العدالة
بين
الفلسفة والقانون

إسماعيل نامق حسين

٣٤٦,٠٠٤

وزارة الثقافة
دار الكتب والوثائق
قسم التبادل والاهداء
رقم السجل ٨١٠٦
تاريخ الورود ٢٠١٠/٧/٢٧

العدالة بين الفلسفة و القانون

٣٤٦,٠٠٤
٥٨٤١
دار الكتب والوثائق
المكتبة الوطنية - بغداد
رقم السجل ٥٠٤٠٧٠٧٠١
رقم الجرد
التاريخ ١ / ١ / ٢٠٠٠

إسماعيل نامق حسين

مكتب الفكر والوعي في الإتحاد الوطني الكردستاني
السليمانية - محلة : سرچنار - ١٢١ -
زقاق - ٤٤
الدار - ١ -

www.hoshiari.org
govarynovin@yahoo.com

دار الكتب والوثائق
المكتبة الوطنية
قاعة المطالعة

إسم الكتاب: العدالة بين الفلسفة و القانون
المؤلف: إسماعيل نامق حسين
التصميم و الغلاف: فهمي جلال
رقم الإيداع: (١٤١٩) من المديرية العامة للمكتبات العامة لسنة ٢٠١٠
عدد النسخ: (١٠٠٠) نسخة
الطبع: مؤسسة حمدي للطباعة والنشر
التسلسل: (٣٣٤)
منشورات مكتب الفكر والوعي في الإتحاد الوطني الكردستاني

الإهداء

أهدي هذا الجهد المتواضع إلى:

محبي الفلسفة

المناضلين من أجل العدالة

الملتزمين بالقانون

المحتويات

الإهداء	٣
المحتويات	٥
المقدمة	٩
الفصل الأول: ماهية العدالة	١٣
المبحث الأول: لمحة تأريخية عن العدالة	١٥
المطلب الأول: العدالة في القوانين الوضعية	١٧
المطلب الثاني: العدالة في الشرائع السماوية	٣٢
المبحث الثاني: مفهوم العدالة	٤١
المطلب الأول: تعريف العدالة	٤٢
الفرع الأول: التعريف اللغوي للعدالة	٤٢
الفرع الثاني: التعريف الفلسفي للعدالة	٤٥
الفرع الثالث: التعريف القانوني للعدالة	٥٠
المطلب الثاني: تكييف العدالة، عناصرها و خصائصها	٦٠
الفرع الأول: تكييف العدالة	٦٠
المقصد الأول: تعريف القاعدة القانونية	٦١
المقصد الثاني: تعريف المبدأ القانوني	٦٧
المقصد الثالث: العدالة بين المبدأ والقاعدة	٦٩
الفرع الثاني: عناصر العدالة و خصائصها	٧٣

المقصد الأول: عناصر العدالة	٧٢
المقصد الثاني: خصائص العدالة	٨١
المطلب الثالث: الصلة بين العدالة و بين العدل و الإفتراض	٨٤
الفرع الأول: الفرق بين العدل والعدالة	٨٥
الفرع الثاني: الفرق بين العدالة و الإفتراض	٩٥
المبحث الثالث: معنى العدالة من المنظورين الفلسفي والقانوني	٩٩
المطلب الأول: العدالة من المنظور الفلسفي	١٠٠
المطلب الثاني: العدالة من المنظور القانوني	١١١
المطلب الثالث: العدالة في الشريعة الإسلامية	١٢٧
الفرع الأول: العدالة في الفلسفة الإسلامية	١٢٧
المقصد الأول: العدالة عند المعتزلة	١٢٧
المقصد الثاني: العدالة عند الأشاعرة	١٣١
المقصد الثالث: العدالة عند الماتريدية	١٣٥
الفرع الثاني: العدالة في الفقه الإسلامي	١٣٨
الفصل الثاني: أثر العدالة في القاعدة القانونية	١٤٩
المبحث الأول: أثر العدالة في إنشاء القاعدة القانونية و تطويرها	١٥١
المطلب الأول: الحقائق التي تسهم في تكوين القاعدة القانونية	١٥١
الفرع الأول: تعريف الحقيقة	١٥٢
الفرع الثاني: الحقائق الموضوعية	١٥٩
الفرع الثالث: الحقائق الإعتبارية (أو الوصفية)	١٦٦
الفرع الرابع: العدالة من بين هذه الحقائق	١٧٣

المطلب الثاني: أثر العدالة في تطوير القاعدة القانونية	١٨٢
الفرع الأول: دور العدالة التفسيري للقاعدة القانونية	١٨٣
الفرع الثاني: دور العدالة التكميلي للقانون	١٩١
الفرع الثالث: دور العدالة التصحيحي للقاعدة القانونية	٢٠١
المبحث الثاني: دور العدالة في تطبيق القاعدة القانونية	٢٠٧
المطلب الأول: تفسير القاعدة القانونية	٢٠٩
الفرع الأول: أنواع التفسير، مذاهبه، نتائجه	٢٠٩
المقصد الأول: أنواع التفسير	٢٠٩
المقصد الثاني: مدارس التفسير	٢١٥
المقصد الثالث: نتائج التفسير	٢١٩
الفرع الثاني: الصلة بين التفسير والعدالة	٢٢٢
الفرع الثالث: أثر العدالة في تفسير القاعدة القانونية	٢٣١
المقصد الأول: القواعد الآمرة والقواعد المكملة أو المفسرة	٢٣١
المقصد الثاني: القواعد الجامدة والقواعد المرنة	٢٣٨
المطلب الثاني: العدالة والإستقرار القانوني	٢٤٠
الفرع الأول: مفهوم الإستقرار القانوني	٢٤١
الفرع الثاني: العلاقة بين العدالة والإستقرار القانوني	٢٤٤
الفرع الثالث: موقف العدالة من التقادم	٢٥١
المبحث الثالث: منزلة العدالة في القانون المدني العراقي	٢٦٠
المطلب الأول: مكانة العدالة بين مصادر القانون المدني العراقي	٢٦٠
الفرع الأول: معنى المصدر و أقسامه.	٢٦١

المقصد الأول: عناصر العدالة	٧٣
المقصد الثاني: خصائص العدالة	٨١
المطلب الثالث: الصلة بين العدالة و بين العدل و الإفتراض	٨٤
الفرع الأول: الفرق بين العدل والعدالة	٨٥
الفرع الثاني: الفرق بين العدالة و الإفتراض	٩٥
المبحث الثالث: معنى العدالة من المنظورين الفلسفي والقانوني	٩٩
المطلب الأول: العدالة من المنظور الفلسفي	١٠٠
المطلب الثاني: العدالة من المنظور القانوني	١١١
المطلب الثالث: العدالة في الشريعة الإسلامية	١٢٧
الفرع الأول: العدالة في الفلسفة الإسلامية	١٢٧
المقصد الأول: العدالة عند المعتزلة	١٢٧
المقصد الثاني: العدالة عند الأشاعرة	١٣١
المقصد الثالث: العدالة عند الماتريدية	١٣٥
الفرع الثاني: العدالة في الفقه الإسلامي	١٣٨
الفصل الثاني: أثر العدالة في القاعدة القانونية	١٤٩
المبحث الأول: أثر العدالة في إنشاء القاعدة القانونية و تطويرها	١٥١
المطلب الأول: الحقائق التي تسهم في تكوين القاعدة القانونية	١٥١
الفرع الأول: تعريف الحقيقة	١٥٢
الفرع الثاني: الحقائق الموضوعية	١٥٩
الفرع الثالث: الحقائق الإعتبارية (أو الوصفية)	١٦٦
الفرع الرابع: العدالة من بين هذه الحقائق	١٧٢

المطلب الثاني: أثر العدالة في تطوير القاعدة القانونية	١٨٢
الفرع الأول: دور العدالة التفسيري للقاعدة القانونية	١٨٣
الفرع الثاني: دور العدالة التكميلي للقانون	١٩١
الفرع الثالث: دور العدالة التصحيحي للقاعدة القانونية	٢٠١
المبحث الثاني: دور العدالة في تطبيق القاعدة القانونية	٢٠٧
المطلب الأول: تفسير القاعدة القانونية	٢٠٩
الفرع الأول: أنواع التفسير، مذاهبه، نتائجه	٢٠٩
المقصد الأول: أنواع التفسير	٢٠٩
المقصد الثاني: مدارس التفسير	٢١٥
المقصد الثالث: نتائج التفسير	٢١٩
الفرع الثاني: الصلة بين التفسير والعدالة	٢٢٢
الفرع الثالث: أثر العدالة في تفسير القاعدة القانونية	٢٣١
المقصد الأول: القواعد الآمرة والقواعد المكملة أو المفسرة	٢٣١
المقصد الثاني: القواعد الجامدة والقواعد المرنة	٢٣٨
المطلب الثاني: العدالة والإستقرار القانوني	٢٤٠
الفرع الأول: مفهوم الإستقرار القانوني	٢٤١
الفرع الثاني: العلاقة بين العدالة والإستقرار القانوني	٢٤٤
الفرع الثالث: موقف العدالة من التقادم	٢٥١
المبحث الثالث: منزلة العدالة في القانون المدني العراقي	٢٦٠
المطلب الأول: مكانة العدالة بين مصادر القانون المدني العراقي	٢٦٠
الفرع الأول: معنى المصدر و أقسامه.	٢٦١

الفرع الثاني: تدرج مصادر القانون المدني العراقي ومدى إلزاميته	٢٦٧
الفرع الثالث: النتائج المترتبة على تدرج مصادر القانون المدني	٢٧٤
المطلب الثاني: نماذج من التمثيل النظري والعملي للعدالة في القانون المدني العراقي	٢٨١
الفرع الأول: التمثيل النظري للعدالة في القانون المدني العراقي	٢٨٢
الفرع الثاني: نماذج من التطبيقات القضائية لقواعد العدالة	٢٩٧
الخاتمة	٣٠١
الإستنتاجات	٣٠٣
الإقتراحات	٣٠٦
قائمة المراجع والمصادر	٣٠٨

المقدمه

المقدمة

إن القضايا التي تخص الإنسان وسلوكه وفكره متشعبة ومتفاوتة من حيث الأهمية ، وأهمية هذه القضايا تقدر بمقدار ما تتركه من أثر في واقع حياة الإنسان والمجتمع ، ولا شك ان العدالة هي القضية الكبرى التي تجتمع فيها المبادئ مع التطبيق ، الفكر مع السلوك ، فلقد كانت ولا زالت إشراقة رسالات السماء ومحور إنطلاقتها ولأجلها تتابع موكب الأنبياء والمرسلين " عليهم الصلاة والسلام " ، إذ قال تعالى : ((لقد أرسلنا رسلنا بالبينات وأنزلنا معهم الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط وأنزلنا الحديد فيه بأس شديد ومنافع للناس)) . فالعدالة هي الميزان والقسط إتجهت شرائع السماء ورسالات الأنبياء صوب ترسيخ القسط الميزاني والميزان المقسط ، بالوعد والوعيد والحد والحديد ، كي تستكين النفوس ويستقيم السلوك ويستقر الميزان ، ومن ثم ينال الإنسان قسطه العادل من التكريم الذي وهبه الله عزوجل إياه ، ويجد نفسه في موضعه اللائق به في هذا الكون بعيداً عن القلق والظلم والإضطهاد .

أجل أن لكل مجتمع مستنير أهدافاً معينة متماسكة (منسجمة) إنسجاما مع بعضها يجسد القانون في نظر فلسفة ذلك المجتمع، بيد أن هذا لا ينفي وجود غرض أعم من ذلك يسعى إليه القانون أو ينبغي أن يسعى إليه في كل مكان، و ذلك الهدف هو العدالة ، فالعدالة تعد أهم قضايا الإنسان الرئيسة إذن التي شغلت و تشغل دائماً و أبداً بال العالم، فهي قضية الحكام والحكماء والمحكومين في وقت واحد، و هي عالمية المحمل أبدية الوجود ، وأهمية العدالة تكمن في انها تعود مناصريها أن لا يرضوا بالقليل ، أن لا يغنوا بالماضي ، أن لا يحمدوا على الحاضر ، أن لا يحلموا بالمستقبل ، بل تعلمهم أن يصبحوا الماضي ذريعة لتحسين الحاضر ، وهذا الأخير

لتملك المستقبل . فالعدالة لا تتماشى ابداً مع التمني والترجي لأنها تقطع التعدي وتغذي التحدي ، فإن دراسة هذه القضية تتسم بالعمق والمتعة و تقتضي الغوص في بنية المجتمع البشري روحاً و تنظيماً فهي أكبر من أن تغطي هذه الدراسة كل دقائق تفاصيلها، خفاياها و أسرارها، لذا نحاول أن نركز على بيان جانبها القانوني من خلال التعرض إلى معطياتها الفلسفية والأخلاقية، طامعين في ذلك أن تصبح العدالة مادة لدراسات القانونية، لتكون منطلقاً يتطلع من خلاله لبناء مجتمع قانوني عادل، و هذا لا يتحقق إلا بإعتناق المشرع العدالة و تمسك القاضي بها، و هذا لا يتأتى إلا من خلال التعرف على حقيقتها، و معرفة حقيقة كل شيء تقوم على دراسة هذا الشيء بتأمله و تمعنه و تعمقه، فتحاول هذه الدراسة أن تقدم شيئاً من هذا القبيل.

بما أن هذه الدراسة متعددة الجوانب متشعبة الأبعاد و مترامية الأطراف، فإن المنهج الذي أتبعناه تحليلي ومقارن نعتمد على الإستقراء والإستنباط والمقارنة للآراء والنصوص ، وذلك من خلال تحليل الآراء الفلسفية والنصوص القانونية التي قيلت أو وردت بشأن العدالة ونركز في ذلك على الفلسفة القديمة بشكل أساس باعتبارها الأكثر تطرقاً الى تحليل العدالة، وعلى القانون الإنكليزي بناءاً على الأعتبار نفسه، وبعد ذلك نحاول ان نظهر معنى العدالة في الفلسفة الإسلامية لاسيما عند المتكلمين الذين كثروا الكلام فيها ، بعد ذلك نبتغي ان نبين معنى ومكانة العدالة في الفقه الإسلامي. ومن ثم نحاول ان نحلل أثر العدالة في القاعدة القانونية ومكانتها في القانون المدني العراقي

و في الختام ان هذه الدراسة لا تكون بمنأى عن الصعوبات، لأن الكلام عن العدالة من جانبها القانوني يستلزم التطرق إلى أبعادها الفلسفية والأخلاقية والمنطقية وذلك يستوجب التعامل مع نصوص الفلسفة وعلم الأخلاق والمنطق في

آن واحد، وهذا الأمر على الرغم مافيه من الإرهاق فانه يتطلب الإطلاع على عدد كبير من المصادر قد يفوق طاقة الإنسان ، وكذلك عند مناقشة المواضيع الجدلية مثل العدالة ، لربما قد تطغى على الباحث أفكار ونظرات شخصية وأحكام مسبقة ، وهذا صعوبة بحد ذاتها ، حتى حدت هذه الصعوبة ببعض أن يحكموا على العدالة حكم مسبق ، وأن ينظروا إليها نظرة شخصية ، وذلك بوصمها فكرة نسبية ومثالية لا يكون لها في الواقع للتطبيق محل . نحن ندرك تينك الصعوبتين ، نسعى أن نتجاوز الأولى ، ونتعامل بحذر شديد مع الثانية ، متمسكين بالموضوعية ، وحياد وتجرد تامين ، بحيث لا نرجح من دون مرجح ، ولا نقبح ولا نستحسن لقبح في الظاهر أو لحسن ، وإنما لقوة الأثر في المضمون ، ولا نبدي رأياً من غير دليل ، وأخيراً أجعل هذا الكلام الطريف خاتماً لمقدمتي ، إذ قال القاضي الفاضل عبدالرحيم علي البيساني : ((إني رأيتُ أنّه لا يكتُبُ إنسانُ كتاباً في يومه إلاّ قال في غَدِهِ : لو غُيِّر هذا لكان أحسنُ ، ولو زُيدَ كذا لكان يُستَحسَنُ ، ولو قدِّمَ هذا لكان أفضلُ ، ولو تُرِكَ هذا لكان أجملُ ، وهذا مِنْ أعظمِ العِبَرِ ، وهو دليل على إستيلاء النقصِ على جملةِ البَشَرِ)) [1].

إسماعيل نامق حسين

السليمانية ١٧ / ١٢ / ٢٠٠٩

---

[1] ينسب الناس هذا الكلام الى العماد الأصفهاني لكن الصحيح نسبته الى القاضي الفاضل البيساني وقد بعث به الى العماد الأصفهاني وقد يكون هذا هو سبب الخلط . ينظر : محمد بن محمد الحسيني الزبيدي ، إتحاف السادة المتقين بشرح إحياء علوم الدين ، دار الكتب العلمية ، بيروت _ لبنان ، ط ١ ، ١٩٨٩ م ، ص ٤ . ولد القاضي عبدالرحيم البيساني بعسقلان سنة ٥٢٦ هـ ، انتقل الى الإسكندرية ثم الى القاهرة ، كان من وزراء السلطان صلاح الدين ، توفي بالقاهرة سنة ٥٩٦ هـ . ينظر : خيرالدين الزركلي ، الأعلام ، قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين والمستشرقين ، بيروت ، ١٩٧٩ ، ج ٣ ، ص ٣٤٦ .

الفصل الأول
ماهية العدالة

العدالة لها إنعكاسات واضحة وجلية في القوانين الوضعية والشرائع السماوية منطوقاً ومعنى، إضافة إلى ذلك إن هذه القوانين والشرائع تنظر الى العدالة في مضمونها ومفهومها نظرة مختلفة فيما بينها، وهذا الإختلاف لم تسلم منه الفلسفات المختلفة في تحليلها للعدالة مفهوماً ومعنى، لا أصلاً وجوهراً، لأن جوهر العدالة يبقى ثابتاً ولا يخضع لقانون التغيير.

لإيضاح هذه الأمور نرى أنه من الضروري أن نتطرق إلى تناول قيمة العدالة من خلال سرد تأريخي للعدالة في القوانين الوضعية والشرائع السماوية كما كانت واردة في هذه القوانين منطوقاً وحكماً، وذلك من خلال المبحث الأول، أما المبحث الثاني فنحاول أن نخصصه للكلام حول مفهوم العدالة، عناصرها، خصائصها، وتمييزها عن العدل والإفتراض، وفي المبحث الثالث نستوفي الكلام عن معنى العدالة من الناحية الفلسفية والقانونية، وذلك من خلال تحليل الآراء والنصوص التي قيلت أو وردت بشأنها.

المبحث الأول

لمحة تأريخية عن العدالة

من المعلوم أن أية فكرة قد وصلت إليها الإنسانية و فيها شيء من الكمال، لم تصلها بهذه الصورة بادئ ذي بدء، و إنما قد مرت بمجموعة من المنحدرات و شهدت مراحل من المد والجزر نحو تطورها و كمالها.

و العدالة، من الأفكار التي لا يمكن إستثناؤها من هذه القاعدة السننية، إذ نرى أن لهذه الفكرة تأريخاً حافلاً بالمساعي والمجهودات، بل و حتى الثورات إلى أن وصلت إلى ما هو عليه و نحن نحسه و نشهده الآن.

و لا يؤمل أن يستمر إستقرارها على هذا النحو، لا بل و إنما تغيّر شكلها الحتمي الحدوث، ولكن مع هذا يبقى لها جوهر واحد لا يتأثر بالزمان و لا بالأحوال، لأن العدالة بمعناها الخاص أي العدالة لذاتها، قيمة مطلقة ومبدأ يدعي الصواب دائماً، و هي في كل مكان و زمان مستقلة عنهما، فهي فكرة أزلية لا تتغير و لا يستطيع علم القانون الوضعي و لا أي علم آخر تحديد محتواها لأنها حقيقية إلى ما لا نهاية[1].

ولكن يمكن أن نتساءل: من الذي يطلعنا على التغير الحتمي الحدوث الذي قلنا بشأن شكل العدالة؟

للإجابة نقول إن التأريخ يبلغنا بهذه الحقيقة، فالتأريخ يسبق كل فكرة، و لفكرة العدالة تأريخ طويل.

---

(١) هانز كلسن، النظرية المحضة في القانون، ترجمة، د. أكرم الوتري، دون سنة النشر ولامكان النشر، ص ٤٨.

بناءاً عليه، من المستحسن أن أخصص هذا المبحث التمهيدي لتناول الخلفية التأريخية لفكرة العدالة، لأن تأريخها يضم جزءاً من الحقائق التي ثبتت في أذهاننا بشأنها، و تحقيقاً لهذا نستهل الكلام بالشكل الآتي:

المطلب الأول

العدالة في القوانين الوضعية

يمكن أن نستهل الحديث هنا بالتساؤل الآتي: متى ظهرت العدالة القانونية؟ العدالة كجوهر أو العدالة بذاتها هي قيمة إنسانية ليس لها تأريخ معين، يمكن للإنسان إدراكه، لأن هذه القيمة ملتصقة بذات الإنسان و داخلة فيها، فالعدالة كفكرة، موجودة لدى كل فرد ضمن فطرته الإنسانية، ولكن هذه الفكرة يعتريها نوع من الابهام، لا تظهر إلا مع النمو الروحي و لا تتضح إلا بالسمو العقلي[1].

لذلك يمكن القول بأن العدالة بذاتها و لذاتها مرتبطة بتأريخ وجود العلاقة الإنسانية، بحيث متى وجد الإنسان وجدت العدالة، والعكس بالعكس.

ولكن السؤال الذي يثار هنا، متى إستطاع الإنسان أن يدرك هذه القيمة، و كيف عبر عنها؟ و للإجابة نقول أنه لا بد من الرجوع إلى المصادر التأريخية، لتطلعنا على هذا الأمر، ولكن بالرجوع إلى المصادر التأريخية المتوفرة بين أيدينا لم نتمكن من الحصول على جواب شاف و مقنع يقنعنا بأن العدالة المدركة لدى الإنسان، قد ظهرت بالتحديد في ذلك الزمن، أو تلك الحقبة، لذلك نفضل أن نبدأ بسرد تأريخ قيمة العدالة في القوانين الوضعية، بشكل معكوس أي من الحاضر إلى الماضي، أو من الحديث إلى القديم، لأن حاضرها واضح ولكن ماضيها لم يتضح بعد.

من المعروف أن الشرائع لا تخلو من أحكام العدالة، سواء أكانت هذه الشرائع سماوية أم وضعية[2]، والواضح أن للعدالة مكاناً بارزاً في القوانين الوضعية، إذ نجدها

---

(1) محمد سعيد العشماوي، روح العدالة، دون سنة النشر ولا مكان النشر، ص١٦.

(2) جمال مولود ذيبان، تطور فكرة العدل في القوانين العراقية القديمة، دارالشؤون الثقافية العامة، بغداد، ط١، ٢٠٠١، ص٢١.

ساطعةً منطوقاً و معنىً، فمثلاً قد نصت الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني العراقي على أنه: (فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة)[1]؛ و كذلك القانون المدني المصري في مادته الأولى الفقرة الثانية حيث يقول: (فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة)[2].

و نجد أيضاً أن القانون المدني التركي نص في مادته الأولى على أن: (القانون مرعي في كافة ما يمس روحه و لفظه من المسائل بحكم الحاكم وفق العرف والعادة في المسائل التي ليس فيها حكم قانوني و إذا لم يوجد العرف والعادة يحكم وفق ما يضعه من القواعد فيما إذا لو كان واضعاً للقانون)[3].

و هذه النصوص يمكن إرجاع بعضها إلى القانون السويسري أو الفرنسي ، وهذا الأخير قد أستمدها من القانون الروماني، لأن هذا يعد بمثابة معين أو منهل إستمد منه القانون الفرنسي جل نصوصه[4]. أما في القانون الروماني فنجد أن العدالة قد

---

(1) القانون المدني العراقي، رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

(2) القانون المدني المصري، رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

(3) القانون المدني التركي لسنة ١٩٢٦، تعريب خالد الشابندر، مطبعة النجاح، بغداد، ١٣٤٥ هـ - ١٩٢٦ م.

(4) د. منذر الفضل، أصول القانون الفرنسي والبريطاني، دراسة مقارنة مع القانون الإسلامي، دار ئاراس للطباعة والنشر، اربيل - كردستان العراق، ط٢، ٢٠٠٤، ص(١٨٧-١٨٨).

اخذت مكاناً بارزاً فيه، فمثلاً نلاحظها في مدونة جستنيان[1] أنها قد عرفت في فاتحة الباب الأول تحت عنوان (العدل والقانون) من الكتاب الأول من هذه المدونة بأنها: (حمل النفس على ايتاء كل ذي حق حقه، والتزام ذلك على وجه الثبات والإستمرار)[2].

على الرغم من أن هذا التعريف قد أورده جستنيان للعدل، إلا أنه يمكن أن توضع العدالة تحته إستناداً في ذلك إلى أن جستنيان لم يفرق في مدونته بين العدل والعدالة.

أما قبل مدونة جستنيان فكان هناك قانون آخر و هو قانون الألواح الإثني عشر الذي كان يحكم مواطني روما فقط دون الأجانب[3]؛ إن هذا القانون على الرغم من أنه لم يكن قد جعل العدالة أحد مصادره إلا أنه ليس بالإمكان وصمه بأنه كان خالياً من معنى العدالة، لأن وجود القانون بحد ذاته يعد بمثابة دليل قطعي على وجود العدالة، و إن كانت عدالة جزئية لا تلبي ضروريات الإنسان.

فالقانون يمنع تحكم القوي و يرد للضعيف حقوقه و إن كان بقدر ضئيل، لذلك نجد أن بعض الفلاسفة واللاهوتيين يفضلون وجود قانون ظالم على عدم وجود

---

(1) جستنيان: حاكم الإمبراطورية الرومانية الشرقية (و عاصمتها مدينة القسطنطينية) تولى الحكم فيها سنة ٥٢٧ و ليث في الحكم إلى أن توفي سنة ٥٦٥ (أي قبل بداية التأريخ الهجري الإسلامي بنحو ٥٧ سنة)، في سنة ٥٣٠م شكل جستنيان لجنة لوضع موسوعة للقوانين صدرت سنة ٥٣٣، كما أنه أصدر كتاب النظم أو المدونة (institutes) و أصبحت نافذة مع الموسوعة و قد قرر جستنيان وجوب إستعمال المدونة في التدريس و جعل لها فضلاً عن ذلك قوة تشريعية، ينظر: محمد سعيد العشماوي، روح العدالة، المصدر السابق، ص٦٨.

(2) مدونة جستينيان، ترجمة عبد العزيز فهمي باشا، عالم الكتب، بيروت،دون سنة النشر، ص٥.

(3) د. عمر ممدوح مصطفى، أصول تأريخ القانون، مطبعة معهد وون بوسكو، الأسكندرية، ١٣٨٠هـ -١٩٦١، ص(١٠٩-١١٤).

القانون[1]، بل أكثر من ذلك يرى سقراط أنه من الواجب إحترام القانون حتى و لو كان ظالماً[2]، لأنه بوجود القانون يتحقق قدر من العدالة و إن كان هزيلاً، أما في غيابه فتصبح العدالة من مقولات المتأملين المتألين. لذلك أن وجود القانون وحده يكفي للتسليم بوجود العدالة.

و بناءاً عليه أن قانون الألواح الإثني عشر لم يكن خاليا من أحكام العدالة، و على الرغم من محاولات الفقهاء الرومانيين لتكملته بقانون الشعوب، و كان الأخير قد خص بتنظيم علاقة روما مع أهالي المدن الخاضعة لروما[3]؛ و كان الرومان في البداية قد جعلوا قانون الشعوب منهلاً للعدالة التي هم قصدوها، لكن بعد ذلك توجهوا إلى القانون الطبيعي، نظراً لما في قانون الشعوب من النقص، مثلاً إجازته الرق والعبودية في حين لايجد الرق موطناً له في القانون الطبيعي ليقيم عليه[4].

و كذلك من الملاحظ أن كلمة العدالة (Acquitas) قد وردت في النصوص الفقهية الرومانية بمعان كثيرة، و أن معناها الأساس في العهد العلمي يقابل الحسنى

---

[1] منهم أرسطو و توما الاكويني، للمزيد من التفصيل ينظر إلى كل من: د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الأسكندرية، ١٩٨٦، ص(١٣٣-١٣٤)؛ د. منذر الشاوي، فلسفة القانون، مطبوعات المجمع العلمي العراقي، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م، ص١١٥.

[2] د. محمد علي الصافوري، النظم القانونية القديمة لدى اليهود والإغريق والرومان، دون سنة النشر ولا مكان النشر، ص ١٧٥.

[3] ينظر إلى كل من: د. هاشم الحافظ، تأريخ القانون، دار الحرية، بغداد، ١٩٨٠، ص ٧١؛ د. عبد السلام الترمانيني، الوسيط في تأريخ القانون والنظم القانونية، ط٣، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢ م، ص(٨٥-٨٩) و كذلك ص(٦٤٧- ٦٤٨).

[4] ينظر إلى كل من: د. هاشم الحافظ، تأريخ القانون، المصدر السابق، ص(٧٢-٧٣)؛ د. عبد السلام الترمانيني، الوسيط في تأريخ القانون، المصدر السابق، ص(٦٤٧-٦٥٠).

(acqumet bonum) ولكنها على ما يقول الأستاذ "بوكلاند" في كتابه عن القانون الروماني قد أستعملت كوسيلة مدركة في تحوير نصوص القانون لصالح الطرف الأضعف أثناء المخاصمات[1].

و في القرن الرابع بعد الميلاد أصبح لمبدأ العدالة شأن عظيم بحيث ينص عليه في إحدى التشريعات الامبراطورية، وتجعله واجباً على القضاة: (placuit in omnibus rebus proecius qiwan puaum esse institiae acouitatisque quam strict juris rationem.) ومعنى هذه العبارة: يسر الامبراطور تحقيق العدالة في كل القضايا المعروضة أكثر من التقيّد بالنصوص الجامدة[2].

لذلك يرى بعض الكتاب [3] أن قواعد العدالة قد خلصت القانون المدني الروماني من كثير من شكلياته، و إستحدثت فيه نظماً قانونية جديدة ليس لها أي سند في النصوص الوضعية، مثلاً عدم جواز إلحاق الغبن الفاحش بأحد طرفي العقد، و عدم جواز إثراء أحد الأشخاص على حساب غيره بدون وجه حق؛ و كذلك أشاعت فيه روحاً حرة مكنته من التطور الدائم و قد مهّدت لشيوعه في آفاقٍ واسعة في العالم.

---

[1] نقلاً عن: د. عبدالرحمن البزاز، مبادئ القانون المقارن، مطبعة المعاني، بغداد، ط١، ١٣٨٦هـ - ١٩٦٧ م، ص(١٣٢-١٣٣).

[2] نقلاً عن: د. عبدالرحمن البزاز، مبادئ القانون المقارن، المصدر السابق، ص ١١٣.

[3] للمزيد من التفصيل ينظر إلى كل من: د. عبدالرحمن البزاز، مبادئ القانون المقارن، المصدر السابق، ص ١٣٤؛ د. علي محمد جعفر، نشأة القوانين وتطورها (مدخل إلى دراسة القوانين القديمة - القانون الروماني - الشريعة الإسلامية)، مؤسسة (مجد) الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، دون سنة النشر ط١، ص ١١٦؛ د. عبدالمجيد محمد الحفناوي و د. عكاشة محمد عبدالعل، تأريخ النظم الإجتماعية والقانونية والقانون الروماني، دار الجامعية، بيروت، ١٩٨٩، ص ٢٥٠- ٢٥٦.

أما عند اليونانيين، فلا بد أن نعترف بأنه كانت لهم اليد الطولي في تعظيم العدالة و جعلها قيمة إنسانية يلتزم الإنسان أن يكافح من أجلها، و ما آراء فلاسفتهم إلا خير دليل على ذلك[1].

بيد أنه إن كانت الرائدية تعود للرومان فيما يتعلق بالقانون، فإن الأولوية والرياسة في ميدان الفلسفة لاتنسب إلا لليونانين، إذ الفلسفة وطيدة الصلة عضوياً و تأريخياً باليونانين القدماء[2]. فتعد اليونان مهد الفلسفة والتفكير المعمق، و منها

---

[1] إذا أردنا أن نتناول العدالة في الفلسفة اليونانية يجب أن نبحثها في ثلاثة مراحل، في العصر القديم (القرن العاشر قبل الميلاد)، حيث نجد ثلاثة مدارس قد بحثت فكرة العدالة في هذه المرحلة، مدرسة الأيونية من روادها (طاليس، أنكسميندر و أنكسيمانس)، مدرسة الفيثاغورسية و مؤسسها هو فيثاغورس، والمدرسة الإيليائية و أبرز فلاسفتها بعد مؤسسها (أكسنوفانس)، هما (بارمنيدس وزينون الايلهي)، بالإضافة إلى أنه في هذه المرحلة قد ظهرت نظرية هيراقليطس. أما في العصر الوسيط فنجد السفسطائيين و عمالقة فلاسفة اليونان، (سقراط، أفلاطون، ارسطو)، قد بحثوا فكرة العدالة. و في العصر المتأخر نجد مدرستين مشهورتين في الفلسفة قد إنحدرتا إلى سيراغوار فكرة العدالة، و هما المدرسة الرواقية والمدرسة الابيقورية. للمزيد من التفصيل ينظر إلى كل من: جمل مولود ذيبان، تطور فكرة العدل المصدر السابق، ص ٢٢٢- ٢٥٣؛ أحمد أمين زكي و نجيب محمود، قصة الفلسفة اليونانية، مطبعة لجنة التاليف والترجمة والنشر، القاهرة، ط٧، ١٩٧٠، ص(٢٠- ٣٠)؛ سليمان مرقس، محاضرات في فلسفة القانون، ملقية على طلبة الدراسات العليا بجامعة بغداد عام ١٩٦٩، مكتوبة على الآلة الكاتبة، ص(١٥-٢٥)؛ د. عمر محمد مصطفى، أصول تأريخ القانون، المصدر السابق، ص(١٠٦-١٠٨)؛ د. عباس العبودي، تأريخ القانون، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط١، الاصدار الثالث، ١٩٩٨، ص٨٩؛ د. عبد السلام الترمانيني، الوسيط في تأريخ القانون، المصدر السابق، ص(٦٤٤ – ٦٤٧).

[2] أحمد أمين و د. زكي مجيد محمود، قصة الفلسفة اليونانية المصدر السابق، ص٧.

امتدت روافد الفلسفة[1]، ولكن مع ذلك لم يكن اليونانيون قد أهملوا القانون، بل كانت لهم قوانين خاصة بهم، مثل قانون دراكون[2]، وقانون صولون[3]؛ علماً بأن القانون اليوناني في البداية هو فكرة العدالة (ثميس Themis) المتمثلة في الآلهة و في القواعد التي تحكم النظام الأخلاقي[4].

و كان الهدف الأساس من تدوين دراكون لقانونه (أو مدونته) هو إرجاع العدالة المفقودة التي كانت قد قضت عليها الفوضى و عدم الإستقرار[5]؛ لذلك يرى أرسطو أن هذا التشريع كان يتميز بإعتماده على ثلاث قواعد أساسية تتسم بالعدالة، و هي: تحريم الإقراض بضمان شخص المقترض أي إلغاء الإسترقاق بسبب الدين والنص

---

[1] د. محمد شريف أحمد، فكرة القانون الطبيعي عند المسلمين، دار الرشيد للنشر، بغداد ١٩٨٠، ص ١٠١.

[2] هذا القانون كان جزء من الإصلاحات التي قام بها الملك دراكون عام ٦٢١ ق. م، ولكن لم تصل إلينا نصوصه الكاملة، حيث تفرعت بعض أحكامها من خلال كتابات و تعليقات المؤرخين مثل هيرودوت. ينظر: جمل مولود ذيبان، تطور فكرة العدل، المصدر السابق، ص ٢٥٠؛ د. عبد السلام الترمانيني، الوسيط في تأريخ القانون، المصدر، السابق، ص(٨١- ٨٢).

[3] اختير صولون حاكم لأثينا عام ٥٩٤ ق. م على أساس أنه يمثل الخط الوسط بين الفئات المتنازعة على السلطة في اليونان، و قام بإصدار قانونه للحد من تفاقم الأوضاع والعمل على إعادة الحرية للطبقة الفقيرة، و ترضية لمعارضي حكم و قانون دراكون. ينظر: جمل مولود ذيبان، تطور فكرة العدل المصدر السابق، ص ٢٥١؛ عبد السلام الترمانيني، الوسيط في تأريخ القانون، المصدر السابق، ص(٨٢ – ٨٣).

[4] محمد سعيد العشماوي، روح العدالة، المصدر السابق، ص ٥٢.

[5] صوفي حسين أبوطالب، تأريخ النظم القانونية الإجتماعية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨، ص(١٣٨ – ١٤٠).

على حق المواطنين في إقامة الدعاوي بالنسبة لبعض الجرائم و منح المواطنين حق إستئناف أحكام القضاء أمام محاكم شعبية[1].

أما بشأن قوانين الشرق القديمة فإنها ليست أقل شأناً من قوانين الغرب القديمة فيما يتعلق بالعدالة، فبالنسبة للقوانين العراقية نبدأ بالقانون الآشوري[2] فقد كانت للعدالة إنعكاسات واضحة في هذا القانون، التي تتمثل في إستقرار العلاقات التجارية، و زيادة الثقة في التعامل و تسهيل التبادل التجاري[3].

و من مظاهر العدالة في المراسيم الملكية الآشورية، نجد مصطلح (مشارم)، الذي ورد في هذه المراسيم، و هو إسم مشتق من فعل (وشار) الذي يعني باللغة الأكدية إستقام، و قد استخدم مجازاً للدلالة على الإستقامة والعدل بالمفهوم الأخلاقي والقانوني و منه جاء لقب الملوك بـ(شارميشارم) أي ملك العدالة؛ يلاحظ أن هذا المصطلح قد أطلق على المراسيم التي كانت يصدرها الملوك بإعتبارها إحدى وسائل تحقيق العدالة[4].

---

(1) ينظر إلى كل من: محمد نور فرحان، تأريخ النظم الإجتماعية والقانونية، دار الثقافة للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٧٩، ص١٧٤؛ أحمد أبو الوفا، تأريخ النظم القانونية و تطورها، دار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٣، ص٣٦.

(2) عبارة عن مجموعة محدودة من الرقم الطينية التي تعود بعضها إلى العهد الآشوري القديم و أخرى إلى العهد الوسيط و بعض المراسيم الملكية التي تعود بتاريخها إلى العصر الآشوري الوسيط أيضاً، و عليه يعتقد أن الآشوريين لم يكن لهم قانون موحد. للمزيد من التفصيل ينظر إلى: جمال مولود ذيبان، تطور فكرة العدل، المصدر السابق. ص(١٦٣ – ١٦٦).

(3) جمال مولود ذيبان، المصدر نفسه، ص ١٦٩.

(4) للتفصيل ينظر إلى كل من:

- D. J. Wiseman ،Law and Order in the old tesment times ،Vox Evangelica ،8 ،1973 ، p.p 7 - 10.

و من مظاهر العدالة أيضا تطبيق مبدأ (واجب الراعي تجاه رعيته)[1]، من هنا تأتي أهمية المراسيم الملكية بإعتبارها الشق الثاني للقانون و أنها إحدى الوسائل التي تم اللجوء إليها في تحقيق العدل والعدالة[2]؛ و كانت العدالة في قانون (حمورابي)[3] أكثر وضوحاً و سطوعاً من غيره من القوانين، و قد إمتاز هذا القانون بتقريره العديد من الأحكام التي تقوم على مبدأ العدالة والإنصاف[4].

تستهل المقدمة بذكر إسم الآلهة العظام حيث يذكر بالنص: (إن الآلهة أرسلته ليوطد العدل في الأرض و ليزيل الشر والفساد بين البشر، و لينهي استعباد القوي

– د. هاري ساكز، عظمة بابل موجز حضارة وادي الرافدين القديمة، ترجمة: د. عامر سليمان، تصميم مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر، دون مكان النشر ولا سنة النشر، ص ٢٢٢.

(1) للمزيد ينظر إلى: جمال مولود ذيبان، تطور فكرة العدل، المصدر السابق، ص ١٩٢.

(2) عبد الرضا الطعان، تأريخ الفكر السياسي في العراق القديم، دارالرشيد للنشر، بغداد ١٩٨١، ص(٥٤٠-٥٤١).

(3) حمورابي كان سادس ملوك سلالة بابل الأولى، أصدر مسلته في السنوات الأخيرة من حكمه الذي يمتد مابين (١٧٩٢ – ١٧٥٠ ق.م) و يعتقد في السنة الاربعين من حكمه، و قد إكتشف قانون حمورابي منقوشاً على لوحة حجرية من حجر الديورايت الأسود بإرتفاع ٢.٢٥ متر وقطر ٦٠ سم، على شكل إسطوانة تدعى مسلة حمورابي، والنسخة الأصلية منها موجودة في المتحف اللوفر في باريس والتي تعد أحد كنوزه؛ للمزيد من التفصيل ينظر إلى كل من: بهيجة إسماعيل، مسلة حمورابي، بغداد، ١٩٨٠، ص ١٩ و ما بعدها؛ صمويل كريمر، من ألواح سومر، ترجمة طه باقر، تقديم و مراجعة، د. أحمد فخري بالإشتراك مع مؤسسة فرانكلين للطباعة والنشر، مكتبة المثنى ببغداد و مؤسسة الخانجي بالقاهرة، ص(١١٥– ١٢٩)؛ فوزي رشيد، الشرائع العراقية القديمة، دار الرشيد للنشر بغداد، ١٩٨٦، ص٢٢٣؛ طه باقر، مقدمة في تأريخ الحضارات القديمة، دار الشؤون الثقافة، بغداد، ١٩٨٦، ج١، ص(٤٢٨ – ٤٣٥).

(4) جمال مولود ذيبان، المصدر المتقدم ذكره، ص ١٢١.

للضعيف، و لكي يعلو العدل كالشمس و ينير البلاد من أجل خير البشر و يجعل الخير فيضاً و كثرة)[1]؛ و قد أنهى حمورابي مقدمة قانونه بالقول: (أنا الملك الذي طيع أركان العالم الاربعة، أنا ولي عشتار، عندما أمرني مردوخ أن أهيئ العدل لشعب الأرض فيفوز بحكم خير، قمت بإحقاق الحق والعدل في إرجاء الأرض و قمت بإسعاد الشعب)[2].

أما متن القانون فيتضمن مظاهر للعدالة متمثلة بإقراره نظرية القوة القاهرة و كذلك نظرية عدم التعسّف في إستعمال الحق[3].

إضافة إلى أنه كانت للعدالة في هذا القانون ضمانات متعددة و متنوعة، سواء في مجال العلاقات الأُسرية (العائلية) أو التعاملات التجارية أو فيما يتعلق بالقضاء[4].

و ينهي حمورابي قانونه بخاتمة منطوية على تعابير معبرة و رائعة و باسلوب قل نظيره، إذ يصف فيها قوانينه بالعدالة، و يعطي لنفسه إسم ملك العدالة، و يقرن إسمه بالعدالة و مناصري الحق[5].

---

(1) ينظر: جمال مولود ذيبان، تطور فكرة العدل، المصدر السابق ص ١٢٢.

(2) ينظر: مجموعة من المؤلفين، شريعة حمورابي و أصل التشريع في الشرق القديم، دراسة مقارنة مع النصوص الكاملة، ترجمة أسامه سراس، العربي للطباعة والنشر والتوزيع، ط١، ص ٢٣.

(3) ينظر إلى كل من: جمال مولود ذيبان، تطور فكرة العدل، المصدر السابق، ص(١٣٣ – ١٣٤)؛ مجموعة من المؤلفين، شريعة حمورابي، المصدر السابق، ص(٩٥ – ١٣٢).

(4) د. عباس العبودي، شريعة حمورابي، دراسة قانونية مقارنة مع التشريعات الحديثة، مطابع التعليم العالي، وزارة التعليم العالي، جامعة الموصل، دون سنة النشر، ص(٨٨- ٩٧).

(5) للتفصيل ينظر: جمال مولود ذيبان، تطور فكرة العدل، المصدر السابق، ص(١٤٩-١٥١)؛ د. هاري ساكز، عظمة بابل، المصدر السابق ص(٢٣١- ٢٣٢).

و قبل قانون حمورابي كان هناك قانون (أشنونا)[1]، و إن كانت العدالة لم تظهر بصورة جلية في هذا القانون، إلا أنه يتحسس بوجود إنعكاسات و إرهاصات فيه، يمكن ملاحظتها عند التمعن في موادها؛ فمراعاة هذا القانون لمبدأ (حُسن النية) تدل على أنه قد راعى العدالة بل إعتمدها[2]، و قد سبق هذا القانون قانون الملك (لبت عشتار)[3]؛ جاء في مقدمة هذا القانون أن (لبت عشتار) الراعي الحكيم قد دعي من قبل الإلهين آنو و أنليل لإمارة البلاد و تحقيق العدالة[4]، و يقول (لبت عشتار) في مقدمة قانونه ((أنا اللائق للقب الأهة (اينانا) و قد وطدت العدالة في سومر و أكد وفقاً لأمر الإله أنليل آنذاك))؛ توجد مظاهر أخرى للعدالة في هذا القانون، من الممكن أن نلمسها في نصوصه و أحكامه، مثلا قد إعتمد القانون المذكور مبدأ يلزم أن يكون التعويض مساوياً للضرر الحاصل، المعمول به في قوانيننا في الزمن الحاضر، والواضح أن التعادل والتناسب بين الضرر والتعويض يحقق العدل[5]. و هذا

---

(1) يُنسب هذا القانون إلى مملكة أشنونا، ويعد أقدم القوانين المدونة باللغة الاكدية المكتشفة لحد الآن، و يعود تأريخه إلى ما قبل تشريع قانون حمورابي.
ينظر: عامر سليمان، القانون في العراق القديم، وزارة التعليم العالي، جامعة الموصل، ١٩٧٧، ط١، ص٢٠٥

(2) جمال مولود ذيبان، تطور فكرة العدل، المصدر السابق، ص(١٠٣-١٠٩).

(3) خامس ملوك سلالة آيسن تولى الحكم عام (١٩٣٤) ق. م و دام حكمه عشر سنوات إلى عام (١٩٢٤ ق. م)، و قد إشتهر بشريعته القانونية. ينظر: طه باقر، مقدمة في تأريخ الحضارات القديمة، المصدر السابق، ص(٤١٠ – ٤١٢)؛ عامر سليمان، القانون في العراق القديم، المصدر السابق، ص ١١٩.

(4) د. عباس العبودي، تأريخ القانون، المصدر السابق، ص ٩٨.

(5) جمال مولود ذيبان، تطور فكرة العدل، المصدر السابق، ص ٨٧.

القانون قد سبقه قانون الملك (أورنمو)[1]؛ و قد بدأت مقدمة هذا القانون بنظرية التفويض الإلهي، حاوية أوصاف و صفات الملك من مدحه والإفتخار به و إستعلائه، و من ثم أعماله التي يفتخر بها، و في مقدمتها تحقيق العدالة و تعظيمها[2]؛ إضافة إلى ذلك توجد إنعكاسات أخرى للعدالة في هذا القانون، التي تتجسّد في أخذه بمبدأ التعويض عن الفعل الضار[3]. و رغم إجماع المصادر على أن هذا القانون يعد أقدم القوانين المنظمة المكتشفة لحد الآن، ليس في العراق فحسب، بل و في العالم قاطبة[4]؛ لكن ليس من المستبعد أنه قد سبقته إصلاحات قانونية و إن لم تكن هذه الإصلاحات في قانون واحد موحد، غير أن الإصلاحات التي قام بها الملك (أورانمكينا)[5] تعد بمثابة وثيقة قانونية كان معمولاً بها ردحاً من الزمن في بلاد

(1) تولى الملك (أورنمو) الحكم عام (٢١١٣-٢٠٩٥ ق. م) و دام حكمه مدة ثمانية عشر عاماً، و هو مؤسس سلالة أور الثالثة (٢١١٣ – ٢٠٠٤ ق. م) بعد أن كان مساعداً للملك (أوتوحيكال) و حاكماً على المدينة (أور) مع الملاحظة أنه هنالك إختلاف في الآراء بشأن تأريخ إبتداء حكم الملك (أورنمو)، فيحدده البعض بـ (٢٠٥٠ ق. م)و يرجعه الآخرون إلى (٢١١٢ ق. م) أو (٢١٢٠ – ٢١١١ ق. م). للمزيد من التفصيل ينظر إلى كل من: عباس العبودي، تأريخ القانون، المصدر السابق، ص ٩٦؛ طه باقر، مقدمة في تأريخ الحضارات القديمة، المصدر السابق، ص(٣٥٠ – ٣٨٠)؛ جمال مولود ذيبان، تطور فكرة العدل، المصدر السابق، ص ٥٣.

(2) ينظر: جمال مولود ذيبان، تطور فكرة العدل، المصدر السابق، ص ٥٧؛ د. هارى ساكز، عظمة بابل، المصدر السابق، ص ٢٢٤.

(3) جمال مولود ذيبان، تطور فكرة العدل، المصدر السابق، ص٦٣.

(4) المصدر المتقدم ذكره، ص٥٤.

(5) تولى الملك أورانمكينا الحكم في لكش، الذي إنتقل إليه عن طريق الإنقلاب العسكري و دام حكمه حوالي ثمانية أعوام ما بين عامي ٢٢٧٨-٢٢٧٠ ق. م و قد ذهب البعض إلى إعتماد تأريخ

الرافدين، و هذه الإصلاحات أيضاً لم تكن خالية من الإشارة إلى قيمة العدالة، و مكانتها في الحياة الإنسانية، لأن هذه الإصلاحات لم تكن آتية من فراغ، و إنما كانت وراءها أسباب و من أهمها الأوضاع المضطربة التي كانت قد إضطرت الملك (أورانمكينا) أن يقدم على إنقلاب عسكري للإطاحة بحكم الملك الذي كان قبله، و إعتلائه العرش، و من ثم قيامه بإصلاحات في شتى الميادين، و في مقدمتها الميدان القانوني بإرجاعه العدالة الغائبة و منحها روحاً جديدة مرة أخرى[1].

وتجدر الإشارة إلى أنه من خلال استقراء الوثائق التي تحتوي على إصلاحات الملك أورانمكينا، يتضح لنا أن هذا الملك قد شرع القوانين التي وفرت للشعب الحرية والعدالة الإجتماعية[2]؛ وبهذه الإصلاحات تنتهي سلسلة القوانين العراقية القديمة التي تم إكتشافها لحد الآن، إذ لم يكشف لنا التأريخ قانوناً آخر يسبق وجوداً إصلاحات الملك (أورانمكينا). لذلك نكتفي هنا بهذه القوانين في سياق بحثنا عن الخلفية التأريخية للعدالة في القوانين العراقية القديمة.

بداية حكم الملك أورانمكينا إلى نحو عام ٢٣٥٥ ق. م للمزيد من التفصيل ينظر: جمال مولود ذيبان، تطور فكرة العدل، المصدر السابق، ص٤٤.

(1) للمزيد من التفصيل ينظر: إيغورم. دياكونوف، ظهور الدولة الإستبدادية في العراق القديم، الفصل الخامس من كتاب العراق القديم، ترجمة و تعليق: سليم طه التكريتي، بغداد، ١٩٧٦، ص٢٨١؛ ل. دولايورت، بلاد ما بين النهرين (حضارة بابل و آشور)، تعريب مارون الخوري، دار الروائع الجديدة، بيروت، ص٣٠؛ طه باقر، مقدمة تأريخ الحضارات القديمة، المصدر السابق، ص ٣٤٩؛ فوزي رشيد الشرائع العراقية القديمة، المصدر السابق، ص ١٤؛ هنري فرانكفورت، فجر الحضارة في الشرق الأدنى، ترجمة: ميخائيل خوري، بيروت، ١٩٦٥، ص(٩٥ - ٩٧)

- George Barton ،The Royal Inscription of Sumer And Akkad ،Now Haven ،vol. 1 ،p . p13-19.

(2) جمال مولود ذيبان، تطور الفكرة العدل، المصدر السابق، ص ٤٨.

و قبل أن ننهي الكلام نرى أنه من الضروري أن نشير إلى التفاوت الموجود بين القوانين المذكورة، بشأن إظهار مقام العدالة و شأنها، إذ نجد أن القانون الملك حمورابي يتصدر القوانين العراقية القديمة الأخرى المكتشفة لحد الآن فيما يتعلق بتحقيق العدالة، فقد أولى إهتماماً كبيراً لأمور العدالة، و بالإمكان تلمس العدالة في جل مواده، و هذا إن دل على شيء فإنه يدل على تطور الفكر القانوني لدى العراقيين القدماء و عنايتهم بالعدالة والإبتعاد عن كل ما يمسها.

على أن ذلك لا يعني خلو القوانين الأخرى من أحكام العدالة، إذ ليس من الصحيح إنكار أن القوانين السابقة على القانون حمورابي كان لها السبق في رعاية العدالة، غير أن العناية بالعدالة في تلك القوانين لم ترق إلى درجة عناية قانون حمورابي بها، و بناءاً عليه يمكن القول أن للملك حمورابي اليد الطولى في تعظيم قيمة العدالة في القوانين العراقية القديمة.

أما في مصر القديمة، فيلحظ أن العدالة تتجسد في الضمير بدلاً من القانون، لأن التأريخ لا يقول لنا أنه كان للمصريين القدماء قانون يذكر إلا بعد منتصف القرن الخامس قبل الميلاد[1]، أي بعد عشرين قرناً من قانون الآشوريين تقريباً[2].

فقبل هذه الفترة أي قبل سنهم أول قانون لهم، كان الملك الفرعوني إلهاً مطلق الحكم، و كان يعد هو مصدر العدالة، و كل ما كان يفعله عبارة عن القانون، فلم يكن هناك قانون ثابت يحكم الناس في مصر الفرعونية على الرغم من قدم حضارتهم[3]، و كانوا يتوسلون بما يسمونه (ماعت)، أي إله الحق والعدل والإستقامة،

---

(1) جمل مولود ذيبان، تطور فكرة العدل، المصدر السابق، ص ١٥٢.

(2) فوزي رشيد، الشرائع العراقية القديمة، المصدر السابق، ص ١٧٧.

(3) المصدر المتقدم ذكره، ص(١٤ – ١٥).

راجين منه أن يوفر لهم الخير، و يرد لهم الحق، أما كيف كان يفعل ذلك فلم يأت التأريخ بشيء من هذا القبيل، و لربما كان على شكل طقوس دينية[1].

فمن المستغرب أن يقول بعض الباحثين[2] إنه لا يمكن التسليم بالقول إن العدالة في بلاد الرافدين كانت موجودة، لأن الفوارق الإجتماعية كانت سائدة فيها أمام القانون، والعدالة تستمد و تنبع من شعور المجتمع و ترجمة هذا الشعور عن طريق التعبير عن إرادته، و ليست أن تكون نابعة من شعور الحاكم الذي يعد الشعب كله عباداً له.

بيد أنه قد تكون مثل هذه الشكوك ليست في محلّها، لأن وضع الشعب أو الفرد تجاه الحاكم في مصر الفرعونية لم يكن أحسن منه في بلاد الرافدين، بل ربما كان أسوأ، لأن الملك في مصر الفرعونية، كان مستولياً على جميع الحقوق والحرّيات، هو الذي يحدد الصحيح من الباطل كيفما يشاء دون قانون يطلع عليه الناس و يعلمون حقوقهم و حرياتهم فيه، و لو كان بقدر ضئيل، هذا من جانب، و من جانب آخر، فإن القول بوجود العدالة المستمدة من الضمير قد يؤدي إلى تحكم الضمير بالعدالة و من ثم خضوعها لحكم الهوى، لأن الضمير إذا لم تربيه شريعة ما و تصفيه و تخلصه من الشوائب فسوف تتغلب عليه الهوى و تتحكم به، و عندئذ سيكون عرضة للتحريف والتحوير.

---

(1) محمد سعيد العشماوي، روح العدالة، المصدر السابق، ص(٣٥ – ٣٦).

(2) محمد سعيد العشماوي، المصدر المذكور أعلاه، ص(٣٧– ٤٣).

المطلب الثاني

العدالة في الشرائع السماوية

قبل البدء بذكر موضوع العدالة في الشرائع السماوية، أرى من الأفضل أن أذكر العلاقة بين هذه الشرائع، فأن مسألة تعدُّد الشرائع السماوية أصبحت من بديهيات المعرفة، فمنذ أن أنزل اللهُ سبحانه و تعالى آدم من الجنّة إلى الأرض و علمه الأسماء كلها، (وَ عَلَّمَ آدَمَ الْأَسْمَاءَ كُلَّهَا)[1]، ثم علّمه أحكامه والنهج الذي كان على آدم أن يسير عليه، لأن اللهَ علم بعلمه الأزلي أنّ إجتماع شخصين يقتضي وجود فاصل و ضابط يفصل و ينظم علاقاتهما، و قد باتت هذه الحقيقة من الحقائق المسلّم بها والتي قد وصل إليها الإنسان لحد الآن[2].

و بعد آدم أرسل اللهُ رسلاً لبني آدم، حيث يقدر عددهم بـ(مائة و أربعة و عشرين ألف رسول و نبي)[3]، ولكنّ الذين قد أنزل اللهُ لهم الكتب السماوية هم خمسة: (داود و موسى و عيسى و محمد و إبراهيم) عليهم الصلاة والسلام، و كتبهم هي:

---

(1) سورة البقرة، الآية ٣١

(2) للمزيد من التفصيل ينظر إلى كل من: د. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الأسكندرية، ص(١٨ – ١٩)؛ د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، القانون، مطبوعات جامعة الكويت، كلية الحقوق والشريعة- القانون الخاص، ١٩٧٢، ص(٨١ – ٨٨)؛ د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف الأسكندرية، ١٩٨٦، ص(١٣٠ – ١٣١).

(3) حدد بعض العلماء هذا العدد، لكن الأولى أن لا يقتصر على ذكر عدد لأن الحديث الذي ورد يتنافى مع صريح الآية (و لقد أرسلنا رسلاً من قبلك منهم من قصصنا عليك و منهم من لم نقصص عليك)، و ذكر في القرآن أسماء خمسة و عشرين فقط. ينظر: د. عبد الملك عبدالرحمن السعدي، شرح النسفية في العقائد الإسلامية، مطبعة بغداد، ط١، ١٤٠٨هـ -١٩٨٨م، ص١٨٤.

(الزّبور و التّوراة و الإنجيل و القرآن) أما الصحف المنزلة فهي مائة[1]، و هذا يدل بجلاء على أنه كان هناك في الواقع أكثر من شريعة سماوية واحدة.

و من المنطقي أن يسأل سائل عن علاقة هذه الشرائع بعضها ببعض، و هل يوجد تشابهٌ بينها؟ إذا وُجد، فهل هو تشابه تام أم غير ذلك؟

الواضح هو أنه توجد بين هذه الشرائع أحكام متشابهة عديدة، و كذلك يمكن أن يلمس بينها الإلتقاء في المصدر والمقصد[2].

و عليه نقول إن دل التشابه في الأحكام على وجود التشابه، فبالإمكان إقرار التشابه بين الشرائع السماوية. فإذا عُلم أن مصدر جميع الشرائع السماوية واحد و هو الله جل و علا، و مقصد جميعها هو تحقيق السعادة للإنسان من خلال رعاية مصالحهم و ذلك بتوجيههم إلى ما فيه خيرهم في الدنيا والآخرة[3]. فيستلزم التسليم بوجود التشابه بين هذه الشرائع و إن وجدنا تفاوتاً في بعض أجزائها حيث يوجد تشابه تام بينها فيما يتعلق بأصول الدين و كذلك في فروعه، بالنسبة للأحكام التي

---

(1) منها عشرة أنزلت على آدم و خمسون على شيث و ثلاثون على إبراهيم و عشرة على موسى (عليهم الصلاة والسلام). ينظر: شرح رمضان أفندي على شرح التفتازاني، مطبعة الحاج محرم أفندي، ١٢٩٣، ص٢٨٨، و كما ينظر: شرح النسفية للشيخ عبد الملك السعدي، المرجع السابق، ص١٩٢.

(2) أستاذنا، د. فاروق عبد الله كريم، أساس التشابه في بعض الأحكام بين الشريعة الإسلامية و ما سبقها من التشريعات السماوية والوضعية، بحث منشور في مجلة زانكو، العدد الخاص لوقائع المؤتمر العلمي الثالث (الدراسات الإنسانية في جامعة صلاح الدين-أربيل المنعقدة بتأريخ ٣-٤ حزيران ١٩٩٧) في أربيل (كردستان)، الجزء الثاني، مطبعة جامعة صلاح الدين، أربيل، ١٩٩٧/٨/٨، ص(١٤٢-١٤٤).

(3) المصدر المتقدم ذكره، ص١٤٣.

لا تتغير بتغير الزمان والمكان، حيث إن الإختلاف في هذه الأحكام إن وجد فإنه يوجد من حيث الكم لا من حيث الجوهر، أما بشأن الأحكام التي تمس حاجيات حياة الإنسان اليومية فإنها محكومة بتغير الزمان والمكان لكونها داخلة في التفاصيل التي كانت تؤدي إلى الحرج للإنسان فيما لو كانت ثابتة، لذلك فقد تركت حرية تنظيمها للإنسان، فوقعت خارج أصول الدين و على النحو السالف الذكر، فيوجد تفاوت ملحوظ بين الشرائع السماوية بشأن هذه الأحكام.

فهذا التشابه في الأحكام والمصدر والمقصد بين الشرائع السماوية قد حدا بالبعض ليذهب إلى القول إن التشابه بينها ليس هو كائن فقط بل يجب أن يكون[1]، غير أن التساؤل الذي قد يُثار هنا هو أين تقع العدالة؟ هل تقع ضمن أصول الدين أم فروع الدين أم ضمن الأحكام المتغيرة المحكومة بتغير الزمان والمكان؟

لقد سبق القول إن العدالة لذاتها و بذاتها (أي جوهر العدالة) لا تتأثر بالزمان و لا الأحوال، أما طرائق التعبير عنها فإنها محكومة بالتغيّر والتفاوت، و عليه فبالإمكان التوصل إلى إستنتاج هام: و هو أن العدالة في جوهرها تخرج من دائرة الأمور التي تتأثر بتغيّر الزمان والمكان، فلا بد أن تقع إذن، إما ضمن أصول الدين أو فروعه.

من المُسلَّم به أن المعتزلة قد أجمعوا على إعتبار العدل[2] الأصل الثاني من أصول مذهبهم و رتبوه على ما خلصوا إليه في باب التوحيد من صفات تجوز على الله أو لا

---

(1) المصدر المتقدم ذكره، ص١٤٢.

(2) المعتزلة يستعملون العدل بمعنى العدل والعدالة، و أصول مذهبهم هي التوحيد العدل، الوعد والوعيد المنزلة بين المنزلتين، الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، للمزيد من التفصيل ينظر:

تجوز[1]، و كذلك العدل والمُقسط هما من أسماء الله الحسنى[2]، فالعدالة في الشرائع السماوية لا تستقل في وجودها و إنما تدخل في كل أجزائها و تمتزج مع مجموعة أحكامها أياً كان مصدر هذه الأحكام[3].

و عليه تدخل العدالة بهذا المعنى في صميم الشرائع السماوية و تشكّل روحها و جوهرها، فتصبح بذلك من الأمور المتفق عليها إتفاقاً تاماً بين جميع الشرائع السماوية، إذ تتشابه جميع هذه الشرائع تماماً فيما يتعلق بتفضيل العدالة و تثمينها و تعظيمها و تبجيلها، بحيث يعد أي مساس بها في نظر جميع هذه الشرائع بمثابة مخالفة كبيرة للحكمة الإلهية، أما طرق التعبير عن العدالة فإنها تدخل في دائرة الأمور التي تتأثر بالزمان والمكان، و من ثمَّ تتفاوت الشرائع السماوية فيما بينها بشأن هذه الطرائق.

العلامة عبد الجبار أحمد المعتزلي، شرح أصول الخمسة، تحقيق، د. عبد الكريم أحمد عثمان، مطبعة الإستقلال الكبرى، القاهرة، ط١، نيسان ١٩٦٥، ص١٣٣ و ما بعدها.

(1) د. محمود كامل أحمد، مفهوم العدل في تفسير المعتزلة للقرآن الكريم، دار النهضه العربية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٣، ص١٥٥.

(2) حجة الإسلام الإمام أبي حامد محمد بن محمد الغزالي، المقصد الأسنى في شرح أسماء الله الحسنى، تقديم و شرح، سمير شيخ الأرض، دار الكوثر، دمشق، ط١، ١٤١٩هـ -١٩٨٩ م، ص١١١ و كذلك ص١٦٢.

(3) للمزيد من التفصيل ينظر إلى كل من: د. عبد السلام الترمانيني الوسيط في تأريخ القانون المصدر السابق، ص٦٥٨؛ د. عبدالرحمن البزاز، أبحاث و أحاديث في الفقه والقانون، مطبعة العاني، بغداد ١٩٥٨، ص(١٢٨- ١٣٠)؛ د. علي محمد جعفر، نشأة القوانين و تطورها، المصدر السابق، ص(١٧٩ – ١٨٠)؛ د. عمر ممدوح مصطفى، أصول تأريخ القانون، المصدر السابق، ص(١١٧ – ١١٨)؛ د. عباس العبودي، تأريخ القانون، المصدر السابق، ص٩٣.

و على هذا الأساس إن ما نورده بشأن العدالة بذاتها (أي جوهرها) في الشرائع السماوية، يمكن إضافة صحته كذلك بالنسبة لهذه الشرائع بعضها ببعض، بحكم الإتفاق والتشابه الموجود بينها في الأحكام والمقصد.

جاء في الكتاب المقدس: (الملك العادل، سيأتي ملك يحكم بالحق و حكام يحكمون بالعدل)[1].

و على الرغم من هذا النص فإنه ليس بامكاننا أن نلمس في هذا الكتاب من هو الملك العادل؟ و ما هي شروطه؟ و متى يمكن وصْفُ ملكٍ ما بأنه عادل؟ و كذلك ما هو العدل الذي يحكم به الحكام؟

غير أنه مع كل ذلك ينبغي التسليم بأن العدالة قد ورد ذكرها في التوراة منطوقاً و معنى، والذي نريده هنا هو إظهار أمر العدالة بنصوص أخرى، فنورد بعض الآيات القرآنية الواردة بشأن العدالة، بيد أن إكتفاءنا بالقرآن هنا دون السُنّة أو أقوال الفقهاء مرده أن القرآن هو أحد الكتب السماوية، صحيح أنه قد جاء كرسالة سماوية للمسلمين منزّلة على النبي (صلى الله عليه و سلم) عن طريق الوحي ليبلغ بها المسلمين، ولكن مع ذلك لم يأت هذا الكتاب خالياً من ذكر أخبار الأمم السابقة، و كذلك أمهات أحكام الأديان السماوية التي قد سبقت الإسلام، الأحكام التي تمس إنسانية الإنسان، و إجتماعية المجتمع و كيانه، والعدالة ليست سوى جزءاً من هذه الأحكام التي تكون محل إتفاق مجموع الشرائع السماوية كما أسلفنا.

و من الآيات الواردة في القرآن الكريم بشأن العدالة قوله تعالى: (إِنَّ اللَّـهَ يَـأْمُرُ بِالْعَـدْلِ والإحسان)[2]، والعدل في هذه الآية يعني تطبيق القواعد الشرعية أو

---

(1) الكتاب المقدس، العهد القديم، دار الكتاب المقدس في الشرق الأوسط، أشعياء، ٣٢ – ص ٨٨٧.

(2) سورة النحل، الآية ٩٠.

القانونية مقرونة بالعدالة التي سمّاها القرآن بالإحسان[1]؛ و يجب أن يلحظ أن الآية تقول (إن الله يأمر بالعدل والإحسان) و لم تقل إن الإسلام يأمر بالعدل والإحسان، و هذا يعني أن الله عز و جل يأمر بالعدل والإحسان في مجموع الأديان و في كل الرسالات السماوية التي قد أنزلها الله على رسله، و عليه يمكن الإستدلال بهذه الآية القرآنية لتبجيل أمر العدالة في الإسلام و تعميمه بالنسبة للأديان أو الشرائع السماوية الأخرى جميعاً، (هَلْ جَزَاءُ الْإحسان إِلَّا الْإحسان)[2]، أي ما جزاء الإحسان بالطاعة إلا الإحسان بالنعيم[3]، هل في الكلام تأتي على أربعة أوجه بمعنى قد وبمعنى الإستفهام وبمعنى الأمر وبمعنى ما في الجحد وفي هذه الآية تعني ما في الجحد أي وما جزاء الإحسان الا الإحسان[4]

و قال تعالى: (شَهِدَ اللَّهُ أَنَّهُ لا إِلَهَ إِلَّا هُوَ والْمَلائِكَةُ وَ أُولُو الْعِلْمِ قَائِماً بِالْقِسْطِ)[5]، بالقسط أي بالعدل و كذلك في الآية رقم (٢١) من السورة نفسها (الَّذِينَ

---

(1) ينظر لمزيد التفصيل: د. عبد السلام الترمانيني، الوسيط في تأريخ القانون، المصدر السابق، ص(٦٥٨ – ٦٦٠)؛ د. عبد السلام الترمانيني، نظرية الظروف الطارئة، دراسة تأريخية و مقارنة للنظرية في الشريعة الإسلامية والشرائع الأوروبية و تطبيقات النظرية في البلاد العربية، دار الفكر، ١٣٩١هـ – ١٩٧١م، ص٣٧.

(2) سورة الرحمن، الآية ٦٠.

(3) العلامة جلال الدين محمد بن أحمد المحلي والشيخ جلال الدين عبدالرحمن بن أبي بكر السيوطي، تفسير الجلالين، مزيلاً بكتاب لباب النقول في أسباب النزول للسيوطي، قدم له وعلق عليه فضيلة العلامة، محمد كريم بن سعيد راجح، مكتبة النهضة، بغداد، دون سنة النشر، ص ٧١٢.

(4) أبوعبدالله شمس الدين محمد بن أحمد الأنصاري(القرطبي)، ت٦٧٦هـ الجامع لأحكام القرآن(تفسيرالقرطبي)، دارالكتب العلمية، بيروت لبنان، سنة٢٠٠٠، مجلد٩، ص١١٨-١١٩.

(5) سورة آل عمران، الآية ١٨.

يَأْمُرُونَ بِالْقِسْطِ)[1]. (و إن خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا)[2]. أي ألاّ تعدلوا، والإقساط في كلام العرب يعني العدل والإنصاف، أما القِسْط (بفتح القاف) فمعناه الجور والحيف[3]، (و إذا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ، أَنْ تَحْكُمُوا بِالعَدْلِ)[4]. أي بالعدل والإنصاف أو العدالة[5]، والعدل هنا يشمل العدل والعدالة، (يا أيّها الذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوّامِين لله شهدآء بِالقِسْطِ و لايَجْرِمَنَّكُمْ شَنَئانُ قَوْمٍ عَلى أَلاّ تَعْدِلُوا اِعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوى و اتَّقُوا اللهَ إن اللهَ خَبِيْرٌ بِما تَعْمَلُون)[6]. (و إن حَكَمْتَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِالقِسْطِ إن اللهَ يُحِبُّ المُقْسِطِين)[7]، (فَاصْلِحُوا بَيْنَهُما بالعَدْلِ و أَقْسِطُوا أن اللهَ يُحِبُّ المُقْسِطِين)[8].

بالعدل معناه بالعدالة أي الإنصاف[9]، (لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ و أَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ والمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ و أَنْزَلْنَا الْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ و منافِعُ

---

(1) سورة آل عمران، الآية ٢١

(2) سورة النساء، الآية ٣.

(3) أبي جعفر بن جرير الطبري، جامع البيان عن تأويل آي القرآن المعروف (تفسير الطبري)، ضبط و تعليق: محمود شاكر، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط١، دون سنة نشر، مجلد (٤)، ص٢٩٤.

(4) سورة النساء، الآية ٥٨.

(5) أبي جعفر محمد بن جرير الطبري، جامع البيان عن تأويل آي القرآن المعروف(تفسير الطبري)، المرجع السابق، مجلده، ص١٧٦.

(6) سورة المائدة، الآية ٨.

(7) سورة المائدة، الآية ٤٢.

(8) سورة الحجرات، الآية ٩.

(9) تفسير الجلالين، المرجع السابق، ص(٦٨٥-٦٨٦).

لِلنَّاسِ وَلِيَعْلَمَ اللهُ مَنْ يَنْصُرُهُ وَرُسُلَهُ بِالْغَيْبِ إِنَّ اللَّهَ قَوِيٌّ عَزِيزٌ)[1]. (وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ)[2]. (يَا داود إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الأرض فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ و لا تَتَّبِعِ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ بِمَا نَسُوا يَوْمَ الْحِسَابِ)[3]. (وَضَرَبَ اللَّهُ مَثَلاً رَجُلَيْنِ أَحَدُهُمَا أَبْكَمُ لا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ و هو كَلٌّ عَلَى مَو لاهُ أَيْنَمَا يُوَجِّهْهُ لا يَأْتِ بِخَيْرٍ هَلْ يَسْتَوِي هُوَ و من يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ و هو عَلَى صِرَاطٍ مُسْتَقِيمٍ)[4].

بعد إيراد هذا الكم من النصوص في القرآن الكريم، نلاحظ أن العدالة حقاً لم ترد منطوقاً في سياق هذه النصوص، ولكن معناها يظهر بوضوح تام، و هذا المعنى يحويه الإحسان تارة، و يبدو في الإقساط تارة أخرى، و كذلك يختلط و يمتزج مع العدل طوراً لكن الملفت للنظر هو أن تركيز هذا العدد الكبير من النصوص السماوية على العدالة والعدل، لم يأت إعتباطاً أو بالصدفة، بل إن دل ذلك على شيء فإنه يدل على تعظيم و تبجيل العدالة في الشرائع السماوية، فلذلك ليس من المستغرب أن نرى أن تكون العدالة في هذه الشرائع داخلة في ماهيتها لا أن تكون نظرية مستقلة تعيش خارجها، كما يلاحظ بالنسبة للقوانين الوضعية، و مثل على ذلك القانون

---

(1) سورة الحديد، الآية ٢٥.

(2) سورة الممتحنة: الآية ٨.

(3) سورة ص، الآية ٢٦.

(4) سورة النحل، الآية ٧٦.

الإنكليزي، فالعدالة في المجتمع الإنكليزي تستقل بقانونها بل و حتى محكمتها أو قضائها[1].

[1] ينظر: د. عبدالسلام الترمانيني، الوسيط في تأريخ القانون و النظم القانونية، بلا مكان النشر، ط٣، ١٤٠٢هـ-١٩٨٢م، ص(٦٥٨-٦٦٠)

المبحث الثاني

مفهوم العدالة

سبق أن تعرّضنا من خلال المبحث الأول لإظهار أهمية و مكانة العدالة من حيث هي موجودة في الشرائع الوضعية والسماوية، و قد أسهبنا الكلام فيه بعض الشيء دون الخوض في التساؤلات حول ماهية العدالة، معناها، و عناصرها، و خصائصها.

مما لا ريب فيه أن العدالة مصطلح له معانٍ و أبعاد، يصعب على المرء إدراكها و كشف كنهها لذلك نجد إختلافاً كبيراً في تحديد مفهومها و ماهيتها و لعل السبب في هذا الإختلاف والتفاوت هو الإختلاف في الإعتقاد والتفكير في أمور الدنيا والآخرة، لذلك نحاول في هذين المبحثين القادمين أن نضع الأصابع على الإختلافات التي توجد بشأن العدالة، و ذلك من خلال تعريفها من النواحي اللغوية والفلسفية والقانونية، و من ثم سوف نولي إهتمامنا على أمر هام و هو تكييف العدالة، و يليه السعي لعرض عناصرها و خصائصها، و تمييزها عن بعض الأفكار المشابهة لها، و بعد ذلك يأتي التمعّن في معنى العدالة، من منظوريها الفلسفي والقانوني؛ وذلك كالآتي:

أولاً: التعريف بالعدالة.

ثانياً: تكييف العدالة و بيان عناصرها و خصائصها.

ثالثاً: الصلة بين العدالة و بين العدل والإفتراض، و سنخصص لكل فقرة مما تقدم مطلباً كالآتي.

المطلب الأول

تعريف العدالة

إنّ الوقوف على حقيقة العدالة يتطلّب تعريفها من النواحي اللغوية، والفلسفية والقانونية لذلك نخصص لكل ناحية من تلك النواحي فرعاً مستقلاً:

الفرع الأول: التعريف اللغوي للعدالة.

الفرع الثاني: التعريف الفلسفي للعدالة.

الفرع الثالث: التعريف القانوني للعدالة.

الفرع الأول

التعريف اللغوي للعدالة

لم يفرّق اللغويّون بين العدل والعدالة، فجعلوا العدالة كإحدى مشتقات مادة (عدل). و قد جاء في لسان العرب[1]: ما قام في النفوس أنه مستقيم، و هو ضد الجور، عَدَلَ الحاكِمُ في الحُكْمِ يَعْدِلُ عدلاً، و هو عادِلٌ من قَوْمٍ عَدْل؛ للجمع كتجر.

و العدل: الحُكْمُ بالحَق، والعدالة والعَدْلَة والمُعْدِلَة والمُعَدَلَة، كله عَدْل، فالعدل على أربع أنحاء: العدل في الحكم، قال الله تعالى (و إن حَكَمْتَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ)[2]، و موضع الإستدلال هو قوله تعالى (و إذا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ

---

[1] إبن منظور، لسان العرب، دار المعارف، المجلد الرابع (ش-ع)، ص(٢٨٣٨-٢٨٤٢).

[2] سورة المائدة، الآية ٤٢.

تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ)[1]، والعدل في القول، قال الله تعالى (و إذا قُلْتُمْ فَاعْدِلُوا)[2]، والعدل: الفدية، قال الله عزوجل: (و لا يُقْبَلُ مِنْهَا عَدْلٌ)[3]، والعدل في الإشراك قال عزوجل: (ثُمَّ الَّذِينَ كَفَرُوا بِرَبِّهِمْ يَعْدِلُونَ)[4]، أي يُشركون.

و من معاني العدل المساواة، و تعديل الشيء، و تقويمه، و قيل العدل تقويمك الشيء بالشيء من غير جنسه حتى تجعل له مثلاً؛ إذ العدل والعِدل والعديل سواء، أي النظير والمثيل، وقال إبن الاعرابي: العدل والإستقامة، والمعادلة هي الشكُّ في الأمرين. و قد جاء في القاموس المحيط[5] العدل هو ضد الجور و ما قام في النفوس أنه مستقيم كالعدالة والعدولة والمعدلة.

و ورد في معجم فقه الجواهر[6] إن العدالة في اللغة، أن يكون الإنسان متعادل الأحوال متساوياً، كما في المبسوط والسرائر والإستواء والإستقامة، كما في المدارك و غيرها، وربما إحتمل أن العدالة من العجل و هو القصد في الأمر ضد الجور، إذ العدالة عبارة عن حسن الظاهر، كما هو ظاهر المقنعة والنهاية، والمراد بالظاهر هنا خلاف الباطن، و كذلك أن العدالة عبارة عن ملكة نفسانية تبعث على ملازمة التقوى والمروءة، و ملازمة التقوى يراد بها إجتناب الكبائر و عدم الإصرار على الصغائر، والمروءة تعني أن لا يفعل ما تنفر النفوس عنه عادة، والقول بأن العدالة

---

[1] سورة النساء، الآية ٥٨.

[2] سورة الأنعام، الآية ١٥٢.

[3] سورة البقرة، الآية ١٢٣.

[4] سورة الأنعام، الآية ١.

[5] مجد الدين الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار المعرفة، بيروت- لبنان، المجلد الرابع، فصل العين، باب اللام، ص ١٣.

[6] معجم فقه الجواهر، الغدير للطباعة والنشر، لبنان، ط١، ١٤١٨هـ ١٩٩٧ م، ج٤، ص(٤٥٩-٤٦٠).

هي حسن الظاهر لا يخلو من مسامحة؛ إذ حسن الظاهر نفسه ليس بعدالة، بل العدالة غيره، و هو الطريق إليها.

و قد جاء في المفردات[1]: عدل: العدالة والمعادلة لفظ يقتضي معنى المساواة و يستعمل بإعتبار المضايفة، والعَدْل والعِدْل يتقاربان، لكن العَدْل يستعمل فيما يدرك بالبصيرة كالأحكام، و على ذلك قوله تعالى: (أَوْ عَدْلُ ذَلِكَ صِيَامًا)[2]، والعِدل والعديل فيما يدرك بالحاسة كالموزونات والمعدودات والمكيلات، فالعدل هو التقسيط على السواء.

و العدل ضربان: مطلق يقتضي العقل حسنه و لا يكون في شيء من الأزمنة منسوخاً و لا يوصف بالإعتداء بوجه نحو الإحسان إلى من أحسن اليك و كف الأذية عمن كف أذاه عنك، و عدل يعرف كونه عدلاً بالشرع، و يمكن أن يكون منسوخاً في بعض الأزمنة كالقصاص و أروش الجنايات، و أصل مال المرتد، و لذلك قال تعالى: (فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ)[3] و قال أيضاً: (وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا)[4] فسمي إعتداءً و سيئةً، و هذا النحو هو المعنى بقوله تعالى: (إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ والإحسان)[5] فإن العدل هو المساواة في المكافأة، إن خيراً فخير و إن شراً فشر؛ و الإحسان أن يُقابَل الخير بأكثر منه، والشر بأقلّ منه، و رجل عَدْلٌ و عادِلٌ و رِجالٌ عَدل، يقابل في الواحد والجمع.

---

(1) أبي القاسم الحسن بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني (٥٠٢هـ) المفردات، تحقيق و ضبط، محمد سيد كيلاني، دار المعرفة، بيروت، لبنان، دون سنة النشر، كتاب العين، ص٣٢٥.

(2) سورة المائدة، الآية ٩٥.

(3) سورة البقرة، الآية ١٩٤.

(4) سورة الشورى، الآية ٤٠.

(5) سورة النحل، الآية ٩٠.

و قد ورد في كتاب التعريفات[1]: أن العدالة هي الإستقامة. أما العدل فهو عبارة عن الأمر المتوسط بين طرفي الإفراط والتفريط.

يتبين مما تقدم أن المعاني اللغوية للعدالة والتي سبق إيرادها تكاد تتفق على أن العدالة هي الإستقامة والمساواة والأمر الحسن، و في ضوء تلك المعاني يمكن القول بأن العدالة هي (ما قام في النفوس أنه مستقيم و يقتضي العقل حسنه).

الفرع الثاني

التعريف الفلسفي للعدالة

لم يتفق الفلاسفة على تعريف واحد و موحّد للعدالة بسبب إختلاف وجهات نظرهم تجاهها، لذلك ليس من المستغرب أن نجد أكثر من تفسير و معنى قد أُعطي للعدالة من قبل الفلاسفة، فمثلاً يقول أرسطو (العدل هو أن تعفو عن خطايا البشر و زلاتهم، و أن تتحرّى قصد المشرع لا القانون، و روح الأحكام لا ألفاظها، والنية لا الفعل الظاهر، والكل لا الجزء، و أن تتعقب سلوك الشخص المطرد لا سلوكه الآني، و هو أن تتذكر الإحسان لا السوء، والخير الذي أصبت لا الفضل الذي فعلت، و أن تتحمل الأذى، و ترغب في فض الخلافات بالسلم لا بالعنف و هو في الأخير، تفضيل التحكيم على القضاء؛ ذلك لأن المحكم يتجه إلى ماهو عادل (Equitable)

---

(1) السيد الشريف علي بن محمد الجرجاني، كتاب التعريفات، دار إحياء التراث العربي للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ط١، ١٤٢٤ هـ – ٢٠٠٣ م، ص ١٢١.

بينما يتقيد القاضي بما هو قانوني (Legal) و على هذا وجد المحكم في المجتمعات أولاً لكي تزدهر به العدالة و تنمو)[1].

و هذا المعنى قريب إلى معنى العدالة الأخلاقي أكثر من معناها الفلسفي، و في المعنى نفسه يقول إبن مسكويه[2]: (العدالة هي أن ينسب الفعل إلى غرضه) و هذا يعني أن فعلاً ما إذا كان لغرض حَسَنٍ فهو عَدل و إلا فهو ظلم.

و ينطبق هذا القول على الحديث النبوي الشريف (إنما الأعمال بالنيات، و إنما لكل إمرئٍ ما نوى، فمن كانت هجرته إلى الله و رسوله فهجرته إلى الله و رسوله و من كانت هجرته لدنيا يصيبها أو إمرأة ينكحها، فهجرته إلى ما هاجر إليه)[3]؛ و في موضع آخر قال إبن مسكويه: إن العدالة هي المساواة والتفضّل زيادة، (التفضل إحتياط يقع من صاحبه في العدالة ليأمن به من وقوع النقص في شيء من شرائطها)[4]؛ و في موضع آخر ذهب إلى القول (إن العدالة، هي وسط بين الظلم والإنظلام، أما الظلم فهو التوصل إلى كثرة المقتنيات من حيث لا ينبغي و كما لا ينبغي، و أما الإنظلام فهو الإستحذاء (أي العطاء) والإستحاتة (أي الإستخراج) في المقتنيات لمن لا ينبغي و كما لا ينبغي)[5]؛ فنجد أنه قد عدّ العدالة تمام الفضائل

(1) نقلاً عن: د عبد الرحمن البزاز، أبحاث و أحاديث في الفقه والقانون، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٨، ص ١١٧

(2) أبي علي أحمد بن محمد بن يعقوب الرازي (مسكويه) المتوفي سنة (٤٢١هـ)، تهذيب الأخلاق و تطهير الأعراق، إنتشارات بيدار، قم، ط٤، ١٤١٢هـ ص١٠٨.

(3) ينظر: الإمام أبي عبدالله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري، مختصر صحيح البخاري، دار نوبليس للنشر والتوزيع، بيروت، حديث رقم (٥٤)، مجلد (١)، ص٣٥.

(4) إبن مسكويه، تهذيب الأخلاق، المصدر السابق، ص ١٠٨.

(5) المرجع المتقدم ذكره، ص ٤٨

الثلاثة الأخرى و كمالها (الحكمة والعفة والشجاعة) أو هي رأس هذه الفضائل إن صح الوصف[1].

قال أفلاطون[2]: (العدل صحة ما و جمال و حسن حال ذاتية للنفس و أما الجور فإنه مرض و ضعف و سوء حال ذاتية للنفس)؛ و قال أرسطوطاليس إن العدل هو المساواة والجور لا مساواة بأن يكون لأحدهما من الخير أكثر و للآخر أقل، و من الشر بخلاف ذلك[3]، أو هو المماثلة على قدر المناسبة[4]، و قال قسطا بن لوقا البعلبكي إن أحد حدود العقل العدل، و أحد حدود العدل هو مقارنة كل فعل بمثله[5].

(1) المرجع المتقدم ذكره، ص ٣٨

(2) محمد بن يوسف العامري النيسابوري المعروف بـ(أبي الحسن إبن أبي ذر) المتوفي ١٣٨١هـ السعادة والإسعاد في السيرة الإنسانية، بأنضمام مقدمة و فهارست بكاتب و مباشرت، مجتبى ينوي، إنتشارات دانشكاه طهران، ١٣٣٦هـ ش، ص ١٦٦.

(3) المرجع المتقدم ذكره أعلاه، ص ٢٢٣.

(4) المرجع المتقدم ذكره، ص ٢٢٤.

(5) نفس المرجع المذكور أعلاه، ص ٢٢٨.

و ينظر بعض من علماء الأخلاق إلى العدالة بأنها فعل ما يجب، والتفضّل الزيادة على ما يجب[1]، و يذهب بعض الفلاسفة[2] في تعريف العدالة إلى القول بأنها: (أن يرد للإنسان ما هو له)، أو هي (إقتصار الإنسان على ما يخصه)[3].

و قد عرفت كذلك بأنها: (هي نفع الأصحاب ومضرة الأعداء)[4]. أو هي (نفع القوي)[5]، و من تعريفات العدالة من المنظورين الأخلاقي والفلسفي كذلك، هو إن العدالة هي التوافق بين الظاهر والباطن، والإحسان هو أن يكون باطن الإنسان أفضل من ظاهره[6]؛ و كذلك قد قيل أن العدالة هي إعادة الخارج على القاعدة إلى أصله، و تعني أن ما يخرق القانون يقوّم حتى يستقيم، و إن ما يشذ عن التوافق يهذّب إلى أن يتوافق؛ إذن، أساس العدالة يكمن في الإحساس الكوني والطبيعي والفطري بالتوافق، و يقصد بالتوافق هنا توافق الأمور مع الكون والفطرة السليمة[7].

---

(1) د صلاح الدين الناهي، العدالة في تراث الرافدين و في الفكرين اليوناني والعربي الإسلامي، دار العربية للموسوعات، بيروت، ط١، ١٩٨٤، ص ٦٤.

(2) منهم بوليمارخس، ينظر إفلاطون، الجمهورية، ترجمة حنا خباز، مكتبة النهضة، بغداد، ط١، ١٩٨٣، ص١٤.

(3) ينظر: المرجع المتقدم ذكره، ص ١٢٩.

(4) ينظر: المرجع المتقدم ذكره، ص١٥.

(5) ينظر: المرجع ذاته، ص٢٣.

(6) الشيخ ناصر مكارم الشيرازي، الأمثل في تفسير كتاب الله المنزل، مؤسسة البعثة، بيروت، ط١، ١٤٣١هـ – ١٩٩٢م، المجلد الثامن، سورة النحل، ص ٢٩٦.

(7) محمد سعيد العشماوي، روح العدالة، المصدر السابق، ص ١٧.

و قد عُرّفت كذلك بأنها أن يملك الشخص و يفعل ما هو ملكه[1]، و هذا التعريف ينسب إلى أفلاطون.

و من معانيها كذلك التوازن، و يقصد به الموازنة بين الأجزاء المؤلفة لمجموعة، أو المساواة بين الأفراد الذين يتمتعون بالإستحقاقات والقابليات نفسها، و كذلك قد تعني رعاية حقوق الأفراد و إعطاء كل ذي حقٍّ حقه؛ هي رعاية الإستحقاقات في العطاء والإفاضة[2] و كذلك قد قيل أن العدالة هي الحصول على ما هو مستحق و معقول مما نريده و بقدر حاجاتنا[3].

فالملاحظ هو هذا الإختلاف في تعاريف و معاني العدالة منبته الإختلاف الموجود في وجهات النظر إلى العدالة، و هذا لا يعني بالضرورة نسبية العدالة[4]، و عليه نرى أن الإختلاف في تعريفات العدالة و معانيها لم ينشأ عن نسبية العدالة، بل أنه ناشئ عن النظر إلى جوانب مختلفة للعدالة، و عليه فإن جمع هذه الجوانب يمثّل العدالة في إطارها العام الفلسفي والأخلاقي والقانوني، و ما يلاحظ على هذه التعريفات هو مايأتي:

أولاً: الخلط بين العدل والعدالة و عدم التمييز بينهما، كما لاحظنا عند اللغويين، فالفلاسفة قد عرّفوا العدل و قصدوا به العدالة معاً، و كذلك عرّفوا العدالة و قصدوا العدل كذلك.

---

(1) د حسن علي ذنون، فلسفة القانون، مطبعة العاني، بغداد، ط١، ١٩٧٥، ص ١٦٣.

(2) للمزيد من التفصيل ينظر مفهوم العدالة في كلمات الإمام علي، المتاح على هذا الموقع الألكتروني:

http: //www. islamicfeqh.Com /27/3/2007.

(3) ينظر:

David Schmiditz, Elements of Justice, Cambridge University press, p. 10

(4) د أحمد إبراهيم حسن، غاية القانون، دار المطبوعات الجامعية، الأسكندرية، ٢٠٠١، ص ١٣٤.

ثانياً: إنهم قد نظروا إلى العدالة من منظورين:

أ- المنظور الأخلاقي: و ينطبق على هذا المنظور تعريف العدالة بأنها نسبة الفعل إلى غرضه، أو هي أن يكون باطن الإنسان أحسن من ظاهره، أو تعريفها بأنها زيادة وتفضل.

ب-المنظور المصلحي أو النفعي: و منه ينظر إلى العدالة بأنها ما يملك الشخص ويفعل ماهو ملكه، أو أن يرد للإنسان ماله أو إقتصار الإنسان على ما يخصه؛ و كذلك تعريفها بأنها مصلحة الأصحاب و مضرة الأعداء أو هي نفع القوي.

غير أنه قد يمكن أن تعرّف الأشياء بأضدادها، و عليه إذا عُلم أن الظلم هو تجاوز الحد[1] لمصلحة القوي على حساب الضعيف؛ فالعدالة هي تجاوز الحد كذلك ولكن لمصلحة الضعيف على حساب القوي تجاوزاً[2] يبرره العقل السليم.

الفرع الثالث

التعريف القانوني للعدالة

قبل البدء بتعريف العدالة من الناحية القانونية، نرى أنه من المستحسن أن نلمس معانيها في المعاجم القانونية، حيث جاءت في معجم المصطلحات القانونية[1] هذه المعاني تحت مادة العدالة:

---

(1) د صلاح الدين عبد الفتاح الخالدي، سيرة آدم (عليه الصلاة والسلام)، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، عمان – الاردن، ط١، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م، ص ١٠٨.

(2) يمكن إستعمال (الدائن) و(المدين) في مجال القانون بدلاً من (القوي) و (الضعيف).

أولاً: ما كان مثالياً عادلاً متوافقاً مع متطلبات الإنصاف والعقل والعدالة بهذا المعنى هي إحساس، وفضيلة، و مثل أعلى، و مبرة (كالسلام)، و قيمة.

ثانياً: ما كان عادلاً موضوعياً، و ما يمكن لكل واحد أن يتوق إليه شرعاً (إستناداً إلى الشرع)، ترتكز العدالة بهذا المعنى على إعطاء كل ذي حقّ حقه، و من يطلب العدالة يعني المطالبة بما يتوجب له أي حقه.

أما تحت الإنصاف (Equite)[1] فقد وردت هذه المعاني:

أ- عدالة مبنية على المساواة؛ جهد لإعطاء كل واحد ماله.

ب- جهد لإقامة المساواة في معالجة بشكل غير متساو، لأشياء غير متساوية.

ج- تخفيف للقانون بمراعاة الظروف الخاصة[2].

د- طريقة في حل النزاعات خارج قواعد القانون وفقاً لمعايير كالعقل والمنفعة وحب السلام والأخلاق.

---

(1) جيرار كورنو، معجم المصطلحات القانونية، ترجمة منصور القاضي، مؤسسة (المجد) الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ط١، ١٤١٨هـ-١٩٩٨م، (ص- ى)، ص(١٠٧٨-١٠٧٩).

(2) نفس المصدر المذكور أعلاه، ص(٣٠٨-٣٠٩).

(3) مثلاً: (يقال كثيراً من الأحيان مراعاة للعدالة والحسنى(Exaequto et bono) صيغة لاتينية معناها ما هو منصف و حميد) تستخدم في العبارات (حكم بمراعاة العدالة والحسنى) (و قرر على هذا النحو)، (و نظر في القضية بهذا المنظار) للدلالة على العملية المرتكزة بالنسبة إلى القاضي أو الحكم (الوطني والدولي)، عندما توكل هذه المهمة إليه على البت بالنزاع بإنصاف، أما في حال عدم وجود قاعدة قانونية تطبق على الحالة المعروضة أو بإستبعاد قاعدة قانونية تطبق إعتياديا و ذلك أن نتائج تطبيقها عليها ستكون غير منصفة إلى حد كبير، أو بتخفيف صلابتها، للدافع عينه (بدلاً من الحكم على أساس القانون الصلب). ينظر: جيرار كورنو، معجم مصطلحات القانونية، المصدر السابق، ص(١٤٥١-١٤٥٢).

٥- عدالة أسمى من القانون الوضعي، عدالة مثالية.

و قد قيل أن العدالة هي أن نتعامل مع القضايا المماثلة بمعاملة مماثلة، و أن يكون للقضايا المختلفة تعاملاً مختلفاً[1] أو هي التسوية بين المتماثلين والتفرقة بين المختلفين. أي المماثلة على قدر المناسبة، كما لاحظنا عند تعريفها الفلسفي.

هذا التعريف ينطبق على جزء من العدالة و أنه تفسير غير جامع للعدالة، إذ لا يمكن إقتصار العدالة على مبدأ المعاملة المناسبة أو المماثلة على قدر المناسبة فقط، بل و إنما تتعداه لتشمل غيره من المبادئ، ولكنه مع ذلك تعريف جيد وفق لحدٍ كبير في أن يظهر حقيقة العدالة في جزء كبير منها.

و كذلك قد عرفت بأنها: (مجموعة القواعد القائمة إلى جانب أحكام القانون الأصلي، (القانون العمومي) والمستندة إلى أسس صريحة مستمدة عادة من وحي العقل والقانون الطبيعي، أو فكرة العدل المطلق، والتي ترمي لما فيها من خصائص سامية إلى تعديل أحكام القانون و توسيعها)[2]، يلاحظ على هذا التعريف أنه قد

---

(1) ينظر:

H.L.A.Hart, The concept of law, Oxford University Press, second edition, p.159

(2) نقلاً عن: د. عبد الرحمن البزاز و هو بدوره قد نقله من السير (هنري مين) كما و تجب الإشارة إلى أن هذا التعريف قد ردده معظم الفقهاء والكتاب القانونيين بعبارات مماثلة أو مختلفة في بعض الأحيان. للمزيد من التفصيل ينظر إلى كل من: د. عبد الرحمن البزاز، الموجز في تأريخ القانون، مطبعة الرشيد بغداد ط١، ١٣٦٨هـ -١٩٤٩م، ص ١٠٠؛ د. عبد الرحمن البزاز، مبادئ أصول القانون، مطبعة العاني، ط٢، (منقحة) ١٣٧٧هـ- ١٩٥٨م. ص ١٣٩؛ د. عبد الرحمن البزاز، أبحاث و أحاديث في الفقه والقانون، المصدر السابق، ص ١٢١؛ د. عبد الرحمن البزاز، مبادئ القانون المقارن، مطبعة العاني، بغداد ط١، ، ١٣٨٦ هـ -١٩٦٧، ص ١٢٩؛ د. صبيح مسكوني، تأريخ القانون العراقي القديم، مطبعة شفيق، بغداد ط١، ١٩٧١، ص٦٣؛ عمر ممدوح مصطفى، أصول تأريخ القانون،

مثل العدالة بأنها مجموعة من القواعد، فكأنها قانون مستقل عن القانون المدني، بينما إذا علم أن صاحب هذا التعريف هو من أبناء المجتمع الإنكليزي، والعدالة عند الإنكليز قد أتخذت شكلاً مختلفاً عما عليه في مجتمعاتنا و قوانيننا.

إذ العدالة عند الإنكليز تستقل بقانون خاص لها يدعى (قانون العدالة Equity Law)، و بجانب هذا القانون هنالك قانون آخر يسمى (القانون العادي)، و في حال تعارضهما ستكون الغلبة للأول أي لقانون العدالة[1].

و عليه إن كان التعريف المذكور مقبولاً بالنسبة للمجتمع الإنكليزي إلى حد ما، فلا نتصور أنه يحظى بالقبول في مجتمعاتنا، لأن العدالة، لا يُنظر إليها عندنا على أنها مجموعة من القواعد مستقلة عن القانون المدني، كما يلحظ في القانون الإنكليزي، هذا من جانب، و من جانب آخر نحن لا نعتقد أنه بالإمكان تجريد القانون من العدالة و جعلها قواعد مستقلة بجانب القانون الأصلي، لأن النسبة بين القانون والعدالة في نظرنا هي كالنسبة بين الجسد والروح، إذ لا يعمل الجسد بدون الروح و كذلك لا يعمل القانون بمنأى عن العدالة، و إن كان وجود الجسد يعد بمثابة دليل قطعي على وجود الروح في الماضي أو في الحاضر، فإن وجود القانون يدل على وجود العدالة[2].

المصدر السابق، ص ١٠٥؛ عبد المجيد محمد الحفناوي و د. عكاشة محمد عبد العال، تأريخ النظم الإجتماعية، المصدر السابق، ص ٢٤٧؛ د. هاشم الحافظ، تأريخ القانون، المصدر السابق، ص ٦٩.

(1) د. عبد الرحمن البزاز، الموجز في تأريخ القانون، المصدر السابق، ص(١١٧- ١١٨).

(2) إن هذه النسبة و إن كانت مجازية، لكنه قد يتبادر إلى الذهن، أن هذا القول فيه نوع من التعارض أو حتى التناقض، إذ كيف يعد وجود القانون دليلاً على وجود العدالة غير أن هذه الريبة قد تتبدد إذا علمنا أن الجسد يعني أنه هناك ثمة روح توجد فيه، أما إذا لم توجد الروح فيه، فهل يقال له الجسد أم يدعى الجثة؟ و كذلك نفس الشئ بشأن القانون، حيث أن وجوده يعني

و يعرفها بعض الكتاب[1] بأنها شعور كامن في النفس يكشف عنه العقل السليم و يوحي به الضمير المستنير و يهدف إلى إعطاء كل ذي حق حقه.

و هذا التعريف ليس إلا صورة ملونة للتعريف الذي قال به جستنيان في فاتحة الباب الأول من الكتاب الأول من مدونته، إذ يعرفها بأنها: (حمل النفس على إيتاء كل ذي حق حقه، والتزام ذلك على وجه الثبات والإستمرار)[2].

في حين يرى بعض الكتاب[3] أن هذا التعريف يصح للعدل وليس للعدالة، و كان الفيلسوف الإغريقي (سيموندس) قد قرره قبل (جستنيان) بمئات السنين، حيث يقول (العدل هو الرغبة المستمرة في إعطاء كل إنسان ما يستحقه).

و يعرفها بعض آخر[4]: (بأنها التعبير الصادق عن الشعور بالمساواة الحقيقية والسعي إلى تأكيدها في واقع الحياة، أو هي إمتلاء النفس بالشعور بالمساواة الواقعية

وجود العدالة فيه، أما إذا ثبت عدم وجود العدالة فيه، فلا يقال له القانون، بل يعد من قبيل العمل المادي غير المشروع. ينظر في ذلك: د. أحمد إبراهيم حسن، غاية القانون، المصدر السابق، ص(١٣٢ -١٣٣).

(1) د. صوفي أبو طالب، مبادئ تأريخ القانون، القاهرة، ١٩٦٥، ص٣٢٢.

(2) مدونه جستيان، عبد العزيز فهمي باشا، المرجع السابق، ص٥.

(3) د. عبد الرحمن البزاز، أبحاث و أحاديث في الفقه والقانون، المصدر السابق، ص ١٢٠.

(4) ينظر: د. عبدالباقي البكري، مبادىء العدالة مفهومها و منزلتها و وسائل إدراكها، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، دار العربية، بغداد، عدد خاص بمناسبة الإحتفال باليوبيل الماسي للكلية، مايس ١٩٨٤، ص ٥٨؛ و كذلك، المدخل لدراسة القانون والشريعة الإسلامية، مطبعة الآداب، النجف الأشرف، ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م، ج١، نظرية القاعدة القانونية والقاعدة الشرعية، ص ١٨٤.

التي تكترث بالظروف الخاصة والجزئيات الدقيقة و تقتضي التماثل في المعاملة للحالات المماثلة في ظروفها و تفصيلاتها).

إن هذا التعريف بالإضافة إلى أنه يشوبه الغموض، لا ينطبق سوى على العدالة التي تراعى من قبل المحاكم، في حين العدالة لا يمكن حصرها داخل القضاء فحسب، و إنما هنالك العدالة التشريعية، إن صحت التسمية، التي تسبق العدالة القضائية و تشاطرها، هذا من ناحية، و من ناحية أخرى، لا يمكن حصر العدالة في مبدأ التسوية بين المتماثلين، و إن كان هذا المبدأ من مبادىء العدالة الجوهرية، إلا أن العدالة قد تستوجب أموراً تطغى على هذا المبدأ.

و يرى آخرون[1]: (أن العدالة هي إحساس أخلاقي موجود في الضمير الإجتماعي وظيفته المواءمة بين القاعدة القانونية و علاقة معينة إبتغاء تنظيم هذه العلاقة، أو هي شعور أخلاقي يستلهمه القاضي في أثناء محاولته تخفيف حكم قاعدة قانونية في تطبيقها على حالة معينة حينما يأذن، له القانون في ذلك بنص إستثنائي صريح).

هذا التعريف أيضاً قد أخرج العدالة من دائرة التشريع و جعلها محصورة داخل القضاء، فضلاً عن أنه جعل العدالة ضمن قواعد الأخلاق بينما العدالة تعد أقوى من مجرد القاعدة الخلقية[2]، إضافة إلى ذلك أن التعريف المذكور أعلاه قد أحصر العدالة في نطاق القانون الوضعي كأن يقول كل ما يعده القانون عادلاً فهو عادل والعكس بالعكس، لكن لا يمكن التسليم بهذه المقولة بصورة مطلقة لأنها إن كان فيها جانب من الحقيقة، فلا تحوي كلها، لاسيما إذا علمنا أنه هنالك مقولة أخرى

---

(1) ينظر: د. عبد الحي الحجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، المصدر السابق، ص(٢١٧ – ٢١٨).

(2) ينظر: د. عبد الباقي البكري، المدخل لدراسة القانون والشريعة الإسلامية، المصدر السابق، ص ١٨٦.

تناقضها (كل ما هو عادل فهو قانون و إلا فلا)، و هذه المقولة لها أنصارها كما للأولى.

و كذلك عُرفت بأنها (القاعدة المتحركة التي تنبع من شعور الإنسان التلقائي بقسوة القاعدة القانونية حين تطبيقها في حالة معينة أو في ظرف معين و تسعى إلى تلطيفها بدافع من الرحمة والعطف)[1].

و يلحظ أن هذا التعريف كمثيلاته السابقة قد أخرج العدالة من دائرة التشريع و حصرها في دائرة القضاء؛ و من خلال هذه التعاريف يمكننا أن نتوصل إلى إستنتاج تعريف آخر و هو: (العدالة هي القوة الكامنة الملزمة التي تدعو العقل إلى وضع حلول مُرضية لها).

مفردات التعريف:

قلنا إن العدالة هي القوة، أي القوة التي تتبلور نتيجة إمتزاج الشعور والإحساس، و تفاعلهما داخل النفس أو الجماعة، تتحرك هذه القوة المحدثة و تتوجه صوب العقل.

و قولنا (الكامنة) يعني أنها تكمن في ضمير الفرد أو الجماعة على شكل إعتقاد ديني أو قيم إنسانية أو مبادئ عليا تمس كيان الفرد والجماعة معاً.

و هذه المبادئ قد تتجسد في المبادئ التي قال بها أنصار القانون الطبيعي، أو قد تكون مبادئ دينية بحتة، مثل ذلك مبادئ الأخوة والمحبة التي ربما تفرض على الإنسان أن يضحي بمصالحه، بل و حتى بحقوقه من أجل الآخرين، و هذا أتم وجه العدالات.

---

(1) ينظر: د عبد السلام الترمانيني، الوسيط في تأريخ القانون، المصدر السابق، ص ٦٤٤.

و نقصد بأنها (ملزمة) إعتقاد الناس بإلزامية هذه القوة، سواء أكانت ملزمة حقيقة كما هو منصوص عليها في عدد من القوانين العربية و غيرها، أو ليست كذلك.

وسواء أكان مصدر هذه الإلزامية كامناً في الإعتقاد الديني الذي يؤدي إلى تأنيب الضمير و ضيق الصدر حال إرتكاب فعلٍ مخالفٍ لهذه القوة، أو يكون مصدرها شعور الجماعة الذي يتمثل برأي الأغلبية أو أكثرية افرادها، و هذا الشعور يظهر في صورة السخط والإضطراب، حال إرتكاب ممثل الجماعة فعلاً مخالفاً لهذه القوة.

إذن، هذه الإلزامية تبدو كأنها الركن المعنوي في العرف، الذي هو إعتقاد الناس بأنهم ملزمون بإتباع السلوك المتبّع من قبلهم، و إلا سوف يتعرضون للجزاء، أي إذا ما خالفوا السلوك.

و نعني العقل هنا، العقل السليم بالنسبة للفرد، أما بالنسبة للجماعة فيتمثل في عقل تشريعي و هو البرلمان الذي له سلطة سن القانون بتفويض من جميع العقول السليمة[1]؛ بمعنى يوجد وراء هذا العقل التشريعي عقل آخر غير منظور، و هذا العقل يثير الشعور الجماعي في صورة السخط حال مخالفة العقل التشريعي القوة الملزمة الكامنة[2].

---

(1) حسبنا أن البرلمان لن يتأتي إلا بناءاً على موافقة غالبية العقول السليمة في الجماعة، لأن المجانين والصغار لا يحق لهم المشاركة في إعطاء هذا التفويض. و وصف العقل بالتشريعي أو القضائي ليس سوى وصفاً مجازياً مستحدث من قبل الباحث.

(2) و خير مثال للبرهنة، ما حدث في فرنسا خلال الأونة الأخيرة، عندما أصدر البرلمان الفرنسي قانون عمل مخالف للعقل غير المنظور المذكور أعلاه، والذي نشبت على أثره ضجة كبيرة في فرنسا إلى أن وصلت إلى أعمال الشغب والفوضى مما إضطرت الحكومة الفرنسية سحب هذا القانون، هذه الحادثة لم تحدث إلا نتيجة مخالفة العقل التشريعي للعدالة، و كان القانون المذكور

و كذلك يوجد بجانب العقل التشريعي عقل آخر و هو العقل القضائي، وظيفته تنفيذ ما يأمر به العقل التشريعي منطوقاً و روحاً، و قد يحل محل العقل التشريعي في بعض الأحيان في المسائل المدنية فقط دون الجنائية[1]، و مخالفة هذا العقل للقوة الكامنة الملزمة تثير السخط والفوضى كذلك، كما لاحظنا عند العقل التشريعي فهذان العقلان ليسا سوى ثمرة لإجتماع العقول السليمة.

إذن، العقل السليم هو المكلف والملتزم ليضع الحلول التي توافق والقوة التي كلفته، أو يمكن تعريفها بأنها التحرّز من الظلم و إزالته إن وجد، أما الظلم فمعناه مخالفة الشريعة، أو هو تفضيل المصالح الأقل إحتراماً على حساب المصالح الأكثر إحتراماً و لتحديد المصالح الأكثر أم الأقل إحتراماً، هناك معياران:

المعيار الأول: شخصي و هو العقل.

المعيار الثاني: موضوعي و هو الشريعة.

أعلاه قد جعل من السهل على رب العمل الإستغناء عن خدمات أي عامل شاب تحت سن ٢٦ عاماً أو أقل لأي سبب خلال العامين الأولين من تعاقدهم و هذا الأمر بالتأكيد لا تقبله العدالة في أي مكان كان كما لم تقبله في فرنسا. ينظر هذا الموقع على الأنترنت: http://arabic. cnn. com/2006/business/4/10 france. law/index.html

حيث جاء فيه الخبر بهذا العنوان (فرنسا تتراجع عن قانون العمل المثير للجدل) في ٢٠٠٦\٥\١٠.

(1) لأن في المسائل الجنائية ليس للقاضي سلطة الخلق، بل تقتصر سلطته في الكشف والتطبيق فحسب، (وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولاً)، سورة الإسراء، الآية ١٥.

- (لاجريمة و لا عقوبة إلا بنص، و لا عقوبة إلا على الفعل الذي يعُدّه القانون وقت إقترافه جريمة، و لا يجوز تطبيق عقوبة أشد من العقوبة النافذة وقت إرتكاب الجريمة)، المادة (١٩) من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥.

من شأن المعيار الأول قد يتحكم الإنسان بتحديد المصالح و تقديرها، أما المعيار الثاني فإنه يقلص تحكم الإنسان بالمصالح، و من امتزاج هذين المعيارين، يتبلور معيار توفيقي، و هو الإحتكام إلى العقل والشريعة[1].

و في ضوء هذا يمكن تعريفها، بأنها: (شعور كامن في النفس يسعى لمنع تفضيل المصالح الأقل إحتراماً على المصالح الأكثر إحتراماً بمقتضى الشريعة والعقل).

إن كان الطابع القانوني غالباً على هذا التعريف، والطابع الفلسفي على التعريف السابق، فمن خلالهما نتوصل إلى تعريف شامل للعدالة و هو: (ما يمليه العقل السليم إستجابة للمصالح الأكثر إحتراماً)[2].

---

(1) قد يظن القارئ إن هذا القول يؤدي إلى فصل الشريعة عن العقل، و لهذا يعني أن الشريعة ليست مبنية على العقل؛ و للإجابة نقول أن الشرائع السماوية و هي مبنية على الوحي و ليس العقل، والعقل قد يدركها أو يعجز في ذلك، فإذا تمكن من إدراكها فثمة هناك تطابق بين العقل والشريعة، أما إذا عجز من ذلك فهذا لا يعني أنه هناك تعارض بين العقل والشريعة، فالشرائع السماوية لا تتعارض مع العقول السليمة، فإذا توهم شئ من هذا القبيل فالخلل يكون من العقل و ليس في الشريعة، لعله لم يصل إلى أن يدرك دقائق الشريعة لذا هذا يقتضي أن نترك أحد المعيارين و نعتمد الآخر، ما داما متفقين، غير أنه إن كان هذا صحيحاً بشأن المسائل التي تحكمها نصوص صريحة واضحة المعالم، فقد لا يكون كذلك أو توجد ولكنها غامضة تحتمل أكثر من معنى واحد، ففي هذه الحالة لا بد أن يتم اللجوء إلى العقل ليوجد حلاً يتفق مع حكمة التشريع أو الشريعة و لا يخرج من نطاقها؛ أما بالنسبة للشرائع غير السماوية فقد يكون العقل موافقاً مع الشريعة و قد يكون مخالفاً لها، لأن هذه الشرائع نتاج عوامل عديدة، منها: المصلحة و حفظ النظام والإستقرار والطمأنينة، وغيرها؛ إذن، لما يقضي القاضي إستناداً إلى تشريع وضعي، في قضية لم يرد بشأنها نص أو نص واضح، فعليه أن يحتكم إلى العقل لإيجاد حل يوافق حكمة التشريع، فهذا هو معنى الإحتكام إلى العقل والشريعة معاً أو المعيار التوفيقي إن صح التعبير.

(2) هذا التعريف من إستنتاج الباحث.

المطلب الثاني

تكييف العدالة، عناصرها وخصائصها

نحاول في هذا المطلب أن نسلط الضوء على تكييف العدالة أولاً، أهي قاعدة أم مبدأ، أو هي قواعد أم مبادئ، أو ليست أياً منهما و إنما هي شئ ثالث، فنلاحظ عدم الثبات بين الفقهاء، بل و حتى المشرعين في مسألة إطلاق وصف ثابت على العدالة، فبعضهم يقول إنها قواعد، وبعض آخر يقول إنها مبادئ.

فنرى أنه من الضروري أن نعرّف كلاً من القاعدة والمبدأ، و من ثم نبين أياً منهما ينطبق على العدالة، هل ينطبق عليها تعريف القاعدة أم المبدأ؟ أو لا ينطبق عليها أي منهما و إنما تستقل بوصف آخر، و ما هي النتائج المترتبة على إطلاق وصف ما على العدالة؟ و ذلك كله في الفرع الأول، أما الفرع الثاني فنخصصه لتبيان عناصر العدالة، و في الفرع الثالث نستوفي الكلام بالبحث عن خصائص العدالة.

الفرع الأول

تكييف العدالة

من المفضل في نظرنا أن ندخل هذا الفرع عبر التساؤل الآتي: هل العدالة قاعدة أم مبدأ؟ سوف نحاول أن نجيب على هذا التساؤل من خلال المقاصد القادمة، و على النحو الآتي:

المقصد الأول

تعريف القاعدة القانونية

القاعدة لغة تعني الأساس[1]، و منه قول الله تعالى في كتابه العزيز: (وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ و إِسْمَاعِيلُ رَبَّنَا تَقَبَّلْ مِنَّا إِنَّكَ أَنْتَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ)[2].

أما القاعدة عند الفقهاء والأصوليين، فنجد أن لها أكثر من تعريف واحد، فمثلاً عرف الفقهاء القاعدة بأنها: حكم كلي فقهي ينطبق على جزئيات كثيرة في أكثر من باب[3]، أو هي قضايا كلية يندرج تحتها جزئيات[4]، أو هي حكم شرعي في قضية أغلبية يتعرف منها أحكام ما دخل تحتها[5]؛ و كذلك عرف الأصوليون القاعدة بتعريفات متعددة، قد تختلف في ألفاظها ولكنها تتفق في مضمونها[6]، و من هذه التعريفات، تعريفها بأنها (صور كلية تنطبق كل واحدة منها على جزئياتها التي

---

(1) إسماعيل بن حماد الجوهري، معجم الصحاح، إعتنى به خليل مأمون شيحا، دار المعرفة، بيروت، ط١، ١٤٢٦هـ – ٢٠٠٥م، ص ٨٧٣.

(2) سورة البقرة، الآية ١٢٧.

(3) أبي بكر بن محمد عبد المؤمن المعروف بـ(تقي الدين الحصني) (ت ٨٢٩هـ)، القواعد دراسة و تحقيق، د. عبد الرحمن عبدالله الشعلان، مكتبة الرشد، الرياض، ص ٢٣.

(4) د. عبد العزيز عزام، القواعد الفقهية، مكتبة الرسالة الدولية، ٢٠٠٠ – ٢٠٠١ م، ص ١٠.

(5) الإمام جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، الأشباه والنظائر في القواعد و فروع فقه الشافعية، تحقيق، طه عبد الرؤوف سعد، عماد البارودي، المكتبة التوفيقية، ص ٦.

(6) د. أسامة عبد العليم الشيخ، قاعدة (لا ضرر و لا ضرار) في نطاق المعاملات المالية والأعمال الطبية المعاصرة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، الأسكندرية، ٢٠٠٧ م، ص ٢٤.

تحتها)[1]، أو عرفت بأنها (حكم كلّي ينطبق على جميع جزئياته لتعرف أحكامها منه)[2].

إن هذه التعريفات و إن أختلفت في الألفاظ والعبارات إلا أنها كلها تدور في دائرة واحدة، وحول مضمون واحد، يتمثل بوصف كلي ينطبق على أوصاف جزئية.

وبناءاً عليه، من الراجح في نظرنا إختصار التعاريف السابقة في التعريف الذي أتى به الجرجاني في مؤلفه (كتاب التعريفات)، والذي يعرفها (بأنها قضيه كليّة منطبقة على جزئياتها)[3]، هذه هي القاعدة الأصولية، أما القاعدة الفقهية فهي قضيه كلية تنطبق على أكثر من جزئياتها.

أما بشأن القاعدة القانونية فقد عرفت بتعريفات مختلفة، منها تعريف بعض الكتاب[4] لها: (بأنها مجموعة من المبادئ تنظم وضعاً قانونياً معيناً يتناول حقا معيناً أو ممارسة لحق بصورة تضمن حسن و سلامة إستعمال هذا الحق).

و يلحظ أن هذا التعريف، فيه نوع من الغموض والإلتباس، إذ خلط بين القاعدة والمبدأ، و قد ساوى بينهما، بينما أن هناك تمييزاً ملحوظاً بينهما، مرجئين الكلام عنه و كذلك عن التعريف المذكور للفقرات القادمة، أي بعد التعرّف على المبدأ.

---

(1) الشيخ محمد أحمد عبد العزيز بن علي الفتوحي المعروف بإبن النجار (ت ٩٧٢هـ)، شرح الكوكب المنير المسمى بمختصر التحرير، تحقيق: محمد الزحيلي؛ د. نزيه حماد، مكتبة العبد، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣ م، المجلد الأول، ص(٤٤ - ٤٥).

(2) إبن خطيب الدهشة، مختصر من قواعد العلائي و كلام الأسنوي، ١٩٨٤م، ج١، ص٦٤.

(3) علي محمد الجرجاني، كتاب التعريفات، المرجع السابق، باب القاف، ص ١٤٠

(4) د. مصطفى العوجي، القاعدة القانونية في القانون المدني، مؤسسة بحسون للنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٩٢ م، ص ١٩.

و يعرّف بعض آخر القاعدة القانونية: (بأنها قاعدة سلوك تفرضها السلطة أو الدولة على الأفراد في المجتمع)[1].

هذا التعريف ينسب إلى الوضعيين، الذين يعتقدون أن القانون، هو القانون الوضعي فحسب، أي القانون هو ما يصدر عن المشرع، و لا شئ غير ذلك.

و من التعريفات الأخرى للقاعدة القانونية، تمثيلها بأنها: (الوحدة القانونية التي تضع حلاً لعلاقة قانونية معينة أو لجانب من هذه العلاقة)[2]. و بهذا المعنى يعرف البعض الحكم القانوني بأنه (الحل الواجب الإتباع في مسألة من المسائل، فهو وحدة قانونية تضع حلاً لعلاقة قانونية معينة أو لجانب من هذه العلاقة)[3].

و يلاحظ أن هذا التعريف الأخير يكون للحكم القانوني، في حين أن الحكم، مصطلح قد تنقصه الدقة، لأن كل حكم قانوني لا يستند إلا على قاعدة أو قواعد قانونية، أو قد يأتي بقاعدة أو قواعد في بعض الأحيان.

و عليه من الممكن تعريف الحكم القانوني، بأنه الحل الواجب الإتباع في مسألة من المسائل، غير أن تعريفه بوحدة قانونية، يفتقر إلى الدقة.

إذن، يجب أن نميز بين الحكم القانوني و هو الحل الواجب الإتباع في مسألة من المسائل، والقاعدة القانونية التي هي وحدة قانونية تضع حلاً لعلاقة قانونية معينة أو لجانب من هذه العلاقة.

---

(1) د. منذر الشاوي، فلسفة القانون، المصدر السابق، ص١٥٥.

(2) د. مالك دوهان حسن، المدخل لدراسة القانون، مطبعة الجامعة، بغداد، ١٩٧٢، ج١، النظرية العامة للقاعدة القانونية، ص١٨.

(3) د. رياض القيسي، علم أصول القانون، بيت الحكمة، بغداد، ط١، ٢٠٠٢، ص(١٥٦ - ١٥٧).

هذا، و إذا علم أن القاعدة القانونية تتكون من عنصرين، الفرض والحكم[1]، إذ الفرض هو العنصر النظري للقاعدة القانونية، أما الحكم، فعنصر عملي لها.

و بإجتماع و إمتزاج العنصرين معاً تتكون القاعدة. غير أن القاعدة القانونية لا تترجم إلى لغة الواقع إلا من خلال الواقعة القانونية[2]، فالواقعة القانونية هي الممر أو المعبر الذي يمر به الفرض في طريقه إلى الحكم.

إذن، الفيصل بين الفرض والحكم القانوني هو الواقعة القانونية، بالإعتبار أن الفرض يسبق الواقعة القانونية، أما الحكم فإنه يعقبها.

و عليه يمكننا القول، أن الفرض يشكل العنصر النظري للقانون، أما الحكم فيدخل في العنصر العملي له.

قلنا أن القاعدة القانونية تضع حلاً معيناً لعلاقة قانونية معينة، أو لجانب من هذه العلاقة، السؤال الذي قد يثار هنا، حول طبيعة هذا الحل، هل يجب أن يكون حلاً قانونياً عادلاً حتى يعد من قبيل الحل أم لا يشترط ذلك؟ و ما هي النتائج المترتبة فيما لو لم يكن الحل عادلاً؟

في الحقيقة ينبغي أن يكون الحل قاطعاً للنزاع، أما إذا لم يقطع النزاع فلا يعد حلاً، فكيف للحل أن يقضي على النزاع؟ يكون الحل قاضياً على النزاع إذا كان عادلاً، أما إذا لم يكن كذلك، فليس بحل، و إنما هو المفضي إلى النزاع بدلاً من القضاء عليه.

و عليه القاعدة التي لا تضع حلاً عادلاً، تفتقر إلى الصفة القانونية، و لا تحظى بالقبول الإختياري العام و إن فرضت بالقوة؛ و هذا الرأي يستند إلى تعريف القانون

---

(1) د. منذر الشاوي، فلسفة القانون، المصدر السابق، ص ١٥٦- ١٥٧.

(2) نعني بالواقعة هنا، الواقعة بمعناها العام، التي تشمل الوقائع المادية القانونية التي تحدث رغماً عن إرادة الإنسان، و كذلك الأعمال المادية والقانونية التي تصدر عن الإنسان، بإختياره وبإرادته الحرة غير المشوبة بأي عيب مفسد لها، أي القضايا التي تحدث و تستلزم الحكم القانوني.

بحسب الغرض الذي أعد من أجله[1]، إذ يعرف الفقيه الإنكليزي (سامند) القانون بكونه: (مجموعة من المبادئ المعترف بها والمطبقة في إدارة دفة العدالة في الدولة)[2]، فالعدالة إذن، هي غرض القانون، و على ذلك يكون من المناسب تعريف القانون وفقاً للغرض الذي وجد من أجله، أي العدالة، و هذا يعني في الواقع بأن القانون غير العادل ليس بقانون، حيث إن الفقيه الإنكليزي (سامند) لا يقول بأن القانون هو العدالة، بل يعتقد بأنه وسيلة لتحقيق العدالة[3].

---

(1) هناك عدة تعريفات للقانون، مثلاً التعريف الإلزامي للقانون، حيث يعرف الفقيه الإنكليزي جون أوستن (John Austin) (القانون بأنه قاعدة وضعت لتوجيه كائن مدرك من قبل كائن مدرك آخر له سلطان عليه). أو تعريف القانون كوسيلة للقضاء، إذ قرر القاضي (فرانك J. Frank): (إن القانون يعني بالنسبة إلى أي شخص إعتيادي القرار الذي ستصدره المحكمة في أية مجموعة من الوقائع المرفوعة إليها، لأن القانون لا يوجد قبل أن تفصل المحكمة في وقائع النزاعات التي ترفع إليها). أو تعريفه كحدث إجتماعي، كتعريف (ديكي Duguit) للقانون بكونه (خط السلوك المفروض على الأفراد في المجتمع، والذي يعتبر المجتمع إحترامه في وقت معين ضماناً للمصلحة العامة، و يؤدي الإخلال به إلى رد فعل جماعي ضد من يخالفه). و كذلك التعريف الفردي للقانون، كقول الفيلسوف الألماني (كانت) بأن (القانون هو مجموعة من الشروط التي ينظم في ظلها التحكم الحر لشخص من الأشخاص مع التحكم الحر للآخرين بموجب القانون العام للحرية). أو التعريف الشكلي للقانون، كتعريفه بأنه (قاعدة سلوك تحدد مركز الأفراد في علاقاتهم المشتركة مع بعضهم، و هذه القاعدة ملزمة في المجتمع تحت طائلة جزاء القوة العامة المعهود إلى ممثلي السلطة). للمزيد من التفصيل ينظر: د. رياض القيسي، علم أصول القانون، المصدر السابق، ص ٩١-١٠١.

-Immanuel Kant, The philosophy of law, translated from the German by Hasite, B.D,Edinburughi;1887, p45.

(2) نقلاً عن: د. رياض القيسي، علم أصول القانون، المصدر السابق، ص٩٤.

(3) ينظر: د. رياض القيسي، المصدر المذكور أعلاه، ص(٩٥-٩٦).

ويذهب بعض الكتاب[1] إلى القول إن الفقيه (سامند) لم ينفرد لوحده في تأكيد العدالة عند تعريفه للقانون إذ اكّد غيره من الفقهاء الغرض نفسه، فمثلاً يقول العلامة الفرنسي الشهير (جيني Geny) بأن القانون هو (مجموعة القواعد التي يخضع لها التصرف الخارجي للفرد في علاقته مع بقية الأفراد والتي تظهر تحت ضغط وحي الفكرة الطبيعية للعدالة في حالة من حالات الضمير الجماعي للإنسانية، مشعرة بوجوب العقاب الإجتماعي، حسب الضرورة الإصلاحية، و هي أيضاً تميل إلى تجهيز العقوبات لأجل ضمان النظام في المجتمع)، و كذلك الفقيه (روبييه Roubier) يؤكد العدالة أيضاً في تعريفه للقانون، عندما يعرفه بأن (في محتواه الداخلي هو أوامر و نواه صيغت وفق المعنى المثالي للعدالة في أحوال تتجاوب مع الضرورات و هذه الأوامر والنواهي تختلف، بحسب إختلاف العلاقات الإنسانية في الزمان والمكان)[2].

والملاحظ أن غاية القانون لدى هذا الفقيه عموماً هي غاية ثلاثية تتمثل في توخي الطمأنينة القانونية والعدالة والرقي الإجتماعي[3].

(1) منهم د. رياض القيسي، المصدر المتقدم ذكره، ص ٩٦.

(2) نقلاً عن: د. رياض القيسي، المصدر المذكور أعلاه، ص ٩٦.

(3) المصدر المتقدم ذكره، ص٩٧.

المقصد الثاني

تعريف المبدأ القانوني

المبدأ القانوني من المصطلحات القانونية الهامّة، التي لم تحظ بتعريفات كثيرة، نظراً لما يكتنف هذا المصطلح من الصعوبات، بالنسبة لكل من يريد تعريفه، إذ نلحظ بوقوف كتاب القانون موقفاً سلبياً من وضع تعريف لهذا المصطلح[1].

ولكن هذه الصعوبات لم تمنع بعض الباحثين عن محاولة إيجاد تعريف له حيث نجد أنه قد عرف بأنه: (فكرة عامة تصلح أن تكون أساساً لمجموعة من الحلول القانونية)[2]؛ مثال مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، والمبدأ القانوني بهذا المعنى يختلف عن القاعدة القانونية، إذ هو الأساس الذي تستند إليه الحلول التي تتضمنها مجموعة من القواعد القانونية، فالقاعدة القانونية قد تكون التطبيق العملي للمبدأ القانوني[3].

غير أن التطبيق العملي للمبدأ والقاعدة، لا يكون إلا من خلال الأحكام والقرارات التي تصدر عن المحاكم، و عليه فإن القول بأن القاعدة القانونية قد تكون التطبيق العملي للمبدأ القانوني يكتنفه نوع من الغموض، لأن القاعدة القانونية ليست إلا التمثيل الواقعي للفكرة العامة التي تصلح أن تكون أساساً لمجموعة من الحلول القانونية.

(1) ينظر: د. مالك دوهان حسن، المدخل لدراسة القانون، المصدر السابق، ص٢٠

(2) ينظر: د. مالك دوهان، المصدر المذكور أعلاه، ص٢٠

(3) المصدر المتقدم ذكره، ص٢٠

أما التطبيق العملي فلا يمكن اضافته للمبدأ، بل هو محصور بالقاعدة القانونية، و كذلك يجب أن نشير إلى أن تعريف المبدأ بأنه فكرة عامّة، يتقارب مع تعريف القاعدة الأصولية، و هي قضية كليّة منطبقة على جميع جزئياتها.

غير أن الشئ الذي يدعونا أن نقف عليه وقفة و لو قصيرة، هو المقارنة بين (الفكرة) و (القضية)، حيث الفكرة هي النتيجة التي يتم الحصول عليها من خلال الإنطلاق من المعلوم إلى المجهول. والفكرة تعني ترتيب أمور معلومة للتأدي إلى مجهول[1]؛ أما القضية فهي إحتمال يمكن ترجيحه بالعقل[2] فإذا كانت القضية تعني إحتمال شئ ما من عدمه، فإن الفكرة أيضاً لا تخرج من دائرة الإحتمال، إذ يتغلب عنصر الإحتمال على كل من الفكرة والقضية.

لكن مع ذلك تجب الإشارة إلى أن مصطلح (القضية)، يستعمله المناطقة والفقهاء كثيراً في مؤلفاتهم إلى حد يمكن القول معه أن هذا المصطلح يخصّهم فحسب. أما عند القانونيين فمن النادر أن نتعرض لمثل هذا المصطلح، بين أدياف المؤلفات التي حررت في هذا المجال (أي مجال علم القانون)، والملاحظ أنه يقتصر إستعماله في لغة المحاكم دون أن يتعدى إلى نصوص القوانين.

لذلك لا نؤثر أن ينقل هذا المصطلح إلى ميادين الكتابات القانونية، حتى لا يختلط مع الإستعمال الذي تحجم عليه.

هذا من جانب، و من جانب آخر لا نرى داعياً لترجيح القضية على الفكرة، أو العكس، لأن كل منهما يكتنفه نفس الغموض الذي يكتنف الآخر، فآثرنا أن نبقيهما على حالهما، لعدم تمكننا من إيجاد مصطلح آخر أوضح منهما.

---

(1) علي بن محمد الجرجاني، التعريفات، المرجع السابق، ص١٤٤

(2) المصدر المتقدم ذكره، ص(١٤٤-١٤٥).

المقصد الثالث

العدالة بين المبدأ والقاعدة

لقد تعرضنا في المقصدين السابقين إلى تعريف كل من القاعدة والمبدأ، و رأينا أن القاعدة القانونية، وحدة قانونية تضع حلاً لعلاقة قانونية معينة أو لجانب من هذه العلاقة[1].

أما المبدأ القانوني فوجدنا أنه فكرة عامة تصلح أن تكون أساساً لمجموعة من الحلول القانونية[2]، والآن نتساءل هل العدالة تدخل في دائرة القاعدة القانونية، أم المبدأ القانوني؟

سبق أن عرّفنا العدالة بأنها (ما يمليه العقل السليم إستجابة للمصالح الأكثر إحتراماً)[3].

بداية نجد أن بعض القوانين قد أضفت وصف القاعدة على العدالة، مثل ذلك القانونين المدني العراقي والمصري[4]، لكن هل ينطبق تعريف القاعدة على العدالة حقاً؟ و هل ينطبق تعريف العدالة على القاعدة؟

من المؤكد أنه ليس بالإمكان الحصول على جواب متفق عليه بشأن هذين السؤالين لأن المشرع في كلا البلدين لم يتطرّق إلى تعريف القاعدة والعدالة.

---

(1) السابق الإشارة إليه .

(2) السابق الإشارة إليه .

(3) السابق الإشارة إليه .

(4) ينظر: الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١، و كذلك ذات الفقرة والمادة في القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

و في ذات الوقت لا نلمس إتفاق الفقهاء بشأن مفهومي القاعدة والعدالة، غير أن هذا لا ينبغي أن يجعلنا نقف عاجزاً آزاء هذه المسألة الحسّاسة، فمن اللازم، أن يُعطى وصفٌ صحيحٌ للعدالة.

في ضوء التعريفات التي أوردناها لكل من القاعدة والمبدأ والعدالة، هل يمكن القول بأن وصف القاعدة ينطبق على العدالة؟

لقد قيل إن العدالة هي جوهر القانون، و تعد بمثابة روح القوانين كلها، والقانون كما هو معلوم يتكون من مجموعة من القواعد، و كل قاعدة يجب أن تستند إلى العدالة ليضمن شرعيتها و بقاءها، و إلا فلا تحظى بالإحترام الإختياري العام و إن فرضت بالقوة.

إذن، أن كل قاعدة قانونية مدينة في وجودها للعدالة، فإقتصار العدالة بقاعدة أو بقواعد معناها النيل من شأنها.

عليه فإن نعت العدالة في القانون المدني العراقي بأنها قواعد، أمر ملفت للنظر هذا الوصف لا يتناسب مع مكانة العدالة.

و قد يقال إن المشرع العراقي لم يقصد بها القواعد القانونية فإن كان كذلك فماذا أراد بهذا الوصف؟ في حين أن لفظ القاعدة في القانون و عند القانونيين لا يؤدي سوى معنى القاعدة القانونية.

و إذا أقتنعنا بأن لفظ القاعدة لا يتوافق مع العدالة، فنقول أي وصف يناسبها؟ هل من الصحة أن نصفها كمبدأ أو كمبادئ؟

للإجابة نقول إذا كان المبدأ فكرة عامة تصلح أن تكون أساساً لمجموعة من الحلول القانونية، فالعدالة أكبر منه بكثير، فهي أساس المبادئ التي تكون أساساً للحلول القانونية، لا شك أن العدالة أكبر من مجرد أن تكون مبدأ، لأن المبدأ قد يكون

إقليمياً، يكون تطبيقه محصوراً ببقعة معينة من العالم، أما العدالة فهي قضية إنسانية عالمية المحمل والنطاق، غير محددة بزمن أو مكان ما.

لكن كي لا نكون مثاليين، لا بد من أن نطلق من جانبنا وصفاً على العدالة، صحيح أن العدالة هي الفكرة التي تصلح أن تكون أساساً لمجموع المبادئ القانونية، فمثلاً مبدأ حسن النية يستند إلى العدالة، و مبدأ عدم جواز الإثراء بغير سبب مشروع أساسه العدالة أيضاً، و كذلك العقد شريعة المتعاقدين، من حيث هو مبدأ أو قاعدة أساسه يكمن في العدالة و ما إلى ذلك من المبادئ.

بيد أنه لم يدرج مصطلح آخر في القاموس القانوني، يكون أكبر من المبدأ، و طالما أن العدالة أقرب إلى المبدأ من القاعدة، فآثرنا أن نستعمل مبادئ العدالة، محتذين حذو غالبية المؤلفين، رغم عدم إتفاقهم و عدم إستقرارهم على إطلاق وصف ثابت للعدالة، و هذا قد يكون مرده قناعتهم بأن العدالة تكون أكبر من القاعدة والمبدأ، ونحن بدورنا نبني هذا الإعتقاد، فلذلك نراهم أنهم ظلوا مذبذبين بين القاعدة والمبدأ بشأن العدالة.

الفرع الثاني

عناصر العدالة وخصائصها

نحاول في هذا الفرع أن نتطرق إلى تناول عناصر العدالة و خصائصها و ذلك من خلال المقصدين الأول والثاني.

المقصد الأول

عناصر العدالة

العنصر، هو الأصل الذي يتألف منه الشيء[1]، و عناصر الشيء هي ما يتوقف عليه هذا الشيء في تحققه و وجوده، فهي سابقه عليه في الوجود الذهني فقط، كما في عناصر المصطلحات العلمية أو في الذهن والخارج معاً كما في عناصر الأجهزة الميكانيكية، لأن الموقوف عليه منطقياً بمثابة العلة للموقوف والعلة تتقدم على معلولها[2].

فالعدالة كغيرها من الأشياء الأخرى، تقوم على عناصر سابقه على وجودها الذهني. غير أنه لا نلمس إتفاقاً بين الفقهاء بشأن هذه العناصر، و مرد هذا عدم إتفاقهم على مفهوم معين و ثابت للعدالة ولكن هذا لا يحول بيننا و بين تناول هذه العناصر بالبحث، ما دمنا بشأن بحث دقائق العدالة و تفاصيلها. إذ نجد أن العناصر التي تتوقف عليها العدالة يحددها بعض الباحثين بثلاثة و هي[3]:

---

(1) علي بن محمد الجرجاني، التعريفات، المرجع السابق، ص ١٢٩.

(2) د. مصطفى إبراهيم الزلمي، نظرية الإلتزام برد غير المستحق، شركة الخنساء للطباعة المحدود، بغداد، ط١، ص ٢٨.

(3) للمزيد من التفصيل ينظر:

David Schmiditz, Elements of justice, Ibid, p.p 13-14.

أولاً / المساواة: و هي معاملة الناس بالتساوي، و إعطائهم فرص متساوية، و كذلك إعطاء مبالغ متساوية لأعمال متساوية للأشخاص القائمين بهذه الأعمال، و من ثم إعطاء الناس حصص متساوية تتناسب مع مشاركاتهم، فالمساواة من عمل القانون يمليها العقل المجرد، لأن المشرع عندما يسن قاعدة قانونية، لا يأخذ في الإعتبار سوى الحالات العامة، مع ملاحظة بعض إستثناءات يضعها على القاعدة العامة في بعض الأحيان، مراعياً العدل و العدالة معاً سواء في القاعدة العامة أم في الإستثناءات.

ثانياً / الإستحقاق: و هو أن يعطى للناس ما يستحقونه، فالناس ينبغي أن يكافؤا بقدر مشقّة الأعمال التي يقومون بها، بمعنى أن يكون المثل بقدر الخطر الذي يواجه شخصاً ما أثناء تأدية وظيفته أو عمله، فالإستحقاق قد جاء للتخفيف من شدّة المساواة وحدّتها لأن المساواة إذا كانت حسابية فلا تتناسب مع نظام الحياة والطبيعة، ، فالتفضيل لا يتوافق مع المساواة، بمعنى، أن المساواة ذاتها لا تتفق مع نظام الحياة، فلذلك إذا وجدت فلا بد أن يكملها الإستحقاق لضمان سير عجلة التطور، أما الإستحقاق فإنه ناتج عن الطبيعة.

ثالثاً / التبادل (المبادلة): هي إجراء عملية تبادلية بين الحصص التي تقع في نصيب الأفراد، فإذا كان الإستحقاق قد جاء للحد من حدّة المساواة، فإن المبادلة لم تأت إلا لإصلاح الخلل الذي يحدث بسبب الإستحقاق، فمصدر المبادلة يكمن في الإرادة والإختيار، بمعنى جريان عملية المبادلة بين الأفراد بمحض إرادتهم.

فإذا كانت المساواة في صورتها الحسابية تؤدي إلى شل حركة التطور، فالإستحقاق يؤدي إلى الخلل في التوازن و بالتالي ينتهي بالظلم و لهذا السبب نجد أن بعض الكتاب يعترضون على مبدأ الإستحقاق مقترحين مبدأين آخرين و هما[1]:

١) لأي شخص حق المساواة للتمتع بقدر أكبر من السلع والأشياء الضرورية في المجتمع دون الأخذ بنظر الإعتبار مدى قابليته و إستحقاقه، أي الكل متساوون في هذا الحق.

٢) يجب أن تنظم اللامساواة الإجتماعية والإقتصادية الموجودة في الجماعة بشكل أن يحصل الكل على القدر اللازم من الإمتيازات، أي أن تكون المراكز والوظائف مفتوحه للكل بدلاً من إستئثارها من قبل قلة قليلة من الناس.

إذن، التبادل جاء أخيراً للحد من الاختلال الذي يحدثه الإستحقاق، و هذه العناصر، يكمّل بعضها البعض، أو أحدها الآخر، و لا تتوقف عليها العدالة إلا مجتمعة، إذ في حالة افتقاد أحدها، لا يمكن القول أننا أمام عدالة قانونية حسب رأي البعض[2].

غير أنه مع ذلك يركز البعض على المساواة أكثر من غيرها، لأن المساواة في نظرهم تحقق قدراً من الطمأنينة والتآخي، فيذهبون إلى القول بأن المساواة قوامها تقسيم شيء ما إلى حصص متساوية، و هي عملية جد سهلة، لا تحتاج لتفكير عميق

---

[1] للمزيد من التفصيل ينظر:
John Rawls, A theory of Justice, Revised Edition Harvard University Press, Second printing, 2000, p.p 47-53.

[2] ينظر:
David Schmiditz, Elements of justice, Ibid, p. 73

و لا وقت طويل، و هذا بذاته هو العدالة، و كذلك إحتمال الوقوع في الظلم فيها أقل بكثير مقارنة مع غيرها من المبادئ مثل الإستحقاق والتبادل[1].

و تأسيساً عليه يحدد بعض الباحثين عنصرين أثنين للعدالة دون ثالث، و هما المساواة، حيث يرى أرسطو أن المساواة، هي الترجمة الحقيقية للعدالة و هي في ذات الوقت شكل و جوهر العدالة. والعنصر الثاني هو العمومية، والعمومية تعني ألا تكون المساواة للبعض فقط بل أن تكون للجميع أو المجموع، كما تعني تطبيق القواعد القانونية على الحالات المماثلة[2].

غير أنه على الرغم من التأكيد على أن المساواة هي روح العدالة، إلا أن ذلك لا يحل مشكلة مضمون العدالة، لأن مفهوم المساواة هو نفسه مفهوم يكتنفه بعض الغموض[3]، هذا من جانب، و من جانب آخر، أن المشرع لما يسن قاعدة قانونية يراعي العدل والعدالة معاً أو ينبغي أن يراعيهما، مهما كانت تلك القاعدة عامة، أو مهما يرد عليها من الإستثناءات.

غير أنه مع ذلك قد تحدث حالة معينة لم تعالجها القاعدة المذكورة، أو عالجتها ولكن ليس كما ينبغي و من حيث ينبغي، هنا تفترق العدالة عن العدل.

فالعدالة، إذن، تراعى عند سن التشريع و في هذا قدتتفق مع العدل وقد لا تتفق معه، مثل ذلك، توزيع تركة المتوفي على أولاده، أمر يستقيم مع العدل و العدالة معاً، لكن إذا توفي أحد الأبناء قبل موت أبيه و له أيضاً أولاد، فالعدل إما يحرمه من الميراث و إما يعطيه حصة تساوي حصة من هو حي من الأبناء، فيفترق بذلك عن

---

[1] للمزيد من التفصيل ينظر:
John Raels, A theory of justice, Ibid, p. 441

[2] ينظر: د. أحمد إبراهيم حسن، غاية القانون، المصدر السابق، ص(١٤٣ – ١٤٤).

[3] المصدر المتقدم ذكره، ص١٤٤.

العدالة، لأن هذه الأخيرة لا تحرمه من الميراث، و لا تحسب له حساب الآخرين، و إنما تستوجب حلاً آخر و هو إعطائه حصة لا تزيد عن ثلث التركة[1] و بذلك تظهر العدالة عند تطبيق النص أيضاً.

إذن، تراعى العدالة في موضعين، الأول عند سن التشريع قد تكون متوافقة في ذلك مع العدل، وقد لا تكون متوافقة معه، و الثاني عند ظهور حالة لم يعالجها التشريع، أو عالجها ولكن بشكل يتعارض مع المصالح الأكثر إحتراماً مفترقة في هذا عن العدل، و عليه فالعدل هو تطبيق القانون كما هو أما العدالة تعني تطبيق القانون كما ينبغي و من حيث ينبغي.

و هذا ممكن الحدوث، لأن القانون عام بطبيعته، نصوصه محددة و متناهية، و الوقائع غير متناهية، و ما لا يتناهي لا يضبطه ما يتناهي.

و مما يظهر لي هو أن ما قيل بشأن عناصر العدل يمكن إضافته إلى العدالة، إذا كانا متوافقين، أما إذا إفترقا، فتستقل العدالة بعناصره. سبق و أن عرفنا العدالة بأنها: (ما يمليه العقل السليم إستجابة للمصالح الأكثر إحتراماً).

و من خلال هذا التعريف يمكن إستنباط عناصر العدالة كالآتي:

العنصر الأول: العقل: و شرطه الوحيد أن يكون سليماً، و تظهر علة عد العقل عنصراً للعدالة في أنه وحده يقدر أن يسوي بين المتماثلين و يفرق بين المختلفين، و عن طريق العقل كذلك يمكن التوصل إلى تغليب المصالح العامة على المصالح الخاصة، و به أيضاً يمكن تحديد أهون الشرين و من ثم تحمله، و كذلك تحديد أخف الضررين و إرتكابه، و بالعقل كذلك يستطيع الإنسان أن يوازن بين المصالح و

---

(1) سمي هذا بالوصية الواجبة التي قال بها إبن حزم الظاهري، و أخذ به قانون الأحوال الشخصية العراقية رقم (188) لسنة (1959) في المادة (74) منه.

يعرف المنافع، فالعقل أيضاً وحده يمكنه أن يقدر عاقبة الأمر المحكوم فيه، أي تأثير الحكم، و تقدير هذا التأثير يكون من أهم عناصر الحكم العادل.

العنصر الثاني: المصلحة: و يشترط فيها:

١) أن تكون مصلحة حقيقية، و ليست موهومة، فليس للقاضي أن ينقص الإلتزام إلا بعد حدوث ظرف طارىء غير متوقع الوقوع بحيث يجعله مرهقاً بالنسبة لأحد الطرفين[1]؛ و عليه إن كل حكم لم يستند إلى مصلحة حقيقية لا يستقيم مع العدالة.

٢) ان تكون المصلحة مشروعة.

٣) أن تكون المصلحة الأكثر إحتراماً، و هذا شرط أساسي في المصلحة، إذ بدونه، لا تقوم العدالة، لأن العقل أيضاً يتحرك من أجل حماية هذه المصلحة، فلولاها لما تقدر العقل عاقبة الأمر المراد الحكم فيه، فبالتالي لم يكن الحكم و لم تقم العدالة، مثل ذلك، عندما يصبح إلتزام أحد العاقدين مرهقاً بسبب حصول ظرف طارىء، توازن المحكمة بين مصلحة الطرفين لتعلم أيهما الأكثر إحتراماً فبالتالي أولى بالرعاية، و بعد تحديد المصلحة التي هي الأكثر إحتراماً، تصدر المحكمة حكمها بإنقاص الإلتزام المرهق إلى الحد الذي يستقيم مع العقل[2].

فالمصلحة هنا تشكل جانب التأثير، أما العقل فيقدر هذا التأثير، و من ثم يحكم في الأمر حكماً عادلاً.

أما كيف يمكن أن تحدد المصالح الأكثر إحتراماً، فهذا الأمر قد يقوم به من يحكم في المسألة نفسه، و قد يكلف به أهل الخبرة، و مهما كان الأمر، فالعقل أيضاً يحكم فيه،

---

(1) ينظر: المادة (١٤٦) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١).

(2) ينظر: المادة (١٤٦) من القانون المدني العراقي.

ولكن العقل هنا مهما كان سليماً، فليس بالعقل المجرد، و إنما يتأثر بعوامل عديدة تسهم في تحديد هذه المصالح، و من بين هذه العوامل ما يأتي:

١) **العطف**: فطرة إنسانية كامنة في القلب، سامية و صادقة و مؤثرة تحث النفس نحو التضحية والإيثار.

٢) **الرحمة**: هي إرادة إيصال الخير[١] أو هي الإشفاق من أن يفوت ذا حق حقه[٢]، و هي تنبع من القلب، تحث النفس نحو الفضيلة والإيثار بدوافع مثل الدين، الإنسانية، القرابة، الصداقة، الوطنية، و غيرها.

٣) **حكمة التشريع**: الحكمة عند جمهور علماء أصول الفقه هي: ما يترتب على الشرائع من جلب مصلحة أو تكميلها، أو دفع مفسدة أو تقليلها[٣]، و حكمة الشيء هي الغرض الذي وجد الشيء من أجله، أو هي علة الشيء، و للقانون أغراض مختلفة، التي تختلف من قانون إلى قانون آخر، فغرض القانون أما أن يكون تحقيق العدالة، أو لا بد أن يكون كذلك، أو يكون الصالح العام، أو تكون الطمأنينة أو يكون الرقي الإجتماعي[٤].

و لا نعتقد أن الثلاثة الأخيرة سوف تتحقق إلا بتحقيق العدالة، إذن، العدالة هي الغرض الوحيد للقانون، فإذا لم تتحقق العدالة فلا الصالح العام يتحقق و لا

---

(١) الجرجاني، التعريفات، المرجع السابق، ص٩٠.

(2) د صلاح الدين الناهي، العدالة في تراث الرافدين، المصدر السابق، ص٦٦.

(3) ينظر: أبو يحيى زكريا الأنصاري، غاية الوصول شرح لب الأصول، مطبعة مصطفى البابي الحلبي و أولاده، مصر، ١٩٤١م، ص١١٤؛ عبد الوهاب بن علي السبكي، جمع الجوامع بحاشية البناني على شرح المحلي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي و أولاده، مصر، ط٢، ١٣٥٦هـ-١٩٣٧م، ج٢، ص ٢٣٦.

(4) د رياض القيسي، علم أصول القانون، المصدر السابق، ص(٩٤- ٩٨).

الطمأنينة تتحقق و لا الرقي الإجتماعي يتحقق، أما إذا تحققت العدالة، فإن هذه الثلاثة، سوف تتحقق كنتيجة طبيعية لها.

و المقصد العام للشريعة الإسلامية هو تحقيق مصالح الناس بجلب النفع لهم، و دفع الضرر عنهم[١]. و هذه الشريعة واحدة و موحدة لكل زمان و مكان، لذلك نرى أن لها نظرة واحدة و ثابتة و مستقرة للعدالة، لا تتغير بتغير الأزمان والأحوال، بخلاف القوانين التي لم تستقر على مفهوم للعدالة، و إنما نلمس إختلافاً واضحاً وضوح الشمس بينها في هذا الشأن.

إذن، حكمة التشريع قد يكون لها دور في إقرار حلول في قضايا مفتقرة أو مفتقدة إلى نص يحكُمها، بمعنى لم يكن هناك بشأنها نص يطبق عليها، أو قد يوجد نص ولكن يتجاهل المصالح الأكثر إحتراماً.

فإذا حدثت واقعة لم يكن هناك في القانون نص يحكمها أو وجد ولكنه يتعارض مع المصالح الأكثر إحتراماً، فليس للقاضي ردها بحجة عدم وجود النص، لأنه إذا فعل ذلك يحكم عليه بإعتباره أنه قد إرتكب جريمة إنكار (أو نكران) العدالة، و كذلك لا يستطيع أن يحكم بما يتعارض مع المصالح الأكثر إحتراماً، بل عليه أن يحتكم إلى العقل مراعياً تلك المصالح.

إذن، تحديد المصالح الأكثر إحتراماً يتعين إجراء موازنة دقيقة بين المصالح المتنازعة، للتوصل إلى حقيقة أي من هذه المصالح أولى بالرعاية، فهذا حدا ببعض الكتاب[٢] ليذهب إلى القول إن القواعد القانونية لا تنتج عن أفكار مسبقة، بل أن كل قاعدة

---

(١) د محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، مطبعة جامعة صلاح الدين، أربيل – كوردستان، ط٢، مزيدة و منقحة، ٢٠٠٦، ص٨٩.

(2) د ثروت أنيس الأسيوطي، فلسفة القانون في ضوء التأريخ الإقتصادي والإجتماعي، مطبعة التحرير، بغداد، ١٩٧٩، ج٦، ص٢٦١.

قانونية وليدة المفاضلة بين المصالح المتنازعة، و إن القاعدة التي تقتضي تزويد المالك بمكنة إسترداد ملكه من المغتصب، لم تستنج من فكرة مجردة هي فكرة الملكية، بل تقررت بعد أن تبين أن مصلحة المالك أولى بالرعاية من مصلحة المغتصب.

مما تقدم يتبين لنا أن العدالة تتوافق مع العدل في سن التشريع، و تفترق عنه عند ظهور حالة لم يتناولها التشريع أو تناولها ولكن ليس كما ينبغي و من حيث ينبغي، مثل ذلك توزيع التركة على الورثة، هي قاعدة متضمنة للعدل و العدالة معاً، فالمساواة بين ذكرين متساويين من حيث جهة القرابة و من حيث درجة القرابة أمر يمليه العدل و يستقيم مع العدالة، إذ تصبح المساواة هنا عنصراً للعدل والعدالة كذلك، والمساواة هنا يمليها العقل.

و كذلك الإختلاف بين نصيب الذكر والأنثى، أمر يقره العدل و العدالة معاً، لأن إستحقاق الأنثى يقتضي أن يكون نصيبها أقل من نصيب الذكر، و هذا الإختلاف في الإستحقاق ناتج عن الطبيعة، فالإستحقاق هنا يشكل كذلك عنصراً للعدل والعدالة؛ أما المبادلة فإنها تجري بمحض إرادات الأفراد، لذلك لما تقع الحصص في نصيب أصحابها فعلاً، فلهم إجراء التبادل فيما بينهم و بمحض إراداتهم و إختيارهم، و هذه المبادلة أمر يستقيم مع العدل والعدالة معاً.

أما إذا كان أحد الأبناء متوفياً، فتفترق العدالة هنا عن العدل كما أسلفنا.

مما تقدم يتبين لي أن (المساواة والإستحقاق والمبادلة) و إن تظهر كأنها عناصر للعدل دائماً والعدالة عند توافقها مع العدل، إلا أنها أقرب إلى أن تكون معايير للعدل والعدالة من أن تكون عناصراً لهما، لأن العنصر يشمل الركن و شروط الركن، فحتى و لو إعتبرنا المساواة ركناً للعدل والعدالة، لأقتضى ذلك إنعدامهما لإنعدامه (أي إنعدام المساواة)، لكن هذا لم يحصل، فالعدل الذي لا يتحقق بالمساواة يتحقق بالإستحقاق، و ما لا يتحقق بالإستحقاق يتحقق بالمبادلة.

و عليه من الأصح أن تطلق على هذه الأمور معايير العدل والعدالة، و ليست عناصرهما، فالعدل له عنصر وحيد و هو العقل، و كذلك تنفرد العدالة بهذا العنصر الوحيد أيضاً عند توافقها مع العدل، أما حينما تفترق عنه، فتقوم أنذاك على عنصرين و هما العقل والمصلحة كما أسلفنا.

المقصد الثاني

خصائص العدالة

قلنا إن العدالة هي الفكرة العامة التي تصلح أن تكون أساساً لمجموع المبادئ القانونية، غير أنه كما رأينا أن إبقاء العدالة كفكرة لا يغنينا بشئ في دراستنا، لذلك آثرنا أن نطلق عليها مبادئ، إعتقاداً منا بأنها أقرب إلى المبدأ من القاعدة، على الرغم من إعترافنا بأنها أكبر من المبدأ، لكن تمشياً مع بعض المؤلفين أخترنا لها هذا الوصف.

إذا علم ذلك، فما هي خصائص هذه المبادئ؟ للإجابة نقول إن هذه المبادئ تتميز بجملة من الخصائص منها:

أولاً / العمومية: نعني بالعمومية هنا، أن هذه المبادئ تعم جميع البشر دون إستثناء، لأن ما يعد هنا عادلاً، ليس من المعقول ألا يعد كذلك في مكان أخر من هذا العالم، أي أن هذه المبادئ، لا يحدها مكان، فهي عالمية المحمل، تمس الإنسانية جمعاء.

إذن، العمومية هنا لا تعني عدم إقتصار هذه المبادئ على حالات معينة أو أشخاص معينين بالذوات داخل حدود بلدٍ ما، كما نلمسها بشأن خصائص القاعدة

القانونية[1]، و كذلك إن هذه المبادئ أبدية، بمعنى أنها لا تتأثر بمرور الزمان، غير أنه قد يكون التعبير عن هذه المبادئ متغيراً من مكان إلى آخر، و من زمان إلى آخر، مع بقاء جوهرها على شاكلته، مثال ذلك نظرية الظروف الطارئة التي تستند إلى العدالة، يختلف التعبير عنها في القانون المدني العراقي عن القانون المدني المصري[2]، مع أن الأخذ بيد الضعيف في كلا القانونين ليس سوى أمراً تتطلبه العدالة بل تستلزمه.

و بناءاً على ذلك نقول إن أشكال التعبير عن العدالة تتأثر بالزمان والمكان، مع إعتقادنا بأن العدالة من حيث هي تدخل في دائرة الإيمان، لأن المؤمن يفعل أعمالاً مغايرة و مختلفة تماماً، مثل إغاثة الملهوف، و قتل الناس في ساحة الجهاد، ذانك عملان متفاوتان تمام التفاوت، يتطلبهما منه إيمانه الديني، أي هما تعبيران صادقان لإيمانه الديني، مع بقاء الأخير واحداً و ثابتاً، فنحن نعتقد أن نفس الحالة ينطبق على العدالة، إذ أنها تستلزم أعمالاً متفاوتة غاية التفاوت مع بقائها دون أي تغيير يطرأ عليها.

---

(1) ينظر: د عبد الرزاق أحمد السهنوري و د أحمد حشمت أبو ستيت، أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٥٢، ص(١٣ – ١٤).

(2) نصت المادة (١٤٦) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ على: (١- إذا نفذ العقد كان لازماً و لا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه و لا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي. ٢- على أنه إذا طرأت حوادث إستثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها و ترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدي، و إن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقص الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول إن أقتضت العدالة ذلك، و يقع باطلاً كل إتفاق على خلاف ذلك)، و نصت المادة (١٤٧) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ على: (١- العقد شريعة المتعاقدين..... ٢- ..... جاز للقاضي تبعاً للظروف و بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول و يقع باطلاً كل إتفاق على خلاف ذلك).

ثانياً/ فهي مبادئ إجتماعية لأنها تعبير عن الشعور بالمساواة، والمساواة مبدأ من مبادىء التنظيم الإجتماعي يهدف إلى رسم العلاقات بين الأشخاص في المجتمع[1] والمساواة هنا ليست حسابية فحسب بل مساواة تناسبية كذلك.

ثالثاً/ إنها تصدر عن مثل أعلى يهدف إلى خير الإنسانية و صلاح المجتمع بما يملي على المشرع في تشريعه و على القاضي في قراراته من لزوم توخي الإنصاف فيما يضع من حلول[2].

رابعاً/ و هي مبادئ لا ترشد إلى حلول قاطعة ثابتة، لأن فكرة المساواة التي ترتكز عليها العدالة هي وحدها الحقيقة الأبدية، أما مظاهر العدالة و ما توحيه من حلول فلا يمكن وصفها بالثبات لأن الشعور بالعدالة يكون رد فعل لأحداث إجتماعية، و ما يرتبط بالحياة الإجتماعية يقبل التغيير بطبيعته تبعاً لتفاوت الزمان و إختلاف المكان[3].

فالشيء الذي يتغير هو مظاهر العدالة والحلول التي توحيها، أما جوهرها فيظل ثابتاً، الضرر ينبغي أن يزال، أما كيف يزال هذا يخضع للآلية التي سوف يقررها المشرع أو يتبعها القاضي، و هذه الآلية يمكن أن تتفاوت من قانون لآخر أو من قاض إلى آخر، دون أن يؤثر هذا التفاوت في أصل الفكرة و هي الضرر يجب أن يزال.

خامساً/ إنها مبادئ يشوبها التشتت و يكتنفها الغموض و ينقصها ظهور المعالم و يعوزها وضوح المدلول، بسبب عدم تحجمها في شكل مستقر[4].

---

(1) د عبد الباقي البكري، المدخل لدراسة القانون، المصدر السابق، ص ١٨٥.

(2) ينظر: د عبد الباقي البكري، مبادئ العدالة، المصدر السابق، ص ٥٩

(3) ينظر: المصدر المتقدم ذكره، ص ٥٩

(4) المصدر المتقدم ذكره ص ٥٩.

سادساً / إنها مبادئ ملزمة لإقترانها بجزاء يوقع عند مخالفتها، غير أن هذا الجزاء ليس من طبيعة واحدة، و إنما يختلف بتفاوت دورها في الحياة القانونية فقد تقترن بجزاء مادي في الحالات التي يحيل النص القضاء إليها عند إفتقار المصادر الرسمية المعروفة للقانون، و يكون جزاء مخالفتها أدبياً فيما سوى ذلك من حالات[1].

سابعاً / إنها مبادئ لا تقوم على فكرة الخير المطلق أو المجرد، و هو الخير في ذاته مجرداً من أي إعتبار آخر كما هو شأن قواعد الأخلاق التي تهدف إلى خير الإنسان في ذاته بالعمل على نقاء ضميره و طهارة الفكرة والجماعة معاً[2].

ثامناً / إنها فكرة قائمة بذاتها، لا تستند على غيرها من الأفكار، ولكنها تتفاعل، مع أفكار قانونية أخرى، لتقدم للبشرية نموذجا مثالياً من القوانين، فليس من الغرو أن نقول، إن القانون المثالي هو القانون الذي يراعي مبادئ العدالة في مجموع نصوصه رعاية كاملة.

المطلب الثالث

الصلة بين العدالة و بين العدل والإفتراض

هناك فكرتان على صلة وثيقة بالعدالة من الضروري ذكرهما و بيان هذه الصلة بينهما و بين العدالة، والفكرتان هما العدل والإفتراض، و على النحو الآتي:

---

(1) ينظر: د عبد الباقي البكري، المدخل لدراسة القانون، المصدر السابق، ص ١٨٦.

(2) د عبد الباقي البكري، مبادئ العدالة، المصدر السابق، ص ٥٩.

الفرع الأول

الفرق بين العدل و العدالة

هناك خلط ملحوظ بين مصطلحي العدل والعدالة، فعدد من الكتاب الذين كتبوا في هذا الموضوع، قد خلطوا بينهما غاية الإختلاط، فتارة قد إستعملوا العدل مريدين به العدالة و طوراً قد قصدوا العدل ولكنهم إستعملوا العدالة[1].

غير أن الخلط لا يخص الكتاب العرب فحسب، و إنما نجده عند غالبية الكتاب الذين كتبوا باللغة الإنكليزية في شأن هذا الموضوع، إذ نجد أنهم وقعوا في خلط واضح فيما يتعلق بإستعمال كلمة (Equity) التي تعني العدالة، وكلمة (Jusitce) التي تعني العدل.

هذا الخلط قد وصل إلى حد أنهم إستعملوا المصطلحين للدلالة على معنى واحد، فجعلوهما مترادفين إن صح التعبير[2].

و هكذا قد لا نجد في الكثير من الكتابات التي حررت بشأن هذا الموضوع باللغة الإنكليزية، فرقاً بين (Equity) و (Jusitce)[3].

---

(1) ينظر: كل من: د أحمد إبراهيم حسن، غاية القانون، المصدر السابق، ص(١٣٢-١٧٧)؛ د صلاح الدين الناهي، العدالة في تراث الرافدين، المصدر السابق.

(2) ينظر: محمد سعيد العشماوي، روح العدالة، المصدر السابق؛ د عبد الرحمن البزاز، أبحاث و أحاديث في الفقه والقانون، المصدر السابق، ص(١١٧ -١٤٢).

(3) للتأكد من صحة هذا القول ينظر: كل من:

- David Schmiditz, Elements of Justice,Ibid.

-Anthony de Jasay, Justice and it's Surroundings, liberty found Indian Polise Amagi ،p 127 – 196.

-H. L. A. Hart ،the Concept of Law ،Ibid,p. p154 –184.

و مع ذلك، نجد أن بعض الكتّاب قد أدركوا فروقاً بين هذين المصطلحين، مما حدا بهم إلى إجراء تمييز بينهما، بحيث يدل كل منهما على معناه.

فذهب البعض إلى القول، بأن هذين المفهومين كانا مترادفين في ظل مذهب القانون الطبيعي التقليدي، يمثلان قيمة مطلقة ثابتة خالدة، و إنقلبا في ظل مذهب القانون الطبيعي ذي الحدود المتغيرة إلى مثل أعلى قد يثبت بعضه على مر الزمن و قد يتأثر بعضه بمدارك المشرعين و ظروفهم، غير أنهما بقيا متماسكين في البنى ثم ظهر التمييز بينهما منذ مطلع العصر الحديث ليراد بالعدل العدل المجرد، و بالعدالة الشعور بالإنصاف الذي يملي حلولاً تأخذ في الإعتبار الملابسات الخاصة و دقائق الظروف[1].

لكننا قد لا نتفق مع هذا الرأي، و نعتقد بأن هذا التمييز يوجد بين العدل و بين أشكال العدالة، و ليست العدالة ذاتها، و كان موجوداً حتى في ظل مذهب القانون الطبيعي التقليدي.

حيث نرى أن أرسطو قد أجرى مثل هذا التمييز، إذ قال بالرغم من أن العدل والعدالة كلاهما خير، إلا أن العدالة هي أحسن، لأنها مع كونها عدلاً، فليس هو العدل القانوني، بل هو تصحيح موفق للعدل القانوني المتحرج، و هذا يعني إن كان العدل حسناً فالعدالة أحسن، قد تأتي العدالة لتصحيح إعوجاج العدل، حيث إنه بالإمكان إضافة نصوص جديدة للقانون بناء على متطلبات العدالة، أما العدل فهو

-Noah Feldman, Equity in History, Obtainable on this site:
http://www.law.nyu.edu/clppt/program 2002/readings/Feldman/pdf.
-Wojciech Saduriski, Social Justice and Legal Justice, Obtainable on this site:
www. jstor.org

(1) د. عبد الباقي البكري، مبادئ العدال، المصدر السابق، ص ٦٣.

عاجز عن أداء هذا الدور[1]، إذا علم أن العدل عند أرسطو يؤدي معنى المساواة المجردة[2].

و يرى البعض[3] أنه يوجد فارق هام بين العدل و بين العدالة يصلح أن يكون معياراً للتمييز بينهما، و إن قامت فكرتاهما على أساس المساواة، هو أن فكرة العدل تقوم على أساس المساواة المجردة التي تعتد بالوضع الغالب و إن فكرة العدالة تقوم على المساواة الحقيقية التي تعبأ بالظروف الخاصة والجزئيات الواقعية، و إذا أستعمل لفظ العدالة على الشعور بالمساواة التي يفيدها لفظ في مختلف صور إستعماله.

فالعدل بالقياس إلى العدالة يتسم بالتجريد والعمومية، ثم أن العدل يتميز بالصلابة والتشدد، أما العدالة فتبتغي دائماً نوعاً من العطف والإنسانية والرحمة من شدة القوانين في حالة معينة، فهي المنفذ الذي ينفذ منه القانون إلى مقتضيات الرحمة والإنسانية والغيرة و لو بتضحية مقتضيات العدل[4].

و هكذا فالعدالة تتسم بطابع شخصي عاطفي أظهر مما في العدل، فهي تمثل الإنسانية في القوانين، حيث تسعى إلى إزالة المفارقات و تخفيف ما يكون من حدة و تشدد في مضمون القاعدة القانونية، و بهذا يوجد عامل مرن شخصي، يتراءى أثره في ضمير الأفراد بطريقة تكون مختلفة من شخص لآخر، و هذا ربما يفضي إلى خطر التحكم[5].

(1) أرسطوطاليس، علم الأخلاق إلى نيقوماخوس، نقله إلى العربية أحمد لطفي السيد انتشارات آفتاب، تهران، مطبعة دار الكتب المصرية بالقاهرة، ١٣٤٣هـ- ١٩٢٤م، ج٢، ص(١٠٦ – ١٠٨).

(2) المرجع المتقدم ذكره، ص(٥٥ – ٦٢).

(3) ينظر: د. عبد الباقي البكري، مبادئ العدالة، المصدر السابق، ص ٥٨.

(4) د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، المصدر السابق، ص ٢١٩.

(5) المصدر المتقدم ذكره، ص ٢٢٠.

بيد أنه يمكن التساؤل هنا، هل العمومية والتجريد، خصيصة مقتصرة على العدل و منتفية عن العدالة؟

العمومية تعني إنطباق القاعدة على جميع من يتوجه اليهم خطابها، بمعنى أن القاعدة القانونية لا تصدر لعمل معين بالذات، أو لأشخاص معينين بالذوات بل يشمل حكمها كل الذين تتوفر فيهم شروط تطبيقها، أما التجريد فيقصد به أن القاعدة تنشيء منذ وجودها مركزاً أو وضعاً لا يُنظر فيه إلى شخص معين أو إلى واقعة معينة، والواقع أن العموم والتجريد فكرتان متلازمتان، أو هما وجهان لخصيصة واحدة، غاية الأمرتوصف القاعدة بالتجريد إذا ما نظر إليها عند نشوئها، و توصف بالعموم إذا ما نظر إليها من حيث أثرها عند التطبيق[1].

فالعدالة عندما تأتي لتسد فراغاً موجوداً في القانون، أو للتخفيف من قسوة القانون، لا تأتي لتدافع عن قضية شخص معين بالذات، أو واقعة معينة، بل التمسك بالعدالة، يعني الدفاع عن الحق من أجل الإنسان بإعتباره إنسانا، مهما كان لونه و جنسه، فالعدالة لاتنزل إلى حد تعتد بجزئيات بسيطة، فعندما تدخلت في قضية (بوردو) المشهورة في القضاء الفرنسي بتأريخ (٣٠ آيار/ مايو ١٩١٦)، لم تتدخل كي لا تتضرر الشركة التي كانت صاحبة الإمتياز بتوزيع الغاز في مدينة (بوردو) لأنها كانت قد تضررت بالفعل، و إنما تدخلت كي لا يقف القانون عاجزاً، تجاه الحالات المماثلة لقضية (بوردو) أعني بذلك، أنها قد قررت قاعدة لا بل نظرية و هي نظرية الظروف الطارئة، نظرية لم يقتصر أثرها بقضية (بوردو) فحسب، و إنما دخلت التشريعات و أصبحت جزءاً من التشريعات المعاصرة، و بذلك قد إستطاعت العدالة أن تمس

---

[1] د. عبد الرزاق أحمد السهنوري و د. أحمد حشمت أبو ستيت، أصول القانون، المصدر السابق، ص(١٣-١٥).

قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) فخففت من شدتها و حدتها، و نالت من قدسيتها[1].

هذا بالإضافة إلى أن العدالة، تظهر في شكل مبادئ كما قررنا ذلك فيما سبق، والذين يجردونها من خصيصة العموم والتجريد، يعترفون بذلك، و يتلفظون بمبادئ العدالة، فالنقطة الملفتة للنظر هنا، هل يمكن أن يكون المبدأ مفتقراً إلى العمومية والتجريد في حين، أنه ليس سوى فكرة عامة تصلُح أن تكون أساساً لمجموعة من القواعد القانونية التي تتسم بالعمومية والتجريد، بينما الأساس لا يمت و لو بشيء إلى هذه الخصيصة.

فنحن نعتقد أن تجرد العدالة من العمومية والتجريد، لا يأتي إلا من التفسير الوضعي للقانون، بمعنى إقتصار القانون في القواعد التي يسنها المشرع، و لو كان مشرعاً باطشاً، لذلك يذهب الوضعيون إلى الإعتقاد أن العدالة، أمر نسبي، محكوم بالزمن والأحوال، في حين لا يوجد في القانون الوضعي، و لا لدى الوضعيين تفسير عقلي واسع للعدالة خلافاً لمذهب القانون الطبيعي الذي يمكن في ظله الحصول على هذا التفسير.

إذا كان الأمر كذلك فلا يمكن التسليم بالتفسير الوضعي للعدالة و لا نغالي إن نقول للقانون أيضاً، إعتقاداً منا بأن القانون ليس القانون الوضعي فحسب، بل هناك قانون آخر أسمى منه، و على الأول (أي القانون الوضعي) أن يستند عليه، و إلا يشوبه النقص و هذا القانون يتمثل بالقانون الإلهي، الذي ينفرد بتقديم تفسير دقيق للعدالة.

---

[1] للمزيد من التفصيل ينظر: د. عبد السلام الترمانيني، نظرية الظروف الطارئة، المصدر السابق، ص ١٨ و ما بعدها.

و هكذا نرى أن فكرتي العدل والعدالة، و إن يلتقيان في مواطن، مثل المماثلة على قدر المناسبة، أي المساواة، إن كانت المساواة مرضية للقوة الكامنة الملزمة التي تدعو العقل لوضع حلول مرضية لها[1].

أما إذا كانت المساواة لم تكن مرضية لها، فهنا و إن نكن أمام العدل، فلسنا أمام العدالة فموطن الافتراق هو أن العدل يسوي بين المتماثلين والمختلفين كذلك أما العدالة فإنها تسوي بين المتماثلين و تفرق بين المختلفين، فنقطة الإفتراق هي التفرقة بين المختلفين التي تفعلها العدالة و لا يقدر عليها العدل، فيتفقان في التسوية بين المتماثلين و يفترقان في التفرقة بين المختلفين، و فوق ذلك قد تستوجب العدالة أعمالاً لا تتلائم مع مبدأ (التسوية بين المتماثلين والتفرقة بين المختلفين)، مثل ذلك طالب يكون معدله ثمانية و ثمانون في المرحلة الإعدادية يتم قبوله في كلية القانون، و طالب آخر يأخذ المعدل ذاته في عام آخر، أي في العام التالي لقبول الطالب الأول غير أنه مع ذلك لا يقبل في كلية القانون كما قبل الطالب الأول هذا الأمر لا يدخل في دائرة الجور بل يبقى في دائرة العدالة رغم مخالفته الصريحة لمبدأ (التسوية بين المتماثلين) فمن هذا يتبين لنا أمران، الأول: إن الوقت يؤدي دوراً هاماً لتحديد عدالة أمر ما من عدمها. الثاني: لا يمكن إقتصار العدالة في مبدأ (التسوية بين المتماثلين والتفرقة بين المختلفين)، كما قلنا على الرغم من إعترافنا بأن هذا المبدأ هو من المباديء الجوهرية للعدالة، غير أن العدالة قد تستلزم أموراً مخالفة لهذا المبدأ، و مع ذلك لا يخرج هذا المبدأ عن فلك العدالة رغم دخول هذه الأمور فيه، و هذا يؤيد قولنا أن العدالة تقتضي أموراً متفاوتة و متباينة تماماً شأنها في ذلك شأن الإيمان الديني الذي أشرنا إليه سلفاً.

---

(1) تعريفنا للعدالة المشار إليه سابقاً.

إذن، العدالة زيادة على العدل، أو التفضل إن صح التعبير، و هذه الزيادة أو التفضل يمليهما العقل تحت تأثير قوة العاطفة التي تشعر بالرحمة والشفقة، و هي لا تعدو أن تكون من متطلبات التشريع كذلك، و من الفروق بينهما أيضاً أن العدالة بإمكانها أن تأتي بقاعدة جديدة أو بنص غير مسبوق المثيل، أما العدل فإنه عاجز عن فعل ذلك[1].

فالعدالة لا تعني الإحتكام الشخصي كما يظن بعض الباحثين[2]، بل غاية الأمر، أنه بدلاً من رد قضية ما، بحجة عدم وجود النص، أو تطبيق حرفي لنص عليها مما يؤدي إلى ظلم صارخ، تأتي العدالة و تحكم فيها بناءاً على متطلبات عقلية، أو تجري تفسيرا واسعاً أو موسعاً للنص الذي ينطبق عليه من أجل الوصول إلى روحه، و عليه يمكن أن نستشف من هذا أن دور العقل في العدالة أظهر مما هو في العدل.

و بذلك نرى أن خصيصة العمومية والتجريد لا تصبح الفيصل بين العدل والعدالة بل على عكس ذلك تنشيء موطناً لتلاقيهما.

أما بشأن الشريعة الإسلامية فيرى بعض الباحثين أنها لا تفرق بين العدل والعدالة في اللغة والاصطلاح، فكلاهما يؤدي معنى واحداً، و هو إحقاق الحق، بتطبيق أحكام الشرع، غير أن الشريعة الإسلامية قد إستعملت كلمة أخرى تؤدي معنى العدالة في الفكر الغربي -قديمه و حديثه- و تسمو عليها، و هي (الإحسان)[3]، و صاحب هذا الرأي يذهب إلى القول (إن كانت العدالة في التفكير الغربي تعني المبدأ المستمد من مصدر يقع خارج نطاق القانون، و هو القانون

---

(1) ينظر: أرسطوطاليس، علم الاخلاق، المرجع السابق، ص١٠٨.

(2) ينظر: د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، المصدر السابق، ص ٢١٩.

(3) د. عبد السلام الترمانيني، الوسيط في تأريخ القانون، المصدر السابق، ص ٦٥٨.

الطبيعي في القوانين اللاتينية، أو ضمير الملك في القانون الأنجلوساكسوني فإن الإحسان في الشريعة الإسلامية جاء ليؤدي وظيفة العدالة، و هو ينبع من صميم الشريعة و يتفجر من داخلها، و هي التي أوسعت له و أمرت به و حضت عليه، و نحن نستدل بما نقوله بقوله تعالى (إن الله يأمر بالعدل والإحسان)، فقد بينت هذه الآية الكريمة بوضوح تام أن القرآن قد أوجب القواعد القانونية التي سماها العدل، مقرونة بالعدالة التي سماها الإحسان[1] فالعدل هو المساواة في المكافأة، إن خيراً فخير و إن شراً فشر، والإحسان أن يقابل الخير بأكثر منه والشر بأقل منه.

و العدالة بهذا الإعتبار تشكل جزءاً من الإحسان، لذلك يعتقد صاحب هذا الرأي أن العدالة في الشريعة الإسلامية مستمدة من الإحسان و هو مصدر متصل بالشريعة و تهدف إلى غاية كبرى و هي إقامة مجتمع يسود فيه التآخي، إذ تصبح بذلك عنصراً متمماً للعدل[2].

مع تأييدنا لهذا الرأي و إجلاله، إلا أننا لا نرى أن العدالة، تدخل في دائرة الإحسان دوماً، لا سيما إذا نص القانون عليها، و على إلزاميتها، صحيح أن العدالة هي ما يوحي به العقل السليم والفطرة السليمة، ولكن بما أن العقل السليم والفطرة السليمة يميلان إلى الرحمة والتخفيف واللطف، فإن العدالة تظهر و كأنها قائمة على العطف والرحمة، ولكن ذلك لا يعني أن العدالة تكون دوماً هكذا، فقد تقضي العدالة بالتشديد، فالتسوية بين مختلفين والتفرقة بين متماثلين منافية للعدالة، فالحكم الأشد في الظروف المشددة يندرج ضمن العدالة.

---

(1) ينظر: د. عبد السلام الترمانيني، المصدر المتقدم ذكره، ٦٥٨.

(2) المصدر المتقدم ذاته، ص(٦٥٩- ٦٦١).

إذن، فالعدالة قد تظهر في صورة الإحسان و قد لا تظهر، أما العدل، فلا يظهر البتة، والنسبة بينهما هي العموم والخصوص من وجه يجتمعان في المساواة ويفترقان في التفرقة بين المختلفين، حيث إن العدالة أعم من العدل وإن تتفق معه من وجه وهو المساواة.

و كذلك العدالة هي مجموعة من المبادئ يتعذر تقنينها، أما العدل فهو مجموعة من القواعد من الممكن تقنينها، إذن، إمكانية التقنين من عدمها تصبح فيصلاً بين العدل والعدالة، مثال ذلك المادة (٢١٦) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ تقول: (١-لا ضرر و لا ضرار، والضرر لا يزال بمثله و ليس للمظلوم أن يظلم بما ظلم. ٢- فلو أتلف أحد مال غيره في مقابل إتلاف هذا لماله كان كل منهما ضامناً للآخر ما أتلف، و لو انخدع شخص فأخذ دراهم زائفة من شخص آخر فليس له أن يصرفها إلى غيره).

الفقرة الأولى أتت بمبدأ من مبادئ العدالة، أما الفقرة الثانية، جاءت بقاعدة من القواعد العدل مطبقة، مبدأ (لا ضرر و لا ضرار) لذلك أنه من المتعذر أن يجمع مجموع هذه المبادئ في تقنين مستقل، بل نجدها على شكل مبادئ مجملة في مجمل التقنينات، أو في صورة عبارات مثل (السلطة التقديرية للقاضي) أو(بمقتضى العدالة) أو(ما يضعه القاضي من القواعد فيما لو كان مشرعاً) و ما إلى ذلك من العبارات التي تفيد الإحتكام إلى العدالة، أما العدل فيمكن جمع قواعده في تقنين مستقل أو في تقنينات، بغض النظر عن الصعوبات التي تعترض.

إذن، الحل المنصوص عليه في القانون يعد عدلا دوماً وعدالة في بعض الأحيان، أما العدالة فتجد مجالها في المبادئ العامة المنصوص عليها والتي ترشد القاضي و تهديه إلى إستنباط حلول عادلة لقضايا لم يرد بشأنها نص أو قاعدة من قواعد العدل، فالعدالة قد تكون مكملة للعدل أو مفسرة له أو مصححة لإعوجاج العدل.

صفوة القول في العلاقة بين العدل والعدالة هي ان العدل عند سن القانون يظهر في صورة قواعد عامة لا يأخذ في الحسبان الحالات والتفاصيل الدقيقة وإنما يكتفي ببناء الحكم على أساس الغالب الأعم والمهم الشائع دون النادر الأخص والأهم الضائع ، أي يسوي بين المتماثلين فحسب ولا يقدر أن يفرق بين المختلفين ، وعند تطبيق القانون يعني العدل تطبيق القانون كما هو من غير إعتبار لتغير وإختلاف الظروف مما كان الى ما يكون . أما العدالة عند سن القانون فتظهر أيضاً في صورة مبادئ أوقواعد كلية ولكنها لا تهمل التفاصيل وإنما تجعلها دائرة دورانها ومدار دعوتها ،تسعى جاهدة ان تتحقق التسوية بين المتماثلين والتفرقة بين المختلفين ، ليعلم كل عامل عاقبة عمله حتى يميز الصالح من الطالح وبين الصلحاء الأصلح من غيره ، وذلك للتعرف على الحالات كلها والتعامل معها بقدر أهميتها لكي لا يأخذ المعطي أكثر مما يستحق ، وعند تطبيق القانون تعني العدالة تطبيق القانون كما يجب أن يكون ، وذلك كي يستطيع ان يستجيب لمستجدات الحياة دون اللجوء الى التعديل او التغيير .

الفرع الثاني

الفرق بين العدالة والإفتراض[١]

لّما كان التمييز بين العدل والعدالة فيه نوع من الصعوبة، فإن هذه الصعوبة قد تتلاشى بالنسبة للتمييز بين العدالة والإفتراض، و مرد ذلك هو أنه على الرغم من أن هناك ثمة نقطة إلتقاء بينهما، إلا أنه و في الوقت ذاته، هناك ثمة خطوط فاصلة تبرز بينهما بجلاء، مما يسهل التمييز دون عناء أو مشقة، إذا علم ذلك، فسيبرز هذا التساؤل ما هو الإفتراض؟ و ما هو التمييز بينه و بين العدالة؟

الإفتراض كما يعرفه بعض الباحثين هو (وسيلة عقلية لازمة لتطوير القانون، تقوم على أساس إفتراض أمر مخالف للواقع، يترتب عليه تغيير حكم القانون دون تغيير نصه)[٢]، و في ضوء هذا التعريف، أن الإفتراض لا يعدو أن يكون وسيلة عقلية لازمة لتطور القانون، و إنه يؤدي وظيفة هامة قد يصعب تحقيقها بوسائل أو أساليب أخرى.

---

[١] لقد آثرت إستعمال الإفتراض و فضلته على الحيلة، بناءاً على إعتقادي، بأن الحيلة و إن تشمل الحيل القانونية والشرعية، و لعل إيضاحهما قد يتطلب أشياء تخرجنا من نطاق رسالتنا، مثلاً تعريفهما، و تمييزهما عن بعضهما، و أمور أخرى قد نكون في غنى عنها، فإنها مصطلح و إن درج في لغة القانون لكنني أعتقد أن إستعماله و تداوله على السن العوام أكبر بكثير مما لدى القانونيين، لذلك فضلت عليها الإفتراض فحسب دون (القانوني) و لا (الشرعي)، لذات السبب المذكور أعلاه، بشأن الحيلة، طالما أن دراستنا تدور في دائرة الشريعة الإسلامية والقانون المدني العراقي، لذلك كلما نستعمل الإفتراض نعني به الإفتراض القانوني والشرعي.

[٢] ينظر: د. السيد عبد الحميد فوده، الإفتراض القانوني بين النظرية والتطبيق، دار الفكر الجامعي، الأسكندرية، ط١، ٢٠٠٣م، ص١٥.

و هذه الوظيفة تتمثل في تعديل حكم القانون دون نصه، غير أنه كي يمكن اللجوء إلى الإفتراض كوسيلة من وسائل تطور القانون، ينبغي أن يكون هناك ثمة حالة واقعية لا مجال لتنظيمها بنص في القانون، و يراد على الرغم من ذلك تطبيق حكم القانون عليها والإستفادة من كل آثاره دون أن يحدث تغيير في نص هذا القانون على الرغم من تغيير حكمه، فيتصدى الفقيه في هذه الحالة بإفتراض أن هذه الحالة الواقعية توجد في صورة و على نحو تلك الحالة التي ينظمها القانون و ذلك على خلاف الواقع و إنما بمحض الإفتراض والتصور[1].

فالإفتراض، ينطوي دائماً على تجاهل الواقع الملموس، أو مخالفة للحقيقة الثابتة، بغية الإنحراف بالقاعدة القانونية إلى غرض آخر أو تجاهل وجودها[2]، وتجدر الإشارة إلى أن الحاجة إلى الإفتراض بإعتباره وسيلة لتطوير القانون قد ظهرت في وقت سابق على العدالة بإعتبارها وسيلة لتطوير القانون أيضاً، و مرد هذا، أن النصوص في السابق كانت تتمتع بقدسية مفرط فيها فلم يجرؤ أحد على أن يمسها بسبب الإعتقاد السائد آنذاك بأن الإله يغضب على كل من يريد أن يمس النصوص الموضوعة باسم الآلهة، فقد إضطر الناس إلى اتباع وسيلة ترفع عليهم الحرج الناتج عن تقديس النصوص، و ذلك لأجل تغيير حكم النص مع إبقاء قدسيته، و هكذا قد ظهرت

(1) د. عبد العزيز شوكت، البدر الساطع في أصول النظم والشرائع، مكتبة النصر، مصر، ١٩٩١م، ص ٣٥٧.

(2) د. مصطفى سيد أحمد صقر، فلسفة و تأريخ النظم القانونية والإجتماعية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٩٥م، ص١٩٢وما بعدها.

الحاجة إلى الإفتراض[1]، أما العدالة فإنها لم تبرز إلا بعد أن ضعف إعتقاد الناس بتقديس النصوص فلذلك ليس من المستغرب أن نجد أن تأثير العدالة وصل لحد طالت يد التغيير النصوص التي كانت محل التقديس بالأمس.

و هكذا لا يتفق بعض الكتاب مع التوسع في مفهوم الإفتراض و عده شاملاً لكل إصلاح أو تغيير في القانون مع المحافظة على النصوص القديمة، لأن بهذا الإعتبار تعد مبادئ العدالة داخلة ضمن الإفتراض، في حين أن الحقيقة قد تكون على خلاف ذلك، لأن القواعد الجديدة المستندة إلى مبادئ العدالة لم يتوصل إليها بالتحايل الخفي على نصوص القانون[2]، بل حلول مرضية للقوة الكامنة الملزمة، التي قلناها في تعريفنا للعدالة، و هذه الحلول لا تأتي إلا من العقل المدعو من قبل القوة المذكورة أعلاه لوضع هذه الحلول، دون أن تأتي من التحايل الخفي على نصوص القانون، غير أنه مع ذلك يمكن تلخيص الفروق الموجودة بين العدالة والإفتراض بما يأتي:

أولاً: إن مبادئ العدالة علاوة على كونها عاملاً من عوامل تطوير الشرائع، فهي في الوقت ذاته، مصدر من مصادر القانون، في بعض الأنظمة القانونية، أو هي جوهر القانون كما يقول بعض من الفقهاء والفلاسفة[3]، بينما الإفتراض لا يتعدى كونه وسيلة من الوسائل المستعملة قديماً و حديثاً في تطوير القوانين و تغيير أحكامها مع

(1) نعني بالعدالة هنا التعبير عنها أو شكلها، إن صح التعبير، لأننا نعتقد أن العدالة، كجوهر أو بذاتها، قديمة قدم الإنسانية، كما قلنا في السابق، فلا يسبقها الإفتراض، بل تسبق الإفتراض و غيره من الأفكار القانونية الأخرى.

(2) د. عبد الرحمن البزاز، الموجز في تأريخ القانون، المصدر السابق، ص١٠١.

(3) ينسب هذا القول إلى الفقيه والفيلسوف الإغريقي (شيشرون). للمزيد من التفصيل ينظر: د. علي محمد جعفر، نشأة القوانين و تطورها، المصدر السابق، ص ١٧٠.

بقاء نصوصها على حالها، و عليه فلا يعد الإفتراض مصدراً من مصادر القانون، و إنما هو عامل من عوامل تطور القوانين فحسب[1].

ثانياً: تتدخل مبادئ العدالة في تعديل الأحكام القانونية بصورة ظاهرة و مباشرة، أما الإفتراض فيصل إلى مقصوده بصورة خفية و غير مباشرة، إذ أنه يتحرز كثيراً عن التصريح بنقص القانون و شدته، و لذلك سمي بحق: (أكذوبة محبوكة الأطراف أملتها الضرورة)[2].

إذن، فالإفتراض يتهيب من الإدعاء بتعديل القانون أو الإضافة لأحكامه، و هو بهذا على النقيض من مبادئ العدالة التي تدعي هذا جهاراً من غير وجل و لا تهيب[3].

ثالثاً: في الإفتراض، نلمس حلولاً قد تكون مبنية على الحقيقة، و قد تكون مخالفة للحقيقة، أي لا ينبني على الحقيقة دوماً، أما العدالة فهي الحقيقة إلى ما لا نهاية[4]، بالمعنى أنها لا تناصر سوى الحقيقة. فإذن، يمكن أن تعد الحقيقة فيصلاً بين الإفتراض والعدالة، في أنه إذا كانت موجودة دوماً بالنسبة للعدالة، فإنها ليست كذلك بشأن الإفتراض، و عليه نقول إن الحقيقة تشترط في العدالة دون الإفتراض.

رابعاً: إن العدالة، على الرغم من إستنادها إلى مبادئ رفيعة و متفقة مع فكرة الحق والأخلاق، تعد على كل حال وسيلة حديثة (نسبياً) من وسائل تطور القانون أو القوانين، و ذلك لأن المجتمعات القديمة، تنظر إلى أحكامها القانونية نظرة مقدسة،

---

(1) د عبد الرحمن البزاز، الموجز في تأريخ القانون، المصدر السابق، ص١٠٧.

(2) د السيد عبدالحميد فودة، نظرية الإفتراض القانوني، المصدر السابق، ص ١٢.

(3) د عبد الرحمن البزاز، الموجز في تأريخ القانون، المصدر السابق، ص١٠١.

(4) هانزكلسن، النظرية المحضة في القانون، المصدر السابق، ص ٤٨.

كما أشرنا إليه سابقاً، فلا تستطيع إنتقاصها جهاراً و لا يمكنها الإعتراف بغلطها صراحة؛ و لا بد لها وحالة المجتمع كما وصفنا أن تلتجئ أولاً إلى طرق خفية (كالإفتراض) لتعديل الأحكام القانونية، و من ثم إلى طرق ظاهرة (كالعدالة) للنيل من قدسية الشكل الذي قد تحجمت النصوص عليه، علماً بأن هذه الوسيلة لم يتم اللجوء إليها إلا بعد أن عجزت الوسيلة الأولى (أعني الإفتراض) أمام قدسية النصوص من أن تستجيب نداءات ضرورات الحياة اليومية، فتدخلت العدالة لإستجابة هذه النداءات[1].

المبحث الثالث

معنى العدالة من المنظورين الفلسفي و القانوني

في هذا المبحث سنركز على معنى العدالة من المنظورين الفلسفي والقانوني، بإعتبارهما يتكاملان معاً، بمعنى أنه ليس بالإمكان أن ينظر إلى العدالة من جانبها الفلسفي فقط، دون القانوني، و كذلك إذا نظرنا إليها من جانبها القانوني فحسب، لا نحصل على صورة مكتملة لها. لذلك نرى أنه من الضروري أن نتناولها من منظورها الفلسفي لا سيما الفلسفة اليونانية و بالتحديد عند أرسطو بإعتباره أكثر الفلاسفة تطرقاً إلى بحثها، و هذا في المطلب الأول، أما في المطلب الثاني فسنكشف

---

(1) للمزيد من التفصيل ينظر إلى كل من: د صبيح مسكوني، تأريخ القانون العراقي القديم، المصدر السابق، ص٦٤؛ د عبدالسلام الترمانيني، الوسيط في تأريخ القانون، المصدر السابق، ص ٦٢٣؛ د هاشم الحافظ، تأريخ القانون، المصدر السابق، ص٦٩؛ د عبد الرحمن البزاز، الموجز في تأريخ القانون، المصدر السابق، ص١٠٢.

جهودنا من أجل أستكشاف جوانبها القانونية، و سنخص القانونين الروماني والإنكليزي بالبحث، لأنهما يتغلبان على غيرهما فيما يخص تناول العدالة و معانيها، و سنحاول أن نخصص المطلب الثالث لتحليلها في الشريعة الإسلامية إعتقاداً منا بأنها لا تنظر إلى العدالة إلا من المنظورين معاً.

المطلب الأول

العدالة من المنظور الفلسفي

بعد أن عرفنا العدالة و أستعرضنا عناصرها و خصائصها، نرى أنه من أساسيات هذا البحث أن نخوض في شرح و تحليل معانيها، لإظهار أبعادها الفلسفية.

إن هذا المطلب قد لا يتسع لعرض آراء جميع المدارس الفلسفية فيما يتعلق بالعدالة، لذلك سنمر عليهم سريعاً، و نحاول أن نتوقف و لو قليلاً على آراء أرسطو حول معنى العدالة، إعتقاداً منا بأنه أكثر تطرقاً إلى بحث مسألة العدالة و ما يتعلق بها.

العدالة عند الفيثاغورثيين ليست سوى علاقة حسابية، تظهر في معاملات الناس بعضهم ببعض، فالعدالة هنا تعني أن يرد الفرد عدداً مساوياً لنفس عدد الوحدات التي سبق و أن حصل عليه، و كذلك تقضي العدالة أن يوقع على المجرم عقاباً (مساوياً) لنفس الجرم الذي أرتكبه[1]، بل و قد ذهب فيثاغورث إلى ما هو أبعد من

[1] د محمد علي الصافوري، النظم القانونية القديمة، المصدر السابق، ص١٦٨

هذا فنادى بأن تكون جميع القيم المادية والمعنوية مشاعاً بين الأفراد تمشياً مع فكرة العدالة والمساواة الحسابية التي ارتآها[1].

أما السفسطائين فإنهم يقولون إنه لا يوجد حق في ذاته و إنما هو أمر نسبي، فيذهبون إلى أن الإنسان مقياس كل شيء، و حسب هذا الرأي، فإن العدالة و إن كانت حقيقة إلا أنها حقيقة نسبية تختلف من شخص لآخر[2].

و عليه فالعدالة هي ما يراه كل فرد أنه عادل له، فتتأثر العدالة بالمنافع، و بالتالي تقع تحت حكم الهوى، و بذلك فقد أنكروا أي أساس طبيعي للعدالة، فكل القوانين الوضعية تعد عادلة لأن الإنسان كما سبق القول، هو معيار للأشياء جميعاً، و هذا ليس إلا إنقضاضاً للعدالة، لذلك نجد أن سقراط يأتي و يرد على السفسطائين، حيث يقول إن العقل صفة مشتركة بين جميع الأفراد يمكنه عن طريق الإستقراء إن يدرك الحقائق الموضوعية، والحقيقة الموضوعية لا تختلف بإختلاف الأشخاص و من ثم يكون ثبات الحقيقة و ثبات المقاييس[3]، والعدالة تدخل في دائرة الحقائق الموضوعية أما طرق التعبير عنها فلا تعدو من كونها حقائق غير موضوعية تتأثر بتغير الأحوال والأشخاص.

و يعرف سقراط القانون بأنه: القواعد التي تحكم علاقات الأفراد بعضهم ببعض ترجع كلها إلى أصل واحد هو فكرة العدالة، و هذه يقضي بها العقل إذ يملي على

[1] د. سليمان مرقس، محاضرات في فلسفة القانون، المصدر السابق، ص٣٣.

[2] ينظر: المصدر المتقدم ذكره، ص ٣١؛ د. أحمد إبراهيم حسن، فكرة القانون الطبيعي عند فقهاء الرومان، الدار الجامعية، ص(٢٩-٣٨).

[3] د محمد علي الصافوري، النظم القانونية القديمة، المصدر السابق، ص ١٧٤

الناس أن يلتزموا العدالة في معاملاتهم، فالإنسان يلتزم العدالة و لو لم يفرضها القانون[1].

و معنى هذا أن العدالة ليست بخارج عن الحقائق الموضوعية بل هي داخلة فيها، لذلك فإن القول بتغير العدالة لا يؤيده العقل المدرك للحقائق الموضوعية.

و يتبين مما تقدم أن سقراط قد إعترف بوجود (قانون طبيعي) أي بوجود قواعد مثالية للعدالة يدركها الإنسان بعقله تكون أساساً عاماً لما عداها من قوانين؛ و يرى أفلاطون أن القانون هو مجموعة القواعد التي تهدف إلى تحقيق العدل[2] و مهمة رجل القانون عنده هي البحث عن ما هو حق أو ما هو عدل، فيعتقد أن طبيعة البشر تتجه دائماً إلى ما هو عدل و مهمة رجل القانون هي البحث عن أفضل الحلول و أكثرها إتفاقاً مع هذه الطبيعة الأصيلة في الإنسان، أي مع ما هو عدل[3].

فتحقيق العدالة يعد بحد ذاته هدف القانون، ولكن التساؤل الذي قد يطرح هنا هو: هل أنه بالحق يعد هدف القانون؟ أم القانون يغدو من إفرازات العدالة؟

إذا قلنا إن تحقيق العدالة هو هدف القانون، فمعناه أن وجود القانون يسبق وجود العدالة، و لا تكون هناك عدالة إلا التي يحققها و يوجدها القانون[4]، فبالتالي أن العدالة تقتصر في العدالة الوضعية فحسب و لا تعدو إلى سواها، و ما يترتب على ذلك هو التضييق من نطاق العدالة و دائرتها، فربما لا نتفق مع هذا، لذلك نعدل عنه، و نذهب إلى القول إن القانون ليس سوى شيء من الأشياء التي تستلزم

---

(1) المصدر المتقدم ذكره، ص ١٧٥.

(2) العدل هنا يشمل العدالة كذلك، لأن إفلاطون لم يميز بين العدل والعدالة.

(3) د محمد علي الصافوري، النظم القانونية القديمة، المصدر السابق، ص١٧٩.

(4) د أحمد إبراهيم حسن، مفهوم القانون الطبيعي عند الرومان، المصدر السابق، ص(٣٢ – ٣٣).

العدالة وجودها، و يفهم من هذا أن العدالة تسبق في وجودها وجود القانون، أي لا تقتصر العدالة في ما يعبر عنه القانون، بل هناك عدالة عليا تعلو القانون، و غاية الأمر أن القانون ينبغي إلا يعدو من أن يكون آلة لخدمة العدالة، و ينبني على ذلك عدم إطاعة كل قانون مخالف للعدالة، و لو أدى ذلك إلى نشوب الفوضى، كما يظن بعض الفلاسفة واللاهوتيين[1]، لأن هذه المخالفة أيضاً تؤدي إلى الفوضى، ولكن الفرق بين هذه الفوضى و تلك التي قد تحدث من عدم طاعة قانون ظالم، هو أن الأولى قد تحدث آجلاً و قد تحدث عاجلاً في بعض الأحيان، أما الفوضى المتصور حدوثها أثر عدم طاعة قانون ظالم قد تحدث عاجلاً و قد لا تحدث البتة و إنما يعالج الموضوع وفقاً لحكم الضمير والعدالة بدلاً من القانون الظالم، و درجة خطورة هذه الفوضى أقل من الخطورة التي تتركه الفوضى التي تنجم من مخالفة العدالة، و أخيراً أن القول باطاعة القانون و لو كان ظالماً شفاعة للسلاطين من لدن الناس، هدفها تبرير أعمالهم الظالمة، و إقناع الناس للخضوع إليها و في نهاية المطاف شرعنتها.

و العدالة عند أفلاطون قضية إنسانية و هي عنده قمة الفضائل، و إنها تفترض عدم المساواة لأن عدم المساواة هي حصيلة الإختلافات والفروق الموجودة بين الأفراد والتي تؤدي في الوقت ذاته إلى تحقيق التعاون والتكامل فيما بينهم[2]، فجعل أفلاطون الإستحقاق أساساً للعدالة و ليس المساواة.

أما العدالة عند أرسطو فتتمثل في التوازن المتحقق بالفعل داخل المجتمع و بين أفراده، إذ يشكل هذا التوازن موضوع القانون، و هو بالتالي يحدد مجال تطبيقه، الذي

---

(1)منهم أرسطو و توما الاكويني، للمزيد من التفصيل ينظر إلى كل من: د سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، المصدر السابق، ص(١٣٣-١٣٤)؛ د. منذر الشاوي، فلسفة القانون، المصدر السابق، ص١١٥.

(2) المصدر المتقدم ذكره، ص٥٤.

يتجسد في علاقات الأفراد ببعضهم البعض؛ داخل المجتمع (بمعناه السياسي) و هو أيضاً (أي التوازن) ما يميز القانون عن سائر القواعد التي يمكن أن تؤثر في علاقات الأفراد[1]، و يرى البعض[2] أن العدالة لدى أرسطو على الرغم من أنها قيمة هامة، ولكنها لا تنضوي على القيم كلها، إذ هناك أعمال جيدة لا تمت بصلة إلى فضيلة العدالة، مثلاً الشجاعة، العفة، الحكمة، غير أنه ينبغي الإعتراف بأن العدالة وحدها تحتل جزءاً من تصورنا الأخلاقي، فبالتالي تشكل جزءاً بالغ الأهمية من القيم الأخلاقية[3]. و عليه يمكن القول إن العدالة، و إن تقع على رأس الفضائل، إلا أنها لا تجتاح كل الفضائل، بل تبقى مستقلة مهما تكن درجة أهميتها.

بيد أن أرسطو ينظر إلى العدالة على أنها ذلك النظام الإجتماعي الذي يطابق النظام الكامن في الطبيعة بحيث يمكن التعرف عليه بالعقل من الطبيعة ذاتها، أو هي القانون المستمد من طبيعة الأشياء[4]، و بذلك يكون النظام الذي وضعته الطبيعة لتنظيم العلاقة بالمجتمع المنظم في دولة المدنية ليس إلا تصوير واقعي للعدالة عند أرسطو[5].

و يقول أرسطو في موضع آخر إن العدالة هي القيام بأعمال حسنة من أجل الغير، أي أن يضحي شخص ما بمصلحته من أجل الغير و ذلك بمحض إختيار عقله[6].

---

(1) د محمد علي الصافوري، النظم القانونية، المصدر السابق، ص(١٩٧ – ١٩٨).

(2) ينظر:

wojcich sadurski social justice and legal justice, obtainable on this site: http://www.jastor.org

(3) نفس المصدر السابق.

(4) د أحمد إبراهيم حسن، مفهوم القانون الطبيعي، المصدر السابق، ص(٦٥ – ٦٦).

(5) المصدر المذكور أعلاه، ص٦٦.

(6) أرسطوطاليس، علم الأخلاق إلى نيقوماخوس، المرجع السابق، ج٢، ص ١٠٨.

وفقاً لهذا الرأي، فالعدالة تعني الإيثار، و بعد هذا نجد أن أرسطو قد توصل من خلال منهج التحليل اللغوي إلى أن إصطلاح العدل في اللغة اليونانية يفيد معنيين أساسيين هما[1]:

المعنى الأول: هو المعنى الواسع للعدل والذي يعد فضيلة أخلاقية تختلط فيه بباقي الفضائل الأخلاقية.

المعنى الثاني: العدل بالمفهوم الخاص، و هو عبارة عن فضيلة محددة لا تختلط بغيرها من الفضائل و تتمثل بإعطاء كل فرد من أفراد المجتمع النصيب الذي يخصه، والعدل بهذا المعنى المحدد والدقيق له صورتان، العدل التوزيعي والعدل التبادلي[2].

أولاً / العدل التوزيعي:

هذا النوع من العدل يسود علاقات الأفراد بالمجتمع، فيما يتعلق بتوزيع الأعباء والحقوق، و وفقاً له يجب أن يتم توزيع الحقوق والأعباء على أعضاء الجماعة السياسية ليس على أساس المساواة المطلقة، بل على أساس المساواة التناسبية[3]، والتناسب ليس محدوداً على التخصيص بالعدد في وحدته و في تجرده، بل هو ينطبق على العدد على وجه العموم، لأن التناسب مساواة النسب و هو يتركب من أربعة حدود على الأقل[4].

---

(1) د محمد عبدالهادي الشقنقيري، محاضرات في تأريخ النظم القانونية والإجتماعية، القاهرة، ١٩٩٤، ج١، ص١٢.

(2) أرسطوطاليس، علم الأخلاق إلى نيقوماخوس، المرجع السابق، ج٢، ص٦٧.

(3) أرسطوطاليس، علم الأخلاق إلى نيقوماخوس، المرجع السابق، ج٢، ص٦٩.

(4) المرجع المذكور أعلاه، ج٢، ص(٦٩–٧٠).

فلا يجوز في العدل التوزيعي أن يعامل الناس على أساس المساواة الحسابية، و هم يختلفون بعضهم عن بعض في الملكية و في الدخل والقدرة والمكانة والحاجة[1]، فالتناسب داخل الجماعة لا يتم فقط بين الأشخاص والأموال بل يتم بين الأشخاص والوظائف[2]، فالعدل التوزيعي يجد مجاله الواسع، على وجه الخصوص في مجال شغل الوظائف إذ لا تعطى الوظيفة إلا لمن تتوافر فيه الشروط اللازمة لشغلها، من كفاءة و جدارة، و شروط أخرى[3]، و وفقاً لمبادئه كذلك يقتضي أن يكون مرتب الحاكم غير مرتب العامل، فالأجر يجب أن يتحدد بنسب تتناسب مع القدرة والكفاءة و طبيعة العمل[4]، ولكن كما لاحظ البعض بحق[5]، أنه إذا كان العدل التوزيعي لا يستلزم المساواة الحسابية المطلقة بين الأفراد داخل الجماعة إلا أنه يرفض في نفس الوقت عدم المساواة المطلقة بينهم، فالفروق بين الأفراد داخل المجتمع يجب أن تكون معقولة على أساس من الإعتدال.

و بالطبع فإنه من الواجب على المشرع أن يراعي الإعتدال في التوزيع و لا يستجيب إلا للمطالبات المعقولة، غير أنه لا يمكن للمشرع أن يقوم بهذه المهمة إذا

---

(1) للمزيد من التفصيل ينظر إلى كل من: د. حسن كيره، المدخل إلى القانون، المصدر السابق، ص(١٦١-١٦٢)؛ د. سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، المصدر السابق، ص١٤١؛ د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، المصدر السابق، ص(٢١٣-٢١٤)؛ مصطفى سيد أحمد صقر، فلسفة العدالة عند الإغريق و أثرها على فقهاء الرومان و فلاسفة الإسلام، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٨٩، ص(٨١-٨٣).

(2) ينظر:

Wojciech Sadurski, social justice, Ibid.

(3) ينظر: نفس المصدر المذكور أعلاه.

(4) د. حسن كيره، المدخل إلى القانون، المصدر السابق، ص١٦١.

(5) د. سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، المصدر السابق، ص١٤١.

لم يكن مستوحياً العدالة في عمله، و إلا يكون عمله يصبو لمصلحة طبقة معينة، لذلك إذا كان التشريع هو مجرد تعبير عن سيطرة طبقة معينة، فإن العدل التوزيعي يصبح مستحيل التحقيق، و بالتالي فإن التشريع يكون قد أتجه إلى الظلم حيث كان يجب عليه أن يحقق العدل[1].

ثانياً/ العدل التبادلي:

و يسمي أرسطو هذا العدل كذلك بالعدل المعوض أو الوازع، و هو يضبط علاقات الأفراد فيما بينهم سواء في العلاقات الإرادية أو في العلاقات اللاإرادية[2]، فالقاعدة أن كل العلاقات الفردية تخضع لقاعدة العدل التبادلي.

و يسمى العدل هنا تبادلياً لأن عمله يقع بمناسبة تبادل الأشياء والخدمات بين الأفراد داخل المجتمع و كذلك يسمى أيضاً (تصحيحياً) لأن مهمته تصحيح الإختلال في الذمم المالية الناتج عن إنتقال الأموال من ذمة إلى أخرى أو عن عمل غير مشروع، فدور القاضي في هذا العدل ينحصر في إعادة التوازن بين الذمم المالية أو تصحيح عدم التوازن الذي لحقها، سواء أكان ذلك ناتجاً عن إتفاق أو عن فعل ضار[3]، و بناءاً على ذلك يجب أن يرد المقترض إلى المقرض مقدار ما إقترض، و كذلك إذا تسبب شخص بخطئه في الإضرار بغيره كان مقتضى العدل التبادلي أن يلتزم الأول بإصلاح الضرر الذي أصاب الثاني و أن يكون التعويض مساوياً للضرر[4].

---

(1) المصدر المتقدم ذكره، ص١٤٢.

(2) أرسطوطاليس، علم الأخلاق، المرجع السابق، ج-٢، ص ٧٣.

(3) د. أحمد إبراهيم حسن، غاية القانون، ، المصدر السابق، ص ١٥٠.

(4) د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، المصدر السابق، ص ٢١١.

و يرتبط العدل التبادلي بالمساواة أيضاً، ولكن المساواة ليست تناسبية، بل مساواة حسابية مطلقة، دون أن تؤخذ في الحسبان صفات الأفراد و إختلاف شخصياتهم[1].

إذ يقول أرسطو (إذا تسبب عمل أو تصرف في خسارة مادية أو معنوية لشخص من الأشخاص، فإن العدل التبادلي يقضي أن يقوم الشخص الذي تسبب في الخسارة أو إستفاد منها بأن يرد للطرف الآخر ما يعادل هذه الخسارة بحيث يصبح كل من الشخصين بعد حدوث هذا التصرف في نفس المركز الذي كان عليه من قبل)[2].

و تعد فكرة العدل التبادلي الأساس الذي بنيت عليه العديد من أهم نظريات القانون، مثل نظرية العقد، والإثراء بلا سبب، والعمل غير المشروع، بل يمكن القول إنه لا توجد مسألة في نظريه الإلتزام لا يمكن ردها إلى هذه الفكرة[3].

و عليه يمكننا القول، إن مجال تطبيق العدل التوزيعي هو القانون العام، و مجال العدل التبادلي هو القانون الخاص، إذا سايرنا أولئك الذين يؤمنون بالتفرقة بين القانون العام والقانون الخاص.

---

(1) للمزيد من التفصيل ينظر إلى كل من: أرسطوطاليس، علم الأخلاق، المرجع السابق، ج٢، ص(٧٤ – ٧٥)؛ د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، المصدر السابق، ص(٢١١ – ٢١٢)؛ د. سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، المصدر السابق، ص(١٤٢– ١٤٣)؛ د. حسن كيره، المدخل إلى القانون، المصدر السابق، ص١٦٠؛ د. أحمد إبراهيم حسن، غاية القانون، المصدر السابق، ص١٥٠

(2) نقلاً عن: د. سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، المصدر السابق، ص(١٤١ – ١٤٢)، و هو بدوره، قد نقله من الترجمة الفرنسية لعلم الأخلاق أما الترجمة العربية والإنكليزية فلم أجد فيهما هذا النص منطوقاً، و إن وجد معنى.

- Wojcich sadurski, social justice, Ibid

(3) د. سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، المصدر السابق، ص ١٤٣.

بيد أنه إذا سلمنا بهذه التفرقة، و أخذ العدل التوزيعي موقعه في القانون العام، فهل ينحصر العدل التبادلي في القانون الخاص فحسب؟

الجواب سيكون بالنفي، لأن الكثير من مواضيع القانون الخاص يمكن أن نجدها في القانون العام قد أستمدت أحكامها من نفس الفكرة التي إعتمدها القانون الخاص في تناول و معالجة المسائل الداخلة في نطاقه، و خير مثال على ذلك مسؤولية الدولة عن أعمالها الضارة الدولية، و وبعض المواضيع الأخرى؛ فيرى البعض[1] إن العدل التبادلي لا تظهر فائدته إلا بعد أن يكون العدل التوزيعي قد تحقق بالفعل، و لهذا فإن العدل التبادلي هو الذي يحافظ على التوزيع الذي تم طبقاً لقواعد العدل التوزيعي، و من ثم فإن كل خلل في الذمم المالية و يكون موضعه التوزيع الذي تم طبقاً لقواعد العدل التوزيعي تتم إزالته عن طريق مبادئ العدل التبادلي أو التصحيحي.

إذا علم أن العدلين يقومان على المساواة، ولكن المساواة في العدل التوزيعي تناسبية، أما في العدل التبادلي حسابية مطلقة، و إذا علم أيضاً أن العدل التبادلي لا تظهر فائدته إلا بعد أن يكون العدل التوزيعي قد تحقق فعلاً.

بعد هذه نتساءل أين موقع العدالة من هذين النوعين من العدل؟ قد يظن لأول وهلة أن العدالة منقطعة الصلة تماماً بالعدل التبادلي لأن هذا النوع من العدل يستوجب مساواة حسابية بحتة في حين أن العدالة تستلزم التفضل.

صحيح أن العدالة تستلزم التفضل في معظم الأحيان، ولكنها في بعض الأحيان تتفق مع المساواة الحسابية المطلقة، كما سبق و أن أسلفنا بشأن الفرق بين العدل

---

(1) للمزيد من التفاصيل ينظر إلى كل من:

wojciech sadurski, social justice,Ibid.

والعدالة، إذا أدت المساواة إلى إرضاء الطرفين فهذا يعني أن العدالة والعدل قد تحققا معاً، ففي هذه النقطة يمكن أن يتحد العدل التبادلي مع العدالة.

بيد أن الصورة الأقرب إلى العدالة، هي العدل التوزيعي، إن هذا النوع و إن قلنا أنه يجد مجال تطبيقه بشكل واسع في القانون العام، إلا أنه لا يمكن حصره البتة في القانون العام فحسب، طالما نجد تطبيقاته في القانون الخاص كذلك، مثال على ذلك، نصت المادة (٢١٧) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ على أنه: (١- إذا تعدد المسؤولون عن عمل غير مشروع كانوا متضامنين في إلتزامهم بتعويض الضرر دون تمييز بين الفاعل الأصلي والشريك والمتسبب. ٢- ويرجع من دفع التعويض بأكمله على كل من الباقين بنصيب تحدده المحكمة بحسب الأحوال و على قدر جسامة التعدي الذي وقع من كل منهم، فإن لم يتيسر تحديد قسط كل منهم في المسؤولية يكون التوزيع عليهم بالتساوي).

المشرع العراقي في هذه المادة، قد أخذ في الفقرة الأولى بالعدل التبادلي، أما في الفقرة الثانية، فقد راعى أولاً العدل التوزيعي، أما إذا لم يتيسر للمحكمة تطبيق العدل التوزيعي فيصبح العدول إلى العدل التبادلي أمراً ملزماً لها، ففي هذه الحالة تصدر المحكمة حكمها بناءاً على مساواة حسابية مطلقة، دون الأخذ في الإعتبار مدى درجة مشاركة كل واحد منهم في إحداث هذا الضرر.

و تأسيساً على هذه أن العدالة و إن تشبه العدل التوزيعي إلى حد قد يظن المرء أنهما شئ واحد، غير أنها في الوقت نفسه و في بعض الأحيان تجد ضالتها في رحل العدل التبادلي.

صفوة القول إن هذه المفاهيم تترابط فيما بينها برابطة متينة و إنها تتكامل ببعضها البعض، إذ بدون هذا الترابط قد يتعذر على المرء فهمها والوصول إلى سبر أغوارها.

المطلب الثاني

العدالة من المنظور القانوني

لو ننظر إلى العدالة من منظور القانون الطبيعي، قد لا نجد معنى قانونياً واضحاً لها، لأن العدالة وفقاً للقانون الطبيعي لا تعدو أن تكون مبادئ عليا سامية مستمدة منه، و على المشرعين الوضعيين الإلتزام بهذه المبادئ عند ترجمتهم القانون الطبيعي إلى القانون الوضعي، و من هذه المبادئ، مبدأ حُسن النية، والوفاء بالإلتزام أو الوعد المعطى عن الإختيار، و مبدأ عدم الإضرار بالغير، و ما إلى ذلك، في حين أن القانون الطبيعي نفسه يكتنفه الغموض، بحيث لا تكد ترى إتفاقاً حول مفهومه و مضمونه[1]، هذا من جهة، و من جهة ثانية قد يعني القانون الطبيعي الشعور بالعدالة، والعدالة قد تعني المساواة، فهناك ربط أكيد بين العدالة والقانون الطبيعي[2] لذلك أنه ليس بالإمكان العثور على معنى قانوني واضح للعدالة في نطاق القانون الطبيعي، فالمسألة هنا ترتبط بالفلسفة أكثر من أرتباطها بالقانون، لأن البحث عن القانون الطبيعي بحد ذاته يعد من المسائل الفلسفية الشائكة والمتشعبة التي قد لا تسهل على الباحث معرفة كنهها والوصول إلى سبر أغوارها، فالبحث في نطاق مسألة كهذه سعياً للعثور على معنى قانوني واضح للعدالة قد لا يسعفنا بشيء

---

(١) للمزيد من التفصيل ينظر إلى كل من: مشكاة صبيح عبد علي المؤمن، مبادئ العدل والإنصاف كمصدر للقانون الدولي العام، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون جامعة بغداد، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م، ص ٥٧ و ما بعدها؛ د. منذر الشاوي، فلسفة القانون، المصدر السابق، ص ١٠٧ و ما بعدها؛ د. أحمد إبراهيم حسن، مفهوم القانون الطبيعي عند فقهاء الرومان، المصدر السابق.
A.P.D'Entreves, Natural Law, May Flower Press, Britain, P2,1952, p17.

(٢) د. منذر الشاوي، فلسفة القانون، المصدر السابق، ص١١١.

في هذا المضمار، لذلك نعدل عن القانون الطبيعي متوجهين إلى ما يسمى بالقانون الوضعي.

يرى أنصار مذهب القانون الوضعي، أنه ليس هناك قانون إلا القانون الوضعي، أي أن القانون هو ما يضعه المشرع في مكان ما و في زمان من الأزمنة، والبعض منهم يربطون وجود القانون بوجود الدولة، إذ يقولون إن القانون لا يعدو من أن يكون مجموعة من القواعد التي تضعها الدولة لتثبت بها سياساتها، بالرغم من أنه هناك إختلاف طفيف بين أنصار المذهب الوضعي للقانون، إلا أنهم متفقون على نقطة جوهرية واحدة، و هي الأساس الوضعي للقانون، أي لا قانون خارج القانون الوضعي[1].

و عليه فإن العدالة في منظومة القانون الوضعي ليست إلا ما يراه المشرع عدلاً أو أنه عدالة و يعتبره أو يعده كذلك، و قد يناط هذا الأمر في بعض المجتمعات للقاضي مثل على ذلك المجتمع الإنكليزي[2].

فعليه إذا عد المشرع أخذ الفائدة أمراً عادلاً، فإنه يعد كذلك و على الجميع أن يخنعوا له، أو مثلاً إذا أورد نصاً بموجبه يمكن أن يسجن المدين أو يقتل كما كان في الماضي، فإنه يعتبر أمراً عادلاً، أو إذا قضى على مبدأ حسن النية في التعاقد أو أرهق العقد بشكليات و مراسيم لاطائل تحتها، أو إذا أجاز الإثراء على حساب الغير، فيعتبر كل ذلك عدلاً و عدالة وفقاً لتفسير المذهب الوضعي للقانون. و هذه النظرة

(1) للمزيد من التفصيل ينظر: د. حسن كيره، المدخل إلى القانون، المصدر السابق، ص ٩٠ و ما بعدها؛ د. منذر الشاوي، فلسفة القانون، المصدر السابق، ص ٢٩ و ما بعدها؛ د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، المصدر السابق، ص(١٧٤–١٧٨)؛ د. سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، المصدر السابق، ص ١٠٩ و ما بعدها.

(2) د. سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، المصدر السابق، ص ١٨٥.

للقانون منبتة الصلة بآراء المتكلمين من الأشاعرة، لأن الأشاعرة يقولون إن الله يفعل ما يريد، و ما فعله الله أو يفعله فهو عدل، و ليس عليه الأصلح للعباد كما يقول به المعتزلة، و إنما العدل تعبير عن إرادة الله، والإنسان مكلف بما هو مقدر أن يكون عادلاً[1].

و القانون عند الأشاعرة يتكون من مجموعة الأوامر التي قد صدرت من ذات الله، أي ما شرعه و وضعه و لا يوجد قانون آخر خارجه، غير أننا نعتقد أن الأشاعرة قالوا بهذا الرأي تعظيماً لله سبحانه و تعالى، و إظهاراً لإرادته و سلطانه في مواجهة المعتزلة الذين كانوا يحاولون أن يقنعوا الناس بحاكمية العقل، و وجوب الأصلح على الله.

إذن، إذا جاز لنا أن نحلل منشأ آراء الأشاعرة، فنقول إن هذه الآراء قد جاءت بدافع الورع الديني تقديساً لذات الله جل و علا، ولكن قد تعرضت من بعدهم للإستغلال في تبرير سلطان البشر و تقديس السلاطين و تبرير الإستبداد والأنظمة الشمولية والدكتاتورية؛ و هناك مسألة أخرى هي العلاقة بين الشرعية والعدالة، بمعنى هل كل ما هو عادل فهو شرعي أم العكس كل ما هو شرعي فهو عادل؟ يمكن القول بالنسبة لأفلاطون، أن كل ما هو عادل فهو شرعي فالقانون والعدالة صنوان[2]؛

(1) للمزيد من التفصيل ينظر إلى كل من: د. مصطفى إبراهيم الزلمي، فلسفة الشريعة الإسلامية، مسحوبة بالرونيو، دون سنة و لا مكان النشر، ص٢٥ و ما بعدها؛ د. مجيد خدوري، مفهوم العدل في الإسلام، ترجمة: دار الحصاد، دار الكلمة للنشر والتوزيع، سوريا، ط١، ص٧٧؛ فلسفة إبن رشد مشتملة على كتابين ١- فصل المقال فيما بين الحكمة والشريعة من الإتصال و ذيله. ٢- الكشف عن مناهج الأدلة في عقائد الملة، مكتبة المحمودية التجارية، مصر، ص(١١٣–١١٤).

(2) د. أحمد إبراهيم حسن، مفهوم القانون الطبيعي، المصدر السابق، ص ٥٣.

أما السفسطائيون فإنهم يقولون، كل ما هو شرعي فهو عادل[1]، فلا توجد عدالة إلا تلك التي تقررها القوانين بهدف تحقيق النفع والمصلحة العامة للمدينة[2]؛ إذن، فالعدالة مرتبطة بالمصلحة التي تحميها، إذ ليست لها قيمة ذاتية[3]، و هناك رأي آخر يذهب إلى القول (إن كل ما هو عقدي فهو عادل)[4]؛ فإذن، نجد تحت تأثير فكر السفسطائيين و إستغلال آراء الأشاعرة من المتكلمين المسلمين، ينظر إلى العدالة على أنها ما يراه المشرع عادلاً كما أسلفنا، فمثلاً يقول (أوستن) إن (هوبز) كان على حق حينما أكد أن القانون يستحيل أن يكون ظالماً، لأن القانون الوضعي هو معيار العدالة القانونية، هو مناط الحكم على الأشياء فكيف يمكن أن يوصف بأنه عادل أو ظالم، في حين هو نفسه يميز العدل من الظلم[5]، بيد أنه يرى بعض الباحثين[6] أنه لا يحق لأحد أن يحجز العدالة في قانون مكتوب.

و في القانون الروماني نجد أن العدالة قد عرفت بأنها: (حمل النفس على إيتاء كل ذي حق حقه، والتزام ذلك على وجه الثبات والإستمرار)[7]، فالعدالة بهذا المعنى

---

(1) المصدر المتقدم ذكره، ص ١١٠

(2) المصدر المتقدم ذكره، ص ٣٢.

(3) المصدر المذكور أعلاه، ص ٣٤.

(4) ينسب هذا القول إلى الاستاذ (Fouille) في الشطر الثاني من القرن التاسع عشر. ينظر: د. محمد محسوب، أزمة العدالة العقدية في القانون الروماني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م، ص١٣.

(5) ينظر: د. ثروت أنيس الأسيوطي، فلسفة القانون في ضوء التأريخ الاقتصادي والإجتماعي، مطبعة التحرير، بغداد، ١٩٧٦، ج٤، ص٨٥

(6) د. أحمد إبراهيم حسن، مفهوم القانون الطبيعي، المصدر السابق، ص ٢٧

(7) مدونة جستنيان، السابق الإشارة إليها.

توازن بين الحقوق تحمل النفس عليه و تلزم به دوماً، أما ما هو الحق؟ فلم تعرفه المدونة.

مما لا شك فيه أن تعريف الحق هو من قبيل التعاريف العويصة التي قد ترهق الباحث، و مرد هذا أن الحق كالعدالة موطن الإختلاف والتباين بين وجهات النظر، مما أدى إلى وجود أكثر من تعريف و مفهوم لهما.

غير أنني في هذا المقام أكتفي بذكر بعض التعريفات للحق، دون الخوض في غمار الأفكار والآراء التي قيلت بشأن الحق.

يقول (إيمانويل كانت) إن الحق هو الأوضاع التي تنشأ من التصرفات الإختيارية التي تجري بين الأشخاص بعضهم ببعض وفقاً للقانون العالمي للحرية[1]، و هذا إن كان تعريفاً فليس بتعريف واضح، لأنه قد عرف الحق بأنه أوضاع، أما ما هي الأوضاع؟ فلم يجيب (كانت) على هذا السؤال، ولكن يعود الفضل لـ(كانت) في أنه قد جعل التصرفات الإختيارية أساساً و مصدراً للحق، و عليه ووفقاً لما قال به (كانت)، إن جميع التصرفات الإجبارية لا تنشيء أي حق، فمثلاً الإكراه، لا ينشيء حقاً من الحقوق للمكره (بكسر الراء) و في الوقت نفسه لا يرهق المكره (بفتح الراء) بإلتزام، أما قوله وفقاً للقانون العالمي الحرية، فيعني حرية الفرد المطلقة، و يمكن أن يوصف هذا القول بأنه يؤدي إلى إستغلال القوي للضعيف و ما يترتب على ذلك من النتائج التي قد لا تتلائم مع العدالة، إذن، هنا تتدخل العدالة حتى في تعريف الحق و تقتضي ألا تكون الإرادة حرة مطلقة، بل ينبغي أن يحدها بعض القيود ليضمن حسن التنظيم والإنسجام بين التصرفات الإختيارية أو أصحابها، فهكذا تتجلى أهمية العدالة.

---

(1) ينظر:

Immanuel Kant, the philosophy of law, Ibid, p. p 45-54.

و كذلك قد عرف الحق بأنه: (تلك الرابطة القانونية التي بمقتضاها يخول القانون شخصاً من الأشخاص على سبيل الإنفراد والإستئثار التسلط على شيء أو إقتضاء أداء معين من شخص آخر)[1]، ربما قد يعاب على هذا التعريف، في أن الحق قد لا يكون رابطة قانونية، بل و إنما يكون ميزة أو صلاحية، ولكن مع هذا يمكن الإعتراف بأن هذا التعريف، تعريف قانوني بحت، ينطبق على غالبية الحقوق التي تناولها القانون ونص عليها، إن لم نقل جميعها، و عليه و في باب الترجيح نسلم بهذا التعريف و نجعله أساساً للحقوق التي يتم التوازن بينها عند تعريف العدالة الذي قال به جستنيان في مدونته.

من المتفق عليه أنه في المجتمع الروماني كان هناك قانونين، قانون يخص الرومان فقط و هو القانون المدني أو قانون المدينة إشارة لمدينة (روما) الذي يعتني بتنظيم شؤون الرومانين فيما بينهم فحسب دون أن يتعدى حكمه إلى الأجنبي، و بجانب هذا القانون كان هناك قانون آخر الذي يعتني بتنظيم شؤون الأجانب بعضهم ببعض، أو تنظيم العلاقة فيما بين الأجنبي والروماني و هذا القانون يسمى بـ(قانون الشعوب)، و في البداية أعتقد الرومان أن قانون الشعوب، هو مصدر العدالة و إعتبروه كذلك، ولكن بعد أن وجدوا في هذا القانون أحكاماً لا تتناسب و لا تتلائم مع العدالة مثل ذلك إجازته للرق، فهذبوه تحت تأثير الفلسفة اليونانية، خاصة فلسفة الرواقيين، و جعلوه يطابق العدالة تحت مسمى جديد و هو القانون الطبيعي، فأعتبروا القانون الطبيعي مصدراً للعدالة في نهاية المطاف[2].

---

(1) د حسن كيره، المدخل إلى القانون، المصدر السابق، ص ٤٤١.

(2) للمزيد من التفصيل ينظر إلى كل من: د عبد الرحمن البزاز، الموجز في تأريخ القانون، المصدر السابق، ص(١٠٤ – ١٠٨)؛ د عبد الرحمن البزاز، مبادئ القانون المقارن، المصدر السابق، ص(١٣٣– ١٣٤)؛ د عبد السلام الترمانيني، الوسيط في تأريخ القانون، المصدر السابق، ص(٦٤٧– ٦٥٠)؛ د.

و كان للعدالة دور بارز في القانون الروماني و قد عملت على تهذيب القانون المدني، و فعلاً قد أدخلت فيه جملة من التطورات والتعديلات التي تشهد على أن القانون المدني بحق مدين للعدالة في ظهوره حاوياً الأحكام التي قد لا توجد في القوانين التي قد سبقت القانون الروماني، أو حتى في بعض القوانين التي أعقبته، و من هذه التعديلات والتطورات[1]:

أ- إيجاد مبدأ حسن النية.

ب- القضاء على الشكليات.

ج- منع الإثراء غير المشروع على حساب الغير.

د- عدم التقيد بحرفية النصوص.

ه- مبدأ المساواة أمام القانون.

و- الإعتراف بالحقوق الناشئة عن صلة الدم.

ز- مبدأ التناسب بين الغرم والغنم.

ح- العبرة في التصرفات القانونية بالمعاني لا بالالفاظ والمباني.

و كذلك يذهب بعض الباحثين إلى القول إنه يمكن التعرف على أثر العدالة في المبادئ الثلاثة التي يقوم عليها القانون الروماني و هي[2]:

أولاً: الحياة وفقاً للطبيعة أو بعبارة أخرى طبقاً للعقل.

عبد المجيد محمد الحفناوي و د عكاشة محمد عبد العال، تأريخ النظم الإجتماعية، المصدر السابق، ص(٢٥٠– ٢٥٣).

(1) ينظر إلى كل من: د عبد الرحمن البزاز، الموجز في تأريخ القانون، المصدر السابق، ص(١٠٩– ١١٠)؛ د عبد المجيد الحفناوي ود عكاشة، تأريخ النظم الإجتماعية، المصدر السابق، ص(٢٥٣– ٢٥٦).

(2) ينظر: د عبد السلام الترمانيني، الوسيط في تأريخ القانون، المصدر السابق، ص ٦٥٣.

ثانياً: عدم الإضرار بالغير.

ثالثاً: إعطاء كل ذي حق حقه.

حيث يرى صاحب هذا الرأي، أن المبدأ الأول يحدد سلوك الإنسان طبقاً لما هو (فاضل)، وبذلك تكون الأخلاق في نظر مشرعي الرومان، هي أساس للحق نفسه، أما المبدأ الثاني، فينظم سلوك الإنسان مع الآخرين، و يقوم على إحترام حقوق الغير و عدم الاضرار به، والمبدأ الثالث، يقضي برد الحقوق إلى أهلها، و هو يعني إحترام الملكية و إحترام الإلتزامات[1].

و على أساس هذه المبادئ، أقر المشرع الروماني طائفة من القواعد العامة[2]، و ما زال معظمها أساساً للقوانين في العصر الحاضر، منها:

١) لايحق لأحد إتيان فعل تأباه مكارم الأخلاق.

٢) ما تعدى آخذ بحقه. (الجواز الشرعي ينافي الضمان)

٣) الأصل عدم إعتبار أحد مسيئاً. (الأصل براءة الذمة).

٤) لا يخلق الإنسان بنفسه سنداً لنفسه.

٥) البينة على من إدّعى.

٦) لا سلطان لنظير على نظيره.

٧) أول الواجبات كف الأذى عن الناس.

٨) الكفاح لدفع الضرر خير منه لجلب النفع. (درء المفاسد أولى من جلب المنافع)

---

(١) ينظر: المصدر المتقد ذكره، ص ٦٥٣.

(٢) هذه القواعد قد وردت في الملحق الثاني من مدونة جستنيان، السابق الإشارة إليها، ص(٣٦٥-٣٧٥).

٩) لا شيء أخلق بالضمير الإنساني من الوفاء بالعقود.

١٠) إذا كان النص غامضاً فالواجب تأويله على الوجه الذي يجعله مفيداً، دون الذي يجعله لغواً. (إعمال الكلام خير من إهماله).

و من كل هذه نستشف معنى العدالة في القانون الروماني، و هذا المعنى يتمثل في نظرنا، في الحياة طبقاً للعقل، هذا يستوجب عدم الإضرار بالغير و إعطاء كل ذي حق حقه.

إذن، نتوصل إلى أن العدالة في القانون الروماني لم تكن إلا الحياة طبقاً للعقل، و ما يترتب على ذلك من المبادئ والأحكام والقواعد.

أما بشأن القانون الإنكليزي، فإنه من الضروري قبل الولوج في مناقشة تقصي معنى العدالة في هذا القانون، أن نشير إلى أن العدالة في التفكير الإنكليزي، تتضمن عنصرين أساسيين و هما عنصر إيجابي يتمثل في الإعتراف بأنه لكل شخص الحق، في المطالبة بعدم إعتراضه في ممارسة نشاطاته والتمتع بالإمتيازات التي تأتيه، و عنصر سلبي متمثلاً بالمشاعر التي تقضي بأنه يكون للآخرين نفس الحق في المطالبة باحتياجاته[1]، أي من يطالب بالعدالة عليه أن يكون عادلاً (Who he seeks equity must do equity) كما قال به الإنكليز[2].

العدالة في تأريخ القانون الإنكليزي لها شأن واضح، حيث أتخذت في هذا القانون صفة خاصة، فأصبحت مبادئ قانونية مستقلة قائمة إلى جانب أحكام القانون

---

(١) ينظر:

Herbert Spencer, Justice, London,1891, P. 31.

(٢) ينظر:

G. W. Keeton, An Introduction to Equity, London, 1938, p. p 40 -140.

العادي[1]، و بذلك أضحى للقانون الإنكليزي منذ القرن الثالث عشر كيان مزدوج فهو يضم قواعد (القانون العمومي Common Law) التي قررتها محاكم (ويستمنستر الملكية)، و هو يضم كذلك قواعد العدالة التي قررتها محكمة المستشار، و هنا نرى أن وظيفة المستشار تقترب من وظيفة البريتور الروماني، فكلاهما كانا يعملان على تطبيق العدالة حين لا يمكن تطبيق القانون أو حين يكون تطبيقه جائراً[2].

فكانت هناك ثنائية سائدة في إنكلترا بالنسبة للقانون و حتى المحاكم إذ هناك قانونان، القانون العمومي (Common Law)و قانون العدالة (Equity Law)، و كذلك كان قد وجد نوعان من المحاكم، المحاكم العادية و محاكم العدالة، و في حالة التنازع كانت الكلمة السديدة لقانون العدالة و لمحاكمها[3].

---

(1) ينظر: د عبد الرحمن البزاز، الموجز في تأريخ القانون، المصدر السابق، ص ١١١.

(2) ينظر إلى كل من: مشكلة صبيح عبد علي المؤمن، مبادئ العدل والإنصاف، المصدر السابق، ص(١٩-٢١)؛ د عبد الرحمن البزاز، أبحاث و أحاديث، المصدر السابق، ص١٢٤.

(3) بعد أن كان القانون العمومي مرهقاً بإجراءات شكلية تؤدي في معظم الأحيان إلى الظلم، أخذ الناس يلجأون إلى الملك و يرفعون إليه ظلاماتهم ملتمسين عنده العدل والإنصاف، و أخذ الملك يتقبل الالتماسات والظلامات في مجلسه الخاص و يقضي فيها بالعدالة المطلقة، ولكنه بعد ذلك أوكل مستشاره لهذه المهمة، فأخذ يحيلها إليه نظراً لإنشغاله بأمور بلده السياسية خاصة بعد نشوب الحرب الأهلية بين (عائلة يورك york) و عائلة (لانكستر Lancastre) و عرفت بالحرب (الوردتين) لأن إحدى هاتين العائلتين أتخذت شعاراً لها وردة حمراء والأخرى أتخذت شعاراً لها وردة بيضاء، و قد إنتصرت عائلة لانكستر و تولى هنري السابع (تودور tudor) عرش إنكلترا عام ١٤٨٥م. أما المستشار، فإنه بدوره يرد الشكوى التي يراها غير محقة و إذا رآها محقة فإنه لا يمس القانون و لا يمنع المحاكم الملكية من ممارسة إختصاصها ولكن يأمر الخصم ألا يرفع الدعوى أمامها إن لم يكن قد رفعها. و إذا كان قد رفعها، قبل الشكوى و حصل على حكم رآه المستشار جائراً

فكانت قواعد العدالة تستطيع تعديل قواعد القانون العمومي، فالحق الذي يستند إلى قواعد القانون العمومي، يمكن أن يبطل لتعارضه مع الحق الذي يستند إلى قواعد العدالة[1].

و بالنسبة لمعنى العدالة في القانون الإنكليزي، فينبغي التمييز بين معناها قبل القرن الثامن عشر و بين معناها بعد القرن الثامن عشر و بالتحديد بعد عهد اللورد (نوتنكهام Lord Nottingham) واللورد الدن (Lord Elden) حيث من هذا العهد أتخذت العدالة شكلاً مختلفاً مما عليه في السابق، و إستحالت من مبادئ سامية تستند إلى وحي الضمير، والعدل المطلق، إلى قواعد جامدة، قائمة إلى جانب

فإنه يأمر الخصم إلا يتمسك بما نال من كسب تأباه العدالة، فإذا خالف الخصم عن أمره، أمر بحبسه و حجز أمواله حتى يفيء إلى الصواب، و بهذا قد نشأ قانون العدالة بجانب القانون العمومي و كذلك قد نشأت محكمة العدالة إلى جانب المحاكم العادية، و في عام ١٨٧٣ صدر قانون القاضي الذي نص في أحد مواده على أنه: (في كل الحالات التي يوجد فيها تضاد أو إختلاف بين أحكام القانون العمومي و أحكام قواعد العدالة، يجب أن تسود فيها قواعد العدالة) و بهذا قد إنتصر قانون العدالة. للمزيد من التفصيل ينظر إلى كل من: د عبد الرحمن البزاز، مبادئ القانون المقارن، المصدر السابق، ص(١٣٥-١٤٢)؛ د عبد الرحمن البزاز، مبادئ أصول القانون، المصدر السابق، ص(١٤٦- ١٤٨)؛ د عبد الرحمن البزاز، أبحاث و أحاديث، المصدر السابق، ص(١٢٤-١٢٦)؛ د عبد الرحمن البزاز، الموجز في تأريخ القانون، المصدر السابق، ص(١١٠-١١٣)؛ د عبد السلام الترمانيني، القانون المقارن والمناهج القانونية الكبرى المعاصرة، جامعة الكويت، ط٢، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م، ص(١٨٩-١٩٨)؛ د. عبد السلام الترمانيني، الوسيط، المصدر السابق، ص(٦٥٥-٦٥٧)؛ د. عبد المجيد محمد الحفناوي ود عكاشة، تأريخ النظم، المصدر السابق، ص(٢٥٧-٢٦٠)؛ مشكلة صبيح عبد علي المؤمن، مبادئ العدل، المصدر السابق، ص(١٩- ٢٧).

(1) ينظر:

William Geldart, Introduction to English Law, Ninth edition, oxford university press,1985, p18.

القانون العادي[1]، و كانت العدالة قبل القرن الثامن عشر مستوحاة من قوانين الكنيسة أو من القانون الروماني أو من مبادىء القانون الطبيعي، لأن المستشارين كانوا رجال الدين البارزين المثقفين بثقافة العصور الوسطى المطبوعة بالفلسفة اليونانية فكانوا يلتقون مع القوانين الأوربية في نظرتهم للعدالة[2]، ولكن على الرغم من ذلك كانوا يؤثرون أن يرجعوا أحكامهم إلى ضمير الملك وفقاً للمبدأ الشائع عندهم (إن العدالة تنبع من ضمير الملك Equity flows from the conscience of the king)، و صاحب التاج في زعمهم و تصورهم هو الحامي للضعفاء والفقراء و هو مصدر الخير والإحسان و منبع العدل والإنصاف كائناً من كان ذلك الملك، حتى و إن كان ضعيفاً كالملكة (حنة Anne)، أو شريراً كالملك (جون John)، أو مستبداً كالملك (هنري الثامن)[3].

و هذا يدل على أن العدالة في القانون الإنكليزي حتى القرن الثامن عشر كانت في باطنها لها معنى ديني، و إن تظهر في صورة ضمير الملك، لكنها في الحقيقة مستوحاة من القانون الكنسي المبني على العقل أو من القانون الروماني الذي تعني العدالة فيه التصرف طبقاً للعقل، أو مستقاة من مبادئ القانون الطبيعي، التي تعمل إلى إعمال العقل والحكم وفقاً للعقل.

إذن، خلال هذه الفترة الزمنية الطويلة أي من القرن الثالث عشر إلى القرن الثامن عشر كانت العدالة في القانون الإنكليزي تعني العمل أو التصرف طبقاً

(1) ينظر: د. عبد الرحمن البزاز، أبحاث و أحاديث، المصدر السابق، ص ١٢٦.

(2) للمزيد من التفصيل ينظر إلى كل من: د. عبد الرحمن البزاز، أبحاث و أحاديث، المصدر السابق، ص(١٢٤-١٢٦)؛ د. عبد السلام الترمانيني، القانون المقارن، المصدر السابق، ص١٩٣.

(3) ينظر: د. عبد السلام الترمانيني، القانون المقارن، المصدر السابق، ص(١٩٣-١٩٤)؛ د. عبد الرحمن البزاز، أبحاث و أحاديث، المصدر السابق، ص١٢٥.

للعقل، دون التقيد بحرفية النصوص الجامدة الموجودة في (القانون العمومي) و هو نفس المعنى الذي كان تؤديه في القانون الروماني كما سلف و أن لاحظنا.

أما بعد القرن الثامن عشر أصبحت العدالة، قواعد جامدة قائمة إلى جانب القانون العادي، متممة له و مستقلة عنه ولكنها ليست أقل شدة و لا تحرجاً من القانون ذاته، بل أنها فقدت ما كان لها من أصالة حين أقرت المبدأ القائل (العدالة تتبع القانون Equity Follows the law)[1]، و بهذا أخذ نطاق العدالة يتضايق، و أقحمت من قبل مجلس اللوردات[2]، بدلاً من القاضي فلم يعد يستطيع القاضي أو المستشار أن يتحكم بطليق إرادته و عقله بداع العدالة، بل أصبحت العدالة شيئاً مكملاً للقانون العمومي، لا يمكن الإلتجاء إليه، إلا في الأحوال التي كان القانون المذكور قد سمح فيها، زد على ذلك صار من المشترط في المستشار أن يكون قانونياً بعد أن كان من رجال الدين البارزين، لذلك قد تقلصت السلطات القضائية المطلقة التي يتمتع بها المستشار رويداً رويداً[3]، و بذلك أصبحت العدالة منقطعة الصلة بالضمير، و باتت محجوزة في قانون معلوم جامد يعرف العوام من الناس أحكامه.

فصارت العدالة مجموع القواعد التي يراها مجلس اللوردات أنها عادلة، أي عدالة وضعية إن صح الوصف مشتملة على حكم عدة حالات محددة، بعد أن كانت عدالة طبيعية مستندة إلى العقل و معيناً يستقى منه حكم مجموع الحالات جميعاً.

(1) المصدر المتقدم ذكره، ص ١٢٦.

(2) يجمع مجلس اللوردات بين وظيفتي التشريع والقضاء. للمزيد من التفصيل ينظر: د. عبد السلام الترمانيني، القانون المقارن المصدر السابق، ص٢١٦.

(3) ينظر: د. عبد الرحمن البزاز، مبادئ القانون المقارن، المصدر السابق، ص ١٣٨.

و من حكم العدالة في القانون الإنكليزي، هو (أن العدالة تنظر إلى القصد لا إلى الشكل الظاهر Equity looks to the intention and not to the form)، و هذه شبيهة بما قرره القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ في مادته (١٥٥) الفقرة الأولى: (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني)، المنقولة من المجلة الأحكام العدلية، و من حكمها أيضاً (تفترض العدالة وجود قصد للقيام بتنفيذ الإلتزام) (Equity imputes an intention to FulFill an obligation) و هذه الحكمة شبيهة بالقاعدة الكلية القائلة: (أعمال الكلام أولى من إهماله، لكن إذا تعذر أعمال الكلام يهمل)[1].

و كذلك قد تتشابه الحكمة المذكورة مع نص الفقرة الثانية من المادة (١٣٢) من القانون المدني العراقي، الذي يقول: (و يفترض في كل إلتزام أن له سبباً مشروعاً و لو لم يذكر هذا السبب في العقد ما لم يقم الدليل على غير ذلك)[2]، والأمثلة كثيرة على دور العدالة في القانون الإنكليزي منها[3]:

١) كانت دعوى تنفيذ العقد تنفيذاً عينياً غير مسموعة، بموجب أحكام القانون العمومي حتى و لو كان التنفيذ العيني ممكناً، فهنا كان يلجأ الدائن إلى محكمة المستشار فيحصل على حكم بإلزام المدين بالتنفيذ العيني، و في هذه الحالة لم يخالف المستشار حكم القانون العمومي و إنما عالج حالة لا يقدر القانون على معالجتها.

---

(1) المادة (١٥٨) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ النافذ حالياً.

(2) لتفاصيل شرح هذه الحكم يمكن الرجوع إلى هذا الكتاب:

- G. W. Keeton, An Introduction to Equity, Ibid ,p. p 50 -140.

(3) هذه الأمثلة مأخوذة من: د. عبد السلام الترمانيني، القانون المقارن، المصدر السابق، ص(٢٠٥-٢١٤)؛ د. عبد الرحمن البزاز، مبادئ أصول القانون، المصدر السابق، ص١٤٧.

٢) لا يعدّ القانون العمومي الإكراه المفسد للرضى إلا إذا كان مادياً و لا يأخذ بالإكراه المعنوي أو الأدبي، ولكن المستشار تدخل و جعل الإكراه المعنوي مفسداً للرضى أيضاً.

٣) لكن خير مثل يضرب لدور العدالة في القانون الإنكليزي هو نظام الترست (trust الإئتمان أو الثقة)، و ملخصه، إذا وثق شخص بشخص آخر و سلمه مالاً ليقوم بإدارته و إستثماره لمصلحة شخص ثالث ليدفع إليه وارداته و ريعه، فإن هذا الشخص المؤتمن (trustee) يعد في نظر القانون العمومي مالكاً ما دام قد تسلم المال أو إنتقل إليه بالطريق القانوني، و لا يسأل إذا تخلف عن القيام بتعهده، أما المستشار فكان يلزمه بتنفيذ تعهده، فالمستشار لم يخالف حكم القانون العمومي و لم ينكر ملكية (المؤتمن) ولكنه تمم هذا القانون حين ألزمه بتنفيذ ما تعهد به.

و كذلك أود أن أشير إلى أن القضاء في الولايات المتحدة يأخذ بالعدالة في كل ما لا ينص عليه القانون و يتوسع به في قضايا إبطال الزواج و في الطلاق والوصايا، فهذه القضايا تخضع في الولايات المتحدة لقضاء العدالة[1]، و أخيراً، يرى الشيوعيون أن العدالة هي تلبية متطلبات الجماعة، دون الأخذ بشكلية القانون، و للقاضي أن يحكم بمقتضى العدالة متغاضياً الشكلية الموجودة في القانون[2]، هذا يعني إن كانت متطلبات الجماعة تقتضي أن يحرم الوارث من تركة مورثه، فيحكم القاضي بذلك و يسميه العدالة، فهذا المعيار (أي متطلبات الجماعة) لوحده لا يعطينا صورة إيجابية للعدالة، إذا لم يؤيده معيار العقل، و يمتزج بمعيار آخر و هو مصالح الأفراد داخل المجتمع الذي يتكون منهم.

---

(1) ينظر: د. عبد السلام الترمانيني، القانون المقارن، المصدر السابق، ص٢٥٥.

(2) المصدر المتقدم ذكره، ص٣١١.

إذن، بإمتزاج معياري العقل والمصلحة (فردية و جماعية) تتبلور لنا صورة واضحة للعدالة، و عليه فالعدالة هي ما يحكم به العقل والذي يوازن بين المصالح و يحقق أجدرها بالتحقيق، و تحديد هذه الجدارة يعود للعقل أيضاً.

إذن، العقل هو المعيار والمقياس في تحديد أمر العدالة، و في هذا الشأن يرى الفقيه الإنكليزي (بلاكستون Blackston) إن طبيعة الأشياء تحوي قواعد للعدالة سابقة على كل تشريع، قواعد سرمدية أبدية عن الخير والشر، يستطيع العقل الإنساني إكتشاف هذه القواعد، كالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، و إعطاء كل ذي حق حقه، و قوانين الطبيعة هذه قديمة قدم الإنسانية أملاها الله على البشر و تعلو كل تشريع وضعي[1].

(1) نقلاً عن: د. ثروت أنيس الأسيوطي، فلسفة القانون، المصدر السابق، ج٤، ص٣٠.

المطلب الثالث

العدالة في الشريعة الإسلامية

إن الوقوف على معنى العدالة و كشف أبعادها في الشريعة الإسلامية يتطلب تناولها من الناحيتين الفلسفية والفقهية، و ذلك في فرعين مستقلين كالآتي:

الفرع الأول

العدالة في الفلسفة الإسلامية

نعني بالفلسفة الإسلامية هنا، آراء المتكلمين بشأن العدالة و هذه الآراء تتوزع على ثلاث إتجاهات، إتجاه عقلي بحت تقوده المعتزلة، و إتجاه نصي بحت يتمثل في آراء الأشاعرة، و إتجاه توفيقي بين العقل والنص للماتريدية، و بيان كل إتجاه من هذه الاتجاهات، فيما يتعلق بالعدالة يتطلب، تفريده بالتناول في مقصد مستقل كما يأتي:

المقصد الأول

العدالة عند المعتزلة

أجمع المعتزلة على القول بالتحسين والتقبيح العقليين، و يريدون بذلك أن الأفعال في ذواتها –و مع غض النظر عن أوامر الشرع و نواهيه– متصفة بالحسن والقبح، و أرادوا بالحسن كون فاعله لا يستحق الذم عند العقل، و بالقبح كونه يستحق ذلك[1]، و إتفاقهم هذا لم يمنع من وجود إختلاف بينهم فيما يتعلق بتفسير

(1) هاتم إبراهيم يوسف، أصل العدل عند المعتزلة، تقديم، د. عاطف العراقي، دار الفكر العربي، ط١، ١٤١٣هـ-١٩٩٣م، ص(٩١-٩٤).

علاقة الحسن والقبح بالفعل، هل هما وصفان ذاتيان للأفعال، أم أن القبيح وحده يتضمن صفة حقيقية للقبح دون الحسن، إذ يكفيه لحسنه إنتفاء الصفة المقبحة، كما هو رأي أبي الحسين البصري؟ أم أن الفعل يحسن و يقبح لوجوه و إعتبارات كما هو رأي الجبائيين؟

ولكن مع كل هذه الإختلافات إلا أنهم متفقون على أن منشأ الحسن والقبح لا يتعدى الفعل ذاته، بمعنى أن للأفعال قيمة خلقية في ذاتها، فلا يبحث عن المقياس الخلقي للفعل خارج الفعل بل في ذات الفعل[1] و لما كانت هذه الأوصاف من حسن و قبح ذاتية للأفعال، أمكن للعقل أن يدركها بصوره مستقلة عن الشرع، إذ العقل من طبيعته إدراك الأمور الثابتة في نفسها، و من ثم يدرك العلاقة الثابتة والقائمة بين الفعل و كونه حسناً أو كونه قبيحاً[2]؛ وبناء على إثباتهم للعلاقة الذاتية القائمة بين الفعل و وصفه، ذهب المعتزلة إلى أن أوامر الشرع و نواهيه كاشفة عن هذه العلاقة، فهناك تطابق بين الشريعة الإلهية من أوامر و نواهي، و بين ما يحسنه العقل و ما يقبحه[3].

فيمكن إجمال رأي المعتزلة في مسألة التحسين والتقبيح العقليين في أن الأفعال تتصف بحسن و قبح ذاتي، و إن العقل يمكنه أن يدرك هذا الحسن والقبح، و إنه إذا

---

(1) للمزيد من التفصيل ينظر: د. محمد شريف أحمد، فكرة القانون الطبيعي، المصدر السابق، ص(٣١- ٣٩).

(2) القاضي عبد الجبار بن أحمد الهمداني، المغني في أبواب التوحيد والعدل، تحقيق د. أحمد فؤاد الأهواني، مراجعة، د. إبراهيم المدكور، إشراف د. طه حسين، وزارة الثقافة والإرشاد القومي، المؤسسة المصرية العامة للتأليف والترجمة والطباعة والنشر، ١٣٨٢ هـ-١٩٦٢م، ج ٦، ص(٦٤-٦٥).

(3) المصدر المذكور أعلاه، ج٦، ص٦٤.

أدركهما فإنه يوجب على الله تعالى الحكم بالوجوب والحرمة، و يوجب على الله تعالى أيضاً، الثواب والعقاب[1].

و عليه فالعدالة هي ما يقتضيه العقل من الحكمة و حرية الإرادة، و هو إصدار الفعل على وجه الصواب والمصلحة[2]، والحكمة عند المعتزلة هي كل فعل فيه نفع: إما للفاعل، و إما لغير الفاعل[3]، فالعدالة شئ حسن لذلك على الله أن يأمر به[4]، أي أن صفة الشئ تحدد حكمه فبالتالي تسبق ورود الشرع، و فعل العدل هو الفعل الذي يعود بالخير على الآخرين و يوصف من يؤديه بالعادل[5].

و عليه فالعدالة هي ما يحسنه القاضي من إصدار الفعل على وجه الصواب والمصلحة فعلاً يعود بالخير على الآخرين.

والعدالة بهذا المعنى ليس لها مفهوم معين يمكن للمرء من خلاله التعرف عليها، و إنما ما يحسنه القاضي فهو من قبيل العدالة، و ما يقبحه بعقله فهو ظلم.

غاية الأمر أن عقل القاضي، هو المعيار والمقياس لتحديد العدالة، غير أن هذا الرأي و إن فيه قدراً من الحقيقة ألا أنه لا يحوي كل الحقيقة.

---

(1) ينظر: د. عبد الحكيم بن يوسف الخليفي، التحسين والتقبيح العقليان عند حنفية بخارى من علم الكلام إلى الفلسفة التشريع، بحث منشور في مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، كويت، السنة السابعة عشر، العدد ٤٨، ذو الحجة ١٤٢٢هـ - مارس ٢٠٠٢، ص١٥٤.

(2) نقلاً عن: د. محمود كامل أحمد، مفهوم العدل في تفسير المعتزلة، المصدر السابق، ص١٦٠.

(3) ينظر: د. عبد الحكيم بن يوسف الخليفي، التحسين والتقبيح العقليان، المصدر السابق، ص(١٦٣-١٦٤).

(4) نفس المصدر السابق، ص ١٦٨.

(5) القاضي عبد الجبار، المغني، ج٦، ص(٤٨-٥١).

صحيح أن العدالة في ذاتها، واحدة و لا تتأثر بالزمان والمكان، لكن طرق التعبير عنها محكومة بتغير الأشخاص والأحوال كما أسلفنا.

بيد أن التسليم بـ(مبدأ التحسين والتقبيح العقليين) لا يؤدي إلى إجراء مثل هذا التمييز بين العدالة في ذاتها والعدالة لغيرها.

و يترتب على ذلك أن فعل ما دائماً هو عدل و حسن، بغض النظر عن الظروف والأحوال التي يجرى فيها الفعل، مثلاً لو فرضنا أن فعل المساواة حسن و عدل في ذاته، فبمقتضى مبدأ التحسين والتقبيح العقليين، أن التسوية بين المتماثلين تعد عدلاً و كذلك بين المختلفين، في حين أن التسوية بين المختلفين منافية للعدالة، و كذلك إذا كان إصدار القرار أو الحكم في وقته أو في وقت مناسب يعد عادلاً و حسناً، فإنه يعد غير عادل إذا صدر بعد هذا الوقت، و لو صدر بنفس الحيثيات التي صدر بها في وقته، مثلاً تقول المادة ٣٨٧ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١: (١-إذا كان محل الوفاء عقاراً أو شيئاً معداً للبقاء حيث وجد طلب المدين من المحكمة وضعه تحت يد عدل قام تسليم الشيء للعدل مقام الإيداع. ٢-و إذا كان شيئاً يسرع إليه التلف أو يكلف نفقات باهضة في إيداعه فإنه يجوز للمدين بعد إستئذان المحكمة أو دون إستئذان عند الضرورة أن يبيعه بسعره المعروف في الأسواق فإن تعذر ذلك فبالمزاد العلني و يقوم إيداع الثمن مقام إيداع الشئ نفسه).

لو فرضنا أن الشئ كان يسرع الفساد إليه، طلب المدين من المحكمة أن تعطيه الإذن، ليقوم ببيعه، أعطته الإذن، ولكن بعد أن تلف الشئ أو فسد، فهل يعد هذا عادلاً و حسناً؟ كلا، ربما لم يكن في وقته، بينما نفس الإذن، من المحكمة لعد عادلاً لو كان قبل فساد الشئ.

إذن، الوقت يؤدي دوراً مهماً في طرق التعبير عن العدالة و كذلك الأحوال، فإن تجاهل هذا الدور يؤدي إلى عدم إجراء أي تمييز بين العدالة في ذاتها والعدالة لغيرها.

صحيح أن العدالة في ذاتها مفهوم ما هي يمكن إدراكه عن طريق مصاديقه، من دون الحاجة إلى الملاحظات والمقايسات العقلية، مثلاً كل عقل يحسن عدم الإضرار بالغير، و كذلك كل عقل يقبح التعسف في إستعمال الحق، أما العدالة لغيرها (أي التعبير عنها) فليست من المفاهيم الماهية التي يمكن إدراكها عن طريق مصاديقها، مثلاً لا يمكن القول بأن نوعاً من الحركة أو السلوك الخاص يكون دائماً مصداقاً للعدالة، و إن نوعاً آخر من الحركة والسلوك يكون دائماً مصداقاً للجور، فقد يكون الضرب والجرح والقتل، في ظروف معينة، من مصاديق العدالة كما هي عند إنزال القصاص القانوني العادل، و قد يكون من قبيل الجور إذا ما لحق بشخص برئ لم يكن مرتكباً لأي ذنب[1].

المقصد الثاني

العدالة عند الأشاعرة

أما الأشاعرة فقد وقفوا، في مسألة الحسن والقبح، على النقيض مما قال به المعتزلة، إذ ذهب الأشاعرة إلى أن الأفعال ليست حسنة و لا قبيحة في حد ذاتها، بل الحسن منها ما حسنه الشرع، والقبح منها ما قبحه الشرع، و لو عكس القضية لأنعكس الحسن والقبح، و أما بدون تحسين الشرع و تقبيحه، فإن الأفعال متساوية في نفس

---

[1] للمزيد من التفصيل ينظر: محمد تقي مصباح اليزدي، أصل الحقوق و منشؤها، المتاح على هذا الموقع:

http: //www. Chdrap. Net/ text/bohoth/index. Htm

الأمر، بمعنى أنه لا وجود لجهة ذاتية فيها تقتضي حسناً أو قبحاً[1]، بذلك ينكرون وجود قيم موضوعية كامنة في الفعل، فحسن الأفعال و قبحها يجد أساسه في الإرادة الإلهية، لا في قيم خلقية موضوعية مستقرة في الأفعال، و هذا يعني أن العقل لا يجد وسيلة يمكن من خلالها أن يرتب حكماً على الفعل سواء بالحسن أو القبح، غير أنهم مع ذلك لا ينكرون أوصافاً كالعلم والعدل، أمور يحكم العقل بحسنها و بقبح اضدادها كالجهل والظلم، إلا أنهم يقولون إن العقل يحكم بذلك في مجاري العادات، دون أن يكون الحكم مبنياً على وجود أوصاف ذاتية كامنة في الفعل بناء عليها يحسنه العقل أو يقبحه[2].

أما بشأن العدل[3]، فقد ذهب الأشاعرة إلى القول، أن كل ما نزلت به الشريعة فهو عدل، أي العدل هو ما نصت عليه الشريعة و لا عدل غير ذلك، فكل ما لم تأت به الشريعة فهو جور؛ إذن، الشريعة هي عدل والعدل ليس سوى الشريعة و لا يعني شيئاً خارجها[4].

---

(1) ينظر: كل من: سيف الدين الآمدي، غاية المرام في علم الكلام، تحقيق حسن محمود عبد اللطيف، مطابع الأهرام التجارية، القاهرة ١٣٩١هـ - ١٩٧١م، ص٢٣٥؛ عضد الدين عبد الرحمن بن أحمد الأيجي، المواقف في علم الكلام، دار الطباعة العامرة، الآستانه، ١٣١١ هـ ج٣، ص(١٤٦- ١٥٦).

(2) للمزيد من التفصيل ينظر إلى كل من: د. مصطفى إبراهيم الزلمي، فلسفة الشريعة الإسلامية، المصدر السابق، ص ١١؛ د. عبد الحكيم بن يوسف الخليفي، التحسين والتقبيح العقليان، المصدر السابق، ص(١٥٤-١٥٥).

(3) العدل هنا يشمل العدالة كذلك لأن الأشاعرة لم يفرقوا بين العدل والعدالة لذا كل عدل وارد هنا يقصد به العدالة أيضاً.

(4) إبن رشد، فلسفة إبن رشد، المصدر السابق، ص(١١٣- ١١٤).

و عليه كل ما هو شرعي عدل و ليس العكس، و هذا حدا ببعض الكتاب ليذهب إلى القول إن العدل عند الأشاعرة يظهر في نسبة الفعل إلى الله كونه فعلا لله هذا من جهة، و من جهة أخرى لما كان أي فعل لا يمكن أن ينسب بأي معنى و أي وجه إلى غير الله، إذن، نستنتج من هاتين المقدمتين أن الظلم ليس له تحقق على الإطلاق في قاموس الوجود[1]، لكن الأشاعرة قد سبقوا في رد هذه الظنون والشبهات بالقول: (من كان ظالماً لا يكون إذا صنع الظلم ليرتكبه غيره لا ليرتكبه هو، فلو كان ظالماً لهذا السبب، فلن يكون أي مخلوق ظالماً؛ فإذن، ما دام الذي يكون ظالماً لا يكون ظالماً لأنه يخلق الظلم ليرتكبه غيره، فليس من الضرورة أن يكون الله ظالماً ما دام قد خلق الظلم ليرتكبه غيره لا ليرتكبه هو)[2].

أعتقد أن الأشاعرة قد أتوا بهذه الآراء دفاعاً لسلطة الله على عباده و تعظيماً لشأنه جل و علا، لا سيما في مواجهة المعتزلة الذين كانوا قد سبقوا الأشاعرة فيما يتعلق بالحديث عن العدل الإلهي، و هم يقولون فعل الأصلح على الله، و يوجبون عليه وجوب الواجبات و تحريم المحرمات، و هذا دفع بالأشاعرة، ليصرحوا بآراء معارضة بل مناقضة لما قال به المعتزلة، لكن نجد أن آراء الأشاعرة قد تعرضت للإستغلال، و أستخدمت لتبرير سلطة المشرع الوضعي، و كذلك أستوظفت لخدمة الحاكم الوضعي، و مثال على ذلك يرى هوبز أن كل ما يراه المشرع عدلاً فهو عدل و كل ما يراه المشرع ظلماً فهو ظلم[3].

---

(1) مرتضى المطهري، العدل الإلهي، ترجمه إلى العربية، محمد عبد المنعم الخاقاني، قم- إيران، مطبعتنا، ط٣، ١٤٠٥هـ ص٦٣.

(2) نقلا عن: د. مجيد خدوري، مفهوم العدل، المصدر السابق، ص(٧٨- ٧٩).

(3) ينظر: د. سمير عبد السيد تناغو، النظريه العامة للقانون، المصدر السابق، ص ١٨٥.

و أنصار المذهب الوضعي للقانون لا يجدون قانوناً إلا القانون الوضعي، إذ يقولون إن ما يضعه المشرع فهو قانون لا بد أن يطاع، و لا قانون غيره، و عليه ما يعده المشرع عدلاً فهو عدل، و لا عدل غيره.

غاية الأمر أن العدالة عند الأشاعرة هي ما أمر به الله، و كل ما أمر به فهو عدالة كل ما نهى عنه فهو جور، حقاً أننا لا نجد إختلافاً جوهرياً بين المعتزلة والأشاعرة بشأن العدالة، في واقع الأمر بل ما يوجد بينهما من إختلاف في هذا الشأن هو إختلاف في العبارات و ليس في الجوهر، مرده أن المعتزلة يقولون إن العدالة حسنة في ذاتها لذلك أمر بها الله بينما يقول الأشاعرة إن الله أمر بالعدالة لذلك تعد حسنة، غاية الأمر أن الله أمر بها في الحالتين، و كلاهما ينفيان الجور عن الله، إذا كان الأمر كذلك فلا غضاضةً في أن يكون عدل الله قبل ورود الشرع أو بعده.

و قد يظن المرء أن نطاق العدالة عند المعتزلة أوسع من نطاقها عند الأشاعرة، إذا كان المقصود من الأوامر والنواهي يكون منطوق ما هو مكتوب في القرآن دون روحه، فيقترب هذا الظن من اليقين، أكثر فأكثر، أما إذا كان المقصود منطوق النصوص و روحها، فيكون للعدالة عند كلتا الطائفتين نفس النطاق، مثل ذلك يرى العقل عند المعتزلة أن عدم الاضرار بالغير يعد أمراً عادلاً، فليس من المعقول أن لا يعده الله كذلك، إذن، كما أسلفنا أن من الفروق بين العدل والعدالة، هو إمكانية تقنين الأول دون الثاني.

و عليه كل ما يحويه القرآن من قواعد منظمة لعلاقات الأفراد، من التجارة، والزواج و ما يتعلق به و غيرهما، يعد من قبيل العدل، هذا بالإضافة إلى أن العدالة تكمن دائماً في المبادئ العامة التي تترك مجالاً أوسع لإعمال العقل مما تتركه قواعد العدل، والحرية التي تعطيها هذه المبادئ للعقل تضاهي الحرية التي قال بها المعتزلة للعقل، إذن، لا يمكن القول إنّ نطاق العدالة عند المعتزلة أوسع منه عند الأشاعرة.

المقصد الثالث

العدالة عند الماتريدية

يوجد للماتريدية الحنفية رأيان في مسألة الحسن والقبح العقليين:

الرأي الأول: و هو لأبي منصور الماتريدي و علماء سمرقند و جماعة من علماء العراق، و هو أن العقل يحسن و يقبح في ما كانت دلائله ظاهرة في الآفاق: كالإيمان بالله تعالى، و حسن العدل، و قبح الظلم، فالعقل يدرك حسن الإيمان بالله تعالى، و قبح الكفر به، فبالتالي يوجب الحكم، أما إذا كانت دلائله غير ظاهرة في الآفاق فالعقل قد يدرك الحسن والقبح إلا أنه لا يوجب الحكم، بل الحكم موقوف فيها على ورود الشرع[1].

الرأي الثاني: فهو لأهل بخارى من الحنفية، حيث ذهبوا إلى أن العقل يدرك حسن الأفعال و قبحها، لكن ذلك لا يستلزم حكماً من الشارع بل الحكم موقوف على ورود الشرع، سواء في ذلك دلائله ظاهرة في الآفاق أو لم تكن كذلك[2]، نلاحظ أن الماتريدية، قد إتخذوا موقفاً وسطاً، بين المعتزلة والأشاعرة، فهم يتفقون مع المعتزلة في وجود الصفة الذاتية في الفعل، و يختلفون معهم في ترتب الحكم بورود الشرع متفقين مع الأشاعرة في هذه النقطة و مختلفين معهم في نفي الصفة الذاتيه للفعل كما زعموا به الأشاعرة.

---

(1) ينظر: كل من: أبو اليسر محمد بن عبد الكريم البزدوي، أصول الدين، مطبعة عيسى البابي الحلبي القاهرة، ١٩٦٣م، ص(٢٠٦-٢٠٨)؛ أحمد بن علي الرازي الجصاص، الفصول في الأصول، دراسة و تحقيق، د. عجيل جاسم النشمي، الكويت، ١٤١٤ هـ -١٩٩٤م، ج٤، ص(٦٨-٧٠).

(2) ينظر إلى كل من: كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد إبن الهمام، المسايرة في العقائد المنجية في الآخرة، المطبعة الأميرية، مصر، ١٣١٧هـ ص(١٥١-١٥٥)؛ الشيخ محمد بخيت المطيعي، سلم الوصول لشرح نهاية السول، عالم الكتب، بيروت، ١٩٨٢م ج١، ص(٨٠-٩٠)

و عليه، إن العدالة عند الماتريدية، هي ما يحسنه العقل و يؤكده الشرع، فقبل تأكيد الشرع لما حسنه العقل، لا يترتب عليه أي حكم مهما كان حسناً في ذاته، غاية الأمر أن الشئ الحسن قبل تأكيده من قبل الشرع ليس إلا واجباً أخلاقياً، لكن بعد تصديق الشرع له يصير واجباً قانونياً، يتعرض المخل له للمسؤولية، أما قبل ورود الشرع فلا مسؤولية على الإنسان، و يمكن أن يضرب هذا المثال لإظهار موطن الخلاف: إعطاء المدين المعسر نظرة ميسرة إذا كان أمراً عادلاً، عند كل من المعتزلة والأشاعرة والماتريدية، فالمعتزلة يرون هذا الأمر عادلاً وحسناً في ذاته فالعقل يدرك ذلك فبالتالي يحكم به، أما نزول الآية (و إن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إلى مَيْسَرَةٍ و إن تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ)[1] جاء مؤكداً و مؤيداً لحكم العقل، فلذلك يرون أنه كان على القاضي أن يعطي المدين المعسر نظرة ميسرة حتى و إن لم يكن هذا النص موجوداً، أما وفقاً لما قال به الأشاعرة إن إعطاء المدين المعسر نظرة ميسرة، يعد أمراً عادلاً و حسناً لأن القرآن نص عليه، أما قبل ورود هذا النص، لم يكن حسناً و لا عادلاً، ولم يكن القاضي ملزماً به لأن حسنه و عدالته والزاميته قد جاءت من النص، و ليس العكس، أي أن النص لم ينزل لأن هذا الأمر حسن و عادل، بيد أنه وفقاً لآراء الماتريدية، إن إعطاء المدين المعسر مهلة يسيرة، أمر حسن و عادل في ذاته، و هذا الأمر و إن كان واجباً أخلاقياً قبل ورود النص المذكور آنفاً، إلا أنه لم يكن واجباً قانونياً يلتزم القاضي به، لكن القاضي يمكنه أن يحكم به حتى و لو لم يوجد هذا النص غير أن هذا النص قد جاء لإثبات حكمه قانوناً، و تقييد حرية القاضي كي لا يجعل هذا الأمر عرضة للتحكم الشخصي، لأنه لو لم يكن هذا النص موجوداً،

[1] سورة البقرة، الآية ٢٨٠.

صحيح أن القاضي كان يمكنه أن يدرك حسنه و عدله بعقله، و من ثم يحكم به، لكنه ربما قد يحكم به لمدين صديق له دون آخر غير ذلك و دون أن يلام في فعلته هذه.

لكن بعد ورود هذا النص أصبح أمر إعطاء المدين المعسر مهلة يسيرة محكوماً بالنص، فخرج بذلك من دائرة التحكم الشخصي، و أصبح القاضي مسؤولاً و مكلفاً بتطبيقه تجاه كل مدين يشمله النص، أي إعطاء هذه المهلة لجميع المدينين المعسرين المتماثلين في حالاتهم تطبيقاً لمبدأ (التسوية بين المتماثلين والتفرقة بين المختلفين).

و هذه الرؤية للعدالة ينطبق عليها تعريفنا للعدالة بأنها: (شعور كامن في النفس يسعى إلى أن يمنع تفضيل المصالح الأقل إحتراماً على المصالح الأكثر إحتراماً بمقتضى الشريعة والعقل)[1].

[1] سبق ذكره، في الفرع الثالث من المطلب الأول من المبحث الأول من هذا الفصل.

الفرع الثاني

العدالة في الفقه الإسلامي

إن مبادئ العدالة تحظى بإهتمام غير متناه في التشريع الإسلامي، فقد عدّ إقرارها أحد أسرار التشريع الإلهي، و أحد مقاصده التي توخاها الله من شرعه، هي إقرار العدالة و رسوخ التكافل الإجتماعي و تحقيق مصالح العباد، كما يعد إقرارها غاية لبعث الرسل و تنزيل الأديان، (لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ و أَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ والميزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ)[1] و (إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ والإحسان)[2] و (و إذا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ)[3] و (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ و لا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَآنُ قَوْمٍ عَلَى أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ)[4]، آيات كثيرة تؤكد قيمة العدالة و مكانتها في التشريع الإسلامي.

و يذهب بعض الباحثين[5] إلى القول إنه إذا كانت مبادئ العدالة تعني مجموعة من المبادئ تصدر عن مثل أعلى يستهدف خير الإنسانية و يهدف إلى حسن التنظيم الإجتماعي، تقوم على فكرة بذل الخير إلى الفرد والجماعة، و تملأ النفوس بالشعور بالإنصاف، شعوراً يوحي بالحلول المتجاوبة مع ظروف الناس و حاجاتهم، فإن مبادئ

---

(1) سورة الحديد، الآية ٢٥.

(2) سورة النحل، الآية ٩٠.

(3) سورة النساء، الآية ٥٨.

(4) سورة المائدة، الآية ٨.

(5) منهم: د. عبد الباقي البكري، مبادئ العدالة، المصدر السابق، ص ٥٨.

العدالة في مفهومها هذا تشترك مع أحكام الشريعة الإسلامية في الغاية و تمتزج معها في النطاق دون أن تستقل عنها كما هو وضعها في دائرة القانون، و يدلل على ذلك بعدة حجج منها:

أولاها: إن مبادئ العدالة تصدر عن المثل العليا تهدف إلى خير الإنسانية بما فيه إسعاد البشر على نحو تعجز قواعد القانون الوضعي النفعية عن بلوغه، و قد أقرت الشريعة الإسلامية مقتضيات هذه المُثل العليا في قواعدها و جعلت خير الإنسانية أحد مقاصدها.

ثانيتها: مبادئ العدالة تقوم على فكرة الخير، خلافاً لقواعد القانون التي تقوم على فكرة العدل المجرد، و قواعد الشريعة الإسلامية تهدف إلى إقرار الخير إلى جانب تقرير العدل، إننا نعتقد أن هذه الحجة ليست مقنعة في دلالتها و أثرها، إذ يمكن إن يؤخذ عليها في:

أ- ماهو الخير، ماهيته، معناه؟

ب- إن القانون الوضعي لا يمكن أن يوصم بإنتفائه لفكرة الخير.

ج- إذا كان الخير يعني العطف والرحمة، نقول إن العدالة و إن تظهر غالباً كأنها مبنية على العطف والرحمة، إلا أنها لا تظهر دوماً على هذا الشكل، فقد تقتضي العدالة تشديد العقوبة حماية للمصلحة العامة.

ثالثتها: تعتبر مبادئ العدالة مرجعاً إستعان به الفكر القانوني لتلافي عجز القانون عن تحقيق العدالة و إقتصاره على تقرير العدل المجرد، و هذا الأمر لا محل له في دائرة الشريعة الإسلامية ذلك لأن أحكام الشريعة، و هي في أصلها من وضع الله تعالى الذي لا تغيب عنه خافية، تدرك بسهولة مضمون العدالة و تقتضي من المجتهد سوق الحلول المنصفة، و هي لذلك تسد الفراغ الذي تحتله قواعد العدالة في دائرة القانون الوضعي و تؤدي بذاتها نفس دور قواعد العدالة، في المجتمع الإسلامي.

بيد أنه قد لا نتفق مع القول إن القانون الوضعي يقتصر على تقرير العدل المجرد، بل نعتقد أن القانون الوضعي قد فسح المجال أمام القاضي ليحقق قدراً من العدالة، مصدقين لما أن هذا القدر المتحقق في ظل القانون الوضعي لا يضاهي البتة بما يتحقق في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية خاصة الحلول التي يأتي بها المجتهد.

و يتأكد مما تقدم، أن مبادئ العدالة تمتزج بأحكام الشريعة الإسلامية و مبادئها و لا تستقل بنطاق خاص عنها، مما يترتب على ذلك وضوح هذه المبادئ و قوتها الملزمة و جعلها ركيزة قامت عليها طائفة من القواعد الكلية و بعض الأصول الشرعية لإستنباط الأحكام[1].

قلنا في معرض التمييز بين العدل والعدالة، إن العدل يمكن تقنين قواعده، لكن هذا الأمر يكون متعذراً بالنسبة للعدالة، و عليه يمكن القول إن المصادر العقلية للتشريع الإسلامي من القياس والمصالح المرسلة و سد الذرائع والإستحسان، قد راعت و تراعي تحقيق العدالة أكثر من غيرها، لكن بما أن هذه المصادر كثيرة، و يكون تناولها بالتفصيل يحتاج بحثاً مستقلاً غير هذا البحث، لذلك نقتصر على تناول أكثرها تحقيقاً للعدالة في نظرنا ألا و هو الإستحسان، فالإستحسان ليس سوى طريقة من طرق التعبير عن العدالة و ليس العدالة في ذاتها إعتقاداً منا بأن العدالة في ذاتها لا يمكن حصرها في مصدر معين، و إنما تحويها كل المصادر التي تستنبط منها الأحكام سواء أكانت نقلية أو عقلية، فهذه المصادر ليست إلا تعبيراً عن العدل والعدالة بطريقة أو بأخرى.

---

(1) ينظر: كل من: د. عبد السلام الترمانيني، الوسيط في تأريخ القانون، المصدر السابق، ص(٦٥٧-٦٦١)؛ د. عبد الباقي البكري، مبادئ العدالة، المصدر السابق، ص ٦٨.

و الإستحسان هو (طرح لقياس يؤدي إلى غلو و مبالغة فيه فيعدل عنه في بعض المواضع لمعنى يؤثر في الحكم، يختص به ذلك الموضع من تخفيف أو مفارقة)[1].

و يرجع سبب هذا الطرح للقياس إلى أحد الأمرين:

أولاً: إذا كانت علة القياس غير موجودة في موضع الإستحسان.

ثانياً: إذا كانت علة القياس موجودة في موضع الإستحسان، ولكنها كانت ساقطة في مقابلة القياس الأقوى، نظراً لما فيها من مشقة و حرج في موضع الإستحسان، على إعتبار أن الأصول الكلية المتعلقة برفع الحرج تجعل مثابة أصول مقيس عليها[2]، ففي كلا النوعين الحكم يتم بمقتضى الحكم والمصالح التي علمت من قصد الشارع، والحكم في كلا النوعين ثابت بمقتضى الحكمة، غير أن الحكمة في النوع الثاني توصف بالعدل والرحمة[3].

و لوجود هذين النوعين قال إبن رشد: (الإستحسان في أكثر الأحوال هو الإلتفات إلى المصلحة والعدل)[4].

والقصد من العدل هنا هو العدالة، والعدالة هنا تعني (المعنى المؤثر)، والمراد بهذا الأخير الحكمة والمصلحة التي علم كونها مقصودة شرعاً[5].

---

(1) نقلاً عن: أستاذنا، د. فاروق عبد الله كريم، الإستحسان و نماذج من تطبيقاته في الفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية العلوم الإسلامية بجامعة بغداد، ١٤١٦ هـ - ١٩٩٥م، ص ٣٣.

(2) نفس المصدر، ص(٣٣-٣٤).

(3) نفس المصدر المتقدم ذكره، ص ٣٤.

(4) أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد الحفيد (ت ٥٩٥)، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، مكتبة الكليات الازهرية، مصر، ١٣٨٩هـ-١٩٦٩، ج٢، ص ٢٠١.

(5) أستاذنا، د. فاروق عبد الله كريم، الإستحسان، المصدر السابق، ص٣٣.

إذن، المصلحة والحكمة هما علة العدول، والعلة هي بأثرها، كما قال النسفي: (إن العلة عندنا علة بأثرها، فلا رجحان للظاهر لظهوره، و لا للباطن لبطونه، و إنما الرجحان لقوة الأثر في مضمونه)[1].

و في ضوء هذا التعريف يمكن أن يُستشف أن الإستحسان هو الحكم بمقتضى العقل إستجابة للحكم والمصالح التي علم كونها مقصودة شرعاً، والحكمة هي التي من أجلها صار الوصف علّة كذهاب العقل الموجب لجعل الإسكار علّة أو هي العاقبة، و أنها المرادة بقوة الأثر[2]. أما المصلحة فعرفها الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي بأنها: (المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده من حفظ دينهم و نفوسهم و عقولهم و نسلهم و أموالهم، طبق ترتيب معين فيما بينها، بينما المنفعة هي اللذة أو ما كان وسيلة إليها أو دفع الألم أو ما كان وسيلة إليه)[3].

و من تعريفات الإستحسان أيضاً تعريفه بأنه (العدول في مسألة، عن مثل ما حُكم به في نظائرها، إلى حكم آخر أوفق للناس لمقتضى شرعي – ليس ناسخاً و لامخصصاً – يقتضي ذلك العدول)[4]، أو هو عبارة عن قناعة المجتهد بأن العقول

---

(1) نقلا عن: أستاذنا د. فاروق عبد الله كريم، الإستحسان، المصدر السابق، ص١٤٢

(2) للمزيد من التفصيل ينظر: أستاذنا د. فاروق عبدالله كريم، الإستحسان، المصدر السابق، ص(١٦٣-١٦٥).

(3) د. محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط٢، ١٣٩٧هـ - ١٩٧٧م، ص٢٣.

(4) أستاذنا د. فاروق عبد الله كريم، الإستحسان، المصدر السابق، ص٥٤.

الراجحة تستحسن حكماً معيناً، لإنسجامه و توافقه مع الشعور العام بعدالته[1]، و ضوابطه هي[2]:

أ- قناعة المجتهد الموثوق به.

ب- إتفاق العقول الراجحة.

ج- الشعور العام بعدالة الحكم المستحسن.

و الفرق بين العزيمة والرخصة مع الإستحسان يظهر في أنه بالنسبة للعزيمة والرخصة يوجد حكمان حكم أصلي للأحوال الأعتيادية والعادية كتحريم أكل الميتة و حكم مخفف لحالة الإضطرار و هو جواز أكلها (إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ والدمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ)[3] هذا حكم أصلي ينفذ في الغالب، (فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ و لا عَادٍ فَلا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ)[4] حكم مخفف قد وضع للحالات الإضطرارية، و هذان الحكمان ثابتان بالنص أو ينبغي أن يكونان كذلك حتى نقول إننا أمام العزيمة والرخصة، أما في الإستحسان فيوجد حكمان أيضاً، ولكن أحدهما ثابت بالنص والآخر بالإجتهاد أو ينبغي أن يكون كذلك، الحكم الذي ثبت بالنص هو الحكم الأصلي أما الحكم الذي يثبت بالإجتهاد فهو الحكم المخفف، و هذا الحكم المخفف يؤسس على العدالة أو ينبغي أن يؤسس، مثال ذلك إذا نفذ العقد كان لازماً و لا يجوز لأي من الطرفين أن يمس به إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي، هذا الحكم حكم أصلي أوردته الفقرة الأولى من المادة (١٤٦) من القانون المدني العراقي

---

(1) د. محمد شريف أحمد، فكرة القانون الطبيعي، المصدر السابق، ص١٧٤.

(2) نفس المصدر، ص١٧٤.

(3) سورة البقرة، الآية ١٧٣.

(4) سورة البقرة، الآية ١٧٣.

رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ بشأن تنفيذ العقود التي تنعقد صحيحاً، لكن ما الحكم إذا طرأت ظروف إستثنائية عامة غير متوقعة و لم يكن في الوسع توقعها، و أثرت هذه الظروف على إلتزامات أحد الطرفين بحيث أضحتها مرهقة هل يبقى الحكم الأصلي نافذاً و يحرم على المدين المرهق أن يطلب النيل من قدسية العقد و تخفيف إلتزاماته أم هناك حكم آخر؟ هنا تتدخل العدالة و تستوجب حكماً مخففاً بدلاً من الحكم الأصلي، لذا لما ينقص القاضي أو يرد إلتزام المرهق إلى الحد المعقول، بالصيغة التي يرتأيها يكون حكمه حكماً مستحسناً أي أستحسنه العقل السليم و هذا الحكم المخفف يجد أساسه في العدالة فحسب الذي أقرّه المشرع العراقي في الفقرة الثانية من المادة المذكورة أعلاه. و هذا حدا بالبعض إلى القول إن الإستحسان في الشريعة الإسلامية وسيلة عقلية مبنية على أحسن النتائج أو العدالة[1].

أما الفرق بين الإستحسان والقياس فيظهر في:

أولاً: إن القياس – من حيث ثمرته – إلحاق للمسألة بنظائرها في حكمها والإستحسان فصل للمسألة عن نظائرها، و إفرادها بحكم خاص لمقتضى شرعي[2].

ثانياً: إن القياس يكون في المسائل التي لا دليل عليها غيره، و من ثم لايكون لها إلا حكم واحد، والإستحسان لا يكون إلا في المسائل التي تعارض فيها دليلان يعمل المجتهد بأرجحهما عنده[3].

---

(1) ينظر:

M. cherifBassiouni & Gamal M. Badr,The shariah: sources, Interpretation, and Rule-Makinng, UCLA Journal of Islamic and Near Eastern Law, spring /summer 2002, No. 2, Vo. 1, p. 141.

(2) للمزيد من التفصيل ينظر: د. محمد مصطفى شلبي، أصول الفقه الإسلامي، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ط٤، ١٩٨٣، ج١، ص٢٩٢.

(3) ينظر: المصدر المتقدم ذكره، ج١، ص(٢٩٣-٢٩٤).

إذن، يجتمع الإستحسان مع القياس في كونهما قياساً و يفترق عنه في أن الأصل في الإستحسان ليس متضمناً لنوع الوصف أو جنسه في نوع الحكم بل متضمن لجنس الوصف في جنس الحكم[1].

أما الفرق بين الإستحسان والمصلحة المرسلة هو فقط أن المصلحة المرسلة قياس غير معارض بقياس آخر، بينما الإستحسان معارض بقياس آخر[2].

إذا كان الإستحسان هو الحكم بمقتضى العقل إستجابة للحكم والمصالح الشرعية، يشبه إلى حد بعيد بالعدالة التي قلنا بشأنها إنها ما يمليه العقل السليم إستجابة للمصالح الأكثر إحتراماً، بل أكثر من ذلك يذهب الدكتور مصطفى الزلمي إلى القول إن جميع التعديلات القضائية أو الإدارية بل حتى التشريعية رعاية للعدالة أو المصلحة العامة ترجع إلى تطبيق الإستحسان[3]، و قد أورد جملة من تطبيقات التعديلات الراجعة إلى هذا الأصل على ما يأتي[4]:

أولاً: تعديل الإلتزام لإزالة (أو تخفيف) الضرر الناشئ عن الظرف الطارئ[5].

ثانياً: تعديل الإلتزام بسبب الإستغلال إذا كان أحد العاقدين قد أستغلت حاجته أو طيشه أو هواه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه فلحقه من تعاقده غبن فاحش جاز خلال مدة يحددها القانون أو العرف أن يطلب من القاضي تعديل إلتزامه برفع

---

(1) أستاذنا د. فاروق عبد الله كريم، الإستحسان، المصدر السابق، ص٢١٨.

(2) نفس المصدر، ص٢١٩.

(3) د. مصطفى إبراهيم الزلمي، أصول الفقه الإسلامي في نسيجه الجديد، مطبعة أوفست هه ولير، العراق، ط٦، ١٩٩٩، ص١٤٢.

(4) نفس المصدر السابق، ص(١٤٢-١٤٤).

(5) ينظر: المدني العراقي م ٢/١٤٦، المدني المصري م ٢/١٤٧، المدني الفرنسي م ١١٣٤/ ٣.

الغبن عنه إلى الحد المعقول، فهذا التعديل من تطبيقات الإستحسان، لأنه عدول عن تطبيق قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) إلى تطبيق مبادئ العدالة[1].

ثالثاً: تعديل الإلتزام بتعديل الشرط الجزائي، الشرط الجزائي هو إتفاق سابق على تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة عدم تنفيذ المدين إلتزامه أو التأخر فيه، فهو تقدير إتفاقي للتعويض قبل حدوث الضرر، فإذا تمكن المدين من إثبات أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، فللقاضي في هذه الحالة بناءاً على طلب من المدين تخفيض الشرط الجزائي إلى حد يتلائم مع حجم الضرر الناجم عن عدم التنفيذ أو التأخير[2]، و هذا يرجع أيضاً إلى العمل بالإستحسان على ما قاله الدكتور مصطفى الزلمي.

رابعاً: تعديل الإلتزام عن طريق تعديل شروط عقد الاذعان إذا تم العقد بطريق الإذعان و تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو يعفي الطرف المذعن (بفتح العين) منها سواء أكان دائناً أو مديناً وفقاً لما تقضي به العدالة، و يقع باطلاً كل إتفاق على خلاف ذلك[3].

---

(1) للمزيد من التفصيل ينظر: المدني العراقي، م ١٢٥، المدني المصري م ١٢٩ /١.

(2) نصت المادة (١٧٠) ق. م. ع على ما يأتي: (١- يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد في إتفاق لاحق و يراعى في هذه الحالة المواد ١٦٨، ٢٥٦، ٢٥٧، ٢٥٨. ٢- و لا يكون التعويض الإتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر و يجوز تخفيضه إذا أثبت المدين أن التقدير كان فادحاً أو أن الإلتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه و يقع باطلاً كل إتفاق يخالف أحكام هذه الفقرة. ٣- أما إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الإتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد أرتكب غشاً أو خطئاً جسيماً)، و تقابلها م٢٢٣ من المدني المصري.

(3) ينظر: المدني العراقي م ٢/١٦٧، المدني المصري م ١٤٩.

خامساً: تعديل العقود والقرارات الإدارية:

إذن، لم تكن فكرة العدالة، في الشريعة الإسلامية محصورة في المجال الأخلاقي أو النظري، بل أخذت مكاناً مهماً في الفقه الإسلامي كما يقول الدكتور عبد السلام الترمانيني، لأن هذه الفكرة إنطلقت بكل ما حباها الإسلام من قوة و حياة في بناء صرح هذا الفقه، على أساس من التآخي والإحسان، مستهدفة في ذلك تحقيق مقاصد الشريعة[1]، و هي حفظ الدين والنفس والعقل والنسل والمال[2].

و على ضوء هذه المقاصد إستنبط الفقهاء المبادئ العامة مطبوعة بطابع العدالة، و هي قامت و تقوم على منع الضرر، لأن الضرر ظلم لا بد أن يدفع، و من هذا الأصل تفرعت قواعد أساسية في الشريعة الإسلامية، كانت و تكون مصدراً لكثير من الأحكام كقاعدة (لا ضرر و لا ضرار) و(الضرر يزال) و (المشقة تجلب التيسر) و (الأمر إذا ضاق أتسع) و (الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة) و(الضرورات تبيح المحظورات).

و لتطبيق هذه القواعد، قام الفقهاء بوضع قواعد عامة ذات صفة أساسية كقاعدة (الضرر لا يزال بمثله) و (الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف) و(الضرر يدفع بقدر الإمكان) و(يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام)، و تستند هذه القواعد إلى مبدأ أساس، و هو أن الشريعة لا يجوز أن ينشأ من تطبيقها ضرر عام أو خاص[3].

و أكثر ما أورد الفقهاء من تطبيقات مبدأ العدالة في مجال القانون الخاص، كان في طريقة إستعمال الحق، و في مجال تنفيذ العقد، ففي طريقة إستعمال الحق قرر الفقهاء

---

(1) د عبد السلام الترمانيني، الوسيط في التأريخ القانون، المصدر السابق، ص ٦٦١.

(2) أبو حامد الغزالي، المستصفى في علم الأصول، بو لاق، القاهرة، ١٣٢٢هـ ج١، ص ١٤٠.

(3) د عبد السلام الترمانيني، الوسيط، المصدر السابق، ص٦٦٢.

عدم جواز التعسف في إستعمال الحق، و في مجال تنفيذ العقد قرروا إنظار المدين المعسر إلى الوقت المعقول الذي يتمكن فيه من وفاء الدين، و كذلك قرر فقهاء المذهب الحنفي فسخ عقد الإيجار لعذر[1].

و أخيراً أود أن أنقل كلاماً طريفاً و فريداً من نوعه لـ(إبن القيم الجوزية)، لأنهي به الفرع الثاني من المطلب الثالث من المبحث الثالث من الفصل الأول، إذ قال إبن القيم: (فإن الشريعة مبناها و أساسها على الحكم و مصالح العباد في المعاش والمعاد، و هي عدل كلها و رحمة كلها و مصالح كلها، و حكمة كلها، فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور، و عن الرحمة إلى ضدها و عن المصلحة إلى المفسدة، و عن الحكمة إلى العبث، فليست من الشريعة و إن أدخلت فيها بالتأويل فالشريعة عدل الله بين عباده و رحمته بين خلقه و ظله في أرضه و حكمته الدالة عليه)[2].

(1) لمزيد من التفصيل ينظر: د. عبد السلام الترمانيني، الوسيط، المصدر السابق، ص(٦٦٣- ٦٦٤)؛ و كذلك نظرية الظروف الطارئة، المصدر السابق، ص(٤٧-٦٠).

(2) إبن القيم الجوزية، أعلام الموقعين عن رب العالمين، رتبه و ضبطه وخرج آياته محمد عبدالسلام إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٢٥هـ ٢٠٠٤م، ص٤٨٣.

الفصل الثاني
أثر العدالة في القاعدة القانونية

من الواضح أن العدالة لا ينحصر أثرها في تطبيق القاعدة القانونية فحسب، بل و إنما يتعدى إلى مرحلة إنشائها و تطويرها، آية ذلك أنه هناك قواعد قانونية جمة قد إنبثقت من ينبوع العدالة، كالقواعد التي تنظم حالات حدوث ظرف طارئ أثناء تنفيذ العقد، و هناك قواعد أخرى قد تهذبت بدافع العدالة، مثال ذلك القواعد التي تنظم عقود الإذعان من حيث تدخل القاضي في هذه العقود، و كذلك القواعد التي تتعلق بمسألة تنظيم التراضي و حسن النية في العقود و غيرها من القواعد.

و عليه، إن تبيان أثر العدالة في القاعدة القانونية ومكانتها في القانون المدني العراقي يستلزم الوقوف على بيان أثرها في إنشاء القاعدة القانونية و تطويرها أولاً و من ثم عند تطبيقها ثانياً و كذلك تناول منزلتها بالبحث في القانون المدني العراقي ثالثاً، و كل ذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول: أثر العدالة في إنشاء القاعدة القانونية و تطويرها.

المبحث الثاني: أثر العدالة في تطبيق القاعدة القانونية.

المبحث الثالث: منزلة العدالة في القانون المدني العراقي.

المبحث الأول

أثر العدالة في إنشاء القاعدة القانونية و تطويرها

نحاول في هذا المبحث أن نتعرض لتناول الحقائق التي تسهم في تكوين القاعدة القانونية، مبينين أجلها منزلة و أشدها تأثيراً في تكوين القاعدة القانونية، في بقائها و في التضييق من نطاقها أو توسيعها، كاشفين منزلة العدالة من بين تلك الحقائق، مستعرضين مدى تأثرها بها و مدى تأثيرها عليها، و كل ذلك في المطلب الأول، و في المطلب الثاني نلقي الضوء على دور العدالة التفسيري و التكميلي و التصحيحي للقاعدة القانونية، لنتوقف بذلك على حقيقة دورها في تطوير القانون.

المطلب الأول

الحقائق التي تسهم في تكوين القاعدة القانونية

إن التعرف على الحقائق التي تسهم في تكوين القاعدة القانونية يستلزم أولاً تعريف الحقيقة، و من ثم التطرق إلى أنواع الحقائق التي تسهم في تكوين القاعدة القانونية، و هذه الحقائق في نظرنا تنقسم إلى قسمين الحقائق الموضوعية والحقائق الإعتبارية (أو الوصفية)، لذلك أرى أنه من المستحسن أن أوزع هذا المطلب على ثلاثة فروع كالآتي:

الفرع الأول

تعريف الحقيقة

الحقيقة هي من المفاهيم التي يصعب على الباحث تعريفها، نظراً لما يدور حولها من الإختلاف في وجهات النظر، لكن بما أن دراستنا ليست منصبة على مفهوم الحقيقة في ذاتها أعني به كل الحقيقة، بل و إنما تدور بالأساس في فلك جزء من الحقيقة، ألا و هو العدالة، لذلك نحاول أن نتعرض إلى تعريف الحقيقة بقدر ما يتعلق بدراستنا، دون التعمق في معانيها والخوض في إشكالاتها.

يقول السبكي[1] إن الحقيقة هي لفظ مستعمل فيما وضع له إبتداءاً، و هي بوزن فعيلة مشتقة من الحق و معناه لغة الثبوت، و فعيل، يستعمل تارة بمعنى فاعل و تارة بمعنى مفعول، فالحقيقة إن كانت بمعنى الفاعل فمعناها الثابت، و إن كانت بمعنى المفعول فمعناها المثبت (بفتح الموحدة)، و قوله (إبتداءاً) المراد به عدم توقف الوضع المذكور على وضع آخر بأن يكون الوضع الآخر ملاحظاً فيه[2].

و يعرف الجرجاني الحقيقة بأنها: أسم لما أريد به ما وضع له، أو هي الشيء الثابت قطعاً و يقيناً، وحقيقة الشيء عنده هي ما به الشيء هو هو و قد أورد بعض الحقائق مثلاً حقيقة الحقائق، الحقيقة العقلية، والحقيقة المحمدية[3].

و المقصود من (إسم لما أريد به ما وضع له)، هو أن حقيقة الشيء تعرف من خلال الإسم الذي قد وضع له، مثل ذلك، العقد هو إسم قد وضع أريد به (إرتباط

---

(1) الإمام تاج الدين عبد الوهاب إبن السبكي، جمع الجوامع، مطبعة مصطفى البابي الحلبي و أولاده، مصر، ط٢، ١٣٥٦هـ-١٩٣٧م، ص٣٠٠.

(2) شرح الجلال شمس الدين محمود بن أحمد المحلى على جمع الجوامع، المرجع السابق، ص٣٠٠.

(3) الجرجاني، كتاب التعريفات، المرجع السابق، ص(٧٣-٧٤).

الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه)[1]، هذا هو حقيقة العقد في القانون المدني العراقي، فإسم العقد قد وضع للدلالة على حقيقته التي هي إرتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه، فلذلك عندما يسأل ماهي حقيقة العقد في القانون المدني العراقي؟ فالجواب لا بد أن يكون بذكر التعريف الذي أورده له المشرع العراقي.

أما قوله (حقيقة الشيء ما به هو هو) فيقصد به عناصرالشيء أو ماهيته[2] أي ما يقوم به الشيء، فلو لاه لما قام الشيء و عليه فإن حقيقة العقد في القانون المدني العراقي هي أركانه و هي: (التراضي، والمحل، والسبب).

أو تعريف الحقيقة بأنها: (مطابقة الأذهان للأعيان)[1]، بموجب هذا التعريف أن حقيقة الشيء، هي شكله الذي ثبت في أذهاننا، مثلاً حقيقة المربع أو المثلث هي الشكل الذي ثبت و أستقر في أذهاننا جميعاً، و لا يختلف عليه أحد.

---

(1) ينظر: المادة (٧٣) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

(2) غير أنه هناك فرق بين الحقيقة والماهية، لأن الحقيقة هي ما به تحقق الشيء في أفراده في الخارج فقط كالحيوان الناطق للإنسان، أما الماهية أعم من الحقيقة حيث تطلق أيضاً على ما لم تتحقق به في الخارج، كماهية العنقاء. ينظر: شرح رمضان أفندي على شرح التفتازاني على العقائد النسفية، مطبعة الحاج محرم أفندي، ١٢٩٣هـ ص٢٧. أما المناطقة فلم يجروا مثل هذه التفرقة بين الماهية والحقيقة، فالحقيقة عندهم هي كل ما له وجود خارجي أو ذهني وجوباً أو تمكيناً أو تقديراً. للمزيد من التفصيل ينظر: الشيخ إسماعيل إبن مصطفى المعروف بشيخ زاده الكلنبوي (ت ١٢٠٥)، كتاب البرهان، بحاشيتي ملاعبد الرحمن البنجيوني و إبن القرداغي، مطبعة السعادة، مصر، ص(١٦٥-١٨٠).

و عليه إذا كان هذا التعريف صحيحاً بالنسبة للحقائق المادية، فإنه يظل عاجزاً عن إعطاء تفسير للحقائق المعنوية، مثل ذلك إذا سألنا من أنصار هذا التعريف عن حقيقة العقد، فلا يستطيعون من إعطاء تفسير مقنع، لأن العقد ليس له شكل حتى يطابق مع ما في أذهاننا بشأنه.

غير إنه إذا كان هذا التعريف ينطبق على الحقائق المادية فحسب، فإن التعريف الذي أتى به الجرجاني، أقرب إلى التعريف اللغوي والبلاغي للحقيقة منه إلى تعريفها الإصطلاحي، إذا كان الأمر كذلك، فلا بد من إيراد أو إيجاد تعريف صحيح للحقيقة.

يرى السفسطائيون أن الحقيقة هي ما يراه الإنسان حقيقة لأن الإنسان عندهم كان مقياس كل شيء[2]، و عليه ما أراه أنا أنها حقيقة فهي حقيقة، و ما تراه انت أنها حقيقة فهي حقيقة، و من ثم لا يوجد شيء في العالم إلا و هو حقيقة، مثل ذلك الإختلاف البيولوجي والفسيولوجي أنا أراه حقيقة و أنت تراه غير ذلك فوفقاً لما قاله السفسطائيون، إن الإنسان مقياس كل شيء، كل منا صائب في رؤيته و في قوله، ولكن هل هذا صحيح فعلاً؟ إن هذه الرؤية إلى الأشياء تحدث التناقض بين الآراء و من ثم تؤدي إلى سلسلة لامتناهية من الآراء و وجهات النظر بشأن مسألة واحدة، والحالة هذه يكون من المتعذر معها الوصول إلى حل مقنع لقضية و لو صغيرة، فتبقى أبواب القضايا مفتوحة أمام آراء كثيرة و متناقضة والحالة هذه تؤدي إلى نشوب الفوضى و من ثم تلاشي المجتمع.

---

(1) ينظر: د هلالي عبدالاله أحمد الحقيقة بين الفلسفة العامة والإسلامية و فلسفة الإثبات الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٢، ص١٢٨.

(2) د محمد علي الصافوري، النظم القانونية القديمة، المصدر السابق، ص١٧٣.

و الحقيقة عند سقراط هي ما يمكن إدراكه بالعقل[1]، هذا التعريف قد حصر الحقيقة في نطاق المدركات العقلية، و عليه كل ما لا يمكن إدراكه بالعقل، فلا يعد حقيقة و إن كانت حقيقة إلى ما لانهاية.

لا ظن فيه أن العقل لا يقدر على أن يدرك كل الحقائق، فهناك حقائق يعجز العقل حتى عن

تخيلها، إذا علم ذلك فإن هذا التعريف قاصر في محمله لأنه حمل الإدراك على العقل، طالما أن العقل ليس الوسيلة الوحيدة للإدراك، لأنه هناك حقائق تدرك دون العقل كالحقائق التي تدرك بالحواس، و هناك حقائق أخرى يعجز العقل عن إدراكها، إضافة إلى الحقائق التي يدركها العقل.

إذن، الحقائق هنا ثلاثة، حقائق تدرك و لو بدون العقل، وحقائق يدركها العقل، حقائق يعجز العقل عن إدراكها، غير أن التعريف المذكور جامع في مدلوله لأنه أعتمد الإدراك، والإدراك هو: إحاطه الشيء بكماله و هو حصول الصورة عند النفس الناطقة، و تمثيل حقيقة الشيء وحده من غير حكم عليه بنفي أو إثبات، و يسمى: تصوراً، و مع الحكم بأحدهما يسمى: تصديقاً[2].

يميز إفلاطون بين ثلاثة مستويات من المعرفة[3]:

المستوى الأول: الأشياء التي ندركها بالحواس، و يقول إفلاطون إن هذه الأشياء ليست حقيقة و إنما هي صورة عابرة لها، لكننا قد لا نتفق مع هذا الرأى، لأن الحاسة

---

(1) المصدر المتقدم ذكره، ص١٧٤.

(2) الجرجاني، كتاب التعريفات، المرجع السابق، ص١٣.

(3) د محمد علي الصافوري، النظم القانونية القديمة، المصدر السابق، ص(١٨-١٨٨).

أيضاً بإمكانها أن تدرك الحقيقة، مثلاً حاسة الذوق، قادرة على أن تميز حقيقة المر من غيرها.

المستوى الثاني: الصورة الذهنية، أو المفاهيم التي يمكن أن نكونها عن الأشياء، و هي صور يكونها العقل، و هذه الصور أيضاً لا يمكن أن تكون هي الحقيقية.

المستوى الثالث: تتمثل فيه الحقيقة الموضوعية خارج ذهن الإنسان.

إذن، يمكن أن يتوصل إلى أن أفلاطون لم يعترف إلا بالحقيقة الموضوعية التي تقع خارج ذهن الإنسان، مهملاً بذلك كل الحقائق الأخرى، كالحقائق التي تدرك بالحواس، أو التي تثبت في ذهن الإنسان و هي المستوى الثاني من المعرفة لدى أفلاطون، و كذلك الحقائق الإعتبارية (أو الوصفية)، التي ثبتت حقيقتها ولكنها في ذات الوقت تحتمل إثبات عكسها، والتي سنفصل الكلام فيها خلال الفقرات القادمة.

أما الحقيقة عند أرسطو فيمكن تعريفها بأنها ما يمكن إدراكه بالحواس والعقل[1]، متفادياً بذلك بعض الملاحظات التي قد وجهت إلى تعريف إفلاطون للحقيقة، ولكن دون أن يؤدي إلى تفادي كل الملاحظات على التعريف المذكور، إذ تبقى الحقائق التي يعجز العقل عن إدراكها خارج دائرة هذا التعريف.

أما بالنسبة للمتكلمين فقد لا نجد تعريفاً مانعاً جامعاً لهم لمفهوم الحقيقة، على رغم من تعمقهم و تأملهم في الحديث عن حقيقة الوجود، و حقيقة الإنسان، و حقيقة الله، و ما إلى ذلك من المسائل الكلامية، لكن من خلال التعرف على مناهج إستدلالهم لتحليلاتهم التي قدموها للأشياء والظواهر، ربما يمكن التوصل إلى إستنباط مفهوم يمكن أن ينسب إلى كل مذهب من مذاهب المتكلمين.

---

(1) ينظر: د. هلالي عبدالإله احمد، الحقيقة، المصدر السابق، ص(٧٩-٩٥).

لنأخذ المعتزلة أولاً، بما أنهم قد إعتمدوا على العقل لتفسير الأشياء والظواهر، و ربطوا الأحكام بالعقل كما أسلفنا، فعليه يمكن من خلال هذه المقدمة التوصل إلى أن الحقيقة عند المعتزلة ما يدركه العقل و يقره، لذا نفس الملاحظات التي أوردناها على تعريف إفلاطون للحقيقة تنطبق على هذا المفهوم أيضاً، أما الحقيقة عند الأشاعرة فهي ما به قوام الشيء واقعياً -كالحيوان الناطق به قوام الإنسان، أو إعتبارياً- كالقول المفرد به قوام الكلمة، أو لا تكون أي منهما لكونها لا تخضع لحكم العقل، بل يقر الشرع حقيقتها من عدمها، و مرد قولهم هذا إلتزامهم بالنص، قائلين أن كل ما يراه الشرع أنه حقيقة فهي حقيقة سواء يدركها العقل أم لا، و كل ما يراه أنه ليس بحقيقة فلا تدخل في نطاق الحقيقة سواء يعتبرها العقل حقيقة من عدمها، و كل ما لا يراه أنه حقيقة فهي ليست بحقيقة دون الإلتفات إلى حكم العقل[1].

أما الماتريدية، و أنهم لا ينكرون دور العقل، لذلك يمكن القول أن الحقيقة عندهم هي ما يراه الشرع أنه حقيقة و يقره و يدركه العقل[2].

بيد أنه في ظل هدى هذه التعريفات يمكننا تعريف الحقيقة بأنها: كل ما له أثر محسوس يدل عليه[3]؛ بموجب هذا التعريف أن كل ما ليس له أثر محسوس لا يعد من قبيل الحقيقة، مثل ذلك التمييز بين إكراه الملجيء و إكراه غير الملجيء في القانون المدني العراقي[4] ليس بتمييز حقيقي، لأن هذا التمييز ليس له أثر محسوس يدل عليه، و إنما كلاهما يجعلان العقد موقوفاً.

---

(1) ينظر: شرح رمضان أفندي على شرح التفتازاني، المرجع السابق، ص(٢٧-٢٨).

(2) ينظر: شرح رمضان أفندي على شرح التفتازاني، المرجع السابق، ص٢٧.

(3) هذا التعريف من إستنتاج الباحث.

(4) نصت المادة (١١٢) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ على أنه: (ثانياً: ويكون الإكراه ملجئاً إذا كان تهديداً بخطر جسيم محدق كإتلاف نفس أو عضو أو ضرب مبرح أو إيذاء

فبموجبه، يعد الإختلاف البيولوجي والفسيولوجي الموجود بين الذكر والأنثى، من قبيل الحقيقة، مادام هذا الإختلاف له أثر محسوس ظاهر، و كذلك الكذب[1] هو من الحقائق طالما له أثر، و كذلك، الجريمة، العقد، الغصب، الوعد بجائزة، الإتلاف، الغلط، الإستغلال، والتدليس و غيرها كلها تعد من قبيل الحقيقة.

و عليه تعد العدالة من قبيل الحقائق التي لا يمكن نكرانها نظراً لما لها من آثار كبيرة على العلاقات التي تجري بين الناس.

فالعنصر الجوهري في هذا التعريف هو الأثر، و عليه أن السلوك الفاقد للأثر يعد باطلاً. و عناصر الحقيقة هي نفس العناصر التي يتكون منها الشيء مثل ذلك عناصر حقيقة العقد، هي التراضي والمحل والسبب، لأن بإجتماع هذه العناصر الثلاثة قد تكونت حقيقة العقد، فبأفتقاد أحدهن تزول هذه الحقيقة أو تنقص.

إذن، لا يمكن أن تحدد عناصر الحقيقة مسبقاً، لأن حقيقة كل شيء تعتمد على العناصر المكونة لهذا الشيء، و حقيقة القاعدة القانونية هي العناصر التي تتكون القاعدة منها.

شديد أو إتلاف خطير في المال ويكون غير ملجيء إذا كان تهديداً بما هو دون ذلك كالحبس والضرب على حسب أحوال الناس. ثالثاً: والتهديد بإيقاع ضرر بالوالدين أو الزوج أو ذي رحم محرم والتهديد بخطر يخدش الشرف يعتبر إكراهاً و يكون ملجئاً أو غير ملجيء بحسب الأحوال).

[1] و تجدر الإشارة إلى وجود فرق بسيط بين الحقيقة والصدق في أن ملاحظة المطابقة من الواقع إلى الحكم تسمى (حقيقة) و إن كانت هذه الملاحظة بصورة عكسية أي من الحكم إلى الواقع سمي (صدقاً). للمزيد من التفصيل ينظر: العقائد النسفية بشرح التفتازاني، قزمي يوسف ضيا، ١٣٢٦، ص٢٠ الهامش للإمام الكستلي.

إذا علم أن القاعدة القانونية تتكون من عنصرين، الفرض والحكم، فنحاول في الفقرات القادمة أن نحلل الحقائق التي تسهم في تكوين هذين العنصرين، أي ما هي مادة الفرض و ما هي مادة الحكم؟

الفرع الثاني

الحقائق الموضوعية

من العوامل التي تسهم في تكوين القاعدة القانونية إسهاماً فعالاً هي الحقائق بصورة عامة والحقائق الموضوعية على وجه الخصوص، لكن يمكن التساؤل هنا عن ماهية الحقائق الموضوعية؟

دعا سقراط إلى أن للأخلاق مقاييس ثابتة يمكن إدراكها بالعقل، فهي لا تختلف بإختلاف الأفراد، لأن العقل –و هو الصفة المشتركة بين جميع الأفراد– يمكنه عن طريق الإستقراء أن يدرك الحقائق الموضوعية، إذن، الحقيقة الموضوعية لا تختلف بإختلاف الأشخاص، فبالتالي يكون ثبات الحقيقة والمقاييس معاً[1].

و عليه أن الحقيقة الموضوعية هي الحقيقة التي أتفق أو يتفق عليها الجميع، علماً بأن هذا النوع من الحقيقة لا يجد موطناً له في فكر السفسطائين، لأن الحقيقة عندهم هي ما يراه الإنسان حقيقة.

و يرى أفلاطون في معرض تمييزه بين مستويات المعرفة الثلاثة، أن الحقيقة الموضوعية، هي الحقيقة التي تقع خارج ذهن الإنسان، و لها مثل ذا وجود مستقل في

---

[1] ينظر : د. محمد علي الصافوري، النظم القانونية القديمة، المصدر السابق، ص١٧٤.

العالم الخارجي (أي خارج الذهن)، و هذا المثل الموضوعي هو مقياس الأشياء الثابت والدائم والذي لا يختلف بإختلاف العقول[1].

و يلاحظ، أن هذا الرأي قد أشترط أن تقع الحقيقة الموضوعية خارج الذهن، غير أنه إن كان هذا صحيحاً بالنسبة لبعض من الحقائق الموضوعية، فلا يمكن إضافة صحته على هذه الحقائق كلها، فهناك ثمة حقائق موضوعية، لا تقع خارج الذهن، و مع ذلك لا تخرج عن دائرة الحقائق الموضوعية، مثل ذلك الحقائق العقلية، صحيح أنه توجد حقائق موضوعية تقع خارج الذهن مثلاً الحقائق الطبيعية.

و القول (بإختلاف العقول)، إما يقصد به إختلاف العقول من حيث نضوجها من عدمه، كإختلاف العقول الناتج عن إختلاف السن، أو التعليم، و ما إلى ذلك، فإذا كان المقصود منه هذا، فلا يمكن القول إن هذا الإختلاف يؤثر في الحقيقة، لأنه عندما نقول العقل نعني به العقل السليم بكل ما يحمله من معنى، و إما يقصد به عدم إتفاق العقول على موضوع الحقيقة الموضوعية، فلا نعتقد أن يحدث مثل هذا الإختلاف، أو ربما يقصد به إختلاف الأشخاص و هذا يمكن أن يحدث و هو جائز لكن الحقيقة الموضوعية لا تتأثر معه، فالحقيقة الموضوعية إذن، هي ما أتفق أو يتفق عليه الكل والذي لا يحتمل الكذب.

سنحاول أن نحلل التعريف من خلال التعرض إلى الحقائق التي أوردها الفقيه الفرنسي(فرانسواجيني) كمكونات القاعدة القانونية و ذلك كالآتي:

---

(1) ينظر : المصدرالمتقدم ذكره، ص(١٨٨-١٨٩).

أولاً: الحقائق الطبيعية[1]:

الحقائق الطبيعية أو الواقعية، هي تلك الحقائق التي تتكون من ظروف الواقع المحيطة بالناس في الجماعة، و هذه الظروف قد تكون مادية كظروف المناخ والتربة و تكوين الإنسان العضوي أو الجسمي، و قد تكون معنوية كالحالة النفسية أو النزعات الأخلاقية أو الشعور الديني، و قد تكون مجرد ظروف إقتصادية أو قوى سياسية أو إجتماعية[2].

و هذه الحقائق سابقة في الوجود على القاعدة القانونية لأن القاعدة القانونية و ما يتولد عنها من حقائق قانونية تجد أساسها في حقائق الحياة المادية[3]، فهذه الحقائق الطبيعية و إن كان لها تأثير على جوهر القاعدة القانونية، لكنها لا تخلق بنفسها هذه القاعدة، و إنما تحدد نطاقها أو تمهد البيئة اللازمة لنشوئها[4]، فهي إذن، حقائق أولية

---

(1) إستعمل الدكتور عبدالحي حجازي كلمة (معطى) بدلاً من (الحقيقة) عندما تعرض إلى شرح نظرية (جيني)، فيقول المعطيات الطبيعية والعقلية والتأريخية والمثالية، و في بيان معنى (معطى) قال إن الشيء يعتبر (معطى) بصفة عامة حين يكون موجوداً دون أي تدخل منشيء من جانب الإنسان. ينظر : د. عبدالحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية (القانون) المصدر السابق، ص(٤٠٦-٤١٧). غير أننا قد لا نتفق مع هذا الرأي لأن (معطى) في اللغة العربية إسم المفعول، معناه ما أعطي أي هناك ما أعطى هذا الشيء، و هذا يعني أن (معطى) لا يقوم بذاته، و إنما على غيره، بينما الحقائق التي نتناولها هنا بالبحث، نعتقد إنها قائمة بذاتها، فلذلك آثرنا إستعمال الحقيقة بدلاً من (المعطى).

(2) ينظر : د. حسن كيره، المدخل إلى القانون، المصدر السابق، ص١٤٢.

(3) د. عبد المنعم درويش، مقدمة في تأريخ النظم القانونية والإجتماعية، ط١، ١٩٩٧، ص١٩٠.

(4) ينظر: د. علي حسين نجيدة، المدخل لدراسة القانون (نظرية القانون)، دار الفكر العربي، ط١٩٨٤، ص٢٤٩.

من اللازم إدخالها في الإعتبار، إن لم يكن لشيء فلتثبيت الوضع الذي تعرض به مسائل القانون أو لتحديد مداها إبتداءً[1].

و هناك من يقسم الحقيقة الطبيعية إلى ثلاثة أنواع: الحقيقة التأريخية، والحقيقة العلمية، والحقيقة الفلسفية[2].

غير أنه لا يمكن التسليم بهذا التقسيم، لكن يمكن أن توصف الحقيقة الطبيعية في ذات الوقت بأنها تأريخية، فالنسبة بينهما هي أن كل حقيقة طبيعية يمكن أن توجد لها جذور في التأريخ أما الحقيقة التأريخية فكما يمكن أن تكون طبيعية، يمكن أن تكون غير ذلك، و عليه يستساغ القول إنه لا يمكن التسليم بالتوافق الكلي بين الحقيقة الطبيعية والحقيقة التأريخية.

و كذلك يمكن أن توصف الحقيقة الطبيعية بأنها علمية أو فلسفية، غاية الأمر أنه من الجائز إضافة وصف التأريخية، العلمية، والفلسفية، للحقائق الطبيعية، لكن تقسيمها إلى الأنواع الثلاثة المذكورة أمر لا يمكن إقراره.

و هذه الحقائق الطبيعية أو الواقعية تخضع لطرق المعرفة الواقعية اليقينية من مشاهدة و تجربة، و لذلك فهي حقائق علمية بالمعنى الضيق الدقيق، و هذه الصفة العلمية اليقينية المنزهة عن التحكم و عن كل تنظيم فني مصطنع، تفرض هذه الحقائق على الإرادة فرضاً حتمياً مما يجعلها شرطاً أساسياً جوهرياً لإنشاء القاعدة القانونية[3].

(1) ينظر: د حسن كيره، المدخل إلى القانون، المصدر السابق، ص(١٤٢-١٤٣).

(2) ينظر: د السيد عبدالحميد فوده، الإفتراض القانوني، المصدر السابق، ص(١٨-٢٣).

(3) ينظر: د حسن كيره، المدخل إلى القانون، المصدر السابق، ص١٤٣.

أما موضوعية هذه الحقائق فتظهر في أنه لا ينكر أحد موضوع هذه الحقائق مثل ذلك الإختلاف البيولوجي والفسيولوجي الموجود بين الذكر والأنثى حقيقة موضوعية أتفق عليها الكل فبالتالي ليس بإمكان أحد أن ينكرها و هذه الحقيقة قد أسهمت في إنشاء قواعد قانونية مختلفة و متباينة، كالقواعد التي تحدد حقوق و واجبات الزوجين بشكل يقود إلى التسليم بإختلاف في المركز القانوني بين الزوج والزوجة، قد يظن البعض، إن هذا الإختلاف قد جاء من باب التفضيل، أي تفضيل أحد الزوجين على الآخر قاصدين به تفضيل الرجل على المرأة، صحيح أنه يوجد تفاوت ملحوظ بينهما، و لا يمكن إنكار ذلك، ولكن هذا التفاوت لم يأت من باب التفضيل، و إنما قد جاء لإقامة التعاون بينهما، لأنه لو لم يوجد التفاوت لما يحتاج أحدهما للآخر، فبالتالي لم يقم التعاون الذي جعله الله كلمة السر بين عباده، و هذا التفاوت لا تنكره العدالة و إنما تقره بناءاً على قاعدة (التسوية بين المتماثلين والتفرقة بين المختلفين)، فهنا تظهر أهمية العدالة المتمثلة في إقامة التعاون بين البشر.

ثانياً: الحقائق العقلية:

و الحقائق العقلية هي ما يستخلصه العقل –كقواعد قانونية– من طبيعة الإنسان والبيئة التي تكتنف حياته، فلا يدخل في هذا النوع من الحقائق إلا المبادئ الرئيسة التي يرشد العقل إليها كضرورة حتمية ناتجة عن طبيعة الإنسان[1].و هذه الحقائق العقلية تكون عند (جيني) الجوهر الأساسي لفكرة القانون الطبيعي، أي قواعد السلوك التي يستخلصها العقل من طبيعة الإنسان و من اتصاله بالناس في المجتمع،

(1) ينظر: د. السيد عبد الحميد فوده، جوهر القانون بين المثالية والواقعية، دار الفكر الجامعي، الأسكندرية، ٢٠٠٥، ص(٢٨٨-٢٨٩).

و هي بوصفها تفرض على العقل أو الذهن و توافق مقتضيات الأشياء، فتكون محتومة كما تكون عالمية و ثابتة[1].

ورغم أن الحتمية التي تحكم هذه الحقائق ليست مادية، بل معنوية محضة، فهي أهل لتكوين القانون الطبيعي بالمعنى الصحيح و بصفاته الخاصة المعترف بها من ثبات و عالمية و خلود، ولكن (جيني) يفضل تسميتها بالحقائق العقلية منعاً لما قد تثيره تسميتها بالقانون الطبيعي من خلط في الأذهان، و لأن العقل هو الأداة المستعملة في إستخلاصها، و رغم ذلك، فهي تظل تعني تلك المبادىء التي يستخلصها التمحيص العقلي لحقائق أخرى، في سبيل توجيه سلوك الأفراد في المجتمع[2]، فالحقائق العقلية إذن، تتضمن المبادىء الضرورية لا الكمالية[3].

و يعترف (جيني) للحقائق العقلية بصفة علمية بالمعنى الواسع المعبر عن كل نشاط أو جهد عقلي تفكيري، ينفذ إلى جوهر الأشياء بوسائله المسلمة الخاصة في المعرفة دون الوسائل المنازع في قيمتها، و بذلك تمكنت هذه الحقائق من أن تضع من القواعد ما تفرضه فرضاً جازماً يعادل جزمه و حتمه الحتم المادي الملازم للحقائق الطبيعية[4].

و يقول بعض الكتاب[5] إن الحقائق العقلية تشمل القواعد التي يستخلصها العقل من الحقائق الواقعية والحقائق التأريخية، فيصقل العقل هذه الحقائق و يحورها

---

(1) نقلاً عن: د. حسن كيره، المدخل إلى القانون، المصدر السابق، ص١٤٥.

(2) ينظر: د. السيد عبدالحميد فوده، جوهر القانون، المصدر السابق، ص(٢٨٩-٢٩٠).

(3) نقلاًعن: د. حسن كيره، المدخل إلى القانون، المصدر السابق، ص(١٤٥-١٤٦).

(4) ينظر إلى كل من: د. السيد عبدالحميد فوده، جوهرالقانون، المصدر السابق، ص٢٩١؛ د. حسن كيره، المدخل إلى القانون، المصدر السابق، ص(١٤٦-١٤٧).

(5) ينظر: السنهوري و أبو ستيت، أصول القانون، المرجع السابق، ص٧٣.

بحيث تصبح متفقة مع الغاية التي وجد من أجلها القانون، هذا يعني أن الحقائق العقلية تلحق الحقائق الطبيعية والتأريخية في وجودها.

إن ينطبق هذا القول بالنسبة للحقائق الطبيعية، فلا نرى إمكانية إنطباقه بشأن الحقائق التأريخية، صحيح أن الحقائق الطبيعية إن لم تكن سابقة في وجودها وجود الحقائق العقلية فلم تكن لاحقة عليها، غاية الأمر أن الإنسان من خلال التمحيص العقلي في الحقائق الطبيعية يمحض الحقائق العقلية، مثلاً من خلال التمحيص العقلي في وجود الجنسين و حاجة أحدهما للآخر، يتوصل إلى حقيقة عقلية و هي أن يكون الإرتباط بينهما.

أما الحقائق التأريخية فإنها لاحقة في وجودها وجود الحقائق العقلية، فمثلاً ارتباط الرجل بالمرأة، هل أقره العقل أم التأريخ؟ أقره العقل دون إجحاده يوماً من الأيام، حتى أصبح يظهر كأنه حقيقة تأريخية، غاية الأمر أنه بالإمكان أن يضاف وصف التأريخية على الحقائق العقلية، ولكنها لا يمكن أن تتحول هذه الأخيرة إلى حقائق تأريخية.

و موضوعية هذه الحقائق تظهر في أن جميع العقول السليمة تتفق عليها ريثما أنها لا تحتمل الكذب[1]، مثل ذلك أن الزواج بين المرأة والرجل أتفقت عليها العقول مر التأريخ، و لم يحدث يوماً من الأيام أن يرفض هذا النظام، على الرغم من المخالفات التي أرتكبت و ترتكب فيه، لكنه مع ذلك ظل ثابتاً.

أما ما هو وجه العدالة في هذه الحقائق؟ فنقول، صحيح أن للعدالة مكاناً في هذه الحقائق، غير أن هذه الحقائق تستمد منها بصورة عامة قواعد العدل و ليست مبادىء

---

(1) المقصود بالكذب هنا إثبات مناقضها، أي لا تحتمل إثبات مناقضها، و ليس الكذب في ذاته، لأن الكذب في ذاته يعد حقيقة وفقاً لتعريف الحقيقة المذكور سلفاً.

العدالة، لأنه كما قلنا أن العدالة تجتمع مع العدل عند سن التشريع، هنا تصبح الحقائق الموضوعية ينبوعاً للعدل والعدالة معاً، غير أن العدالة تفترق عن العدل في بعض الأحيان، و ذلك عند خلو التشريع و عند معارضته للمصالح الأكثر إحتراماً، فهنا أيضاً يحكم العقل ولكن قد يتأثر بالرحمة والعطف و حكمة التشريع، و عليه إن الحكم العقلي المجرد عن المؤثرات يحقق العدل و قد يحقق العدالة أيضاً، أما الحكم العقلي المتأثر بمؤثرات مثل العطف و الرحمة فيحقق العدالة، حقيقة الأمر أن الحقائق الموضوعية أقرب إلى العدل من أن تكون للعدالة.

و قد أوردنا هاتين الحقيقتين على سبيل المثال للحقائق الموضوعية فضلاً عن وجود حقائق موضوعية أخرى كالحقائق الدينية التي لها مساهمة فعالة في تكوين القاعدة القانونية.

الفرع الثالث

الحقائق الإعتبارية (أو الوصفية)

الحقائق الإعتبارية، هي الحقائق التي أتفق أو يتفق الجميع على حقيقتها، ولكنها تحتمل العكس، أي يمكن إثبات نقيضها، بمعنى أنها حقائق ثابتة دون أن تكون جازمة، و يسميها بعض الباحثين الحقائق الوصفية نظراً لما فيها من الإحتمال في العنصر الإيجابي المتمثل في كونها و عدها حقيقة و كذلك في العنصر السلبي

المتضمن كونها، منافياً للحقيقة (أي اللاحقيقة)، و نتيجة تغلب العنصر الإيجابي فيها أضيف عليها وصف الحقيقة[1].

و هذه الحقائق ليست بمقدورها أن تحدد وحدها مضمون القانون[2]، و إنما يمكن وصفها بأنها عناصر غير ثابتة و مستقرة في القاعدة القانونية و بعض هذه الحقائق تدعي دوماً التغيير في القاعدة القانونية، و لو لم توجد هذه الحقائق لما تغيرت القاعدة القانونية، لأن الحقائق الموضوعية هي حقائق ثابتة وجازمة، والمبني على الثابت ثابت إذن، يعود الفضل لهذه الحقائق في أنها لم تدع أن تصبح القواعد القانونية جامدة.

و هذه الحقائق تشمل حقائق جمة، تأريخية، مثالية، أو المصالح التي يراها المشرع أنها جديرة بالحماية و ما إلى ذلك من الحقائق، سنتناولها فيما يأتي على سبيل المثل و ليس الحصر، إعتقاداً منا بأن هذه الحقائق لا تقبل الحصر.

أولاً: الحقائق المثالية:

تشمل المثل العليا التي يرتسمها الإنسان للنهوض بالقانون في مدارج الكمال، يستلهمها من العاطفة لا من التفكير، و من الإيمان لا من العقل[3]، و كذلك تشتمل على جميع آمال البشرية و أمانيها في الصعود المستمر بالقانون الوضعي في مراقي الكمال، أنه بمثابة الغلاف الهوائي الذي يحيط بجميع المسائل القانونية التي ثار

---

(1) ينظر:

-Mark Greenberg, How Facts make law, obtainable on this site www.law.nyu.edu/cppt/program2002/readings/greenberg/greenberg-Facts make law.p.p1-14

(2) ينظر:

-Ibid,p.1

(3) ينظر: السنهوري و أبو ستيت، أصول القانون، المرجع السابق، ص٧٣.

بشأنها الجدل[1]، و هذه الحقائق تتكون من إعتبارات سياسية و إجتماعية و فلسفية تهدف إلى السمو بالقواعد الكائنة والسير بها في طريق الكمل، و إستبدال الأفضل بها[2]، فهي قواعد مثالية لأنها ليست مستوحاة من الواقع و لا من عبر التأريخ و لا يشير بضرورتها العقل، بل ليست سوى إتجاهات نحو تنظيم مأمول للعلاقات القانونية التي تستلزمها درجة المدنية التي تمر بها الجماعة[3]، فهذه الحقائق المثالية لا تعدو من أن تكون مجرد أماني أخلاقية أو إجتماعية لم يفرضها العقل، و لا تستمد من واقع التأريخ، فهي بهذا ليست عالمية و لا خالدة، لأنها تتأثر بالزمان والمكان، فلكل زمان مثالياته و لكل أمة أمانيها و تطلعاتها[4]، لذا لا تصطبغ بالصبغة العلمية بالمعنى الدقيق فهى تنطلق من قوى غير واضحة تحت إسم العقيدة أو المشاعر لكي تحدد بطريقة مبهمة، حركة الإرادة، و ما يرتبط بها من معتقدات[5].

و من أمثلة هذه الحقائق المثالية مبدأ الزوجة الواحدة، و أبدية الزواج[6]، و لئن كانت هذه الحقائق تفرض إلى حد ما على الذهن و تبقى بذلك في عداد الحقائق المكونة لجوهر القاعدة القانونية[1].

---

(1) نقلاًعن: د. عبدالحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، (القانون)، المصدر السابق، ص٤١٠.

(2) ينظر: د. السيد عبدالحميد فوده، جوهرالقانون، المصدر السابق، ص٢٩١.

(3) ينظر: د. علي حسين نجيده، المدخل لدراسة القانون، المصدر السابق، ص٢٥١.

(4) ينظر إلى كل من: د. حسن كيره، المدخل إلى القانون، المصدر السابق، ص١٤٨؛ د. علي حسين نجيده، المدخل لدراسة القانون، المصدر السابق، ص٢٥٢.

(5) ينظر: د. حمدي عبدالرحمن، فكرة القانون، المصدر السابق، ص١٠٠. ينظر: د. حمدي عبدالرحمن، فكرة القانون، المصدر السابق، ص١٠٠.

(6) ينظر: د. عبدالحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية (القانون)، المصدر السابق، ص٤١١.

غير أنه مع ذلك قد تقف الحقائق المثالية في وجه بعض الأنظمة القانونية التي فرضتها، في وقت من الأوقات، الطبيعة والعقل، و ذلك حين تتخلف هذه الأنظمة عن التماشي مع التطور الحضاري أو الفكري[2]، و من قبيل ذلك أن أساس التعويض عن الضرر هو نسبة الخطأ إلى من تسبب في إحداث هذا الضرر، و كان يعزو هذا المبدأ إلى الحقائق العقلية[3]، ولكن الفكر القانوني المعاصر يضع بجانبه مبدأ التعويض القائم على تحمل التبعة على أساس تعاون الجميع و تآزرهم في الحياة الإجتماعية و بهذا يبرز تأثير الفكر المثالي على الحقائق العقلية في بعض الحالات[4].

و وجه إعتبارية هذه الحقائق يتجلى في أن هذه الحقائق و إن كانت محل إتفاق جميع الناس، في مكان من الأماكن أو في زمن من الأزمنة، فإنها تبقى مشكوكاً في صحتها مما يجعلها عرضة لإثبات عدم صحتها أو حتى عكسها ولكن مع كل ذلك إعتبرناها أو نعتبرها من قبيل الحقائق.

---

(1) ينظر: د. حسن كيره، المدخل إلى القانون، المصدر السابق، ص١٤٨.

(2) ينظر إلى كل من: د. حمدي عبدالرحمن، فكرة القانون، دار الفكر العربي، ١٩٧٩، ص١٠٠؛ د. السيد عبدالحميد فوده، جوهر القانون، المصدر السابق، ص٢٩٣؛ د. حسن كيره، المدخل إلى القانون، المصدر السابق، ص(١٤٨-١٤٩).

(3) ينظر إلى كل من: د. شمس الدين الوكيل، نظرات في فلسفة القانون، بحث منشور بمجلة الحقوق للبحوث والدراسات القانونية السنة الثانية عشر(١٩٦٢-١٩٦٣) العددان (٣، ٤)، جامعة الأسكندرية، ١٩٦٣، ص١٢٥؛ د. عبدالحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية(القانون)، المصدر السابق، ص(٤١١-٤١٢).

(4) ينظر: د. شمس الدين الوكيل، نظرات في فلسفة القانون، المصدر السابق، ص(١٢٥-١٢٦).

أما وجه العدالة فيظهر في أن هذه الحقائق تحكمها العاطفة، والعطف هو أحد العوامل التي لها نصيب في تحقيق العدالة، فلذلك يمكن القول إن هذه الحقائق تصبح مصدراً رئيساً لقواعد الأخلاق، و في ذات الوقت قد تنبثق منها مبادئ العدالة، غاية الأمر أن هذه الحقائق هي ينبوع قواعد الأخلاق و ليست مبادئ العدالة، آية ذلك أن المطالبة بمنع تعدد الزوجات، و أبدية الزواج مطالبة أخلاقية قد لا تقبلها العدالة و قد تقبلها.

ثانياً: الحقائق التأريخية:

يقصد بالحقائق التأريخية التراث الذي خلفه الأجيال السابقة من تنظيم لعلاقاتها الإجتماعية من عرف وعادات وتقاليد مختلفة[1].

فتشمل ما تكون من قواعد لتنظيم الحياة والسلوك في المجتمع، ثبتت على مر الزمن مما أكسبها صلابة و قوة و إحتراماً، جعلت منها تراثاً لا يمكن إغفاله أو التحلل منه كلياً، في تكوين القانون[2]، و كذلك تشمل التطورات التي مرت بها النظم القانونية المختلفة، فيستقريء الباحث هذه الحقائق من التأريخ في القانون و في العلوم الإجتماعية[3].

و هذه الحقائق تتضمن قواعد قانونية إيجابية و صالحة لتوجيه الناس في الجماعة، و ذلك على خلاف الحقائق الواقعية التي تحتوي على عناصر مادية أولية سلبية لا تنهض وحدها بعبء تكوين القاعدة القانونية[4]، فمثل هذه الحقائق لا يمكن

---

(1) ينظر: د. محمود جمال الدين زكي، دروس في مقدمة الدراسات القانونية، الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية، ط٢، ١٩٦٩، ص٧٠

(2) نقلاً عن: د. حسن كيره، المدخل إلى القانون، المصدر السابق، ص(١٤٣-١٤٤).

(3) ينظر: السنهوري و أبو ستيت أصول القانون، المرجع السابق، ص٧٢.

(4) ينظر: د. شمس الدين الوكيل، نظرات في فلسفة القانون، المصدر السابق، ص١٢٠.

إنكارها، و هي تتصف بالعموم والعالمية في خطوطها الرئيسة، و إن كانت تختلف عند تحديد الجزئيات وفقاً لإختلاف البيئة[1].

و يرى(جيني) أن الماضي له قدسيته بل و له شرعيته، و مثل هذه القدسية تحد من شطط الإسراف في محاولة التغيير أو التعديل، و هو يؤكد أن الحقائق التأريخية هي حقائق جاهزة لتكوين القاعدة القانونية تكويناً علمياً، و هو يعني بالتاريخ تجربة البشرية في الماضي، و يؤمن بمنهج المشاهدة الأمنية لطبائع الأمور موضوع الملاحظة، و بذلك تقوم الحقائق التأريخية بأداء دور جوهري في إرساء جوهر القانون دون إغفال دور الإرادة في رقابتها والحكم عليها[2].

فمن المحال إذن، إغفال دور الحقائق التأريخية في تكوين القانون، إذ يقوم على أساسها كل إصلاح أو بناء قانوني جديد، فهي نتيجة خبرة تولدت عن طول التجربة مما يجعل لها حجية مسلمة، ليست بالمطلقة و لا بالدائمة، ولكنها حجية مؤقتة لا تصدر عن التطور و إن تكن تعصم من الإندفاع والتهور[3]، و هذه الحقائق التأريخية حقائق علمية بالمعنى الدقيق، فالتأريخ ليس سوى التجربة التي مرت بها الإنسانية فيكون الشأن في تعرفه و تسجيله إلى مجرد المشاهدة، والحقائق التأريخية بذلك تكون قادرة على إعطاء القانون أساساً راسياً، فبعض الأنظمة القانونية الرئيسة، كنظام الملكية الفردية الذي ما زال أساسه العقلي محل خلاف كبير تجد أساسها و سندها في التطور التأريخي الذي خرجت منه[4].

---

(1) ينظر: المصدر المتقدم ذكره، ص١٢١.

(2) نقلاً عن: د. السيد عبدالحميد فوده، جوهر القانون، المصدر السابق، ص٢٨٧.

(3) نقلاً عن: المصدر المتقدم ذكره، ص٢٨٧.

(4) نقلاً عن: د. حسن كيره، المدخل إلى القانون، المصدر السابق، ص١٤٤.

غير أننا لسنا متفقين مع هذا الرأي، فنرى أن الحقائق التأريخية مع كونها حقائق ثابتة لكنها ليست علمية بالمعنى الدقيق، أي لا تبلغ في علميتها حد ما بلغته الحقائق الطبيعية والعقلية، فنعتقد أن الحقائق التأريخية تنبثق من إتفاق الناس عليها و من ثم تأتي علميتها من هذا الإتفاق و ليست في ذاتها، لذلك نرى أنها حقائق إعتبارية، فوجه إعتباريتها يظهر في أن هذه الحقائق على الرغم من ثبوتها كحقائق، إلا أنها ليست جازمة في ثباتها فيحتمل الكذب فيها[1] فبالتالي أنه بالإمكان إثبات عكسها، كما قلنا بشأن الحقائق المثالية.

أما بشأن وجه العدالة في هذه الحقائق، فنقول إنه لا توجد علاقة عضوية بين العدالة و الحقائق التأريخية، بمعنى أن كل ما يعد من قبيل الحقائق التأريخية لا يشترط بالضرورة أن يندرج في نطاق العدالة، بل الصلة بينهما لا تعدو من أنه توجد قواعد قانونية باتت ثابتة بمرور الزمن و في ذات الوقت تؤيدها العدالة، نورد بعض منها على سبيل المثال، التي أخذناها من الملحق الثاني من مدونة جستنيان[2]:

١) نماء الشيء لمالكه و هلاكه عليه.

٢) عند الشك يؤخذ بالأرفق.

٣) الغرم بالغنم.

٤) لا ضرر و لا ضرار و أتوا كل ذي حق حقه.

٥) الغش يفسد كل أمر.

غاية الأمر أن كل ما هو عادل يمكن وصفه بالحقيقة التأريخية، لأن العدالة في جوهرها لا تتأثر بالزمان والمكان والأحوال، ولكن لا يستساغ إطلاق العكس، أي لا

---

[1] الكذب هنا يعني إثبات المناقض.

[2] مدونة جستنيان، المرجع السابق، الملحق الثاني، ص(٣٦٥-٣٧٢).

يمكن القول إن كل ما هو من قبيل الحقيقة التأريخية فهو عادل، لأن الحقيقة التأريخية تتضمن العدالة والجور معاً.

هذين النوعين من الحقائق الإعتبارية قد أوردناهما على سبيل المثال و ليس الحصر، إعتقاداً منا بأن هذه الحقائق لا يمكن حصرها، لذا نعتقد بأنه توجد حقائق أخرى تدخل في نطاق الحقائق الإعتبارية، مثل ذلك، الحقائق القانونية والحقائق القضائية[1]، و كذلك العرف والعادة تدخلان ضمن الحقائق التأريخية كما لاحظنا سلفاً، و هذه الأخيرة أوردناها كمثل على الحقائق الإعتبارية، و كذلك المصالح التي يحيطها المشرع بالحماية القانونية، أو بتعبير أدق التي قد تدفع المشرع إلى سن قاعدة قانونية أو تساعده على ذلك هي من الحقائق الإعتبارية، سواء كانت مصالح سياسية أو إجتماعية أو إقتصادية أو قومية أو غير ذلك لأن كل هذه الحقائق القضائية، أو القانونية، أو العرف والعادة، أو المصالح و إن تصبح محل الإتفاق، إلا أنها تحتمل الكذب[2].

الفرع الرابع

العدالة من بين هذه الحقائق

العدالة في جوهرها، تدخل في نطاق الحقائق الموضوعية، فهي بذلك تصبح محل إتفاق الكل و من ثم يستحيل إثبات عكسها، لذا ما يعد من قبيل الحقائق الطبيعية

---

[1] ينظر:

-Mark Greenberg, How Facts make law, Ibid

[2] أي إثبات مناقضها.

والعقلية والدينية تقره العدالة في ذات الوقت، كما لاحظنا عند الكلام عن الحقائق الموضوعية، غير أنه على الرغم من أن العدالة تجد مكاناً لها بين كل من الحقائق الطبيعية والعقلية والدينية، لكن لا تصبح إحدى هذه الحقائق وحدها ينبوعاً للعدالة، و إنما في كل من هذه الحقائق هناك قدراً من الحقيقة يتفق مع العدالة و قدراً آخر مع العدل و ثالث مع الأفكار الأخرى.

هذا بالنسبة للعدالة في جوهرها، أما العدالة في شكلها، فإنها تدور في فلك الحقائق الإعتبارية (الوصفية)، مثل ذلك مبدأ عدم الإضرار بالغير، مبدأ تقره العدالة في جوهرها و هي في ذلك تتفق مع الحقائق العقلية، أما كيف تتم صياغة هذا المبدأ فهذا الأمر يتفق مع العدالة في شكلها، لذلك يمكن أن يصاغ على أشكال مختلفة مثلاً (لا ضرر و لا ضرار)، (الضرر يزال)، (لا يجوز الإضرار بالآخرين)، (أول الواجبات كف الأذى عن الناس)[1]، (لا يجوز الإعتداء على حق الآخرين) أو بأية صيغة كانت و كذلك مسؤولية الصغير عن الأضرار التي يحدثها للغير أمر تقره العدالة و هو من قبيل الحقائق العقلية[2]، أما أساس هذه المسؤولية فتحكمه الحقائق الإعتبارية بما فيها العدالة في شكلها لذلك نجد تعدد في الآراء بشأن أساس هذه المسؤولية، هل أساسها فكرة الخطأ المفترض أم فكرة الضمان أم نظرية تحمل التبعة

(1) ينظر: مدونة جستنيان، المرجع السابق، الملحق الثاني، ص٣٧٠.

(2) نصت المادة (١٩١) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١على: (أولاً: إذا أتلف صبي مميز أو غير مميز أو من في حكمهما مال غيره لزمه الضمان في ماله. ثانياً: و إذا تعذر الحصول على التعويض من أموال من وقع منه الضرر إن كان صبياً غير مميز أو مجنون جاز للمحكمة أن تلزم الولي أو القيم أو الوصي بمبلغ التعويض، على أن يكون لهذا الرجوع بما دفعه على من وقع منه الضرر. ثالثاً: عند تقدير التعويض العادل عن الضرر لا بد للمحكمة أن تراعي في ذلك مركز الخصوم).

أم الفعل الضار؟[1]، و هكذا نجد أن العدالة في جوهرها تبقى ثابتة تبعاً للثبات الدائمي والأبدي في الحقائق الموضوعية، بينما شكلها يتأثر بالزمان والمكان والأحوال كما تتأثر الحقائق الإعتبارية بها، و هذا لا يعني أن العدالة عبارة عن إجتماع الحقائق الموضوعية والإعتبارية معاً رغم إعتقادنا بأنها تتضمن قدراً و لو جد يسير من كل حقيقة من الحقائق الموضوعية والإعتبارية، كما سبق و إن رأينا وجه العدالة في الحقائق العقلية والطبيعية والمثالية والتأريخية، ولكن في ذات الوقت قلنا إن الحقائق العقلية هي ينبوع العدل والحقائق المثالية هي مصدر الأخلاق.

أما العدالة فهي بصورة أساس مزيج من قدر من الحقائق العقلية مع قدر من الحقائق المثالية، نقول قدر من الحقائق العقلية و ليس كل الحقيقة العقلية، و كذلك قدر من الحقيقة المثالية و ليست كلها أي قدر مناسب من الحقيقة العقلية يندمج أو يتحد مع قدر مناسب من الحقيقة المثالية تتكون منهما العدالة، لأن العدالة هي الوسط بين العدل النابع من الحقيقة العقلية و بين الأخلاق الناتجة عن الحقيقة المثالية، مع إقرارها للجانب الموافق لها من الحقائق الأخرى.

إذن، كما أسلفنا أن الحقائق الموضوعية وحدها ليست بمقدورها أن تحدد مضمون القانون، و كذلك الحقائق الإعتبارية[2]، و إنما بإتحادهما يتكون القانون، والعدالة توجد بين كل هذه الحقائق، لكنها تظهر أساساً كمزيج من الحقيقة العقلية والحقيقة والمثالية، زد على ذلك أنها من حيث هي تتكون من جوهر الحقيقة العقلية، و هذا يؤيد الرأي القائل إن القانون الظالم ليس بقانون و إنما من قبيل عمل مادي غير

(1) ينظر: د جمال مهدي محمود الأكشي، مسؤولية الآباء المدنية عن الأبناء القصر في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، الأسكندرية، ٢٠٠٦، ص(٣٧٨-٤٠٢).

(2) ينظر:

-Mark Greenberg, How Facts make law, Ibid, p.14.

مشروع كما لاحظناه سلفاً[1]، و أساس هذا القول هو أن الغلبة ستكون للحقائق العقلية عند تعارضها مع الحقائق الأخرى كما يقول (جيني)[2]، فيفهم من هذا أن القانون كي يصدر ينبغي أن تتغلب فيه الحقائق العقلية على غيرها من الحقائق الأخرى، أي أن يصطبغ بصبغة عقلية، فيجب ألا يصدر إبتداءاً قانون مخالف للعقل، أما إذا صدر فلا يضاف إليه وصف القانون.

إذا علم ذلك، و علم أن الحقائق العقلية هي لب العدالة فعليه يجب ألا يصدر إبتداءاً قانون مخالف للعدالة، أما إذا صدر فينطبق عليه نفس القول الذي ينطبق على القانون المخالف للعقل. و تجدر الإشارة إلى أنه لا يشترط في كل قاعدة قانونية أن تتضمن كل الحقائق الموضوعية والحقائق الإعتبارية، بل يجوز أن تتضمن بعضها مشترطاً أن تكون الحقائق العقلية موجودة في كل الأحوال و في كل قاعدة قانونية، لأن سن القانون عمل عقلي بالطبع، والأمثلة كثيرة على الحقائق التي تناولناها بالتفصيل، لكن هنا نضرب مثالين إضافيين على المثال الذي أورده (جيني) بالزواج والذي قد تطرقنا إليه في طي مناقشتنا للحقائق العقلية والمثالية والطبيعية والتأريخية.

(1) ينظر: الصفحة (٦٥) من هذه الكتاب.

(2) ينظر: د. حسن كيره، المدخل إلى القانون، المصدر السابق، ص١٤٩.

المثال الأول: قاعدة (لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ)[1]:

ما هو وجه الحقائق المذكورة في هذه القاعدة؟

أولاً: الحقائق الطبيعية:

الموت حقيقة طبيعية، تؤيدها الحقائق الدينية (كُلُّ نَفْسٍ ذَائِقَةُ الْمَوْتِ)[2]، و كذلك من الحقائق الطبيعية في هذه القاعدة، أن الذكر يتحمل مسؤولية و مشقة و تبعة العائلة أكثر من الأنثى، الذكر يتزوج و يحتاج أموالاً لذلك أما الأنثى، فصحيح أنها أيضاً تتزوج، لكنها لا تحتاج مثل ما يحتاجه الذكر، و إنما يتحملها زوجها، إذن، هذه الحصة الزائدة التي يأخذها، لا يأخذها بإعتباره يساوي أنثيين، كلا، بل يأخذها مراعاة للمصروفات التي يتكبدها عندما يتزوج، قد يتساءل عن حالات لا يتزوج فيها الذكر أو تزوج الذكر بالفعل، إذن، فما حاجته لهذه الحصة الزائدة؟ نعم قد توجد حالات لا يتزوج فيها الذكر أو تزوج لكن هذه الحالات هي إستثناء بالنظر الى اللذين لم يتزوجوا أو قليل بالنسبة اليهم، والقاعدة توضع للحالات الغالبة و ليست للإستثناءات القليلة، و وجه العدالة في هذه الحقيقة هو أن تراعى مصلحة الكل و لا يضحى بها بداعي وجود إستثناءات.

ثانياً: الحقيقة العقلية:

هذه الحقيقة تقضي بأن لا تبقى أموال المتوفى دون مشرف عليها أو مدير يديرها، أي ينبغي أن لا تدع دون صاحب، خوفاً من تعرضها للضياع، بل لا بد أن تنتشر و تستثمر من أجل إستدامة الحياة و إستعمار الأرض، و من الحقيقة العقلية، أن الذكر أقوى من الأنثى في مجال الإستثمار و تشغيل الأموال، و لا أدل على ذلك

(1) النساء، الآية (١١).

(2) الأنبياء، الآية (٣٥) و كذلك العنكبوت الآية (٥٧).

أكثر من الواقع، و وجه العدالة في هذه الحقيقة هو أن الذكر والأنثى ليسا متماثلين، من هذه الناحية، فطالما أنهما مختلفين فيجب أن تكون المعاملة معهما مختلفة أيضاً بناءاً على مبدأ (التسوية بين المتماثلين والتفرقة بين المختلفين).

ثالثاً: الحقائق التأريخية:

كان نظام المواريث قد وجد على مر التأريخ و هو يوجد الآن، و لم يرفضه أحد لحد الآن، قلنا إن الحقيقة التأريخية حقيقة إعتبارية، ألا يتعارض هذا مع قولنا بأن نظام المواريث كان موجوداً على مر التأريخ؟ لا أعتقد أن يحدث مثل هذا التعارض، صحيح، نقول بالإتفاق إن التأريخ لم ينكر نظام المواريث، لكن من الممكن أن يأتي أحد و يثبت أن هذا النظام لم يكن قد عمل به أيام حمورابي مثلاً، و هذا ممكن الحدوث.

رابعاً: الحقائق المثالية:

تتمثل في آمال و مطالبات النساء في أن يكون لهن مثل الحصة التي تعطى للرجل، لذا نجد أن هذه الحقيقة تظهر جلية في المادة (١١٩٤) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ حيث نصت على أن: (١- يراعى دائماً في حق الإنتقال، أن يكون للذكر مثل حظ الأنثى أياً كانت الدرجة التي أنتقل إليها هذا الحق. ٢- يراعى كذلك في جميع الدرجات، أن يقوم الفرع مقام الأصل إذا مات هذا قبل موت المتصرف)؛ و هناك إستثناء آخر على قاعدة (للذكر مثل حظ الأنثيين)، و هو إذا كانت الأخت من الأم مع أخيها من الأم في مسألة إرثية فلا يؤخذ هنا بقاعدة (للذكر مثل حظ الأنثيين)، بل يوزع عليهما الثلث بالسوية[1].

---

[1] الأخوة والأخوات من الأم إن كانوا إثنين فما فوق فلهم ثلث التركة مطلقاً سواء أكانوا ذكوراً أم إناثاً، أو ذكوراً و إناثاً، ففي جميع الأحوال يوزع عليهم الثلث بالتسوية و لا يؤخذ بقاعدة

و هذه الحقائق من المحتمل أن تتغير بتغير الأماكن والأزمان، لذا قد لا نجد دعوات مساواة المرأة مع الرجل في الميراث بمجتمع كالمجتمع السعودي مثلاً، أو مثل هذه الدعوات لم يكن قد نطق بها في المجتمع التركي قبل عام١٩٢٤.

خامساً: المصالح:

المصالح الإقتصادية والإجتماعية تقتضي ألا يظل المال مرهوناً بحياة شخص، بل يجب أن يستثمر حتى يتطور الإقتصاد، ليرفع مستوى رفاهية الناس و يعيش الناس حياة إجتماعية كريمة.

و وجه العدالة في كل هذه الحقائق، هو أن العدالة تقتضي المعاملة المختلفة بين الذكر والأنثى بناءاً على مبدأ التسوية بين المتماثلين والتفرقة بين المختلفين، والحقائق الطبيعية تثبت الإختلاف بين الذكر والأنثى كما لاحظنا، و هذا الإختلاف في المعاملة هو القدر من الحقائق العقلية الذي يسهم في ظهور العدالة، كما قلنا به سابقاً، مع قدر من الحقائق المثالية، والذي يظهر في الإستثناء الذي أورده المشرع العراقي في المادة (١١٩٤) المذكورة أعلاه، و كذلك الإستثناء الذي أوردناه بشأن ميراث الأخت والأخ من الأم إن كانا معاً.

(للذكر مثل حظ الأنثيين)، في حالة إجتماع الذكور والإناث و ذلك لتحديد نسبة حصصهم بما ذكر في قوله تعالى(و إن كان رجل يورث كلالة أو إمرأة و له أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث من بعد وصية يوصى بها أو دين). النساء، الآية (١٢). للمزيد من التفصيل ينظر إلى كل من: د محمد أحمد الكزني، الميراث والوصية في الشريعة الإسلامية والقانون (باللغة الكردية)، مطبعة جامعة صلاح الدين، أربيل، ط٢، ١٤٢٢هـ-٢٠٠٢م، ص٥٤؛ د. مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الميراث والوصية في الفقه الإسلامي المقارن والقانون، شركة الخنساء للطباعة المحدودة، بغداد، ط٢ مزيدة و منقحة، ٢٠٠٠م، ص٥٦.

المثل الثاني: قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين)[1]:

أولاً: الحقائق الطبيعية:

و هي حاجة الناس اليومية للسلع والخدمات، لأن الإنسان ليس له إكتفاء ذاتي، بمعنى أنه لا يستطيع أن يعيش بنفسه، بل يحتاج لمساعدة الآخرين من بني جنسه، و هذه المساعدة مادية من ثمار و منتجات الآخرين و معنوية من مؤانسته من قبل الآخرين في وقت الشدائد.

ثانياً: الحقائق العقلية:

تقضي هذه الحقائق أن يكون اشباع هذه الحاجات عن طريق التراضي، و أن يكون الحصول على السلع والخدمات عن طريق مبادلة رضائية، و ليس عن طريق الغصب والسرقة والإحتيال أي بشكل عام لا يستسيغ العقل أن يأخذ الإنسان حاجياته (من السلع والخدمات) بالقوة.

إذن، الحقيقة العقلية تقرر أن يكون العقد وسيلة وحيدة لمبادلة السلع والخدمات بين الناس.

ثالثاً: الحقائق التأريخية:

العقد ثبتت جذوره في التأريخ فالناس متفقون على أن هذه الوسيلة للمبادلة لها تأريخ طويل، فكانت موجودة في ظل القانون الروماني و في القوانين التي قد سبقت

---

[1] ينظر: الفقرة الأولى من المادة (١٤٦) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ التي نصت على: (إذا نفذ العقد كان لازماً، و لا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه و لا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي). و كذلك الفقرة الأولى من المادة (١٤٧) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ التي نصت على أن: (العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه و لا تعديله إلا بإتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون).

القانون الروماني، فبات من المتفق عليه أن هذه الوسيلة لم ينكرها التأريخ ولكنها مع ذلك تظل قابلة لإثبات العكس، و هذا هو وجه إعتباريتها.

رابعاً: الحقائق المثالية:

تتمثل في أن يكون العقد خالياً من الغبن والإستغلال والإكراه، أي سالماً من العيوب والقصور وقت إنعقاده و نفاذه.

خامساً: الحقائق الدينية:

هذه الحقائق أيضاً أيدت و تؤيد فكرة التراضي في المبادلة (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا أموالكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ)[1].

سادساً: المصالح:

المصالح الإقتصادية والإجتماعية تؤيد فكرة العقد أيضاً، لأن بالعقد ينمو الإقتصاد و به أيضاً تسود السكينة الإجتماعية، بدلاً من الخوف والذعر اللذين ينتشران إذا ما تسود القوة في الحصول على السلع والخدمات.

و السؤال الذي يثار هنا ما هو وجه العدالة من بين هذه الحقائق؟ العدالة تقتضي وجود عقد خال من الغبن والإستغلال كوسيلة لمبادلة السلع والخدمات بين الناس، و هذا العقد يكون مزيجاً من الحقيقة العقلية التي تستلزم أن يكون العقد وسيلة للمبادلة و من الحقيقة المثالية التي تستوجب أن يكون العقد خالياً من الغبن والإستغلال و لو كان نذراً جد يسير، لذلك نجد أن العدالة أدت إلى أن ترد إستثناءات على قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين)، و من هذه الإستثناءات:

١) نظرية الظروف الطارئة[1].

---

[1] النساء، الآية (٢٩).

٢) عقد الإذعان[٢].

إذن، يمكن القول إن جل الإستثناءات التي ترد على القواعد القانونية مصدرها و أساسها يرجع إلى العدالة أيضاً.

المطلب الثاني

أثر العدالة في تطوير القاعدة القانونية

إذا سلمنا بأن المشرع راع الحقائق الموضوعية والإعتبارية عند سنه القاعدة القانونية، فهل ينتهي دور العدالة عند هذه النقطة، أم يمتد إلى مرحلة ما بعد التكوين؟

من البديهي أن العقل البشري لا يمكنه أن يدرك كل الأمور و يحيط بكل الإحتمالات، و في بعض الأحيان قد لا يريد أن يقحم كل خافقة و سكون، فلذلك نجد أن المشرع في كثير من دول العالم إن لم يكن في كلها، تارة يجعل نصاً ما غامضاً عمداً أو جهلاً أو نسياناً، و طوراً يسكت عن أمر ما عمداً أو جهلاً أو نسياناً، و أحياناً ينظم مسألة معينة تنظيماً دقيقاً شاملاً لكل جوانبها، ولكن يطرأ ظرف معين و يجعل تطبيق النص جائراً، فعند حصول إحدى هذه الحالات الثلاث يبدأ دور العدالة بالظهور، لذلك أرى أنه من المناسب أن أقسم هذا المطلب على ثلاثة فروع كالآتي:

---

(١) ينظر: المادة (١٤٦) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١، والمادة (١٤٧) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

(٢) ينظر: المادة (١٦٧) من القانون المدني العراقي.

الفرع الأول

دور العدالة التفسيري للقاعدة القانونية

يجوز أن تكون ألفاظ القاعدة القانونية غامضة، أو يكون معناها أكثر أو أقل من حقيقة مما أريد، فهنا تظهر الحاجة إلى تفسيرها[١]، والتفسير عملية ذهنية يقصد بها تحديد معنى القاعدة القانونية و مداها، أو هو تلك العملية التي يراد بها توضيح نص غامض[٢]، أو هو تخصيص نص عام و إصلاح عيب النصوص والتوفيق بينها و بين متطلبات الحاضر و إزالة ما بين النصوص من تناقض وبسط النصوص بحيث يسد ما بها من نقص[٣]، أو هو توضيح ما أبهم من ألفاظ القاعدة القانونية[٤]، بمعنى أن القاعدة موجودة لكنها تحتاج إلى التفسير، لإزالة الغموض والخلاف في حكمها[٥].

حيث إنه لما كانت النصوص عامة مجردة لا جرم يجب أن يحصل التفسير في كل وقت حتى تصير النصوص صالحة للتطبيق[٦]، ذلك أن المشرع يستحيل عليه أن يضع لكل مسألة حلاً خاصاً بها، هو لا يشرع على طريقة الحلول الخاصة بل على

---

(١) ينظر: د. عصمت عبدالمجيد بكر، أصول تفسير القانون، صباح صادق جعفر، بغداد ط١، ٢٠٠٤م، ص١٠.

(٢) ينظر: د. عبدالحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، المصدر السابق، ص٥١٠.

(٣) المصدر المتقدم ذكره، ص٥١٠.

(٤) السنهوري و أبو ستيت، أصول القانون، المصدر السابق، ص٢٣٥.

(٥) د. عصمت عبدالمجيد بكر، أصول تفسير القانون، المصدر السابق، ص١٣.

(٦) ينظر: د. عبدالحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، المصدر السابق، ص٥١١.

طريقة الحلول العامة المجردة[1]، و هذه الحلول العامة المجردة يكتنفها الغموض و تحتمل أكثر من معنى واحد، لذلك فإن الحاجة إلى التفسير أمر لا محالة منه.

من المعلوم أنه هناك ثمة أنواع من التفسير، كالتفسير الفقهي، التفسير القضائي، والتفسير التشريعي، و كذلك هناك ثمة مدارس للتفسير، مثال ذلك مدرسة الشرح على المتون، والمدرسة التأريخية للتفسير و مدرسة البحث العلمي الحر، مرجئين الكلام فيها للفقرات القادمة عند تناول دور العدالة في تطبيق القاعدة القانونية، فنركز هنا على دور العدالة التفسيري للقاعدة القانونية، هناك من يسأل هل العدالة جزء من القانون أم شيء مستقل عنه؟ و يجيب بالقول إذا قلنا إنها جزء من القانون فمعناها أنها تلعب دوراً تصحيحياً للقانون، أما إذا قلنا إنها شيء مستقل عنه، فهي عند ذاك تلعب دوراً تفسيرياً له، والمشكلة كلها تدور و تتركز حول هذه النقطة[2]، والقول بأنها جزء من القانون، يعني أنها تدخل في ذات القانون و تمتزج بكل قواعده و لا تستقل بقانون مستقل كما لاحظنا في الشريعة الإسلامية، أما المراد من الإستقلال هنا، هو ظهور العدالة على شكل قانون مستقل كما لاحظنا في القانون الإنكليزي.

فنحن لسنا متفقين مع الرأي السالف الذكر، بل نرى أن العدالة تلعب أدوارها الثلاثة (التفسيري، التكميلي، التصحيحي)، سواء أكانت جزءاً من القانون أم تستقل بكيانها عنه إعتقاداً منا بأنه لا يمكن فصل العدالة عن القانون و إستقلالها بقانون خاص، كما هو ملحوظ في نظام القانون الإنكليزي، حتى و إن حدث هذا فتبقى العدالة ثابتة في كل القواعد الأخرى الموجودة في القوانين الأخرى، القانون

(1) المصدر المتقدم ذكره، ص٥١٠.

(2) للمزيد من التفصيل ينظر:

-Noah Feldman, Equity in History, Ibid, p. p24 -26.

العمومي مثلاً بالنسبة لنظام القانوني الإنكليزي أو ينبغي أن تبقى هكذا، و إلا سيفقد القانون غرضه، فيصبح عملاً فاقداً لغرضه، فبالتالي يدخل ضمن الأعمال المادية غير المشروعة، هذا إستناداً إلى تعريف القانون بحسب الغرض الذي وجد أو يوجد من أجله كما أسلفنا، غير أنه مهما يكن الأمر فالحاجة إلى التفسير قائمة دوماً.

و يكون تفسير القاعدة القانونية بتوضيح ألفاظها و تحليلها منطقياً، و هذا يكون من خلال العمل على مستوى أعلى و إستخدام طرق بحث أدق، إذ يرتفع إلى روح النص مستخلصاً أياً من العوامل العقلية التي كانت وحيه، و من الأصول التأريخية التي تصل ما بين النص و بين التشريعات السابقة، و من الرابطة التي تربط النص بسائر النصوص، و من العوامل الإجتماعية[1].

و يمثل العامل العقلي حكمة التشريع أو روحه[2]، غاية الأمر أن العامل العقلي يستعمل في التفسير للتوصل إلى حكمة التشريع و هذه الأخيرة تدخل ضمن العوامل التي لها نصيب في تحقيق العدالة كما أسلفنا، من هنا يظهر دور العدالة في تفسير القاعدة القانونية، فإذا كانت القاعدة القانونية غامضة في منطوقها أو مفهومها، فينبغي أن تفسر تفسيراً يراعي جانب العطف والرحمة عموماً و حكمة التشريع على وجه الخصوص، و كذلك لا بد ألا يغفل مبدأ (التسوية بين المتماثلين والتفرقة بين المختلفين)، لأن إنكار هذا المبدأ يعني إنكار العدالة، فبالتالي يكون التفسير غير عادل، لأن عمل المفسر كما قلنا عمل ذهني يستند على العقل، والعدالة ليست سوى ما يمليه العقل، إذن، العدالة والتفسير يلتقيان في العقل، فالعقل الذي يميز العدل من الجور هو نفسه يزيل غموض القاعدة القانونية كذلك.

(1) ينظر: د. عبدالحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، المصدر السابق، ص٥٢١.

(2) نفس المصدر، ص٥٢١.

فعليه، يمكن القول إن العدالة تعيش مع القاعدة القانونية دائماً و أبداً، والمشرع العراقي قد إعترف بدور العدالة التفسيري للقاعدة القانونية، و أقره في أكثر من موضع، مثل ذلك، نصت الفقرة الثانية من المادة (٨٦) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١على أنه: (و إذا أتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد و أحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد يكون غير منعقد عند عدم الإتفاق على هذه المسائل فيعتبر العقد قد تم، و إذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الإتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة الموضوع و لأحكام القانون والعرف والعدالة).

و العدالة هنا يمكن اللجوء إليها، لتفسير المسائل التي لم يتم الإتفاق عليها و لإزالة الخلاف القائم بشأنها، شأنها في ذلك شأن القانون والعرف.

و الفقرة الثانية من المادة (١٥٠) من القانون المذكور نصت على: (و لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الإلتزام).

فهنا تتدخل العدالة جنباً إلى جنب القانون والعرف، و تلعب دوراً تفسيرياً في تحديد ما هو من مستلزمات العقد، و كذلك المادة (٢١٢) من القانون المذكور نصت على: (١-الضرورات تبيح المحظورات ولكنها تقدر بقدرها. ٢-فمن أحدث ضرراً و هو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو عن غيره كان غير مسؤول على ألا يجاوز في ذلك القدر الضروري، و إلا أصبح ملزماً بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة).

الفقرة الأولى جاءت بمبدأ من مبادىء العدالة، أما في الفقرة الثانية فأورد المشرع تطبيقاً أو قاعدة تطبيقية مستمدة من المبدأ معطياً فيها العدالة دورها التفسيري للقاعدة المذكورة أعلاه، و هذا الدور يتجسد في تحديد التعويض وفقاً لمقتضيات العدالة، أي أن العدالة تتدخل في تحديد مبلغ التعويض الذي يجب أن يدفع عند

حدوث ذلك التجاوز، و كذلك المادة (٩١٠) من نفس القانون التي جاء فيها: (٢-غير أنه يشترط لصحة هذا الإتفاق: ج- و ألا يؤثر هذا الإتفاق في مستقبل العامل من الناحية الإقتصادية تأثيراً ينافي العدالة).

الإتفاق هنا، هو إتفاق رب العمل مع العامل على ألا ينافسه الأخير بعد إنتهاء عقد العمل، حيث ينبغي ألا يؤثر هذا الإتفاق في مستقبل العامل من الناحية الإقتصادية تأثيراً تأباه العدالة، فتدخلت العدالة لتحديد نوع التأثير هل يدخل ضمن شروط الإتفاق أم لا؟ هكذا يظهر دورها التفسيري للقاعدة القانونية.

ضربنا هذه الأمثلة كدليل على إقرار المشرع العراقي الصريح لدور العدالة التفسيري للقاعدة القانونية، أما إقراره الضمني لهذا الدور فنرى أنه ليس بالإمكان حصر تلمسه في مثل أو أمثلة أو في مواد، بل و إنما نجده في كل المواد التي تحتاج التفسير لتوضيحها و إزالة غموضها، لكن هنا نرى أنه من الضروري، أن نقف على المادة (٣٠) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩، والتي نصت على: (لا يجوز لأية محكمة أن تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقصه و إلا عد القاضي ممتنعاً عن إحقاق الحق و يعد أيضاً التأخر غير المشروع عن إصدار الحكم إمتناعاً عن إحقاق الحق)، أي ليس للقاضي أن يمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون، و إنما عليه أن يفسر النص الغامض وفقاً لمقتضيات العدالة، و ينفخ فيه روحاً جديدة، تمكنه من معايشة التطور الدائم في أساليب الحياة، و يمكن الإستدلال على ذلك بنص المادة الثالثة من قانون الإثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ التي نصت على: (إلزام القاضي باتباع التفسير المتطور للقانون و مراعاة الحكمة من التشريع عند

تطبيقه)، و يقول الأستاذ ضياء شيت خطاب[1]، بشأن هذه المادة، إنها تعني أن يفسر القاضي النصوص القانونية بحيث يلائم مضمونها ما يطرأ على المجتمع من تغيرات أي ربط القانون بالواقع الحي للمجتمع و ما يجد فيه، و بذلك يمكن أن يكون للنص القانوني عند تطبيقه مضمون أوسع مما هو في ذهن المشرع عند وضع القانون و بهذا التفسير المتطور للقانون و مراعاة الحكمة من تشريعه عند تطبيقه يتوفر للقانون مرونة تتجدد مع الأيام و تجعله متمشياً مع تغير ظروف المجتمع ليستوعب الحالات الجديدة.

و في شأن هذا الدور كذلك تنص المادة (٤) من القانون المدني الفرنسي على: (أن القاضي الذي يرفض الحكم بحجة سكوت أو غموض أو نقص التشريع يمكن مقاضاته بسبب إنكاره للعدالة)[2]، أي أن الغموض في النص يجب ألا يحول دون الحكم في القضية، بل على القاضي أن يزيل هذا الغموض عن طريق تفسير النص، فإذا إمتنع عن ذلك يعد منكراً للعدالة ويمكن مقاضاته عليه.

أما بشأن الشريعة الإسلامية، فنرى أنها أحوج من أي قانون وضعي إلى التفسير، لأن النصوص القرآنية قطعية الثبوت بصورة مطلقة ولكنها ليست قطعية الدلالة دائماً بسبب من الاجمال أو الإشتراك أو غيرهما[3]، أما الأحاديث النبوية فليست قطعية الثبوت ما عدا الأحاديث المتواترة ولكنها قد تكون قطعية الدلالة أو ظنيتها[4]،

---

(1) ضياء شيت خطاب، فن القضاء، منشورات معهد البحوث والدراسات العربية، بغداد، ١٩٨٤، ص٦٥.

(2) نقلاً عن: محمد رمضان أحمد، دور القاضي في إنشاء القاعدة القانونية المدنية، رسالة ماجستير، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، محرم١٤٠٦هـ أيلول ١٩٨٥م، ص٦٩.

(3) ينظر: د محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، المصدر السابق، ص٣٣.

(4) ينظر: المصدر المتقدم ذكره، ص٣٣.

إضافة إلى ذلك أن النصوص الشرعية لم تعالج المسائل التفصيلية للأحكام الشرعية العملية إلا في الأمور التي تتطلب الثبات والدوام كبعض قضايا الأسرة و أحكام الميراث والحدود[1].

لذلك نجد أن التفسير في هذه الشريعة، له قيمته و أهميته و مكانته، فتفسير القرآن أكثر من مرة و من قبل أكثر من مفسر، و بأكثر من منهج ليس سوى دليل على ذلك، لكن ما هو دور العدالة في تفسير النصوص الشرعية؟ الجواب يكون من خلال هذا المثال، قال رسول الله (صلى الله عليه و سلم): (ليس لقاتل ميراث)[2]، الغموض هنا يكتنف القتل الذي يصبح مانعاً من الميراث، هل هو القتل العمد فقط أم يشمل القتل الخطأ والقتل بالتسبب و قتل الصبي والمجنون لمورثه و كذلك القتل دفاعاً عن النفس؟ هنا تتدخل العدالة لتفسير لفظ القاتل، حيث نجد إختلافاً واضحاً في الآراء بين المذاهب، فقال الشافعية إن لفظ القاتل يشمل كل من إقترف جناية القتل فحرموا كل قاتل من الميراث سواء أكان القتل مباشرة أو تسبباً، و سواء أكان متعمداً أو غيرعمدي، و قال المالكية إن الذي يحرم من الميراث هو القاتل عمداً عدواناً دون وجه شرعي مبيح، و قال الحنابلة إن المنع يدور مع القتل بغير حق والقتل المضمون بقصاص أو دية أو كفارة، و أما القاتل بحق فلا يحرم من الميراث، وقال الحنفية، إن القتل المانع من الميراث هو القتل الموجب للقصاص أو الكفارة و

---

(1) المصدر المتقدم ذكره، ص٣٣.

(2) رواه الإمام أحمد، ينظر: علي بن أحمد الشوكاني (ت١٢٥٠هـ)، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، مطبعة مصطفى البابي، مصر، بلا سنة، ج ٦، ص٨١.

هو العمد و شبه العمد والخطأ وتتفق الإمامية مع المالكية في ضابط القتل المانع من الميراث[1].

و في نظرنا أن ما قاله المالكية والحنابلة أكثر تمشياً مع العدالة، كونه يتضمن مبدأ (التسوية بين المتماثلين والتفرقة بين المختلفين)، لأن القتل بحق ليس كالقتل بغير حق، لذلك يجب أن تكون المعاملة مع هذين النوعين من القتل مختلفة كي تتحقق العدالة، و بالإستناد على هذا الرأي يمكن أن تفسر الفقرة الثانية من المادة (٦٨) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩، التي نصت على أنه: (يشترط في الموصي له أن لا يكون قاتلاً للموصي) و ذلك بدلالة المادة (١) من القانون المذكور[2].

(1) للمزيد من التفصيل ينظر إلى كل من: أستاذنا، د. محمد أحمد الكزني، الميراث والوصية، المصدر السابق، ص ٢٨-١٩؛ د. محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، المصدر السابق، ص١٢٠.

(2) نصت المادة الأولى على: (١- تسري النصوص التشريعية في هذا القانون على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها. ٢- إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادىء الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون. ٣- تسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقه الإسلامي في العراق و في البلاد الإسلامية الأخرى التي تتقارب قوانينها من القوانين العراقية).

الفرع الثاني

دور العدالة التكميلي للقانون

يبدأ هذا الدور بالظهور عندما يكون النص ناقصاً، أو الأصح عندما يكون التشريع ناقصاً، والنقص في التشريع كما يعرفه البعض[1] بأنه الحالة التي لا يجد القاضي في نصوص القانون المكتوب (التشريع) قاعدة يمكن تطبيقها في النزاع المعروض عليه سميت هذه الظاهرة نقصاً في التشريع لا نقصاً في القانون.

و يفرق البعض الآخر[2] بين النقص في التشريع الذي هو عدم ورود حكم فيه يتناول النزاع المعروض أمام القاضي و بين القصور في القانون الذي هو عدم تضمن النص القانوني لما تقوم الحاجة إليه من أحكام تفصيلية أو جزئية، و كذلك يجد البعض[3] أن يعرف النقص في التشريع بـ(عدم إحتواء التشريع مطلقاً على نص يعالج النزاع المعروض أمام القاضي أو أنه يحتوي على هذا النص بيد أنه تنقصه الأحكام التفصيلية اللازمة لحل ذلك النزاع).

من خلال هذه التعاريف يتبين لنا، أن النقص في التشريع هو أن تعرض قضية على القاضي لا يجد قاعدة أو نصاً يمكن تطبيقه عليها، إذن، ماهو الحل؟ قبل البحث

(1) ينظر: عبدالحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، المصدر السابق، ص(٥٣٧- ٥٣٨).

(2) ضياء شيت خطاب، فن القضاء، المصدر السابق، ص٧٠.

(3) محمد أحمد رمضان، دور القاضي في إنشاء القاعدة القانونية المدنية، المصدر السابق، ص٥٤.

عن الحل، أنه من المنطقي أن نشير إلى أنه ثمة أسباب عديدة تقف وراء وجود النقص في التشريع و هي[1]:

أولاً: الأسباب الفنية:

و هي التي ترتبط بمدى قدرة المشرع على التنظيم الفني، أو هي عوامل مختلفة أهمها يتصل بطبيعة الروابط التي يتناولها التنظيم الفني، أو أسباباً عملية أخرى كغلبة التجريد عليها، أو قصورها عن بلوغ مستوى النضوج التشريعي، فمن الروابط الإجتماعية ما يتسع نطاقه و تدق تفاصيله على نحو يحمل الشارع على أن يتحامى المساس به أو التعرض له، مثل ذلك تفاصيل العقود التجارية و لا سيما في مسائل الصرف و معاملات البورصات تبلغ حداً من التعقيد والإتساع يؤثر معه الشارع مجرد الإحالة إلى عرف التجارة، والحق أن الحكمة تقتضي من المشرع دائماً أن يقف لدى أمهات المسائل تاركاً ما عداها من الجزئيات الدقيقة إما للأفراد أنفسهم يتعارفون على نظام يطبق في شأنها و إما للإجتهاد القضائي.

كذلك توجد مسائل تنطوي على فكرة يتصل مضمونها بتقدير الوجدان العام للجماعة و يبلغ من المرونة و سرعة التحول حداً يحمل المشرع على أن يقنع في شأنه بوضع قاعدة معيارية، مثل ذلك فكرتي النظام العام والآداب العامة، و من المسائل ما يتعمد الإحجام عن معالجته لإعتبارات تتعلق بالسياسة التشريعية و هذا ما يسمى بالنقص العمدي في التشريع.

---

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

ثانياً: الأسباب العملية:

تتعلق هذه الأسباب بكفاية الإرادة الشارعة على البصر بحقائق الحاضر و مدى ما يستجد من التطور في المستقبل، إذ القانون الوضعي من عمل الإنسان، والإنسان لا يستطيع الإدعاء بالكمال مهما كان حاذقاً، فقد يعجز في النفاذ إلى صميم الحقائق و يجوز عليه الخطأ، و قد يغفل عن مواجهة كثير من ظروف الواقع، كما أن الروابط الإجتماعية دائمة التغير والتحول بحكم تكوينها، و لما كان التشريع بحكم صياغته المتجسدة في معنى مفرغ في لفظ معين، فقصوره بالنسبة إلى أحداث المستقبل أمر لا محالة، لأن المعنى متى حبس في اللفظ أصابه الجمود عن ملاحقة المستجدات، والجديد في شأن الروابط الإجتماعية سنة دائمة لا مناص منها، والنقص الناتج نتيجة لهذه الأسباب يسمى بالنقص الفطري في التشريع.

ثالثاً: الأسباب الأخرى:

و يضيف البعض[1] أسباب أخرى على الأسباب الفنية والعملية التي تقف وراء وجود النقص في التشريع، و من هذه الأسباب قصور اللغة أو نسيان المشرع، و يسمون النقص الناتج عن هذه الأسباب بالنقص المجرد في التشريع.

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

الرأي الأول: يذهب إلى إنكار النقص في التشريع، و قد دافع فقهاء الألمان بشدة عن هذا الرأي، و نادوا بنظرية كمال التشريع[2] و كذلك نادى كلسن بهذه النظرية،

---

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

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

كما أن أنصار مدرسة الشرح على المتون كانوا يرون بأن التشريع كامل لا نقص فيه، و هذا ما قال به الفقيه الفرنسي بلوندو أيضاً[1] و قد أستندت فكرة كمال التشريع إلى نظريتين تختلفان في بعض الجوانب تتفقان من حيث الأثر، و هما[2]:

أ-نظرية الحيز القانوني الخالي:

بموجب هذه النظرية يمكن تقسيم مجال نشاط الأفراد إلى قسمين: أحدهما خاضع للقواعد القانونية و يسمى بالقسم المليء، والآخر يكون نشاط الأفراد فيه حراً، و مسلك الفرد إما أن ينتمي إلى القسم المليء فيكون ذا أهمية قانونية أو إلى القسم الخالي فلا تكون له أهمية من الناحية القانونية، إن الفرد ينبغي أن يعمل ما تطلبه منه القاعدة القانونية، إيجابياً كان ذلك العمل أو سلبياً، فإذا لم توجد قاعدة قانونية فإنه يعمل ما يروق له أن يعمله، و من ثم ليس من الممكن، طبقاً لهذه النظرية أن يوجد نقص في التشريع.

ب-نظرية القاعدة العامة المانعة:

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

---

(1) ينظر: د. محمد معروف الدوالبي المدخل إلى علم أصول الفقه، مطبعة جامعة دمشق، دمشق، ط3، 1959، ص(330-331).

(2) للمزيد من التفصيل ينظر إلى كل من: د. عبدالحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، المصدر السابق، ص(540-543)؛ محمد أحمد رمضان، دور القاضي، المصدر السابق، ص(61-65)؛ د. محمد شريف أحمد، نظرية تفسيرالنصوص المدنية، المصدر السابق، ص(145-148).

الرأي الثاني: يذهب إلى إنكار كمال التشريع[1] لأن المشرع مهما كان حاذقاً فلا يستطيع أن يحيط بكل خافقة أو حتى سكون من الروابط الإجتماعية، نعني به أنه لا يقدر على أن يقحم بالتنظيم كل تغيير أو تحول سوف يحصل أو حتى كل ثابت من الروابط الإجتماعية الموجودة كما أسلفنا عند تعرضنا لتناول أسباب وجود النقص في التشريع.

و هذا حدا بمعظم المشرعين أن يعترفوا بوجود النقص في التشريع إن لم يكن كلهم[2]، إذا كان الأمر كذلك فما هو الحل إذن، لهذه الظاهرة؟ هنا يظهر دور العدالة التكميلي للقاعدة القانونية، آية ذلك الفقرة الثانية من المادة (1) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ التي نصت على ما يأتي: (فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة)[3].

أي أن القاضي بإمكانه أن يكمل إستناداً على العدالة النقص الحاصل في التشريع، و يسمي بعض الباحثين[4] هذه الطريقة بـ(طريقة التكميل الخارجي)، أما

---

(1) ينظر: د. عبدالحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، المصدر السابق، ص543.

(2) للمزيد من التفصيل ينظر: محمد أحمد رمضان، دور القاضي، المصدر السابق، ص(65-71).

(3) ينظر بنفس المعنى المادة الأولى من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨، والمادة الأولى من القانون المدني السوري رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩. و يظهر هذا المعنى أيضاً في قانون التجارة الكويتي المادة (٤) التي تنص على أنه إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بموجب العرف و يقدم العرف الخاص على العرف العام فإذا لم يوجد عرف طبقت مبادىء القانون الطبيعي و قواعد العدالة. نقلاً عن: د. عبدالحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، المصدر السابق، ص555.

(4) نقلاًعن: د. عبدالحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، المصدر السابق، ص554.

طريقة التكميل الداخلي أو الذاتي[1] فمقتضاها أنه في حالة وجود نقص في التشريع يجب على القاضي أن يسد هذا النقص عن طريق التنظيم القانوني ذاته مستعيناً في ذلك بالقياس فإن لم يجده ذلك نفعاً فبالرجوع إلى القواعد العامة في التنظيم القانوني النافذ[2]، و من أمثلة هذه الطريقة، التقنين المدني الإيطالي الصادر في عام ١٩٤٢ إذ نصت الفقرة الثانية من المادة (١٢) منه على أنه: (إذا لم يوجد نص في التشريع يرجع القاضي إلى النصوص التي تنظم الحالات المشابهة... فإذا بقيت المسألة مع ذلك غامضة فإنه يحكم وفقاً للمبادىء العامة في النظام القانوني في الدولة)[3]، إضافة إلى ذلك، هناك تشريعات تكتفي بتكليف القاضي بالفصل في القضية بنفسه، و مثل هذه التشريعات القانون المدني الفرنسي الصادر عام ١٨٠٤، إذ نصت المادة الرابعة منه على أن: (القاضي الذي يرفض أن يحكم بحجة سكوت التشريع أو غموضه أو عدم كفايته يعد مرتكباً لجريمة الإمتناع عن الحكم)[4]، و تشريعات أخرى تبين للقاضي وسائل تكميل التشريع، مثل ذلك نصت الفقرة الثانية من المادة الأولى من التقنين المدني السويسري على أنه: (و في حالة عدم وجود نص يمكن تطبيقه يحكم القاضي وفقاً للعرف، و في حالة عدم وجود العرف فإنه يحكم وفقاً للقواعد

(1) نقلاً عن: د. عبدالحي حجازي، المصدر المتقدم ذكره، ص٥٥٥.

(2) نفس المصدر المذكور أعلاه، ص٥٥٥.

(3) نفس المصدر المذكور أعلاه، ص(٥٥٥-٥٥٦).

(4) نقلاً عن: د. عبدالحي حجازي، المصدر المتقدم ذكره، ص٥٥٠.

التي كان ليضعها لو كان عليه أن يقوم بعمل من أعمال المشرع[1] و هو يستهدي في ذلك بالحلول التي يقررها الفقه والقضاء)[2].

مهما يكون الأمر، و مهما تختلف العبارات، فالمشكلة هي واحدة و تتركز في نقطة واحدة، هي وجود تشريع ناقص يجب تكميله، فالتكميل عمل ذهني و عقلي شأنه شأن سن التشريع نفسه، ما دام الأمر كذلك فالعدالة تتدخل و تؤدي دوراً رئيساً في هذا العمل العقلي، سواء يلزم المشرع القاضي بالرجوع إلى العدالة كما لاحظنا في التقنين المدني العراقي والمصري والسوري والكويتي، أم يشدد عليه بألا يرفض الحكم بحجة سكوت التشريع أو غموضه أو عدم كفايته، كما في التقنين المدني الفرنسي، أم يحثه ليضع قاعدة جديدة كما في التقنين المدني السويسري، أو يلزمه بأن يحكم وفقاً للمبادىء العامة في النظام القانوني في الدولة كما في التقنين المدني الإيطالي، إذ الإختلاف هنا هو إختلاف في العبارات، و ليس في المقصد، لأن كل هذه التشريعات متفقة على أن يسد النقص فيها و أن يلزم القاضي ليقوم بهذه المهمة، والقاضي هو الإنسان في كل هذه البلاد، و عمله عمل عقلي، والتكميل الذي يقوم به يجب أن يكون مستنداً على المتطلبات العقلية، إذا كان الأمر كذلك فتكميل النقص في التشريع ليس سوى عملاً من الأعمال التي تستلزمها العدالة، بل تستوجبها، لأن العدالة تأبى أن تبقى قضية معينة دون حل، و هكذا تظهر أهمية دور العدالة التكميلي للقاعدة القانونية.

(1) و هذا المعنى قد ذهب إليه أرسطو من قبل، ينظر: أرسطوطاليس، علم الأخلاق، المرجع السابق، ص(١٠٧-١٠٨).

(2) نقلاً عن: د. عبدالحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، المصدر السابق، ص٥٥٣.

أما بشأن الشريعة الإسلامية فيروى عن الرسول (صلى الله عليه و سلم) أنه لما أراد أن يبعث معاذاً إلى اليمن قال: (كيف تقضي إذا عرض لك قضاء)؟ قال: أقضي بكتاب الله، قال: (فإن لم تجد في كتاب الله)؟ قال: فبسنة رسول الله (صلى الله عليه و سلم)، قال: (فإن لم تجد في سنة رسول الله (صلى الله عليه و سلم)، و لا في كتاب الله)؟ قال: (أجتهد رأيي و لا آلو)، فضرب رسول الله (صلى الله عليه و سلم) صدره و قال: (الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضى من رسول الله)[1].

و يشير أبو الفتح عبد الكريم الشهرستاني إلى تناهي النصوص و عدم تناهي الوقائع بقوله: (و بالجملة نعلم قطعاً و يقيناً أن الحوادث والوقائع في العبادات والتصرفات مما لا يقبل الحصر والعد و نعلم قطعاً أيضاً أنه لم يرد في كل حادثة نص و لا يتصور ذلك أيضاً والنصوص إذا كانت متناهية والوقائع غيرمتناهية و ما لا يتناهي لا يضبطه ما يتناهي علم قطعاً أن الإجتهاد والقياس واجب الإعتبار حتى

(1) الحافظ أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني (ت ٢٧٥هـ)، سنن أبي داود، تحقيق و تعليق، سعيد محمد اللحام، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ط١، ١٤١٠هـ-١٩٩٠م، طبعة جديلة منقحة و مفهرسة، المجلد الثاني (٣-٤)، الحديث رقم (٣٥٩٢)، و كذلك الحديث رقم (٣٥٩٣)، ص(١٦٢-١٦٣)؛ و كذلك قد ذكر إبن القيم الحديث المذكور بنفس المعنى ولكن بعبارات مختلفة قليلاً حيث جاء في أعلام الموقعين أنه لما بعث معاذاً قاضياً على اليمن سأله الرسول (صلى الله عليه و سلم): (كيف تصنع إن عرض لك قضاء)؟ قال: أقضي بما في كتاب الله، قال: (فإن لم يكن في كتاب الله)؟ قال: فبسنة رسول الله (صلى الله عليه و سلم)، قال: (فإن لم يكن في سنة رسول الله)؟ قال: أجتهد رأيي و لا آلو، قال: فضرب رسول الله (صلى الله عليه و سلم) صدري ثم قال: (الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله (صلى الله عليه و سلم) لما يرضي رسول الله)، ينظر: إبن القيم الجوزية، أعلام الموقعين، المرجع السابق، ص١٣٤.

يكون بشأن كل حادثة إجتهاد)[1]، و كذلك ما أوصى به عمر بن الخطاب قاضيه أبا موسى الأشعري في خطابه المشهور في القضاء بقوله: (و لا يمنعك قضاء قضيته بالأمس فراجعت فيه نفسك و هديت لرشدك أن ترجع إلى الحق فإن الحق لا يبطله شيء و إعلم أن مراجعة الحق خير من التمادي في الباطل، الفهم الفهم فيما يتلجج في صدرك مما ليس في قرآن و لا سنة و اعرف الأشباه والأمثال ثم قس الأمور عند ذلك ثم أعمد لأحبها إلى الله و أشبهها بالحق فيما ترى)[2].

فيتبين أن النقص أيضاً موجود في أحكام المعاملات في الشريعة الإسلامية، لكن الفرق بين هذا النقص والنقص الموجود في القوانين الوضعية، هو أن الأول نقص عملي، جاء عن العلم والإرادة والتدبر، بمعنى يوجد نوع واحد من النقص في الشريعة الإسلامية، ألا و هو النقص العملي فقط، أما في القوانين الوضعية فهناك ثمة أنواع ثلاثة من النقص، و هي النقص العمدي والنقص الفطري والنقص المجرد

فالنقص الموجود في أحكام الشريعة الإسلامية المعاملاتية جاء من الكمال، دفعاً للحرج و جلباً لليسر، لأن الله كان قديراً على أن يضع الأحكام لكل دقائق و تفاصيل الوقائع التي سوف تحدث في المستقبل، و لم يكن هذا بمستحيل على الله، لكنه ما فعل هذا رحمة للعباد و تطبيقاً لعدالته المطلقة، بل أنزل على عباده المبادئ العامة و لم يفرض عليهم تفاصيل أحكامه إلا في بعض مسائل قليلة، كالميراث والمحرمات والحدود، لأن هذه المسائل لا تتأثر بالزمان والمكان بل تبقى ثابتة مهما

(1) أبي الفتح محمد بن عبد الكريم الشهرستاني، الملل والنحل، تحقيق، محمد عبد القادر الفاضلي، المكتبة العصرية، بيروت، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٣م، ج١، ص١٦٤.

(2) ينظر: باسم طه جاسم، رسالة الخليفة عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) إلى أبي موسى الأشعري في القضاء، بحث منشور في مجلة المجمع العلمي، بغداد، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٣م، ج١، المجلد الخمسون، ص(١٠٨-١٠٩).

يتغير الزمان و مهما يختلف المكان، هذا من جهة و من جهة أخرى، إن هذه المسائل مسائل حساسة و خطيرة يقوم عليها وجود الجماعة، فأي مساس بها يؤدي إلى خراب كيان الجماعة، فلذلك لم يدع الله تنظيمها لحرية الإنسان، لأن تنظيمها يحتاج لحكمة يفتقر الإنسان إليها، أما المسائل الأخرى التي نظمها بمبادىء عامة، فتركها لحرية الإنسان، لينظمها بما يتلائم مع الزمن الذي يعيش فيه، و ذلك دفعاً للحرج و جلباً لليسر المؤكد عليهما في أكثر من موضع في القرآن الكريم.

و عليه، إن المصادر العقلية في الشريعة الإسلامية من الإجماع والقياس والمصالح المرسلة و سد الذرائع والإستحسان، جاءت لسد النقص العمدي الموجود في أحكام الشريعة الإسلامية بشأن المعاملات، فكل مصدر من هذه المصادر يلعب دوراً تكميلياً تتطلبه العدالة و مقاصد هذه الشريعة، ولكن هذا الدور يختلف من مصدر إلى آخر و كذلك نسبة تحقق العدالة يختلف من مصدر إلى آخر فالقدر الذي يحققه الإستحسان من العدالة، لا تحققه المصادر الأخرى، و لذلك قد روى الشاطبي في الموافقات من الأمام مالك (رضى الله عنه) قوله إن: (تسعة أعشار العلم الإستحسان)[1]. فعلم العدالة يقتضي التيسير على الناس و تفسير القانون بما يحقق هذا التيسير، و كان أبو حنيفة يكثر من الإلتجاء إلى الإستحسان، كلما أدى تطبيق القياس إلى نتائج غير عادلة[2].

---

[1] أبي إسحاق الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، بشرح الشيخ عبد الله دراز، دون سنة النشر و لا مكان النشر، ج٤، ص٢٠٩.

[2] ينظر: د. ثروت أنيس الأسيوطي، فلسفة القانون، المصدر السابق، ج٦، ص(٢٩٧-٢٩٨).

إذن، لسنا متفقين مع الرأي القائل إن النقص الموجود في الشريعة الإسلامية نقص فطري[1]، و إنما هو نقص عمدي جاء رحمة للبشر كما لاحظنا.

الفرع الثالث

دور العدالة التصحيحي للقاعدة القانونية

نقصد بتصحيح القاعدة القانونية هنا، إما تصحيح قاعدة خاطئة و ظالمة بالأساس، و هذا يدخل ضمن مهام المشرع أكثر من أعمال القاضي، فإذا لم يقم المشرع بتصحيحها، فليس للقاضي القيام بذلك، وفقاً لما ذهب إليه الوضعيون لأنهم يرون اذا قام القاضي بتصحيحها فيقحم بذلك سلطة المشرع و صلاحياته هذا من جهة، و من جهة ثانية إن هذا العمل يؤثر سلباً على تقديس القانون و إحترامه، غير أن هذه الحجج ليست مقنعة، لأن المشرع في بعض الأحيان أجاز للقاضي أن يقوم بهذا التصحيح دون أن يخشى من إقحام سلطته من قبل القاضي، أما القول بأن هذا التصحيح من قبل القاضي يؤثر سلباً على القانون، فيه نوع من اللاواقعية، لأنه لو كان ذلك صحيحاً لما أجاز المشرع قط بالتصحيح من قبل القاضي، زد على ذلك أن تطبيق قاعدة ظالمة مع إمكانية، تصحيحها، ظلم بذاته، لذلك لا نتفق مع القول بمنع القاضي من القيام بهذا التصحيح.

النوع الثاني من التصحيح، هو تصحيح قاعدة قانونية صارت ظالمة أو خاطئة بسبب الظروف التي طرأت، و هذا التصحيح يدخل في صميم أعمال القاضي، و قد أجاز المشرع العراقي في المادة (١٤٦) من القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ بقوله:

---

[1] د. حسن أحمد بغدادي، النقص الفطري، في أحكام التشريع، المصدر السابق، ص٤٠٣.

(١- إذا نفذ العقد كان لازماً، و لا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه و لا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي. ٢-على أنه إذا طرأت حوادث إستثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها و ترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدي، و إن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقص الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك، و يقع باطلاً كل إتفاق على خلاف ذلك)[1].

جاءت الفقرة الأولى بقاعدة قانونية صحيحة، و هي قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين)، أما إذا طرأت ظروف إستثنائية عامة غير متوقعة و أدت إلى إرهاق المدين، فتصير قاعدة العقد شريعة المتعاقدين قاعدة ظالمة في آثارها و نتائجها، فيجب عندئذ تصحيحها و قد أحسن المشرع العراقي لما أناط هذا التصحيح للقاضي، لأن القاضي هو أقرب للحالة و يعرف دقائقها و تفاصيلها فينتظر منه أن يصدر حكماً عادلاً فيها، و هكذا تتدخل العدالة و تؤدي دورها التصحيحي في قاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

و قد أحسن المشرع العراقي أيضاً عندما أجاز للقاضي في الفقرة الثانية من المادة (١٦٧) من القانون المدني المذكور أن يقوم بتصحيح قاعدة قانونية خاطئة أساساً، حيث نصت هذه الفقرة على: (إذا تم العقد بطريق الإذعان و كان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها و ذلك وفقاً لما تقتضي به العدالة و يقع باطلاً كل إتفاق على خلاف ذلك)[2].

---

(1) تقابلها المادة ١٤٧ من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

(2) تقابلها المادة ١٤٩ من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

هذا النص قد أجاز عقداً يتضمن شروطاً تعسفية، في حين كان لا بد أن لا يجوزه، ولكنه أجازه دفعاً للحرج الذي كان يصيب الناس لو لم يجوزه، إذن، هذا النص في الأساس نص ظالم، غير أن المشرع العراقي أدرك هذا الظلم، فلذلك عاد و أجاز للقاضي أن يصحح هذا النص الظالم بما تقتضيه العدالة، و هكذا يظهر دور العدالة التصحيحي للقواعد القانونية الظالمة أو الخاطئة، فلذلك قال أرسطو بحق إن العدالة هي تصحيح موفق للعدل القانوني المتحرج[1].

لقد قلنا إن التصحيح إما أن يكون لقاعدة خاطئة بالأساس أو لقاعدة صارت خاطئة بسبب الظروف. إذا كان هذا صحيحاً بالنسبة للقانون الوضعي نظراً لما في هذا القانون من وجود الأنواع الثلاثة من النقص(النقص الفطري، النقص العمدي والنقص المجرد)، فلا نرى إمكانية إضافة صحتها بشأن الشريعة الإسلامية، لأن هذه الشريعة كما قلنا صحيح يوجد فيها نقص في أحكام المعاملات غير أن هذا النقص لا يكون إلا من النوع العمدي، أي النقص الذي جاء من الكمل، فلا يتصور إبتداءاً أن تصدر من الشارع الحكيم قاعدة خاطئة بالأساس.

إذا كان الأمر كذلك فالخطأ الذي يتصور في القواعد الشرعية هو الخطأ الذي تحدثه الظروف، و ليس الخطأ الأصلي الناتج عن النقص، فمبدأ (تغير رأي الإمام بتغير الظروف) أو (تغير الأحكام بتغير الظروف) ليس إلا تصديقاً لهذا الواقع، حيث من الضروري أن يكون القاضي عالماً بالظروف التي كانت محيطة بتشريع النص حتى يقارنها بظروف تطبيقه، إذا وجدها حين التطبيق قد طرأ عليه تغيراً يخصص النص إن كان عاماً أو يقيده إن كان مطلقاً و يؤوله إذا كان قابلاً للتأويل، لأن عند غياب هذه الموازنة ربما يحكم القاضي بما ينافي العدالة، فيلحق الحرج والعسر

---

(1) أرسطوطاليس، علم الأخلاق إلى نيقوماخوس، المرجع السابق، ص١٠٧.

بالمجتمع[1] و هما مرفوضان بقوله تعالى: (و ما جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ)[2] وقوله: (يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ و لا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ)[3].

فيقول البعض[4] إن رأي الإمام، أي إجتهاده في أمور السياسة والإدارة و في فقه الأحكام بصفة عامة قد يتغير بتغير الظروف والأحوال، التي تؤثر في إجتهاد المجتهد، إيجاباً أو سلباً، فتجعله هو نفسه يحدث تغييراً في رأيه أو يغيره تماماً فيما حكم به من قبل فيعدل فتواه أو رأيه، أو يقيده، أو يلغيه، وفق ما يؤدي إليه إجتهاده الجديد، كما كان عمر (رضي الله عنه) يقضي في القضية في عام بحكم معين، ثم يقضي فيها نفسها في عام آخر بحكم آخر، فإذا سئل عن ذلك قال: هذا على ما علمنا وذاك على ما علمنا، أي أنه قضي بما أدى إليه علمه و إجتهاده في الحالين.

بيد أن هذا الدور التصحيحي يظهر جلياً في العزيمة والرخصة والإستحسان، ففي العزيمة والرخصة هناك حكمان، حكم أصلي للأحوال الاعتيادية كتحريم أكل الميتة: (إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ والدمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ)[5] هذا الحكم حكم أصلي عادل يجب تطبيقه في كل الأحوال التي يمكن تطبيقه فيها، أما إذا طرأت ظروف و أدت إلى إستحالة تطبيق هذا الحكم، أو كان تطبيقه يؤدي إلى نتائج غير عادلة، فهنا تتدخل العدالة لتصحيح هذا الحكم الذي تأثر بالظروف، فتستبدل الحكم المخفف(فَمَنِ

(1) ينظر: د. مصطفى إبراهيم الزلمي، مجموعة الأبحاث العلمية، دون مكان النشر و لا سنة النشر، ص١٤.

(2) سورة الحج، الآية (٧٨).

(3) سورة البقرة، الآية (١٨٥).

(4) ينظر: د. يوسف القرضاوي، السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة و مقاصدها، مكتبة وهبة، القاهرة، دون سنة النشر، ص١٢٧.

(5) سورة البقرة، الآية (١٧٣).

اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ و لا عَادٍ فَلا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ)[1] بالحكم الأصلي مع بقاء الأخير على حاله وتطبيقه في كل الأحوال التي لا يحدث فيها العسر والحرج، و علة بقائه هي أن هذا الحكم، كان بالأصل والأساس صحيحاً فلو كان ظالماً أو خاطئاً بالأساس فما كان يبقى بل يتعرض إلى الإلغاء والإبطال، إذا ينطبق هذا الخطأ و هذا النوع من التصحيح على القوانين الوضعية، فلا نعتقد إمكانية إنطباقها في نطاق الشريعة الإسلامية كما أسلفنا.

أما الإستحسان فكما يعرفه إبن رشد: (طرح لقياس يؤدي إلى غلو و مبالغة فيه فيعدل عنه في بعض المواضع لمعنى يؤثر في الحكم، يختص به ذلك الموضع من تخفيف أو مفارقة)[2]. طرح لقياس أي طرح لقاعدة أو حكم يؤدي إلى غلو و مبالغة أي ظلم وجور فيه، لأن هذا القياس قد وضع للأحوال الاعتيادية أو للحالات العامة، أما إذا طرأت حالة إستثنائية أو جزئية أو تفصيلية، فيؤدي تطبيق هذا القياس إلى غلو و مبالغة أي ظلم و جور لذلك يعدل عنه في بعض المواضع بناءاً على متطلبات العدالة، التي هي الحكمة والمصلحة التي علم كونها مقصودة شرعاً، و كل هذه تشكل (المعنى المؤثر) في الحكم، تختص به تلك الحالة الإستثنائية، أو الجزئية أو التفصيلية من تخفيف في الحكم الأصلي أو حكم مغاير أو مفارق له، مثل ذلك الفقرة الأولى من المادة (١٨٦) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ التي نصت على: (اذا أتلف أحد مال غيره أو أنقص قيمته مباشرة أو تسبباً، يكون ضامناً، إذا كان في إحداثه هذا الضرر قد تعمد أو تعدى)، فلا يجوز الإضرار بالغير إبتداءاً (لا ضرر و لا ضرار) و من أحدث ضرراً متعمداً أو متعدياً لزمه الضمان،

(1) سورة البقرة، الآية (١٧٣).

(2) السابق الإشارة إليه، ص١٤٢، من هذه الكتاب.

هذا قاعدة قانونية أصلية صحيحة بالأساس، و يؤدي تطبيقها في الأحوال الإعتيادية إلى نتائج عادلة هذا لا خلاف فيه، أما إذا طرأت حالات إستثنائية أو أريد تطبيقها على مسألة جزئية أو تفصيلية، كحالة الدفاع الشرعي مثلاً فيؤدي ذلك إلى غلو و مبالغة أي الظلم والجور في تلك المسألة، لذا يجب طرح هذه القاعدة، فيعدل عنها إلى حكم آخر أو قاعدة أخرى لمعنى يؤثر في تلك المسألة، و هذا المعنى هو متطلبات العدالة أي الحكمة والمصالح التي علم كونها مقصودة شرعاً، و هذا الحكم الأخير ينبغي أن يكون إما مخففاً للحكم الأول أو مفارقاً له و أن يكون مخصصاً لتلك المسألة فحسب، فكان المشرع العراقي حسناً فعل لما أورد في المادة (٢١٢) من القانون المدني حكماً مخففاً بل مفارقاً لقاعدة (من أحدث ضرراً متعمداً أو متعدياً لزمه الضمان)، بشأن حالة الدفاع الشرعي بقوله: (١- الضرورات تبيح المحظورات ولكنها تقدر بقدرها. ٢- فمن أحدث ضرراً و هو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو عن غيره كان غير مسؤول على ألا يجاوز في ذلك القدر الضروري، و إلا أصبح ملزماً بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة)، فهنا من يكون في حالة دفاع شرعي قد يتلف مال غيره أو ينقص قيمته، مباشرة أو تسبباً، و قد يكون في ذلك متعمداً أو متعدياً، لكنه مع كل هذه، لا يكون ضامناً، في حين كان ينبغي أن يكون ضامناً طبقاً للمادة ١٨٦ من القانون المدني غير أن المشرع قد أورد حكماً مفارقاً لحكم المادة (١٨٦)، و هذا الحكم المفارق تختص به حالة الدفاع الشرعي فحسب، مع بقاء حكم المادة (١٨٦) على حاله و تطبيقه في كل الأحوال التي يمكن تطبيقه فيها دون أن يؤدي إلى نتائج غير عادلة.

صفوة القول، إن ظروفاً طرأت و أثرت على قاعدة (من أحدث ضرراً متعمداً أو متعدياً لزمه الضمان)، فجعلت تطبيقها يؤدي إلى نتائج تتنافى مع العدالة، فتدخلت العدالة و قامت بتصحيحها، مع بقاء القاعدة المذكورة على حالها أي دون إلغائها

لأنها بالأساس صحيحة، و هكذا يظهر دور العدالة التصحيحي في القاعدة القانونية.

المبحث الثاني

دور العدالة في تطبيق القاعدة القانونية

يقصد بتطبيق القاعدة القانونية حكمها في الوقائع العملية التي تظهر في حياة الأفراد و منازعاتهم، فحينما يضع المشرع حكماً قانونياً، فإنه لا يضعه إعتباطاً بل يضعه لواقعة قانونية معينة، أي العلاقة المرسلة أو المادية أو الطبيعية التي يوجد لها حكم في القانون، و وجود الحكم القانوني مرتبط بوجود الواقعة القانونية، و هذه الأخيرة مرتبطة في وجودها بوجود الأول، فلا يتصور وجود أحدهما دون الآخر[1]، فلو إنعدمت الواقعة القانونية إنعداما كلياً لما أصبح بالإمكان تصور وجود الحكم القانوني، و لو إنعدم وجود الحكم القانوني لما أصبحت لدينا واقعة لإنتفاء هذه الصفة عنها[2]، و هذا لا يعني أنه إذا حصلت علاقة واقعية مرسلة، تهمل بحجة عدم

---

[1] فكل علاقة تنشأ بين شخصين، إما أن يكون لها حكم أو لا يكون لها حكم في القانون، فإن لم يكن لها حكم في القانون، فهي علاقة واقعية مرسلة أو هي علاقة مادية و طبيعية، أما إذا وجد للعلاقة المرسلة حكم في القانون فهي عندئذ تتحول إلى علاقة قانونية، يعرف من هذا أن العلاقة القانونية تتألف من علاقة واقعية هي محل الحكم القانوني و متعلقة بالحكم القانوني المتعلق بها. ينظر: د. عبدالله مصطفى النقشبندي، علم أصول القانون، بغداد، ١٩٩٦، ص٧٥؛ د. رياض القيسي علم أصول القانون، المصدر السابق، ص٢٨٧.

[2] ينظر: د. رياض القيسي، المصدر المتقدم ذكره، ص(٢٨٧– ٢٨٨).

وجود حكم قانوني بشأنها، بل أن القاضي المدني ملزم بإيجاد حكم قانوني لها، كي تتحول هذه العلاقة إلى علاقة قانونية.

فإذا حصلت علاقة قانونية فالعمل الرئيس الذي يقوم به القاضي هو تفسير القاعدة القانونية التي ستطبق على تلك العلاقة، لأن فهم القاعدة القانونية لا يقتصر على إدراك المعنى الظاهر القريب الذي يخلص من ألفاظها، بل يقتضي كذلك تحري القصد التشريعي والنزول من ظاهر النصوص إلى مكنوناتها للتعرف على فحواها الحقيقي[1]، فواجب المفسر هو كشف المعنى الحقيقي للقاعدة القانونية محاولاً الوصول إلى روح التشريع حتى يقف على شتى العناصر التي يتألف منها القصد التشريعي[2].

إذن، تفسير القاعدة القانونية أمر ضروري لا مناص منه، هذا من جهة و من جهة ثانية قد يتبادر إلى الذهن أن العدالة تتعارض مع الواقع أو تنافي مبدأ إستقرار المعاملات، لذلك نحاول في هذا المبحث أن نتولى الكلام عن تفسير القاعدة القانونية و علاقة العدالة به، و ذلك في المطلب الأول، و في المطلب الثاني نناقش مسألة تعارض العدالة مع الواقع، هل تتعارض أم لا؟

(1) ينظر: د. عبدالحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، المصدر السابق، ص٥٠٩.

(2) ينظر: المصدر المتقدم ذكره، ص٥٠٩.

المطلب الأول

تفسير القاعدة القانونية

سبق أن تعرضنا إلى تعريف التفسير و بيان ما تعلق بدور العدالة فيه، دون الخوض في أنواعه و مذاهبه و نتائجه، فنحاول في هذا المطلب أن نقف على هذه الأمور بشيء من التفصيل و ذلك كالآتي:

الفرع الأول: أنواع التفسير، مذاهبه، نتائجه.

الفرع الثاني: التفسير و العدالة.

الفرع الثالث: أثر العدالة في تفسير القاعدة القانونية.

الفرع الأول

أنواع التفسير، مذاهبه، نتائجه

إن الوقوف على حقيقة هذه الأمور يتطلب تقسيم الفرع على ثلاثة مقاصد كالآتي:

المقصد الأول

أنواع التفسير

يقوم بالتفسير نادراً المشرع نفسه و عادة القضاء والفقه، و نتكلم في أنواع التفسير الثلاثة:

أولاً: التفسير التشريعي:

و هو الذي يصدر من المشرع تفسيراً لقانون سابق لم تهتد المحاكم إلى تبين قصده، و قد أصبح هذا التفسير نادر الوقوع، خلافاً لما كان عليه الحال عند الرومان و في العصور الوسطى، فقد كان هو الطريق الوحيد لتفسير النصوص الغامضة، و كان القاضي يوقف الفصل في النزاع المعروض عليه حتى يصدر المشرع تفسيراً لتشريعه الغامض[1]، والأصل أن يصدر هذا التفسير من نفس السلطة التي أصدرت القانون المراد تفسيره، ولكنه قد يصدر أحياناً بطريق التفويض من السلطة التنفيذية، و ما تصدره من تفسير يعد تفسيراً تشريعياً كذلك[2].

غير أنه يرى البعض[3] أن التفسير التشريعي يتطلب أن يكون هناك تعادل بين العمل التشريعي الأصلي والعمل التشريعي التفسيري، أي لا بد أن يصدر التفسير من السلطة أو الهيئة ذاتها التي صدر عنها التشريع الأول (أو من جهة أعلى) و كذلك أن يتبع في ذلك الإجراءات والشكل الذي تم به التشريع الأصلي، و يكون للتفسير التشريعي ذات آثار التشريع المفسر فيكون ذا أثر عام و ملزم، و هو يفرض نفسه على جميع الجهات القضائية، و من مزاياه أنه يقلع جذور كل شك يكون قد ثار

(1) ينظر: د. عبد الرزاق السنهوري و د. أحمد أبو ستيت، أصول القانون، المرجع السابق، ص٢٣٧. و كذلك؛ د. حسن كيره، المدخل إلى القانون، المصدر السابق، ص٣٩٩.

(2) ينظر إلى كل من: د. رياض القيسي، علم أصول القانون، المصدر السابق، ص٣١٣؛ د. السنهوري و أبو ستيت، أصول القانون، المرجع السابق، ص٢٣٧.

(3) منهم، جميل الشرقاوي و د. عبدالحي حجازي، للمزيد من التفصيل ينظر: جميل الشرقاوي، دروس في أصول القانون، دار النهضة العربية، ١٩٧٢، ص١٩٤؛ د. عبدالحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، المصدر السابق، ص٥١٤.

بشأن تفسير تشريع معين[1]، أما ما هو وجه العدالة في هذا النوع من التفسير؟ فنقول إن العدالة كما تؤثر على المشرع عند وضعه القاعدة الأصلية التي يراد تفسيرها، فإنها تؤثر عليه أيضاً عند قيامه بإصدار تفسير لها.

حقيقة الأمر أن التفسير التشريعي عمل عقلي، والعدالة هي ما يمليه العقل، فالعدالة قد تستوجب من المشرع القيام بتفسير القاعدة التي وضعها، كما تستوجب منه أن يضع أحكاماً للوقائع المرسلة أو الطبيعية.

ثانياً: التفسير القضائي:

تفسير القانون هو من صميم عمل القضاة، فوظيفة القضاة في الدول التي أخذت بالنظام اللاتيني، مثل فرنسا و مصر والعراق تقتصر عادة على تطبيق القانون، دون إنشاء قاعدة قانونية جديدة، خلافاً للدول التي أخذت بالنظام الأنجلو ساكسوني والتي تعمل بمبدأ (السوابق القضائية) فإن حرية القاضي فيها أكبر بكثير من حريته في الدول التي يتبع فيها النظام اللاتيني[2]، إذ القاضي في ظل هذا النظام القانوني ملزم بصورة رئيسة بتطبيق التشريع المكتوب، مع إعطائه قدراً من الحرية في الحالات التي لا يجد بشأنها حكماً في التشريع.

إذا علم ذلك، فتطبيق القانون يصبح من إختصاص القاضي فحسب بل من واجباته في ذات الوقت، و لا يزاحمه في ذلك أحد، و لا يمكنه تطبيق القانون قبل

(1) ينظر: عبدالحي حجازي، المصدر المتقدم ذكره، ص٥١٥.

(2) للمزيد من التفصيل ينظر: د. سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، المصدر السابق، ص٧٤٢؛ محمد رمضان أحمد، دور القاضي، المصدر السابق، ص(٣٥٩-٣٦٣).

تفسيره[1]، فهذا النوع من التفسير يصدر عن القضاء تمهيداً لتطبيق قاعدة قانونية معينة[2].

غير أن القضاة قد يتأثرون بالظروف الواقعية للمنازعات المعروضة أمامهم، و ربما ينعكس ذلك على التفسير الذي يعطونه للقواعد القانونية، أو ربما قد يتجاوزون هذه القواعد تحت ستار تفسيرها في سبيل الوصول إلى الحلول العادلة للمنازعات المذكورة، و بذلك يختلط تفسير القانون مع خلق القانون[3]، بل و أكثر من ذلك إذا لم يجد القاضي حلاً للنزاع المعروض عليه في التشريع والعرف و مبادئ الشريعة الإسلامية، فإنه يخلق هذا الحل عن طريق الرجوع إلى العدالة[4].

و من هذا يتضح أن عمل القاضي يقتصر أحياناً على تفسير القانون و تطبيقه، و هذا هو الغالب، ولكن في بعض الحالات يختلط تفسير القانون مع خلقه، و في بعض الحالات الأخرى يتمحض عمل القاضي في خلق الحلول العادلة و في خلق قواعد القانون[5].

و قد ألزمت المادة الثالثة من قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ القاضي بإتباع التفسير المتطور للقانون، و مراعاة الحكمة من التشريع عند تطبيقه، والمقصود

---

(1) ينظر: د. سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، المصدر السابق، ص٧٤٢.

(2) ينظر: د. رياض القيسي، علم أصول القانون، المصدر السابق، ص٣١٣.

(3) ينظر: د. سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، المصدر السابق، ص٧٤٣.

(4) ينظر: د. علي جمعة محارب، دور الإجتهاد القضائي في تطوير القاعدة القانونية، بحث منشور في مجلة القضاء العراقية، مطبعة الشعب، بغداد، العددان (١، ٢)، السنة (٤٦)، ١٩٩١، ص٩٧.

(5) ينظر: د. سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، المصدر السابق، ص٧٤٣.

بالتفسير المتطور هو أن يفسر القاضي النصوص القانونية بحيث يوائم مضمونها مع ما يطرأ من تغييرات على المجتمع[1].

و يحدث التفسير القضائي كل يوم، و إلزاميته لا تتعدى طرفي النزاع الذي حصل التفسير القضائي بشأنه، بناء على حجية الأمر المحكوم فيه، التي تثبت للحكم، فلا يجوز للطرفين أن يرفعا الدعوى مرة ثانية لنفس السبب و لنفس الموضوع، ولكن لا تتجاوز قوة هذا التفسير الإلزامية الحدود الشخصية والموضوعية لحجية الأمر المقضي، فيجوز تفسير القاعدة المفسرة مرة أخرى بصورة مختلفة من قبل نفس المحكمة أو من قبل محكمة أخرى و لو كانت أدنى درجة[2]. مع الملاحظة أن هذا الأثر يختلف في النظام القانوني اللاتيني إختلافاً كبيراً عن النظام القانوني الأنكلوسكسوني، لأن حكم أي محكمة في إنكلترا يلزم قانوناً المحكمة التي أصدرته بأن تتبعه في القضايا المستقبلية المماثلة، كما يلزم المحاكم الأدنى منها درجة، مما يجعل للحكم القضائي قوة الإلزام في العمل، و من ثم فلا تجوز مخالفة هذه السابقة أو الإمتناع عن اتباعها في نزاع مماثل[3].

---

(1) للمزيد من التفصيل ينظر: د. عباس العبودي، مدى سلطة القاضي المدني في التفسير المتطور للقانون، مجلة الرافدين للحقوق، كلية القانون، جامعة الموصل العراق، العدد الثامن، ذو الحجة ١٤٢٠هـ- آذار٢٠٠٠م، ص(٤٤ -٤٥)؛ د. جمعة علي محارب، دور الإجتهاد القضائي، المصدر السابق، ص١٠٠.

(2) ينظر: د. سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، ص٧٤٤ و د. عبدالحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، المصدر السابق، ص٥١٣.

(3) ينظر: د. عبدالباقي البكري، المدخل لدراسة القانون والشريعة الإسلامية، المصدر السابق، ص٤٧٤.

ثالثاً: التفسير الفقهي:

و هو من عمل الفقهاء، و هم يقومون به عادة بشأن دراستهم للقاعدة القانونية و شرحها، و هذا التفسير يتأثر بالأصول النظرية والإعتبارات العلمية[1]، علماً بأنه لا يتناول حالات خاصة كما يفعل القضاء و إنما تستخلص بموجبه قواعد عامة[2]، والفقيه يعمل أحياناً بعيداً عن التأثر بما يعرض في الحياة العملية من فروض و وقائع[3]، و هو من دون شك أوسع صور التفسير، لأنه لا يتناول حالات خاصة كما قلنا، و إنما يقوم الفقيه بتفسير القواعد القانونية بقصد إستخلاص مبادئ عامة تحكمها، أو وضع نظريات تعتبر هذه القواعد تطبيقاً لها[4].

والتفسيرات الفقهية كثيراً ما تعين القاضي على إيجاد الحل المناسب للنزاع المعروض عليه، بل أن الفقه عادة يؤثر في التشريع والقضاء[5]، و هذا التفسير ليس ملزماً، و إنما يكشف مواطن نقص القانون، والجوانب التي تتعارض مع العدالة مقترحاً الحل والبديل.

---

(1) د. رياض القيسي، علم أصول القانون، المصدر السابق، ص٣١٣.

(2) السنهوري و أبو ستيت، أصول القانون، المرجع السابق، ص٣٣٨.

(3) د. رياض القيسي، علم أصول القانون، المصدر السابق، ص(٣١٣-٣١٤).

(4) ينظر: د. محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، المصدر السابق، ص١٩.

(5) ينظر: د. رياض القيسي، علم أصول القانون، المصدر السابق، ص٣١٤.

المقصد الثاني

مدارس التفسير

تعددت مدارس التفسير في فرنسا إلى ثلاثة كالآتي:

المدرسة الأولى: مدرسة الشرح على المتون:

تذهب هذه المدرسة إلى وجوب تلمس القواعد القانونية في النصوص التشريعية، و هي لا تؤول النص التشريعي متى كان واضحاً، إذ المفروض أن المشرع عنى كل ما قل و قد قل كل ما عنى[1]، فإذا غمض و إحتاج إلى تفسير توخت في تفسيره البحث عن نية المشرع الحقيقية أو المفروضة وقت التشريع[2]، و بهذا وحده ينتفي التحكم و يسود الإستقرار والثبات، أما إذا أجزنا للمفسر أن يحل نية أخرى للمشرع لأختلف المفسرون في ذلك، و قام التحكم مقام الإستقرار اللازم لقواعد القانون، والبحث عن النية الحقيقية أو المفترضة واجب حتى لو تغيرت الظروف و تطورت المدينة، و متى ظهرت صعوبة في تطبيق هذا الأسلوب في التفسير تبعاً للتطور والتقدم، ففي هذه الحالة يكون من الأولى أن يعدل المشرع تشريعه، لا أن يقوم المفسر مقام المشرع فيفترض نية غير موجودة بغية تطبيق القانون تطبيقاً ينسجم مع الواقع[3].

و يختلف دور المفسر وفقاً لهذه المدرسة، بحسب ما إذا كان هناك نص أو لم يكن هناك نص، فإذا كان ثمة نص وجب على المفسر أن يحصل من النص على أقصى ما يمكن أن يعطيه، فإذا كان النص غامضاً وجب عليه أن يبحث عن نية المشرع وقت

---

(1) ينظر: د. رياض القيسي، علم أصول القانون، المصدر السابق، ص٣١٦.

(2) ينظر: السنهوري أبو ستيت، أصول القانون، المرجع السابق، ص٣٣٩.

(3) ينظر: المصدر المتقدم ذكره، ص٣٣٩.

وضعه هذا النص أما إذا لم يستطع التعرف على إرادة المشرع وجب عليه إفتراض هذه الإرادة فيطبق الحل الذي يرى أن المشرع لا بد أنه أراده[1]، أما إذا لم يكن هناك نص في التشريع فإنه يجب عليه الإلتجاء إلى القياس[2]، والقياس هو الحاق أمر لم يدل على حكمه نص خاص ظاهراً بأمر آخر منصوص على حكمه في حكمه لإشتراكهما في العلة الموجبة لتشريع هذا الحكم[3]. و هذا يقتضيه مبدأ (التسوية بين المتماثلين والتفرقة بين المختلفين) الذي هو من مبادئ العدالة الجوهرية، إذا علم أن غرض القياس هو نشدان الإنصاف والمساواة حينما لا تكون ثمة قاعدة محددة قابلة للتطبيق على الوضع المعين[4].

المدرسة الثانية: المدرسة التأريخية أو الإجتماعية:

تنسب هذه المدرسة إلى الفقيه الفرنسي المعروف (سالي Saleilles)، و هذه المدرسة تفسر النصوص طبقاً لنية المشرع المحتملة وقت تطبيق التشريع لا وقت سنه[5]، و بذلك تكسب النصوص التشريعية مرونة تجعلها قابلة للتطور، و تفسر بإعتبار الظروف الإقتصادية والإجتماعية المتطورة[6]، فإذا ما تغيرت الظروف تغيراً عميقاً و لم تعدل على إثره النصوص للتوفيق بينها و بين الحاجات الجديدة أمكن تحقيق هذا التوفيق عن طريق (التفسير المتطور)، و عندئذ يصبح من الممكن أن يكتسب القانون بفضل هذا المذهب مرونة تتيح له أن يستجيب لمطالب العصر

(1) ينظر: د. عبدالحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، المصدر السابق، ص٥٦٣.
(2) نفس المصدر، ص٥٦٣.
(3) ينظر: د. مصطفى إبراهيم الزلمي، أصول الفقه الإسلامي، المصدر السابق، ص٩٤.
(4) د. مجيد خدوري، مفهوم العدل، المصدر السابق، ص١٧٨.
(5) ينظر: السنهوري و أبو ستيت، أصول القانون، المرجع السابق، ص٢٣٩.
(6) ينظر: المصدر المتقدم ذكره، ص٢٣٩.

الجديدة دون حاجة إلى النظر فيه من وقت لآخر لتعديله في ضوء ما إستجد من ظروف[1].

كما يمكن مواجهة الظروف الجديدة و إعطاء حل موفق لما يمكن أن ينشأ من مشاكل جديدة دون أن تعوق ذلك نصوص قدم العهد عليها[2]، و هذا لا ينافي العدالة، و إنما من متطلباتها، لأن العدالة تأبى أن تبقى قضية ما دون حل.

المدرسة الثالثة: مدرسة البحث العلمي الحر:

ترجع هذه المدرسة إلى الفقيه الفرنسي فرانسوا جيني، و هذه المدرسة تذهب إلى تفسير إرادة المشرع كما هي دون أي تحوير فيها أو تعديل[3]، فالتشريع هو عمل إرادي يشبه التصرف القانوني الرسمي الذي تحمل عباراته كل مضمون الإرادة التي صدر عنها[4]، و لذلك ينبغي أن يقتصر التفسير على محاولة التعرف على هذه الإرادة و ليس إصلاحها أو التطور بها أو إخضاعها لأية ظروف إجتماعية أو أية أفكار مسبقة[5]، فإذا لم يعد ينطبق التفسير الحقيقي القائم على إرادة المشرع على القضية المعروضة، فلا يمكن اللجوء إلى إفتعال النية والقصد المفترض للمشرع، بل يجب التسليم حينئذ بعدم إنطباق هذا النص، و بضرورة البحث عن قاعدة قانونية أخرى

(1) ينظر: د. عبدالحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، المصدر السابق، ص٥٦٧.
(2) ينظر: نفس المصدر المذكور أعلاه، ص٥٦٧.
(3) ينظر: د. سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، المصدر السابق، ص٧٥٥.
(4) المصدر المتقدم ذكره، ص٧٥٦.
(5) المصدر المذكور أعلاه، ص٧٥٦.

في مصدر آخر من مصادر القانون الوضعي[1] فإذا لم توجد قاعدة قانونية يمكن تطبيقها، فيخلص القاضي حلاً عادلاً للنزاع المعروض أمامه، و هذا الحل يأتي بناءاً على مراعاة نفس الإعتبارات التي كان سيراعيها المشرع لو أنه أراد الفصل في النزاع[2]، فيرى جيني أن مهمة مزدوجة تقع على القاضي، إستطلاع العقل والضمير، ثم إستقراء الظواهر الإجتماعية[3]:

المهمة الأولى: هي العودة إلى مبادئ القانون الطبيعي بغية سد نقائص التشريع.

المهمة الثانية: هي الرجوع إلى طبيعة الأشياء بإعتبارها المصدر الواسع للقانون الوضعي.

فهذه المدرسة تعطي حرية كافية للقاضي كي يستنبط قاعدة قانونية من الحقائق التي سبق ذكرها، و كان للعدالة مكان بارز من بين هذه الحقائق كما رأينا، فإنها ما دامت تبحث عن الحلول العادلة في حالة عدم وجود النص، فبذلك تتحقق في ظلها معاني العدالة أكثر من غيرها من المدارس الأخرى.

---

(1) للمزيد من التفصيل ينظر: السنهوري و أبو ستيت، أصول القانون، المرجع السابق، ص٢٣٩؛ د. محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، المصدر السابق، ص١٩٥؛ د. سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، المصدر السابق، ص٧٥٦.

(2) ينظر: د. محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، المصدر السابق، ص١٩٧؛ د. سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، المصدر السابق، ص٧٥٦.

(3) نقلاً عن: د. ثروت أنيس الأسيوطي، فلسفة القانون، المصدر السابق، ج٤، ص٨٠.

المقصد الثالث

نتائج التفسير

يؤدي التفسير المنطقي إلى إحدى النتائج الآتية[1]:

أ- فقد يأتي المعنى الناتج من التفسير المنطقي متفقاً مع المعنى الناتج من التفسير اللفظي، و عندئذ يسمى التفسير مقرراً.

ب- و قد يكون هذا المعنى أوسع أو أضيق من المعنى الذي يؤديه التفسير اللفظي، و عندئذ يسمى التفسير واسعاً أو ضيقاً و قد يفضي التفسير المنطقي إلى إهمال النص، فعندئذ يسمى التفسير ملغياً.

أولاً: التفسير الواسع:

التفسير الواسع يذهب إلى الإفتراض أن المشرع قال في النص أقل مما كان يقصد أن يقوله فلذلك يجب التوسع في معنى الألفاظ التي وردت بها إرادة التشريع[2]، فهذا يؤدي إلى تطبيق التشريع على حالات لا يشملها المعنى الحرفي لعبارات التشريع ولكنها تكون مع ذلك هي مقصود الإرادة التشريعية التي جاء التعبير عنها غير محكم أو ضيقاً جداً[3].

فوفقاً لهذا التفسير الواسع للقاعدة القانونية يستطيع القاضي أن يوائمها مع متطلبات الواقع، و يقوم إعوجاجها بشكل تتلائم مع مقتضيات العدالة، دون أن يؤدي ذلك إلى الإخلال بأساس القاعدة المذكورة و جوهرها، فلذلك قال أرسطو بحق

---

(1) ينظر: د. عبدالحي حجازي، المدخل، المصدر السابق، ص٥٢٧.

(2) نفس المصدر المذكور أعلاه، ص٥٢٧.

(3) المصدر المتقدم ذكره، ص٥٢٧.

إن العدالة هي تصحيح موفق للعدل القانوني المتحرج[1]، و مظاهر هذا النوع من التفسير موجوده في علم الكلام خصوصاً عند المعتزلة الذين يعتمدون على العقل في تفسير النصوص، و كذلك في الفقه الإسلامي لا سيما لدى مدرسة أهل الرأي[2]، الذي يتجسد عندهم في القياس، و كذلك لم يهمل المالكية هذا التفسير معنى ولكن تحت مسمى آخر و هو المصالح المرسلة الذين توسعوا فيها.

ثانياً: التفسير الضيق:

التفسير الضيق يفترض أن المشرع قال في النص أكثر مما يقصد قوله، أي أنه مع اطلاقه النص يقصد طائفة محدودة من العلاقات، و بذلك مقتضى هذا التفسير إستبعاد تطبيق القانون على بعض حالات تبدو من الظاهر داخلة في إطار عبارة التشريع غير أنه في الحقيقة خارجة عنه[3].

فالتفسير لا بد أن يكون ضيقاً حين يكون فهم النص على إطلاقه كما ورد في التشريع مؤدياً إلى معارضة نص آخر في التشريع ذاته أو في تشريع أعلى منه درجة، و كذلك حين يؤدي تطبيق النص في شكله الواسع إلى تجاوز الغاية التي يسعى إليها النص[4]، غير أنه إذا كان النص موضوعاً لمصلحة طائفة من الأشخاص، فلا يسوغ أن يترتب على التفسير الضيق للعبارات العامة أن ينقلب النص ضاراً بمصلحة

---

(1) أرسطوطاليس، علم الأخلاق، المرجع السابق، ص١٠٧.

(2) د محمد جعفر، تأريخ القوانين و مراحل التشريع الإسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ط٢، ١٤٠٩هـ-١٩٨٩م، ص(١٧٠-١٧١).

(3) ينظر: د عبدالحي حجازي، المدخل، المصدر السابق، ص٥٢٩.

(4) ينظر إلى كل من: د عبدالحي حجازي، المدخل، المصدر السابق، ص٥٣٠؛ د. رياض القيسي، علم أصول القانون، المصدر السابق، ص٣٣٨.

أولئك الأشخاص[1]، و يمكن تلمس إنعكاسات هذا النوع من التفسير، في آراء الأشاعرة من المتكلمين و كذلك في آراء و فتاوى أنصار المدرسة الظاهرية في الفقه الإسلامي.

ثالثاً: التفسير الملغي:

و قد يؤدي التفسير إلى إهمال النص عندما يكون متعارضاً أشد التعارض مع قاعدة أخرى أعلى منه أو مع قاعدة رئيسة[2]، فإذا وجد تعارض مطلق بين النصين و لم يفلح المفسر في التوفيق بينهما و كان أحد النصين رئيسياً والآخر تبعياً أهمل النص التبعي، أما إن كان النصان على درجة واحدة من الأهمية أهمل النصان[3]، و هذه حالة نادرة، و يسمى التفسير الذي يؤدي إلى هذه النتيجة الملغي، ليس لأن المفسر يقوم بالغاء التشريع بل لأنه تبين من التفسير أن القاعدة قد ألغيت بسبب التعارض[4].

---

(1) ينظر: د. عبدالحي حجازي، المدخل، المصدر السابق، ص٥٣٠.

(2) المصدر المتقدم ذكره، ص٥٣٠.

(3) ينظر إلى كل من: د. مصطفى إبراهيم الزلمي، الصلة بين علم المنطق والقانون، مطبعة شفيق، بغداد ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م، ص٣٨؛ د. عبدالحي حجازي، المدخل، المصدر السابق، ص٥٣٠.

(4) ينظر: د. عبدالحي حجازي، المدخل، المصدر السابق، ص٥٣٠.

الفرع الثاني

الصلة بين التفسير والعدالة

التفسير إما يصبو إلى البحث عن إرادة المشرع و نيته، و هذا ما ذهب إليه أنصار الفقه التقليدي، أو يبحث عن الإرادة التشريعية محاولاً كشفها كما قال به أصحاب الفقه الحديث، أو يذهب إلى الكشف عن المضمون الموضوعي للقاعدة القانونية[1]، أياً كان غرض التفسير من هذه الثلاث فالثابت هو أنه ثمة إرادة كامنة يبحث عنها التفسير.

سبق و أن قلنا إن التفسير عمل يستند على العقل لتوضيح ما أبهم من ألفاظ القواعد القانونية و تكميل ما أقتضب منها و تخريج ما نقص من أحكامها والتوفيق بين أجزائها المتعارضة، و إرادة المشرع هي رغبته و قصده في إصدار القاعدة القانونية، و هذا القصد، إما أن يكون أكثر مما قاله في القاعدة المذكورة و إما أن يكون أقل، أما إرادة التشريع فهي القصد من سن التشريع أو القاعدة القانونية.

غاية الأمر أنه بالإمكان أن نجد هاتين الإرادتين في تشريع واحد، فلا نرى داعياً لتغليب إحداهما على الأخرى، فإرادة المشرع يمكن ملاحظتها في القواعد التي ترتبط بالنظام السياسي و تسهر على محافظته، و هذا يظهر جلياً في قواعد القانون العام مثل قواعد القوانين الجنائية، والقواعد التي تنظم الشؤون المالية للدولة، أو بصورة عامة في القواعد التي تمس النظام السياسي، رغم وجود شذرات من الإرادة المذكورة في قواعد القانون الخاص فيما يقترب الأمر من المصالح العليا للنظام، مثل ذلك

---

(1) ينظر إلى كل من: د. عبدالحي حجازي، المدخل، المصدر السابق، ص(٥١٦-٥١٨)؛ د. عصمت عبدالمجيد بكر، أصول تفسير القانون، المصدر السابق، ص(١٣-١٥).

الفقرة الثانية من المادة (٣٣) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ التي نصت (على أن الأشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد بالنسبة إلى العراق الجنسية العراقية و بالنسبة إلى دولة أجنبية أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول فالقانون العراقي هو الذي يجب تطبيقه).

فالمشرع[1] هنا أراد أمرين، الأول تغليب القانون العراقي على غيره من القوانين، والثاني ملاحقة العراقي أينما حل، فإرادة المشرع هنا تسهر على حفظ النظام و هي أظهر في مواد قانون الجنسية[2].

---

(1) نعني بالمشرع هنا الحاكم الفعلي، أو الحزب الحاكم، و ليس عضو البرلمان لأن الحاكم إن كان ديكتاتوراً يضع من القواعد ما يخدم مصالحه، لذلك ليس من المستغرب أن تنعكس فلسفته أو حتى هواه في القواعد التي يضعها، و كذلك إذا كان الحاكم عبارة عن حزب منتخب، فالقواعد التي تمرر على البرلمان لا تصدق إلا بناء على موافقة الأغلبية، والأغلبية هنا من الحزب الحاكم، فالنتيجة هي أن القواعد التي تصدر من البرلمان تتعلق بصورة أو بأخرى بفلسفة الحزب المذكور و بمبادئه. والمصالح السياسية كما قلنا هي من الحقائق الإعتبارية التي تسهم في تكوين القاعدة القانونية.

(2) كانت المادة ٢٠ من قانون الجنسية العراقية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٣ تنص على أنه: (للوزير سحب الجنسية العراقية عن العراقي في الأحوال الآتية:

١- إذا قبل دخول الخدمة العسكرية لإحدى الدول الأجنبية دون إذن، سابق يصدر من وزير الدفاع.

٢- إذا عمل لمصلحة دولة أو حكومة أجنبية أو جهة معادية في الخارج أو قبل في الخارج وظيفة لدى حكومة أجنبية أو إحدى الهيئات الأجنبية أوالدولية و أبى أن يتركها بالرغم من الأمر الصادر إليه من الوزير. ٣- إذا قام في الخارج بصورة معتادة و أنضم إلى هيئة أجنبية من أغراضها العمل على تقويض النظام الإجتماعي أو الإقتصادي للدولة بأية وسيلة من الوسائل). ينظر كذلك م١٨ و م ١٩ من القانون نفسه. ولكن هذا القانون ألغي وحل محله قانون جنسية العراقية رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ ملغياً هذه الحالات التي ذكرناها لأنها كانت مجافية للعدالة.

أما الإرادة التشريعية فهي حرة لا ترتبط بنظام سياسي معين، و هي موجودة في جل قواعد القانون المدني العراقي و هذه الإرادة عبارة عن حكمة التشريع إن صح القول و هذه الأخيرة، هي أحد العوامل التي تؤثر في عناصر العدالة الرئيسة و هي التي يبحث عنها أنصار مدرسة البحث العلمي الحر عند تعرضهم لتفسير النصوص التي تحتاج إلى التفسير[1]، و كذلك هي العامل العقلي الذي يسعى التفسير المنطقي الوصول من خلاله إلى المعنى المراد من النص تمهيداً لتطبيقه[2]، و هذه الحكمة التشريعية كما يقول البعض[3] هي القوة الحية المتحركة التي تبعث في النص الحياة ما دام النص قائماً، والتي تتجلى أهميته في أمرين، الأول ملاءمة النص للواقع الإجتماعي والثاني تطوير القانون[4].

و حكمة التشريع هنا لا تعني بالضرورة حكمة مجمل التشريع فحسب، قد تكون هذا و هو الغالب، و قد تكون حكمة قاعدة معينة أو نص معين، آية ذلك نصت الفقرة الثالثة من المادة (١٦٧) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١على أنه: (و لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن و لو كان دائناً). في حين أن حكمة تقنين المدني العراقي المذكور هي أن يفسر الشك لصالح المدين و ذلك بدلالة المادة (١٦٦) منه التي نصت على أنه: (يفسر الشك في مصلحة المدين)، بينما في عقود الإذعان يفسر لصالح الطرف المذعن (بفتح العين) سواء أكان دائناً أم مديناً، ففي كل عقد من عقود الإذعان على القاضي

(1) د محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص، المصدر السابق، ص(١٩٦– ٢٠٠).

(2) ينظر: د عبدالحي حجازي، المدخل، المصدر السابق، ص٥٢١.

(3) د محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص، المصدر السابق، ص٢٤٦.

(4) المصدر المتقدم ذكره، ص٢٤٦.

أن يفسر الشك لصالح الطرف المذعن (دائناً أو مديناً) دون أن يلتزم بالمادة (١٦٦) المذكورة أعلاه، و كذلك نصت المادة (١٠٤٨) من القانون المذكور على أن: (الملك التام من شأنه أن يتصرف به المالك تصرفاً مطلقاً فيما يملكه عيناً و منفعة و إستغلالاً، فينتفع بالعين المملوكة بغلتها و ثمارها و نتاجها و يتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة).

بموجب هذه المادة يعد حق الملكية حقاً مطلقاً و ينحصر في الملك التام فقط، فإستناساً بهاتين المقدمتين يمكن أن نتوصل إلى أن هذه المادة تكمن وراءها الفلسفة الليبرالية (أو الفردية)، فحكمتها تختلف عن حكمة مواد أخرى على سبيل المثال، نصت الفقرة الأولى من المادة (١٠٥١) من القانون نفسه على أنه: (لا يجوز للمالك أن يتصرف في ملكه تصرفاً مضراً بالجار ضرراً فاحشاً والضرر الفاحش يزال سواء كان حادثاً أو قديماً).

و إذا طرحنا عبارة الضرر الفاحش من هذا النص فيمكن القول معه إنه تكمن وراءه الفلسفة الإشتراكية (الجماعية)، التي تضحي بمصلحة الفرد من أجل الجماعة، أما عبارة الضرر الفاحش فتحتمل أكثر من معنى واحد فإذا وقع خلاف أو شك وجب تفسيره لصالح المدين إعمالاً للمادة (١٦٦) من القانون المدني، والمدين هنا هو المالك الذي تصرف تصرفاً مضراً بجاره، فكان أولى بالمشرع العراقي عدم الحاق وصف الفاحش بالضرر.

فيتبين أن حكمة التشريع في المادة (١٠٤٨) مختلفة عن حكمة التشريع في المادة (١٠٥١) و كذلك عن حكمة المواد التي تقرر حقوق الإرتفاق على ملك الغير[1]؛ و

(1) نصت المادة ١٠٥٢ على أنه: (تتحمل الأرض المنخفضة ما ينزل فيها من المياه التي تنحدر بفعل الطبيعة من الأراضي المرتفعة عنها كمياه الأمطار والعيون الطبيعية و ليس لمالك الأرض المنخفضة

كذلك تختلف عن حكمة المواد التي تنظم الملكية الشائعة[1]، لأن المادة (١٠٤٨) قد عرفت الملك التام فقط، دون ذكر الملكية الشائعة والملكية المشتركة (التعاونية).

و هذه الحكمة يمكن أن تستشف عند المعتزلة في حسن الأشياء و قبحها اللذين قالوا بهما. أما في أصول الفقه الإسلامي فيجب مناقشة أنه هل يجوز التعليل بالحكمة أم لا؟ هناك إتجاهات ثلاثة[1]:

أن يقيم سداً يصد الماء، كما أنه ليس لمالك الأرض المرتفعة أن يأتي ما من شأنه الزيادة فيما يجب أن تتحمله الأرض المنخفضة من ذلك إلا في الحدود التي رسمها القانون)؛ و نصت المادة ١٠٥٣ على أنه: (٢- و إذا أستنبط صاحب الأرض مياها في أرضه بسبر أو بحفر أو بنحو ذلك فعلى الأرض المنخفضة أن تتحمل مسيل هذه المياه، و يكون لصاحبها حق في التعويض عما يصيبه من ضرر بسبب ذلك).

و نصت المادة ١٠٥٨ (١-على صاحب الأرض أن يسمح بأن تمر بأرضه المياه الكافية لري أراضي غير البعيدة من مورد المياه و ليس فيها ماء للزراعة و لا سبيل لمرور المياه إليها مباشرة. و كذلك مياه الصرف الآتية من الأراضي المجاورة لتصب في أقرب مصرف عام، بشرط يدفع لصاحب الأرض مقدماً أجراً سنوياً و على شرط أن لا يخل ذلك بإنتفاع صاحب الأرض إخلالاً بيناً. و إذا أصاب الأرض ضرر من مسقاة أو مصرف يمر بها سواء كان ذلك ناشئاً عن عدم التطهير أو عن سوء حالة الجسور والسدود أو غير ذلك، فإن لصاحب الأرض أن يطلب تعويضاً عما أصابه من ضرر. ٢- و على صاحب الأرض، أن يسمح كذلك بأن تقام على أرضه الإنشاءات الفنية الضرورية للمجرى والمسيل اللازمين للأراضي البعيدة....)؛ والمادة ١٠٥٩ التي نصت على: (١- مالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام أو التي لا يوصلها بهذا الطريق ممر كاف، إذا كان يتسرله الوصول إلى ذلك الطريق إلا بنفقة باهضة أو مشقة كبيرة له حق المرور في الأراضي المجاورة....)؛ والمادة ١٠٦٠ التي نصت على أن: (لكل مالك أن يسور ملكه على أن لا يمنع ذلك من إستعمال حق لعقار مجاور. و له أن يجبر جاره على وضع حدود لأملاكها المتلاصقة، و تكون نفقات التحديد شركة بينهما)؛ و غير ذلك من المواد.

[1] مثلاً أنظر المواد (١٠٦١- ١٠٩٧) التي تنظم الملكية الشائعة والملكية المشتركة.

الإتجاه الأول: لا يجوز التعليل بها مطلقاً سواء أكانت ظاهرة أو خفية منضبطة، أو غير منضبطة، نسب الآمدي هذا القول إلى الأكثر.

الإتجاه الثاني: يجوز التعليل بالحكمة مطلقاً، و هو ما ذهب إليه الغزالي والرازي والبيضاوي من الشافعية، و هو الظاهر من كلام الشاطبي، و قال الطوفي من الحنابلة: والأشبه جواز التعليل بالحكمة.

الإتجاه الثالث: إذا كانت الحكمة ظاهرة منضبطة بنفسها جاز التعليل بها و أما إذا كانت مضطربة أو خفية فلا يجوز، و به قال الآمدي والصفي الهندي من الشافعية، و إبن الحاجب من المالكية، و هو قول بعض الحنابلة.

إذا علم ذلك، فما هو وجه العدالة من هذه؟ تظهر العدالة هنا في الإستحسان لأن هذا الأخير تعليل بالحكمة لكن حال تعارضها مع المظنة التي هي الوصف الظاهر بمعنى أن الحكمة تقتضي حكماً في وقت يقضي ظاهر وصف موضع الإستحسان بحكم آخر مخالف[2]، والمظنة التي هي الوصف الظاهر تحيل ذهن المجتهد إلى أصل ولكن المجتهد بعد التأمل يجد أن مسألته تحتوي على حكمة، و هذه الحكمة تحيل ذهنه إلى أصل أو أصول أخرى متضمنة لتلك الحكمة[3]، فالإستحسان نوعان[4]:

النوع الأول: إستحسان يكون الباعث على العدول فيه دفع الضرر والحرج، و واضح أن ذلك حكمة.

---

[1] للمزيد من التفصيل ينظر: أستاذنا، د. فاروق عبد الله كريم، الإستحسان، المصدر السابق، ص(١٦٦- ١٧٠).

[2] ينظر: المصدر المتقدم ذكره، ص١٧٠.

[3] نفس المصدر، ص١٧٠.

[4] للمزيد من التفصيل ينظر: نفس المصدر المذكور أعلاه، ص١٧١.

النوع الثاني: إستحسان لا يكون الباعث على العدول فيه دفع الضرر والحرج بل يكون الباعث على العدول، تجنب حكم في غير موضعه.

فالإستحسان ليس تعليلاً بالحكمة المجردة، بل يحتاج إلى نوع من الإنضباط و يكون ذلك بالإستناد إلى العرف[1]، غير أن التفسير والحكم بموجب الحكمة لا ينحصر في أصول الفقه، بل هناك كثير من الأحكام الفقهية تمت بصلة مباشرة إلى الحكمة لا سيما الأحكام التي أتى بها أهل مدرسة الرأي، (يقول الأستاذ لامبير أن ما يشير إليه أبيه الفقيه الفرنسي (جيني) من وجوب إستنباط الأحكام القانونية عن طريق البحث العلمي الحر هو ما سار عليه فعلاً (أبو حنيفة) في إستنباط الأحكام الشرعية)[2]، و حتى في ظل مدرسة الشرح على المتون، إذا لم يكن ثمة نص في التشريع وجب على القاضي الإلتجاء إلى القياس[3]، والقياس كما قلنا هو من مقتضيات مبدأ (التسوية بين المتماثلين والتفرقة بين المختلفين) الذي هو أحد مبادئ العدالة الجوهرية و يحتل القياس المرتبة الرابعة في سلم المصادر الشرعية لدى جمهور الفقهاء المسلمين[4] والمرتبة الأولى من بين المصادر التبعية العقلية[5]، و جاء بعد القرآن والسنة في رسالة عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري في القضاء بقوله: (الفهم الفهم فيما يتلجج في صدرك مما ليس في قرآن و لا سنة و أعرف الأشباه والأمثال ثم قس الأمور عند ذلك ثم أعمد لأحبها إلى الله و أشبهها بالحق فيما

---

(1) المصدر المتقدم ذكره، ص(١٧١–١٧٢).

(2) نقلاً عن: د. محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص، المصدر السابق، ص٢٠٦.

(3) د. عبدالحي حجازي، المدخل، المصدر السابق، ص٥٦٣.

(4) د. محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص، المصدر السابق، ص٢٩٩.

(5) د. مصطفى إبراهيم الزلمي، أصول الفقه الإسلامي، المصدر السابق، ص٩٤.

ترى)[1]، فأيا كانت مرتبته فهو حجة شرعية يستدل بها على ثبوت الأحكام الشرعية و يدل على ذلك القرآن والسنة النبوية و إجماع الصحابة والعقل السليم[2].

أما بالنسبة لترتيب القياس في القانون المدني العراقي فنستدل برأي بعض الباحثين في أنه يأتي ضمن مبادئ الشريعة الإسلامية لأنه يعتبر من صميم مبادئها، كما يمكن إدراجه ضمن قواعد العدالة[3]، بإعتباره محققاً لها و ليس بإعتباره مصدراً مستقلاً هذا من جهة، و من جهة أخرى أن المادة الثالثة من القانون المدني العراقي نصت على أنه: (ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه)، و يرى صاحب هذا الرأي أن المشرع العراقي أقر حجية القياس طبقاً لمفهوم المخالفة لهذه المادة[4].

و نحن بدورنا نؤيد هذا الرأي، و نقول إن المشرع العراقي إضافة إلى إقراره لحجية القياس، فقد ألزم القاضي في بعض المواضع أن يلجأ إلى القياس، مثل ذلك نصت المادة ٧٣٨ من القانون المدني العراقي على أنه: (إذا لم يتفق المتعاقدان على مقدار الأجرة أو على كيفية تقديرها أو اذا تعذر إثبات الأجرة المدعى بها وجب أجر المثل)، فالقاضي كي يتوصل إلى حقيقة أهذا الأجر أجر المثل أم لا وجب عليه أن يقيسه مع غيره من الأجور، فالأمر هنا يحتاج إلى القياس[5].

---

(1) باسم طه جاسم، رسالة الخليفة عمر، المصدر السابق، ص١٠٩.

(2) ينظر: د. محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص، المصدر السابق، ص٣٠٦.

(3) إستعمل قواعد العدالة هنا يرجع إلى المشرع العراقي، و إلا لا نعتقد بأن العدالة قواعد بل أنها مبادئ.

(4) د. محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص، المصدر السابق، ص٣٠٦.

(5) و كذلك نصت الفقرة الثانية من المادة ٩٠٣ من نفس القانون على أنه: (و إذا لم ينص العقد على مقدار الأجر قدر بأجر المثل). و ما إلى ذلك من المواد

و ما يمكن قوله هنا في الصلة بين العدالة والتفسير هو أن التفسير وسيلة هامة لتحقيق العدالة و ذلك بربط النص بالواقع والتوصل إلى حكم يتناسب مع مقتضيات العقل، و قد يفترق التفسير عن العدالة حينما يبحث المفسر عن إرادة المشرع في حين لم يفلح المشرع في إيجاد الحكم المطلوب الموافق للعدالة؛ إذن، هدف التفسير هو الوصول إلى ما هو حقيقة، والعدالة هي حقيقة بذاتها، فتتدخل الأخلاق هنا كي تربط نفسها بالتفسير، حتى يتبع تفسير أخلاقي للوصول إلى ما هو عادل[1].

فالمفسر يبحث عن الحقيقة أو ينبغي أن يبحث عن الحقيقة، أما إذا بحث عن ما هو غير حقيقة أي ما هو مخالف للحقيقة، فهذا لا يجوز لأنه يدخل ضمن الغش نحو القانون.

---

[1] للمزيد من التفصيل:

Dworkin, Interpretation, Morality and Truth, obtainable on this site:
ww.law.nyu.edu/ clppt/program2002/readings/dworkin/dworkinpdf

الفرع الثالث

أثر العدالة في تفسير القاعدة القانونية

نحاول في هذا الفرع أن نتعرض إلى تناول أنواع القواعد القانونية، متطرقين إلى إظهار الإختلاف الموجود في أثر العدالة عند تفسيرها من بعضها إلى بعضها الآخر و ذلك كالآتي:

المقصد الأول

القواعد الآمرة والقواعد المكملة أو المفسرة

أولاً: القواعد الآمرة:

و هي تلك القواعد الملزمة التي لا يجوز للأفراد مخالفتها لأنها وضعت للمحافظة على النظام العام أوالآداب أو المصالح العقدية[1]، أو هي تلك التي تفرض إطاعتها بصورة مطلقة على جميع المخاطبين بها دون توقف على إرادة الأفراد بل و على الرغم من هذه الإرادة[2]، و هذه القواعد قد تكون إيجابية إذا كانت تفرض أمراً (قاعدة آمرة)، و قد تكون سلبية إذا كانت تشتمل على نهي (قاعدة ناهية)[3]، والنظام العام الذي توضع هذه القواعد لحمايته فكرة نسبية تتأثر بتغير المكان

---

[1] السنهوري و أبو ستيت، أصول القانون، المرجع السابق، ص١٧٩.

[2] د عبدالحي حجازي، المدخل، المصدر السابق، ص٢٣١.

[3] ينظر: المصدر المتقدم ذكره، ص٢٣٢.

والزمان[1]، فيتوسع نطاقه و يضيق تبعاً لذلك، لكن مع ذلك يمكن تعريفه بأنه كل ما يرتبط بمصلحة عامة تمس النظام الأعلى للمجتمع سواء أكانت هذه المصلحة سياسية أو إجتماعية أو إقتصادية أو خلقية التي يعبر عنها بقواعد الآداب[2].

غير أن الآداب تختلف عن النظام العام في أنها مجموعة من القواعد وجد الناس أنفسهم ملزمين بإتباعها طبقاً لناموس أدبي يسود علاقاتهم الإجتماعية، و هذا الناموس الأدبي هو وليد المعتقدات الموروثة والعادات المتأصلة و ما جرى به العرف و تواضع عليه الناس، و هذا الناموس يخضع الناس له و لو لم يأمرهم بذلك القانون[3]، و يرى بعض الباحثين[4] أنه ثمة معياران لتمييز القواعد الآمرة هما:

المعيار الأول: المعيار اللفظي:

و هو أن تتضمن القاعدة القانونية نفسها تصريحاً بصفتها الآمرة، بالنص مثلاً على بطلان كل إتفاق مخالف لها أو بفرض جزاء خطير على مخالفتها[5]، مثل ذلك الفقرة الثانية من المادة (١٤٦) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ التي تمنع الإتفاق على سلب القاضي سلطة تعديل العقد بقولها: (و يقع باطلاً كل إتفاق على خلاف ذلك)، نفس الأمر ينطبق بالنسبة للفقرة الثانية من المادة (١٦٧) التي تقول: (و يقع باطلاً كل إتفاق على خلاف ذلك) أو الفقرة الثانية من المادة (١٢٩)

(1) السنهوري و أبو ستيت، أصول القانون، المرجع السابق، ص(١٨٢-١٨٣).

(2) ينظر: المصدر المتقدم ذكره، ص(١٨٠-١٨١).

(3) ينظر: د عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، دار الفكر، بيروت، ص٥٢٩.

(4) ينظر إلى كل من: د عبدالحي حجازي، المدخل، المصدر السابق، ص٢٣٤؛ د حسن كيره، المدخل، المصدر السابق، ص٤٥.

(5) د حسن كيره، المدخل، المصدر السابق، ص٤٥.

التي تقول: (غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل)، و غير ذلك من النصوص.

المعيار الثاني: معيار إجتهادي[1]:

هذا المعيار يعتمد على فكرتي النظام العام والآداب و كذلك على قواعد الحماية، و هي القواعد التي توجد لحماية طائفة معينة من الناس، كحماية ضعاف الناس والغائبين والمستأجرين و غير ذلك[2].

ولكن نحن لا نتفق مع هذا الرأي بل نعتقد أنه هناك ثلاثة أنواع من القواعد الآمرة:

النوع الأول: القواعد التي تولى المشرع تحديد أمر آمريتها و نطق بذلك صراحة كما في المواد (١٤٦، ١٦٧، ١٢٩) المدني العراقي السالفة الذكر، هذه القواعد لا تقبل التفسير لذلك لا داعي لذكر أثر العدالة في تفسيرها.

النوع الثاني: القواعد التي ترك المشرع تحديد آمريتها لفكرتي النظام العام والآداب، هذه القواعد ما دامت موضوعة للمحافظة على النظام العام والآداب، والأخيرتان، فكرتان نسبيتان تتأثران بتغير المكان والزمان فتخضعان لتفاسير مختلفة، لذلك يكون للمفسر دور بارز في تفسير هذه القواعد و للعدالة أثر عريض في هذا التفسير.

النوع الثالث: القواعد الآمرة الحمائية، لا ينص المشرع صراحة على آمريتها، بل يدعها للحكمة التي وجدت من أجلها، كونها موضوعة لحماية من يرى المشرع أنه

(1) عبد الحي حجازي، المدخل، المصدر السابق، ص٢٣٥.

(2) ينظر: عبدالحي حجازي، المدخل، المصدر السابق، ص٢٤٤.

يجدر بالحماية، و للعدالة دورها و أثرها في تفسير هذه القواعد، ولكن بدرجة أقل من النوع الثاني.

ثانياً: القواعد المكملة أو النسبية[1]:

القاعدة المكملة هي تلك التي لا تقتضي الأفراد إتباع مسلك معين أو الإمتناع عنه، بل تستهدف معاونة الأفراد فيما تتجه إليه إرادتهم، بقصد ترتيب آثار قانونية معينة[2]، و هي التي تسد ما يكون من نقص في إتفاقات الأفراد، فهي بمثابة النموذج الذي يسوغ للأفراد أن يقتبسوا منه ما ينظمون به إتفاقاتهم إن إختاروا ذلك، والذي سوف ينطبق عند عدم وضعهم تنظيماً معيناً في إتفاقهم[3]، فللأفراد مخالفة هذه القواعد والإتفاق على غيرها في حدود النظام العام[4]، دون أن يؤثر ذلك على إلزاميتها فإذا لم يتفق الطرفان على إستبعاد إختصاص هذه القاعدة فإنها تكون ملزمة إلزامية القاعدة الآمرة[5].

و يوجد فرق بين القاعدة المفسرة و بين القاعدة المكملة، هو أن الأولى لا تعمل إلا حين يوجد تنظيم تصرفي أنشأه الطرفان ولكن يكتنف الغموض بعض عباراته[6]، و من أمثلة القواعد المفسرة المادة ١٥٦ من القانون المدني العراقي: (تترك الحقيقة بدلالة

---

(1) كما يسميها البعض. ينظر: د عبدالحي حجازي، المدخل، المصدر السابق، ص٢٤٥.

(2) ينظر: المصدر المتقدم ذكره، ص٢٤٥.

(3) ينظر: د عبدالحي حجازي، المدخل، المصدر السابق، ص٢٤٥.

(4) ينظر: السنهوري و أبو ستيت، أصول القانون، المرجع السابق، ص١٨٥.

(5) د حسن كيره، المدخل، المصدر السابق، ص(٤٤-٤٥).

(6) د عبدالحي حجازي، المدخل، المصدر السابق، ص٢٤٨.

العادة)، والمادة ١٥٧ بنصها: (لاعبرة بالدلالة في مقابلة التصريح)، والمادة ١٥٨ بقولها: (إعمل الكلام أولى من إهماله لكن إذا تعذر إعمل الكلام يهمل)[1].

أما القاعدة المكملة فتتدخل فقط عند وجود نقص في التعبير عن الإرادة، فهي تعمل فقط حين لا يوجد تعبير عن الإرادة من جانب العاقدين في موضوع معين، فتضع تنظيماً إحتمالياً لحالة النقص في إرادة الطرفين[2]، و من أمثلة القواعد المكملة، المواد التي تشتمل عادة على عبارة (إلا إذا أتفق على خلاف ذلك) أو ما يفيد مفاده، مثلاً المادة ٩٢ من القانون المدني العراقي نصت على أنه: (١- يعتبر دفع العربون دليلاً على أن العقد أصبح باتاً لا يجوز العدول عنه إلا إذا قضى الإتفاق بغير ذلك)[3].

---

(1) و كذلك المواد (١٥٥، ١٥٩، ١٦٠، ١٦١، ١٦٢، ١٦٣، ١٦٤، ١٦٥، ١٦٦، ١٦٧) التي هي قواعد تفسيرية يستعان بها لتفسير العقد.

(2) ينظر: د عبدالحي حجازي، المدخل، المصدر السابق، ص٢٤٩.

(3) م١٧١ (إن لم يحدد الإتفاق أو العرف التجاري تأريخاً آخر لسريانها)؛ م١٧٨ (إلا إذا إتفق المتعاقدان صراحة على عدم ضرورته) أي عدم ضرورة الإعذار ليعتبر العقد مفسوخاً. م٢٥٩ (١- يجوز الإتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث الفجائي والقوة القاهرة. ٢- و كذلك يجوز الإتفاق على إعفاء المدين من كل مسؤولية...)؛ م٢٩٨ (٢- و إذا أطلق خيار التعيين فهو للمدين، إلا إذا قضى القانون أو إتفق المتعاقدان على أن الخيار يكون للدائن)؛ م٣١٥ (لا يكون الدائنون متضامنين إلا إذا كان هناك إتفاق على ذلك أو كان القانون ينص على تضامنهم)؛ و كذلك م٣٢٠ بشأن التضامن ما بين المدينين؛ م٣٦٢ (يجوز للدائن أن يحول إلى غيره ماله من حق على مدينه إلا إذا حال دون ذلك نص في القانون أو إتفاق المتعاقدين أو طبيعة الإلتزام....)؛ م٣٨٢ (١- إذا وفى غير المدين الدائن جزءاً من حقه و حل محله فيه فلا يضار الدائن بهذا الوفاء و يكون في إستيفاء ما بقي له من حق متقدماً على من وفاه ما لم يوجد إتفاق يقضي بغير ذلك)؛ و ما إلى ذلك من المواد والنصوص.

فيتبين لنا أن القواعد المفسرة نفسها تخضع بالضرورة لعملية التفسير مثلاً قاعدة (لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح) يجب تفسيرها من قبل المفسر ما المقصود بالدلالة، و ماذا يعني التصريح، و كيف يمكن إنطباقهما على مسألة حصلت أو تحصل فهذا كله يحتاج إلى عمل المفسر، لذا أن دور المفسر يظهر جلياً، و للعدالة أثر واضح في هذا الأمر، خلافاً للقواعد المكملة التي لا تدع للعدالة أن تؤدي دورها فيها، لأنها بالأساس لا تحتاج إلى التفسير و إنما تكمل إتفاق الطرفين.

لقد قيل في شأن التفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة أو المفسرة، إذا لم يوجد من المشرع تصريح بصفة القاعدة القانونية فكل القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام أو الآداب تعد قواعد آمرة لا يقبل من الأفراد مخالفتها، و كل القواعد التي لا تتصل بالنظام العام أو الآداب تعد قواعد مكملة[1].

نحن لا ننكر هذا المعيار، ولكن نرى أن فيه صعوبات، فيما يتعلق بتحديد فكرة النظام العام والآداب، و هي فكرة نسبية يحكمها التغير لذا يصعب تحديدها و أصعب من ذلك تحديد أن هذه القاعدة متصلة بالنظام العام و تلك لا تتصل به، فلذلك نقترح من جانبنا معياراً آخر، و هو أن القاعدة الآمرة هي القاعدة التي صرح المشرع بصفتها الآمرة أو هي التي تحكم مرحلة تكوين التصرف القانوني أما القاعدة المكملة أو المفسرة فهي التي تحكم مرحلة ما بعد تكوين التصرف القانوني أي آثاره، مثل ذلك قاعدة (يفسر الشك في مصلحة المدين)[2]، قاعدة تفسيرية تحكم الشك الذي يحصل بعد أن تم التصرف و كذلك نصت المادة ١٧٨ من القانون المدني على أنه: (يجوز الإتفاق على أن العقد يعتبر مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم

(1) ينظر: د حسن كيره، المدخل، المصدر السابق، ص٤٦.

(2) المادة ١٦٦ من القانون المدني العراقي.

قضائي عند عدم الوفاء بالإلتزامات الناشئة عنه و هذا الإتفاق لا يعفي من الإعذار إلا إذا أتفق المتعاقدان صراحة على عدم ضرورته).

فالعقد قد تم وفقاً للقواعد الآمرة التي تحكم أركانه من التراضي والمحل والسبب، فليس بالإمكان أن يستبعد حكم قاعدة من القواعد التي تحكم أركان العقد في مرحلة التكوين، زد على ذلك أن الإتفاق الذي سيحصل بعد إنعقاد العقد لإعتبار العقد مفسوخاً بذريعة عدم الوفاء بالإلتزامات، إنما يحصل وفقاً لنفس القواعد التي تحكم مرحلة تكوين العقد، فهي آمرة أيضاً لا يمكن الإتفاق على مخالفتها، و ما يجوز الإتفاق على مخالفته من عدمها هو الإعذار الذي هو أثر من آثار[1] العقد والإتفاق على إعتباره مفسوخاً.

إذن، القاعدة الآمرة تعرف بطريقتين وهما:

الطريقة الأولى: تصريح المشرع بصفتها الآمرة.

الطريقة الثانية: حكمها لمرحلة تكوين التصرف.

(1) لا نعني بالأثر هنا أثر العقد المحدد من قبل القانون، بل نقصد به أن العقد سبب وجود الإعذار، فلولا العقد لما وجد الإتفاق على إعتباره مفسوخاً، و لولا هذا الإتفاق لما وجدت الضرورة للإعذار من عدمها فالعلاقة هنا هي علاقة بين المؤثر والأثر أو بين السبب والمسبّب (بضم الميم وكسر الباء) والمسبب (بضم الميم وفتح الباء).

المقصد الثاني

القواعد الجامدة والقواعد المرنة

القاعدة الجامدة هي تلك التي توضع لتنظيم واقعة محدودة تحديداً كاملاً، فتتخذ عند تطبيقها طابعاً جامداً و موضوعياً[1]، و في رأينا يعزو هذا الجمود إلى أحد السببين الآتيين:

الأول: ثبات الموضوع الذي تنظمه هذه القاعدة، بحيث لا يتأثر بالأحوال والأشخاص والأفكار، مثال ذلك (تصرفات الصغير غير المميز باطلة و إن أذن له وليه)[2]، هذه قاعدة جامدة حددت آثار تصرفات الصغير غير المميز تحديداً كاملاً بحيث لم تدع للقاضي مجالاً لتحويرها أو حتى لتفسيرها، بل عليه أن يحكم بإبطال كل تصرف يصدر من الصغير غير المميز، فيصبح عمله هنا عملاً شبه آلي[3]، و مرد هذا الجمود هو ثبات الموضوع، بحيث لا يعقل أن يتغير الحكم المذكور أعلاه بتغير الأحوال والأشخاص والأفكار.

الثاني: أهمية الموضوع و خطورته إلى درجة تستلزم تنظيمه تنظيماً دقيقاً و محدداً، بحيث لا يترك للقاضي مجالاً لتفسيره و بسط سلطته فيه تفادياً حصول الإختلاف بشأنه، مثال ذلك (سن الرشد هي ثماني عشرة سنة كاملة)[4]، قاعدة جامدة يوجب تطبيقها عملاً شبه آلي من قبل القاضي، فهنا حل الكم محل الكيف كما قال به (جيني)[5] منعاً لحدوث أي إختلاف في تطبيقها.

---

(1) ينظر: د عبدالحي حجازي، المدخل، المصدر السابق، ص٢٥٥.

(2) المادة ٩٦ من القانون المدني العراقي.

(3) ينظر: د حسن كيره، المدخل، المصدر السابق، ص١٨٤.

(4) المادة ١٠٦ من القانون المدني العراقي.

(5) ينظر: السنهوري و أبو ستيت، أصول القانون، المرجع السابق، ص(٧٥-٧٦).

أما القاعدة المرنة فهي التي توضع لتنظيم وقائع غير محدودة أو متغيرة تخضع لتأثير الحياة الإجتماعية، فلذا يتغير شكلها و لونها بحسب الظروف، و تترك فيها مجال لتقدير القاضي، فعندئذ تتخذ حين تطبيقها طابعاً مرناً و تكون لهذا السبب وسيلة لتطوير القانون[1]، و من أمثلة القاعدة المرنة، نصت المادة ١٦٩ من القانون المدني العراقي على أنه: (١- إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون فالمحكمة هي التي تقدره.)؛ و كذلك المادة ١٤١ من القانون ذاته نصت على أنه: (إذا كان العقد باطلاً جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان، و للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها و لا يزول البطلان بالإجازة)؛ والمادة ١٠١ بقولها: (١- للمحكمة أن تأذن، للصغير المميز عند إمتناع الولي عن الإذن، و ليس للولي أن يحجر عليه بعد ذلك)[2].

ذهب بعض الكتاب[3] إلى القول إن الصياغة الجامدة للقاعدة القانونية لا تحقق إلا فكرة العدل المجرد، أما الصياغة المرنة فتستهدف تحقيق العدالة.

لكن لا يمكن التسليم بهذا الرأي على إطلاقه، لأن الصياغة الجامدة أيضاً تحقق العدالة، في الحالات التي تتفق العدالة مع العدل أي في (التسوية بين المتماثلين)، فإذا تمكنت المساواة المجردة من تلبية متطلبات العدالة، فيمكن القول إن العدالة والعدل قد تحققا معا، فبالتالي أن الصياغة الجامدة يتحقق فيها الإثنان معاً، لأن هذه الصياغة مبنية على فكرة المساواة المجردة، أما اذا لم تتمكن المساواة المجردة من تلبية متطلبات

---

(1) ينظر: د حسن كيره، المدخل، المصدر السابق، ص١٨٤.

(2) ينظر المواد (١٤٦، ١٦٧، ١٧٧) السالفة الذكر، ما فيها من القواعد المرنة.

(3) ينظر: د حسن كيره، المدخل، المصدر السابق، ص(١٨٥-١٨٦).

العدالة، فهنا يتحقق العدل دون العدالة فبالتالي لا يمكن القول إن الصياغة الجامدة في حالة هذه حققت العدالة.

صفوة القول: إن نسبة تحقق العدالة في الصياغة المرنة أكبر بكثير من نسبة تحققها في الصياغة الجامدة.

المطلب الثاني

العدالة والإستقرار القانوني

نحاول في هذا المطلب أن نتناول علاقة العدالة بالإستقرار القانوني، ثم تأثير أحدهما على الآخر و هل يتصور التعارض بينهما؟ و ما الحكم في حل تصوره؟ و هل يوجد مثل واقعي يؤيد هذا التصور؟ فالوقوف على حقيقة كل هذه يتطلب منا تقسيم هذا المطلب على ثلاثة فروع كالآتي:

الفرع الأول: مفهوم الإستقرار القانوني.

الفرع الثاني: العلاقة بين العدالة والإستقرار القانوني.

الفرع الثالث: موقف العدالة من التقادم.

الفرع الأول

مفهوم الإستقرار القانوني

الإستقرار القانوني[١] هو أن تكون القواعد القانونية مؤكدة و محددة في تنظيمها للمراكز القانونية و أن تضمن تأمين النتائج بحيث يمكن لكل فرد أن يتوقع هذه النتائج و يبني تصرفاته عليها[٢]، إذ يستطيع كل فرد أن يتوقع مسبقاً نتائج و مآل تصرفاته من حيث ما له و ما عليه فالإستقرار القانوني يؤدي إلى إمكانية الأفراد أن يتوقعوا نتائج أفعالهم سلفاً، فمن يبرم عقداً سيعرف مقدماً الإلتزامات التي عليه و حدودها و نطاقها و كذلك كل ما يتعلق بالمتعاقد الآخر[٣].

فالإستقرار القانوني يتحقق في ظل المذهب الشكلي للقانون، لأن المصدر المفضل بالنسبة لهذا المذهب هو التشريع، و هذا الأخير يلزم جميع الأفراد المخاطبين، و هو الذي يعطي للأفراد الوسائل القانونية للحصول على حقوقهم مع مراعاة أن تكون السلطة التقديرية للقاضي في أضيق الحدود و تحاط ممارستها بالعديد من الضمانات القانونية[٤]، كما أن القوانين المعاصرة الأكثر تقدماً تحرص كل الحرص على أن

---

[١] يستعمل كذلك الأمن القانوني والسكينة القانونية، لكنني آثرت إستعمال الإستقرار القانوني نظراً لشيوعه أولاً و مطابقته للمعنى المراد منه ثانياً.

[٢] ينظر: د. نعيم عطية، القانون والقيم الإجتماعية، دراسة في فلسفة القانون، المكتبة الثقافية، القاهرة، ١٩٧١، ص٧٩.

[٣] نقلاً عن: د. أحمد إبراهيم حسن، غاية القانون، المصدر السابق، ص١٨٠.

[٤] د. أحمد إبراهيم حسن، غاية القانون، المصدر السابق، ص١٨٠.

المشرع نفسه يحرم عليه أن يمس الحقوق الأساسية للأفراد المكفولة بالدستور[1]، و هكذا يمكن القول بأن جوهر الإستقرار القانوني ينحصر في أنه مهما تعددت و تنوعت الروابط القانونية بين الأفراد فإنها تقوم على إعتراف متبادل بوجود الآخرين في نطاق المجتمع و هو ما ينجم عنه تواً ضرورة تعيين الحدود لما للكل و لما عليه، و تنحدر هذه الضرورة عن أوضاع الحياة الإجتماعية ذاتها، فهناك أولاً: الإحساس بأن حرية الفرد لا تعني سلطانه المطلق إزاء الآخرين، و إنما تعني فحسب إحترام شخصيته الإنسانية في إطار روابط تقلل من إمكانياته القائمة على(الإثرة) دون مساس بطبيعته الإنسانية، و هناك ثانياً: الأوضاع الإجتماعية التي تجعل الفرد يجرب أن تعيين الحدود لكل ماله و لما عليه إنما هو بمثابة الجو اللازم لحياته[2]، فالمشرع لا يترك للقاضي تنظيم العلاقات بين الأفراد حسب كل حالة على حدة، بل يضع قاعدة عامة تنظم بها حالة نموذجية تندرج تحتها كل الحالات التي تتفق في الطبيعة والنوع مع تلك الحالة النموذجية و ذلك من أجل الإستقرار في المراكز القانونية[3].

و لقيمة الإستقرار القانوني عدة مقومات هي[4]:

أولاً: وضوح الآلية التشريعية المنظمة لعلاقات الأفراد داخل المجتمع.

ثانياً: توافر عنصر الجزاء في القاعدة القانونية.

ثالثاً: غياب التعسف الإداري والقضائي، أي الإلتزام بالقانون، حتى يتحقق الإستقرار القانوني في إطار المشروعية فالإستقرار القانوني في نظر أنصار المذهب

---

(1) نقلاً عن: المصدرالمتقدم ذكره، ص١٨١.

(2) ينظر: نعيم عطية، القانون والقيم الإجتماعية، المصدر السابق، ص٨٠.

(3) ينظر: أحمد عبدالحميد عشوش، قانون العقد بين ثبات اليقين و إعتبارات العدالة، مؤسسة شباب الجامعة، الأسكندرية، ١٩٩٠، ص(٧-٨).

(4) ينظر: د. أحمد إبراهيم حسن، غاية القانون، المصدر السابق، ص(١٨٣-١٨٥).

الشكلي يتحقق إذا ما علم الفرد إلتزاماته و حقوقه في التصرفات التي سيبرمها، و ذلك يتحقق بقواعد قانونية محددة و مؤكدة، تغل يد القاضي و ذلك من خلال إستخدام منهج الصياغة الجامدة، و إتساع نطاق القواعد الآمرة والتمسك بالشكلية والإحتكام إلى الظاهر[1].

و لفكرة الإستقرار القانوني محاسنها و مساوؤها، فمن محاسنها هي:

١) تحقيق النظام والتوازن في المراكز القانونية والإجتماعية داخل المجتمع[2].

٢) حماية المجتمع من الأحكام الجائرة و غير المتوقعة والتي تؤدي إلى إحداث الاضطرابات في مجريات الحياة[3].

٣) حماية حقوق الأفراد و مصالحهم في المجتمعات الحديثة التي تتسم بسمة سرعة التطور، لأن توسع هذه المجتمعات و كثرة الروابط بين أفرادها و تعقيدها تتطلب علم الأفراد مقدماً بالقواعد التي تنظم هذه الروابط قبل أن يقدموا لإبرامها، فهذا العلم المسبق يضمن حماية حقوقهم و مصالحهم و كذلك يجنب المجتمع من مشاكل قد تحدث فيما لو لم يكن لدى الأفراد هذا العلم[4].

و من مساوئها:

١) في النظم القانونية التي تسهر على تحقيق الإستقرار القانوني فقط بحيث أصبح همه الوحيد، يكثر إحتمال إرتكاب الخداع والغش نحو القانون، لأن الأفراد يعلمون مقدماً نتائج و مآل تصرفاتهم قبل إبرامها.

---

(1) ينظر: د أحمد إبراهيم حسن، غاية القانون، المصدر السابق، ص(١٩٥-٢٠٤).

(2) ينظر: د أحمد إبراهيم حسن، غاية القانون، المصدر السابق، ص١٨٢.

(3) ينظر: أحمد عبدالحميد عشوش، قانون العقد، المصدر السابق، ص٧.

(4) المصدر المتقدم ذكره، ص٦.

٢) إن التمسك بفكرة الإستقرار القانوني قد يؤدي إلى المساس بالقاعدة القانونية، خاصة القواعد التي حدد جزاء مخالفتها بغرامة مالية مبلغها لا يتناسب مطلقاً مع درجة خطورة المخالفة، كما يلاحظ في القوانين العراقية.

٣) إن إعتناق هذه الفكرة يؤدي في بعض الأحيان إلى التضحية بالعدالة، لأن المشرع كما قلنا لا يستطيع إقحام جميع المسائل والإحتمالات مهما يحاول، هذا من جهة، و من جهة ثانية إن القانون دائماً عام بالضرورة و إن من الموضوعات ما لا يستطاع الحكم فيه بطريق النصوص العامة حكماً ملائماً، كذلك في جميع المسائل التي فيها لا مناص مطلقاً من الحكم بطريقة عامة صرفة والتي فيها لا يمكن إجراء ذلك على وجه طيب، غاية الأمر أن القانون لا ينص إلا على الأحوال الأكثر عادية و هو يعترف مع ذلك بما فيه من نقص[1]، فوظيفة العدالة هنا إنما هي تعديل عوج القانون حيثما يخطيء بسبب الصيغة العامة التي يجب أن يتخذها[2]، فإن أي تجاهل لهذه الوظيفة أو هذا الدور يعني التضحية بالعدالة من أجل الإستقرار القانوني و هذا يصب سوءاً على الإستقرار القانوني.

الفرع الثاني

العلاقة بين العدالة والإستقرار القانوني

العلاقة بين العدالة والإستقرار القانوني، تكون توافقية، بمعنى أن ما يقرر من أجل تحقيق الإستقرار القانوني، لا تأباه العدالة، و هذا يحصل إذا لم يكن المقرر منافياً

(1) ينظر: أرسطوطاليس، علم الأخلاق، المرجع السابق، ص١٠٧.

(2) المرجع المتقدم ذكره، ص١٠٨.

للعدالة، فالعدالة لا تأبى أن يعلم الأفراد إلتزاماتهم و حقوقهم قبل إبرامهم التصرفات، بل تقره و تصدقه، هذا من جانب، و من جانب آخر إن فكرة الإستقرار القانوني التي قال بها أنصار المذهب الشكلي للقانون لا تنكر اللجوء إلى القياس في حال عدم وجود نص في التشريع كما ذهب إليه أنصار مدرسة الشرح على المتون[1]، والقياس كما قلنا من مقتضيات مبدأ (التسوية بين المتماثلين والتفرقة بين المختلفين) الذي هو من مبادئ العدالة الجوهرية، فلا يوجد هنا تعارض، بين الإستقرار القانوني والعدالة، فحتى يحقق القانون أهدافه ينبغي أن يعمل على التوفيق بينهما لأن الإستقرار غير العادل لا يساوي شيء، و هو بكل تأكيد ضد القانون، كما أن العدالة غير الآمنة و غير المستقرة[2] ينقصها أهم عناصرها الأساسة[3].

غير أنه يبدو التعارض بينهما من إختلاف طبيعة كل منهما، فالإستقرار القانوني يمثل عنصر الواقع في القانون، والعدالة يمثل عنصر المثالية، لكن حتى من هذه الناحية فإن هذا التعارض مجرد تعارض ظاهري، لأن كل قيمة من هاتين القيمتين تمثل جانباً من حقيقة القانون، فالقانون هو قاعدة حياة الإنسان في المجتمع و وجود الإنسان ذاته في المجتمع يعد جزءاً من الواقع فهو أحد معطيات الواقع الذي يعمل القانون على السيطرة عليه، لكن هذا ليس صحيحاً فيما يتعلق بمفهوم القانون و جوهره بصفة عامة، والذي يؤسس على العدالة التي تسمو على الوقائع المادية[4].

(1) ينظر: د عبدالحي حجازي، المدخل، ص٥٦٣ السابق الإشارة إليها.

(2) العدالة في نظرنا قيمة ثابتة فلا يمكن نعتها بأنها ناقصة أو غير مستقرة، فهذه الأوصاف تنطبق على طرق التعبير عن العدالة و ليست العدالة في ذاتها.

(3) نقلاً عن: د أحمد إبراهيم حسن، غاية القانون، المصدر السابق، ص١٩١.

(4) نقلاً عن: د أحمد إبراهيم حسن، غاية القانون، المصدر السابق، ص١٩١.

فعليه، ينبغي الإقرار بأنه يوجد في بعض الأحيان تعارض بين العدالة والإستقرار القانوني سواء أيكون هذا التعارض ظاهرياً كما أسلفنا أو تعارضاً حقيقياً، و مرد هذا التعارض هو أن الإستقرار القانوني يفرض أموراً تأباه العدالة، أو تقتضي هذه الأخيرة أحكاماً لا يصدق عليها الإستقرار القانوني، مثال ذلك التمسك بالشكلية بداعي تحقيق الإستقرار القانوني، والتي تسعى العدالة منذ أيام الرومان التخلص منها لكن لا تزال لها آثار في القوانين الحديثة، فمثلاً نصت المادة (٥٠٨) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ على أن: (بيع العقار لا ينعقد إلا إذا سجل في الدائرة المختصة و إستوفى الشكل الذي نص عليه القانون)، فالعقد هنا يعد باطلاً، فبالتالي لا يكون له أي أثر، و عليه إذا إشترى شخص ما عقاراً كان يجهل أن التسجيل شرط أساس و رئيس إذ بدونه لا ينعقد العقد، و بعد مدة إحتج صاحب العقار و تراجع عن العقد فإمتنع عن التسجيل بإسم المشتري، فهنا ليس للمشتري أي حق عيني، لأن العقد كان باطلاً غير منتج لأي أثر، فلا يقبل عذره بالجهل بالقانون[1].

المشرع العراقي هنا ضحى بكل أركان العقد (التراضي، والسبب، والمحل) من أجل الشكلية، و هذا الأمر لا تقره العدالة بل تأباه، لذلك نجد أن المشرع قد أدرك هذا الأمر، فتراجع و حاول النيل من حدة هذه الشكلية و ذلك بقرار رقم ١١٩٨

[1] قاعدة (عدم جواز الإعتذار بالجهل بالقانون) إحدى الوسائل التي إعتمدها أنصار المذهب الشكلي لتحقيق الإستقرار القانوني. للمزيد من التفصيل ينظر: د. أحمد إبراهيم حسن، غاية القانون، المصدر السابق، ص١٩٨.

الصادر في ١٩٧٧/١١/٢ من مجلس قيادة الثورة المنحل[1]، والمعدل بقرار رقم ١٤٣٦ في ٢١ /١٢/ ١٩٨٣[2].

أما المثال الثاني فيتعلق بالجدل الفقهي الذي ثار بين الفقهاء بشأن تأثير (الغبن) على صحة العقد، و قد ذهب جانب من الفقه إلى القول إن العدالة تقضي بضرورة تعادل إلتزامات الأطراف، فبالتالي تقضي بضرورة أن يكون الغبن من أسباب إبطال العقود، غير أن أغلبية الفقهاء ذهبوا إلى تغليب مقتضيات الإستقرار القانوني على إعتبارات العدالة، فرأوا أن إبطال العقد بسبب الغبن سوف يؤدي إلى عدم إستقرار المعاملات[3]، و جعلوا العقد موقوفاً بدلاً من إبطاله، و قد تبنى القانون المدني العراقي هذا الإتجاه في الفقرة الأولى من المادة ١٢٤ بقوله: (مجرد الغبن لا يمنع من نفاذ العقد ما دام الغبن لم يصحبه تغرير)، في هذه الفقرة حاول المشرع العراقي حذراً أن يغلب إعتبارات الإستقرار القانوني على متطلبات العدالة، فضحى بالعدالة من أجل ذلك لكنه لم يعمل ذلك بصورة مطلقة، بل إختار موقفاً وسطاً بين الأخذ المطلق

[1] منشور في الوقائع العراقية العدد ٢٦٢١ والمؤرخ في ١٩٧٧/١١/١٤.

[2] نص القرارعلى: (أ- يقتصر التعهد بنقل ملكية عقار أو حق التصرف على الإلتزام بالتعويض إذا أخل أحد الطرفين بتعهده، سواء أشترط التعويض في التعهد أم لم يشترط فيه، على أن لا يقل مقداره عن الفرق بين قيمة العقار المعينة بالتعهد و قيمته عند النكول دون الإخلال بالتعويض عن أي ضرر آخر. ب- إذا كان المتعهد له قد سكن العقار محل التعهد أو أحدث فيه أبنية أو منشآت أخرى أو مغروسات بدون معارضة تحريرية من المتعهد فإن ذلك يعتبر سبباً صحيحاً يبيح للمتعهد له تملك العقار أو حق التصرف فيه بقيمته المعينة في التعهد أو المطالبة بالتعويض...). منشور في الوقائع العراقية العدد ٢٩٧٤ في١٩٨٤/١/٢.

[3] توفيق حسن فرج، نظرية الإستغلال في القانون المدني المصري، الأسكندرية، ١٩٥٧، ص(٧-٨)؛ ص(٨٠- ٨٣)؛ و كذلك ص(٣٢٢-٣٢٤).

بالإستقرار القانوني والذي يقتضي أن يكون العقد صحيحاً نافذاً و ليس موقوفاً، و بين الأخذ المطلق بالعدالة والذي يستلزم أن يكون العقد باطلاً.

غير أنه مع هذا، يمكن القول إن المشرع العراقي عاد و أخذ مطلقاً بالعدالة و ذلك في الفقرة الثانية من المادة المذكورة أعلاه بقوله: (على أنه إذا كان الغبن فاحشاً و كان المغبون محجوراً أو كان المال الذي حصل فيه الغبن مال الدولة أو الوقف فإن العقد يكون باطلاً).

فالمفارقة التي وقع فيها المشرع العراقي، هي جعل العقد المتعلق بالعقار والفاقد لشكلية باطلاً كما في المادة ٥٠٨ بينما لم يجعل العقد المشوب في أحد أركان إنعقاده باطلاً بل عله موقوفاً كما في الفقرة الأولى من المادة ١٢٤، فكان أولى بالمشرع العراقي أن يجعل العقد المتعلق بالعقار صحيحاً سواء أكان مسجلاً في دائرة التسجيل العقاري أم لا، و ألا يجعل التسجيل أكثر من كونه وسيلة من وسائل الإثبات، والذي نراه أن الإستقرار القانوني الذي يراد تحقيقه عن طريق حكم مجافٍ للعدالة قد يلتقي مرة أخرى مع العدالة على أساس أنه تغليب للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة أو على أساس الأخذ بأهون الشرين، إذ أن الحكمة في بعض الأحيان تقضي بإرتكاب أخف الضررين.

إذا علم أن المشرع الوضعي في بعض الأحيان يضحي بالعدالة من أجل تحقيق الإستقرار القانوني[1]، فالأمر يكون مختلفاً تماماً في الشريعة الإسلامية لأن الغلبة فيها للعدالة دائماً و أبداً، عند تعارض الإستقرار القانوني معها، بل و أكثر من ذلك أن هذه الشريعة ربطت الإستقرار القانوني بالعدالة وجوداً و عدماً، آية ذلك أن أحكام هذه الشريعة عامة و شمولية إلا في بعض المسائل التي دخلت فيها إلى التفاصيل

(1) د حسن علي ذنون، فلسفةالقانون، المصدر السابق، ص١٦٦.

كأحكام المحرمات والميراث[1]، و هذه العمومية تترك مجالاً فسيحاً للقاضي ليستنبط الحكم العادل بدلاً من أن يغل يده نص جامد مراعي فيه الإبقاء على الأوضاع الظاهرة، علماً بأن العدالة نفسها هي إحدى الشروط الأساسية لتولية القضاء[2].

نصوص القرآن عادلة مقدسة و مع ذلك مرنة تقبل تفاسير مختلفة، كلما تقتضي العدالة ذلك، و هذه النصوص إما أن تكون قطعية الدلالة والثبوت فيجب تطبيقها كما هي، و إما تكون ظنية الدلالة و قطعية الثبوت التي تترك للقاضي مجالاً واسعاً للتفسير، غير أنه تجدر الإشارة إلى أن الخليفة عمر (رضى الله عنه) لم يعمل حتى بنص قطعي الدلالة والثبوت و كان ذلك في سنة المجاعة بإيقاف حد السرقة[3]، هذا

(1) نعني بالأحكام هنا، نصوص القرآن فحسب أما الأحكام الفقهية أو حتى السنة النبوية فجاءت في مسائل تفصيلية و على كثرة و تنوع يمكن القول معها إن تغلب العدالة فيها واضح، زد على ذلك أن هذه الأحكام لا تتمتع بالقدسية التي تتمتع بها نصوص القرآن مما يمكن المساس بها من أجل تحقيق العدالة.

(2) ينظر في ذلك: أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي (ت٤٥٠هـ)، أدب القاضي، تحقيق، محي هلال السرحان، مطبعة الإرشاد، بغداد، ١٣٩١هـ-١٩٧١م، ص٦٣٣-٦٣٦؛ و كذلك الشيخ محمد بن الحسن الحر العاملي (ت١١٠٤هـ)، وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة، تحقيق مؤسسة آل البيت لإحياء التراث، بيروت، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م، ط٢، ج٢٧، ص(١١-١٦).

(3) يقول البعض إن عمر (رضى الله عنه) لم يعلق هنا نصاً ولم يعدل ولم ينسخ و إنما فهم أن آخذ المال في عام المجاعة لا يوصف بأنه سارق، و يرى إبن حزم أن آخذ المال في وقت كهذا آخذ حقه فبالتالي لا يكون سارقاً، كما قال إبن القيم إن سقوط القطع هنا للشبهة التي تدرأ بناءاً على الضرورة الملحة. للمزيد من التفصيل ينظر: د. يوسف القرضاوي، السياسة الشرعية، المصدر السابق، ص٢٠٢-٢٠٧. أيا كان التبرير فالنتيجة هي أنه حصل ظرف جعل تطبيق النص غير ممكن سواء أكان هذا الظرف مانعاً لتطبيق أو شبهة تدرأ تطبيقه، أو أي شيء آخر، فهذا الإيقاف أمر تقره العدالة.

الإيقاف أيا كان مبرره، يعد تغليباً واضحاً للعدالة في مواجهة نص يتعاطى الأعم الأغلب، بل أكثر من ذلك ذهب الفقيه الحنبلي نجم الدين الطوفي (المتوفي٧١٦هـ-١٣١٦م) إلى حد الإحتجاج بأنه إذا ما تعارضت المصلحة مع النص يجب تغليب المصلحة على أساس أنها المقصد النهائي للمشرع الأعظم[1].

لكن يرى بعض الكتاب أن النص الذي يسلم الطوفي إمكان التعارض بينه وبين المصلحة، وبالتالي تقديم الأخيرة عليه، هو النص الظني، أما النص الذي حصلت فيه القطعية من كل جهة فإن الطوفي يمنع تخالفه مع المصلحة، فضلاً عن أن يقول بتقديم المصلحة عليه[2]، فايا كان نوع النص، فلا نرى إمكانية مخالفة العدالة في الشريعة الإسلامية، بداعي تحقيق الإستقرار القانوني، لأن مبادئ العدالة تمتزج بأحكام الشريعة الإسلامية و مبادئها و تتفجر من داخلها[3].

إذن، الإستقرار القانوني في الشريعة الإسلامية مرتبطة بالعدالة وجوداً و عدماً، فلا يمكن التضحية بالعدالة فيها بداعي تحقيق الإستقرار القانوني كما هو ملاحظ في القوانين الوضعية. فالحكم في الشريعة الإسلامية يحظى بالثبات حينما يكون عادلاً، أما إذا لم يكن كذلك فيتعرض للتعديل والتغيير، و في ذلك يقول عمر بن الخطاب في رسالته القضائية إلى أبي موسى الأشعري: (و لا يمنعك قضاء قضيته بالأمس فراجعت فيه نفسك و هديت لرشدك أن ترجع إلى الحق فإن الحق لا يبطله شيء و إعلم أن مراجعة الحق خير من التمادي في الباطل)[4]؛ إذن، العنصر الأساس

(1) نقلاًعن: د. مجيد خدوري، مفهوم العدل، المصدر السابق، ص١٦٤.

(2) للمزيد من التفصيل ينظر: د. يوسف القرضاوي، السياسة الشرعية، المصدر السابق، ص(١٦٠-١٦٨).

(3) ينظر: د. عبدالسلام الترمانيني، الوسيط، المصدر السابق، ص(٦٥٧-٦٥٨).

(4) سبقت الإشارة إليها.

في الحكم هو العدالة، فلا تنكر الشريعة الإسلامية الإستقرار القانوني إذا كان متوافقاً مع العدالة، أما إذا تعارض معها فتقدم العدالة كما تقدم المصلحة على النص حال تعارضهما وفقاً لما ذهب إليه الطوفي.

الفرع الثالث

موقف العدالة من التقادم

قلنا إن العدالة والإستقرار القانوني في القانون الوضعي، قد يتفقان و هذا لا إشكال فيه، و قد يتعارضان و في هذه الحالة قد تضحى بالعدالة من أجل الإستقرار القانوني[1]، و قد يضحى بالإستقرار القانوني من أجل العدالة، إذ تكون درجة هذه التضحية متفاوتة من نص إلى آخر و هذا ما تبناه القانون المدني العراقي، كما سبقت الإشارة إليه عند تعرضنا لتناول العلاقة بين العدالة والإستقرار القانوني في شأن المادة ١٢٤ والمادة ٥٠٨ من القانون المذكور.

لكن هنا نتكلم عن التقادم[2]، لإبراز ما يحصل من التعارض بين العدالة والإستقرار القانوني و لبيان حكم القانون المدني العراقي منه و من ثم التطرق إلى موقف الفقه الإسلامي من التقادم.

(1) ينظر: د. حسن علي ذنون، فلسفة القانون، المصدر السابق، ص١٦٦.

(2) التقادم طريقة لكسب الملكية وغيرها من الحقوق العينية على أساس وضع اليد لمدة معينة متى توافرت الشروط القانونية، و يترتب على هذا الأمران يكتسب واضع اليد حقاً يعترف به القانون، و إذا كان لمضي المدة أثره في كسب الملكية، فإن له أيضاً أثره المسقط، إذ يترتب على مرور الزمن سقوط الدعاوى التي للمالك و لأصحاب الحقوق العينية و هذا ما يسمى بالتقادم المسقط، و على

يذهب بعض الباحثين [1] إلى القول إن التقادم المكسب يؤدي إلى حرمان المالك من ملكه، على غير علم منه، مما يظهر التقادم في صورة غصب لأنه يتضمن إكتساب ملكية شيء مملوك للغير بدون رضاه، و هذا يتنافى مع مقتضيات العدالة، إلا أن المشرع قد غلب إعتبارات الإستقرار القانوني في هذا الشأن، لأن التقادم يؤدي إلى إستقرار الحقوق و خاصة حق الملكية إذ لا يجب أن يظل عرضة للشك و جهل المصير، و إن الإعتراف لواضع اليد الذي إستمر واضعاً يده المدة القانونية يعد حماية للأوضاع الظاهرة حتى لا تظل المراكز القانونية مزعزعة لأجل غير مسمى.

غير أننا لسنا متفقين مع هذا الرأي و نرى أن التقادم قد يؤدي إلى إستقرار الحقوق والمراكز القانونية ولكن هذا الإستقرار يكون مؤقتاً، خاصة في مجتمع يشهد تقلبات سياسية، لأن في مثل هذه المجتمعات يستعمل الملأ والمقربون من السلطة نفوذهم للإعتداء على حقوق الضعفاء فالعمل بالتقادم في مثل هذه المجتمعات يعني تزويد الأقوياء بحجج قانونية لإغتصاب حقوق الضعفاء، و خير مثال على ذلك، ما حصل في زمن نظام حزب البعث، كم من الأراضي أغتصبت من قبل المنتمين لهذا الحزب، و لم يكن يجرؤ أصحابها من اللجوء إلى المحاكم، صحيح أن الحقوق خلال هذه المدة قد إستقرت على حساب الضعفاء، ولكن بعد سقوط النظام أخذت العدالة مجراها عاد ما عاد من الحقوق إلى أصحابه، و بقى ما بقى متنازعاً عليه في المحاكم.

و عليه لا يمكن التسليم بأن التقادم يؤدي إلى إستقرار الحقوق، لأن صاحب الحق، لن يتنازل عن حقه فإن تسنح له أية فرصة سوف يأخذ حقه و لو بإستعمال القوة،

ذلك فالتقادم: أما أن يكون تقادماً مكسباً أو تقادماً مسقطاً. للمزيد من التفصيل ينظر: د محمد سعود المعيني، النظرية العامة للتقادم في الفقه الإسلامي، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٨٩، ص(٧-٩)؛ د علي محمد جعفر، تأريخ القوانين و مراحل التشريع الإسلامي، المصدر السابق، ص٣٠٩.

[1] د أحمد إبراهيم حسن، غاية القانون، المصدر السابق، ص١٩٢.

هذا من جهة، و من جهة ثانية إن التقادم فيه طمع و جشع في حقوق الضعفاء والإعتداء عليها من قبل الأقوياء، لذا فالأخذ به يتنافى مع الطمأنينة والسكينة الإجتماعية اللتين جعلهما القانون من أهدافه، فنجد أن المشرع العراقي كان حذراً في الأخذ بالتقادم، إذ نصت المادة ١١٥٨ من القانون المدني العراقي على أنه: (١-من حاز منقولاً أو عقاراً غير مسجل في دائرة التسجيل العقاري بإعتباره ملكاً له أو حاز حقاً عينياً على منقول أو حقاً عينياً غير مسجل على عقار و إستمرت حيازته دون إنقطاع خمس عشرة سنة، فلا تسمع عليه عند الإنكار دعوى الملك أو دعوى الحق العيني من أحد ليس بذي عذر شرعي. ٢-و إذا وقعت الحيازة على عقار أو حق عيني عقاري، و كان غير مسجل في دائرة التسجيل العقاري و إقترنت الحيازة بحسن النية و إستندت في الوقت ذاته إلى سبب صحيح فإن المدة التي تمنع من سماع الدعوى تكون خمس سنوات و لا يشترط توافر حسن النية إلا وقت تلقي الحق. ٣- و السبب الصحيح هو سند أو حادث يثبت حيازة العقار بإحدى الوسائل التالية: أ- الإستيلاء على الأراضي الموات ب-إنتقال الملك بالإرث والوصية ج- الهبة د- البيع أو الفراغ).

المشرع العراقي رغم مخالفته نوعاً ما لمقتضيات العدالة في المادة المذكورة أعلاه، لكنه حسناً فعل لما أعتبر التقادم في فقرتها الأولى قرينة قانونية قاطعة، خلافاً لما ذهب إليه المشرع المصري في إعتباره قاعدة موضوعية[1].

[1] نصت المادة ٩٦٨ من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ على أنه: (من حاز منقولاً أو عقاراً دون أن يكون مالكاً له أو حاز حقاً عينياً على منقول أو عقار دون أن يكون هذا الحق خاصاً به كان له أن يكسب ملكية شيء أو الحق العيني إذا إستمرت حيازته دون إنقطاع خمس عشرة سنة).

فالقاعدة الموضوعية لا يجوز دحضها بالإقرار أو النكول عن اليمين خلافاً للقرينة القانونية القاطعة التي يجوز دحضها بهما أو بأحدهما[1].

بيد أنه يرى بعض فقهاء القانون أن التقادم قاعدة موضوعية فلذلك لا يمكن دحضها بالإقرار أو اليمين[2]. لكن إن ينطبق هذا الرأي بشأن القانون المدني المصري، فلا نرى إمكانية إنطباقه بشأن التقادم في القانون العراقي، لأن المشرع العراقي في المادة ١١٥٨ أعتبره بصراحة قرينة قانونية قاطعة هذا أمر حسن فعله المشرع العراقي، و هناك أمر آخر جدير بالتأييد هو إشتراطه عدم وجود عذر شرعي لعدم المطالبة خلال المدة التي إشترطها و هي خمس عشرة سنة، فإذا كان للمدعي عذر شرعي و جاء بعد إنقضاء المدة المذكورة و طالب بحقه سوف تسمع منه دعوى الملك، والعذر الشرعي مصطلح لم يحدد القانون المذكور المقصود منه، لذلك يخضع لتقدير القاضي، فيمكنه أن يعتبر سطوة و نفوذ السلطان عذراً شرعياً، فبالتالي يسمع مطالبة من يزول عنه هذا العذر حتى بعد إنقضاء المدة المشترطة المذكورة أعلاه، و هذا الأمر يتوافق مع العدالة.

---

(1) تختلف القاعدة الموضوعية عن القرينة القانونية في أمرين: أولاً: إن عامل الراجح الغالب الوقوع يختفي وراء القاعدة الموضوعية فتستغرقه، و يكون منها بمثابة العلة من المعلول، أما هذا العامل في القرينة القانونية فهو نفسه موضوع القرينة، و إنما قامت القرينة لتقريره فيبقى دائماً بارزاً لا يختفي وراءها. ثانياً: يترتب على الأمر الأول، ذلك أن القاعدة الموضوعية لا تجوز معارضتها بالعلة من تقريرها، أما القرينة فتجوز معارضتها بعلتها. للمزيد من التفصيل. ينظر: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط٣، ١٩٩٨، ج٢، ص(٦١٧-٦١٨).

(2) ينظر: د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص٦١٦.

إذن، يمكن القول إن المشرع العراقي أجاز التقادم ولكن في نطاق ضيق إدراكاً منه ما فيه من منافاة لمقتضيات العدالة، فكان الأحرى به أن لا يجيزه، لأن التذرع بالتقادم إجرام[1] كما يقول جستنيان، و لا ينبغي لأحد أن يستفيد من جريمته أو ليس له أن يستفيد منها[2]، أو على الأقل أن يرد سيء النية بمثلها أي بمثل نيته، و هذا يقتضي إبطل تذرع الحائز بالتقادم في الفقرة الأولى من المادة (١١٥٨)، أما الفقرة الثانية من المادة نفسها فقد إشترطت حسن النية لدى الحائز إضافة إلى إستناد الحيازة إلى سبب صحيح من الأسباب التي وردت في الفقرة الثالثة على سبيل الحصر، هذه الأسباب كلها متوافقة مع العدالة، و كذلك حسن النية أمر تقره العدالة بل هو من إفرازات العدالة[3]. و عليه نقول إنه لا يوجد في الفقرة الثانية من المادة المذكورة أعلاه أي تعارض بين العدالة والإستقرار القانوني، بل راعاهما المشرع سوياً محققاً بذلك التوافق بينهما و هذا أمر حسن أجدر بالتأييد.

أما بالنسبة للشريعة الإسلامية، فيذهب بعض الكتاب[4] إلى القول إنها لم تأخذ بنظام التقادم و لم تعتبر وضع اليد من الأسباب المكسبة للملكية مهما مر عليه من زمن، كما أنها لم تعتبر مضي مدة معينة على الحق مع ترك المطالبة به سبباً مسقطاً له، غير أن هذا الرأي لا يمكن الأخذ به على إطلاقه، بل إختلف الفقهاء في كسب الملكية بالتقادم كالآتي:

---

(1) ينظر: مدونة جستنيان، المرجع السابق، ص٣٧٤.

(2) ينظر: مدونة جستنيان. المرجع السابق، ص٣٩٤.

(3) ينظر: د عبدالرحمن البزاز، الموجز في تأريخ القانون، المصدر السابق، ص١٠٩.

(4) ينظر: د علي محمد جعفر، تأريخ القوانين، المصدر السابق، ص٣٠٩.

الرأي الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الشافعية والظاهرية والحنابلة والزيدية والإمامية إلى أن التقادم لا يصلح لإكتساب الحق، و إقتصروا على كون التقادم قرينة ترجح بها دعوى صاحب اليد، قبل و بعد إكتمال المدة، و تسمع الدعوى و ينظر في البينات مهما طال الزمن، و عليه لا يمكن إعتبار التقادم من بين أسباب كسب الملكية، و لا من بين أسباب إنقضاء الإلتزام[1]، و قد إستدلوا بالآتي[2]:

١) إستدلوا بحديث (لا يبطل حق أمريء مسلم و إن قدم)[3]، و ورد في بداية المجتهد أن السكوت لا يؤدي إلى إبطال حق أمريء مسلم مالم يظهر من قرائن أحواله ما يدل على إسقاطه، وكان هذا أشبه بأصول الشافعي لأن عنده أنه ليس يجب أن ينسب إلى ساكت قول قائل وإن أقترنت به أحوال تشهد على رضاه وهذا يمكن أن يحسب أنه أعتمد الأثر[4].

٢) لم يرد في الشرع ما يدل على سقوط الحق أو كسبه بالتقادم، و إنما الوارد بقاء الذمة معلقة بالدين إلى يوم القيامة.

---

(1) نقلاًعن: د. محمد سعود المعيني، أثر التقادم في الفقه الإسلامي، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٩٠، ص١١٥.

(2) للمزيد من التفصيل و مناقشة الأدلة ينظر: د محمد سعود المعيني، أثر التقادم في الفقه الإسلامي، المصدر السابق، ص(١١٥-١١٦).

(3) ينظر: أبي بكرالكشناوي، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك، وإرشاد السالك للشيخ شهاب الدين عبدالرحمن المالكي، مطبعة الحلبي، ط١، دون سنة النشر، ج٣، ص٢٧٤. غير اني لم أجد هذا الحديث في كتب الحديث المعتبرة.

(4) محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المتوفي٥٩٥، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الفكر، بيروت، دون سنة النشر، ج٢، ص١٩٨.

٣) لا علاقة للزمن المجرد بسقوط أو كسب الحق، إذ الأحكام الشرعية لها صفات ثابتة لا تتغير إلا بتغير أسبابها.

٤) إن التقادم ربما يؤدي إلى أكل أموال الناس بالباطل.

الرأي الثاني: ذهب الحنفية والمالكية والأباضية و بعض المتأخرين من الحنابلة إلى أن من آثار التقادم، سقوط حق المطالبة، و من ثم الحكم بملكية واضع اليد للعين المتنازع في ملكيتها، إذا أنكر حق المدعي و إدعى الملك بعد تحقق التقادم بأركانه و شروطه[1]، و قد إستدلوا بالآتي[2]:

١) إستدلوا بحديث (من حاز شيئاً عشر سنين فهو له)[3].

٢) المصلحة، و هي حماية الأوضاع المستقرة التي مضى عليها من الزمن ما يكفي للاطمئنان إليها.

---

(1) للمزيد من التفصيل ينظر إلى: التاج والإكليل لمختصر خليل١١/٢٩٠؛ مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل١٧/٣٧١-٣٧٨-٣٨٢-٣٩٥؛ شرح مختصر الخليل للخرشي١٨/١٦٠-٢٢/٢٧٤-٢٧٩-٢٨٠؛ الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني٧/٣٩٥؛ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير١٨/١٦؛ حاشية الصاوي على الشرح الصغير١٠/٢٠؛ شرح النيل وشفاء العليل٢٧/٢٨١-٢٨٤؛ الطرق الحكمية١/١٦٠؛ أنوار البروق في أنواع الفروق٧/٢٨١-٢٨٤؛ شرح ميارة٣/٢٨٧ المتاحة على الموقع الأليكتروني http://www.al-islam.com وكذلك ينظر: تهذيب المدونة٣/٢٤٠؛ الشرح الكبير للشيخ الدردير٤/٢٣٤ على القرص الصلب المكتبة الشاملة، الإصدار الثاني.

(2) للمزيد من التفصيل ينظر: د. محمد سعود المعيني، النظرية العامة للتقادم، المصدر السابق، ص(١٠-٢١).

(3) مالك بن أنس، المدونة الكبرى، دار صادر للنشر، بيروت، دون سنة النشر، ج١٣، ص١٩٢.غير اني لم أجد هذا الحديث في كتب الحديث المعتبرة، ولكن جاء في المدونة أن سعيد بن المسيب رفعه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، وكذلك أورده الألباني في سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة ينظر: WWW.ALALBANY.NET.

٣) سد الذريعة، إن الأخذ بمبدأ التقادم يؤدي إلى القضاء على الدعاوي الإحتيالية، لأن صاحب الحق عرفاً و عادة لا يمكن أن يسكت عن المطالبة بحقه، مثل هذا الزمن بغير عذر واضح.

٤) العرف، إذ العرف شاهد لواضع اليد المدة الطويلة، و تصرفه بالملك تصرف الملاك بلا منازع أنه مالك.

٥) تخصيص القضاء، أي تخصيص القضاء بالمكان والزمان، و هذا يعني كما يجوز أن يحدد القضاء بالمكان فيجوز كذلك أن يحدد بالزمان الذي يجوز له سماع الدعوى فيه، فلو سمح له بالقضاء لمدة سنة، لا يجوز له أن يسمع الدعوى قبلها أو بعدها.

٦) إهمال صاحب الحق.

غير أن أصحاب هذا الرأي إختلفوا في عد التقادم من بين أسباب كسب الملكية المعتبرة شرعاً كالآتي:

أ- ذهب الإمام مالك و بعض أصحابه و معظم الأباضية إلى أن التقادم يعد سبباً من أسباب كسب الملكية لذاته و كل حيازة مستوفية للشروط تنقل ملكية المال المحاز، من المالك إلى الحائز[1].

ب- أما الحنفية و معظم المالكية و بعض الأباضية والمتأخرين من الحنابلة، فقد ذهبوا إلى عدم إعتبار التقادم، من بين أسباب كسب الملكية لذاته، و إنما قرينة على الوفاء، و عدم وجود الحق للمدعي ظاهراً[2].

---

(1) للمزيد من التفصيل ينظر: د محمد سعود المعيني، أثر التقادم، المصدر السابق، ص(١١٩-١٢١).

(2) للمزيد من التفصيل ينظر: المصدر المتقدم ذكره، ص(١٢١-١٢٤).

و نحن بدورنا نؤيد الرأي الأول و نعتقد أن التقادم لا يصلح أن يكون أساساً لإكتساب الحق، و إنما لا يتعدى كونه قرينة ترجح بها دعوى صاحب اليد، قبل و بعد إكتمال المدة، فالدعوى ينبغي أن تسمع و كذلك يجب أن ينظر في البينات مهما طال الزمن، و هذا الرأي في نظرنا أقرب إلى العدالة من الرأي الثاني، لذلك آثرنا ترجيحه.

المبحث الثالث

منزلة العدالة في القانون المدني العراقي

تطرقنا في الفقرات السابقة لتناول العدالة في بعض من مواد القانون المدني العراقي، و إستعرضنا أثرها بالتحليل، غير أنه إكمالاً لمتطلبات البحث أرى أنه من المستحسن أن نخصص هذا المبحث لتناول منزلتها في القانون المذكور أعلاه، فالوقوف على هذا الأمر يتطلب تقسيم هذا المبحث على مطلبين كالآتي:

- المطلب الأول: مكانة العدالة بين مصادر القانون المدني العراقي.
- المطلب الثاني: نماذج من التمثيل النظري والعملي للعدالة في القانون المدني العراقي.

المطلب الأول

مكانة العدالة بين مصادر القانون المدني العراقي

نصت المادة الأولى من القانون المدني العراقي على أنه: (١- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو فحواها ٢- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة ٣- و تسترشد المحاكم في

كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد الأخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية).

هذه المادة جاءت بتعداد مصادر القانون المدني، لذا أن تناول هذه المصادر بالبحث والوقوف على حقيقة هذه المادة يستلزم أن يتفرع هذا المطلب إلى ثلاثة فروع:

- الفرع الأول: معنى المصدر و أقسامه.
- الفرع الثاني: تدرج مصادر القانون المدني و مدى إلزاميته.
- الفرع الثالث: النتائج المترتبة على تدرج مصادر القانون المدني.

الفرع الأول

معنى المصدر و أقسامه

يراد بالمصدر، كما يفهم من المعنى اللغوي، الأصل الذي تشتق عنه الفروع[1] أو هو المعين الذي تنبع منه القواعد القانونية؛ أي الأصل الذي يرجع إليه لمعرفة كون أية قاعدة من قواعد السلوك الإنساني ترتقي إلى حد إعتبارها قاعدة ملزمة بالمعنى القانوني الدقيق[2] أو هو المنبع الذي تنبثق منه حقيقة معينة[3]، أو هو السبب

---

(1) ينظر: د. عبدالرحمن البزاز، مبادىء أصول القانون، المصدر السابق، ص١٠٤.

(2) ينظر: د. عبدالرحمن البزاز، مبادىء القانون المقارن، المصدر السابق، ص٩٩٩.

(3) ينظر: د. عبدالحي حجازي، المدخل، المصدر السابق، ص٢٧٥.

المنشيء[1]؛ فتعريف المصدر بالسبب المنشيء يختلف تماماً عن تعريفه بالمعين أو الأصل أو المنبع، و هذا الإختلاف سيتبين خلال الفقرات القادمة.

و قد جرت عادة كثير من الباحثين على تقسيم مصادر القانون، تقليداً لفقهاء الإنكليز، و خاصة (السير جون سموند) إلى مصدر رسمي و مصدر مادي[2] كالآتي:

أولاً: المصدر الرسمي والمصدر التفسيري:

يختلف الفقهاء في تحديد المراد بالمصدر الرسمي للقانون، حيث يربط الفقيه الفرنسي (روبير Roubier) بين صفة (الرسمية) التي تلحق المصدر و بين السلطة العامة، و يرى بأن قواعد القانون الرسمية هي القواعد التي تستقي سلطتها عن طريق فرضها من السلطة العامة[3] و يميل الآخرون إلى تعريف المصدر الرسمي بكونه الوسيلة التي تخرج بها القواعد القانونية إلى الناس، أو الطريق التي تمر منه قواعد السلوك إلى دائرة القانون الوضعي مكتسبة بهذا المرور صفة الإلزام[4].

و ينتقد بعض الكتاب[5] هذا التعريف بأنه يقتصر مصادر القانون في التشريع والعرف فحسب دون مبادىء الشريعة الإسلامية؛ بينما يرى البعض الآخر[6] أن

---

(1) السبب المنشيء: هو السبب الذي يؤدي إلى إنشاء القاعدة القانونية مباشرة وفقاً لقانون السببية الذي يقرر (لا يوجد شيء بلا مصدر، و لا توجد نتيجة بلا سبب). للمزيد من التفصيل ينظر: د. سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، المصدر السابق، ص(٢٣٤-٢٣٧).

(2) ينظر: د. عبدالرحمن البزاز، القانون المقارن، المصدر السابق، ص(٩٩-١٠٠).

(3) نقلاً عن: د. رياض القيسي، علم أصول القانون، المصدر السابق، ص١٢٠.

(4) نقلاً عن: د. رياض القيسي، علم أصول القانون، المصدر السابق، ص١٢١.

(5) منهم: د. رياض القيسي، المصدر المتقدم ذكره، ص١٢١.

(6) منهم: د. سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، المصدر السابق، ص٢٦٧.

مصادر القانون ثلاثة، التشريع والعرف والقضاء، مقترباً بذلك من التعريف المذكور والمنتقد أعلاه.

و يحدد الفقيه الإنكليزي (سامند Salmond) المصدر الرسمي بكونه (الأصل الذي تستقي منه القواعد القانونية قوتها و مشروعيتها) والمصدر الرسمي لمجموع القانون واحد لا يتغير، و هو إرادة و سلطة الدولة كما تتبين معالمها في المحاكم[1]؛ فالمصدر الرسمي إذن، هو السلطة التي تعطي للقواعد القانونية قوتها الملزمة[2] و عليه يميز بعض الباحثين[3] في نطاق المصدر الرسمي بين المصدر المنشيء الذي هو الدولة أو بعض هيئاتها التي تملك بنص الدستور أن تضع القواعد القانونية، و بين المصدر غير المنشيء الذي هو وسيلة التعرف على القاعدة القانونية.

أما المصدر التفسيري[4] فهو الأصول المنشئة للأحكام والقواعد القانونية على سبيل الإيحاء أو الإقناع و ليس على سبيل الإلزام[5] أو كما يعرفه بعض الكتاب[6] بأنه جميع العوامل التي أسهمت سلفاً و واقعاً في تجهيز مضمون خطاب الأحكام

---

(1) نقلاً عن: د. رياض القيسي، علم أصول القانون، المصدر السابق، ص١٢٢.

(2) ينظر: السنهوري و أبو ستيت، أصول القانون، المرجع السابق، ص٨٠.

(3) د. عبدالحي حجازي، المدخل، المصدر السابق، ص٢٧٧.

(4) يسميه البعض المصدر التفسيري والبعض الآخر المصدر غير الرسمي، كما و يسميه آخرون المصدر غير المباشر، للمزيد من التفصيل ينظر إلى كل من: السنهوري و أبو ستيت، أصول القانون، المرجع السابق، ص٨٠؛ د. سليمان مرقس، المدخل للعلوم القانونية، القسم الأول، نظرية القانون، ط٣، ١٩٧٥، ص٩٥؛ د. رياض القيسي، علم أصول القانون، المصدر السابق، ص(١٢٣-١٢٤).

(5) ينظر: د. سليمان مرقس، المدخل، المصدر السابق، ص(٩٥-٩٦).

(6) د. رياض القيسي، علم أصول القانون، المصدر السابق، ص١٢٤.

والقواعد القانونية، ولكن النظام القانوني لا يقر لها بالصفة القانونية الملزمة، أو هو المرجع الذي يجلي غامض القانون و يوضح مبهمه[1].

ثانياً: المصدر المادي أو الموضوعي[2]:

يقصد بالمصدر المادي للقانون المنبع الذي إستقى منه القانون مادته و تكوينه[3]، أو مجموع الظروف الإجتماعية التي إستمد القانون منها نشأته[4]، أو يراد به الجهة التي جهزت (جوهر المادة) القانونية الذي يسبغ عليه المصدر الرسمي طبيعة القانون شكلاً[5].

و المصادر المادية متعددة، فلهذا قسمها بعض من فقهاء القانون إلى قسمين آخرين[6]:

---

(1) ينظر: السنهوري و أبو ستيت، أصول القانون، المرجع السابق، ص٨٠.

(2) يعارض البعض إعطاء هذه المعاني لإصطلاح المصدر، إذ يرون أن هذه المعاني غير معبرة عن هذا الإصطلاح، و يؤدي إستخدامه في التعبير منها إلى خلط غير مبرر، و من هذه المعاني، إسم المصدر الموضوعي أو الحقيقي، أو المصدر التأريخي، أو المصدر التفسيري، مفرقين بذلك مصدر القانون الذي هو السبب المنشيء و بين جوهر القانون والمبادىء العامة للقانون اللذان تستخرج منهما المادة الأولية للقانون، للمزيد من التفصيل ينظر: د. سمير عبدالسيد تناغو، النظرية العامة للقانون، المصدر السابق، ص(٢٣٧-٢٦٦).

(3) ينظر: د. جاسم علي الشامسي، دور الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي كمصدر لقانون المعاملات المدنية الإماراتي، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة (٢٣)، العدد الأول، ذو الحجة ١٤١٩هـ - مارس ١٩٩٩م، ص١٠١.

(4) ينظر: د. عبدالحي حجازي، المدخل، المصدر السابق، ص٢٧٥.

(5) ينظر: د. عبدالرحمن البزاز، مبادىء أصول القانون، المصدر السابق، ص١٠٤.

(6) نقلاً عن: د. عبدالرحمن البزاز، مبادىء أصول القانون، المصدر السابق، ص١٠٤.

أ- المصدر القانوني، و هو ما يعترف به القانون نفسه[1].

ب- المصدر التأريخي، الذي يراد به الأصل التأريخي الذي أخذ عنه القانون القائم أحكامه[2]، فمثلاً يعد مصدراً تأريخياً للقانون المدني مجلة الأحكام العدلية، مرشد الحيران، الفقه الإسلامي، القانون المدني المصري[3].

ثالثاً: المصدر الأصلي والمصدر الإحتياطي:

و في نطاق المصادر الرسمية يمكن التمييز بين المصدر الأصلي الذي يقصد به الدلالة على تلك القواعد التي تطبق مباشرة، فيرجع إليها -عند التطبيق- قبل الرجوع إلى أي مصدر رسمي آخر[4]، أما المصادر الإحتياطية فهي المصادر التي لا يجوز للقاضي أن يرجع عليها أو الأخذ بها إلا عند عدم وجود نص في المصادر الأصلية يمكن تطبيقه على النزاع المعروض[5] فهذا يعني أن المصادر الإحتياطية تكمل المصادر الأصلية، أي أن المصادر الأصلية سيوجد فيها نقص، لا بد أن يسد هذا النقص عن طريق المصادر الإحتياطية[6]، في حين يرى بعض الكتاب[7] أنه لا يوجد مصدر من

---

(1) المصدر المتقدم ذكره، ص١٠٥.

(2) السنهوري و أبو ستيت، أصول القانون، المرجع السابق، ص٨٠.

(3) ضياء شيت خطاب، مصادر القانون المدني، بحث منشور في مجلة القضاء، العدد الثاني، نيسان ١٩٥٦، السنة ١٤، مطبعة العاني، بغداد، ص١٨٢.

(4) ينظر: د. حسن كيره، المدخل، المصدر السابق، ص٢٢٦.

(5) ينظر: حسن محمد أبو السعود، مذكرات في أصول القانون، مطبعة التفيض الأهلية، بغداد، ١٩٤٠-١٩٤١، ص٣٠١.

(6) ينظر: محمد أحمد رمضان، دور القاضي، المصدر السابق، ص(٩٥-٩٧).

(7) د. سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، المصدر السابق، ص٤٧٦.

مصادر القانون مكمل للآخر بصفة مطلقة بل أن قواعد القانون، أياً كان مصدرها تعد قواعد أصلية، في نطاق تطبيقها الأصلي، و لا يجوز أن تعد إحتياطية أو تكميلية إلا خارج هذا النطاق.

مما يتبين لي أن الفقه يكاد يتفق على أن المصادر المادية هي جوهر القانون، أي المنبع الذي تستقي منه القاعدة القانونية مادته و تكوينه، و هي الحقائق التي تسهم في تكوين القاعدة القانونية و التي سبق ذكرها، رغم معارضة البعض لإضفاء صفة المصادر على هذه الحقائق، كما سلف ذكرهم.

و كذلك يكاد يتفق على أن المصادر الرسمية، هي الجهة التي تستسقى منها إلزامية القواعد القانونية، ولكن يقع الخلاف بشأن معنى الإلزامية، هل الإلزامية تعني الجزاء المادي الدنيوي عند حدوث مخالفة قاعدة قانونية أم أوسع من ذلك و تشمل كل جزاء يدفع القاضي إلى الأخذ بالمصدر المقرون بالجزاء المذكور، مما أدى إلى الإختلاف بين الباحثين فيما يتعلق بتعداد مصادر القانون[1]، إذ يصنفها بعض الفقهاء[2] على الوجه الآتي: التشريع والعرف، والسابقة القضائية.

و يصنفها بعض آخر[3] بالعرف، والسابقة القضائية، و مبادىء العدالة، ثم التشريع.

و فريق ثالث[4] قد جعلوا مصادر القانون خمسة و هي: القانون المشرع، السوابق القضائية، آراء المختصين، العرف، الأخلاق والعادات. و هناك من يحددها بستة[1]:

---

(1) ينظر: د. عبدالرحمن البزاز، مبادىء القانون المقارن، المصدر السابق، ص١٠٢.

(2) السيرجون سامند، نقلاً عن المصدر المتقدم ذكره، ص١٠٢

(3) الأستاذ (آلن Allen) نقلاً عن: د. عبدالرحمن البزاز، مبادىء القانون المقارن، المصدر السابق، ص١٠٣.

(4) الفقيه الأميركي (كري C.Gray) نقلاً عن المصدر المتقدم ذكره، ص١٠٣.

الدين، العرف والعادة، مبادىء العدالة، سوابق القضاء، آراء الفقهاء، التشريع. وهناك من يصنفها على الوجه الآتي[2]: التشريع، العرف، القضاء.

و مرد هذا الإختلاف هو إختلاف قوانين الدول بشأن تصنيف هذه المصادر، لكن مهما كان تصنيف هذه المصادر فالذي نعتقده هو أن القانون يستمد جوهره و وجوده الذاتي من الحقائق الموضوعية والإعتبارية سواء تسمى هذه الحقائق مصادر القانون أم لا، هذا من ناحية، و من ناحية أخرى، أن المصدر الرسمي هو المنبع الذي يستقي القانون منه قوته الإجبارية، مهما يكن هذا المنبع موضع الخلاف بين الباحثين أو حتى القوانين، و في الفقرات القادمة نحاول أن نبين موقف المشرع العراقي في القانون المدني بشأن تصنيف مصادر القانون المذكور.

الفرع الثاني

تدرج مصادر القانون المدني العراقي ومدى إلزاميته

بموجب المادة الأولى من القانون المدني، تنحصر مصادره الرسمية في أربعة، هي التشريع، والعرف، و مبادىء الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص القانون المدني نفسه و من دون التمييز بين المذاهب، و قواعد العدالة[3]، و هذه المصادر الأربعة هي أيضاً مصادر مباشرة للقانون، لأنها تنشيء أحكاماً قانونية يلزم إستقاؤها منها مباشرة لحكم المنازعات القائمة، و يحكمها تدرج خاص من حيث قوة إلزام

---

(1) د عبدالرحمن البزاز، مبادىء أصول القانون، المصدر السابق، ص١٠٧.

(2) د سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، المصدر السابق، ص٢٦٧.

(3) ينظر المادة الأولى من القانون المدني.

الرجوع إليها[1]، فينبغي على القاضي أن يرجع أولاً إلى التشريع لإستقاء الحل القانوني، و لا يحق له الرجوع إلى العرف إلا إذا شغر التشريع من حكم قانوني، و ذلك لأن التشريع هو المصدر الرسمي الأول[2].

و نفس الأمر ينطبق بالنسبة لعلاقة العرف بمبادىء الشريعة الإسلامية، فلا لجوء إلى هذه المبادىء في معرض عرف قائم قادر على تقديم الحكم القانوني[3] أما قواعد العدالة فتأتي في نهاية سلم التدرج الملزم للمصادر الرسمية، إذ ينشد القاضي بموجبها الحكم القانوني عند شغور المصادر الثلاثة الأخرى[4]، و في ذلك تقول الأسباب الموجبة للائحة القانون المدني العراقي: (أما مصادر القانون فهي التشريع ثم العرف ثم الفقه الإسلامي دون تقيد بمذهب معين ثم قواعد العدالة، و هذه المصادر الرسمية

---

(1) ينظر: د. رياض القيسي، علم أصول القانون، المصدر السابق، ص١٢٥.

(2) ينظر: المصدر المتقدم ذكره، ص١٢٥.

(3) و تجدر الإشارة إلى أن المرحوم السنهوري رئيس لجنة مشروع القانون المدني العراقي قدم الشريعة الإسلامية على العرف ولكن في غيابه قدم أعضاء اللجنة العرف على الشريعة و قد عاتبهم السنهوري على هذا الصنيع برسالة أرسلها إليهم من القاهرة، نقلاً عن: د. مصطفى إبراهيم الزلمي، مجموعة الأبحاث العلمية، المصدر السابق، ص١٠٨؛ و كذلك كان المرحوم السنهوري قد أرسل رسالة إلى لجنة مراجعة المشروع بشأن التعديلات التي كانت قد أجرتها في المشروع، حيث جاء في الرسالة نص ما قاله: (لاحظت أنكم أخرتم مكان الشريعة الإسلامية بين مصادر القانون إلى المرتبة الثالثة تمشياً مع القانون المصري، والقانون العراقي يستمد من الشريعة الإسلامية بنصيب أوفر، فلم يكن غريباً أن يجعل الشريعة الإسلامية في المرتبة الثانية)؛ نقلاً عن: ضياء شيت خطاب و آخرون، القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ مع مجموعة الأعمال التحضيرية، مطبعة الزمان، بغداد، ١٤١٩هـ-١٩٩٨م، ج١، ص١٣.

(4) ينظر: د. رياض القيسي، علم أصول القانون، المصدر السابق، ص١٢٦.

بعاونها مصدران تفسيريان هما الفقه والقضاء في العراق و في البلاد الأجنبية التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية).

أما المصادر المادية لهذا القانون فتتمثل في المشروع المصري والفقه الإسلامي، إذ تقول الأسباب الموجبة للائحة القانون المدني: (و قد أخذت الأحكام الواردة في هذا المشروع من المشروع المصري و هو في جملته صفوة مختارة من القواعد التي إستقرت في أرقى التقنينات الغربية – و من القوانين العراقية الحالية و في طليعتها المجلة و قانون الأراضي – و من الشريعة الإسلامية، والكثرة الغالبة في هذه الأحكام قد خرجت على الفقه الإسلامي في مذاهبه المختلفة، دون تقيد بمذهب معين، و لم يأل المشروع جهداً في التنسيق بين الأحكام التي إستقاها من مصدريه الأساسيين، الشريعة الإسلامية والقوانين الغربية، فإندمجت جميعاً في ضرب من الوحدة يكاد يخفي معه إزدواج المصدر و تباينه).

فيتبين من المادة الأولى المذكورة سلفاً، أن العرف له نفس الإلزامية التي تكون للتشريع، و نفس الأمر ينطبق بالنسبة للشريعة الإسلامية و قواعد العدالة؛ فإعتبرت هذه المادة كلا منها مصدراً رسمياً، يلزم القاضي بالرجوع إليه، و هذه المصادر لا يكمل بعضها ببعض وفقاً لما ذهب إليه بعض الكتاب[1]، لكن إذا سلمنا بأن هذا الرأي رأي فقهي لا يمكن أن يعمل به في القانون المدني العراقي، و إلتزمنا الترتيب والتدرج الذي أتى به المشرع العراقي، فمع ذلك يتصور أن يحدث الإختلاف في الأراء بشأن هذه المصادر؛ لأنه إن كان التشريع واضحاً كونه عبارة عن مجموعة من النصوص يمكن للقاضي الرجوع إليه، فالأمر يكاد يختلف بالنسبة للعرف، بل أكثر

---

(1) ينظر: د. سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، المصدر السابق، ص٤٧٦.

من ذلك يختلف الوضع تماماً بالنسبة لمبادىء الشريعة الإسلامية و قواعد العدالة، فما هو المعنى الحقيقي لهذين المصدرين؟ الإجابة تكون كالآتي:

أولاً: مبادىء الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين:

لم يوضح المشرع العراقي القصد من هذه المبادي، و لم يحدد معناها، هل هي الأحكام الفقهية، كما جاء في الأسباب الموجبة أم هي أدلة الأحكام الشرعية أي مصادر الأحكام، أو قد تكون شيئاً ثالثاً؟ فلذلك حصل الغموض والإلتباس بشأنها، و بالرجوع إلى الفقه نجد أنها تعني القواعد الكلية الأساسية التي تقوم الشريعة عليها دون الأحكام التفصيلية و دون التقيد بمذهب معين، والمبادىء العامة في المذاهب الإسلامية متفقة مع بعضها، و تطبق على أساس أنها تتضمن القواعد القانونية التي تحكم المعاملات عندما يسكت التشريع أو العرف[1]، غير أن هذا المعنى ليس واضحاً، فمن الممكن أن يسأل عن تلك القواعد الكلية، و كم هو عددها؟ هذه القواعد إن كانت بالدرجة التي تقوم الشريعة عليها، فليس من المنطقي أن تختلف المذاهب بشأنها، إذن، ما الداعي لذكر عبارة (دون التقيد بمذهب معين) في النص، هذه من جهة، و من جهة ثانية أن مصطلح (المبدأ) لم يرد ذكره في كتب الفقهاء، و إنما ما ورد أصل، أساس، و ما إلى ذلك من المصطلحات.

و يرى بعض الكتاب[2] أن مبادىء الشريعة الإسلامية التي يرجع إليها القاضي هي المبادىء الكلية التي لا يوجد خلاف بشأنها بين المذاهب المتعددة، و هذه المبادىء لا تعدو أن تكون الأفكار الجوهرية الأساسية في الشريعة الإسلامية، فالمشرع المصري

(1) ضياء شيت خطاب، مصادر القانون المدني العراقي، المصدر السابق، ص١٩٣.

(2) د. سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، المصدر السابق، ص٢٦٥.

حسناً فعل لما حذف عبارة (الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين)[1].

بيد أن هذا الرأي يمكن أن يؤخذ عليه في أنه لم يحدد معنى المبدأ في الشريعة الإسلامية، ما هو المقصود من هذه المبادىء، و كم هو عددها، فمصطلح المبدأ كما قلنا لم يرد ذكره على ألسنة الفقهاء، فلذلك قد يحمل في طياته أكثر من معنى واحد و هذا يصعب عمل القاضي؛ فحتى لو سلمنا بأنها تعني القواعد الكلية، فإن معرفة هذه القواعد ليست بأمر هين على القاضي، و إنما يتطلب منه جهوداً مضنية للوصول إلى حقيقتها، هذا بالإضافة إلى أن هذه القواعد قد لا تسعف القاضي بشيء من الحل، زد على ذلك أنها قواعد مبنية على مراعاة العدالة كما أسلفنا، و عليه فما كانت الحاجة لذكر قواعد العدالة بعد مبادىء الشريعة الإسلامية في عداد مصادر القانون المدني؟ فضلاً عن ذلك أن مبادىء الشريعة الإسلامية يفهم منها أنها تشمل جميع القواعد الكلية التي تحوي مجموعة الأحكام العملية، كأحكام الأسرة، أحكام المعاملات المالية، الأحكام الدستورية، أحكام العلاقات الدولية، أحكام المالية العامة، أحكام الجرائم والعقوبات[2]؛ بينما جعلت مصدراً لأحكام المعاملات المدنية فقط و ذلك كأن يجعل الكل مصدراً للجزء، و هذا لا يقبله المنطق، فلا يسوغ أن يجعل الكبير مصدراً للصغير، فهل يجوز أن يعد الولد سبباً لوجود والده؟

و المشرع العراقي نفسه أقر هذه الحقيقة، حينما جعل للإلتزام خمسة مصادر و هي العقد، الإرادة المنفردة، العمل غير المشروع، الكسب دون سبب والقانون فالعقد مثلاً

(1) ينظر: المصدر المتقدم ذكره، ص٢٦٤.

(2) للمزيد من التفصيل حول هذه الأحكام ينظر: د. مصطفى إبراهيم الزلمي، أصول الفقه، المصدر السابق، ص(٢٢-٢٦).

ينشيء إلتزامات في ذمة طرفيه، ولكن ليس كل إلتزام عقدياً، إذ الإلتزام ينشأ عن غيره من المصادر، فهذا يفرض أن يكون المصدر أصغر مما يسيل منه.

إذا علم ذلك، فمبادىء الشريعة الإسلامية الواردة في المادة الأولى لا تعني سوى الأحكام الفقهية في مجموع المذاهب المختلفة والتي تتعلق بمجال المعاملات المدنية فحسب دون الأحكام الدستورية والجنائية و غير ذلك؛ و يؤيد هذا القول ما جاء في الأسباب الموجبة للائحة القانون المدني العراقي بقولها: (و الكثرة الغالبة في هذه الأحكام قد خرجت على الفقه الإسلامي في مذاهبه المختلفة، دون التقيد بمذهب معين).

و كان المشرع الأردني حسناً فعل في المادة الأولى من القانون المدني رقم (٤٣) لسنة (١٩٧٦) حيث نصت على أنه: (١- تسري نصوص هذا القانون على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بألفاظها و معانيها و لا مساغ للإجتهاد في مورد النص ٢- فإذا لم تجد المحكمة نصاً في هذا القانون حكمت بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون، فإن لم توجد فبمقتضى مبادىء الشريعة الإسلامية)، غير أن الشق الأخير (مبادىء الشريعة الإسلامية) ينطبق عليه ما ينطبق على النص العراقي، لذلك نجد أن المشرع الكويتي كان أكثر واقعياً بنصه في المادة الأولى من القانون المدني الصادر في سنة ١٩٨٠ والذي دخل حيز التنفيذ في ١٩٨١/٢/٢٥ على أنه: (تسري النصوص التشريعية على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بمنطوقها أو مفهومها ٢- فإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى العرف فإن لم يوجد عرف، إجتهد القاضي رأيه مستهدياً بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر إتفاقاً مع واقع البلاد و مصالحها)[1].

[1] نقلاً عن: محمد أحمد رمضان، دور القاضي، المصدر السابق، ص١٣٨.

ثانياً: قواعد العدالة:

لم يبين القانون المذكور كذلك معنى قواعد العدالة، و ما هي معالمها و خصائصها، و ما هي القواعد العادلة التي يلتزم القاضي بالرجوع إليها، و ما هي القواعد الظالة التي لا بد من تجنبها، غير أنه جاء في مجموعة الأعمال التحضيرية: (أن قواعد العدالة -كمصدر للقانون- عندما يريد تطبيقه الحكام إنما يكون ذلك تحت رقابة محكمة التمييز و لمحكمة التمييز أن توحد قواعد العدالة بمرور الزمن يتركز مفهوم هذا المصدر)[1].

و يستشف من هذا أن قواعد العدالة عبارة عن آراء القضاة في المسائل التي تستعصي معالجته من التشريع والعرف و مبادىء الشريعة الإسلامية.

فالإحتكام إلى قواعد العدالة من قبل المشرع العراقي منتقد من أوجه عديدة، و سنتكلم عن هذه الإنتقادات في الفقرات القادمة.

بيد أن الشيء الذي أريد أن أقوله هنا، إن العدالة ليست قاعدة أو قواعد و لا يمكن إقتصارها في ذلك كما أسلفنا، هذا من جهة و من جهة أخرى لم يحدد المشرع حتى معنى قواعد العدالة، و إنما ألزم القاضي بالرجوع إليها دون وضع معيار أو ضوابط لها، و هذا الأمر فضلاً عن إرهاقه للقاضي فإنه قد يؤدي إلى المساس بحقوق الآخرين، فكان أولى بالمشرع العراقي أن يضع لها ضابطاً أو لا ينص عليها أصلاً، كما سيتبين ذلك في الفقرات القادمة.

[1] ضياء شيت خطاب و آخرون، القانون المدني رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) مع مجموعة الأعمال التحضيرية، المصدر السابق، ، ج١، ص١٢.

الفرع الثالث

النتائج المترتبة على تدرج مصادر القانون المدني

إن المادة الأولى تقضي أن يكون التشريع في أعلى سلم التدرج و من بعده يأتي العرف و من بعد العرف تأتي مبادىء الشريعة الإسلامية، و في أسفل التدرج تأتي قواعد العدالة على حد تعبير المشرع العراقي.

فيفهم من هذا أنه في حالة وجود نص في التشريع على القاضي أن يلتزم به و يطبقه و لا يفكر في العدول عنه إلى العرف أو غيره، و هذا يعني أنه لا يمكن تصور وقوع تزاحم بين القواعد الناشئة عن التشريع، و تلك الناشئة عن العرف أو غيره من المصادر الأخرى[1]، غير أنه يرى بعض الكتاب[2] أنه لا يمكن القول في نطاق النظرية العامة للقانون أن العرف هو بصفة عامة مصدر مكمل للتشريع، إذ من الواضح أنه في الكثير من المسائل فإن التشريع هو الذي يقوم بدور المصدر المكمل للعرف؛ فلا يوجد مصدر من مصادر القانون مكمل للآخر بصفة مطلقة[3] فالحكم الخاص يقيد الحكم العام، سواء أكان الحكم الخاص تشريعياً أو عرفياً، أو كان الحكم العام تشريعياً أو عرفياً[4].

---

(1) ينظر: د. سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، المصدر السابق، ص٤٦٧.

(2) منهم د. سمير تناغو، المصدر المتقدم ذكره، ص٤٧٦.

(3) ينظر: د. سمير تناغو، النظرية العامة، المصدر السابق، ص٤٧٦.

(4) المصدر المتقدم ذكره، ص٤٧٦.

فإذا سايرنا هذا الرأي، فيجوز القول معه، إنه لا غلبة للعرف على مبادئ الشريعة الإسلامية و لا للأخيرة على العدالة، لكن هذا مجرد رأي فقهي قد يجوز الإعتماد عليه لتفسير المادة الأولى و قد لا يجوز.

و على الرغم من وجود الرأي المذكور أعلاه فغالبية الكتاب يذهبون إلى وجوب الإلتزام بالتدرج الذي أورده المشرع[1].

و هذا التدرج يقتضي كما أسلفنا تقديم التشريع على العرف، والعرف على مبادئ الشريعة الإسلامية، والأخيرة على العدالة، فالدلالة الإلتزامية[2] لنص المادة الأولى من القانون المدني العراقي تقتضي:

أولاً: وجوب تقديم نص تشريعي ظالم على عرف صحيح عادل.

ثانياً: وجوب العمل بتشريع مخالف لمبادئ الشريعة الإسلامية، و هذا يتعارض مع المادة الثانية من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ التي نصت على أنه: (أولاً: الإسلام دين الدولة الرسمي، و هو مصدر أساسي للتشريع: أ- لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام)؛ فلا يجوز إبتداءاً سن قانون يتعارض مع الأحكام الثابتة في الشريعة الإسلامية، و هذا نتيجة منطقية لوجود الدستور في قمة سلم التدرج

---

(1) للمزيد من التفصيل ينظر إلى كل من: حسن محمد أبو السعود، مذكرات في أصول القانون، المرجع السابق، ص٣٠١؛ د. رياض القيسي، علم أصول القانون، المصدر السابق، ص(١٢٥-١٢٦)؛ د. عبدالحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، المصدر السابق، ص٤٦٤؛ د. حسن كيره، المدخل إلى القانون، المصدر السابق، ص٢٢٤؛ د. عبدالرحمن البزاز، مبادىء أصول القانون، المصدر السابق، ص١٤١.

(2) الدلالة الإلتزامية، و هي دلالة النص دلالة عقلية إلتزامية على حكم لازم لمنطوق النص أو مفهومه حيث ينتقل ذهن القاضي من العلم بالمنطوق أو المفهوم إلى هذا الحكم اللازم تلقائياً، ينظر: د. مصطفى إبراهيم الزلمي، الصلة بين علم المنطق والقانون، المصدر السابق، ص(١٧-١٨).

التشريعي[1]، و للدستور كل آثار التشريع، فهو يلغي كل تشريع سابق مخالف أيا كانت طبيعته، و يثبت الأثر نفسه للتعديلات الدستورية بطبيعة الحال، و يمكن أن يكون الدستور أساساً لدعاوي ترفع أمام القضاء، كما أنه يجوز للمحاكم أن تطبقه تطبيقاً مباشراً[2].

و عليه لا يجوز العمل بالنصوص التشريعية المخالفة لثوابت الأحكام في الشريعة الإسلامية، فبالتالي كل نص في القانون المدني أو أي قانون آخر يتعارض مع هذه الثوابت يجب أن يلغى أو على الأقل أن يعطل و لا يعمل به، و في ضوء هذا ينبغي أن لا يعمل بالنصوص التي تجيز الفائدة سواء أكانت قانونية أو إتفاقية[3]؛ بل أكثر من ذلك لا بد أن تلغى جميع هذه النصوص، لأن تحريم الربا من ثوابت أحكام الشريعة الإسلامية، و كذلك تحرم المادة الثانية من الدستور العراقي المذكورة أعلاه على القاضي أن يصدر حكماً مخالفاً لثوابت أحكام الإسلام.

غير أن الشيء الذي يكتنفه الغموض، معنى هذه الثوابت، ما هي هذه الثوابت و ما هي معالمها؟

الحقيقة أن المشرع الدستوري لم يبين المقصود من هذه الثوابت، لذا فالمسألة خاضعة للتفسير الفقهي، فالأمر لم يحسم، لكن إن كانت هذه الثوابت يصعب الإتفاق عليها فيما يتعلق بمجال السياسة، فلا أرى أن تحدث نفس الصعوبة فيما يخص الناحية المعاملاتية، ففي مجال المعاملات هناك قدر من الثوابت متفق عليها بين

---

[1] ينظر: د. عبدالحي حجازي، المدخل، المصدر السابق، ص٤٠٠.

[2] ينظر: المصدر المتقدم ذكره، ص(٣٩٩-٤٠٠).

[3] مثل المادة (١٧١) التي تحدد قدر الفائدة أربعة في المائة في المسائل المدنية و خمسة في المائة في المسائل التجارية، والمادة (١٧٢) التي تجيز إتفاق الطرفين على سعر الفوائد على أن لا يزيد على سبعة في المائة، و كذلك المواد (١٧٣، ١٧٤، ١٧٥، ١٧٦) التي تنظم الأمور التي تتعلق بالفائدة.

جميع المذاهب، مثل ذلك، التراضي في العقود، تحريم الربا، منع الإستغلال والإكراه، و ما إلى ذلك.

فهذا القدر المتفق عليه من الثوابت يدخل ضمن مبادئ الشريعة الإسلامية، أما الأحكام الفقهية المختلف عليها فتبقى أحكاماً فقهية، لا ينبغي أن يلزم القاضي ليأخذ دوماً و أبداً بمذهب معين.

بناءاً عليه، تجدر الإشارة إلى أن الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة (١٩٧٦) نصت على ما يأتي: (فإذا لم تجد المحكمة نصاً في هذا القانون حكمت بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون، فإن لم توجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية)؛ أي عليه أولاً الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي المختلف فيها بين المذاهب للأخذ بأكثرها موافقة لنصوص القانون المذكور، فإن لم يجد حلاً بين هذه الأحكام فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، و جعل هذه الأخيرة ثانياً في الرجوع بعد أحكام الفقه الإسلامي، يعود في نظرنا إلى أن إستنباط الحل من هذه المبادئ أمر صعب بحد ذاته قد يكلف القاضي وقتاً طويلاً و جهداً مضنياً، فبالتالي يؤثر سلباً على إدارته للقضاء و حمايته للحقوق، هذا بالإضافة إلى أنه من العبث أن يرهق الإنسان نفسه لإيجاد ما هو موجود أو لتحصيل ما هو حاصل كما يقال.

هذا، و إذا علم أن إقرار العدالة يعد أحد أسرار التشريع الإلهي، و أحد مقاصده التي توخاها الله من شرعه، المتمثلة في إقرار العدالة و رسوخ التكافل الإجتماعي و تحقيق مصالح العباد[1] فبهذا تدخل العدالة في صميم ثوابت أحكام الإسلام، و بالتالي لا يجوز للمشرع و لا للقاضي أن يخالفها و ذلك بمقتضى المادة الثانية من

---

[1] ينظر: د. عبدالباقي البكري، مبادئ العدالة، المصدر السابق، ص٦٧.

الدستور العراقي، فلا جرم أن الإهتمام اللامتناهي الذي تتميز به العدالة في الشريعة الإسلامية قد حدا بالمشرع اليمني أن يربطها بأصول الشريعة الإسلامية و يشترط فيها موافقتها لهذه الأصول جملة ليحكم بها القاضي[1]، فلذلك النص على مبادىء الشريعة الإسلامية كأحد مصادر القانون يغني عن النص على مبادىء العدالة و حتى على العرف، فذهب البعض[2] بحق إلى القول (إنه لا جدوى من النص على وجوب الرجوع إلى قواعد العدالة عند غياب المصادر الرسمية للقانون، في قوانين الدول الإسلامية التي تقتضي نصوصها الرجوع إلى مبادىء الشريعة الإسلامية عند إفتقاد النص، أو عند إقتفاء النص التشريعي والعرف، بل و لا حاجة إلى النص على العرف كذلك كمصدر من المصادر الرسمية، و حسب المشرع، أن يضع التشريع في المرتبة الأولى، و مبادىء الشريعة الإسلامية في المرتبة الثانية، كمصدرين رسميين للقانون المدني دون حاجة إلى ذكر غيرها).

ثالثاً: يجوز أن يكون التشريع ظالماً و جائراً، و مع ذلك ينبغي أن يعمل به و يقدم على متطلبات العدالة، فالقاضي لا يمكن أن يركن إلى قواعد العدالة إلا بعد أن يستنفذ الوسائل الأخرى كافة؛ أي بعد أن لا يجد نصاً أو عرفاً أو حكماً شرعياً، و لا يحق للقاضي أن يعدل عن هذه المصادر بحجة أنها تتعارض مع قواعد العدالة لأن واجبه الأساسي تطبيق القانون، فليس من إختصاصه البحث في سلامة القانون و

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

(2) منهم د. عبدالباقي البكري، مبادىء العدالة، المصدر السابق، ص٧٩.

صلاحه، و ليس من إختصاصه النظر في كون القانون الوضعي موافقاً لمبادىء العدالة والقانون الطبيعي أو مناقضاً لها، هذا بالإضافة إلى أن مبدأ الفصل بين السلطات، و توزيع الإختصاصات والأعمال في الدولة يوجب على القاضي أن يلتزم بتطبيق القانون، حتى لو إفترض أن ذلك القانون مناهض للعدالة، هذا، إذا علم أن بعض النظم القانونية تجعل من حق القاضي أن يناقش طبيعة القانون بقدر ما يكون لذلك من مساس بإنطباقه، أو عدم إنطباقه، مع أحكام الدستور، فمن المنطقي أن مناقشة من هذا القبيل قد تؤدي أحياناً إلى البحث في إنطباق بعض القواعد مع مبادىء العدالة الأساسية[1].

بناءاً عليه، إذا كان هناك نص فيجب إتباعه، و لو كان الحل الذي يتضمنه غير عادل في نظر القاضي، و إلا كان حكمه عرضة للنقض لمخالفته القانون[2]، و هذا الأمر يتعارض بالتأكيد مع الأهداف التي وجد القانون من أجلها فالعدالة إذا لم تكن هدف القانون الوحيد، فهي تشكل أحد أهدافه الرئيسة، و من خلالها يستطيع القانون أن يؤدي وظيفته الأساسية، ألا و هي الحيلولة دون حدوث النزاع والقضاء عليه إن حدث، و هذا لا يتحقق إلا بمراعاة العدالة.

غير أن الوضع في ظل المادة الثانية من الدستور العراقي يكون مختلفاً لأن العدالة كما قلنا من ثوابت أحكام الإسلام، فبالتالي ليس للمشرع و لا للقاضي أن يخالف مبادىء العدالة في عمله.

(1) ينظر: د. عبدالرحمن البزاز، مبادىء أصول القانون، المصدر السابق، ص١٤١.

(2) ينظر: حسن محمد أبو السعود، مذكرات، المرجع السابق، ص٣٠١.

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

رابعاً: وجوب تقديم عرف فاسد على مبادىء الشريعة الإسلامية:

و كذلك على متطلبات العدالة عند تعارضه معهما، لكن هذا الحكم إستنفذ مفعوله في ظل المادة الثانية من الدستور.

خامساً: إن نص المادة الأولى من القانون المدني يفترض وجود قواعد العدالة خارج مبادىء الشريعة الإسلامية، و هذه القواعد يرجع إليها القاضي عند إفتقاد النص، أو إقتفاء النص التشريعي والعرف والحكم الشرعي[1] أي يجب أن تكون هذه الثلاثة غير موجودة تماماً، أما عند غموض النص أو عدم كفايته فيجب على القاضي أن يلتجيء إلى القواعد العامة في التفسير لتوضيح النص و تكملته[2]، فالعدالة بهذه الحالة لا تتعدى كونها مصدراً مكملاً للمصادر المقدمة عليها؛ لكن كما أسلفنا هناك رأي يذهب إلى القول إنه لا جدوى من النص على وجوب الرجوع إلى قواعد العدالة بعد النص على وجوب الرجوع إلى مبادىء الشريعة الإسلامية[3]، إذ العدالة هي ما تحققه أحكام الشريعة-الإسلامية، أو ما هو موافق لأصول الشريعة الإسلامية جملة كما يقول المشرع اليمني.

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

---

(1) ينظر: د. عبدالرحمن البزاز، مبادىء أصول القانون، المصدر السابق، ص١٤١.

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

(3) ينظر: د. عبدالباقي البكري، مبادىء العدالة، المصدر السابق، ص٧٩.

سادساً: إن المادة الأولى من القانون المدني، تفترض حصول التعارض بين قواعد العدالة و مبادىء الشريعة الإسلامية، ففي هذه الحالة تقدم الأخيرة على الأولى؛ لكن هذا التعارض يستحيل حصوله، كما أسلفنا، لأن العدالة تمتزج مع قواعد الشريعة الإسلامية و تتفجر داخلها، فهي بذلك إحدى أسرار والمقاصد المتوخاة من التشريع الإسلامي[1].

المطلب الثاني

نماذج من التمثيل النظري والعملي للعدالة في القانون المدني العراقي

لقد سبق القول إنه وفقاً للمادة الثانية من الدستور العراقي كل نص مخالف للعدالة في القانون المدني يجب أن يلغى، و كذلك ليس للقاضي أن يخالف في أحكامه متطلبات العدالة بداعي إلتزام النص والحفاظ على الإستقرار القانوني، و هذا يهدينا إلى القول أن القانون والقضاء في ظل الدستور المذكور تمليهما العدالة أو لا بد أن تمليهما.

و كذلك إذا علم أن العدل التبادلي[2] هو الأساس الذي تقوم عليه أهم نظريات القانون، كنظرية العقد والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب[3] بل، كما يقول

---

(1) للمزيد من التفصيل ينظر: د. عبدالسلام الترمانيني، الوسيط، المصدر السابق، ص٦٥٨.

(2) العدل التبادلي يلتقي مع العدالة في المساواة المجردة أي في (التسوية بين المتماثلين).

(3) ينظر: أرسطوطاليس، علم الأخلاق، المرجع السابق، ص٧٢.
Arristotle, The Nicomachean Ethics, translated by F. H. Peters, M. A. ,Kegan paul Trench, Trubner & Co. Ltd, London, Fifth Edition, 1893, p.p 47-50.

البعض[1] إنه لا توجد مسألة في نظرية الإلتزام لا يمكن ردها إلى فكرة العدل التبادلي.

هذا بالإضافة إلى أن ما تعرضنا إليه في الفقرات السابقة فيما يتعلق بتبيان أثر العدالة في القانون المدني يكفي ليقام دليلاً على أهمية الدور الذي تؤديه العدالة في هذا القانون؛ لكن إكمالاً للبحث نفضل أن نستعرض هنا النصوص التشريعية المتعلقة بالعدالة مقرونة ببعض من التمثيل النظري لها في هذا القانون و ذلك في الفرع الأول، و في الفرع الثاني نحاول أن نسوق بعض تطبيقات قضائية لها في ظل القانون المدني.

الفرع الأول

التمثيل النظري للعدالة في القانون المدني العراقي

يتضمن القانون المدني نصوصاً عن العدالة إضافة إلى جعلها مصدراً رسمياً من مصادره في مادته الأولى كما أسلفنا، من هذه النصوص ما ورد في الفقرة الثانية من المادة (٨٦) منه التي نصت: (و إذا إتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد و إحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد و لم يشترطا أن العقد يكون غير منعقد عند عدم الإتفاق على هذه المسائل فيعتبر العقد قد تم، و إذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الإتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة الموضوع و لأحكام القانون والعرف والعدالة)، و منها الفقرة الثانية من المادة (١٤٦) من القانون المدني التي نصت: (على أنه إذا طرأت حوادث إستثنائية عامة لم يكن في الوسع

[1] د. سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، المصدر السابق، ص١٤٣.

توقعها و ترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدي، و إن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقص الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول إن إقتضت العدالة ذلك، و يقع باطلاً كل إتفاق على خلاف ذلك)، و منها الفقرة الثانية من المادة (١٥٠) منه: (و لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الإلتزام)، و منها الفقرة الثانية من المادة (٢١٢) التي نصت: (فمن أحدث ضرراً و هو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو عن غيره كان غير مسؤول على ألا يجاوز في ذلك القدر الضروري، و إلا أصبح ملزماً بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة)، و منها أيضاً نقطة (ج) من الفقرة الثانية من المادة (٩١٠) منه التي نصت: (ج- و ألا يؤثر هذا الإتفاق في مستقبل العامل من الناحية الإقتصادية تأثيراً ينافي العدالة)، و منها الفقرة الثالثة من المادة (٩١٢) منه التي نصت: (و إذا كان الإختراع ذا أهمية إقتصادية جدية جاز للعامل في الحالتين المنصوص عليهما في الفقرة السابقة، أن يطالب بمقابل خاص وفقاً لمقتضيات العدالة، و يراعى في تقدير هذا المقابل مقدار المعونة التي قدمها رب العمل و ما إستخدم في هذا السبيل من منشآته).

فيما يأتي نسوق بعض النماذج على إبراز دور العدالة و أهميتها في القانون المدني العراقي:

النموذج الأول: مبدأ حسن النية:

سبق أن قلنا إن من تأثيرات مبادىء العدالة في القانون الروماني إيجاد مبدأ (حسن النية) في التصرفات بشكل عام و في الإلتزامات التعاقدية على وجه الخصوص، فالحاكم القضائي (البريتور) تمكن من خلال تطبيق العدالة أن يقضي

على كثير من الغش و طرق الإحتيال و بذلك قد إستقر مبدأ (حسن النية) في الإلتزامات التعاقدية[1].

فيمكن القول إن مبدأ حسن النية هو من إفرازات العدالة، و هذه الأخيرة هي أساسه[2] ولكن ما معنى هذا المبدأ و ما هي تأثيراته؟ سنحاول أن نجيب على هذا التساؤل في نطاق القانون المدني.

عُرف حسن النية بأنه: (توجيه الإرادة في تحقيق الغرض المباشر من إبرام العقد، بحيث ينسجم مع المصالح المبررة المشروعة للطرف المقابل)[3] أما القانون المدني العراقي فلم يتصد لتعريف حسن النية، غير أن الفقرة الأولى من المادة (١١٤٨) منه نصت على أنه (يعد حسن النية من يحوز الشيء و هو يجهل أنه يعتدي على حق الغير و حسن النية يفترض دائماً، ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك).

أي أن الجهل بالإعتداء على حق الغير يعد حسن النية، و هذا الجهل موقف سلبي يفترض دوماً، أما العلم بهذا الإعتداء فيعد سوء النية، والعلم طالما هو موقف إيجابي فلا يفترض، فالأصل في الإنسان البراءة لذا فالمشرع العراقي حسناً فعل بنصه على إفتراض حسن النية.

و يفهم من النص العراقي أن حسن النية هو توجيه الإرادة لتلقي ما هو مستحق، والمستحق ينبغي أن يكون مستحقاً بالفعل لا بالإفتراض.

---

(1) ينظر: د. عبدالرحمن البزاز، الموجز في تأريخ القانون، المصدر السابق، ص١٠٩.

(2) ينظر: شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقود، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون في جامعة صلاح الدين، رمضان ١٤٢٧هـ-أيلول ٢٠٠٦م، ص١٤

(3) ينظر: شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية، المصدر السابق، ص٣٤٩.

صحيح أن العدالة تمنع الإعتداء على حقوق الآخرين و تحرمه، ولكنها في ذات الوقت لا توجب العلم بهذه الحقوق والمحافظة عليها، و إنما على أصحابها أن يتمسكوا بها، بل كل ما تحتمه هو عدم الإعتداء عليها والكف عنه إن وجد.

بناءاً عليه، لا ترفض العدالة، أن يعد الجاهل بالإعتداء حسن النية، أما إذا صار الجهل علماً، فتغيرت صفة صاحب النية من حسن النية إلى سيئها، كما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة المذكورة أعلاه[1]، و على من صارت نيته سيئة أن يكف عن الإعتداء، و أن لا يتمسك بشيء تجاه صاحب الحق، و هذا مقتضى أحكام الشريعة الإسلامية كذلك.

لكن في بعض الأحيان و في نطاق جد ضيق يعترف القانون بحقوق لمن هو سيء النية، مثال ذلك المادة (١١٥٨) من القانون المدني التي تجيز للحائز سيء النية أن يكتسب ملكية منقول أو عقار أو حق عيني غير مسجل في دائرة التسجيل العقاري بعد إستمرار حيازته مدة خمس عشرة سنة دون إنقطاع، و هذا الإعتراف جاء حماية لإستقرار المعاملات، و إستقرار المعاملات في الغالب يكون على حساب العدالة، والراحة النفسية، والشعور بإحقاق الحق، مما يعني عدم الطمأنينة[2].

لقد سبق و أن أسهبنا الكلام في التقادم لذلك لا نرى داعياً لتناوله مرة أخرى، بل كل ما نعتقده هو أن سيء النية ينبغي أن لا يكافأ، و إنما يعامل وفقاً لنيته.

أما تأثير مبدأ حسن النية فيظهر في مجال إبرام العقود و في مجال نفاذها و كذلك في مجال إستعمال الحق كالآتي:

---

(1) نصت الفقرة الثانية من المادة (١١٤٨) على أنه: (و لا تزال صفة حسن النية لدى الحائز، إلا من الوقت الذي يصبح فيه عالماً أن حيازته إعتداء على الغير، و يعد كذلك سيء النية من إغتصب الحيازة من غيره بالإكراه، و لو إعتقد أن له حقاً في الحيازة).

(2) ينظر: شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية، المصدر السابق، ص١٨١.

أ- ففي مجال إبرام العقود نصت الفقرة الثانية من المادة (٨٦) من القانون المدني: (إذا إتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية و إحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد و لم يشترطا أن العقد يكون غير منعقد عند عدم الإتفاق على هذه المسائل فيعتبر العقد قد تم، و إذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الإتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها لطبيعة الموضوع و لأحكام القانون والعرف والعدالة)؛ و يلاحظ أن الشطر الأخير من هذه المادة يفرض على القاضي أن يحكم طبقاً لطبيعة الموضوع و لأحكام القانون، والعرف، والعدالة، دون الإلتزام بترتيب معين بينها، فالقاضي يستطيع أن يقضي وفقاً للعدالة فحسب، والعدالة تستلزم حسن نية الطرفين، إذن، على القاضي في هذه الحالة، أن يراعي مدى إلتزام الطرفين بمقتضيات حسن النية في إبرام العقد، أثناء مناقشة المسائل التفصيلية[1]، فيفهم من هذه المادة، أنه حتى في نطاق القانون المدني لا يمكن التسليم المطلق بالترتيب الذي أتت به المادة الأولى من القانون المذكور.

ب- و في مجال تنفيذ العقد نصت الفقرة الأولى من المادة (١٥٠) على أنه: (يجب تنفيذ العقد طبقاً لما إشتمل عليه و بطريقة تتفق ما يوجبه حسن النية)، و كذلك (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني)[2] أضف إلى ذلك أن ثمة أحكام وضعت كجزاء للإخلال بمبدأ حسن النية، من هذه الأحكام نصت المادة (١٢١) على أنه: (١- إذا غرر أحد المتعاقدين بالآخر و تحقق أن في العقد غبناً فاحشاً كان العقد موقوفاً على إجازة العاقد المغبون، فإذا مات من غرر بغبن فاحش تنتقل دعوى التغرير لوارثه. ٢- و يعتبر تغريراً عدم البيان في عقود الأمانة التي يجب

(1) ينظر: المصدر المتقدم ذكره، ص٢٥٤.

(2) الفقرة الأولى من المادة (١٥٥) من القانون المدني العراقي.

التحرز فيها عن الشبهة بالبيان كالخيانة في المرابحة والتولية والإشراك والوضيعة)، و كذلك نصت المادة (١٢٢): (إذا صدر التغرير من غير المتعاقدين فلا يتوقف العقد إلا إذا ثبت للعاقد المغبون أن العاقد الآخر كان يعلم أو كان من السهل عليه أن يعلم بهذا التغرير وقت إبرام العقد)، يتضح من هاتين المادتين (١٢١، ١٢٢) من القانون المدني العراقي أنه كي يتوقف العقد للغبن مع التغرير لا بد من توافر شروط أربعة[1]:

١) إستعمال طرق إحتيالية.

٢) أن يكون التغرير هو الدافع إلى التعاقد.

٣) أن يصدر التغرير من أحد المتعاقدين أو أن يكون على علم به إن صدر من الغير.

٤) أن يقترن التغرير بالغبن الفاحش.

و يفهم من هاتين المادتين أن الحكم بتوقيف العقد جاء كجزاء للإخلال بمبدأ حسن النية، لأن إستعمال طرق إحتيالية، يتكون، من عنصرين، الأول هو تغيير الحقيقة بوسيلة من الوسائل والثاني هو وجود نية التضليل[2]، و هذا يعني أن المتعاقد الغار لم يكن حسن النية في تعاقده، و يصبح سيء النية كذلك حتى و إن لم يكن التغرير صادراً منه، بل كان صادراً من شخص ثالث إذا علم هو بهذا التغرير، أو كان لا بد أن يعلم به، فبهذا العلم تصير نيته سيئة كما أسلفنا في شأن المادة (١١٤٨).

(1) ينظر: د. عبدالمجيد الحكيم و آخرون، الوجيز في نظرية الإلتزام في القانون المدني العراقي، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة بغداد، ١٩٨٠، ج١، مصادر الإلتزام، ص٨٨.

(2) ينظر: د. سمير تناغو، مصادر الإلتزام، منشأة المعارف، الأسكندرية، ٢٠٠٥، ص٥٨.

إذن، سوء نية العاقد الآخر و تضليله يعطي للمغبون الغرير الحق في إعطاء إجازة العقد من عدمه، أو فسخه كما هو في المذهب الحنفي[1]، هذا الحكم قد وضع حماية لمبدأ حسن النية و حث الناس ليتمسكوا به حينما يقدمون على إبرام التصرفات.

و يصح نفس الحكم والتبرير بالنسبة لمن يكره شخصاً لإبرام عقد معين، إذ أن الإكراه فيه سوء النية، لذلك جعل القانون العقد المشوب بالإكراه موقوفاً على إجازة المكرَه (بفتح الراء)[2]، فالجزاء المترتب على الإكراه، وضع حماية لمبدأ حسن النية، و

---

[1] ينظر: د. عبدالمجيد الحكيم و آخرون، الوجيز، المصدر السابق، ص٨٥.

[2] نصت المادة (١١٥) على أنه: (من أُكرِهَ إكراهاً بأحد نوعي الإكراه على إبرام عقد لا ينفذ عقده)، هذا إذا كان الإكراه صادراً من أحد المتعاقدين، أما إذا كان صادراً من الغير، فوجب على المكرَه (بفتح الراء)، أن يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا الإكراه كي يستطيع أن يطلب إبطال العقد، هذا الحكم نصت عليه المادة (١٢٨) من القانون المدني المصري، و يقول البعض صحيح إن القانون المدني العراقي لم يأتِ بهذا النص، ولكنه لم يقرر شيئاً يدل على أنه أراد مخالفته، و لا أدل على ذلك من أنه جعل للمكرَه الخيار بين الرجوع بالضمان على المجبر و بين الرجوع على العاقد الآخر و هو خيار لا يستقيم منطقياً إلا إذا كان إفترضنا في العاقد الآخر سوء النية أو التقصير، لأنه لو كان يجهل الإكراه الحاصل من الغير، لما جاز الرجوع عليه بالضمان، و هو لا يجوز الرجوع عليه بالضمان إلا إذا كان العقد قابلاً للنقض بسبب الإكراه، كما يستفاد هذا من المادة (١٣٤) من القانون المدني العراقي.

إذن، ليس في القواعد العامة ما يحول دون أن يشترط كما إشترط في التغرير مع الغبن أن يعلم العاقد الآخر بالإكراه الحاصل من الغير أو أن يثبت علمه المفروض به، بل أكثر من ذلك قد يصدر الإكراه من ظروف تهيأت مصادفة لا يد لأحد فيها، فيستفيد المتعاقد

كذلك لحث الناس للتمسك به، و ردعهم من المساس به، و كذلك أن إستغلال حاجة أو طيش أو هوى أو عدم خبرة أو ضعف إدراك شخص آخر بحيث يلحق به نتيجة هذا الإستغلال غبن فاحش من تعاقده، يعطيه الحق في أن يطلب خلال سنة من وقت العقد رفع الغبن عنه إلى الحد المعقول، أو ينقض التصرف إن كان تبرعاً[1].

و هذا الجزاء أيضاً وضع حماية لمبدأ حسن النية، فهو جزاء للإخلال به، و في الوقت نفسه يشكل دافعاً للتمسك به والإبتعاد عن المساس به.

و في مجال نفاذ التصرفات، نص المشرع العراقي على عدم نفاذ تصرفات المدين يجريها بسوء النية إضراراً بدائنه و هو ما يسمى بدعوى عدم نفاذ تصرفات المدين في حق الدائن[2]، فجعل تصرف المدين سيء النية غير نافذ ليس سوى حماية قانونية من المشرع العراقي لمبدأ حسن النية.

ج- أما فيما يتعلق بإستعمال الحق، فيقتضي مبدأ حسن النية من صاحب الحق أن يستعمل حقه في حدوده المرسومه له، و من أجل الغرض الذي وجد من أجله، و أن

من هذه الظروف لإستغلال من تحت تأثيرها و حمله على التعاقد هنا يتحقق الإكراه، ينظر: د. عبدالمجيد الحكيم و آخرون، الوجيز، المصدر السابق، ص٨٠.

[1] نصت المادة (١٢٥) على: (إذا كان أحد المتعاقدين قد أستغلت حاجته أو طيشه أو هواه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه فلحقه من تعاقده غبن فاحش، جاز له في خلال سنة من وقت العقد أن يطلب رفع الغبن عنه إلى الحد المعقول، فإذا كان التصرف الذي صدر منه تبرعاً جاز له في هذه المدة أن ينقضه).

[2] نصت المادة (٢٦٣) على أنه: (يجوز لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء و صدر من مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه إذا كان التصرف قد أنقص من حقوق الدائن أو زاد في إلتزاماته و ترتب عليه إعسار المدين أو الزيادة في إعساره و ذلك متى توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة التالية)، ينظر أيضاً المادة (٢٦٤).

لا يتعدى في هذا الإستعمال على حقوق الآخرين، إذن، وجب عليه أن يستعمله إستعمالاً جائزاً أما إذا كان الإستعمال غير جائز فوجب عليه الضمان، و على هذا الحكم نصت المادة (٧) من القانون المدني على أنه: (١- من إستعمل حقه إستعمالاً غير جائز وجب عليه الضمان. ٢- و يصبح إستعمال الحق غير جائز في الأحوال الآتية: أ- إذا لم يقصد بهذا الإستعمال سوى الإضرار بالغير. ب- إذا كانت المصالح التي يرمى هذا الإستعمال إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مطلقاً مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها. ج- إذا كانت المصالح التي يرمي هذا الإستعمال إلى تحقيقها غير مشروعة).

هذه الأحوال الثلاثة (قصد الإضرار، و رجحان المصلحة على الضرر، والمصلحة غير المشروعة) تتعارض مع مبدأ حسن النية تعارضاً بيناً، بحيث يمكن القول معه، إن الإخلال بحسن النية في إستعمال الحق يؤدي إلى قيام حالة التعسف في إستعماله، فعدم التعسف في إستعمال الحق يقع ضمن مقتضيات حسن النية، فحسن النية إذن، فيصل لمعرفة وجود حالة التعسف في إستعمال الحق من عدمه[1]، و يمكن أن يستشف هذا من المادة (٧) المذكورة أعلاه.

د- و أخيراً يؤدي مبدأ حسن النية دوراً هاماً في بعض الأوضاع، كالإلتصاق، والحيازة، ففي الإلتصاق، يعامل الباني أو الغارس حسن النية معاملة مختلفة عن سيئها، فالأول له بعض الخيارات تجاه صاحب الأرض و في حدود معينة، أما الباني أو الغارس سيء النية فليس له أي خيار، بل عليه أن يرضى بما يقبله صاحب الأرض[2]، و هذه التفرقة في المعاملة بين الباني والغارس حسن النية مع سيء النية، تبرز أهمية

---

[1] ينظر: شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية، المصدر السابق، ص١٨١.

[2] ينظر: المواد (١١١٩، ١١٢٠، ١١٢١، ١١٢٢) من القانون المدني.

حسن النية و دوره في مجال التصرفات، علماً بأن التفرقة بين المختلفين مبدأ أفرزته العدالة.

أما دور حسن النية في مجال نظرية الحيازة فيظهر في:

١) الحائز سيء النية، لا يتملك بالتقادم، لا العقار و لا المنقول إلا بمقتضى التقادم الطويل، و هو خمس عشرة سنة في القانون المدني العراقي، بينما الحائز حسن النية بإمكانه أن يتملك العقار بالتقادم القصير أي بخمس سنوات إذا كان يستند في حيازته إلى سبب صحيح[1]، كما يتملك المنقول في الحال بمجرد الحيازة مع وجود السبب الصحيح[2]، كما يتملك الحائز حسن النية الثمار بمجرد قبضها بخلاف الحائز سيء النية[3].

٢) يختلف حكم إسترداد الحائز المصروفات النافعة التي أنفقها على العين من المالك فيما إذا كان الحائز حسن النية أو سيئها، بحسب الأحوال[4].

٣) يختلف الحكم في مسؤولية الحائز عن هلاك العين التي كانت في حيازته وفقاً ما إذا كان الحائز حسن النية أو سيء النية[5].

---

[1] ينظر: المادة (١١٥٨) من القانون المدني.

[2] ينظر: المادة (١١٦٣) من القانون المدني.

[3] ينظر: المادتين (١١٦٥، ١١٦٦) من القانون المدني.

[4] ينظر: المادة (١١٦٧) من القانون المدني.

[5] ينظر: المادة (١١٦٨) من القانون المدني.

النموذج الثاني: أركان المسؤولية التقصيرية[1]:

هناك رأي يذهب إلى أن المسؤولية التقصيرية عن الأفعال الشخصية تقوم على فكرة الخطأ، فلا مسؤولية بغير الخطأ، والخطأ غير مفترض بل يجب إثباته، و إذا ثبت الخطأ و ترتب عليه ضرر للغير، فإن مرتكبه يلتزم بتعويض الغير عن هذا الضرر، و به أخذ القانون المصري[2]، والخطأ هو الإخلال بالإلتزام القانوني العام بعدم الإضرار بالغير[3]، أو هو الإخلال بواجب قانوني مع إدراك المخل إياه[4]، فيتوقف الخطأ على عنصرين: مادي (هو الإخلال بواجب قانوني)، و معنوي (هو إدراك المخل لإخلاله)[5]، فابتناء هذه المسؤولية على الخطأ يؤدي إلى عدم المسؤولية لكل من ألحق بالغير ضرراً بغير إرادة حرة مدركة كعديم التمييز والساهي والخاطيء والمغمي عليه

(1) إن هذه المسؤولية تطلق عليها تسميات متعددة، منها المسؤولية الفعلية، والمسؤولية غير العقدية، والمسؤولية عن الفعل الضار، والضمان، والمسؤولية التقصيرية، ولكن أكثرها شيوعاً هو المصطلح الأخير و إن لم يكن أدقها، ينظر: د. عبدالمجيد الحكيم و آخرون، الوجيز، المصدر السابق، ص١٩٨.

(2) ينظر: د. سمير تناغو، مصادر الإلتزام، المصدر السابق، ص٢٢٥. حيث نصت المادة (١٦٣) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة (١٩٤٨) على أنه: (كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من إرتكبه بالتعويض).

(3) ينظر: المصدر المتقدم ذكره، ص٢٢٦.

(4) ينظر: د. مصطفى إبراهيم الزلمي، مجموعة الأبحاث، المصدر السابق، ص١٤٠.

(5) ينظر إلى كل من: د. سمير تناغو، مصادر الإلتزام، المصدر السابق، ص٢٢٦؛ د. عبدالمجيد الحكيم و آخرون، الوجيز، المصدر السابق، ص٢١٥؛ د. مصطفى إبراهيم الزلمي، مجموعة الأبحاث، المصدر السابق، ص١٤٠.

و نحو ذلك من كل فاقد إدراك أو لعرض خارجي، و هذا يتعارض من العدالة[1]، فما ذنب المضرور من تحمل هذا الضرر؟

فيقول البعض[2] إن عناصر هذه المسؤولية في الفقه الإسلامي والقوانين المتأثرة به كالقانون المدني العراقي (م/ ١٩١) فهي ثلاثة: (العمل غير المشروع + الضرر + العلاقة السببية).

و يلاحظ على هذا الرأي، أن المشرع العراقي لم يهمل فكرة الخطأ في تقرير المسؤولية التقصيرية خلافاً لما فعله الفقه الإسلامي، لأنه إشترط التعمد أو التعدي للضمان[3]، ولكنه أهمل عنصر الإدراك كعنصر من عنصري الخطأ في ترتبها[4]، و خالف الفقه الإسلامي كذلك من نواح ثلاثة أخرى[5]:

أولاها: إشتراطه التعمد أو التعدي في الضمان خلافاً للفقه الإسلامي الذي لم يشترط أياً منهما بالنسبة للمباشر.

(1) ينظر: د. مصطفى إبراهيم الزلمي، مجموعة الأبحاث، المصدر السابق، ص١٤٠.

(2) كالدكتور مصطفى إبراهيم الزلمي، المصدر المتقدم ذكره، ص١٤٠. إذ نصت الفقرة الأولى من المادة (١٩١) من القانون المدني العراقي على أنه: (إذا أتلف صبي مميز أو غير مميز أو من في حكمهما مال غيره لزمه الضمان في ماله).

(3) نصت المادة (١٨٦) من القانون المدني العراقي على أنه: (١- إذا أتلف أحد مال غيره أو أنقص قيمته مباشرة أو تسبباً، يكون ضامناً، إذا كان في إحداثه هذا الضرر قد تعمد أو تعدى. ٢- و إذا إجتمع المباشر والمتسبب ضمن المتعمد أو المتعدي منهما فلو ضمنا معاً كانا متكافلين في الضمان).

(4) ينظر: د. عبدالمجيد الحكيم و آخرون، الوجيز، المصدر السابق، ص٢٢٠.

(5) ينظر: المصدر المتقدم ذكره، ص٢٢٠.

و ثانيتها: إلزام المتعدي أو المتعمد بالضمان، سواء أكان مباشراً للفعل أو متسبباً في إحداث الضرر، خلافاً للفقه الإسلامي الذي جعل المباشر وحده ضامناً دون المتسبب.

و ثالثتها: جوازه لإجتماع المباشر والمتسبب و ما يترتب على ذلك من التضامن بينهما والحكم بإلزامهما بالضمان، بينما لم يجز الفقه الإسلامي التكافل بينهما لأنه لم يسلم بإجتماعهما.

فالمشرع العراقي وقع في تعارض بإشتراطه التعمد أو التعدي لقيام المسؤولية التقصيرية في المادة (١٨٦)، ولكنه في ذات الوقت حمل عديم التمييز طبقاً للمادة (١٩١)؛ إذ بذلك قد حاسب كامل الأهلية محاسبة أخف من عديمها[1]، غير أنه على الرغم من ذلك، فإنه أكثر واقعياً في المادة (١٩١)، لأن التعمد أو التعدي لا يمكن تصورهما بالنسبة للصبي غير المميز أو حتى المميز، فالمشرع في المادة (١٨٦) حاول جاهداً مجاراة الفقه الغربي، أما في المادة (١٩١) عاد ساعياً لمسايرة الفقه الإسلامي، فوقع في هذا التعارض نتيجة لذلك.

و نحن من جانبنا لا نؤيد ابتناء المسؤولية التقصيرية على فكرة الخطأ فحسب، لأن ذلك يتعارض مع مبادىء العدالة لما فيه من إجحاف بحق المضرور، كما أن إبتناءها على الفعل الضار وحده لا يستقيم و مبادىء العدالة، لأنه يؤدي إلى التسوية بين المختلفين، فالشخص الذي يتلف مال غيره متعدياً أو متعمداً ليس كمن يتلفه دون تعدي أو تعمد، و عليه ينبغي أن تبنى هذه المسؤولية على الفعل الضار أساساً، و في ذات الوقت لا يجهل دور فكرة الخطأ فيها، حتى لا يعامل المخطيء معاملة من لا يخطيء لأن المساواة في معاملتهما تنافي العدالة نظراً لما فيها من التسوية بين

---

[1] ينظر: د. عبدالمجيد الحكيم و آخرون، الوجيز، المصدر السابق، ص٢١٩.

المختلفين، فلذلك نرى أنه من الضروري أن تشدد في مسؤولية المخطيء أي أن تجعل مسؤولية الصبي مميزاً و غير مميز عن أفعاله الضارة مسؤولية أصلية، و كذلك مسؤولية من ينتفي لديه التعدي أو التعمد، أما مسؤولية المخطيء (المتعدي أو المتعمد) فينبغي أن تكون مشددة من حيث ما يراه المشرع و هذا الرأي يستقيم مع العدالة في نظرنا، لأنه يفرق بين المختلفين.

النموذج الثالث: تقسيم العقد من حيث وصفه القانوني:

العقد في القانون المدني العراقي، قسمان، صحيح و باطل، و ينقسم العقد الصحيح إلى موقوف و نافذ، و ينقسم العقد الصحيح النافذ إلى لازم و غير لازم[1]، غير أن الحنفية قسموه إلى ثلاثة أقسام: صحيح و فاسد و باطل[2] كالآتي:

١- **العقد الصحيح**: هو العقد المشروع ذاتاً و وصفاً بأن يكون صادراً من أهله مضافاً إلى محل قابل لحكمه، و له سبب مشروع و أوصافه سالمة من الخلل[3]. و ينقسم هذا إلى:

أ- **العقد الموقوف**: هو العقد الذي ينعقد صحيحاً لكن لا ينتج آثاره إلا بعد إجازة من له الحق بمباشرتها[4].

---

[1] ينظر: د. عبدالمجيد الحكيم و آخرون، المصدر السابق، ص١١٣.

[2] نقلاً عن: د. علي محي الدين علي القرداغي، مبدأ الرضا في العقود، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط٣، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م، ج١، ص١٥٢.

[3] ينظر: المادة (١٣٣) من القانون المدني العراقي.

[4] نقلاً عن: د. مصطفى إبراهيم الزلمي، مجموعة الأبحاث، المصدر السابق، ص(١٣٥، ١٣٦).

ب- **العقد النافذ غير اللازم**: هو العقد الذي ينعقد صحيحاً و ينتج آثاره غير أن لكل من العاقدين أو لأحدهما فسخه بإرادته المنفردة لطبيعته كالوكالة والإعارة أو لخيار من الخيارات المقترنة بالعقد[1].

ج- **العقد النافذ اللازم**: هو العقد الذي لا يحق لأي من العاقدين فسخه بإرادته المنفردة[2].

٢- **العقد الفاسد**: هو العقد الذي شرع بأصله دون وصفه[3]، أي يكون مشروعاً بأصله (شروط إنعقاده) و غير مشروع بوصفه (شروط إكماله)، و له وجود قانوني، لكن يجب فسخه من العاقدين و من القاضي بعد علمه به أو إزالة فساده، و يمكن أن يتحول إلى الصحيح[4].

٣- **العقد الباطل**: هو ما لا يصح أصلاً بإعتبار ذاته أو وصفاً بإعتبار بعض أوصافه الخارجية[5].

فتقسيم العقود على هذا الشكل أمر يستقيم مع مبادىء العدالة، نظراً لما فيه من تطبيق لمبدأ (التسوية بين المتماثلين والتفرقة بين المختلفين)، فالعقد الصحيح ليس كالعقد الباطل، لذا حكمهما يختلف من حيث آثارهما، و في غضن الصحيح، يختلف الصحيح اللازم عن الصحيح غير اللازم و كلاهما عن الموقوف، لذلك فإن حكم كل منها يختلف عن حكم الآخر، و هذا الأمر يتوافق مع العدالة.

---

(1) نقلاً عن: د. عبدالمجيد الحكيم و آخرون، الوجيز، المصدر السابق، ص١١٩، د. مصطفى إبراهيم الزلمي، مجموعة الأبحاث، المصدر السابق، ص١٣٦.

(2) نقلاً عن: د. مصطفى إبراهيم الزلمي، المصدر المتقدم ذكره، ص١٣٦.

(3) نقلاً عن: د. علي القرداغي، مبدأ الرضا، المصدر السابق، ص١٥٥.

(4) ينظر: د. مصطفى إبراهيم الزلمي، مجموعة الأبحاث، المصدر السابق، ص١٣٥.

(5) ينظر: المادة (١٣٧) من القانون المدني العراقي.

و كان الأجدر بالمشرع العراقي أن يأخذ في القانون المدني بالعقد الفاسد كما أخذ به في قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة (١٩٥٩)؛ لأن العقد الفاسد يشكل مرحلة بين مرحلتي الصحة والبطلان، فلو عد باطلاً للزمت التسوية بين المختلفين أي بين ما هو مشروع بأصله لا بوصفه و بين ما ليس مشروعاً لا بأصله و لا بوصفه، و هذا لا يستقيم مع العدالة، كذلك لو عد صحيحاً للزمت التسوية بين المختلفين أيضاً، و ذلك بالتسوية بين المشروع بأصله و وصفه و بين المشروع بأصله و غير المشروع بوصفه، و هذا أيضاً يصطدم مع العدالة[1].

الفرع الثاني

نماذج من التطبيقات القضائية لقواعد العدالة[2]

لقد سبق القول إن العدالة هي الغرض الذي وجد من أجله القانون، و عليه، ذهبنا إلى القول إن كل قاعدة تتجاهل متطلبات العدالة، لا تدخل في نطاق القواعد القانونية، و إنما تبقى في دائرة الأعمال المادية غير المشروعة، و عليه فإن العدالة كجوهر القانون تطبق كلما يطبق القانون و هناك من يرى أنه يجب التمييز بين

---

(1) للمزيد من التفصيل ينظر إلى كل من: د. علي القرداغي، مبدأ الرضا في العقود، المصدر السابق، ص(١٥٦-١٦٢)؛ د. مصطفى إبراهيم الزلمي، مجموعة الأبحاث، المصدر السابق، ص(١٣٦-١٣٧).

(2) أطلق المشرع العراقي وصف (القواعد) على العدالة، و نحن لسنا متفقين مع هذا الوصف كما أسلفنا.

العدالة عند تطبيق القانون والعدالة في ذات القانون، و كذلك يجب أن يؤخذ في الحسبان أربع حالات و هي[1]:

الحالة الأولى: تطبيق ظالم لقانون عادل و هو تطبيق قانون عادل تطبيقاً حرفياً مطابقاً لشكله مخالفاً لروحه و حكمته.

الحالة الثانية: تطبيق عادل لقانون عادل، و هذا من خلال تطبيق قانون عادل تطبيقاً يحقق حكمته و يجاري روحه.

الحالة الثالثة: تطبيق ظالم لقانون ظالم و يكون بتطبيق حرفي و شكلي لقانون ظالم جاحد للمثل العليا.

الحالة الرابعة: تطبيق عادل لقانون ظالم، في هذه الحالة أن القانون و إن كان ظالماً في محتواه، إلا أن هذا الظلم يبدأ بالتقلص من خلال التمسك بالعدالة عند تطبيقه.

أما العدالة كمصدر رسمي للقانون كما جعله إياها المشرع العراقي في القانون المدني، فلها أيضاً تطبيقات قضائية و إن كانت نادرة، إذ نسوق بعض الأمثلة كالآتي:

- القرار المرقم (٩٥٥/٢٥٧٦) الصادر من محكمة بداءة بغداد المحدودة بتأريخ (٢٥/ ١٢/ ١٩٥٥) والذي جاء فيه: (...و لما لم يشرع نظام الألقاب فمن واجب المحكمة إذا عرضت عليها دعوى لقب أن تحكم بمقتضى قواعد العدالة لأن المادة الأولى من القانون المدني تقضي في حالة عدم وجود نص تشريعي على المحكمة أن تحكم بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء الشريعة الإسلامية و إلا فبمقتضى قواعد العدالة)[2].

---

[1] ينظر:

H. L. A. Hart, The concept of law, bid, p.p 159-16

[2] ذكره عبدالعزيز السهيل، أحكام القضاء العراقي على مواد القانون المدني، مطبعة أوفسيت دار التضامن والطباعة والتجارة والنشر، بغداد، ١٩٦٢، ج١، ص(١٢-١٣).

- قررت محكمة التمييز بقرارها المرقم (٥٤/١٤١٠) والمؤرخ في (١٣/ ٩/ ١٩٥٤) ما يلي: (لدى التدقيق والمداولة ظهر أن إعتراض المميزين بإستدعائهما التمييزي المؤرخ في (١٢ آب سنة ١٩٥٤) بخصوص تحميله إياه نصف مصاريف المحاكمة البدائية، بناء على الصلح الواقع بينه و بين خصمه كان وفق مقتضى العدل، إذ لم يبحث الصلح الواقع على الطرف الذي يتحمل مصاريف المحاكمة لهذا قرر رد إعتراض المميزين و تصديق الحكم البدائي)[1].

- جاء في حكم لمحكمة التمييز عدد (٨٢٥/ مدنية ثانية/ ١٩٧٣) بتأريخ (٢٩/ ١٢/ ١٩٧٣): (إذا نكل الطالب عن تنفيذ تعهده فيلتزم بما أنقضته الوزارة في التعهد و لا يلزم بثلاثة أمثال ذلك و إن إشترطته الوزارة في التعهد لأنه يعتبر إثراء بلا سبب قانوني و لأن التعويض يقدر بمقدار الضرر حسب المادة (١٧٠) مدني، والضرر الذي لحق الوزارة هو ما أنقضته على الطالب)[2].

- جاء في حكم لمحكمة التمييز أيضاً بعدد (٢/ هيئة عامة أولى/ ١٩٧٤) بتأريخ (٢٦/ ٢/ ١٩٧٤) ما يلي: (أن قانون المرافعات المدنية و إن سكت عن تعيين ساعة لحضور المتداعيين في حالة تأجيل المرافعة إلى يوم آخر فإن ذلك لا يعني إلزام المتداعيين بالإنتظار للمناداة عليهما طول مدة الدوام الرسمي لمخافة ذلك للعدالة و وجوب عدم التعسف في تطبيق القانون و عدم إنتهاج المحكمة خطة إلزام المتداعيين بالحضور بساعة معينة لا يجعل لها الخيار بإبطال عريضة الدعوى متى شاءت و في أي ساعة من الدوام و إنما ينبغي إرجاء إصدار قرار الإبطال إلى قبيل إنتهاء الدوام

---

[1] ذكره ضياء شيت خطاب، مصادر القانون المدني، المصدر السابق، ص(١٩٩-٢٠٠).

[2] ذكره د. علي جمعة محارب، دور الإجتهاد القضائي في تطوير القاعدة القانونية، المصدر السابق، بغداد، ص١٠٢.

الرسمي و بعد إنتهاء المحكمة من المرافعة في كافة الدعاوي خاصة إذا كان أطراف الدعوى من المحامين الذين تتطلب مهنتهم المرافعة في محاكم متباعدة)[1].

- قرار محكمة التمييز المرقم (٣٤٤/ مدنية أولى/ ١٩٧٩) والمؤرخ في (٢٢/ ١١/ ١٩٨٠) جاء فيه: (إن قرار مجلس قيادة الثورة المرقم (٢١١) والمنشور في الجريدة الرسمية في (٢٠/ ٢/ ١٩٧٨) قد رفع الخصومة بين الطرفين و قد سقط حق المدعي في الشفعة بحكم القانون لأنه لم يكن شريكاً في العقار المشفوع و قد عاد الطرفان إلى الحالة التي كانا عليها قبل إقامة الدعوى، و لم يكسب أو يخسر أحد من الطرفين أي حق في الدعوى، و قد إنتفى بذلك السبب الذي تركن إليه المحكمة بالحكم بالمصاريف و حيث أن هذه المحكمة تجد أن التعليل الذي أوردته محكمة الإستئناف هو تطبيق سليم لأحكام القانون، و حيث أن المادة (٦٣) من قانون المحاماة المعدل قد نصت على أن تحكم المحكمة على من خسر الدعوى كلاً أو جزءاً بأتعاب المحاماة، و حيث إن رد الدعوى كان بسبب القرار المشار إليه الصادر بعد إقامة الدعوى و حيث إنه لا يوجد نص تشريعي يشير إلى المصاريف في مثل هذه الحالات، و حيث إنه بالرجوع إلى المادة الأولى من القانون المدني تجد هذه المحكمة أنها عند عدم وجود نص تشريعي يمكن تطبيقه يجب الحكم بمقتضى العرف ثم مبادئ الشريعة الإسلامية فقواعد العدالة، و حيث إن العدالة تقتضي في حالة إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل إقامة الدعوى بسبب نص تشريعي صادر بعد إقامة الدعوى يجب أن يتحمل كل طرف المصاريف التي صرفها و أتعاب محاميه)[2].

---

[1] ذكره د. علي جمعة محارب، المصدر المتقدم ذكره، ص١٠٢.

[2] ذكره ضياء شيت خطاب، فن القضاء، المصدر السابق، ص٧٥.

الخاتمة

من خلال دراستنا لهذا الموضوع توصلنا إلى جملة من الإستنتاجات تليها إقتراحات مبينة على قناعتنا الذاتية آملين أن يُلتفت إليها.

الإستنتاجات:

أولاً: إن عدم الإجماع على مفهوم جامع و مانع متفق عليه للعدالة يعود إلى الإختلاف في وجهات النظر إليها كالآتي:

أ- ينظر علماء الأخلاق إلى العدالة بإعتبارها فضيلة أخلاقية، واقعة على رأس الفضائل (الشجاعة، والحكمة، والعفة)؛ و عليه، لا بد أن يكون القانون متحلياً بالأخلاق و إلا يشوبه النقص.

ب- و الفلاسفة يجدون العدالة جوهراً للقانون و روحه، فكل قانون فاقد للعدالة يفقد صفته القانونية، و يدخل ضمن عمل مادي غير مشروع.

ج- و كذلك أن الباحثين القانونيين مختلفون في نظرتهم إلى العدالة كل حسب إختصاصه والمجال الذي يكتب فيه، فكتاب تأريخ القانون يعدون العدالة وسيلة من وسائل تطوير القانون؛ أما الذين كتبوا في أصول و علم القانون فلهم آراء مختلفة بشأنها كالآتي:

الرأي الأول: إن العدالة هي من مصادر التعرف على القاعدة القانونية.

الرأي الثاني: تعد العدالة من المصادر الرسمية للقاعدة القانونية.

الرأي الثالث: يذهب إلى أن العدالة من المصادر المادية للقاعدة القانونية، أي أنها جوهر القانون، محتذياً بآراء الفلاسفة.

د- إختلاف الشرائع والنظم القانونية في نظرتها إلى العدالة، إذ العدالة في النظام القانوني الإنكليزي تستقل بقانون خاص لها يسمى قانون العدالة، أما العدالة في الشريعة الإسلامية فإنها داخلة في صميمها و ممتزجة في كل أحكامها

بحيث تعد بمثابة أحد أسرار التشريع الإلهي و مقاصده، لذلك ليس من المستغرب أن تختلف نظرة من هو مختص في القانون الإنكليزي أو دارسيه عن نظرة المتأمل في الشريعة الإسلامية.

ثانياً: إن القول بنسبية العدالة جاء أيضاً نتيجة إختلاف وجهات النظر تجاه العدالة، إذ هذا القول منبته الأول والأخير آراء السفسطائيين الذين عدّوا الإنسان مقياس كل شيء، و جعلوا الأشياء غير ثابتة و نسبية، لكن هذه الآراء جدلية أكثر من كونها علمية، فتصدى الفلاسفة لها و أثبتوا عدم علميتها، قائلين إن حقائق الأشياء ثابتة والعلم بها متحقق، و عليه أن العدالة حقيقة ثابتة والتعبير عنها متغير.

ثالثاً: إطلاق وصف القواعد على العدالة من قبل المشرع العراقي مرده إعتباره إياها ضمن المصادر الرسمية للقانون المدني غير أنه لا يمكن إقتصار دور العدالة كمصدر رسمي للقانون يلتجيء إليه القاضي عند إقتفاء المصادر الثلاثة الأخرى (التشريع، العرف، مبادىء الشريعة الإسلامية)، فالعدالة أدت دورها في تطوير القانون و لا تزال تؤدي هذا الدور، و كذلك تعد بمثابة مصدر مادي للقانون، إلى جانب عدها وسيلة للتعرف على القاعدة القانونية. إضافة إلى جعلها مصدراً رسمياً للقانون، زد على ذلك أن وصف القواعد أستعير من القانون الإنكليزي و بالتحديد من الفقيه الإنكليزي (السير هنري مين) الذي عرف العدالة بأنها (مجموعة من القواعد...)؛ فإذا كان هذا الوصف صحيحاً بالنسبة للعدالة في المجتمع الإنكليزي فلا يمكن التسليم بصحته في مجتمعنا في ظل الأدوار المختلفة التي تؤديها العدالة، هذا من جهة: و من جهة ثانية، إنها لا تستقل بقانون مستقل، و من جهة ثالثة إنها مبدأ رئيس و أساس في الشريعة الإسلامية، و مبادىء هذه الشريعة هي أحد المصادر الرسمية للقانون المدني، كأن يقول المشرع بشكل غير مباشر إن مبدأ العدالة الموجود ضمن مبادىء الشريعة الإسلامية يعد مصدراً رسمياً للقانون المدني، إضافة إلى جعل

قواعد العدالة مصدراً رسمياً آخر يلي مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون.

رابعاً: لا يمكن التسليم بالقول إن مراعاة العدالة متعذر على المشرع عند سنه التشريع، لأن العدالة تستوجب الدخول في التفاصيل، و هذا ليس من عمل المشرع و إنما يدخل في صلب مهام القاضي، و منطلق هذا الرأي هو إجراء أصحابه التفرقة بين العدل والعدالة، على أساس المساواة المجردة، قائلين العدل يقوم على المساواة المجردة دون العدالة؛ غير أنه يمكن أن تكون المساواة أساساً للوفاق بينهما، إذا كانت المساواة قاضية على النزاع، بيد أنه فوق ذلك قد توجب العدالة أشياء تطغى عن العدل، فالعدالة أعم من العدل، فمرتع وفاقهما هو (التسوية بين المتماثلين) أما موطن الخلاف فيتمثل في (التفرقة بين المختلفين) الذي تختص به العدالة دون العدل، إذن، على المشرع والمجتهد والمفتي والقاضي و غيرهم الإلتزام بالعدالة في عملهم؛ فتراعى العدالة عند سن التشريع و كذلك عند خلوه أو معارضته للمصالح الأكثر إحتراماً.

خامساً: العدالة عند الفلاسفة تعني الإحتكام إلى العقل فحسب، و في القانون الروماني كانت تعني الحياة طبقاً للعقل أيضاً، أو السير في الحكم طبقاً للعقل، و ينطبق نفس الأمر بالنسبة للقانون الإنكليزي، مع ملاحظة التباين في التعبير و ما يعنيه العقل عند الفلاسفة و فقهاء الرومان، و كذلك فقهاء الإنكليز في مجال القانون.

أما في الشريعة الإسلامية فتعني العدالة الإحتكام إلى العقل أيضاً ولكن يجب أن يكون هذا الإحتكام مقروناً بالإلتفات إلى حكمة التشريع، أي المقياس هو العقل والشريعة.

سادساً: إن العدالة في ذاتها حقيقة موضوعية محل إجماع الجميع و لا يمكن إثبات عكسها، أما التعبير عنها حقيقة إعتبارية، و إن كانت محل إتفاق الجميع، إلا أن إثبات عكسها ليس بمستحيل، و هذه الحقيقة في جملتها (أي العدالة ككل) و إن يمكن أن تلمس في جميع الحقائق الموضوعية والإعتبارية، إلا أنها بصورة رئيسة هي مزيج من الحقائق العقلية والحقائق المثالية، والتي لها دور فعل في إنشاء القاعدة القانونية و في تطبيقها، بل و حتى في ترتب بعض الإستثناءات عليها.

سابعاً: إن للقضاء دوراً هاماً في إدراك العدالة، سواء على إعتباره مصدراً رسمياً للقانون، أو بإعتباره مصدراً تفسيرياً، و إذا أقتصر دوره على تطبيق القانون و تفسيره فإنه يسهم في تحقيق العدالة بصورة متفاوتة حسب نصيبه من الإجتهاد، و ذلك من خلال التفسير أو غيره، فيبدو هذا الدور جلياً في نطاق التفسير الواسع أو عند إستنباط الحكم؛ و هذا الدور للقضاء واضح و بيّن في ظل القانون المدني العراقي.

ثامناً: إن المادة الثانية من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ تجعل العدالة، المصدر الأول للقانون العراقي، لأن العدالة هي من ثوابت أحكام الإسلام، لكن مع ذلك ينبغي التسليم بأن هذه العبارة تحتمل تفسيرات مختلفة، غير أن هذا الإختلاف لا يؤثر على منزلة العدالة ضمن هذه الثوابت.

تاسعاً: إن إشتراط العدالة لتولية القضاء في الشريعة الإسلامية، تكمن أهميته في أن هذه الشريعة خشيت من ظلم القاضي إبتداءاً و ما يترتب على هذا الظلم من ضعف ثقة الناس بالقضاء، فبهذا الإشتراط جعلت عنوان القضاء العدالة، و ذلك بالتأكيد يبعث الثقة في نفوس المواطنين و يحد بهم ليأمنوا على القضاء، فيلجؤون إليه في خصوماتهم.

عاشراً: العدالة من حيث هي، واحدة، أما ما قيل، العدالة السياسية، العدالة الإقتصادية، العدالة الإجتماعية، العدالة الشكلية، العدالة الموضوعية، هي طرق التعبير عن العدالة و لا تظهر العدالة إلا بها.

الإقتراحات:

و من الإقتراحات التي نراها ضرورية في هذا الشأن هي:

أولاً: أن يلجأ المشرع إلى الصياغة المرنة لقواعد تشريعه جهد الإمكان بما يراعى تغاير الظروف و تطور الحاجات و للقاضي سلطة يستجيب بها لمقتضيات الإنصاف و يمارس من خلالها الإجتهاد في الرأي، و كذلك أن لا يلجأ المشرع إلى الصياغة الجامدة إلا حيثما تتطلب ذلك المصالح الأساسية للمجتمع و تقتضيه دواعي الإستقرار، و أن يكون هذا في أضيق النطاق كما ينبغي ألا يكون على حساب العدالة و متطلباتها.

ثانياً: أن يترك المشرع للقاضي قدراً ملائماً من السلطة التقديرية يمارسها في الحالات التي يريد المشرع ترك تقدير تفصيلاتها أو معاييرها أو ضوابطها و نطاقها للقاضي نزولاً عند دواعي التطور و مقتضيات العدالة و تقديراً للظروف والبواعث.

ثالثاً: أن يترك المشرع للقاضي سلطة تنظيم المسائل الإستثنائية من حيث وقوعها، و يركز على وضع ضوابط لهذا التنظيم فحسب و على ممارسة رقابة قانونية على سلطة القاضي في هذا الشأن.

رابعاً: على المشرع العراقي أن يراجع المواد التي تتعارض مع مبادىء العدالة، لا سيما في ظل المادة الثانية من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ التي تصبح العدالة في ظلها المصدر الأول للقانون المدني، بحيث إذا تعارض التشريع معها فتقدم العدالة، و

عليه لا بد من مراجعة المواد التي تجيز الفائدة و كذلك مراجعة المادة ١١٥٨ من القانون المدني، بحيث لا يستساغ للحائز سيء النية إكتساب ملك مملوك للغير بالتقادم مهما طالت المدة، لمنافاته متطلبات العدالة.

خامساً: تعديل المادة الأولى من القانون المدني العراقي بحيث تصبح بهذا الشكل (١- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص بمنطوقها أو مفهومها ٢- و إذا لم يجد القاضي حكماً عادلاً في التشريع حكم بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر إستجابة لحكمة هذا القانون، فإذا لم توجد إجتهد برأيه و حكمه في كل الأحوال يخضع لرقابة محكمة التمييز ٣- و تسترشد المحاكم في ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد الأخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية).

وجود حكم قانوني بشأنها، بل أن القاضي المدني ملزم بإيجاد حكم قانوني لها، كي تتحول هذه العلاقة إلى علاقة قانونية.

فإذا حصلت علاقة قانونية فالعمل الرئيس الذي يقوم به القاضي هو تفسير القاعدة القانونية التي ستطبق على تلك العلاقة، لأن فهم القاعدة القانونية لا يقتصر على إدراك المعنى الظاهر القريب الذي يخلص من ألفاظها، بل يقتضي كذلك تحري القصد التشريعي والنزول من ظاهر النصوص إلى مكنوناتها للتعرف على فحواها الحقيقي[1]، فواجب المفسر هو كشف المعنى الحقيقي للقاعدة القانونية محاولاً الوصول إلى روح التشريع حتى يقف على شتى العناصر التي يتألف منها القصد التشريعي[2].

إذن، تفسير القاعدة القانونية أمر ضروري لا مناص منه، هذا من جهة و من جهة ثانية قد يتبادر إلى الذهن أن العدالة تتعارض مع الواقع أو تنافي مبدأ إستقرار المعاملات، لذلك نحاول في هذا المبحث أن نتولى الكلام عن تفسير القاعدة القانونية و علاقة العدالة به، و ذلك في المطلب الأول، و في المطلب الثاني نناقش مسألة تعارض العدالة مع الواقع، هل تتعارض أم لا؟

---

[1] ينظر: د. عبدالحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، المصدر السابق، ص٥٠٩.

[2] ينظر: المصدر المتقدم ذكره، ص٥٠٩.

المطلب الأول

تفسير القاعدة القانونية

سبق أن تعرضنا إلى تعريف التفسير و بيان ما تعلق بدور العدالة فيه، دون الخوض في أنواعه و مذاهبه و نتائجه، فنحاول في هذا المطلب أن نقف على هذه الأمور بشيء من التفصيل و ذلك كالآتي:

الفرع الأول: أنواع التفسير، مذاهبه، نتائجه.

الفرع الثاني: التفسير و العدالة.

الفرع الثالث: أثر العدالة في تفسير القاعدة القانونية.

الفرع الأول

أنواع التفسير، مذاهبه، نتائجه

إن الوقوف على حقيقة هذه الأمور يتطلب تقسيم الفرع على ثلاثة مقاصد كالآتي:

المقصد الأول

أنواع التفسير

يقوم بالتفسير نادراً المشرع نفسه و عادة القضاء والفقه، و نتكلم في أنواع التفسير الثلاثة:

أولاً: التفسير التشريعي:

و هو الذي يصدر من المشرع تفسيراً لقانون سابق لم تهتد المحاكم إلى تبين قصده، و قد أصبح هذا التفسير نادر الوقوع، خلافاً لما كان عليه الحال عند الرومان و في العصور الوسطى، فقد كان هو الطريق الوحيد لتفسير النصوص الغامضة، و كان القاضي يوقف الفصل في النزاع المعروض عليه حتى يصدر المشرع تفسيراً لتشريعه الغامض[1]، والأصل أن يصدر هذا التفسير من نفس السلطة التي أصدرت القانون المراد تفسيره، ولكنه قد يصدر أحياناً بطريق التفويض من السلطة التنفيذية، و ما تصدره من تفسير يعد تفسيراً تشريعياً كذلك[2].

غير أنه يرى البعض[3] أن التفسير التشريعي يتطلب أن يكون هناك تعادل بين العمل التشريعي الأصلي والعمل التشريعي التفسيري، أي لا بد أن يصدر التفسير من السلطة أو الهيئة ذاتها التي صدر عنها التشريع الأول (أو من جهة أعلى) و كذلك أن يتبع في ذلك الإجراءات والشكل الذي تم به التشريع الأصلي، و يكون للتفسير التشريعي ذات آثار التشريع المفسر فيكون ذا أثر عام و ملزم، و هو يفرض نفسه على جميع الجهات القضائية، و من مزاياه أنه يقلع جذور كل شك يكون قد ثار

(1) ينظر: د. عبد الرزاق السنهوري و د. أحمد أبو ستيت، أصول القانون، المرجع السابق، ص٢٣٧. و كذلك؛ د. حسن كيره، المدخل إلى القانون، المصدر السابق، ص٣٩٩.

(2) ينظر إلى كل من: د. رياض القيسي، علم أصول القانون، المصدر السابق، ص٣١٣؛ د. السنهوري و أبو ستيت، أصول القانون، المرجع السابق، ص٢٣٧.

(3) منهم، جميل الشرقاوي و د. عبدالحي حجازي، للمزيد من التفصيل ينظر: جميل الشرقاوي، دروس في أصول القانون، دار النهضة العربية، ١٩٧٢، ص١٩٤؛ د. عبدالحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، المصدر السابق، ص٥١٤.

بشأن تفسير تشريع معين[1]، أما ما هو وجه العدالة في هذا النوع من التفسير؟ فنقول إن العدالة كما تؤثر على المشرع عند وضعه القاعدة الأصلية التي يراد تفسيرها، فإنها تؤثر عليه أيضاً عند قيامه بإصدار تفسير لها.

حقيقة الأمر أن التفسير التشريعي عمل عقلي، والعدالة هي ما يمليه العقل، فالعدالة قد تستوجب من المشرع القيام بتفسير القاعدة التي وضعها، كما تستوجب منه أن يضع أحكاماً للوقائع المرسلة أو الطبيعية.

ثانياً: التفسير القضائي:

تفسير القانون هو من صميم عمل القضاة، فوظيفة القضاة في الدول التي أخذت بالنظام اللاتيني، مثل فرنسا و مصر والعراق تقتصر عادة على تطبيق القانون، دون إنشاء قاعدة قانونية جديدة، خلافاً للدول التي أخذت بالنظام الأنجلو ساكسوني والتي تعمل بمبدأ (السوابق القضائية) فإن حرية القاضي فيها أكبر بكثير من حريته في الدول التي يتبع فيها النظام اللاتيني[2]، إذ القاضي في ظل هذا النظام القانوني ملزم بصورة رئيسة بتطبيق التشريع المكتوب، مع إعطائه قدراً من الحرية في الحالات التي لا يجد بشأنها حكماً في التشريع.

إذا علم ذلك، فتطبيق القانون يصبح من إختصاص القاضي فحسب بل من واجباته في ذات الوقت، و لا يزاحمه في ذلك أحد، و لا يمكنه تطبيق القانون قبل

(1) ينظر: عبدالحي حجازي، المصدر المتقدم ذكره، ص٥١٥.

(2) للمزيد من التفصيل ينظر: د. سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، المصدر السابق، ص٧٤٢؛ محمد رمضان أحمد دور القاضي، المصدر السابق، ص(٣٥٩-٣٦٣).

٣٨) جمال مولود ذيبان، تطور فكرة العدل في القوانين العراقية القديمة، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، ط١، ٢٠٠١.

٣٩) د. جميل الشرقاوي، دروس في أصول القانون، دار النهضة العربية، ١٩٧٣.

٤٠) الحافظ أبي داود، سليمان بن الأشعث السجستاني (ت ٢٧٥هـ)، سنن أبي داود، تحقيق و تعليق: سعيد محمد اللحام، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ط١، ١٤١٠هـ-١٩٩٠م، طبعة جديدة منقحة و مفهرسة، المجلد الثاني (٣-٤).

٤١) د. حسن علي ذنون، فلسفة القانون، مطبعة العاني، بغداد، ط١، ١٩٧٥م.

٤٢) د. حسن كيره، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الأسكندرية، دون سنة نشر.

٤٣) حسن محمد أبو السعود، مذكرات في أصول القانون، مطبعة التفيض الأهلية، بغداد، ١٩٤٠هـ-١٩٤١م.

٤٤) د. حمدي عبدالرحمن، فكرة القانون، دار الفكر العربي، ١٩٧٩.

٤٥) خيرالدين الزركلي، الأعلام، قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين والمستشرقين، بيروت، ١٩٧٩، ج ٣.

٤٦) د. رياض القيسي، علم أصول القانون، بيت الحكمة، بغداد، ط١، ٢٠٠٢.

٤٧) د. سليمان مرقس، المدخل للعلوم القانونية، القسم الأول، نظرية القانون، ط٣، ١٩٧٥.

٤٨) د. سليمان مرقس، محاضرات في فلسفة القانون، ملقية على طلبة الدراسات العليا بجامعة بغداد، ١٩٦٩، مكتوبة على الآلة الكاتبة.

٤٩) د. سمير عبدالسيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الأسكندرية، ١٩٨٦.

٥٠) د. سمير عبدالسيد تناغو، مصادر الإلتزام، منشأة المعارف، الأسكندرية، ٢٠٠٥.

٥١) د. السيد عبدالحميد فوده، الإفتراض القانوني بين النظرية و التطبيق، دار الفكر الجامعي، الأسكندرية، ط١، ٢٠٠٣م.

٥٢) د. السيد عبدالحميد فوده، جوهر القانون بين المثالية و الواقعية، دار الفكر الجامعي، الأسكندرية، ٢٠٠٥.

٥٣) سيف الدين الآمدي، غاية المرام في علم الكلام، تحقيق: حسن محمود عبداللطيف، مطابع الأهرام التجارية، القاهرة، ١٣٩١هـ-١٩٧١م.

٥٤) شرح رمضان أفندي على شرح التفتازاني على العقائد النسفية، مطبعة الحاج محرم أفندي، ١٢٩٣.

٥٥) د. صبيح مسكوني، تأريخ القانون العراقي القديم، مطبعة شفيق، بغداد ط١، ١٩٧١.

٥٦) د. صلاح الدين الناهي، العدالة في تراث الرافدين و في الفكرين اليوناني و العربي الإسلامي، دار العربية للموسوعات، بيروت، ط١، ١٩٨٤.

٥٧) د. صلاح الدين عبدالفتاح الخالدي، سيرة آدم (عليه الصلاة و السلام)، مؤسسة الوراق للنشر و التوزيع، عمان-الأردن، ط١، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م.

٥٨) صمويل كريمر، من ألواح سومر، ترجمة: طه باقر، تقديم و مراجعة د. أحمد فخري بالإشتراك مع مؤسسة فرانكلين للطباعة و النشر، مكتبة مثنى ببغداد و مؤسسة الخانجي بالقاهرة، دون سنة نشر.

٥٩) د. صوفي حسين أبوطالب، تأريخ النظم القانونية و الإجتماعية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨.

٦٠) د. صوفي حسين أبوطالب، مبادئ تأريخ القانون، القاهرة، ١٩٦٥.

٦١) ضياء شيت خطاب و إبراهيم المشاهدي و عبدالمجيد الجنابي و عبدالعزيز الحساني و غازي إبراهيم الجنابي، القانون المدني رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) مع مجموعة الأعمال التحضيرية، مطبعة الزمان، بغداد، ١٤١٩هـ-١٩٩٨م.

٦٢) ضياء شيت خطاب، فن القضاء، منشورات معهد البحوث و الدراسات العربية، بغداد، ١٩٨٤.

٦٣) طه باقر، مقدمة في تأريخ الحضارات القديمة، دار الشؤون الثقافية، بغداد، ١٩٨٦، ج١.

٦٤) عامر سليمان، القانون في العراق القديم، وزارة التعليم العالي، جامعة الموصل، ط١، ١٩٧٧.

٦٥) د. عباس العبودي، تأريخ القانون، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، ط١، الإصدار الثالث، ١٩٩٨.

٦٦) د. عباس العبودي، شريعة حمورابي، دراسة قانونية مقارنة مع التشريعات الحديثة، مطابع التعليم العالي، وزارة التعليم العالي، جامعة الموصل، بلا سنة نشر.

٦٧) د. عبدالباقي البكري، المدخل لدراسة القانون و الشريعة الإسلامية، مطبعة الآداب، النجف الأشرف، ١٣٩٢هـ-١٩٧٢م، ج١.

٦٨) القاضي عبدالجبار أحمد المعتزلي، شرح أصول الخمسة، تحقيق: د. عبدالكريم أحمد عثمان، مطبعة الإستقلال الكبرى، القاهرة، ط١، نيسان ١٩٦٥.

٦٩) القاضي عبدالجبار بن أحمد الهمداني المعتزلي، المغني في أبواب العدل و التوحيد، تحقيق: د. أحمد فؤاد الأهواني، مراجعة: د. إبراهيم المدكور، إشراف: د. طه حسين، وزارة الثقافة و الإرشاد القومي، المؤسسة المصرية العامة للتأليف و الترجمة و الطباعة و النشر، ١٣٨٢هـ-١٩٦٢م.

٧٠) د. عبدالحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، (القانون) وفقاً للقانون الكويتي (دراسة مقارنة)، مطبوعات جامعة الكويت، كلية الحقوق و الشريعة - القانون الخاص، ١٩٧٢.

٧١) د. عبدالرحمن البزاز، أبحاث و أحاديث في الفقه و القانون، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٨.

٧٢) د. عبدالرحمن البزاز، الموجز في تأريخ القانون، مطبعة الرشيد، بغداد، ط١، ١٣٦٨هـ-١٩٤٩م.

٧٣) د. عبدالرحمن البزاز، مبادىء أصول القانون، مطبعة العاني، ط٢ (منقحة)، ١٣٧٧هـ-١٩٥٨م.

٧٤) د. عبدالرحمن البزاز، مبادىء القانون المقارن، مطبعة العاني، بغداد، ط١، ١٣٦٨هـ-١٩٦٧م.

٧٥) عبدالرحمن بن جادالله البناني (ت ١١٩٨هـ)، حاشية البناني على شرح المحلي على جمع الجوامع، مطبعة مصطفى البابي و أولاده، مصر، ١٣٥٦هـ-١٩٣٧م.

٧٦) عبدالرزاق أحمد السنهوري و د. أحمد حشمت أبو ستيت، أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٥٢.

٧٧) د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط٣، ١٩٩٨.

٧٨) عبدالرضا الطعان، تأريخ الفكر السياسي في العراق القديم، دار الرشيد للنشر، بغداد، ١٩٨١.

٧٩) د. عبدالسلام الترمانيني، القانون المقارن و المناهج القانونية الكبرى المعاصرة، جامعة الكويت، ط٢، ١٤٠٢هـ-١٩٨٢م.

٨٠) د. عبدالسلام الترمانيني، الوسيط في تاريخ القانون و النظم القانونية، ط٣، ١٤٠٢هـ-١٩٨٢م.

٨١) د. عبدالسلام الترمانيني، نظرية الظروف الطارئة، دراسة تأريخية و مقارنة للنظرية في الشريعة الإسلامية و الشرائع الأوروبية و تطبيقات النظرية في البلاد العربية، دار الفكر، ١٣٩١هـ-١٩٧١م.

٨٢) عبدالعزيز السهيل، أحكام القضاء العراقي على مواد القانون المدني، مطبعة أوفسيت دار التضامن و الطباعة و التجارة و النشر، بغداد، ١٩٦٢، (مجموعة القرارات القضائية).

٨٣) د. عبدالعزيز العزام، القواعد الفقهية، مكتبة الرسالة الدولية، ٢٠٠٠-٢٠٠١م.

٨٤) د. عبدالعزيز شوكت، البدر الساطع في أصول النظم و الشرائع، مكتبة النصر، مصر، ١٩٩١.

٨٥) د. عبدالله مصطفى النقشبندي، علم أصول القانون، بغداد، ١٩٩٦.

٨٦) د. عبدالمجيد الحكيم و عبدالباقي البكري و محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الإلتزام في القانون المدني العراقي، وزارة التعليم العالي و البحث العلمي، جامعة بغداد، ١٩٨٠.

٨٧) د. عبدالمجيد محمد الحفناوي و د. عكاشة محمد عبدالعال، تأريخ النظم الإجتماعية و القانونية و القانون الروماني، دار الجامعية، بيروت، ١٩٨٩.

٨٨) د. عبدالملك عبدالرحمن السعدي، شرح النسفية في العقائد الإسلامية، مطبعة بغداد، ط١، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م.

٨٩) د. عبدالمنعم درويش، مقدمة في تأريخ النظم القانونية و الإجتماعية، ط١، ١٩٩٧، دون مكان النشر.

٩٠) د. عصمت عبدالمجيد بكر، أصول تفسير القانون، صباح صادق جعفر، ط١، ٢٠٠٤.

٩١) عضدالدين عبدالرحمن بن أحمد الايجي، المواقف في علم الكلام، دار الطباعة العامرة، الإستانة، ١٣١١هـ.

٩٢) علي بن أحمد الشوكاني (ت ١٢٥٠هـ)، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، مطبعة مصطفى البابي، مصر، بلا سنة.

٩٣) د. علي حسين نجيدة، المدخل لدراسة القانون (نظرية القانون)، دار الفكر العربي، ١٩٨٤.

٩٤) د. علي محمد جعفر، نشأة القوانين و تطورها (مدخل إلى دراسة القوانين القديمة-القانون الروماني-الشريعة الإسلامية)، مؤسسة مجد الجامعية للطباعة و النشر، بيروت، بلا سنة.

٩٥) د. علي محي الدين علي القرداغي، مبدأ الرضا في العقود، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط٣، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٢.

٩٦) د. عمر ممدوح مصطفى، أصول تأريخ القانون، مطبعة معهد وون بوسكو، الأسكندرية، ١٣٨٠هـ-١٩٦١م.

٩٧) فوزي رشيد، الشرائع العراقية القديمة، دار الرشيد للنشر، بغداد، ١٩٨٦.

٩٨) كمال الدين محمد بن عبدالواحد بن عبدالحميد إبن الهمام، المسايرة في العقائد المنجية في الآخرة، المطبعة الأميرية، مصر، ١٣١٧هـ.

٩٩) ل. دولايورت، بلاد ما بين النهرين (حضارة بابل و آشور)، تعريب: مارون الخوري، دار الروائع الجديدة، بيروت، بلا سنة نشر.

١٠٠) مالك بن أنس، المدونة الكبرى، دار صادر للنشر، بيروت، دون سنة النشر.

١٠١) د. مالك دوهان حسن، المدخل لدراسة القانون، مطبعة الجامعة، بغداد، ١٩٧٢، ج١.

١٠٢) مجموعة من المؤلفين، شريعة حمورابي و أصل التشريع في الشرق القديم، دراسة مقارنة مع النصوص الكاملة، ترجمة: أسامة سراس، العربي للطباعة و النشر و التوزيع، ط١، دون سنة النشر.

١٠٣) د. مجيد خدوري، مفهوم العدل في الإسلام، ترجمة: دار الحصاد، دار الكلمة للنشر و التوزيع، سوريا، ط١، ١٩٩٨ دون سنة النشر.

١٠٤) محمد بن محمد الحسيني الزبيدي ، إتحاف السادة المتقين بشرح إحياء علوم الدين ، دار الكتب العلمية ، بيروت _ لبنان ، ط ١ ، ١٩٨٩ م .

١٠٥) د. محمد أحمد الكزني، الميراث و الوصية في الشريعة الإسلامية و القانون (باللغة الكردية)، مطبعة جامعة صلاح الدين، أربيل، ط٢، ١٤٢٢هـ-٢٠٠٢م.

١٠٦) الشيخ محمد أحمد عبدالعزيز بن علي الفتوحي المعروف بإبن النجار (ت ٩٧٢هـ)، شرح الكوكب المنير المسمى بمختصر التحرير، تحقيق: محمد الزحيلي، د. نزيه حماد، مكتبة العبد ١٤١٣هـ-١٩٩٣م.

١٠٧) د. محمد بخيت المطيعي، سلم الوصول لشرح نهاية السول، عالم الكتب، بيروت، ١٩٨٢.

١٠٨) الشيخ محمد بن الحسن الحر العاملي (ت ١١٠٤هـ)، وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة، تحقيق: مؤسسة آل البيت لإحياء التراث، بيروت، ط٢، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م.

١٠٩) محمد بن يوسف العامري النيسابوري المعروف بـ(أبي الحسن إبن أبي ذر) المتوفي ١٣٨١هـ ، السعادة و الإسعاد في السيرة الإنسانية، إنتشارات دانشكاه طهران، ١٣٣٦هـ . ش.

١١٠) د. محمد جعفر، تأريخ القوانين و مراحل التشريع الإسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، بيروت، ط٢، ١٤٠٩هـ-١٩٧٩م.

١١١) د. محمد سعود المعيني، أثر التقادم في الفقه الإسلامي، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٩٠.

١١٢) د. محمد سعود المعيني، النظرية العامة للتقادم في الفقه الإسلامي، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٨٩.

١١٣) محمد سعيد العشماوي، روح العدالة، دون مكان نشر و سنة النشر.

١١٤) د. محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط٢، ١٣٩٧هـ-١٩٧٧م.

١١٥) د. محمد شريف أحمد، فكرة القانون الطبيعي عند المسلمين، دار الرشيد للنشر، بغداد، ١٩٨٠.

١١٦) د. محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، مطبعة جامعة صلاح الدين، أربيل-كوردستان، ط٢، مزيدة و منقحة، ٢٠٠٦.

١١٧) د. محمد عبدالهادي الشقنقيري، محاضرات في تأريخ النظم القانونية و الإجتماعية، القاهرة، ١٩٩٤.

١١٨) د. محمد علي الصافوري، النظم القانونية القديمة لدى اليهود و الإغريق و الرومان، دون مكان و سنة النشر.

١١٩) د. محمد محسوب، أزمة العدالة العقدية في القانون الروماني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.

١٢٠) د. محمد مصطفى شلبي، أصول الفقه الإسلامي، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ط٤، ١٩٨٣.

١٢١) د. محمد معروف الدوالبي، المدخل إلى علم أصول الفقه، مطبعة جامعة دمشق، دمشق، ط٣، ١٩٥٩.

١٢٢) محمد نور فرحان، تأريخ النظم الإجتماعية و القانونية، دار الثقافة للطباعة و النشر، القاهرة، ١٩٧٩.

١٢٣) د. محمود جمال الدين زكي، دروس في مقدمة الدراسات القانونية، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، ط٢، ١٩٦٩.

١٢٤) د. محمود كامل أحمد، مفهوم العدل في تفسير المعتزلة للقرآن الكريم، دار النهضة العربية للطباعة و النشر، بيروت، ١٩٨٣.

١٢٥) مرتضى المطهري، العدل الإلهي، ترجمه إلى العربية: محمد عبدالمنعم الخاقاني، قم-إيران، ط٣، ١٤٠٥هـ .

١٢٦) د. مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الميراث و الوصية في الفقه الإسلامي المقارن و القانون، شركة الخنساء للطباعة المحدودة، بغداد، ط٢، مزيدة و منقحة، ٢٠٠٠.

١٢٧) د. مصطفى إبراهيم الزلمي، أصول الفقه الإسلامي في نسيجه الجديد، مطبعة أوفسيت

١٣٢) د. مصطفى العوجي، القاعدة القانونية في القانون المدني، مؤسسة بحسون للنشر و التوزيع، بيروت، ١٩٩٢.

١٣٣) د. مصطفى سيد أحمد صقر، فلسفة العدالة عند الإغريق و أثرها على فقهاء الرومان و فلاسفة الإسلام، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٨٩.

١٣٤) د. مصطفى سيد أحمد صقر، فلسفة و تأريخ النظم القانونية و الإجتماعية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٩٥.

١٣٥) د. منذر الشاوي، فلسفة القانون، مطبوعات المجمع العلمي العراقي، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م.

١٣٦) د. منذر الفضل، أصول القانون الفرنسي و البريطاني، دراسة مقارنة مع القانون الإسلامي، دار ئاراس للطباعة و النشر، أربيل-كردستان العراق، ط٢، ٢٠٠٤.

١٣٧) الشيخ ناصر مكارم الشيرازي، الأمثل في تفسير كتاب الله المنزل، مؤسسة البعثة، بيروت، ط١، ١٤٣١هـ-١٩٩٢م.

١٣٨) د. نعيم عطية، القانون و القيم الإجتماعية، دراسة في فلسفة القانون، المكتبة الثقافية، القاهرة، ١٩٧١.

١٣٩) د. هاري ساكز، عظمة بابل موجز حضارة وادي الرافدين القديمة، ترجمة: د. عامر سليمان، دار الكتب للطباعة و النشر، بلا سنة نشر.

١٤٠) د. هاشم الحافظ، تأريخ القانون، دار الحرية، بغداد، ١٩٨٠.

١٤١) هانز كلسن، النظرية المحضة في القانون، ترجمة: د. أكرم الوتري.

١٤٢) هاتم إبراهيم يوسف، أصل العدل عند المعتزلة، تقديم: د. عاطف العراقي، دار الفكر العربي، ط١، ١٤١٣هـ-١٩٩٣م.

١٤٣) د. هلالي عبدالإله أحمد، الحقيقة بين الفلسفة العامة و الإسلامية و فلسفة الإثبات الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٢، بلا سنة نشر.

١٤٤) هنري فرانكفورت، فجر الحضارة في الشرق الأدنى، ترجمة: ميخائيل خوري، بيروت، ١٩٦٥.

١٤٥) د. يوسف القرضاوي، السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة و مقاصدها، مكتبة وهبة، القاهرة، بلا سنة النشر.

• المعاجم و القواميس:

١٤٦) إبن منظور، لسان العرب، دار المعارف، المجلد الرابع (ش-ع)، دون سنة النشر.

١٤٧) أبي القاسم الحسن بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني (٥٠٢هـ)، المفردات، تحقيق و ضبط: محمد سيد كيلاني، دار المعرفة، بيروت-لبنان، دون سنة النشر، كتاب العين.

١٤٨) إسماعيل بن حماد الجوهري، معجم الصحاح، إعتنى به خليل مأمون شيحا، دار المعرفة، بيروت، ط١، ١٤٢٦هـ-٢٠٠٥م.

١٤٩) جيرار كورنو، معجم المصطلحات القانونية، ترجمة: منصور القاضي، مؤسسة (مجد) الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، بيروت، ط١، ١٤١٨هـ-١٩٩٨م.

١٥٠) الشريف علي بن محمد الجرجاني، كتاب التعريفات، دار إحياء التراث العربي للطباعة و النشر، بيروت-لبنان، ط١، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م.

١٥١) مجد الدين الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار المعرفة، بيروت-لبنان، المجلد الرابع، فصل العين، باب اللام، دون سنة النشر.

١٥٢) معجم فقه الجواهر، الغدير للطباعة و النشر، لبنان، ط١، ١٤١٨هـ- ١٩٩٧م، ج٤.

• البحوث و المقالات:

١٥٣) باسم طه جاسم، رسالة الخليفة عمر بن الخطاب (رضى الله عنه) إلى أبي موسى الأشعري في القضاء، بحث منشور في مجلة المجمع العلمي، بغداد، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٣م، المجلد الخمسون، ج١.

١٥٤) د. جاسم علي الشامسي، دور الشريعة الإسلامية و الفقه الإسلامي كمصدر لقانون المعاملات المدنية الإماراتي، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة (٢٣)، العدد الأول، ذو الحجة ١٤١٩هـ- مارس١٩٩٩م.

١٥٥) د. حسن أحمد بغدادي، النقص الفطري في أحكام التشريع، بحث منشور في مجلة القضاء العراقية، بغداد، العددان (٤، ٥)، كانون أول ١٩٤٥، السنة الرابعة.

١٥٦) د. شمس الدين الوكيل، نظرات في فلسفة القانون، بحث منشور بمجلة الحقوق للبحوث و الدراسات القانونية، السنة الثانية عشر (١٩٦٢-١٩٦٣)، العددان (٣، ٤)، جامعة الأسكندرية، ١٩٦٣.

١٥٧) شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقود، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون في جامعة صلاح الدين، رمضان ١٤٢٧هـ- أيلول ٢٠٠٦م.

١٥٨) ضياء شيت خطاب، مصادر القانون المدني، بحث منشور في مجلة القضاء، العدد الثاني، السنة الرابعة عشر، نيسان ١٩٥٦، مطبعة العاني، بغداد.

١٥٩) د. عباس العبودي، مدى سلطة القاضي المدني في التفسير المتطور للقانون، مجلة الرافدين للحقوق، كلية القانون، جامعة الموصل، العراق، العدد الثامن، ذو الحجة ١٤٢٠هـ- آذار ٢٠٠٠م.

١٦٠) د. عبدالباقي البكري، مبادىء العدالة مفهومها و منزلتها و وسائل إدراكها، مجلة العلوم القانونية و السياسية، كلية القانون و السياسة، جامعة بغداد، دار العربية، بغداد، عدد خاص بمناسبة الإحتفال باليوبيل الماسي للكلية، مايس ١٩٨٤.

١٦١) د. عبدالحكيم بن يوسف الخليفي، التحسين و التقبيح العقليان عند الحنفية بحثاري من علم الكلام إلى فلسفة التشريع، بحث منشور في مجلة الشريعة و الدراسات الإسلامية، كويت، السنة السابعة عشر، العدد (٤٨)، ذو الحجة ١٤٢٢هـ-مارس ٢٠٠٢.

١٦٢) د. علي جمعة محارب، دور الإجتهاد القضائي في تطوير القاعدة القانونية، بحث منشور في مجلة القضاء العراقية، العددان (١، ٢)، السنة (٤٦)، مطبعة الشعب، بغداد، ١٩٩١.

١٦٣) أستاذنا د. فاروق عبدالله كريم، أساس التشابه في بعض الأحكام بين الشريعة الإسلامية و ما سبقها من التشريعات السماوية و الوضعية، بحث منشور في مجلة زانكو، العدد الخاص لوقائع المؤتمر العلمي الثالث (الدراسات الإنسانية في جامعة صلاح الدين-أربيل المنعقدة بتأريخ ٣-٤ حزيران ١٩٩٧) في أربيل (كردستان)، مطبعة جامعة صلاح الدين، أربيل، ١٩٩٨/٨/٨.

١٦٤) أستاذنا د. فاروق عبدالله كريم، الإستحسان و نماذج من تطبيقاته في الفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية العلوم الإسلامية بجامعة بغداد، ١٤١٦هـ-١٩٩٥م.

١٦٥) محمد أحمد رمضان، دور القاضي في إنشاء القاعدة القانونية المدنية، رسالة ماجستير، كلية القانون و السياسة-جامعة بغداد، محرم ١٤٠٦هـ-أيلول ١٩٨٥م.

١٦٦) مشكاة صبيح عبدعلي المؤمن، مبادىء العدل و الإنصاف كمصدر للقانون الدولي العام، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون-جامعة بغداد، ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م.

• الدوريات:

١٦٧) الوقائع العراقية، العدد (٢٦٢١) في ١٤/ ١١/ ١٩٧٧.

١٦٨) الوقائع العراقية، العدد (٢٩٧٤) في ٢/ ١/ ١٩٨٤.

• القوانين:

١٦٩) الدستور العراقي لسنة (٢٠٠٥) النافذ حالياً.

١٧٠) قانون الجنسية العراقية رقم (٤٣) لسنة (١٩٦٣).

١٧١) القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة (١٩٧٦).

١٧٢) القانون المدني التركي لسنة (١٩٢٦)، تعريب: خالد الشابندر، مطبعة النجاح، بغداد، ١٣٤٥هـ-١٩٢٦م.

١٧٣) القانون المدني السوري رقم (٨٤) لسنة (١٩٤٩).

١٧٤) القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١).

١٧٥) القانون المدني الفرنسي لسنة (١٨٠٤).

١٧٦) القانون المدني المصري رقم (٣١) لسنة (١٩٤٨).

١٧٧) القانون المدني اليمني رقم (١٩) لسنة (١٩٩٢).

- المصادر الإنكليزية:

178) A. P. Dentreves, Natural law, May Flower Press, Britain, pz, 1952.

179) Anthony de Tasay, Justice and it's Surroundings, Liberty Fund, Indianapolis, a magi.

180) Aristotle, The Nicomachean Ethics, translated by F. H. Peters, M.A. Kegan paul Trench, Trubner and Co. Ltd, London, Fifth Edition, 1893.

181) D. J. Wiseman, Law and order in the Old Testament times, Vox Evangelica, 1973.

182) David Schmiditz, Elements of justice, Cambridge University Press.

183) G. W. Keeton, an Introduction to Equity, London, 1938.

184) George Barton, The Royal Inscription of summer and Akkad, Now Haven, Vol, 1.

185) H. L. A. Hart, The concept of law, Oxford University Press, Second Edition.

186) Harbert Spencer, Justice, London, 1891.

187) Immanuel Kant, The philosophy of law, translated from the German by Hasite, B. D, Edinburughi, 1887.

188) John Rawls, A theory of Justice, Revised Edition, Harvard University Press, second printing, 2000.

189) M. Cherif Bassiouni and Gamal M. Badr, The Shariah: sources, Introduction, and rule-making, UCLAE Journal of Islamic and near Eastern Law, Spring/ Summer 2002, No. 2 Vol. 1.

190) William Geldart, Introduction to English laws, Oxford University Press, Ninth Edition, 1985.

- المواقع الالكترونية:

١٩١) مفهوم العدالة في كلمات الإمام علي، المتاح على هذا الموقع الألكتروني:

http://www. islamicFeqh.com

١٩٢) جاء الخبر أن فرنسا تتراجع عن قانون العمل المثير للجدل في ١٠/ ٥/ ٢٠٠٦:

http://arabic.cnn.com/2006/business/4/lo France.law/index.htm

193) Noah Feldman, Equity in History, obtainable on this site:

http://www.law.nyu.edu/clppt/program2002/readings/Feldman/pdf.

194) Wojciech Saduriski, social justice and legal justice, on this site:

www.Jstor.org

١٩٥) محمد تقي مصباح اليزدي، أصل الحقوق و منشؤها، متاح على هذا الموقع:

http://www.chdrap.net/text/index.htm.

196) Mark Greenberg, how facts make law, on this site:

www.law.nyu.edu/clppt/program2002/readings/greenberg-facts mak law.

197) Dworkin, Interpretation, morality and truth, on this site:

www.law.nyu.edu/clppt/program2002/readings/dworkin/dworkin.pdf

198) www.al-islam.com



منشورات مكتب

الفكر والوعي

٣٢٥.	حـــول الفـــدراليـــه ، النظامـــان الســـويـــسرى و العراقـــى ـ دراســـه مقارنه	كاوسين بابكر	٢٠١٠
٣٢٦.	المركز القانوني الدولي للقوات المتعددة الجنسيات في العراق	عبدالصمد رحيم كريم زنگنه	٢٠١٠
٣٢٧.	جلال طالباني ـ مواقف وآراء	صلاح برواري	٢٠١٠
٣٢٨.	قراءة البعث للفاشية التأريخية	آليرت عيسى	٢٠١٠
٣٢٩.	٢٠١٠ سالى كونگرەى رووبەروبوونەوە	حاكم قادر حەمەجان عەزيز	٢٠١٠
٣٣٠.	پرۆژەى مەكتەبى بيرهۆشيارى بۆ دارشتنى بەرنامەى يەكيتيى	عوسمان حەمە رەشيد گوورون	٢٠١٠
٣٣١.	ئاغاو شێخ و دەوڵەت	د. كورەز عەلى	٢٠١٠
٣٣٢.	مێژووى فەلسەفە	لەسويديپيەوە. عوسمان حەمە رەشيد گوورون	٢٠١٠
٣٣٣.	طالباني، جورج واشنطن العرا ق	خليل عبدالله ترجمة الى العربية : حسن شندي	٢٠١٠

وزارة الثقافة
دار الكتب والوثائق
قسم التبادل والاهداء
رقم السجل ٨١٦
تاريخ الورود ٨١/٩/٥



دار الكتب والوثائق
المكتبة الوطنية - بغداد
رقم التصنيف ٥٤٧٧٧٧
رقم الجرد
التاريخ / / ٢٠٠

٣٤٦,٠٠٤
أ ٥٨٧

إن لكل مجتمع مستنير أغراضاً معينة متماسكة (منسجمة) إنسجاما مع بعضها يجسد القانون في نظر فلسفة ذلك المجتمع، بيد أن هذا لا ينفي وجود هدف أعم من ذلك يسعى إليه القانون أو ينبغي أن يسعى إليه في كل مكان، و ذلك الهدف هو العدالة، فالعدالة تعد أهم قضايا الإنسان الرئيسة التي شغلت و تشغل دائماً و أبداً بال العالم، فهي قضية الحكام والحكماء والمحكومين في وقت واحد، و هي عالمية الحمل أبدية الوجود، وأهمية العدالة تكمن في انها تعود مناصريها أن لا يرضوا بالقليل ، أن لا يغنوا بالماضي ، أن لا يحمدوا على الحاضر ، أن لا يحلموا بالمستقبل، بل تعلمهم أن يصبحوا الماضي ذريعة لتحسين الحاضر، وهذا الأخير لتملك المستقبل .

سعر ٤٠٠٠ دينار

من منشورات مكتب الفكر والوعي في الإتحاد الوطني الكردستاني

٢٠١٠