

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

## تَكْمِيلُ التَّشْرِيعِ

« دَرَاةَ مَقَارِنَةَ بَيْنَ الْقَانُونِ الْإِمَارَاتِيِّ وَالْقَانُونِ الْعِرَاقِيِّ »

إِعْدَاد

و. إِسْمَاعِيلُ نَامُو حَسِينُ

عُضُوهُةَ التَّدْرِيسِ بِكَلِيَّةِ الْقَانُونِ وَالسِّيَاسَةِ  
بِجَامَعَةِ السَّيْمَانِيَّةِ - الْعِرَاقِ

### ملخص البحث

مما لا شك فيه أن التشريع مهما سن بالحذق والدقة والإمعان فلا يبلغ درجة الكمال، بل يشوبه النقص ويحتاج إلى التكميل، فقد تنبه معظم المشرعين إلى مشكلة النقص في التشريع، بل تحولت هذه المشكلة إلى ظاهرة قانونية عمت كل القوانين المدنية، مما دفع بالمشرعين أن يتدخلوا من أجل معالجتها وذلك بإقرار قنوات ومصادر لسد النقص الحاصل وتكميله، كي لا يعجز القاضي عن الحكم في القضية، وكي لا يجعل النقص في التشريع ذريعة للتهرب عن إحقاق الحق.

تظهر أهمية تكميل التشريع في تداخله الوثيق مع العدالة، ويصبح في الوقت ذاته وسيلة فعالة لتطور القانون، وكذلك له تدخل مؤثر لاستجابة متطلبات المجتمع، ويعد معيناً أساساً للقاضي ليضطلع بمهامه على أكمل وجه، ويرتبط بالواقع. كل هذه الأمور تجعله مؤهلاً ليكون مادة لمثل هذا البحث.

## المقدمة

نستحسن أن نصوغ مقدمة البحث كالآتي:

### أولاً / التعريف بالموضوع وأهميته:

من المعلوم أن التشريع يعد مصدراً رئيساً لقوانين أغلب البلدان، بل يعتبر مصدراً وحيداً في بعض البلدان وبالنسبة لبعض القوانين، والقول بأنه مصدر رئيس يعني أنه ينبغي على القاضي أن يرجع أولاً إلى التشريع لاستقاء الحكم للقضية المعروضة عليه، فالتشريع بهذا المعنى يصبح المصدر الأول للحكم، لكن قد يحدث أن لا يتضمن التشريع حكم حالات معينة، أو أن الظروف والأوضاع قد تتغير مما يؤدي إلى عجز التشريع عن حكم تلك المستجدات، مقصود القول هنا أن التشريع يشوبه النقص ويحتاج إلى التكميل، فقد تنبه معظم المشرعين إلى مشكلة النقص في التشريع، بل تحولت هذه المشكلة إلى ظاهرة قانونية عمت كل القوانين المدنية، مما دفع بالمشرعين أن يتدخلوا من أجل معالجتها وذلك بإقرار قنوات ومصادر لسد النقص الحاصل وتكميله، كي لا يعجز القاضي عن الحكم في القضية، وكي لا يجعل النقص في التشريع ذريعة للتهرب عن إحقاق الحق.

من هنا تظهر أهمية تكميل التشريع فيصبح طريقة مثلى لتحقيق العدالة، ووسيلة فعالة لتطور القانون واستجابته لمتطلبات المجتمع، ومعيناً أساساً للقاضي ليضطلع بمهامه على أكمل الوجه، وهذه الأهمية البالغة لموضوع تكميل التشريع تجعله مؤهلاً ليكون مادة لمثل هذا البحث.

### ثانياً / مشكلة البحث وأسباب اختيار الموضوع:

تتجسد مشكلة البحث بالأساس في أنه هنالك اختلاف في الفقه حول مسألة كمال التشريع من عدمه، فنحاول أن نتوقف على بيان تلك المسألة، وكذلك يختلف موقف

القوانين فيما بينها بشأن تناول ظاهرة النقص في التشريع ومعالجته. غير أن الركن الرئيس في مشكلة البحث هو مناقشة مصادر تكميل التشريع سيما فيما يتعلق بالالتزام بالترتيب الوارد للمصادر، في كل من قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني العراقي.

أما بالنسبة لأسباب اختيارنا لهذا الموضوع، فيصبح الخلاف الدائر حول التعامل مع تكميل التشريع أحدًا منها، وحادثة الموضوع وعدم سبق تناوله حسب ما أدركنا بعد الاطلاع المطلوب يشكل سببًا آخر، لكن السبب الجوهرى هو أهمية الموضوع ومدى ارتباطه بالواقع، وتدخله الفعال لاستجابة متطلبات المجتمع، وتداخله الوثيق مع العدالة.

### ثالثاً / أهداف البحث:

نحاول من خلال هذا البحث أن نبين مفهوم تكميل التشريع، ومادام التكميل هو الجانب الإيجابي للنقص في التشريع نسعى أن نناقش النظريات التي وجدت بشأن ظاهرة النقص في التشريع، ونوضح الحلول الفقهية والتشريعية المقدمة بصدد معالجة النقص في التشريع وكيفية تكميله، بيد أن كل هذه المقدمات تتجه نحو تحقيق هدف معين وهو مرتكز البحث، وهذا الهدف هو بيان موقف كل من القانونين الإماراتي والعراقي فيما يخص مسألة التكميل، ومناقشة الحلول الموجودة فيهما مناقشة مفصلة مقومة للخروج بنتائج تخدمهما.

### رابعاً / صعوبة البحث:

إن الإقدام على إجراء المقارنات بين القوانين ليس بأمر سهل، وإنما فيه من الصعوبة ما لا يستطيع الباحث التغلب عليها، لأن المقارنة الحقيقية تتطلب أن يكون الباحث على الإدراك والدراية الحقيقية بالقانون المقارن به من جوانب عدة. نحن في بحثنا هذا نعي تلك الحقيقة وندرك مغزاها، ونجد أنفسنا فعلاً أمام تلك الصعوبة، لكن

هذه الصعوبة لا تمنعنا من البحث في هذا الموضوع ، ونحاول قدر الإمكان أن نتلافها ونتجاوزها بالتوكل على الله، راجياً منه التوفيق .

#### خامساً / منهجية البحث وخطته :

نستتبع في إعداد هذا البحث منهجاً تحليلياً مقارنةً، تحليلي للآراء والنصوص القانونية، ومقارن بين القوانين خصوصاً بين القانون الإماراتي والقانون العراقي . يتكون البحث من مبحثين، سنخصص أولهما لبيان مفهوم تكميل التشريع ومناقشة مقتضياته، وذلك من خلال مطلبين، في المطلب الأول سنتكلم عن مفهوم التشريع ، وفي المطلب الثاني سنناقش مقتضيات تكميل التشريع ، أما المبحث الثاني فسنخصصه لبيان مناهج تكميل التشريع ، مقسمين المبحث إلى مطلبين، سنتطرق في أولهما إلى تناول منهج القوانين في تكميل النقص في التشريع ، وسنبحث بثنائهما في منهج القانونين الإماراتي والعراقي في تكميل التشريع ، وذلك من خلال فرعين، سنخصص الفرع الأول لبيان موقف القانون العراقي، أما الفرع الثاني فنستولى الكلام فيه عن موقف القانون الإماراتي من تكميل التشريع ، وسنختم بحثنا بخاتمة نبين فيها أهم الاستنتاجات والمقترحات . ومن الله التوفيق

## المبحث الأول مفهوم تكميل التشريع ومقتضياته

نحاول من خلال هذا المبحث أن نتناول بالمبحث مفهوم تكميل التشريع ، ومن ثم نتطرق إلى بحث المقتضيات التي تدعو التكميل بل تستلزمه، وذلك من خلال مطلبين ، نخصص أولهما لبيان مفهوم التكميل ، وفي الثاني نتعرض إلى مقتضيات التكميل:

المطلب الأول: مفهوم تكميل التشريع .  
المطلب الثاني: مقتضيات تكميل التشريع .

### المطلب الأول مفهوم تكميل التشريع

التكميل والإكمال لغةً: يعني الإتمام والكفاية، والكمال هو التمام<sup>(١)</sup>. أما تكميل التشريع فهو إتمام النواقص الموجودة أو المستجدة في التشريع بالاستعانة إلى مصادر القانون الأخرى. فالقاضي عندما لا يجد في التشريع نصاً أو قاعدة يمكن تطبيقها في النزاع المعروض عليه سميت هذه الظاهرة نقصاً في التشريع ، وهذا النقص مهما يكن سببه يتوجب على القاضي المدني أن يبذل كل جهوده لمعالجته وإيجاد الحل للنزاع ، وألا يمتنع عن الحكم وإحقاق الحق وإلا تعرض للمساءلة لإنكاره العدالة .  
فالنقص في التشريع إذن كما يعرفه البعض<sup>(٢)</sup> هو الحالة التي لا يجد القاضي في

(١) ينظر: إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح، دار المعرفة، بيروت، ط١، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م، ص٩٢٦؛ ابن

منظور، لسان العرب، مؤسسة الأعلمي للطبوعات، بيروت، ط١، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م، مجلد٢، ص٣٤٨٢.

(٢) ينظر: عبدالحى حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية وفقاً للقانون الكويتي، دراسة مقارنة، مطبوعات جامعة الكويت، كلية الحقوق والشريعة - القانون الخاص، ١٩٧٢، ج١، نظرية القانون، ص(٥٢٧ - ٥٢٨).

نصوص القانون المكتوب (التشريع) قاعدة يمكن تطبيقها في النزاع المعروض عليه سميت هذه الظاهرة نقصاً في التشريع لا نقصاً في القانون.

ويفرق البعض الآخر<sup>(٣)</sup> بين النقص في التشريع الذي هو عدم ورود حكم فيه يتناول النزاع المعروض أمام القاضي وبين القصور في القانون الذي هو عدم تضمن النص القانوني لما تقوم الحاجة إليه من أحكام تفصيلية أو جزئية، بمعنى أنه في الحالة الأولى لا يوجد الحكم أصلاً أي أن التشريع لم يتطرق إلى معالجة ذلك النزاع المعروض، أما في الحالة الثانية فهناك حكم أو قاعدة لكن هذه القاعدة لا تستغرق تفاصيل القضية كلها لذا تبقى هذه القاعدة قاصرة وتظل الحاجة إلى إتمامها قائمة.

يحبذ البعض<sup>(٤)</sup> أن يعرف النقص في التشريع بـ(عدم احتواء التشريع مطلقاً على نص يعالج النزاع المعروض أمام القاضي أو أنه يحتوي على هذا النص بيد أنه تنقصه الأحكام التفصيلية اللازمة لحل ذلك النزاع).

وهناك من يفرق بين أن يكون التشريع ناقصاً وبين أن يحتوي التشريع على قواعد يناقض بعضها بعضاً، فهو يسمى في الحالة الأخيرة (تشريعاً غير متجانس)، أما في الحالة الأولى فيسمى ناقصاً، بمعنى أنه لم يشتمل على قاعدة لحل نزاع معين، ويقال في بيان هذا الفرق إن التشريع غير المتجانس يشتمل على ما يزيد على الحاجة، أما التشريع الناقص فيخلو مما كان يجب أن يشتمل عليه، فعلاج عدم التجانس هو التطهير والإصلاح كما يقال، أما علاج النقص في التشريع فهو التكميل<sup>(٥)</sup>.

يتبين لنا مما تقدم أن تكميل التشريع هو إتمام أحكامه بالاستعانة إلى المصادر الأخرى

(٣) ضياء شيت خطاب، فن القضاء، قسم البحوث والدراسات القانونية في معهد البحوث والدراسات العربية، بغداد، ١٩٨٤، ص ٧٠.

(٤) محمد أحمد رمضان، دور القاضي في إنشاء القاعدة القانونية المدنية، رسالة ماجستير، كلية القانون والسياسة - جامعة بغداد، محرم ١٤٠٦هـ - أيلول ١٩٨٥م، ص ٥٤.

(٥) نقلاً بتصرف عن: د. عبدالحى حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، المصدر السابق، ص ٥٣٨.

للقانون ليقدر القاضي المدني أن يجد الحل لكل نزاع مدني معروض عليه. علماً بأن هذا الإتمام لا يتم إلا بناء على إرادة المشرع الصريحة، فإذا أجاز المشرع التكميل جاز وإلا لم يجز، لهذا السبب لا نجد في فروع القانون الجنائي وبعض القوانين الأخرى ما يسمى بتكميل التشريع، لاقتصار دور القاضي في هذه الفروع على تطبيق القانون فحسب دون التكميل وذلك بناء على مبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص).

## المطلب الثاني

### مقتضيات تكميل التشريع

النقص في التشريع كما تقدم هو أن تعرض قضية على القاضي لا يجد قاعدة أو نصاً يمكن تطبيقه عليها، مما يستلزم تكميل هذا النقص بالاستعانة إلى قنوات الحكم الأخرى. لكن التساؤل الجوهرى هنا ما السبب وراء حصول النقص في التشريع؟ وكيف تحدث الحاجة إلى تكميل التشريع؟ بعبارة أخرى: ما هي مقتضيات تكميل التشريع، أي ما هي أسباب الحالات التي تقتضي تكميل التشريع؟ للإجابة على هذه التساؤلات يمكننا القول أن ثمة أسباباً عديدة تقف وراء وجود النقص في التشريع وبالتالي الحاجة إلى تكميله. عليه يمكن اقتصار مقتضيات تكميل التشريع بما يأتي<sup>(٦)</sup>:

### أولاً: الأسباب الفنية:

وهي التي ترتبط بمدى قدرة المشرع على التنظيم الفني، أو هي عوامل مختلفة

(٦) للمزيد من التفصيل ينظر: د. حسن أحمد بغدادى، النقص الفطري في أحكام التشريع، بحث منشور في مجلة القضاء العراقية، بغداد، العددان (٤، ٥)، كانون الأول ١٩٤٥، السنة (٤)، ص(٣٩٩-٤٠٣).



أهمها يتصل بطبيعة الروابط التي يتناولها التنظيم الفني، أو أسباب عملية أخرى كغلبة التجريد عليها، أو قصورها عن بلوغ مستوى النضوج التشريعي، فمن الروابط الاجتماعية ما يتسع نطاقه وتدق تفاصيله على نحو يحمل الشارع على أن يتحاشى المساس به أو التعرض له، مثال ذلك تفاصيل العقود التجارية ولا سيما في مسائل الصرف ومعاملات البورصات تبلغ حداً من التعقيد والاتساع يؤثر معه الشارع مجرد الإحالة إلى عرف التجارة، والحق أن الحكمة تقتضي من المشرع دائماً أن يقف لدى أمهات المسائل تاركاً ما عداها من الجزئيات الدقيقة إما للأفراد أنفسهم يتعارفون على نظام يطبق في شأنها وإما للاجتهاد القضائي إذا لم يكن العرف قد تم تكوينه.

كذلك توجد مسائل تنطوي على فكرة مجردة يتصل مضمونها بتقدير الوجدان العام للجماعة ويبلغ من المرونة وسرعة التحول حداً يحمل المشرع على أن يقنع في شأنه بوضع قاعدة معيارية، دون أن يضبط حدود هذه القاعدة ضبطاً محسوساً ودقيقاً، مثال ذلك فكرتا النظام العام والآداب العامة، فإباحة كل اتفاق لا يخالف النظام العام أو الآداب بالنص عليها تنطوي على فكرتين مجردتين، وهاتان الفكرتان تبدوان في الظاهر كاملتين، غير أن مضمونهما لم يتحدد من قبل المشرع، بل تركه للقاضي، لأن هذا المضمون يستمد من تقدير الجماعة، ولا يستطيع المشرع أن يحصره في صيغة تشريعية مهما بذل من جهد. وكذلك الحال فيما نقضي به القوانين المدنية من أن تنفيذ العقود يتم وفقاً لما يستوجبه حسن النية بين المتعاقدين، أو وفقاً لما يستلزمه شرف التعامل أو نزاهة المعاملات أو الثقة، فهذه العبارات وغيرها مما يرد في التشريعات المدنية تشتمل على قواعد معيارية يلجأ المشرع إلى صياغتها على هذا النحو لاعتبارات فنية وهو بهذا يترك مضمون الفكرة لاجتهاد القضاء في هدي الاتجاهات العامة في الجماعة.

ومن المسائل ما يتعمد الإحجام عن معالجته لاعتبارات تتعلق بالسياسة التشريعية،

فالمشرع هنا يعتمد الاعتماد على اجتهاد القضاء في استقصاء مقصوده، وعلاج الاقتضاب، أو قد يرى أن الحلول التي تتنازع مسألة من المسائل لم تستقر على أساس ثابت، فيرجى حلها إلى أن تستبين حقيقة المصلحة، وأحياناً يبصر المشرع بالحل، ولكنه يتبين أن الظروف لا تهيئ له أسباب التنفيذ العملي فيغفله. والنقص الحاصل إثر كل هذا التعمد يسمى بالنقص العمدي في التشريع .

### ثانياً: الأسباب العملية:

تتعلق هذه الأسباب بكفاية الإرادة الشارعة على البصر بحقائق الحاضر ومدى ما يستجد من التطور في المستقبل، فالإرادة التشريعية لا تتوجه إلى الصور والفروض بقدر توجهها إلى المعاني، والمعلوم أن المعاني لا تتوافر في الفروض التطبيقية على وتيرة واحدة وبمقدار متكافئ، لأن المشرع يفرغ الفكرة في صيغة من الصيغ ويهيئها تهية تجعلها تتسع لمواجهة فئة معينة من فروض الواقع، إلا أن آحاد هذه الفروض تتفاوت فيما بينها تفاوتاً قد يحدو أحياناً على إخراج بعضها من نطاق تطبيق تلك الصيغة، فليس من الإسراف في شيء أن نقرر أن قدرة الإرادة التشريعية على البصر بحقائق الحياة لا تسمح بكمال الحكم التشريعي، بل إن قصور كفايتها في هذا الشأن يجعل النقص في التشريع من قبيل الحتميات<sup>(٧)</sup>.

من المعلوم أن القانون الوضعي من عمل الإنسان، والإنسان لا يستطيع الإدعاء بالكمال مهما كان حاذقاً، فقد يعجز في النفاذ إلى صميم الحقائق، ويجوز عليه الخطأ، وقد يغفل عن مواجهة كثير من ظروف الواقع، كما أن الروابط الاجتماعية دائمة التغير والتحول بحكم تكوينها، ولما كان التشريع بحكم صياغته المتجسدة في معنى مفرغ في

(٧) نقلاً عن: د. حسن أحمد بغدادي، المصدر السابق، ص ٤٠٢.

لفظ معين، فقصوره بالنسبة إلى أحداث المستقبل أمر لا محالة، لأن المعنى متى حبس في اللفظ أصابه الجمود عن ملاحقة المستجدات، والجديد في شأن الروابط الاجتماعية سنة دائمة لا مناص منها، والنقص الناتج نتيجة لهذه الأسباب يسمى بالنقص الفطري في التشريع .

### ثالثاً: الأسباب الأخرى:

ويضيف البعض<sup>(٨)</sup> أسباباً أخرى إلى الأسباب الفنية والعملية التي تقف وراء وجود النقص في التشريع، ومن هذه الأسباب قصور اللغة لأن اللغة في تطور دائم والتشريع في حالة سكون، فهذا التطور تتأثر معه المعاني القانونية التي حبست في ألفاظ التشريع . وكذلك نسيان المشرع، فالنقص الناتج عن هذه الأسباب يسمى بالنقص المجرد في التشريع .

إذا علم ذلك فلا بد من الإشارة إلى موقف الفقه من النقص في التشريع، فهنا ثمة رأيان في هذا الشأن:

الرأي الأول: يذهب إلى إنكار النقص في التشريع، لأن التشريع يكون شاملاً لجميع الحلول، وأنه لا يتصور أن يرد النقص على التشريع .

ظهر هذا الرأي في العصر الحديث عندما ظهرت الدول الكبرى التي أخذت تستأثر شيئاً فشيئاً بممارسة الإنتاج التشريعي، فحددت من ناحية، مجال فاعلية القانون العرفي أو استبدلت به القانون المكتوب، واستبعدت من ناحية أخرى المصدر المتنازع فيه وهو القانون القضائي وذلك بتحويل القاضي إلى موظف في الدولة يطبق القانون الذي وضعته الدولة أو فرضته<sup>(٩)</sup> .

(٨) ينظر: محمد أحمد رمضان، دور القاضي، المصدر السابق، ص(٥٧-٥٩).

(٩) ينظر: د. عبدالحى حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، المصدر السابق، ص٥٣٩.

وقد دافع فقهاء الألمان بشدة عن هذا الرأي، ونادوا بنظرية كمال التشريع<sup>(١٠)</sup> وكذلك نادى كلسن بهذه النظرية، كما أن أنصار مدرسة الشرح على المتون كانوا يرون بأن التشريع كامل لا نقص فيه، وهذا ما قال به الفقيه الفرنسي بلوندو أيضاً<sup>(١١)</sup>. هناك صلة وثيقة بين كمال التشريع ونظرية الفصل بين السلطات في نظر من يدافع عن كمال التشريع، لأن الفصل بين السلطات يؤدي في النهاية إلى أن تلتزم كل سلطة بحدود الصلاحيات المرسومة لها، وأن لا تتعداها وتتجاوز على صلاحيات السلطات الأخرى، ذلك هو النتيجة التي ترنو إليها نظرية كمال التشريع، فالقول بكمال التشريع هدفه في النهاية أن تلتزم السلطة القضائية بالصلاحيات المرسومة لها، وأن لا تقحم نفسها في صلاحيات السلطة التشريعية<sup>(١٢)</sup>.

وقد استندت فكرة كمال التشريع إلى نظريتين تختلفان في بعض الجوانب لكنهما تتفقان من حيث الأثر، وهما<sup>(١٣)</sup>:

#### أ- نظرية الحيز القانوني الحالي:

بموجب هذه النظرية يمكن تقسيم مجال نشاط الأفراد إلى قسمين: أحدهما خاضع للقواعد القانونية ويسمى بالقسم المليء، والآخر يكون نشاط الأفراد فيه حراً، ومسلك الفرد إما أن ينتمي إلى القسم المليء فيكون ذا أهمية قانونية أو إلى القسم الخالي فلا تكون له أهمية من الناحية القانونية، فالفرد ينبغي أن يعمل ما تطلبه منه القاعدة القانونية،

(١٠) للمزيد من التفصيل ينظر إلى كل من: د. عبدالحى حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، المصدر السابق، ص(٥٣٩-٥٤٠)؛ محمد أحمد رمضان، دور القاضي، المصدر السابق، ص٦٠.

(١١) ينظر: د. محمد معروف الدواليبي، المدخل إلى علم أصول الفقه، مطبعة جامعة دمشق، دمشق، ط٣، ١٩٥٩، ص(٣٣٠-٣٣١).

(١٢) ينظر: د. عبدالحى حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، المصدر السابق، ص٥٤٠.

(١٣) للمزيد من التفصيل ينظر إلى كل من: د. عبدالحى حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، المصدر السابق، ص(٥٤٠-٥٤٣)؛ محمد أحمد رمضان، دور القاضي، المصدر السابق، ص(٦١-٦٥)؛ د. محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، مطبعة جامعة صلاح الدين، أربيل، ط٢، مزيدة ومنتحة، ٢٠٠٦، ص(١٤٥-١٤٨).

إيجابياً كان ذلك العمل أو سلبياً، فإن لم توجد قاعدة قانونية فإنه يعمل ما يروق له أن يعمل، ومن ثم ليس من الممكن، طبقاً لهذه النظرية أن يوجد نقص في التشريع .

ب- نظرية القاعدة العامة المانعة:

بموجبها أن كل نظام قانوني وضعي إنما يشمل بالضرورة إلى جانب القواعد الخاصة، على قاعدة عامة تبين الحل الذي يجب إعطاؤه للحالات التي لا تشملها القواعد الخاصة، أي أن القانون المكتوب توجد فيه - سواء بطريق مباشر أو بطريق غير مباشر - حلول لجميع الحالات التي من المحتمل أو من الممكن أن تعرض، ولازم هذا من الناحية المنطقية أنه لا يمكن أن يوجد نقص في التشريع .

دافع الفقيه المشهور (هانس كلسن) عن هذه النظرية بالقول إن النظام القانوني لا يمكن أن يوجد فيه نقص، فلو فرضنا أن الحالة التي رفع المدعي على أساسها دعواه لم يرد بشأنها نص تشريعي فإن القاضي يرفض الدعوى، وهو حين يرفضها إنما يطبق التشريع القائم، فهو لا يطبق قاعدة إيجابية تقتضي مسلكاً معيناً، وإنما يطبق القاعدة السلبية التي تقتضي أنه لا يجبر أحد على اتباع مسلك لا يلزمه التشريع باتباعه، لذا تعتبر نظرية النقص في التشريع مجازاً أو حيلة يراد بها أن يتاح للقاضي ألا يطبق القاعدة العامة التي أنشأها المشرع عندما تؤدي هذه القاعدة العامة إلى نتائج غير عادلة، هي في نظره مجرد حيلة، مادام أنه من الممكن دائماً من الناحية المنطقية تطبيق النظام القانوني القائم وقت الحكم القضائي<sup>(١٤)</sup>.

يلاحظ أنه لو كان هذا الرأي صحيحاً بالنسبة للقوانين الجنائية ومسائلها بسبب وجود مبدأ (شرعية الجريمة والعقوبة)، فيمكن الذهاب إلى عدم التسليم بصحته في ظل القانون المدني والمسائل المدنية، لأنه لو كانت القاعدة العامة المانعة في المسائل

(١٤) ينظر: هانس كلسن، النظرية المحضة في القانون، ترجمة، د. أكرم الوتري، مركز البحوث القانونية، بغداد، ١٩٨٦، ص(١٣٥ - ١٤٠).

الجنائية هي عدم الحكم على الحالات التي لم يرد بشأنها نص، وعدم إلزام الأفراد باتباع مسلك غير منصوص عليه، ورد الدعوى المرفوعة على أساسه، فتكون تلك القاعدة في المسائل المدنية أن لا يمتنع القاضي عن الحكم بحجة عدم وجود النص وإلا عد ممتنعاً عن إحقاق الحق، إذ لا بد أن يقضي سواء وجد النص أم لم يوجد.

الرأي الثاني: يذهب إلى إنكار كمال التشريع، لأن المشرع مهما أوتي من بصيرة وحنق فلا يستطيع أن يتوقع كل الاحتمالات ولا أن يحيط كل الروابط الاجتماعية بالتنظيم الدقيق، فهو لا يقدر على أن يقحم بالتنظيم كل تغيير أو تحول سوف يحصل أو حتى كل ثابت من الروابط الاجتماعية الموجودة، وحيث ان القواعد القانونية مهما حسنت صياغتها هي دائماً قواعد عامة تحكم أحوالاً معيارية رصدت في الغالب، فيتصور أن تحدث حالات تخرج عن هذا الرصد المعياري مما يفرض الحاجة إلى التعديل أو التكميل والأخير أحسن<sup>(١٥)</sup>.

فإنكار كمال التشريع تم إبرازه والدفاع عنه من قبل علماء القانون الذين ينادون بالواقعية القانونية فقالوا: إن اليقين في القانون وهم وخرافة لا يؤمن بها إلا الجماعات التي لا تزال في دور الطفولة فلم تصل بعد إلى درجة النضوج<sup>(١٦)</sup>.

ويرى (بورتالي) في خطبة ألقاها بصدد القانون المدني الفرنسي أن واضع التقنين لا يجوز أن يفكر في أن يشتمل على كل شيء، إذ يقول: ((لم تسول لنا أنفسنا أن نحاول تنظيم كل شيء أو التنبؤ بكل شيء، ففي اختلاف حاجات الناس، واتصال أوجه نشاطهم بعضها ببعض، وتشعب مصالحهم واتساع علاقاتهم ما يدل على أنه يستحيل على المشرع أن يتنبأ بكل شيء، بل إن الأمور التي تكون قد استرعت انتباه المشرع بوجه خاص إنما تنطوي هي ذاتها على تفصيلات عديدة لا يستطيع

(١٥) ينظر: ضياء شيت خطاب، فن القضاء، المصدر السابق، ص ٧٣.

(١٦) ينظر: د. عبدالحى حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، المصدر السابق، ص (٥٤٣ - ٥٤٤).

المشروع أن يحصرها، أو تكون غير مسلمة، أو متطورة بحيث لا يجوز وضعها في نصوص التشريع. ثم كيف نعطل فعل الزمن أو نعارض سير الحوادث أو نقف في طريق التطور الأدبي؟ كيف نستطيع أن نقدر سلفاً ما تستطيع التجربة وحدها أن تطلعنا عليه؟ وهل يمكن التنبؤ بأشياء لا يستطيع الفكر وحده أن يصل إليها؟ إن أي تقنين، مهما بدا كاملاً، ما يكاد يفرغ منه واضعوه حتى تثور بصدده آلاف المسائل أمام المفسر. والقوانين متى وضعت تبقى على ما وضعت عليه. أما الأفراد فلا يبقون على حالهم، إنهم يعملون دائماً، وهذه الحركة الدائبة، وما يترتب عليها من آثار تتغير بتغير الظروف، إنما تأتي كل يوم بجديد، وعلى المفسر تقع مهمة سد ما تتركه من فراغ<sup>(١٧)</sup>.

ويعلل الشهرستاني ظاهرة إمكان النقص في النصوص، ومسألة وجوب الاجتهاد والقياس في كل مسألة خير تعليل، إذ يقول: ((وبالجمله نعلم قطعاً وبقيناً أن الحوادث والوقائع في العبادات والتصرفات مما لا يقبل الحصر والعد ونعلم قطعاً أيضاً أنه لم يرد في كل حادثة نص ولا يتصور ذلك أيضاً والنصوص إذا كانت متناهية والوقائع غير متناهية وما لا يتناهي لا يضبطه ما يتناهي علم قطعاً أن الاجتهاد والقياس واجب الاعتبار حتى يكون بشأن كل حادثة اجتهاد<sup>(١٨)</sup>). ونظن أن الشهرستاني أراد من خلال هذا الحكم، أن لا تقف النصوص ناقصة عاجزة أمام مستجدات الحوادث، لأنه لو أجزنا ذلك، لتراكت تلك الحوادث ويتشكل فراغ حكمي أو قانوني وبالنهاية لا يعود ذلك على المجتمع والإنسانية بالخير، فالشريعة الإسلامية جاءت لتحكم علاقات البشر، وكل حوادث الزمان إلى يوم القيامة، فبالتالي لا يمكن والحال هذه

(١٧) نقلاً عن: د. عبدالحى حجازي، المدخل، المصدر السابق، ص ٥٤٤.

(١٨) أبي الفتح محمد بن عبد الكريم الشهرستاني، الملل والنحل، تحقيق، محمد عبد القادر الفاضلي، المكتبة العصرية، بيروت، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م، ج ١، ص ١٦٤.

أن تقف عاجزة تجاه حوادث مستجدة، لذا يجب شرعاً وعقلاً أن يؤخذ في الاعتبار القياس والاجتهاد لحكم تلك المستجدات. ودليلنا في ذلك حديث معاذ بن جبل -رضي الله عنه- إذ لما أراد رسول الله -صلى الله عليه وسلم- أن يبعثه إلى اليمن قال: ((كيف تقضي إذا عرض لك قضاء؟ قال: أقضي بكتاب الله، قال: فإن لم تجد في كتاب الله، قال: فبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، قال: فإن لم تجد في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا في كتاب الله، قال: أجتهد رأيي ولا آلو، فضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم صدره وقال: الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسول الله))<sup>(١٩)</sup>.

ويكاد ينعقد الإجماع اليوم على إمكان ظهور نقص في التشريع بل ان كثيراً من التشريعات الحديثة إذ تنص على ما يمكن اتباعه من حلول في حالة وجود نقص في التشريع انما تعترف بإمكان وجود نقص في التشريع .

فعلى هذا الأساس أي التسليم بظهور نقص في التشريع نعبر إلى المبحث الثاني، سنتناول فيه الحلول المقدمة لتكميل هذا النقص، وسنتطرق إلى بيان الاتجاه الذي اتخذه كل من القانون الإماراتي والقانون العراقي للتعامل مع ظاهرة النقص في التشريع .

(١٩) سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني، سنن أبي داود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٣٨٩هـ، الحديث رقم ٣٥٩٢.



## المبحث الثاني مناهج تكميل التشريع

سبقت الإشارة إلى أن ظاهرة النقص في التشريع ظاهرة طبيعية تعترض قوانين العالم كلها، وتتصادم مع المناهج القانونية المختلفة من حيث الوجود والأثر، فهي ليست بظاهرة غريبة في علم القانون، وإنما تم التطرق إليها والتعامل معها. استناداً إلى التعامل الذي أجرته القوانين والمناهج القانونية، سنحاول في هذا المبحث أن نبين مسلك القوانين في التعامل مع النقص في التشريع والمناهج القانونية المتبعة في التعاطي مع هذه الظاهرة، ثم سنفصل الكلام في منهج القانون العراقي والإماراتي في التعامل مع ظاهرة النقص في التشريع، وذلك كالآتي:

- المطلب الأول: منهج القوانين في تكميل النقص التشريعي.
- المطلب الثاني: منهج القانونين العراقي والإماراتي في تكميل التشريع.

### المطلب الأول

#### منهج القوانين في تكميل النقص التشريعي

اختلف مسلك القوانين فيما بينها بشأن التعامل مع ظاهرة النقص في التشريع، وكيفية معالجة هذه الظاهرة وآلياتها، فبصورة عامة انقسم منهج القوانين حول مسألة تكميل النقص التشريعي متخذة الاتجاهات الآتية:

### الاتجاه الأول: اتجاه القوانين التي تكتفي بتكليف القاضي بالفصل في القضية بنفسه:

تكتفي بعض القوانين بتكليف القاضي ليفصل في القضية بنفسه، دون أن يحدد للقاضي كيفية هذا الفصل وآليته، بمعنى لا يزود القاضي بأية وسيلة لتكميل النقص التشريعي، مثال هذه القوانين القانون المدني الفرنسي الصادر عام ١٨٠٤، إذ نصت المادة الرابعة منه على أن: ((القاضي الذي يرفض أن يحكم بحجة سكوت التشريع أو غموضه أو عدم كفايته يعد مرتكباً لجريمة الامتناع عن الحكم))<sup>(٢٠)</sup>. وشبيه هذا النص موجود في القانون العراقي، حيث نصت المادة (٣٠) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣ لسنة ١٩٦٩) على أنه: ((لا يجوز لأية محكمة أن تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقصه وإلا عدّ ممتنعاً عن إحقاق الحق. ويعد أيضاً التأخر غير المشروع عن إصدار الحكم امتناعاً عن إحقاق الحق))، مع ملاحظة ان المشرع العراقي حدد في القانون المدني القنوات التي لا بد أن يلجأ إليها القاضي لتكميل النقص، والذي سنفصل الكلام فيه في الفقرات القادمة.

وفي معرض التعليق على المادة الرابعة من القانون المدني الفرنسي، عبر النائب (Faure) عن الطريقة التي أرادها واضعو التقنين بقوله: ((حين يتكلم التشريع يجب على القاضي أن يحكم وفقاً لإرادة التشريع، وحين يصمت التشريع يجب كذلك على القاضي أن يحكم، ولكن مع هذا الفرق وهو أنه إذا تعلق الأمر بمسألة مدنية يجب على القضاة أن يحكموا وفقاً لقواعد العدالة التي تتكون من قواعد القانون الطبيعي والعدل العام والعقل، أما إذا تعلق الأمر بمسألة جنائية فإنه يجب عندئذ تبرئة المتهم بسبب صمت التشريع))<sup>(٢١)</sup>.

(٢٠) 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

(٢١) نقلاً عن: د. عبدالحى حجازي، المدخل، المصدر السابق، ج ١، ٥٥٢.

فهذا يعني أنه ليس في القانون المدني الفرنسي قاعدة عامة من قواعد الحرية تعطي الحل في جميع الحالات التي لم يرد بشأنها نص، بل هو على نقيض ذلك، ينطوي على حالات يوجد بصدها نقص حقيقي يجب على القاضي سده مستعيناً في ذلك بالمبادئ العامة والأعراف والقانون الطبيعي<sup>(٢٢)</sup>. لا بل حتى أن يخالف النص القانوني من أجل تكميل القانون، مثال نصت المادة (٢٥٣) من القانون المدني الألماني على أنه: ((بالنسبة للأضرار غير المادية يمكن أن يحكم بالتعويض النقدي فقط في الحالات المنصوص عليها في القانون))<sup>(٢٣)</sup>. وفقاً لهذه المادة لا يجوز الحكم بالتعويض النقدي عن الأضرار غير المادية (الأضرار المعنوية) إلا في حالات ضيقة محددة قانوناً، إلا أن المحكمة الاتحادية لم تتقيد بهذه القاعدة القانونية، فمنذ سنة (١٩٥٨) حكمت في حالات كثيرة بالتعويض النقدي عند المساس الخطير بالحق في الحياة الخاصة، فقد كانت تدور إحدى الحالات المقضي بها حول مقابلة مبتدعة نشرتها مجلة أسبوعية تمس الشؤون الخاصة لزوجته شاه إيران السابق المطلقة الأميرة (ثريا)، وقد حكمت المحكمة الاتحادية للأميرة (ثريا) بتعويض قدره خمسة عشر ألفاً من الماركات الألمانية لقاء الأضرار المعنوية التي لحقت بها من جراء هذه المقابلة، خلافاً لنص المادة (٢٥٣) التي لا تدرج حالة الحكم المتعلق بالأميرة (ثريا) تحت أي من حالاتها<sup>(٢٤)</sup>، وقد صدقت المحكمة الدستورية الاتحادية قضاء المحكمة الاتحادية، وقالت في تعليها: ((إن الارتباط التقليدي للقاضي بالقانون والجانب الأساسي في مبدأ فصل السلطات ومبدأ الشرعية قد تجسدت صياغته في

(٢٢) المصدر ذاته، ص ٥٥٢.

(٢٣) نقلاً عن: روبرت ألكسي، فلسفة القانون، تعريب، فريد السالك، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط ١، ٢٠٠٦، ص ٢٧.

(٢٤) ينظر: المصدر ذاته، ص ٢٨.

الفقرة الثالثة من المادة (٢٠) من الدستور الألماني الاتحادي<sup>(٢٥)</sup> بأن على السلطة القضائية أن تتقيد بالقانون والحق، فقد دلت صياغة هذه الفقرة على أن القانون والحق يتطابقان عملياً بشكل عام، ولكن ليس دائماً وبشكل لازم، فالحق لا يتطابق مع مجموعة القوانين المكتوبة، ففي مقابل القوانين واللوائح الموضوعة من قبل سلطات الدولة يمكن أن ينشأ في ظل الواقع أكثر من حق يكون مصدره النظام القانوني الموافق للدستور (النظام العام) باعتباره مفهوماً كلياً عاماً ويؤثر في المقابل على القانون المكتوب بمجمله حيث تقع على القضاء مهمة إيجاد ووضعه موضع التنفيذ في الأحكام<sup>(٢٦)</sup>.

يعاب على هذا الاتجاه في أنه ترك القاضي أمام قضية قانونية مفتقرة إلى الاجتهاد، ولم يحدد له ضوابط ذلك الاجتهاد وخطوطه العامة، مما يحتمل معه أنه لربما قد لا يوفق القاضي في اجتهاده، وقد يحتمل أن يعتمد في اجتهاده ويتسبب به إلى ضياع الحقوق، الأمر الذي يتطلب أن يكون مثل هذا الاجتهاد تحت رقابة دقيقة، ويستحسن أن يكون مرتبطاً بضوابط واضحة خوفاً من ضياع الحقوق، ورعاية لاستقرار الأحكام وثباتها.

### الاتجاه الثاني: اتجاه القوانين التي تحدد للقاضي وسائل تكميل التشريع:

إلى جانب القوانين التي تلزم القاضي بالفصل في حالة عدم وجود نص تشريعي، دون أن تحدد له الوسيلة أو الطريقة التي يمكن من خلالها أن يكمل بها التشريع، هنالك قوانين أخرى تلزم القاضي بأن يفصل في النزاع حال وجود النقص التشريعي وتمده في الوقت ذاته بتوجيهات معينة يتبعها في هذه الحالة غير العادية، والقصد وراء هذه

(٢٥) نصت المادة (٢٠) من الدستور الألماني على أن: ((١- ألمانيا الاتحادية هي دولة ديمقراطية اجتماعية اتحادية. ٢- تبتثق السلطات كلها من الشعب. تشكل السلطات بالانتخاب والتصويت من الشعب وتمارس عبر هيئات مختصة تشريعية وتنفيذية وقضائية. ٣- ترتبط السلطة القضائية طبقاً للدستور والسلطة التشريعية والسلطة التنفيذية بالقانون والحق. ٤- لجميع المواطنين الألمان الحق في مقاومة كل من يأخذ على عاتقه إزالة هذا النظام عندما يكون اللجوء إلى وسائل أخرى غير ممكن)).

(٢٦) نقلاً عن: روبرت ألكسي، فلسفة القانون، المصدر السابق، ٢٨.

التوجيهات هو تقييد حرية القاضي حتى تتسق الحلول التي يجريها مع النظام القانوني السائد في البلاد، أي أن لا يأتي بحلول غريبة على نظام البلاد القانوني، فالقاضي في ظل هذا التقييد لا بد أن يفكر في الحل من نفس المنطلق والفلسفة التي استمدت المشرع منها الحكم ويستمد.

من القوانين التي تسيير على هذا الاتجاه القانون المدني السويسري الصادر سنة ١٩٠٧ إذ نصت في مادته الأولى على أنه: ((يسري التشريع على كافة المسائل التي يتناولها في لفظه أو في روحه، إذا تعذر العثور على نص قانوني قابل للتطبيق يتعين على القاضي أن يحكم وفقاً للقانون العرفي، وفي حالة عدم وجود عرف فإنه يحكم وفقاً للقاعدة التي يضعها إن قام بعمل المشرع، ويسترشد في ذلك بالحلول التي أقرها الفقه والقضاء))<sup>(٢٧)</sup>. وكذلك نصت المادة الأولى من القانون المدني التركي الصادر سنة ١٩٢٦ على أن: ((القانون مرعي في كافة ما يمس روحه ولفظه من المسائل. يحكم الحاكم وفق العرف والعادة في المسائل التي ليس فيها حكم قانوني وإذا لم يوجد العرف والعادة أيضاً يحكم وفق ما يضعه من القواعد فيما إذا لو كان واضعاً للقانون. الحاكم يستفيد في حكمه من مقرراته الاجتهادية والقضائية))<sup>(٢٨)</sup>.

يكتب لهذا الاتجاه في أنه قد أقام نوعاً من التوازن بين أمرين مهمين بالنسبة للقاضي المدني، أولهما يتمثل في وظيفة القاضي بصورة عامة ومن ضمنها وظيفة القاضي المدني المتجسدة بتطبيق القانون، وثانيهما يكمن في واجب القاضي المتمثل بحل النزاع وعدم تركه من دون حل، إذاً، الموازنة بين وظيفة القضاء وواجبه ميزة يتسم بها هذا الاتجاه. لكنه في المقابل لربما قد يقال إن هذا الاتجاه يؤدي إلى إقحام صلاحية السلطة التشريعية من قبل السلطة القضائية، الأمر الذي يتناقض مع مبدأ الفصل بين السلطات،

(٢٧) نقلاً عن: محمد أحمد رمضان، دور القاضي، المصدر السابق، ص ٩٠.

(٢٨) القانون المدني التركي الصادر سنة ١٩٢٦، تعريب خالد الشايندر.

لأن حلول القاضي محل المشرع في إيجاد الحل لتلك المسائل التي لا يوجد نص عليها ليس إلا تحويراً في الصلاحيات لصالح السلطة القضائية<sup>(٢٩)</sup>. ويمكن الرد على هذا الانتقاد بالقول إن الاعتقاد باقتحام صلاحيات السلطة التشريعية لا يمت بصلة إلى الواقع، ولا يسانده منطوق نص المادة ولا هو يستند إلى تطبيقها، أما إن كان هناك تحويل للقضاء من قبل المشرع للحالات المفتقدة إلى النص، فهذا لا يمكن تفسيره بأنه إقحام لصلاحيات السلطة التشريعية من قبل القضاء، لأنه لا يتعدى كونه إذناً من قبل المشرع وتكليفاً منه للقاضي ليقوم بأداء هذه المهمة على أكمل وجه.

### الاتجاه الثالث: اتجاه القوانين التي تلزم القاضي باتباع طرق محددة لتكميل التشريع:

على خلاف الاتجاه الثاني الذي يعطي للقاضي سلطة واسعة في تكميل التشريع توجد قوانين أخرى تسيّر على اتجاه مماثل للاتجاه الثاني في الهدف ومغاير في الوسيلة، إذ يمكن نعت القوانين المنتمية إلى هذا الاتجاه بأنها أشد توجيهاً للقاضي وأكثر تقييداً لحيته، لكن هذا التشديد في التوجيه والتقييد للحرية جاء حرصاً من المشرع ليؤدي القضاء واجبه بإتقان موضوعي ومسؤولية، دون أن تدع أحكامه تتعرض للتشهي والتأثر. فالقوانين التي تمشي على هذا الاتجاه تفرض على القاضي عادة أن يلجأ إلى طريقتين للتكميل<sup>(٣٠)</sup>. ومن القوانين التي تسيّر على هذا الاتجاه مثلاً نصت الفقرة الثانية

(٢٩) ينظر: د. محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية، مجموعة رسائل الدكتوراه، غير منشورة، ص ١٩١ - ١٩٢.

(٣٠) أي طريقة التكميل الداخلي أو الذاتي وطريقة التكميل الخارجي، فالأولى تعني أنه في حالة وجود نقص في التشريع ينبغي على القاضي أن يسد هذا النقص عن طريق التنظيم القانوني ذاته مستعيناً في ذلك بالقياس، فإن لم يجد ذلك نافعاً فبالرجوع إلى القواعد العامة في التنظيم القانوني النافذ في الدولة. أما الثانية فتعني تكميل التشريع من خلال الرجوع إلى المصادر الأخرى للقانون مثل مبادئ العدالة وقواعد القانون الطبيعي. للمزيد من التفصيل انظر كل من: د. سعيد عبد الكريم مبارك، أصول القانون، جامعة بغداد، العراق، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م، ص ١٦١-١٦٢؛ د. عبد الحي حجازي، المدخل، المصدر السابق، ج ١، ص ٥٥٤ - ٥٥٥.

من المادة الأولى من القانون المدني المصري رقم (١٣١ لسنة ١٩٤٨) على أنه: ((١- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة)). وهذا الحكم يمكن تلمسه أيضاً في المادة الأولى من القانون المدني السوري رقم (٨٤ لسنة ١٩٤٩)، وفي المادة الرابعة من قانون التجارة الكويتي رقم (٦٨ لسنة ١٩٨٠)، مع ملاحظة تفاوت بسيط في الصياغة وفي الموقف تجاه الشريعة الإسلامية، من حيث عدها مصدراً للتكميل.

وكذلك نصت المادة الأولى من القانون المدني اليمني رقم (١٩ لسنة ١٩٩٢) على أنه: ((يسري هذا القانون المأخوذ من أحكام الشريعة الإسلامية على جميع المعاملات والمسائل التي تتناولها نصوصه لفظاً ومعنى، فإن لم يوجد نص في هذا القانون يمكن تطبيقه يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية المأخوذ منها هذا القانون، فإن لم يوجد حكم القاضي بمقتضى العرف الجائز شرعاً فإذا لم يوجد عرف فبمقتضى مبادئ العدالة الموافق لأصول الشريعة الإسلامية جملة)).

إن هذه النصوص رغم تفاوت صياغتها، تتركز كلها على نقطة محورية وهي تحديد الكيفية والقنوات التي لا بد أن يعتمد عليها القاضي في التكميل، بحيث يتوجب على القاضي أن يلتزم بتلك الطريقة المحددة التزاماً كلياً، أي تنقيده حريته بالدائرة التي رسمها له المشرع، والاختلاف الذي يدور بين القوانين المنتمية لهذا الاتجاه في هذا المضمار ليس إلا اختلافاً في عدد قنوات التكميل، وفي التقديم والتأخير بينها.

من مزايا هذا الاتجاه تنظيمه مسألة تكميل التشريع بصورة جد دقيقة، فحول هذه المسألة من مسألة قضائية إلى مسألة قانونية بحتة، مضافاً عليه طابعاً موضوعياً

متجرداً من التأثير الذاتي، بمعنى أن القاضي ملزم باتباع الطريقة المحددة من المشرع للتكميل، شأنه شأن التزامه بتطبيق أي نص آخر، وحقمه في هذا الصدد يخضع لرقابة محكمة التمييز (أو النقض) فيما يتعلق بمسألة تطبيق القانون وليس تكييف الواقع.

لكن في المقابل قد يؤخذ على هذا الاتجاه بأنه يقيد حرية القاضي أكثر من اللازم هذا من جانب، ومن جانب آخر إن الترتيب الذي أتى به لقنونات التكميل ربما لا يحقق الالتزام به هدف القانون المنشود، وهذا سنفصل الكلام فيه في المطلب الثاني.

## المطلب الثاني

### منهج القانونين العراقي والإماراتي في تكميل التشريع

نتناول في هذا المطلب موقف كل من القانون العراقي والقانون الإماراتي في التعامل مع ظاهرة النقص في التشريع، وذلك من خلال بيان اتجاه كل منهما نحو تكميل التشريع، وما هي الحلول التي أتيا بها؟ ثم نناقش مدى صلاحية تلك الحلول وقابليتها لاستجابة مقتضيات التكميل استجابة مرضية.

تحقيقاً لذلك الهدف نقسم هذا المطلب إلى فرعين، سنتكلم في الفرع الأول عن منهج القانون العراقي في التعامل مع تكميل التشريع، أما الفرع الثاني فسنخصصه لتناول منهج القانون الإماراتي بالبحث في مسألة تكميل التشريع مع ذكر الميزات والملاحظات.

الفرع الأول: منهج القانون العراقي في تكميل التشريع.

الفرع الثاني: منهج القانون الإماراتي في تكميل التشريع.



### الفرع الأول / منهج القانون العراقي في تكميل التشريع

نص المشرع العراقي في المادة الأولى من القانون المدني على أنه: (( ١- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تناولها هذه النصوص في لفظها أو فحواها ٢- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة ٣- وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقهاء في العراق ثم في البلاد الأخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية)). ثم جاء نص في المادة (٣٠) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣ لسنة ١٩٦٩) على أنه: (( لا يجوز لأية محكمة أن تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقصه وإلا عدّ ممتنعاً عن إحقاق الحق. ويعد أيضاً التأخر غير المشروع عن إصدار الحكم امتناعاً عن إحقاق الحق)).

يتبين من هذين النصين أن المشرع العراقي لم يلتزم اتجاهاً واحداً من اتجاهات التكميل السالفة الذكر، وإنما اختار من بينها طريقة ممتزجة متولدة تحت تأثير كل تلك الاتجاهات، وحسب المشرع في ذلك أن يتفادى الانتقاد الذي يوجه إلى كل اتجاه على حدة. قد يجوز القول إن المشرع العراقي وفق لحد ما في صنعته هذه، لكن هذه الصنعة لا تسلم من الانتقاد أيضاً.

قضى المشرع في المادة الأولى من القانون المدني أن يكون التشريع في أعلى سلم تدرج قنوات استنباط الحكم ومن بعده يأتي العرف ومن بعد العرف تأتي مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين، وفي أسفل التدرج تأتي قواعد العدالة. فالتساؤل الرئيس هنا هل يجب أن يلتزم القاضي بهذا التسلسل المصدري عندما يحكم في النزاع؟ بمعنى هل ينبغي أن يلتزم أولاً

بالتشريع فالعرف فمبادئ الشريعة الإسلامية فقواعد العدالة أو يستطيع أن يستنبط الحكم بمحض حريته في أي مصدر يجد فيه ضالته؟  
 إن الرأي الغالب والسائد في الفقه والقضاء في العراق وفي غيره من البلدان العربية هو الالتزام بالتدرج الذي أورده المشرع<sup>(٣١)</sup>.  
 وهذا يعني أنه في حالة وجود نص في التشريع على القاضي أن يلتزم به ويطبقه ولا يفكر في العدول عنه إلى العرف أو غيره، وبالتالي لا يمكن تصور وقوع تزامن بين القواعد الناشئة عن التشريع، وتلك الناشئة عن العرف أو غيره من المصادر الأخرى<sup>(٣٢)</sup>.  
 غير أن بعض الكتاب<sup>(٣٣)</sup> يرى أنه لا يمكن القول في نطاق النظرية العامة للقانون أن العرف هو بصفة عامة مصدر مكمل للتشريع، إذ من الواضح أنه في الكثير من المسائل يقوم التشريع بدور المصدر المكمل للعرف، فلا يوجد مصدر من مصادر القانون مكماً للآخر بصفة مطلقة<sup>(٣٤)</sup>، فالحكم الخاص يقيد الحكم العام، سواء أكان الحكم الخاص تشريعياً أم عرفياً، أو كان الحكم العام تشريعياً أو عرفياً<sup>(٣٥)</sup>. بل أبعد من ذلك هنالك من يذهب إلى مخالفة النص القانوني الجائر بالأساس أو مخالفة منطوق النص حينما يكون تطبيقه جائراً، وذلك من أجل تحقيق هدف القانون الأسمى المتمثل بالعدالة<sup>(٣٦)</sup>. إذا سائرنا هذا الرأي، فيجوز القول معه، إنه لا غلبة للعرف على مبادئ الشريعة الإسلامية.

(٣١) للمزيد من التفصيل ينظر إلى كل من: حسن محمد أبو السعود، مذكرات في أصول القانون، مطبعة التفيض الأهلية، بغداد، ١٩٤٠-١٩٤١، ص ٣٠١. د. رياض القيسي، علم أصول القانون، بيت الحكمة، بغداد، ١، ٢٠٠٢، ص (١٢٦-١٢٥)؛ د. عبدالحى حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، المصدر السابق، ص ٤٦٤؛ د. حسن كيره، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون سنة النشر، ص ٢٢٤؛ د. عبدالرحمن البزاز، مبادئ أصول القانون، مطبعة العاني، ط ٢ (منقحة)، ١٣٧٧هـ-١٩٥٨م، ص ١٤١.  
 (٣٢) ينظر: د. سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٦، ص ٤٦٧.  
 (٣٣) منهم د. سمير تناغو، المصدر المتقدم ذكره، ص ٤٧٦.  
 (٣٤) ينظر: د. سمير تناغو، النظرية العامة، المصدر السابق، ص ٤٧٦.  
 (٣٥) المصدر المتقدم ذكره، ص ٤٧٦.  
 (٣٦) للمزيد من التفصيل ينظر: روبرت ألكسي، فلسفة القانون، المصدر السابق، ص (٢٣-٣١).

وتجدر الإشارة إلى أن كلا الرأيين له تبريراته، إذ يدافع أنصار الرأي الأول بأن وجوب التزام القاضي بالتسلسل المصدري لاستنباط الأحكام أمر تتطلبه بالأساس ضرورة استقرار الأحكام، والتحرز من العبث بها إذا ما أنيطت بالتحكم الشخصي للإنسان، وكذلك يستوجب تغير الزمان وضعف الوازع الأخلاقي الالتزام بهذا التسلسل حماية للحقوق وتحقيقاً للأمان القانوني<sup>(٣٧)</sup>. بينما يرى أنصار الرأي الثاني أن وظيفة القضاء تنحصر في تطبيق القانون من أجل تحقيق هدفه المتمثل بتحقيق العدالة، فعندما يجد القاضي أن تطبيق القانون بكيفية معينة لا يؤدي إلى تحقيق الهدف الذي من أجله سن، وإنما يتجافاه فيجوز له أن يتحلل من التمسك بتلك الكيفية والعدول إلى كيفية أخرى تتسق مع هدفه، وذلك حماية للحقوق وقيمتها بدلاً من التثبيت باستقرار الأحكام، لأن إحقاق الحق أولى بالرعاية من استقرار الأحكام، والحق لا يتحقق إذا ما تم تجاهل العدالة، والتذرع بالتحرز من التحكم الشخصي وكذلك ضعف الوازع الأخلاقي يمكن الحد من آثاره بفرض رقابة فعالة على عمل القضاء<sup>(٣٨)</sup>.

ونحن بدورنا نميل إلى الرأي الثاني، ونرى أنه لا ينبغي أن يصبح تطبيق القانون هدفاً للقضاء، وإنما يجب أن يكون وسيلة لتحقيق هدف أسمى وهو في الوقت ذاته هدف للقانون نفسه ألا وهو تحقيق العدالة، وأي أمر استلزمه تحقيق ذلك الهدف جازت إجازته ومنع منعه.

لكن إذا سايرنا الرأي القاضي بالالتزام بالتدرج المصدري لمعالجة ظاهرة النقص في التشريع، وذلك بتقديم التشريع على العرف، والعرف على مبادئ الشريعة الإسلامية،

(٣٧) ينظر كل من: محمد أحمد رمضان، دور القاضي، المصدر السابق، ص(٣١٥-٣٢٢)؛ د. علي جمعة محارب، دور الاجتهاد القضائي في تطوير القاعدة القانونية، بحث منشور، مجلة القضاء العراقية، السنة (٤٦)، العددان (١ و ٢)، ١٩٩١، ص(١٠٠-١٠٢).

(٣٨) ينظر: روبرت ألكسي، فلسفة القانون، المصدر السابق، ص(٢٩-٣١).

والأخيرة على العدالة، فالدلالة الالتزامية<sup>(٣٩)</sup> للالتزام بهذا التدرج أو للالتزام بنص المادة الأولى من القانون المدني العراقي تقتضي:

- (١) وجوب تقديم نص تشريعي ظالم على عرف صحيح عادل.
- (٢) وجوب العمل بتشريع مخالف لمبادئ الشريعة الإسلامية، وهذا يتعارض مع المادة الثانية من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ التي نصت على أنه: ((أولاً: الإسلام دين الدولة الرسمي، وهو مصدر أساسي للتشريع: أ- لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام))، فلا يجوز ابتداءً سن قانون يتعارض مع الأحكام الثابتة في الشريعة الإسلامية، وهذا الحكم نتيجة منطقية لوجود الدستور في قمة سلم التدرج التشريعي، وللدستور كل آثار التشريع، فهو يلغي كل تشريع سابق مخالف أياً كانت طبيعته، ويثبت الأثر نفسه للتعديلات الدستورية بطبيعة الحال، ويمكن أن يكون الدستور أساساً لدعاوي ترفع أمام القضاء، كما أنه يجوز للمحاكم أن تطبقه تطبيقاً مباشراً<sup>(٤٠)</sup>.

وعليه لا يجوز العمل بالنصوص التشريعية المخالفة لثوابت الأحكام في الشريعة الإسلامية، فبالتالي كل نص في القانون المدني أو أي قانون آخر يتعارض مع هذه الثوابت يجب أن يلغى أو على الأقل أن يعطل ولا يعمل به، وفي ضوء هذا ينبغي أن لا يعمل بالنصوص التي تجيز الفائدة سواء أكانت قانونية أو اتفاقية<sup>(٤١)</sup>؛ بل أكثر من ذلك لا بد أن تلغى جميع هذه النصوص، لأن تحريم الربا من ثوابت أحكام الشريعة

(٣٩) الدلالة الالتزامية، وهي دلالة النص دلالة عقلية التزامية على حكم لازم لمنطوق النص أو مفهومه حيث ينتقل ذهن القاضي من العلم بالمنطوق أو المفهوم إلى هذا الحكم اللازم تلقائياً، ينظر: د. مصطفى إبراهيم الزلي، الصلة بين علم المنطق والقانون، مطبعة شفيق، بغداد، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م، ص (١٧-١٨).

(٤٠) ينظر: د. عبدالحى حجازي، المدخل، المصدر السابق، ص (٣٩٩-٤٠٠).

(٤١) مثال المادة (١٧١) التي تحدد قدر الفائدة أربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجارية، والمادة (١٧٢) التي تجيز اتفاق الطرفين على سعر الفوائد على أن لا يزيد على سبعة في المائة، وكذلك المواد (١٧٣، ١٧٤، ١٧٥، ١٧٦) التي تنظم الأمور التي تتعلق بالفائدة.

الإسلامية، وكذلك تحرم المادة الثانية من الدستور العراقي المذكورة أعلاه على القاضي أن يصدر حكماً مخالفاً لثوابت أحكام الإسلام.

غير أن الشيء الذي يكتفه الغموض، معنى هذه الثوابت، ما هي هذه الثوابت وما هي معالمها؟

الحقيقة أن المشرع الدستوري لم يبين المقصود من هذه الثوابت، لذا فالمسألة خاضعة للتفسير الفقهي، فالأمر لم يحسم، لكن إن كانت هذه الثوابت يصعب الاتفاق عليها فيما يتعلق بمجال السياسة، فلا أرى أن تحدث نفس الصعوبة فيما يخص الناحية المعاملاتية، ففي مجال المعاملات هناك قدر من الثوابت متفق عليه بين جميع المذاهب، مثال ذلك التراضي في العقود، تحريم الربا، منع الاستغلال والإكراه، وما إلى ذلك.

وكذلك لم يبين المشرع المدني معنى مبادئ الشريعة الإسلامية، هل هي أحكام الفقه الإسلامي أو هي شيء آخر؟ وإذا كان الأخير مقصوداً فما هو هذا الشيء إذن؟ في الحقيقة تخلق هذه العبارة نوعاً من اللبس والغموض مما يستوجب معالجته.

وتجدر الإشارة إلى أن الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني الأردني رقم (٤٣ لسنة ١٩٧٦) نصت على ما يأتي: ((فإذا لم تجد المحكمة نصاً في هذا القانون حكمت بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون، فإن لم توجد بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية))، أي عليه أولاً الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي المختلف فيها بين المذاهب للأخذ بأكثرها موافقة لنصوص القانون المذكور، فإن لم يجد حلاً بين هذه الأحكام فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، نستشف من النص الأردني أن مبادئ الشريعة الإسلامية ليست أحكام الفقه الإسلامي ذاتها، بل هي شيء آخر نظن أن تكون هي قواعد أصول الفقه، لأن هذه القواعد عبارة عن مجموعة قواعد كلية بمثابة مبادئ يستعين بها الفقيه أو القاضي لاستنباط الأحكام

الشرعية من أدلتها التفصيلية. فأحكام الفقه موجودة ولا يتطلب إدراكها جهداً كبيراً من القاضي، أما استنباط الحل من المبادئ فأمر صعب بحد ذاته قد يكلف القاضي مشقة ووقتاً كثيراً، مما قد يؤثر سلباً على إدارته للقضاء وحمايته للحقوق، هذا بالإضافة إلى أنه من العبث أن يرهق الإنسان نفسه لإيجاد ما هو موجود أو لتحصيل ما هو حاصل، فنعتقد انه لهذه العلة جعل المشرع الأردني الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية مشروطاً باستنفاد أحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص القانون المدني.

إذا علم أن إقرار العدالة يعد أحد أسرار التشريع الإلهي، وأحد مقاصده التي توخاها الله من شرعه، المتمثلة في إقرار العدالة ورسوخ التكافل الاجتماعي وتحقيق مصالح العباد<sup>(٤٢)</sup> فهذا تدخل العدالة في صميم ثوابت أحكام الإسلام، وبالتالي لا يجوز للمشرع ولا للقاضي أن يخالفها وذلك بمقتضى المادة الثانية من الدستور العراقي. فلا جرم أن الاهتمام اللامتناهي الذي تتميز به العدالة في الشريعة الإسلامية قد حدا بالمشرع اليمني أن يربطها بأصول الشريعة الإسلامية ويشترط فيها موافقتها لهذه الأصول جملة ليحكم بها القاضي<sup>(٤٣)</sup>، فذلك النص على مبادئ الشريعة الإسلامية كأحد مصادر القانون يغني عن النص على مبادئ العدالة وحتى على العرف، إذ ذهب البعض<sup>(٤٤)</sup> إلى القول: ((إنه لا جدوى من النص على وجوب الرجوع إلى قواعد العدالة عند غياب المصادر الرسمية للقانون، في قوانين الدول الإسلامية التي

(٤٢) ينظر: د. عبد الباقي البكري، مبادئ العدالة مفهومها ومنزلتها ووسائل إدراكها، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، دار العربية، بغداد، عدد خاص بمناسبة الاحتفال باليوبيل الماسي للكلية، مايس ١٩٨٤، ص ٦٧.

(٤٣) نصت المادة الأولى من القانون المدني اليمني رقم ١٩ لسنة ١٩٩٢ على أنه: ((يسري هذا القانون المأخوذ من أحكام الشريعة الإسلامية على جميع المعاملات والمسائل التي تتناولها نصوصه لفظاً ومعنى، فإن لم يوجد نص في هذا القانون يمكن تطبيقه يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية المأخوذ منها هذا القانون، فإن لم يوجد حكم القاضي بمقتضى العرف الجائز شرعاً فإذا لم يوجد عرف فبمقتضى مبادئ العدالة الموافقة لأصول الشريعة الإسلامية جملة)).

(٤٤) منهم د. عبد الباقي البكري، مبادئ العدالة، المصدر السابق، ص ٧٩.

تقتضي نصوصها الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية عند افتقاد النص، أو عند اقتفاء النص التشريعي والعرف، بل ولا حاجة إلى النص على العرف كذلك كمصدر من المصادر الرسمية، وحسب المشرع أن يضع التشريع في المرتبة الأولى، ومبادئ الشريعة الإسلامية في المرتبة الثانية، كمصدرين رسميين للقانون المدني دون حاجة إلى ذكر غيرها)).

٣) يجوز أن يكون التشريع ظالماً وجائراً ومع ذلك ينبغي أن يعمل به ويقدم على متطلبات العدالة، فالقاضي لا يمكن أن يركن إلى قواعد العدالة إلا بعد أن يستنفد الوسائل الأخرى كافة، أي بعد أن لا يجد نصاً أو عرفاً أو حكماً شرعياً، ولا يحق للقاضي أن يعدل عن هذه المصادر بحجة أنها تتعارض مع قواعد العدالة لأن واجبه الأساسي تطبيق القانون، فليس من اختصاصه البحث في سلامة القانون وصلاحه، وليس من اختصاصه النظر في كون القانون الوضعي موافقاً لمبادئ العدالة والقانون الطبيعي أو مناقضاً لهما، هذا بالإضافة إلى أن مبدأ الفصل بين السلطات، وتوزيع الاختصاصات والأعمال في الدولة يوجب على القاضي أن يلتزم بتطبيق القانون، حتى لو افترض أن ذلك القانون مناهض للعدالة<sup>(٤٥)</sup>.

لكن بالرغم من ذلك يجعل بعض النظم القانونية من حق القاضي أن يناقش طبيعة القانون بقدر ما يكون لذلك من مساس بانطباقه، أو عدم انطباقه مع أحكام الدستور، إذ قد تؤدي مناقشة من هذا القبيل أحياناً إلى البحث في انطباق بعض القواعد مع مبادئ العدالة الأساسية.

إذاً يوجب الالتزام بالتدرج المذكور أعلاه اتباع النص التشريعي، ولو كان الحل الذي يتضمنه غير عادل في نظر القاضي، وإلا كان حكمه عرضة للنقض لمخالفته

(٤٥) ينظر: د. عبدالرحمن البزاز، مبادئ أصول القانون، المصدر السابق، ص ١٤١.

القانون<sup>(٤٦)</sup>، وهذا الأمر يتعارض بالتأكيد مع الأهداف التي وجد القانون من أجلها، فالعدالة إذا لم تكن هدف القانون الوحيد، فهي تشكل أحد أهدافه الرئيسية، ومن خلالها يستطيع القانون أن يؤدي وظيفته الأساسية ألا وهي الحيلولة دون حدوث النزاع والقضاء عليه إن حدث، وهذا لا يتحقق إلا بمراعاة العدالة.

غير أن الوضع في ظل المادة الثانية من الدستور العراقي يكون مختلفاً لأن العدالة كما قلنا من ثوابت أحكام الإسلام، وبالتالي ليس للمشرع ولا للقاضي أن يخالف مبادئ العدالة في عمله.

فالملاحظ أن هذه المادة قد غيرت ترتيب مصادر القانون المدني الوارد في مادته الأولى، جاعلة مبادئ الشريعة الإسلامية في قمة الترتيب، وما يترتب على ذلك هو أن كل نص أو عرف مخالف لمبادئ الشريعة الإسلامية يجب أن يلغى.

(٤) وجوب تقديم عرف فاسد على مبادئ الشريعة الإسلامية وكذلك على متطلبات العدالة عند تعارضه معهما، لكن هذا الحكم استنفد مفعوله في ظل المادة الثانية من الدستور.

(٥) يفترض نص المادة الأولى من القانون المدني وجود قواعد للعدالة خارجة عن مبادئ الشريعة الإسلامية، وهذه القواعد يرجع إليها القاضي عند افتقار النص، أو اقتفاء النص التشريعي والعرف والحكم الشرعي<sup>(٤٧)</sup>، أي يجب أن تكون هذه الثلاثة غير موجودة تماماً، أما عند غموض النص أو عدم كفايته فيجب على القاضي أن ينتجى إلى القواعد العامة في التفسير لتوضيح النص وتكملته<sup>(٤٨)</sup>، فالعدالة بهذه الحالة لا تتعدى كونها مصدراً مكملاً للمصادر المقدمة عليها، لكن كما أسلفنا هنالك رأي

(٤٦) ينظر: حسن محمد أبو السعود، مذكرات، المصدر السابق، ص ٣٠١.

(٤٧) ينظر: د. عبدالرحمن البزاز، مبادئ أصول القانون، المصدر السابق، ص ١٤١.

(٤٨) ينظر: حسن محمد أبو السعود، مذكرات، المصدر السابق، ص (٣٠١-٣٠٢).



يذهب إلى القول إنه لا جدوى من النص على وجوب الرجوع إلى قواعد العدالة بعد النص على وجوب الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، إذ العدالة هي ما تحققه أحكام الشريعة الإسلامية، أو ما هو موافق لأصول الشريعة الإسلامية جملة كما يقول المشرع اليمني.

فإذا ثبت ذلك وجب أن تأتي العدالة قبل التشريع من حيث المرتبة، فتقدم عليه عند تعارضهما، وذلك وفقاً للمادة الثانية من الدستور كما أسلفنا.

٦) تفترض المادة الأولى من القانون المدني، حصول التعارض بين قواعد العدالة ومبادئ الشريعة الإسلامية، ففي هذه الحالة تقدم الأخيرة على الأولى، لكن هذا التعارض يستحيل حصوله كما أسلفنا، لأن العدالة تمتزج مع قواعد الشريعة الإسلامية وتتفجر داخلها، فهي بذلك أحد الأسرار والمقاصد المتوخاة من التشريع الإسلامي<sup>(٤٩)</sup>.

### الفرع الثاني / منهج القانون الإماراتي في تكميل التشريع

نصت المادة الأولى من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم (٥ لسنة ١٩٨٥ المعدل) على أنه: ((تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها وفحواها. ولا مساع للاجتهاد في مورد النص القطعي الدلالة. فإذا لم يجد القاضي نصاً في هذا القانون حكم بمقتضى الشريعة الإسلامية. على أن يراعى تخيير أنسب الحلول من مذهبي الإمام مالك والإمام أحمد بن حنبل فإذا لم يجد، فمن مذهبي الإمام الشافعي والإمام أبي حنيفة حسبما تقتضيه المصلحة. فإذا لم يجد حكم القاضي بمقتضى العرف على ألا يكون متعارضاً مع النظام العام أو الآداب، وإذا كان العرف خاصاً بإمارة معينة فيسري حكمه على هذه الإمارة)).

(٤٩) للمزيد من التفصيل ينظر: د. عبد السلام الترماني، الوسيط في تأريخ القانون والنظم القانونية، بلا مكان النشر، ط٣، ١٤٠٢هـ-١٩٨٢م، ص٦٥٨.

ونصت المادة الثانية من القانون ذاته على أنه: ((يرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله إلى قواعد وأصول الفقه الإسلامي)). أما في المواد (٢٩-٧٠) فقد أورد المشرع بعض قواعد الأصول الفقهية التفسيرية لتفسير المسائل تمهيداً للحكم عليها<sup>(٥٠)</sup>.

(٥٠) وهي:

- ١- المادة ٢٩: الجهل بالأحكام الشرعية ليس عذراً.
- ٢- المادة ٣٠: الاستثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع في تفسيره.
- ٣- المادة ٣١: ما ثبت بنص أمر يقدم على ما وجب بالشرط.
- ٤- المادة ٣٢: ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب.
- ٥- المادة ٣٣: الحكم يدور مع علته وجوداً وعدمًا.
- ٦- المادة ٣٤: المثليات لا تهلك.
- ٧- المادة ٣٥: اليقين لا يزول بالشك.
- ٨- المادة ٣٦: الأصل بقاء ما كان على ما كان.
- ٩- المادة ٣٧: الأصل براءة الذمة.
- ١٠- المادة ٣٨: الأصل في الصفات العارضة العدم.
- ١١- المادة ٣٩: ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه.
- ١٢- المادة ٤٠: الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته.
- ١٣- المادة ٤١: ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه.
- ١٤- المادة ٤٢: ١- لا ضرر ولا ضرار. ٢- الضرر يزال. ٣- الضرر لا يزال بمثله.
- ١٥- المادة ٤٣: الضرورات تبيح المحظورات.
- ١٦- المادة ٤٤: درء المفسد أولى من جلب المنافع.
- ١٧- المادة ٤٥: الاضطرار لا يبطل حق الغير.
- ١٨- المادة ٤٦: ١- العادة محكمة عامة كانت أو خاصة. ٢- وتعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت. ٣- وترتك الحقيقة بدلالة العادة.
- ١٩- المادة ٤٧: استعمال الناس حجة يجب العمل بها.
- ٢٠- المادة ٤٨: الممتنع عادة كالممتنع حقيقة.
- ٢١- المادة ٤٩: العبرة للغالب الشائع لا للنادر.
- ٢٢- المادة ٥٠: المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.
- ٢٣- المادة ٥١: التعيين بالعرف كالتعيين بالنص.
- ٢٤- المادة ٥٢: إذا تعارض المانع والمقتضي قدم المانع.
- ٢٥- المادة ٥٣: التابع تابع ولا يفرد بالحكم.
- ٢٦- المادة ٥٤: إذا سقط الأصل سقط الفرع.
- ٢٧- المادة ٥٥: الساقط لا يعود كما أن المعدوم لا يعود.
- ٢٨- المادة ٥٦: إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه.
- ٢٩- المادة ٥٧: إذا بطل الأصل يصار إلى البديل.
- ٣٠- المادة ٥٨: التصرف على الرعية منوط بالمصلحة.
- ٣١- المادة ٥٩: السؤال معاد في الجواب.
- ٣٢- المادة ٦٠: لا عبرة للتوهم.
- ٣٣- المادة ٦١: لا عبرة للظن البين خطؤه.
- ٣٤- المادة ٦٢: الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان.
- ٣٥- المادة ٦٣: المرء ملزم بإقراره.
- ٣٦- المادة ٦٤: قد يثبت الفرع مع ثبوت الأصل.
- ٣٧- المادة ٦٥: الظاهر يصلح حجة للدفع لا للاستحقاق.
- ٣٨- المادة ٦٦: الخراج بالضمان.
- ٣٩- المادة ٦٧: الغرم بالغنم.
- ٤٠- المادة ٦٨: الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل.
- ٤١- المادة ٦٩: من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرماته.
- ٤٢- المادة ٧٠: من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه.

انطلاقاً من تلك المواد نحبذ أن نناقش موقف القانون الإماراتي من مسألة تكميل التشريع كالآتي:

### أولاً: مصادر التكميل

حدد المشرع الإماراتي في الظاهر مصدرين لتكميل التشريع هما الشريعة الإسلامية والعرف، لكنه في الحقيقة قصد مصدرًا واحدًا فحسب وهو الشريعة الإسلامية، لأن هذه الأخيرة تستغرق العرف وتضويه تحتها، لكون العرف مصدرًا من مصادر الحكم الشرعي وفقاً للرأي السائد عند علماء الأصول، وعملاً بقوله تعالى: ((خذ العفو وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلين))<sup>(٥١)</sup>.

فالمشرع هنا حسناً فعل لأنه لم يتجاهل واقع المجتمع، بل راعاه وقدر له ما يجب تقديره، لأن القانون في شق كبير منه ترجمة صادقة للواقع المجتمعي السائد إلى نصوص تشريعية ملزمة تحقق المساواة بين جميع أفراد المجتمع، وتنبه المشرع الإماراتي لذلك المرتكز الأساس في العملية التشريعية، وكان يقظاً بالمرصاد لاستجابة متطلبات مجتمعه، الأمر الذي أدى إلى أن يظهر القانون برداء الثقة والاطمئنان للأفراد قبل القهر والإلزام، وما يترتب على ذلك من احترام للقانون وعدم الإخلال به.

لكن مع هذه المحاسن، نعتقد أنه من الممكن أن يلاحظ على هذا القانون في أنه اعتمد العرف بعد الشريعة الإسلامية مصدرًا للتكميل، لأن اعتبار العرف مصدرًا للحكم أمر مفروغ منه في الفقه الإسلامي مما يغني عن النص عليه في القانون مادام جعل الفقه الإسلامي مصدرًا للتكميل يأتي قبل العرف من حيث المرتبة، زد على ذلك أن اشتراط عدم تعارض العرف مع النظام العام والآداب موجود في الفقه الإسلامي، بل تصبح الشريعة الإسلامية

(٥١) سورة الأعراف، الآية ١٩٩.

نفسها الأساس الوحيد لتحديد مفهومي النظام العام والآداب في المجتمعات الإسلامية، لذا لا نجد داعياً للتخصيص على العرف مصدراً للتكميل بعد الشريعة الإسلامية.

### ثانياً: الالتزام بالشريعة الإسلامية

ذكر المشرع انه إذا لم يجد القاضي نصاً حكم بمقتضى الشريعة الإسلامية ثم تلاها بأن على القاضي أن يتخير أنسب الحلول من المذاهب الفقهية. ومن المعلوم أن مصطلح الشريعة الإسلامية أوسع من الفقه الإسلامي من حيث المفهوم والدلالة، لأن الشريعة تشمل كل ما شرع للمسلمين من أحكام متعلقة بالعقيدة وتهذيب النفوس والمعاملات سواء أكان بالقرآن أم بالسنة، أما الفقه فهو في أحد تعاريفه العلم بالأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية<sup>(٥٢)</sup>.

لا نريد هنا أن نخوض في تفاصيل العلاقة بين الشريعة والفقه لعدم حاجة البحث إلى مثل هذا التفصيل، لكن نقول بما أن المشرع اشترط تخيير أنسب الحلول من المذاهب الفقهية بعد ذكره لمصطلح الشريعة الإسلامية، فمن المستساغ حمل المقصود على الفقه الإسلامي، وإذا ثبت ذلك فمن الضروري استبدال عبارة (بمقتضى الفقه الإسلامي) بعبارة (بمقتضى الشريعة الإسلامية) في النص.

وكذلك استعمل المشرع عبارة (فإذا لم يجد القاضي)، هذه العبارة فيها من الخطورة ما يؤدي إلى عدم تطبيق القانون، فالقاضي بموجب هذه العبارة إذا أثبت أنه لم يجد النص فلا يمكن مساءلته وبالتالي قد تفقد الرقابة عليه من أهميتها، لذلك نحن نعتقد أن استعمال المشرع العراقي أدق، فنقترح أن تستبدل عبارة (فإذا لم يوجد نص تشريعي) بعبارة (فإذا لم يجد

(٥٢) لمزيد من التفصيل ينظر كل من: د. محمد مصطفى شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٨٥، ص(٢٧-٢٩)؛ د. مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام- الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، دار الفكر، دمشق، ١٩٦٧-١٩٦٨، مجلد ١، ص(٥٤-٥٥).

القاضي نصاً تشريعياً)، أي أن لا يرتبط وجود النص من عدمه بتقدير القاضي، لأنه قد يوجد النص، لكن القاضي لا يجده، فعبارة (فإذا لم يوجد) تمنعه من التثبت بأنه لم يجده.

### ثالثاً: الاجتهاد في النصوص التشريعية

أورد المشرع قاعدة أصولية وهي ((لا مساغ للاجتهاد في مورد النص القطعي (الدلالة))، بموجب هذه القاعدة إذا كان النص التشريعي قطعياً في دلالة فلا يسوغ للقاضي أن يجتهد فيه، وإنما عليه العدول إلى أحكام الفقه الإسلامي مصدراً وحيداً للتكميل، أما إذا لم يكن النص قطعي الدلالة فيجتهد القاضي في الحكم بتأويل وفهم النص، ولا يعدل عن النص، وذلك إن دل على شيء فإنه يدل على أن الاجتهاد أمر جوازي يحدث في نصوص التشريع قبل اللجوء إلى أحكام الفقه الإسلامي، أما إذا كان النص قطعي الدلالة أو كان ظني الدلالة ولم يرد القاضي الاجتهاد فيه وجب الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي. وعليه لا نوافق رأي البعض<sup>(٥٣)</sup> في أنه لا يلجأ إلى الاجتهاد وفقاً للمادة الأولى إلا بعد الرجوع للفقه الإسلامي والعرف. بل نرى وفق التسلسل الصوغي للنص ونظراً للقصد التشريعي أنه جاز للقاضي أن يجتهد في نص تشريعي ظني الدلالة قبل أن يلجأ إلى الفقه الإسلامي.

### رابعاً: الالتزام بالترتيب المذهبي في أخذ الحكم

لم يترك المشرع القاضي يتخير المرجع الفقهي ويتحير فيه، بل ألزمه بترتيب معين، وذلك رعاية لواقع بيئة الإمارات، حيث تسود فيها مذاهب دون غيرها إذ السائد في إمارة أبو ظبي ودبي هو المذهب المالكي، وبجانبه المذهب الشافعي، أما في

(٥٣) منهم: د. جاسم علي الشامسي، دور الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي كمصدر لقانون المعاملات المدنية الإماراتي، مجلة الحقوق، الكويت، السنة ٢٣، العدد ١، ١٩٤١هـ - ١٩٩٩م، ص ١٦٤.

إمارة الشارقة فالمذاهبان السائدان هما المذهب الحنبلي والمذهب الشافعي، وكذلك في عجمان وأم القيوين ورأس الخيمة، أما إمارة الفجيرة فالمذهب السائد فيها هو المذهب الشافعي، إلا أن المشرع جعل الترتيب على أن يرجع القاضي إلى مذهب الإمام مالك والإمام أحمد أولاً، بالمعية والجمع دون تقديم أحدهما على الآخر، بل لا بد أن يكون البحث عن الحكم المناسب من المذهبين معاً بالتساوي من غير تفضيل وألا يجعل الحكم القضائي معيباً<sup>(٥٤)</sup>.

وهذا المعنى مقضي به ومؤكّد عليه من قبل المحكمة الاتحادية العليا في طعن (رقم ٢٩ لسنة ١١ ق. ع جلسة ٢٨ / ١١ / ١٩٨٩) حيث جاء فيه: ((ولئن جاء نص المادة الأولى من قانون المعاملات المدنية على أن القاضي حين غياب نص القانون يطبق أحكام الشريعة متخيراً أنسب الحلول من مذهبي الإمامين مالك بن أنس وأحمد بن حنبل، فإن الواو- كما هو مقرر لغة وفقهاً- لا تقتضي ترتيباً ولا تعقياً. وهي لمطلق العطف.....))<sup>(٥٥)</sup>.

ثم إذا لم يجد الحكم في مذهبي الإمامين مالك وأحمد فإنه يبحث في مذهبي الإمامين الشافعي وأبي حنيفة، بيد أن الواقع المجتمعي كان له تأثير على الاتجاه القضائي فأصبح المرجح في إمارتي أبو ظبي ودبي الأخذ بمذهب الإمام مالك دون مذهب الإمام أحمد، وفي الشارقة ورأس الخيمة وعجمان والفجيرة مثلاً يطبق مذهب الإمام أحمد في أغلب الأحيان دون مذهب الإمام مالك، وهذا ما تشير إليه الأحكام الصادرة عن محاكم الإمارات<sup>(٥٦)</sup>.

إن جاز لنا إبداء الملاحظة على هذا النص فنقول: إنه لم يكن ينبغي للمشرع أن يتلقف أثر التمدد بهذه الحثية، صحيح أن المشرع حاول أن يجاري الواقع المجتمعي لكنه لم

(٥٤) الصدر المتقدم ذكره، ص ١١٥.

(٥٥) منشور في مجلة الحق شريعة وقانون، تصدرها جمعية الحقوقيين، دولة الإمارات العربية، العدد الرابع

والخامس، ١٤١٢هـ-١٩٩١م، ص ١٣٨-١٤١.

(٥٦) نقلاً عن: د. جاسم علي الشامسي، دور الشريعة الإسلامية، المصدر السابق، ص ١١٦.

يفلح في ذلك، آية ذلك أنه قدم مذهباً على حساب مذهب، فمثلاً المذهب الشافعي هو الوحيد الذي يكون له اتباع في الإمارات السبع، لكنه في الترتيب التشريعي يأتي ثانياً في الظاهر وثالثاً في الواقع بعد المذهب المالكي والحنبلي، وفي الترتيب القضائي تم تجاهله تماماً، والمذهب الحنفي ليس له من يتبعه لكنه يأتي مع المذهب الشافعي، وشأنه شأن المذهب الشافعي تم تجاهله كذلك في القضاء، وهذا يعني أن القانون المذكور ليس ترجمة حقيقية للواقع المجتمعي ومتطلباته، وما يزيد هذا التنافر بين القانون المذكور وبيئته، هو سير القضاء على كيفية معينة في تطبيقه بحجة استقرار الأحكام القضائية، الأمر الذي قد يؤدي إلى الشعور بالتهميش والإنظام لدى بعض الناس، لذلك نحن نعتقد أنه بدلاً من هذا الحل.

#### خامساً: مراعاة أنسب الحلول ومقتضيات المصلحة

جاء في النص: ((يراعى تخير أنسب الحلول من مذهبي الإمام مالك والإمام أحمد بن حنبل فإذا لم يجد فمن مذهبي الإمام الشافعي والإمام أبي حنيفة حسبما تقتضيه المصلحة)). هنا يواجه القاضي حالة تعارض الحلول في المذهب أو المذهبين، إذ قد يواجه أكثر من حل في المذهب الواحد سواء أكان أحدهما راجحاً أي المعمول به في المذهب والآخر مرجوحاً، هنا يجب أن يكون الحل هو أنسب من غيره لهذا العصر وللمجتمع، ومسألة الأنسب من عدمه تقتضيها المصلحة، وعلى أساسها تحدد وتفرض، علماً بأن القاضي يقدر هذه المصلحة وعلى أساسها يفرض الحل الأنسب، لكن مع ذلك تبقى هذه المسألة في نطاق القانون، إذ أن تقدير القاضي للحل الأنسب الذي اقتضته المصلحة مسألة قانون لا واقع، وبذلك يخضع تكييف القاضي لرقابة المحكمة الاتحادية العليا<sup>(٥٧)</sup>.

(٥٧) ينظر: المصدر المتقدم ذكره، ص ١١٦.

تجدر الإشارة إلى أن عبارة (تخير أنسب الحلول حسبما تقتضيه المصلحة) على الرغم من أنها من فوائد لصالح تحقيق العدالة عن طريق مراعاة مستجدات الظروف ومتطلبات المصالح، إلا أنها في الوقت ذاته فيها من المرونة ما قد يعرضها للتقدير الشخصي وتحكمه هذا من جهة، ومن جهة ثانية قد يكلف تخير أنسب الحلول القاضي مشقة لا طاقة له بها، وربما يتطلب وقتاً طويلاً قد يتسبب الالتزام به إلى ضياع الحقوق، لذا كان من المحبذ أن تتقيد مسألة تخير أنسب الحلول بضوابط محددة وواضحة كموافقة الحل لمبادئ قانون المعاملات المدنية وحكمته، أو أن يكون الحل أكثر توافقاً مع نصوص القانون المذكور وبذلك لا تفترق التطبيقات القضائية عن الحلول التشريعية، وهذا الأمر إن كتب له النجاح فيسهم في تكوين نظام قانوني منسجم متماسك ذي هدف معين وفلسفة واضحة.

#### سادساً: مصدر التفسير

نصت المادة الثانية على أنه: ((يرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله إلى قواعد وأصول الفقه الإسلامي)). ورئي وضع هذه المادة لتثبيت ما يتميز به هذا القانون من ارتباطه بالفقه الإسلامي وأصوله، فبين المشرع المرجع في فهم النصوص وتفسيره وتأويله أخذاً بيد القضاة وجمعاً لهم على مرجع واحد فيكون ذلك أحرى بقدر الإمكان بإبعاد أسباب الخلاف فضلاً عن التوجيه والإرشاد<sup>(٥٨)</sup>. هنا لم يورد المشرع أي ترتيب للمذاهب يلتزم به القاضي في الرجوع إليها لفهم النص وتفسيره، مما حدا بالبعض<sup>(٥٩)</sup> أن يظن في أن يكون الرجوع هنا وفقاً لترتيب المذاهب التي أوردتها في نص المادة الأولى، إذ قد يكون النص المقنن - وكما هو أغلب النصوص - مأخوذاً من الفقه الحنفي، فإذاً لا بد من الرجوع في تفسيره إلى الفقه الحنفي.

(٥٨) ينظر: المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي، وزارة العدل، ص ١٨.

(٥٩) د. جاسم علي الشامسي، دور الشريعة الإسلامية، المصدر السابق، ص ١١٥.



هذا الرأي يستحق التأييد لذلك نحن نؤيده، ونعتقد أن فهم نص مأخوذ لا يمكن أن يتم إلا بالرجوع إلى التفسير المقدم من الذي أخذ النص منه، فالمشرع حسناً فعل عندما لم يتطرق إلى ذكر المصادر في فهم النص بل اكتفى بإلزام القاضي بالعودة إلى قواعد وأصول الفقه الإسلامي لفهم النص وتفسيره هذا من جانب، ومن جانب ثان أن نص المادة الثانية يفرض على القاضي العودة إلى قواعد أصول الفقه ككل، أي كل قاعدة من قواعد أصول الفقه تصلح أن تكون أساساً لفهم النص وتفسيره يلتزم به القاضي، فبالتالي نحن نرى أنه لا داعي لذكر بعض القواعد دون غيرها على سبيل المثال كما فعل المشرع، طالما أن القاضي يجب أن يلتزم بالقواعد ككل، عليه نذهب إلى الاعتقاد أن نص المادة الثانية يؤدي إلى الاستغناء عن المواد (٢٩ إلى ٧٠)، فالقواعد الواردة في المواد المذكورة أعلاه ليست إلا قواعد أصولية داخلية في أصول الفقه، فالنص على قواعد أصول الفقه مصدراً للتفسير ككل يفقد حكمة ذكر بعضها.

### سابعاً: اقتراح تعديل النص

إذا جاز لنا اقتراح تعديل نص من نصوص القانون المذكور، فنترح استناداً إلى المعطيات السابقة أن تعدل المادة الأولى وتدمج معها المادة الثانية بحيث تصاغ كالتالي: ((١- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في منظوقها ومفهومها. ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص القطعي الدلالة. ٢- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم بمقتضى أحكام الفقه الإسلامي على أن يراعى تخير أنسب الحلول حسبما تقتضيه المصلحة. ٣- يرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله إلى قواعد وأصول الفقه الإسلامي)). وإذا ثبت مثل هذا النص فيجب إلغاء المواد (٢٩-٧٠)، ليراعي القانون فن صياغة التشريع وصناعته التي تستلزم أن يتضمن القانون في أقل الكلمات أكثر الأحكام.

## الخاتمة:

توصلنا من خلال هذا البحث إلى النتائج والاقتراحات الآتية:

### أولاً / النتائج:

أ- أصبح النقص في التشريع ظاهرة قانونية عمت كل القوانين المدنية، وفي المقابل أصبحت الحاجة إلى تكميل التشريع من خلال سد النقص حقيقة قانونية ثابتة لا يمكن إنكارها.

ب- هناك اختلاف بين في الفقه وبين القوانين فيما يتعلق بالتعامل مع ظاهرة النقص في التشريع، وكيفية تكميله، وطريقة تكميله، فمن القوانين ما يعطي حرية زائدة للقاضي لتكميل التشريع بهدف تحقيق العدالة، ومنها ما لا يعطيه تلك الحرية بل يقيدده تقييداً زائداً وذلك خوفاً منه من العبث بالعدالة، وتلافياً للتحكم الشخصي بها، وهناك فئة ثالثة من القوانين اختارت بين ذينك سبيلاً، فأعطت القاضي نوعاً من الحرية لتحقيق العدالة وفي الوقت ذاته لم تبد خوفها من التحكم الشخصي بها.

ج- أن الالتزام بالتسلسل المصدري الوارد في بعض القوانين لتكميل التشريع قد يؤدي إلى تحقيق العدالة، وقد يؤدي أحياناً إلى إجحافها.

د- يكون القاضي المدني ملزماً بالحكم في القضية المعروضة عليه سواء وجد النص أم لم يوجد، ويبقى هذا الالتزام الحاجة إلى تكميل التشريع على الدوام.

ه- هنالك اختلاف واضح بين القانون الإماراتي والقانون العراقي فيما يخص مسألة تكميل التشريع، إذ يلزم الأول القاضي بالتقيد المذهبي لتكميل

التشريع ، وفي الوقت ذاته أورد الفقه الإسلامي والعرف مصدرين للتكميل، فلم يتصور وجود العدالة أو أي مصدر آخر خارج هذين المصدرين، بينما منع القانون العراقي القاضي من التقيد المذهبي ونهاه عنه، وكذلك أورد بجانب العرف والفقه الإسلامي العدالة كمصدر ثالث للتكميل، وهذا يدل على ان المشرع العراقي تصور وجود العدالة خارج العرف والفقه الإسلامي، في حين قصر المشرع الإماراتي العدالة بالفقه الإسلامي ولم يتصور وجودها خارجة.

### ثانياً/ الاقتراح:

أ- إذا جاز لنا اقتراح تعديل نص من نصوص القانون المذكور، نقترح تعديل المادة الأولى من قانون المعاملات المدنية الإماراتي وأن تندمج معها المادة الثانية بحيث تصاغ كالآتي:

١- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في منطوقها ومفهومها. ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص القطعي الدلالة.

٢- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى أحكام الفقه الإسلامي على أن يراعي تخير أنسب الحلول حسبما تقتضيه المصلحة.

٣- يرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله إلى قواعد وأصول الفقه الإسلامي. وإذا ثبت مثل هذا النص فيجب إلغاء المواد (٢٩-٧٠)، ليراعي القانون فن صياغة التشريع وصناعته التي تستلزم أن يتضمن القانون في أقل الكلمات أكثر الأحكام.

- ب - نقترح تعديل المادة الأولى من القانون المدني العراقي لتصبح كالآتي:
- ١- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في منطوقها ومفهومها (٦٠). ولا مساعٍ للاجتهاد في مورد النص القطعي الدلالة.
  - ٢- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى أحكام الفقه الإسلامي الأكثر عدالة، فإذا لم يوجد اجتهاد بما تقتضيه العدالة
  - ٣- يرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله إلى قواعد وأصول الفقه الإسلامي.

(٦٠) سبق أن اقترح الأستاذ الدكتور مصطفى إبراهيم الزلي أن تعدل المادة الأولى في أكثر قوانين البلاد العربية، فيما يتعلق باستبدال عبارة (بمنطوقها ومفهومها) بعبارة (بلفظها وبفحواها)، لأن النصوص لا تسري على العلاقات بألفاظها لأن الألفاظ قوالب مجردة وإنما بمنطوقها ومفهومها، وكذلك تعبير (بفحواها) لا يشمل إلا صورة واحدة من دلالات النصوص، وهي أن تكون علة الحكم في المسكوت عنه أقوى منها في المنطوق، لذلك اقترح ذلك الاقتراح، وهو اقتراح في محله، فأثرنا أن نعيده هنا مادام الأمر متعلقاً بالموضوع ذاته محل الاقتراح. ينظر: د. مصطفى إبراهيم الزلي، الصلة بين علم المنطق والقانون، المصدر السابق، ص ٢١-٢٢.

المصادر:

– القرآن الكريم

أولاً / الكتب:

١. ابن منظور، لسان العرب، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بيروت، ط١، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥ م.
٢. أبو الفتح محمد بن عبد الكريم الشهرستاني، الملل والنحل، تحقيق، محمد عبد القادر الفاضلي، المكتبة العصرية، بيروت، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣ م.
٣. إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح، دار المعرفة، بيروت، ط١، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥ م.
٤. د. حسن كبيره، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون سنة النشر.
٥. حسن محمد أبو السعود، مذكرات في أصول القانون، مطبعة النفيض الأهلية، بغداد، ١٩٤٠-١٩٤١.
٦. روبرت ألكسي، فلسفة القانون، تعريب، فريد السالك، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط١، ٢٠٠٦.
٧. د. رياض القيسي، علم أصول القانون، بيت الحكمة، بغداد، ط١، ٢٠٠٢.
٨. د. سعيد عبد الكريم مبارك، أصول القانون، جامعة بغداد، العراق، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢ م.
٩. سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني، سنن أبي داود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٣٨٩هـ.
١٠. د. سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٦.
١١. ضياء شيت خطاب، فن القضاء، قسم البحوث والدراسات القانونية في معهد البحوث والدراسات العربية، بغداد، ١٩٨٤.
١٢. د. عبدالحى حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية وفقاً للقانون الكويتي، دراسة مقارنة، مطبوعات جامعة الكويت، كلية الحقوق والشريعة - القانون الخاص، ١٩٧٢، ج١، نظرية القانون.
١٣. د. عبدالرحمن البزاز، مبادئ أصول القانون، مطبعة العاني، ط٢ (منقحة)، ١٣٧٧هـ - ١٩٥٨ م.
١٤. د. عبدالسلام الترماني، الوسيط في تاريخ القانون والنظم القانونية، بلا مكان النشر، ط٣، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢ م.
١٥. د. محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، مطبعة جامعة صلاح الدين، أربيل، ط٢، مزيدة ومنقحة، ٢٠٠٦.
١٦. د. محمد مصطفى شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٨٥.
١٧. د. محمد معروف الدواليبي، المدخل إلى علم أصول الفقه، مطبعة جامعة دمشق، دمشق، ط٣، ١٩٥٩.
١٨. د. مصطفى إبراهيم الزلمي، الصلة بين علم المنطق والقانون، مطبعة شفيق، بغداد، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦ م.
١٩. د. مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام - الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، دار الفكر، دمشق، ١٩٦٨-١٩٦٧.
٢٠. هانس كلسن، النظرية المحضة في القانون، ترجمة، د. أكرم الوتري، مركز البحوث القانونية، بغداد، ١٩٨٦.

### ثانياً / البحوث والرسائل العلمية :

١. د. جاسم علي الشامسي، دور الشريعة الإسلامية والفقهاء الإسلامي كمصدر لقانون المعاملات المدنية الإماراتي، مجلة الحقوق، الكويت، السنة ٢٣، العدد ١، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.
٢. د. حسن أحمد بغدادي، النقص الفطري في أحكام التشريع، بحث منشور في مجلة القضاء العراقية، بغداد، العددان (٤، ٥)، كانون الأول ١٩٤٥، السنة (٤).
٣. د. عبدالباقي البكري، مبادئ العدالة مفهومها ومنزلتها ووسائل إدراكها، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، دار العربية، بغداد، عدد خاص بمناسبة الاحتفال باليوبيل الماسي للكلية، مايس ١٩٨٤.
٤. د. علي جمعة محارب، دور الاجتهاد القضائي في تطوير القاعدة القانونية، بحث منشور، مجلة القضاء العراقية، السنة (٤٦)، العددان (١ و ٢)، ١٩٩١.
٥. مجلة الحق شريعة وقانون، تصدرها جمعية المحققين، دولة الإمارات العربية، العدد الرابع والخامس، ١٤١٢هـ - ١٩٩١م، ص ١٣٨-١٤١.
٦. محمد أحمد رمضان، دور القاضي في إنشاء القاعدة القانونية المدنية، رسالة ماجستير، كلية القانون والسياسة - جامعة بغداد، محرم ١٤٠٦هـ - أيلول ١٩٨٥م.
٧. محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية، مجموعة رسائل الدكتوراه، غير منشورة.

### ثالثاً / نصوص القوانين والمذكرات الإيضاحية :

١. القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ وتعديلاته باللغة الإنجليزية.
٢. القانون المدني التركي الصادر سنة ١٩٢٦، تعريب خالد الشاندر.
٣. القانون الأساسي الألماني (الدستور الألماني) لسنة ١٩٤٩ وتعديلاته.
٤. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
٥. قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥.
٦. القانون المدني اليمني رقم ١٩ لسنة ١٩٩٢.
٧. الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥.
٨. المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي.