Journal Of the Iraqia University (73-3) January (2025)

ISSN(Print): 1813-4521 OnIine ISSN:2663-7502
Journal Of the Iraqia University
available online at: https://www.mabdaa.edu.iq

خيارات القاضي في مواجهة النقص في التشريع دراسة مقارنة بين القانون العراقي والايراني

الدكتور رضا حسين كندم كار
استاذ مشارك-قانون خاص جامعة قم/كلية القانون
الباحث بشير كامل خشين الجعباوي
طالب دكتوراه، قانون خاص، كلية القانون، جامعة قم، قم، جمهورية إسلامية إيران

الملخص

قد يعجز التشريع في معالجة بعض الفرضيات التي يثيرها الواقع المتسارع في التغير والتطور، وبهذا يكون التشريع أحياناً عاجزاً في تحقيق أحد أهم الاهداف التي يرمي القانون الى حل المنازعات لعدم وجود النص ، و قد ينشأ عن وجود المعالجة التشريعية ذاتها تعقيدُ المشاكل ، عبر إهدار الحقوق وتشريع الظلم بدلاً من أن تنصب في حماية الحق وتحقيق غاية العدل ، وتفقد القاعدة القانونية قدرتها على تحقيق العدالة ، وبهذا يكون التشريع ناقصاً في معالجة القضايا معالجة عادلة إما إيجاباً أو سلباً ، ان النقص في التشريع افطري وهو حالة لا يمكن إيجاد معالجة تشريعية عادلة لها ، كما أن هذا النقص الفطري للتشريع عبارة عن عدم وجود النص أصلا أو وجود نص يعد في حكم العدم لاتصافه بالظلم وابتعاده عن العدالة والقيم الخلقية ، ولذلك يجب أن يعطي المشرع سلطة للقضاء إذا انكشف له تواجد حالة النقص في للتشريع ، ان يرجع إلى قواعد العدالة لإيجاد الحل العادل للقضية المنظورة امامه ٠

Abstract:

Statutory (legislative) provisions often prove inadequate in addressing the myriad hypotheses posed by the swiftly evolving and developing (legal) reality, thereby rendering legislation occasionally incapable of attaining a paramount objective of law, namely, the resolution of disputes attributable to the absence of a statutory provision. On the other hand, the mere existence of legislative intervention may give rise to the complication of issues, leading to the squandering of entitlements and the promulgation of inequity, rather than a focus on safeguarding rights and accomplishing the objective of justice, and the legal rules forfeit its efficacy in realizing justice. Accordingly, the legislative framework remains deficient in impartially addressing issues, whether affirmatively or negatively. This study concludes that the inherent deficiency in legislation constitutes a circumstance wherein equitable legislative treatment (resolve) remains elusive. Likewise, this inherent deficiency may refer to the absence of explicit legal provisions or the presence of provisions deemed nonexistent due to their inherent injustice and divergence from principles of justice and moral values. Further, the research formulated certain recommendations, including; the legislator shall confer authority upon the judiciary in instances where it becomes evident to the legislator that a positive deficiency exists in the legislation, it is incumbent upon them to invoke the principles of justice and the general principles of law.

المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله الذي علم الانسان مالم يعلم والذي بيده كل الخير وبه تتم الصالحات سبحانه لا اله الا هو، نحمده كثيرا ونشكر فضله في كل وقت وحين والصلاة والسلام على سيد المرسلين وخاتم النبيين ابو القاسم محمد وعلى ال بيته الطيبين الطاهرين اما بعد.

اولا. موضوع البحث

ثانيا . اهمية البحث

ان اهمية البحث الموسوم ((خيارات القاضي في مواجهة النقص في التشريع دراسة مقارنة بين القانون العراقي والايراني)) تتمثل في التعريف في صلاحية القاضي ودوره اذا ما واجهته مساله ليست فيها تشريع او قاعده قانونيه تعالجها في التشريع العراقي والمصري والايراني .

وبيان الوسائل المتبعة من قبل القاضي للوصول الى حل للقضية المنظورة امامه والا اعتبر ناكرا للعدالة. فثمة نقص نقص في التشريع يتعين على القاضي سده .وهذا النقص فطري نتيجة ان الشارع لا يسعه ان يحيط في جميع القواعد القانونية اللازمة لتنظيم الروابط والاوضاع الموجودة او التي يمكن ان تستجد في المجتمع بحكم طبيعة الاشياء ، ولذلك كان لابد من وجود مصادر اخرى احتياطية يلتمس القاضي فيها القاعدة التي ينشدها لسد النقص ورفع الغموض والالتباسات في التشريع للوصول الى قضاء عادل لجميع الاطراف المتنازعة .

ثالثا . اسباب اختيار موضوع البحث

تكمن اسباب اختيار الموضوع هو لمحاولة فهم واستيعاب دور القاضي المدني في مواجهة النقص في التشريع في القانون العراقي والقانون الايراني ، وما يثيره من اشكاليات تحتاج الى دراسته والبحث في تفصيلاته في القانون الوضعي ، ولكون وظيفة القاضي الأصلية هي الحكم بالعدل بين شخصين متنازعين طبقا للقواعد القانونية المشرعة اصوليا – اي تطبيق القانون – ولا يجوز له ان يخلق القانون او يبتدع قواعد قانونية ، و لذلك سوف نقوم من خلال هذا البحث الى ايجاد الحلول التشريعية في القانون المدني العراقي والايراني .

رابعا . مشكلة البحث

وبما ان التشريع محدد بنصوصه ، وهو ينظم مجتمع في تطور دائم وغير محدود ، ولذلك لا يمكن للمحدود ان يواكب غير المحدود ، وهذ ما يجعل التشريع عاجزا عن مواكبة التطور في المجتمع ، ثم ان التشريع من وضع البشر ، ولا يمكن للعقل البشري ان يتصور الحالات المستقبلية لأنها غيبية لا يدركها العقل البشري ، لذلك تم اختيار هذا الموضوع لما يثيره من مشكلات تحتاج الى دراسه ومنها الخيارات المتاحة اما القاضي المدني ، للحكم في القضية المعروضة امامه عندما لا يجد نصاً في التشريع و هذه مشكلة هامه في القانون ، وهي واحدة من التحديات التي قد تواجه القاضي وهي عدم وجود تشريع للقضية المنظورة امامه

خامسا . اهداف البحث

أ. ان هدف هذا البحث هو محاولة الإجابة على مشكلات البحث من اجل تحقيق الهدف العلمي المتوخى من هذا البحث .

ب.الوصول الى رؤيه معرفيه في دراسة هذا الموضوع من حيث تعريفه وتحديد نطاقه وبيان خيارات القاضي لمواجهة النقص في التشريع .

ت.وتهدف هذه الدراسة الى الوقوف على العلاقة بين الاحكام القانونية الوضعية واحكام القضاء ومدى تطابق نصوص القانون مع احكام القضاء

ث.يهدف هذا البحث ايضا الى الوصول الى بعض النتائج و التوصيات التي تستوعب فكرة النقص في التشريع .

سادسا . منهج البحث

اعتمدنا في هذا البحث المنهج التحليلي ، المقارن ، بين القانون المدني العراقي والقانون المدني الايراني .

سابعا . خطة البحث

لغرض الإحاطة بموضوع البحث الموسوم (خيارات القاضي المدني لمواجهة النقص التشريعي – دراسة مقارنة بين القانونين العراقي والايراني) في جوانبها المختلفة ، تم تقسيمه الى مبحثين المبحث الاول مفهوم النقص التشريعي واسبابه المطلب الاول : تعريف النقص التشريعي وأنواعه الفرع الاول : تعريف وخصائص النقص التشريعي الفرع الثاني: انواع النقص التشريعي المطلب الثاني : اسباب النقص في التشريع العراقي والايراني الفرع الاول : تحليل اسباب النقص التشريعي والتأثيرات الاجتماعية والاقتصادية الفرع الثاني : الاتجاهات الفقهية لجدلية النقص في التشريع اولاً : الاتجاه الداعي الى انكار النقص (نظرية كمال التشريع) ثانياً : الاتجاه الداعي الى اقرار النقص (نظرية النقص ي التشريع) المبحث الثاني : خيارات القاضي المدني في سد النقص في التشريع العراقي والتشريع الايراني المطلب الاول خيارات القاضي المدني في سد النقص في التشريع العراقي المطلب الثاني خيارات القاضي المدني في سد النقص في التشريع الايراني

خطة البحث

((خيارات القاضي المدني لمواجهة النقص التشريعي – دراسة مقارنة))

المبحث الاول مفهوم النقص التشريعي واسبابه

المطلب الاول : تعريف النقص التشريعي وأنواعه

الفرع الاول : تعريف وخصائص النقص التشريعي

الفرع الثاني: انواع النقص التشريعي

المطلب الثاني : اسباب النقص في التشريع العراقي والايراني

الفرع الاول : تحليل اسباب النقص التشريعي والتأثيرات الاجتماعية والاقتصادية

الفرع الثاني : الاتجاهات الفقهية لجدلية النقص في التشريع

اولاً : الاتجاه الداعي الى انكار النقص (نظرية كمال التشريع)

ثانياً : الاتجاه الداعي الى اقرار النقص (نظرية النقص ي التشريع)

المبحث الثاني : خيارات القاضي المدني في سد النقص في التشريع العراقي والتشريع الايراني

المطلب الاول خيارات القاضي المدني في سد النقص في التشريع العراقي

المطلب الثاني خيارات القاضي المدني في سد النقص في التشريع الايراني

المبحث الأول مفهوم النقص التشريعي واسبابه

سوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين المطلب الاول : تعريف النقص التشريعي و المطلب الثاني : اسباب النقص في التشريع العراقي والايراني

المطلب الاول : تعريف النقص التشريعي

١. التعريف اللغوي

يتكون من كلمتين وهي النقص و التشريع ، ولذلك سوف نقوم بتعريف النقص اولاً ، ثم نعرف التشريع نَقْصَ ، يَنقصُ ، نقصاً ، المفعول منقوص (للمتعدي) ، نَقصَ الشيء : قلّ ، عكس زادَ " نقص مالهُ " ، ((لكلِ شيء اذا ما تم نقصان ٠٠٠٠٠ فلا يُغر بطيب العيش انسان)) ، قال تعالى "وَلَنَبْلُوَنَّكُم بِشَيْءٍ مِّنَ الْخَوْفِ وَالْجُوعِ وَنَقْصٍ مِّنَ الْأَمْوَالِ وَالْأَنفُسِ وَالثَّمَرَاتِ ۗ وَبَشِّرِ الصَّابِرِينَ "[١] ، نقص عقلة : ضعف ، نقّص الشيء : اقتطعه ، صيّرهُ قليلاً ، قال تعالى " أَوَلَمْ يَرَوْا أَنَّا نَأْتِي الْأَرْضَ نَنقُصُهَا مِنْ أَطْرَافِهَا ۚ وَاللَّهُ يَحْكُمُ لَا مُعَقِّبَ لِحُكْمِهِ ۚ وَهُوَ سَرِيعُ الْحِسَابِ "[٢] ، ناقص (مفرد) ، ناقصون ، نواقص (جمع مذكر) ، ناقصات ، نواقص (جمع مؤنث) ، اسم فاعل من نَقَصَ ، غير كامل او غير تام " عمل ناقص" ، ((العلم الناقص شر من الجهل)) ، ناقص الاهلية : صغير لا يستطيع تحمل المسؤولية ، ناقص النمو : غير تام بصورة طبيعية او متكاملة ، نقص التكون : فقدان عضو من الجسم او قصور في نموه : نمو أقل من الطبيعي او المعتاد ، نقصان : مصدر نقص[٣] اما التشريع : شرعَ ، يشرّع تشريعاً فهو مشرع ، والمفعول مُشرَع ، شَرَعَ الله الدين : سنّهُ و بيّنَهُ أوضحه و أظهره ، قال تعالى " شَرَعَ لَكُم مِّنَ الدِّينِ مَا وَصَّىٰ بِهِ نُوحًا "[٤] ، شرع المشرع الامر : جعله مباحاً ، اشترع الشريعةُ سنّها " اشترع قانوناً " ، شرع القانون : سنّهُ و جَعَلَهُ واجب التطبيق ، تشريع مفردها تشريعات مصدر شرع ، تشريعي : اسم منسوب الى تشريع متعلق بسن القوانين [٥] ٠

نستطيع ان نعرف النقص في التشريع على انه عدم كمال او عدم تمام القانون ، اي ان التشريع لا يكون كاملا ويشوبه النقص كنتيجة طبيعية للنقص الكامن في طبيعة الانسان ، فكل عمل انساني مشوب بالقصور دائماً ، وما التشريع الا عمل من اعمال الانسان[٦] ٠

٢. التعريف الاصلاحي للنقص في التشريع

ليس في وسع المشرع ، مهما بذل من جهد ان يستوعب جميع القواعد القانونية اللازمة لتنظيم المجتمع ، وان يصبها كلها في تصؤص تشريعية ، وذلك لكون المجتمع في تطور مستمر هذا التطور يجعل المشرع عاجزاً عن التنبؤ بالأحداث المستقبلية لذلك قيل ان النقص فطرياً في التشريع ، و يعتبر النقص في التشريع عيباً من عيوب التشريع ، وهو حالة عدم تمكن القاضي من ايجاد نص في التشريع لكي يطبقه على النزاع المعروض امامهُ ، ويعبر البعض عن هذه الحالة في التشريع بالفراغ التشريعي الذي يتحقق عندما يتطلب القانون اكماله وسده ، ومن الفقهاء من عرف النقص في التشريع ان هناك حقيقة اولية مؤداها ان التشريع الذي يقصد منه اقامة نظام اجتماعي لا يمكن ان يخلو من نقص ، ولم يعد هذا النقص الفطري محلاً للشك ، حيث ان التشريع بحكم صياغته ، هو معنى يفرغ في نمط معين ، وهذا النمط محصوراً عن أحداث المستقبل ، لا المعنى متى حبس باللفظ وافقه الجمود عن ملاحقة ما يستجد من الحوادث المستقبلية ، بما ان القانون محدد بنصوص و التطور في المجتمع غير محدود ، فلا يمكن للمحدود ان يكون كاملاً في مواجهة غير المحدود ولهذا فان التشريع يكون عاجزاً عن مواكبة

التطور الحاصل في المجتمع الذي يطبق فيه هذا التشريع ، هذا من جهة ومن جهة اخرى ان التشريع من وضع البشر ولا يمكن للبشر مهما بذلَ من جهدْ أن يتوقع الاحداث المستقبلية ، لأن الانسان قاصر على أن يعلم الغيب[٧]وحيث أن المعنى الاصطلاحي للنقص في التشريع قد استقى فحواه من مدلول المعنى اللغوي لكن دلالته قد تطورت نحو التخصيص ، فاذا كان المعنى اللغوي عاما ، فان المعنى الاصطلاحي تخصص في محاولة الكشف عن المجهول المعرفي والعلمي للنقص في التشريع

فقد عرفه بعض الفقه على انه" عدم احتواء التشريع مطلقا على نص يعالج النزاع المعروض امام القاضي او انه يحتوي على هذا النص بيد انه ينقصه الاحكام التفصيلية اللازمة لحل ذلك النزاع"[٨]٠

وعرفه البعض على انه "عدم ورود حكم في التشريع يتناول النزاع المعروض امام القاضي "[٩] ، وعرفه بول فوريه " ندرة بالغة في القواعد بحيث لا يتوفر الحكم حيث ينبغي ان يتوفر ، او ان الحكم الموجود لا يوفر حلا "[١٠]بالواقع اننا نستطيع ان نعرف النقص في التشريع على انه "حالة غياب النص القانوني الصريح الذي ينظم موضوعاً معيناً ، او مسألة جديدة وغير متوقعه لم يكن قد اخذها المشرع بعين الاعتبار، او جاءت عبارته خالية من بعض الالفاظ التي لا يستقيم المعنى بدونها ، في القضية المنظورة امام القاضي ، مما يؤدي الى وجود فجوه قانونية ، يتحتم على القاضي ملؤها وفقاً لما يملي عليه القانون" ، اي انه يعتبر النص ناقصا فيما إذا جاءت عبارته خالية من بعض الألفاظ التي لا يستقيم الحكم إلا بها ، أو انه أغفل النص على بعض الحالات التي كان يفترض أن ينص عليها ، ومن واجب القاضي أو المفسر في هذه الحالة ، أن يحاول سد النقص في القانون باستنتاج الأحكام للحالات غير المنصوص عليها فيه ، وايجاد الحلول للحالات المنصوص عليها لكنها غير مستقيمة المعنى لخلوها من بعض الالفاظ . لقد اقر المشرع العراقي و المشرع الايراني بوجود هكذا حالة ، فقد نظم المشرع العراقي في المادة الاولى من القانون المدني (المادة (٢/١) " فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف ، ٠٠٠٠٠٠٠٠٠٠" ، وبالنسبة للمشرع الايراني فقد اقر هذه الحالة ونظمها قانون المرافعات المدنية الايراني لسنة(٢٠٠٠م) في المادة(٣) والتي تنص على "على قضاة المحاكم النظر في الدعاوى ، وفقاً للقوانين ويصدرون الحكم المقتضي او يفصلون في الخصومة ، اذا وجد نقص في القوانين الوضعية او غموض او تعارض او فقدان للنص القانوني في القضية المنظورة ، يصدرون الحكم فيها بالاستناد الى المصادر الاسلامية او الفتاوى المعتبرة ومبادئ القانون الموافقة للموازين الشرعية ولا يمكنهم الامتناع عن نظر الدعوى واصدار الحكم بحجة فقدان النص او نقص القوانين او اجمالها او تعارضها والا اعتبروا مُمتنعين عن احقاق الحق ويعاقبون على ذلك"[١١] ٠من خلال التعاريف الواردة انفاً نستطيع ان نستنتج حالتين للنقص التشريعي الحالة الاولى هي انعدام النص الذي يحكم القضية المنظورة امام القاضي ، الحالة الثانية هي حالة ان يفوت النص حكم حالات كان ينبغي ان يحكمها اي يجيء النص بحلول لحالة واحدة من جملة حالات كان ينبغي ان يستوعبها النص القانوني ٠

ففي الحالة الاولى وهي انعدام النص ، اي عدم وجود نص في التشريع النافذ يعالج القضية المنظورة امام القاضي ، فهل ينفض القاضي يده من النظر في القضية بحجة عدم وجود نص قانوني يستند علية ، في هذه الحالة لا يجوز له ان ينفض يده من هذه القضية بحجة سكوت القانون عنها لان ، القانون حتم علية ان يفصل في القضية والا عرض نفسه للعقوبة[١٢]٠ حيث ورد في المادة (٣٠) من قانون المرافعات العراقي " لا يجوز لأية محكمة ان تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون او فقدان النص ، او نقصه ، والا عُدّ القاضي ممتنعا عن احقاق الحق ، ويعد ايضاً التأخر غير المشروع عن اصدار الحكم امتناعاً عن احقاق الحق"[١٣]٠ وجاء في المادة(٣) من قانون المرافعات المدنية الايراني لسنة ٢٠٠٠ "٠٠٠٠٠٠٠ولا يمكنهم الامتناع عن نظر الدعوى واصدار الحكم بحجة فقدان النص او نقص القوانين او اجمالها او تعارضها ، والا اعتبروا ممتنعين عن احقاق الحق ويعاقبون على ذلك"[١٤] ٠اذ ليس في وسع المشرع مهما بذل من جهد ان يستوعب جميع الاحداث التي تحصل في المجتمع ويضعها في قوالب قانونية ، كما لا يمكنه التنبؤ بهذه الاحداث سلفا ، حتى يستطيع وضع القواعد القانونية اللازمة لتنظيم المجتمع ، اما لان هذه الاحداث قابلة للتغيير بمرور الزمن ، او لان طبيعتها تقتضي ان تكون لها حلول متعددة ، حيث قال بعض الفقه الفرنسي في هذا الموضوع " ان من الخطأ الاعتقاد بان بالإمكان وضع تقنين ينص سلفا على كل الحالات الممكنة ، ويكون مع ذلك فهمه في متناول كل مواطن فلابد من القصور في التشريع ولابد ان يترك للقضاء والتجارب سد هذا النقص"[١٥]٠ ان هذه الحالة وهي حالة النقص في التشريع وهي حالة انعدام النص التي اشرنا اليها ، تتطلب من القاضي جهداً كبيراً للاهتداء الى الحل ، فهذه الحالة تختلف عن العيوب الاخرى والمتمثلة في الغموض بالنص او التنازع في التشريع او حتى في الحالة الثانية وهي حالة ان يفوت النص حكم حالات كان ينبغي ان يحكمها اي يجيء النص بحلول لحالة واحدة من جملة حالات كان ينبغي ان يستوعبها النص القانوني ، ففي هذه الحالات يستطيع

القاضي ايجاد حلول لها بواسطة التفسير بالاعتماد على النصوص التشريعية المشابهة لها ، لكن عند عدم النص ، اي عدم وجود نص يحكم القضية فما هي الحلول المتوفرة امام القاضي لكي لا يصبح ناكراً للعدالة عندما ينفض يده بحجة عدم وجود نص

المطلب الثاني اسباب النقص في التشريع في القانونين العراقي و الايراني

يعتبر التشريع المصدر الاصلي للقاعدة القانونية التي تطبق على النزاع القائم امام القاضي ، فلذلك يتحتم على القاضي ان يلجأ اليه اولا لحل ما يُعرض علية من منازعات ، فاذا وجد الحكم امتنع علية ان يلجأ الى المصادر الاخرى ، ولكن سوف يلجأ الى هذه المصادر الاخرى ، اذا لم يجد نصاً يطبق عليها ، او كان النص موجوداً لكنه غير عادل أي لا يلبي طوح القاضي في تحقيق العدالة وهذا ما يسمى النقص في التشريع ، ويحدث نظراً لتطور الحياة الاقتصادية والاجتماعية و السياسية ، ونظراً لجمود القانون نتيجة انه محبوس في بوتقة النصوص المكتوبة وفي طريقة سنه ، وكذلك كثرة التعديلات للتشريع سوف يصطدم بالعدالة التشريعية وكذلك سوف تضعف الثقة العامة بالقانون[١٦] .

من المسلم به اليوم لدى الفقه والقضاء ان هناك نقصاً فطرياً في التشريع ، تتعدد اسبابه منها ما تكون اسباب فنية ، او اسباب علمية ، او اسباب اخرى تتجدد مع تطور الحياة الاقتصادية السياسية و الاجتماعية ، ان هذه الحقيقة – النقص في التشريع –. لم تأتي الى الوجود في يوم وليلة ، بل كانت هناك حوارات قانونية بين المحدثين القانونيين استغرقت زهاء قرن من الزمان لإقرار هذه الحقيقة ، بعدما كانوا يعتقدون ان التشريع المدني الفرنسي في مطلع القرن التاسع عشر كاملاً لا يعتريه النقص ولا تشوبه شائبة العيوب الاخرى ، حتى انهم اسسوا مذهباً في تفسيره وسمي " مذهب الشرح على المتون[١٧] . ولذلك وبما ان النقص في التشريع صار حقيقةً بعد ان كان محلا طويلا للنقاش الفقهي ، فلابد من وجود اسباب لهذا النقص التشريعي سوف نبينها كما يلي :-

١. الاسباب التي تتعلق بقدرة المشرع على التنظيم الفني للتشريع

نتيجة للتطور الحاصل في الحياة الاجتماعية والاقتصادية والسياسية ، وكثرة التفاصيل الجزئية التي تصاحب هذه التطورات ، وعدم المام المشرع بهذه التفاصيل ، يجعل المشرع عند قيامه بتشريع القوانين التي لها علاقه بهذه التطورات ، ان يضع قواعد عامة ويترك التفاصيل الدقيقة اما لتقدير الافراد او لاجتهاد القاضي ، وكذلك هناك فكرة مجردة تنطوي في الوجدان العام لكل مجتمع وحسب ظروفه من حيث الزمان والمكان وهذه الفكرة تبلغ من المرونة وسرعة التحول حداً يجعل المشرع يضع لها قاعدة عامه (قاعدة معيارية) ، كما في النظام العام ، ومبدأ حسن النية ، او وفقاً لما يستلزمه شرف التعامل او نزاهة المعاملات ، فهذه الحالات تكون مختلفة من مجتمع الى مجتمع اخر ومن بلد الى بلد ، ومن زمان الى زمان اخر[١٨] . احد الاسباب الفنية هو عدم مواكبة السلطة التشريعية للتطور الحاصل في كافة المجالات الثقافية والاجتماعية والعلمية ، او قد يحصل اقتضاب للتشريع عند مناقشته اثناء عملية سنّهُ ، او ان هناك مصلحة فئوية لطائفه معينة لها تأثير كبير على السلطة التشريعية ، مما يؤدي الى وضع عراقيل امام تشريع القانون ، تجعل من اقرار هذا القانون عملية صعبة ومعقدة وهناك اسباب فنية اخرى لها علاقة بالسلطة التشريعية فكثرة التشريعات المدرجة على جدول اعمال البرلمان يجعل مناقشتها بصورة سريعة ، وهذه السرعة تجعل من الصعب مناقشة الامور التفصيلية للتشريع المطروح للمناقشة ، مما يؤدي ذلك الى خروج التشريع ناقصاً ، او غير عادل ، كونه لم يعالج التفاصيل ، بالإضافة الى ان البرلمان يتحاشى كثرة التعديلات في التشريع ، كونها تفقد الثقة بالسلطة التشريعية من قبل الافراد وكذلك حسن سير المعاملات[١٩]

٢. الاسباب التي تتعلق بالكفاية العلمية للسلطة التشريعية

مما لاشك فيه ان المام الارادة الشارعة بالمتغيرات التي تحدث في الحاضر والمستقبل لها تأثير كبير على عملية تشريع القوانين ،الا انه من الصعب التكهن بالمستقبل لعدة اسباب منها ان العقل البشري قاصر عن التكهن بالمستقبل حيث لا يعلم الغيب الا الله ، وبما ان التشريع من صنع العقل البشري فانه لا يستطيع الغور في صميم الحقائق او في الظروف التي ستحصل في المستقبل ولذلك فان التشريع لا يستطيع تلبية حاجات الافراد عند حصول تغييرات في النظام الاجتماعي او النظام الاقتصادي للبلد ، وفي هذه الحالة يكون التشريع ناقصاً ، والسبب الاخر هو ان التشريع بعد اقراره يوضع في قالب (لفظ) ، وهذا القالب هو النص التشريعي المكتوب ، وهذا النص ثابتاً ولا يتغير ، ولذلك فان قصوره بالنسبة لأحداث المستقبل امراً لا مناص منه ، لان التشريع متى حُبسَ في قالب كان جامداً ، مما يؤدي الى منعه من مجاراة الجديد من الاحداث[٢٠] .

٣. النقص بسبب قصور لغة التشريع

هناك مصطلحات في اللغة تظهر لم يكن المشرع بالغها سابقاً ، بسبب التغيرات التي تحصل للمجتمع من الناحية العلمية او الاقتصادية ، وبما ان التشريع جامد وثابت على نصوص واللفاظ محددة ، لذلك لا يستطيع مجاراة التطورات في المصطلحات اللغوية الت تظهر على المجتمع نتيجة لتلك التطورات ، هذه المصطلحات الجديدة تشكل عبئاً على التشريع ، حينما تكون هناك قضية منظورة امام القاضي ولم يستوعبها التشريع ، ومن هذه المصطلحات هي المصطلحات العلمية البحتة التي ظهرت مؤخراً مثلا مصطلح الذكاء الاصطناعي ، او أي مصطلح علمي او ثقافي اخر يكون غريبا على اللغة القانونية الدارجة في ذلك الوقت ، لذلك يتطلب من المشرع البحث عن المعنى الحقيقي لهذه المصطلحات ويضع تشريعا ملائماً لها ، او يترك الامر لاجتهاد القاضي لحين ايجاد الحل المناسب لمثل هذه الاسباب ولحين استقرار تلك المصطلحات وترسخها في اذهان المجتمع

٤. النقص بسبب نسيان المشرع

قد يحدث النقص في التشريع بسبب نسيان المشرع ، ان كان مقصوداً او غير مقصود ، فهذا النسيان يولد فراغاً في التشريع ، وبالتالي يؤثر على يؤثر على القضية المرفوعة امام القاضي ، فان القاضي لا يجد تشريعا لتلك القضية التي غفل المشرع عن تشريعها ، قد يحدث النسيان او الاغفال التشريعي اما بطريقة غير مقصودة نتيجة قلة الانتباه او التسرع في اعداد التشريع ، نتيجة الزخم الحاصل على السلطة التشريعية وكثرة التشريعات المدرجة على جدول الاعمال للبرلمان ، مما يؤدي الى اغفال موضوع معين ويصدر التشريع بدون التطرق له ، مما يولد فراغاً تشريعياً ، او نتيجةً لقدم التشريع ولحصول تطورات على الموضوع الذي يغطيه تشريع معين ، وبالتالي فان هذا التشريع لا يغطي التطورات ، ونتيجة لذلك سوف تولد ثغرات في هذا التشريع يجب على المشرع تغطيتها بإصدار تعديل للتشريع او اصدار تشريع جديد يتلاءم مع هذه التطورات الحاصلة في المجتمع[٢١] ٠

كل هذه الاسباب التي ذكرناها انفاً ، وغيرها من الاسباب التي لم يتم ذكرها ، تجعل هناك نقصاً واضحاً في التشريع ، وعلى القاضي التعامل معه ، وان لا ينفض يده بحجة عدم وجود نص او ان النص الموجود غير كافي ولا يغطي جميع جوانب القضية المطروحة امامه فقد اجبر المشرع العراقي القاضي على الحكم بالقضية المطروحة امامه ، ولا يجوز ان يمتنع بحجة نقص التشريع ، والا اعتبر القاضي ممتنعاً عن احقاق الحق ، كما جاء في المادة (٣٠) من قانون المرافعات المدنية العراقي ، و قانون المرافعات المدنية الايراني لسنة(٢٠٠٠م) في المادة(٣)[٢٢] ٠ ولما تقدم اعلاه من الاسباب التي تم ذكرها نستطيع ان نقول ان ، الاسباب الفنية بالنقص العمدي للتشريع ، اما الاسباب العلمية فتدعى بالنقص الفطري للتشريع ، اما الاسباب الباقية فتسمى بالنقص المجرد للتشريع ٠

المبحث الثاني : خيارات القاضي المدني في سد النقص في التشريع العراقي والتشريع الايراني

سوف نقوم بتقسيم هذا البحث الى مطلبين المطلب الاول خيارات القاضي المدني في سد النقص في التشريع العراقي والمطلب الثاني خيارات القاضي المدني في سد النقص في التشريع الايراني ٠

المطلب الاول : خيارات القاضي المدني في سد النقص في التشريع العراقي

تنص المادة (١) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ "١. تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها او في فحواها ٠ ٢. فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف ، فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين ، فاذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة ٠ ٣. وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي اقرها القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد الاخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية"

من خلال هذه المادة يتبين ان المشرع العراقي قد اعطى للقاضي تدرجاً للخيارات المطروحة امامة في حالة عدم وجود نص تشريعي ، يطبقه على القضية المطروحة امامه ، فبدأ بالعرف اولا ثم في الشريعة الاسلامية ثانياً ثم قواعد العدالة ثالثاً ، ثم احكام القضاء ويليه في المرتبة الأخيرة الفقه القانوني ، ونحن بدورنا سوف نلتزم بهذا التدرج

١. العرف

وهو المصدر الثاني بعد التشريع ، حيث ان هناك فروقاً بينهما ، فالتشريع يمثل ارادة الدولة ، وقد وضعته في وثيقة ، واتخذ شكلا معينا ، هذا الشكل يطلق علية القانون المكتوب ، اما العرف فقانون يتكون من تلقاء نفسه في حياة الناس ، والتشريع يكون انشاؤه ارادياً ومقصوداً ، اما العرف فيتكون تلقائياً وبصورة ذاتية من خلال افعال وسلوك يمارسها بعض الاشخاص ، ثم يمارسها اشخاص اخرون حين يحسون بفائدتها ،

ثم يعمم هذا السلوك فيصبح ملزماً بمرور الوقت ، والتشريع مكتوب اما العرف فلا تشترط فيه الكتابة ، فالعرف من الناحية التاريخية هو الصورة الاولى للتعبير عن القانون وهو سابق التشريع في الظهور ، حيث ظهر التشريع مع ظهور الكتابة[٢٣]

عرف بعض الفقه العرف باعتباره مصدرا من مصادر القانون "هو تكرار الجماعة مراعاة قاعدة من قواعد السلوك ، بصفة عامة موحدة مستمرة مع الاعتقاد في الزامية هذه القاعدة"[٢٤] وعرفه اخرون "هو طريق نفاذ قواعد السلوك الى حيز التنفيذ في صورة قاعدة غير مكتوبة تجيء ثمرة اعتياد الناس على سلوك معين لتنظيم ناحية من نواحي حياتهم الاجتماعية وتولد الشعور بضرورة الالتزام بها"[٢٥]من خلال التعاريف اعلاه نستطيع ان نستنتج ان للعرف عنصرين عنصر مادي وعنصر معنوي ، فالعنصر المادي : هو ما يتحقق من خلال الاعتياد والتواتر على اتباع سلوك معين ، على نحو مستقر وثابت ، ولا يوجد عدد محدد لمرات التكرار حيث تكون العبرة باثر التكرار وليس بعدد مراته ، أي ان التكرار الذي يؤدي الى تاصيل الاعتقاد العام بالإلزام في النفوس ، سواء تطلب ذلك تكرار مستمرا للعديد من المرات كما في الاعراف المدنية والتجارية ، او الحد الادنى من التكرار كما في الاعراف الدستورية ، ولكي يتحقق العنصر المادي للعرف لان يتطلب الاجماع من قبل الجماعة بل يكتفي بالاعتياد علية من الغالبية العظمى لان الاجماع مستحيل ، وايضا القدم يحقق له الاستقرار والثبات واخيرا لكي يتحقق العنصر المادي للعرف ، يجب ان لا يكون السلوك المتبع مخالفاً للنظام العام والآداب العامة ، اما العنصر المعنوي : وهو الاعتقاد العام بالإلزام ، ان الركن المعنوي هو الذي يميز العرف عن العادات و التقاليد وهو الذي يجعل العرف مصدراً من مصادر القانون[٢٦] ٠ وفقاً للمادة الاولى من القانون المدني العراقي (اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف) ، يعتبر العرف المصدر الثاني بعد التشريع ، ويعتبر مصدراً رسميا احتياطياً للتشريع ، وهذا يعني ان العرف يعتبر الخيار الثاني للقاضي ، حيث ان القاضي ملزماً للحكم وفق التشريع المكتوب ولا يلجا الى العرف ، الا اذا افتقد للنص التشريعي الواجب التطبيق في لفظه و فحواه ، الذي يحكم النزاع المعروض امامه ، ونستطيع ان نقول ان القاضي باعتباره مكلفاً بتطبيق القانون من مصادره الرسمية المختلفة فانه ملزم بتطبيق العرف من تلقاء نفسه دون توقف على التمسك به من ذي مصلحة[٢٧] ٠

٢. مبادئ الشريعة الاسلامية

بعد ان احال المشرع القاضي الى العرف عند عدم وجود نص تشريعي في المادة الاولى من القانون المدني العراقي ، احاله في نفس المادة الى مبادئ الشريعة الاسلامية ، وذلك في حالة عدم وجود نص تشريعي او عرف يمكن تطبيقة على القضية المطروحة امامه حيث نصت هذه المادة (فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين ٠٠٠) ، المشرع لم يحدد ولم يوضح ما المقصود بمبادئ الشريعة الاسلامية ، هل هي الاحكام الفقهية ، ام هي شيء اخر ؟[٢٨] ٠ ان القانون المدني العراقي قد جعل الشريعة الاسلامية مصدراً من المصادر الرسمية للقانون ، فأصبحت المصدر الثالث للقانون ، فاذا لم يجد القاضي نصاً تشريعياً او عرفاً يطبقه على القضية المعروضة امامه ، طبق مبادئ الشريعة الاسلامية ، وهي تسبق مبادئ العدالة ، ان المراد بمبادئ الشريعة الاسلامية ، هو المبادئ الكلية للشريعة ، وليس المبادئ التفصيلية ، فالمبادئ الكلية محل اتفاق بين المذاهب المختلفة ، وهي التي يرجع اليها عند عدم وجود حل في التشريع او العرف ، دون التقيد بمذهب معين ، ان هذه الاحالة مقصورة على نطاق المعاملات اما في مسائل الاحوال الشخصية حيث تعتبر مبادئ الشريعة الاسلامية المصدر الاول بعد التشريع كما ورد في المادة الاولى من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ "٢. اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون " [٢٩] ٠

تعتبر مبادئ الشريعة الاسلامية المصدر التاريخي للقانون المدني العراقي حيث اقتبس اغلب احكامه من الشريعة الاسلامية لذلك نحن نرى ان المشرع العراقي لم يضع الشريعة الاسلامية في موقعها المناسب وكان الاخرى به ان يضعها بعد التشريع وقبل العرف ، كون الغالبية العظمى من المجتمع العراقي هم يدينون بالشريعة الاسلامية ، ولكون الاعراف في المجتمع العراقي غير ناضجة لا الاعراف لكي تنضج يكون عامل الزمن له دور كبير في ذلك ، وفي المقابل هناك راي فقهي يقول "اعتبر المشرع قواعد الشريعة الاسلامية مصدراً رسمياً للقانون يلي العرف ، وقد خيل للبعض ان هذا الترتيب يمس مكانة الشريعة الاسلامية و يغض من قيمتها في الحياة القانونية ، والواقع ان هذا الظن بعيد عن جادة الصواب ، فقد جعل المشرع من قواعد الشريعة الاسلامية المصدر التاريخي الاول والاهم لتقنينه وتلقف منها الكثير من احكامه "[٣٠] ٠

ولا يقصد القانون احالة القاضي الى الحلول الفقهية في مذاهب الفقه الاسلامي ، لان المشرع لم يحدد للقاضي مذهب معين ، لا قصد المشرع عند احالة القاضي الى مبادئ الشريعة الاسلامية هي الوصول الى حل للقضية المعروضة امامه وليس الخوض في الاختلافات الفقهية ، فالإحالة في هذه الحالة وهو ما اجمع علية الفقهاء ، هو للمبادئ العامة الكلية للشريعة الاسلامية مسقاة من الكتاب والسنة ، كما في المساواة

والعدل ، والنهي عن اكل اموال الناس بالباطل ، ولا ضرر ولا ضرار ، والضرر يزال ، مع العلم ان الاستعانة بالمبادئ الكلية للشريعة الاسلامية مرهون بعدم تعارضها مع المبادئ العامة للقانون الوضعي ضماناً لتجانس احكامه[٣١]

٣. قواعد العدالة

اذا تعذر على القاضي العثور على الحكم في النصوص التشريعية او في العرف او في مبادئ الشريعة الاسلامية فانة يحكم بمقتضى قواعد العدالة ، كما جاء في المادة الاولى فقرة ٢ من القانون المدني العراقي ، حيث لم يبين القانون المدني معنى العدالة ، وما هي خصائصها ، ولم يبين القواعد العادلة التي يمكن الرجوع اليها او القواعد الظالمة التي يمكن الابتعاد عنها ، وجاء في الاعمال التحضيرية للقانون المدني العراقي "ان قواعد العدالة ، كمصدر للقانون ، عندما يراد تطبيق احكامها ، انما يكون ذلك تحت رقابة محكمة التمييز ، ولمحكمة التمييز ان توحد قواعد العدالة و بمرور الزمن يتركز مفهوم هذا المصدر"[٣٢] . حيث عرف الفقه القانوني قواعد العدالة "مجموعة من القواعد القائمة الى جانب القانون الاصلي ، أي القانون المدني الوضعي المطبق فعلا في قطر من الاقطار ، و المستندة الى اسس صريحة مستمدة من وحي العقل والقانون الطبيعي ، او المستمدة من من فكر العدل المطلق ، والرامية جميعاً ، لما فيها من خصائص سامية الى تعديل الاحكام القانونية"[٣٣] وحسب التعريف اعلاه فان قواعد العدالة باعتبارها مستمدة من روح القانون الطبيعي ، القائمة على فكرة تحقيق العدل المطلق بما يملكه من خصائص سامية ، وهذا يعني ان المشرع عندما وجه القاضي بالرجوع الى قواعد العدالة عند عدم وجود الحكم في التشريع او العرف او الشريعة الاسلامية ، فانه قد احاله الى محض علمه وضميره وقدرته على التمييز بين ما هو عادل وبين ما هو عير عادل ، وان هذه الاحالة سوف تفتح للقاضي افاقاً رحبة من التأمل والتفكير في ايجاد الحلول ، وبالتالي سوف يجتهد في رايه في النزاع المطروح امامه ، وعندما يجتهد القاضي يجب ان يصدر اجتهاده عن اعتبارات موضوعية لا عن اعتقاده الذاتي ، لا يحق له ان يبني حكمه على افكاره ، كي يحول دون نكوله عن القضاء بحجة عدم وجود قاعدة قانونية يستنبط منها حكمه[٣٤] . اما ما جاء في الفقرة (٣) من المادة الاولى من القانون المدني " ٣. وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي اقرها القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد الاخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية" ، ويعد كل من القضاء و الفقه مصدراً غير مباشر للقانون المدني العراقي ، وهذه الفقرة من القانون لم تجبر القاضي على الرجوع على الفقه والقضاء لاستقاء الاحكام ، بل منحته فسحه للاسترشاد بهما وعلى هذا سوف نأتي على كليهما وكما يلي

١. الفقه

ويقصد بالفقه " الآراء القانونية الصادرة عن المشتغلين بعلم القانون ، شرحاً وتحليلاً وتأصيلا للقواعد التي يتضمنها ، ويدعى هؤلاء المشتغلين يسمون بالفقهاء ومجالهم يسمى الفقه"[٣٥] .

فالفقه يتضمن الشروح والآراء التي يطلقها علماء القانون ، فيما يقومون به من تفسير التشريعات وابداء الراي في مدى مطابقة احكامها ، للحاجات الاجتماعية ، ورد القواعد التفصيلية الى اصولها لا قامة النظريات العامة للقانون ، ولما تقدم اعلاه فان عمل الفقه في شرح قواعد القانون او اقامة النظريات لا يمكن ان تكون مصدراً رسمياً للقانون[٣٦] .

بما ان الفقه مصدرا تفسيرياً ، وليس مصدراً رسمياً للقانون فقوته في الالزام قوة ادبية ، ولكن لا يمكن اهماله لا القانون قد تطور ووصل الى الحالة التي علية الان ، انما اتى نتيجة لتظافر جهود الفقهاء منذ زمن بعيد ساهموا في تطور القانون ، حيث يقوم الفقه في استخلاص المبادئ العامة من جملة القواعد التفصيلية التي ترد في التشريع او الاحكام القضائية ، فهو ينتقل من الفروع الى الاصول ، ومن التفصيل الى التعميم ، فتصبح تلك القواعد العامة صالحة لا تستنتج منها قواعد جديدة تحكم الحالات الجديدة التي تعرض امام القضاء ، فبفضل الفقه رسخت في علم القانون جملة من المبادئ التي يستعين بها القضاء ويستهدي بها[٣٧] .

٢. القضاء

ان للقضاء ثلاثة معاني المعنى الاول مجموعة المحاكم وهي السلطة التي يعهد اليها الدستور وظيفة الفصل في المنازعات كالقضاء المدني ، المعنى الثاني للقضاء مجموعة الاحكام التي تصدرها المحاكم ، اما المعنى الثالث "مجموعة المبادئ القانونية المستخلصة من استقرار المحاكم على اتباعها والحكم بمقتضاها" ، المعنى الثالث هو ما يعنينا في بحثنا[٣٨] . اذن فالمقصود بالفظ القضاء في هذا البحث هو ليس مجموعة المحاكم الموجودة في الدولة ، وانما مجموع المبادئ القانونية التي تستخلص من اسقرار القضاء على اتباعها والحكم بها ، في هذه الحالة يعتبر القضاء هو المظهر العملي للقانون ، فالقواعد القانونية جامدة ، غذاؤها العملي تطبيق القضاء لها ، فالقضاء هو الذي يبعث الحياة في النصوص القانونية ، فان القاضي عندما لا يجد نصاً تشريعياً يحكم النزاع المعروض علية فانه يطبق العرف او مبادئ الشريعة الاسلامية او

قواعد العدالة ، زان المبدأ الذي يستقر علية القضاء اذا تكرر فانه يضفي علية القوة العملية التي تجعل القاضي بالرجوع الية ولذلك قيل في الاحكام القضائية " استقرار المحاكم على اتجاه معين في هذا الصدد" فتكون لهذه القاعدة من القوة ما يعادل القاعدة التشريعية خصوصا اذا ايدت محكمة التمييز هذا الاتجاه[٣٩] ٠ هناك جانب قليل من الفقه ينادي باعتبار القضاء ليس مصدراً تفسيريا وانما يعتبره مصدرا اصليا على اعتبار ان القاضي عندما يخلق حلا للقضية المطروحة امامه ، وهو بعمله هذا انما يخلق قاعدة قانونية يكمل بها النقص في مصادر القانون الاخرى ، فإكمال النقص بطبعته هو عمل اصلي غير احتياطي ، وهو لا يختلف عن تعديل القانون ، ولكن اصطدم هذا الراي الفقهي بمبدأ الفصل بين السلطات السائد في اغلب الدول مما ادى الى عدم رواج هذا الراي الفقهي[٤٠]

المطلب الثاني وسائل القاضي المدني في سد النقص في التشريع الايراني

نصت المادة (١٦٧) من الدستور الاسلامي الايراني لعام ١٩٧٩ المعدل "على القاضي ان يسعى لاستخراج حكم كل دعوى من القوانين المدونة ، فان لم يجد فعلية ان يصدر حكم القضية اعتماداً على المصادر الاسلامية المعتمدة او الفتاوى المعتبرة ، ولا يجوز للقاضي ان يتذرع بسكوت ، او نقص ، او اجمال ، او تعارض في القوانين المدونة ، فيمتنع عن الفصل في الدعوى واصدار الحكم فيها" فالمرجع اولا هو القوانين المدونة فاذا لم يجد القاضي ضالته فالمرجع هو المصادر الاسلامية المعتبرة من الكتاب والسنة ، ويفترض بالقاضي ان يكون مجتهداً ، او يرجع الى الفتاوى المعتبرة لدى العلماء ، ولا يمكنه الامتناع عن النظر في القضية المعروضة امامه واصدار الحكم فيها متذرعاً بعدم حصوله ، على جواب من القوانين المدونة ، لان ما مطلوب من القاضي هو الفصل في القضية المنظورة امامه ، ولا معنى للامتناع فيرجع الى قدرته الاجتهادية[٤١] ٠ وجاء في المادة (٢) من الدستور الاسلامي الايراني "٦/أ الاجتهاد المستمر من قبل الفقهاء جامعي الشرائط ، على اساس الكتاب وسنة المعصومين" وجاء في المادة(٤) من الدستور الاسلامي الايراني " يجب ان تكون الموازين الاسلامية اساس جميع القوانين والقرارات المدنية والجنائية ٠٠٠" وجاء في المادة (٣) من قانون المرافعات المدنية الايراني لسنة٢٠٠٠ " على قضاة المحاكم النظر في الدعوى وفقاً للقوانين ويصدرون الحكم المقتضى او يفصلون في الخصومة ، اذا وجد نقص في القوانين الوضعية او غموض او تعارض او فقدان للنص القانوني في القضية المنظورة ، يصدرون الحكم فيها بالاستناد على المصادر الاسلامية او الفتاوى المعتبرة ومبادئ القانون الموافقة للموازين الشرعية ، ولا يمكنهم الامتناع عن نظر الدعوى واصدار الحكم بحجة فقدان النص ، او نقص القوانين او اجمالها او تعارضها والا اعتبروا ممتنعين عن احقاق الحق ، ويعاقبون على ذلك"[٤٢] ٠ من خلال استعراض المواد القانونية اعلاه يتبين ان النص القانوني المدون والمشرع اصولياً هو الذي يطبق من قبل القاضي عند النظر في القضية التي تعرض علية ، ولكن عند عدم وجود نص تشريعي مدون يطبقه القاضي ، هل ينفض يده من القضية بحجة عدم وجود نص ؟ ، انكر القانون على القاضي فعل ذلك ، واوجب علية النظر في القضية ، والا اعتبره القانون ناكراً للعدالة ويعاقب على ذلك ، لذلك اوجد المشرع الايراني الحلول للقاضي المدني عند فقدان النص التشريعي ، اولا الاستناد الى المصادر الاسلامية ، ثانياً الفتاوى المعتبرة ، ثالثاً مبادئ القانون الموافقة للموازين الشرعية[٤٣]

ولذلك سوف نستعرض هذه الوسائل حسب ما جاء ترتيبها في القانون الايراني

اولاً. المصادر الاسلامية

بما ان نظام الحكم في ايران هو نظام اسلامي حسب ما جاء في الدستور الاسلامي الايراني لعام ١٩٧٩ في المادة الاولى "نظام الحكم في ايران هو الجمهورية الاسلامية ٠٠٠٠" ، وايضا ما جاء في المادة الثانية منه "٦-أ- الاجتهاد المستمر من قبل الفقهاء جامعي الشرائط ، على اساس الكتاب وسنة العصومين سلام الله عليهم اجمعين" ، ولذلك فان المصادر الاسلامية التي يقصدها القانون الايراني وحسب ما جاء في الدستور هي (كتاب الله ، سنة المعصومين عليهم السلام)

١. كتاب الله

هو الكتاب المُنزل على رسول الله (صل الله عليه واله وسلم) ، المكتوب في المصاحف المنقول الينا نقلاً متواتراً بلا شُبهه ، ان الفاظ القران ومعانيه و اسلوبه من الله تعالى ، ان ما بين دفتي الكتاب العزيز منقول عن النبي (صل الله عليه واله وسلم) بالتواتر ، والقران مصان من الزيادة والنقصان ، قال تعالى " انَّا نَحْنُ نَزَّلْنَا الذِّكْرَ وَإِنَّا لَهُ لَحَافِظُونَ "[٤٤] ، القران الكريم معجزة الهية خالدة ، فهو معجزة في بلاغته ، قال تعالى " أَمْ يَقُولُونَ افْتَرَاهُ قُلْ فَأْتُوا بِسُورَةٍ مِّثْلِهِ وَادْعُوا مَنِ اسْتَطَعْتُم مِّن دُونِ اللَّهِ إِن كُنتُمْ صَادِقِينَ"[٤٥] ، في القران الكريم بيان لجميع الاحكام الشرعية ، قال تعالى " وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ تِبْيَانًا لِّكُلِّ شَيْءٍ وَهُدًى وَرَحْمَةً وَبُشْرَىٰ لِلْمُسْلِمِينَ"[٤٦] ، ولكن تبيان لكل شيء ليس بمعنى الفصل لكل حكم من الاحكام الشرعية ، فهو مرجع مباشر لبعض الاحكام ومرجع غير مباشر لبعض الاحكام ، أي انه يتعرض للقواعد العامة الاساسية و

الاصولية التي تستند اليها معرفة جميع الاحكام وتكون اساساً في استنباطها ، قال الطبرسي في تفسير (تبياناً لكل شيء) ، أي بيان لكل امر مشكل ، حجية القران على ثلاثة اقسام ، حجية قطعية وحجية ظنية وحجية مشكولة[٤٧] ٠

٢. سنة المعصومين

السنة الشريفة هي دليل من ادلة الاحكام الشرعية الفقهية ، والسنة الشريفة هي ما صدر عن النبي (صل الله عليه واله وسلم) ، غير القران ، من قول او فعل او تقرير المعصوم ، حجية السنة النبوية الشريفة تاتي على نحو التشريع ؛ بل قالوا بعصمة النبي (صل الله عليه واله وسلم) في سنته الصادرة ؛ و الا لتعذر علينا فهم احكام ديننا ، اذا علمنا ان الآيات في القران الكريم لا تعطي حكم تفصيلي ، دون بيانه في السنة الشريفة ، سنة المعصومين (عليهم السلام) وهو النبي واهل بيته (عليهم السلام) ، فالقول بحجة سنتهم مبني على القول بعصمتهم ، و مع اثباتها ، لا مجال للتردد بحجتها[٤٨] ٠

ثانياً . الفتاوى المعتبرة

وهي عبارة عن فتاوى المراجع الت تتمخض عن اجتهادهم في الاحكام الشرعية ، حيث عرف الفقهاء الاجتهاد "هو عبارة عن بذل الجهد و اسفراغ الوسع ، في سبيل تحصيل الحكم الشرعي ، او بذل الفقيه طاقته و امكانياته لمعرفة الحكم " او " الملكة التي تحصل بعد الدراسة و الممارسة التي بها يستطيع الانسان تحصيل الاحكام الشرعية عن ادلتها ، الى غير ذلك من التحديدات المدونة في كتب الاصوليين" ، اذن فالاجتهاد بذل الجهد و التتبع و الاستقصاء الكامل بعد انسداد باب العلم يرجع الى الكتاب والسنة وغيرهما من الادلة الشرعية[٤٩] ٠

النصوص الصحيحة التي تشير الى وجوب الاجتهاد ، فقد روي عن زرارة و ابو بصير وغيرهم عن الامامين الباقر والصادق عليهم السلام ، انهما قالا لجماعة من اصحابهما "ان علينا القاء الاصول وعليكم التفريع" ، ومن ذلك يتبين ان الائمة عليهم السلام هم الذين فتحوا باب الاجتهاد ، وبما ان القانون المدني الايراني قد استقى بشكل مباشر من الفقه الاسلامي ، وهو الفقه الامامي ، وقام الفقهاء القائمين على تقنين القانون المدني الايراني بتقنين الفقه الامامي في قالب حديث الطراز[٥٠] ٠

وقد دعت المادة الثانية من الدستور الاسلامي الايراني لاعتماد عنصرين اساسيين لتحقيق الاهداف المطلوبة وهما ، الاجتهاد والاستفادة من التجارب الانسانية ، الحقيقة هي ان نفس اعتماد قيادة المجتهدين والسماح للاجتهاد الحر هي لملىء منطقة المباحات والفراغ التشريعي بما يحقق المصلحة للبلاد ، وانتخاب افضل السبل المتاحة لسير البلاد نحو الاهداف العليا وذلك يضمن التوازن ، وبنفي الجمود عن القوانين المدونة ، فعندما لا يجد القاضي حكماً في كتاب الله وسنة المعصومين فانه سوف يذهب الى اجتهاد المراجع فيأخذ المعتبرة منها ويطبقها على القضية المطروحة عليه[٥١]

الخاتمة

في ختام البحث الموسوم **(خيارات القاضي في مواجهة النقص في التشريع دراسة مقارنة بين القانون العراقي والايراني)** نورد بعض الاستنتاجات التي توصلنا لها من خلال البحث وكذلك بعض التوصيات وكما يلي

اولا الاستنتاجات

١. ان للتشريع المدون دور كبير في القانون فهو المصدر الاول للقانون ، حيث ان القاضي يجب ان يطبق القوانين المكتوبة في اي قضيه تطرح امامه ، وهو ملزم بتطبيق القانون المكتوب لفظاً او فحوى ، وهذ الشيء يتفق علية القانون العراقي والايراني ٠

٢. يختلف القانونين العراقي و الايراني من حيث المصادر التاريخية مما ادى الى اختلافهم في مصادر القانون ، حيث ان القانون العراقي يأتي التشريع في المرتبة الاولى ثم العرف ثم الشريعة الاسلامية ثم قواعد العدالة ، اما في القانون الايراني فيأتي بعد القوانين المدونة ، كتاب الله ثم سنة المعصومين عليهم السلام ، ثم الفتاوى المعتبرة ٠

ثانيا التوصيات

في ضوء الاستنتاجات السابقة فأننا نوصي المشرع العراقي

١. ان ينهج المشرع العراقي ما نهج اليه المشرع الإيراني حيث جعل الشريعة الاسلامية بعد القوانين المدونة ، على اعتبار ان الشريعة الاسلامية تعتبر الامتداد التاريخي لأغلب التشريعات العربية وهذا ايضا ما ايده بعض الفقه الاسلامي وخاصة الفقه المالكي.

الهوامش

١ سورة البقرة/١٥٥

٢ سورة الرعد /٤١

٣ د احمد مختار عمر ، معجم اللغة العربية المعاصرة ، مجلد٣ ، مصدر سابق ، ص٢٢٧٠

٤ سورة الشورى / ١٣

٥ د احمد مختار عمر ، معجم اللغة العربية المعاصرة ، مجلد٣ ، مصدر سابق ، ص١١٨٨

٦ د سمير عبد السيد تناغو ، القضاء مصدر اصلي للقانون ، بحث منشور في مجلة القضاء العدد التاسع ،١٩٧٥م ، ص٦٢

٧ د حيدر غازي فيصل ، القصور التشريعي ، بحث منشور في مجلة القانون المقارن تصدرها جمعية القانون المقارن العراقية العدد ٧٣ ، ٢٠١٩م ، ص١٦

٨ محمد احمد رمضان ، دور القاضي في انشاء القاعدة القانونية المدنية ، رسالة ماجستير مقدمة ال كلية القانون والسياسة / جامعة بغداد ، ١٩٨٥م ، ص٥٤

٩ ضياء شيت خطاب ، فن القضاء ، منشورات معهد البحوث والدراسات ، بغداد ، ١٩٨٤م ، ص٧٠

١٠ محمد احمد رمضان ، دور القاضي في انشاء القاعدة القانونية المدنية ، مصدر سابق ، ص٥٤

١١ الترجمة القانونية عمار عبد الحسين قاسم ، قانون المرافعات المدنية الايراني لسنة(٢٠٠٠م) ، مصدر سابق ، ص٤

١٢ د سليمان مرقس ، المدخل للعلوم القانونية ،ط٦ ، ١٩٨٧م ، ص٣٦٩

١٣ القاضي نبيل عبد الرحمن حياوي ، قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ وتعديلاته ، شركة العاتك لصناعة الكتب ، ٢٠١٨م ، ص٢٨

١٤ الترجمة القانونية عمار عبد الحسين قاسم ، قانون المرافعات المدنية الايراني لسنة ٢٠٠٠ ، مصدر سابق ، ص٤

١٥ د سليمان مرقس ، المدخل للعلوم القانونية ، مصدر سابق ، ص٣٨٠

١٦ د ادريس العلوي العبدلاوي ، اصول القانون – نظرية القانون ،ج١ ، ط١ ، مطابع دار القلم بيروت ،ص٥٥٤

١٧ د احسان شاكر عبد الله ، نواقص تشريعية في احكام الحوالة التجارية في قانون التجارة العراقي ، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق العدد ٢ السنة الاولى ، ٢٠٠٩م ، ص١٢١

١٨ د اسماعيل نامق حسين ، تكميل التشريع دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة القضائية العدد السابع ، رمضان ١٤٣٤هـ ، ص٣٦٢

١٩ محمد احمد رمضان ، دور القاضي في انشاء القاعدة القانونية المدنية ، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون والسياسة جامعة بغداد ، ايلول ١٩٨٥م ، ص٥٤

٢٠ محمد احمد رمضان ، دور القاضي في انشاء القاعدة القانونية المدنية ، المصدر نفسه ، ص٥٥

٢١ د اسماعيل نامق حسين ، تكميل التشريع دراسة مقارنة ، المصدر السابق ، ص٣٦٤

٢٢ وتنص المادة (٣٠) من قانون المرافعات المدنية العراقي " لا يجوز لاية محكمة ان تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون او فقدان النص او نقصه والا عد القاضي ممتنعا عن احقاق الحق ، ويعد ايضا التأخر غير المشروع عن اصدار الحكم امتناعا عن احقاق الحق " وكذلك نص قانون المرافعات المدنية الايراني لسنة(٢٠٠٠م) في المادة(٣) والتي تنص على "على قضاة المحاكم النظر في الدعاوى ، وفقاً للقوانين ويصدرون الحكم المقتضي او يفصلون في الخصومة ، اذا وجد نقص في القوانين الوضعية او غموض او تعارض او فقدان للنص القانوني في القضية المنظورة ، يصدرون الحكم فيها بالاستناد الى المصادر الاسلامية او الفتاوى المعتبرة ومبادئ القانون الموافقة للموازين الشرعية ولا يمكنهم الامتناع عن نظر الدعوى واصدار الحكم بحجة فقدان النص او نقص القوانين او اجمالها او تعارضها والا اعتبروا مُمتنعين عن احقاق الحق ويعاقبون على ذلك"

٢٣ د عبد الحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، مصدر سابق ، ص٤٤٢

٢٤ د عبد الحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، مصدر سابق ، ص٤٤٣

٢٥ عبد الباقي البكري ، زهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ، مكتبة السنهوري – بغداد ، ص١٤٠

٢٦ د همام محمد محمود زهران ، د مصطفى احمد ابو عمرو ، مبادئ القانون ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط١ ، ٢٠١٠م ، ص٥٦

٢٧ د همام محمد محمود زهران ، د مصطفى احمد ابو عمرو ، مبادئ القانون ، مصدر سابق ، ص٦٠

٢٨ فوزي كاظم المياحي ، القانون المدني العراقي فقهاً و قضاءً ، مطبعة السيماء ، ط١ ، ٢٠١٩م ، ص٢٦

٢٩ د ياسين محمد الطباخ ، القواعد والاليات القانونية لتحقيق الاستقرار القانوني ، مكتبة الروضة الحيدرية ، ٢٠٢٣م ، ص٥٥٥

٣٠ عبد الباقي البكري ، زهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ، مصدر سابق ، ص١٤٨

٣١ د همام محمد محمود زهران ، د مصطفى احمد ابو عمرو ، مبادئ القانون ، مصدر سابق ، ص٧٢

٣٢ فوزي كاظم المياحي ، القانون المدني العراقي فقهاً و قضاءً ، مصدر سابق ، ص٣٢

٣٣ عبد الرحمن البزاز ، مبادئ القانون المقارن ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٦٧م ، ص١٢٩

٣٤ عبد الباقي البكري ، زهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ، مصدر سابق ، ص١٥٥

٣٥ فوزي كاظم المياحي ، القانون المدني العراقي فقهاً و قضاءً ، مصدر سابق ، ص٣٦

٣٦ د جميل الشرقاوي ، مبادئ القانون ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٢م ، ص١٢٦

٣٧ د غبد المنعم البدراوي ، المدخل للعلوم القانونية ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٦٦م ، ص٣٥٦

٣٨ عبد الباقي البكري ، زهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ، مصدر سابق ، ص١٥٤

٣٩ د عبد الودود يحيى ، المدخل لدراسة القانون ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٥م ، ص١٤١

٤٠ د سمير عبد السيد تناغو ، مصادر الالتزام ، مكتبة الوفاء القانونية ، الاسكندرية ، ط١ ، ٢٠٠٩م ، ص٤٩٣

٤١ محمد علي التسخيري ، حول الدستور الاسلامي الايراني ، المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الاسلامية ، ط٣ ، ٢٠١٢م ، ص٥٧٢

٤٢ عمار عبد الحسين قاسم ، قانون المرافعات المدنية الايراني لسنة (٢٠٠٠) ، المكتبة القانونية ، ط١ ، ٢٠٢٠م ، ص٤

٤٣ انظر المادة (٣) من قانون المرافعات المدنية الايراني لسنة (٢٠٠٠)

٤٤ الحجر / ٩

٤٥ يونس / ٣٨

٤٦ النحل/٨٩

٤٧ د جواد احمد البهادلي ، المدخل القانوني لدراسة الشريعة الاسلامية ، مجمع اهل البيت (عليهم السلام) النجف ،ط٢ ، ٢٠١٧م ، ص١٨٧

٤٨ د جواد احمد البهادلي ، المدخل القانوني لدراسة الشريعة الاسلامية ، المصدر السابق ، ص١٨٨

٤٩ د قاسم هيال رسن ، ترجمة القانون المدني الايراني الى اللغة العربية عقد الوقف انموذجاً ، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية المجلد(١١) العدد(٤١) لعام ٢٠٢٢م ، ص٢٤٩

٥٠ د قاسم هيال رسن ، ترجمة القانون المدني الايراني الى اللغة العربية عقد الوقف انموذجاً ، المصدر السابق ، ص٢٥٠

٥١ محمد علي التسخيري ، حول الدستور الاسلامي الايراني ، مصدر سابق ، ص٤٩