مجلة دجلة • المجلد ٢ ،العدد ٣ (٢٠١٩)، ص: ١٤٥ - ١٧٧
ISSN: 2222-6583

القصور في التشريع

Shortcomings In The Law

م.م. عواطف عبد المجيد الطاهر

قسم ادارة الاعمال – كلية دجلة الجامعة الاهلية

awatif.altahri@gmail.com

الخلاصة

القصور في التشريع ظاهرة حتمية حتى في ظل الظروف الطبيعية للمجتمع ، لان وقائع الحياة بما تتضمنه من حركة وحيوية ونزوع دائم نحو التطور ليست امرأ جامداً او ثابتاً على حال حتى يمكن ان يحتويها نص قانوني ، فضلا ان تطلعات الإنسان المتجددة والتقدم العلمي الهائل والمستمر بما يثيره من مسائل ونزاعات قانونية وحقوق ، لا يمكن ان يقفا عند حد معين ،ولا يمكن للمشرع مهما كان حصيفاُ وحريصاً ان يتنبأ بها الا على سبيل الافتراض ، والافتراض قاصر ومحدود ونسبي ، وقد ابتكر القضاء عبر التاريخ حلولاً متنوعة لمعالجة القصور التشريعي منها اللجوء الى الحيلة القانونية او اللجوء الى قواعد القانون الطبيعي او قواعد العدالة.ويتدخل القضاء لمعالجة القصور في التشريع تحت ستار الاجتهاد في التفسير.

Abstract

Shortcomings in the legislation is inevitable phenomenon even under natural conditions of the community, because the facts of life as contained in the dynamism and lasting trend of development is not something static or fixed on the case so it can be contained in a legal text, as well as the renewable human aspirations and continuous massive scientific progress raising issues and disputes and legal rights, you can not must stand at a certain point, nor can the legislature no matter how prudent and careful to predict, but for the assumption, and the assumption is minor ,limited and relative, judiciary system has invented throughout history a variety of solutions to addresses the legislative deficiencies, including resorting to legal trick or adopting the rules of natural law or the rules of of justice. judiciary interferes to addresses the shortcomings in the legislation under the guise of diligence in the interpretation.

مجلة دجلة • المجلد ٢ ،العدد ٣ (٢٠١٩)، ص: ١٤٥ - ١٧٧
ISSN: 2222-6583

(المقدمة)

القصـــــــــور فـــــــي القانـــــــــون

كانت ولا تزال نصوص التشريع محدودة في حين إن وقائع الحياة غير محدودة وان غير المحدود لا يحيط بالمحدود فما الحل، إذا لم يجد القاضي نصا في التشريع لواقعة من الوقائع؟ وهل يمكن الاحتجاج بفقدان النص أو نقضه أو غموضه بعدم الحكم على القضية؟

وماذا نص التشريع العراقي بهذا الخصوص في المادة (٣) من قانون المرافعات رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩؟

ان وجود ثغرات في القانون مشكلة يستحيل حلها في التشريع ولأهمية (دراسة القصور في القانون)فلابد من التعريف بالقانون ومعرفة أساسه الذي لازال محل خلاف في فلسفة القانون فهل أساسه الفكر الإنساني (أنصار القانون الطبيعي) ام أساسه الإرادة؟

وارادة من؟ هل هي ارادة المشرع أم إرادة السلطان أم إرادة الطبقة الحاكمة؟

ولغرض التعرف بالقصـــــــــور في القانون لابد من دراســـــــــة ماهية القصـــــــــور من الناحيتين العمليـــــــة والنظريـــــــة في المبحث الاول.

في المبحث الثاني نبحث حالات القصور في القانون وصوره وهي (النقص في النص وفقدان النص والقصورالمزيف) وطرق سد القصور لهذه الصور.

ونتطرق الى الظواهر القانونية التي تخرج من القصور في القانون وهي (الغموض في النص) و طرق رفعه بالتفسيرو(التعارض بين النصوص المنطقي والعملي) وطرق رفعها في المبحث الثالث.

في المبحث الرابع نتطرق الى(من يملك حق سد القصور المشرع ام القضاء وطرق سد القصور في كليهما وسد القصور في القضاء الدستوري.

هذا وأتمنى أن أكون بحثت الموضوع من جوانبه المهمة وعلى الله التوفيق.

خطة البحث

المبحث الاول – التعريف بالقصور

المطلب الاول اهمية دراسة القصور في القانون

الفرع الاول دراسة من الناحية العملية

اولا – من حيث مدى الالتزامات القانونية

ثانيا – من حيث اثر اختلاف الظروف

ثالثا – من حيث اثر اختلاف فروع القانون

الفرع الثاني الدراسة من الناحية النظرية (الفلسفية)

اولا – مسألة طبيعية القانون نفسه

ثانيا– مسألة وجود القصور نفسه

ثالثا– مسألة من يملك حق سد القصور.

المبحث الثاني حالات القصور في القانون

المطلب الاول :صور القصور

الفرع الاول صورة النقص في النص

الفرع الثاني :طرق سد النقص في التشريع العراقي

١– القانون المدني

٢– قانون الاحوال الشخصية

٣– قانون الاثبات

٤– القانون المرافعات المدنية

مجلة دجلة • المجلد ٢ ،العدد ٣ (٢٠١٩)، ص: ١٤٥ - ١٧٧
ISSN: 2222-6583

٥- طرق سد النقص في القانون الجنائي

٦- المبادئ المهمة لسد القصور في الشريعة الاسلامية

المطلب الثاني

الفرع الاول صورة فقدان النص

الفرع الثاني سد القصور في حالة فقدان النص

الفرع الثالث المنهج القضائي لسد القصور في حالة فقدان النص

المطلب الثالث صورة القصور المزيف

المبحث الثالث الظواهر القانونية التي تخرج من القصور في القانون

المطلب الاول /الظاهرة الاولى (الغموض في النص)

الفرع الاول التفسيرالقانون وتطبيقه لازالة الغموض

الفرع الثاني التفسير القانون

المطلب الثاني الظاهرة الثانية

الفرع الاول /التعارض المنطقي وطرق رفعه

الفرع الثاني / التعارض العملي وطرق رفعه

المبحث الرابع من يملك سد القصور

المطلب الاول / طرق سد القصور في القانون العراقي

المطلب الثاني / دور القضاء الدستوري في سد النقص التشريعي

المبحث الاول

التعريف بالقصور

يصعب اعطاء تعريف لمعنى القصور التشريعي ، لانه ذو طابع فجائي وطارئ ولايمكن تقديره مقدما او ادراكه قبل وقوعه ومع ذلك يمكن اعطاء التعريف الاتي:-

القصور التشريعي:- هو حالة يواجهها القاضي خلال قيامه بمهمته في تفسير وتطبيق قواعد التشريع على الحالة المعروضة امامه سواء أكان هذا التشـــــــريع موضوعيا ام اجرائياً وقد تكون الحالة التي يواجهها القاضـــــــي (حالة النقص في التشـــــــريع) سواء أكان النقص فـــــي الصياغة أم في المفهوم وقد يكون القصور (لســـــكوت النص) عن الحالة القانونية المعروضة امامه.

وان القصور في القانون ظاهرة قانونية نجدها في كل القوانين الوضعية ، لان التشريع عبارة عن عمل تبشري يقوم به المشرع ولايمكن للمشرع ان يصل الى درجة الكمال وذلك راجع الى عوامل عدة هى :

١- العلاقات الاجتماعية المتطورة باستمرار.

٢- العامل البشري وما يتصل بقدرات الانسان المحدودة.

٣-لان القواعد القانونية لها خصائص محددة وهي :-

أ- قواعد عامة مجردة.

ب- القاعدة القانونية خطاب موجه للاشخاص لتنظيم روابطهم.

جـــ- هي قاعدة ملزمة تقترن بجزاء مادي تفرضه السلطة العامة.

اما العمومية فتعني ان القاعدة القانونية تصاغ بصيغة تعميم يستوعب ما تواجه من فروض وحالات غير متناهية وتكون عامة لامكان

مجلة دجلة • المجلد ٢ ،العدد ٣ (٢٠١٩)، ص: ١٤٥ - ١٧٧
ISSN: 2222-6583

لتطبيقها على افراد المجتمـــــــع كافة ويجب ان تنطوي على امكانية التطبيق في الحال وعلى المستقبل.(١)

أما التجريد فهو الصفة الملازمة للعمومية وتعني في رأي بعض الفقهاء ، انها تحرر خطاباً خالياً من الميل والهوى الشخصي وعدم ايثارها شخصا معينا او سعيها لحماية وضع معين ويعني التجريد سمو حكم القاعدة على التفضيلات بغض النظر عن الفروق الثانوية في الظروف واعتدادها بالظروف والاعتبارات الرئيسية المشتركة بين مجموعة من الوقائع التي تطبق عليها جميعا. (٢)

المطلب الاول

اهمية دراسة القصور في القانون

تظهر اهمية القصور في القانون من ناحيتين وهما:-

اولا – دراسة الناحية العملية

ثانيا – دراسة الناحية النظرية الفلسفية

الفرع الاول دراسة الناحية العملية:-

تظهر من حيث مدى الالتزامات التي تقع على عاتق اشخاص القانون ويتأثر مدى القصور القانوني باختلاف الظروف المختلفة واختلاف فروع القانون.

اولا- من حيث مدى الالتزامات القانونية التي تترتب على شخص القانون طبيعيا او معنويا واشخاص من القانون العام او القانون الخاص .

وتتوقف هذه الالتزامات على مسائل هي :-

أ- مسألة وجود القصور في القانون

ب- مسألة سد القصور عند تطبيق مصادر القانون

أ – مسألة وجود القصورمن عدمه في القانون :-

من الامور الخلافية على وجود القصور نفسه او عدم وجوده ، فيرى البعض ان القانون كامل لاقصور فيه وبالتالي ينص على عدم وجود القصور نصاً قاطعا وعلى العكس يذهب اخرون الى وجود القصور في القانون القول بنفي صفـــــة الكمال عنه وبضرورة تكملة قواعد النظام القانوني بقواعد اخرى لسد القصور، وهذه تؤدي الى تقليل الالتزامات.

وما اثر هذين الرأيين بالالتزامات القانونية؟

الرأي الاول:- يصل الى تقييـــــد الالتزامات التي تقع على عاتق اشـــــــخاص القانون بالالتزامات المنصوص عليه في القاعدة الموجودة بالنظام القانوني .

الرأي الثاني:- اذا اخذنا بالنظرية الثانية التي تقول بعدم وجود القصور في القانون يترتب على ذلك التزامات قانونية على اشخاص القانون قد يكون منشؤها من خارج النظام القانوني وبعبارة اخرى تؤدي الى توسيع الالتزامات.

ب- مسألة سد القصور وسيتم شرحها لاحقاً

ثانيا- من حيث اثر اختلاف الظروف:

أ- فيما يتعلق بالنظام القانوني :

ظهور شـــــريعة جديدة ام نظام جديد ونتيجة لذلك تظهر اوضاع جديدة توجب سد القصور مثال على ذلك (ظهور الشريعة الاسلامية في الحجاز ثم انتشارها في العراق وسوريا ومصر ولاشك ان العلاقات الاجتماعية في الحجاز تختلف عن

مجلة دجلة • المجلد ٢ ،العدد ٣ (٢٠١٩)، ص: ١٤٥ - ١٧٧
ISSN: 2222-6583

العلاقات الاجتماعية في هذه البلدان اذ ان المهن المعروفة في الحجاز التجارة مثلا ، اما في العراق فكانت الزراعة والصناعة ثم ان هذه العلاقات اكثر تعقيدا وتنوعا وتخضع الى مجموعة اعراف من الشرائع السابقة كالسومرية والاشورية) وكل ذلك ساعد على ظهور القصور في الشريعة مما اثار جدلا بين الفقهاء بوجود الحاجة لاستكمالها ووجوب حلها لذا اعتمد الفقهاء على الرأي والاجتهاد لمدة قرنين من الزمان مما اضطرالفقهاء الى الاستنباط والتحليل و القياس ثم غُلق باب الاجتهاد بسبب ظهور اكثر من حل للمسألة نفسها وظهور عقود جديدة (تأمين ماء ، كهرباء) مما ادى الى اضطرار الدول الى ان تستورد تقنينات جديدة من الخارج .(٣)

ثالثا- من حيث اثر اختلاف فروع القانون :

١- القانون الاداري الفرنسي

منذ زمن نابليون الثالث الذي حكم فرنسا حكما فرديا تحت غطاء البرلمان (عن طريق تزييف الانتخابات) والغاء حرية الصحافة فيما فكر نابليون الثالث باتجاه مجلس الدولة الذي له الحق بالغاء قرار اداري يكون مخالفاً للقانون وحق المواطن بالمطالبة بالتعويض عن الاضرار التي تسببها السلطات الادارية . ويلاحظ ان محكمة تمييز العراق اخذت بقواعد مجلس الدولة الفرنسي ولعدم وجود قانون ادارى في العراق.

٢- القانون الجنائي

ان مبدأ شرعية الجريمة والعقاب الذي تاخذ به الدول يكون بموجبه دور القاضي محدوداً، اما الدول التي لا تأخذ به فيكون دور القاضي مهماً جدا مثل (العقوبات في عهد ستالين):

أ- القانون الألماني الذي يحرم الإجهاض وقد قام طبيب ألماني بإجهاض امرأة انقاذاً لحياتها وقد اجتهدت المحكمة العليا بأن وقوع الجريمة صحيح الا ان القانون ككل هو لحماية اسرة المجتمع.

ب- والقانون الايطالي يحرم السرقات ولكن السرقات الطفيفية لا عقاب عليها لان القاضي يجتهد بعدم وقوعها.

الشريعة الاسلامية :-

تأخذ بإقامة الحدود (حد السرقة وحد الزنا) وغيره لاحد له وقد لا يعاقب عند وجود الضرورة الملجئة .(٤)

القانون الدولي:-

يظهر اهمية القصور في القانون الدولي بسبب العوامل التالية:-

أ- مصادره بدائية.

ب- تفتقر إلى سلطة تشريعية عليا

ج- حرمان السلطة القضائية بتملك الولاية الإلزامية

د- اما المصادر غير المكتوبة فتنحصر بالعرف ومبادئ القانون العامة علما ان قواعد العرف بطيئة في نشأتها وتكوينها مما يجعلها قاصرة عن تنظيم الاوضاع الدولية الجديدة كما يصيب قواعد العرف صعوبة تحديد نموها على وجه الدقة وصعوبة تقرير مسألة بقاء القاعدة سارية المفعول او انقضائها او تعديلها لأنها تمر بمرحلة طويلة نسبياً من الشك في وجود القاعدة لان بعض الدول تقر

مجلة دجلة • المجلد ٢ ،العدد ٣ (٢٠١٩)، ص: ١٤٥ - ١٧٧
ISSN: 2222-6583

بالقاعدة والبعض الأخر قد ينكر القاعدة وقد تسكت اكثر الدول عن بيان موقفها من القاعدة الجديدة .

وان قواعد القانون الدولي في الماضي كانت مستقرة وبرزت قواعد نقيضها مثل حق الحرب والاستعمار وحق ضم الأقاليم ومبدأ حرية البحار كما ان القضاء الدولي اختياري وليس كالقضاء الداخلي الإلزامي.(٥)

الفرع الثاني

(الدراسة من الناحية النظرية الفلسفية)

وهذه تتضمن مسألتين هما :-

١- مسألة طبيعة القانون

٢- مسألة وجود القصور

٣- من يملك حق سد القصور في القانون

اولا – مسألة طبيعة القانون نفسه :-

لا تزال مسألة تعريف القانون موضع خلاف شديد في فلسفة القانون وتعتبر من المسائل الجوهرية ويدور الخلاف على :-

١- جوهر القانون

٢- ومصدره الأساسي

٣- وأساس القانون (٦)

وقد عرف الفقهاء القانون بأنه (مجموعة من قواعد السلوك العامة المجردة والمنظمة للعلاقات الاجتماعية بين الاشخاص والمقترنة بجزاء مادي تفرضه السلطة العامة على من يخالفها(٧)

والاختلاف هو في اساس القانون هل هو الارادة ام العقل الانساني (هذه فكرة انصار القانون الطبيعي) واذا كان اساس القانون الارادة فنتساءل من صاحب هذه الارادة هل هو السلطان (الملك لايحاكم) ام ارادة المشرع الذي يمثل ارادة الامة ام ارادة الطبقة الحاكمة.

وهذه الارادة تكون حسب فلسفة نظام حكم للدولة (في الاتحاد السوفيتي سابقاً (البروليتاريا) وفي أمريكا أصحاب رؤوس الأموال ويعتبرالألمان ان القانون ما تريده الدولة.)

ثانيا – مسألة وجود القصور نفسه :-

درس علماء الاجتماع والقانون وجود القصور في القانون ووجدوا ان القانون لاينظم الا القليل من العلاقات الاجتماعية وقد اختلف الرأي حول مسألة وجود القصور وقام جدل كبير منذ القدم فيما اذا كان القانون كاملا ام ناقصا ؟

الرأي الاول :- القانون ناقص ووجود القصور فيه حتميا ويجب تكملة القواعد القانونية بقواعد اخرى لسد القصور الموجود في القانون ومنهم الفقهاء الالمان والعلامة الشيرازي والعلامة الشهرستاني .

الرأي الثاني:- ان القانون كامل ولا قصور فيه ولانحتاج الى دراسة القصور في القانون .

اثر الرأيين في مدى الالتزامات القانونية على الاشخاص

اذا اخذنا الأي الاول ، يترتب على ذلك ان على القاضي الذي يكلف بتطبيق القانون وعندما يخلق قاعدة جديدة لتكملة النص فانه يترتب التزامات قانونية على اشخاص القانون يكون منشأها قواعد من خارج النظام القانوني الموجود فعلا ويؤدي ذلك الى توسيع الالتزامات التي تترتب على اشخاص القانون .

مجلة دجلة • المجلد ٢ ،العدد ٣ (٢٠١٩)، ص: ١٤٥ - ١٧٧
ISSN: 2222-6583

واذا اخذنا الرأي الثاني فهذا يؤدي الى تقليل الالتزامات التي تترتب على اشخاص القانون

النظريات الجديدة في وجود القصور

مازال الخلاف حول نقص التشريع لم تطفأ جذوته ذلك الخلاف القديم الجديد ، القديم في اصوله الجديد في افكاره . فأورث ذلك الخلاف مدارس فكرية اتجه القسم الاول منها الى القول بـ " كمال التشريع " فيما اتجه القسم الثاني الى " انكار كمال التشريع " .

فكان الميدان مفتوحا على مصراعيه لتلك الاراء المتنافرة ، والأفكار المتناحرة ، والرؤى المتعارضة مما اسهم ذلك الصراع الفكري الى بلورة وإيجاد أطر فكرية مهدت لظهور نظريات قانونية . ومن اهمها نظريتان اساسيتان هما :-

اولا :- نظرية كمال التشريع

ومؤدى هذه النظرية ان التشريع يكون شاملا لجميع الحلول ولا يتصور وجود نقص في التشريع وظهرت هذه النظرية مع ظهور " الدولة المتدخلة " في المجال الاقتصادي . كما ان لهذه النظرية صلة بنظرية "الفصل بين السلطات" وتولد عن هذه النظرية (نظرية الحيز القانوني الخالي) ومن اشد انصار النظرية الاخيرة الفيلسوف "هانس كلسن" .

وملخص هذه النظرية أن القانون المكتوب يوجد فيه حل لجميع الحالات التي يمكن أن تعرض ، حيث أنه من الممكن دائماً من الناحية المنطقية تطبيق النظام القانوني وقت الحكم القضائي ، أي إما أن يقبل القاضي الدعوى استنادا إلى نص قانوني وإما أن لا يقبلها لعدم وجود نص وفي كلتا الحالتين يوجد حل .

ثانياً :- نظرية " إنكار كمال التشريع"

وجاءت هذه النظرية للرد على " نظرية كمال التشريع " فقد لاقت النظرية الأخيرة اعتراضاً شديداً من اللاوضعيين ومن الواقعيين القانونيين في أواخر القرن التاسع عشر و أوائل القرن العشرين وذهبوا إلى القول " ما من تشريع يخلو من نقص"وان((اليقين في القانون ما هو إلا خرافة)) ويقول الفقيه الفرنسي روبيه ((فلو كان القاضي مقصوراً على القواعد التشريعية لكان يغلب عليها الارتباك في هذه الأيام ذلك إن تنظيم اقتصادنا يتجه نحو الحرية ويقوم على أعمال المبادرة الفردية التي كثيراً ما تكون متقدمة على التشريع لذلك لا تكون محكومة بنص ذلك التشريع)).والحقيقة التي لابد من التسليم بها وقبول إن النقص في التشريعات والنظم القانونية الوضعية هو أمر لا مناص منه ، بل أن النقص في التشريع يمكن أن يكون حتى مع وجود النصوص لكون المشرع يعمد أحياناً إلى صياغة النصوص القانونية بشكل يعتريه الغموض ويحيط به الإبهام لأسباب سياسية أو لضرورة الصياغة الفنية أو الاعتماد على " قاعدة معيارية مرنة " غير محددة

مجلة دجلة • المجلد ٢ ،العدد ٣ (٢٠١٩)، ص: ١٤٥ - ١٧٧
ISSN: 2222-6583

المعـــــالم وواضحة الحدود كالنظام العام والآداب العامة.(٨)

يدور خلاف حول كمال القانون اوقصوره ونبين ذلك في:-

١- الشريعة الاسلامية كاملة لاقصور فيها اطلاقاً .

٢- وجود مذاهب في فرنسا والمانيا وامريكا تقول بكمال القانون.

٣- يعارض اغلب فلاسفة القانون هذا الرأي ويقولون بحتمية القصور في القانون.

ثالثا – مسألة من يملك حق سد القصور:-

١- المشرع: بأصداره تشريعاً جديداً او تعديل التشريع النافذ.

٢- القاضي : باجتهاده لسد النقص عند فقدان النص.

ومسألة القصور تعتبر مسألة دستورية دقيقة تتعلق بمبدأ الفصل بين السلطات ومسألة تتعلق بفلسفة الحكم ، وسنرى شرحها مفصلاً.

المبحث الثاني

حالات القصور في القانون

ان الحياة متباينة الجوانب ،متشعبة النواحي ، متجددة المظاهر بينما التشريع موحد الصياغـــــــــة نموذجي القالب حبيس النصوص ، ويقول الفقيه الإسلامي الشهرستاني في كتابه الملل والنحل(٩):-

((بالجملة نعلم قطعا ويقينا إن الحوادث والوقائع في العبادات والتصرفات مما لا يقبل الحصر والعد ونعلم قطعا ايضا انه لم يرد في كل حادثة نص ، ولا يتصور ذلك أيضا ، والنصوص إذا كانت متناهية والوقائع غير متناهية وما لا يتناهى لا يضبطـــــــه ما يتناهى ونعلم قطعا إن الاجتهاد والقياس واجب الاعتبـــــار حتى يكون بصـــــــدد كل حادثـــــــة اجتهاد ثم لايكون الاجتهاد مرسلا خارجاً عن ضبط الشارع)) (١٠)

لهذا وجدت صور القصور اذ لايمكن تصور التشريع كاملاً لا نقص فيه.

المطلب الاول

صور القصور :-

١- صورة نقص النص

٢- صورة فقدان النص

٣- صور القصور المزيف

الفرع الاول – صورة نقص في النص

يقصد بفكرة نقص النص ان القاعدة القانونية التي عينها النص لاتكون لها علاقة مباشرة او غير مباشرة بالحالة الواقعية المتنازع فيها على الرغم (من تفسير الفاظ النص وفحواه).

مثال-:

ان تقدير التعويض في دعوى المسؤولية التقصيرية هل يجب ان تقدر المحكمة التعويض في (اللحظة التي حصل فيه الضرر او في يوم اقامة الدعوى او في يوم اصدار الحكم).

لقد سكت النص فى المادة ٢٠٧ ق مدنى عراقي (التي عالجت بشيء من التفصيل) مسألة تقدير التعويض وســـــكت النص كذلك بنفس المســـألة في (المادة ١٣٨٢) عن التاريخ الذي يقدر فيه التعويض عن الضرر فأن كان الفعل الذي أتاه

مجلة دجلة • المجلد ٢ ،العدد ٣ (٢٠١٩)، ص: ١٤٥ - ١٧٧
ISSN: 2222-6583

الفرد منطبقا على النص القانوني اصبح الحل واضحاً وفقا لما يقرره النص اما اذا كانت المماثلة بين الفعل والنص القانوني اقل انطباقا فيجب على القضاء التدخل لاعطاء الفعل صفة المشروعية اوعدمها وهكذا اصبح للقاضي دور تشريعي لاكمال النقص في النص القانوني وان بعض حالات نقص التشريع التي تدعو الى تدخل القاضي لاكمالها ونورد مثلا ان المشرع نص على القاعدة القانونية ثم منح القاضي سلطة تقدير الحكم وفق ما اذا وقع الفعل بخطأ جسيم او بسيط او معذور وهكذا يمنحه حق التصرف لاصدار الحكم الذي يراه في الدعوى (١١).

الفرع الثاني – أسس سد النقص في التشريع العراقي

الأُسس :- لغةً جمع أُس وهو أصل البناء يقال : أسس الدار بناء حدودها ورفع قواعدها ، أسسّ البيت فتأسس جعل له أساساً والأسس مبتدأ كل شيء. فالأسس القانونية (هي القواعد التي اعتمدها المشرع في سد النقص في التشريع) فقد أوردت المادة الأولى من القانون المدني العراقي خطوات سد النقص في التشريع أو في حالة غموض النص أو فقدانه.

١- القانون المدني: نصت المادة (٢) من القانون المدني العراقي رقم(٤٠)لسنة ١٩٥١ على:-

أ- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو فحواها .

ب – 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 .

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

٢- قانون الاحوال الشخصة: نصت المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية العراقي المرقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ (المعدل) على :-

المادة الأولى

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

ب – إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون .

ج – تسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقه الإسلامي في العراق وفي البلاد الإسلامية الأخرى التي تتقارب قوانينها من القوانين العراقية . عليه سوف نتناول بيان الأسس

القانونية لسد النقص في التشريع العراقي ووفق الترتيب الذي ورد في النصوص القانونية(١٢)

مجلة دجلة • المجلد ٢ ،العدد ٣ (٢٠١٩)، ص: ١٤٥ - ١٧٧
ISSN: 2222-6583

٣- قانون الاثبات :إن المشرع العراقي في المادة (٣) من قانون الإثبات المرقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ ألزم القاضي بإتباع التفسير المتطور للقانون ومراعاة الحكمة من التشريع عند تطبيقه .

فالحكمة التشريعية هي القوة الحية المتحركة التي تبعث الحياة في النص ما دام نافذاً ، وبالتالي يستطيع النص أن يكتسب مع الزمن معناً جديداً أي ينطبق على حالات جديدة.

٤- قانون المرافعات المدنية:ورد في المادة (٣٠) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ " بأنه لا يجوز لأية محكمة أن تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقصه وإلا عُد الحاكم ممتنعاً عن إحقاق الحق ويعد أيضاً التأخر غير المشروع عن إصدار الحكم امتناعاً عن إحقاق الحق" فالقاعدة التي جاءت بها هذه المادة هي أن " الحاكم لا يملك رفض الدعوى بحجة عدم وجود نص في القانون بشأنها.. " بل أن القانون اعتبر ان مجرد التأخير غير المشروع عن إصدار الحكم هو امتناع عن إحقاق الحق.

٥- طرق سد النقص في القانون الجنائي

ان نطاق اجتهاد القاضي الجنائي لسد القصور يكون محدودا حيث انه محكوم بمبدأ (لا جريمة ولا عقوبة الا بقانون وهذا المبدأ من المبادئ الاصلية فى القانون الجنائي ومن الضمانات الاساسية التي يقررها المشرع للحفاظ على الحقوق الاساسية للافراد بالاضافة الى الضمانات الاخرى (مبدأ شخصية العقوبة) (مبدأ المساواة امام القانون). (١٣)

ولايجوز للقاضي الجنائي ان وينشئ جرائم لم ينص عليها القانون او اكمال النقص، بعكس ، القاضي المدني ولايصح الاجتهاد بالتوسع فى تفسير النصوص وتطبيقها على حالات مشابهة وسلطة القاضي الجنائي تتسع وتضيق تبعا لسياسة المشرع في بيان العقوبة المقررة للجريمة كما يأتي:-

أ- التفريد القضائي للعقاب (١٤)

١- حالة وضوح النص يطبق النص بالعقوبة.

٢- في حالة سكوت النص ولم ينص على الجريمة يحكم القاضي بالبراءة ولو كان خلاف العدالة والشريعة الإسلامية والعرف.

٣ــ فى حالة نقص النص لا يجوز له تكملة النص بالتفسير بالقياس او بطريق الاستنتاج.

ب- التدرج في اختيارالعقوبة (١٥)

١- التخيير النوعي بين عقوبتين فاكثر

٢- تحديد العقوبة الواقعة بين حدين ادني واعلى ج- تخفيف العقوبة:

١- عقوبة الإعدام بعقوبة السجن المؤبد.

مجلة دجلة • المجلد ٢ ،العدد ٣ (٢٠١٩)، ص: ١٤٥ - ١٧٧
ISSN: 2222-6583

٢- عقوبة السجن المؤبد إلى السجن المؤقت.

٣ــ - عقوبة السجن المؤقت إلى عقوبة الحبس مدة لا تقل عن ٦ أشهر.(١٦)

د- تشديد العقوبة :

١- تشديد العقوبة لوجود ظروف مشددة.

٢- ارتكاب الجريمة بباعث ديني.

٣- ارتكاب الجريمة باستعمال طرق وحشية والتمثيل بجثة المجني عليه.(١٧)

٤- وقف تنفيذ العقوبة :- بموجب نص قانون العقوبات رقم (١١١) لسنة١٩٦٩ المادة (١٤٤) حول إيقاف تنفيذ العقوبة.

علما ان المشرع مهما أوتى من بعد نظر لا يستطيع ان يحيط بكل الإشكالات (لهذا فان قانون العقوبات يفسر بطريق الحصر وبالتقيد بالألفاظ التي يمكن ان يظهر فيها السلوك الضار بالمصالح محل الحماية الجنائية) كما لا يمكنه الإحاطة بكل ظروف الخطورة الإجرامية في الجاني وهذا الواقع هو الذي فرض الاعتراف بالسلطة التقديرية للقاضي حتى فى محيط التشريعات المتشددة. (١٨)

٦- المبادئ المهمة لسد القصور في الشريعة الإسلامية

ان المبادئ التي تهدي القضاة لتحقيق العدالة وإعطاء كل ذي حق حقه المشروع في الشريعة الإسلامية هي:

١- مبدأ عدم التقيد بحرفية النص.

٢- مبدأ صلاحية القاضي بتخصص عموم النص والتقيد بالمصلحة وكلما دعت العدالة إلى ذلك.

٣- مبدأ دوران الحكم مع علته وجوداً وعدماً

٤- مبدأ عدم تفويت النص لمصلحة أهم

٥- مبدأ عدم تغيير حكم القاضي للواقعة.

٦- مبدأ المعاملة بنقيض القصد السيئ.

٧- مبدأ تغيير الأحكام بتغيير الزمان.

٨- مبدأ عدم صلاحية القاضي في استحداث الجريمة والعقوبة

٩- مبدأ حرية مناقشة حكم القاضي

١٠- البراءة الاصلية (١٩)

٧- أما في الفقه الإسلامي ففي حديث النبي محمد (ص) لمعاذ بن جبل عندما ولاه القضاء على اليمن بيان وتفصيل لكيفية القضاء في المنازعات فقد قال الرسول محمد (ص) لمعاذ كيف تقضي يا معاذ؟؟ قال معاذ أقضي بكتاب الله ، قال فإن لم يكن في كتاب الله؟ قال أقضي بسنة رسول الله قال فإن لم يكن في سنة رسول الله قال أجتهد رأيي ولا آلو .

وضرب رسول الله (ص) على صدر معاذ وقال الحمد لله الذي وفق رسول الله لما يرضي الله ورسوله...

وكما يقول الفقيه الاسلامي الشهرستاني في كتابه الملل والنحل " نعلم قطعاً ويقيناً أن الحوادث والوقائع في العبادات والتصرفات مما لا يقبل الحصر والعد ونعلم قطعاً أيضاً أنه لم يرد في كل حادثة نص ولا يتصور ذلك أيضاً والنصوص إذا كانت متناهية والوقائع غير متناهية وما لا يتناهى لا يضبطه ما يتناهى نعلم

مجلة دجلة • المجلد ٢ ،العدد ٣ (٢٠١٩)، ص: ١٤٥ - ١٧٧
ISSN: 2222-6583

قطعاً أن الاجتهاد والقياس واجب الاعتبار حتى يكون بصدد كل حادثة اجتهاد ثم لا يكون الاجتهاد مرسلاً خارجا عن ضبط الشارع...".(٢٠)

المطلب الثاني

الفرع الاول

صورة فقدان النص

يفترض في هذه الحالة ان القاضي عندما لايجد اية صلة بين القاعدة العمومية والخصوصية والحالة المعروضة امامه او بعبارة اخرى في حالة فقدان النص فان القاضي لا يستطيع ان ينطلق في استدلاله من أية نقطة من النصوص اذ لا تتعلق المسألة في هذه الحالة التي يتعذر فيها تطبيق القاعدة القانونية من غير تكملة لسد النقص فيها بل الحاجة الى وضع قاعدة قانونية كاملة يستحيل بدونها اصدار الحكم بالدعوى.

ويجب ان يتطرق الى مبدأ الفصل بين السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية اذ لا يجوز للقاضي خلق قاعدة قانونية ليست من اختصاصه لان اختصاصه تطبيق القاعدة القانونية اما وضع القاعدة من اختصاص المشرع استنادا لمبدأ الفصل بين السلطات(٢١).والذي يعني وجود ثلاث سلطات في الحكومة تتأسس كل سلطة على نحو يتناسب مع طبيعة تكوينها،وتمارس اختصاصات تتناسب مع ذلك التكوين فتنشأ السلطة التشريعية(البرلمان) لممارسة مهمة التشريع والسلطة التنفيذية لممارسة مهمة التنفيذ والسلطة القضائية (المحاكم)لممارسة مهمة القضاء.

مبدأ تنازع القوانين في حالة فقدان النص من القانون الدولي الخاص مثلا تثير مسألة تنازع القوانين عند عدم وجود قاعدة اسناد لحسم تنازع القوانين اذ لا يوجد قانون دولي لمعالجة تنازع القوانين في العراق وتوجد في القسم التمهيدي للقانون المدني مجموعة قواعد للفصل بين تنازع القوانين.

وان القاضي لكي يحل القضية الاولية. فأي قانون سوف يطبق القانون العراقي او الأجنبي، واذا كان القانون الاجنبي فأي قانون وبعد ذلك يرجع الى القواعد الموضوعية وعلى نقيض ذلك ففي بعض الدول لا توجد هذه القواعد وفي بعضها الاخر توجد بشكل مفصل وفي بعضها بشكل موجز (كما في العراق) وعدم وجود قاعدة اسناد لحسم تنازع القوانين نتيجة السكوت العمدي ومن امثلة السكوت العمدي في مسألة تنازع القوانين هي أن المشرع المدني الفرنسي حذف المواد من(٢- ٨) من المدني الفرنسي(بحجة انها قواعد كلية وامثال قانونية معروفة لا محل لإبرازها في التقنين بل نجد مكانها في مؤلفات الفقه) لكن القضاء الفرنسي واجه هذه المشكلة. واخذ يضع قواعد لتنازع القوانين وهي كلها من صنع القضاء الفرنسي والسكوت في هذه الحالة غير مقصود(٢٢)

*مثال على فقدان النص بدون قصد

مجلة دجلة • المجلد ٢ ،العدد ٣ (٢٠١٩)، ص: ١٤٥ - ١٧٧
ISSN: 2222-6583

المادة (٣) من القانون المدني الفرنسي تتضمن خضوع جميع الفرنسيين من حيث حالتهم وأهليتهم للقانون الفرنسي فان مسائل الاهلية والحالة لا تقتصر على حالة الانفراد وانما تظهر فيما يختص في حالة الفرد وعلاقته مع غيره من الأفراد إذ قد لا تتفق جنسية الزوجين او جنسية الوارث والمورث وجنسية الولد ووالده (القانون الفرنسي ينص على ان كل من يولد في فرنسا فرنسي بغض النظر عن جنسية والده)

الفرع الثاني

سد القصور في حالة فقدان النص

وقد نصت الفقرة (٢) من المادة (١) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ على (فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة للنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة)

الفرع الثالث

المنهج القضائي لسد القصور في حالة فقدان النص

لاشك ان المنهج الذي يتبعه القاضي لاصدار احكامه تخضع بوجه عام لأية مجموعة من اساليب القياس المعروفة في علم المنطق وهى.

المنهج القضائي الأول

طريقة الاستقراء

تخص طريقة الاستقراء يسعى القاضي عند عدم وجود قاعدة قانونية لتطبيقها على النزاع المعروض عليه يجب عليه تحليل الاحكام الجزئية من اجل اكتشاف المبدأ العام الذي يحكم تلك الاحكام الجزئية والاستقراء الصوري هو منهج تقليدي معروف في مناهج الاستدلال في علم المنطق وقد عرفه ارسطو (انه ضرب من القياس يرتب احصاء جميع انواع جنسه للزوم معرفه هذا الجنس بالذات) مثال الذهب والفضة والحديد معادن والذهب والفضة والحديد جيدة التوصل للحرارة او الكهرباء يترتب على ذلك استنتاج ان المعادن جيدة التوصيل للحرارة الى تضع (قاعدة الجزيئات) ومعلوم ان الاستقراء يكون عملية اساسية للاستدلال في المنهج التجريبي) وهو المنهج الذي يقام على البحث العلمي الذي مكن العلم التجريبي من احراز التقدم المدهش خلال العصور الاخيرة فكل تقدم علمي أدى الى اكتشاف الذرة وهو نتيجة الطريقة الاستقرائية اي (بحوث جزئية لكل قاعدة بحث ومجموع القواعد الى قاعدة عامة وتعود هذه الطريقة على الانسان بمنافع وهذه الطريقة يستعملها القاضي بتحليل القواعد الجزئية ومن مجموع هذه القواعد يكشف القاعدة العامة ثم يصل الى المبدأ العام **(٢٣)**.

علما ان القاضي لا يمكنه التذرع بعدم الحكم لعدم وجود النص اذ نصت المادة (٣٠) من قانون المرافعات رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ (لايجوز لاية محكمة ان تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون او فقدان النص او نقصه والا عد الحاكم ممتنعا عن احقاق الحق)

مجلة دجلة • المجلد ٢ ،العدد ٣ (٢٠١٩)، ص: ١٤٥ - ١٧٧
ISSN: 2222-6583

وقد التزم قانون الإثبات رقم ١٥٧ لسنة ١٩٧٩من المادة /الثالثة على القاضي إتباع التفسير المتطور ومراعاة الحكمة عند تطبيق التشريع. وهذا يعني ان القاضي يفسر القاعدة حسب التغيرات الحاصلة بالمجتمع وحسب فلسفة نظام الحكم.

المنهج القضائي الثاني

الاستدلال عن طريق الاستنتاج

وهو الفصل بالدعوى التى تقوم على الاستدلال عن طريق الاستنتاج و مهمة القاضي تطبيق القاعدة القانونيـــــة التي تتصف بالعمومية على الحالات الجزئية الواقعية التي ينظر فيها. (٢٤)

فالقاعدة القانونية لا شخصية تنطبق على حالات لاحد لها (وهي قاعدة مجردة) تتضمن الحكم القانوني الذي يلزم تطبيقه متى توافرت الشروط لانطباق تلك القاعدة من حيث الاشخاص المخاطبين.

ويتضح من تلك العملية القضائية في الأغلب صورة من صور القياس المنطقي المعروف (القياس الشرطي) وهذا القياس يكون ذا مقدمة كبرى (القاعدة القانونية) والمقدمة الصغرى هي القضيـــة والنتيجة هو حكم القاضي.

مثال القاضي الجنائي يضع المقدمة الكبرى عندما تنص العقوبة على ما يأتي:- (الإعدام اذ اقترن القتل عمدا بجريمة او اكثر من جرائم القتل العمد او الشروع فيها)(٢٥)

المقدمة الصغرى (يثبت لديها ان زيداً من الناس قد ارتكب القتل العمد المقترن بجريمة اخرى) ثم تســـــتنتج المحكمة من المقدمتين (الكبرى والصغرى) النتيجة وهي الحكم بالإعدام على زيد

ويـــســـــــتخلص القاضي اولاً عناصر الإثبات لمعطيات واقع الحالة القانونية المعينة وثم يطبق على هذه الحالة الواقعية التكييف القانوني (قتل عمد مقترن بقتل عمد اخر) والذي يقوم على الترابط بين القاعدة القانونية ومن ثم يكون الحكم هو النتيجة الجزئية المستمدة من القاعدة العمومية التي اجرى القاضي حكمها.

وقد يواجه القاضي المصاعب عند تحصيل الحكم القانوني عند كون النص غامضا او تتعارض قاعدتان او قد يحتاج الى حل المسألة الواحدة الجمع بين قاعدتين او اكثر ولكن هذه المصاعب في الاســـــــتدلال القانوني قد تتكشف اســـــــرارها ويتضح ما فيها من خفاء وعيوب بفضل الطريقة المنطقية ، ويواجه القاضي المصاعب ويستنفذ كل طرائق التفسير من لفظ النص وروحه .(٢٦)

المطلب الثالث

صورة القصور المزيف

١- في هذه الصورة يلاحظ وجود النص التشـــــريعي ولكن القاضي لا يطبق النص وهدفه خلق قاعدة قانونيـــــــــة جديدة بسبب تغير الظروف ويسبب تغير فلسفة الحكم مما يجعله يطبق قاعدة اكثر عدالة من النص التشـــــريعي ويرى القاضي ان القاعدة القانونيـــــة التي تنطبق على النزاع المعروض أمامـــــه هي قاعدة غير عادلة ولانها لا تنسجم مع الأوضاع الجديدة في المجتمع وكذلك لا تنسجم مع المذهب السياسي الجديد لذا يتجاهل القاضي وجود تلك القاعدة ولا يطبقها على

مجلة دجلة • المجلد ٢ ،العدد ٣ (٢٠١٩)، ص: ١٤٥ - ١٧٧
ISSN: 2222-6583

الواقعـــــــة التي ينظر فيها ويحكم على الواقعـــــــة بقاعدة جديدة وهنا يظهر ان القاضي يصطنع القصور في القانون ليصل الى الحل الأمثل.

٢- وقد كشفت الدراسات الفلسفية في القانون في اواخر القرن الماضي عن هذه الصورة من القصور واطلقت عليها مسميات مختلفة منها اسم (القصور غير الحقيقي او القصور المزيف) لان التطور الذي حدث في الإيديولوجية (من اقتصاد حر واقتصاد اشتراكي) ولهذا القصور أسماء أخرى مثل (القصور العملي / القصـــــور الاقتصادي / القصور القضائي) .

٣- ان القصور المزيف ينشـــــــأ عن إرادة القاضي (بل ينتج عن التحقيق الموضوعي في القواعد القانونيـــــة الموجودة) ويضطر القاضـــــــي الى خلق قاعدة يسد بها هذا القصـــــور المزيف الذي ينشأ بقرار القاضـــــي ، ويتخذ القصـــــور المزيف صورا مختلفة وان كانت جميعها تتحد في استبعاد القاعدة القانونية الموجودة وعدم تطبيقها على الواقعة المعروضة والسؤال هو كيف يتم هذا القصور والجواب هو ان القاضي يتصرف كما يأتي :-

أ- يتصرف القاضي كأن القاعدة القانونية المنصوص عليها غير موجودة لكي يستعيد حريته يخلق قاعدة قانونية جديدة .

ب- قد يسكت القاضي عن القاعدة الموجودة ويطبق قاعدة اخرى على الواقعة المعروضة امامه

ج- قد يستبعد القاضي صراحة القاعدة الموجودة بحجة ينشأها لهذا الغرض او يضع شـــــــــــــرطاً يعيقه عن تطبيق القاعدة الموجودة.

وتتوحد صور هذا القصور لكل فروع القانون وندرج مثال على ذلك :-

١- القصور المزيف في القانون الجنائي الايطالي:-

وهو استبعاد القاعدة الموجودة وخلق قاعدة جديدة تنشأ بقرار من القاضي وبالتالي هو قصور ينتج عن عمل الإرادة ويتخذ القرار للقصور المزيف ومن المفروض فيه ان يكون ابعد فروع القانون التي يجب ان يتجنب القاضي استعمال القياس او استبعاد القاعدة وان حرية القاضي الجنائي ضئيلة الى حد كبير بالمقارنة مع النصوص الواردة في القانون ومع ذلك يستبعد النص ويخلق قاعدة **(٢٧)**.

ينص صراحة على مبدأ شـــــــرعية الجريمة في العقاب وعلى الرغم من ذلك نجد أمثلة كثيـــــــرة على تحايل القضـــــــاء الايطالي على النصوص الموجودة ومن الامثلة الشهيرة في القضاء من ايطاليا ان المحاكم الايطالية تفرج عن المتهم بسرقة بسيطة طفيفة بينما قانون العقوبات يعاقب على سرقة (صمونة واحدة) ومع ذلك تفرج المحكمة عن المتهم والتعليل بتذرع القاضي بحجة مزيفة يستند عليها في الظاهر على النص بينما يطبق القاضي حكماً آخر متأثراً بقواعد العدالة والانصاف والظروف المحيطة بالواقعة ويدعي القاضي في السرقات الطفيفة (ان وقائع

مجلة دجلة • المجلد ٢ ،العدد ٣ (٢٠١٩)، ص: ١٤٥ - ١٧٧
ISSN: 2222-6583

الجريمة لم تتبين لديه على الرغم من كفاية الادلة والجريمة تأتي لديه ولكنه يقول انه جوعان فما ذنبه لسجنه لمدة عشرة ايام.)

٢- الحيلة القانونية قصور القانون عن تلبية رغبات الاطراف وغالباً ماتستخدم في التهرب من احكام قانونية معينة لتطبق احكام قانونية اخرى بدلا عنها عن طريق تكييف الوقائع بما يتناسب وهذه الاحكام او ينسجم معها .

ومن الحالات التي تستخدم فيها الحيلة القانونية ما يأتي :-

التبني :- حرمت الشريعة الاسلامية التبني وبناء على ذلك لايثبت النسب بالتبني ولو كان لمتبنٍ مجهول النسب وقد اجازت الشريعة الاسلامية الاقرار بالنسب فاذا اقر مجهول بالابوة او الامومة لاخر يثبت بالنسب فاذا اقر مجهول بالأبوة او الامومة لاخر يثب نسب المقر بتصديق الاخرين ويترتب على هذا الاقرار جميع احكام النسب وبذلك يتهرب من احكام التبني عن طريق الاقرار بالنسب **(٢٨)**

المبحث الثالث

الظواهر القانونية التي تخرج من القصور في القانون

تظهر صعوبة إعطاء تعريف كامل للقصور في القانون من ناحية رسم الحد الفاصل بين دائرة القصور في القانون ودائرة العلاقات المنظمة فعلا للقانون هذا من ناحية ومن ناحية اخرى تظهر الصعوبة نفسها في رسم الحد الفاصل بين دائرة العلاقات التي تتطلع عادة الى ان تنظم بالقانون ولكنها لاتخضع لحكم القانون وبعبارة اخرى التي تقع داخل دائرة القانون اوخارج دائرة القانون.

ومثال على ذلك علاقات الاسرة بين الاب والابن وبين الزوج والزوجة وهذه العلاقات التي نظمها القانون قليلة جدا والقسم الاغلب منها غير محكوم بالقانون مثل (التربية الصالحة للأبناء). **(٢٩)**

ولكي نعرف ماهية القصور يجب معرفة الظواهر التي لاتعتبر من القصور وهي :

اولاً- الغموض من النص

ثانيا – التعارض بين النصوص

المطلب الاول

الظاهرة الاولى (الغموض من النص):-

هو ابهام اللفظ اى اخفاء النص وعدم وضوحه على نحو يقتضي جهدا اذ يحتمل النص اكثر من معنى واحد في هذه الحالة ينبغي على من يطبق النص تحديد المعنى الذي يحمله النص من بين المعاني الاخرى عن طريق تفسير النص ، وقد جرى العمل ان يكون التفسير من قبل ثلاث جهات هي .**(٣٠)** :-

أ- القاضي :عادة من اختصاص القاضي

ب- المشرع :وقد يتدخل المشرع بنفسه بوضع تشريع يشرح ما قصده في تشريع سابق وفى هذه الحالة يقال ان المشرع اصدر تشريعاً تفسيريا.

جـ - جهات اخرى :ولايوجد مانع من ان المشرع يجرد القاضي من سلطة التفسير ويعهد بها الى جهة اخرى مثل (ديوان التدوين القانوني). **(٣١)**

او الديوان الخاص في العهد الملكي (لتفسير قاعدة أدارية) او لجنة الإصلاح الزراعي سنة ١٩٥٢

مجلة دجلة • المجلد ٢ ،العدد ٣ (٢٠١٩)، ص: ١٤٥ - ١٧٧
ISSN: 2222-6583

لتفسير قاعدة قانونية لقانون الإصلاح الزراعي وهذا الغموض في النص لا ينشئ قاعدة جديدة.

الاختلاف بين غموض النص وسكوت النص فيما يأتي:-

١- يجب على القاضي تقديم أكثر من حكم واحد للحالة المعينة ومن ثم هذا الغموض يختلف عن سكوت النص لان في السكوت على القاضي الخيار بين خلق قاعدة جديدة أو رد دعوى لعدم استنادها الى قاعدة قانونية (اي ينتسب عجز المدعي في اسناد دعواه الى القاعدة الموجودة قي النص).(٣٢)

٢- اما في حالة غموض النص يجب على القاضي الاخذ بأحد المعاني التي يحملها النص.

الفرق بين سد القصور والتفسير

هناك اختلاف في الحد الفاصل بين سد القصور والتفسير في البلدان الاتية:-

قوانين

١- القانون السويسري :-

أ- يرجع القاضي لسد القصور بالرجوع الى المبادئ العامة

ب- يرجع القاضي لتفسير النص الى القياس والحكمة

٢- القانون الالماني:-

أ- يرجع القاضي لسد القصور بالرجوع الى القياس

ب- يرجع القاضي لتفسير النص الى المبادئ العامة

٣- القانون الياباني:-

أ- يرجع القاضي لسد القصور الى محكمة مختصة لسد القصور

ب- يرجع القاضي لتفسير النصوص الى محكمة الاستئناف

٤- القانون الروماني

أ- يرجع القاضي في التفسير الى المبادئ العامة للتفسير

الفرع الاول

تفسير القانون وتطبيقه لازالة الغموض:-

أوضحنا ان الحياة متباينة الجوانب متشعبة النواحي متجددة المظاهر بينما التشريع موحد الصياغة نموذجي القالب حبيس النصوص لذا كانت القواعد القانونية فى حاجة دائمة إلى ان تكمل وتكيف وتعدل بحيث تتابع المظاهر اللامتناهية لحياة البشر

ان تفسير القانون وتطبيقه يثير ثلاثة مشاكل مشكلة الثغرات والحاجة الى الملائمة والحاجة إلى التطوير كيف عالج الفقه هذه المشاكل وما هي الحلول الواجب إتباعها في ظل المجتمعات المعاصرة ذلك هو موضوع بحثنا ان القواعد القانونية في حاجة دائمة إلى أن تكمل وهذا يعنى أن المصادر القانونية وعلى رأسها التشريع هي في ذاتها غير كاملة ومليئة بالثغرات.

ان وجود ثغرات في القانون مشكلة يستحيل تفاديها اذ ترجع إلى طبيعة الحياة وخضم الأحداث وتباين المعاملات لا الى مقدرة المشرع او عجزة عن حسن صياغة النصوص فالتشريع مهما بلغت درجة اتقانة يستحيل عليه انا يحتوى على كافة وقائع الحياة ويقول أفلاطون ان التشريع لا يستطيع أبدا

مجلة دجلة • المجلد ٢ ،العدد ٣ (٢٠١٩)، ص: ١٤٥ - ١٧٧
ISSN: 2222-6583

ان يحدد بدقة ما هو فى ان واحد أفضل واعدل للجميع ولا ان يأمر بما هو أحسن لكل الناس اذ يتفاوت البشر وتختلف الأفعال ولا ترقد الأمور الإنسانية ابدا فى ثبات ومن ثم يصبح محالا على اى فن مهما بلغ شأنه ان يصوغ مبادئ يبسطها فى كل المواد ولكل الجزئيات ولكل الأوقات. **(٣٣)**

الفرع الثاني

تفسير القانون

معناه وأنواعه ونطاقه :-

توضيح الغامض وتقويم المعيب واستكمال النقص والتوفيق بين المتعارض وتكييفه على نحو يجاري متطلبات المجتمع ،المبدأ العام هو (لا اجتهاد من معرض النص) وفي حالة قصور النص يلجأ القاضي الى التفسير وحالات التفسير للنص هي :-

١- حالة عيوب النص المادية:- حذف حرف لا ينسجم ولا يستقيم بالنص

٢- غموض :- عدم وضوح النص

٣- نقـــــــــص :- ذكر حالة وعدم استيعاب دقيق لكل الحالات

انواعـــــــــــه

١- تشريعي :- يصدر من الجهة التي اصدرت القانون / تخويل سلطة لتنفيذه (ملزم)

٢- قضائي:- متلائم مع الوقائع العملية المعروضة امامه وينسجم مع روح العصر(غير ملزم)

٣- فقهي :- تعاون بين الفقه والقضاء (غير ملزم) **(٣٤)**

٤- أداري تعليمات لاقوة ملزمة لها

نطاق التفسير

وهو مدى حرية المفسر ويستعين بكل الوسائل دون التقيد باللفظ.

لايتمتع المفسر بالقدر نفسه من الحرية في تفسير مختلف النصوص وإنما تتقيد حريته بطبيعة القاعدة القانونيـــــــــة التي يتولاها بالتفسير فقد يتمتع بحرية واســـــعة ويستعين بمختلف الوسائل دون التقييد باللفظ وقد يســـتنتج بعض المبادئ العامة بطريق الاستقراء كما فعل القضاء الفرنسي الذي انشأ (مبدأ الاثراء بلا ســـبب) وقد يلتزم المفـــــــسر بلفظ النص دون التوسع في تفسيره عن طريق القياس والاستنتاج اذا ارتبطت القاعدة بالمصالح الاساس للمجتمع ومقتضيات النظام العام وهذا ما يسمى بالتفسير الضيق.

١- التفسير الواسع : هو تفسير القواعد المكملة والمفسرة التي تتضمن مبادئ عامة مثل (قاعدة حسن النية) و(قاعدة عدم رجعية القوانين)

٢- التفسير الضيق : وهذا من القاعدة المتعلقة بالنظام العام والمصالح الاساس وهي القواعد الجنائية والمالية وان القواعد الاستثنائية لا يجوز التوسع بها.

طرق التفسير القضائي لإزالة الغموض من خارج التشريع

يحتاج التفسير الى عنصر من خارج التشريع يستعين به القاضي وهو :-

مجلة دجلة • المجلد ٢ ،العدد ٣ (٢٠١٩)، ص: ١٤٥ - ١٧٧
ISSN: 2222-6583

١- حكمة التشـــــريع:- وتعني الغرض الذي هدف إليه المشرع من وضع النص او العلة التي اقتضت الحكم عن طريق إدراكه لعلة الحكم يقوم المفسر بتوضيح الغامض من ألفاظ النص.

٢- الأعمال التحضيرية :- مجموعة الأعمال التي تواكب التشـــــــــــــــريع منذ اقتراحه حتى تمام المذكرات التفسيرية ويستعين بها المفسر لمعرفة إرادة المشرع وهي وســـــــــيلة لإدراك مقاصد المشرع ويجب ان يكون المفسر في هذه الحالة حذرا.

٣- المصادر :- هي المراجع التي استند عليها المشرع لإصدار أحكام تشريعه كالشريعة الإســـلامية والقانون المدني العراقي.

٤- العادات :- مجموعة القواعد التي الفها الناس في تعاملهم حتى استقرت ويستعين بها المفسر في تحديد نطاق كثير من الحقوق ويلجأ اليها المفسر لتفسير العقود اذ تبين ارادة المتعاقدين.

٥- الفلسفة الاقتصادية والاجتماعية التي تسود دولة ما وهي فلسفة تشيع في مجتمع يسوده نظام حكم معين يتمثل بمبادئ محددة قامت عليها فلسفة الحكم وعلى المفسر ان يستهدي بها في تفسيره.**(٣٥)**

المطلب الثاني

الظاهرة الثانية :-

التعارض بين النصوص

ويراد بالتعارض ان يرد احكام نصين اونصوص عدة غير متوافقة مع بعضها. **(٣٦)**

المفروض ان يكون النظام القانوني خالياً من التناقضات ولايجوز تواجد قاعدة تأمر بالقيام بعمل معين واخرى تمنع القيام به. ويجب ان يكون النظام القانوني مترابطا وخلوا من التناقضات ، والتعارض اما ان يكون:-

١- تعارضاً منطقياً

٢- تعارضاً عملياً

الفرع الاول

التعارض_المنطقي وطرق رفعه :

اذا وجد القاضي (وهو المكلف بعدم الامتناع عن الحكم في الواقعة المعروضة امامه) تعارض يجب عليه رفعه ونختار قاعدة واحدة يفضلها عن القواعد الاخرى وهذا الاختيار يخضع الى معايير متعددة وهي :-

١- قاعدة النسخ الضمني :

وهي تعارض في تشريعات متساوية في القوة ومختلفة في التاريخ (ان كان التعارض جزئيا او كليا)**(٣٧)**

٢- قاعدة التدرج في التشريع :-

وهي تعارض واقع في تشريعات متفاوتة في القوة مثل القاعدة الواردة من الدستور تنسخ القاعدة الواردة في تشريع عام وهذه تنسخ القاعدة الواردة في النظام والاخيرة تنسخ القاعدة الواردة التعليمات.

الفرع الثاني

التعارض العملي وطرق رفعه:-

وهو ان تخفف إحدى القاعدتين بتجميد النتائج والآثار التي نشأت من القاعدة الثانية.

مجلة دجلة • المجلد ٢ ،العدد ٣ (٢٠١٩)، ص: ١٤٥ - ١٧٧
ISSN: 2222-6583

مثال-:

استراليا بلد كبير في مساحته قليل في سكانه وعلى هذا الأساس تسمح بدخول الأجانب اليها لأنها محتاجة الى الإكثار من السكان عن طريق منحهم الجنسية الاسترالية.

وتوجد دول تشكو من كثرة السكان وقلة المساحة مثل الهند ومصر وبزيادة ثلاثة أرباع المليون لكل سنة وهذا ينعكس على قانون الجنسية إذ تضع قيودا كبيرة منها (١٠ سنوات للإقامة وامتحان لغة وموافقة رئيس الدولة)

مثال : ليبيا

مستشار مصري وضع قانون الجنسية لدولة ليبيا بنفس قواعد القانون المصري وبنفس القيود في حين ان ليبيا دولة كبيرة وقليلة السكان.

وهذا تعارض عملي اذ يجب ان لا تتعارض الأهداف مع هذه القواعد. **(٣٨)**

قاعدة تغليب عبارة النص على غيرها :-

وهي تعارض في تشريعات متساوية في القوة مختلفة في تاريخ صدورها تغليب إشارة النص على دلالته.

المبحث الرابع

من يملك سد قصور القانون

اية سلطة في الدولة (التشريعية ام القضائية) تملك الحق بسد القصور؟

هذه مسألة دستورية دقيقة تتعلق بالفلسفة السياسية للبلد وتثير هذه المسألة ماعرف بمبدأ الفصل بين السلطات وقد سبق من نادى بالفصل بين السلطات وهو(مونتسكيو) في كتابه (روح القوانين) وكان حريصا على حماية الحريات الفردية على اساس ان الفرد ضعيف تجاه الدولة بما تملكه من سلطات وقوات مسلحة واجهزة ادارية ولذلك فكر بأفضل طريقة لحماية حريات الفرد الاساسية بالفصل بين السلطة التشريعية والقضائية والتنفيذية ونظريته معروفة تتلخص في (كل سلطة يجب ان تقوم بالوظيفة المنوطة بها ولايجوز لها ان تقوم بوظيفة منوطة لسلطة اخرى) أي المشرع له حق التشريع وليس له ممارسة القضاء او التنفيذ (ويسمح للقاضي تطبيق احكام نصوص التشريع ولا يجوز له ان يشرع اية قاعدة قانونية جديدة) ويقول (مونتسكيو) ان القاضي الذي يجمع بين التشريع والقضاء يصبح طاغية ولا يكون الافراد في مأمن على حريتهم وحقوقهم منه.

وكان يعتقد ان هذا الفصل بين السلطات ينتج عنه منافسة داخلية بين السلطات لان كل سلطة حريصة على ان لا تتدخل بالوظيفة المنوطة لسلطة اخرى وان الفرد سوف ينتفع من المنافسة على وجه تضمن له حرياته الاساسية ولو اخذنا بمبدأ الفصل بين السلطات المطلق تصل النتيجة التالية :-

١-هذا ما اخذت به الثورة الفرنسية اذ اصدرت قراراً من المجلس التأسيسي يمنع القضاة من اصدار الحكم في حالة نقص النص اوغموضه والتزمت بإرجاء النظر في الدعاوى المعروضة امامه لحين صدور قرارٍ بسد النقص او تفسير الغموض.

مجلة دجلة • المجلد ٢ ،العدد ٣ (٢٠١٩)، ص: ١٤٥ - ١٧٧
ISSN: 2222-6583

٢- وهناك سوابق في القانون الروماني في المدونة الذي حصر السلطة التشريعية بيد الامبراطور ومنع القضاة من تفسير او توضيح قواعد جديدة **(٣٩)**

* القانون السويسري :- نصت المادة الاولى من القانون المدني (ان على القاضي ان يحكم كما لو كان مشرعا حين يعدم النص في التشريع او يعدم العرف .

* القانـــون الايطالـــــــــي:- يحيل القاضي الى المبادئ العامة في قانون الدولة (م٣) فقط عند انعدام النص.

* القانون الفرنســـــــــي :- المادة (١٣٨٣) التوسع في تفسير النص وانشاء نوعي للقاعدة ويتم اثراء قاعدة موجودة في التشريع وتكملتها.

* القانـــــون المصري :- عند انعدام النص يحيل القانون المدني الى العرف ثم الشريعة الاسلامية ثم الى القانون الطبيعي ومبادئ العدالة.**(٤٠)**

* القانون العراقـــــــــي :- نص القانون المدني العراقي عند عدم وجود النص في التشريع يحيل الى العرف واذا لم توجد فيحيل الى مبادئ الشريعة الاسلامية بدون التقيد بنص معين وان لم يوجد يحيل الى مبادئ العدالة.**(٤١)**

المطلب الاول

طرق سد القصور في القانون العراقي

تتعلق طرق سد القصور بمصادر القاعدة القانونية ويوجد خلاف كبير في حصر مصادر القاعدة القانونية بعض المذاهب تحصر مصادر القاعدة على التشريع وحده وحسب هذا المبدأ المصدر: هو(إرادة المشرع وحده) وقد ازدهرت هذه الفكرة من عهد بابليون ونجد شبيها بهذا الاتجاه في بعض المذاهب الإسلامية (الفقه الإسلامي) وبعد الثورة الفرنسية طبق مبدأ الفصل بين السلطات ، ومسألة القصور تؤثر تأثيراً مباشراً في مدى الالتزامات القانونية التي تترتب على الأشخاص القانونية وينطبق هذا على القانون الدولي والقانون الداخلي وهذه الطرق هي:-

اولا- سد القصور من قبل المشرع

بإصدار قانون لاحق بنفس قوة القانون المتضمن للقصور ويطبق من تاريخ نشرة في الجريدة الرسمية.

ثانيا- سد القصور من قبل القاضي

باجتهاده بتطبيق النص التشريعي وهو المصدر الاساسي فاذا عرض نزاع قضائي امام القاضي المدني او غيره فعليه ان يبحث عن نصوص التشريع وهذه النصوص تسري بلفظها وفحواها واذا لم يوجد نص تشريعي فعلى القاضي ان يبحث في المصادر الواردة في المادة الاولى من القانون المدني العراقي وحسب التدرج القانوني، ولايجوز له الاعراض عن النص الوارد فيها اذ نصت المادة (٢) في القانون نفسه على مبدأ:- (لا مورد للاجتهاد في معرض النص) وهذه المصادر هي :-

١- النص التشريعي

٢- العرف

٣- الشريعة الاسلامية

٤- قواعد العدالة

ثالثا- دور القاضي في تطبيق مصادر القانون

مجلة دجلة • المجلد ٢ ،العدد ٣ (٢٠١٩)، ص: ١٤٥ - ١٧٧
ISSN: 2222-6583

١- اجتهاد ودور القاضي في تطبيق العرف وهو المصدر الثاني وتعريف العرف هو :-

(مجموعة القواعد التي درج الناس على اتباعها في معاملاتهم والتي لديها الزام النص التشريعي) ويعتبر العرف قاعدة قانونية لانه يعبر عن ارادة المجتمع وعن الحاجة العملية حسب تطور الظروف الاجتماعية والاقتصادية.

ويلاحظ ان المشرع العراقي قد قدم العرف على مبادئ الشريعة الاسلامية بخلاف القانون الجزائري الصادر سنة ١٩٧٥ المادة (١).

ونصت المادة (١٦٣) من القانون المدني العراقي (النص بالعرف كالتعيـــــين بالنص) والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم،ونصت كذلك المادة (٣٩٨) نفقات الوفـــــــــاء على المدين الا اذا وجد اتفاق او عرف او نص يقضـــــي بغير ذلك)وكذلك ان تفسير قانون العمل يكون لصالح العامل وان كان النص غامضا او متعارضا مع اخراو به خطأ او به نقص فأن الشك يفسر لصالح العامل لان هذا القانون شرع لحماية العامل باعتباره الطرف الضعيف الذي يجب حمايته. **(٤٢)**

٢- اجتهاد ودور القاضي في تطبيق الشريعة الاسلامية تعتبر الشريعة المصدر الثالث للقاعدة القانونية الرسمية يلجأ لها القاضي عند فقدان النص في التشريع والمقصود بمبادئ الشريعة الاسلامية هي القواعد الكلية الاساسية الي تقوم عليها الشريعة دون الاحكام التفصيلية دون التقييد بمذهب معين ومثال على تطبيق قضائي للشريعة الاسلامية.

قضت محكمة التمييز (النقض) بما يأتي:-

وعندما تعاشر الزوجة زوجها اكثر من ثلاث سنوات وهي تمكنه من نفسها دون جدوى ثم تطلب التفريق بسبب العقم فعلى المحكمة ان تقضي به ، لا ان تؤجله مدة سنة اخرى لان المدة المقضية هي اكثر من المدة المنصوص عليها من الفقرة الرابعة من المادة (٤٣/ اولا) من قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل الخاصة بعقم الزوج**(٤٣)**

٣-اجتهادالقاضي بتطبيق قواعد العدالة ماهي العدالة :- للعدالة معانٍ متعددة منها انها (فضيلة فردية سامية حميدة او فكرة اخلاقية مثالية بين البشر يسعى اليها والمحافظة عليها من المجتمع المتحضر او المساواة في معاملة الافراد وهي تلك القواعد الدائمة الى جانب القانون المؤسسة على العقل والنظر السليم وروح العدل الطبيعي بين الناس والتي ترمز الى الحلول مكان القاعدة القانونية لما فيها من القوة المعنوية المستمدة من سمو مبادئها اما قواعد العدالة من الشريعة الاسلامية فهي القواعد التي يرشد الى مبادئها العدل وكلمة التشريع المستمدة من روح النصوص ومن تطور الحياة الاجتماعية ويطلق عليها (الرأي) وهو مصدر من مصادر الاحكام الشرعية والرأي والاجتهاد قضائياً.**(٤٤)**

٤- المصادر الاحتياطية (غير الرسمية) لمصادر القاعدة القانونية

١- القضاء :-

لفظ القضاء يفيد ثلاثة معانـــــــي فقد يعني (مجموعة الاحكام الموجـــــــــودة من دولة معينة) وقد يراد به

مجلة دجلة • المجلد ٢ ،العدد ٣ (٢٠١٩)، ص: ١٤٥ - ١٧٧
ISSN: 2222-6583

(مجموعة الاحكام التي تصدرها المحاكم) وقد قصد به (مجموعة المبادئ القانونية المستخلصة من استقرار المحاكم على اتباعها والحكم بمقتضاها)وهو مصدر غير ملزم(٤٥)

ميـــزات

القضـــــــــــــــــــــــــــــاء :-

١- انه يشكل الجانب العملي للقانون ويتولى القاضي تطبيق القاعدة القانونية على ما يثبت فيه من القضايا.

٢- يتميز القضاء بطابعه درجة الواقعية ويقوم على مايتبع من منازعات لحسمها ويجعل من القانون مادة حية.

٣- ان المحاكم اقدر على تطبيق ما تراه من تفسير للقانون على المنازعات، وتخرج ماتراه الى حيز وجود. ومن الواضح ان القانون العراقي لايأخذ بالسوابق القضائية وفق المفهوم المعترف به في البلدان التي تأخذ بالسوابق القضائية.

استنادا الى نص المادة (١) فقرة (٣) من القانون المدني العراقي التي تتضمن (تسترشد المحاكم في ذلك بالأحكام التي اقرها القضاء والفقه في العراق) استنادا لنص المادة الانفة فأن المحاكم تسترشد بقرارات القضاء الصادرة من محاكم التمييز المستقرة قضائيا.

الفقـــــــــــــــــــــــــــــه

معنى الفقه هو العلم بالأحكام العملية المستنبطة من ادلتها التفصيلية، وهناك فرق بين الشريعة والفقه كما يلي :-

١- ان الفقه اخص من الشريعة فهو جزء منما تشتمل عليه الشريعة (٤٦)

٢- ان الشريعة هي الاساس الذي بنى عليه الفقه من الاحكام العملية المستنبطة من القرآن والسنة الشريفة.

٣- ان الفقه اضعف من الشريعة من حيث القوة الملزمة لان الشريعة الاسلامية بعثت من الوحي فهي تنزيل من الله تعالى عن طريق الوحي وان الفقه وان استند على الشريعة في احكامه الا ان للرأي والاجتهاد نصيب فيه وهو مصدر غير ملزم.

المطلب الثاني

دور القضاء الدستوري في سد النقص التشريعي

ان علم التشريع من العلوم الحديثة التي تطورت واصبحت علماً له قوته يسمى (بعلم الصياغة التشريعية) وظهرت نظريات جديدة حاليا لانتاج تشريع متكامل يعبر عن فكرة المشرع وفلسفته والقصور في النقص يكون اما عن غفلة من المشرع اوسهو وقد ظهرت في القضاء الدستوري وتطبيقاته منها: (٤٧)

نظرية الاغفال التشريعي

وهذا يعني اعطاء الصلاحية للقضاء الدستوري بكمال النصوص القانونية التي اغفل عنها المشرع ومنها (دستور جنوب افريقيا والدستور المصري) اما في العراق على الرغم من حداثة القضاء الدستوري فيه فقد تشكلت المحكمة الاتحادية بموجب الامر (٣٢) لسنة (٢٠٠٥) مع دخول العراق التجربة الديمقراطية وفق مبدأ الفصل بين السلطات فكان التشريع يصدر من السلطة التشريعية (مجلس النواب) ولان هذه التجربة حديثة فقد اصدرت قوانين لم يراع فيها فن الصياغة القانونية مما شاب بعضها النقص والغموض مما دعى الناشطين في المجتمع المدني بالطعن فيها

مجلة دجلة • المجلد ٢ ،العدد ٣ (٢٠١٩)، ص: ١٤٥ - ١٧٧
ISSN: 2222-6583

لدى المحكمة الاتحادية العليا وكان لهذه المحكمة الدور الكبير في معالجة النقص في التشريعات الدستورية تطبيقا اتسم بحكمة المجتهد ومعرفة العالم واعطت احكاما بما يتسم به القضاء العراقي من رصانة فضلا عن حمايتها للدستورمن التأويل. مثال على ذلك مايأتي :- **(٤٨)**

١- قرار عدد ٥٦/اتحادية /٢٠١٠ في ٢٠١٠/١٠/٢٤ عندما الغى الجلسة المفتوحة لمجلس النواب عندما لم يحصل التوافق (لعدم وجود نص التشريعات النافذة)

٢- قرار ١٣/ اتحادية /٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/٧/٣١

الذي هو نسبة (الكوتا النسائية) في مجلس النواب

عندما لم يكن لها نص من القوانين.

٣- قرار عدد ١٥/اتحادية/٢٠٠٨ في٢٠٠٨/١/٢١

الذي الزم السلطات باعتماد اللغة السريانية التركمانية

وهذه القرارات هي تطبيقاً لنظرية الاغفال التشريعية وصور من الرقابة للقضاء الدستوري.

في المناطق التي يعيش فيها كثافة سكانية لهذه المكونات اذ لم يصدربها قانون ينظم ذلك.

طرق وأساليب التفسير القضائي

١- الاستنتاج بطريق القياس

وهو اعطاء حالة غير منصوص على حكمها بنفس حكم حالة اخرى ورد نص بحكمها لتماثل العلة بين الحالتين أذا قرر المشرع الجنائي عدم توقع العقوبة على من يرتكب اضراراً لزوجها او زوجته او أصوله او فروعه طبق هذا القياس على حالتين لم ينص عليهما هما-:

أ- عملية (النصب) لنفس الاشخاص

ب- (خيانة الامانة لنفس الاشخاص) وتتم عملية

القياس من النص على النحو التالي تصرف

الصغير في ماله لا يجوز لعدم معرفته ولكن

تزويجه نفسه لا نص عليه فما الحكم ؟

الجواب:- تزويج نفسه لايجوز قياسا لاتحاد العلة**(٤٩)**.

٢- الاستنتاج من باب اولي

ويعني اثبات حكم واقعة منصوص عليها على واقعة

لم ينص على حكمها لان هذا الحكم من الحالة الغير

المنصوص عليها والمراد استنباط حكم لها اقوى اي

اكثر تواترا من علة الحكم من الحالة التي ورد بها

النص ,فأذا كان القانون الجنائي (يعتبر تلبس الزوجة بالزنا ظرفاً مخففاً لعقوبة الزوج اذا قتل الزوج زوجته

مجلة دجلة • المجلد ٢ ،العدد ٣ (٢٠١٩)، ص: ١٤٥ - ١٧٧
ISSN: 2222-6583

المتلبسة فمن باب اولى ان يكون الحكم بذلك اذا ضرب الزوج زوجته المتلبسة ضرباً مبرحاً واصابها بجراح اوعاهة مستديمة.

٣- الاستنتاج من مفهوم المخالفة-:

ويعرف فقه القانون بانه اعطاء حالة غير منصوص عليها حكما يكون عكس الحكم في حالة منصوص عليها لاختلاف العلة في الحالتين.

ومن الامثلة على ذلك ما نصت عليه المادة (١٢) من قانون العقوبات العراقي النافذ " لايسأل جزائياً من اكره على ارتكاب الجريمة (قوة مادية اومعنوية لم يستطع ردها) فعلة عدم المساءلة الجزائية هي ابتغاء البينة والاختيار اما اذا ثبت الاختيار واقدم الشخص على ارتكاب الجريمة باختياره وجبت المساءلة الجزائية لانتقاء العلة ومن الامثلة على ذلك (حكم بيع الاموال المستقبلة) في ظل القانون المدني المصري فقد حرم القانون بيع الحقوق في تركه انسان على قيد الحياة ولو برضاه ولكنه لم ينص على حكم بيع الشيئ المستقبل وقد جرى القضاء على (جواز بيع الاشياء المستقبلة عدا التركات المستقبلية) بطريق الاستنتاج من مفهوم المخالفة.

اما علم اصول الفقه الاسلامي فقد عرفوه (بأنه ثبوت نقيض حكم المنطوق به) او هي الحالة المنصوص على حكمها المسكوت عنه وهي الحالة التي يراد معرفة حكمها لعدم ورود نص بشأنها لانتقاء قيد القيود المعتبرة في الحكم (هي الشرط والصفة والغاية والعدد) (٥٠)

٤- تقريب النصوص المتعلقة بموضوع واحد من بعضها فأذا ساق المشرع عدداً من النصوص تتعلق بموضوع واحد كالحيازة او المسؤولية وشرع المفسر في تفسير احدها وجب عليه ان ينظر اليها جميعا بنظرة شاملة دون ان يكرس جهده على نص واحد فمن المحتمل ان تخالفها بعض النصوص في الحكم للبعض الاخر لذا يجب عليه المقارنة والتفريق بين اللفظ الغامض من النص ومن غيره من الالفاظ او بين النصوص المتعارضة مثال-:

المادة (٢١٨) من القانون المدني العراقي تنص على أن(يكون الاب ثم الجد ملزما بتعويض الضرر الذي احدثه الصغير) ولفظ الجد جاء مطلقا (اب الاب او اب الام) في حين ورد بالمادة (١٠٢) في القانون نفسه يفيد بلفظ الجد بكونه الجد الصحيح هو (اب الاب) اذن الجد الصحيح هو الملزم بالتعويض اذ لم يكن للصغير اب حي (وهذا طريق تقريب النصوص).

المطلب الثالث

قواعد العدالة ام مبادئ القانون الطبيعي الطريق الاسلم لسد النقص ؟

هذا المصدر الرابع والاخير للقانون المصري ولم يأخذ القانون المدني العراقي (بمبادئ القانون الطبيعي) لان النزعة الفردية عريقة في وجودها آمن بها الرومان ولكنها برزت بانتعاش في القرن السابع عشر والثامن عشر في الفكر الفلسفي وبلغت ذروتها على يد رجال الثورة الفرنسية الذين افتوا بتحرير الفرد من ظلم الحاكم وطغيان الدولة .

تستند هذه النزعة الى مذهب القانون الطبيعي الذي نادى بوجود مبادئ عامة خالدة (توصي بالحق والعدل) وتكون مثلا اعلى لكل مشرع واوجب على كل مشرع ان يكشف عنها بعقله ليدرجها في قوانينه (٥١)

Equity مفهـــــوم العدالـــــــة

مجلة دجلة • المجلد ٢ ،العدد ٣ (٢٠١٩)، ص: ١٤٥ - ١٧٧
ISSN: 2222-6583

مفهوم العدالة وبعبارة ادق (عدالة الملائمة) وهي تقابل العدل justice والعدل هو المطابقة للقانون اما عدالة الملاءمة فتتطلب الخروج على عموم القاعدة بالنسبة الى الحالات الشاذة حتى يتلاءم القانون مع مقتضيات الحياة (٥٢)ولايختلف مفهوم عدالة الملاءمة لدى فقهاء القانون الطبيعي(جروسيوس وسواريز ويو فندروف)وخاصة لمؤسسي الفقه الانكليزي (بلاكستون وستوري) ويجب ان يصدر اجتهاد القاضي في الحالات الشاذة. قبل كل شيئ من اعتبارات موضوعية لا عن تفكير ذاتي والذي استقر في الفقه العالمي على ان (عدالة الملاءمة تقتضي مراعاة الظروف الخاصة بكل حالة على حدة ، بحيث يستنتج من هذه الظروف القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على ضوء المبادئ العامة للقانون) و متى استخلصت القاعدة يجب تطبيقها في كل الاحوال التي تتوافر فيها الظروف نفسها لان من صفات القاعدة القانونية العموم (٥٢) ومبادئ القانون الطبيعي يلاحظ عليه انه لايتضمن قواعد دقيقة محددة قابلة للتطبيق بل هو من المبادئ او القيم المثالية التي تقررها البشرية جمعاء فالقاضي لايجد امامه قواعد لتطبيقها لذا فأن القانون المدني العراقي لم يأخذ بهذا المصدر وانما حدد المصدر الرابع هو (مبادئ العدالة) فقط في حين اخذ بها القانون المدني المصري كمصدر رابع هو مبادئ (القانون الطبيعي) ومبادئ العدالة اضافة الى ان المصدر الثالث للقاعدة القانونية (مبادئ الشريعة الاسلامية) المصدر الاحتياطي الاول بعد التشريع هي الادق والاكثر انضباطا مع القانون الطبيعي وان مبادئ العدالة تعوض عن مبادئ القانون الطبيعي واذا كان القانون بالنسبة لانصار مذهب القانون الطبيعي يجد اساسه في مبادئ خالدة ذات وجود موضوعي يكتشفها العقل البشري(٥٣)او يجدها في(طبيعة الاشياء)واذا كان القانون (كل القانون) يجد اساسه في ارادة المشرع (الدولة) وفقا لمذهب القانون الوضعي فأن مذهب القانون الاجتماعي يؤكد (حقيقة) اخرى هي ان القانون يجد أساسه في المجتمع وبناء على ذلك فان القواعد القانونية ليست مدينة بوجودها الى المشـــــــرع ولا الى العقل بل ينتجها المجتمع تلقائيا لمجرد ان هناك حياة جماعية مشتركة فمتطلبات او ضرورات الحياة الاجتماعية هي التي تنجب القواعد القانونيـــــــــــة بحيث يكون لكل فئة اجتماعيـــــة قواعدها القانونية التي تفرض على اعضائها حكاما كانوا او محكومين وهذه الرؤية للقانون لم تتبلور الا نتيجة نشأة علم الاجتماع وتطوره. (٥٤)

مبدأ الفصل بين السلطات وسد النقص في التشريع

اننا امام مبدأ دستوري وهو ممارسة السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية اختصاصها ومهامها على اساس مبدأ الفصل بين السلطات (المادة ٤٧) دستور ٢٠٠٥ ، وقاعدة قانونية تقويمية تلزم بوجوب سد النقص في التشريع باللجوء الى مبادئ العدالة عندما لايجد حكما في احد مصادر القانون الوضعي المحدد في المادة (١) فقرة (٢) مدني.

ان الاخذ بالمبدأ الدستوري بصورة مطلقة يقف حائلا امام تطبيق القاعدة القانونية ، اي ان القاضي لايستطيع ان يسد النقص في التشريع اي يخلق (قاعدة قانونية) وهو عمل من اعمال السلطة

مجلة دجلة • المجلد ٢ ،العدد ٣ (٢٠١٩)، ص: ١٤٥ - ١٧٧
ISSN: 2222-6583

التشريعية.ولكن لما كان المشرع العراقي قد اعترف للقاضي بأن يكمل النقص في التشريع ، اي خلق (قاعدة قانونية) ، فأن هذا الاعتراف يكون اولاً في سبيل الاعتراف للقضاء بدور ما في خلق القانون ، وأول خطوة كذلك في سبيل الاعتراف بنسبية مبدأ الفصل بين السلطات الثلاث .

ولكن هل ان الاعتراف بدور القضاء اعتراف مطلق او مقيد ؟

الواقع ان القاضي عندما يخلق حلا عادلا للنزاع في حالة وجود نقص في مصادر القانون الوضعي ، فانه لايخلق بذلك قاعدة قانونية ، ولكنه يخلق فقط حلا فرديا ، والحكم الذي يصدره القاضي لاتكون له حجية الا بالنسبة لهذا النزاع بالذات ، ولايجوز التمسك به امام هذا القاضي نفسه او امام اي قاضٍ آخر غيره في نزاع آخر غير هذا النزاع بالذات.

ولكن القاضي وهو يخلق الحل العادل ،انما يستوحيه من قاعدة عامة اكتشفها (الفقيه جني) عن طريق الرجوع الى جوهر القانون وهو العدل ، او عن طريق الرجوع الى المبادئ العامة للقانون النابعة عن الفكرة العامة للوجود والسائدة في الدولة التي يباشر فيها القاضي وظيفته . وتكرار الاخذ بهذا الحل في المنازعات المتشابهة من شأنه ان يخلق قاعدة قانونية قضائية هي القاعدة التي اكتشفها الحكم الاول . ان هذه القاعدة القضائية ، لاترقى الى قوة القاعدة القانونية. ذلك لانها يمكن ان تلغى بقاعدة قضائية لاحقة اوبصدور قانون يتعارض او يلغي المبدأ الذي جاءت به القاعدة القانونية القضائية.(٥٥)

ومن التطبيقات القضائية في العراق ،في عام ١٩٧٣ اصدرت محكمة العمل العليا قرارا يقضي بسريان عقد العمل الباطل بأثر رجعي ، واكدت هذه المحكمة هذا الاتجاه بموجب قرارها الصادر في ٢٢ شباط ١٩٧٨ ،ونتيجة تكرار تطبيق المبدأ الوارد في هذه القرارات فقد انقلب الى قاعدة قضائية بعد ان كان حلا فرديا،ولم يصبح قاعدة قانونية الا بعد تبني المشرع هذا المبدأ ليضعه في نص قانوني (المادة ٩٥) من قانون العمل رقم ١٩٨٧/٧١.

وحتى نحقق مبدأ الفصل بين السلطات ،فأنه لابد من التأكيد ان القاعدة القانونية القضائية عند تطبيقها من قبل القضاء اذ لا يمكن ان تكون بصيغة الفرض على اساس انه قد(استقر عليه القضاء) او (ان القرار اصبح واجب الاتباع وانما تطبيقه ناتج عن قناعة القاضي ولتحقيق هدف وهو العدل الذي هو جوهر القانون.

خاتمة

الاستنتاجات والمقترحات

اولاً:- ان هناك صعوبة في حصر وقائع الحياة وان القاعدة القانونية يجب ان تجابه في صياغتها كافة الفروض والظروف وما يتجسد في التطورات والاحتمالات لذا فان الاسلوب الامثل عند تحديد القاعدة القانونية ذكر حالات انطباعها على (سبيل المثال) وليس (الحصر) مع فسح المجال امام القاضي للقياس حتى تشمل القاعدة مع مايطرأ من احداث جديدة.

ثانياً:- وجود تعارض بين المادة (٩٥) والمادة (١٣٤) في الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ فالاولى

مجلة دجلة • المجلد ٢ ،العدد ٣ (٢٠١٩)، ص: ١٤٥ - ١٧٧
ISSN: 2222-6583

تؤكد على عدم جواز انشاء محكمة خاصة وفي المادة الثانية انشاء المحكمة الجنائية العراقية العليا وهي (محكمة خاصة) ويجب ان تتبع القضاء الاعلى ولايعتبر محكمة خاصة ويجب رفع هذا التناقض.

ثالثاً:- وجود نقص في القانون بمعالجة الافعال والامتناعات التي تشكل جرائم حديثة كجرائم الاتصالات الانترنيت والكومبيوتر والجرائم الالكترونية وجرائم الهاتف ويجب تلاقي هذا بالنص عليها في قانون العقوبات (١)

رابعاً:- قانون اصول المحاكمات الجزائية لم ينص على مبدأ دستوري مهم (مبدأ البراءة) صراحة اي ان المتهم برئ حتى تثبت ادانته ولم يحدد مفهوم المتهم وحتى عندما يكون الشخص متهماً متى يمكن اتخاذ الاجراءات

خامساً:- مهمة القضاء هي تطبيق القواعد القانونية التي يضعها المشرع امام القضاء بمعاقبة الخارجين عن القواعد القانونية ام ابداء رأيهم في النزاع بين الاشخاص حول وجود القاعدة القانونية او تطبيقها ، فهم في الحقيقة يطبقون القواعد بالرغم من المخالفين له ، وعندما يفسرون القانون او يتأكدون من تطبيقه او عدم مطابقة علاقة معينة فهم يطبقون القانون ايضاً فأن طبيعة الخدمة التي يؤديها القضاة وهي اقامة العدالة عن طريق تطبيق القوانين وضمان احترام مضامينها نصا وروحا لغرض ان يتمتع القائمون بالحماية ضد تأثيرات الغير لذا وجب استقلال القضاء الذي تمليه احترام ارادة المشرع المعبر عنه بصيغة من قوانين يقوم القضاة بتطبيقها في اطار الفلسفة السياسية والاقتصادية والاجتماعية لنظام الحكم.

سادساً:- لايوجد نظام قانوني في العراق لاعتبار قرارات محكمة التمييز الاتحادية لها قوة ملزمة (السوابق القضائية) اذ ان المشرع في القانون المدني والمرافعات اخذ يعدم اقرار القوة الملزمة لهذه القرارات عدا الحالة المنصوص عليها في المادة (٢١٥) من قانون المرافعات المدنية لان اقرار مبدأ القوة الملزمة لقرارات محكمة التمييز تؤدى الى ما يأتي :-

١- تقيد حرية القاضي وتغلق الابواب امام الاجتهاد القضائي مما يجعل القضاء ماهو الا فم يتكلم بالقانون وقرارات محكمة التمييز الاتحادية .

٢- ولغرض مبدأ استقرار المعاملات ووحدة التفسير من جهة ومبدأ الفصل بين السلطات من جهة اخرى وسد النقص في التشريع لابد من الرجوع الى قناعة القاضي عند تطبيق المبادئ القضائية التي جاءت بها محكمة التمييز الاتحادية ليس باعتبارها واجبة الاتباع وانما علي اساس قناعة القاضي.بها

سابعاً:- نص القانون المدني العراقي المادة (١) الفقرة (٢) على (فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص القانون دون التقيد بمذهب معين فأذا لم يوجد نص فبمقتضى قواعد العدالة) .ان كثيراً من الباحثين يرى ان عبارة (الأكثر ملاءمة لنصوص القانون) زائدة ولا معنى لها في النص ولعدم وجود النص اصلاً لإمكان التلاؤم معه ولان

مجلة دجلة • المجلد ٢ ،العدد ٣ (٢٠١٩)، ص: ١٤٥ - ١٧٧
ISSN: 2222-6583

المشرع نص على (في حالة عدم وجود نص تشريعي) فاين الملاءمة لنص غير موجود وانا اؤيد رأي رفع العبارة المذكورة أنفاً

ثامناً :- من المستحسن تقديم المصدر الثالث للقاعدة القانونية وهو (الشريعة الإسلامية) قبل المصدر الثاني للقاعدة وهو(العرف) للاسباب الاتية:

- ان مبادئ الشريعة الإسلامية أكثر دقة وانضباطا من العرف .

٢- ان القانون المدني العراقي اعتمد في كثير من نصوصه على مبادئ الشريعة الإسلامية

٣- ولان قانون الأحوال الشخصية اعتمد على مبادئ الشريعة الإسلامية

تاسعاً :- نص القانون المدني العراقي المادة (٣) على (ماثبت على القياس وغيره لايقاس عليه) ونلاحظ هنا وجود القاعدة السلبية (فغيره لايقاس عليه) وعدم وجود القاعدة الايجابية في نص القانون التي تبيح للقاضي اللجوء الى القياس باعتباره مصدراً من مصادر القاعدة القانونية كما جاء في بعض القوانين منها القانون المدني النمساوي لسنة ١٨١١ ودستور البرازيل لسنة ١٩٣٤ والتقنين المدني الايطالي لسنة ١٩٤٣ومن الواجب النص على القياس صراحة كمصدر من مصادر القاعدة القانونية وحسب الترتيب الذي يضعه المشرع للقياس لا ان يذكر المشرع النص التشريعي للجانب السلبي للقياس ولايذكر الجانب الايجابي .

الهوامش

(١) د.سليمان مرقص شرح القانون المدني المجلد الاول ص(١٦)

(٢) د.عبد الباقي البكري وزهير البشير المصدر السابق ص٣٩

(٣) عبد الحسين القطيفي القصور في القانون ١٩٧٦ مجلة الاحكام القضائية عدد ٥٣

(٤) د.مصطفى الزلمي وعبد الباقي البكري المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية بغداد لايوجد سنة

(٥) د. عبد الحسين القطيفي المصدر السابق ص٤

(٦) عبد الباقي البكري وزهير البشير المدخل لدراسة القانون ص٣٢

(٧) د. ثروت انيس الاسيوطي مبادئ الحق ج١ ص٩٤ القاهرة ١٩٧٩

(٨) القاضي عواد حسين ياسين العبيدي - اتجاه المشرع العراقي في سد النقص في التشريع في الموقع الالكتروني مجلة التشريع والقضاء

(٩) د. ثروت انيس الاسيوطي مبادئ الحق ج١ ص ١٧٠ القاهرة

(١٠) أبو الفتح الشهرستاني الملل والحل كورنون لندن ج٢٠ نسخة ص١٥٤

(١١) د. عبد الحسين القطيفى المصدر السابق ص٢٦

(١٢) قانون الاحوال الشخصية رقم ٨٨ لسنة ١٩٥٩ م١

(١٣) القاضي د.صالح محسوب -السوابق القضائية ودورها فى الاستقرار القضائى - القضاء- عدد١,٢,٣,٤ ص ٣٣ بغداد ١٩٥٣

(١٤) قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩

(١٥) د.علي جمعة محارب دور الاجتهاد القضائى – مجلة القضاء عدد٤٦ سنة ٨٨ ص ٧٣

(١٦) ق العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ م(١٤٤)

(١٧) د.علي جمعة محارب دور الاجتهاد القضائي في تطوير القاعدة القانوني في مجلة القضاء عدد ١و٢ سنة ١٩٩١

(١٨) القاضي عواد حسين ياسين العبيدي المصدر السابق ص ١

(١٩) د. مصطفى الزلمي المبادئ العامة لعدالة القضاء في الاسلام مجلة دراسات قانونية دار الحكمة عدد ١٩٩٩/٢ بغداد ص٢٨

(٢٠) القاضي عواد حسين ياسين العبيدي – اتجاه المشرع العراقي في سد النقص– مجلة التشريع والقضاء مجلة فصلية العدد الثاني صدر لـــ(نيسان – ايار – حزيران) لسنة ٢٠١١ ص٣

(٢١) د. عبد الحسين القطيفي / تنازع المصادر في القانون المدنى العراقي مجلة الأحكام القضائية عدد ١ سنة ١٩٥٣

(٢٢) د. عزيز جواد هادي / القوة الملزمة لقرارات محكمة التميز الاتحادية مجلة القضاءالعدد ١و٢ص٥٧

(٢٣) د.ثروت انيس الاسيوطي المصدر السابق ص ٣٩٧

(٢٤) د. علي جمعة محارب المصدر السابق

(٢٥) عبد الباقي البكري وزهير البشير المصدر السابق ص١٢٦

(٢٦) د. ثروت انيس الاسيوطي – محاضرات القيت على طلبة الدراسات العليا جامعة بغداد ١٩٧٦

(٢٧) د. عبد الحسين القطيفي – المصدر السابق – ص٣٠

(٢٨) د. سهيل حسين الفتلاوي – المدخل لدراسة علم القانون / عمان – ص٢٦٦

(٢٩) د. ثروت انيس الأسيوطي – محاضرات ألقيت على طلبة الدراسات العليا في كلية القانون / جامعة بغداد ١٩٧٦

(٣٠) عبد الباقي البكري وزهير البشير – المصدر السابق ص١٢٦

(٣١) د. علي احمد عباس – الصياغة التشريعية وأثرها في تطبيق القانون – مجلة دراسات قانونية – عدد ٢١ في ٢٠٠٧ ص٦٤

(٣٢) د.علي جمعة محارب المصدر السابق ص٨٩

(٣٣) د.محمد احمد رمضان – دور القاضي في انشاء القاعدة القانونية – رسالة ماجستير بغداد / ١٩٨٥ (غير منشور) ص٢٨٥

(٣٤) د. سهيل حسين الفتلاوي – المصدر السابق ص٢٤٣

(٣٥) عبد الباقي البكري وزهير البشير – المصدر السابق ص١٢٥

(٣٦) د. علي احمد عباس – المصدر السابق ص٦٢

مجلة دجلة • المجلد ٢ ،العدد ٣ (٢٠١٩)، ص: ١٤٥ - ١٧٧
ISSN: 2222-6583

(٣٧) د. سهيل حسين الفتلاوي – المصدر السابق ص٢٥٠

(٣٨) د. ثروت أنيس الأسيوطي – محاضرات ألقيت على طلبة الدراسات العليا في كلية القانون / جامعة بغداد – ١٩٧٦

tqmag.net/news2.asp?page_nam per=p3&partition=&page=5

(٣٩) د.عبد الحسين القطيفي – تنازع المصادر في القانون المدني – مجلة الاحكام القضائية – سنة ١٩٥٣العدد الاول – ص٢٦٧ / بغداد

(٤٠)القانون المدني المصري المادة (١)

(٤١)القانون المدني العراقي المادة الاولى

(٤٢) قانون العمل رقم ٧١ – لسنة ١٩٨٧

(٤٣) حكم محكمة التمييز عدد (٣١٦ م ٣١٢) شخصية ١٩٨٦/٨٥ في ١٩٨٦ /٧/٢١

(٤٤) د. صالح محسوب – المصدر السابق ص٣٥

(٤٥) د.علي جمعة محارب – المصدر السابق ص٩١

(٤٦) د. عزيز جواد هادي – القوة الملزمة لقرارات محكمة التمييز الاتحادية – مجلة القضاء العدد ٢,١ سنة١٩٤٦– ص٥٧

(٤٧) د. مصطفى ابراهيم الزلمي وعبد الباقي البكري – المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية / جامعة بغداد– لاتوجد السنة

(٤٨) القاضي سالم رمضان الموسوي – دور القضاء الدستوري في معالجة النقص في التشريع – مجلة دراسات في القانون – بغداد / ٢٠٠٨

(٤٩) د. صلاح الدين الناهي – شرح القانون المدني – بغداد ١٩٥٣– ص٣٦

(٥٠) د٠عبد الكريم زيدان – الموجز من اصول الفقه – الطبعة الاولى بغداد ١٩٦٢ص١٨٠

(٥١) عبد الباقي البكري وزهير البشر – نفس المصدر السابق – ص ١٦٥

(٥٢) د. ثروت انيس الاسيوطي – مبادئ الحق – ج١ – ص٩٤ – سنة ١٩٧٤

(٥٣) د. منذر الشاوي – مذاهب القانون مجلة القضاء – عدد ٤,٣ سنة ١٩٤٨– ص٥

(٥٤) عزيز جواد هادى – المصدر السابق ص ٦٠٠

(٥٥) بحث منشور على الموقع الالكتروني http/ www/ iraqia/ --- view

المـــــصادر

١– د. ثروت انيس الاسيوطي فلسفة القانون محاضرات ألقيت على طلبة الدراسات العليا ١٩٧٦

٢– د. ثروت انيس الاسيوطي مبادئ القانون جزء (١) القاهرة ١٩٧٤

٣– د. ثروت انيس الاسيوطي فلسفة القانون التجاري مجلة مصر المعاصرة ١٩٦٦ القاهرة ٠

٤– د. حسن احمد بغدادي النقص النظري في أحكام التشريع – مجلة القضاء ١٩٤٥

٥– د. زهير الحسني منطقة الفراغ في القانون الدولي الإنساني وأثرها على تطويره بحث منشور على الموقع الالكتروني htt//shiweb.org/shia/aqaed/12pa77.htm

٦– القاضي سالم رمضان الموسوي قراءة في نص المادة (٢٤) في قانون المحكمة الجنائية

المختصة – مجلة دراسات في القانون للثقافة والإعلام / بغداد ٢٠٠٨

٧– القاضي سالم رمضان الموسوي دور القضاء الدستوري في معالجة النقص في التشريع / بحث منشورعلى الموقع
–:htt//www/aliwa/con.lb.

٨– د.سليمان مرقص الوافي في شرح القانون المدني / القاهرة ١٩٩٣

٩– د.سهيل حسين الفتلاوي المدخل لدراسة علم القانون– عمان ١٩٨٩

١٠– د.صلاح الدين الناهي شرح القانون المدني / بغداد دار المعرفة ١٩٥٣

١١– د. صلاح الدين الناهي اهم القرارات والاجتهادات القضاء بغداد ١٩٧٩

١٢– د.صالح محسوب السوابق القضائية ودورها في الاستقرار القضائي مجلة القضاء رقم ٥٣ لسنة ١٩٩٩/بغداد

١٣– القاضي ضياء شيت خطاب مصادر القانون المدني العراقي مجلة القضاء العدد الثاني السنة الربعة عشر ١٩٥٦ بغداد

١٤– د.ضياء عبد الله دراسة في الدستور والتشريع العادي بحث منشور على الموقع الموقع الالكتروني htt// at wikipdia

١٥– عبد الباقي البكري وزهير البشير المدخل لدراسة القانون بغداد / بيت الحكمة ١٩٨٨

١٦– د. عبد الحسين القطيفي القصور في القانون – بغداد ١٩٧٦

١٧– د. عبد الحسين القطيفي تنازع المصادر في القانون المدني العراقي مجلة الاحكام القانونية عدد اول المجلد الاول ١٩٥٣

١٨– د.عبد الكريم زيدان الوجيز في اصول الفقه الطبعة الاولى بغداد ١٩٦٢

١٩– د.عدنان احمد ولي مصادر القاعدة القانونية التجارية/ مجلة القضاء عدد ٣,٤

٢٠ – د.عزيز جواد هادي القوة الملزمة لقرارات محكمة التمييز الاتحادية مجلة القضاء العدد ١و٢ لسنة السادسة والاربعون بغداد

٢١– د.علي احمد عباس الصياغة التشريعية واثرها في تطبيق القانون/ مجلة دراسات قانونية عدد ٢١ لسنة ٢٠٠٧ بغداد

٢٢– د.علي جمعة محارب دور الاجتهاد القضائي في تطوير القاعدة القانونية/مجلة القضاء العدد الاول والثاني السنة السادسة والاربعون بغداد ١٩٩١

٢٣– القاضي عواد حسن ياسين العبيدي اتجاه المشرع العراق في سد النقص في التشريع بحث منشور على الموقع الالكتروني htt//www/ua bably.lon edu/lecture aspx

٢٤– مالك دوهان الحسن المدخل لدراسة القانون/ بغداد ١٩٦٠

٢٥– د.محمد احمد رمضان دور القاضي في انشاء القاعدة القانونية / رسالة ماجستيرغير منشورة بغداد ١٩٨٥

٢٦– محمد عبد الكريم الشهرستاني الملل والنحل جزء ٢ ص٢ / لندن طبعة كورنون

٢٧- د.مصطفى ابراهيم الزلمي المبادئ العامة لعدالة القضاء في الاسلام / مجلة دراسات قانونية العدد (٢)السنة الاولى ١٩٩٩

٢٨- د.مصطفى ابراهيم الزلمي وعبد الباقي البكري مبادئ الشريعة الاسلامية / جامعة بغداد – بدون سنة

٢٩- د.مصطفى ابراهيم الزلمي المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية بغداد سنة ٢٠٠٠

٣٠- د.منذر ابراهيم الشاوي مذاهب القانون / مجلة القضاء عدد ٣,٤ السنة الثالثة والاربعون بغداد ١٩٨٤

٣١- الاجتهاد القضائي العراقي الجزء الثالث بحث منشور على الموقع الالكتروني ttp//www.startimes.compt=31799926,

القوانين والقرارات

١- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١

٢- القانون المدني المصري

٣- قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم(١٨٨) لسنة ١٩٥٩

٤- قانون الاثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩

٥- قانون العقوبات رقم (١٤٤) لسنة ١٩٦٩

٦- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩

٧- قرارات المحكمة الاتحادية قرار عدد ٥٦/اتحادية لسنة ٢٠١٠

٨- قرارات المحكمة الاتحادية قرار عدد ١٣/اتحادية لسنة ٢٠٠٧

٩- قرارات المحكمة الاتحادية قرار عدد ١٥/اتحادية لسنة