هدية وزارة الاوقاف ببغداد
المكتبة القادرية

نظرية تفسير النصوص المدنية

دراسة مقارنة بين الفقهين المدني والإسلامي

تأليف

الدكتور محمد شريف احمد

المدرسة القادرية
العامة
٤٨٢٥٥
بغداد

مطبعة وزارة الأوقاف والشؤون الدينية

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيْمِ

اَلْحَمْدُ لِلّٰهِ رَبِّ الْعَالَمِيْنَ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيْمِ

مَالِكِ يَوْمِ الدِّيْنِ اِيَّاكَ نَعْبُدُ وَاِيَّاكَ نَسْتَعِيْنُ

اِهْدِنَا الصِّرَاطَ الْمُسْتَقِيْمَ صِرَاطَ الَّذِيْنَ

اَنْعَمْتَ عَلَيْهِمْ غَيْرِ الْمَغْضُوْبِ عَلَيْهِمْ

وَلَا الضَّآلِّيْنَ

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

أهمية البحث :

تعالج هذه الدراسة موضوعا هاما شائكا ومعقدا تتصل جذوره المتعددة المتشعبة بالتطور الفكري والاقتصادي والحضاري للمجتمع الانساني عبر مسيرة التمدن والثقافة القانونية . ذلك لأن تفسير القوانين موضوع كان ـ ولا يزال ـ الوسيط الروحي والملجأ المادي لتقريب القانون الى الواقع ، وتكييف القانون مع الحاجات المستجدة والقضايا الملحة التي عرضت في ساحة القضاء . وقد صدق من قال[1] : « ان القانون بلا تفسير جسم بلا حياة » فالتفسير يعطي القانون الحياة .

ويبرز هذا بشكل واضح عندما تبعد المسافة بين وضع القاعدة القانونية والوقائع الطارئة ، او تستجد حاجات ومصالح جديدة لم تكن معروضة أو متصورة عند وضع القانون ، فيضطر القاضي الى استمداد الحل من روح القانون وغايته . ان المسألة هذه ، أي التوفيق بين نص القانون والواقع ، ليست هينة بل تثير مشكلة دقيقة

(١) نسب بولوك هذا القول الى سوهم . انظر الدكتور علي الزيني ـ مقدمة القانون نبذة ٨٩ ، القاهرة ١٩٣١ .

تتلخص بنظري في الابقاء على التوازن المطلوب بين تيارين متعارضين يؤثـران في جوهر القانون • هما : ــ

أولا ، التيار الداخلي للقانون الذي يفرض الثبات والاستقرار والدقة • وثانيا ، التيار الخارجي الذي يدفع بقوة نحو مجال القانون فيهزه هزا عنيفا تحت ضغط المؤثـرات الاجتماعية ، والاقتصاديـة ، والسياسية المتجـددة باستمرار فيضطر القاضي الى اختوائه بأي شكل من الاشكال تحقيقا للعدالـة التي يدان عند انكارها • ذلك ان مـن البديهي ان فكرة الاستقرار في المعاملات وثبات القاعدة القانونية ، هما من العناصر الحيوية لاحترام القانون وهيبته • ومن الضروري طبقـا لذلك رفض الاعتباط والميول الذاتية الشخصية في تطبيقه • ولكـي نحول دون مزج الرأي الشخصي الاعتباطي بالقضاء ، ونحافظ علـى مسيرة القانون ، لابد من تقيد القضاء في تفسيره بقواعـد ومناهـج موضوعية ، لأن المجال الطبيعي للتفسير هو ساحـات المحاكم ، ولا تعدو مناهج التفسير أن تكون محاولة في اعتقادي لخلق ذلك التوازن المطلوب •

يتضح من هذا ان جانبا من هذه الدراسة ، يتصل بتطور المبادىء العامة للمنهج القانوني • وهو الجانب الذي كـان على الفلاسـفة أن يعالجـوه ضمن تحديدهم مناهج العلوم الاجتماعية • الا انهم تجنبوا خوض غماره بحجة ان القانون يدخل ضمن دائرة الفن فقط ، وانكروا الصفة العلمية له ، مع ان القانون يجمع بين الفكر والعمل ، وبين العلم والفن • وقـد أثبت العلامـة فرنسوا جني بما لا تردد بعده ان القانون له مظهران مظهر علمي يرتبط بأساسه ، ومظهر عملي يرتبط بوظيفتـه

وتطبيقه[1] فهـو علـم من حيث انه يستند قبل كل شيء الى التغلغل في الحقائق الكامنـة في الحياة الاجتماعية ، وهو فن في نفس الوقت لأنـه يتطور بفضل نضج العقل البشري الذي يبدو في صياغة القواعد القانونية في مختلف الصور والاشكال لكي تصبح صالحـة للتطبيق العملي وكفيلة بمواجهة سائر مقتضيات الحياة الاجتماعية • وقد عنـى رجال القانون بتناول الجانب الفلسفي والمنهجي للقانون ، وأسـهمت النظرية القانونية في وضع أطر علمية ومجددة لتفسير النصوص • ولا يقلل من قيمة هذا الاسهام ان الفته كثيرا مايستمد نظريته من الممارسة العملية للقاضي • فالحقيقة ان قرارات القضاء هي النافـذ الاساس التي يطل منها الفقهاء على الوجهة العملية للقانون لاستخلاص عناصـر التفسير الجديدة في مراحل التطور القانوني المختلفة وتكوين النظريات الفقهية بصددهـا •

أن المهم هنا هو تخليد المبدأ وزجه كقوة ضاغطة جديدة في عملية دفع الفكر القانوني الى الامام وضمه في اطار علمي صحيح • وهـذا ما قام به الفقه فعلا في ميدان تفسير النصوص القانونية • فقد يعـود اليه الفضل في وضع الصرح الشامخ للبناء القانوني في معظم الشرائع ، ومتابعة القضاء لتصحيح مساره وتعديل اتجاهه ، وتزويده بالافكـار العلمية السائدة في موضوعات قانونية متعددة ، بل وربـط قراراتـه بالافكار العامـة هذه ، والتعليق علـى أحكامه وبلـورة العناصـر الجديدة التي قد تصدر عفويا وتحت ضغط الحاجة العملية من القاضي دون أن يعي تماما أبعادها البعيدة والخطيرة في مستقبل الحياة القانونية•

(1) Francois Geny-Method d'interpetation et sources en droit prive positive. Second edition. 1945. An English translation by louisiana state law institute No. 186.

ولذلك حاول الفقهاء دوما احاطة التفسير بجملة من قواعد منطقية صارمة ، أو أسس علمية متفتحة .

أن اطروحتنا هذه هي محاولة لتعقب آثار الفقهاء ، وتشخيص معالجاتهم في هذا الميدان لعلنا نغني من الزاوية الفقهية قضاءنا العراقي المعاصر الناهض بالأسس الفلسفية ، والفكرية ، والعلمية ، والبيانية لتفسير النصوص القانونية مع المعالجات القيمة المبدعة للاصوليين المسلمين الذين فاقوا أقرانهم من المدارس الفقهية الاخرى ، وبلغوا بالمناهج التطبيقية لتفسير النصوص ، وتعليل الاحكام شأوا عظيما من الدقة ، والضبط والتفنن في التنويع والتفريع لم يجارهم بعد فيه أحد . فأبدعوا في تحديد القواعد والضوابط اللغوية ، والاصولية ، والمنطقية لدلالات النصوص على معانيها بحيث اذا استعصى الامر أو أشكل على القاضي ، وارتفع النص الشرعي من المستوى الذهني والعلمي له أو للفقيه ، توسل بتلك الضوابط واحتج بها لتقرير الحكم الذي يتبناه استنادا اليه .

ولم يهمل علماء الاصول المسلمون الغاية الاجتماعية للنص الشرعي بل كانوا أكثر اجتهادا وسعيا لتحقيق مقاصد الشارع وحكمة التشريع وروحه . واذا كانت مدارس التفسير القانونية متصارعة حيال الطريق الذي يسلك والمنهج الذي يتبع ، فان الفقه الاسلامي غني بمعايير واضحة يتزود بها القاضي ويراعيها عند تفسير نص من النصوص الشرعية .

ان مما يهيىء الاذهان للتوجه بحماس أشد الى جوهر هذا البحث وللتأكد من أهميته الاشارة الى الحقائق الاتية :

أولا : ان التشريعات المعاصرة تكاد تجمع على ان النصوص التشريعية تحكم ما تتعرض له في لفظها أو في فحواها كما هو نص

الفقرة الاولى من المادة الاولى في القانون المدني العراقي ، والمدني المصري والسوري والجزائري ، أو في روحها كما هو نص الفقرة الاولى من المادة الاولى من قانون الالتزامات السويسري . وقد استقر هذا المبدأ في القوانين الغربية نتيجة لممارسات القضاة المؤكدة على ان الالفاظ وحدها قاصرة عن الافصاح عن قصد المشرع .

ثانيا : ان النصوص التشريعية تعجز دوما عن تأمين متطلبات التطورات السريعة المتتابعة . وهي معرضة دوما للآفات الثلاث : الغموض ، والتعارض ، والنقص . ولذلك يتعقبها الفقهاء بنظراتهم العميقة النافذة لاستخراج مبادىء عامة تتكيف مع الحاجات الجديدة ، ويلاحقها القضاة بعمليات تشبه العمليات الجراحية في بتر العضو الفاسد أو لحم عضو جديد لتجاري الواقع وتتكيف معه . ولا شك في ان كل ذلك يتم تحت مظلة التفسير وقواعده .

ثالثا : ان اعتماد اللفظ وفحواه وروحه للبحث عن نية المشرع وعن الحكم القانوني ، ليس بدعة جديدة ، وانما أناض فيه بما لا مزيد عليه الاصوليون المسلمون الذين أسهبوا في بيان مختلف الدلالات اللفظية ، وتبدو أبحاثهم هذه ضرورية لا في نطاق هذه الدراسات الفكرية فحسب بل لرجال القانون كافة وفي مقدمتهم القضاة .

ان اطروحتي هذه ، هي محاولة مخلصة ومتواضعة لتحليل مناهج التفسير القانوني في ضوء النقاط المار ذكرها ، لعلني اقدم للفقه والقضاء العراقيين وللمكتبة القانونية العربية مادة حية جديدة تشكل مزجا بين الاصالة الفكرية لتراثنا الفقهي وبين الواقع المتقدم للفكر القانوني .

وحيث ان بحثي ينصب على الناحية الفكرية في موضوع التفسير بصورة أساس ، ويتحدد بتفسير النصوص المدنية ، وبالنظر الى ان هذا البحث يتطلب عرضا شاملا عميقا للنصوص القانونية من حيث عناصرها

وأسباب تفسيرها والاتجاهات الفكرية في تفسير النصوص ، فقد وضعت لذلك الخطة الاتية : —

خطة البحث :

وزعت هذا البحث على باب تمهيدي وقسمين رئيسين وخاتمة . اما الباب التمهيدي فأتناول فيه بايجاز ماهية التفسير وأنواعه وأهمية النصوص في حكم الوقائع القانونية وحاجتها للتفسير ودور القاضي في تفسير النصوص المدنية . أما القسم الاول فأتناول فيه عناصر النص القانوني والشرعي وأسباب تفسيره . وقد وزعته على بابين . أعالج في أولهما عناصر النص القانوني والشرعي واخصص الباب الثاني لاسباب تفسيره . أما القسم الثاني فأتناول فيه مذاهب التفسير وطرقه موزعة على بابين كذلك . أخصص أولهما للبحث في مذاهب التفسير واكرس الباب الثاني لبيان طرق تفسير النص . وسيكون البحث في كل من هذه الابواب بحثا مقارنا بين الفقهين المدني والاسلامي وسأتوخى جهد المستطاع الكشف عن أوجه الشبه والخلاف بينهما حيال هذا الموضوع ..

باب تمهيدي

أولا : معنى التفسير

التفسير لغة الابانة وكشف المراد[١] والايضاح والتبيين . ومنه قوله تعالى في سورة الفرقان « ولا يأتونك بمثل الا جئناك بالحق وأحسن تفسيرا » . وأما التفسير اصطلاحا فقد عرف بأنه[٢] توضيح ما أبهم من ألفاظ التشريع وتكميل ما اقتضب من نصوصه ، وتخريج ما نقص من احكامه ، والتوفيق بين أجزائه المتناقضة .

ويلاحظ على هذا التعريف ما يلي : —

اولا — انه يقصر التفسير على توضيح النصوص المبهمة بازالة غموضها . وينفي أن يكون للتفسير دور في ميادين النصوص الواضحة . أي انه أخذ بالمعنى الضيق للتفسير وتبنى ما يسمى بمذهب النص غير الواضح . ومما يؤكد ذلك ان المرحوم السنهوري الذي أخذ بهذا التعريف بين عند ذكره حالات التفسير انه لا محل لتفسير النص الواضح[٣] . ومع اننا سنأتي الى ايضاح هذه الفكرة عند البحث في أسباب التفسير الا ان ضرورات التمهيد للرسالة تقتضينا الوقوف قليلا عند هذا الرأي في مناقشة موجزة . فقد انتقد لسببين .

---

(١) القاموس المحيط مادة فسر .

(٢) الدكتور عبدالرزاق احمد السنهوري والدكتور احمد حشمت ابو ستيت ، أصول القانون ط ١٩٤٦ ، ص ١٦٣ .

(٣) السنهوري ، المرجع السابق ص ١٦٣ .

أولهما ، قيل انه غير منطقي ويعني مصادرة على المطلوب . ذلك ان المطلوب هو معرفة ما اذا كان النص غامضا أو واضحا لكي نقرر الحاجة الى تفسيره أو عدمها . ومن المصادرة عليه أن نقرر مسبقا ان النص الغامض وحده يحتاج الى تفسير[٤] وواضح ان هذا الانتقاد يبدو ضعيفا ذلك لان النص الواضح يكون بمثابة المسألة البديهية التي لا تستدعي الطلب والاجتهاد ، وبالتالي فلا مصادرة على المطلوب تبدو هنا .

ثانيهما ، قيل ان معرفة ما اذا كان النص غامضا أو واضحا مسألة نسبية وتقويم شخصي وهي تتوقف قبل كل شيء على فطنة المفسر فقد يرى المفسر الماهر النص واضحا بينما يراه غيره شديد الغموض[٥] . والحقيقة ان هذه الحجة ضعيفة بدورها ذلك لأن النصوص التي تتردد معانيها بين الوضوح والابهام طبقاً لمهارة المفسرين لا تدخل ضمن النصوص الواضحة التي تتبادر معانيها الى الاذهان دون عناء وجهد .

ثالثا ـ انه يوسع مدلول التفسير بحيث يشمل الحالات التي لا يوجد لحكمها نص صريح . والحقيقة ان تلك الحالات لا تدخل ضمن مدلول تفسير النص بالمعنى الدقيق لعدم وجود نصوص تقتضي التفسير عندئذ . ومع ذلك يمكن القول ان المفسر قد يكشف مفتاح الحل من خلال النصوص كما هو الحال في القياس ، ولذلك يجوز ادخالها في دائرة التفسير[٦] .

اني أرى ان التفسير ليس مبدأ يعيش في عالم التصورات المجردة ،

(٤) الدكتور مالك دوهان الحسن ، المدخل لدراسة القانون ، جـ ١ ، بغداد ١٩٧٢ ، مطبعة الجامعة ، ص ٤٦٧ .

(٥) الدكتور مالك دوهان ، المرجع السابق ، ص ٤٦٧ . وهو يشير الى بسكاتور . انظر الدكتور عبدالحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، جـ ١ ، ١٩٧٢ ، كويت هامش ص ٥١١ .

(٦) الدكتور عبدالمنعم البدراوي ، المدخل للعلوم القانونية ص ٢١٤ .

وانما هو جهد عقلي وعملي مدروس لربط القاعدة القانونية بالواقع الحي . فهو تلك العملية الذهنية التي يقصد بها تحديد معنى القاعدة القانونية ومداها وهو يشمل جميع العمليات اللازمة لجعل القوانين صالحة للتطبيق على الحالات الخاصة[٧] وما كان عمل القاضي لا يقتصر على تطبيق النصوص بألفاظها فحسب بل ينبغي عليه أن يطبقها بعناصرها المختلفة التي سنعرضها تفصيلا في الباب الاول ، لذلك أرى أن كل جهد يبذل في هذا المجال وضمن القواعد الاصولية واللغوية والمنطقية والغاية الاجتماعية للقاعدة يعتبر تفسيرا . والواقع أن القاضي يبذل هذا الجهد في تطبيق القاعدة دائما مهما كان جهده متفاوتا ما لم تكن قد صيغت بلغة الكم والرقم . لذلك فانني لا أؤيد الاتجاه الضيق الذي يحصر التفسير بازالة غموض الالفاظ المبهمة . بل أرى ضرورة توسيع معنى الغموض بحيث يشمل جميع الحالات التي تستدعي نوعا من التفكير والتدبير للاستدلال على الحكم القانوني المطلوب وعلى الحالة النموذجية التي وضع لها الحكم من واقع الالفاظ التي عبر بها المشرع عنه ، واستبعد من نطاق التفسير كل حالة لم يرد بشأنها نص وسأتناول بالتفصيل رأيي في هذا الشأن في الموضع الملائم في هذه الرسالة .

وقد عني علماء الاصول المسلمون برفع الخلط بين التفسير والتأويل . وهو خلط وقع فيه كثير من رجال القانون فقالوا أن التفسير يعني تبيين المراد من الكلام على سبيل القطع ، أما التأويل فهو تبيين المراد بالكلام على سبيل الظن[٨] وأغلب ظني أن من قال أن النصوص الواضحة لا تفسر يقصد انها لا تؤول ومنهم من قال ان التفسير للفظ والتأويل للمعنى[٩] والرأي الراجح يذهب الى ان التأويل يعني صرف اللفظ عن معناه الظاهر الى معنى مرجوح يحتمله لدليل قام على ذلك .

(٧) الدكتور عبدالحي حجازي ، المرجع السابق ، ص ٥١٠ .

(٨) التلويح شرح التوضيح للعلامة التفتازاني جـ ١ ، ص ١٢٥ .

(٩) الدكتور صلاح الدين الناهي ، نصوص قانونية وشرعية ، ص ٣٩ وما بعدها .

ويلاحظ أن جانبا من الفقه الانكليزي ميز بين تحديد معاني كلمات النص وبين معالجة غموضه فاطلق على الاول مصطلح Interpretation وعلى الثاني لفظ[١٠] Construction

وأقرب المصطلحات الاصولية الى التفسير بالمعنى القانوني المألوف هو « البيان التفسيري » الذي يعني بيان ما فيه خفاء كالمشترك والمجمل[١١] وأما علم التفسير بالمصطلح الشرعي فهو علم يبحث فيه عن القرآن الكريم من حيث دلالته على مراد الله بقدر الطاقة البشرية . وهذا المعنى أخص .

واذا كان الفقه قد اختلف في تحديد محل التفسير . اذ رأت ـ الاغلبية أن التفسير لا يرد الا على المصدر الذي يأتي باللفظ والمعنى أي التشريع أما القاعدة العرفية فهي مستقرة في الذهن ولا تحتاج الى تفسير ، ورأى البعض ان محل التفسير هو القانون أيا كان مصدره وصورته ، الا أن هذا الخلاف لا يعنينا في هذه الرسالة . لأننا سنقصر البحث على تفسير النصوص المدنية .

ثانيا ـ انواع التفسير

ينقسم التفسير بالنسبة الى الجهة التي تتولاه الى ثلاثة أنواع[١٢] هي : التفسير التشريعي ، والتفسير القضائي ، والتفسير الفقهي . وسأوجز الكلام فيها تباعاً فيما يلي : ـ

(١٠) انظر الدكتور عبدالحي حجازي ، المرجع السابق ، حيث يقول في هامش ص ٥١٣ « يلاحظ ان كلمة Construction هنا معناها تفسير Interpretation وانما يجري العمل القانوني في انجلترا على تفضيل كلمة Construction. على كلمة Interpretation انظر

The English legal system. R. J. walker . London 1972 Pag e102.

(١١) انظر الرسالة للامام الشافعي باب كيف البيان ص ٢١ وما بعدها .

(12) Treatise on the Civil Law Volume I An English translation by the Louisiana State Law institute No. 200:

١ ـ التفسير التشريعي Interpretaion legislative

وهو التفسير الذي يتولاه المشرع نفسه ليبين حقيقة ما قصده من تشريع سابق ، اذا ظهر له ان المحاكم لم تهتد الى هذا القصد أو لاحظ انها فهمت التشريع على نحو يتضاد مع المعنى المقصود منه أو يغير جوهره الحقيقي[١٣] ان هذا النوع من التفسير يعتبر تطبيقا لمبدأ عام ساد القوانين القديمة مفاده أن من يملك اصدار التشريع يملك تحديد مضمونه وتفسيره e Jus est interpretari' cujus est condore

الا ان هذا المبدأ أخذ ينكمش في التطبيق بحيث يندر أن يلجأ المشرع في الحاضر الى اصدار تشريع يفسر تشريعا سابقا وانما يترك أمر تفسيره للفقه والقضاء[١٤] والحق ان التفسير يعتبر من مهام القضاء والفقه وليس من واجبات المشرع . لأن مهمة المشرع الاساس هي صوغ القوانين لا تفسيرها . واذا وجد المشرع عيبا في تشريع سبق أن أصدره فيستحسن أن يلجأ الى اصدار تشريع جديد يعدل أو يغير به أحكام القانون المعيب بدلا من اللجوء الى اصدار تشريع مفسر .

ويتميز التفسير التشريعي بخاصتين هامتين . أولاهما ، انه تفسير ملزم للمحاكم باعتباره تشريعا من ناحية ، وبوصفه جزءا لا يتجزأ من التشريع موضوع التفسير من ناحية أخرى . والثانية ، أنه يسري على الماضي أي ينطبق على الوقائع التي حدثت قبل صدوره وعلى القضايا المنظورة التي لم يتم الفصل فيها .

ولعل أبرز صور التفسير التشريعي التي عرفت في التاريخ هو نظام التفسير التشريعي الالزامي الذي وضع في فرنسا عقب الثورة الفرنسية

(١٣) الدكتور سليمان مرقس ، المدخل للعلوم القانونية ط ١٩٥٧ ، ص ١٩٨ ، الدكتور احمد سلامة ، المدخل لدراسة القانون ط ١٩٧٤ ، ص ١٨٩ .

(١٤) الدكتور احمد سلامة ، المرجع السابق ص ١٨٩ .

مباشـرة تحت اسم الرجوع التشريعي référe législation بمقتضى مرسوم ١٦ ــ ٢٤ آب سنة ١٧٩٠ • وبموجبه كان على محكمة النقض احالة أيـة مسألة تكون موضوع اختلاف في التفسير الى المجلس التشريعي ليصدر فيها تشريعا تفسيريا وكان الرجـوع الى المجلـس التشريعي أمـراً الزاميا référe obligation. • ثم الغى هذا النظام بمقتضى تشريـع ٣٠ تموز ١٨٢٨ وتشريع الاول من نيسان سنة ١٨٣٧[١٥] •

ومن الامثلة على التفسير التشريعي كذلك ما فعله المشـرع المصـري سنة ١٩٣٥ بتفسير النص الخاص بتقرير السعر الالزامي لأوراق البنكنوت وبطلان شروط الدفع بالذهب والذي كان قد صدر سنة ١٩١٤ • وقد كـان الدافع الى اصدار هذا التفسير التشريعي ما ذهبت اليه المحاكـم المختلطـة من اقتصار بطلان هذا الشرط على العقود الداخلية • أمـا العقود الدولية ، كالتي تبرم بين أشخاص مقيمين في مصر وآخرين موجودين خارجها كالتعامل في سندات شركات قنـاة السويس المطروحة في السوق العالميـة فلم تكـن تخضع لهذا القيد في رأي هذه المحاكم • ولرفع هذا الاجتهاد الخاطىء اضطر المشرع المصري الى التأكيد على أن النص جاء مطلقا ويسري علـى العقـود الداخلية والخارجية معا[١٦] •

وبالرغم من ان الاصـل في التفسير التشريعي هو صـدوره من نفس السلطة التي أصدرت القاعدة التشريعية المراد تفسيرها ، الا أنـه يجـوز اصداره أحيانـا بطريق تفويض سلطة أخرى غير التي أصـدرت القاعـدة التشريعيـة محل التفسير • ومن قبيل ذلك التفسيرات التي أصدرتها اللجنة العليـا وما يصدره المجلس الزراعي الاعلى في العراق من تفسيرات لقانـون الاصلاح الزراعي الاخير[١٧] •

(١٥) جنى ، نبذة ٤٠ .
(١٦) الدكتور سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة للقانون ص ٧٣٩ .
(١٧) انظر الدكتور مالك دوهان ، المرجع السابق ص ٤٧٠ .

وهو التفسير الذي يتولاه القضاة أثناء نظرهم في الدعاوي • وهـو التفسير الذي يتجاذر الى الاذهان اذا ما اطلق مصطلح التفسـير • ذلـك أن مهمة القاضي تطبيق أحكام القانون على الوقائع المعاصرة والمنظورة فعلا • وهذا التطبيق يتطلب من القاضي بذل قصارى جهـده لاسـتخلاص المعنى الذي أراده المشرع من النص الذي يجب تطبيقه • فالتفسير من قبل القاضي ليس غايـة في ذاتـه بل وسيلة يستخدمها بقصد الفصـل في المنازعـات • ومن أجـل ذلك يكون التفسير القضائي أكثر استجابة للمصالح المتجددة وتكيفا مع الحاجـات الطارئـة •

ويتميز التفسير القضائي بأنـه غير ملزم • فاذا فسرت محكمة معينـة نصا من نصوص القـانون على وجه معين ، فانها لا تلتزم بهذا التفسـير في الدعاوي المماثلة التي ترفع اليها فيما بعـد ، ولا تتقيد المحاكـم الاخـرى بهذا التفسـير[١٨] • اما في البلاد التي تأخذ بمبدأ السابقة القضائيـة فانه يكون ملزما بدرجات متفاوتـة لأن القانون هناك يكون من صنع القاضـي غالبـا[١٩] وكذلك يكون ملزمـا للطرفين في النزاع الذي حصل التفسـير القضائي بصدده ، بناء على حجيـة الأمر المحكوم فيه ، التي تثبت للحكم ، فلا يجوز للطرفين أن يرفعا الدعوى مرة ثانيـة لنفس السـبب ولنفـس الموضوع • ولكن لا تتجـاوز قوة التفسـير الالزاميـة الحدود الشخصية والموضوعية لحجيـة الامـر المقتضي • اذ يجوز لمحكمة أخرى ولـو كانت أدنى درجـة أن تعطي نفس القاعـدة تفسيرا مخالفا للتفسير الذي اعطتـه المحكمـة الاولى ، بـل يجـوز للمحكمة ذاتها التي فسرت القاعدة القانونية

(١٨) الدكتور عبدالفتاح عبدالباقي ، نظرية القانون ط ٣ / مصر ص ٢٩٢ .
(١٩) انظر الدكتور صلاح الدين عبدالوهاب ، الاصول العامة لعلم القانون ص ٣٠٠ .

على نحو معين أن تفسرها على نحو آخر في قضية أخرى[٢٠] .

ويتميز أيضا بالصيغة العملية . ذلك لأن المحاكم تنزل الى معترك الحياة لفض الخصومات واقرار الحقوق لأصحابها . وهي في هذا السبيل تتأثر بالظروف التي تعرض لها وتعمل دائما على أن يجيء تفسيرها للقانون متمشيا مع تلك الظروف وكثيرا ما يؤدي تأثر القضاة بظروف الحياة في الجماعة الى اهدار نص القانون ذاته تحت ستار تفسيره اذا ما تبين لهم ظلم حكمه وفساده[٢١] .

ان هناك جملة من وجوه الشبه تقوم بين التفسير التشريعي والتفسير القضائي ، لعل أهمها أن التفسير قد يؤدي في الحالتين الى انشاء قواعد قانونية جديدة تحت اسم تفسيرها . كما أن التفسير في الحالتين ينطبق بأثر رجعي على جميع المراكز التامة التي توجد بشأنها منازعات معروضة أمام القضاء[٢٢] .

٢ ـ التفسير الفقهي Intérprétation doctrinale

وهو التفسير الذي يقوم به شراح القانون وفقهاؤه . ويكون مدونا في مؤلفاتهم وفتاواهم ومقالاتهم وأبحاثهم[٢٣] وهو من دون شك أوسع صور التفسير ، لأنه لا يتناول حالات خاصة كما يفعل القضاء ، وانما يقوم الفقيه بتفسير القواعد القانونية بقصد استخلاص مبادىء عامة تحكمها ، أو وضع نظريات تعتبر هذه القواعد تطبيقاً لها[٢٤] . ويتسم هذا التفسير بطابع علمي نظري قد يكون بعيداً عن مقتضيات الحاجات العملية

(٢٠) الدكتور عبدالحي حجازي ، المرجع السابق ص ٥١٣ .
(٢١) الدكتور عبدالفتاح عبدالباقي ، المرجع السابق ص ٢٩٣ .
(٢٢) الدكتور سمير تناغو ، المرجع السابق ص ٧٤٤ .
(٢٣) بلانيول نبذة ٢٠١ .
(٢٤) الدكتور صلاح الدين عبدالوهاب ، المرجع السابق ص ٣٠١ .

التي يأخذها القاضي عادة بعين الاعتبار في التفسير . ولذلك قيل بحق أن الفقه هو المظهر العلمي للقانون لأن الفقيه عادة يغلب عليه طابع المنطق البحت أكثر من مراعاته للمقتضيات العملية وان وجب عليه ألا [illegible] عقيم الجهد بلا ريب . واذا كان الفقيه لا ينطلق في الغالب من مشكلة عملية معاصرة وانما يتصور المشاكل التي قد تطابق الواقع وقد لا تطابقه ، الا انه يستهدف في ذلك تأمين أفضل الحلول لمسائل واقعية أو متصورة . وكثيرا ما يصدر التفسير عنه بمناسبة حكم او احكام قضائية صدرت تتضمن تفسيرا معينا لنصوص تشريعية معينة ، ويرى الفقيه مخالفة التفسيرات التي اشتملت عليها هذه الاحكام لمعاني النصوص فيعلق عليها برأي مخالف لما تضمنته تلك التفسيرات[٢٥] والفرق بين القاضي والفقيه هنا ، ان الفقيه يمارس التفسير بصورة حرة ومجردة وبأساليب متنوعة اثناء شرحه احكام القانون في بحث او كتاب او محاضرة او فتوى[٢٦] ، اما القاضي فانه يقوم بعمله بصورة رسمية وعلنية محدودة عند نظره في القضايا المعروضة عليه . فتفسيره في جوهره تفسير مناسبة اى انه يعني بكل حالة على حدة . ولذلك فهو يستهدي الفقه في احدى صورة نقل القواعد القانونية بطريق القياس والاستنباط حينا وبتفريع الفروع من الكليات المسلم بها حينا آخر[٢٧] .

ولا تعني تلك الفوارق بين التفسير القضائي والفقهي انهما يختلفان من حيث الجوهر . فهما في الحقيقة متفقان في الجوهر وان اختلفا من حيث الطابع والنطاق . واذا كان التفسير الفقهي يتميز بالطابع النظري والنطاق الواسع خلافا للطابع العملي والمجال المقيد بالنزاع في التفسير القضائي ، الا ان كلا من الفقيه والقاضي يلتزم بأساليب علمية واحدة ، هذا فضلا عن التأثير المتبادل

(٢٥) الدكتور صلاح الدين عبدالوهاب ، المرجع السابق ص ٣٠٠ .
(٢٦) الاستاذ عبدالرحمن البزاز ، اصول القانون ص ١٥٠ .
(٢٧) البزاز ، المرجع السابق ، ص ١٥٠ .

فيما بينهما . فالقاضي يستنير بآراء الفقهاء في تفسيره والفقيه يتأثر عند ابداء آرائه بالحلول القضائية . وكل منهما يعين الآخر في تلافي عيوب النصوص عن طريق تفسيرها .

واذا كانت رسالتي هذه محاولة لايضاح المسالك الفكرية الفقهية التي سلكها الفقهاء لاستجلاء غموض النصوص ، واستنطاق مواد القانون الجامدة بغية الكشف عن حكمة الشارع ومراميه ، الا انها لا تهمل عن طريقها دور القضاء في التفسير وانشاء القاعدة القانونية .

ثالثا ـ أهمية النصوص في حكم العلاقات القانونية

ان محاولتنا الرامية الى الاحاطة الوافية بطبيعة تفسير النصوص القانونية والمدنية بالذات ، والاتجاهات الفكرية والعلمية في هذا الشأن ، يتبغي ان يسبقها تصور شامل لجميع جوانب البحث ، وتعقب جدي لشتى عناصره وفروعه . ذلك ان استيضاح الامتداد التأريخي لفكرة ما والربط التأريخي بين تطورها وتطورها كفيلان بتقريبها الى الاذهان بل وبدفعها من جديد الى مراحل اخرى . وهذا يعني ان علينا ، انطلاقا من عمق الموضوع الذي نعالجه ، ان نوسع الباب التمهيدي بشكل يستوعب هذه المهمة ويلقي ضوءا باهرا على مسار الموضوع . ومع ذلك ، فان علينا ان لا نقحم انفسنا في المتاهات التأريخية ، او في تفصيلات لا شأن لنا بها . ويكفي ان نقول هنا: ان من المسلم به ان القانون والمجتمع البشري متلازمان لا ينفك احدهما عن الآخر . ذلك لان التنازع بين الحريات الفردية المختلفة والتعارض بين مصالح الناس فرادى من جهة ، او بين مصالحهم ومصلحة المجموع من جهة اخرى اقتضى رسم حدود للحريات وتحديدا للمصالح . وهذا التحديد افرغ في شكل قواعد وجب على كل فرد التقيد بها في علاقاته مع غيره . ومن هذه

القواعد يتكون القانون[٢٨] فالقانون كما يقول الفيلسوف (كانت) قيود للحرية ليس الا[٢٩] . وهو في منشئه وتطوره كما يقول العلامة اورلاندو[٣٠] ظاهرة طبيعية وضرورية لحياة الناس [illegible] واقتناعهم بانه ينبع من ضمير الشعب » .

ولشدة هذا التلاحم والتفاعل بين القانون والمجتمع يعكس التطور القانوني في شتى مراحله التطور الاجتماعي والفكري للمجتمع البشري . والعكس صحيح أيضا . ولذلك تتصل الحاجة الى التأريخ من التطور القانوني بالجانب التأريخي لتطور المجتمعات البشرية . ففي المجتمعات البطرية الاولى كانت القوانين مجرد اعراف بسيطة وعادات استقرت تلك المجتمعات عليها مزجت بعد ذلك بتصورات دينية جاءت بها الاديان غير السماوية فعمقت قوتها الالزامية واحاطتها بغلاف من السرية والرهبة في زواية الكهنة .

واستطاعت الانسانية ان تتخطى هذه المرحلة بفضل كفاحها المرير لتحديد معالم حياتها الاجتماعية فجمعت تلك الاعراف وسجلت في نصوص قانونية يتبين فيها كل مواطن ماله وما عليه كما هو الحال في قانون حمورابي العراقي في الالف الثاني قبل الميلاد والشرائع التي سبقته في العراق ، وفي قانون الالواح الاثني عشر الروماني الذي يرجع تأريخه الى القرن الخامس قبل الميلاد وفي غيرها من الشرائع القديمة . ولم يكن في وسع تلك القواعد القانونية القليلة والآتية من تسجيل واقع معين جامد ، ان تتكيف مع الحاجات المتطورة ، او تحقق العدالة للاجيال اللاحقة . ولذلك نهض الفقهاء والقضاة في عصور متعددة[٣١] بتطوير تلك القواعد بوسائلها اهمها ، الحيلة والعدالة .

(٢٨) السنهوري ، المرجع السابق ص ١٣ .
(٢٩) جني ، المرجع السابق فقرة ٨١ .
(٣٠) جني ، المرجع السابق فقرة ١٥٢ .
(٣١) هنري ليفي برول ، سوسولوجيا الحقوق ، ترجمة عيسى عصفور ، منشورات عويدات ، بيروت ط ١ ، ١٩٧٤ ص ٧٨ .

اما الحيلة فهي افتراض مخالف للواقع يترتب عليه احداث تغيير في احكام القانون دون المساس بنصوصه . وقد لجأ الفقهاء اليها لتعديل الاحكام نظرا لما كانت عليه الامم القديمة من تمسك بالتقاليد والنصوص . فعمدوا الى الاحتيال على النصوص لتغيير حكمها دون تغيير صفتها . وقد كان لهذه الوسيلة اثر عظيم في التخلص من ضيق القواعد القانونية وشدتها ، وفي ارتقاء النظم القانونية ، والقضائية في العصور القديمة .

ومن الامثلة عليها في القانون الروماني الاحتيال على نظام البيع الرسمي المسمى بالأشهاد واستعماله صوريا لخلق عقود ونظم جديدة كالوديعة والرهن وكتحرير الابن من سلطة ابيه ليصبح مستقلا بحقوقه واملاكه وأسرته . ومن الامثلة عديدة في القانون الانجليزي الوسائل التي استطاعت بها محاكم الملك ، التي كانت ولايتها مقصورة على الدعاوى الخاصة بالضرائب المقررة ، وبمسائل امن الملك ، من التغلب على اختصاص المحاكم ، واما العدالة فهي الشعور بالانصاف وهو شعور كامن في النفس يكشف عنه العقل السليم ، ويوحي به الضمير النقي . والعدالة بهذا المعنى لا تستند الى ظاهر النص كالحيلة وانما تستند الى سمو مبادئها من حيث اتفاقها مع العقل والاخلاق والشعور الانساني . وقد تحولت الافكار القانونية السابحة من هذا الشعور الى قواعد العدالة التي لعبت دورا هاما في تطور القانون . فقد هذبت قواعد القانون الروماني القديم . فلطفت صرامة احكامه ، وجردته من كثير من شكلياته[٣٢] .

وحينما اشتد تيار التطور في العصر الحديث ، وبرزت علاقات اقتصادية واجتماعية لم تكن في حسبان الفكر البشري ، اضطر المشرعون وفي مقدمتهم

---

(٣٢) استاذنا الجليل عبدالباقي البكري ، المدخل لدراسة القانون والشريعة الاسلامية لبدة ١٧٧ ص ٤٥٩ .

المشرع الفرنسي في بداية القرن التاسع عشر الى الاعداد الواعي لتشريع قوانين تسجل الاعراف الصالحة ، والنصوص القديمة النافذة ، وتضيف اليها ما فكروا انهم يستوعبون به كل القضايا الواقعة والمتوقعة وبالتالي يريحون القضاة والمشرعين مهما بعد الزمن وتطور . فبدأ عهد جديد للقانون في ظل الثورة الفرنسية بتشريع القانون المدني الفرنسي سنة ١٨٠٤م وكان هذا القانون فعلا فاتحة عهد التطور القانوني الغربي والعالمي بما حواه واشتمل عليه من نصوص قانونية تميزت ببلاغتها ومرونتها وايجازها فسحرت ألباب كثير من عمالقة الفقه الفرنسي الذين زعموا انها تمثل استلهاما كاملا للقانون الوضعي[٣٣] . وبذلك اصبح القانون المكتوب هو الوسيلة الفعالة والاداة الممتازة للاصلاحات القانونية والاقتصادية والاجتماعية التي تعقب التحولات الاجتماعية الثورية .

والحقيقة ان اهمية القانون المكتوب لم تعد محل جدل او تشكك في الوقت الحاضر . ذلك ان صدور القانون في وثيقة مكتوبة يتيح للمشرع حرية واسعة في ملاحقة التطورات الاجتماعية عن طريق افراغ ارادته في كلمات مكتوبة وهو ما يمكن القيام به في كل وقت لاسيما في هذه المرحلة التاريخية التي تشهد العلاقات القانونية الوطنية منها والعالمية تطورا هائلا يكاد يهدد اسسها بالتغيير . هذا فضلا عن ان النصوص المكتوبة كفيلة الى حد بعيد باشاعة الثبات والاستقرار في المعاملات القانونية . اذ يسهل على الافراد التعرف على الحكم القانوني واتباعه ، وهو امر لا يتيسر بالنسبة للمصادر الاخرى ، وواضح مما تقدم اننا نعني بالنصوص القانونية القانون المكتوب او التشريع[٣٤] .

---

(٣٣) الاستاذ علي البدوي ، ابحاث في اصول الشرائع ، مجلة القانون والاقتصاد العدد الاول والثاني السنة الخامسة ، ص ١٨١ وما بعدها .

(٣٤) وقد فضل بعض الفقهاء الفرنسيين ومنهم الاستاذ كاربوني استعمال مصطلح النصوص بدلا من مصطلح التشريع . انظر الدكتور سمير عبد السيد تناغو . النظرية العامة للقانون ص ٢٩٨ .

والحقيقة ان جميع الاحكام الصادرة من المحكمة تبنى على السبب والسند ، أما السبب فيجد أساسه في الحاجة التي تمليها طبيعة الشيء واما السند فيجد اساسه في ارادة المشرع[٣٥] • وهذا يعني ـ كما يقول العلامة جني ـ أن الميزة الخاصة للقانون المكتوب كمصدر للقانون الوضعي ليست في طبيعته أو في المصدر الاساس لمحتوياته التي تماثل محتويات القواعد القانونية كافة ولكنها تنحصر في الشكل الذي تحدد له من قبل السلطة[٣٦] • فطبيعة النصوص القانونية الحقيقية هي انها حمل مفروض لارادة عاقلة هادفة ذات سلطة صيغ وتقولب في شكل كلام • ويصبح القانون قواعد واضحة وملزمة في نفس الوقت بعيدة عن اية مناقشة بمقتضى الشكل الذي صدر العبير به وبمقتضى السلطة التي منحت هذا الضمان للقانون[٣٧] فالنص عبارة عن صيغة لنظية تستوعب هدفا معقولا يقصده المشرع ، وان كلمات النص كما يقول جني مثلها مثل اللغة البشرية نفسها ، مجرد وسيلة وضعت لبيان فكرة المتكلم عند الاشخاص الذين وجهت اليهم • ان النص التشريعي حصيلة تفكير تأملي وواع لمؤلفه • وعلينا أن نفترض أن المشرع اختار النص بتأمل وتعمد ، وان كلماته تعبر باخلاص عن فكرة وارادته • ومن ثم يجب ان نتجه أولا الى صيغة النص ، ويجب علينا أن لا نتخطى هذه الصيغة وان نستخلص جميع معانيها[٣٨] •

لقد حاول بعض الفقهاء قديما وحديثا وضع ضوابط أوجبوا على المشرع مراعاتها عند وضع النصوص وكان أبرز من عنى بهذا الامر كما يرى الاستاذ

---

(٣٥) جني ، ف ٩٢ •

Peter Benson Maxwell
The interpretaton of statutes: Eight Edition London, 1937, Page 1.

(٣٦) جني ، المرجع السابق ف ٩٢ •
(٣٧) المرجع السابق ف ١٠٠ •
(٣٨) المرجع السابق ف ١٠٠ •

« آلن Allen » المفكر الفرنسي منتسكيو • وقد لخص « آلـن » هذه الضوابط كما يلي[٣٩] :ـ

١ ـ يجب ان يكون اسلوب القانون موجزا وبسيطا •

٢ ـ يجب أن تكون التعابير مطلقة غير نسبية ، أي انها كما يقول مونتسكيو يجب أن تثير ذات الأفكار عند الناس جميعا •

٣ ـ يجب أن تتعلق النصوص بالواقعي والحقيقي من الامور متجنبة الفرض والتصور •

٤ ـ يجب أن تخلو النصوص من الاستثناءات والقيود والشروط الا اذا اقتضت الضرورة القصوى ذلك •

٥ ـ الا تكون النصوص عميقة الغور لأنها وضعت لأجل الناس متوسطي الادراك •

٦ ـ أن تتفادى القوانين قدر الامكان ذكر العلل ، لأن ذكرها يؤدي الى خلافات لا طائل من ورائها • واذا ذكر مسوغ لسن النص فيجب أن يكون حقيقيا •

٧ ـ وأخيرا يجب التفكير برؤية عند وضع القوانين • ويجب ان تهدف الى غاية معلومة كما يجب أن تنطوي على شيء من الاخلاص وشيء عظيم من الطهر وفوق ذلك يجب الا تكون مناهضة لطبيعة الاشياء •

ان المشرع الحكيم هو الذي يترك مجالا لتطور القانون فلا يحكم عليه بالجمود بحبسه في الفاظ محدودة وأحكام معينة • وخير طريق يسلكه

---

(39) Law in the making. Carleton Kemp Allen. Fifth edition 1951, Page 286.

هو أن يترك المسائل التفصيلية لاجتهاد الفقهاء ولتقدير القضاء بل يجب أن يترك كثيرا من المسائل الرئيسية دون أن يتخذ حيالها موقفا خاصا اذا كانت من المسائل التي لم يقرر حلولها ، وتقتضي الطبيعة العملية أن لايعرض لها بتحديد • وفي ذلك يقول العلامة السنهوري[٤٠] « ان المشرع الحكيم هو من يجعل عبارته مرنة يتغير تفسيرها بتغير الظروف دون أن يذهب في ذلك الى حد الغموض وعدم الدقة • وخير وسيلة للجمع بين الدقة والمرونة ، هي أن يعدل المشرع في المسائل التي تكون سريعة التطور عن القواعد الجامدة الضيقة الى المعايير المرنة الواسعة التي يسترشد بها القاضي ويطبقها على الاقضية التي تعرض له • فيصل من ذلك الى حلول تختلف باختلاف كل قضية وما يحيطها من ملابسات » • وقد اعتبر الاستاذ السنهوري التقنين السويسري نموذجا لما ينبغي أن تكون عليه صياغة النصوص •

ولا ـ مدى حاجة النصوص القانونية الى التفسير

ان القواعد القانونية التي تتضمنها النصوص التشريعية هي بمثابة قضايا كلية وهي تشكل كما يقول العلامة جني[٤١] المقدمة الكبرى Minor Primise في قياس يكمله القاضي طبقا للحالة المعروضة أمامه • وأن التفكير المنطقي الاستدلالي قوامه ركنان ونتيجة • أما الركنان فهما المقدمة الصغرى Major Primise والمقدمة الكبرى • فالمقدمة الصغرى تمثل الواقعة القانونية التي يرى المفسر أنها تدخل ضمن موضوع

(٤٠) الاستاذ السنهوري ، وجوب تنقيح القانون المدني المصري ، مجلة القانون والاقتصاد ، العدد الاول ، السنة السادسة ص ٧١ وما بعدها .

(٤١) جني ، المرجع السابق ف ٩٥ .

المقدمة الكبرى • والمقدمة الكبرى هي القاعدة الكلية التي أراد المشرع اخضاع كل الحالات الداخلة ضمن موضوعها لحكمها فتكون النتيجة أمرا بديهيا • ولذا يقال عادة ان تطبيق القانون على الحالة الواقعية المعروضة على القاضي يحصل « بطرق الاستدلال القياسي » Minor Primise اذ تعتبر القاعدة القانونية هي المقدمة الكبرى في هذا الاستدلال وتكون الحالة الواقعية المعروضة امام القاضي هي المقدمة الصغرى ويكون الحكم هو نتيجة هذا الاستدلال[٤٢] •

المقدمة الصغرى	الحالة الواقعية	وحيث انه ثبت ان فلانا سارق
المقدمة الكبرى	القاعدة القانونية	كل سارق يعاقب
النتيجة	الحكم	اذن يعاقب فلان

ان النصوص القانونية المتسمة بالعموم والتجريد تشكل ، ما لم يعزها تطور ضيق عنيف ، معينا لا ينضب لاستلهام الحلول الجزئية لوقائع قانونية مختلفة ، سواء بالتمعن في الالفاظ ودلالاتها ، أو باستخدام النهج المنطقي في التحليل والتركيب مع مراعاة العوامل الخارجية ، ومن ثم يمكن أن يقال ـ كما قال العلامة جني[٤٣] « ان النص هو مجرد انطلاق نحو القرار المحدد والعملي • أي أن المشرع يضع الخطوط العامة للاطار القانوني • ويجب أن تترك مهمة املاء التفاصيل للحالات المحددة لتطبيق القانون • وحتى لو فرضنا أن النص التشريعي كامل وتام وواضح المعنى فانه لا يمكنه اطلاقا أن يشتمل وحده وبصورة مباشرة على جميع الاحكام بل يجب كما يقول جني[٤٤] « أن يكون هنالك وسيط ضروري بين هذه الحاجات المختلفة والمتنوعة وبين تلك الصيغة الجامدة الثابتة حتى يتمكن من تكييفها

(٤٢) الدكتور حيدري ، المرجع السابق ، ص ٥٧٨ .

(٤٣) جني المرجع السابق ف ٨٥ .

(٤٤) جني المرجع السابق ف ٨٥ .

مع المواقف والظروف التي صيغت لهـا • وهذا الوسيط هو تفسير القانون • ومن هنـا تتبين مـدى حاجة النصوص الى التفسير »

أن النص التشريعي تلازمه هذه الحاجة ذلك لأن المشرع مهمـا بلـغ نضجه وسعة أفقه لا يتمكن اطلاقا من مواجهة كل الاحتمالات والتفصيلات التي تثـار بمناسبة تطبيق القوانين • وقد حاولت بعض التشريعات مجابهة المشكلات العملية باصدار قوانين تتعرض لتنظيم شتى الاحتمالات التفصيلية التي قد يثيرهـا تطبيق النصوص كالقانون المدني الالماني[٤٥] الا انـه ثبت عمليا فشل هذه السياسة التشريعية • ولذلك اتجهت معظـم التشـريعات الحديثة الى وضع نصوص تتصف بالتجريد والعمومية دون محاولة التعـرض للتنظيمات الفرعية ، أو التفصيلية مع ترك معالجة كيفية تطبيق النصوص علـى المشكلات التي تظهر خلال الممارسة اليومية للجهات المنوطة بالتطبيق والتفسير • وحيث ان هذه المشكلات تثار اولا في منصة القضاء ، وان هذه المنصة هي محك اختبار النصوص ومدى قابليتها للتكيف مع حاجات المجتمع ، فان من المفيد ان نخصص هنا مجالا لبيان دور القاضي في تفسير النصوص •

خامسا ـ مدى حرية القاضي في تفسير النصوص المدنية

تبين فيما تقدم ان النصوص القانونية هي الوسيلة الجاهزة المدروسة بيد القضاء لحكم الوقائع ، وان القاضي هو الوسـيط الذي لابد منـه في القضايا المتنازع فيها ، كما ان الفقه هو الوسيط الذي لابد منه لاستخراج الافكار العامة والنظريات منها • فثمة علاقة دائمة مـن التعاون بين النظر والعمـل[٤٦] وحيث اني أسـتبعد في اطروحتي هـذه البحث في النصوص الجنائية ، او نصوص المعاهدات الدولية الا اذا ذكرت على سبيل المثال أو

(٤٥) الدكتور عادل عازر ، التفسير التشريعي واثره على المأمول ، مجلة المحاماة المصرية عدد ٥ ـ ٦ سنة ١٩٧٧ •

(٤٦) انظر الدكتور حجازي ، المرجع السابق ص ٥٧٦ •

الاستطراد ، فسأتناول هنا دور القاضي في تفسير النصوص المدنية • ومع ان مجال دراستي الاساس ينحصر في اطـار فقهي فلسفي ، الا انني ارى انه لا فائدة في اي فكر لا يتصل بالواقع او لا يقدم للواقع المـادي دعمـا أو مادة حيوية جديدة • وهناك ارتباط في البحث بين المجال الفقهي الفلسفي ومجال القضاء أمرا لا سبيل الى اغفاله • ان النص القانوني في حقيقته تعبـير عن الارادة العاقلة المدروسة للسلطة السياسية المختصة التي تهدف من خلاله الى وضع قواعد تنظيمية ملزمة للمجتمع في ضوء المرحلة التي يعيشها المجتمع، والآفاق البعيـدة التي تطمح تلك السـلطة اليها استنادا الى مـدى نضج العوامل السياسية والاقتصادية والفكرية المعينة فالنصوص القانونية انمـا تعالج بدلالاتها المختلفة النماذج المعينة من الوقائـع التي تصورها المشرع ، ولكنها تخفي في روحها طموح المشرع واتجاهه فيما يتعلق بكيفية تطبيقها في الحالات العملية •

والحق ان روح النصوص التي تعني باعتقادي ، الفكـرة الاسـاس المهيمنة على المشرع عند وضع النصوص ، قد تاهم القضاء او تسـعفه في العثور على كثير من الاحكام القانونية • ذلك لان الصيغة كما قلنا ليست مجرد كلام عابر وانما هي فكرة مدروسة هادئة • ومن ثم يتعدى دور القاضي الانحباس في قيود الكلمات الجامدة ، فلا يكون عبدا للنص ، وانما يحاول دوما ان يستجلي من ثنايا تلك الكلمات الموجزة التي يضمنها المشرع نصوصه ويريد منها على ايجازها ان تلقي نور الحـق على كل ما تقذف به الحياة في ساحة القضاء من مشاكلها المعقدة ، الحلول لهذه المشاكل • وقد يتعدى دور القاضي عند الحاجة مبنى النص فيفسره حسب روحه • ان الحياة العمليـة المتطورة هي مصدر الضغط الاساس على القاضي ، ويكون القاضي بحكم اتصاله المباشر بالوقائع الحية حين يفصل في منازعات فعلية اكثر احساسـا بنواحي العدل وجوانب المصلحة دون ان يظل رهين التمسك باهداب المنطق والاوضاع المجردة اللذين سادا على قدر من التفاوت في اعمال الفقه • وكثيرا

ما كان القضاء يتصلب في بعض المسائل فيأبى مشايعة الفقه في نظريات بسح صوته في المادة بها متشبثا بصراحة النص محتجا بتعذر اغفاله بل وبدا القضاء في مسائل اخرى مثابرا بمخالفة نص صريح او متلبسا بمداورته رغم صراحة الاحكام المخالفة من [illegible] . ان القاضي يقول أولا في حسن النص فان لم يجد في لفظه او حكمته ما يسعفه سارع الى الجري مجرى المشرع في استلهام الحلول من واقع المجتمع ومن ضميره .

ونجد في القضاء الفرنسي امثلة عديدة في هذا المجال ويكفي ان نشير الى تفسير القضاء الفرنسي للمادة (١٠٠) مدني فرنسي التي تقضي ببطلان الشروط المستحيلة او المخالفة للآداب في عقود التبرع مع بقاء التصرف صحيحا ، ومداه بالرغم من صراحة النص الى بطلان التصرف باكمله اذا كان هذا الشرط هو السبب في عقد التبرع[٤٨] .

ولا يعني ما تقدم اتخاذ القضاء مصدرا من مصادر القانون كما هو رأي البعض من الفقهاء ، بل اختار الرأي القائل بان القضاء لا يعتبر مصدرا للقانون بالمعنى الدقيق في البلاد التي تنتظم الدولة فيها بمبدأ التشريع اذ لا يجوز للقاضي في هذه البلاد ان يصدر احكاما تكون لها قيمة القاعدة العامة المجردة فان فعل ذلك عد هذا تجاوزا للسلطة المخولة له . ولا كذلك الحال في النظم الانجلو سكسونية حيث تهيمن قاعدة السابقة القضائية[٤٩] .

والحقيقة ان القاضي يبدو في بعض المسائل اجدر من المشرع في وضع الحلول لا لانه يتوم بالتخفيف من التطبيق المطلق لنصوص القانون عندما

(٤٧) الدكتور حلمي بهجت بدوي ، تأثير القضاء الفرنسي في القضاء المدني الاهلي ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الخامسة ، العدد الرابع ص ٤٠٠ .

(٤٨) الدكتور حلمي بهجت بدوي ، المقال السابق ، ص ٤٠٢ ، ويشير الى حكم النقض في ٢ / يوليه / ١٨٦٨ ، داللوز ٦٨-١-٤٤٦ .

(٤٩) انظر الدكتور عبدالحي حجازي ، المرجع السابق ص ٤٨٧ وما بعدها .

يصل هذا الاطلاق الى حد الاجحاف فحسب ، بل لانه يقوم مقام التشارع الذي يتخلى من ناحيته عن تنظيمها الدقيق محيلا هذا التنظيم الى القضاء الذي يضع الحلول متأثرا بالعوامل الاخلاقية ، والاجتماعية ، والاقتصادية السائدة عند تطبيق النصوص .

ان من الامثلة البارزة على هذه المسائل ، تحديد العقود والتصرفات المخالفة للنظام العام والاداب فقد اكتفت المادة (٦) من القانون المدني الفرنسي بالنص على عدم جواز الاتفاق على ما يخالف القوانين المتعلقة بالنظام العام او الآداب[٥٠] وقضت المادة (١٣٠) من القانون المدني العراقي ف ١ « بانه يلزم ان يكون محل الالتزام غير ممنوع قانونا ولا مخالفا للنظام العام ولا للآداب والا كان العقد باطلا . وقد تولى القضاء تحديد ما هو مخالف للنظام او للآداب ، مستلهما حلوله من واقع النظام الاقتصادي والاجتماعي والسياسي .

سادسا ـ مدى حاجة النصوص الشرعية الى التفسير

ان من المعتقدات الاساسية في الاسلام ان الحاكم المطلق والحقيقي هو الله تعالى يؤكد ذلك قوله سبحانه « ان الحكم الا لله » ، وان القرآن الكريم هو البرنامج الالهي الشامل لهداية الانسان وسعادته فردا او مجتمعا وان محمدا (ص) هو رسول الله ومبعوثه الى الخلق اجمعين بلغ رسالة ربه وبينها بأمانة للناس ، وان النصوص الشرعية هي الآيات الكريمة والاحاديث النبوية الشريفة وان ما نقصده منها في بحثنا هذا هي النصوص التي تعالج العلاقات الاجتماعية التي تعنى بها القواعد الوضعية .

ولاختلاف طبيعة النصوص الشرعية عن طبيعة نصوص القانون الوضعي لابد من ملاحظة الامور الآتية :ـ

(٥٠) الدكتور حلمي بدوي ، المقال السابق ص ٤٠٣ .

١ ــ ان الشريعة الاسلامية ليست امتدادا للشرائع الوضعية السابقة او تطورا متصلا بها فلا يجوز النظر اليها او دراستها ضمن تطور القوانين اي ضمن الحركة التاريخية لتطور القوانين الوضعية ذلك لانها رسالة متفوقة الصلة بالارض من حيث المصدر وان كانت وثيقة الصلة بها من حيث الغاية والواقع .

٢ ــ ان الشريعة الاسلامية اقرت كثيرا من الاعراف الصالحة للعرب كما اقر الفقهاء المسلمون انطلاقا من هذا المبدأ وسببه اعراف امم اخرى كما استوحيت كثيرا من احكام الشرائع السماوية السابقة . وقد اشار القرآن الكريم في عدة آيات الى انه « جاء مصدقا لما بين يديه من التوراة والانجيل » الا انه زاد عليها بما فرضه واقع التطور الانساني وطموحه ، وطبيعة الدين الجديد الشامل الخالد .

٣ ــ ومع ان الحكم الاساس في الاسلام هو ان الحلال هو الذي يحل ، فان لكل حكم من الاحكام التي يأمر بها امرا او تنهى عنها نهيا ارتباطا بترتب غاية الحكم ويعتبر اثارة وملابساته[٥١] . وان هذا هو المنطلق الاول ــ باعتقادي ــ للنصوص في النصوص الشرعية . لقد قال فقهاء المسلمين في سبب شرعية المعاملات ما نجده مشابها الى حد بعيد ما قيل في ضرورة القانون . فقد جاء في التلويح شرح التوضيح[٥٢] « ان الله تعالى قدر لهذا النظام المنوط بنوع الانسان بقاء الى قيام الساعة وهو مبني على حفظ الاشخاص اذ بها بقاء النوع . والانسان لفرط اعتدال مزاجه يفتقر في البقاء الى امور صناعية في الغذاء واللباس والمسكن ونحو ذلك ،

(٥١) انظر التلويح شرح التوضيح للعلامة التفتازاني ، جـ ٢ ، ص ١٤١ .
(٥٢) المرجع السابق ص ١٤٤ .

وذلك يفتقر الى معاونة ومشاركة بين افراد النوع . ثم يحتاج للتوالد والتناسل الى ازدواج بين الذكور والاناث وقيام بالمصالح وكل ذلك يفتقر الى اصول كلية مندرجة من عند الشارع ، بما يحفظ العدل في النظام بينهم في باب المناكحات المتعلقة ببقاء النوع ، والمبايعات المتعلقة ببقاء الشخص اذ كل واحد يشتهي ما يلائمه ويغضب على من يزاحمه فيقع الجور ويختل امر النظام . ولهذا السبب شرعت المعاملات » . وهذا نموذج من الربط الفقهي للاحكام التي تتضمنها النصوص الشرعية باسبابها الظاهرة .

٤ ــ ان النصوص القرآنية قطعية الثبوت بصورة مطلقة ولكنها ليست قطعية الدلالة دائما بسبب من الاجمال او الاشتراك او غيرهما . واما الاحاديث النبوية فليست قطعية الثبوت ما عدا الاحاديث المتواترة ولكنها قد تكون قطعية الدلالة او ظنيتها .

٥ ــ ان النصوص الشرعية لم تعالج المسائل التفصيلية للاحكام الشرعية العملية الا في الامور التي تتطلب الثبات والدوام كبعض قضايا الاسرة واحكام الحدود . واكتفت بوضع القواعد العامة والاصول الكلية والخطوط العريضة للاحكام الشرعية . فالنصوص الشرعية هي موجهات للعمل ومن ثم انطلق علماء الشريعة صوب كل ناحية من كتاب الله تعالى واحاديث نبيه (ص) الصحيحة ينشدون منها طريقا للحكم او يلتمسون قاعدة شرعية مستمدين من علم الكلام ، وعلوم النحو والصرف والبلاغة ،

ومن علم المنطق ما اعانهم في بحوثهم . وقد اثمر مجهودهم في هذا الشأن علما جليلا هو علم اصول الفقه الذي ارسى مناهج البحث متزودا من موضوعاته بالمادة الاساسية لبحثنا في تفسير النصوص المدنية .

تبين مما تقدم ان شريعتنا الغراء مبنية على النصوص . وان هذه النصوص مبادىء عامة غالبا وموجهات خالدة يستنير بها القاضي لحكم العلاقات الشرعية المختلفة والمتعددة . وان من هذه النصوص الشرعية ما هي غير واضحة الدلالة على فهم المراد منها بل يتوقف ذلك على أمر خارج عن الصيغة والعبارة . فلا بد من وسيلة فعالة لبيان معاني الفاظ النصوص الشرعية ودلالاتها على الاحكام للعمل بتلك النصوص وتلك هي التفسير . هذا فضلا عن ان النصوص الشرعية تتميز بدقة سبكها وغزارة معانيها . وعمق مقاصدها ، واعجاز تشريعها

القسم الاول

عناصر النص القانوني والشرعي واسباب تفسيره

تتوزع دراسة هذا القسم على بابين نعالج في الباب الاول « عناصر النص القانوني والشرعي » ، وفي الباب الثاني « أسباب تفسير النص القانوني والشرعي »

الباب الاول

عناصر النص القانوني والشرعي

من البديهي ان مهمة المشرع الوضعي هي البحث عن حلول مختارة ومعالجات قانونية لشتى العلاقات الاجتماعية وأهم الوقائع المتصورة في ضوء المعطيات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية للظروف المحيطة به . وان هذه العملية تسبقها غالبا استقراءات للمعالجات القانونية السابقة أو التاريخية للعلاقات المشابهة وتخيلات لمختلف الوقائع المحتملة وموازنات لشتى الصيغ الشكلية للتعبير عما ينبغي الاستقرار عليه . وتنتهي هذه المرحلة بقرار معين قد يكون صيغة جاهزة انسجمت مع الظروف الجديدة او رأيا علميا جديدا يتبناه المشرع لحكم واقعة قانونية . ان هذا القرار يكون في الغالب حصيلة جهود فكرية ومتابعة علمية لحركة المجتمع وتقص لمسيرة القانون وتطوراته استخدم فيها عنصر المقارنة والمفاضلة .

ولكي يشكل هذا القرار قاعدة قانونية ملزمة يستدعي الامر صياغته في قالب لفظي يعكس المعنى المطلوب . وهذا ما نسميه بالنص القانوني .

وحيث ان النص يوضع ليحكم واقعة قانونية او يحدد مسألة معينة فانه لا يمكن التعبير عنه بكلمة واحدة مفردة او بجملة ناقصة بل لابد من التعبير عنه بقضية او جملة تامة تتألف من طرفين بينهما رابطة . وهذان الطرفان المفردان يسميهما المنطقيون موضوعا ومحمولا ويدعوهما المتكلمون ذاتا وصفة ، والفقهاء محكوما عليه ومحكوما به ، والنحويون مسندا ومسندا اليه[1] ومبتدأ وخبرا .

(١) شرح القاضي عضد الدين الايجي على مختصر المنتهى لابن الحاجب ج ١ ص ٩١ .

ان عناصر اى شيء تعني مادته وصورته . وفي ذلك يقول العلامة عضد الدين الايجي[2] « لكل مركب مادة وهي كالخشب للسرير ، وصورة وهي كالهيئة السريرية له . فمادته مفرداته التي يحصل هو من التئامها . وصورته الهيئة الحاصلة من التئامها . »

فلابد لمعرفة عناصر النص من نظرتين ، اولاهما : نظرة تحليلية تشخص مادة النص وأقصد بها مفرداته من حيث علاقتها بمعانيها . وثانيتهما : نظرة تركيبة تعنى بصورة النص ، واعني بها النص بهيئته الكاملة من حيث دلالته على مضمونه بلفظه وفحواه .

وبما ان لكل قاعدة قانونية او شرعية غاية عامة او مقصدا عاما من حيث كونه جزءا من القانون او هدفا خاصا من حيث انه يعالج واقعة معينة فلابد من دراسة اهداف القانون ومقاصد الشريعة ضمن دراسة عناصر النص يؤكد ذلك ما قاله العلامة جني[3] « اذا اردنا ان نشخص الارادة او نحللها فان البحث في القصد سيكون السائد فيه بالضرورة ولكن النص يبدو تجليا موثوقا به للروح التي لا تنفصل عنه » .

كما يؤيد رأينا هذا ان المشرعين لم ينتهم عند تشريع القانون وضع المذكرات الايضاحية التي تبين المقصد من تشريع القانون بوجه عام والمقصد الخاص من كل مادة وكذلك شأن النصوص الشرعية فانها لا تفهم على الوجه الصحيح الا اذا عرف المقصد العام للشارع من تشريع الاحكام وعرفت الوقائع الجزئية التي من أجلها نزلت الاحكام القرآنية او وردت السنة القولية او العملية . وفي ذلك قال العلامة ابن قيم الجوزية[4] « والحاكم اذا لم يكن

(٢) المرجع السابق ج ١ ص ٦٧ .

(٣) جني ، المرجع السابق ، فقرة ١٠٠ .

(٤) الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية للعلامة ابن قيم الجوزية ، مطبعة السنة المحمدية ١٩٥٣ ، ص ٤ .

فقيه النفس في الامارات ودلائل الحال ومعرفة شواهده وفي القرائن الحالية المقالية كفقهه في جزئيات وكليات الاحكام اضاع حقوقا كثيرة على اصحابها وحكم بما يعلم الناس بطلانه ولا يشكون فيه اعتمادا منه على نوع ظاهر لم يلتفت الى باطنه وقرائن احواله » .

ولما تقدم ، سنوزع هذا الباب على ثلاثة فصول . نخصص الفصل الاول لدراسة الجانب التحليلي لصياغة النص ، واعني به مفردات النص من حيث علاقتها بمعانيها . ونعقد الفصل الثاني لدراسة الجانب التركيبي من صياغة النص ، واعني به دلالة النص على مضمونه كقاعدة قانونية او شرعية. ونعالج في الفصل الثالث مقاصد النصوص وضعية او شرعية .

الفصل الاول

مفردات النص أو مادته

يقصد بصيغة النص التعبير بالالفاظ عن الصور الذهنية[1] وهي المعاني . فاللفظ من حيث افادته للمعنى هو القالب المادي الذي يتجسد فيه المعنى . وهو من هذه الجهة محل دراستنا . اما اللفظ من حيث انه صوت فلا شأن لنا به . ومما يعتبر من قبيل المواضعة فيما بين علماء البيان المسلمين ان يقولوا اللفظ ، وهم يريدون الصورة التي حدثت في المعنى . ويشبهون اللفظ بالصورة كعادتهم في تشبيه المعقول بالمحسوس والى ذلك يشير قول الجاحظ « وانما الشعر صياغة وضرب من التصوير[2] .

ولاشك في ان لهذه الصورة التي يعكسها اللفظ اهمية كبيرة في تحديد معاني وغايات النص[3] . وتتعاظم هذه الاهمية في النصوص التي توضع

---

(١) يرى الامام الرازي ان ما وضع له اللفظ هو الذهني دائما . ووجهه اما في المفرد فلاختلاف اللفظ لاختلاف الذهني دون الخارجي . فاذا راينا جسما من بعيدوظننناه حجرا سميناه به . فاذادنونامنه وعرفنا انهحيوان لكن ظننناه طائرا سميناه به . وهذا دليل على ان اللفظ يوضع للمعنى الذهني .واما فيالمركب فلأن مثل قام زيد يدلعلى انالمتكلم يحكم بانزيداً قائم وهو ذهني ان طابق هذا الحكم الواقع كان صدقا والا كان كذبا . فلا يدل على قيام زيد في الواقع الخارجي والا امتنع كذبه وكان صدقا دائما وليس كذلك .
انظر تفصيل الموضوع في « التقرير والتحبير » جـ ١ ص ٧٥ . وشرح الاسنوي لمنهاج البيضاوي جـ ١ ص ١٢١ وما بعدها .

(٢) العلامة التفتازاني ــ المطول في شرح تلخيص المفتاح ، جـ ١ ص ٢٢٨ .

(٣) يقول العلامة عضد الدين في كتابه شرح مختصر المنتهى « ان معنى المركب (كالقضية او النص مثلا) قد يكون زائدا على مجموع المفردات كالمزاج الحاصل لاجزاء المعجون الذي به تظهر آثاره وقد لا يكون كهيئة العشرة لآحادها » جـ ١ ص ٦٧ ــ ٦٨ المرجع السابق .

لحكم العلاقات الاجتماعية ، ذلك ان النصوص التي يختل فيها عنصر التعبير لاي سبب من الاسباب ، تؤدى الى اختلاف القضاة والفقهاء في تفسيرها وفي تحديد معناها مما يفضي مآلا الى زعزعة الاستقرار في نطاق تطبيقها ، ولذلك يجب ان تصاغ القواعد القانونية في عبارات مسبوكة سبكا دقيقا تراعى فيها الضوابط اللغوية والمنطقية • ذلك ان لحسن الصياغة والتعبير اهمية قصوى في سلامة الأداء وضمان الحقوق[٤] •

لقد حظيت مباحث الالفاظ ودلالاتها باهتمام لا مزيد عليه من قبل علماء التفسير والبيان وتصدرت تلك المباحث معظم مؤلفات وموسوعات الاصوليين والمناطقة المسلمين ادراكا منهم أهمية هذه المباحث في تفسير نصوص الشريعة والتعمق في معانيها واستنباط قواعد فقهية عامة كونت ثروة ضخمة للتشريع الاسلامي والفكر الانساني • وواضح ان اللفظ يمثل في

(٤) ورد في بحث الدكتور وجيه كاو عن سلطان الالفاظ « ان احد الامراء الصينيين استفتى فيلسوف الصين كونفشيوس فيما يصلح دولته بعد ان استبدت بها الفوضى والاضطراب فقال الفيلسوف ان الدولة تصلح بوضع الالفاظ في مواضعها » ، واضاف « حين لا توضع الالفاظ مرضعها تضطرب الاذهان وحين تضطرب الاذهان تفسد المعاملات وتفسد النسبة بين العقوبة والاثم وحين تفسد النسبة بين العقوبة والاثم لا يدري الشعب على اى قدميه يرقص ولا ماذا يفعل ماصابه » .

والحق ان الاضطراب يأتي من استعمال الالفاظ في غير ما اعدت له من المعاني فتنقل الى الذهن معنى مضطربا يقتضي من المرء ان يسلك سلوكا مضطربا ايضا فيضطرب المجتمع ويخسر الافراد والدولة معا . والى مثل ذلك نبه الفيلسوف أوجست كونت حين اقام نظريته في الاصلاح على اصلاح المفاهيم . اذ رأى ان المجتمع الانساني في عصره يشمله الفساد في مختلف فروع حياته . فارجع ذلك الى فساد الاخلاق كما ارجع فساد الاخلاق الى فساد التفكير وارجع فساد التفكير الى اضطراب سبل الفهم الذي يكون مرجعه استعمال العبارات في غير ما شرعت له من المعاني . (انظر عماد عبدالحميد النجار ، التنظيم القانوني لحرية الكلمة ومذاهب القضاء فيها) بحث منشور في مجلة المحاماة المصرية عدد ١ ، ٢/١٩٧٦ سنة ٥٦ ، ص ١٦٣ وما بعدها .

الواقع رمز الفكر وشحنة التعبير • وفي هذا يقول العلامة القطب في موسوعته القيمة[٥] (ان تعقل المعاني قلما ينفك عن تخيل الالفاظ وكأن المفكر يناجي نفسه بالفاظ متخيلة • فلاجل هذه العلاقة القوية صار البحث الكلي عن الالفاظ غير مختص بلغة دون لغة ، من مقدمات الشروع في المنطق • والا فالمنطقي من حيث هو منطقي لا شغل له بها •)

وبالنظر لضخامة التراث الاسلامي في هذا المجال ، فسأستمد منه ما كتبه علماء المسلمين من موضوعات لغوية واصولية تؤثر كثيرا في وضوح الصورة وجلاء المعنى للنصوص القانونية والشرعية وسأحاول ان القي ضوءا كاشفا على أهم تلك المباحث التي بها يتمكن القانوني من تحليل النص وسبر اغواره وتحديد اتجاهاته عند حاجته للتفسير ، وسأهمل الموضوعات التي تختص بالجوانب الدينية المحضة او الجوانب الفلسفية والكلامية لخروجها عن نطاق البحث •

وحيث اننا نعني في هذا الفصل بمعالجة الجانب التحليلي ، اي التعمق في مفردات النص وان تلك المفردات انما تبحث من حيث علاقتها بمعانيها اي كشفها لمعان محددة ، فاننا سنوزع دراسته على المباحث الثلاثة الاتية :ـ

اولا ـ دلالة اللفظ على المعنى •

ثانيا ـ وضع اللفظ للمعنى •

ثالثا ـ استعمال اللفظ في المعنى •

(٥) شرح المطالع في علم المنطق ، للعلامة قطب الدين محمد بن محمد الرازي المتوفى سنة ٧٤٤ ، طبعة حجرية ، طهران ١٣١٥هـ ـ ص ١٨ •

المبحث الاول

دلالة اللفظ على المعـــنى

الدلالة تعني كون الشيء بحال يلزم من العلم به العلم بشيء آخر . وقال بعضهم[1] هي كون الشيء بحيث يلزم فهمه فهم شيء آخر . وهـذه الدلالة تنقسم الى قسمين اولهما الدلالة اللفظية . وثانيهما الدلالة غـير اللفظية . ومع ان كلامنا ينحصر في الدلالة اللفظية ، فاننا نشير الى اقسـام الدلالة غير اللفظية اتماما للفائدة . فنقول : الدلالة غير اللفظية قد تكـون وضعية كدلالة الذراع على مقدار معين ودلالة اشارات المرور على التوقف او الاجتياز مثلا . وقد تكون عقلية كدلالة الاثر على وجود المؤثر او دلالة وجود المسبب على وجود السبب .

واما الدلالة فتنقسم الى ثلاثة اقسام . اولاها ، الدلالة اللفظية العقلية. كدلالة المقدمتين على النتيجة ودلالة اللفظ على وجـود اللافظ . وثانيتها ، الدلالة اللفظية الطبيعية كدلالة اللفظ الصادر من المريض عند السعال والتأوه على الالم . وثالثتها ، الدلالة اللفظية الوضعية وهذه الدلالة هي المقصـود هنا ، وهي عبارة عن كون اللفظ بحيث اذا اطلق فهم منه المعنى من كان عالما بالوضع . وقال الشيخ ابن سينا في الشفاء[2] « معنى دلالة اللفظ ان يكون اذا أرتسم في الخيال مسموع أسم ارتسم في النفس معناه فتعرف النفس ان هـذا المسموع لهـذا المفهوم . فكلمـا اورده الحس على النفس التفتت النفس الى معناها فيكون اللفظ بحيث كلما أورده الحس على النفس التفتت

(١) التقرير والتحبير شرح تحرير الامام الكمال بن الهمام ــ للعلامة ابن امير الحاج ، طبعة اولى ، بولاق ، جـ ١ ص ٩٩ .

(٢) شرح المطالع ، المصدر السابق ، ص ١٩ .

الى معناه وهو الدلالة وذلك بسبب العلم السابق بالوضع وكون صورتيهما محفوظتين عند النفس » .

وهذه الدلالة اللفظية تنقسم الى الاقسام الثلاثة الآتية[3] :ـ

١ ــ دلالة المطابقـة :

وهي دلالة اللفظ على تمام ما وضع له ، ومثالها ان يطلق لفظ البيت ويراد منه مجموع الجدران والاسـقف التي تحتويها ، ودلالة البيع على الايجاب والقبول . وهـذه الدلالة هي المقصودة في التخاطب وفي ميادين العلوم المختلفـة .

٢ ــ دلالة التضمن :

وهي دلالة اللفظ على جزأ ما وضع له . كدلالة لفظ البيت على الحائط او السقف ودلالة لفظ البيع على الايجاب او القبول . وفي هذا يقول العلامة عضد الدين[4] « الدلالة الوضعية منها لفظية بان ينتقل الذهن من اللفظ الى المعنى ابتداء وهي واحدة . لكن ربما تضمن المعنى الواحد جزئين فيفهم منه الجزءان وهو بعينه فهم الكل . فالدلالة على الكل لا تغاير الدلالة علـى الجزئين مغايرة بالذات بل بالاضافة والاعتبار وهي بالنسبة الى كمال معناها مطابقة والى جزئه تضمن » .

٣ ــ دلالة الالتزام :

وهي دلالة اللفظ على لازمـه كدلالة لفظ السقف على الحـائط فانه

(٣) انظر المطول في شرح تلخيص المفتاح للعلامة التفتازاني ، جـ ٤ ، ص ٧ وما بعدها .

(٤) شرح مختصر المنتهى ، ص ١٢١ .

مستتبع له استتباع الرفيق اللازم الخارج عن ذاته[٥] . وتمثل عادة في كتب الاصوليين والمناطقة بدلالة الاثنين على الزوجية . ومن المتعارف لديهم ان اللازم ينقسم الى بين وغير بين . اما اللازم البين فينقسم الى قسمين هما ، اولا ـ اللازم البين بالمعنى الاخص ، وهو الذي يكفي لتصوره مجرد تصور الملزوم ، وذلك مثل الزوجية للاثنين ، لان مجرد تصور الاثنين يكفي لتصور كونه زوجا لا فردا . وثانيا ـ اللازم البين بالمعنى الاعم وهو الذي لا يكفي لتصوره تصور الملزوم فحسب بل يلزم للجزم بوجود التلازم تصور الملزوم وتصور اللازم وتصور العلاقة بينهما فحينذاك يكون اللزوم واضحا . وقد اشترط المنطقيون في الدلالة الالتزامية ان يكون اللزوم بين المعنى الموضوع له والمعنى اللازم بيناً لا يحتاج الى دليل وأن يكون اللزوم عقليا وهو ما يحكم العقل بعدم الانفكاك بين اللازم والملزوم وان يكون تصور الملزوم كافيا في الحكم باللازم .

والسر في اشتراط المنطقيين ذلك ، ان الدلالة عندهم لا تتحقق الا اذا كانت مطردة . ولهذا عرفوا الدلالة اللفظية الوضعية بانها كون اللفظ بحيث كلما اطلق فهم منه معناه بعد العلم بالوضع .

واما علماء اللغة والاصول فأنهم لم يشترطوا الاطراد في الدلالة بل اكتفوا بتحققها في الجملة ولهذا لم يشترطوا اللزوم العقلي في الدلالة الالتزامية ولا ان تكون بينة ، بل اكتفوا بمطلق اللزوم ، عقليا او غير عقلي ، بينا او غير بين . والضابط عندهم ان يعلم المخاطب ان بين المعنيين ارتباطا يسمح به الانتقال من احدهما الى الاخر سواء كان ذلك مستندا الى العقل او العرف او غيرهما . ولهذا جرى في الدلالة الالتزامية الوضوح والخفاء ، ولو

(٥) انظر معيار العلم ، للامام الغزالي ، ص ٧٢ .

كان اللزوم عقليا لم يجر فيها الوضوح والخفاء[٦] .

ومن الجدير بالملاحظة ، ان دلالة الالتزام وكذلك التضمن لا يستفاد منها في المادين العلمية بل في الميادين الادبية ، وانها مهجورة في هذا ما هو اصطلاحا . بمعنى انه لا يجوز ان يذكر فيه ما يدل على المسؤول عنه ولا على اجزاءه بالالتزام بل الواجب ان يذكر ما يدل على المسؤول عنه بالمطابقة فقط[٧] .

هذا وقد كان للاصوليين نظرة اخرى الى دلالة الالفاظ من زاوية وضوحها او ابهامها وذلك من خلال التعمق في الالفاظ الواردة في الكتاب والسنة من آيات واحاديث . فرأوا انها على قسمين . اما القسم الاول فيتميز بانه يثير معاني واضحة وجلية يفهمها المخاطب دون الحاجة الى أمر خارج عن تلك الالفاظ . ولكن تتفاوت مراتب وضوحها في الدلالة على المعنى المراد ، فهي ليست على درجة واحدة في وضوح الحكم ، وانما يلاحظ ان بعضها أوضح من بعض . وأما القسم الثاني فلا يقدم الصورة الواضحة عن المعنى المقصود بل يضطر المخاطب الى البحث عن أمر خارج يعين على فهم وتوضيح تلك الالفاظ المبهمة بدرجات متفاوتة في الدلالة على معانيها .

ونحن لن نخوض هنا في تفصيل مناهجهم ومسالكهم في هذا البحث ، وانما نشير الى أهم العناوين التي تحدد درجات وضوح المعنى وابهامه بالقدر الذي يفيدنا في الاطلاع على النظرة المعمقة لاصوليينا الى ألفاظ النصوص الشرعية بغية الانتفاع بها في الدراسات القانونية المعاصرة .

(٦) انظر شرح المطالع المصدرالسابق ص ٢٣ . شرح مختصر المنتهى لابن حاجب ص ١٣١ .
الاستاذ زكي الدين شعبان ، دلالة الكتاب والسنة على الاحكام الشرعية ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية عدد ٢ يوليو ، ١٩٦١ ، ص ٣٢٢ .

(٧) المطول على تلخيص المفتاح ، ج ٤ ص ١٤ .

ولذلك ساقتصر على تعريف الالفاظ الواضحة ودرجاتها والالفاظ المبهمة ودرجاتها كالاتي :

أ ـ الالفاظ الواضحة

رأوا ان الفاظ الواضحة تتصاعد مراتبها في الوضوح على النحو الاتي :ـ

١ ـ الظاهر :

عرفه الامام السرخسي[٨] بانه « ما يعرف المراد منه بنفس السماع من غير تأمل وهو الذي يسبق الى العقول والاوهام لظهوره موضوعا فيما هو المراد » . أي أن الظاهر هو المعنى الأولى المتبادر الى الذهن سواء كان اللفظ قد سيق له ام لا[٩] .

٢ ـ النص :

وهو الذي يدل على المعنى المسوق لاجله دلالة واضحة .

والنص اقوى واوضح من الظاهر لسببين اولهما ، وجود قرينة من المتكلم تدل على ان اللفظ مسوق لهذا المعنى . وثانيهما ، ان احتماله للتأويل اضعف من احتمال الظاهر[١٠] .

ويمثل للظاهر وللنص بقوله تعالى « واحل الله البيع وحرم الربا » ذلك ان المعروف من اسباب النزول ان هذه الاية مسوقة لنفي التماثل بين البيع

(٨) أصول السرخسي جـ ١ ، ص ١٦٤ .

(٩) التلويح شرح التوضيح للعلامة التفتازاني جـ ١ ، مطبعة صبيح واولاده ، ١٣٦٧هـ ، ص ١٢٤ .

(١٠) المرجع السابق ، ص ١٢٤ .

والربا ردا على اليهود الذين زعموا ان البيع مثل الربا . فهذه الاية تعتبر ظاهرا في ان البيع حلال والربا حرام ونص في التفرقة بينهما . ومعلوم ان الظاهر والنص يحتملان التأويل[١١] .

٣ ـ المفسر :

وهو كما يقول الامام السرخسي[١٢] اسم للمكشوف الذي يعرف المراد به مكشوفا على وجه لا يبقى معه احتمال للتأويل . وبهذا يكون المفسر اوضح من الظاهر والنص ، ذلك لانه لا يحتمل شيئا من التأويل وذلك مثل قوله تعالى « الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة»[١٣] وواضح ان مائة عدد وهو لا يحتمل الزيادة والنقصان . ومما يجمع هذه الانواع الثلاثة انها تحتمل النسخ في عهد الرسالة .

٤ ـ المحكم :

وهو اللفظ الذي يدل على معناه دلالة واضحة قطعية لا تحتمل تأويلا ولا تخصيصا ولا يقبل النسخ سواء في حياة النبي (ص) ام بعد وفاته بالاولى . وهو عبارة عن الاحكام الاعتقادية والاساسية من قواعد الدين[١٤]

وأفاد الاصوليين ان قوله تعالى « فسجد الملائكة كلهم اجمعون » يصلح مثلا لمراتب الوضوح الاربع . فهو ظاهر باعتبار دلالته على سجود الملائكة . لان السجود لفظ خاص يحتمل التأويل . فقد يراد به نوع من الانحناء وليس السجود الحقيقي . وهو (نص) باعتبار دلالته على ان كل

(١١) التلويح ، جـ ١ ، المرجع السابق ، ص ١٢٠ .

(١٢) اصول السرخسي جـ ١ ، ص ١٦٥ .

(١٣) سورة النور / ٢ .

(١٤) الدكتور محمد اديب صالح ، تفسير النصوص الشرعية في الفقه الاسلامي ، دراسة مقارنة ط ٢ ص ١٧٢ .

الملائكة سجدوا . فقد ازداد وضوحا على الظاهر بمعنى من المتكلم ، لانه سيق لبيان انه لم يخرج عن طاعة الله الا ابليس . وهو (مفسر) لانقطاع احتمال التخصيص بقوله تعالى « اجمعون » . وهو (محكم) باعتبار اخبارا عن حادث وقع واخبار الشارع لا يقبل النسخ والابطال[١٥] .

ب ـ الالفاظ المبهمة :

لاحظ الاصوليون من خلال دراستهم للالفاظ المبهمة في نصوص الشريعة انها تتدرج في الابهام على النحو الآتي :ـ

١ ـ الخفي :

وهو اسم لما أشتبه معناه . وخفي المراد منه بعارض في الصيغة يمنع نيل المراد الا بالطلب[١٦] . وبعبارة أخرى هو اللفظ الظاهر في دلالته على معناه ولكن عرض له من خارج صيغته ما جعل في انطباقه على بعض افراده نوع غموض وخفاء لا يزول الا بالطلب والاجتهاد ، ويعتبر اللفظ خفيا بالنسبة الى هذا البعض من الافراد ، ومثل الاصوليون على ذلك بقوله تعالى « والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما »[١٧] ذلك ان لفظ السارق اذا كان ظاهرا واضح الدلالة على معناه الذي هو كما يقول الفقهاء آخذ المال المتقوم المملوك للغير خفية من حرز مثله ، فانه خفي في الطرار ـ النشال ـ وهو الذي يأخذ المال من الناس في يقظتهم على حين غفلة منهم ، كما انه خفي ايضا في النباش . وكان منشأ الخفاء فيهما اختصاص كل منهما باسم آخر غير السارق .

٢ ـ المشكل :

وهو ما خفي المراد منه بحيث لا يدرك الا بالتأمل اما لغموض في المعنى

(١٥) التلويح ١/١٢٦ . الدكتور محمد اديب صالح ، المرجع السابق، ص١٧٦
(١٦) الدكتور محمد اديب صالح ، المرجع السابق ص ١/٢٣١ .
(١٧) سورة المائدة / ٣٨ .

او لاستعارة بديعة[١٨] . وبعبارة اخرى هو اسم لما خفي المراد منه باللفظ نفسه لدخوله في اشكاله بحيث لا يدرك ذلك المراد الا بقرينة تميزه عن غيره وذلك عن طريق البحث والتأمل بعد التأمل[١٩] . ويمثل للفظ المشكل بالالفاظ المشتركة . فان اللفظ المشترك موضوع لغة لاكثر من معنى واحد وسنبين ذلك في حينه .

ويمثل للفظ المشكل في القانون بلفظ الليل الذي جعل ظرفا مشددا لعقوبة السرقة في قانون العقوبات ولم يرد في النص ما يحدد المعنى المراد من هذا اللفظ . فهل المراد به الفترة الممتدة بين الغروب والشروق ، أم الفترة التي يحل فيها الظلام خلالها ؟ .

٣ ـ المجمل :

وهو ما خفي المراد منه لان في اللفظ خفاء لا يدرك معناه الا ببيان من المجمل . سواء كان ذلك لتزاحم المعاني للفظ الواحد كالمشترك او لغرابة اللفظ او لانتقاله من معناه الظاهر الى ما هو غير معلوم كالصلاة والزكاة والربا[٢٠] ويمكن ان يمثل عليه بالعبارات القانونية المبهمة التي لا تتضح الا بالتفسير التشريعي .

٤ ـ المتشابه :

وهو ما خفي بنفس اللفظ ولا يرجى ادراكه اصلا او لا ترجى معرفته من قبل الراسخين في العلم كالمقطعات في اوائل السور . ان مواطن وجوده تبدو فيما له علاقة بالعقيدة واصول الدين من نصوص . واما النصوص المتعلقة بالاحكام التكليفية فليس فيها لفظ متشابه لا سبيل الى علم المراد منه[٢١] . ويلاحظ ، انه لا وجود لهذا النوع في النصوص القانونية .

(١٨) اصول البزدوي مع كشف الاسرار ١/٥٢ .
(١٩) الدكتور محمد اديب صالح ، المرجع السابق ١/٢٥٤ .
(٢٠) التلويح جـ ١ ، ص ١٢٧ .
(٢١) الدكتور محمد اديب صالح جـ ١ ، ص ٣١٨ .

المبحث الثـاني

وضع اللفظ للمعنى

من الثابت بالاستقراء ان معاني الالفاظ ليست منضبطة ومتساوية في شموليتها واهميتها وتحديدها ، ذلك لان من الالفاظ ما لايمكن حصر مسماه وأفراده ، ومنها ما يمكن ذلك ومنها ما وضع لأكثر من مسمى واحـد • وقد استطاع الاصوليون استقراء العلاقة الوضعية بين اللفظ والمعنى بغيـة استكشاف الضوابط والدلالات للتمييز بين اللفظ الموضوع لمعنى محـدد واللفظ الموضوع لمعنى غير محدد ، ليكونوا على بينة من تفاصيل هـذه العلاقة للاستفادة منها في عملية الاستنباط والاجتهاد • نقسموا اللفظ بحسب اللغة والصيغة ، اى باعتبار وضعه الى ثلاثة انواع اولها ، الخاص • وثانيها العام وثالثها المشترك[1] فقد رأوا بعد التتبع والتقصي لكلام العرب ولغـة الشريعة ، ان اللفظ اما أن يكون مسماه ومعناه محـددا ، أي يمكن ضبطه بالتشخيص كأن يقال محمد وهو شخص محدد ، او يمكن ضبطه بتحديـد نوعه كأن يقال انسان • أو يمكن تحديده كما كأن يقال عشرة ومثل هذا يقال له « الخـاص » • وما أن يكون مسماه غير محصور ، اي ان الواضـع لم يضعه مقابل معنى محدد بالتشخيص او النوع او الكم ، وانما وضع اللفظ لجميع الافراد التي يصدق عليها معناه بوضع واحد • ومثل هـذا يقال له (العام) • واما ان يكـون اللفظ الواحد موضوعا لمعان متعددة باوضاع مختلفة فيكون معناه غير محدد بسبب تعدد الاوضاع ، ومثل هذا يقال له (المشترك) •

(١) انظر التقرير والتحبير جـ ١ ص ١٧٥ وما بعدها ، شرح المنتهى جـ ٢ ص ٩٩ ، التلويح شرح التوضيح جـ ١ ص ٣٣ وما بعدها . الاسنوى جـ ٢ ص ٥٠ وما بعدها .

ولاهمية التمييز بين هذه المسميات في تحـديد معنى النص والتعرف على مسالك تفسير النصوص لدى فقهاء الشريعة الاسلامية سأفصل كلا من الخاص والعام والمشترك في الفقرات الثلاث الآتية على التعاقب •

١ ـ الخـاص :

يعرف بانه لفظ وضع للدلالة على فرد واحد بالشخص مثل احمد ، او واحد بالنوع مثل رجل ، او افراد متعددين محصورين مثل ثلاثة عشر رهطا وغير ذلك من الالفاظ التي تدل على عدد من الافراد ولا تدل على استغراق جميع الافراد • واستنادا الى طبيعة الخاص المحـددة قرر الاصوليون أن الخاص من حيث هو خاص اي من غير اعتبار العوامل الخارجية كالعوارض والموانـع والقـرائن التي تصـرفه عن ارادة المعنـى الحقيقـي يوجـب الحكم قطعا[2] • فهو اذا ورد في نص شرعي او قانوني دل دلالة قاطعة على معناه المحدد الذي وضع له حقيقة ، وثبت الحكم لمدلوله على سبيل القطع لا الظن • وعبارتهم في هذا المقام • ان الخاص يتناول مدلوله قطعا ويقينا لما اريد به الحكم الشـرعي[3] • وواضح ان الحكم المسـتفاد في قوله تعالى (فكفارته اطعام عشرة مساكين) هو وجوب اطعام عشرة مساكين ولا تحتمل [illegible] ولا نقصانا كما ان الاطعام لفظ خاص بمعناه • وكذلك الحكم المستفاد من المادة (٩٧ مدني عراقي فـ ٣) « وسـن التمييز سبع سنوات كاملة » هو ان سن التمييز يبدأ قطعا بمضي سبع سنوات من عمر الطفل • ويتضح من هذا النص ان كلمـة (كاملة) زائدة لا معنى لها ، ولا يبررها احتمال انها للتأكيـد ، ذلك ان وضوح الخاص يغني عنـه ، ولاسـيما في النصوص القانونية •

وقد اعترض بان قطعيـة تناول الخاص لمدلوله تتنـافى مع احتمـال

(٢) انظر التلويح جـ ١ ص ٣٤ وما بعدها .
(٣) التلويح جـ ١ ص ٣٥ .

وتبين ان مراد الشارع من العام ابتداء هو بعض افراده لا جميعها • ومثال ذلك ما جاء في الحديث الشريف « ليس للقاتل ميراث » حيث خصص عموم الميراث الوارد في آيات المواريث • ومثال ذلك ما نصت عليه المادة (١٦٥م٠ع) « انما تعتبر العادة اذا اطردت او غلبت والعبرة للغالب الشائع لا النادر » ، وفيها تخصيص عموم العادة المنصوص عليها في المادة (١٥٦) •

وقد يأتي دليل التخصيص تابعا للنص العام اى غير مستقل عنه • ويتحقق ذلك في الاستثناء والشرط والوصف والغاية • وقد يأتي بصورة مستقلة ومنفصلة • ومن اهم صوره العقل والعرف والحس وحكمة التشريع[١٦] •

ان هذا الاستعراض الموجز لمباحث التخصيص التي تعتبر من اعمق مباحث الاصول يكفي في هذا المجال ، ونحيل طالب المزيد الى مراجعة امهات الكتب الاصولية المعروفة •

جـ ـ دلالة العام :

يرى جمهور علماء الاصول ان حكم العام يثبت لجميع افراده • ذلك ان العموم كما يقولون معنى ظاهر تمس الحاجة الى التعبير عنه • وقد وضعت الفاظ العموم لهذا الغرض فلا يعتل التردد في استغراق حكمه لجميع الافراد[١٧] • ولكن شمول حكم العام لجميع الافراد يعتبر قطعا وبقينا عند مشايخ العراق وعامة المتأخرين ، ويعتبر ظنا ودليلا فيه شبهة عند الشافعي (رض) • ودليل الشافعي ان كل عام يحتمل التخصيص وان هذا الاحتمال اثر سلبيا في قطعية دلالة العام • ودليل الاحناف ان اللفظ متى وضع لمعنى

(١٦) الاستاذ المرحوم عبدالوهاب خلاف ، علم اصول الفقه ، ص ٢١٠ وما بعدها .

(١٧) التلويح ، المصدر السابق ص .

كان ذلك المعنى لا زما له الا ان تدل القرينة على خلافه ، ولو جازت ارادة البعض بلا قرينة ارتفع الامان عن اللغة والشرع بالكلية[١٨] • وموقف الاحناف أسلم في نظري لانسجامه مع الوضع الاساسي للغة ومع السير [illegible]

ان صيغ العموم هي الغالبة والشائعة في الصياغة القانونية • ذلك لان من خصائص القاعدة القانونية ان تكون عامة تسرى على جميع المخاطبين بها • فهي لا توضع لتسرى على شخص معين بذاته ولا على واقعة بعينها[١٩]

٢ ـ المشترك :

ويعرف بانه لفظ وضع لمعنيين او اكثر باوضاع متعددة يدل على ما وضع له على سبيل البدل • كلفظ العين حيث وضع مرة للباصرة واخرى لعين الماء النابع ، ولفظ عسعس لاقبل وأدبر •

والمشترك قد يكون اسما او فعلا او حرفا كحرف الواو الذي وضع للعطف والحال • ويقول العلامة عبدالوهاب خلاف « كل لفظ مشترك بين معنى لغوي ومعنى شرعي اذا ورد في نص شرعي فمراد الشارع منه معناه الذي وضعه له لانه لما نقل هذا اللفظ عن معناه اللغوي الى المعنى الخاص الذي استعمله فيه كان اللفظ في لسان الشارع متعين الدلالة على ما وضعه الشارع له • وكذلك في نصوص القوانين الوضعية • فلفظ الدفع ولفظ الحاول وغيرها يراد بها المعنى القانوني لا المعنى اللغوي وكذا لفظ الضبط ولفظ التسجيل[٢٠] •

(١٨) المصدر السابق ص ٤٠ .

(١٩) الدكتور حمد الكبيسي ، اصول الاحكام وطرق الاستنباط في التشريع الاسلامي ص ٢٨٨ .

(٢٠) عبدالوهاب خلاف ، المرجع السابق ، ص ٢٠١ وما بعدها .

وقد اعتقد بعضهم[٢١] ان الاشتراك لابد منه وانه ضروري بدليل ان الالفاظ متناهية لانها مركبة من ضم حروف متعددة متناهية وان المسميات غير متناهية واذا انحصر كل لفظ في التعبير عن معنى واحد بقيت معان لاحصر لها دون ألفاظ • وقد رد على ذلك باننا نحتاج الى التعبير عمـا نعقل وذلك متناه لامتناع تعقل ما لا يتناهى •

(٢١) انظر شرح مختصر المنتهى ، جـ ١ ، ص ١٢٨ وفيه تفصيل دقيق .

البحث الثالث

استعمال اللفظ في المعنى

ان اللفظ الموضوع لمعنى معين ان استعمل في المعنى الموضوع له لعلاقة بين المعنيين اى الموضوع له الحقيقي وغير الموضوع له فهو المجاز • وسنتكلم في هذين المصطلحين بايجاز فيما يلي :ـ

١ ـ الحقيقة :

الحقيقة وزنها فعيلة مشتقة من الحق • والحق لغة الثبوت • والحقيقة ان كانت بمعنى الفاعل فمعناها الثابتة من قولهم حق الشيء يحق بالضم والكسر اذا وجب وثبت • وان كانت بمعنى المفعول فمعناها المثبتة بفتح الباء من قولهم ـ حققت الشيء احقه اذا اثبته[١] •

والحقيقة اصطلاحا عبارة عن اللفظ المستعمل فيما وضع له في اصطلاح به التخاطب • وقد يختلف الوضع اللغوي عن الوضع العرفي والاصطلاحي • فتكون الحقيقة لغوية اذا استعمل اللفظ في معناه الموضوع له لغة • بمعنى انه خصص له وجعل دليلا عليه ، كالاسد للحيوان المفترس • وتكون الحقيقة شرعية او عرفية او اصطلاحية اذا استعمل اللفظ في معناه المصطلح عليه شرعا أو عرفا ، أو قانونا[٢] • ومن هـذا يتضح وجـه الفائدة في تقييـد تعريف الحقيقة بعبارة « في اصطلاح به التخاطب » •

(١) شرح مختصر المنتهى جـ ١ ، ص ١٣٨ . انظر الاسنوى شـرح منهاج البيضاوى جـ ١ ، ص ١٧٨ .

(٢) انظر التلويح ، جـ ١ ، ص ٦٦ وما بعدها .

٢ ـ المجـاز :

المجاز في اللغة الانتقال مصدر بمعنى الجواز او موضوع الانتقـال اسم المكان منه • وفي الاصطلاح هو اللفظ المستعمل في غير المعنى الموضوع له في اصطلاح به التخاطب لعـلاقة بينهما • فاستعمال لفظ المجـاز في مبحثنا هذا في معناه اللغوي يعتبر مجازا في الاصطلاح العلمي الذي يجري به تناول الموضوع •

ولابد ، في المجاز ، من وجود علاقة ما بينه وبين الحقيقة والا يكـون المعنى المجازي وضعا جديدا او غير مفيد في الاقل ، ونقصد بالعلاقة نوعا من الاتصال بين المعنى المستعمل فيه والمعنى الموضوع له • وللعلاقة المطلوبة اوجه مختلفة ومتعددة يمكن حصرها في الامور الخمسة الآتية[٢] :ـ

أ ـ الاشتراك في الشكل : وذلك كأن يكون المعنى المجازي متشـابها في الشكل مع المعنى الحقيقي كتشابه شكل الانسان مع الصورة المنقوشة، فيقال للصورة انها « انسان » •

ب ـ الاشتراك في الصفة ، على ان تكون تلك الصفة ظاهرة الثبوت للمعنى الحقيقي ، وان يكون لها مزيد اختصاص وشهرة بالمعنى الحقيقي لينتقل الذهن من المعنى الحقيقي اعني الموصوف الى الصفة ، فيفهم المجازي ، باعتبار ثبوت الصفة له كأطلاق لفظ الاسـد على الرجل الشـجاع للاشتراك في صفة الشجاع •

جـ ـ الكينونة السابقة ، ويعبر عنها بانه « كان عليها » اي كان المستعمل

(٢) انظر شرح المنتهى ، جـ ١ ، ص ١٤ وما بعدها .

فيه ، أعني المجازي ، على الصفة التي يكون اللفظ حقيقة فيها • مثل قوله تعالى (وآتوا اليتامى أموالهم) • اذ من الواضح ان المقصود هو وآتوا البالغين منهم • ولارتباط هذه المرحلة بمرحلـة اليتم السابقة ، والتي عبرت عنها بالكينونة السابقة ، عبر عن البالغين باليتامى •

د ـ الكينونة اللاحقة ، ويعبر عنها « بانه آيل اليها » • ويعني ان المستعمل فيه آيل غالبا الى الضفة التي هي المعنى الحقيقي مثل « اراني أعصـر خمرا » حيث ان المراد بالخمر ما يصير اليه العنب حيث يكـون خمرا بعد العصر •

هـ ـ المجاورة ، كأن تكون هنالك علاقة الجوار بشكل ما مثل جرى الميزاب والمراد الماء الذي هو مجاور للميزاب • وهذه العلاقة تشمل اطـلاق الجزء على الكل وبالعكس ، واطلاق السبب على المسبب وبالعكس •

الفصل الثاني

بنية النص على المقصود

ان النظرة التحليلة الى النص والبحث في دلالات مفرداته ليست مقصودة بالذات ، ذلك لان المشرع عندما يضع النص لحكم واقعة قد يمر بمفرداته دون ان يعيرها اهتماما تاما ولكنه يعمل جاهدا لان يكون النص الذي صاغه في قالب معين دالا على الحكم الواقع التي تصورها والنماذج المشابهة تلك الوقائع بشكل من اشكال الدلالة . فالنص القانوني الذي لا يعالج حالات واقعية حرى بالالغاء والنسخ . انني اعني بذلك ان النص القانوني او الشرعي انما ينظر اليه اولا وبالذات نظرة تركيبية . ومن خلال هذه النظرة تكتشف الاهداف والمضامين الحقيقية للنص .

وواضح ان ادراك الانسان لا يقف عند حدود تلك الرموز او تفسير الاشارات والاصوات . كما انه لا يجمد عند المعنى الحرفي للفظ وانما يغور في اعماق النص ويكتشف انواعا من الربط والعلاقات المتلازمة بين المعاني . ذلك ان مجالات المعرفة للانسان واسعة بحيث يستطيع ان يلتمس ما وراء الشيء . وقد تكون هذه الميزة احدى الحالات المتقدمة لفكر الانسان . ومن ثم يكتفي المشرعون عادة بوضع نماذج من المبادىء والقواعد العامة التي تشمل حلولا وافية ومعالجات لوقائع متعددة . ولا أبالغ اطلاقا اذ ادعي ان الفقهاء المسلمين والاصوليين منهم خاصة قد عرجوا بفكر الانسان الثاقب الى قمة المدارك فوضعوا أصولا منضبطة وضوابط اصولية لاستنباط الاحكام واستخراج المعاني من النصوص ، والبحث عن حلول لمسائل لم تعالجها النصوص وفقا لحكمة التشريع وروح النصوص الشرعية . فتركوا لنا وللفكر القانوني الانساني ثروة ضخمة تمد الباحثين في كل وقت وزمان بما يحتاجون

من وسائل التحقيق . وقد يكون لاعجاز القرآن التشريعي والبلاغي دور كبير في نهوضهم بهذه المهمة . ان ما اطرحه في هذا الفصل لا يعدو ان يكون غرفة من هذا البحر المحيط فقد وسعوا وافاضوا في دلالة النص واوجهها . وملخص ما قالوا : « ان دلالات النصوص على الاحكام لا تقف عند حدود المعنى الحرفي والسطحي للنص وانما تتعداها الى جوهر النصوص ومعقولها . وفي ذلك قال الامام الغزالي « اللفظ اما ان يدل على الحكم بصيغته ومنظومه أو بفحواه او بمعناه ومعقوله » .[1]

فالوسائل الرئيسة المباشرة لاستخراج الحكم من النص هي الاتية :

١ ــ الاستعانة بمنطوق النص وهيئته التركيبية . ويسمى هذا النوع دلالة المنطوق .

٢ ــ الاستعانة بمفهوم النص ايجابا وسلبا ، اي المفهوم الموافق والمفهوم المخالف ويسمى هذا النوع دلالة المفهوم .

ولذلك فان الترتيب المنطقي للبحث يقتضينا تقسيم هذا الفصل الى مبحثين رئيسين يختص أولهما بدلالة المنطوق ، وثانيهما بدلالة المفهوم .

---

(١) المستصفى للامام الغزالي تحقيق : محمد مصطفى ابو العلاء ، القاهرة ٩٧١ ، ص ٢٦٠ .

المبحث الاول

دلالة المنطوق

يقصد بدلالة المنطوق ذلك الحكم القانوني او الشرعي الذي يستفاد من الفاظ النص ، ويعرف بانه مادل عليه اللفظ في محل النطق[٢] .

ولا تنحصر دلالة المنطوق في حدود العبارة بل تشمل ايضا ما تدل عليه العبارة بالالتزام . وقد سمى الاخير بالمنطوق غير الصريح وأريد به كل من دلالة الاقتضاء ودلالة الاشارة ودلالة الايماء ، كما سمى الاول بالمنطوق الصريح وأريد به عبارة النص .

ان المنهج الطبيعي لتناول هذا المبحث يتطلب توزيعه على فقرات رئيسية اربع ، تخصص الفقرة الأولى لعبارة النص ، والثانية لاقتضاء النص ، والثالثة لاشارة النص ، والرابعة لدلالة الايماء .

١ ـ عبارة النص :

العبارة في اللغة تفسير الرؤيا . وقد سمي هذا النوع من الدلالة بها لانه يفسر ما في الضمير الذي هو مستور[٣] . والنص في اللغة رفع الشيء من نص الحديث اليه رفعه[٤] . والنص في السير هو الظهور فيه ومنه منصة العروس للكرسي الذي تظهر عليها[٥] ، وكذلك منصة الخطابة . والمراد به هنا ، المركب المفيد المستقل بالافادة[٦] . والمقصود بعبارة النص صيغته

(٢) شرح مختصر المنتهى ، ج ١ ، ص ١٧٢ .
(٣) التقرير والتحبير ج ١ ، ص ١٠٦ .
(٤) القاموس المحيط ـ مادة نص .
(٥) المستصفى ، للغزالي ، ص ٢٦٦ .
(٦) المرجع السابق ، ص ٢٦٦ .

المكونة من مفرداته وجمله ، وتعني هنا ما يفهم من هذه الصيغة من معنى يتبادر الى الذهن بمجرد فهم الفاظها . وما يفهم من عبارة النص هو المعاني والاحكام المتبادرة الى الذهن من صيغته والتي سيق النص لبيانها واقرارها، سواء كانت مقصودة من سياق الكلام او تبعا . ومتى كان المعنى ظاهرا فهمه من صيغة النص ، والنص سبق لبيانه وتقريره ، كان ذلك مدلول عبارة النص ويطلق عليه المعنى الحرفي للنص ، كما يطلق عليه الدلالة اللفظية ، وذلك ما يتحقق في كل نص قانوني او شرعي ، لان المشرع انما ساقه لحكم خاص قصد تشريعه به وصاغ الفاظه وعباراته لتدل دلالة واضحة عليه[٧] . فكل نص قانوني له معنى تدل عليه عبارته . وليس من الضروري ان يكون له ، بالاضافة الى المعنى الحرفي ، معنى يدل عليه بالاقتضاء او بالاشارة او بدلالة الايماء .

ولمزيد من الايضاح نورد فيما يلي نماذج من النصوص القانونية والشرعية :ـ

اولا ـ قال تعالى « واحل الله البيع وحرم الربا » . ان ما يتبادر الى الذهن فور قراءة هذه الآية الكريمة معنيان ، كل منهما مقصود من سياق النص . احدهما ، ان البيع ليس مثل الربا . وثانيهما ، ان البيع حلال وان الربا حرام . فحكم البيع الحل وحكم الربا التحريم ، وهذان المعنيان مفهومان من عبارة النص ومنطوقه الصريح . والفرق بين المعنيين هو ان الاول مقصود من السياق اصالة ، بدليل ان الاية الكريمة سيقت للرد على الذين قالوا « انما البيع مثل الربا » . والمعنى الثاني سيق تبعا لغرض تأكيد وتثبيت الفرق الكبير بين البيع والربا وانهما ليسا مثلين . ذلك ان اختلاف حكم كل منهما يؤكد ولا شك ان البيع ليس مثل الربا .

(٧) خلاف ، ص ١٥٩ .

ثانيا ــ تنص المادة (٥٠٨ مدني عراقي) على ان « بيع العقار لا ينعقد الا اذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون » وهو نص يفيد حكمين احدهما مقصود اصالة من سياق النص وهو عدم انعقاد البيع اذا لم يسجل على هذا النحو . والثاني هو وجوب وضع شكل معين للتسجيل . وهذا الحكم الثاني مستفاد ايضا من صيغة النص لكنه مقصود من سياقه لا اصالة بل تبعا للحكم الاول الذي هو المقصود من السياق اصالة[٨] .

ثالثا ــ تنص المادة (٤٦ مدني عراقي ف ١) على ان : « كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية غير محجور عليه يكون كامل الاهلية لمباشرة حقوقه المدنية » .

ان عبارة هذا النص ومعناه الحرفي تفيد ان الاهلية الكاملة لمباشرة الحقوق المدنية تتحقق عند توافر صفات ثلاث ، هي البلوغ والتمتع بالقوى العقلية وعدم الحجر . وقد سيقت هذه العبارة اصالة لهذا الغرض .

٢ ــ اشارة النص :

والمراد بها دلالة النص على معنى لا يتبادر الى الذهن من صيغته وليس مقصودا من سياقه ولكنه متلازم تلازما تاما مع المعنى المتبادر المقصود من الصيغة والسياق[٩] . فهو مدلول ملفوظ النص بطريق الالتزام . ولكونه معنى التزاميا وغير مقصود من السياق كانت دلالة النص عليه بالاشارة لا بالعبارة . ولما كان هذا المعنى لا يتبادر الى الذهن بمجرد قراءة النص او الاطلاع عليه ، فان ادراكه يحتاج الى قدر من التأمل والتفكير . ومع ذلك فان وجه التلازم قد يبدو ظاهرا وقد يكون خفيا . ولهذا قالوا ان مما يشير

(٨) د . عبدالله النقشبندي ، علم أصول القانون هامش ص ١٢١ .

(٩) د . عبدالله النقشبندي ، المرجع السابق ، ص ١٢٠ .

اليه النص قد يحتاج فهمه الى دقة نظر ومزيد تفكير ، وقد يفهم بادنى تأمل . فدلالة الإشارة هي دلالة على معنى هو لازم للمعنى الحرفي للنص ، غير مقصود من سياقه ، يحتاج ادراكه الى تأمل عميق او ادناه فيه حسب ظهور وجه التلازم وخفائه . وفي ذلك قال العزمة التفتازاني[١٠] « ان الثابت باشارة النص قد يكون غامضا بحيث لا يفهمه كثير من الاذكياء العالمين بالوضع . وتحقيق ذلك ان المعتبر في دلالة الالتزام عند علماء الاصول والبيان مطلق اللزوم عقليا كان او غيره ولهذا يجرى فيها الوضوح والخفاء » . وقد اشرنا في مبحث الدلالات الى ان الدلالة عند الاصوليين تعني فهم المعنى من اللفظ اذا اطلق بالنسبة الى العالم بالوضع ، اي بوضع اللفظ وتخصيصه للمعنى ، وعند المنطقيين تعني فهم المعنى من اللفظ متى اطلق ، ولذلك فانهم اشترطوا دون الاصوليين اللزوم البين[١١] .

ومن الامثلة على هذه الدلالة مما اورده الاصوليون ما يأتي :ـ

اولا ــ قوله تعالى « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » .

ان هذه الآية الكريمة سيقت اصلا لبيان ان نفقة الوالدات والمرضعات وكسوتهن على الوالد وجوبا . ان هذا الحكم هو مدلول عبارة النص ، لانه المعنى المتبادر الى الذهن . ولكن المتأملين المتعمقين فيها ادركوا انها تشير الى مدلولات واحكام فقهية اخرى لم تكن مقصودة من سياق النص ولكنها تكون من لوازمه . وقالوا في هذا الصدد ، ان في هذه الآية اشارة الى ان النسب للآباء فقط اي انه مختص به استدلالا من اللام التي تفيد الاختصاص في قوله تعالى « وعلى المولود له » والى ان الاب لا يشاركه احد في النفقة لولده عليه . ذلك لانه ما دام مختصا بنسب ولده فلا يعقل ان يشاركه احد في الانفاق عليه . وقد فهم من هذا الاختصاص ايضا ان الاب له عند احتياجه

(١٠) التلويح ، جـ ١ ، ص ١٣١ .

(١١) انظر المرجع السابق ص ١٣١ .

ان يمتلك بغير عوض من مال ابنه ما يسد به حاجته لان اللام للملك والاختصاص واذا كان تملك الولد غير ممكن فتملك ماله امر وارد وجائز » .[١٢]

وهذا حكم ملازم لمعنى اللفظ وغير مقصود من سياق النص ، وانما دل عليه بطريق الاشارة .

والذي أراه ان اختصاص الاب بالنسب يمكن ان يعزى فهمه الى عبارة النص لا الى اشارته ،لان المعنى الحرفي للام هو الاختصاص . وكل ماهنالك ان ادراكه يتطلب تعمقا في اللغة .

ثانيا ــ قوله تعالى في بيان من لهم نصيب في الفيء « للفقراء المهاجرين الذين اخرجوا من ديارهم واموالهم يبتغون فضلا من الله ورضوانا» .

يفهم من عبارة النص ان هؤلاء الفقراء المهاجرين يستحقون نصيبا من الفيء . وقد دل وصف المهاجرين بالفقراء لزوما واشارة على ان المهاجرين لم يعودوا مالكين لاموالهم التي تركوها حين اخرجوا من ديارهم . وهو حكم لازم لمعنى لفظ في النص وان كان غير مقصود من سياقه[١٣] .

ومن الامثلة على اشارة النص في النصوص القانونية ما يأتي :ــ

١ ــ نصت المادة العاشرة من القانون المدني العراقي على انه « لا يعمل بالقانون الا من وقت صيرورته نافذا ، فلا يسرى على ما سبق من الوقائع الا اذا كان القانون الجديد متعلقا بالنظام العام » . ان من جملة ما يفهم من هذا النص ان القاضي يجب عليه الاسترشاد بما يميز به بين ما هو داخل في النظام العام وما هو خارج عنه سواء كان ما يحصل به التمييز احكاما تشريعية او قواعد فقهية . ولم يفهم هذا الحكم من صيغة النص

(١٢) انظر التلويح ، جـ ١ ، ص ١٣١ وما بعدها .

(١٣) التلويح ، جـ ١ ، ص ١٣٠ .

وسياقه بل من كونه متلازما مع الحكم الخاص بسريان القانون وعدم سريانه على الوقائع السابقة . ذلك لان حكم السريان على هذه الوقائع قد جعل متوقفا على تعيين ما هو من النظام العام ، وكل ما يتوقف عليه التعيين يقوم بينه وبين الحكم الاصلي ذلك التلازم الحاصل بين الشرط والمشروط .

٢ ــ تنص الفقرة الاولى من المادة (٩٠) من القانون المدني العراقي على ما يلي : « اذا فرض القانون شكلا معينا للعقد فلا ينعقد الا باستيفاء هذا الشكل ما لم يوجد نص بخلاف ذلك » .

سيق هذا النص لبيان ان العقد الذي لم يستوف الشكل المعين الذي فرضه القانون لا ينعقد الا اذا وجد نص يسمح بذلك ، ولكن فيه اشارة الى ان الشكل المطلوب يصبح ركنا في العقد فيبطل العقد في حالة عدم استيفائه .

٣ ــ اقتضاء النص :

قد يتوقف صدق الكلام او صحته من الناحية العقلية والشرعية والقانونية على تقدير واضافة شيء آخر يصدق الكلام به او يصح . ودلالة الكلام على مثل ذلك الشيء المسكوت عنه والمقصود للمتكلم تسمى دلالة الاقتضاء . وبما ان ارتباط المسكوت عنه والمقدر بالنص واضح اعتبرت هذه الدلالة من قبيل المنطوق . وقد عارض في انتماء دلالة الاقتضاء وأقسام المنطوق غير الصريح الى فصيلة المنطوق بعض الاصوليين . فالعلامة الآمدي لم يجعل المنطوق غير الصريح من المنطوق ولا من المفهوم ، بل قسيما لهما أي قسما مستقلا . والعلامة البيضاوي جعل المنطوق غير الصريح من قبيل دلالة المفهوم . اما المحقق التفتازاني فقد أشار الى ان مسألة الفرق بين المفهوم وغير الصريح من المنطوق محل تأمل ونظر . ويقصد بذلك ان الموضوع يتسع الاكثر من وجهة نظر واحدة وقد يكون النزاع لفظيا عند التحقيق . وأرى انه ما دامت استقامة منطوق النص متوقفة على تقدير شيء معين فان

ذلك الشيء يعتبر بمنزلة المنطوق • ومثال ذلك عند الاصوليين قوله (ص) « رفع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » • فقد قالوا ان صدق هذه العبارة يقتضي تقدير المؤاخذة على الخطأ والنسيان والاكراه لان ظاهرها يدل على رفع الفعل وهذا غير معقول لان الخطأ والنسيان لم يرفعا[14] •

ومن الامثلة على توقف صحة الكلام العقلية على تقدير مسكوت قوله تعالى « واسئل القرية » فان تقديره « واسأل اهل القرية » ذلك ان سؤال القرية لا يصح عقلا ومنطقا فيقتضي الكلام تقدير ما يصحح الكلام وهو لفظ « الاهل » •

ومن الامثلة على اقتضاء الصحة الشرعية قول شخص لمن يملك عقارا معينا « تصدق بعقارك هذا عني بالف دينار على جهة خيرية معينة » • ذلك لان من البديهي شرعا وقانونا ان الوكيل لا يمكنه التبرع عن الموكل في مال اجنبي ، وانما يجب ادخال المال في ذمة الآمر ثم يجري التبرع به • وعليه فان صحة هذا الكلام شرعا تستلزم تقدير سبب من اسباب الملك ، كأن يقال تصدق بعقارك هذا عني بعد شرائه بألف دينار • فالامر يقتضي شراء الآمر للمال بألف دينار ثم ينوب عنه بعدئذ من وجه اليه الامر في التصدق • فحكم الشراء هنا دل عليه الكلام دلالة اقتضاء[15] •

ومن الامثلة عليه في رأي بعض الكتاب[16] شراء شخص غير كامل الاهلية عقارا ثم يتصرف به بعد بلوغه سن الرشد ، لان التصرف يدل على النزول عن حق طلب ابطال العقد الذي ابرمه وهو ناقص الاهلية • اي انه يدل على النزول عن طلب البطلان بحكم الاقتضاء • الا انني أرى ان هذا المثال لا يرد في هذا الصدد لان التصرف المشار اليه يعتبر قرينة قانونية للنزول عن الحق

(١٤) شرح مختصر المنتهى ، جـ ١ ، ص ١٧٢ .
(١٥) انظر شرح مختصر المنتهى ، المرجع السابق ، جـ ٢ ، ص ١٧٢ .
(١٦) البدراوي ، المرجع السابق ، ص ٢٢٠ .

في الابطال ولا يكون دالا عليه بحكم الاقتضاء • ذلك لان دلالة الاقتضاء هي دلالة نص وليست دلالة فعل ، ولا يجوز الخلط بينهما •

ومن الامثلة على دلالة الاقتضاء في القانون المدني العراقي نص المادة (٧٦٨)[17] « يصح ان تكون الاجرة نقودا كما يصح ان تكون اي مال آخر » •

فقد ورد النص مطلقا ولو سايرنا اطلاقه وفهمناه حسب صيغته وحدها لكان الحكم جواز دفع بدل الايجار نقودا او اعيانا او خدمات في الاحوال كلها ، سواء اتفق اولم يتفق فيها الطرفان المتعاقدان على نوع البدل • والحق ان هذا الحكم ليس مقتضى النص وانما مقتضاه صحة اتفاق المتعاقدين على ان تكون الاجرة نقودا او غيرها • وقد أتى النص ناقصا لكن تمامه يعرف بطريق الاقتضاء على هذا النحو • ومن ثم لا يجوز ان تجعل الاجرة غير ما يتفق عليه الطرفان المتعاقدان •

٤ — دلالة الايماء :

يطلق الايماء على كل نص يقترن فيه الحكم بوصف تدل ظروف الحال على ان ذلك الوصف هو علة الحكم • وهذا هو المقصود بالضابط الذي وضعه العلامة العضد للايماء حيث قال[18] « هو كل اقتران بوصف لو لم يكن هو او نظيره للتعليل لكان بعيدا فيحمل على التعليل دفعا للاستبعاد • وكذلك يلتقي تعريفنا للايماء مع ما قيل بانه اي الايماء « ما يدل على علية وصف بحكم بواسطة قرينة من القرائن »[19] •

ومن امثلة ذلك ما يلي :—

١ — ان يذكر المشرع مع الحكم وصفا مناسبا له مثل قوله (لا يقضي

(١٧) انظر د . عبدالله النقشبندي ، علم اصول القانون ، ص ١٢٣ .
(١٨) شرح مختصر المنتهى ، جـ ٢ ، ص ١٧٢ .
(١٩) الاسنوى ، شرح منهاج البيضاوي ، جـ ٣ ، ص ٣٢ وما بعدها .

القاضي وهو غضبان) فان هذا القول يدل ايماء على ان الغضب هو علة عدم جواز الحكم لان الغضب يذهب باستقامة القاضي ونزاهته الموضوعية ويعرضه للتأثر بالمسائل العاطفية •

التي حازت درجة البتات تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق » • نقد اقترن في هذا النص الحكم وهو حجية الاحكام فيما فصلت فيه ، بوصف الاحكام بانها التي حازت درجة البتات ، اى حجية الاحكام التي حازت درجة البتات فيما فصلت فيه • وبذلك يكون الوصف ايماء على ان علة حجية الاحكام تلك هي انها حازت درجة البتات •

لقد اعتقد البعض[٢٠] من الاصوليين ان مثل هذه الدلالة اى دلالة الايماء على علية الوصف للحكم هي دلالة التزامية لان التعليل فيه يفهم من جهة المعنى لا من جهة اللفظ ، ولكن العلامة القاضي تاج الدين السبكي رد عليهم بقوله[٢١] « والحق عندي في هذا ان يقال ترتيب الحكم على الوصف يفيد العلية بوضع اللغة ولم تضع العرب ذلك دالا على مدلوله بالقطع والصراحة ، بل بالايماء والتنبيه » • وهو رد مقنع في رأيي •

(٢٠) الابهاج ، شرح منهاج البيضاوي ، جـ ٣ ، ص ٣٢ وما بعدها .
(٢١) المرجع السابق ، جـ ٣ ، ص ٣٢ وما بعدها .

المبحث الثاني

دلالة المفهوم

ان حدود عبارة النص ومقتضياتها اللفظية ليست المجال الوحيد لتقرير الاحكام بل قد يشاركها في ذلك فحوى النص ومقصده • فالنص له مجالان في دلالته على الاحكام القانونية أو الشرعية • اما المجال الاول فيتحدد بالمعنى الحرفي للنص اي بحدود عبارة النص ومقتضياته اللفظية وهذا ما يسمى دلالة المنطوق • واما المجال الثاني فيتحدد بفحوى النص وروحه ودليله ويسمى دلالة المفهوم •

ان دلالة المفهوم عبارة عن عملية فهم وادراك احكام قانونية او شرعية لا من الفاظ النص بل من مقصده ومعناه • فان كانت تلك الاحكام موافقة ومترابطة كل الترابط مع الاحكام المستخرجة من ملفوظ النص سميت العملية بـ « المفهوم الموافق » وان كانت مخالفة لملفوظ النص ، وكان هذا الاختلاف ناشئا عن اعتبار قيد معين مثل الصفة والشرط والغاية في منطوق النص وعدم اعتباره هنا سميت بـ « المفهوم المخالف » •

ولأهمية هذين المفهومين في تعميق النظرة التركيبية الى النص فانني سأتولى تفصيلهما في الفقرتين الآتيتين :ـ

١ ـ المفهوم الموافق :

ويراد بالمفهوم الموافق التوسع في حكم النص بحيث ينسحب على ما تنطبق عليه علته الواضحة المفهومة لغويا دون الحاجة الى الاجتهاد والرأي • وكل ما تنطبق عليه مثل هذه العلة يكون ولا شك مقصودا من النص ، ومن ثم يسمى فحوى الخطاب أو لحن الخطاب كما يسمى تنبيه الخطاب • ومثل

هذا المفهوم يسمى « دلالة النص » عند الاحناف . فاذا دلت عبارة النص على حكم واقعة وبنى ذلك الحكم على علة واضحة مفهومة في العبارة بمجرد فهم اللغة ، ووجدت واقعة اخرى تتوافر فيها تلك العلة بصورة متساوية او بصورة اوضح واولى وكانت تلك المساواة او الاولوية تتوافر الى الفهم دون حاجة الى الاجتهاد او القياس فانه يفهم لغة ان ذلك النص يتناول الواقعتين ، وان الحكم الثابت لمنطوقه يثبت لمفهومه الموافق له في العلة سواء كان مساويا او اولى .

وقد حصر بعض الاصوليين من الشافعية[1] فكرة المفهوم الموافق في حال يكون فيها المسكوت عنه اولى بالحكم من المنطوق . ولم يعتبر هذا البعض حال التساوي اي فيما اذا كان المسكوت عنه مساويا في العلة مع المنطوق .

وقد انتقد هذا الرأي لانه يؤدي الى اهدار هذه الدلالة بعد الافتراض بان مجرد فهم اللغة يكفي لثبوت الحكم للمسكوت عنه كما يكفي ذلك لثبوته للمنطوق .

وقد أول هذا النزاع بانه يمكن ان يكون اختلافا في الاصطلاح ولا مشاحة فيه . حيث اصطلح بعضهم على تسمية الدلالة على ماهو اولى بالحكم من المنطوق بنحوى الخطاب ، وعلى ما هو مساو له فيه بلحن الخطاب[2] .

ونسب الى الامام الشافعي القول : بان هذا النوع من الدلالة هو قياس جلي .

واوله بعضهم بان مراده ان صورته صورة قياس شرعي . ويؤخذ منه حكم شرعي كما في سائر الاقيسة وان كان المقيس معلوما لغة بخلافه في

(١) التقرير والتحبير ، ج ١ ص ١١٢ . شرح مختصر المنتهى ج ٢ ، ص ١٧٢ وما بعدها .
(٢) التقرير ج ٢ ، ص ١١٢ .

بقية الاقيسة[3] . ذلك ان هنالك فرقا بين هذا النوع من الدلالة وبين القياس — ومفاده ان مساواة المفهوم الموافق لمنطوق النص تفهم بمجرد فهم اللغة من غير توقف على اجتهاد واستنباط ، واما مساواة المقيس عليه والمقيس فلا تفهم بمجرد فهم اللغة بل لابد من اجتهاد في استنباط العلة في حكم المقيس عليه وفي معرفة تحققها في المقيس[4] .

ولاهمية هذا المفهوم في الدلالة على الاحكام الشرعية والقانونية نورد فيما يلي نماذج له في الشريعة والقانون .

١ — قال سبحانه وتعالى « فلا تقل لهما أف ولا تنهرهما » . ان منطوق النص يحرم مخاطبة الوالدين بما يفيد السأم والضجر والملل منهما ، ويحرم مفهومه التعامل معهما بالقسوة والشدة وشتى انواع الايذاء .

٢ — قال (ص) « لا يحل للرجل ان يعطي العطية فيرجع فيها الا للوالد فيما وهب لولده » : ان هذا يدل بمفهومه الموافق على ان المرأة كالرجل في هذا الحكم لتساوي العلة .

٣ — تنص المادة (٧٦٢) مدني عراقي على انه « اذا كان المأجور يجب على المستأجر ان يستعمله على النحو المبين في عقد الايجار فان سكت العقد وجب عليه ان يستعمله بحسب ما أعد له وفقا لما يقتضيه العرف » .

ففي حال سكوت العقد وجب استعمال المأجور فيما اعد له وليس فيما لم يعد له عرفا .

وعلة الحكم مفهومة منه ، لان الغرض هو الحيلولة دون ما يؤدي اليه

(٣) التقرير والتحبير ، المرجع السابق ، ص ١٠٩ .
(٤) شرح مختصر المنتهى ، ج ٢ ص ١٧٣ .

الاستعمال غير العـادي من عطب في المأجـور • وما دام الامر كذلك فيفهم من نص المادة حكم اخر من باب اولى ، وهو عدم جواز احداث المسـتأجر تخريبا او هدما في المأجور لان علة الحكم اكثر تحققا في التخـريب منها في الاستعمال غير العادي •

٢ ــ المفهوم المخالف :

ويقصد به الحكم المغاير لحكم منطوق النص والناشيء عن تخلف قيد من القيود المعتبرة فيه • فاذا كان منطوق المادة (٩٦) مدني عراقي « تصرفات الصغير غير المميز باطلة » حاكما ببطلان تصرفات الصغير غير المميز فان تخلف وانتفاء قيد معتبر في الحكم وهو غير المميز يؤدي الى حكم آخـر مخالف ومغاير لحكم المنطوق فلا تبطل تصرفات الصغير المميز •

ان اهم القيود والمفاهيم المعتبرة عند الجمهور هي الآتية :

اولا ــ مفهوم الصفة :

وهو دلالة اللفظ المقيد بصفة على نقيض الحكم الثابت للموصوف •

واستدل على هذه الدلالة بوجوه اهمها ما يلي :ــ

١ ــ ان مثل هذه الدلالة متبادر الى الفهم عرفا[٥] • فقد فهموا من قوله (ص) « لي الواجد ظلم يحل عقوبته وعرضه » اى مطل الغنى ظلم يحل حبسه ومطالبته ؛ ان مطل الغنى ليس بظلم •

٢ ــ ان تعليق الحكم بوصف معين وربطه به مشعر بان ذلك الوصف علة للحكم • فيقتضي الامر عدم الحكم عند عدم ذلك الوصف ،

(٥) التلويح ، جـ ١ ، ص ١٤٣ •

اي تخلف ذلك الحكم عند تخلف ذلك الوصف ، لانتفاء المعلول بانتفاء العلة[٦] •

ويعتبر مفهوم الوصف اهم المفاهيم واوسعها في الدلالة على الحكم المخالف •

وليس المراد بالصفة النعت ، بل التعرض لاي قيد في الذات نعتا كان او غيره • بل حاول البعض ارجاع جل المفاهيم الى مفهوم الصفة • فقال امام الحرمين في البرهان « حصر الشافعي رحمه الله مفهوم المخالفة في وجوه من التخصيص ــ التخصيص بالصفـة والعدد والحد اى الغايـة والتخصيص بالزمان والمكان[٧] •

ومن الامثلة على ذلك من النصوص المدنية ما يلي :ــ

١ ــ نصت المادة (٦٠٥) مدني عراقي على انه « اذا وهب شيء لصبي غير مميز قام متامه وليه او من هو في حجره » ، حيث يدل وصف الصبي بعدم التمييز على ان الحكم يختلف في حال تخلف هذا الوصف اى ان الصبي المميز لايقوم متامه وليه وانما يجوز له ان يقبض هبته بنفسه •

٢ ــ نصت المادة (٤٣٣) مدني عراقي على ما يأتي « تحسب المدة التي تمنع من سماع الدعوى بالتقويم الميلادي وتكون بالايام لا بالساعات » وهو نص يفهم منه انه لا تحسب المدة بالتقويم الهجري •

(٦) التلويح ، جـ ١ ، ص ١٤٣ •

(٧) التقرير والتحبير ، جـ ١ ص ١١٧ • الاسنوى جـ ١ ص ١١٧ •

٣ ــ مسلك القانون المدني المصري القديم بترك النص على جواز او عدم جواز بيع الشيء المستقبل ، ولكن القانون المذكور نص صراحة على عدم جواز بيع الحقوق في تركة انسان على قيد الحياة واعتبر ذلك باطلا ولو برضى المتعاقد ، وحيث ان التركة المستقبلة ليست الا حالة جزئية من حالات بيع الشيء المستقبل فان تخصيصها بهذا الحكم يفهم منه ان سائر الجزئيات الاخرى لاتشترك معها فيه ، ولذلك فان بيع الشيء المستقبل يعتبر صحيحا بطريق الاستنتاج من مفهوم المخالفة[٨] .

٤ ــ تنص المادة (١٤٩) من القانون المدني العراقي على انه « لا يجوز الطعن بالصورية في التصرفات الواقعة على العقار بعد تسجيلها في دائرة الطابو » . ويفهم منه مخالفة ان من الجائز الطعن بالصورية قبل التسجيل في دائرة الطابو .

ثانيا ــ مفهوم الشرط :

وهو دلالة اللفظ المفيد لحكم معلق على شرط على نقيضه عند عدم الشرط وتخلفه[٩] ، وهو من المفاهيم الواضحة البينة ذلك لانه اذا ثبت كونه شرطا لزم من تخلفه انتفاء المشروط[١٠] ، ومثال ذلك :ـ

١ ــ قوله تعالى « وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن »[١١] . فان مفهومه المخالف يدل على انهن ان لم يكن اولات حمل فاجلهن للانفاق يكون بخلاف ذلك .

٢ ــ تنص المادة (٨٤) مدني عراقي على انه « اذا حدد الموجب ميعادا للقبول التزم بايجابه الى ان ينقضي هذا الميعاد » ان

(٨) الاستاذ عبدالرحمن البزاز ، مبادىء اصول القانون ص ٢٠٦ ومابعدها .
(٩) انظر التقرير والتحبير ، ج ١ ، ص ١١٦ .
(١٠) التلويح ، ج ١ ص ١٤٥ ، وما بعدها .
(١١) سورة الطلاق ، الآية ٦ .

المفهوم المخالف له هو ان الموجب لا يكون ملتزما بايجابه اذا لم يحدد ميعادا معينا للقبول .

ثالثا ــ مفهوم الغاية :

وهو دلالة اللفظ الذي قيد فيه الحكم بغاية على نفيه بعدها . وبعبارة اخرى انه دلالة اللفظ المفيد لحكم عند مده الى غاية معينة على نقيض الحكم بعدها[١٢] .

ومثاله قوله تعالى « فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » فان مفهومه المخالف المستفاد من حتى الغائية يدل على انها تحل له بعد ان تنكح زوجا غيره وتنقضي عدتها بعد الفرقة من الزوج الاخير .

ويمثل لمفهوم الغاية باي نص تشريعي يتحدد نفاذه بفترة معينة ، فان حكمه لا يطبق على الوقائع اللاحقة لتلك الفترة .

رابعا ــ مفهوم العدد :

وهو دلالة اللفظ المفيد لحكم عند تقييده بالعدد على نقيض الحكم فيما عدا العدد . كقوله تعالى « فاجلدوهم ثمانين جلدة » فانه يدل على ان الزائد على هذا العدد غير واجب . والحقيقة ان مفهوم العدد لم يستقر انباته عند القائلين بالمفهوم المخالف فقد قال جمع منهم امام الحرمين ان قصر الحكم على العدد لا يدل على نفيه عما زاد او نقص الا بدليل منفصل[١٣] .

خامسا ــ مفهوم اللقب والاسم الجامد[١٤] :

وهو دلالة تعليق حكم باسم جامد على نفي الحكم عن غيره . فالقول

(١٢) التقرير والتحبير ، ج ١ ص ١١٦ .
(١٣) الابهاج ، ج ١ ، ص ٢٣٤ .
(١٤) انظر التقرير والتحبير ، ج ١ ص ١٤١ . الابهاج ج ١ ص ٢٣٤ .

« في الغنم السائمة زكاة » قد يستدل منه نفي الزكاة من غير الغنم . الا ان جمهور الفقهاء نفوا مفهوم اللقب ولم يعيروه اهتماما في مجال استخراج الاحكام الشرعية .

ان فقهاء الشريعة الاسلامية اختلفوا كثيرا في الاخذ بمفهوم المخالفة ومداه . فذهبت قلة من الفقهاء ومنهم الحنفية الى عدم الاستدلال به في خطابات الشارع وقالوا ان ما سكت النص عنه لا يدل النص على حكمه لا نفيا ولا اثباتا فهو باق بدون حكم حتى يرد حكم له واما في متفاهم الناس وعرفهم وفي المعاملات والعقليات فالاخذ به وارد(١٥) .

واما الجمهور فاثبتوا المفاهيم ولاسيما الثلاثة الاول ، الا انهم احتاطوا كثيرا وشددوا في الاخذ بها ووضعوا لها ضوابط وشروطا معينة يمكن حصرها في شرط عام ، وهو ألا تكون هنالك فائدة لتخصيص الحكم بالقيد سوى نفي الحكم عما عداه . ومع ذلك فاننا نوردها اجمالا كالاتي :ـ

١ ـ ألا تظهر اولوية المسكوت عنه بالحكم او مساواته . والا لاستلزم ثبوت الحكم في المسكوت عنه فكان مفهوم موافقة لا مخالفة .

٢ ـ ألا يكون المنطوق قد خرج مخرج الاغلب المعتاد مثل قوله تعالى « وربائبكم اللاتي في حجوركم » ذلك ان العادة جرت على ان تعيش الربائب في حجورهم . فلا يدل انتفاء الوصف على نفي الحكم .

٣ ـ ألا يكون المنطوق اجابة عن سؤال سائل ولا لحادثة خاصة كأن يسأل شخص هل في الغنم السائمة زكاة ؟ . ويكون الجواب في

(١٥) انظر التقرير والتحبير ، ج ١ ، ص ١٤١ . الابهاج ، ج ١ ص ٢٣٤ .

الغنم السائمة زكاة ، فان الجواب لا يعني ان ليس في الغنم المعلوفة زكاة .

٤ ـ ألا يتعارض حكم المسكوت المخالف مع حكم منطوق دليل آخر ، فان وجد هذا التعارض رجح حكم المنطوق وأهمل مفهوم المخالفة .

وبهذه الشروط والضوابط استطاع الفقهاء استيعاب مضامين النصوص الشرعية وتوظيفها لمعالجة شتى الوقائع الاجتماعية في مختلف الازمنة والامكنة .

الفصل الثالث

غاية النص (حكمة النص او فلسفته)

ان عملية صنع القانون هي قمة العمليات الارادية الموجهة خطورة وشمولا • ولا يعقل ان تتوجه الارادة العاقلة نحو العبث ولاسيما في المجالات التي يعنى فيها بضبط مسيرة المجتمع وتحديد مساره الطبيعي وفق معايير سليمة عادلة تؤثر الساحات المفتوحة والمغاقة لتحرك الفرد من خلال المجتمع • ومن ثم ، لا يشك أحد اطلاقا في ان النص القانوني لابد وان يستهدف غاية او يعالج جانبا اجتماعيا كما عالجت نصوص الشريعة مقاصدها وغاياتها بحكمة دونها حكمة • واذا كانت قواعد الشريعة تضم في ثناياها جملة قواعد توصف بانها تعبدية خفيت حكمتها الظاهرة ، فان معظمها معلل بغاية منضبطة ومرتبط بحكمة واضحة • فحكمة النص وغايته لا تنفك اطلاقا عن النص التشريعي ذاته ولذلك نعتبر غاية النص عنصرا من عناصره •

ان الحاجة العلمية تقتضينا في هذا المقام الاكتفاء بالمامة شاملة بالحكم والمقاصد العامة لان البحث في الغايات والمقاصد الجزئية للنصوص يخرج عن نطاق هذه الرسالة ، فضلا عن تعذر الاحاطة به • وفي وسع الباحث ان يتحراها بوسائل شتى ، منها متابعة الظروف الخاصة بنشوء تلك القاعدة قانونية كانت أم شرعية •

ومن هنا ينصب بحثنا لا على غاية النص التشريعي المعين بل على غاية القانون ، ولا يتعلق بحكمة قاعدة شرعية بل بمقاصد الشريعة • ومن أجل هذا ارتأينا توزيع هذا الفصل على مبحثين رئيسين هما : اولا ، غاية التشريع • وثانيا ، مقاصد الشريعة •

المبحث الاول

غاية التشريع

عندما ينتهي الامر بالباحث في موضوع ما بالخوض في المسائل التي تتناول العوامل المبررة لوجوده او في التعليلات والحكم ذاتها فانه ولا ريب يبحث في فلسفته • ذلك ان فلسفة الشيء هي الجانب الذي يعنى بعلله وغاياته واغراضه فهي لا تعنى بالذات والموضوع ولا بالشكل والمحتوى قدر اهتمامها بالعلل والاسباب والاهداف • ومن ثم يتصل مبحثنا هذا بفلسفة القانون ويلتحم بها •

وليس بغريب ان يوضع مبحث مرتبط بالفلسفة ضمن سياق عرض عناصر النص ، ذلك لان فلسفة الشيء في رأيي تدخل في اعماق الشيء تداخل عناصره فيه • وقد قلنا ان اى نص مثله اى عمل ارادي موجه لا يمكن ان يخلو من هدف ابتغى المشرع تحقيقه • فالهدف والعمل الارادي متلازمان الا ان الباحث لايمكنه متابعة اهداف جزئيات النصوص رغم احتمال استثمار تلك الجزئيات باهداف خاصة يقتضي الامر توضيحها في مظانها • ولذلك آثرنا الالتجاء الى العموميات والكليات والنظر في اهداف القانون لعلها تفيدنا وتزودنا بالمادة الاساس لمعرفة اهداف النصوص المكتوبة وفقا لظروفها المحيطة بها ، بالاضافة الى الاسباب الموجبة التي قد يفصح الشارع عنها •

والحقيقة ان لكل قاعدة قانونية روحا بها تتفاعل القاعدة مع المجتمع فتؤثر فيه وتتأثر به وهذه الروح هي الهادفة وهي الموجهة •

ان التشريعات المدنية التقدمية المعاصرة ولاسيما في قطرنا الناهض تستهدف غايات منها بناء علاقات جديدة تسودها الروح الاشتراكية والنزعة

الجماعية على انقاض العلاقات المتخلفة التي كانت قائمة في ظل الانظمة القانونية المتأثرة مصلحيا وطبقيا بالنزعة الفردية • ومع ذلك لا يمكننا ان نحصر بحثنا في اهداف القانون من الوجهة الاشتراكية فحسب ، لان القانون وليد حاجة النظام والسلطة والدولة ، ولا يمكن ان تنفصل فلسفة القانون عن فلسفة الدولة • فالدولة التي تعتمد النظرة الفردية يتسم القانون فيها بالخصائص الفردية • واما الدولة التي تعتمد النظرة الجماعية فان القانون يبدو فيها ذا سمات اشتراكية لان القانون لا يعدو ان يكون معبرا عن سلطة الدولة •

ان المنهجية في البحث وعلاقة التلازم بين القانون والسلطة تسمح لنا باستعارة وصف احدهما للاخر فنقول « القانون باتجاهه الفردي او باتجاهه الاشتراكي » •

والحقيقة ان النظر الى اهداف القانون تتنازعه تيارات عديدة يكاد ان يتلاشى بعضها • اما النظرتان الرئيستان وهما النظرة الفردية والنظرة الجماعية فلا تزالان تتصارعان في ساحات الفكر والتطبيق رغم ان النظرة الفردية خسرت مواقع هامة في عقر دارها •

فمن كانت نظرته فردية تتلمست اهداف القانون عنده وتركزت في بعض مبادىء او في بضع تشريعات ، ومن كانت نظرته جماعية توسعت آفاق القانون امامه وتحول بنظره الى قوة آلية تشغل اجهزة الحياة المختلفة كافة • وهنالك نظرة وسطية تجمع وكأنها تمزج بين النظرتين ولكنها في الحقيقة لا تعدو ان تكون احدى النظرتين الاخريين • فاما هي نظرة فردية امتدت بها الاعناق تحت ضغط التطورات الهائلة في ميادين الصناعة والعلوم والفكر البشري فوصلت الى مشارف النظرة الجماعية ، او هي نظرة جماعية انعطفت قليلا او كثيرا نحو الفرد لحكمة موضوعية او لأسباب تأريخية •

وفي ضوء ما تقدم سأوزع دراسة اهداف القانون على ثلاث فقرات

رئيسية هي : النظرة الفردية للقانون ، والنظرة الجماعية له ، والنظرة اليه في ضوء الايديولوجية الثورية العربية • وسأتكلم فيها بايجاز على التعاقب فيما يلي :—

١ — النظرة الفردية الى القانون :

ان النزعة الفردية عريقة في قدمها آمن بها الرومان وبعض من سبقهم في المجتمع القديم ، ولكنها برزت وسيطرت باتتعاش فكرة الحقوق الطبيعية للانسان في الفكر الفلسفي في القرنين السابع عشر والثامن عشر وبلغت ذروة سلطانها على يد رجال الثورة الفرنسية الذين وضعوا الفلسفة الفردية موضع التطبيق •

ان النظرة الفردية الى القانون تعني الايمان بجملة مبادىء هي[1] :

اولا — الايمان بان الفرد غاية التنظيم الاجتماعي وقمة التنظيم القانوني • فهو الوحدة الاصلية في المجتمع وهو عماد الجماعة وهدفها • اما المجتمع فلا يعدو ان يكون مجموعة من الوسائل تيسر للفرد الاعتزاز بحريته والتمسك بحقوقه • وتضمن له كرامة مطلقة وسعادة تامة • تقوم الجماعة حارسة امينة عليها وتسخر لتحقيقها •

ثانيا — الايمان بالحقوق الطبيعية للفرد • فهو اذا ولد ترتبت له حقوق على اعتباره انسانا ويتمتع بها ما ظل حيا • وهي حقوق لصيقة بشخصه يكسبها بمجرد وجوده ويستمدها من الطبيعة لا من القانون فهي ليست منحة تمنحها الدولة او عطية يقدمها القانون لانها اسبق منها وجودا • وعليه فان الحق الفردي هو مصدر القانون واساس النظام القانوني •

---

(١) استاذنا البكري . المدخل لدراسة القانون والشريعة الاسلامية ، ص ٦٩٣ وما بعدها .

ثالثا ــ الايمان بان القانون حدث اجتماعي ، اقتضته ضرورة حفظ النظام والاستقرار في المجتمع • تقتصر مهمته على تأمين ممارسة جميع الحقوق المتقابلة عن طريق التوفيق بينها ، ويصل الى غرضه عن طريق الحد من مجال الحرية لكل شخص ليحول دون اصطدام الحريات ببعضها • ولما كان القانون يرمى الى تقييد حرية كل فرد بالقدر الضروري لضمان حقوق الاخرين فهو اذن ظاهرة استثنائية لا بد منها • ولذلك يجب قصر اثره على أضيق نطاق ممكن ؛ فلا يجوز ان يتدخل الا بالقدر الذي يحقق غرضه • وهو تمكين الارادات المختلفة من العيش معا والمحافظة على الحقوق القائمة لتأمين ممارستها في آن واحد •

رابعا ــ الايمان بالعدل التبادلي او عدل المبادلة Lajustice Commutative • وهو العدل الذي يتحقق في شكل واجبات متقابلة تقع على عاتق الافراد لمصلحة الاخرين • ويقوم على اساس من قياس الافراد بمقياس حسابي موحد ومن قيام روابطهم على اساس التكافؤ فيما بينهم •

خامسا ــ الايمان بان ضمان المصالح الفردية يفضي الى تحقيق المصلحة العامة ذلك ان المصلحة العامة هي مجموع المصالح الفردية • ولا تعني سعادة غير سعادة جميع افراده •

ولا شك في ان جملة من الآثار الهامة لهذه النظرة تبدو في دائرة القانون ابرزها ما يلي :ــ[1]

اولا ــ انكماش دور القاعدة القانونية وضيق نطاق القانون وتضاؤل تدخل الدولة ، حيث لا يبسط القانون سلطانه في ظل هذه النظرة على كثير من الروابط الاجتماعية ، بل يقف من معظم ضروب النشاط

(١) الاستاذ عبدالباقي البكري ، المرجع السابق ص ٦٩٦ وما بعدها .

الفردي موقف المتفرج • ولذا يلاحظ كذلك تضاؤل عدد القواعد الامرة وتكاثر عدد القواعد المفسرة •

ثانيا ــ ضيق مفهوم المصلحة العامة التي يبتغي القانون تحقيقها فيقتصر مدلولها على حفظ كيان المجتمع عن طريق الحيلولة دون التفكك الداخلي والعدوان الخارجي •

ثالثا ــ تغليب المصلحة الفردية على مصلحة المجتمع عند تصادمهما • ويبدو هذا في تأكيد هذه النظرة على مبدأ سلطان الارادة في دائرة الروابط العقدية ، واحترام الحقوق الفردية وتقديس الملكية الخاصة وحمايتها ، واقامة المسؤولية المدنية على فكرة الخطأ الشخصي لا على مبدأ تحمل التبعة او فكرة الضمان •

نخلص مما تقدم الى القول : ان الغرض من القانون يتمثل في ضوء هذه النظرة باحترام حرية الفرد وصيانة حقوقه على اعتبارها حقوقا لصيقة بشخصه تسخر الجماعة لحراستها وتوجه لتحقيقها ، وتضييق نطاق القانون بحصره في مجال تمكين الارادات المختلفة من العيش والمحافظة على الحقوق القائمة لتأمين ممارستها في وقت واحد واحترام الافراد فيما عدا ذلك • وبذلك تبدو وظيفة القانون سلبية تتحدد بوضع الحدود وتفرض على الناس واجب الامتناع عن بعض الاعمال وليست ايجابية ترمي الى فرض التكاليف ابتغاء تحقيق نفع مباشر للمجتمع او تضحية في سبيل سعادة الغير •

٢ ــ النظرة الجماعية الى القانون :

والحقيقة ان الاتجاه الفردي بدأ يضعف ويتقاعس بتأثير الوعي الاجتماعي ونمو الفكر الاشتراكي الذي بدأ يزحف من بلد الى بلد •والسبب في ذلك ان النظام الرأسمالي الذي هو ربيب المذهب الفردي لم يعد قادرا على التحكم والسيطرة على المشاكل الاقتصادية لمجتمعاته • ولم يعد في

مقدرر معظم بلاد العالم ولاسيما النامية منها اشاعة الرفاه الاقتصادي ، والضمان الاجتماعي الا باعتناق مذهب التدخل وان تفاوتت مداه تأثرا بفلسفة الدولة . ان الحرية الفردية التي كانت شائعة قبل سيادة النظرة الجماعية ادت الى استئثار البعض بمراكز التأثير والاستغلال ، وقد بسط هذا البعض سلطانه على الكثرة المحرومة من الشعب تحت غطاء الفلسفة الفردية ولا سيما في مجالات القواعد الصناعية الكبيرة ، حيث ادى اطلاق الحرية الفردية لارباب العمل الى بؤس ومعاناة ملايين من العمال الكادحين لقاء فضيلة واحدة هي تشجيع واثارة المحفزات المعنوية والادبية للسيد رب العمل .

ولم تستطع هذه الفلسفة ان تقاوم الوعي الاجتماعي للبقات الكادحة والوجدان الحي لانسان هذا القرن فخففت من وطأتها على المجتمع الغربي ، معقل هذه الفلسفة — وانسحبت من مساحات شاسعة في الارض لتبسط عليها النظرة الجماعية « الفلسفة الاشتراكية » سلطانها .

اما أهم مبادىء هذه النظرة فهي الآتية[٢] :—

اولا : الايمان بان المجتمع هو في الحقيقة الاساس في الحياة . وان كيان الجماعة هو قمة التنظيم القانوني .

ثانيا : انكار فكرة الحقوق الطبيعية للفرد ، اللصيقة بشخصه والمستمد وجودها من الطبيعة والملازمة له في حياته .

ثالثا : الايمان بان القانون اداة للخدمة العامة وطريق للتوجيه الاجتماعي ووسيلة لتحقيق خير المجتمع وسعادته

رابعا : الايمان بان الخير العام الذي يعم الجماعة يؤول الى الافراد فينال كل منهم قسطا منه . وان تحقيق الصالح العام ينعكس تلقائيا على الافراد فيحقق مصالحهم الخاصة .

(١) الاستاذ عبدالباقي البكري ، المرجع السابق ، ص ٧٠٨ وما بعدها .

ولا شك في ان جملة من الاثار الهامة لهذه النظرة تبدو في دائرة القانون ابرزها ما يلي :[٣]

اولا — تكاثر قواعد القانون الامرة التي تتعلق احكامها بالمصلحة العامة والتي لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها وهذه عدد القواعد المفسرة والمكملة للارادة .

ثانيا — انكماش دور الارادة في دائرة الروابط العقدية واتساع تحكمها في ابرام العقد ووضع شروطه وترتيب احكامه .

ثالثا — اقامة المسؤولية المدنية على فكرة الضمان لا على اساس الخطأ الشخصي القائم على العقل والتمييز والصادر عن المتسبب في الضرر .

نخلص مما تقدم ان القانون في ظل هذه النظرة هو قبل كل شيء وسيلة من وسائل تطوير المجتمع وتوجيهه نحو المثل العليا التي بدونها لا توجد حرية حقيقية ولا مساواة حقيقية[٤] . وان دور القانون في تنفيذ الخطة الاشتراكية يختلف اختلافا جذريا عن الدور الذي يؤديه في المجتمعات الليبرالية التي ظهرت في القرن التاسع عشر والتي كان القانون فيها يمثل دور قواعد المرور التي مهمتها ان تشير الى اتجاه الطريق لا أن تحدد من عليه ان يسير في الطريق او توضح متى ؟ او اين ؟ او لماذا يسير الانسان على ذلك الطريق ؟ ويجيب القانون الاشتراكي عن مثل هذه التساؤلات[٥] ولا يعني ذلك ان ليس ثمة امور مشتركة بين كل من القانونين — الفردي والجماعي — ذلك لان القانون الاشتراكي ينطوي على جملة من الضوابط الفنية العامة للقانون الفردي الليبرالي المسلم باتباعها في كل

(٣) المرجع السابق ص ٧٢٢ وما بعدها .

(٤) د . صفاء الحافظ ، نظرية القانون الاشتراكي ص ٢٥ .

(٥) القانون والاشتراكية ، ترجمة الاستاذ هنري رياض ص ٢٣ .

مجتمع متمدن • ويستخدم القانون الاشتراكي فعلا بعض الاشكال القانونية والصياغات الفنية التي تبلورت وتطورت عبر القرون منذ عهد القانون الروماني وقد قيل في ذلك[٦] « لم تأمر الدولة الاشتراكية بتنفيذ القانون القائم الا بشرط ملأ الاشكال القانونية القديمة بمحتوى طبقي جديد وجعلها في خدمة اهداف اخرى غير الاهداف الماضية • وقيل ايضا[٧] « لقد احتفظ القانون القديم خلال استخدامه بمحتواه القاعدي وليس بمحتواه الاجتماعي والاقتصادي » •

٣ ـ غاية القانون في ضوء الايديولوجية العربية الثورية

لقد كانت الفلسفة أو النظرة الاساس للمشرع العراقي في العهد الملكي هي فلسفة ونظرة فردية • فقد كان للارادة سلطانها شبه المطلق وللعقود منزلتها الكبيرة ، وللاراضي اصحابها يستغلونها كما يشاؤون وللمعامل ادارتها الخاصة • اما الاحوال التي يضعف فيها سلطان الارادة في تشريعات تلك المرحلة او ينشأ فيها قطاع عام فقد كانت استثنائية •وقد تميز هذا العهد في اكثر نتاجه بهيمنة النظرة الفردية الرجعية الى القانون ولكن النظرة في أواخر هذا العهد بدأت تتجه الى مراعاة الصالح العام والكيان الاجتماعي لفرد[٨] فأخضعت الارادة الفردية لكثير من القيود وحالت دون الاستعمال المطلق للحقوق والتعسف فيه • وقد برز هذا الاتجاه في القانون المدني العراقي الصادر في ١٨ ايلول ١٩٥١ والذي اعتبر نافذا بعد سنتين من تأريخ نشره •

ثم قطع المشرع العراقي فيما اصدره من قوانين بعد ثورة الرابع عشر

(٦) د . صفاء الحافظ ، المرجع السابق ص ٥٧ نقلا عن الفقيه انبلغاري سابو .

(٧) صفاء الحافظ ، المرجع السابق ، نقلا عن الفقيه الروماني الياسكو .

(٨) استاذنا البكري ، المرجع السابق ص ٧٣٨ وما بعدها .

من تموز ، شوطا ابعد في التأكيد على صالح الجماعة وفي اعلاء شأنه على حساب مصلحة الفرد مما فعله مشرع القانون المدني • فأخذ الطابع الاشتراكي يعم التشريعات الصادرة على نحو يعتبر بسببه قيام الثوره نفسه تحول في حياة المجتمع العراقي في مختلف نواحيها ، وبداية للسير في مرحلة الانتقال الى الاشتراكية• ففي القطاع الزراعي صدر قانون الاصلاح الزراعي عام ١٩٥٨ الذي صفيت بموجبه الملكيات الاقطاعية الضخمة وقلصت الملكيات الكبيرة فزاد عدد الملكيات المتوسطة والصغيرة ، واستعادت الدولة اراضيها الاميرية الصرف واستولت بأسم الاستيلاء الموقت على ما كان يملكه او يستثمره الاقطاعيون وكبار الملاك من مساحات واسعة تزيد على الحد الاعلى الذي حدده القانون للملكية الزراعية • الا ان هذه المرحلة ، وان قضت على الاتجاه الفردي الرجعي في ميادين معينة ، وقدمت تشريعات تقدمية تستهدف صالح المجموع ؛ لم تبلغ مستوى الثورة الجذرية في هذا الميدان وانما توقفت في حدود الاصلاحات الجزئية لافتقادها الى نظرة شمولية فلسفية ثورية تستوعب الواقع ، وتضع الحلول الانسانية العلمية لشتى جوانبه •

وقد تحققت هذه النظرة في ظل ثورة ١٧ـ٣٠ تموز ١٩٦٨ • والحق ان هذه الثورة التي قادها حزب البعث العربي الاشتراكي تعتبر الاشتراكية ضرورة حاسمة لتحقيق التحرر والوحدة ، وتهدف، الى نشر القيم الاصيلة في تراثنا وتجسيدها ابتغاء زيادة الانتاج وعدالة التوزيع والقضاء على اسباب الاستغلال ومظاهره وقد توضحت هذه الحقيقة في الدستور الموقت الحالي الصادر من مجلس قيادة الثورة بالقرار المرقم ٧٩٢ والمتخذ في جلسته المنعقدة في ١٩٧٠/٧/١٦ وفي التقرير السياسي للمؤتمر القطري الثامن لحزب البعث العربي الاشتراكي • وبرزت خطوطها التفصيلية في قانون اصلاح النظام القانوني في القطر العراقي رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٧ ، وبعبارة اخرى ان الايديولوجية الثورية العربية تمثل نظرة جماعية هادفة الى دعم المفاهيم

الانتاجية وفي حالة الضرر الناشيء عن الاشياء الخطرة بطبيعتها كالالات الميكانيكية والقوى الكهربائية والمائية على عنصر الضرر وحده واستبعاد عنصر الخطأ من أسس المسؤولية اى على أساس تحمل التبعة .

٥ ـ اقامة المسؤولية عن عمل الغير على عنصر الضرر تأسيسا على فكرة الضمان بحيث يكون المتبوع مسؤولا عن الاضرار التي يحدثها تابعه الا اذا تعمد التابع في احداثها او نشأ الضرر عن خطأه الجسيم .

ان هذه الاسس والاهداف تعكس النظرة الاشتراكية للمشرع العراقي وبناء عليه يجب ان تعكس النصوص القانونية هذه الاهداف عند تطبيقها على الوقائع . وارى ان التطابق بين النص ـ منطوقا ومفهوما ـ وبين فلسفة المشرع يعتبر عنصرا هاما في جدارة النص .

المبحث الثاني

مقاصد الشريعة الاسلامية

ثبت لعلماء الاصول من تتبع الاحكام الشرعية ، ومن أستقراء علتها وحكمها التشريعية ، ان المقصد العام للشريعة هو تحقيق مصالح الناس بجلب النفع لهم ودفع الضرر عنهم ، وان كفالة مصالح الناس لاتعدو تحقيق الامورالضرورية لهم وضمان الامور الحاجية وتوفير الامورالتحسينية ، وان الشارع ما شرع حكما الا لا يجاد وحفظ اي من هذه الانواع الثلاثة من الامور وسأتناول بالبحث الوجيز فيما يلي كلا من هذه المقاصد الثلاثة(١٥) :ـ

المقصد الاول : حفظ الامور الضرورية .

يقصد بالامر الضروري ، كل ما يقوم عليه نظام الحياة وتستقيم به مصالح الدين والدنيا وهي خمسة : الدين والنفس والنسل والعقل والمال . وقد أمر الشارع بالمحافظة على كل منها فشرع احكاما تكفل وجودها واحكاما تكفل بقاءها واستمرارها واحكاما تعتبر من مكملاتها .

المقصد الثاني ـ حفظ الامور الحاجية :

يقصد بالامر الحاجي كل أمر يحتاج اليه الناس لتيسير سبل الحياة وضمان رفاهية العيش لهم ورفع الحرج عنهم واحتمال مشاق التكليف التي اوجبها الله عليهم . واذا فقد فان نظام الحياة لن يختل وانما يلحق الناس والمشقة بفواته .

---

(١٥) انظر الاستاذ عبدالباقي البكري ، المرجع السابق ، ص ٧٥٦ وما بعدها محمد شريف ، فكرة القانون الطبيعي عند المسلمين ، رسالة ماجستير مطبوعة بالرونيو ص ٢٠٣ .

الاشتراكية في تنفيذ وتفسير الروابط القانونية[٩] • ففي الدستور المؤقت نصت مادته الاولى على ان « العراق جمهورية ديمقراطية شعبية ذات سيادة هدفه الاساسي تحقيق الدولة العربية الواحدة واقامة النظام الاشتراكي » •

أما التقرير السياسي للمؤتمر القطري الثامن للحزب فقد حدد بصورة واضحة طبيعة واهداف ثورة ١٧ تموز بقوله : (ان ثورة السابع عشر من تموز ١٩٦٨ هي فيجوهرها وغايتها ثورة تحررية ديمقراطية اشتراكية وحدوية)[١٠] •

وقد أدى هذا التحول الخطير من النظرة الرجعية التي كانت متغلغلة في ميادين واسعة قبل الثورة الى النظرة الجماعية الاشتراكية الى ضرورة النهوض بثورة تشريعية وانقلاب في القوانين ضرورة توافر التناسق بين الاصول الفكرية للنظام وبين القوانين التي تعتبر في الواقع اختيارات للسلطة طبقا لمعاييرها الموضوعية والشكلية • وليس من المعقول ان تسود قوانين لا تتلاءم مع الاهداف والاصول الفكرية للدولة ، ذلك ان القانون هو الانعكاس للافكار والمصالح الاقتصادية السائدة في المجتمع وان بقاء التشريعات التي اصدرتها الطبقات والفئات المستغلة والمتخلفة والتي لا تتناسب اطلاقا مع المصالح الاقتصادية السائدة امر يتناقض تناقضا صارخا مع متطلبات التغيير الثوري الذي يقوده الحزب ومع تصوراته التقدمية والاشتراكية والديمقراطية في بناء المجتمع الجديد[١١] •

ان بناء المجتمع العربي الاشتراكي الجديد يقتضي وضع قواعد واحكام

(٩) قانون عمل اصلاح النظام القانوني في العراق ص ٢٨ •

(١٠) التقرير السياسي ص ١٣ •

(١١) التقرير السياسي ص ١٦٥ •

قانونية تضمن التحول التدريجي للعلاقات القانونية من الاطار الفردي الى الاطار الاشتراكي[١٢] ولذلك تولى قانون اصلاح النظام القانوني في العراق مهمة رسم معالم الاطار في صيغ عامة تعكس غايات القانون واهدافه اجمالا ، ولعل اهمها ما يلي[١٣] :—

١ — اعطاء الاولوية لمصلحة المجتمع المتمثلة في الدولة على مصلحة الافراد المتمثلة في مبدأ سلطان الارادة في تنفيذ وتفسير الروابط القانونية وبالتالي تقليص الفروق بين روابط القانون العام وروابط القانون الخاص التي تجد اساسها في الفكر الليبرالي الرأسمالي •

٢ — التركيز في العقود على التوازن بين الحقوق والالتزامات المتولدة عنها وابطال ما يخالف ذلك • وجواز تعديل العقد من قبل القضاء بما يحقق هذا التوازن ومنع التصرف في الحقوق المتنازع فيها وذلك تحقيقا للعدالة ومنعا للتحكم من شوكة سلطان الارادة في دائرة الروابط العقدية اذا اضحت مصدراً للاستغلال •

٣ — تغليب صفة العلاقة القانونية على صفة العلاقة العقدية والتوسع في اقرار المسؤولية الناشئة عن حكم القانون في دائرة العقود وذلك حماية للطرف الضعيف في الرابطة العقدية وايمانا بواجب الدولة في الرقابة على الروابط القانونية واستكمالا لتصور المسؤولية العقدية في ضمان حقوق المضرورين •

٤ — اقامة المسؤولية غير العقدية في حقل الانتاج والخدمات

(١٢) ورقة عمل اصلاح النظام القانوني ص ٢٨ •

(١٣) ورقة عمل اصلاح النظام القانوني ص ٢٨ •

(١٤) المرجع السابق ص ٣٠ — ٣٣ •

ومن قبيل الامور الحاجية كثير من العقود التي شرعها الله لانها تقتضيها حاجة الناس كالبيوع والاجارات والشركات وغيرها • ومن هذا القبيل ايضا : الحرية الشخصية والحرية الدينية لان عدم المحافظة عليهما يوقع الناس في حرج •

المقصد الثالث ــ حفظ الامور التحسينية :

يقصد بالامر التحسيني كل أمر تقتضيه مكارم الاخلاق ومحاسن العادات وآداب السلوك في مجتمع مثالي كي يسير الناس في حياتهم على خير السبل • واذا فقد فلن يختل بفقده نظام الحياة ولن يسبب فقده في ضيق وعنت يلم بالناس وانما يفضي الى جعل الحياة مستنكرة في تقدير العقول الراجحة السليمة ومثال ذلك نهي الشرع عن بيع الانسان على بيع اخيه وعن خطبته على خطبة اخيه وأمره بالرفق وحسن المعاشرة •

وقد كانت هذه الروح المتمثله في اعتبار المصلحة المشروعة هي المشعل الذي اضاء السبيل لفقهاء الاسلام فاستطاعوا ان يجتهدوا على ضوئه وان يسيروا في التصرف على مقتضاه • وعلى ضوء الغاية من تشريع الاحكام استمد علماء التشريع الاسلامي من نصوص الشريعة وروحها ومعقولها مبادىء تشريعية عامة تعتبر الدستور التشريعي الذي يبني عليه المشرع تشريعه والقاضي قضاءه • وكل مبدأ من هذه المبادىء يمت بسبب صحيح الى تحقيق مصالح الناس واقامة العدل بينهم ، وتؤخذ منه احكام الوقائع المختلفة في مختلف البيئات والعصور[16] • ومن هذه المبادىء : المبادىء الخاصة برفع الضرر : التي اساسها قوله (ص) « لا ضرر ولا ضرار» • وهي : الضرر يزال شرعا[17] ، الضرر لا يزال بالضرر ، يرتكب اخف

(١٦) انظر فتحي عثمان ، الفكر القانوني الاسلامي . القاهرة ص ٨٦ .

(١٧) انظر الاشباه والنظائر لابن نجم الحنفي ، مطبعة العامرة ١٢٩٠ هجرية ص ١١٨ وما بعدها .

الضررين لاتقاء اشدهما ، يرتكب الضرر لاتقاء الضرر العام ، دفع المضار مقدم على جلب المنافع ، الضرورات تبيح المحظورات ، الضرورات تقدر بقدرها • ومنها المبادىء الخاصة برفع الحرج التي أساسها قوله تعالى (ما جعل عليكم في الدين من حرج)[18] وهي : الحرج شرعا مرفوع[19] • المشقة تجلب التيسير ، الحاجات تنزل منزلة الضرورات في اباحة المحظورات • ومنها المبادىء الخاصة بالبراءة الاصلية : التي اساسها قوله تعالى (هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا)[20] وهي : الاصل في الاشياء الاباحة[21] الاصل في الانسان البراءة ، ما ثبت بيقين لا يزول بالشك • وغيرها من المبادىء التي لا يرتاب منصف في انها تسع مصالح الناس على اختلافهم •

وان نظرة الشريعة الاسلامية الى هذه المصالح تتصف بسمات خاصة تبتعد عن المذهب الفردي في مواطن كثيرة ، ولا تساير المذهب الاشتراكي في مفهومه العلمي الدقيق وانها تقف حيال المذهبين موقفا متميزا وان كانت أكثر ميلا الى المذهب الاشتراكي • وسنتناول فيما يلي أهم السمات التي تحدد خصوصية الشريعة الاسلامية بأيجاز[22] :ـ

اولا : ان الشريعة الاسلامية دين ونظام اجتماعي في الوقت نفسه خلافا للمذهبين الفردي والاشتراكي اللذين يركزان اهتمامهما على القيم المادية والغايات النفعية الدنيوية •

ثانيا : ان الشريعة الاسلامية لاتنكر الحق الفردي بل تقره ولكنها لا تعتبره حقا خالصا للفرد وانما توجهه وجهة اجتماعية فتفرض

(١٨) سورة الحج ٧٩ .

(١٩) الاشباه والنظائر المرجع السابق ، ص ١٠٥ وما بعدها .

(٢٠) سورة البقرة ، الاية ٣٠ .

(٢١) الاشباه والنظائر ، المرجع السابق ، ص ٨٤ وما بعدها .

(٢٢) الاستاذ عبدالباقي البكري ، المرجع السابق ، ص ٨٠٥ وما بعدها .

عليه قيودا ثقيلة ليمارس على النحو الذي يحقق وظيفته في المجتمع وهي تحقيق الخير العام وعدم الاضرار بالغير قصدا او اهمالا او تعسفا • ومفاد ذلك انها تعلى شأن المصلحة العامة

ثالثا : انها تقر الملكية الجماعية الى جانب تسليمها بحق الملكية الفردية الا انها لا تعتبر هذه الملكية هدفا رئيسا يجب على الدولة ان تبلغه بل طريقا لتحقيق المصلحة العامة عند الاقتضاء منعا لاستغلال العمال والجمهور ، وقضاء على الاحتكار وتوجيها للانتاج وجهة تتطلبها وتحددها مصلحة الجماعة •

ويبدو مما تقدم ان النظرة الاسلامية هذه لا هي نظرة فردية ولا هي نظرة جماعية بل هي نظرة اسلامية ذلك ان الشريعة استوعبت مبادؤها القواعد التي تكفل ضمان المجتمع والسير السليم له وتؤمن للفرد قدرا كبيرا من فرص العمل والنشاط الحر مقيدا بالشريعة الاسلامية وان أدق ما قيل في هذا المجال(٢٣) هو ان مذهب الاسلام « هو مذهب مساواة لا تفقد في تحقيقها الحرية وحرية لا تفقد في اطلاقها المساواة انه مذهب الحضارة الانسانية » •

(٢٣) الكلام للدكتور عبدالله النقشبندي . ورد في مؤلفه « الرقابة المالية العامة » الطبعة الاولى بغداد ١٩٦٤ ص ٧٩ .

الباب الثاني

اسباب التفسير

ان ما يضايق القاضي والفقيه معا هو ما يعتور النصوص غالبا من عيوب تعرقل تطبيقها على الوقائع القانونية واستلهام مختلف الحلول القانونيه منها، فيضطران الى البحث عن وسائل تعينهما على استيضاح مراد الشارع فيما قرره من أحكام بغية تطبيقه وتكييفه مع الاحداث الجديدة • وهذه العيوب تندرج تحت الامور الاتية :ـ

١ ـ غموض النص •
٢ ـ تعارض النصوص •
٣ ـ نقص النصوص •

ان أي عيب من هذه العيوب كاف لاثارة الحيرة والاضطراب الفكري لدى الفقيه او القاضي • وحيث ان العيب القانوني يشبه المرض فان تشخيصه ولاشك عامل جدي ورئيس لازالته والقضاء عليه • ومن ثم ستنحصر مهمتنا بصورة رئيسة هنا في تحديد هذه العيوب وابراز هويتها تمهيدا لتسهيل ازاحتها • وسنتناول كل عيب منها ضمن فصل مستقل • الا ان الذي يجب التنويه عنه هو ان هذه العيوب هي الاسباب التي تضايق القاضي والفقيه بالشكل الذي اشرنا اليه آنفا وتجعلهما في أمس الحاجة الى التفسير • ولا يعني ذلك اننا نخص التفسير بالنصوص غير الواضحة ، ذلك لان النص القانوني لاتنفك عنه الحاجة الى التفسير اطلاقا سواء كان واضح الدلالة أم غير واضح الدلالة • فالنص الواضح يحتاج الى التفسير أيضا لتحديد معناه بدقة وتعرف شروط انطباقه وتعيين مداه ونطاقه • الا ان عمل المفسر ينحصر

هنا في استخلاص الحكم القانوني من عبارته السليمة بالاساليب اللغوية والاصولية التي تناولنا بعضا منها في الباب الاول ، والحقيقة ان كل تطبيق للقانون يستلزم بالضرورة تفسيره ، لان التفسير يتضمن جميع العمليات اللازمة لتطبيق القانون على الواقع[1] . وهذا خير من عده الحقيقة ايضا الفقيه الفرنسي المعروف لوران Laurent بقوله[2] « خطأ في فهم التفسير الاعتقاد بعدم الحاجة اليه الا عند نقص النص أو غموضه . فلو كان الامر كذلك لامكن القول بان نقص القانون هو الموجب للتفسير . ان التفكير لحظة واحدة في جوهر القانون يكفي للاقتناع بان ضرورة التفسير تأتي من طبيعة القانون اكثر مما تنجم عن غموضه او نقصه . فالمشرع وهو امام استحالة اتخاذ قرارات عامة لا خاصة . وهذا يعني انه يضع مبادىء يجب على القاضي تطبيقها على المنازعات المرفوعة امامه . »

ان مما يؤكد هذه المقولة ان القاعدة القانونية تتضمن في الحقيقة امرين هما الفرض والحكم . أما الفرض فيعني الواقعة الانموذج التي يفترضها المشرع كمشكلة تحتاج الى حل كتصور المشرع لنزاع بين بائع ومشتر حول تسليم المبيع او دفع الثمن وبين مؤجر ومستأجر حول تسليم المأجور او دفع الاجرة . اما الحكم فهو الحل الذي يضعه المشرع لذلك الفرض ، ولكن الوقائع اللاحقة لا تحدث دائما على منوال الوقائع التي كانت الانموذج المتصور عند المشرع بل قد تحدث متغايرة في تفصيلاتها تغايرا يستعصي معه القضاء فيها باحكام الانموذج كما هي . وعندئذ تمس الحاجة الى وضع أحكام تلائم الوقائع الجديدة وتغاير احكام الانموذج من بعض الوجوه بمقدار ما تغايرت به تلك الوقائع السابقة واللاحقة من تفصيلات ، وذلك بوسائل التفسير .

---

(١) الدكتور مالك دوهان الحسن ، المرجع السابق ، ص ٤٦٨ .
(٢) د. مالك دوهان . المرجع السابق ، ص ٤٦٨ . انظر د. حجازي ، المرجع السابق ، ص ٥١٠ وما بعدها .

ومع ذلك يتعذر القول بان النص الواضح الصريح هو في منزلة النص غير واضح الدلالة ، لان مفسر النص السليم ينحصر عمله ضمن اطار النص والواقعة القانونية ولا يضايقه في ذلك خلل ما في صياغة النص أو دلالاته . ويتعين على القاضي في مثل هذه الحال ان يطبق حكم النص ولا يجوز العدول عنه بدعوى منافاته للعدالة او لان حكما آخر يبدو اكثر عدالة منه ومن ثم يلتزم القاضي باحترامه ويمتنع عليه الاخذ بأسباب الاجتهاد فلا مجال للاجتهاد في مورد النص . وليس له أيضا أن يمتنع عن تطبيقه بحجة فقدان النص أو غموضه والا عد ممتنعا عن احقاق الحق . وعلى ذلك نصت المادة (٣٠) من قانون أصول المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ بقولها « لا يجوز لاية محكمة ان تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون او فقدان النص او نقصه والا عد الحاكم ممتنعا عن احقاق الحق ويعد ايضا التأخير غير المشروع عن اصدار الحكم امتناعا عن الحق » .

بعد هذه اللمحة الموجزة الى علاقة النص بصورتيه السليمة وغير السليمة بالتفسير نعود الى تشخيص العيوب واسباب التفسير في فصول ثلاثة نخصص اولها لغموض النصوص ، وثانيها لتعارض النصوص ، وثالثها لنقص النصوص .

الفصل الاول

غموض النصوص

قد يتبادر الى الفهم من سياق ما ذكرنا ان الغموض يعتبر عيبا بالضرورة يجب تحاشيه في الصياغة القانونية • والحقيقة انه ليس كذلك دائما • فقد تقتضيه الصياغة القانونية لاعتبارات فنية أو عملية ، او لاسباب تتعلق بطبيعة الافكار التي يتصل مضمونها بتقدير المجتمع ويختلف تحديدها باختلاف الزمان والمكان • وقد ينجم الغموض احيانا عن عجز النصوص عن أستيعاب السيول الجارفة من الاحداث والتطورات الجديدة ، أو عن قصور اللغة ذاتها عن الاحاطة الوافية بجميع المضامين • اما بالنسبة الى النصوص الشرعية فاننا نستطيع القول : ان الاجمال يعتبر ظاهرة شائعة فيها ، اقتضته طبيعة الشريعة الاسلامية • وقد تقصى الاصوليون منازل الابهام ودرجاته واسبابه وتولوا دراسته بما يمكن ان يصبح ، لو توافرت الدراسة المتخصصة فيه ، نظرية كاملة لمبحث الابهام في النصوص الشرعية •

وانطلاقا مما تقدم تجدر بنا معالجة هذا الموضوع في مبحثين ، نعقد اولهما للبحث في الغموض في نصوص القانون • ونخصص ثانيهما للكلام على الغموض في النصوص الشرعية •

المبحث الاول

الغموض في نصوص القانون

ان الغموض في نصوص القانون يرد الى اسباب ثلاثة • فقد يقتضيه فن الصياغة التشريعية • وقد تقتضيه طبيعة الموضوع الذي يتناوله النص بالحكم • وقد تقتضيه طبيعة اللغة ذاتها • ولذلك اوزع هذا المبحث على مطالب ثلاثة ، افرد لكل سبب للغموض مطلبا مستقلا •

المطلب الاول

الغموض الذي يقتضيه فن الصياغة التشريعية

ان فن الصياغة التشريعية ، هو مجموعة الوسائل والقواعد المستخدمة لصياغة الافكار القانونية والاحكام التشريعية بطريقة تيسر تطبيق القانون من الناحية العملية • وذلك باستيعاب وقائع الحياة في قوالب لنظية لتحقيق الغرض الذي تنشده السياسة القانونية[1] ذلك ان القانون يقوم على عاملين متميزين هما معطيات الحياة ، والصناعة الفنية مثلما تقوم السمفونية على اللحن والتوزيع[2] • وقد أبرز هذه الحقيقة الاستاذ فرنسوا جني في كتابه المعروف « العلم والصياغة في القانون الخاص » فبين فيه ان القانون شيء

---

(١) الدكتور حامد زكي ، التوفيق بين القانون والواقع ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الثانية ، العدد الثاني ص ٢٤٦ وما بعدها ؛ انظر مجلة العدالة ، السنة الرابعة ، العدد الثالث ، ونائق سبل تفسير التشريع •

(٢) انظر المرجع السابق ، ص ٤٧٣ •

معقد في طبيعته ولابد من تحليله تحليلا دقيقا حتى تتبين ماهيته وانه يشتمل على عنصرين هما العلم والصياغة • والعلم في رأيه هو المادة التي يستخلصها العقل من طبيعة الروابط الاجتماعية المتطورة مستهديا بمثل أعلى ينير سبيله• وأما الصياغة فهي القالب الفني الذي يصاغ فيه مقر المادة حتى تصبح قابلة للتطبيق العلمي(٣) •

وأهم صفات الفن التشريعي ما يلي :

١ ــ ان تكون الصياغة شاملة لما يراد تنظيمه حالا من العلاقات القانونية والى ما ينتظر وقوعه في المستقبل •
٢ ــ أن تكون العبارات دقيقة تقرر حلولا ثابتة غير متغيرة •
٣ ــ ان تكون سهلة التطور في المراد منها بان تتوافق مع المراكز المادية التي يمكن أن تظهر في الجماعة والا وقعنا في محظور تنازع القانون مع الواقع • وهذا ما يجب الابتعاد عنه قدر الامكان •

ان التشريع السليم هو ذلك الذي يختار الصيغ الملائمة للوقائع التي ستنطبق عليها القاعدة القانونية • فان كانت مما يتطلب الحسم والصرامة ولا يتصور حكمها الا عن طريق الصياغة الجامدة اختار المشرع الماهر اسلوب الكم بدل الكيف والصياغة الحاسمة بدل الصياغة المرنة • وذلك كما هو الحال مثلا في قاعدة الاهلية والميراث ، وقواعد الطعن في الاحكام ، وتحديد سعر الفائدة وغيرها من الامور التي يؤدي الغموض فيها الى ارهاق القاضي في المنازعات •

فمن الممكن ان يقال عند تحديد سن الرشد بالنسبة للمواطنين ان الحل الامثل هو البلوغ الطبيعي فلا يعتبر رشيدا الا الشخص البالغ من الناحية

(٣) انظر الدكتور حامد زكي ، المرجع السابق ، ص ٢٤٨ وما بعدها .

الفسيولوجية القادر على فهم تصرفاته وادارة شؤونه ؛ بيد ان البلوغ الطبيعي قد يتفاوت من شخص لاخر فيكون تقديره سببا لارهاق القضاة ومجلبة للتنازع والاختلاف في الاحكام القانونية • ولذلك يقتضي الامر تحديد سن الرشد بسن معينة ، لان طبيعة الموضوع تقضي التحول من الكيف الى الكم •

وكذلك الامر بالنسبة الى قواعد الميراث • فقد تحدد في الاسلام نصيب اصحاب الفروض بالكم كالثلث والربع والسدس لا بالكيف • واما بالنسبة لقواعد الطعن في الاحكام فالامر نظير ما تقدم ، اذ لا يصح النص على جواز الطعن في الموعد المناسب • ذلك ان مثل هذا الغموض في تحديد الموعد يكون سببا للخلاف والاضطراب في التقاضي أمام المحاكم(٤) ولابد من تحديده رقما تلافيا لذلك •

ومما يتطلب الصياغة الجامدة تحديد الحد الاعلى لسعر الفائدة بـ ٧٠٪ وتحديد التقادم المسقط للالتزام بخمس عشرة سنة كقاعدة وغير ذلك مما تفيض به نصوص القواعد القانونية •

اما اذا كانت الوقائع مما يتطلب الصياغة التي تستجيب لمختلف الحلول وتترك المجال مفتوحا لاستجابة القاعدة لظروف الواقع وملابساته اختار لها المشرع صياغة مرنة يطلق بها يد القاضي في تنويع الحكم وفقا لكل حالة وما يحيط بها من ظروف(٥) • فليس الوضوح مقياسا للصياغة الدقيقة دوما لان الصياغة الجامدة كما يقول الاستاذ الانكليزي سالموند(٦) قد تؤدي الى التضحية

(٤) الدكتور شمس الدين الوكيل ، مبادىء القانون . الطبعة الاولى ، منشورات منشاة المعارف بالاسكندرية ، ١٩٦٨ ، ص ١٤٩ .
(٥) الدكتور مالك دوهان ، المرجع السابق ، ص ٢٨٤ .
(6) John Salmond. Jurisprudence. seven edition. London 1924 p. 183.

بالنية الحقيقية للمشرع والتطور العقلي للقانون بسبب استبداد الكلمات وطغيانها ، كما ان المرونة والارخاء المفرط قد تفضي الى التضحية بالثبات والانسجام القانوني بسبب هوى وتحكم القضاء • ولهذا يعتبر فن الصياغة ما دقيقا جدا • وفي ذلك يقول الاستاذ السنهوري « ان الثبات والاستقرار امر لازم لحسن سير الاعمال ولكن القانون لابد ان يتغير فيصير موافقا للوسط الذي يعيش فيه والذي لايثبت بدوره على حالة واحدة فالامر دقيق لاننا امام ثبات مرغوب فيه من جهة وتطور لا مناص منه من الجهة الاخرى »[٧] •

يتضح مما تقدم ان الصياغة المرنة وسيلة هامة تعين المشرع في بعض الاحوال على التوفيق بين القانون والواقع •

وجدير بالذكر ان المرونة ليست لها قوالب معينة فقد تبدو في مجرد احتمال الصيغة لتقديرات متعددة طبقا للوضع الخاص بالواقعة القانونية • وتسمى بالصياغة المرنة الاعتيادية التي نجدها شائعة في القوانين المدنية الحديثة • وقد تظهر المرونة في وضع « الضوابط القانونية » وسنفرد للبحث فيهما فرعين • اتناول في اولهما الصياغة المرنة الاعتيادية ، واخصص ثانيهما للضوابط القانونية •

الفرع الاول ــ الصياغة المرنة الاعتيادية :

يقصد بهذه الصياغة التعبير الذي يضع حكما يتسع لسلطة تقدير من يتولى تطبيق القاعدة التشريعية[٨] ومن أمثلة الصياغة المرنة في قانوننا المدني نص الفقرة الاولى من المادة (٨١) الاتي : « لا ينسب الى ساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة الى البيان يعتبر قبولا » • ذلك ان معرض

(٧) راجع الدكتور حامد زكي ، المرجع السابق ، السنة الاولى ، العدد الخامس ، ص ٧٦٥ •
(٨) الدكتور دوهان ، المرجع السابق ، ص ٢٨٤ •

الحاجة الى البيان يغطي مساحة واسعة من التقديرات والاحتمالات يكون فيها القاضي سيد الميدان وله المجال الواسع للتقدير فيما اذا كان السكوت في معرض حاجة الى البيان او ليس كذلك[٩] •

ومنها ايضا نص الفقرة الثانية من المادة ١٦٧ من القانون المدني العراقي الذي اجاز للقاضي ان يعدل او يبطل الشروط التعسفية في عقود الاذعان • ويظهر من نص هذه الفقرة ان المشرع ترك للقاضي سلطة تحديد طبيعة الشرط في عقود الاذعان ، فهو الذي يقرر ما اذا كان هذا الشرط تعسفيا او غير تعسفي •

ومن الصياغة المرنة كذلك ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ١٤٦ ق•م•ع ، حيث اجازت للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان تنقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان اصبح تنفيذ الالتزام التعاقدي مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة • ففي هذه الفقرة يتسع القاضي بسلطة تقديرية واسعة • اذ يعود اليه تقدير ما اذا كان الحدث طارئا أو غير طارىء ، وما اذا كان تنفيذ الالتزام مرهقا او غير مرهق ويعود الى القاضي كذلك تقدير الحد المعقول الذي ينقص اليه الالتزام[١٠] •

والامر كذلك بالنسبة الى نص المادة (١٢٥) من القانون المدني التي تمنع ان يستغل احد المتعاقدين حاجة المتعاقد الآخر او طيشه او عدم خبرته او ضعف ادراكه • ففي هذه المادة يثق المشرع بالقاضي ويمنحه سلطة واسعة في تقدير ما اذا كان هنالك استغلال للامور التي حددها النص[١١] • ومن ذلك ايضا ما جاء في قانون اصلاح النظام القانوني في العراق من ان « على

(٩) المرجع السابق ، ص ٢٨٥ •
(١٠) المرجع السابق ، ص ٢٨٥ •
(١١) الدكتور مالك دوهان ، المرجع السابق ، ص ٢٨٦ •

المواطنين عند استعمالهم حقوق الملكية الالتزام بمراعاة الصالح العام وان استعمالها بهدف مضاد لصالح المجتمع او الافراد يعتبر استعمالا غير جائز ولا يحق لمستعملها التمتع بما حصل عليه نتيجة ذلك الاستعمال[12] . ذلك لان القانون الذي لا يتغير لا يمكن ان يكون فكرة مرنة تتسع لاختلافات في سن فلسفة معينة .

والحقيقة ان هنالك مسائل تنطوي على فكرة مجردة يتصل مضمونها بتقدير الوجدان العام للمجتمع ويبلغ من المرونة وسرعة التحول حدا يحمل المشرع على ان يقنع في شأنه بوضع قاعدة معيارية من دون ضبط حدودها ضبطا محسوسا دقيقا . ومثال ذلك ما تنص عليه القوانين المدنية عادة من لزوم عدم مخالفة العقود للنظام العام والآداب . ولكن ما هو النظام العام ؟ وما هي الآداب ؟ أمران يختلف الناس في تحديدهما باختلاف الزمان والمكان وتباين الظروف والبيئات . ومع ذلك فلا مناص من وضع النص بهذه الصيغة المرنة ويبقى على القضاء واجب تحديد المدى بالنسبة للوقائع اللامتناهية . وكذلك الشأن فيما تقضي به بعض التقنينات المدنية من ان تنفيذ العقد يتم وفقا لما يقتضيه حسن النية بين المتعاملين او وفقا لما يفرضه شرف التعامل أو وفقا لما تمليه نزاهة المعاملات .

ان هذه العبارات وغيرها مما يرد في التشريعات المدنية ولاسيما الحديثة منها تتضمن قواعد معيارية يلجأ المشرع اليها لاعتبارات فنية[13] الا انها لا ترقى في تشريعاتنا الحاضرة الى مستوى الاعتماد عليها كوسيلة جديدة تضاهي الوسائل القديمة ، وتسمى بالضوابط القانونية[14] ولاهمية هذه الضوابط في فن الصياغة نقد خصصت لبحثها الفرع التالي .

---

(12) المرجع السابق ، ص ٣٥ .
(13) الدكتور حسن بغدادي ، النقص الفطري في احكام التشريع ، مجلة القضاء العدد الرابع والخامس ، سنة ١٩٤٥ ، ص ٣٩٤ وما بعدها .
(14) انظر الدكتور حامد زكي ، المرجع السابق ، ص ٢٥٠ .

الفرع الثاني ــ الضوابط القانونية :

قد يبدو تحديد الضابط القانوني متعذرا لانه يرتكز على افكار عامة متعلقة بالآداب وبأصول التعامل وهي افكار غير محدودة[15] الا انه وان كان أمرا اعتباريا ومعيارا مرنا لا يتم ضمن تعريف محدد الا ان من الممكن ايراد امثلة توضحه واوصاف تحدده وهذا ما سنحاوله فيما يلي :ــ

ان الضوابط القانونية كثيرة ومتشعبة يبرز من بينها ضابطان يمتازان باتساع نطاقهما ويتفرع الكثير من الضوابط عنهما . اما اولهما ، فهو ضابط المعقولية ومداره ايجاد توازن بين المصالح المتشاربة في نزاع معين ، والوصول بعد ذلك الى حل معقول يوفق بينها جميعا ، ويحصل عادة بالكشف عن مصلحة عامة جديرة بالاعتبار . واما ثانيهما ، فهو ضابط الملائمة . ومداره الحكمة والاعتدال اللازمان عند استعمال شخص سلطة يستمدها من تصرف قانوني معين .

ان ضابط المعقولية يحدد سلطة القاضي ويجبره على مراعاة التوازن والتعادل . ومثال ذلك المشارطات التعاقدية التي اختل توازنها لطروء ظروف جديدة لم تكن في الحسبان . ان تلك المشارطات تنوم في الاصل على وجود مصلحتين ، مصلحة الدائن ومصلحة المدين ، الا ان تطبيق ضابط المعقولية يكشف عن وجود مصلحة ثالثة هي مصلحة الجماعة التي يهمها ان تنفذ المشارطات بشرط الا يترتب على تنفيذها ارهاق مدين بسبب ظروف لا دخل لارادته في تحققها .

ان القضاء الانكليزي الذي يعتمد كثيرا على هذا الضابط يحكم عادة بفسخ مثل هذا العقد اذا ثبت لديه ان المدين لم يكن مخطئا ، وان التنفيذ قد اصبح مرهقا بشكل لو امكن لرجل عاقل ان يتنبأ به لما تعاقد[16] .

---

(15) المرجع السابق ص ٢٥٣ نقلا عن روسكوباوند .
(16) الدكتور حامد زكي ، المرجع السابق ، ص ٢٥٤ نقلا عن روسكوباوند .

اما ضابط الملائمة فيحدد سلطة الافراد ويضطرهم الى عدم المبالغة في الاستفادة من المراكز القانونية التي اوجدتهم فيها الظروف(١٧) .

واكي نوضح معنى الضابط القانوني وتميزه عن القاعدة القانونية نقول ، ان المشرع في تقريره الاحكام يعمد الى احدى طريقتين : اولاهما ، ان يذكر حكما معينا مع تحديد الواقعة التي ينطبق عليها . كأن ينص على تحريم التعامل في التركات المستقبلة . ان ما ذكره المشرع يعتبر قاعدة قانونية تسري على كل تركة مستقبلة ، ويجب على الافراد الخضوع لها وعلى القاضي واجب تطبيقها . اما الطريقة الثانية ، فهي ان لا يبين المشرع حكما بذاته وانما يكتفي بالاحالة على اصل خارج عن نصوص القانون ، يسترشد به القاضي لاعطاء الحالة المعروضة عليه الحكم الملائم . ان المشرع يعمد الى هذه الطريقة في النصوص القانونية التي تشير الى الاخذ بما يجب ان يقوم به رب الأسرة العاقل او الشخص المعتاد كمقياس للحكم على سلوك شخص معين ابتغاء التعرف على وجود خطأ في سلوكه لتقرير مسؤوليته(١٨) .

ان الضوابط القانونية تجد مرتعها الخصب في قوانين البلاد التي لا تعتمد التقنين مصدرا رئيسا للقانون . كما يبدو ان هنالك اتجاها في التشريعات المدنية الحديثة ذات النزعة الاشتراكية الى تفضيل المعايير المرنة على القواعد الجامدة(١٩) . ومن الامثلة على هذا الاتجاه نص المادة ٦٨ من القانون المدني لجمهورية المانيا الديمقراطية الذي قضى بما يأتي :ـ (يكون العقد باطلا في الحالات الآتية ٢ ـ اذا كان العقد مخالفا لمبادىء الاخلاق الاشتراكية) .

(١٧) المرجع السابق ، ص ٢٦١ .
(١٨) المرجع السابق ص ٢٥٨ .
(١٩) انظر مجلة العدالة ، العدد الثالث ، السنة الرابعة ص ٤٧٩ .

ان السبب في الاقبال على الاخذ بالضوابط القانونية هو انها تقوم على التجربة والمعرفة الدقيقة بأحوال الحياة والاحاطة بظروف كل قضية على حدتها وترمي الى تقدير حل مناسب لكل مسألة بغض النظر عن ادخالها تحت تقسيم معين او التقيد بحكم سابق بقاءها في هيئة قاعدة عامة . الى ان الضابط يبدو بعيدا عن ان يكون آليا لانه يعطي القاضي سلطة واسعة في البحث عن الحل الملائم . ويكتفي بارشاده الى الاتجاه الذي يجب عليه ترسمه . ان الحلول التي ينتهي اليها تطبيق الضابط القانوني هي حلول حقيقية لا مجردة ، وهي مستمدة من واقع الحال لا من المنطق البحت(٢٠) .

ان للضوابط القانونية انصارها وخصومها . وقد اعتمد انصارها على ما فيها من مزايا تفريد العدالة والاعتماد على التجربة والمعرفة الدقيقة بأحوال الحياة وتكييفها مع الاحداث المتتالية الجديدة . اما خصومها فقد ركزوا نقدهم على ما فيها من مساوىء ابرزها الخوف من تحكم القضاء والهوى الاعتباطي في التطبيق وعدم الانتظام والانسجام اللازمين في الحياة القانونية . والحقيقة ان الحياة الاجتماعية ليست على حال من البساطة بحيث يسمح فيها بالاكتفاء بنظام معين محدد وانما تحتاج الى نظام خليط من وسائل مختلفة كي يمكن الوصول الى تنظيم العدالة تنظيما ملائما . فالاخذ بنظام معين باعتباره وحدة غير قابلة للتجزئة لا يخلو من المضار . والطريقة المثلى هي ان نفرق بين نوعين من العلاقات القانونية .. اولهما ، العلاقات التي تتميز بالثبات والاستقرار وتبتعد بطبيعتها عن التحول السريع . ومثل هذه العلاقات تناسبها القواعد القانونية الجامدة كالمسائل المتعلقة بالميراث والزواج وباكتساب الحقوق وسقوطها وبالتقادم وبقوة الشيء المحكوم فيه . وثانيهما ، العلاقات القانونية التي لا تثبت على حال واحدة وانما تقبل التغير

(٢٠) انظر الدكتور حامد زكي ، المرجع السابق ، ص ٢٦٠ وما بعدها .

السريع بطبيعتها • ومثل هذه العلاقات تناسبها الضوابط القانونية التي تقرر الاحكام الملائمة[٢١] •

وخلاصة القول ان الضوابط القانونية عبارة عن صيغ غامضة تقتضيها فن الصياغة التشريعية لحكم حالات معينة ولكي تؤدي مهمتها بشكل سليم لابد من الرجوع في تفسيرها الى المنهج الاجتماعي السائد والى روح القانون وهدفه لا الى قواعد اللغة والمنطق فحسب •

(٢١) المرجع السابق ، ص ٢٧٣ •

المطلب الثاني

الغموض الذي تقتضيه طبيعة الموضوع

قد تقتضي طبيعة الموضوع الذي يعالجه المشرع أن يتحاشى التعرض لادق التفاصيل فيه لما يتميز به من الاتساع والدقة • ومن هذا القبيل امثلة شتى في المعاملات التجارية حيث ان تفاصيل العقود التجاريه ولا سيما في مسائل الصرف ومعاملات البورصات والبنوك تبلغ حدا من الاتساع والتعقيد يؤثر معه المشرع مجرد الاحالة الى عرف التجارة • والحق ان الحكمة تستدعي المشرع دائما أن يقف لدى امهات المسائل ويترك ما عداها من الجزئيات الدقيقة لاجتهاد القضاء اذا لم يكن العرف قد تم تكوينه •

وقد يعتمد المشرع لاسباب سياسية او اجتماعية الغموض فيبتر النص القانوني او يصوغه بلغة مبهمة ويترك للقضاء مع الزمن وعند حدوث وقائع فعلية ان يستخلص المعنى المقصود آخذا بنظر الاعتبار الوضع الاجتماعي ومستوحيا روح التشريع • ومن ذلك مثلا ما اتفقت عليه لجنة وضع مشروع قانون العقوبات من ان الحاكم هو الذي يقرر نوع الجريمة أهي سياسية ام عادية ؟ دون الزامه باتباع احد المذهبين في هذا الصدد وهما المذهب الشخصي والمذهب المادي[١] •

ومما هو طريف في هذا الباب ما ذكره الاستاذ الانجليزي ألن[٢] في مؤلفه Law in the making ان الغموض قد يكون

(١) الدكتور البزاز ، المرجع السابق ص ١٩٤ •
(٢) ص ٤٦١ •

وسيلة ماكرة لتمرير اللوائح القانونيـة بسرعة في دهاليز البرلمـان حيث اذا كانت اللائحة بلغة سهلة وواضحة تطول المناقشة ويستبطىء التشـريع حيث ستطلع كل عضو ان يجد ثغرة فيه ، واما اذا كانت بلغة غامضة مبهمة وفنية فقد تنجو من هذه المشكلة ويخرج التشريع الى حيز الوجـود دون ان يمر بأية زوبعة ذلك ان أحدا منهم لا يريد ان يتهم بالجهل وعدم الدراية • ومثل هذا النهج من الالتواء قمين بالنظم الرأسمالية التي هي نفسها تعتبر وليـدة الالتواء والخداع •

المطلب الثـالث

الغموض الناتج عن القصـور في اللغة وفي التعبير

الغموض الناتج عن قصور اللغة او التعبير هو الغمـوض الناشيء من ان احد ألفاظ النص او عبارته يكون مما يحتمل اكثر من معنى واحـد[1] • ويستعان في هذه الحال بطرق التفسير المختلفة الملائمة وخاصة حكمة التشريع لمعرفة المقصود الحقيقي • ومن الامثلة عليه ، ما نص عليـه قانون العقوبات المصري[2] من تشديد عقوبة السرقة التي ترتكب ليلا • ذلك لان المشرع لم يعرف الليل ، ولم يحدد ما اذا كانت كلمته تعني فترة الظلام ان ان المقصود بها هو الليل بمعناه الفلكي الممتـد من غروب الشمس الى شروقهـا • ان الغموض يشوب هذه الكلمة لانها تنصرف الى اكثر من معنى واحد ، الا ان الرجوع الى حكمة تشديد العقاب في هذا الظرف يرجح المعنى الاول وهو ان المقصود بالليل هو الفترة التي يسود فيها الظـلام • لان الظلام يشجع على ارتكاب جريمة السرقة ويساعد على تستر الجـاني وهروبه ويشكل مقاومة المجنى عليه •

والحقيقة ان ابرز سبب لهذا الغموض هو وجود الالفاظ المشتركة ذات المعاني المتعددة • وما اكثرها في اللغة •

وقد ينتج الغموض عن تعدد الاحتمالات ووجهـات النظر في تحديد المقصود من فكرة معينة كفكرة السبب او فكـرة الخطأ • ذلك لان هـذه

(١) انظر سالموند ، المرجع السابق ، ص ١٨٣ ، جني نبذة ١٤ .
(٢) الدكتور توفيق فـرج حسن . مذكرات في المدخـل للعلوم القانونيـة ص ١٨٩ .
انظر الدكتور سليمان مرقس ، المرجع السابق ص ٢١٤ .

الافكار لم يستقر الفقهاء على تحديد معانيها بل حاول كل ان يصورها حسب ما يعتنده ويتبناه من الآراء الخاصة • والواقع ان اي نص قانوني يشتمل على مثل هذه الافكار يكون عرضة لتعليق الشراح وبسط النظريات حولها •

ولعل الاسباب التي تدعو الى عدم صراحة النصوص وكفايتها في الدلالة على المعنى المقصود مباشرة تخلص كما يقول الاستاذ الانكليزي ألن[٣] « في انه ليس في مكنة المشرعين ان يتكهنوا بمختلف الوقائع التي قد تحدث في الحياة البشرية فيواجهوها • وحتى اذا فرض جدلا وكان ذلك في استطاعتهم فانهم لن يستطيعوا التعبير عنها بكلمات خالية من كل غموض لسببين ، اولهما : امكاناتهم اللغوية المحدودة ، وثانيهما : هو انه ليس في وسع اية لغة مهما كان غناها ، ان تواجه الاحتمالات الانسانية والحاجات الاجتماعية المتطورة ابدا بانضباط حسابي » ومفاد هذه المقولة هو ان اللغة قد تكون قاصرة عن نقل الافكار والنيات بصورة واضحة[٤] فيأتي التعبير مبهما وغير واضح •

وأرى ان من الحق القول ان فكر الانسان نفسه قد يعجز عن تصور كامل فيأتي التعبير عاجزا هو الآخر • الا ان مقولة ألن قد لا تكون واردة في اللغة العربية لانها تملك ذخيرة ومعيناً لا ينضب من المفردات ومن ادوات تحديد المعاني • فقد تعاون علماء اللغة والاصول والبيان المسلمون في هذا الميدان • وقدم كل من جانبه ما أغنى به الفكر والتعبير خدمة للشريعة الاسلامية •

وقد يأتي الغموض لا من وجود الالفاظ المشتركة بل من اسلوب النص نفسه • وهذه الحقيقة لا تحتاج الى برهان ، لان القارىء البسيط

(٣) انظر الن ، المرجع السابق ، ص ٤٦٣ .
(٤) المرجع السابق ص ٤٨٦ .

يدرك تماما الفرق بين العبارة الواضحة السهلة وبين العبارة المغلقة • فالعبارة السهلة تصاغ باسلوب سلس يمكن تصور المقصود منه دون تحليل او اجهاد فكري • اما العبارة الصعبة فتصاغ باسلوب معقد في اللفظ والتركيب بحيث يصعب تصور المقصود منه دون مراجعة لربط الجمل والكلمات فيها ، او مراجعة القواميس الخاصة باللغة والمصطلحات[٥] • ومثال ذلك نص الفقرة الاولى من المادة (١١٧) من القانون المدني العراقي « اذا وقع غلط في محل العقد وكان مسمى ومشارا اليه فان اختلف الجنس تعلق العقد بالمسمى وبطل لانعدامه ••• » اذ يتعذر على القارىء متابعة تصور الفكرة التي يتضمنها النص الا بعد التعمق والروية ومراجعة المصدر التأريخي لها واعني به المراجع الفقهية الاسلامية •

ومن قبيل القصور في التعبير ان يأتي النص مقتضبا لا يتضمن كل ما يجب ذكره[٦] ويقع ذلك عادة باغفال المشرع ذكر حالة او شرط لازم لتطبيق قاعدة قانونية[٧] ، ومثال ذلك نص المادة ١٥١ من القانون المدني المصري القديم التي كانت تقرر « ان كل فعل نشأ عنه الضرر للغير يوجب ملزومية فاعله بتعويض الضرر » • ذلك لان المشرع لم يقصد مسؤولية الفاعل عن الضرر الذي يصيب الغير بفعله مطلقا ، وانما قصد ان يكون هذا الفعل متصفا بالخطأ • ولذلك أضاف الفقه والقضاء شرط الخطأ كركن في المسؤولية وتدارك المشرع المصري هذا النقص في نص المادة ١٦٣ من القانون المدني المصري الجديد الذي قرر ان كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض[٨] •

(٥) انظر علي الزيني ، المرجع السابق ، ص ٧٣ .
(٦) السنهوري ، المرجع السابق ، ص ١٦٥ .
(٧) البزاز ، المرجع السابق ، ص ٢٠٨ .
(٨) البدراوي ، المرجع السابق ، ص ٢٣٠ .

وعندئذ ينبغي على المفسر ان يكمل هذا النقص مستهديا في ذلك بقصد المشرع[٩] دون ان يتوسع في ذلك ، ذلك ان الاصل ان نص القانون اذا كان صريحا فلا يجوز تغييره عن طريق التأويل بحجة ان روح القانون تدعو الى ذلك وان حكم النص غير عادل في نظر القاضي . ذلك لان المشرع وحده هو المرجع في التغيير . ولا يباح للقاضي حق التدخل الا اذا اخطأ المشرع ماديا في ذكر رقم مادة او في حذف او اضافة حرف نفي او عطف او نحو ذلك ليتولى عندئذ تصحيح الخطأ عند التطبيق[١٠] ، وذلك مثل المادة ١٠٣ من القانون المدني المصري الاهلي التي نصت على ان الشرط هو امر مستقبل او غير محقق والتي استعمل المشرع فيها خطأ حرف أو بدلا من حرف و ، لان الشرط يجب ان يكون امرا مستقبلا وغير محقق معا[١١] .

ولما كانت النصوص الشرعية تتميز بالبيان ورصانة التعبير فان مسألة النقص بالمعنى المبين آنفا غير واردة فيها . وما يلاحظ من النقص يكون من قبيل اقتضاء النص ومفهوله كما سبقت الاشارة الى ذلك في مبحث دلالة المنطوق .

هذا واذا كان الاختلاف في فهم المراد من النص الغامض سببا قويا واكيدا لتنوع الاجتهاد وتفاوت التفسيرات ، فان الاختلاف في تكييف الواقعة أي في تطبيق النص على بعض الوقائع والافراد يعتبر السبب الاقوى لما تشهده قرارات المحاكم من اختلاف في وجهات النظر .

وقد لا يقع التعبير عن الارادة التشريعية بالطريقة المناسبة حيث يدل منطق التشريع وروح النصوص على ان المشرع ذكر في النص أقل مما كان يقصد أن يقول ، او انه ذكر في النص اكثر مما يقصد قوله . وعندئذ : يجب

(٩) البدراوي ، المرجع السابق ، ص ٢٣٠ .
(١٠) الدكتور محمد كامل مرسي بك والقاضي سيد مصطفى بك ، اصول القوانين ، ص ٢٨٩ ، سالموند نبذة ٤١ .
(١١) الدكتور محمد مرسي ، المرجع السابق ص ٢٩٠ .

في الحالة الاولى توسيع معنى الالفاظ التي صيغت بها ارادة المشرع وهذا هو التفسير الواسع ، وينبغي في الحالة الثانية استبعاد تطبيق القانون على حالات تبدو من حيث الظاهر داخلة في نطاق عبارة التشريع ولكنها في الحقيقة خارجة عن نطاق ارادة المشرع[١٢] . وهذا هو التفسير الضيق . ولاهمية هاتين الحالتين اذكر فيما يلي تعريفهما ، وأحدد بايجاز نطاق كل منهما :-

أولا : التفسير الواسع[١٣] Interpretaion extensive

وهو اعطاء الارادة التشريعية كامل معناها . ومقتضاه تطبيق التشريع على حالات لا يشملها المعنى الحرفي لعبارات النص ولكنها تكون مع ذلك مقصود المشرع الذي جاء التعبير عنه غير محكم او ضيقا جدا . ويقع هذا عندما يستعمل المشرع عبارات محددة وخاصة ، بدلا من استعمال عبارات عامة مجردة كان يمكن أن تكون أدل على الارادة التشريعية[١٤] .

مثال ذلك ان يرد في النص مصطلح « الالتزامات التعاقدية » ويجد المفسر ان المقصود منه هو « الالتزامات الارادية » أي الناشئة عن الارادة سواء نشأت عن تصرف صادر من جانبين اي من عقد او نتجت عن تصرف صادر من جانب واحد كالوعد بجائزة « الارادة المنفردة » أو ان ترد في النص كلمة هبة في حين يجب ان يشمل النص كل تبرع ولو كان مضافا الى ما بعد الموت . ففي هذه الحالات وما يماثلها يكون مؤدى التفسير الواسع اطلاق الفكرة مما يقيدها ، ورفعها الى مستوى الحكم الذي ينطبق على سائر الحالات التي لا يشملها ظاهر النص[١٥] .

(١٢) الدكتور عبدالحي حجازي ، المرجع السابق ص ٥٢٩ .
(١٣) جني ف ١٠٥ . الدكتور عبدالحي حجازي ص ٥٢٧ .
(١٤) المرجع السابق ص ٥٢٨ ، نقلا عن سافيني .
(١٥) انظر الدكتور عبدالحي حجازي ص ٥٢٩ .

ومن القواعد التي يجب تفسيرها تفسيرا واسعا ، القواعد التي لا تعني بتنظيم علاقة اجتماعية معينة بل تكون معايير لقواعد قانونية أخرى ، وأقصد بها القواعد العامة التي لها قيمة المبدأ كقاعدة عدم رجعية القوانين وقاعدة حسن النية • فقاعدة عدم الرجعية المنصوص عليها في المادة العاشرة من القانون المدني العراقي[16] تشمل جميع القوانين والانظمة وان كانت قد وردت في الباب التمهيدي للقانون المدني وكذلك قاعدة حسن النية فانها واجبة التطبيق على جميع العقود وعلى جميع المراكز القانونية بل وحتى على العلاقة بين أطراف الدعوى ، وان وردت في الفرع المعقود لآثار العقد طبقا لنص المادة ١٥٠ مدني عراقي[17] •

وقد يقع ان المشرع يلجأ الى سرد الامثلة التطبيقية بدلا من وضع قواعد عامة • وعندئذ تقتضي النصوص التي ترد على هذا النحو أن يكون التفسير واسعا • ومن الامثلة عليها النصوص التي تورد احكاما على سبيل المثال ، كنص المادة ٨١ مدني عراقي التي جاء فيها : « ١ــ لا ينسب الى ساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة الى البيان يعتبر قبولا •
٢ ــ ويعتبر السكوت قبولا بوجه خاص اذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الايجاب بهذا التعامل أو اذا تمخض الايجاب لمنفعة من وجه اليه وكذلك يكون سكوت المشتري بعد أن يتسلم البضائع التي اشتراها قبولا لما ورد في قائمة الثمن من شروط » •

ثانيا : التفسير الضيق Interpretation restrictive ومؤداه الحد من سعة مدلول الالفاظ بحصرها في النطاق المطابق لارادة المشرع حيث يفيد

(١٦) نص المادة : لا يعمل بالقانون الا من وقت صيرورته نافذا فلا يسري على ما سبق من الوقائع الا اذا وجد نص في القانون الجديد يقضي بغير ذلك او كان الجديد متعلقا بالنظام العام او الآداب .
(١٧) انظر الدكتور مالك دوهان ، المرجع السابق ص ٥٠٠ .

النص معنى يتجاوز ما أراده المشرع[18] • ومقتضاه استبعاد تطبيق القانون على حالات تبدو من حيث الظاهر داخلة في نطاق عبارة التشريع في حين انها في الحقيقة خارجة عن نطاق ارادة المشرع •

وينبغي ان يكون التفسير ضيقا في كل حاله يكون فهم النص على اطلاقه بالصورة التي ورد بها في التشريع مؤديا الى معارضة نص تشريعي آخر او حين يؤدي تطبيق النص في صورته الواسعة الى تجاوز الغاية التي يرمي اليها النص[19] • واكتفي هنا بهذا القدر من الكلام في التفسير الواسع والضيق وسأعود الى بيان جوانب اخرى من هذا الموضوع عند الكلام على الفرق بين التفسير الواسع والقياس في المكان المناسب في هذه الرسالة •

(١٨) انظر الدكتور محمد علي عرفه ، مبادىء العلوم القانونية ، القاهرة ، ١٩٢٤ ، ص ١٨٥ .
(١٩) الدكتور عبدالحي حجازي ، المرجع السابق ص ٥٣٠ .

المبحث الثاني

الغموض في النصوص الشرعية

قبل الخوض في صلب الموضوع لابد لي من ابداء الملاحظات الآتية :ـ

أولا ـ ان القرآن الكريم نزل وحيا مبينا واضحا في تعاليمه جليا في معانيه استهدت به الامة واسترشدت في السلوك والعقيدة وفي تنظيم العلاقات الاجتماعية في العصر الاسلامي الاول دون معاناة الغموض او الابهام .

ثانيا ـ عالج القرآن الكريم اكثر المسائل العامة بصورة اجمالية ، وعهدت الى الرسول (ص) مهمة البيان وتحديد التفاصيل (لتبين للناس ما نزل اليهم) فجاءت سنته الشريفة في معظم الاحيان مفسرة ومبينة للمراد من نصوص القرآن .

ثالثا ـ وفي ضوء ما تقدم يمكن القول ان النصوص الشرعية كانت صافية في معينها الاول وواضحة مستجلاة بما لحقها من بيان كريم وتبعها من تطبيقات عملية .

الا ان النهضة الكبرى التي احدثها الاسلام في معظم البلاد التي دخلت فيه واعتنقته دينا وشريعة أثارت أوضاعا جديدة اقتضت قواعد جديدة تنظمها وفقا للشريعة . فنشطت المحاولات الفقهية ايما نشاط لاستلهام الحلول لجميع القضايا من عبارات النصوص ، وان كنا لا نعدم وجود طائفة من الصحابة نزعت نحو الاسترشاد بمقاصد النصوص اي بروحها ، لحكم العلائق الجديدة ، وفي مقدمة هؤلاء الخليفة الفاروق عمر بن الخطاب (رض). ومعلوم ان التعبير العربي قابل لتوجيهات متعددة وتأويلات مختلفة الاسباب،

منها خصوبته ومرونته وما يزخر به من كلمات مشتركة والفاظ مجملة ، فتولدت نتيجة تلك المحاولات مذاهب واسعة اختلف بعضها عن الآخر تبعا لما بدا لها من فهم النصوص ذاتها طبقا لمنهجها . وتولى رجال من علماء الشريعة مهمة تحديد مكامن الغموض وأسبابه ومعالجته وهم علماء اصول الفقه ، وسألقي الضوء على جانب من هذه المهمة فيما يلي :ـ

ان من يستقرىء نصوص القرآن الكريم الدالة على الاحكام الشرعية يجد ان بعضها بين في ذاته لا يحتاج الى ايضاح ، وبعضها يحتاج الى بيان وتفسير[١] . ومن الامثلة على النوع الاول قوله تعالى : (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا واولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا من بعد ذلك واصلحوا فان الله غفور رحيم)[٢] . فان الآيتين لا يحتاج معناهما الى شرح أو تفسير .

ومما يحتاج الى البيان الامر بالصلاة والزكاة الوارد في قوله تعالى (أقيموا الصلاة وآتوا الزكاة)[٣] فان الصلاة مجملة لم يوضح القرآن عدد ركعاتها ولا أوقاتها وهيئاتها وكذلك شأن الزكاة التي لم يوضح الفرقان مقدار النصاب الذي تجب فيه الزكاة ولا القدر الواجب اخراجه . ومن هذه الاحكام ايضا حكم السرقة في قوله تعالى « والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله »[٤] فان لفظ السرقة في الآية الكريمة جاء مجملا من حيث مقدار نصاب السرقة الذي يجب فيه القطع ، كما لم تتعرض الآية لشروط السرقة ولا الى موضع القطع . وقد جاءت السنة الشريفة مبينة لكل ذلك . ومن قبيل ذلك ايضا ، الاحكام المتعلقة بالامور

(١) بدران ابو العينين بدران . بيان النصوص التشريعية . منشورات منشأة المعارف بالاسكندرية ١٩٦٩ ، ص ١ وما بعدها .
(٢) سورة النور ، الآيتين ٤ و٥ .
(٣) سور ةالنور / ٥٦ .
(٤) سورة المائدة / ٣٨ .

المدنية والاقتصادية والدستورية والدولية ، فانها وردت في قواعد كلية دون تفصيل واكتفى فيها بوضع المبادىء الاساس مع الاشارة الى مقاصد التشريع[٥] .

وتبعا لما تقدم قسم الاصوليون النصوص الشرعية الى قسمين :ـ

اولهما ـ نصوص واضحة الدلالة على ما أراده الشارع منها . وثانيهما نصوص غير واضحة الدلالة على المراد منها . وأريد بواضح الدلالة من النصوص ، ما لا يتوقف فهم المراد منه او تطبيقه على الوقائع على أمر خارج عن عبارته وصيغته . وقصد بغير واضح الدلالة منها ، ما يتوقف فهم المراد منه اوتطبيقه على الوقائع على أمر خارج عن صيغته وعبارته .

وقد استقرأ علماء الاصول الاسباب والعوامل التي تؤدي الى سلب الوضوح من النصوص فوجدوا ان اهمها ما يلي :ـ

اولا ـ ما كان سبب الغموض في النص ناشئا من الاشتباه في تطبيقه على بعض الوقائع والافراد ، وسمي ذلك بالخفي .

ثانيا ـ ما كان سبب الغموض في النص ناشئا من تعقد الوصول الى المعنى الا بقرينة ، وسمي ذلك بالمشكل .

ثالثا ـ ما كان سبب الغموض ناشئا عن اجمال النص اي خفاء المراد منه خفاء لا يدرك الا ببيان من المجمل ، وسمي بالمجمل .

رابعا ـ ما كان سبب الغموض فيه تعارض ظواهر النصوص .

وسأفصل فيما يلي الامور الثلاثة الاولى واخصص لكل واحد منها مطلبا مستقلا ، واما الرابع فأتناوله في فصل لاحق افرده للكلام في التعارض.

(٥) بدران ، المرجع السابق . ص ٢ .

المطلب الاول

النص الخفي

الخفاء لغة ، هو عدم الظهور والتستر والكتمان ، وفي المصطلح يراد بالخفي ما اشتبه معناه وخفي مراده بعارض غيرالصيغة لاينال الا بالطلب[١]. ويعني هذا ، انه ذلك النص الذي يشتمل على لفظ ظاهر في دلالته على معناه وقد عرض له من خارج صيغته ما جعل في انطباقه على بعض افراده نوعا من الغموض والخفاء لا يزول الا بالطلب والاجتهاد[٢] . اي ان سبب الغموض في اللفظ هو الاشتباه في تطبيقه على بعض الوقائع او الافراد دون أن يكون في دلالة النص على معناه اي خفاء .

ان منشأ الغموض في الخفي هو تخصيص بعض الافراد باسم خاص به او زيادة في بعض الافراد او نقصان . ان هذه التسمية الخاصة او الزيادة أو النقصان تحيط اللفظ بالاشتباه ، فيصبح اللفظ الظاهر في الدلالة على معناه خفيا بالنسبة الى هذا الفرد المطلوب معرفة حكمه ، لان هذا الفرد لا يدرك من نفس اللفظ انه مما يتناوله ذلك اللفظ بالحكم بل لابد من أمر خارجي[٣] ، ولهذا يتطلب حكم الخفي النظر والبحث والتأمل ليعلم المجتهد مكمن الخفاء ويعمل على ازالته عن طريق الرجوع الى النصوص المتعلقة بالمسألة المقصودة ومراعاة التعليل ومقاصد الشريعة[٤] . وقد كان الخفي مثارا لاختلاف المجتهدين في آرائهم تبعا لما يتبدى لهم من قرائن ومرجحات .

(١) اصول السرخسي ، جـ ١ ص ١٧٦ .
(٢) الدكتور مصطفى ابراهيم الزلمي ، اسباب اختلاف الفقهاء في الاحكام الشرعية ، ص ٢١٥ .
(٣) الاستاذ بدران ، المرجع السابق ص ١٠٦ .
(٤) الدكتور مصطفى الزلمي ، المرجع السابق ص ٢١٦ .

ومن امثلة الخفي في كتاب الله تعالى قوله سبحانه « والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما »[٥] . ان لفظ السارق ظاهر في الدلالة على معناه ، وهو كما يقول الفقهاء « آخذ المال المتقوم المملوك للغير خفيـة من حرز مثله » ، فكل من انطبق عليه هذا المعنى عد سارقا وطبق عليه الحكم . فلفظ السارق ظاهر فيه غير خفي[٦] ولكنه خفي في الطرار وهو الذي يأخذ المال من الناس بمهارة وخفة في يقظتهم ، كما هو خفي في النبـاش وهو الذي ينبش القبور ويأخذ اكفان الموتى .

وقد نشأ هذا الخفاء من اختصاص كل منهما بلفظ خاص وهذا ما جعل العلماء والمجتهدين ينظرون ويتأملون لازالة هذا الغموض والخفاء[٧] . اما عن الطرار فقد أدى بحثهم الى الاتفـاق على انه سـارق وزيادة ذلك لان السارق العادي اذا كان يسرق والاعين نائمة فان الطرار يسرق والاعين يقظة يساعده في ذلك حـذق ومهارة وخفـة يد في الاستلاب . وذلك ينبىء عن مبالغته في جريمتـه التي هي السرقة مما يجعلـه أكثر خطرا من السـارق العادي . ولهذا كان الاتفاق على الحكم بتوقيع الحد عليه[٨] .

أما النبـاش فقد وجدوا انه لا يطاق عليـه اسم السارق لنقص معنى السرقة فيه ، حيث ان المال الذي يأخذه غير مرغوب فيـه . كما ان المأخوذ ليس مملوكا لأحد ولا موجودا في حرز مثله ، لان القبر لم يعد مكانا لحفظ الاموال وانما أعد لدفن الموتى . كما ان السرقة في هذه الحال لا تكون خفية لان السرقة انما تكون بحيث يتقي السارق الاعين ويتحفظ من الناس[٩] .

(٥) سورة المائدة ، الآية ٣٨ .
(٦) الدكتور محمد اديب صالح ، المرجع السابق ص ٢٩٢ .
(٧) الاستاذ بدران ، المرجع السابق ، ص ١٠٦ .
(٨) الدكتور محمد اديب صالح ، المرجع السابق ، ص ٢٣٣ . انظر ايضا الدكتور مصطفى الزلمي ، المرجع السابق ، ص ٢١٦ وما بعدها .
(٩) الدكتور محمد اديب صالح ، المرجع السابق ص ٢٣٦ ، ج ١ . انظر ايضا بدران ، المرجع السابق ، ص ١٠٦ .

وبهذا النظر أخذ ابو حنيفة ومحمد بن الحسن (رض) ، فقالا انه ليس فردا من أفراد السارقين فلا يقطع وانما يعزر بما يردعه عن هـذا العمل المشين . ولكن اكثر الفقهاء ومنهم ابن حزم ، رأوا ان النباش سارق تقطع يده . فهو يدخل في عموم لفظ السارق لان معنى السرقة متحقق فيه . ذلك لان النباش يقصد الى مال محـرز ، وحرز أي شيء يكون بحسب حاله الممكنـة فيه . وان اختصاصه بهذا الاسم المعين ليس لنقص معنى السرقة فيه ولكن للدلالة على سبب سرقته وهو النبش[١٠] .

ومن الامثلـة على الخفي في السـنة النبوية قوله (ص) « ليس لقاتل ميراث »[١١] . ان لفظ القـاتل في الحديث واضح في معنـاه . ولا شبهة في انطباقه على القاتل عمـدا . ولا خلاف في ان القاتل مورثه عمـدا يحرم من الميراث . ولكن هل ينطبق هذا الحكم على القاتل خطأ او على القتل بالتسبب أو على قتل الصبي والمجنون والنائم او على القتل دفاعـا عن النفس ؟ ان الامر خفي هنا وتقتضي ازالته الاجتهاد والتأمل لتحديد ماهية القتـل المانع من الميراث . فقال الشافعية ان لفظ القاتل يشمل كل من اقترف جناية القتل فحرموا كل قاتل من الميراث سواء كان القتل مباشرة أو تسببا ، وسواء كان متعمدا أو غير عمدى . وقال المالكية ان الذي يحرم من الميراث هو القاتل عمدا عدوانا دون وجه شرعي مبيح . وقال الحنـابلة ان المنع يدور مع القتل بغير حق وهو القتل المضمون بقصاص او دية او كفارة ، واما القـاتل بحق فلا يمنع من الميراث .

وقال الحنفية ، ان القتل المانع من الميراث هو القتل الموجب للقصاص او الكفارة وهو العمد وشبه العمد والخطأ ، وما عدا ذلك لا يوجب الحرمان

(١٠) الدكتور محمد اديب صالح ، المرجع السابق ، ص ٢٣٨ .
(١١) رواه الامام احمد ، راجع نيل الاوطار جـ ٦ ص ٨١ .

من الميراث[١٢] .

أما الامامية فتتفق مع المالكية في ضابط القتل المانع من الميراث[١٣] .

وهكذا يلاحظ ان اللفظ الخفي مدعاة للبحث والتامل من قبل المجتهدين لازالة الخفاء .

(١٢) انظر بدران ، المرجع السابق ، ص ١٠٧ وما بعدها . الدكتور محمد اديب صالح ، المرجع السابق ، ص ٢٤٣ وما بعدها .
(١٣) الدكتور محمد اديب صالح ، المرجع السابق ص ٢٤٧ .

المطلب الثاني

النص المشكل

المشكل لغة ، مأخوذ من قولهم اشكل الامر اذا دخل في اشكاله وأمثاله بحيث لا يعرف بدليل يتميز به ، كقولهم أشتى أي دخل في الشتاء[١] . أما اصطلاحا فهو الذي أشكل على السامع طريق الوصول الى المعاني لدقة المعنى في نفسه لا بعارض[٢] . والفرق بين الخفي والمشكل هو ان الخفاء في المشكل يأتي من ذات اللفظ و لايفهم المراد منه ابتداء الا بدليل من الخارج ، أما الخفي فمنشأ خفائه من التطبيق . والمشكل لشدة خفائه لا ينال معناه الا بالبحث والاجتهاد والرجوع الى مجموعة النصوص ومراعاة حكمة التشريع وتوخي ما قصده الشارع الحكيم . فهو يحتاج في بيانه الى النظر اولا في المعاني التي يحتملها اللفظ ثم ضبطها ثم الاجتهاد في القرائن التي يمكن بواسطتها معرفة المعنى المراد من بين تلك المعاني المحتملة والوقوف عليه[٣] .

وينقسم المشكل باعتبار منشأ اشكاله الى ثلاثة اقسام[٤] :ـ

اولها ـ الاشكال الناشيء عن غموض في المعنى عندما يحتمل اللفظ في اصل وضعه عدة معان يكون المراد منها واحدا ، اي في الالفاظ المشتركة ، او عندما يستعمل المعنى المجازي للفظ من الالفاظ بين هذا المعنى المجازي وبين معناه الحقيقي .

(١) انظر كشف الاسرار للبزدوي جـ ١ ، ص ٥٢ .
(٢) التلويح جـ ١ ، ص ١٢٧ .
(٣) بدران ، المرجع السابق ، ص ١١٠ .
(٤) د. مصطفى الزلمي ، المرجع السابق ص ٢٢٠ .

وثانيها ــ الاشكال الناشيء عن تعارض ظواهر النصوص على معنى • اي ان كل نص يكون واضح الدلالة على المراد منه ولكن المعنى الذي يدل عليه احد النصين يصطدم وما يدل عليه نص آخر[٥] •

وثالثها ــ الاشكال الناشيء عن تعارض بعض اجزاء النص • كالاشكال في الفم وداخل الانف اهما يعتبران من ظاهر البدن فيجب غسلهما بموجب الآية الكريمة « وان كنتم جنبا فاطهروا » أم هما من باطنه فلا يجب الغسل ؟[٦] •

ان المراجع الفقهية والاصولية مليئة بالامثلة والنماذج التي اختلف بشأنها الفقهاء والاصوليون بسبب اشكال فيها ونورد فيما يلي مثالا واحدا للمشكل هو الآية الكريمة[٧] « وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم الا ان يعفون او يعفو الذي بيده عقدة النكاح » •• ان المراد من « الذي بيده عقدة النكاح » يحتمل أن يكون الزوج ويحتمل أن يكون الولي فلابد من التأمل والاجتهاد للخروج من الاشكال •

والحقيقة ان الاشكال في النصوص ليس معناه الابهام الذي لا يفهم منه الحكم بل معناه الاحتمال في اللفظ او في الاسلوب الذي يجعل المعنى مغلقا لا يفهم منه الحكم الا بعد التأمل والترجيح • ولذلك فهو يعد من الابهام النسبي المحتاج الى تفسير من السنة ان كان النص قرآنا • وهو يزول باجتهاد المجتهدين أو بالتوفيق بين النصوص والمقاصد العامة[٨] •

(٥) د. بدران ، المرجع السابق ، ص ١١١ .
(٦) انظر حاشية الازميري على شرح مرآة الوصول ، جـ ١ ص ٤٠٨ . راجع الزلمي ، المرجع السابق ص ٢٢٠ .
(٧) سورة البقرة ، الآية ٢٣٧ .
(٨) انظر د. محمد أديب صالح ، المرجع السابق ، ص ٢٦٣ .

المطلب الثالث

النص المجمل

المجمل لغة ، هو المبهم وغير المفصل ، اما اصطلاحا فهو لفظ لا يفهم المراد منه الا ببيان من المجمل سواء كان ذلك لتزاحم المعاني المتساوية الاقدام كالمشترك ، أو لغرابة اللفظ ، او لانتقاله من معناه الظاهر الى معنى آخر غير معلوم[١] •

وكان من نتيجة استقراء الفقهاء لموارد الاجمال ان ردوها ، كما هو واضح في التعريف الى أسباب ثلاثة[٢] :ــ

الاول ــ ما كان اجماله بسبب نقل اللفظ من معناه اللغوي ، الى معنى اصطلاحي خاص غير معلوم اراده الشارع • ومن ذلك كثير من مسميات الشريعة الاسلامية ، كالزكاة والربا والبيع وغيرها من الالفاظ التي لها في اللغة العربية قبل الوضع الشرعي مدلول معين ثم جاء الاسلام فأعطاها مدلولا آخر أضفى عليها ثوب الاجمال ، فصارت لا يمكن الوقوف على المراد منها الا بالاجتهاد والتأمل ، بل توقف امر بيانها على الشرع وجاءت السنة النبوية ببيانها[٣] • يؤكد ذلك قوله تعالى (وانزلنا اليك الذكر لتبين للناس ما نزل اليهم ولعلهم يتفكرون)[٤] •

(١) انظر اصول السرخسي ، جـ ١ ص ١٦٨ . اصول البزدوي وشرحه كشف الاسرار ، جـ ١ ص ٥٤ .
(٢) انظر التلويح جـ ١ ، ص ١٢٧ . التقرير والتحبير جـ ١ ، ص ١٥٩ . انظر د. مصطفى الزلمي ، المرجع السابق ص ٢٢٢ . بدران ، ص ١١٦ .
(٣) بدران ، المرجع السابق ، ص ١١٧ .
(٤) سورة النحل ، الآية ٤٤ .

الثاني ــ ما كان الاجمال فيه بسبب تعدد المعاني المتساوية وتزاحمها مع مع وجود قرينة ترجح أحد هذه المعاني كالعين الموضوعة للباصرة والعين الجارية ، وكالقرء الموضوع للطهر والحيض .

الثالث ــ ما كان اجماله ناشئا عن غرابة اللفظ في المعنى الذي استعمل فيه . ومثال ذلك لفظ « الهلوع » في قوله تعالى « ان الانسان خلق هلوعا » والمراد به الحريص الجذوع .. ولكن استعمال الهلوع في هذا المعنى غريب لا يمكن فهم المراد منه دون بيان ولذلك بينه الله تعالى بقوله : « اذا مسه الشر جذوعا واذا مسه الخير منوعا »(٥) .

هذا ولا يوجد في القرآن أو السنة اي نص تشريعي مجمل الا وورد ما يفسره لان الناس لا يكلفون الا بما يبين لهم(٦) .

ان ما أوردناه من بعض ما أشار اليه الاصوليون من ضوابط النصوص الغامضة يشكل مادة حية تليق بان تنبه القانونيين الحريصين على ضرورة الرجوع الى ما في تراثنا من المناهج الصالحة للبحث في شتى الميادين ولاسيما في ميدان الدراسات القانونية والفلسفية . وقد سبقنا البعض في الاشادة بذلك وأوردوا تطبيقات من نصوص قانونية اشير الى بعضها فيما يلي :ـ

أولا ــ الخفي في نصوص القانون :

عرف المشرع المصري في المادة / ٢١١ من قانون العقوبات السرقة بانها « اختلاس المنقول المملوك للغير » . ولقد قامت صعوبة في تطبيق جريمة السرقة على سارق التيار الكهربائي بسبب الخفاء في اعتبار التيار منقولا او غير منقول ، ذلك لان المنقول عادة هو الشيء المادي الذي يمكن نقله من مكان الى آخر دون خلل او تلف . وما انتهت اليه محكمة النقض المصرية

(٥) سورة المعارج ، الآيتين ١٩ ، ٢٠ .
(٦) بدران ، المرجع السابق ، ص ١١٧ .

هو اعتبار التيار الكهربائي من المنقول لتوافر خصائص المنقول فيه(٧) .

ومن هذا القبيل ايضا ما ثار من خلاف حول نسبة التزوير الى الموظف الذي يمثل عمدا أبيات ما كان يجب اثباته في المحرر . الا ان محكمة النقض المصرية استقرت على اعتبار الموظف في مثل هذه الحال مرتكبا جريمة التزوير(٨) .

ثانيا ــ المشكل في نصوص القانون :

يمثل للمشكل في نصوص القانون بلفظ الليل الذي ورد في قانون العقوبات كظرف مشدد لعقوبة السرقة . فقد يراد بالليل المعنى الفلكي اي الفترة المحصورة بين غروب الشمس وشروقها ، وقد يراد به الفترة التي يخيم فيها الظلام بالفعل(٩) .

ثالثا ــ من المجمل في نصوص القانون :

الشاهد التطبيقي للمجمل(١٠) هو نص الفقرة الاولى من المادة ٤٦ من القانون المدني العراقي « كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية غير محجور عليه يكون كامل الاهلية لمباشرة حقوقه المدنية » . لقد علق هذا النص كمال الاهلية على بلوغ سن الرشد ثم خلا من كل دلالة يمكن بمقتضاها تعيين نصاب هذه السن الذي لا يعتبر من الامور التي يتسنى تحديدها اجتهادا بقرائن خارجية وحدها . ولذلك كان لابد من التماس حكم من الشارع يعين النصاب وهو الحكم « المفسر » المنصوص عليه في المادة ١٠٦ من القانون المدني العراقي التي تحدد سن الرشد بـ ١٨ سنة .

(٧) د. ادريس صالح ، المرجع السابق ص ٢٥١ .
(٨) د. عبدالمنعم البدراوي ، المرجع السابق ، ص ٢٢٨ .
(٩) المرجع السابق ص ٢٢٨ .
(١٠) عبدالله النقشبندي ، علم اصول القانون ، مذكرات مطبوعة بالرونيو ، هامش ١٢٦ .

وهنا تظهر دواعي المقارنة بين النصوص التشريعية لاستظهار الاحكام .

ومن الجدير بالاشارة ، ان البيان الذي يرد للمجمل في الشريعة يشبه [illegible] للقوانين لانها تزيل الابهام في الالفاظ المجملة الواردة في القوانين الوضعية[11] .

(11) د. بدران ، المرجع السابق ، ص ١١٩ .

الفصل الثاني

تعارض النصوص

قبل الخوض في صلب الموضوع لابد من الاشارة الى ان فقهاء القانون وشراحه لم يتوسعوا في بحث التعارض كسبب من أسباب التفسير وانما تناولوه وبحثوا في آثاره عند الكلام في الغاء القانون . وذلك بخلاف الاصوليين المسلمين . وسبب ذلك في اعتقادي هو ان القوانين الوضعية لا تصمد كثيرا امام المتغيرات وانما تلاحقها التعديلات والالغاء وان أي تعارض بين النصوص يبدو من خلال التطبيق يكفي لتدخل المشرع لالغاء ما يستحق الالغاء ، ولذلك فان التعارض بين نصوص القانون لا يبدو الا لأمد قصير . وفي كل ذلك تختلف نصوص القانون عن النصوص الشرعية . ومن أجل هذا أقسم هذا الفصل الى مبحثين اكرس اولهما للتعارض في النصوص القانونية ، واعقد ثانيهما للتعارض في النصوص الشرعية .

المبحث الاول

التعارض في النصوص القانونية

ينشأ التعارض من انطباق نصين على واقعة ما ، ويقتضي كل منهما لها حكما يخالف ما يقتضيه الآخر .

ويبدو التعارض في صورتين . اولاهما ، التعارض الكلي التام أو المطلق . وثانيهما ، التعارض الجزئي . كما يقع في الغالب عند صدور قانونين متعاقبين في الزمن مختلفين في الاحكام .

أما التعارض الكلي فيعني التعارض بين أحكام قانون قديم وآخر حديث على نحو يستحيل التوفيق بينهما ويجعل تطبيقهما معا أمرا مستحيلا. وتنحصر مهمة المفسر عندئذ بالحكم بالغاء القانون اللاحق لان القانون القديم يعتبر منسوخا ضمنيا بالقانون الحديث[1] . ومن الامثلة على هذا التعارض ما ذكره المرحوم الاستاذ السنهوري بقوله[2] « ومثل ذلك ما تقضي به المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الاهلية من ان هذه المحاكم غير مختصة بنظر مسائل الانكحة وما يتعلق بها من قضايا المهر والنفقة ثم ما تقضي به المواد ١٥٥ـ١٥٧ من القانون المدني الاهلي من احكام في النفقة يصطدم كثير منها مع أحكام الشريعة الاسلامية الواجبة التطبيق بحسب المادة ١٦ المذكورة . اذ انه يجب طبقا لمواد القانون الاهلي أن ينفق الاصول على فروعهم وأزواج الفروع وان ينفق الزوجان أحدهما على الآخر . فنصوص القانون المدني متناقضة مع نص لائحة ترتيب المحاكم الاهلية والواجب هنا تغليب النص الاخير واعتبار المحاكم الاهلية غير مختصة بمسائل النفقات .

---

(١) د. حسن كيره ، المدخل الى القانون ، ١٩٧١ ، ص ٣٣٣ .
(٢) السنهوري ، اصول القانون ، المرجع السابق ص ١٦٤ .

والمحاكم الشرعية هي المختصة وهذه تطبق الشريعة الاسلامية » .

واما التعارض الجزئي فيقع عندما يبدو التعارض بين بعض أحكام القانونين وعندئذ يجب التوفيق بين النصين بقدر المستطاع[3] والا وجب تغليب أحد النصين على الآخر ولا ينسحب الالغاء الضمني الا على ما ثبت تعارضه من أحكام القانو نالقديم مع القانون الحديث .

وعلة هذا الالغاء سواء كان تاما أم جزئيا واضحة . وهي انه ما دام المشرع قد أظهر رغبتين في نصوص متناقضة فيعمل بالرغبة الجديدة[4] . فاذا وجد تناقض بين القانونين بحيث لا يمكن التوفيق بينهما ألغى القانون القديم ضمنيا ، أما اذا أمكن تطبيق كل منهما فلا يلغى القانون القديم كليا وانما يلغى منه ما يثبت تعارضه ويتعذر التوفيق بينه وبين حكم القانون الحديث .

والواقع ، ان التعارض الجزئي يحصل عندما يكون احد النصين عاما وثانيهما خاصا ، او عندما يكون احدهما مطلقا والآخر مقيدا . وقد برز في ميدان هذا البحث علماء الاصول المسلمون . وتوسعوا في بيان أثر التخصيص والتقييد في الاحكام العامة والمطلقة .

أما فقهاء القانون وشراحه فلم يخوضوا في هذا البحث الا نادرا ولا سيما في مسألة المطلق والمقيد .

ولما كان ما سأورده في مبحث التعارض في النصوص الشرعية من قواعد اصولية خاصة بضوابط التعارض الجزئي وحلوله ينطبق تماما على النصوص القانونية ويغني عن التفصيل هنا فانني سأكتفي بسرد حالات التعارض الجزئي بين نصوص القانون بايجاز فيما يلي ..

---

(٣) المرجع السابق ، ص ١٦٤ .
(٤) محمد كامل مرسي وسيد مصطفى ، المرجع السابق ، ص ٢٥٨ .

اولا : التعارض بين حكم قديم عام وحكم حديث خاص

اذا صدر تشريع حديث متضمنا احكاما خاصة متعارضة مع أحكام عامة ينص عليها تشريع قديم ، فان هذا التعارض لا ينطوي على تناقض يستحيل معه الابقاء على حكم القانون القديم بعد صدور القانون الجديد ، بل يظل القديم نافذا فيما لا يتعارض فيه مع الاحكام الجديدة • فالخاص يقيد العام ولكنه لا يناقضه[٥] • ويعتبر الحكم الخاص الذي أتى به التشريع الجديد ناسخا للقديم في خصوص هذا الحكم فحسب • ذلك لان العام يتناول جميع افراده فيعمها حكمه ظاهرا حتى يقوم الدليل على التخصيص • واذا وجد المخصص كان متناولا بحكمه ما بقى من الافراد بعد ما أخرجه المخصص[٦] • ومثال ذلك قانون الخدمة الجامعية العراقي • فهو قانون خاص ينظم الخدمة الجامعية ولا يلغي جميع احكام قانون الخدمة المدنية الذي هو قانون عام لجميع المواطنين في الدولة وانما يلغي ما يتعارض من احكامه من قانون الخدمة المدنية فقط • ويلاحظ انه في حالة عدم تنظيم القانون الجديد موضوعا معينا فانه يجب الرجوع الى الاحكام العامة في القانون القديم[٧] • فينبغي الرجوع مثلا الى أحكام القانون المدني العراقي الذي يعتبر قانونا عاما في حالات سكوت قانون العمل والقانون التجاري ، وهما من القوانين الخاصة ، عن حكم مسألة ما •

ثانيا : التعارض بين حكم قديم خاص وحكم حديث عام

عندما يكون التعارض قائما بين قواعد قانونية قديمة تضع حكما خاصا وبين قواعد قانونية جديدة تضع حكما عاما فان الحكم القديم الخاص يظل قائما وساريا باعتباره استثناءا من القاعدة العامة التي يضعها

(٥) انظر الدكتور سمير عبدالله تناغو ، المرجع السابق ص ٤١٩ . الدكتور مالك دوهان ، المرجع السابق ، ص ٥١٢ .
(٦) الدكتور عبدالمنعم البدراوي ، المرجع السابق ، ص ٢٠٦ .
(٧) الدكتور مالك دوهان ، المرجع السابق ، ص ٥١٣ .

الحكم الجديد العام • فالعام لا يلغي الخاص بل يسريان معا على أساس اعتبار العام هو الأصل وبقاء الخاص مجرد استثناء وارد عليه • ولا يلغي الحكم الخاص ضمنيا الا بحكم خاص مثله متعارض معه[٨] • ومثال ذلك [illegible] العقار • ان القانون المدني الجديد الذي يتضمن تنظيما لعقد الايجار بوجه عام لا يلغي بصدوره قانون اجارة العقار الذي ينظم هذا العقد تنظيما خاصا يختلف عن تنظيم القانون المدني له ، وانما يظل الثاني ساري المفعول لأن احكامه تعد استثناء من احكام القانون المدني ، ولا ينطوي وجوده على تعارض حقيقي بين قانونين • ومن الأمثلة كذلك ان القانون المصري رقم ٣٥ لسنة ١٩٤٤ نص على انه : (اذا كان المورث غير مسلم جاز لورثته في حكم الشريعة الاسلامية وقوانين الميراث والوصية ان يتفقوا على أن يكون التوريث طبقا لشريعة المتوفى) ، ثم جاء التقنين المدني الذي صدر سنة ١٩٤٩ مقررا انه تسري على الميراث والوصية احكام الشريعة الاسلامية والقوانين الصادرة في شأنها (م ٨٧٥ ــ و٩١٥) • ان الحكم الوارد في هذا التقنين وهو الحكم الأحدث لا يفيد الغاء الحكم الخاص الاقدم الوارد في قانون سنة ١٩٤٤ ، وانما يظل الحكم الخاص قائما وساريا يخول غير المسلمين حق الاحتكام الى شرائعهم الدينية في مسائل الميراث والوصية استثناءا من القاعدة العامة التي يقررها التقنين المدني والتي تقضي بان تكون الولاية في المواريث والوصايا للشريعة الاسلامية والقوانين المستمدة منها الصادرة في هذا الشأن[٩] ، ذلك لان النص على الاستثناء لا يتناقض مع القاعدة العامة وانما يؤيدها ، كما ان النص على قاعدة عامة لا يتناقض مع وجود الاستثناء •

يتضح مما تقدم ، ان القوانين التي تنص على أحكام خاصة لا تلغى

(٨) الدكتور حسن كيره ، المرجع السابق ، ص ٣٣٤ .
(٩) الدكتور حسن كيره ، المرجع السابق ، ص ٣٣٥ .

ضمنيا بصدور قانون عام لاحق ، كما لا تلغى القوانين التي تنص على احكام عامة بصدور قوانين لاحقة تتضمن احكاما خاصة .

لقد عالج الاستاذ فرنسوا جني بما لا يخرج عن معالجة الفقهاء والاصوليين المسلمين لها . فقد رأى(١٠) انه اذا وجد تعارض بين نصين كان لابد من رفع التعارض اما باكتشاف ان كل نص منهما يواجه فرضا مختلفا ، او باكتشاف ان أحد النصين يكون استثناءا من الآخر . واذا لم تتيسر ازالة هذا التعارض ، فلابد من حسمه نهائيا . اذ لا يجوز ان ينسب الى المشرع تناقض في ارادته . ويكون الحسم مثلا بتقرير ان النص اللاحق قد ألغى النص السابق . واذا تعاصر النصان في الصدور وجب القول بهما سقطا معا . وهذا الرأي يماثل الرأي الاصولي القائل (اذا تعارضا اي تساوى الدليلان في القوة تساقطا) .

ثالثا : التعارض بين نصين احدهما مطلق والآخر مقيد

اشرنا سابقا الى ان فقهاء القانون لم يتعمقوا في دراسة هذا الموضوع وانما اكتفوا بالكلام فيه بايجاز ، مسايرة منهم لمناهج البحث في الغرب التي لا تعالج هذه المباحث لا سيما وان مسألة المطلق والمقيد لا تثير مشاكل مستعصية في القوانين الوضعية . ولذلك ، فاني سأرجىء تفصيل هذا الموضوع الى مبحث التعارض في النصوص الشرعية . وحسبي ان اشير هنا الى ان القانون المدني العراقي عالج هذه المسألة في المادة ١٦٠ بقوله : « المطلق يجري على اطلاقه اذا لم يقم دليل التقييد نصا او دلالة » . كما يمكن ان نمثل لهذه الحالة بالمقارنة بين نص المادة ٥٥٨ فقرة اولى مدني عراقي التي جاء فيها « اذا ظهر بالمبيع عيب قديم كان المشتري مخيرا ان شاء رده وان شاء قبله بثمنه المسمى » ونص المادة ٥٥٩ التي قضت بانه : « لا يضمن

(١٠) جني نبذة ١٣ ، انظر الدكتور سمير تناغو ، المرجع السابق ، ص ٧٥١ .

البائع عيبا قديما كان المشتري يعرفه ... » ومعلوم ان الحكم الاول مطلق يتعلق بوجود عيب قديم سواء كان المشتري يعرفه او يجهله . اما الحكم الثاني فقد جاء مقيدا ذلك الحكم بمعرفة المشتري بالعيب القديم .

المبحث الثاني

التعارض في النصوص الشرعية

التعارض لغة ، التمانع ، فتقول عرض لي كذا اذا استقبلك ما يمنعك مما قصدته • ومنه سمي السحاب عارضا ، لانه يمنع شعاع الشمس وحرارتها من الاتصال بالأرض[1] •

والتعارض في اصطلاح الاصوليين[2] ان يقتضي دليل شرعي حكما معينا في مسألة معينة ويقتضي دليل آخر حكما آخر في نفس المسألة • فان التعارض هو تقابل الدليلين[3] • أو هو عبارة عن تناف في مدلوليهما •

والتعارض بهذا المعنى لا يمكن تصور وقوعه في النصوص الشرعية ، وفي ذلك يقول الامام الغزالي[4] « ولايتصور التعارض في القطعيات السمعية الا أن يكون احدهما ناسخا • » الا انه اذا استحال وقوع التعارض في واقع الامر فانه لا يستحيل بالنسبة لانظار المجتهدين • فقد يبدو لبعضهم ان بعض الادلة يعارض بعضا لقصور في فهم المجتهد وضعف في ادراكه وعدم احاطته بأدلة المسائل ووجوهها ، فيكون التعارض ظاهريا لا حقيقيا • وقد وضع الاصوليون قواعد وضوابط لازالة هذا التعارض ، سأحاول بيانها باختصار•

ان هذه الضوابط يمكن ايجازها في الامور الآتية :ـ

اولا ـ النسخ ، ثانيا ـ الترجيح ، ثالثا ـ الجمع والتوفيق •

---

(١) التقرير والتحبير جـ ٣ ، ص ٢ •
(٢) انظر التعارض والترجيح ، رسالة ماجستير قيمة في هذا الباب للاستاذ عبداللطيف عبدالله البرزنجي ، طبعة ١٩٧٧ ، جـ ١ ، ص ١٩ ومابعدها.
(٣) عبدالكريم زيدان ، الوجيز في اصول الفقه ، ص ٣٢٨ •
(٤) المستصفى ، المرجع السابق ، ص ٥٢٢ •

ولاهمية هذه الضوابط سأخصص لكل منها مطلبا مستقلا افصل فيه المسائل التي تمكننا الاستفادة منهـا في الدراسات القانونية واوجز بيـان المسائل الخاصة بالنصوص الشرعية •

المطلب الاول

النسخ

النسخ لغة ، الازالة ، واصطلاحا رفع الحكم الشرعي بدليل شرعي متأخر عنه[1] ويقابله الالغاء في المصطلح القانوني .

ان النسخ قد يكون صريحا ، بان ينص الشارع صراحة على النسخ ، ولا نجد مثل هذا في القرآن الكريم وانما تتلمسه في الحديث الشريف . وقد يكون ضمنيا ، بمعنى ان الشارع لا ينص صراحة على النسخ ولكنه يشرع حكما معارضا لحكم سابق دون نص صريح على نسخ الاول ولايمكن الجمع بينهما . فيكون تشريع الحكم اللاحق ناسخا ضمنا للحكم السابق[2] . فاذا تعارض دليلان أو أكثر من الكتاب او من السنة او كان احدهما من الكتاب والآخر من السنة ، ولم يمكن الجمع بينهما ، وعلم المتأخر منهما ، فان التعارض بينهما في الحكم يدفع بنسخ المتأخر من الدليلين المتقدم منهما[3] .

ومثال النسخ قوله تعالى[4] « والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا وصية لازواجهم متاعا الى الحول غير اخراج » . ان هذه الآية الكريمة تقرر ان عدة المتوفى منها زوجها سنة كاملة . وقد كان هذا هو الحكم في

(1) الاسنوي ، شرح منهاج البيضاوي ، ص ١٤٥ .
(2) انظر التلويح ، ص ١٠٢ وما بعدها . الدكتور عبدالكريم زيدان ، المرجع السابق ص ٣٣٠ .
(3) عبداللطيف عبدالله البرزنجي ، التعارض والترجيح ، المرجع السابق ، السابق ، ص ٤٨٨ .
(4) سورة لبقرة ، الآية ٢٤٠ .

فجر الاسلام . ثم ورد قوله تعالى[5] « والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة أشهر وعشرا » . وهذه الآية تفيد ان عدة المتوفى منها زوجها أربعة أشهر وعشرة أيام . وهو حكم يخالف الحكم الاول . ورغما لهذا الاختلاف تعتبر الاية الاخيرة ناسخة ضمنا حكم الآية الاولى لانها نزلت بعدها[6] .

وكذلك قوله تعالى[7] « الزاني لا ينكح الا زانية او مشركة » فانه يتعارض مع قوله تعالى « وانكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم » الآية .. ويرفع هذا التعارض بنسخ الآية الاولى .

لقد تولت امهات الكتب الاصولية كالمستصفى للغزالي والتلويح للتفتازاني والتقرير والتحبير لابن امير الحاج هذا البحث بتفصيل دقيق ، ولذلك يحسن بمن يريد الاحاطة به الرجوع اليها .

(5) سورة البقرة ، الآية ٢٣٤ .
(6) الدكتور عبدالكريم زيدان ، المرجع السابق ، ص ٢٣٠ وما بعدها .
(7) سورة النور ، الآية ٣٢ .

المطلب الثاني

الترجيح

الترجيح لغة ، التمييل والتغليب ، اما اصطلاحا فهو تقوية أحد المتساويين على الآخر وصفا[1] . أو هو بيان الرجحان في القوة لاحد المتعارضين على الآخر وتقديم الراجح على المرجوح[2] .

ويأتي دور الترجيح حين لا يعرف تأريخ ورود النصين المتعارضين فيلجأ المجتهد الى ترجيح أحد النصين على الآخر باحدى الوسائل الآتية :-

اولا : ترجيح النص على الظاهر[3] .

ومثال ذلك قوله تعالى بعد ان بين المحرمات من النساء « وأحل لكم ما وراء ذلكم »[4] . ان ظاهر الآية يدل على اباحة الزواج بأكثر من أربع نساء ولكن هذا الظاهر يعارضه قوله تعالى[5] « فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع » وقد تضمنت هذه الآية نصا على تحريم الزيادة على الاربع ، فيرجح النص على الظاهر .

ثانيا : ترجيح المفسر على النص .

ثالثا : ترجيح المحكم على ما سواه من ظاهر أو نص أو مفسر .

ومن امثلة ذلك قوله تعالى « وأحل لكم ما وراء ذلك » فان عموم نص هذه الآية يعارضه قوله تعالى[6] « وما كان لكم ان تؤذوا رسول الله ولا

(١) عبداللطيف عبدالله البرزنجي ، المرجع السابق ، ص ١١٧ .
(٢) الدكتور مصطفى الزلمي ، المرجع السابق ، ص ٣٤٨ .
(٣) الدكتور عبدالكريم زيدان ، المرجع السابق ، ص ٣٣٤ .
(٤) سورة النساء ، الآية ٣٤ .
(٥) سورة النساء ، الآية ٤ .
(٦) سورة الاحزاب ، الآية ٥٤ .

ان تنكحوا أزواجه من بعده أبدا » . وحيث ان الآية الاخيرة محكمة في تحريم الزواج بزوجات النبي (ص) بعد وفاته فانها تقدم على نص الآية الاولى وترجح عليها .

رابعا : ترجيح الحكم الثابت بعبارة النص على الحكم الثابت باشارته .

ومثال ذلك : تعارض دلالة العبارة في قوله تعالى « يا ايها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى »[7] فانه يدل بعبارته على وجوب القصاص من كل قاتل عمدا أو خطأ . غير ان دلالة الاشارة في قوله تعالى « ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذابا عظيما »[8] تفيد ان القاتل عمدا لا يقتص منه ، لان جزاءه ورد في الآية بصيغة الحصر وهو الخلود في النار ، مما يعني عدم ترتب عقوبة اخرى في الدنيا عليه ، واذا تعارضت الدلالتان فان دلالة العبارة تقدم على دلالة الاشارة[9] .

خامسا : ترجيح الثابت باشارة النص على الثابت بدلالته .

ومثال ذلك قوله تعالى : « ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها » اذ يفهم منه بطريق الاشارة عدم ترتب جزاء آخر عليه غير الخلود في جهنم ولا تجب عليه الكفارة بينما يدل قوله تعالى « ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة » بطريق الفحوى على وجوب الكفارة على القتل عمدا لانه اولى من القاتل خطأ بالتكفير[10] .

سادسا : ترجيح دلالة المنطوق على المفهوم .

(٧) سورة البقرة ، الآية ١٧٨ .
(٨) سورة النساء ، الآية ٩٣ .
(٩) الاستاذ زكريا البري ، اصول الفقه الاسلامي ، ج ١ ، الطبعة الثانية ، منشورات دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٧١ ، ص ٢٨١ .
(١٠) الاستاذ زكريا البري ، المرجع السابق ص ٢٨١ .

ومثاله قوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا لاتأكلوا الربا اضعافا مضاعفة» ان مفهوم المخالفة في هذه الآية يعارض منطوق قوله تعالى « وان تبتم فلكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون » فيرجح هذا المنطوق الذي يفيد حرمة الربا وان قل[11] .

سابعا : ترجيح المصالح الضرورية على المسائل الحاجية ، والمصالح الحاجية على التحسينية عند التعارض .

وحسبي ذكر هذه المسائل ، علما بان هناك كثيرا من المرجحات الاخرى وردت في المطولات من الاصول[12] لا أرى ضرورة لبيانها .

(١١) الدكتور عبدالكريم زيدان ، المرجع السابق ، ص ٣٣٦ .
(١٢) انظر شرح مختصر المنتهى ، المرجع السابق ، جـ ٢ ص ٣١٧ ومابعدها . التقرير والتحبير ، المرجع السابق ، جـ ٣ ، ص ٢ وما بعدها . شرح الامام الاسنوي لمنهاج البيضاوي ، جـ ٣ ، ص ١٧٨ وما بعدها .

المطلب الثالث

الجمع والتوفيق

من الثابت لدى الاصوليين ان اعمال الدليل هو الاولى ، ولا يصار الى الترجيح اذا امكن العمل بكل واحد من الدليلين[1] . وفي ذلك يقول العلامة الاصولي البيضاوي[2] « اذا تعارض دليلان فالعمل بهما من وجه اولى » ، ومثال ذلك ما ذهب اليه بعض الفقهاء من الجمع والتوفيق بين قوله تعالى « والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا » . وبين قوله تعالى « واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن » فقد ذهب هؤلاء الفقهاء الى القول بان الآية الثانية لا تنسخ الآية الاولى بالنسبة للحامل المتوفى عنها زوجها ، وانما يجب التوفيق بين الآيتين . ورأوا ان الحامل ينبغي أن تعتد بأبعد الاجلين ، فاذا وضعت حملها قبل مضي هذه المدة من حين وفاة زوجها كانت عدتها أربعة أشهر وعشرا ، وان مضت هذه المدة ولم تلد استمرت في العدة حتى تضع الحمل[3] .

ومن طرق الجمع والتوفيق اذا كان أحد النصين عاما والآخر خاصا ، أو كان احدهما مطلقا والآخر مقيدا ، ان يخصص العام بالخاص فيعمل بالخاص فيما ورد فيه ويعمل بالعام فيما وراء ذلك ، وان يحمل المطلق على المقيد أو يعمل بالمقيد في موضعه والمطلق فيما عداه[4] .

أما مسألة التخصيص فقد تكلمنا فيها باختصار في مبحث العام على نحو يفي بالمقصود لاسيما وانها ، رغم أهميتها ، لا تشغل حيزا كبيرا في الدراسات

(١) الاسنوي ، شرح المنهاج ، ج ٣ ، ص ١٤١ .
(٢) المرجع السابق ، ص ١٤٠ .
(٣) الدكتور زيدان ، المرجع السابق ، ص ٣٣٧ .
(٤) المرجع السابق ، ص ٣٣٧ .

القانونية بخلاف مسألة المطلق والمقيد . ولما كنت قد ارجأت الكلام في المطلق والمقيد الى هذا الوضع ، فاني سأعرض لهما بالبحث بالقدر الذي يفيد في بحثنا في التفسير .

ان من القواعد المستقرة ان المطلق يبقى على اطلاقه ولا يقيد بأي قيد الا اذا قام الدليل على تقييده . فاذا ورد اللفظ مطلقا في نص وورد بعينه مقيدا في نص آخر ، أيعتبر ذلك دليلا على تقييده ؟ فيحمل المطلق على المقيد ؟ أم يبقى كل منهما على حاله من الاطلاق والتقييد ؟.

لقد تولى الاجابة على ذلك علماء الاصول بتفصيل ، وأبرزوا صورا خمسا لحالات اللفظ الذي يرد مطلقا في نص ومقيدا في نص آخر ، وحددوا حكم كل صورة على النحو الآتي :ـ

الصورة الاولى : أن يكون حكم المطلق والمقيد واحدا في كل من النصين وكذلك السبب . وفي هذه الحال يحمل المطلق على المقيد .

ومثال ذلك قوله تعالى « حرمت عليكم الميتة والدم » وقوله تعالى « قل لا أجد فيما اوحي الي محرما على طاعم يطعمه الا ان يكون ميتة أو دما مسفوحا » . ان الحكم في الآيتين واحد وهو حرمة تناول الدم ، وسبب الحكم واحد وهو الضرر الناشيء عن تناول الدم ، فيحمل المطلق على المقيد ويكون المراد من الدم المحرم تناوله هو الدم المسفوح دون غيره[٦] . وهذا الحكم محل اتفاق بين الفقهاء .

وانما يحمل المطلق على المقيد دون العكس ، لان المقيد ناطق بالقيد ومعتد به . والمطلق ساكت عن القيد واللفظ المقيد اقوى . ولان حمل المطلق على المقيد لا يلغي النص المطلق كله بل يقصره على بعض انواعه بينما

(٥) انظر التلويح ، جـ ١ ، ص ٦٣ وما بعدها ، انظر الاسنوي شرح منهاج البيضاوي جـ ٢ ، ص ١٢٧ وما بعدها .
(٦) زكريا البري ، المرجع السابق ، ص ٢١٠ .

حمل المقيد على المطلق يترتب عليه الغاء النص المقيد كله . ولا شك في انه اذا دار الامر بين الغاء نص معين كله والغاء جزء من نص آخر كان الغاء بعض النص أولى ، لان اعمال الكلام خير من اهماله ولان المفيد يعتبر بيانا للمطلق[٧] .

الصورة الثانية : ان يختلف المطلق والمقيد في الحكم والسبب .

وذلك مثل قوله تعالى « والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما » وقوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا وجوهكم وأيديكم الى المرافق » . فقد وردت اليد مطلقة في آية السرقة ووردت مقيدة في آية الوضوء بكونها الى المرافق ، واختلف سبب الحكم كما اختلف الحكم فيهما . وقد تفق علماء الاصول على عدم حمل المطلق على المقيد في هذه الحال لعدم وجود تعارض بين النصين ، ولعدم وجود رابطة بينهما لاختلاف السبب والحكم فيهما[٨] .

الصورة الثالثة : ان يختلف الحكم ويتحد السبب في النصين .

وفي هذه الحال يبقى المطلق على اطلاقه ويعمل به في موضعه الذي ورد فيه ، وكذلك شأن المقيد . ومثال ذلك لفظ الايدي الوارد مطلقا في آية التيمم . « فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا فامسحوا بوجوهكم وأيديكم »[٩] والوارد مقيدا بالمرافق في آية الوضوء . ومعلوم ان الحكم فيهما مختلف ولكن السبب متحد وهو القيام الى الصلاة .

الصورة الرابعة : ان يختلف السبب ويتحد الحكم في النصين ، المطلق والمقيد .

(٧) زكريا البري ، المرجع السابق ، ص ٢١٠
(٨) زكريا البري ، المرجع السابق ، ص ٢١٤ .
(٩) النساء ، ٤٣ .

ومثالها قوله تعالى في كفارة القتل خطأ « ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة » وقوله تعالى في كفارة الظهار « والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا » • فقد ورد لفظ « رقبة » مقيدا في الآية الاولى بالايمان ، ومطلقا في الآية الثانية •

لقد اختلفت الاجتهادات في حكم هذه الصورة • فذهب الشافعية الى حمل المطلق على المقيد في هذه الحال • لان اتحاد الحكم يوجب ذلك ، وقد ظهرت رغبة الشارع في تحرير رقاب المؤمنين بالنص عليها في كفارة القتل خطأ فوجب تحقيق رغبته في كفارة الظهار ، وكلام الله واحد يفسر بعضه بعضا[١٠] ، وذهب الحنفية والجعفرية[١١] الى ان المطلق لا يحمل على المقيد في هذه الصورة ، لعدم وجود ما يدعو الى ذلك كالتعارض •

الصورة الخامسة : ان يرد اللفظ مطلقا في نص ومقيدا في نص آخر ويتحد السبب والحكم ولا يكون الاطلاق والتقييد في نفس الحكم كالحالة الاولى بل وفي سببه •

ومن الامثلة على ذلك ما روي من ان رسول الله (ص) قضى بالشفعة للجار ، وما روي من قوله (ص) الجار احق بشفعة جاره ينتظر بها وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا • فقد ورد لفظ الجار في الحديث الاول مطلقا وورد في الحديث الثاني مقيدا بالشركة في الطريق ، وقد اتحد الحكم في الحديثين وهو الاخذ بالشفعة ، كما اتحد السبب وهو الجوار ، وكان الاطلاق والتقييد في السبب فاطلقه الحديث الاول وقيده الحديث الثاني •

وقد اختلف الفقهاء في هذه الحال • فذهب الشافعية الى حمل المطلق على المقيد دفعا للتعارض بين الحديثين • وذهب الحنفية الى ان المطلق لا يحمل على المقيد بل يبقى المطلق على اطلاقه • وقالوا انه لا يوجد تعارض

(١٠) زكريا البري ، ص ٢١٢ •
(١١) التلويح ، المرجع السابق ، ج ١ ، ص ٦٤ • الدكتور زيدان ، المرجع السابق ، ص ٢٣٨ •

بين الحديثين لان الحديث المقيد لا يدل على نفي الحكم عند انتفاء القيد حتى يتعارض مع الحديث المطلق ، جريا على مذهبهم في عدم الاحتجاج بمفهوم المخالفة • ولان الشيء الواحد قد يكون له أسباب متعددة ، وقد يثبت الحكم بكل سبب منها •

والراجح هو حمل المطلق على المقيد لتحقق التعارض في هذه الحال ولرجحان الرأي القائل بمفهوم المخالفة[١٢] •

(١٢) نظر الاستاذ زكريا البري ، المرجع السابق ، ص ٢١٤ •

الفصل الثالث

نقص النصوص

اذا لم يجد القاضي في نصوص القانون المكتوب قاعدة عامة يمكن تطبيقها في النزاع المعروض عليه سميت هذه الظاهرة نقصا في التشريع • وقد أثارت هذه المسألة خلافا بين الفقهاء أدى الى وجود نظريتين هما نظرية كمال التشريع ، ونظرية نقص التشريع[1] •

أما نظرية كمال التشريع فمفادها ان التشريع يشمل جميع الحلول • ولوضوح ضعف هذه النظرية ، حاول أنصارها تغطيتها بثوب جذاب من المنطق ، ووضعوا لدعمها نظريتين متقاربتين في المحتوى ، هما « نظرية الحيز القانوني الخالي » •• ونظرية « القاعدة العامة المانعة » •

آ ـ نظرية الحيز القانوني الخالي :

يقسم مجال نشاط الافراد بمقتضى هذه النظرية الى قسمين : قسم خاضع للقواعد القانونية ، ويسمى بالقسم المليء • وقسم آخر يكون نشاط الافراد فيه حرا •

ويستغرق هذا التقسيم مسلك كل فرد • فهو اما أن ينتمي الى القسم المليء فيكون ذا أهمية قانونية أو يستقر في القسم الخالي فلا تكون له أهمية قانونية • ومن ثم لا يمكن وفقا لهذه النظرية القول بوجود نقص في التشريع[2] •

ب ـ نظرية القاعدة العامة المانعة :

يذهب أنصار هذه النظرية الى ان كل نظام قانوني وضعي يشتمل

(١) انظر الدكتور عبدالحي حجازي ، المرجع السابق ، ص ٥٣٩ .
(٢) جني ، نبذة ٨١ مكرر . الدكتور عبدالحي حجازي ، ص ٥٤١ .

بالضرورة الى جوار القواعد الخاصة ، على قاعدة عامة تبين الحل الذي يجب اعطاؤه للحالات التي لا تشملها النصوص التشريعية • فمقتضى نظام القانون المكتوب انه حيثما توجد حالة لم يرد بشأنها نص تشريعي ينبغي تطبيق القاعدة العامة في الحرية عليها • اي ان القانون المكتوب يوجد فيه ، بطريق مباشر أو غير مباشر ، حل لجميع الحالات التي يمكن أن تعرض • يترتب على ذلك من الناحية المنطقية ، انه لا يتصور وجود نقص في التشريع[3] •

ان السر في تبني هذه الآراء التي لا تخرج في اطارها الحقيقي عن الافتراض والمجاز في اعتقادي ، هو الحرص على سلامة نظرية الفصل بين السلطات التي تقول ان انتاج القانون وتطبيقه نوعان من النشاط يختلف كلاهما عن الآخر ، فانتاج التشريع من اختصاص السلطة التشريعية وحدها • ولا يجوز أن يفتح باب يهيء للقاضي انشاء القانون عندما تعرض عليه حالة لا يجد لها حلا في النصوص التشريعية[4] ، لان واجبه يقتصر على تطبيق القانون فحسب •

أما نظرية نقص النصوص فمفادها ان التشريع قاصر عن تنظيم الاوضاع القانونية والاقتصادية بصورة شاملة وافية •

ويقول أنصارها في معرض ردهم على أصحاب نظرية كمال التشريع ، ان هذه النظرية مفرطة في المبالغة • فلئن كان صحيحا الى حد كبير ان حرية الافراد تشكل القاعدة العامة التي تطبق عند عدم وجود نص يفرض التزاما ، فليس من الصواب القول ان هذه القاعدة صحيحة على اطلاقها • ان نظرية كمال التشريع تقوم على أساس نظرة فيها تبسيط للحقيقة القانونية ، والحال ان أي تشريع وضعي يتكون من مجموع متعض ذي طابع مركب[5] منسق

(٣) انظر جني ، نبذة ٨١ مكرر . انظر الدكتور عبدالحي حجازي ، المرجع السابق ، ص ٥٤٢ .
(٤) الدكتور عبدالحي حجازي ، ص ٥٤٠ .
(٥) الدكتور عبدالحي حجازي، المرجع السابق ، ص ٥٤٦ نقلا عن هوبيرلان.

الأعضاء . لقد ساند جني فكرة نقص التشريع وأوضحها باسلوب خلاب . ومما قاله في هذا الصدد[٦] : ان من الحقائق البديهية ان التشريع كأي عمل بشري لا يمكن أن يكون كاملا . ومهما يكن عقل المرء ذكيا وبارعا فانه غير قادر على [illegible] . وحتى إذا تصورنا هذا المستحيل ، كان المشرع ذكيا يتغلغل في عمق الحياة القانونية لعصره فاننا ندرك مع ذلك انه لا يستطيع أن يتنبأ أو ينظم العلاقات القانونية المستقبلية . فالسلطة التشريعية لها حدود منطقية لا يمكن تجاوزها . وللتدليل على سخف فكرة الكمال بالنسبة للعمل البشري يقول جني[٧] : مهما تكن القوة والقدرة اللامتناهية للالوهية فان علماء اللاهوت قالوا : ان الارادة الالهية تتجلى ضمن طبيعة الاشياء ولذلك لا يناقض الرب تعالى نفسه . ويقول ايضا[٨] : ان الانكليز الذين يرون ان البرلمان قادر على كل شيء يقولون انه لايستطيع أن يجعل الرجل امرأة وبالعكس .

والحقيقة ان فكرة نقص التشريع تكاد تكون الآن محل اجماع الفقه ، فضلا عن ان الواقع العملي يكشف عنها يوما بعد يوم . وتظهر هذه الفكرة بصورة خاصة[٩] كلما بعد العهد بالتشريع واتسعت الهوة بينه وبين متطلبات الواقع وحاجات الجماعة المتجددة . والواقع انه لولا الجهود الفائقة التي يبذلها القضاء لمحاولة الموائمة بين التشريعات القائمة وبين مقتضيات التطور السريع والمعقد للحياة الاجتماعية لأصيب التشريع بالعجز والجمود[١٠] .

---

(٦) جني ، نبذة ٥٧ .
(٧) جني ، نبذة ٥٥ .
(٨) جني ، نبذة ٥٥ .
(٩) انظر مقدمة سالي لمؤلف جني في التفسير .
(١٠) الدكتور عبدالمنعم عبدالعظيم جيرة ، دور القاضي في صنع القواعد القانونية ، بحث منشور في مجلة العدالة في دولة الامارات العربية المتحدة ، عدد ١٩ ، السنة السادسة ، نيسان ١٩٧٩ ، ص ١١٥ .

فالقصور ظاهرة طبيعية ترتبط بطبيعة الانسان وتطوره . وقد سلم بذلك الفقه الاسلامي فلم يحصر معظم الاتجاهات الفقهية والاحكام الشرعية في النصوص ، بل اقر الاجتهاد والرأي . فقد جاء في كتاب الملل والنحل للعلامة الشهرستاني قوله[١١] « وقد استفاض الخبر عن النبي (ص) انه لما بعث معاذا الى اليمن قال يا معاذ بم تحكم قال بكتاب الله قال فان لم تجد قال فبسنة رسول الله ، قال فان لم تجد قال اجتهد رأيي ، قال النبي (ص) الحمد لله الذي وفق رسول رسوله الى ما يرضاه . وعلل الشهرستاني ظاهرة امكان النقص في النصوص أحسن تعليل بقوله[١٢] « نعلم قطعا ويقينا ان الحوادث والوقائع في العبادات والتصرفات مما لا يقبل الحصر والعد ، ونعلم قطعا أيضا انه لم يرد في كل حادثة نص ولا يتصور ذلك أيضا . والنصوص اذا كانت متناهية والوقائع غير متناهية وما لا يتناهى لا يضبطه ما يتناهى علم قطعا ان الاجتهاد والقياس واجبا الاعتبار حتى يكون بصدد كل حادثة اجتهاد » .

وواضح ، ان فقدان النص وهو أمر مسلم به يشكل أزمة قانونية بالنسبة للقاضي ، وذلك لسببين . أولهما ان القاضي المدني ملزم باصدار الحكم ولا يجوز له قانونا الامتناع عنه بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقصه والا عد ممتنعا عن احقاق الحق (م ٣٠ مرافعات) . (م ٤ ع مدني فرنسي) . وثانيهما ، ان المشرع يلزم القاضي عادة بذكر أسباب الحكم في قراره . (المادة ١٥٩ ق م م) . فيجب أن تكون الاحكام مشتملة على الاسباب التي بنيت عليها . فكيف عالج المشرعون هذه

---

(١١) الملل والنحل ، للعلامة محمد بن عبدالكريم الشهرستاني ، جـ ٢ . المطبعة الادبية ، القاهرة ، الطبعة الاولى ، ١٣١٧هـ . ص٣٩ ومابعدها.
(١٢) المصدر السابق . ص ٣٣ وما بعدها .

المشكلة ؟. وما هي علاقة هذه المعالجات بالتفسير ؟. سؤالان اجيب عنهما في المبحثين التاليين ، وانهي الفصل بمبحث مختصر عن صور النقص بغية الاحاطة بجوانب المسألة .

المبحث الاول

طرق سد النقص في التشريع

لا شك في ان وسيلة سد النقص هو التكميل ، وان الوسائل التي حددت لتكميل النقص متنوعة منها وسائل خارجية تتلمسها خارج النظام القانوني الذي لوحظ عليه النقص . ومنها وسائل داخلية يستعان بها للعثور على الحكم داخل النظام القانوني ذاته .

أ ـ طريقة التكميل الخارجي

وهي الطريقة التقليدية في سد النقص في التشريع التي نادى بها علماء القانون قبل اثارة الجدل في كمال التشريع . ومفادها ، الرجوع الى مصادر أخرى غير التشريع كالعرف ومبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة . ولقد أخذ بهذه الطريقة القانون المدني العراقي في الفقرة الثانية من المادة الاولى .

ولبعد هذه الطريقة عن مظنة التفسير ، اكتفي هنا بهذا القدر .

ب ـ طريقة التكميل الداخلي او الذاتي

ومقتضى هذه الطريقة ، انه في حالة وجود نقص في التشريع يجب على القاضي أن يسد هذا النقص عن طريق التنظيم القانوني ذاته مستعينا في ذلك بالقياس ، فان لم يجد ذلك نفعا فبالرجوع الى القواعد العامة في التنظيم القانوني النافذ في الدولة . وقد أخذ التقنين المدني الايطالي الصادر عام ١٩٤٢ بهذه الطريقة . فنص في المادة ١٢/٢ على انه « اذا لم يوجد نص في التشريع يرجع القاضي الى النصوص التي تنظم الحالات المشابهة ... فاذا بقيت المسألة مع ذلك غامضة فانه يحكم وفقا للمبادىء العامة في النظام

القانوني في الدولة »[1] . كما أخذ بها المشرع الجديد للقانون المدني في جمهورية اليمن الديمقراطية في مادته الثانية . والحقيقة ان عدم النص على هذه الطريقة في قوانين البلاد الاخرى لا يمنع المحاكم من الالتجاء اليها عند الحاجة القصوى[2] لان من المعلوم ان القياس مثلا وسيلة معترف بها في تكميل التشريع وان لم ينص عليه كما فعل كل من التقنين المدني العراقي والمصري .

ان هذه الطريقة تعتمد على وسيلتين لسد النقص هما : القياس والمبادىء القانونية العامة .

أما القياس فسأتولى بيانه تفصيلا ضمن طرق التفسير لما بينه وبين التفسير من ترابط وثيق . وأما المبدأ القانوني العام فهو فكرة عامة تصلح لأن تكون اساسا لمجموعة من الحلول القانونية . مثال ذلك مبدأ لزوم التعويض عن الاضرار في المسؤولية ، ومبدأ حجية الشيء المحكوم فيه ومبدأ عدم جواز الاضرار بغير سبب مشروع . والمبدأ القانوني بهذا المعنى يختلف عن القاعدة القانونية . اذ هو الاساس الذي تستند اليه الحلول التي تتضمنها مجموعة من القواعد القانونية . أما القاعدة القانونية فهي التطبيق العملي للمبدأ القانوني[3] .

وفي ضوء هذه التفرقة ، يعتبر من قبيل القاعدة القانونية القول ان الجنين صالح لاكتساب الحق بطريق الميراث . ويكون من قبيل المبدأ القانوني القول انه يجب اعتبار الجنين شخصا موجودا كلما وجدت له مصلحة تقتضي اعتباره كذلك . ففي الحالة الاولى وضعت القاعدة القانونية للفصل في مسألة معينة هي ايلولة الميراث . أما في الحالة الثانية فيجب المبدأ

(١) الدكتور عبدالحي حجازي ، المرجع السابق ، ص ٥٥٠ نقلا عن كارنولوتي وبوبيو .
(٢) الدكتور سليمان مرقص ، المرجع السابق ، ص ٢٣٢ .
(٣) الدكتور مالك دوهان ، المرجع السابق ، ص ٢٠ وما بعدها .

عن مجموعة المسائل التي تتعلق بمبدأ الشخصية ، سواء كانت من المسائل المعروفة أم لا[4] .

يتضح مما تقدم ان المبادىء القانونية تعتبر وسيلة التعبير عن روح التشريع ولكن القاضي عندما يبحث عن المبادىء العامة في القانون لا يخلق القاعدة القانونية ، والمباديء القانونية العامة موجودة وان لم تكن مصوغة في النصوص ، ومن ثم يقتصر عمل القاضي على الكشف عنها . وبذلك لا تعتبر هذه المباديء العامة مصادر منشئة في القانون ، لان القانون هو تلك المباديء العامة أو هو روح كما يقول الدكتور عبدالحي حجازي[5] فحوى القانون . ان هذه المباديء تعتبر عنصر مرونة في تطبيق القانون فهي تغلب روح القانون على حرفه ، وتضع الفطرة السليمة فوق مقتضيات الصياغة . وتقدم العدل على الشرعية ، كما انها تدعو الى الذهاب فيما يجاوز القانون ، الى بواعث النظم الاجتماعية العميقة[6] .

وجدير بالملاحظة . ان المشرع يعبر عادة عن النتائج وقلما يعبر عن المباديء . ومن ثم يصب التفكير الحياة في القانون خلال عملية مزدوجة[7] . ففي الاولى يرتفع القاضي فوق النصوص القائمة ليستنبط منها المبدأ العام صعودا ، وفي الثانية يفرع على هذا المبدأ العام قواعد ينزل بها الى التطبيق على الحالة المسكوت عنها[8] .

(٤) الدكتور عبدالحي حجازي ، المرجع السابق ، ص ٤٩٤ .
(٥) الدكتور عبدالحي حجازي ، المرجع السابق ، ص ٤٩٧ .
(٦) المرجع السابق نقلا عن بيسكا توري .
(٧) جني ، ف ٢٢ .
(٨) جني ، المرجع السابق . انظر الدكتور سليمان مرقص ، المرجع السابق ، ص ٢٣١ .

المبحث الثاني

مدى علاقة نقص التشريع بالتفسير

لا شك في ان امعان النظر في مدلولي نقص التشريع ، والتفسير ، يكفي لنفي اية علاقة مباشرة بينهما . ذلك لان مجال التفسير هو النص اما مجال النقص فهو الفراغ ، ولا تداخل بين المجالين . ومع ذلك فقد اعتبر معظم الشراح النقص في حالات التفسير وأسبابه . ويعود ذلك في رأيي الى الاسباب التالية :ـ

أولا ـ ان القصور لا يتحقق الا بعد تفسير النصوص المتعلقة بالموضوع تفسيرا يأخذ بعين الاعتبار مجموع القواعد القانونية . فلابد أن يسبق عملية التفسير اتخاذ موقف ازاء القصور في القانون . ومن المعلوم ان القصور يشكل عبئا كبيرا على القاضي فهو يستبعده الا اذا تأكد من عدم انطباق النصوص الموجودة على الوقائع الجديدة . وهذا يتم بعد التفسير .

ثانيا ـ قد تتم معالجة النقص عن طريق التنظيم القانوني ذاته ، بالاستعانة بالقياس ، او بالمباديء العامة ، فلا يخرج المفسر حينئذ عن دائرة النصوص التشريعية . ففي القياس يبحث المفسر عن الحكمة الجامعة المشتركة بين حكم النص الموجود والواقعة الجديدة . أي انه يبحث عن أصل يقاس عليه الوضع الجديد كفرع له . وواضح ان القياس يفترض استعمال نص تشريعي لاستخلاص حكم منه[٩] . ولوجود

(٩) انظر البدراوي ، المرجع السابق ص ٢١٤ .

هذه العلاقة بين القياس والنص القائم في التنظيم القانوني ، اعتبره البعض من وسائل التفسير ، وسأتولى تفصيل ذلك في معرض الكلام على طرق التفسير ان شاء الله . وكذلك الامر بالنسبة الى المباديء العامة التي لا تعدو أن تكون استنتاجا من النصوص القائمة كما سبقت الاشارة اليها .

وعلى أي حال فانني لا اعتبر النقص من أسباب التفسير وحالاته بالمعنى الدقيق والحقيقي وان كان من الممكن اعتباره كذلك مجازا وافتراضا على أساس ما تقدم بيانه .

المبحث الثالث

صور النقص

لقد ميز الفقهاء بين نوعين من القصور ، اولهما ، القصور المزيف • وثانيهما ، القصور الحقيقي • ويتحقق القصور المزيف متى كانت القاعدة التي تعالج المسألة المطروحة موجودة ولكنها غير عادلة أو غير منسجمة مع الظروف الاجتماعية السائدة •

ويطلق رجال القانون على هذه الحالة اسما آخر هو القصور الايديولوجي لان تغيير الايديولوجية يضطر القاضي الى خلق قصور كما يسمى هذا القصور كذلك بالقصور الانتقادي لان القاضي ينتقد القانون القائم لانه غير جيد او بقصور الغاية لان للقانون غاية معينة لا تنسجم القاعدة الموجودة معها ، ولذلك يحسن تجاهل تلك القاعدة وخلق قاعدة جديدة اخرى محلها •

اما الاساليب التي يسلكها القاضي في معالجة حالات القصور المزيف فأهمها ما يلي :ـ

١ ـ أن يتجاهل النص ويحكم الحالة المعروضة كما لو لم يأت بها نص طبقا لقواعد العدالة •

٢ ـ أن يتجاهل النص المنطبق على الحالة ويطبق نصا آخر لا علاقة له اطلاقا بتلك الحالة عن طريق التكييف •

٣ ـ ان يذهب الى أبعد من ذلك ويقول صراحة انه لا يطبق النص الموجود لانه يتعارض مع ضمير المجتمع أو مع مقتضيات العدالة •

٤ ـ أن يخضع النص لشرط جديد لم يرد فيه • أي ان يعلق القاضي تطبيق النص على شروط يضعها هو ويمتنع بالتالي عن تطبيق النص ويطبق قاعدة يراها أنسب للحالة[1] •

وتظهر أهمية مسألة القصور ، عندما يحصل تطور مفاجيء في ميدان معين من العلاقات الاجتماعية أو التجارية أو الصناعية وتنشأ انماط جديدة من العلاقات أو عندما تحصل ثورة جذرية تستهدف الاسس الاجتماعية التقليدية ، وتستتبع حركة اصلاح واسعة للقانون لتحقيق الانسجام والاتساق بين الأسس الجديدة وبين القوانين السائدة • وهذا ما نلاحظه في قطرنا من محاولة جادة في هذا السبيل على ضوء قانون اصلاح النظام القانوني رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٧ •

ومن الامثلة الواضحة على أثر التطور في القصور المزيف تطور أحكام المسؤولية التقصيرية في القانون الفرنسي بعد ادخال الطاقة البخارية في الصناعة واختراع السيارات والمكائن الثقيلة الخطرة • فقد كان القانون المدني الفرنسي يقيم المسؤولية على أساس الخطأ الثابت (م ١٣٨٢)• الا ان تطبيق هذا المبدأ كان يؤدي الى حرمان أكثر العمال من التعويض وذلك لصعوبة اثبات خطأ رب العمل من قبل العامل المصاب • ولذلك اضطر القضاء تحت وطأة الظروف الجديدة والشعور الانساني الى الالتفاف على النصوص والاخذ بفكرة الخطأ غير القابل لاثبات العكس أو بمبدأ تحمل التبعة بوسائل مفصلة في كتب الفقهاء •

أما القصور الحقيقي ، فيعني فقدان نص يعالج الوقائع المنظورة • وحيث انه هو المعنى المتبادر الى الذهن عند الكلام على نقص التشريع ومعالجاته فان ما أوردت بيانه من قبل انما ينصب عليه ، وحسبنا هذه

(١) الدكتور عبدالمحسن القطيفي . محاضرات غير مطبوعة القاها على طلبة ماجستير القانون جامعة بغداد ، ١٩٧٧ وفي اعوام اخرى سابقة •

الاشارة اليه هنا •

وجدير بالذكر ان الاسلام عالج مشكلة القصور بالاجتهاد • ووضع الفقه الاسلامي أمام المجتهدين قائمة مطولة بالاصول والادلة منها القياس والمصالح المرسلة وغيرها ، لاستمداد الاحكام الشرعية منها •

أما ما يقال من سد باب الاجتهاد في الفقه الاسلامي فليس له سند أو برهان في الشريعة • ولا يجوز لاحد أن يسد بابا فتحه الله رحمة للناس •

القسم الثاني

مذاهب التفسير وطرقه

تتوزع دراسة هذا القسم على بابين نعالج في اولهما مذاهب التفسير ، وفي الباب الثاني طرق التفسير •

الباب الاول

التفسير

من الحقائق الثابتة في العصور الحديثة في الاقل ان القانون يعتبر أقوى وسيلة للضبط الاجتماعي ومن ثم يجب انسجامه واتساقه مع الحياة الاجتماعية .

ولما كانت هذه الحياة ماضية في تعقدها المستمر وتطورها الدائب وتغيراتها في أسسها ومظاهرها ، فان القانون يصاب تبعا لها بهزات عنيفة تهدد كثيرا من مبادئه وقواعده القديمة بالانهيار . وربما لا يقع تطور القانون على هذا النحو من التبعية وانما يتدارك المشرع قصور القانون لينهض به ويجعله وسيلة فعالة لتحقيق الطموحات المشروعة للمجتمع وباعثا للتعجيل بالتطور المنشود ، وهذا ما عبرت عنه نظرية اهرنج في الغاية والكفاح . وأيا كان الأمر فان المشرع لا يستطيع دائما تزويد القضاء بما يصلح للمتابعات اليومية في ساحات المحاكم ، ولذلك كان لابد من تكييف القانون مع الواقع وفق منهج يحقق مهمة القانون ويعالج المشاكل المطروحة . ولكن ما هو هذا المنهج ؟

أيجوز أن تعهد مهمة الاشراف على الضبط الاجتماعي للقاضي وأفكاره الذاتية الآنية ، أم يجب أن يتم ذلك من خلال منهج واضح لا يبعد عن مسلك التشريع ؟.

لقد تبلور ابان سيادة القانون المكتوب في القرن التاسع عشر اتجاهان : هما المنهج التقليدي الذي يرى ان القانون المكتوب يغطي كل العلاقات القانونية بالاستعانة بالمنطق . والمنهج التأريخي الذي أحل محل الاسلوب المنطقي الذي قد لا يراعي مباديء العدل والمصلحة العامة ،

الاسلوب العقلي الذي يعتمد على مراعاة التطور الاجتماعي والحياة العملية .

وعرف الاتجاه الأول باسم مدرسة التزام النص (الشرح على المتون) . والاتجاه الثاني باسم « المدرسة الاجتماعية أو التأريخية » .

وبرز اتجاه ثالث يحترم ارادة المشرع ، الحقيقية والواضحة ، ويحيط القاضي في حالات فقدها ، بمثل ما يحاط به المشرع من اعتبارات الظروف الاجتماعية والنفسية والاقتصادية وجميع الحقائق الموضوعية وعرف هذا الاتجاه بمدرسة البحث العلمي الحر .

لذلك يحسن بنا تقسيم هذا الباب الى أربعة فصول . نبين في اولهما مدرسة التزام النص ، وفي ثانيهما المدرسة الاجتماعية (التأريخية) ونعقد الفصل الثالث لمدرسة البحث العلمي الحر . أما الفصل الرابع فنخصصه لبيان الاتجاه الفكري للتفسير في القانون المدني العراقي .

الفصل الاول

مدرسة التزام النص والشرح على المتون

Ecole de L'exégse

تكونت هذه المدرسة في ظل تقنين نابليون وسحره ، فقد احيط هذا التقنين ١٨٠٤ بقدر كبير من التقديس وساد الاعتقاد بانه احتوى كل مايلزم من قواعد لمواجهة مشاكل الحياة[١] • والحق انه استطاع بجهد عملاق مركز في فترة قصيرة أن يستوعب ما كان سائدا من التشريعات والاعراف والتقاليد وأحكام القضاء في فرنسا ويعيدها الى الامة الفرنسية في قالب جديد، من صيغ تشريعية محكمة دقيقة[٢] • فجمع هذا التقنين بين الابداع في الصياغة والدقة ، وبين التراث القانوني الضخم للامة •

وفي ظل هذا الاعجاب الرائع بهذا التقنين ظهرت مقولات وتعليقات لكبار الفقهاء الفرنسيين تدعي ان قانون نابليون مكتف بذاته وانه يمثل نظاما قانونيا متكاملا لا يستمد العون من خارجه اطلاقا • وما على المفسر الا أن يتابع النص خطوة خطوة لكشف نية المشرع مستعينا بالتفسير الحرفي أو بالتفسير المنطقي •

ان هذه المدرسة لم تنشأ دفعة واحدة بل قامت على مراحل امتدت طوال القرن التاسع عشر فقد كان الشراح الاوائل يعنون عناية فائقة بالنص الحرفي ويشرحون القانون نصا نصا ولم يكن لديهم من المراجع سوى

(١) الدكتور منصور مصطفى منصور ــ دروس في المدخل لدراسة العلوم القانونية ، مبادىء القانون ، طبعة دار النهضة العربية ، ١٩٧٢ ، ص ٢٨٨ •

(٢) جني ، ف ٩ •

نصوص القانون وأعماله التحضيرية • وكثيرا ما كانوا يرتبون نتائج على علامة من علامات النحو • ولم يكن ذلك بغريب لان العمل العظيم الذي أتى به المشرع لم يكن قد جف مداده بعد فكان من المعقول أن يتشبثوا بالنصوص وأن يستعينوا بالتفسير الحرفي لها ، فضلا عن ان في ذلك مزيد الاستقرار • ويقترن اسم المدرسة في هذه المرحلة ــ وهي مرحلة التكوين بأسماء ثلاثة من اعلام فقهاء القانون في ذلك العهد الممتد من سنة ١٨٠٤ الى ١٨٢٠ تقريبا هم : دلفنكور عميد كلية الحقوق بباريس وبرودون ثم توليه[٣] •

ثم بدت الحاجة الى تكملة النصوص عقب مرور ربع قرن تقريبا على صدور التقنين تبدلت خلالها كثير من العلاقات الاقتصادية وتكونت حقوق جديدة لم تعد النصوص تستوعبها • فبدأت مرحلة ثانية لهذه المدرسة امتدت من سنة ١٨٣٠ حتى عام ١٨٨٠ تميز الفقهاء خلالها بالبحث عن ارادة المشرع الحقيقية فان لم يجدوها افترضوها افتراضا بالوضع الذي يمكن أن يتصوره المشرع أيام وضع القانون لا أيام تطبيقه[٤] كما كانوا يلجأون الى ما في النصوص من أفكار قانونية ومباديء عامة ، وما عندهم من المعرفة بالمنطق الشكلي زاعمين انهم بذلك يحافظون على قدسية التشريع ومبدأ الدقة والثبات في الاحكام • الا ان هذه المرحلة تميزت باخراج القانون عن نطاقه العملي وبصبغه بصبغة نظرية لتمادي الشراح في افتراض الفروض والجري وراء المنطق مما حمل بونكاز على تسمية هذه المرحلة بمرحلة المعلقين على تقنين نابليون[٥] • ومن كبار فقهاء هذه المرحلة اوبري وديمولومب وترولونج •

(٣) انظر الدكتور محمد علي عرفة ، المرجع السابق ، ص ٢٣٣ •

(٤) الدكتور مختار القاضي ، اصول القانون ، الطبعة الثالثة ، القاهرة ٩٦٧ ص ٨٢ •

(٥) الاستاذ عبدالباقي البكري ، اصول القانون ، ص ١٦٣ •

ومن ذلك يتبين انه يمكن بحق وصف هـذه المرحلة بانهـا مرحلـة ازدهـار[٦] .

ثم أعقبت هذه المرحلة مرحلة ثالثة تزعمها فقهاء ما بعد سنة ١٨٨٠ وفي مقدمتهم ريبير وجوسران وكولان وكابيتان . وكان همهم دراسة الاحكام التي استقر عليها القضاء كما اهتموا بالقانون المقارن على نحو زعزع أسسها ومهد لقيام المدرسة الحديثـة في التفسير على أنقاضـها[٧] ، ولذلك أطلق الاستاذ بونكاز على هذه المرحلة اسم مرحلة تصفية هذه المدرسة[٨] .

والحقيقة ان هذا الاتجاه أي اتجـاه التزام النص وتقديسه ، يمثـل المنهج التقليدي للتفسير . ومع انه تبلور في ظل تقنين نابليون كاتجـاه فقهي منظم تمثله مدرسة الشـرح على المتون فانه ليس وليد هـذا التقنين بل انه منهج فكري يعضده الاهتداء بالمنطق في التوصل الى الحكم القانوني ، يلازم احترام النصوص وتقديسها ، ويصاحب عادة ظهـور المجموعات القانونية ، نجده في مختلف المجتمعات والازمنة . ففي العصر العلمي للقانون الروماني سلك الفقهاء في التفسير اتجاها يقوم على البحث في أصـل الكلمات وسبر أغوارها بغية اكتشاف مكنونها والتعرف على قصد المشرع الحقيقي ، وعلى التفسير المنطقي المستند الى استعمال صور القياس المنطقيـة[٩] . كما ان هذا الاتجـاه ليس بغريب عن الفقـه الانكليزي رغـم قلـة النصـوص التشريعية . أشار اليه الفقيه سالموند بقوله : ان واجب القضاء هو اكتشاف النية الحقيقية للشرع . ذلك ان جوهر القانون يكمن في روحـه وليس في حروفه . ومع ذلك يجب أن تكون المحاكم ممتنعة بقبول ألفاظ النص كحجة

(٦) الدكتور محمد علي عرفة ، المرجع السابق ، ص ٢٣٤ .
(٧) الاستاذ عبدالباقي البكري ، اصول القانون ص ١٦٣ .
(٨) الدكتور مختار القاضي ، المرجع السابق ، ص ٨٢ . الدكتور محمدعلي عرفة ، المرجع السابق ، ص ٢٣٤ .
(٩) الدكتور محمود السـقا ، اثر الفلسفة في الفقه والقـانون الروماني ، مجلة القانون والاقتصاد ، سنة ٤٣ ، ص ١٥٣ .

مقنعة لبيان قصد المشرع ، ويجب التسليم مطلقا بان المشرع يقول ما يعنيـه ويعني ما يقوله[١٠] . كمـا أكد عليه الفقيـه الانكليزي آلن بقـوله « من القواعد المفيـدة جدا في تفسير القـانون الوفاء للمعنى المألوف للكلمات المستعملة والتفسير النحوي ما لم يكن متناقضا مع نية المشرع[١١] .

وجدير بالتنويه ان المدارس الفقهية الاسلاميـة بلغت منتهى العمق في الاستعانة بقواعد التفسير اللغوي والمنطقي لاستنباط الاحكـام الفقهية من النصوص الشرعية المقدسة .

ان الالمام بهذا الاتجاه الفقهي في التفسير يقتضينا توزيعـه على ثلاثة مباحث نخصص أولها لبيان اسس مدرسة التزام النص . وثانيها لتقييمها . اما المبحث الثالث فنتناول فيه مدى بروز هذا الاتجاه في الفقه الاسلامي .

(١٠) سالموند ، المرجع السابق ، ص ١٨٢ .
(١١) الن . المرجع السابق ، ص ٤٦٦ .

المبحث الاول

أسس مدرسة التزام النص (مدرسة الشرح على المتون)

قام فقه هذه المدرسة على الاسس الآتية :

اولا : تقديس النصوص التشريعية والتقيد بها ـ يدين شراح المتون جميعا بالتشريع ويعتبرونه المصدر الفرد للقانون • وهم لذلك يتقيدون في البحث والشرح بنصوص التشريع تقيدا تاما ولا يفتشون عن قواعد القانون خارج دائرته[1] •

ولعل مما يوضح ذلك ما عبر عنه فريق من أبرز فقهاء هذه المدرسة • ومن ذلك خطاب ألقاه بلاندو عميد كلية حقوق باريس سنة ١٨٤١ تحت عنوان « من أي مصدر ينبغي أن تنبع اليوم القرارات القضائية ؟ » جاء فيه ان التشريع أصبح هو المصدر الوحيد للقانون وانه ينبغي التخلص من المصادر الكاذبة التي كثيراً ما يراد احلالها محل ارادة المشرع وهي السوابق القضائية ، والعادات غير المنصوص عليها في التشريع والاحساس بالعدالة •• وان التشريع أضحى وحده كافيا لمواجهة مقتضيات الحياة القانونية • وان على القاضي أن يرفض كل طلب لا يستند الى نص في التشريع[2] • أما ديمولومب فكان يفخر بانه يتابع النص خطوة خطوة وانه يصل بذلك الى تفكير المشرع بسهولة ثم يستطرد قائلا « ان شعاري وعقيدتي أيضا هي النصوص قبل كل شيء »[3] ويزيد على ذلك بيانيه بقوله « اني

(١) الاستاذ عبدالباقي البكري ، اصول القانون ، ص ١٦٣ . الدكتور محمد علي عرفة ، المرجع السابق ، ص ٢٣٥ . جني ف ٨١ .
(٢) جني ، ف ١٠ . الدكتور سمير تناغو ، المرجع السابق ، ص ٧٥٠ .
(٣) جني ، ف ١٣ .

لا أعرف القانون المدني ولكن أدرس فقط تقنين نابليون »[4] •

ولم يبق فقيه من فقهاء هذه المدرسة الا وانخذ له من هذا المبدأ شعارا ، فانظر كيف يقدس لوران مجموعات القوانين فيقول « ان المجموعات لم تترك منفذا لتحكم الشارح • فليس من شأنه بعد الآن أن يضع القانون ، اذ ان القانون قد وضع في نصوص رسمية لا تحتمل الشك • فيتعين حتى تؤتي المجموعات فائدتها أن يقنع الفقهاء والقضاة بمركزهم الجديد • ثم يستطرد لوران فيبين هذا المركز الجديد المعد لشراح القانون فيوصيهم ألا يطمحوا الى عمل القانون اذ يدرسونه أو يطبقونه ، لان رسالتهم قاصرة على شرحه وتفسيره • فلا يسوغ لهم أن يقوموا بعمل المشرع الذي تتولاه السلطة التشريعية • ومن البديهي أن تعتبر هذه المحاولة من جانبهم اغتصابا للسلطة التي عهدت بها الأمة الى غيرهم[5] •

وقد بلغ اعجاب فقهاء هذه المدرسة بتقنين نابليون حدا يجعلهم يعتبرونه عملا لا يجوز المساس به • فمهما كانت مطالب الحياة الحديثة ومهما كانت درجة تعارضها مع مباديء التقنين كان هذا التقنين يعد في نظر هؤلاء الشراح قادرا على أن يعطي الجواب والحل لكل مسألة قانونية جديدة • بل كانوا يحسبون ان أي مسألة يبدو انها جديدة لم تكن جديدة الا في الظاهر فحسب[6] •

ثانيا : التقيد بنية المشرع الحقيقية أو المفروضة ـ ذلك لان القانون ما دام يصدر عن ارادة المشرع فحسب في نظر فقهاء هذه المدرسة فينبغي اذن في تفسير النصوص الكشف عن نية المشرع وقت سن التشريع بغض النظر عما جد من تغيير في الظروف والحاجات اقتضاها تطور المجتمع في الفترة بين

(٤) المرجع السابق .
(٥) انظر الدكتور محمد علي عرفة ، المرجع السابق ، ص ٢٣٦ .
(٦) الدكتور عبدالحي حجازي ، هامش ص ٥٦٣ ، نقلا عن ستويانوفيتش .

وضع التشريع وبين وقت التفسير[٧] • على ان شراح المتون مع تشبثهم بارادة المشرع لا يقفون دائما عند الارادة الحقيقية بل انهم يستبيحون لانفسهم تجاوزها الى الارادة المفترضة اذا الجأتهم الضرورة الى ذلك • اذ ان ارادة المشرع قد لا تتضمن حل الصورة المعروضة أو يكون من العسير الكشف عنها[٨] الا انهم لا يأبهون بالنية المحتملة ولا يأخذون في تفسيرهم بنظر الاعتبار حاجات المجتمع • بل يفسرون النص على ضوء ظروف المجتمع وقت سنه لا وقت تطبيقه •

ولعل خير مثال يضرب على التباين في الحكم بين الاخذ بالنية الحقيقية أو المفروضة وبين استغلال النية المحتملة ، هو ما نص عليه القانون الفرنسي ، من منع الزوج من التصرف بالعقار الذي تقدمه الزوجة مهرا له بمقتضى نظام الدوطة دون ان يشير الى حق الزوج في التصرف بالمنقول • فان لجأنا الى النية المفروضة ، وجب القول بان المشرع اذ نص على منع الزوج من التصرف بالعقار فكأنما يجيز له التصرف بالمنقول من مفهوم المخالفة • أما اذا أخذنا بالنية المحتملة . عند تطبيق هذا النص في الوقت الحاضر فبوسعنا أن نقول : ان منع المشرع لزوج من التصرف بالعقار انما كان يعتمد على ان العقار كان عماد الثروة وقت أن وضع المشرع هذا النص • فأراد به أن يحميه وحده من التصرفات لان المنقول كان يعتبر آنذاك ملكا تافها • أما وقد أصبح المنقول في وقتنا الحاضر وبعد تطور الاوضاع الاقتصادية ، لا يقل شأنا عن العقار ان لم يزده أهمية ، فان حماية المشرع يجب ان تمتد اليه وان الزوج يجب أن يمنع من التصرف به • وعلى هذا الحكم جرى القضاء الفرنسي[٩] •

والحق ان فقهاء هذه المدرسة لم يروا ان النصوص المجردة كانت وافية

(٧) الاستاذ عبدالباقي البكري ، اصول القانون ، ص ١٦٥ •
(٨) الدكتور محمد علي عرفه ، المرجع السابق ، ص ٢٣٧ وما بعدها .
(٩) الاستاذ عبدالباقي ، المرجع السابق ، ص ١٦٧ •

بالاحكام وانما كانوا يزعمون ـ كما يقول الاستاذ سالي ـ[١٠] « ان قرارات المحاكم والآراء الفقهية لا يمكن أن تهدف الا الى البحث عن ارادة المشرع » وانه يجب الوقوف عند هذه الارادة وقت وضعها لا وقت تطبيقها حتى وان تغيرت الظروف الاجتماعية بين الوقتين فانه لم يشر على اية الحقيقية لم يكن ثمة مناص من الالتجاء الى الارادة المفترضة[١١] وبالاستعانة بالمنطق[١٢] فهم يرون ان المفسر يستطيع عن طريق التفسير اللفظي والمنطقي والاصال التحضيرية أن يجد في التشريع الحل لكل ما يعرض من وسائل •

ويختلف دور المفسر وفقا لهذا المذهب بحسب ما اذا كان هناك نص أو لم يكن هناك نص ، فاذا كان ثمة نص وجب على المفسر أن يحصل من النص على أقصى ما يمكن أن يعطيه ، وهو ما يمكن العثور عليه بالاستعانة بالمنطق الذي يبدو ضروريا[١٣] لان تفسير التشريع لا يعدو أن يكون عملية برهنة ومنطق • فعلم القانون علم عقلي وهو مجموعة من المباديء المنسقة منطقيا لا يتيسر فهمها التام الا من خلال عملية مزدوجة هي التحليل والتركيب • والمنطق هو الذي يوجه الدفة في المركب الذهني الى شاطيء الحقيقة[١٤] • ان المقصود بالمنطق هنا هو ذلك العلم الذي تعصم مراعاته الذهن عن الخطأ في الفكر • ولما كنا بصدد عملية فكرية هي استخراج الحكم القانوني من نظام قانوني منسق منطقيا ، فان مراعاة المنطق تساعد حتما على ايجاد الحلول المناسبة • ولذا اعتبرته هذه المدرسة الاساس لفكرة كمال التشريع •

أما اذا لم يكن هناك نص في التشريع على الحالة المعروضة على المفسر فانه يجب الالتجاء الى القياس • وهو في هذا الفرض يضمن الحل الذي كان

(١٠) مقدمة مؤلف جني ، المرجع السابق .
(١١) الدكتور حسن كيره ، المدخل الى القانون ، ص ٤٠٣ .
(١٢) جني ، ف ٨١ .
(١٣) انظر الدكتور عبدالحي حجازي ، المرجع السابق ، ص ٥٦٣ .
(١٤) الدكتور ثروت انيس الاسيوطي . فلسفة القانون في ضوء التاريخ الاقتصادي والاجتماعي . محاضرات مطبوعة بالرونيو ، بغداد ١٩٧٥ .

ليقرره المشرع لو كانت تلك الحالة ماثلة أمامه (في مخيلتـه) وقت وضع التشريع[١٥] .

ويرى هذا الفريق أحد الفقه الفرنسي هولك ان حالات القصور نادرة جدا وان القياس غالبا مايسد القاضي بقاعدة أومبدأ يكونأساسا لقراره[١٦] .

(١٥) د. حجازي ، المرجع السابق ، ص ٥٦٣ .
(١٦) جني ، ف ١٨ .

المبحث الثاني

تقدير مدرسة التـزام النص

لا شك في ان هذه المدرسة كانت تبتغي في منهجها ضمان الدقة والثبات والشرعية وابعاد الافكار الشخصية في مجالات القضاء . وهو هـدف يحققه الاخذ بفكرة كمال التشريع وقدسيته ، كما يحققه الاخذ بالنية الحقيقية دون النية الاحتمالية . الا انها اصطدمت بقصور التشريع ، وافتقرته الى تحقيق الغاية الاجتماعية للنص التشريعي ، ولم تعد افكارها منسجمة مع متطلبات الحياة القانونيـة في الواقع الجديد الذي نشأ بعد التحولات الاجتماعيـة والاقتصادية التي بدأت تطرأ وتتبلور في النصف الثاني من القرن التاسع عشر لاسيما في ميدان العمل والانتاج والتداول . ولذلك اضطر الفقهـاء تحت ضغط الشعور بالعدالة والاحساس بالانصاف وضرورة ارتباط النص بالغاية الاجتماعية ـ الى تجاوز قيم هذه المدرسة وتبني حلول جديدة تكون اقرب الى المنطق ومقتضيات الواقع .

وساذكر فيما يلي بايجـاز أهم ما وجه الى أفكار هـذه المدرسة من انتقادات .

اولا : تصديت سابقا لفكرة كمال التشريع بما يكفي لردها وابطالها . وحسبي هنا أن أشير الى ان أصحاب هذه المدرسة تغالوا بقدرة المنطق على سد كل ثغرة في التشـريع . وبالغوا في الاعتماد عليه والتحليـل والتركيب والتصويرات المصطنعة وتحميل النصوص أكثر مما تستطيع حملـه . حتى صار التفسير تمرينات عقلية وتبحرا في العلم . ولم يكن يحرص هذا المذهب على الاهتداء الى حل للمشاكل الاجتماعية واشـباع الحاجات القائمة بقدر ما كان يعنيـه أن يرد الحـل الى لفظ التشريع والى روحه ، سـواء جاءت

النتيجة مجافية لمقتضيات الحالة الاجتماعية القائمة أم لا[1]

ان مراجعة بسيطة للقواعد الاولية في المنطق تثبت انه يعجز عن اداء مهمته تلك اذ يجب مثلا عدم اطلاق الاستنتاج عن طريق القياس بل قصره على الحالات التي لا يكون فيها النص المقاس عليه مقررا الحكم استثنائي ، كما ان الالتجاء الى طريق الاستنتاج من مفهوم المخالفة غير مأمون العواقب كما سأبينه في حينه . فقد يكون الحكم المنصوص عليه واردا على سبيل التمثيل تطبيقا لقاعدة عامة وليس على سبيل الحصر والاستثناء ، ويكون من الخطأ عندئذ اعتبار هذا الحكم خاصا بتلك الحال دون غيرها من الحالات الاخرى المشتركة في الصفة والوضع واعطاء هذه الحالات حكما مخالفا لحكمها[2] .

ثانيا : ان حرص هذه المدرسة على الوقوف على نية المشرع عند وضعه التشريع من شأنه أن يجمد القانون في قوالبه الاولى فيقف به عند مراحله الماضية ويعوق تطوره . ثم ان الاعتداد بنية المشرع التأريخية مؤداه الاستعانة بوسائل قديمة في حل المسائل الجديدة التي يخلقها تقدم الحياة الاجتماعية والاقتصادية والصناعية والتي لم تكن في حسبان المشرع القديم[3] هذا فضلا عن ان القصد المباشر للتشريع يتحدد بنطاق محدود لظاهرة معينة ، والتأريخ شاهد على ان المشرع يستهدف في تشريعه غاية معينة . ولذلك فان المبادىء التي تستقر من أفكاره العامة وصيغه المجردة لا يجوز التوسع فيها الا بالقدر الذي يغطي ما تصوره من وقائع واعمال معينة أو أعمال مشابهة قد تطرأ في المستقبل . وليس من الشرعية في شيء ، كما يقول الاستاذ سالي في مقدمة كتاب جني ، ان يستخرج المفسر نتائج ينسبها الى ارادة المشرع افتراضا لانه يضع بذلك للمستقبل مبدأ منفصلا

(١) انظر الدكتور عبدالحي حجازي ، المرجع السابق ، ص ٥٦٤ .
(٢) الدكتور عبدالحي حجازي ، المرجع السابق ، ص ٥٦٥ . انظر الدكتور محمد علي عرفه ، المرجع السابق ، ص ٢٤١ .
(٣) الدكتور حسن كيره ، المرجع السابق ، ص ٢٠٩ .

ومستقلا عن السلطة التي أصدرته . كما ان العبودية للنصوص التي هي طابع هذه المدرسة تؤدي أيضا الى جمود القانون وعرقلة تطوره وذلك لحصره في ارادة مفترضة للمشرع وقت وضع النصوص مهما بعد العهد بينها وتغيرت ظروف الحياة[4] .

وهكذا تظل الحياة القانونية حسب منطق هذه المدرسة بحكم الضرورة وتحت كل الظروف في المركز الذي كانت فيه لحظة ميلاد القانون مهما كان تطور الوقائع والافكار .

وجدير بالذكر ان أول من هاجم هذه النظرية هو الفقيه الالماني اهرنج في كتابه روح القانون الروماني فتناول من طريقة التفسير المنطقي التي كانت سائدة في هذا العهد ثم زادت فكرته وضوحا عندما أصدر كتابه (الغاية والكفاح) الذي أصدره سنة ١٨٩٣ وبين فيه أهمية الغرض الذي ترمي اليه القاعدة القانونية وأحل هذا الغرض محل المنطق البحت في توجيه الحلول القانونية . ثم كانت الضربة القاضية التي أجهزت على تلك النظرية التقليدية في فرنسا عند صدور كتاب الاستاذ جني سنة ١٨٩٩ عن طرق التفسير ومصادر القانون الخاص ثم مؤلفه الموسوم بـ (علم القانون الخاص ووسائله الفنية) الصادر سنة ١٩١٤ الذي حاز تقديرا واجلالا[5] .

ومع ذلك فان معظم طرق هذه المدرسة لا زالت متبعة حتى اليوم في شرح نصوص القانون . ولا يزال كثير من شراح القانون شراحا للنصوص مما يجعل من المتعذر الزعم بان مدرسة الشرح على المتون قد انتهى وجودها تماما اذ لا يزال نهجها في بعض جوانبه السليمة في تفسير نصوص التشريع قائما[6] .

(٤) الدكتور حسن كيره ، المرجع السابق ، ص ٢٠٩ .
(٥) الدكتور حلمي بهجت بدوي ، المرجع السابق ، ص ٢٩٥ وما بعدها .
(٦) الدكتور سمير تناغو ، المرجع السابق ، نقلا عن كربونيه ، ص ٧٥٣ .

المبحث الثالث

الاسلامي

ان شرعية التمسك بالنصوص تسود عقب كل تشريع جديد يراد الاحتفاظ بنصوصه وصيانته من العبث • واذا بدا ذلك في التشريعات الوضعية التي لا تلبث أن تعدل أو تلغى فانه يكون أمرا بديهيا في الشرائع السماوية المقدسة •

ان المدارس الفقهية الاسلامية كانة تلتقي عند كتاب الله وتستمد منه منهجها وطريقتها للتعرف على الاحكام الشرعية • فهو الكتاب المقدس الذي جاء تبيانا لكل شيء ووعد الله سبحانه بحفظه « انا نحن نزلنا الذكر وانا له لحافظون » • ومن ثم كان التمسك بالنص القرآني هو المنهج الرئيس لجميع الاتجاهات الفقهية والحكم الشرعي هو خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين اقتضاء أو تخييرا أو وضعا • والحق ان الشريعة الاسلامية قوامها النصوص الشرعية • ومتى وجد النص أصبح الحكم الشرعي قاطعا حيث « لا مجال للاجتهاد في مورد النص » ان المنهج التقليدي في البحث عن نية المشرع الحقيقية بغض النظر عن العبارات المستعملة نجده واضحا في وسط علماء الشريعة • فعليه نصت المادة الثانية من مجلة الاحكام العدلية بقولها « الامور بمقاصدها » • ونصت المادة الثالثة منها على ان « العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني » • وهذه المادة توضح المبدأ العام في التأكيد على النية وان كانت متعلقة بنية المتعاقدين لا بنية المشرع • ومن الواضح ان علماء الشريعة الاسلامية يعتدون باللفظ ويرون ان « الاصل في الكلام الحقيقة » وهو ما نصت عليه المادة الثانية عشرة من المجلة (م ١٥٥

مدني عراقي) واذا أمكن حمل الكلام على معناه الحقيقي لا يحمل على معناه المجازي • فالراجح في اللفظ المستعمل ارادة معناه الحقيقي مهما أمكن لان المعنى الحقيقي أصل اللفظ والمعنى المجازي خلاف الاصل[1] • واذا كان اللفظ صريحا واضحا فيجب التقيد بالنية المقصودة الواضحة ولا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح (م ١٥٧ مدني عراقي) • أما اذا لم يكن النص صريحا أو اذا تعذر استخلاص النية الحقيقية منه لاي سبب فيجب البحث عن النية المفروضة التي يفترض ان المشرع قصدها عند وضع التشريع[2] • والنية المفروضة هنا تشمل الاحكام الاجتهادية الظنية • وجود امارة ظنية للحكم كاف لاقرار الحكم الاجتهادي •

واذا كنا نلاحظ وجه الشبه هذا بين الفقه الاسلامي ومدرسة الشرح على المتون من حيث النهج فاننا ندرك كذلك ان المراحل التي مرت بها مدرسة الشرح على المتون في القرن التاسع عشر بخصائصها المتنوعة مر الفقه بنظيرها بعد عهد الرسول (ص) في البلاد الاسلامية تحت اسم مدرسة الحديث ومدرسة الرأي[3] • ولذلك يحسن بي الاشارة الى خصائص هاتين المدرستين لنبين وجوه الشبه بينهما وبين خصائص المرحلتين الاولى والثانية من حياة مدرسة الشرح على المتون •

أ ـ مدرسة الحديث :

بدأت هذه المدرسة في عهد الصحابة بعد وفاة رسول الله (ص) فقد أثر عن كثير من الصحابة انهم لا يفتون بالرأي ويؤثرون السكوت فيما لم يرد فيه نص • وقد تزعم هذا الاتجاه في عهد التابعين الامام سعيد بن المسيب •

---

(١) الاستاذ منير القاضي ، شرح المجلة ، جـ ١ ، مطبعة النجاح بغداد ص٨٢

(٢) الدكتور عباس عبدالمجيد ، اصول القانون ، مطبعة المعارف ، ١٩٤٧ ، ص ١٠٧ وما بعدها .

(٣) انظر الدكتور مختار القاضي . المرجع السابق ، ص ٨٤ . الاستاذ عبدالباقي البكري . المرجع السابق ، ص ١٧٦ وما بعدها .

وقد أخذ عنه كثير من الفقهاء الذين انتشروا في الامصار مثل عامر الشعبي وسفيان الثوري والليث بن سعد وداود الظاهري والاوزاعي[٤] . ومما نسب الى الشعبي قوله « ما حدثك هؤلاء عن رسول الله (ص) فخذ به وما [illegible] » . وكان دأب فقهاء هذه المدرسة اذا استفتوا في مسألة لم يرد فيها نص ان يقول أحدهم لا أدري وكانوا يعتبرون قول لا أدري نصف العلم حتى سخر منهم الامام أبو حنيفة قائلا « ليقولوا لا أدري مرتين ليستكملوا العلم كله » .

وقد تبلورت هذه المدرسة في فقه المذهب الظاهري الذي أسسه الامام داود الظاهري ٢٠٢ ـ ٢٧٠ هـ . وقد كان من أشد الناس تمسكا بالنصوص وتركا للقياس ولم يأخذ بالتعليل وكل ما يتصل بالرأي من قريب أو بعيد[٦] لاعتقاده بان النصوص الشرعية تفي بأحكام الحوادث ولا حاجة الى الأقيسة[٧] .

ومن المدارس الفقهية التي عنيت بالنصوص ولم تحتج بالقياس الشيعة الامامية[٨] . وواضح ان منهج مدرسة الحديث يبدو قريب الشبه بالاتجاه التقليدي للفقه الفرنسي في مرحلته الاولى .

ب ـ مدرسة الرأي :

من المعروف في تاريخ الفقه الاسلامي ان بعض كبار الصحابة ، كعمر وعلي ومعاذ بن جبل وعبدالله بن مسعود رضي الله عنهم حملوا لواء الرأي

---

(٤) الدكتور محمد حميد البوشان . مقدمة دراسة علم الانظمة ، ج ١ ، طبعة اولى ، جامعة الرياض ، ١٩٧٥ ، ص ١٠٧ .

(٥) انظر حجة الله البالغة ، للعلامة شاه ولي الله الدهلوي ، القاهرة ، المطبعة الاميرية ، سنة ١٢٨٤ هـ ، جـ ١ ، ص ٣٧٠ .

(٦) انظر الدكتور مصطفى الزلمي ، المرجع السابق ، ص ٥٦ .

(٧) انظر الاحكام في اصول الاحكام لابن حزم الظاهري . مطبعة العاصمة بالقاهرة ، جـ ٧ . ص ٩٢٩ وما بعدها .

(٨) الاستاذ محمد تقي الحكيم ، الاصول العامة للفقه المقارن .

ولم يتمسكوا بحرفية النص بل كانوا يفهمون روحه .

وقد تبعهم في هذا النهج بعض كبار التابعين وتابعيهم . الا ان هذه المدرسة اقترنت في عرف الكتاب بالمذهب الحنفي الذي أسسه الامام [illegible] (٧٠ ـ ١٥٠ هـ) .

وتميزت هذه المدرسة بالاقلال من الاعتماد على الاحاديث ، وبالتعويل على القياس وباعمال الرأي في الافتاء . غير ان أقطاب هذه المدرسة ما لبثوا بعد فترة أن انساقوا وراء المنطق في تفكيرهم ، وابتعدوا عن واقع الحياة في تقديم الكثير من الفروض والتقديرات والمسائل النظرية في الفقه بصبغة نظرية ، على صورة دعت غيرهم من فقهاء المسلمين الى تسميته بالفقه التقديري أو فقه الارأيتيين لكثرة ترديدهم لفظ (أرأيت) . وهذا عين ما فعله فقهاء المرحلة الثانية من مراحل مدرسة الشرح على المتون[٩] .

على ان النزعة الاولى في التمسك بالنصوص والنزعة الثانية التي تجري وراء المنطق والفروض قد خفت حدتهما بظهور الامام الشافعي ١٥٠ـ٢٠٤هـ الذي يعتبر ظهوره بداية لتطور المدرسة الحديثة في الفقه الاسلامي . فقد أرسى الشافعي الفقه على اصول علمية ثابتة نصا في (الرسالة) وكتاب الام وصبغه بالصبغة العملية التي تساير واقع الحياة وتنأى به عن الفروض والتقديرات . وقد تميزت هذه المرحلة بالحد من غلواء نزعتي أهل الحديث وأهل الرأي وبالعمل على التوفيق بينهما . وأضحى الفقه فيها ضرورة عملية تقوم على واقع الحياة ولم يعد يجري وراء التقديرات والفروض[١٠] .

يتضح مما سبق ، اننا نجد نظيرا لمدرسة الشرح على المتون في الفقه الاسلامي ، سواء من حيث فكرتها أو من حيث المراحل التي مرت بها . فأهل

---

(٩) الدكتور مختار القاضي . المرجع السابق ، ص ٨٥ . الاستاذ عبدالباقي البكري ، المرجع السابق ، ص ١٧٧ .

(١٠) الاستاذ عبدالباقي البكري ، المرجع السابق ، ص ١٧٨ . الدكتور مختار القاضي ، المرجع السابق ، ص ٨٦ .

النتيجة مجافية لمقتضيات الحالة الاجتماعية القائمة أم لا[1]

ان مراجعة بسيطة للقواعد الاولية في المنطق تثبت انه يعجز عن اداء مهمته تلك اذ يجب مثلا عدم اطلاق الاستنتاج عن طريق القياس بل قصره على الحالات التي لا يكون فيها النص المقاس عليه مقررا الحكم استثنائي ، كما ان الالتجاء الى طريق الاستنتاج من مفهوم المخالفة غير مأمون العواقب كما سأبينه في حينه . فقد يكون الحكم المنصوص عليه واردا على سبيل التمثيل تطبيقا لقاعدة عامة وليس على سبيل الحصر والاستثناء ، ويكون من الخطأ عندئذ اعتبار هذا الحكم خاصا بتلك الحال دون غيرها من الحالات الاخرى المشتركة في الصفة والوضع واعطاء هذه الحالات حكما مخالفا لحكمها[2] .

ثانيا : ان حرص هذه المدرسة على الوقوف على نية المشرع عند وضعه التشريع من شأنه أن يجمد القانون في قوالبه الاولى فيقف به عند مراحله الماضية ويعوق تطوره . ثم ان الاعتداد بنية المشرع التأريخية مؤداه الاستعانة بوسائل قديمة في حل المسائل الجديدة التي يخلقها تقدم الحياة الاجتماعية والاقتصادية والصناعية والتي لم تكن في حسبان المشرع القديم[3] هذا فضلا عن ان القصد المباشر للتشريع يتحدد بنطاق محدود لظاهرة معينة ، والتأريخ شاهد على ان المشرع يستهدف في تشريعه غاية معينة . ولذلك فان المبادىء التي تستقر من أفكاره العامة وصيغه المجردة لا يجوز التوسع فيها الا بالقدر الذي يغطي ما تصوره من وقائع واعمال معينة أو أعمال مشابهة قد تطرأ في المستقبل . وليس من الشرعية في شيء ، كما يقول الاستاذ سالي في مقدمة كتاب جني ، ان يستخرج المفسر نتائج ينسبها الى ارادة المشرع افتراضا لانه يضع بذلك للمستقبل مبدأ منفصلا

(١) انظر الدكتور عبدالحي حجازي ، المرجع السابق ، ص ٥٦٤ .
(٢) الدكتور عبدالحي حجازي ، المرجع السابق ، ص ٥٦٥ . انظر الدكتور محمد علي عرفه ، المرجع السابق ، ص ٢٤١ .
(٣) الدكتور حسن كيره ، المرجع السابق ، ص ٢٠٩ .

ومستقلا عن السلطة التي أصدرته . كما ان العبودية للنصوص التي هي طابع هذه المدرسة تؤدي أيضا الى جمود القانون وعرقلة تطوره وذلك لحصره في ارادة مفترضة للمشرع وقت وضع النصوص مهما بعد العهد بينها وتغيرت ظروف الحياة[4] .

وهكذا تظل الحياة القانونية حسب منطق هذه المدرسة بحكم الضرورة وتحت كل الظروف في المركز الذي كانت فيه لحظة ميلاد القانون مهما كان تطور الوقائع والافكار .

وجدير بالذكر ان أول من هاجم هذه النظرية هو الفقيه الالماني اهرنج في كتابه روح القانون الروماني فتناول من طريقة التفسير المنطقي التي كانت سائدة في هذا العهد ثم زادت فكرته وضوحا عندما أصدر كتابه (الغاية والكفاح) الذي أصدره سنة ١٨٩٣ وبين فيه أهمية الغرض الذي ترمي اليه القاعدة القانونية وأحل هذا الغرض محل المنطق البحت في توجيه الحلول القانونية . ثم كانت الضربة القاضية التي أجهزت على تلك النظرية التقليدية في فرنسا عند صدور كتاب الاستاذ جني سنة ١٨٩٩ عن طرق التفسير ومصادر القانون الخاص ثم مؤلفه الموسوم بـ (علم القانون الخاص ووسائله الفنية) الصادر سنة ١٩١٤ الذي حاز تقديرا واجلالا[5] .

ومع ذلك فان معظم طرق هذه المدرسة لا زالت متبعة حتى اليوم في شرح نصوص القانون . ولا يزال كثير من شراح القانون شراحا للنصوص مما يجعل من المتعذر الزعم بان مدرسة الشرح على المتون قد انتهى وجودها تماما اذ لا يزال نهجها في بعض جوانبه السليمة في تفسير نصوص التشريع قائما[6] .

(٤) الدكتور حسن كيره ، المرجع السابق ، ص ٢٠٩ .
(٥) الدكتور حلمي بهجت بدوي ، المرجع السابق ، ص ٢٩٥ وما بعدها .
(٦) الدكتور سمير تناغو ، المرجع السابق ، نقلا عن كربونيه ، ص ٧٥٣ .

المبحث الثالث

الاسلامي

ان شرعية التمسك بالنصوص تسود عقب كل تشريع جديد يراد الاحتفاظ بنصوصه وصيانته من العبث • واذا بدا ذلك في التشريعات الوضعية التي لا تلبث أن تعدل أو تلغى فانه يكون أمرا بديهيا في الشرائع السماوية المقدسة •

ان المدارس الفقهية الاسلامية كانة تلتقي عند كتاب الله وتستمد منه منهجها وطريقتها للتعرف على الاحكام الشرعية • فهو الكتاب المقدس الذي جاء تبيانا لكل شيء ووعد الله سبحانه بحفظه « انا نحن نزلنا الذكر وانا له لحافظون » • ومن ثم كان التمسك بالنص القرآني هو المنهج الرئيس لجميع الاتجاهات الفقهية والحكم الشرعي هو خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين اقتضاء أو تخييرا أو وضعا • والحق ان الشريعة الاسلامية قوامها النصوص الشرعية • ومتى وجد النص أصبح الحكم الشرعي قاطعا حيث « لا مجال للاجتهاد في مورد النص » ان المنهج التقليدي في البحث عن نية المشرع الحقيقية بغض النظر عن العبارات المستعملة نجده واضحا في وسط علماء الشريعة • فعليه نصت المادة الثانية من مجلة الاحكام العدلية بقولها « الامور بمقاصدها » • ونصت المادة الثالثة منها على ان « العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني » • وهذه المادة توضح المبدأ العام في التأكيد على النية وان كانت متعلقة بنية المتعاقدين لا بنية المشرع • ومن الواضح ان علماء الشريعة الاسلامية يعتدون باللفظ ويرون ان « الاصل في الكلام الحقيقة » وهو ما نصت عليه المادة الثانية عشرة من المجلة (م ١٥٥

مدني عراقي) واذا أمكن حمل الكلام على معناه الحقيقي لا يحمل على معناه المجازي • فالراجح في اللفظ المستعمل ارادة معناه الحقيقي مهما أمكن لان المعنى الحقيقي أصل اللفظ والمعنى المجازي خلاف الاصل[1] • واذا كان اللفظ صريحا واضحا فيجب التقيد بالنية المقصودة الواضحة ولا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح (م ١٥٧ مدني عراقي) • أما اذا لم يكن النص صريحا أو اذا تعذر استخلاص النية الحقيقية منه لاي سبب فيجب البحث عن النية المفروضة التي يفترض ان المشرع قصدها عند وضع التشريع[2] • والنية المفروضة هنا تشمل الاحكام الاجتهادية الظنية • وجود امارة ظنية للحكم كاف لاقرار الحكم الاجتهادي •

واذا كنا نلاحظ وجه الشبه هذا بين الفقه الاسلامي ومدرسة الشرح على المتون من حيث النهج فاننا ندرك كذلك ان المراحل التي مرت بها مدرسة الشرح على المتون في القرن التاسع عشر بخصائصها المتنوعة مر الفقه بنظيرها بعد عهد الرسول (ص) في البلاد الاسلامية تحت اسم مدرسة الحديث ومدرسة الرأي[3] • ولذلك يحسن بي الاشارة الى خصائص هاتين المدرستين لنبين وجوه الشبه بينهما وبين خصائص المرحلتين الاولى والثانية من حياة مدرسة الشرح على المتون •

أ ـ مدرسة الحديث :

بدأت هذه المدرسة في عهد الصحابة بعد وفاة رسول الله (ص) فقد أثر عن كثير من الصحابة انهم لا يفتون بالرأي ويؤثرون السكوت فيما لم يرد فيه نص • وقد تزعم هذا الاتجاه في عهد التابعين الامام سعيد بن المسيب •

---

(١) الاستاذ منير القاضي ، شرح المجلة ، جـ ١ ، مطبعة النجاح بغداد ص٨٢

(٢) الدكتور عباس عبدالمجيد ، اصول القانون ، مطبعة المعارف ، ١٩٤٧ ، ص ١٠٧ وما بعدها .

(٣) انظر الدكتور مختار القاضي . المرجع السابق ، ص ٨٤ . الاستاذ عبدالباقي البكري . المرجع السابق ، ص ١٧٦ وما بعدها .

وقد أخذ عنه كثير من الفقهاء الذين انتشروا في الامصار مثل عامر الشعبي وسفيان الثوري والليث بن سعد وداود الظاهري والاوزاعي[٤] . ومما نسب الى الشعبي قوله « ما حدثك هؤلاء عن رسول الله (ص) فخذ به وما [illegible] » . وكان دأب فقهاء هذه المدرسة اذا استفتوا في مسألة لم يرد فيها نص ان يقول أحدهم لا أدري وكانوا يعتبرون قول لا أدري نصف العلم حتى سخر منهم الامام أبو حنيفة قائلا « ليقولوا لا أدري مرتين ليستكملوا العلم كله » .

وقد تبلورت هذه المدرسة في فقه المذهب الظاهري الذي أسسه الامام داود الظاهري ٢٠٢ ـ ٢٧٠ هـ . وقد كان من أشد الناس تمسكا بالنصوص وتركا للقياس ولم يأخذ بالتعليل وكل ما يتصل بالرأي من قريب أو بعيد[٦] لاعتقاده بان النصوص الشرعية تفي بأحكام الحوادث ولا حاجة الى الأقيسة[٧] .

ومن المدارس الفقهية التي عنيت بالنصوص ولم تحتج بالقياس الشيعة الامامية[٨] . وواضح ان منهج مدرسة الحديث يبدو قريب الشبه بالاتجاه التقليدي للفقه الفرنسي في مرحلته الاولى .

ب ـ مدرسة الرأي :

من المعروف في تاريخ الفقه الاسلامي ان بعض كبار الصحابة ، كعمر وعلي ومعاذ بن جبل وعبدالله بن مسعود رضي الله عنهم حملوا لواء الرأي

---

(٤) الدكتور محمد حميد البوشان . مقدمة دراسة علم الانظمة ، ج ١ ، طبعة اولى ، جامعة الرياض ، ١٩٧٥ ، ص ١٠٧ .

(٥) انظر حجة الله البالغة ، للعلامة شاه ولي الله الدهلوي ، القاهرة ، المطبعة الاميرية ، سنة ١٢٨٤ هـ ، جـ ١ ، ص ٣٧٠ .

(٦) انظر الدكتور مصطفى الزلمي ، المرجع السابق ، ص ٥٦ .

(٧) انظر الاحكام في اصول الاحكام لابن حزم الظاهري . مطبعة العاصمة بالقاهرة ، جـ ٧ . ص ٩٢٩ وما بعدها .

(٨) الاستاذ محمد تقي الحكيم ، الاصول العامة للفقه المقارن .

ولم يتمسكوا بحرفية النص بل كانوا يفهمون روحه .

وقد تبعهم في هذا النهج بعض كبار التابعين وتابعيهم . الا ان هذه المدرسة اقترنت في عرف الكتاب بالمذهب الحنفي الذي أسسه الامام [illegible] (٧٠ ـ ١٥٠ هـ) .

وتميزت هذه المدرسة بالاقلال من الاعتماد على الاحاديث ، وبالتعويل على القياس وباعمال الرأي في الافتاء . غير ان أقطاب هذه المدرسة ما لبثوا بعد فترة أن انساقوا وراء المنطق في تفكيرهم ، وابتعدوا عن واقع الحياة في تقديم الكثير من الفروض والتقديرات والمسائل النظرية في الفقه بصبغة نظرية ، على صورة دعت غيرهم من فقهاء المسلمين الى تسميته بالفقه التقديري أو فقه الارأيتيين لكثرة ترديدهم لفظ (أرأيت) . وهذا عين ما فعله فقهاء المرحلة الثانية من مراحل مدرسة الشرح على المتون[٩] .

على ان النزعة الاولى في التمسك بالنصوص والنزعة الثانية التي تجري وراء المنطق والفروض قد خفت حدتهما بظهور الامام الشافعي ١٥٠ـ٢٠٤هـ الذي يعتبر ظهوره بداية لتطور المدرسة الحديثة في الفقه الاسلامي . فقد أرسى الشافعي الفقه على اصول علمية ثابتة نصا في (الرسالة) وكتاب الام وصبغه بالصبغة العملية التي تساير واقع الحياة وتنأى به عن الفروض والتقديرات . وقد تميزت هذه المرحلة بالحد من غلواء نزعتي أهل الحديث وأهل الرأي وبالعمل على التوفيق بينهما . وأضحى الفقه فيها ضرورة عملية تقوم على واقع الحياة ولم يعد يجري وراء التقديرات والفروض[١٠] .

يتضح مما سبق ، اننا نجد نظيرا لمدرسة الشرح على المتون في الفقه الاسلامي ، سواء من حيث فكرتها أو من حيث المراحل التي مرت بها . فأهل

---

(٩) الدكتور مختار القاضي . المرجع السابق ، ص ٨٥ . الاستاذ عبدالباقي البكري ، المرجع السابق ، ص ١٧٧ .

(١٠) الاستاذ عبدالباقي البكري ، المرجع السابق ، ص ١٧٨ . الدكتور مختار القاضي ، المرجع السابق ، ص ٨٦ .

الحديث يتقيدون بالنصوص الكريمة ويتحاشون اعمال الرأي فيما لم يرد بشانه نص • وهو نفس مسلك الشراح على المتون في المرحلة الاولى من عمر هذه المدرسة • وأهل الرأي يجرون وراء المنطق ويخلقون الفروض والتقديرات كما فعل ذلك المعاقون على قانون نابليون ، وهم زعماء المدرسة في المرحلة الثانية من مراحل تطورها • وعلماء اصول الفقه سايروا الحياة العملية ولم يتمسكوا بحرفية النصوص ، على منوال يماثل طريقة زعماء مدرسة الشرح على المتون في مرحلتها الثالثة • بل ونستطيع القول ، انه اذا امكننا اعتبار المرحلة الثالثة من مراحل تطور الفقه الاسلامي بدايه لظهور المدرسة الحديثة ، فان بوسعنا اعتبار المرحلة الثالثة من مراحل مدرسة الشرح على المتون تمهيدا لظهور المدرسة العلمية في الفقه الوضعي[11] •

ومع ذلك ، فان علينا أن نشير الى أمرين ينهضان كفارقين بين الفقه الاسلامي في تطوره وبين مدرسة الشرح على المتون في تدرجها • اولهما ، ان مراحل تطور مدرسة الشرح على المتون كانت متسلسلة متعاقبة دون تداخل فيما بينها . أما مراحل تطور الفقه الاسلامي فلم تخل من التداخل • ذلك لان مدرسة أهل الراي وان كانت قد نشأت بعد ظهور مدرسة الحديث بفترة ، الا انها لم تحل بديلا عنها ، ولم تستطع النيل منها • بل ظلت المدرستان قائمتين جنبا الى جنب تتنازعان سيادة الفقه • وثانيهما ، ان المرحلة الثالثة من مراحل تطور مدرسة الشرح على المتون تميزت بالاهتمام بأحكام القضاء وباحلالها منزلة رفيعة من الفقه • أما القضاء الاسلامي فلم يرق الى مرتبة الفقه اطلاقا وظل أبدا يتلقى منه العون والتوجيه[12] •

---

(١١) الاستاذ عبدالباقي البكري ، المرجع السابق ، ص ١٧٨ .
(١٢) المرجع السابق ، ص ١٧٨ وما بعدها . انظر الدكتور مختار القاضي ، المرجع السابق ، ص ٨٦ .

الفصل الثاني

المدرسة التاريخية (المدرسة الاجتماعية)

l'ecole Historigue

لم تعد مدرسة التقيد بالنص قادرة على مواجهة النتائج المذهلة للتطورات الصناعية في اواخر القرن التاسع عشر فتخلت عن احتكارها منهج التفسير بعد ان هزمت في معركتين حاميتين دارت احداهما في ساحة القضاء والاخرى في ساحة الفكر • وسبب هزيمتها في المعركة الاولى صعوبة ملائمة النصوص القائمة لحكم الوقائع التي جدت عقب الثورة الصناعية مما أبرز تنافرا واضحا بين القانون والواقع • فاضطر القضاء الى التخلي عن المنهج التقليدي في التفسير وتأثما هذه النصوص للوقائع على نحو عبر عنه سالي بقوله « لقد بقيت نصوص المجموعة على حالها وانما تغير مضمونها وتجدد »[1] •

وأما المعركة الفكرية فقد قدمنا تصورا كاملا لها في المبحث الخاص بتقويم مدرسة التقيد بالنص ، خلاصته ظهور اتجاه يربط النص بالمجتمع ويعزله عن الشرع والظروف التي احاطت به عند وضع التشريع • وقد اقترن هذا الاتجاه باسم المدرسة الاجتماعية والمدرسة التأريخية • ان الالمام بقيمة هذا الاتجاه يقتضينا تقسيم هذا الفصل الى ثلاثة مباحث • نخصص الاول منها لبيان أساس هذا الاتجاه والثاني لتقويم هذا الاتجاه • أما الثالث فيختص ببيان مدى بروز عناصر هذه المدرسة في الفقه الاسلامي •

---

(١) الدكتور حلمي بهجت بدوي ، المرجع السابق ، ص ٢٩٦ .

المبحث الاول

اسس المدرسة الاجتماعية (التاريخية) في التفسير

ان الفكرة الاساس في فقه هذه المدرسة التي أنشأها في المانيا سافيني وفيختا هي ان المصدر الوحيد للقانون هو ضمير الشعب أو روح الامة[1] • أما التشريع فلا يعدو أن يكون تعبيرا عن هذه الروح وليس عملا ارادويا صادرا عن المشرع ، تتحدد قيمته بالقدر الذي يعبر به عن الشعور العام[2] • ومن ثم فان تفسير التشريع لا ينبغي أن يكون تفسيرا لارادة المشرع بل يجب أن يستقل التشريع عن المشرع ويعيش حياته المستقلة في الجماعة ذاتها ويخضع في تفسيره لكل التطورات التي تحدث داخل الجماعة[3] •

وباختصار فان التفسير الذي يتبناه القاضي ينبغي أن يكون تاريخيا بان يرجع القاضي الى التأريخ والى الظروف الاجتماعية التي عاصرت سن القواعد القانونية لكي يمكنه أن يكتشف مابتغيه المشرع Ratio Decidendi وأن يكون تطوريا بحيث يجعل قواعد القانون متطورة في الاتجاه الذي يهدف اليه المجتمع ذاته[4] •

ان النص التشريعي ينبغي أن ينظر اليه ككائن معزول عن مصدره المباشر ، يخضع لقانون التطور وللمحيط الاجتماعي ، وينفصل عن عقل

(1) W. Friedmann. London 1947 page 119.

(٢) جني فقرة ٩٧ •
(٣) الدكتور سمير تناغو ، المرجع السابق ، ص ٧٥٣ •
(٤) الدكتور انيس الاسيوطي ، التيارات المعاصرة في فلسفة القانون في مصر • ترجمة الدكتور محمد ظاهر معروف • مجلة القضاء العراقية ، سنة ٢٥ ، العدد الثالث ، ص ١٣٦ •

المشرع بعد سنه ليبدأ حياة مستقلة[5] • ولذلك يجب أن يفسر لا وفقا لنية من وضعه ولكن وفقا لما تقتضيه الظروف الاجتماعية ، أي وفقا للارادة التي كان المشرع يعبر عنها لو انه وجد في الظروف المحيطة بالفقيه أو القاضي وقت رجوعه الى التفسير •

ان من أشهر القائلين بهذا الرأي الفقيه الفرنسي سالي Saleilles الذي لخص مذهبه في عبارة شهيرة قالها في معرض تقديمه لكتاب جني وهي : « الى ما وراء التقنين المدني ولكن عن طريق التقنين المدني » • أي ان التفسير يبدأ من النصوص ولكنه لا يتقيد بالنصوص بل يتخطاها بما يتفق مع الحاجات المتطورة للمجتمع[6] •

ويبدو لي ان فكرة سالي لم تكن وليدة المدرسة التأريخية المعروفة وان التقت معها في عنصر الملائمة مع التطور الاجتماعي ، وانما كانت وليدة الحاجة والضرورة تحت ضغط التطورات الجديدة وصدى لما استقرت عليه المحاكم الفرنسية من نهج في تقدير الظروف المستجدة والعوامل الاقتصادية والاجتماعية في قراراتها دون التشبث بحرفية النص أو ارادة المشرع[7] • ان مما يؤيد هذا الرأي الملاحظات الآتية :ـ

اولا ـ لم يكن سالي منتميا الى المدرسة التأريخية[8] وانما كان مؤيدا لبعض آرائها • ذلك لان المدرسة التأريخية تجعل العرف أصدق صورة للتعبير عن ضمير الشعب وروح الامة ، وتعتبر القانون مظهرا من مظاهر الحياة الاجتماعية وجزء من التراث القومي ، ينمو نموا تدريجيا ولا يصنع صنعا[9] • أما

(٥) جني ، ف ٩٧ •
(٦) د. سمير تناغو ، المرجع السابق ، ص ٧٥٣ •
(٧) الدكتور حامي بهجت بدوي ، البحث السابق ، ص ٤٠٤ وما بعدها •
(٨) انظر الدكتور سمير تناغو ، المرجع السابق ، ص ٧٥٣ •
(٩) البزاز ، المرجع السابق ، ص ٦٩ وما بعدها •

الفقيه سالي فكان يرى[10] ان القانون المكتوب يمثل الهيكل الثابت للقضاء وان النصوص تبقى على حالها ولكن الذي يتغير هو محتواها .

ثانيا ـ الاشكالات التي واجهها سالي اعتبارها هي كافية ولائمة لـ تقنين نابليون للحاجات الجديدة اي للواقع الجديد وليست الجدل الذي كان قائما حول الموازنة بين التشريع والعرف . وقد عبر عن ذلك بقوله : « ظهرت حاجات جديدة وتكونت حقوق جديدة . وقلبت اشكال اقتصادية لم تكن معروفة سابقا العلاقات القانونية بين العامل ورب العمل وبين المنتج والمستهلك . ولذلك أصبح من الضروري أن يكيف هذا القانون نفسه للعالم الجديد لاشباع التصورات الجديدة للعدالة[11] .

ثالثا ـ يعترف سالي بان مهمة تكييف النصوص للواقع الجديد سارعت الى تحقيقها المحاكم ثم تابعها الفقه بالتحليل والتمحيص ويقول في ذلك « ان محاكمنا حققت هذه الرسالة وتابعها الفقه بعد أن كان محافظا ومدافعا[12] . وهو ينتمي بذلك المدرسة الفقهية الحديثة التي بدأت منذ أواخر القرن التاسع عشر بتصحيح مسار المدرسة الام (الشرح على المتون) وتميزت في آرائها بالخصائص الآتية :ـ

أ ـ الاهتمام بدراسة حاجات الحياة العملية عن طريق العناية بدراسة أحكام المحاكم لا بقصد انتقادها كما كان شأن الفقه

(١٠) سالي في مقدمة مؤلف جني .
(١١) المرجع السابق . انظر جني ، ف ٩٧ .
(١٢) الدكتور احمد حشمت أبو ستيت ، ابحاث في اصول القوانين ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الخامسة ، العدد السادس ١٩٣٥ ص٦٦١

فيما مضى وانما لاستخلاص الباعث ، وهو لابد أن يكون ضرورات الحياة العملية ، التي دفعت المحاكم الى انتهاج الطريق الذي تسلكه . وعند العثور على نفس الباعث في قضايا متشابهة متعددة ، يعمد الفقه الى استنباط مبدأ عام يقدمه الى القضاء يهتدي به فيما يجد من المنازعات .

ب ـ النظر الى القانون باعتباره علما اجتماعيا يخضع قبل كل شيء للتطورات الاقتصادية والاجتماعية التي تتوالى على حياة الامم ويتأثر بها .

ج ـ الاهتمام بدراسة القانون المقارن .

يتضح من ذلك ان القانون أضحى في نظر هذه المدرسة كائنا حيا ينمو مع الحياة ويتأثر بحاجاتها ويتظافر الفقه والقضاء في ايجاد الحل اللازم لمشاكلها ووقائعها . وبذلك التقت أفكار هذه المدرسة ـ التي تمثل المرحلة الاخيرة من مراحل الشرح على المتون ـ مع أفكار المدرسة التأريخية التي بشر بها سافيني وتلخص فقهها في اخضاع القانون كغيره من النظم الاجتماعية لسنة التطور التأريخي .

والحقيقة ان أي اتجاه فكري يجعل التطور الاجتماعي أساسا له مدين لسافيني ، لانه هو الذي صاغ نظرية التطور التأريخي بجلاء تام وصراحة كاملة وان كان هنالك من سبقه في هذا المجال مثل مونتسكيو في كتابه روح الشرائع وبرك في انكلترة وفيكو في ايطاليا وآخرون غيرهم .

ولعل مما أثر في شيوع هذا الاتجاه ظهور حركة القانون الحر في المانيا في بداية القرن العشرين التي كانت ترى ان على مفسر القانون أن يقوم بالتفسير لا وفقا لارادة المشرع التي غالبا ما تكون ارادة مزعومة أو غير محددة وانما وفقا للمفاهيم القانونية والاخلاقية والاجتماعية السائدة في

الفقيه سالي فكان يرى[10] ان القانون المكتوب يمثل الهيكل الثابت للقضاء وان النصوص تبقى على حالها ولكن الذي يتغير هو محتواها .

ثانيا ـ لما كانت التي ركز عليها سالي اهتمامه هي كيفية ملائمة نصوص تقنين نابليون للحاجات الجديدة اي للواقع الجديد وليست الجدل الذي كان قائما حول الموازنة بين التشريع والعرف . وقد عبر عن ذلك بقوله : « ظهرت حاجات جديدة وتكونت حقوق جديدة . وقلبت اشكال اقتصادية لم تكن معروفة سابقا العلاقات القانونية بين العامل ورب العمل وبين المنتج والمستهلك . ولذلك أصبح من الضروري أن يكيف هذا القانون نفسه للعالم الجديد لاشباع التصورات الجديدة للعدالة[11] .

ثالثا ـ يعترف سالي بان مهمة تكييف النصوص للواقع الجديد سارعت الى تحقيقها المحاكم ثم تابعها الفقه بالتحليل والتمحيص ويقول في ذلك : ان محاكمنا حققت هذه الرسالة وتابعها الفقه بعد أن كان محافظا ومدافعا[12] . وهو يقصد بذلك المدرسة الفقهية الحديثة التي بدأت منذ أواخر القرن التاسع عشر بتصحيح مسار المدرسة الام (الشرح على المتون) وتميزت في آرائها بالخصائص الآتية :ـ

أ ـ الاهتمام بدراسة حاجات الحياة العملية عن طريق العناية بدراسة أحكام المحاكم لا بقصد انتقادها كما كان شأن الفقه

(١٠) سالي في مقدمة مؤلف جني .
(١١) المرجع السابق . انظر جني ، ف ٩٧ .
(١٢) الدكتور احمد حشمت أبو ستيت ، ابحاث في اصول القوانين ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الخامسة ، العدد السادس ١٩٣٥ ص٦٦١

فيما مضى وانما لاستخلاص الباعث ، وهو لابد أن يكون ضرورات الحياة العملية ، التي دفعت المحاكم الى انتهاج الطريق الذي تسلكه . وعند العثور على نفس الباعث في قضايا متشابهة متعددة ، يعمد الفقه الى استنباط مبدأ عام يقدمه الى القضاء يهتدي به فيما يجد من المنازعات .

ب ـ النظر الى القانون باعتباره علما اجتماعيا يخضع قبل كل شيء للتطورات الاقتصادية والاجتماعية التي تتوالى على حياة الامم ويتأثر بها .

جـ ـ الاهتمام بدراسة القانون المقارن .

يتضح من ذلك ان القانون أضحى في نظر هذه المدرسة كائنا حيا ينمو مع الحياة ويتأثر بحاجاتها ويتظافر الفقه والقضاء في ايجاد الحل اللازم لمشاكلها ووقائعها . وبذلك التقت أفكار هذه المدرسة ـ التي تمثل المرحلة الاخيرة من مراحل الشرح على المتون ـ مع أفكار المدرسة التأريخية التي بشر بها سافيني وتلخص فقهها في اخضاع القانون كغيره من النظم الاجتماعية لسنة التطور التأريخي .

والحقيقة ان أي اتجاه فكري يجعل التطور الاجتماعي أساسا له مدين لسافيني ، لانه هو الذي صاغ نظرية التطور التأريخي بجلاء تام وصراحة كاملة وان كان هنالك من سبقه في هذا المجال مثل مونتسكيو في كتابه روح الشرائع وبرك في انكلترة وفيكو في ايطاليا وآخرون غيرهم .

ولعل مما أثر في شيوع هذا الاتجاه ظهور حركة القانون الحر في المانيا في بداية القرن العشرين التي كانت ترى ان على مفسر القانون أن يقوم بالتفسير لا وفقا لارادة المشرع التي غالبا ما تكون ارادة مزعومة أو غير محددة وانما وفقا للمفاهيم القانونية والاخلاقية والاجتماعية السائدة في

العصر وطبقا لمتطلبات العدل والمصلحة الاجتماعية المتغيرة(١٣) . وقد لاقت هذه المدرسة التفسيرية تأييدا من قبل أقطاب الفقه والقضاء كالاستاذ سالي ورئيس محكمة النقض الفرنسية « بالو » الذي أعرب بمناسبة العيد المئوي للتقنين المدني الفرنسي عن الافكار التالية التي تعبر عن منهج هذه المدرسة بقوله « عندما يكون النص غامضا ، وعندما تنهض شكوك في معناه ومداه ، وعندما يتعارض أو يتسع أو يضيق بمقابلته مع نص آخر ، أرى ان للقاضي حينئذ أوسع صلاحيات التفسير ، فعليه عدم ضياع وقته في التحري عما كان عليه تفكير واضعي القانون المدني عند تشريع هذه المادة أو تلك منذ مائة عام ، وانما عليه أن يتساءل ماذا سيكون تفكيرهم لو انهم دونوا نفس المادة اليوم . وعليه أن يقول بان العدالة والحكمة يقتضيان تكييف النص ، بحرية وانسانية ، الى حقائق ومتطلبات الحياة الحديثة وذلك بالنظر للتغيرات التي جرت في الافكار والاخلاق والمؤسسات وفي الحالة الاقتصادية والاجتماعية في فرنسا خلال قرن »(١٤) .

ووقفت محكمة بداءة القاهرة في حكم مشهور أصدرته سنة ١٩٦٦ في صف التفسير التأريخي التطوري صراحة ولاهميته أذكره بصورة تفصيلية فيما يلي(١٥) :ـ

ان التشريع رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ الخاص باجارة المحلات يمنع الايجار من الباطن أو تحويل عقد الايجار بدون اجازة صاحب الملك . وبعد عشرين سنة دخل هذا النظام في التطبيق ١٩٦٦ فان مستأجرا أعطى شقته لاخيه ، فعارضه صاحب الملك وأقام دعوى بتخلية المأجور من شاغله الجديد .

بدأت المحكمة بدراسة الاوضاع الاجتماعية التي كانت سائدة عندما

(١٣) د. دوهان ، المرجع السابق ، ص ٤٨٠ ويشير الى بسكاتور .
(١٤) د. دوهان ، المرجع السابق ، ص ٤٨١ .
(١٥) الدكتور ثروت الاسيوطي . التيارات المعاصرة في فلسفة القانون في مصر المرجع السابق ، ص ١٣٨ وما بعدها .

سن هذا التشريع . في ذلك الوقت كان الشعب المصري تحت سلطة القوى الرجعية الممثلة في الطبقة الاقطاعية والبرجوازية . وكانت أزمة السكن التي أتت في أعقاب الحرب الكونية الثانية أجبرت المشرع على اتخاذ عدد من اجراءات الطوارىء مثل تحديد عقود الايجار أو تحديد الايجار بحكم القانون . وقد أيدت المحكمة ان هذه الاجراءات وان كانت تتظاهر بانها تحمي جماهير الفلاحين والعمال ولكنها في حقيقتها انما تفضل عليهم الطبقات الحاكمة حينما طالبت بأخذ اجازة صاحب الملك في أي عقد ايجار من الباطن أو تحويل هذا العقد لمصلحة آخر .

ويتضح من هذا ان المحكمة حينما استعملت الطريقة التأريخية في التفسير اكتشفت الاسباب الموجبة Ratio Legis عند سن هذا القانون حيث كانت احكامه في صف الطبقات المستغلة .

ومن ثم فان المحكمة أرادت تطوير هذا القانون ليكون في خدمة المؤثرات الاجتماعية في زمانها . وقالت بان تقدم المجتمع في خطى الاشتراكية قد أجرت تحولات جذرية في بناء المجتمع وفي الفلسفة التي يؤمن بها . وفي مثل هذه الظروف فان الاسباب الموجبة مثل وازن الانغام يجب أن تتبدل لتلائم طريقة الحياة الجديدة . وهكذا فان الغاية التي كانت يبتغيها المنع في التجديد من الباطن يجب أن يفسر بان غايته هي منع المستأجر القديم من استغلال الشاغل الجديد . ولكن هذا لم يكن هو الحاصل في هذه الدعوى طالما ان المستأجر قد تنازل عن العقد بنفس شروطه الاصلية الى أخيه الذي قبله برمته .

المبحث الثاني

تقويم المدرسة الاجتماعية او التاريخية

اذا كانت هذه المدرسة قد أعانت بمنطقها في التفسير على ملاحقة تطور الجماعة الحثيث رغم بقاء النصوص على حالها دون تغيير ، الا انها خرجت بالتفسير عن وظيفته ، وجعلته تعديلا أو الغاء لنصوص التشريع وخلقا لقواعد جديدة ، وقضت على ما ينبغي أن يتوافر للقانون من تحديد وثبات واستقرار بافساحها المجال واسعا أمام تحكم القضاء[1] .

ولذلك تعرضت هذه المدرسة في أساسها لادانة بالغة من لدن الاستاذ جني الذي أوجز نقده بقوله : « اذا كان المرء مخلصا لعناصر الكياسة والفطنة فلا يمكن أن يجد أي أساس عقلي لمنهج تفسيري يبرر شيئا مختلفا تماما مع ارادة المشرع من النص . صحيح ان النص حالما يشرع ينفصل عن شخص المشرع ولكننا نعلم انه يتركه مشحونا بفكره ونيته ، ولا نعتبر النص اناء فارغا يستطيع أي شخص ان يملأه طبقا لرغبته الشخصية . ان هذه الحرية تقضي على الدقة والثبات الذي يعتبر الفضيلة الكبرى والميزة البارزة للقانون المكتوب . ان الذين يضحون بالارادة الشخصية التي صنعت النص يقتلون تماما جوهر النص وسببه »[2] .

وقد أيد جني في رأيه فريق من الفقهاء الذين رأوا في هذا الاتجاه مخالفة للطبيعة الدستورية للقانون المكتوب وخروجا بالتفسير عن وظيفته ومحاولة لخلق قواعد قانونية وتوسيع غير مأمون لسلطة القضاء[3] فوصفوا

(١) انظر الدكتور حسن كيره ، المرجع السابق ، ص ٤١٠ .
(٢) جني ، ف ٩٧ .
(٣) الدكتور شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، ص ٢٦٥ .

هذا المنهج بانه تفسير معدل أو منشيء ، لان التفسير يختلط هنا بانشاء القانون كما رأوا فيه اتجاها معاديا للقانون لانه يجعله تابعا وخاضعا للواقع وان وظيفته أن يحكم ويوجه ذلك الواقع وفق أهداف معقولة[4] .

وعلى الرغم من كل هذه الانتقادات ، فان هذا المنهج الاجتماعي قدم للعملية القضائية خدمات جلى . فقد تم عن طريقه وضع التشريع القديم الذي وقف في طريق التقدم في خدمة الافكار الجديدة بنفس الطاقة والحيوية التي كان يملكها أساسا[5] ، وساعد على احتفاظ القانون بالمرونة التي تؤهله لمواجهة حاجات المجتمع . ولذلك ، فانه حظي باعجاب كثير من الفقهاء[6] وبتأييد جانب كبير من القضاء . اذ أخذت به المحاكم في كثير من الاحيان[7] .

(٤) الدكتور مالك دوهان ، المرجع السابق ، ص ٤٨٣ نقلا عن بسكاتور .
(٥) عبر عن ذلك سالي بقوله : « في اوعية ظن انها قديمة جرى خمر جديد . وكفت قوته المتجددة لان تعيد الى الوعاء نضارة الشباب » انظر مقدمة سالي لكتاب جني . انظر الدكتور احمد حشمت ابو ستيت ، المرجع السابق .
(٦) جني ، ف ٩٧ . ص ٦٥١ .
(٧) انظر الدكتور سمير تناغو ، ص ٧٥٥ .

المبحث الثالث

مدى بروز عناصر المدرسة الاجتماعية أو التاريخية في الفقه الاسلامي

من المعلوم ان فكرة فصل النصوص الشرعية عن ارادة الشارع وربطها بالظروف والعوامل المتغيرة ليس لها محل في جميع الاتجاهات الفقهية الاسلامية ، سواء كانت مما تعني بالعبادات التي لا مجال للعقل في فهم حكمها ومصالحها كاملة ، أو بقواعد السلوك الاجتماعي أي بالمعاملات والسياسات الدنيوية التي يفهم العقل أغلب معانيها ومقاصدها ومصالحها . يؤكد ذلك قوله تعالى « لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه تنزيل من حكيم حميد » . الا ان الشريعة الاسلامية أفسحت المجال لعوامل التطور لتلعب دورها في دائرة المعاملات والسياسات الدنيوية . وتفصيل ذلك انه لما كانت الشريعة عامة وخالدة في الزمان والمكان فان الاسلام نزل بنوعين من الاحكام التشريعية في نوعين من المسائل ، هما :

١ ــ مسائل لا تتأثر باختلاف الازمنة والامكنة والبيئات والعادات . ولذلك نزلت أحكامها محددة في القرآن وكلف الرسول بوحي من ربه أن يفصل للناس هذه الاحكام العامة . وفي هذا المعنى يقول الله تعالى « وأنزلنا اليك الذكر لتبين للناس ما نزل لهم »[1] والاحكام الشرعية في هذا النوع الثابت من المسائل سميت بالاحكام القطعية ومنها أحكام العقائد والوجدان والعبادات .

٢ ــ مسائل أخرى من شأنها أن تتأثر بظروف الزمان والمكان وتختلف

(١) سورة النمل ، الآية ٤٠ .

باختلاف البيئة والاوضاع وبحسب ما تدعو اليه المصلحة في كل منها . وقد اكتفت الشريعة الاسلامية في هذا النوع من المسائل بوضع القواعد الكلية العامة المرنة ، تاركة بيان الاحكام الفرعية الى الرأي واجتهاد العقل البشري[2] . ومن المعلوم ان المصدر الاول والاساس للشريعة الاسلامية هو القرآن الكريم ، الذي تناول بيان أغلب الاحكام بصورة اجمالية دون التصدي للجزئيات وتفصيل الكيفيات الا قليلا . فقد ورد فيه الامر بالصلاة والزكاة مجملا ولم يفصل كيفيتها ولا مقاديرها ، بل فصلتها السنة ، وأوجب القرآن الشورى في تصريف الشؤون تاركا تحديدها لظروف الزمان والمكان . كما أوجب اقامة العدل بين الناس بنصوص عامة ولم يحدد طريقة القضاء[3] .

وخلاصة ما نرمي اليه ان الشريعة فتحت أبوابا واسعة ومنافذ كبيرة يدخل من خلالها تيار التغيير والتطور ، من أهمها ما يلي :

أولا ــ ان الاحكام الشرعية معللة بمصالح الناس هادفة الى اقامة العدل بينهم . وفي ذلك يقول الامام ابن القيم[4] « ان الله سبحانه أرسل رسله وأنزل كتبه ليقوم الناس بالقسط وهو العدل الذي قامت به الارض والسماوات . فاذا ظهرت امارات العدل وأسفر وجهه بأي طريق فثم شرع الله ودينه والله سبحانه أعلم وأحكم وأعدل أن يخص طرق العدل بشيء ثم ينفي ما هو أظهر منها وأقوى دلالة وأبين امارة فلا يجعله منها ولا يحكم عند وجودها وقيامها بموجبها بل قد بين

(٢) المستشار علي علي منصور . المدخل للعلوم القانونية والفقه الاسلامي ص ١٥٨ .
(٣) المرجع السابق ، ص ١٤١ .
(٤) الطرق الحكمية ، المرجع السابق ، ص ١٤ .

سبحانه بما شرعه من الطرق ان مقصوده اقامة العدل بين عباده وقيام الناس بالقسط فأي طريق استخرج بها العدل والقسط فهي من الدين وليست مخالفة له » . والحق ان الشريعة فتحت مجالا رحبا لاستيعاب مقتضيات التطور بوسائل شتى ، ولكن ضمن الضوابط الشرعية والمقاصد الاساس في الاسلام معروفة . ومن أهم هذه الوسائل مراعاة المصالح المرسلة اي الاستصلاح ، وهو تشريع الحكم في واقعة تتضمن مصلحة مرسلة أي غير مقيدة بنص من الشارع يدعو الى اعتبارها أو عدم اعتبارها ويكون في اعتبارها جلب نفع أو دفع ضرر[٥] . وحيث ان هذه المصالح نسبية تختلف باختلاف العصور ، جاز القول ان الشريعة الاسلامية تقدر ضرورات التطور في تشريع الاحكام الجديدة . ومن هذا المنطلق نشأت القاعدة الفقهية « لا ينكر تغير الاحكام بتغير الازمان » فهو مثل من امثلة اعتراف الشريعة بضرورة تطور الاحكام القانونية وفقا لحاجات البيئة والجيل[٦] . ومن الامثلة الواقعية على ذلك اجتهاد المتأخرين من بعض الفقهاء بتجويز البيع بالوفاء بناء على الضرورة التي نشأت لاستدانة الناس من ذوي الثروة وعدم موافقة هؤلاء على الادانة من دون أن يحصلوا على منفعة . ولما كان الربا باطلا شرعا لا يستطيع الدائنون الانتفاع من طريقه فقد جوز المجتهدون البيع بالوفاء الذي قد يؤدي الى أن ينتفع الدائن من المبيع

(٥) انظر رسالتنا « فكرة القانون الطبيعي عند المسلمين » رسالة ماجستير ص ٢٠٠ وما بعدها .

(٦) الدكتور عبدالمجيد عباس ، المرجع السابق ، ص ٧١ .

طول مدة الدين . ولو لم يجوزوا هذا العقد لعسر الامر[٧] . وواجه المعوزون ضيقا وعنتا .

ثانيا — أقر الاسلام الاخذ بالعرف الصحيح ، وهو ما تعارف عليه الناس . ولا يخالف دليلا شرعيا ولا يحل محرما ولا يبطل واجبا . ولذلك قيل (العادة شريعة محكمة) و(المعروف عرفا كالمشروط شرطا) و(الثابت بالعرف كالثابت بالنص)[٨] . ولقد بنى الامام مالك كثيرا من أحكامه على عمل أهل المدينة واختلف أبو حنيفة وأصحابه في الاحكام بناء على اختلاف الاعراف . وحين هبط الشافعي مصر غير بعض الاحكام التي كان قد أقرها وهو في بغداد لتغير العرف ، ولهذا كان له مذهبان قديم وحديث .

يقول العلامة ابن القيم الجوزية « فهنا نوعان من الفقه ، لابد للحاكم منهما : فقه في احكام الحوادث الكلية ، وفقه في نفس الواقع وأحوال الناس ، يميز به بين الصادق والكاذب والمحق والباطل . ثم يطابق بين هذا وهذا . فيعطي الواقع حكمه من الواجب ولا يجعل الواجب مخالفا للواقع »[٩] .

ومن أحسن من فصل أهمية العرف الفقيه ابن عابدين وهو من المتأخرين الاحناف في رسالته الموسومة بـ « نشر العرف » . فقد قال فيها « ان كثيرا من الاحكام يبنيها المجتهد على ما كان في زمانه فتختلف باختلاف الزمان لتغير عرف أهله أو لحدوث ضرورة أو لفساد أهل الزمان بحيث لو بقي الحكم على ما كان للزم منه المشقة والضرر بالناس ويخالف قواعد

(٧) انظر الاستاذ منير القاضي ، المرجع السابق ، ص ١٠٠ .

(٨) الدكتور محمد حمد الهوشان ، المرجع السابق ، ص ١٢٢ .

(٩) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، المرجع السابق ، ص ٤ .

الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد لاجل بقاء النظام على أحسن حال ، ولهذا نرى فقهاء المذهب ــ ويقصد المذهب الحنفي ــ خالفوا ما نص عليه الامام المجتهد في مواضع كثيرة بناها على ما كان في زمانه لعلمهم بانه لو كان في زمنهم لقال بما قالوا به أخذا من قواعد مذهبه . ثم ساق أمثلة كثيرة منها : ان المذهب الحنفي لا يعتد في الاصل بالاكراه الا اذا كان واقعا من سلطان أو بأمر منه ، لان قيام سلطة الحاكم تمنع من أن يكره الناس بعضهم بعضا على فعل أو عقد . اذ يستطيع من يقع عليه الاكراه أن يلتجيء الى الحاكم ، أما السلطان فلا سلطة فوقه وبيده القوة . ولكن المتأخرين من فقهاء الحنفية لما رأوا فساد الزمان وتسلط بعض الناس على بعض على مسمع ومرأى من الحكام ولاحظوا فقدان الوازع الديني ، أفتوا بان الاكراه يعتد به في الافعال والعقود ويعتبر معذرة لمن وقع عليه الاكراه ولو كان واقعا من غير السلطان »[10] .

ومع ذلك فان العرف لا يستمد قوته من ذاته أي من حيث هو عرف ، بل لانه يتمشى مع مصالح الناس ولا يخالف مقاصد الشرع . وقد ألغى التشريع الاسلامي كثيرا مما تعارف عليه العرب في الجاهلية .

وخلاصة ما سبق ان الشريعة احتضنت فكرة التطور ، ولكنها تختلف عن المذهب التأريخي في جعل التطور مقصورا على الاحكام الجزئية المبنية على العرف والعادة وعلى الاحكام التي لا تصطدم بنص قطعي الثبوت والدلالة . أما الاحكام الكلية المبنية على البرهان لا على العادة فانها لاتتبدل مهما تبدلت الازمان لان البرهان قائم لم يتغير فلا يتبدل الحكم[11] .

ويختلف التطور في الشريعة الاسلامية ايضا عن التطور في المذهب التأريخي من حيث تدخل الارادة فيه . فالقاضي أو المفتي أو المشرع هو

(١٠) رسائل ابن عابدين ، جـ ٣ ، ص ١٢٥ وما بعدها .
(١١) منير القاضي ، المرجع السابق ، ص ١١٠ .

الذي يقرر تغير الاحكام في الشريعة الاسلامية بناء على تقديره للحاجات المستجدة ، وليس هنالك تطور لا شعوري وغير مقصود كما يدعي فقهاء المذهب التأريخي في دائرة قواعد القانون[12] . أي ان الاسلام يقرر العرف ويقر التطور لغاية معينة هي تحقيق مقاصد التشريع الاسلامي . ولذلك فان نظرية اهرنج في الكفاح والتطور من أجل غاية معينة تبدو متفقة تماما مع التشريع الاسلامي[13] التي جاءت متلافية بعض مواطن الضعف في مذهب التطور التأريخي والتي لا مجال لبيانها هنا .

(١٢) انظر الدكتور عبدالمجيد عباس ، المرجع السابق ، ص ٧١ .
(١٣) الدكتور مختار القاضي ، المرجع السابق ، ص ٦٧ .

الفصل الثالث

مدرسة البحث العلمي الحر

La Libre Recherohe Scientifique

درس الفقيه الفرنسي الكبير جني[1] أفكار المدرستين السابقتين بما فيها من مساوىء ومحاسن وأدرك بثاقب بصيرته وواسع علمه انهما لايحققان المنهج المطلوب لافتقادهما الى الضوابط التي تعصم القرار القضائي من التحكم والهوى • وقد كان يهمه أن يتوصل الى منهج يتحاشى كليا أية ثغرة يتسلل منها التحكم والاعتباط في القرار القانوني ، ويحيط القاضي بمثل ما يحاط به المشرع من اعتبارات الظروف الاجتماعية والنفسية والاقتصادية وجميع الحقائق الموضوعية • وقد وفق فعلا في تحطيم المنهجين السابقين ووجد ضالته في اسلوب « البحث العلمي الحر » الذي دعا اليه في كتابه (طرق تفسير ومصادر القانون الخاص) الصادر سنة ١٨٩٩ •

ولبيان أفكار هذه المدرسة أحاول أن ألج الى فكر جني من خلال مؤلفه هذا مقسما هذا الفصل الى ثلاثة مباحث أعرض في أولها أسس منهج جني ، وفي ثانيهما أتولى تقويم مذهبه وأخصص المبحث الثالث لبيان بروز عناصر منهجه في الفقه الاسلامي •

(١) ولد في عام ١٨٦١ وتوفي عام ١٩٥٩ ، يعتبر زعيم مدرسة البحث العلمي الحر ، عين عام ١٩٠١ استاذا للقانون المدني ، وفي عام ١٩١٩ تقلد عمادة كلية القانون بجامعة نانس وظل في منصبه هذا حتى عام ١٩٢٥ ، وفي عام ١٩٣٠ اصبح عضوا في الاكاديمية الفرنسية . له عدد من المؤلفات من اشهرها (طرق التفسير) و(العلم والصياغة في القانون الخاص) . انظر الدكتور حسن الدنون ، فلسفة القانون ، ط ١ ، مطبعة العاني ، ١٩٧٥ ، هامش ص ٢١٢ •

المبحث الاول

اسس مدرسة البحث العلمي الحر

يقوم مذهب جني أو مدرسة البحث العلمي الحر على الاسس التالية :ـ

اولا ـ عجز التشريع ونقصه وتعدد مصادر القانون

عارض الاستاذ جني بشدة فكرة الكمال المنطقي للقانون المكتوب وقد أشرنا الى خلاصة آرائه في هذا الصدد في معرض التصدي لفكرة كمال التشريع ولآراء المدرسة التقليدية التي تتشبث بتلك الفكرة • وخلاصة آرائه ، ان القانون المكتوب هو نتاج العقل البشري وارادته المحدودة وانه لا يمكن أن يستمد منه كل القواعد التي تتطلبها العلاقات الاجتماعية المعقدة وغير المحدودة •ولذلك يضطر القاضي أحيانا الى الاعتماد على نفسه في اكتشاف القاعدة كي لا يتنصل عن اصدار الحكم فيؤاخذ على تنصله • وبناء على ما تقدم آمن جني بتعدد المصادر •

ثانيا ـ احترام الارادة الحقيقية للمشرع

وقف الأستاذ جني باجلال كبير أمام النص التشريعي واعتبره مقدسا لا يجوز انتهاك حرمته[1] ، أو المراوغة في فهمه أو تشويه معناه • ذلك ان التشريع عمل ارادي هادف يشبه التصرف القانوني الذي تحمل عبارته كل مضمون الارادة التي صدر عنها • ولذلك ينبغي أن يقتصر التفسير في رأيه على محاولة التعرف على هذه الارادة وليس اصلاحها أو تعديلها أو اخضاعها لاية ظروف اجتماعية أو أفكار مسبقة • وبعبارة أخرى يجب التقيد بالقصد الحقيقي للمشرع لحظة نشوئه الا اذا اختار المشرع التعبير عن ارادته بفكرة

(١) جني ، ف ٩٨ •

مرنة كفكرة النظام العام التي يجوز تفسيرها طبقا للافكار السائدة وقت تطبيق النص . ولا يؤثر ذلك في وضوح النص ، لان المشرع نفسه أدرك الضبيعة النسبية لهذا الموضوع وترك التحديد الدقيق للمفسر . وفيما عدا ذلك يصر جني على أن يظل التفسير معنيا بالكشف عما أراده المشرع وعبر عنه فعلا في أوامره[٢] .

ذلك انه يشبه كلمات النص باللغة ويعاملها معاملة التخاطب العادي . وفي ذلك يقول (ان عبارات النص مثل اللغة مجرد وسيلة وضعية لبيان فكرة المتكلم واثارتها بذاتها عند الاشخاص الذين وجهت اليهم . ولما كان النص التشريعي حصيلة فكر واع لمؤلفه فيجب أن نفترض بانه اختار النص بتعمد وان كلماته تعبر باخلاص عن فكره وارادته ومن ثم يجب أن نتجه أولا الى صيغة النص وأن نستخلص جميع معانيه ولا نتخطى حدوده)[٣] .

وجدير بالتنويه ، ان ذلك لا يعني ان جني يحصر تطبيق النص على الوقائع المتصورة فعلا أو بالامكان تصورها . فهو لا يتردد في تطبيقه على جميع الوقائع التي يغطيها النص وان لم تكن متصورة أثناء تشريع القاعدة بسبب الظروف الاجتماعية السائدة آنئذ ، ذلك ان قصد المشرع لا يكون أقل شمولا من نطاق الصيغة القانونية . ان هذا لا يمثل تخطيا وتجاوزا لنية المشرع المحددة ، ذلك لان عموم الصيغة وطبيعتها المجردة تعطي محتوى النص مرونة ارادها المشرع متعمدا[٤] .

يفهم مما تقدم ، ان جني يرفض فكرة افتعال النية والقصد المفترض للمشرع ، وانما يركز اهتمامه على تحري قصده الحقيقي الكامل ، من خلال النص ، وان سار مع الرأي القائل باعتماد المفاهيم القانونية المجردة التي

(٢) جني ، ف ٩٨ .
(٣) جني ، ف ١٠٠ .
(٤) جني ، ف ١٠١ .

قد يعبر بها المشرع[٥] عن ارادته . ولما كانت مهمة المشرع تنحصر في تزويد الواقعة القانونية بقواعد قانونية قابلة للتطبيق مباشرة وليس من مهمته بيان المفاهيم والافكار القانونية المجردة كفكرة الاثراء بلا سبب أو فكرة ازالة الضرر ، لان ذلك يدخل في مهمة الفقه الذي يعني بتحديد الافكار المجردة والمبادىء القانونية المحضة ، فان المشرع اذا أشار الى فكرة مجردة أو نص عليها فانها تكون ملزمة عند جني ولكنه رأى انها يجب أن تدرس بترو وتوسع باعتدال[٦] . ولاجل فهم واستيعاب النطاق العملي للنص التشريعي فقد استعان جني بعناصر التفسير الداخلي والخارجي ، أي بالمنطق والسوابق وغيرهما مما سنشير اليه في طرق التفسير .

ثالثا ـ رفض الاخذ بالنية المحتملة

ينطلق جني في رفضه للنية المحتملة من حقيقة ان « المشرع لا يريد فرض النية غير الحقيقية والواضحة » . فاذا لم تكن القاعدة التشريعية واضحة ، فان جني لا يستحسن الاهتمام بالنية المحتملة عقليا وهو في ذلك يقول[٧] : « ما دام غياب أو ابهام النية الواضحة للنص لا يسمح بتفسير واضح للنص فيجب البحث عن منهج آخر للحكم » . فاذا لم يؤد تفسير النص تفسيرا حقيقيا يقوم على احترام ارادة المشرع الى انطباقه على النزاع المعروض ، فيجب التسليم حينئذ بعدم انطباق النص وبضرورة البحث عن قاعدة قانونية أخرى في مصدر آخر من مصادر القانون الوضعي كالعرف مثلا . واذا لم يعثر على قاعدة قانونية يمكن تطبيقها في أي مصدر من مصادر القانون الوضعي ، فيجب الاعتراف بالنقص في مصادر القانون الوضعي ، وعندئذ يجب اعطاء الحرية للقاضي كي يؤدي واجبه في أن يحكم بالعدل بين الناس عن طريق القيام ببحث علمي حر يرجع فيه الى جوهر القانون . ان

(٥) جني ، ف ١٠١ .
(٦) جني ، ف ١٠١ .
(٧) جني ، ف ١٠٦ .

قيام القاضي بهذه المهمة يمثل الفكرة الاساس والمميزة لمدرسة جني ، ولذلك يحسن بنا الوقوف عندها ، لنتناولها بالبحث الوجيز فيما يلي :ـ

رابعا ـ البحث العلمي الحر

قبل أن أتناول طبيعة هذا البحث بالبيان أود أن اشير الى ان جني مزج مزجا حكيما بين الفكر الفلسفي ، والواقع العملي وكان له تصور فلسفي خاص للنظام القانوني . فهو عندما يجد القانون الوضعي قاصرا في ظاهر نصوصه عن الحكم ، يحلق في سماء الفلسفة ويتعمق في العلة والسبب والمادة والجوهر ليجد الطريق الى حل المسائل المطروحة . وهو يتطلب من القاضي اذا افتقد النص الواضح أن يتقمص صفة المشرع ويتخطى مرحلة التفسير ويقرر الحل المطلوب بمراعاة نفس الاعتبارات التي كان المشرع يراعيها لو انه أراد الفصل في النزاع[٨] . والمفسر في هذه الحال لا يصبح مشرعا في رأي جني ، لان الحل الذي سيهتدي اليه ، وان روعي فيه ما يراعي عند تشريع القاعدة القانونية ، لا يتحول الى قاعدة قانونية ملزمة ، أي لا تتوافر فيه صفة العموم والالزام ، وانما يقتصر مفعوله على ما ورد بشأنه ولا يكون ملزما الا بالنسبة للنزاع المطروح أمام القاضي من حيث وقائعه وأشخاصه[٩] .

ان مذهب جيني ، في « البحث العلمي الحر » يمكن تلخيصه فيمايأتي :

ان المفسر يجب أن يبحث عن ارادة المشرع الحقيقية بجميع الوسائل اللغوية والمنطقية وعندما يدرك ان المشرع لم يحدد الحل المطلوب فان عليه أن يستوحي الاصول التي تمثل جوهر القاعدة القانونية ، ويتغلغل في طبيعة الاشياء ليقرر الحل المطلوب .

لقد سمى جني هذا البحث حرا لان المفسر يتحرر خلاله من الخضوع

(٨) جني ، ف ١٥٦ .
(٩) جني ، ف ١٥٦ .

لاية سلطة وضعية يجب أن يستمد منها القاعدة التي يطبقها . ودعاه علميا[١٠] لان المفسر يتحاشى كليا أفكاره الذاتية وتصوراته الشخصية ويستوحي الحقائق من عوامل موضوعية يستقيها من العلم وحده ، فالمفسر لا يفتعل نية المشرع وانما يستهدي في الوصول اليها بحقائق موضوعية ثابتة . أما عن طريق الوصول الى تلك الحقائق الموضوعية ، فقد حدده جني ببراعة نادرة ومنطقية اصيلة ، مقررا ان النظام القانوني عمل الارادة البشرية وان كل ما هو من عمل الارادة لابد وأن يهدف الى غرض معين ، وهذا قياس منطقي والنتيجة المنطقية هي ان « النظام القانوني تحكمه الاهداف العملية » . وفي ذلك يلتقي جني بفكرة اهرنج المنادية بان « الغاية هي التي تخلق القانون » . ولذلك يكفي لاكتشاف القاعدة تحديد الهدف . ولكن كيف نجد الهدف المطلق الذي يكون معيارا أساسا لنظامنا القانوني ؟[١١] .

اجابة عن ذلك يقول جني (ان التنظيم القانوني يجب أن يهدف في حياة البشر الى تحقيق مثل أعلى مزدوج من العدالة والمنفعة ، وتحقيق الخير لاكبر عدد من الناس . ويتحدد مجال البحث ويتكامل بان نسأل ، من جهة العقل والضمير ونسبر مغاور طبيعتنا الداخلية لنكشف بيقين جوهر العدالة ثم نفحص من جهة أخرى الظواهر الاجتماعية لنفهم قوانين انسجامها ونعرف مباديء نظامها .

ان هناك مهمة مزدوجة تقع على عاتق القاضي تجاه ملء ثغرات القانون ، هي استطلاع العقل والضمير ثم استقراء الظواهر الاجتماعية[١٢] .

(١٠) جني ، ف ١٥٩ .
(١١) جني ، المصدر السابق ، انظر الدكتور الاسيوطي ، المرجع السابق ، ص ٧٩ وما بعدها .
(١٢) د. الاسيوطي ، المرجع السابق ، ص ٨٠ .

أما عن المهمة الاولى وهي استطلاع العقل والضمير ، فقد رأى جني وجوب العودة الى ميدان القانون الطبيعي[١٣] . وفي ذلك يقول[١٤] : « ان المباديء المستوحاة من العقل والضمير والمدركة عقلا من خلال الحدس والبداهة هي أولى الادلة الضرورية للبحث الحر » . وقد اعترف بانه يدرك تماما انه يعرض نفسه للانتقاد برجوعه الى نظرية عفا عليها الزمن ، هي نظرية القانون الطبيعي . ولذلك ناقش تلك الانتقادات مناقشة موضوعية . وكان من أهم ما ورد في دفاعه انه يرى ان العدالة متأصلة في طبيعتنا الاخلاقية[١٥] ، وان القضاء لم يرفض اطلاقا فكرة العدالة تلك ولن يرفضها الا اذا تخلى عن مهمته[١٦] . ومن ثم يجب التمسك بها والا ضحينا بالاسس الخالدة والدائمة للحقيقة والعدالة التي فرضت نفسها علينا[١٧] . كما رد على من رأى ان العدالة المطلقة موضوع اعتقادي محض ينبغي أن تستبعد من الافق العلمي بقوله[١٨] : « ان الايمان باستثناء الايمان الديني الذي له وضعه الخاص ، هو نمط معين من الوضوح وان العلم لا يعدو أن يكون نموذجا كاملا لنفس الوضوح » . ولذلك يجب التسليم بان هنالك مباديء للعدالة تستوحى من العقل والضمير . وهي وان استمدت من خارج العالم المحسوس الا انها تأخذ طابعها الايجابي في حياة المجتمع . فهي تأتي من خلالنا ولكنها تمثل حقيقة عليا خارج انفسنا[١٩] .

---

(١٣) المرجع السابق ص ٨٠ .
(١٤) جني ، ف ١٦٠ .
(١٥) جني ، ف ١٦٤ .
(١٦) جني ، ف ١٦٠ .
(١٧) جني ، ف ١٦١ .
(١٨) جني ، ف ١٦١ .
(١٩) جني ، ف ١٦٢ .

أي ان مصطلح العلم لا يقصد به جني المعنى الضيق وهو المعرفة اليقينية المستندة الى المشاهدة والتجربة ، بل انه يقصد به المعنى الواسع أي كل معرفة منطقية منهجية تجريبية كانت أو عقلية[٢٠] .

وأما المهمة الثانية وهي استقراء الظواهر الاجتماعية ، فقد أحال جني القاضي في شأنها الى طبيعة الاشياء Nature of things باعتبارها المصدر الواسع للقانون الوضعي[٢١] .

والحقيقة ان « فكرة طبيعة الاشياء » تمثل الركيزة الاساس للبحث الموضوعي الحر عند جني ، ذلك ان العلاقات الاجتماعية تحمل في ذاتها ظروف وشروط توازنها ، وانها تدل بذاتها على القواعد التي تحكمها[٢٢] . وبمقتضى ذلك ، يكون من السهل التأمل بدقة في العلاقات الانسانية لاكتشاف ما يستحق التنظيم القانوني منها ، ونحن لن نعدم في حالة غياب المصدر الرسمي وجود « القانون الذاتي »[٢٣] . ان هذا الرأي الذي اعتمده جني يشابه تماما آراء المعتزلة في التحسين والتقبيح العقليين[٢٤] التي لا نجد محلا لبيانها في هذه الرسالة .

لقد توقع جني أن يعاب عليه ، انه وقد اعترف للقاضي بحرية البحث فان ذلك قد يؤدي الى فوضى وتحكم في استخلاص القواعد القانونية . ولذلك فصل ما يعنيه في مؤلفه « العلم والفن في القانون الوضعي » مبينا فيه العناصر المكونة لجوهر القاعدة القانونية . وخلاصة ما أورده : ان سلطة القاضي ليست مطلقة وانما هي مقيدة بأصول علمية وفنية . ذلك لان القاعدة القانونية تتكون من عنصرين أولهما ، مادتها الاولى التي تتكون منها

---

(٢٠) انظر الدكتور حسن كيره ، المرجع السابق ، ص ١٤٢ .
(٢١) جني ، ف ١٥٩ . د. الاسيوطي ، المرجع السابق ، ص ٨١ .
(٢٢) جني ، ف ١٥٩ .
(٢٣) جني ، ف ١٥٩ .
(٢٤) انظر رسالتنا فكرة القانون الطبيعي عند المسلمين . ص ٩١ ومابعدها .

وسمي هذا العنصر عنصر الحقائق ويكشف عنها العلم . وثانيهما ، عنصر الشكل أو البناء وهو المظهر أو الصورة التي تتخذها القاعدة القانونية حتى تصبح قابلة للتطبيق ويدخل هذا العنصر في باب الفن أو الصياغة[٢٥] . ان ما ذكره جني حول هذين العنصرين يمكن ايجازه فيما يلي :ـ

اولا ـ عنصر الحقائق :

رأى جني ان هناك أربع حقائق يرتكز عليها النظام القانوني[٢٦] وتتكون منها المادة الاولية للقاعدة القانونية ، تستفاد من واقع الحياة الاجتماعية . وهي لا تعدو أن تكون تفصيلا[٢٧] لما عناه بـ « طبيعة الاشياء » ان هذه الحقائق الاربع هي :ـ

١ ـ الحقائق الواقعية او الطبيعية :

وهي تلك الحقائق التي تتكون من ظروف الواقع المحيطة بالناس في المجتمع . وهذه الظروف قد تكون مادية كظروف المناخ والتربة وتكوين الانسان العضوي أو الجسمي . وقد تكون معنوية كالحالة النفسية أو النزعات الاخلاقية أو الشعور الديني . وقد تكون مجرد ظروف اقتصادية أو قوى سياسية أو اجتماعية[٢٨] . ان هذه الحقائق الواقعية أو الطبيعية تخضع لطرق المعرفة الواقعية اليقينية من مشاهدة وتجربة ، ولذلك فهي حقائق علمية بالمعنى الضيق الدقيق . وهذه الصفة العلمية اليقينية المنزهة عن التحكم وعن كل تنظيم فني مصطنع ، تفرض هذه الحقائق على الارادة فرضا حتميا مما يجعلها شرطا أساسا لانشاء القاعدة القانونية وان لم تكن كافية

(٢٥) د. البدراوي ، المرجع السابق ، ص ٤١٩ . انظر الدكتور حسن كيره ، المرجع السابق ، ص ١٤١ .
(٢٦) الدكتور ثروت الاسيوطي ، المرجع السابق ، ص ٨١ .
(٢٧) المرجع السابق ، ص ٨١ نقلا عن مؤلف جني العلم والصياغة .
(٢٨) انظر د. حسن كيره ، المرجع السابق ، ص ١٤٢ وما بعدها .

وحدها لتبريرها والاستقلال بخلقها[٢٩] .

٢ ـ الحقائق التاريخية :

وهي ما تبلور على مر القرون من عقائد راسخة وأعراف مستقرة اكتسبت صلابة وقوة واحتراما جعلتها تراثا لا يمكن اغفاله أو التخلي عنه كليا في تكوين القانون[٣٠] . وهي نتيجة خبرة تولدت عن طول التجربة مما يجعل لها حجية مسلما بها . الا ان هذه الحجية ليست بالمطلقة ولا الدائمة ، وانما هي حجية مؤقتة لا تصد عن التطور ولكنها تعصم من الاندفاع أو التهور[٣١] . ان هذه الحقائق التأريخية حقائق علمية بالمعنى الصحيح . فالتأريخ ليس سوى التجربة التي مرت بها الانسانية تعرف وثائقه وتسجل عن طريق المشاهدة .

٣ ـ الحقائق العقلية :

وهي الحقائق التي يستخلصها العقل من طبيعة الانسان ومن اتصاله بأفراد جنسه في المجتمع . ولما كانت هذه الحقائق تفرض على العقل وتوافق مقتضيات الاشياء فانها تكون محتومة كما تكون عالمية ثابتة[٣٢] . وجدير بالذكر ، انها لا تشمل المباديء التي تخص مطامح أو نزعات مثالية[٣٣] .

٤ ـ الحقائق المثالية :

وتشمل كل النزعات المثالية التي توجه الانسان في تطوير النظم القانونية والسير بها نحو الكمال ، وتمثل ميولا واتجاهات معينة في تنظيم

(٢٩) الدكتور حسن كيره ، المرجع السابق ، ص ١٤٢ .
(٣٠) المرجع السابق ، ص ١٤٤ . الدكتور الاسيوطي ، المرجع السابق ، ص ٨١ .
(٣١) الدكتور حسن كيره ، المرجع السابق ، ص ١٤٤ .
(٣٢) المرجع السابق ، ص ١٤٥ .
(٣٣) المرجع السابق ، ص ١٤٥ . انظر ايضا الدكتور البدراوي ، المرجع السابق ، ص ٤٢٠ .

الروابط القانونية على الوجه المرغوب فيه[٣٤] .

ان هـذه الحقائق لا تعبر عن وقائع محسوسة ولا عن قواعـد عقلية مفروضة بالضرورة ولا عن تراث تأريخي مكتسب ولكن عن رغبـة في التقدم والسمو ونزعة الى تحقيق بعض المباديء الكمالية اضافة الى ما يفرضه العقل من مباديء ضرورية . فهي تعبر اذن عن مجرد اتجاهـات نحو تنظيم مأمول للعلاقات القانونية تفرضها وتحددها الحياة المدنية والشعور العام[٣٥] .

ان هذه الحقائق أو المعطيـات الاربع التي يراهـا جني تكون جوهر القاعدة القانونية ، وان كانت الغلبة للحقائق العقليـة على سواها . ذلك لان القاعدة القانونية عنده عمل عقلي ، والحقائق العقلية هي التي توقفنـا على فكرة العدل التي تعين على اقامـة النظام ، فالاساس اذن في نشـوء القاعدة القانونية هو الحقائق العقلية التي تدخـل في اعتبارها الحقائق الواقعيـة أو الطبيعية . ومن هنا يفهم منطق جني في تطلب وجود حد أدنى لفكرة القانون الطبيعي في تكوين القاعدة القانونية أي في استلزام وجود قواعد يستخلصها العقل من طبيعة الاشياء التي يعتبر الانسـان جزءا منها والتي ترتفـع على ارادات الافراد وأهوائهم وتفرض نفسها عليهم بما لها من قيمـة موضوعية ثابتة سامية ولا يجدون مناصا من الخضوع لها[٣٦] .

ثانيا ـ عنصر الصياغة :

ان الحقائق المشـار اليها تمد القاعـدة القانونية بجوهرهـا ومادتها الاولية . ويبقى بعد ذلك اخراج القاعدة القانونية في شكل يجعلهـا صالحة للتطبيق . وهذه هي مهمة الصياغة القانونيـة التي تستعين في هـذا السبيل بوسائل وأدوات مختلفة . ولذلك يمكن تعريف الصياغة بانها اخراج القاعدة

(٣٤) د. البدراوي ، المرجع السابق .
(٣٥) الدكتور حسن كيره ، المرجع السابق ص ١٤٧ .
(٣٦) المرجع السابق ، ص ١٤٩ . انظر الدكتور ثروت الاسيوطي ، ص ٨١ .

القانونية في صورة صالحـة للتطبيق عن طريق الاستعانة بوسـائل وادوات معينة اخراجا يحقق الغاية التي تستهدفها القاعدة[٣٧] . واذا كان هذا العنصر لا يقل أهمية عن العنصر الاول بالنسبة الى المشرع فانه ليس بذي أهمية لدى القاضي ، لانه لا يخلق القاعدة القانونية وانما يخلق حلا معينا لموضوع معين .

(٣٧) الدكتور عبدالمنعم البدراوي ، المرجع السابق ، ص ٤٢٢ .

المبحث الثاني

تقويم مذهب البحث العلمي الحر (مذهب جني)

ان مذهب جني يعتبر في اعتقادي محاولة علمية لطرق الكشف عن القاعدة القانونية تشبه المعادلات الكيمياوية للكشف عن عناصر مادة معينة ، فقد وضع جني مختبرا علميا للقانون يمكن من خلاله العثور على القاعدة المطلوبة . واني لا أشك في قدرة مختبر جني على تحقيق مهماته من حيث المبدأ ولكنني أشك في امكان التحكم والسيطرة على تحديد عناصر هذا المختبر ، أي ان نقطة الضعف في نظري هي في امكان تشغيل هذا المختبر وتزويده بالحد المطلوب من تلك العناصر . ذلك لان العلاقات الاجتماعية والنشاطات الانسانية تتحكم فيها باعتقادي عدة عوامل قد يكون لبعضها دور أكبر في ظروف معينة ، وقد يتضاءل هذا الدور في ظروف أخرى ، ومع ذلك يظل للعامل الاقتصادي الدور الرئيس في تلك العلاقات .

لقد تعرض منهج جني الى انتقاد شديد من قبل بعض الكتاب ، فقد قال أحدهم[1] « كان جني كاتبا موهوبا وعالما نابها ولكنه سخر علمه في خدمة المجتمع البرجوازي ، ولم يكن بحثه يعتمد على استقراء الظواهر ، وانما كان منهجا شكليا يستند الى المنطق الصوري ما دام يستنتج الاحكام من قواعد القانون الطبيعي . كما انه لم يكن بحثا حرا يساعد في تطور القانون وانما كان جهدا مقيدا بآراء الفقهاء السابقين من زعماء القانون الطبيعي في القرن الثامن عشر » .

والحقيقة ان الناقد لم ينصف الفقيه الكبير في زعمه بانه سخر علمه

(١) الاستاذ الاسيوطي ، المصدر السابق ، ص ٨٢ .

لخدمة المجتمع البرجوازي ، كما انه لم يتسم بالموضوعية في المناقشة . أما انه لم يكن موضوعيا ، فلان جني كان يرى ان المنطق الصوري عاجز عن تحقيق العدالة ، ولذلك فانه لم يؤيد المنهج التقليدي في الاعتماد عليه . « كانت هذه المسالة قد شغلت فكره طويلا حتى انتهى بعد دراسة معمقة الى نبذ منهج المدرسة التقليدية . ولا يعني انه نبذ المنطق الصوري تماما ، لان المنطق منهج يعين في ضبط موازين التفكير . والحق ، ان جني لم يكن من أنصار الكمال المنطقي للقانون ، ولذلك لا يمكن اعتباره تابعا لزعماء مذهب القانون الطبيعي . كما ان القانون الطبيعي عند جني لا يعدو أن يكون رافدا واحدا يصب في القاعدة القانونية من خلال الحقائق العقلية فحسب . وقد دافع جني عن تمسكه بالعدالة المطلقة وتبريره للفكرة دفاعا مقنعا على النحو الذي أشرنا اليه . وأما القول بان جني سخر علمه في خدمة المجتمع البرجوازي فيرد عليه بان بامكاننا أن نسخر علمه وأي علم نافع آخر في خدمة مجتمعنا الاشتراكي لان الاشتراكية تمثل استجابة لآمال الكادحين ونداء الضمير الانساني الهاتف بالعدالة ، والدعوة الى العدالة كانت من أهداف جني في مذهبه .

واذا كان من الميسور الرد على ما سبق من نقد الا ان آراء جني تعرضت لاعتراضين آخرين . أما أولهما فمفاده ، ان نهجه يقضي على ثبات القانون ويعطي مجالا واسعا لحرية القاضي واختلاف الاحكام . وأما ثانيهما فهو ان نهجه ليس أصيلا وانما هو المنهج العملي الذي يمارسه القضاة[2] .

أما الاعتراض الثاني فلم يستفز جني ، بل تقبله برحابة صدر ، وقال انه يعتبر فعلا مع التقاليد الثابتة في العمل القضائي المدني[3] . وهو يشير بذلك الى الاتجاهات القضائية التي برزت في المرحلة الثالثة من حياة مدرسة

(٢) جني ، ف ١٨٤ .
(٣) المرجع السابق .

الشرح على المتون . ولكنه يتدارك الامر ويقول في معرض التدليل على عنصر الاصالة في منهجه ، ان الذي يريده ، هو الوصول الى تلك النتائج الطيبة التي توصلت اليها المحاكم من خلال طريق مكشوف بدلا من الانغلاق في ظل العبادة العمياء للنصوص والتصورات المنطقية ، بالاضافة الى انه أخذ بعين الاعتبار الاتجاهات المعاصرة والحضارة القائمة والاثر الكبير للعلوم الاجتماعية في ميدان القانون[٤] .

وأما الاعتراض الاول فقد وقف عنده الاستاذ جني وقفة هادئة قائلا[٥]: (هل أعطانا المنهج التقليدي ضمانا أفضل للتوصل الى الحقيقة الموضوعية ؟ لا شك ان المفسر عندما يعوزه النص أو الفكر القانوني المجرد سينساق نحو الشعور الشخصي ويستهدي به في القرار القضائي ، فيتعرض التطبيق القضائي للاعتباط والهوى . لاننا في الحقيقة حالما نذهب وراء فكر المشرع فاننا نجد في النص ما نريده فقط ونضعه فيه . وان المنهج التقليدي لا يقدم الا وضوحا سطحيا لتطور القانون . ولذلك يكون من الاحسن أن نحاول تحديد ذلك بوسائل العوامل الموضوعية المستمدة من طبيعة الاشياء . أليس ذلك مفضلا على تشويه القانون المكتوب باختيار مباديء لا تمت اليه بصلة أو باساءة استعمال المنطق ؟) .

يفهم من ذلك ، ان جني رأى ان رياح الاحداث لابد من أن تكون أقوى من حصون القانون ، ومن ثم فان القاضي يضطر يوما ما الى مواجهتها في زاوية لم تخطر ببال المشرع ولم تدخل في اطار القانون ، فما هو العمل ؟

ان القاضي لابد وأن يعالج المشكلة ويقرر حلا لها . ان منطق المنهج التقليدي خوله حق البحث عن ارادة المشرع ولو كانت وهمية استنادا الى الوسائل المنطقية . والحقيقة ان القاضي لا يبحث عندئذ عن ارادة المشرع وانما عن ارادته الشخصية تحت ستار المنطق الجامد . كما ان المنطق

(٤) جني ، ف ١٨٤ .
(٥) جني ، ف ١٨٤ .

التاريخي يخرج عن مهمة التفسير ويقضي على الثبات والاستقرار في القانون . أما المنطق العلمي فيمد القاضي في مثل هذه الحالات بحقائق موضوعية مستمدة من طبيعة الاشياء ولا يمكنه من تجاوز ما هو من صميم القانون أو من تسلل آرائه الشخصية الى دائرة التفسير .

والحق ان رسالة جني تتلخص في وضع ضوابط دقيقة ومظلة انقاذ في حالة فقدان النص أو عدم وضوحه . وهو يفند الزعم بوجود خطر على الكيان التشريعي عند اتباع هذه الطريقة في حالة غياب النص ، ما دام الحل الذي يبتكره القاضي لنزاع سكت عنه المشرع لا يكون ملزما الا بالنسبة لهذا النزاع المطروح أمامه ولا يتصف بالعمومية) .

المبحث الثالث

مدى بروز عناصر مذهب البحث العلمي الحر في الفقه الاسلامي

لا شك ان لكل عصر ومرحلة من مراحل تطور المجتمع طريقة معينة في التفكير طبقا للمستوى الحضاري القائم والقيم السائدة . ومن ثم لا يمكن أن نجد في العصور الاسلامية الاولى من يتكلم عن العناصر الواقعية التجريبية والعناصر المثالية والعقلية وغير ذلك ، لانها مصطلحات عبرت عن أفكار جديدة . ولكننا اذا اتسمنا بالنظرة الموضوعية في دراسة اسلوب وطريقة جني في التوصل الى الحكم القانوني وقارنا بينهما وبين نهج الفقه الاسلامي ، أمكننا القول ان جني يقر ما أقره الفقه الاسلامي من تقبل العرف والاجماع والاجتهاد بالرأي .

ولوضوح هذا التقارب رأى الاستاذ لامبير ان ما يشير به الفقيه الفرنسي « جني » من وجوب استنباط الاحكام القانونية من طريق البحث العلمي الحر هو ما سار عليه فعلا « ابو حنيفة » في استنباط الاحكام الشرعية[1] . وأما وجه التقارب فيبدو في ان جني أطلق حرية القاضي في حالة فقدان النص القاطع وخوله حق الاجتهاد والبحث في اطار موجهات عامة تهيمن على الارادة البشرية في وضع أحكام القانون[2] . وواضح ان القرآن الكريم والسنة الشريفة لم يعالجا بصورة تفصيلية جميع الامور المتعلقة بالعلاقات البشرية الاجتماعية وانما قدما الاسس العامة والخطوط العريضة التي تجب مراعاتها في كل قضية وكل زمان . ومن ذلك قوله تعالى

(١) السنهوري ، اصول القانون ، المرجع السابق ، هامش ص ٩٥ .
(٢) الدكتور حسن بغدادي ، المرجع السابق ، ص ٤٠٨ .

(ان الله يأمر بالعدل والاحسان وايتاء ذي القربى وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغي)[3] . وقوله سبحانه (يا أيها الذين آمنوا اوفوا بالعقود)[4] ومن ذلك أيضا الحديث النبوي (لا ضرر ولا ضرار) . وحيثما لا يجد القاضي نصا يحكم الواقعة المطروحة يلجأ الى الاجتهاد في ضوء هذه الموجهات العامة ومقاصد الشريعة التي تنير له السبيل .

وليس هذا هو وجه التقارب وحده فقد أشرنا من قبل الى ان كلام جني على طبيعة الاشياء ودورها في تحديد الحكم القانوني لا يختلف كثيرا عن آراء المعتزلة في الحكم بذاتية الحسن والقبح وبأن كل فعل يحمل في ذاته حكما له أو عليه[5] .

(٣) سورة النحل ، الآية ٩١ .
(٤) سورة المائدة ، الآية ٢ .
(٥) انظر رسالتنا فكرة القانون الطبيعي عند المسلمين . دراسة مقارنة ، المرجع السابق ، ص ٩١ وما بعدها .

الفصل الرابع

الاتجاه الفكري للتفسير في القانون المدني العراقي

مما هو بديهي ، ان الاتجاهات الفكرية الثلاث المعروفة في تفسير القانون لم تكن خافية على واضعي القانون المدني العراقي ، كما ان الاتجاهات الاسلامية في التفسير لم تكن بعيدة عن أذهانهم ، وانما كانوا على دراية واسعة بكل ذلك بحكم التكوين القانوني والشرعي لاعضاء لجنة التشريع • وكان همهم تحقيق التوازن بين ما هو اسلامي وبين ما هو غربي بشكل لا يفقد فيه التنسيق المطلوب جوهره واصالته • ومن ثم جاء القانون في رأيي انتقائيا من حيث الاتجاه الفكري في التفسير تشبث جانب منه بالفقه الاسلامي ، وجاء الجانب الآخر منسجما مع ما استقرت عليه القوانين اللاتينية بصورة عامة والقانون المدني الفرنسي بصورة خاصة •

وواضح ان درب هذا النوع من الاهداف شائك ومربك ، لان المقنن يضطر في سبيل تحقيقه الى اختيار صياغات غير دقيقة يفسح فيها المجال لتأويلات المفسرين • وقد كان في وسع مشرع القانون المدني السكوت تماما عما يشعر بتحديد الاتجاه الفكري في التفسير أو طرق التفسير كما فعل ذلك معظم مشرعي القوانين المعاصرة تاركين أمر ذلك الى ما يحدده الفقه ويجري عليه القضاء الا ان المشرع العراقي انطلاقا من مبدأ تحقيق التوازن الذي أشرت اليه استهل مجموعته بمادة حوت ما يمكن أن نستشف منه اتجاه المشرع العراقي في التفسير ووسائله •

فنصت المادة الاولى من القانون المدني على ما يلي :ـ

١ ـ تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها •

٢ ـ فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فاذا لم يوجد فبمقتضى مباديء الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون تقيد بمذهب معين فاذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة •

٣ ـ وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالاحكام التي أقرها القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد الاخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية •

ولم يكتف القانون المدني بهذا القدر من بيان اتجاهه في التفسير وتحديد المصادر ، وانما زاد على ذلك ببيان ما يشعر بتأثره بالفقه الاسلامي وانحيازه اليه • فقرر في المادة الثانية منه انه « لا مساغ للاجتهاد في مورد النص »[1] ، وأقر في المادة الخامسة انه « لا ينكر تغير الاحكام بتغير الازمان » •

ان الاتجاه الذي تبناه المشرع في التفسير يسهل ادراكه بامعان النظر في هذه المواد ، وبالاستعانة بتعليقات الفقهاء المصريين والسوريين حول الموضوع ، وبالمذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري • ذلك ان المادة الاولى المشار اليها شبيهة شكلا ومضمونا بمثيلتها في القانونين المدني المصري والسوري •

أما الاختلاف البارز بين النصوص فيبدو في ان القانون المصري أقر فكرة القانون الطبيعي بجانب قواعد العدالة في تحديد مصادر القانون الرسمية ، أما القانون العراقي فقد اكتفى بقواعد العدالة ، وان القانون السوري قدم مباديء الشريعة الاسلامية على العرف في تسلسل

---

(١) ان المادة هذه منقولة من المادة (٣٩) من مجلة الاحكام العدلية . انظر الدكتور عبدالحسين القطيفي ـ تنازع المصادر في القانون المدني العراقي ـ مقال منشور في مجلة الاحكام القضائية ، بغداد ، المجلد الاول / العدد السابع ، ص ٢٧١ .

المصادر خلافا للقانونين العراقي والمصري • كما ان المشرع العراقي زاد على ما فعله المشرعان الآخران في تحديد ما يؤخذ به من مباديء الشريعة الاسلامية • وفيما عدا ذلك ، جاءت النصوص متشابهة •

ان الاحاطة باتجاه المشرع العراقي في التفسير يقتضيني توزيع هذا الفصل على أربعة مباحث كالآتي :ـ

المبحث الاول ـ القانون المدني العراقي ومدرسة التزام النص •

المبحث الثاني ـ القانون المدني العراقي ومدرسة التطور التأريخي •

المبحث الثالث ـ القانون المدني العراقي ومدرسة البحث العلمي الحر •

المبحث الرابع ـ تقويم اتجاه القانون المدني العراقي وتحديد الاتجاه الافضل في التفسير •

المبحث الاول

القانون المدني العراقي ومدرسة التزام النص

من الواضح ان الفقرة الاولى من التقنين المدني العراقي تعبر عن فقه مدرسة التزام النص • فهي تأمر القاضي بأن يفسر نصوص التشريع تفسيرا حرفيا • فاذا لم يوصل اللفظ الى معنى النص وجب على المفسر استخلاص المعنى من فحوى النص • ومن المعلوم ان المقصود بفحوى النص هي روحه • كما أفادت ذلك المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري في مجال تعليقها على هذه المادة وذلك بقولها « ونصوص التشريع تسري على جميع المسائل التي ينسحب عليها حكمه سواء استخلص هذا الحكم من عبارة النص أم من روحه » ويعني ذلك ان المشرع العراقي ساير الى حد بعيد أفكار مدرسة التزام النص فجعل النصوص المصدر الاول والاساس للقانون ودعا الى استلهام قصد المشرع من النصوص والى البحث عن جميع مدلولاتها سواء ما اعتمد منها على التعبير الحرفي أم على منطق النصوص وروحها • الا ان القانون المدني العراقي وقف عند هذا الحد حيال أفكار مدرسة التزام النص ، وهو الحد الذي ينسجم مع الاتجاه الاسلامي في التفسير ، ولم يقر مسألتي « كفاية التشريع والنية المفترضة » وبالتالي لم يبق للتشريع السلطان الجامع المانع الذي آمن به فقهاء مدرسة الشرح على المتون في مطلع القرن التاسع عشر وان كان أهم مصادر القانون دون منازع لا سيما في ظل نظام التقنين • ولذلك يخلق بالقاضي أن يلتمس الحكم الذي يطبقه على النزاع في نصوص التشريع أولا ، ومتى وجد الحكم فيه أو استخلصه منه تعين أن يمضيه وامتنع عليه الاخذ بأسباب الاجتهاد •

أما ان هذا الحد ينسجم مع أفكار الاصوليين المسلمين فيتضح من ان

الاتجاه الاسلامي يدعو الى استلهام معاني النصوص من الفاظها ودلالاتها المختلفة وانه يقف عند النية الحقيقية الظاهرة للمشرع شأنه في ذلك شأن المدرسة التقليدية في التفسير • ومما يؤيد ذلك ما نص عليه المشرع العراقي في المادة الثانية من تقنينه المدني من انه « لا ساغ للاجتهاد في مورد النص »• ان مفاد هذا النص ان على القاضي أن يقف عند حدود النص لاستلهام القصد الحقيقي للمشرع ولا يلجأ الى الاجتهاد عند وجود النص • فاذا كان النص واضحا كان لابد من التقيد به • أما اذا كان غامضا فيجب أن يفسر بشكل لا يخرج عن اطار القصد الحقيقي للمشرع وهو ما يتعلق في روح النص أي في فحواه • فلا يعدل المفسر عن الاخذ بالمعنى الاعتيادي والمألوف للكلمة مراعاة للمبدأ الاصولي القائل « الاصل في الكلام الحقيقة (م ١٥٥ ف ٢ م ع) الا اذا تعذر ذلك فيحمل على المعنى المجازي ، تمشيا مع القاعدة الاصولية الآتية « اذا تعذرت الحقيقة يصار الى المجاز (م ١٥٥ ف ٢٠ م ع) » •

أما ما يميز اتجاه القانون المدني العراقي عن اتجاه مدرسة التزام النص فهو ان القانون العراقي تبنى فكرة تعدد المصادر ولم يجعل التشريع المصدر الوحيد المكتفي بذاته • وبذلك يكون قد سجل ضمنا اعترافه بقصوره الا انه وضع التشريع في قمة مصادر القانون •

المبحث الثاني

القانون المدني العراقي والمدرسة التأريخية

ان قوام المدرسة التأريخية هو ان القانون نتاج التطور في العلاقات الاجتماعية والاقتصادية • وانه لا ينحصر في ارادة المشرع وانما يكون نبع تطور المجتمع • واذا ما صيغ في نصوص تشريعية فان تلك النصوص تفسر وفقا لما تتطلبه الظروف والاوضاع الاجتماعية والاقتصادية السائدة اثناء التفسير والتطبيق • فهل نجد في المادة الاولى من القانون المدني العراقي ما يشير الى الاخذ بهذه المدرسة ؟

ان مما يشجع الباحث على الاجابة ايجابا عن هذا السؤال أمران ، أولهما : ان المشرع أغفل الاشارة الى نية المشرع • ومماقيل في هذا الصدد[1] « ويبدو من نص الفقرة الأولى من المادة الاولى ان المشرع العراقي يأخذ باستقلال النصوص » • والمقصود باستقلال النصوص هو انها متى خرجت من يد واضعها اتصلت بالحياة ، وذلك هو مفاد المدرسة التأريخية • وقد تأيدت هذه الفكرة بماجاء في المذكرة الايضاحية للفقرة الاولى من المادة الاولى من القانون المصري المشابهة للنص العراقي ، بقولها « والاشارة الى روح النص أو فحواه أفضل في هذا المقام من اشارة المادة الثالثة من القانون المدني الايطالي الصادر في سنة ١٩٣٨ الى نية المشرع • فهذه النية أمر مستتر يفترض وجوده في الغالب ، وقد لا يطابق الحقيقة في كثير من الاحيان ، وقد لا يتاح الوقوف عليه في أحيان أخرى • والواقع ان النص متى خرج من يد واضعيه اتصل بالحياة وتفاعل معها وأصبح للظروف الاجتماعية في تحديد

(١) الدكتور مالك دوهان الحسن ، المرجع السابق ، ص ٤٨٩ .

نطاقه ومراميه شأن يجاوز في خطره تلك النية التي تقدم ذكرها »[٢] .

ومعنى ذلك ان المشرع العراقي يسمح للقاضي بالحرية في تفسير القواعد القانونية وممارسة التفسير بنشاط وخصوبة تلائم متطلبات العصر عند التطبيق[٣] .

ومع ان العباره الاخيره للمذكرة الايضاحية تعبر عن مدى تاثر واضعي المذكرة بتعاليم المدرسة التأريخية ، الا ان الحقيقة هي انها تهدف الى التأكيد على عدم ضرورة التقيد بارادة أو نية المشرع وقت وضع النص وانما يجب تفسير النصوص للوقوف على ما تحتمله من معاني وأعمالها فيما يعرض من مسائل . ولو لم تكن تلك المسائل مستقرة في ذهن المشرع وقت وضع النص ما دامت داخلة ضمن مدلولات النص بطريق ما ، سواء كان لفظيا أو منطقيا .

وواضح انه ما دام من العسير الغوص في أعماق نفس المشرع لتلمس نيته وقصده ، فلا مناص من اعتبار النصوص دالة على اتجاهه وقصده . وبالتعمق فيها يمكن الوقوف على ما تحتمله تلك النصوص من معاني وفقا لصيغها وحكمها .

انني لا أبتغي بهذه الملاحظات استبعاد فكرة المدرسة التأريخية تماما من مجال التفسير وانما أعني بما ذكرت أن المدرسة التأريخية ليست الفلسفة المهيمنة على التشريع العراقي . ذلك لانني لا أنكر ما لهذه المدرسة من فضل كبير في تطوير القوانين واؤيد الاستاذ الكبير المرحوم السنهوري في قوله[٤] « لا يجوز لبلد ما أن ينبذ تقاليده ويتنكر لما فيه ويهدم ذلك الصرح الذي قام على جهوده الجبارة ثم كيف يستساغ أن تخلع أمة قانونها كما يخلع

(٢) جمال الدين العطيفي ، التقنين المدني المصري ، جـ ١ ، ص ٤٥-٤٦ .
(٣) د. مالك دوهان الحسن ، المرجع السابق ، ص ٤٩٠ .
(٤) الاستاذ فؤاد امين ، التيارات الفكرية في القانون المصري ، مجلة القانون والاقتصاد ، سنة ٣٧ ، العدد ٤ ، ص ٨٠٧ .

الرجل ثيابه . وأين تعاليم المدرسة التأريخية التي تؤكد ان القانون هو نبت البيئة وغرس الاجيال المتعاقبة يتطور من مرحلة الى مرحلة ويتخطى أعناق القرون يتسلمه الآباء للابناء والابناء للاحفاد وهو في كل مرحلة يصطبغ بصبغتها وينضح بلونها ويترقرق في صفحة ماء الجيل » .

وأما الأمر الثاني الذي يشير الى التأثر بالمدرسة التأريخية فهو مايقرره نص المادة الخامسة من القانون المدني العراقي من انه « لا ينكر تفسير الاحكام بتغير الازمان » . ان ظاهر هذا النص قد يفيد مبدأ سيادة العرف على النصوص التشريعية ، وهو عين ما يذهب اليه أصحاب المدرسة التأريخية كما سبق بيانه[٥] .

وحيث ان هذه المادة منقولة من المادة (٣٩) من مجلة الاحكام العدلية وهي مستلة من كتاب المجامع الفقهي[٦] فلابد من الرجوع الى مصدرها التأريخي القائم على آراء الفقهاء المسلمين لتقرير المعنى الحقيقي لهذه المادة . ويكفي لذلك القول بان الفقهاء المجتهدين قبلوا مبدأ النسخ الذي حصل في الكتاب والسنة لانه تعديل نص بنص . والرأي السائد لديهم يرفض تعديل نصوص الكتاب والسنة بالعادة أو بالاجتهاد مهما تغيرت الظروف والاحوال . وقد جاء في المجامع ان « العرف انما يكون حجة اذا لم يخالف نصا » . وقد ذهب الى هذا الرأي طائفة من أئمة المذاهب كأبي حنيفة وصاحبه محمد ، والشافعي[٧] وكذلك الامر عند الجعفرية . الا ان أبا يوسف خالف الرأي المذكور في الحال التي يكون النص فيها مبنيا على العرف فرأى استحسانا ترك النص الشرعي واتباع العادة الجديدة اذا تغيرت العادة القديمة التي بني عليها النص[٨] .

(٥) انظر الدكتور عبدالحسين القطيفي ، المقال السابق ، ص ٢٧١ .
(٦) مجامع الحقائق لابي سعيد الخادمي ، الاستانة ١٣٠٨ هـ ص ٣٢٩ . اشار اليها الدكتور عبدالحسين القطيفي في بحثه سالف الذكر ص ٣٧١
(٧) اعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ، ج ٢ ، ص ٢٠٨ وما بعدها .
(٨) انظر فتح القدير ، جـ ٥ ، ص ٢٨٣ .

وقد رأى الاستاذ المرحوم منير القاضي في تفسير المادة الخامسة من القانون المدني ان « للقضاء حق التقدير بين المسلكين ، مسلك أبي يوسف ومسلك الوقوف على أحكام النصوص مهما كان مبناها ، الا ان السماح للقضاء بتعديل النصوص التشريعية المبنية على العادة بتغاير الظروف والازمان وهو مسلك أبي يوسف يتناقض مع أحكام الفقرة الثانية من المادة الاولى من القانون المدني والتي صرحت بأولوية النصوص على سائر المصادر ، كما انه يفوت الاغراض المنشودة من التقنين كاستقرار القضاء وثبات القانون وتحقيق الانسجام[٩] .

ان الذي أراه في هذا المجال ، هو ان هذه المادة لا تعني فكرة تغير القوانين وتطورها تطورا تلقائيا أعمى بتطور الظروف وسير الزمن بالمعنى الكامل الذي صورته المدرسة التأريخية ، وانما تهدف الى تقرير حقيقة معلومة بالبداهة ، هي ان الاحكام القانونية لا تتسم بالاطلاق والتأبيد لانها توضع لظروف معينة سائدة في أزمان معينة ، وحينما تتبدل هذه الظروف وتأتي أزمان أخرى تحمل معها مصالح أو حاجات جديدة لم تكن معروفة ولم ينظمها القانون القائم فان هذه الاحكام ستتغير حتما لفقدان ما يبرر بقائها وهو ظروفها الزمانية والمصالح التي اقتضت وضعها .

ويمكن القول أيضا بان المشرع قصد بصياغة هذه المادة أن يبرر اختياره للصياغات المرنة في مجالات عديدة بغية تطويعها لمختلف الظروف والازمان مثل النظام العام والآداب العامة ومعايير قانونية أخرى ، كما يمكن القول ان كلمة « الاحكام » جاءت عامة تشمل جميع الاحكام سواء أتت عن تشريع أو عرف أو اجتهاد . وبما ان هذه المادة وردت في كتاب فقهي ، تعتبر الشريعة الاسلامية مصدره التأريخي فيجوز أن يتوهم المرء بانها تشمل الاحكام الاعتقادية أيضا ، ولما كان هذا الزعم باطلا ، لذلك ينبغي ان

(٩) ملتقى البحرين ، الشرح الموجز للقانون المدني العراقي ص ١٦ جـ ١

لا يؤخذ بعموم المادة وانما يجب تخصيصها . ولذلك فانني ارجح الرأي القائل : ان الاحكام المبنية على العرف هي التي تتغير بتغير الازمان عند تغاير المصالح التي عبر عنها .

يتضح مما سبق ان هذه المادة لم تعالج مشكلة مطروحة ، ولم تحسم ترددا بل أثارت ارباكا في معرفة اتجاه المشرع ، ومن ثم فاني ادعو الى حذفها وعدم الاخذ بها في التشريع المدني المقترح لانها لا تعدو أن تكون قاعدة وضعها الفقهاء نتيجة استقرائهم الاحكام التفصيلية .

المبحث الثالث

القانون المدني العراقي ومذهب البحث العلمي الحر

عند التعمق في نص المادة الاولى من القانون المدني العراقي النافذ يتلمس الباحث جنوح المشرع الحذر نحو أعتاب البحث العلمي الحر • ان هذا الجنوح الى البحث العلمي الحر يبدو في الزام القاضي بنصوص التشريع دون أن يتيح له مخالفته باسم تغلب الحكمة أو تحقيق العدالة وبالزامه بالالتجاء الى المصادر الرسمية الاحتياطية عند افتقاد النص وهي العرف ومباديء الشريعة الاسلامية ، وبالالتجاء الى قواعد العدالة حسب تسلسلها الوارد في المادة المشار اليها •

وحيث ان قواعد العدالة ليست قواعد محددة مفصلة توحي باحكام قاطعة وانما هي كامنة في طبيعة الاشياء وراسخة في أعماق شعور الانسان ووجدانه فان القاضي ، اذ يلتجيء اليها ، انما يقوم ببحث علمي حر • وكل ما يرد على حريته في هذا البحث من قيود هو مفهوم العدالة حسب الافكار السائدة في المجتمع الذي يعيش فيه وقت البحث الحر[1] • وأما حذر المشرع في هذا الاتجاه فيتبدى في تخوفه من تخويل القاضي صراحة ، مهمة تحديد الحكم للواقعة الطارئة خشية تأثره في قراره برغبته الشخصية وهواه اذا أحاله الى قواعد العدالة عند افتقاد النص والعرف ومباديء الشريعة • والمقصود بقواعد العدالة القواعد التفصيلية النابعة من الشعور بالانصاف ، وهو شعور كامن في النفس يكشف عنه العقل السليم ويوحي به الضمير النقي يملي حلولا تسري على الافراد والحالات مراعية دقائق الظروف والجزئيات هادفة الى ايفاء كل ذي حق حقه •

(١) الدكتور مالك دوهان ، المرجع السابق ، ص ١٨٧ .

ولما كانت هذه القواعد وليدة الشعور بالانصاف والمساواة فانها لا تمد القاضي بأحكام قاطعة جاهزة وانما تدفعه الى التفاعل مع حقائق الحياة الواقعية في الجماعة تفاعلا تكون حصيلته مادة القانون الاولية وجوهره • لانه لولا الاتصال بحقائق الحياة لتعذر تلمس طبيعة الاشياء من نفع وضرر ولصعب تبين تلك القواعد • ان الرجوع الى قواعد العدالة يعني الرجوع الى المصادر المادية للقاعدة القانونية ليستلهم القاضي حله منها[2] • وهذا هو ما فعله المشرع العراقي ، وبذلك يستقيم رأينا القائل بالعلاقة الجدلية بين قواعد العدالة ومذهب البحث العلمي الحر •

والواقع ان المشرع بنصه على اعتبار قواعد العدالة مصدرا رسميا أراد أن يلزم القاضي بالاجتهاد برأيه حين يفتقد المصادر الثابتة كي يقطع عليه سبيل النكول عن الحكم وانكار العدالة • غير انه لم يسعفه بضابط يقيني ولم يتركه طليقا ليصدر في اجتهاده عن عقيدته ومثله وتفكيره الذاتي وانما رده الى مباديء كلية ، وألزمه في اجتهاده أن يصدر عن اعتبارات موضوعية[2] •

لقد أصاب المشرع في ذلك • فهو لم يطلب من القاضي الاجتهاد في حل النزاع مما يعرضه الى الانتقاد لاعطائه القاضي سلطة التشريع مع ان وظيفة القاضي تطبيق القانون وليست خلقه وانما طلب منه أن يحكم وفقا لقواعد العدالة • وهو في ذلك يصل الى نفس النتيجة ويعطي القاضي ستارا يستتر به حين يجتهد • والقاضي يجتهد عندما يكشف عن قواعد العدالة ، الا ان اجتهاده يجب أن يصدر عن اعتبارات موضوعية لا عن تفكير ذاتي خاص • وقد أفصحت المذكرة الايضاحية للمادة الاولى عن هذا المعنى بقولها : « ان هذه العبارات تلزم القاضي أن يجتهد رأيه حتى تقطع عليه سبيل النكول عن القضاء » •

(٢) الاستاذ عبدالباقي البكري ، المرجع السابق ، ص ٢٣٠ . انظر مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، جـ ١ ص ١٨٨ .

وبناء على ما تقدم يصعب القول بان قواعد العدالة تعتبر مصدرا رسميا لقواعد القانون ، لان القاضي حين يجتهد ليستنبط الحكم فان قراره لن يلزمه في القضايا المستقبلة ولن يلزم غيره من القضاة في القضايا المشابهة . ولما كانت القاعدة القانونية تتصف دائما بالعمومية وبالالزام فان احالة القاضي الى قواعد العدالة ليست رجوعا الى مصدر رسمي لقاعدة قانونية بل تهيأة طريق مشروع للقاضي ليفلت من جريمة انكار العدالة[٣] .

ان من الجدير بالاشارة هنا ، ان التقنين المدني السويسري لم يشر الى مباديء العدالة وانما نص في مادته الاولى على ان على القاضي حين لا يجد نصا أو عرفا أن يحكم وفقا لما كان يضعه هو من قواعد لو كان يقوم بعمل المشرع .

والحقيقة ان مشرعنا العراقي أخفق في الجمع بين اتجاهين . اندفع أحدهما نحو التمسك بالشريعة الاسلامية في قواعدها وأهدافها ومصطلحاتها. ومال ثانيهما نحو اشاعة الافكار القانونية الغربية الى جانب أفكار الشريعة الغراء . والحق ان الاشارة الى مباديء الشريعة تغني اغناءا تاما عن ذكر قواعد العدالة . لان للعدالة في الشريعة موقعا ساميا يكاد يطل على كل جانب منها وتمتزج مفاهيمها كليا بقواعد الشريعة . وحسبنا في ذلك نص الآية الكريمة « يا أيها الذين آمنوا لا يجرمنكم شنآن قوم على ألا تعدلوا اعدلوا هو أقرب للتقوى » فالعدالة تسمو وفق أحكام الشريعة على كل الاغراض والاهواء وتتصل بصميم الدعوة الاسلامية ، وتمتزج بصفاء الضمير ونقائه المعبر عنه بالتقوى في هذه الآية الكريمة .

ومع انني أدرك ما عناه الاتجاه الاسلامي في محاولته التأكيد على شيوع القيم الاسلامية في القانون المدني العراقي لا سيما وانه يأتي على

(٣) الدكتور احمد سلامة ، المرجع السابق ، ص ١٦٩ .

أنقاض مجلة اسلامية شرعية ، الا انه كان عليه أن يرفض تماما النص على قواعد العدالة بعد أن نص المشرع على مباديء الشريعة الاسلامية . ومع ذلك فان في الوسع القول بان التعبير عن قواعد العدالة كمصدر للقانون جاء تاكيدا لا تأسيسا ، لان النص عليها لم يأت بشيء جديد .

المبحث الرابع

تقويم الاتجاه الفكري للقانون المدني العراقي في التفسير وتحديد الاتجاه الافضل

من المعلوم انه ليس من مهمة المشرع أن يحدد منهج التفسير أو وسائله ، لان هذا التحديد من شأن الفقهاء ، الا ان اتجاهه نحو ذلك يتضح عادة عند تصديه لبيان مصادر القانون • فان حصر مصادره في التشريع وهو أمر غير وارد الا في القانون الجنائي ، فان معنى ذلك انه يطلب من القاضي الالتزام بالنصوص وحدها والوقوف عند حدودها • أما اذا أقر بعجز التشريع عن تسجيل جميع الاحكام أو عن مواكبة الاحداث الجديدة وأشار الى القاضي بالعودة الى مصادر مرنة أو خوله صراحة أو ضمنا حق التصدي لحكم جميع الوقائع وان سكت عنها التشريع ، فانه لابد أن يميل الى البحث الحر الذي يعتبر أبرز صور الاجتهاد •

لقد وضح لنا عند امعان النظر في المادة الاولى من القانون المدني العراقي ان المشرع العراقي جنح كثيرا نحو مذهب البحث العلمي الحر ومال قليلا نحو المنهج الاسلامي في التفسير ، وكان في جنوحه الى ذلك المذهب وميله الى هذا النهج مرتبكا غير واضح • ويعزى ارتباكه الى افتقاد وحدة الفكر والمزاج لدى القائمين بوضع القانون المدني والى افتقاد وحدة مصادر القانون التي توزعت بين اصول اسلامية واصول غربية لا سيما الفرنسية منها •

ان مظاهر ارتباك المشرع متعددة • فهي تبدو في تقريره في الفقرة الثانية من المادة الاولى سيادة النصوص واحالة القاضي في حالات فقدان النص والعرف الى مباديء الشريعة وقواعد العدالة دون أن يدعوه صراحة

الى الاجتهاد ، كما هو الحال في كل من الشريعة الاسلامية ومذهب البحث العلمي الحر ، وان أخفى دعوته القضاء الى الاجتهاد تحت ستار الرجوع الى قواعد العدالة • وتبدو كذلك في وضعه مادة أعقبت المادة الاولى يستنتج من مفهومها المخالف ان المشرع أقر الاجتهاد اسوة بالفقه الاسلامي فقد نصت المادة الثانية على انه (لا مساغ للاجتهاد في مورد النص) • ومعلوم انه لو لم يكن قصد المشرع اقرار ذلك لما كان هنالك مبرر لوضع هذه المادة فما ورد فيها أمر لا حاجة الى النص عليه • ذلك لانه حيث توجد النصوص الواضحة تكون لها الاولوية و لايستساغ الاجتهاد • وتبدو كذلك في التعارض الواضح بين حكم المادتين الاولى المقررة لسيادة التشريع والخامسة المشيرة الى سيادة العرف •

ان هذا الموقف المرتبك حيال منهج التفسير يدعونا الى تلافي الارتباك في التشريع المدني المقترح والى اعتماد اتجاه أسلم في التفسير في ضوء الملاحظات الآتية :ـ

ان التشريع السليم هو الذي ينظم الروابط الاجتماعية بشكل يؤمن اشباع الحاجات المادية والمعنوية ، ويحقق العدالة الموضوعية للمجتمع في ضوء العوامل الاقتصادية والاجتماعية والفكرية المؤثرة في مسيرته • وان تفسيره لا يعدو أن يكون عبارة عن التعرف على مضمون الصيغ التشريعية في ضوء تلك العوامل • لذلك فان المنهج الملائم هو اعتماد النية الحقيقية للمشرع المستخلصة من صيغ النص في ضوء دلالاته المختلفة وحكمه مع ملاحظة ما يلي :ـ

اولا ـ يستدعي هذا المنهج الاستعانة بالمنهج الاسلامي الاصولي في التفسير وهو منهج يعني بجانبين أولهما ، مراعاة الضوابط الفنية والقواعد الكلية التي تزخر بها مؤلفات الاصوليين

المسلمين لفهم الاحكام من النصوص القائمة فهمـا سليما ٠ وثانيهما ، اعداد القضاة الاكفاء الذين يتمتعون بقدر كبير من العلم والورع والخلق ٠ وغاية ذلك كله أن يصدر الحكم عن رأي صادق يعبر بحق عن الحل العملي للواقعة ٠

ثانيا ــ ان أي نص تشريعي يفقد حكمته اذا كان بحيث لا ينسجم مع تطلع الفلسفة السائدة المهيمنة على وضع التشريعات ، وبالتالي يفقد قيمته القانونيـة ٠ ذلك لان الحكمـة التي تحقق ملائمة التشريع وانسجامه مع الواقع الاجتماعي تعتبر عنصرا هاما من عناصر النص التشريعي على النحو الذي سبقت الاشارة اليه ٠ واذا تخلفت فينبغي أن يبادر القضاء أو أية جهة رسمية مختصة أخرى الى المطالبة بالغاء النص أو تعـديله وعلى القضاة ريثما يتم ذلك تأويل هذه النصوص وفقا لحكمة التشريع والمصالح المشروعة التي تحقق التوازن المطلوب في العلاقات الاجتماعية٠

ومفاد ذلك ان اعتماد هـذا المنهج يساير ما يسمى بالتفسـير المتطور الذي مقتضاه أن تفسر النصوص بحيث يوائم مضمونهـا ما طرأ من تغيرات على ظروف الحياة التي وضعت من أجلها تلك النصوص ٠

أما بالنسبة الى الوقائع الطارئة التي لم يضع المشرع حلولا لهـا ، وما أمكن ادخالها ضمن المباديء العامة التي تبناهـا المشرع في ثنايا تشريعه فاني أفضل مذهب جني بهذا الصدد واؤيد ترخيص القاضي بالاجتهـاد فيها على أن يلتـزم بالترتيب الآتي في اجتهـاده :ــ أ ــ اللجـوء الى القيـاس ٠ ب ــ الاستهداء بالمباديء العامة ٠ جـ ــ الرجوع الى قانون العقل وأعني به الشعور الغريزي الانساني بالعدل والانصاف ٠

أكتفي بهذا الايجاز في هذا الموضـع وأعود الى جوانب أخرى لنظرية التفسير عند البحث في طـرق التفسير في القانون المـدني العراقي في الباب التالي ان شاء الله تعالى ٠

الباب الثاني

طـرق تفسـير النص

لما كان النص التشريعي حصيلة فكر واع ونتاج دراسة عميقـة تهدف الى ضبط موازين المجتمع ، فان ألفاظه تختار عادة بتأمل وروية لتعبر بصدق ودقة عن ارادة المشرع ٠ ومن المعلوم ان قصد المشـرع لا ينحصر في المعنى القريب للنص بل يشمل المعنى البعيد والعميق أيضا ٠ فما هي الوسائل التي يسلكها المفسرون لاستخلاص معانيه واستنباط الاحكام منه ؟

ان هناك طرقا ووسائل متعـددة ومتدرجة تستخدم في فهم التشريع ٠ وهي ليست ملزمة للقاضي ، وانما له ملء الحق في أن يتبـع أية وسيلة يراها من وسـائل التفسير ٠ فالتفسير ليس عمليـة حسابية من شأنهـا أن تؤدي بالمفسر الى نتيجة معينة اذا سلك طريقا معينا بل هو عمل أساسه ذوق المفسر وخبرته وعلمه[1] ٠

وقد اختلف الفقهاء في تقسيم وتحديد هـذه الطرق ٠ فمن الفقهاء من قسمها الى طرق داخلية ، وطرق خارجية ، وأراد بالطرق الداخلية ، تلك التي ينطوي عليها النص نفسـه ، فلا يلتمس المفسر هاديا من عنصـر خارجي عن التشريع ٠ ومن أهمها ، كمـا قال المرحوم السنهوري[2] الاستنتاج بطريق القيـاس ، والاستنتاج من باب أولى ، والاستنتاج من مفهوم المخـالفة ، وتقريب النصوص المتعلقة بموضوع واحـد بعضها من بعض ٠ وأما الطرق الخارجية فهي التي يستند فيها المفسر على عنصر خارجي عن النص نفسه ٠

(١) الدكتور عبدالفتاح عبدالباقي ، المرجع السابق ، ص ٣٠٥ .
(٢) السنهوري ، المرجع السابق ، ص ١٦٥ .

ومع ذلك كما ذكر السنهوري[٣] الاستناد الى حكمة التشريع ، والاسترشاد بالاعمال التحضيرية ، والاستهداء بالعادات ، والرجوع الى المصادر التأريخية للتشريع .

ومن الفقهاء من صنفها[٤] الى طرق نحويه لغويه ، وطرق منطقية . وقصد بالطرق النحوية تطبيق قواعد اللغة على التشريع . فهي تعتمد على التعبير الحرفي للقانون . وأما الطرق المنطقية فهي التي تتلمس قصد المشرع من مراعاة قواعد المنطق ، وتستعين في ذلك بعوامل عقلية وتأريخية واجتماعية يكون من شأنها القاء الضوء على مضمون القاعدة القانونية .

ويلاحظ ان التفسير النحوي والتفسير المنطقي ليسا عمليتين تستقل احداهما عن الاخرى ، وانما هما عملية واحدة لا تقبل التجزئة . ولذلك لا داعي للمقارنة بين المنهجين النحوي والمنطقي . أما المقارنة المفيدة كما يقول العلامة جني[٥] فهي التي تحصل بين التفسير القائم على صيغة النص التشريعي أي الطرق الداخلية ، وبين التفسير المستند الى العناصر الخارجية دون الادعاء بامكان فصل أحدهما عن الآخر أيضا .

ومن الفقهاء[٦] من وزعها على طرق لتفسير النص السليم ، وطرق لتفسير النص المعيب وطرق لاكتشاف الحكم القانوني في حالة عدم وجود النص .

---

(٣) المرجع السابق ، ص ١٦٥ .

(٤) كوركونوف

General theory of law. N. M. Korkunv.
English translation by W. G. Hastins. Second Edition
New York, 1968, page 497.

(٥) جني ، فقرة ١٠٠ .

(٦) انظر الدكتور سليمان مرقص ، المرجع السابق ، ص ٢٠٣ وما بعدها .

ان لكل وجهة نظر في التقسيم من يؤيدها وما يبررها ، الا انني أفضل تقسيم هذه الطرق الى قسمين ، أولهما ، طرق التفسير الاصلية . وأعني بها الطرق التي يشتمل عليها النص ذاته وهي لفظ النص ، ومفهومه ، وحكمته . وثانيهما ، طرق التفسير المساعدة . وهي على نوعين . أولهما ، الطرق التي يستعان بها لتقويم عبارة النص القانوني بغية فهمها بصورة سليمة . وهي الاعمال التحضيرية والمصادر التأريخية . وثانيهما ، ما يستعان به لمد حكم النص الى ميادين خارجة عن نطاقه وأقصد به القياس . ولذلك فانني أقسم هذا الباب الى فصلين أتناول في أولهما ، طرق التفسير الاصلية ، وفي ثانيهما طرق التفسير المساعدة .

الفصـــل الاول

طـرق التفســير الاصلية

انني أقصد بهذه الطرق تلك التي ينطوي عليها النص في ذاته ، ويستند اليها المفسر للتعرف على الحكم القانوني المطلوب وهي : التفســير اللفظي ، وطريق الاستنتاج من مفهوم النص ، وطريق الاستنتاج من حكمة التشريع • ولذلك أوزع هذا الفصل على أربعة مباحث أخصص ثلاثة منهـا للكلام في هذه الطرق الثلاث المشار اليهـا • أما المبحث الرابع فأعقـده لبيان موقف القانون المدني من هذه الطرق •

المبحـث الاول

التفســير اللفظـي

أقصد بالتفســير اللفظي التعرف على الحكم من خـلال تفهم جمـل وكلمات النص ، وتطبيق قواعد اللغة عليه • وسأتكلم عليه في مطلبين أتناول بالبحث في أولهما : التفسير اللفظي في دائرة القانون وأتكلم في المطلب الثاني على التفسير اللفظي في الفقه الاسلامي •

المطلب الاول

التفسير اللفظي في القانون(١)

ان النص لا يعدو في الحقيقة أن يكون مجموعة من ألفاظ يريد بها الشارع التعبير عن معنى هادف . ولذلك فان الكشف عن مدلول هذه الالفاظ يعتبر الخطوة الاولى في التفسير . وتفترض هذه الخطوة تحديد دلالة كل لفظ على حدة وتحديد المعنى الاجمالي لها . والعدة الاولى للمفسر هي اللغة . فيتعين عليه أن يبحث عن المعنى الذي تعطيه اللغة لكل لفظ(٢) . ان نقطة الانطلاق لعمل المفسر هي المعنى الحرفي ، ومهمته الاولى هي أن « يقرأ النص » ويحترم قدسيته(٣) . باعتباره كاشفا عن الارادة الحقيقية للمشرع ، لان المفروض ان كل لفظ وارد في النص له ضرورته ولا يجوز اعتباره نافلة من القول . فالعبرة في معنى النص بألفاظه ولذلك يجب ابتداءا استخلاص المعنى اللفظي لعبارات التشريع . ان المبدأ العام كما يقول الاستاذ سالموند(٤) هو أن يكون التفسير حرفيا ما لم يكن هنالك سبب كاف للعكس وهو ما يسمى في الفقه الانكلوامريكي بقاعدة التفسير الحرفي(٥) The letteral rule.

(١) انظر بيتر بنسون . المرجع السابق ، ص ٢ وما بعدها . انظر والكر المرجع السابق ، ص ١٠٤ .

(٢) الدكتور محمود نجيب . شرح قانون العقوبات ط ٤ ، ١٩٧٧ ، ص ٩٤

(٣) انظر
Awnns Bredimas. Methods of interpretation p. 10.

(٤) سالموند ، المرجع السابق ، ص ١٨٣ ، انظر بيتر بنسون ، المرجع السابق ، ص ٣ .

(٥) الن . المرجع السابق ، ص ١٥٨ .

لقد انتقد التفسير الحرفي من رأى ان فكرة التفسير تتضمن بالضرورة ملاحظة أمور خارجة عن الكلمات ، وليست هنالك جملة من الالفاظ يمكن أن تحدد المعنى دون ملاحظة البيئة والسياق . لذلك فان الوضوح ليس الا مظهرا خادعا(٦) وان الخروج على حرفية النصوص أمر لا مناص منه .

والحق ان هذا النقد مبالغ فيه . فلا خلاف في وجوب مراعاة التعبير الحرفي قبل كل شيء(٧) ، لانه القالب الذي ينقل الينا قصد المشرع وارادته . وانه قد يفيد المعنى الذي يحقق حكمة الارادة التشريعية متى كانت العبارة واضحة يسهل تكييفها مع الواقعة القانونية . ويكون التفسير الحرفي عندئذ ، كما يقول الاستاذ آلن طريقا مؤثرا وفعالا لتحقيق روح النص(٨) .

الا انه لا يمكن الادعاء بان التفسير الحرفي يكفي دائما لترجمة روح التشريع وتحقيق حكمته . فقد يؤدي ذلك في بعض الاحيان الى الخروج عن المعنى المعقول . ولابد حينئذ من تجاوز المدلول الظاهري للالفاظ والغوص الى المعنى العميق للقاعدة والاحاطة بروحها ، ويسمى التفسير آنئذ بالتفسير العادل(٩) Equitable. فالنص التشريع في الواقع هو الاساس الذي يجب أن يبدأ منه المفسر والذي يجب أن يرتكز عليه . والاصل هو التقيد بالالفاظ الواردة فيه تماما ما لم ينطو النص على خطأ مادي أو معنوي بأن يقود الالتزام بألفاظه الى نتائج غير مقبولة عقلا او لغة ، وحينئذ يجب على المفسر رفع هذا الخطأ . ان هذا الاتجاه هو ما يسمى بالقاعدة الذهبية في تفسير القانون المكتوب عند فقهاء الشريعة الانكلوامريكية ، وهذه القاعدة Golden rule of all statutory interpretation

(٦) الن . المرجع السابق ، ص ٤٨٢ .

(٧) انظر بيتر بنسون ، ص ٣ .

(٨) الن ، المرجع السابق ، ص ٤٦٦ . ويمثل الن لذلك بتمسك بورشيا بالتفسير الحرفي لاحباط شايلوك . الوارد في قصة شكسبير المعروفة بتاجر البندقية .

(٩) انظر سالموند ، ص ١٨٣ .

وردت لاول مرة في أحد القرارات الصادرة من المحاكم الانكليزية سنة ١٨٣٨[١٠] .

والواقع ان التمسك المطلق الدائم بالتفسير الحرفي لم يؤيده أحد في الفقه أو القضاء وانما يكون الاخذ بهذا التفسير مقبولا عند مراعاة الاعتبارات الآتية :ـ

اولا : عدم التقيد بألفاظ النص لفظا لفظا ، وانما يجب استخلاص المعنى من مجموع عباراته على هدي قصد المشرع منه . ويترتب على ذلك ، انه اذا جاء في النص لفظ في غير موضعه وجب على المفسر ألا يتقيد به ، وانما يتحتم عليه أن يفسر النص في مجموعه على ضوء قصد المشرع الذي أراد أن يعبر عنه بمجموع ألفاظ النص . أما اذا كانت العبارة المستعملة غامضة غير محددة المعنى ، أو كانت النتائج التي تستخلص من عبارات النص متعارضة فان التفسير اللفظي لن يجدي عندئذ وانما يجب الالتجاء الى التفسير المنطقي .

وقد يكون المعنى واضحا ومع ذلك لا يكون من المؤكد ان هذا المعنى يطابق قصد المشرع تمام المطابقة . فقد تبدو العبارات معيبة أو ناقصة لا تدل على مضمون القاعدة كله ، أو قد تكون عامة بحيث تفهم القاعدة منها على نحو أوسع مما ينبغي ، أو قد توجد عبارات خاطئة تزيف الارادة التشريعية ، وعندئذ ينبغي الالتجاء الى التفسير المنطقي والعودة الى روح التشريع

(١٠) ونص هذه القاعدة كما صاغه في العبارة التالية التي اوردها الن في كتابه : Law in the making المرجع السابق ، ص ٤٦٦ .
It is a very useful rule in the construction of a statute to adhere to the ordinary meaning of the words used, and to the gramatical construction, unless that is at variance with the intention of the legislature to be collected from the statute itself, or leads to any manifest absurdity or repugnance, in which case the language may varied or modifid so as to avoid such inconvenience, but no further.

لمساعدة التفسير اللفظي وتكميله ومراقبته[١١] .

ثانيا : اذا كان للفظ معنيان ، أحدهما اصطلاحي والثاني لغوي ، وجب الاخذ بالمعنى الاول دون الثاني ما لم تظهر نية المشرع واضحة في الاخذ بالمعنى الاخير . ذلك لان الاصل وجوب فهم الالفاظ وفقا لمعناها الدارج الا اذا كان لها معنى فني خاص لا يطابق معناها الدارج مثل عبارات وضع اليد والانتفاع وحسن النية والقوة القاهرة والغيبة . وفي هذه الحال يجب فهم هذه العبارات وفقا لمعناها الاصطلاحي لان المفروض ان المشرع عندما يستعمل ألفاظا معينة انما يريد بها معناها الخاص لا معناها الدارج[١٢] . ومثل ذلك أيضا لفظ الزنا . فهو يفيد في لغة القانون العلاقة المحرمة التي تقع من شخص متزوج في حين انه يفيد في اللغة الجارية أية علاقة جنسية محرمة سواء أوقعت من متزوج أم من أعزب . وفي هذه الحال يجب الاخذ بالمعنى الذي يفيده اللفظ في لغة القانون وهو ما يسمى بالمعنى الاصطلاحي ما لم تظهر نية المشرع واضحة في الاخذ بالمعنى اللغوي[١٣]

ثالثا ـ النظر الى أية قاعدة قانونية باعتبارها جزءا من كل كامل As a part of a whole هو التشريع[١٤] . فينبغي أن تفهم عبارات التشريع في مجموعها دون الاكتفاء بفهم كل عبارة على حدة . واذا كان من الواجب النظر الى النص كوحدة متكاملة فيجب النظر كجزء لا ينفصل عن سائر النصوص لا سيما تلك التي تعالج وقائع مشابهة[١٥] . فاذا احتملت العبارة أكثر من معنى اختار المفسر المعنى الذي تقتضيه طبيعة الحكم الوارد فيها أو المعنى الذي ينتج أثرا قانونيا ، لان أعمال الكلام أولى من اهماله .

(١١) الدكتور عبدالحي حجازي ، المرجع السابق ، ص ٥٢٠ .
(١٢) حجازي ، المرجع السابق ، ص ٥٢٠ .
(١٣) د. عبدالفتاح عبدالباقي . المرجع السابق ص ٢٩٤ . بيتر بنسون ص ٣
(١٤) انظر والكر . المرجع السابق ، ص ١٠٨ .
(١٥) عبدالحي حجازي ، المرجع السابق ص ٥٢٠ .

ولا يجوز له على أية حال عزل عبارة عن بقية العبارات[16] فقد تكون هناك عبارة مطلقة تحددها عبارة سابقة أو لاحقة ، وقد تقرر العبارة أصلا يرد عليه استثناء يذكر قبلها أو بعدها • وقد تكون العبارة مبهمة فتفسرها عبارة وردت في موضع آخر • وعند التناقض بين عبارتين يعمل المفسر جهده للتوفيق بينهما دون تعسف في تحميل الالفاظ ما لا تحتمله[17] • وفي ذلك يقول جني « اذا بدا تناقض بين نصين ، فيمكن أن يكتشف ان كلا منهما يست في الحقيقة بصلة الى نظرية مستقلة أو ان أحدهما استثناء من الآخر ، أو ان اللاحق ينسخ السابق منهما اذا كانا متفاوتين في الزمن ، أو ان كلا منهما يبطل الآخر اذا كانا متعاصرين في الصدور ولذلك فان فهم القاعدة القانونية يتطلب تقريب النصوص المتعلقة بموضوع واحد بعضها من بعض ، أي جمع النصوص والنظر فيها سوية قبل استخلاص الحكم لان الاخذ بأي منها على حدة قد يؤدي الى اعطاء أحكام مختلفة في الموضوع الواحد » • فالنصوص التشريعية يكمل بعضها بعضا فقد يخصص احدها ما جاء عاما في نص آخر وقد يقيد بعضها ما أطلقه البعض الآخر • وقد يكون منها ما يلغي الآخر أو ينسخه • ولذلك ينبغي التقريب بين النصوص المبعثرة المتصدية لحكم موضوع واحد • فلا يجوز مثلا الاستناد الى الفقرة الاولى من المادة ١٤٦ مدني عراقي التي تقرر المبدأ العام القاضي بانه اذا نفذ العقد كان لازما لتطبيقه في الاحوال الطارئة الاستثنائية وانما يجب النظر أيضا الى الفقرة الثانية من المادة المذكورة التي تجيز تعديل أحكام العقد في هذه الاحوال • وبتمام النظر الى الفقرتين تكتمل الصورة القانونية للمبدأ والاستثناء • وتبدو اهمية تقريب النصوص بعضها من بعض بشكل اوضح في تفسير قواعد الاحوال الشخصية في العراق • ذلك لان فهمها يتطلب ربطها بالقواعد الاساس لها ، المتناثرة في المراجع الفقهية للمذاهب الاسلامية المختلفة •

(١٦) الن ، المرجع السابق ، ٤٤٥ .
(١٧) الدكتور محمد كمال عبدالعزيز ، الوجيز في نظرية القانون ، ص ١٥٥ .

لقد اعتبر معظم الشراح التقريب بين النصوص وسيلة تفسيرية مستقلة الا انني اخالف نهجهم هذا واعتبره من الوسائل المكملة والمساعدة لسلامة التفسير اللفظي • ذلك لانني لم أجد من يقول بعزل النصوص بعضها عن بعض ، ولان هذه المسألة لا تشكل فارقا بين التفسير اللفظي وبين التفسير غير اللفظي أو التفسير المنطقي •

وجدير بالذكر ان التفسير اللفظي يختلف عن التفسير الضيق • ذلك لان مؤدى التفسير الضيق الحد من سعة الالفاظ لحصرها في النطاق المقابل لارادة المشرع ، وحينما يكون النص قد قال أكثر مما أراد المشرع • وليس الامر كذلك في التفسير اللفظي كما اتضح لنا • ومع ذلك فان هنالك اختلافا في الموقف حيال التفسير الضيق وتعريفه • فمن الفقهاء من عارض فكرة التفسير الضيق بحجة ان القول به يعني فرض قيود تحكمية على النشاط الذهني للمفسر وجعل التفسير حرفيا ، وهو أمر يجرد التفسير من الطابع العلمي ويحوله الى مجرد ترديد لعبارات القانون من صيغ وألفاظ أخرى[18] • ومنهم من قال ، ان للتفسير ثلاثة أنواع[19] هي التفسير الحرفي وهو الذي يقف عند المعنى الحرفي للنص ، والتفسير الضيق وهو الذي يتجاوز المعنى الحرفي ويمتد الى دلالة المنطوق ، والتفسير الواسع وهو الذي يتجاوز المعنى الحرفي ويمتد الى دلالة المفهوم أو القياس • وأرى ان الرأي الاخير ليس له أساس فقهي أو لغوي ، ولان الرأي الراجح حصر التفسير الضيق في الميدان الذي يضطر فيه المفسر لاسباب اجتماعية ومنطقية الى تضييق عبارات النص التشريعي وجعلها في النطاق المقابل لارادة المشرع متى بان ان النص قد قال أكثر مما أراد المشرع •

(١٨) الدكتور محمود نجيب حسني ، المرجع السابق ، ص ٩٨ .
(١٩) الدكتور احمد سلامة ، المرجع السابق ، ص ٢١٦ . الدكتور سليمان مرقص ، ص ٢٤٤ .

المطلب الثاني

التفسير اللفظي في الفقه الاسلامي

من المتفق عليه عند جمهور الفقهاء ، ان العمل بالمعنى الظاهري من النص وهو ما تؤدي اليه عبارته واجب لا يسوغ العدول عنه الا بدليل يقتضي هذا العدول . فالعام يظل على عمومه حتى يرد ما يخصصه والمطلق يبقى على اطلاقه حتى يرد ما يقيده . وكذلك يظل الامر على مدلوله في الوجوب قائما حتى يقوم الدليل على صرفه عن الوجوب الى غيره . فالظاهر الذي تعرفه العرب في مخاطباتها والذي يبدو للباحث لاول وهلة معنى لالفاظ النص لا يعدل عنه الى الباطن ، وهو الذي يدرك عن طريق البحث والتنقيب ، الا بدليل[1] . فالفقه الاسلامي شأنه شأن القانون ، يعنى اولا بظاهر النصوص وعبارتها اولا ، وهو في ذلك يقر مضمون التفسير اللفظي في مجاله الخاص تحت عنوان دلالة المنطوق في منهج المتكلمين وعبارة النص في منهج الاصوليين الاحناف لان مصطلح التفسير اللفظي غير وارد في تعابير الفقهاء والاصوليين المسلمين .

وبالنظر لاهمية بيان هذا المصطلح من حيث ابراز وجوه المقارنة بين المصطلح القانوني والمصطلحات الشرعية المقاربة له ، سأبحث باختصار العلاقة بين هذه المصطلحات في الفقرتين الآتيتين :ـ

آ ـ التفسير اللفظي ودلالة المنطوق :

عرفنا ان التفسير اللفظي هو تفهم جمل وكلمات النص وعباراته طبقا لقواعد اللغة والنحو . أما دلالة المنطوق فهي دلالة اللفظ على حكم ذكر في الكلام ونطق به مطابقة أو تضمنا او التزاما .

(١) الدكتور محمد اديب صالح ، المرجع السابق ، ص ٣٧٢ .

يتبين مما تقدم ان دلالة المنطوق اعم من التفسير اللفظي ذلك لانها تبدو في صورتين : منطوق صريح ومنطوق غير صريح[2] . فالمنطوق الصريح هو دلالة اللفظ على الحكم بطريق المطابقة أو التضمن ، لان اللفظ قد وضع له . وذلك كما في قوله تعالى : وأحل الله البيع وحرم الربا . حيث دل النص بمنطوقه الصريح على جواز البيع وتحريم الربا . أما المنطوق غير الصريح ، فهو دلالة اللفظ على الحكم بطريق الالتزام لان اللفظ يستلزم ذلك المعنى . فاللفظ لم يوضع للحكم ، ولكن الحكم فيه لازم للمعنى الذي وضع له ذلك اللفظ . وقد أشرنا الى الامثلة عليه عند الكلام على عناصر النص ، ومنها دلالة قوله تعالى : (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) على ان النسب يكون للاب لا للام وعلى ان نفقة الولد على الاب دون الام . فان لفظ اللام لم يوضع لافادة هذين الحكمين ولكن كلا منهما لازم للحكم المنصوص عليه في الآية الكريمة[3] . وقد سبقت الاشارة الى أنواعه الثلاثة ، وهي دلالة الاقتضاء ودلالة الايماء ودلالة الاشارة ، في الباب الاول من هذه الرسالة ، وحسبنا ذلك .

ب ـ التفسير اللفظي وعبارة النص :

ودلالة العبارة عند الحنفية هي : دلالة اللفظ على الحكم المسوق له اصالة أو تبعا ، بلا تأمل . والاستدلال بعبارة النص هو العمل بظاهر ما سيق الكلام له[4] فحين يدل الكلام على حكم سيق له اصالة أو تبعا وكان ذلك على سبيل التبادر بلا تأمل فهي دلالة العبارة .

ويلاحظ تقارب واضح بين معنى التفسير اللفظي ومعنى عبارة النص . أما الفرق فهو ان التفسير اللفظي في القانون يأتي في مقابل التفسير المنطقي

(٢) انظر مختصر المنتهى مع شرح العضد وحواشيه ، للعلامة ابن الحاجب ، جـ ٢ ص ١٧١ . التحرير مع التقرير والتحبير جـ ١ ص ١١١ .
(٣) د. محمد اديب صالح ، المرجع السابق ، ص ٥٩٥ .
(٤) راجع اصول البزدوي مع كشف الاسرار ، جـ ١ ص ٦٨ .

بينما تبدو عبارة النص احدى طرق دلالة الالفاظ على الاحكام التي قسمت طبقا لمنهج الحنفية في طرق الدلالات الى دلالة العبارة ودلالة الاشارة ودلالة النص ودلالة الاقتضاء • ووجه ذلك هو ان دلالة النص على الحكم اما ان تكون ثابتة باللفظ نفسه ، أو لا تكون كذلك • والدلالة التي تثبت باللفظ نفسه اما أن تكون مقصودة منه فهو مسوق لها أو غير مقصودة فان كانت مقصودة فهي العبارة ، ويدعونها عبارة النص • وان كانت غير مقصودة فهي الاشارة وتدعى اشارة النص • أما الدلالة التي لا تثبت باللفظ نفسه فاما أن تكون مفهومة من اللفظ لغة ، أو تكون مفهومة منه شرعا • ففي حال فهمها منه لغة تسمى دلالة النص • وفي حال فهمها منه شرعا تسمى دلالة الاقتضاء • وما وراء هذه الطرق هو التمسكات الفاسدة(٥) •

يتضح مما تقدم مدى دقة المصطلحات الاصولية وعمق مدلولاتها الفنية • فالاصوليون كما تبين من هذه المقارنة البسيطة وضعوا معالم واضحة نميز بها ما نجده من تفاوت حاصل في فهم الاحكام طبقا لتدرج الدلالات المختلفة •

وجدير بالذكر ان التفسير اللفظي يمكن تخريجه على انه يقابل التأويل في الفقه الاسلامي كما يقابله التفسير المنطقي في القانون • ذلك ان التفسير اللفظي هو العمل بظاهر النصوص • أما التأويل فهو صرف اللفظ عن معناه الظاهر الى معنى مرجوح يحتمله لدليل دل على ذلك •

ويتحقق التفسير اللفظي وعبارة النص كما ذكرنا في معرض الكلام على عناصر النص في كل نص شرعي أو قانوني • ذلك لان المشرع انما ساق النص لحكم خاص قصد تشريعه به وصاغ ألفاظه وعباراته لتدل دلالة واضحة عليه • فكل نص شرعي له معنى يستفاد من لفظه ، وليس من الضروري أن يكون له بالاضافة الى المعنى الحرفي معنى يدل عليه بالاقتضاء أو بالاشارة أو بالدلالة •

(٥) التلويح على التوضيح ، المصدر السابق ، جـ ١ ، ص ١٣٠ •

البحث الثاني

الاستنتاج من مفهوم النص

ان التعرف على الحكم القانوني لا يأتي من خلال التفسير اللفظي فقط ، بل يتم أيضا من خلال المفهوم الحاصل مما يؤديه التفسير اللفظي • ذلك ان للنص التشريعي ، مثله مثل أي كلام مقصود وهادف ، معنيين أولهما معنى أولي ، وهو ما يؤدي اليه فهم كلمات النص وعباراته في ضوء قواعد اللغة • وثانيهما معنى ثانوي ، وهو ما يستنتج من المعنى الأولي ايجابا أو سلبا • وأساس هذا الاستنتاج هو التلازم المنطقي الحاصل بين المعنيين •

ويبدو هذا المعنى الثانوي ، وهو الذي يؤدي اليه مفهوم النص ، في ثلاث صور • أولاها ، مفهوم الموافقة • وثانيتها ، المفهوم من باب أولى • وثالثتها ، مفهوم المخالفة • وهذه الصور تبدو متشابهة في القانون والفقه الاسلامي لانها تعكس أفكارا عامة ومنطقية لا تخص لغة دون أخرى • ولذلك اوزع هذا المبحث على ثلاثة مطالب • أتناول بالبحث في المطلب الاول مفهوم الموافقة • وفي الثاني المفهوم من باب أولى • وفي الثالث مفهوم المخالفة • ولن أفرد في أي من هذه المطالب عنوانا مستقلا للقانون أو للفقه الاسلامي ، وانما سأشير الى آراء الفقهاء المسلمين بصورة اجمالية في ثنايا البحث •

المطلب الاول

مفهوم الموافقة

Argument a pari

ومعناه انه اذا كانت هناك قاعدة مقررة لحالة معينة وكانت هناك حالة لم ينص على حكم لها ولكن تتوافر فيها نفس العلة التي أدت الى وضع النص للحالة الاولى ، جاز للمفسر أن يطبق حكم الحالة الاولى على الحالة الثانية . مثال ذلك ان القانون أجاز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض الذي يحكم به على المدين اذا كان الدائن قد اشترك بخطأه في احداث الضرر (م ٢١٠ مدني عراقي) ، ولكنه لم ينص على حكم حالة ما اذا كان هناك سبب أجنبي اشترك مع خطأ المدين في احداث الضرر ، الا انه لما كانت العلة في التخفيف في الحالة الاولى هي عدم جواز الحكم بالتعويض على المسؤول الا في حدود اسهام خطئه في احداث الضرر ، ولما كانت هذه العلة المنصوص عليها متحققة بالقوة نفسها في الحالة الثانية غير المنصوص عليها ، فيلزم أن تأخذ الحالة الثانية حكم الحالة الاولى[1] .

وواضح ان الفرق بين هذا المفهوم وبين القياس ، هو ان المساواة الحاصلة بين المفهوم من عبارة النص (المنطوق) وبين المفهوم الموافق تكون ظاهرة ويمكن تحصيلها بمجرد فهم اللغة من غير توقف على اجتهاد واستنباط خلافا للقياس . ولذلك سماه بعضهم بالقياس الجلي[2] .

(١) د. حجازي ، المرجع السابق ، ص ٥٢٣ .
(٢) د. مرقص ، المرجع السابق ، ص ٢٠٨ .

أما رأي الفقه الاسلامي في المفهوم الموافق فيتلخص في ان هذا الطريق من طرق الدلالة قائم على اشتراك المنطوق والمسكوت عنه في معنى لا يحتاج ادراكه الى اجتهاد واستنباط ، وانما يدرك بمجرد المعرفة باللغة والوضع . ولكن جرى الخلاف في النسبة بين المنطوق والمسكوت عنه . فقد ذهب الجمهور الى عدم اشتراط اولوية المسكوت بالحكم من المنطوق واعتبروا مناط الامر الا يكون المعنى في المسكوت عنه أقل مناسبة للحكم من المنطوق به ، سواء كانت هنالك مساواة أم أولوية[3] . وحجتهم هي ان من المعلوم قطعا انه قد يفهم ثبوت حكم المنطوق به للمسكوت عنه مع عدم أولويته بالحكم ، يفهم المناط لغة دون حاجة الى بحث واجتهاد ، كما في تحريم اتلاف مال اليتيم باحراقه أو اضاعته أخذا بحكم تحريم أكله ظلما[4] ،

واهدار هذا النوع من الدلالة لا وجه له[5] .

أما الفريق الثاني ومنهم الامام الشافعي فقد ذهب الى اشتراط أولوية المسكوت عنه بالحكم من المنطوق به ، فلا يكفي عندهم لتسمية الدلالة على الحكم مفهوم موافقة أن يكون المنطوق به والمسكوت عنه على حالة من التساوي في الحكم . وحجة هؤلاء فيما ذهبوا اليه ان المسكوت عنه اذا كان أولى بالحكم من المنطوق به ، لان المعنى في المسكوت أشد مناسبة للحكم من المعنى المنطوق به ، فانه يمكن فهم اتحادهما بالحكم جزما لاستبعاد وجود احتمال للتعبد في ثبوت الحكم المنطوق به نظرا لأولوية المسكوت عنه بالحكم من المنطوق . أما عند المساواة فان احتمال التعبد في ثبوت الحكم بالمنطوق قائم وهو مانع من الحاق المسكوت بالمنطوق . ولذلك لا يمكن عرفا فهم اتحادهما بالحكم من النص على حكم المنطوق . فاذا ألحق

(٣) د. محمد اديب صالح ، المرجع السابق ، ص ٦٢٢ .
(٤) المرجع السابق ، ص ٦٢٣ .
(٥) التحرير ، المصدر السابق ، جـ ١ ، ص ٩٤ . مسلم الثبوت مع فواتح الرحموت ، جـ ١ ، ص ٤٠٩ .

المسكوت بالمنطوق مع قيام هذا الاحتمال كان الالحاق بطريق القياس لا بطريق المفهوم . ويلاحظ ان الحجة التي استند اليها الفريق الثاني غير مقنعة ذلك لان المناط الذي بني عليه الحكم في المنطوق والمسكوت ما دام يدرك بمجرد معرفة اللغة فان ذلك ينفي احتمال التعبد في ثبوت الحكم بالمنطوق عرفا[٦] . هذا فضلا عن ان هذه الحجة ليس لها محل في نطاق النصوص الشرعية التي تعالج المعاملات الحالية ، وانما هي قاصرة على العبادات . ولذلك أؤيد عدم اشتراط الاولوية ما دام المسكوت عنه يعرف حكمه بمجرد فهم المنطوق[٧] .

(٦) انظر الدكتور محمد اديب صالح ، المرجع السابق ، ص ٦٢٦ . واجع ايضا الاحكام في اصول الاحكام للامدي ، مطبعة محمد علي صبيح واولاده ، ١٩٦٨ ، جـ ٣ ، ص ٩٥ وما بعدها .

(٧) انظر ص ٧٧ من هذه الرسالة .

المطلب الثاني

المفهوم من باب اولى Argument a Fortiori

مفاده انه اذا تقررت قاعدة لحال معينة ووجدت حالة أخرى لم يرد بشأنها نص ولكن العلة التي اقتضت النص على الحالة الاولى تكون أكثر توافرا في الحالة الثانية ، فان المفسر يطبق حكم الحالة الاولى على الحالة الثانية من باب أولى[١] . والمصطلح اللاتيني لهذا المفهوم هو a Fortiori ومنه اشتق المصطلح الفرنسي « A plus Forte raison » وترجمته الحرفية « لسبب أقوى » أي التفسير لسبب أقوى . وهو تفسير يتصل بقواعد منطقية كقاعدة « من يملك الاكثر يملك الاقل » و« ان ما يسري على الكل يسري على الجزء »[٢] .

ويتحقق هذا النوع من الاستدلال باحدى طريقتين :

أما الطريقة الأولى فهي تطبيق حكم الكثير على القليل . فاذا كان القانون يعتبر فعل الشخص الذي يقتل زوجته وهي متلبسة بجريمة الزنا جنحة لا جناية ، فيجب من باب أولى اعتبار فعله جنحة اذا ضربها ضربا يحدث عاهة مستديمة . وكذلك اذا كان القانون يبيح للزوج أن يوقف تنفيذ الحكم الصادر على زوجته في دعوى الزنا فيجب من باب أولى أن يبيح له ايقاف السير في الدعوى بعد رفعها ، لان من يملك الاكثر يملك الاقل . ومن له الحق في الاكثر يكون له الحق في الاقل .

أما الطريقة الثانية فمؤداها اعطاء حكم القليل للكثير[٣] . فما كان

(١) حجازي . المرجع السابق ، ص ٥٣٢ .

(٢) الاستاذ عبده حسن الزيات ، المرجع السابق ، ص ١٠٦ .

(٣) الدكتور عبدالحي حجازي ، المرجع السابق ، ص ٥٢٣ ، نقلا عن فيرارا .

قليله ممنوعا فكثيره ممنوع من باب أولى . فاذا لم يكن من الجائز أن يتصرف القاصر بعوض فان عدم جواز تصرفه بغير عوض يكون أولى .

يتضح مما سبق ان هذا النوع من الاستنتاج يدخل ضمن البديهات التي يعد انكارها مكابرة في عرف علم الجدل والمناظرة . وهو لا يختلف عن المفهوم من باب أولى في الفقه الاسلامي من حيث أثره وحجيته ولذلك اكتفى بهذا القدر من تحديد هذه الفكرة .

المطلب الثالث

مفهوم المخالفة Argument a contrario

يقصد بهذا المفهوم ان اقتصار النص على حالات معينة يوجب تطبيق عكس حكمه على الحالات الاخرى التي لا يشملها هذا النص . أي ان حكم ما سكت عنه المشرع يكون مخالفا لحكم ما ورد النص بشأنه . ويقوم هذا النوع من الاستدلال على فكرة انه لما كان التشريع قد نظم حالا معينة على نحو معين فيلزم القول ان الحالة المختلفة يجب أن تلقى تنظيما مختلفا وان الحالة العكسية يجب أن تلقى تنظيما عكسيا[١] . ويطابق هذا المعنى التعريف الذي أورده الامام الغزالي لهذا المفهوم[٢] فقد عرفه بانه « الاستدلال بتخصيص الشيء بالذكر على نفي الحكم عما عداه » . واليه أشار الاستاذ فرنسوا جني بقوله : (ان تخصيص حالة معينة يشكل قرينة على ان الحالات التي لم تعالجها النصوص تحكم بما يخالفها . وهذا ما يعنيه القول المأثور بان ادخال الواحد في الاعتبار هو اخراج الآخر منه .
Inclusion unius fit exclusio alterius

ويتحقق هذا المفهوم في صورتين[٣] . أولاهما : ان تأتي المخالفة في الحكم من اختلاف العلة في الحالتين : وهي الحالة المنصوص عليها والحالة المخالفة التي لم يرد نص بشأنها . ومن أمثلة ذلك ما يأتي[٥] :ـ

---

(١) حجازي ، المرجع السابق ، ص ٥٣٤ .
(٢) المستصفى ، ص ٣٧٤ .
(٣) جني ، المرجع السابق ، فقرة ١٦ .
(٤) انظر الدكتور عبدالفتاح عبدالباقي . المرجع السابق ، ص ٣٠٠ .
(٥) انظر حجازي . المرجع السابق ، ص ٥٣٤ . الدكتور مالك دوهان ، المرجع السابق ، ص ٤٩٩ .

١ ــ تنص المادة (٨٤ مدني عراقي) على انه : « اذا حدد الموجب ميعادا للقبول التزم بايجابه الى أن يقضي هذا الميعاد » . ومفهومها المخالف انه « اذا لم يعين ميعاد للقبول فيجوز للموجب أن يعدل عن ايجابه . لان العلة في حكم النص هي تحديد ميعاد معين للقبول ولذلك فان الحكم لابد أن يختلف عند عدم توافر هذه العلة .

٢ ــ تعرضت الفقرة الاولى من المادة ٤٥٧ مدني عراقي لحكم نقص المبيع قبل تسليمه الى المشتري ورتبت عليه اعطاء الخيار للمشتري بين فسخ البيع وابقائه مع انقاص الثمن ، ولكنها لم تبين حكم نقص المبيع بعد تسليمه الى المشتري . وقد استنتج من مفهوم المخالفة ان تبعة هذا النقص في هذه الحال تقع على المشتري ، ويتعين عليه دفع الثمن كاملا وليس له التمسك بالخيار الوارد في هذه المادة .

أما الصورة الثانية ، فهي أن تكون الحالة المنصوص عليها جزئية من جزئيات الحالة غير المنصوص عليها وتبدو حالة استثنائية . وعندئذ ، يعني تخصيصها بحكم انها تنفرد به دون سائر الجزئيات الاخرى . والمثال الذي يضرب عادة لهذه الصورة هو ترك مشرع القانون المدني المصري القديم النص على جواز أو عدم جواز بيع الشيء المستقبل مما أثار التساؤل حول حكمه . فهل يعتبر التصرف صحيحا كما هو حكم القانون المدني الفرنسي أو يعتبر باطلا كما كان يقضي بذلك جمهور فقهاء المسلمين أو فاسدا كما يراه الفقه الحنفي ؟ وقد استقر الرأي على ان القانون المدني بنصه صراحة على عدم جواز بيع الحقوق في تركة انسان على قيد الحياة ، واعتبار هذا التصرف باطلا وان تم برضاء صاحب التركة ، وبالنظر الى ان التركة المستقبلة ليست

الا حالة جزئية من حالات بيع الشيء المستقبل ، فان تخصيصها بالنص على هذه الشاكلة يفهم منه ان سائر الجزئيات الاخرى لا تشترك معها في الحكم ، وعليه فان بيع الشيء المستقبل يعتبر صريحا بطريق الاستنتاج من مفهوم المخالفة(٦) .

ومما قيل في تبرير الاستنتاج من مفهوم المخالفة ، ان كل حكم يتطلب قيام فرض معين يستجمع شروطا معينة ، فاذا تخلف واحد منها كان الفرض الذي وقع فرضا آخر واتجه الذهن الى اعطائه حكما مخالفا للحكم المنصوص عليه والذي ارتبط بفرض توافرت فيه الشروط المنصوص عليها . فالحكم المقيد بأمر معين يفيد على الاغلب تغير الحكم بتغير القيد .

ولما كان تقدير ما اذا كان الحكم المنصوص عليه يدور جودا وعدما مع القيد الذي قيد به أمرا صعبا ، لان القيد قد تكون له فائدة أخرى غير ترتيب الحكم ، فان الفقه الحديث يميل الى مقت الاستنتاج من مفهوم المخالفة ويصفه بانه أسوأ أنواع التفسير لانه كثيرا ما يؤدي الى نتائج لا تتفق مع مقصود المشرع وينطوي على خطورة بالغة ولذلك يوصي الفقه بالحذر الشديد في سلوك هذا الطريق ، وينصح بعدم اللجوء اليه الا حيث تكون هناك دلالة قوية على ان المشرع أراد نفي الحكم عن كل فرض لم يتوافر فيه القيد . فقد يربط المشرع بين حكم وقيد معين ومع ذلك لا يقصد ان يعطي عكس الحكم الفرض الذي لا يتوافر فيه القيد . فاذا سلك طريق مفهوم المخالفة في هذه الحالة كان مخطئا . ومن الامثلة على ذلك ، ان (المادة ٥٢٤ ف ٢ مدني عراقي) تنص على انه « يعتبر البيع بشرط التجربة معلقا على شرط واقف هو قبول المبيع » فاذا فرض مثلا ان تم البيع بشرط الرؤية فهل يقال انه لا يكون معلقا على شرط وانما يعتبر باتا ؟ لا يمكن القول بذلك وان كان القيد الذي رتب المشرع الحكم عليه وهو شرط التجربة

(٦) السنهوري ، المرجع السابق ، ص ١٦٨ .
(٧) الدكتور احمد سلامة ، ص ٢٠٤ .

ينتفي في حالة البيع بشرط الرؤية . ذلك لان المشرع في هذه الحالة لم يقصد اثبات عكس الحكم المنصوص عليه في كل فرض لم يتوافر فيه القيد المذكور[٨] .

يضاف الى ما تقدم ، ان حكم المنطوق قد يكون واردا على سبيل المثال ، فيكون مجرد تطبيق لمبدأ عام بناء على توافر حكمة لا يتوافر عكسها في المفهوم المخالف[٩] . ولذلك قيل بحق[١٠] ان الاستدلال بطريق مفهوم المخالفة ليس من طريق الاستدلال المنطقي ، بل هو مجرد تخمين يقوم على أساس سكوت المشرع ، ولذلك يكون في كثير من الاحوال خداعا . ويزداد الخداع وضوحا في مفهوم المخالفة حين يتبين في بعض حالات الشك انه يمكن استخدام مفهوم المخالفة والمفهوم من باب أولى على السواء . ومن الامثلة على ذلك ما ساقه اهرنج[١١] في تساؤله عن حكم عبارة المنع المشهورة (ممنوع دخول الكلاب) اذ يقول : (لما كنت قد اعتدت أن أتريض مع دب أملكه فهل ينطبق المنع على الدب ؟) اني اذا استعملت مفهوم المخالفة فسأقول « ان الدب الذي أملكه ليس كلبا ولذلك فان المنع لا ينطبق عليه . ولكن قد يعترض علي بالحجة التالية القائمة على علة المنع فيقال انه اذا كان ممنوعا دخول الكلاب فان ادخال الدببة يجب أن يكون ممنوعا من باب أولى » .

ان مثل هذا الاعتراض لا يرد في الفقه الاسلامي . ذلك لان علماء الاصول المسلمين وضعوا ضوابط وشروطا لسلامة التمسك به . ومن هذه

(٨) الدكتور احمد سلامة ص ٢١٥ . د. عبدالفتاح عبدالباقي ، ص ٣٠٠ وما بعدها .
(٩) الدكتور صلاح الدين عبدالوهاب ، المرجع السابق ، ص ٣١٥ . جني نبذة ١٦ .
(١٠) حجازي . المرجع السابق ، ص ٥٢٥ ، نقلا عن بيسكاتوري .
(١١) د. حجازي ، المرجع السابق ، ص ٥٢٥ .

الشروط « ألا تظهر أولوية المسكوت عنه بالحكم أو مساواته ، والا استلزم ثبوت الحكم في المسكوت عنه فكان مفهوم موافقة لا مخالفة » وتفصيل ذلك ان الاصوليين المسلمين وضعوا سلما متدرجا للوصول الى مختلف المعاني والمقاصد وحددوا معالم كل درجة من هذا السلم . فيقع المنطوق في السلم الأول والمفهوم الموافق ومن باب أولى في السلم الثاني والمفهوم المخالف في السلم الثالث . وقد استقرأوا بالاضافة الى ذلك المفاهيم المعتبرة وعدوا منها مفهوم الصفة ومفهوم الشرط ، ومفهوم الغاية . وبذلك سدوا الطريق أمام أي خداع يمكن أن يظهر عند الاستناد الى المفهوم في أي حكم شرعي .

ان الرأي الأسلم في نظري حيال الاخذ بهذا المفهوم ، هو أن يكون الاصل ألا يكون لهذا النوع من الاستدلال قيمة في ذاته ، وانما لابد من ضميمة تضم اليه وهي انه يجب أن يكمل بما يدل على ان المشرع كان يتحتم عليه ، لضرورة قانونية أو منطقية أو تأريخية ، أن يورد حلا معينا للمسألة التي سكت عنها اذا لم يشأ أن تكون هذه المسألة خاضعة لتنظيم مخالف . أي انه يجب للاخذ بمفهوم المخالفة التأكد من ان المشرع أراد قصر الحكم الوارد في النص على الحالة التي ورد النص بشأنها والتي تقتضي تنظيما خاصا تنفرد به دون سواها . وعندئذ فقط ، لا جناح على المفسر في أن يستنتج من مفهوم المخالفة ، ان ما عدا هذه الحالة يأخذ حلا عكسيا[١٢] .

ومع ذلك فان هناك حالة يجمع الشراح فيها على صحة الاستدلال بطريق مفهوم المخالفة وهي ، عندما يضع المشرع قاعدة تخالف المبادىء العامة ، اذ يجوز في هذه الحالة الاستدلال بانه في الحالات التي لم ينص عليها يجب تطبيق القواعد العامة المخالفة للقواعد الخاصة . وقد ذهب كثير من الشراح الى قصر الاستدلال بمفهوم المخالفة على هذه الحالة وحدها[١٣] .

(١٢) حجازي ، المرجع السابق ، ص ٥٣٦ ، نقلا عن فيرارا .
(١٣) المرجع السابق ، ص ٥٣٦ .

المبحث الثالث

الاستنتاج من حكمة التشريع (المقصد)

لكل نص هدف يسعى اليه ، يمثل الحكمة من وضعه Ratio legis فحكمة التشريع هي الغرض الذي يبتغي المشرع تحقيقه ، وهي سبب وجود التشريع وغايته المباشرة[1] . ومعرفة تلك الغاية تساعد على تفسير النصوص قانونية كانت أم شرعية ، واستنتاج الحكم الصحيح منها . ولبيان ذلك أقسم هذا المبحث الى مطلبين أخصص أولهما للاستنتاج من حكمة التشريع في دائرة القانون وأفرد المطلب الثاني للاستنتاج من حكمة التشريع في دائرة الفقه الاسلامي .

(١) المرجع السابق ، ص ٥٢١ .

المطلب الاول

الاستنتاج من حكمة التشريع في القانون

المقصود بحكمة التشريع في القانون الحكمة الباعثة على سنه ، فهي مقصد المشرع من وضع تشريعه . وهي المصلحة الاقتصادية أو الاجتماعية أو السياسية أو الخلقية التي رمى المشرع الى تحقيقها من وراء وضع هذا النص[1] . ومعرفة مقاصد المشرع أو الحكمة من التشريع من أهم مايستعان به لفهم النصوص وتطبيقها على الوقائع . لان دلالة الالفاظ والعبارات على المعاني قد تحتمل أكثر من وجه ، وما يرجح وجها من الوجوه على غيره هو الوقوف على مقاصد المشرع من تشريعه . ولان الادلة الجزئية قد يتعارض بعضها مع البعض في ظاهر الامر ، فيحتاج الى التوفيق بينهما ، ومعرفة ما يعمل به منها وما لا يعمل به عن طريق الاستهداء بحكمة التشريع كما ان بعض الوقائع التي تحدث قد لا تتناولها عبارات النصوص التشريعية ، وتدعو الحاجة الى معرفة الحكم فيها بطريق القياس أو نحوه . وذلك لا يتأتى الا بواسطة فهم المقاصد العامة من التشريع[2] . فالبحث عن حكمة التشريع يجب أن يكون رائد المتصدي للتفسير قاضيا كان أم فقيها . ولقد اتفق على ذلك فقهاء القانون . وحتى اوستن الذي يلخص واجب الفرد في اطاعة القانون والخضوع لحكمه دون مناقشة ، طالما انه يصدر من السلطان السياسي في الدولة الذي يدين له جميع الافراد بواجب الطاعة ، لم يستطع أن يتجاهل أهمية التفسير بحثا عن حكمة التشريع[3] .

(١) مرقس ، المرجع اسابق ، ص ٢٢٥ .
(٢) د. عبدالمنعم البدراوي ، المرجع السابق ، ص ٢٣٨ .
(٣) د. صلاح الدين عبدالوهاب ، المرجع السابق ، ص ٣٨ نقلا عن الن ص ٤٩١ .

ان النص ينزل من حكمته التشريعية منزلة الوسيلة من الغاية ، ومن يريد الغاية عليه أن يتقيد بالوسيلة المفضية اليها • ولكي تعرف الغاية من القاعدة يجب أن نستلهم متطلبات الحياة التي وضعت القاعدة لاشباعها • فيجب أن نبدأ من فكرة معينة هي ان القانون يريد أن يشبع حتى المطالب الاجتماعية الناشئة من العلاقات القانونية • ولذلك تجب دراسة هذه المطالب دراسة دقيقة عميقة • فالتفسير اذن ليس مجرد فن لغوي وانما هو يتحسس مطالب الحياة العملية والحقائق الاجتماعية[٤] • وفي ضوء الحكمة من النص يمكن فهمه فهما حقيقيا ، ومن ثم يجب لفهم النص ادراك حكمته التشريعية بالتعرف على المصالح التي يراد منها حمايتها والمساوىء التي يبتغي قطع السبيل عليها والغاية السياسية أو الاجتماعية التي يراد تحقيقها • ولا تعدو أية قاعدة قانونية أن تكون وليدة المفاضلة بين المصالح المتنازعة • ان القاعدة التي تقتضي تزويد المالك بمكنة استرداد ملكه من المغتصب لم تستنتج من فكرة مجردة هي فكرة الملكية ، بل تقررت بعد ان تبين ان مصلحة المالك أولى بالرعاية من مصلحة المغتصب • أما اذا كان الملك تحت يد مستأجر فليس للمالك استرداده قبل انتهاء عقد الايجار • لان المفاضلة بين المصالح المتعارضة في هذه الحالة تتطلب تغليب مصلحة المستأجر على مصلحة المالك[٥] • أما الاساس الذي تقوم عليه هذه المفاضلة فيختلف تبعا لاختلاف الافكار والاوضاع الاقتصادية المهيمنة على الهيئة السياسية التي تنهض بمهمة التشريع • ففلسفة القانون ذاته هي مراعاة التوازن بين مصالح الفرد وغيره ومصالح الفرد والجماعة •

وقد تطورت معايير هذا التوازن تبعا للتطور الفكري والحضاري والاقتصادي عبر مسيرة الانسان • واذا كان الاتجاه الاشتراكي يفضل

(٤) سبل تغيير الشرائع . وثائق منشورة في مجلة العدالة .
(٥) الدكتور ثروت الاسيوطي ، المرجع السابق ، ص ٢٦١ .

صيغة الصراع لبناء القاعدة القانونية فان ذلك لا يتعارض البتة مع فكرة التوازن • ذلك لان التوازن الذي أعنيه ، وهو التوازن العلمي ، لا بد أن يراعي مراكز القوة والضعف في أطراف العلاقة القانونية أو المراكز القانونية ، ويأخذ بعين الاعتبار لتحقيقه عنصر القوة المتوافرة لدى طرف معين •

ان أهمية الحكمة من التشريع تتجلى في أمرين أتناولهما بالبحث في الفقرتين الآتيتين :

اولا : ملائمة النص للواقع الاجتماعي

من المعلوم ان تطبيق القاعدة القانونية العامة قد يؤدي في بعض الحالات الخاصة الى نتائج غير ملائمة • فقد توجد حالات شاذة لا تتحقق فيها البواعث العامة التي دفعت الى سن التشريع ويبدو ان نص التشريع يشملها ولكن روح القانون تستبعدها • ذلك ان النص التشريعي نص عام ويستحيل في بعض الحالات الكلام بدقة مع البقاء على مستوى العموميات • ولذلك لا يجوز استخدام الصرامة في التفسير لتحويل نصوص اريد بها الخير العام الى ظلم تام[٦] •

ان طريق تحقيق الملائمة ، هو الرجوع الى حكمة التشريع التي تمثل الغاية الاساس من وضع النصوص • والرجوع الى الحكمة يعني دراسة الواقع الاقتصادي والسياسي والفكر القائد للمجتمع • وهذا ما أشار اليه السيد الرئيس صدام حسين في حديثه لرجال القضاء يوم ١٩٧٩/٨/١١ اذ قال « ليس مهمة القاضي أن يسهر على تطبيق القانون فحسب ، وانما يسهر على تحقيق العدالة وحماية جوهر القضية الانسانية ولا يمكن أن يتم ذلك

(٦) انظر المذكرة التفسيرية لمشروع القانون المدني لليمن الديمقراطية نبذة ٣٤ .

بدون الاهتمام بقضيتين جوهريتين : فهم نظرية حزب البعث العربي الاشتراكي وفهم تاريخكم العربي الاسلامي بشكل خاص وما يوحي به من دروس »[٧] .

فالحكمة التشريعية هي القوة الحية المتحركة التي تبعث في النص الحياة ما دام النص قائما . وبذلك يستطيع النص أن يكسب مع الزمن معنى جديدا أو ينطبق على حالات جديدة . ان هذا المبدأ هو أساس ما يسمى بالتفسير المتطور[٨] : ومقتضاه تفسير النصوص بحيث يوائم مضمونها ما طرأ على ظروف الحياة التي وضعت من أجل تنظيمها تلك النصوص . وحيث يكون النص قائما يتعين على المحاكم أن توائم بينه وبين ظروف الحياة الجديدة .

ان هذه الموائمة قد تتحقق بالتضييق في النص أي بالتفسير الضيق . ومن ألطف الأمثلة على ذلك ما أورده الفقيه بنثام في كتابه اصول الشرائع[٩] وهو : قانون سنه مشرعه في أمة شاعت فيها جرائم القتل ، فجاءت فيه مادة تنص على ان : كل من أهرق دما في الشارع يحكم عليه بالاعدام . وحدث ان طبيبا جراحا وجد في الطريق شخصا مغمى عليه فقصده ، وقدم للقضاء . فان طبق القاضي نص المادة كان عليه أن يحكم على الطبيب بالاعدام لانه أهرق دما في الشارع . وان توخى ملائمة النص للواقع لزمه أن لا يطبق النص ، لان حكمة التشريع أرادت القضاء على الاجرام وليس انقاذ الجرحى عن طريق العمليات الجراحية .

(٧) نشر هذا الحديث في السلسلة الوثائقية (١٦) تحت عنوان المفهوم البعثي للقانون والعدالة .

(٨) الدكتور حجازي ــ المرجع السابق ، ص ٥٢٣ .

(٩) ترجمة احمد فندي فتحي زغلول . المطبعة الاميرية ، سنة ١٣٠٩ هـ ، ص ١٦١ .

وقد تتحقق الملائمة بالتوسع في النص أي بالتفسير الواسع . ومثال ذلك ما جاء في قرار ديوان التدوين القانوني في العراق المرقم ١٩٧١/٢١٦ والصادر بتاريخ ١٩٧١/٩/٨ من[١٠] « ان نص الفقرة الاولى من المادة (٥٠) من قانون التعاون جاء مطلقا في حق الصندوق من اصدار الكفالات لمصلحة الجمعيات التعاونية ، وان نص الفقرة (٣) من المادة (٥٥) لم يرد فيه ما يقيد ذلك النص بل انه جاء وكانه أورد حالة من حالات اصدار الكفالة وهي ضمان التسهيلات . هذا وحيث ان أعمال النص أولى من اهماله لا يمكن القول بان حق الصندوق قد اقتصر على ضمان التسهيلات الممنوحة للجمعيات التعاونية من قبل المصارف . بالاضافة الى ذلك ، فان تطور الدولة نحو ممارسة النشاط الاقتصادي عن طريق مؤسساتها جعل القطاع العام (القطاع الاشتراكي) يقوم بتحقيق أهداف الدولة الاقتصادية سواء في مجال الصيرفة أو التجارة أو الخدمات ولم يعد مقبولا تمييز المصارف عن بقية القطاع العام بنص ما دامت قد اتحدت جميعها من حيث الغرض ، خصوصا وان التجارة الخارجية أصبحت مناط القطاع العام عموما ولم يعد بامكان الجمعيات التعاونية استيراد السلع لحساب أعضائها . لذا والحالة هذه يصبح ضمان التسهيلات أمام المصارف محصورا في مجال ضيق جدا . وهذا ما لم يقصده المشرع . لذا اقتضت حكمة التشريع أعمال نص المادة (٥٠) من قانون التعاون وجواز اصدار الكفالات من قبل الصندوق لمصلحة الجمعيات التعاونية أمام المصارف والدوائر شبه الرسمية أيضا .

ثانيا : تطوير القانون

ان التشريع الوضعي لا يستطيع أبدا معالجة جميع الوقائع والفروض وترتيب جميع الاحكام لها ، ذلك لان مصالح المجتمع متعددة ، وتشمل خضما من التفاصيل يفلت من الرؤية أو التنبؤ ويتعذر احتواؤه في النص التشريعي .

(١٠) نشرة ديوان التدوين القانوني ، العدد (١) س ٢ . ص ٢٦ وما بعدها .

ان النظرة الثاقبة الى الامـور تكشف عن مدى ارتباط أي تشـريع وضعي بالحاضر وتعذر مجاراته للمستقبل الحـافل بالمفاجآت . ولذلك فان حكمـة التشريع تعتبر أساسا متينا لحكم الوقائع الجديدة . لان التشابه بين الواقعة التي وضع حكم لها وبين الواقعة الجديدة التي تفتقـد الحكم يجعل حكمة التشريع حلقة وصل وربط بين الواقعتين . وحسبنا أن نضرب المثل التالي في هذا الصـدد « ان المادة ٤٦٣ من القانون المدني الالمـاني أجازت للمشتري الرجوع بدعوى الضمان على البائع اذا أحاط بالكتمان عيبا في المبيـع . غير ان القانون سكت عن الحالة التي يوهم فيها البـائع المشتري بوجود ميزة في المبيع غير موجودة فيه فعلا . لا شك ان قصد المشـرع من نص المادة ٤٦٣ مدني هو ايجـاد ضمان خاص للحالة التي يغري فيها البـائع المشتري على التعاقد عن طريق الغش في نوعية المبيع . وهذا القصد يشمل في حكمه الحالة الثانية التي وان كان القانون لم ينص عليهـا الا ان من الممكن شـمولها به بقياس النظير[11] .

ولعلاقة مسألة تطوير القانون بالقياس اكتفي بهذا القدر هنـا وأعود الى تفصيلها عند الكلام على القياس في موضوع لاحق .

وجدير بالملاحظة ان الاستعانة بحكمة التشريع لابد أن تقترن بقدر كبير من الحذر ، وذلك بمراعاة ما يلي[12] :ـ

١ ـ لا تجوز الاستعانة بحكمة التشريع الا اذا كنا بصدد نص معيب، أو بصدد تحقيق الموائمـة بين النص والواقع ، أو بصـدد حالة

(١١) انظر الدكتور عبدالرسول الجصاني ، سـد الفراغ في القـانون وموقف النظام القانوني الالماني منه . ترجمة البحث القيم الذي قدمـه الاستاذ س . ف . كاناريز الى المركز القومي لبحوث المنطقة في بروكسل ، مجلة القضاء س ٢٨ ، عدد ١ ، ١٩٧٣ ، ص ٨١ .

(١٢) البدراوي ، ص ٣٢٦ .

لا نص عليها . أما اذا وجد النص سليما واضـحا وكان قاطعا في الدلالة على المراد منه ، فلا يجوز الخروج عليه أو تأويله بدعوى الاستهداء بحكمة التشريع . فالاصل هو ان ظـاهر النص يحقق حكمته .

٢ ـ ان حكمة التشريع وان أفادتنا في جلاء الغموض وسد النقص ، الا انه يلاحظ ان النصوص التشريعية واجبة التطبيق بصرف النظر عن تحقق الحكمـة التي راعاها المشرع أو عن تخلفهـا في بعض الاحيان فالليل يعتبر ظرفا مشددا في جريمـة السرقة . والحكمة من التشديد هي ما يبعثه الليل في النفوس من الرهبة والخوف . ولكن انتفاء الرعب لا يرفع عن الليل وصف الظرف المشدد . فمن يسرق ليـلا في مكان غير مسكون يعتبر مرتكبا جريمـة السرقة ليلا . فالتشديد منوط بظرف الليل وان لم تتوافر الحكمـة من التشديد .

وقد قضت محكمة النقض المصرية في هـذا الصدد[13] بانه (متى كان النص واضـحا جلي المعنى قاطعـا في الدلالة على المراد منـه فانه لا يجوز الخروج عليه أو تأويله بدعوى الاستهداء بالحكمة التي أملته . لان البحث في حكمة التشريع ودواعيه انما يكون عند غموض النص أو وجود لبس فيه مما يكون معه القاضي مضـطرا في سبيل تعرف الحكـم الصحيح الى تقصي الغرض الذي يرمي اليه والقصد الذي أمـلاه . ذلك ان الاحكام تدور مـع علتها لا مع حكمتها ومن ثم لا يجوز اهدار العلة والاخذ بالحكمة عند وجود نص واضح سليم) .

(١٣) نقض ١٩٦٥/١٢/٢ . منشـور في مجموعـة المكتـب الفني س ١٦ ، ص ١١٩٠ .

ان معرفة حكمة التشريع على أية حال تعتبر من الامور الجوهرية لتطبيق النص بصورة سليمة . وقد أشار المشرع اليمني في مشروع القانون المدني لليمن الديمقراطية الى حكمة التشريع في الفقرة الاولى من المادة الثالثة التي نصت على ما يلي : « يتعين على القضاء أن يتوخى الحكمة من التشريع » .

والحقيقة ان الاستناد الى حكمة التشريع ليس بدعة هذا العصر فقد لجأ اليه الفقهاء الرومان في عصرهم العلمي(١٤) . كما انه احتل جانبا هاما في الفكر الاصولي الاسلامي الرصين(١٥) . وحسبنا ما أوردنا في هذا المقام ، وما نوجزه في دائرة الفقه الاسلامي في المطلب التالي .

(١٤) انظر الدكتور محمود السقاء ، المرجع السابق ، ص ١٦٥ وما بعدها .
(١٥) انظر الموافقات للامام الشاطبي ، جـ ٢ ، ص ٥ وما بعدها .

المطلب الثاني

الاستنتاج من حكمة التشريع في الفقه الاسلامي

من الثابت ان الصحابة والتابعين وتابعيهم كانوا يستندون في فتاواهم الى الكتاب أولا ثم الى السنة ، فان لم يهتدوا الى نص أو سنة أفتوا بالرأي . والرأي على ما يظهر من فتاواهم هو الحكم بناءا على مقاصد الشرع وقواعد الدين . والعمل بما يرون فيه مصلحة للعباد وقربا الى روح التشريع الاسلامي . وقد أمكن تلمس هذه المقاصد في المباديء الاسلامية العامة التي ترسم الخطوط العريضة لمميزات الشريعة الاسلامية السمحة وفي الاغراض التي عللت بها أحكام الشرع . ونتيجة لاستقراء تلك المباديء والاغراض علمنا ان المقاصد العامة للشريعة هي تحقيق مصالح الناس بجلب المنافع لهم ودرء المفاسد عنهم . وقد تأسس على ذلك كل من مبدأ الاستحسان والمصالح المرسلة(١) كأصلين من اصول الفقه . فالاحكام التي تتقرر بناء على هذين الاصلين يمكن اعتبارها مبنية على حكمة التشريع ومستندة اليها . وحسبنا أن نمثل لذلك بالحكم القضائي الذي أصدره الخليفة الراشد عمر بن الخطاب (رض) بشأن امرار الماء في أرض الغير استنادا الى حكمة التشريع وخلاصته : ان الضحاك بن قيس ساق نهرا له وأراد أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة فأبى محمد فقال له الضحاك : أنت تمنعني وهو لك منفعة ، تسقي منه أولا وآخرا ولا يضرك . فأبى محمد فكلم فيه الضحاك عمر بن الخطاب فدعا عمر محمد بن مسلمة فأمره أن يخلي سبيله قال محمد لا . فقال عمر : والله ليمرن به ولو على بطنك !! فأمر عمر أن يمر به ففعل

(١) انظر رسالتنا ، فكرة القانون الطبيعي عند المسلمين ، ص ١٨٧ وما بعدها ، مطبوعة بالرونيو .

الضحاك . وقد علل الخليفة هذه الفتوى بأصل عام وهو اباحة الامر النافع وحظر الامر الضار وهو مبدأ يؤخذ من روح الشريعة الغراء[٢] .

ولعل حكمة التشريع تعتبر الاساس للتأويل في الفقه الاسلامي في معظم الحالات ، ومن المفيد هنا أن نبين ان ظاهر النص قد يؤول بغرض الشارع وحكمة التشريع ، كما هو الحال في تأويل الحنفية بعض الذوات بقيمتها في دائرة الزكاة . فقد صرفوا نص الحديث الشريف في سائمة الغنم في كل أربعين شاة شاة عن ظاهره الدال على ان الذي يجزيء عن الاربعين شاة شاة بعينها ، الى قيمة الشاة المالية . فليس الضروري عندهم عين الشاة بل يمكن أن تجزيء القيمة لأن حكمة التشريع تهدف الى نفع الفقير ونفع الفقير كما يتحقق بالشاة يتحقق بقيمتها . بل قد يكون من الانفع للفقير أن يعطي القيمة بدلا من الذات[٣] .

(٢) انظر بداية المجتهد لابن رشد ، ج ٢ ، ص ٣١٠ .
(٣) كشف الاسرار على اصول الامام فخر الاسلام البزدوي ، ج ٣ ، ص ١٠٥٦ وما بعدها . أنظر الدكتور محمد اديب صالح ، المرجع السابق ص ٣٨٧ وما بعدها .

المبحث الرابع

موقف القانون المدني العراقي من الوسائل الاصلية في التفسير

لم تعن القوانين المدنية المعاصرة ومنها القوانين المدنية العربية عدا مشروع القانون المدني اليمني بتحديد طرق تفسير القوانين ووسائله ، وانما تركت أمرها الى ما حدده الفقه وجرى عليه القضاء .

وقد انفرد القانون المدني الاردني الجديد بجعل قواعد اصول الفقه الاسلامي أساسا لفهم النص وتفسيره وتأويله . فقد نصت المادة (٣) منه على انه (يرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله ودلالته الى قواعد أصول الفقه الاسلامي) . أما التقنينات المدنية الغربية الحديثة فقد اتجه اكثرها[١] الى ارشاد القضاء الى المنابع التي يستقي منها أسباب حكمه والى الترتيب الذي يتم بموجبه الرجوع اليها . ولعل أقدم هذه التشريعات هو تقنين سردينيا الذي أحال القاضي عند سكوت النص الى القياس ثم الى المباديء العامة للقانون (م ١٥) . ومنه اقتبس القانون المدني الايطالي القديم الصادر عام ١٨٩١ مادته الثالثة . ومن هذه التقنينات كذلك ، القانون المدني السويسري لسنة ١٩٠٧ (م ١) والقانون المدني البرازيلي لسنة ١٩١٦ (م ٧) والقانون المدني المكسيكي لسنة ١٩٢٨ (م ٤) والقانون المدني لمدينة الفاتيكان لسنة ١٩٢٩ (م ٢٢) والقانون المدني الاسباني (م ٦) والقانون المدني الايطالي لسنة ١٩٤٢ (م ٣) .

وقد جرى القانون المدني العراقي في المادة الاولى منه على نهج التقنينات الحديثة التي سبق ذكرها ، واسترشد بنحو خاص بالقانون المدني

(١) د. مرقس ، المرجع السابق ص ٢٣٠ . د. القطيفي ، المرجع السابق ص ٢٦٩ .

السويسري • فقد أرشد القاضي في هـذه المادة الى المصادر التي يتعين على القاضي أن يلجأ اليها لاستخلاص القواعد التي يفصل بموجبهـا فيما يعرض عليه من نزاع • وأقام بين تلك المصادر تدرجا من حيث الاسبقية في التطبيق ، يقع التشريع في السلم الاول منه وحـدد نطاقه باللفظ والفحوى • وتفرد بين التشريعات المدنية العربية باشارة مبهمة الى القياس فنص في المادة الثالثة منه على انه (ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه) •

ولا يخفى ما في هاتين المادتين من غموض وابهام • وحسبي هنا أن أشير الى ما يتعلق بالفقرة الاولى من المـادة الاولى • وهو ان المشـرع لم يبين لنا ما المقصود بالفحوى ؟ أهي روح النصوص وغايتهـا التي لا تضبط بقواعد معينة • وانما تتلمس من خلال الاطلاع على العوامـل الاقتصادية والظروف السياسية ، والفلسفة المهيمنة على التشـريع ، أم هي دلالات النص المعروفة في علم اصول الفقـه والتي حددت في مظانها بضوابط تراعى عنـد الاعتماد عليها ؟ وهذا ما أبتغي الاجابة عنه كالآتي :ـ

ان المادة الاولى للقانون المدني العراقي التي حوت الاشـارة في فقرتها الاولى الى اللفظ والفحوى تفيد ان نطاق النصوص التشريعية ليس محصورا ضمن الهيكـل اللفظي بل انـه أوسـع وأشمل • ومفادهـا ان النصوص التشريعية تتكون من عنصرين هما اللفظ والفحوى • ان هـذه الفقرة تكاد تكون ترجمة حرفية للفقرة الاولى من المادة الاولى للتقنين المدني السويسري• والفارق بينهما ان النص السويسري يقول : « تسـري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها في لفظها أو في روحهـا » • فهو يجعل النص متكونا من عنصرين همـا اللفظ والروح • والروح أقرب الى الفحوى الى معنى حكمة التشريع وهدفه ، وان لم تكن له قواعـد منضبطة • أما المشرع العراقي فقد أتى بكلمة الفحوى بدلا عن الروح تقليدا منه للمشرع المصري

وتأثرا بالمصطلحات الاصولية الاسلامية • الا انه لم يوفق في ذلك لان هذه الصيغة أربكت الفقه في العراق كما أربكته في مصر وسوريا •

والحقيقة ان الفقـرة الاولى من النص العراقي تثـير عدة احتمالات ، منها ، احتمـال أن يكون المشرع قد قصد بهذا اللفظ ما يعنيـه المصطلح في التقنينات الغربية تأثرا منه بالمصـدر التأريخي للمادة • ومنهـا ، احتمال أن يكون اللفظ قد استعمل بمعناه الفني الذي أراده علماء الاصول المسلمون • ومنهـا أن يكون قد قصـد به معنى أوسع من المعنى الاصولي الاسـلامي لتشـمل الفحـوى جميـع مدلولات النص • وسأتعرض فيمـا يلي لهـذه الاحتمالات المتصورة بالمناقشة الموجزة •

الاحتمـال الاول : تبين لي من خـلال متـابعتي لطرق التفسـير في الدراسات الغربية ان الفكرة الاساس في تقنينات الغرب المدنية هي ما يلي :ـ

أ ـ تفسر نصوص التشريع تفسيرا لفظيـا ونحويا ، على أساس ان المشرع يحسن استعمال اللغـة وانه يستخدم الالفاظ في معانيهـا المألوفة والاعتيادية •

ب ـ اذا عجز المفسر عن تلمس قصد المشـرع الحقيقي من خلال المعنى اللفظي وجب عليه الالتجاء الى روح التشريع وحكمته • ويمكن العثور عليهـا من خلال دراسـة الظروف التي أحاطت بوضـع التشريع والاسباب الموجبة والمقتضية لوضـع التشريع والفلسفة السائدة والموجهة للمجتمع •

هذ وقد استقر رأي فقهاء الغرب منذ زمن بعيد على ان النص اذا كان صريحا فلا يجوز الانحراف عنه تحت أي ستار ، وانمـا يتم اللجوء الى روح التشريع في حالة غموض النص فقط •

ومنطق هـذه الفكرة يفيد ان المقصود باللفظ هو ما يعنيه التفسير الحرفي وان المقصود بالفحوى هو ما يعنيه روح التشريع وحكمته • والفحوى بهذا المعنى تعتبر بديلا عن اللفظ فعندما لا يستقيم المعنى اللفظي لخطأ فيه أو غموض شديد بحيث لا يتبين فيه القصد الحقيقي يتم اللجوء الى روح التشريع • وبناء على ما تقدم يكون التعبير سليما لا غبار عليه •

ومما يدل على وجود هذا الاحتمال استعمال المشرع حرف (أو) التي تدل على المغايرة والترديد ومنع الجمع غالبا ، بدلا من العطف بالواو الذي يدل على مطلق الجمع • فمعناه ان المعتبر هو اما اللفظ واما الفحوى • وعلى هذا يمكن القول : ان الحكم يؤخذ من اللفظ أولا ، فان لم يصلح اللفظ ، يؤخذ من فحواه كما هو الحال بالنسبة لروح النص في الدراسات الغربية • ولا يجوز أن يعتبر اللفظ دليلا لحكم والفحوى دليلا لحكم آخر • وهذا خلاف ما استقرت عليه الدراسات الاصولية الاسلامية التي يلجأ اليها الشراح لفهم وتفسير الفحوى • فان الفحوى والدلالات الاخرى لا تعتبر بديلة عن المعنى الحرفي ، وانما هي معان مضافة تفهم عن طريقها الخاص وفقا لقواعد وضوابط معينة • وبذلك تختلف الفحوى عن الروح • فروح التشريع هي حكمته وسببه وغايته التي يلجأ اليها اذا عجز المفسر عن استخلاص حكم من ظاهر النص ولفظه ، وليس لها قواعد وضوابط فنية محددة •

ومع ان هذا الرأي يستقيم وينسجم مع الاصل التأريخي لهذه المادة وفي النص ما يسنده ويعضده ، الا انه لا يستقيم مع المذكرة الايضاحية التي تناولته هذه المادة من القانون المدني المصري ولذلك لم أجد من يقول به من الفقهاء والشراح المصريين أو العراقيين •

الاحتمال الثاني : ان تعبير (فحوى النص)[٢] في المجالات الاصولية

(٢) جاء في القاموس المحيط : فحوى الكلام معناه ومذهبه . وفي المصباح

لغو تعبير فقهي دقيق حددت معالمه مؤلفات علم اصول الفقه الاسلامي • والمقصود به عندهم دلالة اللفظ على ثبوت المنصوص عليه للمسكوت عنه بمجرد فهم المعنى المأخوذ من اللفظ ومن غير حاجة الى اجتهاد وتأمل •• وقد اشتهرت تسميتها بدلالة النص كما سميت بمفهوم الموافقة لموافقة حكم المسكوت عنه الحكم المنطوق • وهي لا تشمل عند الاصوليين اشارة النص أو اقتضاء النص كما لا تشمل مفهوم المخالفة البتة • وعلى هذا يكون استخدام كلمة الفحوى قاصرا عن التعبير عن جميع مضامين النظرة التركيبية الى النص ، وكان من الاصوب لو استعمل المشرع عبارة (في مفهومها) بدلا من (فحواها) • ولو أضاف الى ذلك عبارة (وروحها) لاكتملت في النص جميع عناصره ومقوماته • الا ان من الواضح ان المشرع قصد بالفحوى كل ما يتناوله النص عن غير طريق ألفاظه دون أن يقصر المصطلح على المعنى الاصولي الدقيق وبذلك ينتفي هذا الاحتمال • يؤكد ذلك ما جاء في المذكرة الايضاحية التي سنشير اليها أثناء بيان الاحتمال الاخير من تعميم معنى الفحوى ليشمل مختلف الدلالات • وهو أمر أجمع على تأييده الشراح •

الا انني أعود فأقول : انه يؤخذ على المشرع عدم دقته في الصياغة ، لاسيما اذا عرفنا ان الفحوى بالمعنى الشامل الذي يتسع لكل الدلالات المختلفة ليست ندا للمعنى اللفظي بل هي رافد آخر ومعنى مضاف قد يكون لازما لا ينفك عن المعنى الاول ، ولذلك لا أجد مبررا لاستعمال المشرع كلمة (أو) التي وردت في النص •

الاحتمال الثالث : هو ان المشرع قصد بالفحوى جميع الدلالات الاصولية التي يستخلص بها المعاني القريبة والبعيدة من النصوص يدل على ذلك ما جاء في المذكرة الايضاحية تعليقا على المادة المشابهة المقابلة في القانون

فحا بكلامه الى كذا يفحو اذا ذهب به . وفي الاساس فاحيته مفاحاة خاطبته ففهمت مراده .

المدني المصري • فقد ورد فيها ما يلي[٣] : (نصوص التشريع تسري على جميع المسائل التي ينسحب عليها حكمه سواء استخلص هذا الحكم من عبارة النص أم من روحه • وليس أدعى الى اسلاس (مرونة) تطبيق القواعد التشريعية وتيسير أسباب المرونة لها من تقصي روح النص اما بالرجوع الى مصادره التأريخية أو أعماله التحضيرية واما باستنباط لوازمه أو بالكشف عن حقيقة مفهومه أو دلالته بطرق التفسير المختلفة •••) •

وقد تناول كثير من الفقهاء والشراح هذه الفقرة بالتعليق فجاء في تعليق الدكتور سليمان مرقس ما يلي[٤] : « ان استخلاص المعنى من النص يكون أولاً وقبل كل شيء عن طريق عبارته وألفاظه غير ان النص لا يقتصر معناه على ما يفهم مباشرة من صيغته وعبارته بل قد يدل على معنى آخر بطريق الاشارة أو بطريق الدلالة وهو ما يفهم من روح النص • وقد أشارت الى ذلك المادة الاولى من التقنين المدني الجديد حيث تقول « تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها » • ويبدو من هذا ان الاستاذ مرقس يفسر الفحوى بما يشمل جميع الدلالات المعتبرة في الاصول • ويؤكد ذلك ، انه يشير في هامش تعليقه هذا الى المؤلفات الاصولية المعنية بدراسة الطرق المختلفة للتفسير مثل كتاب علم اصول الفقه للاستاذ عبدالوهاب خلاف وكتاب كشف الاسرار على اصول البزدوي • كما علق عليها الدكتور عبدالمنعم البدراوي[٥] بقوله : (انها تعني ان استخراج الاحكام من الالفاظ والعبارات يكون بعدة وسائل • أما الوسيلة الاولى فهي ما تسمى دلالة المنطوق التي تشمل دلالة العبارة ودلالة الاشارة ودلالة الاقتضاء • والوسيلة الثانية هي ما تسمى

(٣) جمال الدين العطيفي . التقنين المدني المصري جـ ١ ، ص ٤٥ وما بعدها سنة ١٩٤٩ .
(٤) مرقس ، المرجع السابق ، ص ٢٠٣ .
(٥) المدخل للعلوم القانونية . المرجع السابق ، ص ٢١٦ .

دلالة المفهوم • وهي دلالة النص على شيء لم يذكر فيه • وتنقسم الى دلالة مفهوم الموافقة ودلالة مفهوم المخالفة) • وقال الدكتور عبدالمنعم فرج الصدة ، في تعليقه[٦] (والمقصود بفحوى النص في حكم هذه المادة كل ما يتناوله النص من غير طريق عبارته أي ألفاظه • فهو يشمل ما يتناوله النص من طريق اشارته أو دلالته أو اقتضائه • ولا يقتصر على الحكم الذي يؤخذ من النص بطريق الدلالة ، كما هو المعروف لدى علماء اصول الفقه الاسلامي) •

أما الدكتور محمد علي امام فقد علق عليها بقوله[٧] : (يقصد بدلالة النص أو فحواه المعنى الذي يستفاد من روحه ومفهومه • فمن الواجب تقصي روح النص ويكون ذلك باستنباط لوازمه والكشف عن حقيقة مفهومه أو دلالته بطرق الاستنتاج المختلفة ••) •

ومع ان معظم الشراح المصريين والسوريين والعراقيين[٨] قد ساروا على هذا النهج ، الا ان من الواضح ان أيا من دلالة الاقتضاء أو مفهوم المخالفة لا يمكن أن تدخل ضمن فحوى النص سواء أخذت بمعناها اللغوي أم بمعناها الاصولي أم بمعنى روح النص وجوهره • فمفهوم المخالفة مثلا لا يثار الا عند تصور انتفاء قيد أو شرط من عبارات النصوص الموجودة وليست له علاقة ما بجوهر النص وروحه • ولذلك فان هذه التفسيرات لا تسلم من المآخذ ، وأرى ان المخرج الوحيد لهذه الدوامة المستعصية هو استبعاد هذه الصياغة غير الدقيقة في التشريع المدني المقترح •

وقد أحسن المشرع الاردني صنعا اذ استعمل كلمة (معانيها) بدلا من (فحواها) فجاء في الفقرة الاولى من المادة الثانية من قانونه المدني مايأتي :ـ

(٦) اصول القانون ، ص ٢٩٩ .
(٧) الدكتور محمد علي امام ، المرجع السابق ، ص ٣٩٧ .
(٨) انظر البزاز ، ص ٢٠٥ . الدكتور هشام القاسم ، ص ١٥٦ .

(تسري نصوص هذا القانون على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بالفاظها ومعانيها ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص) • كما جاء في المادة الثالثة منه ما يلي : (يرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله ودلالته الى قواعد اصول الفقه الاسلامي) • وبذلك يكون المشرع قد أحال المسألة على علم اصول الفقه اخذا بيد القضاة وجمعا لهم على مرجع واحد وجاء النص كما تقول المذكرة الايضاحية للقانون الاردني[٩] ، أحرى بقدر الامكان بأبعاد أسباب الخلاف فضلا عن التوجيه والارشاد • ولا شك في ان القانون الاردني سد بذلك نقصا ملحوظا في التقنينات العربية الحالية • اذ لم يورد أي منها نصا في هذا الشأن يقابل نص المادة الثالثة من القانون الاردني ، وانما ترك الامر للسليقة أو لما يرد في كتب اصول القانون من قواعد قليلة تتضاءل أمام مفخرة الفكر الاسلامي وابداعه وهو علم اصول الفقه بما تضمن من قواعد وضوابط •

ومع هذا فان مسلك المشرع الاردني لم يسلم من المآخذ ، ومن الممكن ان توجه اليه الانتقادات الآتية :

أولا : تقول المادة الاولى من القانون الاردني : (تسري نصوص هذا القانون على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بألفاظها ومعانيها) •

ومن المعلوم ان الالفاظ هي أوعية وقوالب للمعاني ليس الا • وهي في حد ذاتها لا تتناول شيئا غير المعاني ، فكيف قرنت بالمعاني ؟• ان هذا التعبير لا مبرر له الا ان يكون القصد من الالفاظ ما هو شائع بعبارة النص أو المعنى الحرفي والقصد من المعاني ما هو مقصد النصوص ومفهومها • يضاف الى ذلك ، ان كلمة (النصوص) تكررت في العبارة دون داع •

(٩) المذكرة الايضاحية للقانون المدني الاردني ، ص ٣٧ .

ثانيا : قضت المادة الثالثة بوجوب الرجوع الى علم أصول الفقه لفهم النص وتفسيره وتأويله ودلالته • وهذا النص لا يضيف شيئا جديدا الى الواقع العملي • ذلك لان قواعد اصول الفقه لا تعدو أن تكون ضوابط فنية مستقرأة من الاساليب العربية ، ولا يمكن ان يتم فهم النصوص العربية الا بالرجوع الى تلك الضوابط التي هي مزيج من الضوابط اللغوية والمنطقية والبيانية • وبرهان ذلك ، ان القضاة والفقهاء دأبوا على الاستعانة بتلك الضوابط في شرح وتفسير النصوص القانونية دون وجود أي نص يلزمهم بذلك وأقصد بذلك ، ان فائدة هذا النص تنحصر في اعتقادي في تنبيه الاذهان الى الرجوع الى القواعد الاصولية الاسلامية ودعوة القضاة ورجال القانون عموما الى مزيد من الاهتمام بتلك القواعد فحسب • أما ان يمكن اهمال هذا العلم في مجال الفهم الصحيح للقانون فهو مردود ولذلك أدعو الى ادخال هذه المادة الى مناهج كلية القانون والمعهد القضائي •

ثالثا — ان المشرع حشر في المادة الثالثة كل ما يقال في مجال فهم النص وتفسيره دون استعمال عبارة دقيقة جامعة تفي بالمراد •

رابعا — ان من الامور المستقرة في فقه القانون ان للمذكرة الايضاحية دورا كبيرا في فهم النص وكذلك شأن المصدر التأريخي للنص • فهل يعني توجيه المشرع للمفسر بالرجوع الى قواعد اصول الفقه عدم امكانه الاستعانة بالمذكرة الايضاحية أو بالمصادر التأريخية ؟

والحق ، انه اذا كان في وسع المفسر الرجوع اليها فما كان

ينبغي أن يقتصر النص على قواعد اصول الفقه ، وان لم يكن في وسعه ذلك فان الامر يخالف ما استقر عليه الفقه والقضاء ويكون جديرا بالنقد .

ان من الممكن تجنب المآخذ المشار اليها والاشارة في الوقت نفسه الى وجوب الرجوع الى قواعد اصول الفقه باستعمال العبارة الآتية التي يحسن أن تحل محل العبارات الواردة في التقنينات المدنية العربية وهي :

(تراعي المحكمة أولا نصوص هذا التشريع منطوقا ومفهوما وحكمة .)

ان هذه الصيغة تستوعب جميع دلالات النص ومفاهيمه ، وتأخذ بعين الاعتبار تفاعل النص مع الغاية من سنه التي لا تعدو أن تكون الغاية من وجود القانون ذاته . لان التشريع السليم عمل هادف موجه لا يمكن أن يخلو من حكمة أو لا يرمي الى هدف أو ينحصر مقصده في المضمون السطحي لالفاظ النص . فالنصوص التشريعية تقوم على عناصر ثلاثة :ـ

أولا ، مفردات النص : ويتم النظر اليها من حيث دلالتها على معانيها مطابقة أو تضمنا أو التزاما ، ومن حيث وضوح دلالتها على معانيها أو ابهامها . ومن حيث استعمالها في معناها الحقيقي أو المجازي .

ثانيها ، دلالة هيئة النص التركيبية على مضمونها من حيث المنطوق والمفهوم .

ثالثها ، غاية النص وحكمته . وهو عنصر متقلب ومتغير لارتباطه الوثيق بالوضع الاجتماعي والاقتصادي والسياسي السائد أثناء التطبيق .

وقد سبق تفصيل هذه العناصر في الباب الاول من هذه الرسالة . وحسبي هنا أن أرد اعتراضا قد يثار بشأن اهمال العنصر الاول في الصيغة المقترحة بان على المحكمة في قرارها أن تستند الى النص بهيئته الكاملة وتأتي ملاحظة المفردات بشكل ضمني . وان كان أمرا لابد منه .

الفصل الثاني

الطرق المساعدة في تفسير النص القانوني

ان الطرق المساعدة هي : تلك العوامل الخارجية التي تساعد على فهم النص بصورة سليمة أو على توسيعه ومد حكمه الى خارج نطاقه . ولذلك فانني أقسم هذا الفصل الى مبحثين أتكلم في أولهما في الطرق التي يستعان بها لتقويم عبارة النص بسبب اسهامها في وضع النص بشكله المعين . وأقصد بها الاعمال التحضيرية والمصادر التأريخية . وأعقد ثانيهما للبحث في الوسيلة التي يستعان بها لمد حكم النص الى ميادين خارجة عن نطاقه وأقصد بها القياس .

المبحث الاول

الطرق التي يستعان بها لتقويم عبارة النص

ان التعرف على عناصر النص قد لا يكفي لفهم الحكم واستنباطه من النص القانوني بسبب غموض العبارات المستعملة أو الشك في مطابقة معنى النص الواضح لقصد المشرع مطابقة تامة ، أما لان العبارات لا تدل على مضمون القاعدة كله أو لانها تبدو عامة بحيث تفهم القاعدة على نحو أوسع مما ينبغي • وعندئذ يتعين الالتجاء الى وسائل أخرى تساعد التفسير اللفظي ، وأهمها العامل التأريخي • فقد يساعد على فهم النص فهما كاملا تعقب أصله التأريخي وتتبع نموه وتطوره حتى يصل المفسر الى الوضع النهائي الذي يتخذه النص وقت تفسيره[1] • والاصل التأريخي اما أن يكون قريبا ومباشرا وهو ما نبحثه تحت عنوان (الاعمال التحضيرية) في مطلب مستقل أو يكون بعيدا وهو ما نبحثه تحت عنوان المصادر التأريخية في مطلب آخر •

(١) حجازي ، المرجع السابق ، ص ٥٢٣

المطلب الاول

الاعمال التحضيرية Travaux préparatoires

تعني الاعمال التحضيرية مجموعة الوثائق التي تبين المراحل التي مر بها النص عند وضعه • وهي تشمل مشروع النص ، والمناقشات التي دارت حوله في اللجان الفنية التي قامت بصياغته ، ومناقشات المجالس التشريعية التي تولت اقراره ، والمذكرة الايضاحية التي تكتب تعليقا على مشروع النص فتوضح معناه والحكمة المقصودة منه • وهذه كلها تعين الى حد كبير على فهم معنى النص والوقوف على حقيقة الحكم الذي يتضمنه[1] ، الا انها لا تكون ملزمة للقاضي ، بل لا تعدو أن تكون في بعض الاحيان اجتهادات شخصية قد يجانبها التوفيق ، ولا تتفق مع حقيقة الحكم المنصوص عليه •

ان أهم تلك الاعمال هو المذكرة التفسيرية التي تلحق بكل قانون هام للكشف عن الغرض من تشريعه والظروف التي أحاطت به منذ التفكير فيه حتى ميلاده ، ومع ذلك فانها لا ترقى من حيث القوة الملزمة الى مستوى النصوص التشريعية • وعلى العموم فان الاعمال التحضيرية ومنها المذكرة التفسيرية يستعان بها لفهم النصوص دون اعتبارها في قوة النصوص[2] • وأقصد بذلك ، انه مهما تكن الاهمية المعقودة عليها في تفسير نصوص القانون فانها لا تعتبر جزءا من القانون • ومن ثم فهي غير ملزمة للقاضي وانما يقتصر دورها على مجرد الاستئناس بها في الكشف عن قصد المشرع ،

(١) د. الصدة ، المرجع السابق ، ص ٢٥٢ •
(٢) البدراوي ، المرجع السابق ، ص ٢٣٣ . الدكتور محمد كمال عبدالعزيز ، المرجع السابق ، ص ١٥٦ ، الدكتور توفيق فرج حسن ، المرجع السابق ، ص ١٩٠ .

فالمذكرة الايضاحية لمشروع القانون مثلا قد تتضمن آراء شخصية لواضعيها ولا تعين بالتالي كثيرا في التعرف على نية المشرع الحقيقية . وقد تتضمن ما يتعارض صراحة مع نص القانون . فقد يرد على القانون تعديل جوهري يختلف به عن أصله دون أن تعدل المذكرة الايضاحية بما يتفق مع تعديل النص[٣] . وقد تستطرد في بيان أحكام معينة لم ترد في نصوص التشريع ، فيعتبر الاستطراد تزيدا من جانب واضعيها .

يضاف الى ذلك ان الاعمال التحضيرية لا يتبع في تحريرها ما يتبع في عمل النصوص القانونية من اقتراح ونشر واقرار[٤] .

لهذا يخلص الاتجاه الحديث في الفقه الى ان قصارى ما يكون للاعمال التحضيرية من قيمة هو ان تكون مجرد وسيلة مساعدة للتعرف على ارادة تشريعية معينة لا تؤخذ في الاعتبار الا بحذر واحتياط[٥] . ومن الامثلة على ذلك ما يلي :ـ

أولا ـ جاء في المادة (٧٦) من قانون التجارة العراقي رقم ١٤٩ لسنة ٩٧٠ ما يلي (١ ـ لا يجوز لمن تصرف في المتجر بنقل ملكيته الى الغير أن يزاول تجارة مماثلة لنشاط المتجر بكيفية يترتب عليها ضرر لمن آلت اليه الملكية الا اذا اتفق على خلاف ذلك ٢ ـ ويسري هذا الحظر لمدة عشر سنوات من تأريخ اعلان التصرف ما لم يتفق على مدة أقل) .

وواضح ان هذا الاسلوب ينطوي على قدر كبير من الغموض والابهام ذلك لان هذا النص حرم تعرض البائع للمشتري بممارسة تجارة مماثلة للمتجر محل البيع دون أن يقيده بحدود معلومة . كما وضع لذلك التعرض معيارا مرنا هو الضرر ، دون أن يشير الى مثال يستهدي به القضاء . الا ان

(٣) البدراوي . المرجع السابق ، ص ٢٣٣ . د. صلاح الدين عبدالوهاب ، ص ٣١٩ . د. عبدالفتاح عبدالباقي ، ص ٣٠٥ .
(٤) حجازي ، المرجع السابق ، ص ٥٢٤ .
(٥) انظر جني ، فقرة ١٠٢ .

الرجوع الى المذكرة الايضاحية للقانون يزيل غموض المادة ، ويكشف عن قصد المشرع في تجاهله ذكر المسافة وفي استعماله معيارا مرنا . فقد جاء فيها[٦] « تصدت المادة لاسلوب خطير من أساليب المنافسة غير المشروعة هو تعرض البائع للمشتري بممارسة تجارة مماثلة للمتجر محل البيع . ولا يخفى ما ينطوي عليه هذا الفعل من مجافاة لكريم الاخلاق وشرف التعامل ... » ومفاد ما جاء فيها ان اتجاه المشرع حيال المنافسة غير المشروعة الخاصة ببيع المتجر هو انها عمل مناف لشرف التعامل فيجب التصدي لها باسلوب حازم ويتحقق ذلك باطلاق التحريم دون تقييده بحدود جامدة كتعيين الامكنة أو المسافات ويجعل مناط الأمر الضرر .

ثانيا ـ نصت المادة (٢١٤) ف ١ من القانون المدني الاردني على ان (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني) . ويلاحظ ان منطوق هذه المادة يتعارض ظاهرا مع نص المادة (٢٣٩ ف ١) من القانون نفسه وهو (اذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها) ذلك لان الاولى تعتد بالارادة الباطنة والثانية تميل الى الاخذ بالارادة الظاهرة . ولاجل توضيح قصد المشرع جاء في المذكرة التفسيرية ما يلي[٧] : (ان العبرة في تفسير العقد في الفقه الاسلامي بالارادة الظاهرة لا بالارادة الباطنة . ولا يقدح في ذلك قاعدة الامور بمقاصدها أو ان العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني (م ٢ ، ٣ من المجلة) ونحو ذلك فان هذه القواعد لا تعني انه يعتد بالارادة الباطنة ، بل ان المقصود ان الذي يعتد به المقاصد والمعاني التي تستخلص من العبارات والصيغ المستعملة ، أو من دلائل موضوعية وعلامات مادية فلا تجاوز هذا البحث الموضوعي الى بحث ذاتي نستشف به الضمير ونستكشف به خفايا النفوس) .

(٦) المذكرة الايضاحية لقانون التجارة . ص ٢٦٥ . انظر النشرة القضائية س ٢ ، العدد ٣ ، ١٩٧٣ .
(٧) المذكرة الايضاحية للقانون المدني الاردني ، ص ٢٤٤ ، وما بعدها .

ومن الواضح ان الهدف من مراجعة الاعمال التحضيرية هو التعرف على الظروف التي أحاطت بمعالجة الواقعة المعينة ليتمكن المفسر من تصور نفس الواقعة التي أراد المشرع تنظيمها ، وليعيد الى ذهنه الظروف التي طوقت الواقعة • سواء كانت سياسية أم أخلاقية أم اجتماعية أم اقتصادية[٨] •

ومن الاعمال التحضيرية التي يستعان بها في التعرف على قصد المشرع الاسباب الموجبة التي يلخص فيها المشرع المصالح التي اقتضت سن قانون معين أو تعديله • الا ان دورها لا يتعدى ايضاح الغرض من التشريع • فلا يجوز الرجوع اليها واعتبارها الاساس في استخلاص المعنى أمام صراحة النصوص • وفي ذلك تقول محكمة التمييز العراقية في قرارها المرقم ٢٨٧ مدنية اولى / ٩٧٠ في ١٩٧١/٤/٢٩ : (الاسباب الموجبة ولو انها توضح الغرض من التشريع غير انه لا يجوز الرجوع اليها واعتبارها هي الاساس أمام صراحة النصوص لان ذلك سيكون بمثابة الاجتهاد في مورد النص) •

وجدير بالذكر ان القضاء الانكليزي يختلف تماما في هذا المجال عن القضاء الاوربي • فمن المسلم في قوانين القارة الاوربية ــ انه حيث تكون عبارة النص غامضة يستطيع القاضي في سبيل التعرف على قصد المشرع ان يرجع الى الاصل التأريخي للنص والى الاعمال التحضيرية كالمذكرات التي صاحبت مشروع القانون والمناقشات التي دارت حوله في المجالس التشريعية ولجانها المختلفة ولكن يد القاضي الانكليزي مغلولة في هذا الخصوص اذ يجب عليه أن يقتصر على ما قرره المشرع من النص وليس له أن يتجاوز في بحثه الى ما وراء ذلك فعلى القاضي الانكليزي أن يلتزم النص حتى لو أدى الى نتيجة تخالف مقاصد الشارع فلا يحق له أن يرجع الى الاعمال التحضيرية مثلا • فالمعنى الذي يقصده المشرع من القانون هو ذلك المعنى المستفاد من عبارته ليس غير وليس للقاضي أن يدخل في الاعتبار شيئا آخر غير النص

(٨) جني نبذة ١٠٣ •

وعباراته حتى ولو كان يعلم شخصيا انه يستطيع الكشف عن القصد الحقيقي للمشرع لو رجع الى الاعمال التحضيرية • وقد قيل تبريرا لهذا ان آخر شخص يستطيع تفسير التشريع هو من قام بتحريره ، ذلك لانه يميل عندئذ الى الخلط بين ما أراد وقصد وبين ما تعبر عنه الالفاظ فعلا[٩] •

ودليل ذلك ان المادة ٣٣ من القانون الموحد الخاص بالشيك الذي وضعته اتفاقية جنيف عام ١٩٣١ نصت على انه لا يؤثر على الشيك موت الساحب أو خروجه عن الاهلية بعد السحب وحيث لا يتضمن القانون الموحد الخاص بالكمبيالة نصا مماثلا فقد طالب بعض المندوبين في مؤتمر جنيف حذف هذا النص من مشروع القانون الموحد للشيك • وقد استندوا في طلبهم الى ان وجوده قد يؤدي بالبعض الى أن يقفوا بحكم مخالف بالنسبة للكمبيالة خاليا منه واكتفى بأن يتضمن تقرير المؤتمر بشأن مشروع قانون الشيك النص الآتي :ــ

« من المفهوم انه لا يمكن الاستناد الى هذه المادة للقول عن طريق الاخذ بمفهوم المخالفة بان موت الساحب أو خروجه عن الاهلية بعد سحب الكمبيالة يمس آثار الكمبيالة فالقاضي في البلاد الاوربية له أن يرجع الى هذا التقرير باعتباره من الاعمال التحضيرية ويستخلص حكما للكمبيالة مشابها لحكم الشيك المنصوص عليه صراحة أما القاضي الانكليزي فليس له أن يرجع لهذا التقرير • ومن الامور المحتملة أن يؤدي به الى الاخذ بحكم مخالف لما قصد اليه واضعو القانون المدني الموحد الخاص بالكمبيالة»[١٠] •

ولما كانت مهمتنا في هذه الرسالة البحث عن أفكارنا الاصيلة التي تقابل الافكار القانونية الغربية فلابد من الاشارة هنا الى مدى أهمية الاعمال التحضيرية في الفقه الاسلامي •

(٩) الدكتور عبدالمنعم البدراوي ، اصول القانون المدني المقارن ، الطبعة الثانية ، ١٩٧٠ ، ص ٢٦٥ .

(١٠) المرجع السابق ، ص ٢٦٧ ، نقلا عن جوتردج .

والواقع ، ان دور الاعمال التحضيرية يقتصر على التشريعات الوضعية دون أن يكون لها محل في التشريعات السماوية ومنها الشريعة الاسلامية • وكل ما هنالك ان أسباب النزول التي بحثها فقهاء الاصول والتفسير قد تتشابه في بعض الوجوه مع الاسباب الموجبة • ولبيان ذلك أعرض ما يلي :

القرآن الكريم قسمان • قسم نزل من الله تعالى ابتداء غير مرتبط بسبب من الاسباب الخاصة ، وانما تنزل لمحض هداية الخلق الى الحق ، وهو كثير لا يحتاج الى بحث أو بيان • وقسم نزل مرتبطا بسبب من الاسباب الخاصة • ولذلك يحسن بي في مجاله أن أبين معنى سبب النزول وفوائد معرفته ، وأثر السبب في لفظ الشارع اذا تفاوتا في العموم والخصوص ، وذلك بشيء من الايجاز في الفقرات الآتية :(١١)

أ ـ معنى سبب النزول :

سبب النزول هو ما نزلت الآية أو الآيات متحدثة عنه أو مبينة حكمه وقت وقوعه • فاذا نزلت الآية أو الآيات الكريمة بمناسبة حادثة في زمن النبي (ص) أو سؤال وجه اليه لبيان ما يتصل بتلك الحادثة أو بجواب هذا السؤال ، اعتبرت الحادثة الواقعة أو السؤال الموجه سببا للنزول •

ب ـ فوائد معرفة أسباب النزول :

لاسباب النزول فوائد متعددة أهمها ما يلي :ـ

١ ـ معرفة حكمة الله على التعيين فيما شرعه بالتنزيل •

٢ ـ الاستعانة على فهم الآية ودفع الاشكال عنها • حتى لقد قال الواحدي : لا يمكن معرفة تفسير الآية دون الوقوف على قصتها وبيان نزولها • وقال الامام ابن تيمية : معرفة سبب النزول يعين على فهم

(١١) انظر الشيخ محمد عبدالعظيم الزرقاني . مناهل العرفان في علوم القرآن ، ج ١ ص ٩٩ وما بعدها .

الآية فان العلم بالسبب يورث العلم بالمسبب ، ومثال ذلك ، قوله تعالى في سورة البقرة : « ولله المشرق والمغرب فاينما تولوا فثم وجه الله ان الله واسع عليم » ذلك ان هذا اللفظ الكريم يدل على ان للانسان أن يتجه في صلاته الى أية جهة شاء ولا يجب أن يولي وجهه شطر المسجد الحرام ، لا في سفر ولا حضر • ولكن اذا علم ان سبب الآية نزلت في نافلة السفر خاصة ، أو فيمن صلى باجتهاده ، ثم بان له خطؤه تبين له ان الظاهر غير مراد ، انما المراد التخفيف على المسافر في صلاة النافلة أو على المجتهد في القبلة اذا صلى أي منهما وتبين له خطؤه(١٢) •

٣ ـ دفع الحصر عما يفيد بظاهره الحصر • مثل قوله تعالى في سورة الانعام « قل لا أجد فيما اوحي الي محرما على طاعم يطعمه الا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا أو لحم خنزير ، فانه رجس أو فسقا أهل لغير الله به » • فقد ذهب الامام الشافعي الى ان الحصر في هذه الآية غير مقصود • وحجته في ذلك انها نزلت بسبب اولئك الذين أبوا الا أن يحرموا ما أحل الله ويحلوا ما حرم الله عنادا منهم ومحادة لله ورسوله • فنزلت الآية بهذا الحصر الصوري مشادة لهم لا قصدا الى حقيقة الحصر •

٤ ـ تيسير الحفظ وتسهيل الفهم • ذلك لان ربط الاسباب بالمسببات ، والاحكام بالحوادث ، والحوادث بالاشخاص والازمنة والامكنة ، يكون من دواعي تقرر الاشياء وثبوتها في الذهن وسهولة استذكارها عند استذكار مقارناتها في الفكر • وذلك ما يعنيه قانون تداعي المعاني المقرر في علم النفس •

ج ـ العموم والخصوص بين لفظ الشارع وسببه :

لا أريد الاطالة في هذا الموضوع وانما اتعرض لأهم المسائل الاصولية

(١٢) الشيخ عبدالعظيم الزرقاني ، المرجع السابق ، ص ١٠٢ .

الشائعة في هذا المجال وهي عموم اللفظ وخصوص السبب • فاذا أتى الجواب أعم من السبب أو كان السبب أخص من لفظ الجواب فأيهما المعتبر ؟ أهو عموم اللفظ أم خصوص السبب ؟•

ذهب الجمهور الى ان الحكم يتناول كل أفراد اللفظ سواء كان من أفراد السبب أو غير أفراد السبب • مثال ذلك حادثة قذف هلال بن أمية لزوجته التي نزل فيها قوله تعالى (والذين يرمون أزواجهم •••) • فاننا نلاحظ فيها ان السبب خاص وهو قذف هلال ولكن الآية النازلة فيه جاءت بلفظ عام هو لفظ الذين ، وهو اسم موصول والموصول من صيغ العموم كما سبقت الاشارة الى ذلك • ولا نحتاج في تطبيق هذا الحكم على غير هلال الى دليل آخر من قياس أو سواه ، لانه ثابت بعموم النص • ولا قياس ولا اجتهاد مع النص • ورأى بعض الفقهاء ان العبرة بخصوص السبب • ومعنى هذا ان لفظ الآية يكون قاصرا على الحادثة التي تنزلت لحكمها • أما أشباهها فلا يعلم حكمها من نص الآية ، وانما يعلم بدليل مستأنف آخر هو القياس اذا استوفى شروطه أو قوله (ص) : حكمي على الواحد حكمي على الجماعة •

ويلاحظ أن حكم النص العام الوارد على سبب يتعدى عند جميع الفقهاء الى أفراد غير السبب • بيد ان أكثرهم رأى انه يتناولهم بهذا النص نفسه وقال غيرهم انه لا يتناولهم الا قياسا أو بنص آخر كالحديث الشريف المشار اليه قبل قليل •

يتضح مما ذكر ، ان أسباب النزول شأنها شأن الاسباب الموجبة ، تساعد على ايضاح معنى النص والتعرف على حكمته ولكن دون أن تكون أساسا لاستنباط الاحكام من النص أو مؤثرا في عموم ألفاظ النص • وأما أهم ما يختلفان فيه ، فهو ان الاسباب الموجبة وثيقة مكتوبة تلحق بالتشريع

لبيان حكمته ، أما أسباب النزول فهي دراسة فقهية لاحقة كان غرضها تسجيل العوامل والظروف التي أدت الى نزول الآيات الكريمة •

وبالنظر لاهمية الالمام باسباب النزول فقد اعتبر الالمام بها وبظروف تنزل الآيات الكريمة من الشروط الواجب توافرها في المجتهد •

المطلب الثاني

المصادر التاريخية Historical Sources

يقصد بالمصادر التأريخية المراجع التي يأخذ منها المشرع قواعد قانونه ويستمد منها أحكامه • فالقوانين الاوربية الغربية تعتبر مصادر تأريخية لأغلب القوانين الحديثة في البلاد العربية التي استمدت أحكامها القانونية منها • كما ان الشريعة الاسلامية تعتبر المصدر التأريخي لقانون الاحوال الشخصية المعمول به لدينا ، وأحد مصدرين تأريخيين لأكثر القوانين المدنية العربية • وكذلك شأن مجلة الاحكام العدلية التي تعتبر مصدرا تأريخيا لمعظم أحكام القانون المدني العراقي •

ان في وسع القاضي حين يجد نصا غامضا لا يعالج بوضوح جوانب الواقعة ، أن يرجع الى المصدر الاصلي الذي استمد منه المشرع حكم هذا النص وأن يفسره على ضوئه • فهو يعمد مثلا الى الرجوع الى أحكام الشريعة الاسلامية لتفسير نصوص قانون الاحوال الشخصية المعمول به لدينا ، والى التشريعات الاجنبية وبعض أحكام الشريعة الاسلامية في تفسير نصوص القوانين المدنية العربية • وهذا ما يفسر لنا استعانة القضاء والفقه في مصر ، في ظل القانون المدني القديم ، بنصوص القانون المدني الفرنسي على اعتباره المصدر التأريخي للقانون المصري في تفسير نصوص هذا القانون • ومن الامثلة على هذه الاستعانة ، تفسيره للمادة (٥٥٥) مدني مصري مختلط التي نصت على ان « قسمة المال عينا تعتبر بمنزلة بيع كل من الشركاء حصته الشائعة قبل القسمة لمن وقعت في نصيبه ويترتب عليها ما يترتب على البيع » • وتعني هذه المادة ان القسمة كالبيع ناقلة للملكية • وهذا الحكم خطأ لان القسمة غير البيع • فهي كاشفة للملك وليست ناقلة

له • بمعنى ان كل متقاسم يعتبر انه كان دائما مالكا نصيبه المفرز ولم يكن له أي حق على ما وقع في نصيب غيره من المتقاسمين • وبالرجوع الى أصل هذه المادة في القانون الفرنسي أمكن للمحاكم المختلطة القول بان المشرع المصري قد زل فيها ، وانه لم يكن يريد الخروج على المبدأ المسلم به في القانون الفرنسي ، وهو ان القسمة كاشفة للملك لا ناقلة له[1] • كما استعان الفقه والقضاء في مصر بالشريعة الاسلامية لتفسير النصوص المتعلقة ببعض مسائل المعاملات كالشفعة وبيع المريض مرض الموت • وكذلك جرى القضاء العراقي على الاستعانة بالشريعة الاسلامية واللجوء الى كتب الفقه الاسلامي في التفسير سواء في مجال الاحوال الشخصية أو في مسائل المعاملات المالية • ومعلوم ان سجل المحاكم الشرعية حافل بذلك • وحسبي هنا أن أورد على ذلك مثلا هو قرار محكمة التمييز ١١ / شرعية / ١٩٧٠ الصادر في ١٩٧٠/٦/٢٤ والذي جاء فيه[2] : (ولما كانت المادة (٩٣١) من القانون المدني التي بحثت عن الوكالة العامة فقد نقلت حرفيا من المادة ٩٢٢ من مرشد الحيران وان التفسير الذي ذهب اليه فقهاء الشريعة الاسلامية هو ان الوكالة العامة تقتصر على المعاوضات ولا تشمل التبرعات أو الاسقاطات أو التفريق أو الطلاق أو الوقف ما لم ينص الموكل صراحة في الوكالة العامة على تخويله مثل هذه التصرفات ولما كانت الوكالة العامة المذكورة لم يرد فيها نص يخول الوكيل حق وقف سهام موكلته من القطعة المذكورة لذا فلا يمكن الاستناد اليها لاصدار الحجة الشرعية بصحة الوقف فيما يتعلق بسهامها) •

وقد أشارت محكمة التمييز في هيئتها العامة الى هذا الموضوع بصورة أوضح في قرارها المرقم ١٧٤٦ / حقوقية / ٩٦٨ في ٣-٥-٩٧٠ الذي بينت فيه ما يلي[1] : (وقد وجد ان المادة ٩٣١ من القانون المدني التي أجازت

(١) مرقس ، المرجع السابق ، ص ١٣٥ •
(٢) النشرة القضائية ، السنة الاولى ، العدد الثاني ، ص ٢١ •

الوكالة العامة لم تعين التصرفات التي يحق للوكيل العام القيام بها والتصرفات التي تمتنع عليه فوجب الرجوع الى الشريعة الاسلامية وهي مصدر هذه المادة عملا بالفقرة الثانية من المادة الاولى من القانون المدني • ان القول المفتى به في الشريعة الاسلامية هو ان الوكالة العامة تقتصر على المعاوضات ولا تشمل التصرفات الضارة بالموكل كالطلاق والوقف والهبة والابراء والحط من الدين ما لم ينص الموكل عليها صراحة وذلك لان الغاية من الوكالة حفظ مصالح الموكل لا الاضرار به •••)

وقد رأى البعض ان الرجوع الى المصدر التأريخي غير ضروري بدعوى ان النص متى وضع في تشريع وطني أصبح مستقلا ليحيا حياته الخاصة في البيئة الجديدة التي نقل اليها • الا ان هذا الرأي منتقد لما ينطوي عليه من مغالاة وانكار لما هو متعارف عليه بين رجال القانون من فائدة الرجوع الى المصادر التأريخية في تفسير النصوص • واذا كان النص الذي نقل عن التشريع الاجنبي سيحيا حياته الخاصة في بيئته الجديدة ويكتسب بذلك استقلالا عن أصله أو مصدره التأريخي ، فان هذا لن يكون الا بعد مرور الزمن الكفيل بتأقلم هذا النص • أما في مبدأ الامر فان المفسر لايستطيع الاستغناء عن الرجوع الى المصدر التأريخي • ولذلك ، فان الرجوع الى المصدر التأريخي يعتبر أصلا مسلما به من اصول التفسير[٣] •

أما اذا كان أصل المادة أجنبيا كأن يكون فرنسيا أو انكليزيا وتعذر التوفيق بين النص العربي وذلك الاصل فان العمل يجب أن يكون وفقا لما يدل عليه النص العربي ولا يرجع الى ذلك الاصل الا اذا كان اللفظ العربي يحتمل معاني متعددة ويعتبر الاصل حينئذ قرينة على ترجيح أحد المعاني التي يحتملها النص العربي[٤] • وقد قيل في ذلك انه[٥] (ليس من السائغ

(٣) البدراوي ، المرجع السابق ، ص ٢٣٤ وما بعدها .
(٤) الدكتور زكريا البري ، اصول الفقه الاسلامي ، ص ١٩٢ .
(٥) الاستاذ عبدالوهاب خلاف ، المرجع السابق ، ص ١٦١ .

قانونا ولا عقلا أن يسن المشرع قانونا من القوانين بلغة ويتطلب من الامة أن تفهم ألفاظ مواده وعباراته على مقتضى أساليب وأوضاع لغة أخرى لان شرط صحة التكليف بالقانون هو قدرة المكلفين به على فهمه • ولهذا يوضع القانون في الامة بلسانها وبلغة جمهور أفرادها ليكون في استطاعتهم فهم الاحكام منه بأساليب الفهم في لغتهم) •

وقد أخذت بهذا المبدأ محكمة استئناف مصر في حكمها الصادر في ٣٠ يناير ١٩٢٩ الذي قرر انه يتحتم الاخذ بالنص العربي ولا يصح الاخذ بنص غيره[٦] •

ان ما يقابل المصادر التأريخية في الشريعة الاسلامية ما هو معروف بشرع من قبلنا • الا ان هناك فارقا كبيرا يقوم بينهما هو ان (شرع من قبلنا) يعتبر دليلا شرعيا تبعيا أي مصدرا للاحكام ، أما المصادر التأريخية فيقتصر دورها على التفسير أي انها تعتبر من المصادر التفسيرية وما نجده من شبه بينهما يتلخص في كونهما يمثلان خلفية تأريخية للاحكام • ولأهمية هذه المسألة لابد من الكلام عليه بايجاز فيما يلي :

ان المقصود بشرع من قبلنا هو الاحكام التكليفية التي وردت في الكتاب والسنة حكاية عن الامم السابقة • وقد أثارت هذه الاحكام تساؤلا حول مدى اعتبارها جزءا من الشريعة الاسلامية • وغني عن الذكر ان ما لم يرد ذكره في شريعتنا من أحكام تكليفية شرعت للامم السابقة يستبعد من نطاق البحث[٧] ، لانه لا يعتبر شرعا لنا أما ما ورد ذكره فيختلف باختلاف طريقة وروده • وقد قسمه الاصوليون بهذا الاعتبار الى ثلاثة أنواع[٨] :

(٦) انظر مجلة المحاماة . السنة التاسعة ، ص ٥٢٩ .
(٧) الاستاذ البكري ، المرجع السابق ، ص ٦٤٠ .
(٨) انظر الدكتور زكريا البوي ، المرجع السابق ، ص ١٧٤ وما بعدها .

أما النوع الاول : فهو ما ورد في الكتاب والسنة وقام الدليل الشرعي على تكليف المسلمين به كالصيام الذي أوجبه الله تعالى على الامم السابقة ، وأوجبه علينا مع اختلاف في شكل الاداء • ولا اختلاف بين علمـاء الاصول حول وجوب الاعتداد بهذا النوع

وأما النوع الثـاني : فهي ما ورد في الكتاب أو السـنة وقام الدليل الشرعي على نسخه • ولا اختلاف بين الاصوليين حول عدم الاعتـداد به • ومن أمثلته تحليل غنائم الحرب على المسلمين فقد كانت محرمة على من قبلهم من الامم ، عملا بالحديث الشريف (أحلت لي الغنـائم لم تحل لأحـد من قبلي) •

ان محـل الخلاف بين الفقهـاء هو النوع الثـالث ، ويعني الحكم السماوي السابق الذي شرعه للامم السابقة وقصه في كتابه أو ورد في أحاديث رسوله دون أن يوجد في سياق النص ما يدل على اقراره أو نسـخه • كقوله تعالى (وكتبنـا عليهم فيهـا ان النفس بالنفس والعين بالعين والاذن بالاذن والسن بالسن والجروح قصاص)[9] • فقد ذهب الحنفية والحنابلة وجمهور المالكية الى اعتباره شرعا لنا • ورأى جمهور الشافعيـة والاشاعرة والمعتزلة عدم اعتباره ولكل فريق أدلته التي لا أجد مبررا للخوض فيها •

والراجح هو ان الاستدلال بشرع من قبلنا مآله الى النصوص الكريمة وانه ليس دليلا مستقلا • فما جاء في الشرائع القديمة من أحكام تكليفية ورد ذكرها في شريعتنا لا تعتبر واجبة الاتباع في حد ذاتها بل لانها ثابتـة بالدليل المستفاد من سياق النص الذي اشتمل عليه أو من نص آخر • ومع ذلك لابد من القول ان الشريعة الاسلامية جاءت مصدقة ومتممة لما قبلهـا من الشرائع السماوية السابقة وانها تتفق مع الشـرائع السماوية الاخرى في قيم الايمان

(٩) سورة المائدة ، الآية ٤٩ .

والتوحيد • ولذلك أبقت على الاصول العامة للدين والاحكام التي لا تتغير بتغير الاقوام والازمان •

ولابد من الاشارة هنا الى ان الاحكام الشرعية وكذلك القانونية ترجع في أصلها الى العادات يسترشد في تفسيرها بما هو مستقر عـادة • فالاعراف الموجودة حين نزول الوحي تحمل عليهـا الالفاظ التي لم يرد عن الشـارع تفسير صريح لها • وفي ذلك يقول الشاطبي في الموافقات[10] :

(لابد لمن أراد الخوض في علم القرآن والسنة من معرفة عادات العرب في أقوالها وأفعالها ومجاري عاداتهـا حالة التنزيل من عند الله والبيـان من رسوله • لان الجهل بها موقع في الاشكالات التي يتعـذر الخروج منها الا بهذه المعرفة •) وقرر الفقهاء ان صيغ العقود والعبـارات المنشئة للتصرفات يرجع في تفسيرها الى العرف • جاء في قواعدهم :

مطلق الكلام فيما بين الناس ينصرف الى المتعارف • ومن هنا قالوا : ان الايمان تبنى على العرف • فلو حلف لا يدخل بيتـا لا يحنث بدخول الكعبة أو المسجد مع ان الله سمى الكعبـة بيتا في قوله تعالى (ان أول بيت وضـع للناس للذي ببكة مباركا)[11] • ولو حلف لا يأكل خبـزا وكان معتاد بلده أكل خبز القمح فلا يحنث بأكل خبـز غيره من الذرة والشعير والارز • ولو حلف لا يجلس تحت سقف لا يحنث بجلوسـه في العراء تحت السـماء وان سماها الله سقفا (وجعلنا السماء سقفا محفوظا)[12] •

ومثل ذلك كثير في كتب الفقه •

(١٠) جـ ٣ ، ص ١٥١ .
(١١) سورة آل عمران ، الآية ٩٦ .
(١٢) سورة الانبياء ، الآية ٣٢ .

واذا كان دليل (شرع من قبلنا) يختلف الى مدى بعيد عن المصدر التأريخي في معناه وأهميته ، فان الرجوع الى الاعراف والعادات العربية في تفسير النصوص الكريمة التي أقرتها يعتبر رجوعا الى المصدر التأريخي بمفهومه القانوني .

المبحث الثاني

القيـــاس

Analogi

ان المقصود بالقياس هنا هو ما يسمى في علم المنطق بالتمثيل ، ويعبر عنه أيضا بقياس النظير . وتوضيح ذلك : ان الحجة أي الدليل عند المناطقة على ثلاثة أقسام هي القياس والاستقراء والتمثيل . ووجه الحصر في هذه الأقسام هو انه لابد من وجود تناسب بين الدليل وبين المطلوب ، فان كان ذلك التناسب حاصلا باشتمال الدليل على المطلوب سمي قياسا . وهذا معنى قولهم « القياس المنطقي هو الاستدلال بالكلي على الجزئي » . ويمكن أن يمثل لذلك بالقضايا المعينة التي تدخل ضمن القواعد الكلية في القانون . وان تحقق ذلك التناسب باشتمال المطلوب على الدليل سمي استقراءا . وهو معنى قول المناطقة « الاستقراء هو الاستدلال بجزئي على كلي » . ومثال ذلك ما يفعله رجال القانون من الاستدلال بأفكار جزئية على مبادىء عامة . وان لم يشتمل أحدهما على الآخر أي لم تشتمل الحجة على المطلوب ولم يشتمل المطلوب على الحجة ، ولكنهما اشتركا في أمر يعمهما سمي تمثيلا . وهو عند المناطقة استدلال بجزئي على جزئي . وهو الذي يسميه الفقهاء قياسا[1] .

أما القياس المنطقي[2] Syllogism - Reduction فهو قول مؤلف

(١) انظر حاشية الشيخ حسن العطار علي ايساغوجي . مطبعة العامرة العثمانية ، القاهرة ١٣١١ هـ ، ص ١١٩ . البرهان للكلنبوي ، مطبعة السعادة ، القاهرة ، ١٣٤٧ هـ . حاشية عبدالله اليزدي . ص ١١٤ .

(٢) انظر جني ، نبذة ٨١ .

من قضايا يلزم عنها لذاتها قول آخر • وهو مؤلف من مقدمتين ، احداهما صغرى والاخرى كبرى ، متى حصلتا في الذهن انتقل الذهن الى النتيجة • فاذا صدق مثلا ان (العالم متغير وكل متغير حادث) انتقل الذهن الى المطلوب فورا وهو (العالم حادث) •

ان القياس المقصود في بحثنا هذا يعرف بانه الحاق أمر لم ينص على حكمه في التشريع بأمر نص عليه فيه لاشتراك الامرين في سبب الحكم • فالتماثل بين الاحوال يعتبر الركن الاساس لقياس المشابهة أو النظير • ومن ثم يجب التأكد من طبيعة هذا التماثل المطلوب • وفي ذلك يقول جني نقلا عن سون uuos (٣) « ان شرعية القياس تتحقق عندما تشتمل الفروض غير المتوقعة على عناصر مشابهة تلك التي جسدت الحكم المشرّع من حيث كونها تمثل الاسس الحقيقية لذلك الحكم ، ذلك لان تطبيق القياس يبرره تشابه الجوهر » • فالتشابه المطلوب هو الذي يحصل بين جوهر العناصر التي تجسد الحكم التشريعي وبين عناصر الواقعة الجديدة • وعند تحقق ذلك يستخلص المبدأ الذي يشكل ، كما يقول جني ، الرابطة بين القرار والامر الذي يقرر له • ولذلك يجب البحث عن الحد الاوسط الضروري للقياس ، في مراعاة السياسة التشريعية التي تضم في معظم الاحوال الباعث الاخلاقي والاجتماعي والاقتصادي الهادف الى تحقيق الحكمة التي صدرت عنها القاعدة التشريعية وكانت بمثابة نموذج لها »(٤) •

ان هذه الملاحظة التي أوردها جني بصدد البحث عن التماثل المطلوب ، تعني ان عملية ادراج الحالة الواقعية ضمن الحالة النموذجية يجب ألا تكون مجرد استنتاج منطقي محض بل يتعين أن تراعى الغاية من التشريع • وبذلك

(٣) جني نبذة ١٦ .
(٤) جني ، فقرة ١٦٥ .

يتحول القياس – في رأيي – الى فن منطقي يواجه مشاكل الحياة القانونية المتجددة في ضوء التقويم العلمي للمصالح التي ينظمها القانون والمنهج الاجتماعي المهيمن على تنظيم العلاقات القانونية في المجتمع • والى ذلك أشارت المذكرة التفسيرية لمشروع القانون المدني لجمهورية اليمن الديمقراطية بقولها(٥) :

« لم يعالج المشرع مسؤولية صاحب الملهى تجاه الرواد فيما اذا شرب أحدهم ودارت الخمر برأسه فاعتدى على زبون آخر كان يستمتع في هدوء بلحظة استرخاء • ان وضع المصالح بالنسبة الى الملهى ، وهي الحالة الواقعية غير المنصوص عليها شبيه بوضع المصالح بالنسبة الى الفندق وهي حالة نموذجية واردة في التشريع • وفي الحالين يتواجد نفر من الناس لا يعرف بعضهم بعضا ، من مكان يديره شخص آخر للحصول على بعض الخدمات لقاء مقابل • ويعرف صاحب المكان مدى امكانيات السلام والشجار في قاعاته ويستطيع أن يتوقع سلفا أي ازعاج ويستعين بجهة الامن لحفظ النظام • وقد نص القانون (في جمهورية اليمن الديمقراطية) في المادة (١٤٢٣) على ان الفندق يلتزم بكفالة الامن الفندقي ويعفى من المسؤولية اذا ثبت ان ما لحق النزيل من ضرر انما يرجع الى قوة قاهرة أو خطأ النزيل أو فعل الاشخاص الذين يترددون عليه أو يرافقونه • ويسري هذا الحكم على الملهى أخذاً بالقياس لان اجراء القياس في هذه الحال يحقق الحكمة من التشريع » •

واذا كان كلامنا في هذا البحث يقتصر على قياس المشابهة أو النظير

(٥) جني ، فقرة ١٦٥ . انظر ص ٤٠ وما بعدها من المذكرة التفسيرية .

مستبعدين البحث في القياس المنطقي فان أهميـة قياس المشابهة وموقعه بين مصادر الاحكام تتفاوت بين القانون والشريعة الاسلامية التي أولاه علماؤها اهتماما كبـيرا • ولذلك فانني سأوزع هـذا المبحث على ثلاثـة مطالب • أخصص أولها للكلام على القياس في القانون بصوره عامـة ، وأعقد ثانيها للكلام عليه في دائرة الشريعة الاسلامية • وأفرد ثالثهـا لبيان موقف القانون المدني العراقي من القياس •

المطلـب الاول

القياس في القـانون

يقتضيني الكلام على القياس في القانون عرض صـوره وبيان أساس قوته وتحديد موقعـه بين مصادر القـانون أي بيان ما اذا كان يعتبـر من مصادر القانون الرسمية أم من مصادره التفسيرية • وسأتكلم في ذلك بايجاز في الفروع الثلاثة الآتية :ـ

الفـرع الاول

« صـور القيـاس »

ان للقياس من حيث النظر الى المقيس عليـه صورتين بارزتين : كما هو المعروف لدى الفقهاء الالمان ، هما القياس التشريعي والقياس القانوني[1] •

أما القيـاس التشريعي فيتكون من تطبيق نص ينظم حالة معينـة على حالة اخرى غير منصوص عليها لوجود تشابه في الحكمة بين الحالتين • أي قياس حالة لم يرد بشأنها نص على حالة ورد بشأنهـا نص • فيكون المقيس عليه نصا من نصوص القانون • ويطلق عليه Analogie Legis ومثل لذلك بقياس الختم وبصمة الاصابع على الامضاء في المادة ٢٤٧ مدني مصري قديم التي كانت تقضي بأن المحررات غير الرسمية تكون حجة على المتعاقدين بهـا ما لم يحصل انكار الكتابة والامضاء[2] •

---

(١) جني نبذة ١٠٧ ، د. مرقس ، المرجع السابق ، ص ٢٢٨ .
(٢) د. محمد كمال عبدالعزيز ، المرجع السابق ، ص ١٦٠ .

وأما القياس القانوني فهو قياس حالة لم يرد بشأنها نص على مجموع المباديء القانونية وروح النظام القانوني • ويطلق عليه Analogie Juris. ويسمى أيضا القياس القانوني • ذلك انه يتحقق حيث يكون المقيس عليه نظاما كاملا من الانظمة أو موضوعا شاملا من المواضيع نص القانون تفصيلا على الأحكام الخاصة بجزئياته في مواد عديدة ، بينما يكون المقيس موضوعا خاصا أو نظاما آخر لم ينص القانون على أحكامه ولكن ثمة أوجه شبه بين الموضوعين أو النظامين • ومن أمثلة ذلك ، تطبيق أحكام العقود المسماة على العقود غير المسماة التي لم ينص على أحكامها متى كانت مشابهة للمسماة في الجوهر ، وتطبيق أحكام الوصاية على الاولاد الشرعيين التي نص عليها القانون على الاولاد الطبيعيين ــ اي غير الشرعيين ــ التي لم ينص عليها مع بعض الاختلافات التي تقتضيها الحال[٣] •

ومن هذا القبيل ما قد يقوم به الفقيه من استخلاص الفكرة العامة من النصوص القائمة لتكون أساسا لنظرية عامة تندرج تحتها كل الروابط القانونية المماثلة لتلك التي نظمها المشرع • وذلك كالمحاولة الفقهية التي أريد بها القياس على النصوص بتحريم الربا الفاحش والغبن في حالات معينة وابطال تصرفات ناقصي الاهلية أو من شاب رضاءهم عيب الغلط أو التدليس أو الاكراه لاستخلاص نظرية عامة تقضي باعتبار كل العقود التي لا يحصل فيها أحد المتعاقدين على مثل ما أعطى قابلة للابطال • وهي المحاولة الفقهية التي تأثر بها المشرع في التقنين المدني المصري فعبرت عنها المادة ١٢٩ مصري التي تجيز ابطال العقد الذي يستغل به أحد الطرفين طيش الطرف الآخر أو

(٣) الدكتور عبدالحميد المتولي ، مصادر الاحكام الدستورية في الشريعة ، مجلة الحقوق ، الاسكندرية ، العدد الاول والثاني ، سنة ١٩٦١ ، ص ٢٠٥ وما بعدها .

هواه الجامح ليستفيد منه أكثر مما قدم[٤] •

وقد يراد بالقياس أيضا النفاذ الى ما وراء النصوص القانونية من الافكار الاساس التي قامت عليها بغية الكشف عن المباديء العامة التي تهيمن على النظام القانوني لاستخلاص النتائج المترتبة عليها ، التي سعى عنها المشرع[٥] • ويمثل لذلك جني بمبدأ الحق في الحبس ، ومبدأ شبه العقد في حالة الكسب غير المشروع[٦] • وأهم مثل لذلك في القانون المدني الفرنسي نظرية الاشتراط لمصلحة الغير التي تبنتها المحاكم على أساس المادة (١١٢١) مدني فرنسي • فان هذه المادة تنص على ان العقد لا يفيد أجنبيا عنه الا أن يكون أحد المتعاقدين قد اشترط لنفسه ولأجنبي في ذات الوقت ، أو يكون العقد هبة مقترنة بشرط لمصلحة الغير • وقد ارتفعت المحاكم من هذا النص فيما استثناه الى المبدأ العام الذي لابد أن يكون المشرع قد صدر عنه في هذا النص ، وهو مبدأ جواز الاشتراط لمصلحة الغير • ثم فرعت على هذا المبدأ أحكام عقد التأمين لمصلحة الغير[٧] •

وجدير بالذكر ، ان هذا هو العمل الاساس لفقهاء القانون • فهم بهذا العمل يوسعون نطاق التشريع ويجعلونه أكثر انسجاما مع التطورات الاجتماعية[٨] • الا ان مثل هذا الاستنباط للنظريات أو المباديء العامة لا يعد في حقيقته نوعا من أنواع القياس ، فالقياس كما يقول الفقيه الايطالي الكبير ديلفيكيو يختلف عن الاستنباط Induction في انه لا يتجه من خاص الى عام وانما من خاص الى خاص مماثل له • أي ان كلا من المقيس والمقيس عليه

(٤) د. محمد كمال عبدالعزيز ، المرجع السابق ، ص ١٦٠ ، الدكتور محمد علي عرفه ، المرجع السابق ، ص ١٧٧ .
(٥) د. محمد كمال عبدالعزيز ، المرجع السابق ، ص ١٦٠ .
(٦) جني ، نبذة ١٦٦ .
(٧) د. مرقس ، المرجع السابق ، ص ٢٣٢ .
(٨) د. محمد علي عرفه ، ص ١٧٧ .

يكون مسألة جزئية وليس مبدأ عاما[9] .

وأرى أن هذه الصورة من الناحية المنطقية تدخل ضمن الاستقراء لا ضمن القياس ذلك لان الفقيه يستقريء أولا الاحكام الجزئية ليستنبط منها المبدأ العام ثم يجعل المبدأ العام مقدمة كبرى لقياس منطقي يستخلص منه أحكاما أخرى غير منصوص عليها . ومن المعلوم ان الاستقراء هو أحد أعمدة المنطق .

(٩) الدكتور عبدالحميد المتولي ، المرجع السابق ، ص ٢٠٦ .

الفرع الثاني

« اساس القياس »

أعني بأساس القياس الركيزة العلمية والمنطقية التي يستند اليها القياس في مشروعيته . وأهم الآراء التي قيلت بصدد ذلك ما يلي :-

أولا : ان القياس يستمد قوته وشرعيته من الارادة المفترضة للمشرع . وهذا هو رأي مدرسة الشرح على المتون . ويرد هذا الرأي بان الارادة المفترضة ارادة موهومة فلا يعقل أن تجعل أساسا لعمل حقيقي وواقعي .

ثانيا : يقول البعض ان أساس القياس هو العرف . وهذا القول مرفوض لان العرف اذا كان قادرا على خلق القانون فليس في مكنته اقرار وسيلة منهجية محضة لها نفس القوة . أي نفس قوة العرف[1] .

ثالثا : رأى العلامة سافيني[2] ان الفكرة الاساس لشرعية القياس هي الوحدة العضوية والانسجام التام للنظام القانوني الوضعي المتكون من التشريع والعرف . ذلك لان القانون الوضعي حسب رأيه يعتبر كائنا حيا متكاملا مكتفيا بالذات ، ويجد في مصدريه وهما التشريع والعرف بمساعدة القياس كل العناصر الضرورية لتطوره الكامل . الا ان ما ذهب اليه سافيني تعرض للنقد من قبل جني بحجة انه لم يقدم أساسا عقليا متكاملا وان كان نموذجا لقوة البصيرة وحدة الذكاء[3] .

(١) جني ، فقرة ١٦٥ .
(٢) جني ، فقرة ١٦٥ .
(٣) جني ، ف ١٦٥ .

رابعا : يرى جني ان أساس القياس هو الشعور الغريزي المتأصل وبيان ذلك كما يفصله بنفسه[٤] (اننا نشعر في أعماقنا بالحاجة الى المساواة أمام القانون ونتيجة لذلك نشعر ان الحالات المتماثلة في الطبيعة يجب أن يكون حكمها واحدا . أي ان القاعدة التي تحكم حالة معينة يجب أن تطبق على الحالات المتشابهة ما لم تكن هنالك أسباب تقتضي استبعاد الحالات المشابهة الاخرى من نطاق حكم القاعدة الاولى . وقد عبر عن هذا الشعور المثل التقليدي المعروف « اذا اتحد السبب اتحد القانون ») .

ان مفاد رأي جني هو ان القياس يقوم على فكرة خضوع العلاقات المتشابهة لقاعدة واحدة ، لان الروابط البشرية التي تشترك في مميزاتها الاساسية يجب أن تخضع لنفس القاعدة القانونية[٥] .

والى هذا المعنى أشار الفقيه تيرتوليان بقوله « ان كل النصوص التشريعية يجب النظر اليها باعتبارها وضعت لتنظيم الاشخاص والاشياء التي توجد في حال تماثل »[٦] .

والحقيقة ان الاستدلال بقياس النظير يفتقد الاساس الذي يبرر استخلاص النتيجة بعكس ما هو الحال في القياس المنطقي الذي يستتبع النتيجة بالضرورة . ولذلك فهو أي قياس النظير يعوزه أساس يبرره . ولا يوجد في رأيي أساس أمتن وأرسخ مما هو كامن في الشعور الغريزي المتأصل في النفس البشرية وهو ما أفصح عنه الاستاذ جني في رأيه سالف الذكر آنفا .

(٤) المرجع السابق .

(٥) الدكتور مختار القاضي ، المرجع السابق ، ص ١٤٩ ، نقلا عن كابيتان في مقدمته . الدكتور محمد كمال عبدالعزيز ، المرجع السابق ، ص ١٦٠ .

(٦) الدكتور محمود السقا ، المرجع السابق ، ص ١٦٨ .

الفرع الثالث

« موقع القياس بين مصادر القانون »

من المعلوم ان القول بان قياس النظير يدخل في نطاق التفسير ليس أمرا متفقا عليه ، لان هنالك اتجاها آخر يدخله في نطاق عملية سد الفراغ في القانون المكتوب .

ولتحديد موقع القياس بين مصادر القانون أهمية كبيرة . فاذا قلنا ان القياس مصدر تفسيري تعين عدم الالتجاء الى المصادر الاخرى في التفسير الا بعد استنفاد الالتجاء الى القياس وعدم التوصل الى النتيجة . واذا قلنا انه مصدر رسمي وجبت مراعاة موقعه بين المصادر الرسمية من حيث التسلسل عند الرجوع اليه .

هذا وقد توزعت الاجابة على ذلك على عدة آراء ألخصها فيما يلي :ـ

أولا : موقع القياس في رأي الفقه الالماني[١]

عنى الفقهاء الالمان كثيرا بموضوع القياس وتأثر بهم رجال الفقه الفرنسي وعلى رأسهم الفقيه الكبير جني منذ أواخر القرن التاسع عشر . ويتلخص رأيهم في عدم اعتبار القياس وسيلة من وسائل تفسير القانون . وانما هو يتجاوز ميدان التفسير ليكون أداة لسد النقص في التشريع . فالقياس عندهم يحتل مكانا وسطا بين طرق تفسير القانون وبين طرق انشائه

(١) انظر جني ، نبذة ١٠٧ . انظر الدكتور عبدالرسول الجصاني ، ترجمة البحث السابق ، ص ٨١ .

أي مصادره[٢] .

وقد نسب الاستاذ جني الى الفقيه الالماني ويند شايد الرأي القائل : ان القياس يقف في الوسط بين التفسير المجرد وبين خلق القانون ، وان له طبيعة مزدوجة لسببين[٣] . أولهما ، انه يعتمد على القانون المكتوب فهو أساسه الجوهري . وطبقا لافتراضات الوحدة العضوية ينشط دور القياس لملء الفراغات في النصوص التشريعية . وثانيهما ، ان القياس المنبثق عن الروح العامة للنظام القانوني يرتفع دون شك فوق مستوى النصوص .

والواقع[٤] ان المذهب السائد في المانيا هو ان قياس النظير يدخل في نطاق عملية سد الفراغ في القانون ، لانه ينطوي على تجاوز المعنى الحرفي للنص ، ويقوم بسد الفراغ في القانون في اللحظة التي يضطر فيها القاضي ، وهو يبحث عن العدالة والحق ، الى الركون بعيدا وراء المعنى الحرفي للنص القانوني .

ثانيا : موقع القياس في نظر الفقه السويسري[٥]

ان أغلب الشراح السويسريين يعتبر قياس النظير نوعا من التفسير مادام يستند الى حكمة التشريع . وذلك لان غاية المشرع لا يمكن أن تحدد بالمعنى الحرفي للنص .

ثالثا : موقع القياس في نظر الفقه الفرنسي

لم يعن الفقه الفرنسي العناية الكافية بموضوع القياس . وقد أشار

(٢) الدكتور عبدالحميد المتولي ، المرجع السابق ، ص ١٨٦ وما بعدها .
(٣) جني ، نبذة ١٠٧ .
(٤) الدكتور عبدالرسول الجصاني ، البحث السابق ، ص ٧٤ .
(٥) المرجع السابق ، ص ٧٤ وما بعدها .

الى ذلك الفقيه جني بقوله[٦] : ان أكثر الفقهاء الفرنسيين يخلط بين القياس وبين التفسير الواسع . ومع ذلك ، فان في الوسع تبين اتجاهين في الفقه الفرنسي حيال مركز القياس في دائرة القانون أولهما ، ما يسمى بالاتجاه التقليدي ، وثانيهما ، ما تبناه الفقيه جني ، وسأتكلم فيهما بايجاز .

آ ـ القياس في الاتجاه التقليدي :

لقد سلكت هذا الاتجاه مدرسة التزام النص (مدرسة الشرح على المتون) التي تسيدت الفقه الفرنسي طوال القرن التاسع عشر ، وحتى قبيل انتهائه . فكان في نظر هذه المدرسة اسلوبا من أساليب تفسير نصوص التشريع فحسب ، استنادا الى افتراض ان المشرع حين يضع قاعدة قانونية بناء على سبب قانوني أو ما يسمى حكمة التشريع ، يقصد ان يقرر جميع النتائج المترتبة على وجود هذا السبب ذاته في حالات أخرى غير الحالة التي نص عليها . أي اننا في حالة اعمال القياس على هذا الزعم انما نفسر ارادة المشرع وان كنا نفترضها .

ب ـ القياس في نظر مدرسة جني :

يرى الاستاذ فرنسوا جني[٧] : ان القياس ليس مجرد تفسير للنصوص وانما هو وسيلة من وسائل ما يسميه (البحث العلمي الحر) ذلك ، لاننا باعمال القياس نبتعد عن ميدان التفسير الان بحثنا يتجه عندئذ الى اكتشاف الارادة المفترضة للمشرع . والبحث عن هذه الارادة لا يعد ـ في نظر جني ـ تفسيرا لارادته ، لاننا ننسب الى المشرع انه قد أراد ولا نفسر ما أراد ، أما تفسير التشريع فيعني البحث عن مضمون ارادة المشرع عن

(٦) انظر جني ، ف ١٠٧ .
(٧) المرجع السابق ، ف ١٠٧ .

طريق عبارة التشريع ، ولا شأن له بما كان يصح أن تتجه اليه نية المشرع . فالقياس عند جني يعمل على تكملة التشريع لا تفسيره ، وذلك بما تتطلبه مقتضيات العدالة والصالح العام من غير منافاة أو مجافاة للتشريع القائم[٨] .

ان خلاصة رأي جني هي[٩] : ان القياس يمثل الحد الاوسط الذي يصل بين نتائج القاعدة القانونية وثمرات البحث الحر . وهو على أي حال ليس مصدرا تفسيريا ، بل انه وسيلة للبحث الحر عن الحكم القانوني .

يتضح مما تقدم ، ان المدرسة العلمية تأثرت بصورة بينة بالفقه الالماني الذي لا يرى في القياس اسلوبا للتفسير ولا مصدرا وانما يراه شيئا يحتل مكانا وسطا بين الاثنين .

وعلى العموم ، فان بعض القوانين المعاصرة أوجبت الرجوع الى القياس بالنص الصريح كالتقنين المدني الايطالي القديم في المادة (٣) منه ، والتقنين المدني البرازيلي في المادة (٧) منه ، ومشروع التقنين المدني لليمن الديمقراطية في المادة الثانية منه . ومعنى ذلك ان هذه التقنينات اعتبرته لجعل التشريع القائم صالحا لمواجهة الحالات المستحدثة[١٠] .

وجدير بالذكر ، انه يجب عند الاخذ بالقياس مراعاة منتهى الدقة والحذر حتى لا يؤدي ذلك الى احكام تغاير في جوهرها الاحكام الاصلية . ولهذا ينبغي التحقق من التشابه المطلوب بين الواقعتين ومن اتحادهما في السبب ، كما يجب التثبت من ان حكم الاصل ليس استثنائيا والا كان واردا على خلاف القياس . وما يرد على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه .

(٨) الدكتور عبدالحميد المتولي ، المرجع السابق ، ص ١٩٢ .
(٩) جني ، نبذة ١٦٥ .
(١٠) د. مرقس ، المرجع السابق ، ص ٢٣٠ .

ان التحقق من التشابه بين الواقعتين من حيث سبب الحكم ، يتطلب عقلا قانونيا ناضجا وثقافة مرهفة وادراكا للظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية القائمة ومعرفة بطبيعة الفكر السياسي السائد في المجتمع . وعند دمج هذه الامور تتجلى حكمة التشريع التي تعتبر روح القياس ومستنده .

أما التثبت من ان حكم الاصل ليس استثنائيا ، فأمر لابد منه . ذلك لان من القواعد المقررة فقها عدم جواز القياس على حكم استثنائي . ومع ذلك فاننا نجد بين رجال الفقه الوضعي رأيين مختلفين بهذا الصدد[١١] :

أما أولهما ، فيرى ان المستثنى لا يجوز القياس عليه لانه لا يجوز التوسع في تفسيره . ويمثله فريق من رجال الفقه الفرنسي والمصري[١٢] . وواضح ان منع القياس على المستثنى استنادا الى عدم جواز التوسع في تفسيره يقوم على أساس ان القياس من قبيل التفسير[١٣] .

وأما الرأي الثاني فقد نادى به جانب من رجال الفقه الفرنسي ، ومفاده ان المستثنى يجوز القياس عليه الا اذا كانت القاعدة (المستثناة) قاعدة خاصة بالمعنى الضيق .

أما المعيار المختار لاجراء التفرقة بين القواعد القانونية الاستثنائية والقواعد الخاصة (بالمعنى الواسع ، وبالمعنى الضيق) فهو ما يلي :-

أ - تتميز القاعدة الاستثنائية بانها تقضي بعكس ما يقرره مبدأ قانوني عام .

ب - اما القاعدة القانونية الخاصة بالمعنى الواسع فهي تلك التي تأتي بحكم

(١١) انظر الدكتور عبدالحميد المتولي ، المرجع السابق ، ص ٨٠ وما بعدها .
(١٢) المرجع السابق ، ص ٨٠ .
(١٣) المرجع السابق ، ص ٨٢ .

خاص لحالة معينة دون أن يقضي هذا الحكم بعكس ما يقرره مبدأ قانوني عام أو قاعدة عامة تقررت ابتداءا • مثال ذلك القواعد الخاصة بايجار الاراضي الزراعية • فهذه القواعد جاءت بأحكام خاصة لحالة كانت تسع لها القواعد العامة في الايجار وهي وان كانت قد قضت بغير ما تقضي به تلك القواعد العامة ، الا انها لم تقض بعكس ما قضت به ، ومن ثم كانت قواعد خاصة ولم تكن قواعد استثنائية •

جـ ـ القاعدة الخاصة بالمعنى الضيق هي تلك التي يختص فيها حكم القاعدة بالحالة التي تعرض لها ، اختصاصا يحول دون تعديته بالقياس الى ما عداها(١٤) •

(١٤) المرجع السابق . ص ٨١ ، ويشير لزيادة التفصيل الى رسالة الدكتور جلال العدوي الموسومة بـ (الاجبار القانوني على المفاوضة) .

المطلب الثاني

القياس في الشريعة الاسلامية

مما هو واضح ومستقر في فقه الشريعة الاسلامية ، ان الكتاب العزيز هو المصدر الاول والمستند الحقيقي لشرعية الاحكام والزامها ، وتليه السنة النبوية • أما الادلة الشرعية الاخرى فتستمد الالزام والشرعية من الموافقة الصريحة أو الضمنية للكتاب الكريم أو السنة • وقد بلغ الاصوليون منتهى ما يمكن أن يصل اليه فهم بشري لوثيقة مكتوبة بما توصلوا اليه من قواعد وضوابط مستقرأة من الواقع اللغوي والمنطقي للعبارات العربية • فاذا توقف الجهد المبذول للعثور على الحكم بسبب فقدان النص أو عدم شموله للواقعة الطارئة ولم يكن هنالك اجماع لجأ معظمهم الى القياس • ولذلك كان من الطبيعي ، طبقا لما تحلوا به من ورع ديني والتزام عقائدي بحكم الشرع ، أن يحيطوا القياس بشروط وضوابط صارمة تقي الفقهاء والقضاة من مغبة الوقوع في مزالق الهوى والتعسف والاعتباط ، لان ظاهر القياس يبدو افتآتا على الشريعة وتجاوزا على اختصاصها بوضع الأحكام •

واني اذ أتتبع مسالكهم لا أنوي الخوض تفصيلا في تلك الضوابط والشروط بل ألمح اليها بالشكل الذي يحقق معرفة اجمالية بالقياس من حيث تعريفه وبيان أركانه وشروطه والتعرض بتفصيل أكثر لعلته • ولذلك سأوزع هذا المطلب على فرعين أتناول بالبحث الوجيز فيهما ما أشرت اليه وألحقهما بفرع ثالث أخصصه لبيان موقع القياس في الشريعة الاسلامية •

الفـــرع الاول

« تعريف القياس واركانه وشروطه »

أولا ــ تعريف القياس

القياس لغــة التقدير ، يقال قســت الثوب بالمتــر أي قدرته به[1] . واصطلاحا الحاق واقعة لا نص على حكمها الشرعي بحكم واقعــة ورد نص بحكمها لتســاوي الواقعتين في علــة الحكم . فاذا دل نص على حكــم من الاحكام في واقعة وعرفت علة هذا الحكم بطريق من الطرق التي تعرف بهــا علل الاحكام ، ثم وجدت واقعة أخرى تساوي واقعــة النص في تحقق هذا الحكم فيهما ، فانها تسوى بواقعة النص في حكمها بناءا على تساويهما في علته لان الحكم يوجد حيث توجد علته[2] . هذا وقد رأى جمهور الفقهاء جواز القياس على حكم ثبت بالاجمــاع لان العلة لا تتوقف معرفتهــا على النص فقط ، ولان الاجماع كالنص أصل في اثبات الاحكام[3] .

. ويلاحظ ان لفظ القياس قد شاع استعماله على ألسنة أهل الرأي قديما في معنى آخر مفاده : التماس العلل الواقعيــة للاحكام الشرعيــة عن طريق العقل وجعلها مقياسا لصحة النصوص التشريعية ، فما وافقها فهو حكم الله الذي يؤخذ به ، وما خالفها كان موضعا للرفض أو التشكيك . وهــذا هو المراد بقولهم : ان هذا الحكم موافق للقياس وذلك الحكم مخالف له . وهذا المعنى يقرب مما هو معروف في الفقه الغربي بالمباديء العامة .

---

(١) لسان العرب مادة (القياس) .
(٢) عبدالوهاب خلاف ، المرجع السابق ، ص ٥٣ .
(٣) الاستاذ البكري ، المرجع السابق ، ص ٥٨٦ .

ان القياس الذي نعالج بحثه في هــذه الرسالة ، هو المصطلح بمعنــاه الاول . ومن أمثلته تحريم النبيذ قياسا على تحريم شرب الخمر لتماثل العلة في الحالين وهي الاسكار ، وحرمــان الموصي له من استحقاق الموصى به اذا قتل الموصي قياسا على منع القاتل من الارث .

ثانيا ــ اركان القياس :

يقوم القياس على أركان أربعة ، هي :ــ

١ ــ الاصل . وهو المحل الذي ثبت الحكم فيه بنص أو اجمــاع ويسمى المقيس عليه .

٢ ــ الفرع . وهو المحــل الذي لم يرد فيه نص أو اجماع وتراد تســويته بالاصل في حكمه ويسمى المقيس .

٣ ــ حكم الاصل . وهو الحكم الشرعي الذي ورد به النص في الاصل . ويراد اثبات مثله للفرع .

٤ ــ العلة ــ وهي الوصف الجامــع بين الاصل والفرع والذي بني عليــه حكم الاصل .

أما حكم الفرع فهو ثمرة القياس ونتيجته التي تترتب عليــه ، ولذلك لا يعد ركنا منه .

ثالثا ــ شروط القياس :

وضع الاصوليون شروطا وضوابط لاعمال القيــاس . منها ما يشترط في حكم الاصل . ومنها ما يشترط في الفرع ومنها ما يشترط في العلة . وقد أطالوا التحدث عن هذه الشروط للوقاية من القياسات الفاســدة ، الا ان

الخوض في هذه التفصيلات لا يفيدنا كثيرا في هذه الدراسة المقارنة العامة ، ولذلك سأكتفي بتعداد شروط كل من حكم الاصل والفرع مرجحا الكلام في شروط العلة الى الفرع الثاني الذي أعقده للبحث في العلة وما يتعلق بها لانها أساس القياس .

اشترط علماء الاصول الشروط الآتية في حكم الاصل وفي الفرع[٤] :ـ

١) أن يكون حكم الاصل شرعيا عمليا ، لا لغويا خلقيا أو عقائديا أو عقليا .

٢) أن يكون ثابتا بالكتاب الكريم أو السنة أو ثابتا بالاجماع على الرأي الراجح .

٣) أن لا يكون فرعا لحكم آخر .

٤) أن يكون حكم الاصل مبنيا على علة يستطيع العقل ادراكها . لان أساس القياس ادراك علة حكم الاصل وادراك تحققها في الفرع . فان تعذر ادراك العلة فلا سبيل الى القياس

وسبب ذلك ، ان من الاحكام ما يستأثر الله تعالى بعلم عللها ويجب على الناس العمل بها وان لم يدركوا ما بنى عليه الحكم من علة ، وتسمى الاحكام التعبدية أو الاحكام غير معقولة المعنى . ومن الاحكام ما أرشد الله العقول الى عللها بنصوص أو أدلة اخرى وتسمى الاحكام المعقولة المعنى .

(٤) بدران ابو العينين بدران ، اصول الفقه ، دار المعارف ، الاسكندرية ١٩٦٥ ، ص ٢٤٥ وما بعدها . الاستاذ البكري ، المرجع السابق ، ص ٥٨٥ .

وحيث لا مجال للعقل الى ادراك العلة في الاحكام التعبدية فلا يسوغ اثبات حكم منها في غير موضع النص بواسطة القياس . وكذلك الامر في الحدود والكفارات والمقدرات عند جمهور الفقهاء لان علل ما تشتمل عليه من تقديرات خاصة لا يمكن التعرف عليها كعدد المائة في حد الزنا[٥] . أما الشافعية والحنابلة فقد برروا اثبات احكام الحدود والكفارات بالقياس باقرار الرسول (ص) لمعاذ على الاجتهاد دون تفريق بين الاحكام . غير ان جمهور الفقهاء رد عليهم بان الحدود عقوبات والكفارات فيها معنى العقوبة . ولما كان القياس يقوم على غلبة الظن فهو اذن محتمل وفيه شبهة ولا يجري في العقوبات لأن العقوبات تدرأ بالشبهات .

٥) أن يكون حكم الاصل ثابتا غير منسوخ .

٦) ألا يكون الاصل المقيس عليه واردا على سبيل الاستثناء لان الاستثناء لا يقاس عليه .

ويمثل لذلك بالاحكام الشرعية التي ثبتت خصوصيتها للرسول (ص) أو لبعض الصحابة كما هو الحال في شهادة خزيمة حيث قال له (ص) من شهد له خزيمة فهو حسبه . على ان هذه المسألة أي عدم جواز القياس على الاستثناء كانت موضع خلاف بين علماء الشريعة كما كانت كذلك بين علماء القانون . ومن الملائم أن أشير هنا الى هذه المسألة كما فعلت في مجال الخلاف بين رجال القانون فأقول : ان علماء الشريعة توزعوا حيال هذه المسألة على رأيين :

أما الرأي الاول وهو الراجح فمفاده ان الاستثناء لا يقاس عليه . وقد

(٥) الاحكام للامدي ، المصدر السابق ، جـ ٣ ، ص ١٣٦ .

اشتهر عن الاصوليين قولهم (ماثبت على خلاف القياس فغيره لايقاس عليه) • ذلك لان ما جاء معدولا به عن الاصل العام هو منحة يقتصر بها على مواضع منحها[٦] •

وأما الرأي الثاني فمفاده ان الاستثناء اذا كان لعلة مفهومة واضحة أي معقولة المعنى فانه يجوز القياس عليه في حالة اتحاد العلة بين المقيس والمقيس عليه • وهذا هو الرأي الذي قال به الامام الغزالي[٧] • فقد رأى ان المدار هو وجود معنى يجمع بين المستثنى وغيره وعدم وجوده ، فان وجد ، جاء القياس وان لم يوجد امتنع • وأنا ارجح هذا الرأي لانه يحقق مقصود الشارع من الاستثناء •

ولدقة هذه المسألة أنقل فيما يلي التحقيق البديع الذي جاء في كشف الاسرار للعلامة عبدالعزيز البخاري[٨] ، ليكون نموذجا لمدى عمق الاصوليين في تحليل المسائل الشرعية والاصولية ونصه : (وأعلم ان بعض المحققين ذكر في تصنيف له في اصول الفقه انه اشتهر بين الفقهاء ان المعدول به عن القياس لا يقاس عليه غيره ، ولكنه محتاج الى تفصيل فنقول : الخارج من القياس على أربعة أوجه : أحدها ، ما استثنى وخصص من قاعدة عامه ولم يعقل فيه معنى التخصيص فلا يقاس عليه غيره كتخصيص خزيمة بقبول شهادته وحده • وثانيها ، ما شرع ابتداء ولا يعقل معناه فلا يقاس غيره عليه لتعذر العلة • وتسميته معدولا عن القياس وخارجا عنه تجوز لانه لم يسبق له عموم فياس ولا استثني حتى يسمى المستثنى خارجا عن القياس بعد دخوله فيه ، بل معناه انه ليس منقاسا لعدم تعقل علته • ومثاله اعداد الركعات

(٦) مسلم الثبوت وشرحه ، جـ ٢ ، ص ٢٤٢ .

(٧) المستصفى ، المصدر السابق ، ص ٤٥٥ وما بعدها .

(٨) جـ ٣ ، ص ١٠٢٤ وما بعدها .

ونصب الزكوات ومقادير الحدود والكفارات وجميع التحكمات المبتدأة التي لا يعقل فيها معنى • وثالثها ، القواعد المبتدأة العديمة النظير • لا يقاس عليها غيرها مع انها يعقل معناها لانه لم يوجد لها نظير خارج ما تناوله النص والاجماع • وتسميته خارجا عن القياس تجوز أيضا وذلك كرخص السفر والمسح على الخفين ورخصه المضطر في أكل الميتة •• ورابعها ، ما استثني عن قاعدة سابقة تطرق الى استثنائه معنى فيجوز أن يقاس عليه كل مسألة دارت بين المستثنى والمستبقى وشاركت المستثنى في علة الاستثناء عند عامة الاصوليين خلافا لبعض أصحاب أبي حنيفة) •

٧) أن لا يرد في الفرع نص أو اجماع يدل على حكم يخالف القياس •

٨) أن تكون علة حكم الاصل متوافرة في الفرع وأن يساوى الاصل فيها • والا انتفى الجامع بينهما وأصبح قياسا مع الفارق •

٩) أن لا يتقدم حكم الفرع في الثبوت على حكم الأصل •

١٠) عدم وجود فارق أو مانع يحول دون تعدي حكم الاصل الى الفرع •

وواضح ان الشروط الاربعة الاخيرة خاصة بحكم الفرع • أما الستة الاولى فهي لحكم الاصل •

الفـرع الثـاني

« العلـــة وشروطها ومسالكها »

اولا ـ تعريف العلـــة

العلة لغة ، هي الحدث يشغل صاحبه عن حاجته وما تتغير حال الشيء بحصوله • أما اصطلاحا ، فهي الوصف الظاهر المنضبط المشتمل على المعنى المناسب لشرعية الحكم والمعتبر مظنـة الحكمة الباعثة على تشـريع الحكم والذي بني عليه الحكم وربط وجودا وعدما •

ثانيا ـ شروط العلة

تشترط في العلة شروط كثيرة أهمها ما يأتي[1] :

١ ـ أن تكون وصـفا ظاهرا يمكن التحقق من وجـوده باحـدى الحواس الظاهرة • مثل الاسكار •

٢ ـ أن تكون وصـفا منضبطا • أي أن تكون له حقيقـة معينـة محدودة ثابتة لا تختلف باختلاف الاشخاص والبيئات والحالات، يمكن التحقق من وجودها من الفرع بعينها أو بتفاوت يسير •

٣ ـ أن تكون وصـفا مناسبا للحكم • والمناسـبة للحكم تعني أن يترتب على تشـريع الحكم مظنة وجود مصلحة للناس أو دفـع مضرة عنهم ، وأن يكون من شـأن ربط الحكم بهـذا الوصف وجودا وعدما تحقيق ما يقصده الشارع بتشريع حكمه من حكمة

(١) المستصفى ، المصـدر السابق ، ص ٤٦٣ . انظـر الاسـتاذ البكري ، المرجع السابق ، ص ٥٩٤ وما بعدها .

هي جلب منفعة أو درأ مفسدة عن الناس •

٤ ـ أن لا تكون وصفا قاصرا على الاصل •

٥ ـ أن لا تكون من الاوصاف التي قام الدليـل الشرعي على عدم اعتبارهـا •

٦ ـ أن لا تثبت العلة في الفرع حكمـا يخالف النص والاجماع لانها علة حكم اجتهادي وكل اجتهـاد يخالفهمـا يقع باطـلا ويكون القياس عندئذ فاسدا •

ثالثا ـ التمييز بين العلة وبين السبب والشرط والحكمة

السبب هو معنى منضبط جعله الشارع امارة للحكم • ولا يفترض أن يكون بينه وبين الحكم مناسبة ظاهرة • وهو بهذا المعنى يبدو أعم من العلة عند الجمهور • وقد خالف الامام الشاطبي هذا الاتجـاه في التمييز بينهما • فهو يعرف السـبب بانه كل ما وضـع شرعا لحكم لحكمـة يقتضيها ذلك الحكم[2] فالسبب والعلة مترادفان • ومن الاصوليين من رأى ان السـبب والعلة مختلفان لوجود فرقين بينهما • أولهما ان السبب هو ما جعله الشارع معـرفا للحكـم وافضى الى الحكم من غير تأثير فيـه كالدلوك لوجـوب الصلاة • أما العلة فهي كل ما جعله الشـارع معرفا للحكم وافضى اليـه مع التأثير فيه كاعتبار القتل العمد علة للقصاص • فكأن السبب يعني ما يحصل الشيء عنده لا به ، وأما العلة فتعني ما يحصل الشيء به ، وثانيهما ، ان العلة تقتضي الحكم مبـاشرة أي دون واسـطة • ولا يتراخى الحكم عنها • أما السبب فيقتضي الحكم بواسطة ويتراخى عنه حتى تتوافر الشـروط وتنتفي الموانع[3] •

(٢) الموافقات في اصول الشريعة للشاطبي جـ ١ ، ص ١٣٣ .

(٣) الاستاذ البكري ، المرجـع السابق ، ص ٥٩٣ . انظر بدران ابو العينين بدران ، المرجع السابق ، ص ٢٦٣ .

أما الشرط فهو الوصف الظاهر المنضبط الذي يتوقف عليه وجود الشيء من غير افضاء اليه أي ان وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط بخلاف العلة والسبب .

واما الحكمة فهي المصلحة المقصودة للشارع من تشريع الاحكام فهي ما قصد اليه الشارع في تشريعه من جلب نفع أو دفع ضرر . والفارق بينها وبين العلة ، ان الحكمة قد لا تكون منضبطة ولذلك فان الحكم لا يدور معها وجودا وعدما بخلاف العلة . ويظهر الفارق بينهما في المثل الآتي :ـ

« علة النسب للولد هي الزواج الصحيح . وهو الوصف الذي بنى عليه ثبوت النسب للولد المولود أثناء الحياة الزوجية . ولكن الزواج الصحيح ليس غاية في ذاته لان الغاية أو الحكمة منه هي التناسل وحفظ النسل وتربيته . وقد جعل الزواج الصحيح علامة ظاهرة تحقق بها الغاية وهي الاتصال الجنسي المؤدي مباشرة الى التناسل . اذ لا يمكن تعليق النسب بعلامة غير ظاهرة وهي الاتصال الجنسي لانه أمر يصعب التحقق منه وضبطه »[٤] .

والحق ، ان هذه التفرقة الفنية الدقيقة بين العلة والحكمة هي حصيلة الفن الفقهي والاصولي وليست من المسائل الفقهية المعروفة في العهد الاسلامي الاول . بل اننا نجد ان العلل الواردة في الكتاب الكريم هي في حقيقتها لا تعدو أن تكون مصالح سواء كانت منضبطة أم غير منضبطة . وان معظم اجتهادات عمر بن الخطاب (رض) وغيره من كبار الصحابة والتابعين كان معللا بالمصلحة ، كما هو الحال في اسقاط سهم (المؤلفة قلوبهم) وتوزيع الاراضي الخراجية على الفلاحين . ولذلك فانني أرجح الرأي القائل ان عدول الاصوليين عن التعليل بالحكمة الى التعليل بالاوصاف

(٤) انظر ، محمد كمال عبدالعزيز ، المرجع السابق ، ص ١٦٢ .

الظاهرة المنضبطة ليس ابطالا للتعليل بها وانما هو من أجل الضبط ومع ذلك فان كثيرا من كبار الاصوليين مزجوا فعلا بين العلة والحكمة ولم يعيروا التفرقة بينهما اهتمامهم . وفي ذلك يقول امام الحرمين في كتابه البرهان[٥] : (ان الاصوليين أرادوا ضبط التعليل بضوابط حتى لا تترك لاصطلاح كل واحد فيقع الخلط في الاجتهاد بعد أن قرر ان الصحابة رضوان الله عليهم كانوا يعللون بالمصالح ويتبعونها في اجتهادهم . ولكنهم لم يضبطوا هذه المسالك وان الرواة لم يضبطوها كذلك .)

وجاء في شرح عضد الدين لمختصر ابن الحاجب[٦] : (فلو وجدت حكمة مجردة وكانت ظاهرة بنفسها منضبطة بحيث يمكن اعتبارها ومعرفتها جاز اعتبارها وربط الحكم بها على الاصح لاننا نعلم قطعا انها المقصودة للشارع واعتبر المظنة لاجلها لمانع خفائها واضطرابها . فاذا زال المانع من اعتبارها جاز اعتبارها قطعا .) وصرح الكمال بن الهمام في كتابه القيم (التحرير)[٧] « ان العلة الحقيقية للحكم هي الامر الخفي المسمى حكمة . وان الوصف الظاهر هو مظنة العلة لا نفس العلة » .

وفي ضوء ما تقدم ، لا أتردد في الدعوة الى مبدأ التعليل بالحكمة لا العلة . ولا أرى أي مبرر لاثارة هذا الموضوع في مجال الاجتهادات القانونية . اذ ليس للقانون أي شأن بالعلة بمعناها الفني الذي تواضع عليه الاصوليون لسد بعض الثغرات الفقهية . لا سيما وان السبب الذي دعا فقهاء الشريعة الى الاخذ بالعلة دون الحكمة ليس أصيلا مقنعا كما تبين ذلك

(٥) الاستاذ الشيخ محمد مصطفى شلبي . الفقه الاسلامي بين المثالية والواقعية ، بحث منشور في مجلة الحقوق بالعددين الاول والثاني من السنة التاسعة ، ١٩٥٩ ـ ١٩٦٠ ، ص ١٤٩ .

(٦) جـ ٢ ، ص ٢١٤ .

(٧) التقرير والتحبير ، المصدر السابق ، جـ ٣ ، ص ١٤١ .

ونصح معارضته بما يلي :ـ

١) ان العلة طبقا لتعريفهم لها هي مظنة الحكمة أي انها ليست شاهدا يقينيا على وجود الحكمة أو المصلحة .

٢) ان قولهم ان الحكمة قد تكون أمرا خفيا قول لا يصح أن يبرر العدول عنها والاخذ بالعلة دونها ، لانها اذا كانت أمرا خفيا أحيانا فهي غير عصية على الاثبات . ومع ذلك فان هناك حالات قد تكون فيها العلة أمرا خفيا كذلك . فقد رأى الفقهاء ان الغضب في الحديث الشريف (لا يقضي القاضي وهو غضبان) هو علة النهي عن القضاء . ومع ذلك فان الغضب من الحالات النفسية التي يمكن اخفاؤها أحيانا وقد يستعصي اثباتها[٨] .

ولما كان القياس المستند الى الاشتراك في العلة قد يؤدي أحيانا الى عدم الاشتراك في الحكمة (أو المصلحة) ، لذلك رأى بعض علماء الشريعة العدول عن الاخذ بالقياس القائم على اتحاد العلة الى قياس يقوم على اتحاد الحكمة أو المصلحة بين المقيس والمقيس عليه . وهذا القياس الاخير هو الذي أطلقوا عليه اسم (القياس الخفي) . والحق ان كلا من فكرة القياس الخفي وفكرة الاستحسان كانت وسيلة للخروج من ربقة قياس لا تتحقق به المصلحة أحيانا[٩] .

رابعا ـ مسالك العلة

المراد بمسالك العلة الطرق التي يتوصل بها الى معرفة العلة وهي متعددة . وأهمها ما يلي :ـ

(٨) انظر ، الدكتور عبدالحميد المتولي ، المرجع السابق ، ص ١٩٨ ومابعدها
(٩) الشيخ شلبي ، المرجع السابق ، ص ١٥١ .

١) النص كان يدل نص من الكتاب أو السنة صراحة أو دلالة على ان علة الحكم هي وصف معين وتسمى العلة المنصوص عليها . ومثال العلة المنصوص عليها صراحة قوله تعالى (كيلا يكون دولة بين الاغنياء منكم)[١٠] ومثال العلة المنصوص عليها دلالة قوله (ص) « لا يرث القاتل » اذ حيث يترتب الحكم على وصف معين ويقترن به بحيث يتبادر من هذا الاقتران فهم علية الوصف للحكم تكون العلة غير صريحة . ومما هو ثابت لدى الاصوليين ويؤكد ما قلناه « ان تعليق الحكم بالمشتق دليل علية مأخذ الاشتقاق » .

٢) الاجماع . فاذا اتفق المجتهدون في عصر من العصور على ان وصفا من الاوصاف يكون علة لحكم من الاحكام ووجدت تلك العلة في أمر آخر فانه يعطى مثل ذلك الحكم عن طريق القياس ، وذلك كالاجماع على ان علة الولاية المالية على الصغيرة هي (الصغر)[١١] .

٣) السبر والتقسيم .

السبر لغة الاختبار . أما اصطلاحا فهو اختبار كون الوصف صالحا للعلية أم لا . والتقسيم لغة هو تجزئة الشيء . أما اصطلاحا فهو حصر الاوصاف الصالحة لان تكون علة في الاصل وترديد العلة بينها بأن يقال : العلة أما هذا الوصف أو ذاك . فاذا أريد مثلا ، معرفة علة تحريم الخمر عن طريق السبر والتقسيم تحصر أوصافها أولا . فيقال العلة في تحريمها اما كونها متخذة من العنب ، أو لونها ، أو سيولتها ، أو كونها مسكرة . ثم تختبر هذه الاوصاف فتستبعد تلك التي لا تصلح أن تكون علة وتستبقي ما تصلح لها . وفي هذا تتفاوت آراء المجتهدين فمنهم من يرى ان المناسب هو هذا

(١٠) سورة الحشر الآية ٧
(١١) خلاف ، المرجع السابق ، ص ٨١ .

الوصف ويرى البعض الآخر وصفا آخر .

٤) تنقيح المناط . وهو تهذيب العلة وتنقيتها من الاوصاف التي لا دخل لها في العلية . ويتحقق في موضع يدل النص على العلة دون أن يعين وصفا بعينه علة . ويختلف بذلك عن السبر والتقسيم اللذين يتحققان في موضع لا يشتمل النص فيه على الاوصاف التي يكون الوصف الصالح للعلية منها.

٥) تخريج المناط . وهو أن ينظر المجتهد ليستخرج العلة غير المنصوص عليها ولا المجمع عليها بواسطة أي مسلك من مسالك العلة .

٦) تحقيق المناط . وهو النظر في تحقق العلة التي ثبتت بالنص أو بالاجماع أو بأي مسلك آخر في واقعة غير التي ورد فيها النص . كما اذا ثبت ان علة تحريم شرب الخمر الاسكار فينظر في تحقق هذه العلة (الاسكار) في نبيذ آخر .

الفرع الثالث

« موقع القياس في الشريعة الاسلامية »

احتل القياس المرتبة الرابعة في سلم المصادر الشرعية لدى جمهور الفقهاء المسلمين ، واستدلوا على حجيته بامور عديدة منها :

١) عدة آيات قرآنية تتضمن تشبيه الشيء بنظيره واقرار التسوية بينهما في الحكم الشرعي . منها قوله تعالى (قل يحييها الذي أنشأها أول مرة) جوابا على القول « من يحيي العظام وهي رميم » . فقاس النشأة الثانية على النشأة الاولى في الامكان ، وجعل الاولى أصلا والثانية فرعا . وقوله تعالى « فاعتبروا يا أولي الابصار » لان الاعتبار هو الاتعاظ بسنة من سنن الله في خلقه ، يفهم منه ان حكم النظير يطبق على نظيره . وهذا هو القياس[1] .

٢) الحديث المشهور عن معاذ بن جبل . وخلاصته ان الرسول (ص) حين أراد أن يبعث به قاضيا الى اليمن سأله : كيف تقضي ؟ فأجابه : أقضي بكتاب الله . فان لم أجد فبسنة رسوله . فان لم أجد اجتهد رأيي . فأقره الرسول (ص) ، والقياس نوع من الاجتهاد[2] .

٣) ان الله تعالى انما شرع الاحكام لمصالح الناس . فاذا تساوت مسألة لا نص عليها مع أخرى نص عليها في علة الحكم ، قضت الحكمة والعدالة أن يطبق على المسألة الاولى حكم المسألة الاخرى تحقيقا للمصلحة

(١) انظر الاحكام ، للآمدي ، المصدر السابق ، جـ ٣ ، ص ١١٢ .
(٢) الاحكام للآمدي ، المصدر السابق ، ص ١١٥ .

التي هي غاية الشارع مما قرره من تشريع • ثم ان النصوص محدودة والوقائع والاقضية تتنوع بحكم التطور وتتعدد ولا يمكن أن تكون النصوص المحدودة هي المصدر التشريعي الوحيد للوقائع والاقضية غير المحدودة •

واذا كان هذا هو رأي الجمهور ، فان أصحاب المذهب الظاهري ومن أقطابه داود الظاهري والامام بن حزم رفضوا اعتبار القياس دليلا من أدلة الاحكام الشرعية ونسب هذا الرأي أيضا الى علماء الشيعة الامامية • وفي ذلك يقول العلامة الحلي من الامامية : (اختلف الناس في حجية القياس • والذي نذهب اليه انه ليس بحجة • والحاق المسكوت عنه بالمنطوق ليس من باب القياس • والحكم المنصوص على علته متعد الى كل ما علم ثبوت تلك العلة فيه بالنص لا بالقياس) •

وخلاصة رأي الفقه الامامي ما يلي[٣] :

١) القياس ليس دليلا كاشفا عن حكم الله ولا أصلا منتجا لوظيفة عملية وانما هو نفس عملية الاستفادة من الدليل لا نفس الدليل •

٢) لما كان القياس نفس العملية الاجتهادية فلا ينبغي أن يكون موضع نزاع • وانما النزاع في الواقع ــ حسب رأي الفقه الامامي ــ هو في مستند القياس • ومستنده هو العلة التي أناط الشارع بها حكمه في الواقعة • فمتى علم المجتهد علة حكم الله في الواقعة فلا يمكن أن يتخلف عنها معلولها وهو ادراك حكم الله في كل واقعة وجدت فيها العلة ، لعدم جواز تخلف المعلول عن علته التامة •

٣) ان المهم هو طرق ادراك العلة فان كان طريقها العلم فهو حجة ذاتية

(٣) انظر الاستاذ مصطفى جمال الدين ، القياس حقيقته وحجيته ، رسالة ماجستير ، ص ٤١٨ وما بعدها ..

ليست بحاجة الى اعتبارها من قبل الشارع • أما اذا كان طريقها الظن فالظن منهى عنه الا ما أخرجه الدليل •

انني لا أشك في ان القياس هو طريق واحد من طرق الاجتهاد بل انه فعل المجتهد • وان ما سيراه ويجعله من مسالك الادلة الشرعية هو ان المجتهد يبني اجتهاده على أساس قائم من نص موجود هو التشابه الذي يدفع المجتهد الى جعله أساسا لعمله الفقهي • ومن ثم لا يوجد أي تعارض في رأيي بن أن يكون القياس فعلا ودليلا في نفس الوقت •

وبعد هذا الاستعراض لجوانب من القياس في كل من الشريعة والقانون لابد لي من الاشارة الى أهم وجوه الاختلاف بين القياس فيهما ، وهي الآتية :

اولا ــ ان علماء الشريعة يفرقون بين العلة والحكمة كما يفرقون بين القياس الجلي والقياس الخفي • وهي تفرقة لا يعرفها التشريع الوضعي •

ثانيا ــ يأخذ علماء الشريعة بالقياس في ميدان القانون الجنائي ، أما رجال القانون فلا يجرون القياس في هذا الميدان •

ثالثا ــ اذا كان القياس في الفقه العربي دائرا بين أن يكون مصدرا أو تفسيرا أو وسيلة للبحث الموضوعي الحر ، فان الرأي السائد في الفقه الاسلامي هو ان القياس دليل شرعي لاستنباط الاحكام وصورة من صور الاجتهاد • ونستطيع القول دون تردد انه ليس وسيلة للتفسير وانما هو وسيلة خاصة للبحث عن الاحكام الشرعية ضمن اطار النصوص الموجودة •

الفـرع الثـاني

« العلـــة وشروطها ومسالكها »

اولا ـ تعريف العلـــة

العلة لغة ، هي الحدث يشغل صاحبه عن حاجته وما تتغير حال الشيء بحصوله • أما اصطلاحا ، فهي الوصف الظاهر المنضبط المشتمل على المعنى المناسب لشرعية الحكم والمعتبر مظنـة الحكمة الباعثة على تشـريع الحكم والذي بني عليه الحكم وربط وجودا وعدما •

ثانيا ـ شروط العلة

تشترط في العلة شروط كثيرة أهمها ما يأتي[1] :

١ ـ أن تكون وصـفا ظاهرا يمكن التحقق من وجـوده باحـدى الحواس الظاهرة • مثل الاسكار •

٢ ـ أن تكون وصـفا منضبطا • أي أن تكون له حقيقـة معينـة محدودة ثابتة لا تختلف باختلاف الاشخاص والبيئات والحالات، يمكن التحقق من وجودها من الفرع بعينها أو بتفاوت يسير •

٣ ـ أن تكون وصـفا مناسبا للحكم • والمناسـبة للحكم تعني أن يترتب على تشـريع الحكم مظنة وجود مصلحة للناس أو دفـع مضرة عنهم ، وأن يكون من شـأن ربط الحكم بهـذا الوصف وجودا وعدما تحقيق ما يقصده الشارع بتشريع حكمه من حكمة

(١) المستصفى ، المصـدر السابق ، ص ٤٦٣ . انظـر الاسـتاذ البكري ، المرجع السابق ، ص ٥٩٤ وما بعدها .

هي جلب منفعة أو درأ مفسدة عن الناس •

٤ ـ أن لا تكون وصفا قاصرا على الاصل •

٥ ـ أن لا تكون من الاوصاف التي قام الدليـل الشرعي على عدم اعتبارهـا •

٦ ـ أن لا تثبت العلة في الفرع حكمـا يخالف النص والاجماع لانها علة حكم اجتهادي وكل اجتهـاد يخالفهمـا يقع باطـلا ويكون القياس عندئذ فاسدا •

ثالثا ـ التمييز بين العلة وبين السبب والشرط والحكمة

السبب هو معنى منضبط جعله الشارع امارة للحكم • ولا يفترض أن يكون بينه وبين الحكم مناسبة ظاهرة • وهو بهذا المعنى يبدو أعم من العلة عند الجمهور • وقد خالف الامام الشاطبي هذا الاتجـاه في التمييز بينهما • فهو يعرف السـبب بانه كل ما وضـع شرعا لحكم لحكمـة يقتضيها ذلك الحكم[2] فالسبب والعلة مترادفان • ومن الاصوليين من رأى ان السـبب والعلة مختلفان لوجود فرقين بينهما • أولهما ان السبب هو ما جعله الشارع معـرفا للحكـم وافضى الى الحكم من غير تأثير فيـه كالدلوك لوجـوب الصلاة • أما العلة فهي كل ما جعله الشـارع معرفا للحكم وافضى اليـه مع التأثير فيه كاعتبار القتل العمد علة للقصاص • فكأن السبب يعني ما يحصل الشيء عنده لا به ، وأما العلة فتعني ما يحصل الشيء به ، وثانيهما ، ان العلة تقتضي الحكم مبـاشرة أي دون واسـطة • ولا يتراخى الحكم عنها • أما السبب فيقتضي الحكم بواسطة ويتراخى عنه حتى تتوافر الشـروط وتنتفي الموانع[3] •

(٢) الموافقات في اصول الشريعة للشاطبي جـ ١ ، ص ١٣٣ .

(٣) الاستاذ البكري ، المرجـع السابق ، ص ٥٩٣ . انظر بدران ابو العينين بدران ، المرجع السابق ، ص ٢٦٣ .

مفهومه ردلالة النص ومفهومه نوعان : هما مفهوم الموافقة (أو القياس في رأيهم) • ومفهوم المخالفة • فالقياس عندهم اسلوب من أساليب تفسير القانون عن طريق استنباط فحوى النص • ولا يخفى ما في هذا الرأي من ضعف • ذلك لان مفهوم الموافقة يدخل ضمن مدلول النص ، وهو يختلف عن القياس كما بين ذلك من قبل •

ثانيا ــ ذهب البعض تأثرا منه بالمدرسة العلمية في فرنسا التي تزعمها جني الى القول ان المشرع ، كما يتبين من المادة الاولى من القانون المصري والقوانين العربية التي تأثرت به ، لم يأخذ بفقه مدرسة التزام النص التي تحصر القانون في مصدر واحد هو التشريع ، وانما أحال القاضي الى التشريع أولا ، فان لم يجد القاضي نصا وجب عليه أن يرجع الى العرف ، فان لم يوجد كان عليه أن يحكم بمقتضى مباديء الشريعة الاسلامية ، فاذا لم يوجد حكم بمقتضى مباديء القانون الطبيعي وقواعد العدالة • وهذا يعني ان على القاضي أن يرجع الى جوهر القانون ، وهو في الواقع مايقصد بقواعد العدالة[٥] وبذلك يكون المشرع العراقي مثله مثل المشرع المصري متجها الى الاخذ بفقه المدرسة العلمية • ويترتب على ذلك ان هذا الفريق يرى ان القياس لا يعد مصدرا رسميا ولا طريقة من طرق التفسير ، وان يعد وسيلة من وسائل البحث العلمي الحر[٦] •

ثالثا : تجاذبت بعض رجال الفقه نزعة التردد بين اعتبار القياس طريقة من طرق التفسير وبين اعتباره مصدرا رسميا من مصادر القانون •

ويبدو أن هذا الفريق من الفقهاء وقع تحت تأثير فقهين متعارضين •

---

(٥) انظر الدكتور عبدالفتاح عبدالباقي ، ص ٢٧٥ . الدكتور عبدالمنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، ص ٣٠٢ . الدكتور مالك دوهان ، المرجع السابق ، ص ٢٧٨ وما بعدها .

(٦) انظر الدكتور حسن كيره ، المرجع السابق ، ص ٥٢٧ وما بعدها .

هما ، فقه مدرسة التزام النص ، التي تعد القياس طريقة من طرق التفسير ، والفقه الاسلامي الذي يدخل القياس في عداد أدلة الاحكام الشرعية •

ان ما يبرر هذا التردد ما رآه فقهاء هذا الاتجاه من ان القياس على نوعين • قياس جلي وقياس خفي • وان القياس الذي يعد مصدرا من مصادر القانون هو القياس الخفي • أما القياس الذي يعد طريقة من طرق تفسير النص فهو القياس الجلي • والمقصود بالقياس في رأيهم عند اطلاق اللفظ هو القياس الخفي[٧] •

ان من أبرز من يمثل هذا الاتجاه الدكتور سليمان مرقس الذي يتميز بين الكتاب والشراح بالافاضة في هذا البحث • فقد رأى[٨] ان المصادر الرسمية للقانون طبقا للمادة الاولى تكون على الترتيب الآتي : التشريع ، ثم العرف ، ثم القياس ، ثم مباديء الشريعة الاسلامية ثم قانون العدالة (القانون الطبيعي والعدالة) • ويبرر ذلك بقوله « ان المشرع لم يقصد باضافة مباديء الشريعة الاسلامية الى مصادر القانون الرسمية وبايجاب الرجوع اليها قبل القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، تقديمها على القياس بنوعيه ، المحدود والمبسوط وهو الاستنباط لانه كما ذاما واقعا تحت تأثير الاعتقاد بان القياس يدخل في تفسير التشريع ويعتبر متمما له • ويأتي بهذه الصفة معه في الترتيب أي قبل مباديء الشريعة الاسلامية ، واما انه بعد أن اعتبر القياس والمباديء العامة للقانون الوضعي مصدرا متميزا عن التشريع وادخله ضمن عبارة القانون الطبيعي وقواعد العدالة سهي عليه انه أدخله ضمن هذه العبارة الاخيرة فلم يتحفظ في تقديم مباديء الشريعة على القانون الطبيعي وقواعد العدالة • وعلى كل حال فان قصد المشرع يمكن الاستدلال

---

(٧) البدراوي ، المدخل للعلوم القانونية ، ص ٢١٧ . سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص ٢٠٨ .

(٨) مرقس ، المرجع السابق ، ص ٢٣٨ .

ونصح معارضته بما يلي :ـ

١) ان العلة طبقا لتعريفهم لها هي مظنة الحكمة أي انها ليست شاهدا يقينيا على وجود الحكمة أو المصلحة .

٢) ان قولهم ان الحكمة قد تكون أمرا خفيا قول لا يصح أن يبرر العدول عنها والاخذ بالعلة دونها ، لانها اذا كانت أمرا خفيا أحيانا فهي غير عصية على الاثبات . ومع ذلك فان هناك حالات قد تكون فيها العلة أمرا خفيا كذلك . فقد رأى الفقهاء ان الغضب في الحديث الشريف (لا يقضي القاضي وهو غضبان) هو علة النهي عن القضاء . ومع ذلك فان الغضب من الحالات النفسية التي يمكن اخفاؤها أحيانا وقد يستعصي اثباتها[٨] .

ولما كان القياس المستند الى الاشتراك في العلة قد يؤدي أحيانا الى عدم الاشتراك في الحكمة (أو المصلحة) ، لذلك رأى بعض علماء الشريعة العدول عن الاخذ بالقياس القائم على اتحاد العلة الى قياس يقوم على اتحاد الحكمة أو المصلحة بين المقيس والمقيس عليه . وهذا القياس الاخير هو الذي أطلقوا عليه اسم (القياس الخفي) . والحق ان كلا من فكرة القياس الخفي وفكرة الاستحسان كانت وسيلة للخروج من ربقة قياس لا تتحقق به المصلحة أحيانا[٩] .

رابعا ـ مسالك العلة

المراد بمسالك العلة الطرق التي يتوصل بها الى معرفة العلة وهي متعددة . وأهمها ما يلي :ـ

(٨) انظر ، الدكتور عبدالحميد المتولي ، المرجع السابق ، ص ١٩٨ ومابعدها
(٩) الشيخ شلبي ، المرجع السابق ، ص ١٥١ .

١) النص كان يدل نص من الكتاب أو السنة صراحة أو دلالة على ان علة الحكم هي وصف معين وتسمى العلة المنصوص عليها . ومثال العلة المنصوص عليها صراحة قوله تعالى (كيلا يكون دولة بين الاغنياء منكم)[١٠] ومثال العلة المنصوص عليها دلالة قوله (ص) « لا يرث القاتل » اذ حيث يترتب الحكم على وصف معين ويقترن به بحيث يتبادر من هذا الاقتران فهم علية الوصف للحكم تكون العلة غير صريحة . ومما هو ثابت لدى الاصوليين ويؤكد ما قلناه « ان تعليق الحكم بالمشتق دليل علية مأخذ الاشتقاق » .

٢) الاجماع . فاذا اتفق المجتهدون في عصر من العصور على ان وصفا من الاوصاف يكون علة لحكم من الاحكام ووجدت تلك العلة في أمر آخر فانه يعطى مثل ذلك الحكم عن طريق القياس ، وذلك كالاجماع على ان علة الولاية المالية على الصغيرة هي (الصغر)[١١] .

٣) السبر والتقسيم .

السبر لغة الاختبار . أما اصطلاحا فهو اختبار كون الوصف صالحا للعلية أم لا . والتقسيم لغة هو تجزئة الشيء . أما اصطلاحا فهو حصر الاوصاف الصالحة لان تكون علة في الاصل وترديد العلة بينها بأن يقال : العلة أما هذا الوصف أو ذاك . فاذا أريد مثلا ، معرفة علة تحريم الخمر عن طريق السبر والتقسيم تحصر أوصافها أولا . فيقال العلة في تحريمها اما كونها متخذة من العنب ، أو لونها ، أو سيولتها ، أو كونها مسكرة . ثم تختبر هذه الاوصاف فتستبعد تلك التي لا تصلح أن تكون علة وتستبقي ما تصلح لها . وفي هذا تتفاوت آراء المجتهدين فمنهم من يرى ان المناسب هو هذا

(١٠) سورة الحشر الآية ٧
(١١) خلاف ، المرجع السابق ، ص ٨١ .

الوصف ويرى البعض الآخر وصفا آخر .

٤) تنقيح المناط . وهو تهذيب العلة وتنقيتها من الاوصاف التي لا دخل لها في العلية . ويتحقق في موضع يدل النص على العلة دون أن يعين وصفا بعينه علة . ويختلف بذلك عن السبر والتقسيم اللذين يتحققان في موضع لا يشتمل النص فيه على الاوصاف التي يكون الوصف الصالح للعلية منها.

٥) تخريج المناط . وهو أن ينظر المجتهد ليستخرج العلة غير المنصوص عليها ولا المجمع عليها بواسطة أي مسلك من مسالك العلة .

٦) تحقيق المناط . وهو النظر في تحقق العلة التي ثبتت بالنص أو بالاجماع أو بأي مسلك آخر في واقعة غير التي ورد فيها النص . كما اذا ثبت ان علة تحريم شرب الخمر الاسكار فينظر في تحقق هذه العلة (الاسكار) في نبيذ آخر .

الفرع الثالث

« موقع القياس في الشريعة الاسلامية »

احتل القياس المرتبة الرابعة في سلم المصادر الشرعية لدى جمهور الفقهاء المسلمين ، واستدلوا على حجيته بامور عديدة منها :

١) عدة آيات قرآنية تتضمن تشبيه الشيء بنظيره واقرار التسوية بينهما في الحكم الشرعي . منها قوله تعالى (قل يحييها الذي أنشأها أول مرة) جوابا على القول « من يحيي العظام وهي رميم » . فقاس النشأة الثانية على النشأة الاولى في الامكان ، وجعل الاولى أصلا والثانية فرعا . وقوله تعالى « فاعتبروا يا أولي الابصار » لان الاعتبار هو الاتعاظ بسنة من سنن الله في خلقه ، يفهم منه ان حكم النظير يطبق على نظيره . وهذا هو القياس[1] .

٢) الحديث المشهور عن معاذ بن جبل . وخلاصته ان الرسول (ص) حين أراد أن يبعث به قاضيا الى اليمن سأله : كيف تقضي ؟ فأجابه : أقضي بكتاب الله . فان لم أجد فبسنة رسوله . فان لم أجد اجتهد رأيي . فأقره الرسول (ص) ، والقياس نوع من الاجتهاد[2] .

٣) ان الله تعالى انما شرع الاحكام لمصالح الناس . فاذا تساوت مسألة لا نص عليها مع أخرى نص عليها في علة الحكم ، قضت الحكمة والعدالة أن يطبق على المسألة الاولى حكم المسألة الاخرى تحقيقا للمصلحة

(١) انظر الاحكام ، للآمدي ، المصدر السابق ، جـ ٣ ، ص ١١٢ .
(٢) الاحكام للآمدي ، المصدر السابق ، ص ١١٥ .

التي هي غاية الشارع مما قرره من تشريع • ثم ان النصوص محدودة والوقائع والاقضية تتنوع بحكم التطور وتتعدد ولا يمكن أن تكون النصوص المحدودة هي المصدر التشريعي الوحيد للوقائع والاقضية غير المحدودة •

واذا كان هذا هو رأي الجمهور ، فان أصحاب المذهب الظاهري ومن أقطابه داود الظاهري والامام بن حزم رفضوا اعتبار القياس دليلا من أدلة الاحكام الشرعية ونسب هذا الرأي أيضا الى علماء الشيعة الامامية • وفي ذلك يقول العلامة الحلي من الامامية : (اختلف الناس في حجية القياس • والذي نذهب اليه انه ليس بحجة • والحاق المسكوت عنه بالمنطوق ليس من باب القياس • والحكم المنصوص على علته متعد الى كل ما علم ثبوت تلك العلة فيه بالنص لا بالقياس) •

وخلاصة رأي الفقه الامامي ما يلي[٣] :

١) القياس ليس دليلا كاشفا عن حكم الله ولا أصلا منتجا لوظيفة عملية وانما هو نفس عملية الاستفادة من الدليل لا نفس الدليل •

٢) لما كان القياس نفس العملية الاجتهادية فلا ينبغي أن يكون موضع نزاع • وانما النزاع في الواقع ــ حسب رأي الفقه الامامي ــ هو في مستند القياس • ومستنده هو العلة التي أناط الشارع بها حكمه في الواقعة • فمتى علم المجتهد علة حكم الله في الواقعة فلا يمكن أن يتخلف عنها معلولها وهو ادراك حكم الله في كل واقعة وجدت فيها العلة ، لعدم جواز تخلف المعلول عن علته التامة •

٣) ان المهم هو طرق ادراك العلة فان كان طريقها العلم فهو حجة ذاتية

(٣) انظر الاستاذ مصطفى جمال الدين ، القياس حقيقته وحجيته ، رسالة ماجستير ، ص ٤١٨ وما بعدها ..

ليست بحاجة الى اعتبارها من قبل الشارع • أما اذا كان طريقها الظن فالظن منهى عنه الا ما أخرجه الدليل •

انني لا أشك في ان القياس هو طريق واحد من طرق الاجتهاد بل انه فعل المجتهد • وان ما سيراه ويجعله من مسالك الادلة الشرعية هو ان المجتهد يبني اجتهاده على أساس قائم من نص موجود هو التشابه الذي يدفع المجتهد الى جعله أساسا لعمله الفقهي • ومن ثم لا يوجد أي تعارض في رأيي بن أن يكون القياس فعلا ودليلا في نفس الوقت •

وبعد هذا الاستعراض لجوانب من القياس في كل من الشريعة والقانون لابد لي من الاشارة الى أهم وجوه الاختلاف بين القياس فيهما ، وهي الآتية :

اولا ــ ان علماء الشريعة يفرقون بين العلة والحكمة كما يفرقون بين القياس الجلي والقياس الخفي • وهي تفرقة لا يعرفها التشريع الوضعي •

ثانيا ــ يأخذ علماء الشريعة بالقياس في ميدان القانون الجنائي ، أما رجال القانون فلا يجرون القياس في هذا الميدان •

ثالثا ــ اذا كان القياس في الفقه العربي دائرا بين أن يكون مصدرا أو تفسيرا أو وسيلة للبحث الموضوعي الحر ، فان الرأي السائد في الفقه الاسلامي هو ان القياس دليل شرعي لاستنباط الاحكام وصورة من صور الاجتهاد • ونستطيع القول دون تردد انه ليس وسيلة للتفسير وانما هو وسيلة خاصة للبحث عن الاحكام الشرعية ضمن اطار النصوص الموجودة •

المطلب الثالث

« موقف القانون المدني العراقي من القياس »

لم يتبع المشرع العراقي مسلك بعض التقنينات من أخذ بالقياس بالنص الصريح في المواضع التي أشار فيها الى مصادر القانون مبينا في الوقت نفسه موقعه في سلم التدرج بين المصادر عند التطبيق • ومن أمثلة هذه التقنينات ، التقنين المدني النمساوي الصادر سنة ١٨١١ الذي نص في الفقرة ٧ من المادة الاولى بانه (لو تعذر الفصل في واقعة خاصة طبقا للنص أو للمفهوم الطبيعي للتشريع ، وجب حينئذ الرجوع الى الحالات المشابهة التي أورد القانون بشأنها حكما واضحا)[١] ، والتقنين المدني الايطالي لسنة ١٩٤٢ •

ولم يقف المشرع العراقي عند حد اغفال النص على الاخذ بالقياس ، وانما كان موقفه مرتبكا • فقد اورد نصا يحظر الاخذ بالقياس في حالة معينة •فقد قضت المادة (٣) من القانون المدني على ان (ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه) • وهي مادة نقلها المشرع عن المجلة (م ١٥) التي أخذتها بدورها من كتاب المجامع[٢] • وواضح ان المقصود بهذه المادة هو منع القياس على حكم واقعة معينة ويبدو استثناءا من قاعدة عامة • فالقاعدة الاستثنائية التي تشذ عن المباديء العامة لا يجوز التوسع في تطبيقها على الحالات المشابهة للحالة التي وردت بشأنها •

(١) القطيفي ، المرجع السابق ، ص ٢٧٤ .
(٢) المرجع السابق .

ويبدو من هذا ان موقف المشرع المدني العراقي ليس سليما فهو لم يسكت حيال القياس ويدع أمره الى الفقه ، ولم يأت بقاعدة ايجابية تبيح الاخذ به ، وانما صاغ قاعدة سلبية وسكت عن الاصل • ولو أراد المشرع الفصل فيما اختلف فيه فقهاء المسلمين حول حجية القياس ، واعتباره مصدرا للاحكام يجب العمل بما دل عليه ، لكان قد نص على ذلك صراحة في المادة الاولى التي خصصها لتعداد المصادر التي ترجع اليها المحاكم في استنباط أحكامها • ولو افترضنا انه أراد الاخذ بالقياس بدلالة نهيه عن الاخذ به في حالة معينة ، فأين هو مكانه في الترتيب الذي وضعه المشرع لمصادر القانون من حيث الاولوية في التطبيق ؟ أيعمل بالقياس قبل العرف أم بعده ، وقبل مباديء الشريعة الاسلامية أم بعدها ؟[٣] •

لم أجد في الفقه العراقي ولا في الفقه المصري ما يقطع بالاجابة عن ذلك أو يحدد موقفا ثابتا من القياس وترتيبه • بل لم ينل موضوع القياس الا قدرا قليلا من العناية من قبل الفقه المصري وقدرا أقل من الفقه العراقي • ويبدو من دراسة ملاحظات الفقهاء القليلة ان في الامكان توزيعها على اتجاهات ثلاث[٤] في الرأي هي الآتية :ـ

أولا ـ ذهب الفقهاء والشراح تأثرا منهم بمدرسة التزام النص التي سادت فرنسا في القرن الماضي ، الى اعتبار القياس طريقة من طرق تفسير نصوص القانون • فالتفسير كما يقولون يقصد به تحديد معنى القانون من خلال نصوصه ، والمعنى الذي يريده المشرع من نص معين يستفاد أما من عبارة النص أي من ألفاظه ، واما من روحه وفحواه • وتتحدد فحوى النص في رأيهم بطريقين • أولهما ، باشارة النص • وثانيهما ، بدلالة النص أو

(٣) د. مرقس ، المرجع السابق ، ص ٢٣٧ . القطيفي ، المرجع السابق ، ص ٢٧٤ .
(٤) الدكتور عبدالحميد المتولي ، المرجع السابق ، ص ١٩٣ .

مفهومه ردلالة النص ومفهومه نوعان : هما مفهوم الموافقة (أو القياس في رأيهم) • ومفهوم المخالفة • فالقياس عندهم اسلوب من أساليب تفسير القانون عن طريق استنباط فحوى النص • ولا يخفى ما في هذا الرأي من ضعف • ذلك لان مفهوم الموافقة يدخل ضمن مدلول النص ، وهو يختلف عن القياس كما بين ذلك من قبل •

ثانيا ــ ذهب البعض تأثرا منه بالمدرسة العلمية في فرنسا التي تزعمها جني الى القول ان المشرع ، كما يتبين من المادة الاولى من القانون المصري والقوانين العربية التي تأثرت به ، لم يأخذ بفقه مدرسة التزام النص التي تحصر القانون في مصدر واحد هو التشريع ، وانما أحال القاضي الى التشريع أولا ، فان لم يجد القاضي نصا وجب عليه أن يرجع الى العرف ، فان لم يوجد كان عليه أن يحكم بمقتضى مباديء الشريعة الاسلامية ، فاذا لم يوجد حكم بمقتضى مباديء القانون الطبيعي وقواعد العدالة • وهذا يعني ان على القاضي أن يرجع الى جوهر القانون ، وهو في الواقع مايقصد بقواعد العدالة[٥] وبذلك يكون المشرع العراقي مثله مثل المشرع المصري متجها الى الاخذ بفقه المدرسة العلمية • ويترتب على ذلك ان هذا الفريق يرى ان القياس لا يعد مصدرا رسميا ولا طريقة من طرق التفسير ، وان يعد وسيلة من وسائل البحث العلمي الحر[٦] •

ثالثا : تجاذبت بعض رجال الفقه نزعة التردد بين اعتبار القياس طريقة من طرق التفسير وبين اعتباره مصدرا رسميا من مصادر القانون •

ويبدو أن هذا الفريق من الفقهاء وقع تحت تأثير فقهين متعارضين •

---

(٥) انظر الدكتور عبدالفتاح عبدالباقي ، ص ٢٧٥ . الدكتور عبدالمنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، ص ٣٠٢ . الدكتور مالك دوهان ، المرجع السابق ، ص ٢٧٨ وما بعدها .

(٦) انظر الدكتور حسن كيره ، المرجع السابق ، ص ٥٢٧ وما بعدها .

هما ، فقه مدرسة التزام النص ، التي تعد القياس طريقة من طرق التفسير ، والفقه الاسلامي الذي يدخل القياس في عداد أدلة الاحكام الشرعية •

ان ما يبرر هذا التردد ما رآه فقهاء هذا الاتجاه من ان القياس على نوعين • قياس جلي وقياس خفي • وان القياس الذي يعد مصدرا من مصادر القانون هو القياس الخفي • أما القياس الذي يعد طريقة من طرق تفسير النص فهو القياس الجلي • والمقصود بالقياس في رأيهم عند اطلاق اللفظ هو القياس الخفي[٧] •

ان من أبرز من يمثل هذا الاتجاه الدكتور سليمان مرقس الذي يتميز بين الكتاب والشراح بالافاضة في هذا البحث • فقد رأى[٨] ان المصادر الرسمية للقانون طبقا للمادة الاولى تكون على الترتيب الآتي : التشريع ، ثم العرف ، ثم القياس ، ثم مباديء الشريعة الاسلامية ثم قانون العدالة (القانون الطبيعي والعدالة) • ويبرر ذلك بقوله « ان المشرع لم يقصد باضافة مباديء الشريعة الاسلامية الى مصادر القانون الرسمية وبايجاب الرجوع اليها قبل القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، تقديمها على القياس بنوعيه ، المحدود والمبسوط وهو الاستنباط لانه كما ذاما واقعا تحت تأثير الاعتقاد بان القياس يدخل في تفسير التشريع ويعتبر متمما له • ويأتي بهذه الصفة معه في الترتيب أي قبل مباديء الشريعة الاسلامية ، واما انه بعد أن اعتبر القياس والمباديء العامة للقانون الوضعي مصدرا متميزا عن التشريع وادخله ضمن عبارة القانون الطبيعي وقواعد العدالة سهي عليه انه أدخله ضمن هذه العبارة الاخيرة فلم يتحفظ في تقديم مباديء الشريعة على القانون الطبيعي وقواعد العدالة • وعلى كل حال فان قصد المشرع يمكن الاستدلال

---

(٧) البدراوي ، المدخل للعلوم القانونية ، ص ٢١٧ . سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص ٢٠٨ .

(٨) مرقس ، المرجع السابق ، ص ٢٣٨ .

عليه من تقديمه التشريع والعرف على ما عداهما باعتبار ان أحكامهما ثابتة محدودة ، ومن تقديم مباديء الشريعة الاسلامية على القانون الطبيعي وقواعد العدالة باعتبار ان الاولى لها أسس ثابتة في كتب الفقه الاسلامي فيمكن الركون اليها أكثر من القانون الطبيعي أو قواعد العدالة الذي كثر الخلاف في مضمونه وفي تحديد كنهه حتى رسخ في الاذهان انه فكرة مائعة غير واضحة ولا محددة » .

انني اخالف ما ذهب اليه الاستاذ مرقس وأرى انه اقام رأيه على افتراضات وتصورات . فقد افترض ان المشرع أدخل القياس ضمن فكرة العدالة ، وافترض أيضا ان المشرع يقدم ما هو قائم على أساس ثابت . والقياس كذلك أي قائم على أساس ثابت هو التشريع ، كما انه افترض ان القياس لا يخاصم العرف مركزه لان من المسلم به كما يقول ان القياس محله عند عدم العرف[9] . ولذلك فانه يسبق مباديء الشريعة الاسلامية في الترتيب .

ان هذه الافتراضات لا تصلح في رأيي أن تكون أساسا لمبدأ خطير يتصل بتحديد مصادر القانون وترتيبها . والرأي السليم في اعتقادي يمكن ايجازه فيما يلي :ـ

أولا ـ ان التفرقة بين القياس الجلي والقياس الخفي غير معروفة في كل من التشريعين والفقهين الغربي والعربي . وهي تثار عند علماء الشريعة الاسلامية بصدد الكلام في موضوع الاستحسان ، ولكنها ليست مسألة أساسية في اصول الفقه . وليس ثمة سند من القانون أو سبب معقول يدعو الى الزج بهذه التفرقة في مجال القانون .

(٩) الدكتور مرقس ، المرجع السابق ، ص ٢٣٧ .

ثانيا ـ ان مفهوم الموافقة هو غير القياس . والقياس سواء أخذنا بمفهومه الاسلامي أو بمفهوم مدرسة البحث العلمي الحر لا يعدو أن يكون طريقا من طرق الرأي والاجتهاد . أما ما يفهم بدلالة النص أو عن طريق مفهوم الموافقة فلا يدخل ضمن الاجتهاد بالراي وانما يدخل ضمن دلالة النص ذاته . ولا تعدو تسميته بالقياس من قبل البعض ان تكون تسمية مجازية لغوية وغير اصطلاحية .

ثالثا ـ لا يمكن في اعتقادي اعتبار القياس وسيلة للتفسير الا على أساس افتراض نية المشرع ، فيما عدا الحالات التي يرخص فيها المشرع القياس ، كما فعل في المادة السادسة من قانون التجارة العراقي[10] .... ذلك لان هذا الاعتبار لا يصح الا في ظل الاتجاه الذي يحصر القانون في التشريع ويسمح بافتراض نية المشرع ، وهو اتجاه مدرسة التزام النص .

رابعا ـ ان القياس في نظري ليس طريقا للتفسير ذلك لان حكم المقيس لا يستنبط من النص الذي يحكم المقيس عليه . ولا يمكن القول اننا عثرنا على حكم المقيس بالتعرف عليه من خلال تحليل ألفاظ النص ودلالاته ومقاصده . بل كل مايمكن للقاضي قوله هو انه : توصل الى الحكم لا من خلال النص الذي يحكم المقيس عليه بل من خلال ما وجده من تشابه بين الواقعة الطارئة والواقعة الاصلية في سبب الحكم .

ان ما يقرب القياس الى التفسير ويوهم بانه طريق من طرقه ، هو ان حكمة النص تدخل ضمن عناصر النص كما بينا ، وان هذا العنصر يتداخل

(١٠) نص المادة : يعتبر عملا تجاريا كل عمل يمكن قياسه على الاعمال المنصوص عليها في المواد السابقة لتشابه في الصفات أو الغايات .

في الواقعتين ، وان هذا التداخل يشكل أساسا لتوجه الرأي والاجتهاد نحو الاخذ بالحكم المقرر للمقيس • غير ان المشاركة في جزء غير ثابت من عناصر النص لا تبرر جعل القياس تفسيرا • فالقياس لا يعدو في رأيي أن يكون وسيلة للرأي والاجتهاد ، وهو يتميز عن الوسائل الاخرى بانه يستند الى السابقة المتشابهة في سبب الحكم أو حكمته • أي ان تلك السابقة تحفز القاضي للاخذ بحكم مشابه لها • ومع ذلك فانه لا يعتبر على أي حال مصدرا لقاعدة قانونية وانما يعتبر سندا لوضع حلول جزئية • ذلك لان القاضي لا يجوز أن يشرع بل عليه أن يضع أحكاما جزئية لقضايا تعرض عليه •

أما ترتيب القياس في القانون المدني العراقي فانه يأتي في رأيي ضمن مباديء الشريعة الاسلامية • لسببين ، أولهما : ان القياس يعتبر من صميم مباديء الشريعة الاسلامية كما يمكن ادراجه ضمن قواعد العدالة باعتباره محققا لها وليس باعتباره مصدرا مستقلا • وثانيهما : ان المادة الثالثة من القانون المدني تشير الى تأثر المشرع العراقي بالقياس المعروف في الشريعة الاسلامية •

وأرى ان المشرع العراقي أقر حجية القياس طبقا لمفهوم المخالفة لهذه المادة • وأفاد في هذه المادة ضمنا انه يقع ضمن مباديء الشريعة ومع عدم وجود نظير لهذه المادة في القانون المدني المصري الا انني أرى ان مثل هذا الترتيب هو الأسلم بالنسبة اليه خلافا لما ذهب اليه بعض الفقهاء المصريين •

خاتمة

لما كانت الخاتمة هي الحطة الاخيرة في البحث ونهاية المطاف حول الهدف الذي أراد الباحث تحقيقه ، لابد أن تضم حصيلة مجهوده وخلاصة ما توصل اليه لتصبح أساسا مكينا لتوسيع رحاب المعرفة •

وحيث ان هذه الرسالة التي استهدفت وضع نظرية جديدة لتفسير النصوص المدنية في ضوء الدراسة المقارنة بين الفقهين القانوني ـ الاسلامي لم تتناول في ثنايا البحث تنسيق مباديء وأسس هذه النظرية في صيغة موحدة جامعة بسبب ما اتصف به البحث من شمول ومقارنة ، فان من الواجب والمنطقي جمع ما تناثر فيها من أفكار وتنسيقها في صيغة ترسم نظرية التفسير في هذه الخاتمة • وسأشير فيها الى أهم الملاحظات التي استخلصتها من مجمل الافكار السائدة في مجال التفسير في ميدان علم أصول القانون • وبذلك تتم الاجابة عن السؤال الهام الذي يثار عادة عند اختتام الرسالة وهو ما الذي قدمه الباحث في رسالته الجديدة ؟

والحقيقة انني سلكت مسلكا روائيا في تسجيل معظم الاتجاهات والآراء التي عالجت مسألة التفسير بأمانة واخلاص ، ومسلكا انتقاديا في تقويم تلك الاتجاهات والآراء وبيان ما فيها من وجوه قوة وضعف • كما سلكت مسلكا تحليليا في المقارنة بين هذه الاتجاهات والمذاهب لبيان مدى تقاربها أو مدى تأثر بعضها بالبعض الآخر • وركزت في ذلك بشكل خاص على المذهب الاسلامي في التفسير • وقد حاولت أن أشق لنفسي في خضم هذه الاتجاهات طريقا جديدا في التفسير يؤمن مسايرة القانون للمجتمع أثناء تطبيقه بشكل يحقق استقرار المجتمع وثباته ويضمن توازنه في سيره المتصاعد الحثيث وينسجم مع تطلعات القطر نحو بناء هيكل جديد للقانون تسري فيه

الروح الاشتراكيـة التي تبتغي ثورة (١٧ ــ ٣٠) تمـوز ١٩٦٨ اشاعتها ورسوخها في ضـوء المنطلقات النظرية والمبـدأية لحزب البعـث العـربي الاشتراكي التي لا تغفل اطلاقا قيم التراث الاسـلامي الاصيل • وسأحصر فيما يلي أهم الملاحظات والآراء التي تصلح في اعتقـادي لرسم نظرية جديدة في تفسير النصوص المدنية والتي توصلت اليها في هذه الرسالة •

اولا ــ اساس هذه النظرية

رأيت ان تحديد عناصر النص القانوني يوضح الاساس المادي لتحديد مهمة التفسير وأسبابه • فقد ظهر لي من خلال الغور في ماهية النص في ضوء الضوابط اللغوية والبيانية والمنطقية ان للنص مقومات أو عناصر ثلاثة يبدو كل منها في زاوية غـير الزاوية التي يتضح منها الآخر • أولهـا ، مفردات النص من الحيثيات الآتيـة : من حيث دلالتها على معانيها مطابقـة وتضمنا والتزاما ، ومن حيث دلالتهـا على معانيها وابهامهـا ، ومن حيث استعمالها الحقيقي والمجازي • وثانيها ، دلالة هيئـة النص التركيبية على مضمونها من حيث المنطوق والمفهوم • وثالثها ، غاية النص وروحه أو حكمته •

ذلك لان من المعلوم ان عناصر أي شيء تعني مادته وصورته وان لكل مركب مادة هي كالخشب للسرير ، وصورة هي كالهيئة السريرية • ان مادة النص هي مفرداته التي يحصل هو من التئامهـا ، أما صورته فهي الهيئـة الحاصلة من التئامها •

وبما ان النص القانوني يعبر عن عمـل ارادي هادف بل انه في قمـة العمليات الارادية الموجهة خطورة وشمولا لانه معني بضبط مسيرة المجتمع وتحديد مساره الطبيعي وفقا لمعايير تؤشر الساحات المفتوحة والمغلقة لتحرك الفرد من خلال المجتمـع ، لذلك لابد من التسليم بان للنص غاية يهدف الى ادراكها وحكمة يصدر عنها •

ومفاد ذلك : انه لابد لمعرفة النص وعناصره بصـورة كاملة من ثلاث نظرات نافذة ، أولاها ، نظرة تحليلية تشخص مـادة النص أي مفرداته من حيث علاقتها بمعانيها • وثانيتها ، نظرة تركيبية تعني بصـورة النص وأعني بها النص بهيئته الكاملة من حيث دلالتـه على مضمونه • ويستعان لاستقامة هاتين النظرتين بمباديء من اللغة والنحو والمنطق وعلم الاصول • أما النظرة الثالثة فهي تلك التي تربط النص بالواقـع ربطا متفاعلا حيـا يحقق حكمة التشريع وملائمته للواقع ومسايرته للفلسفة المهيمنة عليه •

ان مما يعضد هذا الرأي الامران التاليان :ــ

أولهما : ان الاصوليين المسلمين ربطوا فعلا هـذه المباحث بالنصوص وعالجوهـا ضمن الكلام على الالفاظ ودلالاتها • فقد قسم الامام الغـزالي مثلا مبحث اللفظ الدال على الحكم الى ثلاثة فنون هي المنظوم والمفهوم والمعقول •

وثانيهما : ان الاختلاف البارز بين اتجاهات المراحل الثلاث للمدرسة التقليدية في التفسير كما يبدو عنـد التعمق ، مرده تركيز كل اتجاه منها على عنصر معين من عناصر النص واهمـال العناصر الاخرى • فالاتجاه الاول الذي يتمسك بحرفيـة النص انما تسوده النظرة التحليلية كما ان الاتجاه الثاني الذي يركز على عنصر المفهوم ويستعمل المنطق في تفسـير النص وتوسيعه ، تطغى عليـه النظرة التركيبية • أما الاتجـاه الثالث الذي لم يقف عند العنصر اللفظي الشكلي وحـدود المنطق الصارم ، وانما نظر الى النص من زاوية تركز على المرمى النهائي وأعني به الغـاية والروح ، باعتبار ان القـانون علم اجتماعي يتأثر بالظروف الاجتماعيـة والاقتصادية والسياسية المتغـيرة ، فاتجاه تعمه النظرة الثالثة •

وخلاصة ما تقدم : ان النص القانوني عبارة عن العناصر الثلاثة مجتمعة ، إلا ان العنصر الاول يسود دائما ابان شباب النص مما يجعل على الظن انه العنصر الوحيد أو الاساس الذي يستحق الاهتمام عند التفسير • أما العنصر الثاني فيبرز في مرحلة كهولة النص • وعندما يبعد الزمن بين النص القانوني وبين تطبيقه على الوقائع القانونية يضطر القاضي أو الفقيه الى البحث عن روح النص وغايته • والواقع ان تأريخ تطور أفكار المدرسة التقليدية للتفسير يؤكد ذلك •

ثانيا ـ نتائج هذه النظرية

تترتب على هذه لنظرية عدة نتائج منها ما يتعلق بطبيعة التفسير وأسبابه ومنها ما يتعلق بوسائل التفسير ، ومنها ما يتعلق بالاتجاه الفكري في التفسير • وألخص فيما يلي هذه النتائج تباعا •

آ ـ النتائج التي تتعلق بطبيعة التفسير وأسبابه

تبين لي ان التفسير في حقيقته هو التعرف من خلال تحليل الفاظ النص ودلالاته ومقاصده على الحكم القانوني المطلوب ، وتهيئة النص لذلك اذا شابه ما يعيبه كالغموض مثلا • وان كل جهد يبذل في مجال تطبيق النص بعناصره المختلفة ضمن تطبيق القواعد الاصولية واللغوية والمنطقية والدراسة العملية للغاية الاجتماعية للقاعدة القانونية ، يعتبر تفسيرا • فالسبب الحقيقي للتفسير هو طبيعة النص ذاته ، أما الاسباب التي تورد عادة للتفسير وهي الغموض والتعارض والنقص فهي في الحقيقة أمور تضايق القاضي والفقيه وتثير الحيرة في ادراك الحكم بصورة أشد مما يثيرها النص السليم ولذلك ينبغي ازالتها والتخلص منها بالطرق المعروفة قبل الشروع في مهمة التفسير الاساس وهي استخراج الحكم من النص بعناصره المعروفة •

ومع ذلك فان لي ثمة ملاحظات حول هذه الاسباب اوجزها فيما يلي :ـ

أولا ـ ان الغموض لا يعتبر عيبا بالضرورة يجب تحاشيه في الصياغة القانونية فقد تقتضيه الصياغة القانونية لاعتبارات فنية أو عملية أو لاسباب تتعلق بطبيعة الافكار التي تحمل مضمونها بتغير المجتمع ويختلف تحديدها باختلاف الزمان والمكان • وقد ينجم الغموض أحيانا عن عجز النص عن استيعاب السيول الجارفة من الاحداث والتطورات الجديدة أو عن قصور اللغة ذاتها من الاحاطة الوافية بجميع المضامين • بل قد يكون النص صريحا واضح الدلالة ومع ذلك يأتيه الغموض من جانب آخر هو ابتعاد النص بمعناه الواضح الصريح عن حكمة التشريع وافتقاد ملائمته للواقع المتطور • فيضطر القاضي عندئذ الى التوسيع مرة والتضييق مرة أخرى بغية تحقيق الملائمة والانسجام • وفي وسعي القول ان الغموض يلف حالات كثيرة تكون مهمة التفسير فيها قلقة غير هينة لولا استنجاد المفسرين بروح التشريع ، وان الغموض هو السبب الرئيسي الذي يدفع القاضي الى استلهام قواعد التفسير لاستخلاص المعاني المقصودة من النص سواء كان ذلك الغموض ناتجا عن الاشتراك في معاني الكلمات ، أو عن صعوبة وتعقد تركيب النص أو مرونته ، أو عن عدم انسجام النص مع المنطق والواقع والروح الانسانية التي تجب اشاعتها في كل نص قانوني •

ثانيا ـ ان جوهر التعارض في الحقيقة كما يقول الاصوليون ، هو التعارض بين دليلين ، سواء كان تعارضا كليا أو تعارضا جزئيا • وعلى أي حال فان التعارض في نظري لا يدخل في صميم نظرية تفسير النصوص • ذلك ان مسألة التعارض لا تثار من خلال تحليل ألفاظ النص أو دلالاته أو مقاصده بصورة رئيسة بل من خلال تقابل

النصوص وتقريب بعضها الى البعض الآخر • يضاف الى ذلك ان حالة التعارض الكلي تدخل ضمن وضع قانوني خاص هو الالغاء أو النسخ ، أما التعارض الجزئي فيدخل ضمن تحديد معاني مفردات النص من حيث كونها مطلقة أو مقيدة ، عامة أو خاصة •

ثالثا ـ أما النقص بمعنى غياب النص وقصور القانون ، فأرى انه ليس سببا حقيقيا لتفسير النصوص وانما يعتبر سببا للبحث عن مصادر أخرى للقاعدة القانونية • والمفروض ا لايبحث ضمن أسباب تفسير التشريع من الناحية المنطقية • ذلك الآن مجال التفسير هو النص أما مجال النقص فهو الفراغ • أما اعتباره من حالات التفسير وأسبابه فيعود في رأيي الى أمرين أولهما ا نالقصور لا يبدو الا بعد تفسير النصوص المتعلقة بالموضوع تفسيرا يأخذ مجموع القواعد القانونية بعين الأعتبار • وثانيهما ان النقص قد تتم معالجته عن طريق التنظيم القانوني ذاته وذلك بالاستعانة بالقياس وبالمباديء القانونية العامة ولا يخرج المفسر حينئذ عن دائرة النصوص التشريعية •

ب ـ النتائج المتعلقة بوسائل التفسير

أما نتائج هذه النظرية المتعلقة بنتائج التفسير فيمكن حصرها فيما يلي :ـ

أولا : انطلاقا من منطق النظرية ذاتها جعلت الاستنتاج من حكمة التشريع وسيلة أساسا لمعرفة الحكم القانوني لا وسيلة خارجية • وأرى ان النص القانوني لابد أن يعبر بلفظه ومفهومه عن حكمة التشريع والا فقد قيمته القانونية • ذلك ان اية قاعدة قانونية لا تعدو أن تكون وليدة المفاضلة بين المصالح المتعارضة • وان الاساس الذي تقوم عليه هذه

المفاضلة يكون نواة هذه الحكمة • وهو يختلف تبعا لاختلاف الافكار والاوضاع الاقتصادية المهيمنة على الحركة التشريعية في المجتمع • يضاف الى ذلك ان فلسفة القانون ذاته ، هي مراعاة التوازن العادل بين المصالح المتضاربة • وأقصد بهذا التوازن التوازن العلمي الذي لابد أن يراعي مراكز القوة والضعف في أطراف العلاقة القانونية لصالح الطرف الاضعف باتجاه تحقيق تكافؤ الفرص أمام الجميع لخلق مجتمع تسوده العدالة والمساواة • ومعلوم ان حكمة التشريع هي مطالب الحياة العملية والحقائق الاجتماعية التي ينبغي على المشرع تحقيقها • وان النص ينزل من هذه الحكمة منزلة الوسيلة من الغاية ومن ثم ، فان حكمة التشريع تتوخى في اعتقادي غرضين هامين أذكرهما بايجاز فيما يلي :ـ

١ ـ ملائمة النص للواقع الاجتماعي والمعنى الانساني للقانون

ومفاد ذلك ان حكمة التشريع تعتبر مقياسا لمدى ملائمة النص لمعالجة المشاكل المطروحة • فاذا كان النص يحقق المعاني التي من شأنها اشباع المطالب الاجتماعية الناشئة من العلاقات القانونية ومسايرة الروح الانسانيه والقيم الاشتراكية وجب على القاضي الالتزام به دون تردد • أما اذا كان تطبيقه يفضي الى ظلم وعنت في حالات معينة ، فان حكمة التشريع الباعثة على سن القانون أو ديمومته تصبح سدا منيعا يحول دون تطبيقه بشكله الصارم ودافعا يدفع القاضي نحو مسار جديد في التفسير يكون مقتضاه تفسير النصوص بحيث يوائم مضمونها ما طرأ على ظروف انجياة من تغيرات ، وينسجم مع حكمة التوازن المطلوب في القانون ويراعي الظروف الخاصة بوقائع معينة استجابة للمعنى الانساني للقانون • ان هذا المسار الجديد هو

ما أشار اليه الرئيس القائد صدام حسين في ندوته الموسعة مع رجال القضاء في القطر العراقي من تأكيد على ضرورة تقيد القاضي بالجوهر الانساني للقانون عند النظر في القضايا المطروحة أمامه وضرورة رصد كل الظروف والاعتبارات المحيطة بتطور النزاع فيها .

يفهم مما تقدم ، ان النص اذا كان دليلا على حكمة التشريع واستجابة للمطالب الاجتماعية والاقتصادية في معظم الاحوال فان هيكله قد يعجز عن تحقيق المعنى الانساني للقانون في الجملة . عندئذ تصبح حكمة التشريع الموجهة لتأويل النص ، بتوسيعه أو تضييقه ، بحيث يوائم الواقع الاجتماعي والاقتصادي والقيم السائدة .

٢ ـ تطوير القانون

ليست مهمة حكمة التشريع معيارية بل تعتبر أيضا أساسا لمد حكم النص الموجود الى وقائع أخرى تعذر احتواء النص التشريعي لها ، وأعني به القياس . وحسبي هذه الاشارة تجنبا للتكرار .

ثانيا ـ ان القياس في نظري ليس طريقا للتفسير . اذ لا يمكن القول عند اللجوء اليه اننا عثرنا على حكم المقيس بالتعرف عليه من خلال تحليل ألفاظ النص ودلالاته في ضوء الغاية من وضعه وانما مايمكن للقاضي قوله ، هو انه توصل الى قراره ، لا من خلال النص الذي يحكم المقيس عليه ، بل من خلال ما وجده من تشابه بين الواقعة الطارئة والواقعة الاصلية في سبب الحكم . ولا يتعارض هذا مع قولنا ان حكمة النص تدخل ضمن عناصر النص وان هذا العنصر متداخل في الواقعتين مما يفيد اعتبار القياس تفسيرا لا مصدرا مستقلا ، ذلك لان المشاركة في عنصر متقلب غير ثابت لا تبرر جعل

القياس تفسيرا . يضاف الى ذلك ان تركيب النص يعتبر العلامة الرئيسة والدلالة البارزة على حكمة التشريع في معظم الاحوال ولا علاقة للقياس بهذا التركيب والهيكل . فالقياس لا يعدو في رأيي أن يكون وسيلة للرأي والاجتهاد ، الا انه يتميز عن الوسائل الاخرى بانه يستند الى السابقة الرسمية المشابهة للواقعة اللاحقة في السبب والحكمة .

ج ـ النتائج المتعلقة بالمنهج الفكري في التفسير

قبل عرض الملاحظات بصدد المنهج الفكري للتفسير لابد لي من الاشارة الى الامور الآتية :ـ

أولا : لا يحسن بالمشرع في نظري تحديد مناهج التفسير وطرقه في مستهل تشريعه ، ذلك لان الجانب الفكري للتفسير تتكفله المنطلقات النظرية والفلسفية للدولة أما الجانب الفقهي أو الفني فيتكفله الفقه والقضاء . أما تحديد مصادر الحكم وفق ترتيب منطقي فلابد للتشريع من بيانه في فاتحته .

ثانيا : من الانصاف القول ان القانون المدني العراقي الحالي يتميز بسبك متين نسبيا صياغة ومضمونا وانه عكس مرحلته بأمانة واخلاص بل سبق زمانه في بعض أحكامه الا انه لم يعد مستجيبا في جملته بل في معظم أبوابه وفصوله لحاجات المجتمع الاشتراكي الجديد . ولذلك لابد من ثورة فقهية تساير ثورتنا التشريعية التي تستهدف وضع أسس جديدة تنسجم مع تطلعات المجتمع العراقي نحو ترسيخ نظام اشتراكي تظلله قيم تراثنا الاصيل وتؤطره مباديء حزب البعث العربي الاشتراكي ومن هذا المنطلق اعرض ما يلي :ـ

لما كان المشرع قمة الهيئة الاجتماعية فانه يعمد الى اقرار الصيغ التشريعية التي تؤمن ضبط المجتمع وتحقيق التوازن فيه بمراعاة العوامل السائدة والمهيمنة على مسيرة المجتمع أثناء التشريع • ولابد أن تعكس هذه الصيغ بصورة جلية حكمة التشريع التي تتجلى في هذه الحقائق الموضوعية• لذلك أرى ما يلي :ـ

أولا ـ ضرورة اعتماد النية الحقيقية للمشرع المستخلصة من النصوص في ضوء دلالاتها المختلفة وحكمها عن طريق الاستعانة بالمنهج الاصولي الاسلامي في ضبط تلك الدلالات • وفي حالة النص على هذه المسألة في التشريع أقترح له الصياغة الآتية : (تراعي المحكمة أولا نصوص هذا التشريع منطوقا ومفهوما وحكمة) •

ثانيا ـ في حالة غموض النص يلجأ القضاء الى حكمة التشريع والاسس الدستورية والفلسفية للدولة • ويستعين بالاعمال التحضيرية والمصادر التأريخية لبيانها •

ثالثا ـ اذا فقد النص التشريعي حكمته ولم يعد يراعي المصالح الغالبة في التشريع وأضحى غير منسجم مع فلسفة الدولة فانه يفقد قيمته القانونية في رأيي • ذلك لان الحكمة التي تحقق ملائمة التشريع وانسجامه مع الواقع الاجتماعي والاقتصادي تعتبر عنصرا من عناصر النص • واذا تخلفت فينبغي أن يبادر القضاء أو أية جهة رسمية مختصة الى المطالبة بالغاء ذلك النص أو تعديله • وعلى القضاة عندئذ تأويل هذه النصوص وفقا لمقاصد القانون في ضوء الغايات والمصالح المشروعة التي تحقق التوازن المطلوب في العلاقات الاقتصادية والاجتماعية طبقا لقيم العدالة والمفاهيم الاشتراكية في المجتمع الاشتراكي •

رابعا ـ أرى ان يرخص للقاضي بالاجتهاد في حكم القضايا التي لم يضع المشرع حلولا صريحة لها ولا يمكن حكمها من قبل المباديء العامة التي تبناها المشرع في ثنايا تشريعه ، على أن يلتزم بالمنهج العلمي الذي اتخذه المشرع في اقرار الصيغ القانونية بمراعاة الحقائق الواقعية والتاريخية والمثالية والعقلية[1] وان يلتزم بالترتيب الآتي في رأيي : آ ـ اللجوء الى القياس • ب ـ الاستهداء بالمباديء القانونية العامة • جـ ـ الرجوع الى قانون العقل وأعني به الشعور الفطري الغريزي بالعدل والانصاف •

خامسا ـ ان المنهج الاسلامي في التفسير الذي أدعو اليه لايعني ضوابط فهم الاحكام من النصوص فقط بل لابد لتطبيقه بصورة فعالة من قضاة أكفاء يتمتعون بقدر كبير من العلم والنزاهة والصلاح والمكانة الاجتماعية • وغاية ذلك كله أن يصدر الحكم عن رأي صادق يعبر بحق عن الحل العملي للواقعة الطارئة •

واذا كنت قد اعطيت صورة واضحة للجانب الفني الاصولي للمنهج الاسلامي في التفسير من خلال فصول وأبواب هذه الرسالة فان الثورة المعطاء كفلت بحق تأمين الاسس العملية المتمثلة بقرارات رفع المكانة الاجتماعية والعلمية للقضاة بفضل التوجيهات السديدة التي أبداها الرئيس المناضل صدام حسين لرجال القضاء في ندوتهم الموسعة بتاريخ ١٩٧٩/٨/١١ •

واذا كان القضاة يمثلون في الماضي صورة العدل المعصوب العينين الجالس في سكينة على آلة فان عليهم في الحقيقة كما يقول دياس « أن

(١) وهي الحقائق التي ذكرها جني في مذهبه المعروف (بمذهب العلم والصياغة) .

يجعلوا أعينهم مفتوحة وأناملهم موضوعة على كل عرق يدلهم على حالة النبض الاجتماعي » . فليس مهمة القاضي أن يسهر على تطبيق القانون فحسب ، وانما عليه أن يسهر على تحقيق العدالة وحماية جوهر القضية الانسانية[٢] .

أخلص بعد عرض مختلف النتائج الى تحديد رأيي فيما يلي :ـ

١) التفسير كل جهد يبذل في سبيل استخلاص الحكم القانوني من خلال تحليل ألفاظ النص ودلالاته والتعرف على غايته الاجتماعية .

٢) أرى ان كلا من التعارض وغياب النص لا يعتبر بذاته حالة من حالات التفسير وانما يعد الغموض وحده سببا للتفسير .

٣) على القاضي أن يستخلص المعنى من منطوق النص ومفهومه وحكمته .

٤) وجوب الاعتداد بنية المشرع الحقيقية المستخلصة من صيغ النص في ضوء دلالاته المختلفة وحكمه في التفسير .

٥) اذا واجه القاضي غموضا في النص وجب عليه أن يستهدي بحكمة التشريع وبالقيم الدستورية والفلسفة السياسية السائدة .

٦) اذا لاحظ القاضي نقصا في الحكم وجب عليه أن يسده بمراعاة الحقائق الاربع وهي الحقائق الواقعية والتأريخية والمثالية والعقلية . وعليه أن يلجأ الى الوسائل الآتية في الوصول الى الحكم المنشود ..

(٢) من أقوال الرئيس المناضل صدام حسين في الندوة المشار اليها .

أ ـ القياس

ب ـ المباديء القانونية العامة

جـ ـ العدل والانصاف

٧) أرى ان القياس لا يعتبر وسيلة من وسائل التفسير وانما هو وسيلة رأي واجتهاد في العثور على الحكم .

٨) اذا ابتعد النص عن الحكمة من تشريعه وجب على القاضي عدم الالتزام به عن طريق الرجوع الى التأويل توسيعا أو تضييقا ..

والحمد لله أولا وآخرا ..

المراجع العامة للرسالة

اولا ـ المراجع العربية في علم اصول القانون

١) الدكتور عبدالرزاق احمد السنهوري ، والدكتور احمد حشمت ابو ستيت • اصول القانون • القاهرة ، ١٩٤٦ •

٢) الدكتور عبدالحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ج ١ ، كويت ، ١٩٧٢ •

٣) الدكتور سليمان مرقس ، المدخل للعلوم القانونية ، الطبعة الثالثة ١٩٥٧ •

٤) الاستاذ عبدالباقي البكري • المدخل لدراسة القانون والشريعة الاسلامية ، مطبعة الآداب ، النجف الاشرف ، ١٩٧٢ •

٥) الاستاذ عبدالباقي البكري ، اصول القانون ، ١٩٦٨ •

٦) الدكتور عبدالله النقشبندي ، علم اصول القانون • مطبوع على الرونيو •

٧) الدكتور مالك دوهان الحسن ـ المدخل لدراسة القانون ، بغداد مطبعة الجامعة ، ١٩٧٢ •

٨) الدكتور علي الزيني ، مقدمة القانون • القاهرة ، ١٩٣١ •

٩) الدكتور عبدالمنعم البدراوي ، المدخل للعلوم القانونية ، ١٩٦٢ •

١٠) الدكتور عبدالمنعم البدراوي ، اصول القانون المدني المقارن ، الطبعة الثانية ، ١٩٧٠ •

١١) الدكتور أحمد سلامة • المدخل لدراسة القانون ، ١٩٧٤ •

١٢) الدكتور سمير عبد السيد تناغو • النرظية العامة للقانون ، منشورات المعارف بالاسكندرية ، ١٩٧٤ •

١٣) الدكتور عبدالفتاح عبدالباقي ، نظرية القانون ـ الطبعة الثالثة ، القاهرة •

١٤) الدكتور صلاح الدين عبدالوهاب • الاصول العامة لعلم القانون •

١٥) الدكتور شمس الدين الوكيل • مباديء القانون • الطبعة الاولى ، منشورات منشأة المعارف بالاسكندرية ، ١٩٦٨ •

١٦) الدكتور توفيق فرج حسن • مذكرات في المدخل للعلوم القانونية •

١٧) الدكتور محمد كمال عبدالعزيز ، الوجيز ـ نظرية القانون •

١٨) الاستاذ عبدالرحمن البزاز • مباديء اصول القانون • مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٥٤ •

١٩) الدكتور محمدكامل مرسي بك والقاضي سيد مصطفى بك • اصول القوانين ، ١٩٢٣ •

٢٠) الدكتور محمد علي عرفة • مباديء العلوم القانونية • القاهرة ، ١٩٢٤ •

٢١) الدكتور حسن كيره • المدخل الى القانون ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، ١٩٧١ •

٢٢) الدكتور منصور مصطفى منصور • مباديء القانون ، طبعة دار النهضة العربية ، ١٩٧٢ •

٢٣) الدكتور مختار القاضي ، اصول القوانين ، الطبعة الثالثة ، القاهرة ،

١٩٦٧ .

٢٤) الدكتور عباس عبدالمجيد . اصول القانون ، مطبعة المعارف ، ١٩٤٧ .

٢٥) الدكتور محمد حمد الهوشان . مقدمة دراسة علم الانظمة ، طبعة اولى ، جامعة الرياض ، ١٩٧٥ .

٢٦) المستشار علي علي منصور ـ المدخل للعلوم القانونية والفقه الاسلامي .

٢٧) الدكتور حسن الذنون . فلسفة القانون ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٧٥ .

٢٨) الدكتور ثروت انيس الاسيوطي ، فلسفة القانون في ضوء التاريخ الاقتصادي والاجتماعي ، محاضرات مطبوعة بالرونيو ، بغداد ، ١٩٧٥ .

٢٩) هنري ليفي برول ، سوسيولوجيا الحقوق . ترجمة عيسى عصفور ، منشورات عويدات ، بيروت ، ١٩٧٤ .

٣٠) بنثام . اصول الشرائع . ترجمة احمد افندى فتحي ، زغلول . المطبعة الاميرية ، ١٣٠٩ هـ .

٢١) فتحي عثمان . الفكر القانوني الاسلامي . القاهرة .

٣٢) الدكتور صلاح الدين الناهي . نصوص قانونية وشرعية .

٣٣) الدكتور صفاء الحافظ . نظرية القانون الاشتراكي .

٣٤) الاستاذ هنري رياض . ترجمة كتاب القانون والاشتراكية .

٣٥) محمد شريف احمد ، فكرة القانون الطبيعي عند المسلمين . دراسة مقارنة . رسالة ماجستير مطبوعة بالرونيو ، ١٩٧٦ .

١) الرسالة للامام الشافعي . تحقيق احمد محمد شاكر . الطبعة الاولى ، ١٩٤٠ . مطبعة مصطفى الحلبي بمصر .

٢) المستصفى من علم الاصول ، للامام ابي حامد محمد بن محمد الغزالي . تحقيق محمد مصطفى ابو العلا ، القاهرة ١٩٧١ .

٣) الموافقات في اصول الشريعة لابي اسحاق ابراهيم بن موسى الشاطبي . تحقيق محمد محي الدين عبدالحميد . مطبعة محمد علي صبيح واولاده ، ١٩٦٩ .

٤) الملل والنحل ، للعلامة محمد بن عبدالكريم الشهرستاني . المطبعة الادبية . القاهرة . الطبعة الاولى ، ١٣١٧ هـ .

٥) الاحكام في اصول الاحكام . لسيف الدين ابي الحسن الآمدي . مطبعة محمد علي صبيح واولاده ، ١٩٦٨ .

٦) الاحكام في اصول الاحكام . للعلامة ابن حزم الظاهري . مطبعة العاصمة . القاهرة .

٧) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية للعلامة ابن قيم الجوزية ، مطبعة السنة المحمدية ، ١٩٥٣ .

٨) حجة الله البالغة للعلامة شاه ولي الله الدهلوي ، المطبعة الاميرية ، سنة ١٢٨٤ هجرية .

٩) كشف الاسرار على اصول فخر الاسلام ابي الحسن علي بن محمد البزدوي ، لعبدالعزيز البخاري . اربعة اجزاء . طبع مكتب الصنائع ١٣٠٧ هجرية .

١٠) اصول السرخسي : للعلامة ابي بكر محمد بن احمد السرخسي .

مطابع دار الكتاب العربي بمصر سنة ١٣٧٢ هجرية .

١١) الأشباه والنظائر ، للشيخ ابراهيم زين الدين ابن نجيم . مطبعة العامرة ١٢٩٠ هجرية .

١٢) شرح مختصرالمنتهى . للعلامه القاضي عضد الدين الايجي المتوفى سنة ٨١٦ هجرية . المتن للعلامة ابن الحاجب المالكي المتوفى سنة ٦٤١ هـ . مطبعة بولاق . طبعة اولى ١٣١٦ هجرية .

١٣) التلويح ، للعلامة سعد الدين التفتازاني . شرح التوضيح لمتن التنقيح ، للعلامة صدر الشريعة . مطبعة صبيح وأولاده ١٩٦٧ م .

١٤) التقرير والتحبير . للعلامة ابن امير الحاج ، شرح تحرير الامام كمال بن الهمام ، طبعة اولى ، بولاق ، ١٣١٧ هجرية .

١٥) نهاية السول ، للامام جمال الدين الاسنوي ، شرح منهج الوصول الى علم الاصول للقاضي البيضاوي . مطبعة التوفيق الادبية بمصر .

١٦) الابهاج ، للامام تاج الدين السبكي . شرح منهاج البيضاوي . مطبعة التوفيق الادبية بمصر .

١٧) علم اصول الفقه وخلاصة التشريع الاسلامي . للاستاذ المرحوم عبدالوهاب خلاف . الطبعة الثالثة ، مطبعة النصر ، القاهرة ١٩٤٧ .

١٨) الوجيز في اصول الفقه للدكتور عبدالكريم زيدان . الطبعة الخامسة ، مطبعة سلمان الاعظمي . بغداد ١٩٧٤ .

١٩) اصول الفقه الاسلامي . للاستاذ زكريا البري ، ج ١ . الطبعة الثانية . منشورات دار النهضة العربية . القاهرة ١٩٧١ .

٢٠) اسباب اختلاف الفقهاء في الاحكام الشرعية ، للدكتور مصطفى ابراهيم الزلمي . رسالة دكتوراه ، الطبعة الاولى . الدار العربية

للطباعة ، بغداد ١٩٧٦ .

٢١) تفسير النصوص الشرعية في الفقه الاسلامي . دراسة مقارنة للدكتور محمد اديب صالح . الطبعة الثانية ، منشورات المكتب الاسلامي دمشق .

٢٢) اصول الاحكام وطرق الاستنباط في التشريع الاسلامي ، للدكتور حمد الكبيسي ، بغداد .

٢٣) شرح المجلة ، للاستاذ المرحوم منير القاضي ج ١ ، مطبعة النجاح ، بغداد .

٢٤) الاصول العامة للفقه المقارن للاستاذ محمد تقي الحكيم . الطبعة الاولى ، بيروت ١٩٦٣ .

٢٥) اصول الفقه للاستاذ بدران ابو العينين بدران ، منشورات دار المعارف ، ١٩٦٥ .

٢٦) بيان النصوص التشريعية طرقه وانواعه ، للاستاذ بدران ابو العينين بدران . منشورات دار المعارف بالاسكندرية ، ١٩٦٩ .

٢٧) التعارض والترجيح للاستاذ عبداللطيف عبدالله البرزنجي ، طبعة ١٩٧٧ ، بغداد ، رسالة ماجستير .

٢٨) القياس حقيقته وحجيته . للاستاذ مصطفى جمال الدين ، رسالة ماجستير . مطبعة النعمان . النجف ١٩٧٢ .

٢٩) الشيخ محمد عبدالعظيم الزرقاني ، مناهل العرفان في علوم القرآن ، الطبعة الثالثة . مطبعة عيسى البابي الحلبي ، ١٣٧٢ هجرية .

١) الدكتور حامد زكي ـ التوفيق بين القانون والواقع • مجلة القانون والاقتصاد • السنة الاولى ، العدد الخامس • السنة الثانيه ، العدد الثـــاني •

٢) الاستاذ علي بدوي ، ابحـاث في اصول الشرائع • مجلـة القانون والاقتصاد ، السنة الخامسة ، العدد الاول والثاني •

٣) الاستاذ عبدالرزاق السنهوري • وجـوب تنقيح القانون المـدني المصري • مجلـة القانون والاقتصـاد ، السنة السادسة ، العـدد الاول •

٤) الدكتور حلمي بهجت بدوي ـ تأثير القضـاء الفرنسي في القضاء المدني الاهلي ، مجلة القانون والاقتصاد • السنة الخامسة ، العدد الرابع •

٥) الدكتور احمـد حشمت ابو ستيت • ابحـاث في اصول القوانين ، مجلة القانون والاقتصاد • السنة الخامسة ، العدد السادس ١٩٣٥

٦) الاستاذ فؤاد امين • التيارات الفكرية في القانون المصـري ، مجلة القانون ولاقتصاد ، سنة ٣٧ العدد ٤ •

٧) الدكتور محمود السقاء • اثر الفلسفة في الفقه والقانون الروماني ، مجلة القانون والاقتصاد ، سنة ٤٣ •

٨) الدكتور عبدالحميـد المتولي ، مصـادر الاحكام الدسـتورية في الشريعـة ، مجلة الحقوق • الاسكندرية ، العـدد الاول والثاني سنة ١٩٦١ •

٩) الاستاذ الشيخ محمد مصطفى شلبي ، الفقه الاسلامي بين المثاليـة والواقعية • بحث منشور في مجلة الحقوق ، العدد الاول والثاني •

السنة التاسعة ١٩٥٩ •

١٠) الاستاذ زكي الدين شعبان • دلالة الكتاب والسـنة على الاحكام الشرعيـة ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، العـدد الثاني ، ١٩٦١ •

١١) الدكتور حسن بغدادي ، النقص الفطري في أحكام التشريع • مجلة القضاء ، العدد الرابع والخامس سنة ١٩٤٥ •

١٢) الدكتور عبدالحسين القطيفي ، تنـازع المصادر في القانون المدني العراقي ، مجلة الاحكام القضائية ، بغداد ، المجلد الاول ، العدد السـابع •

١٣) عماد عبدالحميد النجار ، التنظيم القانوني لحرية الكلمـة ومذاهب القضاء فيها • مجلة المحاماة المصرية ، سنة ٥٦ العـدد الاول والثاني ١٩٦٧ •

١٤) الدكتور عادل عازر • التفسير التشريعي واثره على الماضي • مجلة المحاماة المصرية ، العدد الخامس والسادس ، ١٩٧٧ •

١٥) مجلة العدالة ، وثائق سبل تغيير الشرائع • العدد الثالث •

١٦) الدكتور عبدالمنعم عبدالعظيم جبره • دور القاضي في صنع القواعد القانونية • مجلة العدالة في دولة الامارات العربيـة المتحدة ، عدد ١٩ السنة السادسة ، نيسان ١٩٧٩ •

١٧) الدكتور ثروت انيس الاسيوطي • التيـارات المعاصرة في فلسـفة القانون • ترجمـة الدكتور محمد ظاهر معروف • مجلـة القضاء العراقية ، سنة ٢٥ ، العدد الثالث •

١٨) الاسـتاذ س • ف • كاناريز • سـد الفراغ في القـانون وموقفه النظام القانوني الالماني منه • ترجمة الدكتور عبدالرسول الجصاني مجلة القضاء ، س ٢٨ ، العدد الاول ، ١٩٧٣ •

رابعا ـ اهم المراجع في علم المنطق والبلاغة

١) شرح المطالع في علم المنطق للعلامة قطب الدين محمد بن محمد الرازي ، المتوفى سنة ٧٤٤ هـ • طبعة حجرية طهران ١٣١٥ هـ •

٢) حاشية الشيخ حسن العطار على شرح شيخ الاسلام زكريا الانصاري على متن ايساغوجي • مطبعة العامرة العثمانية بمصر ١٣١١ هـ •

٣) البرهان للشيخ اسماعيل المعروف بشيخ زاده الكلنبوي المتوفى سنة ١٣٠٥ هجرية • مطبعة السعادة • القاهرة •

٤) المطول شرح تلخيص المفتاح للعلامة التفتازاني مع شروحه وحواشيه، الطبعة الاولى ، مطبعة مدرسة والدة عباس الاول ، القاهرة ١٩٠٧ م

خامسا ـ المراجع باللغة الانكليزية

1. Francois Geny. Method d'interpretation et sources en droit prive positive. Second Edition, 1954, An English translation by louisiana state law institute.
2. Treatise on the Civil Law. Volume I. An English tranalation by the Louisiana state law institute.
3. Peter Benson Maxwell. The interpretation of statutes, Eighth Edition, London, 1937.
4. Law in the making. Carleton Kemp Allen. Fifth Edition Oxford, 1951.
5. John Salmond Jurisprudence. Seventh Edition, London, 1924.
6. W. Friedmann, London, 1947.
7. General theory of law, N. M. Korkunov, English translation by W. G. Hostings, Second Edition, New York, 1968.
8. Awnna Bredimass, Method of interpretation.

الفهـــرس

الموضـــوع	الصفحة
المقدمـــة	•
باب تمهيـــدي	
اولا ـ معنى التفسير	١١
ثانيا ـ انواع التفسير	١٤
ثالثا ـ اهمية النصوص في حكم العلاقات القانونية	٢٠
رابعا ـ مدى حاجة النصوص القانونية الى التفسير	٢٦
خامسا ـ مدى حرية القاضي في تفسير النصوص المدنية	٢٨
سادسا ـ مدى حاجة النصوص الشرعية الى التفسير	٣١
القســـم الاول	
عناصر النص القانوني والشرعي واسباب تفسيره	
البـــاب الاول	
عناصر النص القانوني والشـــرعي	
الفصل الاول ـ مفردات النص او مادته	٣٩
المبحث الاول : دلالة اللفظ على المعنى	٤٢
المبحث الثاني : وضع اللفظ للمعنى	٥٠
المبحث الثالث : استعمال اللفظ في المعنى	٥٩
الفصل الثاني ـ دلالة النص على مضمونه	٦٢
المبحث الاول : دلالة المنطوق	٦٤
المبحث الثاني : دلالة المفهوم	٧٣
الفصل الثالث ـ غاية النص ومقصده	٨٢
المبحث الاول ـ غاية التشريع	٨٣
١ ـ النظرة الفردية الى القانون	٨٥

الموضوع	الصفحة
٢ ـ النظرة الجماعية الى القانون	٨٧
٣ ـ غاية التشريع في ضوء الايديولوجية العربية الثورية	٩٠
المبحث الثاني ـ مقاصد الشريعة الاسلامية	٩٥
الباب الثاني	
اسباب التفسير	
الفصل الاول ـ غموض النصوص	١٠٢
المبحث الاول ـ الغموض في نصوص القانون	١٠٣
المطلب الاول ـ الغموض الذي يقتضيه فن الصياغة التشريعية	١٠٣
الفرع الاول ـ الصياغة المرنة	١٠٦
الفرع الثاني ـ الضوابط القانونية	١٠٩
المطلب الثاني ـ الغموض الذي تقتضيه طبيعة الموضوع	١١٣
المطلب الثالث ـ الغموض الناتج عن القصور في اللغة وفي التعبير	١١٥
المبحث الثاني ـ الغموض في النصوص الشرعية	١٢٢
المطلب الاول ـ النص الخفي	١٢٥
المطلب الثاني ـ النص المشكل	١٢٩
المطلب الثالث ـ النص المجمل	١٣١
الفصل الثاني ـ تعارض النصوص	١٣٥
المبحث الاول ـ التعارض في النصوص القانونية	١٣٦
المبحث الثاني ـ التعارض في النصوص الشرعية	١٤٢
المطلب الاول ـ النسخ	١٤٤
المطلب الثاني ـ الترجيح	١٤٦
المطلب الثالث ـ الجمع والتوفيق	١٤٩
الفصل الثالث ـ نقص النصوص	١٥٤
المبحث الاول ـ طرق سد النقص في التشريع	١٥٩

الموضوع	الصفحة
المبحث الثاني ـ مدى علاقة نقص التشريع بالتفسير	١٦٢
المبحث الثالث ـ صور النقص	١٦٤
القسم الثاني	
مذاهب التفسير وطرقه	
الباب الاول	
مذاهب التفسير	
الفصل الاول ـ مدرسة التزام النص (الشرح على المتون)	١٧٠
المبحث الاول ـ اسس مدرسة التزام النص	١٧٤
المبحث الثاني ـ تقدير مدرسة التزام النص	١٧٩
المبحث الثالث ـ مدى بروز اتجاه الالتزام بالنص في الفقه الاسلامي	١٨٢
الفصل الثاني ـ مدرسة التطور التاريخي (المدرسة الاجتماعية)	١٨٧
المبحث الاول ـ أسس المدرسة الاجتماعية	١٨٨
المبحث الثاني ـ تقويم المدرسة الاجتماعية	١٩٤
المبحث الثالث ـ مدى بروز عناصر المدرسة الاجتماعية في الفقه الاسلامي	١٩٦
الفصل الثالث ـ مدرسة البحث العلمي الحر	٢٠٢
المبحث الاول ـ أسس مدرسة البحث العلمي الحر	٢٠٣
المبحث الثاني ـ تقويم مدرسة البحث العلمي الحر	٢١٤
المبحث الثالث ـ مدى بروز عناصر المذهب العلمي الحر في الفقه الاسلامي	٢١٨
الفصل الرابع ـ الاتجاه الفكري للتفسير في القانون المدني العراقي	٢٢٠
المبحث الاول ـ القانون المدني العراقي ومدرسة التزام النص	٢٢٣
المبحث الثاني ـ القانون المدني العراقي ومدرسة	

الموضوع	الصفحة
التطور التاريخي	٢٢٥
المبحث الثالث ـ القانون المدني العراقي ومدرسة البحث العلمي الحر	٢٣٠
المبحث الرابع ـ تقويم اتجاه القانون المدني العراقي وتحديد الاتجاه الافضل في التفسير	٢٣٤
الباب الثاني	
طرق تفسير النص	٢٣٧
الفصل الاول ـ طرق التفسير الاصلية	٢٤٠
المبحث الاول ـ التفسير اللفظي	٢٤١
المطلب الاول ـ التفسير اللفظي في القانون	٢٤٣
المطلب الثاني ـ التفسير اللفظي في الفقه الاسلامي	٢٤٨
المبحث الثاني ـ الاستنتاج من مفهوم النص	٢٥١
المطلب الاول ـ مفهوم الموافقة	٢٥٢
المطلب الثاني ـ المفهوم من باب اولى	٢٥٥
المطلب الثالث ـ مفهوم المخالفة	٢٥٧
المبحث الثالث ـ الاستنتاج من حكمة التشريع	٢٦٢
المطلب الاول ـ الاستنتاج من حكمة التشريع في دائرة القانون	٢٦٣
المطلب الثاني ـ الاستنتاج من حكمة التشريع في دائرة الفقه الاسلامي	٢٧١
المبحث الرابع ـ موقف القانون المدني العراقي من الطرق الاصلية في التفسير	٢٧٣
الفصل الثاني ـ الطرق المساعدة في تفسير النص القانوني	٢٨٣
المبحث الاول ـ الطرق التي يستعان بها لتقويم	

الموضوع	الصفحة
عبارة النص	٢٨٤
المطلب الاول ـ الاعمال التحضيرية	٢٨٥
المطلب الثاني ـ المصادر التاريخية	٢٩٤
المبحث الثاني ـ القياس	٣٠١
المطلب الاول ـ القياس في القانون	٣٠٥
الفرع الاول ـ صور القياس	٣٠٥
الفرع الثاني ـ اساس القياس	٣٠٩
الفرع الثالث ـ موقع القياس بين مصادر القانون	٣١١
المطلب الثاني ـ القياس في الشريعة الاسلامية	٣١٧
الفرع الاول ـ تعريف القياس واركانه وشروطه	٣١٨
الفرع الثاني ـ العلة وشروطها ومسالكها	٣٢٤
الفرع الثالث ـ موقع القياس في الشريعة الاسلامية	٣٣١
المطلب الثالث ـ موقف القانون المدني العراقي من القياس	٣٣٤
خاتمة	٣٤١
المراجع والمصادر	٣٥٤

رقم الايداع في المكتبة الوطنية ببغـداد
١٦٥٦ لسنة ١٩٨١

سعر النسخة الواحدة ثلاثة دنانير

١٤٠٢هـ ـ ١٩٨٢م