



جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة بابل / كلية القانون

التفسير المتطور للقانون (دراسة مقارنة)

اطروحة تقدّم بها الطالب
حسن ضعيف حمود المعموري

إلى مجلس كلية القانون – جامعة بابل
وهي جزء من متطلبات نيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص
إشراف

الأستاذ المساعد الدكتور
محمد جعفر هادي

٢٠٢٢ م

١٤٤٤ هـ

بسم الله الرحمن الرحيم

((هُوَ الَّذِي أَنْزَلَ عَلَيْكَ الْكِتَابَ مِنْهُ آيَاتٌ مُحْكَمَاتٌ هُنَّ أُمُّ الْكِتَابِ وَأُخَرُ
مُشَابِهَاتٌ ۖ فَأَمَّا الَّذِينَ فِي قُلُوبِهِمْ زَيْغٌ فَيَتَّبِعُونَ مَا تَشَابَهَ مِنْهُ ابْتِغَاءَ الْفِتْنَةِ وَابْتِغَاءَ
تَأْوِيلِهِ ۚ وَمَا يَعْلَمُ تَأْوِيلَهُ إِلَّا اللَّهُ ۚ وَالرَّاسِخُونَ فِي الْعِلْمِ يَقُولُونَ آمَنَّا بِهِ كُلٌّ
مِنْ عِنْدِ رَبِّنَا ۚ وَمَا يَذَّكَّرُ إِلَّا أُولُو الْأَلْبَابِ))

صدق الله العلي العظيم

سورة آل عمران / الآية (٧) ﴿٧﴾

الإهداء

أهدي هذا الجهد اليسير الى

- ميزان الاعمال ، ومقلب الأحوال، وسيف ذي الجلال ، وساقى السلسبيل الزلال .
- النبأ العظيم ، والصراط المستقيم ، ومن هو في ام الكتاب لدى الله عليّ حكيم .
- ناصر الحق، رفيق الحق والذي يدور معه الحق ، وامير المؤمنين الحق .
- امام المتقين، ومولى الموحدين، وقائد الغر المحجلين الى جنات النعيم .
- حبيب اله العالمين، ووصي الرسول الامين، وابي الأئمة الطاهرين .
- النور العاقب، والشهاب الثاقب، غالب كل غالب . . علي بن ابي طالب .
- صلوات الله عليه وعلى روحه وبدنه .

شكر وامتنان

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ
وَأَدْخِلْنِي بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ الصَّالِحِينَ ﴾ سورة النمل - الآية - ١٩ .

الحمد لله الذي علا بحوله ودنا بطوله مانح كل غنيمة وفضل، وكاشف كل عظمة وأزل، أحمده على عواطف كرمه وسواغ نعمه، وأشهد أن محمداً (صلى الله عليه وآله) عبده ورسوله أرسله بالهدى؛ لإنهاء عذره وتقديم نذره، ونصب الأوصياء من بعده؛ لإكمال دينه وإتمام نعمته .

وبعد أن تفضل علي الربّ الجليل والمنعم الكريم في إتمام كتابة هذه الاطروحة ، لا يسعني إلا أن أتقدم بخالص الشكر، والامتنان إلى السيد المشرف الاستاذ الدكتور (محمد جعفر هادي) لقبوله الإشراف على هذه الاطروحة، ولما تفضل به علي من جهود قيمة في إنجازها، وأخص بالشكر ،أيضاً، كل من أمدني بعون من المكتبات العلمية، والأساتذة المتخصصين، والزملاء، والأصدقاء، والأهل، والأقرباء .

كما لا يفوتني أن أشكر السيد عميد كلية القانون الاستاذ الدكتور (ميري كاظم الخيكاني) والسيد رئيس فرع القانون الخاص الاستاذ الدكتور(خير الدين كاظم عبيد) لما بذلاه من جهود طوال مسيرتي الدراسية .

الباحث

المحتويات

الموضوعات	رقم الصفحة
الآية	أ
الإهداء	ب
شكر وامتنان	ت
المحتويات	ث - ز
الملخص	س - ش
المقدمة	١ - ٧
الفصل الأول: النظام القانوني للتفسير المتطور للقانون	٨ - ٧٣
المبحث الأول : مفهوم التفسير المتطور للقانون	٩ - ٤١
المطلب الأول : تحديد معنى التفسير المتطور للقانون	٩ - ٢١
الفرع الأول : تعريف التفسير المتطور للقانون	٩ - ١٦
الفرع الثاني : علاقة التفسير المتطور للقانون ببعض المفاهيم	١٦ - ٢١
أولاً : علاقة التفسير المتطور بالتأويل	١٦ - ١٩
ثانياً : علاقة التفسير المتطور بالتكييف	١٩ - ٢١
المطلب الثاني : تأصيل فكرة التفسير المتطور للقانون	٢١ - ٣٢
الفرع الأول : الجذور التاريخية لفكرة التفسير المتطور	٢٢ - ٢٨

الموضوعات	رقم الصفحة
أولاً : فلسفة السفسطائيون	٢٢ – ٢٣
ثانيًا - الفلسفة النفعية	٢٣ – ٢٥
ثالثًا - فلسفة المدرسة التاريخية	٢٥ – ٢٧
رابعًا - فلسفة مدرسة البحث العلمي الحر	٢٧ – ٢٨
الفرع الثاني - أساس فكرة التفسير المتطور	٢٨ – ٣٢
أولاً - أساس فكرة التفسير المتطور في الفقه الإسلامي	٢٨ – ٣٠
ثانيًا - أساس فكرة التفسير المتطور في القانون	٣٠ – ٣٢
المطلب الثالث : عناصر التفسير المتطور للقانون	٣٣ – ٤١
الفرع الأول - الكشف عن محتوى النص	٣٣ – ٣٧
الفرع الثاني - الإستجابة لحاجات المجتمع القائمة	٣٧ – ٤١
المبحث الثاني : محددات التفسير المتطور للقانون	٤٢ – ٧٣
المطلب الأول : مخاطر التفسير المتطور وسبل والوقاية منها	٤٢ – ٥٠
الفرع الأول - مخاطر التفسير المتطور	٤٢ – ٤٧
أولاً - خطر التعسف في استغلال السلطة والخروج عن مبدأ الحياد.	٤٢ – ٤٤
ثانيًا - تهديد الأمن القضائي	٤٥ – ٤٧
الفرع الثاني - سبل الوقاية من مخاطر التفسير المتطور	٤٧ – ٥٠

الموضوعات	رقم الصفحة
أولاً - الزام القاضي بتسبيب الأحكام	٤٧ - ٤٨
ثانيًا - نشر الاجتهادات القضائية	٤٨ - ٥٠
المطلب الثاني : نطاق التفسير المتطور للقانون	٥٠ - ٦٥
الفرع الأول : نطاق التفسير المتطور في منطقة الثوابت	٥٠ - ٥٦
الفرع الثاني : نطاق التفسير المتطور ضمن متغيرات القانون	٥٦ - ٦٥
المطلب الثالث - الرقابة على التفسير المتطور للقانون	٦٥ - ٧٣
الفرع الأول : الرقابة على التفسير المتطور في مرحلة الانشاء	٦٥ - ٧٠
الفرع الثاني : الرقابة على التفسير المتطور في مرحلة الاتباع	٧٠ - ٧٣
أولاً - الإستئناف	٧٠ - ٧١
ثانيًا - التمييز :	٧١ - ٧٢
٣ - الطعن بطريق تصحيح القرار التمييزي	٧٢ - ٧٣
الفصل الثاني - وسائل التفسير المتطور للقانون وغاياته	٧٤ - ١٣٧
المبحث الأول - وسائل التفسير المتطور للقانون	٧٥ - ١١١
المطلب الأول : هرمنيوطيقا النص	٧٥ - ٨٨
الفرع الأول : اصل الهرمنيوطيقا ومفهومها عند الغرب	٧٥ - ٧٨
الفرع الثاني : الهرمنيوطيقا في الواقع الإسلامي	٧٨ - ٨٣

الموضوعات	رقم الصفحة
الفرع الثالث - مدى امكانية استثمار هرمنيوطيقا النص في التفسير المتطور للقانون	٨٣ - ٨٨
المطلب الثاني : الدلالة العقلية للنص	٨٨ - ١٠١
الفرع الأول - دلالة المفهوم	٨٩ - ٩٥
أولاً - تعريف المفهوم	٨٩ - ٩٢
١ - مفهوم الموافقة	٩٠ - ٩١
٢ - مفهوم المخالفة	٩١ - ٩٢
ثانياً - دور المفاهيم في تفسير القانون	٩٢ - ٩٥
الفرع الثاني - دلالة القياس	٩٥ - ١٠١
أولاً - مفهوم القياس	٩٦ - ٩٨
ثانياً - دور القياس في تفسير نصوص القانون	٩٨ - ١٠١
المطلب الثالث : الفهم الاجتماعي للنص	١٠١ - ١١١
الفرع الأول - مفهوم الفهم الاجتماعي	١٠١ - ١٠٦
الفرع الثاني - دور الفهم الاجتماعي في اعمال النص .	١٠٧ - ١١١
المبحث الثاني : غايات التفسير المتطور للقانون	١١٢ - ١٣٧
المطلب الأول : العدالة	١١٢ - ١١٨
الفرع الأول - مفهوم العدالة	١١٨ - ١٢١

الموضوعات	رقم الصفحة
الفرع الثاني : علاقة العدالة بالتفسير المتطور	١٢٩ - ١٢١
المطلب الثاني - الأمن القانوني	١٢٩ - ١٢١
الفرع الأول - مفهوم الأمن القانوني	١٢٤ - ١٢١
الفرع الثاني : مقومات الأمن القانوني	١٢٦ - ١٢٤
أولاً - اليقين القانوني :	١٢٥ - ١٢٤
ثانياً - الاستقرار القانوني :	١٢٦ - ١٢٥
ثالثاً - التوقع المشروع	١٢٦ - ١٢٦
الفرع الثالث - علاقة الأمن القانوني بالتفسير المتطور للقانون	١٢٩ - ١٢٧
أولاً : وضوح القاعدة القانونية	١٢٧ - ١٢٧
ثانياً : الاستقرار القانوني :	١٢٩ - ١٢٧
ثالثاً : حماية التوقع المشروع	١٢٩ - ١٢٩
المطلب الثالث - سيادة القانون	١٣٧- ١٢٩
الفرع الأول - مفهوم سيادة القانون	١٣٢-١٣٠
الفرع الثاني - ضمانات سيادة القانون	١٣٤ - ١٣٢
الفرع الثالث - علاقة سيادة القانون بالتفسير المتطور للقانون	١٣٧ - ١٣٤
الفصل الثالث : نماذج للتفسير المتطور للقانون	١٩٦ - ١٣٨

الموضوعات	رقم الصفحة
المبحث الأول – نماذج للتفسير المتطور للقانون من مسائل الأحوال الشخصية	١٤٠ – ١٧١
المطلب الأول : نماذج ترتبط بانعقاد عقد الزواج	١٤١ – ١٤٨
الفرع الأول – تقييد تعدد الزوجات بإذن القاضي	١٤١ – ١٤٦
الفرع الثاني – المنع من الزواج	١٤٦ – ١٤٨
المطلب الثاني – نماذج ترتبط ببعض اثار الزواج	١٤٩ – ١٦٢
الفرع الأول – النسب	١٤٩ – ١٥٣
الفرع الثاني – المهر والنفقة	١٥٤ – ١٥٧
أولاً - المهر	١٥٤ – ١٥٤
ثانياً - النفقة	١٥٥ – ١٥٧
الفرع الثالث - طلب التفريق للنشوز	١٥٧ – ١٥٩
الفرع الرابع – الحضانة	١٥٩ – ١٦٢
المطلب الثالث – نماذج ترتبط بانحلال الزواج	١٦٢ – ١٧١
الفرع الأول – من له حق ايقاع الطلاق قانونا	١٦٢ – ١٦٧
الفرع الثاني – حالات ايقاع التفريق قانونا .	١٦٧ – ١٧١
اولا- الحالات التي يحق فيها لكل من الزوجين طلب التفريق	١٦٧ – ١٧٠
ثانيا - الحالات التي يحق فيها للزوجة وحدها طلب التفريق	١٧٠ – ١٧١

الموضوعات	رقم الصفحة
المبحث الثاني - نماذج للتفسير المتطور للقانون من المسائل المدنية	١٧٢ - ١٩٦
المطلب الأول : دور الارادة في نطاق المسائل غير الجائزة والإلتزامات الجائزة	١٧٣ - ١٨٠
الفرع الأول : دور الارادة في نطاق المسائل غير الجائزة	١٧٣ - ١٧٧
الفرع الثاني - دور الارادة في نطاق الإلتزامات الجائزة	١٧٨ - ١٨٠
المطلب الثاني - ضمان المعقود عليه	١٨٠ - ١٨٦
الفرع الأول - ضمان الهبة بشرط بعوض	١٨١ - ١٨٣
الفرع الثاني - ضمان حق المنفعة المكتسب بالعقد	١٨٣ - ١٨٦
المطلب الثالث اقامة المشيدات في المال الشائع	١٨٦ - ١٩٢
الفرع الأول : احكام اقامة المشيدات في المال الشائع	١٨٧ - ١٨٩
الفرع الثاني - موائمة الأحكام المتقدمة مع الواقع المعاصر	١٨٩ - ١٩٢
المطلب الرابع : تطبيقات متفرقة	١٩٢ - ١٩٦
الفرع الأول - بطلان العقد بسبب اختلاف الجنس	١٩٢ - ١٩٣
الفرع الثاني - تجهيل المعقود عليه	١٩٤ - ١٩٥
الفرع الثالث - التحسينات التي يجريها الحائز العرضي على الاشياء التي يتسلمها بموجب العقد .	١٩٥ - ١٩٦
الفرع الرابع - المحدثات في ملك الغير	١٩٧ - ١٩٨
الخاتمة	١٩٩ - ٢٠١

رقم الصفحة	الموضوعات
٢٠١٧-٢٠٢	المصادر
A-B-C	Abstract

تناولت الدراسة موضوع التفسير المتطور في القانون العراقي ومدارس التفسير الوضعية بالمقارنة مع اصول الفقه الاسلامي ، وقد اقتضت الحاجة الرجوع الى الفقه الاسلامي فضلاً عن اصوله سيما في التطبيقات التي جعلناها نماذجاً للتفسير المتطور ، فعلى مستوى القانون العراقي ؛ فمضافاً الى إلزام القاضي باتباع هذا النوع من التفسير في المادة الثالثة من قانون الإثبات ، فإن فكرة التفسير المتطور ترجع بأصولها الى القانون المدني والذي مهد لها بنصوص متعددة ، وقد حاول الفقه بناء على ذلك أن يضع للتفسير المتطور مفهوماً محدداً ، واتجه أغلبهم الى ربطه بمراعاة الحكمة من التشريع ، غير أننا رأينا انه لا ينحصر بهذا المعنى ، بل يتسع ليشمل كل تفسير يستجيب لحاجات المجتمع القائمة ، فيتخلل بذلك الى عنصرين هما الكشف عن محتوى النص والاستجابة لحاجات المجتمع القائمة .

أما على مستوى مدارس التفسير الوضعية؛ فترجع جذور فكرة التفسير المتطور الى الأفكار الإغريقية القديمة التي دعت الى التشكيك في القواعد القانونية أو اقامتها على أساس نفعي ، وقد انبثقت بناء على ذلك نظريات مختلفة في نطاق تفسير النصوص ركز بعضها على ارادة المشرع ، واتجه الآخر الى التركيز على الغاية التي تعيش في النص .

أما على مستوى اصول الفقه الاسلامي ؛ فترتبط فكرة التفسير المتطور بعلم الأحكام والتي يمكن الاستناد اليها في توسيع نطاق العمل بالنصوص .

ويجري التفسير المتطور في متغيرات القانون بشكل واسع وفي ثوابته بشكل محدود ، ويتعطل في نطاق النصوص قطعية الدلالة ، أما النصوص التي تضطرب دلالتها بسبب تعارضها مع نصوص أخرى تعلوها في الهرم القانوني فإنها تخضع للتفسير المتطور ، ورغم المخاطر التي يمكن تصور مرافقتها للتفسير المتطور فإن الواقع القانوني العراقي يسير باتجاه تجاوز هذه المخاطر ؛ من خلال إلزام القاضي بتسبيب الأحكام ، وما يقوم به مجلس القضاء الأعلى من نشر قرارات محكمة التمييز الاتحادية .

ويمكن تحقيق التفسير المتطور من خلال وسائل مختلفة ، فيتحقق من خلال هرمينوطيقا النص بالانطلاق من ثوابت القانون الى متغيراته ، ومن خلال الدلالة العقلية للنص بالنظر الى علل الأحكام وغايات تشريعها ، وكذلك يتحقق بالفهم الاجتماعي للنص على ضوء الارتكاز العام الذي يشترك فيه افراد المجتمع . ويحقق التفسير المتطور بدوره غايات متعددة ، فيحقق العدالة من خلال تطبيق القانون بما ينسجم مع متطلبات العصر ، ويحقق الأمن القانوني من خلال ضمان استقرار المراكز القانونية

للأفراد، ويساهم في خضوع الأفراد - حكامًا ومحكومين - للقانون فيحقق بذلك سيادة فضلى لهذا الأخير .

ويرتبط التفسير المتطور برابط وثيق بالمبادئ الدستورية وقيم المجتمع العليا واهداف القانون العامة ، وبناء على ذلك يتوجب تنسيق تطبيق احكام القانون بما ينسجم مع هذه الاهداف وتلك القيم والمبادئ ، فالأحكام القانونية التي تتعارض مع مبادئ الدستور - كالأحكام المخالفة لثوابت احكام الإسلام او المتعارضة مع الضمانات الدستورية - يمكن للمحاكم الامتناع عن تطبيقها كما يمكن للمتقاضين الطعن بعدم دستوريها ، والأحكام التي تسيير بعكس الاهداف العامة للقانون يجب ارجاعها الى تلك الاهداف وتطبيقها بما ينسجم معها .

أولاً : التعريف بموضوع البحث

إن تطبيق النصوص على الوقائع الموضوعة لها اذا كان سهلاً في زمن وضعها، فليس كذلك في ما يليه من ازمان ، اذ قد تزداد صعوبة تطبيق النصوص عندما يتقدم عليها الزمن ، والسبب في ذلك ببساطة ان المشرع حينما يضع النصوص انما يضعها ضمن السياق المتصور لديه وقت وضعها لعدم احاطته الشمولية بما سيحدث من ظروف تحيط بالوقائع الموضوعة لها تلك النصوص .

ولما كانت مهمة تطبيق القانون تناط بجهة أخرى غير الجهة التي وضعته اذ كما هو واضح لا يقوم المشرع بتطبيق القانون بل يترك تطبيقه الى القضاء ، فأن تطور الوقائع التي وضعت لها النصوص وخروجها عن سياق تصورات المشرع حال سن القانون ؛ يستلزم منح القضاء امكانية تلمس الحلول من خلال تفسير النصوص بما ينسجم مع ما يظهر او يستجد من وقائع .

وتوسيع نطاق النصوص اذا كان الأصل فيه أن يكون من عمل المشرع نفسه من خلال التعديل حتى لا يظهر القاضي بمظهر المشرع ، إلا أن ذلك يلزم حالة سيئة وهي ضرورة التدخل المستمر من قبل المشرع بتعديل النصوص كلما تطورت الحياة وتغيرت الظروف وما ينشأ عن ذلك من حصول الارباك في النظام القانوني ، لذلك كان لابد من ايجاد وسيلة سليمة لمواجهة التغير في الظروف بعيدا عن هذا الارباك القانوني .

ولما كان المفترض بالمشرع أن يكون ناظرًا للعدالة في ما يبتغيه من التشريع وحيث إن الحكم الذي لم يعد يحقق المصلحة منه يفارق العدالة بمقدار مفارقتة لهذه المصلحة، فقد ارتبطت العدالة بتفسير النصوص حسب المصالح المبتغاة منها بحيث يمكن ان يقال ان تفسير النص اذا نافى المصلحة التي جُعِلت مناطاً له ؛ يعد تفسيراً غير عادل و الحكم المستنبط في ضوء هذا التفسير يعد غير عادل هو الآخر.

بناء على ما تقدم فإن على القاضي تطويع النص القانوني المفارق للعدالة عن طريق تفسيره مهما امكنه ذلك ، لأن واجبه هو الخضوع الواعي للقانون وليس التطبيق الحرفي ، فيجب تطبيق القانون تطبيقاً سليماً واعياً وليس تطبيقاً شكلياً يؤدي في حقيقته الى احكام ظالمة ، ويتحقق التطبيق السليم بمراعاة الظروف الخاصة بكل نزاع وتفسير نصوص القانون بما يستجيب

لحاجات المجتمع القائمة وقت تطبيق النصوص ، وبذلك يمكن ان يكون للنص القانوني عند تطبيقه مضموناً واسعاً قياساً بما هو عليه عند وضع القانون ، وذلك انسجاماً مع ما يظهر من تجارب انسانية جديدة، او معارف علمية حديثة ، لان القانون كائن حي ينمو ويتطور في البيئة التي نشأ فيها وهو أكثر مرونة من ان يعيش في نصوص جامدة ما دامت الحياة في تطور مستمر.

ومن ثم فان القاضي الذي يفسر القانون بطريقة تعيد تطبيقه الى وضعه السليم الذي ينسجم مع المبادئ العامة للقانون ويحقق غايات القانون على نحو الاجمال يكون بذلك قد فسر القانون بشكل يحقق نتيجة ايجابية، فيعد تفسيره متطوراً بناء على النتيجة التي يحققها ، ولا يقال ان التفسير المتطور يتجاوز بذلك ارادة المشرع الحقيقية، فأن الارادة التشريعية، تقوم على النظر الى التشريع نظرة موضوعية بحيث يجري تفسيره في ذاته على اعتبار انه ينطوي على ارادة ذاتية خاصة به للوصول الى المعنى الذي يعيش في القاعدة القانونية لا مجرد استقصاء المعنى التاريخي الذي اعطاه المشرع للنص.

فتفسير القانون لا يقتصر على توضيح ما يكتنف نصوصه من غموض ، بل يتسع التفسير ليشمل استكمال نواقص القانون والتوفيق بين نصوصه المتعارضة وتكييفه بما ينسجم مع متطلبات العصر وحاجات المجتمع القائمة ، ولا تتحقق كل هذه الغايات للتفسير بمجرد التعامل مع قالب النص ، بل يلزم لتحقيقها العبور من القالب الى المحتوى ومن النص الى الواقع والبحث عن الدلالة العقلية للنص وعدم الاقتصار على دلالاته اللفظية .

وكان من الطبيعي ان يلتفت المشرع العراقي للنقاط المتقدمة ويضع موقفاً تشريعياً في هذا المضمار؛ فنص في المادة الثالثة من قانون الإثبات على الزام القاضي باتباع التفسير المتطور للقانون، وجعل ذلك من اهداف قانون الإثبات ، وتلك التفاتة جيدة من المشرع العراقي وإن كانت بحاجة الى شيء من اعادة النظر.

ثانيا - اهمية واهداف البحث : تتجلى اهمية الموضوع في دراسة ارادة تشريعية واعية وهادفة لتحقيق صلاحية النصوص القانونية لتطبيق على مدى بعيد رغم تسارع الزمن وكثرة التغيرات التي تحيط بالنظام القانوني ، وما تحتاج اليه تلك الدراسة من بيان حدود هذه الإرادة التشريعية ووسائل تحقيقها وغاياتها.

فالتفسير المتطور يمثل في واقع الحال غاية جلية للمشرع الذي يسعى لمد امد العمل بالتشريع وصلاحيته للتطبيق في ازمان متلاحقة وعلى اجيال متعددة بعيداً عن التدخل التشريعي

المستمر وما ينجم عنه من آثار سيئة ، كما انه يفتح باباً واسعاً للقضاء ليقوم بتطبيق النصوص بما ينسجم مع الواقع ، وبما يحقق التناسق بين اجزاء المنظومة القانونية ، وبما يستجيب لحاجات المجتمع القائمة .

ثم ان التفسير المتطور يهدف الى توسيع نطاق النص الى المدى الذي كان يجب ان يحتويه منذ لحظة وضعه من قبل المشرع ، ولا يعني ذلك اعطاء القضاء سلطة مستقلة في توسيع نطاق النص ، بل هي سلطة مقيدة بحدوده ولكنها نابعة من روحه وليس من مجرد الفاظه ، وناظرة اليه في الوقت نفسه باعتباره جزء من منظومة قانونية متكاملة هدفها التنظيم السليم للمجتمع .

ويعني ما تقدم ان يفهم التفسير المتطور على انه طريقة في فهم النص بالشكل الذي لا يفصله عن الواقع ولا عما يحيط به عموديا أو افقيا من نصوص قانونية ، بل اللازم ان يفهم النص بموجب هذه الطريقة – اي التفسير المتطور – بما يجعله متحرراً ضمن اهداف القانون ومبادئه العامة وبما يضمن الانسجام بين مختلف فروع القانون .

ولذلك سنحاول في هذه الدراسة ان نرسي للتفسير المتطور تطبيقاً متطوراً بحيث يتجاوز الحدود الضيقة لفهم هذه الطريقة في التفسير ، وسنأخذ على عاتقنا رسم الطرق التي يمكن ان يسلكها القضاء لتحقيق التفسير المتطور بشكل متطور هو الآخر ، ونضع بين يديه نماذج للتفسير على هذا الأساس ، وندعم ما نقدمه بأسانيد قانونية ليضعها القضاء نصب عينيه في تسبيب قراراته السائرة بهذا الاتجاه .

ولا يعني ما تقدم اننا سنخرج بمفهوم وكيفية وتطبيقات للتفسير المتطور مغايرة تماماً لما هو سائد في الفقه والقضاء عن فكرة التفسير المتطور ، بل اننا على العكس سنسائر ما هو سائد عن هذه الفكرة ولكننا لا نقف عند حدود ما توصلوا اليه ، بل نحاول ان نوسع هذه الفكرة على مستوى التطبيق من خلال تفسيرها هي الأخرى تفسيراً متطوراً .

وعلى أساس ما تقدم ستكون التوصيات التي نقدمها ؛ موجهة في جزئها الأكبر للقضاء لا للمشرع ، لأننا نرى ان المشكلة في التفسير المتطور مشكلة في نطاق التطبيق اكثر من كونها مشكلة في نطاق التشريع كما سيتضح ذلك لاحقا .

ثالثاً - مشكلة البحث :

تتركز مشكلة البحث في هذه الدراسة في نقطتين :

الأولى : عدم وجود نظام قانوني واضح للتفسير المتطور ، فقد تبناه المشرع العراقي في المادة (٣) من قانون الإثبات ولم يضع له مفهوماً محدداً ولم يحده بنطاق معين ، ولم يقيد بشروط ضابطة ، ولم يضع له وسائل واضحة . لذلك كان لا بد من البحث في ثنايا المنظومة القانونية عن حدود فكرة التفسير المتطور وآليات تطبيقها في الواقع العملي .

الثانية : القصور في الغالب في تطبيق فكرة التفسير المتطور على النحو الذي يحقق الانتعاش لها في مقام العمل ، ويزيد من مجالات الاستفادة منها ، ولعل ذلك يرجع الى القصور في ادراك نطاق هذه الفكرة وما تنطوي عليه من حيوية ، فالملاحظ على القضاء انه يتحذر من تطبيق نصوص التشريعات العادية بما يحقق انسجامها مع مبادئ الدستور واهداف القانون العامة رغم امكانية تحقيق ذلك بالرجوع الى فكرة التفسير المتطور نفسها .

رابعا - نطاق البحث ومنهجه : يتحدد نطاق هذه الدراسة بحدود التفسير الذي يجري في منطقة القضاء المدني وذلك على مستويين : الأول القضايا المتعلقة بمسائل المعاملات المالية والثاني القضايا المتعلقة بالأحوال الشخصية ، وبذلك يخرج عن نطاق هذه الدراسة كل ما خرج عن هذين المستويين لأننا آثرنا ان نقتصر في هذه الدراسة على ما تعلق منها بالقضاء المدني دون غيره من فروع القضاء الأخرى .

ومن جانب آخر سوف تقتصر الدراسة على البحث في التفسير المتطور لنصوص القانون وذلك على وفق الضوابط المشار اليها في اصول الفقه الإسلامي ارتباطاً بأصول التفسير التي تبناها المشرع العراقي ، بالمقارنة مع اشهر مدارس التفسير الوضعية، وبالأستشهاد بأحكام الفقه الإسلامي في حال الحاجة اليها ، متبعين في كل ذلك المنهج التحليلي المقارن .

ويلاحظ هنا ان المقارنة بالفقه الاسلامي واصوله تنطلق من حاجة الفقيه في اجتهاده الى التفسير المتطور ؛ لأن النصوص قوالب لاحتواء المعاني وان الوصول الى المعاني يحتاج الى تفسير النصوص لغرض تطبيقها على وقائع الحياة المتجددة ؛ بحيث يستلهم الفقيه من النص الموضوع قبل مئات السنين حكماً يناسب عصر اجتهاده ، لذلك فقد ظهرت الدعوات في نطاق فهم النصوص الشرعية الى اعادة قرائتها وفهمها فهماً اجتماعياً بناء على حركة محتوى النصوص رغم ثبات اطارها .

ونحن على غرار ما تقدم سوف نحاول التأسيس لفهم نصوص القانون بشكل يستجيب لحاجات المجتمع القائمة بناء على فكرة حركة المحتوى رغم ثبات الاطار .

خامسا – الدراسات السابقة : الدراسات التي اختصت بموضوع التفسير لم تغفل الإشارة الى التفسير المتطور ، لذلك سوف نشير هنا بشكل مختصر الى اهم تلك الدراسات ؛ ليتبين القارئ النقاط التي امتازت بها هذه الدراسة عن الدراسات السابقة ، وحسب البيان الآتي :

الدراسة الأولى – كتاب في موضوع التفسير بشكل عام ؛ من تأليف الدكتور احمد شريف احمد ، تحت عنوان (نظرية تفسير النصوص المدنية) أشار به في مواضع متعددة الى أهمية تطويع النص للواقع من خلال التفسير، وهي النقطة التي تدور حولها فكرة التفسير المتطور ، وقد خص المؤلف التفسير المتطور بالذكر وذلك عند تطرقه لموضوع الاستنتاج من حكمة التشريع ضمن طرق تفسير النص وذلك في المبحث الثالث من الباب الثاني من القسم الثاني .

ويلاحظ على هذه الدراسة انها وان تضمنت تكراراً الإشارة الى توظيف عملية التفسير في تحقيق موافاة النص للواقع ، اشارت بشكل صريح الى التفسير المتطور ، إلا انها - وبحكم عدم اختصاصها بموضوع التفسير المتطور - لم تول هذا الموضوع القدر الكافي من التفصيل ، بل كانت الإشارات التي تتعلق بموضوع الدراسة موزعة على ابواب ومباحث متعددة ، ومن ثم فإن القارئ لهذه الدراسة لا يجد عن التفسير المتطور أكثر من النقطة الرئيسية التي يدور حولها هذا النوع من التفسير ؛دونما تفصيل يبين بشكل واضح عناصره ، ومخاطره، ووسائله، وغاياته ، كما لا يجد القارئ لهذه الدراسة تطبيقات عن فكرة التفسير المتطور تمهد للقضاء طريقاً لتنمية العمل بفكرة التفسير المتطور.

الدراسة الثانية – كتاب في التفسير بشكل عام ايضاً ؛ ألفه الدكتور عصمت عبد المجيد ، بحث فيه موضوع التفسير المتطور؛ في سياق كلامه عن حكمة التشريع ضمن موضوع التفسير المنطقي للنصوص القانونية ، وذلك في المبحث الأول من الفصل الثاني من الباب الثاني ، ويلاحظ على ما ذكره عن التفسير المتطور انه كان مقتصرًا جداً ومقتبسًا في جزئه الأكبر من كتاب المدخل لدراسة العلوم القانونية للدكتور عبد الحي حجازي ، والذي أخذ بدوره من الفقه الغربي كما هو واضح من المصادر التي يشير اليها ، ومن ثم لم تتضح في مطاوي هذه الدراسة ما نصبو اليه من دراسة التفسير المتطور من واقع حاجات المجتمع والواقع التشريعي العراقي ، فضلاً عن عدم تضمن الدراسة تطبيقات يمكن ان تثمر في انعاش فكرة التفسير المتطور على مستوى العمل القضائي .

الدراسة الثالثة - بحث متخصص بعنوان (دور إرادة المشرع في تفسير النصوص القانونية) انجزه الدكتور هادي محمد عبد الله ، وقد تطرق الباحث من خلال هذه الدراسة الى التفسير المتطور من خلال تحليله فلسفة المشرع العراقي من دور ارادة المشرع في تفسير نصوص القانون في ظل قانون الإثبات النافذ ، وقد اجاد الباحث بالتحليل وبيّن مفهوم التفسير المتطور ضمن رؤية المشرع العراقي ، ولكن هذه الدراسة مضافاً الى كونها دراسة مقتضبة لم تأتِ بتفصيل كثير عن فكرة التفسير المتطور، فإنها كسابقاتها لم تشير الى آليات مهمة يمكن استثمارها في التفسير المتطور للقانون ؛ كهرمنوطيقا النص والفهم الاجتماعي للنص ، ولم تبين بعض ما يمكن ان يثمر بتحقيقه هذا النوع من التفسير ؛ كتحقيق سيادة القانون ، والأمن القانوني ، ولم تشتمل على تطبيقات للتفسير المتطور تنير طريق القضاء للوصول الى التطبيق الجاد للتفسير المتطور.

الدراسة الرابعة - كتاب بعنوان (تفسير النصوص في ضوء الحكمة التشريعية من النصوص) من تأليف القاضي عواد حسين العبيدي ، وهو عبارة عن دراسة موسعة في التفسير بشكل عام ، وقد تناول التفسير باتباع الحكمة من التشريع بشكل مفصل ومعرز بالتطبيقات القضائية ، وقد جعل المؤلف هذا النوع من التفسير مرادفاً للتفسير المتطور خلافاً لما تبنيه في دراستنا من ان التفسير المتطور لا يقتصر على مراعاة الحكمة من التشريع ، بل يتسع ليشمل التفسير الذي يحقق التنظيم السليم للمجتمع على النحو الذي فصلناه في هذه الدراسة ، وبذلك فقد جاءت دراستنا على نهج يختلف الى درجة كبيرة عن النهج الذي اتبعه المؤلف في هذه الدراسة ، فهذه الاخيرة لم تأتِ بتفصيل ممنهج للمسائل المتعلقة بالتفسير المتطور من عناصر ونطاق ووسائل وغايات ، ولم تأتِ بتطبيقات خارج نطاق العمل القضائي ؛ على النحو الذي يلفت نظر القضاء الى بعض النقاط التي غفل عن الالتفات اليها ، والتي تفتح الباب امام تطبيق فكرة التفسير المتطور بالشكل يحقق التطبيق السليم للقانون .

وبملاحظة ما تقدم عن الدراسات المذكورة ، مع ما ذكرناه من اهمية واهداف دراستنا ؛ يجد القارئ اهمية البحث في التفسير المتطور على وفق الخطة التي تبينناها والموضحة أدناه .

سادسا - خطة البحث : توزعت الدراسة على ثلاثة فصول سبقتها مقدمة تضمنت التعريف بالموضوع بشكل عام وتناولت أهمية وأهداف الموضوع، وإشكالية البحث، والمنهج المتبع، و نطاق وخطة البحث ، وتناول الفصل الأول النظام القانوني للتفسير المتطور وتضمن مبحثين ، تناول الأول مفهوم التفسير المتطور ، وتناول الثاني محددات التفسير المتطور.

أما الفصل الثاني فتناول وسائل وغايات التفسير المتطور، وتضمن مبحثين تناول الأول وسائل التفسير المتطور ، وتناول الثاني غايات التفسير المتطور، اما الفصل الثالث فتضمن نماذج للتفسير المتطور للقانون ؛ وزعناها على مبحثين بين القضايا المدنية وقضايا الأحوال الشخصية ، ثم يلي ذلك خاتمة تتضمن أهم النتائج، والمقترحات التي توصل إليها البحث ، ومن ثم قائمة المصادر.

الفصل الأول

النظام القانوني للتفسير المتطور للقانون

تمهيد وتقسيم .

يرتبط وجود القانون بوجود المجتمع ، ولا سبيل لهذا الاخير ان يحيا حياة منظمة من غير القانون ،اذ يحفظ هذا الاخير أمن الأفراد وينظم معاملاتهم بما يحقق العدالة، ولما كانت علاقات الأفراد في المجتمع في تطور مستمر؛ فإن تنظيمها يقتضي تطور القواعد المنظمة لها، بخلافه تضمحل فائدة وجود القانون في المجتمع ، ويعجز عن توفير النظام السليم فيه .

في الحقيقة ان تطور القواعد القانونية اذا كان يشكل ضرورة على هذا النحو فإن سبل تحقيقه متعددة ومختلفة ، و السبيل الاسلم من بين تلك السبل هو الذي يوفر للقانون حركة مضمونه مع ثبات اطاره الشكلي ، وذلك من خلال الكشف عن محتوى النص ليست بأبعاده الظاهرة فقط ، وانما بالبحث الذي يراعى فيه النص والواقع معاً، وينظر لكل حالة بظروفها القائمة وقت الحكم .

والمسألة المتقدمة كانت محل اهتمام الفقه على مستوى القوانين الوضعية والشرائع السماوية على مر العصور ، فطالما بذلت جهود المعنيين بالتعامل مع النصوص للكشف عن فاعلية النص وحركته عبر الزمن ، وهو الأمر الذي تعددت بشأنه مدارس التفسير والاستنباط ، واختلفت فيه آرائهم .

وفي خضم المحاولات الكثيرة والمختلفة التي بذلت في هذا المجال ، انبرى المشرع العراقي ليضع موقفاً تشريعياً بخصوص المسألة المتقدمة ، ملزماً القاضي باتباع التفسير المتطور للقانون، ولكنه لم يبين مقصوده من ذلك التفسير، لذلك كان لا بد من تحليل هذه الفكرة من خلال نظرة شاملة للمنظومة التشريعية ، لتتوصل من خلالها لمفهوم التفسير المتطور فنقف على ماهيته ومحدداته ، وبناء على ذلك سوف نقسم الدراسة في هذا الفصل الى مبحثين؛ نتناول في الأول ماهية التفسير المتطور ، في حين نخصص الثاني لمحددات التفسير المتطور .

المبحث الأول

مفهوم التفسير المتطور للقانون

إذا كانت فكرة التفسير المتطور فكرة قديمة قدم القانون ذاته ، إلا أن معالمها لم تكتمل في مرحلة زمنية واحدة ، بل تلاقفتها نظريات متعددة أصّلت لها بأسس مختلفة و عبر ازمان متلاحقة ، ولكن الملاحظ أن أسس هذه الفكرة تلتقي جميعا بهدف واحد وهو تطويع النص لينسجم مع الواقع المعاش لغرض الإستجابة لحاجات المجتمع القائمة ، وبذلك فقد ارتبطت فكرة التفسير المتطور بمفاهيم أخرى تتعلق بالنص أو بالواقع أو بهما معاً كما هو الحال بالنسبة للتفسير بشكل عام والتأويل والتكييف ،، ولكن تلك الفكرة تتميز عن هذه المفاهيم بما تتكون منه من عناصر توجد بوجودها وتعدم بانعدامها .

بناء على ما تقدم سوف نقسم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب ، نبين في الأول التعريف بالتفسير المتطور ، ونوضح تأصيل التفسير المتطور في المطلب الثاني ، ونخصص المطلب الثالث لبيان عناصر التفسير المتطور .

المطلب الأول: تحديد معنى التفسير المتطور للقانون

التفسير المتطور ليس تفسيراً للنص مجرداً عن الواقع ، بل ينطلق من النص والواقع معاً ، لذلك فقد ارتبط بمفاهيم أخرى نحتاج الى تسليط الضوء عليها ولكن بعد أن نقف على تعريف التفسير المتطور ، لذلك فقد قسمنا هذا المطلب الى فرعين ، نخصص الأول لتعريف التفسير المتطور ، على أن نوضح في الثاني علاقة هذا الأخير ببعض المفاهيم المرتبطة به .

الفرع الأول: تعريف التفسير المتطور للقانون

التفسير لغة مأخوذ من فسر وهو الإبانة وكشف المغطى^(١) ، أو كَشَفُ المَعْنَى المَعْقُول^(٢) ، أو هو كشف معنى اللفظ وإظهاره^(٣).

(١) - مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي ، القاموس المحيط والقابوس الوسيط في اللغة ، ج ٢ ، دار العلم للجميع ، بيروت - لبنان ، ص ١١٠ ، محب الدين أبي فيض السيد محمد مرتضى الحسيني الواسطي الزبيدي الحنفي ، تاج العروس من جواهر القاموس المجلد السابع ، ط ١ ، دار الفكر بيروت - لبنان ، ١٩٩٤ م / ١٤١٤ هـ ص ٣٤٩ .

(٢) - محب الدين الزبيدي ، المصدر السابق ، ص ٣٤٩ .

(٣) - أبي علي الفضل بن الحسن الطبرسي ، مجمع البيان في تفسير القرآن ، الجزء الأول ، ط ١ ، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات ، بيروت - لبنان ، بدون سنة طبع ، ص ١٧ .

أما في الاصطلاح الشرعي فيقصد به بيان معاني الآيات القرآنية وشأنها وظروفها بلفظ يدلّ عليه دلالة ظاهرة ^(١)، وتفسير الآية: بيان معناها وكل ما يتعلق بها من أسباب النزول والأحكام ^(٢).

أما في الاصطلاح القانوني فقد عرف التفسير بأنه " الإستدلال على ما تتضمنه القاعدة القانونية من حكم وتحديد المعنى الذي تتضمنه هذه القاعدة حتى يمكن مطابقتها على الظروف الواقعية " ^(٣)، وعرف تفسير القانون بأنه " تحديد نطاق تطبيقه وبحث معاني الالفاظ التي استعملها الشارع والتوصل الى قصد واضع القانون ولكن ذلك لا يحتمل تغيير القانون أو التبديل فيه " ^(٤)، وعرف البعض تفسير التشريع بأنه " توضيح ما ابهم من الفاظه وتكميل ما اقتضب من نصوصه وتخريج ما نقص من احكامه والتوفيق بين اجزاءه المتناقضة " ^(٥).

والتفسير لما كان محاولة لإزالة الخفاء في دلالة الكلام وليس مجرد عملية كشف عن اللفظ المشكل ، فلا بد ان يكون هناك ابهام في وجه اللفظ بحيث يؤدي ستر وجه المعنى ويحتاج الى محاولة اجتهد بالغ لإزالة الخفاء و رفع الإشكال، وبذلك اختلف التفسير عن الترجمة ، فالجهل باللغة يرتفع بمراجعتها وليس في ذلك كثير جهد وعناء ^(٦).

وضرورة تفسير التشريع تأتي من منطلق ان المشرع مهما بلغ من الكمال فان عمله كسائر اعمال البشر لابد ان يوجد فيه نقص؛ لأنه لا يمكنه بطبيعة الحال ان يكون ملماً بكل الأحوال التي يجب ان يعالجها التشريع فقد يفوته النص على بعض الحالات ، كما انه لا يمكنه ان يتنبأ بالحالات التي تفرزها التطورات الاجتماعية والسياسية والاقتصادية ، فضلاً عن انه يعبر عن ارادته بألفاظ وعبارات قد تكون لها معاني مختلفة، أو انه قد يخطئ فيورد عبارة لا

(١) - السيد محمد الحسيني الشيرازي ، تقريب القرآن إلى الأذهان ، المجلد الأول ، دار العلوم للتحقيق والطباعة والنشر والتوزيع بيروت - لبنان ، بدون سنة طبع ، ص ٤٣ .

(٢) - د محمد رواس قلعة جي د . حامد صادق قنبيبي ، معجم لغة الفقهاء ، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، لبنان، بدون سنة طبع ، ص ١٣٩ .

(٣) - د. توفيق حسن فرج ، د. محمد يحيى مطر ، الأصول العامة للقانون ، المكتبة القانونية ، الدار الجامعية ، بدون مكان طبع ، ١٩٨٩ ص ١٧١ .

(٤) - د. محمد كامل مرسي ، سيد مصطفى بك ، اصول القوانين ، المطبعة الرحمانية ، مصر ، ١٩٢٣ ص ١٦٩ .

(٥) - د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، علم اصول القانون ، مطبعة فتح الله الياس نوري اولاده ، مصر ، ١٩٣٦ ، ص ١١٠ .

(٦) - القاضي عباس قاسم الداوقي ، الاجتهاد القضائي، مكتبة السنهوري، بيروت، لبنان ، ٢٠١٨ ، ص ١٧١ .

تعبّر عن رأيه الحقيقي، كما انه قد يهمل في ايراد النص فيزيد كلمة أو يسقط أخرى وغير ذلك^(١).

فالتفسير ينصرف لا الى التشريع وحده او القوانين المكتوبة بل الى بقية المصادر الرسمية الأخرى وذلك لبيان ما تتضمنه هذه المصادر المختلفة من احكام تنطبق على ما تواجه من فروض فأن عجزت كل هذه المصادر عن اعطاء الحكم لبعض ما يستجد من فروض في العمل فأن التفسير يندفع نحو المصادر المادية او الموضوعية المكونة لجوهر القانون^(٢)، والتي يمكن ان تعد الحكمة من التشريع واحدة منها، كما ان البعض^(٣) قد عد قواعد العدالة من جوهر القانون أي مصادره المادية.

والتفسير أما ان يكون بواسطة المشرع نفسه ويسمى التفسير التشريعي ويسمى القانون الذي يصدر بعمل المشرع قانوناً مفسراً، وأما يكون من قبل المحاكم عند قيامها بتطبيق القانون، أو ان يكون عن طريق الشراح في كتبهم وابحاثهم، وفي جميع هذه الأحوال لا بد في التفسير من مراعاة قواعد معينة يطلق عليها فن التفسير^(٤).

وخلاصة ما تقدم ان التفسير هو الكشف عن محتوى القاعدة القانونية ومجال انطباقها في الواقع على نحو يختلف فيه الفقه بين حصر موضوع التفسير بالتشريع وحده وبين مده الى مصادر القانون الأخرى^(٥).

واذا كان هذا هو المقصود بالتفسير بشكل عام فما المقصود بالتفسير المتطور؟

(١) - د. محمد كامل مرسي، مصدر سابق، ص ٢٧٠.
(٢) - د. حسن كيره، اصول القانون، ط ٢، دار المعارف، مصر، ١٩٥٨ ص ٥١١.
(٣) - د. هادي محمد عبد الله، دور ارادة المشرع في تفسير النصوص القانونية، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، مجلد ٥، عدد ١٨، ٢٠١٦ ص ٥٨٥.
(٤) - د. محمد كامل مرسي مصدر سابق ص ٢٧١.
(٥) - فإن البعض يرى ان موضوع التفسير لا ينحصر بالتشريع فقط بل ان مصادر القانون الأخرى تخضع للتفسير هي الأخرى أنظر د. حسن كيره، المصدر السابق، ص ٥١١ في حين ذهب آخرون الى ان موضوع التفسير ينحصر بالتشريع وحده فقط ومن هؤلاء د. عبد الرزاق احمد السنهوري، المصدر السابق، ص ١١٠، د. محمد كامل مرسي، المصدر السابق، ص ٢٧٠، وهناك من يرى ان التفسير يلزم المصدر الرسمي للقانون الذي يأتي باللفظ والمعنى معاً وهذا المصدر هو التشريع وكذلك الكتب الدينية التي تعتبر في بعض الحالات مصدراً رسمياً اما المصادر الرسمية الأخرى فلا حاجة للتفسير في نطاقها. أنظر عبد الباقي البكري، زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، بدون مكان وسنة طبع، ص ١١٨.

اتجه بعض الفقه الى تعريف التفسير المتطور بأنه "ان يتعامل القاضي مع النص وفقاً للحاجة الاجتماعية في عصره بأن يناقش أو يبحث بما كان يذهب اليه المشرع فيما لو عهد اليه التشريع في هذا اليوم وليس بما كان يفكر به يوم وضع التشريع الواجب التطبيق" ^(١) . قريب من ذلك ما ذهب اليه اخر من ان التفسير المتطور للقانون هو ان تفسر النصوص القانونية بالشكل الذي يحقق ملائمتها لظروف المجتمع الجديد ^(٢) .

ويتجه ابرز شراح قانون الإثبات العراقي في معرض شرحهم للمادة الثالثة من هذا القانون الى ربط التفسير المتطور للقانون بمراعاة الحكمة من التشريع ^(٣) . بذات الاتجاه ما ذهب اليه البعض بأن المقصود من الزام القاضي بالتفسير المتطور هو اعطاء دور ايجابي للقاضي عند تفسيره للنص أو تطبيقه وفقاً للهدف أو الغاية منه ^(٤) ، وهو الاتجاه الذي تؤيده اجمالاً على النحو الذي سنبينه فيما بعد.

والذي نراه انه طالما ورد النص على التفسير المتطور في قانون الإثبات فعلياً اذن في بادئ الامر ان نبحث عن معناه في هذا القانون. بالرجوع الى قانون الإثبات نجد ان النص على التفسير المتطور جاء في الفصل الأول المتعلق بأهداف القانون وبصيغة مقتضية مانصه "الزام القاضي باتباع التفسير المتطور للقانون ومراعاة الحكمة من التشريع عند تطبيقه" ^(٥) ، وحتى يتضح لنا النص المتقدم نحلله الى مجموعة من النقاط ولكن بعد ان نورد الملاحظة الآتية :

ان المشرع قد نص على التفسير المتطور ضمن اهداف قانون الإثبات بأن جعل الزام القاضي باتباع التفسير المتطور هدفاً لقانون الإثبات ، وكان الأولى بالمشرع ان ينص عليه في القانون المدني وليس في قانون الإثبات ، لأن تفسير القانون من مسائل القانون الموضوعي وليس من مسائل قانون الإثبات ^(٦) ، لأن موضوع التفسير هو كشف اللثام عن حكم القانون ،

(١) - د. هادي محمد عبد الله ، المصدر السابق ص ٥٩٩ وقريب من هذا التعريف ما تبناه القاضي عباس قاسم الداوقوي ، مصدر سابق ، ص ٢١٧ - ٢١٨ .

(٢) - ضياء خطاب شيت ، فن القضاء ، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم ، معهد البحوث والدراسات العربية ، بغداد ، ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م ، ص ٦٥ .

(٣) - أنظر ، د. ادم وهيب النداوي ، شرح قانون الإثبات ، ط ١ ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٨٤ ص ٥١ . د. عباس العبودي ، شرح احكام قانون الإثبات العراقي ، ط ٢ ، جامعة الموصل ، كلية القانون ، ١٩٩٧ ، ص ٨١ ، د. عصمت عبد المجيد ، اصول تفسير القانون ، ط ١ ، ٢٠٠٤ .

(٤) - القاضي عواد حسين العبيدي ، تفسير النصوص القانونية باتباع الحكمة التشريعية من النصوص ، ط ١ ، المركز العربي للنشر والتوزيع ، بدون مكان طبع ، ٢٠١٩ ، ص ٢٨٣ .

(٥) - المادة ٣ من قانون الإثبات النافذ .

(٦) - وبذلك فقد ارتأى البعض النص على اتباع التفسير المتطور ومراعاة الحكمة من التشريع ضمن سياق المادة الأولى من القانون المدني أنظر د. هادي محمد عبد الله ، مصدر سابق ص ٦١٢ .

في حين ان موضوع الإثبات هو كشف اللثام عن الواقع ، وهذا الأخير وإن كان محكوم بالقانون الا انه يفترق عنه ، فالواقع يقدم من قبل الخصوم و القاضي غير ملزم بالعلم به ، بخلاف القانون الذي يفترض علم القاضي به ولا يطالب الخصوم بتقديمه .

اما النقاط التي أردنا بيانها فهي الآتية :

أ - ان كلمة الاتباع تعني اقتفاء الأثر ولا تعني الإنشاء او التأسيس ^(١) ، والامعان في ذلك يفضي الى القول ان القاضي غير ملزم ان يقوم بتفسير متطور من عنده، بل اذا وجد تفسيراً متطوراً مؤسساً من قبل فهو ملزم باتباعه، لان قيام القاضي بتفسير متطور من عنده يجعله في مقام انشاء التفسير لا في مقام الاتباع اي اقتفاء الاثر والنص تضمن الالتزام بالاتباع لا الإلزام بالإنشاء.

ولا يعني ذلك ان القاضي ممنوع من خلق التفسير المتطور ، بل على العكس للقضاء الدور الابرز في هذا المضمار ، وانما نقصد بالنقطة المتقدمة ان نص المادة الثالثة لا يتضمن الزاما على القاضي بإنشاء تفسير متطور من عنده ، بل يتضمن التزاماً باتباع هذا النوع من التفسير ، ولا يؤثر ذلك في حق القاضي بخلق التفسير المتطور اذا ما اراد ذلك .

كما ان المادة الثالثة رغم ظهورها بجعل التزام القاضي التزاماً باتباع التفسير المتطور لا التزاماً بإنشائه، الا انه يمكن تأويلها بالعدول عن ظاهرها الى معنى آخر اذا وجدت ضرورة لهذا العدول ، اما مع عدم وجود الضرورة فلا يجوز التأويل كما سنوضح ذلك لاحقاً ، و ضرورة تأويل المادة الثالثة تنهض بشكل خاص عندما لا يجد القاضي تفسيراً متطوراً منشأً من قبل بالنسبة للنص القانوني المراد تطبيقه ؛ فإنه يمكن القول ان القاضي يعد ملزماً بالسير على منهجية التفسير المتطور عند قيامه بتفسير هذا النص ، ويكون حكمه معيباً اذا استند الى تفسير نمطي لا ينسجم مع التطور الحاصل في واقع الحياة .

والنتيجة هو ان القاضي لا يعد من حيث المبدأ ملزماً بإنشاء تفسير متطور من عنده بل هو ملزم باتباع التفسيرات المتطورة القائمة من قبل ، ولكن اذا لم يجد القاضي تفسيراً متطوراً قائم من قبل ؛ فإنه يعد ملزماً باتباع منهجية التفسير المتطور في تفسيره للنص المراد تطبيقه .

(١) - قال في تاج العروس تَبَعْتُ الشَّيْءَ تُبَوِّعاً : سِرْتُ فِي أَثَرِهِ . أنظر محب الدين أبي فيض السيد محمد مرتضى الحسيني الواسطي الزبيدي الحنفي ، مصدر سابق ، ص ٤١ ، وورد المعنى نفسه في لسان العرب ، أنظر ابي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري ، لسان العرب ، المجلد ٨ ، نشر ادب الحوزة ، قم ، ايران ، ١٤٠٥ هـ ، ص ٢٧ .

ب - اورد النص مفردة (التفسير) وهي اسم مفرد محلى (بأل التعريف) فيكون دالاً على العموم^(١). بمعنى ان اخذ كلمة التفسير على عمومها يكون من مقتضاه ان يكون المقصود من التفسير الذي يلزم القاضي باتباعه هو كل تفسير متطور سابق، سواء اكان صادراً من المشرع أم من الفقه أم من القضاء، هذا اذا نظرنا الى التفسير من حيث من يقوم به. أما بلحاظ احوال التفسير المطلوب اتباعه فقد جاء التفسير مقيداً بكونه متطوراً ، وهذا يعني ان التفسير المطلوب اتباعه هو التفسير المتطور فقط دون اي تفسير اخر يتعارض معه .

ج - أورد النص عبارة (التفسير المتطور للقانون)، وان مصطلح القانون يعني مطلق القواعد القانونية أيًا كان مصدرها نصًا تشريعيًا كان أم غيره، وبالتالي فان المشرع يهدف الى الزام القاضي باتباع التفسير المتطور لأي قاعدة قانونية سواء أكان مصدرها التشريع أم العرف أم مبادئ الشريعة الإسلامية أم قواعد العدالة ، ولا يعد ذلك مشكلة في صياغة النص من وجهه نظرنا ، وان كان المجال المتصور للتفسير المتطور هو النص التشريعي دون غيره من مصادر القانون الأخرى، اذ لا يبعد ان تظهر حاجة لتفسير القاعدة العرفية أو القاعدة المستمدة من مبادئ الشريعة الإسلامية أو قواعد العدالة تفسيراً متطوراً.

ويلاحظ ان المشرع قد نص على مراعاة الحكمة من تشريع النص، ويعني ذلك ان يطبق النص بالشكل الذي يحقق المصلحة المبتغاة منه ، وواجب القاضي ان ينظر الى المصلحة المقصودة من التشريع نظرة موضوعية واعية بحيث يبقى غرض التشريع حيًا ما بقي هذا الاخير قائمًا^(٢) .

ذلك ان مراعاة الحكمة من التشريع في تفسير النص تبعث في النص الحياة مهما تقادم عليه الزمن ، فالحكمة من التشريع هي القوة الحية المتحركة التي تبعث في النص الحياة ما دام

(١) - المفرد المعروف بـ (أل) الاستغرافية يعد من صيغ العموم ، أما اذا قام الدليل على أن (أل) للعهد كما في قوله تعالى " فعصى فرعون الرسول " أو للجنس كقولهم " الفرس خير من الحمار " اي جنس الفرس خير من جنس الحمار ، فإن المفرد المعروف بها لا يكون من العموم حينئذ . أنظر د. حمد الكبيسي ، اصول الأحكام وطرق الاستنباط في التشريع الإسلامي ، دار السلام ، دمشق ، ص ٣٣٢ . وأنظر ايضا د. عبد الكريم زيدان ، الوجيز في اصول الفقه ، مؤسسة قرطبة ، بدون مكان وسنة طبع ، ص ٣٠٦ ، ٣٠٧ .

(٢) - يلاحظ هنا ان الفقه يستخدم مصطلح الارادة التشريعية ويقصد منه المعنى الذي يعيش في القاعدة وفقا للهدف الذي يراد تحقيقه من التشريع . ويستخدم مصطلح الحكمة من التشريع بمعنى الغرض من التشريع ، فكل من الارادة التشريعية والحكمة من التشريع يكمنان في الغرض او الهدف من التشريع . أنظر د. عصمت عبد المجيد ، اصول تفسير القانون ، ط ١ بدون مكان طبع ، ٢٠٠٤ ، ص ١٤ وص ٨٨ ؛ د. عبد الحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، مطبوعات جامعة الكويت ، ١٩٧٤ ص ٥١٧ و ٥١٨ ص ٥٢١ ولعل التفرقة الدقيقة بين المصطلحين تتمثل بأن الحكمة من التشريع ينظر بها الى النصوص افرادا ، اي ينظر الى الحكمة من تشريع كل نص بشكل مستقل عن النصوص الأخرى ، اما الارادة التشريعية فينظر بها الى النصوص ككل ، فهي الارادة التي تؤخذ من النظر للقانون باعتباره كيان تجمع اهداف معينة.

النص قائماً، وبذلك يستطيع النص ان يكتسب مع الزمن معنى جديداً أو ينطبق على حالات جديدة ، وذلك بأن تفسر النصوص بحيث يوائم مضمونها ما طرأ من تغيرات على ظروف الحياة التي وضعت من اجلها تلك النصوص^(١) .

ويتضح بما تقدم ان المشرع العراقي لم يكن موفقاً بجعل مراعاة الحكمة من التشريع مفهوماً مقابلاً لمفهوم التفسير المتطور على النحو الذي تم تفصيله فيما سبق ، اذ ان مراعاة الحكمة من التشريع في التفسير تجعل منه تفسيراً متطوراً.

مع ذلك لنا ان نتساءل هل ان مراعاة الحكمة من التشريع تمثل المصدق الوحيد للتفسير المتطور ؟ في الواقع اذا كان المشرع قد الزم القاضي بمراعاة الحكمة من التشريع رغم ان هذه الاخيرة غير منضبطة ولا يدور الحكم معها بحسب الأصل^(٢)، فإن مراعاة علة التشريع وهي وصف منضبط ويدور الحكم معه امر مستلزم من باب اولى ، بل ان العلة التامة للحكم لا يمكن ان يتخلف الحكم عنها^(٣).

ولما كانت حاجة المجتمع للتنظيم السليم هو علة تامة لوضع القانون^(٤)، فإن على القاضي ان يراعي عند تفسيره لأي نص كل تغير يطرأ على المجتمع، ويجعل تطبيق النص منسجماً مع المنظومة القانونية بأكملها ، بحيث ينظر الى كل نص باعتباره جزء لا من التشريع الذي يتضمنه فحسب بل جزء من منظومة قانونية متكاملة ، بحيث يقوم القاضي من خلال التفسير بتنسيق تطبيق النص ليس مع نصوص التشريع الذي تضمنه فقط بل مع المنظومة القانونية بأكملها ؛ لغرض تحقيق المصلحة المبتغاة من وضع القانون والمتمثلة بالتنظيم السليم للمجتمع والاستجابة لاحتياجاته القائمة.

(١) - د. عبد الحي حجازي مصدر سابق ص ٥٢٢ ، ٥٢٣ ؛ د. عصمت عبد المجيد ، مصدر سابق ص ٨٨.

(٢) - أنظر الفرق بين السبب والعلة وحكمة التشريع لدى محمد تقي الحكيم ، الأصول العامة للفقهاء المقارن ، ط ٢ ، مؤسسة آل البيت (عليهم السلام) للطباعة والنشر ، بدون مكان طبع ، ١٩٧٩ ص ٣٠٨ - ٣١١ .
(٣) - العلة التامة مركبة من ثلاثة أجزاء : الأول : وجود المقتضي . الثاني : وجود الشرط . الثالث : عدم المانع مثلاً وجود النار مقتضي للإحراق ، والمماسية بين وجودها والحطب شرط لتأثيرها فيه باعتبار أنها مصححة لفاعلية النار ، ورطوبة الحطب مانعة عن فعلية تأثيرها فيه ، فإذا تمت هذه الأجزاء الثلاثة فقد تمت العلة التامة وأثرت أثرها . أنظر الشيخ محمد إسحاق الفياض ، المباحث الأصولية ، ج ٤ ، ط ١ ، مطبعة شريعت ، بدون مكان وسنة طبع ، ص ٣١٩ .

ولنوضح ذلك بمثال من القانون المدني ، فنقول ان التعويض مثلاً هو حكم ؛ علته التامة هي وجود الضرر (المقتضي) ، والخطأ (الشرط) ، وانعدام السبب الاجنبي (عدم المانع) ، والحكمة منه هي جبر الضرر .

(٤) - عيش الانسان في هيئة اجتماعية يدفع الهيئات السياسية لوضع قواعد عامة لمنع الافراد من التعدي بعضهم على بعض ، ولولا هذه القواعد لما ساد النظام ولعمت الفوضى وتلك القواعد هي القوانين أنظر د. محمد كامل مرسي ، سيد مصطفى بك ، مصدر سابق ، ص ١١ .

وبناء على ما تقدم يمكننا ان نعرف التفسير المتطور للقانون بأنه الكشف عن محتوى القاعدة القانونية المتحرك والذي يستجيب لحاجات المجتمع القائمة وقت تطبيق القاعدة. ذلك ان تفسير القانون هو الكشف عن محتواه ، ومحتوى القانون على ما سيتضح فيما بعد على قسمين : الأول المحتوى الجامد الذي يكشف عنه منطوق النص ، والثاني المحتوى المتحرك الذي يؤخذ من روح النص، والذي يستجيب لحاجات المجتمع القائمة. مع ملاحظة ان الوقت الذي تقدر فيه حاجة المجتمع هو وقت تطبيق النص ، فالحاجة تعد قائمة بالنسبة للنص في الوقت الذي يطبق فيه ، لا في الوقت الذي وضع فيه ، وبناء على ذلك يتحدد معنى التفسير المتطور للقانون بالكشف عن محتواه الذي يستجيب للحاجات الاجتماعية القائمة لا في وقت وضعه ، بل في الوقت الذي يراد فيه تطبيقه .

الفرع الثاني - علاقة التفسير المتطور للقانون ببعض المفاهيم

إذا كان التفسير المتطور ينظر الى النص والواقع معاً فإن هناك مفاهيم أخرى ترتبط به بنحو ما نشير إليها تباعاً :

أولاً - علاقة التفسير المتطور للقانون بالتأويل

يراد بالتأويل في الاصطلاح الشرعي احد معنيين الأول صرف اللفظ عن معناه الظاهر وارادة معنى اخر يحتمل اللفظ الدلالة عليه ^(١) . والمعنى الثاني رد الشيء الى الغاية منه ^(٢) . ويلاحظ ان المعنى الأول يعتمد على تقسيم الأصوليين للنصوص باعتبار وضوح دلالتها الى النص والظاهر ^(٣) ، ذلك أن اللفظ باعتبار دلالاته على معناه يكون على نحوين : الأول ما يدل على معنى واحد فقط فتكون دلالاته دلالة علمية قطعية، والثاني ما يدل على أكثر من معنى ، و المعنى المدلول عليه أما ان يكون واضحاً بيّناً لا يحتاج في حمل اللفظ عليه إلى

(١) - د. أحمد فتح الله ، معجم الفاظ الفقه الجعفري ط ١ ، بدون مكان طبع ، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م ص ٩٤ ، محمود عبد الرحمن عبد المنعم ، معجم المصطلحات والالفاظ الفقهية ، ج ١ ، دار الفضيلة للنشر والتوزيع ، القاهرة ، مصر ، بدون سنة طبع ، ص ٤١٨ ، معجم لغة الفقهاء ، مصدر سابق ، ص ١١٩ .

(٢) - سيد محمد طنطاوي ، التفسير الوسيط للقران الكريم ج ٧ ، بدون مكان وسنة طبع ، ص ٣٢٠ . وهذا التعريف هو تعريف الراغب الاصفهاني في المفردات

(٣) - اختلف الأصوليين في تقسيم النصوص باعتبار وضوح دلالتها وخفاءها فمنهم من قسم كل من واضح الدلالة وخفي الدلالة الى اربعة اقسام حيث ينقسم واضح الدلالة الى الظاهر والنص والمفسر والمحكم في حين ينقسم غير واضح الدلالة الى الخفي والمشكل والمجمل والمتشابه ، (الحنفية) والآخرين قسموا واضح الدلالة الى النص والظاهر وغير واضح الدلالة الى المجمل والمتشابه أنظر تفصيل هذه الاقسام لدى د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، دلالات النصوص وطرق استنباط الأحكام في ضوء اصول الفقه الإسلامي ، ط ١ ، احسان للنشر والتوزيع ، العراق ، ٢٠١٤ ، ص ٦٠ وما بعدها .

تأويل وسماء الأصوليون بـ (الظاهر) ، وقد يكون المعنى المدلول عليه غير واضح ولا بَيِّن ، وإنما يحتاج في صرف اللفظ إليه إلى مؤنة تأويل^(١).

وبذلك فإن المعنى الظاهر من النص أما ان يكون متعيّناً فهمه ولا احتمال لصرف اللفظ عنه واردة معنى اخر منه ، أو يكون المعنى الظاهر ليست متعيّناً فهمه بل يترجح فهمه منه فقط ولكن يحتمل ان يصرف اللفظ عنه ويراد منه غيره ويطلق على النوع الأول ما يحتمل التأويل ويطلق على النوع الثاني ما لا يحتمل التأويل^(٢).

اما التأويل بحسب المعنى الثاني فهو ما يعرف في الفقه القانوني بالتفسير الغائي وهو ما تبناه المشرع العراقي في المادة الثالثة من قانون الإثبات تحت مفهوم مراعاة الحكمة من التشريع وقت تطبيقه .

والتفسير الغائي بطبيعة الحال يستند الى الغاية او الغرض من التشريع اي ما يريد ان يحققه النص من الموازنة بين المصلحة العامة ومصالح الأفراد ، وتتألف الغاية من عناصر ذاتية وعناصر موضوعية ، فالعنصر الذاتي في الغاية هو الغاية الحقيقية التي ارادها واضع النص ، أما عنصرها الموضوعي فيتمثل بالغاية المفترضة لوضع النص على مستوى تطبيق القاعدة ومن ثم تتمثل في استهداف تحقيق القيم الأساسية للنظام القانوني^(٣).

والحقيقة انه يمكن جمع التعريفين المتقدمين للتأويل بمعنى واحد وهو ان التأويل صرف اللفظ عن ظاهر معناه الى معنى اخر يحتمله النص لغرض تحقيق الغاية من تشريع النص.

فالتأويل يكون في دائرة النصوص غير قطعية الدلالة وحكمة التشريع تدخل كقرينة في تأويل هذه النصوص، لتصرفها عن ظاهرها إلى معنى آخر يحتمله اللفظ منسجم مع هذه الحكمة التشريعية، دون الخروج- قطعاً - عن وضع اللغة أو عرف الاستعمال أو عادة الشارع^(٤).

والتأويل عملية اجتهادية خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي ينشأ عن حاجة أو مصلحة أو ضرورة تقتضي العدول بالنص من معناه الظاهر الى معناه غير الظاهر^(٥).

(١) - د. عبد الهادي الفضلي ، أصول البحث ، مؤسسة دار الكتاب الإسلامي ، قم - إيران، ص ٧٤ .

(٢) - الشيخ عبد الوهاب خلاف، تفسير النصوص القانونية وتأويلها ، بحث منشور في مجلة المحاماة ، العدد ١ ، السنة ٣١ ، ١٩٥٠ ، ص ٨ .

(٣) - د. رافع خضر صالح شبر ، د. حسين جبر حسين ، دور القرينة الدستورية في نطاق التفسير ، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية ، العدد ٤١ ، ٢٠١٦ ، ص ٩٠ .

(٤) د. عصام محمد ابو سنييه ، اثر تحليل النصوص في تأويلها وتخصيصها ، بحث منشور في المجلة الاردنية في الدراسات الإسلامية ، المجلد السابع ، العدد ٣ ، ٢٠١١ ، ص ١٤١

وبناء على ما تقدم يشترط في التأويل ما يأتي:

١ - صلاحية اللفظ أو الكلام للتأويل وذلك بان يحتمل أكثر من معنى واحد ، فإذا كانت دلالة اللفظ قطعية ولا يحتمل الا معنى واحدا فلا مجال للتأويل^(١).

٢ - ان يكون المعنى الذي أول اليه اللفظ من المعاني التي يحتملها اللفظ نفسه ويدل عليها بطريق من طرق الدلالة بمنطوقه او مفهومه ولو كان هذا الإحتمال مرجوحاً^(٢).

ان لا يؤدي التأويل الى معارضة نص صريح لان النص الصريح قطعي الدلالة فيقدم على النص المؤول^(٣).

٤- ان يكون ما يدعو الى التأويل وترك العمل بظاهر النص كراعية ضرورة او عدالة او مصلحة^(٤) لأن الأصل عدم التأويل الا اذا اقتضته ضرورة او مصلحة او عدالة فيصار اليه خلافا للأصل^(٥).

وبذلك يظهر اقتراب التأويل من التفسير المتطور فهذا الاخير صورة من صور الاجتهاد لا يقف عند حدود ظواهر القواعد القانونية ، بل يحاول ان يصل الى روح التشريع، فعلى المفسر ان يضع في الحسبان ان المعنى الظاهر قد لا يكون هو مراد المشرع بل ان مراد المشرع هو معنى اخر كامن في النص ، ولكنه (أي التفسير المتطور) شأنه شأن التأويل لا يصح الا في النصوص الظنية الدلالة وبحدود ما تدل عليه بدلالاتها اللفظية والعقلية ، بغية تلبية حاجة قائمة بما لا يؤدي الى معارضة نص صريح كما سنفصل ذلك عند الكلام عن عناصر التفسير المتطور^(٦).

ولما كان التفسير المتطور يبنّي على مجاوزة ظاهر النص الى باطنه ، وباعتبار ان عملية العبور من ظاهر النص الى باطنه يطلق عليها تأويل ، فإن التأويل بهذا المعنى يعد طريقاً يمكن الوصول من خلاله الى التفسير المتطور على النحو الذي سيتضح لدينا عند بحث وسائل التفسير المتطور .

(١) - ينظر د. عصمت عبد المجيد ، مصدر سابق، ص ٦ .

(٢) - د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، مصدر سابق ، ص ٣٠٨ .

(٣) - د. عصام محمد ابو سنييه ، المصدر السابق ، ص ١٤٥ .

(٤) - الشيخ عبد الوهاب خلاف ، تفسير النصوص القانونية وتأويلها، مصدر سابق، ص ١٢ .

(٥) - الزلمي، مصدر سابق، ص ٣١٠ .

(٦) - د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، مصدر سابق ، ص ٣٠٧ .

(٧) - ينظر ص ٣٣ وما بعدها

وظاهر من اتجاه المشرع العراقي في النصوص التي تناول فيها التأويل انه استعمل مصطلح التأويل ليست بمعناه اللغوي او الشرعي بل قصد به مطلق العملية الذهنية التي يقوم بها القاضي في مقام فهم القانون للوصول الى الحكم المنشود، وهذا ما يجعل النصوص التي تضمنت التأويل والوارد في قانون المرافعات كما تنطبق على التأويل تنطبق على التفسير العادي والتفسير المتطور ايضا^(١).

ثانياً - علاقة التفسير المتطور للقانون بالتكييف

ان القاضي حينما يقوم بتطبيق القانون وإعماله على الوقائع المتنازع عليها فانه يقوم بعملية التكييف القانوني والتي يقصد بها مجموع العمليات الذهنية التي يقوم بها القاضي بقصد مقارنة الوقائع المطروحة عليه بقاعدة قانونية يراها صالحة من وجهة نظره لحسم النزاع^(٢).

فالتكييف القانوني هو إعمال القاعدة القانونية على ما ثبت من وقائع الدعوى أو هو وصف هذه الوقائع وابرازها كعناصر أو شروط أو قيود للقواعد القانونية الواجب تطبيقها عليها^(٣).

فهو اذن اعطاء النزاع المطروح على القاضي وصفاً قانونياً يسمح بإعمال قاعدة قانونية معينة عليه ويكون ذلك عن طريق مقارنة الوقائع بمفترض القاعدة القانونية التي يراها القاضي محتملة التطبيق على النزاع المطروح عليه ، والنتيجة الحتمية والمباشرة للتكييف القانوني هي حسم النزاع بأعمال القانون عليه^(٤).

والقاضي هو من يتولى تكييف الدعوى عبر عملية ذهنية منطقية يربط بموجبها الواقعة التي تتضمنها عريضة الدعوى بمبدأ او قاعدة قانونية منطبقة عليها، وهي عملية اجتهادية يقوم بها القاضي منطلقاً من الواقعة القانونية المعروضة عليه من خلال تحليل عناصر النزاع ومن ثم الربط بين الواقعة القانونية والقاعدة القانونية التي تنطبق عليها ومن ثم الوصول للتكييف القانوني للنزاع المعروض عليه^(٥).

(١) - ورد مصطلح التأويل في قانون المرافعات رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ في المادة ٢٠٣ عند ذكر اسباب الطعن بالتمييز كما ورد في المادة ٢١٣ من القانون نفسه .

(٢) - د. نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ٢٠٠٢، ص ١٣٥ .

(٣) - القاضي عباس قاسم الداوقي، مصدر سابق ، ص ٤٥٥ .

(٤) - د. نبيل اسماعيل عمر ، مصدر سابق، ص ١٩٣ - ١٩٤ .

(٥) - القاضي عباس قاسم الداوقي ، مصدر سابق ، ص ٤٥٦ .

فالقاضي وحده هو المسؤول عن تكييف وقائع الدعوى دون الإلتزام بالتكييف الذي يراه احد الخصوم وعلى القاضي ان يقوم الأدلة التي يقدمها المدعي والدفع التي يقدمها المدعى عليه ويقوم هو - بصفته الموجه للدعوى - بتحري الحقيقة وصوغها بصورة قانونية مراعيًا في ذلك العدالة والحياد^(١).

ويستعين القاضي في كل ذلك بقواعد علم المنطق حيث ان التكييف مؤداه ان القاضي هو الذي يبحث عن القاعدة القانونية (المقدمة الكبرى) ويلتزم بتطبيقها، كما ان عليه استخلاص النتائج القانونية الناجمة عن هذا التطبيق على وقائع الدعوى المنتجة، بينما يتحدد دور الخصوم بإثبات الوقائع (المقدمة الصغرى) والقاضي هو الذي يحدد الوصف القانوني لوقائع الدعوى كما قدمها الخصوم^(٢).

توضيح ذلك ان القاضي لا يصل الى الحكم (عنصر الحكم) الا بعد اجراء قياس منطقي مقدمته الصغرى تتمثل بالوقائع المقدمة من قبل الخصوم (عنصر الفرض) ومقدمته الكبرى هي القاعدة القانونية التي يختارها ، ولا يستطيع القاضي اجراء هذا القياس الا بعد تكييف الوقائع لأن على هذا التكييف يتوقف اختيار القاعدة القانونية المناسبة لحكم الوقائع .

فالتكييف يفترض فهم القانون وفهم الواقع لإلحاق الواقعة بالقانون واعطائها الوصف القانوني ، وبذلك فان مجال التكييف هو الواقعة والقانون^(٣) ، فالقاضي يتوخى معاني القانون في حاصل فهم الواقع في الدعوى فيرد هذا الواقع الى حكم القانون^(٤) ، ولذلك نلاحظ ان المشرع العراقي في قانون الإثبات النافذ قد جعل توسيع سلطة القاضي بتوجيه الدعوى وما

(١) - القاضي جعفر كاظم المالكي ، توسيع سلطة القاضي في توجيه الدعوى المدنية مقال منشور على موقع مجلس القضاء الأعلى www.hjc.iq ، تاريخ الزيارة ٢٢ / ٢ / ٢٠٢٢ . ومن قرارات محكمة التمييز الاتحادية التي تؤكد على سلطة القاضي في تكييف وقائع الدعوى قرارها المرقم ٢٢١ / موسعة اولى / ٨١ في ٢٥ / ٧ / ١٩٨١ حيث جاء في حيثيات هذا القرار " ان تكييف واقعة الدعوى مسألة قانونية لا يتقيد فيها القاضي بتكييف المدعي لدعواه ولا بما يرتبه على هذا التكييف من آثار قانونية لان المدعي قد يخطئ في تكييف دعواه عن جهل أو يعتمد تكييف دعواه تكييفاً خاطئاً للوصول الى غرض يريده ، فعلى القاضي ان يصل الى حقيقة دعوى المدعي ، فاذا وصل اليها كيفها التكييف القانوني الصحيح ثم اصدر حكمه في الدعوى على مقتضى هذا التكييف . ينظر القاضي عباس قاسم الداوقي المصدر السابق ص ٤٦٤ .

(٢) - المصدر نفسه ، ص ٤٥٦ .

(٣) - د. عصمت عبد المجيد ، مصدر سابق ، ص ٦ .

(٤) - ضياء شيت خطاب ، مصدر سابق ص ٥٩ .

يتعلق بها من أدلة ؛ وسيلة للتطبيق السليم لأحكام القانون والوصول الى الحكم العادل في القضية المنظورة^(١).

وبذلك تظهر علاقة التكييف بالتفسير المتطور حيث يهدف هذا الاخير الى جعل القانون منسجما مع الواقع ولا يتحقق ذلك إلا بفهم القانون و الواقع معا ، ولا يأتي التفسير المتطور سليما ما لم يكن تكييف الواقع سليما هو الآخر ، فالتكييف السليم للوقائع مقدمة للتفسير المتطور السليم .

كما لا يخفى ما يشترك به التكييف مع التفسير المتطور من كونهما عمليتين ذهبيتين يقوم بهما القاضي كمقدمة لتطبيق القانون على النزاع المعروض بالاستعانة ببعض الادوات كالقياس المنطقي ، وهما معا خاضعين لرقابة محكمة التمييز ، وقد يكون الخطأ في تكييف الوقائع منشأ للحق في الطعن من ناحيتين في وقت واحد ، ناحية خطأ الحكم في فهم الوقائع وناحية العيب في تأويل القانون وذلك عندما يفسر القانون تفسيراً متطوراً بالاعتماد على تكييف خاطئ للوقائع^(٢).

المطلب الثاني : تأصيل فكرة التفسير المتطور للقانون

لم تكن فكرة التفسير المتطور وليدة حقبة زمنية معاصرة بل ان جذورها تمتد الى الأفكار الإغريقية القديمة التي دعت الى التشكيك في القواعد القانونية أو اقامتها على أساس نفعي ، تلك الأفكار التي انتقلت فيما بعد الى الرومان ومن اعقبهم وصولا الى مدارس التفسير والمدارس النفعية في العصر الحديث ، كما إن لهذه الفكرة اسساً في أصول الفقه الإسلامي والقانون العراقي ، بناء على ذلك نتناول في هذا المطلب الجذور التاريخية لفكرة التفسير المتطور في فرع ثم نتبعه بأساس فكرة التفسير المتطور في فرع ثاني .

(١) - نصت المادة الأولى من قانون الإثبات في الفصل المتعلق بأهداف القانون " توسيع سلطة القاضي في توجيه الدعوى وما يتعلق بها من ادلة بما يكفل التطبيق السليم لأحكام القانون وصولاً الى الحكم العادل في القضية المنظورة" .

(٢) - ان تكييف الوقائع يخضع لرقابة محكمة التمييز الاتحادية في القانون العراقي فقد جعل قانون المرافعات الخطأ في فهم الوقائع سببا من اسباب قبول الطعن التمييزي أنظر المادة ٢٠٣ / ٥ .

الفرع الأول : الجذور التاريخية لفكرة التفسير المتطور للقانون

ترجع فكرة التفسير المتطور المعروفة في الفكر القانوني اليوم الى أفكار فلسفية مختلفة بعضها سبق من بعض ، لذلك سنحاول من خلال هذا الفرع ان نتتبع التطور التاريخي لهذه الفكرة عبر النقاط الآتية :

أولاً : فلسفة السفسطائيين

تمثل السفسطائية بداية النزعة الشكية النقدية في الفلسفة اليونانية المعروفة، وقد اعتقد الشكاك باستحالة المعرفة الحسية والعقلية وانكروا أن يكون لهما دور في مساعدة الانسان في كشف الحقيقة ، فالإنسان لا يرى من الأشياء إلا ما يبدو له من مظاهرها الخارجية ولا يمكن الولوج الى حقيقتها الداخلية، كما آمن الشكاك انه من اجل ان يصل الانسان الى الحياة السعيدة فإن عليه رفض كل انواع المعرفة كي يحقق الامان^(١).

وقد مثل السفسطائيون موقف شكي يتمحور حول مشروعية المعرفة أو بعبارة ادق حول مشروعية الإدراك الحسي ، فإذا كان الوجود ساكنًا، وإدراك الحركة وهمًا ، أو إذا كان كل شيء من ناحية أخرى يتغير تغيرًا مستمرًا ، و ليس ثمة مبدأ حقيقي للاستقرار أو الثبات ، فإن إدراكنا الحسي لا يوثق به^(٢).

وقد طبق السفسطائيون نظرتهم الفلسفية على فكرة القانون فانتجوا فلسفة قانونية تحمل في طياتها كل جذور المذهب الوضعي، ونفوا فكرة القانون الطبيعي لانهم فرقوا بين الطبيعة والقانون وانكروا الأساس الطبيعي للعدالة بحجة ان العدالة يقدرها الفرد وفقا لمصلحته الذاتية وانكروا تحقيق القانون لفكرة العدل المطلق وتمسكوا بالمفهوم النسبي للعدل والذي يحققه من يمتلك زمام اسباب القوة^(٣).

وبذلك فإن افكار السفسطائية بما تضمنته من نسبية المعرفة وانكار تحقيق القانون لفكرة العدل ؛ فقد انكرت فكرة كمال التشريع، وحملت في طياتها الدعوة الى التشكيك بعدالة القانون على نحو لا يصح معه النظر الى نصوص القانون نظرة تقديس تفضي الى جمود القانون ، بل

(١) - حامد حمزة محمد ، المنهج المعرفي لدى المدارس الأخلاقية بعد ارسطو ، لارك للفلسفة واللسانيات والعلوم الاجتماعية ، العدد ١٢ ، السنة ٥ ، ٢٠١٣ .

(٢) - بن بوجه احمد ، الدور السفسطائي في شق مفهوم التصور ، مقياس التصور السفسطائي: من مقياس الوجود إلى مقياس الإنسان مفهوم التصور ، جامعة سيدي بلعباس ، العدد ٧ ص ٢٨٧ .

(٣) - استاذنا الدكتور هادي حسين عبد علي الكعبي ، المثالية في مواجهة الواقعية ، ط ١ ، مكتبة زين الحقوقية والادبية ، بدون مكان طبع ، ٢٠١٨ ، ص ٢١٩ ، ٢٢١ .

على العكس يجب اخذ مبدأ النسبية بنظر الاعتبار عند تطبيق القانون ، ولا شك ان مبدأ النسبية يدعو الى التغيير وعدم الثبات وهو النقطة التي ينطلق منها التفسير المتطور للقانون .

ثانيا - الفلسفة النفعية

ظهر في اعقاب فلسفه السفطائيين الفلسفة الأبيقورية و التي ترى ان القانون ذو نشأة اتفاقية يتواضع الأفراد عليه في مجتمع معين ؛من اجل تحقيق المنفعة وتحاشي الافعال التي من شأنها الحاق الضرر به، وهو بذلك يكون ذو نزعة نوعية خاصة بالمجتمع الذي صدر فيه من جهة، ومن جهة أخرى فهو غير قابل للتطبيق في المجتمعات الأخرى، فالقانون عند الأبيقوريين هو حدث تاريخي عارض تتحكم به الظروف الخارجية ، لذلك فهو دائم التبدل والتغير وهو لا يكون خالدا ولا يكون قانونا طبيعيا ، بل هو لا يعدو كونه مجرد فكره وضعية^(١).

وبذلك فان القانون عند الأبيقوريين مجرد اتفاق نفعي ضماني ، والدولة نتيجة هذا الاتفاق وبذلك فان هذه المدرسة هي البذرة الأولى للمدرسة النفعية التي تنسب للفيلسوف الانكليزي بنتام^(٢).

إن النظر الى القانون كحدث تاريخي عارض تتحكم به الظروف الخارجية يتنافى مع فكرة ثبات التشريع ، الامر الذي يعني ضرورة تطوير القانون لينسجم مع الظرف الخارجي السائد وقت أن يراد تطبيق القانون ، وهي ذات الفكرة التي ينطلق منها التفسير المتطور ، حيث يهدف هذا الاخير الى جعل القانون ينسجم مع الواقع الذي تمثله الظروف الخارجية السائدة وقت الحكم بموجب القانون .

وفي الفكر المعاصر تجدد ظهور المدرسة النفعية وذلك في انجلترا على يد ثلاثة من كبار فلاسفتها وهم بنتام وجون ستيورات و هربرت سبنسر تميزت فلسفتهم بما جبل عليه الانجليز من روح عمليه ومن اعتماد في العلوم على الطريقة التجريبية فصاغوا على هذا الأساس مذهب النفعية في القانون^(٣).

ويعتبر الفيلسوف الانكليزي بنتام مؤسس المدرسة النفعية فهو يرى إن الخير ما جلب اللذة وإن الشر ما سبب الألم ، واذا اقتضت الفضيلة تحمل بعض الألام فان الغاية من تحمل هذا

(١) - د. هادي حسين عبد علي الكعبي ، المثالية في مواجهة الواقعية، المصدر السابق ، ص ٢٣٢ و ٢٣٣.

(٢) - د. حسن علي ذنون، فلسفة القانون ، ط ١ ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٧٥ ، ص ٣٨ .

(٣) - د. سليمان مرقس ، فلسفة القانون ، المنشورات الحقوقية ، صادر ، بدون مكان وسنة طبع ، ٢٥٧ ٢٥٨.

الآلم هي تحقيق المنفعة؛ اذ ان الانسان قد يتنازل عن لذه وقتية قليلة الأهمية من اجل الحصول على لذة مستقبلية عظيمة الأهمية ^(١) .

إلا ان بنتام لم يقصد باللذة مفهومها الفردي الخاص انما اراد بها أكبر سعادة لأكثر عدد من الناس، وعلى هذا الأساس أقام بنتام قواعد القانون والاخلاق، فأساس القانون عنده تحقيق أكبر قدر من المنافع لأكثر عدد من الأفراد ، فالمقياس هنا مقياس عددي حسابي ^(٢) .

اما جون ستيوارت ميل فقد حاول من جانبه ان يسد الثغرات التي تخللت نظرية بنتام ، فاعترف بأن حساب الذات الذي قال به بنتام غير معقول واننا لا نتصرف بناء على مثل ذلك الحساب المزعوم بل بناء على شعور اخلاقي هو الذي يوجه تصرفاتنا، اذ الانسان يعتاد النظر الى مصلحته لا باعتبارها منعزلة بل باعتبارها مرتبطة بمصالح الآخرين في المجتمع ذاته ، فلكي يتحقق الخير له ينبغي أن يرغب بتحقيق خير الآخرين ايضا، فالمنفعة عند ستيوارت ميل لا تقتصر على النفع الشخصي بل تشمل ايضا النفع العام ^(٣) .

اما سبنسر فقد حاول اعاده صياغة المذهب النفعي بان حل محل النفعية التجريبية النفعية العقلية، فالمنفعة وان كانت هي هدف نشاط الانسان وأساس الاخلاق الا ان لها معنى بيولوجيا وهو التعادل البيولوجي بين ظروف الفرد والظروف المحيطة به ^(٤) .

وقد اخذ سبنسر عن دارون فكرة تطور الاحياء ، فهو يرى ان حياة الكون كله عبارة عن حركة دائمة بين نشوء وزوال أو بين تكون وتحلل وان هذه الحركة هي التي تكون التطور، وهو عبارة عن الانتقال من حالة الى أخرى كالانتقال من البسيط الى المركب أو من غير المتميز الى المتميز أو من غير المتماثل الى المتماثل، وذلك ينطبق على الناس والمجتمعات كما ينطبق على سائر الكائنات ^(٥) .

واذا كان الهدف من النشاط الانساني هو تحقيق المنفعة على النحو المبين اعلاه ، ولأن القانون هو نشاط انساني ؛ فإنه مرتبط ببناء على ذلك بتحقيق منافع معينة ، ولما كانت المنافع التي يسعى لتحقيقها القانون تنصهر جميعا بالتنظيم السليم للمجتمع ، وحيث ان تحقيق ذلك

(١) - د. حسن علي دنون ، مصدر سابق ، ص ٧٦ .

(٢) - د. حسن علي دنون ، مصدر سابق، ص ٧٧ .

(٣) - د. سليمان مرقس ، مصدر سابق ، ص ٢٦٨ .

(٤) - احمد محمد غنيم ، تطور الفكر القانوني ، بدون مكان وسنة طبع ، ص ١٥٥ .

(٥) - د. سليمان مرقس، مصدر السابق ، ص ٢٦٢ .

يتطلب تطور القانون بتطور المجتمع ، فإن من الضروري أن يفسر القانون بشكل متطور لغرض مواكبة التطور الحاصل في المجتمع .

ثالثا - فلسفة المدرسة التاريخية

ظهر في بداية القرن التاسع عشر في ألمانيا مدرسة قانونية عرفت باسم المدرسة التاريخية؛ نحت في دراسة القانون منحى معارضا لما سار عليه فقهاء القانون السابقون، فلم تنظر للقانون باعتباره نظاما ساكنا للقواعد القانونية بل كشيء متغير متحرك متطور، وانكرت هذه المدرسة وجود حقائق علمية تنطبق على كل الأزمنة ونفت قيام نظريه عامه للقانون على أساس ان القانون لا يعتمد الا على ظروف الاوضاع المحلية^(١).

وترجع أصول هذا المذهب في العصر الحديث الى العالم الفرنسي مونتسكيو حيث ضمن افكاره الخاصة المتعلقة بالبيئة وحركه التاريخ ، واثرها على النظم القانونية في كتابه الشهير روح القوانين، وارجع فكرة تنوع القوانين وتطورها الى الاعتبارات التاريخية واصر على مفهوم نسبية القوانين والتي اخضعها حتما الى عوامل الطبيعة، وبذلك برز الاثر الواضح للبيئة وللواقع الاجتماعي في موضوع اختلاف القوانين^(٢).

وكانت هذه المدرسة تمثل رد فعل ضد وجهة النظر التي انتشرت في القرن الثامن عشر والقائلة بان القانون هو نتاج الارادة التحكيمية للمشرع ، وحاولت هذه المدرسة ان تقدم تفسيراً علميا لتاريخ القانون باعتباره نتاجا لممارسه الاعمال اليومية غير انها اخذت بدايتها من فكره مثاليه تماما وهي روح الشعب وضميره^(٣).

ويعتبر العالم الالماني سافيني مؤسس المذهب التاريخي في القانون ويرجع اليه فضل توجيه الفكر المعاصر الى ان القانون وليد البيئة و انه ينمو ويتطور تلقائيا في ضمير المجتمع ، واثبت بناء على ذلك معارضة فكره التقنين لتطور القانون وتقدمه بعد ان وضع أسس المذهب وتعاليمه^(٤).

ان القانون عند سافيني ليس إلا نتيجة الحاجات الاجتماعية للشعب ، انه نتاج قوى داخلية صامته فهو ينبعث من جهد جماعي مشترك متصل تسهم فيه اجيال الأمة المتعاقبة، والعرف هو

(١) - احمد محمد غنيم ، تطور الفكر القانوني ، بدون مكان وسنة طبع ، ص ١٢٦

(٢) - د. هادي حسين عبد علي الكعبي، المثالية في مواجهة الواقعية ، مصدر سابق ، ص ٢٥٧.

(٣) - احمد محمد غنيم ، المصدر السابق ، ص ١٢٦ .

(٤) - د. سليمان مرقس ، مصدر سابق ، ص ٢٥١.

الشكل الأكمل للقانون ، انه المظهر الذي لا شعور له وهذا العرف ميراث ينتقل من السلف الى الخلف فأساس المدرسة التاريخية هو ان القانون من عمل الزمن وصنعه وانه نتاج دائم ومستمر وصامت وجماعي^(١).

فالقانون الوضعي عند سافيني يحيا في ضمير الشعب فهو القانون التي تخلقه الروح التي تعيش في الشعب وتسير بين افراده وبذلك فقد ارجع سافيني القانون الى احتياجات الشعوب محاولاً أن يربط بين القانون والواقع^(٢).

وقد ظهر تأثير هذا المذهب بشكل واضح على مدرسة التفسير التاريخية أو الاجتماعية التي ظهرت في ألمانيا، فقدت تصورت هذه المدرسة ان القانون ينبعث من الجماعة، وليس لإرادة المشرع عند هذه المدرسة قيمة في ذاتها انما كل قيمتها في التعبير عن حاجة الجماعة المتطورة المتجددة ، ومن هنا فان النصوص اذا وضعت تنفصل عن اراده واضعها وتكون لها حياتها الخاصة المستقلة المتصلة بالحياة الاجتماعية والمتفاعلة فيها، فالنصوص اذن لا تفسر بها اراده المشرع الحقيقية او المفترضة لأنها قد انفصلت منذ وضعها عن هذه الإرادة واصبح لها كيان مستقل وثيق الصلة بالظروف الاجتماعية المتطورة مع تقدم الزمان ،وانما تفسر وفقا لما تكون عليه هذه الظروف وقت التفسير^(٣).

فتفسير النصوص التشريعية يجب أن لا يتجه الى البحث عن نية المشرع الحقيقية وقت وضع النص لان هذه النية الحقيقية كانت وليدة الظروف التي احاطت بها والرأي القانوني الذي كونته هذه الظروف ، وانما يتعين ان يتجه التفسير نحو البحث عما كان المشرع يقصده لو انه وضع النص ذاته من جديد في الظروف التي يراد فيها التفسير والتطبيق والتي يحتمل انها أدت الى تكوين رأي قانوني مغاير^(٤).

وتشترك المدرسة التاريخية في أسسها العامة مع مدرسه أخرى اطلق عليها مدرسه الغاية الاجتماعية ، الا ان هذه المدرسة الأخيرة صوّرت القانون بتصوير جديد بحيث اصبح يمثل وسيلة مبصرة لتحقيق غايات معينة تتعلق بحفظ المجتمع وتطبيق النظام فيه ، وهذه الوسيلة تتحكم فيها اراده الانسان الواعية التي تحدد مصلحة الأفراد والمجتمع وفقا لتطور المستجدات، فيكون القانون عنوان للإرادة الإنسانية التي تعمل على تحديد مضامينه وتعمل على تطويره عن

(١) - د. حسن علي ذنون ، مصدر سابق ، ص ٧٣ .

(٢) - احمد محمد غنيم ، مصدر سابق ، ص ١٣٠ .

(٣) - د. حسن كيهره ، مصدر سابق ، ص ٥٢٥ .

(٤) - د. سليمان مرقس ، مصدر سابق ، ص ٢٥٤ .

وعى وإدارك، ولا يكون تطوره في ضمير الجماعة بصورة تلقائية كما صورته المدرسة التاريخية، بل أن تطوره يحصل نتيجة صدام عنيف بين المصالح الجديدة المستحدثة مع مصالح تقليديه سابقة وبين طبقات اجتماعيه قائمة وأخرى صاعدة وفي ضوء تغلب إحدى الجماعات أو المصالح المشار إليها تتقرر القاعدة القانونية^(١).

رابعاً - فلسفة مدرسة البحث العلمي الحر

تزعّم جيني مدرسة البحث العلمي الحر وعارض تفسير القانون في التشريع وحده كما تفعل مدرسة التزام النص، إذا التشريع ليس هو المصدر الرسمي الوحيد للقانون لذلك يلتمس تفسيره في المصادر الرسمية الأخرى، كما أنه في تفسير التشريع يجب الوقوف على إرادة المشرع وقصده من النصوص وقت وضعها باعتبار أن التشريع عمل إرادي قامت على صياغته إراد بصيرة واعية لتحقيق غاية معينة^(٢).

وتتفق هذه المدرسة مع مدرسة التزام النص في أنه ينبغي أن يتم تفسير التشريع طبقاً لإرادة المشرع الحقيقية عند وضعه إلا أنها تختلف عنها بالنسبة للبحث عن النية المفترضة للمشرع، لأن مدرسة التزام النص لا تبحث عن النية المفترضة للمشرع وقت صدور التشريع^(٣).

فاذا لم يؤد تفسير النصوص تفسيراً حقيقياً يقوم على احترام إرادة المشرع إلى انطباقها على النزاع المعروض فيجب التسليم حينئذٍ بعدم انطباق هذا النص وبضرورة البحث عن قاعدة قانونية أخرى في مصدر آخر من مصادر القانون الوضعي كالعرف مثلاً، فإذا لم توجد قاعدة قانونية يمكن تطبيقها في أي مصدر من مصادر قانون الوضعي ففي هذه الحالة يجب الاعتراف بالنقص في مصادر القانون الوضعي ويجب إعطاء الحرية للقاضي حتى يؤدي واجبه في أن يحكم بالعدل بين الناس أي أن يقوم ببحث علمي يرجع فيه إلى جوهر القانون^(٤).

والحقيقة أن مدرسة البحث العلمي الحر تتنافى مع التفسير المتطور في جانب منها وتتفق معه في جانب آخر، فهي تشترط أن يتم التفسير بحسب إرادة المشرع وقت وضع النص فتبتعد بذلك عن فكرة التفسير المتطور، لأن هذا الأخير يتطلب البحث عن إرادة حية متحركة تنسجم مع تغير الظروف، وهذا ما لا يتحقق عند الإلتزام بإرادة المشرع وقت وضع النصوص وحيث

(١) - د. هادي حسين عبد علي الكعبي، المثالية في مواجهة الواقعية، مصدر سابق، ص ٢٧٣، ٢٧٤.

(٢) - د. حسن كيره، مصدر سابق، ص ٥٢٦.

(٣) - د. توفيق حسن فرج، د. محمد يحيى مطر، مصدر سابق، ص ١٧٨.

(٤) - د. سمير عبد السيد تناعو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٤٧، ص ٧٥٦.

انها تدعو الى اتباع البحث العلمي الحر، فأنها تسمح لحل النزاع بما ينسجم مع متطلبات العصر.

الفرع الثاني - أساس فكرة التفسير المتطور للقانون

يعد الفقه الإسلامي مصدراً مهماً للأحكام القانونية، لأن هذا الأخير يستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية التي هي مصدراً رسمياً للقانون العراقي، وبناء على ذلك سوف نتناول في هذا الفرع أساس فكرة التفسير المتطور في الفقه الإسلامي أولاً ثم في القانون العراقي وذلك في نقطتين على التوالي.

اولاً - أساس فكرة التفسير المتطور في الفقه الإسلامي

عرف الفقه الإسلامي تأويل النصوص الشرعية بحاجة او مصلحة آنية، ويتحقق ذلك بعد وقوف المجتهد على علة الحكم ليتمكن من تعميم حكم النص التشريعي على جميع محال علته التي هي مظنة المصلحة المتوخاة من تشريعه ابتداء تعميماً عقلياً أو معنوياً لا لفظياً^(١).

ويعد موضوع علل الأحكام من المواضيع التي اشتد بها الخلاف في الفقه الإسلامي ونشأ عنه النزاع في حجية الدليل العقلي الظني كالقياس والاستحسان والمصالح المرسلة ونحو ذلك فقد بنى جمهور الفقهاء على حجيته واجمع الإمامية على عدم جواز التعويل عليه^(٢).

ولم يمنع الإمامية تعدية حكم محل بعلة الى محل آخر بتلك العلة، ولكنهم اشترطوا لذلك العلم بالعلة وأن تكون علة تامة وموجودة بكل خصوصياتها في المحل الآخر^(٣)، وبذلك فقد منع الإمامية تعدية الحكم بالعلة المستنبطة^(٤)، إذ إن علل الأحكام لا تبلغ بالظنون^(٥).

(١) - ان التعليل عمل اجتهادي يمكن المجتهد من تعميم حكم النص الى محال علته تعميماً عقلياً او معنوياً، أنظر د. عصام أبو سنية ص ١٤٣.

(٢) - السيد محمود الهاشمي الشاهرودي، بحوث في علم الأصول، تقارير السيد الشهيد محمد باقر الصدر، ج ٤، ط ٣، مؤسسة دائرة المعارف الفقه الإسلامي، بدون مكان طبع، ١٤٢٦ هـ / ٢٠٠٥ م ص ١١٩.

(٣) - الشيخ محمد رضا المظفر، اصول الفقه، مجموعة المحاضرات التي القيت في كلية منتدئ النشر في النجف الاشرف، ج ٣، بدون مكان وسنة طبع، ص ١٨٩ ولمزيد من التفصيل اقرأ حجية القياس للمؤلف نفسه ص ٨٨ وما بعدها.

(٤) - العلامة الحسن بن مطهر الحلي، مبادئ الوصول الى علم الأصول، مكتب الاعلام الإسلامي، بدون مكان طبع، ١٤٠٤، ص ٢١٩.

(٥) - محمد تقي الحكيم، مصدر سابق، ص ٣٢٨.

اما جمهور الفقهاء من غير الإمامية فلم يقصروا تعدية الحكم بالعلة المنصوصة فقط بل اجازوا التعدية بالعلة المستنبطة من المسالك المظنونة ايضاً من امثال مسلك المناسبة ومسلك الشبه ومسلك السبر والتقسيم وغيرها^(١).

فقد جعلوا الاستنباط دليلاً على العلة مع النص والاجماع^(٢) ، فالأصل قد يثبت معلولاً بالتوقف على العلة ، وبفحوى النص وبالإستدلال عليه^(٣) .

إن ربط الحكم بالعلة التي جعلت مناصاً لتشريعها ؛ يعني امكانية تغير الحكم تبعاً لتغير مناطه ، لأن الأحكام تابعة للمصالح والمفاسد والملاكات ، ولا توضع جزافاً أو تشهياً . وعليه فإذا وضع المشرع حكماً ، ولم ينص على المناط الذي شرع من اجله الحكم ، فقد يستنتج العقل ويحدس به ، وفي حالة الحدس به يحدس حينئذٍ بثبوت الحكم في كل الحالات التي يشملها ذلك الملاك^(٤).

والفكرة المتقدمة تعد الأساس الذي ينطلق منه الفقيه في تطويع النص للتغيرات الحاصلة على واقع الحياة ، وذلك من خلال النظر الى المناط المرتبط به الحكم ، وجعله يدور معه من حيث الاباحة والحرمة والوجوب ، وسنعود الى بعض ما يتعلق بذلك عند بحث الدلالة العقلية للنص كوسيلة من وسائل التفسير المتطور .

(١) - أنظر تفصيل هذه المسالك لدى مصطفى جمال الدين ، القياس - حقيقته وحجيته ، مطبعة النعمان ، النجف ، بدون مكان طبع ، ص ٢٦٩ وما بعدها.

(٢) - أنظر مسالك العلة لدى الإمام بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي ، البحر المحيط في أصول الفقه ، ج ٤ منشورات محمد علي بيضون ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، بدون سنة طبع ، ص ١٦٥ ، وأنظر ايضاً محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، ارشاد الفحول الى تحقيق الحق من علم الأصول ، ط ١ ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي واولاده بمصر ٣٥٦ هـ / ١٩٣٧ م ، ص ٢١٠ .

وأنظر اثبات العلة بالاستنباط عند الامام أبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي ، المستصفى في علم الأصول ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، ص ٣١١ وأنظر اثبات العلة بالسبر والتقسيم والمناسبة والشبه والطرده لدى الامام العلامة علي بن محمد الأمدي ، الأحكام في أصول الأحكام ، ج ٣ ، ط ١ ، الرياض ، ١٣٨٧ هـ ، ص ٢٦٤ وما بعدها . وفي اثبات العلية بالمناسبة والنظر في المناسب من حيث اليقين والظن يقول الزركشي " إنه قد يحصل المقصود به من شرع الحكم يقيناً كمصلحة البيع للحل أو ظناً كالقصاص لحفظ النفس وقد يحتملها على السواء كحد الخمر لحفظ العقل لأن الميل والإقدام مساو للإحجام وقد يكون نفي الحصول أوضح ككناح الأيسة لتحصيل التنازل ويجوز التعليل بجميع هذه الأقسام " ، أنظر الامام بدر الدين الزركشي ، ج ٤ ، مصدر سابق ، ص ١٨٨ .

(٣) - الإمام أحمد بن علي الرازي الجصاص ، الفصول في الأصول ج ٤ ، ط ١ ، بدون مكان طبع ، ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩ م ص ١٥١ ، ١٥٢ .

(٤) السيد محمد باقر الصدر ، دروس في علم الأصول ج ١ ص ٣٢٦ .

وفي الآونة الأخيرة ظهر مصطلح إعادة القراءة ^(١) ؛ الذي يرى البعض انه جزء من عملية التأويل وانه محاولة لإعادة انتاج النص في خطاب جديد ، بمعنى إن إعادة القراءة محاولة لتفكيك خطاب النص واستعادة تركيبه بفاعلية جديدة وفهم محدد يحقق التناسق بين انتاج النص الأصلي وإعادة انتاج النص برؤية تضع في اعتبارها التغيرات التي سببها البعد الزمني بين الانتاج الأول وإعادة القراءة ^(٢).

ثانيا - أساس فكرة التفسير المتطور في القانون

تعد المادة الثالثة من قانون الإثبات الأساس القانوني الأول للتفسير المتطور ، وقد فصلنا الكلام في هذه المادة عند الفرع الذي خصصناه للتعريف فنحيل اليه ، فضلاً عن المادة المذكورة هنالك مجموعة من النصوص القانونية في القانون المدني تؤسس للتفسير المتطور بما تتضمنه من توجيه القضاء نحو الفهم العميق للنص وربطه بالمصلحة المبتغاة منه ، مع بيان الضوابط اللازمة لتطبيق القانون وفق الفهم المتقدم ، فالتأمل في المواد الخمس الأولى من القانون المدني تنبسط امامه بشكل واضح رغبة المشرع في منح القضاء فرصة الاجتهاد في تفسير القانون بشكل يجعل من القانون شريعة الحاضر والمستقبل والمعتمد لتنظيم علاقات المجتمع لأجيال متعددة بل لعصور مختلفة .

فالمشرع قد استهل التشريع المدني بنصه على سريان النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها في لفظها أو في فحواها ، فكان ذلك إيذاناً منه لإعلان الرفض التام للتفسير الجامد الذي يقف عند حدود الفاظ النص ، ولا يخفى ما في ذلك من رغبة للمشرع في مد اجل العمل بالنص التشريعي لأطول فترة ممكنة ^(٣).

كما إن ما قرره المشرع من الحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص القانون في حال غياب النص التشريعي والعرف الذي يمكن تطبيقه على النزاع المعروض ^(٤) ، يقتضي هو الآخر إلقاء نظرة شاملة تحليلية لنصوص القانون والتأليف بينها ومعرفة دلالتها اجمالاً وتفصيلاً ، مما يجعل القاضي يندفع بشكل لا ارادي نحو القيام بتفسير

(١) - سوف نبحت هذا الموضوع في ثنايا المطلب المخصص لهرمنيوطيقا النص في الفصل القادم ، ص ٧٩ وما بعدها .

(٢) - د. عبد السلام احمد فيغو ، القراءة المعاصرة للنصوص الشرعية ، ط ١ ، دار الكلمة للنشر والتوزيع ، مصر - القاهرة ، بدون سنة طبع ، ص ٢٢ .

(٣) - نصت المادة ١ / ١ من القانون المدني على انه " تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها او في فحواها" .

(٤) - المادة ١ / ٢ ، مدني .

متطور يكشف عن عنصر الملائمة المطلوب توافره للحكم بموجب مبادئ الشريعة الإسلامية مسترشداً في ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد الأخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية^(١).

وبعد أن أرسى المشرع بعض أسس التفسير المتطور، بيّن في مقابلها الشرط الأساسي لكل اجتهاد في نطاق فهم النص وهو بقاءه ضمن حدود النصوص غير قطعية الدلالة من خلال ما قرره في المادة الثانية من منع الاجتهاد في مورد النص، وهو النص قطعي الدلالة حسب دلالة الاقتضاء وبالتفصيل سيمر لاحقاً إن شاء الله^(٢).

يتابع المشرع بيان أسس التفسير المتطور ويبين في المادة الثالثة أساساً أصولياً للتفسير المتطور وهو القياس، وهو ما سوف نفصل الكلام فيه لاحقاً عند الحديث عن وسائل التفسير المتطور^٣.

ثم يحاول المشرع أن يضع للقواعد الفقهية مكانها في تفسير القانون فيقرر في المادة الرابعة أنه في حال تعارض المانع مع المقتضى يقدم المانع، ليجعل القاضي يسير في تفسيره للقانون باتجاه درء المفسد وأن نتج عن ذلك تفويت بعض المصالح، وهو نص ينسجم مع ما قرره في المادة الثامنة من أن درء المفسد أولى من جلب المنافع^(٤).

ثم تأتي المادة الخامسة لتشكّل الأساس التشريعي الأبرز في القانون المدني للتفسير المتطور^(٥)، فالمشرع إذ لم ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان لم يقصد من ذلك عدم انكاره على نفسه وهذا واضح، فالمشرع لا يحتاج إلى الاحتفاظ لنفسه بحق تغيير بعض أحكام القانون عند تقادم الزمن عليها وصيرورتها متعارضة مع ضرورات الزمن الحاضر، بل إن هذا الحق محفوظ له أصلاً وملازم لصلاحيته كمشرع، وإنما قصد المشرع من وراء نص المادة الخامسة فسخ المجال أمام القاضي ليحافظ على حيوية التشريع ويبعث فيه مكنة تنظيم العلاقات الحاضرة بقراءة جديدة للنصوص تنسجم مع متطلبات الزمن الذي يطبق فيه التشريع وإن ابتعد كثيراً عن زمن وضعه.

(١) - المادة ١ / ٣ ، مدني .

(٢) - سوف نبث هذه المسألة ضمن موضوع نطاق التفسير المتطور في منطقة المتغيرات ، ونشير إلى هذه النقطة بالذات في ص ٦٨ .

٣ - ينظر ص ٩٥ وما بعدها .

(٤) - نصت المادة ٤ / ١ من القانون المدني " إذا تعارض المانع والمقتضي قدم المانع " ، ونصت المادة ٨ منه "درء الفاسد أولى من جلب المنافع" .

(٥) - نصت هذه المادة على أنه " لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان " .

وهنا مسألة لا بد من الإشارة إليها وهي إن التغير الذي يمكن ان يحصل في حكم معين نتيجة تغير الزمن ، لا يحصل عن مجرد تحول زمني ؛ اذ الزمان كبعد في الكون ليس له مدخلية بنفسه في ثبات الأحكام أو تغيرها قل هذا الزمان أو كثر ، إنما يحصل التغير نتيجة تغير مناط الحكم ، فليس الزمن هو مقياس التحول في الأحكام بل تتغير الأحكام بتغير موضوعاتها .

توضيح ذلك إن تغير الظروف والعلل ليس من التغير في الأحكام، بل هو انتفاء حكم بانتفاء موضوعه ووجود حكم آخر بوجود موضوع آخر ايضاً (١) ، والمشرع قد نقل هذه القاعدة من مجلة الأحكام العدلية ، ولا نظنه قصد منها غير ما ذكرناه من تغير الأحكام بتغير مناطاتها ، اذ لا يمكن وضع فاصل بين زمن وآخر يكون هو المقياس بتحول حكم معين إلا بالنظر الى التغير في مناط الحكم ، فيمكن حينئذ ان يقال بتأثير الزمن في الحكم على أساس الارتباط الواقعي بين مرور الزمان وتغير مناط الحكم .

ويلاحظ هنا ايضاً إن القاعدة وان جاءت بصيغة مطلقة إلا ان تطبيقها لا يشمل الأحكام الثابتة بنصوص قطعية الدلالة ، لأن هذه الأخيرة ليست محل للاجتهاد حتى يستطيع القاضي تغيير الأحكام الواردة فيها بحجة تغير مناطاتها ، لأن المشرع لا ينص عادة على مناط الحكم بل يستتبط هذا الأخير في وقائع وظروف معينة ، وهذا الاستنباط يبقى ظنيًا ولا يرتقي الى درجة اليقين بحال من الأحوال ، فلا يرقى الى تغيير حكم قطعي ؛ اذ لا يتغير هذا الأخير بمجرد استنباط أقصى ما يفيد الظن ، على أن في المسألة تفصيل سيمر لاحقاً عند بحث القياس ضمن وسائل التفسير المتطور ؛ فنحيل اليه (٢) .

(١) - د. جواد احمد البهادلي، مدخل القانوني لدراسة الشريعة الإسلامية ، ط ٢ ، مجمع اهل البيت ، النجف الاشرف ، ٢٠١٧ ص ٣١٥ ٣١٦ .

(٢) - ينظر ص

المطلب الثالث : عناصر التفسير المتطور^(١)

لا يطلق مصطلح التفسير على مفهوم معين ما لم يكن دائراً في حدود النص بغية الكشف عن محتواه، وبالمقابل لا يكون التفسير متطوراً ما لم يستجيب لحاجات المجتمع القائمة^(٢)، وبذلك تتوزع عناصر التفسير المتطور الى الكشف عن محتوى النص، والإستجابة لحاجات المجتمع القائمة وهما ما سنتناولهما في فرعين على التوالي.

الفرع الأول - الكشف عن محتوى النص

يتمثل الركن الأول للتفسير المتطور بضرورة تحقق معنى التفسير فيه وذلك بأن يكون عملية تكشف عن محتوى النص^(٣). ومحتوى النص هو مجموع قابلياته للإنبطاق في الخارج (اي على الواقع) وقابليات النص تنحصر في دلالة اللفظية ودلالته الإلزامية، ودلالة النص اللفظية هي دلالة منطوق النص، اما دلالته الإلزامية فهي التي قد تفتقر الى نظر العقل كما في الدلالة الإلزامية العقلية، ويتضح تفصيل ذلك فيما يأتي.

(١) - العناصر التي سوف نذكرها، مضافاً الى الرقابة التي سوف نبثها في المبحث الثاني من هذا الفصل تغنيا عن ذكر شروط للتفسير، فعنصر الكشف عن محتوى النص - وهو احد عنصرين مفصلين في المتن - يستبطن ضرورة كون التفسير المتطور دائراً في سقف النص، وإلا لم يعد تفسيراً اصلاً بل اجتهاداً في مقابل النص، وعنصر الاستجابة لحاجات المجتمع القائمة يلزم منه قابلية التفسير لتحقيق الاستجابة المذكورة، والآ لا يعد تفسيراً متطوراً. ولم يكن سائغاً ان نتناول الأمرين المذكورين اعلاه كشروط؛ لأنهما في الواقع عناصر مكونة للتفسير المتطور وليست امور خارجة عن ماهيته، فلا يصح وصفها بالشروط بل هي اركان ولا بأس بتسميتها بالعناصر.

اما الرقابة فهي تعني ضرورة خضوع التفسير المتطور لرقابة معينة على تفصيل سيمر لاحقاً، و تفصيلها يغني تماماً عن تناول الرقابة كشروط. ينظر ص ٦٥ وما بعدها.

(٢) - لذلك فإن التفسير المتطور يتكون من عنصرين يعد كل منهما داخلياً في ماهيته: أحدهما ان يكون عملية كاشفة عن محتوى النص وإلا لم يعد تفسيراً اصلاً، وثانيها ان يكون كشفاً عن معنى النص بطريقة تستجيب لحاجات المجتمع القائمة وإلا لم يعد تفسيراً متطوراً بل يغدو تفسيراً عادياً خالي من عنصر التطورية فهناك بالواقع ملازمة وجود وعدم بين التفسير المتطور وبين العنصرين المذكورين بحيث اذا وجداً معاً كنا امام تفسير متطور واذا تحلفا معاً فلسنا امام تفسير اصلاً، أما اذا وجد عنصر الكشف عن معنى النص ولم يكن كشفاً مستجيباً لحاجات المجتمع القائمة فنحن امام تفسير ليست بالمتطور لتخلف عنصر التطورية فيه، واذا فرضنا تطبيق النص بطريقة تستجيب لحاجات المجتمع القائمة لا عن طريق الكشف عن معناه بل عن طريق مغادرة معنى النص الى معنى آخر لا يحتمله ولا يعد من مضامينه؛ فنحن هنا امام اجتهاد في مقابل النص وليس أمام تفسير له.

وبذلك لا يصح القول ان الإستجابة لحاجات المجتمع القائمة تعد مجرد غاية من غايات التفسير المتطور، بل هي جزء منه لا يوجد الا بوجودها بحيث يمكن أن يقال ان وصف التفسير بالتطورية لا يصح ما لم يكن مستجيباً لحاجات المجتمع القائمة، فهذه الإستجابة هي التي تضيف على التفسير وصف المتطور وبخلافها نكون أمام تفسير عادي لا يتحقق فيه معنى التفسير المتطور، وهذا بخلاف ما لو نظرنا للإستجابة المذكورة على انها مجرد غاية فإن عدم تحقيق الغاية من الشيء لا يجرده من معناه، اذ لا يتصدع كيان الشيء بمجرد عدم تحقيق الغاية المبتغاة منه.

(٣) - فالتفسير كما بينا من قبل هو كشف المعنى المعقول او كشف معنى اللفظ واطهاره.

إن نصوص القانون تعبر عن الأحكام بنوعين رئيسيين من الدلالة : الأول ما يدل عليه النص بعبارته والثاني ما يدل عليه بفحواه وروحه ومعقوله ^(١) ، و النص اذا كان واضحاً في دلالاته ، كافياً بذاته لحكم الواقعة المساق اليها، طبقه القاضي بحدوده الواضحة دون حاجة الى تفسير أو تكميل ، أما اذا كان النص واضحاً في دلالاته ولكنه غير كافٍ في ذاته لحكم الواقعة المساق اليها ، احتاج القاضي في تطبيقه الى تكميله ليصبح كافياً لحكم الواقعة التي سيق اليها .

وقد يكون النص غير واضح في دلالاته فيحتاج القاضي الى تفسيره ليقف على محتواه ، فأن وجده كافياً طبقه ضمن الحدود التي انكشفت له ، وأن وجده ناقصاً كمله ، وتكميل النص قد يكون من داخل التشريع الذي تضمن النص وقد يكون من خارجه ، والتكميل من الداخل يكون بالتنسيق بين النصوص ^(٢) ، والتكميل من الخارج يكون بالرجوع الى العرف او مبادئ الشريعة الإسلامية او قواعد العدالة ^(٣) .

ومفهوم التفسير يشمل حالة الوقوف على محتوى النص ، وحالة تكميله من داخل التشريع ، إذ التكميل في الحالة الاخيرة يتضمن الكشف عن محتوى التشريع بشكل اجمالي فيكون تفسيراً بالمعنى الأعم ^(٤) .

اما التكميل من خارج التشريع فلا يصح في الواقع أن نطلق عليه تفسيراً بل هو استنباط لحكم الواقعة كلاً او جزءاً عن طريق الاجتهاد بالرجوع الى مصادر القانون الأخرى غير التشريع .

وبذلك فإن الوقوف على محتوى النص هو الذي يصح أن نطلق عليه تفسيراً وهو عملية تقابل التكميل، وهذا الاخير يعد اجتهاداً في استنباط الحكم من خارج النص .

ومحتوى النص على ما ذكرنا يتفرع الى منطوق النص (دلالاته اللفظية) ولازم النص (دلالته الإلترامية) ، ومنطوق النص وهو ما دل عليه النص في محل النطق ^(١) ، ويدخل فيه

(١) - د. هادي محمد عبد الله ، مصدر سابق ، ص ٥٦٣ .

(٢) - يعد العامل التنسيقي طريق من طرق التفسير المنطقي أنظر تفصيل ذلك لدى د. عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ، ص ٥٢٣ .

(٣) - حسب المادة الأولى من القانون المدني.

(٤) - ان الحالات التي لا يوجد لحكمها نص صريح لا تدخل ضمن مدلول تفسير النص بالمعنى الدقيق لعدم وجود نصوص تقتضي التفسير حينئذ ومع ذلك يمكن القول ان المفسر قد يكتشف مفتاح الحل من خلال النصوص كما هو الحال في القياس لذلك يجوز ادخالها في دائرة التفسير. د. محمد شريف احمد ، نظرية تفسير النصوص المدنية ، مطبعة وزارة الاوقاف والشؤون الدينية ، بدون مكان وسنة طبع ، ص ١٢ .

دلالة المطابقة والتضمن^(٢) ، والمطابقة هي دلالة اللفظ على تمام ما وضع له كدلالة لفظ الانسان على الحيوان الناطق ، ودلالة الدار على جميع ما تحويه وتحيط به جدرانها ، والتضمن هي دلالة اللفظ على جزء معناه كدلالة لفظة زيد على رأسه ورجليه^(٣).

ونقصد بلازم النص دلالاته الإلزامية ودلالة الإلتزام إما لفظية وإما عقلية واللفظية على قسمين إما بيّن بالمعنى الأخص كدلالة صيغة إفعل على الحتم والالزام واما بيّن بالمعنى الأعم كدلالة الأمر بالشئ على النهي عن الضد العام بمعنى الترك فبعد التأمل في الطرفين والنسبة بينهما يعرف كون ذلك مقصود المتكلم أيضاً بذلك الخطاب^(٤).

وأما العقلية فهو أن يحكم العقل بعد التأمل في الخطاب وفي شئ آخر كون ذلك الشئ لازماً مراداً عند المتكلم وإن لم يدل عليه ذلك الخطاب بالوضع ، انما حصل من العقل بواسطة خطاب الشرع ويقال لذلك أنه خطاب حصل بتبعية الخطاب الشرعي^(٥).

ولكن يلاحظ ان البعض قد ذهب الى ان اللازم بالمعنى الأعم ، سواء كان في المعاني الافراذية أو في الجمل التركيبية ، ليس من المداليل اللفظية لأن اللفظ لا يدل عليه ولا ينتقل الذهن إليه بواسطة اللفظ ، بل يحتاج إلى مقدمة عقلية^(٦) ، ولعل ذلك يساوق ما ذهب اليه البعض من إن دلالة الإلتزام من حكم العقل ومن دلالة المعنى على المعنى ولكن يمكن ان تعد

(١) - شيخ بهاء الدين محمد بن الحسين بن عبد الصمد الشهير بالبهاقي ، زبدة الأصول ، بدون مكان وسنة طبع ، ص ١٤٩ ، ميرزا أبو القاسم القمي قوانين الأصول ، بدون مكان وسنة طبع ، ص ١٦٧ ، أحمد بن علي الرازي الجصاص ص ج ١ ، مصدر سابق ، هامش ص ٢٨٩ .

(٢) - حسن بن علي اصغر الموسوي البجنوردي ، منتهى الأصول ج ١ ، بدون مكان وسنة طبع ، ص ٤٢٢ ، محمد حسين الحسيني الشهرستاني ، غاية المسؤول في علم الأصول ج ١ ، بدون مكان وسنة طبع ، ص ٣٢٨ .

(٣) - آية الله الحاج الميرزا علي المشكيني ، اصطلاحات الأصول ومعظم أبحاثها ، ط ٥ ، مطبعة الهادي ، بدون مكان طبع ، ١٤١٣ ، ص ١٣٢ .

(٤) - الميرزا ابو القاسم القمي ، مصدر سابق ، ص ١٠٢ ، ومن الجدير الإشارة هنا ان الملازمة بين شيئين على قسمين بيئية وغير بيئية ، والأولى تعتمد على وجود ارتباط جلي بين شيئين بحيث اذا تصور الانسان احدهما فانه يتصور الآخر ، والثانية تعتمد على ارتباط خفي يدركه العقل بالإستدلال وليس بالتصور فقط ، فاضل الصفار ، المذهب في اصول الفقه ، ط ١ ، مؤسسة الفكر الإسلامي ، لبنان - بيروت ، ٢٠١٠ ، ص ٢٣٦ .

والبين : بين بالمعنى الأخص ، وبين بالمعنى الأعم ، البين بالمعنى الأخص ما يلزم من تصور ملزومه تصوره ، بلا حاجة إلى توسط شئ آخر .

و البين بالمعنى الأعم : ما يلزم من تصوره وتصور الملزوم وتصور النسبة بينهما الجزم بالملازمة . محمد رضا المظفر ، المنطق ، مصدر سابق ، ص ١٠٤ .

(٥) - الميرزا ابو القاسم القمي ، مصدر سابق ١٠٢ .

(٦) - الشيخ محمد علي الكاظمي الخراساني ، فوائد الأصول ، من افادات الميرزا الغروي النائيني ، ج ٢ ، مؤسسة النشر الإسلامي ، قم ، ١٤٠٤ هـ ، ص ٤٧٧ .

من دلالة اللفظ اذا كان اللازم بيّناً بالمعنى الأخص^(١)، فقد اخرج البيّن بالمعنى الأخص من الدلالة العقلية وبقي البيّن بالمعنى الأعم ليكون داخلاً في حكم العقل .

وفي مقابل ما تقدم فإن بعض الأصوليين لم يعدّوا دلالة الإلتزام من الدلالة اللفظية بل من الدلالة العقلية ، ولم تتضمن عباراتهم التفرقة بين اللازم بالمعنى الاعم واللازم بالمعنى الاخص^(٢).

وأياً كان الامر فإن القدر المتفق عليه من مجمل الآراء السابقة ، إن بعض حالات الدلالة الإلتزامية -ولعلها الاكثر- لا تدخل ضمن منطوق النص، بل تقتصر الى نظر عقلي ، لذلك لا يمكن للمفسر ان يصل الى محتوى النص بشكل كامل ما لم يستدل بالدلالة العقلية للنص ، وطبيعي ان هذه الأخيرة تعد من غير المستقلات العقلية ، فواضح ان العقل لم يستقل وحده في الوصول إلى النتيجة ، بل بالرجوع الى النص المراد تفسيره^(٣) .

وعلى كل حال فإن محتوى النص يشمل دلالاته الثلاث المطابقة والتضمنية والإلتزامية ويدخل فيه دلالة النص ودلالة الاقتضاء ودلالة الايماء ويشمل ما يدل عليه النص بعد التأمل والنظر العقلي فيه بحيث يكون النص مقدمة لفظية تحتاج الى مقدمة عقلية للوصول الى الحكم وهي ما تسمى بأصول الفقه بغير المستقلات العقلية وهي ما يندرج تحتها ادلة الأحكام الشرعية العقلية المختلف فيها (القياس والاستحسان والمصلحة وسد الذرائع ودليل العقل عند الإمامية) .

(١) - أنظر السيّد محمد حسن المرتضوي النجفوي ، جواهر الأصول ، تقرير ابحاث السيد الخميني ج ٢ ، ط ١ ، ١٤٢١ : مطبعة مؤسسة العروج ، بدون مكان طبع ، ١٤٢١ هـ ، ص ٢٧٦ .

(٢) - نقل السيد الخميني ان الظاهر من تعريف الحاجبي للمنطوق انه أراد من دلالة اللفظ في محل النطق دلالة المطابقة ، أو هي مع التضمن ، ومن دلالاته لا في محله دلالة الإلتزام ، حيث إن اللفظ دال على اللازم بواسطة دلالاته على المعنى المطابقي ، مع عدم كون الدلالة عليه في محل النطق أنظر السيد الخميني ، مناهج الوصول الى علم الأصول ، ج ٢ ، مطبعة مؤسسة العروج ، بدون مكان طبع ، ١٤١٥ هـ ص ١٧٧ . وجاء في المحصول للرازي "الدلالة الوضعية هي دلالة المطابقة وأما الباقيتان فعقليتان لأن اللفظ إذا وضع للمسمى انتقل الذهن من المسمى إلى لازمه ولازمه إن كان داخلاً في المسمى فهو التضمن وإن كان خارجاً فهو الإلتزام " فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين الرازي ، المحصول ، ج ١ ، ط ٢ ، مؤسسة الرسالة ، بدون مكان طبع ، ١٤١٢ هـ ١٩٩٢ م ص ٢١٩ .

وقسم الأمدي في الأحكام دلالة اللفظ الى لفظية وجعلها شاملة لدلالة المطابقة والتضمن وغير لفظية وهي دلالة الإلتزام وقال ان كل من دلالة التضمن ودلالة الإلتزام تفقران الى نظر عقلي لمعرفة اللازم في الإلتزام والجزء في دلالة التضمن ، أنظر العلامة علي بن محمد الأمدي ، ج ١ مصدر سابق ص ١٥ .

(٣) - فالعقل في غير المستقلات العقلية يحكم بالملازمة بين الحكم المشرع وبين أمر آخر سواء كان حكماً عقلياً أو شرعياً أو غيرهما . أنظر المظفر ، اصول الفقه ، مصدر سابق ، ج ٢ ، ص ٢٦٤ وهو هنا يتكلم عن الحكم الشرعي .

والتفصيل المتقدم وإن كان بياناً أصولياً بحثاً ، ولكنه تفصيل لا بد منه لبيان المقصود
بمحتوى النص والذي يجب ان يبقى التفسير المتطور ضمن حدوده التي أضحناه أعلاه ، فاذا
خرج عنها لم يعد تفسيراً أصلاً بل هو اجتهاد في مقابل النص .

الفرع الثاني - الإستجابة لحاجات المجتمع القائمة

بعد ان عرفنا ان الركن الأول للتفسير المتطور هو الكشف عن محتوى النص بقي ان
نعرف ان ركنه الثاني هو الإستجابة لحاجات المجتمع القائمة، فالكشف عن محتوى النص إذا
عد تفسيراً فإنه لا يعد متطوراً ما لم يكشف عن القدرة الكامنة في النص على مسايرة الحاجات
القائمة للمجتمع ، أي الكشف عن القوة الحية المتحركة التي تبعث في النص الحياة ما دام النص
قائماً، وبذلك يستطيع النص ان يكسب مع الزمن معنى جديداً او ينطبق على حالات جديدة ،
وذلك بأن تفسر النصوص بحيث يوائم مضمونها ما طرأ من تغيرات على ظروف الحياة التي
وضعت من اجلها تلك النصوص^(١).

ذلك ان موضوع تفسير القوانين هو الوسيلة التي يلجأ اليها لتقريب القانون الى الواقع
وتكييف القانون مع الحاجات المستجدة والقضايا الملحة التي تعرض في ساحة القضاء ، ويبرز
ذلك بشكل واضح عندما تبعد المسافة بين وضع القاعدة القانونية والوقائع الطارئة ، أو تستجد
حاجات ومصالح جديدة لم تكن معروضة او متصورة وقت وضع القانون فيضطر القاضي الى
استمداد الحل من روح القانون وغايته^(٢).

فالوقائع الاجتماعية هي موضوع عمل القانون لأن وضع القانون انما يقوم على ادراك
الحقائق الاجتماعية ادراكاً دقيقاً فالمشرع يعمل ما في وسعه في تقويم الأسس الاجتماعية وتقدير
مدى حظ تشريعه من النجاح من خلال ربط النظم القانونية بالبنية الاجتماعية التي هي دعامة
هذا النظم^(٣).

فقواعد القانون تنشأ وتنمو وتتطور في البيئة الاجتماعية جنباً الى جنب مع قواعد السلوك
الاجتماعية الأخرى ، لأن القانون لا ينفرد بتنظيم سلوك الأفراد إنما تشاركه في ذلك قواعد

(١) - د. عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ، ٥٢٢ ٥٢٣ .

(٢) - د. محمد شريف احمد ، مصدر سابق ، ص ٥ .

(٣) - القاضي عواد حسين العبيدي ، تأويل النصوص في القانون ، ط ١ ، مكتبة الجيل العربي ، الموصل ،
٢٠١١ ، ص ٢٢٦ .

أخرى قد تكن لها صلة بالأخلاق والأعراف والعادات السائدة داخل المجتمع، أو ربما له صلة بديانة معينة^(١).

ثم ان القانون يرتبط بالجماعة ورغباتها ، وتوجهات الجماعات قد تختلف فما يصلح كتنظيم للسلوك داخل جماعة معينة قد لا يصلح لتحقيق نفس الغايات داخل جماعة أخرى ، لذلك فإن القوانين قد تختلف في الجماعة الواحدة من وقت لآخر وفقا لتغير توجهات الجماعة ومعتقداتها^(٢).

كما ان وظيفة القانون تختلف حسب الغاية المقصودة منه ، فاذا كانت هذه الغاية هي تحقيق العدل والمساواة بين الأفراد بصفاتهم افراد فأن النزعة الفردية تكون هي السائدة اما اذا كان الغرض تحقيق امن الجماعة ورفاهيتها حتى لو كان من شأن ذلك سيطرة الجماعة على الأفراد تحقيقا للصالح العام فان النزعة الاجتماعية او الاشتراكية تكون هي السائدة^(٣).

والغاية من القانون لا شك تتأثر بالفلسفة التي يعتنقها المشرع ، والمشرع يضيف على التشريع صبغة المذهب الذي يعتنقه جماعياً كان أم فردياً ولكن هل يعني ذلك ان على القاضي عند تطبيق القانون ان يفسره بالشكل الذي يحقق ارادة المشرع ام ان للقانون استقلالية عن ارادة واضعه؟.

الرأي السائد فيما مضى كان يذهب الى ان موضوع التفسير هو ارادة المشرع وان من واجب المفسر ان يبحث عن هذه الارادة ويسمى هذا التفسير بالتفسير التاريخي ، اما في الوقت الحاضر فقد لوحظ ان التشريع يشترك في وضعه عدد كبير من اشخاص تختلف آراؤهم وميولهم واتجاهاتهم الأمر الذي يصعب معه اعتبار التشريع نتيجة ارادة جماعية وانه توجد ارادة حقيقية للمشرع يتعين البحث عنها ، ولذا كان الاتجاه الحديث يذهب الى النظر للتشريع نظرة موضوعية بحيث يجري تفسيره في ذاته على اعتبار انه ينطوي على ارادة ذاتية خاصة به وان التفسير لا يجب ان يكون استقصاء للمعنى التاريخي الذي اعطاه المشرع للقاعدة بل

(١) - د. احمد سي علي ، مدخل للعلوم القانونية ، ط ١ ، دار الاكاديمية ، الجزائر ، ٢٠١٢ ، ٢٠١١ ص

٢٩

(٢) - بكر عبد الفتاح السرحان ، المدخل الى علم القانون ، ط ١ ، دار المسيرة ، بدون مكان طبع ، ٢٠١٢ .

(٣) - محمد علي عمران ، مبادئ القانون والتشريعات القانونية ، بدون مكان وسنة طبع ، ص ٢٣ .

يجب ان يكون استجلاء للمعنى الحالي الذي يعيش في القاعدة وهذا ما يسميه الرأي الحديث في اسلوب استعاري بـ (الارادة التشريعية)^(١).

ولا يقصد بالارادة التشريعية ان التشريع له ارادة بالمعنى النفسي بل ان معنى ذلك ان التشريع له مقصود يستقل عن نية من وضعه فيصبح له معنى ذاتي يمكن الكشف عنه من ربط النصوص بعضها ببعض ومن ثم النظر الى الغاية المطلوب تحقيقها ، فإرادة القانون اذا ما وجدت فأنها تظل قائمة بذاتها ولذاتها ، وان تفسير التشريع يتوقف على الظروف الاجتماعية والاقتصادية الي تعاصر تطبيق النص على الحالة المعروضة وتترك ارادة او نية المشرع التي انقضت بمرور الزمن^(٢).

فكل نص تشريعي ينبغي ان يعيش في البيئة التي يطبق فيها ويكون له صلة وثيقة بما يحيط به من ملابسات وما يخضع له من مقتضيات^(٣) ، فالمفسر يضع نصب عينيه هدف التشريع ، والغاية العملية التي يراد من التشريع ان يحققها ، اذ المقصود من التشريع تنظيم علاقات معينة ابتغاء اشباع حاجات معينة ومن ثم يجب ان يحمل التشريع على المعنى الذي يحقق تلك الغاية ، ويسمى هذا التفسير بالتفسير الموضوعي لأنه لا يتحرى ارادة المشرع بل يفصل بين النص وبين واضعيه ويعطيه حياة ذاتية يستقل بها عن حياة واضعيه ، وبذلك يمكن ان ينتج عن التشريع نتائج واثار لم تكن منتظرة ولم يكن من الممكن توقعها وقت وضع التشريع ، وبذلك تكتسب القاعدة القانونية مع الزمن مجالاً تطبيقياً اوسع يمتد الى علاقات تختلف عن العلاقات التي كانت مقصودة في الأصل^(٤).

ان تطوير القانون من قبل القاضي يكون في الملائمة بين مضمون القاعدة القانونية والتطورات الاجتماعية التي تواجهه ، اذ يعد ذلك احياءاً للقاعدة القانونية حتى تتلاءم مع مقتضيات العصر^(٥) ، إلا ان التوفيق بين نص القانون والواقع يثير مشكلة تتعلق بالتوازن المطلوب بين تيارين متعارضين الأول تيار داخلي يفرض الثبات والاستقرار والثاني تيار خارجي يندفع بقوة نحو مجال القانون تحت ضغط المؤثرات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية

(١) - د. عبد الحي حجازي والمصادر التي يشير اليها ، مصدر سابق ، ص ٥١٦ ، ٥١٧ .

(٢) - د. عصمت عبد المجيد ، مصدر سابق ، ص ١٤ .

(٣) - القاضي عواد حسين العبيدي ، تفسير النصوص القانونية باتباع الحكمة التشريعية من النصوص ، مصدر سابق ، ص ٢٧٩ .

(٤) - د. عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ، ص ٥١٨ .

(٥) - ضياء خطاب شيت ، مصدر سابق ، ص ٧٥ .

المتجددة فيضطر القاضي الى احتوائه بأي شكل من الاشكال تحقيقاً للعدالة التي ليس له انكارها (١).

ولذلك يجب ان يكون التفسير موضوعياً مجرداً من العواطف متزناً حاصلًا في ضوء الاحترام الواجب للتشريع بعيد عن تحمس المفسر لفكرة معينة يتصور وجودها في التشريع وهي في الحقيقة من تأملاته النظرية واتجاهاته الوجدانية (٢).

فلكل قانون غاية تشكل الدافع لخلقه ووظيفة القانون الاجتماعية هي العمل لتحقيق هذه الغاية ، ومن خلال معرفة هذه الغاية يتحقق فهم القانون وحسن تطبيقه وتفسيره وكلما اضمحلت او زالت الرؤيا لهذه الغاية كلما سيطرت العواطف والمحابة في مجال تفسير القانون وتطبيقه (٣).

والغاية التي تمثل الحاجة الاجتماعية هي الغاية الموضوعية التي تعد بمثابة جسر بين المجتمع والنص ، ويكشف عنها أما من خلال لغة النص باعتبار المشرع غالباً ما يبيلور غاياته واهدافه في الحدود الحرفية للنص ، أو من خلال الخلفية الاجتماعية والتاريخية ، كما ان فهم الاحتياجات الاجتماعية يوصل إلى الغاية الموضوعية، وذلك لأن النص هو مخلوق لبيئته، وهذه البيئة ليست فقط احتياجات فورية، بل هي احتياجات تاريخية تحيط بالنص مع الأخذ بالتاريخ الاجتماعي للنص وثقافة المجتمع واسلوب الحياة فيه وحضارة البلد (٤).

ان روح النصوص قد تلهم القضاء او تسعفه في العثور على العديد من الأحكام القانونية ، ويتحقق ذلك من خلال عدم انحباس القاضي في قيود الكلمات الجامدة بل يستجلي من ثنايا تلك الكلمات الموجزة الحلول للمشاكل المعقدة التي تعرض في ساحة القضاء ، وقد يحتاج القاضي الى تعدي مبنى النص فيفسره حسب روحه (٥).

ذلك ان التشريع لا يمكن ان يحيط بكل شيء ولا يستطيع المشرع ان يتنبأ بكل مسألة ليضع لها حلاً (٦) ، فالقاعدة القانونية لا يمكن ان تحكم جميع ما يظهر في المستقبل من وقائع لأنها وليدة الحياة والمشرع مهما اتسع افقه لا يمكن ان يحيط بها تفصيلاً ويضمن سلامة صياغتها

(١) - د. محمد شريف احمد ، مصدر سابق ، ص ٥ ، ٦ .

(٢) - د. عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ، ص ٥١٢ .

(٣) - د. مؤيد زيدان علم الاجتماع القانوني ، الجامعة الافتراضية السورية ، الجمهورية العربية السورية ، ٢٠١٨ ص ١٠٣ .

(٤) - حسين جمعة خلف ، التفسير الغائي للنصوص الدستورية ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون والعلوم السياسية ، الجامعة العراقية ، ٢٠١٩ ، ص ١٢٦ وما بعدها .

(٥) - د. محمد شريف احمد ، مصدر سابق ، ص ٢٩ .

(٦) - ضياء شيت خطاب ، مصدر سابق ، ص ٧٣ .

من العيوب ولذلك تحرص المحاكم في هذه الحالة على التوفيق بين نصوص التقنين الثابتة وأوضاع المجتمع المتغيرة , فيتجاوز إرادة المشرع في صياغة القاعدة القانونية التي وضعها , للوصول إلى قصده وحسم الخلاف في حكمها , لتعطي هذه القاعدة معنى جديدًا يختلف عن معناها الأصلي فتصبح أكثر ملائمة لأوضاع المجتمع الذي تطبق فيه ^(١).

ان الحياة العملية المتطورة هي مصدر الضغط الأساس على القاضي ويكون القاضي بحكم اتصاله المباشر بالوقائع الحية حين يفصل في منازعات فعلية أكثر احساسًا بنواحي العدل وجوانب المصلحة , فيكون القاضي في بعض المسائل اجدر من المشرع في وضع الحلول لا لأنه يقوم بالتخفيف من التطبيق المطلق لنصوص القانون حينما يصل هذا الإطلاق الى حد الاجحاف فحسب , بل لأنه يقوم مقام الشارع الذي يتخلى من ناحيته عن تنظيمها الدقيق محيلاً هذا التنظيم الى القضاء الذي يضع الحلول متأثرًا بالعوامل الاخلاقية والاجتماعية والاقتصادية السائدة عند تطبيق النصوص ^(٢).

ومن الامثلة على الحالات التي يتخلى فيها المشرع عن تنظيمها تنظيمًا دقيقًا لترك للقضاء فرصة في تنظيمها حسب واقع الحياة المتجدد ما نصت عليه المادة ١٣٠ من القانون المدني من بطلان العقد اذا كان محل الإلتزام مخالفًا للنظام العام أو الآداب العامة , حيث لم يحدد المشرع ما هو مخالف للنظام العام أو الآداب بشكل دقيق بل اكتفى بذكر بعض المسائل المتعلقة بالنظام العام على سبيل مثال تاركًا للقضاء الحكم بتعلق هذه المسألة أو تلك بالنظام العام من عدمه على أساس الواقع السياسي والاقتصادي والاجتماعي السائد وقت نظر النزاع.

(١) - د. محمد شريف احمد , المصدر السابق , ص ٢٩

(٢) - المصدر نفسه , ص ٢٩ ٣٠ ٣١ .

المبحث الثاني

محددات التفسير المتطور للقانون

رغم ما يحققه التفسير المتطور من مساهمته لحاضر المجتمع وحاجاته القائمة، إلا أنه لا يخلو في الواقع من مخاطر، وهذه المخاطر منها ما يترشح عن طبيعة هذا النوع من التفسير ومنها ما يرجع إلى ما قد يعتري الجهاز القضائي من اختلال في نزاهته، ورغم سبل الوقاية من هذه المخاطر فإن الحاجة لا تزال قائمة لفرض رقابة على التفسير المتطور لتعزيز تلك السبل من جهة، ومعالجة ما تسرب منها من مخاطر من جهة أخرى .

ولكن حتى تثمر سبل الوقاية وتفلح الرقابة في معالجته ما يتسرب من مخاطر رغم اتباع هذه السبل، لابد قبل كل شيء أن يحدد للتفسير المتطور نطاق معين يعد بمثابة القطب الذي تدور حوله تلك السبل وهذه الرقابة .

والتسلسل المنطقي لموضوعات هذا المبحث تدعونا إلى تقسيمه إلى ثلاثة مطالب نبين في المطلب الأول مخاطر التفسير المتطور وسبل الوقاية منها باعتبار أن هذه المخاطر هي الداعي لوضع المحددات ، ونحدد في المطلب الثاني النطاق الذي يجري ضمنه التفسير المتطور ونخصص المطلب الثالث للرقابة على التفسير المتطور باعتبارها الرقيب من وراء سبل الوقاية ، والمصلح لما تسرب منها .

المطلب الأول : مخاطر التفسير المتطور وسبل الوقاية منها

ليست المخاطر الناجمة عن التفسير المتطور من طبيعة واحدة فبعضها ينشأ عن اختلال نزاهة الجهاز القضائي وبعضها يتخلف عن طبيعة التفسير المتطور نفسه، وهذا التعدد في طبيعة المخاطر يقابله تعدد في سبل الوقاية أيضا ، وعلى ذلك يتوزع هذا المطلب إلى فرعين نتناول فيهما على الترتيب المخاطر وسبل الوقاية.

الفرع الأول – مخاطر التفسير المتطور

قد يؤدي التفسير المتطور إلى خطر التعسف في استغلال السلطة والخروج عن مبدأ الحياد كما قد يؤدي إلى تهديد الأمن القضائي لذلك سوف نبحث هاتين النقطتين تباعاً .

أولاً - خطر التعسف في استغلال السلطة والخروج عن مبدأ الحياد.

ان طبيعة العمل القضائي بما تقتضيه من صرامة وجدية ومن تفكير منهجي دقيق تستلزم قدرًا واسعًا من حرية الفكر ، لكي يتجنب القضاء الجمود والتقليد في تفسير النصوص واستخراج الحلول للقضايا المختلفة مما يضعف فعالية المحاكم في اداء العدالة ^(١) ، ذلك ان القضاء هو المظهر العملي للقانون وهو الذي يبعث فيه الحياة فيجعله يعيش وينمو ويتطور ، ويطبعه بطابع العصر الذي وجد فيه ^(٢).

إن ذلك يعد من موجبات تمتع القضاء باستقلالية ليست في مواجهة السلطات الأخرى فحسب بل ان تحقيق مبدأ الإستقلالية يكون داخل السلطة القضائية نفسها فكل قاضي في تشكيلة محكمة لا يمكن ان يكون عرضة للتأثير حتى من رئيس المحكمة نفسها بل تصدر الأحكام بالأغلبية التي تمثل الهيئة التي اصدرتها ^(٣).

وقد اكد دستور جمهورية العراق النافذ على استقلال القضاة والقضاء بصورة عامة في المادة ٨٨ بنصها على ان " القضاة مستقلون لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون ولا يجوز لأي سلطة التدخل في القضاء أو في شؤون العدالة ".

فالفكر القانوني الحديث- كما يشير البعض^(٤)- يسلم بجعل القضاء ليست مجرد وظيفة تتولاها المحاكم بل هو سلطة مستقلة عن السلطات الأخرى في الدولة. ذلك ان القاضي يحتاج الى الحياد في وزن ادعاءات اطراف النزاع واعطاء كل شخص نصيبه العادل وأن يطبق القانون دون مزاجية أو تأثر في وضعه النفسي ، ولا يمكن قيام الحياد دون قيام الإستقلالية في التبعية ^(٥).

(١) - فاروق الكيلاني ، استقلال القضاء ، ط ١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٧ ص ١٨ وما بعدها ، ٣٦ ، ٣٥ .

(٢) - ضياء شيت خطاب ، مصدر سابق ، ص ٦٤ .

(٣) - بطيمي حسين ، حياد القاضي واثره على الإثبات بالاستخلاص القضائي ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق - بن عكنون ، جامعة الجزائر ، ٢٠١٢ - ٢٠١٣ ، ص ٣٦ و ٣٧ .

(٤) - فاروق الكيلاني ، مصدر سابق ، ص ١٨ .

(٥) - راميا الحاج ، مبدأ حياد القاضي المدني بين النظرية والتطبيق ، ط ١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ، ٢٠٠٨ ص ٨ .

وتتعد اشكالية مبدأ الحياد بين واجب القاضي في مواكبة تطور المجتمع وواقعة المستجد وبين واجبه بعدم خلط الأدوار أو خلق الالتباس فيها ، بمعنى أن مبدأ الحياد يفترض توازنًا صعبًا بين وحدة الضمير وتفاعله مع المجتمع لدى القاضي^(١).

ذلك أن على القاضي الوصول إلى التوائم التام بين التفسير القضائي وروح التشريع ، وأن يتقصى على وجه الدقة عن إرادة المشرع المفترضة وأن يصل إلى الغايات التي شرع النص من أجلها من خلال استقراء الأسس الفلسفية العامة واستدراك المبادئ العامة والأصول التي خرجت منها الفروع وما حدده المشرع من طرق لمعالجة الوقائع المتشابهة^(٢).

والسلطة التقديرية للقاضي تتضمن قراءة القاضي للنزاع قراءة تحليلية، يعتمد فيها القاضي على نشاطه العقلي بغية فهم الواقع وتطبيق القاعدة القانونية التي يرى أنها تحكم النزاع المعروض أمامه^(٣).

وفكرة التفسير المتطور تحمل في طياتها منح القاضي قدر من التحرر في قراءة النص على نحو يجعله منسجماً مع الواقع المتغير ، وهذا القدر من التحرر لا يسلم من تحلل القاضي من الخضوع للقانون في بعض الحالات بحجة تحقيق الانسجام بين النص والواقع ، وهذا التحلل على فرض حصوله يجعل القاضي يتحكم في النص تبعاً لقراءته للوقائع المحيطة بالنزاع .

توضيح ذلك أن التفسير القضائي يتأثر بالظروف المحيطة بالنزاع ويتكيف مع الوقائع المتجددة ويغلب عليه الطابع العملي حيث يلجأ إليه القاضي كوسيلة للتوصل إلى حل النزاع فيتأثر بالنتائج العملية التي تترتب على الرأي الذي سيستقر عليه ، وقد يخرج القاضي عن الهدف من التشريع بحجة التفسير^(٤).

(١) - راميا الحاج، مصدر سابق ، ص ٩ ، ١٠ .

(٢) - د. هادي حسين الكعبي ، سلطة تقدير القاضي لعنصر الواقع المجرد في الدعوى المدنية ، دار السنهوري ، بيروت ، لبنان ، ٢٠١٩ ، ص ٢٠ .

(٣) - ، ستار جبار زاير ، الإرهاق في تنفيذ الإلتزام والسلطة التقديرية للقاضي، رسالة ماجستير ، معهد العلمين للدراسات العليا ، ٢٠١٧ ، ص ١٠٣ .

(٤) - محمد كمال خميس ، تفسير النصوص القانونية في التشريع الفلسطيني، كلية الشريعة والقانون ، الجامعة الإسلامية - غزة ٢٠١٧ ، الصفحات ٢٤ ٢٥ ٢٦ .

ثانيا - تهديد الأمن القضائي

يأتي الأمن القضائي على رأس الأولويات التي تسعى الدول المتقدمة إلى تحقيقها ؛ لأنه يعبر عن اطمئنان المواطن لسلطته القضائية ، والثقة بما يصدر عنها من أحكام ^(١)، فقد يكون التشريع جيداً ويتمتع بجودة تشريعية عالية لكن لا توجد سلطة قضائية عادلة، ففي هذه الحالة؛ فإن التشريع يكون لا قيمة له من الوجهة العملية؛ فالأمن القانوني الذي يتحقق بموجب التشريع يلزم له وجود أمن قضائي، حتى يكتسب ثقة الناس ويأمن الأفراد على حقوقهم متى وقع عليها أي اعتداء من أي شخص ^(٢) .

إن الأمن القضائي يعكس الثقة في السلطة القضائية و يضمن استقرار الاجتهاد القضائي و الاطمئنان إلى أحكام القضاء و قراراته، و يعد من المبادئ التي تساهم في تحقيق مبدأ سيادة القانون و احترام حقوق الإنسان، و استقرار معاملات الأفراد، و تحقيق التنمية ^(٣)، ولكي يتحقق الأمن القضائي لابد أن تحرص السلطة القضائية من جانبها على ضمان توحيد واستقرار الاجتهاد القضائي، وبالشكل الذي يجعل المتقاضين على بصيرة من أمرهم. دون أن يكونوا رهن الاجتهادات المختلفة التي قد تصل حد التناقض في بعض الأحيان ^(٤)

ويرتبط ذلك بصفة أساسية بوظيفة المحاكم العليا المتمثلة بصفة أساسية في الحرص على توحيد الاجتهاد وخلق وحدة قضائية وهذا هو المفهوم الضيق للأمن القضائي ، اما مفهومه الواسع فهو الثقة بالمؤسسة القضائية وما تصدره من احكام اثناء قيامها بوظيفتها وهو يرتبط بعناصر عديدة كجودة ادائها وسهولة اللجوء اليها ومدى استقلاليتها ^(٥) .

وإذا كان الاجتهاد القضائي يضمن استمرارية القواعد التشريعية ، من خلال ملاءمتها مع الوقائع و النوازل وبدونه لا يتمكن التشريع من التوفيق بين خاصيتي الاستقرار و الاستمرارية بحيث يمكن القول أن القاعدة القانونية تكون في حالة سكون فيأتي القاضي و من خلال اجتهاده

(١) - القاضي اياد محسن ضمد ، الأمن القضائي ، مقال منشور على الموقع الالكتروني : non14.net/137571 ، تاريخ الزيارة ٢٢ / ٢ / ٢٠٢٢ .

(٢) - متولي عبد المؤمن محمد المرسي الاستقرار غاية من غايات القانون في نظام المرافعات الشرعية السعودي مجلة الملك سعود الحقوق والعلوم السياسية المجلد ٣١ العدد ١ الرياض ٢٠١٩، ص ٧٢ .

(٣) - د. غلاي محمد معوقات تحقيق الأمن القضائي- حالة الجزائر أنموذجا- مجلة العلوم السياسية والقانون- العدد ١٥ -المجلد ١٠ - ٢٠١٩، ص ٢١٨ .

(٤) - القاضي عامر حسن شنته ، الأمن القضائي ، مقال منشور على موقع مجلس القضاء الأعلى www.hjc.ig تاريخ الزيارة ٢٢ / ٢ / ٢٠٢٢ .

(٥) - د/ دلال لوشن ، فتيحة بوغفال الأمن القضائي بين ضمانات التشريع ومخاطر الاجتهاد مجلة الباحث للدراسات الاكاديمية العدد ١٢، ٢٠١٨، ص ٢٥٩ .

ليجعلها في حالة حركة مما يضمن للتشريع مواكبته مع تطورات المجتمع من خلال تفسير النصوص الغامضة و تكملة النقص أو العيب الموجود في القاعدة القانونية ، إلا أنه من جهة أخرى قد يشكل خطراً على الأمن القضائي ، فمن المؤكد أن تحولات الاجتهاد القضائي بصرف النظر عن مسبباتها و شرعيتها من شأنها أن تخلق جواً من الاضطراب و عدم الاستقرار ، و عدم الشفافية في تطبيق القاعدة القانونية (١) .

فالقاضي يعتمد في تفسير النصوص القانونية على فهمه لأحكام القانون بمراجعة النصوص القانونية وما وضعه الفقه من شروح لهذه النصوص وما قرره القضاء من مبادئ في تطبيقها ، وإن اختلاف تفسير القضاة يؤدي إلى تعارض الأحكام وتصادمها حول تطبيق القاعدة القانونية ، مما يتعارض مع هدف القانون بتحقيق استقرار الحقوق والمراكز القانونية (٢) ، إذ لا يمكن للمتخصص من رجال القانون فضلاً عن الفرد العادي ان يتوقع الاجتهاد اللاحق للقضاء في ضوء بحث القاضي في التشريع وتكوين عقيدته (٣) .

والتفسير المتطور بما يستلزمه من مراعاة للظروف المتجددة قد يؤدي الى العدول عن اجتهاد قضائي سابق مستقر عليه العمل في المحاكم ، وهذا ما قد يهدد الأمن القضائي الذي يقوم على الثقة في السلطة القضائية والاطمئنان إلى أحكام القضاء و قراراته من خلال ضمان استقرار الاجتهاد القضائي ، ذلك ان التراجع عن الاجتهاد القضائي رغم ما له من مبررات إلا انه يشكل خطراً حقيقياً على الأمن القضائي ، لأن المتقاضين ينظمون دفاعهم في ضوء الاجتهادات المستقرة التي اطمأنوا اليها (٤) .

والتفسير المتطور يستلزم بطبيعته تنوع الأحكام في القضايا المتشابهة اذا تطورت الظروف المحيطة بها ، كما انه يهدف بالدرجة الأساس الى جعل القانون منسجماً مع الواقع ، وتقدير الواقع يختلف من قاضي لآخر ، فتكون الأحكام متباينة داخل الدولة الواحدة وهذا لا ينسجم مع خصائص التشريع التي تتطلب المساواة امام القانون (٥) .

(١) - د. غلاي محمد ، مصدر سابق ، ص ٢٢٦ .

(٢) - د. / دلال لوشن ، فتحة بوغفال ، مصدر سابق ، ص ٢٦٢ ، ٢٦٢ .

(٣) - د. مازن ليلو راضي ، الأمن القضائي وعكس الاجتهاد في القضاء الاداري ، بحث منشور في المجلة السياسية والدولية ، ص ١٣٣ .

(٤) - د. / دلال لوشن ، فتحة بوغفال ، المصدر السابق ، ص ٢٦٢ .

(٥) - فكما معلوم ان القاعدة القانونية قاعدة عامة مجردة تنطبق انطباق واحد في القضايا المتشابهة غير ان التفسير القضائي يختلف من قاضي لآخر فيؤدي الى تباين الأحكام ، ويتعارض مع المساواة مام القانون أنظر هذا المعنى لدى محمد خميس ، مصدر سابق ، ص ٢٦ .

وواضح ما في التباين في الأحكام في القضايا المتشابهة من تأثير في نفوس الناس نحو الشعور بعدم عدالة احكام القضاء ، اذ انهم ينظرون الى الوقائع في ظواهرها بينما يحاول القاضي ان يغوص بأعماقها للوصول الى حكم منسجم مع تطور الظروف في تلك الوقائع.

ولكن يجب ان يلاحظ ان التفسير المتطور اذا كان يهدد الأمن القانوني في الحالات التي يبدو التفسير فيها مخالفاً للاجتهادات المستقرة ، فإن ذلك لا يعني عدم امكانية التغلب على هذه المشكلة ، اذ يمكن التغلب عليها من خلال النشر المستمر للاجتهادات القضائية كما سيتضح ذلك فيما بعد .

بل اننا سنجد في بنود الدراسة القادمة ان التفسير المتطور يحقق الاستقرار القانوني - و هو من مقومات الأمن القانوني- ، لأن القانون يستلزم التلاؤم والتأقلم مع الاحتياجات الاقتصادية والاجتماعية لذلك فإنه يتطلب التطور المستمر مع هذه الاحتياجات لتحقيق الاستقرار القانوني ، اذ ان القوانين التي لا تتفق مع العصر واحتياجاته تعد مظهر من مظاهر عدم الاستقرار بما يخلقه من اوضاع متناقضة^(١) .

وبذلك يمكن القول ان التفسير المتطور يعد من هذه الناحية سلاح ذو حدين ، فهو يهدد الأمن القضائي اذا أدى الى مباغطة الأفراد في اجتهاد لم يكن متوقعاً ، او نشأ عنه تباين في تطبيق احكام القانون على النحو الموضح أعلاه ، وهو من ناحية أخرى يساهم في تحقيق الأمن القانوني بما يؤديه من دور في تحقيق الاستقرار القانوني والوصول الفكري للقانون وتعزيز قابلية القانون للتوقع كما سنوضح ذلك لاحقا .

الفرع الثاني - سبل الوقاية من مخاطر التفسير المتطور

يمكن مواجهة مخاطر التفسير المتطور من خلال الزام القاضي بتسبيب الأحكام ونشر الاجتهادات القضائية ، وهذا ما سنوضحه في فقرتين :

أولاً - الزام القاضي بتسبيب الأحكام

يعد التسبيب من اجراءات اصدار الحكم القضائي التي تتعلق بثقة واطمئنان المتقاضين والناس كافة بصحة وعدالة صدور الأحكام من المحاكم المتخصصة ومعرفة الأسس المنطقية التي تأسست عليها تلك الأحكام ، من خلال بيان المحكمة على وجه القطع لأسباب الحكم

(١) - لعماري وليد ، الاستقرار القانوني وأثره على الاستثمار الاجنبي ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، ٢٠١٨ - ٢٠١٩ ، ص ٩٦ .

الواقعية والقانونية التي دعتها لحسم الدعوى على وجه ما للتدليل على صحة موقفها من مجمل ادعاءات الخصوم في الدعوى (١).

فالقرار المعلل يضمن للمتقاضى ان أسبابه قد فشلت بالكامل ويشرح علة ردها او اقرارها كما يضمن رقابة محكمة الاستئناف او التمييز فهو وحده الذي يمكن ان يكون موضوع رقابة لمحكمة الاستئناف او محكمة التمييز ، حيث يعد عدم التسييب او قلته وكذلك عدم الاجابة على اسباب الفرقاء من اسباب التمييز (٢).

فالحكم القضائي يجب ان يكون مشتملاً على جميع الأسباب الصحيحة التي تبرر وجهة نظر القاضي التي اتخذها في حسم الدعوى ، وان تكون هذه الأسباب كافية لتأييد ما اشتمل عليه من اجزاء اجرائية او موضوعية بصورة واضحة ، وان تحدد النص الوقائع الجوهرية تحديد كافيا مع ذكر النص القانوني الذي ينطبق عليها وان تكون هذه الأسباب مما له اصل ثابت في اوراق ضبط الجلسات وتم تقديمه ومناقشته ، كما يجب ان تكون الأسباب يقينية لا تقوم على مجرد الوهم او الظن وان تكون متوافقة في الدلالة وغير متناقضة مع بعضها البعض (٣).

واذا كان المبدأ هو وجوب تعليل الأحكام القضائية الا ان عدم التعليل جائز اذا كان للمحكمة سلطة مطلقة في التقدير كما هو الحال في تقدير قيمة الشهادات او استخلاص القرائن القضائية وتقدير قيمتها الثبوتية (٤) ، كما لا تلتزم المحكمة بتسبيب بعض الأحكام والقرارات التي اعطى القانون بمناسبتها صلاحية التقدير الكاملة في اصدارها او عدم اصدارها ومثالها الحكم الصادر عن محكمة الموضوع جوازا بشموله بالنفاد المعجل (٥).

هذا وقد الزم قانون المرافعات المحكمة بعد النطق بالحكم بتنظيم اعلام خلال خمسة عشر يوماً تبين فيه خلاصة الدعوى وموجز ادعاءات الخصوم ودفوعهم وما استندوا إليه من وقائع وحجج قانونية والقرارات التي سبق صدورها فيها ومنطوق الحكم وما بني عليه من علل وأسباب والمواد القانونية التي استند اليها (٦).

(١) - د. هادي حسين عبد علي الكعبي ، الأصول العامة في قانون المرافعات المدنية ، ط ١ ، مؤسسة دار الصادق الثقافية ، العراق ، بابل ، ٢٠٢٠ ، ص ٧٢٦ ٧٢٨ .

(٢) - راميا الحاج ، مصدر سابق ، ٢٥٤ ٢٥٥ .

(٣) - د. هادي الكعبي ، المرافعات ، مصدر سابق ، ص ٧٣١ ٧٣٢ ٧٣٣ .

(٤) - بطيمي حسين ، مصدر سابق ، ص ٢٦٠ .

(٥) - د. هادي حسين عبد علي الكعبي ، الأصول العامة في قانون المرافعات المدنية ، مصدر سابق ، ص ٧٣٠ .

(٦) - أنظر المادة ١٦٢ مرافعات.

ثانيا - نشر الاجتهادات القضائية

يؤدي نشر الاجتهاد القضائي الى تحقيق العلم به ليس بالنسبة للعاملين في الحقل القضائي و المحامين فقط بل بالنسبة للأساتذة و الباحثين و الطلبة و العامة كافة ، بعكس ما اذا بقي الاجتهاد القضائي في أروقة المحاكم أو القضاء بصفة عامة فهذا يتناقض و توقعات المتقاضين بل في بعض الأحيان حتى العاملين في الحقل القضائي و المحامين يجهلون الكثير من الاجتهادات القضائية ^(١) .

يرى بعض الباحثين انه من الأنسب لتخفيف أثر العدول عن الاجتهاد القضائي الإعلان عن الاجتهادات القضائية ونشرها بالطرق المتاحة ، لتحقيق إمكانية الوصول او العلم بالقانون ، من خلال الفهم الحقيقي للاجتهاد القضائي وأوجه تفسيره المعتمدة من المحاكم العليا وهو ما يعكس درجة اليقين التي يتمكن الخصوم من معرفتها وتكييف سلوكهم وفقا لمقتضياتها بما يضمن حقوقهم وحرياتهم وهو ما يلقي على عاتق المؤسسة القضائية مهمة إيصال اجتهادها وعكسه للمواطنين من خلال نشر احكامها ومبادئها ، لتعزيز القابلية للتنبؤ وإمكانية الوصول، للنخبة من العاملين بالقانون كالمحامين وشرائح القانون ، والمواطنين على حد سواء ^(٢) .

ونرى تماشيًا مع الرأي المتقدم ان تقوم كل محكمة بإنشاء موقع الكتروني رسمي تُنشر فيه الأحكام القضائية مع أسبابها الواقعية والقانونية بعد مشاورة القاضي الذي اصدر الحكم وموافقة رئيس المحكمة على ذلك ، والغرض من مشاورة القاضي وموافقة رئيس المحكمة هو الوقوف على مدى ملائمة هذا النشر واهميته ^(٣) .

والغاية من هذا الاجراء هي تحقيق مقتضيات الأمن القضائي من خلال اطلاع المتخصصين في مجال القانون على طرق الاستدلال التي تسلكها المحاكم وما تنتبها من تفسيرات للقواعد القانونية حتى يتسنى للباحثين في مجال القانون تقييم توجهات المحاكم وطرق استنباطها للأحكام من النصوص القانونية والوقوف على مدى انسجام استدلالات المحاكم مع

(١) - د. غلاي محمد ، مصدر سابق ، ص ٢٢٩ .

(٢) - د. مازن ليلو ، مصدر سابق ، ص ١٤٠ ١٤١ .

(٣) - ويلاحظ هنا ان انشاء مثل هكذا موقع والقيام بالنشر فيه لا يحتاج الى جهود او تكاليف كثيرة ، فلا ضير في اعداده في المحاكم العادية وان كانت قراراتها قابلة للنقض ، اذ يمكن تحديث الموقع بعد الحين والآخر فتتحقق بذلك فائدة النشر في اطلاع المختصين على قرارات المحاكم واستدلالاتها .

مختلف اوجه التطور في حياة المجتمع ولغرض تجنب ما يطلق عليه البعض بالتعسف بالإستدلال^(١).

وبذلك يمكن من خلال نشر الاجتهادات القضائية اطلاع القضاة وممارسي العمل القضائي والمواطنين بصورة عامة على احكام وقرارات القضاء مما يقلل من نسبة عدم التوقع لديهم فتجري تصرفاتهم بشكل يراعي وجهة نظر المحاكم فيها^(٢).

ونتيجة ما تقدم تعد مسألة نشر الاجتهاد القضائي مرتبطة بتعزيز الثقة بالنظام القضائي ، فقد أصبح هذا الموضوع يندرج ضمن معايير فعالية الأنظمة القانونية و القضائية المعاصرة^(٣)

المطلب الثاني : نطاق التفسير المتطور للقانون

لا يجري العمل بالتفسير المتطور على وتيرة واحدة في كل موضوعات القانون بل يتسع في بعضها ويضيق في البعض الآخر فيتسع في دائرة المتغيرات ويضيق في دائرة الثوابت وعلى هذا الأساس سنبحث في هذا المطلب نطاق التفسير المتطور في منطقة الثوابت في فرع اول ثم نتبعه بفرع ثاني لتناول فيه نطاق التفسير المتطور في منطقة المتغيرات.

الفرع الأول : نطاق التفسير المتطور للقانون في منطقة الثوابت

لعل من اقدم الأفكار الفلسفية التي أثرت في علم القانون واعداد قواعده واصوله العامة فكرة القانون الطبيعي والتي تعني مجموعة قواعد السلوك التي تكمن أساسا في الطبيعة ولا تختلف باختلاف الزمان والمكان ولها قدرة شمولية على تنظيم السلوك الفردي^(٤).

ففكرة القانون الطبيعي قد قصد بها في البدء نظام قانوني كامل ينظم جميع علاقات الناس في مختلف البلاد والعصور ، نظام موجود في الطبيعة ويصل اليه الانسان من طريق العقل ويشمل امرين : الأول مجموعة مبادئ أساسية تهيمن على النظام القانوني كله والثاني مجموعة كاملة من القواعد التفصيلية التي يتكون منها النظام القانوني الأزلي والتي يرجى لخير الانسانية الكشف عنها وتأليف القانون الوضعي منها^(٥).

(١) د. نبيل اسماعيل عمر، مصدر سابق ، ص ٦ .

(٢) - د. / دلال لوشن ، فتحة بوغفال ، مصدر سابق ، ص ٢٦٣ .

(٣) - د. غلاي محمد ، مصدر سابق ، ص ٢٢٩ .

(٤) - د. هادي حسين عبد علي الكعبي ، المثالية في مواجهة الواقعية ، مصدر سابق ، ص ٣٢ .

(٥) - سليمان مرقس ، مصدر سابق ، ص ٢٨٦ .

وقد سادت المدرسة المثالية حتى أواخر القرن الثامن عشر ومطلع القرن التاسع عشر وكان الاعتقاد السائد عن جوهر القانون انه مثلاً أعلى للعدالة يستخلصه العقل وهذا المثل الأعلى هو الذي يسبغ على القانون صفته الشرعية التي تفرض طاعته واحترامه بما يحمل من عدل و خير^(١) .

وقديماً كان ارسطو يميز بين عدالة القانون الوضعي وعدالة القانون الطبيعي حيث ان الاخيرة تستخلص من طبيعة الانسان وعقله اينما كان هذا الانسان وفي كل الازمان^(٢) .

واذا كانت الأفكار المتقدمة تشكل على مستوى القانون الأصل التاريخي لفكرة وجود قانون ثابت لا يتغير بتغير الزمان والمكان فإن هذه الفكرة تتأسس في الشريعة الإسلامية على أساس عقائدي يتمثل بأن نبي الإسلام محمداً (صلى الله عليه و آله و سلم) هو خاتم الأنبياء ، وأن شريعته خاتمة الشرائع ، وكتابه خاتم الكتب ، وأن تشريعاته خالدة لا تنتسخ إلى يوم القيامة^(٣) . وبذلك فقد قيل " وأن ما ثبت فهو ثابت أبداً في كل زمان وفي كل مكان ، وعلى كل حال ، حتى يأتي نص ينقله عن حكمه في زمان آخر ، أو مكان آخر ، أو حال أخرى " .^(٤)

وبناء على ما تقدم فإن الاجتهاد إنما يكون في الأحكام الشرعية التي ليس فيها دليل قطعي، اما ما اتفقت عليه الأمة من جليات الشرع ففيها ادلة قطعية ، فليست هي محل للاجتهاد^(٥) .

وبذلك فإن الأحكام الأساسية التي جاءت الشريعة لتأسيسها وتوطيدها بنصوصها الأصلية الآمرة ، الناهية كحرمة المحرمات المطلقة، وكوجوب التراضي في العقود ، والتزام الإنسان بعقده ، وضمان الضرر الذي يلحقه بغيره ، وسريان إقراره على نفسه دون غيره ، ووجوب منع الأذى وقمع الإجرام ، وسد الذرائع إلى الفساد ، إلى غير ذلك من الأحكام والمبادئ الشرعية الثابتة التي جاءت الشريعة لتأسيسها ومنع ما يخالفها ، فهذه لا تتبدل بتبدل الأزمان ، بل هي الأصول التي جاءت بها الشريعة لإصلاح الأزمان والأجيال ، ولكن وسائل تحقيقها وأساليب تطبيقها قد تتبدل باختلاف الأزمنة المحدثه^(٦) .

(١) - د. حسن علي ذنون ، مصدر سابق ، ص ٦٥ .

(٢) - المصدر نفسه ، ص ٣٤

(٣) - الشيخ جعفر السبحاني ، الأحكام الشرعية بين الثوابت والمتغيرات ، مجلة فقه أهل البيت - عربي ٤٨ ، السنة ١٢ ، ١٤٢٨ هـ ، ٢٠٠٧ ، ص ١٦١ .

(٤) - أبي محمد علي بن حزم الأندلسي الظاهري، الأحكام في أصول الأحكام ج ٥ ، ص ٥٩٣ .

(٥) - الامام أبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي ، مصدر سابق ، ص ٣٤٥

(٦) - مصطفى أحمد الزرقاء المدخل الفقهي العام ، ط ٢ و دار القلم ، دمشق ، ٢٠٠٤ ، ص ٩٤٢ .

فالتشريع الموضوع لتنظيم المجتمع اذا كان مبنياً على العدالة و حافظاً لحقوق أفراد و خالياً عن الظلم والجور والتعسف و موضوعاً على ملاكات واقعية و ضامناً لمصلحة المجتمع و صائناً له عن الفساد والانحلال ، فإن مثل هكذا تشريع يلزم بقاءه ودوامه ما دام مرتكزاً على العدل والإنصاف^(١).

فهناك منطقة من الأحكام لا تتغير بتغير الازمنة والأماكن و هي منطقة الكليات العالية كحسن العدل وقبح الظلم والكليات المتوسطة القريبة من العالية كالأخلاق الفاضلة المنبعثة عن الملكات الفاضلة وهي ما يطلق عليها منطقة الثبات^(٢).

وتختلف الدراسات المعاصرة في تحديد مصطلح الثابت نظراً لعدم تحديد ضابط معين يمكن من خلاله فرز الثوابت ومن ثم ايجاد معنى جامع لها ، وبذلك فقد تفاوتت التعريفات للثوابت بين مجرد المنصوص عليه في الكتاب والسنة أو المنصوص عليه ذو الدلالة القطعية^(٣).

ولكن البحث في المسألة من وجهة نظر قانونية يدعونا الى تفضيل تعريف الثوابت بما اشرنا اليه من تعريف البعض للثوابت بأنها منطقة الكليات العالية او القريبة منها ، وتطبيق ذلك على القانون الوضعي المعاصر يقتضي القول ان ثوابت القانون هي المبادئ الدستورية من جانب والأحكام المتعلقة بالنظام العام ، وبالأداب العامة من جانب آخر، فبهما تنصهر كل المعاني السامية والقيم العالية التي يريد القانون المحافظة عليها .

على أن اطلاق مصطلح الثوابت في نطاق القانون لا يكون في الواقع الا من باب التسامح بالنسبة لكثير من المسائل القانونية التي تشكل مبدأً دستورياً او امراً متعلقاً بالنظام العام او الآداب العامة ، والسبب في ذلك ببساطة ان الثبات الوضعي ثبات نسبي في الغالب ، لأنه ثبات مقرر من قبل الجهة التشريعية وهي متغيرة بطبيعة الحال ، فما تعده جهة تشريعية في زمان معين ثابت قد لا تعده كذلك جهة أخرى في زمان آخر ، فضلاً عن النسبية الناتجة عن تقرير الثوابت بوضع من البشر اذ انه وضع غير معصوم ولا يسلم من الخطأ في كثير من الاحيان.

(١) - الشيخ جعفر السبحاني الأحكام الشرعية بين الثوابت والمتغيرات ، المصدر السابق ، ص ١٦٣ .
(٢) - السيد محمد علي بحر العلوم ، الإمامة الإلهية ، بحوث آية الله الشيخ محمد السند ، ج ١ ، ط ١ ، منشورات لسان الصدق ، قم ، ١٤٢٧ هـ / ٢٠٠٦ م ، ص ٨٦ .
(٣) - أنظر تلك التعريفات عند د. جواد احمد البهادلي، مدخل القانوني لدراسة الشريعة الإسلامية ، مصدر سابق ، ص ٩٢ ، ٩٣ .

نعم بالنسبة للمسائل التي تقرر ثباتها في الرسائل السماوية ثم جسدها البشر في قوانينهم الوضعية ، فهذه تبقى ثابتة لأنها ثبتت بوضع سماوي معصوم، ولا سبيل لقوانين البشر إلا الاقرار به والحفاظ عليه كقيم ثابتة .

ونحن اذ نصطلح على بعض مسائل القانون بأنها منطقة ثوابت لا نقصد من ذلك انها ثابتة على مر الزمن وفي كل الأحوال فهذا مما لا سبيل للقول به ، بل اننا نريد بمصطلح ثوابت القانون تلك المسائل التي تعد ثوابت (بالمعنى الذي ذكرناه اعلاه) في الوقت الذي يراد فيه تفسير النصوص المتعلقة بها ، وضمن الحدود الاقليمية النافذة بها تلك النصوص ، وبذلك فهي ثوابت نسبية زماناً ومكاناً .

وبذلك نجد الفقه القانوني يقرر ان فكرتي النظام العام والآداب العامة فكرتان مرتتان معياريتان تعطيان القاضي سلطة واسعة في تحديد مضمونهما نظراً لعدم ثبات هذا المضمون وتغيره في الزمان والمكان ، الا ان القاضي لا يملك ان يحل اراءه وعقائده الشخصية في هذا الصدد محل اراء الجماعة نفسها ، فرغم ان فكرتي النظام العام والآداب العامة فكرتان نسبيتان الا انهما يرجعان الى جماعة معينة في زمن معين ، ولذلك فإن القاضي مقيد في تحديد مضمونهما بالتيار العام السائد بشأنهما في هذه الجماعة المعنية وفي ذلك الزمن المعين ايضاً^(١).

والنظام العام يعني مجموعة المصالح الأساس للجماعة والأسس التي يقوم عليها كيان المجتمع^(٢)، اما الآداب العامة فهي مجموع الأسس الاخلاقية الضرورية لكيان المجتمع وبقائه سليماً من الانحلال^(٣).

وبذلك يمكن القول ان المفهومين المتقدمين ثابتين في معناهما ولكنهما متغيرين في مظاهرها فما يعتبر من النظام العام او من الآداب العامة في زمان او مكان قد لا يعد كذلك في زمان او مكان آخر .

ومن هنا يفتح المجال لتفسير الأحكام المتعلقة بالنظام العام او الآداب العامة تفسيراً متطوراً، فيكون التفسير المتطور فيهما منصباً على النظر في مظاهرها دون تغيير الأحكام المتعلقة بهما على نحو يصادر المطلوب من تشريعها .

(١) د. حسن كيره ، مصدر سابق ، ص ٦٨ ، ٦٩ .

(٢) عبد الباقي البكري ، زهير البشير، مصدر سابق ، ص ٢١٣ .

(٣) د. حسن كيره ، مصدر سابق ، ص ٦٦ .

بيان ذلك يتضح بعد ان نذكر بعض ما يتعلق بالنظام العام والآداب العامة في القانون العراقي وعلى رأس ذلك المادة ١٣٠ / ٢ التي جاء فيها " ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والأحكام المتعلقة بالانتقال والإجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار والتصرف في مال المحجور ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية".

وهذا النص الوحيد في القانون المدني الذي يبين المظاهر التي تعد من النظام العام في القانون العراقي ويلاحظ عليه انه لم يبين المقصود بالنظام العام ولم يرد ضمن الأحكام العامة في القانون المدني بل ورد النص عليه ضمن الكلام عن محل العقد رغم ان فكرة النظام العام لا تنحصر أهميتها في مجال العقد بل لا تنحصر أهميتها في نظرية الالتزام وحدها فلا يخفى ما لهذه الفكرة من أهمية بالنسبة لتفسير النصوص القانونية .

اما النصوص الأخرى التي ذكرت النظام العام فقد ذكرته في معرض حكم تعلق بعض المسائل بالنظام العام او مخالفة بعض المسائل له ، نذكر منها على سبيل المثال المادة ٧٠٤ / ٢ التي منعت الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام او الآداب ، فإن نص هذه المادة لا يقبل تفسيره على نحو يخرج من دائرة الحظر التي قصدها التشريع ، لأن من شأن ذلك المساس بثوابت القانون، ولكن ذلك لا يمنع من النظر في الواقعة التي تعلق بها الصلح والوقوف على مدى تعلقها بالمصالح والقيم العليا في المجتمع وتقدير ذلك بحسب زمان ومكان نظر الواقعة لأن ذلك يتعلق بما ينضوي تحت النظام العام لا بالنظام العام نفسه .

ويجري ما تقدم بخصوص المادتين (١٠ ، ٥٩ / ج) من القانون المدني اللتان ورد فيهما ذكر النظام العام^(١) .

ولكن السؤال المهم هنا ان المشرع قد جعل المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية من مظاهر النظام العام بالنص الصريح على ذلك فهل يعني ذلك ان الأحكام المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية لا تقبل التفسير المتطور مطلقاً لتعلقها بمسائل من النظام العام؟.

(١) - نصت المادة ١٠ على انه " لا يعمل بالقانون الا من وقت صيرورته نافذاً فلا يسري على ما سبق من الوقائع الا اذا وجد نص في القانون الجديد يقضي بغير ذلك او كان القانون الجديد متعلقاً بالنظام العام او الآداب " اما المادة ٥٩ / ج فقد اجازت لمحكمة البداية الحكم بإلغاء المؤسسة اذا اصبحت في حالة لا تستطيع معها تحقيق الغرض الذي انشئت من اجله او اصبحت هذا الغرض غير ممكن التحقيق او صار مخالفاً للقانون او للآداب او النظام العام.

وللجواب عن ذلك نقول ان مسائل الأحوال الشخصية يدخل بها عرض عريض من قواعد القانون الخاص بعضها يظهر في قمة الهرم من النظام العام وينزل بعضها الى اسفل الهرم منه ، ويدخل في الطائفة الأولى مسائل متعددة ومختلفة ورد فيها نص شرعي قطعي كالمحرمات من الزواج وثبوت نسب الابناء للآباء والتوارث بين الزوجين والبينونة في الطلاق والانصبة الشرعية التي وردت فيها نصوص قطعية وغير ذلك .

اما الطائفة الثانية فيدخل بها بعض مسائل النفقة كوجوبها للفقير العاجز على القريب المؤسر اذا كان وارثا (المادة ٦٢) ، وبعض اسباب طلب التفريق كالحكم على الزوج بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر (المادة ٤٣ / ١) ، وطلب التفريق لعقم الزوج (المادة ٤٣ / ٥) وعدم وقوع طلاق مريض الموت (المادة ٣٥ / ٢) ومسائل أخرى لم يرد بها نص من الشرع مضافاً الى الأحكام التي وقع فيها الاختلاف بين المذاهب الإسلامية لعدم قطعية سندها كالشهادة على الزواج والوصية للوارث وغيرها .

اما بالنسبة للطائفة الأولى فلا مجال في الواقع للاجتهاد في مقابل النصوص الشرعية الصريحة التي تنظمها ولا محل لتفسيرها اصلاً، فلا يمكن بطبيعة الحال تفسير زواج المثليين مثلاً بكونه زواجا صحيحاً طالما انعقد برضا الطرفين ، فالنصوص الشرعية قاطعة بكون الزواج عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعاً، والقانون قاطع بذلك ايضاً^(١)، ولا مجال للقول بصحة الزواج بين المحارم على أساس وجود طوائف لا تدين بدين الإسلام ، اذ الإسلام هو دين الدولة الرسمي.

اما الطائفة الثانية فهي مجموعة مسائل لم تثبت بنصوص شرعية قطعية الدلالة ، بل ان بعضها من صنع المشرع الوضعي ولا اصل لها في الشريعة الإسلامية كالحكم بعدم وقوع طلاق مريض مرض الموت ، وجعل اهلية الزواج ثمان عشرة سنة ، وتقييد تعدد الزوجات ، والوصية مع اختلاف الجنسية وغيرها .

فالمسائل الثابتة بنصوص شرعية غير قطعية الدلالة يمكن اخضاعها لتفسير متطور يكشف عن عنصر الملائمة المطلوب لتحكيم مبادئ الشريعة الإسلامية الحاسمة للنزاع المعروض عند عجز القاضي عن الحكم بموجب النص لاحتتماله اكثر من معنى^(٢).

(١) المادة ٣ / ١ من قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل .
(٢) وبذلك نصت الفقرة ٢ من المادة ١ ، مدني "إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون".

والمسائل التي أوجدها القانون مستقلا عن الشريعة الإسلامية تفسر بشكل متطور من خلال محاولة دفعها قدر الامكان نحو مبادئ الشريعة الإسلامية ، ويتحقق ذلك من خلال تفسير الشك في المسألة على النحو الذي يجعل حكمها القانوني منسجماً مع حكمها الشرعي كأن تذلل شروط الإذن بالزواج الثاني ، او تفسر الضرورة القصوى المنصوص عليها في المادة (٨ / ٢) من قانون الأحوال الشخصية والمطلوبة للإذن بالزواج لمن طلبه ممن بلغ الخامسة عشر على النحو الذي يسهل اكمال العقد كأن يعد الانسجام الحاصل بين الطرفين واهليهما ضرورة قصوى لإكمال الزواج بينهما.

وهكذا يندفع الحكم القانوني نحو الانسجام مع الحكم الشرعي للمسألة المنظورة ، ويحقق ذلك الشعور بعدالة الحكم من قبل الخصوم مما ينعكس إيجاباً على استقرار الأحكام القضائية ، كما ان ذلك يحقق غرض القانون بتنظيم المجتمع تنظيمًا سليماً مبني على تحقيق الانسجام بين ما يؤمن به الفرد المسلم وبين ما يطبق عليه من احكام ^(١) .

اما بالنسبة للآداب العامة فقد جاء النص عليها ضمن نفس النصوص التي نصت على النظام العام وينطبق ما ذكرناه عن النظام العام على الآداب العامة بخصوص نطاق التفسير المتطور ضمن المنطقة القانونية الخاصة بها .

الفرع الثاني : نطاق التفسير المتطور للقانون ضمن متغيرات القانون

يستلزم التطور الاجتماعي تطوراً في قوانين المجتمع ؛ فالقانون الموضوع في ظرفٍ خاصٍ ربما لا يجدي نفعاً في ظرفٍ آخر ، ومقتضيات الزمان تختلف باختلاف المجتمعات وألوان الحياة ، فما صحَّ بالأمس قد لا يصحَّ اليوم ، وما يصحَّ اليوم ربما لا يصحَّ غداً . ^(٢)

وتمتد جذور الفكرة المتقدمة الى المدرسة الاغريقية الايونية التي تزعمها هيراقليط الذي يرى ان الكون دائم التحول والتبدل وان هذا التحول او الصيرورة هو الصفة الخاصة التي تمثل حقيقة الكون وان ما نراه ثابتاً سرعان ما ينقضي بتأملنا للأشياء لفترة طويلة وبذلك فأن التحول المستمر يمثل نظام الكون الثابت ^(٣) .

(١) - ان مهمة القانون هي تنظيم المجتمع تنظيمًا سليماً يطمئن فيه على حقوقه ... أنظر عزيز كاظم جبر الخفاجي ، مبادئ أساسية لمدخل العلوم القانونية ط ، ١ ، مطبعة الميزان ، ٢٠١٢ / ٢٠١٣ ص ١٠ .

(٢) - الشيخ جعفر السبحاني ، الأحكام الشرعية بين الثوابت والمتغيرات ، مصدر سابق ، ص ١٦١ .

(٣) - د. هادي حسين عبد علي الكعبي ، المثالية في مواجهة الواقعية ، مصدر سابق ، ص ١٣ .

فلا يمكن القول بكلية شيء ، بل تختلف الأحكام باعتبار الخصوصيات والأحوال والأزمان والأمكنة والأشخاص ^(١) ، فالإنسان له ظروف معيشية زمانية ومكانية ، لا تزال تتغير ويتغير معها وضعه من حال إلى حال ، فمثل هذه الظروف الطارئة تتغير أحكامها بتغيرها، ولكن هذه الأحكام المتغيرة ليست بمعزل عن القوانين الكلية الإسلامية ، بل تجري في ضوء القوانين الكلية الثابتة بحيث لا تناقضها ولا تعطلها ^(٢).

ويشكل الجانب المتغير مساحة واسعة من مساحة التشريع تفوق مساحة الثابت ، ويعبر عنه بمساحة الحرية الممنوحة للإنسان والموافقة لمتغيرات الحياة ومستجداتها والتي تشكل الأحكام الخاضعة للتحويلات في الملاكات ، لأن الأحكام دائرة مدار الملاكات من المصلحة والمفسدة فتغيرها تابع لتغير تلك الملاكات ^(٣).

فالأحكام الشرعية تابعة للملاكات والمصالح والمفاسد ، والحكم اذا كان معلوما مناطه بتصريح من الشارع فإنه يدور مدار مناطه وملاكه ، فلو كان المناط باقيا فالحكم ثابت ، اما اذا تغير المناط حسب الظروف والملابسات فالحكم يتغير معه ، مثلا ان بيع الدم لم يزل محرماً بملاك عدم وجود منفعة محللة فيه حتى اكتشف العلم منفعة محللة تقوم عليها ربح الحياة ، فصار للدم ملاكاً آخر فحل بيعه وشراؤه ^(٤).

فلعاملي الزمان والمكان أثرهما الفاعل في حركة الفقه ، وإن موضوعاً ما في الفقه ، قد يتخذ في الظاهر حكماً معيناً من الأحكام ، ولكن بمرور الزمن ، وتغير الأمكنة يخرج ذلك الموضوع - وتحت تأثير الظروف الزمانية والمكانية ، والعلاقات الاقتصادية والسياسية العالمية - من عنوانه السابق ، ليدخل تحت عنوان جديد ، ومن المحتم عندئذ أن يكون للموضوع الجديد حكم جديد ^(٥).

فلتغير الأوضاع والأحوال الزمنية تأثيراً كبيراً في كثير من الأحكام الشرعية الاجتهادية ، فإن هذه الأحكام تنظيم اوجه الشرع يهدف الى اقامة العدل وجلب المصالح ودرء المفاسد فهي

(١) - الشيخ أحمد المعروف بالمقدس الأردبيلي ، مجمع الفائدة والبرهان - شرح إرشاد الأذهان، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين - بقم المشرفة ، ج ٣ ، بدون سنة طبع ، هامش ص ٤٣٦.

(٢) - الشيخ جعفر السبحاني، الأحكام الشرعية بين الثوابت والمتغيرات، المصدر السابق ، ص ١٦٤.

(٣) - د. علي الاسدي، الاجتهاد والتجديد في قراءة النص الديني، ط ١ ، دار الوارث للطباعة والنشر ، كربلاء المقدسة ، ٢٠٢٠ ص ١٧٩.

(٤) - الشيخ جعفر السبحاني ، الفقه الإسلامي منابعه وأدواره ، القسم الأول من مقدمة موسوعة طبقات الفقهاء ط ١ ، مطبعة الاعتماد - قم ، مؤسسة الامام الصادق ، ١٤١٨ هـ ص ٣٢٤.

(٥) - السيد الخميني ، الاجتهاد والتقليد ط ١ ، مطبعة مؤسسة العروج ، مؤسسة تنظيم ونشر آثار الإمام الخميني (قدس سره) بدون مكان طبع ، ١٤١٨ ، ص ٩.

ذات ارتباط وثيق بالأوضاع والوسائل الزمنية وبالأخلاق العامة ، فكم من حكم كان تدبيراً وعلاجاً ناجعاً لبيئة في زمن معين فأصبح بعد جيل أو اجيال لا يوصل الى المقصود منه او اصبح يفضي الى عكسه بتغير الاوضاع والوسائل والاخلاق^(١) .

فالمجتهد الجامع هو الذي يقدر على أن يبدي رأيه في جميع المسائل التي يحتاج إليها الناس ، مع الأخذ بعين الاعتبار عنصرَي الزمان والمكان^(٢) ، وبذلك فقد نقل اتفاق فقهاء المذاهب على ان الأحكام التي تتبدل هي الأحكام الاجتهادية من قياسية ومصلحية وهي المقصودة من القاعدة المقررة (لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان)^(٣) .

ذلك ان النصوص والأحكام في المسيرة التشريعية على نوعين : النوع الأول نصوص تُمثل الأصول والمبادئ التي لا تقبل التغيير والتبديل ، وقد جاءت بصيغة قطعية ، فلا يقبل هذا النوع من النص الشرعي التطور والتغيير بتغيير الزمان والمكان وتغيير الحياة الثقافية أو الاجتماعية أو السياسية أو غيرها ، النوع الثاني : نصوص وأحكام ومبادئ تؤثر في فهمها عوامل البيئة والعادات والثقافات والظروف الاجتماعية والسياسية مما يجعل الفهم من هذه النصوص متجدداً ومتبدلاً بتبدل الزمان والمكان والأحوال^(٤) .

وقد التفت المشرع العراقي لهذه الحقيقة في القانون المدني ، فبعد ان قرر انه لا مساغ للاجتهاد في مورد النص ليحفظ للتشريع هيمنته ، عاد فقرر انه لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان في المادة الخامسة من القانون المدني مقتبسا هذه القاعدة من مجلة الأحكام العدلية اذ هي أساس هذه القاعدة على ما ذكره البعض^(٥) .

وقد بينا عند الكلام عن التأصيل لفكرة التفسير المتطور ان هذه القاعدة تمثل الأساس التشريعي الأبرز في القانون المدني لفكرة التفسير المتطور ونريد هنا ان نبين هنا الأحكام القانونية التي تقبل التغير بتغير الأزمان ليكن ذلك منطلقاً لتبيين نطاق التفسير المتطور ضمن متغيرات القانون .

(١) - مصطفى احمد الزرقاء ، مصدر سابق ، ص ٩٤١ .

(٢) - محمد الريشهري ، القيادة في الإسلام ط ١ ، دار الحديث ، بدون مكان و سنة طبع ص ١٨٣ .

(٣) - مصطفى احمد الزرقاء ، مصدر سابق ، ص ٩٤٢ .

(٤) - حسن الجواهري ، بحوث في الفقه المعاصر ، ج ٤ ، مجمع النخائر الإسلامية ، طبع : كوثر ، قم ، ١٤٢٧ هـ . ، ص ٢١ .

(٥) - ذكر ذلك د. هزاع بن عبد بن صالح الغامدي ، محاولات التجديد في اصول الفقه ودعواته ، مكتبة الملك فهد الوطنية ، الرياض ، ١٤٢٩ - ٢٠٠٨ ص ٨٢٧ ، كما نسب القول بذلك لكاشف الغطاء في شرحه المجة أنظر د. جواد احمد البهادلي ، مدخل القانوني لدراسة الشريعة الإسلامية ، ط ٢ ، مجمع اهل البيت ، النجف الاشرف ، ٢٠١٧ ، ص ٣٠٩ .

والنقطة التي نبتدئ منها هي تحديد المقصود بمتغيرات القانون، وحيث ان هذه المسألة لم تبحث في نطاق القانون فإننا نستعين ببعض تعريفات المتغير التي اوردها الباحثون في الفقه الإسلامي وعند الرجوع الى تلك التعريفات نلاحظ ان بعضها قد ارجع التغيير الى أحد معنيين: احدهما ايجابي وهو ما اطلق عليه اثر التجديد الذي ينتج عنه تغير الفرد وتغير الأوضاع نتيجة للفهم الصحيح للدين واعادة احياءه وربطه بمناهج الحياة المختلفة ، والآخر سلبي وهو التغيير الجذري الذي يزحزح الإسلام عن الحياة ويفصل الدين عن الدنيا من امثال حركة مارتن لوتر التي تطورت فيما بعد الى المناداة التامة بفصل الدين عن الدولة ^(١) .

في حين جعل البعض تغيير الحكم عبارة عن العمل بنفس النص السابق الثابت ولكن بدليل مستوحى من ظروف النص تبعا لمصلحة زمنية وذلك بأن يكون في ظروف النص دليل على ان الحكم الثابت بالنص القائم المعمول به إنما هو حكم مبني على مصلحة زمنية لا على مصلحة دائمة فاذا تغيرت المصلحة تغير الحكم معها من غير حاجة لتغيير النص ^(٢) .

فالمستفاد من التعريف المتقدم ان المتغير هو الحكم الذي تكشف ظروف النص عن ابتناؤه على مصلحة زمنية لا على مصلحة دائمة .

وقد اتجه البعض الى تعريف المتغير بشكل مباشر فعرفه بأنه ما ثبت بدليل معتبر وفق حيثية معينة قابلا للتبدل بانتقائها او بمزاحمتها ضمن اسس كبروية ثابتة في الأدلة الشرعية ^(٣) .

ولكن البحث في مفهوم المتغير من وجهة النظر القانونية يدعونا الى القول بأن متغيرات القانون هي ما تقابل ثوابته ، والنتيجة التي نصل اليها ان المتغير هو ما خرج عن منطقة الثوابت ، وثوابت القانون على ما مر هي المبادئ الدستورية و الأحكام المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة ، وما عداها من احكام فهي قابلة للتغير .

ولكن الأمر المهم هنا هو ان نعرف نطاق التفسير المتطور ضمن متغيرات القانون وهل يجري فيها جميعا ام يتوقف عند بعضها ؟.

(١) - دلال بنت كويران بن هويلم البقلي التجديد في التفسير في العصر الحديث ، اطروحة دكتوراه ، جامعة ام القرى ، ٢٠١٤ ص ٣٣ ، ٣٤ .

(٢) - د. سها سليم مهداش ، تغير الأحكام بتغير القرائن والازمان، دار البشائر ، ط ١ ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٧ ، ص ٣٣ .

(٣) - د. جواد احمد البهادلي ، مدخل القانوني لدراسة الشريعة الإسلامية ، مصدر سابق ، ص ٩٨ .

بالواقع ان الأحكام القانونية التي تدخل في منطقة المتغيرات بعضها ترد في نصوص قطعية الدلالة والبعض الآخر يرد ضمن نصوص غير قطعية في دلالتها ^(١) ، والنصوص القانونية القطعية الدلالة والتي لا تدخل في دائرة النظام العام او الآداب العامة كثيرة في القانون المدني نذكر منها على سبيل المثال:

المادة ٣٦٩ التي نصها " اذا ضمن المحيل يسار المحال عليه فلا ينصرف هذا الضمان إلا الى اليسار وقت الحوالة ما لم يتفق على غير ذلك" .

فواضح من هذا النص انه لا يتعلق بالنظام العام وهو قاطع في دلالته في ان ضمان المحيل ليسار المحال عليه لا ينصرف إلا الى اليسار وقت الحوالة ما لم يتفق على غير ذلك .

والمادة ٥٧٤ التي نصت على انه :

١ - يصح البيع بثمن حال أو مؤجل معلوم ويجوز اشتراط تقسيط الثمن الى اقساط معلومة تدفع في مواعيد معينة، كما يجوز الاشتراط بانه لم يوفي القسط في ميعاده يتعجل كل الثمن.

٢ - ويعتبر ابتداء مدة الاجل والقسط المذكورين في عقد البيع من وقت تسليم المبيع، ما لم يتفق على غير ذلك.

وهذا النص غير متعلق بالنظام العام وهو قاطع في دلالته على ابتداء مدة الاجل أو القسط في عقد البيع من وقت تسليم المبيع ما لم يتفق على غير ذلك.

والمادة ١/١٢٥٣ ونصها "للمنتفع ان يتصرف في حقه معاوضة أو تبرعاً، ما لم يكن في السند الذي انشأ هذا الحق احكام تخالف ذلك" .

وهذا النص قاطع في دلالته في اعطاء الحق للمنتفع للتصرف في حقه معاوضة أو تبرعاً وهو غير متعلق بالنظام العام كما هو واضح

والمادة ١٣٢٢ / ٢ التي جاء فيها "ونفقات العقد على الراهن، إلا اذا اتفق على غير ذلك".

(١) - اذ يختلف النص في دلالاته حسب المعاني التي يحتملها فاذا احتمل معنى واحداً فقط كان قطعي الدلالة اما اذا احتمل اكثر من معنى واحد كانت دلالاته غير قطعية . أنظر دلالة القرءان على الأحكام لدى د. عبد الكريم زيدان ، مصدر سابق ، ص ١٥٩ ١٦٠ . وأنظر ايضا عبد الوهاب خلاف ، علم اصول الفقه ، ط ٨ ، مكتبة الدعوة الإسلامية - دار القلم ، بدون مكان وسنة طبع ، ص ٣٤ ، ٣٥ .

وهذا النص وارد في باب الرهن الحيازي وهو قاطع في دلالاته على تحمل الراهن لنفقات عقد الرهن عند عدم الاتفاق على غير ذلك .

فهذه النصوص وامثالها غير متعلقة بالنظام العام لصراحتها في اعطاء حق الأفراد في الاتفاق على ما يخالفها ، ولكنها في الوقت نفسه تتضمن دلالات قاطعة لا تسمح بالاجتهاد في مقابلها ولا يمكن اخضاعها لأي تفسير لعدم حاجتها اليه في موارد دلالتها القطعية .

اما النصوص غير قطعية الدلالة والتي لا تتعلق بالنظام العام في الوقت نفسه فمن امثلتها ما نصت عليه المادة ٥٥٠ / ٢ "أما اذا ورد الاستحقاق بأمر حادث في المبيع وهو في ملك المشتري كما لو اثبت المستحق انه ملكه بتاريخ متأخر عن الشراء، فلا حق للمشتري في الرجوع بالضمان على البائع ."

عبارة الاستحقاق بأمر حادث عبارة دالة على العموم من وجهين ، فمن جهة انها تدل على الاستحقاق بنوعيه الجزئي والكلي ، لأن لفظ (الاستحقاق) مفرد محلى بال الاستغراق فيدل على العموم كما بينا سابقا ، ومن جهة أخرى تدل العمول بلحاظ الامر الحادث سواء أخصّل بفعل البائع او بفعل المشتري او بسبب اجنبي لأن عبارة (بأمر حادث) نكرة وارادة في حيز الشرط فتكون دالة على العموم ^(١).

ولكن العموم المتقدم عموم يحتمل التخصيص المنفصل وإن لم يرد عليه تخصيص متصل ، فيكون النص غير قطعي في دلالاته على العموم لاحتماله التخصيص .

ووجه احتمال العموم المتقدم للتخصيص ان الاستحقاق بأمر حادث الذي يُسقط حق المشتري بالضمان هو الاستحقاق الذي لا ينشأ بفعل البائع ، أما اذا انشأ البائع بفعله سبباً للاستحقاق فهذا يتعارض مع مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد فيكون ضامناً طبقاً للمادة ١٥٠ / ١ التي اوجبت تنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ^(٢)، اذ لا يعد من حسن النية في تنفيذ عقد البيع ان يعتمد البائع انشاء سبب لاستحقاق المبيع .

فلو قام البائع ببيع المنقول الى مشتري ثاني وسلمه اليه قبل تسليمه الى المشتري الأول، فإن المبيع يستحق للمشتري الثاني بحكم قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، فإذا اخذنا نص

(١) - د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، مصدر سابق ، ص ٤٧ ٤٨ .
(٢) - حيث نصت هذه المادة على انه " يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية".

المادة ٥٥٠ / ٢ على عمومه فمعنى ذلك انه ليس للمشتري الأول ان يرجع على البائع بالضمان لأن سبب الاستحقاق قد نشأ بتاريخ متأخر عن الشراء وواضح ما في ذلك من غبن للمشتري الأول.

ومن ثم فإن التطبيق السليم لنص المادة ٥٥٠ / ٢ يقتضي القول بأن العموم الوارد في هذا النص المتعلق بسبب الاستحقاق مخصص بالمادة ١٥٠ / ١ التي اوجبت تنفيذ العقد بحسن نية .

واضح ان نص المادة ٥٥٠ / ٢ لا يتعلق بالنظام العام لأنه مقرر لمسؤولية عقدية يجوز الاتفاق على التخفيف او الاعفاء منها ويجوز ذلك بشكل خاص حسب المادة ٥٥٦ / ١^(١).

وقد يقال ان البائع اذا تعمد انشاء سبب للاستحقاق خضع حكم تصرفه للفقرة (٣) من المادة ٥٥٦ التي نصت على انه "ويقع باطلاً كل شرط يسقط الضمان او ينقصه، اذا كان البائع قد تعمد اخفاء حق المستحق" ومن ثم فإن هذه المسألة تكون متعلقة بالنظام العام لعدم جواز اسقاط الضمان او انقاصه ، ولكن يجب ان يلاحظ ان هذا النص متعلق بوجود سبب للاستحقاق سابق على عقد البيع يخفيه البائع عن المشتري ، ولا ينصرف حكمه الى حالة قيام البائع بإنشاء سبب للاستحقاق لاحق على عقد البيع فالمسألة اذن ليست من النظام العام.

نعم اذا اخرجناها من نطاق المسؤولية العقدية وجعلناها داخلية في المسؤولية التقصيرية على أساس الفعل الضار، كانت من النظام العام ، ولكن هذا تأويل لا حاجة لنا به طالما وجدنا أساساً لمسؤولية البائع ضمن المسؤولية العقدية نفسها وهو نص المادة ١٥٠ / ١ الذي مر ذكره .

ومن امثلة النصوص غير قطعية الدلالة وغير المتعلقة بالنظام العام ايضا بعض النصوص التي ورد بها لفظ (الدين)، والتي يحتمل ان يراد من لفظ الدين بها احد معنيين الأول (اصل الدين فقط) والثاني (الأصل مع الملحقات) ومن هذه النصوص نذكر:

نصت المادة ٧٠١ / ١ " اذا كان للمحجور دين على مدين موسر وكان له بينة عليه، او كان المدين مقراً بالدين أو مقضياً عليه به، فلا يجوز للوالي ان يصالح على بعض الدين إلا اذا كان الدين وجب بعقده، فانه يجوز صلحه على نفسه ويضمن قدر الدين للمحجور وإن صالح

(١) - ونصها هو " يجوز للمتعاقدین باتفاق خاص ان يزيذا في ضمان الاستحقاق او ان ينقصا منه او ان يسقطا هذا الضمان".

عن الدين على مال آخر فان كانت قيمته قدر الدين أو اقل بغبن يسير يجوز الصلح بإذن من المحكمة وان كانت قيمته أقل من الدين بغبن فاحش فلا يجوز الصلح".

عبارة (بعض الدين) وكذلك عبارة (قدر الدين) الواردتين في هذا النص تحتلان أكثر من معنى واحد ، لأن كلمة (الدين) قد يراد منها المعنى الاخص وهو اصل الدين فقط وقد تستعمل بالمعنى الأعم وهو (الدين مع ملحقاته) لذلك فإن هذا النص غير قطعي في دلالاته لأن اصل الدين قد يطلق عليه بعض الدين اذا أخذ الدين بمعناه الأعم ، وقد يطلق عليه قدر الدين اذا اخذت كلمة الدين بمعناها الأعم .

وينطبق ما قلناه بخصوص المادة ٧٠١ / ١ على المادة ٣٢٧ التي نصت على انه "اذا ابرأ الدائن احد المدينين المتضامنين من التضامن بقي حقه في الرجوع على الباقيين بكل الدين ما لم يتفق على غير ذلك".

فالرجوع بكل الدين قد يراد منه الرجوع بأصل الدين بكامله وقد يراد منه الرجوع بالدين مع ملحقاته ، فالنص غير قاطع في دلالاته على أحد المعنيين المذكورين .

ومن الجدير بالذكر هنا ان المشرع قد استخدم لفظ (الدين) تارة بمعنى اصل الدين فقط كما في المادة ٣٩٣ / ٢ التي جاء فيها " اذا كان المدين ملزماً بأن يعوض مع الدين مصروفات وفوائد وكان ما أداه لا يفي مع هذه الملحقات خصم ما أدى من حساب المصروفات ثم من الفوائد من اصل الدين كل هذا ما لم يتفق على غيره" .

فواضح ان المشرع اورد لفظ الدين مستقلاً عن المصروفات والفوائد مما يدل بوضوح على ان الدين المقصود بهذا النص هو اصل الدين فقط دون الملحقات .

وتارة أخرى استعمله بمعناه الأعم فقصده به الدين مع الملحقات ، ومن قبيل ذلك المادة (٢٣٨) التي نصت على انه " اذا رهن شخص ماله في دين غيره وقضى الدين ليفك ماله المرهون رجع بما قضاه على المدين".

إذ الدين الذي يقضيه الراهن ليفك ماله المرهون هو كل الدين بما فيه المصروفات والفوائد ، فلا يفك المال المرهون إلا بذلك ولا يُجْزَأ الرهن كما هو معلوم .

ومن قبيل ذلك المادة ٣٠٤ / ٢ التي نصت على انه " فإذا قبض أحد الشركاء شيئاً من الدين المشترك فالشركاء الآخرون بالخيار إن شاءوا فيما قبضه عيناً ويتبعون هم والقباض المدين بما بقي لكل منهم في ذمته وإن شاءوا تركوا للقباض ما قبضه وأتبعوا المدين بحصتهم".

فاذا قبض أحد الشركاء فوائد القرض المعطى من مال مشترك مثلاً انطبق عليه حكم النص المتقدم لأن بدل القرض في القرض المتقدم يعد مالاً مشتركاً حسب المادة ٢/٣٠٣ .

ولا شك ان الفوائد لا تدخل في اصل الدين بل هي من ملحقات الدين .

ومما تقدم يتضح ان النصوص التي تناولت المسائل غير المتعلقة بالنظام العام (متغيرات القانون) بعضها جاء بصيغة قطعية الدلالة وبعضها جاء بصياغة ظنية في دلالتها ، فالنصوص التي جاءت بصياغة قطعية لا مجال للتفسير المتطور في محل القطع فيها ، لأن المشرع منع الاجتهاد في مورد النص والنص المقصود هنا هو النص قطعي الدالة ^(١) ، ولا شك ان النص لا يعد قاطعاً في دلالته – وإن بدا في صياغته كذلك - اذا كان متعارضاً مع نص آخر أعلى منه ؛ لأن دلالة النص لا تؤخذ بشكل منفصل عن النصوص الأخرى في المنظومة القانونية .

اما النص غير قطعي الدلالة فإنه يحتاج الى الاجتهاد لكشف المعنى المراد منه من بين المعاني التي يحتملها النص ^(٢) ، فالنص قد يكون مطلقاً وقد يدل على المعنى بطريق العبارة أو الإشارة وقد يكون بصيغة الامر أو النهي ومعرفة الحكم من هذه الانواع يحتاج الى البحث في معرفة ان العام باق على عمومته أو هو مقصور على بعض الأفراد وان المطلق جار على اطلاقه أو هو مقيد وان الامر اريد به الوجوب أو هو مصروف الى النذب أو الاباحة وان النهي اريد به التحريم أو هو مصروف عنه الى الكراهة ، وهذه الجوانب تختلف فيها وجهات النظر مما قد يؤدي الى اختلاف المجتهدين في الأحكام ^(٣).

والنصوص القانونية ايضاً منها المطلق المحتمل للتقييد ومنها العام المحتمل للتخصيص ومنها ما ترد فيها الفاظ حقيقتها في معنى ولكنها تحتل المجاز وهذه المسائل وغيرها تجعل

(١) - د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، مصدر سابق ، ص ٢٣٨ ، وأنظر ايضاً ما يجوز فيه الاجتهاد وما لا يجوز لدى د. حمد الكبيسي ، مصدر سابق ، ص ٤٥٥ ، ٤٥٦ ولدى عبد الكريم زيدان ، مصدر سابق ، ص ٤٠٦ ، وعند الامام أبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي ، مصدر سابق ، ص ٣٤٥ و الامام بدر الدين الزركشي ، مصدر سابق ، ج ٤ ، ص ٥١٥ .

(٢) - د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، مصدر سابق ، ص ٣٢٣ - ٣٢٤ ، د. عبد الكريم زيدان ، مصدر سابق ، ص ٤٠٦ .

(٣) - د. حمد الكبيسي ، مصدر سابق ص ٤٥٦ .

النص محتمل التطبيق على أكثر من صورة واحدة ، فيحتاج بذلك الى الاجتهاد لتحديد التطبيق السليم وفق قواعد أصول الفقه كل حسب محله .

وبذلك يتضح ان النص غير قطعي الدلالة يكون للتفسير المتطور فيه مجالاً رحباً لترجيح أحد المعاني التي يحتملها النص والوصول الى تطبيقه تطبيقاً سليماً ارتباطاً بروح النص والواقع الاجتماعي المطبق فيه .

وقد يقال ان النصوص قطعية الدلالة لما كانت ليست محلاً للاجتهاد كما تقدم ، فهي بهذا الاعتبار تعد من ثوابت القانون لا من متغيراته .

ولكن في واقع الحال ان النص قطعي الدلالة لا يشكل مبدأ ثابتاً في معناه كالنظام العام والآداب العامة، بل هو مجرد مظهر للتعبير عن حكم معين صيغ بطريقة لا تحتل التأويل ، ولكن هذا لا يعني ان هذا المظهر لا يتغير، اذ يمكن للمشرع في اي وقت ان يُصيغه بطريقة أخرى تحتل اكثر من معنى واحد فيخرج عن كونه قطعي الدلالة ويصبح بحاجة للاجتهاد لتحديد المعنى المقصود.

المطلب الثالث - الرقابة على التفسير المتطور للقانون

يمر التفسير المتطور بمرحلتين : مرحلة الإنشاء ومرحلة الإلتباع ، في الأولى يظهر الى الوجود وفي الثانية يُتَّبَع بها من قبل القضاء ، وهو يخضع للرقابة في كلا المرحلتين ، لذلك سنتناول الرقابة على التفسير المتطور في مرحلة الإنشاء ثم نتبعها بالكلام عن الرقابة في مرحلة الإلتباع وذلك في فرعين .

الفرع الأول : الرقابة على التفسير المتطور للقانون في مرحلة الإنشاء

ينشأ التفسير بطبيعته أما من المشرع نفسه في صورة تشريع تفسيري ، أو من القضاء عند قيامه بتطبيق القانون على المسائل التي تعرض عليه ، أو من الفقه في الشروحات والدراسات القانونية .

أما بالنسبة للتفسير الفقهي فلا نتصور عليه رقابة قانونية في هذه المرحلة وهي مرحلة انشاء التفسير ، وأما التفسير القضائي فهو ينشأ عند القيام بتطبيق القانون فيتبع بمجرد انشاءه فيخضع للرقابة على التفصيل الذي سيمر عند الكلام عن الرقابة على التفسير في مرحلة الإلتباع

، فيبقى بعد ذلك التفسير التشريعي وهو المجال الطبيعي لممارسة الرقابة على التفسير في مرحلة انشاءه.

ولما كان التفسير التشريعي تشريعاً من كل وجه فالرقابة التي يخضع لها هي الرقابة التي يخضع لها التشريع عادة ، والرقابة على صحة التشريعات تأتي نتيجة تدرجها من حيث القوة الى تشريع أساسي وتشريع عادي وتشريع فرعي ، فبمقتضى هذا التدرج يجب أن لا يخالف التشريع الأدنى التشريع الأعلى منه ، وعدم المخالفة تشمل الناحية الشكلية والناحية الموضوعية ، والمخالفة من حيث الشكل تتم في حالة وضع تشريع بواسطة سلطة غير مختصة أو سنّه وفقاً لإجراءات غير صحيحة أو تنفيذه دون اصدار أو نشر أو قبل فوات الميعاد المحدد للعمل به ، وتحقق المخالفة الموضوعية اذا تضمن التشريع الأدنى قاعدة تخالف في مضمونها قاعدة يتضمنها التشريع الأعلى^(١) .

وبناء على ما تقدم فإن الرقابة على صحة التشريعات تنفرع الى نوعين :

اولا - الرقابة من حيث الشكل : يقصد بشكل التشريع صدوره من قبل سلطة مختصة واستيفاء اجراءات سنّه ونفاذه وهي في الغالب مراحل التشريع الثلاث من اقتراح وتصويت وتصديق وما يقترن بها من اجراءات تتطلب الاغلبية المطلقة أو الخاصة عند التصويت اذا كان تشريعاً عادياً ، ووضعه من قبل السلطة التنفيذية المختصة وفقاً للإجراءات المقررة اذا كان تشريعاً فرعياً ، ولكي يكون نافذاً واجب التطبيق ينبغي اصداره من قبل رئيس الدولة على اعتباره رئيس السلطة التنفيذية ونشره في الجريدة الرسمية للدولة وانقضاء المدة المنصوص عليها لنفاذه إن وجدت ، فاذا لم يستوفي اجراءات سنّه انعدم وجوده القانوني واذا لم يستوفي اجراءات نفاذه افتقد قوته الملزمة ، فلا يكون التشريع الأدنى صحيحاً ملزماً إلا اذا استوفى الشكل الذي حدده التشريع الأعلى^(٢) .

ولا خلاف على ثبوت حق القضاء في رقابة صحة التشريع الأدنى من حيث الشكل للتأكد من توافر الشكل الصحيح للتشريع الأدنى كما يحدده التشريع الأعلى ، فان لم يتوافر للتشريع الأدنى الشكل الذي يحدده التشريع الأعلى فالإجماع منعقد على ان للقاضي أن يمتنع عن تطبيقه

(١) - د. محمد حسن قاسم ، المدخل لدراسة القانون ج ١ و ط ١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت - لبنان ، ٢٠٠٦ ص ٢١٦ .

(٢) - عبد الباقي البكري ، زهير البشير ، مصدر سابق ، ص ١٠٣ ، ١٠٤ .

تأسيساً على أن مثل هذا التشريع إنما هو تشريع منعقد ليس له وجود قانوني^(١) . فالقانون المعيب شكلاً كما لو لم يتم سنّه على الوجه الصحيح المبين بالدستور أو لم يتم إصداره أو نشره فلا خلاف في أن للمحاكم أن تمتنع عن تطبيقه^(٢) .

ثانياً : الرقابة من حيث الموضوع : يقصد بصحة التشريع من حيث الموضوع عدم تعارض التشريع الأدنى في الأحكام مع التشريع الأعلى ، فالتشريع الفرعي يجب أن لا يخالف في أحكامه كلاً من التشريع العادي والتشريع الدستوري ، وتوصف الرقابة على صحة التشريع العادي من حيث الموضوع بالرقابة على دستوريته كما توصف الرقابة على صحة التشريع الفرعي من حيث الموضوع بالرقابة على دستوريته أو الرقابة على قانونيته تبعاً لتعلق المخالفة بالدستور أو بالقانون^(٣) .

فاذا تضمنت التشريعات الفرعية مخالفة من حيث الموضوع سواء أكانت المخالفة لتشريع عادي أو للدستور كان للمحاكم أن تمتنع عن تطبيقها وهذا امر تملكه المحاكم جميعها ، أما بالنسبة للتشريعات العادية فإن تضمنت أحكامها الموضوعية مخالفة للدستور، فإن الامر يختلف بحسب ما اذا كان الدستور مرناً أو جامداً ، فاذا كان الدستور مرناً بأن كان يمكن تعديله بتشريع عادي فإن صدور قانون مخالف للدستور يعد تعديلاً له اذا كان صحيحاً من حيث الشكل ، أما اذا كان الدستور جامداً وهو الدستور الذي لا يمكن تعديله بتشريع فإن حق المحاكم في رقابة دستورية القوانين من حيث الموضوع امر مختلف سواء في دساتير الدول أو في مسلك المحاكم أو في اراء الفقهاء^(٤) .

فهناك اتجاه يرمي الى منع المحاكم من رقابة دستورية القوانين بحجة احترام مبدأ الفصل بين السلطات الذي تختص بموجبه السلطة التشريعية بحق سن التشريع ويقصر دور السلطة القضائية على مجرد تطبيقه ، فيعد امتناع هذه الأخيرة عن تطبيق القانون بحجة عدم دستوريته خروجاً عن اختصاصها وتعدياً على اختصاص السلطة التشريعية ، لأن ذلك يُعدّ منها رقابة على اعمال السلطة التشريعية يتنافى مع انفصال السلطتين واستقلالهما^(٥) .

(١) - د. حسن كيره ، مصدر سابق ، ص ٣٠٠ .

(٢) - د. محمد حسن قاسم، مصدر سابق ، ص ٢١٨ .

(٣) - عبد الباقي البكري وزهير البشير ، مصدر سابق، ص ١٠٤ .

(٤) - د. توفيق حسن فرج ، د. محمد يحيى مطر، مصدر سابق ، ص ٨٣ .

(٥) - د. حسن كيره ، مصدر سابق ، ص ٣٠٢ ، ٣٠٣ .

وهناك اتجاه آخر اعترف للمحاكم بحق النظر في دستورية القوانين فاذا كانت القوانين مخالفة للدستور امتنعت المحاكم عن تطبيقها ، ويستند هذا الرأي الى ان المحاكم تطبق القانون بمعناه الواسع سواء أكان دستوراً أم قانوناً عادياً فاذا خالف قانون عادي احكام الدستور امتنعت المحاكم عن تطبيقه احتراماً لمبدأ تدرج القوانين من حيث القوة حيث ان الدستور أعلى من القانون العادي ^(١) .

وقيل ايضاً تأييداً لهذا الاتجاه ان منع السلطة القضائية من الرقابة على دستورية القوانين يؤدي الى اجبارها على تطبيق قانون مخالف للدستور وهذا يتنافى مع استقلال السلطة القضائية في اداء وظيفتها ^(٢) .

وقيل ايضاً ان تحويل القضاء حق على شرعية التشريع الفرعي وسلب هذا الحق منها في الرقابة على دستورية القوانين امر لا مبرر له لأن تدرج التشريع اذا كان يفرض عدم مخالفة التشريع الفرعي للتشريع العادي فهو يقضي من باب أولى عدم مخالفة القانون لأسمى صور التشريع وهو الدستور ^(٣) ، وبذلك فإن رقابة المحاكم لدستورية القوانين امتداد لما انعقد عليه الاجماع من حق المحاكم في رقابة قانونية اللوائح او شرعيتها ، إذ ان هذين النوعين من الرقابة القضائية ليسا إلا نتيجتين حتميتين متلازمتين لقاعدة تدرج التشريع ^(٤) .

والاتجاه الغالب في القانون الحديث اليوم هو اعطاء المحاكم حق رقابة على دستورية القوانين دون المساس بمبدأ الفصل بين السلطات عن طريق تمكينها من التثبت من عدم تعارض القانون المراد تطبيقه مع احكام الدستور بمناسبة كل قضية تطرح امامها وخاصة اذا طعن امامها بعدم دستوريته ، فإن وجدته مخالفاً لأحكام الدستور فلا تملك حينئذٍ الا الامتناع عن تطبيقه في القضية المرفوعة اليها دون ان تتعرض له بإبطال او الغاء ، فتحترم بذلك في آن واحد سيادة الدستور بتعليقه على القانون المخالف له واستقلال السلطة التشريعية بعدم الاعتداء على حقها الثابت بإلغاء القوانين اكتفاء بالامتناع عن تطبيق القانون غير الدستوري امتناعاً لا يمس الا القضية المطلوب تطبيقه فيها وحدها ^(٥) .

(١) - د. توفيق حسن فرج ، د. محمد يحيى مطر ، مصدر سابق ، ص ٨٤ .

(٢) - د. محمد حسن قاسم ، مصدر سابق ، ص ٢١٩ .

(٣) - عبد الباقي البكري ، زهير البشير ، مصدر سابق ، ص ١٠٦ .

(٤) - د. حسن كيهره ، مصدر سابق ، ص ٣٠٤ .

(٥) -- د. حسن كيهره ، مصدر سابق ، ص ٣٠٥ .

وهذا ما عليه التطبيق في العراق حيث تختص المحكمة الاتحادية العليا في النظر في دستورية القوانين والانظمة حسب المادة ٩٣ من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ ، وتنظر في شرعية التشريعات على الوجه الآتي :

إذا طلبت احدى المحاكم من تلقاء نفسها، اثناء نظرها دعوى، البت في شرعية نص في قانون أو قرار تشريعي أو نظام أو تعليمات يتعلق بتلك الدعوى فترسل الطلب معللاً الى المحكمة الاتحادية العليا للبت فيه، ولا يخضع هذا الطلب الى الرسم^(١) .

إذا طلبت احدى المحاكم الفصل في شرعية نص في قانون أو قرار تشريعي أو نظام أو تعليمات أو امر بناء على دفع من احد الخصوم بعدم الشرعية فيكلف الخصم بتقديم هذا الدفع بدعوى . وبعد استيفاء الرسم عنها ثبت في قبول الدعوى فاذا قبلتها ترسلها مع المستندات الى المحكمة الاتحادية العليا للبت في الدفع بعدم الشرعية، وتتخذ قرارا باستئثار الدعوى الأصلية للنتيجة، أما اذا رفضت الدفع فيكون قرارها بالرفض قابلاً للطعن امام المحكمة الاتحادية العليا^(٢) .

إذا طلبت احدى الجهات الرسمية، بمناسبة منازعة قائمة بينها وبين جهة أخرى، الفصل في شرعية نص في قانون أو قرار تشريعي أو نظام أو تعليمات أو امر، فترسل الطلب بدعوى الى المحكمة الاتحادية العليا، معللاً مع اسانيده، وذلك بكتاب بتوقيع الوزير المختص أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة^(٣) .

إذا طلب مدع، الفصل في شرعية نص في قانون أو قرار تشريعي أو نظام أو تعليمات أو امر، فيقدم الطلب بدعوى مستوفية للشروط المنصوص عليها في المواد ٤٤ - ٤٥ - ٤٦ - ٤٧ من قانون المرافعات المدنية، ويلزم ان تقدم الدعوى بوساطة محام ذي صلاحية مطلقة وأن تتوفر في الدعوى شروط معينة^(٤) .

وبذلك فإن الرقابة على دستورية القوانين في العراق توصف بأنها رقابة مركزية تناط بجهة قضائية يمكن بواسطتها للقضاء العادي ان يمتنع ان تطبيق القانون غير الدستوري وفق

(١) - المادة (٣) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم ١ لسنة ٢٠٠٥ .

(٢) - المادة (٤) من النظام نفسه

(٣) - المادة (٥) من النظام نفسه

(٤) - وهذه الشروط حددتها المادة ٦ من النظام بفقراتها الست.

ضوابط معينه ، وليس له مطلقاً ان يقوم بإلغاء القانون بل يبقى ذلك الحق من اختصاص السلطة التشريعية وحدها احتراماً لمبدأ الفصل بين السلطات .

الفرع الثاني : الرقابة على التفسير المتطور للقانون في مرحلة الاتباع

عندما يريد القاضي ان يطبق قاعدة قانونية على قضية معروضة عليه قد يجد هذه القاعدة بحاجة الى تفسير، وفي هذه الحالة اذا كانت القاعدة قد جرى تفسيرها من قبل تفسيراً متطوراً أيًا كان نوعه تشريعياً أو قضائياً أو فقهيًا ، فإن القاضي ملزم باتباع هذا التفسير حسب المادة ٣ من قانون الإثبات ، أما اذا كانت القاعدة لم تخضع الى تفسير متطور من قبل ووجدها القاضي بحاجة الى تفسير فإنه لا يستطيع تطبيقها قبل ان يقوم بتفسيرها .

فاذا اتبع القاضي تفسيراً متطوراً موجوداً من قبل أو قام هو بتفسير القاعدة تفسيراً متطوراً ثم اصدر حكماً بناء على هذا التفسير اصبح هذا الحكم معرضاً لمواجهة الطعن امام محكمة أعلى من المحكمة التي اصدرته ، ويترتب على الطعن اعادة النظر بالدعوى من حيث الواقع والقانون أو من حيث القانون فقط بحسب ما إذا كان استثناءً أو تمييزاً ، أما إذا كان حكماً صادراً من محكمة التمييز فيمكن حينئذٍ مواجهته بالطعن بطريق تصحيح القرار التمييزي إذا توافرت الشروط اللازمة لهذا الطعن .

وبذلك تشكل طرق الطعن المتقدمة نوع من الرقابة على الأحكام القضائية يمكن بواسطتها بسط رقابة المحاكم العليا على التفسير المتبع من قبل محاكم ادنى درجة ، أو بسط رقابة الهيئة العامة لمحكمة التمييز على التفسير المتبع من قبل الهيئات المختلفة لمحكمة التمييز .

وبناء على ما تقدم سنتناول طرق الطعن المتقدمة من حيث تعلقها بالرقابة على التفسير المتطور من خلال تتبع تنظيم قانون المرافعات لطرق الطعن هذه.

أولاً - الإستئناف :

الإستئناف طريق من طرق الطعن ينقل الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور حكم البداية بالنسبة لما رفع عنه الإستئناف فقط ^(١)، فإذا استوفى الإستئناف شرائطه القانونية تقرر

(١) - ١٩٢ / ١ ، مرافعات .

المحكمة قبوله شكلاً ثم تمضي في نظر الموضوع فإن كان حكم البدأة موافقاً للأصول والقانون تمضي بتأييده ورد الاعتراضات والأسباب الإستئنافية مع بيان أوجه ردها تفصيلاً^(١) .

أما إذا وجدت بالحكم المستأنف نواقص وأخطاء في الشكل أو الموضوع تقوم بإصلاحها وإكمالها على الوجه المقتضى^(٢) .

وبذلك تستطيع محكمة الإستئناف بسط رقابتها الموضوعية على التفسير المتبع من قبل محكمة البدأة باعتباره مسألة قانون ، فإن وجدت فيه خطأ أو نقص لا يؤثر في نتيجة الحكم البدائي تقوم بإصلاحه أو إكمالها ثم تقضي بتأييد الحكم البدائي إذا كان موافقاً للقانون^(٣) .

أما إذا كانت النواقص والأخطاء التي تلافتها بالإصلاح والاكمال ذات تأثير في نتيجة الحكم أو كان الحكم في ذاته مخالفاً للقانون قضت بفسخه كله أو بعضه وأصدرت حكماً جديداً دون أن تعاد الدعوى لمحكمة البدأة^(٤) .

ثانياً - التمييز :

للخصوم أن يطعنوا تمييزاً في الأحكام الصادرة من محاكم البدأة ومحاكم الاحوال الشخصية إذا كان الحكم قد بنى على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه و عيب في تأويله^(٥) .

وبهذا يكون قانون المرافعات قد اخضع التفسير المتطور المتبع من قبل محاكم البدأة ومحاكم الاحوال الشخصية الى رقابة محكمة التمييز الاتحادية ويظهر ذلك من عدة وجوه:

١ - إن التفسير المتطور يمثل تفسيراً للقانون وفقاً لمقتضيات الظروف ، ومثل هكذا تفسير يحتاج في كثير من الاحيان الى صرف النص من معناه الظاهر الى معنى اخر يحتمله لفظاً او عقلاً وهذا هو التأويل بحسب المعنى الراجح له ومن ثم يخضع لحكم المادة ٢٠٣ ويكون حالة من الحالات التي تسوغ الطعن بالتمييز .

(١) - ١٩٣ / ١ ، مرافعات.

(٢) - ١٩٣ / ٢ ، مرافعات .

(٣) - ١٩٣ / ٢ ، مرافعات.

(٤) - ١٩٣ / ٤ ، مرافعات.

(٥) - ٢٠٣ / ١ ، مرافعات.

٢ - إن التفسير المتطور قد يُشكّل بنفسه مخالفة للقانون وذلك اذا خالف القاضي قواعد التفسير المنصوص عليها في القانون كقاعدة لا اجتهاد في مورد النص أو قاعدة درء المفسد أولى من جلب المصالح أو غيرها من القواعد التي نص عليها القانون صراحة.

٣ - إن التفسير المتطور الخاطئ يعد خطأ في تطبيق القانون لأن التطبيق السليم للقانون يستلزم تفسيراً سليماً له ، وبالعكس يتخلف عن التفسير الخاطئ للقانون خطأ في تطبيقه ، فتطبيق القانون ينبني على تفسيره فاذا كان التفسير خاطئ يكون تطبيقه خاطئ لا محال.

وبذلك فإن محكمة التمييز اذا وجدت الحكم مبنياً على تفسير خاطئ أو مخالف للقانون فإن على المحكمة نقض الحكم استناداً للمادة ٢١٠ من قانون المرافعات^(١).

فاذا وجدت محكمة التمييز ان الحكم قد ابتني على تفسير فيه مخالفة صريحة للقانون وذات أثر بيّن على صحته تنقض محكمة التمييز الحكم المميز من تلقاء نفسها وإن كانت البيانات والأسباب التي قدمها المميز غير كافية لذلك^(٢).

أما إذا وقع خطأ في تطبيق القانون أو عيب في تأويله وكان الحكم من حيث الأساس صحيحاً وموافقاً للقانون تصدقه المحكمة من حيث النتيجة ، ولكن المحكمة اذا رأت نقض الحكم المميز لمخالفته للقانون أو للخطأ في تطبيقه وكان الموضوع صالحاً للفصل فيه وجب عليها أن تفصل فيه، ولها في هذه الحالة دعوة الطرفين وسماع أقوالهما إن وجدت ضرورة لذلك^(٣).

٣ - الطعن بطريق تصحيح القرار التمييزي

بحسب المادة ٢١٩ من قانون المرافعات يجوز الطعن في قرارات محكمة التمييز عن طريق طلب تصحيح القرار بالنسبة للقرارات التمييزية المصدقة للحكم والقرارات الصادرة بنقضه إذا فصلت في الدعوى موضوع الطعن طبقاً لما هو مبين في المادة ٢١٤ من قانون المرافعات عندما يتوفر سبب من الأسباب الآتية :

(١) نصت المادة ٢١٠ على انه "بعد اكمال التدقيقات التمييزية تصدر محكمة التمييز قرارها على أحد الوجوه التالية :

..... ٣- نقض الحكم المميز إذا توفر سبب من الأسباب المبينة في المادة (٢٠٣) من هذا القانون .

(٢) - المادة ٢١١ ، مرافعات.

(٣) - المادتين ٢١٣ ، ٢١٤ ، مرافعات.

١ - إذا كان طالب التصحيح قد أورد فيما قدمه لمحكمة التمييز سبباً من الأسباب القانونية التي تؤدي إلى نقض الحكم أو تصديقه وأغفلت المحكمة تدقيقه والبت فيه في قرارها التمييزي^(١).

فإذا كان الحكم المميز مستنداً إلى تفسير متطور متضمن مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه على النحو الذي أوضحناه أعلاه وأغفلت محكمة التمييز الالتفات إلى تلك المخالفة يمكن أن يكون ذلك سبباً في تصحيح القرار التمييزي إذا طعن فيه بطريق تصحيح القرار التمييزي.

٢ - إذا كان القرار التمييزي قد خالف نصاً صريحاً في القانون^(٢). فإذا ورد القرار التمييزي مصدقاً لحكم مبني على تفسير مخالف للقانون فإن مثل هكذا قرار يكون مخالف لنص صريح في قانون المرافعات وهو نص المادة ٢١٠ الذي يقضي بوجوب نقض الحكم المميز إذا وجد سبب من الأسباب التي حددتها المادة ٢٠٣ والتي عُدد من بينها انطواء الحكم على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو عيب في تأويله^(٣).

٣ - إذا كان القرار التمييزي يناقض بعضه بعضاً أو يناقض قراراً سابقاً لمحكمة التمييز صادراً في نفس الدعوى دون أن يتغير الخصوم فيها ذاتاً وصفة^(٤). فإذا قررت محكمة التمييز مثلاً أن الحكم المميز انطوى على عيب في تأويل القانون وقررت مع ذلك تصديقه فإن مثل هكذا حكم يكون مناقض لبعضه البعض ويكون ذلك سبباً في طلب تصحيحه.

وملخص القول فيما سبق أن التفسير المتطور يخضع في اتباعه لرقابة المحاكم العليا إذا طعن في الحكم المبني عليه بإحدى الطرق المبينة أعلاه.

(١) - ٢١٩ / ١ ، مرافعات.

(٢) - ٢١٩ / ٢ ، مرافعات.

(٣) - ٢٠٣ / ١ ، مرافعات.

(٤) - المادة ٢١٩ / ٣ ، مرافعات.

الفصل الثاني

وسائل التفسير المتطور للقانون وغاياته

تمهيد وتقسيم

إن أي نظام يراد تطبيقه على واقع الحياة ؛ إنما يوضع لتحقيق غايات معينة ، إذ إن الأعمال الصادرة عن العقلاء لا تصدر منهم عبثاً ، بل ترتبط بمقاصد معقولة يسعون لتحقيقها ، والتفسير المتطور كنظام في فهم النص لا يخرج عن تلك القاعدة ، فهو طريقة في التفسير ترتبط بغايات متعددة تحرص الأنظمة القانونية الحديثة على مراعاتها ، بغية الوصول إلى تنظيم المجتمع تنظيمًا سليمًا ، باعتبار أن ذلك يمثل غاية المراد بالنسبة للقانون.

ولا يمكن بطبيعة الحال بلوغ الغايات المنشودة من أي نظام ؛ ما لم تستند تلك الغايات إلى طرق توصل إليها وتذلل العقبات التي تقف بطريقها ، فلا تستطيع الأنظمة القانونية أن تدفع بتشريعاتها نحو اللحاق بركب الحياة المتطورة إلا إذا انتهجت السبل اللازمة لذلك ، فالحفاظ على فاعلية التشريع رغم تغير أفكار المجتمع وتسارع الحوادث فيه ؛ يستلزم تطبيق النصوص القانونية بما تؤدي إليه دلالاتها العقلية، ارتباطاً بالمبادئ العليا في المجتمع ، والسيرة العقلانية فيه .

ولما كان بلوغ الغايات لا يتحقق إلا باتباع الوسائل المؤدية إليها ؛ لذلك سوف نبحث الوسائل قبل بحث الغايات ، بناء على ذلك سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين ؛ نبين في الأول وسائل التفسير المتطور ، ونتناول في الثاني غايات التفسير المتطور .

المبحث الأول

وسائل التفسير المتطور للقانون

الوسائل التي يمكن بواسطتها تفسير القانون تفسيراً متطوراً ليست من طبيعة واحدة ، فإن بعضها ينطلق من ثوابت القانون وقيم المجتمع العليا ، في حين ينطلق بعضها الآخر من غاية النص المراد تفسيره ، والقسم الأول من هذه الوسائل تجمعها فكرة التأويل ويرجع بأصله الى الفلسفة الاغريقية وهو ما اطلق عليه بهرمينيوطيقا النص ، وهو منهج يعتمد طرق متعددة اتبعنا منها ما يتناسب مع الغايات التي يسعى لتحقيقها التفسير المتطور .

اما القسم الثاني من وسائل التفسير المتطور فيحقق غاية النص بوسيلتين : احدهما الدلالة العقلية للنص ، والاخرى الفهم الاجتماعي له ، بناء على ذلك سنوزع الدراسة في هذا المبحث الى ثلاثة مطالب نتكلم في الأول عن هرمينيوطيقا النص ، ونبحث في الثاني الدلالة العقلية للنص ، ونخصص الثالث للفهم الاجتماعي للنص .

المطلب الأول - هرمينيوطيقا النص

تعود الهرمنيوطيقا الى الفلسفة اليونانية القديمة ، ولكنها لم تقف عند اليونان ، بل تجاوزتها الى الفلسفات الغربية وانتقلت منها الى الإسلام ، مما دعا الباحثين في الفقه الإسلامي الى محاولة تهذيبها بما ينسجم مع قداسة النصوص الشرعية ، وانطلاقاً من تلك المحاولات حاولنا بدورنا أن نستثمر الهرمنيوطيقا في التفسير المتطور للقانون ، لذلك سوف نتناول في هذا المطلب اصل الهرمنيوطيقا ومفهومها عند الغرب ، ثم نتكلم عن الهرمنيوطيقا في الواقع الإسلامي ، وننتهي اخيراً بمحاولة استثمار الهرمنيوطيقا في التفسير المتطور للقانون .

الفرع الأول - اصل الهرمنيوطيقا ومفهومها عند الغرب

يرجع أصل لفظ (Hermeneutics) إلى الفعل اليوناني (hermeneuein) الذي يُترجم بالتأويل والتفسير. كما أن اسم (hermeneia) يعني التأويل أو التفسير ، لذا، فإن علم الهرمنيوطيقا مرتبطٌ مباشرةً بمباحث التفسير والتأويل ، وهو ما وجد في النصوص القديمة ايضاً لدى ارسطو وافلاطون ^(١) .

(١) - صفدر الهي راد ، الهرمنيوطيقا ، تعريب حسن الجمال ، ط ١ ، المركز الإسلامي للدراسات الاستراتيجية ، بيروت ، لبنان ، ١٤٤٠ هـ - ٢٠١٩ م ، ص ١٣ ، ١٤ .

وتنوعت التعاريف التي ذكرت للهرمنيوطيقا ، ولعل اقدم تلك التعاريف تعريفها بأنها نظرية تفسير الكتاب المقدس ، فقد استعمل علم الهرمنيوطيقا بصورة جدية في عصر احتاجوا فيه إلى تدوين كتب مبيّنة لقواعد التفسير الصحيح للكتاب المقدس ^(١). ونعرض فيما يأتي بعض تعاريف الهرمنيوطيقا التي نسبت للباحثين في هرمنيوطيقا النص :

يرى يوهان مارتن كلادينوس (Chladenius) ان الهرمنيوطيقا مرادفة من الناحية الاصطلاحية لفن التفسير ، وقال انها فن الحصول على الفهم الكامل والتام للعبارات المكتوبة والشفاهية إلا انها تختص في الموارد التي يشوبها الغموض ^(٢) ويرى كلادينوس أيضًا أنه يمكن من خلال التأويل أن نصل إلى المعنى القطعي والنهائي الذي يريده المؤلف، ويهدف التأويل إلى الكشف عن هذا المعنى المراد ^(٣).

اما فردريك اوغست فقد رأى ان الهرمنيوطيقا هي العلم بالقواعد التي تساعد على ادراك معاني العلاقات والرموز وفهمها والهدف من ذلك هو فهم افكار المؤلف أو المتكلم سواء أكانت المكتوبة ام الشفاهية ^(٤).

ثم دخلت الهرمنيوطيقا الى مرحلة جديدة على يد شلايرماخر (Schleiermacher) فقد تجاوزت الحالة التقليدية الخاصة بالكتاب المقدس واصبحت حاضرة في كل النصوص ، فصارت بذلك علمًا يهدف الى توفير فهم صحيح لكل قول مهما كان نوعه، وبالتالي يعود له الفضل في نقل المصطلح من دائرة الاستخدام اللاهوتي ليكون علمًا أو فنًا لعملية الفهم وشروطها في تحليل النصوص ، فأبعد بذلك التأويلية من ان تكون في خدمة علم خاص ووصل بها الى ان تكون علمًا بذاتها يؤسس عملية الفهم وبالتالي عملية التفسير ^(٥).

والفهم عند شلايرماخر، بوصفه فهمًا، هو عملية إعادة معايشة للعمليات الذهنية لمؤلف النص، فهي عكس التأليف؛ لأنها تبدأ من تعبير ثابت ومكتمل وتعود إلى الحياة الذهنية التي نبع منها التعبير، فالمتحدث أو المؤلف يبني جملة، وعلى المستمع أن ينفذ إلى داخل بناء الجملة وبناء الفكرة، وبذلك يتكون التأويل من لحظتين متفاعلتين: اللحظة اللغوية واللحظة السيكلوجية ،

(١) - صفدر الهي راد، مصدر سابق ، ص ١٦ .

(٢) - د. علي الاسدي ، مصدر سابق ، ص ٣٢١ - ٣٢٢ .

(٣) - صفدر الهي راد ، مصدر سابق ، ص ١٧ .

(٤) - د. علي الاسدي ، مصدر سابق ، ص ٣٢٢ .

(٥) - د. علي الاسدي ، مصدر سابق ، ص ٢٨ .

فالتأويل اللغوي يضطلع بتحديد المعنى وفقاً لقوانين موضوعية وعامة، بينما يركز الجانب السيكلوجي من التأويل على ما هو ذاتي ويرمي إلى فرادة المؤلف وعبقريته الخاصة،^(١).

أما دلتاي (Dilthey) فقد اعتبر الهرمنيوطيقا علماً يتكفل بعرض المناهج للعلوم الانسانية وبيانها، والهدف منها الارتقاء برتب هذه العلوم الى مصاف العلوم التجريبية ورتبتها^(٢)، فهو يرى ان الهرمنيوطيقا أساسا لكل العلوم الروحية اي الدراسات الانسانية والعلوم الاجتماعية اي كل تلك الفروع البحثية التي تضطلع بتفسير تعبيرات الحياة الداخلية للإنسان سواء كانت هذه التعبيرات ايماءات أو افعالا تاريخية أو قانونا مدونا أو اعمالا فنية أو ادبية^(٣).

ونظرية الفهم عند دلتاي تتمثل في الانتقال الى نفسية المبدع التي تحتفظ بالمعنى أو قد تكون هي ذاتها المعنى، فالتعبيرات لغوية كانت أم غيرها تُعد تجلي لنفسية المبدع ولا يمكن الوصول الى ذلك الابداع إلا من خلال الوصول الى تلك النفسية التي اوجدته، فيتحول التعبير بذلك الى مظهر خارجي تتكشف قيمته الحقيقية من خلال المعنى النفسي الداخلي، فتكون الدلالة النصية غير مستقلة عن الظواهر النفسية التي اوجدتها ولا يمكن اعادة بناء النص بعيداً عنها^(٤).

أما مارتن هايدغر (Martin Heidegger) فقد ذهب الى ان الهرمنيوطيقا إنما هي عملية فهم الأشياء، ويقول ان المجتمع البشري لديه من الذهنية المسبقة (المفروضات والتوقعات والمفاهيم) التي يستطيع من خلالها ان يفهم العالم^(٥)، فهو يرى أن التفسير يستلزم فروضات مسبقة وهذه الفروضات هي مفاهيم تلقي بنفسها على فن الاستماع وفهم العبارة من القائل^(٦).

أما غادامير (Gadamer) فقد ذهب الى اعتبار الفهم والتفسير حلقتين في الممارسة التأويلية، فهو يعتقد بعدم وجود اي تفسير دون الفهم، والفهم عنده هو توصل الى تطبيق واستعمال المعنى على الوضعية الراهنة وايجاد اجوبة للمسائل المطروحة وحلول للمشاكل

(١) - عادل مصطفى، فهم الفهم مؤسسة هنداوي سي أي سي، المملكة المتحدة، ٢٠١٧، ص ٥٦، ٥٩.

(٢) - د. علي الاسدي، مصدر سابق، ص ٣٢٣.

(٣) - عادل مصطفى، مصدر سابق، ص ٦٦.

(٤) - (٤) - معتصم السيد احمد، الهرمنيوطيقا في الواقع الإسلامي، ط ١، دار الهادي للطباعة والنشر

والتوزيع، بدون مكان طبع، ١٤٣٠ هـ - ٢٠٠٩ م، ص ٣٦ - ٣٧.

(٥) - د. علي الاسدي، مصدر سابق ٣٢٤.

(٦) - حسن الجواهري، مصدر سابق، ج ٤، ص ١٣.

الواقعة ^(١) ويرى ان كل متن او شيء يمكن تفسيره من منظور خاص فلا يوجد تفسير نهائي وعيني ^(٢).

وتدور افكار غادمير لا سيما في كتابه الحقيقة والمنهج حول مسألتين أساسيتين هما نقده اللغوي للمنهج ورواده، والبحث عن الحقيقة بعيدا عن المنهج معتبرا المنهج يقوم في الواقع بتغريب الحقيقة وابعاد القارئ او المفسر عن النص ^(٣)، فالحقيقة عند جادامير لا تطلب منهجيا بل جدليا، فالمنهج بخلاف الجدل لا يكشف حقيقة جديدة بل هو يعبر عن الحقيقة المضمرة سلفا في داخله، اما الجدل فيترك الموضوع الذي يقابله يلقي اسئلته الخاصة التي تتعين الاجابة عنها ^(٤)، ولا يوجد عند غادمير فهم يبلغ حد اليقين والاكتمال فالفهم يبقى دائما فهما مفتوحا او تحسين متواصل لمعرفةنا بالعالم ^(٥).

ومن المعطيات المهمة في هرمنيوطيقا غادمير ان الفن والعمل الابداعي لا يعبر عن حياة المؤلف وعواطفه، بل هو حالة موضوعية مستقلة عن القائل، فيمتلك بذلك النص القدرة على امتلاك معنى بعيد عن مبدعه، وبذلك يحرر غادامير أفق المعنى من قصد المؤلف ويؤسس لفتح افق جديدة ومستمرة لفهم النص، فهناك نوعين من الأفق أفق الماضي وأفق الحاضر، والمؤول لا يمكنه الخروج من أفقه ليعيش أفقا آخر في الماضي بل ينقل أفق الماضي الى الحاضر ويفهمه ضمن المعطى الراهن، وبذلك فتح غادامير الباب امام المؤول ليشترك في صناعة المعنى ليجعل الماضي معاصرا للحاضر دائما ^(٦).

الفرع الثاني - الهرمنيوطيقا في الواقع الإسلامي

المشروع الهرمنيوطيقي في الواقع الإسلامي لا يتحرك بصورة منفصلة عن المشروع العام الذي يسعى لتجديد الخطاب الديني، فهو لا ينفصل عن المساعي التي تعمل على تشكيل وعي جديد يتجاوز الصورة التقليدية الموروثة للإسلام بغية ايجاد واقع معرفي يكون الإسلام فيه حاضرا ومعاصرا، فأقصى ما تصبو اليه هرمنيوطيقا الواقع الإسلامي هو تفكيك النص الديني

(١) - حساني دواجي غالي، الهرمنيوطيقا واتيفا التخاطب، اطروحة الدكتوراه، كلية العلوم الاجتماعية، جامعة وهران، ٢٠١٢ / ٢٠١٣ ص ٥٣.

(٢) - د. علي الاسدي، مصدر سابق، ص ٣٢٥.

(٣) - حساني دواجي غالي، مصدر سابق، ص ٤٧.

(٤) - عادل مصفى، مصدر سابق، ص ١٦٠.

(٥) - ايمان أومغار، سهيلة بن عبد الرحمن، المنهج التأويلي بين الفلسفة وعلم النفس، رسالة ماجستير، كلية العلوم الاجتماعية والانسانية، جامعة اكلي محند أولحاج - البويرة، ٢٠١٤ - ٢٠١٥، ص ٤٦.

(٦) - معتصم السيد احمد، الهرمنيوطيقا في الواقع الإسلامي، ص ٥٣.

واعادة بناءه بشكل ينسجم مع الحاضر وآليات تفكيره المعاصرة وهو هاجس جميع المشتغلين بمشروع التجديد ^(١).

فالخطوة الأولى التي قام بها اصحاب هذا المنهج وهي الخطوة الالهة في بناء أسهم ومنهجيتهم في القراءة للنصوص ؛هي الغاء قدسية الوحي الالهي والنصوص الإسلامية خصوصاً القرآنية منها ؛لأن ذلك سوف يفتح آفاقاً واسعة للخوض في هذه النصوص ويفتح الباب على مصراعيه فيحولها الى مصاف النصوص البشرية التي لا تستند الى حدود تمنع اختراقها ^(٢) فأصحاب المنهج الهرمنيوطيقي الإسلامي يرون ان للنص دلالات متعددة ، وان ربط هذه الدلالات بالأصل الالهي للنص يؤدي الى استغلاق معنى النص وعدم امكانية النفاذ الى مستويات معانيه وبذلك يقول احدهم " لكن ربط تعدد مستويات الدلالة بالأصل الالهي والوجود الأزلي للنص ادى الى استغلاق معنى النص نتيجة استحالة النفاذ الى مستويات معانيه في نهاية الأمر " ^(٣).

وبذلك فهم يقدمون مشروع لقراءات مفتوحة لا تعترف بوجود معاني يمكن ان يحتفظ بها النص حتى يمكن البحث عنها في تراث المسلمين ، وانما المعنى هو الذي يتشكل بناء على الافق الثقافي الذي تتحكم فيه المرحلة وبالتالي غياب اي مفهوم خاص يمكن ان يحتفظ فيه الإسلام كدين ^(٤).

ويتضح ذلك جلياً في مقالة احدهم " نجد ضمن هذا المنظور ان الإسلام لا يكتمل ابداً بل ينبغي اعادة تحديده وتعريفه داخل كل سياق اجتماعي – ثقافي وفي كل مرحلة تاريخية معينة" ^(٥).

ومن هنا فإن مشروع القراءات التأويلية ليس مشروعاً ترميمياً لما هو موجود وانما بناء جديد يتجاوز كل الصور التقليدية للإسلام ، وذلك من خلال خلق نظام معرفي مفتوح وسيلال يكتسب وجوده من خلال سيره التاريخي وفقاً لتشكلات الواقع الاجتماعي والثقافي ^(٦) ،

(١) - معتصم السيد احمد ، مصدر سابق ، ص ٦٥ .

(٢) - د. علي الاسدي ، مصدر سابق ص ٢٩٩ .

(٣) - نصر حامد ابو زيد مفهوم النص ، ط ١ ، المركز الثقافي العربي - الدار البيضاء - المغرب ، ٢٠١٤ ، ص ٤٣ .

(٤) - السيد معتصم السيد احمد ، مناهج التشريع بين الموروث ومحاولات التجديد ، ط ١ ، دار المحجة البيضاء ، بدون مكان طبع ، ٢٠١٣ ، ص ١٩٨ .

(٥) - محمد اركون ، الفكر الإسلامي قراءة علمية ، ط ٢ ، الدار البيضاء ، بيروت ، ١٩٩٦ ، ص ٢٠ .

(٦) - معتصم السيد احمد ، الهرمنيوطيكا في الواقع الإسلامي ص ٧١ .

وبذلك فإن قراءة النص الديني وفقا للصيغة المتقدمة تتضمن التحرر من سلطة النصوص ومن مرجعيتها الشاملة وهي محاولة لإطلاق الحرية للعقل الانساني وفتح آفاق المعرفة الفوضوية^(١)، لذلك نراهم ينددون بتصور الوجود الازلي للنص لأنه يؤدي من وجهة نظرهم الى المبالغة في قداسة النص وتحويله من كونه نصاً لغوياً دالاً قابلاً للفهم الى ان يكون نصاً تصويرياً^(٢).

لذلك فقد دعوا الى قراءة النص قراءة تاريخية لا قراءة لاهوتية اسطورية؛ من اجل تفويض مفهوم النص كوحي مفارق موجود على نحو ازلي خطي في اللوح المحفوظ أو كمعطى مفروض بقوة الهية يسبق الواقع ويشكل وثباً عليه ، وتجاوزاً لقوانينه، ليحل محله مفهوماً آخر قوامه ان القرآن نص لغوي ومنتج ثقافي انطلق من حدود مفاهيم الواقع^(٣) ، فظاهرة الوحي لم تكن ظاهرة مفارقة للواقع بل كانت جزءا من مفاهيم الثقافة ونابعة من موضوعاتها وتصوراتها^(٤).

والقرآن نزل مستجيباً لحاجات الواقع وحركته المتطورة خلال فترة زادت على ٢٠ عاماً ومع تغير حركة الواقع وتطوره بعد انقطاع الوحي تظل العلاقة بين الوحي والواقع علاقة جدلية يتغير فيها معنى النص ويتجدد بتغير معطيات الواقع^(٥). والإيمان بالمصدر الالهي للنص أمر لا يتعارض مع تحليل النص من خلال فهم الثقافة التي ينتمي اليها ، ولا يمكن من ثم ان نتحدث عن نص مفارق للثقافة والواقع طالما انه نص داخل اطار النظام اللغوي للثقافة ، وان إلهوية النص لا تنفي واقعية محتواه ولا تنفي من ثم انتماءه الى ثقافة البشر^(٦).

وفي منهج تحليل النصوص تنبع مصداقية النص من دوره في الثقافة فما ترفضه الثقافة وتنفيه لا يقع في دائرة النصوص وما تتلقاه الثقافة بوصفه نصاً دالاً فهو كذلك، وقد يختلف اتجاه الثقافة في اختيار النصوص من مرحلة تاريخية الى مرحلة تاريخية أخرى فتتفي ما سبق لها ان تقبلته او تتقبل ما سبق لها ان نفتته من النصوص^(٧).

(١) -د. علي الاسدي ، مصدر سابق ، ٣٠١ ٣٠٢

(٢) - نصر حامد ابو زيد، مفهوم النص، مصدر سابق ص ٤٣

(٣) -علي حرب، نقد النص ، ط ٤ ، المركز الثقافي العربي ، الدار البيضاء ، المغرب ، ٢٠٠٥ ، ص ٢٠٥

(٤) - نصر حامد ابو زيد، مفهوم النص ، مصدر سابق ص ٣٤ .

(٥) - نصر حامد ابو زيد ، فلسفة التأويل، ط ١ ، دار التنوير للطباعة والنشر ، بيروت - لبنان ، ١٩٨٣ ص ١٦

(٦) - نصر حامد ابو زيد ، مفهوم النص ص ٢٤ وما بعدها يتحدث عن علاقة النص بالثقافة والواقع .

(٧) - المصدر نفسه ص ٢٧.

وبتلك الأفكار مهدوا لأنفسهم الطريق للتصرف بالنصوص الدينية فهم يقولون انه " على الرغم من إن المدونة القرآنية أصبحت مغلقة نهائياً وبشكل لا مرجوع عنه من الناحية اللاهوتية فأنا نستطيع ان نقبل تاريخياً بأنها تظل مفتوحة على التحسينات النصية التي قد يقدمها النقد الفيلوجي أو اللغوي التاريخي ولكن هذه التحسينات تظل افتراضية جداً ومشكوكاً فيها "(١).

ان ذلك نتيجة طبيعية لإيمانهم بأن النصوص الدينية أصبحت تراثاً يشكل عقبة في طريق التقدم لذلك فقد قالوا "لماذا يلح علينا هاجس التراث هذا اللاحاح المورق والذي يكاد يجعلنا أمه فريده في تعلقها بحبال الماضي كلما حز بها أمر من الامور أو مرت بأزمة من الازمات ، فاذا كان التقدم يشير الى المستقبل ويدل على الحركة فإن التراث يشير الى الماضي ويدل على السكون والخمود وكأن العربي قد كتب عليه دون البشر كافة ان تسير قدماه الى الامام بينما يلتفت رأسه الى الخلف فلا هو يحقق التقدم ولا يقنع بالحياة التي ورثها من الاسلاف" (٢)

فلا العجب والحال هذه ان نجد بعضهم يقول "اني أرحزح المسائل القديمة في اطار معقوليتها الانغلاقية الى إطار آخر مختلف تماماً واوسع بكثير اني ارحزحها الى الاشكالية التعددية والمتنوعة الوجوه لمفهوم الوحي المعقد جداً والذي لم يفكك بعد"(٣)

فالقراءة الجديدة كما يصرح بذلك أصحابها ، هي عبارة عن دراسة النصّ الديني ومحاولة فهمه فهماً جديداً بإطلاق الحرية من قواعد اللغة وأصول الفقه وعلم التفسير (٤) وقد أدى ذلك بأصحاب القراءات الجديدة للنص الشرعي الى تعطيل الدلالة الواضحة لكثير من النصوص وإلغاء الأحكام المستنبطة منها والاقتصار على الرأي المجرد والخواطر الناشئة عن التحكم والهوى وتطويع النصوص مع الواقع ولو كان مجافياً لما استقر من مبادئ ومثل وقيم (٥).

وإذا كان النص يجب أن يُقرأ قراءة جديدة تنسجم مع ما هو واقع في الخارج من أوضاع وأحوال الناس فان افترضنا أن الواقع الخارجي كان باطلاً وشرّاً وظلماً فمعنى ذلك ان النص

(١) محمد اركون ، القرآن من التفسير الموروث الى تحليل الخطاب الديني ، ط ١ ، دار الطليعة ، بيروت ، ٢٠٠١ ، ص ١١٥ ١١٦ .

(٢) نصر حامد ابو زيد ، النص ، السلطة ، الحقيقة ، ط ١ ، المركز الثقافي العربي ، الدار البيضاء ، بيروت ، ١٩٩٥ ص ١٣ .

(٣) - الاشكالية تعني جعل الشيء اشكالياً بعد ان كان يبدو بديهياً او تحصيل حاصل واستخدام اركون لمصطلح الزحزحة يعني انه يزحزح اولا المفهوم عن موقعه التقليدي الراسخ ثم يفككه ثانياً لكي يتجاوز معناه التقليدي الراسخ ثالثاً محمد اركون ، القرآن من التفسير الموروث الى تحليل الخطاب الديني ص ٢٧ ٢٨ .

(٤) حسن الجواهري ، مصدر سابق ، ص ١١

(٥) د. عبد السلام احمد فيغو ، مصدر سابق ، ص ١٧ .

الديني أجاز الباطل والشر والظلم وهذا مما لا يمكن تصوره في النص الديني الذي جاء به الوحي لاصلاح البشرية^(١).

ومن الأساليب التي اتبعها اصحاب القراءة الجديدة الإعتماد على المنهج اللغوي والأدبي في فهم النصوص ولا شك ان هذا المنهج هو احد المناهج التي يمكن من خلالها فهم النصوص إلا ان هذا لا يعني انه المنهج الوحيد الذي يقتصر عليه في ذلك ، لأن المنهج اللغوي اذا لم تضبط قواعده ولم تعتمد أسسه الصحيحة يكون منهجاً مرناً قابلاً للتغير تبعاً لطريقة الاستدلال وبالتالي سوف تشكل هذه المنهجية استدراجاً للنصوص الإسلامية لغرض فهمها وتفسيرها بحسب هذا المنهج ليحققوا مآربهم ويمرروا مخططاتهم للنيل من الشريعة المقدسة^(٢).

ومن عبارتهم الدالة على هذا المنهج ما ذكره بعضهم^(٣) "يلزمنا استشارة نصوص أخرى معاصرة لفترة القرآن وينبغي القيام ببحوث كاملة عن المعجم الثقافي والفكري في زمن القرآن".

ومنها ما ذكره آخر " ان تطبيق نهج تحليل النصوص اللغوية والأدبية على النصوص الدينية لا يفرض على هذه النصوص نهجاً لا يتلاءم مع طبيعتها ان المنهج هنا نابع من طبيعة المادة ومتلائم مع الموضوع "^(٤).

وهذه دعوة حق ارادوا بها باطلاً، فالقرآن وان نزل بلغة العرب السائدة آنذاك إلا ان الألفاظ منها المشترك ومنها المنقول ومنها الحقيقي ومنها المجازي ومنها العام ومنها الخاص ومنها المطلق ومنها المقيد ، وكل ذلك يحتاج التعامل معه لا الى مجرد اللغة وحدها بل يجب أن تحاكم لغة الادباء في ذلك الزمن وفق الاساليب المختلفة التي اتبعها الخطاب الالهي في البيان وبذلك فإن السلف الصالحين دأبوا على استنباط الأحكام من النصوص الدينية وفقاً لقواعد مزجوا بها بين اللغة والمنطق والسيرة العقلانية وهي ما اسموها بـ (أصول الفقه الإسلامي) .

تبين لنا من مجموع ما تقدم فساد المنهج الهرمنيوطيقي الذي اتبعه الحداثيون في التعامل مع النصوص الدينية ، فقد حاولوا فهم وتأويل النصوص الدينية وفق ثقافة غربية كما يصرح بعضهم بتأييده لجعل الوافد الغربي معياراً لسلامة فهم الإسلام بقوله " لا احد يملك ان ينكر ان مشروع النهضة الذي تولدت ملامحه مع مطلع القرن التاسع عشر في عالمنا العربي قد اعتمد

(١) حسن الجواهري، مصدر سابق ، ص ٢٢ .

(٢) د. علي الاسدي ، مصدر سابق، ص ٣١٠

(٣) - محمد اركون، الفكر الإسلامي ، مصدر سابق ، ص ٢٣٥.

(٤) نصر حامد ابو زيد ، مفهوم النص، مصدر سابق ، ص ٢٧ .

على معادلة طرفيها التراث العربي الإسلامي الذي تم توحيده بجوهر الإسلام وذاتيته المطلقة من جهة وبين التراث الاوربي الغربي الذي تم تركيزه في الكشف العلمية وثمارها التكنولوجية من جهة أخرى وكان التوفيق بين طرفي المعادلة هو أساس مشروع النهضة سواء تحركت المعادلة في اتجاه الإسلام بوصفه أساساً مرجعياً لتقبل الوافد الغربي او تحركت باتجاه الوافد الغربي لجعله معياراً لسلامة فهم الإسلام ولمشروعية تأويله " (١)

فالمنهج المتقدم محاولة لنزع قداسة النص القرآني وعزل النص عن شبكة النصوص الدينية الأخرى واعتباره وحدة مجتزئة منفصلة حتى يسهل التعامل معها اثناء عملية الحفر التاريخي بعيداً عن الادوات والمناهج التي تواضع عليها العلماء المسلمون للتعامل مع النص مع الاكتفاء بألية اسباب النزول للاستناد اليها لإثبات تاريخية النص وانه متجذر داخل سياقه التاريخي ولا يتمتع بالإطلاقية التي تميز النصوص المقدسة عما عداها من النصوص (٢).

فالمحاولات الحديثة لتقديم خطاب اسلامي متجدد لم تبحث عن منهجية القرآن الخاصة في توليد المعرفة وانما استعارت آليات الفلسفة الحديثة من تأويلية وبنوية وتفكيكية وغيرها مما ساهم في خلق انماط اسلامية جديدة زادت من حدة التباين الموجود (٣).

الفرع الثالث - مدى امكانية استثمار هرمنيوطيقا النص في التفسير المتطور

تعدّد القراءات ، يعد أمرٌ إيجابيّ إذا كان خاضعاً لضوابط وقوانين تحكمه ، وهو وسيلة لتجاوز القشور في النصّ والغوص في أعماقه كي يستخرج منه المعاني المكنونة في بواطنه . (٤) فالمعول عليه في التأويل هو البحث في ثنايا النص عن حركة داخلية تنظّم الأثر وتنسّقه، وعن طاقة هذا الأثر في سبق ذاته أو الاندفاع خارج ذاته، وهذه الحركة المزدوجة الديناميّة الداخليّة والقصدية البرانيّة تؤسّس لما يسمى بنشاط النص أو العمل الفعليّ للنصّ ، أو تلك الفاعليّة الواقعيّة للخطاب حول أصل التولّد الحضاريّ من جهة التأسيس، ومن جهة الإراءة لحركة السير الحضاريّة التفاعليّة مع مجمل أشياء العالم. (٥).

(١) نصر حامد ابو زيد ، النص والسلطة ، ط ١ ، المركز الثقافي العربي ، الدار البيضاء ، بيروت ، ١٩٩٥ ، ص ٢٦ .

(٢) د. عبد السلام احمد فيغو، مصدر سابق ، ص ١٢ .

(٣) معتصم السيد احمد ، الموروث ص ١٩٤

(٤) الشيخ محمد السند ، بحوث معاصرة في الساحة الدولية ، ط ١ ، مطبعة ستارة ، بدون مكان طبع ، ١٤٢٨ هـ ، ص ٣٣ .

(٥) د. عبد العالي العبدوني ، الهرمنيوطيقا الدينية ، بحث منشور في مجلة الحياة ، العدد ٣٦ ، السنة ٢١ ، ٢٠١٧ ، ص ٤٦ ، ٤٧

لذلك فقد نظر البعض الى التأويل على انه استشارة العقل ليصل الى وعي الحقائق ومشاهدتها عن كثب على نحو يضمن خلود النص القرآني الذي يعتمد لغة ثبات الإطار وحركة المحتوى وانه الجسر الموصل بين النص وبين الفهم^(١) فالنص تجربة عقلية قصدية واعادة القراءة محاولة لإعادة انتاج التجربة في خطاب جديد يرتبط بالنص المقروء بمعنى ان اعادة القراءة محاولة لتفكيك خطاب النص واستعادة تركيبه بفاعلية جديدة وفهم محدد يحقق التناسق بين انتاج النص الأصلي واعادة انتاج النص بروية تضع في اعتبارها التغيرات التي سببها البعد الزمني بين الإنتاج الأول واعادة القراءة^(٢).

ذلك ان مقتضى خاتمية الرسالة الإسلامية الجمع بين الأصالة والحداثة لأن الرسالة عندما تكون خاتمة لا بد ان توجد فيها مقتضيات الاستمرار والبقاء والقدرة على ملائمة الظروف والمستجدات^(٣).

واذا كان من المفترض ان النص خارج محدودية التاريخ والحضارات فلا بد من قدر من المشروعية لإعادة قراءة التراث قراءة واعية كاملة وقدر من اعادة التأمل بالنص لاستخراج الافادات المعاصرة منه^(٤) ، ومن جانب آخر ان اللغة ظاهرة تاريخية وشروط وامكانيات البيان هي ظواهر تاريخية متحولة عبر الزمن وكذلك عملية الفهم ذات خصوصية تاريخية تجعل شروطها وادواتها متغيرة على امتداد العصور^(٥).

ولغرض استثمار افكار هرمنيوطيقا النص في التفسير المتطور للقانون ننقل هنا تجربة لأحد الباحثين للهرمنيوطيقا في الواقع الإسلامي حاول من خلالها ان يقدم مشروع تأويلي يتجاوز فيه العبثية في التعامل مع النصوص لننتقل منها الى محاولة لتوظيف الأفكار الهرمنيوطيقية (ان صح التعبير) في تفسير القانون .

ونبتدى بتعريفه للتأويل بأنه "العبور الى باطن النص لمعرفة الحكم والسنن"^(٦) وقيم الآيات وسننها المحكمة هي بمثابة الأصول وهي قاعدة الصرح القرآني وأم بنائه ، فالسنن

(١)- السيد محمد تقي المدرسي ، التشريع الإسلامي ، ج ١ ، انتشارات مدرسي ، بدون مكان طبع ، ١٤١٣ هـ ، ص ٢٩

(٢)- د. عبد السلام احمد فيغو، مصدر سابق ، ص ٢١ ٢٢.

(٣) مؤسسة تراث الشهيد الحكيم ، الاصاله و المعاصرة، ط ١ ، مطبعة العترة الطاهرة ، النجف الاشرف ، ٢٠٠٥ ، ص ٢٨ ٢٩

(٤) - د. عبد الامير كاظم زاهد ، العقلانية والتأويل في الفكر الديني المعاصر ، بحث منشور من قبل مركز دراسات الكوفة ، العدد ٢٨ ، ٢٠١٣ ، ص ٢٧ .

(٥) د. علي الاسدي ، مصدر سابق ٣١٩ ٣٢٠.

(٦) - معتصم السيد احمد ، الهرمنيوطيقا في الواقع الإسلامي، ص ١٧٩ .

المحكمة في نهاية المطاف هي أم الكتاب ، وهذه القيم هي التي تدور حولها بقية الظواهر في الآيات المتشابهة ، ففهم المتشابه يكون من خلال الاحتكام للمحكم ، والتأويل هو الطريق الموصل الى قيم النص وحكم الأحكام ، وهي المساحة التي يتحرك بها العقل الانساني ، وحينها يتكامل العقل والنص في رؤية واحدة تؤسس للخطاب الإسلامي في كل مراحله ، ولكن يبقى السؤال ما هي قيمة القيم التي يسعى الإسلام لتحقيقها ؟^(١)

وبغض النظر عن الإجابة عن السؤال المتقدم نحاول ان نوظف هذه التجربة في نطاق القانون لنستفيد منها في التفسير المتطور ولكن بعد ان نذكر المثال الذي اوضح فيه الباحث تجربته تلك لأنه مثال مستوحى من النظام القانوني .

يضرِب الباحث مثلاً بالدستور الذي هو بمثابة القيم الأساسية التي يهدف الى تحقيقها القانون ومن ثم تأتي مجموعة من التشريعات تمثل قيم فرعية مشتقة من القيم الدستورية ، فالقيم الدستورية هي (أم القانون) وهي تقابل السنن المحكمة (أم الكتاب) وهي المرجع الذي يؤول اليه تفسير التشريع فاذا حدث اختلاف في فهم بعض التشريعات الجزئية فالمرجع في هذا الاختلاف الى قيم الدستور التي تعتبر محكمات القانون ، فالذي يحاول ان يحمل النص القانوني الى معنى بعيد ؛ يعد ذلك نوعاً من التلاعب على القانون ويجب رده الى المعنى الذي يتماشى مع القيم الدستورية .

والآن نحاول ان ننقل التجربة المتقدمة الى نطاق القانون بعد ان نقدم مقدمة نبين من خلالها تأثير هرمنيوطيقا النص في مجال القانون .

يبحث علم الهرمنيوطيقا عن تحليل اصل الفهم وكيفية تحققه كما يبين مناهج تحقق الفهم الصحيح^(٢) ، فالهرمنيوطيقا هي وسيلة للغوص في اعماق النص كما ذكرنا في مستهل هذا الفرع وهي بهذا المعنى تساهم من غير شك في تفسير القانون تفسيراً متطوراً لذلك فأنا نبينها في وسائل التفسير المتطور.

ونحن اذا أردنا ان نوظف علم الهرمنيوطيقا في تفسير القانون لا نواجه محاذير كتلك التي تحيط بهرمنيوطيقا النصوص الدينية ، فالنصوص القانونية على كل حال نصوص وضعية من صنع الانسان يمكن أن توضع على طاولة النقاش وتخضع لميزان النقد خلافاً للنصوص

(١) - معتصم السيد احمد ، الهرمنيوطيقا في الواقع الإسلامي، مصدر سابق ، ص ١٨٠ ١٨١ ١٨٢ .

(٢) صفدر الهي دار ، مصدر سابق ، ص ٧

الشرعية المقدسة والمطلقة فهي نصوص معصومة من الخطأ ولا يمكن ان تخضع للنقد البشري بحال من الأحوال .

والنتيجة التي ننتهي اليها من تلك المقدمة ان العمل بالمنهج الهرمنيوطيقي لا يتنافى مع النصوص القانونية ولا يحتاج الى حرص شديد كما يحتاجه من يحاول أن يتبع المنهج الهرمنيوطيقي مع النصوص الدينية سيما وان المشرع يصرح بأنه لا ينكر تغير الأحكام مع تغير الزمان .

نأتي الآن لنرى مدى امكانية تطبيق التجربة التي عرضناها من قبل في نطاق تفسير القانون ونستذكر المثال الذي اورده الباحث لتوضيح التجربة ليكون منطلقنا في التطبيق المراد القيام به .

وبالبحث وصف الدستور بأنه أم القانون ، فهو يقع في قمة الهرم في تسلسل التشريعات كما هو معلوم ، ويمثل المبادئ العليا في النظام القانوني ويجب ان تأتي سائر التشريعات على وفق تلك المبادئ طبقاً لمبدأ دستورية القوانين ، ولكن هنا مسألتين يجب الإشارة اليهما :

الأولى : اننا لا يوجد لدينا دستور ثابت سابق على جميع التشريعات ، فقد الغيت دساتير سابقة والعمل يجري وفق دستور جديد لاحق على كثير من التشريعات، فهل يعني ذلك ان ما تضمنته التشريعات العادية السابقة معارضا للدستور اللاحق لها، يعد ملغياً بشكل تلقائي طبقاً لعدم دستوريتها وهل هذه المسألة بالذات ينشأ عنها اختلاف في التفسير ؟.

تبين لنا عند بحث الرقابة على التفسير المتطور ان رقابة المحاكم على دستورية القوانين امر مختلف فيه فقهيًا وتشريعيًا ، وان الاتجاه الراجح هو اعطاء المحاكم حق الامتناع عن تطبيق القانون المخالف للدستور عن كل دعوى يعرض امامها القانون المخالف للدستور دون ان يكون لها مطلقاً الحق في الغاءه ، وتبين لنا ايضاً ان الرقابة على دستورية القوانين في العراق توصف بأنها رقابة مركزية تناط بجهة قضائية يمكن بواسطتها للقضاء العادي أن يتمتع ان تطبيق القانون غير الدستوري وفق ضوابط معينة ، وليس له مطلقاً أن يقوم بإلغاء القانون بل يبقى ذلك الحق من اختصاص السلطة التشريعية وحدها احتراماً لمبدأ الفصل بين السلطات .

وبذلك فلا يمكن القول ان القانون المخالف للدستور يعد ملغياً تلقائياً بل ان الأمر متروك لسلطة المحكمة النازرة بالدعوى ، فلها ان تطلب الى المحكمة الاتحادية البت في شرعية القانون ولا الزام عليها بذلك الا اذا دفع امامها احد الخصوم بعدم الشرعية عن طريق دعوى

يقدمها فإنها تكون ملزمة حينئذٍ بالبت بقبول الدعوى أو عدمه فأن قبلتها ، ترسلها مع المستندات الى المحكمة الاتحادية العليا للبت في الدفع بعدم الشرعية، وتتخذ قراراً باستئثار الدعوى الأصلية للنتيجة . اما اذا رفضت الدفع فيكون قرارها بالرفض قابلاً للطعن امام المحكمة الاتحادية العليا ^(١) ، والمحكمة حتى تتوقف على شرعية النص القانوني تحتاج في بعض الاحيان الى الغوص في عمق النص لمعرفة مدى مطابقتها لمبادئ الدستور سواء في ذلك المحكمة النازرة في النزاع أو المحكمة الدستورية ، ويبرز هنا عمل المنهج الهرمنيوطيقي حيث يمكن للمحكمة ان تتبع هذا المنهج لغرض الفهم الدقيق للنص ومعرفة مدى مطابقتها لمبادئ الدستور .

وهنا مسألتان دقيقتان يجب استحضارهما ، الأولى ، ان المنهج الهرمنيوطيقي في امثال الحالة المتقدمة سوف يساهم في تفسير التشريعات بحسب التطور الحاصل في دستور الدولة من تجديد أو تعديل أو إضافة فيكون تفسيراً متطوراً مع تطور الواقع التشريعي فيكون مسابراً للتجديد الحاصل في المجتمع؛ لأن المفروض ان التغيير الحاصل في الدستور ناجم عن تغير حاصل في المجتمع راعاه المشرع في الدستور .

فكثير من التشريعات المهمة النافذة في العراق في الوقت الحاضر كالقانون المدني وقانون الأحوال الشخصية وقانون المرافعات غيرها صادرة قبل دستور جمهورية العراق النافذ ومن ثم فإن تفسيرها يجب ان يأتي منسجماً مع المبادئ المقررة في هذا الدستور ويعد ذلك تفسيراً متطوراً لها .

والمسألة الثانية هي أن الدستور اذا كان يتضمن قمة القيم؛ فانه لا يتضمن كل القيم العليا ومن ثم فإن هناك قيم عليا لا ينص عليها الدستور بل تتضمنها التشريعات العادية وتجعلها في دائرة النظام العام ، وبذلك فإن القيم التي لا ينص عليها الدستور ؛ تأتي التشريعات العادية وتضعها بشكل قواعد أمرة ، وبالتالي فإن السير وفق المنهج المتقدم في التفسير يقتضي القول بضرورة تفسير احكام تلك التشريعات بما يتلاءم مع الأحكام المتعلقة بالنظام العام فيها .

وهنا يعمل المنهج الهرمنيوطيقي على أكثر من مستوى ، فمن جهة ان الأحكام المتعلقة بالنظام العام غير محصورة بعدد معين من الأحكام وليس لها ضابط دقيق، وهنا يظهر دور القاضي في تحليل محتوى النص ليصل الى معدن الحكم ليعرف مدى تعلقه بالنظام العام في

(١) - المادتين ٣ ، ٤ من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا .

المجتمع الذي يطبقه فيه، اي بعد مراعاة عنصري الزمان والمكان لأن فكرة النظام العام فكرة مرنة تختلف في المجتمع المسلم عنه في المجتمع المسيحي وهكذا ، وقد تختلف في المجتمع الواحد من زمن لآخر .

ومن جهة أخرى وبعد ان يحدد الأحكام المتعلقة بالنظام العام يحتاج القاضي أن يصل الى عمق النص مرة أخرى ، ولكن هذه المرة يغوص في اعماق الأحكام غير المتعلقة بالنظام العام ليعرف مدى انسجامها مع الطائفة الأولى من الأحكام لينتهي في نهاية المطاف الى تطبيق سليم للقانون يضبط فيه الفروع على ضوء الأصول وفق رؤية حديثة تراعى فيها الظروف الزمكانية (ظروف الزمان والمكان) وهذا عين المنهج الهرميوطيقي الذي يتبع بغية تحقيق الانسجام بين النص والواقع المتغير والذي يحمل فكرة ثبات الإطار وحركة المحتوى كما مر في مستهل الكلام في هذا الفرع .

المطلب الثاني - الدلالة العقلية للنص

تعتمد الدلالة العقلية للنص على المصلحة المبتغاة من الحكم الذي يقرره ، والمصلحة من الحكم القانوني يُعبر عنها بالحكمة من التشريع ، وهذه الأخيرة قد تكون واضحة بيّنة ، وقد لا تكون كذلك ، فإن كانت الحكمة من الحكم واضحة ولا تحتاج الى استنباط؛ فإن تطبيقه (اي الحكم) على الحالات المعروضة بما يحقق الحكمة منه يكون من باب الموافقة بين الحالة التي ورد فيها الحكم وبين الحالات الأخرى التي تتحقق حكمة الحكم بتطبيقه عليها ، كما ان استبعاد تطبيق الحكم عن الحالات التي لا تتحقق الحكمة من التشريع بتطبيقه عليها يكون من باب المخالفة بين الحالة التي شرع لها الحكم أصلاً وبين الحالات الأخرى التي لا يحقق تطبيق الحكم عليها الحكمة من التشريع ، وهذا هو العمل بمفهوم النص .

أما إذا لم تكن الحكمة من الحكم واضحة ؛ فإن ذلك لا يعني ان القاضي لا يلزم بمراعاتها بل هو ملزم بذلك قانوناً حسب نص المادة الثالثة من قانون الإثبات ، والقاضي باعتباره ملزماً بمراعاة الحكمة من التشريع لا بد له من استنباطها إن لم يجدها واضحة بيّنة ، فإذا استنبطها في ضوء ظروف وقرائن معينة ؛ كان عليه ان يراعيها فيما يصدره من أحكام ، وإلا كان حكمه معيباً بعيب الخطأ في تطبيق القانون، ومراعاة الحكمة من التشريع تعني تطبيق النص في ضوء الحكمة منه على كل حالة تتوفر فيها تلك الحكمة وذلك عن طريق القياس ، ويعني ذلك مد حكم حالة لحالة أخرى على أساس اتحادهما في الحكمة من التشريع باعتبارها المناط في تحديد الأحكام القانونية .

بناء على ما تقدم سوف نبحت بالدلالة العقلية للنص من خلال بيان الطريقتين المتقدم ذكرهما بفرعين؛ نخصص الأول منهما لدلالة المفهوم ، و نتناول في الثاني دلالة القياس

الفرع الأول - دلالة المفهوم

مفهوم النص يقابل منطوقه لأنه دلالة في غير محل النطق وهو من الدلالة الإلزامية للنص ، فمفهوم النص مسكوت عنه في النص ولكنه مما يستدل عليه بذات النص بناء على موافقة مدلول اللفظ في محل السكوت لمدلوله في محل النطق او مخالفته له ، وفي كلا الحالتين يؤدي المفهوم دوراً في تفسير القانون ، ولغرض توضيح ذلك سنتناول دلالة المفهوم ببنيين وعلى النحو الآتي :

أولاً : تعريف المفهوم

ويعرف المفهوم بأنه "حكم دل عليه اللفظ لا في محل النطق " ^(١) وهو اصطلاح أصولي يختص بالمدلولات الإلزامية ^(٢) لأنه معنى يفهم من اللفظ بالدلالة الإلزامية ^(٣). وبهذا الصدد قيل ان " اللفظ لا يشعر بذاته وانما دلالاته بالوضع ولاشك أن العرب لم تضع اللفظ دالا على شيء مسكوت عنه فإن اللفظ إما أن يشعر بطريق الحقيقة أو المجاز وليس المفهوم واحدا منهما وبناء على هذا أنه لا يصح الاستدلال بكون أهل العربية صاروا إلى المفهوم فإنهم إنما أخذوه بطريق الاستدلال بالعقل " ^(٤).

وينقسم المفهوم على قسمين :

(١)- الشيخ محمد رضا المظفر ، اصول الفقه ، ج ١ ، مصدر سابق ، ص ١٥٥ ، محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، ، ص ١٧٨ أحمد بن علي الرازي الجصاص ، الفصول في الأصول ج ١ ، ط ١ ، بدون مكان طبع ، ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩ م ، هامش ص ٢٨٩ .

(٢)- الشيخ محمد رضا المظفر ، اصول الفقه ، ج ٣ ، مصدر سابق ، ص ١٥٤ ، ومن الجدير بالإشارة ان دلالة الالتزام العقلية هي أن يحكم العقل بعد التأمل في الخطاب وفي شيء آخر كون ذلك الشيء لازماً مراداً عند المتكلم وإن لم يدل عليه ذلك الخطاب بالوضع ، انما حصل من العقل بواسطة خطاب الشرع ويقال لذلك أنه خطاب حصل بتبعية الخطاب الشرعي أنظر ميرزا أبو القاسم القمي مصدر سابق ، ص ١٠٢ .

(٣)- السيد محمد صادق الروحاني ، زبدة الأصول ج ٢ ، ط ١ ، مدرسة الامام الصادق ، مطبعة امير ، بدون مكان طبع ، ١٤١٢ هـ ص ٢٣٦ . وقد فصلنا الكلام في دلالة الالتزام عند كلامنا عن عناصر التفسير المتطور فلا داعي للتفصيل بها هنا .

(٤)- نسبه الزركشي في البحر المحيط للكرخي ، أنظر الامام بدر الدين الزركشي ، ج ٣ ، مصدر سابق ، ص ٨٨ .

١ - مفهوم الموافقة

يراد بمفهوم الموافقة أن يكون المسكوت عنه موافقاً للمنطوق به ^(١) ، وهناك تعريفات متعددة بهذا المعنى ، فقد قيل ان مفهوم الموافقة "ما كان الحكم في المفهوم موافقاً في السنخ للحكم الموجود في المنطوق" ^(٢) ، وقيل هو " ما يكون مدلول اللفظ في محل السكوت موافقاً لمدلوله في محل النطق" ^(٣) ، كما قيل "والمعنى اللازم من اللفظ المركب إما أن يكون موافقاً لمدلول ذلك المركب في الحكم أو مخالفاً له والأول مفهوم الموافقة" ^(٤) .

وينقسم مفهوم الموافقة الى قسمين : الأول ما كان فيه المفهوم أولى وأعلى دلالة من المنطوق ، والثاني ما كان فيه المفهوم مساوياً للمنطوق في قوة الدلالة ^(٥) ، وقد يطلق على مفهوم الموافقة فحوى اللفظ ^(٦) ، أو فحوى الخطاب ^(٧) ، وقيل انه سمي بفحوى الخطاب لأن الفحوى ما يفهم منه على سبيل القطع وهو كذلك ^(٨) .

ويلاحظ هنا ان مفهوم الموافقة هو توافق في الحكم ناتج عن توافق في العلة ، ولكنه توافق يقيني تنشأ عنه ملازمة منطقية تجعل منه اقرب ما يكون الى القياس المنطقي ، فهو المفهوم الذي وافق المنطوق في حكمه بناء على موافقته له في علته موافقة تفهم بمجرد فهم اللغة ، وبذلك اختلف مفهوم الموافقة عن القياس ، اذ ان هذا الأخير ينبني على الظن بتوافق العلة بين الأصل والفرع ، والا لو حصل اليقين بتوافق العلة بين مسألتين لما حصل خلاف بجعل الحكم واحداً فيهما اذ تعد كل مسألة منهما معلولاً لعلة تامة ، ولا يتخلف المعلول عن علته ^(٩) .

(١) - د. أحمد فتح الله ، معجم الفاظ الفقه الجعفري ط ١ ، بدون مكان طبع ، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م ، ص ٣١٦ .

(٢) - الشيخ محمد رضا المظفر ، اصول الفقه ، ج ١ ، مصدر سابق ، ص ١٥٧ .

(٣) - العلامة علي بن محمد الأمدي ، ج ٣ ، مصدر سابق ، ص ٦٦ .

(٤) - الامام بدر الدين الزركشي ، ج ٣ ، مصدر سابق ، ص ٩٠ .

(٥) - جواد احمد البهادلي ، المبسط في اصول الفقه ، ط ١ ، دار الابرار ، النجف الاشرف ، بدون سنة طبع ، ص ١١٧ .

(٦) - الامام أبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي ، المستصفى في علم الأصول ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، ص ٢٦٥ .

(٧) - الشيخ محمد رضا المظفر ، ج ٣ ، مصدر سابق ، ص ٢٠٣ ، العلامة علي بن محمد الأمدي ، ج ٣ ، مصدر سابق ص ٦٦ ، الامام بدر الدين الزركشي ، ج ٣ ، مصدر سابق ، ص ٩٠ .

(٨) - السيد علي الموسوي القزويني ، تعليقة على معالم الأصول ج ٤ ، ط ٢ ، مؤسسة النشر الإسلامي ، بدون مكان طبع ، ١٤٣٠ هـ ، هامش ص ٢٤٥ .

(٩) - الشيخ محمد رضا المظفر ج ٣ ، مصدر سابق ، ص ١٨٩ ، الشيخ بهاء الدين محمد بن الحسين البهائي العاملي ، الحبل المتين ، انتشارات بصيرتي ، قم ، بدون سنة طبع ص ٣٠ .

٢- مفهوم المخالفة

يقصد بمفهوم المخالفة أن يكون المسكوت عنه مخالفاً " للمنطوق في الحكم ^(١) ، وقد ورد ورد هذا المعنى عند الأصوليين بألفاظ مختلفة ، ف قيل ان مفهوم المخالفة أن يكون الحكم المستفاد من اللفظ التزاماً مخالفاً للمنطوق ^(٢) ، وقيل انه ما كان الحكم فيه مخالفاً في السنخ للحكم الموجود في المنطوق ^(٣) ، وقيل ان مفهوم المخالفة يفيد في المسكوت عنه انتفاء مثل حكم المذكور ^(٤) ، وقيل ايضاً انه ما يكون مدلول اللفظ في محل السكوت مخالفاً لمدلوله في محل النطق ، ^(٥) ، وقيل ايضاً ان مفهوم المخالفة هو إثبات نقيض حكم المنطوق للمسكوت ^(٦) .

ويسمى مفهوم المخالفة بدليل الخطاب ^(٧) ، وهو على انواع لعل اهمها الصفة والشرط والغاية والعدد ^(٨) .

ومن امثلة الصفة في القانون المدني ما نصت عليه المادة ٩٩ من القانون المدني من تقييد الصغير بصفة المأذون بقولها " الصغير المأذون في التصرفات الداخلة تحت الاذن بمنزلة البالغ سن الرشد " .

ومن امثلة الشرط ما اورده المادة ١٤٢ / ٢ من شروط لانتقال الحقوق والالتزامات الشخصية الى الخلف الخاص بقولها " اذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك الى خلف خاص، فان هذه الإلتزامات والحقوق تنتقل الى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء اذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء اليه " .

(١) - محمد قلنجي ، مصدر سابق ، ص ٢١٠ ، احمد فتح الله ، مصدر سابق ، ص ١٩٠ .

(٢) - محمد حسين الحسيني الشهرستاني، ج ١ ، مصدر سابق ، ص ٣٢٢ .

(٣) - محمد رضا المظفر، اصول الفقه ، ج ١ ، مصدر سابق ، ص ١٥٧ .

(٤) - فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين الرازي ، ج ٣ ، مصدر سابق ، ص ١١ .

(٥) - العلامة علي بن محمد الأمدي ، ج ٣ ، مصدر سابق ، ص ٦٩ .

(٦) - الامام بدر الدين الزركشي ج ٣ ، مصدر سابق ص ٩٦ .

(٧) - الميرزا ابو القاسم القمي ، مصدر سابق ، ص ١٧١ ، الامام بدر الدين الزركشي ، ج ٣ ، المصدر السابق ، ص ٩٦ ، العلامة علي بن محمد الأمدي ج ٣ ، المصدر السابق ، ص ٦٩ .

(٨) - أنظر تفصيل هذه الانواع لدى د. عبد الكريم زيدان ، مصدر سابق ، ص ٦٦ - ٦٩ ، وأنظر ايضاً د. حمد الكبيسي ، مصدر سابق ، ص ٣٢٠ - ٣٢١ ، وكذلك د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، مصدر سابق ، ص ٢٥١ - ٢٥٤ .

ومن امثلة الغاية ما ورد في المادة ١٠٩١ من ان " الحائط الذي يكون وقت انشائه فاصلاً بين بنائين يعد مشتركاً حتى مفرقهما" أي ان غاية الاشتراك بين الحائطين هو مفرقهما وما بعدهما لا يعد مشتركاً ، ومن امثلة العدد ما نصت عليه المادة ٥٧٠ / ١ من لزوم اقامة دعوى ضمان العيب خلال ستة اشهر وإلا سقط الحق بسماعها ، حيث جاء فيها بأنه " لا تسمع دعوى ضمان العيب اذا انقضت ستة اشهر من وقت تسليم المبيع، حتى لو لم يكشف المشتري العيب الا بعد ذلك، ما لم يقبل البائع ان يلتزم بالضمان مدة اطول " .

وتعد المفاهيم من الدلالة العقلية ، لأنها تقابل المنطوق كما ذكرنا ، وبذلك فإن الإستدلال عليها يكون استدلالاً عقلياً ، كما انها من المدلولات الإلزامية، والدلالة الإلزامية من الدلالة العقلية بالقدر الذي بيناه سابقاً ، و تعتمد المفاهيم في كثير من حالاتها على المصلحة المقصودة من تشريع النص ، فالمفهوم اذا كان موافقاً فإن الموافقة فيه ليست هي الموافقة اللفظية وإلا لأصبح اي (المفهوم الموافق) غير ذي فائدة اذ ستكون الحجية للظهور اللفظي وينتفي الإستدلال بمفهوم الموافقة ، ذلك ان اللفظ اذا كان ظاهراً في العموم او الإطلاق فإنه ينطبق على جميع ما يندرج تحته من الأفراد والأحوال استناداً الى ذات الإطلاق او العموم ، وحينئذ لا يصح القول ان الحكم – العام او المطلق - قد انطبق على هذا الحال او ذاك الفرد استناداً الى مفهوم الموافقة ، إذ الإنطباق في الحالة المفروضة يكون من باب الظهور اللفظي وليس لمفهوم الموافقة مدخلية في ذلك ، فهذا الاخير بما هو مفهوم يعد خارجاً عن محل النطق ، فلو كان لذات المنطوق شيوع لفظي فإن انطباقه على ما يندرج تحت هذا الشروع يكون من باب ظهور ذات اللفظ بالشروع ، والظاهر بذاته حجة ^(١) ، فالموافقة اذن ليست لفظية بل هي موافقة في مناط الحكم اي في المصلحة التي شرع من اجلها الحكم .

اما مفهوم المخالفة فإن الحكم إذا شرع لمصلحة معينة ، فإن المصلحة المقصودة منه تعد بمثابة القيد لتطبيق الحكم ، ومن ثم فإن مراعاة الحكمة المقصودة من الحكم تقتضي عدم تطبيقه في موارد عدم تحققها كما سيتضح ذلك في الفرع القادم الذي عقدناه لدور المفاهيم في تفسير القانون .

(١) – محمد رضا المظفر ، اصول الفقه ، ج ١ ، ص ٧٧ . وبهذا الصدد قيل "سكوت الشريعة عن الميل العام عند العقلاء نحو الاخذ بظهور كلام المتكلم وعدم ردها عنه ، فإن ذلك يدل على أنها تقر هذه الطريقة في فهم الكلام وتوافق على اعتبار الظهور حجة" أنظر السيد محمد باقر الصدر ، المعالم الجديدة للأصول ، ط ٢ ، مكتبة النجاح ، طهران ، ١٩٧٥ ، ص ١٧٠ .

ثانيا - دور المفاهيم في تفسير القانون

تفسير القانون بمعناه الواسع يشمل اكمال نواقص القانون مضافاً الى ازالة الغموض والتعارض فيه ^(١)، وتؤدي المفاهيم دورها في نطاق التفسير من خلال مساهمتها في الربط بين النصوص وتنسيق تطبيقها في ضوء المصالح المقصودة من تشريعها ، فإذا علم القاضي ان الحكمة المقصودة من حكم معين تتحقق بتطبيقه على حالة أخرى غير الحالة التي سيق اليها الحكم اصلاً كان عليه ان يطبق الحكم على تلك الحالة الأخرى التي يحقق تطبيق الحكم عليها الحكمة المقصودة منه وذلك استناداً الى مفهوم الموافقة .

وبالمقابل اذا علم القاضي ان الحكمة المقصودة من الحكم لا تتحقق بتطبيقه على حالة معينة وجب عليه الامتناع عن تطبيق الحكم على هذه الحالة وذلك استناداً لمفهوم المخالفة ، على اعتبار ان المصلحة المقصودة من الحكم تعد بمثابة القيد الذي يؤدي تخلفه الى تخلف الحكم لأن الأحكام تابعة للمصالح المقصودة منها .

ومثال الحكمة من التشريع ما تنص عليه المادة ٢٦ / ١ من قانون الأحوال الشخصية بقولها " ليس للزوج ان يسكن مع زوجته بغير رضاها ضررتها في دار واحدة " فإن الحكمة من تشريع هذا الحكم هي تحقيق استقلال الزوجة عن ضررتها ، فإذا فرض ان الزوج قد اسكن زوجته الأولى بدار وزوجته الثانية بدار أخرى واعطى لزوجته الثانية مكنة الدخول والخروج والقيام بتصرفات مادية أخرى في دار الزوجة الأولى ؛ فإن الإستقلال لا يكون متحققاً في هذه الحالة ، وللزوجة الأولى المطالبة بقطع سبل المكنة التي وفرها الزوج لزوجته الثانية على دار الأولى ، وعلى القاضي الإستجابة لطلبها تحقيقاً للحكمة من تشريع المادة ٢٦ / ١ استناداً الى الموافقة بين حالة اسكان الزوجة الثانية مع الأولى وحالة اعطاء الزوجة الثانية مكنة على دار الأولى .

وبالمقابل لو فرضنا ان للزوج دار واحدة ذات طابقين واسكن كل واحدة من زوجاته في طابق منهما ، فإن الإستقلال متحقق هنا وليس للزوجة المطالبة بإخلاء الطابق المخصص لضررتها منها ، وعلى القاضي اذا عرضت عليه دعوى المطالبة بالإخلاء ان يرد الدعوى وليس له تطبيق حكم المادة ٢٦ / ١ على هذه الحالة ؛ بسبب انتفاء الحكمة المقصودة من هذا الحكم ، اذ يعد انتفاء هذه الاخير بمثابة تخلف القيد اللازم لتطبيق الحكم ، ومن ثم لا ينطبق حكم المادة المذكورة على حالة اسكان الزوج مع زوجته ضررتها في دار واحدة ذات طابقين استناداً الى تخلف المصلحة المقصودة من الحكم .

(١) - عبد الباقي البكري ، زهير البشير، مصدر سابق ، ص ١١٨ .

وفي نطاق القانون تجد المفاهيم أساسها في نص المادة الأولى من القانون المدني على أساس ان مجال انطباق النصوص التشريعية يتسع ليشمل المسائل التي تتناولها في فحواها وليست فقط ما تتناولها الفاظها ، وبهذا الصدد اتجه البعض الى القول بوجود الأخذ بمفهوم الموافقة ومفهوم المخالفة عند تفسير النصوص القانونية لأن المقصود بكلمة (فحواها) مفهومها الموافق والمخالف ^(١) ، في حين ذهب اتجاه آخر الى انتقاد صياغة المادة الأولى من القانون المدني على أساس ان المقصود بفحوى النصوص هو مفهوم الموافقة فقط دون مفهوم المخالفة ^(٢)، ويستند هذا الرأي الى ما ذكرنا من تسمية مفهوم الموافقة بـ (بفحوى الخطاب) .

إلا اننا نرى ان المشرع العراقي اراد من مصطلح الفحوى معناه اللغوي ولم يقصد به مفهوم الموافقة فقط كما ذهب الى ذلك الأصوليين ، فإن ترجيح المعنى الأصولي لمفردة (الفحوى) على المعنى اللغوي لها في نطاق القانون انما هو ترجيح من غير مرجح ، بل هو ترجيح الفرع على الأصل ؛ اذ الأصل في معاني المفردات هو اللغة ، والمفردة ان لم يكن لها معنى اصطلاحي في نطاق القانون فإن المرجع فيها الى اللغة لا الى اصول الفقه سيما وان المشرع لم يستخدم تعبير مفهوم الموافقة في عموم القانون فلا داعي لحصر معنى الفحوى فيه .

والفحوى في اللغة يقصد بها معنى الكلام ولحنه ^(٣)، وهو ما يعرف من مذهب الكلام ^(٤)، يقال عرفته من فحوى كلامه - بالقصر وبالمد - أي فيما تَنَسَّمْتُ مِنْ مُرَادِهِ فِيمَا تَكَلَّمَ بِهِ ^(٥) ، وبذلك تعني فحوى النص مآله وما قصد اليه ، ولعل ذلك يساوق ما ذهب اليه المشرع في قانون الإثبات بالزام القاضي بمراعاة الحكمة من التشريع وذلك في المادة الثالثة ضمن اهداف قانون الإثبات .

وفيما يخص شروط التفسير عن طريق دلالة المفهوم ، فقد ذكر للعمل بمفهوم المخالفة شروط وهي :

(١) - د. عبد الكريم زيدان ، مصدر سابق ، ص ٣٧٣ ، ٣٧٤ ، القاضي عباس قاسم الدافوقي ، مصدر سابق ، ص ٢٠٧ .

(٢) - د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، مصدر سابق ، ص ٢٢٥ .

(٣) - اسماعيل بن حماد الجوهري ، الصحاح ، ج ٦ ، ط ١ ، دار العلم للملايين ، بيروت ، لبنان ، ١٣٧٦ هـ - ١٩٥٦ م ص ٢٤٥٣ .

(٤) - ابي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري ، المجلد ١٥ ، مصدر سابق ، ص ١٤٩ .

(٥) - نسبه في تاج العروس الى الزمخشري ، أنظر محب الدين أبي فيض السيد محمد مرتضى الحسيني الواسطي الزبيدي الحنفي ، المجلد ٢٠ ، مصدر سابق ، ص ٤١ .

١ - ان لا يتعارض حكم المسكوت المخالف مع منطوق دليل آخر ، مثال ذلك قوله تعالى " وحلائل ابنائكم الذين من اصلابكم " فقيد (من اصلابكم) ليس له مفهوم مخالف اذ يمتد التحريم الى زوجات ابناء الرضاع اذ يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب .^(١)

٢ - ان لا يكون للقيد الذي قيد به الحكم فائدة أخرى سوى نفي حكم المنطوق للمسكوت اي نفي الحكم عند انتفاء القيد فأن كان له فائدة أخرى كما لو جاء على طبق الغالب كقوله تعالى " لا تأكلوا الربا اضعافا مضاعفة : وكما لو قصد به المبالغة كقوله تعالى " ان تستغفر لهم سبعين مرة فلن يغفر الله لهم " ففي مثل هذه الموارد لا اعتبار لمفهوم المخالفة .^(٢)

اما مفهوم الموافقة فإن العمل بموجبه انما يكون من باب الملازمة ببيان العلة والمعلول لأنه توافق في الحكم ناتج عن توافق يقيني في العلة كما ذكرنا ، وبذلك لا حاجة لغرض العمل به توافر الشروط المتقدمة .

ويلاحظ هنا ان دلالة المفهوم طريق لفهم النصوص يمكن للمشرع نفسه ان يسلكه عندما تدعو الحاجة الى تدخله في عملية تفسير النصوص ، كما يمكن لكل من الفقه والقضاء تفسير النصوص بموجب هذا الطريق مع ملاحظة خضوع التفسير القضائي لرقابة محكمة التمييز ، فقد اعطى قانون المرافعات للخصوم أن يطعنوا بطريق التمييز في الأحكام الصادرة من محاكم محاكم البداية أو محاكم الاحوال الشخصية إذا كان الحكم قد بنى على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو عيب في تأويله .^(٣)

الفرع الثاني - دلالة القياس

يعد القياس من المسائل التي اشدت فيها الخلاف في الفقه الإسلامي لكونه من الأدلة العقلية الظنية التي قد توقع الفقيه بخطر انشاء الحكم لا مجرد استنباطه من النصوص الشرعية ، غير اننا في نطاق القانون لا نواجه الخطر المتقدم لأن المشرع لا يرى بأساً في بناء الأحكام على العلة المستنبطة بالطرق المعقولة كما سنبرهن على ذلك في محله ، وحتى تتوضح لدينا الفكرة المتقدمة سوف نقسم هذا الفرع الى بندين نبيّن في الأول مفهوم القياس ونتناول في الثاني دور القياس في تفسير النصوص القانونية .

(١) - د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، مصدر سابق ، ص ٢٥٦ .

(٢) - د. عبد الكريم زيدان ، مصدر سابق ، ص ٣٧٠ ، د. حمد الكبيسي ، مصدر سابق ، ص ٣٢٣ - ٣٢٤ .

(٣) - المادة ٢٠٣ / ١ ، مرافعات عراقي .

اولا - مفهوم القياس

لعل من اهم العمليات المنطقية التي تفيد العلم بالحكم وتعد حجة على المخاطب به، ما يطلق عليه في علم المنطق بالقياس ، والذي يمكن بواسطته ارجاع الجزئيات لكلياتها وهو غير القياس الفقهي الذي هو اجراء حكم جزئي ما على جزئي آخر لجامع مشترك بينهما ، اذ الفرق واضح بين التسوية بين جزئيين في الحكم وبين ارجاع جزئي الى الكلي الذي يناسبه وتوضيح ذلك فيما يأتي .

إن القياس بمفهومه عند المناطقة قول مؤلف من قضايا متى سلمت لزم عنه لذاته قول آخر ^(١)، وهذا بخلاف الامارة التي هي قول مؤلف من قضايا متى سلمت غلب عنها قول آخر ^(٢) والقياس الفقهي هو من قبيل الامارة على الحكم لأنه كالامارة لا يفيد الا الظن او غلبته ، فالقياس نوع من " التمثيل " في اصطلاح المناطقة اذ التمثيل هو اثبات حكم في جزئي لثبوته في جزئي آخر مشابه له و التمثيل من الأدلة التي لا تفيد إلا الإحتمال ، لأنه لا يلزم من تشابه شيئين في أمر - بل في عدة أمور - أن يتشابهوا من جميع الوجوه ^(٣).

غير أنه إذا علمنا - بطريقة من الطرق - أن جهة المشابهة علة تامة لثبوت الحكم في الأصل عند الشارع ، ثم علمنا أيضا بأن هذه العلة التامة موجودة بخصوصياتها في الفرع ، فإنه لا محالة يحصل لنا - على نحو اليقين - استنباط أن مثل هذا الحكم ثابت في الفرع كثبوته في الأصل ، لاستحالة تخلف المعلول عن علته التامة ويكون من القياس المنطقي البرهاني الذي يفيد اليقين ^(٤).

وبذلك يتضح الفرق بين القياس المنطقي والقياس الفقهي او الأصولي اذ الاخير بخلاف الأول لا ينبني على التلازم بين المحمول والمحمول عليه ، بل على وجود جامع بينهما وهو العلة على حد قول القائلين بحجته ، اذ ان تعريف القياس الذي ذهب اليه جمهور المحققين على ما ذكره الرازي ^(٥) ، هو تعريف القاضي ابي بكر والذي قال عنه الامدي ^(٦) " وقد وافقه عليه

(١) - الشيخ محمد رضا المظفر ، المنطق، مصدر سابق ، ص ٢٣٥ عبد المنعم ، ج ٣ ، مصدر سابق ص ١٢٨ .

(٢) - أبي جعفر محمد بن الحسن الطوسي ، العدة في اصول الفقه، تحقيق محمد مهدي نجف ، مؤسسة اهل البيت ، بدون مكان وسنة طبع ، هامش ص ١١٩ .

(٣) - الشيخ محمد رضا المظفر ، المنطق، مصدر سابق ، ص ٣١٥ ٣١٦ .

(٤) - الشيخ محمد رضا المظفر ، اصول الفقه ، ج ٣ ، مصدر سابق، ص ١٨٩ .

(٥) - فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين الرازي ، ج ٥ مصدر سابق ص ٥ حيث يقول في حد القياس " أسد ما قيل في هذا الباب تلخيصا وجهان الأول ما ذكره القاضي أبو بكر واختاره جمهور المحققين منا " .

(٦) - العلامة علي بن محمد الأمدي ، ج ٣ ، مصدر سابق ص ١٨٦ .

أكثر اصحابنا" والتعريف هو حمل معلوم على معلوم في إثبات حكم لهما أو نفيهما عنهما بأمر جامع بينهما من إثبات حكم أو صفة أو نفيهما عنهما.

والتعريف الثاني هو التعريف الذي نسب لأبو الحسين البصري وهو أنه تحصيل حكم الأصل في الفرع لاشتباههما في علة الحكم عند المجتهد^(١).

والتعريفان المتقدمان يتفقان في الواقع بنتيجة واحدة وهي ان مؤدى القياس هو ثبوت حكم واقعة لواقعة أخرى لوجود جامع بينهما وهذا الجامع هو علة حكم الأصل وان لم يصرح بذلك التعريف الأول ، فإن اركان القياس حتى عند من تبنى التعريف الأول كالغزالي ، أربعة : الأصل ، والفرع ، والعلة ، والحكم^(٢).

وواضح ان الأصل هو الواقعة المحمول عليها، والفرع هو الواقعة المحمولة، والحكم هو حكم الأصل ، ولا يمكن ان يقال ان حكم الأصل هو الجامع ابتداء بين الأصل والفرع ، اذ ان القول بذلك يجعل من الأصل كلي ، والفرع جزئي يرجع اليه فتنتفي الحاجة الى القياس اصلاً ، فلم يبق الا العلة فتعين ان تكون هي الجامع .

ونتيجة ما تقدم ان القياس الأصولي هو ثبوت حكم واقعة لواقعة أخرى على أساس اتحاد الواقعتين في علة الحكم .

اما في نطاق القانون فقد بحث فقهاء القانون القياس كطريق من طرق تفسير النصوص القانونية وذكروا له تعاريف مختلفة فقد عرفه بعضهم بأنه " اعطاء حالة غير منصوص عليها حكم حالة منصوص عليها لاتحاد العلة في الحالتين "^(٣) وعرفه آخر بأنه " اعطاء واقعة مسكوت عنها حكم واقعة أخرى منصوص عليها لاتحاد العلة في الواقعتين "^(٤) ، وعُرف ايضاً بأنه " اعطاء حالة غير منصوص على حكمها نفس حكم حالة أخرى ورد نص يحكمها لتمامات العلة بين الحالتين "^(٥).

(١) - محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، مصدر سابق ، ص ١٩٨ ، العلامة علي بن محمد الأمدي مصدر سابق ج ٣ ص ١٨٥

(٢) - الامام أبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي ، المستصفي مصدر سابق ص ٢٨٠ .

(٣) - د. حسن كبره ، اصول القانون ، ط ٢ ، دار المعارف في مصر ، ١٩٥٨ ، ص ٥١٩ .

(٤) - د. سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة للقانون ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٤٧ ، ص ٧٥٦ . ٧٦٤

(٥) - عبد الباقي البكري ، زهير البشير ، مصدر سابق ، ص ١٢٦ .

ويلاحظ على هذه التعاريف اتحادها في معنى واحد وهو التسوية بين حالتين في الحكم بناء على اتحادهما في العلة ، ونعتقد انه من المناسب ان يعرف القياس بطريقة تكشف عن حقيقة كونه عمل اجتهادي يرتكز على الظن باتحاد العلة بين واقعتين ، وبذلك نعرفه بأنه تطبيق حكم وضع حالة معينة على حالة أخرى بناء على الظن بوحدة العلة بينهما .

ثانيا - دور القياس في تفسير نصوص القانون

يعد القياس في نطاق القانون من العمليات العقلية التي يمكن ان تساهم في سد النقص في التشريع ، ويعتمد على ما يعقل من النصوص من مصالح انيطت بها الأحكام القانونية ، وهو يقوم كما ذكرنا على مد حكم حالة لحالة أخرى بناء على الظن بوحدة العلة بينهما وبذلك يعد من طرق تفسير القانون على أساس مساهمته في عملية سد نواقص التشريع والتي يعدها الفقه القانوني واحدة من حالات التفسير ^(١) ، وبذلك يمكن عن طريق القياس مواجهة الحالات الجديدة والاستجابة لمتطلبات العصر فيتحقق بذلك تفسير متطور للقانون .

ويلاحظ هنا ان اللجوء للقياس لغرض سد النواقص في القانون لا يواجه الاشكاليات المتصورة للعمل بالقياس في نطاق الشريعة الإسلامية وتوضيح ذلك فيما يأتي :

ان المحذور الأكبر من العمل بالقياس في نطاق القانون هو ان ينشأ حكم قانوني بعمل القاضي لا بعمل المشرع ، ولكن ما مدى خطورة هذه المسألة في القانون ، وهل هي بمقدار الخطورة المتصورة في مجال الشرع ، وما مقدار توجس المشرع منها ، هل نهى عنها بشكل قطعي ام ترك لها مجالا على مستوى تطبيق القانون ؟.

الحقيقة التي لا يمكن انكارها ان قيام القاضي بإنشاء الحكم بنفسه لا يخلو من خطورة على النظام القانوني ، فمضافاً الى ما ينشأ عن ذلك من تداخل ادوار سلطات الدولة ، فإن هذا الوضع يقضي على عمومية القاعدة القانونية ، ويؤدي الى تنوع الأحكام في القضية الواحدة ويهدد الأمن القانوني للأفراد ، وينشأ عنه اختلال في مسائل عديدة أخرى ، الا ان المشرع على كل حال بشر معرض الى الخطأ والغفلة ، فضلاً عن دخائل النفس الامارة بالسوء ، فالأحكام التي يضعها لا تفي بالغرض على نحو سليم ، بل قد لا تفي بالغرض اصلاً ، فقيام القاضي بإنشاء حكم من نفسه

(١) - د. عبد الرزاق احمد السنهاوري ، مصدر سابق ، ص ١١٠ ، عبد الباقي البكري، زهير البشير ، مصدر سابق ، ص ١١٨ ، ١٢٠ ، د. حسن كيرة ، مصدر سابق ص ٥١١ ، د. محمد كامل مرسي ، سيد مصطفى بك ، مصدر سابق ، ١٩٢٣ ص ٢٧٠ .

، قد يساهم في اصلاح اعوجاج يعتري قاعدة قانونية او ايجاد حل لمسألة مغفول عنها في التشريع .

ولكن الحال يختلف تماما اذا نظرنا للمسألة من ناحية شرعية ، فالنصوص الشرعية الثابتة في الكتاب الكريم والسنة النبوية نصوص معصومة تمامًا عن الخطأ والغفلة ، وهي وافية لوقائع الحياة ، وهي ان كانت متناهية من حيث القالب الا ان محتواها متحرك لا يمر على اشكال الا ووجد له حل ، فلا غرابة اذن ان نجد في الروايات ان الشريعة اذا قيست محقت ^(١) .

اما عن توجس المشرع من قيام القاضي بإنشاء الحكم من نفسه ، فالحق انه موجود ، والمشرع حريص على أن لا يدع للقاضي سلطة مطلقة في الحكم في النزاع ، فتراه يلزم القاضي بالحكم بموجب التشريع ولا يسمح له بمغادرته الى غيره الا اذا تعذر عليه الحصول على الحل ليس في الفاظ النصوص فقط بل بفحواها ايضاً ^٢ ، وهو اذ يلزم القاضي بالحكم بالقضية المعروضة عليه على كل حال ، فإنه في مقابل ذلك يمنعه من الاجتهاد في مقابل النص ^٣ ، فالمشرع متوجس من اجتهاد القاضي ولا نكران لهذه الحقيقة .

ولكن لننظر للموضوع من زاوية أخرى ، فالمشرع غير ناكِر لحقيقة عدم كمال تشريعه ، بل يصرح باحتمال عروض وقائع لا يجد لها القاضي حلاً في التشريع ، فيضع امام القاضي مصادر أخرى يبحث فيها عن الحكم العادل - العرف ، مبادئ الشريعة الإسلامية ، مبادئ العدالة ^(٤) . ، تكاد تكون ذات المصادر التي استقى منها المشرع احكامه وضمنها في نصوص التشريع .

ذلك ان المشرع الأمين لا يضع احكامه تشهياً او عبثاً ، بل يستمدّها من واقع الحياة (العرف والضرورات) وهو المصدر الأول ، انسجماً مع مبادئ العدالة ، وهي مصدر ثاني ، فإذا كان تشريعاً لدولة تعد الإسلام دينها الرسمي فلا شك ان تصبح مبادئ الشريعة الإسلامية قيّداً على المشرع فيما يضعه من احكام ، وهذه مصدر ثالث ، فتلك مصادر ثلاثة .

(١) - الشيخ ابي جعفر بن بابويه القمي الصدوق ، من لا يحضره الفقيه ، ج ٤ ، ط ٢ ، منشورات جماعة المدرسين في الحوزة العلمية ، قم المقدسة ، ١٤٠٤ ، ص ١١٩ .

٢ - وذلك حسب المادة الأولى من القانون المدني .

٣ - المادة ٢ من القانون المدني .

(٤) - وذلك حسب المادة ١ / ٢ من القانون المدني .

وهذا يعني ان القاضي حينما يستمد الحكم من هذه المصادر الثلاثة يحل محل المشرع في انشاء الحكم ، فمثلا استمد المشرع نصوص تشريعه منها ، وكذلك القاضي يستمد حكمه منها ، فصار القاضي منشئاً للحكم من هذه الجهة ، وهي سلطة منحت له من قبل المشرع نفسه .

وامام توجس المشرع من اجتهادات القضاء من جهة ، واعطاه سلطة انشاء الحكم في حالات معينة من جهة أخرى ، فإن المشرع يقر بأن انشاء الحكم من قبل القضاء امر محذور ، ولكنه محذور لا بد منه في حالات معينة .

والنتيجة التي نصل اليها ان المشرع اضطر ان يوقع نفسه في المحذور المتمثل بقيام القضاء بإنشاء الحكم بنفسه ، وهو المحذور الأكبر من العمل بموجب القياس ، وبذلك لا خشية من العمل به في نطاق القانون ، لأن المشرع بنفسه اجاز للقاضي انشاء الحكم في حالات معينة ، فضلاً عن انه قد اجاز العمل بالقياس بحسب مفهوم المخالفة من المادة ٣ من القانون المدني ^(١) .

هذا على مستوى القانون المدني ، اما على مستوى قانون الإثبات فإن اتجاه المشرع للعمل بالقياس واضح في المادة الثالثة ، فقد الزم القاضي بمراعاة الحكمة من التشريع ، والحكمة أو المصلحة هي مناط التشريعات الوضعية ^(٢) .

وهنا نقطة مهمة يجب الالتفات اليها ، وهي ان المشرع وإن الزم القاضي بمراعاة الحكمة من التشريع ، إلا ان الملاحظ ان المشرع لا يبين لكل حكم الحكمة من تشريعه ، ولا سبيل للقاضي لمعرفةاها إلا استنباطها في ضوء قرائن وظروف معينة ، فإذا توصل الى استنباطها على هذا الأساس ، فإنه لا يستطيع الجزم بأنها هي الحكمة المقصودة ، بل يغلب على ظنه انها هي ، وحينئذ يمكن القول ان المشرع قد الزم القاضي بمراعاة الحكمة التي يستنبطها هو (اي القاضي) وفق الأسس المعقولة في هذا المجال .

ويعني ما تقدم ان المشرع قد اجاز القياس بموجب العلة المستنبطة وهي ظنية بطبيعة الحال لعدم امكانية الجزم بأنها هي المقصودة حتما دون غيرها ، وبذلك نصل الى نتيجة أخرى وهي ان المشرع بنفسه قد سمح بمد حكم حالة معينة الى حالة أخرى على أساس الظن باتحاد العلة بينهما ، فأضفى بذلك على القياس وهو دليل ظني حجية في مجال استنباط الأحكام القانونية وهو الأمر الذي ينهي كل جدل حول حجية القياس بالقانون لأن دلالة القياس وإن كانت ظنية ، الا ان

(١) - ونص المادة هو " ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه" .

(٢) -د. هادي محمد عبد الله ، مصدر سابق ، ص ٦١١ .

المشرع قد ارتضاها على ظنيتها ومنحها الحجية في مجال استنباط الأحكام ، ولو حصل ذلك للقياس الحاصل في نطاق النصوص الشرعية لما بقي في حجيته حديث ولزال عنها كل نقاش .

وبذلك يمكن للفقيه والقاضي بل يمكن للمشرع نفسه اللجوء للقياس في سد نواقص التشريع ، وطبيعي ان الأحكام التي يصدرها القضاء بناء على القياس تعد خاضعة لرقابة محكمة التمييز ويمكن الطعن بها على أساس الخطأ في تطبيق القانون او العيب في تأويله وفقا للمادة ٢٠٣ من قانون المرافعات.

المطلب الثالث - الفهم الاجتماعي للنص

لا يضع المشرع النصوص القانونية تشهياً او عبثاً ، بل يضعها في ضوء مصالح المجتمع وحاجاته القائمة وقت وضع التشريع ، والقاضي الذي يريد تطبيق القانون تطبيقاً سليماً لا يسعه ان يفهم النص بشكل منفصل عن الواقع المعاش ، والا لأصبح القانون عاجزاً عن تلبية حاجات المجتمع القائمة ، ذلك ان هذه الاخيرة تنطلق من الاعراف والعادات التي تشكل الذوق الموحد لأفراد المجتمع ، لذلك يجب ان تؤخذ تلك الاعراف والعادات بالاعتبار عندما يراد تطبيق نصوص القاتون ، وسنبين في هذا المطلب مفهوم الفهم الاجتماعي وكيفية اعماله في النص وذلك في فرعين على التوالي .

الفرع الأول - مفهوم الفهم الاجتماعي

الفهم الاجتماعي للنص هو فهم النص على ضوء الارتكاز العام الذي يشترك فيه الأفراد نتيجة للخبرة العامة والذوق الموحد^(١).

ويأتي دور الفهم الاجتماعي للنص حين ينتهي دور الفهم اللفظي واللغوي له ، فإن فهم النص يتطلب بالدرجة الأولى تحديد المعطى اللغوي واللفظي للنص ، ثم بعد ذلك يُسلط الارتكاز الاجتماعي على معنى اللفظ ، ويُدرس المعنى بالذهنية الاجتماعية المشتركة، فيظهر من النص اشياء جديدة لم تكن تبدو على مستوى النظرة الأولى في حدود الفهم اللغوي للفظ^(٢).

(١) - د. علي الاسدي ، مصدر سابق، ص ٢٩٢ .

(٢) - السيد محمد باقر الصدر، ومضات ، ط ١، مركز الابحاث والدراسات التخصصية، بدون مكان طبع ، ١٤٢٨ ص ١٩٠ .

ويرتبط الفهم الاجتماعي بالنصوص التي تدخل في المجال الحياتي والاجتماعي من قبيل المعاملات التي يمكن ان تكون في نطاق الفهم الاجتماعي للنص لأن الناس في هذا المجال يكون ارتكازهم المشترك وذهنيتهم قد حددتها الخبرة والتعايش^(١).

فينبغي عدم الجمود على حرفية النص في مجال المعاملات ، بل المفروض التوفيق القريب بين النص والمصلحة المعلومة .^(٢) فقد يذكر الحكم في الدليل مرتبطاً بحالة خاصة ، ولكن العرف يفهم ان هذه الحالة مجرد مثال لعنوان عام ، وان الحكم مرتبط بذلك العنوان العام ، وهذه التعميمات وتلك التخصيصات تقوم في الغالب على أساس ما يسمى بمناسبات الحكم والموضوع ، حيث إن الحكم له مناسبات ومناطات مرتكزة في الذهن العرفي ، بسببها ينسب إلى ذهن الانسان عند سماع الدليل التخصيص تارة والتعميم أخرى ، وهذه الانسباكات حجة ، لأنها تشكل ظهوراً للدليل ، وكل ظهور حجة وفقاً لقاعدة حجية الظهور^(٣).

وفي ضوء ما تقدم يمكن التمييز بين الفهم الاجتماعي للنص والقياس ، فإن الفهم الاجتماعي للنص لا يعدو ان يكون عملاً بظهور الدليل وحين يعمم الحكم لغير ما ذكر في النص لا يعني ذلك قياس غير المنصوص على المنصوص بل يستند التعميم الى الارتكاز الذي يشكل قرينة على ان ما ذكر في النص انما جاء على سبيل المثال فيكون الدليل نفسه ظاهراً في الحكم العام^(٤).

فإن الأفراد قد ينظروا الى الحكم الثابت لموضوع معين بأنه ثابتاً للأعم أو الأخص منه بحسب متفاهمهم من الدليل، فيكون الرجوع إلى العرف حينئذٍ لأجل تعيين مفاد الدليل^(٥)، فقد يكون لمناسبات الحكم والموضوع المركوزة في الذهن العرفي أثر في نشوء ظهور عرفي على دليل الخطاب لتحديد الملاك وذلك في الأدلة المتكفلة لأحكام مركوزة بنفسها وبملاكاتها عند العقلاء^(٦).

(١) - د. علي الاسدي ، مصدر سابق ص ٢٩٤ .

(٢) - محمد جواد مغنية ، فقه الامام جعفر الصادق، ج ٣ ، ط ٢ ، مؤسسة أنصاريان للطباعة والنشر - قم: ١٤٢١ هـ - ، ص ١٥٧ .

(٣) - السيد محمد باقر الصدر ، دروس في علم الأصول ج ١ ، ط ٢ ، دار الكتاب اللبناني - مكتبة المدرسة ، بيروت - لبنان ، ١٤٠٦ هـ ، ١٩٨٦ م ، ص ٢٢٨ .

(٤) - السيد محمد باقر الصدر ، ومضات ، ص ١٩١ .

(٥) - السيد الخوئي ، اجود التقارير ، تقارير ابحاث الشيخ النائيني ، ج ٢ ، مطبعة العرفان ، ١٩٣٣ ، ص ٤١٩ .

(٦) - السيد محمد باقر الصدر ، بحوث في علم الأصول ج ٧ ، مصدر سابق ، ص ٩٨ .

فمثلاً قاعدة لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان التي أقرها المشرع في المادة الخامسة من القانون المدني لا يصح فهمها بحسب ظهورها اللفظي فقط بل لا بد من أن يسلط عليها الظهور العرفي أيضاً ، فالأفراد لا يفهمون من هذه القاعدة أن مرور الزمن لوحده كافٍ لتغير الأحكام ، بل المتبادر لهم من هذه القاعدة أن تغير الأحداث عبر الزمن هو الموجب لتغير الأحكام ، إذ الزمان بحد ذاته لا يتغير بل تتغير الظروف والأحداث فيه .

وقاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان التي أقرها القانون المدني أيضاً في المادة السادسة منه ، لا تعني أن الجواز الشرعي بكل حالاته ينافي الضمان وإن كانت القاعدة ظاهرة لفظاً في ذلك ، فإن الجواز الشرعي تارة يكون ثابت أصالة كما هو الحال بالنسبة لقيام الشخص بالتصرفات المشروعة على المال المملوك له ، وتارة ينشأ بحكم الضرورة ويقدر بقدرها كما هو الحال في حالات اضطرار الشخص على القيام بأعمال تتسبب في إتلاف أموال مملوكة لغيره ، فإن الفهم الاجتماعي لهذه القاعدة يقصر تطبيقها على الجواز الأصلي دون الجواز الناشئ بحكم الضرورة ، إذ أن هذا الأخير لا ينافي الضمان^(١) .

ومثال ذلك أيضاً ما تنص عليه المادة ٢٠٧ من القانون المدني " ويدخل في تقدير التعويض الحرمان من منافع الأعيان " فإن الأعيان التي يشمل التعويض الحرمان من منافعها لم تعد كما هو في السابق قاصرة على الأعيان المادية ، بل ظهرت إلى جانبها أعيان الكترونية (البرامج الالكترونية مثلاً) قابلة للتعامل والانتفاع بها ، ومن ثم فإن العرف يرى شمول هذه الأعيان بالتعويض عن الحرمان من منافعها .

إذ يمكن أن يقال أن المنطلقات العقلانية المرتكزة عند العقلاء واحدة، وهي موجودة في عصر النص، غاية الأمر أنها ترجمت نفسها في عصر النص بطريقة مختلفة بعض الشيء عن ترجمتها لنفسها في العصور اللاحقة^(٢) .

وبهذا الصدد يرى بعض الباحثين في الفقه الإسلامي أن الشارع المقدس عندما يُمضي ذهنية معينة فإذا كانت هذه الذهنية من طبيعتها أن تُشكّل تناقضاً مع أحكامه في ظلّ ظروفٍ أخرى لنبه على ذلك، فمع علمه بأنّ الذهنية العقلانية هي المشكلة، وإن كانت ترجمتها المعاصرة له لا مشكلة

(١) - وهذا ما ذهب إليه المشرع العراقي نفسه حينما لزم المضطر لإلحاق الضرر بغيره بتعويض مناسب رغم أن فعل المضطر جائز شرعاً وقانوناً ، فقد نصت المادة ٢١٣ " ولكن الاضطرار لا يبطل حق الغير ابطلاً كلياً ، ٢ - فمن سبب ضرراً للغير وقاية لنفسه أو لغيره من ضرر محقق يزيد كثيراً على الضرر الذي سببه لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذي تراه المحكمة مناسباً " .

(٢) - حيدر حب الله مفهوم التجلي الزمني في السيرة العقلانية ، من دراسات مجلة الاجتهاد والتجديد ، العدد ٤٤ ، السنة ١١ ، ٢٠١٧ ، ص ٩ .

فيها، فإن سكوته عن نتائج هذه الذهنية دليل على أنه قبل بها بوصفها منطلقاً لسلسلة من التطبيقات التي تتنوع تبعاً لتنوع الظروف ^(١)، ولعل ذلك يشبه ما طرحه بعض علماء الأصول من أن امضاء الشارع لتباني العقلاء في خطاباتهم، وجريه في خطاباته على طريقتهم هذه؛ يعني امضاءه لهذا البناء، وإلا لزرنا ونهاننا عنه في خصوص خطاباته، أو لبين لنا طريقته لو كان له غير طريقتهم طريقة خاصة يجب اتباعها ولا يجوز التعدي عنها إلى غيرها، فيعلم من ذلك على سبيل الجزم أن الظاهر حجة عنده كما هو عند العقلاء بلا فرق ^(٢).

على أن المسألة المتقدمة تختلف في نطاق القانون عنها في نطاق الشرع، فالمشرع الوضعي عندما يجيز سلوكاً معيناً في عصر معين؛ فإنه لا يعلم بما سيؤول إليه هذا السلوك في العصور اللاحقة، فالمشرع لا يعلم بطبيعة الحال بما سوف يحصل في المستقبل البعيد، فلا يمكننا القول أن المشرع وقد أجاز سلوك المجتمع في عصر التشريع فقد رضي بما سيؤول إليه هذا السلوك من اشكالات في المستقبل كما الحال في الامضاء الشرعي؛ لأن هذا الأخير مستند إلى علم الحاضر والمستقبل، أما اجازة السلوك في نطاق القانون فهو رضا بالسلوك وفق ظروف الحاضر، ولا يدري إذا مضت هذه الظروف؛ يبقى هذا السلوك سليماً أم يغدو مضرًا بسلامة المجتمع.

ولكن إذا كان المشرع الوضعي لا يعلم بظروف المستقبل فلا أقل من أن يتنبأ بها ولو على نحو الاجمال، فإذا تنبأ بظروف المستقبل على هذا النحو أمكنه حينئذٍ من فتح النص لإستيعاب حالات جديدة لم تكن معروفة في عصر النص، مثال ذلك ما أورده المشرع العراقي في القانون المدني في المادة ٨٨ من أن التعاقد بالتليفون أو (بأية طريقة مماثلة) يعد كأنه تم بين حاضرين فيما يتعلق بالزمان وبين غائبين فيما يتعلق بالمكان.

فعبارة (بأية طريقة مماثلة) تفتح النص على ظروف المستقبل بحيث يمكن أن ينطبق على طرق جديدة في التعاقد لم تكن معروفة في عصر وضع النص، بحيث يمكن أن يقال أن المشرع قد بين طرق التعاقد وفق منهجية ولادة تصلح للانطباق على كل ما يتولد عنها من فروع في المستقبل، لا على أساس علمه التفصيلي بما ينجم عن تلك المنهجية، بل على أساس سعة المنهجية نفسها، وتخويل القضاء سلطة تقديرية في ضبط ما يتفرع عنها وفق مصلحة

(١) المصدر نفسه، ص ٩.

(٢) الشيخ محمد رضا المظفر، أصول الفقه، ج ١، مصدر سابق، ص ٧٧.

المجتمع ، فكما يقال ان " العبرة بسعة النكتة العقلانية الممضاة في عصر التشريع لا بالحدود الواقعة خارجا من مصاديق تلك النكتة" ^(١).

ففي قاعدة (الضرر يزال) اذا فرض أن فردا من أفراد الضرر اليوم لم يكن موجودا في عصر التشريع ، ولكن العرف والعقلاء في ذلك الوقت وإن لم يلتفتوا إلى هذا الفرد لعدم وجوده ، لكنهم كانوا يرون مفهوم الضرر بنحو يشمل هذا الفرد ، فلو عرض عليهم هذا الفرد والتفتوا إليه لحكموا بكونه ضررا .

فلعامل الزمان والمكان أثرهما الفاعل في فهم النص ، ، فقد يتخذ موضوعا معيناً حكماً معيناً من الأحكام ، ولكن تحت تأثير الظروف الزمانية والمكانية ، والعلاقات الاقتصادية والسياسية العالمية يخرج من عنوانه السابق ، ويدخل تحت عنوان جديد ، فيكون له حكماً جديداً ^(٢).

فتغير الأوضاع والأحوال الزمنية تضيي نظرة جديدة نحو المسائل المطروحة ، فمثلاً كان القدماء ينظرون الى البيع بمنظار ضيق ويفسرونه بنقل الأعيان وانتقالها ، ولا يجيزون على ضوئها بيع المنافع والحقوق ، غير ان تطور الحياة وظهور حقوق جديدة في المجتمع الإنساني ورواج بيعها وشرائها ، حدا بالفقهاء إلى إعادة النظر في حقيقة البيع ، فجوزوا بيع الامتيازات والحقوق عامة ^(٣).

كما أفتى القدماء بأن الإنسان يملك المعدن المركز في أرضه تبعاً لها دون أي قيد أو شرط ، وكان الداعي من وراء تلك الفتوى هو بساطة الوسائل المستخدمة لذلك ، ولم يكن بمقدور الإنسان الانتفاع إلا بمقدار ما يعدّ تبعاً لأرضه ، ولكن مع تقدم الوسائل المستخدمة للاستخراج ، استطاع أن يتسلط على أوسع مما يُعدّ تبعاً لأرضه ، فعلى ضوءه لا مجال للإفتاء بأن صاحب الأرض يملك المعدن المركز تبعاً لأرضه بلا قيد أو شرط ، بل يحدد بما يعدّ تبعاً لها ، وأما الخارج عنها فهو إما من الأنفال أو من المباحات التي يتوقف تملكها على إجازة الإمام ^(٤).

(١) - السيد محمد باقر الصدر ، بحوث في علم الأصول ، مصدر سابق ، ص ٤٨٨ .

(٢) - السيد الخميني ، الاجتهاد والتقليد - مصدر سابق ، ص ٩ .

(٣) - الشيخ جعفر السبحاني ، موسوعة طبقات الفقهاء ، ج ١ ، مصدر سابق ، ص ٣٢٦ .

(٤) - الشيخ جعفر السبحاني ، رسالة في تأثير الزمان والمكان ، مؤسسة الامام الصادق عليه السلام ، اصفهان ، بدون سنة طبع ، ص ١١ .

فلتغير الأوضاع والأحوال الزمنية تأثيراً كبيراً في كثير من الأحكام، فإن هذه الأحكام تنظم يهدف الى اقامة العدل وجلب المصالح ودرء المفسدات فهي ذات ارتباط وثيق بالأوضاع والوسائل الزمنية وبالأخلاق العامة^(١).

ولا نريد من الأوضاع الزمنية الزمان مجرداً عن الحوادث الواقعة فيها ، فالزمن بذاته لا مدخلية له بتغير الأحكام ، ولكننا نقصد منها الحوادث المتغيرة عبر الزمن ، فإن الحوادث كما تقتضي تشريع الأحكام لها ؛ فإن تغيرها يقتضي تغير الأحكام تبعاً لها لتحقيق الانسجام بين الواقع والتشريع .

فهناك أحكام تتغير بحسب اقتضاء المصالح زماناً ومكاناً ، ولعل الاستحسان الذي عمل به الحنفية والمالكية، كان منفذاً للتخلص من التصادم الذي يحصل بين الحكم الأولي والواقع، ولعل فكرة العناوين الثانوية التي وسّعها فقه الإمامية نازرة لحل هذا الإشكال التطبيقي^(٢).

وطالما ان الأحكام تابعة للمصالح والمفسدات والملاكات ، ولا توضع جزافاً أو تشهياً . وعليه فإذا وضع المشرع حكماً ، ولم ينص على الملاك والمناط الذي شرع من اجله الحكم ، فقد يستنتج العقل ويحدس به ، وفي حالة الحدس به يحدس حينئذ بثبوت الحكم في كل الحالات التي يشملها ذلك الملاك ، لان الملاك بمثابة العلة لحكم الشارع وإدراك العلة يستوجب إدراك المعلول^(٣).

فمتى علمنا بوجود المصلحة وجب الأخذ بها ، تماماً كالأقيسة القطعية وليس هذا اجتهداً في قبال النص ، بل هو عمل بالنص ، إذ العلم بمقصد التشريع تماماً كالعلم بالنص إذا لم يكن هو بالذات^(٤) ، فمثلاً ان القصد من فرض الالتزام المالي على احد طرفي معاملة معينة هو ما يحققه هذا الالتزام من قيمة مادية للطرف الآخر بما يحقق العدالة في المعاملة ، فإذا تغيرت قيمة محل الالتزام بحيث اصبحت مجافية للعدالة وجب حينئذ مقارنة قيمة الالتزام وقت الاتفاق مع قيمته الجديدة المتغيرة ، وفرض التزام جديد يحقق العدالة في المعاملة .

(١) - مصطفى احمد الزرقاء مصدر سابق ، ص ٩٤١.

(٢) عبد الامير كاظم زاهد ، أثر مسالك الفهم الاجتماعي في المعرفة الفقهية- قراءة في فلسفة الفقه ، مركز دراسات الكوفة ، ص ٢٠ ، ٢١ .

(٣) السيد محمد باقر الصدر ، دروس في علم الأصول ج ١ ص ٣٢٦ .

(٤) محمد جواد مغنّية ، الفقه على المذاهب الخمسة، ج ٢ ، بدون مكان طبع ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م ص ٦٣٣.

الفرع الثاني - دور الفهم الاجتماعي في اعمال النص .

اعمال الفهم الاجتماعي للنص يعتمد على ادخال عنصري الزمان والمكان في فهم النص ، ويكون ذلك من خلال الرجوع الى الواقع في عملية الاستنباط ^(١) ، فيلزم عند تطبيق الحكم على افعال وتصرفات الأفراد النظر الى نتائج تلك الافعال بمراعاة مقاصد المشرع وقواعده العامة في التشريع ، وما ينتجه الفعل من واقع جديد يستدعي حكماً جديداً ^(٢).

فالشرائع كما يقال تابعة للمصالح ، وهي جائزة الاختلاف ، فجاز اختلاف ما هو تابع لها ^(٣). وبذلك قيل " ان النظر في مآلات الافعال معتبر مقصود شرعاً كانت الافعال موافقة أو مخالفة وذلك ان المجتهد لا يحكم على فعل من الافعال الصادرة عن المكلفين بالاقدام او الاحجام الا بعد نظره الى ما يؤول اليه ذلك الفعل " ^(٤).

ان الاجتهاد عملية مركبة تأخذ بعدين الأول تفسيري والآخر تنزيلي ، وهذا ما يحتاج الى مهارة في الاستنباط ومعرفة بالواقع وفهم عميق لما تدور عليه حياة الناس وما يعترضها من صعوبات وتعقيدات ، لأن فقه الواقع هو الفهم العميق لما تدور عليه حياة الناس ، وعلى المجتهد أن يكون على اطلاع على هذا الواقع وملماً بثقافة الزمن ومشاكل العصر ولا يعيش منعزلاً عن مجتمعه ^(٥).

فالفقه الواقعي يتطلب المعرفة الجيدة بالواقع ومكوناته وبالأشياء ووصافها وبالأفعال واسبابها وآثارها ، ، ومن ثم مراعاة التغيرات المؤثرة في مناسبات الأحكام ^(٦)، اذ مناط الحكم قد يدرك على وجه القطع واليقين ^(٧) ، كما هو الحال بالنسبة لإدراك المصلحة أو

(١) - عبد الامير زاهد ، بتول فاروق محمد علي ، دور الواقع في الاستنباط الفقهي ، مركز دراسات الكوفة ، العدد ٣٠ ، ٢٠١٣ ، ص ١ .

(٢) - د. محمد بنعمر ، من الاجتهاد في النص الى الاجتهاد في الواقع ، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان ، ص ١٧

(٣) - ابو القاسم جعفر بن محمد الشهير بالمحقق الحلي ، معارج الأصول، ط ١ ، مطبعة سيد الشهداء ، ايران - قم ، ١٤٠٣ هـ - ص ١٦٢ .

(٤) - ابي اسحاق ابراهيم بن موسى الشاطبي ، الموافقات في اصول الشريعة ، ط ١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ ، ص ٨٣٧ .

(٥) - د. محمد بنعمر ، مصدر سابق ، ص ١٢

(٦) - د. احمد الريسوني ، محمد جمال باروت ، النص والواقع والمصلحة ، دار الفكر ، دمشق ، سوريا ، ٢٠٠٠ ، ص ٦٤ وما بعدها .

(٧) - الشيخ جعفر السبحاني ، موسوعة طبقات الفقهاء ج ٢ ص ٢٣٧

المفسدة العامتين اللتين يتساوى في إدراكهما جميع العقلاء ^(١) فحينئذٍ يجب مراعاة التغيرات المؤثرة في المصالح والمفاسد .

إن تطبيق حكم النص على الواقع يكون من خلال عملية مركبة يلتقي فيها فقيه النص مع فقيه الواقع ، بحيث يستعين الفقيه بخبراء الواقع حسب تخصصاتهم وتوجهاتهم العلمية من أجل تطبيق النص وما يحمله من احكام على الواقع القابل للتغير ، وهذا التواصل بين فقيه النص وفقيه الواقع يمكن من ايجاد احكام تحقق الانسجام بين مستجدات الواقع وثوابت التشريع ^(٢).

وعلى مستوى القانون فإن للسياسة التشريعية هدفين او وجهين : الأول ينصب على تحليل الواقع الاجتماعي بمساعدة العديد من العلوم لتحديد الحاجات البشرية التي يراد تضمينها في القانون المراد تشريعه، لأن القانون يوضع وفقا لحاجات الحياة الاجتماعية أي وفقاً لمتطلبات العلاقات الاجتماعية ، والثاني هو اقامة القانون الذي يحقق الهدف المطلوب ، ومن ثم يتوجب على المشرع معرفة الحاجات الاجتماعية بدقة من اجل وضع القواعد القانونية بالشكل الذي يضمن الإستجابة لهذه الحاجات ^(٣).

ذلك ان تطبيق القانون وكذلك وضعه يجب ان يقوم على ادراك الحقائق الاجتماعية ادراكاً دقيقاً فيجب على المشرع ان يتحرى كل ما يسعه من دقة في تقويم الأسس الاجتماعية وتقدير مدى حظ تشريعه من النجاح وتأثير هذا التشريع في الجماعة التي يشرع لها ^(٤) ، ذلك ان النص متى خرج من يد واضعه اتصل بالحياة وتفاعل معها واصبح للظروف الاجتماعية دور في تحديد نطاقه ^(٥) ، ومن ثم فإن على القاضي عند اختيار قاعدة قانونية للفصل في النزاع ان يحدد معنى هذه القاعدة وفق اطارها وبالنظر الى ظروفها الزمانية والمكانية ^(٦).

فإذا كانت القواعد القانونية يجب ان توضع وفقاً للحاجات الاجتماعية ، فإن تفسيرها يجب ان يكون هو الآخر وفقاً للحاجات الاجتماعية ، ذلك ان تفسير القانون تفسيراً شكلياً فقط على نمط الرياضيات يؤدي الى فصل الشكل عن المضمون وبالتالي عزل القانون عن المجتمع ^(٧) ،

(١) - الشيخ محمد رضا المظفر ، اصول الفقه ، ج ٢ ص ٢٩٦ .

(٢) - د. محمد بنعمر ، مصدر سابق ، ص ١٨ ، ١٩ .

(٣) - منذر الشاوي ، فلسفة القانون ، ط ١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن ، ٢٠٠٩ ، ص ٢٠٤ .

(٤) - د. عبد الحي حجازي، مصدر سابق ص ٦١ .

(٥) - القاضي عواد حسين العبيدي ، تفسير النصوص في ضوء الحكمة التشريعية من النصوص، مصدر سابق سابق ، ص ١٩٢ .

(٦) - د. هادي محمد عبد الله ، ص ٥٩٢ ٥٩٣ .

(٧) - ضياء خطاب شيت ، مصدر سابق ص ٦٦ .

، وبذلك يري كاربونييه وجوب استعمال منهج الهدف الاجتماعي في التفسير وهو ان تفسير القانون يتحدد بعنصرين هما التكوين الحرفي للنص ، والهدف الاجتماعي الذي ادى الى تشريعه ، فالتكوين الحرفي هو العنصر الثابت في النص أما العنصر الثاني فهو عنصر متحرك ؛لأن نفس الهدف يمكن أن يتحقق بوسائل مختلفة حتى بشكل لم يكن المشرع ليفكر فيه وللمفسر أن يتعامل مع القانون حسب الحالة الاجتماعية في عصره، إذ عليه ان يفسر ما هو النص القانوني الذي سيضعه لو عهد اليه التشريع في هذا اليوم فالنص القانوني يمكن أن يكون له معاني مختلفة طبقاً لزمان تطبيقه^(١) ، لذلك فإن على القاضي أن يدرك السياق الاجتماعي الذي افرز ضرورة وجود النص القانوني^(٢).

فمناطات الأحكام الوضعية ليست مناطات توقيفية ، بل يمكن للفقه والقضاء التصدي لإستنباطها استناداً الى ظروف النص ومعطيات الواقع ، ولعل ذلك هو المنطلق في الزام القاضي بمراعاة الحكمة من التشريع حسب المادة ٣ من قانون الإثبات .

ومن جهة أخرى نجد ان القانون المدني يقرر في المادة الثامنة منه ان درء المفسدات اولى من جلب المصالح ، وهذه المسألة يجب على القاضي مراعاتها عند تفسير النص ، فإذا وجد القاضي ان حكم النص عند تطبيقه على الواقع يفضي الى مفسدة ، كان عليه ان يدرأ هذه المفسدة من خلال تطويع النص للواقع.

والملاحظ على المشرع انه يؤكد على الفهم الاجتماعي في اعمال النص ، ويتضح ذلك في الحالات الكثيرة التي يحيل فيها المشرع الى العرف ، ومن هذه الحالات ما نص عليه المشرع من انه لا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول ايضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الإلتزام^(٣) .

وبذلك فإن القاضي إذا اراد ان يطبق قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) يجب أن يضع في اعتباره فهم المجتمع لمضمون العقد ، فما يعده العرف الجاري داخلاً في مضمون العقد ، يجب ان يعده القاضي كذلك ، اذ ان المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص.

(١) - القاضي عواد العبيدي، مصدر سابق ، ص ٢٢٧ .

(٢) - د. هادي محمد عبد الله ، مصدر السابق ، ص ٦٠٩ .

(٣) - المادة ١٥٠ / ٢ ، مدني .

وفي عقد البيع هناك حالات متعددة يحيل فيها القانون على العرف ، منها على سبيل المثال حالة ما اذا بيع الشيء بشرط المذاق فإن للمشتري أن يقبل البيع ان شاء ولكن عليه ان يعلن هذا القبول في المدة التي يعينها الاتفاق أو العرف، ولا ينعقد البيع الا من الوقت الذي تم فيه هذا الاعلان^(١).

فإذا لم يتفق البائع والمشتري على المدة التي يجب ان يعلن خلالها القبول في البيع بشرط المذاق ، فعلى القاضي ان يحكم في ضوء المدة التي يقضي بها العرف .

كما يحيل القانون على العرف في تحديد مشتملات المبيع ، ونفقات اصاله الى المشتري ، وزمان ومكان التسليم ، وتحديد السوق الذي تكون اسعاره هي السارية عند الاتفاق على ان الثمن هو سعر السوق^(٢).

وفي عقد الإيجار كذلك يرجع القانون الى العرف في تحديد عدة مسائل، منها طريقة استعمال المأجور ، والترميمات الطفيفة التي يلتزم بها المستأجر ، والمكان الذي يلتزم فيه المستأجر بإخلاء المأجور ، ومدى جواز الإيجار من الباطن والتنازل عن الإيجار^(٣).

مضافاً الى ما تقدم فإن هناك حالات أخرى منتشرة في ثنايا القانون يحيل فيها المشرع الى العرف تكشف عن مدى اهتمام المشرع في تشخيص المفاهيم بحسب الفهم الاجتماعي لها ، بل ان المشرع يستعين بالفهم الاجتماعي حتى في تكييفه لبعض العقود ، فقد عدَّ بيع الوفاء رهناً حيازياً^(٤) لأنه هذا التكييف ينسجم مع فهم الأفراد ، كما عدَّ وديعة الاشياء التي تستهلك بالاستعمال قرضاً اذا كان الوديع مأذوناً في استعمال الشي المودع ، ما لم يقضي العرف بغير ذلك^(٥)، لأن هذا هو المتبادر لفهم الأفراد .

يتضح لنا مما سبق ان المشرع حريص على توفير الاحترام للعرف ، والسبب في ذلك ان العرف ينشأ من الجماعة ويكون اقرب الى حاجات الأفراد ، الأمر الذي يحقق هدف القانون في تنظيم مصالح الجماعة اكثر مما لو فرض عليهم قواعد ملزمة لا اعتبار للعرف فيها ، لأن مثل هكذا قواعد انما تنحصر ضرورتها في المسائل المتعلقة بقيم المجتمع العليا التي يسعى القانون للحفاظ عليها ، أما ما عداها من مسائل فلا ضير في الواقع في امضاء العرف بخصوصها ،

(١) - المادة ٥٢٥ ، مدني .

(٢) - المواد ٥٢٧ / ٢ ، ٥٣٧ ، ٨٨٥ ، ٨٨٦ / ٢ ، مدني .

(٣) - المواد ٧٦٢ ، ٧٦٣ / ٢ ، ٧٧١ ، ٧٧٥ / ١ ، مدني .

(٤) - المادة ١٣٣٣ ، مدني.

(٥) - المادة ٩٧١ ، مدني .

سيما وان الأعراف التي يصح امضائها؛ هي الأعراف التي تمثل السيرة العقلانية لأفراد المجتمع .

ان العرف غالبًا ما يشتمل على المبادئ التي تروق للضمير الاجتماعي ، فإذا وجدت عادة مستقرة لدى الأفراد ؛ فإن هذا يبعث على الاعتقاد في استمرار هذه العادة في المستقبل ، ومقتضى العدل – حين لا يوجد سبب يقضي بغير ذلك – ان تكون توقعات الناس المعقولة في حدود الممكن اولى من احباطها ^(١).

وبذلك تتبين لنا اهمية فهم القانون بحسب الواقع الاجتماعي ، وبخلاف ذلك يعجز القانون عن تلبية حاجات المجتمع القائمة ، لأن هذه الحاجات لا يمكن ان تتحقق اذا طبق القانون بشكل يخالف السيرة العقلانية السائدة لدى افراد المجتمع المطبق فيه القانون ، إذ ان هذه السيرة تنطلق بلا شك من تلك الحاجات وتدور معا غدواً ورواحاً .

ولكن يجب ان يلاحظ ان اعمال الفهم الاجتماعي للنص لا يعني الخروج عن قالب النص ، ففهم النص يجب ان يكون دائراً في سقف النص كما ذكرنا ذلك عند الحديث عن عناصر التفسير المتطور ، انما يتحقق اعمال الفهم الاجتماعي للنص بتطويع مضامين النص للواقع ، فإذا تعذر ذلك فإن الحل حينئذٍ لا يكون من خلال التفسير بل يقتضي الامر تدخل المشرع نفسه بتعديل النص وجعله منسجماً مع ظروف الواقع .

(١) - د. عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ص ٤٤٦ .

المبحث الثاني

غايات التفسير المتطور للقانون

تتعدد غايات التفسير المتطور وتجتمع جميعها عند هدف أساسي واحد يتمثل بالتنظيم السليم للمجتمع ، وتعد العدالة الغاية الاسمى من بين تلك الغايات ، فطالما كانت العدالة سائرة مع القانون جنباً الى جنب حتى لا يكاد يخلو منها نظام قانوني ، ولا تتحقق العدالة بمجرد صدور القانون بل بتطبيقه بما ينسجم مع متطلبات العصر من خلال تفسيره تفسيراً متطوراً .

والى جانب العدالة كغاية تُرجى من التفسير المتطور يعد الأمن القانوني هو الآخر مطلباً مهماً في القوانين الحديثة تسعى الدول لتحقيقه؛ من خلال مقومات متعددة كاليقين القانوني والتوقع المشروع والاستقرار القانوني ، وهي ما يمكن تحقيقها من خلال التفسير المتطور ، كما يساهم هذا الأخير في تحقيق سيادة فضلى للقانون على كل من الحكام والمحكومين ، وعلى ذلك سنقسم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب نتكلم فيها على الترتيب عن كل من العدالة والأمن القانوني وسيادة القانون مع بيان تعلق هذه الموضوعات بالتفسير المتطور للقانون .

المطلب الأول : العدالة

إذا كانت العدالة هي الأساس الذي يقوم عليه المجتمع السليم ، فإنها بذلك تعد من اولى الأولويات بالنسبة للقانون ، ولكنها لا تتضح كغاية من غايات التفسير المتطور ما لم نوضح مفهومها ، وعلاقتها بهذا النوع من التفسير ، لذلك سنبين مفهوم العدالة وعلاقتها بالتفسير المتطور في فرعين على التوالي .

الفرع الأول - مفهوم العدالة

لا نظن ان شريعة تنظيمية وضعية كانت أم سماوية تخلو من فكرة العدالة ، فقد عرفت الفلسفة اليونانية القديمة فكرة العدالة ، فقديمًا كان افلاطون يرى ان العدالة تتحقق من خلال تناسب قوى النفس الثلاث (العاقلة والشهوانية والغضبية) وذلك بأن تخضع الشهوانية للغضبية والغضبية للعقل ، فهي حال الصلاح الناشئ من اجتماع الحكمة والشجاعة والعفة وهي بوجه عام اعطاء كل شيء حقه ^(١) .

(١) - . يوسف كرم ، تاريخ الفلسفة اليونانية ، مؤسسة هنداوي للتعليم والثقافة ، القاهرة ، مصر ، ٢٠١٢ ، ص ١١٦ .

ويرى افلاطون إن العدالة هي الأساس الذي يقوم عليه المجتمع السليم^(١) والعدالة في الفرد هي التعاون الفعال بين العناصر المختلفة التي تتألف منها طبيعة الانسان^(٢) فهي عبارة عن اتحاد بين الأفراد بحيث يجد كل منهم الدور الذي يقوم به في الحياة وفقا لاستعداده الطبيعي^(٣).

اما أرسطو قد أبرز العلاقة بين القانون والعدالة ، وبين ان العدالة توجه القانون عندما يخطئ^(٤) وحلل العدالة تحليلاً عميقاً ورأى أن العدالة وإن كان أساسها المساواة إلا أنها تتحلل الى عدالة توزيعية وهي علاقة هندسية تسعى أن يتلقى كل مشارك جزءً مساوياً لما يستحقه ، ولما كان الناس غير متساويين فإن انصبتهم تكون غير متكافئة ، وعدالة متناسبة أو حسابية وهي التي تنظم علاقات التبادل ، وتتحقق فيها المساواة من خلال قياس الأشياء والافعال تبعاً لقيمتها الموضوعية ، وتهدف الى حصول كل طرف يدخل في علاقة مع آخر على وضع متساوي مع الطرف الآخر بحيث لا يحصل اي منهما على أكثر أو أقل من الثاني^(٥).

وتمثل افكار ارسطو بخصوص العدل التبادلي الأساس الذي تقوم عليه نظريات القانون الكبرى ومنها مصادر الإلتزام الارادية وغير الارادية كالعقد والإثراء بلا سبب والعمل غير المشروع ، بل كل مسألة قانونية في نظرية الإلتزام يمكن ردها الى هذه الأفكار وتأسيس آثارها عليها^(٦). وفي الرومان فقد اقتربت الفلسفة السياسية الى العدالة أكثر مما اقترب اليونان لأنهم (اي الرومان) قد عالجوا العدالة في قالب قانوني ، في حين الطابع الذي غلب على اليونان هو الطابع الفلسفي^(٧) ، فقد برع الرومان في تطوير القانون وتطويعه طبقاً لحاجاتهم ووفقاً لمتطلبات العدالة^(٨).

(١) - د. حسن علي ذنون ، مصدر سابق ص ٣٢ .

(٢) - احمد محمد غنيم ، تطور الفكر القانوني ، بدون مكان وسنة طبع ، ص ١٣

(٣) - د. حسن علي ذنون ، مصدر سابق ، ص ٣٢ .

(٤) - فايد عايد فايد عبد الفتاح ، العدالة في القانون المدني دراسة مقارنة بين القانون المصري والقانون الفرنسي مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية جامعة حلوان كلية الحقوق العدد ٢٦ ٢٠١٢ ، ص ١٩٩ .

(٥) - احمد محمد غنيم ، المصدر السابق ، ص ١٨ .

(٦) - د. هادي حسين عبد علي الكعبي ، المثالية في مواجهة الواقعية ، مصدر سابق ، ص ٦٢ .

(٧) - جمال البنا ، نظرية العدل في الفكر الاوروبي والفكر الإسلامي ، دار الفكر الإسلامي ، القاهرة ، بدون سنة طبع ، ص ٣٦ .

(٨) - رياض احمد عبد الغفور الاعرجي ، العدالة العقدية دراسة في قاعدة العدالة ودورها في العقود المدنية، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعه النهدين ، ٢٠٢٠ ، ص ١٩ .

ويعد شيشرون من أهم وأعظم مفكري الرومان وهو يرى ان العدالة تعنى بإيجاد المعاملة المتساوية للأشياء والعلاقات المتساوية ، وهي تمثل جوهر الاشياء بصرف النظر عن الظروف العرضية المتغيرة ^(١) .

أما في الشريعة الإسلامية فقد قيل ان العدالة ليست لها حقيقة شرعية وإنما استعملت في الكتاب والأخبار بمعناها اللغوي اي الاستقامة وعدم الاعوجاج والانحراف و أن موارد استعمالها مختلفة ^(٢) ، وفي مجال القضاء الإسلامي عرفت العدالة بأنها حفظ النفس عن الجور الجور في القضاء وعدم التعدي في الاموال والأنفس وغض الطرف عن الأعراض والنواميس ^(٣) .

ولعل معنى العدالة الإسلامية الأنسب لدراستنا هنا، هو العدالة الشاملة لكل جوانب الحياة الإنسانية ومقوماتها والتي تتناول جميع مظاهر الحياة وجميع جوانب النشاط ، وتتناول الشعور والسلوك والضمائر والوجدانيات والتي تمتزج بها القيم المعنوية والروحية جميعا وهي ما أطلق عليها تسمية (العدالة الاجتماعية) ^(٤) .

فمبادئ العدالة بوصفها قيمة عليا تعني مجموعة من المبادئ الاجتماعية تهدف الى حسن تنظيم المجتمع ، وتقوم على فكرة بذل الخير الى الفرد والجماعة ، وتملأ النفوس شعورا بالإنصاف وتوحي بالحلول المتجاوبة مع ظروف الناس وحاجاتهم ، فهي بهذا المعنى تمتزج مع احكام الشريعة الإسلامية ^(٥) ، إذ العدالة هي قوام النظام الإسلامي ^(٦) .

وضمن المبادئ المتعلقة بالعدالة شرعت قواعد عامة بالإستاد اليها كقاعدة الضرر لا يزال بمثله ، والضرر الأشد يزال بالضرر الأخف ، وعدم جواز التعسف في استعمال الحق ، وجواز استملاك الملك الخاص للمنفعة العامة ووجوب الوفاء بالعقود والعهود ، والنظرة الى الميسرة ، وغيرها ^(٧) .

(١) - د. هادي حسين عبد علي الكعبي ، المثالية في مواجهة الواقعية ، مصدر سابق ، ص ٨٦ ، ٩٠ .

(٢) - الميرزا علي الغروي التبريزي ، التنقيح في شرح العروة الوثقى ، تقرير البحث آية الله العظمى السيد أبو القاسم الخوئي ، ط ٣ ، دار الهادي للطبوعات ، قم ، ١٤١٠ هـ ، هامش ص ٢٥٥ .

(٣) - ميزرا حبيب الله الرشتي ، كتاب القضاء ج ١ ، دار القرآن الكريم ، قم ، ايران ، ١٤٠١ ، ص ٧ .

(٤) - سيد قطب ، العدالة الاجتماعية في الإسلام ، ط ١٣ ، دار الشروق ، القاهرة ، ١٤١٣ هـ ١٩٩٣ م ص ٢٦ .

(٥) - رياض احمد عبد الغفور ، مصدر سابق ، ص ٣٣ .

(٦) - فايد عايد ، مصدر سابق ، ص ١٩٩ .

(٧) - د. علي محمد جعفر ، نشأة القوانين وتطورها ، ط ١ ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٢ ، ص ١٨١ .

وبناء على ما تقدم فإن الأنظمة القانونية التي لا تعلن بشكل صريح أو ضمني مبدأ مراعاة العدالة لا تعد أنظمة قانونية ، كما أن الأنظمة القانونية التي تعلن هذا المبدأ ولكنها لا تحققه هي من الناحية القانونية أنظمة معيبة ^(١).

وقد عرفت العدالة بأنها شعور كامن في النفس يكشف عنه العقل السليم ويوحى به الضمير المستنير ويهدف الى اعطاء كل ذي حق حقه ^(٢) ، ويرى البعض ان العدالة فكرة لا تقتصر على مجرد الامتناع عن ايقاع الضرر بالغير وعلى اعطاء كل ذي حق حقه وإنما هي تنطوي فوق ذلك على شيء أعمق وابعد ، ذلك هو التوازن المستهدف تحقيقه بين المصالح المتعارضة بغية كفالة النظام اللازم لحفظ المجتمع الانساني وتقدمه ^(٣).

ويقصد بالعدالة من وجهة نظر قانونية مراعاة الظروف الخاصة عند تطبيق فكرة العدل على وقائع الحياة المحسوسة ، فالعدل مبدأ عام يقتضي المساواة بين الناس عند تماثل ظروفهم والعدالة تقتضي مراعاة الظروف الخاصة بكل حالة ^(٤).

وعلى هذا النحو يرى البعض ان العدالة نوعاً من العدل او هي العدل مطبقاً على حالة خاصة ، فالعدل بالقياس الى العدالة يتسم بالعمومية والتجريد إذ انه كالقانون لا يعنى إلا بالمبادئ العامة ، أما العدالة فتهم بالظروف الخاصة لكل حالة ، ولذلك فإنها تختلف من حالة الى أخرى وتتكيف حسب كل حالة وتستجيب لمختلف الدوافع الاخلاقية ^(٥).

ولكن هذا لا يعني ان العدل والعدالة مفهومين يستقل احدهما عن الآخر فالفقه القانوني يستخدم مصطلح العدل ويريد به العدالة ^(٦) ، و الظاهر ان التمييز بين العدل والعدالة بالصورة بالصورة المتقدمة امر وضعه الفقه القانوني بسبب ما تمتاز به القواعد القانونية من عمومية وتجريد لذلك فقد قيل ان القانون يقتصر بحسب الأصل على تحقيق العدل دون العدالة ^(٧).

(١) - البروفيسور روبرت الكسي ، فلسفة القانون ، تعريب د. كامل فريد السالك ، ط ٢ ، منشورات الحلبي

الحقوقية، بدون مكان طبع ، ٢٠١٣ ، ص ٧٢ .

(٢) - أنظر د. علي محمد جعفر ، المصدر السابق ص ١٧٠ ، وأنظر ايضا قريب من هذا التعريف عبد الباقي البكري ، زهير البشير ، ص ٦٨ .

(٣) - د. حسن علي ذنون ، مصدر سابق ، ص ١٦٤ .

(٤) - د. محمد حسن قاسم ، مصدر سابق ، ص ٢٩٧ .

(٥) - د. عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ، ص ٢١٩ .

(٦) - د. حسن علي ذنون ، مصدر سابق ، ص ١٦٢ ، ١٦٣ ، د. محمد كامل مرسى ، مصدر سابق ، ص ٢٢٤

٢٢٤ ، د. حسن كيره ، مصدر سابق ص ١٩١ اشار الى انقسام العدل الى تبادلي وتوزيعي وهو من تقسيمات العدالة ص ١٩١ د. سمير عبد السيد تناغو ، مصدر سابق ، ص ١٤١ ، اشار الى تقسيم ارسطو الى عدل توزيعي وتبادلي وهو من تقسيمات العدالة كما اتضح .

(٧) - د. حسن كيره ، مصدر سابق ، ص ٣٠ .

والأساس الذي اعتمدوا عليه في التمييز بين المصطلحين هو ان العدل ينطوي على المساواة المجردة أما العدالة فإنها تتضمن معنى المساواة الواقعية، فالمساواة التي تقوم عليها فكرة العدل هي مساواة تتسم بالتجريد والعمومية فلا تأخذ إلا بالوضع الغالب لعموم الاشخاص في ذات العلاقة دون اكتراث لظروفهم الخاصة وتفاصيلها في الحالات المتماثلة ، أما المساواة التي تقوم عليها فكرة العدالة فهي مساواة واقعية تهتم بالظروف الخاصة لكل حالة ^(١) .

والتمييز المتقدم ليس له أساس من اللغة العربية فالعدل في اللغة هو خلاف الجور^(٢)، وقيل العدل هو الحكم بالحق^(٣)، والقرآن الكريم يأمر بالحكم بالعدل ، فلا وجه للقول ان العدل مساواة مجردة والعدالة مساواة واقعية ^(٤) على أساس ان العدل لا يعني إلا بالمبادئ العامة أما العدالة فتهتم بالظروف الخاصة بكل حالة^(٥)، لأن المساواة الواقعية لا تحقق العدل بل هي الظلم في عينة اذا كانت تسوية بين غير متساوين ، واذا كانت كذلك فكيف يصح أن يقال ان العدالة صورة خاصة من صور العدل او انها العدل مطبق على حالة خاصة كما عبر بذلك البعض ^(٦) .

كما لا وجه للقول بأن الإنصاف أسمى من العدل بسبب ما يشوب هذا الأخير من نقص راجع الى صياغته العامة، فيعد بذلك ما كان منصفاً اسمى مما هو عادل ^(٧) ، لأن العدل هو الحكم بالحق وليس بعد الحق إلا الضلال ، فلا شيء في الواقع يسمى على الحق ، ولا يوجد حق بعد الحق .

ومن الجدير بالإشارة ان مصطلح العدالة قد اقترن بمفهوم القانون الطبيعي، فقديماً لاحظت فلاسفة اليونان ان العالم يسير وفق قانون عام ثابت ازلي ولا يتغير بتغير الزمان أو المكان و تسيره قوة عليا وفق سنن ثابتة فاطلقوا على هذا القانون تسمية القانون الطبيعي، وكان للمدرسة الرواقية الفضل في ايضاح طبيعة قواعد القانون الطبيعي وراى فلاسفة هذه المدرسة إن على المشرع الوضعي أن يراعي فيما يصدره من قوانين أن تكون مطابقة للقانون

(١) - لمزيد من التفصيل بخصوص التمييز بين العدل والعدالة أنظر رياض احمد عبد الغفور ، مصدر سابق ، ص ٦٣ ، ٦٤ ، ٦٥ ، ٦٦ .

(٢) - فخر الدين الطريحي ، ج ٥ ، مصدر سابق ، ص ٤٢٠ ، اسماعيل بن حماد الجوهري ، ج ٥ ، مصدر سابق ، ص ١٧٦٠ .

(٣) - ابي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري ، مصدر سابق ، ج ١١ ص ٤٣٠ .

(٤) - د. حسن كيره ، مصدر سابق ، ص ٣٠ .

(٥) - د. عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ، ٢١٦ .

(٦) - د. عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ، ص ٢١٩ .

(٧) - د. سمير عبد السيد تناعو ، مصدر سابق ، ص ١٥٣ .

الطبيعي^(١)، وإذا كانت فكرة القانون الطبيعي فكرة خاصة بالفلسفة الإغريقية إلا أنها انتقلت فيما بعد إلى الرومان فقد اشتقها شيشرون عن الرواقيون وصرّح بوجود قانون مطابق للعقل الصحيح نابع من الطبيعة ومعلوم للجميع وهو ثابت أزلي لا يتغير بتغير الزمان والمكان^(٢).

وقد اتسع نطاق مذهب القانون الطبيعي وكان له أثره السياسي في الحث على تعديل القوانين وإرساء أسس نظريات قانونية جديدة، وتغلغل في حياة القرن الثامن عشر وتأثر به واضعوا قانون نابليون، ويبدو ذلك واضحاً في المشروع الأول لقانون نابليون، فقد جاء في المادة الأولى منه أن هناك قانون عالمياً لا يتغير وهو مصدر جميع القوانين الوضعية، أنه العقل الطبيعي من حيث أنه يحكم الناس جميعاً^(٣).

وقد تأثر القانون المصري الحالي بفكرة القانون الطبيعي الرائجة في الفقه الغربي فنصّ في المادة الأولى منه على أنه إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

والفقهاء المصريين كما يظهر في مؤلفاتهم عندما يتعرضون إلى مصادر القانون لا يفرقون بين القانون الطبيعي وقواعد العدالة ويتكلمون عنهما جنباً إلى جنب وكأنهما مصدر واحد^(٤) أما القانون العراقي فقد كان متأثراً بالفقه الإسلامي أكثر من تأثره بالفقه الغربي ولذلك فقد استبعد مصطلح القانون الطبيعي واكتفى بالنص على مصطلح قواعد العدالة فجعل قواعد العدالة مصدراً رسمياً للقاعدة القانونية يلي التشريع والعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية.

وإذا كان المشرع العراقي قد استبعد الإشارة الصريحة إلى مبادئ القانون الطبيعي متأثراً بالفقه الإسلامي، إلا أنه في واقع الحال تأثر من جهة أخرى بالفقه الغربي فاحتفظ بمبادئ القانون الطبيعي كمفهوم، و نص عليها ضمناً تحت مصطلح قواعد العدالة، وإلا فإن النص على مبادئ الشريعة الإسلامية يغني عن النص على قواعد العدالة، فما من شك أن العدالة تعد مبدأً بل مبدأً رائجاً في الشريعة الإسلامية فلا داعي للنص عليها إلى جانب مبادئ الشريعة الإسلامية وجعلها مصدر تستمد منه القواعد القانونية بشكل مستقل عن مبادئ الشريعة الإسلامية، لأن ذلك

(١) - د. علي محمد جعفر، مصدر سابق ص ١٧١.

(٢) - د. هادي حسين عبد علي الكعبي، المثالية في مواجهة الواقعية، مصدر سابق،.

(٣) - د. عبد الحي حجازي، مصدر سابق

(٤) - د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصدر سابق، ص ٧٠، ٧١، د. محمد كامل مرسي، سيد مصطفى بك، مصدر سابق، ص ٢١٦، د. محمد حسن قاسم، مصدر سابق، ص ٢٩٦.

يلوّح بوجود قواعد عدالة قد اغفلت الشريعة الإسلامية النص عليها، والحال إن الشريعة الإسلامية شريعة كاملة بل معدلة لما سبقها من الشرائع و لا حاجة لنا للتدليل على ذلك فهو من اوضح الواضحات فنكتفي بهذا القدر.

الفرع الثاني : علاقة العدالة بالتفسير المتطور

الأحكام كما ذكرنا تابعة للمصالح فكل شريعة سماوية كانت أم وضعية إنما توضع ابتغاء تحقيق مصالح معينة ولاشك ان المشرع او على الاقل (المفترض به) ناظر الى العدالة في ما يبتغيه من التشريع ، فاذا فرض ان الحكم لم يعد يحقق المصلحة منه فان هذا الحكم يفارق العدالة بمقدار مفارقه للمصلحة المبتغاة منه، ومن هنا ارتبطت العدالة بتفسير النصوص حسب المصالح المبتغاة منها بحيث يمكن أن يقال إن تفسير النص شرعيًا كان قانونيًا اذا نافي المصلحة التي انيط بها النص يعد تفسيرًا غير عادل و الحكم المستنبط في ضوء هذا التفسير يعد غير عادل هو الآخر^(١) . ، فان من تتبع مصادر الشريعة يؤمن ايمانًا لا يشوبه ريب بأن كل ما يوافق أهداف الإنسان وأغراضه ، ولا يتعارض مع مبادئ الشريعة ومقاصدها فهو جائز عقداً كان أو شرطاً ، أو غيرهما وهذه قاعدة شرعية عامة تصلح معياراً كلياً لمعرفة الأحكام الشرعية ، وحل المعضلات في ضوءها^(٢) والقانون هو الآخر وسيلة لغاية اجتماعية ومضمون قواعده نسبي في الزمان والمكان لهذا يجب على القاضي ان يلتمس الحكمة من التشريع عند تطبيق القاعدة القانونية على واقع الحياة^(٣).

ولذلك فان على القائم باستنباط الحكم أن يلاحظ مناط الحكم و مدى تأثير العوارض المكانية والزمانية فيه لأن تطبيق الحكم دون مراعاة هذه العوارض قد يؤدي الى نتائج معاكسة للقصود من تشريع الحكم^(٤)، والتفسير المتطور هو الذي يساهم في سد الفجوة بين عصر وضع النص وعصر تطبيقه وذلك من خلال تطبيق النص تطبيقاً متجدداً قائماً على المصلحة المبتغاة من تشريع النص وبذلك فقد اصبح التجديد امراً لازماً على مستوى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي .

(١) -الأحكام الشرعية تابعة للمصالح والمفاسد والملاكات التي يقدرها المولى وفق حكمته ورعايته لعباده ، وليست جزافاً أو تشهياً أنظر السيد محمد باقر الصدر ، دروس في علم الأصول ، ج ١ ، مصدر سابق ، ص ٣٢٦.

(٢) - محمد جواد مغنية ، فقه الامام الصادق ، ج ٣ ، مصدر سابق ، ص ١٦١ ،

(٣) - القاضي عواد حسين العبيدي ، تأويل النصوص في القانون ، مصدر سابق ، ص ٢٢٩ .

(٤) - د. محمد بنعمر ، مصدر سابق ، ص ١٣٤

فبالنسبة للشريعة الإسلامية أصبح التجديد امرًا مرغوبًا فيه باعتبارها الشريعة الخاتمة لتتلاءم مع مجريات التطور في الحياه اليومية واتساع افقها وكثره تفرعاتها.^(١) وبالنسبة التشريع الوضعي فانه لا يستطيع معالجة جميع الوقائع والفروض وترتيب جميع الأحكام لها وذلك لان مصالح المجتمع متعددة وتشمل تفاصيل يتعذر احتوائها في النص التشريعي ،ولذلك فان حكمة التشريع تعتبر أساسًا متينًا لحكم الوقائع الجديدة على أساس التشابه بين الواقعة التي وضع لها حكم وبين الواقعة الجديدة ، وحكمة التشريع هي حلقه وصل وربط بين الواقعتين^(٢).

والعدالة باعتبارها احساس اخلاقي موجود في الضمير الاجتماعي فان وظيفتها الموائمة بين القاعدة القانونية و علاقة معينة ابتغاء تنظيم هذه العلاقة، ذلك ان القانون يضع قاعدة مجردة وعامة لمجموعة غير محددة من الوقائع والعلاقات ، وقد يحصل ان قواعد عامة تطبق على حالة معينة تصير ظالمة وتؤدي الى ضرر أو التزام لا مبرر له ، حينئذٍ تدخل العدالة لإزاله هذا التعارض بين القاعدة العامة والحالة الخاصة فتعدل من القاعدة بأن تخفف من حدتها أو لا تطبقها كلها او بعضها وتسوق منها قاعده جديده توائم الحالة الخاصة^(٣).

فاذا كان هدف القانون هو الموازنة بين الحقوق المتنازعة من الناحية النظرية فان العدالة هي اداة الموازنة بين هذه الحقوق من الناحية الواقعية^(٤) وبذلك فإن القاضي عند تطبيقه للقانون له أن يعتبر نصوص القانون قائمة بذاتها منفصلة عن مصدرها ، ويطبقها تبعًا لما تقتضيه المصلحة و لما يتسع له التفسير من حلول تقي بحاجة البلد و تسائر مقتضيات العدالة، ذلك إن تفسير القانون تفسيرًا شكليًا يؤدي الى فصل الشكل عن المضمون وبالتالي عزل القانون عن المجتمع فلا يمكن فهم النص القانوني دون فهم الهدف الذي يشرع من اجله^(٥).

فالنصوص التشريعية نصوص ارادية وعقلية معللة بعقل او حُكم تدور معها وجودًا وعدمًا ، واذا تقدم الزمان بالتشريع فعلى القاضي أن يتحرى ارادة المشرع وقصده من التشريع لا عند وضع التشريع بل عند تطبيقه ، اي بما يحقق قصد المشرع لو انه وضع النص في الظروف الحاضرة التي يطبق فيها^(٦).

(١) - د. علي الاسدي ، مصدر سابق ص ١٦٤.

(٢) - د. محمد شريف احمد، مصدر سابق ، ص ١٧٤

(٣) - د. عبد الحى حجازى ، مصدر سابق ، ص ٢١٧ و ٢١٨

(٤) - فايد عايد فايد عبد الفتاح ، مصدر سابق ، ١٩٨ ، ١٩٩ .

(٥) - القاضي عواد حسين العبيدي ، تأويل النصوص في القانون ، مصدر سابق ، ص ٢٢٨ .

(٦) - د. هادي محمد عبد الله، مصدر سابق ، ص ٥٩٠ ٥٩١

وبذلك فقد قيل إن العدالة هي تصحيح القانون عندما يأتي ناقصاً بسبب عموميته. وقيل أيضاً ان دور العدالة هو تصحيح القانون وتخفيف شدته عندما تؤدي عموميته الى أن يصبح تطبيقه على حالة معينة ثقیل الوطأة جداً^(١).

فالتشريع هو أساس العدل و لا يتحقق العدل بمجرد صدور التشريع عادلاً بل بتطبيقه بصورة عادلة امام القضاء ايضاً^(٢)، ولا شك ان التطبيق العادل للتشريع هو تطبيقه بما ينسجم مع متطلبات العصر فالعدالة نسبية ومتغيرة بتغير الزمان والمكان وما يحقق الأمن لمجتمع معين قد لا يحققه في مجتمع آخر، وما يحقق الأمن في فترة زمنية معينة قد لا يتحقق في فترة زمنية أخرى^(٣).

ولو رجعنا الى القانون الروماني نجد ان العدالة قد لعبت دوراً مهماً في تطوير احكام القانون الروماني فقد استعان الفقهاء بفكرة العدالة لتفسير وتطبيق القواعد القانونية^(٤).

ذلك ان تحقيق العدالة يستلزم تطبيق القانون بشكل يتلاءم مع ما طرأ على واقع المجتمع من تغيرات اذ ان مقتضى الانصاف أن لا يطبق القاضي القاعدة تطبيقاً حرفياً بل يراعي المرونة في تطبيقها مراعاة للظروف الخاصة في النزاع^(٥).

والصفة المميزة للإنصاف هي اصلاح القانون في الحدود التي يبدو فيها ناقصا بسبب صياغته العامة ، ذلك ان كل قانون يتصف بالعمومية ، وانه بالنسبة للحالات الخاصة لا يكون التعبير العام محدداً بدرجة كافية ، فعندما يصدر قانون بعبارات عامة ثم يحدث مستقبلاً شيء لا يتفق مع هذه النصوص العامة، فإنه يكون من الطبيعي تكملة النقص الذي تركه المشرع واصلاح الترك الناشئ عن كون القانون يعبر بصفة عامة ، والمشرع نفسه لو كان حاضراً لوافق على تكملة النقص ولو كان قد تنبه اليه لأدخل التحديد اللازم في نص القانون^(٦) ، فلا بأس والحال هذه ان يقوم القاضي بتكملة نقص التشريع من خلال التفسير المتطور.

خلاصة ما تقدم ان القانون منوط بأهداف معينة تمثل الغايات التي يبتغيها المشرع من وراء القواعد القانونية ، وتلك الاهداف وهذه الغايات مرتبطة جميعاً بغاية نهائية تسمو عليها

(١) - ذكر هذه الاقوال د. عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ، ص ٢١٨ و ٢١٩.

(٢) - احمد عبد الحسين عبد الفتاح ، العدالة التشريعية في ضوء فكرة التوقع المشروع ، ط ١ ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠١٨ ، ص ٦ و ٧.

(٣) - المصدر نفسه ، ص ١٥.

(٤) - د. علي محمد جعفر ، مصدر سابق ، ص ١٧٤.

(٥) - د. سمير عبد السيد تناغو ، مصدر سابق ، ص ١٥٢.

(٦) - د. سمير عبد السيد تناغو ، مصدر سابق ، ص ١٥٢ ، ١٥٣.

جميعاً وهي غاية تنظيم المجتمع بما يحقق العدالة فيه ، فإذا أصبحت القاعدة القانونية عاجزة عن تحقيق الغاية المناطة بها بسبب التطور الحاصل في واقع الحياة ، ينخرم الأساس الذي تتكئ عليه غاية القانون النهائية والمتمثلة بالتنظيم العادل للمجتمع ، والحل حينئذ يكمن في تجديد القاعدة القانونية من خلال تفسيرها تفسيراً متطوراً يبعث فيها القدرة على مجازاة الواقع المتغير فكما يقال ان القاعدة القانونية " ينبغي ان ترضى- بما يوافق العدل- ما يكشف عنه الواقع من حاجات الجماعة والأفراد فيها " (١) ، اذ ان التحري عن العدالة التي تناسب كل حالة يمكن ان يفضي الى تحقيق العدالة المثلى (٢).

المطلب الثاني - الأمن القانوني

يتحقق الأمن القانوني للأفراد باستقرار مراكزهم القانونية ، وبذلك فهو يتطلب مضافاً الى الاستقرار القانوني ؛ اليقين القانوني وحماية الثقة المشروعة للأفراد ، وهذه المفاهيم يمكن تحقيقها من خلال التفسير المتطور ، بناء على ذلك نوزع هذا المطلب الى ثلاثة فروع نوضح في الأول مفهوم الأمن القانوني ، ونبين في الثاني مقومات الأمن القانوني ، ونخصص الثالث لبيان علاقة الأمن القانوني بالتفسير المتطور للقانون .

الفرع الأول - مفهوم الأمن القانوني

الأمن القانوني وإن كان مصطلح حديث نسبياً، إلا أن تطبيقاته الواقعية لها جذور تاريخية وامتدادات فلسفية تلتقي في مجموعها حول مراعاة القواعد القانونية لحد أدنى من الحقوق والمراكز القانونية التي تجعل المواطن في أمن اتجاه مصالحه وحقوقه، مما يدفعه إلى التفاعل الإيجابي داخل مجتمعه (٣).

والأمن القانوني يعد أحد مقومات الدولة القانونية الحديثة القائمة على سيادة القانون ، وهو يتطلب التزام السلطات العمومية بضمان قدر من الثبات للعلاقات القانونية وحد ادنى من الاستقرار للمراكز القانونية ، من اجل توفير الاطمئنان للأشخاص في تصرفاتهم ، وحتى

(١) - د. حسن كيره ، مصدر سابق ، ص ٢١٩ .

(٢) القاضي عواد حسين العبيدي ، تفسير النصوص القانونية باتباع الحكمة التشريعية من النصوص، مصدر سابق ، ص ٢٨٩ .

(٣) - لعماري وليد ، مصدر سابق ، ص ٦٥ ، ٦٦ .

يمكنهم ترتيب اوضاعهم في ضوء القواعد والأنظمة القانونية القائمة ، دون التعرض لمباغطات تهدم توقعاتهم المشروعة وتعرض اوضاعهم القانونية لعدم الاستقرار^(١).

ويعرف الأمن القانوني بأنه " وجود نوع من الثبات النسبي للعلاقات القانونية، وحد ادنى من الاستقرار للمراكز القانونية لغرض إشاعة الأمن والطمأنينة بين أطراف العلاقات القانونية بغض النظر عما اذا كانت أشخاص قانونية خاصة أم عامة، بحيث تستطيع هذه الأطراف ترتيب أوضاعها وفقاً للقواعد القانونية القائمة وقت مباشرتها لأعمالها دون أن تتعرض لمفاجآت أو أعمال لم تكن في الحسبان صادرة عن إحدى سلطات الدولة الثلاث، ويكون من شأنها هد ركن الاستقرار او زعزعة روح الثقة والاطمئنان بالدولة وقوانينها"^(٢)

وعرفه البعض كمبدأ قانوني هدفه حماية المواطنين من الآثار الجانبية الضارة للقانون ، لا سيما تناقض وتعقيد القوانين والأنظمة، أو تغييرها المستمر بكثرة^(٣)، وجاء في التقرير الدوري لمجلس الدولة الفرنسي لسنة ٢٠٠٦ " مبدأ الأمن القانوني يقتضي أن يكون المواطن، دون أن يستدعي ذلك من جانبه بذل مجهودات غير محتملة، قادراً على تحديد ما هو مباح و ما هو محظور بموجب القانون الساري، من أجل بلوغ هذه النتيجة، يجب أن تكون القوانين الصادرة واضحة و مفهومة و لا تخضع في الزمن لتغييرات مفرطة، و لا بالأخص غير متوقعة"^(٤)

وقد ورد في معجم المصطلحات القانونية الفرنسي ثلاث معاني للأمن القانوني : تضمن الأول اعتبار الأمن القانوني احدى المثاليات التي يجب أن يسعى القانون إليها من خلال سن قواعد متماسكة ومستقرة نسبياً ويمكن الوصول إليها بحيث يمكن للأفراد التنبؤ بها، وتوقعها، وركز الثاني على المركز الشخصي للأفراد، بحيث يتمثل الأمن القانوني في حق الفرد في أن يكون متيقن من مضمون الأحكام التي يجب عليه تطبيقها ، اما الثالث فقد جاء ليربط الأمن القانوني أكثر بالاستقرار في المراكز القانونية المكتسبة وضرورة احترامها^(٥).

(١) - د. عبد المجيد لخداري ، فطيمه بن جدو ، الأمن القانوني والأمن القضائي علاقه تكامل ، مجله الشهاب، مجلد ٤، عدد ٢، ١٤٣٩ هـ، ٢٠١٨ م، ص ٤٠١ .

(٢) - د. عامر زغير محيسن ، الموازنة بن فكره الأمن القانوني ومبدأ رجعية اثر الحكم بعدم الدستورية، مركز دراسات الكوفة، العدد ١٨ ، ٢٠١٠، بدون ترقيم .

(٣) - اشار اليه لعماري وليد ، مصدر سابق ، ص ٦٩ .

(٤) - بواب بن عامر، هنان علي ، الحق في التوقع المشروع الثقة المشروعة كاحد ركائز الأمن القانوني، مجله الدراسات الحقوقيه ، المجلد ٧، العدد ١، مارس ٢٠٢٠، ص ٦٣ .

(٥) - لعماري وليد ، مصدر سابق ، ص ٦٩، ٧٠.

والأمن القانوني لا يوفر فقط الأمن للنظام القانوني، وإنما يعود بالنفع على استقرار المجتمع والحفاظ على نظامه العام، وبالتالي استقرار الحقوق والمراكز القانونية للأشخاص على اختلافهم^(١)، وذلك بإزالة العراقيل التي تحول دون استقرار القوانين وتسهيل النفاذ الفكري والمادي للأحكام القانونية مما يجعل القانون معلوماً من قبل كافة، وفي متناول الجميع كوسيلة للمطالبة بالحقوق أو الدفاع عنها، الأمر الذي يحقق عدالة اجتماعية بدم الهوة التي قد تحدث بين المطلعين على القانون من جهة، وباقي الفئات الهشة في المجتمع من جهة أخرى^(٢).

إن عدم الأمن في القانون يؤدي إلى تضائل فعاليته في ضبط المجتمع، ذلك أن جهل الأشخاص بالقانون نتيجة لتعقيده وتضخمه وعدم استقراره، سيؤدي إلى انتفاء صفة الردع عنه، وفقدان ثقة الأفراد فيه كوسيلة فعالة للضبط الاجتماعي وتحولهم عنه باتجاه الوسائل الأخرى كالعرف والتقاليد، ما يؤدي بالمحصلة إلى انتشار التعاملات العرفية^(٣).

إن وضوح النظام القانوني واستقراره يساهم في حماية حقوق الإنسان على المستوى الداخلي والخارجي، فعلى مستوى الدولة الواحدة يحقق الأمن القانوني ثبات العلاقات بين الأفراد من جميع النواحي الاقتصادية والسياسية والفكرية، كما يضمن تمتع جميع المواطنين بالحقوق بصورة متساوية وتحترم حرياتهم الأساسية، أما على مستوى التعامل الدولي والأقليمي، فإن استقرار العلاقات القانونية بين الدول سيؤدي إلى استقرار العلاقات الدولية، واحترام وصيانة جميع حقوق الإنسان^(٤).

وللأمن القانوني أهمية واضحة من الناحية الاقتصادية، فهو يساهم في توفير المناخ القانوني السليم للاستثمار وإيجاد الآليات القانونية المحفزة له؛ لأن المستثمر الوطني أو الأجنبي يبحث دائماً عن الفعالية والسرعة والأمن والثقة في انجاز المعاملات التجارية، وفي حالة وقوع نزاع بشأنها فإن المستثمر يبحث عن آليات قانونية واضحة تضمن حماية حقوقه، ولهذا فإنه قبل القيام بأي مبادرة استثمارية يدرس القوانين المنظمة لقطاع الاستثمار ومدى استقرارها

(١) - د. الهواري عامر، د. العيد هدي، التكريس الدستوري لمبدأ الأمن القانوني ضمانه لتجسيد دولة القانون الحديثة في الجزائر، مجله مدارات سياسيه، المجلد ٥، العدد ١، ٢٠٢١، ص ١٣٩، ١٤٠.

(٢) - د. ايت عوديه بلخير محمد، دور المؤسسة التشريعية في احلال الأمن القانوني للمجتمع، ضمن ابحاث الملتقى الوطني الموسوم بالمؤسسة والمجتمع في الجزائر- مقاربات اجتماعية انسانية، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة غرداية، ٢٠٢٠، ص ٤.

(٣) - د. ايت عوديه بلخير، المصدر السابق، ص ٣.

(٤) - د. الهواري عامر، د. العيد هدي، مصدر سابق، ص ١٤٠.

مضافاً الى بحثه عن الضمانات القانونية والقضائية الممنوحة للمستثمر في حال وقوع خلاف^(١).

الفرع الثاني : مقومات الأمن القانوني

ويرتكز مبدأ الأمن القانوني على مقومات أساسية لعل ابرزها ثلاث : اليقين القانوني والتوقع المشروع والاستقرار القانوني نبينها في النقاط الآتية :

أولاً - اليقين القانوني :

يتطلب اليقين القانوني علم المخاطبين بالقانون بأحكامه ، والعلم بالقاعدة القانونية يتفرع الى شقين :

١ - الوصول المادي ، ويتحقق بتوافر إمكانية الوصول إلى مختلف مصادر القاعدة القانونية، من خلال إعلام المخاطب بالقانون بالنصوص القانونية التي تعنيه حتى يتمكن من الإطلاع عليها مادياً، وعادة ما يتم ذلك عن طريق النشر في جريدة مخصصة لذلك وموجهة للجمهور، لأنه من غير الممكن التبليغ الفردي لنصوص القانون ؛ لأن قواعده عامة ومجردة وخطابها موجه للجميع^(٢).

فالنشر يلزم المخاطب بالقاعدة القانونية، والعبرة ليست دائماً بالعلم اليقيني، فقد تكون بالعلم الحكمي الذي يتحقق إذا كان باستطاعة الشخص العلم به أو كان من المحتمل أن يعلم به، والحاصل أن القانون لا يصبح ملزماً إلا بعد نشره^(٣).

٢ - الوصول الفكري للقاعدة القانونية، وذلك بأن تتوافر إمكانية استيعاب معاني هذه القواعد ، ويكون ذلك من خلال وضوح القاعدة القانونية وسهولة قراءتها وفهمها، ففكرة الوضوح تعد عنصراً مهماً لتحقيق اليقين القانوني^(٤) ، فالصياغة القانونية أهمية واضحة في جودة التشريع ، و في تحسين النظام القانوني للدولة ، فهي الوسيلة الفنية التي تستخدم في بناء جميع القواعد القانونية ، فلا بد أن يرد القانون بصياغة واضحة^(٥) ؛ إذ ان عدم فهم النصوص القانونية

(١) - د . الهواري عامر ، د. العيد هدي ، مصدر سابق ، ص ١٤١ .

(٢) - لعماري وليد ، مصدر سابق ، ص ٧٥ ، ٧٦ .

(٣) - د . الهواري عامر ، د. العيد هدي ، ص ١٣٨ .

(٤) - المصدر نفسه ، ص ١٣٨ .

(٥) - بواب بن عامر ، هنان علي ، مصدر سابق ، ص ٦٤ .

وعدم وضوح معناها قد يؤدي إلى عدم تطبيقها بشكل صحيح، وهذا ما يؤدي إلى عدم استقرار القاعدة القانونية وتفسيرها بشكل مختلف في كل مرة، مما قد يضر بمصالح المعني بها^(١).

ولكي يكون الخطاب القانوني فكرياً في متناول أكبر عدد ممكن من الأفراد يجب أن يعكس قيم المجتمع ومثله وأن يكون مشبعاً بثقافته^(٢).

ثانياً - الاستقرار القانوني :

إن كفالة حقوق الأفراد واستيفائها من قبلهم يتطلب وجود منظومة قانونية ثابتة ومستقرة ، ووجود نوع من الاستقرار النسبي للقواعد القانونية من شأنه أن يمنح الاطمئنان لجميع الأفراد ، ولا يقصد بمصطلح "الاستقرار" عدم التغيير أو التعديل و لكن على الأقل ضرورة وجود نوع من الثبات يكون نسبياً وهو الذي يمنح ذلك القدر من الرضى والطمأنينة للمخاطبين بالقاعدة القانونية^(٣).

فيشترط في التشريعات بجميع أنواعها وأشكالها نوعاً من الثبات والاستقرار والابتعاد عن التعديل الدائم للنصوص القانونية، الذي يؤثر على استقرار الأوضاع والحقوق المكتسبة،^(٤) فيجب كما يقال ان تكون القاعدة القانونية مصدر أمن وأمان وليست مصدر قلق ومفاجئات^(٥) ، فضلاً عن إن القواعد القانونية تكتسب جزءاً كبيراً من قيمتها من خلال استقرارها^(٦).

ويتفرع عن استقرار القانون كعنصر من عناصر الأمن القانوني ؛ استقرار المراكز الفردية والحقوق الشخصية من خلال عدم المساس بالحقوق المكتسبة وعدم زعزعة المراكز القانونية الفردية، حسب ما نص عليها القانون الذي نشأت أو اكتسبت في ظله^(٧) ، والواقع أن غاية الاستقرار القانوني لا تتصف بالخلود أو الجمود، لأنها تتطور وتتغير بتغير الظروف السائدة في المجتمع؛ سواء أكانت ظروف سياسية، أو اجتماعية، أو قانونية؛ فالمتغيرات

(١) - لعماري وليد، مصدر سابق ، ص ٨١ .

(٢) - د. احمد هيشور، الاجتهاد القضائي ومقتضيات الأمن القانوني ، مجلة الدراسات القانونية المقارنة ، المجلد ٧ ، العدد ١ ، ٢٠٢١ ، ص ٢٤٨٠ .

(٣) - جواب بن عامر، هنان علي ، مصدر سابق ، ص ٦٤ ، ٦٥ .

(٤) - لعماري وليد ، مصدر سابق ص ٨٤ .

(٥) - د. عبد المجيد لخزاري فطيمه ، مصدر سابق ، ص ٣٩٢ .

(٦) - د. الهواري عامر ، د. العيد هدفى ، مصدر سابق ، ص ١٣٩ .

(٧) - لعماري وليد ، مصدر سابق ، ص ٨٤ .

والنوازل التي قد تطرأ على أي دولة قد يترتب عليها تغيير بعض الثوابت القانونية تحت وطأة تغيير الظروف^(١).

ثالثاً - التوقع المشروع

تعتبر فكرة التوقع المشروع - ويطلق عليها كذلك الثقة المشروعة- بمثابة الروح لمبدأ الأمن القانوني، حيث إن الأمن القانوني هو تسهيل وحماية لتوقعات الأشخاص المبنية مسبقاً، وأيضاً حق الأشخاص في بناء توقعات في المستقبل^(٢).

وتعني فكرة التوقع المشروع التزام الدولة بعدم مباغته الأفراد او مفاجئتهم بما تصدره من قوانين أو قرارات تنظيمية تخالف توقعاتهم المشروعة والمبنية على أسس موضوعية مستمدة من الأنظمة القائمة التي تتبناها سلطات الدولة^(٣).

فالقواعد العامة المجردة التي تصدر من قبل السلطة التشريعية في صورة قوانين أو التي تصدر من قبل السلطة التنفيذية في صورة لوائح أو تعليمات أو قرارات إدارية، يجب ألا تصدر بطريقة فجائية مباغته تصطدم مع ما يسعى اليه الأفراد من وراء تصرفاتهم المبنية على أسس موضوعية مستمدة من القواعد والأنظمة القانونية سارية المفعول^(٤) ، ويعتبر توقع الآثار المترتبة على التصرفات القانونية والأفعال التي يقدم عليها الأشخاص، من الركائز الأساسية التي يستند إليها الأمن القانوني، فالفرد لا يقدم على أي نشاط مهما كان نوعه كما لو كان مشروعاً استثمارياً، ولا يتولى أي مهمة في المجتمع، ولا يرتبط بغيره سواء مالياً أو شخصياً إلا من خلال تحديد توقعاته على ضوء المنظومة القانونية القائمة^(٥).

فالأفراد يعتمدون على القانون في تنظيم تصرفاتهم و بناء توقعاتهم ، فكان لزاماً أن يوفر لهم الأمان لاتخاذ قرارات سليمة، لا أن تتم مفاجئتهم وتحطيم هذه التوقعات، وبالتالي يؤدي ذلك إلى الرجوع إلى ما قبل وضع القانون ، اي الفوضى واللاأمن في القانون^(٦).

(١) - متولي عبد المؤمن محمد المرسي الاستقرار كغاية من غايات القانون في نظام المرافعات الشرعية السعودي مجلة الملك سعود الحقوق والعلوم السياسية المجلد ٣١ العدد ١ الرياض ٢٠١٩ ص ٦٩ .

(٢) - بواب بن عامر ، هنان علي ، مصدر سابق ، ص ٦٥ .

(٣) - د. عامر زغير محيسن، مصدر سابق ، بدون ترقيم .

(٤) - د.الهواري عامر ، د. العيد هدي ، مصدر سابق ، ص ١٣٩ .

(٥) - لعماري وليد ، مصدر سابق ، ص ٨٦ .

(٦) - بواب بن عامر ، هنان علي، مصدر سابق ، ص ٦٧ ٦٨ ..

الفرع الثالث - علاقة الأمن القانوني بالتفسير المتطور للقانون

يساهم التفسير المتطور في تحقيق الأمن القانوني من زوايا متعددة وعلى التفصيل الآتي :

أولاً : وضوح القاعدة القانونية

تبين لنا عند بحث مقومات الأمن القانوني ان من هذه المقومات تحقيق اليقين القانوني ، وحينها عرفنا ان الوصول المادي للقانون لا يكفي وحده في تحقيق اليقين القانوني ، بل يتطلب هذا الأخير الوصول الفكري للقانون ايضاً.

والتفسير المتطور يؤدي بدوره الى ازالة الضبابية عن بعض القواعد القانونية التي اصبحت بفعل الابتعاد عن عصر التشريع وبفعل التغيرات التي يشهدها الواقع غير واضحة المضمون ، ويحقق بذلك ازالة التناقض العملي بين النص والواقع وهذا يساهم في وضوح القاعدة القانونية ومن ثم وصول افهام الناس اليها ، فضلاً عما يؤديه ذلك من كشف اللثام عما يجب ان تتضمنه القاعدة القانونية مستقبلاً فيما لو اريد تعديلها ، وهذا ما يثمر في نهاية المطاف في اتصافها بالكفاية القانونية من خلال ابتعاد بنائها القانوني عن الثغرات القانونية ^(١).

ذلك ان التشريع مهما بلغ من دقة في صياغة نصوصه إلا انه يبقى قاصراً عن الاحاطة بكافة الموضوعات التي كانت سبباً لإصداره ، ومن هنا يساهم الاجتهاد القضائي في الكشف عن مواطن النقص والقصور التي احاطت بالتشريع ، لأن جوهر عمل القضاء تطبيق احكام القانون فيحتاج الى تفسير النصوص القانونية لتطبيقها على الوقائع المعروضة عليه ^(٢) ، ومن جهة أخرى يؤثر التفسير المتطور الصادر عن محكمة التمييز في المحاكم العادية ويدفعها نحو فهم موحد للقاعدة القانونية المفسرة ، ومن ثم تطبيقها تطبيقاً موحداً يلقي بظلاله وضوحاً عليها ويسهل على الأفراد عملية فهمها .

ثانياً : الاستقرار القانوني :

يمكن التمييز في هذا المقام بين مستويين من الاستقرار ، يتعلق الأول منهما بوجوب احترام مبدأ تدرج التشريعات ، وذلك بعدم مساس القاعدة الدنيا للمبادئ المقررة في التشريعات الأعلى منها درجة ، فتتحصن بذلك القاعدة الأعلى من الانتهاك وتتنزه القاعدة الأدنى من

(١) - فالبعد عن الثغرات القانونية في البناء القانوني يعد من مقومات الأمن القانوني أنظر متولي عبد المؤمن مرسي ، مصدر سابق ، ص ٧١ .

(٢) - د. عبد المجيد لخزاري فطيمه ، مصدر سابق ، ص ٤٠٠ ، ٤٠١ .

التطاول عليها ، ويساهم ذلك في انسجام المنظومة القانونية واستقرارها ، ويتعلق الاستقرار في شقه الثاني بالتزام الجهة المخول اليها تعديل القاعدة القانونية بالإمساك عن تغيير مضمونها قدر المستطاع ، لأن القاعدة القانونية تكتسب قدرًا كبيرًا من قيمتها بفعل استقرارها واستمرار تطبيقها ^(١) .

والتفسير المتطور يحقق الاستقرار في المستويين معًا وتوضيح ذلك فيما يأتي :

أما بالنسبة لتدرج التشريعات فقد تبين لنا عند دراسة وسائل التفسير المتطور ان هذا الأخير ينطلق في بعض وسائله من ثوابت القانون الى متغيراته ، حيث ينطلق من المبادئ الدستورية والنظام العام لتنظيم العمل بما هو دونها من القواعد القانونية ، فيحافظ التفسير المتطور بذلك على حرمة الثوابت من خلال تحقيق انسجام المتغيرات معها وقد فصلنا سابقا الكلام في ذلك فنحيل اليه ^(٢) .

أما ان الاستقرار في شقه الثاني المتمثل بالإمساك عن التعديل قدر المستطاع ؛ هو ضرورة تدعو الى التفسير المتطور هي الأخرى ، فيدل عليه عجز المشرع عن الاحاطة بما يستحدث من مسائل تؤثر في الوقائع التي وضعت لها النصوص ، مما يستلزم تطور النصوص باتجاه استيعاب تلك المستحدثات ، وهو ما يستلزم بدوره احد امرين : الأول أن يقوم المشرع بمواجهة المستحدثات بتعديل النصوص وواضح ما في تلك الوسيلة من موبقة توالي التعديلات وحلول الاربك في ساحة التشريع والاخلال بالأمن القانوني للأفراد ، والثاني أن يترك للقضاء سلطة التفسير المتطور للنصوص القانونية ليعت فيها مكنة استيعاب المتغيرات ومسايرة الحاجات القائمة ، فيحفظ بذلك استقرار القانون ويؤمن للأفراد حقوقهم المكتسبة التي قد تتعرض للخطر نتيجة تعديل القواعد القانونية وسريان التعديل بأثر رجعي .

إذ يشكل مبدأ عدم رجعية القانون أحد أسس الأمن القانوني ، ذلك ان فكرة الأمن القانوني تأبى أن تسري قواعد التشريع الجديد على وقائع أو تصرفات تمت في فترة زمنية سابقة على نفاذه، ذلك أن الأفراد تصرفوا على أساس التشريع الذي كان نافذًا حينئذٍ أو الذي كان يفترض علمهم به فإذا صدر هذا التشريع وطبق عليهم بأثر رجعي فمعنى ذلك أنه تم إخضاعهم إلى تشريع كان يستحيل عليهم العلم به ^(٣) .

(١) د. احمد هيشور، مصدر سابق ، ص ٢٤٨٤ .

(٢) فصلنا ذلك عند بحث هرميوطيقا النص كوسيلة من وسائل التفسير المتطور ص ٧٥ وما بعدها .

(٣) - ايت عوديه بلخير ، مصدر سابق ، ص ٦ .

ولما كانت العلاقات الاجتماعية التي ينظمها القانون في حالة تطور مستمر، فإن حكم هذه العلاقات يحتاج الى تطور القانون الذي يحكمها ، فلا يصح بقاء القوانين من غير تعديل ، وكذلك لا يصح تعديلها باستمرار دون أي ضابط لذلك، فالاستقرار القانوني يفترض وجود التغيير والتعديل الذي تفرضه التطورات، وكذلك التعديل الذي يحدث بسبب الأزمات التي تؤدي إلى تغييرات مفاجئة ، والقانون من جانب آخر يستلزم التلاؤم والتأقلم مع الاحتياجات الاجتماعية والاقتصادية لذلك فإنه يتطلب التطور المستمر مع هذه الاحتياجات لتحقيق الاستقرار القانوني، فاستمرار قوانين قديمة لا تتفق مع العصر واحتياجاته يعتبر مظهرًا من مظاهر عدم الاستقرار القانوني بما يخلقه من أوضاع متناقضة ^(١) .

وبذلك يمكن عن طريق التفسير المتطور تحقيق الانسجام بين حاجة القانون للتطور المستمر ، وبين الثبات التشريعي اللازم للمحافظة على الحقوق المكتسبة ، الأمر الذي يثمر في نهاية المطاف في تحقيق الأمن القانوني .

ثالثا : حماية التوقع المشروع

ينسجم التفسير المتطور مع قابلية القانون للتوقع لأن توقع الأفراد عادة ينصرف الى ما يساير الاوضاع المعاشة انطلاقا من المؤشرات التي تفرزها تلك الاوضاع ، وهذا بخلاف التفسير النمطي الذي يعد من الجمود على حرفية النص وهو ما يستبعده الرأي العام القانوني الذي يرجع اليه الأفراد في الاستشارات القانونية عند حاجتهم اليها .

فالأمن القانوني لا يقتصر على حماية التوقعات المبنية مسبقاً بل يتسع ليشمل حق الأفراد في بناء توقعات في المستقبل ^(٢) ، وهذه الأخيرة تبتنى في ضوء الأوضاع السائدة والواقع المشاهد ، والتفسير المتطور يحاول دائماً ان يجعل النص ملائماً للواقع المعاش.

وخلاصة الكلام في هذا الموضوع ان التفسير المتطور يتماشى مع الذهنية المشتركة التي تفرز توقعات في المستقبل انطلاقاً من الواقع المشاهد .

المطلب الثالث – سيادة القانون

تقوم سيادة القانون على خضوع الأفراد – حكاماً ومحكومين – للقانون ، ويتحقق ذلك من خلال ضمانات متعددة ، ويساهم التفسير المتطور للقانون في خضوع الأفراد له من عدة وجوه

(١) - لعماري وليد ، مصدر سابق ، ص ٩٥ ، ٩٦ .

(٢) - بواب بن عامر ، هنان علي ، مصدر سابق ، ص ٦٥ .

، ولتفصيل الكلام في ذلك نقسم هذا المطلب الى ثلاثة فروع ، نبين في الأول مفهوم سيادة القانون ، وفي الثاني نتكلم عن ضمانات سيادة القانون ، ونوضح في الثالث علاقة سيادة القانون بالتفسير المتطور .

الفرع الأول – مفهوم سيادة القانون

شكلت مسألة استحواد الحكام على السلطة المطلقة مشكلة في الفكر القانوني والسياسي لقرون عديدة ، فمنذ ايام الفلاسفة اليونانيين كانت هناك فكرة سائدة هي ان القانون يعد الوسيلة الأهم في اخضاع سلطة الحكام المطلقة للسيطرة وتجسيداً لهذه الفكرة اطلق ارسطو مقولة ان حكم القانون اعلى مرتبة من حكم الأفراد^(١).

وقد كان ظهور مبدأ خضوع الدولة للقانون نتيجة نضال طويل وكفاح مرير مرت عليه الإنسانية، وعرف هذا المبدأ اهتماماً كبيراً من قبل الفلاسفة و غيرهم ممن تأثروا بالديانة المسيحية و الإسلامية على مر العصور، مجتهدين في البحث عن الأسس السلمية لهذا المبدأ و البلوغ به إلى ما توصل له الفكر الإنساني في الأخير من تجسيد لدولة القانون^(٢).

و مبدأ سيادة القانون في النظم الحديثة يتسلط على كل تصرف أو إجراء يصدر عن أية سلطة داخل الدولة مهما علا شأنها، فالسلطات العامة تخضع في كل ما يبدر منها من نشاط وما تتخذه من إجراء، للقواعد القانونية القائمة. فلا يفلت إي إجراء يصدر عنها من سريان القواعد القانونية تحت مبدأ (سيادة القانون) وتحقيقاً لنظام (المشروعية) ، بحيث تعد السلطة في ظل هذا النظام جائرة، إذا جاءت تصرفاتها مخالفة لقاعدة عامة مجردة معمول بها وقت وقوع التصرف، فالسلطة لا تعد عادلة إلا إذا التزمت وباسم القانون بالقواعد القانونية القائمة فيما تتخذه من قرارات أو إجراءات^(٣).

(١) - د. منجد منصور الحلو ، الخضوع للقانون والمشروعية ، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية ، العدد ٤١ ، ٢٠١٦ ، ص ٧٨ .

(٢) - عرعار علي ، الحريات العامة ودولة القانون، مذكرة ضمن متطلبات شهادة الماجستير ، ٢٠١٧ - ٢٠١٨ ص ١٨ .

(٣) - د. عادل عامر ، مبدأ خضوع الدولة للقانون ، مقال منشور على الموقع الالكتروني <http://www.safsaf.org> تاريخ الزيارة ٢٢ / ٢ / ٢٠٢٢ .

ويعني مبدأ سيادة القانون ان القاعدة القانونية تأتي فوق ارادات الأفراد جميعاً حاكمين او محكومين وتلزمهم جميعاً باتباع احكامها ، فإن لم يلتزموا لا سيما الحكام بالقاعدة القانونية انقلب تصرفهم المخالف للقانون الى تصرف غير قانوني وغير مشروع^(١).

ان خضوع الدولة في جميع سلطاتها والهيئات التابعة لها لمبدأ المشروعية يعد الحل الافضل للتوفيق بين ما تتمتع به هيئات الدولة من سلطات لا غنى عنها لانتظام حياة الأفراد في المجتمع وبين المحافظة على حقوقهم وحررياتهم ، غير أن خضوع الدولة للقانون لا يكون رهيناً بإرادتها فحسب، إنما يتعين إلزامها بهذا الخضوع، ومن هنا نشأت فكرة الرقابة على أعمال الدولة المختلفة، وذلك لتفادي خروج الدولة على القانون^(٢).

والمقصود بدولة القانون، الدولة التي يخضع فيها الحكام و المحكومين على السواء للقانون، و المراد بخضوع الدولة للقانون هو أن تخضع كافة السلطات الدولة للقانون سواء أكانت تشريعية أم تنفيذية أو قضائية. و يعتبر هذا المبدأ في قمة الضمانات الأساسية لحقوق الإنسان و حرياته وفيه يصبح القانون بمثابة الحكم بين السلطة و الأفراد من خلال خضوعهما معاً الى نصوصه ويكون هو المؤتمن الأول على تنظيم الحريات والحقوق^(٣).

فهناك مبادئ عامة للقانون يجب مراعاتها وإعلاؤها كالمبادئ المتعلقة بالحرية والمساواة والقواعد العامة الأساسية في العدالة، ومبادئ حقوق الإنسان، فيجب على المشرع اعتماد هذه المبادئ والتقيّد بها ، كما أرسى القضاء في بحثه الدؤوب عن العدالة مبادئ عامة تهيمن على العلاقات القانونية والمفروض أن يفسر القانون على مقتضاها^(٤).

وهذا يعني ان دولة القانون نظام مؤسساتي تكون فيه السلطة العامة خاضعة لقوة القانون ، بمعنى إن كل سلطة في الدولة تستمد وجودها من قانون سابق عليها يحدد اوجه نشاطها، إذ ان الأصل في دولة القانون أن تتقيّد السلطة السياسية للدولة بالقانون سواء في ممارسة تشريع القوانين أو تنفيذ هذه القوانين أو الفصل فيها من قبل القضاء^(٥) ، اذ ان المقصود بمبدأ

(١) - د. منجد الحلو ، مصدر سابق ، ص ٧٨ .

(٢) - د. يوسف حسين محمد البشير ، مبدأ المشروعية والمنازعات الادارية ، المكتبة القانونية ، بدون مكان وسنة طبع ، ص ٥ .

(٣) - عرار علي، مصدر سابق ، ص ٥٨ ، ٥٩ .

(٤) - د. يوسف البشير ، مصدر سابق ، ص ٩ ، ١٠ .

(٥) - أنظر مفهوم دولة القانون ، لدى عمر حميد فرج العلواني ، خضوع السلطة السياسية للقانون في إطار مفهوم دولة القانون ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط ، ٢٠١٩ ص ٤٩ ، ٥٠ ، ٥١ .

المشروعية هو خضوع جميع مؤسسات الدولة وسلطاتها العامة للقانون وان تتقيد جميع تصرفاتها بأحكام القانون^(١).

ويلاحظ ان المشرع العراقي قد جسد مبدأ الخضوع للقانون في اكثر من مورد ، فقد اخضع القوانين العادية للدستور بموجب دستور جمهورية العراق ، واخضع المحاكم لسلطان القانون في المادة الأولى من قانون السلطة القضائية رقم ٢٦ لسنة ١٩٦٣.

والخلاصة ان مضمون مبدأ الخضوع للقانون هو خضوع الجميع - الأفراد والسلطات الحاكمة لقواعد القانون وأحكامه في كل ما يصدر عنهم من تصرفات والمقصود هنا القانون بمفهومه الواسع - الدستور والقوانين العادية والأنظمة بأنواعها - ، والغاية هي صيانة الحقوق والحقوق والحريات ومنع الاستبداد بعدم السماح بممارسة السلطة حسب مشيئة الحكام أو أهوائهم، كما إن الالتزام بقواعد القانون هو السبيل الأمثل لتحقيق الصالح العام^(٢).

وبذلك ان المبدأ الذي تقوم عليه دولة القانون هو مبدأ خضوع الحكام والمحكومين للقانون على نحو يكونون فيه على قدم المساواة امام القانون^(٣).

الفرع الثاني - ضمانات سيادة القانون

يعد مبدأ سيادة القانون احد ابرز معايير تميز الدولة القانونية عما سواها من الدول الاستبدادية ، لذلك فقد عمدت الدول الحديثة بصرف النظر عن الاتجاهات السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي تتبناها الى توطيد دعائم دولة القانون من خلال توفير الضمانات اللازمة لذلك^(٤) ، ولعل اهم هذه الضمانات هي الآتية:

أولاً - وجود دستور يسمو على كل القوانين:

وهو الضمانة الأولى لخضوع الدولة للقانون، ووجوده يعني إقامة القانون الأساسي لنظام الدولة، لأنه ينشئ السلطات المختلفة و يحدد اختصاصاتها ويبين كيفية ممارسة هذه الاختصاصات ، كما يحدد نظام الحكم بالدولة و كيفية اختيار الحكام و حدود ممارسة السلطة، وهو يقيد السلطات الثلاث التي يجب عليها التزام بنصوصه واحترام مبادئه و عدم مخالفته ، فالدستور يعد الأساس لخضوع الدولة للقانون^(٥).

(١) - فادي نعيم جميل علاوانه ، مبدأ المشروعية في القانون الاداري و ضمانات تحقيقه اداري ، رسالة ماجستير ، كلية الدراسات العليا ، جامعة النجاح الوطنية ، ص ١٣

(٢) - د. عادل عامر ، مقال سابق .

(٣) - عمر حميد فرج العلواني ، مصدر سابق ، ص ٥٢.

(٤) - د. بوعمران عادل ، دولة القانون الضمانات والقيود ، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني ، المجلد ١١ ، العدد ١ ، ٢٠١٥ ، ص ٤٩٣ .

(٥) - عرار علي ، مصدر سابق ، ص ٢٢ .

ويلزم أن يكون الدستور مكتوباً وغير قابل للتعديل إلا وفق شروط وإجراءات خاصة ومعقدة أحياناً، مما يلزم الحكام باحترامه وعدم تغيير القوانين بحسب أهوائهم فهو المحدد لسلطات الدولة وحقوق وحرريات الأفراد.^(١)

ثانياً - مراعاة تدرج القواعد القانونية

من أجل ضمان الحماية اللازمة للمشروعية وكفالة احترام السلطات لها فإنه يتوجب أن توضع النصوص الرسمية في الدولة في شكل هرمي تسلسلي تتدرج فيه النصوص بحسب قوتها^(٢) ، فالقاعدة الأدنى يجب أن تخضع للقاعدة القانونية الأسمى منها. فالقواعد الدستورية مثلاً هي قيمة الهرم، تليها القواعد القانونية الصادرة من السلطة التشريعية، ثم اللوائح أو القرارات التنظيمية، وأخيراً القرارات الإدارية الفردية التي تشكل قاعدة هذا الهرم^(٣).

فمبدأ تدرج القواعد القانونية يترتب نتيجة في غاية الأهمية ، تقتضي بأن تحترم القواعد القانونية الأدنى القاعدة القانونية الأعلى ، فالقرار يحترم النظام ، والنظام يجب أن لا يخالف القانون ، والقانون يتعين أن يتوافق مع الدستور نصاً وروحاً^(٤)، وبذلك يجب أن يصدر القانون الذي تصدره السلطة التشريعية في حدود الدستور وإلا كان معيب بعيب عدم الدستورية، وجاز طلب إلغائه أو طلب عدم تطبيقه حسب النظام الذي تتبعه الدولة ، كما يجب أن تصدر اللوائح في حدود القانون وفي الحدود التي يجوز فيها إصدار اللوائح فإذا استلزم الأمر إصدار لائحة أدنى وجب أن تكون في حدود اللوائح التي تعلوها^(٥).

ثالثاً- تنظيم رقابة قضائية مستقلة

تعد الرقابة القضائية وسيلة ناجعة لحماية الفرد من تعسف السلطة بمختلف أشكالها ، ولا يتحقق ذلك إلا بالتأكيد على استقلال القضاء وعدم تبعيته لأي سلطة^(٦) ، فلا قيمة للدستور إلا بوجود رقابة قضائية تضمن احترام القانون ، وتضمن ممارسة كل سلطة لوظائفها في حدود مبدأ الفصل بين السلطات وتضمن حماية الحقوق والحرريات الفردية ولا قيمة لهذه الرقابة إلا في كنف قضاء مستقل^(٧).

(١) - د. عادل عامر مقال سابق .

(٢) - د. بوعمران عادل ، مصدر سابق ، ص ٤٩٢ .

(٣) - عرعار علي ، مصدر سابق ، ص ٢٦ .

(٤) - فادي نعيم جميل ، مصدر سابق ، ص ١٣ .

(٥) - د. يوسف البشير ، مصدر سابق ، ص ٧، ٨ .

(٦) - د. عادل عامر ، مقال سابق .

(٧) - د. بوعمران عادل، مصدر سابق ، ص ٤٩٥ .

رابعاً - الفصل بين السلطات

ويجب كذلك إرساء مبدأ الفصل بين السلطات الذي يعد من مبادئ الحكم الديمقراطي ، والذي يعزز تقييد السلطات في الدولة بغية عدم استبداد سلطة على أخرى، بأن يكون لكل سلطة وظيفة تعهد إليها مباشرتها، فسلطة تختص بتشريع القوانين حسب ما خولها الدستور، ممثلة عن الشعب الذي يعد مصدر السلطة ، و سلطة تنفيذية يعهد إليها بتنفيذ القوانين وإدارة السياسة العامة للدولة على وفق ما يقتضيه القانون ، ثم سلطة القضاء التي أوكل إليها الدستور سلطة الفصل بين النزاعات التي تنشأ بين الأفراد، أو الفصل بين نزاعات السلطات في الدولة تبعاً لدرجة المحاكم وأنواعها المحددة بموجب الدستور^(١).

ان الحكمة من الأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات هي تحقيق التوازن والتعاون بين السلطات، وتوفير الحيطة لكل منها في مجال اختصاصها، فضلاً عن ضمان مراقبة كل سلطة للأخرى للحيلولة دون انحرافها أو استبدادها بحيث يكون نظام الحكم قائماً على أساس ان السلطة تحد أو توقف السلطة فيؤدي ذلك الى حفظ الحريات العامة وضمان احترام القوانين وتطبيقها تطبيقاً عادلاً وسليماً^(٢).

خامساً - قدرة القاعدة القانونية على استيعاب التطور الحاصل في المجتمع

إذا كانت المسائل المتقدمة من ضمانات خضوع السلطة العامة للقانون، فإننا نرى ان من ضمانات خضوع الأفراد للقواعد القانونية أن تكون تلك القواعد مستجيبة لحاجاتهم القائمة ومنسجمة مع الواقع الذي يعيشونه وبتفصيل سيأتي في الفرع القادم .

الفرع الثالث - علاقة سيادة القانون بالتفسير المتطور للقانون

إن خضوع القاضي للقانون يتحقق من خلال التطبيق السليم للقانون ، وهذا الأخير يستلزم التفسير المتطور للقانون ، ذلك ان التزام القاضي بتطبيق القانون يتحلل بدوره الى امرين؛ الأول ان القاضي ملزم بحسم النزاع المعروض والّا عد مرتكباً لجريمة انكار العدالة ومتحلاً من وظيفته الأساسية وهي تحقيق العدالة^(٣)، والثاني ان حسم النزاع يجب أن يكون من خلال

(١) - عمر حميد فرج ، مصدر سابق ، ص ٧٢ ، ٧٣ .

(٢) - د. بوعمران عادل ، مصدر سابق ، ص ٤٩٣ ، ٤٩٤ .

(٣) - د. سمير عبد السيد تناغو ، مصدر سابق ، ص ١٥١ .

التشريع أولاً قبل الانتقال الى مصادر القانون الأخرى^(١)، وقد يتعذر حسم النزاع بموجب التشريع مالم يفسر تفسيراً متطوراً .

وعلى أساس ما تقدم يحقق التفسير المتطور خضوع السلطة القضائية للقانون من ناحيتين :
فمن جهة انها تلتزم بحسم النزاعات المعروضة عليها امتثالاً للقانون الذي القى على عاتقها
مهمة حسم النزاعات ، ولولا التفسير المتطور لما تمكنت من ايجاد حل عادل للنزاع ينسجم مع
روح القانون ويحقق غايته في التنظيم السليم للمجتمع .

ذلك ان القانون يهدف بالدرجة الأساس الى تنظيم المجتمع تنظيمًا سليمًا ولا يتحقق ذلك
إلا اذا ساير القانون الحاجات القائمة للمجتمع^(٢) ، ولا يكون الخضوع للقانون خضوعاً سليماً
اذا لم يؤدي الى تحقيق غايته الأساسية، ومن ثم فإن قيام القاضي بتطبيق القانون على أساس
اتباع التفسير المتطور له ؛ يؤدي الى تحقيق غاية القانون ، فيعد القاضي بذلك ملتزماً بمبدأ
الخضوع للقانون ، إذ إن التطبيق السليم للقانون ليست هو التطبيق الحرفي بل هو التطبيق الذي
يراعي الظروف الخاصة بكل نزاع^(٣).

بناء على ما تقدم فإن على القاضي تطويع النص القانوني المخالف للعدالة عن طريق
تفسيره مهما امكنه ذلك ، لأن واجبه هو الخضوع الواعي للقانون ، فيجب تطبيق القانون تطبيقاً
سليماً واعياً وليس تطبيقاً شكلياً يؤدي في حقيقته الى احكام ظالمة^(٤)

فالقاضي حسب وظيفته هو من يفصل في القضايا والمنازعات فعليه ان يبذل جهداً كبيراً
للوصول الى المعنى الحقيقي للنص القانوني متبعاً في ذلك شتى وسائل التفسير اللغوي
والمنطقي والعقلي والرجوع الى مختلف المصادر المادية والتاريخية والاعمال التحضيرية^(٥).

ومن جهة أخرى يحقق التفسير المتطور للقانون تمسك السلطة القضائية بتطبيق التشريع
بالدرجة الأساس قبل الانتقال منه الى مصدر آخر من مصادر القانون ، وتمتثل بذلك للتكليف
الموجه اليها بمراعاة التدرج في الوصول الى الحكم المنشود ، ذلك ان الجمود على حرفية
النص قد يجعله عاجزاً عن اعطاء حكم في القضية المعروضة ، وحينئذٍ قد يتصور القاضي انه

(١) - وذلك حسب مفهوم المادة الأولى من القانون المدني ، فالقاضي متى وجد الحكم في التشريع او استخلصه
منه تعين عليه ان يمضيه وامتنع عليه الاخذ بأسباب الاجتهاد ، أنظر القاضي عواد حسين العبيدي ، تفسير

النصوص القانونية باتباع الحكمة التشريعية من النصوص ، ص ١٩٠ .
(٢) - فالقانون يستهدف اقامة النظام والاستقرار في المجتمع عن طريق تحقيق التوازن بين مختلف المصالح
المتضاربة لأفراد هذا المجتمع د. حسن كيرة ، مصدر سابق ، ص ٣١.

(٣) - فعندما لا يوجد نقص في التشريع فإن العدل الخاص يتحقق بمراعاة المرونة في تطبيق القاعدة العامة
مراعاة للظروف الخاصة في النزاع ، لا ان يقوم القاضي بتطبيقها تطبيقاً حرفياً أنظر د. سمير عبد السيد
تتاغو، مصدر سابق ، ص ١٥٢ .

(٤) - ضياء خطاب شيت ، مصدر سابق ، ص ٧٧ .

(٥) - د. هادي محمد عبد الله ، مصدر سابق ، ص ٥٩٠ .

امام فراغ تشريعي يسوغ له مغادرة التشريع الى المصادر الأخرى ، والحال ان التشريع يتضمن الحل المنشود فيما لو فسرته تفسيراً متطوراً من خلال النظر الى عمق النص او دلالاته العقلية ، او فهمه فهما اجتماعيا .

فالقاضي بالصورة المتقدمة وإن حقق الامتثال لأمر القانون بضرورة الحكم بالقضية المعروضة عليه ، ولكنه خالف التكليف الموجه اليه بمراعاة تدرج المصادر التي يستقي منها الحكم ، وبالتفسير المتطور يمكنه العمل بالتكليفين معاً ويعد محققاً للخضوع للقانون وهو المطلوب .

وسيادة القانون تتم على النحو الامثل اذا كان القانون مرضياً عند المجتمع ، والمجتمع لا يرضى القانون المتخلف عن مسايرة التطور فيه ، فإذا تمكن القاضي من تطويع القانون لواقع المجتمع من خلال تفسيره بما يلئم هذا الواقع ، فإن ذلك يساهم في تعزيز هيمنة القانون على افراد المجتمع ، ذلك ان الناس يسيرون على وفق ما رسمه القانون أما خوفاً من الجزاء أو احتراماً للقانون نفسه^(١) ، ولا شك ان اقبال الناس على احترام القانون افضل من سوقهم اليه بالقوة ، وتقبلهم لقواعده ابقى لها من اجبارهم عليها ، ولذلك قيل ان "المقصود من القوة التي تكفل مراعاة القانون ان تكون الحل الاخير الذي لا يلجأ اليه إلا حين مخالفة القانون والخروج على احكامه"^(٢).

فالطاعة للقانون لا تكون دائماً بسبب الخوف من توقيع الجزاء ، بل قد تأتي نتيجة شعور الأفراد بضرورة القانون لحياتهم وسلامة اموالهم ، والقانون اذا كان مبنياً على قواعد الآداب والعادات بين الناس ، فإنهم ينقادون اليه احتراماً له كما يحترمون العادات والتقاليد والاخلاق السائدة بينهم^(٣).

وبالتفسير المتطور يفهم النص فهماً اجتماعياً نابغاً من سيرة المجتمع والعادات والآداب المرعية فيه ، وينتقل بالنص من قالبه النظري الى محتواه المتحرك ، ويطوع حكم النص الى الواقع المعاش ، ويعبر به الى ضمير الأفراد ، فيتبعون القانون طوعاً لا كرهاً ، ويسود القانون بينهم حباً له لا خوفاً منه ، وتلك هي السيادة المثلى للقانون .

(١) - د. محمد كامل مرسي ، مصدر سابق ، ص ١٣ .

(٢) - د. عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ، ص ١٠٧ .

(٣) - د. محمد كامل مرسي ، مصدر سابق ، ص ٢٤ .

فالقانون بأحكامه المكتوبة قد يطبق وقد صار لا يتلاءم مع الظروف في احوال خاصة ،
والحل حينئذ يكون بتحويل المحاكم الحق في تأويل القانون بما يجعله ملائماً للظروف المستجدة^(١)، وبذلك يحفظ للقانون تطبيقه وسيادته على أفراد المجتمع .

وعلى مستوى آخر فإن سيادة القانون اذ يعد من مقوماتها خضوع السلطة التشريعية
للدستور ، فإن هذا الخضوع ينمى بالتفسير المتطور ، فهذا الأخير وكما سبقت الإشارة ينطلق
من الثوابت لتنظيم العمل بالمتغيرات ، وفي مقام تطبيق هذه الأخيرة يضع باعتباره مدى
انسجامها مع الثوابت الدستورية ، وعلى هذا الأساس يعدّها صالحة أو غير صالحة للتطبيق ،
فيكون وسيلة لتنقية القانون وتخليصه من الشوائب وصولاً الى تطبيقه تطبيقاً سليماً يحقق
خضوع السلطة التشريعية للدستور فيما تضعه من قواعد قانونية عادية .

وارتباطاً بالأفكار المتقدمة فإن التفسير المتطور بما يحققه من انسجام بين النص والواقع ،
وبما يوفره للقانون من مكنة لمسايرة التطور في المجتمع وحاجات الأفراد المتجددة فيه، فإنه
بذلك يضيف على القانون صبغة شعبية تمده بشرعية مستمدة من الشعب، فتكون له سيادة
بمقتضى الدستور على أساس ان الشعب مصدر السلطات كما يقرر ذلك الدستور نفسه^(٢).

(١) - د. محمد كامل مرسي ، مصدر سابق ، ص ٦٨ .

(٢) - المادة ٥ من دستور جمهورية العراق النافذ .

الفصل الثالث

نماذج للتفسير المتطور للقانون^(١).

تمهيد وتقسيم .

تدور فكرة التفسير المتطور حول محور أساسي يتمثل بحاجات المجتمع القائمة في الوقت الذي يطبق فيه القانون ، اذ كلما عرضت قضية في واقع المجتمع لزم مقابلتها بالحلول القانونية المناسبة ، وإذا غاب التنظيم القانوني المباشر لمسألة من مسائل الحياة المعاشة ؛ فإن ذلك لا يعني دائما غياب الحل التشريعي المناسب لها ، فقد يوجد هذا الحل في اعماق النصوص القانونية التي تعالج حالات قريبة من المسألة غير المنظمة ظاهراً ، وحينئذ يمكن ايجاد الحل المنشود من خلال البحث في الدلالة العقلية للنص وعدم الجمود على دلالاته اللفظية، فالقانون تنظيم مناط بعلة متعددة تنطلق جميعا من علة واحدة مشتركة تتمثل في وجود الجماعة في زمان ومكان معينين ، وحيثما تشترك مسألتين أو اكثر بعلة واحدة ، يمكن جمع هذه المسائل في حكم واحد ايضاً .

يضاف الى ما تقدم إن التنظيم القانوني المعد للمجتمع في زمن معين ؛ يمكن أن يصلح للتطبيق في زمن آخر ، وذلك من خلال الفهم الاجتماعي لذلك التنظيم وفق مبررات المجتمع والسيرة العقلانية فيه .

وإذا أصبحت القاعدة القانونية لا تتسجم مع واقع المجتمع ، وجب ارجاعها الى المبادئ العليا في النظام القانوني وتنسيق تطبيقها على هذا الأساس ، اذ تعد الأسس العليا في النظام القانوني وسيلة لضبط الجانب المتغير من القواعد القانونية .

فالأحكام القانونية التي غدت تضر بالمجتمع بفعل التغيرات المختلفة الحاصلة فيه ، يجب تنسيق تطبيقها وفق المبادئ المقررة في الدستور النافذ بالدولة ، لأن المفترض في هذا الاخير

(١) - النماذج التي سوف نذكرها هنا ليست هي عرض لتطبيقات قضائية عن التفسير المتطور فإن مثل هكذا تطبيقات لا نرى اهمية لذكرها هنا طالما التفت اليها القضاء ووضعها في مواضعها ؛ بل ان النماذج التي سوف نعرضها هي مسائل وجدنا من الاهمية للفت اليها ، وتسليط الضوء عليها ، وبيانها بطريقة يمكن معها الاستفادة منها في الواقع العملي ، فقد اعتمدنا في بيانها اسلوباً تحليلياً يميظ اللثام عنها ، ويكشف عن سبل تطبيقها ، ويقدم الأدلة عليها ، اما ما سنذكره من قرارات قضائية في بعض المسائل ، فإنما نذكره لأحد امرين : الأول للتنبيه عن غفلة القضاء عن بعض المسائل المهمة والتي يمكن ان تجد طريقها في العمل ، والثاني لنضع امام المتلقي شاهداً عملياً عن صحة ما نتبناه وقربه من الواقع المطبق من خلال ما نذكره من قرارات تعضد تلك المبررات .

ان يكون معبراً عن الحاجات الأساسية في المجتمع ، فإذا وجد القاضي ان حكماً معيناً أصبح متعارضاً مع مبدأ أو أكثر من مبادئ الدستور ؛ فإن عليه أن يسوق الحكم نحو مطابقة الدستور ، فإذا تعذر عليه ذلك امكنه حينئذ أن يمتنع عن تطبيق هذا الحكم محتجاً بعدم دستوريته ، لأن كل نص يرد في أي تشريع يعد باطلاً إذا تعارض مع الدستور .

وفي ضوء الوسائل المتقدمة للتفسير المتطور، سوف نتتبع المسائل القانونية التي تحتاج الى حلول قائمة تنسجم مع عصر تطبيق النصوص التي لها علاقة بنحو ما بتلك المسائل ، وسوف نقصر فيما نذكره من تطبيقات على القضايا المدنية وقضايا الأحوال الشخصية ، معتمدين في معالجتها على الوسائل التي ذكرناها في الفصل الثاني ، وموزعين الدراسة فيها الى مبحثين : الأول في قضايا الأحوال الشخصية ، والآخر في القضايا المدنية .

المبحث الأول

نماذج للتفسير المتطور للقانون من مسائل الأحوال الشخصية

تعد قضايا الأحوال الشخصية من المسائل المتعلقة بالنظام العام ؛ بسبب تعلقها بنظام الأسرة التي تعد نواة المجتمع ، ولذلك فقد أولى المشرع اهتماماً خاصاً في وضع الأحكام المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية ، وقد بدى هذا الاهتمام واضحاً بما سعى إليه المشرع من مسايرة أحكام الشريعة الإسلامية فيما يضعه من أحكام لتلك المسائل ، فالمتتبع لأحكام قانون الأحوال الشخصية النافذ يجد ان الكثير من تلك الأحكام قد استند الى الشريعة الإسلامية والفقهاء الإسلامي.

ولما كانت ثوابت أحكام الشريعة الإسلامية يرتبط بعضها ببعض ، فإن من الضروري مراعاتها في كل صغيرة وكبيرة ؛ لأن مخالفتها في بعض الجزئيات يؤدي في احيان كثيرة الى مصادرة بعضها، مما يستلزم اعادة النظر في الجزئيات المخالفة وضبطها بحدود الثوابت .

ويظهر ما ذكرناه اعلاه واضحاً في قانون الأحوال الشخصية النافذ ، فقد أدت مخالفة المشرع لثوابت أحكام الإسلام في بعض الجزئيات الى مخالفات ظاهرة في بعض المسائل ، اصبحت تجر الى اشكالات كبيرة في الواقع العملي ، ولما كان الدستور النافذ قد منع تشريع قانون مخالف لثوابت أحكام الإسلام ، فقد بات لازماً اخضاع الأحكام المخالفة الى تفسير متطور يوفق بين تلك الأحكام ودستور الدولة النافذ من جهة ، ويلبي حاجات المجتمع الحاضرة من جهة أخرى .

وسوف نقسم البحث في موضوعات هذا المبحث الى ثلاث مطالب : نتناول في المطلب الأول بعض ما يتعلق بانعقاد الزواج ، ونبين في المطلب الثاني بعض ما يتعلق بآثار الزواج ، ونخصص المطلب الثالث لبعض ما يتعلق بانحلال الزواج .

المطلب الأول : نماذج ترتبط بانعقاد عقد الزواج

الزواج عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعا ، وقد أحل الشرع للرجل أن ينكح ما طاب له من النساء مثنى وثلاث ورباع ، ولكن قانون الأحوال الشخصية خلافاً للشريعة الإسلامية قد جعل تعدد الزوجات مقيداً بإذن القاضي وفق شروط وضعها لذلك وعاقب على التعدد عند تخلفها، ومن جهة أخرى فقد حظر المشرع الإكراه على الزواج والمنع منه ، ووضع لذلك احكاماً لا تخلو من اشكالات في الواقع العملي ، وعلى ذلك سوف نقسم هذا المطلب الى فرعين : الأول نعالج فيه مسألة تعدد الزوجات ، والثاني نتناول فيه الإكراه على الزواج والمنع منه .

الفرع الأول - تقييد تعدد الزوجات بإذن القاضي

ان جعل الزواج بأكثر من واحدة مقيداً بإذن القاضي امر ليس له اصل على مستوى الشريعة الإسلامية والفقهاء الإسلامي بل هو كما قيل " بدعة دينية اجتماعية لم تقع في عصر النبي صلى الله عليه وآله ولا في عصر الصحابة ولا في عصر التابعين" ^(١) ، ولكن المشكلة لا تتعلق بأصل هذا التقييد فقط ، بل تتعدى ذلك الى التفاصيل التي احاطت هذا التقييد ايضاً ، فالزواج الثاني وفقاً لقانون الأحوال الشخصية متوقف قبل كل شيء على وجود مصلحة مشروعة تبرره ^(٢) ، وتقدير هذه المصلحة خاضع بطبيعة الحال لنظر القاضي اذ لا يوجد معيار تشريعي يعتمد عليه في هذا المجال ، والقاضي يقدرها بحسب الأسباب التي يعرضها الزوج ، والأسباب قد تكون خاصة ويحرص الزوج على عدم اظهارها ،مما يعني في نهاية المطاف عدم الإذن له بالزواج، رغم ان بعض تلك الأسباب يصدر عن حاجة ملحة يصعب على الزوج البوح بها امام المحكمة ، فقد يكون بالمرأة عيب موجب لنفور الزوج منها ولا يريد الزوج البوح به حفاظاً على سمعة العائلة او حفظاً لكرامة المرأة ، وقد تمر على الزوجة ظروفًا خاصة تجعلها لا ترغب بمقاربة الزوج لها ، وهي نفسها تدعو الزوج الى الزواج الثاني ، وليس مستساغاً اظهار مثل هكذا ظروف للغير فضلاً عن كشفها امام القضاء في وضع لا يسلم من تعدد المطلعين عليه بطبيعة الحال .

والملاحظ ان تعدد الزوجات مباحاً في الشريعة الإسلامية لتحقيق مصالح مختلفة ، من ذلك مثلاً اوردته الفقهاء من فوائد للنكاح جعلت من تعدد الزوجات امراً مستحباً كزيادة النسل وكثرة

(١) - محمد ابو زهرة ، تنظيم الإسلام للمجتمع ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، بدون سنة طبع ص ٧٧ .

(٢) - البند (ب) من الفقرة الرابعة من المادة ٣ ، احوال شخصية .

قائل لا إله إلا الله ^(١) ، وتحصين الدين وتكثير الأمة وتحقيق مباهاة النبي صلى الله عليه وآله ^(٢) .

وقد فطن الرحالة الألماني " بول اشמיד " إلى الخصوبة في النسل لدى المسلمين ، واعتبر ذلك عنصرا من عناصر قوتهم فقال في كتاب " الإسلام قوة الغد " الذي ظهر سنة ١٩٣٦ :

" ان مقومات القوى في الشرق الإسلامي ، تنحصر في عوامل ثلاثة : ... وأشار إلى العامل الثالث وهو : خصوبة النسل البشري لدى المسلمين ، مما جعل قوتهم العددية قوة متزايدة ^(٣) .

فإذا تجاوز الزوج عقبة المصلحة المشروعة وجد نفسه امام عقبة أخرى وهي عقبة الكفاية المالية ^(٤) ، والكفاية هي الأخرى تقدر من قبل القاضي بحسب ظاهر حال الزوج وقت تقديم طلب الزواج ، وقد يحصل ان تكون المصلحة المبتغاة من الزواج هي رعاية امرأة بحاجة الى الزواج للأسباب المختلفة التي قد تنشأ عنها تلك الحاجة ، وهي تقبل من حال الزوج بمقدار متدني من الإعالة ، أو قد يكون لها مال كافي لإعالتها ، ومن ثم فإن تقدير عدم الكفاية المالية على أساس ظاهر حال الزوج في مثل هكذا حالة يقف حجر عثرة امام اللحمة الاجتماعية التي يمكن ايجادها بمثل هكذا زواج ، لذلك فقد نُقل اجماع الفقهاء على عدم اشتراط القدرة على الإنفاق لصحة الزواج بل هو شرط من ناحية الديانة لا من ناحية القضاء ^(٥) .

فإذا وجدت المصلحة المشروعة للتعدد وكان للزوج الكفاية المالية لإعالة أكثر من زوجة واحدة ، يخضع الزوج لتقدير القاضي مرة ثالثة ^(٦) ، ولكن هذه المرة لا سبيل للزوج للتخلص من هذه العقبة إذا قدر القاضي وجود اسباب تدعو الى الخوف من عدم العدل بين الزوجات ، كما لو قدر القاضي بأن معارضة الزوجة الأولى وسعيها لعرقلة الزواج الثاني سيكون سبباً لعدم العدل بينها وبين الزوجة الثانية، فحينئذ كيف يستطيع الزوج اقناع القاضي بأنه سوف يعدل بينهما ؟.

(١) - السيد عبد الأعلى السبزواري ، مهذب الأحكام في بيان الحلال والحرام ، ج ٢٤ ، ط ١ ، دفتر آية العظمى السيد السبزواري ، بدون مكان طبع ١٤١٦ هـ ص ٧ .

(٢) - الامام موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة ، المغني ج ٧ ، دار الكتاب العربي ، بدون مكان وسنة طبع ، ص ٣٣٦ .

(٣) - سيد سابق ، فقه السنة ج ٢ ، ط ٣ ، دار الكتاب العربي ، بيروت - لبنان ، ١٩٧٧ ، ص ١١٥ .

(٤) - فقد اشترط القانون أن تكون للزوج كفاية مالية لإعالة أكثر من زوجة واحدة أنظر البند (أ) من الفقرة ٤ من المادة ٣ ، احوال شخصية .

(٥) - محمد ابو زهرة ، تنظيم الإسلام للمجتمع مصدر سابق ، ص ٧٥ .

(٦) - نصت الفقرة الخامسة من المادة ٣ ، احوال شخصية " اذا خيف عدم العدل بين الزوجات فلا يجوز التعدد ويترك تقدير ذلك للقاضي "

وقد نُقل إجماع الفقهاء أيضًا على أن شرط العدالة شرط ديانة لا شرط من ناحية القضاء لأن تقرير عدالة الشخص أمر مرجعه إلى نفسه ، والعقود لا تفسد لأمر متوقعة بل لأمر واقعة^(١)

والذي يزيد من حدة الاشكالات المتقدمة هي العقوبة المقررة لكل من أجرى عقدًا بالزواج بأكثر من واحدة خلافًا للقيود المتقدمة ، فهذه العقوبة تفرض على الزوج وزوجته الثانية والذي أجرى العقد الشرعي بينهما بل أنها تفرض على القاضي الذي يعطي الإذن دون مراعاة الشروط التي تطلبها القانون استنادا إلى عموم النص^(٢) ، ونتيجة ذلك أن يقدم من يحتاج التعداد في الزواج إلى الزواج خارج المحكمة وهو بطبيعته زواج لا يتضمن حماية قانونية للزوجة.

مما تقدم يتضح أن تقييد الزواج بأكثر من واحدة بأن يكون بإذن القاضي ليس له أساس من الشرع ، وبذلك فإن التفسير المتطور للنصوص المتعلقة بهذا الموضوع هو التفسير الذي ينطلق من الثوابت لتنظيم العمل بالمتغيرات ، وينسق تطبيق تلك النصوص في ضوء المبادئ الدستورية النافذة ، فقد تبين لنا عند بحث وسائل التفسير المتطور أن من الوسائل المحققة له ما اطلق عليه بهرمينيوطيقا النص الذي تضبط فيه الفروع على ضوء الأصول وفق رؤية حدثية تراعى فيها ظروف الزمان والمكان^(٣).

وحيث أننا أوضحنا أن الثوابت في مجال القانون هي المبادئ الدستورية والمسائل المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة ، وأن ما سواها يعد من المتغيرات ، وذكرنا أيضًا أن مسائل الأحوال الشخصية وأن جعلها القانون من مسائل النظام العام إلا أن بعضها ليس له أساس من الشرع ، ومن ثم أمكن إخضاعها للتفسير المتطور وذلك بأن تفسر بشكل يجعلها تندفع نحو الانسجام مع الأحكام الشرعية^(٤) ، وذلك باعتبار أن الإسلام دين الدولة الرسمي ، وأنه لا يجوز يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام .

وبذلك فإن على القضاء – وبالأخص في المحاكم العليا – أن يفسر القيود التي أوردها المشرع فيما يخص تعدد الزوجات بالاتجاه الذي يقرب حكم القانون من حكم الشرع في هذه المسألة ، فأما قيد المصلحة المشروعة فقد بات معلومًا أن تعدد الزوجات يحقق مصالح مختلفة

(١) - محمد أبو زهرة ، تنظيم الإسلام للمجتمع ، مصدر سابق ، ص ٧٥ .

(٢) - فقد نصت الفقرة ٦ من المادة ٣ ، أحوال شخصية " كل من أجرى عقدًا بالزواج بأكثر من واحدة خلافًا لما ذكر في الفقرتين ٤ و ٥ يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو بالغرامة بما لا يزيد على مائة دينار أو بهما "

(٣) - راجع ص ٧٩ وما بعدها .

(٤) - راجع ص ٥٩ .

على النحو الذي ذكرناه اعلاه ، فعلى القضاء أن لا يتردد في اعطاء الإذن بالزواج الثاني اذا وجد له مبرراً من المبررات الشرعية المذكورة اعلاه ، فالقضاء بل والقانون ليس احرص من الشرع على حماية الاسرة وتقدير مصالحها .

واما قيد الكفاية المالية ، فالكفاية ليس لها حد اعلى واضح ، لذلك وجب الاكتفاء بحدّها الأدنى ، وحدها الأدنى هو ضرورات الحياة ليس إلّا ، أما فضول المعاش فلا تعد من الحد الأدنى فينبغي عدم النظر اليها ، وضرورات الحياة لا تحتاج بطبيعة الحال الى قدرة مالية عالية بل يكفي فيها من الغذاء ما يحفظ اعتدال المزاج وقوام الحياة ، ومن اللباس ما يستر العورة ويدفع الحر والبرد ، ومن السكن ما يحقق الستر والمأوى ، فلا يُبعد ان يكون الزوجين قد تواضعا للعيش بمثل هكذا حياة سيما وان ذلك مما نُدب اليه في الشرع المقدس^(١).

أما بالنسبة لقيد العدل فان العدل المطلوب هو العدل الظاهر المقذور عليه وليس هو العدل في المودة والمحبة ، فان ذلك لا يستطيعه أحد^(٢) ، وهذا مما لا يستطيع ان يقدره القاضي ابتداء فلا مناص له من ان يفترض وجوده اذا ما اراد مسابقة الشرع بخصوص هذا الامر .

وهكذا يمكن تذليل العقبات التي وضعها المشرع - خلافاً للشرع - بطريق تعدد الزوجات وهو ما يثمر في نهاية المطاف في تحقيق المقاصد التي نظر اليها الشارع الحكيم في اباحة التعدد ليس بمثنى فقط بل بثلاث ورباع كما هو في صريح القرآن الكريم.

ولكن ما الحل اذا تعذر تفسير مسائل القانون المخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية بالشكل الذي يدفعها نحو الانسجام مع هذه الأحكام ؟.

للإجابة عن هذا السؤال علينا ان نرجع الى الدستور النافذ باعتباره التشريع الأعلى في الدولة ، وهو الوثيقة التي تتضمن القيم العليا في النظام القانوني والتي تعد في مقدمة ثوابت القانون ، وعند الرجوع الى الدستور نجد انه يصرح بأنه لا يجوز سن قانون يتعارض مع

(١) - فمن طرق العامة ما ورد عن ابي موسى الاشعري ان رسول الله صلى الله عليه واله قال من أحب دنياه أضر بأخوته ومن أحب أخوته أضر بدنياه فأثروا ما يبقى على ما يفنى ، أنظر مسند احمد ج ٤ ، دار صادر ، بيروت ، بدون سنة طبع ، ص ٤١٢ ، ومن طرق الخاصة ما ورد من خطبة النبي الاكرم لأبي ذر " يا أبا ذر ، ما زهد عبد في الدنيا إلا أثبت الله الحكمة في قلبه ، وأنطق بها لسانه ، وبصره عيوب الدنيا وداءها ودواءها ، وأخرجه منها سالماً إلى دار السلام يا أبا ذر ، إذا رأيت أخاك قد زهد في الدنيا فاستمع منه ، فإنه يلقي إليك الحكمة . فقلت : يا رسول الله ، من أزهّد الناس ؟ قال : من لم ينس المقابر والبلى ، وترك ما يفنى لما يبقى ، ومن لم يعد غداً من أيامه ، وعد نفسه في الموتى . أنظر أبي جعفر محمد بن الحسن الطوسي ، الامالي ، ط ١ ، دار الثقافة ، قم ، ١٤١٤ هـ ، ص ٥٣١ . وهذا المعنى مما لا يخفى على ذو مسكة فهو مما تظافرت بذكره كتب الاخلاق .

(٢) - سيد سابق ، ج ٢ ، مصدر سابق ، ص ١١١ .

ثابت احكام الإسلام^(١)، وطالما سلمنا بأن مسألة تقييد الزواج بأكثر من واحدة هي مسألة ليس لها أساس من الشرع فإنها بذلك تعد مخالفة لثوابت احكام الإسلام، لذا فإن النصوص المتعلقة بها تعد غير دستورية ، ومن ثم يمكن للأفراد المتقاضين ، الطعن بعدم دستوريته ، بل يمكن للمحاكم نفسها سلوك هذا الطعن والامتناع عن تطبيقها حسب احكام الطعن بعدم الدستورية التي فصلنا الكلام فيها فيما سبق^(٢) والسبب في ذلك ان دستور جمهورية العراق النافذ يصرح ببطلان كل نص قانوني يتعارض معه^(٣) .

وبناء على ما تقدم نعتقد ان اتجاه محكمة التمييز الاتحادية بشأن تقييد تعدد الزوجات بإذن القاضي بأن هذا التقييد غير مخالف لثوابت الاسلام ؛ اتجاه غير سليم ، فقد بررت المحكمة اتجاهها هذا بأن المشرع اراد من هذا التقييد تنظيم الزواج بأكثر من زوجة واحدة ، وان من حق الشارع تقييد المباح اذا ما وجد ذلك في مصلحة المجتمع . ولكن هذا التبرير مردود لأن المشرع ليس احرص على مصلحة المجتمع من الشارع الاسلامي المقدس ، وقد بات معلوما ان الشريعة الاسلامية لم تجعل الزواج بزوجة ثانية مقيداً بإذن القاضي .

ولكن هنا مسألة لا بد من ايضاحها لغرض تعزيز التفسير وفق الطريق المتقدم اذ سوف يتكرر لجوئنا اليه في مطاوي البحث القادمة ، فقد يقال إن سلوك الطريق المتقدم في التفسير يجر اتباع كل مذهب للطعن بعدم دستورية كل نص يتعارض مع احكام مذهبهم ، وحيث ان العراق بلد متعدد المذاهب ، وهذه المذاهب تختلف فيما بينها في كثير من الأحكام ، فإن السماح للأفراد للطعن بعدم الدستورية بناء على مخالفة النصوص لأحكام الشريعة الإسلامية ، وكذلك السماح للمحاكم في الامتناع عن تطبيق هذه النصوص للسبب نفسه ؛ يعني في نهاية المطاف تعطيل العمل بالكثير من الأحكام القانونية بسبب اختلاف احكام الشريعة الإسلامية باختلاف المذاهب .

ولكن يجب ان يلاحظ ان الحكم بعدم دستورية النصوص لمخالفتها لثوابت احكام الإسلام انما يكون في القدر المتيقن من هذه الثوابت فقط ، والقدر المتيقن لا يكون في المسائل الخلافية بل ينحصر في المسائل التي لا يختلف عليها المسلمون بمختلف مذاهبهم والتي يطلق عليها بـ

(١) - الفقرة الأولى من المادة ٢ ، من دستور جمهورية العراق النافذ .

(٢) - فصلنا ذلك عند بحث الرقابة على التفسير المتطور ، وتحديدًا في ص ٦٨ ، ٦٩ عندما بينا كيفية النظر في دستورية القوانين من قبل المحكمة الاتحادية العليا .

(٣) - فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ١٣ منه على انه " لا يجوز سن قانون يتعارض مع هذا الدستور، ويُعد باطلاً كل نص يرد في دساتير الاقاليم أو اي نص قانوني آخر يتعارض معه"

٤ - قرار محكمة التمييز الاتحادية ذي العدد ٥٤ / اتحادية / اعلام / ٢٠١٦ .

(ضروريات الدين) ، فعند هذه المسائل يسهل على القاضي الامتناع عن تطبيق النصوص المخالفة لها، اذ الإسلام هو دين الدولة الرسمي ، وهذا الامتناع أما أن يكون من القاضي نفسه وذلك من خلال الطعن بعدم الدستورية ، أو بناء على طعن مقدم اليه من قبل المتقاضين.

وقد يقال ان الامتناع عن تطبيق النص بناء على عدم دستوريته لا يعد تفسيراً للنص حسب المنهج الذي اتبعه الباحث ؛ لأنه ليس كشفاً عن محتوى النص بل هو استبعاد لتطبيقه .

ولكن ما تجب ملاحظته ان الباحث قد بين ان المقصود بمحتوى النص مجموع قابلياته للانطباق على الواقع ، وبذلك فإن الكشف عن مدى مطابقة النص للدستور يعد كشفاً عن محتوى النص؛ لأنه يكشف عن قابليات النص للانطباق على الواقع ، اذ كما هو معلوم ان النص المخالف للدستور يعد غير قابل للتطبيق في الخارج (اي على الواقع)

الفرع الثاني - المنع من الزواج

في مقابل تجريم المشرع للإكراه على الزواج اتجه نحو تجريم المنع من الزواج ايضاً ، وذلك اذا وُجِه المنع الى شخص مؤهل للزواج وفقاً لأحكام القانون ^(١) ، ويلاحظ هنا ان المشرع قد اطلق المنع وشدد العقوبة عليه ، وبذلك يمتد هذا المنع الى ولي المرأة ايضاً ، بل ان المشرع يصرح بأن المنع من الزواج اذا كان صادراً من قريب من الدرجة الأولى - وهو الاب غالباً بالنسبة للمرأة التي تريد الزواج - فإن عقوبة هذا المنع هي الحبس او الغرامة ^(٢) ، ولمحكمة التمييز الاتحادية قراراً قديماً تقرر فيه سقوط ولاية الاب ببلوغ ابنته عاقلة رشيدة ^(٣) ، ويسير القضاء العراقي- على ما يشهد عليه الواقع الحالي - باتجاه عدم اعتبار إذن الولي بالنسبة للمرأة البالغة ، رغم ان الفقه الإسلامي المعاصر يذهب باتجاه عدم صحة عقد الزواج إلا بولي، ولا يجوز للمرأة أن تتزوج بدون ولي ^(٤) ، ورغم ان منع الولي موليته من الزواج قد

(١) - فقد ورد في الفقرة الأولى من المادة ٩ من قانون الأحوال الشخصية " كما لا يحق لأي من الاقارب او الاغيار منع من كان اهلاً للزواج بموجب احكام هذا القانون من الزواج .

(٢) - فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٩ من قانون الأحوال الشخصية " يعاقب من يخالف أحكام الفقرة (١) من هذه المادة، بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة سنوات، وبالغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين، إذا كان قريباً من الدرجة الأولى.

(٣) - قرارها ٩٢٤ / شرعية ١٩٦٧ في ١٠ / ٤ / ١٨٦٨ مشار اليه لدى ابراهيم المشاهدي ، المبادئ القانونية في قضاء محكمة تمييز العراق ، نقلاً عن انغام محمود شاكر ، الولاية في الزواج ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بابل ، ٢٠١٢ .

(٤) - أنظر الفتوى ١٢٧٣ من فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والافتاء ، جمع وترتيب الشيخ أحمد بن عبد الرزاق الدويش، ج ١٨ ، النكاح دار المؤيد ، بدون مكان وسنة طبع ، ص ١٤٣ ، والفتوى ٢٢٢٧٧ الصادرة من مركز الفتوى (اسلام ويب) على الموقع الالكتروني <https://www.islamweb.net> ، ويذهب جملة من فقهاء الإمامية الى عدم صحة زواج الرشيدة الباكر إن لم تكن مالكة لأمرها وليست مستقلة في

يكون له وفي احيان كثيرة ما يبرره خاصة في واقع المجتمع الحاضر ، فالكثير من فتيات اليوم اللواتي يكملن الثامنة عشر ، لا يحسن الاختيار ، بل قد تندفع الفتاة نحو الموافقة على الزواج من شخص لا تعرف عنه شيء سوى الأكاذيب التي يمنيها بها عبر وسائل التواصل الاجتماعي ، فليس من الحكمة أن توكل مثل هكذا فتاة لنفسها ويترك لها امر الاختيار دون ان يكون لوليها الحق في المعارضة على زواجها ممن تشاء .

وما يشهده واقع الحياة المعاصرة من كثرة في حالات الطلاق خير دليل على سوء الاختيار في مسألة الزواج ، ومنع الأهل من التدخل في زواج الأبناء يفاقم المشكلة ويزيد من حالات الزواج المبنية على مجرد النزوات ، وهي ما تؤول في نهاية المطاف الى الخلافات الشديدة ومن ثم الى الطلاق وطلبات التفريق القضائي وصولاً الى انهيار البنيان السليم للمجتمع .

وبذلك فإن حكم عدم جواز المنع من الزواج لا يمكن اخذه على اطلاقه ، بل يجب أن يُستثنى منه ولي المرأة ، لأن هذا الإطلاق لا ينسجم مع واقع الحياة المعاصرة لأنه يجر الى مفسد كبيرة في المجتمع ، وهذه المفسد يمكن ان تعد بمثابة المانع من تطبيق هذا الحكم بالنسبة لولي المرأة ، وحينئذٍ يمكننا اللجوء الى القاعدة المقررة في القانون المدني والتي تقرر انه اذا تعارض المانع مع المقتضي يقدم المانع ^(١)، ومن ثم نصل الى نتيجة وهي امتناع تطبيق حكم عدم الجواز المذكور على اطلاقه ، بل يطبق على الاغيار والأقرباء ولكن لا يطبق على ولي المرأة استنادا للفهم الاجتماعي للقاعدة المذكورة ، لأن اطلاق النص مقتضي بالواقع لتطبيقه على الجميع ، ولكن المفسد الكبيرة التي قد تنشأ من تطبيقه على ولي المرأة ، تعد بمثابة المانع من تطبيقه بهذا الإطلاق ، والقدر المتقين من تحقق هذا المانع انما يكون في شمول الولي بحكم عدم الجواز ، لذلك يستثنى الولي من هذا الحكم ويطبق على اطلاقه فيما عداه ، وأولى الناس

شؤون حياتها من دون رضاها ورضى أحد الأبوين (الأب أو الجد للأب) ، ومعنى ذلك أن هذا المورد تكون فيه للأب أو للجد لأب نوع ولاية على البنت الباكر ، فلا يصح زواجها من دون موافقة أحد الأبوين أنظر حسن الجواهري، بحوث في الفقه المعاصر ج ٦ ، مصدر سابق ، ص ٣٣٦ ، بل ان ابرز فقهاء الإمامية المعاصرين اقرروا بالولاية على الباكر الرشيدة ولو كانت مستقلة بشؤون حياتها . أنظر السيد محمد الحسيني الروحاني، منهاج الصالحين ج ٢ ، ط ٢ ، مكتبة الالفين ، بدون مكان طبع ، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م ، ص ٢٩٣ ، السيد علي الحسيني السيستاني ، منهاج الصالحين ، ج ٣ ، ط ٢٠ ، دار المؤرخ العربي ، بيروت ، ١٤٤٠ - ٢١١٩ م ، ص ٣٤ ، الشيخ وحيد الخراساني ، منهاج الصالحين ، ج ٣ ، بدون مكان وسنة طبع ، ص ٢٩٧ ، الشيخ محمد اسحاق الفيض ، منهاج الصالحين ، ج ٣ ، مصدر سابق ، ص ١٥ .
(١) - المادة ٤ ، مدني .

بتزويج المرأة هو الأب والجد من الأب^(١)، مع ملاحظة الحالات التي تسلب بها الولاية عنهما^(٢).

وقد يقال ان مورد تطبيق قاعدة (إذا تعارض المانع مع المقتضي يقدم المانع) إنما يتحقق إذا تعارض المانع مع المقتضي للحكم، لا إذا نشأ المانع من تطبيق الحكم.

ولكن يجب أن يلاحظ ان المقتضي لتطبيق اي حكم من قبل القاضي هو النص على ذلك الحكم في القانون، فإذا نشأ عن تطبيق الحكم مفسد في الواقع العملي؛ كانت تلك المفسد مانع من تطبيقه على الحالات التي تعرض على القضاء بعد تبين تلك المفسد.

إذ ان الغاية من تقرير قاعدة (إذا تعارض المانع مع المقتضي يقدم المانع) هي مراعاة المانع، والعلة التي دعت المشرع الى مراعاة المانع وتقديمه على المقتضي هي تجنب المفسد الناشئة عن المقتضي في الحالة التي يعارضه فيها المانع.

توضيح ذلك ان المقتضي مبني على مصلحة معينة، فإذا كان تحقيق هذه المصلحة (في حالة او حالات معينة) يؤدي في الوقت نفسه الى مفسدة أكبر، فإن تحقيق المصلحة في تلك الحالة أو الحالات يتعارض مع مصلحة أكبر تهدف الى تجنب مفسدة تزيد في ضررها عن المصلحة المراد تحقيقها من خلال المقتضي، فيكون التنازع بين مصلحة مهمة ومصلحة أهم منها، فتعطل المصلحة الأقل اهمية مراعاة للمصلحة الأكثر اهمية.

وبذلك يمكن توسيع العمل بالقاعدة محل البحث في ضوء الغاية من تقريرها، فإذا كان وجود الحكم في القانون مقتضي لتطبيقه، فإن تطبيقه يجب أن لا يكون منشأ لمفسد تزيد عن المصلحة المبتغاة منه، فإذا كان الأمر كذلك فإن المفسد الناجمة عن تطبيق الحكم تعد مانع من تطبيقه، فيجب مراعاة هذا المانع ومن ثم الامتناع عن تطبيق الحكم.

والتفسير المتقدم لقاعدة (إذا تعارض المانع مع المقتضي يقدم المانع) ينسجم مع قاعدة أخرى يقررها القانون المدني ايضاً وهي قاعدة (درء المفسد اولى من جلب المنافع)^(٣)، إذ ان درء المفسد الناجمة عن تطبيق الحكم أولى من جلب المصالح المبتغاة من تطبيقه.

(١) - اختلف الفقهاء في ترتيب الأولياء في النكاح، ولمعرفة تفصيل ذلك أنظر، عبد الرحمن الجزيري، السيد محمد الغروي، الشيخ ياسر مازح، مصدر سابق، هامش ص ٥٠، ٥١.

(٢) - كما لو منعها عن الزواج بكفئها، او اعتزلا التدخل في امر زواجها، او سقطا عن اهلية الاذن لجنون او نحوه، أنظر السيد علي الحسيني السيستاني، مصدر سابق، ص ٣٥.

(٣) - المادة ٨ من هذا القانون.

المطلب الثاني - نماذج ترتبط ببعض آثار الزواج

إذا انعقد الزواج صحيحا ترتبت عليه آثار متعددة ومختلفة ، ومن تلك الآثار النسب والمهر والنفقة ، والنشوز ، وحضانة الأولاد عند وجودهم ، وقد خصَّ المشرع هذه المسائل بأحكام عديدة ، والبعض من تلك الأحكام يثير إشكالات في الواقع العملي ، مما يجعلها بحاجة الى تفسير متطور يدفعها نحو الانسجام مع واقع الحياة الحاضرة ، وبناء على ذلك سوف نتناول بعض ما يتعلق بالنسب والمهر والنفقة والنشوز والحضانة في اربعة فروع .

الفرع الأول : النسب

لعل من ابرز المسائل التي نحى بشأنها الفقه الاسلامي الى التفسير المتطور للنصوص الشرعية ؛ مسألة اثبات النسب ونفيه بالطرق العلمية ، فقد اصبح استخدام البصمة الوراثية والاعتماد عليها في مجال النسب محل نقاش لدى بعض المجامع الفقهية؛ لأنها وسيلة جديدة يتم اللجوء اليها في مجال النسب في ضوء قواعد الشريعة ومقاصدها^(١) . وهي من الناحية العلمية وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية والتحقق من الهوية الشخصية ولا سيما في مجال الطب الشرعي^(٢) .

حيث يؤكد الباحثون أن تكنولوجيا بصمات الدنا تصل دقتها إلى درجة عالية جداً ، تصل عند البعض إلى أكثر من ٩٩ % إلا أنها لا تصل إلى نسبة ١٠٠ % لعدم استقرار جميع جينات البشر ، ، أما من ناحية احتمال وقوع الخطأ، أو السهو، أو الغفلة فإن هذا الأمر يعد محط انتباه وحذر ورقابة شديدة على من يقوم بأخذ العينات وكتابة البيانات الناتجة عن التحليل^(٣) ومن المعلوم إنَّ البصمة الوراثية حقيقة واقعية ملموسة ثبت نجاحها ، والإسلام من جانبه هو دين يقدر العلم ويحث على طلبه فيكون من الطبيعي أنه لا يوجد مانع شرعي من توسيع استخدامات البصمة الوراثية في المجالات الاجتماعية والطبية المختلفة، لأنها من التصرفات المستحدثة النافعة فتأخذ حكم الإباحة للقاعدة الشرعية القائلة إنَّ الأصل في الأشياء الإباحة^(٤).

و من الجدير بالذكر ان المجمع الفقہ الإسلامي في مكة المكرمة في دورته السادسة

(١) سالم خميس علي الضنحاني ، حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي ، ط١ ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، ٢٠١٤ ، ص ١٤٣ .

(٢) محمد الساعدي ، البصمة الوراثية وأثرها في النسب نفياً وإثباتاً ، ط١ ، المركز العالي للدراسات التقريبية التابع للمجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية ، طهران ، ايران ، ٢٠١٢ ، ص ٤٦٦ .

(٣) احمد بن سليمان بن محمد البوصافي ، ، اثبات النسب بالقرائن ، مركز الفندور ، القاهرة ، ٢٠٠٩ . ص ١٣٧ - ١٣٨ .

(٤) نصر فريد واصل ، البصمة الوراثية وحالات الاستفادة منها ، بحث منشور في مجلة المجمع الفقهي الإسلامي ، السنة ١٤ ، العدد ١٧ ، ص ٦١ .

عشرة قرر جواز الاعتماد على البصمة الوراثية في اثبات النسب في حالات التنازع على مجهول النسب، وحالات الأشتباه في المواليد، وحالات الاختلاط في الأطفال بسبب الحوادث (١) ويذهب بعض فقهاء الإمامية المعاصرين إلى أن فحص الـ DNA يعتبر دليلاً في إثبات النسب وفيه مع كونه طريقة علمية بينة لا تتخللها الاجتهادات الشخصية. (٢) ، وقد اشترط بعض فقهاء الإمامية لإثبات النسب عن طريق فحص الـ DNA أن يحصل منه الجزم واليقين فلا تنفع غلبة الظن (٣) .

والتساؤل الذي يثار في هذا المضمار هو أنه إذا كان الفقه الغالب يذهب إلى جواز إثبات النسب عن طريق البصمة الوراثية، فهل تعد البصمة الوراثية قرينة قطعية في إثبات النسب؟ يذهب جانب من الباحثين في الفقه الاسلامي إلى اعتبار البصمة الوراثية قرينة قطعية في إثبات النسب بشرط أن تحاط بمجموعة من الضوابط الشرعية والقانونية التي من شأنها أن ترفع الشك في مصداقية نتائجها من خلال حصر المختبرات التي يجري فيها تحليل البصمة الوراثية بالمختبرات الحكومية ، والتشدد في شروط القائمين بإجراء التحليل من حيث العلمية والعدالة والثقة ، فيجب أن يكون العامل في هذه التحليلات من أهل الاختصاص والخبرة ، وأن يكون متمرساً وليس في مرحلة التجريب ، كما يجب أن لا تتدخل المصالح الشخصية في هذه الفحوصات (٤).

في حين يذهب جانب آخر إلى اعتبار البصمة الوراثية قرينة قطعية إلا أنها تأتي في منزلة متأخرة عن الوسائل المتفق عليها بين الفقهاء في إثبات النسب ، فلا تقدم على الفراش ولا على الإقرار ، ولا على الشهادة ، عند وجوده، وإنما تقدم على القيافة والقرعة، و لا يجوز استخدام البصمة الوراثية لغرض التأكد من صحة الأنساب الثابتة ، لما قد يترتب عليه من التشكيك في أنساب الناس وأعراضهم (٥) .

(١) عبد القادر إدريس ، الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي ، ط ١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠١٠ ، ص ١٢٥ .

(٢) السيد السيستاني لدى استفتائه حول اعتبار فحص دي أن أي (DNA) دليلاً شرعياً لثبوت الأبوة للطفل إذا كان ملائماً ١٠٠ % ، وحول اعتبار عدم الملاءمة دليلاً على نفي النسب والأبوة. نقلاً عن موقع سماحته <https://www.sistani.org> تاريخ الزيارة ٢١ / ١١ / ٢٠٢٢ .

(٣) الشيخ محمد إسحاق الفياض ، رقم الاستفتاء ٦٩ في ٢٣ جمادي الثاني ١٤٣٨ هـ .

(٤) د. حيدر حسين الشمري ، مدى مشروعية البصمة الوراثية وحجيتها في نفي النسب ، بحث منشور في مجلة أهل البيت ، العدد ١٩ ، ص ٩٩ . زياد حمد عباس الصميدعي ، البصمة الوراثية ودورها في إثبات النسب ، بحث منشور في مجلة الجامعة الإسلامية ، العدد (٢/٢٦) بدون ذكر السنة، ص ٣٥٤ .

(٥) أحمد بن عبد الله بن محمد اليوسف، إثبات النسب بالقرائن الطبية المعاصرة، بحث مقدم الى الجمعية العلمية السعودية للدراسات الطبية الفقهية، ١٤٣٥ هـ، ص ٤٦ .

أما في مجال نفي النسب فإن غالبية الفقه المعاصر يذهب إلى أن النسب الثابت لا يمكن نفيه إلا عن طريق واحد وهو اللعان فلا يجوز أن تتقدم عليه البصمة الوراثية (١). ولكن مع ذلك يمكن الاستعانة بالبصمة الوراثية لتقليل حالات اللعان فيما إذا كان الزوج في شك في كون المولود قد ولد على فراشه وأراد اللعان فيمكن أن يوجه لإجراء تحليل البصمة الوراثية ، فقد يثبت التحليل بنوة المولود من الزوج فيعدل بذلك عن اللعان (٢).

إلا أنه على الرغم من ذلك فقد ذهب جانب من الفقه المعاصر والباحثين في الفقه الاسلامي إلى أن العمل بالبصمة الوراثية في نفي النسب مقدم على العمل باللعان؛ لأنها قطعية في دلالتها على نفي النسب وبذلك فهي أقوى من اللعان؛ لأن اللعان قد يعتريه الشك والخطأ (٣). فتحليل البصمة الوراثية إذا عد طريقة علمية لا تتخللها الاجتهادات الشخصية فإنه يمكن الأخذ بنتيجته والاستناد إليه في نفي النسب (٤). ومن ثم فإنه يمكن لصاحب النسب المغلوط أن يستند إلى البصمة الوراثية كما يستند إلى وثيقة عقد الزواج للأبوين الحقيقيين فيرفع بها دعوى تصحيح النسب (٥).

الى جانب ذلك فإن هناك من ذهب إلى السير بمنحى وسط بين القائلين بالمنع المطلق من استخدام البصمة الوراثية في نفي النسب وبين القائلين بالجواز المطلق بذلك ؛ فقالوا بإمكانية اللجوء إلى البصمة الوراثية في أحوال معينة إلا أنها لا تقدم على اللعان بل تكون مكمله له وفي ما عدى ذلك من أحوال لا يمكن نفي النسب بالبصمة الوراثية (٦).

(١) من أنصار هذا الاتجاه ناصر عبد الله الميمان ، البصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي والنسب ، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون ، العدد ١٨ ، ٢٠٠٣ ، ص ٢١٩ ، ٢٢٠ ، نصر فريد واصل ، مصدر سابق ، ص ٨١. أحمد بن عبد الله بن محمد اليوسف ، المصدر السابق ، ص ٤٦. كما قرر مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة التعاون الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره العشرين بوهرا (الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية) خلال الفترة من ٢٦ شوال إلى ٢ من ذي القعدة ١٤٣٣ هـ، الموافق ١٣-١٨ سبتمبر (أيلول) ٢٠١٢م، بأنه لا يجوز شرعاً الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب ، ولا يجوز تقديمها على اللعان . انظر القرار رقم: ١٩٤ (٩/٢٠) منشور على الموقع الالكتروني : <https://iifa-aifi.org/ar/2364.html> ، تاريخ الزيارة ٢١ / ١١ / ٢٠٢٢ .

(٢) د. ناصر عبد الله الميمان ، مصدر سابق ، ص ٢٢١ .
(٣) من أصحاب هذا الرأي ايمن محمد عمر العمر ، المستجدات في وسائل الأثبات ، ط ٢ ، الدار العثمانية للنشر، بيروت -لبنان ٢٠١٠. ص ٤٦٧، ٤٦٨ ، أ.د. سعد الدين الهلالي ، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية ، مكتبة وهبة ، القاهرة ، ٢٠١٠ ص ٣١٩ .

(٤) ذهب إلى ذلك السيد السيستاني حينما أستفتي عن إمكانية اعتماد نتائج فحوصات الحمض النووي في نفي النسب ، حيث أفتى بأنه إذا كان فحص الحامض النووي من الطرق العلمية البيئية التي لا تتخللها الاجتهادات الشخصية يؤخذ بنتيجته، نقلاً عن موقع مكتب سماحته <https://www.sistani.org> ، تاريخ الزيارة ٢١ / ١١ / ٢٠٢٢ .

(٥) . سعد الدين الهلالي ، مصدر سابق ص ٣١٩

(٦) أشار إليه د. حيدر حسين الشمري ، مصدر سابق ، ص ٦٩ .

فقد ذهب البعض من أصحاب هذا الاتجاه إلى أنه لا يجوز الاكتفاء بالبصمة الوراثية عن اللعان في نفي النسب، وأن النسب الثابت بفراش الزوجية لا ينتفي إلا باللعان، غير أنه يجوز الاستعانة بالبصمة الوراثية قبل اللعان، كقرينة من القرائن التي قد تؤيد الزوج في طلبه اللعان أو قد تدل على خلاف قوله، فتكون مدعاة لعدوله عن اللعان (١).

في حين ذهب قسم آخر من أصحاب هذا الاتجاه أنه إذا تبين بالبصمة الوراثية ثبوت نسب الطفل إلى الزوج فلا ينتفي النسب حتى لو لاعن الزوج؛ لأن الشارع يتشوف لأثبات النسب وأن نتائج البصمة الوراثية دقيقة و يقينية (٢).

الذي يبدو لنا أنه لما كانت نتائج البصمة الوراثية تقوم على أسس علمية ثابتة لا يمكن تجاهلها، فإنه إذا جرى تحليل البصمة الوراثية وفق الضوابط المشروعة وأمكن الجزم من خلالها على صحة الادعاء سواء أكان في جانب النفي أم في جانب الإثبات، فاللازم الإخذ بنتيجة البصمة الوراثية وحسم الدعوى بناء على تلك النتيجة، ولا نرى مسوغاً شرعياً لحصر الأخذ بنتائج البصمة الوراثية في جانب الإثبات دون النفي، لأن كلاهما يحقق مقاصد الشرع أن قام الدليل القاطع على صحته، فمثلاً يتطلع الشارع لثبوت النسب، فإنه يتطلع لصحة الأنساب كذلك، ولا يقال إن الشارع الحكيم قد جعل نفي النسب عن طريق واحد فقط وهو اللعان؛ لأن الشارع قيد اللعان بعدم وجود الشاهد مع الزوج ولا شك أن البصمة الوراثية هي بمثابة شاهد بل هي أقوى من الشاهد إذا جرى تحليلها وفق الضوابط الشرعية.

أما على مستوى قانون الأحوال الشخصية فقد حدد ثلاث وسائل لأثبات النسب وهي (الفراش، والإقرار والبيّنة) على غرار موقف الشريعة الإسلامية (٣)، إلا أنه قد أحال مالم يرد بشأنه نص تشريعي إلى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوصه وقرر ضرورة استرشاد المحكمة في ذلك بالأحكام التي أقرها الفقه الإسلامي والقضاء في العراق، وفي البلاد الإسلامية الأخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية (٤).

وعند الرجوع لقانون الأثبات النافذ الذي يمثل الإطار العام في مجال الأثبات في المسائل المدنية والتجارية ومسائل الأحوال الشخصية المالية وغير المالية مالم يوجد دليل شرعي خاص أو نص في قانون الأحوال الشخصية يقضي بخلاف ما ورد فيه؛ يتبين أنه فسح المجال أمام القاضي للاستعانة بالوسائل العلمية في أثبات الوقائع القانونية المختلفة لأنه يهدف إلى إبراز

(١) أحمد بن عبد الله بن محمد اليوسف، مصدر سابق، ص ٤٦، ٤٧.

(٢) نصر فريد واصل، مصدر سابق، ص ٨١، ٨٢.

(٣) المواد (٥١، ٥٢) من قانون الأحوال الشخصية.

(٤) ينظر المادة (١) من قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩.

الدور الإيجابي للقاضي المدني في توجيه الدعوى المدنية (١) كما أن قانون الإثبات قد أجاز للقاضي استنباط القرائن القضائية من وسائل التقدم العلمي (٢).

إستناداً لما سبق يتضح أن المشرع العراقي وأن لم ينصّ بشكل صريح على إمكانية اثبات النسب أو نفيه عن طريق الوسائل العلمية الحديثة وبالخصوص البصمة الوراثية إلا أنه لم يمنع الاستعانة بتلك الوسائل في اثبات النسب، أو نفيه سيما وإنّ المشرع العراقي قد جعل الخبرة إحدى الطرق التي يستطيع القاضي الركون إليها في الإثبات ، وبذلك فإن القاضي المدني إذا لجأ في إثبات النسب إلى الوسائل الطبية الحديثة فإنه لا يكون قد استحدث وسيلة للإثبات من عنده باعتبار إنّ الاستعانة بتلك الوسائل يعد من قبيل اللجوء إلى الخبرة الطبية والتي هي صورة من صور الخبرة بصورة عامة حيث تتناول الخبرة الأمور العلمية والفنية وغيرها من الأمور اللازمة للفصل في الدعوى من دون المسائل القانونية (٣).

وبهذا الصدد تتجه محكمة التمييز الاتحادية باتجاه اعتبار فحص تطابق البصمة الوراثية قاطعاً للنزاع حول النسب، وحاسماً للدعوى المتعلقة به ، وبذلك فقد قررت نقض حكم محكمة الأحوال الشخصية برد دعوى نفي النسب من غير إحالة المتداعين مع الولد الى الفحص المذكور، وقضت بضرورة قطع النزاع عن طريق إحالة المتداعين مع الولد الى الفحص (٤) .

وبذلك فإن محكمة التمييز الاتحادية باتت تعتمد على فحص تطابق البصمة الوراثية ليس فقط في دعاوى اثبات النسب ، بل في دعاوى نفي النسب ايضاً حتى في الحالات التي يقتصر بها طلب المدعي على نفي نسب الولد ولا يتضمن الحاقه بنسب شخص معين ، وهو اتجاه له ما يؤيده في الشرع ، لان الشرع لا يتعارض مع العلم كما ذكرنا .

(١) د. حيدر حسين الشمري ، مصدر سابق ، ص ٧٧ .

(٢) ينظر المادة (١٠٤) من قانون الإثبات

(٣) ينظر المادة (١٣٢) من قانون الإثبات

(٤) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ١٢٧٤٤ ، هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية ، ٢٠٢٢ / ٢٥ / ٩ ، قرار غير منشور.

الفرع الثاني - المهر والنفقة

يدخل في المهر والنفقة مسائل متعددة نأخذ منها ما يمكن ان يتبع بشأنها تفسيراً متطوراً ، وبذلك نقسم هذا الفرع الى بندين ، الأول في المهر ، والثاني في النفقة .

أولاً - المهر

من مسائل المهر التي تحتاج الى تفسير متطور مسألة استحقاق المرأة للمهر عند وقوع الفرقة بعد الدخول في عقد غير صحيح^(١) ، فالعقد غير الصحيح اذا أخذ بالمعنى الأعم يقصد به العقد الباطل والعقد المصطلح على تسميته بالفساد ، ولكن يجب أن يلاحظ ان العقد الباطل وحسب القواعد العامة لا ينعقد ولا يفيد الحكم اصلاً ، والمشرع أكد هذا الحكم في قانون الأحوال الشخصية نفسه بقوله " لا ينعقد عقد الزواج اذا فقد شرطاً من شروط الانعقاد او الصحة " ^(٢) ، ومعنى لا ينعقد ان لا يترتب عليه اثر من آثار العقد الصحيح مطلقاً .

فإذا حصلت الفرقة بعد الدخول في عقد زواج باطل ، لا يتقرر للمرأة شيء من المهر^(٣) ، سُمي مهرها ام لم يسم ، فإذا عقد الرجل على امرأة محرمة عليه شرعاً كأن تكون اخته من الرضاعة ، والعاقدين (الرجل والمرأة) عالمين بذلك وعالمين بالتحريم ايضاً ، فإن هذا العقد لا ينعقد اصلاً^(٤) ولا يترتب على الدخول فيه آثار الوطء بشبهة لعدم وجود الشبهة حينئذٍ ، فالعاقدان يعلمان بحكم التحريم ويتحقق سببه ، فيعد كل منهما مرتكباً لجريمة الزنا بالمحارم وهي غير مستبعدة في واقع اليوم ، وليس في الزنا شيء من المهر كما هو معلوم .

لذلك يجب ان يفسر العقد غير الصحيح الوارد في المدة ٢٢ بأنه العقد الذي يتخلف عنه وطء بشبهة لا مطلق العقد غير الصحيح ، ومن ثم فإن استحقاق المرأة للمهر المقرر عن الفرقة بعد الدخول في عقد غير صحيح يتحقق اذا كان الدخول يصدق عليه وصف الوطء بشبهة ، كما لو كان العاقدان يجهلان سبب التحريم في مثالنا المتقدم ، أو تحقق سبب من اسباب الفساد اللاحق على العقد الصحيح كما لو ارتد الزوج وبقيت الزوجة مسلمة ، أما مع عدم توفر حالة

(١) - المادة ٢٢ ، احوال شخصية .

(٢) - المادة ٦ من القانون نفسه .

(٣) - اذ العقد الباطل كما هو معلوم لا ينعقد ولا يترتب عليه الأثر اصلاً .

(٤) - وهذا ما يفهم من تعريف المشرع للزواج في المادة الثالثة من قانون الأحوال الشخصية والتي جاء فيها ان الزواج هو عقد بين رجل وامرأة حل له شرعاً ، وبذلك لا ينعقد العقد على امرأة من محارم الرجل .

من هذه الحالات فإن العقد غير الصحيح لا يُستحق به شيء من المهر إذ يعد من مصاديق العقد الباطل فيشملة حكمه بمفهوم الموافقة .

ثانياً - النفقة

من المسائل التي قررها المشرع العراقي بخصوص نفقة الزوجة انه جعل نفقة الزوجة غير الناشز ديناً في ذمة زوجها عن مدة لا تزيد على سنة واحدة من وقت إمتناعه عن الإنفاق عليها. فقد نصت المادة ٢٤ / ١ من قانون الأحوال الشخصية على انه " تعتبر نفقة الزوجة غير الناشز ديناً في ذمة زوجها عن مدة لا تزيد على سنة واحدة من وقت امتناعه عن الإنفاق عليها.

وهذا النص يعتريه الغموض والغرابة في واقع الحال ، فقد جاء لمعالجة نفقة الزوجة غير الناشز والتي يفترض بها الاستمرار ما دامت الزوجية قائمة ، وهذا يعني ان على الزوج عدم الامتناع عن نفقة زوجته غير الناشز خلال مدة قيام الزوجية ، فإذا امتنع عن النفقة لمدة معينة ، أصبحت النفقة ديناً بذمته بحدود المدة التي انقطع فيها عن الإنفاق ، والدين كما هو معلوم لا يسقط الا بالأداء او البراء .

فهل ان المشرع قصد من النص المتقدم ان المدة التي يحتسب عنها دين النفقة هي سنة واحدة فقط من تاريخ الامتناع ، ويعد الزوج في حل مما زاد عن ذلك مهما طال مدة امتناعه ، أم انه قصد من المدة المذكورة تحديد سقف زمني للمطالبة بدين النفقة ، بحيث يجب على الزوجة المطالبة به خلال سنة من تاريخ امتناع الزوج وإلا سقط حقها في المطالبة ؟.

بمعنى آخر هل ان المدة التي ذكرها هي المدة التي تكون فيها النفقة الممتنع عنها ديناً في ذمة الزوج بحيث يمكن أن يقال ان الزوج اذا امتنع ثلاث سنوات مثلاً فإن النفقة تكون عن سنة واحدة منها فقط ، أم ان المدة المذكورة جعلت مدة سقوط لدين النفقة بحيث تجب المطالبة خلالها والا سقط الدين.

وعلى أي التفسيرين فالحكم محل اشكال في الحقيقة ، فإذا قلنا ان المدة المذكورة هي مدة سقوط فهذا يعني جعل مرور الزمان مسقط للدين وليس فقط مانع من سماع الدعوى به ، وهو مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية التي تقرر عدم سقوط الحق بمرور الزمان .

والظاهر ان محكمة التمييز الاتحادية لا تعتد بالتراخي بالمطالبة بالنفقة ، ولا تُقيم وزناً لمرور الزمان من هذه الناحية ، فقد قضت بالنسبة لنفقة العدة بأنها حق شرعي للزوجة ثابت

لا يسقط بمضي مدة معينة وبإمكانها المطالبة به بأي وقت تشاء ^(١) . ولا مبرر بالواقع للتفرقة - بخصوص مدة المطالبة بالنفقة - بين المعتدة عن طلاق ، وغير المطلقة ؛ اذ ان أساس المطالبة بالنسبة لكليهما هو ثبوت حق من حقوق الزوجية ، وهو حق الزوجة بالنفقة على زوجها .

أما اذا قلنا ان المدة المذكورة هي مدة احتساب الدين لا مدة المطالبة به - وهو الظاهر من عبارات النص - فإن هذا يعني ان الزوج يمكن ان يمتنع عن النفقة لسنوات عديدة ولا يحق للزوجة مطالبته قضاء الا عن نفقة سنة واحدة فقط ، وواضح ما في ذلك من اجحاف للزوجة وتقويض لواجب الزوج في النفقة ، بل تشجيع له على ترك الإنفاق بالمرّة طالما انه لا يحاسب إلا عن سنة واحدة فقط .

والمسألة كما هو واضح يجب أن تساق نحو تحقيق العدالة وواجب القضاء أن يطبق النصوص التشريعية بما يتلاءم مع اهداف القانون ومبادئه العامة ، وقد ذكرنا عند الحديث عن مبررات التفسير المتطور ان العدالة هي الغاية الأسمى التي يسعى لتحقيقها القانون ، لذلك فإن على القضاء ان يضع العدالة نصب عينيه عند تطبيق القانون .

ويمكن للقاضي أن يستعين بالدستور النافذ لتحقيق العدالة في المسألة المتقدمة ، فالدستور قد منع كل اشكال التعسف في الاسرة ، وامتناع الزوج عن الإنفاق يعد من اشكال التعسف مما يسوّغ للقاضي فرض النفقة على الزوج عن كل سنوات الامتناع لا عن سنة واحدة فقط ؛ ليقف بذلك بوجه من يحاول الفرار من القانون بالقانون نفسه .

ثم ان الدستور قد ألزم الدولة بكفالة حق المرأة للعيش في حياة كريمة ، والقضاء باعتباره احد سلطات الدولة يعد مخاطبا بهذا الإلتزام ، لذلك فإنه عليه من جانبه أن يطبق القانون بالشكل الذي يحقق التزامه بهذا الامر ، والمرأة التي يمتنع زوجها عن الإنفاق عليها يصعب عليها العيش بحياة كريمة بحسب الغالب ، فعلى القضاء قطع السبيل امام استغلال الزوج للقانون والزامه بالنفقة عن كامل المدة التي امتنع فيها عن الإنفاق .

ومن المسائل الأخرى المتعلقة بالنفقة والتي يفترض أن تفهم فهماً اجتماعياً ، ما قرره المشرع من ان ليس للزوج أن يسكن مع زوجته ضررتها في دار واحدة ^(٢) ، فإن المقصود في

(١) - أنظر قرارها المرقم : ٩٤٣٠/أحوال شخصية / ٢٠٢١ في ٢٥/٧/٢٠٢١. منشور على موقع مجلس القضاء الأعلى ، تاريخ الزيارة ٣ / ٦ / ٢٠٢٢ .
(٢) - الفقرة الأولى من المادة ٢٦ ، احوال شخصية .

الدار الواحدة هي الدار ذات الطابق الواحد ، اما مع تعدد الطوابق فيعد كل طابق دار مستقلة ، وبالتالي يستطيع الزوج ان يسكن زوجته في طابق ، وضرتها في الطابق الثاني ، ولا يعد بذلك مخالفاً للقانون .

ومن نصوص الفقه الإسلامي التي تؤكد المعنى المتقدم ما اورده البعض " ان كان البيت - عمارة - تحتوي على عدة مساكن - شقق ، أو أدوار - لكل شقة باب خاص بها ولها منافع تامة من دورة مياه ومطبخ ومنشر تنشر عليه الملابس المغسولة ، فإن للزوج أن يجمع بين الضرائر في هذه العمارة بدون رضائهن ، ولا تشترط المساواة في السكنى ، بل الشرط أن يكون سكن كل واحدة مناسباً لحالها بحيث يرتفع الجور عنها "(١).

الفرع الثالث - طلب التفريق للنشوز

اعطى المشرع للزوجة الحق في طلب التفريق بعد مرور سنتين من تاريخ اكتساب حكم النشوز درجة البتات، والزم المحكمة بالحكم بالتفريق بناءً على هذا الطلب ، وحينئذ تستحق المرأة معجل المهر ويسقط مؤجله (٢) ، وهذا الحكم في الواقع يمكن أن يستغل في احداث مفسدة كبيرة في مجتمع اليوم ، فالمرأة التي تريد أخذ اموال من رجل معين يمكنها بموجب هذا الحكم ان تنشأ علاقة تواصل بينها وبينه ، ثم تقنعه على الزواج منها عن طريق تغديره بشتى الطرق ، فإذا عقد عليها الزوج وطلبها للزفاف امتنعت عن اجابة طلبه ، فإذا رفع عليها الزوج دعوى وحكمت عليها المحكمة بالنشوز ، وجدت ضالتها في هذا الحكم، اذ يمكنها بعد مرور سنتين من اكتساب هذا الحكم درجة البتات أن ترفع دعوى التفريق ، فيكون على المحكمة أن تقضي بالتفريق ولا يسقط عند ذلك الا المهر المؤجل ، اما المهر المعجل فتستحقه بشرط أن لا يزيد عن نصف المهر المسمى ؛بسبب وقوع الفرقة قبل الدخول ، فتكون بذلك قد حصلت على اموال قد تبلغ ملايين الدنانير وهي امرأة ناشز لم تُزف الى زوجها اصلاً فضلاً عن عدم الدخول بها .

ومسألة اعطاء الزوجة الحق بطلب التفريق اذا حكم عليها بالنشوز مسألة مستغربة في واقع الحال ، فالمشرع بهذا الحكم يكون قد هيا للزوجة طريق لطلب التفريق يمكنها ان تعدّه بنفسها متى شاءت ، وهو امر ليس له ما يبرره ، بل هو مكافأة للزوجة على نشوزها .

(١) - عبد الرحمن الجزيري ، السيد محمد الغروي ، الشيخ ياسر مازح ، الفقه على المذاهب الاربعة ومذهب اهل البيت ، ط ١ ، دار الثقلين ، بيروت - لبنان ، ١٤١٩ هـ / ١٩٩٨ م ج ٤ ص ٣١٩ .
(٢) - نص على ذلك البند أ من الفقرة الخامسة من المادة ٢٥ ، احوال شخصية .

فضلاً عن ان المشرع مخالف للشريعة الإسلامية في اعطاء الزوج الحق في طلب التفريق ومن ثم الحكم بسقوط المهر بكامله اذا لم يتم الدخول ، والمؤجل منه فقط اذا تم الدخول ، بل ان المشرع هنا أوقع نفسه في مفارقة عندما قرر بأن طلب التفريق للنشوز اذا قدم من قبل الزوجة ولم يكن الدخول قد تم ؛ يسقط مؤجل مهرها ويبقى معجله ، أما اذا قدم الزوج طلب التفريق للنشوز قبل الدخول فإن المهر يسقط بكامله معجله ومؤجله .

وكأن المشرع قد جعل الزوجين بسباق حول طلب التفريق ، رغم ان هذا الطلب ليس له أساس من الشرع ، فالذي يترتب على نشوز الزوجة في الشرع سقوط حقها في النفقة والقسم^(١) ، ولا علاقة لنشوز الزوجة بمسألة التفريق .

وبناء على ما تقدم يستطيع القاضي أن يرفض طلب التفريق المقدم له وفق الأساس المتقدم ، سواء أكان الطلب مقدم من قبل الزوجة ام من قبل الزوج استناداً لمخالفة هذا الطلب لأحكام الشريعة الإسلامية على وفق ما بيناه في مسألة منع تعدد الزوجات ، لأن النشوز ليس سبباً للتفريق في الشريعة والفقه الإسلامي^(٢) .

وقد يقال ان الركون الى ثوابت الإسلام في ضبط حياة الأفراد ومعاملاتهم وتوجيه الانظمة القانونية نحو الانسجام مع تلك الثوابت يتعارض مع امر آخر اقره الدستور ايضاً وهو احترام مبادئ الديمقراطية ؛ باعتبار ان هذه الاخيرة تعد مفهوماً دخليلاً على المجتمعات والانظمة الإسلامية ، وبذلك فهي في بعض جوانبها تتجاوز ثوابت الإسلام ، مما يعني في نهاية الأمر حصول التصادم والتنافر بين ثوابت الإسلام ومبادئ الديمقراطية في بعض النقاط .

ولكن التوفيق بين ثوابت الإسلام ومبادئ الديمقراطية امر ممكن من الناحية العملية ، وذلك بأن تطبق مبادئ الديمقراطية بما لا يتعارض مع ثوابت الإسلام ؛ لأن فكرة الديمقراطية فكرة دخيلة على المجتمعات الإسلامية ؛ اذ المعروف في المجتمع المسلم ان حرية الانسان محدودة

(١) - أنظر معتصم عبد الرحمن محمد منصور ، احكام نشوز الزوجة في الشريعة الإسلامية ، رسالة ماجستير ، كلية الدراسات العليا ، جامعة النجاح الوطنية ، ٢٠٠٧ ، ص ٢٠٢ ، وللوقوف على تفاصيل نشوز الزوجة في الفقه الإسلامي يمكن مراجعة المصادر الآتية :

شمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج ٢ ، دار احياء الكتب العربية ، بدون مكان وسنة طبع ، ص ٣٤٣ ، أبي زكريا محبي الدين بن شرف النووي ، المجموع شرح المذهب ، ج ١٦ ، دار الفكر ، بدون مكان وسنة طبع ، الصفحات ٤٤٥ - ٤٥٠ ، - الشيخ منصور بن يونس البهوتي ، كشف القناع عن متن الإقناع ، ج ٥ ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، بدون سنة طبع ، الصفحات من ٢٣٧ - ٢٤١ ، ابي جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي ، المبسوط في فقه الإمامية ، ط ٢ ، المطبعة الحيدرية ، تهران ، ١٣٨٨ هـ. ج ٤ ، ص ٣٣٧ ، ٣٣٨ السيد علي الحسيني السيستاني ، منهاج الصالحين ج ٣ ، ص ١٠٦ - ١٠٧ .

(٢) - أنظر المصادر التي اشرنا اليها في الهامش السابق .

ضمن أطر معينة تمثل الحد الأدنى من القيود الواجب مراعاتها بالنسبة للفرد المسلم ، ومن ثم فإن ما خرج عن تلك الأطر لا يُترك للمسلم حرية ممارسته ، ولا يُسوغ له التمسك بمفاهيم غربية لتبرير تصرفاته الخارجة عن تلك الأطر.

الفرع الثالث - الحضانة

أعطى المشرع العراقي الحق في الحضانة في المادة ٥٧ للأم واطلقها عن التقيد بمدة معينة في الفقرة الأولى من هذه المادة ، فقد جعل الأم احق بالحضانة حال الزوجية وبعد الفرقة ما لم يتضرر المحضون من ذلك ، ولكن المشرع عندما تطرق في الفقرة ٤ لحق الأب في النظر في شؤون المحضون وتربيته وتعليمه جعل ذلك مقيداً بمدة عشر سنوات فقط^(١) ، وهذا يعني وبمفهوم المخالفة ان الأب ليس له النظر في شؤون المحضون بعد انقضاء هذه المدة رغم اهمية ذلك من الناحية العملية .

إلا ان المشرع عاد وفي الفقرة نفسها ليعطي للمحكمة امكانية تمديد حضانة الصغير حتى يتم الخامسة عشر من عمره^(٢) ولنا ان نتساءل هنا هل ان التمديد الذي قصده المشرع هو تمديد لحضانة الأم أم تمديد لحق الاب في النظر في شؤون المحضون ؟.

إن ورود اجازة التمديد المشار اليها اعلاه ضمن سياق الفقرة التي اعطت الأب الحق في النظر في شؤون المحضون قد يشعر ان التمديد المقصود هنا هو تمديد مدة العشر سنوات التي اعطى فيها المشرع للأب الحق في النظر في شؤون المحضون وتربيته وتعليمه ، إلا ان الأمر الذي ينبغي الالتفات اليه ان المشرع اورد عبارة (وللمحكمة ان تأذن بتمديد حضانة الصغير) فجعل التمديد لما يصح أن يُطلق عليه حضانة قانوناً، وهذا الأمر يشعر بأن المشرع قصد من هذه العبارة تمديد حضانة الأم لا تمديد المدة الممنوحة للأب للنظر في شؤون الطفل .

وامام احتمال النص معنيين كان لا بد من ترجيح احد المعنيين على الآخر للوصول الى تطبيقه بشكل سليم ، ونقول بهذا الصدد ان ألفاظ النص ظاهرة في تفسير التمديد الوارد في هذا النص انه تمديد لحضانة الأم ، لأن المشرع قد جعل بمقابل حضانة الأم حق للأب في النظر في شؤون المحضون ، فكان هذا الأخير مفهوماً مقابل لمفهوم الحضانة وليس مفهوماً مرادفاً لها وهذا واضح من جعل الأم احق بالحضانة واعطاء الأب في مقابل ذلك حقاً للنظر في شؤون

(١) - فقد نصت هذه الفقرة على انه " للأب النظر في شؤون المحضون وتربيته وتعليمه، حتى يتم العاشرة من العمر".

(٢) - فقد ورد فيها " وللمحكمة أن تأذن بتمديد حضانة الصغير، حتى إكماله الخامسة عشرة، إذا ثبت لها بعد الرجوع إلى اللجان المختصة الطبية منها والشعبية، أن مصلحة الصغير تقتضي بذلك، على أن لا يبيت إلا عند حاضنته" .. نفس الفقرة اعلاه.

المحضون ، ومعنى ذلك ان المشرع اذا اورد مصطلح الحضانة فهو ينصرف الى حضانة الأم باعتبار ان مصداق هذا المصطلح عند المشرع هو حضانة الأم ، اما حق الأب في النظر في شؤون المحضون فلم يطلق عليه المشرع مصطلح الحضانة فلا يكون ذاك الحق مصداقاً لهذا المصطلح .

ولكن هل يمكن الاستناد الى التفسير المتطور لصرف النص عن معناه الظاهر والراجح الى معناه المرجوح ؟.

هنا لا بد من ملاحظة ان الحضانة التي اعطاها المشرع للأم لم يُقَيِّدها المشرع بوقت معين ، فلا تنتهي بانقضاء عشر سنوات حتى تكون بحاجة الى تمديد الى اكمال الخامسة عشر^(١) ، بل انها لا تنتهي حتى بإكمال الخامسة عشر بل ينشأ في مقابلها عند ذلك الحين حقاً للمحضون في اختيار الإقامة مع من يشاء من ابويه أو احد اقاربه لحين اكماله الثامنة عشرة من العمر اذا أنست المحكمة منه الرشد في هذا الاختيار.

وحيث ان المشرع قد جعل علة التمديد لحين تمام الخامسة عشر هي مصلحة المحضون^(٢)، وطالما كانت حضانة الأم قائمة في هذه الفترة فإن مصلحة المحضون تتحقق بتعزيز هذه الحضانة برعاية الأب ، ولا يتحقق ذلك إلا بتفسير التمديد الوارد في النص بأنه تمديد لرعاية الأب وحقه في نظر شؤون ولده ، وهو تفسير ينسجم المطالبات الجماهيرية التي عجت بها الساحة قبل وقت ليس ببعيد، والتي تندد بجعل الحضانة للأم دون الأب ، على الخلاف فيما لو فهم النص باتجاه جعل حق الأب للنظر في شؤون ولده مقتصر على عشر سنوات دون غيرها ، إذ ان فهمه على هذا النحو لا ينسجم مع تلك المطالبات .

على أن الأمر المتقدم وإن كان يساهم في التخفيف من حدة المشكلة المطروحة ، إلا انه لا يرفع منها إلا القليل ، سيما وان المشرع لم يبيّن الوسيلة التي يمكن للأب اللجوء اليها عند التعرض له في مباشرة حقه في نظر شؤون ولده ، او حرمانه من هذا الحق بطريقة او بأخرى ، حتى ان عدم إلزام الحاضنة (الام) بتنفيذ حكم المشاهدة من قبل الأب لأطفاله حتى ولو كان لعدة مرات متكررة وبمحض ارادتها لا يعد سبباً من اسباب اسقاط الحضانة عنها كما تقرر ذلك

(١) - فقد جاء في النص " الأم أحق بحضانة الولد وتربيته، حال قيام الزوجية .وبعد الفرقة، ما لم يتضرر المحضون من ذلك" أنظر الفقرة الأولى من المادة ٥٧ ، احوال شخصية .

(٢) - فقد جاء في النص " وللمحكمة ان تأذن بتمديد حضانة الصغير حتى اكماله الخامسة عشرة إذا ثبت لها بعد الرجوع إلى اللجان المختصة الطبية منها والشعبية، أن مصلحة الصغير تقضي بذلك.أنظر المادة ٥٧ / ٤ من قانون الأحوال الشخصية .

محكمة التمييز الاتحادية^(١) ، رغم ما قررته هذه المحكمة في قرار آخر من إن " تخلف المدعى عليها الحاضنة عن احضار الطفلة في مواعيد المشاهدة والاصطحاب بموجب الحكم المنفذ يفقدها شرطاً من شروط الحضانة وهو الامانة لعدم مراعاتها مصلحة المحضونة في تمكين ابيها من مشاهدتها" فالقرارين كما هو ظاهر احدهما يسير باتجاه مخالف للآخر .

ومع الكم الهائل من حالات الطلاق في الوقت الحاضر ، اصبحت مسألة جعل الحضانة حقاً للأم وحدها لا تلائم واقع المجتمع الحاضر ، فلئن كانت هذه المسألة لا تثير كثير مشاكل في زمن كانت تقل فيه حالات الطلاق بحيث لا يكاد يظهر تأثير جعل حضانة الطفل للأم دون الأب بسبب عيشه في كنفهما معاً ، فقد باتت في الوقت الحاضر سبباً لإبعاد الولد عن كنف ابيه بسبب التشنج في العلاقات العائلية الذي تولده حالة الطلاق بأسبابها المختلفة المعروفة في عالم اليوم ، تلك الأسباب التي يتخلف عن الكثير منها حاجز اجتماعي يكاد لا يسمح بمرور رعاية الاب لولده المحضون لدى أمه .

ولا يعني ما تقدم حرمان الأم من حضانة ولدها ، اذ ان هذا الحرمان يجر الى مشكلة اعقد ، بل ان الحل السليم يكمن في جعل الحضانة للأب والأم معاً وفق آليات توفيقية تتم بمشاوره اهل الحل والعقد في المجتمع بما ينسجم مع الأحكام الشرعية في هذا المضمار .

وقد اشترط القانون في الحاضنة ان تكون بالغة عاقلة امينة قادرة على تربية المحضون وصيانتهم^(٢)، وهنا يلزم فهم ما اشترطه القانون من الأمانة والقدرة على تربية المحضون فهماً اجتماعياً ، فمثلاً تعد الأم التي تطلق من زوجها بسبب اصرارها على عدم طاعة الزوج أو تطاولها عليه بالقول أو الفعل ، أو اصرارها على الخروج من بيت الزوجية من غير اذنه ، أو نحو ذلك مما يعدّه المجتمع قبيحاً مع الزوج ، تعد غير امينة على المحضون ، وبذلك فقد عدّت محكمة التمييز الاتحادية في احدى قراراتها الحاضنة غير المسلمة غير امينة على دين الصغير فتفقد بذلك شرط من شروط الحضانة^(٣) ، كما قضت بأن " تخلف المدعى عليها الحاضنة عن

(١) - أنظر قرارها المرقم ١١ /الهيئة العامة / في ٢٠٢١/٩/١٩ ، منشور على موقع مجلس القضاء الأعلى تاريخ الزيارة ٢٢ / ٢ / ٢٠٢٢ .

(٢) - الفقرة ٢ من المادة ٥٧ ، احوال شخصية .

(٣) - أنظر د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي ود. نبيل مهدي زوين ، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي ، ط ١ ، مكتبة دار السلام القانونية ، العراق ، النجف الأشرف ، ٢٠١٥ ، ص ٢٤٧ .

احضار الطفلة في مواعيد المشاهدة والاصطحاب بموجب الحكم المنفذ يفقدها شرطاً من شروط الحضانة وهو الامانة لعدم مراعاتها مصلحة المحضونة في تمكين ابيها من مشاهدتها" (١)

كما ان القدرة على تربية المحضون وصيانتهم يجب أن تفسر بحسب الفهم الاجتماعي لها ، فيجب ان يكون المنزل الذي تسكنه الحاضنة مما تتوافر فيه أسباب التربية الصحيحة ، فاذا كانت الأم مثلاً تسكن مع اهلها وكانوا ممن لا يأمنهم المجتمع او لم تكن سيرتهم حسنة بنحو يحفظ سمعة المحضون ، فان الأم تعد بذلك غير قادرة على تربية المحضون وصيانتهم ، ولكن في جميع الأحوال يجب ان تراعى احكام الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بحق الأم بالحضانة بحيث لا تحرم الأم من هذا الحق إلا في الموارد التي تعد فيها محرومة شرعاً من هذا الحق .

المطلب الثالث – نماذج ترتبط بانحلال الزواج

إن من أكثر المسائل المثيرة للإشكالات في مجتمع اليوم ؛ مسألة الطلاق ، اذ يشهد الواقع الحالي زيادة في حالات التفريق القضائي بشكل ليس له نظير في القرن الماضي ، وهذه الزيادة وإن كانت مشكلة بحد ذاتها ، إلا ان التنظيم القانوني لموضوع الطلاق قد زادها إشكالات ، بسبب تخويل المحاكم الشرعية مهمة ايقاع الطلاق ، وبسبب المنافذ المتعددة التي فتحتها المشرع امام طلبات التفريق القضائي ، وللإحاطة بالإشكالات المتعلقة بالتنظيم القانوني للطلاق سنتناول هذا الموضوع في فرعين ، نبحث في الفرع الأول من له حق ايقاع الطلاق قانوناً ، ونبحث في الفرع الثاني حالات ايقاع الطلاق قانوناً .

الفرع الأول – من له حق ايقاع الطلاق قانوناً

من المسائل الخطيرة التي تحتاج الى البحث هنا ، مسألة الطلاق الصادر من مريض مرض الموت ، فالمشرع قد عدَّ طلاق هذا الأخير غير واقع ولكنه اشترط لذلك موت المريض في هذا المرض ، وهنا اشكالات متعددة نشير اليها في النقاط الآتية :

١ – ان المشرع قد خالف في هذا الحكم ما عليه فقهاء المسلمين على ما يصرح به بعضهم ويظهر من كلام آخرين منهم بأن طلاق مريض مرض الموت واقعا ومرتب لأثاره (٢) ، ولكن

(١) - قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ١٠٨٠٧/هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية / في ٢٩/٩/٢٠١٩ ، منشور على موقع مجلس القضاء الأعلى تاريخ الزيارة ٢٢ / ٢ / ٢٠٢٢ .

(٢) - منهاج الصالحين السيد محسن الحكيم ج ٢ ، دار التعارف للمطبوعات ، بيروت ، لبنان ، : ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م ص ٣١٦ ، أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن المعروف بـ (المحقق الحلي) المختصر النافع في فقه الإمامية ، ط ٣ ، مؤسسة البعثة ، طهران ، ١٤١٠ هـ ص ١٩٩ ، ، ابي عبد الله محمد بن إدريس ، كتاب الام، ج ٥ ، ط ٢ ، دار الفكر ، بدون مكان طبع ، ١٤٠٣ هـ ، ١٩٨٣ م ، ص ٢٧١ ، وجاء في الموطأ

الزوجة ترثه بشروط اختلفوا عليها ، وبذلك تكون الزوجة مطلقة شرعاً ولكن القانون يعدها لا تزال متزوجة .

٢ - ان المشرع اشترط لعدم وقوع طلاق مريض مرض الموت أن يموت بهذا المرض ولم يحدد لذلك مدة معينة ، وهذا يعني ان الزوج اذا مرض مرض الموت واستمر مرضه عدة سنوات ثم توفي بهذا المرض ، فإن طلاقه يعد غير واقع ، ولنا ان نتساءل هنا عن مصير الزوجة خلال سنوات المرض - والتي قد تزيد عن خمس سنوات في بعض الامراض^١ - هل تعد مطلقة لأن الموت لم يقع بعد والحال ان المشرع قد اشترط موت المريض في المرض نفسه حتى لا يعد طلاقه واقعاً ، أم تعد متزوجة لان المشرع عدّ طلاق مريض الموت غير واقع .

والواقع انه لا يمكن ان نتصور ان الطلاق يعد واقعاً في الحال ثم يتحول الى غير واقع عند موت المريض بعد عدة سنوات ، وبذلك فإن التطبيق العملي لهذا الحكم هو ان يُعد الطلاق غير واقع في الحال اذ لا يعقل ان يبقى معلّقاً على شرط موت المريض كما يشير الى ذلك نص القانون .

وهذا يعني ان خلال مدة المرض والتي قد تطول الى سنوات - كما هو معروف عن بعض امراض السرطان - تعيش الزوجة في وضعين متناقضين ؛ فهي تعد متزوجة بموجب

للامام مالك : " قال مالك : وإن طلقها وهو مريض قبل أن يدخل بها ، فلها نصف الصداق ولها الميراث ، ولا عدة عليها . وإن دخل بها ثم طلقها ، فلها المهر كله ، والميراث " أنظر الامام مالك بن انس ، الموطأ ، ج ٢ دار احياء التراث العربي بيروت لبنان ١٤٠٦ هـ ١٩٨٥ ص ٥٧٣ ، والظاهر ان ذلك من ترتيب آثار الطلاق ويدل عليه ما جاء في مواهب الجليل " قال ابن الحاجب في الكلام على من هو أهل للطلاق : وطلاق المريض وإقراره به كالصحيح في أحكامه وتصنيف صداقه وعدة المطلقة وسقوطها في غير المدخول بها إلا أنها لا ينقطع ميراثها هي خاصة " أنظر أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ج ٥ ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ، ١٤١٦ هـ ١٩٩٥ م ص ٢٨٣ وجاء في بدائع الصنائع للكاساني " فيقع طلاق المريض والكافر لان المرض والكفر لا ينافيان أهلية الطلاق " أنظر الامام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج ٣ ، ط ١ ، المكتبة الحبيبية ، باكستان ، ١٤٠٩ - ١٩٨٩ م ، ، ص ١٠٠ ، وقال ابن رشد الحفيد " اتفقوا على أنه يقع طلاق المريض إن صح واختلفوا هل ترثه إن مات أم لا " أنظر الامام محمد بن احمد بن رشد القرطبي ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج ٢ ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م ص ٦٥ وجاء في الشرح الكبير لابن قدامة ، " إذا طلقها في المرض المخوف طلاقاً بائناً ثم مات من مرضه ذلك في عدتها ورثته ولم يرثها ان ماتت " عبد الرحمن بن قدامة المقدسي ، الشرح الكبير على متن المقنع ، دار الكتاب العربي ، بدون مكان وسنة طبع ، ج ٧ ، ص ١٧٩ فدل ذلك على ترتيب آثار الطلاق لأنه لم يجعل للزوج حق ميراثها ان ماتت بسبب تحقق الانفصال بينهما "

^١ - لذلك فان محكمة التمييز قررت بأن مرض الموت اذا طالته مدته أكثر من سنة وهو على حال واحد فأن تصرفات المريض كتصرفات الصحيح ، انظر قرارها ، رقم ٢٩٨ / هيئة عامة / ١٩٧٣ في ١٩٧٤/٤/٢٠ ، منشور في النشرة القضائية ، العدد الثالث ، السنة الرابعة ، وزارة العدل ، ١٩٧٤ ، ص ١٩٨ ، نقلاً عن أسامة محمد سعيد مرض الموت واحكامه ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون ، جامعة بغداد ، ٢٠٠٦ ، ص ٢٤ .

القانون ليس لها ان تنزوج ، ولكنها تعد مطلقة بحكم الشرع يجب عليها ان تعدد عدة الطلاق ، ثم تصبح بعد انتهاء العدة في حل من زوجها ، ويمكنها الزواج من آخر وتكوين اسرة جديدة وعلى ذلك يعد الحكم المتقدم مخالفاً لثوابت احكام الإسلام ويمكن الطعن به بعدم الدستورية وحسب التفصيل الذي مر ذكره .

ومن المسائل الأخرى الجديرة بالبحث في هذا المضمار مسألة اعطاء القاضي الحق في ايقاع الطلاق ، فهذه المسألة تثير في الواقع العملي اشكالية كبيرة يمكن ايضاحها على التفصيل الآتي :

يهتم القضاء بإيقاع الطلاق طبقاً لمذهب المتداعين لتعلقه بالحل والحرمة ، ويمتنع عن ايقاعه بطريقة مخالفة لمذهب الزوجين ^(١) ، وينفرد المذهب الامامي بشروط للطلاق لا تشترط عند غيرهم ، منها أن يكون باللفظ دون الكتابة وأن يكون عن اختيار لا عن إكراه وأن يكون بحضور شاهدين عدلين ^(٢) ، ويشترط الإمامية ان يكون الطلاق بصيغة خاصة عربية ، فيقول الزوج مثلاً : (زوجتي فلانة طالق) ، أو يخاطب زوجته ويقول : (أنت طالق) أو يقول وكيله : (زوجة موكلي فلانة طالق) ^(٣) ، فإذا جرى الطلاق من قبل القاضي بغياب الزوج او بحضور شهود غير عدول بطل الطلاق عند الإمامية وبقيت الزوجة على ذمة زوجها ، فإذا فرق القاضي بين الزوجين قانوناً تحقق الانفصال القانوني بينهما ، وبقياً مرتبطان من الناحية الشرعية حتى يفترقان رضاءً بالشروط الشرعية اللازمة لذلك ، أو يفرق الحاكم الشرعي بينهما في الموارد التي يجوز فيها ذلك .

والكثير من الناس لا معرفة لهم بالأحكام الشرعية ، فإذا أوقع القاضي التفريق بين زوجين غافلين عن شروط الطلاق من الناحية الشرعية ، رتبوا على هذا التفريق اثره ، فنذهب الزوجة الى الاعتداد بعدة الطلاق ثم تعتقد ان علاقتها بزوجها قد انتهت ، فإذا عُرض عليها الزواج تزوجت وهي لا تزال على ذمة زوجها الأول ، فيكون لها زوجان احدهما شرعي تصور ان زوجته في حل منه ، والآخر زوج بموجب القانون لا يدري ان المرأة التي تزوجها لا تزال

(١) - وبذلك قضت محكمة التمييز الاتحادية ان " الحكم بتصديق الطلاق الخارجي يقتضي معرفة مذهب الزوج لمعرفة توفر الشروط في إيقاع الطلاق " أنظر قرارها المرقم ٢٦٤٦ / تصديق طلاق / في ٤ / ٩ / ٢٠٠٨ . وهو ما اكدته ايضاً في قرار حديث لها جاء فيه " لا يصح الطلاق الواقع عن طريق مواقع التواصل الاجتماعي (الواتساب) لمخالفته أحكام الفقه الذي يتبعه المتداعيان والذي يشترط وجود شاهدين مع الزوج في مجلس واحد عند إيقاع الطلاق " . القرار ٨٨١٩ / هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية / في ٢٨ / ٦ / ٢٠٢١

(٢) - السيد علي الحسيني السيستاني ، منهاج الصالحين ، مصدر سابق ، ج ١ ، ص ٤٥٥ .
(٣) - السيد محمد الروحاني المسائل المنتخبة ، مكتبة الايمان ، بيروت ، لبنان ، ١٤١٧ هـ - ١٩٩٦ م ص ٣٥١

على ذمة رجل آخر ، ولعله يدري ولا يكثرث ، وذلك اضرّ في المجتمع من ذنبين ضارين في سرب الغنم .

ولا شك ان المسألة المتقدمة تعد متعلقة بالحل والحرمة ، والملاحظ ان محكمة التمييز الاتحادية تولي اهتماماً خاصاً للمسائل المتعلقة بالحل والحرمة فقد جاء في احد قراراتها " حيث ان محكمة الموضوع اصدرت حكماً بتصديق الطلاق الواقع بين الطرفين بتاريخ ٢٠١٢/٧/١٨ واعتباره طلاقاً رجعيّاً واقعاً للمرة الأولى في حين ان الطرفين اقرّا بوجود طلاق سابق بينهما بتاريخ ٢٠٠٨/٧/٢٥ وحصول الرجعة خلال مدة العدة الشرعية وكان يقتضي على المحكمة أن تستكمل تحقيقاتها بشأن الواقعة المذكورة وتصدر حكمها الشرعي لتعلق ذلك بالحل والحرمة" (١)

وقضت ايضا " إنّ معاشرة الزوجة خلافاً لأحكام الشرع واقعة تتعلق بالحل والحرمة وتخضع للإثبات بجميع طرق الإثبات المقررة قانوناً وتكون سبباً للحكم بالتفريق بين الزوجين" (٢)

وقد بلغ اهتمامها بالدعوى المتعلقة بالحل والحرمة أن اجازت لأي من اطراف الدعوى أو عضو الادعاء العام الطعن تمييزاً في الحكم في الدعوى التي تتعلق بالحل والحرمة ولو انقضت مدد الطعن القانونية (٣) .

لذلك فإن على القاضي في المحاكم الشرعية العراقية اذا كان المتداعين لديها من المذهب الإمامي أن يمتنع عن ايقاع التفريق بغياب الزوج، واذا حضر الزوج لا يمضي القاضي بإجراءات ايقاع الطلاق قبل ان يكلف خبيراً شرعياً يتولى احضار الشهود العدول والتأكد من توافر شروط الطلاق ليصح من الناحية الشرعية (٤) ، حيث تؤكد محكمة التمييز الاتحادية على

(١) - قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٨٢٣٨ / مواد شخصية / في ٥ / ١١ / ٢٠١٢ ، منشور على موقع مجلس القضاء الأعلى ، تاريخ الزيارة ٢٢ / ٢ / ٢٠٢٢ .

(٢) - قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٢٤٥٧ / تفريق / في ١٨ / ٨ / ٢٠٠٨ ، منشور على موقع مجلس القضاء الأعلى ، تاريخ الزيارة ٢٢ / ٢ / ٢٠٢٢ .

(٣) - أنظر قرارها المرقم ١٤٧ / احوال شخصية / في ٢٣ / ٨ / ٢٠١٧ ، منشور على موقع مجلس القضاء الأعلى تاريخ الزيارة ٢٢ / ٢ / ٢٠٢٢ .

(٤) - اما في الفقه السني فإن قاضي المحكمة الشرعية اذا اوقع الطلاق وكان الطلاق مبرراً وليس مبنياً على اسباب واهية ، فإن هذا الطلاق يصح وإن لم يتلفظ به الزوج ، ويعد طلاقاً باننا بينونة صغرى ، راجع الندوة الفقهية الاسبوعية الثانية والتسعون بعد المائة ١٩ شوال ١٤٤٣ هـ ، ٢٠ ايار ٢٠٢٢ م ، للشيخ د. عبد الملك عبد الرحمن السعدي على الموقع الالكتروني <https://fb.watch/dfCdgcAwfK> تاريخ الزيارة ٤ / ٦ /

ضرورة التحقق من الأمور اللازمة لصحة الطلاق وبذلك قضت "إذا جرى الطلاق بغياب الزوجة فيجب التحقق عما إذا كانت في طهر وان الزوج غائب عنها وهل هي حامل ومتى تنتهي عدتها لتأثير هذه الأمور في صحة الطلاق" ^(١)، وقضت أيضاً "على المحكمة عند الحكم بتصديق الطلاق التحقق من الحالة النسائية للزوجة عند إيقاع الطلاق والتحقق من فترة افتراقها عن فراش الزوجية وإحالة الزوجة للباحثة الاجتماعية إن كانت الدعوى مقامة خلال فترة العدة" ^(٢).

ويثار التساؤل هنا عن علاقة المسألة المتقدمة بموضوع التفسير المتطور وكيف يساهم هذا الأخير في إيجاد الحل لها .

والجواب على ذلك إن القاضي يستطيع ان يلجأ الى التفسير المتطور لتبرير امتناعه عن إيقاع الطلاق ، اذ هو ملزم قانوناً بإيقاع الطلاق عند توافر الشروط القانونية لذلك وان تخلفت الشروط الشرعية ، فهنا يمكن للقاضي ان يبرر امتناعه في ضوء تفسيره للشروط القانونية تفسيراً متطوراً يراعي فيه ظروف الحالة الواقعية المعروضة امامه .

توضيح ذلك ان القانون قد علق وقوع الطلاق على الصيغة المخصوصة له شرعاً ، وهذا يكشف عن ارادة المشرع في تحقق الطلاق لا من ناحية قانونية رسمية فقط بل من ناحية شرعية ايضاً ، وبذلك فإن عدم إيقاع القاضي للطلاق الذي لا يستوفي شروط إيقاعه شرعاً ينسجم مع الارادة التشريعية ويحقق الحكمة من تعليق الطلاق على الصيغة المخصوصة له شرعاً .

٢٠٢٢ ، بل ان من الفقه السني من يقرر نفاذ قرار القاضي غير المسلم بالطلاق في غير البلاد الإسلامية ، لأنه يعيش في ظل قانون البلاد التي يقيم فيها، وهو بهذا راض ضمناً بما يصدر عنه، ومن ذلك التزام أن هذا العقد لا يحل عروته إلا القاضي. الأمر الذي يمكن اعتباره تفويضاً من الزوج جائزاً له شرعاً عند الجمهور، ولو لم يصرح بذلك، بناء على القاعدة الفقهية (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً). وتنفيذ أحكام القضاء في هذه الحالة لازم من باب جلب المصالح ودفع المفساد وحسماً للفوضى ، أنظر القرار ١٥ (٥/٣) من قرارات الدورة الخامسة ، دبلن – أيرلندا ٣٠ محرم – ٣ صفر ١٤٢١هـ، الموافق لـ ٤-٧ مايو ٢٠٠٠م ، منشور على موقع المجلس الأوروبي للافتاء والبحوث <https://www.e-cfr.org> تاريخ الزيارة ٤ / ٦ / ٢٠٢٢ .

(١) - قرارها المرقم ١٠٩٧/أحوال شخصية ١٩٨١/ في ٢٠ / ٩/ ١٩٨١، منشور على موقع مجلس القضاء الأعلى ، تاريخ الزيارة ٦/٣ / ٢٠٢٢.

(٢) - قرارها المرقم ٢٣٥١/أحوال شخصية ٢٠٠٨/، في ٢٧/٨/ ٢٠٠٨ ، منشور على موقع مجلس القضاء الأعلى ، تاريخ الزيارة ٣ / ٦ / ٢٠٢٢ .

وقد يقال ان الصيغة التي قصدها المشرع هي الصيغة اللفظية وهذه لا علاقة لها بالشروط الأخرى .

ولكن يجب أن يلاحظ ان الصيغة اللفظية اذا كانت هي المقتضي لوقوع الطلاق فإن المقتضي لا يلزمه الحكم مالم تتوفر له الشروط وتنتفي عنه الموانع ، فالطلاق الذي يوقعه القاضي بغياب الزوج ؛منتفية عنه الصيغة الشرعية بطبيعة الحال ، واذا اوقع الزوج الطلاق بنفسه بالصيغة اللفظية المخصوصة فيجب صدور الصيغة بالوضع اللازم لإنشائها كحضور شهود عند انشاء الصيغة – كما هو عند الإمامية – والا لا تصح ولا يقع بها الطلاق . .

الفرع الثاني – حالات ايقاع التفريق قانوناً .

توسع المشرع العراقي في تعداد حالات التفريق ، ويلاحظ ان بعضها ليس له أساس من الشرع بل هو من خلق المشرع نفسه ، ولعلنا لا نكون مبالغين اذا قلنا ان الجزء الأكبر من احكام التفريق القضائي قامت على مخالفة الشريعة الإسلامية ، وهذا ما سنبينه من خلال تحليل بعض حالات التفريق القضائي التي ذكرها المشرع العراقي ، والتي نرى انها بحاجة للتفسير المتطور ، ونوزع الكلام على نقطتين :

أولاً- الحالات التي يحق فيها لكل من الزوجين طلب التفريق

من الغريب أن نجد إن المشرع يعطي للزوج الحق في طلب التفريق ويلزمه بالمهر مع ذلك ، فإن الزوج له حق طلاق زوجته بالأصل وهو ليس بحاجة الى اعطائه الحق بطلب التفريق لولا التزامه بالمهر عند مباشرة حقه بالطلاق ، والشريعة الإسلامية أعطت للزوج الحق بطلب الفسخ بخيار العيب وعند التدليس ، ولكن القانون لم يعط للزوج الحق بطلب التفريق بأي منهما كما لاحظنا عند بحث مسألة المهر وكما سنلاحظ عند الكلام عن عيوب النكاح في الفقرة القادمة ، بل اعطاه الحق بطلب التفريق في حالات خاصة جعلت مشتركة بينه وبين الزوجة ، وبذلك فقد انتهج المشرع لنفسه نهجاً خالف به احكام الشريعة الإسلامية سواء في حالات طلب الزوج للتفريق ، أو في الاثر المترتب عليها ، وهي حالات رأى المشرع اعطاء حق التفريق فيها للزوج والزوجة معاً ، نقتصر هنا على ذكر ما يمكن منها أن يُتبع بشأنه تفسير متطور ، وهما الحالتان الآتيتان :

١ - إذا كان عقد الزواج، قد تم قبل إكمال أحد الزوجين الثامنة عشرة، دون موافقة القاضي^(١).

(١) - الفقرة الثالثة من المادة ٤٠ ، احوال شخصية .

ويعني ذلك إن أي من الزوجين له الحق في طلب التفريق وفي أي وقت ومهما مر من زمن على الزواج، إذا تم عقد الزواج قبل اكمال أحد الزوجين الثامنة عشرة، دون موافقة القاضي. وبذلك يمكن لأي منهما ولو بعد مرور عشرات السنين على زواجهما أن يقدم طلب التفريق ، وواضح ما في ذلك من عدم منطقية ، خاصة إذا كان الزواج قد اجري بعد تحقق البلوغ الشرعي للزوجين ، وهو ما يمكن ان يحصل ببلوغهما الخامسة عشرة من العمر بتصريح المشرع نفسه (١) .

ولا شك ان طريق التفريق المتقدم طريق مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية ، لأن اكمال الثامنة عشر ليس شرطاً في الزواج الشرعي ، ولا يمكن ان يكون سبباً للتفريق كون الزواج قد حصل قبل تحقق المدة المذكورة ، والقاضي في معرض تطبيق الحكم المتقدم يمكنه التمسك بعدم دستوريته كما سبق بيان ذلك.

٢- إذا تزوج الزوج بزوجة ثانية بدون إذن من المحكمة (٢).

جعل المشرع العراقي هذه الحالة من الحالات التي تبرر طلب التفريق لكل من الزوجين وهو امر مثير للاستغراب في واقع الحال، فلئن كان اعطاء حق طلب التفريق للزوجة اذا تزوج زوجها بامرأة ثانية بدون اذن المحكمة ؛ ينسجم مع فلسفة المشرع في منع التعدد الا بإذن القاضي وهي فلسفة مخالفة لثوابت احكام الإسلام كما بينا ، فإن اعطاء مثل ذلك الحق للزوج ايضاً لا يتوافق حتى مع هذه الفلسفة فضلاً عن مخالفته للشريعة الإسلامية .

فالطلاق إذا كان ابغض الحلال عند الله ، فإن مقتضى ذلك الحد من حالاته لا التوسعة فيها ، والمشرع بمثل هكذا حكم يوسع من حالات طلب التفريق دونما ضرورة تستدعي ذلك ، وإذا كان الداعي لهذا الأمر من جهة الزوجة هو خشية تقصير الزوج معها فإن الحل لا يكمن بإكثار منافذ التفريق امامها ، بل اذا نشأ عن الزواج الثاني خلاف من جهة التقصير أو غيره فإن في التفريق للخلاف الذي نصت عليه المادة ٤١ الكافية .

وأمام التوسع الذي يشهده واقع اليوم في حالات الطلاق ، فالمفروض ان يتنبه المشرع لما ينطوي عليه التشريع من سماح بهذه التوسعة ، فالعقبات التي وضعت أمام مسألة التعدد والتي اشرنا اليها سابقا ، تدفع الأزواج نحو اجراء عقود الزواج الثاني خارج المحكمة ، فإذا تزوج الزوج زواجاً ثانياً خارج المحكمة ، وسُمح له ولزوجته الأولى بطلب التفريق ، ومع قلة الوازع

(١) - وبذلك تنص الفقرة الثانية من المادة ٨ من قانون الأحوال الشخصية على انه " للقاضي أن يأذن بزواج من بلغ الخامسة عشرة من العمر إذا وجد ضرورة قصوى تدعو إلى ذلك ويشترط لإعطاء الإذن تحقق البلوغ الشرعي والقبالية البدنية"

(٢) - الفقرة الخامسة من المادة ٤٠ احوال شخصية .

الديني وما معروف من تدمير النساء من حالة التعدد ، فأبي مفسدة عظيمة تحل بالمجتمع بسبب ذلك؟؟؟ .

وبذلك فإن تعاضل مفسدة الحكم المتقدم في واقع اليوم يعد بمثابة المانع من تطبيقه ، ويمكن للقاضي أن يمتنع عن تطبيقه مستنداً في ذلك الى قاعدة اذا تعارض المانع والمقتضى يقدم المانع ، فضلاً عن استناده الى مخالفة الحكم لثوابت احكام الإسلام^(١).

ثم ان الدستور قد جعل من الأسرة أساس المجتمع ، وأوجب على الدولة المحافظة على كيانها وقيمها الدينية والاخلاقية ، والقضاء باعتباره احد سلطات الدولة يُعد مخاطباً بواجب المحافظة على كيان الأسرة ، فإذا وجد حكماً قانونياً يتصدع بتطبيقه كيان المجتمع وينشأ عنه زيادة في التفكك الاسري ؛ فإن واجبه الدستوري هو الامتناع عن تطبيق هذا الحكم لتحقيق انسجام التشريعات العادية مع مبادئ الدستور ، لأن هذه الأخيرة تمثل قمة ثوابت القانون ويمكن اللجوء اليها في التفسير المتطور الذي يستجيب لحاجات المجتمع المتجددة . وهذا الضرب من التفسير يُعد من التأويل الذي يمكن بواسطته ضبط المتغيرات بحدود الثوابت كما بينا ذلك عند بحث هرمينوطيقا النص كوسيلة من وسائل التفسير المتطور .

ولو كان في تعدد الزوجات مفسدة كما يتصور المشرع ، فإن في توسيع حالات التفريق مفسدة اعظم واطهر ، والقانون المدني وهو مصدر القواعد العامة يصرح بأنه " يُختار أهون الشرين فإذا تعارضت مفسدتان روعي اعظمها ضرراً"^(٢) ، فإن الفهم الاجتماعي لهذا النص ؛ يستلزم تطبيقه على الحكم المتقدم واعتباره منشأً لمفسدة تفوق كثيراً المفسدة التي يخلفها تعدد الزوجات حسب ما يتصوره المشرع .

وقد يتصور البعض ان القواعد الواردة في القانون المدني وإن كانت قواعد عامة ؛ الا انها لا تطبق في موارد تعارضها مع احكام قانون الأحوال الشخصية ، ذلك إن قانون الأحوال الشخصية قانون خاص بالنسبة للقانون المدني ، والخاص يقيد العام كما هو معلوم .

إلا ان هذا التصور يقوم في الواقع على خلط في فهم قاعدة (الخاص يقيد العام) فهذه القاعدة لا تعني تعطيل عمل قواعد القانون العام في دائرة القانون الخاص ، والا لتعطلت وظيفة القانون العام كقانون العام وصار مستقلاً عن القوانين الخاصة بالنسبة له ، بل ان انطباق تلك القاعدة انما يتحقق في موارد تعارض حكم خاص (تفصيلي) وصريح في القانون الخاص مع قواعد القانون العام ، أما اذا كان التعارض تعارضاً اجمالياً لا ينحصر في حكم معين ؛ فلا

(١) - ولكن رغم ذلك يلاحظ ان محكمة التمييز الاتحادية قررت ان " الزواج بزوجة ثانية دون اذن من المحكمة يعطي الزوجة حق طلب التفريق" أنظر قرارها المرقم ٨١٨ / اذن بالزواج / ٢٠١١ ، في ٢٢ / ٢ / ٢٠١١ .
(٢) - الفقرة الأولى من المادة ٢١٣ من القانون المدني .

مورد لتطبيق هذه القاعدة ، وإلا لانتهت هيمنة القانون العام على القانون الخاص واستقل كل منهما عن الآخر ، وحينئذ لا معنى للقول بوجود تعارض بين قانون عام وآخر خاص لاستقلال كل منهما عن الآخر .

فقاعدة " اذا تعارضت مفسدتان روعي اعظمهما ضرراً " وقاعدة " اذا تعارض المانع مع المقتضي يقدم المانع " وامثال هذه القواعد ؛ لها هيمنة على قواعد القانون الخاص بصورة عامة ، ولا يفلت من الخضوع لها الا الحكم الذي يرد فيه نص خاص في احد القوانين الخاصة ؛ يقضي بعدم خضوعه لتلك القواعد ، والحال ان هذا الفرض غير متحقق هنا ، فلا يوجد نص في قانون الأحوال الشخصية يقضي بعدم خضوع حكم من من احكامه لقاعدة من تلك القواعد .

٣- التفريق للضرر

اتجهت محكمة التمييز في قرارات حديثة لها الى اعتبار المكالمات الهاتفية والمراسلات التي تقوم بها الزوجة ضرراً لا يمكن معه استمرار الحياة الزوجية^١ . وهو اتجاه يعد تفسيراً متطوراً للمقصود بالضرر.

ثانياً - الحالات التي يحق فيها للزوجة وحدها طلب التفريق

أفرد المشرع العراقي الزوجة بطلب التفريق في حالات متعددة ومختلفة ، بعضها يتعلق ببعد الزوج عنها ، ويتعلق بعضها بالعيوب والأمراض المبتلى بها الزوج قبل الزواج أو بعده ، كما يتعلق البعض منها بابتعاد الزوج عن زوجته أو امتناعه عن الإنفاق عليها ، ويلاحظ ان الحالات الراجعة للعيوب والأمراض ؛ هي حالات مشتركة بين الزوجين في العديد منها ، وجعل التفريق فيها للزوجة وحدها مجافي للعدل ومخالف للرأي الراجح في الفقه الإسلامي ، كما لا تخلو اغلب الحالات الأخرى من اشكالات في واقع الحال ، لذلك سوف نحلل من هذه الحالات ما يتعلق منها بموضوع دراستنا .

١ - إذا حكم على زوجها بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر^(٢) .

إن المشرع جعل من مجرد الحكم سبباً لطلب التفريق رغم ان الحكم قد يُنقض عند مواجهته بطرق الطعن، فإذا كانت الزوجة كارهة لزوجها أو راغبة في غيره ؛ فأنها تسارع الى طلب التفريق والحكم لما يصبح نهائياً بعد ، والتفسير الذي ينسجم مع الارادة التشريعية لهذا النص ؛ هو أن يفسر الحكم الوارد في هذا النص بأنه الحكم النهائي المكتسب للدرجة القطعية ،

^١ - انظر قرارها ذي العدد ١٧١٤٩ / هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية / ٢٠٢١ ، في ٢٩ / ١٢ / ٢٠٢١ قرار غير منشور؛ وقرارها ذي العدد ١٢٨٥٧ / هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية / ٢٠٢١ ، في ٥ / ١٠ / ٢٠٢١ قرار غير منشور.

^(٢) - البند (١) من الفقرة الأولى من المادة ٤٣ ، احوال شخصية .

لأن علة هذا الحكم هو بعد الزوج عن زوجته لفترة طويلة ، ومن ثم فإن الدلالة العقلية لهذا النص تقتضي تطبيقه على تحقق البعد فعلاً وهو ما يحصل بصيرورة الحكم نهائي ، وعلى كل حال يجب مراعاة تحقق الفرقة من الناحية الشرعية لتعلق ذلك بمسائل الحل والحرمة .

٢- إذا تعذر تحصيل النفقة من الزوج بسبب تغيبه أو فقده أو إختفائه أو الحكم عليه بالحبس مدة تزيد على سنة^(١) . .

وعلة الحكم المتقدم هو حرمان الزوجة من النفقة ، فإذا وجد القاضي ان النفقة ممكن تحصيلها بمبادرة من اقارب الزوج أو بمبادرة من شخص آخر دون حرج أو ضرر على الزوجة ، فإن هذه العلة تعد منتفية ولا مورد لتطبيق الحكم المذكور لأن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً ، اما اذا تعذر تحصيل النفقة فيمكن احوالة الزوج الى الحاكم الشرعي ليقرر ما يراه منسجماً مع احكام الشريعة الإسلامية .

٣ - طلب التفريق من قبل الزوجة قبل الدخول^(٢).

أعطى المشرع للزوجة الحق في طلب التفريق قبل الدخول ، والزم المحكمة بإجابة طلبها بشرط أن ترد الزوجة إلى الزوج ما قبضته من مهر وجميع ما تكبده من أموال ونفقات ثابتة صرفها لأغراض الزواج .

يبدو ان المشرع اراد من هذا الحكم ترك فرصة للزوجة لإنهاء عقد الزواج قبل الدخول اذا ما قدّرت ان بقاء الزواج ليس في صالحها ، ولكن المشرع في هذا الحكم اخرج الطلاق عن عصمة الرجل وجعله من حق الزوجة تباشره عن طريق القضاء ؛ غافلاً عن تأثير طلب التفريق على سمعة الزوج دون اي تقصير ينسب اليه .

وعلى كل حال فالحكم المتقدم مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية ويمكن للمحاكم الامتناع عن تطبيقه ، كما يمكن لكل ذي مصلحة ان يطعن بعدم دستوريته طبقاً لما بيناه في بنود الدراسة السابقة.

(١) - البند (٨) من المادة نفسها.

(٢) - الفقرة الثانية من المادة ٤٣ " للزوجة الحق في طلب التفريق قبل الدخول، وفي هذه الحالة على المحكمة أن تقضي بالتفريق، بعد أن ترد الزوجة إلى الزوج ما قبضته من مهر وجميع ما تكبده من أموال ونفقات ثابتة صرفها لأغراض الزواج" .

المبحث الثاني

نماذج للتفسير المتطور من المسائل المدنية

تنشأ المسائل المدنية في جزئها الأكبر عن العقد ، وقوام هذا الأخير ارادة اطرافه ، فالإرادة هي التي تنشأ العقد ، وهي التي تحدد آثاره ، ويفترض في كل التزام ينشأ عن العقد ان تكون ارادة الاطراف قد اتجهت اليه ؛ لأن الارادة هي مصدر الإلتزام في العقد ، إلا ان القانون لا يدع الارادة حرة بشكل مطلق في تنظيم العقد وما ينشأ عنه من آثار ، فهناك دوافع مختلفة تدفع المشرع للتدخل في العقد ، وحينما يتدخل المشرع ويضع احكاماً قانونية ملزمة في نطاق العقد ، فإنه لا يريد مصادرة ارادة اطراف العقد ، بل يفعل ذلك بغية ضمان بقاء العقد ضمن الحدود المشروعة قانوناً ، ولذلك فعندما تفسر الأحكام القانونية المقيدة لإرادة المتعاقدين أو المكمل لها ، يجب أن يضع المفسر ارادة الاطراف نصب عينيه ، ويكتفي من القيود القانونية بالمقدار الذي يضبط الارادة ضمن الحدود المشروعة.

وبالمقابل فإن الارادة اذا اغفلت تنظيم بعض المسائل ، ولم يجد القاضي في القانون احكام مباشرة مكمله لإرادة المتعاقدين ، فإن ذلك لا يعني دائماً ان هذه المسائل ليس لها تنظيم تشريعي ، فقد يستطيع القاضي ان يصل الى احكام تلك المسائل من التشريع نفسه ، وذلك بتقريب النصوص مع بعضها ، والبحث في دلالتها العقلية لمد احكامها الى المسائل التي تتحد معها في العلة .

وفي كل الأحوال يجب أن تأتي الأحكام القانونية المنظمة للمسائل المدنية منسجمة مع مبادئ الدستور ، فإذا تعارضت تلك الأحكام مع هذه المبادئ ؛ فإن هذا التعارض يعد بمثابة المانع من تطبيق الأحكام المعارضة لمبادئ الدستور .

وفي ضوء الأفكار المتقدمة سنبحث بعض المسائل المدنية التي نراها بحاجة الى تفسير متطور، وسنوزع البحث فيها الى اربعة مطالب ، نعقد الأول الى بحث في دور الارادة في نطاق المسائل غير الجائزة والإلتزامات الجائزة ، ونتناول في الثاني ضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية ، ونتناول في المطلب الثالث اقامة المشيدات في المال الشائع ، أما المطلب الرابع فقد جمعنا فيه مسائل ليس بينها جامعاً مشتركاً ، لذلك فقد جعلناه تحت عنوان تطبيقات متفرقة .

المطلب الأول - دور الارادة في نطاق المسائل غير الجائزة والإلتزامات الجائزة

تنشأ اغلب الإلتزامات عن الارادة ولكن هذه الأخيرة ليست حرة فيما تنشئه من التزامات على صاحبها بل هي مقيدة بحدود معينة ليس لها ان تتجاوزها ، فإذا كان التصرف المراد القيام به داخلاً ضمن الحدود المشروعة ؛ جاز التصرف وصار ملزماً لصاحب الإرادة ولكن بحدود ما انصرفت اليه ليس إلا ، أما اذا كان التصرف المراد القيام به خارجاً عن الحدود المشروعة ؛ وجب الوقوف بوجه الارادة وعدم الاعتراف بأثر التصرف الصادر عنها ، ولتوضيح هذا المطلب سوف نقسمه الى فرعين نبين فيهما على التوالي دور الارادة في نطاق المسائل غير الجائزة والإلتزامات الجائزة .

الفرع الأول - دور الارادة في نطاق المسائل غير الجائزة

تكون الارادة مصدراً للإلتزام بواحد من طريقتين : العقد او الارادة المنفردة ، ويلزم لصحة الإلتزام بأي منهما ان يكون للإلتزام محل وسبب مشروعين ، والمحل يلزم ان يكون مشروعاً وموجوداً أو قابل للوجود اذا تعلق بعين ، وممكناً إن تعلق بعمل ، والسبب يجب ان يكون موجوداً وصحيحاً ، وفي غير هذه الشروط يعد التصرف الارادي غير جائز ، وكذلك يعد التصرف غير جائز اذا اقترن به شرط وكان هو الدافع الى التعاقد ، وإلا بطل الشرط وحده وبقي التصرف صحيحاً .

فأما المحل فإن شرط الإمكان لا يستقل بالواقع عن شرط المشروعية فيه ، ذلك ان الإمكان اما اماكن مادي او اماكن شرعي ، وانعدام أي منهما يعني الاستحالة ، والإلتزام بالمستحيل يعد غير مشروع ، فالنسبة بين استحالة المحل وعدم مشروعيته نسبة العموم والخصوص المطلق ؛ لأن كل محل مستحيل غير مشروع دون العكس لأن عدم المشروعية قد لا تكون من جهة الاستحالة بل من جهة أخرى .

وعلي أية حال فإن بحث مشروعية المحل من الناحية القانونية يقتضي أن يكون بحثاً شاملاً للمنظومة القانونية ومتناسباً مع المنطق القانوني وإلا لم يكن بحثاً سليماً ولا يخرج بنتائج سليمة ، فيجب أولاً بحث مشروعية المحل في التشريع الخاص ، ثم في التشريعات العامة ، ثم في الدستور باعتباره التشريع المهمين على كل التشريعات في البلد .

فإذا تبين في البحث المتقدم إن المحل غير مشروع وفقاً للتشريع الخاص بحكم بطلانه ، وقد لا يوجد في التشريع الخاص حكماً مقررًا عدم مشروعية المحل ولكن التشريعات العامة تقرره ، وحينئذٍ يُحكم ببطلان المحل ايضاً ، وقد لا نجد عدم المشروعية في التشريع الخاص ولا في التشريعات العامة ولكن مبادئ الدستور تمنع هذا المحل وتقرر عدم مشروعيته ، وحينئذٍ يعد المحل غير مشروع لأن الدستور يعده ممنوعاً .

فإذا اتجهت الارادة الى التزام يعد محله وفقاً للتشريع الخاص والتشريعات العامة مشروعاً ولكن الدستور يعده غير مشروع ، وجب الحكم بعدم مشروعية هذا الإلتزام بناء على عدم المشروعية في محله وفقاً لمبادئ الدستور ، فاتجاه الارادة الى الإلتزام بالزيادة الربوية يعد مشروعاً في التشريعات التجارية والتشريع المدني والتشريعات المتفرعة عنه ، ولكنه ممنوع بموجب الدستور ، ولازم ذلك الحكم بعدم مشروعية الإلتزام بالزيادة الربوية على أساس عدم مشروعيته من الناحية القانونية .

توضيح ذلك إن الدستور النافذ يصرح ببطلان كل نص قانوني يتعارض معه ^(١) ، فإذا كان محل الإلتزام جائزاً بموجب نص تشريعي وارد في قانون خاص أو قانون عام ، وكان هذا الجواز يتعارض مع مبدأ دستوري ، فإن النص المقرر لهذا الجواز يعد باطلاً ويمكن للمحاكم أن تمتنع عن تطبيقه، وللأفراد أن يطعنوا بعدم دستوريته ، فالنصوص الواردة في القانون المدني وفي غيره من التشريعات العادية الأخرى والتي تقرر جواز الاتفاق على الزيادة الربوية ؛ تعد متعارضة مع ما قرره الدستور بعدم جواز سن قانون يتعارض مع ثوابت احكام الإسلام ، وعدم جواز الزيادة الربوية يعد من ثوابت احكام الإسلام لورود النهي الصريح عنها في القرآن الكريم والسنة النبوية ^(٢).

(١) فقد نصت الفقرة ٢ من المادة ١٣ من الدستور النافذ " لا يجوز سن قانون يتعارض مع هذا الدستور، ويُعد باطلاً كل نص يرد في دساتير الاقاليم أو أي نص قانوني آخر يتعارض معه)
(٢) - قال تعالى يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُضَاعَفَةً وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ * وَاتَّقُوا النَّارَ الَّتِي أُعِدَّتْ لِلْكَافِرِينَ . الآية ١٣٠ من سورة ال عمران ، وقال تعالى "الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ * يَمْحَقُ اللَّهُ الرِّبَا وَيُرْبِي الصَّدَقَاتِ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ كُلَّ كَفَّارٍ أَثِيم . (الأيتين ٢٧٥ ، ٢٧٦ من سورة البقرة) .

وورد عن النبي الاكرم صلوات الله عليه وعلى آله " الا وكل ربا كان في الجاهلية فهو موضوع وأول موضوع منه ربا العباس بن عبد المطلب ، أنظر الشيخ اسماعيل الملايري بإشراف السيد البروجردي ، جامع احاديث الشيعة ، ج ٢٦ ، مطبعة المهر ، قم ، ١٤١٥ هـ ص ١٠١ . " إن ربا الجاهلية موضوع ، وإن أول ربا أبدأ به ربا العباس بن عبد المطلب " أنظر العلامة المجلسي ، ج ٧٣ ص ٣٤٩ ، " الا إن كل ربا من ربا الجاهلية موضوع ، لكم رؤس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون " ، أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني ، سنن أبي داود ، ج ٢ ، ط ١ ، دار الفكر ، بدون مكان طبع ، ١٤١٠ - ١٩٩٠ م ، ص ١١٠ .

فإذا تأخر المدين عن الوفاء بالتزام محله مبلغ من النقود ، ثم اتفق الدائن مع المدين على زيادة محل الإلتزام في مقابل التأخير ، كان هذا الاتفاق باطلاً من جهة بطلان المحل ، وبطلان المحل انما يكون من جهة عدم مشروعيته لتعارضه مع ثوابت احكام الإسلام التي لا يسمح الدستور بمخالفتها ، أما اذا ورد الاتفاق ابتداء في العقد المنشئ للإلتزام على أن تكون هناك زيادة في مقابل التأخر في الوفاء ، فإن الإلتزام هنا لا يبطل إذا كان محله مشروعاً بل يبطل شرط الزيادة وحده ما لم يكن هذا الأخير هو الدافع الى الإلتزام فيبطل الإلتزام ايضاً^(١). توضيح ذلك إن الشرط مرة يكون باطلاً غير مبطل للعقد ، فيصح العقد ويلغى الشرط لمخالفته للنظام العام ، وأخرى يكون الشرط باطلاً مبطلاً للعقد اذا كان هو الباعث الدافع الى التعاقد .

وبناء على ما تقدم إذا اتفق البائع مع المشتري في عقد البيع نفسه على أن يكون تسليم الثمن في موعد معين ، وعلى أن يدفع المشتري زيادة على الثمن عن كل مدة يتأخر بها عن الوفاء ، فإن عقد البيع يصح ولكن البائع لا يكون مستحقاً للزيادة عن التأخر في وفاء الثمن ، إلا اذا تبين ان دافع البائع الى الإلتزام بالبيع هو تحصيل هذه الزيادة فإن عقد البيع يعد باطلاً حينئذٍ ، أما اذا لم يتفق البائع مع المشتري ابتداءً على الزيادة في مقابل التأخر ، واتفقا على ذلك عند حلول اجل الوفاء فإن هذا الاتفاق اللاحق يعد باطلاً من جهة بطلان محل التزام المدين المتمثل بدفع الزيادة في مقابل الأجل ، وهذا المحل الأخير يعد غير مشروع فيبطل الإلتزام تبعاً لبطلان محله .

وحتى لو كيّفنا الاتفاق على الزيادة في مقابل الأجل بكونه تجديداً للإلتزام المشتري بتغيير مصدره ، فإن مصدر الإلتزام الجديد للمشتري هو العقد اذ هو تصرف ارادي بين طرفين في دائرة المعاملات المالية ، ولا مجال لتكييف العقد هنا - ان لم يكن عقداً غير مسمى - الا أن يكون عقد قرض بفائدة ربوية باعتبار ان الثمن قد اصبحت مستحقاً ولكن البائع اقرضه للمشتري

وتفصيل ربا الجاهلية كما يقول ابن عباس " كان الرجل منهم إذا حل دينه على غريمه فطالبه به ، قال المطلوب منه زدني في الأجل وأزيدك في المال ، فإذا قيل لهم هذا ربا ، قالوا هما سواء ، يعنون بذلك أن الزيادة في الثمن حال البيع والزيادة فيه بسبب الأجل عند محل الدين سواء " أنظر حسن محمد تقي الجواهري ، الربا فقها واقتصادا ، مطبعة الخيام ، قم ، ١٤٠٥ هـ ص ١٤ .

والروايات في حرمة الربا كثيرة وقد افرد بعض الباحثين فصولاً في ادلة التحريم أنظر د. رفيق يونس المصري ، ربا القروض وادلة تحريمه ، ط ٢ ، دار المكتبي ، سوريا ، دمشق ، ٢٠٠٩ ، كما ان بعض الباحثين تكلم عن الربا في القرآن والسنة بما يقرب من ٤٠ صفحة أنظر حسن محمد تقي الجواهري ، المصدر السابق ، ص ١٢ وما بعدها . وبذلك فقد اجمع على تحريم الربا السلف الصالح والعلماء المجتهدون من بعدهم ، وتضافرت القرون حقبة بعد حقبة على ذلك الاجماع ، أنظر محمد ابو زهرة ، بحوث في الربا ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، بدون سنة طبع ، ص ١٥ .

(١) - وبذلك تنص الفقرة الثانية من المادة ١٣١ ، مدني " كما يجوز ان يقترن بشرط نفع لأحد العاقدين او للغير اذا لم يكن ممنوعاً قانوناً او مخالفاً للنظام العام او للأداب والا لغا الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط الدافع الى التعاقد فيبطل العقد ايضاً .

في مقابل فائدة ربوية ، وحينئذ يكون العقد صحيحاً باعتباره عقد قرض ولكن شرط الزيادة فيه يعد باطلاً ولا يستحق البائع - وهو المقرض في العقد الجديد - الزيادة على الثمن لكونها رباً محرماً .

بل لو لم يكن الاتفاق الجديد الا تعديلاً للعقد الأصلي - على فرض تكييفه كذلك - بأن يزيد مقدار ما التزام به المدين بمقابل زيادة الاجل الممنوح له ، لكان هذا التعديل باطلاً هو الآخر لأنه يؤدي الى الربا المحرم بل هو الربا في عينه .

والملاحظ على القانون المدني انه اجاز الاتفاق على الزيادة في محل الإلتزام في مقابل الاجل سواء أكان هذا الاتفاق في صورة شرط يدرج في العقد ، أم بصورة اتفاق لاحق يقع وقت حلول اجل الوفاء ، ذلك انه اجاز الاتفاق على فوائد عن التأخير لا تتجاوز ٧ بالمائة دون ان يحدد طريقة معينة او وقت محدد لهذا الاتفاق ^(١) .

كما انه اجاز للبائع الاتفاق مع المشتري على فوائد عن الثمن المستحق الاداء ولم يحدد ايضاً لهذا الاتفاق وقتاً او طريقة معينة ^(٢) .

وبما أن النصوص التي اجازت الاتفاق على الزيادة في محل الإلتزام في مقابل الأجل تعد نصوص متعارضة مع الدستور لأنها تتعارض مع ثوابت احكام الإسلام ، لذلك يمكن للقاضي أن يمتنع عن تطبيق هذه النصوص ، كما يمكن للمتقاضين الطعن بعدم دستوريتها كما بينا ذلك من قبل .

إن تفسير نصوص القانون على النحو المتقدم يعد تفسيراً متطوراً لأنه يلبي حاجة قائمة من وجهين ، الأول انه ينسجم مع ما يؤمن به الفرد المسلم من ضرورة الابتعاد عن المعاملات المحرمة شرعاً؛ لأنها مضافاً الى ما فيها من مفسدة جعلتها محرمة ، فإنها موجبة لمحق الاموال كما يصرح بذلك القرآن الكريم "يَمْحَقُ اللَّهُ الرِّبَا وَيُزِيلُ الصَّدَقَاتِ" ^٣ ، والثانية ان هذا التفسير

(١) - الفقرة الأولى من المادة ١٧٢ مدني " يجوز للمتعاقدین ان يتفقا على سعر آخر للفوائد على الا يزيد هذا السعر على سبعة في المائة، فإذا اتفاق على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها الى سبعة في المائة وتعيين رد ما دفع زائداً على هذا المقدار".

(٢) -وبذلك تنص الفقرة الأولى من المادة ٥٧٢ مدني " لا حق للبائع في الفوائد القانونية عن الثمن المستحق الاداء، الا اذا اعذر المشتري او سلمه الشيء المبيع وكان هذا قابلاً ان ينتج ثمرات او ايرادات أخرى وذلك ما لم يوجد اتفاق او عرف يقضي بغيره" .
٣ - الآية ٢٧٦ من سورة البقرة .

يحافظ على المنظومة القانونية من التصدع وذلك من خلال جعل القوانين العادية تسير على وفق المبادئ الدستورية والتي تمثل القيم العليا في دولة القانون .

واما السبب فالملاحظ إن المشرع العراقي قد نسب السبب الى الإلتزام وليس الى العقد ، ونعتقد ان الذي تتجه ارادته الى الإلتزام انما يلتزم لأحد امرين لا ثالث لهما ، فهو أما أن يريد الإلتزام بمقابل ، أو بدون مقابل ، فإذا كان الإلتزام بمقابل فإن السبب المباشر لهذا الإلتزام هو الرغبة في الحصول على هذا المقابل ، أما اذا كان الإلتزام بدون مقابل فإن سببه المباشر هو الرغبة في التبرع ، والملاحظ على السبب المباشر في كلا الحالتين انه لا بد من أن يكون موجود ، كما انه لا بد من أن يكون مشروع ، والمشرع العراقي قد اشترط في سبب الإلتزام أن يكون موجوداً ومشروعاً في الوقت نفسه ، ويعني ذلك انه افترض وجود حالات لا يكون فيها السبب موجوداً ، وحالات أخرى لا يكون السبب فيها مشروعاً .

ولازم افتراضه وجود حالات لا يكون فيها السبب مشروعاً انه لم يقصد السبب المباشر ، بل قصد السبب غير المباشر ؛ لأن هذا الأخير فقط هو الذي يمكن تصور عدم مشروعيته ، أما افتراضه وجود حالات لا يكون فيها السبب موجوداً فنعتقد انه افترض ليس له نصيب من الواقع ؛ لأن السبب غير المباشر هو الآخر لا بد من ان يكون موجوداً ، لأن التصرفات الصادرة من العقل لا بد من أن يكون لها باعاً ولو كان الباعث هو قصد العبث .

والقدر المتيقن من قصد المشرع من النص الذي عالج فيه سبب الإلتزام انه قصد السبب غير المباشر ، لأن اشتراط وجود السبب اذا كان امراً لا مبرر له كما تقدم ، فإن اشتراط المشروعية في السبب يقصد منه مشروعية الباعث ، والباعث هو السبب غير المباشر ، لذلك نرى ان التفسير الذي ينسجم مع الحكمة من تشريع المادة (١٣٢) من القانون المدني هو تفسير السبب الوارد في هذا النص طبقاً لما تقول به النظرية الحديثة في السبب وهو ان المقصود بهذا الاخير هو السبب غير المباشر وهو الباعث الدافع الى التعاقد .

بناء على ما تقدم يجب النظر الى الباعث الذي دفع الارادة الى الإلتزام ؛ فإن تبين ان هذا الباعث غير مشروع وجب ابطال العقد بناء على عدم مشروعية الإلتزام ، ولا شك ان ابطال العقد عند فساد الباعث على الإلتزام فيه يحقق حاجة قائمة في كل حين وهي درء المفسد التي قد يقصد لتحقيقها التعاقد .

الفرع الثاني – دور الإرادة في نطاق الإلتزامات الجائزة

إذا انصرفت الإرادة الى الإلتزام بما هو مشروع ، ومضت في اتجاهها نحو إبرام تصرف يجيزه القانون ، فإن القدر الذي يمكن إلزامها به هو ما اتجهت اليه باختيارها وما ينجم عن هذا الاتجاه من آثار مشروعة ، اما ما عدا ذلك من آثار فلا يجوز ان تُلزم بها الإرادة ؛ لكونه اجنبياً عن نطاق ما اتجهت للإلتزام به .

توضيح ذلك ان الإرادة حينما تتجه للإلتزام معين تبتغي من ذلك غاية معينة ضمن حدود مرسومة مسبقاً في القانون ، وعندما تُفرض قيود تصدر هذه الغاية في وقت لاحق على الإلتزام ، يجب اعتبار هذه القيود اجنبية عما اتجهت اليه الإرادة لتكون هذه الأخيرة في حل من هذه القيود ، مثال ذلك إذا تعاقد شخص على تأجير عقاره لمدة معينة وبأجرة معينة ، فإن إرادة الشخص تكون قد اتجهت الى الأجرة والمدة المعينتين ، فإذا صدر قانون يفرض حداً أعلى للأجرة في هذا النوع من العقار ، أو يجعل المدة ممتدة طالما استمر المستأجر بدفع الأجرة ، وجب اعتبار المؤجر في حل من هذه القيود الجديدة لأن إرادته لم تتجه الى الإلتزام بها .

والمرجع العراقي لم يورد نصاً صريحاً يبين أثر القانون الجديد على الآثار المستقبلية للعقود التي أبرمت قبل نفاذه ، وتذهب النظرية الحديثة في نطاق تنازع القوانين من حيث الزمان الى تقرير مبدأ سريان القانون الجديد على كل ما يقع بعد نفاذه حتى بالنسبة لآثار المراكز أو الوقائع التي نشأت في ظل القانون القديم ^(١) ، فالقانون الجديد وفقاً لهذه النظرية يسري بأثر مباشر على الآثار الجديدة للمراكز الجارية والتي تترتب بعد العمل به ^(٢) ، ولا يستثنى من ذلك إلا المراكز العقدية غير المتعلقة بنظام قانوني التي يستقل الأفراد بتنظيم آثارها بإرادتهم ^(٣) وبناء على ذلك اذا صدر قانون يخفض من سعر الإيجارات بنسبة معينة ؛ سرت احكامه على الإيجارات التي تستحق بعد نفاذه ^(٤)، ونرى ان القواعد العامة التي اوردتها المشرع العراقي في نطاق العقد تُكشف عن اتجاه إرادة المشرع الى احترام ارادة المتعاقدين ويمكن للقاضي العراقي أن يستعين بهذه القواعد للكشف عن ارادة المشرع في هذا المجال والتي منها ما ورد في المادة ١٥٠ من وجوب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ، فإن علة هذا النص على ما يظهر هي توفير الاحترام لما اتجهت اليه ارادة المتعاقدين ، وبذلك يمكن

(١) - د.حسن كيره ، مصدر سابق ، ص ٤٤٦ .

(٢) - د. سمير عبد السيد تناغو ، مصدر سابق ، ص ٧٠٢ .

(٣) - د. حسن كيره ، مصدر سابق ، ص ٤٥٦ .

(٤) - عبد الباقي البكري ، زهير اليشیر ، مصدر سابق ، ص ١١٥ .

للقاضي أن يعمم حكم هذه النص على كل حالة تتوافر فيها علته ، وبذلك يمكن الامتناع عن تطبيق القانون الجديد على العقود التي أبرمت قبل نفاذه حتى بالنسبة لآثارها السارية بعد نفاذه ولو تعلق ذلك بنظام قانوني جديد يحكم العقود ، إلا إذا تقرر للمتعاقد المتضرر من النظام الجديد الحق في إنهاء العقد؛ فحينئذ لا ضير من سريان هذا النظام على عقود سابقة على نفاذه إذا اختار المتعاقد البقاء على العقد رغم الترخيص له بتركه .

ثم ان المشرع يؤكد في اكثر من مناسبة على ضرورة تحقيق العدالة في مجال العقد ، ففي الفقرة الثانية من المادة ١٥٠ يجعل المشرع العدالة واحدة من المستلزمات التي يجب مراعاتها عند تنفيذ العقد ، وفي نظرية الظروف الطارئة اجاز المشرع للقاضي أن ينقص من التزامات المتعاقد المرهق الى الحد المعقول إن اقضت العدالة ذلك، وتعديل الشروط التعسفية في عقد الاذعان أو الاعفاء يجب ان يكون وفقاً لما تقتضيه العدالة .

فلما كان المشرع يؤكد على العدالة في مجال العقد ، وحيث ان فرض قيود على المتعاقد لم تتجه اليها ارادته ولم يكن يعلم به وقت العقد؛ يعد منافياً للعدالة ، وارتباطاً بما يظهر من ارادة المشرع من حرصه على احترام ارادة المتعاقدين ، لكل ذلك يمكن للقضاء العراقي أن يطبق القانون القديم على الآثار المستقبلية للعقود التي أبرمت في ظله ، ويجعل هذه الأخيرة خارجة عن سلطان القانون الجديد ، إلا إذا قرر هذا الأخير الحق بإنهاء العقد لكل متعاقد يتضرر منه ، أو صرح بسريانه على العقود القائمة حتى ما نشأ منها قبل نفاذه ، أو كان التعديل متعلقاً بالنظام العام ، ففي الفرضين الاخيرين لا مناص من تطبيق القانون الجديد .

ومما يرتبط باتجاه الارادة ضمن الحدود الجائزة ايضاً ، إن اتجاه ارادة الشخص الى استغلال ملكه في مجال معين؛ لا يعني تجرده عن بعض صلاحياته كمالك وإن ورد النص على ذلك في قانون خاص ، والسبب في ذلك ان الملكية الخاصة مصونة بموجب الدستور ويمكن للمالك الانتفاع بها واستغلالها والتصرف بها بحدود القانون كما ينص على ذلك الدستور .

بناء على ذلك فإن المؤجر متى انتهت مدة الاجارة المتفق عليها في عقد الإيجار ؛ لا يجبر على تمديد مدة العقد ، لأن هذا التمديد يجرده من الاستغلال والانتفاع بحدود القانون ، إذ تقضي القواعد العامة في عقد الإيجار ان على المستأجر بعد انتهاء مدة الإيجار أن يعيد المأجور الى المؤجر بالحالة التي تسلمه عليها ، وهذا ما ينسجم ما قرره المشرع من ان الملك التام من شأنه أن يتصرف به المالك، تصرفاً مطلقاً فيما يملكه عيناً ومنفعة واستغلالاً، فينتفع بالعين المملوكة

وبغلتها وثمارها ونتاجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة^(١)، لأن المأجور بعد انتهاء مدة الإيجار يرجع ملكاً تاماً للمؤجر .

ولما تقدم نرى ان نص المادة الثالثة من قانون تعديل قانون ايجار العقار رقم (٥٦) لسنة ٢٠٠٠ التي حلت محل المادة الثالثة من قانون ايجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ والتي قررت امتداد عقد الإيجار بعد انتهاء مدته ما دام المستأجر شاغلاً العقار ومستمرًا بدفع الاجرة طبقاً لأحكام القانون ؛ تتعارض مع ما قرره الدستور من ان الملكية الخاصة مصونة ويمكن للمالك الانتفاع بها واستغلالها والتصرف بها بحدود القانون^(٢).

وعبارة بحدود القانون الواردة في الدستور يقصد بها التصرفات الجائزة بحسب الأصل مع مراعاة القيود الواردة على حق الملكية والتي نظمها القانون المدني في المواد (١٠٤٩ – ١٠٦٠) ، وليس منها القيد الوارد في قانون ايجار العقار على ملكية المؤجر ، لأن هذا القيد خاص بحالة معينة ، وحدود القانون هنا هي الحدود التي تنظم الملكية بصورة عامة .

لذلك نرى ان المؤجرين المتضررين من حالة الامتداد القانوني التي نظمها قانون ايجار العقار يمكنهم الطعن بحكم الامتداد بكونه حكم غير دستوري ، ويمكن للقضاء الامتناع عن تطبيق هذا الحكم احتجاجاً بعدم دستوريته .

المطلب الثاني - ضمان المعقود عليه

يضمن العاقد لمن تعاقده معه تعرض الغير له في المعقود عليه ، كما يضمن استحقاق المعقود عليه ، والعيوب الخفية فيه، ويختلف هذا الضمان باختلاف طبيعة العقد، ففي عقود المعاوضات يضمن العاقد ولو كان حسن النية لا يعلم بسبب الضمان ، اما في عقود التبرع فلا يتقرر الضمان الا اذا اخفى العاقد سببه او قصد ضمانه ، وقد عالج المشرع احكام هذا الضمان في موارد متعددة في القانون ، ولكنه اغفل معالجة بعض حالات الضمان ، لذلك فقد بات ضرورياً البحث عن احكام الضمان بالنسبة للحالات التي اغفل المشرع معالجتها، وعلى هذا الأساس سنبحث الضمان في الهبة بشرط العوض في فرع ، وضمان حق المنفعة المكتسب في العقد في فرع ثاني ؛ بسبب نقص احكام الأول ، وعدم معالجة الثاني اصلاً .

(١) - المادة ١٠٤٨ من القانون المدني.

(٢) - الفقرة الأولى من المادة ٢٣ من الدستور النافذ .

الفرع الأول - ضمان الهبة بشرط بعوض

أجاز المشرع الهبة بشرط العوض^(١) ، وألزم الموهوب له اداء ما اشترط عليه من عوض سواء كان هذا العوض مشروطاً لمصلحة الواهب أو لمصلحة أجنبي أو المصلحة العامة^(٢) ، وبين المشرع حكم استحقاق الموهوب بعوض وقرر ضمانه على الواهب بقدر العوض الذي اداه الموهوب له^(٣) .

ولكن المشرع لم يبيّن حكم ضمان العيب الخفي في الموهوب بشرط العوض لذلك وجب تلمس حكمه من خلال الجمع بين احكام البيع واحكام الهبة ، والسبب في الرجوع الى احكام البيع هو ان الهبة بعوض من عقود المعاوضة شأنها بذلك شأن البيع ، اما الرجوع الى احكام الهبة فسببه هو ان العوض في الهبة ليس كالثمن في البيع بل له طبيعته الخاصة ، فالثمن في عقد البيع يجب ان لا يكون ثمنا بخسا ولا يشترط ذلك في العوض في الهبة .

ولنا في ذلك اسوة في المشرع نفسه ؛ فقد جمع في احكام الوفاء بمقابل بين احكام البيع واحكام الوفاء فقد نصت المادة ٤٠٠ على انه " يسري على الوفاء بمقابل من حيث انه ينقل ملكية الشيء الذي اعطى في الدين احكام البيع وبالأخص ما يتعلق منها بأهلية المتعاقدين وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية، ويسري عليه من حيث انه يقضي الدين احكام الوفاء وبالأخص ما تعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات " .

ونحن هنا نجمع بين احكام البيع واحكام الهبة لا لتعرف على احكام الهبة بعوض جميعها ، بل لتتوقف على احكام ضمان العيب الخفي فقط ؛ اذ لم يبينها المشرع ضمن احكام الهبة .

وبذلك يمكن القول انه قياساً على البيع ؛ يتقرر ضمان العيب الخفي في الهبة بعوض ، ولكن في مقابل ذلك فإن حدود هذا الضمان لا تقاس على حدود ضمان العيوب الخفية في عقد البيع ؛ وذلك لما بينا من الاختلاف بين العوض في الهبة وبين الثمن في البيع ، ولكن تقاس على حدود ضمان الاستحقاق في الهبة بشرط العوض ، لأن هذه الحدود أي (حدود ضمان الاستحقاق في الهبة بشرط العوض) قد وضعت استناداً للطبيعة الخاصة للعوض في عقد الهبة ؛ فساغ لنا بناء على ذلك أن نقيس عليها حدود ضمان العيب الخفي في الموهوب بشرط العوض .

(١) - المادة ٦١١ من القانون المدني.

(٢) - المادة ٦١٨ من القانون المدني.

(٣) - وبذلك تنص الفقرة الأولى من المادة ٦١٤ مدني " لا يضمن الواهب استحقاق الموهوب، الا اذا تعمد اخفاء سبب الاستحقاق او الا اذا كانت الهبة بعوض، وفي الحالة الاخيرة لا يضمن الواهب الاستحقاق الا بقدر ما اداه الموهوب له من عوض كل هذا ما لم يتفق على غيره .

وحينما نرجع الى ضمان الاستحقاق في الهبة بعوض نجده محدداً بقدر ما اداه الموهوب له بعوض مالم يتفق الاطراف على خلاف ذلك ^(١)، وبذلك يمكن القول إن ضمان العيب الخفي في الهبة بشرط العوض محدد هو الآخر بقدر ما اداه الموهوب له من عوض ما لم يرد اتفاق يزيد أو ينقص من هذا الضمان .

ومن احكام الضمان في الهبة بشرط العوض ما اذا كان الموهوب مثقلاً بحق عيني ضماناً لدين في ذمة الواهب او في ذمة شخص آخر، فان الموهوب له اذ يلتزم حينئذ بوفاء هذا الدين ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك ^(٢)؛ فإنه اذا قضى هذا الدين كان له أن يرجع على المالك السابق للموهوب حسب ما تقرره المادة ١٣٠٧ الواردة في باب حق التتبع في الرهن الحيازي ^(٣).

توضيح ذلك ان الموهوب له في الهبة بشرط العوض يعد متلقياً لملكية الموهوب بسبب يوجب الضمان على ناقل الملكية وذلك استناداً الى المادة ٦١٤ التي قررت ضمان الواهب استحقاق الموهوب اذا كانت الهبة بعوض ، فإذا اضطر الى دفع الديون المسجلة على الموهوب يعد ذلك بحكم الاستحقاق الكلي او الجزئي ؛ فيكون له الرجوع بالضمان على سلفه .

فالموهوب له وقد تلقى ملكية الموهوب لا على نحو التبرع بل بمقابل عوض ، فإن كان الموهوب مثقلاً برهن حيازي او تأميني ، فإن الموهوب له يعد حائزاً لعين مرهونة ^(٤) ويباشر في مواجهته حق التتبع ، وحينئذ يكون له قضاء الدين أو تحمل إجراءات نزع الملكية ؛ إن كان الرهن حيازي ، ويكون له مضافاً الى ذلك تحرير العقار المرهون ؛ إن كان الرهن تأمينياً ^(٥).

وقد يقال ان حق الحائز في الرجوع على المالك السابق عند قضاءه للدين المضمون بالرهن ؛ مقرر بالنسبة للرهن التأميني فقط ، إذ لم يرد هذا الحق في باب الرهن الحيازي ، ومن

(١) - المادة ٦١٤ من القانون المدني.

(٢) - الفقرة الثانية من المادة ٦١٩ من القانون المدني.

(٣) - نصت الفقرة ٢ من هذه المادة " ويبقى حق الحائز في الوفاء بالدين قائماً الى يوم رسو المزايدة، ولكن يجب عليه ايضاً ان يفي بما صرف في الإجراءات من وقت انذاره، على ان يرجع بكل ذلك المدين وعلى المالك السابق للعقار المرهون "

(٤) - وبذلك تنص الفقرة الثانية من المادة ١٣٠٦ ، مدني على انه "ويعتبر حائزاً للعقار المرهون، كل من انتقلت اليه بعد الرهن بأي سبب من الأسباب ملكية هذا العقار، او أي حق عيني آخر عليه قابل للرهن دون ان يكون مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين الموثوق بالرهن" .

(٥) - ، وبذلك تنص الفقرة الأولى من المادة ١٣٠٦ مدني " يجوز للمرتهن عند حلول اجل الدين ان ينزع ملكية العقار المرهون رهناً تأمينياً في يد الحائز لهذا العقار بعد انذاره بدفع الدين، الا اذا اختار الحائز ان يقوم بوفاء الدين او بتحرير العقار من الرهن " فإذا اختار الموهوب له قضاء الدين سواء أكان الرهن تأمينياً ام حيازياً ؛ فإن له ان يرجع على الواهب باعتباره المالك السابق .

ثم فإن استعمال هذا الحق إذا جاز في الهبة بعوض ؛ فإنه يجوز في هبة العقار فقط ، ولا يجوز في هبة المنقول ؛ لأن المنقول لا يصح رهنه تأمينيا الا في احوال خاصة .

ولكن يجب ان يلاحظ ان علة اعطاء الحائز بالرجوع على المالك السابق عند اضطرار الحائز الى دفع الدين المرهون به العقار في الرهن التأميني ؛ هي ان ذلك يعد بحكم الاستحقاق الكلي أو الجزئي للعقار المرهون^(١) ، وهذا العلة متوافرة تمامًا عند قيام الحائز في الرهن الحيازي بقضاء الدين الذي رهننت به العين التي تلقاها ، ومن ثم يمكنه الرجوع على مالكيها السابق كما يرجع حائز العقار المرهون وفق المادة ١٣٠٧ .

وطالما سلمنا ان علة اعطاء الحائز بالرجوع على المالك السابق هي ان قضاء الدين المضمون بالرهن بمثابة الاستحقاق الكلي أو الجزئي ، وحيث ان المادة ٦١٤ تقرر ضمان الاستحقاق في الهبة بشرط العوض ؛ فمفهوم الموافقة يقتضي اعطاء الموهوب له حق الرجوع على الواهب بضمان الاستحقاق عند اضطراره لدفع الدين الذي رهن به الموهوب .

والأحكام المتقدمة بعضها اخذناه بطريق القياس ، وبعضها بمفهوم الموافقة ، وهما طريقتين من طرق الدلالة العقلية للنص ، والتي رأينا انها من وسائل التفسير المتطور للقانون ، وبذلك فإن الإستدلال بموجبها يعد من التفسير المتطور للقانون .

الفرع الثاني - ضمان حق المنفعة المكتسب بالعقد

عبر المشرع عن حق المنفعة بأنه تملك منافع الاعيان دون رقبته^(٢)، وبهذا يتشابه هذا الحق مع حق المستأجر وحق المستعير ؛ إذ ان كل من المستأجر والمستعير يملك منافع الأعيان دون رقبته^(٣).

وبذلك فإن أي مسألة في حق المنفعة المكتسب بالعقد لا نجد فيها حكمًا في القانون؛ يمكن الرجوع بها الى احكام عقد العارية إذا كان العقد المنشئ لحق المنفعة من عقود التبرع ، والى

(١) - كما يذهب الى ذلك الفقه ونحن نؤيده ، أنظر ، د. غني حسون طه ، محمد طه البشير ، الحقوق العينية ، ط ٣ ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، ٢٠١٠ ، ص ٤٥٥ .

(٢) - المادة ١٢٤٩ من القانون المدني.

(٣) - وبذلك تنص المادة ٧٤ من القانون المدني " يصح ان يرد العقد وعلى منافع الاعيان للانتفاع بها بعوض اجارة او بغير عوض اعارة " .

احكام عقد الإيجار إذا كان حق المنفعة ناشئ بعقد من عقود المعاوضة بشرط مراعاة الطبيعة الخاصة لحق المنفعة^(١).

وبناء على ماتقدم فإن النقص في احكام حق المنفعة الناشئ بعقد من عقود المعاوضة يمكن معالجته بطريق القياس على احكام عقد الإيجار^(٢)، وعند الرجوع الى تلك الأحكام نجد ان المشرع يلزم المؤجر بضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية، وحيث ان حق المنفعة يمكن أن يكون محلاً للتعرض، أو الاستحقاق، كما يمكن ان يكون معيياً؛ فمن المنطقي أن يتقرر للمنتفع ضمان في حال حصول أي حالة من هذه الحالات المذكورة، إذ لا يعقل أن يستحق حق المنفعة المكتسب بعقد من عقود المعاوضة ولا يكون للمنتفع حق في الرجوع على من قرر اليه الحق، كما لا يعقل أن يدفع المنتفع اجراً بمقابل تلقيه حق المنفعة ولا يكون له ضمان العيوب التي تنقص من هذا الانتفاع، ولكن رغم أهمية ضمان حق المنفعة في هذه الحالات فإن المشرع لم يتطرق الى شيء منه ضمن احكام حق المنفعة.

وهنا تظهر أهمية السير على منهجية التفسير المتطور للقانون بالرجوع الى الدلالة العقلية لنصوص القانون، فعندما يترك المشرع تنظيم مسائل معينة؛ فإن ذلك لا يعني قصوراً تشريعياً في جميع الأحوال؛ لأن المشرع كما عرفنا من قبل قرر سريان النصوص على جميع المسائل التي تتناولها تلك النصوص بلفظها أو فحواها، كما انه فتح للقاضي باب القياس؛ ليتمكن من ايجاد حلول تشريعية للمسائل غير المنصوص على احكامها.

وبذلك يمكن القول ان حق المنفعة المكتسب بطريق عقد معاوضة؛ مضمون في حالات التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية، وذلك قياساً على احكام عقد الإيجار.

وتطبيق احكام التعرض والاستحقاق الواردة في عقد الإيجار يعني؛ إن من قرر حق المنفعة يضمن عدم التعرض الشخصي للمنتفع، ويضمن التعرض الصادر من الغير المبني على سبب قانوني، فلا يجوز لمن قرر حق المنفعة أن يتعرض للمنتفع في استيفائه المنفعة مدة العقد، ولا أن يحدث في العين المقرر عليها حق الانتفاع تغييراً يمنع من الانتفاع بها او يخل بالمنفعة

(١) - من خصائص حق المنفعة التي يختلف بها عن عقد الإيجار والتي يلزم مراعاتها هنا، ان حق المنفعة حق عيني لا شخصي، وهو ينقضي حتماً بموت المنتفع، أنظر د. سعيد مبارك، د. طه الملا حويش، د. صاحب عبيد الفتالي، الموجز في العقود المسماة، وزارة التعليم العالي، جامعة بغداد، بدون سنة طبع، ص ٢٠٠.

(٢) - وبهذا الصدد ذهبت محكمة التمييز الاتحادية في احد قراراتها الى تطبيق حكم المادة ٧٥٥ من القانون المدني والتي تتعلق بغصب المأجور على حق المنفعة، وجاء في القرار "مالك حق المنفعة لعقار يستحق اجر المثل لهذه المنفعة في حالة غصب العقار ولما كانت واقعة الغصب ثابتة بحكم قضائي فيتعين على المحكمة الحكم له بأجر المثل" أنظر قرارها ١٨٠ / مدني / ٢٠٠٩ في ٢١ / ١ / ٢٠٠٩. منشور على موقع مجلس القضاء الأعلى، تاريخ الزيارة ٤ / ٦ / ٢٠٢٢.

المعقود عليها ، ولا يقتصر ضمان من قرر حق المنفعة على الأعمال التي تصدر منه أو من اتباعه بل يمتد هذا الضمان الى كل تعرض مبني على سبب قانوني يصدر من أي شخص تلقى حقاً عن مقرر حق المنفعة^(١).

وإذا ادعى اجنبي حقاً يتعارض مع ما للمنتفع من حقوق بمقتضى عقد المنفعة ، وجب على المنتفع أن يبادر الى اخطار من قرر حق المنفعة بذلك ، فإذا ترتب على هذا التعرض أن حرم المنتفع فعلاً من الانتفاع الواجب بعقد المنفعة ، له تبعاً للظروف أن يطلب الفسخ أو انقاص الاجرة مع التعويض ان كان له مقتضى^(٢).

اما بالنسبة لضمان العيوب الخفية ، فإن تطبيق احكام عقد الإيجار بهذا الصدد يعني ؛ ان من قرر حق المنفعة يلتزم بضمان جميع ما يوجد في العين المقرر عليها حق المنفعة من عيوب تحول دون الانتفاع بها، او تنقص من هذا الانتفاع انقاصاً كبيراً، ولكنه لا يضمن العيوب التي جرى العرف بالتسامح فيها ، وهو مسؤول ايضاً عن خلو العين محل حق الانتفاع من صفات تعهد صراحة بتوافرها، او خلوها من صفات يقتضيها الانتفاع بها، كل هذا ما لم يقض الاتفاق بغيره^(٣).

ولكن يجب أن يلاحظ ان عقد الإيجار إذا كان يلزم المؤجر بضمان العيب الطارئ بعد العقد ، فإن حق المنفعة لا يقاس على عقد الإيجار في ذلك ، والسبب في ذلك ان الإلتزام الملقى على عاتق المؤجر في عقد الإيجار هو التزم ايجابي يفرض على المؤجر تمكين المستأجر من الانتفاع بالمأجور ، ولذلك فقد اوجب المشرع على المؤجر اصلاح وترميم ما حدث من خلل في المأجور أدى الى اخلال في المنفعة المقصودة منه ، وإذا امتنع المؤجر من الترميم، كان للمستأجر ان يفسخ الاجارة أو أن يقوم بالترميم بإذن من المحكمة، ويرجع على المؤجر بما صرف بالقدر المعروف^(٤).

اما حق المنفعة فإنه لا يتضمن سوى التزم عام على عاتق مالك الرقبة ؛ هو ان يترك صاحب حق الانتفاع ينتفع بالشيء ، لذلك فإن المشرع لم يلزم المالك بصيانة الشيء الذي تقرر

(١) - المادة ٧٥٣ من القانون المدني.

(٢) - المادة ٧٥٤ من القانون نفسه .

(٣) - المادة ٧٥٦ من القانون نفسه .

(٤) - المادة ٧٥٠ من القانون المدني .

عليه حق الانتفاع، بل جعل الإصلاحات الجسمية التي لم تنشأ عن خطأ المنتفع، على المالك بلا جبر عليه^(١).

وبناء على ما تقدم يمكن القول ان العيب الطارئ بعد العقد يعد غير مضمون في حق المنفعة وإن كان مضموناً في عقد الإيجار ، بسبب اختلاف طبيعة الإلتزام الملقى على مالك الرقبة تجاه المنتفع عن الإلتزام الملقى على المؤجر تجاه المستأجر.

ولا يضمن من قرر حق المنفعة العيب اذا كان المنتفع قد اخطر به أو كان يعلم به وقت التعاقد، أو كان يسهل على المنتفع ان يتحقق من وجوده، إلا اذا كان من قرر حق المنفعة قد أكد للمنتفع خلو العين من العيب^(٢).

فاذا وجد بالمال الذي تقرر عليه حق الانتفاع عيب يتحقق معه الضمان جاز للمنتفع أن يطلب فسخ العقد أو انقاص الأجرة، فإذا لحق المنتفع ضرر من العيب التزم من قرر له حق المنفعة بتعويضه ما لم يثبت انه كان يجهل وجود العيب^(٣).

أما اذا تقرر حق المنفعة بعقد تبرع ، فإن حق المنفعة بالنسبة لضمان الاستحقاق والعيوب الخفية يقاس على عقد الاعارة كما بينا؛ لأن هذا الاخير عقد يرد على منافع الاعيان من غير عوض كما يصرح بذلك المشرع^(٤)، وعند الرجوع الى احكام عقد الاعارة بهذا الصدد نجد ان المشرع لا يلزم المعير بضمان استحقاق الشيء المعار، إلا ان يكون قد تعمد اخفاء سبب الاستحقاق او رضى بالضمان باتفاق خاص ، ولا ضمان علي المعير كذلك في العيوب الخفية، غير انه إذا تعمد اخفاء العيب او ضمن سلامة الشيء، لزمه تعويض المستعير كل ضرر يلحقه بسبب ذلك^(٥).

وبذلك يمكن القول إن من قرر حق المنفعة بلا عوض ؛ لا يلتزم بضمان العيب او الاستحقاق إلا إذا تعمد اخفاء سبب العيب أو الاستحقاق أو رضى بالضمان باتفاق خاص.

المطلب الثالث - اقامة المشيدات في المال الشائع

إذا كان كل واحد من الشركاء اجنبي في حصة الآخر ، فإن الشريك إذا أقام مشيدات في جزء من المال الشائع ؛ فإنه يعد بذلك غاصباً ما لم يقع الجزء الذي اقيمت عليه المشيدات عند

(١) - القانون نفسه، الفقرة الثانية من المادة ١٢٥٥ .

(٢) - القانون نفسه، المادة ٧٥٧.

(٣) - القانون نفسه، المادة ٧٥٨ ..

(٤) - القانون نفسه، المادة ٧٤ .

(٥) - القانون نفسه، المادة ٨٥٠ .

القسمة في نصيب الشريك الذي اقامها ، والمشيدات التي يقيمها الغاصب في المال المغصوب حكمها الازالة حسب القواعد العامة في الغصب ، غير ان الاشكالات الكبيرة المصاحبة لتطبيق هذه القواعد على الواقع الحاضر ، تقتضي تنسيق تطبيقها بما يتلاءم مع هذا الواقع ، بناء على ذلك سنتناول هذا المطلب في فرعين ، نبين في الفرع الأول احكام اقامة المشيدات في المال الشائع ، ونبين في الفرع الثاني تنسيق تطبيق تلك القواعد بما يتلاءم مع الواقع الحاضر.

الفرع الأول : احكام اقامة المشيدات في المال الشائع

نصت المادة ١٠٦٢ / ٢ على انه " واذا تصرف الشريك في جزء من المال الشائع، فلا يكون للتصرف أثر إلا اذا وقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب هذا الشريك " . وهذا النص ينفي عن التصرف في جزء من المال الشائع – فضلا عن التصرف في كل المال الشائع – اي أثر قانوني قبل القسمة ، بمعنى ان هذا التصرف ليس له اي سند من القانون ، ويعد المال الشائع بحكم المغصوب ، والتصرف الصادر من الشريك يعد بحكم التصرف الصادر من الغاصب .

والنص جاء شاملاً لمطلق التصرفات سواء أكانت قانونية ام مجرد تصرفات مادية ، والمشرع قصد هذا الشمول كما يتضح ذلك في الفقرة الأولى من المادة ١٠٦٢ ، التي منعت كل شريك من التصرف بحصة الآخر من غير رضاه بأي وجه من الوجوه ، فعبارة "بأي وجه من الوجوه" دليل واضح على ان المشرع قصد مطلق التصرف مادياً كان ام قانونياً.

ولا شك إن تشييد المباني يعد تصرفاً مادياً؛ فيشملة الحكم المتقدم ويعد فاقداً لأي سند قانوني، وبذلك جاء في قرار لمحكمة التمييز الاتحادية " فإن تصرف الشريك بمساحة من المال المشاع بالبناء دون موافقة الشريك الآخر يعد متجاوزاً و له حق رفع التجاوز" ^(١).

فإذا أردنا أن نفسر أي نص آخر ضمن نصوص القانون المدني المتعلقة بسلطات الملاك على الشيوع ، يجب أن نأخذ بالاعتبار حكم المادة ١٠٦٢ / ٢ والتي جعلت أي تصرف بأي وجه من الوجوه في أي جزء من المال الشائع غير ذات أثر اي فاقد لأي سند قانوني .

فحينئذٍ إذا وجدنا النص الذي نريد أن نفسره متعارضاً مع حكم المادة المتقدمة فإن قواعد التفسير تقتضي الجمع بين النصين مهما أمكن ذلك ، ولا يصح اهمال أحد النصين إن امكن الجمع بينهما .

(١) - القرار رقم ٥٨١/منع معارضة/ في ٢٨ / ٣ / ٢٠٠٧ ، منشور على موقع مجلس القضاء الأعلى ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٢ / ٦ / ٣ .

وعند مراجعة احكام الشيوخ الواردة في القانون المدني نجد ان نص المادة (١٠٦٣ / ٢) يقرر وجوب أجر المثل على الشريك المشتاع إذا انتفع بالعين كلها في سكنى ومزارعة أو ايجار أو غير ذلك من وجوه الانتفاع بلا اذن شركائه .

والانتفاع بالعين يعد بلا شك تصرفاً بها ، فقد يكون تصرفاً مادياً كالسكنى والمزارعة ، وقد يكون تصرفاً قانونياً كالإيجار ، وهذا التصرف يعد بحكم المادة ١٠٦٢ غير ذات أثر وليس له سند من القانون ، فيعد بحكم الغصب على هذا الأساس .

وبحسب المادة ١٩٧ فإن المغصوب إن كان عقاراً يلزم الغاصب رده الى صاحبه مع أجر مثله وإذا تلف العقار أو طرأ على قيمته نقص ولو بدون تعد من الغاصب لزمه الضمان ، فهذا النص يلزم الغاصب ليست فقط بأجر المثل ، بل برد العقار المغصوب الى صاحبه ، أما نص المادة ١٠٦٣ فلا يوجب شيء غير أجر المثل .

وعند الجمع بين المادة ١٠٦٢ التي جعلت تصرف الشريك في أي جزء من المال الشائع غير ذات اثر ، والمادة ١٠٦٣ / ٢ التي اوجبت أجر المثل على الشريك الذي ينتفع بالمال بدون اذن شركائه ، والمادة ١٩٧ التي اوجبت على الغاصب رد المغصوب مضافاً الى أجر المثل ، نصل الى نتيجة وهي ان الشريك الذي ينتفع بالعين الشائعة بلا اذن من شركائه يكون ملزماً باعادة العين الى الشركاء مضافاً الى التزامه بأجر المثل ، اذ ان الشريك في المال الشائع اذا تصرف فيه بدون اذن شركائه اصبح بحكم الغاصب فينطبق عليه نص المادة ١٩٧ لأن هذه المادة تقرر حكماً عاماً ينطبق على كل حالة تعد غصباً بحكم القانون .

ولكن ما حكم المحدثات المتخلفة عن انتفاع الشريك بالمال الشائع بدون إذن شركائه؟.

تبين لنا ان الانتفاع بالمال الشائع بدون اذن الشركاء يعد بحكم الغصب ، والغاصب ملزم برد المغصوب الى صاحبه ^(١) ، ولكن يبقى السؤال كيف يحصل الرد، والحال أن الغاصب قد أحدث محدثات في المال المغصوب ؟.

وهذا ما تتكفل بالإجابة عنه المادة ١١١٩ التي قضت بأنه اذا احدث شخص بناءً او اغراساً او منشآت أخرى بمواد من عنده على ارض يعلم انها مملوكة لغيره دوه رضاء صاحبها، كان لهذا أن يطلب قلع المحدثات على نفقة من احدثها فإذا كان القلع مضرًا بالأرض، فله أن يمتلك المحدثات بقيمتها مستحقة للقلع.

وعلى هذا الأساس فإن الشريك اذا أقام محدثات على العين الشائعة ، فان للشركاء الآخرين أن يستردوا المال المشاع خاليًا من المحدثات ، فإن كان قلع المحدثات مضرًا بالمال

(١) - المادة ١٩٧ من القانون المدني .

المشاع ، فلهم أن يملكو المحدثات بقيمتها مستحقة للقلع ، وبذلك قضت محكمة التمييز الاتحادية بأنه " يحق للشريك في الشيوع الطلب بإزالة المشيدات التي أحدثها احد الشركاء لأن كل شريك يملك حصة شائعة ملكاً تاماً بنسبة حصته في كل ذرة من المال الشائع وله حق الانتفاع فيها واستعمالها بما لا يضر بشركائه الآخرين (المادة ٢/١٠٦١ مدني) كما انه يعتبر أجنبياً في حصص الشركاء الآخرين المادة (١/١٠٦٢ مدني) لهذا لا يعتبر الشريك نائباً عن الشريك الآخر في التصرف ولا يجوز له ان يتصرف بحصة شريكه الآخر إلا بإذن منه، فإذا لم يثبت إذن الشركاء جميعاً على إحداث المنشآت تكون قد أنشأت تجاوزاً ويحق للشركاء طلب إزالتها"^(١) .

وينطبق الحكم المتقدم سواء أكان المال المشاع عقاراً ام منقولاً ، لأن المادة ١١٦٧ قررت سريان المواد ١١١٩ و ١١٢٠ على المصروفات النافعة ، كما بينا ذلك .

الفرع الثاني - موانمة الأحكام المتقدمة مع الواقع المعاصر

أصبحت مسألة الشيوع في الوقت الحاضر منشأ لإشكالات بالغة في الصعوبة ، وهذا ما نجده بشكل خاص في الأراضي الزراعية الشائعة التي تحولت الى احياء سكنية ، فالواقع المعاصر يشير الى زيادة سكانية كبيرة وخاصة في الأرياف جعلت المواطنين مضطرين الى تشييد دور سكن في اراضي زراعية مثقلة بحقوق تصرفية وعلى الشيوع في اغلب الأحوال، والكثير من هذه الدور باهضة الكلفة، وان حل النزاعات بين الشركاء على الشوع يقتضي ازالة شيوخها قسمةً ، حيث يختص كل شريك بجزء من الاراض بحيث تبقى المشيدات التي تم انشائها ضمن حصصهم ، وان مثل هذا الحل المنطقي يصطدم دائماً بقيود الحد الأدنى للإفراز^(٢) .

فقد وضع مجلس قيادة الثورة المنحل حدود دنيا للإفراز في الأراضي الزراعية والبساتين تبدأ من خمسة دوانم وتصل الى المائة دونم^(٣)، والحال ان الكثير من هذه الاراضي اصبحت احياء سكنية ، بحيث اصبح الدونم الواحد موزعاً بين اشخاص متعددين ، فلو كان الفرز جائزاً في الدونم الواحد لما أمكن اجراء الفرز دون ازالة الابنية ؛ لتعدد ملاك الابنية على الدونم الواحد، فكيف يمكن اجراء الفرز في الخمس دوانم فضلاً عن المائة كما هو مقتضى القرار المذكور ؟!!!!.

(١) - القرار المرقم ٢٢٨/ازالة الشيوع في ٢٠٠٧/٦/٢٠ منشور على موقع مجلس القضاء الأعلى ، تاريخ الزيارة ٢٢ / ٢ / ٢٠٢٢ .

(٢) - واقع التشريعات العراقية ذات العلاقة بالأراضي الزراعية/القاضي ناصر ياسين حمود مقال منشور على موقع مجلس القضاء الأعلى ، تاريخ الزيارة ٢٢ / ٢ / ٢٠٢٢ .

(٣) - أنظر قرار مجلس قيادة الثورة المتعلق بتحديد الحدود الاقتصادية للإفراز في الاراضي الزراعية والبساتين رقم ٢٨٦ لسنة ١٩٨٧ .

ففي مثل الاشكالية المتقدمة يمكن تلمس الحلول من خلال فهم احكام القانون فهماً اجتماعياً بما ينسجم مع الواقع المعاش ، فحالة الغصب مثلاً لم يحدد لها المشرع مفهوماً خاصاً ، ويمكن الرجوع في فهمها الى الفقه الإسلامي ، والراجح في الفقه الإسلامي ان الغصب يلزم مفهوم العدوان^(١)، أو القهر والتعدي^(٢) ، أو القهر بغير حق كما عبر البعض^(٣) ، وهذا ما تمسكت به محكمة التمييز الاتحادية في قرار حديث لها حيث قضت بأنه " عندما يكون استغلال العقار لدواعي أمنية ضرورية اقتضتها ظروف المرحلة التي يمر بها البلد نتيجة عدم الاستقرار الأمني بسبب العمليات الارهابية ولتجفيف منابع الارهاب ولأن من شروط تحقق واقعة الغصب هو قصد الاستيلاء من قبل واضع اليد بقصد العدوان وبالتالي لا تتحقق حالة الغصب التي يدور معها أجر المثل وجوداً وعدماً"^(٤) .

وعند اجراء نظرة فاحصة على حالات وضع اليد على الابنية المقامة على الاراضي الشائعة في واقع اليوم ، نجد ان الكثير منها لا يتحقق فيها العدوان أو القهر أو التعدي ، فالسكن في الملك الصرف لم يعد متيسراً في الوقت الحاضر بالنسبة لفئة كبيرة من المجتمع مما جعل الأفراد مضطرين الى شراء قطع سكنية في الاراضي الزراعية المشاعة وتشبيد الدور عليها رغم أن الكثير من هذه الاراضي لا تخلو من تجاوز الشركاء على الشيوع فيها بعضهم على بعض ولا يمكن بطبيعة الحال الحكم بإزالة المباني المقامة على هذه الاراضي ، لذلك فإن الحكم بأجر المثل هو السبيل الوحيد لحل النزاعات بين الشركاء في هذه الاراضي وهو ما يضمن حفظ الدور السكنية وتجاوز المفسد العظيمة التي يمكن أن تتخلف عن فتح باب هدم المباني المقامة على الأراضي الزراعية المشاعة .

وبذلك فإن محكمة التمييز الاتحادية بعد ان كانت تتجه الى الزام الشريك الذي يروم تشبيد بناء على العقار الشائع باستحصال موافقة الشركاء الصريحة بحيث لا يعد سكوتهم موافقة منهم^(٥) ، فقد اتجهت فيما بعد الى منحى جديد بخصوص اقامة المشيدات على العقار الشائع، إذ قررت انه يجوز للشريك في العقار الشائع إقامة المشيدات دون موافقة بقية الشركاء

(١) - المحقق الحلي ، المختصر النافع في فقه الإمامية ، ص ٢٤٧ ، الشيخ محمد بن احمد الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ، بدون مكان طبع ، ١٣٧٧ هـ - ١٩٥٨ م ج ٢ ص ٢٥٧ .

(٢) - خليل بن إسحاق الجندي ، مختصر خليل ، ط ١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ١٤١٦ هـ - ١٩٩٥ م ، ص ٢٠٠

(٣) - علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي الحنبلي ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الامام احمد ابن حنبل ج ٦ ، ط ١ ، دار احياء التراث العربي ، بيروت لبنان ، ١٤٠٦ هـ ، ١٩٨٦ م ، ص ١٢١ .

(٤) - قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ١٩٦٥/الهيئة الإستئنافية عقار/٢٠٢١ الصادر ٢٠٢١/٦/٦ منشور على موقع مجلس القضاء الأعلى ، تاريخ الزيارة ٢٢ / ٢ / ٢٠٢٢ .

(٥) - أنظر قرارها المرقم ١٩٢٧/تصرف الشريك في المال الشائع/ في ١٠ / ٣ / ٢٠٠٨ .

باعتبار ان إقامة تلك المشيدات هو احد أوجه الانتفاع المنصوص عليها في المادة (١٠٦٣ / ٢) مدني.^(١)

فاذا حصل الاستغلال أو الانتفاع في الملكية الشائعة ليس من الاغيار بل من أحد الشركاء بدون إذن شركاءه فلا يصح للشركاء الآخرين قلع المحدثات بل يكون لهم الحق بالمطالبة بأجر المثل كتعويض لهم جراء حرمانهم من الانتفاع بحصصهم من قبل الشركاء الآخرين، وإذا كان ذلك التعويض غير مجزي لهم فلهم حق بطلب إزالة شيوخ الملك وفق القانون.^(٢)

وقد أكدت محكمة التمييز الاتحادية اتجاهها الأخير بقرار حديث لها جاء فيه " استقر قضاء محكمة التمييز الاتحادية على عدم جواز مطالبة الشريك لشريكه الآخر برفع المشيدات والبناء وإنما له الحق بالمطالبة بأجر المثل عن سهامه في دعوى مستقلة إن توافرت شروطها " ^(٣).

ومع اننا لا نقر بأن توجه المحكمة بتفسير المادة ١٠٦٣ / ٢ هو صحيح على كل حال ، ولا نقول بأن على المحاكم ان تتوقف عن الحكم بإزالة الابنية المقامة غصباً من قبل الشركاء على الشيوخ ، بل الذي نريد ان نقوله ان المحاكم يجب أن تتحذر من فتح هذا الباب بملاحظة ظروف كل حالة على حده ومدى انطوائها على القهر والتعدي ، لتحكم بإزالة المحدثات ، أو تقتصر على الحكم بأجر المثل في ضوء ما تلاحظه من الظروف المحيطة بالحالة المنظورة .

المطلب الرابع : تطبيقات متفرقة

نتناول في هذا المطلب مسائل مختلفة ، منها ما يتعلق بنشوء العقد وهي مسألة بطلان العقد بناء على اختلاف الجنس ، ومنها مسألتان متعلقتان بآثار العقد : الأولى مسألة تجهيل المعقود عليه ، والثانية مسألة التحسينات التي يجريها الحائز العرضي على الأشياء التي يتسلمها بموجب العقد ، ومنها مسألة رابعة قد تنشأ عن عقد ، وقد تكون واقعة مستقلة، وهي مسألة

(١) - قرار محكمة التمييز الاتحادية : ٢٠١٢ / ١٣ في ٢٠١٢ / ٦ / ٢٤ منشور على موقع مجلس القضاء الأعلى

(٢) - القرار ٤٠٤ / الهيئة العامة / ٢٠١١ في ٢٠١٢ / ٢ / ٢٨ ، نقلا عن د. طارق كاظم عجيل ، في تعليق له على موقف القضاء العراقي بعنوان بناء الشريك على جزء مفروز من الشيء الشائع مقال منشور على موقع مجلس القضاء الأعلى تاريخ الزيارة ٢٢ / ٢ / ٢٠٢٢ .

(٣) - قرارها المرقم ٣٢٤٥ / الهيئة الإستئنافية عقار/ في ٢٨ / ٧ / ٢٠٢١ منشور على موقع مجلس القضاء الأعلى ، تاريخ الزيارة ٢٢ / ٢ / ٢٠٢٢ .

المحدثات في ملك الغير، ولأجل ذلك نقسم هذا المطلب الى اربعة فروع نتناول فيها هذه المسائل الاربع على التوالي .

الفرع الأول - بطلان العقد بسبب اختلاف الجنس

جعل المشرع العراقي الاختلاف في الجنس بين المحل المعقود عليه والمحل الذي قدمه العاقد سبباً لبطلان العقد ، بحيث لا يمكن ان تلحقه الاجازة من العاقد الآخر ، خلافاً ما لو كان الاختلاف في الوصف فقط اذ يصبح العقد في الحالة الأخيرة موقوفاً للغلط اذا توافرت شروطه ، والعقد الموقوف عقد صحيح يمكن أن ينفذ بإجازة العاقد الذي تقرر الوقف لمصلحته ، غير أن الفصل في مسألة اختلاف الجنس أمر قد يدق في بعض الاحيان ، فإذا كان من المتسير معرفة تحقق اختلاف الجنس من عدمه في عقد الخمسينات ؛ فقد باتت هذه المسألة من المسائل المعقدة بالنسبة لبعض الاشياء المعقود عليها في عالم اليوم .

فلئن كانت الاموال التي تصلح ان تكون محالاً للعقود في العقود المتوسطة من القرن الماضي ؛ مختلفة في اجناسها بشكل واضح ، فإن بعض ما يجري التعاقد عليه في واقع اليوم ؛ ليس من السهل فصله من حيث الجنس عن اشياء تقترب منه جنساً ، فبرامج الحاسوب على سبيل المثال نجدها تدور على انواع متعددة ؛ منها برامج مكتبية، ومنها برامج للأنترنت ، ومنها برامج للتصميم ، ومنها للحماية ، ومنها للصيانة ، ومنها للتشفير ، ومنها للاسترجاع ، ومنها للصوت والفيديو ، مضافاً الى برامج متنوعة أخرى ، وفي النوع الواحد من تلك البرامج اختلاف كبير بين البرامج التابعة له ، فبرامج التصميم مثلاً ؛ بعضها لتصميم خرائط البناء ، وبعضها لتصميم الجداول الحسابية ، وبعضها لتصميم الالعب ، وما الى ذلك من مجالات مختلفة ، والبرامج المكتبية منها برامج للقراءة ومنها للترجمة ومنها لتحويل الملفات ، وبرامج الصوت والفيديو ؛ منها مشغلات، ومنها للتعديل ، ومنها للتحويل ومنها للمعالجة ، وهلم جرا .

بناء على ما تقدم فإن مسألة الاختلاف في الجنس يجب ان تفسر تفسيراً متطوراً من خلال فهمها فهماً اجتماعياً وعلى النحو الذي يحقق غاية النص ، وذلك بأن تعد الاشياء متحدة في الجنس اذا كانت تحقق غرض التعاقد ولو بنحو متفاوت من حيث الجودة أو من حيث النتائج التي تحققها ، فلا تعد برامج التصميم مثلاً كلها من جنس واحد ، بل يتحدد الجنس فيها بحسب مجال عملها الدقيق دون النظر الى مواصفات البرنامج من حيث السعة والسرعة وغير

ذلك من المواصفات التي تتفاوت فيها افراد الجنس الواحد ، وهكذا الحال بالنسبة لبرامج الحماية وبرامج الصيانة وبرامج الانترنت وبرامج الصوت والفيديو وسائر الانواع الأخرى .

وبذلك يمكن القول ان الاتحاد بين شيئين يجب ان يكون اتحاداً بالعنوان الخاص الذي لا يكون عنواناً أخص منه ، فيمكن للمشتري مثلاً أن يطالب ببطان العقد اذا تعاقد على برنامج تصفح مثلاً ولكن البائع زوده ببرنامج تحميل وإن كانا معاً من برامج الانترنت ، والسبب في ذلك اختلاف مجال عملهما الدقيق وإن اتحدا في مجال العمل العام .

ذلك ان المشرع بتقريره البطلان عند اختلاف الجنس ؛ راعى غرض المتعاقد من ابرام العقد ، لأن المحل المقدم لغرض الوفاء بالإلتزام المفروض بالعقد ؛ اذا كان مختلف بجنسه عن المحل المعقود عليه ؛ فإنه لن يصلح لتحقيق غرض المتعاقد جملة وتفصيلاً ، بخلاف ما لو كان الاختلاف في الصفات فقط مع اتحاد الجنس ؛ فإن غرض المتعاقد يمكن ان يتحقق اجمالاً ولو ليس على النحو الذي كان يرجوه من وراء العقد .

وبذلك إذا تبين ان غرض المتعاقد سوف لا يتحقق من خلال المحل المؤدى بسبب اختلاف هذا الاخير عن المحل المطلوب ؛ فاللازم أن يعد هذا الاختلاف ليس اختلافاً بالوصف فقط بل هو اختلاف في الجنس يكون سبباً لبطلان العقد ، على اننا لا نقصد من الاختلاف بالجنس هنا الاختلاف الذي يجوز معه شرعاً البيع بالتفاضل ، بل نريد به الاختلاف بالجنس الذي يقابل مجرد الاختلاف بالوصف والذي جعله المشرع سبباً لبطلان العقد .

الفرع الثاني - تجهيل المعقود عليه

معنى التجهيل ان يموت الذي عنده الامانة ولا توجد في تركته ولم يكن قد بين حالها قبل ان يموت^(١).

ويلاحظ ان المشرع قد بيّن حكم تجهيل العين في بعض العقود التي تعد العين أمانة عند حائزها ، فقد بيّن المشرع حكم تجهيل الوديعة والعين المعارة والعين المرهونة ، ولم يتطرق الى حالات أخرى تعد فيها العين أمانة عند الحائز ايضاً ، فالمشرع لم يبيّن حكم تجهيل العين المؤجرة ، والعين الوارد عليها حق المنفعة ، والعين المباعة إذا انتقلت ملكيتها الى المشتري ولم تسلم بعد و كانت امانة بيد البائع ، والعين التي عُهد بها الى الوكيل لغرض تنفيذ الوكالة .

(١) - د. غني حسون طه ، محمد طه البشير ، مصدر سابق، ص ٥٥٣ .

فالمشرع قد جعل العين المودعة والعين المرهونة والعين المعارة ؛ ديناً واجب ادائه من تركة الوديع أو المرتهن أو المستعير في حال موت أي من هؤلاء مجهلاً للعين التي في حوزته^(١) ، وعلّة هذا الحكم ان العين في هذه الحالات تعد أمانة في يد حائزها ، فإذا أهمل الحائز في بيان حالها تعلقت تركته بها وصارت ديناً واجب اخراجه من التركة ، والعلّة ذاتها موجودة في العين المؤجرة ، والعين الوارد عليها حق المنفعة، والعين التي عهد بها الى الوكيل لغرض تنفيذ الوكالة ، وكذلك المبيع بعد انتقال ملكيته و قبل تسليمه الى المشتري في الحالات التي يعد فيها امانة بيد البائع ، وبذلك فإن حكم التجهيل الذي ذكره المشرع في الوديعة والعارية والرهن ؛ يُمد بطريق القياس الى جميع الحالات التي تعد فيها العين أمانة بيد الحائز إذا مات هذا الأخير دون أن يبين حال الامانة .

فالمستأجر يحوز العين المؤجرة حيازة عرضية ، وهي أمانة في يده اثناء الأجرة وبعد انقضائها كما يصرح بذلك المشرع^(٢) ، فإذا مات المستأجر ولم يوجد المأجور في تركته ولم يكن قد بيّن حاله للورثة قبل وفاته ، يصبح المأجور ديناً في ذمة المستأجر يجب ادائه من تركته.

والوكيل الذي يُعهد اليه بعين معينة ؛ هو الآخر حائز عرضي لهذه العين ، وهي أمانة في يده يجب عليه ارجاعها إلا إذا كانت من الاشياء التي تستهلك باستعمالها ، وينطبق على الوكيل المُجهّل ما ذكرناه عن المستأجر اذا مات مجهلاً للعين المؤجرة .

والمنتفع كما هو معلوم لا يملك رقبة العين التي يتقرر عليها حق الانتفاع ، فالرقبة ليست سوى أمانة بيده ، وهو ملزم بإعادتها بعد انتهاء حق المنفعة فينطبق عليه الحكم المتقدم .

والبائع إذا نقل للمشتري ملكية المبيع ، وتسلم ثمنه قبل تسليمه للمشتري ؛ صار المبيع امانة في يده ، فإذا مات مجهلاً للمبيع ؛ انطبق عليه حكم التجهيل الذي ذكرناه اعلاه .

ولا حاجة للقول إن فهم الحكم على النحو المتقدم يعد من التفسير للمتطور للقانون؛ طالما اعتمد هذا الفهم على علّة الحكم ، فإن تطبيق الحكم بناء على علته يجعل منه حكماً سيالاً قابلاً للتطبيق مهما تقادم عليه الزمن وقد مر تفصيل ذلك في اكثر من مورد في المباحث السابقة .

(١) -أنظر المواد ٨٦٣ / ٢ ، ٩٧٠ / ٢ ، ١٣٥٠ / ٢ من القانون المدني .

(٢) - المادة ٧٧٣ من القانون المدني .

ومسألة التجهيل والحكم المقرر لها لا تظهر أهميتها إلا في المنقولات ، اما العقارات فإن تسجيلها بأسماء ملاكها في دائرة التسجيل العقاري يجعل حصول التجهيل فيها امرًا مستبعدًا .

الفرع الثالث - التحسينات التي يجريها الحائز العرضي على الاشياء التي يتسلمها بموجب العقد .

تتقرر الحيازة العرضية لفئات مختلفة من الاشخاص في حالات متعددة ، فهي تتقرر لصاحب حق الانتفاع بالنسبة للعين المقرر عليها حق الانتفاع ، وللمستعير بالنسبة للعين المعارة ، و للوديع بالنسبة للعين المودعة ، وللوكيل بالنسبة للعين التي عهد اليها بها لغرض تنفيذ الوكالة ، وللمؤجر بالنسبة للعين المؤجرة ، وتتقرر ايضًا في حالات أخرى كما هو الحال بالنسبة لحيازة المقاول للمواد المملوكة لرب العمل ، وحيازة المرتهن حيازًا للمرهون ونحو ذلك من اوضاع .

والملاحظ ان المشرع قد افرد التحسينات التي يقوم بها المستأجر في العين المؤجرة بتنظيم خاص لم نجد له مثيل في حالات الحيازة العرضية الأخرى ^(١)، الأمر الذي يثير التساؤل عن احكام التحسينات التي يجريها الحائز العرضي في غير عقد الإيجار .

والتدقيق في احكام التحسينات التي يجريها المستأجر يُكشف عن إن المشرع راعى في تلك الأحكام أمرين : الأول عدم تملك المستأجر للعين المؤجرة ، والثاني مدى وجود المسوّغ في اقامة المستأجر للتحسينات ، بحيث يمكن القول ان العلة في تلك الأحكام تدور في أفق هذين الأمرين .

وبناء على ما تقدم يمكن تلمس احكام الحالات الأخرى من خلال التفسير المتطور في ضوء العلة التي جعلها المشرع مناطًا للحكم في التحسينات التي يقيمها المستأجر في العين المؤجرة ، فكل من المنتفع والمستعير والوديع والوكيل والمقاول والمرتهن في الحالات التي ذكرناها

(١) - نصت المادة ٧٧٤ من القانون المدني " ١ - اذا انقضت الاجارة وكان المستأجر قد بنى في المأجور بناء او غرس فيه اشجاراً او قام بتحسينات أخرى مما يزيد قيمته، وكان ذلك على الرغم من معارضة المؤجر او دون علمه الزم المستأجر بهدم البناء وقلع الاشجار وازالة التحسينات، فإذا كان ذلك يضر بالمأجور جاز للمؤجر ان يمتلك ما استحدثه المستأجر بقيمته مستحقاً للقلع.

٢ - اما اذا احدث المستأجر شيئاً من ذلك بعلم المؤجر ودون اعتراض منه، فان المؤجر يلتزم بان يرد للمستأجر الاقل مما انفقه او ما زاد في قيمة المأجور ما لم يكن هناك اتفاق خاص يقضي بغير ذلك.

٣ - فإذا احدث المستأجر شيئاً من ذلك بأمر المؤجر، فان المؤجر يلتزم بان يرد للمستأجر ما انفقه بالقدر المعروض ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بغير ذلك " .

اعلاه، كل من هؤلاء ليس لهم حق ملكية على الأعيان التي يحوزونها بصفاتهم هذه ، بل هم مجرد حائزين عرضيين كلٌ حسب سبب حيازته .

فإذا قام أي من هؤلاء بإقامة بناء في العين التي تقررت عليها الحيازة العرضية ، أو غرس فيها اشجاراً، أو قام بتحسينات أخرى مما يزيد قيمة العين ، وكان ذلك على الرغم من معارضة المالك (مالك الرقبة أو المعير أو المودع أو رب العمل أو الراهن) أو دون علمه ؛ ألزم القائم بتلك التحسينات بإزالتها، فإذا كان ذلك يضر بالعين جاز لمالكها أي مالك العين أن يمتلك تلك المستحدثات بقيمتها مستحقة للقلع^(١).

أما إذا أقيمت التحسينات بعلم المالك ودون اعتراض منه، فإن هذا الأخير يلتزم بأن يرد لمن اقام التحسينات الأقل ممّا أنفقه أو ما زاد في قيمة العين، ما لم يكن هناك اتفاق خاص يقضي بغير ذلك^(٢).

أما في الأحوال التي تقام فيها التحسينات بأمر المالك، فإن هذا الأخير يلتزم بأن يرد لمن أحدث التحسينات ما أنفقه بالقدر المعروف، ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بغير ذلك^(٣).

الفرع الرابع - المحدثات في ملك الغير

في المواد التي خصصها المشرع للحيازة في المنقول قرر سريان المواد (١١١٩ ، ١١٢٠) بخصوص المصروفات النافعة^(٤) ، وعند الرجوع الى هاتين المادتين يتبين لنا ان المادة (١١٢٠) تقرر انه " إذا احدث شخص بناء أو غراساً او منشآت أخرى بمواد من عنده على ارض مملوكة لغيره بزعم سبب شرعي، فإن كانت قيمة المحدثات قائمة اكثر من قيمة الارض كان للمحدث ان يمتلك الارض بثمن مثلها ، واذا كانت قيمة الارض لا تقل عن قيمة المحدثات، كان لصاحب الارض أن يمتلكها بقيمتها قائمة"

والنص المتقدم يقرر بالواقع حكمين يجمعهما قيد واحد : الأول اعطاء القائم بمحدثات بعين مملوكة لغيره الحق بتملك العين جبراً عن المالك ؛ اذا كانت المحدثات تزيد قيمتها قائمة على قيمة العين نفسها ، والثاني اعطاء مالك العين الحق بتملك المحدثات التي يقيمها الغير اذا كانت

(١) - الفقرة الأولى من المادة ٧٧٤ من القانون المدني .

(٢) - القانون نفسه ، الفقرة الثانية من المادة ٧٧٤ .

(٣) - القانون نفسه ، الفقرة الثالثة من المادة ٧٧٤ .

(٤) -وبذلك تنص المادة ١١٦٧ على انه اما المصروفات النافعة فتسري في شأنها احكام المواد (١١١٩ و ١١٢٠).

قيمة العين أكثر من قيمة تلك المحدثات قائمة، أما القيد الذي يجمع الحكيم فهو أن تكون المحدثات قد أحدثت بزعم سبب شرعي .

والحكمة من تشريع النص المتقدم هي التوفيق بين مصلحة مالك المحدثات بالحفاظ على قيمتها ، وبين مصلحة مالك العين بعدم تضررها ، إذ إن قلع المحدثات قد يهدر قيمتها فيضر ذلك بمصلحة مالكها ، أو قد يتسبب بالحاق الضرر في العين فيضر ذلك بمصلحة مالك العين .

وقد اقتضت الموازنة بين المصالح المتعارضة هنا ، النظر إلى المسوغ الذي أستاذ إليه القائم بالمحدثات في أحداثها من جهة ، وقيمة تلك المحدثات من جهة أخرى ، فعندما وجد المشرع أن تلك المحدثات قد أحدثت استناداً إلى سبب شرعي ؛ فرق بين حالتين ، الأولى أن تكون قيمة المحدثات قائمة تزيد على قيمة العين الحاصلة بها تلك المحدثات ، والثانية أن تكون قيمة العين لا تقل عن قيمة المحدثات القائمة بها .

وفي الحالة الأولى رأى المشرع ضرورة الحفاظ على المحدثات قائمة ؛ لئلا تذهب قيمتها هدرًا ، مستندًا في ذلك إلى حسن نية محدثها واستحقاقه للرعاية بناء على ذلك ، فأعطى المشرع لصاحب المحدثات الحق بتملك العين ، ولكنه في مقابل ذلك ألزمه بإعطاء المالك قيمة مثل العين ؛ لئلا يخسر المالك شيء من قيمة العين التي يملكها ، أما في الحالة الثانية فقد أعطى المشرع لمالك العين الحق بتملك المحدثات ، ولكن بمقابل دفع قيمتها قائمة .

والملاحظ على الحكم في كلا الحالتين أنه توفيق بين مصلحتين اضطر المشرع إليه ؛ بسبب اختلاف قيمة المحدثات قائمة عن قيمتها مقلوعة ، واحتمال نقصان قيمة المحدثات عند قلعها ، أو تضرر العين من قلع المحدثات ، وهذا يعني إن قيمة المحدثات إذا كانت لا تتضرر من القلع أو كان تضررها يسيرًا فلا موجب لإعطاء صاحب المحدثات الحق في تملك العين في الحالة الأولى ؛ لأن أساس الحكم فيها هو احتمال نقصان قيمة المحدثات بمقدار معتد به ، فإذا كانت المحدثات بحيث لا تنقص قيمتها عند قلعها ، أو كان النقص فيها غير معتد به ؛ فإن أساس الحكم الأخير يتقوض ، والحكمة من تشريعه تنتفي ، لذلك يجب مراعاة أساس الحكم والحكمة من تشريعه فهذا أساس التفسير المتطور كما ذكرنا من قبل .

فمثلاً لو كان لشخص حق منفعة على مختبر حاسبات ، وقام بإذن مالك المختبر بتنصيب برامج باهظة الثمن على تلك الحاسبات بحيث أصبحت قيمة البرامج تفوق قيمة المختبر بأكمله ،

فإذا انتهى حق المنفعة فإنه ليس لصاحب حق الانتفاع أن يملك المختبر بناء على ارتفاع قيمة البرامج بالقياس الى قيمة المختبر ؛ لأن نزع تلك البرامج لا يؤثر في قيمتها بل يمكن نسخها ووضعها في حاسبات أخرى ،ومن ثم لا ضرورة لنزع ملكية المختبر واعطاءها لصاحب حق الانتفاع .

وكذلك الحال بالنسبة للحالة الثانية ، فإن العين اذا كانت لا تتضرر من نزع المحدثات أو كان تضررها يسيراً ؛ فلا يُجبر مالك المحدثات على التخلي عن ملكيتها ، ففي مثالنا المتقدم لو كانت قيمة المختبر لا تزال أكثر من قيمة البرامج ؛ فلا موجب في الواقع لإجبار صاحب الحق في تلك البرامج على التخلي عن ملكيتها طالما كان نزع تلك البرامج ممكناً من غير ضرر يلحق الحاسبات في المختبر .

أما في الأحوال التي يؤدي فيها نزع المحدثات الى هدر قيمتها ، ودون أن تتضرر العين ؛ فلا ضرورة أيضاً لنزع ملكية المحدثات جبراً عن مالكةا ، بل يترك الأمر لاختيار هذا الاخير ، إن شاء انتزعها بقيمتها مقلوعة ، وإن شاء ابقاها بقيمتها قائمة ؛ اذا اراد مالك العين ابقائها كذلك.

الخاتمة :- وتتضمن النتائج والمقترحات

أولاً - النتائج

١ - رغم ارتباط التفسير المتطور للقانون بمراعاة الحكمة من التشريع ، إلا أن المشرع العراقي - وكما يبدو من سياق نص المادة الثالثة - قد جعل منهما مفهوميين يستقل أحدهما عن الآخر.

٢- الوقوف على تعارض النص مع ثوابت القانون ؛ يعد من الكشف عن محتوى النص ؛ لأنه يبين مدى قابليته للانطباق على الواقع ، ذلك ان النص إنما يقبل التطبيق بحدود انسجامه مع ثوابت القانون ، وما خرج عن ذلك لا يقبل التطبيق .

٣ - لا يكتمل معنى التفسير المتطور إلا بوجود عنصرين : الأول يحقق فيه معنى التفسير بالكشف عن محتوى النص ، والثاني يضيف عليه صفة المتطور ؛ وذلك بأن يكشف عن المحتوى المتحرك الذي يستجيب لحاجات المجتمع القائمة .

٤ - ترتبط فكرة التفسير المتطور في الفقه الإسلامي بعزل الأحكام والتي يمكن الاستناد إليها في توسيع نطاق العمل بالنصوص ، أما في القانون العراقي فمضافاً الى الزام القاضي باتباع التفسير المتطور في المادة الثالثة من قانون الإثبات ، فإن هذه الفكرة ترجع بأصولها الى القانون المدني والذي مهد لها بنصوص متعددة .

٥ - رغم المخاطر التي يمكن تصور مرافقتها للتفسير المتطور فإن الواقع القانوني العراقي يسير باتجاه تجاوز هذه المخاطر ؛ من خلال الزام القاضي بتسبيب الأحكام وما يقوم به مجلس القضاء الأعلى من نشر قرارات محكمة التمييز الاتحادية .

٦- النصوص التي لا مورد للاجتهاد بها ، والتي يتعطل في نطاقها التفسير المتطور هي النصوص قطعية الدلالة ضمن السياق العام للقانون ، اما النصوص التي تضطرب دلالتها بسبب تعارضها مع نصوص أخرى تعلوها في الهرم القانوني فإنها تخضع للتفسير المتطور.

٧- تفسير النص بشكل متطور يعتمد على فحص دلالة النص ، ومدى انسجامها مع ثوابت القانون والواقع المعاش ؛ فالتفسير المتطور يرتبط من جهة برابط وثيق بالمبادئ الدستورية

وقيم المجتمع العليا ؛ والتي تمثل الثوابت التي لا ينتظم المجتمع الا بمراعاتها ، ويرتبط من جهة أخرى بأهداف القانون العامة والتي تجتمع جميعها عند هدف أساسي واحد يتمثل بالتنظيم السليم للمجتمع في ظل الواقع الذي يسود فيه .

٨- التفسير المتطور عند تطبيق النص يحقق العدالة في الأحكام من خلال تطبيق القانون بما ينسجم مع متطلبات العصر ، ويحقق للأفراد الأمن من القانون من خلال مساهمته بتحقيق الاستقرار القانوني وحماية التوقعات المشروعة ، وبذلك يندفع افراد المجتمع نحو الايمان بالخضوع للقانون وتطبيق احكامه .

٩- تنسيق تطبيق نصوص القانون مع ثوابت احكام الإسلام ؛ يعد من المرتكزات الأساسية لفكرة التفسير المتطور خاصة في مسائل الأحوال الشخصية ، لأن تلك الثوابت فضلاً عن نص الدستور على ضرورة احترامها ؛ فإنها تعد من ضروريات الدين التي لا بد من تحقيق هيمنتها على المجتمع المسلم وتوفير الاحترام لها في كافة مؤسساته ومرافقه .

١٠- في نطاق القانون المدني ؛ وجدنا للقياس اهمية واضحة في سد نواقص التشريع ، وتطبيق احكام مسائل على مسائل أخرى ، من ذلك مثلاً وجدنا ان حكم التجهيل الذي ذكره المشرع في الوديعة والعارية والرهن ؛ يمكن مده بطريق القياس الى جميع الحالات التي تعد فيها العين أمانة بيد الحائز إذا مات هذا الاخير دون أن يبين حال الامانة ، ووجدنا ايضاً ان حق المنفعة المكتسب بطريق عقد معاوضة؛ مضمون في حالات التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية، وذلك قياساً على احكام عقد الإيجار .

ثانياً - المقترحات

١ - نقترح تعديل المادة الثالثة من قانون الإثبات بالشكل الذي يربط التفسير المتطور للقانون بمراعاة الحكمة من التشريع ومبادئ القانون العامة التي تستهدف التنظيم السليم للمجتمع ، ونفضل ان يكون النص على ذلك في القانون المدني وليس في قانون الإثبات ، وذلك بأن تضاف فقرة رابعة الى المادة الأولى من القانون المدني تكون صيغتها كما يأتي :

" ويلزم القاضي بالتفسير المتطور للقانون وذلك بمراعاة حكمة التشريع والاهداف العامة للقانون بما يحقق الاستجابة لحاجات المجتمع القائمة "

٢- ندعو القضاء العراقي الى تفسير النصوص التشريعية وفق دراسة شاملة للمنظومة القانونية ؛ تنطلق من اصول القانون الى فروعه ، وتضبط متغيراته وفق ثوابته ، وتنتهي الى تحقيق انسجام احكام القانون مع بعضها البعض ، وسبيل القضاء الى ذلك هو أن يضع نصب عينيه قيم المجتمع ، وأسسها العليا ، والمبادئ الدستورية، والاهداف العامة للقانون ، ويطبق نصوص القانون بشكل يضمن عدم خروجها عن تلك القيم والأسس وهذه المبادئ والاهداف .

٣- ندعو القضاء العراقي الى العمل بقاعدة (لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان) والتي تبناها المشرع العراقي في المادة الخامسة من القانون المدني ، وذلك من خلال فهم نصوص القانون فهماً اجتماعياً مستنداً الى الواقع المعاش ، ومنسجماً مع تغيرات الحياة من الناحية الاجتماعية والاقتصادية ؛ بما لا يخرج عن أسس القانون واهدافه العامة .

قائمة المصادر

بعد القرآن الكريم

أولاً - كتب التفسير

١. أبي علي الفضل بن الحسن الطبرسي، مجمع البيان في تفسير القرآن، ط ١، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بيروت - لبنان، بدون سنة طبع .
٢. العلامة الراغب الأصفهاني، مفردات ألفاظ القرآن، ط ٢، ، طلعية نور، بدون مكان وسنة طبع .
٣. السيد محمد الحسيني الشيرازي، تقريب القرآن إلى الأذهان، دار العلوم للتحقيق والطباعة والنشر والتوزيع بيروت - لبنان، بدون سنة طبع .
٤. سيد محمد طنطاوي، التفسير الوسيط للقرآن الكريم، بدون مكان وسنة طبع.

ثانياً - كتب الحديث

١. الشيخ أبي جعفر بن بابويه القمي الصدوق، من لا يحضره الفقيه، ط ٢، منشورات جماعة المدرسين في الحوزة العلمية، قم المقدسة، ١٤٠٤ .
٢. أبي جعفر محمد بن الحسن الطوسي، الامالي، ط ١، دار الثقافة، قم، ١٤١٤ هـ .
٣. أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، ط ١، دار الفكر، بدون مكان طبع، ١٤١٠ - ١٩٩٠ م .
٤. الامام احمد ابن حنبل، مسند احمد، دار صادر، بيروت، بدون سنة طبع .
٥. الشيخ اسماعيل الملايري بإشراف السيد البروجردي، جامع احاديث الشيعة، مطبعة المهر، قم، ١٤١٥ هـ .
٦. النسائي، سنن النسائي، شرح جلال الدين السيوطي، ط ١، دار الفكر، بيروت، ١٣٤٨ هـ - ١٩٣٠ م .

ثالثاً - كتب اللغة

١. أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، نشر ادب الحوزة، قم، ايران، ١٤٠٥ هـ .

٢. اسماعيل بن حماد الجوهري ، الصحاح ، ط ١ ، دار العلم للملايين ، بيروت ، لبنان ، ١٣٧٦ هـ - ١٩٥٦ م .
٣. د. فاضل صالح السامرائي ، معاني النحو ، جامعة بغداد ، ١٩٩٠ .
٤. فخر الدين الطريحي ، مجمع البحرين ، تحقيق السيد احمد الحسيني ، نشر مرتضوي ، بدون مكان وسنة طبع .
٥. مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي ، القاموس المحيط والقابوس الوسيط في اللغة ، دار العلم للجميع ، بيروت - لبنان ، بدون سنة طبع .
٦. محب الدين أبي فيض السيد محمد مرتضى الحسيني الواسطي الزبيدي الحنفي ، تاج العروس من جواهر القاموس ، ط ١ ، دار الفكر بيروت - لبنان ، ١٩٩٤ م / ١٤١٤ هـ.

رابعاً - كتب في اصول الفقه الإسلامي .

١. السيد ابو القاسم الخوئي ، اجود التقريرات ، تقريرات ابحاث الشيخ النائيني ، مطبعة العرفان بدون مكان طبع ، ١٩٣٣ .
٢. ميرزا أبو القاسم القمي ، قوانين الأصول ، بدون مكان وسنة طبع .
٣. الشيخ ابو القاسم جعفر بن محمد الشهير بالمحقق الحلي ، معارج الأصول ، ط ١ ، مطبعة سيد الشهداء ، ايران ، ١٤٠٣ هـ .
٤. ابي اسحاق ابراهيم بن موسى الشاطبي ، الموافقات في اصول الشريعة ، ط ١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ .
٥. الامام أبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي ، المستصفى في علم الأصول ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، بدون سنة طبع .
٦. أبي جعفر محمد بن الحسن الطوسي ، العدة في اصول الفقه ، تحقيق محمد مهدي نجف ، مؤسسة اهل البيت ، بدون سنة طبع .
٧. د. احمد الريسوني ، أ . محمد جمال باروت ، النص والواقع والمصلحة ، دار الفكر ، دمشق ، سوريا ، ٢٠٠٠ .
٨. الإمام أحمد بن علي الرازي الجصاص ، الفصول في الأصول ، ط ١ ، بدون مكان طبع ، ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩ م .

٩. العلامة الحسن بن مطهر الحلي ، مبادئ الوصول الى علم الأصول ، مكتب الاعلام الإسلامي ، بدون مكان طبع ، ١٤٠٤ .
١٠. السيد الخميني ، مناهج الوصول الى علم الأصول ، مطبعة مؤسسة العروج ، بدون مكان طبع ، ١٤١٥ هـ .
١١. الإمام بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي ، البحر المحيط في أصول الفقه، منشورات محمد علي بيضون دار الكتب العلمية بيروت - لبنان ، بدون سنة طبع .
١٢. شيخ بهاء الدين محمد بن الحسين بن عبد الصمد الشهير بالبهائي ، زبدة الأصول ، بدون مكان وسنة طبع ،
١٣. د. جواد احمد البهادلي ، المبسط في اصول الفقه ، ط ١ ، دار الابرار ، النجف الاشرف ، بدون سنة طبع .
١٤. د. جواد احمد البهادلي ، مدخل القانوني لدراسة الشريعة الإسلامية ، ط ٢ ، مجمع اهل البيت ، النجف الاشرف ، ٢٠١٧ .
١٥. حسن بن علي اصغر الموسوي البجنوردي ، منتهى الأصول ، بدون مكان وسنة طبع
١٦. محمد حسين الحسيني الشهرستاني، غاية المسؤول في علم الأصول ، بدون مكان وسنة طبع .
١٧. د. حمد الكبيسي ، اصول الأحكام وطرق الاستنباط في التشريع الإسلامي ، دار السلام ، دمشق ، بدون سنة طبع ..
١٨. د. سها سليم مهداش ، تغير الأحكام بتغير القرائن والازمان، دار البشائر ، ط ١ ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٧ .
١٩. صفدر الهي راد ، الهرمينوطيقا ، تعريب حسن الجمال ، ط ١ ، المركز الإسلامي للدراسات الاستراتيجية ، بيروت ، لبنان، ١٤٤٠ هـ - ٢٠١٩ م .
٢٠. د. عبد الكريم زيدان ، الوجيز في اصول الفقه ، مؤسسة قرطبة ، بدون مكان وسنة طبع .
٢١. د. عبد السلام احمد فيغو ، القراءة المعاصرة للنصوص الشرعية ، ط ١ ، دار الكلمة للنشر والتوزيع ، مصر - القاهرة ، بدون سنة طبع .
٢٢. عبد الوهاب خلاف ، علم اصول الفقه ، ط ٨ ، مكتبة الدعوة الإسلامية - دار القلم ، بدون مكان وسنة طبع .
٢٣. د. علي الاسدي ، الاجتهاد والتجديد في قراءة النص الديني، ط ١ ، دار الوارث للطباعة والنشر ، كربلاء المقدسة ، ٢٠٢٠ .

٢٤. آية الله الحاج الميرزا علي المشكيني، اصطلاحات الأصول ومعظم أبحاثها ، ط ٥ ، مطبعة الهادي ، بدون مكان طبع ، ١٤١٣.
٢٥. السيد علي الموسوي القزويني، تعلية على معالم الأصول ، ط ٢ ، مؤسسة النشر الإسلامي ، بدون مكان طبع ، ١٤٣٠ هـ .
٢٦. الامام العلامة علي بن محمد الآمدي ، الأحكام في أصول الأحكام ، ج ٣ ، ط ١ ، الرياض ١٣٨٧ هـ .
٢٧. فاضل الصفار ، المذهب في اصول الفقه ، ط ١ ، مؤسسة الفكر الإسلامي ، لبنان - بيروت ، ٢٠١٠ .
٢٨. فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين الرازي ، المحصول ، ط ٢ ، مؤسسة الرسالة ، بدون مكان طبع ، ١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ م .
٢٩. الشيخ محمد إسحاق الفياض ، المباحث الأصولية، ط ١ ، مطبعة شريعت ، بدون مكان وسنة طبع .
٣٠. السيد محمد باقر الصدر ، المعالم الجديدة للأصول ، ط ٢ ، مكتبة النجاح ، طهران ، ١٩٧٥ .
٣١. السيد محمد باقر الصدر ، دروس في علم الأصول ، ط ٢ ، دار الكتاب اللبناني - مكتبة المدرسة ، بيروت - لبنان ، ١٤٠٦ هـ ، ١٩٨٦ م .
٣٢. محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، ارشاد الفحول الى تحقيق الحق من علم الأصول ، ط ١ ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ، مصر ، ٣٥٦ هـ - ١٩٣٧ م .
٣٣. د. محمد بنعمر ، من الاجتهاد في النص الى الاجتهاد في الواقع ، ط ١ ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، ٢٠٠٩ .
٣٤. محمد تقي الحكيم الأصول العامة للفقه المقارن ، ط ٢ ، مؤسسة آل البيت (عليهم السلام) للطباعة والنشر ، بدون مكان طبع ، ١٩٧٩ .
٣٥. السيد محمد تقي المدرسي التشريع الإسلامي ، انتشارات مدرسي ، بدون مكان طبع ، ١٤١٣ هـ .
٣٦. السيد محمد حسن المرتضوي اللنگرودي ، جواهر الأصول ، تقرير ابحاث السيد الخميني ، ط ١ ، مطبعة مؤسسة العروج ، بدون مكان طبع ، ١٤٢١ هـ .
٣٧. الشيخ محمد رضا المظفر ، اصول الفقه ، مجموعة المحاضرات التي القيت في كلية منتدى النشر في النجف الاشرف، بدون مكان وسنة طبع .

٣٨. الشيخ محمد علي الكاظمي الخراساني ، فوائد الأصول ، من افادات الميرزا الغروي النائيني ، مؤسسة النشر الإسلامي ، قم ، ١٤٠٤ هـ .
- ٣٩ . السيد محمد صادق الروحاني ، زبدة الأصول ، ط ١ ، مدرسة الامام الصادق ، مطبعة امير ، بدون مكان طبع ، ١٤١٢ هـ .
٤٠. محمود الهاشمي الشاهرودي ، بحوث في علم الأصول تقارير السيد الشهيد محمد باقر الصدر ، ط ٣ ، مؤسسة دائرة المعارف الفقه الإسلامي ، بدون مكان طبع ، ١٤٢٦ هـ / م. ٢٠٠٥ .
٤١. مصطفى الزلمي ، دلالات النصوص وطرق استنباط الأحكام في ضوء اصول الفقه الإسلامي ، ط ١ ، احسان للنشر والتوزيع ، العراق ، ٢٠١٤ .
٤٢. مصطفى جمال الدين ، القياس - حقيقته وحجيته ، مطبعة النعمان ، النجف ، بدون سنة طبع .
٤٣. معتصم السيد احمد ، الهرمونطيقا في الواقع الإسلامي ، ط ١ ، دار الهادي للطباعة والنشر والتوزيع ، بدون مكان طبع ، ١٤٣٠ هـ - ٢٠٠٩ م .
٤٤. السيد معتصم السيد احمد ، مناهج التشريع بين الموروث ومحاولات التجديد ، ط ١ ، دار المحجة البيضاء ، بدون مكان طبع ، ٢٠١٣ .
٤٥. هزاع بن عبد بن صالح الغامدي ، محاولات التجديد في اصول الفقه ودعواته ، مكتبة الملك فهد الوطنية ، الرياض ، ١٤٢٩ - ٢٠٠٨ .

خامساً - كتب الفقه الإسلامي

١. الشيخ أحمد المعروف بالمقدس الأردبيلي ، مجمع الفائدة والبرهان - شرح إرشاد الأذهان، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين - قم المشرفة ، بدون سنة طبع .
٢. الشيخ أحمد بن عبد الرزاق الدويش، فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والافتاء ، النكاح دار المؤيد، بدون مكان وسنة طبع .
٣. السيد ابو الحسن الاصفهاني ، وسيلة النجاة مع تعاليق السيد الخميني ، ط ١ ، مطبعة مؤسسة العروج، قم ، ١٤٢٢ هـ .
٤. أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن المعروف بـ (المحقق الحلي) ، المختصر النافع في فقه الإمامية ، ط ٣ ، مؤسسة البعثة ، طهران - ، ١٤١٠ هـ .

٥. أبي جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي ، المبسوط في فقه الإمامية ، ط ٢ ، المطبعة الحيدرية ، تهران ، ١٣٨٨ هـ.
٦. أبي زكريا محيي الدين بن شرف النووي ، المجموع شرح المذهب ، دار الفكر ، بدون مكان طبع ، بدون سنة طبع .
٧. أبي عبد الله محمد بن إدريس ، كتاب الام ، ط ٢ ، دار الفكر ، بدون مكان طبع ، ١٤٠٣ هـ ، ١٩٨٣ م .
٨. أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ، ١٤١٦ هـ ١٩٩٥ م .
٩. حسن الجواهري بحوث في الفقه المعاصر ، مجمع الذخائر الإسلامية ، طبع : كوثر ، قم ، ١٤٢٧ هـ.
١٠. حسن محمد تقي الجواهري ، الربا فقها واقتصادا ، مطبعة الخيام ، قم ، ١٤٠٥ هـ .
١١. الشيخ جعفر السبحاني ، الفقه الإسلامي منابعه وأدواره ، القسم الأول من مقدمة موسوعة طبقات الفقهاء ط ١ ، مطبعة الاعتماد - قم ، مؤسسة الامام الصادق ، ١٤١٨ هـ .
١٢. ميزرا حبيب الله الرشتي ، كتاب القضاء ، دار القرآن الكريم ، قم ، ايران ، ١٤٠١ هـ .
١٣. خليل بن إسحاق الجندي ، مختصر خليل ، ط ١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ، ١٤١٦ هـ - ١٩٩٥ م .
١٤. السيد الخميني ، الاجتهاد والتقليد ط ١ ، مطبعة مؤسسة العروج مؤسسة تنظيم ونشر آثار الإمام الخميني (قدس سره) ، بدون مكان طبع ، ١٤١٨ هـ .
١٥. د. رفيق يونس المصري ، ربا القروض وادلة تحريمه ، ط ٢ ، دار المكتبي ، سوريا ، دمشق ، ٢٠٠٩ .
١٦. شمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، دار احياء الكتب العربية ، بدون مكان طبع ، بدون سنة طبع .
١٧. السيد عبد الأعلى السبزواري ، مذهب الأحكام في بيان الحلال والحرام ، ط ١ ، دفتر آية العظمى السيد السبزواري ، بدون مكان طبع ، ١٤١٦ هـ .
١٨. عبد الرحمن بن قدامة المقدسي ، الشرح الكبير على متن المقنع ، ، دار الكتاب العربي ، بدون مكان وسنة طبع .
١٩. عبد الرحمن الجزيري ، السيد محمد الغروي ، الشيخ ياسر مازح ، الفقه على المذاهب الاربعة ومذهب اهل البيت ، ط ١ ، دار الثقليين ، بيروت - لبنان ، ١٤١٩ هـ / ١٩٩٨ م .

٢٠. عبد القادر إدريس ، الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي ، ط ١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠١٠.
٢١. علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي الحنبلي ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الامام احمد ابن حنبل، ط ١ ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، ١٤٠٦ هـ ، ١٩٨٦ م .
٢٢. د. رفيق يونس المصري ، ربا القروض وادلة تحريمه ، ط ٢ ، دار المكتبي ، سوريا ، دمشق ، ٢٠٠٩ .
٢٣. الامام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ، ط ١ ، المكتبة الحبيبية ، باكستان ، ١٤٠٩ - ١٩٨٩ م .
٢٤. السيد علي الحسيني السيستاني ، منهاج الصالحين ، ط ٢٠ ، دار المؤرخ العربي ، بيروت ١٤٤٠ - ٢١١٩ م.
٢٥. الميرزا علي الغروي التبريزي ، التنقيح في شرح العروة الوثقى ، تقرير البحث آية الله العظمى السيد أبو القاسم الخوئي، ط ٣ ، دار الهادي للمطبوعات، قم ، ١٤١٠ هـ.
٢٦. الشيخ لطف الله الصافي الكلبكاني ، هداية العباد، ط ١ ، مؤسسة السيدة المعصومة (سلام الله عليها)، قم ، ايران ، ١٤٢٠ .
٢٧. الامام مالك بن انس ، الموطأ ، دار احياء التراث العربي بيروت لبنان ١٤٠٦ هـ ١٩٨٥.
٢٨. السيد محسن الحكيم ، منهاج الصالحين، دار التعارف للمطبوعات ، بيروت ، لبنان ، : ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م .
٢٩. الشيخ محمد اسحاق الفياض ، منهاج الصالحين ، ط ١ ، مطبعة امير ، بدون مكان وسنة طبع .
٣٠. السيد محمد الحسيني الروحاني، منهاج الصالحين ، ط ٢ ، مكتبة الالفين ، بدون مكان طبع ، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م ،
٣١. السيد محمد الروحاني المسائل المنتخبة ، مكتبة الايمان ، بيروت ، لبنان ، ١٤١٧ هـ - ١٩٩٦ م .
٣٢. محمد الريشهري ، القيادة في الإسلام ط ١ ، دار الحديث ، بدون مكان وسنة طبع .
٣٣. محمد ابو زهرة ، بحوث في الربا ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، بدون سنة طبع .
٣٤. الشيخ محمد السند ، بحوث معاصرة في الساحة الدولية ، ط ١ ، مطبعة ستارة، بدون مكان طبع ، ١٤٢٨ هـ ،

٣٥. الشيخ محمد بن احمد الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ، بدون مكان طبع ، ١٣٧٧ هـ - ١٩٥٨ م .
٣٦. الامام محمد بن احمد بن رشد القرطبي ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ .
٣٧. محمد جواد مغنية ، الفقه على المذاهب الخمسة ، بدون مكان طبع ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ .
٣٨. محمد جواد مغنية ، فقه الامام جعفر الصادق ، ط ٢ ، مؤسسة أنصاريان للطباعة والنشر - قم : ١٤٢١ هـ .
٣٩. الشيخ منصور بن يونس البهوتي ، كشف القناع عن متن الإقناع ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، بدون سنة طبع .
٤٠. الامام موفق الدين بن قدامة ، المغني ، دار الكتاب العربي ، بدون مكان وسنة طبع .
٤١. الشيخ وحيد الخراساني ، منهاج الصالحين ، بدون مكان وسنة طبع .
٤٢. د. وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ط ٣ ، دار الفكر ، دمشق ، سوريا ، ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩ م .
٤٣. الشيخ محمد امين زين الدين ، كلمة التقوى ، بدون مكان وسنة طبع .
٤٤. حسن محمد تقي الجواهري ، الربا فقها واقتصادا ، مطبعة الخيام ، قم ، ١٤٠٥ هـ .
٤٥. مصطفى الزرقاء المدخل الفقهي العام ، ط ٢ و دار القلم ، دمشق ، ٢٠٠٤ .

سادساً - كتب الفلسفة والمنطق

١. احمد محمد غنيم ، تطور الفكر القانوني ، بدون مكان وسنة طبع .
٢. الشيخ بهاء الدين محمد بن الحسين البهائي العاملي ، الحبل المتين ، انتشارات بصيرتي ، قم ، بدون سنة طبع .
٣. جمال البنا ، نظريه العدل في الفكر الاوروبي والفكر الإسلامي ، دار الفكر الإسلامي ، القاهرة ، بدون سنة طبع .
٤. روبرت الكسي ، فلسفة القانون ، تعريب د. كامل فريد السالك ، ط ٢ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بدون مكان طبع ، ٢٠١٣ .
٥. منذر الشاوي ، فلسفة القانون ، ط ١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن ، ٢٠٠٩ .

٦. د. هادي حسين عبد علي الكعبي ، المثالية في مواجهة الواقعية ، ط ١ ، مكتبة زين الحقوقية والادبية ، بدون مكان طبع ، ٢٠١٨ .
٧. يوسف كرم ، تاريخ الفلسفة اليونانية ، مؤسسة هنداوي للتعليم والثقافة ، القاهرة ، مصر، ٢٠١٢ .

سابعاً- كتب القانون

- ١.د. احمد سي علي ، مدخل للعلوم القانونية ، ط ١ ، دار الاكاديمية ، الجزائر ، ٢٠١٢ ، ٢٠١١
٢. احمد عبد الحسين عبد الفتاح ، العدالة التشريعية في ضوء فكرة التوقع المشروع ، ط ١ ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠١٨ .
- ٣.د. ادم وهيب النداوي ، شرح قانون الإثبات ، ط ١، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٨٤ .
٤. بكر عبد الفتاح السرحان ، المدخل الى علم القانون ، ط ١ ، دار المسيرة ، بدون مكان طبع ، ٢٠١٢ .
- ٥.د. توفيق حسن فرج ، د. محمد يحي مطر ، الأصول العامة للقانون ، المكتبة القانونية ، الدار الجامعية ، ١٩٨٩ .
٦. د. حسن كيره ، اصول القانون ، ط ٢ ، دار المعارف ، مصر ، ١٩٥٨ .
٧. راميا الحاج ، مبدأ حياد القاضي المدني بين النظرية والتطبيق ، ط ١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٨ .
- ٨.د. سعيد مبارك ، د. طه الملا حويش ، د. صاحب عبيد الفتلاي ، الموجز في العقود المسماة ، وزارة التعليم العالي ، جامعة بغداد ، بدون سنة طبع .
- ٩.د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي ود. نبيل مهدي زوين ، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي ، ط ١ ، مكتبة دار السلام القانونية ، العراق ، النجف الأشرف ، ٢٠١٥ .
- ١٠.د- سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة للقانون ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٤٧ .
١١. ضياء شيت خطاب ، فن القضاء ، معهد البحوث والدراسات العربية ، بغداد ، ١٩٨٤ .
- ١٢.د. عباس العبودي ، شرح احكام قانون الإثبات العراقي، ط ٢ ، جامعة الموصل ، كلية القانون ، ١٩٩٧

١٣. د. عصمت عبد المجيد ، اصول تفسير القانون ، ط ١ ، ٢٠٠٤ .
١٤. القاضي عباس قاسم الداوقى ، الاجتهاد القضائي ، مكتبة السنهوري ، بيروت ، لبنان ٢٠١٨ .
١٥. عبد الباقي البكري ، زهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ، بدون مكان وسنة طبع.
١٦. د. عبد الحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، مطبوعات جامعة الكويت ، ١٩٧٤ .
١٧. د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، علم اصول القانون ، مطبعة فتح الله الياس نوري اولاده بمصر ، ١٩٣٦ .
١٨. د. علي محمد جعفر ، نشأة القوانين وتطورها ، ط ١ ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٢ .
١٩. القاضي عواد حسين العبيدي ، تفسير النصوص القانونية باتباع الحكمة التشريعية من النصوص ، ط ١ ، المركز العربي للنشر والتوزيع ، بلا مكان طبع ، ٢٠١٩ .
٢٠. القاضي عواد حسين العبيدي ، تأويل النصوص في القانون ، ط ١ ، مكتبة الجيل العربي ، الموصل ، ٢٠١١ .
٢١. عزيز كاظم جبر الخفاجي ، مبادئ أساسية لمدخل العلوم القانونية ط ١ ، مطبعة الميزان ، بدون مكان طبع ، ٢٠١٢ / ٢٠١٣ .
٢٢. د. غني حسون طه ، محمد طه البشير ، الحقوق العينية ، ط ٣ ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، ٢٠١٠ .
٢٣. فاروق الكيلاني ، استقلال القضاء ، ط ١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٧ .
٢٤. د. محمد حسن قاسم ، المدخل لدراسة القانون ج ١ و ط ١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت - لبنان ، ٢٠٠٦ .
٢٥. د. محمد شريف احمد ، نظرية تفسير النصوص المدنية ، مطبعة وزارة الاوقاف والشؤون الدينية ، بدون مكان وسنة طبع .
٢٦. محمد علي عمران ، مبادئ القانون والتشريعات القانونية ، بدون مكان وسنة طبع .
٢٧. د. محمد كامل مرسي ، سيد مصطفى بك ، اصول القوانين المطبعة الرحمانية ، مصر ، ١٩٢٣ .
٢٨. د. مؤيد زيدان علم الاجتماع القانوني ، الجامعة الافتراضية السورية ، الجمهورية العربية السورية ، ٢٠١٨ . .

٢٩. د. نبيل اسماعيل عمر ، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، ٢٠٠٢ .
٣٠. د. هادي الكعبي ، سلطة تقدير القاضي لعنصر الواقع المجرد في الدعوى المدنية ، دار السنهوري ، بيروت ، لبنان ، ٢٠١٩ .
٣١. د. يوسف حسين محمد البشير ، مبدأ المشروعية والمنازعات الادارية ، المكتبة القانونية ، بدون سنة ومكان طبع .

ثامناً - بحوث ورسائل واطاريح

١. د. احمد هيشور الاجتهاد القضائي ومقتضيات الأمن القانوني مجله الدراسات القانونية المقارنة المجلد ٧ ، العدد ١ ، ٢٠٢١ .
٢. د. / الهوارى عامر ، العيد هدي ، التكريس الدستوري لمبدأ الأمن القانوني ضمانه لتجسيد دوله القانون الحديثة في الجزائر مجله مدارات سياسيه المجلد ٥ ، العدد ١ ، ٢٠٢١ .
٣. أسامة محمد سعيد مرض الموت واحكامه ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون ، جامعة بغداد ، ٢٠٠٦ .
٤. انغام محمود شاكر ، الولاية في الزواج ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بابل ، ٢٠١٢ .
٥. د. ايت عوديه بلخير محمد ، دور المؤسسة التشريعية في احلال الأمن القانوني للمجتمع، ضمن ابحاث الملتقى الوطني الموسوم بالمؤسسة والمجتمع في الجزائر - مقاربات اجتماعية انسانية ، ، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية ، جامعة غرداية ، ٢٠٢٠ .
٦. ايمان أومغار ، سهيلة بن عبد الرحمن ، المنهج التأويلي بين الفلسفة وعلم النفس ، رسالة ماجستير ، كلية العلوم الاجتماعية والانسانية ، جامعة اكلي محند أولحاج - البويرة ، ٢٠١٤ - ٢٠١٥ .
٧. بطيمي حسين ، حياد القاضي واثره على الإثبات بالاستخلاص القضائي ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق - بن عكنون ، جامعة الجزائر ، ٢٠١٢ - ٢٠١٣ .
٨. بن بوجه احمد ، الدور السفسطائي في شق مفهوم التصور ، مقياس التصور السفسطائي: من مقياس الوجود إلى مقياس الإنسان مفهوم التصور ، جامعة سيدي بلعباس ، العدد ٧
٩. بواب بن عامر ، هنان علي ، الحق في التوقع المشروع الثقة المشروعه كاحد ركائز الأمن القانوني، مجله الدراسات الحقوقية، المجلد ٧ ، العدد ١ ، مارس ٢٠٢٠ .

١٠. د. بو عمران عادل ، دولة القانون والضمانات والقيود ، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني ، المجلد ١١ ، العدد ١ ، ٢٠١٥ .
١١. جعفر السبحاني ، رسالة في تأثير الزمان والمكان ، مؤسسة الامام الصادق عليه السلام ، مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية .
- ١٢ . الشيخ جعفر السبحاني ، الأحكام الشرعية بين الثوابت والمتغيرات ، مجلة فقه اهل البيت - عربي ٤٨ ، السنة ١٢ ، ١٤٢٨ هـ ٢٠٠٧ .
١٣. حامد حمزة محمد ، المنهج المعرفي لدى المدارس الأخلاقية بعد ارسطو ، لارك للفلسفة واللسانيات والعلوم الاجتماعية ، العدد ١٢ ، السنة ٥ ، ٢٠١٣ .
١٤. حساني دواجي غالي ، الهرمنيوطيقا واتيفا التخاطب ، اطروحة الدكتوراه ، كلية العلوم الاجتماعية ، جامعة وهران ، ٢٠١٢ / ٢٠١٣ .
١٥. حسن ضعيف حمود استبطاء الأحكام القانونية بدلالة الظهور اللفظي - دراسة مقارنة بأصول الفقه الإسلامي ، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، المجلد ١٣ ، العدد ٣ ، ٢٠٢١ .
١٦. حسين جمعة خلف ، التفسير الغائي للنصوص الدستورية ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون والعلوم السياسية ، الجامعة العراقية ، ٢٠١٩ .
١٧. حيدر حب الله مفهوم التجلي الزماني في السيرة العقلانية ، من دراسات مجلة الاجتهاد والتجديد ، العدد ٤٤ ، السنة ١١ ، ٢٠١٧ .
١٨. دلال بنت كويران بن هويلم البقلي التجديد في التفسير في العصر الحديث ، اطروحة دكتوراه ، جامعة ام القرى ٢٠١٤ .
١٩. د. رافع خضر صالح شبر ، د. حسين جبر حسين ، دور القرينة الدستورية في نطاق التفسير ، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية ، العدد ٤١ ، ٢٠١٦ .
٢٠. د. رحال عبد القادر ، الزواج بالإكراه بين العنف الممنوع وحق استعمال السلطة في الفقه الإسلامي وقانون الاسرة الجزائري ، مجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية ، كلية العلوم الإسلامية ، جامعة الجزائر ، العدد ١١ .
٢١. رياض احمد عبد الغفور الاعرجي ، العدالة العقدية- دراسه في قاعده العدالة ودورها في العقود المدنية، كلية الحقوق، جامعه النهرين، ٢٠٢٠ .
٢٢. دلال لوشن ، فتحة بوغفال الأمن القضائي بين ضمانات التشريع ومخاطر الاجتهاد مجله الباحث للدراسات الاكاديميه العدد ١٢ ، ٢٠١٨ .

٢٣. ستار جبار زاير، الإرهاب في تنفيذ الإلتزام والسلطة التقديرية للقاضي، رسالة ماجستير ، معهد العلمين للدراسات العليا ، ٢٠١٧ .
٢٤. دكتور عامر صغير محيسن الموازنه بين فكره الأمن القانوني ومبدا رجعيه اثر الحكم بعدم الدستوريه مركز دراسات الكوفه العدد ، ١٨ ، ٢٠١٠ .
- ٢٥ . د. عباس العبودي ، الدور الأجهادي لأحكام محكمة التمييز الاتحادية في صياغة القاعدة القانونية للقانون المدني العراقي .
- ٢٦ .د. عبد الامير كاظم زاهد، العقلانية والتأويل في الفكر الديني المعاصر ، بحث منشور من قبل مركز دراسات الكوفة ، العدد ٢٨ ، ٢٠١٣ .
٢٧. عبد الامير كاظم زاهد ، أثر مسالك الفهم الاجتماعي في المعرفة الفقهية- قراءة في فلسفة الفقه ، مركز دراسات الكوفة .
٢٨. عبد الامير زاهد ، بتول فاروق محمد علي ، دور الواقع في الاستنباط الفقهي ، مركز دراسات الكوفة ، العدد ٣٠ ، ٢٠١٣ .
- ٢٩ .د. عبد العالي العبدوني ، الهرمنيوطيقا الدينية ، بحث منشور في مجلة الحياة ، العدد ٣٦ ، السنة ٢١ ، ٢٠١٧ .
- ٣٠ . د. عبد المجيد لخداري فطيمه بن جدو الأمن القانوني والأمن القضائي علاقه تكامل مجله الشهاب مجلد ٤، عدد ٢، ١٤٣٩هـ ، ٢٠١٨ م .
٣١. عبد الوهاب خلاف، تفسير النصوص القانونية وتأويلها ، بحث منشور في مجلة المحاماة ، العدد ١ ، السنة ٣١ ، ١٩٥٠ .
- ٣٢ .عرعار علي ، الحريات العامة ودولة القانون، مذكرة ضمن متطلبات شهادة الماجستير ، ٢٠١٧ - ٢٠١٨ .
٣٣. عصام محمد ابو سنييه ، اثر تعليل النصوص في تأويلها وتخصيصها ، بحث منشور في المجلة الاردنية في الدراسات الإسلامية ، المجلد السابع ، العدد ٣ ، ٢٠١١ .
٣٤. عمر حميد فرج العلواني ، خضوع السلطة السياسية للقانون في إطار مفهوم دولة القانون ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط ، ٢٠١٩ .
- ٣٥ . د. غلاي محمد ، معوقات تحقيق الأمن القضائي- حالة الجزائر أنموذج- مجلة العلوم السياسية والقانون-العدد ١٥ -المجلد ١٠ - ٢٠١٩ .
- ٣٦.فادي نعيم جميل علاوانه ، مبدأ المشروعية في القانون الاداري وضمانات تحقيقه اداري ، رسالة ماجستير ، كلية الدراسات العليا ، جامعة النجاح الوطنية .

٣٧. فايد عايد فايد عبد الفتاح ، العدالة في القانون المدني- دراسة مقارنة بين القانون المصري والقانون الفرنسي ، مجله حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية ، جامعه حلوان، كليه الحقوق، العدد ٢٦ ، ٢٠١٢ .
٣٨. لعماري وليد ، الاستقرار القانوني واثره على الاستثمار الاجنبي ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة الجزائر ، ٢٠١٨ - ٢٠١٩ .
٣٩. د. مازن ليلو راضي ، الأمن القضائي وعكس الاجتهاد في القضاء الاداري ، بحث منشور في المجلة السياسية والدولية .
٤٠. محمد كمال خميس ، تفسير النصوص القانونية في التشريع الفلسطيني، كلية الشريعة والقانون ، الجامعة الإسلامية - غزة ٢٠١٧ .
٤١. متولي عبد المؤمن محمد المرسي الاستقرار غايه من غايات القانون في نظام المرافعات الشرعية السعودي مجله الملك سعود الحقوق والعلوم السياسية المجلد ٣١ العدد ١ الرياض ٢٠١٩ .
٤٢. معتصم عبد الرحمن محمد منصور ، احكام نشوز الزوجة في الشريعة الإسلامية ، رسالة ماجستير ، كلية الدراسات العليا ، جامعة النجاح الوطنية ، ٢٠٠٧ .
٤٣. د. منجد منصور الحلو ، الخضوع للقانون ... والمشروعية ، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية ، العدد ٤١ ، ٢٠١٦ .
٤٤. د. هادي محمد عبد الله ، دور ارادة المشرع في تفسير النصوص القانونية ، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية ، جامعة كركوك ، مجلد ٥ ، عدد ١٨ ، ٢٠١٦ .
- تاسعاً - كتب ودراسات في المسائل المستحدثة في الفقه الاسلامي والقانون
١. احمد بن سليمان بن محمد البوصافي ،، اثبات النسب بالقرائن ، مركز الفندور ، القاهرة ، ٢٠٠٩ .
٢. أحمد بن عبد الله بن محمد اليوسف، إثبات النسب بالقرائن الطبية المعاصرة، بحث مقدم الى الجمعية العلمية السعودية للدراسات الطبية الفقهية، ١٤٣٥ هـ.
٣. ايمن محمد عمر العمر ، المستجدات في وسائل الأثبات ، ط٢ ، الدار العثمانية للنشر، بيروت -لبنان ٢٠١٠ .
٤. د. حيدر حسين الشمري ، مدى مشروعية البصمة الوراثية وحجيتها في نفي النسب ، بحث منشور في مجلة أهل البيت ، العدد ١٩ ، بدون ذكر السنة.

٥. زياد حمد عباس الصميدعي ، البصمة الوراثية ودورها في اثبات النسب ، بحث منشور في مجلة الجامعة الإسلامية ، العدد (٢/٢٦) بدون ذكر السنة .
٦. د سعد الدين الهاللي ، البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية ، مكتبة وهبة ، القاهرة ، ٢٠١٠ .
٧. سالم خميس علي الضنحاني ، حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي ، ط١ ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، ٢٠١٤ .
٨. عبد القادر إدريس ، الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي ، ط١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠١٠ .
٩. ناصر عبد الله الميمان ، البصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي والنسب ، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون ، العدد ١٨ ، ٢٠٠٣ .
١٠. نصر فريد واصل ، البصمة الوراثية وحالات الاستفادة منها ، بحث منشور في مجلة المجمع الفقهي الإسلامي ، السنه ١٤ ، العدد ١٧ ، ص٦١ .
١١. محمد الساعدي ، البصمة الوراثية وأثرها في النسب نفيا وإثباتا ، ط١ ، المركز العالي للدراسات التقريبية التابع للمجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية ، طهران ، ايران ، ٢٠١٢ ، ص ٤٦٦ .

عاشراً - كتب متفرقة

١. علي حرب، نقد النص ، ط ٤ ، المركز الثقافي العربي ، الدار البيضاء ، المغرب ، ٢٠٠٥ .
٢. محمد ابو زهرة ، تنظيم الإسلام للمجتمع ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، بدون سنة طبع .
٣. محمد اركون الفكر الإسلامي قراءة علمية، ط ٢ ، الدار البيضاء ، بيروت ، ١٩٩٦ .
٤. محمد اركون ، القرآن من التفسير الموروث الى تحليل الخطاب الديني ، ط ١ ، دار الطليعة ، بيروت ، ٢٠٠١ .
٥. سيد قطب، العدالة الاجتماعية في الإسلام ، ط ١٣ ، دار الشروق ، القاهرة ، ١٤١٣ هـ ١٩٩٣ .
٦. السيد محمد باقر الصدر ، ومضات ، ط ١ ، مركز الابحاث والدراسات التخصصية ، بدون مكان طبع ، ١٤٢٨ .

٧. السيد محمد علي بحر العلوم ، الإمامة الإلهية ، بحوث آية الله الشيخ محمد السند ، ط ١ ، منشورات لسان الصدق ، قم ، ١٤٢٧ هـ / ٢٠٠٦ م .
٨. نصر حامد ابو زيد ، النص ، السلطة ، الحقيقة ، ط ١ ، المركز الثقافي العربي ، الدار البيضاء ، بيروت ، ١٩٩٥ .
٩. نصر حامد ابو زيد ، النص والسلطة ، ط ١ ، المركز الثقافي العربي ، الدار البيضاء ، بيروت ، ١٩٩٥ .
١٠. نصر حامد ابو زيد مفهوم النص ، ط ١ ، المركز الثقافي العربي - الدار البيضاء - المغرب ، ٢٠١٤ .
١١. مؤسسة تراث الشهيد الحكيم ، الاصاله و المعاصرة، ط ١ ، مطبعة العترة الطاهرة ، النجف الاشرف ، ٢٠٠٥ .

حادي عشر - المقالات

١. القاضي ايداد محسن ضمد ، الأمن القضائي ، مقال منشور على الموقع الالكتروني : non14.net/137571 .
٢. القاضي جعفر كاظم المالكي ، توسيع سلطة القاضي في توجيه الدعوى المدنية مقال منشور على موقع مجلس القضاء الأعلى . www.hjc.iq .
٣. د. عادل عامر ، مبدأ خضوع الدولة للقانون ، مقال منشور على الموقع الالكتروني <http://www.safsaf.org> .
٤. القاضي عامر حسن شنته ، الأمن القضائي ، مقال منشور على موقع مجلس القضاء الأعلى www.hjc.iq .
٥. د. طارق كاظم عجيل ، في تعليق له على موقف القضاء العراق بعنوان بناء الشريك على جزء مفرز من الشيء الشائع مقال منشور على موقع مجلس القضاء الأعلى .
٦. القاضي ناصر ياسين حمود ، واقع التشريعات العراقية ذات العلاقة بالأراضي الزراعية ، مقال منشور على موقع مجلس القضاء .

ثاني عشر - القوانين والانظمة والقرارات

١. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .
٢. قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل
٣. قانون السلطة القضائية رقم ٢٦ لسنة ١٩٦٣ ،

٤. قانون المرافعات العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل
٥. قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩
٦. قرار مجلس قيادة الثورة المتعلق بتحديد الحدود الاقتصادية للافراز في الاراضي الزراعية والبساتين رقم ٢٨٦ لسنة ١٩٨٧.
٧. النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم ١ لسنة ٢٠٠٥

ثالث عشر - المواقع الالكترونية

١. www.hjc.iq
٢. <http://www.safsaf.org>
٣. <https://www.sistani.org>
٤. <https://fb.watch/dfCdcgAwfK>
٥. <https://www.e-cfr.org>
٦. <https://www.islamweb.net>
٧. <https://iifa-aifi.org/ar/2364.html>

Abstract :

The study dealt with the subject of the developed interpretation in Iraqi law and the positivist schools of interpretation in comparison with the principles of Islamic jurisprudence. In addition to obliging the judge to follow this type of interpretation in Article 3 of the Evidence Law, the idea of a developed interpretation traces its origins back to the civil law, which paved the way for it in various texts. Accordingly, jurisprudence has tried to put a specific concept for the developed interpretation, and most of them tended to link it with the consideration of wisdom. However, we have seen that it is not limited to this meaning, but rather expands to include every interpretation that responds to the existing needs of society, thus decomposing it into two elements: revealing the content of the text and responding to the existing needs of society.

As for the positivist schools of interpretation; The roots of the idea of advanced interpretation go back to the ancient Greek ideas that called for questioning legal rules or establishing them on a utilitarian basis. Accordingly, different theories emerged within the scope of the interpretation of texts, some of which focused on the will of the legislator, and the other tended to focus on the purpose that lives in the text.

As for the level of the principles of Islamic jurisprudence; The idea of a developed interpretation is linked to the ills of rulings, which can be relied upon to expand the scope of work with texts.

The developed interpretation takes place in the variables of the law on a large scale and in its constants in a limited manner, and it is disrupted within the scope of texts with definitive significance. As for texts whose significance is disturbed because of their contradiction with other texts above them in the legal hierarchy, they are subject to the developed interpretation, and despite the risks that can be imagined accompanying the developed interpretation, the legal reality The Iraqi is moving towards overcoming these dangers; By obligating the judge to cause judgments, and what the Supreme Judicial Council is doing in terms of publishing the decisions of the Federal Court of Cassation.

The developed interpretation can be achieved through various means, and it is achieved through the hermeneutics of the text by starting from the constants of the law to its variables, and through the mental significance of the text in view of the reasons for the rulings and the purposes of their legislation, as well as through the social understanding of the text in the light of the general focus in which the members of society participate. The developed interpretation, in turn, achieves multiple goals, achieving justice through the application of the law in line with the requirements of the times, and achieving legal security by ensuring the stability of the legal positions of individuals, and contributing to the submission of individuals - rulers and ruled - to the law, thereby achieving better sovereignty for the latter.

The developed interpretation is closely linked to the constitutional principles, the highest values of society, and

the general goals of the law. Accordingly, the application of the provisions of the law must be coordinated in a way that is consistent with these goals and those values and principles. Legal provisions that are inconsistent with the principles of the constitution - such as provisions that are contrary to the constants of Islamic rulings or inconsistent with constitutional guarantees - Courts can refrain from applying them, and litigants can challenge their unconstitutionality. Provisions that run contrary to the general objectives of the law must be referred to those objectives and applied in a manner consistent with them.

The Republic of Iraq
Ministry of Higher Education and Scientific
Research
University of Babylon / College of Law



Advanced interpretation of the law
(A comparative study)

A thesis submitted by
Hassan Dheaif hammood almamoori

Submitted to
The Board of College of Law University of Babylon
It is part of the requirements for obtaining a
doctorate in private law

Supervisor
Assistant Professor Dr
Muhammad Jaafar Hadi

1444 A.H

2022 A.D