الفراغ التشريعي

بحث مقدم من قبل

ضمير حسين المعموري

مدرس القانون الخاص جامعة بابل

كلية القانون

٢٠٠٧

بسم الله الرحمن الرحيم

ان القانون وبغض النظر عن الزمان والمكان هو خلاصة تجارب المجتمعات ومجمع ثقافاتها،فالقانون لم يكن ولن يكون ظاهرة فردية و حادثا من حوادث المصادفة او استجابة لرغبة شخصية للمشرع _وان حاول بعض"المشرعين " إخضاع القانون لاراداتهم فان ذلك ما كان ليكون قانونا بالمعنى الموضوعي وان عدّ كذلك بالمعنى الشكلي الظاهري_بل هو وليد الظروف التاريخية ونتيجة لعوامل سياسية واقتصادية وفكرية مترابطة.

وتسعى مباحث علم القانون الى دراسة القواعد القانونية وبما يحقق الملائمة ما بينها وبين الظروف المحيطة والمستجدة ،وهذه منطقة تّولت مهمة القيام بها على مرّ التأريخ الشرائع القانونية من خلال الاعتماد على وسائل تطوير الشرائع وبالقدر الذي يتفق مع طبيعة الشرائع القانونية والسمات العامة لها والمميزة لها و ظروف نشأتها وطبيعة قواعدها فيما كانت مدونة ام غير مدونة وفيما اذا كانت مدونة مقدسة ام مدونة غير مقدسة [1] . والسبب ان القواعد القانونية اذا ما تركت وشانها دونما مواكبة لظروف المجتمع المحيطة بها _بوصفها عنصرا ثابتا _ستتأخر عن ظرفها _بوصفه عنصرا متغيّرا_مما تصبح معة عاجزةً عن حكم ظرفها وبالتالي غير قادرةٍ على القيام بمهمتها الأساسية والتي هي تنظيم المعاملات وعندها سينتفي اصل وجودها ومن بين هذه الوسائل المهمة للاستجابة لمعطيات الواقع المتغيّر يأتي التشريع الذي لعب دورا كبيرا ومهما في تاريخ الشرائع نموًا وتطوراً.

[1] د.محمود عبد المجيد مغربي_الوجيز في تأريخ القوانين ___المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر و النشر والتوزيع_بيروت_ط١_١٩٧٩_ص٧_٩.

والتشـريع بوصـفه مجموعـة مـن القواعـد القانونيـة المكتوبـة الملزمـة ,والمقترنـة بجزاء مادي يفرض على المخالف لاحكامها عند الاقتضاء ،يحتل ، في الوقت الحاضر ، أهمية الصدارة بين مصادر القاعدة القانونية ، وذلك لما يمتاز به من مزايا تعزّ على سواه من المصادر فضلا لما يرجع الى انتشار أفكار التضامن الاجتماعي وقيم العدالة التي تستوجب تتدخل المشرع في تنظيم كثير من المسائل التي لم يكن ينظمها سابقا،مما منحه نطاقا واسعا وفاعلا في التطبيق، وهذا النطاق الواسـع والتـدخل المبكـر للمشـرعين فـي تنظـيم مسـتحدثات الحيـاة الاجتماعيـة والاقتصـادية والثقافيـة انضـج وبشـكل كبيـر صـناعة التشـريع ،ورغـم الجهـود الكبيـرة المبذولـة فـان التشـريع لـم يصـل بعـد إلـى مرحلـة الكمـال ،ولـن يصـل اليـه ، بـل هـو محكوم بعدم الكمال، محكوم بنقصه عن الاستجابة لكل متطلبات الواقع ألمعاملاتي اللامتناهي، والمتغيّر بثبات اطراد قاعدة التغير.

والتشـريع ، وبحكـم نشـأته أو أصـل نشـأته ، أ سـواء كـان بشـريا ام سماويا،محكوم بالنقص على اختلافٍ بين النوعين في أسباب النقص ذلك ان الإنسان أسواء كان واضعا أم مخاطَبا بالنص محكومٌ وحسب التكوين والتحصيل بالنقص ، ولعل هذا النقص نقص فطري"[1]"وطبيعي يتفق وجِبلّة البشر غير الكاملةِ معرفةً والساعية بجَهدٍ نحو الكمال ، اذ الكمال من استحقاق الذات الإلهية ولمن فاضت عليه تلك الذات من كمالها حصرا. ولسنا نعدُّ – ولاُ يعدّ – هذا النقص في المعرفة ولا النقص في التحصيل عيبا بل هو ميزة ، ولا نراه مثلبة ،بل هو حسنة لا تستقيم الأمور بغيره"[2]" لان النص التشريعي دون هذا النقص لن يكون نصا تشريعيا بالمواصفات المطلوبة ولن تتأتى له بسواه القدرة على حكم الحال والاستقبال معا فضلا عن الثابت والمتغيّر من الظواهر ، بل هذا القدر المستحسن من انعدام النص أو حكمه، أحيانا كفيل بسد منطقة المتغيّرات التي

[1] د.احمد حسن بغدادي –النقص الفطري في أحكام التشريع-مجلة القضاء وهي مجلة حقوقية تصدرها نقابة المحامين في العراق - ع٥ ، ٤س ١٩٤٥ص٣٩٤وما بعدها.

[2] -انظر الآية الاية ٣٠ من سورة الروم { فَأَقِمْ وَجْهَكَ لِلدِّينِ حَنِيفاً فِطْرَةَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ ذَلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ وَلَكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ} .

تتسع لتغطي اغلب مناطق الحياة التي تستعص على التنبؤ فضلا عن الحصر في حين توّلى التشريع سدَّ منطقة الثوابت "١" سيوفر للنص قدرة مواكبة وملائمة ظروف المجتمع وما يجعله قادرا على الأخذ بيد المجتمع نحو الرقي والسير قُدما لتحقيق أهدافه ، بحيث لا يتحول النصَ وبَالاً يكبلُّه ويعيق حركته ويمنعه من الانتماء لظرفه.

ويسمى هذا النقص بالفراغ التشريعي ويمكن عَده او تسميته لما يقوم به من دور بالفراغ البنّاء او الفراغ الايجابي وأيا كان الأمر فان الحقيقة الثابتة هي ان هذا النقص لا يحدث دون ضوابط أو كما يقال–عفويا–ولا كذلك بصورة مصممة مسبقا بالكامل .

وهذا ا النقص الحتمي"2" أو الفراغ التشريعي قد يرجع إلى أسباب قهرية لا سلطان للمشرع فيها ولا قدرة على تجاوزها وقد يرجع إلى أسباب مختارة تدخل في أصول فن الصياغة التشريعية وما يوجبه هذا الفن من ضوابط ، أي انها مقصودة من المشرع بملأ إرادته ، وهذا التوزع ما بين حتمية الأسباب واختياريتها لا ينفي عن هذا النقص كونه مفروضا وواجبا على الجميع .

وتحقق هذه الظاهرة بأسبابها يوّلد نتائج تعدّ آثارا لها .

وعلى هذا فسنحاول_ بتوفيق الله وفضله _ ان نتولى دراسة موضوعة البحث في مبحثين نفرد الأول إلى حقيقة الظاهرة والثاني إلى أسبابها، وإذا انتهينا من ذلك أجملنا مخرجات البحث بخاتمة .

---

[١] -انظر نظرية الفراغ التشريعي التي أشار لها المفكر الإسلامي الكبير السيد محمد باقر الصدر –رحمه الله- في اكثر من موضع منها _ أقتصادنا _مؤسسة دار الكتاب الاسلامي مطبعة الامير _قم ١٤٢٥_ه.ق ٢٠٠٤م ص ٤٠٠ وما بعدها .

[٢] فضلنا مصطلح الحتمية(Determinism) على مصطلح الجبرية(Fatalism) ذلك ان الأول يعني جملة الشروط السابقة التي تعين حدوث الظاهرة التي تنشط معها الإرادة البشرية بمقدار على خلاف الجبرية التي تسلب الإنسان القدرة على ان يفعل أي شئ بصورة حرة فالإنسان هو صانع التاريخ والحضارات لكن لا يصنعه على هواه المطلق وإنما للظروف الحياتية الموضوعية تأثيرا كبيرا فيما اتجهت اليه إراداتهم وهذه الحتمية لا تصادر ما هو شخصي لمصلحة ما هو موضوعي بل ترى فيهما وجها واحدا وفقا للسننية الحتمية.انظر التغير الاجتماعي – د. محمد احمد الزعبي - دار الطليعة للطباعة والنشر ط الاولى –بيروت-١٩٧٨-ص٩٢ وكذلك الموسوعة الفلسفية المختصرة-نقلها عن الانكليزية فؤاد كامل وآخرون-مكتبة النهضة –بغداد- مطبعة أوفسيت الميناء-١٩٨٣-ص١٨١-١٨٢.

المبحث الأول
حقيقة الفراغ التشريعي

حسن الاحاطة بحقيقة الفراغ التشريعي تحدونا التحدث في المقصود منها اولا وبيان اثباتها ثانيا وهذا ما سنتوفر عليه في المطلبين الاتيين تباعا.

المطلب الأول : ***المقصود منها***

مصطلح الفراغ يستخدم في معنيين ، فالقائلون بعجز التشريع يستخدمونه للدلالة على العجز وعدم الكمال ، في حين القائلون بكماله يقدمونه بوصفه المنطقة الأوسع التي تشتمل على جميع المتغيّرات و المباحات التي تعجز معه منطقة النصوص من رصدها واستيعابها تاركة هذه المنطقة غير المنصوص على تفاصيلها _وان كان منصوصا على مبادئها وموجهاتها _الى الاجتهاد_الفقهي أو القضائي _ لإيجاد حكم القانون فيها ،فمدرسة كمال التشريع ترى فيه قادرا على تغطية جميع المسائل اما عن طريق النص أو الموجهات التي تشتملها مبادئ القانون العامة.

وقد عرفه البعض بانه (الفراغ في القانون أو سكوت القانون هو عدم ورود حكم فيه يتناول النزاع المعروض امام القاضي ، وكذلك القصور في القانون هو عدم تضمن النص القانوني لما تقوم به الحاجة من احكام تفصيلية أو جزئية) "١"

وقد قال البعض ان "مجال النقص فهو الفراغ " "٢". يعني ان الفراغ مصطلح يتسع ليشمل النقص والقصور.

---

[١] د. على جمعة محارب –دور الاجتهاد القضائي في تطوير القاعدة القانونية –مجلة القضاء –هي مجلة حقوقية تصدرها نقابة المحامين في العراق العدد١،٢-السنة السادسة والأربعون – ص١٠١.

[٢] د. محمد شريف احمد –نظرية تفسير النصوص المدنية – مطبعة وزارة الأوقاف والشؤون الدينية – بغداد – بدون تأريخ طبع-ص١٦٢

ورأى آخر ان المقصود بالنقص هو انعدام وجود قاعدة عامة من بين نصوص القانون المكتوب يمكن تطبيقها في النزاع المعروض[١]، في حين رأى آخر ان مصطلح الفراغ التشريعي أو الفراغ في القانون يستخدم للدلالة على عدم الكمال النصّي المولّد شعورا بايجابية عدم قدرة النص على تغطية الواقع وتلبية حاجاته وعليه يوجد الفراغ اذا ما وجد الواقع المستدعي للنص ولم يوجد النص القانوني أو المبادئ العامة للقانون القادرة على حكمه"[٢]" .

ويرى غالبية الشراح السويسريون ان الفراغ يتحقق كلما اقتضى الأمر تجاوز قصد المشرع[٣]، في حين يرى الفقه الألماني ان الفراغ يتوفر(في اللحظة التي يضطر فيها الحاكم ، وهو يبحث عن العدالة والحق،ان يركن بعيدا وراء المعنى الحرفي لنص القانون)"[٤]".

وفيما يتعلق بفقهاء القانون الدولي فالموقف لديهم يتوزع على جانبين بين مقر بهذا النقص والفراغ وبين منكر له لانه يرى في الاعتراف بهذه الظاهرة – على ما يبدو من عباراتهم – مساسا ونيلا من القانون الدولي يتظافر مع القول الشائع بحداثة هذا القانون وعد م اكتماله وتوفر شروط القاعدة القانونية التقليدية فيه.

ففريق يرى ان(القانون الدولي ذو صفة ثابتة حيث لا يوجد مشرع دولي يعمل على تغيير وتكملة القانون القائم ، ولذلك فمن المحتمل ان لا تساير أحكام المحاكم التطورات والتغيرات التي تجري باستمرار في محيط الجماعة الدولية مما يرتب أثرا لا يمكن تفاديه وهو دوام الظلم والاضطراب .ولذا ينظر أصحاب هذا المبدأ بصبر نافد إلى أولئك الذين يعتبرون التسوية القضائية هو العلاج لحل المنازعات)"[٥]"

في حين يرى آخر انه من الغرابة بمكان الادعاء بنقص قواعد القانون الدولي العام بلحاظ وجود المبادئ العامة الحاكمة التي يتوصل من خلالها إلى

---

[١] -دمحمد شريف احمد – المصدر لسابق-ص١٥٤.

[٢] -س.ف.كاناريز-سد الفراغ في القانون وموقف القانون الالماني منه –ترجمة د. عبد الرسول الجصاني – مجاة القضاء العدد الاول –السنة الثامنة والعشرون – ١٩٧٣،ص٧٣ وما بعدها.

[٣] -س.ف.كاناريز-المصدر اعلاه -ص٧٤.

[٤] -س.ف.كاناريز-المصدر نفسه-ص٧٥.

[٥] انظر سورات لوسين و بوليتس و براون و لوتارباخت .نقلا عن د.محمد طلعت الغنيمي –الغنيمي في الوجيز في قانون السلام –ج١-منشاة المعارف بالاسكندرية - ١٩٧٧-ص١٥١-١٥٢.

حكم قانوني عند افتقاد النص أو (القاعدة بالمعنى الضيق)"[1]"، ويرى عدم اشتراط كمال القانون ليتصدى القاضي للفصل في النزاعات المعروضة أمامه،الأمر الذي يعني ان("مشكلة" الفراغ ليست أصيلة في القانون الدولي لان الأصل في الأشياء هو الإباحة والإباحة هنا إباحة قانون يستند إلى مبدأ قانوني يقضي بان كل ما سكت عن حكم يعتبر مباحا)"[2]" وواقعا ينتهي القول هنا وبالجانبيين إلى الإقرار بالفراغ كظاهرة تحكم القانون الدولي مثل غيره من قواعد القانون، بل ان من مصلحتهم حقا الاعتراف بالظواهر التي تحكم القانون ليصدق وصفه على فرعهم ايضا .

ومن جهة أخرى رأى جانب ان الشريعة الإسلامية تشتمل على جانبين : الأول تمّ ملأه من قبل المشرع بصورة منجزة وهذا الجانب ثابت لا يقبل التغيير والثاني هو ما يشكل منطقة الفراغ التي ترك الإسلام مهمة ملئها إلى الحاكم الشرعي"٣".

وقد تداول البعض من المحدثيين . مصطلح "منطقة الفراغ التشريعي"، (ويعنون بذلك أن الله تعالى قد ترك في الإسلام منطقة فراغ تشريعي يتولى التشريع فيها ولي الأمر والفقهاء، بما تقضي به حاجة الأمة في تطورها، وما يطرأ عليها من تبدلات وتغيرات. وهذه الدعوى قيلت في مواجهة ادعاء جمود الشريعة وعدم تطورها بما تقضي به تغيرات الحياة وتبدلاتها،) ٤ و(إن مجال الفراغ التشريعي يشمل كل وضع جديد لم يرد فيه نصّ مباشر أو قاعدة عامة، من أوضاع البشر التي تحدث نتيجة للتطور ونمو المعرفة ونمو القدرة، اللذين يقتضيان أشكالاً جديدة ومتطورة من الضبط والسيطرة والتنظيم للمجتمع وللإنسان في المجتمع، من حيث التعامل والعمل في داخل المجتمع، ومن حيث العلاقة مع الطبيعة.

---

[1] -د.احمد ابو الوفا- الوسيط في القانون الدولى العام –ط٣-دار النهضة العربية –سنة٢٠٠١-ص٦٢-٦٣.

[2] - د.محمد طلعت الغنيمي – المصدر السابق –ص١٥٤ .

[3] -السيد محمد باقر الصدر المدرسة القرآنية –ط٢-مركز الابحاث والدراسات التخصصية للشهيد الصدر - شريعت قم –ص١٨٦.

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

ويواجه الإنسان الفرد، والجماعة، والمجتمع، والدولة، والجنس البشري، كل ما يولده هذا المجال من ظروف جديدة تماماً تقتضي تشريعات تتناسب مع الضرورات، ومع أنواع الخيارات التي يقتضيها التكيف مع هذه الظروف الجديدة.)[1] كما ان موقف الشريعة يحتوي على أكثر من اجتهاد، ويدخل هذا في نطاق البدائل المتعددة "٢". وأشار البعض ان منطقة الفراغ هي منطقة الوسائل والأساليب ومنطقة النص هي منطقة الثبات بالأهداف والمبادئ"٣."

ومعه يمكن القول ان الفراغ التشريعي لدى هذا الجانب يعني ترك التنظيم النصّي أو الثابت لمنطقة المتغيرات لملأها من قبل الدولة_ الحاكم الشرعي_ وفقا لمتطلبات الظروف ومقتضيات الزمن، وتعلق أهمية كبيرة على منطقة الفراغ لإيجاد التكامل الوظيفي للنص التشريعي او القانوني ودوره في تنظيم الحياة القانونية ، أي ان منطقة الفراغ تساند وتعاضد منطقة النص بتحقيق دورها وفقا لأهداف التشريع.

وقد(قيل بان الفراغ يوجد عندما يستدعي القانون إكماله وسده انطلاقا من وضعه الخاص وحكمة التشريع.اما اذا بدا القانون بشكل لا يفي بالمرام انطلاقا من وجهات نظر بعيدة عن وضعه الخاص فان الكلام هنا يكون خطا في السياسة القانونية وليس بصدد الفراغ في القانون لذلك لا بدّ من التفريق بين حالة إكمال القانون وبين تصحيحه) "٤" وهذا يعني ان هناك نظاما قانونيا فوقيا أو شاملا يحكم بموجبه القانون الوضعي ويعدل عند عدم مشروعيته وهذا النظام القانوني –أو المبادئ العامة – هي التي تتولى شرح القانون وتبين مقاصده وتطويره "٥".

---

[1] محمد مهدي شمس الدين – المصدر السابق .

[2] مهدي مهريزي –الفقه والزمان مجلة قضايا إسلامية- وهي مجلة تصدرها مؤسسة الرسول الأعظم ف الجمهورية الإسلامية الإيرانية –العدد الخامس -١٤١٨ه-١٩٩٧م-ص٢٥٩.

[3] د. يوسفالقرضاوي نقلا هن المهريزي –المصدر السابق –ص٢٥٤.

[4] -س.ف.كاناريز-المصدر نفسه-ص٧٦ .

[5] -س.ف.كاناريز-المصدر نفسه-ص٧٦ .

مع التنويه الى ضرورة التمييز بين ظاهرة الفراغ والتي تقتضي الاكمال وبين ظاهرة القصور والعيب في الصياغة المحققة لعجز التشريع عن مواكبة تطور المجتمع مما يعني بالنتيجة ضرورة الغاء او تعديل التشريع وبين (الفراغ)التي تتحقق وتنشا منذ لحظة ولادة التشريع في الغالب وهي مقصودة،بينما الإلغاء والتعديل يتحققان بعد ان يعجز النص عن الاستجابة لمعطيات الواقع ،فيتأخر النص عن زمنه بينما النص الذي تتوفر فيه ظاهرة الفراغ هو نص غير متأخر عن زمانه في الأصل

ويحسن بنا قبل مغادرة هذا الموضع ان نتساءل وصولا لتقديم إجابة هل الغموض الذي يعتري النص يشكل حالة من حالات الفراغ أم انه يعد نصا موجودا وغامضا ؟

جوابا على ذلك نقول الغموض هو عدم دلالة النص على معنى واضح محدد، وترجع ذلك إلى أسباب منها يتعلق بفن الصياغة التشريعية ومنها ما يتعلق بطبيعة الموضوع الذي يتناوله النص بالحكم ومنها ما يتعلق بما تقتضيه طبيعة اللغة ذاتها"١" فالنص الغامض(لفظ لا تكون دلالته على المعنى أو الحكم المراد واضحة)٢" .

ان انعدام النص وكذلك نقصه تلزم القاضي بالاجتهاد وفق ضوابط موضوعية لا يكون لرأيه دورا فيها وكذلك فأن غموض النص يترك للقاضي امر القيام بتفسير اللفظ الغامض من خلال محاكمة ومقابلة النص الغامض مع بقية النصوص وفي حالة انعدامها يحاكمه وفق مبادئ القانون العامة"٣" ،وهذا ما أشار إليه السيد الصدر بقوله ان الشريعة الإسلامية تشتمل على بدائل متعددة تمكن المجتهد فسحة الاختيار الموضوعي"٤"وقد سبقت الاشارة الى ذلك وذات الفكرة أكدها جانب اخر عندما قرر ان منطقة الفراغ تشتمل وتستوعب النصوص

---

[١] -د.محمد شريف احمد – المصدر السابق-ص١٠٣ وما بعدها.

[٢] -د.الزلمي –المصدر السابق –ص٤٥٤.

[٣] -انظر المادة (٣)من قانون الإثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل والذي نشر في جريدة الوقائع العراقية العدد٢٧٢٨ في ١٩٧٩/٩/٣ والتي جاء فيها "الزام القاضي باتباع التفسير المتطور للقانون ومراعاة الحكمة من التشريع عند تطبيقه ".

[٤] -السيد محمد باقر الصدر –نقلا عن المهريزي ص٢٦٠..

المحتملة والمتشابهة وهي النصوص التي تعمد الشارع ان تكون بطريقة يستنتج منها اكثر من رأي"[١]"،مما ننتهي معه إلى دخول النص الغامض منطقة الفراغ التشريعي من خلال عدم افادة الحكم بوضوح مما يفتح الباب واسعا للتفسير ونقض التفسير وهذا ما يفتح امام النص افاقا جديدة لسد منطقة المتغيرات التي تتكفل بها منطقة الفراغ .

ويلحق بها كذلك منطقة النصوص المحتملة والمتشابهة وهي تلك النصوص التي تعمد الشارع ان تكون بطريقة يستنتج منها أكثر من رأي"[٢]."

اما فيما يتعلق بالسؤال الثاني المتمثل بنطاق الفراغ فنقل يتحقق في التشريع دون تردد،اما تحققها في بقية المصادر كالعرف والدين وقواعد العدالة فتتحقق لكن بشكل اقل وضوحا .

فالفراغ وفق هذا البسط هو غياب أو انعدام النص"٣" أو الحكم القانوني أو غموض الحكم مع وجود الموجه.

يمكن ان ندرج ،هنا ، **خصائص** الظاهرة محل الدراسة من جملة ما سبق ذكره وحسبما يلى:

١. ان الفراغ في النص التشريعي حتمي لابد من توافره في النص بغض النظر عن مصدره لتعذر ان تأتي الصياغة أو الوضع كاملا وان أمكن ذلك تعذر تصور الفهم الكامل خصوصا اذا كان النص سماويا لاستحالة إحاطة الناقص ذاتا ومعرفة وتحصيلا بما يصدر من الكامل ذاتا ومعرفة.
٢. هذه الظاهرة تتولى تحقيق دور ايجابي يتمثل بسد منطقة المستجدات من خلال الاحتكام إلى متغيرات الأمور مما يمنح النص قدرة وروحا جديدة على مواكبة المستحدث ومتابعته في حين يتكفل النص بسد منطقة الثوابت .

---

[١] -مهدي المهريزي _المصدر السابق _ص٢٦١.

[٢] - المهريزي – المصدر السابق-ص٢٦١.

[٣] _اردنا بالغياب الفراغ التشريعي الذي يرجع إلى ارادة المشرع اما الانعدام فأردنا به الفراغ الراجع إلى أسباب قهرية وحتمية.

٣. إن هذه الظاهرة حقيقة تشمل كافة النصوص بغض النظر عن مصدرها، أ بشرية كانت ام سماوية على خلاف بين الاثنين في أسبابها وطرق معالجتها.

٤. وهي كذلك لا تختص بفرع من فروع القانون دون سواه

٥. فان الحقيقة الثابتة هي ان هذا النقص لا يحدث دون ضوابط أو كما يقال–عفويا–ولا كذلك بصورة مصممة مسبقا بالكامل .

٦. هذا النقص مثلما يمكن تصوره في التشريع بوصفه المصدر لاساسي للقانون يمكن تصوره في بقية المصادر الاخرى كالعرف والدين وحتى قواعد العدالة فيما يتعلق باصحاب المدرسة الوضعية لكن تظهر اهميته في التشريع بشكل اوضح لاسباب تتصل بطبيعته.

المطلب الثاني
إثبات الظاهرة

هذه الظاهرة محل الدراسةيمكن اقامة الدليل لإثباتها بالطرق النصية أي الإشارات القانونية الواردة في النصوص التشريعية وبالطرق العقلية المتسالم عليها بين العقلاء وسنركز اهتمامنا على الأولى لأهميتها في التأشير على اعتراف المشرع بهذة الظاهرة اما الأدلة الثانية فمع الاعتراف بأهميتها فهي تخرج عن نطاق اختصاصنا وتدخل في مباحث أصول الفقه.

١–الأدلة النصية:

تكاد تكون ، في الوقت الحاضر،ظاهرة الفراغ التشريعي ظاهرة متفق عليها في الفقه الوضعي ، ولعلها باتت الآن من المسلمات الفقهية ومن ثابت منطلقات الصياغة التشريعية مؤخرا"[١]" ، في حين اعترف الفقه الإسلامي بهذه الحقيقة

[١] -د. حسن كيرة –المدخل إلى القانون-منشأة المعارف- بالاسكندرية - نظرية القانون –ط٤ -١٩٧١ص٢٠٥- ٣٠١، الاستاذ عبد الباقي البكري -المدخل لدراسة القانون والشريعة الاسلامية –– ج١- مطبعة الاداب –النجف الاشرف ١٣٩٢ه-١٩٧٢م ص٢١٣ ومابعدها، و– د. سمير عبد السيد تناغو النظرية العامة للقانون-الناشر منشاة المعارف بالاسكندرية- القاهرة – ١٩٧٣-ص٢٣١ وما بعدها.،ود.رياض القيسي – اصو ل القانون –بيت الحكمة – ط١ – بغداد-٢٠٠٢ص١٩١،١٣١،١٦٢.،وانظر كذلك الشيخ محمد رضا المظفر – اصول الفقه –ج٣،٤- ط٤-طبع وتوزيع جبار الحاج عبود -١٩٩٣ ص٥١––٢٠٥وكذلك أ.د مصطفى ابراهيم الزلمي-اصول الفقه في نسيجه الجديد-ط٩ج١،٢-طبع شركة الخنساء للطباعة المحدودة – بغداد -٢٠٠٢-ص٢١- ،١٨٦، ومن ذلك ما يروى من قول الامام الصادق عليه السلام"انما علينا ان نلقي الاصول وعليكم ان تفرعوا"(نقلا عن مجلة المنهاج ع١٢

مبكرا من خلال اعترافه بالاجتهاد وقدرته على سدّ مناطق الفراغ–وان تردد البعض\في الاعتراف بها – حسب مقتضيات الحياة وبما ينسجم مع تحقيق أهداف الرسالة ، ومن خلال تعدد مصادر الحكم الشرعي بين المذاهب الإسلامية المختلفة ، هذا مع الإشارة ان التسليم بها جاء بعد صراع طويل بين فكرة كمال التشريع ونقص التشريع، بل ان ظاهرة الفراغ التشريعي ما هي إلا إحدى المحاولات الجادة للقائلين بكمال التشريع إلى توفير سبل هذا الكمال من خلال اعتراف القانونين بمنطقة النصوص و منطقة المبادئ العامة، ومن خلال اعتراف الفقه الإسلامي بمنطقة الثوابت والمتغيرات أو منطقة العفو كما يسميها البعض."١"

اما تشريعا فقد اعترف المشرع العراقي وسواه[٢] بظاهرة الفراغ التشريعي وعجز النص أو غياب الحكم ، في مواضع كثيرة منها الآتي :

١. المادة الأولى من القانون المدني والتي جاء فيها (١–تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها وفحواها.٢–فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة..... "٣"

س ٣ ص ٤١)،و من ذلك الحديث الذي رواه الترمذي وابو داود-نقله الشيخ علاء الدين محمد بن احمد السمرقندي –ميزان الاصول في نتائج العقول في اصول الفقه-ج٢ وهو حديث معاذ حين استعمله الرسول الأعظم قاضيا على اليمن فقال له الرسول(بم تقضي ؟قال بكتاب الله تعالى ،قال :فان لم تجد؟قال:بسنة رسول الله قال:فان لم تجد ؟قال:اجتهد في ذلك رأيي) فقال الرسول الأعظم "ﷺ"(الحمد لله الذي وفق رسول الله) ، وكذلك الزلمي المصدر السابق –ص ١٣٤ وغيره وكما مر فالحديث اعترف بإمكانية عدم وجود النص الشرعي او حكمه، على اقل تقدير، في الكتاب وفي السنة الشريفة .

[١]- د.يوسف القرضاوي –نقلا عن مهدي المهريزي –المصدر السابق-ص٢٦٠-٢٦١.

[٢] انظر_على سبيل المثال _ المادة الاولى في كل من القانون المدني المصري والقانون المدني السوري والقانون المدني الجزائري .

[٣] وانظر بهذا الخصوص المادة الاولى من القانون المدني المصري وكذلك المادة الاولى القانون المدني السوري

٢. وكذلك المادة (٣٠)من ذات القانون التي جاء فيها (يتبع في لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعا)

٣. وكذلك المادة (١) من قانون الأحوال الشخصية النافذ"١" التي جاء فيها ما يلي (٢-اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون)

٤. وذات الأمر اعترف به المشرع العراقي في قانون التجارة النافذ"٢" المادة (٤/ثانيا)والتي جاء فيها ما يلى (يسري القانون المدني على جميع المسائل التي لم يرد بشأنها حكم خاص في هذا القانون او في أي قانون خاص آخر).

ويظهر واضحا ان المشرع العراقي يعترف بعدم وجدان النص التشريعي لفظا او فحوى أي انه يقر بالفراغ التشريعي عجزا ونقصا، و لم يكتف بهذا القدر واعني به –التشخيص–وانما تعداه إلى المعالجة[٣].

بل ان المشرع مضى أكثر من ذلك فلم يجعل من فقدان النص أو نقصه مبررا لامتناع المحاكم من الحكم بين الأطراف وهذا ما نص عليه المشرع في المادة(٣٠)من قانون المرافعات المدنية النافذ"٤"التي جاء فيها ما يلي (لا يجوز لاي محكمة ان تمتنع عن الحكم بحج..ة غموض القانون أوفقدان النص أو نقصه والاعدّ القاضي ممتنعا عن احقاق الحق ...) "٥" .

---

[١] -رقم١٨٨لسنة١٩٥٩المعدل نشر في جريدة الوقائع العراقية العدد ٢٨٠ في ١٩٥٩/١٢/٣٠.

[٢] رقم ٣٠لسنة المعدل ١٩٨٤ نشر في جريدة الوقائع العراقية العدد٢٩٨٧ في ١٩٨٤/٤/٢.

[٣] - ويذكر ان نص المادة الاولى من القانون المدني العراقي تثير ملاحظات عدة نعزف عن ذكرها ،هنا ، على امل ان تسنح الفرصة لذلك في وقت آخر.

[٤] _قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩،المنشور في جريدة الوقائع العراقية العدد١٧٦٦في ١٩٦٩/٨/١٠.

[٥] انظر بذات المعنى المادة(٤) القانون المدني الفرنسي والتي جاء فيها ما يلي (A judge who refuses to give judgment on the pretext of legislation being silent, obscure or insufficient, may be prosecuted for being guilty of a denial of justice.)

كما يعتبر الانحسار الذي أصاب مدرسة الشرح على المتون التي ترى كمال التشريع وإمكانية الاكتفاء بالنص التشريعي وظهور مدارس التفسير الاخرى الاجتماعية ومدرسة البحث العلمي الحر وجه اخر من وجوه عدم اكتمال النص التشريعي.

والظاهرة غير منحصرة بالشرائع البشرية دون السماوية أو بنوع من انواع الشرائع ولا بفرع من فروع القانون الوضعي دون سواه بل هي ظاهرة حاكمة وبقوة على جميع المدونات والنصوص الشرعية والقانونية على خلاف بين الأولى والثانية في أسبابها،ويظهر واضحا ان الأمر لا يقتصر على القانون الداخلي أو الخاص بل تتعداه هذه الظاهرة إلى جميع فروع القانون الخاص والعام الداخلي والخارجي"[1]".

ونكتفي بهذا القدر للتدليل على اعتراف المشرع بظاهرة الفراغ التشريعي- عجز النص أو نقصه أو حكم النص او عدم وجود الموجه – بل ان ما سبق ذكره يتجاوز تشخيص الظاهرة إلى تقديم المعالجة .

المبحث الثاني
أسباب الفراغ التشريعي

سبق وان ذكرنا ان هذا النقص لا يحدث كما يقال-عفويا-ولا كذلك بصورة مصممة مسبقا بالكامل ،فهناك أسباب لهذه الظاهرة منها أسباب تتعلق بطبيعة المصادر المادية التي تتكون منها القاعدة القانونية – والتي سنطلق عليها اسم الأسباب المادية – وأخرى تتعلق بفن الصياغة القانونية أو تتعلق بممارس هذا الفن ، وهذه سنسميها – الأسباب الفنية-وعلى هذا فإننا سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نفرد الأول إلى الأسباب المادية في حين نكرس الثاني إلى الأسباب

[1] تنص المادة(٣٨) من نظام محكمة العدل الدولية على ان (وظيفة المحكمة ان تفصل في المنازعات التي ترفع اليها وفقا لاحكام القانون الدولي وهي تطبق في هذا الشأن .
أ-الاتفاقات الدولية العامة التي تضع قواعدها الدول المتنازعة صراحة.
ب- العرف الدولي المقبول بمثابة قانون كما دل عليه التواتر .
ج- مبادئ القانون العامة التي أقرتها الأمم المتحدة.
د- أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين في القانون الدولي العام في مختلف الأمم ويعتبر هذا او ذاك مصدرا احتياطيا لقواعد القانون.....)

الفنية . اما الاسباب التي التي تتعلق بممارس هذا الفن فستكون خارج نطاق البحث لانهالا تتعلق بالنص بل بصانع النص.

المطلب الأول
الأسباب المادية

اولا_ القاعدة القانونية ليست مجرد قالب صبت فيه إرادة المشرع فهي في حقيقتها أفكار وقيم ومثل وثقافة وطبيعة ومناخ مجتمع ما مع تأثير حركة عناصره وتبادل التأثير "[1]"والقاعدة القانونية في الحقيقة هي ثمرة اللقاء بين الواقع والأفكار الموجهة أي انها لا تقوم إلا لتحقيق حاجات اجتماعية وحسن انجاز وتنفيذ هذه الحاجات يستلزم حسن التعرف على الواقع وإقراره دون إضافات او تفسيرات وهذا الواقع ما يشكل المادة الأولية للقاعدة القانونية وقد أشار الفقيه ديكي الى ان القاعدة لا تصبح قاعدة قانونية من خلال تقرير الواقع فحسب بل لا بد ان يرتبط بها ما يلزم لذلك من فن وصنعة للنص القانوني وقد أطلق على عنصر الواقع العلم وعلى عنصر الفن الصياغة[2]،ومع ما يتسم به هذا النظر من صحة _والذي أصبح شائعا وتقليديا _فانه وكما يذهب جانب _وبحق_الى انه نظر يعوزه الكمال لان القاعدة القانونية وان كانت في جانب منها تقريرية فهي في الجانب الأخر ، وفي الغالب منه، تكون تقويمية[3]. "وقد عبّر عن مصطلح (المادّة أو المضمون) في علم أُصول الفقه بـ (الملاك)، والملاك في مفهوم الفقهاء وخبراء التشريع الاسلامي هو جوهر المادّة القانونية وروحها[4]"

---

[1] M.Ethan Katsh-Thaking Side,legal issues – tenth edition mcgraw-hill/dushkin adivision of the mcgraw-hill companies-2000-p xii-xiii.

[2] - د وليم سليمان قلادة _التعبير عن الارادة في القانون المدني المصري _دراسة مقارنة _ط١_المطبعة التجارية الحديثة _١٩٥٥_ص٤١٧.

[3] د.وليم سليمان قلادة _المصدر اسابق_ص٤١٧.

[4] الثابت والمتغير _مؤسسة البلاغ كتاب منشور على الموقع الالكتروني الاتي
http://www.balagh.com/matboat/fbook/78/sf0mpfg1.htm

و في حين سُمِّي عنصر (الشكل) في علم أُصول الفقه (بالاعتبار)، ويمكن تعريف الاعتبار بأ نّه: «عبارة عن الصياغة اللّفظيّة التي يبرز بها المشرِّع إرادته الدالّة على ملاك التشريع»[١]

وهذه الثنائية تنعكس في صورة مصادر القاعدة القانونية فالقاعدة القانونية لها مصادر منها :مصدر مادي (material source) ومصدر رسمي أو شكلي(formal source) والأخير يمثل طريقة التعبير عن القاعدة القانونية – أي الطريق الذي تسلكه القاعدة إلى حيز الوجود واللزوم–اما المصدر الموضوعي أو المادي فيشار به إلى جوهر القاعدة القانونية ، لان القاعدة القانونية قبل ان توجد بشكلها النهائي الملزم عند صياغتها كانت مادة أو جوهرا أو ثقافة أو حقائق طبيعية أو نفسية أو اقتصادية ،فالسلطة التشريعية– في الغالب–لا تكون حرة دائما في الاعتراف بمادة القاعدة القانونية من عدمه، بل مجبرة على هذا الاعتراف ومضامينه باعتباره حقيقة أفرزتها حياة الناس وتجاربهم وما اكتشفوه من حقيقة الطبيعة المحيطة بهم وقوانينها المؤثرة على علاقتهم بها"[٢]" .

فالمصادر المادية أو الموضوعية هي التي تقدم جوهر القاعدة القانونية اما المصادر الرسمية فهي التي تسبغ على هذا الجوهر صفة الوضعية القانونية أو الشرعية "[٣]".ويمكن رد هذه المصادر المادية إلى طائفتين من الأصول تلك المستمدة من الواقع وتسمى بالأصول الواقعية وتلك التي تستجيب إلى الفكر وتسمى بالأصول الفكرية .

---

[١] المصدر السابق نفسه.

[٢] -عبد الباقي البكري ود محمد علي بدير _المدخل لدراسة القانون _مطابع مديرية دار الكتب للطباعة والنشر _جامعة المصل _١٩٨٢م_١٤٠٢ ه_ص ٩١.وانظر ما قاله مونتسيكيو في كتابه روح القوانين او الشرائع في تعريفه للقانون(laws in their most general significantion,are the necessary relations (derived from the nature of things
Steven M Cahn –Classics of modern political theory –Oxford university press-1997-p 325

[٣] -د. حسن كيرة –المصدر السابق-ص٩٥.

ويراد من الأصول الواقعية عناصر الواقع التي تجد القاعدة القانونية أساسا لها فيها وترجع إلى الإنسان أولا والى الطبيعة المحيطة بهذا الإنسان ثانيا والى البيئة الاجتماعية التي ينشط فاعلا هذا الإنسان بعلاقاته ضمنها ثالثا ،بعبارة أخرى الإنسان محاط بالطبيعة وبغيره من أبناء جنسه الذين يعيشون معا.

وحيث ان التكوين الطبيعي والنفسي والعقلي للإنسان يكون له تأثير واضح وكبير على القاعدة القانونية وعدم الالتفات إلى تلك الجوانب يصطدم بحقائق التكوين البشري[1] مما يجعل القاعدة في عزلة عن محكومها او موضوعها كما يقال ، فمثلا لا يمكن للقاعدة ان تقرر أهلية الصغير غير المميز للقيام بالتصرفات القانونية لان الواقع يشهد هذا العدم ، وهذا ما تأيد من العلم ،بان الصغير غير المميز_وفق السياقات الطبيعية غير الاعجازية _[2] يكون ناقص الإدراك ومن ثم الإرادة مما لا يتصور ان له أهلية أداء او القيام بالتصرفات القانونية وهذا ما أقرته القاعدة القانونية[3] وخلاف ذلك سيكون تكليفا بغير المعقول. وتدخل في ذلك ما يسمى بالوسط الاجتماعي المتمثل بالآداب والتقاليد الخلقية السائدة والقيم الاقتصادية والثقافية التي تحكم حياة الناس وتعد قيم الوسط الاجتماعي في منطقة وسطى بين الأصول الواقعية والأصول الفكرية[4].

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

ذلك انه بتأثير العامل الخلقي نجد التفاوت واضحا بين هذا النظام القانوني وغيره في هذه المسالة او تلك(فعلى سبيل المثال) فنجد هذا القانون يعترف بتعدد الزوجات وغيره ينكر هذا الأمر وكل ذلك نزولا عند المقتضيات الأخلاقية والتي هي في الغالب

---

[1] فطرة الله التي فطر عليها الخلق .

[2] _ انظر قوله تعالى في سورة مريم الاية ١٢ ﴿ يَا يَحْيَى خُذِ الْكِتَابَ بِقُوَّةٍ وَآتَيْنَاهُ الْحُكْمَ صَبِيّاً ﴾{١٢}وكذلك قوله تعالى،في السورة نفسها ، ذاكرا قصة سيدنا عيسى ﴿ فَأَشَارَتْ إِلَيْهِ قَالُوا كَيْفَ نُكَلِّمُ مَن كَانَ فِي الْمَهْدِ صَبِيّاً {٢٩} قَالَ إِنِّي عَبْدُ اللَّهِ آتَانِيَ الْكِتَابَ وَجَعَلَنِي نَبِيّاً {٣٠} وَجَعَلَنِي مُبَارَكاً أَيْنَ مَا كُنتُ وَأَوْصَانِي بِالصَّلَاةِ وَالزَّكَاةِ مَا دُمْتُ حَيّاً {٣١} وَبَرّاً بِوَالِدَتِي وَلَمْ يَجْعَلْنِي جَبَّاراً شَقِيّاً {٣٢} وَالسَّلَامُ عَلَيَّ يَوْمَ وُلِدتُّ وَيَوْمَ أَمُوتُ وَيَوْمَ أُبْعَثُ حَيّاً {٣٣} ذَلِكَ عِيسَى ابْنُ مَرْيَمَ قَوْلَ الْحَقِّ الَّذِي فِيهِ تمترون ﴾

[3] انظر المادة (٩٦)مدني عراقي (تصرفات الصغير غير المميز باطلة وان اذن وليه).

[4] عبد الباقي البكري ود علي محمد بدير وزهير البشير _-المصدر السابق_ ص٩١.

تمتزج بالاعتبارات الدينية التي في الغالب تكون ملزمة لتوجهات النص.ومثل ذلك الاعتبارات الاقتصادية والسياسية[1].وبعد الموازنة بين هذين النوعين من الاصول وفق مثل اعلى يتكون مضمون القاعدة القانونية التي تأخذ طريقها إلى النفاذ العملي من خلال المصدر الرسمي للقاعدة.

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

ولقد اختلف فقهاء كل من المدرسة المثالية والواقعية فيما بينهم اختلافا كبيرا فيما يتعلق بطبيعة جوهر القاعدة، وسبب الاختلاف بينهم راجع إلى منهجهم المعتمد في الدراسة ، فمدرسة لا تعتد الا بالحقائق العقلية المتمثلة بالمثل الأعلى ، وأخرى لا تعترف إلا بالحقائق الاجتماعية التجريبية"[2]" .

.وعلى اية حال، لا يمكن الاعتراف بالحقائق العقلية أو التجريبية وحدها ،لان الإنسان مثلما له وجود مادي محسوس فهو له،أيضا، وجود روحي غير محسوس يستعصي على المنهج الأول ،بل ان المنهج المادي وحده ثبت عجزه وفشله في رصد ودراسة وتفسير الظاهرة البشرية ، فلا بد من الجمع بين المنهجين لغرض التوصل إلى عرض نتائج جوهر القاعدة القانونية تنتهي إلى ان (تكوين القاعدة القانونية يقوم على معرفة الواقع والبصر بمقتضياته وحاجاته بصرا صحيحا عن طريق المشاهدة والتجربة ، وعلى فرض الواجب في شان هذا الواقع وفق ما يمليه العقل من غاية أو مثل أعلى ، فهو عمل عقلي وعلمي في آن واحد)"[3]".

وباتت الغالبية من الفقهاء تؤيد هذا النظر لتكوّن جوهر القاعدة، فيردون جوهر القاعدة إلى عنصر واقعي وآخر مثالي فنتعرف على العناصر المكونة

[1] _عبد الباقي البكري ومحمد علي بدير_المصدر السابق _ص٩٣ _٩٤.
[2] -د.حسن كيرة –المصدر السابق- ص١٤٠.
[3] -حسن كيرة – المصدر السابق – ص١٤٠- ١٤١.

لجوهر القاعدة القانونية وهذه الحقائق لا تخلق القاعدة القانونية وانما ترسم حدودها وعدم المعرفة بها أو تجاهلها ستأتي معه القاعدة غير معبرة عن الواقع الذي ترصده فتعجز في تغطية جميع مجالاته والمجالات التي تنجح في تغطيتها تأتي التغطية عاجزة وقاصرة عن القيام بالدور الأولي للقانون (نذكر هنا على امل العودة مستقبلا لدراسة هذا الامر مفصلا فنقول ان الاسباب المادية تشكل ظاهرة نقص التشريع اكثر من فراغه اذا ما اردنا بالفراغ تلك الظاهرة القصدية التي يتعمدها المشرع وان كنا لا ننكر ان النقص كما قدما يشكل فراغا من خلال توفيره فسحة البحث والاجتهاد– عند عدم تصدي المشرع لها بالعلاج – مما يتساوى هنا مع الفراغ في النتيجة)

ثانيا_ الثابت والمتحول _الواقع والقانون

قدرة الإنسان على تطوير واغناء معارفه من جراء الكسب والتحصيل يعد إحدى العوامل المؤثرة في تطوير تجربة الإنسان والوصول الى مراتب أعلى وأرقى،وبقدر تمكن الإنسان من استيعاب طبيعة العلاقة مع الاخرين او مع الطبيعة فانه بهذا القدر او ذاك تاتي مخرجاته،فبقدر النضج في تجربته ياتي مخرجه ناضجا وبقدر الضعف او النقص الذي يصيب معرفته بطبيعة العلاقة مع أطراف التواجد الأخرى سواء اكانت بشرية ام طبيعية يكون مخرجه ضعيفا او ناقصا وهذا ما اشار اليه البعض بقوله "وهذا القانون هو قانون التاثير المتبادل بين الخبرة والممارسة ،ذلك لان الإنسان كلما تضاءل جهلة بالطبيعة وكلما ازدادت خبرته بلغتها وبقوانينها ازداد سيطرة عليها وتمكن من تطويعها وتذليلها لحاجاته ،وحيث ان كل خبرة هي تتولد في هذا الحقل عادة من الممارسة وكل ممارسة تتولد من الخبرة ولهذ كان قانون التاثير المتبادل بين الخبرة والممارسة قانونا موضوعيا يكفل حل هذا التناقض ،يقدم الحل المستمر والمتنامي لهذا التناقض بين الانسان والطبيعة اذ يتضاءل جهل الانسان باستمرار وتنمو معرفته باستمرار ن خلال ممارسته للطبيعة يكتسب خبرة جديدة هذه الخبرة الجديدة

تعطيه سيطرة على ميدان جديد من ميادين الطبيعة فيمارس على لميدان الجديد وهذه الممارسة بدورها ايضا تتحول الى خبرة وهكذا تنمو الخبرة الانسانية باستمرار ما لم تقع كارثة كبرى طبيعية او بشرية "[1]

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

ويواجه الإنسان الفرد، والجماعة، والمجتمع، والدولة، والجنس البشري، كل ما يولده هذا المجال من ظروف جديدة تماماً تقتضي تشريعات تتناسب مع الضرورات، ومع أنواع الخيارات التي يقتضيها التكيف مع هذه الظروف الجديدة.)[2]

المطلب الثاني

الأسباب الفنية:
الصياغة القانونية

وهذه الأسباب اما ترتبط بعملية الصياغة ذاتها أو مواصفات ومؤهلات الشخص القائم بعملية الوضع فهي على هذا إما وسائل تتعلق بالوسيلة وإما تتعلق بالإنسان بوصفه مبدعا للوسيلة أو مطبقا لها وما يتعلق بفن الصياغة القانونية هو ما يدخل في نطاق بحثنا اما ما يتعلق بممارس هذا الفن فسوف لا نتطرق إلى الأسباب التي تتعلق بشخص الممارس واضعا للنص أو مفسرا لانه يخرج

[1] _السيد محمد باقر الصدر_المدرسة القرانية _ص١٥٨.

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

عن نطاق النص بحد ذاته فهو امر يتعلق بواضع النص من حيث كفاءته وتأهيله وليس النص– اوعند تطبيقه وتفسيره.

المادة الأولية التي تحدثنا عنها أو جوهر القاعدة القانونية تسلك طريقها إلى القانون من خلال المصادر الرسمية للقانون التي تصبح من خلاله قاعدة قانونية وضعية ، وهذا يتحقق للمشرع من خلال الصياغة التشريعية التي تعني(الوسائل اللازمة لإنشاء وصياغة القواعد القانونية وتطبيقها وتفسيرها)[1] وهي تعني في واقع الأمر(صب الأفكار والأحكام التشريعية في قوالب لفظية لتحقيق مقاصد السياسة التشريعية وبطريقة تيسر تطبيق القانون من الناحية العملية ، ذلك ان القانون يقوم على دعامتين هما ،معطيات الحياة –الواقع– والصياغة الفنية. والى جانب عنصر المعنى في النص القانوني ،يوجد عنصر اخر متمم له هو عنصر الشكل –الصياغة –ذلك انه بقدر ما نحتاج إلى المعنى لإدراك الغاية من النص ، بقدر ما نحتاج الى الشكل لتحقيق التطبيق العلمي"[2]"لها عن طريق تبسيط وتحديد المضمون ، فاذا كان الجوهر هو الغاية من النص فان الشكل هو الوسيلة لأدراك هذه الغاية .

والشكل يتحقق عن طريق الصياغة القانونية، فالصياغة هي صب القيم التي تكوّن مادة القانون في نصوص صالحة للتطبيق في العمل.)"[3]" ويدخل في الشكل الأساليب والأدوات التي تدخل في فن الصياغة التشريعية، وطرق الصياغة التشريعية عدة ، منها المظاهر الخارجية للقاعدة من مثل العمومية والتجريد والصيغة المرنة أو الجامدة والتقسيمات والمعايير والألفاظ ووسائل الإثبات والشكلية والحيل والقرائن، ولم نضع في حسباننا دراستها جميعا لخروج ذلك من هدف البحث الراجي تحقيقه ، بل سنعنى بتلك التي تنشا منها وبسببها ظاهرة الفراغ في التشريع ، والتأمل في أدوات الصياغة قادنا إلى ان موضع بحثنا يتحقق من خلال البعض منها من قبيل العمومية والتجريد والصياغة

---

[1] --د.سمير عبد السيد تناغو-المصدر السابق - ص٣٦٢

[2] - وردت العلمي والسياق يقتضي ان تكون العملي .

[3] -زميلنا الدكتور كاظم عبد الله حسين ألشمري – تفسير النصوص الجزائية _دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي _رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون _جامعة بغداد _١٤٢٢ه_ ٢٠٠١ م_ص١٧٦.

الجامدة والمرنة والمعايير _ ولعلنا أخطانا في إغفال ما هو منها أو غير ذلك ، وهذا ما سيكون، علَّهَ، محلا لبحوث أخرى في القادم من الأيام نتولاها نحن أم يتكفل بها زملاء لنا.

أولا–العمومية والتجريد

الصياغة القانونية و كما قلنا ، الوسيلة التي يتم من خلالها ترجمة العوامل المادية وتحويلها إلى قواعد عملية فاعلة في نطاق التطبيق ،وتتصف هذه القاعدة ، بل أول ،ما تتصف به هو العمومية والتجريد والقاعدة القانونية تأتي لتضع تكليفا يلزم إتباعه ، وهذا التكليف يُسبق بجملة من الفروض التي يواجهها ، ولتعذر حصر الفروض والوقائع التي تخضع للقاعدة القانونية سلفا ، ولتعذر تحديد ذاتية الأشخاص الذين يخضعون لها ، وكذلك لتعذر وضع قاعدة قانونية تختص بكل الأشخاص ، من هنا ، تحتم ان يعتد القانون بمعيار الغالب الشائع من الأشخاص والوقائع والأمور ، أي ما يلزم معه ان يكون خطاب القاعدة القانونية خطابا موضوعيا لا شخصيا ، يُعنى بعموم الأوصاف لا بخصوص الذات وبتوفر شروط الأفعال وليس الأفعال بعينها .

والخطاب القانوني ، لا يمكن ان يكون الا خطابا عاما مجردا يتوجه بالأمر إلى عموم الأشخاص دون خصوص الذوات والى أوصافهم دون أسمائهم ، وهذا ما يحقق للقاعدة القانونية الاطراد في التطبيق والتواتر مما يخلق روح النظام والاستقرار في المعاملات"ويذكر ان القاعدة القانونية تتميز بالعموم والتجريد بالنسبة إلى أشخاصها والى موضوعها على حد سواء "[1].

والعمومية والتجريد ، كما يقول الفقه ،هما وجهان لخصيصة واحدة وهما خصيصتان متلازمتان ، فالتجريد يتعلق بالفرض ، والعمومية تتعلق بالحكم ، فاذا كان الفرض مجردا لا يتعلق بشخص أو واقعة معينة جاء الحكم عاما

[1] -حسن كيرة –المصدر السابق –ص٢٣.

ينطبق على جميع ممن تتوفر فيه من الأشخاص الأوصاف اللازمة للفرض وعلى جميع الوقائع اللاتي يتوفر فيها شروط الأفعال .

ومن المناسب ان نذكر هنا ان النص القانوني ؛وبعبارة ادق القاعدة القانونية تتحلل الى عنصرين[١] ،حسب القول الغالب في الفقه ،او ان هناك ظاهرتان فيها ترتبط معا،حسب زعم اخر،[٢] هما" الفرض"و"الحكم"والاولىهي الظاهرة التي ان تحققت توجب اعمال الظاهرة الثانيةاي الحكم والصيغة النموذجية هي التي يبدأ فيها الفرض ب"اذا" او احد ادوات الشرطى ويكون الحكم ب"وجب او لزم او تحتم اوما الى ذلك من الصياغات التي تفيد الوجوب[٣] ولكن القاعدة القانونية قد لاترد بالصيغة المذكورة في اعلاه[٤]، "والفرض على النحو المتقدم يرد دائما على محل ،وهذا المحل اما ان يكون مجرد واقعة مادية او مركز قانوني او يؤسس على"كلاهما"[٥].فقد يكون الفرض مجرد واقعة مادية يكفي التحقق منها بالمشاهدة ...وقد يكون الفرض مركزا قانونيا لا يمكن التحقق من وجوده الابتطبيق قاعدة قانونيةاخرى ....وقد يكون الفرض وهو الغالب مركبامن وقائع مادية ومراكز قانونية"[٦] ،اما الحكم فهو الاثر اوالاثار التي يوجب القانون تحقيقها اذا تحقق

---

[١] حسن كيرة _المصرالسابق ص٢٤ وسمير السيد تناغو _المصدر السابق_ص٣٦٢ وما بعدها

[٢] د.محمد محمدابراهيم _النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى في قانون المرافعات _دار الفكر العربي _القاهرة_١٩٨٢_ص٣١١.

[٣] -المادة (١/١٤٦)مدني "اذا نفذ العقد كان لازما"وكذلك المادة(٢/١٤٨) "واذا ستر المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر فالعقد الحقيقي هو الصحيح ما دام قد استوفى شرائط صحته"وكذلك المادة ١/١٣١٩ "اذا انقضت مدة التقادم على الدين الموثق بالرهن،جاز للراهن ان يطلب الحكم بفك الرهن" وغيرها كثير.ويذكر ان هذا الأسلوب الشرطي كان متبعا في القوانين العراقية القديمة ومنها على سبيل المثال قانون اورنمو ولبت _عشتار وقانون حمورابي اذ يرى المؤرخون ان اول من ادخل هذا الأسلوب الشرطي في الصياغة القانونية هم السومريون فالكلمة السومرية (توكمبي =اذا او لو فرض ان)، فكل مادة من مواد_ تقنين حمورابي_مثلا_ تبدا باصطلاح (شوما)أي (اذا)وتتناول مسالة محددة للغاية لدرجة انه لا يمكن استنباط حل للمسألة القريبة منها مما يعني اعتمادها الصياغة الجامدة ولتراجع على سبيل المثال المادتين الأولى والثانية من التقنين المذكور . انظر د.عبد المجيد محمد الحفناوي و د عكاشة محمد عبد العال _تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية والقانون الروماني _الدار الجامعية _بيروت _١٩٨٩_ص٢٠٠.ود عامر سليمان _القانون في العراق القديم _ط٢_دار الشؤون الثقافية العامة _بغداد _١٩٨٧

[٤] _ انظر على سبيل المثال المادة(٢١٤)"يتحمل الضرر الخاص لدرء الضرر العام"والمادة (٢١٥)"يضاف الفعل إلى الفاعل لا الآمر ما لم يكن مجبرا ....."وكذلك المادة (٢٢٠)"للمسؤول عن عمل الغير الرجوع عليه بما ضمنه"وغيرها كثير.

[٥] -الاصح لغويا كليهما.

[٦] -.-د.محمد محمود ابراهيم_المصدر السابق-ص٣١٢-.

الفرض والاحكام قد تكون تعويضاعينيا او نقديا او القيام بعمل او الامتناع عن عمل واحكام القانون متنوعة واجمالا يمكن ان تكون احكاما مقصودة لذاتها او احكاما غير مقصودة لذاتها[١]

(والعمومية تعني ان تصاغ القاعدة القانونية بصيغة تعميم تستوعب بها ما تواجهه من فروض وحالات غير متناهية ، فلا تتناول بالذكر شخصا معينا باسمه أو فعلا محددا بذاته ، بل تحدد ما يجب تحققه من صفة في الشخص لتطبق عليه وما يجب استيفاؤه من شروط في الفعل ليسري عليه مضمونها)[٢].

ولا يقتضي عموم القاعدة ، بالضرورة ان تطبق على الأشخاص جميعا ، بل تطبق على من تتوجه إلى خطابهم بغض النظر عن عددهم ما دام قد توجهت إليهم بصفاتهم دون أسمائهم ، فالعبرة ليس بعدد المشمولين بها بل بصفاتهم ، على ان لا يتخذ من هذه الأوصاف ستارا يخفي وراءه أسماء المشمولين بها.

ويقتضي كذلك ان تطبق القاعدة في الحال والاستقبال وبخلاف ذلك تزايلها صفة العموم .

والقاعدة العامة قاعدة مجردة ، وبعبارة أدق القاعدة المجردة في فرضها عند أصل الوضع تكون عامة في التطبيق[٣] ويراد من التجريد (أنها عند صياغتها لم توضع لتطبق على شخص معين أو على واقعة معينة ، وانما وضعت بطريقة مجردة عن الاعتداد بأي شخص , أو بأي واقعة)[٤]،ولدى جانب اخر التجريد هو

---

[١] -.د.محمد محمود ابراهيم_المصدر السابق-ص٣١٢-٣١٣.

[٢] - عبد الباقي البكري – المصدر السابق – ٣٦.

[٣] -هناك من يذهب الى القول"ان العموم والتجريد في القاعدة القانونية ،لا يظهر كلاهما عند التطبيق،فتطبيق القاعدة يكون دائما "فرديا"بمعنى انها لا يمكن ان تطبق الا على شخص معين"مقررا تعذر تطبيق القضاء لقاعدة مجردة وعامة على واقعةمعينة باشخاصها وافعالهااي انها مصطبغة بالذاتية مما يستلزم معه قيام القاضي "بتجريد "الواقع من ذاتيته ورفع النصر الشخصى الذي يلازمها من خلال التكييف فيخلق واقعا مجردا ليكون مكافئا للالتحام مع الوصف المجرد في اصل وضع القاعدةوليخلق حلقة الوصل بين الواقع في الدعوى وبين القانون من خلال تطويع عنص الحركة والتغير في الواقع مع عنصر الثبات والسكون في القاعدة القانونية،ولمزيد من التفصييل يرجى مراجعة د.محمد محمود ابراهيم –المصدر لسابق –ص١٠٠-١٠٦

[٤] - سمير عبد السيد تناغو – المصدر السابق – ص ٣٩.

هو (تحرر خطاب القاعدة القانونية من الميل والهوى وعدم إيثارها شخصا معينا أو سعيها لحماية وضع معين ، كضمان ضد الانحراف والتحكم)[1]،في حين عرفها اخر بقوله(سمو حكم القاعدة القانونية على التفصيلات وغضها النظر ن الفروق الثانوية في الظروف واعتدادها بالظروف والاعتبارات الرئيسة المشتركة بين مجموعة من الوقائع كي تطبق عليهم جميعا)[2]،وما سبق اختلاف في المبنى لا المعنى .

وهذا كله لم يمنع جانبا من فقهاء فلسفة القانون من الزعم ان العمومية والتجريد ليست خصيصة جوهرية من خصائص القاعدة[3] .

ويظهر واضحا ان القاعدة القانونية لا تعنى بالتفصيلات ولا تهتم بدقائق الأمور وجزئياتها وإنما تعنى بالأمور العامة والجوهرية والظروف الكلية ، فهي تغفل وتتجاهل، عامدة، التفاصيل ودقائق الأمور وثانوياتها وتكرس اهتمامها بالكلي والمركزي ، فتترك مسائل عديدة عن ا خذها بنظر الاعتبار لكي يأتي حكمها عاما يستوعب عددا لا حصر له من الأشخاص والوقائع في الحال والاستقبال، لان الاهتمام بالجزئيات والكليات في الفرض ، على حدٍ سواء، يحول دون ان ياتي الحكم عاما وما يترتب على ذلك من انهدام أساس وجود القانون وهو تحقيق النظام ودرء الفساد عن المعاملات وهذا ما لا يتحقق الا بالصياغة المجردة وضعا، العامّة حكما.

ولذلك قيل ان عمومية القاعدة وتجريدها يترتب عليها انطواء القانون على معنى النظام الذي يشاع في المجتمع واقتصار القانون على تحقيق العدل لا العدالة .

وقد ذهب ، بحق ، بعض فقهاء القانون الدولي إلى ان العمومية والتجريد خصيصة من خصائص القاعدة القانونية لكن مواصفات هذا العموم يأخذ صبغة تتلون بلون طبيعة ونوع النظام القانوني الذي تنشط فاعلة فيه

---

[1] -شمس الدين الوكيل – المدخل لدراسة القانون ص ١٦ نقلا عن البكري المصدر السابق –ص ٣٩.

[2] -عبد الباقي البكري – المصدر السابق– ص٣٩

[3] -انظر ديلفكيو –نقلا عن الغنيمي – المصدر السابق – ص١١٨.

فالعموم ، مثلا ، في القانون الدولي ينسجم مع طبيعة هذا القانون وهذه العمومية لا تقاس بالضرورة بمقاييس القانون الخاص"[1]" .

وفقا لما تقدم ، يظهر واضحا ان المشرع ولاعتبارات عملية و تتمثل باستحالة رصد وإيجاد قاعدة قانونية خاصة بكل شخص أو بكل واقعة ، ولاعتبارات فلسفية تتمثل بان التاريخ البشري السياسي شهد انتكاسات وارتدادا لمبدأ سيادة القانون لمصلحة مبدأ سيادة الحاكم ، يضطر و بسبب ما سبق ، إلى صياغة القاعدة القانونية بصيغة التجريد فرضا والعمومية حكما مما يعني ان العمومية والتجريد بما توفره من قدرة النص على الانطباق على عدد لا متناه من الأشخاص والوقائع في الحال والاستقبال تحقق واحدا من انشط اسبب خلق الفراغ التشريعي من خلال امتداد القاعدة القانونية العامة في السريان والانطباق على عددغير محدد من الأشخاص وكمّ غير متناه من الوقائع مما يسمح له بحكم وقائع جديدة ومستحدثة مما يعمل على سدّ منطقة المتغيرات في الوقائع التي عجز المشرع لحظة وضعه لتشريعه من تصورها أو التحقق منها أو عجز أولم يرغب لأكثر من سبب في معالجتها ،فتاتي الصياغة العامة ، هنا، وسيلة لمعالجة المستحدث والمتغيّر من الوقائع وهذا ما اصطلحنا عليه ب(الفراغ التشريعي).

ثانيا _ نوع الصياغة القانونية

مما يخلق ويساعد على خلق منطقة الفراغ التشريعي أو يمنع أو يقلص منها نوع الصياغة القانونية التي يتبعها المشرع في بناء النص القانوني ،اذ قد يصاغ النص بشكل جامد (Rigid)وقد يصاغ بشكل مرن (Flexible) ،واعتماد إحدى الطريقتين في إنشاء النص يساعد في منحه القدرة على المواكبة

[1] -الغنيمي – المصدر السابق – ص ١١٦- ١١٨.

والاستجابة لمتغيرات الظروف وبعبارة أخرى سيخلق ما يطلق عليه بالفراغ التشريعي من عدمه وهذا ما سنحاول التعرف عليه فيما لاحقا.

أ-الصياغة الجامدة :

ويقصد بها الصياغة التي تواجه وقائع وفروض محددة وتعطيها حكما محددا، اذ يكون الفرض محددا فيها فيكون الحل محددا ومحكما أيضا، وهذا التحديد والإحكام في الصياغة قد يتناول الفرض"[1]" دون الحل أو الحكم وقد يتناولهما معا"[2]". وتكون هذه الصياغة مقيدة للقاضي ولا تترك حرية واسعة التقدير له مما يكون ملزما معها القاضي بالحكم الذي تقرره ولا تفسح مجالا للفروق الفردية والظروف المتباينة وإنما تعتد بالغالب الشائع من الأمور وبصفة عامة يتحقق هذا النوع من الصياغة عن طريق ما يعرف ب (إحلال الكم محل الكيف)، وفيها يكون اهتمام المشرع برقم أو نسبة معينة دون ان يكون هذا الرقم أو هذه النسبة عاكسة للمضمون الذي أريد للرقم أو النسبة ان تحققه أو تعبر عنه .ومها أيضا استخدام أسلوب الحصر "[3]".

ومن امثلة الصياغة الجامدة في الحالة الأولى أي استخدام الأرقام نصوص عديدة منها ﴿٤٢٩﴾ مدني عراقي (الدعوى بالالتزام ايا كان سببه لا تسمع على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة مع مراعاة ما وردت فيه أحكام خاصة .)"[4]"والفكرة الأساسية التي يقوم عليها هذا النص هي استقرار المعاملات، ولتعذر الوصول الى حدّ نوعي يتأكد ويطمئن من خلاله على تحقق الاستقرار لجأ المشرع إلى اعتماد حّد كمي، وهذا الانتقال من الرصد

---

[1] -انظر على سبيل المثال نص المادة(٢٦٧)ق.ع.ع وغيرها كثير والتي نصت على ما يلي(١_يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين او بغرامة لا تزيد على مائتي دينار :كل من هرب بعد القبض عليه او حجزه او توقيفه او حبسه بمقتضى القانون.....)،حيث يظهر واضحا ان التحديد هنا للفرض دون الحكم الذي يتدرج بين حدين

[2] _انظر ايضا على سبيل المثال المادة ١٥٠ ق. ع.ع.التي نصت على ما يلي (تسقط الجريمة بأحد الأسباب التالية :١_وفاة المتهم .٢_العفو العام .٣_صفح المجنى عليه في الأحوال المنصوص عليها قانونا.)، ويظهر واضحا ان الفرض والحكم هنا محددان تحديدا دقيقا .

[3] -د. توفيق حسن فرج_المدخل للعلوم القانونية – القسم الأول – النظرية العامة للقانون –الدار الجامعية - ١٩٩٣-ص ١٦٥-١٦٦.ود. رمضان ابو السعود ود. همام محمد محمود _المبادئ الأساسية في القانون _منشاة المعارف بالإسكندرية _١٩٩٦_ص١١٥،وسمير السيد تناغو _المصدر السابق_ص٤٧.

[4] -و النصوص أكثر من ان تحصر ، فتأمل .

النوعي للظاهرة إلى الرصد الكمي رافقه انتقال من الصياغة المرنة إلى الصياغة الجامدة. و من ذلك نص المادة﴿١٠٦﴾(سن الرشد هي ثماني عشرة سنة كاملة) وأمام صرامة الصياغة الجامدة للنص يلجأ المشرع في بعض الأحيان إلى التخفيف من هذه الصرامة التي يعيق سبيل النص وتعترض حياته في واقع متشابك يسيتعصي أحيانا على هذا الجمود من ذلك،على سبيل المثال، المادة السابعة من قانون الأحوال الشخصية(١-يشترط في تمام أهلية الزواج العقل وإكمال الثامنة عشرة)وكذلك المادة الثامنة من ذات القانون/٢ (للقاضي ان يأذن بزواج من بلغ الخامسة عشرة من العمر اذا وجد ضرورة تدعو إلى ذلك .).وعموما اغلب النصوص الجزائية الضريبية والإجرائية تكون صياغتها صياغة جامدة لا تترك للقاضي حرية واسعة في التقدير ، بل ان عملة في البعض منها قد يكون آليا.

مع الإشارة إلى ان كل من القاعدة القانونية الجامدة والمرنة يمكن ان تطبق بطريقة جامدة أو مرنة حسب طبيعتها"[١]" .هذا فيما يتعلق بالصياغة الجامدة عن طريق الأرقام اما فيما يتعلق بالصياغة الجامدة عن طريق الحصر فنقدم المادة (٢٦) من الإثبات مثالا وغيرها كثير" [٢]".ويتميز هذا النوع من الصياغة بالوضوح والتحديد وانه يحقق العدل المجرد لا العدالة الواقعية، العدل الذي يقوم على أساس الاعتبار والاعتداد بالعامل المشترك والغالب من الأمور الذي يشترك فيه أفراد النموذج التشريعي الواحد،حيث يعتمد الظروف والعناصر الجوهرية والأساسية ويتعمد هذا النوع من الصياغة التنازل وإغفال الحقائق الفردية والظروف الخاصة والثانوية للأشخاص والوقائع المشمولة بحكم نصوصها. ومن المفيد في هذا لموضع الإشارة إلى ان الشريعة الإسلامية سلكت منهجا يتسم ب(تفصيل ما لا يقبل التغيير من الأحكام

[١] -د. سمير عبد السيد تناغو _المصدر السابق _٤٩-٥٠.

[٢] -انظر المادة ٢٦ من قانون الإثبات النافذ الفقرة اولا (لا يكون السند العادي حجة على الغير في تاريخه الا منذ ان يكون له تاريخ ثابت ، ويكون السند ثابتا في إحدى الحالات التالية:أ- من يوم ان يصدق عليه الكاتب العدل .ب_من يوم ان يثبت مضمونه في ورقة اخرى ثابتة التاريخ .ج _من يوم ان يؤشر عليه قاض او موظف عام مختص .د _من يوم وفاة احد ممن له على السند اثر معترف به من خط او أمضاء او بصمة إبهام او من يوم ان يصبح مستحيلا على احدمن هؤلاء ان يكتب او يبصم لعلة في جسمه و بوجه عام من يوم وقوع أي حادث اخر يكون قاطعا في ان السند قد صدر قبل وقوعه .)

وإجمال ما يقبل التغيير منها ضمانا لخلود الشريعة وديمومة أحكامها.....فقد أسهبت في أحكام العقيدة والأخلاق اما يتعلق بالأحكام الشرعية العملية فقد تناولت بالتفصيل النزر اليسير منها كالمواريث اما ما اغفل تفصيله منه فقد اكتفى بسوق المبادئ لتكون أساسا لتفريع الأحكام عليها كالأمر بالشورى والوفاء بالعقود والأمر بالعدل وقنعت في تارة اخرى بذكر حكام مجملة تاركة تفصيلها إلى السنة ...)[1]

ب_ الصياغة المرنة

(تكون القاعدة القانونية مرنة اذا كان الفرض فيها مرنا ، أو كان الحل فيها مرنا ، أو كان كل منهما كذلك.ويكون الفرض في القاعدة مرنا اذا كانت العبارة المستخدمة في تحديد الفرض غير محددة تحديدا دقيقا،بل كانت عبارة مرنة يمكن ان تتسع فتشمل وقائع معينة أو تضيق فلا تنطبق على هذه الوقائع)"[2]"ويطلق على هذه العبارة المرنة اصطلاح المعيار(Standard) والمعيار هو جزء من القاعدة القانونية ولا يوجد خارجها وهو ما يمنح القاعدة المرونة في التطبيق، فهو وسيلة صنع القاعدة المرنة.والمشرع يستخدم هذا النوع من الصياغة في كثير من القواعد القانونية فمعظم الحل_الجزاء_ الذي يتبناه المشرع الجزائي يكون حلا مرنا فالعقوبة الجزائية غالبا تتراوح بين حدين أعلى وأدنى بحيث يمتلك معها القاضي سلطة تقديرية في إيقاع العقوبة بما يتلاءم مع الظروف.

وفي نطاق القانون الخاص هناك الكثير من القواعد القانونية المرنة من ذلك (الحوادث العامة الاستثنائية ورد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول"[3]" ، وكذلك الاستعمال الجائز أو غير الجائز للحقوق"[4] ودرء المفاسد أولى من جلب المنافع"[5]"، والوصف المرغوب فيه"[1]" ، والغلط في صفة جوهرية"[2]"، والنظام

---

[1] عبد الباقي البكري _المدخل لدراسة القانون والشريعة الاسلامية ج١_المصدر السابق _ص٥٤٢.و د.خالد رشيد الجميلي_المدخل في دراسة الشريعة الاسلامية والقانون_مديرية دار الكتب والنشر _بغداد_١٩٨٩_ص٢٤وص٨٢.

[2] _سمير عبد السيد تناغو _المصدر السابق_ص٤٤.

[3] -انظر المادة (١٤٦/ب)مدني عراقي .

[4] -انظر المادة (٧،٦)مدني عراقي .

[5] -انظر المادة (٨)مدني عراقي.

العام أو الآداب"[٣]" والإتلاف مباشرة أو تسببا،"[٤]"و ما لحق المتضرر من ضرر وما فاته من كسب"[٥]" ، وما يكون نتيجة طبيعة للعمل غير المشروع"[٦]" ،والمطالبة خلال مدة معقولة ، والسبب الأجنبي"[٧]" ، والغبن اليسير والغبن الفاحش وغيرها كثير .

والصياغة المرنة على خلاف الصياغة الجامدة تتميز بالمرونة وتمنح النص القدرة على مواكبة التطور ومسايرة المستجدات وتمكن القاضي من جعل الحل يتلاءم مع كل حالة منفردة وتبعا لظروف الواقع المحيطة بالإطراف مما يساهم في تحقيق العدالة الواقعية مما يعين على مسايرة التطور ، ويسجل على هذا النوع من الصياغة انها تؤدي إلى تحكّم القضاء في التقدير ،لكن ما يخفف ويهوّن من وطأة هذا الانتقاد هو وجود الضوابط القانونية التي يقررها المشرع تنظيما لعملية الاجتهاد القضائي ورقابة محكمة "التميز" وما أظهره الواقع من أن القضاء طبق هذه النصوص المرنة بطريقة بعيدة عن الشبهات في الغالب."[٨]"

ويظهر واضحا بعد هذا العرض ان الصياغة المرنة على خلاف الجامدة تساعد على خلق ظاهرة الفراغ التشريعي بل هي من اهم أسباب وجود هذه الظاهرة .

الخاتمة

نوكد ان نشأة و نمو وتطور الشرائع القانونية قد قطعت أشواطا زمنية طويلة ود شنت أكثر من وسيلة لرفد مسيرتها وبما يتناسب مع طبيعة هذه الشريعة او تلك فضلا عن الظروف الاجتماعية والاقتصادية والثقافية والدينية المحيطة بها ،واختلاف الظروف المحيط بالشرائع والنظم القانونية أدى بالنتيجة

---

[١] -انظر المادة (١١٧)مدني عراقي.
[٢] -انظر المادة (١١٨)مدني عراقي.
[٣] -انظر المادة (١٣٠)مدني عراقي.
[٤] - انظر المادة (١٨٦)مدني عراقي.
[٥] - انظر المادة (٢٠٧)مدني عراقي.
[٦] - انظر المادة (٢٠٧)مدني عراقي.
[٧] - انظر المادة (٢١١)مدني عراقي.
[٨] -توفيق حسن فرج _المصدر السابق_ص١٦٦_١٦٨.

الى اختلاف الوسائل المتبعة في تطوير النصوص القانونية ومعالجة النقص الحاصل فيها وهذا قاد الى تنوع النتائج المتحققة مما يعني ان معالجة حالات القصور بما في ذلك النقص والفراغ الحاصل في القانون تم بوسائل متعددة . وقطعا اتباع هذه الوسيلة او تلك كان مقرونا بطبيعة القانون وقواعده(اسوا ء اكانت قواعد تشريعية ام عرفية ام قواعد عدالة) وظروفه المحيطة به وقد عالجت الشرائع هذا النقص بوسائل وحسب اسبقية اعتمادها تاريخيا من خلال الافتراض القانوني مبادئ وقواعد العدالةوالتشريع.

اولا انتهى البحث منفردا او متابعا غيره الى مجموعة من النتائج لعلة من المفيد ان نسطر بعضا منها هنا اتماما للفائدة

١_لتشريع ، وبحكم نشأته أو أصل نشأته محكوم بالنقص ذلك ان الإنسان أسواء كان واضعا أم مخاطَبا بالنص محكومٌ وحسب التكوين والتحصيل بالنقص ، ولعل هذا النقص نقص فطري وطبيعي يتفق وجِبلّة البشر غير الكاملةِ معرفةً والساعية بجَهدٍ نحو الكمال ولسنا نعدُّ – ولاً يعدّ – هذا النقص في المعرفة ولا النقص في التحصيل عيبا بل هو ميزة ، ولا نراه مثلبة ،بل هو حسنة لا تستقيم الأمور بغيره لان النص التشريعي دون هذا النقص لن يكون نصا تشريعيا بالمواصفات المطلوبة ولن تتأتى له بسواه القدرة على حكم الحال والاستقبال معا فضلا عن الثابت والمتغيّر من الظواهر ، بل هذا القدر المستحسن من انعدام النص أو حكمه، أحيانا كفيل بسد منطقة المتغيّرات. و هذه الظاهرة تتولى تحقيق دورا ايجابيا يتمثل بسد منطقة المستجدات من خلال الاحتكام إلى متغيرات الأمور مما يمنح النص قدرة هذا النقص مثلما يمكن تصوره في التشريع بوصفه المصدر لاساسي للقانون يمكن تصوره في بقية المصادر الاخرى كالعرف والدين وحتى قواعد العدالة فيما يتعلق باصحاب المدرسة الوضعية لكن تظهر اهميته في التشريع بشكل اوضح ل لاسباب تتصل بطبيعته.

٢_ وهذا ا النقص الحتمي أو الفراغ التشريعي قد يرجع إلى أسباب قهرية لا سلطان للمشرع فيها ولا قدرة على تجاوزها وقد يرجع إلى أسباب مختارة تدخل في أصول فن الصياغة التشريعية وما يوجبه هذا الفن من ضوابط ، أي انها مقصودة من المشرع بملأ إرادته.

٣_ وهي كذلك لا تختص بفرع من فروع القانون دون سواه .

٤_كما ان الحقيقة الثابتة هي ان هذا النقص لا يحدث دون ضوابط أو كما يقال-عفويا-ولا كذلك بصورة مصممة مسبقا بالكامل
٥_ الظاهرة ترجع اما الى اسباب مادية او فنية.

ثانيا_ الاثار المترتبة على الفراغ او منطقة الفراغ البناء

هناك جملة آثار تترتب على توفر منطقة الفراغ اذ يمكننا هنا في نهاية البحث ان نحدد اهمها بشكل عام وأجمالي دون الدخول بالتفاصيل خشية ان يخرج البحث عن نطاقه المرسوم له.على ان لا يمنع ذلك من إمكانية معالجة الآثار بشكل تفصيلي وببحث منفرد مستقبلا.

١تعدد مصادر القاعدة القانونية، اذ ظهر واضحا ان تعدد مصادر القاعدة القانونية حقيقة معترف بها من جميع الشرائع بغض النظر عن طبيعتها سوا ء اكانت مدونة ام عرفية وسواء أكانت مدونة مقدسة ام مدونة غير مقدسة،وهذا يعكس في واقع الأمر الاعتراف بوجود وسائل مكملة للتشريع

٢_الاعتراف بدور القضاء في الاجتهاد واتباع التفسير المتطور للقانون ومراعاة الحكمة من التشريع .

٣ _متابعة المشرع للتشريع بالتعديل الكلي او الجزئي عند اكتشاف المنطقة بل ان بعض الشرائع تغالي بالاعتداد بالفراغ فلا ترى في التشريع مؤهلا للقيام بواجبات التنظيم القانوني فتتبنى نظام السوابق القضائية.

٤_اتساع ظاهرة المباحات والتي اشارت اليها المادة من القانون المدني العراقي ابلاصل في الاشياء الاباحة

االمصادر

١. احمد ابو الوفا- الوسيط في القانون الدولى العام –ط٣-دار النهضة العربية – سنة٢٠٠١.

٢ احمـــد حســـن بغـــدادي –الـــنقص الفطـــري فـــي أحكـــام التشـــريع-مجلـــة القضاءع٤،٥س١٩٤٥ وهي مجلة حقوقية تصدرها نقابة المحامين في العراق ا.
٣ توفيق حسن فرج_المدخل للعلوم القانونية – القسم الأول – النظرية العامة للقانون –الدار الجامعية -١٩٩٣-.
٤ حسن كيرة –المدخل إلى القانون-منشأة المعارف- بالاسكندرية - نظرية القانون – ط٤ -١٩٧١.
٥ خالد رشيد الجميلي_المدخل في دراسة الشريعة الإسلامية والقانون_مديرية دار الكتب والنشر _بغداد_,١٩٨٩
٦ رمضـان ابـو السـعود ود. همـام محمـد محمـود _المبـادئ الأساسـية فـي القـانون _منشاة المعارف بالإسكندرية .
٧رياض القيسي – اصو ل القانون –بيت الحكمة – ط١ – بغداد-٢٠٠٢.
٨ س.ف.كاناريز-سد الفراغ في القانون وموقف القانون الألماني منه –ترجمة د. عبد الرسول الجصاني – مجاة القضاء العدد الاول –السنة الثامنة والعشرون – ١٩٧٣,
٩ سمير عبد السيد تناغو النظرية العامة للقانون-الناشر منشاة المعارف بالاسكندرية-القاهرة – ١٩٧٣.-
١٠ . عامر سليمان _القانون في العراق القديم _ط٢_دار الشؤون الثقافية العامة _بغداد _,١٩٨٧
١١ عبد الباقي البكري _المدخل لدراسة القانون والشريعة الاسلامية ج١_المصدر السابق _ص,٥٤٢
١٢ عبد الباقي البكري -المدخل لدراسة القانون والشريعة الاسلامية –- ج١- مطبعة الاداب –النجف الاشرف ١٣٩٢ه-١٩٧٢م.
١٣ عبد الباقي البكري ود محمد علي بدير _المدخل لدراسة القانون _مطابع مديرية دار الكتب للطباعة والنشر _جامعة الموصل _١٩٨٢م_١٤٠٢ هـ.

١٤ عبد المجيد محمد الحفناوي و د عكاشة محمد عبد العال _تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية والقانون الروماني _الدار الجامعية _بيروت _١٩٨٩_ص,٢٠٠

١٥ على جمعة محارب –دور الاجتهاد القضائي في تطوير القاعدة القانونية –مجلة القضاء – العدد١،٢-السنة السادسة والأربعون -وهي مجلة حقوقية تصدرها نقابة المحامين في العراق .

١٦ كاظم عبد الله حسين ألشمري – تفسير النصوص الجزائية _دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي _رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون _جامعة بغداد ١٤٢٢هـ_٢٠٠١م.

١٧_ محمد باقر الصدر –رحمه الله- _ أقتصادنا _مؤسسة دار الكتاب الاسلامي مطبعة الامير _قم ١٤٢٥_ه.ق ٢٠٠٤م

١٨ محمد احمد الزعبي التغير الاجتماعي – د.– ط- الأولى دار الطليعة للطباعة والنشر –بيروت-,١٩٧٨

١٩محمد رضا المظفر – اصول الفقه –ج٣،٤-ط٤-طبع وتوزيع جبار الحاج عبود _.١٩٩٣ .

٢٠ محمد شريف احمد –نظرية تفسير النصوص المدنية – مطبعة وزارة الأوقاف والشؤون الدينية – بغداد – بدون تأريخ طبع.

٢١ محمد طلعت الغنيمي –الغنيمي في الوجيز في قانون السلام -١-منشاة المعارف بالإسكندرية – ,١٩٧٧

٢٢ محمد محمدابراهيم _النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى في قانون المرافعات _دار الفكر العربي _القاهرة_,١٩٨٢

٢٣ محمود عبد المجيد مغربي_الوجيز في تأريخ القوانين ___المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر و النشر والتوزيع_بيروت_ط١_١٩٧٩.

٢٤ مصطفى ابراهيم الزلمي-اصول الفقه في نسيجه الجديد-ط٩ج٢،١-طبع شركة الخنساء للطباعة المحدودة – بغداد -٢٠٠٢-.

٢٥ مهدي مهريزي –الفقه والزمان مجلة قضايا إسلامية- وهي مجلة تصدرها مؤسسة الرسول الأعظم ف الجمهورية الإسلامية الإيرانية –العدد الخامس - ١٤١٨ه-١٩٩٧م[١].

٢٦ الموسوعة الفلسفية المختصرة-نقلها عن الإنكليزية فؤاد كامل وآخرون-مكتبة النهضة –بغداد- مطبعة أوفسيت الميناء-١٩٨٣-

٢٧ وليم سليمان قلادة _التعبير عن الارادة في القانون المدني المصري _دراسة مقارنة _ط١_المطبعة التجارية الحديثة _١٩٥٥

Steven M Cahn –Classics of modern political theory –Oxford university press-1997-p 325.

(

[١]M.Ethan Katsh-Thaking Side,legal issues – tenth edition mcgraw-hill/dushkin adivision of the

mcgraw-hill companies-2000-p xii-xiii

١)قانون الإثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل والذي نشر في جريدة الوقائع العراقية العدد٢٧٢٨ في ١٩٧٩/٩/٣ .
٢)قانون الاحوال الشخصية رقم١٨٨لسنة١٩٥٩المعدل نشر في جريدة الوقائع العراقية العدد ٢٨٠ في ١٩٥٩/١٢/٣٠.
٣)قانون التجارة رقم ٣٠لسنة المعدل ١٩٨٤ نشر في جريدة الوقائع العراقية العدد٢٩٨٧ في ١٩٨٤/٤/٢.
٤)قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩.
٥) القانون المدني السوري رقم٨٤لسنة١٩٤٩.
٦) القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
٧) القانون المدني الفرنسي(civil code) _
٨)القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ,١٩٤٨

٩) القانون المدني الجزائري رقم ٧٥-٥٨ لسنة ١٩٧٥.
٩) قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩، نشر في جريدة الوقائع العراقية العدد١٧٦٦في ١٩٦٩/٨/١٠-ط ٩ -٢٠٠٠ منشورات المكتبة القانونية بغداد

.

.