ، وان المشرع لم يعمد إلى الغاء أو تغيير القاعدة التي خلقها القضاء وهذا يدل على رضاه فيما يسلكه القضاء من إنشاء القواعد ، وهو أيضا بمثابة إذن ضمني منه ، وأما ما ورد في المادة (٥) من القانون المذكور ينصب على منع القضاء من وضع أحكام لائحية كما كانت تسير عليه المحاكم الفرنسية في العقد القديم ، وفرق بين إصدار تلك الأحكام التي تعمد فيها المحاكم إلى وضع قواعد ملزمة وبين إنشاءها للقواعد القانونية نتيجة استقرار الأحكام القضائية[٤٥].

وقام البعض بعملية استنتاج بهذا الصدد من خلال ما أعطاه المشرع من سلطة للقاضي في استنباط القرائن القضائية – والتي تعرضت لها المادة ١٠٢ من قانون الإثبات العراقي والمادة ١٠٠ من قانون الأثبات المصري والمادة ١٣٨٢ من القانون المدني الفرنسي– فذهب في ضوء تلك المواد القانونية ان المشرع هو قام باستنباط القرائن القانونية وجعلها في نصوص تشريعية ، وترك استنباط القرائن غير المنصوص عليها إلى القاضي يتوصل اليها من خلال نظره إلى ظروف الدعوى والوقائع الثابتة فيها ، فالمشرع إذن ترك استنباط القرائن القضائية لاجتهاد القاضي وكانه هو ينشئ القاعدة لخاصة بها، وقد ساوى هذا الدور بدوره في القرائن القانونية وعليه فهما متساويان بهذا الأمر ألا وهو

إنشاء القاعدة القانونية الخاصة بالقرائن ، وبناءا على ذلك فكلما وجدت واقعة لم يتصدى لها المشرع بنص فيترك الأمر إلى القاضي ليضع لها قاعدة ، وهذا هو بعيّنه إنشاء للقاعدة القانونية من قبل القضاء، وإقرار ضمني من المشرع بدور القاضي في صنع قاعدة الخصومة[٤٦].

وأما قضائيا ،فان محكمة التمييز الاتحادية لها صيغة في التعبير عن الأخذ بالمبادئ التي قررتها بانها (ما استقرت عليه) ولهذا قضت بأن (رفع التجاوز بين الأغيار، أما في العقار الشائع فان بإمكان الشريك المطالبة باجر المثل في حالة قيام شريكه بتشييد منشآت على العقار الشائع دون موافقة بقية الشركاء ، وهذا ما استقر عليه قضاء الهيئة العامة في محكمة التمييز الاتحادية)[٤٧].

وتستخدم محكمة النقض المصرية في قراراتها عبارة تدل على استنادها لقضائها المستقر وهي (انه من المقرر في قضاء هذه المحكمة) أو عبارة (على ما جرى به قضاء هذه المحكمة. . .) ورد في قرار لها (انه من المقرر في قضاء هذه المحكمة انه يشترط لتطبيق القرينة المنصوص عليها في المادة ٩١٧ من القانون المدني ان يكون المورث في تصرفه لوارث قد احتفظ بحيازة العين المبيعة واحتفظ بحقه في الانتفاع بها وان يكون احتفاظه بالأمرين معا طيلة حياته . . . .)[٤٨] وفي قرار آخر (قضت محكمة النقض بان من المقرر – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض ان الجهل بوفاة الخصم يعد قوة قاهرة لسريان الميعاد في حق الخصم الأخر على ان يبدا سريانه من جديد من تاريخ علمه بالوفاة)[٤٩] فهي لا تخفي ان ما جرى عليه قضاؤها هو حكم القانون الواجب التطبيق، فقضاء النقض هو الأساس وراء خلق القواعد القانونية والتي تكتسب قوتها الملزمة من وجود هذه المحكمة على راس السلطة القضائية ، وإتماما لحجية هذه القواعد تقوم هذه المحكمة بنشرها في مجاميع قضائية منتظمة لأجل اتباعها وتحقق العلم بها[٥٠].

وتستخدم محكمة النقض الفرنسية أيضا صيغة معروفة في الاستناد إلى قضاءها المستقر وهي (انه من المقرر ان . . .) وأيضا تقرر في أحكامها (بأن الحكم المطعون به اذا قام على ما يخالف الراي الذي استقر عليه قضاء النقض فانه يتعين نقضه لإنه خالف القانون)، وان أحكام المسؤولية المدنية في القانون الفرنسي يكاد يكون تنظيمها بكامله من اجتهاد القضاء المدني الفرنسي وقد فاق دوره في إنشاء أحكامها دورَ القضاء الإداري في تأسيس نظرية المسؤولية الإدارية ، وان مجلس الدولة الفرنسي قد ابدع فيما وضعه من قواعد في مخاطر الجوار غير المألوفة وإرساء نظرية الظروف الطارئة[٥١].

ومن خلال ما تقدم يبدو لنا انه لا خلاف بان القضاء اذا استقر على حكم مسالة معينة لاشك انه يخلق قاعدة قانونية لم تكن موجودة من قبل ، والمحاكم الدنيا تتخذ من ذلك مصدرا للاستنباط فيما يعرض عليها من قضايا، ولكن هل هذه القاعدة مكتملة الخصائص ام لا ، نحن نعتقد رغم ما يتمتع به هذا الاستقرار القضائي من قيمة قانونية وقضائية في الواقع العملي لكن لا يبلغ وصف القاعدة القانونية التشريعية لما لهذه الأخيرة من خصائص منها إمكانية الغاء الاتجاه القضائي دون العكس .

الخاتمة:

وبعد الذي تم عرضهُ في ثنايا البحث من أفكار حول اجتهاد القاضي والقضاء وعلاقة ذلك في استنباط الأحكام القضائية ، وعند التأمل في كل ذلك ، ننتهي إلى عدد من النتائج والمقترحات ، وكما يأتي:

أولا – النتائج

من خلال البحث في هذا الموضوع توصلنا إلى النتائج الآتية

١-ان فكرة العدالة تقتضي رجوع القاضي إلى جوهر القانون في حالة الفراغ القانوني كرجوع المشرع اليه فيضع القاعدة القانونية المنطبقة على القضية المعروضة عليه ومنها يستنبط الحكم القضائي للفصل فيها دون ان يخرج عن اطار الأسس العلمية الموضوعية.

٢- القانون الطبيعي هو الموجه المثالي للعدالة ، فالإرادة الإنسانية مفتقرة ان تستهدي بموجه يأخذ بها نحو العدل ، فيلازم رجوع القاضي إلى جوهر القانون في ضوء قواعد العدالة ليصوغ منه القاعدة القانونية ما يُملي عليه القانون الطبيعي من مُثل وقيم حقة. وان اكتفاء المشرع العراقي بالنص على قواعد العدالة لا يعني وجود ترادف بينها وبين القانون الطبيعي وإنما للتلازم بين الفكرتين .

٣- وقع الاختلاف في مدى قدرة القضاء على إنشاء القواعد القانونية ، والنتيجة انه اذا استقر على اتجاه معين واتخذت المحاكم الدنيا من ذلك الاتجاه مصدرا لاستنباط الأحكام فيما يُعرض عليها من قضايا حال الفراغ القانوني، يكون عندئذ أنشئ القضاء قاعدة قانونية ولكنها في كل الأحوال لا ترقى إلى خصائص القاعدة القانونية التشريعية .

٤-الاجتهاد القضائي يكون مصدرا لاستنباط الأحكام في حالة الفراغ القانوني فيكون نظير العرف ومبادئ الشريعة الإسلامية في حالة الفراغ التشريعي .

ثانيا- المقترحات

- نقترح ما يلي:

١- تعديل المادة (٣٠) من قانون المرافعات العراقي بأبعاد ما يتعلق بتفسير النص نحو غموضه ونقصه وتكريسها لمسالة وقوع القاضي بأنكار العدالة عندما يمتنع عن الحكم حيث لا يظفر بالقاعدة القانونية المنصوصة ، ونقترح ان تكون صياغتها على النحو الآتي :

(لا يجوز للقاضي في أية محكمة ان يمتنع عن الحكم بحجة فقدان القاعدة القانونية والا عد ممتنعا عن أحقاق الحق).

٢- تحديد مصطلح الفراغ القانوني على نحو يتميز عن الفراغ التشريعي حسب متطلبات حصولهما فاذا حصل الفراغ القانوني عندئذ يتطلب الاجتهاد القضائي بينما اذا حصل الفراغ التشريعي يتطلب الرجوع إلى المصادر الاحتياطية كالعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية لإجل استنباط الحكم القضائي في الدعوى المنظورة وفي ضوء ذلك تُعدل الفقرة الأولى والثانية من المادة الأولى من القانون المدني العراقي، بجعل

الأولى للمصدر الرئيسي لاستنباط الأحكام آلا وهو التشريع ، والثانية للمصدر الاحتياطي لاستنباطها في حالة الفراغ التشريعي، وأفراد الفقرة الثالثة للمصدر الاجتهادي حال الفراغ القانوني وبذلك تكون المادة الأولى من القانون المدني العراقي على النحو التالي:

المادة (١)

أ- للقاضي استنباط الأحكام القضائية من النصوص التشريعية في لفظها أو في فحواها.

ب- فاذا لم يوجد نص تشريعي مصدرا للاستنباط ، يمكن للقاضي استنباطه من الشريعة الإسلامية في قواعدها أو في أحكامها. أو من الأعراف التي لا تتنافى مع مبادئها

ج- وفي حالة الفراغ القانوني له ان يستنبط الحكم مما استقر عليه الاجتهاد القضائي ، فان لم يوجد يجتهد في إنشاء القاعدة القانونية في ضوء قواعد العدالة ومبادئ القانون الطبيعي واستنباط الحكم منها للقضية المنظورة.

الهوامش

١. د. حسن كيرة ، المدخل إلى القانون ، ط٥ ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٧٤، ص٩٥ . د. عبدالحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، مطبوعات جامعة الكويت ، ١٩٧٢، ص ٥٧٠.د. السيد محمد السيد عمران، الأسس العامة في القانون ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ،٢٠٠٢، ص٨١.

٢. الأستاذ عبد الباقي البكري و زهير البشير ،المدخل لدراسة القانون ، المكتبة القانونية ، بغداد، بلا سنة نشر، ص٦٨. د. احمد سي علي ، مدخل للعلوم القانونية، دار الاكاديمية ، الجزائر، ٢٠١١، ص٣٤٢. د. منذر الشاوي، الإنسان والقانون ، ط١، الذاكرة للنشر والتوزيع ، بغداد، ٢٠١٥، ص ٤٣٢. Marie-Anne FRISON-ROCHE. La rhétorique juridique. Hermès, ١٩٩٥, vol. ١٦, p. ٨٠.

٣. د. حسن علي الذنون ، فلسفة القانون ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، بلا سنة نشر ، ص١٦٤. د. فايز محمد حسين، فلسفة القانون ونظرية العدالة ، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث الاقتصادية والقانونية التي تصدر عن كلية الحقوق ، جامعة الإسكندرية ، العدد الثاني ، ٢٠١٠، ص ١٣٩٣- ١٣٩٤ و ص ١٣٩٦

٤. السيد محمد تقي الحكيم، الأصول العامة للفقه المقارن، دار الأندلس ، بيروت، ١٩٦٣، ص ٦٧٢.

٥. د. عبد الحي حجازي، مصدر سابق، ص ٥٧٣-٥٧٤. الأستاذ ضياء شيت خطاب ، فن القضاء ، معهد البحوث والدراسات العربية ، بغداد، ١٩٨٤، ص٧٧.

٦. السيد محمد باقر الصدر، دروس في علم الأصول، الحلقة الأولى ، دار الكتاب اللبناني ، بيروت، بلا سنة نشر ، ص٦١ . د. احمد سي علي ، مصدر سابق ، ص٣٤٢-٣٤٣. د. محمد شريف احمد ، نظرية تفسير النصوص المدنية، مطبعة الأوقاف والشؤن الدينية، بلا مكان نشر، ١٩٨٢ ، ص٣١٢. د . عامر عاشور عبد الله، القياس في القانون المدني والفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، الصادرة من كلية الحقوق، جامعة الموصل ، المجلد (١٥)، العدد (٥٢)، السنة (١٧)، ص٥٣.

٧. الأستاذ ضياء شيت خطاب والأستاذ أبراهيم المشاهدي و عبد المجيد الجنابي و عبد العزيز الحساني و غازي إبراهيم الجنابي، القانون المدني مع مجموعة الأعمال التحضرية ، ج ١، مطبعة الزمان ، بغداد ، ١٩٩٨، ص١٢ .

٨. د. حسن كيرة ، مصدر سابق ، ص٤١٣.

٩. قرار محكمة التمييز ٣٤٤/ مدنية أولى /١٩٧٩ في ١١/٢٢/ ١٩٨٠، نقلا من : الأستاذ ضياء شيت خطاب ، فن القضاء ، مصدر سابق ، ص٧٥.

١٠. حكم المحكمة الابتدائية ،كبرى باريس ، ٦ تموز ، يوليو١٩٩٤ ، مجلة القصر ، ٢ ، ٥٨٩، دالوز ٢٠٠٩ ، جامعة القديس يوسف ، بيروت ، ص٤١.

١١. د. سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة للقانون ، منشأة المعارف ، مصر، ١٩٧٤، ص٢٤١.

١٢. د. احمد سي علي ، مصدر سابق ، ص٣٤١ . د. علي حسين نجيده ، مبادئ الشريعة الإسلامية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٠، ص٦٨ . د. حسن كيرة ، مصدر سابق ، ص١٠٥ .
١٣. د. السيد عبد الحميد فؤدة ، جوهر القانون ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠٠٥ ، ص ٢٠٩-٢١٠ . د. حسن كيرة ، مصدر سابق ، ص ١٩٩- ١٢٠. د. سمير عبد السيد تناغو ، مصدر سابق ، ص ٢٤٥.
١٤. د. حسن علي الذنون ، مصدر سابق ، ص ١٨٧. د. حسن كيرة ، مصدر سابق ، ص١١٩.
١٥. د. عبد الحي حجازي، مصدر سابق، ص١٨٣.
١٦. د. منذر الشاوي، مذاهب القانون ، منشورات العدالة ، بغداد ، بلا سنة نشر ، ص٣٠.
١٧. د. السيد عبد الحميد فؤدة ، مصدر سابق ، ص٣٠٥ . د. حسن كيرة ، مصدر سابق ،ص ١٥٨-١٥٩.
١٨. د. حسن علي الذنون ، مصدر سابق ، ص٨٨ .
١٩. د. حسن كيرة ، مصدر سابق ، ص ١٢٠-١٢١.
٢٠. وهو القانون الصادر في ٢٨ يونيو ١٨٧٥ أيام الخديوي إسماعيل
٢١. نقلا من: د. فايز محمد حسين ، مصدر سابق ، ص١٣٩٣- ١٣٩٤.
٢٢. د. محمد شريف أحمد ، فكرة القانون الطبيعي عند المسلمين ، ط٢، منتدى الفكر الإسلامي ، العراق ، ٢٠١١ ، ص١٣٢-١٣٦و ص ١٨٣-١٨٤. الشيخ محمد جواد مغنية، فلسفات إسلامية ، دار التعارف للمطبوعات ، بيروت ، ١٩٧٨ ، ص ٣٧٣-٣٧٤ . السيد محمد تقي الحكيم ، مصدر سابق ، ص ٢٨٠-٢٨١ و ص٢٨٦ .
٢٣. الشيخ الحسن بن علي بن شعبة الحرّاني، تحف العقول عن آل الرسول (ص)، ط٥ ، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات ، بيروت، ١٩٦٩، ص٢٨٥.
٢٤. د. حسن كيرة ، مصدر سابق، ص٢١٨-٢٢٠. د. راقية عبد الجبار علي ، تأصيل دور القاضي في تكوين القاعدة القانونية ، بحث منشور في المجلة العربية للفقه والقضاء ، العدد ٤٦ بحوث ودراسات ،الصادرة من مكتبة جامعة محمد سكات، الدار البيضاء ، المغرب، ص٧٩. brayan a. Garner Reuters , The law of judicial precedents p.٥٤٣.
٢٥. د. غالب علي الداودي ، المدخل إلى علم القانون ، ط٧، دار وائل للطباعة والنشر ، عمان، ٢٠٠٤ ، ص١٨٢- ١٨٣.
john hanna, the role of precedents in judicial decision pp. ٣٦٧ - ٣٨٤.
٢٦. د. غالب علي الداودي ، المصدر نفسه ،ص١٨٣
٢٧. د. محمد حسين منصور ، المدخل إلى القانون ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٠.، ص٢٤٤. عز الدين الماحي ، مدى مساهمة الاجتهاد القضائي في إنشاء القواعد القانونية، بحث منشور على الموقع الإلكتروني للمكتبة القانونية العربية ، ص١٤، الرابط : https://www.bibliotdroit.com/٢٠١٧/٠٩/blog-post_٩٠.htm.
٢٨. د.عبد الرحمن اللمتوني ، الاجتهاد القضائي والأمن القانوني ، بحث منشور في مجلة الملحق القضائي الصادرة عن المعهد العالي للقضاء في المغرب، العدد ٤٦ ، مايو، ٢٠١٤، ص٧ .
٢٩. وهناك مفهوم آخر لفكرة الاستقرار القانوني وهو ضرورة التوفيق بين المصالح المتعارضة فمن الضروري للغاية ان تنظم تلك المصالح حتى لا تعم الفوضى ويهدر السكون الاجتماعي ، لان القانون الذي تختل فيه حماية المصالح يبدو فيه التحيز واضحا لفئة أو طبقة معينة في المجتمع ، وهذا يكون مدعاة إلى عدم الاستقرار وفقدان الأمن الاجتماعي وسببا للانتفاضات الشعبية والثورات عبر التاريخ. انظر: د. حسون عبيد هجيج و فخري جعفر احمد ، فلسفة العدالة القانونية ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية الصادرة عن كلية القانون ، جامعة بابل ، العدد الأول ، السنة الحادية عشر ، ٢٠١٩ ص ٢٥٧ و ص ٢٥٩.
٣٠. د.عبد الرحمن اللمتوني ، مصدر سابق ، ص٥ و ص ١٤. د. حسون عبيد هجيج و فخري جعفر أحمد، مصدر سابق ، ص٢٥٦.
٣١. ميشيل ترويير ، فلسفة القانون ، ترجمة سعد عمر، ط١، دار الأنوار، بيروت ، ٢٠٠٤، ص٩٣.
٣٢. د. سمير عبد السيد تناغو، مصدر سابق ، ص٢٩٤.
٣٣. د.آدم وهيب النداوي ، المرافعات المدنية ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، ٢٠٠٩، ص٣٦.
٣٤. د. محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص٢٤٥.
٣٥. د. محمد حسين منصور، مصدر سابق ، ص٢٤٤. عز الدين الماحي، مصدر سابق ، ص١٣.
٣٦. نقض اجتماعية ٢٣ نيسان / أبريل ١٩٧٥ ، النشرة المدنية رقم ٩٩، دالوز، ص ٤٣.
٣٧. أنظر: Cour de cassation, civile, Chambre sociale, ١٣ juin ٢٠١٩, ١٨-١٣.٩٤٣.
ولمزيد من التفاصيل مراجعة القضية على موقع الانترنت الاتي

https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT٠٠٠٠٣٨٦٧٤٨٠٢&fastReqId=١٤٣١٤٢٢٢٦٢&fastPos=٥.

كذلك انظر : Cour de cassation, civile, Chambre civile ٢, ٢٤ janvier ٢٠١٩, ١٧-٢٨.٨٣٧. https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT٠٠٠٠٣٨٠٩١٤٩٦&fastReqId=١٤٣١٤٢٢٢٦٢&fastPos=٨.

وأنظر أيضا:.Cour de cassation, civile, Chambre civile ١, ١٢ décembre ٢٠١٨, ١٧-٢٧.٤١٥ https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT٠٠٠٠٣٧٨٥٠٨٠٩&fastReqId=١٤٣١٤٢٢٢٦٢&fastPos=٩.

٣٨. نقض مدنية ٢ ، ٨ تموز /يوليو ٢٠٠٤ النشرة المدنية ٢ رقم ٣٦١، دالوز، مصدر سابق، ص٤٤.

٣٩. د. احمد الغريب شبل ، دور القاضي المدني في إنشاء القاعدة القانونية، دار النهضة العربية ، مصر، ٢٠١٨، ص١٣٢. د. حسن كيرة ، مصدر سابق ، ص٢١٧ . د. سمير عبد السيد تناغو ، مصدر سابق، ص٥٠٢-٥٠٣ . د. محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص٢٤٧-٢٤٩.

٤٠. د. سمير السيد عبد تناغو، مصدر سابق، ص٤٩١ و ص ٤٩٣-٤٩٤ و ص٥٠٢.

٤١. د. احمد الغريب شبل، مصدر سابق، ص ٢٢٥-٢٢٦. ابتسام فاطمة الزهراء شفاف ، دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، الجزائر، ٢٠١٥-٢٠١٦ ، ص١٣٦-١٣٧. د. سمير عبد السيد تناغو ، مصدر سابق، ص٥٠٠ . ميشيل تروبير ، مصدر سابق ، ص٩٣ .

٤٢. د. محمد حسين منصور ، مصدر سابق، ص ٢٤٦-٢٤٧. د. سمير عبد السيد تناغوا ، مصدر سابق، ص٥٠٠ . عز الدين الماحي ، مصدر سابق ، ص ١٧.

٤٣. د. عباس العبودي ، الدور الاجتهادي لأحكام محكمة التمييز الاتحادية في صياغة القاعدة القانونية للقانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية الصادرة من كلية القانون ، جامعة بغداد، العدد ٢ ، المجلد ٣٠ ، السنة ٢٠١٥ ، ص ٩٨.

٤٤. د. أحمد الغريب شبل مصدر سابق، ص٩و ص١١و ص ٢٠٥. د. حسن كيرة ، مصدر سابق ، هامش (٢) ص٢١٦.

٤٥. ميشيل تروبير ، مصدر سابق ، ص٩٥-٩٦ . د. أحمد الغريب شبل ، مصدر سابق، ص ١٥٩-١٦٠.

٤٦. د.احمد الغريب شبل ، مصدر سابق، ص٢٠٩-٢١٠.

٤٧. القرار ١٤٥٣/ هيئة مدنية عقار/٢٠١٢ في ٢٨/ ٥/ ٢٠١٢، نقلا من د. حامد شاكر محمود، العدول في الاجتهاد القضائي ، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع ، مصر،٢٠١٨، هامش (١) ص١٦١.

٤٨. طعن رقم ٤٦٤٦ لسنة ٧٠ ق جلسة ٢١/ ٣/ ٢٠١٢ ، محمد عزمي البكري ، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد ، مج ١٢، دار محمود ، القاهرة ، بلا سنة نشر، ص١٨١.

٤٩. نقض ٢٣/ ٥/ ١٩٨٢ طعن ٣٩٩ سنة ٤٩ ق . شريف احمد الطباخ ،موسوعة الدفوع المدنية ، ج١، دار العدالة للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ٢٠١٥ ، ص٢٥

٥٠. د. سمير السيد عبد تناغو ، مصدر سابق ، ص ٥٠١ . د. محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص٢٤٩.

٥١. ميشيل تروبير ، مصدر سابق ، ص٩٥ . د. سمير السيد عبد تناغو ، مصدر سابق ، ص٥٠٠. د . احمد الغريب شبل ، مصدر سابق ، ص١٦١ و ص١٦٥ و ص ٢١١. د. محمد حسين منصور، مصدر سابق ، ص ٢٤٩ . عز الدين الماحي ، مصدر سابق،ص١٧.

المصادر

اولا – الكتب القانونية

١- د. آدم وهيب النداوي ، المرافعات المدنية ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، ٢٠٠٩.

٢- د. احمد الغريب شبل ، دور القاضي المدني في إنشاء القاعدة القانونية، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠١٨.

٣- د. احمد سي علي ، مدخل للعلوم القانونية ، دار الأكاديمية ، الجزائر، ٢٠١١.

٤- د.السيد محمد السيد عمران،الأسس العامة في القانون،منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.٢٠٠٢

٥- د. حامد شاكر محمود، العدول في الاجتهاد القضائي ، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع ، مصر،٢٠١٨.

٦- د. حسن علي الذنون ، فلسفة القانون ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، بلا سنة نشر.
٧- د. حسن كيرة ، المدخل إلى القانون ، ط٥ ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٧٤ .
٨- د. سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة للقانون ، منشأة المعارف ، مصر، ١٩٧٤.
٩- الأستاذ ضياء شيت خطاب ، فن القضاء ، معهد البحوث والدراسات العربية ، بغداد، ١٩٨٤.
١٠- الأستاذ ضياء شيت خطاب والأستاذ أبراهيم المشاهدي و عبد المجيد الجنابي و عبد العزيز الحساني و غازي إبراهيم الجنابي، القانون المدني مع مجموعة الأعمال التحضرية ، ج ١، مطبعة الزمان ، بغداد ، .١٩٩٨
١١- الأستاذ عبد الباقي البكري و زهير البشير ،المدخل لدراسة القانون ، المكتبة القانونية ، بغداد، بلا سنة نشر.
١٢- د. عبدالحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، مطبوعات جامعة الكويت ، .١٩٧٢
١٣- د. علي حسين نجيده ، مبادئ الشريعة الإسلامية ، دار النهضة العربية، القاهرة ، .١٩٩٠
١٤- د. غالب علي الداودي ، المدخل إلى علم القانون ، ط٧، دار وائل للطباعة والنشر ، عمان، ٢٠٠٤.
١٥- د. محمد حسين منصور ، المدخل إلى القانون ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٠.
١٦- د. محمد شريف احمد ، نظرية تفسير النصوص المدنية، مطبعة الأوقاف والشؤن الدينية، بلا مكان نشر، .١٩٨٢
١٧-د.محمد شريف أحمد، فكرة القانون الطبيعي عند المسلمين،ط٢،منتدى الفكر الإسلامي،العراق،٢٠١١.
١٨- د. منذر الشاوي، مذاهب القانون، منشورات العدالة ، بغداد ، بلا سنة نشر .
١٩- ميشيل تروبير ، فلسفة القانون، ترجمة سعد عمر، ط١، دار الأنوار، بيروت ، ٢٠٠٤.

ثانيا- كتب أصول الفقه

١- السيد محمد باقرالصدر،دروس في علم الأصول،الحلقةالأولى،دار الكتاب اللبناني،بيروت،بلا سنة نشر
٢- السيد محمد تقي الحكيم ، الأصول العامة للفقه المقارن، دار الأندلس ، بيروت ، بلا سنة نشر.

ثالثا- كتب متفرقة

١- الشيخ الحسن بن علي بن شعبة الحرّاني، تحف العقول عن آل الرسول (ص)، ط٥ ، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات ، بيروت، ١٩٦٩.
٢- الشيخ محمد جواد مغنية، فلسفات إسلامية، دار التعارف للمطبوعات ، بيروت ، ١٩٧٨ .

رابعا- الرسائل الجامعية

١- ابتسام فاطمة الزهراء شفاف ، دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ،الجزائر،٢٠١٥- ٢٠١٦.

خامسا- البحوث العلمية

١- د. حسون عبيد هجيج و فخري جعفر احمد ، فلسفة العدالة القانونية ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية الصادرة عن كلية القانون ، جامعة بابل ، العدد الأول ، السنة الحادية عشر ، ٢٠١٩ .
٢- د. راقية عبد الجبار علي ، تأصيل دور القاضي في تكوين القاعدة القانونية ، بحث منشور في المجلة العربية للفقه والقضاء ، العدد ٤٦ بحوث ودراسات ،الصادرة من مكتبة جامعة محمد سكات، الدار البيضاء ، المغرب .

٣- د. عامر عاشور عبد الله، القياس في القانون المدني والفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد (١٥)، العدد (٥٢)، السنة (١٧).
٤- د.عباس العبودي ، الدور الاجتهادي لأحكام محكمة التمييز الاتحادية في صياغة القاعدة القانونية للقانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية الصادرة من كلية القانون ، جامعة بغداد، العدد ٢ ، المجلد ٣٠ ، السنة ٢٠١٥.
٥- د.عبد الرحمن اللمتوني، الاجتهاد القضائي والأمن القانوني ، بحث منشور في مجلة الملحق القضائي الصادرة عن المعهد العالي للقضاء في المغرب، العدد ٤٦ ، مايو، ٢٠١٤.
٦- عز الدين الماحي ، مدى مساهمة الاجتهاد القضائي في إنشاء القواعد القانونية، بحث منشور على الموقع الإلكتروني للمكتبة القانونية العربية. الرابط
https://www.bibliotdroit.com/٢٠١٧/٠٩/blog-post_٩٠.htm.
٧- د. فائز محمد حسين ، فلسفة القانون ونظرية العدالة ، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث الاقتصادية والقانونية التي تصدر عن كلية الحقوق ، جامعة الإسكندرية ، العدد الثاني ، ٢٠١٠ .

سادسا- المجاميع والقرارات القضائية

١- شريف احمد الطباخ ،موسوعة الدفوع المدنية،ج١،دار العدالة للنشر والتوزيع،القاهرة ، ٢٠١٥ .
٢- محمد عزمي البكري ، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد ، مج ١٢، دار محمود ، القاهرة ، بلا سنة نشر.
٣- دالوز ٢٠٠٩ ، جامعة القديس يوسف ، بيروت.

سابعا القوانين

١- القانون المدني الفرنسي ١٨٠٤.
٢- قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧
٢- القانون المدني المصري١٣١ لسنة ١٩٤٨.
٣- القانون المدني العراقي٤٠ لسنة ١٩٥١.
٤- قانون الإثبات المصري٢٥ لسنة ١٩٦٨.
٥- قانون المرافعات المدنية العراقي ٨٣ لسنة ١٩٦٩.
٦- قانون الأثبات العراقي ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ .

ثامنا- المصادر الأجنبية

أ- المصادر الفرنسية

١-Marie-Anne FRISON-ROCHE. La rhétorique juridique. Hermès,١٩٩٥,vol, ١٦.

ب- المصادر الإنكليزية

١-brayan a. Garner Reuters , The law of judicial precedents.
٢-john hanna, the role of precedents in judicial decision.

تاسعا- القرارات القضائية الاجنبية

١- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, ١٣ juin ٢٠١٩, ١٨-١٣.٩٤٣.
https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT٠٠٠٠٣٨٦٧٤٨٠٢&fastReqId=١٤٣١٤٢٢٢٦٢&fastPos=٥.
٢-Cour de cassation, civile, Chambre civile ٢, ٢٤ janvier ٢٠١٩, ١٧-٢٨.٨٣٧.
https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT٠٠٠٠٣٨٠٩١٤٩٦&fastReqId=١٤٣١٤٢٢٢٦٢&fastPos=٨.

٣ –Cour de cassation, civile, Chambre civile ١, ١٢ décembre ٢٠١٨, ١٧-٢٧.٤١٥. https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT٠٠٠٠٣٧٨٥٠٨٠٩&fastReqId=١٤٣١٤٢٢٢٦٢&fastPos=٩.