مجلة الباحث العربي
Arab Researcher Journal
ISSN: 2709 – 0647/DOI: 10.57072
CC BY 4.0 License :المشاع الإبداعي
مجلد 4 عدد 3 (2023)

الاجتهاد القضائي وأثره في سدّ الفراغ التشريعي

Jurisprudence And Its Impact on Filling the Legislative Void

القاضي عوّاد حسين ياسين العبيدي، نائب رئيس محكمة استئناف كركوك، مجلس القضاء الأعلى – جمهورية العراق
Judge Awwad Hussein Yassin Al-Obaidi, Vice-President of the Kirkuk Court of Appeal, Supreme Judicial Council – Republic of Iraq

http://doi.org/10.57072/ar.v4i3.110

نشرت في 2023/11/15

المستخلص:

الفراغ في القانون أو سكوت القانون هو عدم ورود النص يحكم النزاع المعروض أمام القاضي، ولكون لا يمكن للقاضي أن يمتنع عن الحكم في النزاع المعروض عليه بحجة غموض القانون أو فقدان النص وإلا عُدَّ القاضي ممتنعاً عن إحقاق الحق، لذا لم تجز المادة (30) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969 المعدل لأية محكمة أن تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقصه ومن ثم للقاضي والحالة هذه أن يلجأ إلى الاجتهاد لسد الفراغ التشريعي.

فالفراغ التشريعي يظهر إلى الوجود في الواقع العملي عند غياب النص القانوني لحكم الواقعة المستجدة أو غموض حكمه، مما يؤدي إلى دخول النص الغامض إلى منطقة الفراغ التشريعي ومن ثم يتوجب على القاضي الاستعانة بآليات سد الفراغ التشريعي وهي: القياس والحيل القانونية والعدالة، لغرض معالجة الفراغ التشريعي وإزالة الفجوة بين قصور النص على استيعاب الواقعة المعروضة محل النزاع والتطور الحاصل في الحياة بما يخلق الملائمة والموائمة بين النص القانوني والواقعة المستجدة من خلال تطويع النصوص القانونية وإعطائها أحكام واسعة أو الاستعانة بالحكمة التشريعية من النص أو الغاية التي يهدف إلى تحقيقها وصولاً إلى الحكم العادل.

الكلمات المفتاحية: الاجتهاد القضائي، الفراغ التشريعي.

Abstract:

Legal Void or Silence of the Law is the absence of a legal provision that governs a dispute brought before a judge. The judge cannot abstain from making a judgment in a case on the grounds of the law being unclear or lacking a specific provision. Otherwise, the judge would be considered derelict in upholding justice. Therefore, Article 30 of the Iraqi Civil Procedure Law No. 83 of 1969, as amended, does not allow any court to abstain from making a judgment on the basis of legal ambiguity or absence of text. In such cases, the judge has to resort to judicial interpretation to address the legislative void.

Legislative vacuum becomes evident in practical reality when there is absence of a legal text governing a new situation or when the ruling on a matter is unclear. This necessitates the entry of the ambiguous text into the realm of legislative vacuum, and it then becomes the responsibility of the judge to utilize mechanisms to fill the legislative vacuum. These mechanisms include analogy, legal tricks, and justice, with the aim of addressing the legislative gap and bridging the divide between the text's inadequacy in addressing the disputed situation and the developments occurring in real life. This is achieved by adapting legal texts and granting them broader provisions or by drawing on legislative wisdom from the text or its intended objectives to reach a fair judgment.

Keywords: jurisprudence, legislative void.

المقدمة:

يواجه القاضي عند تطبيق القانون مشاكل جمّة، وهذه المشاكل قد تفرزها القاعدة القانونية ذاتها، أما لعيب في صياغتها أو لتعدد القواعد القانونية التي تحكم نفس الموضوع

استلم البحث في 2023/01/20 قبل للنشر في 2023/11/09

والامثلة البارزة على هذه الحالات تتجسد في غموض نصوص القانون، والتضخم التشريعي، ومن إفرازات الواقع عند تطبيق القانون تتجلى في عدم وجود نص يمكن تطبيقه مباشرة على النزاع المعروض أمام القضاء وهذه الحالة الأخيرة تسمى بـ ((الفراغ التشريعي)).

إن الفراغ التشريعي يلقي عبئاً ثقيلاً على القاضي دون غيره من رجال الفقه والباحثين، وآية ذلك أن القاضي ملزم بإيجاد حل للنزاع المعروض عليه وهذا الالزام يجد سنده في نصوص القانون فقد نصت المادة (30) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 على: ((لا يجوز لأية محكمة ان تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقصه والا عدّ القاضي ممتنعاً عن احقاق الحق، ويعد أيضاً التأخر غير المشروع عن اصدار الحكم امتناعاً عن احقاق الحق)) فإذا امتنع القاضي عن الحكم في الدعوى يُعدُّ مرتكباً لجريمة ((انكار العدالة)).

وبناءً على ما تقدم يتوجب على القاضي سد الفراغ التشريعي والوصول إلى الحكم العادل في النزاع المعروض عليه عن طريق الاجتهاد القضائي وعلى هذا الأساس آثرنا الكتابة في هذا البحث الموسوم ((الاجتهاد القضائي وأثره في سد الفراغ التشريعي)) مما يتوجب بيان أهمية الدراسة وإشكاليتها وفرضيتها ومنهجيتها والصعوبات التي تواجهها واخيراً هيكلية الدراسة (خطة البحث).

أولاً: أهمية الدراسة:

إن النقص في التشريع حقيقة لا مناص منها، ومن ثم فإن الفراغ التشريعي يتمثل في الواقع العملي بصور شتى منها غموض النصوص التشريعية، أو فقدانها اصلاً، مما توجب على القاضي اللجوء إلى الاجتهاد القضائي للوصول إلى الحلول العادلة والعاجلة للقضايا المعروضة في ساحة القضاء، ومحراب العدل ومن هنا تتضح أهمية الدراسة.

ثانياً: إشكالية الدراسة:

إن قصور النصوص التشريعية عن استيعاب الوقائع المستجدة بسبب فقدان النصوص أو غموضها يؤدي إلى حصول فجوة واسعة بين النص القانوني والواقعة الاجتماعية، وان عزل القانون عن الواقع ومواكبة التطور، والاحاطة بالوقائع المستحدثة هو ما يسمى بـ ((ظاهرة الفصام بين الواقع والمجتمع)) ويترتب على ذلك كثرة التعديلات القانونية على نحو يكشف عن مدى قصور فهم المشرع للواقع الاجتماعي أو تباطؤه عن مواكبة التطور فيحصل نوع من ((الفراغ التشريعي)) وهنا تتجسد مشكلة الدراسة.

ثالثاً: فرضية الدراسة:

إن إلزام القاضي بالفصل بالنزاع المعروض عليه وبموجب نصوص صريحة منها المادة (30) من قانون المرافعات المدنية في العراق رقم (83) لسنة 1969 يطرح العديد من الفرضيات كيف يمكن للقاضي معالجة الفراغ التشريعي والوصول إلى الحكم العادل والمنصف؟ ما هو نطاق اجتهاد القاضي في حالة انعدام النص القانوني؟ ما هي الآليات التي يمكن للقاضي من خلالها سد الفراغ التشريعي؟ وما هي الوسائل المتاحة في مثل هذه الحالات؟ وما هو السند القانوني لاجتهاد القاضي؟ وهل ان سلطة القاضي مطلقة في الاجتهاد؟ هذه الفرضيات هي جوهر هذه الدراسة.

رابعاً: منهجية الدراسة:

للوصول إلى الإجابة على فرضيات الدراسة تم الاستعانة بالمنهج الوصفي التحليلي الذي عماده وصف النصوص كما هي دون زيادة أو نقصان ومن ثم تحليلها لاستنباط الأحكام منها، ولغرض إضفاء الصبغة العملية على الدراسة تم الاستشهاد بالأحكام القضائية ما وجد إلى ذلك سبيلاً.

خامساً: صعوبة الدراسة:

هناك أسباب عديدة للفراغ التشريعي فقد يكون راجعاً إلى فقدان النص أو غموضه أو نقصه، وقد يكون الفراغ التشريعي راجعاً إلى الصياغة القانونية، ففي أحيان كثيرة يلجأ المشرع إلى صياغة النصوص لأسباب سياسية أو الاعتماد على معيار مرن لصعوبة تحديد بعض المصطلحات مثل النظام العام والآداب، وبالتالي لا توجد محددات معينة أو ضوابط دقيقة لمعالجة الفراغ التشريعي تحت تأثير الفلسفة التشريعية لمختلف النظم القانونية، وهنا تتجلى صعوبة الدراسة.

قسم الأول: مفهوم الاجتهاد القضائي

يتوجب على القاضي إيجاد حل للنزاع المعروض عليه وحسمه بإصدار الحكم المناسب في حالة غموض النص، أو قصوره أو فقدانه وما إلى ذلك سبيل إلاّ من باب الاجتهاد.

لذا سنتناول هذا القسم في فصلين نخصص الفصل الأول لتعريف الاجتهاد ومشروعيته ونخصص الفصل الثاني لشروط المجتهد ونطاق الاجتهاد.

الفصل الأول: تعريف الاجتهاد ومشروعيته

يعدّ الاجتهاد من المصطلحات التي بحاجة إلى تعريف وتوضيح لذا انبرى رجال الفقه إلى تعريفه والخوض في مدى مشروعية الاجتهاد عليه سنتناول هذا الفصل في فرعين نخصص المبحث الأول لتعريف الاجتهاد ونخصص المبحث الثاني لمشروعية الاجتهاد.

المبحث الأول: تعريف الاجتهاد

لغرض إعطاء فكرة واضحة عن الاجتهاد لابد من تعريف الاجتهاد لغة واصطلاحاً وبيان مدى العلاقة بين التعريف اللغوي والاصطلاحي وهذا ما سنتناوله في الفقرات الآتية:

أولاً: تعريف الاجتهاد لغةً:

الاجتهاد في اللغة مأخوذ من الجهد بفتح الجيم وضمها وهو المشقة ومنه قوله تعالى: ﴿ ٱ ضم طح ظم عج عم غج غم فج فحفخ فم قح قم كج كحكخ﴾[1].

والجَهْدُ والجُهْد: الطاقة تقول: أَجَهْدُ جَهْدَك وقيل الجَهْد المشقة والجُهْد الطاقة، الجَهْدُ ما جَهَدَ الانسان من مرض أو أمر شاق فهو مجهود[2].

والاجتهادُ أخذ النفس ببذل الطاقة وتحمل المشقة، يقال جَهدْت رأي وأجْهَدْتُهُ أتعبته بالفكر[3].

ثانياً: تعريف الاجتهاد في الاصطلاح:

لقد ذكر الفقهاء المسلمون للاجتهاد في الاصطلاح العديد من التعريفات وهي إن اختلفت في المبنى إلا أنها توشك ان تتفق بالمعنى وان الاختلاف في تعريف الاجتهاد يمكن إرجاعه إلى النظر إليه من زوايا عدّة فمن الفقهاء من يصدر في تعريف الاجتهاد على اعتبار ان الاجتهاد هو فعل المجتهد ومنهم من يرى أن الاجتهاد كونه صفة للمجتهد وهناك فريق ثالث من ينظر إلى تعريف الاجتهاد من حيث ذكر بعض القيود وعدم ذكرها وهذا ما سنتناوله بإيجاز شديد[4].

1. اعتبار أن الاجتهاد فعل المجتهد:

عرف الإمام الغزالي الاجتهاد بأنه ((بذل المجتهد وسعه في طلب العلم بأحكام الشريعة))[5].

عرف الإمام سيف الدين الآمدي الاجتهاد بأنه: ((استفراغ الوسع في طلب الظن بشيء من الأحكام الشرعية على وجه يحس من النفس العجز عن المزيد فيه))[6]، وهناك من الفقهاء المسلمين من جمع بين الكلمتين حيث قال في تعريفه ((الاجتهاد في عرف الفقهاء استفراغ الوسع وبذل المجهود في طلب الحكم الشرعي))[7].

2. اعتبار الاجتهاد كونه صفة للمجتهد:

---

[1] سورة الأنعام، الآية (109).

[2] ينظر: العلامة أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الافريقي المصري، لسان العرب، المجلد الثالث، دار صادر، ط4، بيروت، لبنان، 2005، ص223 – 224؛ وكذلك الامام إسماعيل بن حماد الجوهري، معجم الصحاح، قاموس (عربي – عربي)، اعتنى به مأمون شيحا، دار المعرفة، ط3، بيروت، لبنان، 2008، ص194.

[3] ينظر: العلامة أبو القاسم الحسين بن محمد بن المفضل المعروف بالراغب الاصفهاني (ت سنة 503 هـ)، معجم مفردات الفاظ القرآن، ضبطه وصححه وخرج آياته وشواهد إبراهيم شمس الدين، دار الكتب العلمية، ط3، بيروت – لبنان، 2008، ص 114.

[4] ينظر: د. نادية شريف العمري، الاجتهاد والتقليد في الاسلام، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، ط1، بيروت، لبنان، 1425هـ – 2004م، ص29 – 33 (بتصرف واختصار).

[5] ينظر: أبو حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي، المستصفى في علم الأصول، ج2، ط1، مصر، 1356هـ – 1937م، ص101.

[6] ينظر: سيف الدين ابو الحسن علي بن ابي علي بن محمد الآمدي، (ت 631هـ)، الأحكام في أصول الأحكام، ج4، مطبعة المعارف بمصر، 1332هـ، ص162.

[7] ينظر: ابو اسحاق بن علي الشيرازي، (ت 476هـ)، اللمع، طبعة الحلبي، ص57.

فقد صدر أصحاب هذا الاتجاه تعريفهم بكلمة (ملكة) وقالوا فيه ((إنه ملكة يقدر بها على استنباط الأحكام الشرعية العلمية من أدلتها التفصيلية)) وهذه التعريف نجده في كتب المحدثين وكثير من الشيعة فيعرف عندهم بأنه: ((ملكة تحصيل الحجج على الأحكام الشرعية، أو الوظائف العملية، شريعة أو عملية))[1].

3. من حيث ذكر بعض القيود عند تعريف الاجتهاد أو عدم ذكرها:

فقد عرف القاضي البيضاوي الاجتهاد بأنه: ((استفراغ الجهد في درك الأحكام الشرعية))[2]، وسبق ذكر تعريف الإمام الغزالي للاجتهاد بأنه: ((بذل المجتهد وسعه في طلب العلم بأحكام الشريعة))، كما عرف الاجتهاد ابن الحاجب بقوله: ((استفراغ الوسع لتحصيل ظن بحكم شرعي))، كما عرف الكمال بن الهمام الاجتهاد بأنه: ((بذل الطاقة من الفقيه في تحصيل حكم شرعي عقلياً أو نقلياً قطعياً كان أو ظنياً))[3]، وعلى هذا التحقيق يكون الاجتهاد في العقليات والنقليات كما يكون في القطعيات والظنيات خلافاً لما نقله الشوكاني وهذه الرأي أعمّ وأشمل وأولى بالاختيار. وعلى هذا يكون تعريف الكمال بن الهمام أفضل التعاريف؛ لأنه شمل من تعريف الكمال بن الهمام ليكون تعريف الاجتهاد بأنه: ((بذل الطاقة في تحصيل حكم شرعي عقلياً كان أو نقلياً قطعياً كان أو ظنياً))[4].

وكذلك الشأن في الاستحسان والاستصلاح والرأي على ما يرى الشيخ عبد الوهاب الخلاف الذي يقول: ((إن الاجتهاد بالرأي من أنواع الاجتهاد العام لأن الاجتهاد العام يشمل بذل الجهد للتوصل إلى حكم بتطبيق قواعد الشرع الكلية ويشمل بذل الجهد للتوصل إلى حكم بتطبيق قواعد الشرع الكلية ويشمل بذل الجهد للتوصل إلى الحكم المراد من النص الظني الدلالة يشمل بذل الجهد للتوصل إلى الحكم فيما لا نص فيه بالقياس أو الاستحسان أو الاستصلاح أو غير هذا من الوسائل التي أرشد الشرع إليه للاستنباط فيما لا نص فيه))[5].

ثالثاً: العلاقة بين المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي للاجتهاد:

بعد أن ذكرنا التعريف اللغوي والتعريف الاصطلاحي للاجتهاد يمكن القول إن المعنى الاصطلاحي لم يبتعد عن المعنى اللغوي فالتوافق بين المعنيين ظاهر، ونقطة الالتقاء بينهما واضحة هي المبالغة في كلا الاستعمالين ومن ثم فان بين المعنيين عموماً وخصوصاً مطلقاً، أما استعمالها اللغوي فهو العموم، وهو مطلق الكلفة والمشقة وأما استعمالها في الاصطلاح الأصولي فهو مختص ببذل الوسع لاستنباط الحكم الشرعي وهذا هو الشأن في علاقة التعريف اللغوي بالتعريف الاصطلاحي غالباً[6].

المبحث الثاني: مشروعية الاجتهاد

يستدل في مشروعية الاجتهاد بحديث سيدنا محمد (صلى الله عليه وسلم) لمعاذ بن جبل عندما ولاه اليمن فقال له الرسول (صلى الله عليه وسلم) كيف تقضي يا معاذ قال أقضي بكتاب الله قال فان لم يكن في كتاب الله؛ قال: اقضي بسنة رسول الله، قال فان لم يكن في سنة رسول الله (صلى الله عليه وسلم) قال: اجتهد رأي ولا آلو. وضرب رسول الله (صلى الله عليه وسلم) على صدر معاذ وقال الحمد الله الذي وفق رسول الله لما يرضى الله ورسوله[7]. ومن هذا المنهج المتحرر راح (صلى الله عليه وسلم) يشجع أصحابه على الاجتهاد فقد روي

---

(1) ينظر: السيد محمد تقي الحكيم، الأصول العامة للفقه المقارن، ط2، دار الاندلس، بيروت، لبنان، 1979، ص563.

(2) ينظر: السنوي، الشرح المناهج للبيضاوي، ج3، ص1969، نقلاً عن: د. نادية شريف العمري، مصدر سابق، ص31.

(3) ينظر: كمال الدين محمد بن عبد الواحد، (ت ٥٩٣ هـ)، التحرير مع التقدير والجبير لابن امير الحاج، طبعة بولاق، ص523.

(4) ينظر: د. نادية شريف العمري، مصدر سابق، ص43.

(5) ينظر: عبد الوهاب الخلاف، مصادر التشريع فيما لا نص فيه، ط٣، دار القلم، الكويت، ١٣٩٢هـ – ١٩٧٢م، ص8.

(6) ينظر: د. نادية شريف العمري، مصدر سابق، ص38.

(7) ينظر: أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري، البغدادي الماوردي، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، ضبطه وصححه احمد عبد السلام، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2006، ص62.

أن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) نظر إلى عمرو بن العاص عند عروض قضية من القضايا وقال له: ((احكم)) فقال: ((أأجتهد وأنت حاضر؟)) فأجابه الرسول (صلى الله عليه وسلم) ((نعم، إن أصبت فلك أجران وان اخطأت فلك اجر)) متفق عليه[1].

وذهب الشهرستاني إلى وجوب الاجتهاد بقوله ((نعلم قطعاً ويقيناً ان 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 علم قطعاً أن الاجتهاد والقياس واجب الاعتبار حتى يكون بصدد كل حادثة اجتهاد ثم لا يجوز أن يكون الاجتهاد مرسلاً خارج عن ضبط الشارع....))[2].

ورحم الله ابن قيم الجوزية عندما قال ((ولا يمكن للمفتي ولا الحاكم من الفتوى والحكم بالحق إلا بنوعين من الفهم أحدهما فهم الوقائع والفقه فيه واستنباط علم حقيقة ما وقع بالقرآن والإمارات والعلامات التي يحيط بها علماً، والنوع الثاني فهم الواجب في الواقع وهو فهم حكم الله الذي حكم فيه في كتابه أو على لسان رسوله في هذا الواقع ثم يطبق أحدهما على الآخر...))[3].

الفصل الثاني: شروط المجتهد ونطاق الاجتهاد

لا شك بان هناك شروط يجب توافرها بالمجتهد ليمكن الأخذ باجتهاده كما أن الاجتهاد لا يمكن أن يكون مطلقاً بل لابد من وجود نطاق للاجتهاد لذا ستتناول هذا الفصل في مبحثين نخصص المبحث الأول لشروط المجتهد ونخصص المبحث الثاني لنطاق الاجتهاد.

المبحث الأول: شروط المجتهد

إن من شروط الواجب توافرها في المجتهد على رغم اختلاف علماء الإسلام في تحديد عدد تلك الشروط إلا أنه يمكن القول إن علماء الإسلام في جملة المذاهب الإسلامية يشترطون بالمجتهد أن يكون عالماً بأصول الأحكام الشرعية مرتاض بفروعها حتى يجد طريقاً على العلم بأحكام النوازل وتمييز الحق من الباطل[4]، وان أصول الأحكام الشرعية كما قررها أغلب فقهاء الشريعة أربعة أدلة نلخص مضمونها بإيجاز شديد وهي[5]:

1. العلم بالكتاب على الوجه الذي تصح به ما تضمنته من الأحكام.
2. العلم بسنة رسول الله (صلى الله عليه وسلم) الثابتة من أقواله وأفعاله ومعرفه الصحيح منها والضعيف.
3. العلم بتأويل السلف الصالح فيما اجمعوا عليه أو اختلفوا فيه ليتبع الإجماع ويجتهد برأيه في الاختلاف وحتى لا يخرج باجتهاده عما عليه الاجتماع.
4. العلم بالقياس الموجب لرد الفروع المسكوت عنها إلى الأصول المنطوق بها والمجمع عليها. والقياس هو: ((إلحاق واقعة لم يرد في حكمها نص ولا إجماع بواقعة ثبت حكمها بأحدهما لاشتراكهما في علة الحكم))[6].

---

[1] ينظر: محمد بن إبراهيم، الاجتهاد والعرف، دار السلام للطباعة والتوزيع والترجمة، القاهرة، دار سحنون للنشر والتوزيع، نشر مشترك، ط1، 1430هـ- 2009، ص51.

[2] ينظر: الامام أبو الفتح محمد بن عبد الكريم الشهرستاني، الملل والنحل، صححه وعلق عليه الأستاذ احمد فهمي، المجلد الأول، ط7، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2007، ص210.

[3] ينظر: الامام شمس الدين أبي عبد الله محمد بن قيم الجوزية، اعلام الموقعين، حققه وأخرج أحاديثه وعلق عليه بشير محمد غيوث، ط1، المجلد الأول، مكتبة دار البيان، دمشق، 2000، ص86.

[4] ينظر: د. ضاري خليل محمود، الاجتهاد وحقوق الانسان في الإسلام، دار الشؤون الثقافية العامة، الموسوعة الصغيرة، بغداد، 1996، ص18.

[5] ينظر: د. محمد مصطفى الشبكي، أصول الفقه الإسلامي، ج1، ط4، الدار الجامعية، بيروت، 1983، ص71. وكذلك د. مصطفى إبراهيم الزلمي، فلسفة الشريعة، دار الرسالة للطباعة، بغداد، 1989، ص207.

[6] ينظر: الجرجاني، مصدر سابق، ص165 – 166.

المبحث الثاني: نطاق الاجتهاد

إن الاجتهاد لا يكون مطلقاً في كل الأحوال بل له مساحة أو منطقة محددة للاجتهاد وهناك منطقة أخرى لا سبيل إلى الاجتهاد فيها لذا سنتناول بيان منطقتي الاجتهاد وكما يأتي[1]:

- **المنطقة الأولى: التي يجوز الاجتهاد فيها وتنقسم إلى منطقتين:**
  - **أولهما: منطقة ما لا نص فيه:**

وهذه المنطقة مما تركه الشارع لنا قصداً – رحمة بنا – غير نسيان ليملأ المجتهدين هذا الفراغ مما يحقق مقصد الشارع وفق مسلك الاجتهاد التي يتبعها المجتهدون من قياس، أو المصلحة المرسلة أو الاستحسان أو استصحاب الحال وغير ذلك.

وآية ذلك ان هناك نصوصاً وردت مطلقة أو عامة أو مجملة لتدع للناس حرية الحركة في الاجتهاد لأنفسهم في ضوء الأصول الكلية وفق مصالح مجتمع وظروف عصرهم ومن النصوص قوله تعالى: ﴿ آ ﴾[2]، ﴿ آ نى ني ﴾[3]، فهذين النصين مطلقين لم يحدد فيهما كيفية المشاورة ولا الصفات في الأشخاص الذين يمكن مشاورتهم أي اهل الشورى وهذا يعني فسح المجال للاجتهاد في شؤون الشورى وفقاً للقواعد الكلية ووفق مصلحة المجتمع وكذلك الحال في نظام الحكم وقوانين الإجراءات والمرافعات وغيرها.

  - **ثانيهما: منطقة النصوص الظنية:**

سواء كانت ظنية الثبوت ومعظم الأحاديث النبوية كذلك أم ظنية الدلالة ومعظم نص القرآن كذلك فوجود النص لا يمنع من الاجتهاد، كما يتوهم واهم، بل تسعة اعشار النصوص أو أكثر قابل للاجتهاد، وتعدد وجهات النظر، حتى في القرآن الكريم ذاته يحتمل تعدد الافهام في الاستنباط منه ولو أخذت آية مثل آية الطهارة في سورة المائدة والتي ورد فيها: ﴿ آ لخ لم لى لي مج مح مخ مم مى مي نج نح نخ نم نى ني هج هم هى هي يج يح يخ يم يى يي ذٰ رٰ ىٰ ﴾ ئر ئز ئم ئن ئى ئي بر بز بم بن بى بي ترتز تم تن تى تي ثر ثز ثم ثن ثى ثي فى في قى قي كا[4].

إن المتتبع لأحكام هذه الآية يجد أن العلماء المسلمون قد استنبطوا منها أحكاماً عدة وهي لا تخلو من الاختلاف في كيفية المسح والاجزاء التي يجب مسحها ومقدار ذلك وكيفية التيمم وشروطه... الخ كما هو مدون في الكتب الفقهية في المذاهب المختلفة.

- **المنطقة الثانية: التي لا يجوز فيها الاجتهاد:**

وهذه المنطقة في الشريعة الإسلامية منطقة مغلقة بأحكام لا يدخلها الاجتهاد، ولا يجد حاجة لدخولها، إنها (منطقة القطعيات في الشريعة) مثل وجوب الفرائض كالصلاة، والزكاة، والصيام، الحج وتحريم المحرمات اليقينية التحريم، كالزنا، والربا وأمهات الأحكام القطعية كأحكام المواريث المنصوص عليها بصريح القرآن الكريم وأحكام الحدود والقصاص وعدد الطلقات والمتوفى عنهن أزواجهن أو نحو ذلك مما جاءت به النصوص القطعية في ثبوتها القطعية في دلالتها هذا النوع من الأحكام لا يدخلها الاجتهاد وهو الذي يجسد الوحدة الفكرية والسلوكية للأمة[5].

ومن الأمثلة على اجتهاد الصحابة في مورد النص مما هو معروف فقهاً بعدم جواز مباشرة الصلاة من الجنب إلاّ بعد اغتساله من الجنابة وهذا الحكم تضمنته الآية الكريمة: ﴿ آ يم ين يى يي ئج ئح ئخ ئم ئه بج بح بخ بم به تج تح تخ تم ته ثم ﴾[6]، فقد روى ان عمرو بن العاص صلى بجنوده صلاة الصبح بالتيمم من الجنابة فذكر ذلك لرسول الله (صلى الله

---

[1] ينظر: محمد بن إبراهيم، مصدر سابق، ص23 – 24؛ وكذلك عبد الوهاب الخلاف، مصدر سابق، ص8.

[2] سورة آل عمران، الآية (159).

[3] سورة الشورى، الآية (38).

[4] سورة المائدة، الآية (6).

[5] الكلام للدكتور يوسف القرضاوي، منشور في مجلة الامة القطرية، العدد (5)، ص46، نقلاً عن: محمد بن إبراهيم، مصدر سابق، ص23 – 24.

[6] سورة النساء، الآية (43).

عليه وسلم) فقال: ((يا عمرو صليت بأصحابك وأنت جنب؟)) قال عمرو: قلت يا رسول الله إني احتلمت في ليلة باردة شديدة البرد، فأشفقت ان اغتسلت ان اهلك، فذكرت قوله تعالى:ُ آ ئي بر بزبم بن بى بي تر تز[1]، فتيممت ثم صليت فضحك رسول الله (صلى الله عليه وسلم) ولم يقل شيئاً، رواه أحمد وأبو داود[2].

والجنابة هي خروج المني من الشخص ولو كان الخارج بجماع أو غير في يقظة أو نوم بشهوة أو غيرها من الطريق المعتاد أو غيره إذا انكسر صلب الشخص فخرج منيَّه[3].

حاصل القول إن المجال الأرحب للاجتهاد القضائي انما يكون في منطقة النصوص الظنية فإذا ما كانت دلالة النص على الحكم دلالة ظنية بأن يحتمل أكثر من معنى واحد أو يدل على أكثر من حكم واحد فعندئذ يجب الاجتهاد للوصول إلى المعنى المقصود من النص ومثال ذلك ما جاء بقوله تعالى: ئى ئي بر بز بمبنً [4]، فالقرء لفظ مشترك بين الطهر والحيض فلا يمكن أن يراد به المعنيان معاً لأنهما متضادان فيجب الحصر أما الأخذ بالطهر كما قال بعض الفقهاء أو الأخذ بالحيض كما هو مذهب فقهاء آخرين ولكل فريق حجمه وأدلته بما افضى إلى الوصول إلى المعنى الذي يمكن حمل لفظ (القرء) عليه واقتنع بأن هذا هو المعنى المقصود وذلك عن طريق الاجتهاد.

القسم الثاني: مفهوم الفراغ التشريعي

الفراغ التشريعي هو غياب أو انعدام النص أو الحكم القانوني أو غموض الحكم مع وجود الموجه، مما يؤدي إلى دخول النص الغامض منطقة الفراغ التشريعي من خلال عدم افادة الحكم بوضوح مما يفتح الباب واسعاً للتفسير ونقص التفسير وهذا ما يفتح أمام النص آفاقاً جديدة لسد منطقة المتغيرات التي تتكفل بها منطقة الفراغ التشريعي[5].

لذا يمكن القول إن منطقة الفراغ التشريعي هي المساحة الكبيرة التي تركتها النصوص – قصداً– لاجتهاد أولي العلم وأولي الأمر والرأي وأهل العقد في الأمة عفواً ورحمةً[6]، ففي الحديث الشريف عن النبي (صلى الله عليه وسلم): ((ما أحل الله في كتابه فهو حلال، وما حرم فهو حرام وما سكت عنه فهو عفو فأقبلوا من الله عافيته، فإن الله لم يكن لينسى شيئاً))[7]، وتلا:ُ آ سم سه شم شهَّ[8].

وبناءً على ما تقدم رأى جانب من الفقه ان الشريعة الإسلامية تشتمل على جانبين: الأول تم ملأه من قبل المشرع بصورة منجزة وهذا الجانب ثابت لا يتغير والثاني: هو ما يشكل منطقة الفراغ التي ترك الإسلام مهمة ملئها إلى الحاكم الشرعي[9].

إن مسألة النقص في التشريع لم تكن محل اتفاق بل هناك من ينكر وجود نقص في التشريع وهم أنصار (نظرية كمال

---

[1] سورة النساء، الآية (29).

[2] ينظر: محمد بن إبراهيم، مصدر سابق، ص51.

[3] ينظر: الشيخ محمد بن القاسم الغزي، الشافعي، القول المختار في شرح غاية الاختصار، راجعه الشيخ عبد القادر الارناؤوط، عنى به حسن أومري، ط2، مكتبة دار الفجر، بدون سنة نشر، ص35.

[4] سورة البقرة، الآية (228).

[5] ينظر: د. ضمير حسين ناصر المعموري، بحوث ودراسات في القانون الخاص (الفراغ التشريعي)، ط1، دار مصر للنشر والتوزيع، 2022، ص73.

[6] ينظر: د. محمد فتحي محمد العتبربي، الفراغ التشريعي بين أهلية الاجتهاد وآلية التدبير، ط1، دار الكلمة للنشر والتوزيع، مصر، 1441هـ – 2020م، ص31.

[7] حديث حسن، عن سلمان، رواه البزاز والحاكم وصححه، وحسنه الألباني في الجامع الصغير، ص551.

[8] سورة مريم، الآية (64).

[9] ينظر: السيد محمد باقر الصدر، المدرسة القرآنية، ط2، مركز الأبحاث والدراسات التخصصية للشهيد الصدر، شريعت، قم، ص186.

التشريع) وجانب آخر يسلم بوجود نقص في التشريع وهم أنصار (نظرية كمال التشريع) ولكل فريق أدلته وحججه.

عليه سنقسم هذا القسم على فصلين نخصص الفصل الأول لتعريف الفراغ التشريعي ونخصص الفصل الثاني للفراغ التشريعي بين الوجود والجحود.

الفصل الأول: تعريف الفراغ التشريعي وتمييزه عما يشتبه به

لغرض إعطاء فكرة عن الفراغ التشريعي لابد من تعريفه ومن ثم تمييزه عن بعض المصطلحات ذات الصلة بالتشريع منها مصطلح (القصور التشريعي) ومصطلح (الخطأ التشريعي) وهذا ما سنتناوله في مبحثين:

المبحث الأول: تعريف الفراغ التشريعي

للوصول إلى تعريف الفراغ التشريعي لابد من تعريفه في اللغة وفي الاصطلاح وهذا ما سنبحثه في مطلبين:

المطلب الأول: تعريف الفراغ التشريعي لغة

لاستجلاء معنى الفراغ التشريعي لابد من تفكيك هذا المصطلح وتعريف كل مفرد من مفرداته على حدّه ومن ثم الوصول إلى التعرف على معنى مصطلح الفراغ التشريعي.

1. الفراغ لغة:

فَرغَ من يَفْرَغُ ويَفرُغ، فراغاً، وفروغاً فهو فارغ وفَرِغ والمفعول مفروغ إليه، وفرغ الإناء خلا، وفرغ قلبَه من الوساوس، قال تعالى:ُ آ نر نز نم نن نىنيَّ [1]، أي خالياً إلاّ من موسى عليه السلام، خالياً من الصبر[2].

2. التشريع لغةً:

شَرَعَ، شرعاً وشرَعَ الشيء: أعلاه وأظهره، وشرع الدِّين: سَنَّهُ وبَيَّنه، قال تعالى: ُ ئي بر بز بم بن بى بي ترً[3]، وشرع الأمر: جعله مشروعاً مسنوناً والتشريع: سَنُّ القوانين[4].

ومن خلال فهم الدلالة اللغوية لمفردتي (الفراغ) و(التشريع) نتوصل إلى معنى مصطلح (الفراغ التشريعي) الذي معناه خلو التشريع من نص يحكم الواقعة محل النزاع أو المسألة محل البحث.

المطلب الثاني: تعريف الفراغ التشريعي في الاصطلاح

عُرِّف الفراغ التشريعي بتعريفات عدّة نختار منها: الفراغ التشريعي هو: ((الفراغ في القانون أو سكوت القانون هو عدم ورود حكم فيه يتناول النزاع المعروض أمام القاضي وكذلك القصور في القانون هو عدم تضمن النص القانوني لما تقوم به الحاجة من أحكام تفصيلية أو جزئية))[5].

وقد قال البعض ان مجال النقص فهو الفراغ[6]، يعنى ان الفراغ مصطلح يتسع ليشمل النقص والقصور، ويرى اتجاه ان المقصود بالنقص هو انعدام وجود قاعدة عامة من بين نصوص القانون المكتوب يمكن تطبيقها في النزاع المعروض[7].

في حين يرى الاتجاه الآخر مصطلح الفراغ التشريعي أو الفراغ في القانون يستخدم للدلالة على عدم الكمال النصّي المولّد شعوراً بإيجابية عدم قدرة النص على تغطية الواقع وتلبية حاجاته وعليه يوجد الفراغ إذا ما وجد الواقع المستدعي للنص

---

[1] سورة القصص، الآية (10).

[2] ينظر: العلامة أبو القاسم الحسين بن محمد بن المفضل المعروف بالراغب الاصفهاني، معجم مفردات الفاظ القرآن الكريم ضبطه وصححه وخرّج آياته وشواهده إبراهيم شمس الدين، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2008، ص442.

[3] سورة الشورى، الآية (13).

[4] ينظر: إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، ج1، المكتبة الإسلامية للطباعة والنشر، القاهرة، 1977، ص479.

[5] ينظر: د. علي جمعة محارب، دور الاجتهاد القضائي في تطوير القاعدة القانونية، بحث منشور في مجلة القضاء تصدرها نقابة المحامين العراقيين، العددان (1، 2)، السنة السادسة والاربعون، ص101.

[6] ينظر: د. محمد شريف احمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، ط1، التفسير للنشر والاعلان، أربيل، أروقة للدراسات والنشر، عمان، 1436هـ - 2015م، ص166.

[7] المصدر نفسه، ص158.

ولم يوجد النص القانوني أو المبادئ العامة القادرة على حكمه[1].

ويرى غالبية الشراح السويسريون ان الفراغ يتحقق كلما اقتضى الأمر تجاوز قصد المشرع[2]، في حين يرى الفقه الألماني ان الفراغ يتوفر في اللحظة التي يضطر فيها الحاكم وهو يبحث عن العدالة والحق ان يركن بعيداً وراء المعنى الحرفي لنص القانون[3].

خلاصة القول إن تعريف الفراغ التشريعي هو عدم الكمال النصّي المولّد شعوراً بإيجابية عدم قدرة النص على تغطية الواقع وتلبية حاجاته فالفراغ التشريعي بعبارة أكثر دقة وتحديداً هو كل وضع جديد لم يرد فيه نصّ مباشر أو قاعدة عامة من أوضاع البشر التي تحدث نتيجة للتطور ونمو المعرفة.

المبحث الثاني: تمييز الفراغ التشريعي عما يشتبه به

هناك بعض المصطلحات ذات الصلة بالتشريع تقارب من حيث المعنى مصطلح الفراغ التشريعي ومن هذه المصطلحات مصطلح ((القصور التشريعي)) ومصطلح ((الخطأ التشريعي)) لذا سنتناول تمييز ((الفراغ التشريعي)) عن كل من ((القصور التشريعي) و(الخطأ التشريعي)) وذلك في مطلبين:

المطلب الأول: تمييز ((الفراغ التشريعي)) عن ((القصور التشريعي))

يقصد بالقصور التشريعي عدم توافق النص القانوني مع نمط الحياة الاجتماعية والسياسية السائدة حال تطبيق النص، أي عدم احتواء النص القانوني على أحكام عامة أو خاصة مع عدم مقدرة تلك النصوص القانونية الموضوعة في وقت سابق على معالجة حالات معينة تظهر لاحقاً[4].

إن القصور التشريعي يعدّ متحققاً في حالة ما إذا كانت القاعدة القانونية المعروضة على الحالة محل النزاع موجودة ولكنها تعالج موضوع النزاع كلياً أو جزئياً كونها غير منسجمة مع الطرف الاجتماعي أو السياسي السائد آنياً كون القصور هنا يعد نقصاً في التشريع إذ ان القاضي هنا يلجأ للبحث عن حل يتلاءم مع تطور حاجات المجتمع وقد يعد القصور هنا انتقادياً، بمعنى آخر أن القاضي يلجأ إلى انتقاد النص القانوني كونه لا يتوافق مع الغاية التي تم وضعها من اجله، كون القانون وجد لغاية معينة لا تنسجم تلك الغاية على الحالة المعروضة لذا يفضل تجاهل تلك القاعدة واللجوء إلى خلق قاعدة لتحل محل الأخرى[5].

مما يتوجب على القاضي ولتدارك القصور التشريعي اتباع التفسير المتطور للقانون ومراعاة الحكمة التشريعية من النص[6] بما يحقق الملائمة بين النص القانوني النافذ والواقعة المستجدة[7].

---

[1] س. ف. كاناريز، سد الفراغ في القانون وموقف القانون الألماني منه، ترجمة د. عبد الرسول الجصاني، مجلة القضاء، العدد الأول، السنة الثامنة والعشرون، 1973، ص73 وما بعدها.

[2] المصدر نفسه، ص74.

[3] المصدر نفسه، ص75.

[4] ينظر: د. صعب ناجي عبود، المشاور القانوني كرار علي مجبل الماضي، القصور التشريعي في قانون الاستثمار العراقي رقم 13 لسنة ٢٠٠٦ المعدل، دراسة مقارنة، ط1، مكتبة القانون المقارن، بغداد، 2021، ص24.

[5] ينظر: فارس حامد عبد الكريم، القصور التشريعي، بحث في فلسفة القانون الوضعي، مقالة منشورة على شبكة الإنترنت alnoor، selarticle.

[6] نصت المادة (٣) من قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ على: ((إلزام القاضي باتباع التفسير المتطور للقانون ومراعاة الحكمة من التشريع عند تطبيقه)).

[7] ينظر: القاضي عواد حسين ياسين العبيدي، إلزام القاضي بالتفسير المنظور للقانون، ط1، دار السنهوري للنشر والتوزيع، بغداد، 2016، ص82.

ومن خلال ما تقدم يمكن التوصل إلى الفيصل للتمييز بين ((الفراغ التشريعي)) و((القصور التشريعي)) باعتبار ان الفراغ التشريعي هو خلو النص القانوني الواجب التطبيق على الواقعة المستجدة أو سكوت النص القانوني حيال الواقعة المستجدة في حين ان القصور التشريعي إن القاعدة القانونية المعروضة على الحالة محل النزاع موجودة ولكنها تعالج الواقعة موضوع النزاع جزئياً أو كلياً بشكل لا يحقق الانسجام الظرف الاجتماعي أو السياسي السائد أو لا ينسجم النص المطبق مع الغاية من التشريع عند تطبيقه على الحالة المعروضة.

المطلب الثاني: تمييز الفراغ التشريعي عن الخطأ التشريعي

يعرف الخطأ التشريعي بأنه صياغة النصوص القانونية بشكل مقصود ويحدث عندما يكون الإخلال بالواجب التشريعي دون قصد احداث الضرر ويكون الخطأ التشريعي على قسمين: الأول: خطأ مادي يتمثل بالخطأ المطبعي أو غيره. الثاني: خطأ قانوني يسمى (الغلط)[1].

فهناك عدة اخطاء قد تقع حال اعداد مشروع للقانون قد تكون مادية، أو قانونية ونعني بالأولى ورود العديد من الاخطاء المادية في النصوص بعد النشر في الجريدة الرسمية ويعود ذلك إلى عدم الدقة في الطباعة أو لكثرة التعديلات التي وردت على مشروع القانون وعدم القيام بالتعديل بشكل مناسب ودقيق سواء عند الاعداد أو التدقيق أو المراجعة[2].

أما الخطأ القانوني يعني به القيام بصياغة النصوص بشكل غير مقصود الذي يمكن أن نطلق عليه وصف الغلط كونه يقوم بإعطاء حكماً لحالة معينة غير مقصورة بيد ان النص ودلالته يشيران إلى اعطائه هذا الحكم مما يستوجب تعديله من خلال تعديل القانون ذاته.

أما الفرق بين ((الفراغ التشريعي)) و((الخطأ التشريعي)) فهو واضح وجلي؛ لأن الخطأ التشريعي أما يكون ((خطأ مادي)) يتمثل بالخطأ المطبعي وغيره أو خطأ في القانون بشكل غير مقصود يمكن أن يصدق عليه وصف (الغلط) في حين الفراغ التشريعي هو خلو النص الذي يمكن تطبيقه على الواقعة فحل النزاع أو سكوت النص عنها.

الفصل الثاني: الفراغ التشريعي بين الوجود والجحود

مصطلح الفراغ التشريعي يستخدم في معنيين، فالقائلون بعجز التشريع يستخدمونه للدلالة على العجز وعدم الكمال. في حين القائلون بكمال التشريع يقدمونه بوصفه المنطقة الأوسع التي تشتمل على جميع المتغيرات والمباحات التي تعجز معه منطق النصوص من رصدها واستيعابها تاركة هذه المنطقة غير المنصوص على تفاصيلها – وإن كان منصوصاً على مبادئها وموجهاتها – إلى الاجتهاد الفقهي أو القضائي – لإيجاد حكم القانون فيها، فمدرسة كمال التشريع ترى فيه قادراً على تغطية جميع المسائل أما عن طريق النص أو الموجهات التي تشملها مبادى القانون العامة[3].

إن اختلاف الآراء حول كمال التشريع أو نقصه أسس لصراع فكري بين من يرى كمال التشريع وبين من ينكر كمال التشريع ويرى ان التشريع محكوم بالنقص ولعل هذا النقص نقص فطري[4]. لا سبيل إلى تلافيه أو تداركه وبناءً على هذه المعطيات ظهرت إلى الوجود نظريتين بصدد الفراغ التشريعي الأولى هي نظرية كمال التشريع والثانية: نظرية انكار كمال التشريع لذا ستتناول هذا الفصل في مبحثين مستقلين.

المبحث الأول: نظرية كمال التشريع

ومؤدى هذه النظرية ان التشريع يكون شاملاً لجميع الحلول ولا يتصور وجود نقص في التشريع وظهرت هذه النظرية مع ظهور ((الدول المتدخلة)) في المجال الاقتصادي كما أن لهذه

---

[1] ينظر: د. عبد المنعم فرج الصدة، مبادئ القانون، دار النهضة العربية، بيروت، 1982، ص6 وما بعدها.

[2] ينظر: د. رافد خاف هاشم البهادلي، د. عثمان سلمان غيلان التشريع بين الصناعة والصياغة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٢.

[3] ينظر: د. ضمير حسين ناصر المعموري، مصدر سابق، ص69.

[4] ينظر: د. احمد حسن بغدادي، النقص الفطري في أحكام التشريع بحث منشور في مجلة القضاء، مجلة حقوقية تصدرها نقابة المحامين، العدد الخامس، السنة الرابعة، بغداد، 1945، ص394 وما بعدها.

النظرية صلة بنظرية ((الفصل بين السلطات))، ولوضوح ضعف هذه النظرية حاول انصارها تغطيتها بثوب جذاب من المنطق ووضعوا لدعمها نظرتين متقاربتين في المحتوى هما: ((نظرية الحيز القانوني الخالي)) و((نظرية القاعدة العامة المانعة))[1].

وثمة صلة وثيقة بين مذهب كمال التشريع ونظرية الفصل بين السلطات وذلك لأن القول بأن إنتاج التشريع بواسطة ((السلطة التشريعية)) من شأنه ان يعطي الحلول في جميع ما يطرأ من مشاكل انما يترتب عليه ان تلتزم ((السلطة القضائية)) حدود الوظيفة التي أسندت إليه، وهي تطبيق القواعد القانونية التي أعدت من قبل بخلاف ما إذا قلنا بإمكان نقص التشريع إذ يفتح هذا القول باباً يهيئ للقاضي أن ينشئ القانون عندما تعرض عليه حالة لا يجد لها حلاً في النصوص التشريعية[2].

ولغرض الوقوف على الأفكار الرئيسة التي جاءت بها نظرية كمال التشريع لابد من استعراض اساس هذه النظرية الذي يتلخص في نظريتين هما: ((نظرية الحيز القانوني الخالي)) و((النظرية القاعدة العامة المانعة)) وذلك في مطلبين تباعاً:

المطلب الأول: نظرية الحيز القانوني الخالي

يذهب أنصار هذه النظرية إلى انه يمكن تقسيم مجال نشاط الآحاد إلى قسمين: قسم خاضع للقواعد القانونية، ويسمى بالقسم المليء وقسم آخر يكون نشاط الافراد فيه حراً، ويستغرق هذا التقسيم مسلك كل فرد، ذلك ان مسلك كل فرد لا يخلو من أحد امرين لا ثالث لهما، فأما أن ينتمي إلى القسم العلي فيكون ذا أهمية قانونية أو إلى القسم الخالي فلا تكون له أهمية من الناحية القانونية، أن الفرد يعمل ما تطلبه منه القاعدة القانونية، ايجابياً كان ذلك العمل أم سلبياً وحتماً لا توجد قاعدة قانونية فأنه يعمل ما يروق له أن بعجله، ومن ثم لا يمكن وفقاً لهذه النظرية ان يوجد نقص في التشريع[3].

المطلب الثاني: نظرية القاعدة العامة المانعة

يذهب أنصار هذه النظرية إلى ان كل نظام قانوني وضعي إنما يشتمل بالضرورة إلى جوار القواعد الخاصة، على قاعدة عامة تبين الحل الذي يجب إعطاؤه للحالات التي لا تشملها النصوص التشريعية وهذا هو على التخصيص ديدن النظم الحديثة في القانون المكتوب فحين تعرض حالة من الأحوال التي تنشئها العلاقات الاجتماعية يجب أن يحصل الاستدلال على النحو الآتي: فأما أن تكون هذه الحالة قد ورد بشأنها نص تشريعي وأما أن لا يكون قد ورد بشأنها أي نص وعندئذ لا تكون محل أي تكليف من جانب الشارع ومن ثم يكون للشخص بالضرورة كامل حريته، وعلى ذلك فمقتضى نظام القانون المكتوب أنه حيث توجد حالة لم يرد بشأنها نص تشريعي انما تطبق ((القاعدة العامة في الحرية))، أي أن القانون المكتوب يوجد فيه – سواء بطريق مباشر أو غير مباشر – حل لجميع الحالات التي يمكن أن تعرض ولازم هذا من الناحية المنطقية أنه لا يوجد نقص في التشريع[4].

ومن أبرز المدافعين عن هذه النظرية فيلسوف مشهور هو هانز كيلسن[5] فعنده أن النظام القانوني لا يمكن أن يوجد فيه نقص[6].

---

[1] ينظر: د. محمد شريف احمد، مصدر سابق، ص158.

[2] ينظر: د. عبد الحي حجازي المدخل لدراسة العلوم القانونية، مطبوعات جامعة الكويت، كلية الحقوق والشريعة، والقانون الخاص، 1972، ص540.

[3] ينظر: د. عبد الحي حجازي، مصدر سابق، ص541.

[4] المصدر نفسه، ص542.

[5] هانس كلسن Hans Kelsen (1881 – 1973) ولد في مدينة براغ التي كانت حينذاك جزء من الامبراطورية النمساوية درس في جامعة فيناوعين عام ١٩١٧ استاذا للقانون العام وفلسفة القانون وضع مشروع دستور عام (١٩٢٠) للنمسا الذي عكس مفهوم كلس للدولة احتل الفكر الكلنسي موقعا فريداً في ميدان المعرفة القانونية ينظر: د. منذر الشاوي، مذاهب القانون، مركز البحوث القانونية، بغداد، 1986، ص18.

[6] ينظر: هانس كلسن، النظرية المحضة في القانون ترجمة اكرم الوتري، مركز البحوث القانونية، بغداد، 1986.

وملخص ((نظرية كمال التشريع)) أن القانون المكتوب يوجد فيه حل لجميع الحالات التي يمكن تعرض في الحياة العملية حيث يعتبر انه من الممكن دائماً من الناحية المنطقية تطبيق النظام القانوني وقت الحكم القضائي، أي أما يقبل القاضي الدعوى استناداً إلى نص قانوني، وإما لا يقبلها لعدم وجود نص وفي كلتا الحالتين يوجد حلاً[1].

المبحث الثاني: نظريه إنكار كمال التشريع

جاءت هذه النظرية للرد على ((نظرية كمال التشريع)) فقد لاقت النظرية الاخيرة اعتراضاً شديد من اللاوضعيين ومن الواقعيين القانونيين في أواخر القرن التاسع عشر وأوائل 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 ان تنظيم اقتصادنا يتجه نحو الحرية ويقوم على اعمال المبادرة الفردية التي كثيراً ما تكون متقدمة على التشريع لذلك لا تكون محكومة بنص التشريع))[2].

والحقيقة التي لابدّ من التسليم بها وقبولها إن النقص في التشريعات والنظم القانونية الوضعية هو أمر لا مناص عنه، بل ان النقص في التشريع يمكن أن يكون مع وجود النصوص لكون المشرع يعمد أحياناً إلى صياغة النصوص القانونية بشكل يعتريه الغموض ويحيط به الابهام لأسباب سياسية أو لضرورة الصياغة الفنية[3] أو الاعتماد على ((قاعدة معيارية مرنة)) غير محددة المعالم وواضحة الحدود كالنظام العام أو الآداب العامة[4].

وما هذه الإمارات إلاّ دلائل صادقة، وبينات قاطعة على النقص الفطري في التشريع الوضعي الذي هو من وضع البشر، لذا كفلت النظم القانونية في بيان الاسس المتبعة لمعالجة النقص في التشريع[5] ومصداق ذلك ما ورد في المادة (1) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة (1948) والمادة (1) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة 1951 والمادة (1) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة 1959.

صفوة القول إن الفراغ التشريعي هو أمر موجود ولا يمكن انكاره بأي شكل من الاشكال وما قيل في كمال التشريع هي آراء ذات أبعاد فلسفية ومبررات منطقية لا تلبث أن تتهاوى عند اصطدامها بالواقع العملي وظهور حوادث مستجدة لم تكن بالحسبان عند سن القوانين.

القسم الثالث: أسباب الفراغ التشريعي وآليات سده

إن السلطة التي تختص بوضع التشريع قد لا توفق في تبين ظروف المجتمع وتقدير حاجاته، فتأتي القواعد التي تسنها غير ملائمة لتلك الظروف وقاصرة عن الوفاء بهذه الحاجات، بل إنه إذا جاءت القواعد التشريعية حين وضعها ملائمة لظروف المجتمع فان صبها في نصوص مكتوبة تحدد مدلولها، وترسم حدودها يضفي عليها من الجمود ما يقف بها عن مسايرة التطور والوفاء بما يجد من حاجات، فإذا ما تغيرت

---

[1] ينظر: د. منذر الشاوي، مذاهب القانون، مصدر سابق، ص68 وما بعدها. وكذلك: هانس كلسن، النظرية المحضة في القانون، مصدر سابق، ص122 – 123.

[2] ينظر: د. مجيد العنبكي، محاضرات في التفسير القانوني، ألقيت على طلبة المعهد القضائي العراقي الدورة (26) للعام الدراسي 2002 – 2003، ص10 وما بعدها.

[3] ينظر: القاضي عواد حسين ياسين العبيدي، أثر اختلاف الدلالة اللغوية في الصياغة التشريعية، بحث منشور في مجلة التشريع والقضاء، العدد الثاني، (نيسان – ايار حزيران) السنة الخامسة، بغداد، ٢٠١٣، ص72.

[4] نصت الفقرة (1) من المادة (٣٠) من القانون المدني العراقي على: ((١- يلزم ان يكون محل الالتزام غير ممنوع قانوناً ولا مخالفاً للنظام العام أو للآداب والا كان العقد باطلاً)) ولم تحدد مفهوم النظام العام أو الآداب في حين ورد في الفقرة من ذات المادة امثلة عن الامور التي تدخل في مفهوم النظام العام وفي الحقيقة ان ما ورد في الفقرة (2) هي أقرب إلى القاعدة المعيارية.

[5] ينظر: القاضي عواد حسين ياسين العبيدي، اتجاه المشرع العراقي في سد النقص في التشريعات اسسه وتقيمه، بحث منشور في مجلة التشريع والقضاء، مجلة فصلية، العدد (2) السنة (3)، بغداد، 2011، ص 72.

هذه الظروف اصبحت تلك القواعد غير ملائمة لها، وقد يقعد الشارع عن تعديلها على النحو الذي يستجيب لمقتضيات التطور[1]، مما يؤدي ذلك إلى خلق فجوة بين التشريع والوقائع المستجدة وبالشكل الذي يفضي إلى حصول الفراغ التشريعي، مما يتوجب التعرف على أسباب الفراغ التشريعي ومن ثم البحث عن آليات سده.

عليه سنتناول هذا القسم في فصلين تخصص الفصل الأول لأسباب الفراغ التشريعي ونخصص الفصل الثاني لآليات سد الفراغ لتشريعي.

الفصل الأول: أسباب الفراغ التشريعي

الفراغ التشريعي ظاهرة لا يمكن إنكارها أو غض النظر عنها، بل أخذت بالتنامي وبوتيرة متصاعدة في الآونة الأخيرة، وحيث أن لكل ظاهرة أسباب ومن أسباب الفراغ التشريعي ما تتعلق بطبيعة المصادر المادية التي تتكون منها القاعدة القانونية والتي يمكن تسميتها بـ ((الأسباب المادية)) وأخرى تتعلق بفن الصياغة القانونية أو تتعلق بممارسة هذا الفن والتي يمكن تسميتها بـ ((الأسباب الفنية))[2] لذا سنتناول هذا الفصل في مبحثين:

المبحث الأول: الأسباب المادية

القاعدة القانونية في الحقيقة هي ثمرة اللقاء بين الواقع والافكار الموجهة أي انها لا تقوم إلا لتحقيق حاجات اجتماعية وحسن انجاز وتنفيذ هذه الحاجات يستلزم حسن التعرف على الواقع وإقراره[3]، ولإعطاء فكرة مبسطة وواضحة عن الأسباب المادية للفراغ التشريعي لابد من التطرق إلى مفهوم القاعدة القانونية ومعرفة الثابت والمتحول الواقع والقانون وذلك في مطلبين:

المطلب الأول: القاعدة القانونية

إن القاعدة القانونية تتكون من عنصرين وهما: الفرض: أي الواقعة والحكم – أي حكم القانون في تلك الواقعة – فالفرض هو الواقعة التي يرتب عليها القانون أثراً معيناً، أما الحكم فهو الأثر القانوني الذي يرتبه القانون على الفرض أو الواقعة، فالفرض يمثل وقائع النزاع، والحكم هو الذي ينهي النزاع بين أطراف الدعوى، أما القاعدة القانونية فتتمثل بالصلة المنطقية بين الفرض أي الواقع وبين الحكم ومن الامثلة ما نصت عليه المادة (٢٤) من القانون المدني ((كل تعد يصيب الغير باي ضرر آخر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض)) ويمكن استخلاص قانونية من هذا النص القانوني مفادها ((أن كل تعد يصيب الغير بأي ضرر يستوجب التعويض)) وعند تحليل القاعدة القانونية فإنها تتركب من (حكم) و(فرض) أما الحكم فهو الإلزام بالتعويض، واما الفرض، فهو فعل الانسان الذي ينشئ عنه ضرراً للغير، ويكون بين الضرر وفعل الانسان علاقة سببية، ويعد هذا الفعل خطأ تعمداً كان أو تعدياً[4].

وتأسيساً على ما تقدم فان القاعدة القانونية هي: خطاب المشرع إلى الاشخاص في المجتمع، وخطاب القاعدة القانونية يتضمن فرضاً وهو ((المركز أو الوضع المجرد)) عن وقائع معينة أو أشخاص محددين بالذات ويتضمن أيضاً ((حكماً)) يضع الحل الملائم الذي يقرر المواجهة (الفرض) عند تحقيقه في العمل ومن خلال هذا الفهم لخطاب المشرع يستنبط القاضي الأحكام القانونية التي تتصفها القاعدة القانونية[5].

فالقاعدة القانونية[6] هي: (جوهر) و(شكل) أما ((الجوهر)) فهو المحتوى الذي تشتمل عليه القاعدة من وقائع الحياة

---

[1] ينظر: د. عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت – لبنان، بدون سنة نشر، ص92.

[2] ينظر: د. ضمير حسين ناصر المعموري، مصدر سابق، ص78.

[3] ينظر: د. وليم سليمان قلادة، التعبير عن الارادة في القانون المدني المصري، دراسة مقارنة، ط1، المطبعة التجارية الحديثة، 1955، ص417.

[4] ينظر: ضياء شيت خطاب، فن القضاء، معهد البحوث والدراسات العربية، قسم البحوث والدراسات القانونية، بغداد، ١٤٠٤ هـ – ١٩٨٤م، ص50.

[5] ينظر: د. شمس الدين الوكيل، الموجز في المدخل لدراسة القانون، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ١٩٦٥، ص107.

[6] ينظر: د. حسن علي الذنون، فلسفة القانون، ط1، بغداد، 1975، ص240.

الاجتماعية أما ((الشكل)) فهو الصورة التي اعطاها القانون لهذا الجوهر حتى يصبح صالحاً للتطبيق في نطاق العلمي ويرجع الفضل في المبحث هذه التفرقة للفقيه الفرنسي (Geny)[1] وقد عبر عن مصطلح ثالث ((المادة أو المضمون)) في علم أصول الفقه بـ (الملاك)، والملاك في مفهوم الفقهاء وخبراء التشريع الاسلامي هو جوهر المادة القانونية وروحها[2]، في حين سُمّي عنصر (الشكل) في علم أصول الفقه بـ (الاعتبار) ويمكن تعريف الاعتبار بأنه: ((عبارة عن الصياغة اللفظية التي يبرز بها المشرع إرادته الدالة على ملاك التشريع))[3].

وهذه الثنائية تنعكس في صورة مصادر القاعدة القانونية فالقاعدة القانونية لها مصادر منها: مصدر مادي material (sources) ومصدر رسمي أو شكلي (formal source) والأخير يمثل طريقة التعبير عن القاعدة القانونية – أي الطريق الذي تسلكه القاعدة إلى حيز الوجود واللزوم – أما المصدر الموضوعي أو المادي فيشار به إلى جوهر القاعدة القانونية، لان القاعدة القانونية قبل ان توجد بشكلها النهائي الملزم عند صياغتها كانت مادة أو جوهراً أو ثقافة أو حقائق طبيعية أو نفسية أو اقتصادية، فالسلطة التشريعية – في الغالب لا تكون حرة دائماً في الاعتراف بمادة القاعدة القانونية من عدمه بل مجبرة على هذا الاعتراف ومضامينه باعتباره حقيقة أفرزتها حياة الناس وتجاربهم وما اكتشفوه من حقيقة الطبيعة المحيطة بهم وقوانينها المؤثرة على علاقتهم بها[4].

فالمصادر المادية أو الموضوعية هي التي تقدم جوهر القاعدة القانونية أما المصادر الرسمية فهي تسبغ على هذا الجوهر صفة الوضعية القانونية أو الشرعية[5]. ويمكن رد هذه المصادر المادية إلى طائفتين من الأصول تلك المستمدة من الواقع وتسمى بالأصول الواقعية وتلك التي تستجيب إلى الفكر وتسمى بالأصول الفكرية.

ويراد من الأصول الواقعية عناصر الواقع التي تجد القاعدة القانونية أساساً لها فيها وترجع إلى الإنسان أولاً والى الطبيعة المحيطة بهذا الإنسان ثانياً والى البيئة الاجتماعية التي ينشط فاعلاً هذا الإنسان بعلاقاته ضمنها ثالثاً بعبارة أخرى الإنسان محاط بالطبيعة وبغيره من أبناء جنسه الذين يعيشون معاً.

ويراد من الأصول الفكرية مجموعة العوامل التي ترجع إلى العامل الخلقي والى العامل الاقتصادي والعامل السياسي والتي تساهم في تكوين مضمون القاعدة القانونية[6].

وعدم الاحتكام والاعتماد على مجموع الأصول الواقعية والفكرية لأي مجتمع تجعل من النصوص التشريعية لهذا المجتمع معزولة ولا تنتمي لمجتمعها وتهجر في التطبيق مما يفتح المجال واسعاً للاجتهاد القضائي لمحاولات سد الفراغ التشريعي الناشئ من ظاهرة عدم تبني القيم الثقافية والحضارية للمجتمعات.

ولقد اختلف فقهاء كل من المدرسة المثالية والواقعية فيما بينهم اختلافاً كبيراً فيما يتعلق بطبيعة جوهر، القاعدة، وسبب الاختلاف بينهم راجع إلى منهجهم المعتمد في الدراسة،

---

[1] ولد فرانسو جني في عام (١٨٦١) وتوفي عام (١٩٥٩) يعتبر زعيم مدرسة البحث العلمي الحر، عين عام (١٩١١) استاذاً للقانون المدني، وفي عام (١٩١٩) تقلد عمادة كلية القانون بجامعة نانس وبقى في منصبة حتى عام (١٩٢٥) وفي عام (١٩٣٠) اصبح عضواً في الاكاديمية الفرنسية له عدة مؤلفات أشهرها (طرق التفسير) و(العلم والصياغة في القانون الخاص) ينظر: – د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص212.

[2] الثابت والمتغير مؤسسة البلاغ كتاب منشور على الموقع الالكتروني الآتي:
http://www.balagh.com/matboat/fbook/78/sf0mpfg1. Htm

[3] المصدر نفسه.

[4] ينظر: د. عبد الباقي البكري، د. محمد علي بدير، المدخل لدراسة القانون، مطابع مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، 1402هـ – 1982م، ص91.

[5] ينظر: د. حسن كيرة، المدخل لدراسة القانون، نظرية القانون، ط4، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1971، ص95.

[6] ينظر: عبد الباقي البكري، ومحمد علي بدير، مصدر سابق، ص93 – 94.

فمدرسة لا تعتد الا بالحقائق العقلية المتمثلة بالمثل الأعلى، وأخرى لا تعترف إلا بالحقائق الاجتماعية التجريبية[1].

المطلب الثاني: الثابت والمتحول ((الواقع والقانون))

قدرة الإنسان على تطوير واغناء معارفه من جراء الكسب والتحصيل يعد إحدى العوامل المؤثرة في تطوير تجربة الإنسان والوصول إلى مراتب أعلى وأرقى وبقدر تمكن الإنسان من استيعاب طبيعة العلاقة مع الآخرين أو مع الطبيعة فانه بهذا القدر أو ذاك تأتي مخرجاته، فبقدر النضج في تجربته يأتي مخرجه ناضجاً وبقدر الضعف أو النقص الذي يصيب معرفته بطبيعة العلاقة مع أطراف التواجد الأخرى سواء اكانت بشرية ام طبيعية يكون مخرجه ضعيفاً أو ناقصاً[2].

إن مجال الفراغ التشريعي يشمل كل وضع جديد لم يرد فيه نص مباشر أو قاعدة عامة من أوضاع البشر التي تحدث نتيجة للتطور ونمو المعرفة ونمو القدرة اللذين يقتضيان أشكالاً جديدة ومتطورة من الضبط والسيطرة والتنظيم للمجتمع وللإنسان في المجتمع، من حيث التعامل والعمل في داخل المجتمع، ومن حيث العلاقة مع الطبيعة[3].

ويواجه الإنسان الفرد والجماعة والمجتمع والدولة والجنس البشري، كل ما يولده هذا المجال من ظروف جديدة تماماً تقتضي تشريعات تتناسب مع الضرورات، ومع أنواع الخيارات التي يقتضيها التكيف مع هذه الظروف الجديدة[4].

المبحث الثاني: أسباب تتعلق بفن الصياغة القانونية

إن القانون يقوم على دعامتين هما: معطيات الحياة (الواقع) والصياغة الفنية فإلى جانب عنصر المعنى في النص القانوني يوجد عنصر اخر متمم له هو عنصر الشكل ((الصياغة)) ذلك أنه بقدر ما نحتاج إلى المعنى لإدراك الغاية من النص، بقدر ما نحتاج إلى الشكل لتحقيق التطبيق العلمي لها عن طريق تبسيط وتحديد المضمون فاذا كان الجوهر هو الغاية من النص فإن الشكل هو الوسيلة لإدراك هذه الغاية وهذا يتحقق للمشرع من خلال الصياغة التشريعية التي تعني: (الوسائل اللازمة لإنشاء وصياغة القواعد القانونية وتطبيقها وتفسيرها)[5].

وبناء على ما تقدم يقتصر على الأسباب التي نشأ منها وبسببها ظاهرة الفراغ في التشريع ويمكن رصدها من خلال ادوات الصياغة التشريعية من قبيل العمومية والتجريد ونوع الصياغة القانونية فيما إذا كانت صياغة جامدة أو مرنة لذا سنتناول هذا المبحث في مطلبين.

المطلب الأول: العمومية والتجريد

والعمومية والتجريد، كما يقول الفقه هما وجهان لخصيصة واحدة وهما خصيصتان متلازمتان فالتجريد يتعلق بالفرض، والعمومية تتعلق بالحكم، فاذا كان الفرض مجرداً لا يتعلق بشخص أو واقعة معينة جاء الحكم عاماً ينطبق على جميع ممن تتوفر فيه من الأشخاص الأوصاف اللازمة للفرض وعلى جميع الوقائع اللاتي يتوفر فيها شروط الأفعال.

ومن المناسب ان نذكر هنا ان النص القانوني: وبعبارة ادق القاعدة القانونية تتحلل إلى عنصرين[6]، حسب القول الغالب في الفقه، أو ان هناك ظاهرتان فيها ترتبط معا، حسب زعم

---

[1] ينظر: د. هادي حسين عبد علي الكعبي، المثالية في مواجهة الواقعية – دراسة تأصيلية في فلسفة القانون، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2018، ص328.

[2] ينظر: السيد محمد باقر الصدر المدرسة القرآنية، ط2، مركز الابحاث والدراسات التخصصية للشهيد الصدر، شريعت قم، ص158.

[3] ينظر: د. ضمير حسين ناصر المعموري، مصدر سابق، ص83.

[4] ينظر: محمد مهدي. شمس الدين مجالات الاجتهاد ومناطق الفراغ بحث موجود على الموقع التالي:
http://www.balagh. com/mosoa/feqh/u512by6o. htm.

[5] ينظر: د. سمير عبد السيد تناغوا النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف الإسكندرية، 1986، ص362.

[6] ينظر: المصدر نفسه، ص24.

آخر[1]، هما "الفرض" و"الحكم" والأولى هي الظاهرة التي ان تحققت توجب اعمال الظاهرة الثانية أي الحكم والصيغة النموذجية هي التي يبدأ فيها الفرض بـ "إذا" أو أحد ادوات الشرطي ويكون الحكم بـ "وجب أو لزم أو تحتم أو ما إلى ذلك من الصياغات التي تفيد الوجوب[2]، ولكن القاعدة القانونية قد لا ترد بالصيغة المذكورة في أعلاه"[3] والفرض على النحو المتقدم يرد دائماً على محل وهذا المحل أما أن يكون مجرد واقعة مادية أو مركز قانوني أو يؤسس على "كلاهما". فقد يكون الفرض مجرد واقعة مادية يكفي التحقق منها بالمشاهدة... وقد يكون الفرض مركزاً قانونياً لا يمكن التحقق من وجوده الا بتطبيق قاعدة قانونية أخرى.... وقد يكون الفرض وهو الغالب مركباً من وقائع مادية ومراكز قانونية"[4]، أما الحكم فهو الاثر أو الاثار التي يوجب القانون تحقيقها إذا تحقق الفرض والأحكام قد تكون تعويضاً عينياً أو نقدياً أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل وأحكام القانون متنوعة واجمالاً يمكن أن تكون أحكاماً مقصودة لذاتها أو أحكاماً غير مقصودة لذاتها[5].

(والعمومية تعني ان تصاغ القاعدة القانونية بصيغة تعميم تستوعب بها ما تواجهه من فروض وحالات غير متناهية، فلا تتناول بالذكر شخصاً معيناً باسمه أو فعلاً محدداً بذاته، بل تحدد ما يجب تحققه من صفة في الشخص لتطبق عليه وما يجب استيفاؤه من شروط في الفعل ليسري عليه مضمونها)[6].

ويقتضي كذلك ان تطبق القاعدة في الحال والاستقبال وبخلاف ذلك تزايلها صفة العموم. والقاعدة العامة قاعدة مجردة، وبعبارة أدق القاعدة المجردة في فرضها عند أصل الوضع تكون عامة في التطبيق ويراد من التجريد: (أنها عند صياغتها لم توضع لتطبق على شخص معين أو على واقعة معينة، وإنما وضعت بطريقة مجردة عن الاعتداد بأي شخص، أو بأي واقعة) (7) ولدى جانب اخر التجريد هو (تحرر خطاب القاعدة القانونية من الميل والهوى وعدم إيثارها شخصاً معيناً أو سعيها لحماية وضع معين كضمان ضد الانحراف والتحكم)[8]، في حين عرّفها آخر بقوله (سمو حكم القاعدة القانونية على التفصيلات وغضها النظر من الفروق الثانوية في الظروف واعتدادها بالظروف والاعتبارات الرئيسة المشتركة بين مجموعة من الوقائع كي تطبق عليهم جميعاً)، وما سبق اختلاف في المبنى لا المعنى[9].

إن العمومية والتجريد بما توفره من قدرة النص على الانطباق على عدد لا متناه من الأشخاص والوقائع في الحال والاستقبال تحقق واحداً من انشط اسبب خلق الفراغ التشريعي من خلال امتداد القاعدة القانونية العامة في السريان والانطباق على عدد غير محدد من الأشخاص وكم غير متناه من الوقائع مما يسمح له بحكم وقائع جديدة ومستحدثة مما يعمل على سدّ منطقة المتغيرات في الوقائع التي عجز المشرع لحظة وضعه لتشريعه من تصورها أو التحقق منها أو عجز أولم يرغب لأكثر من سبب في معالجتها فتأتي الصياغة العامة،

---

[1] ينظر: د. محمد محمد ابراهيم، النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى في قانون المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٢، ص311.

[2] تنظر على سبيل المثال المواد (146 / 1) و(148 / 2) و(1319 / 1) من القانون المدني العراقي.

[3] تنظر على سبيل المثال المواد (214) و(215) و(220) من القانون المدني العراقي.

[4] ينظر: محمد محمود إبراهيم، مصدر سابق، ص312.

[5] المصدر نفسه، ص213.

[6] ينظر: عبد الباقي البكري، مصدر سابق، ص36.

[7] ينظر: د. سمير عبد السيد تناغو، مصدر سابق، ص39.

[8] ينظر: د. شمس الدين الوكيل، مصدر سابق، ص16.

[9] ينظر: د. الباقي البكري، مصدر سابق، ص39.

هنا، وسيلة لمعالجة المستحدث والمتغيّر من الوقائع وهذا ما اصطلحنا عليه بـ(الفراغ التشريعي).

المطلب الثاني: نوع الصياغة القانونية

مما يخلق ويساعد على خلق منطقة الفراغ التشريعي أو يمنع أو يقلص منها نوع الصياغة القانونية التي يتبعها المشرع في بناء النص القانوني، إذ قد يصاغ النص بشكل جامد (Rigid) وقد يصاغ بشكل مرن (Flexible)، واعتماد إحدى الطريقتين في إنشاء النص يساعد في منحه القدرة على المواكبة والاستجابة لمتغيرات الظروف وبعبارة أخرى سيخلق ما يطلق عليه بالفراغ التشريعي من عدمه وهذا ما سنحاول التعرف عليه تباعاً في فرعين.

الفرع الأول: الصياغة الجامدة

ويقصد بها الصياغة التي تواجه وقائع وفروض محددة وتعطيها حكماً محدداً، إذ يكون الفرض محدداً فيها فيكون الحل محدداً ومحكماً أيضاً وهذا التحديد والأحكام في الصياغة قد يتناول الفرض[1]، (دون الحل أو الحكم وقد يتناولهما معاً[2] وتكون هذه الصياغة مقيدة للقاضي ولا تترك حرية واسعة التقدير له مما يكون ملزماً معها القاضي بالحكم الذي تقرره ولا تفسح مجالاً للفروق الفردية والظروف المتباينة وإنما تعتد بالغالب الشائع من الأمور وبصفة عامة يتحقق هذا النوع من الصياغة عن طريق ما يعرف بـ إحلال (الكم) محل (الكيف)، وفيها يكون اهتمام المشرع برقم أو نسبة معينة دون أن يكون هذا الرقم أو هذه النسبة عاكسة للمضمون الذي أريد للرقم أو النسبة ان تحققه أو تعبر عنه. ومنها أيضاً استخدام أسلوب الحصر[3].

ومن امثلة الصياغة الجامدة في الحالة الأولى أي استخدام الأرقام نصوص عديدة منها (٤٢٩) مدني عراقي ((الدعوى بالالتزام أياً كان سببه لا تسمع على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة مع مراعاة ما وردت فيه أحكام خاصة)). والفكرة الأساسية التي يقوم عليها هذا النص هي استقرار المعاملات، ولتعذر الوصول إلى حدّ نوعي يتأكد ويطمئن من خلاله على تحقق الاستقرار لجأ المشرع إلى اعتماد حد كمي وهذا الانتقال من الرصد النوعي للظاهرة إلى الرصد الكمي رافقه انتقال من الصياغة المرنة إلى الصياغة الجامدة. وعموماً أغلب النصوص الجزائية الضريبية والإجرائية تكون صياغتها صياغة جامدة لا تترك للقاضي حرية واسعة في التقدير، بل أن عمله في البعض منها قد يكون آلياً. مع الإشارة إلى ان كل من القاعدة القانونية الجامدة والمرنة يمكن أن تطبق بطريقة جامدة أو مرنة حسب طبيعتها[4].

هذا فيما يتعلق بالصياغة الجامدة عن طريق الأرقام أما فيما يتعلق بالصياغة الجامدة عن طريق الحصر فنقدم المادة (٢٦) من الإثبات مثالاً وغيرها كثير[5].

ويتميز هذا النوع من الصياغة بالوضوح والتحديد وأنه يحقق العدل المجرد لا العدالة الواقعية، العدل الذي يقوم على أساس الاعتبار والاعتداد بالعامل المشترك والغالب من الأمور الذي يشترك فيه أفراد النموذج التشريعي الواحد، حيث يعتمد الظروف والعناصر الجوهرية والأساسية ويتعمد هذا النوع من الصياغة التنازل وإغفال الحقائق الفردية والظروف الخاصة والثانوية للأشخاص والوقائع المشمولة بحكم نصوصها.

الفرع الثاني: الصياغة المرنة

(تكون القاعدة القانونية مرنة إذا كان الفرض فيها مرناً، أو كان الحل فيها مرناً، أو كان كل منهما كذلك. ويكون الفرض في القاعدة مرناً إذا كانت العبارة المستخدمة في تحديد الفرض غير محددة تحديداً دقيقاً بل كانت عبارة مرنة يمكن أن تتسع

---

[1] ينظر على سبيل المثال المادة (٢٦٧) من قانون العقوبات العراقي رقم 111 السنة ١٩٦٩.

[2] ينظر المادة (١٥٠) من قانون العقوبات العراقي.

[3] ينظر: د. توفيق حسن فرج المدخل للعلوم القانونية، القسم الأول، النظرية العامة للقانون، الدار الجامعية، ١٩٩٣، ص165 – 166.

[4] ينظر: د. سمير عبد السيد تناغو، مصدر سابق، ص49 – 50.

[5] تنظر المادة (26) من قانون الاثبات العراقي رقم 107 لسنة ١٩٧٩ المعدل.

فتشمل وقائع معينة أو تضيق فلا تنطبق على هذه الوقائع)[1] ويطلق على هذه العبارة المرنة اصطلاح المعيار (Standard) والمعيار هو جزء من القاعدة القانونية ولا يوجد خارجها وهو ما يمنح القاعدة المرونة في التطبيق، فهو صنع القاعدة المرنة والمشرع يستخدم هذا النوع من الصياغة في كثير من القواعد القانونية فمعظم الحل الجزاء الذي يتبناه المشرع الجزائي يكون حلاً مرناً فالعقوبة الجزائية غالباً تتراوح بين حدين أعلى وأدنى بحيث يمتلك معها القاضي سلطة تقديرية في إيقاع العقوبة بما يتلاءم مع الظروف.

وفي نطاق القانون الخاص هناك الكثير من القواعد القانونية المرنة من ذلك (الحوادث العامة الاستثنائية ورد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول[2]، وكذلك الاستعمال الجائز أو غير الجائز للحقوق[3]، ودرء المفاسد أولى من جلب المنافع[4]، والوصف المرغوب فيه[5]، والغلط في صفة جوهرية[6]، والنظام العام أو الآداب[7]،

ويظهر واضحاً بعد هذا العرض أن الصياغة المرنة على خلاف الجامدة تساعد على خلق ظاهرة الفراغ التشريعي بل هي من أهم أسباب وجود هذه الظاهرة.

الفصل الثاني: آليات سد الفراغ التشريعي

لقد ألقى القانون على القاضي عبئاً ثقيلاً فقد الزم القانون القاضي بالفصل في النزاع المعروض عليه ولا يمكن للقاضي بأي حال من الأحوال الاحتجاب عن نظر النزاع أو كف يده عن الدعوى بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقصه والا عُدَّ القاضي منكراً للعدالة وآية ذلك ما نصت عليه المادة (٣٠) من قانون المرافعات المدينة العراقي رقم 111 السنة ١٩٦٩ والذي جاء فيها: (لا يجوز لأية محكمة ان تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقصه وإلا عد القاضي متمتعاً عن احقاق الحق ويعد أيضاً التأخر غير المشروع عن اصدار الحكم امتناعاً عن احقاق الحق).

مما يتوجب على القاضي المدني إتباع الآليات التي تصلح ان تعالج مشكلة النقص في القانون وهذه الآليات ليست مطلقة وانها تختلف من قانون الآخر، وبمعنى ادق فان سلطة القاضي في استعمال تلك الآليات محدودة بطبيعة القانون محل التطبيق، وتتمثل هذه الآليات في القياس والحيل القانونية والعدالة[8].

عليه سنتناول هذا الفصل في ثلاثة فروع نتطرق في المبحث الأول للقياس ونبحث في المبحث الثاني الحيل القانونية ونخصص المبحث الثالث للعدالة.

المبحث الأول: القياس

القياس: هو اعطاء واقعة مسكوت عنها حكم واقعة أخرى منصوص عليها لاتحاد العلة في الواقعتين. والقياس له أربعة اركان تتمثل في الاصل وهو الواقعة المنصوص عليها وتسمى (المقيس عليه) والفرع وهو الواقعة المسكوت عنها وتسمى (المقيس) والعلة وهي الوصف الموجود من الاصل والفرع والحكم المنصوص عليه (9).

إن المقصود بالقياس هنا ما يسمى في علم المنطق بالتمثيل، ويعبر عنه أيضاً بقياس النظير. وتوضيح ذلك ان الحجة أي الدليل عند المناطقة على ثلاثة اقسام هي: (القياس والاستقراء

---

[1] ينظر: سمير عبد السيد تناغو، مصدر سابق، ص44.

[2] تنظر المادة (146 / ب) من القانون المدني العراقي.

[3] تنظر المادة (607) من القانون المدني العراقي.

[4] تنظر المادة (8) من القانون المدني العراقي.

[5] تنظر المادة (117) من القانون المدني العراقي.

[6] تنظر المادة (118) من القانون المدني العراقي.

[7] تنظر المادة (130) من القانون المدني العراقي.

[8] ينظر: د. وائل حسن عبد الشافي، مشكلة النقص في القانون بين المذاهب الفلسفية والشرائع القانونية، دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديثة، مصر، 2009، ص362.

[9] ينظر: د. سمير عبد السيد تناغو، مصدر سابق، ص764.

والتمثيل) ووجه الحصر في هذه الاقسام: هو أنه لابُدّ من وجود تناسب بين الدليل وبين المطلوب، فإن كان ذلك التناسب حاصلاً باشتمال الدليل على المطلوب سُمّي قياساً وهذا معنى قولهم: (القياس المنطقي هو الاستدلال بالكلي على الجزئي).

ويمكن أن يمثل لذلك بالقضايا المعينة التي تدخل ضمن القواعد الكلية في القانون، وإن تحقق ذلك التناسب باشتمال المطلوب على الدليل سُمِّي استقراء وهو معنى قول المناطقة (الاستقراء هو الاستدلال بجزئي على كلي) ومثال ذلك ما يفعله رجال القانون من الاستدلال بأفكار جزئية على مبادئ عامة، وان لم تشتمل أحدهما على الآخر أي: لم تشتمل الحجة على المطلوب، ولم يشتمل المطلوب على الحجة ولكنهما اشتركا في أمر يعمهما سُمِّي تمثيلاً وهو عند المناطقة الاستدلال بجزئي على جزئي وهو الذي يسميه الفقهاء قياساً[1].

إن للقياس من حيث النظر إلى المقيس عليه صورتين بارزتين: كما هو المعروف لدى الفقهاء الالمان هما: القياس التشريعي، والقياس القانوني[2].

أما القياس التشريعي: فيتكون من تطبيق نص ينظم حالة معينة على حالة أخرى غير منصوص عليها لوجود تشابه في الحكمة بين الحالتين، أي قياس حالة لم يرد بشأنها نص على حالة ورد بشأنها نصّ، فيكون المقيس عليه نصاً من نصوص القانون ويطلق عليه (Analogie Legis) ومثال بقياس الختم أو بصمة الاصابع على الامضاء في المادة (٢٤٧) من القانون المدني المصري القديم التي كانت تقضى بان المحررات الرسمية تكون حجة على المتعاقدين بها مالم يحصل انكار الكتابة والإمضاء[3].

أما القياس القانوني: فهو قياس حالة لم يرد بشأنها نصٌّ على مجموع المبادئ القانونية وروح النظام القانوني ويطلق عليه (Analogie Juris) ويسمى أيضاً القياس القانوني؛ ذلك أنه يتحقق حيث يكون المقيس عليه نظاماً كاملاً من الانظمة أو موضوعاً شاملاً من المواضيع نص القانون تفصيلاً على الأحكام الخاصة بجزئياته في مواد عديدة بينما يكون المقيس موضوعاً خاصاً أو نظاماً آخر لم ينص القانون على أحكامه، ولكن ثمة أوجه شبه بين الموضوعين أو النظامين ومن امثلة ذلك تطبيق أحكام العقود المسماة على العقود غير المسماة التي لم ينص على أحكامها متى كانت مشابهة للمسماة في الجوهر[4].

ويثار السؤال الآتي هل اعمال القياس أمر مطلق، وهل للقاضي سلطة واسعة في استخدامه؟ حقيقة الأمر – لا – حيث ان القاضي مقيد بطبيعة النصوص التي يطبقها، ((وما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه))[5].

ذهبت محكمة التمييز الاتحادية في العراق في قرار لها[6] إلى: ((... ولعدم وجود أي نص صريح في الاتفاقية على أيلولة البناء وبعد انتهاء العقد فيكون للطرف الذي قام بالبناء وهو المدعي المطالبة بقيمة البناء وليس كما ذهبت إليه محكمة البداءة ومن بعدها محكمة الاستئناف مقوماً بالذهب كما جاء بالفقرة (خامساً) لا يمكن الأخذ به والاعتماد عليه إذ لا يجوز تجزئة مقاصد طرف في الاتفاقية دون الطرف الآخر

---

[1] ينظر: الشيخ اسماعيل المعروف بشيخ زاده الكلنبوي، البرهان، مطبعة السعادة، القاهرة، بدون تاريخ، ص114، وكذلك ينظر: حاشية الشيخ حسن العطار على شرح شيخ الاسلام زكريا الانصاري على متن إيساغوجي، مطبعة العامرة العثمانية، بمصر، 1311هـ، ص119.

[2] ينظر: د. سلمان مرقس، المدخل للعلوم القانونية، ط3، بدون ذكر مطبعة أو مكان طبع، 1957، ص228.

[3] ينظر: د. محمد كمال عبد العزيز الوجيز، نظرية القانون بدون ذكر مطبعة ومكان طبع، ص160. وكذلك: د. محمد علي عرفة، مبادئ العلوم القانونية، القاهرة، 1924، ص177.

[4] ينظر: د. عبد الحميد متولي، مصادر الأحكام الدستورية في الشريعة، مجلة الحقوق، الاسكندرية، العدد الاول والثاني سنة ١٩٦١، ص205 وما بعدها.

[5] تنظر المادة (2) من القانون المدني العراقي.

[6] القرار بالعدد (2033 / الهيئة الاستئنافية عقار/2021 في 2021/5/23) (القرار غير منشور).

لأن مناط تطبيق هذه الفقرة يعتمد ابتداءً على اعلان رغبة الطرف الأول/المدعى عليهم بعدم رغبتهم بتحديد الاتفاقية مع المدعي بانتهاء مدة السنتين المتفق عليها بينهما أي لا يمكن تقدير قيمة المشيدات مقومة بالذهب إلاّ في حالة تحقق عدم رغبة المدعى عليهم بتجديد العقد وبهذا يكون هذا الشرط استثنائي وذو فاعلية محدودة من حيث المدة ورغبة أحد أطراف الاتفاقية ولا يمكن التوسع به والقياس عليه ويكون اجتهاد المحكمة باعتقادها هذه الفقرة بالحكم بقيمة المشيدات مقوماً بالذهب في غير محله... عليه ولكل ما تقدم قررت المحكمة نقض الحكم المميز... وصدر القرار بالاتفاق وفق المادة (3/210) مرافعات مدنية في 2021/5/23)).

يتضح جلياً من قرار محكمة التمييز الاتحادية بأن القياس في تفسير إرادة طرفاً الاتفاقية لابد وأن يكون وفق ضوابط معينة وضمن الشروط المحددة للقياس ووفق مجريات الدعوى وما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين.

المبحث الثاني: الحيل القانونية

تعدّ الحيلة وسيلة صياغة استثنائية لا يلجأ إليه إلاّ في حالات الضرورة وذلك لأنها تعدّ أشدّ وسائل الصياغة تطرفاً لا يتم استخدامها الا حينما يصعب على وسائل الصياغة الأخرى ادراك هدفها[1].

وتعدّ الحيلة ذات طبيعة نسبية وذلك؛ لأنها تعتمد على عقل الإنسان في إدراك الحقيقة والحقيقة في حد ذاتها تحدد نسبة الحيلة فاليوم قد يكون أمر أسس على حيلة غداً يثنيه العلم ويقرر صحتها والعكس صحيح[2].

وظيفة الحيلة القانونية تتمثل في أربعة أدوار وهي:

1- خلق قواعد قانونية جديدة 2- توسيع نطاق تطبيق القواعد القائمة 3- تبرير القواعد القائمة 4- عنوان القواعد القائمة والحيلة: هي التوصل بما هو مشروع لما غير مشروع[3]. ومن الحيل أنَّ يملك الشخص ماله عند حلول الحول لابنه أو زوجته ساعة من الزمن ثم يسترده منه للحيلولة دون أخذ الزكاة منه.

ومن الفقهاء من استدل على (الحيلة الشرعية) في القرآن الكريم قوله تعالى:ٌ آ نح نخ نم نى ني هج همً [4]، فهذا تعليم المخرج للنبي أيوب عليه السلام عن يمينه التي حلف ليضرّ بن إمرأته مائة عود فأمر الله أن يضم مائة ضغث وهو حزمة من الحشيش فيضربها لها ضربة واحدة عوضاً عن مائة، فشرع له ليتحلل من يمينه عوضاً عن يضربها[5].

حاصل القول إن الحيلة كوسيلة من وسائل سد الفراغ التشريعي يقوم بها المشرع أكثر من القضاء في خلق قواعد قانونية أو توسيع نطاق القواعد القانونية طالما يحقق اهداف القانون.

المبحث الثالث: العدالة

تعدّ العدالة من اهم آليات علاج الفراغ التشريعي حيث يلزم القاضي بإصدار حكماً في أي نزاع يعرض عليه حتى ولو لم يجد له نص في القانون وإلا اعتبر القاضي منكراً للعدالة، فيعد القاضي الممتنع عن الحكم منكراً للعدالة ومخالفاً لواجبه الاساسي كقاض، لان من واجبه الا يمتنع أو يؤخر الفصل في الدعوى، بل عليه أن يسعى إلى تفسير النص الغامض أو تكملة النص الناقص أو البحث عن القاعدة الواجبة التطبيق عند عدم النص، وإلا عُدَّ منكراً للعدالة[6]. فالمشرع الفرنسي يقرر بان القاضي الذي يرفض الحكم بحجة سكوت أو

---

[1] ينظر: د. وائل حسن عبد الشافي، مصدر سابق، ص367.

[2] ينظر: د. سمير عبد السيد تناغو، مصدر نفسه، ص401.

[3] ينظر: محمد داس، قلعة جي، معجم لغة الفقهاء، ط1، دار النفائس، بيروت، 1985، ص189.

[4] سورة ص، الآية (44).

[5] ينظر: د. نشوة العلواني، مصدر نفسه، ص24 – 25.

[6] ينظر: د. حسن محمد محمد بودي، ضمانات الخصوم امام القضاء في الشريعة الاسلامية دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١١، ص216. وكذلك د. عصمت عبد المجيد بكر، بحوث ودراسات قانونية (دور القاضي المدني في حالة انكار العدالة، ط1، مكتبة القانون المقارن، بغداد، 2023، ص36.

غموض أو نقص التشريع يمكن مقاضاته بسبب (إنكار العدالة) المادة (٤) من القانون المدني الفرنسي الصادر سنة ١٨٠٤م (1).

فالعدالة: ((وهي شعور كامن في اعماق النفس ويكشف عنه العقل السليم ويوصي به الضمير المستنير لا الضمير المستنير لإعطاء كل ذي حق))[2].

ولكن مع هذا فالعدالة لا تقتصر على مجرد الامتناع عن إيقاع الضرر بالغير وعلى إعطاء كل ذي حق حقه، وإنما تنطوي فوق ذلك على شيء أعمق وابعد وهو التوازن بين المصالح المتعارضة بغية توفير النظام الضروري لسكينة المجتمع الإنساني وتقدمه[3].

وإذا كان تحقيق مفهوم: ((إعطاء كل ذي حق حقه، يقوم على فكرة أن استحقاق الإنسان لحقه لمجرد كونه تابعاً سميت عندها العدالة بـ ((العدالة الطبيعية)) [Natural Justice] أما إذا كان استحقاق الإنسان لحقه على قاعدة يقبلها مجتمعه سميت بـ ((العدالة الاتفاقية)) [Conventional Justice] وإذا كان هذا الحق يستند إلى قاعدة تجعله بتملكها مسئولاً عن فعله أمام السلطة العمومية سميت عندها بـ ((العدالة القانونية))[4].

إن الذي يهمنا من هذه المفاهيم للعدالة هو مفهوم ((العدالة القضائية)) القناعة بأن أفراد المجتمع البشري كلهم من حيث والمقصود بالعدالة القضائية هي الإنسانية والكرامة والحقوق الإنسانية متساوون وكلهم طبقاً لهذا متساوون أمام القانون يجب على القضاء إعادة الحق للشخص الذي تم التجاوز والاعتداء على حقوقه لذا بدون مراعاة أية اعتبارات قيمية أو اعتبارية والتي تحول دون إعادة هذا الحق فالعدالة بهذا المعنى هي إحقاق الحق المسلوب أو الضائع وبهذا يمكن اعتبار العدالة القضائية في مجال تنفيذ القانون أكبر من العدالة القانونية لأنها تشمل القانون العادل والإجراءات القضائية العادلة أي المظهر الشكلي للعدالة[5].

إن ((العدالة القضائية)) تتجلى في أبهر صورها في الاجتهاد القضائي ومن هنا يكون على المشرع أن يعطي للقاضي من الصلاحيات ما يمكنه من الحركة والمرونة ((في حدود النصوص وداخل نطاقها)) بما يضمن من تطبيقها تطبيقاً سليماً عادلاً يتناسب مع خصوصية الواقعة أو النزاع ويتمشى مع روح النص والمقاصد العامة للتشريع[6].

إن العمل القضائي لا يقوم على معرفة القانون فحسب بل هو أعمق وأشمل من ذلك إنه إعطاء حل عادل المشكلة إنسانية، وقد أثبتت التجارب القضائية إن القانون لا يتضمن كل الحق فالعدالة الحقة هي التي تؤدي إلى انتصار الحق بواسطة القانون وليس إلى خسران الحق باسم القانون[7].

ذهبت محكمة التمييز الاتحادية في العراق في قرار لها[8] الى: ((1-...، 2- أن تشكيل لجان خاصة لتطبيق أحكام قانون العفو العام لا يحول دون ممارسة محكمة التمييز حقها

---

(1) ينظر: د. علي جمعة محارب، مصدر سابق، ص86.

(2) ينظر: د. سعيد عبد الكريم مبارك، أصول القانون، ط1، وزارة التعليم والبحث العلمي، بغداد، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٤م، ص187.

(3) ينظر: د. حسن على الذنون، مصدر سابق، ص63.

(4) ينظر: فارس كمال نظمي، مفهوم العدالة في الفكر الاجتماعي (من حمورابي إلى مارلس)، الحوار المتمدن، العدد 12 في 2006/6/6.

(5) ينظر: ناصر باقربان، عدالت حقوقي، ص48 - 49، نقلاً عن: أبو بكر علي محمد امين، العدالة مفهومها ومنطلقاتها، دراسة في ضوء الفكر القانوني والسياسي الغربي والإسلامي، دار الزمان للطباعة والنشر، ط1، دمشق سوريا، 2010، ص191.

(6) ينظر: القاضي عواد حسين ياسين العبيدي، اجتهاد القاضي في مورد النص بين نهي التشريع ومقتضيات العدالة، بحث منشور في مجلة التشريع والقضاء، العدد (4)، السنة (3)، بغداد، 2011، ص 81.

(7) ينظر: ضياء شيت خطاب، مصدر سابق، ص5.

(8) القرار (129 / هيئة عامة / 2008 في 2008/5/15) القرار منشور في مجلة التشريع والقضاء العدد الثاني (نيسان، أيار، حزيران، 2009)، ص82 - 83.

في القرارات الصادرة بشأن ذلك القانون رغم صدورها عن محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية))[1].

وبررت محكمة التمييز الاتحادية اتجاهها هذا بالقول: ((... لأن كلمة الفقه اجتمعت على أن الإنسان هو غاية كل تنظيم قانوني وقضائي وان المجتمع يشعر دائماً بالحاجة الملحة إلى ثبات ووحدة تطبيقه ويوم يختلف منطق تطبيق القانون من قاضٍ إلى آخر ومن حالة لأخرى سوف يفقد القانون معناه الحقيقي وتهتز إرادته الإلزامية ويكون مبدأ توحيد أحكام المحاكم ووحدة القضاء ضرباً من الخيال... وصدر القرار بالأكثرية في 10/ جمادى الأول / 1429هـ الموافق 2008/5/15)).

إن محكمة التمييز الاتحادية تصدت في قرارها المشار إليه للنظر في أحد القضايا الصادرة وفق قانون العفو رقم (19) لسنة 2008 رغم أن القانون المذكور أعطى الحق لنظر الطعون على قرارات لجان العفو لمحكمة الاستئناف بصفتها التمييزية إلاّ أن محكمة التمييز الاتحادية ولغرض تحقيق العدالة تصدت لهذا الموضوع وأصدرت حكمها العادل بإنصاف المظلوم وعدم التقيد بحرفية النصوص وتطبيقها تطبيقاً جامداً بعيداً عن مقتضيات العدالة.

الخاتمة:

بعد أن بلغ البحث منتهاه، وتم عرض أفكاره، وافصح عن مقصده ومبتغاه، اتّضح جلياً حقيقه لا مناص من الاعتراف والتسليم بها مفادها أن ((الفراغ التشريعي)) يوجد عند عدم قدرة النص على تغطية الواقع وتلبيه حاجاته، ومن ثم يوجد الفراغ التشريعي إذا ما وجد الواقع المستدعي للنص ولم يوجد النص القانوني والمبادئ القادرة على حكمه، ومن ثم فقد الزم القانون القاضي باتباع التفسير المتطور للقانون ومراعاة الحكمة من التشريع عند تطبيقه لإيجاد الحل المناسب والعادل للنزاع المعروض على القاضي في حالة خلو التشريع القانوني الواجب التطبيق على الواقعة المستجدة أو سكوت النص القانوني حيالها ولا سبيل للقاضي إلى الوصول إلى الحكم العادل إلاّ من خلال الاجتهاد القضائي، وعلى هدي ما تقدم لابدّ وأن ندون في لائحة خاتمة البحث أهم النتائج والمقترحات فيما يتعلق بالفراغ التشريعي وأسباب وآليات معالجته وذلك في فقرتين:

أولاً: النتائج:

1. الفراغ التشريعي يظهر إلى الوجود في الواقع العملي عند غياب النص القانوني لحكم الواقعة المستجدة أو غموض حكمه مما يؤدي إلى دخول النص الغامض إلى منطقة الفراغ التشريعي.
2. يختلف مفهوم الفراغ التشريعي عن كل من ((القصور التشريعي)) و((الخطأ التشريعي)).
3. هناك أسباب مادية وأسباب فنية للفراغ التشريعي كما وجدت اليات لسد الفراغ التشريعي.
4. يلعب الاجتهاد القضائي دوراً بارزاً لسد الفراغ التشريعي.
5. إن القاضي ملزم قانوناً بالفصل بالنزاع المعروض عليه ولا يمكنه كف يده عن حسم الدعوى بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقصه وإلا عُدَّ القاضي منكراً للعدالة.

ثانياً: المقترحات:

1. ضرورة مراجعة التشريعات النافذة لغرض تقويمها وإصلاح ما شابها من خلل أو ما اعتراها من نقص؛ لأن التشريع الذي لا يراجع يصبح قديماً وربما يكون ضرره أكبر من نفعه.
2. العمل على تأهيل القضاة وتنمية قدراتهم من خلال زجهم في دورات متخصصة تتعلق في كيفية معالجة الفراغ التشريعي وحثهم على الاجتهاد القضائي لتحقيق العدالة القضائية.
3. الاهتمام بالصياغة القانونية للنصوص التشريعية بالاعتماد على اهل الخبرة والاختصاص في نطاق النصوص المراد تشريعها في فروع القانون المختلفة ومن اجل اخراج التشريع وفق اسس علمية مدروسة ووفق المعطيات العملية الواقعية والابتعاد عن استعمال

[1] حددت الفقرة (3) من المادة (5) من قانون العفو رقم (19) لسنة 2008 ان تكون محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية هي المختصة بنظر الطعون التمييزية في قرارات لجان العفو.

المصطلحات الغامضة أو المفردات والألفاظ ذات المعنى الواسع والقابل للتأويلات المختلفة.

4. العمل على تبني العدالة القضائية بما يتضمن تطبيق النصوص تطبيقاً عادلاً يتناسب مع خصوصية النزاع ويتماشى مع مقاصد التشريع ويستوعب روح النص التشريعي أو الحكمة منه لتلافي الفراغ التشريعي.
5. الابتعاد عن التمسك الحرفي للنصوص والحرص على استنباط الأحكام منها وفق عقلية قضائية اجتهاديه متفتحة ومتطورة ومما يؤدي إلى انتصار الحق بواسطة القانون وليس إلى خسران الحق باسم القانون بسبب تقديس النصوص والجمود عليها.

وختاماً ما أوردنا من نتائج ومقترحات هي اجتهادات شخصية تقبل الخطأ والصواب فإن أخطأنا فمن أنفسنا وإن أصبنا فبتوفيق من الله وفضله وفوق كل ذي علم عليم.

المصادر والمراجع

القرآن الكريم

أولاً: معاجم اللغة:

- ابو اسحاق بن علي الشيرازي، (ت 476هـ)، اللمع، طبعة الحلبي.
- الشيخ اسماعيل المعروف بشيخ زاده الكلنبوي، البرهان، مطبعة السعادة، القاهرة، بدون تاريخ.
- أبو حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي، المستصفى في علم الأصول، ج2، ط1، مصر، 1356هـ – 1937م.
- أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري، البغدادي الماوردي، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، ضبطه وصححه احمد عبد السلام، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2006.
- الامام أبو الفتح محمد بن عبد الكريم الشهرستاني، الملل والنحل، صححه وعلق عليه الأستاذ احمد فهمي، المجلد الأول، ط7، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2007.
- العلامة أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الافريقي المصري، لسان العرب، المجلد الثالث، دار صادر، ط4، بيروت، لبنان، 2005.
- العلامة أبو القاسم الحسين بن محمد بن المفضل المعروف بالراغب الاصفهاني (ت سنة 503 هـ)، معجم مفردات الفاظ القرآن، ضبطه وصححه وخرج آياته وشواهد إبراهيم شمس الدين، دار الكتب العلمية، ط3، بيروت – لبنان، 2008.
- الامام إسماعيل بن حماد الجوهري، معجم الصحاح، قاموس (عربي – عربي)، اعتنى به مأمون شيحا، دار المعرفة، ط3، بيروت، لبنان، 2008.
- حاشية الشيخ حسن العطار على شرح شيخ الاسلام زكريا الانصاري على متن إيساغوجي، مطبعة العامرة العثمانية، بمصر، 1311هـ.
- السنوي، الشرح المناهج للبيضاوي، ج3.
- سيف الدين ابو الحسن علي بن ابي علي بن محمد الآمدي، (ت 631هـ)، الأحكام في أصول الأحكام، ج4، مطبعة المعارف بمصر، 1332هـ.
- الامام شمس الدين ابي عبد الله محمد بن قيم الجوزية، اعلام الموقعين، حققه واخرج أحاديثه وعلق عليه بشير محمد غيوث، ط1، المجلد الأول، مكتبة دار البيان، دمشق، 2000.
- كمال الدين محمد بن عبد الواحد، (ت ٥٩٣ هـ)، التحرير مع التقدير والجبير لابن امير الحاج، طبعة بولاق.
- الشيخ محمد بن القاسم الغزي، الشافعي، القول المختار في شرح غاية الاختصار، راجعه الشيخ عبد القادر الارناؤوط، عنى به حسن أومري، ط2، مكتبة دار الفجر، بدون سنة نشر.

ثانياً: الكتب:

- إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، ج1، المكتبة الإسلامية للطباعة والنشر، القاهرة، 1977.
- أبو بكر علي محمد امين، العدالة مفهومها ومنطلقاتها، دراسة في ضوء الفكر القانوني والسياسي الغربي والإسلامي، دار الزمان للطباعة والنشر، ط1، دمشق سوريا، 2010.

- د. توفيق حسن فرج المدخل للعلوم القانونية، القسم الأول، النظرية العامة للقانون، الدار الجامعية، ١٩٩٣.
- د. حسن علي الذنون، فلسفة القانون، ط1، بغداد، 1975.
- د. حسن كيرة، المدخل لدراسة القانون، نظرية القانون، ط4، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1971.
- د. حسن محمد محمد بودي، ضمانات الخصوم أمام القضاء في الشريعة الاسلامية دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١١.
- د. رافد خاف هاشم البهادلي، د. عثمان سلمان غيلان التشريع بين الصناعة والصياغة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٢.
- د. سعيد عبد الكريم مبارك، أصول القانون، ط1، وزارة التعليم والبحث العلمي، بغداد، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٤م.
- د. سلمان مرقس، المدخل للعلوم القانونية، ط3، بدون ذكر مطبعة أو مكان طبع، 1957.
- د. سمير عبد السيد تناغوا النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف الإسكندرية، 1986.
- د. شمس الدين الوكيل، الموجز في المدخل لدراسة القانون، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ١٩٦٥.
- د. صعب ناجي عبود، المشاور القانوني كرار علي مجبل الماضي، القصور التشريعي في قانون الاستثمار العراقي رقم 13 لسنة ٢٠٠٦ المعدل، دراسة مقارنة، ط1، مكتبة القانون المقارن، بغداد، 2021.
- د. ضاري خليل محمود، الاجتهاد وحقوق الانسان في الإسلام، دار الشؤون الثقافية العامة، الموسوعة الصغيرة، بغداد، 1996.
- د. ضمير حسين ناصر المعموري، بحوث ودراسات في القانون الخاص (الفراغ التشريعي)، ط1، دار مصر للنشر والتوزيع، 2022.
- ضياء شيت خطاب، فن القضاء، معهد البحوث والدراسات العربية، قسم البحوث والدراسات القانونية، بغداد، ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤م.
- د. عبد الباقي البكري، د. محمد علي بدير، المدخل لدراسة القانون، مطابع مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، 1402هـ - 1982م.
- د. عبد الحي حجازي المدخل لدراسة العلوم القانونية، مطبوعات جامعة الكويت، كلية الحقوق والشريعة، والقانون الخاص، 1972.
- د. عبد المنعم فرج الصدة، مبادئ القانون، دار النهضة العربية، بيروت، 1982.
- ـــــــــــــــــ، أصول القانون، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت - لبنان، بدون سنة نشر.
- عبد الوهاب الخلاف، مصادر التشريع فيما لا نص فيه، ط٣، دار القلم، الكويت، ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م.
- القاضي عواد حسين ياسين العبيدي، إلزام القاضي بالتفسير المنظور للقانون، ط1، دار السنهوري للنشر والتوزيع، بغداد، 2016.
- د. عصمت عبد المجيد بكر، بحوث ودراسات قانونية (دور القاضي المدني في حالة انكار العدالة، ط1، مكتبة القانون المقارن، بغداد، 2023.
- السيد محمد باقر الصدر المدرسة القرآنية، ط2، مركز الابحاث والدراسات التخصصية للشهيد الصدر، شريعت قم.
- محمد بن إبراهيم، الاجتهاد والعرف، دار السلام للطباعة والتوزيع والترجمة، القاهرة، دار سحنون للنشر والتوزيع، نشر مشترك، ط1، 1430هـ- 2009.
- السيد محمد تقي الحكيم، الأصول العامة للفقه المقارن، ط2، دار الاندلس، بيروت، لبنان، 1979.
- محمد داس، قلعة جي، معجم لغة الفقهاء، ط1، دار النفائس، بيروت، 1985.
- د. محمد شريف احمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، ط1، التفسير للنشر والاعلان، أربيل، أروقة للدراسات والنشر، عمان، 1436هـ - 2015م.

- د. محمد علي عرفة، مبادئ العلوم القانونية، القاهرة، 1924.
- د. محمد كمال عبد العزيز الوجيز، نظرية القانون بدون ذكر مطبعة ومكان طبع.
- د. محمد محمد ابراهيم، النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى في قانون المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٢.
- د. محمد فتحي محمد العتبربي، الفراغ التشريعي بين أهلية الاجتهاد وآلية التدبير، ط1، دار الكلمة للنشر والتوزيع، مصر، 1441هـ – 2020م.
- د. محمد مصطفى الشبكي، أصول الفقه الإسلامي، ج1، ط4، الدار الجامعية، بيروت، 1983.
- د. مصطفى إبراهيم الزلمي، فلسفة الشريعة، دار الرسالة للطباعة، بغداد، 1989.
- د. منذر الشاوي، مذاهب القانون، مركز البحوث القانونية، بغداد، 1986.
- د. نادية شريف العمري، الاجتهاد والتقليد في الاسلام، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، ط1، بيروت، لبنان، 1425هـ – 2004م.
- د. هادي حسين عبد علي الكعبي، المثالية في مواجهة الواقعية – دراسة تأصيلية في فلسفة القانون، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2018.
- هانس كلسن، النظرية المحضة في القانون ترجمة أكرم الوتري، مركز البحوث القانونية، بغداد، 1986.
- د. وليم سليمان قلادة، التعبير عن الارادة في القانون المدني المصري، دراسة مقارنة، ط1، المطبعة التجارية الحديثة، 1955.

ثالثاً: البحوث:

- د. احمد حسن بغدادي، النقص الفطري في أحكام التشريع بحث منشور في مجلة القضاء، مجلة حقوقية تصدرها نقابة المحامين، العدد الخامس، السنة الرابعة، بغداد، 1945.
- د. عبد الحميد متولي، مصادر الأحكام الدستورية في الشريعة، مجلة الحقوق، الاسكندرية، العدد الأول والثاني سنة ١٩٦١.
- د. علي جمعة محارب، دور الاجتهاد القضائي في تطوير القاعدة القانونية، بحث منشور في مجلة القضاء تصدرها نقابة المحامين العراقيين، العددان (1، 2)، السنة السادسة والاربعون.
- القاضي عواد حسين ياسين العبيدي، اجتهاد القاضي في مورد النص بين نهي التشريع ومقتضيات العدالة، بحث منشور في مجلة التشريع والقضاء، العدد (4)، السنة (3)، بغداد، 2011.
- القاضي عواد حسين ياسين العبيدي، اتجاه المشرع العراقي في سد النقص في التشريعات اسسه وتقيمه، بحث منشور في مجلة التشريع والقضاء، مجلة فصلية، العدد (2) السنة (3)، بغداد، 2011.
- القاضي عواد حسين ياسين العبيدي، أثر اختلاف الدلالة اللغوية في الصياغة التشريعية، بحث منشور في مجلة التشريع والقضاء، العدد الثاني، (نيسان – ايار حزيران) السنة الخامسة، بغداد، ٢٠١٣.
- فارس كمال نظمي، مفهوم العدالة في الفكر الاجتماعي (من حمورابي إلى مارلس)، الحوار المتمدن، العدد 12 في 2006/6/6.
- س. ف. كاناريز، سد الفراغ في القانون وموقف القانون الألماني منه، ترجمة د. عبد الرسول الجصاني، مجلة القضاء، العدد الأول، السنة الثامنة والعشرون، 1973.
- د. يوسف القرضاوي، منشور في مجلة الامة القطرية، العدد (5).

رابعاً: القوانين:

- قانون العقوبات العراقي رقم 111 السنة ١٩٦٩.
- القانون المدني العراقي.

خامساً: المواقع الإلكترونية:

- فارس حامد عبد الكريم، القصور التشريعي، بحث في فلسفة القانون الوضعي، مقالة منشورة على شبكة الإنترنت alnoor، selarticle.
- محمد مهدي. شمس الدين مجالات الاجتهاد ومناطق الفراغ بحث موجود على الموقع التالي:

http://www.balagh.com/matboat/fbook/78/sf0mpfg1. Htm

http://www.balagh.com/mosoa/feqh/u512by6o. htm

– الثابت والمتغير مؤسسة البلاغ كتاب منشور على الموقع الالكتروني الآتي: