

## الاجتهاد القضائي وضوابطه - دراسة مقارنة Jurisprudence and its controls - A Comparative study

الأستاذ الدكتور  
حيدر فليح حسن  
جامعة بغداد / كلية القانون

طالبة - ماجستير  
زينه عبد الحكيم عبد الرضا  
جامعة بغداد / كلية القانون  
znsabd @gmail.com

### الملخص

يعد الاجتهاد القضائي احد الحلول القانونية المهمة لمعالجة قصور التشريع فلقد عرفت المجتمعات الانسانية عبر تاريخها الطويل العديد من الحالات التي يجد فيها القاضي نفسه امام فراغ تشريعي فضلا عن النصوص القانونية المدنية التي يصعب على القاضي تطبيقها لما يشوبها من غموض او تناقض، الامر الذي يتطلب منه الاجتهاد للحكم بحل النزاعات المعروضة عليه لكي لا يكون منكرا للعدالة ،بيد ان القاضي في اجتهاده لم يكن مطلقا وانما مقيد بضوابط معينة تتمثل بمراعاة حكمة التشريع من جانب ومراعاة طبيعة النصوص من جانب اخر، ومن هنا جاء هذا البحث ليلسط الضوء على الاجتهاد القضائي وضوابطه ...

وقد توصلنا الى مجموعة من التوصيات اهمها ضرورة تعديل المادة (1) و(2) من القانون المدني العراقي ،فضلا عن جملة من التوصيات التي ذكرناها في ثنايا البحث والتي نأمل من المشرع والقضاة الالتفات اليها.  
**الكلمات المفتاحية:-** الاجتهاد، حكمة التشريع، العدل الاجتماعي، المنطوق، المفهوم.

## **Abstract**

Judicial jurisprudence is one of the important legal solutions to address the shortcomings of legislation. Throughout its long history, human societies have known many cases in which the judge finds himself facing a legislative vacuum in addition to civil legal texts that are difficult for the judge to implement due to ambiguity or contradiction, which requires diligence. To rule on resolving disputes before him in order not to deny justice, but the judge in his jurisprudence was not absolute, but rather bound by certain controls represented by observing the wisdom of legislation on the one hand and taking into account the nature of the texts on the other side, and from here this research came to shed light on the jurisprudence and its controls...

We have reached a set of recommendations, the most important of which is the need to amend Articles (1) and (2) of the Iraqi Civil Code, as well as a set of recommendations that we have mentioned in the course of the research, which we hope the legislator and judges will pay attention to.

## المقدمة (Introduction)

لا ريب ان المشرع مهما بلغ من الدقة والكمال في عملة الا انه يبقى قاصرا عن الإحاطة بكل شيء ووضع الحلول اللازمة لكل قضية بصورة مسبقة ، لاسيما في ظل تسارع وتيرة التطورات وتعثر مسيرة القواعد القانونية على المتابعة وعجزها امام هذا الكم الهائل من المعلومات العلمية والتقنية وتعقيدها وتشعبها، فقد يحصل ان تكون الحالة المنظورة امام القضاء خارج توقعات المشرع فعلى وفق قول الفيلسوف ابن رشد : " ان النصوص المتناهية ، والاحداث والوقائع غير متناهية ومن المحال ان يقابل ما يتناهى بما لا يتناهى " ، فعليه وأمام عجز المشرع عن الاستمرار في التشريع طبقا للأطر العامة التقليدية ، فضلا عن الحالات الاخرى التي قد تواجه القضاة من قبيل اشكالية صياغة النصوص القانونية وما تنطوي عليه من غموض او تعارض ، على نحو يجعل منها عاجزة عن تقديم الحلول القانونية للمنازعات المطروحة امام انظار القضاء، بات لزاما على القضاة ايجاد الحلول المناسبة لتلك الحالات من خلال خلق قاعدة قضائية، اذ ان الاجتهاد القضائي ان صح القول هو وسيلة لتجاوز ما يعترض القواعد القانونية من عيوب من جهة ، وأداة لتدارك الفراغ التشريعي من جهة اخرى ، غير ان عملية الاجتهاد هذه تعد من اخطر المسائل المتعلقة بعمل القاضي، اذ أنها ليست بالأمر اليسير ، وبالتالي فثمة ضوابط محددة ينبغي على القاضي مراعاتها ليكون اجتهاده صائبا.

ولأهمية هذا الموضوع ، سنقسم دراسته على مبحثين ، نخصص المبحث الاول لبيان ماهية الاجتهاد القضائي ، والمبحث الثاني سوف نخصصه لبيان ماهية ضوابط هذا الاجتهاد ، وسوف ننهي بحثنا بخاتمه نوضح فيها النتائج والتوصيات .

## المبحث الأول ماهية الاجتهاد القضائي

للإحاطة بالموضوع من كل جوانبه يستلزم منا ، ان نتناول تعريف الاجتهاد القضائي في المطلب الاول، ونظرا لوجود اوضاع اخرى قد تشبه بهذا الاجتهاد فقد عقدنا المطلب الثاني لتمييزه عما يشته به من أوضاع.

## المطلب الأول تعريف الاجتهاد القضائي

سنتناول في هذا الفرع تعريف الاجتهاد لغة واصلاحا وقانونا لنتوصل بعدها الى تعريف مقترح للاجتهاد القضائي وذلك وفق المتواليات في ادناه:-

### أولاً: الاجتهاد لغة

- هو مصدر اجتهد ، واصله الفعل (جهد) وله معاني لغوية متعددة ومنها :
- 1- الجهد والجهود الطاقة : حيث قيل الجهد المشقة ، والجهد الطاقة ، فيقال جهد الرجل في كذا ، اي بالغ وجد فيه ويعني الطاقة والوسع والاجتهاد والتجاهد بذل الوسع والمجهود (1)
  - 2- الاجتهاد والتجاهد : بذل الوسع والمجهود (2)
  - 3- كما قد يراد به القياس: أي يعني رد القضية المعروضة للقاضي من خلال إلحاقها بالكتاب والسنة (3)
  - 4- اما في اللغة الفرنسية فان كلمة الاجتهاد هي كلمة لاتينية الأصل (prudencia) تعني المعرفة والعلم (4)

### ثانياً : الاجتهاد اصطلاحاً

لقد ذكر علماء الاصول للاجتهاد في الاصطلاح العديد من التعاريف المختلفة تبعا لاختلافهم من حيث الملكات الفقهية والطاقات الفكرية والادلة التي يتم الاعتماد عليها وكما يأتي :

فقد عرف الامام سيف الدين الامدي الاجتهاد بأنه " استفراغ الوسع في طلب الظن بشيء من الاحكام الشرعية على وجه يحسن من النفس العجز عن المزيد فيه " (5)

وعرف الامام الغزالي الاجتهاد بأنه " بذل المجتهد وسعه في طلب العلم بأحكام الشريعة " (6)

وهناك من الفقهاء المسلمين من عرفه بأنه " ملكة تحصيل الحجج على الاحكام الشرعية او الوظائف الشرعية العلمية ، شرعية او علمية " (7)

كما عرف الاجتهاد الكمال بن الهمام بقوله " بذل الطاقة من الفقيه في تحصيل حكم شرعي عقليا كان او نقليا قطعيا كان او ظنيا " (8)

وعرفه الدكتور حمد الكبيسي الاجتهاد بأنه " بذل الفقيه وسعه في استنباط الأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية " (9)

اما الدكتور مصطفى الزلمي فقد عرفه بأنه "بذل الفقيه ما في وسعه من الطاقة الذهنية والبدنية للحصول على الحكم الشرعي للقضية المعنية بالحكم" (10).  
ويلاحظ على التعريفات المتقدمة انها تشابهت بالألفاظ تارة ، واختلفت فيها تارة اخرى ، ولكنها جميعا اتحدت في المعنى ، فهي تحاول حث المجتهد على بذل الوسع للنظر في الأدلة التفصيلية من اجل الوصول إلى الحكم الشرعي من خلال الاستنباط عن طريق بذل الجهد في العلم .

### ثالثا : الاجتهاد قانونا

في مجال القانون ينقسم تعريف الاجتهاد الى مجموعتين :-  
الأولى تربط الاجتهاد بالسلطة القضائية ووظيفتها اذ تجعله يشمل جميع الاحكام والقرارات التي تصدر عن الهيئات ذات الطبيعة القضائية فتعرف الاجتهاد على انه "مجموع الحلول التي تستنبطها المحاكم بمناسبة فصلها في المنازعات المعروضة عليها وفق إجراءات متبعة على وجه الإلزام" (11) . أو هو "مجموع القرارات القضائية التي تصدر عن المحاكم" (12)

إما المجموعة الثانية فإنها تركز في تعريفها للاجتهاد على الجانب الذهني والإبداعي للقاضي اذ ان القانون غالبا ما يصدر في صياغة موجزة غير مفصلة وبالتالي قد يعتري نصوصه القانونية الغموض او الابهام بل وحتى النقص عن معالجة بعض المسائل ، وعندها يظهر دور القاضي المهم وسلطته التقديرية في محاولة الوصول لحل المنازعات المعروضة أمامه من خلال إزالة الغموض او الابهام وسد ذلك النقص من خلال استنباط الأحكام القانونية (13)

من هنا تعرف هذه المجموعة الاجتهاد بأنه "الحل الذي تتخذه جهة قضائية في قضية معروضة أمامها ، في حالة عدم وجود النص القانوني الواجب التطبيق او غموضه او عدم كفايته " (14)

وبهذا نجد ان تعريف الاجتهاد في ضوء المجموعة الثانية لا يختلف كثير عن المعنى الفقهي للاجتهاد .

إما في فرنسا فقد ذهب رأي فقهي الى تعريف الاجتهاد القضائي بأنه " مجموعة الحلول التي تقدمها القرارات الصادرة عن المحاكم عند تطبيق القانون أو عند تفسيره عندما يعتريه الغموض" (15).

في حين عرفه راي آخر بأنه " مجموع المبادئ التي تستنبط من الأحكام الصادرة عن المحاكم فهو مصدرا يغذي النظام القانوني اي انه يرتبط بحياة القانون مثلما يرتبط التشريع بالقانون" (16).

وبعد استعراضنا لأغلب التعريفات التي وضعت للاجتهاد عموماً وللاجتهاد القضائي بشكل خاص فإننا نطرح من جانبنا التعريف الاتي " هو بذل القاضي جهده في استنباط الأحكام القانونية من مصادرها لمعالجة حالة واقعية وهي غموض النص أو فقدانه أو نقصه أو تعارضه لغرض حسم النزاعات بين الأشخاص أو الجهات و إثبات الحقوق واستيفائها لأصحابها ، على نحو يسهم في إشاعة العدل والاستقرار " .

### المطلب الثاني

#### تمييز الاجتهاد القضائي عما قد يشته به من أوضاع

سنحاول في هذا المطلب ان نميز بين الاجتهاد القضائي وبين السلطة التقديرية للقاضي من جهة ، وبين الاجتهاد القضائي وحكم القاضي بعلمه الشخصي من جهة اخرى .

#### الفرع الاول: تمييز الاجتهاد القضائي عن السلطة التقديرية للقاضي

تعرف السلطة التقديرية للقاضي على انها " رخصة القوانين والاحكام التي تمنح القاضي حرية التقدير والحكم بما يواجهه من قضايا ، وهي فعل وممارسة عقلية تعتمد على النشاط والتحليل الذهني للقاضي " (17).

فالسلطة التقديرية ترتبط مع الاجتهاد ارتباطاً عضوياً ، من حيث ان القائم بهما في مجال العمل القضائي هو شخص واحد يتمثل في قاضي الموضوع المعروف امامه النزاع، فضلا عن ان كل منهما يتطلب من القاضي نشاطاً ذهنياً (18).

إما أوجه الاختلاف بينهما فهي تتمثل في كون الاجتهاد القضائي لا يستند إلى قاعدة قانونية صريحة ، بل بعكس ذلك فهو لا يهض الا بغموض القاعدة القانونية او انعدامها او تعارضها ، في حين ان الحرية الواسعة التي يتمتع القاضي بها بموجب سلطته التقديرية تستند الى تخويل

المشرع الصريح ، و عليه فالفراغ الموجود في النصوص القانونية التي تخول القاضي السلطة التقديرية يكون فراغاً مقصوداً (19).

كما ويختلف الاجتهاد القضائي عن السلطة التقديرية، في ان الاول يخضع لرقابة المحاكم العليا في مجمله للتأكد من ان الاحكام التي صدرت بناءً على اجتهادات القاضي هي مطابقة للقانون والاصول ؛ كون ان مثل هذه الاجتهادات تكون متعلقة بتفسير القواعد القانونية أو إيجادها أو تأويلها أو إكمالها (20).

في حين ان السلطة التقديرية وبحكم كونها تتعلق بوقائع الدعوى فإنها لا تخضع من حيث المبدأ لرقابة المحاكم العليا مادام القاضي قد تصرف بحدود سلطته التقديرية الممنوحة له والمعترف بها قانوناً (21).

### الفرع الثاني: تمييز الاجتهاد القضائي عن حكم القاضي بعلمه الشخصي

يعرف حكم القاضي بعلمه الشخصي على انه " المعلومات التي تصل الى علم القاضي بصدد وقائع الدعوى او بصدد مدى ثبوتها وصحتها من غير الطريق المقرر لنظر القضايا"(22).

وبالرجوع الى قانون الإثبات العراقي النافذ نجد انه قد نص في المادة (8) على انه " ليس للقاضي ان يحكم بعلمه الشخصي الذي حصل عليه خارج المحكمة ، ومع ذلك فله ان يأخذ بما حصل عليه من العلم بالشؤون العامة المفروض إمام الكافة بها " فموجب هذا النص إن القاضي ملزم بالامتناع عن الحكم بعلمه الشخصي الحاصل عليه من خارج المحكمة وذلك منعا للتحيز ، فلو سمح النص للقاضي الحكم في ضوء علمه هذا لكان شاهدا وقاضيا في الوقت نفسه، وبالتالي قد يتحيز لأحد الخصوم ، لذا ذهب بعض الفقهاء إلى القول ان القاضي لا يحكم دفعا للتهمة، فهو من اجل سلامة حيادته ملزم بعدم اسناد حكمه الا وفقا لما حصل عليه من معلومات وصلته طبقا لما رسمه القانون من طرق (23).

والحال ذاته في مصر إذ على الرغم من ان المشرع المصري لم ينص صراحة على امتناع القاضي عن الحكم بعلمه الشخصي كما فعل المشرع العراقي في قانون الإثبات ، الا انقضاؤها

جرى على العمل به في ضوء تفسير نص المادة (5/146) من قانون المرافعات المدنية المصري بحيث تشمل حالة امتناع القاضي عن بناء حكمه على علمه الشخصي (24) ،حيث ذهبت محكمة النقض المصرية في قرار لها الى ما نصه " لا يجوز للقاضي ان يحكم بناء على معلوماته الشخصية التي حصل عليها خارج مجلس القضاء والا كان باطلا "(25).

كما ان النظام القانوني الفرنسي قد حدد طرق الإثبات ولم يجز للقاضي ان يبني حكمه على اي دليل لم يطرح امامه في الجلسة فقد قضت محكمة النقض الفرنسية " ببطلان الحكم الذي يصدر بناء على معلومات القاضي الشخصية او بناء على تحقيق اجراه بصفة غير رسمية"(26).

مما تقدم يتضح ان اوجه الاختلاف بين الاجتهاد القضائي و حكم القاضي بعلمه الشخصي ، يتمثل في إن الاجتهاد يكون في نطاق موضوع الدعوى بأدلة الإثبات التي تقدم فيها او وقائعها او ما يتعلق فيها من نصوص قانونية سواء كانت تلك النصوص غامضة بحاجة الى تفسير أو مفقودة أو متعارضة ، اي انه ينصب في فلك المسالة المطروحة أمام القاضي ،اما حكم القاضي بعلمه الشخصي فيكون منصبا على انطباع القاضي الشخصي وآراءه ومشاهداته الخاصة إي إن حكم القاضي يكون استناداً الى

ما حصل عليه بصورة شخصية من وقائع ، اما ما حصل عليه من وقائع بصورة رسمية بعد عرض النزاع اليه استنادا الى ولايته فلا يعد من ذلك القبيل<sup>(27)</sup>.

## المبحث الثاني

### ماهية ضوابط الاجتهاد القضائي

ان القاضي حين يجتهد لا يكون اجتهاده تحكما بناءً على معتقداته وآرائه الشخصية وانما هنالك ضوابط معينة ينبغي عليه مراعاتها ليكون اجتهاده موقفاً ، لذا ارتأينا في هذا المبحث تسليط الضوء على تلك الضوابط وسنتولى دراستها عبر مطلبين نبين في المطلب الأول منهما الضوابط الخاصة بمراعاة حكمة التشريع ، وفي الثاني الضوابط المتعلقة بمراعاة طبيعة النصوص .

### المطلب الأول

#### مراعاة حكمة التشريع

يقصد المشرع من تشريعه للقواعد القانونية تحقيق غاية معينة والتي تعرف بحكمة التشريع التي تمثل المصالح التي يسعى المشرع إلى حمايتها فضلاً عن مراعاة الاعتبارات الاجتماعية والأخلاقية والاقتصادية التي دعت إليها<sup>(28)</sup>. فلا يوجد شك على الإطلاق في ان القواعد القانونية المدنية تستهدف غايات او تعالج جوانب اجتماعية<sup>(29)</sup> ، و تعد النصوص القانونية هي الوسيلة المتاحة امام القاضي للوقوف على الحكمة او الغايات او الاهداف التي ابتغاها المشرع من تشريعها ، تلك الغايات التي تضي على النصوص قوة حركية تمكنها من مواكبة التطورات التي تصيب المجتمع وما قد تستجد فيه من حالات لم تكن موجودة وقت تشريع تلك النصوص ، من هنا فان الوقوف على تلك الغايات يساعد القاضي على كشف المراد منها على نحو يمكنه من مد نطاقها<sup>(30)</sup>، فالغاية الجوهرية من القواعد القانونية المنظمة للمسؤولية عن فعل الغير هي وجود ضامن مالي لمحدث الضرر ، في حين ان الغاية الجوهرية من قواعد المسؤولية التقصيرية هو تعويض المتضرر<sup>(31)</sup>.

هذا وقد اشار القضاء العراقي في العديد من قراراته الى حكمة التشريع وضرورة تفيد القاضي بها ، ففي حكم لمحكمة استئناف ذي قار بصفتها التمييزية جاء فيه ( ان إقدام المؤجر بمحض مشيئته على بيع داره التي كان يشغلها والصالحة لسكناه مع عائلته لغرض تخليه الدار المستأجرة ، لا تعنيه الفقرة 17 من قانون تنظيم إيجار العقار لسنة 1979 ولا يستقم مع الحكمة من التشريع والتي ألزمت المادة الثالثة من

قانون الإثبات القاضي بإتباع التفسير المتطور للقانون ومراعاة الحكمة من التشريع عند تطبيقه وبما ان القرار جانب التفسير السليم للنص القانوني مما اخل بصحته ، قرر نقض القرار المميز (32).

ومن الجدير بالذكر ان حكمة التشريع تختلف عن المناسبة التشريعية ، حيث ان المناسبة التشريعية هي الظروف التي أدت إلى وضع النصوص القانونية فقد تصدر تلك النصوص لمعالجة ظرف معين اجتماعي او اقتصادي ولا يمكن استخدامها في تحديد حكمة التشريع ، في حين ان حكمة التشريع هي الغاية التي يسعى المشرع الى تحقيقها وحمايتها ومراعاة اعتباراتها المختلفة التي دعت اليها عند تشريعه للقواعد القانونية(33).

هذا وان فكرة حكمة التشريع وغايته كانت قد مرت بتطورات كثيرة استناد إلى تطور المجتمعات والفكر الإنساني ، ففي المراحل القديمة كانت الحكمة الأساسية من النصوص القانونية هي الحفاظ على السلم والأمن الاجتماعي بأي وسيلة من الوسائل ولو بالجوء إلى استخدام القوة وأساليب القهر فتميزت قوانين تلك المرحلة بالقسوة ،ويمكن تعليل ذلك إلى صعوبة ضبط سلوك الفرد البدائي في هذه المرحلة بواسطة عقوبات غير رادعة او عن طريق الالتزام الذاتي ، وبعد ذلك وفي العصر الروماني أضيفت غاية جديدة تمثلت بتحقيق العدل ، وذلك بتأثير من الفلسفة اليونانية ، اما في عصر النهضة التي برزت فيه أفكار المساواة والحرية ظهرت غايات جديدة من ضمنها التأكيد على حرية الفرد وإزالة القيود جميعها التي تحد من نشاطه وحرية ، وبالتالي ينبغي حصر القانون في نطاق ضيق وعدم التوسع به ، وقد تم الاعتراف بغايات أخرى للنصوص القانونية مع تطور الحركات الاجتماعية وتناميها في مطلع القرن العشرين من قبيل تحقيق التطور الاجتماعي (34).

وفي ضوء ما تقدم يمكننا ان نستخلص ان القواعد القانونية بصورة عامة والمدنية على وجه الخصوص تقوم على أسس وغايات ترمي الى تحقيقها تتمثل بالاستقرار الاجتماعي وتحقيق العدل ودعم التطور في المجتمع (35).

وعليه سنتولى بحث هذه الغايات وعلى النحو الآتي:-

### الفرع الاول : غاية الاستقرار الاجتماعي

وتعد الغاية الأولى التي تطورت ونمت أفكارها عبر التاريخ ، حيث وجدت البشرية في العصور الأولى ان الاستقرار الاجتماعي لا يمكن تحقيقه إلا عن طريق عدة وسائل ، أبرزها وجود حاكم يستمد مشروعيته من خلال طبيعته الإلهية وان تقوم الإلهة بترشيحه للحكم ، ثم تطور الأمر إلى إنشاء حكومة منتخبة ديمقراطية ،فضلا عن وجود قوانين حازمة يتم فرض الجزاء على مخالفتها ،حيث كانت ابتداء غاية

العقوبة هو شفي غليل الضحايا والانتقام من الجناة ، وفي العصور الحديثة أصبح الغرض الأساسي من العقوبة هو الردع العام<sup>(36)</sup>.

وفي العصور الحديثة تبنت مدرسة الشرح على المتون فكرة ان الغاية الأساسية من القانون هي توفير السكينة الاجتماعية إذ أنها ترى ان تقدم اي مجتمع أساسه سلطة الحاكم ، وفي هذا الصدد يرى عدد من فلاسفة اليونان في القانون بأنه حكم القوة، إذ من الأقوال المأثورة لهم ( ان ما يريده الحاكم هو ما يريده القانون ) ، وهذا الاتجاه تكرر في المدرسة التي تزعمها كلسن وهي المدرسة الوضعية القانونية ، فوفقا لهذا الرأي فان القواعد القانونية امرٌ يصدر من السلطات إلى من يخضع لها وفي حالة مخالفتها يفرض الجزاء ، فهي قواعد بمجرد تشريعها تنفصل عن العدالة والأخلاق ، فهي تعتبر أدوات تنظيمية ملزمة في المجتمع وبغض النظر فيما إذا كانت القواعد القانونية منسجمة مع العدالة والأخلاق او غير منسجمة معها ، على الرغم من كونهما يعتبران مصدر لمادتها الأولية<sup>(37)</sup>.

يترتب على هذه النظرية ، إن القانون هو من يحدد السلوك بطريقة مباشرة او غير مباشرة ، إي انه حسب وجهة نظر أصحاب هذه النظرية إن القاضي ليس له سلطة تقديرية ، كون ان القانون يخلو من الثغرات، فالقواعد القانونية لا تقبل التقدير من حيث تطبيقها وإنما تكون ثابتة نسبيا ، فهي لا تنسخ ولا تتقادم إلا وفق تشريع يسر لاحقا<sup>(38)</sup>.

ولما تقدم فاذا أردنا البحث في غاية الاستقرار الاجتماعي في القواعد القانونية المدنية ، لا يسعنا إلا أن نعترف بالدور الكبير لهذه الغاية فمن المعروف ان السكينة الاجتماعية تعد أمراً ضروريا لسلامة المجتمع والمصالح المشروعة فيه، إذ إن استخدام الضوابط القانونية ضرورة لازمة للحيلولة دون وجود تصرفات سيئة لا تتناسب مع المجتمع وطبيعته كالاحتكار والربا .. الخ مع مراعاة عدم التعسف في تلك الضوابط هذا من جانب، ومن جانب آخر ، فان الاستقرار الاجتماعي يحول دول التعارض بين المصالح ،كون ان هذه الغاية تقوم بتنظيم المصالح المتعارضة من اجل عدم انتشار الفوضى ،فتقوم القواعد القانونية بمراعاة اكبر قدر من المصالح، وبالتالي فمن الممكن التضحية بالمصالح الخاصة من اجل حماية المصلحة العامة وذلك في الأحوال التي لا يكون فيها هناك طريق آخر لحماية المصلحة العامة، وبهذا فان تنظيم المصالح المتعارضة يعد من قبيل الاعتبارات المهمة التي يجب مراعاتها من قبل القاضي عند تطبيقه القواعد القانونية المدنية . وذلك لان الاختلال والتحيز لفئة معينة دون سواها يقود إلى فقدان الأمن والاستقرار الاجتماعي<sup>(39)</sup>.

ولكن ربما يثار التساؤل عن المعايير التي يجب على القاضي مراعاتها عند تقييمه للغايات و المصالح وما هي الأولويات التي يجب تقديمها على غيرها عند تنظيمه للمصالح المتعارضة في ضوء مقاصد القواعد القانونية المدنية؟ ذهب بعض فقهاء القانون<sup>(40)</sup>، الى استخدام معيار المصلحة العامة اي إعطاء الأولوية للمصالح الفردية التي تقترب من المصالح العامة، كما ويذهب الفقيه "روسكو" باستخدام معيار يتمثل بانطواء الحكم على تحقيق اكبر قدر من المصالح مقابل اقل قدر ممكن من التضحية بالمصالح، اذ يرى هذا الفقيه ان المصالح ليست في مستوى واحد فمن بين الحقوق الأولى التي يجب مراعاتها هو الحق في الاستقرار والأمن للأفراد<sup>(41)</sup>.

ومن ابرز الامثلة التي تظهر فيها بصورة جلية غاية الاستقرار الاجتماعي في القانون المدني العراقي، المادة (1163/ف1) مدني نص على انه (من حاز وهو حسن النية منقولا او سند لحامله مستندا في حيازته الى سبب صحيح فلا تسمع عليه دعوى الملك من احد) اي انه تبني قاعدة (الحيازة في المنقول سند الملكية)، إذ افترض المشرع وجود سبب صحيح وحسن نية لدى الحائز ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك، وقد يبدو للوهلة الأولى ان من الغرابة ان تحمي القواعد القانونية الحيازة مرتبة عليها الآثار من دون ان يكون هنالك قانونا حق للحائز، وفي حقيقة الأمر فان الحيازة تستند إلى غاية تشريعية قانونية وهي الاستقرار الاجتماعي للأوضاع القائمة، كما وتوجد في القواعد القانونية المدنية امثلة اخرى تعود في الاصل الى غاية الاستقرار المدني كنظرية الاوضاع الظاهرة<sup>(42)</sup>.

وبهذا يتضح لنا ان على القاضي وهو يقوم بوظيفته عند الاجتهاد ان يأخذ بعين الاعتبار غاية الاستقرار الاجتماعي التي تستند على الأوضاع الظاهرة والتي بدورها قد تتطابق مع الحقيقة او لا تتطابق معها، فالأمثلة والتطبيقات السابقة التي تبناها المشرع المدني تؤكد على ضرورة حفظ المجتمع و استقراره على الرغم من كونها تتضمن خروجاً على قواعد العدالة لما لهذه الغاية من أهمية.

### الفرع الثاني : غاية العدل الاجتماعي

فكرة العدل تعد من الغايات التي يسعى التشريع المدني لإدراكها، إذ لقيت فكرة العدل اهتماما كبير من قبل الفلاسفة اليونان، كونها فكرة مجردة نسبية تختلف باختلاف المكان والزمان، ولهذا ذهب القديس "توما الاكويني" إلى القول بان العدل يرتبط عبر العصور بأسلوب وتفكير الإنسان ارتباطا وثيقا<sup>(43)</sup>. وقد ميز الفقه الحديث بين فكرة العدل وفكرة العدالة

فالعدل:- يعني المساواة ، وهذه المساواة مرتبطة بالقانون ودوره الاجتماعي ، إذ من المفترض ان يكون تطبيق النصوص القانونية بصورة متساوية على جميع الأفراد ، اي ان المثل يعامل بمثله ، ولا يلقي غير المتساويين معاملة متساوية ، ولهذا فقد قرر الرومان القاعدة القائلة ( مساواة غير المتساويين ظلم ) في مدونة جستنيان ، ولا يتحقق العدل الاجتماعي الا من خلال قواعد قانونية عامة مجردة يتم تطبيقها بعدالة على الجميع من دون محاباة ، اما العدالة فيقصد بها الشعور بالإنصاف وهو شعور يوحي به الضمير ويكشف عنه العقل السليم ويكون كامن في النفس، وبتعبير آخر فان العدالة هي الرغبة الدائمة في منح كل شخص حقه، وعلى هذا النحو فان العدالة تعد نوعا من العدل ، او هي العدل مطبقا على حالة خاصة (44).

ولما كانت فكرة العدالة لاسيما العدالة القضائية (45)، تظهر في ابرز صورها بالاجتهاد القضائي فلا بد للمشرع من ان يمنح القاضي صلاحيات تمكنه من المرونة والحركة في إطار النصوص وضمن نطاقها ، بصورة تضمن التطبيق السليم لها بما ينسجم مع طبيعة النزاع ويتناسب مع مقاصد التشريع وروح النص مع الأخذ بعين الاعتبار التغييرات الحاصلة (46).

فالمادة الأولى من قانون الإثبات العراقي تنص على (توسيع سلطة القاضي في توجيه الدعوى وما يتعلق بها من أدلة بما يكفل التطبيق السليم لأحكام القانون وصولا إلى الحكم العادل في القضية المنظورة) (47) وواضح من هذا النص الدور الايجابي الذي يتمتع به القاضي عند نظره للنزاع للقاضي صريحة ، اذ انه وبصدد اجتهاده في النصوص القانونية قد يتأثر في الظروف التي تحيط بالنزاع ، فيقوم بإعطاء النصوص وعبارتها المعنى المناسب وبطريقة تختلف من قضية إلى أخرى ولا يعتبر ذلك تناقضا في حكم القانون اذ إن هنالك معاني كثيرة للنصوص تتأثر بالواقع وظروفه ، فليس لها معنى واحد ثابت لا يتغير في جميع الأحوال والظروف (48).

ومن الأمثلة الشهيرة على مراعاة هذا الضابط ما ذهب إليه القضاء الفرنسي عند اخذه بنظرية تحمل التبعة ( La theorie du risqué integrale ) (49)، في حكمه الصادر من محكمة باريس بتاريخ 15 مارس عام 1910 والذي جاء في حيثياته ( وسواء أكان الضرر ناشئا عن شيء أم عن فعل تابع او خادم لغير من كان ضحية هذا الضرر فان العدالة تقتضي في هذه الحالة بان يتحمل النتائج المادية لهذا الضرر لا من كان ضحية له او ورثته وهم غريباء تماما عن الحادث او الفعل الضار وإنما يتحملها من كان الشيء او عمل التابع أو الخادم يعود إليه بالفائدة والنفعة ) (50)

كما إن محكمة النقض الفرنسية ذهبت في بعض أحكامها وبصدد مراعاتها لهذا الضابط الى إعطاء نفسها صلاحيات تمثلت بتعطيل الأحكام غير العادلة من وجهة

نظرها وعلى سبيل المثال تعطيل الحكم المتعلق بمدة دعوى العيب الخفي لرد المبيع الوارد في المادة (1648) من القانون المدني الفرنسي والتي بموجبها حددت تلك المدة بسنتين من تاريخ اكتشاف العيب الخفي ، ففي إحدى القضايا التي تتلخص وقائعها " في ان احدى الشركات الفرنسية كانت قد اشترت مجموعة من اجهزة التعقيم الانكليزية وذلك لأستعمالها في نشاطها الصناعي من شركة Bradford boiler (leeds and company limited ) علما ان الشركة المصنعة لهذه الاجهزة هي شركة (vacu lug traction tyres limited ) ، وقد تم تسليم هذه الاجهزة من قبل الشركة الانكليزية (البائعة ) الى الشركة الفرنسية (المشترية ) بتاريخ 7/تشرين الثاني /1973 ، وقد تم تنصيبها من قبل فنيي الشركة الاخيرة في 13 /كانون الاول /1973 ، وبعد مضي مدة معينة على استعمال تلك الاجهزة ظهر خلل في اجهزة التوقيت فيها ، الامر الذي دفع بالشركة الفرنسية المشترية الى مقاضاة الشركتين البائعة والمصنعة عن الاضرار التي لحقت بها ، بيد ان المحكمة الفرنسية المختصة رفضت الدعوى المقامة ضد الشركة البائعة لانتهاؤ ملة الرد ( بسبب العيب الخفي في الاجهزة المباعة ) المحددة في المادة 1148 من القانون المدني الفرنسي ، كما رفضت الدعوى المقامة ضد الشركة المصنعة لانعدام العلاقة القانونية المباشرة بين الشركة المشترية والشركة المصنعة ، وعند الطعن بهذا الحكم من قبل الشركة المشترية وجدت محكمة الاستئناف ان الخلل في الاجهزة المذكورة انما يمثل انتهاكا للالتزام بتسليم مبيع مطابق للشروط المتفق عليها ، وبالتالي فان الدعوى تخضع لأحكام المسؤولية العقدية وليس لأحكام ضمان عيوب المبيع الخفية المنصوص عليها في المادة 1648 من القانون المدني الفرنسي ، وهو ما ايدته محكمة النقض لاحقا " (51).

وكذلك ما ذهب إليه القانون الفرنسي الصادر سنة 1985 الخاص بضمان حوادث السيارات والذي من خلاله برز بصورة واضحة بعد العدل الاجتماعي للقواعد القانونية اذ بموجبه منع

الشخص الذي تسبب بضرر للغير بواسطة سيارته من التذرع بالقوة القاهرة او التذرع بخطأ المتضرر ما لم يكن هذا الخطأ هو السبب المباشر للحدث(52).

ومما سبق يتضح ان العلاقة بين القضاء والعدل والتشريع تكون علاقة مصيرية وثيقة ، فالعدل لا يمكن تحقيقه إلا من خلال القضاء ، كما ان القضاء بدوره لا يقوم بتطبيق القوانين فحسب وإنما يسعى إلى التطبيق العادل للقوانين ، فلا بد للقاضي والذي يتولى مهمة الاجتهاد من مراعاة غاية ( العدل ) فالغرض الاساسي من إلزام القاضي بحسم القضايا المعروضة عليه بالرغم من سكوت التشريع المدني او غموضه أو تناقض نصوصه مبناه ضرورة عدم تقويت العدالة (53).

### الفرع الثالث : غاية مراعاة تطور المجتمع

نصت المادة الخامسة من قانوننا المدني على ( لا ينكر تغيير الأحكام بتغيير الأزمان ) ، إذ ان القاضي وهو ينظر النزاع المعروض عليه قد يرى ان النصوص القانونية المدنية لا تتسجم مع ظروف المجتمع السائدة ففي مثل هذه الحالة يكون باستطاعة القاضي ان يلجا إلى حلول متنوعة كأن يتعمق في معنى النص الجوهري القائم وفي حال تعذر ادراكه لقصد المشرع ، فانه ينتقل إلى مبادئ القانون العامة وروح الشريعة التي استمد القانون منها أحكامه بصورة عامة أو من خلال الاستعانة بالمبادئ المستقرة في الضمير القانوني الإنساني أو ما استقرت عليه آراء الفقهاء بالتأمل في روح النظام القانوني ، وفي كل ذلك فان القاضي عند تقديره للحلول بصدد الحالة المعروضة عليه ملزم بالبقاء في غايات ونطاق المبادئ التي يقوم عليها نظام القانون المدني فلا يأتي بحلول غريبة او شاذة عن مجتمعه ، فلا بد من الالتزام بالنظام العام والآداب العامة السائدة في المجتمع(54) .

ومن الجدير بالذكر ان قيام القاضي بعملية تطوير القواعد القانونية بما يتلاءم مع ما تواجهه الحياة من تطورات اجتماعيه ، يطلق عليها في الفقه القانوني (( سلطة تجديد الشباب )) اي إحياء القاعدة القانونية بما ينسجم مع مقتضيات التي يتطلبها العصر ، والحيلولة دون شيخوخة تلك القواعد الامر الذي ينتج عنه خلق الفجوة بين القانون والمجتمع(55) .

وفي هذا الشأن يقول العلامة السنهوري ما نصه (إن كل نص تشريعي ينبغي ان يعيش في البيئة التي يطبق فيها ويحيا حياة توثق صلته بما يحيط به من ملابسات وما يخضع له من مقتضيات فينفضل انفصالا تاما عن المصدر التاريخي الذي اخذ منه ايا كان هذا المصدر ، ولكل من الفقه والقضاء بل على كل منهما عند تطبيق النص او تفسيره ان يعتبر هذا النص قائما بذاته ، منفصلا عن مصدره ، فيطبقه ويفسره تبعاً لما تقتضيه المصلحة ولما يتسع له من حلول تفي بحاجات البلد وتساير مقتضيات العدالة)(56) .

ومن الامثلة العملية على تطوير القواعد القانونية ما اشارت اليه المادة (88) من قانوننا المدني بأنه "يعتبر التعاقد بالتليفون او بأية طريقة مماثلة كأنه تم بين حاضرين فيما يتعلق بالزمان وبين غائبين فيما يتعلق بالمكان " ، فما أوجده التقدم التكنولوجي في مجال العقود من مستجدات ، تجعل القاضي لا يستطيع بهذا النص ان يستجيب للمشكلات والمسائل التي تستجد من خلال التعاقد عبر الانترنت اذ الإيجاب والقبول والتراضي والمسائل المتعلقة بعيوب الإرادة وتلك المتعلقة بتنفيذ الالتزامات فضلا عن غيرها من المسائل التي تكون عبر المواقع الالكترونية

والانترنت تختلف جوهريا عن الإجراءات التي تحصل بصورة تقليدية من دون استخدام الوسائل الحديثة المتطورة ، فالاختلاف الجوهري هذا يفرض على القاضي في حكمه الاستجابة لتلك المستجدات ، فحيثية الأحكام السابقة لم تعد صالحة للتطبيق على المسائل الجديدة ، فالقاضي تحت زخم المستجدات القانونية الهائلة عليه معالجة هذه المستجدات والتعامل معها بطريقة لا

تجعل من القواعد القانونية المدنية حجرة عثرة بوجه التطور المستمر ، وذلك تجنباً لحدوث الهوة بين تلك القواعد والواقع (57) .

وبما إن لجميع النصوص القانونية أهدافاً وهي السبب في وجودها ، فان (كاربونيه carbonier) يرى ضرورة استخدام المنهج الذي يقوم على الهدف الاجتماعي في الاجتهاد فالاجتهاد في نصوص القانون يتحدد في ضوء عنصرين : احدهما ثابت وهو تكوين النص الحرفي ، والأخر متحرك وهو يمثل الهدف التشريعي الذي كان له الدور في تشريعه ، فالهدف نفسه قد تكون

هنالك وسائل مختلفة لتحقيقه حتى بصورة لم يفكر المشرع فيها ، إذن فالنص القانوني نفسه وفقاً لزم تطبيقه ربما يكون له معاني مختلفة (58) .

ومن أمثلة الاجتهاد القضائي الذي حرص فيها القضاة على مراعاة المثل الاجتماعية وتغيير المبادئ هو إقرار (نظرية التعسف في استعمال الحق) والتي مفادها ان الشخص يعد مسؤولاً عن تصرفاته حتى وان كان ملتزماً بالحدود المادية لحقه ، الا انه قصد بمباشرته لذلك الحق الاضرار بالغير ، او انه باشره دون ان يتخذ الحيطة ، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية سنة 1933 بانه " انكار الدعوى ان كان في الاصل حقاً لكل مدعى عليه يقتضي به الزام خصمه بأثبات مدعاه الا ان هذا الحق ينقلب مخبئة اذا ابتغى المدعى عليه مضارة خصمه فأساء استعمال حقه وتمادى في الانكار او غلا فيه او تحايل عليه " (59)

كما وقضت محكمة مصر الابتدائية الاهلية بخصوص ذلك بانه " لا يجوز استعمال الحق اذا كان الغرض الاساسي منه هو الاضرار بالغير " (60) ، فمبنى هذه الاحكام ان الحقوق ليست مطلقة وانما مقيدة بضابط الغرض الاجتماعي فليس لصاحب الحق الخروج عن حدود تلك الاغراض ، ويبدو ان القضاء المصري في هذا الاتجاه كان قد سائر القضاء الفرنسي اذ بالرغم من عدم النص عليه صراحة في القانون المدني الفرنسي بسبب النظرة المقدسة لحق الملكية والذي يعرف بأنه ( الحق للمالك في الانتفاع بما يملكه والتصرف فيه بطريقة مطلقة ) (61) .

الا انه وبمرور الوقت تغيرت النظرة الاجتماعية للحقوق فأصبح ينظر لها في اطار عموم مصالح المجتمع وبان لها وظيفة اجتماعية تؤديها في اطار هذا العموم ، فبرزت

الاتجاهات الفكرية التي نادى بضرورة تقييد الحقوق بواجب عدم التعسف في الاستعمال والحد من إطلاق الحقوق، فتأثر القضاء الفرنسي بهذه النظرة مقرا مبدأ نسبية الحقوق المقيدة بعدم التعسف باستعمال الحق ، اذ عد هذا التعسف من قبيل الأعمال غير المشروعة التي يسأل الفرد عن إضرارها التي تلحق بالغير<sup>(62)</sup>. وعلى ذلك ذهب القضاء الفرنسي في احدى القضايا التي تتلخص وقائعها " في ان فتاة تدعى ( Chantal x ) كانت قد التحقت في 27 / 6 / 1985 بمدرسة ( international d'hotesses de Tunon ) للالتحاق بها بصفتها طالبة وذلك بموجب استمارة التسجيل التي تم ملئها والتوقيع عليها من قبل والدتها السيدة ( x ) ، وقد كانت تلك الاستمارة تحتوي على شرطا ينص على دفع اقساط المدرسة والذي يبلغ (16 الف فرنك فرسي ) بشكل تسعة اقساط شهريه وابتداء من تاريخ 1/8/1985 وفعلا باشرت الطالبة بتلك المدرسة الا انها لم تحظر الا يومين هما (7 و14 / 10 / 1985 ) ، وبعد فترة لاحقة من هذه السنة طالبت والدة الفتاة المدرسة وبصورة مفاجئة بإلغاء تسجيل ابنتها متذرة بان الفتاة كان قد أصابها مرض معين ، مع العلم ان السيدة ( x ) قد دفعت قسط شهري ( 8 و 9 ) بيد انها توقفت عن سداد الاقساط الباقية وذلك لطلبها الغاء تسجيل ابنتها في تلك المدرسة المذكورة ، غير ان الاخيرة طالبتها بسداد الاقساط كاملة وذهبت الى مقاضاتها قضائيا وعند عرض وقائع القضية على المحكمة الابتدائية تم رفض طلب المدرسة بدفع مبلغ الاقساط كاملة والزمتم المدعى عليها السيدة ( x ) بتسديد ربع قيمة الاقساط وللأشهر (10 و 11 و 12) ، وكان مبرر ذلك الحكم (ان الشرط الذي تضمنته الاستمارة والتي يقضي بدفع كامل مبلغ الإقساط يعد شرطا تعسفيا وعلى الخصوص وان السنة الدراسية في وقائع هذه القضية كانت بالكاد قد بدأت ) ، وعند طعن المدرسة بهذا الحكم أمام محكمة الاستئناف بحجة مخالفته للمادة (1134) التي تنص على إن ( تقوم الاتفاقيات المبرمة بشكل قانوني مقام القانون بالنسبة الى من ابرموها ، ولا يمكن الرجوع عنها إلا برضاه المتبادل او للأسباب التي يجيزها القانون ) ، رفضت محكمة الاستئناف طعن المدرسة و أيدت الحكم الابتدائي، حيث اعتبرت الشرط الذي يقضي بدفع كامل الإقساط من قبيل الشروط غير العادلة والتعسفية ، وهذا ما ايدهت محكمة النقض لاحقا .

فما يلاحظ على هذه القضية ان القضاء الفرنسي قد طوع تعريف وتعداد الشروط التعسفية (المحظورة بسبب فرضها من قبل المهنيين على غير المهنيين او المستهلكين بما لهم من قوة اقتصادية ) المنصوص عليها في المادة 35 من قانون حماية المستهلك الفرنسي لسنة 1978 مضيفا عليها شروط جديدة وذلك لاتحادهما في الغاية<sup>(63)</sup> ، التي تتمثل بحماية غير المهنيين والمستهلكين .

**خلاصة القول /** ان لجميع القواعد القانونية حكمة دعت إلى وضعها فالمشرع عند وضعه للنصوص القانونية لا يفعل ذلك اعتباطا وإنما حرصا منه على تحقيق غاية وحكمة معينه ، وعلى القاضي عند اجتهاده مراعاة هذه الحكمة من اجل الوصول للمعنى الحقيقي لتلك القواعد ، كما وان هذه الحكمة تتغير بتغير الزمن ، فالمجتهد الذي يبحث في قاعدة قانونية وضعت منذ زمن بعيد عن حكمة التشريع لا يتعين عليه عند تغير الظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية ان يبحث عن الحكمة ذاتها التي توخاها المشرع عند وضعه للقانون ، وإنما يجب عليه البحث عن الحكمة بما يتلاءم مع الظروف الجديدة وقت تطبيق تلك القواعد القانونية .

## المطلب الثاني مراعاة طبيعة النصوص

نص القانون المدني العراقي في المادة الثانية منه على قاعدة ( لا مساغ للاجتهاد في مورد النص ) وهذا يعني ان للاجتهاد مساحة محددة فهو ليس مطلقا فهناك نصوص يمنع فيها الاجتهاد<sup>(64)</sup>، وهي تلك النصوص القطعية الدلالة التي ليس فيها لبس او غموض فهي قطعية من حيث دلالتها وثبوتها<sup>(65)</sup> ومثالها في قانوننا المدني المادة ( 97 ) الفقرة (2) التي تنص على ( وسن التمييز سبع سنوات كاملة ) وكذلك نص المادة ( 106 ) من القانون ذاته والتي تنص على ( سن الرشد هي ثماني عشرة سنة كاملة ) فهذان النصان دلالتهم قطعية ، فهما لا يحتاجان الى توضيح فكل واحد منها يدل على حكم محدد لا لبس فيه او غموض ، فهذا هو المعنى المراد من القاعدة المشار إليها أنفا<sup>(66)</sup>.

إما في حالة كون النص غير واضح او غامض بحيث يحتمل أكثر من وجه في التطبيق والتفسير فان الاجتهاد لا بد منه مع وجود النص لفهمه ومعرفة تطبيقه ، ومن الأمثلة في هذا الصدد قرار مجلس قيادة الثورة ( المنحل ) المرقم 1837 الصادر في 1972/12/20 والذي يمنع المحاكم من سماع الدعاوى المتعلقة بتخليه المخابز والأفران ، ففي حالة قيام صاحب المخبز او الفرن دعوى على شاغل المخبز او الفرن مثل دعوى منع المعارضة التي من مقتضاها الحكم بتسليم المخبز او الفرن إلى صاحبه فهل هذه الدعوى (منع المعارضة) مشمولة بمنع المحاكم من النظر فيها أسوة بدعوى التخلية التي ورد فيها نص صريح بمنع المحاكم من نظرها بموجب القرار المذكور انفا ؟

ذهبت محكمة التمييز بهذا الخصوص في إحدى قراراتها الى مبدأ مفاده " ان قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) المشار إليه قد منع الحاكم من سماع دعاوى التخلية

الخاصة بالمخابز والافران ، وجعل نطاق سريانه على دعاوي التخلية المقامة قبل نفاذه عدا الدعاوي التي صدرت فيها احكام بالتخلية واكتسبت الدرجة القطعية قبل نفاذه ، ولما كان العقار موضوع الدعوى (مخبزا) وان الدعوى المقامة هي دعوى منع معارضة المستأجر بالانتفاع به ومثل هذه الدعوى وان اختلفت لفظا عن دعاوي التخلية التي عبر عنها المشرع في قراره إلا أنها تتفق معا مآلا ؛ لان من مقتضى الحكم في الدعويين رفع يد الشاغل عن العقار وتعطيل العمل بالمخبز او الفرن وهو امر نهى عنه قرار مجلس قيادة الثورة ( المنحل ) ومنع المحاكم من الخوض فيه ... وصدر القرار بالاتفاق في 1982/2/27" (67).

يتضح لنا من قرار محكمة التمييز الدور الاجتهاد القضائي الذي اتجه الى فهم الوقائع والملابسات بعد فهمه للنص من اجل تطبيقه بما ينسجم مع التشريع بصورة مجملية والأخذ بعين الاعتبار كل قضية على حدة .

ومن الامثلة ايضا ما نصت عليه المادة (4) من القانون المدني الفرنسي لعام 1804 ، ان القاضي الذي يرفض الحكم بحجة سكوت او غموض او نقص التشريع يمكن مقاضاته بسبب إنكاره للعدالة، إذ يفهم ضمنا من هذا النص ان للقاضي سلطة الاجتهاد في حالة النصوص غير الصريحة، وعلى الرغم من عدم تحديد المصادر التي يمكن للقاضي الاستعانة بها في مثل هذه الحالات الا ان القاضي ملزم بالرجوع إلى مبادئ العدالة اي القانون الطبيعي (68).

وحيث ان النصوص القانونية التي توضع في شكل أحكام لا يشترط فيها ان تكون دلالتها مقصورة على العبارات التي تفهم منها، بل قد تدل على معان يمكن فهمها من خلال أشارت النص او من دلالاته او اقتضائه (69).

وبما ان دلالات النصوص من حيث الاحكام لا تكون على نمط واحد فمنها ما يؤخذ من ألفاظ النصوص وعباراتها وهو ما يعرف بالمنطوق ، ومنها ما يتم استنباطه من روح النصوص ومغزاها وعللها وهذا ما يعرف بالمفهوم ، وحيث ان القانون المدني العراقي نص في المادة الاولى الفقرة الأولى منها على انه " تسري النصوص القانونية التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها او فحواها " (70). ولما كان المنطوق الصريح هو ما يؤخذ من لفظ النصوص ، ومفهوم الموافقة هو ما يؤخذ من فحواها ، فقد انتقد جانب من الفقه نص الفقرة انفا كونها قيدت القاضي باستقاء الأحكام من النصوص بإحدى هاتين القناتين واقترحوا بان يتم تعديلها لتكون كالتالي ( تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص بمنطوقها أو مفهومها ) كون ان المنطوق يشمل الصريح وغير الصريح ، والمفهوم يشمل مفهوم الموافقة والمخالفة (71) وحيث ان قانوننا المدني وكما ذكرنا أنفا كان قد

قيد القضاء بقناتين فهذا يعني ان معنى القواعد القانونية يستنبط من أمرين هما عبارة النص أو لفظه ، وروح النص أو فحواه ، وعليه سنتناول ذلك على النحو الآتي :

### أولاً : المعنى المستفاد من عبارة النص أو لفظه

ان ما يؤخذ من عبارات النصوص وألفاظها يعرف بالمنطوق فهو: ما دل النص عليه بألفاظه وعباراته دلالة لفظية وضعية مطابقة أو تضمنا وهذا ما يسمى (بعبارة النص ) او المنطوق الصريح (72)، ومثاله ما جاء في المادة (6) من القانون المدني العراقي التي تنص على انه " الجواز الشرعي ينافي الضمان ، فمن استعمل حقه استعمالاً جائزاً لم يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر " والتي تقابلها المادة (4) من القانون المدني المصري بنصها " من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر " فصاحب الحق لا يعد مسؤولاً (إذا استعمل حقه استعمالاً مشروعاً) عما ينتج عن هذا الاستعمال من اضرار قد تلحق بالغير ، فدلالة النص على هذا الحكم قصد من سياق الكلام وبهذا فان دلالة النص على ذلك تكون هي دلالة عبارة (73).

اما المنطوق غير الصريح فهو ما دل النص عليه دلالة التزاميه عقلية ، فهي التزاميه لأنها ملازمة للمنطوق الصريح فأينما تحقق تتحقق معه ويدرك كل ذلك من كان ذوي اختصاص في الموضوع ، وعقلية لان العقل هو مدرك الصلة بين الدال والمدلول (74) ومثاله ما جاء في المادة (163) من قانوننا المدني العراقي التي تنص على ( المعرف عرفاً كالمشروط شرطاً ) (75) فهذه المادة بعباراتها تدل على ان للعرف قوة الشرط الصحيح المقترن بالعقد في تقييده له ، كما وتدل دلالة إشارة على كون إن المتعاقد الملزوم بمقتضى العرف بالوفاء بالتزامه ، في حالة عدم قيامه بتنفيذ ذلك الالتزام فان للطرف الآخر الحق في المطالبة بفسخ العقد (76).

والأصل هو التقييد تماماً بما ورد في التشريع من ألفاظ ما لم يؤدي ذلك الى نتائج غير منطقية لغة أو عقلاً لوجود خطأ مادي أو معنوي في النص ، هذا وان المجتهد عند اخذه بعبارة النص ليس معنى ذلك ان يأخذ كل لفظاً على انفراد، وإنما عليه الاستفادة من مجموعة الكلمات (77)، ومن ثم يتعين على القاضي المجتهد وفي سبيل الوصول الى المعنى المستفاد من منطوق نصوص القواعد القانونية ، ان يستخلص معنى هذه النصوص من مجموع عباراتها فالعبرة كما تذهب القاعدة الشرعية بالقول هي (( ، بالمقاصد والمعاني وليست بالألفاظ والمباني )) تلك القاعدة التي تبناها المشرع العراقي في الفقرة الاولى من المادة (155) من قانوننا المدني حيث نص على " العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني " اذ رسم المشرع العراقي طريقاً للاجتهاد القضائي ليس فقط من خلال ظاهر الألفاظ وإنما عوامل أخرى ، لذلك

يجب على القاضي عند ورود لفظ في غير موضعه عدم التقيد به بل ان عليه أن يتوصل إلى المعنى المراد من خلال النظر إلى النص في مجموعه في ضوء إرادة الشارع في التعبير عن النص (78).

ومثال ذلك ما ذهب إليه القانون المدني المصري القديم عند تعريفه للشرط في المادة (103) منه والتي عرفته بأنه "أمر مستقبل او غير محقق الوقوع " اذ ان لفظه (أو) قد وردت في التعريف السابق الذكر نتيجة خطأ مادي فالتعريف الذي كان يقصده المشرع هو ان الشرط "أمر مستقبل وغير محقق الوقوع " وبالتالي فان القاضي يتعين عليه مراعاة الخطأ المادي ذلك (79).

كما إن ما يجب مراعاته بصدد الاجتهاد هو الأخذ بالمعنى الاصطلاحي عند ورود لفظ بمعنيين احدهما اصطلاحيا والآخر لغوي ما لم تظهر نية المشرع الواضحة في الأخذ بالمعنى اللغوي (80)، وهذا ما تجسد في قرار محكمة التمييز التي قضت فيه " وجدت المحكمة ان المدعى عليه فيما يتعلق بتفسير عبارة ضعف المدة التي قضاهها في الخارج قد فسر كلمة ضعف المدة لغة بمثلها لا بمثلها إلا ان محكمة البداية أخذت بالمعنى العرفي لكلمة ضعف ، باعتبارها أنها مثل الشيء وان اخذ المحكمة بمبدأ ترجيح المعنى العرفي على المعنى اللغوي لكلمة معينة سليم، الا أنها وقعت في خطأ هو انه ليس للمحكمة ان تغلب المعاني العرفية من تلقاء نفسها من دون اللجوء إلى أهل الخبرة من الوسط الذي يتداول فيه الكلمة المراد تعيين مدلولها العرفي والمقصود منها " (81).

### ثانيا : المعنى المستفاد من روح النص او فحواه

ان ما يؤخذ من روح النصوص ومغزاها وعللها يعرف بالمفهوم ، فالمعنى في هذه الحالة لا يظهر من عبارة النصوص او ألفاظها وإنما من روحها وفحواها (82).  
فالقاضي ملزم بعدم الاكتفاء من تطبيق حكم النص على الوقائع التي بين يديه وإنما أحيانا كثيرة يكون بحاجة إلى ان يتبين معنى النص ويكتشف الحكمة منه ، اذ قد يكون بحاجة إلى ان يبحث عن الحكم دون التقيد بما تدل عليه النصوص في ظاهرها (83).  
وعليه نجد ان محكمة التمييز كانت قد ذهبت في احد قراراتها إلى ان " تفسير النص القانوني يكون على ضوء الحكمة من التشريع عند تطبيقه عملا بإحكام المادة (39) من قانون الإثبات ، فلا يجوز الجمود في تفسير النص ، إذ إن من واجب القضاء هو الخضوع الواعي للقانون وتطبيق إرادة المشرع ومقصده من القانون دون التقيد الحرفي بالنصوص " (84).

اما في فرنسا نجد ان رجال القضاء اخذوا بمراعاة المعنى المستفاد من روح النصوص وفحواها كونهم وجدوا ان الأحكام التي تبنى على المعنى المستفاد من

ظواهر النصوص دون مراعاة روحها وفحواها ينافي العدالة ، فعلى سبيل المثال ذهب الاجتهاد القضائي بصدد زخم القضايا التي عرضت عليه عند قيام أرباب العمل وأصحاب المعامل في سنة 1870 سنة ، بفصل المستخدمين والعمال الذين وقعوا في الأسر ومن ثم انقطعوا عن الذهاب للعمل بسبب معركة سيدان الى الاخذ بفكرة (وقف تنفيذ العقد ) بالرغم من كون القانون المدني الفرنسي لم يذكرها في نصوصه بصورة صريحة ، وذلك تجاوبا منها مع متغيرات الحياة ولو ترتب عليه الخروج عن التمسك الحرفي بالنصوص (85).

فالتعرف على الحكم القانوني لا يأتي من خلال الألفاظ الواردة في النصوص القانونية فحسب كون ان هذه النصوص شأنها شأن أي كلام هادف ومقصود لها معنيان ، الأول يفهم في ضوء قواعد اللغة من خلال كلمات النص وعباراته ، وثانيهما يستنبط من المعنى الأولي فهو معنى ثانوي يؤدي إليه مفهوم النص ومثال ذلك مفهوم المخالفة الذي يقصد به أن يكون هناك نص يفهم من عبارته ثبات حكم معين لحالة بذاتها ، ولكن روح هذا النص أو مفهومه يفيد ثبوت عكس هذا الحكم لحالة أخرى لم يرد لها ذكر في عبارته (86)، وبمعنى اخر هو " اعطاء حالة غير منصوص عليها حكما يكون عكس الحكم في حالة منصوص عليها ، لاختلاف العلة في الحالتين او لان الحالة المنصوص عليها جزئية من جزئيات الحالة غير المنصوص عليها " (87) ومن الأمثلة بهذا الصدد ما نصت عليه المادة 84 من قانوننا المدني على انه " إذا حدد الموجب ميعادا للقبول التزم بإيجابه إلى ان ينقضي هذا الميعاد " (88) ، فيستنتج بطريق مفهوم المخالفة لهذه المادة انه ( إذا لم يحدد ميعاد للقبول يجوز للموجب ان يعدل عن إيجابه ) ، كون ان تحديد ميعاد معين للقبول هي علة حكم النص وبالتالي وعند انتفاء هذه العلة فلا بد من اختلاف الحكم، وكذلك ما نصت عليه المادة (1/7) من قانوننا المدني على انه ( من استعمل حقه استعمالاً غير جائز وجب عليه الضمان ) فهذا النص يفيد بمفهوم المخالفة (ان من استعمل حقه استعمالاً جائزا لا ضمان عليه ) (89).

كما و ينص قانوننا المدني في المادة (1/29) على انه ( يجوز ان يكون محل الالتزام معدوما وقت التعاقد إذا كان ممكن الحصول في المستقبل وعين تعينا نافيا للجهالة والغرر) فبموجب هذه المادة يكون جواز كون محل الالتزام حين إنشاء العقد معدوما مقيدا بشرطين ان يكون المحل هذا ممكن الحصول في المستقبل، وان يكون معينا بصورة نافية للجهالة والغرر ، فعند توافر هذين الشرطين فالالتزام الذي يكون حين إنشاء العقد معدوما يعد صحيحا ، وبخلافه فان الالتزام يعد باطلا عند تخلف الشرطان او احدهما (90).

ومن التطبيقات القضائية في هذا الصدد القرار الصادر من هيئة الطعن التمييزي في هيئة دعاوي الملكية في العراق والذي نصه " كانت الهيئة التمييزية في قسم الطعن تقضي بأنه اذا كان تملك العقار إلى المواطن بدون بدل لعدم استحقاق المالك الأخير (المالك الحالي) المشتري التعويض عن قيمة العقار من الدولة إذا كان المشتري الأول قد تملك العقار بدون بدل وكانت تعطي الحق للمشتري المذكور بإقامة الدعوى على من تلقى العقار منه لدى المحكمة المختصة، وحيث إن هذه الهيئة وبعد التداول وجدت إن مثل هذا القرار يشكل إرباكاً للمواطنين ويثقل من كاهل المحاكم كما انه يؤدي إلى تجزئة النزاع الناشئ عن الأعمال غير القانونية التي ارتكبتها النظام السابق بحق الممتلكات العقارية للمواطنين من مصادرة واستيلاء او حجز او استملاك خلافاً للتعاملات القانونية على النحو الوارد في قانون الهيئة المرقم (2) لسنة 2006 ، وتماشياً مع روح القانون والذي جاء لرفع الظلم عن المواطنين وجبر الضرر اللاحق بهم فان هذه الهيئة تجد بان قانونها المشار إليه وخاصة البند الحادي عشر من المادة (6) منه انما يقتصر حكمه على المملك له بدون بدل ولازال العقار باسمه دون ان يتصرف به بيعا الى أشخاص آخرين ، إما إذا تصرف به بيعا إلى آخرين فان المشتري الأخير يستحق التعويض عن قيمة العقار الذي اشتراه من الدولة باعتبار ان النظام السابق بفعل المصادرة التي أوقعها على العقار يعد معتدياً وأصاب هذا المشتري الأخير من جراءه بالضرر وتمثل هذا بإعادة الملك الذي اشتراه الى المالك الأصلي عملاً بأحكام المادة (204) من القانون المدني والتي تنص ( كل تعدي يصيب الغير بأي ضرر غير ما ذكر في المواد السابقة يستحق التعويض ) وحيث انه اذا اجتمع المباشر والمتسبب ضمن المتعمد او المعتدي منهما طبقاً لأحكام المادة (2/168) من القانون المدني ، وبما ان أحكام المادة (27) من قانون الهيئة يقضي بعدم العمل بأي نص قانوني يتعارض مع أحكام قانون الهيئة مما يعني المفهوم المخالف لذلك أيضاً بان القانون الآخر إذا لم يتعارض مع أحكام قانون الهيئة يجوز العمل به وحيث ان العمل بنصوص القانون المدني المشار إليه في مثل هذه الحالة لا يتعارض مع قانون الهيئة باعتبار إن تلك النصوص تحقق الحكمة من التشريع ( تشريع القانون ) أعلاه والتي تتمثل برفع الظلم عن المواطنين وجبر الضرر اللاحق بهم نتيجة ممارسة النظام السابق سياسة التهجير العرقي والقومي او الطائفي، مع كل ما تقدم تصبح وزارة المالية مسؤولة عن تعويض المالك الأخير والمشتري للعقار عن قيمة العقار وان كان المالك الأول قد تملك العقار بدون بدل ويكون لمن تقرر رد طلبه في القضايا المماثلة السابقة ان يقيموا دعوى مستقلة لدى اللجان القضائية للمطالبة بحق التعويض عن قيمة العقار على وزارة المالية<sup>(91)</sup>. فالقرار أنفاً واضح لا مجال للإسهاب فيه ، بخصوص

مراعاته لروح النصوص وفحواها والأخذ بمفهوم المخالفة ، اما في فرنسا فقد اشار الأستاذ فرنسوا جني إلى ذلك المفهوم بالقول ( أن تخصيص حال معينة يشكل قرينة على ان الحالات التي لم تعالجها النصوص تحكم بما يخالفها ، وهذا ما يعنيه القول المأثور بان إدخال الواحد في الاعتبار هو إخراج الآخر منه)<sup>(92)</sup>.

ويذهب راي فقهي الى القول بضرورة الحذر عند الاستدلال والأخذ بمفهوم المخالفة كونها تمثل إرادة جديدة لم يصرح بها النص القانوني فهي عبارة عن استنباط إرادة عكس الإرادة المتواجدة في الحالة المنصوص عليها ، وبتعبير آخر أنها قاعدة قانونية مضمونها مغاير لمضمون القاعدة التي جاءت في التشريع فهذا الطريق من الاستنباط يقوم على أساس التخمين عند سكوت المشرع وحيث ان سكوت المشرع لا يدل في ذاته على شئ ، فالسكوت ليس كلاما ، وبذلك فإذا كان القانون يعبر عن إرادة المشرع فهذا يعني ان المشرع اذا أراد شيئا يكون قد تكلم بذلك، وعند سكوته فهذا يعني انه لا يقول لا او نعم.<sup>(93)</sup>

خلاصة ما تقدم ان معنى النص يمكن تحديده عن طريق منطوقة او بما يفيد فحواه وروحه ، ويعد قصد المشرع الذي أراد أن يعبر عنه بالنص هو الهادي الأساسي الذي يساعد في معرفة المعنى الحقيقي ، ولكن السؤال الذي يثار في هذا الصدد عن ما هو القصد الذي يدخل في الاعتبار فهل هو قصد المشرع عند وضع النص ام انه القصد الاحتمالي اي انه القصد الذي نحتمل عند تطبيق النص انه كان يقول به ؟

اختلفت الآراء الفقهية بصدد الاجابة عن هذا التساؤل مما أدى إلى ظهور نظريتين :  
أ- **النظرية التقليدية:** وهي نظرية الشرح على المتون او النصوص وتقوم فكرة هذه النظرية على ان قصد المشرع وقت وضع النص وهو الذي يعتد به ، فإذا تبين إن المشرع حين وضعه للنص قد قصد أمرا معيناً فان معناه يتحدد في ضوءه وهذا ما يسمى بالمعنى الحقيقي على اعتبار ان إرادة المشرع ونيتة انصرفت حقيقة إليه ، إما في الأحوال التي لم تظهر فيها النية الحقيقية للمشرع ، فيجب عندئذ البحث عن نية المشرع وقصده المفترض عند وضع النص أي ذلك القصد الذي نحتمل عند تطبيق النص ان الشارع كان يقول به لتطبيقه على الحالة المعروضة<sup>(94)</sup>. وبذلك نرى ان هذه النظرية تعتد بقصد المشرع سواء كان قصده حقيقياً ام مفترضاً حين وضع النص ، فهي تفرض على المجتهد الأخذ بنية الشارع حين وضع النص دون الاكتراث بتغير ظروف المجتمع، إذ يرى أنصار هذه النظرية ان المشرع وحده هو الذي بإمكانه تعديل النصوص بما ينسجم مع متغيرات الأوضاع الجديدة ، وليس للمجتهد مثل ذلك الدور ، فهذه النظرية على الرغم من كونها توفر الثبات والاستقرار للنصوص القانونية ، إلا

أنها تمنع الاجتهاد القضائي وبالتالي تؤدي إلى جمود القواعد القانونية كونها تحول دون تطور النصوص بما ينسجم مع التطورات الحاصلة في المجتمع(95) .

ب- **نظرية المدرسة التاريخية** : وتقوم فكرة هذه النظرية على ان القواعد القانونية تتكون في ضمير الجماعة اذ إنها تواكب تغيرات وتطورات المجتمع ، وبذلك فان ما يعتد به هو القصد المحتمل عند تطبيقها ، وليس قصد المشرع عند وضعها ، وقد أعرب رئيس محكمة النقض الفرنسية ( بالو ) عن أفكار منهج هذه المدرسة في العيد المئوي للتقنين الفرنسي بقوله " عندما يكون النص غامضا ، وعندما تنهض شكوك في معناه ومداه ، وعندما يتعارض أو يتسع أو يضيق بمقابلته مع نص آخر ، أرى إن للقاضي حينئذ أوسع صلاحيات التفسير ، فعليه عدم ضياع وقته في التحري عما كان عليه تفكير واضعي القانون المدني عند تشريع هذه المادة او تلك منذ مائة عام ، وإنما عليه ان يتساءل ماذا سيكون تفكيرهم لو انهم دونوا نفس المادة اليوم ، وعليه ان يقول بان العدالة والحكمة يقتضيان تكييف النص بحرية وإنسانية ، نظرا إلى حقائق ومتطلبات الحياة الحديثة وذلك بالنظر للتغيرات التي جرت في الأفكار والأخلاق والمؤسسات وفي الحالة الاقتصادية والاجتماعية في فرنسا خلال قرن "(96).

فحسب رأي أنصار هذه النظرية ان القواعد القانونية بمجرد صدورها عن المشرع يكون لها كيان مستقل وتنفصل عنه ، وبذلك وعند تطور ظروف المجتمع لا بد من تطور معناها ، ومن الأمثلة على ذلك ما ذهب إليه القانون المدني الفرنسي الصادر 1804 في المادة ( 1554 ) والتي قضت بعدم جواز التصرف في عقارات الدوطة المقدمة من الزوجة لزوجها حين الزواج ، وذلك ليتسنى للزوجة او ورثتها استردادها عند انتهائه كما هي ، إلا إن القانون لم يتطرق للدوطة التي تقدم كمنقولات ، مما ادى فيما بعد إلى ظهور خلاف فيما اذا كان الحظر الوارد في المادة السالفة الذكر يشمل منقولات الدوطة ام انه يقتصر على العقارات ، فعند الأخذ بالنية المحتملة عند تطبيق النص ، فهذا يعني ان الحظر يشمل المنقولات أيضا كون ان النية المحتملة هذه تأخذ بعين الاعتبار متغيرات الظروف وحيث ان هذه المنقولات في وقتنا الحاضر وعلى الخصوص في فرنسا أصبحت في قيمتها تساوي قيمة العقار او تزيد عليه ، فالرأي الراجح في فرنسا يذهب للقول الى ان نية المشرع المحتملة في حكم المادة مدار البحث تشمل على السواء المنقول والعقار(97).

مما تقدم نجد ان هذه النظرية توسع من دور القاضي وتفتح له الباب على مصراعيه إزاء النصوص القانونية مما يضيفي عليها المرونة تماشيا مع التطورات الحاصلة في ظروف المجتمع.

## الخاتمة Conclusion

بعد اتمام موضوع بحثنا توصلنا الى جملة من الاستنتاجات والتوصيات وهي كالآتي:

### اولا : النتائج

- 1- لقد تبين لنا من خلال البحث ان الاجتهاد في مجال القانون ينقسم من حيث تعريفه الى مجموعتين احدهما تربطه بالسلطة القضائية ووظيفتها ، في حين تذهب المجموعة الثانية الى التركيز على الجانب الابداعي والذهني للقاضي فهي ، الامر الذي دعانا الى ايجاد تعريف للاجتهاد القضائي : بانه " هو بذل القاضي جهده في استنباط الأحكام القانونية من مصادرها لمعالجة حالة واقعية وهي غموض النص أو فقدانه أو نقصه او تعارضه لغرض حسم النزاعات بين الأشخاص او الجهات و إثبات الحقوق واستيفائها لأصحابها ، على نحو يسهم في إشاعة العدل والاستقرار " ونحسب ان يكون هذا التعريف تعريفا معبرا بحق عن الاجتهاد القضائي.
- 2- توضح لنا عبر البحث ان هنالك ضوابط معينة للاجتهاد القضائي لا بد من الالتزام بها وهذه الضوابط تتمثل بمراعاة حكمة التشريع ، ومراعاة طبيعة النصوص .
- 3- تبين لنا من خلال البحث ان هنالك نصوص لا يمكن لها ان تكون محلا للاجتهاد القضائي لكونها قطعية الثبوت والدلالة اذا ان مدلولها على المعنى واضح ليس فيه شك او لبس.
- 4- توضح لنا عبر البحث ان المراد بالقاعدة القانونية الواردة في المادة الثانية من قانوننا المدني والتي تنص على " لا مساغ للاجتهاد في مورد النص " لا يعني بها عدم القدرة على الاجتهاد في حالة وجود النص، اذ قد يتطلب الامر الاجتهاد مع وجود النص كأن يكون ذلك النص يشوبه الغموض او التعارض ، وانما يراد بتلك القاعدة بانه لا يمكن الاجتهاد في مورد النصوص القطعية .
- 5- تبين لنا ان المشرع العراقي لم يكن موقفا في صياغته للفقرة الاولى من المادة الاولى من قانوننا المدني والتي تنص على ( تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها او فحواها ) فهذه المادة تقيد القاضي باستنباط الاحكام بوسيلتين هما اللفظ والفحوى فقط .
- 6- ان قانون الاثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979 في المادة (3) منه الزم القاضي باتباع التفسير المتطور للقانون عند تطبيقه فضلا عن مراعاة الحكمة من التشريع.

### ثانيا : التوصيات

- 1- ندعو المشرع العراقي الى تعديل المادة (1) من القانون المدني العراقي لتكون صياغتها بالصورة الاتية " تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها في منطوقها ومفهومها ..."
- 2- ندعو المشرع العراقي الى ضرورة تعديل المادة (2) من قانوننا المدني العراقي لتكون صياغتها كالآتي " لا مسأغ للاجتهد في مور النص القطعي الدلالة ".
- 3- نهيب بالقضاء العراقي بمراعاة الضوابط الخاصة بالاجتهاد ، خصوصا و ان المادة (3) من قانون الاثبات تدعو القضاة بصورة صريحة الى اتباع حكمة التشريع .

## الهوامش: Endnotes

- (1) ابن منظور محمد بن مكرم الافريقي المصري ، لسان العرب ، ج 2 ، ط 3 ، ، دار احياء التراث العربي ، مؤسسة التاريخ العربي ، بيروت . 1419 هـ - 1999 م ، ص 395 – 397
- (2) محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي ، مختار الصحاح ، دار الكتاب العربي و بيروت ، ت 666 هـ ، ص 114 .
- (3) محمد بن ابراهيم ، الاجتهاد والعرف ، دار السلام للطباعة والتوزيع والترجمة ، القاهرة ، دار سحنون للنشر والتوزيع ، نشر مشترك ، ط 1 ، 1430 هـ - 2009 م ، ص 22 .
- (4) Dictionnaire general et grammatical des dictionnaires francais par Napoleon Landais.2 edition,T.II. Paris . 1835 .Avilable: [https \\\ books . google .iq /books?id =bhUp 4WRAS VRC&hl=ar7souc =gb-s -navlinks -s](https://books.google.iq/books?id=bhUp4WRASVRC&hl=ar7souc=gb-s-navlinks-s)
- (5) سيف الدين ابو الحسن علي بن ابي علي بن محمد الامدي (ت 631 هـ) ، الاحكام في اصول الاحكام ، ج 4 ، مطبعة المعارف ، مصر ، 1332 هـ ، ص 162 .
- (6) ابو حامد محمد بن محمد الغزالي : المستصفى في علم الاصول ، ج 2 ، ط 1 ، مصر ، سنة 1356 هـ - 1937 ) ، ص 101 .
- (7) السيد محمد تقي الحكيم : الاصول العامة للفقهاء المقارن ، دار الاندلس ، ط 2 ، بيروت ، سنة 1979 ، ص 563
- (8) كمال الدين محمد بن عبد الواحد (ت 593 هـ) ، التحرير مع التقرير والتجبير لابن امير الحاج ، طبعة بولاق ، ص 523 .
- (9) حمد الكبيسي و صبحي محمد جميل : أصول الأحكام وطرق الاستنباط في التشريع الإسلامي ، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، بغداد ص 406 .
- (10) مصطفى ابراهيم الزلمي ، أصول الفقه في نسيجه الجديد ، شركة الخنساء ، بغداد ، ج 2 ، ط 1 ، 1991 ، ص 473 .
- (11) عصمت عبد المجيد بكر :من مشكلات تفسير القانون ، التفسير في حالة فقدان النص ، المجلة العربية للفقه والقضاء تصدرها الأمانة العامة لجامعة الدول العربية ، العدد 31 ، 2005 ، ص 107 .
- (12) A de theu, I. Kovalovszky et N, Bernard; ((précis de methodologie juridique ,les Sources documentaries du droit )) publications des faculties universitaires ,Saint-louis, Bruxelles, 2000, p; 33.
- (13) عصمت عبد المجيد بكر ، أصول تفسير القانون ، ط 1 ، 2004 م ، ص 148 .
- (14) غوتي بن ملحمة: أفكار حول الاجتهاد القضائي ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، الجزء 35 ، رقم 3 ، سنة 1997 ، ص 619 .
- 2-Curbonnicr, Droit civil, Introduction, Lcs pars'ennis La lainillc, l'pliant, lc couple, PuJ ' lerr 6d, coll, Q'indrige z(K)4' n ' ls8. P, 3tp.
- (16) p.Deumier ,Creation du droit et redaction des arts par la cour de cassation dalloz 2007 ,p56
- (17) جاسم كاظم كباشي العبودي : سلطة القاضي الاداري في تقدير عيوب الالغاء في القرار الاداري ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون – جامعة بغداد ، سنة 2005 ص 7 .
- (18) جاسم كاظم كباشي العبودي : المصدر نفسه ، ص 12 .
- (19) نبيل إسماعيل عمر : سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية ، ط 1 ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1998 ، 497 .
- (20) محمد هشام القاسم : اثر الاجتهاد القضائي في تطوير القانون ، بحث منشور في مجلة القضاء والقانون – جامعة الكويت ، العدد 2 ، السنة الاولى ، ص 11 .

- (21) نبيل إسماعيل عمر : المصدر السابق، 497 .
- (22) عباس قاسم مهدي الداوقوي : الاجتهاد القضائي ( مفهومه - حالاته - نطاقه ) ، ط1 ، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة ، 2015 ، 55.
- (23) ضياء شبيت خطاب : فن القضاء ، طبع معهد البحوث والدراسات العربية ، بغداد ، 1984 ، ص 38 و 39
- (24) ينظر بصدد تفسير هذه المادة قرار محكمة النقض المصرية ، الطعن رقم 2353 لسنة 55 ق جلسة 1990/3/22 - مكتب فني 41 ، ص 819 الذي جاء فيه " النص ي المادة 146 من قانون المرافعات على انه " يكون القاضي لنظر الدعوى ممنوعا من سماعها ولو لم يرده احد الخصوم في الاحوال التالية (5) اذ كان افتى او ترافع عن احد الخصوم في الدعوى ... او كان سبق له نظرها قاضيا او محكما او خبيرا " وما تقضي به الفقرة الاولى من المادة (147) من هذا القانون من بطلان عمل القاضي وقضائه في الاحوال المتقدمة ، يدل وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة على ان عدم صلاحية القاضي للفصل في الدعوى التي سبق له نظرها قاضيا هي الخشية من ان يلتزم براهبه الذي يشف عنه عله المتقدم استنادا الى وجوب امتناع القاضي عن نظر الدعوى هو قيامه بعمل يجعل له رايها في الدعوى او معلومات شخصية تتعارض مع ما يشترط في القاضي من خلو الذهن عن موضوعاتها يستطيع ان يزن حجج الخصوم وزنا مجردا اخذ بان اظهار الراي قد يدعو الى التزامه ، مما يتنافى مع حرية العدول عنه . ذكره المستشار احمد محمد عبد الصادق ، المرجع القضائي في قانون المرافعات ، ج3 ، ص 1221 .
- (25) وائل عبد اللطيف حسين الفضل : حكم القاضي بعلمة الشخصي المتحصل خارج مجلس القضاء في الشريعة الاسلامية والقانون ، ط1 ، سنة 1425 هـ - 2004 ، ص 58 و 59 .
- (26) نقلا عن وائل عبد اللطيف حسين الفضل : المصدر نفسه ، ص 57 و 58 .
- (27) عباس قاسم مهدي الداوقوي : مصدر سابق ، ص 59 .
- (28) عبد الرزاق السنهوري و حشمت ابو سنيت : أصول القانون ، القاهرة ، 1946 م ، ص 248-249 .
- (29) محمد شريف احمد : نظرية تفسير النصوص المدنية ، مطبعة وزارة الأوقاف ، بغداد ، 1981م ، ص 82 .
- (30) عبد الحي حجازي : المدخل لدراسة العلوم القانونية ، الكويت ، ج 1 ، بدون سنة نشر ، ص 523 .
- (31) مالك دوهان الحسن : المدخل لدراسة القانون ، بغداد ، مطبعة الجامعة ، 1972م ، ص 495 .
- (32) رقم القرار 137/استئنافية/980 في 1980/5/26 نقلا عن عباس العبودي : الدور الاجتهادي لأحكام محكمة التمييز الاتحادية في صياغة القاعدة القانونية للقانون المدني، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، مجلد 30 ، العدد الثاني ، 2015 م ، ص 9 .
- (33) عصمت عبد المجيد : أصول تفسير القانون ، مصدر سابق ، ص 89 .
- (34) حسن علي الذنون : فلسفة القانون ، ط1 ، مطبعة العاني، 1975 م ، ص 158 وما بعدها .
- (35) هنالك عدة عوامل يمكن للقاضي الرجوع إليها للوقوف على حكمة التشريع : منها الظروف التي دفعت بالمشرع إلى سن تلك القاعدة القانونية وكذلك المصادر التي استقى منها المشرع المدني نصوصه فعلى سبيل المثال نجد ان من ابرز مصادر القانون المدني العراقي هو الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري ، وبذلك فقد ذهبت محكمة التمييز الاتحادية في قرارها المرقم 11/شرعية/1970/ في 1970/6/24 (غير منشور) جاء فيه ((ولما كانت المادة (931) من القانون المدني التي بحثت الوكالة العامة فقد نقلت حرفيا من المادة (922) من مرشد الحيران وان التفسير الذي ذهب اليه فقهاء الشريعة الإسلامية هو ان الوكالة العامة تقتصر على المعاوزات ولا تشمل التبرعات او الإسقاطات او التفريق او الطلاق او الوقف ما لم ينص الموكل صراحة في الوكالة العامة على

تحويله مثل هذه التصرفات ولما كانت الوكالة العامة المذكورة لم يرد فيها نص يخوله مثل هذه التصرفات ولما كانت الوكالة العامة المذكورة لم يرد فيها نص يخوله الوكيل حق وقف سهام موكلته من القطعة ، لذا فلا يمكن الاستناد إليها لإصدار الحجة الشرعية بصحة الوقف فيما يتعلق بسهامها (( ذكره احمد محمد علي الحريثي: قواعد تفسير النصوص القانونية بين الفقه والقانون وأحكام القضاء، دار السنهوري، بيروت 2020 م، ص 108 .

فضلا عن ذلك فان رجوع القاضي إلى الأعمال التحضيرية لها الدور المساعد في فهم الدلالات المرجوة من القواعد القانونية وفهم عباراتها بصورة تساعد على التطبيق السليم لتلك القواعد بما يتفق مع غايتها هذا وان الأعمال التحضيرية يقصد بها هي تلك الأعمال والوثائق السابقة على صدور التشريع أو المصاحبة له ، كالمذكرة الإيضاحية المرفقة بالتشريع أو اللائحة التي توضح الغاية منه وأسباب إصداره ، وبرز ما يحتويه من القواعد القانونية ، فضلا عن الدراسات المتعلقة بالتشريع والمقدمة من قبل لجان التشريع المختصة بذلك .. الخ ، محمد سامر عاشور : المدخل إلى علم القانون ، من دون مكان نشر وسنة طبع ، ص 162 و163 .

(36) عبد الرحمن بدوي : ربيع الفكر اليوناني، ط4، من دون مكان نشر ، 1969 م، ص 108 .

(37) هانس كلسن : النظرية المحضة في القانون ، ترجمة أكرم الوتري ، منشورات مركز البحوث القانونية، وزارة العدل ، بغداد، 1986م ، ص 14، 16 ، 50 ، 56 ، 117 .

(38) عبد الباقي البكري : أصول القانون ، من دون مكان طبع ، 1968م، ص 163 .

(39) حسن علي الذنون ، فلسفة القانون ، مصدر سابق ، ص 159 وما بعدها . وعبد الملك ياس ، النظرية العامة للقانون ، مطبعة العاني ، بغداد ، 1969 م ، ص 109 .

(40) عبد الملك ياس : المصدر نفسه ، ص 109 و110 . ، صلاح الدين عبد الوهاب ، الأصول العامة لعلم القانون نظرية القانون ، مكتبة عمان ، الأردن ، 1968م ، ص 111 وما بعدها .

(41) - نقلا عن عبد الملك ياس : النظرية العامة للقانون ، مصدر سابق ، ص 110 .

(42) محمد طه البشير و غني حسون طه ، الحقوق العينية ، ج1 و ج2 ، 1984 م ، ص 199 وما بعدها

(43) عبد الملك ياس :- النظرية العامة للقانون ، مصدر سابق ، ص 97

(44) عبد المحسن فضل الله : الإسلام وأسس التشريع ، ط2 ، دار الأضواء ، بيروت ،

1987م، ص 220 .

(45) يقصد بالعدالة القضائية : (( القناعة بان الأفراد في المجتمع متساوون جميعهم من حيث الكرامة الإنسانية والحقوق والمثول أمام القانون ، وعليه فان القضاء ملزم أمام الشخص الذي تم الاعتداء والتجاوز على حقه بانه " لا يجوز استعمال الحق اذا كان الغرض لرد ما سلب منه دون مراعاة لأية اعتبارات تحول دون إمكانية إرجاع تلك الحقوق وهي بهذا المعنى تعني احقاق الحق (الضائع او المسلوب)) عواد حسين ياسين العبيدي : اجتهاد القاضي في مورد النص بين نهي التشريع ومقتضيات العدالة ، مجلة التشريع والقضاء ، السنة الثالثة ، العدد 4 ، 2011 م ، ص 122 .

(46) عواد حسين ياسين العبيدي : اجتهاد القاضي في مورد النص بين نهي التشريع ومقتضيات العدالة ، المصدر نفسه ، ص 122 . منذر الشاوي ، فلسفة القانون ، عمان (الأردن ) ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2011 م ، ص 277 - 289 .

(47) ينظر المادة (1) من قانون الإثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979 .

(48) محمد حسين منصور : المدخل للعلوم القانونية ، 1960 م ، ص 260 .

(49) اما في مصر فيصدد هذه النظرية قضت محكمة استئناف مصر الاهلية في 10 ابريل سنة 1927 بانه " لا يكفي للسائق ان يثبت انه لم يقع منه خطأ مطلقا ، او ان سبب الحادثة بقى مجهولا ، للتخلي عن المسؤولية المدنية ، بل تبقى مسؤوليته قائمة في الحالتين حتى ولو قضى جنائيا بالبراءة لعدم قيام الدليل على وجود خطأ معين او اهمال ، لان استعمال معدات النقل السريعة كالسيارات وغيرها تلازمها حوادث يجب ان يتوقعها المنتفعون بها ، فمن الحق والعدل ان يكونوا مسؤولين

عن التعويض لضحاياها " ، بيد ان محكمة النقض الاهلية رفضت ذلك الحكم كون ان هذا النوع من الحكم لم يقرره المشرع المصري ، اشار اليه حسن راشد جرانه ، مبادئ القانون او المدخل لدراسة القانون الناشر مكتبة عبد الله وهبة ، مصر ، 1947 م ، -، 1366 ، ص 132 .  
(50) حامد شاكر محمود الطائي : العدول القضائي (دراسة قانونية تحليلية مقارنة لواقع العدول القضائي في نطاق الاجتهاد القضائي المدني)، ط1، دار الكتب والوثائق، بغداد، 2016، ص 100

(51)- Cass. Civ. Lere ,9 mars 1983. Available on the website [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)

(52) نقلا عن مصطفى العوجي : القاعدة القانونية في القانون المدني ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2010 م ، ص 33-34 .

(53) عبد الفتاح عبد الباقي : القانون والحياة ، وزارة الثقافة والإرشاد القومي ، الإدارة العامة للثقافة ، 1961 ، ص 104 .

(54) إبراهيم شحاتة ، في اجتهاد القاضي ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، جامعة عين شمس ، 4 ، يوليو 1962 م ، ص 416-417 ، ص 419-420 ، ص 423-425 ، وكذلك عبد الباقي البكري ، مبادئ العدالة مفهومها ومنزلتها ووسائل إدراكها ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية ، كلية القانون -جامعة بغداد ، عدد خاص ، مايس 1984م ، ص 65 .

(55) ضياء شيت خطاب : فن القضاء ، مصدر سابق ، ص 75 .  
(56) عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ، ج 1 ، ط2 ، دار النهضة العربية - مصر ، سنة 1964 م ، ص 68 .

(57) إسماعيل نامق حسين : مداخلات فلسفية في علم القانون ، كلية القانون والسياسة - جامعة السليمانية ، 2018 م ، ص 36 و 37 .

(58) كاربونييه في شرح القانون المدني 121/1 طبعة باريس 1955 . نقلا عن عدنان إبراهيم عبد الجميلي : الاجتهاد في مورد النص (دراسة اصولية قانونية مقارنة ) ، اطروحة دكتوراه مقدمة كلية الحقوق -جامعة النهرين ، 2001 ، ص 208 .

(59) محكمة النقض 9 نوفمبر سنة 1933 ، اشار اليه حسن راشد جرانه ، مصدر سابق ، 1947 م ، -، 1366 ، ص 133 .

(60) حكم محكمة مصر الابتدائية الاهلية المؤرخ 31 مايو سنة 1937 ، اشار اليه حسن راشد جرانه ، المصدر نفسه ، ص 133 .

(61) عبد الرزاق احمد السنهوري و احمد حشمت ابو شتيت : أصول القانون او المدخل لدراسة القانون، دار الفكر العربي ، 1952 م ، ص 111-114 .

(62) محمد شريف احمد : مصدر سابق، ص 165. حامد شاكر محمود الطائي: مصدر سابق ، ص 102 .

(63) Cass. Civ. lere, 6 dec. 1989 .Available on the website <https://www.legifrance.gouv.fr> ، ( تاريخ اخر زيارة للموقع في 2019/12/25 ، الساعة الواحدة صباحا ) .

(64) اقترح البعض تعديل ما جاء في المادة الثانية من قانوننا المدني لتكون بالصيغة الآتية ((لا مساغ للاجتهاد في مورد النص القطعي الدلالة )) إسماعيل نامق حسين : مصدر سابق ، ص 80 . و عدنان إبراهيم الجميلي :، ص 38 . و عواد حسين ياسين العبيدي : اجتهاد القاضي في مورد النص بين نهي التشريع ومقتضيات العدالة ، مجلة التشريع والقضاء ، السنة الثالثة ، العدد 4 ، 2011 م ، ص 121 .

(65) استاذنا الدكتور حميد سلطان الخالدي ، الوافي في أصول الفقه ( دراسة مقارنة بالقانون الوضعي) ، ط 2 . مكتبة السيسبان ، 2018 ، ص 363 .

- (66) عواد حسين ياسين العبيدي : اجتهاد القاضي في مورد النص بين نهي التشريع ومقتضيات العدالة ، مصدر سابق ، ص 120 .
- (67) القرار 257/هيئة موسعة أولى /80 في 1982/2/27 منشور في كتاب ضياء شيت خطاب ، فن القضاء ، مصدر سابق ، ص 68 .
- 1-Yves-Louis Hufteau, le:refere Legislatif et les Pouvoirs du juge dans le silence de la loi, Presses universitaires de France, Paris, 1965, p.97.
- (69) محمد أديب صالح : تفسير النصوص في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة) مطبعة جامعة دمشق ، 1964م ص339 .
- (70) وتقابلها المادة (1) الفقرة (1) من القانون المدني المصري .
- (71) مصطفى إبراهيم الزلمي : أصول الفقه الإسلامي في نسيجه الجديد، مصدر سابق ، ص 207. و استاذنا الدكتور عباس زبون العبودي : مصدر سابق ، ص6 .
- (72) مصطفى إبراهيم الزلمي: اصول الفقه في نسيجه الجديد، المصدر السابق ، ص 180 .
- (73) عبد المنعم البدر اوي : المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، بيروت، 1966، ص 217 .
- (74) عبد الكريم زيدان ، الوجيز في أصول الفقه ، ، بغداد ، 1964 ، ص 281 وما بعدها .
- (75) ولا يوجد ما يقابل هذه المادة في القانون المدني المصري .
- (76) عدنان إبراهيم الجميلي : مصدر سابق ، 114 .
- (77) صلاح الدين عبد الوهاب : الأصول لعلم القانون ، مكتبة عمان ، 1968 م ، ص 310 .
- (78) عبد الفتاح عبد الباقي : نظرية القانون ، ط4 ، مطابع دار الكتاب العربي بمصر ، 1965 م ، ص 335 و 336 .
- (79) سليمان مرقس : المدخل للعلوم القانونية ، المطبعة العالمية ، مصر ، 1967 م ، ص 259 .
- (80) عبد الفتاح عبد الباقي : نظرية القانون ، مصدر سابق ، ص 336 .
- (81) القرار 3277 /حقوقية /962 في 1963/4/10 محكمة التمييز نقلا عن استاذنا الدكتور عباس العبودي : مصدر سابق ، ص 7 .
- (82) عبد الفتاح عبد الباقي: نظرية القانون ، مصدر سابق ، ص 336 .
- (83) عدنان إبراهيم عبد الجميلي : مصدر سابق ، ص 208 .
- (84) ذكره ضياء شيت خطاب : فن القضاء ، مصدر سابق ، ص 67
- (85) حسن علي الذنون : فلسفة القانون ، مصدر سابق ، ص 257 .
- (86) محمد شريف احمد : المصدر سابق ، ص 257 .
- (87) عبد الباقي البكري وزهير البشير : المدخل لدراسة القانون ، مصدر سابق ، ص 27 .
- (88) وتقابلها الفقرة الاولى المادة (93) من القانون المدني المصري التي تنص على " اذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على ايجابه الى ان ينقضي هذا الميعاد "
- (89) عصمت عبد المجيد بكر : أصول تفسير القانون، ص 85 .
- (90) عدنان إبراهيم الجميلي : مصدر سابق ، ص 126 .
- (91) قرار هيئة الطعن التمييزي في هيئة دعاوي الملكية العراقية ذي العدد 2006/6801 في 2007/5/9، منشور في المبادئ القانونية في قضاء الهيئة التمييزية الصادرة وفق قانون هيئة حل نزاعات الملكية العقارية رقم (1) لسنة 2006 ، إعداد قسم البحوث والدراسات القانونية في هيئة دعاوي الملكية ، العدد (3) ، ص 16 ، أشار إليه عباس قاسم مهدي الداوقي، مصدر سابق ، ص 211 .
- (92) نقلا عن محمد شريف احمد : مصدر سابق ، ص 257 .
- (93) عبد الحي حجازي : مصدر سابق ، ص 535 و 536 .
- (94) توفيق حسن فرج :المدخل للعلوم القانونية، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الإسكندرية ، 1970-1971 م ، ص 60 .
- (95) عبد الفتاح عبد الباقي : نظرية القانون ، مصدر سابق ، ص 344 و 345 .

(96) مالك دوهان الحسن : مصدر سابق ، ص 481.

(97) عبد الفتاح عبد الباقي : نظرية القانون ، مصدر سابق ، ص 346 .

## المصادر Reference

### المعاجم والكتب الشرعية

- i. ابن منظور محمد بن مكرم الافريقي المصري ، لسان العرب ، ج 2 ، ط3 ، ، دار احياء التراث العربي ، مؤسسة التاريخ العربي ، بيروت . 1419 هـ - 1999 م.
- ii. ابو حامد محمد بن محمد الغزالي : المستصفى في علم الاصول ، ج2 ، ط1 ، مصر ، سنة (1356هـ - 1937)
- iii. السيد محمد تقي الحكيم : الاصول العامة للفقهاء المقارن ، دار الاندلس ، ط2 ، بيروت ، سنة 1979
- iv. حمد الكبيسي و صبحي محمد جميل : أصول الأحكام وطرق الاستنباط في التشريع الإسلامي ، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، بغداد .
- v. عبد الكريم زيدان ، الوجيز في أصول الفقه ، ، بغداد ، 1964 .
- vi. عبد المحسن فضل الله : الإسلام وأسس التشريع ، ط2 ، ، دار الأضواء ، بيروت ، 1987م
- vii. كمال الدين محمد بن عبد الواحد (ت 593هـ) ، التحرير مع التقرير والتجبير لابن امير الحاج ، طبعة بولاق .
- viii. محمد أديب صالح : تفسير النصوص في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة ) مطبعة جامعة دمشق ، 1964م
- ix. محمد بن إبراهيم ، الاجتهاد والعرف ، دار السلام للطباعة والتوزيع والترجمة ، القاهرة ، دار سحنون للنشر والتوزيع ، نشر مشترك ، ط1 ، 1430هـ - 2009 م.
- x. محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي ، مختار الصحاح ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ت 666 هـ .
- xi. مصطفى إبراهيم الزلمي ، أصول الفقه في نسيجه الجديد ، شركة الخنساء ، بغداد ، ج 2 ، ط1 ، 1991.
- xii. سيف الدين ابو الحسن علي بن ابي علي بن محمد الامدي (ت 631 هـ) ، الاحكام في اصول الاحكام ، ج4 ، مطبعة المعارف ، مصر ، 1332 هـ.

### الكتب القانونية

- i. احمد محمد علي الحريثي: قواعد تفسير النصوص القانونية بين الفقه والقانون وأحكام القضاء ، دار السنهوري ، بيروت 2020 م.
- ii. إسماعيل نامق حسين : مداخلات فلسفية في علم القانون ، كلية القانون والسياسة - جامعة السليمانية ، 2018 م.
- iii. توفيق حسن فرج : المدخل للعلوم القانونية، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الإسكندرية ، 1970- 1971 م.
- iv. حامد شاكر محمود الطائي : العدول القضائي ( دراسة قانونية تحليلية مقارنة لواقع العدول القضائي في نطاق الاجتهاد القضائي المدني) ، ط1 ، دار الكتب والوثائق ، بغداد، 2016م
- v. حسن راشد جرانه ، مبادئ القانون او المدخل لدراسة القانون الناشر مكتبة عبد الله وهبة ، مصر ، 1947 م .
- vi. حسن علي الذنون :فلسفة القانون ، ط1، مطبعة العاني، 1975 م.
- vii. سليمان مرقس : المدخل للعلوم القانونية ، المطبعة العالمية ، مصر ، 1967 م.
- viii. صلاح الدين عبد الوهاب ، الأصول العامة لعلم القانون نظرية القانون ، مكتبة عمان ، الأردن ، 1968م.

- .ix ضياء شبت خطاب : فن القضاء ، طبع معهد البحوث والدراسات العربية ، بغداد ، 1984 .
- .x عباس قاسم مهدي الداوقي : الاجتهاد القضائي ( مفهومه – حالاته – نطاقه ) ، ط1 ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، 2015 .
- .xi عبد الباقي البكري : أصول القانون ، من دون مكان طبع ، 1968م.
- .xii عبد الحي حجازي : المدخل لدراسة العلوم القانونية ، الكويت ، ج 1 ، بدون سنة نشر . 14-
- .xiii عبد الرحمن بدوي : ربيع الفكر اليوناني ، ط4 ، من دون مكان نشر ، 1969 م .
- .xiv عبد الرزاق احمد السنهوري و احمد حشمت ابو شنتيت : أصول القانون او المدخل لدراسة القانون ، دار الفكر العربي ، 1952 م .
- .xv عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ، ج 1 ، ط2 ، دار النهضة العربية – مصر ، سنة 1964 م .
- .xvi عبد الفتاح عبد السنهوري و حشمت ابو شنتيت : أصول القانون ، القاهرة ، 1946م . عبد الفتاح عبد الباقي : نظرية القانون ، ط4 ، مطابع دار الكتاب العربي بمصر ، 1965 م .
- .xvii عبد الفتاح عبد الباقي : القانون والحياة ، وزارة الثقافة والإرشاد القومي ، الإدارة العامة للثقافة ، 1961 .
- .xviii عبد الملك ياس ، النظرية العامة للقانون ، مطبعة العاني ، بغداد ، 1969 م
- .xix عبد المنعم البدر اوي : المدخل للعلوم القانونية ، دار النهضة العربية ، بيروت ، 1966 م .
- .xx عصمت عبد المجيد بكر ، أصول تفسير القانون ، ط1 ، 2004 م . .
- .xxi مالك دوهان الحسن : المدخل لدراسة القانون ، بغداد ، مطبعة الجامعة ، 1972م .
- .xxii محمد حسين منصور : المدخل للعلوم القانونية ، 1960م .
- .xxiii محمد سامر عاشور : المدخل إلى علم القانون ، من دون مكان نشر وسنة طبع .
- .xxiv محمد شريف احمد : نظرية تفسير النصوص المدنية ، مطبعة وزارة الأوقاف ، بغداد ، 1981م .
- .xxv محمد طه البشير و غني حسون طه ، الحقوق العينية ، ج1 و ج2 ، 1984 م .
- .xxvi المستشار احمد محمد عبد الصادق ، المرجع القضائي في قانون المرافعات ، ج3 .
- .xxvii مصطفى العوجي : القاعدة القانونية في القانون المدني ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2010 م ، منذر الشاوي ، فلسفة القانون ، عمان (الأردن) ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2011 م ، ص 277-289 .
- .xxviii نبيل إسماعيل عمر : سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية ، ط1 ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ، 1998 .
- .xxix هانس كلسن : النظرية المحضة في القانون ، ترجمة أكرم الوتري ، منشورات مركز البحوث القانونية ، وزارة العدل ، بغداد ، 1986م .
- .xxx وائل عبد اللطيف حسين الفضل : حكم القاضي بعلمة الشخصي المتحصل خارج مجلس القضاء في الشريعة الاسلامية والقانون ، ط1 ، سنة 1425 هـ - 2004 .

### الرسائل والاطاريح

- i . جاسم كاظم كياشي العبودي : سلطة القاضي الاداري في تقدير عيوب الالغاء في القرار الاداري ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون – جامعة بغداد ، سنة 2005 .
- ii . عدنان إبراهيم عبد الجميلي : الاجتهاد في مورد النص (دراسة اصولية قانونية مقارنة) ، اطروحة دكتوراه مقدمة كلية الحقوق – جامعة النهريين ، 2001 .

### البحوث والمجلات

- i . إبراهيم شحاتة ، في اجتهاد القاضي ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، جامعة عين شمس ، 4 ، يوليو 1962 م .
- ii . عباس العبودي : الدور الاجتهادي لأحكام محكمة التمييز الاتحادية في صياغة القاعدة القانونية للقانون المدني ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، مجلد 30 ، العدد الثاني ، 2015 م .

- .iii عبد الباقي البكري ، مبادئ العدالة مفهومها ومنزلتها ووسائل إدراكها ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية ، كلية القانون –جامعة بغداد ، عدد خاص ، مايس 1984م
- .iv عصمت عبد المجيد بكر :من مشكلات تفسير القانون ، التفسير في حالة فقدان النص ، المجلة العربية للفقهاء والقضاء تصدرها الأمانة العامة لجامعة الدول العربية ، العدد 31 ، 2005.
- .v عواد حسين ياسين ألببيدي : اجتهاد القاضي في مورد النص بين نهى التشريع ومقتضيات العدالة ، مجلة التشريع والقضاء ،السنة الثالثة ، العدد 4، 2011 م .
- .vi غوتي بن ملح: أفكار حول الاجتهاد القضائي ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، الجزء 35، رقم 3 ،سنة 1997.
- .vii محمد هشام القاسم : اثر الاجتهاد القضائي في تطوير القانون ، بحث منشور في مجلة القضاء والقانون – جامعة الكويت ، العدد 2 ، السنة الاولى .

### المصادر الفرنسية

- i. Ives-Louis Hufteu, le:refere Legislatif et les Pouvoirs du juge dans le silence de la Loi, Presses universitaires de France ,paris ,1965,p,97.
- ii. p.Deumier ,Creation du droit et redaction des arts par la cour de cassation dalloz 2007.
- iii. de theu,I.Kovalovszky et N, Bernard;((precis de methodologie juridique ,les Surces documentaries du droit )) publications des faculties universitaires ,Saint -louis,Bruxelles,2000.
- iv. Dictionnaire general et grammatical des dictionnaires francais par Napoleon Landais.2 edition,T.II. Paris . 1835 .Avalable: <https://books.google.iq/books?id=bhUp4WRASVRC&hl=ar7souce=gbs-navlinks-s>
- v. Curbonnicr, Droit civil, Introduction, Lcs pars'ennis La lainillc, l'pliant, le couple, PuJ ' lerr 6d, coll, Q'indrigc z(K)4' n ' ls8. P, 3tp.

### المواقع الالكترونية

- i. Cass. Civ. Lere ,9 mars 1983. Available on the website / [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)
- ii. Cass. Civ lere, 6 dec. 1989 .Available on the website <https://www.legifrance.gouv.fr>

### القوانين

- i. قانون الاثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979 م .
- ii. القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 م .
- iii. القانون المدني المصري رقم 83 لسنة 1969 م .
- iv. القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 م .