الاجتهاد القضائي وأسسه في نطاق القانون الخاص

أ.د رشيد مجيد الربيعي
م. د محمد خضير الأنباري
جامعة آشور – كلية القانون

Judicial jurisprudence and its bases within the scope of private law

P.Dr. Rashid Majeed Al-Rubaie
Dr. Mohammed Khudair Al-Anbari

الملخص

يعد الاجتهاد القضائي من أهم المعالجات الفقهية اللازمة عند إصدار الأحكام والقرارات القضائية في الدعاوى المعروضة أمام القاضي المختص، عند افتقاد النصوص القانونية ضمن التشريعات النافذة أو عند غموضها أو عند وجود مظاهر النقص والقصور فيها.

لقد استقرت العديد من الجهات القضائية على الاستعانة بالاجتهاد القضائي، عندما تفتقد النص القانوني للحكم بموجبه، لغرض سد النقص التشريعي أو الغموض الذي يصاحبه في القضايا المعروضة أمام القاضي المختص، ولكن بحدود وبضوابط محددة ، وأهمها مراعاة القوانين النافذة.

الكلمات المفتاحية: الاجتهاد القضائي، قرارات الحكم، النقص التشريعي، القانون الخاص.

Abstract

Judicial jurisprudence is considered one of the most important pieces of jurisprudence necessary when issuing judicial rulings and decisions in cases presented before the competent judge, when legal texts are missing within the applicable law, when they are ambiguous, or when there are signs of deficiency and deficiencies in them.

Many judicial authorities have decided to resort to judicial jurisprudence, when there is a lack of legislative text to rule according to it, for the purpose of filling the legislative deficiency or the ambiguity that accompanies it in the cases presented before the competent judge, but with specific limits and controls, the most important of which is taking into account the laws in force.

Keywords: jurisprudence, ruling decisions, legislative deficiency, private law.

المقدمـــة

إن من الأمور التي لايمكن انكارها، هي أن التشريعات التي تصدرها السلطات المختصة التشريعية أو التنفيذية بمختلف مسمياتها من قوانين أو أنظمة أو تعليمات، ومهما وصلت من تقدم وتطور وتحديث، تبقى قاصرة أو ناقصة عن الإحاطة بكامل قضايا التشريع التي تصدرها أو تقرها لمعالجة القضايا المختلفة التي شرعت من أجلها، لذلك؛ لا بد وأن تستعين بقواعد العدالة، وقواعد سلوك أخرى؛ وإعمال الاجتهاد القضائي لوضع الحلول المناسبة أو البديلة عنها لاستكمال نقص وإزالة غموض تلك التشريعات، من أجل مواكبة أو ملاءمة القضايا المعروضة أمام القضاء لإصدار القرار أو الحكم المناسب بشأنها.

لقد انعكست التطورات المتسارعة في الحياة وتقدمها على القضايا والمشكلات القانونية والحقوقية المستحدثة وصعوبة مواكبة أو تغطية هذه القضايا والمشكلات بتشريعات محددة وعاجلة تصدرها السلطات التنفيذية وتقرها السلطات التشريعية، فعادة ما تقوم السلطات المختصة بإصدار التشريعات المختلفة وتسهل تنفيذها في الإعمامات أو التوجيهات اللاحقة للمؤسسات التنفيذية المختصة، وذلك لغرض الحد أو التقليل قدر المستطاع من تطبيق الاجتهاد القضائي في تنفيذها من قبل المحاكم المختصة أو المؤسسات الإدارية ضمن دوائر الدولة المختلفة.

أن واقع الحال ومن خلال الجانب العملي؛ وعند تطبيق التشريعات النافذة في الدعاوى المعروضة أمام القضاء، يتبين قصور أو نقص التشريعات النافذة التي يحتاجها القاضي المختص للحكم بموجبها في الدعاوى المنظورة من قبله، أو تجد قضايا مستجدة لم يشر إليها في نصوصها التشريعية.

إن هذه المستجدات في القضايا ذات النقص التشريعي؛ سوف تصعب الأمر على القاضي المختص للبحث في الخزائن القانونية عن نص أو اجتهاد قضائي لمعالجتها من مختلف المنافذ القانونية والفقهية والسوابق القضائية من أجل إيجاد النصوص الصحيحة والملاءمة والحكم بموجبها وإصدار القرار المناسب للقضية المعروضة أمام المحكمة المختصة .

ومن هنا، يبرز دور الاجتهاد القضائي لمعالجة القضايا المستجدة وعدم مخالفة القوانين والأنظمة النافذة عند إصداره للقرار الصحيح بشأنها، فمسؤولية القاضي تتطلب إصدار القرارات القضائية وعدم التعذر بفقدان النص التشريعي، ويبقى التدرج القضائي من مسؤولية الجهات القضائية العليا لتصحيحها، لذا؛ فإن الأداء القضائي يتمثل في إصدار القرارات العادلة والواضحة والتقييم المستمر لها من أجل النهوض بالقضاء بمختلف مستوياته .

مشكلة البحث:

تتمثل في بحث دور الاجتهاد القضائي من قبل المحاكم المختصة، عندما ينفد النص القانوني أو القصور التشريعي للدعوى المعروضة أمام القضاء، وكيفية استنباط الحكم لهذه الدعوى من خلال الموروث القضائي أو الفقه أو قرارات المحاكم المختصة للحالة المماثلة، أو آراء المختصين من فقهاء القانون، أو أية سوابق قضائية مماثلة للقضية ذات الشأن .

هدف البحث:

يهدف البحث الى دراسة الاجتهاد القضائي ودوره في تطبيق العدالة وسد النقص والقصور التشريعي في التشريعات النافذة لدى القاضي المختص، من خلال التطبيقات العملية المختلفة في نطاق تطبيق القانون الخاص .

هيكلية البحث:

ولأهمية هذا البحث، ستشتمل دراسته على مقدمة، ومبحثين، وخاتمة، تتضمن أهم النتائج والتوصيات، وكما يأتي:

المبحث الأول: ماهية الاجتهاد القضائي وأهميته وأسبابه

المطلب الأول: مفهوم الاجتهاد القضائي في اللغة والاصطلاح

المطلب الثاني: أهمية الاجتهاد القضائي وأسبابه

المطلب الثالث: مكانة الاجتهاد القضائي في النظم القانونية الكبرى

المبحث الثاني: أسس الاجتهاد القضائي في نطاق القانون الخاص في العراق

المطلب الأول: في نطاق القانون المدني والتجاري

المطلب الثاني: في نطاق قانون الأحوال الشخصية

المطلب الثالث: في نطاق قانوني المرافعات والإثبات

الخاتمة: وتتضمن أهم النتائج والمقترحات.

قائمة المصادر

المبحث الأول

ماهية الاجتهاد القضائي وأهميته وأسبابه

يمارس الاجتهاد القضائي دوراً متميزاً في تطوير المنظومة القضائية من خلال مساعدة القضاء في إيجاد الحلول القانونية للنصوص الغامضة أو الناقصة للقضايا المستجدة في المجتمع والمعروضة أمام القاضي المختص، وإعانته عند إخفاق التشريع في تقديم مثل هذه الحلول[١].

ويعني الاجتهاد؛ التفسير الذي يقوم به القاضي خلال النظر في الدعوى القضائية لتطبيقه عليها[٢]، لكونه ملزماً بإيجاد حكم لكل حالة معروضة علية وبخلافه يعتبر منكراً للعدالة [٣].

ومن أجل التعمق بمفهوم الاجتهاد القضائي، لا بد وأن نتعرف إلى مفهومه في اللغة والاصطلاح وأهميته وأسبابه، وواقعه في النظم القانونية الرئيسية، وذلك في ثلاثة مطالب؛ الأول، في مفهوم الاجتهاد القضائي، والثاني، في الأهمية والأسباب، والثالث، في مكانته لدى الحضارات القانونية الكبرى في العالم.

المطلب الأول

مفهوم الاجتهاد القضائي في اللغة والاصطلاح

يقوم الاجتهاد القضائي في اللغة العربية على مصطلحات عدة، منها "اجتهاد" و"اجتهاد المحاكم" أو"اجتهاد القضاء"[٤]. ويعرف اصطلاحاً ، بأنه " بذل قاضي محكمة الموضوع وسعه لإصدار الحكم القضائي في الدعوى المنظورة من قبله عند فقدان النص أو غموضه"[٥] .

ويفيد الاجتهاد؛ من حيث المعنى التفسير الذي يقوم به ذوي الشأن في مختلف القضايا لبعض النصوص المبهمة أو غير الواضحة أو لغرض إيجاد البديل والحلول لها. لقد وردت العديد من التعريفات اللغوية والفقهية لمفهوم الاجتهاد، فمنهم من عرفه؛ لغوياً : "بأنّه" بذل قُصارى الجهد والوسع في أمرٍ ما، والجهد من المشقّة"، والاجتهاد في اللغة أيضاً: افتعال من الجهد، وهو مصدر جهد كنفع، وجُهْد كحلو، وهما من المصادر الثلاثية.[٦]

---

[١] أسيل حامد شكر، دور السوابق القضائية في تحقيق الأمن القضائي، مجلة بلاد الرافدين الجامعة للعلوم الإنسانية والاجتماعية، المجلد ٤، العدد١،٢٠٢٢، ص٣٢-٣٤.

[٢] محمد حسن قاسم، المدخل لدراسة القانون، القاعدة القانونية،ج١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩، ص ٣٩٤.

[٣] فارس حامد، دور الاجتهاد القضائي في تطوير النظام القانوني، جريدة الصباح العراقية، في ٢٠٢٣/٧/١٥.

[٤] حامد شاكر محمود الطائي، العدول في الاجتهاد القضائي، دراسة قانونية تحليلية مقارنة ، المركز العربي للنشر والتوزيع، ط ١، ٢٠١٨، ص ٣٣.

[٥] عباس قاسم الداقوقي، الاجتهاد القضائي، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٥، ص٣٦.

[٦] حيدر فليح حسن، زينة عبد الحكيم عبد الرضا، الاجتهاد القضائي وضوابطه – دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية ، كلية القانون، جامعة بغداد، ج٣، المجلد ٣٦، العدد، ٣، كانون الأول، ٢٠٢١، ص ٧٨١.

يعد الاجتهاد ذا أهميَّةً كبيرة في التشريع الإسلاميّ، وذلك من أجل استنباط الأحكام الشّرعية من الأدلّة الشّرعية، والتوصل الى الحلولٍ المناسبة للمسائل المُستحدثة في الحياة المجتمعية،[١]. إذ؛ ارتبط الاجتهاد بالمفهوم الفقهي (الاستنباط)، أي استخراج الأحكام الشرعيّة الفرعيّة والفتاوى النظرية من أدلتها الظاهرة والخفيّة والسلبيّة[٢]، ومن مصادرها [٣].

وقد عرف بعض الفقهاء، الاجتهاد ، بأنه" بذل الفقيه في تحصيل حكم شرعي عقلي كان أو نقلياً قطعياً كان أو ظنياً "[٤]. في حين عرفه فقيه آخر، بأنه" بذل الفقيه ما في وسعه من الطاقة الذهنية والبدنية للحصول على الحكم الشرعي للقضية المعنية بالحكم " [٥].

ومن الجدير بالذكر؛ أن الاجتهاد القضائي يحمل معنيين أحدهما عام والآخر خاص، ويقصد بالاجتهاد القضائي في معناه العام: مجموع الأحكام والقرارات الصادرة عن المحاكم المختلفة في قضية قانونية معينة، أي "مجموع القرارات القضائية الصادر عن المحاكم"، أو مجموع الحلول التي تستنبطها المحاكم بمناسبة فصلها في المنـازعـات المعروضة عليها[٦].

أما المعنى الخاص للاجتهاد القضائي؛ فيقصد به الحل الخاص الذي يضعه القضاء بشأن قضية معينة، فإذا كان المشرع يضع قاعدة عامة، فإن الاجتهاد القضائي يتولى تطبيقها على قضية معينة بشكل مخصص، ومن هذا المنظور يشكل الاجتهاد القضائي عملية ذهنية إبداعية يباشرها القاضي في بعض الحالات الخاصة. وتبعا لذلك، يعرف الفقه المؤيد لهذا الاتجاه، الاجتهاد القضائي بكونه "مجموع الحلول القانونية التي تتوصل إليها المحاكم بمناسبة معالجتها للإشكالات القانونية "[٧].

هذا ويستنبط الحكم الواجب تطبيقه عند عدم وجود النص في ضوء اجتهاد القاضي، وفي حالة وجود النص القانوني، فلا توجد أية مشكلة بذلك، لكونه يحكم بنصوص القانون، وفي القانون الوضعي يكون الاجتهاد فيما لم يرد فيه نص، وهذا ما عبرت عنه المادة (١) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ [٨].

---

[١] محمد مصطفى الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه، ط٢، دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق،٢٠٠٦، ص ٣٠٠-٣٠٤ .

[٢] خالد رمضان حسن، معجم أصول الفقه، ط١ ، مطبعة المدني، القاهرة ، ١٤١٨، ص٣٥.

[٣] محمد الحسيني، معجم المصطلحات الأصولية، ط ١ ، مؤسسة العارف للمطبوعات، بيروت،١٤١٥هـ، ص٢٥.

[٤] حمد الكبيسي وصبحي محمد جميل، أصول الأحكام وطرق الاستنباط في التشريع الإسلامي، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي, بغداد، ١٩٨٧، ص ٤٠٦ .

[٥] مصطفى إبراهيم الزلمي, أصول الفقه في نسيجه الجديد, شركة الخنساء, بغداد, ط ١، ١٩٩١، ص ٤٠٦.

[٦] محمد عبد النبـــاوي، تعميم الاجتهاد القضائي: مساهمة في خدمة العدالة، مجلة سلسلة الاجتهاد القضائي، مراكش، ٢٠١١، ص ٥.

[٧] حامد شاكر محمود الطائي، العدول في الاجتهاد القضائي، مرجع سبق ذكره، ص٣٣.

[٨] المادة ١ : تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها. فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين، فإذا لم يوجد، فبمقتضى قواعد العدالة .

وفي ضوء ما تقدم ؛ نرى أن أفضل تفسير لماهية الاجتهاد القضائي" الحل الذي تتخذه جهة قضائية في قضية معروضة أمامها، في حالة عدم وجود النص القانوني الواجب التطبيق أو غموضه أو عدم كفايته[١]. وغالباً ما يكون الاجتهاد القضائي في الدول التي لا تدون قوانينها كما في بريطانيا، إذ تمثل الأحكام القضائية المرجع الأساسي للقضاء، وتلتزم المحاكم بأحكامها وتعتبرها مصدراً للقوانين[٢].

المطلب الثاني

أهمية الاجتهاد القضائي وأسبابه

يؤدي القضاء بمختلف مسمياته ومراحله دوراً مهماً في تطبيق النصوص القانونية لمختلف تطور النظم القانونية بدءاً من التشريعات القديمة الرومانية والإسلامية، وصولاً إلى التشريعات الحديثة[٣]. إن للقضاء دوراً حيوياً ومهماً جداً ولم ينحصر في التطبيق والتفسير، وإنما يمتد نشاطه الى أكثر من هذا الحيز القانوني وأخذ يوسع من مفهوم التطبيق، بمعنى أنه يمد نطاق عمله الى خلق نظريات قانونية في مجال القانون الدولي الخاص[٤]، ثم ساد الاجتهاد القضائي في المحاكم من أجل إكمال النصوص القانونية، لذلك فتكمن أهمية الاجتهاد القضائي، بما يلي:

١- المساهمة في تطوير بعض النظريات الفقهية واستنباط الحلول القانونية، فلا يمكن تحقيق الغاية من النص القانوني، ما لم يتم تطبيقه بشكل سليم، وهذا لم يحصل إلا باجتهاد قضائي لصنع النصوص القانونية في محلها، وتفسيره لها بما يحقق غاية المشرع من وضعها، وهذا ما يساعد القضاء على تحديد معاني النصوص القانونية والفصل بموجبها[٥].

٢- مساعدة القضاء لتفادي القصور التشريعي للتشريعات النافذة والعامل المساعد للقاضي في إيجاد الحلول القانونية للدعاوى المراد إصدار القرار بها من قبله، نتيجة عدم وجود النصوص القانونية في القوانين الأخرى.

وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقه في العراق. ثم في البلاد الأخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية .

[١] حامد شاكر محمود الطائي، دور الاجتهاد القضائي في تحقيق الأمن القانوني، مجلة الحقوق، كلية القانون، الجامعة المستنصرية، مجلد ١٥، العدد، ٣١، ٢٠١٧، ص٣٥.

[٢] إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ط٢، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ١٩٩٠، ص ١٦٣.

[٣] عجالي بخالد، دور الاجتهاد القضائي في تطوير النصوص القانونية في التشريع الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون – تيارت – الجزائر، مجلة الفكر القانوني والاقتصادي، السنة التاسعة، العدد، ٢، الجزائر، ٢٠٢٢ ، ص٨٣١.

[٤] حسام الدين ناصيف، مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية، دار النهضة العربية، ط١ ، القاهرة، ١٩٩٤، ص٣٣١ .

[٥] عز الدين الماحي، مدى مساهمة الاجتهاد القضائي في إنشاء القواعد القانونية، مجلة القصر، المغرب، العدد، ٧، ٢٠٠٤، ص ٧٥-٩٠.

٣- تحقيق فاعلية القوانين في الحياة الاجتماعية من خلال إزالة الغموض في النصوص القانونية وحماية النظام القانوني لما يضفيه من الفعالية العملية من خلال أدوات عدة منها الاجتهاد في التفسير[١].

٤- يضفي الاجتهاد القضائي على القانون طابعه العملي الحي، حيث يمنح القاضي فرصة للفصل في الدعوى المعروضة أمامه، وهذا ما يحفز القاضي على بذل المزيد من الجهود القانونية لإحقاق الحق، وبعكسه تبقى الدعوى دون النظر فيها، وهذا ما يخالف مبدأ التقاضي الذي يتطلب الفصل في جميع القضايا المعروضة على القضاء [٢].

٥- انعكس التطور الحاصل في الحياة وأثره على المجتمعات المختلفة، على فعالية الاجتهاد القضائي، بسبب ظهور قضايا جديدة لم يتقاض بها سابقاً، وأثرت على تطبيق النصوص القانونية المطبقة فيها، فيقوم القاضي بالتدخل لتكملة النقص فيها، ووضع الحل الذي يتفق مع مبدأ العدالة من خلال الاجتهاد القضائي [٣].

إضافة الى ما ذكر من أهمية وأسباب في مفهوم الاجتهاد القضائي من معالجة النقص التشريعي، وتفسير وفهم النص القانوني المبهم، ووضع النصوص القانونية للحالات المستجدة ، هنالك أسباب خاصة أخرى لهذا النهج القضائي في الاجتهاد، نتناول أهمها:

1- اختلاف التفسيرات القانونية:

ان تعدد التفسيرات القانونية للنصوص القانونية يجعلها موضع شك وتردد في اختيار الأصح والأنسب منها في القرار التي يتخذه القاضي المختص في الدعوى المنظورة من قبله[٤].

٢- التدخلات السياسية وفرض الإرادات الخاصة

تواجه الأجهزة القضائية في بعض الدول العديد من الضغوطات المؤسسية والسياسية، بسبب الإجراءات التي يفرضها القانون بطريقة محددة، مما يؤثر على عمل القضاة في اتخاذ القرارات القضائية المناسبة، أو قد يتعرض القضاء للضغوطات السياسية من قبل السلطات التنفيذية نفسها، وهذا يعد سبباً للتوسع في الاجتهاد القضائي لمسايرة السلطة التنفيذية والابتعاد عن تطبيق النص القانوني . يعد هذا التصرف بحد ذاته مخالفة القاضي لمبادئه ولدوره في تطبيق القانون وحماية الدولة

---

[١] فارس حامد عبد الكريم، دور الاجتهاد القضائي في تطوير النظام القانوني، جريدة الصباح العراقية، في ٢٠٢٣/٧/١٥.

[٢] كريم عبد السلام ، الاجتهاد القضائي، موقع موسوعة حماة الحق، الأردن، عمان، في ٢٠٢١/٨/٣، على الرابط https://jordan-lawyer.com .

[٣] جعفر عبد السلام، تطور الحياة وضرورة الاجتهاد، موقع تقريب، ٢٠١٠/٨/١٤ ، على الرابط: www.taghribnews.com

[٤] طلال جميل شريف، دور الاجتهاد القضائي في حل المنازعات الإدارية، مجلة الجامعة العراقية، المجلد،٦١، العدد،١، ٢٠٢٣، ص ٤١٢.

والمجتمع والأفراد من خلال ما يمتلكه من خزين يثري معرفته أو ثقافته عن طريق القانون وتطبيقاته القضائية [١] .

٣- الاختلافات المذهبية والفقهية

تعد الاختلافات الفقهية والمذهبية من الأمور الشائعة في الشريعة الإسلامية، وقد تم تمثيلها في نظام القضاء الإسلامي من أجل ضمان التمثيل العادل لجميع المذاهب، ورغم اختلافها في بعض القضايا الفقهية، إذ استعمل مصطلح الاجتهاد، في مصادر التشريع الإسلامي، من دون وصفه بالقضائي، فذهب بعضهم إلى أنه يُرادف الرأي أي ما يجتهد فيه القاضي عند فقدانه النص برجوعه إلى المصادر التبعية المعتمدة [٢] .

٤- استقرار المراكز القانونية

أن استقرار المراكز القانونية لن يتحقق إلا بتطبيق سليم للقانون من سلطة القضاء، ذلك أن الدستور قد أوكل لهذه السلطة مهمة الفصل في المنازعات عن طريق تطبيق القانون وتفسيره على نحو يحقق العدالة[٣]. فالنصوص والقواعد القانونية بصفتها عامة ومحددة، قد لا تكون مستوعبة لكافة الوقائع المعروضة على المحاكم، وقد لا تكون على درجة من الوضوح بحيث يسهل على القاضي للوصول الى قصد المشرع منها، لذا؛ نجد أن المشرع خول القاضي بأن يجتهد في حالة غموض النص أو عدم وجوده [٤]. لذلك يجب على القاضي أن يحاول قدر الإمكان الوصول الى توائم منهجي عملي بين التفسير القضائي المتطور وحكمة التشريع من خلال تقصيه الإرادة الدافعة للمشرع والغايات عند وضعه النص القانوني[٥] .

المطلب الثالث

مكانة الاجتهاد القضائي في النظم القانونية الكبرى

ينتظم مفهوم القانون المقارن في عالمنا المعاصر، في عداد نظم وحضارات قانونية رئيسية وكبرى تسود هذا العالم ، لذا يحس ابتداءً أن نعرف القانون المقارن بأنه مجموعة من قواعد القانون

---

[١] سالم روضان الحسن، هل يشكل الحكم القضائي قيمة معرفية، موقع المحكمة الاتحادية العليا، بغداد، في ٢٠١٣/٧/١٠، على رابط المحكمة:www.iraqidevelopers.com/iraqfsc/ar/node

[٢]سعيد محي الدين سعيد، الاجتهاد الجماعي وأهميته في الفقه الإسلامي، مجلة البحوث والدراسات، دائرة البحوث والدراسات ، ديوان الوقف السني ، بغداد، الإصدار ٣٦، ٢٠١٤، ص ١٣٤ – ١٣٦ .

[٣] عجالي بخالد، دور الاجتهاد القضائي في تطوير النصوص القانونية في التشريع الجزائري، مرجع سبق ذكره، ص ٨٢٥.

[٤] شفارة لخضر، دور الاجتهاد القضائي في تطوير النصوص القانوني – دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة بن خلدون تيارت، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، ٢٠٢٣، ص ٦.

[٥] هادي حسين الكعبي، سلطة تقدير القاضي لعنصر الواقع المجرد في الدعوى المدنية، دراسة مقارنة، دار السنهوري ، بيروت، ٢٠١٩، ص٢٠.

التي تنظم حياة المجتمع، تتمثل في دراسة قانونية أو بحث قانوني تستند الى المقارنة بين قانونين أو أكثر ، بسبب اختلاف الأنظمة القانونية بتعدد الدول وباختلاف أشكالها، ودساتيرها.[١] وبمجمل الأنظمة القانونية، فقد اتفقت معظم النظم القانونية الحديثة على أن الاجتهاد هو الطريق الأفضل للوصول إلى الحكم القضائي المطلوب والمنشود عند تحقق مبرراته وشروطه[٢] .

سنتناول في هذا المطلب بعض الأنظمة القانونية الرئيسية في العالم ، وهي الشريعة الإسلامية، والنظام الانكلوسكسوني، والنظام اللاتيني، والنظام الجرماني، والنظام الاشتراكي الشيوعي، ولانقضاء أو تفككك الاتحاد السوفيتي السابق فقد ضربنا صفحاً عن النظام الأخير.

أولاً. النظام الإسلامي (الشريعة الإسلامية) :

قال الله تعالى في كتابه الكريم: (وشاورهم في الأمر).[٣] وكذلك قوله تعالى (وأمرهم شورى بينهم)[٤] . لقد اتبع بعض خلفاء المسلمين مبدأ الشُّورى في الحكم من خلال استشارة العامَّة من الناس في بعض الأمور وسماع رأيهم، ثمَّ يعرض الأمر على أصحاب رسول الله، ويسألهم أن يخلصوا فيه إلى رأيٍ محمودٍ، فما استقرَّ عليه رأيهم؛ أمضاه، وعمله هذا يشبه الأنظمة الدُّستورية من الممالك النِّظامية، والفرق بين عمل الخليفة وعمل الممالك، هو أنَّ الأمر كان اجتهاداً منه، وبغير نظامٍ متَّبعٍ، أو قوانين مشرعة، وكثيراً ما كان الخليفة يجتهد في الشَّيء، ويبدي رأيه فيه[٥]، وهذا الاجتهاد في الحكم ممكن أن نقربه الى موضوع بحثنا في سد النقص التشريعي.

لقد كان للقاضي في بداية نشر الدعوة الإسلامية ولعدة قرون متتالية دوره في الاجتهاد والرأي، ولذا كان له ايضاً دوره في ميدان الفقه الإسلامي، وهنا لا يمكن القول بعدم جواز تقنين الفقه الإسلامي لأسباب منها الحجر على اجتهاد القاضي، لانه لا يمتلك في الجملة وسائل الاجتهاد، والوقت الكافي للبحث والاستقصاء وكثرة القضايا التي يتم الفصل فيه، خصوصاً وأن القاضي مقيد في التفسير بلفظ النص وبإرادة المشرع ، ثم الرجوع الى المصادر الاحتياطية [٦].

يعد الاجتهاد القضائي في الإسلام السند الذي يجعل منه الأصوليون مصدراً للقاعدة عن طريق البحث في الأدلة الشرعية على الأحكام العملية في الفقه الإسلامي، إذ استعمل في مصادر التشريع

---

[١] حميد شاوش ، الأنظمة القانونية المقارنة، محاضرات ألقيت على طلبة جامعة ماي ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، ٢٠١٨، ص١ وما بعدها.

[٢] عباس قاسم مهدي الداقوقي، الاجتهاد القضائي مفهومه، مرجع سبق ذكره، ص ٦٠.

[٣] سورة آل عمران، الآية: ١٥٩.

[٤] سورة الشورى، الآية: ٣٨.

[٥] عبد الوهاب النجار، الخلفاء الراشدون، دار القلم، بيروت، ١٩٦٨ ، ص٢٤٦-٢٦٧ .

[٦] مشراوي سهام، عبد الرزاق وهبة، أحكام الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، مجلة النوازل الفقهية والقانونية، المجلد ٦، العدد، ٣، الجزائر، ٢٠٢٢، ص ١٠٠.

الإسلامي من دون وصفه بالقضائي، فذهب بعضهم إلى أنه يُرادف الرأي أي ما اجتهاد القاضي عند فقدانه النص برجوعه إلى المصادر التبعية كالقياس والاستحسان والمصالح المرسلة وغيرها [١].

يمثل الاجتهاد في الإسلام القول بالرأي عند عدم وجود النص، أو عندما يكون هذا الأخير غير قاطع للدلالة، ولذلك لما بعث سيدنا رسول الله نبينا محمد (ص) معاذ بن جبل الى اليمن قاضياً ، سأله بما تقضي، فقال بكتاب الله، فإن لم أجد فبسنة رسول الله، فإن لم أجد أجتهد رأيي ولا آل، أي لا أقصر[٢].

ثانياً . النظام القانوني الأنكلوسكسوني :

شكل النظام الانكلوسكسوني مجموعة من القواعد العرفية التي استمر العمل بها مدة طويلة من الزمن، إضافة الى السوابق القضائية ، بعكس النظام اللاتيني ، حيث الأهمية تكمن في القوانين التي تسنها الدولة،أي القوانين المشرعة أو المكتوبة(Unwritten Law) وقد تبنى النظام المذكور العديد من الدول، وتعد انكلترا مهد هذا النظام[٣].

اعتبرت الدول التي أخذت بالنظام الأنكلوسكسوني مثل بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية، القضاء مصدراً رسمياً للقواعد القانونية وبنفس مستوى قوة التشريع، ويعد حكم القاضي سابقة قضائية لا يستطيع مخالفتها، كما تلزم المحاكم الدنيا بتنفيذها، إذ تعد السابقة القضائية قاعدة قانونية وضعت من قبل المحكمة الأعلى درجة في دعاوى متشابهة في المسائل والوقائع والقبول بالنتائج القانونية المترتبة عليها للمحاكم الدنيا [٤].

لقد اعتمد القضاء البريطاني على المعايير القانونية التي أتاحت له تطوير الأحكام القضائية، التي كانت تتقيد بالأعراف القضائية، ومنها معيار المعقولية، ومفاده بأن التفسير ينبغي أن يكون منسجماً مع مقتضيات العقل والفهم الصحيح للأمور[٥]. كذلك قيد مجلس اللوردات البريطاني نفسه بما يصدر عنه من اجتهادات، ولكن سمح له منذ عام ١٩٦٦ بالعدول عن اجتهاداته، إذا دعت إلى ذلك أسباب قوية تقتضيها مصلحة العدالة [٦].

---

[١] فرحان أحمد علي، الاجتهاد التنزيلي، مجلة القانون والعلوم السياسية، كلية القانون، جامعة كركوك ، المجلد ٧ ، السنة ٢٠١٨ ، ص ٤ .

[٢] حنان براهمي، اجتهاد القاضي في مجال الحقوق والحريات في ظل الاتفاقيات الدولية، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد، ٤، الجزائر، ٢٠٠٨، ص ٣٢٩.

[٣] عبد المنعم الشروكي، التعريف بالنظام القانوني الأنكلوسكسوني، موقع حماة الحق، على الرابط: /-jordan lawyer.com، تاريخ ٢٠٢٢/٦/٢٢.

[٤] سعيد النعمان، السوابق القضائية، المنتدى العراقي للنخب والكفاءات، ٧حزيران، ٢٠٢٤،، على الرابط: https://iraqi-forum2014.com

[٥] فارس حامد عبد الكريم، دور الاجتهاد القضائي في تطوير النظام القانوني، مقالة سبق ذكرها.

[٦] أمل المرشدي، المفهوم القانوني للاجتهاد القضائي، موقع مهام قانونية، الرابط www.mohamah.net/law.

٣- النظام القانوني اللاتيني

يستند القضاء في الأنظمة القانونية اللاتينية في أحكامه بشكل أساسي إلى النصوص التشريعية، ويقتصر دوره على تطبيق النصوص القانونية، وبالتالي يكون دور محاكم الدرجة العليا الأساسي في هذه الأنظمة، ولاسيما محكمة التمييز، إذ لها دور رقابي وإشرافي وتصحيحي في التأكد من سيادة القانون من خلال تطبيق النصوص التشريعية من قبل المحاكم كافة [١].

يطبق النظام اللاتيني في فرنسا ،بلجيكا ، إيطاليا ، ألمانيا ، النمسا ،هولندا ، سويسرا ، مصر ولبنان، ويتبنى التأكيد على وجوب دعم الأحكام مع عدم إخلال القواعد المستقرة التى تعد المنهج المختار، وهو تقنين النصوص الموجودة المسماة القانون الثابت[٢] .

لا يعد الاجتهاد القضائي مصدراً رئيسياً من مصادر القانون في هذا النظام، على اعتبار أن الحكم الذي تصدره أية محكمة مهما علا شأنها فهو غير ملزم إلا في القضية التي صدر فيها الحكم، وممكن مخالفته في القضايا المتشابهة من قبل كافة المحاكم أو المحكمة ذاتها صاحبة القرار[٣].

فمثلا اجتهاد القضاء الفرنسي، حينما قرر بأن البطلان الذي يشوب بيع ملك الغير هو بطلان نسبي، فاستقر هذا الاتجاه قضاءً، على الرغم من أن المادة (١٥٩٩) مدني فرنسي، لم تنص سوى على أن بيع ملك الغير باطل ولم تحدد هل هو بطلان مطلق أم بطلان نسبي، وكذلك أخذ بنظرية الإثراء دون سبب، رغم أنه لا يوجد مبدأ عام في القانون الفرنسي يقررها[٤].

رابعاً: النظام القانوني الروماني - الجرماني

يعد النظام القانوني أسلوباً يتخذ من قبل الدول لتبيان مبادئ القانون وقواعده، تلزم سلطات الدولة والأفراد على تطبيقه استنادا الى مبدأ المشروعية. ولكن الفقه الغربي توسع في مفهوم النظام القانوني وتعريفه ومصادره، لذلك؛ يعتبر كإجراء قانوني ينظم في تفسير وتنفيذ القوانين الصادرة من الهيئات المختصة[٥].

---

[١] مقال، القضاء والاجتهاد، مدونة الباحث القانوني، موقع قسطاس، على الرابط: - https://qistas.com

[٢] هيام اسماعيل السحماوي، السوابق القضائية في التشريع الإسلامي والنظم العربية المعاصرة دراسة تحليلية، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية،المجلد،١،العدد،٤،جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية،الرياض،٢٠١٨، ص٤٩٥.

[٣] ضحى الشافعي، تعريف الاجتهاد القضائي، موقع موضوع ، في ٢٠٢٢/١٠/١٣ ، على الرابط: https://mawdoo3.com

[٤] فارس حامد عبد الكريم، الإدارة والتفسير الرجعي للقانون، موقع صوت الامة العراقية، ٢٠٢٤/٥/٣، على الرابط: https://iraqination.net/archives

[٥] محمد نوري علي، أثر النظم القانونية المتعاقبة ودورها في نشأة وتطور القضاء الإداري في العراق، مجلة جامعة جيهان ، المجلد،٥، العدد، ٢، اربيل، العراق، ٢٠٢١، ص١-٢.

يعد القضاء في النظام الروماني- الجرماني كمصدر للقانون من خلال الأحكام القضائية التي تتولى الهيئات القضائية المختلفة إصدارها تطبيقا للقانون عند فصلها في القضايا المعروضة أمامها. تقوم الأنظمة الدستورية في الدول التابعة للمنهج الروماني الجرماني على مبدأ الفصل بين السلطات، الذي بموجبه تقوم السلطة التشريعية بسن القوانين، لتتولى السلطة القضائية تطبيقها[١]. ولا تقتصر وظيفة القاضي على تطبيق القانون وإنما تفسيره في حالة الغموض، وهذا التفسير نتيجة حتمية لخاصية العمومية والتجريد التي تتميز بها القاعدة القانونية في ظل هذا النظام، إن التفسير الواسع للقانون يؤدي إلى توسيع مجال تطبيقه ليستوعب حالات جديدة لم ينص عليها القانون فيسد بذلك نقصه، ويؤدي الى تطبيق القاعدة القضائية الناجمة عن التفسير الواسع وإنزالها منزلة القاعدة القانونية من حيث عموميتها وتجريدها، وبذلك لا يمكن الإنكار أنها من صنع القاضي، لأنها تستمد وجودها وقوتها من القضاء[٢].

وهناك من يرى، أن وظيفة القاضي تقتصر على تطبيق القانون، وهو حين يفسر نشئ القانون، وإنما يكشف عنها من ثنايا التشريع، القواعد الغامضة ويوسع من مجال تطبيقها، لا ي مستندا في ذلك إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة[٣].

فمنذ ولادة هذا القانون" كان للقضاء دور حيوي واكثر نمواً ولم ينحصر دوره فقط في التطبيق والتفسير ، وانما حاول منذ البدء ان يمد نشاطه الى اكثر من هذا الحيز القانوني وأخذ يوسع من مفهوم التطبيق ، بمعنى انه يمد نطاق عمله الى خلق وابتكار نظريات قانونية في مجال القانون الدولي الخاص "[٤] .

أن دور القضاء في تفسير القانون لا يرقى إلى دور المشرع، نظرا لما يقتضيه مبدأ الفصل بين السلطات الذي تتبناه دول المنهج الروماني الجرماني ولا تحظى السوابق القضائية في هذا النظام بنفس درجة الأهمية التي تحظى بها السابقة القضائية في المنهج الأنجلوسكسوني، وليست لها قوة قانونية ملزمة، لكنها تتمتع بحجية عامة تختلف من دولة إلى أخرى بضوابط يحددها القانون[٥].

تتضح أهمية الاجتهاد القضائي في تثبيت مشروعية النص القانوني، فمجاله الأساسي هو تفسير القانون النافذ وتحديد القرار المناسب لقضية معينة، مضيفاً لها المشروعية أو موسعاً لها، وبالتالي

---

[١] عبد السلام الترمانيني، القانون المقارن والمناهج القانونية الكبرى، جامعة الكويت، ١٩٨٢، ص١٦٠.
[٢] المصدر نفسه، ص ١٦٦-١٦٧.
[٣] ايمان أحمد يعكوب ، دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط ، عمان، ٢٠٢٢، ص ٩.
[٤] حسام الدين ناصيف ،مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية ، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤، ص٣٣١ .
[٥] حميد شاوش، الأنظمة القانونية المقارنة، مرجع سبق ذكره، ص٣٧-٣٨.

فهو يكمل النص القانوني، ويوجه العمل القضائي بشكل عام ويمنح القاضي القدرة على تطبيق النصوص القانونية على الوقائع المعروضة متماشياً مع روح النص ومقاصد التشريع بشكل خاص[١].

المبحث الثاني

دور الاجتهاد القضائي في نطاق القانون الخاص في العراق

يعد العراق من الدول التي لا يأخذ نظامها القانوني بالسوابق القضائية المعروفة في النظام القانوني الأنكلوسكسوني، إلا أنه من الناحية العملية وكمبدا عام تكون المرعاة على سبيل الاستئناس لا الالزام القانوني للأحكام القضائية السابقة التي يستخلص منها[٢].

سنتناول هذا المبحث دور الاجتهاد القضائي في نطاق القانون الحاص في العراق في مطالب ثلاثة؛ في نطاق القانون المدني، أولاً؛ وفي نطاق قانون الأحوال الشخصية، ثانياً؛ وفي نطاق قانوني المرافعات والإثبات، ثالثاً.

المطلب الأول

في نطاق القانون المدني

تضمن القانون المدني العراقي قواعد القانونية بوصفها قواعد عامة موجهة لكل فهم لنص قانوني معين، أو بوصفها قواعد تفسير للنص أو للعقود أو لأي نص لغوي، فهي قواعد ترد في نطاق فهم وتطبيق القاعدة القانونية، والتي تكاد أغلبها منبثق من العلوم الآلية الشرعية كعلم اللغة أو المنطق أو أصول الفقه [٣] .

أجاز المشرع العراقي للقاضي أن يجتهد في حالة فقدان النص أو غموضه[٤]، وفقاً للترتيب القانوني المنصوص عليه في القانون المدني العراقي، في ضوء المصادر الواجب اعتمادها من قبل القاضي عند غياب النص، ومن ضمنها أحكام القضاء " وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقه في العراق ثم البلاد الأخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية " [٥]. وهذا ما تناوله قانون الإثبات العراقي بالنص " توسيع سلطة القاضي في توجيه الدعوى وما يتعلق بها من أدلة

---

[١] نظيرة عتيق، أثر الاجتهاد القضائي على مبدأ الرضائية في التفريق بالخلع، مجلة البحوث والدراسات، العدد، ٢١، الجزائر، ٢٠١٦، ص٨١ .

[٢] حامد شاكر الطائي، العدول القضائي- دراسة قانونية تحليلية مقارنة ، مرجع سبق ذكره، ص9 وما بعدها.

[٣] صفاء متعب الخزاعي، ليث حيدر عجة، القواعد القانونية الآلية: دراسة تحليلية بالقانون المدني العراقي، مجلة جامعة الأنبار للعلوم السياسية والقانونية، مج ١٤، العدد١، آذار، ٢٠٢٤، ص٧٨٧ .

[٤] القاضي عباس قاسم مهدي الداقوقي، الاجتهاد القضائي : مفهومه ، حالاته ، نطاقه : دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي معززة بالتطبيقات القضائية، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة، 2015، ص33.

[٥] الفقرة الثالثة من المادة الأولى من القانون المدني العراقي رقم(٤٠) لسنة ١٩٥١ .

بما يكفل التطبيق السليم لأحكام القانون وصولاً إلى الحكم العادل في القضية المنظورة[١]". إن التحول الاجتهادي القضائي لم يكن يعبر عن خطأ في التفسير القضائي للنص ، وإنما هو إعادة قراءة وتكييف للنص القانوني مع متطلبات وتحولات المجتمع، من خلال إعادة فهم النص القانوني، وجعله أكثر تكيفاً مع المجتمع، وبالتالي، مواجهة جمود النص التشريعي[٢] .

أستعمل المشرع العراقي مصطلح (الاجتهاد) مجردا عن صفة قضائي في المادة (٢) من القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ إذ نص على أنه" لا مساغ للاجتهاد في مورد النص" .

وهذا ما نصت عليه المادة (٣) من قانون الإثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ على أنه (إلزام القاضي باتباع التفسير المتطور للقانون ومراعاة الحكمة من التشريع عند تطبيقه) ، وكذلك تأثر المشرع العراقي بالاتجاهات الحديثة في تفسير القانون، فنصت المادة (٥) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ على أنه (لا ينكر تغير الاحكام بتغير الأزمان)[٣].

كذلك أطلق الاجتهاد القضائي على عملية تكييف القاضي للدعوى المنظورة من قبله ، فلو اشترى شخص من آخر بضاعة بثمن باهض مؤجل ثم باعها له بثمن بخس معجل ، فالقاضي هنا يجتهد لمعرفة حقيقة هذه الواقعة فيُكيفها ويعطيها وصفا واقعيا بأنها عقد قرض ربوي فاحش وليس بيع ، فهذه العملية المنطقية التي يريد بها القاضي ربط واقعة الدعوى بالقاعدة المنطبقة عليها والمسماة بالتكييف، تعتبر مصداق من مصاديق الاجتهاد القضائي [٤] .

تُعد ممارسة القاضي لسلطته التقديرية صورة من صور هذا الاجتهاد أيضاً ، فلو عدّل القاضي نطاق الدعوى سعة أو ضيقا، أو ارتأى توجيه اليمين المتممة، أو ارتأى ضرورة استدعاء الشهود ونحو ذلك، فهذا النشاط الذهني والنظر العقلي للقاضي، وهو قوام السلطة التقديرية ، يُعدُّ اجتهادا قضائيا في الدعوى[٥] .

أما في نطاق القانون التجاري، فقد أوجدت المجتمعات على مر التاريخ مجموعة من القواعد القانونية التي تطورت واصبحت أساساً للقانون التجاري نتيجة حاجاتها الى قواعد تجارية، ومن آثارها في النظم التجارية والاقتصادية ببروز الشركات الرأسمالية الكبرى، وظهور القانون التجاري كقانون

---

[١] المادة الأولى من قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ .

[٢] محمد عرفان الخطيب، حقيقة الدور (المصدري) للاجتهاد القضائي في القانون المدني (الواقعة القانونية) ، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد ٤ ، كانون الأول ٢٠١٩ ، ص١٣٣.

[٣] فارس حامد عبد الكريم ، دور الاجتهاد القضائي في تطوير النظام القانوني، جريدة الصباح، مرجع سابق.

[٤] ضياء شيت خطاب ، فن القضاء ، معهد البحوث والدراسات العربية ، بغداد، ١٩٨٤، ص ٦١.

[٥] عباس قاسم الداقوقي، الاجتهاد القضائي ، ط١ ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، ٢٠١٥ ، ص٤٨٧ .

مستقل، الذي نشأت من العادات والأعراف التي استقرت بين طبقة التجار وبذلك نشأته عرفية غير مكتوبة، على خلاف القانون المدني الذي نشأ نشأة شكلية وترك آثار مكتوبة. [١]

نصت المادة (٤) من القانون التجارة العراقي الحالي المرقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ على أنه:

أولاً: يسري هذا القانون على النشاط الاقتصادي للقطاع الاشتراكي والمختلط والخاص.

ثانياً: يسري القانون المدني على جميع المسائل التي لم يرد بشأنها حكم خاص في هذا القانون أو في أي قانون خاص آخر.

وهنا تم العمل بالقانون المتخصص والأكثر تطوراً في نطاق القضية الممعروضة أمام القاضي، وعلى المستوى العملي القضائي يعني أن للقاضي دوراً أيجابياً بالتفسير بغية الوصول الى حكم عادل لتجنب النقص الذي تقرر المحكمة المختصة بالطعن نتيجة تغافل التفسير المتطور[٢].

المطلب الثاني

في نطاق قانون الأحوال الشخصية

تعرض مصطلح الأحوال الشخصية عند بداية تشريعه الى رد فعل قوي من قبل بعض رجال الدين عند صدور قانون الأحوال الشخصية رقم(١٨٨) لسنة ١٩٥٩ ، فيعد جملاً غير متناسقة في نظرهم ، فلفظ الاجتهاد مصطلح إسلامي أصيل بينما مصطلح الأحوال الشخصية مصطلح دخيل على الفقه والقضاء فقيل أن ما يطلق عليه لفظ الأحوال الشخصية ليست شخصية في حقيقتها وإنما هي أحوال اجتماعية بكل ما لهذه الكلمة من معنى في اللغة العربية، فهي علاقة إنسان بإنسان أو بأكثر من إنسان[٣] .

اعتبر المشرع العراقي الشريعة الإسلامية مصدراً ثانياً بعد النص القانوني التشريعي في الأحوال الشخصية النافذ ، لمعالجة بعض المسائل المنصوص عليها في ذلك القانون[٤] .

يتدخل القضاء لمعالجة القصور في التشريع تحت ستار الاجتهاد في التفسير، ويختلف الفقهاء في تفسيره كل حسب اجتهاده وتتبع في مثل هذه الحالة قواعد التفسير، ومثال هذه الحالة الاختلاف في تفسير قوله تعالى (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله

---

[١] حنان عبد العزيز مخلوف، مبادىء القانون التجاري، القاهرة ، ٢٠١٧، ص٣-١٢.

[٢] عصمت عبد المجيد بكر، شرح قانون الإثبات، ط٢، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧، ص٤٤.

[٣] الشيخ سليمان المدني،الاجتهاد في الأحوال الشخصية، موقع الاجتهاد، على الرابط: http://ijtihadnet.net ، تاريخ الدخول: ٢٠٢٤/٦/٥.

[٤] نصت المادة الأولى بفقرتها الثانية من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ بإنه: (إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون).

في أرحامهن)[١] ، فرغم وجود النص فقد أختلف الفقهاء في المقصود من (القرء) وهل هو الحيض أم الطهر)[٢].

تسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد الأخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية. والمادة (١) من قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل التي جاء فيها:

١ ـ تسري النصوص التشريعية في هذا القانون على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها.

٢ ـ اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون.

٣ ـ تسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقه الإسلامي في العراق وفي البلاد الإسلامية الأخرى التي تتقارب قوانينها من القوانين العراقية [٣].

وبهذا الشأن، فقد أصدرت محكمة استئناف بغداد / الرصافة بصفتها التمييزية، قرارها ذي العدد ٥٢٧/ت/٢٠١١ في ٢٠١١/١١/٢٨ ، خلال الحكم لزوجة محكوم عليها بمطاوعة زوجها وبعد تنفيذ القرار من قبل الزوج، ميزت الزوجة حكم المطاوعة، إذ رفض المنفذ العدل طلبها، بالتعليل (لدى التدقيق لوحظ بأن موضوع الإضبارة يتعلق بمطاوعة، وإن نص المادة (١/٥٣) تنفيذ تنص على تأخير الإجراءات التنفيذية اذا طعن بالحكم تمييزاً، واذا تعلق موضوع الدعوى بعقار عليه، قررت رفض الطلب وكيل المدينة أعلاه قابلاً للتظلم والتمييز) . فالمنفذ تعامل مع نص القانون ولم يكن أمامه الاجتهاد في مورد النص وابتداع حالة لم ينص عليها القانون.

وبعد تمييز القرار من قبل المدينة ، وجدت محكمة التمييز، مخالفة القرار للقانون وغير صحيح لانها وجدت ان نص الفقرة الاولى من المادة (٢) من قانون التنفيذ المعدل والتي تعالج أهداف القانون (تحقيق التوازن بين مصلحة الدائن من الحصول على حقه المشروع وبين مصلحة المدين من أن لايؤخذ من أمواله أو يعتدى على حريته دون وجه حق ومراعياً الاعتبارات الاجتماعية والإنسانية والاقتصادية للمدين). وخلصت المحكمة في قرارها أن مراعاة الاعتبارات الاجتماعية والانسانية والاجتماعية للزوجة المحكومة بالمطاوعة التي ترفض المطاوعة لأسباب تراها صحيحة، وأنه لا

---

[١] سورة البقرة ، الآية،٢٢٨ .

[٢] علي العبيدي، تدخل القضاء والقصور في التشريع القانوني، صحيفة المدى البغدادية، في ٢٠١١/١١/٤، على الرابط:
https://almadapaper.net/view.php?cat=

[٣] سالم روضان الموسوي، الذاكرة والاستدلال في العمل القضائي، ٢٠١٣/٩/٢٢، على موقع المحكمة الاتحادية، على الرابط: www.iraqidevelopers.com/iraqfsc/ar/node

بد أن يكتسب الحكم الدرجة القطعية وخصوصاً، أن ذلك سوف لن يفوت حق الدائن أو يلحق به أي ضرر[١] .

وبهذا الشأن، أصدرت محكمة التمييز الاتحادية قرارها العدد ٢١١/ الهيئة الموسعة مدنياً/٢٠١٠ في ٢٠١١/٨/٢١ والذي قضت فيه بأن ابن المقر له بالنسب لا يرث ولا تسري عليه أحكام الوصية الواجبة، وعلة الحكم كانت تأسست على أن وجود نوعين من الأبناء.

وقد علق أحد القضاة المتقاعدين، على القرار بالقول:

1 - أن محكمة التمييز قد اعتبرت وجود نوعين من الأبناء المستحقين للإرث على خلاف ما ورد في القانون، حيث اعتبرت وجود ابن من فراش الزوجية وابن آخر مقر له بالنسبة، وجعلت من وسيلة الإثبات تصنيف للأبناء الصلبيين.

2- أن محكمة التمييز قد اتجهت لقبول ما ينفي حجية الأحكام التي اكتسبت الدرجة القطعية بمجرد وجود الادعاء الذي لم يعزز بالأدلة الثبوتية، وإنها نقضت حجية حكم محكمة الموضوع التمييز بادعاء لا قيمة له في القانون[٢].

المطلب الثالث

في نطاق قانوني المرافعات والإثبات

نصت المادة (٣) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل، بأنه" لا يجوز لأية محكمة أن تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقصه، وإلا عد القاضي ممتنعاً عن إحقاق الحق ويعد أيضا التأخير غير المشروع عن إصدار الحكم امتناعاً عن إحقاق الحق [٣].

إن ما ورد في قانون الإثبات العراقي من المبادئ الحديثة، والتفسير المتطور للقانون هو الذي يحقق العدالة ويلائم الظروف الجديدة في المجتمع، ويقصد بالحكمة من التشريع أن يعرف القاضي الغاية أو الهدف الذي من أجله وضع النص القانوني عند تطبيقه على واقعة الدعوى، فللقاضي يعين النص القانوني وتفسيره وتوضيح ما أبهم من ألفاظه وتكميل ما نقص من أحكامه[٤].

---

[١] عبد الرحمن صبري، الاجتهاد في مورد النص والاجتهاد في البحث عن النص، موقع كتابات، في ٣٠ تموز٢٠١٧، على الرابط: https://kitabat.com.

[٢] سالم روضان الموسوي، ميراث أبناء المقر له بالنسب، تعليق على قرار محكمة التمييز الاتحادية، موقع الحوار المتمدن، العدد: ٧٧٧٠ في ٢٠٢٣/١٠/٢٠ www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=808582.

[٣] أخذ المشرع العراقي بالتفسير الموسع المتطور للقانون في المواد (١ ، ٢ ، ٣) من قانون الإثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩.

[٤] فارس حامد عبد الكريم، الإدارات العامة والتفسير الرجعي للقوانين، مرجع سبق ذكره.

وغالباً ما يطلب من ممثل الدولة القانوني، تفسيراً لبعض النصوص القانونية خلال المعاملات الوظيفية اليومية في العمل، وعند تعذر الوصول إلى التفسير أو تردد أو خلاف في تفسير القانون، فإنه يلجأ إلى مجلس شورى الدولة، الذي نصت المادة (٦) من قانون المجلس رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل على (إبداء الرأي في المسائل القانونية إذا ما حصل تردداً لدى إحدى الوزارات أو الجهات غير المرتبطة بوزارة على أن تشفع برأي الدائرة القانونية فيها مع تحديد النقاط المطلوب إبداء الرأي بشأنها والأسباب التي دعت إلى عرضها على المجلس ويكون رأيه ملزماً للوزارة أو للجهة طالبة الرأي)[١] .

وبهذا الشأن، فقد حسم الاجتهاد القضائي بين المحاكم العليا المختلفة من قبل السلطة التنفيذية، كما في حسم مجلس الوزراء العراقي بجلسته المرقمة ٥٠ في ٢٠١٣/٣/١٢ مسألة لطالما أختلف فيها القضاء العراقي تتعلق بشراء العقار بالمزايدة العلنية من قبل موظفي الدولة بشموله بالتملك من عدمه، فقد جاء في القرار رقم (٥) من سلة القرارات ما يلي: (٥. بالصلاحية الممنوحة لمجلس الوزراء وبموجب قانون بيع وإيجار أموال الدولة وتطبيقا لقرار المحكمة الاتحادية وعملاً به لكون الشراء بالأسعار التجارية وسعر المزايدة العلنية ليس فيه أي ميزة تقدمها الدولة للموظف. عدم اعتبار شراء الموظف في الدولة أو القطاع العام أو المختلط لعقار من الدولة (دار أو شقة سكنية أو قطعة أرض) بالسعر التجاري أو بالمزايدة العلنية استفادة من الدولة- أكثر من مرة- لأغراض تطبيق قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١٢٠ لسنة ١٩٨٢ وقانون بيع وإيجار أموال الدولة لعام ٢٠١٣) [٢].

إن المجتهد في الأحكام القانونية، وإن كانت له السلطة التقديرية المطلقة تجاه الوقائع، إلا أن ذلك يبقى خاضعاً لقيود تمنع خروجه عن العقل والمنطق السليم[٣] ، لذلك نجد أن محكمة التمييز الاتحادية أو جهات الطعن المختلفة تتدخل في ما هو من صلاحية المجتهد في الأحكام المطلقة، ومنها على سبيل المثال تقدير الإقرار غير القضائي الوارد في المادة (٧٠) من قانون الإثبات العراقي رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٩ المعدل التي جاء فيها الآتي (الإقرار غير القضائي واقعة يعود تقديرها للقاضي ويجب أثباته وفقا للقواعد العامة في الإثبات) أو تقدير الشهادة وعلى وفق ما ورد في المادة (٨٢) من نفس القانون، التي جاء فيها الآتي (لمحكمة الموضوع تقدير الشهادة من الناحيتين الموضوعية والشخصية، ولها أن ترجح شهادة على أخرى وفقاً لما تستخلصه من ظروف الدعوى على أن تبين أسباب ذلك في محضر الجلسة).

---

[١] للمزيد، ينظر، قانون مجلس الدولة العراقي رقم ٧١ لسنة ٢٠١٧.

[٢] عبد الرحمن صبري، مجلس الوزراء يحسم الاجتهاد القضائي بين محكمة التمييز الاتحادية والمحكمة الاتحادية العليا، موقع المحكمة الاتحادية العراقية، في ٢٠١٣/١٢/٨، على الرابط: www.iraqfsc.iq/news.2167

[٣] أحمد فتحي سرور، النقض في المواد الجنائية ، منشورات دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٨، ص ٢٨٣.

لذلك فان المنطق القضائي هو أساس العمل في اجتهاد الأحكام وهو وسيلة المجتهد في الوصول الى النتيجة السليمة التي تقارب الحقيقة الواقعية قدر الإمكان، إن لم تتمكن من الوصول إليها كاملة، ولتوضيح الفكرة تطبيقياً نعرض حكماً قضائياً ليكون عينة لمخبر التحليل المنطقي، وأرى أن قرار محكمة التمييز الاتحادية العدد ٢٤٨١/الهيئة المدنية/٢٠٢٣ في ٢٠٢٣/٣/٦ يمثل نموذجاً للموضوع[١].

وبهذا الخصوص، ندرج بعض الأحكام التي أصدرتها المحكمة الاتحادية راعت فيها الاجتهاد القضائي، وكما يلي :-

١. قرار المحكمة الاتحادية ذو العدد (٥٦/اتحادية/٢٠١٠ في٢٠١٠/١٠/٢٤) الذي ألغى الجلسة المفتوحة لمجلس النواب، حينما تضمن إجراء تنظيمي يتعلق بكيفية انتهاء جلسة مجلس النواب لعدم وجود نص في التشريعات النافذة فكان القرار بمثابة إنشاء نص تشريعي سعياً من المحكمة الاتحادية العليا لتدارك النقص بما يتفق والهدف الذي توخاه الدستور عند جعل التشريع في مجلس النواب بوصفه سلطة تشريعية.

٢. قرار المحكمة الاتحادية ذو العدد (١٣/ اتحادية/٢٠٠٧ في٢٠٠٧/٧/٣١) الخاص بنسبة النساء في مجالس المحافظات، لمعالجة القصور التشريعي في قانون انتخابات مجالس المحافظات، إذ تلمس روح الدستور وغاية النصوص الدستورية تجاه المرأة ، فأوجد حكماً يعد بمثابة تشريع مكمل للقوانين النافذة التي تتعلق بالانتخابات[٢].

الخاتمـــــة

من خاتمة بحثنا المتواضع، نذكر الاستنتاجات والاقتراحات الآتية.

أولا. الاستنتاجات

١- أن الاجتهاد القضائي أحدى النوافذ القانونية المساعدة للقضاء، لتفادي القصور التشريعي للتشريعات النافذة أثناء النظر في الدعاوى المختلفة.

٢- يعد الاجتهاد العامل المساعد للقاضي في إيجاد الحلول القانونية للدعاوى المراد إصدار القرار بها من قبله، نتيجة عدم وجود النصوص القانونية في القوانين الأخرى لمعالجة الحالة المعروضة أمامه.

٣- يواجه القاضي أحياناً الكثير من القضايا ، التي لا يجد بصددها سوى مجموعة من التشريعات متعددة

---

[١] للمزيد، يراجع، سالم روضان الموسوي، المنطق في الاجتهاد القضائي قراءة في ضوء قرار محكمة التمييز الاتحادية العدد ٢٨٤١ / الهيئة المدنية، ٢٠٢٣.

[٢] للمزيد ، يراجع موقع المحكمة الاتحادية، على الرابط: www.iraqfsc.iq/ethadai.php.

الأشكال في الصياغة الفنية والشمول القانوني، لاتشمل الحاالة التي يحكم بها، وهنا يتطلب الاجتهاد القضائي .

٤- اعتماد القاضي على العرف أو حرية في التقدير وأسلوبه في التفسير والطريقة التي يتبعها في إصدار أحكامه في حالة خلو التشريعات النافذة لمعالجة الحالة المعروضة للحكم، وهذا ما يمكن اعتباره في عداد الاجتهاد القضائي.

٥- تكون مسؤولية القاضي أمام كل دعوى معروضة أمامه في أن يكون له دور في إنشاء وابتكار وبلورة أفكار قانونية.

الاقتراحات

١- اعداد جداول سنوية باجتهادات أعضاء السلطة القضائية للاجتهادات مما حصل في المحاكم من الاجتهاد القضائي وخصوصاً ذلك المقترن بمصادقة محكمة التمييز.

٢- توحيد الاجتهادات القضائية قدر الامكان ، والاستفادة من السوابق القضائية .

٣- تطوير الاجتهاد القضائي في ضوء التطورات الحاصلة في المجتمع وخاصة للحالات التي تتطلب ذلك .

٤- تقليل الاجتهادات القضائية المتناقضة للمحاكم المختلفة ، كونها تهز كيان النظام القضائي المعمول به في المحاكم المختلفة.

٥- تشجيع القضاء المتخصص كي ينصرف الى المواكبة والابداع .

٦- ضرورة اشتراك أعضاء الادعاء العام في الاجتهاد القضائي من خلال الطلبات والآراء والحلول التي تعكس أو تستجيب للحالات الجديدة والمستحدثة في الحياة الاجتماعية بأبعادها الحقوقية والقانونية.

قائمة المصادر

القرآن الكريم:

أولاً. الكتب :

١- أحمد فتحي سرور، النقض في المواد الجنائية ، منشورات دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٨.

٢- إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ط٢، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ١٩٩٠، ص ١٦٣.

٣- حامد شاكر محمود الطائي، العدول في الاجتهاد القضائي، دراسة قانونية تحليلية مقارنة ، المركز العربي للنشر والتوزيع، ط، ١، ٢٠١٨.

٤- حسام الدين ناصيف، مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية، دار النهضة العربية ، ط١ ، القاهرة، ١٩٩٤.

٥- حمد الكبيسي وصبحي محمد جميل، أصول الأحكام وطرق الاستنباط في التشريع الإسلامي، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي, بغداد، ١٩٨٧ .

٦- حنان عبد العزيز مخلوف، مبادىء القانون التجاري، القاهرة ، ٢٠١٧،

٧- خالد رمضان حسن، معجم أصول الفقه، ط١ ، مطبعة المدني، القاهرة ، ١٤١٨ هـ.

٨- ضياء شيت خطاب ، فن القضاء ، معهد البحوث والدراسات العربية ، بغداد، ١٩٨٤.

٩- عباس قاسم الداقوقي، الاجتهاد القضائي ، ط١ ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، ٢٠١٥ .

١٠-عبد الوهاب النجار، الخلفاء الراشدون، دار القلم، بيروت، ١٩٦٨ ، ص٢٤٦-٢٦٧ .

١١-عباس قاسم الداقوقي، الاجتهاد القضائي، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٥.

١٢-عبد السلام الترمانيني، القانون المقارن والمناهج القانونية الكبرى، جامعة الكويت، ١٩٨٢.

١٣- عصمت عبد المجيد بكر، شرح قانون الإثبات، ط٢، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧.

١٤-القاضي عباس قاسم مهدي الداقوقي، الاجتهاد القضائي : مفهومه ، حالاته ، نطاقه : دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي معززة بالتطبيقات القضائية، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة، 2015.

١٥-محمد الحسيني، معجم المصطلحات الأصولية، ط ١ ، مؤسسة العارف للمطبوعات، بيروت،١٤١٥هـ.

١٦- محمد حسن قاسم، المدخل لدراسة القانون، القاعدة القانونية،ج١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩.

١٧-محمد مصطفى الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه، ط٢، دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق،٢٠٠٦.

١٨-مصطفى إبراهيم الزلمي, أصول الفقه في نسيجه الجديد, شركة الخنساء, بغداد, ط ١، ١٩٩١.

١٩-هادي حسين الكعبي، سلطة تقدير القاضي لعنصر الواقع المجرد في الدعوى المدنية، دراسة مقارنة، دار السنهوري ، بيروت، ٢٠١٩.

٢٠- حسام الدين ناصيف ،مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية ، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤.

ثانياً. المجلات والبحوث والنشريات والرسائل:

١- أسيل حامد شكر، دور السوابق القضائية في تحقيق الأمن القضائي، مجلة بلاد الرافدين الجامعة للعلوم الإنسانية والاجتماعية، المجلد ،٤، العدد، ٢٠٢٢.

٢- حامد شاكر محمود الطائي، دور الاجتهاد القضائي في تحقيق الأمن القانوني، مجلة الحقوق، كلية القانون، الجامعة المستنصرية، مجلد ١٥، العدد، ٣١، ٢٠١٧.

٣- حنان براهمي، اجتهاد القاضي في مجال الحقوق والحريات في ظل الاتفاقيات الدولية، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد، ٤، الجزائر، ٢٠٠٨.

٤- حيدر فليح حسن، زينة عبد الحكيم عبد الرضا، الاجتهاد القضائي وضوابطه – دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية ، كلية القانون، جامعة بغداد، ج٣، المجلد ،٣٦، كانون الأول، العدد، ٣، ٢٠٢١.

٥- سعيد محي الدين سعيد، الاجتهاد الجماعي وأهميته في الفقه الإسلامي، مجلة البحوث والدراسات، دائرة البحوث والدراسات، ديوان الوقف السني، بغداد، الإصدار٣٦، ٢٠١٤.

٦- صفاء متعب الخزاعي، ليث حيدر عجة، القواعد القانونية الآلية: دراسة تحليلية بالقانون المدني العراقي، مجلة جامعة الأنبار للعلوم السياسية والقانونية، مج ١٤، العدد،١ آذار، ٢٠٢٤.

٧- طلال جميل شريف، دور الاجتهاد القضائي في حل المنازعات الإدارية، مجلة الجامعة العراقية، المجلد،٦١، العدد،١، ٢٠٢٣.

٨- عجالي بخالد، دور الاجتهاد القضائي في تطوير النصوص القانونية في التشريع الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون – تيارت – الجزائر، مجلة الفكر القانوني والاقتصادي، السنة التاسعة ، العدد، ٢، الجزائر، ٢٠٢٢ .

٩- عز الدين الماحي، مدى مساهمة الاجتهاد القضائي في إنشاء القواعد القانونية، مجلة القصر، المغرب، العدد، ٧، ٢٠٠٤.

١٠-فارس حامد، دور الاجتهاد القضائي في تطوير النظام القانوني، جريدة الصباح العراقية، في ٢٠٢٣/٧/١٥ .

١١- فرحان أحمد علي، الاجتهاد التنزيلي، مجلة القانون والعلوم السياسية ، كلية القانون، جامعة كركوك ، المجلد ٧ ، السنة ٢٠١٨ .

12- محمد عبد النبـــاوي، تعميم الاجتهاد القضائي: مساهمة في خدمة العدالة، مجلة سلسلة الاجتهاد القضائي، مراكش، ٢٠١١.

١٣- محمد عرفان الخطيب، حقيقة الدور (المصدري) للاجتهاد القضائي في القانون المدني (الواقعة القانونية) ، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد٤، كانون الأول ٢٠١٩.

١٤- محمد نوري علي، أثر النظم القانونية المتعاقبة ودورها في نشأة وتطور القضاء الإداري في العراق، مجلة جامعة جيهان ، المجلد،٥، العدد، ٢، اربيل، العراق، ٢٠٢١.

١٥- مشراوي سهام، عبد الرزاق وهبة، أحكام الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، مجلة النوازل الفقهية والقانونية، المجلد ٦، العدد، ٣، الجزائر، ٢٠٢٢.

١٦- نظيرة عتيق، أثر الاجتهاد القضائي على مبدأ الرضائية في التفريق بالخلع، مجلة البحوث والدراسات، العدد، ٢١، الجزائر، ٢٠١٦.

١٧- هيام اسماعيل السحماوي، السوابق القضائية في التشريع الإسلامي والنظم العربية المعاصرة دراسة تحليلية، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية،المجلد،١،العدد،٤، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض،٢٠١٨.

ثالثاً. القوانين:

١- قانون الاثبات القضائي العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

٢- قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل.

٣- قانون التنفيذ العراقي رقم (٤٥) لسنة ١٩٨٠ المعدل.

٤- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.

٥- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل.

٦- قانون مجلس الدولة العراقي رقم ٧١ لسنة ٢٠١٧.

٧- المادة (١٥٩٩) من القانون المدني الفرنسي.

٨- قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١٢٠ لسنة ١٩٨٢ .

٩- قانون بيع وإيجار أموال الدولة لعام ٢٠١٣.

١٠-قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤.

رابعاً . قرارات الحكم :

١- قرار المحكمة الاتحادية ذو العدد (١٣/ اتحادية/٢٠٠٧ في٢٠٠٧/٧/٣١).

٢- قرار المحكمة الاتحادية ذو العدد (٥٦/اتحادية/٢٠١٠ في٢٠١٠/١٠/٢٤).

٣- قرار محكمة التمييز الاتحادية ذو العدد ٢٤٨١/الهيئة المدنية/٢٠٢٣ في ٢٠٢٣/٣/٦.

٤- قرار محكمة التمييز الاتحادية ذو العدد٢١١/الهيئة الموسعةَ/٢٠١٠ في ٢٠١١/٨/٢١.

٥- قرار محكمة استئناف بغداد/الرصافة بصفتها التمييزية، ذو العدد ٥٢٧/ت/٢٠١١ في ٢٠١١/١١/٢٨.

خامساً . الأطاريح والمحاضرات

١- ايمان أحمد يعكوب، دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط ، عمان، ٢٠٢٢.

٢- حميد شاوش، الأنظمة القانونية المقارنة، محاضرات ألقيت على طلبة جامعة ماي ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر،٢٠١٨.

٣- شفارة لخضر، دور الاجتهاد القضائي في تطوير النصوص القانوني– دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة بن خلدون تيارت، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، ٢٠٢٣.

سادساً. المواقع الالكترونية

١- كريم عبد السلام ، الاجتهاد القضائي، موقع موسوعة حماة الحق، الأردن، عمان ، على الرابط : https://jordan-lawyer.com

٢- جعفر عبد السلام، تطور الحياة وضرورة الاجتهاد، موقع تقريب، على الرابط: www.taghribnews.com

٣- سالم روضان الحسن، هل يشكل الحكم القضائي قيمة معرفية، موقع المحكمة الاتحادية العليا، بغداد، على رابط المحكمة :www.iraqidevelopers.com

٤- عبد المنعم الشروكي، التعريف بالنظام القانوني الأنكلوسكسوني، موقع حماة الحق، على الرابط: /-jordan lawyer.com .

٥- سعيد النعمان،السوابق القضائية، المنتدى العراقي للنخب والكفاءات، ٧حزيران، ٢٠٢٤، على الرابط:https://iraqi-forum2014.com

٦- أمل المرشدي، المفهوم القانوني للاجتهاد القضائي، موقع مهام قانونية، الرابط www.mohamah.net/law.

٧- مقال، القضاء والاجتهاد، مدونة الباحث القانوني، على الرابط: https://qistas.com/search-engine-blog/artsection

٨- ضحى الشافعي،الاجتهاد القضائي، موقع موضوع،على الرابط: https://mawdoo3.com

٩- فارس حامد عبد الكريم، الإدارة والتفسير الرجعي للقانون، موقع صوت الامة العراقية، على الرابط: https://iraqination.net/archives.

١٠-سالم روضان الموسوي، المنطق في الاجتهاد القضائي قراءة في ضوء قرار محكمة التمييز الاتحادية العدد ٢٨٤١ / الهيئة المدنية، ٢٠٢٣. موقع المحكمة الاتحادية، على الرابط: www.iraqfsc.iq/ethadai.php.

١١-عبد الرحمن صبري، مجلس الوزراء يحسم الاجتهاد القضائي بين محكمة التمييز الاتحادية والمحكمة الاتحادية العليا، موقع المحكمة الاتحادية العراقية، على الرابط: www.iraqfsc.iq/news

١٢-علي العبيدي، تدخل القضاء والقصور في التشريع القانوني، صحيفة المدى البغدادية، على الرابط:https://almadapaper.net

١٣-سالم روضان الموسوي، ميراث أبناء المقر له بالنسب، تعليق على قرار محكمة التمييز الاتحادية، موقع الحوار المتمدن، العدد: ٧٧٧٠ في ٢٠٢٣/١٠/٢٠. على الرابط: www.ahewar.org

١٤-الشيخ سليمان المدني، الاجتهاد في الأحوال الشخصية، موقع الاجتهاد، على الرابط: http://ijtihadnet.net

١٥-سالم روضان الموسوي، الذاكرة والاستدلال في العمل القضائي، ٢٠١٣/٩/٢٢، على موقع المحكمة الاتحادية، على الرابط:www.iraqidevelopers.com

١٦-عبد الرحمن صبري، الاجتهاد في مورد النص والاجتهاد في البحث عن النص، موقع كتابات، في ٣٠ تموز٢٠١٧، على الرابط: https://kitabat.com.