

الكلام في الشريعة والقانون

معيار القضاة
لتحقيق العدل والمساواة
الصلة بين المنطق والقانون

ألكسندر
مصطفى الزهير الكندي
الأستاذ المتمرس في الشريعة والقانون

الطبعة الاولى ٢٠١٤

كتابان في مجلد واحد

معين القضاة لتحقيق العدل والمساواة

الصلة بين المنطق والقانون

معين القضاة لتحقيق العدل و المساواة

تأليف

الدكتور مصطفى ابراهيم الزلي

الاستاذ المتمرس في الشريعة والقانون

طبعت على نفقة
السيد رئيس وزراء حكومة اقليم كردستان العراق
الاستاذ نيچيرخان البارزاني المحترم

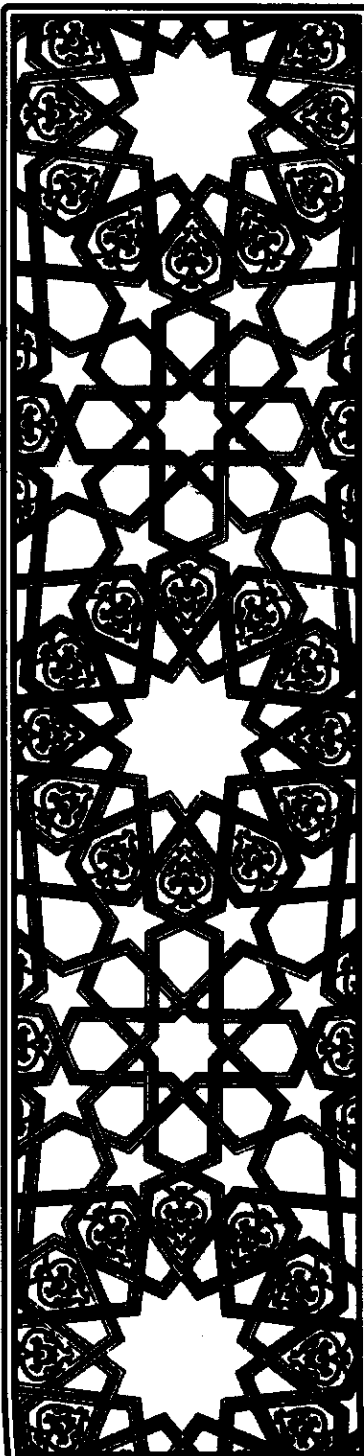
معين القضاة لتحقيق العدل والمساواة

تأليف : البروفيسور مصطفى ابراهيم الزلي
الناشر: نشر احسان للنشر و التوزيع
الطبعة الأولى ٢٠١٤ - ١٤٣٥
مدير المشروع: ريدار رؤوف احمد
تصميم : جمعة صديق كاكه
المشرف على الطبع: ياسر يعقوبي

رقم الإيداع : ١٠٤٤ - ٢٠١٠
رقم الدولي (ISBN) للمجموعة:
978-600-349-006-2
رقم الدولي (ISBN) للكتاب:
978-600-349-026-0

الموقع: <http://zalmi.org/arabic>
الايمل: dr.alzalmi@gmail.com
فيسبوك: [facebook.com/dr.alzalmi](https://www.facebook.com/dr.alzalmi)

يمنع طبع أو اخراج هذا الكتاب أو أي جزء منه بأي شكل من اشكال الطباعة أو
النسخ أو التصوير أو الترجمة إلى أي لغة، إلا بأذن خطي من المؤلف



﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ
أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ
تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ
اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا﴾ (٥٨)

سورة النساء / ٥٨

إِذَا حَكَمَ الْحَاكِمُ فَاجْتَهَدَ فَأَصَابَ
فَلَهُ أَجْرَانِ، وَإِذَا حَكَمَ فَاجْتَهَدَ
فَأَخْطَأَ فَلَهُ أَجْرٌ

صحيح ابن حبان، برقم (٥٠٦٠)، ١١ / ٤٤٥

الفهرس

١١	المقدمة
١٣	الفصل الأول: مؤهلات ممارسة القضاء
١٥	المبحث الأول: المؤهلات الذاتية
١٧	ثانياً: المؤهلات السلوكية
١٩	المبحث الثاني: المؤهلات المكتسبة
١٩	المرحلة الأولى: الدراسات النظرية القانونية الأولية
٢٠	المرحلة الثانية: ممارسة الأعمال القانونية
٢١	المرحلة الثالثة: إكتساب الاحلية القضائية من دراسات المعهد القضائي
٢٥	الفصل الثاني: التزامات القضاء وحقوقهم
٢٧	المبحث الأول: التزامات القضاء
٣١	المبحث الثاني: حقوق القاضي
٣٥	الفصل الثالث: طرق الاستنباط والتكييف
٣٧	المبحث الأول: طرق استنباط الاحكام القضائية من النصوص
٤٥	المبحث الثاني: تكييف التصرفات والوقائع
٤٦	تطبيقات التكييف
٤٦	اولاً: من تطبيقات التكييف في القضايا المدنية تكييف العقد
٥١	ثانياً: من تطبيقات التكييف في المسائل الجزائية
٥٤	تدارك خطأ القاضي في التكييف:
٥٤	أنواع التكييف:
٥٥	الفصل الرابع: التفسير والتأويل
٥٧	المبحث الأول: التفسير
٥٧	اولاً: من حيث القصد اللفظي و تنبيهي
٥٧	ثانياً: من حيث العلم بوجود مفردات المعرف خارج الذهن وعدم وجوده:
٥٨	ثالثاً: التفسير المنطقي

٦٢	رابعاً: التفسير العلمي
٦٢	خامساً: التفسير المنطقي
٦٦	المبحث الثاني: التأويل
٦٦	مجال التأويل:
٦٧	شروط التأويل
٧٥	الفصل الخامس: الاستعانة بالغير
٧٧	المبحث الأول: الاستعانة بالطب العدلي
٨١	المبحث الثاني: الاستعانة بأهل الخبرة والاختصاص
٨٧	الفصل السادس: المنطق القانوني
٨٩	المبحث الأول: المنطق القانوني في التصورات
٨٩	التصورات والتصديقات
٩١	البدهي والنظري
٩١	التصورات مبادئها ومقاصدها
٩١	أولاً: مبادئ التصورات
٩٦	ثانياً: مقاصد التصورات
٩٩	المبحث الثاني: المنطق القانوني في التصديقات
٩٩	أولاً: مبادئ التصديقات
١٠٠	اقسام العملية
١٠٢	التناقض بين المقدمات (القضايا)
١٠٤	ثانياً: مقاصد التصديقات
١٠٩	الفصل السابع: المنطق القضائي
١١١	المبحث الأول: الترجيح والمرجحات
١١١	شروط الترجيح
١١٢	الترجيح والمصطلحات ذات الصلة
١١٤	رفع التعارض بين الأدلة
١٢٠	المبحث الثاني: الاقتناع القضائي والأدلة المقنعة
١٢١	المنطق والاقتناع القضائي
١٢٣	المبحث الثالث: تعرض الحكم القضائي للطعن
١٢٧	الفصل الثامن: فلسفة القانون تشريعاً وتطبيقاً وتنفيذاً
١٢٩	المبحث الأول: فلسفة القانون تشريعاً
١٣٣	المبحث الثاني: فلسفة القانون تطبيقاً

١٣٣	أولاً: تحقيق المساواة.....
١٣٣	أ- المساواة في القانون.....
١٣٥	ب- المساواة أمام القضاء.....
١٣٦	ثانياً: تحقيق العدالة.....
١٣٧	العدالة المطلقة والعدالة النسبية.....
١٣٨	العدالة التوزيعية والعدالة التبادلية.....
١٣٨	تقويم التقسيم.....
١٣٩	الترقية بين العدل والعدالة.....
١٤٠	المبحث الثالث: فلسفة القانون تنفيذاً.....
١٤٣	الفصل التاسع: مبادئ العدالة وآداب القضاء في الإسلام.....
١٤٥	المبحث الأول: مبادئ العدالة في الإسلام.....
١٤٦	أولاً: مبدأ عدم تقييد القاضي بحرفية النص.....
	ثانياً: مبدأ صلاحية القاضي تخصيص عموم النص وتقييد مطلقه بالمصلحة
١٤٧	كلما دعت العدالة الى ذلك.....
١٤٨	ثالثاً: مبدأ دوران الحكم مع علته وجوداً وعدماً.....
١٤٩	رابعاً: مبدأ عدم تفويت تطبيق حكم النص لمصلحة أهم.....
١٥٠	خامساً: مبدأ عدم تغيير حكم القاضي للواقعة.....
١٥١	سادساً: مبدأ المعاملة بنقيض القصد السيء.....
١٥٣	سابعاً: مبدأ تغير الاحكام بتغير الزمان.....
١٥٤	ثامناً: مبدأ عدم صلاحية القاضي في استحداث الجريمة والعقوبة.....
١٥٥	تاسعاً: مبدأ البراءة الاصلية.....
١٥٧	المبحث الثاني: آداب القضاء في رسالة عمر بن الخطاب.....
١٦٣	الفصل العاشر: ضمانات المتهم والحصانة.....
١٦٥	المبحث الأول: ضمانات المتهم.....
١٧٢	المبحث الثاني: الحصانة.....
١٧٢	تعريف الحصانة.....
١٧٩	الفصل الحادي عشر: الاجتهاد القضائي.....
١٨٠	شروط الاجتهاد.....
١٨٢	المبحث الأول: الاجتهاد في مورد النص.....
١٨٢	الفرع الأول: الاجتهاد في مورد النصوص غير الجزائية.....
١٨٥	الفرع الثاني: الاجتهاد في مورد النصوص الجزائية.....

١٨٧.....	المبحث الثاني: الاجتهاد فيما لا نص فيه
١٨٧.....	مجال تطبيق الاجتهاد القضائي
١٨٨.....	أهم طرق الاجتهاد فيما لا نص فيه
١٨٩.....	شروط العمل بالعرف
١٩١.....	القانون والاجتهاد القضائي

المقدمة

١. منذ الخليقة انقسم العالم البشري الى معسكرين: - معسكر الخير ومعسكر الشر. فاقتضت هذه السنه للحياة ان تكون في كل عصر يد حكيمة مدبرة تمسك بالخيوط وتقوم المركب المتزاحم المتصارع الى شاطئ الخير والاصلاح في نهاية المطاف.
٢. ومنذ زمن بعيد اختلف المفكرون من الفلاسفة وعلماء القانون في تحديد الغريزة الاصلية للانسان هل هي خيرة بالطبع أو شريرة بالفطرة فذهب البعض^(١) الى ان طبيعة الانسان فطرت على الخير فهو يختار سلوك الشر تحت تأثير عوامل طارئة كالاسباب المادية (الطبيعية) أو الأنثروبولوجية (الفردية) أو الاجتماعية أو الوراثية، أو غير ذلك مما يضعه تحت كابوس الشهوات و يضعه لسلطان النزوات بينما يرى البعض الآخر^(٢) عكس هذا الاتجاه فحكموا على الانسان بأن فطرته مطبوعه على الشر فهو شرير بالطبع فإذا سلك في مسار الخير يكون ذلك لعوامل خارجة عن مقتضى طبعه كالتربية الأسرية و التوعية الدينية و نحو ذلك.
٣. إتجاه القرآن في تحديد طبيعة الانسان يختلف عن الاتجاهين المذكورين فهو يقر أن الانسان ليس خيرا في الأصل و لا شريرا بالطبع وإنما يحمل نزعتين في وقت واحد، نزعة الخير ونزعة الشر يترأسهما العقل فقال سبحانه وتعالى: ﴿وَنَفْسٍ وَمَا سَوَّاهَا^(٣) قَالَهَمَهَا فُجُورَهَا^(٤) وَتَقْوَاهَا^(٥) قَدْ أَفْلَحَ مَنْ زَكَّاهَا^(٦) وَقَدْ خَابَ مَنْ دَسَّاهَا^(٧)﴾.
٤. الانسان بمثابة دولة ذات سيادة مستقلة يرأسها العقل وله وزيران هما نزعة الخير ونزعة الشر وأجهزة المخابرات وهي الحواس الخمس الظاهرة، ووسائل دفاعية وهما الايدي والأرجل والالسنه و تتدخل في شؤون هذه الدولة عوامل خارجية مؤثرة تدفعها نحو

(١) ومنهم سقراط (٤٦٩-٣٩٩ ق. م) الفيلسوف اليوناني في أثينا.

(٢) ومنهم اليسوعيون من الفلاسفة ولومبروز من علماء القانون والطب.

(٣) أي والقدرة التي خلقت نفس الانسان.

(٤) إشارة إلى نزعة الشر.

(٥) التزكية تكون بتغليب نزعة الخير على نزعة الشر.

(٦) التزكية تكون بتغليب نزعة الخير على نزعة الشر.

(٧) سورة الشمس / ٧-١٠

الحير اذا تغلبت نزعة الحير أو نزعة الشر اذا انتصرت نزعة الشر في معركة الحياة حين الاحتكاك بالغير.

٥. الانسان رغم انه اجتماعي بالطبع الا انه في نفس الوقت اناني من حيث الذات يحمل ايثار نفسه على غيره حين تضارب المصالح. لذا أصبح من ضروريات الحياة في كل زمان ومكان وجود قانون يحدد حقوق والتزامات كل شخص طبيعي أو معنوي بحيث يتضح امام الناس أن كل شخص ينتهي حقه في الحدود التي يبدأ فيها حق الغير.

٦. وجود القانون وحده لا يكفي اذا لم يطبق من الناحية العملية بل يبقى حبرا على ورق وجوده وعدمه سيان لذا أصبح أيضا من ضروريات الحياة قيام سلطة قضائية تتولى تطبيق القانون لتأمين العدل بأعطاء كل طرف من أطراف النزاع والخصومة ما يستحقه من ثواب أو عقاب وتحقيق المساواة في التوازن بين الحقوق والالتزامات.

٧. ولاحية القضاء في الحياة البشرية وصف منذ القدم بأنه فريضة محكمة أي لا يقبل النسخ و الالغاء ولا يمكن الاستغناء عنه في اي زمان ومكان مهما تطورت الحضارة البشرية نحو الأفضل وأزداد شعور كل فرد المسؤولية تجاه الغير لأن فريضة القضاء عقلية قبل أن تكون شرعية وقانونية ومن البدهى أن الحكم العقلي لا يمتثل الالغاء والاستغناء عنه. ومن هذا المنطلق يجب على ولي الأمر في كل اقليم أن يولي قضاء يختارهم من النخبة المتميزة المتخلية عن كل رذيلة والمتخلية بكل فضيلة.

٨. وسميت هذا الجهد المتواضع (معين القضاة لتحقيق العدل والمساواة) راجيا من الله عزوجل ان يحقق هذه الغاية وان يجعل هذا الجهد المتواضع بداية لسلسلة متقاربة في الغاية تحت عنوان (المعين) وان يليه باذن الله معين الاستاذ الجامعي.

ومن الله التوفيق

وهو على كل شيء قدير



الفصل الأول

مؤهلات ممارسة القضاء

المؤهلات التي يجب أن تتوفر فيمن يتولى مهمة
القضاء يمكن تلخيصها من حيث الطبيعة في
قسمين:

المؤهلات الذاتية و المؤهلات المكتسبة.

لذا توزع دراسة هذا الموضوع على مبحثين:

يخصص الأول للمؤهلات الذاتية

والثاني للمؤهلات المكتسبة.



المبحث الأول

المؤهلات الذاتية

المؤهلات الذاتية (او الشخصية) منها إعتقادية ومنها سلوكية.

أولاً: المؤهلات الإعتقادية:

وهي الأيمان بالله وما يتفرع عنه من الأيمان بسائر المغيبيات. فالأيمان بالله يعد الركيزة الرئيسة لبناء الحياة السعيدة و المنطلق الأول للعودة إلى متطلبات الحياة وتنظيم العلاقات على أسس علمية صحيحة بين الأفراد و المجتمعات في جميع المجالات حين الدخول في معركة الحياة وإحتكاك الناس بعضهم ببعض.

ولهذا قيل: (من يملك عقيدة فاسدة خير من لا عقيدة له) لأن له نوعاً من الالتزام بمقتضى هذه العقيدة رغم فسادها. فالأيمان بالله مصدر لطاقة روحية تراقب الإنسان في أقواله و أعماله و تراقب العامل في معمله، والزارع في مزرعته والموظف في مقر عمله، والقاضي أثناء إجراءاته القضائية وإصدار حكمه، وأصحاب المهن والحرف حين ممارسة أعمالهم المهنية و الحرفية، و المعلم في مدرسته، والأم في بيتها، والسلطة حين ممارسة مسؤولياتها.

وهكذا يراقب الإنسان نفسه بنفسه بدون حاجة إلى رقابة سياسية أو إدارية أو قضائية أو نحو ذلك.

والأيمان العلمي بالله واجب عقلي قبل أن يكون واجبا شرعيا لأنه لا يمكن إكتسابه عن طريق الرسل و الأنبياء والكتب المقدسة المنزل عليهم لأن الأيمان بها يتوقف على الأيمان بالله مقدما ولو توقف عليها الأيمان بالله لما تحقق هذا الأيمان لما في ذلك من الاستحالة المنطقية.

ولإيضاح هذه الحقيقة لو توقف (أ) على (ب) وتوقف (ب) على (أ) لتوقف وجود (أ) على نفسه بعد حذف المكرر (ب). وتوقف الشيء على نفسه يستلزم تقدمه على نفسه أي

يلزم أن يكون (أ) موجوداً قبل أن يوجد وهذا مستحيل والمستلزم للمستحيل مستحيل أيضاً.

والإيمان بالله يجب أن يكون عن طريق الاستدلال بالبرهان (الإنسي)^(١) أي الاستدلال بالأثر على وجود مؤثره لأن الإيمان التقليدي تبعاً للأبوين أو غيرهما مرفوض وغير مقبول لأن التقليد، في أصول وفروع الدين قابل للزوال بتشكيك المشكك. لذا نجد شبابنا المؤمنين إيماناً تقليدياً حين يذهبون للخارج لأكمال دراستهم أو نحو ذلك ينحرف كثير منهم إلى الألحاد لأن إيمانهم كان تقليدياً للأباء مثلاً ولو كان هذا الإيمان علمياً وإستدلالياً لما تأثر بالمؤثرات الخارجية حين الاحتكاك بالغير.

الاستدلال بالبرهان (الإنسي) بسيط جداً لا يحتاج إلا إلى إستخدام العقل السليم والتفكير في خلق السموات والأرض وما فيهما.

وهذا ما صادفته في حياتي العملية في كلية القانون جامعة بغداد ١٩٨٧ ففي بداية السنة الدراسية دخلت القاعة لألقاء محاضرة في اليوم الأول فقام أحد الطلبة ورفع يده فقلت له أنا لم أبدأ بالمحاضرة بعد حتى تناقشني، قال يا استاذي الموضوع لا صلة له بالدرس ومناقشته وإنما مشكلتي عبارة عن كوني من أبوين مسلمين ورغم ذلك أنا ملحد ولي الرغبة الشديدة في أن يوجهني شخص ويقتنعني بوجود الله ولحد الآن لم أجد هذا الشخص.

فقلت له إجلس الان أثبت لك وجود الله بخمس دقائق فسألته هل يتصور أن تأتي هذه القاعة المبنية التي ندرس فيها إلى الوجود صدفة بدون بناء والعمال والمواد الأولية ؟

قال: كلا، فقلت إذن هذا الكون العظيم الذي مازالت عقول علماء الفضاء حيارى أين يبدأ وأين ينتهي كيف أتى الى الوجود بدون الخالق؟

قال: أوجدته الطبيعة.

قلت: هل الطبيعة موجودة أو معدومة فعلى تقدير كونها معدومة كيف يخلق المعدوم الموجود ؟

قال: الطبيعة موجودة.

(١) البرهان (الاستدلال بالأدلة القطعية) إما (لمسي) أي إستدلال بالمؤثر على وجود أثره كالاستدلال بالجراثيم والميكروبات في الدم بعد تحليله على تشخيص المرض من قبل الأطباء المختصين. وإما (إنسي) وهو الاستدلال بالأثر على وجود المؤثر كالاستدلال بالكون على وجود خالقه

قلت: هل الطبيعة جزء من الكون ذاته أوشيء خارج عنه. فإذا كان جزءاً منه كيف يخلق الشيء نفسه؟

قال: ليس جزءاً من الكون وإلا لزم أن يخلق الشيء نفسه.

فقلت: هل بإمكان النجار أن يحول لوحة خشبية إلى أثاث بيتي بدون أدوات النجارة؟

قال: كلا.

قلت: هل بإمكان الطبيعة أن تخلق هذا الكون المنظم الغريب العجيب بدون علم وإرادة وقدرة؟

قال: كلا.

قلت: الذي تسميه أنت وأمثالك الطبيعة هي عبارة عن ذات الله سبحانه وتعالى وإن الاختلاف في التسمية.

قال: أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمداً رسول الله (ﷺ).

وهكذا تحول الطالب بأقل من خمس دقائق من عالم الالحاد الى عالم الايمان.

وكان هذا الطالب يقول لي يا أستاذ كل يوم أقرأ بعضاً من القرآن الكريم قبل المجيء الى الكلية.

ثانياً: المؤهلات السلوكية:

يجب أن يكون المرشح للقضاء في المستقبل ذا سلوك نزيه صحيح مستقيم يتحلى في ذاته بالصفات الحميدة والأخلاق الفاضلة ويتحلى عن كل رذيلة تحمل بشخصيته وفي مقدمة هذه الصفات:

أ - النزاهة: فهي إذا كانت ضرورية لكل إنسان يتعامل مع غيره بصدق وثقة وأمانة وعدم إغياز ونحو ذلك فإنها أهم بكثير بالنسبة لمن يمارس أخطر وظيفة في الحياة العملية في جميع دول العالم.

لأن خطأ غير القاضي يمكن تداركه وتعويضه وعلى سبيل المثال إذا أخطأ الأستاذ في تفسير نص فإن هذا الخطأ يمكن تصحيحه من قبل شخص آخر أو من المخطيء نفسه، والتاجر إذا أخطأ في تعامله مع الغير بالأمكان تصحيحه وتعويض المتضرر. بخلاف خطأ القاضي فهو غير قابل للتصحيح بعد إكتساب الحكم المخاطيء غير العادل درجة البتات.

وبعد تصديق الحكم من محكمة عليا أو إنتهاء مدة الطعن في الحكم لايبقى مجال لتدارك سلبيات هذا الخطأ غالباً. والنزاهة صفة كمالية وضرورية في وقت واحد وهي ذاتية ممنوحة له بفضل الله يؤتيها من يشاء.

ب - الاستقامة: ومن السلوكية الصحيحة الاستقامة وبقاء الإنسان على نط واحد في الحياة في كل زمان ومكان وأحوال.

فهي من الصفات الشاقة قلما يستطيع الإنسان أن يتحلى بها ويستمر عليها في عصر تغلب النزعة المادية على النزعة المعنوية.

وقد رأيت في حياتي كثيراً من الناس تقلبوا وتحركوا وتلونوا بألوان مختلفة وراء كسب الوظائف والمناصب والمادة كتقلب الريشة في مهب الريح.

ولصعوبة إستمرارية صفة الاستقامة شكى من هذه الصعوبة أعظم رجل في تأريخ البشرية بشهادة المفكرين والفلاسفة من غير المسلمين وهو سيدنا محمد (ﷺ) حين قال (شيبطني هود) أي سورة هود في القرآن الكريم لأنها تتضمن آية: ﴿فَاسْتَقِمْ كَمَا أُمِرْتَ وَمَنْ تَابَ مَعَكَ وَلَا تَطْغَوْا إِنَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾^(١).

ج - الأمانة والصدق وعدم الأنغياز: لأن وظيفة القضاء تتطلب توفر هذه الصفات فيمن يمارسها تحقيقاً للعدالة وتطبيقاً للمساواة.

د - العقلية الناضجة والأدراك الحاد والقدرة المتفوقة القادرة على التحليل و التعليل والاستنتاج.

هـ - أن يتمتع بقوة الشخصية ولباقة بدنية و سلامة الحواس الظاهرة والباطنة للاحتفاظ بهيبته وكرامته وشخصيته.

ويجب أن تكون المؤسسة التي تتولى ترشيح شخص ليكون قاضي المستقبل مستقلة غير مرتبطة بجهة سياسية أو إدارية أو حزبية وقادرة على إدراك الصفات الذاتية المذكورة.

المبحث الثاني

المؤهلات المكتسبة

يكتسب القاضي الصلاحية لتحقيق العدالة والمساواة مؤهلاته وخبرته العلمية والعملية من ثلاثة ينابيع في ثلاث مراحل وهي: - كلية القانون، والمعهد العالي للقضاء او المعهد القضائي، وممارسة الاعمال القانونية.

المرحلة الأولى: الدراسات النظرية القانونية الأولية.

وتكون هذه المرحلة في إحدى كليات القانون (الحقوق) المعترف بها رسمياً. ومن الواضح أن الدراسة في هذه المراحل الأولية في كليات القانون غالباً تكون نظرية محضة وقد تكون سطحية يعتمد فيها الطالب على حفظ الألفاظ بمعزل عن الدخول في عمق معانيها فلا يكتسب عقلية قانونية أو ذهنية فقهية تؤهله للإلتحاق بالمرحلة الثانية (المعهد القضائي).

لذا من الضروري أن تكون هناك طريقة واضحة للتأكد من توفر المؤهلات المكتسبة في هذه المرحلة بحيث تؤهله للإلتحاق بما تليها، وأن يحدد القانون عملية اختيار القضاة بشكل واضح، وأن تكون هناك معايير واضحة لاختيار المرشحين لقضاء المستقبل وأن تعتمد هذه المعايير على عناصر موضوعية مثل إختيار الكفاءة، وأن يؤخذ بعين الاعتبار مزايا المرشحين وأن تخضع عملية إختيار القضاة لرقابة هيئة مستقلة كالمجلس القضائي، وأن تكون عملية إختيار القضاة شفافة وأن يتم الاعلان عن معايير وإجراءات الاختيار والاختبار، وأن يعلن أسماء المرشحين مقدمائهم الذاتية، وأن تكون المؤسسة المسؤولة عن إختيار القضاة مستقلة عن وزارة العدل والمعهد القضائي إستبعاداً للوساطات والتدخلات الخارجية، ويجب أن تكون أسئلة الاختبار فكرية توضع من قبل لجنة وتصصح من لجنة ثانية وتدقق من لجنة ثالثة.

المرحلة الثانية: ممارسة الأعمال القانونية.

من الواضح ان كل نتيجة ايجابية ذات نفع عام تقدم المصلحة العامة يقدمها الانسان لمجتمعه هي ثمرة ثلاث مقدمات تتوقف عليها هذه النتيجة.

المقدمة الاولى: - مجموعة أفكار وآراء ونظريات لدنية مصدرها العقل السليم أو مكتسبة من الدراسات النظرية وهي مخزونة في الذهن أو في إحدى الحواس الباطنية.

المقدمة الثانية: - هي الفاظ وجمل و تعابير تعبر عن تلك الافكار والآراء والنظريات وتصبح قوالب لها وتخرجها من عالم الباطن الى عالم الظاهر ليطلع عليها الغير ممن يهه هذا الاطلاع.

المقدمة الثالثة: - استخدام مجموع المقدمتين المذكورتين في مجال من المجالات الخاصة بهما من الناحية التطبيقية والعلمية.

فاذا تخلفت مقدمة من هذه المقدمات الثلاث تكون العملية عقيمة والنتيجة سقيمة. فالاجراءات القضائية تتكون من المقدمات الثلاث المذكورة بدءاً برفع الدعوى أمام القضاء وعرض القضية (موضوع الدعوى) عليه مارة بالمعلومات القضائية المسموعة كإفادات الشهود أو المقررة كالتقارير المرفوعة من قاضي التحقيق أو (المحقق القضائي) أو من الطب العدلي والمطالعات المقدمة من هيئة الادعاء العام أو الرئية كمشاهدة آثار الجريمة وبصمات الأصابع وبقع الدم وغو ذلك إلى إصدار الحكم النهائي بالأدانة أو البراءة بعد إقتناع القاضي المكتسب من تلك المعلومات كلها تستهدف نتيجة واحدة وهي الحكم العادل المقرر لكل ذي علاقة ما يستحقه دون أن يكون هناك مظلوم أو مغبون أو ظالم من أحد أطراف النزاع والخسومة.

ومن البدهي أن مصدر كسب الأفكار والآراء والنظريات القانونية عبارة عن الدراسة في مراحلها الأربع في كليات القانون والمعاهد القضائية العليا خلال سنوات الدراسة.

وقد يكتسبها القانوني من مطالعاته الخارجية للأبحاث القانونية خارج تلك الدراسات.

أما مراجع إكتساب الخبرة العملية والمهارة التطبيقية فهي عبارة عن ساحة العمل ومضمار التحرك الفعلي في مجالات عمل المحامي والمعاون القضائي والمحقق العدلي وكاتب العدل وهيئة الادعاء العام ومسؤول الشعبة القانونية في الدوائر والمؤسسات وغو ذلك في المجالات الأخرى من ممارسة الأعمال القانونية.

وتفضل ممارسة مهنة المحاماة على المهن القانونية الأخرى لأن المحامي يهده الدخول في جميع الزوايا القانونية الدقيقة لكسب الدعوى التي وكل فيها ولأنه في مناقشاته القضائية أثناء المرافعة وفي تحليلاته العلمية وتعليقاته الغائية وإستنتاجاته المطلوبة أكثر قدرة وأكفاً أهلية ليتولى وظيفة القضاء في المستقبل.

ثم إن القانوني كما يكتسب الخبرة النظرية من دراساته قد تكون الآراء والنظريات القانونية من بنات أفكاره. وفي جميع الأحوال من يتولى مهمة القضاء دون المرور بالخبرة القانونية المكتسبة من الممارسة لا يكون ناجحاً في أداء مهمته غالباً. لذا يجب على من يتولى منصب القضاء أن يجمع بين المؤهلات النظرية والمؤهلات العملية.

فإذا لم يكن مؤهلاً كاملاً بأن تخلف فيه توفر إحدى المقدمات الثلاث المذكورة تأتي نتيجة الحكم غير كاملة و غير عادلة طبقاً للقاعدة المنطقية (إن النتيجة تابعة لأخس مقدماتها) فإذا كانت إحداها ناقصة تأتي النتيجة ناقصة وإذا كانت سلبية كانت النتيجة سلبية وإذا كانت جزئية فالنتيجة تكون جزئية وإذا كانت ظنية تكون النتيجة ظنية.

وينبغي على المحصلة النهائية لما ذكرنا ضرورة توفر الخبرة العملية والممارسة القانونية لدى المرشح قبل قبوله في المعهد القضائي او بعد اجتياز هذا المعهد بنجاح وقبل تعيينه على أن تكون مدة الممارسة العملية كافية لاكتساب الأهلية القضائية.

ومن المفضل أن تكون هذه الممارسة قبل الانتساب الى المعهد القضائي حتى تكون حلقة وصل بين الخبرة النظرية المكتسبة في مراحل دراسة كلية القانون وبين ما يكتسبه من هذه الخبرة في المعهد القضائي وبالتالي تأتي نتائج الأحكام القضائية عادلة باعطاء كل ذي حق ما يستحقه من الجزاء العادل.

المرحلة الثالثة: إكتساب الاهلية القضائية من دراسات المعهد

القضائي.

وأقترح إستحداث معهد قضائي في كردستان العراق والاستغناء عن المعهد القضائي في بغداد للعوامل الآتية: -

١. إستبعاد ظاهرة التمييز العنصري في الاختيار والاختبار حين قبول المرشحين.
٢. عدم صلاحية الدراسة لتأهيل القاضي بوضعه الحالي. وقد مارست التدريس في

المعهد القضائي القائم سبع سنوات فوجدت أنه لا يحقق الاهلية المكتسبة الكافية لتولي منصب القضاء الذي هو أخطر المناصب وذلك للأسباب الآتية: -
أ- ٥٠% من الدراسة في السنتين المقررتين تكرر وترديد لما درسه الطالب في كلية القانون.

ب- ٣٠% دراسات تطبيقية من قبل القضاة أو من حضور الطلبة في جلسات المحاكم أثناء الاجراءات القضائية وكانت تطبيقات القضاة دراسة نظرية أكثر من أن تكون تطبيقية.

وفي حضور جلسات الاجراءات القضائية في المحاكم ضياع للوقت والعمر لضيق الزمن المحدد لهم بالإضافة الى غياب بعضهم غالباً عن الحضور في المحاكم. وقد أقرحت حين كنت محاضراً هناك أن تسجل الاجراءات القضائية في جهاز ثم تعرض عن طريق جهاز آخر على الطلبة في قاعة التدريس بحضور الاستاذ المختص على أن يطلب منهم بين فترة وأخرى التعليق على تلك الاجراءات وبيان رأيهم فيها.

لكن من المؤسف لم اجد أذنًا صاغياً لهذا الاقتراح

ت- قلة وجود كادر تدريسي يتمتع بكفاءة علمية عالية تؤهله للتدريس في هذه المرحلة.

ث- غياب العلوم العقلية التي هي ضرورية للقاضي ولكل من يتعامل مع النصوص كعلم المنطق والفلسفة و أصول الفقه وهذه العلوم التي تسمى العلوم الآلية غايتها تأهيل الانسان لأن يستخرج الاحكام من النصوص بطريقة علمية سليمة عادلة.

فالمنطق: مراعاة قواعده تعصم ذهن القاضي عن الخطأ في إكتساب المجهولات من المعلومات المتيمرة لديه فالمعلومات التي تسبق كسب المجهول منها مسموعة كافادات الشهود ومطالبات نائب المدعي العام، ومنها مقررزة كتقارير قاضي التحقيق والطب العدلي، ومنها مرئية كمشاهدة آثار الجريمة.

ومن الواضح أن أهداف هذه المعلومات عبارة عن إيصال القاضي الى مجهول مطلوب وهو الحكم العادل.

وعلم الفلاسفة: يرشد القاضي الى العلة الغائية من تطبيق القانون وتكييف الواقعة القانونية والتصرف القانوني.

وعلم أصول الفقه: يحمي عقلية القاضي عن الخطأ في استنباط الاحكام من مصادرها.
وللاسباب المذكورة من نواقص المعهد القضائي القائم في بغداد من الضروري أن يتسارع المسؤولون في حكومة إقليم كردستان العراق الى فتح معهد قضائي تتوفر فيه شروط اكتساب القاضي الأهلية اللازمة لتحقيق العدالة والمساواة.



الفصل الثاني

التزامات القضاة وحقوقهم

توزع دراسة هذا الموضوع على مبحثين
يخصص الأول لالتزامات القضاة، والثاني
لحقوقهم.



المبحث الأول

إلتزامات القضاة

- يلتزم القاضي الصالح لتحقيق العدالة والمساواة بالوفاء بالالتزامات الآتية: -
١. المحافظة على كرامة القضاء والابتعاد عن كل مايبحث على الريبة والشك في استقامته و تحقيق أهداف القانون من العدالة والمساواة.
 ٢. كتمان الأمور والمعلومات والوثائق التي يتطلع عليها بحكم وظيفته أو خلالها إذا كانت سرية بطبيعتها أو يخشى من إفشائها إلحاق الضرر بالدولة أو الأشخاص الطبيعيين، ويظل هذا الإلتزام قائما ومستمرا حتى بعد إنتهاء وظيفته وخدمته القضائية.
 ٣. عدم مزاولة الأعمال التجارية ونحوها والأعمال التي لاحتليق بمركزه ولا تتفق مع وظيفته القضائية.
 ٤. أن ينظر في القضايا التي تدخل في نطاق إختصاصه وفي حدود منطقتيه وأن لا يتجاوز هذه الحدود.
 ٥. أن يتقيد بمبدأ المساواة في تعامله مع المدعي والمدعى عليه بأن يكون محايدا غير منحاز الى أحد الطرفين.
 ٦. على القاضي أن لا ينحاز الى الدولة وأن لا ينتمي إلى أي حزب أياً كانت طبيعته وأن لا يكون عضوا في أية منظمة سياسية.
 ٧. أن يخضع للرقابة القضائية في كل مايصدر عنه من الأحكام القضائية وفي تصرفاته الشخصية ما لم يكن متمتعا بموجب القانون في الموضوع الذي ينظر فيه بالسلطة القضائية.
 ٨. أن يمتنع عن تطبيق القوانين غير الدستورية وعليه أن يخبر السلطة التشريعية حول كل قانون غير دستوري وكل مادة غير دستورية.
 ٩. أن لا يتقيد بحرفية النص في القضايا غير الجزائية إذا وجد أن هذا التقيد يتنافى مع العدالة والمساواة لان النص القانوني يشرع ويعدل ويلغى لأجل تحقيق العدالة والمساواة. فالقانون وسيلة وليس بغاية، ولاقيمة للوسيلة إذا لم تحقق غايتها المشروعة.

أما في القضايا الجزائية فالقاضي رغم تقيده بحرفيه النص على اساس مبدأ (لا جريمة ولا عقوبة الا بقانون) عليه أن يحاول تفسير النص أو تأويله أو الأخذ بالظروف الداخلية والخارجية للمتهم متى ما وجد أن التقييد بحرفية النص يتنافى مع العدالة على أن لا يؤدي ذلك إلى إستحداث جريمة أو عقوبة جديدة.

وجدير بالذكر أن هذا المبدأ نص عليه دساتير جميع دول العالم في العصر الحديث وتستخلص من هذا المبدأ قواعد عامة يلتزم بها القاضي وأهمها مايلي: -

أ. لا يحرم فعل ولا امتناع إلا إذا عرف بمقتضى قانون صادر قبل إرتكابه بمعنى أن القانون الجزائي لا يطبق بأثر رجعي ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

ب. الأصل في الاشياء النافعة الاباحة.

ج. المتهم بريء حتى تثبت إدانته.

د. الأصل براءة الذمة من كل مسؤولية جزائية ومدنية إستصحابا لأنه يولد بريئا وعلى القاضي أن يعتبره في كل تهمة تنسب إليه أنه مازال بريئا حتى يثبت خلاف ذلك.

هـ. الأصل في الصفات العارضة العدم، ومن البدهي أن الجريمة صفة عارضة توجد بعد أن لم تكن موجودة ولهذا لو تعارضت بينة كل من المدعي والمدعى عليه تقدم بينة الثاني لانها مع الأصل وعلى هذا الاساس ايضا وردت قاعدة البينة على المدعى لأنه يدعي خلاف الأصل واليمين على من انكر لأنه مع الأصل.

و. الأعمال الجرمية محدودة بخلاف الأعمال غير المشروعة الضارة الموجبة للتعويض في القضايا المدنية فأنها لا تخضع للحصر والتحديد.

ز. الشك يفسر لصالح المتهم لأن الاصل هو البراءة.

ح. لا مجال للقياس في تجريم فعل أو إمتناع ولا في تقرير عقوبة كما لا يجوز توسيع النص الجزائي عن طريق القياس في القضايا الجزائية لأن إستعمال القياس فيها يتنافى مع مبدأ الشرعية.

١٠. إذا تعارضت قاعدة جزائية مقننة غير عادلة مع قاعدة عادلة غير مقننة على القاضي أن يقدم الأولى في العمل على الثانية لأن النص الجزائي المقسن رغم تضمنه لعقوبة قاسية غير عادلة يعلن للناس ما هو مباح وما هو محظور فلا عذر لهم إذا ارتكبوا ما يستوجب تطبيق هذا النص عليهم.

هذا من جهة ومن جهة أخرى أن الاستقرار للمواطنين مصلحة عامة ورعاية العدالة في قضية معينة أولى من رعايه مصلحة خاصة لذا تقدم الاولى على الثانية في العمل.
١١. الالتزام بالتقيد بالعمل بمقتضى مبدأ شخصية الجريمة فلا يجوز مساءلة ومحاسبة غير الجاني من أقاربه أو غيرهم على جرم ارتكبه شخص آخر.

وقد نص القرآن الكريم على هذا المبدأ قبل القانون بمئات السنين في آيات كثيرة منها قوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾.^(١١)
أي لا يتحمل نفس مسؤولية جريمة ترتكبها نفس أخرى ومنها قوله تعالى: ﴿وَمَنْ ضَلُّ فَإِنَّمَا يَضِلُّ عَلَيْهَا وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾.^(١٢)

١٢. الالتزام بالعمل بقاعدة (إذا حصل الاحتمال بطل الاستدلال) فإذا تعارضت بينة المدعي والمدعى عليه ولم يكن هناك مرجح لترجيح احدهما على الاخرى يجب إهمال العمل بهما لاحتمال الصدق والكذب في البينتين على حد سواء وبناء على ذلك يحصل الاحتمال في كليتهما وبالتالي يبطل العمل بأية واحدة منهما.
١٣. يلتزم القاضي بأن يحكم بما هو الأصلح للمتهم^(١٣).

متى يكون القانون الجديد أصلح للمتهم ؟
يعرف الأصلح من إحدى الطرق الآتية^(١٤):

اولا: يلتزم القاضي بالمقارنة بين القانونين (القديم و الجديد) بالنسبة لمتهم معين بالذات مع رعاية ظروفه الخاصة لا بالنسبة الى مجموعة من المتهمين تتفاوت ظروفهم وتحديد الأصلح هو تطبيق لقواعد قانونية تحدد سلطة النص الجزائي من حيث الزمان (المتى الفلسفي). وتكييف الجديد بأنه أصلح للمتهم من وظيفة القاضي ولا شأن للمتهم به فلا يجوز للقاضي أن يترك الخيار للمتهم ليحدد لنفسه ما هو الأصلح من القانونين.

(١١) سورة الانعام / ١٦٤

(١٢) سورة الاسراء / ١٥

(١٣) إذا صدر قانون جديد فيما يتعلق بتهمة المتهم قبل ان يصدر الحكم ويكتسب درجة البتات يعمل بما هو الاصلح لمتهم من القانون السابق واللاحق

(١٤) ينظر د. محمود نجيب حسني / الموجز في شرح قانون العقوبات المصري / القسم العام / ص ٧٤ ومايليها. د. رؤوف عبيد / مبادئ القسم العام من التشريع العقابي / ص ١٥ ومايليها.

ثانياً: يلتزم القاضي بأن يسترشد بضوابط ومعايير معينة يحدد بها القانون الأصلح للمتهم.

ويكون الجديد أصلح في ضوء المعايير الآتية: -

أ. إذا أباح الجديد الفعل بعد أن جرمه القديم.

ب. إذا خفف الجديد العقوبة.

ج. إذا أقر الجديد مانعاً جديداً من موانع المسؤولية الجزائية بأن رفع سن بدء هذه

المسؤولية كما رفع قانون رعاية الأحداث^(١)، هذه السن من إكمال السابعة^(٢) من

العمر الى إكمال التاسعة.

د. إذا أضاف الجديد ركناً أو شرطاً جديداً للجريمة لم يكن موجوداً في ظل القديم.

هـ. إذا قرر الجديد عنزاقانونيا معفياً لم يكن موجوداً في القانون السابق.

١٤. أينما ورد تعبير (على المحكمة) أو (تحكم المحكمة) ونحو ذلك يلتزم القاضي بأن

يحكم بما ورد في النص.

ومن تطبيقات هذه الصورة ماورد في المادة (٤١) من قانون الاحوال الشخصية القائم

من أن (١- لكل من الزوجين طلب التفريق عند قيام خلاف بينهما سواء كان ذلك

قبل الدخول أو بعده. ٢- على المحكمة اجراء تحقيق في أسباب الخلاف بينهما فأن

ثبت لها وجوده تعين حكماً من أهل الزوجة وحكماً من أهل الزوج)^(٣).

هذه الالتزامات ليست على سبيل الحصر بل هناك التزامات أخرى لا مجال لاستعراضها

فكل ما يفرضه عليه الدستور أو القانون أو أي مصدر آخر يجب عليه القيام به وفاء

لالتزامه.

(١) رقم ٧٦ لسنة ١٩٨٢ المادة (٤٧) التي نصها (لا تقام الدعوى الجزائية على من لم يكن وقت ارتكاب الجريمة قد اتم التاسعة من عمره)

(٢) وكان سن التمييز اكمال السابعة من العمر بموجب المادة (٩٧ - ٢) من قانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ التي نصها (سن التمييز سبع سنوات كاملة)

(٣) ينظر مؤلفنا المنطق القانوني في التصورات ص ٣٩ وما يليها

المبحث الثاني

حقوق القاضي

ذكرنا سابقا ان كل إلتزام يقابله حق يكون موضوعا لهذا الإلتزام. وقد خلط علماء القانون بين محل الإلتزام وهو الاداء وموضوعه فجعلوا موضوع الإلتزام محلاً له رغم ان محل الإلتزام هو الاداء سلباً أو ايجاباً لأن الإلتزام من الأحكام التكليفية وهي لا تتعلق بالاعيان وانما تتعلق بالافعال وحقوق كل شخص يجب أن تكون معادلة لالتزاماته كما وكيفاً.

فالمساواة عبارة عن التوازن بين الحقوق والالتزامات فمن يتمتع بحقوق أكثر من إلتزاماته يكون ظالماً وغاصبا لحقوق شعبه في حدود الزيادة، كما أن من كلف بالالتزامات أكثر من حقوقه يكون مغبونا ومظلوما من قبل شعبه ومجتمعه. ومن أهم حقوق القاضي ما يأتي:-

١. حماية حياته وحياة أسرته داخل المحكمة وخارجها لأن القاضي يحكم طبيعة وظيفته معرض لخطر الاعتداء عليه أكثر من أي موظف آخر في الدولة.
٢. تأمين عيش كريم له ولأسرته بحيث يتلاءم مع مركزه ومنصبه الذي هو من أخطر المناصب والواجبات في العالم، ثم إن نزاهة القاضي في مقدمة صفاته التي تؤهله للنهوض بمهمة القضاء ومن مستلزمات النزاهة توفير جميع حاجياته المعاشية ومتطلباته الحياتية.
٣. تأمين صحته وصحة أسرته ومعالجتهم داخل البلد وخارجه على نفقة الدولة.
٤. أن يقر الدستور أو القانون له بحق حرية في التعبير وممارسة وظيفته متى إلتزم بالشروط القانونية لما يصدر عنه.
٥. أن يكون له حرية الاجتهاد في تفسير النصوص الغامضة وتأويلها كلما دعت العدالة الى هذا التأويل.

وجدير بالذكر أن للقاضي بل عليه الاجتهاد في حالتين:-
احدهما: حالة غياب النص في القضايا غير الجزائية.

- والثاني: كون النص ظني الدلالة بأن يحتمل أكثر من معنى واحد أو حكم ففي هذه الحالة يجب عليه الاجتهاد لتحديد الحكم العادل من بين الاحكام المحتملة.
٦. أن يقر له الدستور أو القانون بالاستقلالية التامة وعدم تدخل السلطة التنفيذية في شؤونه القضائية وعدم تدخل السلطة التشريعية في اجراءاته القضائية مالم يرتكب خطأ.
٧. أن يتمتع بالسلطة التقديرية غير الخاضعة لسلطة قضائية عليا مالم يرتكب خطأ قانونيا في القضايا الخاضعة لسلطته التقديرية.
٨. أن تمنح المرأة كالرجل حق ممارسة القضاء وبوجه خاص في القضايا الاسرية ومسائل الاحوال الشخصية لأنها أدري بمشاكل العائلة وأقدر في التعرف بما هو من صالح الاسرة والمجتمع.
- وجدير بالذكر أن الله تعالى أعطى المرأة حق ممارسة كافة الوظائف في الدولة إذا كانت متمتعة بمؤهلات تؤهلها للوظيفة التي تتولى ممارستها.
- قال تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ﴾^(١).
- ومن البدهي أن وظيفة الموظف العام في الدولة أو المكلف بخدمة عامة هي الأمر بالمعروف أي بمافيه خير الفرد أو المجتمع أو كليهما، والنهي عن المنكر هو منع كل مايضر بالفرد أو المجتمع أو كليهما.
- ومن الواضح أن الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة لايعمل سوى ماذكر.
- وصيغة (المؤمنات) جمع مؤنث سالم على ب(ال) الاستغراق يفيد العموم ويشمل هذا العموم كل من هو أهل للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.
- لكن الرسول (ﷺ) أستثنى من هذا العموم منصب رئاسة الدولة^(٢)، لكن إذا كانت المرأة اصلح للناس من الرجل فتقدم عليه وعلى سبيل المثل رأى العلامة ابو الأعلى المودودي الباكستاني الفقيه الكبير أن انتخاب فاطمة جناح اقل ضررا من انتخاب ايوب خان^(٣)، لأن هذا المنصب بحكم طبيعته يتطلب الاجتماعات السرية مع الاجانب

(١) سورة التوبة / ٧١

(٢) فقال لن يفلح قوم ولوا امرهم امرأة

(٣) ينظر الدكتور يوسف القرضاوي اولويات الحركة الاسلامية في المرحلة القادمة. /ص ٢٩.

وغيرهم وهي تتنافى مع صفة الانوثة للمرأة فالمنع ليس لنقص أهلية المرأة أو عدم إستحقاقها لهذا المنصب وإنما هو لسد الذرائع أي منع ما هو مشروع إذا كان من شأنه أن يؤدي الى نتيجة غير مشروعة.

٩. أن يتمتع القاضي سنويا بالاجازات الاعتيادية لأخذ الراحة الكافية لاستعادة نشاطه وحيوته.

١٠. منحه اجازات دراسية في الدراسات العليا (الماجستير والدكتوراه) وفي الدراسات التخصصية في حقل إختصاصه مع اعتبار الاجازة خدمة قضائية وبراتب تام مع منح القدم له إذا أجتاز إحدى تلك المراحل بنجاح.

١١. ترقيته الى درجة أعلى كلما توافرت فيه شروط هذه الترقية وعدم تحديد سن معينة له للاحالة الى التقاعد لأن القاضي كلما زادت ممارسته للقضاء إزدادت خبرته والحبرة من أهم الصفات التي تدر بالخير على الفرد والمجتمع.
وأرى أن يكون هذا المقترح إذا قبل وعمل به أن يشمل أساتذة الجامعات أيضا لنفس السبب.

١٢. تخصيص مجمع متقدم متطور يكون خاصا بالقضاة لتقليل اختلاطهم بالغير حفاظا على شخصيتهم ومركزهم وإستبعادا لتأثرهم بالوساطات وبالتالي منعهم لانغيازهم على حساب العدالة والمساواة.

١٣. توفير الاجهزة الحديثة له في المحكمة وفي بيته للاتصال الدائم بالعالم الخارجي والاطلاع على الاجراءات القضائية الخارجية الحديثة والوسائل المتطورة لارتكاب الجرائم.

١٤. إمتيازهم بألبسة خاصة تختلف عن البسة عامة الناس للحفاظ على هيبتهم وشخصيتهم.

ويرفض أن يكون للقاضي نوعان من الالبسة الخاصة نوع يستعملها أثناء وجوده في المحكمة والنوع الاخر يكون للمناسبات خارج المحكمة.



الفصل الثالث

طرق الاستنباط والتكييف

توزع دراسة عنوان هذا الفصل على مبحثين
يتناول أولهما طرق استنباط الاحكام والثاني
تكييف التصرفات القانونية والوقائع القانونية
التي ينظر فيها قاضي الموضوع.



المبحث الأول

طرق استنباط الاحكام القضائية من النصوص

لاجل تحقيق العدالة وتأكيد المساواة بين أفراد المجتمع أعطت العلوم العقلية واللغوية الآلية (أصول الفقه والمنطق والفلسفة واللغة) للقاضي مساحة واسعة لاستنباط الاحكام في القضايا التي ينظر فيها سواء كانت جزائية أو مدنية على أساس العلة الغائية للنصوص ومطابقة ألفاظها وتعابيرها.

ويمكن إرجاع إستقاء الاحكام من ينابيعها الى القنوات الست الآتية: -

القناة الاولى: - المنطوق الصريح:

وهو ما تدل عليه ألفاظه وعباراته دلالة مطابقة أو تضمنية كما في المادة (٤٠٥) من قانون العقوبات العراقي القائم^(١) على أنه: (من قتل نفساً عمداً يعاقب بالسجن المؤبد أو المؤقت) فهي تدل بألفاظها وعباراتها على منطوق صريح وهو أن جزاء القتل العمد العدوان البسيط أي غير مقتن لا بظرف مشدد ولا بظرف مخفف هو السجن المؤبد أو المؤقت يختار القاضي إحدى العقوبتين حسب ما يراه في ضوء رعاية المصلحة العامة ومصلحة المتهم فدلالة هذا النص على مجموع العقوبتين مطابقة وعلى كل واحدة منهما ضمن المجموع تضمنية.

وكما في المادة (٧٢٩) من القانون المدني العراقي القائم^(٢) التي تنص بمنطوقها الصريح على أن (خيار الشرط لا يورث فإذا مات المخير سقط خياره).
فالحكم المنطوق به صراحة في هذه المادة هو أن خيار الشرط في عقد الإيجار لا ينتقل الى الورثة سواء كان الخيار للمؤجر أو المستأجر أو كليهما.

(١) رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩

(٢) رقم ٤٠ لسنة ١٩٥٩

القناة الثانية: - إقتضاء النص:

مفاده أن النص المنوي تطبيقه في الموضوع فيه نقص تركه المشرع إما خطأ أو جهلاً أو لكونه واضحاً يمكن تدراكه بسهولة من قبل القاضي.

وفي جميع الاحوال على قاضي الموضوع الذي يروم تحقيق العدالة أن ينهض باكمال هذا النقص وضم ضميمة اليه لاكماله وجدير بالذكر أن ظاهرة النقص كما تحدث في النصوص القانونية قد توجد في القواعد القانونية ومن تطبيقات هذه القناة مايلي:

أ- المادة (٢) من القانون المدني العراقي القائم (لامساغ للاجتهاد في مورد النص) أي في نص تكون دلالته على الحكم قطعية ومن أمثلة ذلك المادة (١٦٩) من قانون أصول المحاكمات الجزائية القائم^(١)، التي تدل دلالة قطعية على أنه (يجب أن تنصب الشهادة على الوقائع التي يستطيع الشاهد إدراكها بإحدى حواسه) لأن الشهادة مأخوذة من المشاهدة بمعنى العلم لا بمعنى الرؤية.

أما اذا كان النص ظني الدلالة بأن يحتمل أكثر من معنى أو حكم واحد فيجب على القاضي أن يمتد حتى يختار المعنى الملاءم للعدالة وعلى سبيل المثل قال تعالى في القرآن الكريم: ﴿إِنْ أَمْرُهُ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ﴾^(٢).

فالولد في لغة العرب يشمل الذكر والانثى وفي عرف العرب خاص بالذكر فدلالة الآية على أحد المعنيين دون الآخر ظنية لاحتمال ان يكون المقصود هو المعنى الاخر. لذا اجتهد الفقهاء في تحديد المعنى المراد من هذه الآية فذهب فقهاء أهل السنة الى أن المقصود منه هو المعنى العرفي (الذكر). بينما ذهب فقهاء الشيعة الامامية الى أن المراد هو المعنى اللغوي الشامل للذكر والانثى.

وترتب على هذا الاختلاف أن من توفي عن بنت واخت لا ترث اخته عند الشيعة الامامية وترث الباقي عند فقهاء أهل السنة.

ب- المادة (٩٥) من قانون رعاية القاصرين العراقي القائم^(٣):

التي تنص على انه (يعتبر يوم صدور الحكم بموت المفقود تاريخاً لوفاته).

(١) رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١

(٢) سورة النساء / ١٧٦

(٣) رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ المعدل

فالعادلة تقتضي أن يقوم القاضي حين التطبيق بأضافة الجملة الآتية الى هذه المادة (مالم يستند الحكم الى تاريخ سابق) والا فيؤخذ بهذا التاريخ السابق لتحديد يوم وفاته.

ج- وكالمادة (٨٧٥) من مشروع القانون المدني العراقي الذي لم ير النور لحد الآن (للموكل في أي وقت أن يعزل وكيله أو يقيد وكالته وللوكيل أن يتنحى عن الوكالة) وهذه المادة تقتضي أن تضاف إليها العبارة الآتية (مالم يتعلق بها حق للغير).

أما إذا تعلق بها حق للغير كتعلق حق الدائن المرتهن في بيع المرهون متى لم يحصل على دينه وكان هناك وكيل للمدين الراهن وهو خارج العراق ففي هذه الحالة لا يستطيع أن يعزل الوكيل لتعلق حق الدائن المرتهن بالمال المرهون.

د- قاعدة (لا تركه الابدع سداد الدين) فهذه القاعدة بوضعها الحالي مرفوضة لعدم صحتها ولا اعتبارها صحيحة تقتضي أن تعدل كالآتي: (لانفاذ لتصرف الورثة في التركة المدينة الابدع سداد الدين) ^(١) لان التركة المدينة بمثابة الرهن لضمان دين الدائن فالمتوفى بعد خراب ذمته بالوفاة يتعلق دينه بتركته ورغم ذلك تنتقل التركة الى ورثته ^(٢).

هـ- قاعدة (الجواز الشرعي ينافي الضمان) ^(٣) فهذه القاعدة تقتضي أن تضاف إليها كلمة (الأصلي) أي الجواز الشرعي الأصلي ينافي الضمان وعلى سبيل المثل من حفر بشرا في حديقته أو بستانه فوق فيه شيء فتلف لا يكون ضامنا لأن الحفر عمل مباح ولا يترتب على المباح الضمان.

و- قاعدة (الجواز الشرعي لا ينافي الضمان) أي الجواز الشرعي الاستثنائي فيجب ضم قيد (الاستثنائي) الى هذه القاعدة فمن أكل مال الغير بدون إذنه تحت ضغط الجوع الذي يعرض حياته أو سلامته للخطر لايسأل مسؤولية جزائية ولا يعاقب ولكن يبقى

^(١) أو بعد اذن الدائن

^(٢) يقول الشيخ معروف النودمي الكوردي في كتابه (قطر العارض):

والدين لا يمنع من أن يملكا ورثة الميت ماقد تركا

لكن به علق كالمرهون لانه احوط للمدفون

فلم يكن تصرف فيه نفذ من وارث اذن الغريم ماأخذ .)

^(٣) المادة (٩١) من مجلة الاحكام العدلية)

ضامنا لما أكله بدون الأذن فإذا طالب صاحبه بالتعويض فيجب عليه دفعه له لقاعدة (الاضطرار لا يبطل حق الغير)^(١) أي حق الغير بمطالبة التعويض.

أما قاعدة (الضرورات تبيح المحظورات) فهي خطأ شائع لا يغتفر فالضرورات في أموال الناس لا تبيحها وإنما تميزها فيجب تعديل القاعدة كالآتي (الضرورات تميز المحظورات) لأن الإباحة تتعارض مع المسؤولية المدنية كالمسؤولية الجزائية.

القناة الثالثة: إشارة النص:

مضمون إشارة النص هو أن يدل دلالة الالتزام على حكم مشار إليه فيه كما في المادة (١/٣٧٨) من قانون العقوبات العراقي القائم التي تنص بمنطوقها الصريح على أنه (لا يجوز تحريك دعوى الزنى ضد أي من الزوجين أو اتخاذ أي إجراء فيها إلا بناء على شكوى الزوج الآخر) وتطابقها المادة (١/٣) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي القائم. وتدل بمنطوقها غير الصريح دلالة إشارة على أن جريمة زنى أحد الزوجين إعتداء على حق خاص للزوج الآخر فله التنازل حتى بعد صدور الحكم.

خلافًا للشريعة الإسلامية التي تعتبر الزنى مطلقاً جريمة سواء كانت العملية من المتزوجين أو من غيرهما قال تعالى: ﴿وَلَا تَقْرُبُوا الزَّوْجَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا﴾^(٢) ولكل إنسان بالغ عاقل مختار أن يحرك الدعوى ضد الزاني والزانية سواء كانا متزوجين أو لا، لأنه من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.^(٣) غير أن الرسول (ﷺ) أمر بالستر في الجرائم الأخلاقية فقال: (من ستر على أخيه ستر الله عليه يوم القيامة)، والأخ يشمل الأخت أيضاً. ثم إن القرآن أقر ثلاث عقوبات لكل من يتهم شخصاً (ذكر أو أنثى) بتهمة أخلاقية، إذا لم يشبها بأربعة شهداء، فقال سبحانه وتعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ^(٤) ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ، إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾^(٥).

(١) المادة (٣٢) المجلة

(٢) سورة الاسراء / ٣٢

(٣) ولأنه اعتداء على حق المجتمع أي على قيمه وأخلاقه بصورة عامة

(٤) أي الشريقات

(٥) سورة النور / ٤

وفلسفة هذه العقوبات الثلاث هي قطع اللسنة من التطاول على أعراض الناس^(١).

القناة الرابعة: - إجماء النص:

أي دلالة بمنطوقه غير الصريح على أن الحكم الوارد فيه معطل بعلة يدور معها وجودا وعدمًا فإذا تحققت على القاضي أن يحكم بالمنطوق وإذا تخلفت لا يحكم به. ومن تطبيقاته المادة (٢٨٧) من قانون الاصول المحاكمات الجزائية العراقي القائم التي نصها (إذا وجدت المحكوم عليها بالاعدام حاملا عند ورود الأمر بالتنفيذ فعلى إدارة السجن إخبار رئيس الادعاء العام ليقدم مطالعته الى وزير العدل بتأجيل تنفيذ الحكم أو تخفيفه ويقوم وزير العدل برفع هذه المطالعة الى رئيس الجمهورية وإذا كان الامر المحدد يقضي بتنفيذ عقوبة الاعدام فلا تنفذ إلا بعد مضي أربعة أشهر من تاريخ وضع حملها سواء وضعت قبل ورود هذا الامر أو بعده وهذا النص يدل دلالة إجماء بمنطوقه غير الصريح على أن علة تأجيل الحكم هي حماية حياة الطفل وإذا ثبت بالطرق العلمية الحديثة أن الحمل غير موجود أو أن الجنين ميت في بطن أمه لا يزجل التنفيذ وكذا إذا مات الطفل بعد الولادة وقبل إنتهاء أربعة أشهر.

القناة الخامسة: المفهوم الموافق للنص:

بأن يكون حكم المسكوت عنه موافقا لحكم المنطوق به لاتحاد الحكمين في العلة ومن تطبيقات هذه الصورة: -

١- المادة (٢٣٧) من قانون العقوبات المصري التي تدل بمنطوقها الصريح على أن (من فأجأ زوجته حال تلبسها بالزنا وقتلها في الحال ومن يزني بها يعاقب بالحبس). وتدل بمفهومها الموافق على أنه إذا اصابهما بعاهة مستديمة أو بضرب مفض الى الموت يعاقب بالحبس من باب أولى لاشتراك المنطوق به والمسكوت عنه في علة تخفيف الحكم

^(١) عقوبة الجلد هي عقوبة مشتركة بين الحق العام والحق الخاص (أي حق المقدوف) فلا اثر للتوبة في اسقاطها بخلاف العقوبة الثانية (عدم قبول الشهادة) والثالثة (وصمة عار الفسق) فانهما يسقطان بالتوبة والاصلاح خلافا للحنفية حيث ذهبوا الى ان الاستثناء يعدد الى العقوبة الاخيرة فقط بناء على قاعدة (ان القيد اذا دار بين القريب والبعيد يرجع الى القريب ما لم تدل قرينة على خلاف ذلك) ولان الاستثناء للضرورة والضرورات تقدر بقدرها فيكفي لرفع هذه الضرورة رجوع القيد الى العقوبة الثالثة (وصمة عار الفسق)

أي الحبس وهي عبارة عن ذلك الطرف والمنظر البشع الذي فأجأه الزوج وأثر على أعصابه وإرادته.

وحسنا فعل المشرع العراقي في إدراج هاتين الحالتين ضمن المنطوق الصريح حيث نصت المادة (٤٠٩) من قانون العقوبات القائم على أنه (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات من فأجأ زوجته أو إحدى محارمه في حالة تلبسها بالزنا أو وجودها في فراش واحد مع شريكها فقتلها في الحال أو قتل أحدهما أو أعتدى عليهما أو على أحدهما اعتداءً أفضى إلى الموت أو إلى عاهة مستديمة).

ب - حرم القرآن بالمنطوق الصريح تأنيف الاولاد نلباء بقوله تعالى: ﴿فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أَفًا وَلَا تَنْهَرُهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا﴾^(١). وبالمفهوم الموافق حرم الضرب ونحوه من باب أولى. ويمكن أن يقال ذكر القرآن تعبير (أف) وأراد به جميع الايذاءات فهو من باب ذكر الخاص وإرادة العام.

ج - حرم القرآن بالمنطوق الصريح كنز الذهب والفضة وعدم استثمارهما في التنمية الاقتصادية والاجتماعية وعدم إنفاقهما في المصالح الخاصة والعامة في قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَكْنِزُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ وَلَا يَنْفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَبَشِّرْهُمْ بِعَذَابٍ أَلِيمٍ﴾^(٢).

فحرم بالمنطوق الصريح كنز الذهب والفضة وبالمفهوم الموافق حرم كل عملة معدنية أوروپية حلت محل الذهب والفضة في التعامل والتداول بين الناس.

الفئة السادسة: المفهوم المخالف:

يكون الحكم المفهوم المخالف مخالفاً لحكم المنطوق الصريح كلما تخلف القيد الوارد في النص المعتبر في حكم المنطوق به صراحة لأن هذا القيد بمثابة شرط لتطبيقه، فالشرط ينتفي بأنتفاء شرطه ومن تطبيقات هذه الحالة:

أ. المادة (٣٩) من قانون العقوبات العراقي القائم تنص بمنطوقها الصريح على أنه (لاجرمة اذا وقع الفعل قياماً بواجب يفرضه القانون)

فقيد (قيام بواجب يفرضه القانون) معتبر في تجريد الفعل الجرمي من صفته الجرمية وتحويله إلى عمل مباح اذا كان القيام بفعل جرمي أداء واجب يفرضه القانون.

(١) سورة الاسراء / ٢٣

(٢) سورة التوبة / ٣٤

ومفهومها المخالف أن الفعل لا يتحول الى المباح بل يحتفظ بصفته الجرمية اذا لم يكن قياما بواجب يفرضه القانون ولم يكن هناك سبب آخر من أسباب الاباحة. ويشترط لتطبيق المنطوق الصريح لهذه المادة توفر الشروط الآتية: -

١- أن يكون العمل صادرا ممن ينطبق عليه صفة الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة.

٢- أن يكون العمل تنفيذا لما يأمر به القانون.

٣- أن يتمتع المنفذ بسلطة تقديرية.

٤- أن يكون هناك سبب يبرر استعمال السلطة التقديرية.

٥- أن يكون العمل مطابقا للقانون من حيث الشكل والموضوع.

٦- أن يقصد الموظف في عمله تحقيق غاية يستمد منها القانون في تحويل السلطة.

فإذا تخلف شرط من هذه الشروط على القاضي أن لا يعتبر العمل مباحا بل يبقى محتفظا بصفته الجرمية التي عبارة عن مفهوم مخالفة النص المذكور.

ب. ومن تطبيقات القنا السادسة ايضا المادة (١٢٩/١) من القانون المدني العراقي القائم التي نصها (يجوز ان يكون محل الالتزام معدوما وقت التعاقد اذا كان ممكن الحصول في المستقبل وعين تعيينا نافيا للجهاالة والغرر)

فالمنطوق الصريح لهذه الفقرة هو (جواز بيع المعدوم) إذا توفر القيدان الواردان فيها فإذا تخلف احدهما أو كلاهما على القاض أن يطبق المفهوم المخالف للمنطوق وهو (عدم جواز بيع المعدوم) وبالتالي بطلان العقد.

ويلاحظ ان المشرع العراقي خلط بين محل العقد ومحل الالتزام فالصواب أن يقال (اذا كان محل العقد معدوما وقت التعاقد لان محل الالتزام دائما يكون عملا من أعمال الانسان وهو موضوع الالتزام وليس محله ومن أخطاء القانون المدني العراقي ايضا ما جاء في الفقرة الاولى من المادة الاولى منه التي نصها (١- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها).

فهذه المادة أعطت للقاضي قناتين فقط لاستقاء الاحكام لأن تعبير (في لفظها) لا يشمل الا المنطوق الصريح وتعبير (في فحواها) لا يشمل الامفهوم الموافقة. ووقع المشرع في نفس الخطأ في الفقرة الاولى من المادة الاولى من قانون الاحوال الشخصية العراقي المعدل القائم.

كما وقع نفس الخطأ في الفقرة الاولى من المادة الاولى من كل من القانون العقوبات المصري القائم^(١) والقانون المدني المصري القائم^(٢). وخطأ المشرع العراقي حصل تقليدا للمشرع المصري بالاضافة الى أن رئيس لجنة وضع مشروع القانون المدني العراقي الحالي كان المرحوم السنهوري.

(١) رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧

(٢) رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨

المبحث الثاني

تكييف التصرفات والوقائع

تكييف التصرفات القانونية والوقائع القانونية يأتي في مقدمة الصعوبات القانونية والاجرائية التي يواجهها القاضي كما أنه من الضروريات التي لا يمكن إهمالها لتوقف فكرتي العدالة والمساواة على هذا التكييف من جهة ومن جهة أخرى أن القاضي لا يستطيع أن يحدد النص الواجب التطبيق في القضية التي ينظر فيها ما لم يحدد مقدما الصفة القانونية للموضوع سواء كان تصرفا قانونيا أو واقعة قانونية.

ولقد الآن لم أطلع في القوانين وشروحها على معيار موضوعي للتمييز بين التصرف والواقعة بل نجد تعريفات ومعايير للتمييز وهي مرفوضة في المنطق القانوني. والتعريف المعروف المشهور للتصرف القانوني هو أنه (اتجاه الإرادة نحو إحداث أثر يعتد به القانون).

وهذا التعريف غير صحيح وغير منطقي للاوجه التالية: -

أ- اتجاه الإرادة يعني تعلق الإرادة والتصرف عبارة عن المتعلق والفرق بين المتعلق والمتعلق واضح وضوح الشمس في نصف النهار.

ب- التصرف مطلقا من صنع قدرة الانسان دون إرادته لان كل عمل إختياري يقدم عليه الانسان يتعلق به إدراكه أولاً ثم إرادته ثم قدرته، فالقدرة تابعة للإرادة والإرادة تابعة للادراك فاعمال الانسان التي تصدر عنه من خلق قدرته دون إرادته.

ج- التصرفات سواء كانت قانونية أو غيرها تشمل الأقوال والافعال وفي حصرها في الأقوال مخالفة للغة وعرف العرب وكذلك حصرها في التصرفات القولته مخالف للواقع.

د- حصر التصرفات القولية في العقد والإرادة المنفردة رغم عموميتها وشموليتها لهما ولغيرهما أيضا مرفوض في المنطق القانوني وبناء على ذلك أقترح أن يعرف التصرف

القانوني والواقعة القانونية بالآتي (التصرف القانوني كل ما يصدر عن انسان يميز عاقل مختار من شأنه ان يرتب عليه القانون اثرا قانونيا).

وبناء على هذا التعريف يجب أن يتوفر في كل حدث يعد تصرفا قانونيا العناصر التالية:

- ١- إن يكون الحدث صادرا عن الانسان وكل ما يصدر عن الحيوان أو الطبيعة واقعة.
- ٢- إن يكون من انسان يميز فكل ما يصدر عن الصبي غير المميز واقعة.
- ٣- أن يكون من انسان عاقل فكل ما يصدر عن المجنون واقعة.
- ٤- أن يكون من إنسان مختار فكل ما يصدر عن المضطر أو المكره واقعة.
- ٥- ان يكون واعيا فكل ما يصدر عن السكران و النائم والمغمى عليه والمخرف ونحو ذلك واقعة.

٦- أن يكون من شأنه ان يرتب عليه القانون أثرا قانونيا فالاعمال والاقوال الاعتيادية التي تصدر عن الانسان بارادته المنفردة أوبتعاون إرادتين فأكثر حين إحتكاك الناس بعضهم ببعض ولا يرتب عليها القانون أثارا قانونية لاتندرج تحت التصرفات القانونية والوقائع القانونية.

تطبيقات التكييف:

تكييف كل مايكون مشمولا بالتصرف القانوني أو الواقعة القانونية هو إعطاؤه صفة القانونية لاختصاصه لمادة معينة شرعت لأجل تطبيقها عليه وعلى نظائره.

ويتعبير آخر تطويره لاختصاصه لنص قانوني معين. ونتناول هذا الموضوع باستعراض نماذج في القضايا المدنية والجزائية.

أولاً: من تطبيقات التكييف في القضايا المدنية تكييف العقد:

والعقد عرفته المادة (٧٣) من قانون المدني العراقي القائم بأنه (ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدین بقبول الآخر على وجه يشبث أثره في المعقود عليه).

ويلاحظ على هذا التعريف أنه ناقص فكان المفروض أن تكون نهاية التعريف كآلاتي (على وجه يشبث أثره في المعقود عليه والعاقد) لأن آثار العقد إما حقوق فهي تكون في المعقود عليه أو التزامات وهي تكون على العاقد، ففي عقد البيع مثلاً الأثر في المعقود

عليه (المبيع، الثمن) إنتقال ملكية المبيع الى المشتري وملكية الثمن الى البائع، والتزامات العاقدين (التسليم والاداء) (تسليم المبيع، واداء الثمن).

ويمكن تقسيم تكييف العقد الى ثلاثة أقسام: -

القسم الاول: - التقسيم الثلاثي من حيث التكييف الى العقد الصحيح والباطل والقابل للإبطال وهو تقسيم الفقه الغربي وقد تأثر به بعض القوانين العربية المدنية كالمصري^(١) والسوري^(٢) واللبناني^(٣) والكويتي^(٤).

١. العقد الذي تتوافر جميع أركانه وشروطه ويكون سالماً من عيوب الإرادة^(٥) يكييف بأنه عقد صحيح ويخضع للنصوص القانونية التي تعالج عناصره وأحكامه.

٢. العقد الذي يتخلف فيه ركن من أركانه أو شرط من شروط إنعقاده أو كان معيب المحل أو السبب يكييف بأنه عقد باطل يخضع للنصوص التي تتولى معالجة ما يترتب عليه من الأحكام.

٣. العقد الذي تتوافر أركانه وشروطه ولكن يحتل فيه ركن الرضا يكييف بأنه عقد قابل للإبطال أي لمن تقررت له قابلية الإبطال إلغاه.

وجدير بالذكر أن القابل للإبطال في الفقه الغربي يشمل كلا من العقد الموقوف والعقد النافذ غير اللازم في بعض القوانين المدنية المتأثرة بالفقه الاسلامي كالقانون المدني العراقي^(٦) و الاردني^(٧) واليمني^(٨).

القسم الثاني: التقسيم الرباعي من حيث التكييف وهو ما تبناه جمهور فقهاء الشريعة الاسلامية وأخذ به بعض القوانين كالقانون المدني العراقي^(٩).

(١) رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨

(٢) رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩

(٣) الصادر في آذار ١٩٣٢

(٤) رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠

(٥) وهي الإكراه والتفريغ والغلط والاستغلال

(٦) رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

(٧) رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦

(٨) رقم ١٩ لسنة ١٩٩٢.

(٩) رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١

١. العقد الذي ينفذ صحيحا ولكن لا تترتب عليه الاثار من الحقوق والالتزامات الابعاد إجازته من له حق الاجازة يكييف بأنه عقد صحيح موقوف كعقد الفضولي وعقد ناقص الاهلية^(١).

٢. العقد الذي تتوافر فيه شروط الانعقاد ويكون معرضا للفسخ من كل من العاقلين كعقد الاعارة وعقد الوكالة أو يكون قابلا للفسخ من أحد العاقلين دون الآخر بارادته المنفردة كعقد الكفالة يحق للمكفول له فسخه دون الكفيل وعقد الرهن للدائن المرتهن حق فسخه دون المدين الراهن يكييف بأنه عقد صحيح نافذ (تترتب عليه الاثار) غير لازم (قابل للفسخ) ويخضع للنصوص القانونية التي تتناول عناصره وأحكامه.

٣. العقد الذي تتوافر فيه شروط الانعقاد والصحة والنفاد واللزوم يكييف بأنه عقد صحيح نافذ لازم (غير قابل للفسخ بالارادة المنفردة) ويخضع للنصوص التي خصصت لعناصره وأحكامه.

٤. كل عقد تخلف فيه ركن من أركانه أو شرط من شروط إنعقاده يكييف بأنه باطل يخضع للنصوص القانونية التي عالجته.

القسم الثالث: - التقسيم الحماسي وهو عبارة عن التقسيم الرباعي المذكور أنفا بالاضافة الى قسم خامس ابتكره بعض فقهاء الاسلام (كالحنفية) وأخذ به المشرع العراقي في قانون الاحوال الشخصية القائم^(٢)، والمدني الاردني القائم^(٣)، والمدني اليمني القائم^(٤).

وهذا القسم هو أن كل عقد إذا كان مشروعاً بأصله وغير مشروع بوصفه يكييف بأنه فاسد.

(١) من أسباب توقف العقد عدم الاهلية الكافية لممارسة التصرف كعقد ناقص الاهلية أو عدم الولاية على محل العقد كعقد الفضولي (بيع مال الغير أو الشراء له بدون نيابة) أو تعلق حق الغير كالوصية في الزيادة من الثلث موقوفة على إجازة الورثة بدون وفاة المورث.

(٢) المادة (٦) والمادة (٢٢) منه

(٣) رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦

(٤) رقم ١٩ لسنة ١٩٩٢

فساد العقد عند من يفرق بينه وبين الباطل يكون للأسباب الآتية: -

١. التفريق بين الاختيار والرضا فالاول مباشرة السبب والثاني الرغبة في ترتب الآثار على السبب. فهما ركنان معنويان إذا تحققا معا يكون العقد صحيحا وإذا تخلفا معا يكون العقد باطلاً، وإذا تحقق الاختيار دون الرضا يكيّف بانه فاسد، ولا يتصور وجود الرضا بدون الاختيار.
٢. التفريق بين النهي عن الشيء لذاته والنهي عنه لوصفه اللازم فالاول يكيّف بالباطل كبيع المخدرات والثاني يكيّف بالفاسد كالعقد الربوي.
٣. التفريق بين أصل العقد ووصفه فإذا تخلف الأصل يكيّف العقد بالباطل، وإذا تخلف الوصف يكيّف بانه فاسد.

أ- أصل العقد ووصفه:

أصل العقد عبارة عن الشروط الآتية:

- ١- مطابقة الايجاب والقبول.
- ٢- اتحاد مجلس الايجاب والقبول
- ٣- التمييز في المعاوضات والعقل في التبرعات.
- ٤- تعدد العاقد حقيقة أو حكماً^(١).
- ٥- كون المحل معيناً أو قابلاً للتعين.
- ٦- كون المحل قابلاً للتعامل
- ٧- كون المحل قابلاً للتسليم.

ب- وصف العقد:

الشروط الثلاثة الاولى المذكورة لا تحتاج الى وصف مكمل بخلاف الاربعة الباقية فهي تحتاج الى وصف مكمل كالآتي: -

١. التمييز أو العقل الذي يتركز عليه عنصر الرضا يحتاج الى وصف مكمل وهو خلوه من الاكراه فعقد المكره فاسد.
٢. كون محل العقد معيناً أو قابلاً للتعين يحتاج الى وصف مكمل وهو خلوه من الغرر.

^(١) كأن يشتري من وكل يبيع مال لنفسه بعد اذن الموكل.

٣. كون المعل قابلاً للتعامل يحتاج الى وصفين مكملين وهما خلوه من الريا
فالعقد الربوي فاسد وخلوه من الشرط الفاسد. فالعقد المقتن بالشرط الفاسد
بأن يكون مخالفاً لمقتضى العقد يكون فاسداً

٤. كونه قابلاً للتسليم يحتاج الى وصف مكمل وهو خلوه من الضرر حين التسليم
فكل تسليم يترتب عليه الضرر يكون فاسداً.

والفاسد والباطل مترادفان عند جمهور فقهاء الشريعة وبه أخذ المشرع العراقي في
القانون المدني القائم لكن أخذ بالتقسيم الخماسي في قانون الاحوال الشخصية كما
ذكرنا.

وعلل ابو حنيفة (رحمه الله) فلسفة التفرقة بين الفاسد والباطل بأنه لو اعتبر العقد
المشروع بأصله وغير المشروع بوصفه صحيحاً للزمت التسوية بينه وبين المشروع بأصله
ووصفه وهذا يابأه العقل السليم والمنطق ولو أعتبر باطلا للزمت التسوية بينه وبين
غير المشروع بأصله ووصفه وهذا أيضاً خلاف العقل والمنطق.

ثمرة التمييز بين الباطل والفاسد:

١. في المعاملات المالية: اذا أزيل سبب الفساد في العقد الفاسد يتحول تلقائياً الى
صحيح وعلى سبيل المثل في العقد الربوي اذا تنازل المرابي عن الفائدة يتحول الى
صحيح.

وفي عقد المكره اذا اجاز بعد زوال اثر الاكراه يتحول الى صحيح.
بخلاف الباطل فإذا أزيل سبب البطلان لا يتحول الى صحيح بل يجب إستئنافه من
جديد بمعزل عن سبب البطلان.

٢. في الاحوال الشخصية: الدخول في الزواج الباطل يعتبر جريمة الزنى بالنسبة لمن
يعلم بالبطلان من الزاني والزانية بخلاف الدخول في الزواج الفاسد فانه تترتب
عليه الاثار الشرعية الآتية:

- أ. نسب الولد الناتج من هذا اللقاء الجنسي يكون مشروعاً فلا فرق بينه وبين
النسب في الزواج الشرعي الصحيح من حيث الحقوق والالتزامات.
- ب. تثبت قرابة المصاهرة بين أصول وفروع الداخل والمدخول بها.
- ج. تجب العدة على المدخول بها.

د. يجب للمدخل بها مهر المثل تعويضاً عن الضرر الأدبي (المعنوي) الحاصل من الدخول.

هـ. تسقط عقوبة الزنى من كل من الداخل والمدخل بها رغم علمهما بفساد العقد وذلك لوجود شبهة الحلال فيه بسبب قيام الزواج صورة.

٣. في العبادات:

من نذر على نفسه أن يصوم يوماً بدون تحديده فصام يوم العيد تسقط مسؤولية الصائم ولا يكلف بالصيام في يوم آخر خلافاً لمن لا يفرق بين الفاسد والباطل حيث يرى أن التكليف لا يسقط بالصيام في يوم العيد.

وجدير بالذكر أن المرحوم السنهاوري قال في كتابه مصادر الحق وقد أثنى فقهاء القانون على صنيع أبي حنيفة في تمييزه بين الباطل والفاسد لأنه أنقذ كثيراً من المعاملات المالية من الانهيار.

ثانياً: من تطبيقات التكليف في المسائل الجزائية:

من تطبيقات تكليف المسائل الجزائية تكليف الجرائم الماسة بحياة الأشخاص وسلامة أجسادهم.

المجرمة: - كل محظور من شأنه أن يعاقب عليه يكيف بأنه جريمة.

الاركان العامة المشتركة بين الجرائم:

كل ما يتوقف عليه الشيء ويكون جزءاً من ماهيته يكيف بأنه ركن.

والاركان العامة المشتركة بين الجرائم ثلاثة: - الركن الشرعي والركن المادي والركن المعنوي.

الركن الشرعي: كل صفة غير مشروعة خاضعة لنص تجريمي خالية من سبب من

أسباب الإباحة تكيف بانها الركن الشرعي.

ويتوقف الركن الشرعي على توافر عنصرين:

١. الخضوع لنص تجريمي

٢. عدم الخضوع لسبب من أسباب الإباحة.

الركن المادي: كل نشاط صادر عن الانسان بنية إحداث نتيجة جرمية حصلت مع علاقة

السببية بينهما يكيف بأنه الركن المادي ويتوقف على توافر عناصر ثلاثة:

١. نشاط اجرامي من انسان بنية تحقيق نتيجة جرمية.
 ٢. تحقق نتيجة معاقب عليها.
 ٣. توافر علاقة السببية بين النشاط والنتيجة.
- الركن المعنوي: - إرادة الخروج عن القانون الجزائي بفعل أو امتناع وكيف بانه ركن معنوي^(١).
- القتل:- إزهاق روح إنسان كان على قيد الحياة وكيف بأنه قتل يتوقف على عنصرين:-
١. إزهاق روح إنسان.
 ٢. كان الانسان لم يفارق الحياة قبل إتيان الفعل.
- وبناء على ذلك لا يسمى قتلًا في الاصطلاح اذا كان الفعل إزهاق روح حيوان أو انسان فارق الحياة قبل إتيان الفعل وللقتل من حيث التكييف: أنواع متعددة منها:
- ١- القتل المباح: وهو كالقتل قصاصاً أو دفاعاً عن النفس أو العرض أو المال وكيف بأنه مباح لا يسأل جزائياً ولا مدنياً.
 - ٢- القتل العمد العدوان: إزهاق روح إنسان كان على قيد الحياة مع القصد وبدون مبرر قانوني وكيف بانه عمد عدوان.
 - ٣- القتل البسيط: القتل العمد العدوان غير المقتن بظرف مشدد أو مخفف وكيف بانه قتل بسيط^(٢).
 - ٤- القتل الخطأ: إزهاق روح إنسان لم يتوفر فيه الركن المعنوي (القصد الجزائي).
 - ٥- الخطأ الواعي: اذا كان الخاطئ يتوقع خطأ مقدماً لكنه كان يعتمد على مهارته وخبرته كمن يسوق سيارته بسرعة غير مسموحة في شارع مزدحم اعتماداً على مهارته في السياقة وسيطرته على اجتناب ارتكاب عمل غير مشروع ورغم ذلك اذا ارتكب عملاً غير مشروع وكيف خطأه بأنه الخطأ الواعي فيسأل جزائياً ومدنياً.
 - ٦- الخطأ غير الواعي: هو الذي لا يتوقعه الخاطئ مقدماً كمن يسوق سيارته بسرعة مسموحة ولكن يخرج طفل فجأة الى الشارع ويغير اتجاه السيارة باتجاه حديقة دار

(١) د. رؤوف عبيد / مبادئ القسم العام من التشريع القضائي / ص ٢٧٤.

(٢) كما في المادة (٤٠٥) من قانون العقوبات العراقي القائم التي نصها (من قتل نفساً عمداً يعاقب بالسجن المؤبد أو المؤقت).

فيتلفها أو يهدم السياج فيكيف بانه خطأ غير راع فلايسال الخاطيء مسؤولية جزائية لكن يسال مسؤولية مدنية عن التعويض.

والخطأ في المسؤولية التقصيرية: هو اخلال بواجب قانوني مع الادراك المخل اياه وبناء على هذا التعريف يتوقف على عنصرين: -

١. العنصر المادي (الموضوعي) وهو الاخلال بواجب قانوني

٢. العنصر المعنوي وهو علم المخل بانه اخل بواجب قانوني.

الخطأ الجنائي: اذا كان الواجب الذي اخل به الخاطيء محددًا بالقانون الجزائي يكيف الخطأ بالجنائي أو الجزائي.

الخطأ المدني: اذا كان محددًا بالقانون مطلقًا مدنيا أو جزائيا أو بصورة مباشرة أو غير مباشرة كالزام القانون كل انسان بان لا يضر بالغير يكيف بالخطأ المدني فكلما تحقق الجنائي يتحقق الخطأ المدني دون العكس الكلي. يكيف بأنه قتل الخطأ يخضع للنص الذي يحكمه.

١. القتل المقتن بالظرف المشدد: - إزهاق روح إنسان مع سبق الاصرار أو الترصد أو الاقتران بجريمة أخرى يكيف بانه القتل المقتن بظرف مشدد يعاقب عليه الجاني بعقوبة أشد من عقوبة القتل البسيط ويخضع للنص الجزائي الذي يعالج حكمه.

٢. القتل المقتن بالظرف المخفف: - إزهاق روح انسان مع سبق استفزاز المجني عليه للجاني مثلاً يكيف بالقتل المقتن بالظرف المخفف يعاقب عليه بعقوبة تكون أقل حجماً من عقوبة القتل البسيط ويخضع لنص جزائي خاص.

٣. الضرب المفضي الى الموت: - إزهاق روح انسان بضرب لم يقصد فاعله تحقيق النتيجة الجرمية يكيف بالضرب المفضي الى الموت فيعاقب الجاني بعقوبة أقل من القتل العمد العدوان ويخضع للنص الجزائي الذي يحكمه.

وهناك تطبيقات كثيرة للتكييف في المسائل الجزائية نكتفي بهذا القدر استبعاداً للتطويل المل.

تدارك خطأ القاضي في التكييف:

إذا أخطأ قاضي الموضوع في تكييف واقعة يمكن تداركه من محكمة عليا كمحكمة التمييز.

وعلى سبيل المثال أثناء الحرب العراقية الايرانية في الثمانينات رجع أحد الضباط الى داره في وقت متأخر من الليل فوجد جثة رجل في حديقته وهو قد مات بالسلك المكهرب الممتد على سياج حديقته ثم أقيمت عليه الدعوى من ذوي العلاقة فأدعى أمام قاضي الموضوع بأنه قام بهذا العمل دفاعاً عن النفس والمال لظروف إستثنائية قائمة بسبب الحرب العراقية الايرانية. فعلم قاضي الموضوع ببراءته بعد أن كيف الواقعة بالدفاع الشرعي، وبعد تمييز الحكم نقضت محكمة التمييز حكم القاضي لكونه مخطئاً في تكييف الواقعة لعدم توافر عناصر الدفاع الشرعي فيها ومن بينها كون الخطر الذي يهدد حقاً من حقوقه التي يحميها القانون، حيث لم يكن هناك خطر على وشك الوقوع ويكون حالاً.

أنواع التكييف:

ينقسم التكييف الى نوعين:

١- **التكييف القانوني:** وهو إعطاء الصفة القانونية للتصرف القانوني أو الواقعة القانونية لغرض تحديد النص الواجب التطبيق كتكييف الطاقة الكهربائية بأنها مال منقول تتحقق فيها جريمة السرقة.
وكتكييف العلاقة بين الجاني والمجني عليه في حالة خيانة الأمانة بأنها علاقة تعاقدية من قبيل الإيجار أو العارية.
وكتكييف الوقائع التي تقوم عليها الجريمة بأنها غير مشروعة طبقاً لقانون العقوبات.

٢- **التكييف غير القانوني:** وهو عبارة عن تكييف ما لا ينضج للتصرفات القانونية أو الوقائع القانونية من كل ما كان استخلاصه متوقفاً على أفكار غير ذات طابع قانوني كتكييف فعل صادر عن الإنسان بأنه فاضح غل بالحياء.^(١)

(١) د. محمود نجيب حسني / المرجع السابق / ص ٤٩٠.



الفصل الرابع

التفسير والتأويل

ونتناول هذا الموضوع في مبحثين:
يخص الأول للتفسير والثاني للتأويل.



المبحث الأول

التفسير

التفسير في اللغة الكشف والبيان والايضاح والتبيين وإزالة الغموض^(١)
التفسير والتعريف في الاصطلاح المنطقي: وهما متقاربان من حيث المضمون والمقصود.
وقد قسم علماء المنطق التعريف والبيان الى عدة اقسام باعتبارات مختلفة كالآتي:

اولا: من حيث القصد الفظي و تنبيهي.

- ١ - التفسير اللفظي: ما يقصد به تفسير مدلول لفظ بلفظ اوضح منه دلالة على المعنى والمراجع المعتمدة لهذا النوع القواميس والمعاجم والموسوعات اللغوية.
- ٢ - التفسير التنبيهي: هو ما يقصد به احضار صورة غزونة في ذهن المخاطب غابت عنه بعد ان سبق علمه به وبناء على ذلك لا يعد هذا من باب كسب المجهول من المعلوم حيث لا يوجد كسب جديد وانما هو احضار ما غاب وتذكير المخاطب به.

ثانيا: من حيث العلم بوجود مفردات المعرف خارج الذهن وعدم

وجوده:

اسمي وحقيقي.

التفسير الاسمي: يختص بالموجودات الذهنية كما ان الحقيقي يختص بالموجودات الخارجية كالاعيان الموجودة خارج الذهن.

- ١ - التفسير الاسمي: بيان وتفسير للمصطلحات العلمية الاعتبارية كتعريف شيء من الاعيان قبل وجوده او قبل العلم بوجوده كتعريف مكتشف قبل اكتشافه وكبيان مواصفات مشروع قبل انشائه.

- ٢ - التفسير الحقيقي: تعريف لما علم وجوده خارج الذهن.

(١) لسان العرب: فصل التاء حرف الراء.

فالتعريفات للموجودات خارج ذهن الانسان تعريفات حقيقية كتعريف المنقول بانه كل ما يمكن نقله من محل الى اخر بدون تغيير وتعريف العقار بانه ما لا يمكن نقله بوسيله اعتيادية مع الاحتفاظ بهيئته.

ثالثا: التفسير المنطقي:

من حيث العناصر ينقسم الى الحدي والرسم كما ينقسم كل منهما الى التام والناقص.
١ - الحد التام: هو الذي يتكون من جنس الشيء وفصله القريبين كتعريف الجريمة بانها (مخطور معاقب عليه) فالاول جنس يشمل المحظورات الجزائية و غير الجزائية، والثاني فصل يخرج به المحظورات غير الجزائية كالاضرار الموجبة للتعويض.
٢ - الحد الناقص: هو التعريف بالجنس البعيد والفصل القريب كتعريف الجريمة بأنها حدث معاقب عليه.

٣- الرسم التام: هو التعريف بالجنس والفصل والخواص كتعريف الجريمة بانها مخطور معاقب عليه مضرة بالفرد والمجتمع.

٤- الرسم الناقص: هو تعريف الشيء بخواصه كتعريف الملكية بانها يحول القاتون صاحبها بالتصرف والاستعمال والاستغلال والحيابة^(١).

التفسير في الاصطلاح الفلسفي: هو تفسير الحقيقة العلمية وايضاها أوانها لازمة من المبادئ البديهية. والتفسير أعم من التعليل لان التعليل هو انتقال الذهن من المؤثر الى الاثر سواء كانت العلة تامة أو ناقصة فكل تعليل تفسير وتوضيح وليس كل تفسير تعليل^(٢).

التفسير في الاصطلاح الشرعي: هو الكشف عن مرامي ألفاظ القرآن.

التفسير في الاصطلاح القانوني: هو تحديد المعنى الذي يقصده الشارع من ألفاظ النص لجعله صالحا للتطبيق على وقائع الحياة^(٣).

(١) ينظر مؤلفنا المنطق القانوني في التصورات ص ١١٥ وما يليها

(٢) المعجم الفلسفي للدكتور جميل صليبا ١ / ٣١٤

(٣) ينظر صوبج شرح قانون العقوبات - القسم العام للدكتور محمود نجيب حسني ص ٥٤

أي أن التفسير هو البحث عن إرادة المشرع بألفاظ معينة يتكون منها النص القانوني وهو لذلك يفترض تحليلاً لهذه الألفاظ وكشفاً عن مدلولها. والمعنى المراد بالنص هو التنظيم القانوني لموضوع معين.

وفلسفة التفسير (علته الغائية) هي جعل النص صالحاً للتطبيق على ما يعرض على القضاء من وقائع بحيث يحقق العدالة.

أنواع التفسير:

ينقسم التفسير من حيث المصدر (الجهة التي تتولاه) إلى خمسة أقسام: - تشريعي وفقهي وقضائي وعلمي ومنطقي.

أولاً: التفسير التشريعي: هو الذي يتولاه الشارع أو المشرع^(١) أو من يخولاه به.

من نماذج التفسير التشريعي تخصيص النص العام بنص آخر كما في تخصيص عموم المادة السادسة من قانون العقوبات العراقي القائم (تسري أحكام هذا القانون على جميع الجرائم التي ترتكب في العراق وتعتبر الجريمة مرتكبة في العراق إذا وقع فيه فعل من الأفعال المكونة لها أو إذا تحققت فيه نتيجتها أو كان يراد أن تتحقق فيه). وفي جميع الأحوال يسري القانون على كل من يساهم على جريمة وقعت كلها أو بعضها في العراق ولو كانت مساهمته في الخارج سواء أكان فاعلاً أم شريكاً) فصيغة (جميع الجرائم) للعموم تشمل كل من يرتكب جريمة في الاقليم العراقي البري أو البحري أو الجوي بغض النظر عن جنسيته وصفته الوظيفية.

غير أن هذا العموم لم يكن مراداً للمشرع لذا خصصه بالمادة الحادية عشر من هذا القانون التي نصها (لا يسري هذا القانون على الجرائم التي تقع في العراق من الأشخاص المتمتعين بحصانه مقررته بمقتضى الاتفاقيات الدولية، أو القانون الدولي أو القانون الداخلي).

ومن التفسير التشريعي تقييد النص المطلق كما في لفظة (وصية) وهي وردت في القرآن الكريم مطلقه فتشمل الوصية بجميع التركة أو ببعضها من الثلثين أو النصف أو الثلث أو نحو ذلك.

^(١) للشارع يستعمل بالنسبة للشريعة الإسلامية لأن الصيغة لا تكلف فيها بخلاف المشرع فهو يدل على التكلف وتعمل المشقة كما في تشريع القوانين

غير ان هذا الاطلاق لم يكن مرادا من الشارع (الله جل جلاله) لذا قيده الرسول (ﷺ) بمقتضى تحويل له من الله بقوله: ﴿وَأَنزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ﴾^(١) فهذا التقييد كان بالثلث ومادونه.

قال سبحانه وتعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا^(٢) الْوَصِيَّةُ لِلْأُولَئِينَ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾^(٣).

وهذا التقييد ورد في حديث سعد بن أبي وقاص (رضي الله عنه) حين قال: ((قلت يا رسول الله أنا ذو مال وفي رواية أنا كثير المال ولا ترثني الابنة لي واحدة أفأتصدق بثلثي مالي؟ قال: لا، قلت: أفأتصدق بشرطه (نصفه)؟ قال: لا، قلت: أفأتصدق بثلثه؟ قال: الثلث والثلث كثير إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس))^(٤).

ثانيا: - التفسير الفقهي: التفسير الفقهي هو الذي يقوم به الفقهاء في مؤلفاتهم وأبحاثهم العلمية وأثناء إلقاء المحاضرات القانونية ونحو ذلك.

وهو على جانب كبير من الأهمية النظرية ويتميز بالمنطق الدقيق والمهجج البالغة ورغم كل ذلك فإنه ليس ملزما للقاضي أيا كان المستوى العلمي للفقهاء المفسرين.

ثالثا: - التفسير القضائي: التفسير القضائي هو ما يتولاه القاضي حين تطبيق القانون الذي لا يتضح فيه ملامح العدالة والمعنى المعني بالتطبيق على القضية التي ينظر فيها فيجب عليه إزالة عدم الوضوح.

وقد كان الرأي السائد سابقا أن التفسير بوجه عام وتفسير القاضي بصورة خاصة هو تحديد المعنى الذي قصده المشرع من الفاظ النص حين تشريعه لجعله صالحا للتطبيق على وقائع الحياة على أساس أن المعنى الذي أراده المشرع بالنص حين تشريعه هو المراد للوصول إليه وتطبيقه.

(١) سورة النحل / ٤٤

(٢) أي مالا

(٣) سورة البقرة / ١٨٠

(٤) أخرجه البخاري في كتاب الوصايا باب الوصية بالثلث - فتح الباري / ٥ / ٢٤٦. والنسائي باب

الوصية بالثلث ٦ / ٢٤١

وكان من واجب المفسر هو البحث عن هذه الإرادة أي عليه أن يستقصى نية المشرع وقت التشريع لذا كانت الاعمال التحضيرية في مقدمة مصادر التفسير الرسمية التي كان المفسر يستعين بها في تفسيره.

أما في الوقت الحاضر فقد لوحظ أنه لا وجود في النظم الدستورية الحديثة لما يسمى المشرع الذي يراد التعرف على إرادته والبحث عن نيته لأن التشريع في العصر الحاضر يشترك في وضعه عدد كبير من أشخاص وهم يختلفون في آرائهم وميولهم واتجاهاتهم لذا أصبح موضوع التفسير إرادة التشريع لا إرادة المشرع لأن المشرع ليس إلا مجرد تصوير ذهني فهو ليس بشخصية تاريخية حقيقية أو مجازية فعليه يجب: أن يكون التفسير إستجلاءً للمعنى الحالي الذي يعيش في القاعدة القانونية أي الإرادة التشريعية.

والتشريع يشتمل على مقصود مستقل عن نية واضعيه فعلى المفسر أن يضع عينيه على هدف التشريع الذي يقصد منه تنظيم علاقات معينة أبتغاء إشباع حاجات معينة. فالتفسير يجب أن يكون موضوعيا لا يتحرى إرادة المشرع ويرتب على طابعه الموضوعي أن يكون من الممكن أن يتخذ التشريع قيمة تختلف عن قيمته الأولى التي خلعها عليه واضعوه، وأن ينتج نتائج واثارا لم تكن منتظرة ولم يكن من الممكن توقعها وقت وضع التشريع وبذلك تكتسب القاعدة القانونية مع الزمن مجالا تطبيقيا أوسع يمتد الى علاقات قد تختلف عن العلاقات التي كانت مقصودة حين التشريع.^(١)

ومحصلة الكلام: ان مهمة القاضي تحقيق العدالة فيجب عليه ان لا يفتش عن قصد المشرع حين تشريعه للنص لان العدالة والحكمة تتطلبان منه ان يطبق نصوص القانون وفقا للواقع وطبقا لمقتضيات الحياة العصرية وقت التطبيق.

الموازنة بين التفسيرين الفقهي والقضائي:-

١ - التفسير الفقهي عادة يكون اكثر دقة و اقرب الى المنطق لان مجال الفقيه للتفكير اكثر واوسع من مجال القاضي، ولان وظيفة الفقيه تقتصر دوما على تفسير النصوص وشرحها والتعليق عليها.

٢ - التفسير الفقهي اكثر اتساعا واكثر عمومية لان التفسير القضائي في جوهره تفسير حالات معينة يعنى كل واحدة منها على حدة.

(١) د. ثروة الاسيوطي: - نشأة المذاهب الفلسفية وتطورها من ٢٩٦ و من ٤٨٧، د. عبدالحى حجازي: - المدخل لدراسة العلوم القانونية من ٥١٨ وما يليها.

٣ - التفسير الفقهي يجري في جوهره من النقد الحر والبحث العلمي الحر لذا يكون أكثر حرية وأكثر جرأة وأكثر عمقا.

٤ - رغم الميزات المذكورة للتفسير الفقهي فإن التفسير القضائي يتميز بأنه أكثر اعتدالا وأشد التصاقا للتشريع وذلك لموضوع القاضي للتشريع ولضمانة مسؤوليته أمام الدستور والقانون^(١).

رابعاً: التفسير العلمي:

تطور عالمي التكنولوجي والطبي وغيرهما من مظاهر الحضارة البشرية والتقدم العلمي أدى كل ذلك إلى اكتشافات جديدة لبعض الموجودات الكونية التي كان الإنسان يجهلها سابقاً.

ويفضل تفسير هذه الاكتشافات العلمية تبينت للأسرة البشرية طبيعة كثير من الأمور المكنونة في باطن الأرض والموجودة على ظاهرها، وساعد هذا التفسير العلمي الإنسان على التمييز بين منافع ومضار هذه المستجدات وأخذ ينتفع بها من شأنه أن ينتفع به ويستبعد ما هو مضر كما إكتشف طرقاً وقائية لتوقي كل شر يضر بحياته ويؤثر على سلامته الجسدية وحياته المالية.

كما أن القضاء استفاد كثيراً عن طريق التفسير العلمي من الأمور الطبية التي يستعين بها في مجالات كشف الجريمة وآثارها ومدى خطورة الجاني على المجتمع وبوجه خاص عن طريق الطب العدلي كما يأتي بيان ذلك في الفصل القادم بإذن الله.

خامساً: التفسير المنطقي:

من الأصول التاريخية التي تصل ما بين النص وبين التعريفات السابقة ومن الرابطة التي تربط النص بسائر النصوص ومن العوامل الاجتماعية:

العامل العقلي: - لكل نص هدف (علة غائية) يسعى إلى الوصول إليه يمثل الحكمة من وضعه فالحكمة من التشريع هي الغرض الذي يبتغي التشريع تحقيقه هي سبب وجود التشريع وهي غايته المباشرة أو روح التشريع.

(١) د. عبدالحى الحجازي / المرجع السابق / ص ٥١٣

ويجب أن يفهم النص على المعنى الذي يجب أن يكون أكثر تحقيقاً للحكمة قد تتغير الحكمة التشريعية مع الزمن فالمفسر الذي يبحث قاعدة وضعت منذ زمن بعيد لا يتعين عليه أن يبحث عن السبب الذي دفع المشرع وقتئذ الى وضع تلك القاعدة بل يجب ان يبحث عن أساسها العقلي في الوقت الذي يفسرها فيه.

التضييق والتوسيع في التفسير:

يرى جمهور فقهاء القانون أن تفسير النصوص الجزائية ينبغي أن يكون ضيقاً على أساس (مبدأ الشرعية) أي (لأجريم ولا عقوبة الا بقانون) إذا كان توسع القاضي الجزائي في التفسير يهدر بهذا المبدأ لانه يؤدي الى امتداد نطاق النص الجزائي بحيث يشمل افعالاً لم يحرمها المشرع ولم يقرر من أجلها العقاب بينما يرى الآخرون^(١)، خلاف ذلك لان التفسير الضيق يعني فرض قيود تحكميه على النشاط الذهني للمفسر. وكون التفسير حرفياً بالإضافة الى تنافيه للعدالة يحرد النص من الطابع العلمي ويحوّله الى مجرد ترديد لعبارات القانون في صيغ وألفاظ أخرى ويجعل القانون عاجزاً عن مواجهة الظروف الجديدة وبالتالي يكون عاجزاً عن حماية حقوق المجتمع ثم إنه يؤدي الى تغليب الالفاظ والوسائل على غاياتها.

ولكن يجب في جميع الاحوال أن لا يصل الامر الى حد استعمال القياس في تفسير النصوص الجزائية إحتكاماً لمبدأ الشرعية فليس للقاضي أن يقيس فعلاً لم يرد نص بتجريمه على فعل ورد نص بتجريمه فيقرر للاول عقوبة الثاني لكن إن حظر القياس لايعني حظر التفسير الواسع فهو مباح كلما أقتضته العدالة.

جواز القياس في غير نصوص التجريم:

مادام حظر القياس في المسائل الجزائية مبني على احترام مبدأ الشرعية فان النتيجة المحتمة لذلك هي جواز القياس حيث لا يكون هناك مجال لتطبيق هذا المبدأ كما في المسائل المدنية.

تفسير الشك لمصلحة المتهم:

النص الجزائي الغامض لايعفي القاضي من إهماله لانه يعد حينئذ ناكلاً للعدالة لكن إذا استحال عليه تحديده وتساوت في نظره وجوه متعددة يمكن أن يوؤل النص وفقاً لما يتعين

(١) د. محمود نجيب حسني / المرجع السابق / ص ٥٨ ومايلها

على القاضي أن يرجح الوجه الذي تتحقق فيه مصلحة المتهم وأن يأخذ بمبدأ (يفسر الشك لصالح المتهم) لأن الأصل في الأفعال هو الإباحة^(١).

الوسائل المعينة للقاضي على تفسير النصوص:

على القاضي في تفسير النصوص أن يأخذ بالنظر الاعتبارات الآتية: -

١- الاعتبار النسقي النظامي الذي يقتضي وضع النص في مكانه المحدد ضمن النظام القانوني كالأخذ بمنطوق النص أو مفهومه الموافق أو مفهومه المخالف أو إشارة

النص وإيماء النص وإقتضاء النص كما سبق تفصيل ذلك سابقا.

٢- الاعتبار التاريخي الذي يتطلب الرجوع الى الأصول التاريخية للنص كما في المادة

(١٧٠٣/١) من القانون المدني العراقي القائم (لا تتم الهبة في المنقول الا بالقبض)

وقد أخطأ شراح القانون المدني العراقي في تفسير (لاتتم) ب (لا تتعقد) ولو رجعوا

الى المصدر التاريخي لهذه المادة وهو الفقه الاسلامي لوجدوا أن المراد ب (لاتتم) من

حيث الآثار أي أن الهبة تتعقد وتنتج بعض الآثار وهي التزام الواهب بتسليم

الموهوب للموهوب له ولكن لا تنتج البعض الآخر من الآثار وهي الحقوق أي إنتقال

ملكية الموهوب للموهوب له فلا يحق له التصرف فيه قبل القبض.

وبناء على ذلك أن التمام إنما هو بالنسبة للآثار دون العناصر لان القبض ليس

شرطا ولا ركنا لانعقاد العقود العينية وهي (الهبة، والقرض، والرهن، والعارية...)

فالقبض شرط لتمام آثار هذه العقود وليس عنصراً فيها كما أخطأ من عرف العقد

العيني بأنه عقد لا يكفي فيه التراضي لانعقاده بل يتوقف على قبض محل العقد.

٣- الاعتبار الاجتماعي: - يعني إدراك السياق الاجتماعي الذي أفرز ضرورة وجود

النص بأن ينظر الى واقع المجتمع الذي كان عليه حين تشريعه وأقتضى هذا الواقع

تشريعه وهذا يرجع الى نظرية الفيلسوف الفرنسي (مونتسكيو) التي مفادها أن

قانون أي مجتمع لا يصلح لمجتمع آخر لان القانون يجب أن يستقى من واقع المجتمع

ومن متطلبات ومستلزمات حياته في كل زمان ومكان^(٢).

٤- الاعتبار الغائي: - الذي يتطلب البحث عن العلة الغائية والحكمة لحكم النص وعلى

سبيل المثل الاجهاض محرم لكنه لفظ غامض لشموله لاسقاط الجنين من اللقاح

(١) د. محمود حبيب حسني / المرجع السابق / ص ٦٠ ومايليها

(٢) روح الشرائع / مونتسكيو / ١١٩ / ١

والاخصاب الى لحظة ما قبل ولادته. وقد قال سبحانه وتعالى في مراحل خلق الانسان: ﴿وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ مِّنْ طِينٍ، ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَّكِينٍ، ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَامًا فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا ثُمَّ أَنْشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ﴾^(١).

ويعتضى هذه الاية وفي ضوء العلم الحديث ير الانسان في خلقه بالمراحل الاتية: -

١. خلاصة من طين.
٢. مرحلة اللقاح والخصاب بين الميمن والبيضة.
٣. العلقه (قطعة دم جامد)
٤. المضغة (قطعة لحم بمقدار ما يضمخ)
٥. مرحلة تكوين العظام.
٦. مرحلة ستر العظام بلحم بعد مضي (١٢٠) يوما على اللقاح
٧. مرحلة التحول من الحياة النباتية الى مرحلة الحياة الانسانية.
٨. مرحلة التكامل والتهيؤ للولادة.

وقد اختلف علماء القانون في تحديد مرحلة تحريم الاجهاض هل يشمل الاجهاض جميع المراحل المذكورة من اللقاح الى الولادة او يقتصر على مرحلة معينة من هذه المراحل كمرحلة ما بعد الانتقال من الحياة النباتية الى مرحلة الحياة الانسانية.

ولكن اذا نظرنا الى العلة الغائية لخلق الانسان وحكمة حماية تكريمه وفلسفة الحفاظ على عدم جواز قطع مراحل الجنين من اللقاح الى الولادة لتبين لنا ان الاجهاض يشمل المراحل كافة من اللقاح الى الولادة.

^(١) سورة المؤمن / ١٢ - ١٤

المبحث الثاني

التأويل

التأويل في اللغة بيان ما يؤول إليه الأمر وهو مشتق من الأول أي الرجوع إلى الأصل يقال أوله إليه أي رجعته و ورد أيضا بمعنى التفسير والمصير^(١) .
ومنه قوله تعالى: ﴿ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾^(٢) . والتأويل في الإلهيات تفسير الكتب المقدسة تفسيراً حقيقياً أو مجازياً يكشف عن معانيها الخفية المقصودة.
وفي الاصطلاح الفلسفي التأويل عبارة عن البحث عن علل الأشياء للارتقاء منها إلى العلة الأولى وهي (الله)^(٣) وفي اصطلاح الأصوليين والقانونيين: - صرف اللفظ من معناه الظاهر الراجع إلى معنى آخر مرجوح يحتمله لما يدعوا إليه من تعذر أو ضرورة أو مصلحة أو عدالة أو نحوها كحمل اللفظ على معناه المجازي إذا تعذرت الحقيقة^(٤) .
والاصل في الكلام هو عدم التأويل لكن إذا اقتضته الضرورة أو المصلحة أو العدالة فيصار إليه خلافاً للأصل^(٥) .

مجال التأويل:

التأويل يدخل على الخاص عادة دون العام من الالفاظ التي تحتل أكثر من معنى وحكم^(٦) .

(١) لسان العرب/ فصل الالف حرف اللام، معجم المفردات الفاظ القرآن للعلامة الراغب الأصفهاني/ ص ٢٧

(٢) سورة النساء / ٥٩ وتتمه الآية ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾.

(٣) المعجم الفلسفي - المرجع السابق / ١ / ٢٣٤

(٤) ومن القواعد العامة (إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز) مجلة الاحكام العدلية / العادة ٦١

(٥) موسوعة القضاء والفقه / ص ٢٨٨

شروط التأويل:

يشترط في التأويل شروط أهمها مايلي: -

١. صلاحية اللفظ للتأويل بأن يحتمل أكثر من معنى (حكم) فإذا كانت دلالة قطعية فلا مجال لتأويله مثل قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ﴾^(١) أي لا منه ولا من زوج سابق.
٢. كون التأويل موافقا لوضع اللغة أو عرف الاستعمال لاصطلاح الشرع أو القانون بأن يكون المعنى الذي آل إليه اللفظ من المعاني التي يحتملها اللفظ نفسه ويدل عليها ولو على سبيل المجاز أما إذا كان من المعاني التي لا يحتملها اللفظ ولا يدل عليها بوجه من الوجوه فلا يصح التأويل.
٣. قيام دليل شرعي أو قانوني على إرادة الشارع أو المشرع للمعنى المؤول أي يجب أن يكون التأويل مبنيا على سند شرعي أو قانوني يبرر صرف اللفظ من معناه الظاهر إلى غيره^(٢).
٤. أن يصدر من عالم مؤهل للتأويل لأن التأويل عملية اجتهادية.
٥. أن لا يمكن حمل اللفظ على ظاهره^(٣).

أنواع التأويل:

التأويل من حيث الصحة وعدمها إما صحيح ومقبول إذا توافرت شروطه أو غير صحيح ومرفوض إذا تخلف شرط من شروطه.

والتأويل الصحيح ينقسم من حيث مدى تحمل الكلام له إلى قريب وبعيد: -

- ١- التأويل القريب: ما يتبادر إلى ذهن ويكفي في إثباته أدنى دليل كحمل الأب على الجد والأم على الجدة في الميراث في قوله تعالى: ﴿وَلَا يَرِثُهُ لِكَلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّنُّ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ﴾^(٤).

(١) خلافا لمن ظن أن تخصيص العام وتقييد المطلق تأويل

(٢) سورة النساء / ١٢

(٣) موسوعة القضاء والفقه ص ٤٩٠

(٤) الموسوعة الفقهية الميسرة / د. محمد رواس قلعة جي / ١ / ٤٠٥

(٥) سورة النساء / ١١

فمن مات عن جد وجدة ولم يكن له أب ولا أم يكون لكل واحد منهما السدس إن كان له ولد وكما في قول الرسول (ﷺ): ((إذا حكم الحاكم فاجتهد فأصاب فله أجران وإذا حكم وأخطأ فله أجر)). ويؤول قوله (إذا حكم) بأن المقصود إذا أراد أن يحكم لأن الاجتهاد عادة يكون قبل الحكم لابعده.

ب- التأويل البعيد: -وهو الذي لا يتبادر الى الذهن ويحتاج الى مرجح يرجعه ويصرفه عن المعنى الظاهر حتى يكون التأويل مقبولا كتأويل الحنفية في موضوع الكفارة قوله تعالى: ﴿فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾^(١) بما يشمل ستين مسكينا او مسكينا واحدا في ستين يوما فقالوا إن المراد إطعام طعام ستين مسكينا على أساس أن حاجة مسكين واحد في ستين يوما بمثابة حاجة ستين مسكينا في يوم واحد. وقال الفقهاء من غير الحنفية ان هذا التأويل بعيد لأن فيه إعتبار لفظ لم يذكر في الآية وهو (طعام) والفاء للمنصوص عليه وهو العدد (ستين).

ثم قالوا (إن في اطعام ستين مسكينا في يوم واحد إحياء لجماعة من المسلمين وكفايتهم يوما واحدا فيتضرعون متعاونين في هذا اليوم لعبادة الله والدعاء لمن وجبت عليه الكفارة فيغفر الله له ويعم الانتفاع، ومن تأويلات الحنفية أيضا لقول الرسول (ﷺ) في موضوع زكاة الغنم (في كل أربعين شاة، شاة بما يشمل قيمتها فقالوا إن المراد شاة ذاتها أو قيمتها بسعر السوق على أساس أن حكمة وجوب الزكاة سد حاجة الفقير وهذه الحاجة كما تسد بذات الشاة تسد أيضا بقيمتها ومن وجهة نظرنا أن الحنفية على صواب وأن التأويل ليس ببعيد لأن الفقير الذي يستلم الشاة لا يريد لها لذاتها غالبا وإنما لبيعها وسد حاجاته بشمنها فإذا دفعت القيمة الحقيقية للمستضعفين يكون ذلك أصلح لهم من سوقها الى السوق وبيعها فيه.

ومن تطبيقات التأويل في القانون:

تأويل الولد بما يشمل ولد الولد وإن نزل في المادة (١/٧٤) من قانون الاحوال الشخصية العراقي القائم التي نصها (إذا مات الولد ذكرا كان أم أنثى قبل وفاة أبيه أوامه فإنه يعتبر

^(١) تتمة الآية (والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا ذلكم يوعظون به والله بما تعملون خبير فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل ان يتماسا فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا ذلك لتؤمنوا بالله ورسوله وتلك حدود الله وللكافرين عذاب اليم) سورة المجادلة / ٣ و ٤

بحكم الهي عند وفاة أي منهما وينتقل إستحقاقه من الارث الى أولاده ذكورا كانوا أم اناثا حسب الاحكام الشرعية باعتباره وصية واجبة على أن لاتتجاوز ثلث التركة) **وبدل هذا النص بمنطوقه ومفهومه على الاحكام الاتية: -**

١. على كل شخص قبل موته أن يوصي لاولاد ولده الذي مات في حياته وترتب على ذلك حرمانهم من التركة عن طريق الميراث لوجود الاولاد من البنين والبنات حيث يحجبون بهم من الميراث.

٢. فان مات ولم يوص نأب القاضي منابه في ذلك بحكم القانون المستمد من رأى بعض فقهاء المسلمين كالظاهرية^(١).

٣. تكون الوصية بمثابة نصيب المتوفى من والد الاحفاد المتوفى اذا كانوا اولاد ابن ونصيب والدتهم المتوفاة اذا كانوا اولاد بنت ولكن هذا النصيب في حقيقةه وصية تسري عليه أحكام الوصية فيجب أن لاتزيد عن ثلث التركة إلا بأجازة الورثة بعد وفاة المورث لا في حياته استبعادا للاكراه الادبي.

٤. في حالة توزيع التركة وتحديد أنصاب الورثة يعتبر كان المتوفى (والد أو والدة الاحفاد) مازال على قيد الحياة ومحاسب على الورثة حساب الوارث الهي فيتقرر نصيبه في ضوء هذا الفرض ثم يتحول تلقائيا الى من خلفه من البنين والبنات.

شروط تطبيق الوصية الواجبة: -

لتطبيق الوصية الواجبة على القاضي رعاية الشروط التالية: -

١. أن يجتمع الاولاد مع الاحفاد لان الحفيد إذا لم يجتمع مع بنت الميت أو إبنة يستحق التركة عن طريق الميراث دون الوصية الواجبة مالم يحجب الحفيد وإلا فيأخذ عن طريق الوصية الواجبة.

٢. أن لا يكون المتوفى (جد أو جدة الاحفاد) قد أعطى في حياته أحفاده بغير عوض مايساوى مقدار الوصية الواجبة عن طريق الهبة وإلا فليس لهم نصيب عن طريق الوصية الواجبة، وإذا اعطاهم بلا عوض مقدارا من ماله وكان اقل من نصيب الوصية الواجبة يكمل هذا المقدار عن طريق الوصية الواجبة. وهذا

الشرط أهله المشرع العراقي بينما نصت عليه بقية التشريعات في الدول العربية^(١).

٣. إذا كان الأحفاد ذكورا وإناثا معا توزع عليهم الوصية الواجبة وفقا لقاعدة (للمذكر مثل حظ الانثيين) لان الاستحقاق بمثابة الميراث لا يخضع في ذلك لاحكام الوصية التي منها تقسيمها على الموصى لهم بالتسوية مالم ينص الموصي على خلاف ذلك.

٤. أن لا يكون المفيد قاتلا للمتوفى (الجد أو الجدة) ولأبيه المتوفى وأمه المتوفاة وهذا الشرط يؤخذ من الفقرة الثانية من المادة (٦٨) من قانون الاحوال الشخصية العراقي القائم (ويشترط أن لا يكون قاتلا للموصي).

٥. أن لاتزيد عن ثلث التركة. ولفظ الولد من ذكور الاحفاد واناثهم يجب أن يؤول ويحمل على ما يشمل أولاد الاحفاد وأولاد أولادهم وإن نزلوا.

وقد نصت على هذا التعميم بعض التشريعات العربية كالمادة (١/٢٥٧) من قانون الاحوال الشخصية السوري التي نصت على ان (من توفي وله اولاد وقد مات ذلك الابن قبله او معه وجب لاحفاده من ثلث تركته وصيته وتكون هذه الوصية لأولاد الابن ولأولاد ابن الابن وإن نزلوا)

ويلاحظ على هذا القانون انه لم يقر الوصية الواجبة لأولاد البنت وهذا خطأ لا يغتفر^(٢). ومن تطبيقاته ايضا في الاحوال الشخصية تأويل الشرط الوارد في المادة السابعة (يشترط في تمام اهلية الزواج العقل واكمال الثامنة عشرة) بشرط اللزوم دون شرط الانعقاد والصحة وهذا التقييد للجانب التنظيمي فقط. والا فالقضاء العراقي يعترف بصحة زواج من هو اصغر من هذه السن. ومن تطبيقاته ايضا في نفس القانون تأويل (المادة التاسعة /١) التي نصها (لا يحق لأي من الاقارب او الاغيار اكراه اي شخص ذكرا كان او انثى على الزواج دون رضاها و يعتبر عقد الزواج بالاكراه باطلا اذا لم يتم الدخول).

(١) كقانون الاحوال الشخصية السوري المادة (٢٥٧/ب) (او كان قد اوصى لهم او اعطاهم في حياته بلا عوض مقدار ما يستحقون بهذه الوصية الواجبة فاذا اوصى لهم بأقل من ذلك وجبت تكملته)

(٢) لمزيد من التفصيل ينظر مؤلفنا احكام الميراث والوصية وحق الانتقال في الفقه الاسلامي المقارن والقانون / ص ٤٢ وما يليها

و يجب على القاضي ان يزول لفظ (باطلا) ب (الفاقد) او الموقوف، لان الفاسد بسبب الاكراه كالموقوف تلحقه الاجازة بخلاف الباطل فلا يوجد قانون في جميع دول العالم يذهب الى القول بان الباطل يتحول الى الصحيح بالاجازة لانه والمعدوم بيان.
وبالاضافة الى ذلك يجب ان لا يكون الدخول بالاكراه ايضا والا فلا يعتبر اجازة من الشخص المكره على الزواج.

ومن تطبيقات التأويل في القانون الجزائي تأويل (الليل) بظلامه الذي يسمى (السجى أو الدجي) لاعتباره ظرفا مشددا لعقوبة جريمة السرقة في المادة (٤٤٠) من قانون العقوبات العراقي القائم التي نصها (يعاقب بالسجن المؤبد او المؤقت من ارتكب سرقة اجتمعت فيها الظروف التالية: ١- وقوعها بين غروب الشمس وشرقها).
وانما يجب تأويله بالظلام حتى تتحقق حكمة ذلك وهي الرهبة والوحشة في حالة ظلام الليل.

ولانه لا يوجد فرق في ارتكاب الجريمة بين النهار وبين الزمن الذي يقع قبيل شروقها وبعيد غروبها بزهاء ربع ساعة فاكثر، فارتكاب جريمة السرقة في تلك المدة الزمنية قبيل الشروق أو بعيد غروبها يكون بمثابة ارتكابها في النهار.

الموازنة بين التأويل والتفسير:

يتفق التأويل والتفسير -بأستثناء التفسير التشريعي- في أمور منها: -

- أ. كل منهما عملية اجتهادية يصار اليها لغرض تحقيق العدالة.
- ب. مجال كل منهما ينحصر في النصوص ظنية الدلالة فاذا كان النص قطعي الدلالة على (المعنى أو الحكم) فلا يكون هناك مجال للاجتهاد لاجل التفسير أو التأويل كما تنص على ذلك قاعدة (الامساغ للاجتهاد في مورد النص^(١)). فالنص اذا كان ظني الدلالة يجوز تأويله وتفسيره سواء كان قطعي الثبوت بان يكون جزءاً من القرآن او ظني الثبوت كما في الاحاديث الآحاد في السنة النبوية.
- ج. كل منهما يحتاج الى دليل شرعي أو سند قانوني يبرره لان التأويل أو التفسير خلاف الأصل.

^(١) المادة الثانية من القانون المدني العراقي القائم.

ورغم توافقهما في النقاط المذكورة فإنهما يختلفان في كثير من الأمور الجوهرية منها مايلي:

١. من حيث الماهية: - ماهية التفسير عملية ذهنية فكرية من لدن المجتهد لبيان النص الواجب التطبيق اذا لم يكن بيناً بينما التأويل عبارة عن صرف اللفظ عن معناه الظاهر الراجع الى معنى مرجوح يحتمله لما يدعوا اليه من ضرورة أو مصلحة أو عدالة.
٢. من حيث المصدر: - نطاق التفسير أوسع من التأويل فالتأويل يكون من الفقيه أو القاضي ولا يكون من المشرع ولامن التطور العلمي فلا يتصور أن يلجأ المشرع الى تأويل كلام نفسه بخلاف التفسير.
٣. من حيث الوسائل: - فالوسائل التي يستعين بها كل من المفسر والمؤول تختلف فالمفسر قد يستعين بنص آخر قريب منه وقد يستعين بالاسباب الموجبة، أو بالمذكرة الايضاحية أو نحو ذلك من الوسائل الاخرى^(١) في حين ان المؤول يستعين بما يبرر العدول من الراجع الظاهر الى المرجوح من ضرورة أو مصلحة أو غوها.
٤. من حيث المبررات: - فالمبرر للتفسير عدم وضوح دلالة النص على الحكم المراد دلالة واضحة صريحة، بينما المبرر للتأويل هو رعاية العدالة أو المصلحة أو الضرورة أو نحو ذلك.
٥. من حيث الإلزام والالتزام: - القاض ملزم باللجوء الى التفسير وبوجه خاص في القضايا المدنية فلا يحق له أن يمتنع عن تطبيق النص بحجة عدم وضوحه لانه يعتبر حينئذ ناكلاً للعدالة. بخلاف التأويل فاذا أمتنع عنه القاضي لايسأل ولا يحاسب لامدنيا ولا جزائيا لاديانة ولا قضاء.
٦. التفسير التشريعي يكون بأثر رجعي الى تاريخ النص المفسر في حين أن التأويل لا يستخدم الا بالنسبة الى المستقبل.
٧. من حيث الانواع: - التفسير يقسم الى تشريعي والفقهى والقضائي والعلمي في حين أن التأويل يقسم الى القريب والبعيد.

^(١) لمزيد من الاطلاع على تلك الوسائل ينظر تفسير النصوص المدنية دراسة مقارنة بين الفقهاء المدني والاسلامي للدكتور محمد شريف أحمد/ ط٢/ ص ٢٩٧ ومايلها.

٨. في التفسير يعمل بالمفسر نفسه بينما في التأويل يتوك المعنى الاصلي الراجع ويعمل بالمعنى الاستثنائي المرجوح.

٩. التفسير يؤدي غالبا الى توسيع النص كما اذا كانت الوسيلة المستعملة فيه قياسا أو مصلحة لكن هذا التوسيع يؤخذ به في القضايا المدنية ولا يعمل به في المسائل الجزائية اذا أدى الى إستحداث جريمة أو عقوبة حيث لا جريمة ولا عقوبة الا بالقانون، بخلاف التأويل فإنه غالبا لا يؤدي الى توسع النص المؤول لانه خلاف الاصل وللأستثناء والاستثناء يكون لضرورة والضرورات تقدر بقدرها.

١٠. التفسير كما يكون بالاقتوال قد يكون بوسائل الايضاح وقد يكون بالاعمال والاقتوال كما فسر الرسول (ﷺ) الصلاة بعد الأمر بإقامتها من المسلمين وكان النص القرآني مجملا ففسرها الرسول (ﷺ) بأعماله فصلى أمام الملأ كما أمر الله به ثم قال لهم (صلوا كما رأيتموني أصلي). وكما قام باداء مناسك الحج أمام الناس ثم قال لهم (خذوا عني مناسككم) بخلاف التأويل فإنه لا يكون بالاقتوال.

١١. التفسير قد يكون بالاشارة المفهومة كاشارة الاخرس بخلاف التأويل.

١٢. قد يكون السكوت بيانا وتفسيرا (للمعنى أو الحكم) المراد كما تنص على ذلك القاعدة العامة الشرعية والقانونية (السكوت في معرض الحاجة بيان). وعلى سبيل المثل اذا رأى ولي القاصر المميز الذي تحت ولايته مارس عقد معاوضة فسكت يعد سكوته تفسيرا بإذن فينعتد عقده نافذا منتجا لآثاره من الحقوق والالتزامات دون حاجة الى إجازته صراحة^(١). بخلاف التأويل.

١٣. التفسير يكون بالنسبة للدال على الحكم غالبا في حين ان التأويل يكون بالنسبة للمدلول غالبا.

١٤. من حيث الغرض: - فالغرض من التأويل رعاية المصلحة أو العدالة أو الضرورة بينما الغرض من التفسير تحديد الحكم الواجب التطبيق.

١٥. التأويل خلاف الأصل فالأصل في الكلام هو العمل بأصله وظاهره دون العمل بخلاف الأصل، بخلاف التفسير فإنه موافق للأصل.

١٦. بعض أنواع التفسير ملزم كالتفسير التشريعي بخلاف التأويل فإنه غير ملزم في جميع أنواعه.

(١) كشف الاسرار للبزدوي/٣/١٥١، مجلة الاحكام العدلية. / المادة ٦٧

١٧. التأويل لا يجري الا في النصوص والكلام في حين أن التفسير كما يكون للنص قد يكون لغيه كالتفسير القضائي فانه كما يشمل النص يشمل تكييف وتفسير التصرفات القانونية والوقائع القانونية.

وكالتفسير العلمي فانه يشمل بيان طبيعة الموجودات الكونية والمكتشفة عن طريق الاكتشافات العلمية الحديثة وبيان مدى منافعتها ومضارها.

الموازنة بين التكييف والتفسير: -

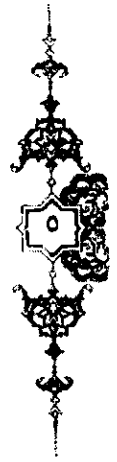
يتفقان في أن تحقيق الحكم العادل يتوقف عليهما لكن يختلفان من حيثيات متعددة منها: -

١. من حيث الماهية: - التكييف اعطاء الصفة القانونية للتصرف القانوني أو الواقعة القانونية لتحديد النص الواجب التطبيق في الموضوع، في حين أن التفسير بيان للمعنى المراد من النص الواجب التطبيق.

٢. التكييف ضروري في جميع الاحوال بينما التفسير لا يكون الا في حالات عدم وضوح النص.

٣. التكييف لا يكون إلا من القاضي أو من ينوب عنه بخلاف التفسير فانه يكون منه ومن غيره كما سبق.

التفسير ينصب على النص بخلاف التكييف فان محله هو التصرف القانوني أو الواقعة القانوني.



الفصل الخامس

الاستعانة بالفير

وتوزع دراسة الموضوع على مبحثين
يخص الأول للاستعانة بالطب
العدلي والثاني للاستعانة بأهل
الخبرة والاختصاص.



المبحث الأول

الاستعانة بالطب العدلي

لتحقيق العدالة في القضايا الجزائية غالبا يستعين القاضي بالطب العدلي لأن لهذا المرجع أهمية كبيرة من أوجه متعددة أهمها مايلي:

١- تمييز التسبب المباشر من غير المباشر للوفاة:

ومن الاسباب المباشرة ان تكون الاضرار او الاصابات الجرحية كافية بمفردها لاجداث الموت كالنزف الدماغى أو تمزقه أو نحو ذلك ففي الاصابات الجرحية مثلا لو فرضنا ان شخصا طعن آخر بآلة حادة فمات اثر ذلك واتضح بعد التشريح جثته ان الاضرار الجسيمة التي احدثها الآله المستعملة في الاعتداء تعد هي السبب المباشر لوفاة المجنى عليه.

ومن الاسباب غير المباشرة كل تخريب يحصل في الجسم بحيث لا يكفي بمفرده لاجداث الموت وانما حدث لوجود آفة مرضية شخصية كان المصاب قد ابتلى بها قبل الحادث الجنائي ومن الاسباب غير المباشرة ايضا ما يقطع العلاقة السببية بين الفعل الجرمي والنتيجة كالاهمال في العلاج وحدث المضاعفات وبناء على ذلك يجب على الطبيب ان يكون دقيقا في التمييز بين السبب المباشر وغير المباشر لاختلاف حجم العقوبة المقررة شرعاً وقانوناً للجاني في كلتا الحالتين.

٢- تحديد مدى مسؤولية الفاعل:

عن طريق التشريح يستطيع الطبيب ان يقدم في حالات خاصة ادلة علمية لتنوير التحقيق ولهذا الادلة اهمية قصوى من حيث ان القاضي يستنير بها عند اصداره الحكم القضائي وتساعد هذه البراهين الفنية على ادانة المتهم أو تبرئة ساحته أو تخفيف الحكم عنه كما ان بإمكان الطبيب الذي يقوم بعملية الترشيع تحديد اضرار كل آلة جرحية بمفردها فيما لو استعملت آلات متعددة ومن قبل اكثر من شخص واحد ساهم في الجريمة ثم تعين علاقة اضرار كل بصحة المصاب أو بسبب وفاته تبعا لظروف الواقعة وطبيعة الجريمة.

٣- الاهمال العلاجي:

يوضح الطبيب للمحقق العدلي (او قاضي التحقيق) كل اهمال علاجي يتضح له ثم يقرر مدى علاقته بسبب الموت وعلى هذا الاساس شرعت بعض الدول^(١) قانون منع الطبيب العدلي من ممارسة مهنته الطبية بصورة خاصة للتعارض بين الصفة الاستشارية والصفة العلاجية.

٤- اخفاء معالم الجريمة:

من المعروف ان المتهم قد يحاول تضليل قاضي التحقيق بشتى الوسائل المتيسرة لديه كان يسكب مادة النفط على جسد المجنى عليه فيحرقه فيصل الطبيب العدلي عن طريق التشريح الى ان الحريق حصل بصورة عارضة وليس له دخل في حدوث الوفاة. وقد يقوم القاتل بتعليق الجثة ليوهم قاضي التحقيق ان الشخص انتحر بشنق نفسه لكن يتمكن الطبيب العدلي من التمييز بين الحقيقة وما قام به المتهم لاختفاء الواقع والحقيقة وتضليل المحقق او القاضي.

٥- حيوية الاصابة:

وتدعى هذه الحالة الاصابة بالحيوية (او الفعالية) اذا حدثت في جسم حي وبتشريح الجثة يتمكن الطبيب من تشخيص حيوية وفعالية الجرح من عدمها ومن ان يشبت في الوقت نفسه سبب الموت الحقيقي.

ومن تطبيقات هذه الحالة حادثة جنائية وقعت ثم دعيّت الهيئة التحقيقية بضمها الطبيب العدلي لاجراء الكشف على جثة شخص قيل انه احترق قضاءً وقدرًا ونتيجة الكشف الظاهري والفحص التشريحي تبين ان الحرق كان حيويًا في مناطق معينة من جسم الضحية و غير حيوي في مناطق اخرى وظهر التشريح للطبيب العدلي وجود كدمات في تجويف الفم وهي تدل مظاهرها على انها حصلت اثر ادخال مادة غير خشنة بعنف داخل الفم كقطعة قما شية كما اظهر الفحص وجود اصابات حيوية في الراس بسبب آلة راضة قاطعة كالفأس وبعد ان قدمت هذه المعلومات التشريحية لقاضي التحقيق اتضح له الامر بعد بذل جهود وكشف عما يكتنف الواقعة من غموض ولما القى القبض على الفاعل اعترف بانه كان قد ادخل يشماغه داخل فم المجني عليه للحيلولة دون استغاثته ثم هوى

(١) كما في جمهورية مصر العربية خلافاً لما عليه القانون في العراق.

بالفأس على راسه عدة مرات واوقد النار في الموقد وقرب رأس القتيل من النار بعد أن ظن انه قد فارق الحياة.

وقد ظهر للطبيب العدلي ايضاً ان المصاب كان آنذاك في حالة غيبوبته عن طريق مشاهدة حروق حيوية على جسده. ثم تبين ان شخصاً مستخدماً دخل الغرفة بعد الحادث واستخرج الشماع من فم القتيل وأجرى له تنفساً اصطناعياً طائفاً انه لا يزال على قيد الحياة ثم اخبر الشرطة عن الحادث^(١).

٦ - تعيين اتجاه الاصابة:

قد يطلب من الطبيب العدلي تعيين اتجاه الاصابة في الجسم للاستفادة منها في معرفة اي اليدين كانت قد مسكت الالة المارحة كما في حالة الاصابة الانتحارية أو الجنائية أو المفتعلة (المصطنعة) أو لاستنتاج موضع الجاني هل كان على مستوى اعلى أو اوطأ من القتيل أو انه اصابه من الامام أو الخلف أو من الجانب للتمييز بين حالات الانتحار وبين الاعتداءات الجرمية.

٧ - تعيين الالة الجرمية:

يستطيع الطبيب العدلي في كثير من الحالات استناداً الى صفات الاضرار واشكالها وسمعتها وعمقها واتجاهها ان يستنتج ان الالة القاطعة كانت ذات حد واحد أو ذات حدين أو ان الالة الراضة كانت مستطيطة الشكل أو دائرية أو ذات شكل معين آخر أو ان الالة النارية ذات مقذوف واحد كالبندقية أو المسدس أو اكثر كبندقية الصيد ومن الواضح ان لتحديد الالة المستعملة في تنفيذ الجريمة دوراً مهماً في تحديد حجم العقوبة استناداً الى مدى خطورة الجاني والقسوة في ارتكاب الجريمة.

٨ - كيفية حدوث الاصابة:

يساعد التشريح الطبي في كثير من الوقائع على استنتاج منشأ الاضرار ومعرفة آليتها وعلى سبيل المثال في حادث السيارة تكون الغاية معرفة كيفية حصول الاصابة هل حصلت من اثر مرور عجلة السيارة أو من السقوط منها أو نتيجة ضغط شديد حصل على جسمه بعد رجوع السيارة الى الوراء أو نحو ذلك مما يحدد مدى مسؤولية سائق السيارة وقلصه وبالتالي تسببه في وفاة المصاب.

^(١) ينظر الطب العدلي علماً وتطبيقاً/الدكتور وصفي محمد علي/ مطبعة المعارف/ ١٩٧٦/ ١/ ٧٧

٩ - تقدير الحالة الصحية:

يتوقف تقدير الحالة الصحية للمتوفى على ما يقدمه الطبيب المشرح في تقديره المتضمن بمجموع المشاهدات التشريحية والفحوص المختبرية التي يستعان بها ومن الواضح ان هذه الحالة ضرورية بالنسبة للدوائر الرسمية وشبه الرسمية وشركات التأمين في موضوع التزاماتها بدفع تعويض مالي لورثة المتوفى بعد التأكد من ان وفاته حصلت اثناء قيامه بمهمة وظيفية عهدت اليه وفيما اذا كان سبب الموت ناتجا عن ذلك بصورة مباشرة او غير مباشرة كأن يصعق عامل بالتيار الكهربائي عندما كان يقوم بتصليح بعض الاسلاك. وفي حالة مشاهدة الطبيب لأية افة مرضية يجب عليه ان يوضح علاقتها بسبب الوفاة^(١).

(١) لمزيد من التفصيل ينظر المرجع السابق ١ / ٧٢ - ٧٩

المبحث الثاني

الاستعانة باهل الخبرة والاختصاص

على القاضي ان يستعين باهل الخبرة في القضايا المدنية لتقدير الاضرار وحجم تعويضاتها لاستبعاد الظلم من كل من المضرور والمسؤول عن دفع التعويض وتحقيق العدالة بالنسبة لجميع الاطراف.

وبالنسبة لآثار الجريمة كبقع الدم مثلاً يستعين بمتغيرات تحليل الدم وبالنسبة لبقية الاثار كبصمات الاصابع يستعين بالتحقيقات الجنائية.

وبالنسبة للعاهات العقلية والامراض النفسية يستعين بالاطباء المختصين وعلماء النفس.

فاذا ادعى المتهم او وكيله او شخص اخر من ذوي العلاقة بان المتهم كان حين ارتكاب الجريمة مصاباً بعاهة عقلية^(١)، او كان مصاباً بالصرع وهوداء عصبي يتميز بنوبات فجائية من فقدان الوعي وتقترن غالباً بالتشنج^(٢)، او كان مصاباً بالهستيريا وهي عصاب وضعف الشحنة الانفعالية وشعور ينشأ بين الذات الشاعرة والرغبات اللاشعورية المكبوتة^(٣) او نحو ذلك من موانع المسؤولية الجزائية^(٤)، فعلى القاضي الاستعانة بالمختصين للتأكد من وجود العرض المانع او عدم وجوده وللتأكد من مدى تايده على ارادة الجاني وعلى القاضي ايضاً الاستعانة بعلماء النفس والاجتماع لدراسة خلفيات المتهم والعوامل التي سادت الجاني الى ارتكاب التهمة الموجهة اليه.

(١) وهي كل اختلال يصيب السير الطبيعي العادي لاجهزة الجسم او قواه التي تساهم في تكوين الارادة وتعيد نصيبها من التمييز وحرية الاختيار. ينظر د. محمود نجيب حسني - المجرمون

الشواذ طبعة دار النهضة / ص ٢٩

(٢) الموسوعة العربية الميسرة ص ١١٢٢

(٣) د. مصطفى القللي - في المسؤولية الجزائية ص ٢٧٨

(٤) ينظر مؤلفنا - موانع المسؤولية الجزائية ص ٥٥ ومايلها

وقد اختلف الفلاسفة والمفكرون في القضايا الجزائية منذ زمن بعيد في تأثير العوامل الذاتية (الداخلية) و الخارجية على ارادة الجاني على ثلاثة اتجاهات: - اتجاه الاختيار، واتجاه التسير، والاتجاه المعتدل كما في الايضاح الاتي:

اولا: اتجاه حرية الاختيار:

ففي الركن المعنوي للجريمة يفترض ان الجاني وجه ارادته على نحو يخالف لاوامر القانون او نواهيه وتكون هذه الارادة مخالفة لاوامر القانون او نواهيه وتكون هذه الارادة محل لوم وصاحبها جدير بالمسألة الجزائية. وبنى أنصار هذا الاتجاه قولهم بان حرية الاختيار اساس المسؤولية الجزائية للجاني واستندوا الى حجج منها:

ا- المسؤولية في جوهرها لون على السلوك المخالف للقانون ولا محل للوم إلا إذا كان في الاستطاعة سلوك آخر فإذا كان مفروضاً عليه فلا محل لمساءلته جزائياً.

ب- جريمة الاختيار سندها في ضمير الشخص العادي أو الشعور بمقدرته على المفاضلة بين البواعث المفتعلة ويشعر بتحرره من سيطرة عوامل تلجئه الى سلوك معين.

ج- الردع الخاص (زجر الجاني لمنع عودته الى ارتكاب جريمة) والردع العام (منع الغير من الاقتداء به) لايتصوران الا بالنسبة لشخص يسيطر على تصرفاته ويستطيع بالزام نفسه بالسلوك المطابق للقانون.

وبنى أنصار هذا الاتجاه قولهم بان أساس المسؤولية الجزائية هو حرية الاختيار والقدره على المفاضلة. ورغم هذه المبررات فإن هذا الاتجاه تعرض لانتقادات شديدة منها مايلي^(١):

١. إن هذا الاتجاه يبني المسؤولية الجزائية على أساس وهمي غير واقعي وهو إفتراض حرية الانسان في الاختيار بينما لا يوجد دليل على ثبوت هذه الحرية وهذا الاساس ليس الا زعماً قديماً تناقله الخلف عن السلف دون بحث او مناقشة.
٢. القول بأن الجاني كان مطلقاً في إختياره وأن الجريمة وليدة إرادته الحرة وحده وأنه كان عليه أن يستمع لنداء ضميره ويتجنب الجريمة: - قول يكذب الواقع الملموس فالقاتل الذي يرتكب جريمة القتل ثأراً لشرفه الذي أهين، والسارق الذي يسرق بدافع الحاجة القاسية الملحة وغوهما من الجرائم المرتكبة تحت ضغط ملح فكيف

(١) د. محمود نجيب حسني /المرجع السابق/ص ٣٩٩ ومايليها، الاستاذ عبد الجبار عريم/نظريات علم الاجرام/ص ٤٤ ومايليها.

يمكن أن يقال بأن كلا منهم كان حراً في تصرفه حرية مطلقة وهو في الواقع كان مسوقاً إليها بتأثير عوامل مختلفة.

٣. إذا سلمنا جدلاً في تفسير الجريمة على هذا الأساس في الجرائم العمدية حيث تكون إرادة الجاني عاملاً أساسياً فكيف يمكن تعميم هذا الأساس في الجرائم غير العمدية حيث لا توجد إرادة متعمدة في ارتكاب الفعل الجرمي وإنما كان هناك إهمال أَوْخَطاً

٤. أن التسليم بهذا الفرض وهو أن الجريمة وليدة إرادة الجاني وحدها تترتب عليه نتائج خطيرة حيث يجب عقول المفكرين والمشتغلين في المسائل الجزائية من البحث العلمي عن دراسة الأسباب الحقيقية الدافعة إلى الأجرام.

٥. الأخذ بالاتجاه الذاهب إلى حرية اختيار الجاني في ارتكاب جريمته يؤدي إلى إهمال جانب شخص المتهم وبالتالي إلى بناء حجم العقوبة على مدى جسامة الجريمة وخطورتها وغض النظر عن شخص الجاني ومدى خطورته، ثم يؤدي إلى أسوأ النتائج فيحول ذلك دون تحقيق الغرض المطلوب من القانون الجزائي وأنظمتها في مكافحة الأجرام.

فاهتمام الباحثين بالفعل دون الفاعل معناه الاهتمام بالعرض وإهمال الجوهر مع أن الجريمة ظاهرة تدل على نفسية معتلة ملتوية ودليل على وجود شخصية مريضة خطيرة على المجتمع فيجب معالجته ومكافحة المرض^(١).

ثانياً: - اتجاه التيسير المطلق:

مفاد هذا الاتجاه هو أن أسباب الأجرام تنحصر في مجموعتين رئيسيتين: -

١. مجموعة الأسباب (العوامل) الذاتية (الشخصية) التي تسمى الداخلية سواء كانت انثروبولوجية (وراثية) أو عقلية (نفسية وعصبية)

٢. مجموعة الأسباب (العوامل) الخارجية تتعلق بالوسط أو البيئة التي نشأ فيها الجاني وعاش سواء أكانت طبيعية (جغرافية ومناخية) أم اجتماعية (أخلاقية ودينية واقتصادية وتعليمية وصحية) أو سياسية (تنظيمية) أو نحو ذلك^(٢).

^(١) الأستاذ عبد الجبار عريم/نظريات علم الجرام/ص ٤٥ وما يليها.

^(٢) ينظر فلسفة وتاريخ القانون الجنائي لاسنادنا الدكتور على راشد ١٦١/١ وما يليها.

ويعتلف أثر المجموعتين باختلاف حالة كل مجرم لكن غلبة التأثير تكون للعوامل الداخلية ولها الحظ الأوفر في إحداث الجريمة.

لكن من أنصار الاتجاه التسيير المطلق من ذهب الى عكس ذلك فأعطى التأثير الغالب للعوامل الخارجية ويوجه خاص العوامل الاجتماعية^(١).

وأستند هذا الاتجاه الى بعض الأدلة منها: -

١. هذا المذهب تطبيق لقوانين السببية (الحتمية) على التصرفات الانسانية فافعال الانسان بأعتبارها ظاهرة طبيعية نفسية خاضعة لقوانين ظواهر الكون على نحو لازم ووجود هذه القوانين ليس محل شك فهي نتيجة حتمية لاسباب مؤدية اليها، فالجريمة ليست ثمرة حرية الاختيار وإنما هي ثمرة العوامل المذكورة الذاتية منها والخارجية.

٢. حرية الاختيار لم يقم على وجودها دليل وما قدمه أنصارها من حجج لاتوجد لها قيمة استدلالية علمية واقعية.

٣. القول بالجبرية والتسيير يكفل إبراز أسباب الجريمة تمهيدا لتحديد علاج خطرها بخلاف القول بجبرية الاختيار.

٤. هذا الاتجاه يكفل حماية المجتمع قبل عديمي التمييز وناقصيه لان مذهب حرية الاختيار يرى عدم توقيع عقاب على عديم التمييز رغم خطورته الاجتماعية التي كشفتها عنها جرمته. فاتجاه التسيير يقر اتخاذ تدابير الاحترازية الملزمة حفاظا على مصلحة المجتمع فأساس المسؤولية الجزائية لدى هذا الاتجاه هو حماية مصلحة المجتمع من الخطر لان الجريمة اذا وقعت لابد ان يقابلها رد فعل من المجتمع فكما أن الجريمة حتمية على الجاني كذلك الدفاع أمر حتمي على المجتمع.

وقد انتقد اتجاه الجبر والتسيير ايضا من أوجه متعددة منها: -

١. اذا كان الشخص مجبرا على أتيان الجريمة فكيف يوفق بين تلك الحتمية وتوقيع العقاب على الجاني المجبر على ارتكاب الجريمة الا يكون العقاب في هذه الحالة ظلماً صارخاً.

٢. على اتجاه الجبر يكون المجرم مساقا الى ارتكاب جرمته بفعل جبر ذاتي أو خارجي فيكون بمثابة الآلة بيد الظروف فكيف توجه اليه المسؤولية الجزائية وكيف يوصف فعله بأنه جريمة^(١).

(١) كأنصار المدرسة الاجتماعية الوضعية الفرنسية التي يتزعمها ميل دوركايم (١٨٥٨-١٩١٧).

تقويم المذهبين:

١. كل منهما ينطوي على جانب من الحقيقة لكن في نفس الوقت لكل منهما طابع التطرف في الرأي ففي الاتجاه الاول افراط في اقرار حرية الاختيار وفي الثاني تفريط في سلب هذه الحرية عن الجاني.
٢. ليس من الصواب القول بأن الانسان يتمتع في تصرفاته بحرية مطلقة لان الواقع يشهد بان كل شخص خاضع في تصرفاته لبعض العوامل تضيق من نطاق حريته. كذلك ليس من الصواب القول بغضرم الانسان في صورة سلبية خالصة لقوانين السببية (الحتمية) على اساس انه آلة بيد الظروف كالريشة في مهب الريح.
٣. المساواة بين الانسان وسائر الموجودات في الخضوع للظروف تكذبها الفروق الواضحة بين الانسان وهذه الموجودات.
٤. الانسان يتميز بعقل يميزه من غيره وهو مناط تكليفه فهو كائن واع يستطيع العلم بما يحيط به وله المكنة على تحديد غايات يسعى بافعاله الى تحقيقها وله القدرة على المفاضلة واختيار ما يراه مناسباً له ولو كان ذلك حسب ظنه واعتقاده وظروفه.
٥. كما أن حرية الانسان المطلقة في الاختيار ليس عليها دليل علمي ملموس كذلك القول بأن الانسان آلة بيد الظروف وما إرادته الا آلة لتنفيذ أوامر تلك الظروف والعوامل فذلك ايضاً لا يقوم الدليل العلمي الملموس عليه فالفكرتان من حيث اثبات العلمي التجريبي في مستوى واحد.
٦. على المفكرين والفلاسفة وعلماء القانون الجزائي استبعاد التعرض لهذه المشكلة الفلسفية (معضلة التسيير والتخير) وعليهم توجيه اهتماماتهم الى دراسة الامراض الجرمية وتشخيص اسبابها الرئيسية ومعالجة هذه الامراض بالطرق العلمية الحديثة لمقاومة الاجرام ومكافحته بالطرق العلمية الحديثة الميسرة.

ثالثاً - الاتجاه التوفيقي المعتدل: -

حقيقة هذا الموضوع عبارة عن وسط بين الاتجاهين السابقين فالانسان يتمتع في الظروف العادية بحرية مقيدة فثم عوامل لا يمكن أن يسيطر عليها الجاني وهي توجهه على نحو لا خيار

(١) دكتور محمود نجيب حسني / المرجع السابق / ص ٤٠٢ ومايليها، الاستاذ عبدالجبار عريم / المرجع السابق / ص ٤٨ ومايليها.

له فيه ولكنها لاتصل الى حد املاء الفعل عليه وإنما تترك له قدرا من الحرية يتصرف فيه وهذا القدر كاف لكي تقوم المسؤولية على اساس منه. ثم أن التوفيق بين المذهبين ممكن من حيث النتائج فالمسؤولية تقوم على اساس من حرية الاختيار وهي تستتبع الجزاء في صورة العقوبة لكن رغم جميع الاحتمالات والاراء الخلافية على القاضي لغرض تحقيق العدالة أن يستعين بأهل الاختصاص حتى يستطيع الاطلاع على تفصيلات العوامل التي تسوق الجاني الى ارتكاب جريمته. فهذه العوامل قد تكون ظروفًا مشددة وقد تكون اعذارًا تخففة كما في حالات الضرورة والإكراه وقد تكون مانعة من المسؤولية الجزائية دون المسؤولية المدنية كالعاهات العقلية، وقد تكون من اسباب الاباحة كما في حالات الدفاع الشرعي ونحو ذلك. وفي جميع الفرضيات المذكورة ليس بإمكان القاضي ان يعرف بنفسه كل ظرف ودوره في التأثير على ارادة المتهم وبالتالي على حجم العقوبة. فالاستعانة بالغير من أهل الخبرة وأهل الاختصاص من الضرورات التي تهمها العدالة.



الفصل السادس

المنطق القانوني

تتناول هذين الموضوعين في مبحثين
يخصص الأول للمنطق القانوني في
التصورات والثاني للمنطق
القانوني في التصديقات



المبحث الأول

المنطق القانوني في التصورات

تعريفه: المنطق قانون مراعاة قواعده تعصم العقل من الخطأ في كسب المجهولات من المعلومات.

موضوعه: المعلومات التصورية والتصديقية من حيث أنها وسائل لكسب المجهولات التصورية والتصديقية.

غايته: حفظ العقل عن الخطأ حين التفكير والنظر في المعقول^(١).

التصورات والتصديقات:

أ- التصور: - عبارة عن أحد الادراكات الأربعة الآتية:

١. إدراك المفردات بدون نسبة بعضها الى بعض كإدراك (الجريمة) وإدراك (الفضيلة) ونحو ذلك.

٢. إدراك جملة ناقصة كأدراك (جريمة التزوير) و (جريمة القتل) ونحو ذلك.

٣. إدراك جملة تامة إنشائية مثل قول البائع للمشتري بعتك سيارتي بكذا فهي جملة مضمونها غير موجود في خارج الذهن قبل إنشائها وجدير بالذكر أن جميع الجمل الانشائية من باب التصورات.

٤. إدراك جملة خبرية بدون الأذعان وإنما على سبيل الشك أو الوهم أو التخيل كإدراك وجود الحياة على كوكب المريخ فهو لا يزال في مرحلة الشك فلا يوجد مرجح لترجيح وجود الحياة على عدمها أو عديمها على وجودها.

ب- التصديق: - هو إدراك جملة تامة خبرية على سبيل الأذعان (الاقتناع) كأدراك (المتهم بريء حتى تثبت إدانته)

^(١)المعقولات هي المعلومات التصورية والتصديقيه المخزونة لدى العقل.

مراتب العلم: - للعلم معنيان المعنى الخاص وهو الاعتقاد الجازم الثابت المطابق للواقع، والمعنى العام وهو الادراك المطلق وينقسم الى الاقسام السبعة الآتية من الصعود الى الهبوط من حيث القوة والضعف: -

١- اليقين: - هو الاعتقاد الجازم الثابت المطابق للواقع مثل الكل أكبر من الجزء.

٢- الجهل المركب: - هو الاعتقاد الجازم الثابت غير المطابق للواقع وتسميته (الجهل المركب) لكونه مكونا من جهلين أحدهما عدم علم الشخص بالواقع والثاني عدم علمه بأنه لا يعلم الواقع كمن يعتقد بوجود شيء أنفيه إعتقادا لا يمكن إزالته بسهولة بالاضافة الى أنه يعتبر نفسه على حق.

٣- التقليد: - وهو الاعتقاد الجازم غير الثابت كاخذ الرأي من الغير واتباعه بدون معرفة دليله فهذا التقليد (الاتباع) قابل للزوال باخذ رأي اخر بدلا من الراي الاول.

٤، ٥ - الظن والوهم: - فالطالب النشط يعتقد اجتياز الامتحان بنجاح ٩٠% ويتصور فشله ١٠% فالادراك الاول ظن والثاني وهم وبناء على ذلك يكون الظن دائما هو الطرف الراجع والوهم هو الطرف المرجوح.

٦- الشك: - وهو التردد بين أمرين على سبيل التساوي دون ترجيح احدهما على الاخر كتردد علماء الفضاء في وجود الحياة على كوكب المريخ.

٧- التخيل: - هو ادراك الطرف المقابل لليقين كمن يتصور انه يعيش في الحياة اكثر من المدة الاعتيادية لحياة الانسان فاليقين والجهل المركب والتقليد والظن من باب التصديقات والشك والوهم والتخيل من التصورات. والقاضي لا يكلف بان يعمل دائما بالادراك المرادف لليقين وإلا لأدى ذلك الى ضياع كثير من حقوق الناس لأن البيئات القانونية في المرافعات تحتل الصدق والكذب والحق والباطل لانها اخبار وكل خبر فيه الاحتمالات المذكورة. وبناء على ذلك متى حصل للقاضي الاقتناع بالادلة المتوفرة لديه، له الحق أن يحكم بمقتضى قناعته ولو كان خطأ.

البدهي والنظري:

كل من التصور والتصديق اما بدهي اذا كان ثبوته لا يحتاج الى دليل كتصور الحرارة للنار وكالقول بان الشمس مشرقة، واما نظري يحتاج للأثبات الى النظر والدليل كأدراك الجين البشري في التصورات واثبات الدعوى امام القضاء في التصديقات.

التصورات مبادئها ومقاصدها:

اولا: مبادئ التصورات:

من اهم مبادئ التصورات في المنطق الكليات الخمس (الجنس والفصل والنوع والعرض الخاص والعرض العام).

وهذه المبادئ الخمسة من اقسام المفهوم والمفهوم مايفهم من دال سواء كان لفظا أو غير لفظي لان مايدل عليه الشيء من حيث انه يفهم منه يسمى مفهوما ومن حيث انه يدل عليه يسمى مدلولاً ومن حيث انه يقصد منه يسمى معنى.

وجدير بالذكر ان علم المنطق لايعبر الاهمية للالفاظ الا بقدر دلالاتها على المفاهيم ودلالة الشيء على المفهوم اما وضعية أو عقلية أو طبيعية.

الوضع: - جعل الشيء دليلاً على المعنى أو المفهوم لفظاً كان أو غير سواء كان الواضع من أهل اللغة أو الشرع أو القانون أو أي اصطلاح آخر.

الدلالة: - كون الشيء بحالة يلزم من العلم به -بعد العلم بتلك الحالة - العلم بشيء آخر سواء كانت تلك الحالة وضعا أو عقلاً أو طبيعة.

والدلالة إما مطابقة أو تضمنية أو التزامية وعلى سبيل المثال دلالة العقد على مجموع الإيجاب والقبول مطابقة لان اللفظ مطابق للمعنى بدون زيادة أو نقصان ودلالته على الإيجاب فقط أو القبول فقط ضمن المجموع تضمنية ودلالته على الحقوق والالتزامات المترتبة عليه التزامية.

اقسام الدلالة المطابقة:

١. الدلالة الوضعية اللفظية: - كدلالة لفظ (القتل) على اذهاق روح انسان في الاصطلاح القانوني والشرعي.

٢. الدلالة الرضعية غير اللفظية: - كدلالة اشارات المرور على جواز الاجتياز وعدمه وكالمراكات التجارية وعناوين المحلات العامة.
٣. الدلالة العقلية اللفظية: - كدلالة الالفاظ المسموعة من اجهزة الاتصالات اللاسلكية او السللكية على وجود من يتلفظ بها.
٤. الدلالة العقلية غير اللفظية: - كدلالة آثار الجريمة على تشخيص الجاني وطبيعة الجريمة.
٥. الدلالة الطبيعية اللفظية: - كدلالة انين المريض على آلامه ودلالة الألفاظ المضطربة من المتهم على علاقته بالتهمة الموجهة إليه.
٦. الدلالة الطبيعية غير اللفظية: - كدلالة سرعة نبضات قلب المتهم حين إستجوابه على صلته بالتهمة المنسوبة إليه.

أقسام المفهوم من حيث الشمولية:

١. الكلي: وهو الذي لا يمتنع عقلا صدقه على كثيرين من الافراد كصدق مفهوم الانسان (الكائن الحي الناطق بالطبع) على افراده.
٢. الجزئي: هو الذي لا يتصور العقل صدقه على اكثر من واحد كاسم العلم بعد معرفة الشخص المسمى به مثل خالد، احمد وغيرهما من اسماء الاعلام بعد العلم المخاطب بالشخص المسمى بهذا الاسم.

أقسام المفهوم الكلي من حيث الطبيعة والماهية:

- أ. الذاتي: - وهو القائم بذاته في ماهيته وينقسم الى الجنس والفصل والنوع.
- ب. العرضي: - وهو القائم بغيره سواء كان عرضاً خاصاً كالضحك للانسان او عرضاً عاماً كالتنفس لكل كائن حي كما في الايضاح الآتي: -
١. الجنس: وهو كلي ذاتي ينطبق على حقائق وماهيات مختلفة مندرجة تحته ويعمل عليها كالحیوان الذي يشمل جميع الحيوانات وكالجريمة فهي اذا اطلقت تشمل جميع انواع الجرائم مثل السرقة والقتل وخيانة الامانة، وهتك العرض، والتجسس ونحو ذلك.
٢. الفصل: وهو كلي ذاتي وظيفته تمييز نوع من الانواع المندرجة تحت الجنس المشترك من سائر الانواع المشتركة معه في هذا الجنس كالناطق بالنسبة للانسان فانه يشترك مع غيره في كونه كائناً حياً متحركاً بالارادة. فاذا قيل الكائن الحي الناطق

بالطبع لا يشمل غير الانسان لان لفظ (الناطق) فصل يميزه من سائر الكائنات الحية.

٣. النوع: وهو كلي ذاتي مكون من جنسه وفصله ويحمل على جميع ما يندرج تحته من الاصناف المتفقة في الحقائق والماهيات والمختلفة في الصفات الخاصة بكل صنف ومشخصاته. كنوع التمر الذي تندرج تحته جميع اصنافه، وكالقتل فانه نوع من جنس الجريمة تندرج تحت مفهومه جميع اصناف القتل من القتل العمد العدوان، والقتل شبه العمد (الضرب المفضي الى الموت) والقتل الخطأ، والقتل بحق وغير ذلك من الاصناف الاخرى.

٤. الخاصة (او العرض الخاص): وهي كلي عرضي خاص بنوع من الانواع او صنف من الاصناف ويحمل عليها فيقال الانسان كاتب او ضاحك او نحو ذلك.

٥. العرض العام: وهو كلي عرضي اذا اطلق يشمل اكثر من نوع واحد او جنس واحد كالانماء وكالحركة الإرادية ونحوها.

وماهيات الاشياء تتكون من ذاتياتها (جنسها وفصلها) وتبين لنا من الاقسام المذكورة بعض الاخطاء القانونية الشائعة منها مايتأتى:

أ. الخلط بين النقود وغيرها في معايير التمييز بين المثلي والقيمي حيث عرف فقهاء الشريعة وعلماء القانون المثلي بانه (ما يوجد له المثل في السوق بدون تفاوت يعتد به) كالتمر من صنف واحد، والخنطة من صنف واحد.^(١)

وعرفوا القيمي بانه (ما لا يوجد مثله في السوق او يوجد لكن مع التفاوت المعتد به في القيمة)^(٢). كالسيارة والحيوان ونحوهما. مع ان معيار التمييز بين المثلي والقيمي في النقود هو ان مثل النقود ما يساويها صورة ومعنى. وصورة كل عملة واضحة واما معناها فعبارة عن قوتها الشرائية. وبناء على ذلك اذا انخفضت القوة الشرائية للعملة في بلد من بلاد العالم بسبب ظروف إستثنائية كالتضخم او إرتفعت بسبب الأمن والاستقرار وزيادة كمية الرصيد في البنك او نحو ذلك تتحول هذه العملة من كونها مثلية الى قيمة^(٣).

(١) على هذا الاساس اعتبروا النقود من صنف واحد من المثليات.

(٢) مجلة الاحكام العدلية المادتان (١٤٥ و ١٤٦)

(٣) ينظر مؤلفنا اصول الفقه في نسيجه الجديد ٢٣٠/٢ ومايليها

ويرتقب على هذا التحول اعتبار قيمة العملة وقت القبض او وقت الالتزام.
وعلى سبيل المثل من تزوج امرأة على مهر مؤجل مقداره مائة دينار عراقي وكان
قيمة الدينار وقت الزواج مثقالا واحدا من الذهب وبعد الفرقة بالوفاة او الطلاق
وحلول اجل دفع المهر يجب تقويم الدينار بقيمة يوم الزواج لا بقيمة وقت الفرقة. وقس
على ذلك جميع الديون المؤجلة من النقود.

ب. الخلط الشائع بين الصنف والجنس واستعمال لفظ (الجنس) مكان (الصنف) كما في
الجنسية وهوية الاحوال المدنية والاستثمارات التي توزع في الدوائر لمعرفة هوية
منتسبها فيكتب في الحقل (الجنس) بدلا من الصنف علما بان الذكروالانثى صنفان
من نوع الانسان.

ج. خطأ فقهاء الحنفية في اعتبار المنافع اعراضا قائمة بالأعيان وتجدها بتجدد الزمان
وبناء قولهم على هذا الاساس بان المنافع غير مضمونة لانها تتجدد بتجدد الزمان
فهي ليست باموال حتى يكون إتلافها موجبا للضمان^(١) لان المال عرف بانه (مايميل
اليه طبع الانسان ويمكن ادخاره الى وقت الحاجة منقولاً او غير منقول)^(٢). وهذا
القول من الحنفية خلط بين المنفعة والانتفاع فالانتفاع هو الذي يتجدد بتجدد الزمان
والمنفعة من الاعراض التي تستهلك ببطء مع مرور الزمان والاستعمال وهي طاقة
كامنة في رقبة الاشياء النافعة فهي تستهلك بمرور الأيام.

د. تقسيم علماء القانون وفقهاء الشريعة المنافع الى العامة والخاصة فاذا خصصت
اعيان للنفع العام كالمستشفيات الحكومية تكون المنفعة في نظرهم عامة واذا
خصصت للنفع الخاص كالدار المملوكة ملكية خاصة تكون المنفعة خاصة. وهذا ايضا
خطأ شائع فمنفعة الشيء التي هي طاقته الكامنة لاتوصف بالعمومية والخصوصية
وهذا ايضا خلط بين المنفعة والانتفاع والثاني هو الذي يوصف بالعمومية والخصوصية
دون المنفعة.

(١) وبناء على هذا الاتجاه الحنفي اذا غصب شخص دار غيره وسكن فيها مدة ثم خرج منها
لايضمن اجره المثل لمنفعة الدار في تلك المدة.

(٢) مجلة الاحكام العدلية / المادة (١٢٦)

النسب بين المفاهيم:

إذا قورن مفهوم مصطلح بمفهوم مصطلح آخر فلا تخلو النسبة المنطقية بينهما من إحدى الأربع الآتية: -

١. المساواة: وهي ان يصدق كل من المفهومين على كل ما يصدق عليه المفهوم الآخر كالعقد الموقوف والعقد غير النافذ فمفهوم كل منهما هو إنعقاد العقد صحيحا مع عدم ترتب الاثار (الحقوق والالتزامات) إلا بعد إجازة عن له حق الأجازة كبيع ناقص الأهلية فإنه يتوقف في ترتب آثاره على إجازة وليه.
٢. التباين وهو ان لا يصدق مفهوم اي منهما على ما يصدق عليه المفهوم الآخر كالمجرم والبريء والعقد الصحيح والعقد الباطل.
٣. العموم والخصوص المطلق: - وهو ان يتحقق العام دائما اينما تحقق الخاص دون العكس الكلي كالجريمة والقتل بغير حق. فكل قتل بدون حق جريمة ولكن ليست كل جريمة قتلا لجواز ان تكون سرقة او هتك عرض او غيرهما.
٤. العموم والخصوص من وجه: وهو ان يجتمع المفهومان معا وان يفترقا كالمال والحق الشخصي فهما خاصان من حيث إجتماعهما معا في شيء واحد كالدين المتعلق بذمة المدين فهو مال وحق شخصي. وعامان من وجه انه قد يجتمع كل منهما مع غيره ففي الحق العيني^(١) يتحقق المال بدون الحق الشخصي، وفي تمتع كل من الزوجين بالآخر يتحقق الحق الشخصي بدون المال^(٢). وبناء على ما ذكرنا تكون مباديء التصورات هي الكليات الخمس (الجنس والفصل والنوع والعرض الخاص والعرض العام)، ومتعلقاتها. ومن وجهة نظرنا المتواضع ان الكليات ليست بخمس كما ظن علماء المنطق وإنما هي ست والكليسة السادسة عبارة عن (الصنف) وهو كلي ينطبق على ما يندرج تحته من الأفراد المتفقين في الخقائق والمختلفين في الخواص والمشخصات كأصناف التمر فهي تندرج تحت نوع التمر ويندرج تحت هذه الاصناف أفراد التمر وهذا الصنف يعود الى الكليات الذاتية دون العرضية.

^(١) الحق العيني هو سلطة مباشرة لشخص معين على شيء معين تخوله حق التصرف والاستعمال والاستغلال والحيازة كحق الملكية.

^(٢) ينظر مؤلفنا المنطق القانوني في تصورات ص ٨٨

ثانياً: - مقاصد التصورات:

مقاصد التصورات عبارة عن تعريفات المصطلحات إما بذاتها (ماهياتها) كالتعريف بالجنس والفصل أو بالذاتيات مع العرضيات أو بالخواص العرضية والشقوق المتصورة لهذه التعريفات من حيث المبادئ. التصورية التي تستخدم فيها أربعة:

١. الحد التام: - وهو تعريف المصطلح بجنسه وفصله القريبين كتعريف الجريمة بأنها محظور معاقب عليه فالجزء الاول من هذا التعريف جنس يشمل الاعمال المحظورة سواء كانت جزائية أو مدنية. والجزء الثاني فصل يخرج الاعمال غير المشروعة المدنية التي توجب ضمان التعويض دون العقاب.

٢. الحد الناقص: - وهو تعريف المصطلح بجنسه البعيد وفصله القريب أو بالفصل فقط كتعريف الجريمة بأنها حدث معاقب عليه. فالحدث جنس بعيد يشمل الاحداث المشروعة وغير المشروعة. والتعريف بالفصل وحده كتعريف الجريمة بأنها معاقب عليها أو التعريف بالجنس والفصل القريبين مع اضافة خاصة من خواصه كتعريف الجريمة بأنها محظور معاقب عليه ضد المصلحة العامة.

٣. الرسم التام: - هو تعريف الشيء بخاصة من خواصه مع جنسه القريب كتعريف الجريمة بأنها محظور يضر بالمصلحة العامة أو بالجنس والفصل القريبين مع خاصة من خواصه كتعريف الجريمة بأنها محظور معاقب عليه يرفضه الرأي العام.

٤. الرسم الناقص: - هو تعريف الشيء بخواصه لا بذاتياته كتعريف الملكية بأنها سلطة تقول صاحبها حق التصرف والاستعمال والاستغلال والحيازة. أو تعريفه بخاصة من خواصه مع جنسه البعيد كتعريف الجريمة بأنها حدث يعتدى به على حق عام.

شروط التعريف:

يشترط في كل تعريف حداً كان أو سماً، تاماً أو ناقصاً. شروط أهمها ما يأتي: -

١. أن يكون المعرف والمعرف متحدين بالذات ومتغايرين بالاعتبار فإذا لم يكونا متحدين بالذات يكون تعريفاً بالبيان كتعريف الالتزام في المادة (٦٩) من القانون المدني العراقي القائم بأنه (رابطة قانونية ما بين شخصين دائن ومدين يطالب

بمقتضاها الدائن المدين بأن ينقل حق عينيا أو يقوم بعمل أو يمتنع عن عمل^(١).
وهذا تعريف بالمباين وهو باطل من وجهين: -

أحدهما: - أن الالتزام من مقولة الانفعال^(٢) (المطاوعة) بينما الرابطة القانونية من مقولة (الإضافة) أي نسبة مكررة بين الشئين تصور أحدهما يتوقف على تصور الآخر فالرابطة علاقة أو نسبة بين الدائن والمدين تصور نسبتها إلى أحدهما يتوقف على تصور نسبتها على الآخر.

والثاني: - الالتزام صفة خاصة بالمدين والرابطة القانونية صفة مشتركة بين الدائن والمدين وهما متباينتان ذاتا واعتبارا فلا تعرف إحدهما بالآخرى.

والتعريف الصحيح للالتزام هو أنه: (تحمل أداء واجب طوعا أو كرها يترتب عليه انشغال الذمة بحق للغير حتى ينقضي)^(٣).

٢. يشترط أن يكون المعرف (بكسر الراء) أوضح من معرفه (بفتح الراء) فلا يجوز تعريف الذمة بانها (وعاء للحقوق والالتزامات) لأن هذا الوعاء ليس بأوضح من الذمة المالية.

٣. يشترط أن لا يتوقف كل منهما على الآخر فلا يجوز تعريف الالتزام بانها (مجموع ما للإنسان من الحقوق والالتزامات) لأنه لا يتصور وجود الحقوق والالتزامات بدون وجود الذمة المالية فلو توقف وجودها على هذا المجموع للزمست المصادرة على المطلوب^(٤). وبالإضافة إلى ذلك لزم أن لا يكون للإنسان الذي ليس له حين ولادته أي حق ولا عليه أي إلتزام أن لا تكون له الذمة المالية وهذا مخالف للأجماع على أن الذمة المالية تولد مع ميلاد الإنسان وتموت بموته. وإذا فسرت الحقوق والالتزامات بانها تشمل ما تكون بالفعل أو بالقوة أي من شأنه أن يكون له الحقوق وعليه

(١) وقد نصت الفقرة الثالثة من هذه المادة على أنه (ويؤدى التعبير بلفظ الالتزام) ويألف (الدين) نفس المعنى الذي يؤدى به التعبير بلفظ (الحق الشخصي).

(٢) الانفعال هو تأثير شيء بشيء آخر كما أن الفعل هو تأثير شيء في شيء آخر فالإلزام فعل والالتزام انفعال.

(٣) ينظر مؤلفنا نظرية الالتزام برد غير المستحق ص ١٣٠ وما يليها.

(٤) أي للزم توقف الشيء على ما يتوقف عليه وهو يستلزم توقف الشيء على نفسه المستلزم لتقدم الشيء على نفسه واللازم باطل فكذلك الملزوم.

الالتزامات في المستقبل اي صلاحيته لها لزم الخلط بين الذمة المالية واهلية الوجوب الكاملة^(١).

٤. ان يكون التعريف جامعا اي شاملا لجميع افراد معرفه فلا يجوز تعريف عيب الأرادة بالاكراه لأنه لايشمل سائر عيوبها من غلط وتغريير واستغلال.

٥. ان يكون التعريف مانعا من الأغيار بأن لايدخل في التعريف ما لايدخل في معرفه فلايجوز تعريف القتل بأنه جريمة الاعتداء على الغير لأن هذا التعريف يشمل القتل وغيره وكذلك لايجوز تعريف العقد بأنه تصرف قانوني لأنه لا يكون مانعا من دخول الأرادة المنفردة.

٦. ان لا يكون من قبيل تعريف الشيء بحكمه كتعريف المشرع العراقي^(٢) الطلاق الرجعي بأنه ما جاز للزوج مراجعة زوجته المطلقة اثناء عدتها منه. و تعريف الطلاق البائن بأنه لايجوز مراجعة زوجته الا بعقد جديد لأن القاضي اذا لم يعرف مقدما كون الطلاق رجعيا او بائنا لا يستطيع ان يحكم بهذين الحكمين فتعريف الشيء بحكمه باطل.

والتعريف الصحيح للطلاق الرجعي هو انه (كل طلاق بعد الدخول بدون مقابل (عوض) على ان لا يكون للمرة الثالثة). والطلاق البائن هو (كل طلاق قبل الدخول او بعده بعوض او للمرة الثالثة).

(١) وهي صلاحية الإنسان لأن يكون له الحقوق وعليه الألتزامات وهذا ايضا باطل.

(٢) في قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٦٩ المادة (٣٨)

المبحث الثاني

المنطق القانوني في التصديقات

التصديق كما ذكرنا عبارة عن القناعة بصحة جملة خبرية^(١) موجبة كانت مثل (كل جريمة اعتداء على حق الغير) أو سالبة مثل (لا يملك الانسان التصرف في مال الغير بدون نيابة).

فالتصديقات كالتصورات لها مبادئ ولها مقاصد كما في الايضاح الآتي :-

اولا : مبادئ التصديقات :

وهي مقدمات مسلمات لدى المستدل بها من شأنها أن تكون صادقة (مطابقة للواقع) أو كاذبة (غير مطابقة للواقع).

وهي إما بديهيات ثبوتها لا يحتاج الى دليل كالتواترات والمجربات ونحوها أو نظريات كالمكتشفات العلمية الحديثة المكتسبة عن طريق النظر والاستدلال.

وهذه المقدمات أطلق عليها علماء المنطق مصطلح (القضايا) وعرفوا القضية بانها: (قول يحتمل الصدق والكذب)^(٢) وآثرت تعبير (المقدمة) على (القضية) لأنها مقصودة لآلذاتها وإنما لتصبح مقدمة من مقدمات الأدلة العقلية المنطقية ثم إن للقضية مفهوما آخر في العصر الحديث غير المفهوم المنطقي في المقدمة والقضية إما عملية أو شرطية، و العملية إما مخصصة أو طبيعية أو كلية أو جزئية أو مهمة.

والشرطية إما متصلة أو منفصلة، والمتصلة أمالزومية أوإتفاقية والمنفصلة إما حقيقية أو مانعة الجمع أو مانعة الخلو كما في الايضاحات الآتية :-

^(١) التعبير عن الجمل الخبرية عند علماء المنطق تعبير مجازي لان المنطق يتعامل مع الافكار لا مع الالفاظ، فالالفاظ مقصودة لغيرها لآلذاتها أي أنها يبحثها علم المنطق من حيث دلالتها على المفاهيم.

^(٢) تهذيب المنطق للعلامة سعد الدين التفطاراني بشرح الخبيصي للعلامة الشيخ عبيدالله بن فضل الخبيصي /سنة ١٩٦٥/ص ٣٣.

أ- الحملية: - جملة خبرية مكونة من جزئين يحمل احدهما (الجزء الاخير غالبا) على الآخر (الجزء الأول) فالأول يسمى موضوعا أو (مسندا إليه) والثاني يسمى محمولا أو (مسندا) لانه يحمل على الموضوع إما إيجابا مثل (الاصل براءة الذمة) أو سلبا مثل (لاينعقد عقد عديم الأهلية).

اقسام الحملية:

تنقسم القضية الحملية من حيث الموضوع والكم^(١) الى الأقسام الخمسة الآتية: -

١. مخصوصة (شخصية): - اذا كان موضوعها شخصا معينا كأن يقال خالد متهم.

٢. طبيعية: - اذا كان موضوعها ماهيه لاينظر فيها الى الأفراد كأن يقال (البينة أقوى من القرينة).

٣. كلية: - اذا كان المنظور إليه في الموضوع هو الافراد كليا مثل (كل انسان فان)

٤. جزئية: - اذا كان الماخوذ من الموضوع بعض الأفراد مثل (بعض الناس يخالفون القانون).

٥. مهملة: - اذا كان الموضوع أفراداً لم تبين كميتهم لا كلا ولا بعضا مثل (أناس لا يستخدمون العقل في التعامل مع الغير).

ب- الشرطية: - وهي مكونة من جملتين إحداها تسمى شرطا لتوقف الاخرى عليها، والثانية تسمى جوابا أو (جزاء).

اقسام الشرطية: - متصلة ومنفصلة

أ. المتصلة: - هي التي تتكون من جملتين إحداها شرط لوجود الاخرى وهي قسمان: -

١. لزومية: - إذا كانت إحداها لازمة للآخرى لوجود علاقة بينهما بحيث تجعل احداها بمثابة علة للآخرى كان يقال (اذا كان الماء موجودا على سطح المريخ كانت الحياة موجودة) ومثل (لو ثبتت التهمة للزمت إدانة المتهم).

٢. إتفاقية: - وهي التي لا يكون اجتماعها مبنيا على علاقة تجعل احداها علة والاخرى معلولة وإنما يكون الاجتماع مبنيا على الصدفة.

^(١) أي بالكلية مثل (كل إنسان ناطق) أو الجزئية مثل (بعض الانسان كاتب).

كالاتّباع بين الصفات الانثروبولوجية وبين الصفة الجرمية للجندى الايطالى الذي قتل في ساحة التدريب فجأةً ولسبب تافه ثمانية من رؤسائه ورفاقه من الجنود.

وقد ربط لومبروزو والطبيب الايطالى^(١) في استنتاجاته من دراسة بعض صفات الانسان بين بعض الصفات الظاهرة له وبين كونه مجرماً بالطبع كصغر الجمجمة عند مجرمي السرقات وكالصلات بين الانحناءات والالتواءات والأخايد في جماجم الانسان ونحو ذلك وبين كونهم مجرمين بالطبع^(٢).

ومن الصفات التي اعتبرها لومبروزو من مظاهر الانسان المجرم بالطبع: سعال الفك، والأذان العريضة، وسعة عجاجر العيون، والنظر الحاد، وانحدار الجبهة الى خلف الرأس بشكل يجعل القسم الأسفل من الرأس غير متناسب مع بقية الرأس، وارتفاع عظام الحدود، والأنف المنبسط قليلاً المنحدر الى اسفل بشكل قوسي، وسعة المنخرين ونحو ذلك^(٣).

وانتقد هذا الاتجاه بأن العلم الحديث اثبت انه ليس لأية صفة من الصفات الجسمية او التشريحية قوة في حد ذاتها ان تكون اساساً للمزعة الاجرامية. والواقع ان الأتصال بين هذه الصفات وبين كون اصحابها من المجرمين بالطبع من باب الصدفة ولا يوجد التلازم بينهما لأن الواقع اثبت ان هناك كثيراً من يتصفون بهذه الصفات لا اعتراض على سلوكهم وحسن نواياهم وتصرفاتهم حين احتكاكهم بغيرهم.

ب. الشرطة المنفصلة:-

وهي مقدمات (قضايا) يحكم فيها العقل بالتنافي او عدم التنافي بينها وهي ثلاثة اقسام:-

١. المنفصلة الحقيقية:- وهي التي يحكم فيها بالتنافي بين المقدمتين فاكتر وجودا وعدما كما في المادة (٦٧) من القانون المدني الاردني القائم التي نصها (يكون الحق شخصياً او عينياً او معنوياً) وفي ميزان المنطق هذا النص

(١) ولد لومبروزو في مدينة بافيا بايطاليا سنة ١٨٣٨.

(٢) ينظر نظريات علم الاجرام الاستاذ عبدالجبار عريم المرجع السابق ص ٦٤ ومايليه.

(٣) المرجع السابق ص ٦٦.

القانوني يعتبر قضية منفصلة حقيقية لا يمكن الجمع بين هذه الاقسام في محل واحد اذا اريد بالحق معناه العام الشامل للجانب المالي وغير المالي ولا يخلو في نفس الوقت من واحد منها.

٢. المنفصلة مانعة الجمع: - وهي التي يكون التنافي فيها في الجمع معا في كل واحد لافي الخلو معا كأن يقال هذا القتل اما مقتن بظرف مشدد او بظرف مخفف فالطرفان لا يجتمعان باعتبار واحد معا للتنافي بينهما لكن قد يتخلفان معا بان يكون القتل بسيطا غير مقتن بظرف مشدد ولا بظرف مخفف كما في المادة ٤٠٥ من قانون العقوبات العراقي القائم التي نصها (من قتل نفسا عمدا يعاقب بالسجن المؤبد او المؤقت).

٣. المنفصلة مانعة الخلو: - فيجوز الجمع بين المقدمتين لكن لا يجوز الخلو عنهما معا كأن يقال المتهم إما ان يكون مجرما او لا يعاقب فيجوز ان يكون مجرما وفي نفس الوقت لا يعاقب لوجود مانع من موانع المسؤولية الجزائية كالجنون وعدم التمييز او من موانع العقاب كإيقاف التنفيذ لكن لا يجوز الخلو من كليهما والا للزام ان لا يكون مجرما ويعاقب وهذا ما لا يقره اي قانون في العالم وكما في المادة (٣٩٥) من مشروع القانون المدني العراقي (لا يجوز لأحد المتعاقدين الرجوع عن العقد ولا تعديله الا بمقتضى نص القانون او باتفاق الطرفين) فهذا النص قضية منفصلة مانعة الخلو فلا يجوز الرجوع او التعديل الا بالتراضي او النص القانوني ولكن يجوز الجمع بينهما بان يتم الاتفاق الرضائي الى جانب النص القانوني.

التناقض بين المقدمات (القضايا):

عرف علماء المنطق التناقض: بانه (اختلاف قضيتين بحيث يلزم لذاته^(١) من صدق كل^(٢) كذب الاخرى وبالعكس^(٣)) وينبغي على هذه الحقيقة للتناقض ان المتناقضين أنه لا يجتمعان

(١) اي لذات الاختلاف

(٢) اي كل من القضيتين

(٣) اي يلزم من كذب كل صدق الاخرى. ينظر تهذيب المنطق المرجع ص ٥٤

معا ولا يرتفعان معا. ويشترط لتحقيق التناقض وحدة المتناقضين في تسعة امور واختلافهما في ثلاثة امور:

أ- الوحدة في الامور التسعة الاتية:

١. وحدة الموضوع: اي المحكوم عليه او المسند اليه فلا تناقض بين (عقد كامل

الاهلية صحيح) و (عقد عديم الاهلية باطل) لعدم وحدة الموضوع.

٢. وحدة المحمول: فلاتناقض بين (عديم الاهلية يسأل مدنيا) و (عديم الاهلية لا

يسال جزائيا) في حالة إلحاق الضرر بالغير.

٣. وحدة الزمان: فلاتناقض بين (المبيع في ضمان البائع) اي قبل التسليم و (المبيع

ليس في ضمان البائع) اي بعد التسليم.

٤. وحدة المكان: فلا تناقض بين (يسرى قانون العقوبات العراقي على الجرائم التي

ترتكب) اي في اقليم العراق و (لايسرى على الجرائم التي

ترتكب) اي خارج العراق.

٥. وحدة الشرط: فلا تناقض بين (المتهم يعاقب) اي بشرط ثبوت التهمة الموجهة اليه

و (المتهم لايعاقب) اي بشرط برائته من التهمة. ومثل (القانون القديم يطبق) اي

اذا كان لصالح المتهم و (القانون القديم لا يطبق) اي اذا كان الجديد من صالح

المتهم.

٦. وحدة الأضافة: فلا تناقض بين (المتهم يدان) أي بالنسبة الى الجريمة التي إرتكبها و

(المتهم لايدان) أي بالنسبة للجريمة التي لم يشبث إرتكابها منه.

٧. وحدة القوة والفعل: - فلاتناقض بين (الجنين له شخصية قانونية) أي بالقوة

وبالامكان و (الجنين ليس له شخصية قانونية) أي بالفعل قبل ولادته.

٨. وحدة الكل والبعض: - فلا تناقض بين (المطلقة تستحق المهر كله) كما اذا طلقت

بعد الدخول و (المطلقة لاتستحق المهر بعضه) كما إذا طلقت قبل الدخول.

٩. وحدة القوة الالزامية: - فلا تناقض بين آية قرآنية وحديث الاحاد عند التعارض

لعدم تكافئها حيث تقدم الاولى على الثانية وكذا لاتناقض بين القاعدة القانونية

والقاعدة الدستورية حين التعارض لان الثانية تقدم على الاولى. وكذا لاتناقض

بين القاعدة القانونية و (القرار) الاداري لان الاولى تقدم حين التعارض.

ب- الاختلاف في ثلاثة أمور:

١- الاختلاف في الكيف (الايجاب والسلب) في علم المنطق والوجوب والجواز والتعريم أو الصحة والبطلان ونحو ذلك في الشرع والقانون. فلا تناقض بين عدم وجوب الوصية للوارث وجوازها.

٢- الاختلاف في الكم: - بأن يكون احدهما كلياً و الاخر جزئياً فلاتناقض بين كليتين لجواز كذبهما معا مثل (كل حي انسان، ولاشيء من الانسان بحمي) فهما كاذبان ولاتناقض بينهما.

٣- الاختلاف في الجهة: - فلاتناقض بين (كل انسان كاتب) أي بالامكان و (كل انسان ليس بكاتب) أي بالضرورة. وجدير بالذكر ان علماء القانون خلطوا في شروحهم بين التعارض و التناقض و استعملوا كثيرا التناقض بدلا من التعارض مع أنهما مختلفان فالتعارضان يجوز الجمع بينهما في بعض الحالات وقد يرجع احدهما على الاخر في حالات اخرى فإذا لم يمكن الجمع والترجيح يعتبر المتأخر منهما ملغيا للمتقدم في تشريعه وهذا مايسمى (الالغاء الضمني).

ثانيا: مقاصد التصديقات:

مقاصد التصديقات هي: الأقيسة العقلية^(١). والقياس العقلي عرفه علماء المنطق بأنه (قول مؤلف من قضايا (مقدمات) يلزمه لذاته قول اخر)^(٢).

اقسام القياس العقلي اثنان استثنائي واقتراضي.

اولا: القياس الاستثنائي العقلي: - وهو الذي تكون نتيجته مذكورة فيه بمادتها^(٣)، وهيئتها^(٤). وهو قسمان اتصالي وانفصالي.

(١) هناك فرق بين الاقيسة الشرعية و الاقيسة العقلية. والقياس الشرعي الحاق جزئي لم يرد بشأنه نص خاص بجزئي اخر ورد فيه نص خاص لاشتراكها في علة الحكم. مثل الحاق حرمان الموصى له القاتل للموصي بالوارث القاتل لمورثه والعلة المشتركة بينهما حماية ارواح الابرياء.

(٢) أي النتيجة.

(٣) أي طرفيها.

(٤) أي صورتها.

١- القياس العقلي الاتصالي: - شرطية متصلة مكونة من مقدمتين تسمى اولاهما (المقدم) والثانية تسمى (التالي).

واثبات المقدم ينتج اثبات التالي ونفي التالي ينتج نفي المقدم^(١). وعلى سبيل المثال اذا قيل: لو ثبت التهمة لاستحق المتهم الادانة لكنها ثبتت ينتج استحق المتهم الادانة. واذا قيل لكنها لم يستحق الادانة ينتج انه لم تثبت التهمة.

٢- الاستثنائي العقلي الانفصالي: - وهو كما بينا سابقا ثلاثة اقسام:

١- منفصلة حقيقية (مانعة الجمع ومانعة الخلو): - فأثبات كل من جزئيهما ينتج نفي الاخر ونفي كل منهما ينتج اثبات الاخر لان المنفصلة الحقيقية مكونة من الشيء ونقيضه أو المساوي لنقيضه.
والنقيضان لا يجتمعان ولا يرتفعان.

٢- مانعة الجمع فقط: - اثبات كل واحد من جزئيهما ينتج نفي الاخر لعدم جواز جمعهما.

٣- مانعة الخلو فقط: - فنفي كل من جزئيهما ينتج ثبوت الاخر لعدم جواز خلوهما معا.

ثانيا: القياس العقلي الاتقائي: - وهو الذي لا تذكر فيه النتيجة بمادتها وحيثتها وهو قسمان حملي وشرطي.

القسم الاول: الاتقائي الحملي: وهو الذي يتكون من مقدمتين حمليتين مثل:

<u>الانسان عاقل</u>	<u>وكل عاقل مسؤول عن تصرفاته</u>	<u>الانسان مسؤول عن تصرفاته</u>
المقدمة الصغرى	المقدمة الكبرى	النتيجة

^(١) الشقوق المتصورة اربعة: اثبات المقدم ونفيه واثبات التالي ونفيه لكن نفي المقدم لا يستلزم نفي التالي واثبات التالي لا ينتج اثبات المقدم والسر في ذلك ان التالي في القياس العقلي الاتصالي لازم للمقدم واللازم قد يكون عاما يجتمع مع هذا الملزوم ومع ملزوم اخر فنفي الملزوم الخاص لا يستلزم نفي لازمه العام لجواز تحققه مع ملزوم اخر وكذا اثبات اللازم العام لا يستلزم اثبات ملزومه الخاص. وعلى سبيل المثال الطاقة الحرارية عامة ملزومها قد يكون نارا وقد يكون اشعة الشمس وقد يكون الكهرباء وقد يكون غير ذلك فأثبات وجود الطاقة لا يستلزم وجود الكهرباء كما أن نفي الكهرباء مثلا لا يستلزم نفي الطاقة لجواز اجتماعها معا ملزوم اخر.

يتضمن هذا القياس مايلي: -

١. المطلوب أو النتيجة (كل انسان مسؤول عن تصرفاته) فمن حيث انه مقدم في التصور يسمى مطلوبا وهدفا وغرضا. و من حيث انه مؤخر في الاثبات يسمى نتيجة وغاية وعند الفلاسفة يسمى فلسفة.

٢. البرهان: - وهو الدليل العقلي المكون من مقدمتين حمليتين.

٣. الحد الاصغر: - وهو موضوع المطلوب (الانسان) وسمي به لانه اصغر افرادا غالبا.

٤. الحد الاكبر: - محمول المطلوب (مسؤول عن تصرفاته) سمي به لانه أكثر أفراد غالبا.

٥. الحد الأوسط (عاقِل): - ماتكرر وتوسط بين الحد الاصغر والحد الاكبر لذا سمي الحد الاوسط.

٦. الصغرى: - هي المقدمة الاولى سميت بها لاشتمالها على الحد الاصغر.

٧. الكبرى: - هي المقدمة الثانية سميت بها لتضمنها للحد الاكبر. وسمي مثل هذا القياس قياسا اقترانيا لاقتران الحدود الثلاثة فيه (الحد الاصغر والحد الاكبر والحد الاوسط).

والمثال المذكور من تطبيقات القياس الاقتراني يسمى الشكل الاول^(١).

شروط انتاج الشكل الأول:

يشترط لانتاج الشكل الاول نتيجة يعتمد عليها شروط ثلاثة وهي: -

١. أن تكون المقدمة الصغرى موجبة لاسالبة.

٢. أن تكون موجودة بالفعل لا بالامكان.

٣. أن تكون المقدمة الكبرى كليا لاجزئيا.

القسم الثاني: القياس الاقتراني الشرطي: وهو الذي يتكون من الشرطيات المحضة أو من الشرطيات والحمليات ولعدم وجود المجال في هذا المبحث نكتفي بذكر نموذج من تطبيقات النوع الاول وهو ما يأتي:

^(١) للقياس الاقتراني اربعة اشكال: الاول هو الذي يكون الحد الاوسط محمولا في الصغرى وموضوعا في الكبرى كالمثال المذكور اعلاه، وفي الثاني يكون الحد الاوسط محمولا فيهما وفي الثالث يكون موضوعا فيهما وفي الرابع يكون عكس الاول أي موضوعا في الصغرى ومحمولا في الكبرى. واملت الاشكال الثلاثة الباقية وشروطها لعدم وجود المجال من جهة ولان الشكل الاول هو الرئيس من بين هذه الاشكال لان البقية تعاد اليه لغرض الانتاج المقنع.

ان كان الانسان مدينا فالالتزام موجود
وكلما كان الالتزام موجودا يجب الوفاء به
ينتج اذا كان الانسان مدينا يجب الوفاء به.

القياس الجبراني: وهو قياس تكون مقدماته جميعها يقينية وينقسم الى البرهان اللمي
والبرهان الانبي.

البرهان اللمي: وهو الاستدلال بالسبب (المؤثر) على المسبب (الاثر) كاستدلال اطباء
المختصين بالبكتريا والطفيليات الموجودة في دم المريض بعد اكتشافها بالتحليل في المختبرات
على تشخيص نوع المرض المصاب به المريض (صاحب الدم). و كاستدلال الطبيب العدلي
بالوسائل المستعملة في تنفيذ الجريمة على التمييز بين كون الجريمة من اثر عمل اجرامي من
الغير أو من اثر عمل انتحاري من الضحية نفسها.

البرهان الانبي: وهو الاستدلال بوجود المسبب (الاثر) على وجود السبب (المؤثر)
كالاستدلال بأثار الجريمة بالطرق العلمية الحديثة على كشف الجريمة وتحديد الشخص الجاني
ومن تطبيقاته في التحقيقات الجنائية استدلال أهل الخبرة بأثار البصمات او اثار الاسلحة
النارية أو أثار الحريق العمد أو أثار الاقدام أو الالات أو الاطارات أو الانسجة أو الشعر أو
البقع الدموية أو السائل المنوي أو البول أو اللعاب أو نحو ذلك. فهذه الاثار ونظائرها يستدل
بها على اثبات الجريمة أو تشخيص الجاني. وجدير بالذكر أن نتيجة القياس العقلي تابعة
لأخس مقدماته. فإذا كانت إحدى المقدمات ظنية تكون نتيجة القياس ظنية. وإذا كانت
سلبية تكون النتيجة سلبية. وإذا كانت جزئية تكون النتيجة جزئية.



الفصل السابع

المنطق القضائي

المنطق القضائي هو رعاية القاضي لقواعد المنطق في كسب المجهول (الحكم العادل) من المعلومات التي تقدم له قبل واثناء المرافعات القضائية من رفع الدعوى الى النطق بالحكم واكتسابه درجة البتات، ورعاية القواعد المنطقية تكون ضرورية في ترجيح الادلة والبيانات المتعارضة، وفي اقتناع القاضي بما يطمئن اليه قلبه ثم مواجهة الطعون القضائية وبناء على ذلك توزيع دراسة هذا الموضوع على ثلاثة مباحث يخصص الاول للتعريف بالترجيح والمرجعيات. والثاني للاقتناع المكتسب من الادلة المقنعة، والثالث لمواجهة الطعون القضائية.



المبحث الأول

الترجيح والمرجحات

الترجيح هو تقوية دليلين ظنيين من النصوص والبيانات والقرائن بمرجح قانوني على الآخر للعمل بالراجح و اهمال المرجوح. والترجيح عمل اجتهادي يعتمد على سند قانوني يستند اليه القاضي في الترجيح لحصوله على القناعة بالراجح ثم الحكم بمقتضى ما يصل اليه ويطمئن اليه قلبه.

شروط الترجيح:

من اهم شروط الترجيح مايلي: -

١- قابلية الادلة للترجيح ولا يحتاج القاضي الى عملية الترجيح الا في حالات قيام المعارضة بين الادلة الظنية ذات الصلة بالموضوع المتنازع فيه ولا يحتاج القاضي الى البحث عن المرجحات في حالات التعارض بين دليلين قطعيين لان التعارض في هذه الصورة يرادف التناقض وصدق أحد المتناقضين يستلزم كذب الآخر وكذلك صحة احدهما تستلزم بطلان الآخر وهما لا يجتمعان ولا يرتفعان فعلى القاضي في حالة التناقض بين نصين ان يعتبر المتأخر منهما تشريعا ملغيا للنص المتقدم فالتعارض لا يقوم بينهما بعد العلم بتاريخ التشريع.

وكذلك لا يقوم التعارض بين دليل يقيني ومادونه من الظنيات والأدلة المشكوك فيها والموهومة فلا يحتاج القاضي في هذه الحالات الى البحث عن المرجح لان اليقين مقدم تلقائيا لذاته على غيره مما هو اقل منه قوة من النصوص والبيانات. وكذا التعارض بين نص دستوري ونص قانوني فعلى القاضي أن يترك العمل بكل نص غير دستوري دون البحث عن المرجح.

و قل مثل ذلك في التعارض بين القانون والتعليمات الوزارية.

٢- أهلية القاضي للترجيح لانه عملية اجتهادية لا يتمكن كل شخص أن يقوم بها مالم تتوفر فيه أهلية الاجتهاد وعقلية الموازنة بين الادلة وبين البيانات، فالأهلية مطلوبة

- ولو كانت في بعض القضايا دون بعض ولا يشترط أن يكون مجتهدا مطلقا في كل موضوع وفي جميع المجالات.
- ٣- وجود سلطة تقديرية للقاضي في تقويم ادلة الاثبات المقدمة من الخصوم في الدعاوي فيجب أن يكون محولا قانونا للقيام بعملية الموازنة والترجيح مقدما.
- ٤- وجود مرجح يعتد به ويمكن استخدامه في ترجيح أحد المتعارضين على الآخر.

الترجيح والمصطلحات ذات الصلة:

هناك بعض المصطلحات لها صلة بالترجيح ولكنها ليست بترجيح في الحقيقة والواقع ومنها مايلي:

اولا: الافتراض القانوني: - وهو يقوم على اساس افتراض يخالف للواقع وهذا الافتراض اما قضائي أو قانوني والاول لا يعتد به غالبا في الاعمال القضائية بخلاف الثاني.

١- الافتراض القضائي: - ومن تطبيقاته افتراض القضاء الفرنسي خطأ صاحب المعمل أو المصنع بعد قيام الثورة الصناعية الاوربية لغرض تعويض العامل المصاب بعاهة مستديمة حين استخدامه للأجهزة التكنولوجية المستعملة في المعمل أو المصنع فعلم القضاء الفرنسي بالتعويض كان مبنيا على أساس المسؤولية التقصيرية التي عناصرها خطأ صاحب المعمل الافتراضي والضرر الذي أصاب العامل وعلاقة السببية بينهما. وهذا الافتراض يسمى في علم المنطق (السفسطة) وهي القياس المركب من الوهميات والمخيالات والغرض منه تغليب الخصم وإسكاته^(١) وعند الفلاسفة يسمى (الحكمة الموهومة)^(٢) وإذا علم المستدل بفساد هذا الدليل يسمى (مغالطة).

وهذا الافتراض ليس من باب المسؤولية التقصيرية كما زعم القضاء الفرنسي وانما هو من باب مبدأ (الفرم بالغنم) كما أقرته الشريعة الاسلامية فغنم (ربح) المعمل أو المصنع يكون لصاحبه لذا يكون غرمه (ضمانه) عليه فيجب عليه تعويض العامل المضور الذي ساهم في تكوين الربح وهذه القاعدة نصية وليست

(١) البرهان للكلنبوي/ المرجع السابق/ص ٣٩٨.

(٢) المعجم الفلسفي/د جميل صليبا/١/٥٨٨

إجتهادية وردت على لسان الرسول (ﷺ) ونقلت بتعابير مختلفة^(١).

ب- الافتراض القانوني: - وهو الذي يفترضه القانون كافتراض الشخصية المعنوية التي أقرها القوانين الوضعية في دول العالم ومنها القانون المدني العراقي القائم في المادة (٤٧) وهذا الافتراض ضروري بالنسبة لاستمرارية العلاقات الدولية وبالنسبة للحقوق والالتزامات المالية الداخلية والدولية.

أما بالنسبة للقضايا الجزائية فلا تنسب المسؤولية الجزائية الى الشخص المعنوي وإنما يسأل الشخص الطبيعي الذي يمثل الشخص المعنوي لان مناط هذه المسؤولية هو العقل وهو مفقود في الشخص الافتراضي.

ثم إن العقوبات المقررة في القوانين للجرائم التي ترتكب لا يتصور تطبيقها بالنسبة للشخص المعنوي باستثناء الغرامات المالية. وهذا بخلاف الترجيع لاختلافهما في الحقيقة والمضمون.

ثانياً: - الترجيع وتسبب الاحكام: - تسبب الاحكام عبارة عن بيان ما أقتنع به القاضي من الأسس والاسانيد العقلية والقانونية والحشيات والبواعث وبالتالي حكمه بما أطمئن إليه قلبه. وتسبب الاحكام كالترجيع يعد ضماناً أساسياً لتطبيق الحكم العادل ولكن بينهما فروق جوهرية ومنها: -

١. القاضي ملزم بالتسبب بخلاف الترجيع فعليه بيان الوقائع الاساسية التي استند اليها في حكمه ويلتزم بأن يشير الى الأدلة والمستندات التي اقتنعه بصحة ما إختاره من الحكم الذي أصدره في الموضوع.
٢. في تسبب الاحكام يبين القاضي ما أقتنع به من الادلة الواقعية بينما في الترجيع لا يلزم القاضي ببيان مصادر إقتناعه.
٣. في تسبب الاحكام السلطة التقديرية للقاضي مقيدة حيث يتعين عليه ان يبين مصادر إقتناعه بينما السلطة التقديرية في ترجيع الادلة والبيانات تكون مطلقة فالقاضي غير ملزم ببيان نشاطه الذهني.

^(١) منها ما جاء في مجلة الاحكام العدلية (٨٥) من تعبير (الخراج بالضمان) واستعمل الفقهاء تعابير أخرى منها (النعمة بالنقمة) و (النقمة بالنعمة).

ثالثاً: ترجيح الاحكام وترجيح الأدلة:

وجه التشابه بينهما هو أن ترجيح أحد الحكمين على الآخر يعد عنواناً للحقيقة القضائية على أساس مطابقتها للواقع وهذا يستلزم تسبب القرار القضائي المبني على ترجيح الأدلة أيضاً لكنهما يختلفان من أوجه منها: -

١. من حيث سلطة الترجيح: - ترجيح الاحكام من اختصاص الهيئة العامة لمحكمة التمييز^(١) ولا يجوز لمحكمة الموضوع أن تطلب هذا الترجيح. بينما الترجيح بين الدليلين يكون من اختصاص محكمة الموضوع.
٢. من حيث كون الترجيح سبباً للطعن: - الترجيح بين الأدلة يصلح أن يكون سبباً للطعن تمييزاً فقط دون تصحيح القرار التمييزي^(٢). بخلاف ترجيح الأدلة^(٣).
٣. قرار الترجيح بين الأدلة ينبغي أن يكون مسبباً بخلاف الترجيح بين الاحكام^(٤).
٤. الترجيح بين حكمين لا يتم إلا إذا توافرت شروط الدفع بحجية الاحكام وهي وحدة المحصوم ووحدة الموضوع ووحدة السبب، فالحكم السابق الذي اكتسب درجة البتات يرجع على الحكم اللاحق إذا نصت الدعويان على ذات الحق^(٥). بخلاف الترجيح بين الأدلة فإن تلك الشروط غير ضرورية.

رفع التعارض بين الأدلة:

يحتاج القاضي إلى استخدام قواعد المنطق في رفع التعارض بين النصوص القانونية وفي ترجيح البيانات المتعارضة وفي كسب المجهول (الحكم العادل) من المعلومات التي تقدم له قبل وأثناء المرافعات القضائية من رفع الدعوى إلى إصدار الحكم كما في الايضاحات الآتية: -

^(١) المادة (٢١٧) من قانون المرافعات المدنية العراقي القائم (وتفصل الهيئة العامة لمحكمة التمييز

في هذا الطلب وترجع أحد الحكمين وتأمراً بتنفيذه دون الحكم وذلك بقرار مسبب.)

^(٢) م (١/٢٠٣) قانون المرافعات المذكور.

^(٣) م (٤/٢٠٣) قانون المرافعات الانف الذكر.

^(٤) م (٨٢) قانون الاثبات العراقي القائم.

^(٥) قرار محكمة التمييز المرقم ٣١٤ /موسوعة اولى ٨٨/ في ٢٩/٦/١٩٨٨.

أولاً: - رفع التعارض بين النصوص:

إستعمال القواعد المنطقية في رفع التعارض بين النصوص القانونية المتعارضة.
وفي ميزان المنطق يجب على القاضي في رفع التعارض بين النصوص إتباع التسلسل المنطقي الآتي: -

أ. محاولة الجمع بين النصين المتعارضين ظاهراً إذا أمكن الجمع كما في الجمع بين المادة السابعة من قانون الاحوال الشخصية القائمة^(١)، التي نصها (يشترط في تمام أهلية الزواج العقل وإكمال الثامنة عشرة من العمر). وبين المادة (٣٩٨) من قانون العقوبات العراقي القائم^(٢)، التي نصها (إذا عقد زواج صحيح بين مرتكب إحدى الجرائم الواردة في هذا الفصل^(٣) عد ذلك عذراً مخففاً لفرض تطبيق أحكام المادتين (١٣٠ و ١٣١ منه)^(٤). وهذا الجمع يكون بمحمل الشرط الوارد في المادة (٧) من قانون الاحوال الشخصية على شرط اللزوم دون شرط الاعتقاد أو الصحة. فالزواج في سن أقل من ثماني عشر سنة يعطى الحق للزوجة أو الزوج بعد البلوغ فسخ الزواج إذا تم الزواج في وقت كانت السن أقل من المدة المحددة في هذه المادة ولم يتوفر الرضا باستمرارية الزواج بعد البلوغ والدخول في سن الرشد.

ب. محاولة ترجيح العمل بأحد النصين المتعارضين على العمل بالنص الآخر لمرجع مقبول في القانون والشرع. وعلى السبيل المثل إذا كان أحد النصين في قانون عام ونص آخر في قانون خاص يرجح العمل بالخاص على العمل بالعام كترجيح العمل بالمادة (١٧) من قانون إيجار العقارات التي تقضي بتجدد عقد الإيجار تلقائياً دون حاجة إلى رضی المؤجر مادام المستأجر مستمراً على دفع بدل الإيجار. نص المادة (لا يجوز للمؤجر أن يطلب تحلية العقار الخاضع لأحكام هذا القانون (إلا لأحد الأسباب الآتية)^(٥)، ويرجع العمل بهذه المادة على المادة

(١) رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩.

(٢) رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩.

(٣) ومنها جريمة الاغتصاب إذا كان سن المجنى عليها أقل من ثماني عشر سنة.

(٤) هاتان المادتان تتناولان الاعذار المعفية والاعذار المخففة.

(٥) ينظر تنمة المادة من فقرة (أ-م) من قانون إيجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل.

(٧٧١) من القانون المدني العراقي القائم^(١)، التي نصها (إذا أنقضى عقد الإيجار وجب على المستأجر أن يغلي المأجور للمؤجر في المكان الذي تسلمه فيه إذا لم يحدد الاتفاق أو العرف مكاناً آخر).

ج. إذا لم يمكن الجمع ولا الترجيح بالنسبة للنصين المتعارضين بأن يكونا متناقضين يستلزم صدق أحدهما أو صحته كذب الآخر أو بطلانه ففي هذه الحالة على القاضي أن يلجأ إلى الإلغاء الضمني للنص السابق تشريعاً بالنص اللاحق. كما في إقرار إلغاء المادة (٦٤) من قانون العقوبات العراقي القائم التي نصها (لاتقام الدعوى الجزائية على من لم يكن وقت ارتكاب الجريمة قد أتم السابعة من العمر)^(٢)، بالمادة (٤٧/أولاً من قانون رعاية الأحداث)^(٣)، التي نصها (لاتقام الدعوى الجزائية على من لم يكن وقت ارتكاب الجريمة قد أتم التاسعة من عمره) وتبقى الفقرة الثانية من المادة (٩٧) من القانون المدني العراقي القائم التي نصها (وسن التمييز سبع سنوات كاملة) حصراً في القضايا المدنية فبالنسبة إليها يعتبر مميّزاً إذا أكمل السابعة من العمر. ففي القضايا الجزائية تكون سن التمييز في التشريعات العراقية اكمال التاسعة من العمر فإذا ارتكب من دون هذه السن جريمة لايسأل جزائياً لأن الصفر (عدم التمييز) من موانع المسؤولية الجزائية كالجنون ومن في حكمه فلا تقام عليه الدعوى.

ثانياً: رفع التعارض بين البيّنات:

من المرجحات القواعد القانونية والفقهية الآتية:

١. إذا تعارض الظاهر والباطن يعمل بالثاني ما لم يقدّم دليل على خلاف ذلك عملاً بقاعدة (الأمور بمقاصدها)^(٤) أي أن الذي يترتب على أمر يكون على أساس مقتضى ماهو المقصود من هذا الأمر.

(١) رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

(٢) المفهوم المخالف لهذه المادة هو أن من أكمل السابعة من عمره يسأل جزائياً إذا ارتكب جريمة وتقام عليه الدعوى لاكتسابه الأهلية الجزائية بمقتضى هذه المادة.

(٣) رقم ٧٦ لسنة ١٩٨٣ المعدل.

(٤) مجلة الأحكام العدلية /م/ ٢ و ١٥ و ١١ و ٢٤ و ٣٦ و ٤٣ و ٤٤ و ٥٤ و ٦٧ و ٨٥ و ٩٠ و ٩١.

٢. العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني: وبناء على ذلك يكيف بيع الوفاء بالنسبة للمشتري بأنه رهن حيازي رغم أن العقد قد تم تحت عنوان لفظ البيع، ووجه ذلك أن المشتري لا يستطيع أن يتصرف في هذا المبيع لغيره.
٣. اليقين لا يزول بالشك وعلى سبيل المثل إذا خرج أحد من دار خالية خائفا مدهوشا وفي يده سكين ملوثة بالدم ثم وجد في هذه الدار شخص مذبح في ذلك الوقت فلا يشتبه في كونه قاتل ذلك الشخص ولا يلتفت الى الاحتمالات الوهمية الصرفة كأن يتصور ان الشخص المذكور إنتحر وذبح نفسه فمن ادعى ذلك ترد دعواه على أساس قاعدة أن اليقين لا يزول بالشك.
٤. الأصل بقاء ما كان على ما كان استصحابا حتى يثبت خلاف ذلك: -
وعلى سبيل المثل إذا تزوجت امرأة من شخص ثم أدعت أمام القاضي ان الزوج السابق قد طلقها أو توفي وانتهت عدتها وطلبت من القاضي أن يزوجه من شخص آخر يجب على القاضي أن يعتبر الزواج السابق باقيا حتى تثبت المدعية دعواها في حصول الفرقة بالوفاة أو بالطلاق ثم إنتهاء العدة.
٥. الاصل في الصفات العارضة العدم: وعلى سبيل المثل اذا حصل الخلاف بين البائع والمشتري في وقت حدوث العيب فادعى البائع أنه حدث بعد القبض فالمشتري هو الذي يتحمل نتائج هذا العيب وعارضه المشتري فأدعى أن العيب كان موجوداً قبل القبض فالمبيع قبله من ضمان البائع ففي هاتين الدعويتين المتعارضتين على القاضي أن يرجع دعوى البائع استنادا الى القاعدة المذكورة والى قاعده الاصل إضافة الحادث الى أقرب أوقاته.
٦. يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام: فإذا هدم المكلف بمخدمة عامة دار شخص أو هدم سياجه، لاطفاء حريق حصل قرب هذه الدار ثم أقام ذو العلاقة الدعوى ضد من قام بعملية الهدم طالبا تضيمنه جزائيا ومدنيا ترد دعواه بناء على قاعدة (يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام) لان الحريق لو استمرت لالحق الضرر بالغير وأضر بالمصلحة العامة.
٧. الجواز الشرعي ينافي الضمان: أي الجواز الشرعي الاصلي ينافي الضمان. وعلى سبيل المثل من حفر بئرا في بستانه فوق وقع فيها مال للغير فتلف فليس لصاحب المال مطالبة التعويض أمام القضاء فعلى القاضي أن يرجع جانب حافر البئر

على جانب الضرر استنادا الى القاعدة المذكورة ولكن إذا كان الجواز استثنائيا يجب على القاضي أن يحكم بالضمان فمن أكل مال غيره تحت ضغط الحاجة الماسة جاز هذا الأكل ولكن عليه التعويض إذا طالب به صاحبه لأن الاضطرار لا يبطل حق الغير فالضرورة من موانع المسؤولية الجزائية وليست مانعة من المسؤولية المدنية.

٨. إذا أجمع المباشرون والمتسببون يضاف الحكم الى المتغلب منهما فمن أحدث جرماً في شخص بحيث لم يكن هذا الجرح خطراً على حياة المجرع غير أن الطبيب المعالج أهمل علاجه فأدى الإهمال الى حدوث مضاعفات يكون الطبيب هو المسؤول. إذا كان الجرح بحيث لا يتوقع شفاء المجرع وخلاصه من نتائجه تكون المسؤولية على من أحدث الجرح دون الطبيب المعالج المهمل. وجدير بالذكر أن أصل القاعدة هكذا (إذا أجمع المباشرون والمتسببون يضاف الحكم الى المباشرون) وهذا خطأ شائع لأن المباشرون لا يكونون دائماً مسؤولاً وبوجه خاص إذا كانت النتيجة حاصلة من عمل المتسببون كما ذكرنا في إهمال الطبيب وحدثت المضاعفات على هذا الإهمال التي أدت الى وفاة المجرع.

٩. لا ينسب الى ساكت قول لكن السكوت في معرض الحاجة بيان: - فإذا سكوت المتهم وأمتنع عن إجابة السؤال الموجه إليه من قبل القاضي أو المحقق لا يعتبر هذا السكوت إقراراً بالتهمة الموجه اليه لكن إذا استلم المشتري قائمة البضاعة التي أرسلت له من قبل البائع وسكت عن الاعتراض أو علم المشتري بعيب المبيع وسكت يعتبر السكوت في هذه الحالات رضا لأن السكوت في معرض الحاجة بيان وليس له بعد ذلك إقامة الدعوى على خلاف ذلك. كما أن سكوت البنت حين طلب الموافقة على زواجها يعتبر رضا وفق مانص عليه الرسول (ﷺ). (الشيب أحق بنفسها من وليها والبكر يستأذن أهلها أبوها في نفسها وأذن أهلها صماتها وصماتها إقرارها).^(١)

١٠. الأصل براءة الذمة من الالتزامات الجزائية والمدنية فعلى القاضي أن يعتبر المدعى عليه مديناً كان أو متهماً أنه مازال باقياً على ما أنصف به من البراءة الأصلية حين ولادته فيرجع بهذا الأصل جانبه على جانب المدعي وقد بنيت على

هذا الاساس قاعدة (البينة على المدعى) لانه يدعي خلاف الاصل (اليمين على من أنكر) لانه يدعي ما يوافق الأصل.
١١. العادة محكمة: - أي أن العادة عامة كانت أم خاصة تجعل حكماً لاثبات حكم شرعي يختلف فيه.

وعلى سبيل المثال إذا حصل النزاع بين الزوجين في عائلية شيء من أثاث البيت على القاضي أن يحسم النزاع في ضوء العرف السائد فإذا كان المتنازع فيه يعود إلى الزوجة في عرف البلد كالحلي ترجع دعوى الزوجة وإذا كان عائداً إلى الزوج كالسلاح فيرجع جانب الزوج.

وما لا يحسمه العرف بأن يحتل أن يكون عائداً إلى الزوج أو الزوجة فيجب الاثبات بالبينة. يجعل العرف حكماً فيما يدخل في المبيع بدون ذكر صحيح وما لا يدخل فكل ما جرى عرف البلد على أنه من مشتتات المبيع يدخل فيه من غير ذكر، وفي حال النزاع بين البائع والمشتري حول ما يدخل وما لا يدخل على القاضي أن يحكم بما يعضده العرف السائد.

ومن تطبيقات تحكيم العرف قاعدة (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً) وقاعدة (المعروف بين التجار كالمشروط بينهم) وقاعدة (التعيين بالعرف كالتعيين بالنص).

١٢. ومن المرجحات القرينة: وللقرينة دور بارز في ترجيح الأدلة والبيانات وعلى سبيل المثال الترجيح بالحياسة، فترجع بينة الحائز فإذا تكافأت المتداعيان يصار إلى ترجيح من وجدت الحياسة في جانبه سواء كان المعازعقاراً أو منقولاً لأن الحياسة قرينة لكونها من خصائص الملكية في الأصل^(١).

^(١) المدونة الكبرى في الفقه المالكي ١٩١/٥.

المبحث الثاني

الاقتناع القضائي والأدلة المقنعة

المعلومات التي تقدم الى القاضي من إقامة الدعوى الى إصدار الحكم منها سمعية كإفادات الشهود وإفادات أطراف النزاع وإقرار المتهم وتقارير الخبراء والفنيين ومطالعات هيئة الادعاء العام ومنها مقروءة كتقارير المحقق العدلي (المحقق القضائي) وتقارير الطب العدلي والتحقيقات الجنائية. ومنها مرئية كمشاهدة أثار الجريمة التي سبق بيانها في البرهان الأنفي فجميع هذه المعلومات باستثناء المرئية أخبار وكل خبر يحتمل الصدق والكذب ويحتمل الحق والباطل^(١). لذا تعتبر أدلة ظنية ويحق للقاضي أن يحكم بالظن الغالب ويقناعته الشخصية المكتسبة من تلك المعلومات. وقد أخذت معظم التشريعات الحديثة بنظام الأدلة الاقتناعية ومنها:-

١- قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي^(٢) الذي نص في (م ٢١٣/١) على إنه تحكم المحكمة في الدعوى بناء على إقتناعها الذي يكون لديها من الأدلة المقدمة في أي دور من أدوار التحقيق أو المحاكمة وهي الاقرار وشهادة الشهود ومحاضر التحقيق والمحاضر والكشوف الرسمية الاخرى وتقارير الخبراء والفنيين والقرائن والأدلة الاخرى المقررة).

ب- قانون الاجراءات الجنائية المصري^(٣) الذي نص في (م ٣٠٢) على انه (يحكم القاضي في الدعوى حسب العقيدة التي تكونت لديه بكامل حريته).

ج- قانون أصول المحاكمات الجزائية الاردني^(٤) الذي نص في المادة (١٤٧/١) على أنه ((تقام البينة في الجنايات والجنع و المخالفات بجميع طرق الاثبات وبحكم القاضي حسب قناعته الشخصية)).

(١) الفرق بين الصدق والحق هو أن مطابقة الخبر للواقع يسمى صدقا ومطابقة الواقع له يسمى حقاً كما أن عدم مطابقة الخبر للواقع يسمى كذباً وعدم مطابقة الواقع له يسمى باطلاً.

(٢) رقم ١٣٣ لسنة ١٩٧١

(٣) رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠.

(٤) رقم ٩ لسنة ١٩٦١

د- قانون الاجراءات الجنائية الفرنسي^(١) المعدل الذي نص في (م ٤٢٧) على أنه (يجوز إثبات الجرائم بأية طريقة من طرق الاثبات ويحكم القاضي بناء على قناعته الشخصية ما لم ينص القانون على خلاف ذلك).

هـ- قرار محكمة التمييز في العراق^(٢) الذي نصه (إن تناقض الشهادات وعدد الاطلاقات المرمية وعدم تحديد الشهود للشخص القاتل أو شهادتهم له يقوم باطلاق النار عمداً وأنتيجة خطأ. فمن يجعل الادلة المحصلة لا يمكن أن تولد القناعة بأن المتهم هو الفاعل لذلك تكون إدانته مبنية على الشك والاحتمال لا على الجزم واليقين.) ومن الواضح أن الشك يفسر لصالح المتهم.

المنطق والاقتناع القضائي:

ذهب علماء المنطق الى ان طرفي القضية من الوقوع واللاقوع إن تساويا عند العقل من غير رجحان أصلاً فالعلم المتعلق بكل منهما (الوقوع واللاقوع) يسمى شكاً والشك يفسر لمصلحة المتهم في القضايا الجزائية وينبني على هذا الأساس قاعدة (المتهم بريء حتى تثبت إدانته) وفي مصلحة المدين في المسائل المدنية^(٣).

وإن ترجح أحدهما بنوع من الاذعان والقبول يسمى العلم به تصديقاً واعتقاداً وهذا الاعتقاد إن كان جازماً بحيث إنقطع احتمال تجويز العقل للطرف الاخر بالكلية عند القاضي وإن لم ينقطع في الواقع ونفس الامر وكان ثابتاً بحيث لا يزول بتشكيك المشكك ومطابقاً للواقع يسمى يقيناً والقاضي لا يلزم بان يعمل باليقين في كل قضية ينظر فيها سواء كانت مدنية أو جزائية لأن إلزامه بالعمل باليقين في كل موضوع يؤدي الى ضياع كثير من حقوق الناس لأن الأدلة والبيانات اليقينية قليلة بالنسبة للدلة والبيانات الظنية.

وإذا كان الاعتقاد الجازم الثابت غير مطابق للواقع يسمى جهلاً مركباً مكوناً من جهلين أحدهما الجهل بالواقع والثاني الجهل بهذا الجهل.

والقاضي مادام يحكم بالقناعة فله أن يحكم بمقتضى قناعته لان حكم القاضي لا يغير الواقع فلا يعمل الحق باطلاً ولا الباطل حقاً.

(١) لسنة ١٩٥٨.

(٢) رقم ٣١٧ /هيئة عامة / في ٤/١٠/١٩٨٢ النشرة القضائية ع/١٤/س/٣ ص ٢٠٩-٢١٠.

(٣) البرهان للكلنبوي/المرجع السابق/ص ٣٧٧ ومايليه.

وإذا كان العلم إعتقاداً جازماً غير ثابت يسمى تقليداً كتقليد قاضي الموضوع لمحكمة التمييز التي أقرت سابقاً ما حكم به ومن المعروف أن السوابق القضائية والقرارات السابقة لمحكمة التمييز التي يستشهد بها القضاة والمحامون غالباً قد لا تكون مطابقة للواقع. وزعم أن كل ماتصدقه محكمة التمييز حق ومطابق للواقع خطأ شائع لأن قاضي الموضوع كما يتعرض للخطأ كذلك محكمة التمييز تتعرض للخطأ ولا تكون مصيبة دائماً في جميع قراراتها. وإذا كان العلم إعتقاداً غير جازم يسمى ظناً ويجوز للقاضي أن يعمل بالظن الغالب إذا أوصله هذا الظن إلى حد الاقتناع وإذا كان العلم طرفاً مقابل للظن يسمى وهماً كما أن الطرف المقابل لليقين يسمى تخيلاً ولا يجوز للقاضي أن يعمل بالوهم والتخيل.

وهذه الشقوق العلمية المنطقية تؤكد لنا ضرورة إلمام القاضي وكل من يتعامل مع النصوص بقواعد المنطق وبطرق الاستدلال المنطقية سواء كانت أقيسة عقلية أو إستقراءً يقوم على دراسة ميدانية للمعلومات التي تتوفر لدى القاضي ولا وجه الاستنباط الذي يستلزم توافر حوار جدلي بين القاضي والمحصول لاثبات الأدلة المطروحة عليه حتى تبدأ عملية الاستقراء القائمة على ملاحظة الوقائع الجزئية التي قام الدليل على توافرها ثم يستنبط القاضي من هذه الوقائع نتيجة معينة. وبناء على ذلك فإن المنطق القضائي المتعلق بالوقائع يقوم على ثلاثة أنواع من الاستدلال:

١. الاستدلال الجدلي للاقتناع بالأدلة.
٢. الاستدلال الاستقرائي لملاحظة الوقائع الجزئية التي تستمد عليها أدلة الدعوى. والاستقراء تصفح الجزئيات لاثبات حكم كلي^(١).
٣. الاستدلال الاستنباطي للوصول إلى نتيجة معينة في ضوء الوقائع الجزئية التي استقرأها^(٢). والأدلة التي يستند إليها القاضي تهدف إلى إقناعه في إطار نفسي بحيث يخاطب ضميره ووجدانه وبالتالي ينطق بالحكم العادل.

^(١) البرهان المرجع السابق / ص ٣٧٨، تهذيب المنطق / المرجع السابق / ص ٩٤ والاستقراء إما تام وهو الذي يكون بتصفح الجزئيات كافة كما إذا تصفحنا جزئيات الحيوان فوصلنا نتيجة كلية وهي أن كل حيوان يحرك فكه إلى الأسفل عند المضغ الاتمساح. ولما استقرأ ناقص كدراسه ميدانية لمعرفة أسباب جريمة السرقة أو جريمة القتل مثلاً فالاستقراء التام يفيد اليقين بخلاف الناقص فإنه لا يفيد إلا الظن.

^(٢) د. أحمد السرور / النقض في المواد الجنائي / ص ١٦١ ومايليها.

المبحث الثالث

تعرض الحكم القضائي للطعن

لا تنتهي الدعوى بالنطق بالحكم وإصداره وإعلانه ما لم تنته مراحلها القانونية أو تمض عليه المدد القانونية فيكتسب درجة البتات. ومن الواضح أن طرق الطعن وسائل قانونية يضعها المشرع لاعطاء المحكوم عليه فرصة طلب إعادة النظر في الحكم المنظوق به وهذه الطرق حدتها المادة (١٦٨) من قانون المرافعات المدنية العراقي^(١)، من الاعتراض على الحكم الغيابي^(٢)، والاستئناف^(٣)، وإعادة المحاكمة، والتمييز^(٤)، وتصحيح القرار التمييزي^(٥)، وإعتراض الغير^(٦).

وطرق الطعن إما عادية كالاعتراض على الحكم الغيابي والاستئناف أو غير عادية كطلب إعادة المحاكمة والتمييز وتصحيح القرار التمييزي وإعتراض الغير الأصلي والطارئ^(٧).

(١) رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩.

(٢) الحكم الغيابي: هو الذي يصدر بحق أحد الخصوم في حالة غيابه من رفع الدعوى الى صدور الحكم رغم تبليغه الصحيح.

(٣) الاستئناف: - طلب إعادة النظر في حكم من إحكام محكمة البداية لظن عدم صحة الحكم من الناحية القانونية.

(٤) التمييز: - طريق غير إعتيادي من طرق الطعن بالاحكام الحضورية أو الغيابية والغاية من التمييز تدقيق الاحكام والقرارات القضائية للتأكد من موافقتها للقانون أوعدم موافقتها.

(٥) تصحيح القرار التمييزي: - قرارات محكمة التمييز والاستئناف تقبل طلب التصحيح وفقا للمادة (٢١٩) من قانون المرافعات عند توفر سبب قانوني يبرر ذلك أو يكون مخالفا لنص قانوني صريح.

(٦) اعتراض الغير على الحكم: - يكون بطريقة غير عادية من قبل من لا يكون خصماً ولا ممثلاً في الدعوى غير أن الحكم يمس حقاً من حقوقه وفق المادة (٢٢٤) من قانون المرافعات.

(٧) الاستاذ المحامي جمعة سعدون الربيعي / المرشد الى إقامة الدعاوى المدنية / ص ٤٤٩ ومايليها.

ومن الفروق الجوهرية بين الطريقتين: -

- أ- تتبع الطرق العادية إذا لم يقتنع المحكوم عليه بالحكم لكن في اتباع الطرق غير العادية عليه ان يتقيد بالاسباب والقيود التي يحددها القانون.
- ب- في اتباع الطرق العادية ينظر الى الجانب الواقعي والقانوني وأما في غير العادية فينظر الى عيوب الحكم القانونية حسب اعتقاد الطاعن.
- ت- الطعن بطريقة عادية يؤدي الى إيقاف تنفيذ الحكم مالم يكن الحكم مشمولاً بالنفاذ المعجل ومالم تقرر المحكمة إلغاء قرار النفاذ المعجل بخلاف الطعن بطريقة غير عادية.

شروط الطاعن في القضايا الجزائية: -

يشترط في الطاعن بالنسبة للقضايا الجزائية شرطان: -

- أحدهما: - أن يكون طرفاً في الحكم المطعون والثاني: وجود مصلحة في الطعن
- أولاً: صفة الطاعن: - لا يقبل الطعن في الحكم الا ممن كان طرفاً في الخصومة الجزائية القائمة أصالة أو نيابة.

فاذا توفي المحكوم عليه أثناء نظر الطعن فلا يحل محله وارثه بل يتعين الحكم بانقضاء الدعوى الجزائية بخلاف الدعوى المدنية فانه يجوز لورثة المدعي المدني الحلول محله لتعلق حق الدائن بالتركة.

ثانياً: - توفر مصلحة في الطعن: - فالمصلحة مناط الحق في الدعوى والحق في الطعن فلا دعوى بغير مصلحة ولا طعن بغيرها.

ويشترط في المصلحة شرطان: -

١. أن تكون شخصية تتعلق بصفته التي طعن بمقتضاها.
٢. أن تكون المصلحة حالة وحقيقية سواء أكانت مادية أم أدبية.

الفرق بين المنطق القانوني والمنطق القضائي: -

أهم الفروق الجوهرية بين المنطق القانوني والمنطق القضائي مايلي: -

١. يقتصر بحث المنطق القانوني في نشأة القاعدة القانونية وتفسيرها وتطبيقها على طريقة نظرية بخلاف المنطق القضائي فانه يبحث في تفسير القاعدة القانونية وتطبيقها بواسطة القاضي للفصل في الدعوى المطروحة عليه فالمنطق القضائي ذو طابع عملي وقضائي بحث، والمنطق القانوني وظيفته صياغية ونظرية.

٢. المنطق القانوني يبحث مايتعلق بالقانون وحده والمنطق القضائي يتصل بالواقع وبالقانون فعمل القاضي ليس تطبيق مجرد القانون وإنما هو عمل مركب من الواقع والقانون وعلى سبيل المثل القاضي الجنائي لايطبق قانون العقوبات فحسب وإنما عليه أن يراعي شخصية المتهم وظروفه الداخلية والخارجية والاسباب التي دفعته الى ارتكاب الجريمة.
٣. المنطق القضائي ذو طابع إجرائي وعملي بينما المنطق القانوني ذو طابع نظري ساكت^(١).

الاستنتاج:

يستنتج من هذا العرض أن القاضي يمارس مهمتين اساسيتين: -
احدهما مهمة موضوعية تتعلق باثبات وقائع الدعوى للاقتناع بما هو الصواب في نظره.
والثانية مهمة قانونية تتصل بتعيين القاعدة القانونية الواجبة التطبيق بعد تكييف الواقعة وتحديد صفتها القانونية.
وعصلة هاتين المهمتين المنطق بالحكم العادل.

(١) د. احمد فتحي سرور /النقض في المواد الجنائية /ص ١٥٨ ومايليها.



الفصل الثامن

فلسفة القانون تشريعا وتطبيقا وتنفيذاً

تتوزع دراسة هذا الموضوع على ثلاثة مباحث
يخصص الأول لفلسفة القانون تشريعا والثاني
لفلسفته تطبيقا، والثالث لفلسفته تنفيذا.



المبحث الأول

فلسفة القانون تشريعاً

لفظ (فلسفة) مشتق من اليونانية وأصله (فيلا-صوفيا) ومعناها محبة الحكمة أو محبة الحكمة ويطلق على العلم بمقتاتق الاشياء والعمل بما هو الأصح^(١).

وفلسفة القانون العامة هي علته الغائية المرادفة للمصلحة فكل قانون يشرع ويعدل ويلغي في ضوء علته الغائية أي مصلحة المجتمع الذي يخضع له.

قال الفيلسوف اليوناني أرسطو^(٢): إن كل حدث إرادي يصدر عن الانسان البالغ العاقل المختار له (أربع علل: علة فاعلية، وعلة مادية وعلة صورية، وعلة غائية).

وعلى سبيل المثل السلطة التشريعية في كل زمان ومكان علة فاعلية لتشريع القانون وتعديله والغائه.

ومفردات كل قانون علته المادية، والهيئة الحاصلة من تركيب وصياغة هذه المفردات صياغة فنية في شكل المواد علته الصورية، ومصلحة المجتمع الذي يخضع لهذا القانون علته الغائية.

وجميع الاحكام الشرعية والقانونية معلة بالاغراض، والمصلحة التي هي علة غائية من حيث التصور مقدما وقبل البدء بالعمل تسمى غرضاً والنتيجة التي تتحقق بعد اكمال مقدماتها تسمى غاية.

فالغرض والغاية متحذان بالذات ويختلفان في الاعتبار. وقد نص القرآن الكريم صراحة على ان العلة الغائية لرسالة محمد (ﷺ) هي مصلحة المجتمع البشري فقال تعالى مخاطباً رسوله: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾^(٣).

(١) المعجم الفلسفي للدكتور جميل صليبا ٢ / ١٦٠

(٢) (٣٨٤ - ٣٢١ ق. م) كان ابناً لطبيب باسطاغير في شمال اليونان ومن نظرياته: المقولات العشر، والصورة والهولي والوجود بالفعل والوجود بالقوة والعلل الاربع وتصنيف العلوم وعلم المنطق والفيزياء وعلم الحياة ونظرية النفس وما بعد الطبيعة (الميتافيزيقيا) والاخلاق والسياسة وغيرها. الموسوعة الفلسفية المختصرة ص ٣٢ وما بعدها.

(٣) سورة الانبياء / ١٠٧

وفي علم البلاغة نفى المنفي للمعصر أي ان الغاية الوحيدة من الرسالة المحمدية هي المصلحة البشرية لأن اوقات الانسان منذ الخليقة اذا استغرقت بالعبادة لاتزيد من عظمة الله مثقال ذرة، وإذا استغرقت بالالحاد والزندقة لاتنقص من عظمته مثقال ذرة. والمراد بالرحمة في هذه الآية المصلحة البشرية، والمصلحة ذات الجانبين: الجانب الايجابي هو المنفعة المستجلبة سواء كانت هذه المنفعة مادية كالمأكولات والمشروبات مثلا او معنوية كالحفاظ على كرامة الانسان وحياته وسلامته وماله وعرضه وكثأمين الأمن والاستقرار والطمأنينة ونحو ذلك. والجانب السلبي هي المضرة او المفسدة المستدرئة سواء كانت هذه المضرة او المفسدة مادية ام معنوية.

وكل ماينفع الانسان ماديا او معنويا امرت به الرسالة المحمدية (الشريعة الاسلامية) وكل ما يلحق الضرر بالانسان ماديا او معنويا حرمه الاسلام ونهى عنه ووضع لمكافحة الأجرام والأضرار وسائل وقائية كالعبادات والعلاجية كالعقوبات.

فالعلة الغائية للدساتير والقوانين التي هي من صنع البشر في العالم كله هي تحقيق مصالح المجتمع الذي يحتم الدستور والقانون ويخضع لهما ويعمل بمقتضاها. فهذه المصالح هي العلة الغائية الدافعة الى تشريع القانون وتعديله وإلغائه في ضوء المستجدات ومتغيرات الحياة ومصالح الانسان.

فكلما تغيرت المصالح يجب ان تتغير القوانين التي شرعت لأجلها لأنه إذا تغيرت المصالح وتطورت الحياة وتقدمت الحضارة وبقي القانون جامدا لم يساير ركب تقدم المجتمع يرجع ابناء هذا المجتمع ويقومون بالثورة ضده.

وينبغي على حصر الغاية من القانون في مصلحة المجتمع والفرد ان قانون كل مجتمع لا يصلح لمجتمع آخر لاختلاف مصالحهما ولأن القانون يستقى من واقع المجتمع ومن مستلزمات حياته.

وهذا ما قال به الفيلسوف والعالم الاجتماعي الفرنسي مونتسكيو^(١) حيث ذهب الى القول بضرورة اختلاف القوانين باختلاف الاقاليم والعروق والمعتقدات والمناخ والوسائل وغيرها من المصالح والمستلزمات الحياتية لكل مجتمع.

غير انه يجب ان يستثنى من هذه القاعدة العامة لمونتسكيو بعض المبادئ العامة والقواعد الكلية المشتركة بين الأسر البشرية كالحقوق التي يطلق عليها القانونيون مصطلح

(١) مونتسكيو - روح الشرائع ١/ ١٩ وما يليها.

(الحقوق الطبيعية) كحق حماية الحياة و العرض والمال والمسكن والتملك والتنقل وهو ذلك.
وقال الفيلسوف الإنجليزي (جيمس بنتام)^(١) : - (والنفعية القانونية فلسفة قانونية
وضعية).

فالمنفعة القانونية مذهب وضعي من انصاره بنتام وغيره من الفلاسفة والمفكرين يرفض
هذا المذهب الاعتقاد بقيمة القانون الطبيعي والأفكار الدينية والأخلاقية وإنما يؤمن فقط
بالارتباط الوثيق بين المنفعة والقانون، فالمنفعة هي اساس القانون وهي غايته.
ويفسر بنتام ومن يتفق معه من انصار المذهب الوصفي ان الارتباط بين القانون والمنفعة
يكون على اساس ان الواقع يقول ان الانسان يخضع نظام حياته بين قطبين هما: قطب تحقيق
اللذة وقطب دفع الألم والضرر.

والاساس الوحيد لنشأة الدولة والغاية منها هو فكرة المنفعة، وان فكرتي القانون
الطبيعي والعقد الاجتماعي من الأوهام ومن نسيج الخيال.

كما يقول بنتام لو فرضنا وجود ما يسمى القانون الطبيعي فان هذا القانون لا يمكننا ان
نخلع عليه الصفات والخصائص التي يظلمها عليه انصار نظرية القانون الطبيعي فهو ليس
قانونا ثابتا وخالدا وعاليا كما يدعون بل هو مجموعة مبادئ مصاغة من قبل عقل بعض
المفكرين.

وجدير بالذكر ان فكرة النفعية القانونية ترجع جذورها الى الفلسفة الابيقورية التي
أسسها أبيقور.^(٢)

تقويم نظرية المنفعة: -

أ- هذه النظرية أصابت في الأمور التالية: -

- ١- في حصر فلسفة القانون في مصلحة الانسان.
 - ٢- في إنكار وجوه القانون الطبيعي فهو خيال لا وجود له في الواقع.
 - ٣- في إنكار وجود نظرية العقد الاجتماعي فهو أيضا من الأفكار الوهمية.
- ب- واخطأت في الآتي: -

١- حصر المنفعة (الفلسفة القانونية) في اللذة المستجلبة والألم المستدرا فالمنفعة التي

(١) (١٨٢٢-١٧٤٨)

(٢) أبيقور (٣٤٢ - ٢٧٠ ق. م) أثيني المولد وأشهر ما يعرف به هو نظرية الخلقية ومذهب اللذة.
ينظر الموسوعة الفلسفية المختصرة ص ١٥ ومايلها.

تعد فلسفة للقانون مرادفة للمصلحة وهي كما ذكرنا إيجابية وسلبية مادية ومعنوية وتشمل جميع متطلبات الحياة وجلب جميع المنافع التي هي من مستلزمات السعادة البشرية كافة ودرء جميع المضار والمفاسد التي هي تجلب الويلات الخاصة و العامة للانسان بصورة مشتركة أو منفردة.

٢- عدم إعطاء القيمة للقييم الدينية والاخلاقية دعوة نحو الانحطاط البشري وإغراطه الى العالم الحيواني والهمجي وعدم التفكير إلا بالذات والمصالح الشخصية.

٣- حصر المنفعة في اللذة المستجلبه والألم المستندراً يرفع التفرقة بين الحيوان الذي يعيش ليأكل وبين الانسان الذي يأكل ليعيش ويؤدي رسالته.

والمذهب النفعي بالمعنى البنتامي لا ينظر الى اسباب الجريمة ومكافحتها ولا الى مرض الجاني ومعالجته بل يعتمد على العقوبات القاسية على الجرائم حتى لا تكدر صفوة اللذة المطلوبة ولا تحولها الى الام المرفوض.

والواقع ان المنفعة القانونية لا تكون فلسفة لتشريع القانون و تعديله وإلغائه ما لم تكن مرادفه للمصلحة الأيجابية والسلبية المادية والمعنوية بمفهومها الشامل. وجدير بالذكر ان المصالح التي هي فلسفة القانون قد تكون متعارضة ومتضاربة بين افراد المجتمع لذا من الضروري ان يأخذ المشرع بنظر الاعتبار المباديء العامة الآتية:

١- يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام حين التعارض.

٢- الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف.

٣- إذا تعارضت المصلحة العامة مع المصلحة الخاصة يجمع بينهما بقدر الأمكان والا فتقدم العامة.

٤- إذا تعارضت مصلحة محققة مع مصلحة احتمالية تقدم الاولى.

٥- من الضروري رعاية مصالح الاجيال القادمة فالمعادن الفلزية واللافلزية ملك لجميع الأجيال في الماضي والحاضر والمستقبل كما قال سبحانه وتعالى: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعاً^(١)﴾. والخطاب في هذه الآية موجه الى جميع الناس في جميع اجياله ومن الاخطاء التي لا تغتفر إسراف بعض الدول في إستخراج النفط وبيعه بأكثر من اللازم دون حاجة ماسة الى هذا الاسراف والتبذير على حساب خسارة الاجيال القادمة.

المبحث الثاني فلسفة القانون تطبيقاً

فلسفة تطبيق القانون من قبل القضاء هي تحقيق المساواة والعدالة:

اولاً: تحقيق المساواة:

المساواة في اللغة هي اتفاق شينين في الكمية كما ان المشابهة اتفاقهما في الكيفية والاتفاق في الكمية هو ان احد الشينين يمكن ان يستبدل بالآخر دون زيادة او نقصان^(١). والمساواة في علم المنطق عبارة عن صدق كل من مفهومي مصطلحين على جميع ما يصدق عليه الآخر^(٢). كالعقد الموقوف والعقد غير النافذ^(٣). وفي الاصطلاح القانوني نوعان المساواة في القانون والمساواة امام القضاء: -

١- المساواة في القانون:

عبارة عن التوازن بين حقوق والتزامات كل من يخضع له فكل من يأخذ حقاً اكثر من التزامه يعد متجاوزاً عن حدوده القانونية وغاصباً لحقوق الآخرين وتكون مسؤوليته جزائية ومدنية ان كان عالماً بهذه الزيادة ومدنية فقط اذا كان يجهل ذلك. والمسؤولية لا تقتصر عليه فقط وانما تشمل السلطة التي منحتة حقوقاً اكثر من التزاماته. وبمعكس ذلك من كلف بأداء إلتزامات اكثر من حقوقه يعد معتدى عليه وتقع المسؤولية على المعتدى سواء كان

(١) المعجم الفلسفي د. جميل صليبا ٢ / ٣٦٧

(٢) البرهان للعلامة الشيخ اسماعيل بن مصطفى المعروف بشيخ زادة الكليني (ت-١٢٠٥ هـ) مطبعة السعادة / مصر / ص ٥٢

(٣) فمفهوم كل واحد منهما يصدق على جميع ما يصدق عليه الآخر وهو انعقاد العقد صحيحاً مع عدم ترتب الأثر عليهما (الحقوق والالتزامات) الا بعد اجازته من له حق هذه الاجازة كمقد معاوضة يكون احد طرفيه ناقص الأهلية فلا ترتب عليه الاثار الا بعد اجازته الولي فإن اجازة ترتبت عليه الاثار بالأثر الرجعي والا فيعتبر كأن لم يكن اصلاً.

شخصاً طبيعياً أو معنوياً ما لم يكن الملتزم متطوعاً ومتبرعاً بأداء الزيادة وهو عاقل بالغ مختار فعلى الجهة المسؤولة عن إلزامه بالزيادة تعويضه عن ما يلحق به من ضرر تلك الالتزامات الزائدة. وينبني على المساواة القانونية بالمفهوم المذكور وجوب توزيع الوظائف والمناصب والمسؤوليات على المواطنين حسب أهليتهم وكفاءتهم العلمية والعقلية والبدنية والادارية والسياسية لأن الوظيفة أو المنصب تكليف وليست حقاً فتقع مسؤولية عدم الكفاءة والأهلية على السلطة الزمنية التنفيذية التي تتولى تعيين شخص في مكان ليس اهلاً له وعلى الشخص الذي يقبل هذا التعيين مع علمه بعدم أهليته. ثم ان تعيين غير الكفو في الوظيفة أو قبوله في مرتبة علمية اعلى وهو ليس اهلاً لها (جرمة تقديم المصلحة الخاصة على المصلحة العامة)^(١). فيجب إستبعاد التعيين في الوظائف أو القبول في الدراسات والدرجات العلمية على اساس الحزبية أو المنسوية أو الوساطات أو اي سبب غير مشروع آخر. وفي سنة ١٩٨٣ كلفت بإلقاء محاضرة في ندوة علمية وسياسية في جامعة البكر في بغداد فانتقدت بشدة قبول الطلبة في البعثات لأكمال الدراسة خارج العراق وفي كلية التربية على اساس الحزبية البعثية. واعترض علي احد المسؤولين قائلاً: نحن ناضلنا في حينه نريد اليوم ان نأكل ثمار نضالنا فقلت له يبدو ان حضرتكم لحد الآن لم يفهم معنى النضال فالمناضل هو الذي يصبح شمعة يحترق لينير الطريق امام الآخرين.

المرأة والمساواة مع الرجل:

للمرأة حق التمتع بجميع الحقوق التي يتمتع بها الرجل إذا كانت هذه الحقوق خاضعة لإرادة المشرع وقابلة للتنظيم القانوني كالوظائف والمناصب وتحمل المسؤوليات في الدولة لأن الخالق الذي خلقهما أقر هذه المساواة في الحقوق والالتزامات القانونية والتنظيمية لكلا الصنفين دون تفریق أو تمييز فقال سبحانه وتعالى في القرآن الكريم: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ﴾^(٢).

(١) لم اجد احدا حسب علمي يطلق على تقديم المصلحة الخاصة على المصلحة العامة تعبير الجريمة علماً بان هذا الاطلاق حقيقة واضحة وضوح الشمس في منتصف النهار لأنه من باب خيانة الأمانة لذا نقترح ادراج هذه الجريمة ضمن الجرائم الاخرى وتعدد لها عقوبة تتلائم مع حجمها.

ومن البدهي أن وظيفة كل مسؤول سياسي أو اداري عبارة عن الأمر بالمعروف أي بما هو خير ومن صالح المجتمع والفرد في بلده، وعن النهي عن المنكر أي عن كل ما هو ضرر وشر ومفسدة في البلد.

ولم يفرق القرآن الكريم في تلك الولاياتين الذكر والانثى وإنما توزع المسؤولية على الصنفين على أساس الاهلية والكفاءة لا على أساس الذكورة والانوثة وقد تكون الانثى أكثر أهلية وكفاءة من الرجل في تحمل المسؤولية وإداء الواجب وعلى سبيل المثال وقف العلامة المجتهد المرحوم أبو أعلى المودودي الى جانب فاطمة جناح في إختيارها لرئاسة دولة باكستان ضد أيوب خان^(١). لهذه الرئاسة واحتج بأن فاطمة أكثر كفاءة لهذا المنصب الخطير والمعروف أن الرسول (ﷺ) نهى أن تتولى المرأة هذه الرئاسة تخصيصاً لعموم ماورد في القرآن ولكن هذا النهي يعمل على حالة لا تكون المرأة المنافسة للرجل أكثر أهلية وكفاءة وإلا فتقدم على الرجل لان الغاية الاساسية من الرسالة المحمدية هي مصلحة الفرد والمجتمع كما نص على ذلك القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾ هذا في الحقوق الارادية والتنظيمية، أما الحقوق الطبيعية والخلقية فليس باستطاعة أحد للمطالبة بالمساواة فيها.

ب- المساواة أمام القضاء:

المساواة أمام القضاء هي المبدأ الذي يوجب معاملة جميع الافراد الذين يلجأون الى القضاء لحل الخلافات والمنازعات والمحصومات معاملة واحدة من حيث الحقوق والالتزامات بطريقة لايفضل أحد منهم على الآخر في إحقاق الحق أيا كان السبب.

ذكرنا سابقا ان المفروض في القاضي هو ان يكون نزيها لا يميل الى طرف لمكسب شخصي مادي او معنوي وان يكون مستقلا في حكمه لا يتأثر بأي مؤثر خارجي على اساس العلاقات الشخصية والوساطات او على اساس الخضوع لسلطة عليا وان يكون ديدنه دائما

^(١) ينظر العلامة الاستاذ الدكتور يوسف القرضاوي: أولويات الحركة الاسلامية في مرحلة القادمة /ص ٢٩ حيث يقول (ولقد لقي العلامة أبو أعلى المودودي وجماعته عنقا كثيرا حينما رأى في ضوء فقه الموازنات ان انتخاب فاطمة جناح اقل ضررا من انتخاب أيوب خان فحشنت للفارة عليهم بحديث (لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة) وهل يفلح قوم ولوا أمرهم طاغية تجهز أم لن يفلحوا.

تحقيق العدالة وإعطاء كل ذي حق ما يستحقه من الثواب أو العقاب لأن القضاء إذا صلح صلح المجتمع وإذا فسد فسد المجتمع. يقال: ان رئيس وزراء بريطانيا السابق مستر تشرشل سأل بعد ان وضعت الحرب العالمية الثانية اوزارها عن تأثير هذه الحرب على سلوكية الشعب الانجليزي فاجابوه بما اجابوه ثم سأل عن القضاء فقالوا لم يتأثر بالحرب ولا بسلبياتها فقال اذن بريطانيا لاتزال بخير. فالمساواة بين افراد الشعب مبدأ اساس في كل مجتمع ذي سيادة مستقلة تجب مراعاته في جميع المجالات ويوجه خاص امام القضاء.

ثانيا: تحقيق العدالة:

العدالة في اللغة: الاستقامة^(١). وفي الشريعة: الاستقامة على طريق الحق والأبتعاد عما هو محظور ورجعان العقل على الهوى وضد الجور. وفي اصطلاح الفقهاء: اجتناب الكبائر وعدم الاصرار على الصفائر والالتزام بالصدق واجتناب الكذب وملازمة التقوى والبعد عن الافعال الخسيسة^(٢). والعدالة مرادفة للعدل باعتباره مصدرا وهو الاعتدال والاستقامة والميل الى الحق. وجملة الكلام ان العدل عبارة عن امر متوسط بين طرفي الافراط والتفريط^(٣) والعدالة في اصطلاح الفلاسفة: هي المبدأ المثالي او الطبيعي او الوضعي الذي يحدد معنى الحق ويوجب احترامه وتطبيقه فاذا كانت متعلقة بالشيء المطابق للحق دلت على المساواة والاستقامة، واذا كانت متعلقة بالفاعل دلت على احدى الفضائل الاصلية وهي الحكمة والشجاعة والعفة. والعدالة ليست جزء من الفضيلة وانما هي الفضيلة كلها والعدالة الاجتماعية هي احترام حقوق المجتمع^(٤).

(١) مختار الصحاح: مادة عدل

(٢) التعريفان للجرجاني

(٣) الاقراط التجاوز عن الحدود من جانب الزيادة، والتفريط التجاوز عن الحد المعقول المطلوب من

جانب النقص

(٤) المعجم الفلسفي / المرجع السابق / ٢ / ٥٨ ومايلها

العدالة المطلقة والعدالة النسبية:

قسم علماء القانون العدالة بحسب المفهوم الى العدالة المطلقة والعدالة النسبية: -

العدالة المطلقة يقصد بها العدالة الحقيقية والموضوعية التي لا تختلف باختلاف الزمان والمكان والاشخاص والظروف الخارجية (اليينية) والذاتية (الشخصية)
فقالوا: ان العدالة بالنسبة لبعض الناس لها مفهوم مطلق ثابت لا يتغير باختلاف الزمان والمكان وانها قمة عليا تشتمل جميع القيم. وبالنسبة للبعض الاخر مفهومها نسبي يختلف من مجتمع الى آخر بل من طائفة الى اخرى في مجتمع واحد. فبالنسبة الى الفريق الاول العدالة مبنية على بعض المسلمات الثابتة غير القابلة للتبديل او التغيير بغض النظر عما تحدثه التقلبات الاجتماعية من تغيير المفاهيم في اذهان الناس.

وبالنسبة للفريق الثاني فالامر يتعلق بالعدالة التي تعمل الدولة على تحقيقها انها عدالة منظور اليها في مجتمع معين وفي زمن محدد الى آخره^(١). ويلاحظ ان هذا التقسيم بالاضافة الى انه ليس مبنيا على اساس علمي دقيق واضح يميز الفريق الاول من الفريق الثاني فيه خلط بين العدالة من حيث الماهية والعدالة من حيث التطبيق فماهية العدالة حقيقية وموضوعية لا تتأثر باختلاف الزمان والمكان والاشخاص فهي عبارة عن الحكم باعطاء كل شخص معنوي او طبيعي ما يستحقه من مكافأة او عقوبة^(٢). اما من حيث التطبيق فان هذه الماهية قد لاتراعي موضوعيتها لاسباب انسانية وغيرها فالمستحق لمقدار محدد من المكافأة قد يأخذ اكثر من استحقاقه، والمستحق لعقوبة محددة بالقانون بمقتضى العدالة المطلقة قد يعاقب باقل مما يستحقه لاعتبارات ذاتية او خارجية ففي مثل هذه الحالات التطبيقية كما تكون العدالة حقيقية في بعض الاحيان قد تكون نسبية في احيان اخرى.

(١) لمزيد من التفصيل يراجع د. ابراهيم حسن / غاية القانون - دراسة فلسفة القانون / ص ١٣٣

(٢) اي بدون زيادة او نقصان

العدالة التوزيعية والعدالة التبادلية:

قسم علماء القانون العدالة من حيث المصدر الى قسمين توزيعية وتبادلية:

١- العدالة التوزيعية: - هي التي يكون مصدرها السلطة العامة حين توزع بموجب الدستور اوالقانون الأعباء (الالتزامات) والحقوق بناء على العلاقات القائمة بين هذه السلطة العامة وبين اعضاء المجتمع (الافراد). لاعلى اساس المساواة المطلقة وانما على اساس للمساواة التناسبية وذلك بان تراعي وهي بصدد توزيع الاعباء والحقوق على الافراد للاختلاف المحتوم الذي يوجد بين الافراد من حيث الحاجات والقدرات والمؤهلات وطبيعة الاعمال التي يقومون بها.

٢- العدالة التبادلية: - وهي التي تبني على العلاقات المالية وغير المالية بين الافراد انفسهم بعضهم مع بعض^(١) كالتوازن بين العوضين في المعاضات وبين الحقوق والالتزامات على اساس علاقة الزوجية ونحو ذلك.

تقويم التقسيم:

هذا التقسيم كالتقسيم السابق معيب بميزان العقل السليم والمنطق حيث خلطوا بين ماهية المساواة وماهية العدالة فالمهيتان من حيث المفهوم متباينتان كما سبق. وتوزيع الحقوق والاعباء التي مصدرها السلطة العامة من باب المساواة لامن قسم العدالة وكذلك العدالة التبادلية هي المساواة بين العوضين والحقوق والالتزامات المتبادلة بين الافراد. وهذا الخلط وقع فيه القانونيون نتيجة عدم إدراك النسبة المنطقية من حيث التحقق لان المساواة متى تحققت تتحقق العدالة دون العكس الكلي. ولكن العدالة من حيث المفهوم والماهية شيء والمساواة شيء آخر فكان الأجدر بهم ان يقسموا المساواة الى التوزيعية والتبادلية مع رعاية العدالة

(١) ينظر د. حسن كبره / المدخل الى القانون / دار النهضة / بيروت / ١٩٦٧ / ص ١٦١ وما يليها.
د. عبدالحى حجازي / المدخل لدراسة العلوم القانونية / الكويت / ١٩٧٢ / ص ٢١٤ د.
ابراهيم حسن / غاية القانون المرجع السابق ص ١٤٧ وما يليها.

ثم ان العدالة من القيم والفضائل وإحقاق الحق و إعطاء كل ذي حق حقه الذي يستحقه، بينما المساواة من باب الموازنات بين الحقوق والاعباء من السلطة العامة وبين الحقوق والالتزامات المتبادلة من الافراد بعضهم مع البعض.

التفرقة بين العدل والعدالة:

فرق علماء القانون بين العدل والعدالة فقالوا: العدل هو الحكم بإعطاء كل مستحق إستحقاقه بدون زيادة او نقصان.

اما العدالة فهي عبارة عن الحكم بإعطاء الشخص اكثر او اقل مما يستحقه لأعتبارات إنسانية او غيرها فالقاضي إذا حكم على الجاني بعقوبة اقل من حجم الجريمة فهو عدالة وليس بعدل وكذلك رئيس مؤسسة إذا كرم أحد منتسبيها لأي اعتبار كان باكثر مما يستحقه فهو عدالة وليس بعدل وهكذا^(١). وهذا التمييز بين العدل والعدالة خطأ شائع لدى القانونيين فهو خلط بين العدل والعدالة وبين الاحسان فالزيادة او النقص لأي اعتبار كان هو من باب الاحسان لا من باب العدل والعدالة وقد نص القرآن على الفرق بين العدل والعدالة وبين الاحسان في قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ﴾^(٢). فعطف الاحسان على العدل للمغايرة فاذا اخذ الانسان من حقه ما يستحقه بدون زيادة او نقصان فهو من باب العدل والعدالة واذا اخذه مع نسبة من زيادة او نقصان لأعتبارات انسانية او اخلاقية او نحو ذلك يسمى احسانا. ثم ان العدالة مشتقة من العدل فالمشتق منه يبقى محتفظا بمعناه في جميع مشتقاته ما لم تتغير المادة الاصلية (الحروف الاصلية). وعلى سبيل المثل لفظ (القتل) الذي هو مصدر لسائر مشتقاته معناه القانوني والشرعي ازهاق روح انسان كان حين الاعتداء عليه على قيد الحياة فهذا المعنى لا يتغير في فعل الماضي (قتل) المضارع (يقتل) واسم الفاعل (القاتل) واسم المفعول (المقتول).

(١) د. عبدالحى حجازي / المرجع السابق / ص ٢١٩

(٢) سورة النحل / ٩٠

المبحث الثالث

فلسفة القانون تنفيذًا

تنفيذ العقوبة على الجاني بما يسلب حريته أو يؤدي جسده وكذلك تنفيذ التعويض على المدين أو نحو ذلك يجب أن يقصد به إصلاح الجاني وجبر مانتقص بسبب عمل غير مشروع. وفلسفة الجزاء الجزائي إصلاح وفلسفة الجزاء المدني جبر لضرر لحق بالدائن نتيجة قيام المدين بعمل ضار غير مشروع.

والعدالة تتطلب من جميع دول العالم أن تغير سياستها العقابية وتبدل فكرة الشأر والانتقام بنظرية الاصلاح بعد أن قطع الانسان شوطا بعيدا في التقدم والتطور والحضارة. وقد أن الأوان لتبديل السجون والمعتقلات بالمدارس الاصلاحية لتعليم المحكوم عليه المهن والحرف كالحياطة والنجارة ونحت التحفيات ومكافحة الامية واستخدام الاجهزة الحديثة كالكومبيوتر والانترنت للاطلاع على المستجدات والمكتشفات العلمية الحديثة ونحو ذلك. ويجب إلقاء المحاضرات الدينية والقانونية والاجتماعية والاخلاقية والنفسية ونحو ذلك عليهم بمعدل محاضرتين لجميعهم في كل شهر على الاقل. ويجب فتح الزيارات لذريهم في كل اسبوع مرة أيا كان حجم الجريمة التي ارتكبتها المسجون.

ويجب ترك عادة السجن الانفرادي لمن تعتبر جرمته ذات خطورة على المجتمع لان هذا النمط من السجن لايزيد المسجون الا حقدا على مجتمعه.

ويجب تحويل بنايات السجون والمعتقلات الى أبنية تتوافر فيها كافة المستلزمات الصحية والالعب الرياضية ويجب أن يكون في كل سجن مكتبة تتوافر فيها الكتب المفيدة في كافة العلوم. ويجب منح الاجازات الشهرية لمن لاتعد جرمته ذات خطورة كبيرة وذلك بكفالة مالية أو شخصية ليأخذ قسطا من راحته بحرية حتى يستيقظ ضميره ويشعر بذنبه وتقصره ويتجه نحو إصلاح نفسه وتقويم سلوكه.

ويجب أن لاتهان كرامة المتهم حين التحقيق معه وحين محاكمته وحين تنفيذ العقوبة عليه بعد الحكم لانه انسان كرمه خالقه بدون تمييز فيجب ان لا يهان من العبد. قال سبحانه

وتعالى في القرآن الكريم: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا﴾^(١).

وجدير بالذكر ان تنفيذ العقوبة على الجاني مر بمراحل متعددة حسب تأخر وتقدم المجتمعات في تاريخ البشرية واهم تلك المراحل هي الآتية: -

١- مرحلة الثأروالانتقام من الجاني نفسه أو من اي شخص اخر ينتمي الى عشيرته أو قبيلته. وهذا النمط الهمجي المتخلف كان قد يؤدي الى نشوب حروب طاحنة لسنوات بين عشيرتي أو قبيلتي الجاني والمجني عليه. ولاتزال هذه العادة السيئة سارية بين بعض العشائر والقبائل المتخلفة رغم التطور البشري.

٢- مرحلة تسليم الجاني الى قبيلة المجني عليه لتصبح تحت رحمتها ان شاءت قتلته وان ارادت استعبدته وسخرته لمآربه. وهذه المرحلة كانت بعد أن مر الانسان بقبس من التطور.

٣- مرحلة الدية (التعويض المالي) فبعد شيء من التقدم والتطور كان عشيرتا أو قبيلتا الجاني والمجني عليه تتفقان على تعويض مالي يعطى لولي الدم وقد اقر الاسلام هذا النمط من الصلح بين جميع الاطراف وكان هذا التعويض يقدر بمائة إبل أو بما يقابل ثمنها ولكن الاسلام اعطى ثلاث خيارات لولي الدم: اخذ القصاص من الجاني، أو العدول الى الدية، أو التنازل من الحقين المذكورين فقال تعالى: ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيِّهِ سُلْطَانًا﴾^(٢). والسلطان في هذه الآية عبارة عن سلطة اختيار احد الخيارات المذكورة. وبناء على هذه السلطة فلا يحدد مقدار الدية بل يجوز الاتفاق بين الطرفين على أي مبلغ كان مالم يزد مقداره عن ثمن مائة إبل في كل زمان ومكان.

٤- مرحلة التكفير عن الذنب بحيث تتناسب العقوبة كماً وكيفاً مع حجم الجريمة لذا كانت طريقة التنفيذ في هذه المرحلة غالباً تتسم بالقسوة والوحشية.

٥- مرحلة فكرة النفعية أي أن العقاب لا يوجه في تنفيذه الى الماضي للتكفير عن جريمة وقعت وانتهى امرها وانما يوجه الى مستقبل يحتمل وقوعها وتكرارها فكان

(١) سورة الاسراء/٧٠

(٢) سورة الاسراء/٣٣

هذا المتوقع يمنع منعا خاصا بزجر الجاني ومنعا عاما عن اقتداء الآخرين به عن طريق الردع.

٦- مرحلة التوفيق بين الفلسفة النفعية (حماية المجتمع من الاجرام في المستقبل) و الفلسفة الاخلاقية (تحقيق العدالة).

٧- مرحلة الاتجاه الحديث في التشريعات العقابية الحديثة فهو الغاء عقوبة الاعدام وفكرة الاشغال الشاقة في تنفيذ العقوبة. وتبديل عقوبات بعض الجرائم الماسة بحرية الانسان وجسده بالعقوبات المالية (الغرامات). ويايقاف التنفيذ مع وضع المراقبة على من يتم ايقاف تنفيذ عقوبته إذا توافرت شروطه.

وبالنفي من مكان الى مكان اخر أو الإقامة الجبرية أو اتخاذ التدابير الاحترازية الوقائية أو نحو ذلك. ومن المعروف أن الشريعة الاسلامية ركزت على الوسائل الوقائية واعتمدت عليها في مكافحة الاجرام اكثر من الوسائل العلاجية (العقوبات). فجميع العبادات البدنية المحضة كالصلاة والصيام والمالية المحضة كالزكاة والانفاق في سبيل المصلحة العامة والمخلطة من المالية والبدنية كالحج كلها وسائل وقائية لاصلاح الانسان وبالتالي لمكافحة الاجرام.



الفصل التاسع

مبادئ العدالة وآداب القضاء في الإسلام

نتناول دراسة هذا الموضوع في
مبحثين ينصص الأول لمبادئ
العدالة والثاني لآداب القضاء.



المبحث الأول

مبادئ العدالة في الاسلام

العدالة عبارة عن إعطاء كل ذي حق حقه فهي ثابتة في كل زمان ومكان وفي جميع الظروف خلافاً لمن زعم أن العدالة أمر نسبي. كما ان المساواة عبارة عن التوازن بين الحقوق والالتزامات بالنسبة لكل شخص طبيعي او معنوي.

والعدالة امر بها القرآن الكريم في جميع مجالات الحياة وفي العلاقات البشرية وقد أمر بها القرآن الكريم في آيات كثيرة منها قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾^(١). ومنها: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاَنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ﴾^(٢)، ومنها: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ﴾^(٣).

ومن تتبع ا قضية الرسول (ﷺ) والخلفاء الراشدين وفقهاء الصحابة تبين له بوضوح ان ديدنهم كان هو تحقيق العدالة ايماناً منهم بأن النصوص إن هي إلا وسائل لتحقيق هذه الغاية.

وقد تولى مهمة القضاء بعد الرسول (ﷺ) نخبة من فقهاء الصحابة والتابعين اللذين كانوا على المام تام بلغة القرآن ولهم المعرفة بأسباب النزول وأسرار التشريع اضافة الى صفاء الذهن وسرعة الفهم وسلامة الفطرة وذكاء القرعة والملكة الفقهية، فكانوا أمناء على شرع الله وخلفاء في قيادة الامة فصاروا على نهج الرسول وسلوكوا السبيل الذي سلكه في تعليل أحكام الله بغايات ومصالح مقصودة من تشريعها وتطبيقها وتنفيذها فتوسعوا في هذا المضمار من غير مخالفة ولا عصيان اذعاناً منهم بأن شريعة الله ليست جامدة على

^(١) سورة النساء / الآية: ٥٨

^(٢) سورة المائدة / الآية ٨.

^(٣) سورة النحل / آية ٩٠.

النصوص حتى توقع الناس في حرج لان المخرج مرفوض في دستور الله كما قال سبحانه وتعالى: ﴿وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾^(١).

ومن أجل ذلك طبقوا النصوص تطبيقاً عتقاً للعدالة وكانوا يعدلون الى حكم منصوص فيستنبطون له العلة ليوسعوا دائرة تطبيقه ويحكمون احكاماً يخال انهم خالفوا بها حكم الله ولكنهم بشاقب نظرهم علموا ان هذا الحكم معلل بعلّة فزالت فيجب ايقاف العمل به وبذلك استحدثوا لنا مبدأ عاماً وهو: (ان الحكم يدور مع علته وجوداً وعدمًا). وحياناً لم يطبقوا النص في مجالات تؤدي المصلحة المتوخاة من تطبيقه الى تفويت مصلحة أهم. ومن هذا ابتكروا لنا مبدأ: (اذا تعارضت مصلحتان يؤخذ بأهمها). وكثيها ماخصصوا النصوص العامة وقيدوا النصوص المطلقة بالمصالح العامة لانهم وعوا ان الشريعة الاسلامية اتت لتحقيق مصلحة الاسرة البشرية كما قال سبحانه وتعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾^(٢). والرحمة هي المصلحة دينية كانت أودنيوية مادية أو معنوية إيجابية (منفعة مستجلبة) أو سلبية (مضرة مستدراة) وغير ذلك من تطبيقاتاتهم القضائية التي عبدت الطريق أمام القضاة في الاجيال والازمنة المستقبلية وتركوا مبادئ عامة يهتدي بها القضاة في كل زمان ومكان لتحقيق العدالة واعطاء كل ذي حق حقه المشروع ومن تلك المبادئ ما يأتي:-

اولاً: مبدأ عدم تقييد القاضي بحرفية النص.

لم يلزم قضاة الصحابة والتابعين أنفسهم التمسك بحرفية النص والوقوف عند المعنى الحرفي إذا كان قابلاً للاجتهاد. ومن الواضح ان القاضي يجهل في الحالتين:-

احدهما: حالة غياب النص فاذا لم يجد القاضي نصاً خاصاً بحكم القضية المعنية به فعليه الاجتهاد للوصول الى حكم عادل مستعيناً بالمصادر التبعية.

والثانية: حالة وجود نص لاتكون دلالاته على الحكم قطعية: وبناء على هذا الأساس يحمل ماورد في المادة الثانية من القانون المدني العراقي القائم (لامساغ للاجتهاد في مورد النص) على النص الذي تكون دلالاته على الحكم قطعية بحيث لايمثل حكماً

(١) سورة الحج/اية ٧٨.

(٢) سورة الانبياء/اية ١٠٧.

آخر أما إذا كان ظني الدلالة فعلى القاضي أن يجهد فيه لتحديد حكم يكون ملائمة، واقرب عدالة، واوفر مصلحة.

ومن التطبيقات القضائية لهذا المبدأ قضاء عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) وعلي بن ابي طالب (رضي الله عنه) بتطبيق القصاص (عقوبة الاعدام) على اكثر من واحد اذا اشتركوا في قتل شخص واحد دون التقييد بحرفية قوله تعالى: ﴿وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾^(١). لان ظاهر هذا النص يقتضي المساواة في المعادلة بين حجم الجريمة وحجم العقوبة بحيث اذا كان للمقتول واحداً فيقتص من قاتل واحد كما ان لفظ (القصاص) ظاهر في هذه المعادلة.

ونقطة البداية في اقرار المساهمة الجنائية هي واقعة جرمية وقعت في اليمن في عهد خلافة عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) خلاصتها: -

أن امرأة اشتركت مع رجل كان بينهما علاقة غير مشروعة في قتل ابن زوجها من الزوجة السابقة خشية تسرب هذه العلاقة عن طريقه الى زوجها ثم انكشفت الجريمة بعد تنفيذها ورفعت القضية الى الوالي في صنعاء اليمن (يعلي بن أمية) بصفته قاضياً اضافة الى سلطته التنفيذية غير انه وقف أمام ظاهر قوله تعالى: ﴿أَنْ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾ متردداً كيف يقضي بالاقتصار من قاتلين والمقتول واحد ففاتح مركز الخلافة بالموضوع فتشاور عمر وعلي في الامر ثم وصل اجتهادهما الى أن التقييد بظاهر هذا النص والتمسك بحرفيته سوف يعرض حياة الابرياء للخطر لأن كل من اراد قتل شخص يأتي بأخر يشاركه في تنفيذ الجريمة حتى لا يؤخذ منه القصاص ورعاية للعدالة وحماية لارواح الابرياء. اقرا معاً وجوب تطبيق حكم القصاص على أكثر من واحد اذا اشتركوا في الاعتداء على حياة وسلامة شخص واحد فأجاب الخليفة عمر واليه قائلاً مقلته المشهورة (لو تملاً أهل صنعاء كلهم على قتل واحد لقتلهم) وفي رواية (اقتلهم).

ثانياً: مبدأ صلاحية القاضي تخصيص عموم النص وتقييد مطلقه بالمصلحة كلما دعت العدالة الى ذلك:

لقد ادرك قضاة الصحابة ومن اتى بعدهم ان جميع الشرائع الالهية التي نزلت على الانبياء والرسل غايتها مصلحة الانسان لان الخالق الذي خلق كوناً لاتزال عقول علماء

(١) سورة المائدة/الاية: ٤٥.

القضاء حيارى أين يبدأ وأين ينتهي. غني مطلق عن المصالح التي تحققها هذه الشرائع وتطبيقها.

ومن هذا المنطلق تكون الغاية المتوخاة من النصوص هي العدالة ومصلحة الانسان من جلب نفع ودرء ضرر وعلى اساس هذا المبدأ فان للقاضي تخصيص النص العام وتقييد النص المطلق كلما دعت العدالة الى ذلك.

ومن التطبيقات القضائية لهذا المبدأ قيام سيدنا علي بن ابي طالب (ع) بتخصيص عموم قول الرسول (ﷺ) (لا ضمان على مؤتمن) أي لا ضمان على من تكون يده يد امانة على مال الغير ما لم يكن متعدياً أو مقصراً فللفظا (ضمان ومؤتمن) نكرتان واقعان في حيز النفي يفيدان العموم وفقاً للقواعد الأصولية ورغم ذلك فان علي بن ابي طالب (ع) خصص هذا العموم بالمصلحة وقضى بتضمين الاجير المشترك^(١)، فحضى بتضمينه اذا تلف تحت يده مال من استأجره ولو لم يكن مقصراً لحماية لأموال الناس والزماً له بأن يبذل في حفظه عناية ماله الخاص أو عناية الرجل المعتاد.

ولما قيل له كيف تقضي بضمانه ويده امانة وقد قال الرسول (ﷺ) (لا ضمان على مؤتمن)، اجاب بمقولته المشهورة: (لا يصلح الناس إلا ذلك)^(٢)

ثالثاً: مبدأ دوران الحكم مع علته وجوداً وعدمأ

لكل تشريع باعث دافع والا لكان عبثاً والباعث الدافع لكل نص مقدم على تشريعه في التصور ومؤخر عن تطبيقه وتنفيذه في التحقق لان غاية كل شيء نتيجته وهذه النتيجة أو الغاية لها تسميات آخر منها الحكمة، والمصلحة، والعلة، فاذا تخلفت الغاية المتوخاة من تشريع نص، على القاضي ايقاف العمل به في الواقعة التي لا يحقق تطبيق النص فيها غايته والعدالة المتوخاة منه لأن تطبيقه حينئذ يكون من باب الخروج عن مقاصد الشارع.

(١) وهو الذي يعمل لاكثر من شخص واحد كالخياط والنجار والحداد والمقاول.

(٢) السنن الكبرى للبيهقي: ٢٨٩/٦، في التحرير والتيسير (١٢٣/٢): وضمن ابو يوسف ومحمد الاجير المشترك فيما يمكن الاحتراز منه كالسرقة بخلاف ما اذا هلكت بالسبب الغالب وهو مالا يمكن الاحتراز عنه كالحرق والفرق والغارة العامة فانه لا ضمان فيه وانما ضمانه بقول علي (رض).

ومن التطبيقات القضائية لهذا المبدأ قضاء عمر بن الخطاب في خلافة ابي بكر (رضي الله عنه) بايقاف العمل بنص قوله تعالى: ﴿وَالْمُؤَلَّفَةُ قُلُوبُهُمْ﴾^(١) في آية تحديد اصناف المستحقين للزكاة. والمؤلفة قلوبهم كانوا ثلاثة اقسام:

قسم كانوا من المشركين الذين تضررت مصالحهم برسالة محمد (ﷺ) الداعية الى المساواة والقضاء على الظلم واستعباد الانسان لاختيه الانسان واستئصال جذور الشرك والنظام الطبقي البغيض، فحاولوا وضع العراقيل، في طريق نشر هذه الرسالة لذا خصصت لهم نسبة من موارد الزكاة لايفاف نشاطهم التخريبي ووضع حد لتحركاتهم الشريرة ضد الاسلام. والقسم الثاني كانوا من غير المسلمين ايضاً ولكن كان في اسلامهم مصلحة فخصص لهم بعض من موارد الزكاة لاستمالة قلوبهم.

والقسم الثالث كانوا حديثي العهد بالاسلام فلم يتركز الايمان في قلوبهم بعد فأعطي لهم نصيب من الزكاة حتى يتبين الرشد لديهم من الغي.

وبعد ان تقوى مركز الاسلام وزال الخطر عليه رأى عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) الاستغناء عن استمالة القلوب ففقدى بعدم صرف الزكاة للمؤلفة قلوبهم باقسامهم الثلاثة لان الزكاة شرعت لمكافحة الفقر وتضييق النظام الطبقي بين الغني والفقير وقد اجمع على هذا الرأي فقهاء الصحابة في عهد الخليفة الاول وبذلك اصبح حكماً جمعاً عليه ويعتبر عمر بن الخطاب بهذا الصنيع اول شخص استحدث قاعدة (الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً).

رابعاً: مبدأ عدم تفويت تطبيق حكم النص لمصلحة أهم:

المصالح المتوخاة من تشريع النصوص وتطبيقها وتنفيذ احكامها منها ضرورية يؤدي تحلقها الى الاخلال بالنظام والحياة ومنها حاجية يؤدي عدم تحققها الى الحرج والضيق، ومنها كمالية تحققها من الكماليات والتحسينات وتعتبر مكملية للنوعين السابقين وبناء على هذا التفاوت في أهمية المصالح اذا حصل التعارض بينهما تقدم المصلحة الضرورية على المصلحة الحاجية كما تقدمان على الكمالية.

والمصالح الضرورية خمس وهي مصلحة حماية الدين والحياة والعرض والمال والعقل فهي من ضروريات حياة كل مجتمع في العالم بحيث اذا اختلت واحدة منها يختل المجتمع في الحياة واذا

^(١) في قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةُ قُلُوبُهُمْ وَفِي الرُّقَابِ وَالْغَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَابْنِ السَّبِيلِ فَرِيضَةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ﴾ سورة التوبة: ٦٠.

حصل التعارض بين هذه المصلحة الضرورية الخمس تقدم مصلحة حماية الدين والعرض على حماية الحياة وحماية الحياة على حماية الاموال. ومن التطبيقات القضائية لهذا المبدأ أن عمر بن الخطاب قضى في سنة المجاعة برفع عقوبة السرقة الواردة في قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِّنَ اللَّهِ﴾^(١). عن الذين ارتكبوا جريمة السرقة لسد حاجتهم الضرورية في المعيشة وقال في تعليل وتسبيب هذا القضاء، مقولته المشهورة: (في تطبيق العقوبة حماية الاموال وفي ايقافها بالنسبة للمضطر حماية الارواح، وحماية الارواح أولى بالرعاية من حماية الاموال).

خامساً: مبدأ عدم تغيير حكم القاضي للواقعة؛

في الاسلام لا يعتبر حكم القاضي منشئاً لحق وانما هو كاشف ومقرر لما هو موجود في الواقع لان الله تعالى في كل تصرف من تصرفات الانسان ولكل واقعة تواجهه حكماً خاصاً ان اصابه المجتهد أو القاضي فهو مصيب وان لم يصبه فهو مخطئ..

وبناء على ذلك اذا كان حكم واقعة أو تصرف هو الخطر في الواقع وحكم القاضي بالجواز او كان الامر بعكس ذلك، فان العبرة بالحكم الواقعي لا بما حكم به القاضي فعلم القاضي لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً سواء كان عدم اصابة القاضي للحكم الواقع بسبب خطأ في الاجتهاد او كان بسبب ما قدم اليه من الادلة الكاذبة والمستندات المزورة.

وأساس هذا المبدأ هو قول الرسول (ﷺ) في قضائه في الدعاوى التي كانت ترفع اليه (انكم تختصمون إلي ولعل بعضكم احن^(٢) بمجته من بعض فاقضي له على نحو بما اسمع منه^(٣)) فمن قطعت له من حق اخيه شيئاً فلا يأخذه فانما اقطع له به قطعة من النار^(٤). فهذا الحديث يدل دلالة واضحة على ان حكم القاضي لا يحل به للمحكوم له ما حكم به له على غيره اذا كان ما ادعاه باطلاً في نفس الامر وما اقامه من البينة كاذباً.

(١) سورة المائدة - الآية: ٣٨.

(٢) اللحن هو الميل من جهة الاستقامة والمراد ان بعض الخصماء يكون اعرف بالحجة وافطن لها من غيره.

(٣) من الدعاوى والاجابات والبيانات والايمان وقد تكون باطلة في نفس الامر فيقطع من مال اخيه قطعة من النار ما يؤول اليه.

(٤) لكن اذا كان للمحكوم له حسن النية وجاهلاً بكذب اوتزوير البينة او لا يعرف بخطأ القاضي فانه لا يعتبر اشأاً.

اما القاضي فيجوز له أن يحكم بما ظهر له، وان يحيد المحكوم عليه على هذا الظاهر وقبوله لتنفيذه، فالاسلام لا يلزم القاضي بأن يحكم دائماً باليقين لانه لو طلب منه اليقين في كل شيء لتعطلت امور كثيرة ولضاعت حقوق الناس، لان الدعاوي والبيئات اخبار وكل خبر يمتثل الصدق والكذب من حيث ذاته فلا يحصل بها الا الظن وهو الادراك الرجح لدى الانسان مع احتمال اخر مرجوح يسمى الوهم، كما يسمى ادراك طرفي القضية من الثبوت وعدمه بصورة متساوية شكاً، فكما لا يلزم القاضي بالعمل باليقين لا يجوز له أن يحكم بالشك لان الشك يفسر لصالح المتهم.

سادساً: مبدأ المعاملة بنقيض قصد السيء:

أمر الإسلام الانسان بحسن النية في كافة تصرفاته وتعامله مع الغير وحرّم الحاق الضرر بالغير أو مقابلة ضرره بالضرر في فعله أو قوله على لسان رسوله: (لا ضرر ولا ضرار^(١)) وربط الرسول (ﷺ) العمل بالنية وجعله تابعاً لها صحة وفساداً فقال: (انما الاعمال بالنيات وانما لكل امرء ما نوى) وبناء على هاتين القاعدتين أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أن من طلق زوجته وهو في مرض الموت بدون طلب أو تقصير منها يقع الطلاق اذا كان واعياً ولكن الزوجة ترثه معاملة معه بنقيض قصد السيء لأن طلاقه في هذا الظرف يفسر بأنه اراد حرمانها من الميراث.

ومن التطبيقات القضائية لهذا المبدأ قضاء سيدنا عثمان بن عفان (رضي الله عنه) في خلافته بتوريث تماضر زوجة عبدالرحمن بن عوف^(٢) حين طلقها طلاقاً بائناً في مرض موته ثم أصبحت هذه السابقة القضائية مصدر الحكم لجميع الفقهاء بوقوع طلاق المريض مرض الموت وتوريث زوجته رغم وقوع الطلاق بائناً معاملة بنقيض قصد السيء. وهذا مالم يختلف فيه الا من شذ لكنهم اختلفوا في تحديد المدة التي يسقط حق الزوجة في الميراث بعدها كما يأتي:

أ - قال الحنفية^(٣) ترث الزوجة اذا مات الزوج وهي لاتزال في العدة واذا مات بعدها لاترث لانقطاع العلاقة الزوجية.

(١) سبل السلام: ١١٠/٣.

(٢) المنتقى شرح الموطأ: ٨٥/٤ وما بعدها.

(٣) المبسوط للسرخسي: ١٥٤/٦ الدر المختار وشرح تنوير الابصار مع رد المحتار: ٣٨٣/٣.

ب- وقال الجعفرية^(١) ترث مالم تمض سنة على الطلاق والزوج لا يزال حياً، ومالم تتزوج في حياة الزوج فإذا مات بعد مرور سنة على الطلاق أو تزوجت هي في حياة الزوج. فانها لا ترث ويتفق فقهاء الحنابلة^(٢) مع الجعفرية في ان زواجها يسقط حقها في الميراث لانه يعتبر بمثابة التنازل عن حق الميراث.

ج- وقال المالكية^(٣) والاباضية^(٤) ترث مطلقاً لان سبب الميراث ليس العلاقة الزوجية بل ماحل محلها وهي المعاملة بنقيض القصد السيء. سداً للذرائع وهذا السبب لا يسقط بالتقادم وهذا الرأي الاخير هو القمين بالاخذ فما دامت علة الحكم باقية يبقى الحكم لانه يدور معها وجوداً وعدمًا.

وربما على هذا المبدأ الذي قضى به احد الخلفاء الراشدين واصبح مجعاً عليه في عهده من الضروري اعادة النظر في الفقرة الثانية من المادة (٣٥) من قانون الاحوال الشخصية العراقي القائم التي تنص على انه (لا يقع طلاق المريض مرض الموت أو في حالة يغلب في مثلها الهلاك إذا مات في ذلك المرض أو تلك الحالة)، واقترح حذف الفقرة الثانية من هذه المادة للأسباب الآتية: -

١. يخالف لجميع قوانين البلاد العربية والاسلامية التي تقضي بوقوع الطلاق وميراث الزوجة.

٢. القول بعدم وقوع طلاق المريض مرض الموت حين تمتعه بالوعي الكامل والادراك التام يخالف لاجماع فقهاء المسلمين.

٣. اذا كان عدم الوقوع لعدم الادراك التام لدى الزوج فانه يكون مكرراً مع الفقرة الاولى من هذه المادة التي تنص على عدم وقوع طلاق فاقد التمييز لكبر او مرض.

٤. اذا كان الطلاق لا يقع تكون عبارة (وترث زوجته) عبثاً والمفروض ان القانون لا عبث فيه.

(١) الكافي للكليني: ١٢٢/٦.

(٢) المغني لابن قدامة: ٣٢٠/٦.

(٣) المنتقى شرح موطأ الامام مالك: ٨٥/٤-٨٦.

(٤) شرح النيل وشفاء العليل لمزيد من التفصيل راجع مؤلفنا سلطان الارادة في الطلاق في الشريعة الاسلامية والقانون خلال ٤٠٠٠ سنة: ٥٩/٢-٧٠.

٥. إذا كان قصد المشرع حماية حقوق الزوجة فإن الفقهاء اجمعوا على حماية هذه الحقوق.
 ٦. كيف يعلم القاضي مقدماً أن هذا الزوج المريض يموت في هذا المرض اليس الله قادراً على شفائه فكم من الناس اقرت اللجان الطبية حتمية موتهم خلال فترة وجيزة ثم عاشوا بعد ذلك سنوات. وبناء على هذه الفقرة فإن الزوجة تبقى في المدة الواقعة بين حكم القاضي وبين موت الزوج في حالة من الزوجية واللازوجة فإذا مات في هذا المرض يكون حكمه صائباً وإلا فيكون مخالفاً للواقع لان الطلاق لم يكن في مرض الموت حتى يحكم بعدم وقوعه.

سابعاً: مبدأ تغير الاحكام بتغير الازمان:

من الضروري ان يكون القاضي عالماً بالظروف التي كانت محيطة بتشريع النص حتى يقارنها بظروف تطبيقه بحيث اذا وجدها حين التطبيق قد طرأ عليها تغير يخص النص ان كان عاماً ويقيده ان كان مطلقاً ويؤوله اذا كان قابلاً للتأويل لانه في حالة غياب هذه الموازنة قد يحكم القاضي بما يخالف العدالة فيلحق الحرج والعسر بالمجتمع وهما مرفوضان بقوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾^(١). وقوله: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ﴾^(٢). ومن التطبيقات القضائية لهذا المبدأ: ان اسعار المواد والحاجيات في المدينة المنورة ارتفعت وغلت فذهب وفد الى الرسول (ﷺ) فقالوا يا رسول الله غلا السعر في المدينة فسر لنا فامتنع الرسول عن الحكم بالتسعير واعتبره ظلماً مخالفاً للعدالة لأن سبب ذلك الغلاء أو ارتفاع الاسعار كان قلة الانتاج وكان راجعاً الى قانون العرض والطلب فكان الطلب اكثر من العرض فقال الرسول (ﷺ): (ان الله هو المسعر القابض الباسط الرازق اني لارجو ان ألقى الله وليس احد منكم يطلبني بمظلمة في دم أو مال)^(٣). ولذلك اعتبرت التسعيرة في ظل تلك الظروف مظلمة مضرة بحق التجار والباعة.

ولما تغيرت تلك الظروف في عهد فقهاء التابعين وتبدلت النفوس ومالت الى الجشع والاستغلال والاحتكار وكسب الربح على حساب المستهلك قضى قضاة وفقهاء التابعين بالتسعير رفعاً للحرج والضييق ومن هؤلاء سعيد بن المسيب وربيعة بن عبد الرحمن ويحيى

(١) سورة الحج/اية ٧٨.

(٢) سورة البقرة / ١٨٥.

(٣) نيل الاوطار للشوكاني: ٢٢/٥.

الانصاري وغيرهم مع ان المتطوق الصريح للحديث المذكور هو ان التسعيرة مظلمة بحق التجار والباعة ورغم ذلك فانه لاتناقض بين حكم الرسول (ﷺ) بعدم التسعير وبين حكم قضاة التابعين له لان لكل واحد من الحكمين ظرفاً خاصاً ووضعا مختلفاً.

ثامناً : مبدأ عدم صلاحية القاضي في استحداث الجريمة والعقوبة :

مخطوطة منصب القضاء لم يعرف منذ صدر الإسلام الى اواخر عهد العباسيين ان يتولى هذا المنصب الا من كان مجتهداً واحلاً للاجتهد وعلى الرغم من هذه المكانة العلمية لم يمنح له سلطة التجريم ولا استحداث العقوبة بصفته قاضياً وانما كانت هذه السلطة حصراً فيمن له الولاية الفعلية على المسلمين يتعاون مع اهل الشورى ذلك لان الشريعة الإسلامية اول شريعة خادت بمبدأ الشرعية: (مبدأ لا جريمة ولا عقوبة الا بناء على نص) وقد نص القرآن الكريم على هذا المبدأ في آيات كثيرة منها قوله تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولاً﴾^(١).

فلا عذاب ولا عقاب الا بعد ارسال الرسل وتبليغ الناس بما هو جائز وما هو مخطور. وعدم العذاب او العقاب يستلزم عدم المسؤولية الجزائية. ومنها قوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَى حَتَّى يَبْعَثَ فِيْ أُمَمٍ رَسُولاً يَتْلُو عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا﴾^(٢). فهذه الآية تدل على ان الجهل عذر بدليل قوله تعالى ﴿يَتْلُو عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا﴾ اي ان مجرد ارسال الرسل وانزال الشرع لا يكفي لاقرار المسؤولية الجزائية لمن يرتكب ما حرمه الشرع وهو لم يبلغ بعد ما لم يكن مقصراً في عدم التبليغ وعدم العلم.

ويستثنى من مبدأ الشرعية الايمان بالله فهو واجب على الانسان عقلاً قبل ان يكون واجباً شرعاً فعلى كل انسان بالغ عاقل ان يستدل بالبرهان الآني أي بالاثر على وجود المؤثر للايمان بالله لانه لو كان الايمان بالله متوقفاً على الايمان بالشرع للزمست المصادرة على المطلوب (الاستحالة المنطقية) لان الايمان بالشرع لا يكون الا بعد الايمان بالله فلو توقف الايمان بالله على الشرع للزم توقف الشيء على ما يتوقف عليه وهو يستلزم توقف الشيء على نفسه المستلزم لتقدم الشيء على نفسه والالزام باطل وكذلك الملزوم.

(١) سورة الاسراء/الاية: ١٥.

(٢) سورة القصص/الاية: ٥٩.

تاسعاً: مبدأ البراءة الأصلية:

اجمع علماء المسلمين على ان الأصل في الانسان براءة ذمته ذلك لان الانسان يولد ودمته برينة من كل التزام مدني أو جنائي وله قبل ولادته أهلية الوجوب الناقصة وهي الصلاحية لان يكون له بعض الحقوق ويكتسب بعد الولادة أهلية الوجوب الكاملة (له بعض الحقوق وعليه بعض الالتزامات المالية) ومع ذلك فان الأصل هو براءة ذمته من جميع الالتزامات المدنية والجزائية حتى يثبت خلاف ذلك فعلى القاضي ان يتعامل مع المدعي عليه على اساس هذا المبدأ وان يعده بريئاً عن كل تهمة وجهت إليه حتى يثبت خلاف ذلك وتثبت إدانته.

ومصدر هذا المبدأ هو القرآن الكريم والسنة النبوية والقواعد الفقهية الكلية والعقل السليم:

١- القرآن الكريم:

نص القرآن الكريم في آيات كثيرة على براءة ذمة الإنسان من الالتزامات الجزائية وعدم مسؤوليته حتى بعد ارتكاب الجريمة ما لم يكن مبلغاً بنصوص التجريم والعقاب لأن القرآن أول شريعة أقرت مبدأ الشرعية: (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) ومن الآيات الدالة على هذا المبدأ قوله تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولاً﴾ وقوله: ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَى حَتَّى يَبْعَثَ فِي أُمِّهَا رَسُولاً يَتْلُو عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا﴾.

٢- السنة النبوية:

من تتبع المراجع المعتمدة من كتب الأحاديث النبوية وجد كثيراً من أقوال وأفعال الرسول تدل صراحة على البراءة الأصلية لذمة الإنسان منه قوله: (إدروا الحدود بالشبهات) ^(١)، وقوله: (لو كنت راجماً أحداً بغير بينة لرجمت فلانة فقط ظهر منها الريبة في منطقتها وهيئتها ومن يدخل عليها) ^(٢)، وقوله: (البينة على من إدعى واليمين على من أنكر)، و قوله: (لو يعطي الناس بدعواهم لأدعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه) ^(٣).

(١) وفي رواية: (ادفعوا الحدود ما وجدتم لها مدفعاً) رواه ابن ماجه / نيل الأوطار: ٧ / ١١٧

(٢) رواه ابن ماجه - نيل الأوطار: ٧ / ١١٧

(٣) صحيح مسلم: ٣ / ١٣٣٦.

٣- القواعد الفقهية العامة منها:

- أ- الأصل بقاء ما كان على ما كان^(١).
 - ب- القديم يترك على قدمه^(٢).
 - ج- الأصل في الصفات العارضة العدم^(٣).
 - د- ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه^(٤).
- ٤- العقل السليم:

يقضي العقل السليم بأن كل حادث مسبوق بالعدم لأن الحادث يعني الوجود بعد العدم ومن الواضح ان التهم التي توجه إلى الإنسان وان مطالبته بالالتزامات المدنية والجزائية وأسبابها ومصادرها كلها أمور مستحدثة وجدت بعد ان لم تكن فعليه تكون ذمة الإنسان بريئة منها حتى يثبت خلاف ذلك ومن يدعي خلاف هذا الأصل فعليه البيينة وعلى من ينكرها اليمين لأنه مع الأصل.

ونستنتج مما ذكرنا ان المبدأ الذي يجب على القاضي رعايته هو ان الأصل برأة الذمة من كل تهمة مدنية أو جزائية تنسب إلى الإنسان. وأكتفي بهذا القدر من المبادئ العامة الكثيرة التي تستنتج من النصوص الشرعية و من التطبيقات القضائية لفقهاء المسلمين منذ صدر الإسلام والتي هي ضمانات كافية لتحقيق العدالة في القضاء وأخذ كل ذي حق حقه.

(١) مجلة الأحكام العدلية م/٥

(٢) مجلة الأحكام العدلية م/٦

(٣) مجلة الأحكام العدلية م/٩

(٤) مجلة الأحكام العدلية م/١٠

المبحث الثاني

آداب القضاء في رسالة عمر بن الخطاب

هذه الرسالة التي بعثها عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) إلى القاضي أبي موسى الأشعري (رضي الله عنه) وردت بعبارات مختلفة ويتقدم وتأخير بعض الجمل على بعضها في المراجع التي اطلعت عليها^(١) واعتمدت كتاب ابن القيم لتأخره في الزمن وإطلاعه على المراجع السابقة وفيما يلي نص الرسالة:

(أما بعد فإن القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة، فافهم إذا ادلى إليك، فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له، آس الناس في مجلسك وفي وجهك وقضائك، حتى لا يطمع شريف^(٢) في حيفك^(٣) ولا يبأس ضعيف من عدلك البينة على المدعي واليمين على من أنكر. والصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا. ومن ادعى حقا غائبا أو بينة فاضرب له أمدا ينتهي إليه فإن بينه أعطيته حقه وإن أعجزه ذلك استحللت عليه القضية فإن ذلك هو أبلغ في العذر للعماء^(٤) ولا يمنعك قضاء قضيته فيه اليوم فراجعت فيه رأيك فهديت فيه لرشدك أن تراجع فيه الحق فإن الحق قديم لا يبطله شيء. ومراجعة الحق خير من التماذي في الباطل والمسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجريا عليه شهادة زور أو مجلودا في حد أو ظنينا في ولاء أو قرابة فإن الله تعالى تولى من العباد السرائر وستر عليهم الحدود إلا بالبينات أو الأيمان ثم الفهم الفهم فيما ادلى إليك بما ورد عليك مما ليس في قرآن ولا سنة،

(١) منها بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني (العلامة الفقيه علاء الدين أبي بكر مسعود الكاساني الحنفي ت ٥٨٧ هـ) مطبعة الأمام القاهرة ١٩٦٣/٩ ومنها اعلام الموقعين عن رب العالمين لأبن قيم الجوزية (شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر ت ٧٥١ هـ) مكتبة الكليات الأزهرية ١/ ٨٥ - ٨٦

(٢) كان هذا المصطلح يطلق سابقا على القوي سواء كان شريفا أو لا

(٣) أي في ظلمك وجورك

(٤) في بعض المراجع للعمي

ثم قايـس الأمور عند ذلك واعرف الأمثال ثم اعمد^(١) فيما ترى الى احبها الى الله واشبهها بالحق.

ورايك^(٢) والغضب والقلق والضجر والتأذي بالناس والتنكر عند الخصومة (او الخصوم) فان القضاء في مواطن الحق فيما يوجب الله به الأجر ويحسن به الذكر فمن خلصت نيته في الحق ولو على نفسه كفاه الله ما بينه وبين الناس ومن تزين بما ليس في نفسه شانه الله فان الله تعالى لا يقبل من العباد إلا ما كان خالصا فما ظنك بثواب عند الله في عاجل رزقه وخزائن رحمته والسلام عليك ورحمة الله

اهم الآداب التي تستنتج من هذه الرسالة ما يلي: -
بعد ان بين سيدنا عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) أهمية القضاء وعدها ضرورة من ضروريات الحياة وفريضة من الفرائض التي لا تقبل النسخ والالغاء في كل زمان ومكان، و سنة من سنن الحياة اكدها الرسول (ﷺ) في اقواله وافعاله وقضائه اشار الى بعض الآداب على القاضي ان يلتزم بها في قضائه حتى يأتي الحكم عادلا.
من اهم تلك الآداب: -

١- على القاضي ان يفهم ويستوعب مضامين جميع المعلومات التي تقدم له فيما يتعلق بموضوع الدعوة التي ينظر فيها من مسموع او مقروء او مرئي حتى يستمد منها قدرة التمييز بين الحق والباطل.

٢- يجب ان يتسم حكم القاضي بالقوة الملزمة تلزم اطراف الخصومة بما يحكم به وبالمخضوع له وان يحرص القاضي على تنفيذه لأنه لاينفع تكلم بحكم لانفاذ له وبهذه الميزة يتميز الحكم القضائي من اجتهاد المجتهد وافتاء المفتي ومن هذا المنطلق قال علماء اصول الفقه: - ان حكم القاضي يرفع الخلاف في المسائل الخلافية ويجب ان يعمل بالرأي الذي يتم حكم القاضي في ضوئه.

٣- يجب على القاضي أن يؤمن المساواة بين جميع أطراف النزاع والخصومة وأن لاينحاز ظاهرا وباطنا الى طرف دون الآخر في حكمه وتعامله معهم من رفع الدعوى الى النطق بالحكم لان الانحياز الى أحد الاطراف وحده خيانة في أمانة أمر الله بأدائها أمر

(١) اي رجح

(٢) اي لحذر

وجوب وحتم والزام فقال سبحانه وتعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾^(١).

٤- على القاضي أن يطلب من المدعي إثبات المدعى به ببينة مقبولة شرعا وقانونا لانه يدعي خلاف الاصل فالاصل براءة الذمة من كل إلتزام جزائي أو مدني لانه يولد وذمته بريئة من تلك الإلتزامات فعلى القاضي أن يعتبره أنه لا يزال بريئا حتى يشبث خلاف ذلك ومن هذا المنطلق جاءت قاعدة (المتهم بريء حتى تثبت إدانته) وقاعدة (يفسر الشك لمصلحة المدين).

وبالنسبة للمدعى عليه يكتفى بيمينه اذا عجز المدعى من إثبات دعواه بالبيينة لانه مع الأصل (براءة الذمة) وتشتمل البيينة الشهادة وكل طريقة أخرى من شأنها ان تثبت الحق المدعى به وبوجه خاص الطرق العلمية الحديثة التي تكتشف بها الجريمة عن طريق أثارها كما بينا في البرهان الانبي.

ونصاب شهادة الزنا أربع شهادات من رجال ثقة والعدل والمسر في ذلك ستر أعراض الناس وحفظ سمعتهم قدر الامكان في الجرائم الاخلاقية. أما الجرائم الاخرى كالسرقة والقتل ونحوهما فيكتفى فيها بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين. وهذا التعادل ليس لنقص النساء وإنما لأنهن يتعرضن أكثر من الرجال للنسيان لكثرة إنشغالهن داخل البيت بالالتزامات البيتية والتربوية وفي خارج البيت بالالتزامات الاجتماعية قال تعالى: ﴿فَإِنْ لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا إِخْدَاءُهَا الْآخَرَىٰ﴾^(٢).

وجدير بالذكر ان هناك أمورا تثبت بشهادة إمرأة واحدة بينما لا تثبت بشهادة رجل واحد كما في القضايا النسائية.

ويكتفى بشهادة شاهد واحد ويمين المدعي في القضايا المالية.

٥- على القاضي أن يعرض على الخصمين الصلح^(٣) وهو التراضي على قدر متفق عليه بعد تنازل كل من الطرفين من بعض ما يدعيه على الآخر قال تعالى: ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ لكن

(١) سورة النساء/٥٨

(٢) سورة البقرة/٢٨٢.

(٣) في صحيح مسلم ٣/١٢٤٥: تحت عنوان باب استحباب اصلاح الحاكم بين الخصمين اشترى رجل من رجل عقارا له فوجد الرجل الذي اشترى العقار في عقاره جرة فيها ذهب فقال له الذي

يجب أن يكون محل الصلح حقا خاصا أو حقا مشتركا يكون الحق الخاص فيه هو الغالب كحق التصاوص.

أما إذا كان محل الصلح حقا عاما أو حقا مشتركا بين الخاص والعام وكان العام هو الغالب كالعقوبات فلا يجوز الصلح كما لا يجوز إذا أحل حراما أو حرم حلالا.

٦- سلطة القاضي في تأجيل الحكم: - من أدعى حقا غائبا أو بينة غير متوفرة حين النظر في الدعوى وطلب من القاضي تأجيل النظر في الدعوى الى حين إحضار متطلبات الحكم فعليه استجابة هذا الطلب لانه لو عجل عليه بالحكم بطل حقه وهذا يتنافى مع العدالة.

وتقدير مدة التأجيل يخضع لسلطة القاضي التقديرية ولطبيعة الموضوع.

٧- على القاضي ان يتراجع عن إجتهاده السابق اذا تبين له ان العدالة في اجتهاد جديد وحكم جديد وهذا ما طبقه سيدنا عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) على نفسه في مسألة ميراثية حين توفيت امرأة وأنحصرت ورثتها في زوج وأم وإخوة من الأم وإخوة وأخوات من الأبوين. فاعطى الزوج نصف التركة لعدم وجود فرع وارث، والأم سدسها لتعدد الاخوة والاخوات، والاخوة من الام ثلثها لانهم أكثر من واحد فقال تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَاكَةً^(١) أَوْ امْرَأَةً وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ^(٢) فَلِكُلٍّ وَاحِدٌ مِّنْهُمَا السُّدُسُ إِنْ كَانَ لَهُ أَكْثَرُ مِّنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ^(٣)﴾. فاستغرقت الورثة من أصحاب الفروض كل التركة وحجب الاخوة والاخوات من الأبوين منها لأنهم عصبية^(٤) والعصبية سواء كان لذاته أو لغيره يأخذ مايبقى بعد إخراج

اشترى العقار خذ ذهبك مني انما اشتريت منك الارض ولم ابتع منك الذهب فقال الذي شري (اي باع) الأرض انما بعتك الأرض وما فيها قال فتحاكما الى رجل فقال الذي تحاكما اليه ألكما ولد فقال احدهما لي غلام وقال الاخر لي جارية قال انحكوا الغلام الجارية وانفقوا على انفسكما منه وتصدقا.

^(١) أي من يرث لا من جهة الابوة ولا من جهة البنوة.

^(٢) أي من الام لان الاخوة والاخوات من الأبوين أو من الاب سبق بيان إرثهم في أية سابقة.

^(٣) سورة النساء/ ١٢

^(٤) العصبية هو كل ذكر ينتمي الى الوارث مباشرة كالأبن أو عن طريق ذكر آخر كابن الابن وهذا النوع يسمى العصبية، أما العصبية لغيره كالبنات اذا اجتمعت مع الابن وكالاخ الشقيق أو من الاب اذا اجتمع مع الاخت الشقيقة والاخ من الاب.

أنصبا أصحاب الفروض. وقد تكررت هذه المسألة في السنة التالية من خلافة سيدنا عمر فأراد أن يحكم بحكمه السابق فقال له أحد العصبة هب^(١) أن أبانا كان حجراً ألسنا شركاء في الأم مع الأخوة من الأم^(٢) وقال الآخر أنا أرمي هذا الاب في البحر اذا كان سببا لحرمانني من الميراث^(٣) فوجد عمر بن الخطاب ان العدالة في تشريكهم مع الاخوة والاخوات من الام في حصتهم والثالث فحكم بالتشريك لذا عرفت هذه المسألة (بالمشاركة).

٨- أهلية الشهادة: - على القاضي ان يرفض قبول شهادة كل من لا يكون أهلاً لها كأن يكون معروفاً بشاهد الزور أو كان معاقباً على جريمة ارتكبتها سابقاً أو كان ظليناً أي متهماً بالانحياز كأن يكون ولداً أو والدأ أو أخاً أو أحد الزوجين للمشهدود له ونحو ذلك ممن يتهم بالانحياز في شهادته.

وجدير بالذكر أن مثل هذه الشهادة التي هي محل تهمة الانحياز كان مقبولا عند السلف الصالح فلما تغيرت النفوس وتغلبت النزعة المادية على النزعة الروحية أفتى الفقهاء بان على القاضي أن يرفض كل شهادة فيها شائبة تهمة الانحياز^(٤).

٩- على القاضي أن يلجأ الى الاجتهاد في حالة عدم وجود النص أو كون النص غير عادل بالنسبة للموضوع في القضايا المدنية أما في الجزائية فعليه التقيد بمبدأ الشرعية (لالجريمة ولا عقوبة إلا بنص).

١٠- على القاضي أن يستخدم القياس في غير القضايا الجزائية في حالات غياب النص أو عدم عدالته.

وقد اختلف علماء المسلمين من الاصوليين والفقهاء في حجة القياس بين قابل ورافض وهناك مساحات واسعة في كتب أصول الفقه خصصت لاستعراض هذا الخلاف ومنها كتاب إعلام الموقعين لابن قيم الجوزية^(٥)، الذي خصص لعرض الخلاف في حجة القياس (ص ١٣٠- ٣٣٧) أي (٢٠٧) صحيفة ومع تقديري لمكانة ابن القيم فان هذا الصنيع من باب ضياع العمر وضياع الوقت فالبحث عن القياس لا يحتاج الى اكثر من صحيفة واحدة لان الخلاف في

(١) أي افترض

(٢) لذا سميت هذه المسألة (الحجرية).

(٣) لذا سميت المسألة (يمية)، واليم: البحر.

(٤) أعلام الموقعين / المرجع السابق / ١/ ١١٣.

(٥) الجزء الاول.

حجية القياس خلاف لفظي وعقيم ولا تترتب عليه أي ثمرة نافعة فمن أنكر حجيته أراد به القياس المنشئ. للأحكام وأما الذي دافع عن حجيته فيجب عليه ان يقصد به القياس الكاشف للأحكام لانه وسيلة مهمة لهذا الاكتشاف عن طريق ارجاع الجزئيات الى كلياتها المعقولة المعاني^(١). كارجاع كل عملة ورقية أو معدنية متداولة في العالم الى الذهب والفضة في قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَكْنِزُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ وَلَا يَنْفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَبَشِّرْهُمْ بِعَذَابٍ أَلِيمٍ﴾^(٢). فيجب الحكم بوجوب كل ما يجب في الذهب والفضة كالزكاة في العملة المتداولة في كل زمان ومكان. ويتحريم ما هو محرم فيهما في غيرهما كالريسا وانكار حجية القياس كوسيلة لاكتشاف الاحكام من قبيل الجدل وإنكار البديهيات^(٣).

١١- على القاضي ان لا يكون أثناء المحاكمة والمرافعة ضجراً (منزعجاً) وقلقا حتى لا يكون ذلك على حساب عدالة الحكم لأن القاضي في مثل هذه الحالات لا يأخذ العذر ولا يتعمق في تفكيره واستنتاجه مما قدم له من المعلومات.

على القاضي ان لا يكون أثناء المحاكمة غضبان ومتوتر الاعصاب لقول الرسول (ﷺ): ((لا يحكم احد بين اثنين وهو غضبان))^(٤) ولان الغضب يفوت عليه فرصة التفكير في كسب المجهول المطلوب (الحكم العادل) من المعلومات المتوفرة لديه مما يتعلق بموضوع الدعوى التي ينظر فيها.

^(١) أي الكليات التي تعرف علل أحكامها.

^(٢) سورة التوبة / الآية ٣٤.

^(٣) والدليل على أن القياس دليل كاشف هو أن حكم المقيس نفس حكم المقيس عليه المدلول عليه بالنص.

^(٤) صحيح مسلم/١٣٤٢/٣/رقم الحديث ١٧١٧.



الفصل العاشر

ضمانات المتهم والحصانة

توزع دراسة هذا الموضوع على مبحثين
يخصص الأول لضمانات المتهم والثاني
للحصانة.



المبحث الأول

ضمانات المتهم

احاطت الشريعة الإسلامية المتهم بضمانات لو روعيت لما أصيب احد في عالم القضاء بما يتنافى مع العدالة، ومن تلك الضمانات^(١):

أولاً: مبدأ الشرعية: (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) أي لا تجوز العقوبة إلا على الفعل الذي يعتبره القانون جريمة وقت إقراره ولا يجوز تطبيق عقوبة أشد من العقوبة النافذة وقت ارتكاب الفعل الجرمي، فيجب ان يعلم كل فرد مقدما ما هو محظور عليه من الأعمال والتصرفات حتى يكون على بينة من ان ما عداه مباح له على اساس القاعدة: (الأصل في الأشياء النافعة الأباحة)، فالقاضي لا يملك سلطة إستحداث الجريمة ولا إستحداث العقوبة.

وجدير بالذكر أنه لم يعرف القانون هذا المبدأ إلا بعد الثورة الفرنسية والاعلان الفرنسي لحقوق الانسان الصادر في العام ١٧٨٩، حيث نصت المادة السابعة منه على مبدأ اساسي وهو انه لا يجوز إتهام الفرد او توقيفه او سجنه إلا في الحالات التي يحظرها القانون و وفقاً للأصول التي يحددها^(٢).

ثم أقره اعلان حقوق الانسان لسنة ١٩٤٨ في المادة (١١) منه والاتفاقية الدولية الخاصة بالحقوق المدنية والسياسية للانسان لسنة ١٩٦٦ في المادة (١٥) منها كما نصت عليه الدساتير الوضعية منها الدستور العراقي المؤقت م/٢٠ و م/٢١^(٣).

(١) ألقينا هذه المحاضرة في المعهد القضائي بناء على طلب قاض امريكي كلف بدراسة مشاكل القضاء في العراق وبحضور طلاب السنة الأولى والثانية للمعهد القضائي وجماعة من القضاة والأساتذة يوم ٢٠٠٣/٧/٨.

(٢) الحريات العامة وحقوق الانسان للدكتور محمد سعيد مجذوب: ص ٥١

(٣) وقد نصت المادة (٢٠) من دستور ٢٩/نيسان/١٩٦٤ على انه: (لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون ولعقاب إلا على الأفعال اللاحقة لصدور القانون الذي ينص عليها) وقد نص الدستور المذكور في المادة (٢١) على ان: (العقوبة شخصية).

وقد سبقت الشريعة الإسلامية على هذه القوانين والاعلانات والساتر بمنات السنين في إقرار هذا المبدأ في قوله تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا﴾^(١).
ثانياً: مبدأ شخصية الجريمة: أي لا يسأل جزائياً ولا يعاقب كل انسان إلا على فعله الشخصي فلا يجوز مساءلة شخص على فعل ارتكبه غيره من أسرته او غيرها، ولاهية هذا المبدأ نص عليه القرآن في خمس سور فقال في سورة الأنعام^(٢): ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا وَلَا تَزِدُ وَازِرَةً وَزِرَةً يُزِدُ أُخْرَىٰ﴾ أي كل من عمل عملاً جرمياً هو وحده يتحمل تبعاته ونتائجه ولا تتحمل أية نفس مسؤولية جريمة نفس اخرى أيضاً كانت الصلة بينهما.

وقال في سورة الإسراء^(٣): ﴿مَنْ اهْتَدَىٰ فَإِنَّمَا يَهْتَدِي لِنَفْسِهِ وَمَنْ ضَلَّٰ فَإِنَّمَا يَضِلُّ عَلَيْهَا وَلَا تَزِدُ وَازِرَةً وَزِرَةً يُزِدُ أُخْرَىٰ﴾ أي من انحرف الى السلوك الاجرامي هو نفسه يتحمل نتائجه وقال في سورة فاطر^(٤): ﴿وَلَا تَزِدُ وَازِرَةً وَزِرَةً يُزِدُ أُخْرَىٰ﴾ وقال في سورة الزمر^(٥): ﴿وَلَا تَزِدُ وَازِرَةً وَزِرَةً يُزِدُ أُخْرَىٰ﴾.

ثالثاً: مبدأ عدم رجعية القانون: فكل من ارتكب فعلاً قبل ان يحرمه القانون ويعتبه عظوراً لا يسأل عنه لا جزائياً ولا مدنياً، ولاهية هذا المبدأ نص عليه القرآن في اربع آيات، فقال في سورة النساء^(٦): ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾ فكانت العادة السائدة في المجتمعات العربية ان للأبن ان يتزوج زوجة ابيه (غير الام) بعد وفاته باعتبار انها كجزء من التركة، فحرمه القرآن واعتبره جريمة لكن قال لا يسأل جزائياً من ارتكبها قبل التحريم، وقال أيضا في سورة النساء^(٨): ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾ فحرم القرآن الجمع بين الأختين في الزواج، وقال

(١) سورة الإسراء- الآية ١٥.

(٢) الآية: ١٦٤

(٣) الآية ١٥

(٤) الآية ١٨

(٥) الآية ٧

(٦) الآية ٢٨

(٧) الآية ٢٢

(٨) الآية ٢٣

في سورة المائدة^(١): ﴿عَفَا اللَّهُ عَمَّا سَلَفَ وَمَنْ عَادَ فَيَنْتَقِمُ اللَّهُ مِنْهُ﴾، وقال في سورة الأنفال^(٢): ﴿قُلِ لِلَّذِينَ كَفَرُوا إِنْ يَنْتَهُوا يُغْفَرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ﴾.

وأبداً مبدأ الأصل برأة الذمة: فكل إنسان حين يولد تكون ذمته برئته من كل التزام جنائي ومدني وإذا نسبت إليه في حالة بلوغه سن الرشد تهمة جنائية أو مدنية فعلى القاضي أن يعتبره أنه لا يزال هو ذلك البريء حتى تثبت إدانته، وهذه القاعدة الأصولية اقراها علماء أصول الفقه منذ صدر الإسلام واخذ منها القانون قاعدة: (المتهم بريء حتى تثبت إدانته)^(٣).

وقد اخذ علماء الإسلام هذه القاعدة من نصوص القرآن، منها قوله تعالى في سورة الحجرات^(٤): ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ﴾، وقال في سورة النجم^(٥): ﴿وَإِنَّ الظَّنَّ لَآ يَغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا﴾.

خامساً: مبدأ إعتبار الجهل بالقانون عذراً مائعاً من المسؤولية الجزائية: وهذا ما نص عليه القرآن الكريم في قوله تعالى في سورة القصص^(٦): ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَى حَتَّى يَبْعَثَ فِي أُمِّهَا رَسُولًا يَتْلُو عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا﴾ وهذه الآية تدل على أن الإنسان ليس مسؤولاً عن أي عمل جرمي يرتكبه إذا لم يبلغ بتجريمه من قبل رسول بدليل قوله تعالى: ﴿يَتْلُو عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا﴾ بينما القانون لا يعتبر هذا الجهل عذراً بعد نشره في الوسائل الاعلامية الرسمية إلا ما يستثنى بالقانون.

سادساً: مبدأ عدم الأخذ بإخبار المخبر إلا بعد التأكد من صحته: ولا يجوز إتخاذ أي إجراء قضائي ضد المتهم بناءً على إخبار المخبر إلا بعد أن يتأكد قاضي التحقيق من صحة الخبر وذلك إستبعاداً من ايذاء بريء والندم الذي لا يمكن تداركه بعد فوات الاوان، قال القرآن في سورة الحجرات^(٧): ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا أَنْ تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصْحَبُوا عَلَىٰ مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ﴾.

(١) الآية ٩٥

(٢) الآية ٢٨

(٣) ونصت المادة (٢٣) من الدستور المذكور على أن (المتهم بريء حتى تثبت إدانته).

(٤) الآية ١٢

(٥) الآية ٢٨

(٦) الآية ٥٩

(٧) الآية ٦

سابعاً: مبدأ معاقبة من يُلذِّفُ غيره بتهمة أخلاقية (جريمة الزنا) إذا لم يثبت هذه التهمة أمام القضاء بأربعة شهداء: قال القرآن في سورة النور^(١): ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُؤْنَ الْمُحْصَنَاتِ^(٢) ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾. فهذه الآية اقترت ثلاث عقوبات لكل من يتهم الغير بتهمة أخلاقية ولا يستطيع اثباتها عليه بشهود أربعة، العقوبة الاولى بدنية وهي ثمانون جلدة والثانية والثالثة نفسيتان وهما اسقاط شخصية هذا الشخص بعدم قبول شهادته أمام القضاء والثانية وصفه بوصمة عار الفسق.

فامنا: تشديد اثبات جريمة الزنا: فهي لا تثبت الا بأربعة شهود من الرجال العادلين بحيث لا يحدث أي خلاف بين افاداتهم وقد نص القرآن على ذلك في سورة النور^(٣): ﴿لَوْ كَانُوا جَاءُوا عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَإِذْ لَمْ يَأْتُوا بِالشُّهَدَاءِ فَأُولَئِكَ عِنْدَ اللَّهِ هُمُ الْكَاذِبُونَ﴾ ولذلك لم تثبت هذه الجريمة في تاريخ الاسلام الا باقرار الجاني في عهد الرسالة حيث طبقت عقوبة هذه الجريمة على عدد قليل من اقر بجرمته أمام الرسول اربع مرات.

تاسعاً: -أمر الرسول (ﷺ) القاضي بأن يشجع للمتهم بجرمة الزنا - ولم تثبت الا بإقراره- على أن يتراجع عن هذا الاقرار: وقد روى ابو هريرة انه قال: ((أتى رجل من المسلمين رسول الله (ﷺ) وهو في المسجد فناداه فقال: يا رسول الله اني زني فاعرض عنه فتنحى لقاء وجهه فقال يا رسول الله اني زني فاعرض عنه حتى ثنى ذلك اربع مرات فلما شهد على نفسه اربع شهادات دعاه رسول الله فقال إبك جنون قال: لا، قال فهل احصنت (تزوجت) ؟ قال: نعم قال اذهبوا به فارجموه))^(٤).

وجدير بالذكر ان عقوبة الرجم لا توجد في القرآن الكريم وانما ثبتت بفعل الرسول، ويرى البعض انها الغيت بأية الجلد وهي قوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِئَةً جَلْدَةً﴾^(٥). وفي نظرنا هذا الرأي هو الصائب لأن من ميزات جرائم الحدود عدم تأثرها بالظروف المشددة بالاضافة الى انها من الناحية العملية معدومة.

(١) الآية ٤

(٢) أي الشرفيات

(٣) الآية: ١٣

(٤) صحيح مسلم: ١٣١٨/٣.

(٥) سورة النور- الآية: ٢.

عاشراً: أمر الرسول (ﷺ) القاضي باستخدام طريقة الصلح: لحل الخلاف بين الخصمين فيما يجوز فيه الصلح^(١).

الحادي عشر: حرية مناقشة القاضي من قبل المحصنين في المسائل الجزائية والمدنية: وذلك اذا لم يقتنع المحصم بعدالة الحكم، وهذه الحرية اقراها القرآن حين ناقشت خولة بنت حكيم الرسول (ﷺ) في حكم اصداره حول ظهار زوجها منها، حيث قالت: يا رسول الله زوجي اوس اكل مالي وافنى شبابي ونشرت له بطني حتى كبرت سني وانقطع ولدي ظاهر مني، فاجابها قائلاً: ما اراك إلا قد حرمت عليه، وعادت خولة تحاور الرسول (ﷺ) وتناقشه بكل حرية وتقول: - إن لي منه صبية إن ضممتهم إليه ضاعوا وإن ضممتهم إلي جاعوا، وعاد الرسول (ﷺ) يقول ما أراك إلا قد حرمت عليه وذلك لان الظهار قبل أن يأتي حكمه في القرآن كان طلاقاً قبل الاسلام ثم قالت خولة: الى الله اشكو أمري وأمر صبيتي، فلم تقتنع بالحكم ثم نزلت الآية القرآنية لصالح خولة فعددت الحكم بأنه ليس طلاقاً وانما يترتب عليه عقاب الزوج بعقوبة بدنية أو مالية لتلاعبه بالعلاقة الزوجية، فحدد القرآن الحكم بأحدى العقوبات الثلاث حسب التسلسل: فعلى الزوج اولاً ان يشتري عبداً فيعتقه فان لم يجد فعليه أن يصوم شهرين متتابعين وان لم يستطع فعليه اطعام ستين مسكيناً^(٢).

الثاني عشر: - الشبهة في الجريمة الهدية تؤدي الى اسقاطها أو تحويلها إلى جريمة أخرى أخف عقوبة: - فجريمة السرقة مثلاً بين الاصول والفروع أو بين الزوجين تتحول الى جريمة تعزيرية اذا قدم المجنى عليه الطلب بعقاب الجاني بعقوبة تعزيرية دون قطع اليد، وهذا ما اجمع عليه فقهاء الشريعة الاسلامية، والفقرة الثالثة من المادة الثالثة من اصول المحاكمات الجزائية اعتبر تأثير الشبهة حصراً في تحويل الجريمة من الاعتداء

(١) صحيح مسلم ١٣٤٥/٣.

(٢) سورة المجادلة / نص الآية: ﴿قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا وَتَشْتَكِي إِلَى اللَّهِ وَاللَّهُ يَسْمَعُ تَحَاوُرَكُمَا إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ بَصِيرٌ، الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُم مِّنْ نِّسَائِهِمْ مَا مِنْ أُمَّهَاتِهِمْ إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِّنَ الْقَوْلِ وَزُوراً وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُوٌّ غَفُورٌ، وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا ذَلِكَ تَوَعَّظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ، فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾. الآية ٤-١.

على حق عام الى الاعتداء على حق خاص فلم يميز تحريك الدعوى الجزائية الا بناءاً على شكوى من المجنى عليه او من يقوم مقامه قانوناً.

الثالث عشر: الأهلية الجزائية للمتهم: ففي الشريعة الاسلامية لايسال جزائياً المتهم مالم تتوفر فيه شروط خمسة وهي:

١- ان يكون بالغاً سن الرشد حين ارتكاب الجريمة واذا كان عديم التمييز فلايسال واذا كان مميزاً لايتخذ ضده سوى الوسائل الاصلاحية.

٢- ان يكون عاقلاً فكل خلل عقلي في المتهم يعد مانعاً من مسؤوليته الجزائية.

٣- ان يكون مختاراً أي يتتبع بحرية الارادة، فإذا كان مكراً أو مضطراً فلايسال جزائياً.

٤- ان يكون قادراً على ما هو مطلوب منه فعله أو تركه.

٥- ان يكون عالماً بما يكلف به من فعل أو امتناع.

فهذه الشروط الخمسة تندرج تحت قوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾^(١).

الرابع عشر: أهلية القاضي: ففي الشريعة الاسلامية لايعين قاضياً الا من كان عادلاً نزيهاً اهللاً للاجتهاد فكلما تتوفر الصفات الحميدة في القاضي يتحقق ضمان عدالة حكمه.

الخامس عشر: تزكية الشهود: فلا يجوز للقاضي ان يحكم بناءاً على افادات الشهود مالم تتم تزكية هؤلاء الشهود من قبل اهل الثقة.

السادس عشر: يجب أن يكون القاضي في اثناء المحاكمة متمتعاً بحالة هادئة ونفسية مستقرة بعيداً عن كل توتر عصبي: يروي عبد الرحمن بن أبي بكرة انه سمع رسول الله يقول: ((لا يحكم أحد بين اثنين وهو غضبان))^(٢).

السابع عشر: إذا ثبت إدانة المتهم بارتكاب جريمة القتل الخطأ يكون الجزاء دية على عاقلة الجاني: وهو لايتحمل أي جزء من مسؤولية هذا الجزاء. وعاقلة الشخص عشيرته ان وجدت والاتكون على المؤسسة التي ينتمي اليها الجاني كالنقابة.

الثامن عشر: للقاضي ان يحكم ببإاءة للمتهم ويحمل متبوهه من الولي أو الوصي أو غيرها مسؤولية العمل الجرمي: وقد قضى بذلك عمر بن الخطاب حين ارتكب عبيد لحاطب المزني جريمة السرقة^(٣) فقد حكم أولاً على العبيد بقطع اليد، ثم قبل التنفيذ قال

(١) سورة البقرة - الآية: ٢٨٦.

(٢) صحيح مسلم: ١٣٤٢/٢.

(٣) حيث سرقوا جملاً فنحروه وأكلوا لحمه.

لخاطب: أراك لعلك تبيعهم والله لا غرمناك غرامة ترجعك. فسأل صاحب الجمل عن قيمته فقال كنت أمنعه من ٤٠٠ درهم، أي لا أبيع به هذا المبلغ، فحكم على خاطب بشمانانة درهم.

التاسع عشر: لا يؤخذ بإفادة المتهم إذا أخذت منه تحت ضغط التهديد والتعذيب: وذلك لان الكفر بعد الايمان لا يحاسب عليه الانسان اذا تم ذلك تحت ضغط الاكراه والتعذيب والتهديد، والكفر من اكبر الكبائر، وقد نص القرآن على ذلك في قوله تعالى: ﴿مَنْ كَفَرَ بِاللّٰهِ مِنْ بَعْدِ اِيْمَانِهٖ اِلَّا مَنْ اُكْرِهَ وَقَلْبُهٗ مُطْمَئِنٌّ بِالْاِيْمَانِ﴾^(١). فإذا كان الكفر تحت ضغط التهديد والتعذيب لا يعتد به ولا يترتب عليه أي أثر فان عدم الاعتداد بإفادة المتهم المأخوذة منه بالتهديد أو التعذيب يكون من باب أولى.

العشرون: حرمة المسكن: وعدم جواز دخول أي بيت والقيام بالتفتيش فيه إلا بعد إذن مسبق من صاحب البيت ومن السلطة المسؤولة: وقد نص القرآن على حرمة المسكن وعدم جواز هتك هذه الحرمة في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّى تَسْتَأْذِنُوا وَتُسَلِّمُوا عَلَى أَهْلِهَا ذَلِكَ خَيْرٌ لَّكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾ (٢٧) فَإِنْ لَمْ تَجِدُوا فِيهَا أَحَدًا فَلَا تَدْخُلُوهَا حَتَّى يُؤْذَنَ لَكُمْ وَإِنْ قِيلَ لَكُمْ ارْجِعُوا فَارْجِعُوا هُوَ أَزْكَى لَكُمْ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ^(٢).

ونصت المادة (٨) من القانون الأساس العراقي^(٣) على ان: (المساكن مصنونة من التعرض) والمادة (٢٧) من الدستور المؤقت لسنة ١٩٦٤ على ان: (للمنازل حرمة لا يجوز دخولها). وهناك عشرات أخرى من المبادئ والقواعد العامة اقرتها الشريعة الاسلامية لصالح المتهم قبل اكثر من اربعة عشر قرناً ولم يعرف القانون اكثرها إلا قبل قرن أو قرنين ومنها ما لا يعرفها القانون لحد الآن.

(١) سورة النحل - الآية: ١٠٦

(٢) سورة النور - الآيتان: ٢٧-٢٨.

(٣) دستور ١٩٢٥

المبحث الثاني الحصانة

تعريف الحصانة:

(إعفاء فئة من الأفراد من التزامات و واجبات معينة) ^(١)

الأسلام لم ولن يقر الحصانة لأي شخص لا لذاته ولا لنسبه ولا لمركزه الاجتماعي أو السياسي أو الإداري أو نحو ذلك.

ومصدر هذا الحكم القرآن والسنة النبوية وإجماع فقهاء الصحابة و فقهاء التابعين كما في الأيضاحات الآتية: -

أولاً: القرآن الكريم: -

قال سبحانه وتعالى: ﴿فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ، وَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ﴾ ^(٢) ولفظ (مَنْ) في هذه الآية إسم شرط ومن صيغ العموم لذاتها بإجماع علماء أصول الفقه وعلماء البلاغة فيشمل المسلم وغيره، والذكر والأنثى، وكل شخص بغض النظر عن مركزه ومنصبه.

ويعتضى عموم هذه الآية لا حصانة لرئيس الدولة والوزراء وأعضاء مجلس التشريعي (البرلمان) وأعضاء هيئة السلك الدبلوماسي شأنه شأن أي إنسان عادي فإذا ارتكب جريمة و

^(١) كالحصانة البرلمانية وهي منع محاكمة عضو المجلس النيابي أو إتخاذ التعقيبات الجزائية ضده وفق أحكام القانون. وكالحصانة الدبلوماسية وهي مبدأ يقضي بعدم خضوع الدبلوماسي للقضاء المحلي للدولة التي يمثل دولته لديها وتمنح دارة و دار البعثة الدبلوماسية بالحماية والحرمة، بحيث لا يجوز لموظفي الحكومة الدخول إليها إلا بموافقة منه او من رئيس الجمهورية (د. عبد الواحد كرم - معجم مصطلحات الشريعة والقانون - عمان / ط٢ / ١٩٩٨

ص ١٦١-١٦٢)

^(٢) سورة الزلزلة / ٨٥٧.

ثبتت أمام القضاء يسأل جزائياً و يحاسب و يعاقب فلا يحول مركزه السياسي أو الإداري دون ذلك خلافاً لما عليه القوانين الوضعية في دول العالم.

ثانياً: السنة النبوية:

خطب الرسول (ﷺ) قبل وفاته امام اصحابه وأعلن على المنبر هذا المبدأ السامي بقوله: ((يا ايها الناس من اخذت له من ماله شيئاً فهذا مالي فليأخذ منه ما شاء ومن ضريت له على ظهره فهذا ظهري فليقتص مني، ومن شتمت له عرضه فهذا عرضي فليشتمه))^(١).
عن عائشة (رضي الله عنها) ان قرشاً أهتمهم إلا امرأة المخزومية التي سرقت قالوا لها: من يكلم رسول الله ومن يحترق عليه إلا اسامه حب رسول الله فكلمه أسامه رسول الله فقال: ((أتشفع في حد من حدود الله!!)) ثم قام فخطب فقال: ((يا ايها الناس انما ضل^(٢) من كان قبلكم، انهم كانوا اذا سرق فيهم الشريف تركوه واذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد، وأيم الله^(٣) لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطع محمد يدها))^(٤).

ثالثاً: - إجماع فقهاء الصحابة والتابعين وتابعي التابعين:

- أ- ومن القواعد الشرعية العامة في الاسلام (لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق).
- ب- عندما تولى أبو بكر (رضي الله عنه) الخلافة خطب أمام الملا فقال لهم أطيعوني ما أطعت الله فإن عصيت فلا طاعة لي عليكم.
- ج- لما تولى عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) الخلافة فقال لهم: (أطيعوني ما أطعت الله فإن عصيت فلا طاعة لي عليكم)، فقام واحد من عامة الناس فقال له: والله إن رأينا فيك إعوجاجاً قومناه بسيوفنا. فقال عمر: الحمد لله الذي جعل من أمة محمد من يعدل إعوجاج عمر بسيفه. عندما كان عمر (رضي الله عنه) خليفة المسلمين جاءه اييه بن كعب فطلب منه ان يقايضه مطالباً حقاً عليه فاتفقا على ان يكون زيد بن ثابت وهو من كبار فقهاء الصحابة قاضياً في حسم خلافهما فانطلق الى داره فعندما دخل اليه التى

(١) ينظر مؤلفنا: - فلسفة الشريعة - دار الرسالة للطباعة - بغداد ١٩٧٩ ص ١٢٤ وما يليها.

(٢) وفي رواية انما اهلك.

(٣) أي القوي

(٤) هذا صيغة اليمين.

(٥) الحديث متفق عليه و في رواية مسلم (لقطعمت يدها): صحيح مسلم ٣ / ١٣١٥ رقم الحديث

زيد وسادة لعمر ليجلس عليها فقال له عمر: (هذا اول جورك انى جنت خاصاً) فتعد بين يديه فطلب من المدعي شاهدين عادلين لأثبات مدعاه قال: ليست لي بينة على امير المؤمنين اليمين، فقال له زيد: اعف امير المؤمنين، فقال له عمر: (أهكذا تقضي بين الناس كلهم؟) قال: لا، قال فاقض بيننا كما تقضي بين الناس، قال: احلف بأنه ليس لأبي في أرضي هذه حق فحلف^(١).

د- خاصم احد اليهود خليفة الاسلام علي بن أبي طالب عند القاضي شريح فعضر الخليفة المحاكمة وحكم القاضي ضده إذ كان الحق مع اليهودي^(٢).

هـ - حضر الخليفة عبد الملك بن مروان في العهد الاموي امام القاضي جبير بن نعيم يخاصم ابن عم له فجلس على مفروش القاضي فقال له القاضي قم مع ابن عمك فغضب عبد الملك وقام من مجلس القضاء^(٣).

و- ادعى جماعة على الخليفة المنصور في العهد العباسي حقاً أمام القاضي محمد بن عمير الطلمي فطلب حضوره أمام القضاء فشكره الخليفة وقال له جزاك الله عن دينك وعن نبيك وعن خليفتك احسن الجزا^(٤).

ز- رفع رجل الدعوى على الخليفة المأمون مطالباً حقاً عليه امام القاضي يحيى بن اكثم فتودي على الخليفة ليجلس مع خصمه فاقبل ومعه مرافق يحمل مصلى فامر به القاضي بالجلوس فطرح المرافق المصلى ليجلس عليه فقال له القاضي يا امير المؤمنين لا تأخذ على خصمك شرف المجلس دونه فطرح للخصم مصلى آخر فجلس عليه^(٥).

والسر في هذه المساواة والديمقراطية في الاسلام هو ان الشريعة الاسلامية بنت العلاقات بين الشعوب والامم والافراد على الاسس السبعة الآتية: -

الاساس الأول: وحدة النسب بين بني البشر فقد نص القرآن الكريم في آيات كثيرة على ان جميع افراد الأسرة البشرية إخوة واخوات من أب واحد وأم واحدة، وشيمة الأخوة هي المساواة في التعامل والتعاون والتكاتف والتكامل للعيش الكريم على بساط كوكب

(١) الديمقراطية الاسلامية للدكتور عثمان خليل / ص ٤٠

(٢) الولاة والقضاة للكندي ص ٣٥٧ نقلا عن فاروق الكيلاني - استقلال القضاء ص ١٣٠

(٣) الدكتور سلام مذكور - المدخل للفقه الاسلامي ص ٣٥٩

(٤) الدكتور سلام مذكور - المرجع السابق ص ٣٤٣

(٥) المحاسن والمساويء للبيهقي ص ٣٩٢ نقلا عن استقلال القضاء المرجع السابق ص ١٣١

الارض لاستثمار خيرات هذا الكوكب مع عدم التمييز بالأفضلية بالمنصب والوظيفة او المركز السياسي او الاجتماعي او الاداري وإنما الأفضلية لمن يكون اقرب الى الله وانفع للناس فقال سبحانه وتعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ﴾^(١).

الأساس الثاني: وحدة المعدن نص القرآن الكريم في آيات متعددة على ان المعدن الذي خلق ويخلق منه الانسان هو التراب والتراب متواضع يمشي عليه كمل كائن حي متحرك بالأرادة فعلى من يخلق من التراب ان يكون متواضعاً مثله.

ومن البدهي ان كل فرد من افراد الانسان يتكون من عنصرين عنصر حيمين الرجل وعنصر بيضة الانثى وهذان العنصران يتكونان من المواد الغذائية التي تتكون من التراب فإذا ان كل إنسان مخلوق من معدن التراب كما قال سبحانه وتعالى ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَكُمْ مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ إِذَا أَنْتُمْ بَشَرٌ تَنْتَشِرُونَ﴾^(٢).

وقد اكد الرسول (ﷺ) هذين الاساسين في حجة الوداع فقال: ((كلكم من آدم وآدم من تراب لا فضل لعربي على أعجمي ولا لأبيض على أسود إلا بالتقوى)).

الأساس الثالث: وحدة الصانع فكل إنسان صانعه وخالقه واحد وهو الله عزوجل، فالانسان ليس كسلعة سوقية بعضها من صنع اليابان مثلاً فتفضل على السلعة المصنوعة من الصين مثلاً، فمادام الصانع واحداً يكون المصنوع على درجة واحدة من الجودة والرداءة، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اعْبُدُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ وَالَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾^(٣).

الأساس الرابع: وحدة المصالح المشتركة فالرسالات الالهية كلها أتت لتحقيق مصالح الانسان وفي مقدمتها الرسالة المحمدية قال سبحانه وتعالى مخاطباً رسوله محمداً (ﷺ): - ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾ والرحمة هي المصلحة الإيجابية (المنفعة المستجلبة) والسلبية (المفسدة المستدراة) سواء كانتا ماديتين او معنويتين، دنيويتين أو أخرويتين، وجميع ما في الارض من الكائنات الحية والجمادات خلق لأجل مصلحة

(١) سورة الحجرات ١٣/

(٢) سورة الروم - ٢٠

(٣) سورة البقرة - ٢٥

الانسان وجميع خيرات الأرض مشتركة بين افراد الانسان كما قال سبحانه وتعالى: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا﴾^(١).

فلكل إنسان ان يأخذ نصيبه من خيرات الارض والسماء حسب حاجته على ان لا يتجاوز على نصيب غيره، قال تعالى: ﴿وَلَا تَنْسَ نَصِيبَكَ مِنَ الدُّنْيَا﴾.

الأساس الخامس: وحدة المصير فصير الكل مفارقة الحياة وملاقاة الموت بدون تمييز بين القوي والضعيف فقال سبحانه وتعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ ذَائِقَةُ الْمَوْتِ وَإِنَّمَا تُوَفَّقُونَ أُجُورَكُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ﴾^(٢) وقال تعالى: ﴿أَيْنَمَا تَكُونُوا يُدْرِكُكُمُ الْمَوْتُ وَلَوْ كُنْتُمْ فِي بُرُوجٍ مُشِيدَةٍ﴾^(٣).

الأساس السادس: وحدة تحمل الأمانة: - الانسان وحده من بين الكائنات الحية يحمل الأمانة وهي عبارة عن كل ما يجب على الانسان أن يقوم به تجاه غيره، قال سبحانه وتعالى: ﴿إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ عَلَى السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَالْجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَنْ يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا الْإِنْسَانُ إِنَّهُ كَانَ ظَلُومًا جَهُولًا﴾^(٤).

الأساس السابع: وحدة المسؤولية: - فكل إنسان يتحمل تبعات أعماله إن كانت خيراً فجزاؤه خير وإن كانت شراً فجزاؤه شر دون تمييز بين إنسان وإنسان آخر بالعرق أو الجنس أو اللون أو الأقليم أو نحو ذلك. قال سبحانه وتعالى: ﴿فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ، وَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ﴾^(٥).

فللظة (من) من صيغ العموم تفيد العموم لذاتها ولم يشبث بخصص يخص هذا العموم.

بالإضافة الى ما ذكرنا من مبررات عدم وجود الحصانة لأي إنسان ايأ كانت منزلته فإن المنصب أو الوظيفة في الإسلام ليس حقاً ولا مركزاً يتميز به من غيره، وإنما هو تكليف وتحميل للمسؤولية فالمركز الذي يحتله أي مسؤول إنما هو خدمة لغيره فهو احرى من غيره بان لا يتميز بميزة تؤهله للحصانة.

(١) سورة البقرة - ٢٩

(٢) سورة آل عمران - ١٨٥

(٣) سورة النساء - ٧٨

(٤) سورة الأحزاب / ٧٢

(٥) سورة الزلزلة (الآية ٨ و ٧)

وفي صحيح مسلم^(١): ((عن ابي ذر قال قلت يا رسول الله ألا تستعملني^(٢)) قال فضرب بيده على منكبي ثم قال يا أبا ذر إنك ضعيف وإنها أمانة وإنها يوم القيامة خزي وندامة إلا من أخذها بحقها وأدى الذي عليه فيها)).

هذا الحديث الشريف اصل عظيم في إجتناوب المناصب والوظائف ولا سيما بالنسبة لمن كان فيه ضعف عن القيام بوظائف تلك المناصب لعدم كفايته وضعف أهليته.

(١) صحيح مسلم ٣ / ١٤٥٧

(٢) أي توظفني وتعينني بمنصب



الفصل الحادي عشر

الاجتهاد القضائي

لا يوجد فرق جوهري بين الاجتهاد القضائي وغيره من سائر الاجتهادات لذا نتناول الموضوع بوجه عام.

والاجتهاد مأخوذ من الجهد وقد ورد لغةً بضم الجيم وفتحها بعدة معانٍ أقربها الى المعنى الاصطلاحي الطاقة.

وفي الاصطلاح: بذل الطاقة العلمية لاكتشاف الحكم الحقيقي للموضوع المعني به.

وكان القاضي في الاسلام لا يتولى ممارسة هذه الوظيفة ما لم يكن مجتهداً أي متمتعاً باهلية الاجتهاد ولو كان ذلك في بعض المسائل دون بعضها فلم يشترط ان يكون مجتهداً مطلقاً في جميع الأمور.

وقد ظل هذا النمط مستمراً منذ عهد الرسالة الى العصر الاخير من الخلافة العباسية ثم أصبح القاضي مقلداً لمذهب معين كتقليد المذهب الحنفي في العراق وفي الدول الخاضعة للخلافة العثمانية.



كما لم يكن هناك التخصص المكاني او العملي فكان القاضي ينظر في جميع المسائل والقضايا سواء كانت جزائية او مدنية او من الأحوال الشخصية أو من غيرها لأن الحياة آنذاك كانت بسيطة بالنسبة للعصر الحديث.

وكانت ولاية المظالم تشبه الى حد كبير محكمة التمييز (أو محكمة النقض). وكان يختص من يتولاها بالنظر فيما يعجز عنه القضاة والنظر في حالات تعدي ذوي الجاه والحسب وأرباب الوظائف والمناصب كالقضاء الإداري في هذا العصر. وكان القضاة يرجعون في أقضيتهم الى كتاب الله وسنة رسول الله (ﷺ) فان لم يجدوا نصا فيها عملوا باجماع الصحابة والسوابق القضائية للخلفاء السابقين وبوجه خاص الخلفاء الراشدين.

فإن لم يجدوا يقلدون آراء فقهاء أئمة المذاهب ولكن من كان أهلاً للاجتهاد يبتهد برأيه. وعلى القاضي الشرعي الذي له اهلية الاجتهاد ان يتقيد بالتسلسل الآتي: - القرآن أولاً والسنة النبوية ثانياً والاجتهاد واستخدام الرأي ثالثاً. كما جاء في حديث معاذ بن جبل حين إختبره الرسول (ﷺ) بعد ان رشحه لأن يكون والياً وقاضياً في اليمن.

فقال له كيف تقضي؟ قال أقضي بكتاب الله، قال فإن لم تجد في كتاب الله، قال أقضي بسنة رسول الله، قال فإن لم تجد في سنة رسول الله؟ قال اجتهد رأي ولا آلو^(١) قال ف ضرب رسول الله صدره وقال الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسول الله^(٢).

شروط الاجتهاد: -

- أ. بالنسبة للاجتهاد في الأحكام الشرعية يشترط الشروط الثلاثة الآتية: -
 ١. ان يفهم روح الشريعة الاسلامية وغايتها.
 ٢. ان يفهم جوهر الحياة ومتطلباتها.
 ٣. ان يفهم الصلة بين الشريعة والحياة.
- ب. بالنسبة للاجتهاد في القوانين يشترط ان يتوفر الشروط الثلاثة الآتية: -

(١) أي لا أقصر في اللجوء الى الاجتهاد واستخدام الرأي.

(٢) رواه ابو داود - رقم الحديث ٣٥٩٢ و ٣٥٩٣ كتاب الأقضية باب إجتهد الرأي في القضاء. والترمذي رقم ١٣٢٧ و ١٣٢٨ في كتاب الاحكام باب ما جاء في القاضي كيف يقضي.

١. ان يكون ملماً بالقوانين ذات العلاقة.

٢. ان يفهم طبيعة الموضوع الذي ينظر فيه.

٣. ان يدرك الصلة بين القانون الواجب لتطبيق والموضوع^(١).

ولا يشترط ان يكون القاضي من المذكور كما لا يشترط ان يكون مسلماً الا في القضايا الدينية. بل المهم هو ان يكون أهلاً للاجتهاد.

واجتهاد القاضي اما ان يكون في مورد النص او في حالة غياب النص لذا تقسم دراسة الاجتهاد القضائي الى قسمين الاجتهاد في مورد النص والاجتهاد فيما لانص فيه ويخصص لكل شق مبحث مستقل.

^(١) هذه الشروط بالنسبة للشرعية والقانون من إستحدثائي وذلك لأن الشروط التي بحثوها في المراجع أكثرها لا تصلح لهذا العصر المتطور بالإضافة الى الاطالة المملة في تلك الشروط.

المبحث الأول

الاجتهاد في مورد النص

ومن الواضح ان النصوص القانونية إما جزائية او غير جزائية^(١) لذا نتناول دراسة كل فئة في فرع مستقل.

الفرع الأول

الاجتهاد في مورد النصوص غير الجزائية

الاحوال الشخصية العراقي القائم ونصوص القانون المدني العراقي القائم لأن الغرض من هذا الاستعراض هو التمثيل والتوضيح وليس المقصود الاحاطة بجميع فروع القانون داخل العراق وخارجه لأن هذا امر من الصعب الاحاطة به.

ولاً: الاجتهاد في مورد النص في قانون الاحوال الشخصية العراقي القائم: -

١. اقتراح تعديل الفقرة الاولى من المادة الاولى (تسري النصوص التشريعية في هذا القانون على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها او فحواها) لتحل محلها الفقرة الآتية (تسري النصوص التشريعية في هذا القانون على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص بمنطوقها او مفهومها).

وجه الاقتراح ان الفقرة القائمة تعطي القاضي صلاحية إستقاء الاحكام من قناتين فقط المنطوق الصريح والمفهوم الموافق في حين ان المقترح يعطي صلاحية الاستقاء من ست قنوات وهي (منطوق النص، اقتضاء النص، اشارة النص، ايماء النص، المفهوم الموافق والمفهوم المخالف)^(٢).

^(١) ومعيار التمييز بين النصوص الجزائية وغير الجزائية هو ان الشق الأول يعالج الاعتداء على الحق العام والثاني يعالج الاعتداء على الحق الخاص بالاضافة الى ان القاضي في النصوص الجزائية مقيد برعاية مبدأ الشرعية بخلاف غيرها.

^(٢) وقد تناولنا دراسة هذه القنوات الست بالتفصيل سابقا.

٢. اقتراح تعديل عبارة (ويعتبر عقد الزواج بالاكراه باطلا اذا لم يتم الدخول) كما ورد في المادة التاسعة في القانون المذكور لتحل محلها عبارة (ويعتبر عقد الزواج بالاكراه موقفاً أو فاسداً اذا لم يتم الدخول الاختياري).

وجه الاقتراح ان الزواج الباطل لا يتحول الى الصحيح بالأجازة لأنه معدوم والمعدوم لا يتحول الى الموجود بأية طريقة كانت ثم ان الدخول قد يكون بالاكراه ايضاً فلا تأثير له مطلقاً.

٣. تضاف فقرة جديدة ثالثة الى المادة (العشرين) كالآتي: - يقيم مهر الزوجة المخوخر بعد الفرقة بالطلاق او الوفاة بالذهب وقت إنشاء الزواج إذا كان المهر نقوداً تغيرت قوتها الشرائية ^(١) بالصعود او الهبوط).

وجه الاقتراح رفع الظلم عن الزوجة التي تم زواجها قبل ستين سنة مثلاً عندما كان سعر مثقال من الذهب ديناراً واحداً أو أقل أو أكثر في حين ان سعر مثقال الذهب في الوقت الحاضر أكثر من مائة ألف دينار فليس من العدل والانصاف ان تتقاضى الزوجة بعد هذا التغير في القوة الشرائية مئة دينار من مهرها المؤجل.

٤. ومن الاجتهادات القضائية الحاطنة إجتهد محكمة التمييز بقرارها المرقم ٢٩٤ / موسمه اولى / ٨٤ - ٨٥ في ٢٦ / ٦ / ١٩٨٥ و ٢٥٠٨ / شخصيه ٨٤ - ٨٥ في ٦ / ١٠ / ١٩٨٥ و ١٩٨٣ / موسمه اولى / ٨٥ - ٨٦ في ٣٠ / ٦ / ١٩٨٦ و ٣٣٤ / موسمه اولى / ٨٦ - ٨٧ في ٦ / ٥ / ١٩٨٧ بان المشرع العراقي في المادة (٨٩) ^(٢) من القانون المذكور اخذ بنظام الطبقات في الفقه الجعفري فكل طبقه من الطبقات الثلاث الواردة حسب التسلسل في الفقرات (١، ٢، ٣) لهذه المادة تحجب الطبقة التي تليها في المرتبة.

(١) لأن العملة إذا تغيرت قوتها الشرائية تتحول من صفة المثلثية الى صفة القيمية فعندئذ تقدر القيمة بقيمة يوم نشأة الالتزام.

(٢) نص المادة (٨٩): - الوارثون بالقرباه وكيفية توريثهم:

١- الأبوان والأولاد وان نزلوا للذكر مثل حظ الأنثيين.

٢- الجدوالجدات والاخوة والاخوات ولولادالاخوة والاخوات.

٣- الأعمام والعمات والأخوال والخالات ونحو الارحام.

أوجه خطأ إجتهااد محكمة التمييز في تفسير المادة (٨٩) ما يلي: -

أ- لو صح هذا التفسير لما كان هناك حاجة الى تعديل الفقرة (٤) من هذه المادة وهي: (تعتبر الأخت الشقيقة بحكم الأخ الشقيق في الحجب) لأنها كالأخ في نظام الطبقات بدون هذا التعديل.

ب- لو اخذ بالنظام المذكور لما ورد ذكر تعبير (ذوو الأرحام) لأن هذا التعبير غير موجود في مذهب الشيعة الامامية ونظام الطبقات.

ج- لو اخذ بهذا النظام لقال المشرع في الفقرة الثانية (والأجداد) بدلاً من (الجدة) لأن المراد بالجدة الوارد في هذه الفقرة هو الجدة العصبي (أب الأب) بينما في فقه الامامية الجدة يشمل أب الأب وأب الأم ولذلك هم يستعملون الأجداد بدلاً من الجدة.

ثانياً: - الأجتهااد في مورد النص في قانون المدني العراقي القائم: -

١. الخطأ الوارد في الفقرة الأولى من المادة الأولى تكرر في الفقرة من المادة الأولى في هذا القانون لذا نقترح تبديل عبارة (في لفظها او فحواها) بعبارة (بمنطوقها او مفهومها) لما ذكرناه.

٢. إعتبار العقد موقوفاً لعيوب الإرادة او الرضا في المادة (١٣٤) يخالف الفقه الاسلامي والفقه الغربي وقد شذ المشرع العراقي في هذا الاتجاه لذا نقترح إعادة النظر في هذا الموضوع واعتبار العقد نافذاً غير لازم.

٣. أقترح تبديل تعبير (تبيع) في المادة (١/٢١٢) بعبارة (تجيز) لأن الضرورة ليست من اسباب الاباحة وانما هي من موانع المسؤولية الجزائية دون المدنية فهي من اسباب الرخصة فمن اكل مال الغير بدون اذنه تحت ضغط الحاجة والضرورة لايسال جزائياً لكن يسأل مدنياً فعليه تعويض ما اكله.

بينما في اسباب الاباحة لايسأل الشخص لاجزائياً ولا مدنياً.

٤. خلط المشرع العراقي بين محل الالتزام وموضوعه كما خلط بين محل العقد ومحل الالتزام في المادة (١/١٢٩) من القانون المذكور التي نصها (يجوز ان يكون محل الالتزام معد وما وقت التعاقد اذا كان يمكن الحصول في المستقبل و عين تعييناً نافياً للجهالة والغدر).

والصواب ان يقال (يجوز ان يكون موضوع الالتزام) او (محل العقد) معدوما الى آخره لأن الالتزام من الاحكام التكليفية لايتعلق بالاعيان وانما يتعلق بالافعال كالاداء والتسليم

والأمتناع ونحو ذلك وقد وقع في نفس الخطأ المشرع المصري (م ١٣١-١٣٥) والسوري (م ١٣٢-١٣٦) والاردني (م ١٥٧-١٦٤) الجزائري (م ٩٢-٩٦) واليمني (م ١٨٦-١٩٧) واكتفى بهذا القدر من تطبيقات الاجتهاد في مورد النص وهذا النوع من الاجتهاد المفروض ان يكون من القاضي لأنه يطبق النص فالقاضي معين للمشرع فيما يدركه من الغلل في كل نص.

الفرع الثاني

الاجتهاد في مورد النصوص الجزائية

نطاق الاجتهاد في مورد النصوص الجزائية أضيق بكثير من الاجتهاد في غيرها فالقاضي مقيد فيها بمبدأ الشرعية فعليه ان لا يتوسع في الاجتهاد بالنسبة للنصوص الجزائية لأنه لا يملك سلطة إستحداث الجريمة والعقوبة لكن له سلطة الاجتهاد في تفسير النصوص الجزائية الغامضة وله تخصيص النص العام بالنص الخاص كتخصص عموم المادة (٦) من قانون العقوبات العراقي القائم (تسرى احكام هذا القانون على جميع الجرائم التي ترتكب في العراق) بالمادة (١١) من نفس القانون (لا يسرى هذا القانون على الجرائم التي تقع في العراق من الأشخاص المتمتعين بحصانة مقررمة بمقتضى الاتفاقيات الدولية او القانون الدولي او القانون الداخلي).

وله تقييد النص المطلق بحكمة النص وعلة حكمه كتقييد الليل الفلكي بالظلام في المادة (٤٤٠) من نفس القانون التي نصها (يعاقب بالسجن المؤبد او المؤقت من ارتكب سرقة اجتمع فيها الظروف التالية: -

١- وقوعها بين غروب الشمس وشرقها من الواضح انه لافرق بين الليل قبيل شروق الشمس او بعيد غروبها بمقدار ربع ساعة وبين النهار فحكمه تشديد العقوبة واعتبار الليل ظرفا مشددا تتطلب تقييد هذا الليل بوقت حلول الظلام الذي هو محل الرهبة والخوف.

ومن الاجتهاد في مورد النص اقتراح نقل الفقرة (٤) من المادة (٤١) الى المادة (٣٩) او (٤٠) لأن هذه الفقرة التي نصها (اعمال العنف التي تقع على من ارتكب جناية او جنحة مشهودة بقصد ضبطه) من باب اداء الواجب وليس من باب استعمال الحق.

ومن الاجتهاد في مورد النص تفسير المنقول في المادة (٣١٢) من قانون العقوبات المصري القائم في تعريف السرقة (كل من إختلس منقولاً مملوكاً لغيره فهو سارق) بما يشمل كل ما هو متصل بالأرض او مغروس فيها لمجرد فصله عنها والشار لمجرد قطفها والقوى الكهربائية والمائية وكل طاقة او قوة محركة اخرى كما ورد هذا التفصيل في المادة (٤٣٩) من قانون العقوبات العراقي القائم.

ومن الاجتهاد في مورد النص تعميم المادة (٢٣٧) من قانون العقوبات المصري القائم (من فاجأ زوجته حال تلبسها بالزنا وقتلها في الحال هي ومن يزني بها يعاقب بالحبس بدلا من العقوبات المقررة في المادتين (٢٣٢ و٢٣٦) بما يشمل الاعتداء عليهما او على احدهما اعتداء افضى الى الموت او الى عاهة مستديمة وذلك عن طريق استخدام مفهوم الموافقة للنص المذكور لأنه اذا كانت عقوبة القتل العمد تتأثر بهذا الظرف البشع وتنزل الى عقوبة الجنحة فإن تأثرها به في عقوبة الضرب المفضي الى الموت او الاصابة بعاهة مستديمة يكون من باب أولى.

وجملة الكلام ان الاجتهاد في مورد النصوص الجزائية جائز سواء أكان من القاضي أم من غيره شريطة ان لا يؤدي هذا الاجتهاد الى استحداث جريمة او عقوبة لم تكن مشمولة بالنص صراحة او ضمنا وذلك التزاماً بالتقييد بمبدأ الشرعية (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص).

المبحث الثاني

الاجتهاد فيما لا نص فيه

مجال تطبيق الاجتهاد القضائي :

أ- لا مجال للاجتهاد قضائياً كان أو غير في المسائل والقضايا الجزائية بمقتضى مبدأ الشرعية (الاجرمة ولا عقوبة الابنصر) فالقاضي لا يملك سلطة احداث جريمة أو عقوبة في الشريعة أو القانون. وقد سبقت الشريعة القوانين بمنات السنين في إقرار مبدأ المشروعية في آيات منها: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى تَبْعَثَ رَسُولاً﴾ فيقتصر دور الاجتهادى في ماعدا المسائل الجزائية.

ب- ما يقره إجماع فقهاء الشريعة، أو مجلس الشورى، أو المجلس النيابي (البرلمان) ليس من باب الاجتهاد القضائي لان دور القاضي فيما تقرره هذه الجهات يقتصر على التطبيق شأنه شأن تطبيق النصوص.

جـ - لا جتهاد القاضي فيما لانص فيه طرق مشتركة بين الفقه الاسلامي والقانون

يستعين بها القاضي للوصول الى الحكم المطلوب ولا إختلاف الا في التسمية فالفقهاء يسمونها مصادر تبعية، ويطلق عليها القانونيون (القواعد العامة).

د- خلط علماء أصول الفقه بين طرق الاجتهاد لارجاع الجزئيات الى كلياتها من النصوص المعقولة المعاني (أي التي يدرك العقل عللها وحكمها في القرآن والسنة النبوية وبين المصادر للاحكام) علما بأنها طرق لاكتشاف أحكام الله وليست مصادر لها.

هـ - القاضي في تطبيق السوابق القضائية ملزم للقضاة السابقين فلا يعد ذلك التطبيق اجتهاد قضائياً.

و- أهل رجال الدين منذ تدوين المذاهب العمل بما يسميه علماء أصول الفقه المصادر التبعية للفقه الاسلامي بحيث أصبح التأليف والتدريس والتعلم والتعليق بالنسبة لهذه المصادر التبعية مجرد عمل تقليدي يعمل الخلف تقليدا للسلف لا يسمن ولا يغني لان المفتي أو القاضي لا يتعبد نفسه باستخدام مصدر من تلك المصادر التبعية للوصول

الى الحكم المطلوب بل كل منهم يراجع مرجعاً فقهياً للمذهب الذي يقلده وحتى لا يكلف نفسه بان يقارن بين مذهبه ومذهب آخر ليطلع على الرأي الراجح أو الملائم لعصره وللظروف التي يعيش فيها وهذه مصيبة كبرى أبتلى بها العالم الاسلامي منذ زمن بعيد.

أهم طرق الاجتهاد فيما لانص فيه: -

أهم طرق الاجتهاد القضائي وغير القضائي التي يسميها علماء أصول الفقه (المصادر التبعية) ويطلق عليها القانونيون القواعد العامة أو المصادر الرسمية يقر القانون العمل بها فيما لا نص فيه هي الآتية: -

١- العرف: وهو ما تكرر استعمالها من قول أو فعل حتى إكتسب صفة الاستقرار في النفوس والتقبل في العقول والرعاية في التصرفات^(١). وقد أقر القرآن العرف والعمل بمقتضاه في آيات منها قوله تعالى: ﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ﴾^(٢). وثبت حجيته في غير المسائل الجزائية بالقواعد الفقهية الكلية منها العادة محكمة^(٣). المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً^(٤). المعروف بين التجار كالمشروط بينهم^(٥). التعيين بالعرف كالتعيين بالنص^(٦).

وقد قلت أهمية العرف في القوانين الداخلية بعد أن تحولت أكثر الاعراف الى نصوص قانونية ولكن مازال له دور مهم في القانون الدولي وفي حل النزاعات في ضوء الاعراف الدولية.

وكذلك له أهمية كبيرة في الاجتهاد القضائي وفي الفقه الاسلامي.

(١) ينظر مؤلفنا اصول الفقه في نسيجه الجديد/١/٧٧.

(٢) سورة الاعراف/ ١٩٩.

(٣) مجلة الاحكام العدلية المادة (٣٦).

(٤) المجلة (٤٣).

(٥) المجلة (٤٢).

(٦) المجلة (٤٥).

شروط العمل بالعرف: -

١. ان يكون صحيحا لا يخالف نصا صريحا أو النظام العام أو الآداب العامة.
 ٢. أن يكون مطردا غير مضطرب بان يكون ثابتا معمولا به.
 ٣. أن يكون سابقا في وجوده على الواقعة التي يطبق فيها.
 ٤. ان يكون عاما في الاحكام العامة.
 ٥. ان لا يتم الاتفاق من ذوي العلاقة على العمل بخلافه.^(١)
- ٢- القياس: - وهو ارجاع الجزئيات الى الكليات النصوص المعقولة المعاني اي النصوص العامة التي بإمكان العقل السليم ان يدرك عللها وغاياتها من نفع يستجلب أو ضرر يستردأ وقد سبق تفصيل الخلاف في القياس سابقاً وأقترح أن يؤخذ بتعريفنا هذا لانه اضبط وأدق من تعريفات علماء أصول الفقه له.
- ٣- المصلحة: - وهي المنفعة المستجلبة أو المصلحة المستدرة وسبق ان بينا ان الله تعالى حصر الغاية من الرسالة المحمدية في مصلحة الانسان في قوله تعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾. وجدير بالذكر ان جميع الطرق الاجتهادية الاخرى ترجع الى المصلحة.^(٢)
- ٤- الاستحسان: - وهو استثناء بعض المسائل الجزئية من قواعد الكلية رعاية للمصلحة أو الضرورة أو العرف.
- كاستثناء الشهيد في سبيل المصلحة العامة من شرط إكمال الخدمة العسكرية العامة أو المدنية لغرض مرتب التقاعد وذلك رعاية للمصلحة العامة ومصلحة أسرته وكاستثناء المضطر من أكل الميتة وأكل مال الغير من قاعدة التجريم وذلك رعاية للضرورة.
- ٥- سد الذرائع وفتحها: - الذريعة وسيلة يعطى لها حكم غايتها من المشروعية وعدمها وتفتح اذا كانت مشروعة والا فتسد ولها أقسام أربعة.
- أ- الوسيلة والغاية مشروعتان كمنع الجواز للطلبة الأوائل لغرض المنافسة في سبيل التفوق العلمي فتفتح الذريعة.

(١) أصول الفقه في نسجه الجديد ٨٤/١ ومايلها.

(٢) للاطلاع على تفصيل ذلك ينظر مؤلفنا أصول الفقه في نسجه الجديد ١١/١.

ب- كلتاهما غير مشروعة كالاتفاق الجنائي على ارتكاب جريمة مقابل مبلغ من المال فتسد الذريعة.

ج- الوسيلة مشروعة والغاية غير مشروعة كتقديم هدية للقاضي بقصد اغيازه له وقت المرافعة فتسد.

د- الوسيلة غير مشروعة والغاية مشروعة فتفتح كعقوبة الجنائي لغرض حماية الارواح والاموال والاعراض والامن والاستقرار.

٦- الاستصحاب: - وهو اقرار بإبقاء حكم سابق لم يثبت زواله. وأقسامه أربعة: -

أ- الاباحة الاصلية للاشياء النافعة مالم يثبت خلاف ذلك فالاصل في الموجودات الكونية من الاشياء النافعة الاباحة لقوله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ و (لام) لكم للنفع فلايتصور ان يخلق الله شيئاً لنفع الانسان ثم يمنعه منه.

ب- أستصحاب البراءة الاصلية فالانسان يولد وذمته بريئة من كل التزام جنائي أو مدني فعلى القاضي ان يعتبره انه مازال بريئاً عن كل مطالبة قضائية حتى يثبت خلاف ذلك.

ج - أستصحاب حكم ثابت سابق بدليل شرعي حتى يثبت خلافه فالمرأة المتزوجة سابقاً اذا طلبت من القاضي تزويجها من زوج آخر على القاضي رد الطلب حتى تثبت الفرقة بالوفاة أو الطلاق و انتهاء العدة.

د- أستصحاب الصفة الاصلية للاشياء فمن أشتى سيارة ثم استعملها وظهر فيها عيب يبرر فسخ العقد وأدعى البائع حدوثه بعد القبض فهو ليس ضامناً له وأدعى المشتري حدوثه قبله على القاضي ان يرجع جانب البائع حتى يثبت خلاف ذلك لأن الأصل السلامة والعيب عارض.

القانون والاجتهاد القضائي : -

نقتصر على القانونين (العراقي والمصري) إستبعاداً للأطالة المملة.

أولاً: القانون المدني العراقي القائم:

تناولت المادة الاولى من هذا القانون في فقراتها الثلاث تفويض القاضي سلطة الاجتهاد في مورد النص وفيما لانص فيه كالآتي: -

أ- خصصت الفقرة الاولى حالة مورد النص فنصت على أنه (تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها) وهذه الفقرة ناقصة ومعيبة فهي أقتصرت على طريقتين من طرق إستنباط القاضي الحكم من النص: -طريقة المنطوق الصريح للنص وفي هذه الحالة لا يحتاج القاضي الى الاجتهاد.

وطريقة المفهوم الموافق، والقول بحاجة القاضي للاجتهاد في هذه الحالة يتوقف على تحديد تكييف المفهوم الموافق^(١) فاذا كُيف يقاس المسكوت عنه على المنطوق به في الحكم لاشتراكهما في علته يكون القياس عملية اجتهادية على القاضي ان يلجأ اليها. وأما اذا كيف بانه من قبيل الدلالة اللفظية العرفية الحقيقية أو المجازية فلا داعي للاجتهاد.

وفي جميع الاحوال المادة ناقصة لانها أقتصرت على طريقتين لاستخراج الحكم من النص (المنطوق الصريح والمفهوم الموافق) في حين ان طرق الاستنباط في الواقع ونفس الامر ست كما ذكرنا ذلك سابقاً مرارا وهي (المنطوق الصريح للنص وإقتضاء النص، وإشارة النص، وإيماء النص، والمفهوم الموافق، والمفهوم المخالف) ولتصحيح هذا الخطأ الجسيم من الضروري تبديل تعبير (في ألفاظها أو في فحواها) بعبارة (بمنطوقها أو مفهومها).

^(١) كيفه البعض بأنه دلالة المفهوم الموافق عقلية قياسية اجتهادية والقاضي اذا لم يدرك علة الحكم المشتركة بين المنطوق به والمسكوت عنه لا يستطيع إلحاق الثاني بالاول في الحكم ولا يعني القياس سوى ذلك. وذهب البعض الى أن الدلالة اللفظية مجازية من قبيل ذكر الخاص وإرادة العام.

وقال جماعة دلالة اللفظية حقيقية عرفية. لمزيد من التفصيل يراجع مؤلفنا أصول الفقه في نسجه الجديد ٢/ ٤٩١ ومايليها

وقد تناولت الفقرة الثانية والثالثة من هذه المادة الاجتهاد القضائي في حالة غياب النص.

ب- الفقرة الثانية: (فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكمت المحكمة بمقتضى العرف فاذا لم يوجد بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فان لم يوجد بمقتضى قواعد العدالة.

والمرجع كما هو واضح خول القاضي سلطة الاجتهاد والاستعانة بالطرق الثلاث الاتية مع رعاية التسلسل الاتي: -

اولاً: -العرف: -ثانياً: مبادئ الشريعة الاسلامية ثالثاً: قواعد العدالة.

وهيوب هذه الفقرة هي الاتية: -

١. تقديم العرف على الشريعة^(١) مع ان الشريعة من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفتها بخلاف العرف.

٢. اذا تعارض العرف والشريعة يقدم العرف حسب التسلسل المذكور وهذا في بلد ينص دستوره على ان دين الدولة الرسمي هو الاسلام.

٣. خلط المشرع بين الشريعة والفقه الاسلامي مع ان الشريعة نصوص واحكام القرآن والسنة النبوية وهي ملزمة عقيدة وعملا وثابتة لا تتغير بالزمان والمكان والاشخاص واختلاف المصالح وغير قابلة للخطأ بخلاف الفقه الذي هو شرح لتلك النصوص وهو غير ملزم وغير ثابت وقابل للخطأ والتغيير.

٤. تعبير مبادئ الشريعة الاسلامية خطأ لايفتقر لانها وحي والمبادئ من بنات أفكار الانسان.

٥. قواعد العدالة مجهولة ومبهمه وغير محددة للقاضي فما هي هذه القواعد هل هي شرعية أو قانونية أو أصولية أو منطقية أو عقلية.

(١) مشروع القانون المدني العراقي القائم تم اعداده من قبل لجنة مشكلة من الاعضاء العراقيين برئاسة المرحوم السنيوري وكانت الشريعة مقدمة على العرف حين إكمال المشروع وبعد رجوع السنيوري الى القاهرة قدم الاعضاء العراقيون العرف على الشريعة فكتب لهم السنيوري رسالة وعاتبهم فيها على هذا الصنيع. وقد أطلعت على هذه الرسالة لدى الاستاذ ضياء الشيت خطاب رئيس محكمة التمييز سابقاً.

٦. وإحالة القاضي الى مجهول أو مفهوم عام غير واضح المعالم مرفوض في المنطق ولدى العقل السلم.

ج - الفقرة الثالثة وتسترد المحاكم في كل ذلك بالاحكام التي أقرها القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد الاخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية.

ولهذه الفقرة أيضا هيوب ومنها: -

١. حكم القاضي بما أقره الفقه أو القاضي في العراق أو في بلد آخر تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية من باب التقليد دون الاجتهاد.

٢. لكل قضية ظروفها وخلفياتها الخاصة ولو كانت القضايا متناظرة فلا يجوز للقاضي ان يحكم في قضية معينة بما حكم به في نظيرها القاضي السابق أو الفقيه لان إختلاف الحكم باختلاف الظروف والزمان والمكان والاشخاص أمر وارد.

٣. قد يكون القاضي السابق أو الفقيه غير مصيب في حكمه لانه مجتهد وكل مجتهد كما يكون مصيبا قد يكون مخطئا، ففي الحالة الثانية يتكرر الخطأ في اجتهاد القاضي المعتمد على الحكم السابق اذا حكم بنفس الحكم. لكن اذا كانت الاستعانة بالسوابق القضائية لمجرد الاسترشاد دون الحكم فهو مقبول بغض النظر عن التقارب وعدمه بين القوانين.

٤. الحكم باحكام بلد آخر رغم تقارب القوانين أمر ترفضه فلسفة القانون لان المفروض في قانون كل بلد أنه يستقى من واقعه وطبيعة حياته لذا قال مونتسكيو كما ذكرنا سابقا ان قانون مجتمع لا يصلح لمجتمع آخر.

ثانياً: القانون المدني المصري القائم^(١)

وقع المشرع المصري في نفس الاخطأ التي وقع فيها المشرع العراقي في المادة الاولى التي نصها: (تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في ألفاظها أو في معناها فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف فإذا لم يوجد بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية فإذا لم يوجد بمقتضى مبادئ

القانون الطبيعي وقواعد العدالة). ولا مبرر لتكرار خطأ القانون المدني العراقي في التعليق على القانون المدني المصري أيضا ولكن من الضروري الإشارة الى خطأ انفرد به القانون المدني المصري وهو اضافة عبارة القانون الطبيعي فهذا القانون عاش ويعيش بين الحقيقة والخيال.

فاذا أريد به القانون الالهي فتنتطبق عليه المواصفات التي ذكرها علماء القانون للقانون الطبيعي واذا أريد به القانون الذي يستقى من طبيعة واقع المجتمع يكون له حقيقة أيضا لكن ليس أبديا وخالدا ومثاليا.

اما اذا أريد به ماقاله بعض فقهاء القانون كالمرحوم السنهوري والمرحوم الاستاذ عبدالباقي البكري والاستاذ الدكتور منذر الشاري من أنه قانون أبدى وأزلي ومثالي وثابت لا يتغير بتغير الزمان والمكان وعلى المشرع الوضعي أن يطور القانون في ضوءه فهو من باب الحرافات ونسيج الخيال. ونقترح ان تكون صياغة المادة الاولى في كلا القانونين العراقي والمصري كالآتي:

١- تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص بمنطوقها أو مفهومها.

٢- فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى القواعد العامة الممثلة بالمصادر التبعية في أصول الفقه الاسلامي.

٣- تسنرشد المحاكم في اجتهاداتها بالقواعد الفقهية العامة في الفقه الاسلامي دون تقييد بمذهب معين وبالسوابق القضائية الصائبة العادلة في نظائرها.

رَبِّ زَكْنِي عِلْمًا وَالْحَقْنِي بِالصَّالِحِينَ

الصلة بين المنطق والقانون

تأليف

الدكتور مصطفى ابراهيم الزلي

الاستاذ المتمرس في الشريعة والقانون

﴿وَمَنْ يُؤْتَ الْحِكْمَةَ فَقَدْ أُوتِيَ
خَيْرًا كَثِيرًا﴾

سورة البقرة/٢٦٩

(عليك بالحكمة فإن الخير في الحكمة)

الحديث الشريف

(من لا معرفة له بالمنطق لا ثقة بعمله)

الغزالي

(المنطق ميزان العلوم)

ابن سينا

الفهرس

٧	مقدمة
٧	تعريف المنطق:
١٠	تطور المنطق:
١١	صلة المنطق بالعلوم الاخرى:
١٥	الفصل الاول: المنطق ودلالات النصوص
١٦	المبحث الأول: الدلالة واقسامها
١٦	الدلالة:
١٨	المبحث الثاني: طبيعة دلالات النصوص على الاحكام في ضوء علم المنطق:
١٨	أولاً- الدلالة المطابقة:
١٩	ثانياً- الدلالة التضمنية:
٢٠	ثالثاً- الدلالة الالتزامية:
٢٥	الفصل الثاني: المنطق وتفسير المصطلحات القانونية
٢٧	المبحث الاول المبادئ التصورية
٢٩	المبحث الثاني مقاصد التصورات
٣٢	الفصل الثالث: المنطق وتقسيم الموضوعات القانونية
٣٣	التقسيم العقلي:
٣٥	((التفريق للضرر)):
٣٦	التقسيم الاستقرائي:
٣٧	الفصل الرابع: المنطق والغلط بين بعض المصطلحات القانونية
٣٧	التناقض والتعرض:
٣٨	أولاً- من حيث الحقيقة:
٣٨	ثانياً- من حيث الشروط:
٤٠	ثالثاً- من حيث الحكم:
٤٢	المصادرة على المطلوب:
٤٣	الغلط بين العام والخاص المطلق وبين العام والخاص من وجه:
٤٥	الفصل الخامس: القضايا المنطقية والقواعد القانونية

٤٧	المبحث الاول: القضية الحملية
٤٧	شروط القضية الحملية المرجبة:
٥٠	المبحث الثاني: القضية الشرطية
٥١	أولاً- القضية الشرطية المتصلة:
٥٤	ثانياً- القضية الشرطية المنفصلة:
٥٧	الفصل السادس: المنطق والادلة القضائية
٥٧	الدليل:
٥٨	القياس المنطقي:
٥٨	اولاً- القياس الاقتراضي الحملي:
٥٩	ثانياً- القياس الاقتراضي الشرطي:
٦٠	ثالثاً- القياس الاستثنائي المتصل:
٦١	رابعاً- القياس الاستثنائي المنفصل:
٦٢	المبحث الاول: الادلة النقلية
٦٢	اقسام الادلة النقلية:
٦٣	اولاً- الادلة النقلية اليقينية:
٦٤	ثانياً- الادلة النقلية غير اليقينية (الامارات):
٦٩	المبحث الثاني: الادلة العقلية
٦٩	الدليل العقلي اليقيني:
٦٩	أ- اليقنيات البديهية:
٧٠	ب- اليقينات النظرية:
٧١	الادلة اللمية والادلة الانية:
٧١	القسم الاول- الدليل اللمي:
٧٢	القسم الثاني- الدليل الاني:
٧٤	الخاتمة
٧٤	اهم النتائج الاصلية المبتكرة في هذا البحث

مقدمة

ان القانوني يعيش مع النصوص، والنصوص هي حقل العمل القانوني، فكما أن هناك قوانين تنظم علاقة الانسان مع الانسان في متطلبات الحياة، كذلك هناك ثلاثة قوانين تنظم علاقة القانونيين مع النصوص:

الأول- قانون اللغة (لغة النص):

وهو يحفظ لسان القانوني عن الخطأ في التلفظ، وقلمه عن الخطأ في الكتابة، وإعداده للمشروع القانوني عن الخطأ في الصياغة الفنية الدقيقة للنصوص القانونية.

الثاني-قانون اصول الفقه:

وهو يعصم ذهن الفقيه، والقاضي، والمحامي... عن الخطأ في استنباط الاحكام من نصوصها، والفروع من اصولها.

الثالث-قانون المنطق:

وهو يحمي عقل المفكر القانوني عن الخطأ في التفكير والاجتهاد والاستدلال، وتكييف الوقائع، وتصميم البحوث القانونية، وترتيب عرضها. ولشيوخ الصلة بين القانونين الاولين وبين النصوص، أقصر في هذا البحث على عرض وبيان بعض الاحكام المنطقية والقانونية تؤكد الصلة بين علم المنطق والقانون، وتبين ما للمنطق من اهمية كبيرة في القانون من زاوية تشحيذ ذهن القانوني، وتعميق تفكيره بحيث يجعله يغوص في عمق بحار النصوص بدلاً من السباحة فوق سطوحها.

تعريف المنطق:

من المتعذر تعريف المنطق بما يشمل كافة انواعه، ولكن الذي يهمنا في هذا البحث هو المنطق الارسطي (التقليدي) الذي له العلاقة مع النصوص وكيفية الاستدلال، وطبيعة الاستنباط للوصول الى الحكم العادل الذي تستهدف النصوص التشريعية والقانونية تحقيقه.

وهذا النوع من المنطق قد عرف بتعريفات متعددة كلها تدور حول محور واحد وهو ان المنطق يعصم الذهن عن الخطأ في التفكير والاستدلال والاستنتاج.

فقد عرفه الفارابي بأنه: ((مجموعة قوانين تستخدم لقياس المقولات، كما تستخدم الموازين والمكاييل في قياس الاجسام^(١))).

وعرفه ابن سينا بأنه: ((قانون صناعي عاصم للذهن عن الزلل، يميز لصواب الراي من الخطأ^(٢))).

وعرفه الغزالي بأنه: ((القانون الذي يميز الهد^(٣)، والقياس^(٤) من غيره، وكأنه الميزان او المعيار للعلوم كلها، وكل ما لم يوزن بالميزان لا يتميز فيه الرجحان من النقصان ولا الريح من الحسران^(٥))).

وعرفه توما الاكويني بأنه: ((الفن الذي يقودنا بنظام وبسهولة وبدون خطأ في عمليات العقل الاستدلالية^(٦))).

ونستنتج من هذه التعريفات وغيرها: ان المنطق علم تحليلي عقلي فهو علم التفكير السليم او علم قوانين الفكر الذي يميز بين الصحيح والفاقد، وبين الصواب والخطأ من بنات افكار الانسان الاستدلالية والاستنتاجية.

فالمنطق بالمعنى العام آلة العلوم، فالعلوم الطبيعية، والاجتماعية، والقانونية، والاصولية... تستخدم قواعده وتحتاج اليه وهو لا يحتاج الى تلك العلوم.

أهمية المنطق:

اكتفى في بيان أهمية المنطق بالجملة المختصرة الجامعة البديعة التي قالها الفيلسوف الغزالي قبل زهاء تسعمائة سنة: وهي: ((من لا معرفة له بالمنطق لا ثقة بعمله)).

(١) الفارابي ابو النصر: احصاء العلوم. نقلاً عن الدكتور مهدي فضل الله: مدخل الى علم المنطق (المنطق التقليدي)، ص ١٨.

(٢) ابن سينا: منطق الاشارات والتنبيهات، ص ٢٣.

(٣) التعريف بالذلتيات.

(٤) القياس المنطقي.

(٥) الغزالي ابو حامد: مقاصد الفلاسفة تحقيق سليمان دنيا- دار المعارف القاهرة، ١٩٦١، ص ٣.

(٦) توما الاكويني: البصائر النُصيرية نقلاً عن مدخل الى علم المنطق المرجع السابق، ص ١٨.

موضوعه:

المعلومات التصورية والتصديقية من حيث الاستعانة بها لكشف المجهولات التصورية والتصديقية^(١).

غايته:

الغاية المتوخاة من المنطق هي عصمة ذهن الانسان عن الخطأ حين الاكتسابين التصوري والتصديقي.

نشأته:

نشأ علم المنطق منذ اخذ الانسان يتسائل عن الوجود، وعن مظاهر هذا الكون العظيم، يتفكر فيستدل ثم يحكم!!

يقول بعض الباحثين: ان ٩٩٪ من الناس هم منطقيون بالفطرة من حيث لا يعلمون. ولكن تؤكد هذا العلم نظرياً ودراسياً وتطبيقياً حين كان ارسطو (٤٢٧ - ٣٤٧ ق.م) يرد على السوفسطائيين فيأخذ بمسلماتهم ثم يجبرهم على وضعها في مقدمات عن طريق القياس المنطقي ثم يرغمهم على التسليم بالنتائج.

ولعل أول من استخدم المنطق للوصول الى معرفة خالقه هو سيدنا ابراهيم عليه السلام كما يرويه القرآن الكريم في قوله تعالى ﴿وَكَذَلِكَ نُرِي إِبْرَاهِيمَ مَلَكُوتَ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَلَيَكُونُ مِنَ الْمُوقِنِينَ، فَلَمَّا جَنَّ^(٢) عَلَيْهِ اللَّيْلُ رَأَى كَوْكَبًا قَالَ هَذَا رَبِّي فَلَمَّا أَفَلَ^(٣) قَالَ لَا أَحِبُّ الْآفِلِينَ، فَلَمَّا رَأَى الْقَمَرَ بَازِعًا^(٤) قَالَ هَذَا رَبِّي فَلَمَّا أَفَلَ قَالَ لَئِنْ لَمْ يَهْدِنِي رَبِّي لَأَكُونُ مِنَ الْغَالِينَ، فَلَمَّا رَأَى الشَّمْسَ بَازِعَةً قَالَ هَذَا رَبِّي هَذَا أَكْبَرُ فَلَمَّا أَفَلَتْ قَالَ

(١) العلامة اسماعيل الكلنبي: البرهان، مطبعة السعادة، القاهرة، ص ١٥.

العلامة زكريا الانصاري: شرح ايساغوجي في المنطق ص ٢٠ وما بعدها.

(٢) أظلم.

(٣) غاب.

(٤) طالعاً.

يَا قَوْمِ إِنِّي بَرِيءٌ مِّمَّا تُشْرِكُونَ، إِنِّي وَجَّهْتُ وَجْهِيَ لِلَّذِي فَطَرَ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضَ حَنِيفًا^(١) وَمَا أَنَا مِنَ الْمُشْرِكِينَ^(٢).

تطور المنطق:

على الرغم مما ذهب اليه البعض مثل كانت من ان المنطق ولد كاملاً ومتكاملاً منذ ارسطو فلم يتقدم خطوة الى الامام كما لم يتراجع الى الوراء، الا ان المنطق الارسطي قد تطور بفضل علماء المسلمين في العالم العربي والاسلامي، وبسبب بعض المفكرين في القرون الثلاثة الاخيرة في العالم الاوربي تطوراً ملحوظاً. فحين كان منطق ارسطو يفتقد المنهج التجريبي، وكان يصلح لمعالجة الكليات اكثر مما يصلح للبحث في الامور الجزئية، نرى ان ابن سينا قرب المنطق الى المنهج التجريبي عن طريق معالجة الجزئيات ثم الانتقال منها الى الكليات. وقد دمج المتكلمون من فلاسفة المسلمين القواعد العقلية المنطقية بالادلة النقلية الشرعية لمناقشة المعارضة في الفكر الاسلامي، ولاقناع الخصوم بالحكمة والموعظة الحسنة، كما يأمر به القرآن الكريم: ﴿ادْعُ إِلَى سَبِيلِ رَبِّكَ بِالْحُكْمَةِ وَالْمَوْعِظَةِ الْحَسَنَةِ وَجَادِلْهُمْ بِلَاَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾^(٣).

وكذلك كان لعلماء اصول الفقه دور ملموس في تطوير علم المنطق وتثبيت كثير من قواعده في علم اصول الفقه بغية الاستعانة بها حين استنباط الاحكام من نصوصها واستخراج الفروع من اصولها.

اما في العالم الاوربي فقد ساهم كثير من علماء القرن الثامن عشر والتاسع عشر والعشرين في تطوير المنطق. ومن هؤلاء فرنسيس بيكون الذي وضع قواعد المنهج التجريبي، ورسم المخطوط الاولى لمنطق استقرائي يختلف في جوهره وثماره عن المنطق الارسطي، وكذلك ستيوارت مل الذي طور منهجه الى العلم التجريبي العملي حتى يساهم في العلوم الاخرى.

(١) مائلا الى الدين القيم.

(٢) سورة الانعام الاية ٧٥-٧٩.

(٣) سورة النحل ١٢٥.

صلة المنطق بالعلوم الاخرى:

بعد محاولات تطوير المنطق ظهرت اتجاهات بصدده صلة المنطق بالعلوم الاخرى أهمها:

١-الاتجاه اللغوي:

يرى علماء اللغة: ان العلاقة وثيقة بين اللغة والمنطق لان الاول تعبير ظاهري والثاني تفكير باطني، فاللغة تمثيل حي للمدرك الذهني.

وقد انقسم علماء النحو من المسلمين، فمنهم من قبل بالتقسيمات المنطقية في النحو ومنهم من رفض ذلك كالحليل وسيبويه. ولكن أخيراً انتصر النحو المنطقي وانتهى الامر بسيادته.

٢-الاتجاه الميتافيزيقي:^(١)

يرى انصار هذا الاتجاه من براتل وهيجل وغيرهما: ان المنطق هو علم الفكر الضروري من حيث انه مطابق مع الوجود، او كما يقول الهيجليون: علم الفكرة المجردة، ولانه في مبادئه واقسامه ميتافيزيقي كمبدأ عدم التناقض، ومبدأ ان لكل معلول علته وان الشئ هو هو...

٣-الاتجاه الاجتماعي:

يبني بعض علماء الاجتماع الصلة بين علم المنطق وعلم الاجتماع على اساس ان قواعدهم مجعولة يجعل المجتمع الذي صنع المنطق في زمن اجتماعي متأخر فأوجد تصور الحقيقة، والصدق، والحق... وغيرها من معايير اجتماعية. ومن زعماء هذا الاتجاه دوركايم الذي يقول ان المجتمع هو الذي اعطى الخطوات الاولى التي بنى عليها الفكر المنطقي.

^(١) ميتافيزيقيا: فرع من الفلسفة يبحث عن الحقيقة الاولى للوجود، سماها ارسطو الفلسفة الاولى. واطلقت على ما وراء الطبيعة. وهي عند الكندي: الفلسفة الاولى وبحث الريبوبية. وعند الفارابي: العلم بالوجود بما هو موجود. وعند ابن سينا. العلم الالهي. وعند ابن رشد: النظر في الموجود بما هو موجود. وكل هذه التعريفات تدور حول محور واحد وهو الموجود الذي خرج من عالم المحسوس الى عالم المعقول. انظر الموسوعة العربية الميسرة، ص ١٧٩٥.

٤- الاتجاه السيكلوجي:

حاول بعض العلماء ومنهم (كانت) ربط علم المنطق بعلم النفس على اساس ان منبع الاعمال العقلية والارادية هو الشعور، وبذلك يمكن رد المنطق الى سيكلوجية العقل ورد الاخلاق الى سيكلوجية الارادة، وان صور الفكر وقوانينه خاضعة للبناء النفسي أو بناء الشعور.

٥- الاتجاه الرياضي:

ظهر أخيراً اتجاه يؤكد الصلة الوثيقة بين علم المنطق وبين الرياضيات، ونتيجة لذلك ظهر ما يسمى بالمنطق الرياضي^(١).

ومن المؤسف ان لا نجد من بين هذه الاتجاهات الاتجاه القانوني الذي يتولى بيان الصلة بين علم المنطق وبين القانون، مع ان هذه الصلة في اعتقادي اقوى من كل علاقة بين المنطق وبين أي علم آخر.

وهذا مما دفعني الى تقديم هذا الجهد المتواضع الى الاسرة القانونية بصفتي حائزاً لبعض الاوليات المنطقية والقانونية^(٢). ولا ادعى الاحلية الكاملة للوفاء بهذا الالتزام الادبي كما هو المطلوب، ولكن يقال: ((ما لا يدرك كله لا يترك جله)). فاحاول قدر الاستطاعة ان اتناول بالبحث الموضوعات التالية:

١- المنطق ودلالات النصوص القانونية.

٢- المنطق وتفسير المصطلحات القانونية.

^(١) أنظر الدكتور علي عبدالمعطي محمد، المنطق ومناهج البحث العلمي في العلوم الرياضية والطبيعية، ص ٤٣ وما بعدها.

الدكتور علي سامي النشار، المنطق السوري منذ أرسطو وتطوره المعاصر، ط ١ ص ٣٦ وما بعدها.

^(٢) قرأت على يد بعض اساتذتي من علماء الاكراد في شمالي العراق خلال أعوام ١٩٣٩-١٩٤١ بعض الكتب المنطقية منها: شرح زكريا الانصاري على متن ايساغوجي في المنطق. وتهذيب المنطق للتفتازاني مع شرح الخبيصي وحاشية اليزدي، وتحرير القواعد المنطقية شرح رسالة الشمسية للعلامة قطب الدين الرازي، وكتاب البرهان للعلامة الكليني وقمت بتدريس هذه المواد في المدارس الاسلامية في محافظة السليمانية خلال فترة ١٩٤٦-١٩٥٥. وانتميت الى الاسرة القانونية ١٩٦٠ في كلية القانون والسياسة (كلية الحقوق سابقاً) جامعة بغداد. متعلماً. ومنذ ١٩٧٦ امارس مهنة التدريس في نفس الكلية معلماً.

- ٣- المنطق وتقسيم الموضوعات القانونية.
 - ٤- المنطق والخلط بين المصطلحات القانونية.
 - ٥- المنطق والقواعد القانونية.
 - ٦- المنطق والادلة القضائية.
- وذلك في فصول ستة حسب التسلسل المذكور.



الفصل الأول المنطق ودلالات النصوص

توزع محتويات هذا الفصل على مبحثين:
الاول في الدلالة واقسامها.
والثاني في طبيعة دلالات النصوص على
الاحكام.



المبحث الاول

الدلالة واقسامها

الدلالة:

هي كون الشئ بحالة يلزم من العلم به - بعد العلم بتلك الحالة - العلم بشئ آخر. فالاول دال، والثاني مدلول، والحالة هي اساس التلازم بينهما: فان كانت وضعاً فالدلالة وضعية، وان كانت طبعاً فطبيعية، وان كانت عقلاً فعقلية. وبناء على ذلك تكون اقسام الدلالة باعتبار هذه الحالة ستة:

١-الدلالة اللفظية الوضعية:

كدلالة اقرار المقر قانوناً وشرعاً على ثبوت المقر به اذا توافرت شروطه، سميت لفظية لأن اساسها هو التلفظ، وسميت وضعية لأن اللفظ موضوع لمعنى محدد لا يُفسر بغيره في اقرار الشخص وافادته.

٢-الدلالة اللفظية الطبيعية:

كدلالة بعض كلمات يوجهها المحقق الى المتهم وتثير في نفسه انفعالات شديدة لما لها من صلة بموضوع الجريمة على ثبوت التهمة الموجهة اليه دلالة ظنية قابلة لاثبات العكس. وهنا سميت الدلالة لفظية لأنها ناشئة من ألفاظ يوجهها المحقق إلى المتهم، أو ألفاظ ينطق بها المتهم، وسميت طبيعية لأن ردود الأفعال والإنفعالات هي ظواهر طبيعية دالة على شيء ما بالطبع.

٣-الدلالة اللفظية العقلية:

كدلالة الألفاظ المتضاربة والمتعارضة في افادات الشهود بصدد التهمة الموجهة الى المتهم على عدم ثبوت هذه التهمة ثبوتاً مقنعاً للمحكمة المختصة. سميت عقلية لأنها ناشئة من استنتاج عقلي لما يدور في الألفاظ المتضاربة.

٤-الدلالة هي اللفظية الوضعية:

كدلالة اشارات المرور الدولية والداخلية المنصوبة على الطرق والشوارع العامة على المعاني المعنية بها في قانون المرور.

٥- الدلالة غير اللفظية الطبيعية:

كدلالة التغيرات الفيزيولوجية على ثبوت التهمة الموجهة الى المتهم. وقد كان الفيلسوف اليوناني مؤسس علم المنطق اول من استخدم هذه الدلالة لكشف الجريمة، فكان يحس نبض الشخص المعني بالاستجواب ليعرف هل هو صادق في كلامه او لا، فإذا أسرع نبضه دل ذلك دلالة طبيعية على اضطرابه، وكذبه. وإن كان نبضه عادياً دل على العكس. كما استخدم الصينيون القدماء طريقة وضع الرز الجاف غير المطبوع في فم المتهم فان بقي جافاً في فمه بعد التحقيق دل ذلك دلالة غير لفظية طبيعية على انه هو الجاني. والعلاقة بين الدال والمدلول هي الطبيعة، لان من مقتضى طبيعة الغدد اللعابية افراز اللعاب في الحالة الاعتيادية، وعدم الافراز في حالتها الخوف والانفعال. وهذا شبيه في الوقت الحاضر بما يسمى (جهاز كشف الكذب) الذي يستعمل لقياس تنفس المتهم، او ضغط دمه، او درجة مقاومة جلده لتيار كهربائي مما يظهر عليه اثناء التحقيق معه^(١).

٦- الدلالة غير اللفظية العقلية:

كدلالة هذا الكون العظيم الذي لا تزال عقول علماء الفضاء حيارى، اين يبدأ واين ينتهي؟! على وجود الخالق وهو الله سبحانه وتعالى. وهذا ما يسمى في علم الفلسفة البرهان الإنسي، أي الاستدلال بالأثر على وجود المؤثر. ويقابله البرهان اللهي، أو الاستدلال بالمؤثر على وجود الأثر، كالاستدلال بالجرائم والميكروبات في الدم بعد الإختبار على وجود نوع معين من المرض في شخص المريض.

وكدلالة بعض آثار الجريمة على ثبوت التهمة الموجهة الى المتهم عن طريق الاستدلال الإنسي ((الاستدلال بالأثر على المؤثر)).

(١) انظر الدكتور سلطان الشاوي، اصول التحقيق الاجرامي، ص ٢٢٠.

الدكتور حسين محمد علي، الجريمة واساليب البحث العلمي، ص ٢٨٧.

الدكتور سعد جلال، اسس علم النفس الجنائي علماً وعملاً، ص ٣٨٩.

قد يلجأ المحقق إلى ايجاد طرق مختلفة للتوصل إلى الدليل الذي يتقرر بواسطته نتيجة التحقيق، عن تخويف ولرهاب وتعذيب نفسي أو جسدي للمتهم، ولم ترد الإشارة إلى نوع الدلالة لتلك الحالة ومدى امكان الركون إليها.

المبحث الثاني

طبيعة دلالات النصوص على الاحكام

في ضوء علم المنطق

تسرى النصوص التشريعية والقانونية على جميع العلاقات التي تتناولها وتدل على احكامها بدلالة من هذه الدلالات الست الآتية:

١- دلالة المنطوق.

٢- دلالة مفهوم الموافقة.

٣- دلالة مفهوم المخالفة.

٤- دلالة الاشارة.

٥- دلالة الاقتضاء.

٦- دلالة الايماء.

وفي ضوء قواعد علم المنطق ترجع هذه الدلالات الست الى الدلالات المنطقية الثلاث الآتية:

١- دلالة المطابقة (أو الدلالة المطابقة).

٢- دلالة التضمن (أو الدلالة التضمنية).

٣- دلالة الالتزام (أو الدلالة الالتزامية).

كما يتضح من التفصيل الآتي.

أولاً- الدلالة المطابقة:

وهي دلالة لفظ النص على تمام المعنى الموضوع له لغة أو شرعاً أو قانوناً أو عرفاً، فإذا كان للنص منطوق ومفهوم، فدلالته على كليهما معاً مطابقة (أي ان الدال مطابق للمدلول ليس زائداً ولا ناقصاً).

ثانياً-الدالة التضمنية:

وهي دلالة لفظ النص على بعض من معناه الموضوع له ^(١) ضمن المجموع. وتتجلى هاتان الدالتان (المطابقة والتضمنية) في المادة (٢٣٧) من قانون العقوبات المصري النافذ التي تنص على ان ((من فاجأ زوجته حال تلبسها بالزنا وقتلها في الحال، هي ومن يزني بها، يعاقب بالحبس بدلاً من العقوبات المقررة في المادتين (٢٣٢ و ٢٣٦)). فهذا النص يدل بمنطوقه على تخفيف عقوبة جريمة القتل من الاعدام، او السجن المؤبد، او الاشغال الشاقة المؤبدة، أو المؤقتة، أو السجن الى عقوبة الحبس (اي مدة لا تتجاوز خمس سنوات).

ويدل بمفهومه - من باب أولى - على تخفيف عقوبة العاهة المستديمة اذا اصابها بهذه العاهة بدل القتل، وعلى تخفيف عقوبة الشروع اذا خاب الاثر بسبب لا يعود الى ارادته. وانما ذكرت هذه المادة المصرية، لأن قانون العقوبات العراقي النافذ المادة (٤٠٩) جعل حالة العاهة المستديمة منطوقاً للنص فذكرها صراحة. لكن النص العراقي ايضاً يدل بمفهوم الموافقة على تخفيف عقوبة الشروع اذا فاجأ زوجته أو احدى عارمه في حالة تلبسها بالزنا او وجدها في فراش واحد وبدأ يقتلها وأوقف أو خاب الاثر لاسباب لا دخل لارادته فيها ^(٢). ففي هاتين المادتين المصرية والعراقية دلالة الاولى على مجموع المنطوق (تخفيف عقوبة القتل) والمفهوم (تخفيف عقوبة العاهة والشروع) دلالة مطابقة. ودلالة الثانية على مجموع المنطوق (عقوبة القتل والعاهة) والمفهوم (عقوبة الشروع) دلالة مطابقة.. ودلالة كل منهما على المنطوق فقط او المفهوم فقط ضمن المجموع دلالة تضمنية ^(٣).

ومن الجدير بالذكر ان دلالة النص على مفهوم الموافقة دلالة لفظية وضعية قانونية أو شرعية، وليست دلالة اجتهادية عقلية قياسية، وذلك بناء على مبدأ الشرعية (لا جريمة ولا عقوبة الا بناء على نص).

^(١) المعنى الموضوع له أنسب، لأن معنى الموضوع له يفهم منه وجود معناه الموضوع لغيره، وهو ما لا يقصده المتكلم.

^(٢) انظر المواد (٣٠، ٣١، ٣٢، ٤٠٥، ٤٠٦، ٤٠٩، ٤١٢) من قانون العقوبات العراقي النافذ رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩.

^(٣) كما في حالة كون الجريمة قتلاً فقط، او عاهة فقط، او شروعاً فقط، او قتلاً لاحدهما وعاهة او شروعاً للآخر.

وقوله تعالى ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْماً إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَاراً وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيراً^(١)﴾ يدل بمنطوقه على تحريم اكل مال اليتيم ظلماً وبفهمه يدل على تحريم كل اتلاف يضر بماله، أي كان نوع هذا الاتلاف وطبيعته، ما لم يكن هناك مبرر لذلك. ودلالته على مجموع الاكل والاتلاف مطابقة، وعلى احدهما فقط ضمن المجموع تضمينه.

ثالثاً- الدلالة الالتزامية:

وهي دلالة النص دلالة عقلية التزامية على حكم لازم لمنطوق النص أو مفهومه حيث ينتقل ذهن القاضي من العلم بالمنطوق أو المفهوم الى هذا الحكم اللازم تلقائياً. وكدلالة لفظ العقد على مجموع الإيجاب والقبول دلالة مطابقة، وعلى أحدهما فقط ضمن المجموع دلالة تضمنية، وعلى جميع الحقوق والالتزامات المترتبة على العقد دلالة التزامية. وترجع بقية الدلالات الأربع (أي ما عدا المنطوق والمفهوم) للنصوص الى الدلالة الالتزامية العقلية كما يتبين من الايضاح الآتي:

١- دلالة مفهوم المخالفة:

إذا ذكر المشرع في النص قيداً معتبراً في الحكم بحيث يدور معه وجوداً وعدمًا، فإذا تحقق هذا القيد، يطبق القاضي منطوق النص، أي ما يدل عليه النص دلالة مطابقة، إذا لم يكن له مفهوم الموافقة ودلالة التضمن حين وجود مفهوم الموافقة له. وإن تخلف القيد فإن القاضي يطبق مفهوم المخالفة وهو الحكم الذي يدل عليه النص دلالة التزامية عقلية ويكون مخالفاً للحكم المنوط بالقيد. حيث ان علم القاضي بدوران الحكم مع القيد وجوداً وعدمًا يستلزم علمه بضرورة تطبيق الحكم المخالف في حالة تخلف القيد.

فالمادة (١٢٩/١) من القانون المدني العراقي النافذ تنص على انه يجوز ان يكون محل الالتزام معدوماً وقت التعاقد اذا كان ممكن الحصول في المستقبل وعُين تعييناً نافياً للجهالة فتدل بمنطوقها دلالة مطابقة على جواز كون محل الالتزام معدوماً حين انشاء العقد، اذا توفر القيدان المذكوران (امكان الحصول والتعيين النافي للجهالة)، وتدل بمفهومها المخالف دلالة التزامية عقلية على عدم جواز ذلك اذا تخلف احد القيدين او كلاهما.

والمادة (٤٥٩) من المشروع للقانون المدني العراقي الجديد تدل بمنطوقها على ان ((كل من استعمل مال غيره بغير حق التزم بالتعويض))، وتدل بمفهومها المخالف على ان كل من استعمل مال غيره بحق لا يلتزم بالتعويض.

٢- دلالة الاشارة (الازم وملزوم):

وهي دلالة النص دلالة التزامية عقلية على حكم غير مقصود من النص اصالة، ولكنه لازم للحكم المدلول عليه لزوماً عقلياً. فالمادة (١/٣٧٨) من قانون العقوبات العراقي النافذ تدل بمنطوقها على انه ((لا يجوز تحريك دعوى الزنا ضد اي من الزوجين او اتخاذ أي اجراء فيها الا بناء على شكوى الزوج الاخر))، وتدل دلالة اشارة (دلالة التزامية عقلية) على ان جريمة أحد الزوجين اعتداء على حق خاص للزوج الاخر. وكذلك المادة (١/٣٧٩) تدل بمنطوقها على ان ((للزوج البهي ان يمنع السير في تنفيذ الحكم الصادر على زوجته))، وتدل ايضاً دلالة اشارة (دلالة التزامية عقلية) على نفس الحكم السابق (الجريمة اعتداء على حق خاص)، خلافاً لما أقرته الشريعة الاسلامية من ان جريمة الزنا من جرائم الحدود وهي تمثل الاعتداء على حق عام (حق المجتمع في اخلاقه وأدابه وقيمه)، وان لكل فرد من هذا المجتمع الحق في تحريك الدعوى اذا تكررت الجريمة أو وصلت حد الاستهتار بالاخلاق والقيم والدين. اما اذا كانت للمرة الاولى فالشريعة الاسلامية تأمر السر للحفاظ على سمعة العائلة. يقول الرسول الكريم ﷺ (من سر على أخيه سر الله عليه يوم القيامة). ثم ان عقوبة جريمة الزنا من عقوبات الحدود وهي لا تقبل الصلح ولا العفو ولا التخفيف ولا التشديد ولا التبديل من أية سلطة فردية او جماعية.

٣- دلالة الاقتضاء:

وهي دلالة النص دلالة التزامية عقلية على وجوب اضافة قيد من قبل القاضي الى النص المعني بالتطبيق حتى يدل على قصد المشرع او المعنى الصحيح للنص. وهذه الاضافة التي يقتضيها النص يترك المشرع ذكرها صراحة اما لوضوحها وسهولة ادراكها او لعدم ادراك أهميتها حين اعداد المشروع والتصديق عليه.

فالمادة (٨٨٠) من المشروع للقانون المدني العراقي الجديد تدل بمنطوقها على ان ((للموكل في أي وقت أن يعزل وكيله او يقيد وكالته)) وتدل دلالة اقتضاء ((دلالة عقلية التزامية)) على ان تطبيقها بصورة صحيحة عادلة تتطلب اضافة قيد ((الا اذا تعلق بالوكالة حق للغير أو كانت قد صدرت لصالح الوكيل)). لانه في حالة تعلق حق الغير

بالوكالة او صدورها لصالح الوكيل لا يجوز للموكل ان يعزل الوكيل بارادته المنفردة ولا ان يقيد الوكالة، بل تبقى وكالته قائمة على الرغم من عزل الوكيل.

وعلى سبيل المثال: اذا اشترطت الزوجة على الزوج حين الزواج أن يوكلها في أن تطلق نفسها اذا تزوج عليها بزوجة أخرى، ثم وكلها وفاءً لهذا الالتزام بموجب المادة (٣/٦) من قانون الاحوال الشخصية النافذ^(١) فلا يحق للزوج ان يعزلها عن هذه الوكالة، لانها صدرت لصالحها، وهذا ما اقره فقهاء المالكية^(٢).

وهناك تطبيقات كثيرة في القضايا المدنية بهذا الخصوص منها ما اذا وكل الشركاء في الشيوخ شريكاً منهم في ادارة المال الشائع، فهذه الوكالة ليست في صالح الموكلين فحسب، بل هي ايضاً في صالح الوكيل، وكذلك اذا وكل المؤمن له شركة التأمين في الدعوى التي ترفع منه او عليه بسبب الخطر المؤمن به، فان الوكالة تكون في هذا الفرض لصالح الوكيل وهو شركة التأمين. والوكالة لصالح الغير كأن يوكل شخص شخصاً آخر في بيع دار له وفي قبض الثمن وفاء دين في ذمته للغير من هذا الثمن، فهذه الوكالة في صالح الغير وهو الدائن.

وقد ذكرت اكثر القوانين المدنية هذا القيد صراحة منها القانون المدني المصري النافذ المادة (٢/٧١٥) التي تنص على انه: ((اذا كانت الوكالة صادرة لصالح الوكيل او لصالح أجنبي، فلا يجوز للموكل ان ينهي الوكالة او يقيدها دون رضا من صدرت الوكالة لصالحه))^(٣).

٤- دلالة الايحاء:

وهي دلالة النص التزامية عقلية على حكمة تشريع الحكم المنصوص عليه. فهذه الدلالة تساعد القاضي على تطبيق النص بما يحقق العدالة التامة. فالمادة (٤٠٦) من قانون العقوبات العراقي النافذ تدل بمنطوقها على ان عقوبة جريمة القتل المقتربة بظرف من الظروف المشددة الواردة فيها هي الاعدام، وتدل دلالة ايماء على ان الحكمة من تشريع هذه العقوبة القاسية هي خطورة المجرم على المجتمع التي كشفت عنها جريمته.

^(١) المادة ٣/٦ (الشروط المشروعة التي تشترط ضمن عقد الزواج معتبرة يجب الايفاء بها.

^(٢) الدسوقي على الشرح الكبير ٤٠٦/٢ وما بعدها. شرح الخرشي ٦٩/٤ وما بعدها.

^(٣) انظر السنهوري، الوسيط ٦٦٧/٧.

وبعد هذا العرض الموجز لدلالات النصوص وطبيعتها يتبين لنا خطأ المادة الاولى من القانون المدني العراقي النافذ، والمادة الاولى من المشروع للقانون المدني الجديد، والمادة الاولى في اكثر قوانين البلاد العربية، منها القانون المدني المصري... حيث تنص المادة الاولى من هذه القوانين على انه ((تسرى النصوص التشريعية بلفظها او بفحواها على جميع العلاقات التي تتناولها)).

وجه الخطأ:

١- ان النصوص لا تسرى على العلاقات بالفاظها لان اللفاظ قوالب مجردة وانما بمنطوقها ومفهومها.

٢- تعبير (بفحواها) لايشمل الا صورة واحدة من دلالات النصوص وهي ان تكون علّة الحكم في المسكوت عنه اقوى منها في المنطوق به. كما في قوله تعالى: ﴿فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أَفْ﴾ يدل بمنطوقه على تحريم تأفيف الوالدين لما فيه من الايذاء. كما يدل - من باب أولى - على تحريم الضرب والشتم... وغيرهما مما يكون فيه الايذاء أقوى واشد من ايذاء التأفيف. فهذه الحالة هي صورة من صور مفهوم الموافقة. وبناء على ذلك لا تسرى النصوص المدنية على العلاقات التي تتناولها الا في هذا النطاق الضيق، وهذا خطأ تشريعي، ولذا عرضت على السادة أعضاء لجنة اعداد المشروع للقانون المدني الجديد حين المناقشة تعديل المادة الاولى بما يلي: ((تسرى النصوص التشريعية بمنطوقها او بمفهومها على جميع العلاقات التي تتناولها)).

وارجو ان ينال عرضي واقتراحي القبول.



الفصل الثاني المنطق وتفسير المصطلحات القانونية

قسم علماء المنطق ادراك الانسان للامور الى التصورات والتصديقات، ثم قسموا كلا منهما الى البديهيات والنظريات (المكتسبات) فقالوا: الصورة الحاصلة من الشيء عند عقل الانسان ان كانت ادراكاً للنسبة التامة المجرية على سبيل الاذعان فتصديق، والا فتصور. والنظر عبارة عن كسب المجهول من المعلوم. والتصور المعلوم الذي يكتسب به الانسان تصوراً مجهولاً يسمى تعريفاً (قولاً شارحاً)، وعناصره هي الكليات الخمس المعلومه إما بداهة او اكتساباً^(١). والتصديق المعلوم الذي يوصل عقل الانسان الى تصديق مجهول يسمى دليلاً، وعناصره هي القضايا من المقدمات المعلومه لدى المستدل.

وقالوا: قد يقع الخطأ في كل من الاكتسابين التصوري والتصديقي، فيجب ان يكون هناك قانون يعصم ذهن المفكر عن هذا الخطأ وهو المنطق وموضوعه: المعلومات التصورية والتصديقية.

وغايته: عصمة الانسان عن الخطأ في التفكير حين تعريف وتفسير المصطلحات، والاستدلال على نتائج نظرية غير بديهية. فهناك مبادئ تصورية (الكليات الخمس) ومقاصد تصورية (التعريفات) ونخص لكل من هذه المبادئ والمقاصد مبحثين.



^(١) الكليني، البرهان ص ١١ وما بعدها.

المبحث الاول

المبادئ التصورية

المبادئ التصورية هي الكليات الخمس: ((الجنس، والنوع، والفصل، والعرض الخاص، والعرض العام)).

١-الجنس:

وهو صفة تمثل جزءاً من حقيقة الشيء المحكوم عليه، توجد فيه وفي غيره ويُعرف بأنه كلى يحمل على انواع مختلفة في حقائقها. مثل (جريمة) فهي جنس تندرج تحته انواع الجرائم (جرائم الاعتداء على الاشخاص، والاعتداء على الاموال، والاعتداء على الاعراض، والجرائم السياسية والاقتصادية وغيرها...).

ويحمل هذا الجنس على كل نوع من هذه الانواع فيقال القتل جريمة، والسرقه جريمة، وهتك العرض جريمة، والتهرب جريمة...

٢-النوع:

وهو كلى يحمل على اصناف تندرج تحته وهي متفقة في حقائقها ولكنها مختلفة في صفاتها وميزاتها ومشخصاتها، مثل (قتل) فهو نوع من انواع الجرائم تندرج تحته جميع اصناف القتل: (القتل عمداً عدواناً، والقتل خطأ، والقتل دفاعاً عن النفس... وغير ذلك) فهذه الاصناف لها حقيقة واحدة وهي ازهاق الروح، ولكن لكل صنف صفاته وميزاته وخصائصه تحول دون توحيد العقوبة، ولا يجوز الحكم على الكل بحكم واحد.

وكذلك الحنطة نوع من جنس الحبوب وتندرج تحتها اصناف الحنطة، والتمر نوع من جنس الثمر تندرج تحته اصناف الثمر وهي تختلف في صفاتها وميزاتها وخصائصها وان كانت متفقة في حقيقة واحدة.

وبناء على هذا الفرق الواضح بين كل من الجنس والنوع والصنف تعتبر المادة (١١٧) من المشروع للقانون المدني الجديد مادة غير سليمة وغير منطقية، لانها خلطت بين النوع والصنف، حيث تنص على ان ((الاموال المثلية هي التي لا تُعين الا بنوعها ويقوم بعضها مقام بعض))، وهذا خطأ، فالصواب ان تكون صياغة المادة كما يلي: ((الاموال المثلية هي التي لا تُعين الا بصنفها ويقوم مقام بعض)).

ومن البدهي ان هناك صنفاً من التمر لا يقل سعر الكيلو منه في الوقت الحاضر عن دينار واحد، كما ان هناك صنفاً آخر لا يزيد سعر الكيلو منه عن ربع دينار، فاذا كان عمل التزام المدين هو الصنف الاول، فهل يحق له وفاء التزامه بالصنف الثاني؟ الجواب كلا، ما لم يكن هناك اتفاق مسبق على ذلك. مع ان هذه المادة تعطى له هذا الحق بحجة ان جميع الاصناف نوع واحد والنوع الواحد يقوم بعضه مقام بعض في الوفاء، وهذا مما لا تقبله العدالة والمساواة المطلوبة في الالتزامات المالية المتبادلة.

٣- الفصل:

وهو ذاتي من ذاتيات النوع وجزء من حقيقته، لان كل نوع من انواع الكائنات الموجودة يتكون من عنصرين (الجنس والفصل).

ووظيفة الفصل هي تمييز النوع من بقية الانواع التي تشترك معه في جنس واحد، فاذا قلنا: ((الانسان كائن حي ناطق بالطبع)) فالعنصر الاول (كائن حي)^(١) جنس يشمل الانسان وغيره من الحيوانات والعنصر الثاني ((ناطق بالطبع)) يميزه عن كل ما يشترك معه في هذا الجنس.

٤- العرض الخاص:

وهو صفة غير ذاتية وغير داخلية في حقيقة الشيء المحكوم عليه بهذه الصفة ولكنها تميزه مما لا يتصف بها كالفكر بالطبع بالنسبة الى الانسان، فصفة التفكير ليست جزءاً من حقيقة الانسان، ولكنها تميزه من كل كائن لا يثبت له هذا الوصف، عندما نقول الانسان كائن مفكر.

٥- العرض العام:

وهو صفة غير ذاتية في حقيقة الشئ المحكوم عليه بها، بل تتحقق في افراده وافراد غيره، كوصف التنفس فهو عرض عام يتصف به الانسان وغيره من الكائنات الحية، ولكنه ليس جزءاً من حقائقها وذاتياتها.

(١) الكائنات تنقسم إلى حيّة وغير حيّة (جمادات)، والكائنات الحيّة تشمل الحيوانات والنباتات، والحيوانات تشمل الناطق بالطبع وهو الإنسان، وغير الناطق، والناطق بغير الطبع (أي بالترويض).

فهذه الكليات الخمس هي مبادئ تصورية يختار منها عناصر تعريف كل شئ. والثلاثة الاولى من ذاتيات الاشياء والاخيران من الاعراض والاصاف^(١) ولا يجوز التعريف بهما الا اذا تعمس الحصول على الذاتيات من الثلاثة الاولى كما يأتي في المبحث القادم.

المبحث الثاني

مقاصد التصورات

مقاصد التصورات في علم المنطق هي التعريفات (المعلومات التصورية) التي يكتشف بها مجهولات تصورية. وللتعريف عناصر وشروط واقسام.

عناصر التعريف:

هي الكليات الخمس من الذاتيات فان لم توجد فمن العرضيات.

شروط التعريف:

يرى علماء المنطق ان تعريف كل شئ بمثابة معادلة رياضية متساوية الاطراف من حيث الماصدقات احد الطرفين هو المعروف والاخر هو التعريف، وان صحة هذه المعادلة دائماً تتوقف على توفر شرطين اساسين:

الشرط الاول: ان يتساوى طرفا المعادلة من حيث الماصدق: بحيث كل ما يصدق عليه المعروف يصدق عليه التعريف وكذلك العكس حتى يكون التعريف جامعاً شاملاً لكل ما يدخل تحت مفهوم المعروف. ويكون كل ما لا يصدق عليه المعروف لا يصدق عليه التعريف، وكذلك العكس حتى يكون التعريف مانعاً من الاغيار ومن الادخال في المعروف ما ليس بداخل في الحقيقة والواقع.

(١) الكليني: البرهان ص ٦٩ وما بعدها.

العلامة التفتازاني/ تهذيب المنطق مع شرح الخبيصي وحاشية الدسوقي ٨٩ وما بعدها.
العلامة زكريا الانصاري: شرح ايساغوجي في المنطق ص ٢٠ وما بعدها.

وبناء على هذا الشرط المنطقي للتعريفات يعتبر تعريف العقد في المشروع للقانون المدني الجديد تعريفاً غير منطقي، لانه ادخل في العقد ما ليس بعقد من الاسقاطات حيث عرفت المادة (٣١٣) منه العقد بأنه: ((اتفاق ارادتين او اكثر على احداث أثر يعتد به القانون)). فهذا التعريف يشمل الاسقاطات كالطلاق باتفاق الزوجين فانه يصدق عليه انه اتفاق ارادتين على احداث أثر يعتد به القانون. وكإبراء الدائن ذمة المدين من الدين كله او بعضه بعد موافقة المدين، لانه ايضاً اتفاق ارادتين على احداث أثر يعتد به القانون. مع أنه تنازل عن الحق واسقاط.

لذا أقترح أن يأخذ المشروع بتعريف القانون المدني النافذ في المادة (٧٣) التي تعرف العقد بأنه ((ارتباط الايجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه)). وأقترح أن يُضاف إلى هذا التعريف هذا القيد: (والعاقد)، حتى يشمل الإلتزامات أيضاً.

الشرط الثاني - ان يتكون التعريف من العناصر الذاتية للشيء المعني بالتعريف كجنسه وفصله القريبين اذا امكن ذلك حتى يكون التعريف تعريفاً بما يبين حقيقة المعرف وطبيعته وماهيته.

ولا يجوز تعريف الشيء بالآثار التي تترتب عليه وباحكامه، لان الانسان اذا لم يعرف حقيقة الشيء وماهيته، فلا يستطيع ان يحكم عليه بشيء..

وبناء على هذا الشرط المنطقي يعتبر تعريف المشرع العراقي لكل من الطلاق الرجعي والطلاق البائن في قانون الاحوال الشخصية النافذ تعريفاً غير منطقي، لانه عرفهما باحكامهما، والقاضي اذا لم يعرف ما هو الطلاق الرجعي أو البائن، كيف يستطيع ان يحكم عليه بأي حكم؟

المادة (٢/٣٦) عرفت الطلاق الرجعي بأنه ((ما جاز للزوج مراجعة زوجته اثناء عدتها منه دون عقد)) فهذا التعريف حكم من أحكام الطلاق الرجعي، فالقاضي اذا لم يعرف ما هو الطلاق الرجعي فكيف يستطيع أن يحكم بان للزوج الحق في مراجعة زوجته في عدتها من دون عقد جديد؟

ولذلك اقترح تعديل هذه المادة كما يلي: ((الطلاق الرجعي هو كل طلاق بعد الدخول للمرة الاولى والثانية دون مقابل^(١))).

وكذلك عرف الطلاق البائن من أحكامه فقالت المادة السابقة: ((الطلاق البائن بينونة صغرى ما جاز فيه للزوج التزوج بمطلقة بعدد جديد)).

وهذا أيضاً تعريف غير منطقي لان القاضي لا يستطيع ان يحكم بهذا الحكم ما لم يطلع على حقيقته وطبيعة الطلاق البائن.

وبناء على ذلك اقترح ان يكون التعريف كما يلي: ((الطلاق البائن هو كل طلاق قبل الدخول مطلقاً او بعده وكان مقابل بدل أو مستكملاً للمرات الثلاث، وكل تفریق قضائي وفق هذا القانون)).

ومن الشروط الاخرى للتعريف ان لا يكون غامضاً، وان لا يكون بالمثال^(٢) وان لا يكون بالمرادف^(٣). وان لا يكون مجازياً^(٤) وان لا يكون سلبياً^(٥) وان لا يكون بالاضافة^(٦).

أنواع التعريف:

قسم علماء المنطق التعريف بحسب طبيعة عناصره الى أربعة أقسام وهي:

١-الحّد التام: وهو تعريف الشيء بمنسبه وفصله القريبين كتعريف الانسان بأنه كائن حي ناطق بالطبع.

٢-الحّد الناقص: وهو التعريف بالفصل القريب فقط او به مع الجنس البعيد كتعريف الانسان بأنه ناطق بالطبع او بأنه جسم ناطق بالطبع.

٣-الرسم التام: وهو التعريف بالاعراض الخاصة مع الجنس القريب كتعريف الانسان بأنه كائن حي متفكر.

(١) بشرط ان لا يكون هذا الطلاق تفریقاً قضائياً لان المادة (٤٥) من قانون الاحوال الشخصية تعتبر كل تفریق قضائي طلاقاً بائناً بينونة صغرى.

(٢) كتعريف ابن مالك للفاعل بالمثال في الفيته بقوله:

الفاعل الذي كمرفوعي اتي زيد منيرا وجهه نعم الفتى

(٣) كتعريف الاسد بالفضنفر.

(٤) كتعريف الجمل بأنه سفينة الصمراء.

(٥) كتعريف الجهل بعدم العلم، او تعريف العلم بعدم الجهل.

(٦) كتعريف الوالد بأنه من يكون له الولد.

٤-الرسم الناقص: وهو التعريف بالعوارض والصفات الخاصة كتعريف الانسان بانه مدخن. وهذا التقسيم هو التسلسل الطبيعي من حيث الاختيار فيكون التعريف بالحد التام فان لم يمكن فبالحد الناقص فان لم يتيسر فبالرسم التام والا فبالرسم الناقص^(١).

(١) الكليني المرجع السابق، ص ١١٤ وما بعدها.
التفتازاني المرجع السابق، ص ١١٠ وما بعدها.
الرازي قطب الدين الرازي: تحرير القواعد المنطقية، ص ٦٣ وما بعدها.
الانصاري المرجع السابق، ص ٧٢ وما بعدها.



الفصل الثالث

المنطق وتقسيم الموضوعات القانونية

تقسيم أي موضوع إما ان يكون عقلياً او يكون
استقرائياً. فالعقلي هو الدائر بين النفي والاثبات
اما الاستقرائي فهو مبني على الدراسة الميدانية.

التقسيم العقلي:

والتقسيم العقلي هو المختار لتقسيم كل موضوع يعني
بالدراسة سواء أكان قانونياً أم لا لضمان عدم التداخل بين
الاقسام والتجنب عن التكرار والحشو، ولسلامة استعابي كل
ما هو مشمول بالمقسم في الاقسام.

ومن نماذج التقسيم العقلي تقسيم النحويين ((الكلمة)) كما
يلي:

الكلمة اما ان تدل على معنى مستقل بذاته اولا والثانية هي
الحرف، والاولى اما أن يقتن المعنى باحد الازمنة الثلاثة
(الماضي، والحاضر، والمستقبل) اولا والثانية هي الاسم والاولى
هي الفعل.

ويمكن تقسيم الجريمة الى الجنائية والجنحة والمخالفة تقسيماً عقلياً
كما يلي: كل جريمة اما ان لا يقل عقابها عن السجن او يقل
والاولى هي الجنائية والثانية اما ان يزيد عقابها عن ثلاثة اشهر
او عن غرامة تزيد عن ثلاثين ديناراً اولا والثانية هي المخالفة،
والاولى هي الجنحة.



ومن البدهيات المنطقية المرعية في كل تقسيم ما يلي:

١-المقسم أعم مطلقاً من كل قسم من اقسامه. فالجريمة اعم مطلقاً من كل من الجنائية والجنحة والمخالفة.

٢-كل قسم من الاقسام اخص مطلقاً من المقسيم، فكل جناية جريمة ولكن ليست كل جريمة جنائية، وكذلك كل جنحة او مخالفة جريمة ولكن العكس الكلي غير صحيح فلا يقال كل جريمة جنحة لو مخالفة، وكذلك الكل أكبر من جميع الاجزاء.

٣-كل قسم مباين للقسم الاخر فلا يجتمع معه ولا يتداخلان فلا تشمل كل من الجنائية، والجنحة، والمخالفة على كل ما تشمله الاخرى بناء على قاعدة ان المقسيم مباين للمقسيم.

٤-مجموع الاقسام يساوي المقسم، والمقسم يساوي مجموع الاقسام، واكل يساوي مجموع الاجزاء.

فعلى كل باحث قانوني وغير قانوني رعاية هذه القواعد الاربع في تقسيم كل موضوع يعني بدراسته.

فالتكرار والحشو والزيادة والتداخل والنواقص والعيوب الاخرى التي قد لا تخلو عنها اكثر البحوث القانونية وغير القانونية وبصورة خاصة رسائل الدراسات العليا كل ذلك مردها الى عدم رعاية القواعد الاربع المنطقية في التقسيم. وهذه العيوب لم تقتصر على البحوث وانما شملت التشريعات القانونية ايضاً. ومن التقسيم التشريعي المعيب في التشريعات العراقية تقسيم المشرع العراقي أسباب التفريق القضائي الى الضرر وغيره من الاسباب الاخرى وبصورة خاصة مقابلة الضرر في المادة (٤٠) بالخلاف في المادة (٤١) مع ان الخلاف في الفقه الاسلامي وفي كل قانون من القوانين العربية وغير العربية لا يعتبر سبباً للتفريق مالم يكن ضرراً لا يستطيع مع وجوده استمرار الحياة الزوجية كما اكدت ذلك المادة (٦) من قانون الاحوال الشخصية المصري، والمادة (١٣٢) من قانون الاحوال الشخصية الاردني، والمادة (١١٢) من قانون الاحوال الشخصية السوري^(١) وغيرها من القوانين الاخرى

(١) المصري (م٦): (اذا ادعت الزوجة اضرار الزوج بها بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين امثالها يجوز لها ان تطلب من القاضي التفريق وحينئذ يطلقها طلاقاً بائن إذا ثبت الضرر وعجز عن الاصلاح...).

وذلك لان الخلاف قسم من الضرر وصورة من صورته وتطبيق من تطبيقاته فالصنيع العراقي من قبيل تقسيم الشيء الى نفسه والى غيره وهذا ما يرفضه المنطق.

وبالاضافة الى ذلك فان كل سبب من اسباب التفريق إنما يستند اليه القاضي على اساس انه ضرر وقسم من الضرر وان اي سبب يتمسك به احد الزوجين يرفض من قبل القاضي ما لم يثبت انه الضرر. وان جميع الاسباب التي اقراها فقهاء المسلمين كمبررات للتفريق بين الزوجين كلها تستند الى مصدرين وهما القرآن الكريم في قوله تعالى: ((ولا تمسكوهن ضرازا))^(١) وقول الرسول صلى الله عليه وسلم: ((لا ضرر ولا ضرار)). فالاسباب الواردة في المواد (٤٠، ٤١، ٤٣) من قانون الاحوال الشخصية العراقي كلها أقسام للضرر. ولتلافي هذه التقسيمات غير المنطقية ولتجنب التداخل بين اسباب التفريق القضائي ندعو المشرع في العراق وفي البلاد الاسلامية العربية وغير العربية الى حشر جميع اسباب التفريق القضائي تحت عنوان واحد وهو:

((التفريق للضرر)):

ثم يقسم الضرر الى الارادي وهو ما يكون لارادة احد الزوجين دخل فيه واللا ارادي وهو ما لا دخل لارادة الزوجين فيه كموانع التناسلية من الواجبات الزوجية وكالامراض المعدية. ثم تقسيم كل منهما الى المادي والمعنوي، ثم تقسيم كل من المادي والمعنوي الى الايجابي (اي الحاصل بفعل ايجابي كضرب الزوجة)، والسليبي (النتائج من فعل سليبي كالامتناع عن الاتفاق او المعاشرة الزوجية) على ان يذكر مع كل قسم من هذه الاقسام بعض الامثلة لزيادة الايضاح وكنماذج يقاس عليها غيرها ثم يعطى المشرع للقاضي السلطة التقديرية لتقدير حجم الضرر المبرر للتفريق مستعيناً بالحكمين وبالباحثات الاجتماعيات وبخبرته وبالتقارير من اللجان الطبية المختصة. واذا لم يتبع المشرع في البلاد العربية والاسلامية هذا الاسلوب المنطقي في تقسيم الضرر الى الاقسام المذكورة فانه سوف يضطر ان يقدم كل سنة

الاردني (١٣٢م): (اذا ظهر نزاع وشقاق بين الزوجين فلكل منهما ان يطلب التفريق اذا ادعى اضرار الاخر به قولاً او فعلاً بحيث لا يمكن مع هذا الاضرار استمرار الحياة الزوجية).

السوري (١١٢م): (اذا ادعى احد الزوجين اضرار الاخر به بما لا يستطيع معه دوام العشرة يجوز ان يطلب من القاضي التفريق).

^(١) سورة البقرة/ ٢٣١.

قائمة من اسباب التفريق وذلك نتيجة تطور الحياة ومستجداتها واعتبار ما لم يكن ضرراً في ظرف ضرراً في ظرف آخر.

ثم ان التكتير من اسباب التفريق القضائي سوف يكون له النتائج السلبية على استقرار العائلة وبالتالي على المجتمع.

التقسيم الاستقرائي:

على الرغم من فائدته في بعض المجالات فانه لا يمكن الاعتماد عليه في وضع معيار دقيق للتمييز بين الاقسام وعدم التداخل بينها وعلى سبيل المثال تقسيم بعض المعنيين تمت بهذا الصدد ولكن ثبت عدم دقة هذا التقسيم لوجه متعددة منها:

أ- اسباب الاجرام متعددة ومتنوعة ومتطورة ومتداخلة بعضها مع بعض.
ب- هناك اسباب كثيرة غير خاضعة لاحصاء دقيق يمكن اعتبارها نظرياً ذات صلة بالجريمة.

ج- عدم امكان وضع معيار دقيق لتمييز ما هو سبب مباشر مما هو غير مباشر.



الفصل الرابع

المنطق والخلط بين بعض المصطلحات القانونية

من يتتبع بعض شروح القانون يجد ان هناك خلطاً بين المصطلحات القانونية سواء أكان من حيث التسمية، ام من حيث التفسير، ام من حيث الاستعمال، ام من حيث الاستنتاج... ومصدر هذا الخلط هو عدم المام هؤلاء القانونيين بقواعد علم المنطق ونستعرض فيما يلي نماذج من هذا الخلط:

التناقض والتعرض:

شراح القانون قد يستعملون التناقض في محل التعارض فكأنهما مصطلحان مترادفان يقق لكل منهما ان محل عمل الآخر مع ان قواعد علم المنطق تقضي باختلافهما من حيث الحقيقة، ومن حيث الشروط، ومن حيث الحكم.



أولاً- من حيث الحقيقة: ^(١)

أ- **التناقض:** هو اختلاف قضيتين بالاجاب والسلب بحيث تستلزم صحة احدهما بطلان الاخرى، وكذلك يلزم من بطلان احدهما صحة الاخرى لانهما لا تجتمعان معا في مسألة واحدة بأي حال من الاحوال، كما انهما لا ترتفعان معاً فلا بد من وجود احدهما عدم وجود الاخرى.

ب- **التعارض:** هو اختلاف نصين (او حكمين) او دليلين... اختلافاً لا يلزم من صحة احدهما بطلان الاخر، وكذلك لا يلزم من بطلان احدهما صحة الاخر وذلك لامكان اجتماعهما معاً في مسألة واحدة وجواز ارتفاعهما معا في قضية واحدة كما التعارض الشكلي الموجود بين بعض النصوص فيجوز للقاضي ان يهمل كلا من النصين (او الدليلين) ويعمل بالثالث كما يحق للمشرع أن يلغي المتعارضين معاً ويأتي بحكم او نص او دليل ثالث يختلف مع كل منهما لانه لا ترتب اية استحالة منطقية لا على اجتماعهما ولا على ارتفاعهما بخلاف التناقض فان هذه الاستحالة واردة هناك.

ثانياً- من حيث الشروط:

يختلف التناقض مع التعارض في الشروط المطلوبة لقيام كل منهما:

أ- **شروط التناقض:** ^(٢) يشترط لقيام التناقض توفر الشروط الثمانية التالية:

١- **الاتحاد في الموضوع:** ^(٣) تصرفات القاصر المميز باطلّة. تصرفات القاصر المميز صحيحة. فلا تناقض بين هاتين القاعدتين لاختلاف موضوعهما لان المقصود من التصرفات في القضية الاولى هي الضارة ضراراً محضاً. في حين ان المقصود بها في الثانية هي النافعة نفعاً محضاً.

(١) الكلنبيوي: البرهان، ص ٢٦٠ وما بعدها.

(٢) البرهان المرجع السابق، ص ٢٦١.

(٣) الموضوع في علم المنطق يعادل المحكوم عليه في القانون، والمسند اليه في النحو.

٢-الاتحاد في المحمول:^(١) مساعدة المحتاج واجبة. مساعدة المحتاج ليست واجبة فلا تناقض بين هاتين القاعدتين لاختلاف محمولهما لان المقصود من الواجب في الاولى الواجب الاخلاقي والديني. وفي الثانية الواجب القانوني.

٣-الاتحاد في الشروط: الزوجة المطلقة تجب عليها العدة. الزوجة المطلقة لا تجب عليها العدة. فلا تناقض بين هاتين القاعدتين لاختلاف الشرط لان العدة واجبة بشرط الدخول، ولا تجيب اذا كان الطلاق قبل الدخول^(٢).

٤-الاتحاد في الزمان: يحق للمحكوم عليه ان يطعن في الحكم. لا يحق للمحكوم عليه ان يطعن في الحكم، فلا تناقض بين هاتين القاعدتين لان الاولى مبنية على ان يكون الطعن خلال الفترة الزمنية المحددة بالقانون والثانية مبنية على ان يكون الطعن خارج هذه الفترة.

٥-الاتحاد في المكان: يسرى القانون العراقي على شكل العقد.

لا يسرى القانون العراقي على شكل العقد. لا تناقض بين هاتين القاعدتين لاختلاف المكان لان المقصود من الاولى شكل العقد المتعلق بالاموال الموجودة في العراق. والمقصود من الثانية شكل العقد المتعلق بالاموال الموجودة خارج العراق^(٣).

٦-الاتحاد في الفعل والامكان: الجنين يتمتع بالشخصية. الجنين لا يتمتع بالشخصية. فلا تناقض بين هاتين القاعدتين لان الاولى مبنية على اساس الامكان. فعلى هذا الاساس تكون للجنين اهلية الوجوب الناقصة له بعض الحقوق كالميراث، والوصية، والوقف والهبة. اما القاعدة الثانية فهي مبنية على اعتبار الشخصية الفعلية، وهذه الشخصية تبدأ بتمام ولادة الانسان حياً وتنتهي بموته^(٤).

٧-الاتحاد في الكل والبعض: فاذا قلنا: المتهمون مجرمون (اي بعضهم). المتهمون ليسوا مجرمين (اي كلهم) فلا تناقض بين هاتين القضيتين مادامتا غير متحدتين في الكل والبعض.

^(١) يقصد بالمحمول في علم المنطق ما يعادل المحكوم به في القانون، والمُسند في النحو.

^(٢) كما يقول سبحانه وتعالى: (اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها) سورة الاحزاب/ ٤٩.

^(٣) المادة (٣٣) من المشروع للقانون المدني الجديد العراقي.

^(٤) المادة (١/٣٩) من مشروع القانون المدني الجديد.

٨-الاتحاد في الاضافة: تسرى احكام قانون العقوبات العراقي على الجرائم التي ترتكب في العراق. لا تسرى احكام قانون العقوبات العراقي على الجرائم التي ترتكب في العراق.

لا تناقض بين هاتين القاعدتين القانونيتين لان الاولى تعني الجرائم المضافة الى العراقيين والاجانب الذين لا يتمتعون بالحصانة^(١) والثانية تعني الجرائم المضافة الى الاشخاص المتمتعين بحصانة مقررمة بمقتضى الاتفاقيات الدولية، او القانون الدولي، او القانون الداخلي^(٢).

ب-شروط التعارض: يشترط في التعارض توفر شرطين:

- ١- أن يكون كل من الدليلين المتعارضين ظنيين. فلا تعارض بين قطعيين للاستحالة المنطقية. وكذلك لا تعارض بين دليل قطعي واخر ظني لعدم تكافؤ الدليلين.
- ٢- ان يكون التعارض في ظن القاضي والمجتهد بالنسبة للنصوص الشرعية لانه لا يمكن ان يوجد التعارض في الواقع ونفس الامر في كلام الله وكلام رسوله صلى الله عليه وسلم لعدم تصور الخطأ. اما بالنسبة للنصوص القانونية فقد يكون التعارض موجوداً في الواقع كما هو قائم في ذهن القاضي لتصور الخطأ والنسيان للمشرع الوضعي.

ثالثاً- من حيث الحكم:

أ-حكم التناقض: هو ان صحة احدى القاعدتين المتناقضتين تستلزم بطلان الاخرى لاستحالة اجتماعهما معا في الصحة. وان احدهما تستلزم صحة الاخرى لاستحالة ارتفاعهما معاً بالبطلان.

ب-حكم التعارض: في حالة قيام التعارض يلجأ القاضي لرفعه الى احدى الخطوات الثلاث التالية على سبيل التعاقب:

الخطوة الاولى: أن يجتهد القاضي للجمع والتوفيق بين المتعارضين بحيث يشبث عدم قيام هذا التعارض في الواقع والحقيقة. وعلى سبيل المثال: يشترط قانون الاحوال الشخصية

(١) المادة (٦) من قانون العقوبات العراقي النافذ رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩.

(٢) المادة (١١) من قانون العقوبات العراقي النافذ.

العراقي النافذ في تمام اهلية الزواج العقل واكمال الثامنة عشرة من العمر هذا كقاعدة اصلية في المادة السابعة^(١).

واستثناء من هذا الاصل يشترط كحد ادنى اكمال الخامسة عشرة من العمر لمن طلب الزواج وثبتت اهليته وقابليته البدنية على ان يتم الزواج باذن القاضي وموافقة الولي الشرعي لمن قدم الطلب، كما جاء في المادة الثامنة^(٢).

وتعارض هاتان المادتان مع الاطلاق الوارد في المادة (٣٩٨) من قانون العقوبات العراقي في فصل جرائم الاغتصاب واللواط وهتك العرض حيث تنص على أنه: ((اذا عقد زواج صحيح بين مرتكب احدى الجرائم الواردة في هذا الفصل وبين المجنى عليه أوقف تحريك الدعو والتحقيق فيها والاجراءات لآخرى. واذا كان قد صدر الحكم في الدعوى اوقف تنفيذ الحكم^(٣))).

واطلاق هذا النص يعني صحة الزواج بين الجاني والمجنى عليها وان كانت سن المعتدى عليها اقل من خمس عشرة سنة. وهذا ما تعارض مع منطوق المادتين السابعة والثامنة من قانون الاحوال الشخصية النافذ.

ولكن القاضي اذا اجتهد ورجع الى قاعدة النصوص القانونية تفسر بعضها ببعض وقارن بين هاتين المادتين وبين المادة السادسة قبلهما تبين له ان المقصود من الشرط الوارد في هاتين المادتين هو شرط اللزوم دون شرط الانعقاد والصحة لان المادة السادسة التي تكلفت ببيان شروط الانعقاد والصحة لم يرد فيها هذا الشرط^(٤) وبهذا

(١) نص المادة السابعة: (يشترط في تمام اهلية العقل واكمال الثامنة عشرة).

(٢) نص المادة الثامنة: (اذا طلب من اكمال الخامسة عشرة من العمر الزواج فللقاضي ان يأذن به اذا ثبت له اهليته وقابليته البدنية، بعد موافقة وليه الشرعي. فاذا امتنع الولي طلب القاضي موافقة خلال مدة يحددها له. فان لم يعترض او كان اعتراضه غير جدير بالاعتبار اذن القاضي بالزواج).

(٣) بشرط ان لا ينتهي الزواج بطلاق صادر من الزوج بغير سبب شرعي او بطلان حكمت به المحكمة لاسباب متعلقة بخطأ الزوج وسوء تصرفه، وذلك قبل انقضاء ثلاث سنوات على وقف الاجراءات (٣٩٨م).

(٤) نص المادة السادسة: (١- لا ينعقد عقد الزواج اذا فقد شرطاً من شروط الانعقاد او الصحة المبينة فيما يلي:-

أ- اتحاد مجلس الايجاب والقبول.

يكون التعارض ظاهرياً وليس واقعياً وبالتالي لا يعتبر المشرع العراقي خارجاً عما هو مقرر لدى جمهور فقهاء المسلمين من ان البلوغ شرط للزوم فيحق لمن بلغ اما الاستمرار على الزواج او فسخه. وليس ذلك شرطاً للصحة ولا للانعقاد.

الخطوة الثانية: محاولة القاضي لترجيح احد الدليلين المتعارضين على الاخر بمرجع ان لم يستطع أن يجمع بينهما.

ومن البدهي ان القاضي يرجح القانون على التعليمات اذا حصل التعارض منهما كما يقدم الدستور على القانون حين عدم دستورية النص.

الخطوة الثالثة: الرجوع الى تاريخ تشريع النصين المتعارضين اذا لم يستطع ان يجمع بينهما، ولم يعد مرجحاً لترجيح أحدهما على الآخر في العمل به. فعندئذ يعتبر النص السابق في التاريخ ملغياً بالنص اللاحق وفق ما هو مقرر في القواعد الشرعية والقانونية^(١) والمنطقية.

المصادرة على المطلوب:

من المصطلحات التي وقع الخلط فيها من قبل شراح القانون هذا المصطلح حيث يرى القانونيون ممن ليس لهم المام بالمنطق ان المصادرة على المطلوب تعني الاستحالة المنطقية سواء أكانت في الامور الحقيقية أم في الامور الاعتبارية. علماً بأن المصادرة على المطلوب لا تعني الاستحالة المنطقية مالم تكن في الامور الواقعية والحقيقية الموجودة خارج ذهن الانسان.

فاذا قلنا (أ) من الاشياء في وجوده الخارجي يتوقف على (ب) من الاشياء كذلك ويتوقف (ب) على (أ) تلزم منه المصادرة على المطلوب (الاستحالة المنطقية) لان توقف

ب- سماع كل من العاقلين كلام الآخر واستيعابها بانه المقصود منه عقد الزواج.

ج- موافقة القبول للايجاب.

د- شهادة شاهدين متمتعين بالاهلية القانونية على عقد الزواج.

هـ- ان يكون العقد غير معلق على شرط او حادثة غير محققة.

^(١) المادة (٥) من المشروع القانون المدني الجديد تنص على انه: (لا يلغى القانون الا بقانون لاحق ينص على الفاءه، او يتضمن قواعد تتعارض مع قواعد القانون السابق، او ينظم موضوعاً من جديد سبق ان نظمته ذلك القانون).

الشيء على ما يتوقف عليه يستلزم توقف الشيء على نفسه، وتوقف الشيء على نفسه يستلزم تقدمه على نفسه وهذا باطل وكل مستلزم للبطل باطل بالبدهة المنطقية.

اما المصادرة على المطلوب في القضايا الذهنية والامور الاعتبارية فانها لا تعني الاستحالة المنطقية. وعلى سبيل المثال: حين انتقد الفقيه الفرنسي ((بلانيول)) النظرية التقليدية للسبب قال: انها تستلزم المصادرة على المطلوب والاستحالة المنطقية. وذلك لان التزام البائع - وفق هذه النظرية - بتسليم المبيع سبب لالتزام المشتري بتسليم الثمن وكذلك العكس، وهذا يعتبر مصادرة على المطلوب والاستحالة المنطقية، حيث لا يمكن ان يكون أحدهما سبباً للآخر اذ ان الاثر والمؤثر او السبب والنتيجة لا يمكن أن يكونا متعاصرين. ثم جاء الفقيه الفرنسي الاخر ((كاييتان)) دافع عن النظرية التقليدية وعارض قيام الاستحالة المنطقية فقال انها لا تقوم اذا قلنا ان سبب التزام كل من المتعاقدين هو تنفيذ الالتزام المقابل لا وجوده فعليه لا يلزم ان يكون شيء واحد سبباً ومسبباً في وقت واحد^(١). واذا رجعنا الى القواعد المنطقية يتبين لنا ان هذه المناقشات بين هذين الفقيهين من فقهاء القانون الفرنسيين لا مبرر لها وذلك لان المصادرة على المطلوب في هذه القضية لا تعني الاستحالة المنطقية لان هذه الالتزامات المتقابلة بين المتعاقدين وتوقف بعضها على بعض اعتبارات ذهنية ومن خلق الفكر القانوني ولا وجود لهذا التوقف خارج ذهن فقهاء القانون، والاستحالة المنطقية تتصور بالنسبة للامور الواقعية الخارجية الحقيقية الموجودة خارج ذهن الانسان.

ثم اذا سلمنا جدياً ان الاستحالة موجودة فان اضافة ما قاله كاييتان لا تحل المشكلة لان المصادرة على المطلوب قائمة ايضاً حيث ان تنفيذ كل يتوقف على تنفيذ الاخر. ولو كان لهذين الفقيهين الكبيرين المام بعلم المنطق لما وقعا في هذا المجدل والنقاش السفسطى.

الخلط بين العام والخاص المطلق وبين العام والخاص من وجه:

قسم علماء المنطق النسب بين الامور الى اربع وهي:

- ١- المساواة: تتحقق المساواة الكاملة بين شيئين اذا كان كل منهما يصدق على كل ما يصدق عليه الاخر بان يقال كل مجرم جان وكل جان مجرم.

^(١) استاذنا الدكتور عبدالمجيد الحكيم/ شرح القانون المدني العراقي النافذ الكتاب الاول نظرية الالتزام - الجزء الاول، ص ٢٠٥-٢٠٦.

٢- التباين: يقوم التباين التام بين شيئين اذا لم يصدق اي منهما على شيء. مما يصدق عليه الاخر كان يقال: كل مجرم ليس بريئاً وكل بريء ليس مجرمًا في قضية واحدة.

٣- العموم والخصوص المطلق: فالخاص المطلق يصدق على كل ما يصدق عليه العام المطلق دون العكس أي لا يصدق العام المطلق صدقاً كلياً على كل ما يصدق عليه الخاص. يقال: كل قاتل عمداً مجرم ولكن لا يقال كل مجرم قاتل عمداً عدواناً لصدق المجرم على الجاسوس والسارق وغيرهما.

٤- العموم والخصوص من وجه: ويكون بين شيئين يمتنعان معاً في بعض صور، ويفترقان في صور اخرى بان يكون كل منهما عاماً من وجه وخاصاً من وجه اخر كالبريء والمتهم، فهما يمتنعان في متهم تثبت براءته. ويتحقق البريء بدون المتهم في شخص لم يتهم امام القضاء طيلة حياته بأية تهمة. ويتحقق المتهم بدون البريء. فيمن تثبت ادانته.

وبعد هذا العرض الموجز للنسب الاربع بين الامور والقضايا اشير الى نموذج من الخلط بين العام والخاص المطلق وبين العام والخاص من وجه في شرح قانون المدني العراقي لاحد اساتذتي. يقول هذا الاستاذ الفاضل في مقدمة كتابه^(١) وهو بصدد بيان النسبة بين المال والملك: ((الملك عرفته المادة (١٢٥) من المجلة بقولها: الملك ما ملكه الانسان من اعيان ومنافع، اما المال فقد عرفته المادة (١٢٦) من المجلة بقولها: ((المال ما يميل اليه طبع الانسان ويمكن ادخاره الى وقت الحاجة)). ثم يستخرج من هاتين المادتين ان النسبة بين المال والملك العموم والخصوص المطلق فيقول ((كل مال ملك ولكن ليس كل ملك مالا)).

مع ان النسبة بينهما في ضوء ما ما اورده في المادتين (١٢٥، ١٢٦) من المجلة العموم والخصوص من وجه: فهما يمتنعان في السيارة والدارة مثلاً. ويفترقان في الاشياء المباحة فهي مال وليست ملكاً، وفي المنافع فهي ملك وليست مالا لانها لا تدخر.

(١) الحقوق العينية الاصلية لاساتذنا الاستاذ شاكرو ناصر، ص ٢.

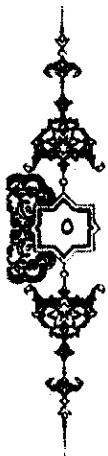


الفصل الخامس

القضايا المنطقية والقواعد القانونية

القواعد القانونية هي في المعنى اوامر ونواهي موجهة الى الحاضرين لها لتلتزمهم بافعال من الواجبات والالتزامات، وتحظر عليهم افعالاً من الجرائم في القضايا الجنائية، وتصرفات مالية في القضايا المدنية. وعلى الرغم من ذلك فان اسلوب المشرعين الوضعيين هو استعمال الجمل الخبرية في الصياغات القانونية دون استعمال صيغ الاوامر والنواهي مثل لا تفعلوا كذا، افعلوا كذا... خلافاً للاسلوب المتبع في الشريعة الاسلامية التي تستعمل غالباً الصيغ الطلبية والجمل الانشائية من الاوامر مثل ((اقيموا الصلاة)). ((وتعاونوا على البر والتقوى)). ((وانفقوا في سبيل الله)). ومن النواهي مثل: ((ولا تقتلوا النفس التي حرم الله الا بالحق)). ((ولا تاكلوا أموالكم بينكم بالباطل)). ((ولا تقرّبوا الزنا))...

واحياناً يستخدم القرآن الكريم اسلوب الجمل الخبرية في الاوامر مثل: ((والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين)). وفي النواهي مثل: ((ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها))^(١). فالعقاب يدل على تحريم القتل وعلى انه منهي عنه.



(١) سورة النساء/٩٣.

وصيغ القواعد القانونية باعتبارها جملاً خبرية من حيث الصورة تأتي على الاشكال الآتية:

أ- على شكل القضية العملية المنطقية الموجبة مثل: ((المتهم بريء حتى تثبت ادانته في محاكمة قانونية^(١)). ((حق الدفاع مقدس في جميع مراحل التحقيق والمحاكمة وفق احكام القانون))^(٢).

ب- او على شكل القضية العملية المنطقية السالبة مثل: ((لا جريمة ولا عقوبة الا بناء على قانون))^(٣). ((لا يجوز القبض على احد او توقيفه او حبسه او تفتيشه الا وفق احكام القانون))^(٤). ((ولا تجوز العقوبة الا على الفعل الذي يعتبره القانون جريمة اثناء اقترافه))^(٥).

ج- او على شكل القضية الشرطية المنطقية المتصلة. مثل: ((اذا ارتكب الصبي جريمة واصبحت وقت الحكم عليه فتى يحكم عليه بالعقوبة المقررة للجريمة كما لو كان صيباً))^(٦).

د- او على شكل القضية الشرطية المنطقية المنفصلة، مثل: ((يعاقب اذا كانت الجريمة جناية بالحبس والغرامة أو احدى هاتين العقوبتين))^(٧).

وبناء على ما ذكرنا تكون القواعد القانونية بأعتبار صورها وأشكالها قضايا منطقية وهي اما حملية موجبة او سالبة، واما شرطية متصلة لزومية او اتفاقيه موجبة او سالبة، واما شرطية منفصلة مانعة الجمع فقط، او مانعة الخلو فقط او منفصلة حقيقية (مانعة الجمع والخلو معاً).

ونوزع ايضاح ذلك على مبحثين الاول في القضية العملية والثاني في الشرطية.

(١) الدستور المؤقت (م ٢٠) ف أ.

(٢) الدستور المؤقت (م ٢٠) ف ب.

(٣) الدستور المؤقت (م ٢١).

(٤) الدستور المؤقت (م ٢٢).

(٥) الدستور المؤقت (م ٢١).

(٦) قانون العقوبات العراقي النافذ (م ٢/٧٤).

(٧) كل من اخبر السلطات المختصة بامور يعلم انها كاذبة عن جريمة وقعت يعاقب اذا كانت

الجريمة جنائية بالحبس والغرامة او باحدى هاتين العقوبتين ق.ع.ع. (م ٢٤٣).

المبحث الاول

القضية الحملية

القاعدة القانونية ان حكم فيها بوقوع ثبوت شيء لشيء او لاقوعه سميت حملية، وسمي المحكوم عليه موضوعاً والمحكوم به محمولاً^(١) اذن القضية الحملية: تتكون من موضوع وعمول مثل: ((العقوبة شخصية))^(٢).

ففي هذا المثال: ((العقوبة)) موضوع في اصطلاح المنطق، ومسند اليه في اصطلاح النحو، ومحكوم عليه في اصطلاح القانون. و((شخصية)) عمول في المنطق لانه حمل على الموضوع، ومسند في النحو، ومحكوم به في القانون.

والحملية اما موجبة وهي ما حكم فيها باثبات المحمول للموضوع كما في المثال المذكور، واما سالبة وهي ما حكم فيها بنفي المحمول عن الموضوع مثل المجنون غير مسؤول جنائياً.

شروط القضية الحملية الموجبة:

يشترط في القضية الحملية الموجبة توفر الشرطين التاليين:

الشرط الاول- أن يكون الموضوع والمحمول متعديين في الما صدق بان يكون ما صدقهما في خارج ذهن الانسان شيئاً واحداً وذلك حتى يصح حمل المحمول على الموضوع. لانه في حالة الاختلاف يكون الحمل باطلاً فلا يقال مثلاً النبات جماد.

الشرط الثاني- ان يكون المحمول والموضوع متغايرين في المفهوم حتى يكون الحمل مفيداً فلا يقال: الجريمة جريمة لانه كلام عبث.

وقواعد علم المنطق تقضي بوجوب توافر هذين الشرطين في كل قضية حملية موجبة وبناء على ذلك يعتبر ما ورد في المواد التالية من القضايا غير منطقية وبالتالي يكون الحمل فيها باطلاً لتخلف الشرط الاول فيها:

(١) البرهان المرجع السابق، ص ١٣٧.

(٢) الدستور المؤقت (م ٢١).

أولاً: المادة (١١١) من المشروع للقانون المدني الجديد تنص على أن: ((الالتزام واجب قانوني بأداء عدد...)). وهذه القضية العملية الموجبة لم يتوفر فيها الشرط الأول لان الالتزام والواجب يختلف ما صدقهما وذلك لان هناك ثلاثة مصطلحات من مادة ((واجب)) مختلفة في ذاتياتها وماهياتها وهي: ((واجب، إيجاب، وجوب)).

الواجب: هو الاداء المطلوب على وجه الحتم والالزام يقال:

اداء الصلاة واجب على كل مسلم، واداء الدين واجب على مدينه واداء الخدمة الانزامية واجب على كل مواطن...
فهو وصف لفعل الملتزم وقائم به.

الايهاب: وهو الزام الملتزم بالاداء لمطلوب منه على وجه الحتم. فهو صفة القانون الأمر بهذا الاداء والمصدر الشرعي أو القانوني له.

الوجوب: وهو انشغال ذمة المدين بحق للغير يجب عليه تفريغها باداء هذا الحق لصاحبه. وهذا هو بعينه معنى الالتزام وما صدقه.

اذن الوجوب هو الالتزام، والالتزام هو الواجب، فيصح حمل الوجوب على الالتزام في قضية عملية موجبة تمثل قاعدة قانونية لان ما صدقهما واحد وهو انشغال الذمة بما يجب تفريغها عنه. ولذلك اقترحت على السادة اعضاء لجنة اعداد المشروع تعديل هذه المادة وتبديل لفظ ((واجب)) بـ ((وجوب))، وأرجو يؤخذ باقتراحي.

ثانياً: المادة (٣٥٩) من نفس المشروع: تنص على أن ((حل العقد هو الاداء الذي يلتزم به المدين)) فهذه القضية العملية الموجبة ايضاً غير منطقية لان ما صدق الموضوع ((حل العقد) مع المحمول (الاداء) لا يتحدان ولا يجتمعان في شيء واحد بل حل العقد هو المعقود عليه وهو ليس صفة قائمة باحد المتعاقدين في حين ان الاداء وصف قائم بالمتعاقدين. ثم أن المشروع يشترط في حل العقد توفر الشروط التالية:

١- ان يكون ممكناً (م٣٦١).

٢- ان يكون معيناً تعييناً كافياً (م٣٦٢).

٣- ان لا يكون التعامل به مخالفاً للقانون ولا مخالفاً للنظام العامة (م٣٦٥) فهذه الشروط هي شروط المعقود عليه وليست شروطاً للاداء. اذن غير حل العقد فلا يجوز حمل احدهما على الآخر.

ولهذا اقترحت على السادة اعضاء لجنة اعداد المشروع تعديل المادة بما يلي:
((حل العقد ما يلتزم المدين بادائه)).

وأرجو ان يؤخذ باقتراحي.

ثالثاً: المادة (٤٣٩): من قانون العقوبات العراقي النافذ، وهي تعرف السرقة وتقول:
((السرقة اختلاس مال منقول لغير المجاني عمداً)).

هذه القضية المحلية الموجبة لم يتوفر فيها ايضاً الشرط الاول من الشرطين المذكورين وهو الاتحاد في الما صدق لان ما صدق السرقة غير ما صدق الاختلاس ولذلك تترتب على هذه الصياغة اخطاء منطقية منها:

١- القاعدة المنطقية تقول النسبة بين المعنى اللغوي وبين المعنى الاصطلاحي العموم والخصوص المطلق لان المعنى الاصطلاحي يضم المعنى اللغوي مع زيادة اضيفت اليه.
ايضاح ذلك:

لفظ ((صلاة)) في لغة العرب بمعنى الدعاء فنقله الشارع السماوي من هذا المعنى اللغوي الى معنى اصطلاحي شرعي جديد وهو العبادة المخصوصة المتضمنة لاقوال وافعال تفتتح بالتكبير ((الله اكبر)) وتختتم بالتسليم ((السلام عليكم ورحمة الله وبركاته)) فهذه العبادة تتضمن المعنى اللغوي وهو الدعاء اذن كل صلاة دعاء ولكن ليس كل دعاء صلاة وكذلك لفظ ((رهن)) في لغة العرب بمعنى الحبس ونقله المشرع الوضعي من المعنى اللغوي الى المعنى القانوني الذي عبارة عن عقد بموجبه يتحول المال المرهون الى ضمان خاص للدائن يستوفي منه دينه عند تعذر الوفاء او امتناع المدين عنه. فهذا المعنى الاصطلاحي القانوني يتضمن المعنى اللغوي ايضاً لان كل رهن يستلزم حبس المال المرهون وعدم جواز التصرف فيه من قبل المدين المالك تصرفاً يضر بالدائن المرتهن.

وبناء على ذلك يكون المعنى الاصطلاحي اخص مطلقاً دائماً من المعنى اللغوي، وهذه القاعدة تخلفت في نقل لفظ ((اختلاس)) من المعنى اللغوي وهو اخذ مال الغير علناً الى المعنى الاصطلاحي وهو اخذ مال الغير خفية. لان السرقة هي اخذ مال الغير خفية يقال استرق السمع اذا سمع تحتياً. وسارق النظر اذا انتظر غفلته ينظر اليه. والسرقة لا تكون الا بغفلة من المسروق منه وعدم علمه اما الاختلاس فهو اخذ الشيء من الغير بصورة علنية بطريق السلب لان الخلس في اللغة العربية هو السلب، والتخالس هو التسالب يقال تخالسا القوم الشيء: تسالبوه.

٢- يترتب على حمل الاختلاس على السرقة في هذه القضية العملية عدم التفريق بين أخذ المال خفية، وأخذه علناً، ويلزم من ذلك لزوماً منطقياً عدم التفريق بين ماهر لص علناً وما هو لص خفية مع ان السارق علناً أخف جرماً وأقل خطورة من السارق خفية. ثم يلزم من هذا ايضاً لزوماً منطقياً الحكم على جريمتين مختلفتين في الحقيقة والخطورة بحكم واحد وهذا ما تأباه العدالة. وإذا أراد المشرع العراقي ان يعتبرهما بمثابة جريمة واحدة في العقاب والخطورة فعلية ان يعرف كلا منهما بتعريفه الصحيح فيعرف السرقة بأنها أخذ مال منقول مملوك لغير الجاني خفية عمداً (اي بقصد جنائي)، ويعرف الاختلاس بأنه أخذ مال منقول مملوك لغير الجاني علناً عمداً فعندئذ يصح حمل الموضوع على المحمول في كل من التعريفين ويكون المعنى الاصطلاحي في كل منهما اخص مطلقاً من المعنى اللغوي.

المبحث الثاني

القضية الشرطية

القاعدة القانونية ان حكم فيها باتصال مضمون قضية بمضمون قضية اخرى سميت قضية شرطية متصلة موجبة^(١).

وان حكم فيها بانفصال احدى القضيتين عن الاخرى سميت قضية شرطية منفصلة موجبة^(٢) وبناء على ذلك تنقسم القضية الشرطية الى قسمين ((شرطية متصلة، وشرطية منفصلة)).

(١) وقد يكون الحكم فيها بعدم وقوع هذا الاتصال ونفيه وعندئذ تكون لقضية شرطية متصلة سالبة مثل (ليس كلما كان الانسان متهماً كان جانياً) واهملت بحث الشرطية المتصلة السالبة لعدم اهميتها في القضايا القانونية.

(٢) وقد يكون الحكم فيها بنفي الانفصال، واهملت ايضاً لعدم الفائدة فيها من الناحية القانونية والعملية.

أولاً- القضية الشرطية المتصلة:

وهي تتكون من عنصرين بحيث يكون تحقق مضمون أحدهما علة لتحقيق مضمون الآخر.

ويسمى العنصر العلة: ((شرطاً)) عند النحويين، و((سبباً)) عند القانونيين، و((مقدماً)) في اصطلاح المنطقيين، لأن مرتبة العلة مقدمة على مرتبة المعلول في الوجود والتحقق، وإن كانت متأخرة في التلفظ والتعبير.

كما يسمى العنصر المعلول: ((جزاءاً)) في النحو، و((مسبباً)) في القانون و((تالياً)) في المنطق وإن كان المعلول مقدماً من حيث اللفظ والتعبير. وقد وقع بعض علماء المنطق في الخلط واعتبروا كل ما هو مذكور في الأول مقدماً ما يتأخر في التعبير تالياً وهذا خطأ لأن وصف المقدم ثابت لما هو على سواء كان مقدماً أم مؤخراً، وإن وصف التالي يكون ثابتاً لما هو معلول وإن كان مقدماً في الذكر.

<u>المقدم</u>	<u>التالي</u>
إذا تم الصبي المحجوز في مدرسة اصلاحية الثامنة عشرة من عمره.	وجب نقله منها الى مدرسة الفتيان الجانحين ليقتضي فيها ما تبقى من مدة الحجز المحكوم به ^(١) .

والشرطية المتصلة اما اتفاقية واما لزومية:

أ- الشرطية المتصلة الاتفاقية:

وهي التي يكون الاتصال فيها بين المقدم والتالي من باب الصدفة دون ان تكون بينهما علاقة العلية والمعلولية (السببية والمسببية). ولعدم أهمية هذا النوع من الشرطية المتصلة اكتفى بذكر المثال التالي لها ثم العُدول الى المتصلة اللزومية لما لها من الاهمية العملية.

<u>المقدم</u>	<u>التالي</u>
إذا نقل المجنى عليه من مكان الحادث الى المستشفى.	لا دى ذلك الى وفاته بحادث الاصطدام.

^(١) قانون العويات العراقي النافذ (م/٤٧٤).

فهذه القضية اتفاقية فعلى فرض تحققها يكون ذلك من باب الصدفة لانه لا توجد علاقة العلية والمعلولية بين المتقدم والتالي.

ب-القضية الشرطية المتصلة اللزومية:

وهي التي يكون المتقدم فيها علة وملزوما ويكون التالي معلولاً ولازماً بحيث كلما تحقق الاول تحقق الثاني على اساس ان وجود الملزوم يستلزم وجود اللازم له.

المقدم

التالي

اذا وقع الفعل استعمالاً لحق
لاجريمة (اي لا جريمة موجودة او قائمة)
الدفاع الشرعي.

ففي هذه القاعدة القانونية الواردة في المادة (٤٢) من قانون العقوبات النافذ قدم التالي (لاجريمة) على المتقدم من حيث التعبير مع انه متأخر في التحقق والوجود وهذه القاعدة قضية شرطية متصلة لزومية لان وجود المتقدم يستلزم وجود التالي وان تحقق التالي متصل بتحقق المتقدم.

المقدم

التالي

اذا تناول الجاني المسكر او
المخدر عمداً بنية ارتكاب الجريمة
التي وقعت منه.

ففي هذه القاعدة القانونية الواردة في المادة (٦١) من قانون العقوبات روعي الترتيب فقدم على التالي. وهي ايضاً قضية متصلة لزومية لقيام التلازم بين المتقدم والتالي بحيث ان وجود الاول يستلزم وجود الثاني. اذن القاعدة المنطقية تنطوي بانه ((كلما تحقق المتقدم تحقق التالي)) غير ان عكس هذه القاعدة عكساً كلياً لا وجود له في علم المنطق فلا يقال كلما تحقق التالي تحقق المتقدم الا اذا كان التالي لازماً مساوياً او لازماً اخص للمقدم اما اذا كان التالي لازماً اعم بان يكون له اكثر من ملزوم واحد فلا يلزم من تحقق التالي تحقق المتقدم لجواز تحققه مع مقدم اخر.

وبناء على هذه القاعدة المنطقية يعتبر صنيع المشرع العراقي في المادة (٢/٣٥)^(١) من قانون الاحوال الشخصية صنيعاً غير منطقي لانه بنى حكمه في طلاق المريض مريض الموت

^(١) نص المادة (٣٥): لا يقع طلاق الاشخاص الاتي بيانهم:

على العكس الكلي للقاعدة المذكورة ((أي كلما تحقق التالي يتحقق المقدم)) فكلما تحقق ميراث الزوجة المطلقة في مرض الموت تحقق قيام الزوجية وقت الوفاة باعتبار ان الزوجية هي العلة الوحيدة (السبب الوحيد) لميراث الزوجة. مع ان هذا التالي اللازم (ميراث الزوجة) في هذه الحالة له مقدم وملزوم اخر غير قيام الزوجية الصحيحة وهو ((القصد السيء للزوج المريض مرض الموت حين طلاق زوجته)) ولذلك اطلق الفقهاء على هذا الطلاق مصطلح: ((طلاق الفار)) يعني ان طلاقه هذا يفسر بانه يقصد به حرمان زوجته من الميراث فيعامل بنقيض قصده السيء. ويعطي للزوجة المطلقة الميراث على الرغم من وقوع الطلاق. اذن لميراث الزوجة في هذه الحالة سبب اخر يترتب عليه غير سبب الزوجية وهو ((القصد السيء)).

والمرجع العراقي استدل على عدم وقوع الطلاق بتوريث الزوجة باتفاق فقهاء المسلمين^(١)، وان هذا الاستدلال كما منطقياً لو كان لميراث الزوجة سبب واحد فقط وهو ((الزوجية)). في حين ان فقهاء المسلمين ربطوا ميراث الزوجة المطلقة في مرض الموت بقيام سبب اخر غير الزوجية وهو القصد السيء. وهذا ما اتفقوا عليه كما اتفقوا على وقوع الطلاق اذا كان الزوج متمتعاً بالادراك والتمييز التامين. لكنهم اختلفوا في مدى سقوط هذا الحق بالتقادم. فقال الحنفية^(٢): ترث الزوجة المطلقة في مرض الموت اذا مات الزوج بهذا المرض وهي لا تزال في عدة الطلاق، فاذا انتهت العدة يسقط حقها في الميراث. وقال الحنابلة^(٣): ترث ما لم تتزوج بزواج اخر فاذا تزوجت يسقط حقها، فكانها بهذا الزواج تنازلت عن حقها.

١-السكران والمجنون والمعنوه والمكره ومن كان فاقد التمييز من غضب او مصيبة مفاجئة او كبر او مرض.

٢-المريض في مرض الموت او في حالة يغلب في مثلها الهلاك اذا مات في ذلك المرض او تلك الحالة وترثه زوجته.

(١) باستثناء في غيره من حيث الظاهرية وفقهاء الزيدية حيث لم يفرقوا بين الطلاق في مرض الموت والطلاق في غيره من حيث حرمان الزوجة من الميراث انظر المعلى ٢١٨/١٠ وما بعدها.

الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير للصنعاني ٢/٢١٦.

(٢) المبسوط للسرخسي ٦/١٥٤. بدائع الصنائع للكاساني ٤/٢٠٦٦.

(٣) المغني لابن قدامة ٦/٢٢٠.

وقال الجعفرية^(١): تراث ما لم تتزوج وما لم تقض سنة على الطلاق فاذا تزوجت او مات الزوج بعد سنته من تاريخ الطلاق يسقط حقها.

وقال المالكية^(٢): تراث مطلقاً تزوجت ام لم تتزوج، طال مدة الوفاة بعد الطلاق ام لا لان الميراث مبني على سبب (القصد السيء) لا يسقط بالتقادم. ويتفق مع المالكية في هذا الرأي فقهاء الاباضية^(٣). وللشافعية^(٤) اقوال متعددة يتفق كل قول مع احد المذاهب المذكورة. وبعد عرض هذا التحقيق الشرعي والمنطقي لنا أمل وطيد في ان يعيد المشرع العراقي النظر في هذه المادة وان يعدلها بمحذ الفقرة الثانية منها لان الحكم النوارد فيها يخالف لاجماع فقهاء المسلمين، ويخالف لجميع القوانين في البلاد العربية والاسلامية، ويخالف لقواعد علم المنطق.

وبالاضافة الى ذلك كله فان القاضي لا يستطيع ان يبيت في وقوع الطلاق او عدم وقوعه حتى يموت الزوج بالمرض الذي طلق زوجته فيه لانه لا يعلم بطريقة مؤكدة ان هذا المرض هو مرض الموت، وانه مات فيه الا بعد الوفاة فتبقى الزوجة حائرة خلال هذه الفترة بين حالة الزوجية وحالة اللازوجية.

ثم ان كان الحكم مبنياً على اساس عدم الادراك الكامل للمريض ونقص اهليته فان هذا الحكم قد ذكره المشرع في الفقرة الاولى فتكون الفقرة الثانية تكراراً وحشواً. اصف الى كل ذلك ان الزوجة لا تحسر حقها في الميراث عند المالكية والاباضية على الرغم من وقوع الطلاق وزواجها بزواج اخر.

ثانياً- القضية الشرطية المنفصلة:

وهي كما ذكرنا ما حكم فيها بانفصال احدى القضيتين فاكثر عن الاخرى واهم معيار يميزها من الشرطية المتصلة هو وجود لفظ (أو) بين مقدماتها مثل القاعدة القانونية الجنائية الواردة على صورة شرطية منفصلة في المادة (١/٣٩٣) المعدلة في قانون العقوبات النافذ من أنه ((يعاقب بالسجن المؤبد او المؤقت كل من واقع أنشأ بغير رضاها او لاط

(١) الكافي للكليني ١٢/٦. الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ٣٢٧/٢.

(٢) المنتقى شرح موطأ امام مالك ٨٥/٤-٨٦.

(٣) شرح النيل وشفاء العليل للامام محمد بن يوسف اطفيش ٢٧٦/٨.

(٤) المذهب لابي اسحاق الشيرازي // ٢٥.

بذكر او انشئ بغير رضا أو رضاها)) وهذه القضية سميت في علم المنطق ((المنفصلة)) لعدم امكان الجمع بين جميع مقدماتها كالجمع بين السجن المؤبد والمؤقت في وقت واحد في قضية واحدة وبالنسبة الى شخص واحد.

وتنقسم المنفصلة الى ثلاثة أنواع^(١):

أ- منفصلة حقيقية: وهي التي تكون دائرة بين حكيم فاكثر بحيث يمتنع الجمع بين الجميع كما يمتنع الخلو عن الجميع لانها تتكون من الشيء ونقيضه فوجود احدهما يستلزم عدم الآخر لاستحالة الجمع، وعدم احدهما يستلزم وجود الآخر لاستحالة الخلو. ففي الرياضيات يقال: ((اذا كان هذا عددا فهو اما زوجي واما فردي)) فهي قضية شرطية منفصلة حقيقية حيث لا يتصور ان يكون عدد واحد زوجياً وفردياً معاً أو ان لا يكون فردياً ولا زوجياً.

وفي القانون يقال: ((من القى القبض عليه فهو اما بريء او مجرم)). فهي قضية شرطية منفصلة حقيقية لاستحالة الجمع بين وصفي البراءة والاجرام في شخص واحد في وقت واحد، وبالنسبة الى قضية واحدة، واستحالة خلوه ايضاً من كلا الوصفين معاً.

ب- منفصلة مانعة الخلو: فهي قضية شرطية منفصلة تتضمن اكثر من حكم واحد بحيث يمكن الجمع بين الكل في التطبيق، ولكن يمتنع الخلو عن الكل اذا توفرت شروط التطبيق كما في القاعدة القانونية الجنائية الواردة على صورة قضية شرطية منفصلة مانعة الخلو في المادة (٢٣١) من قانون العقوبات النافذ التي منطوقها: ((يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات وبالغرامة او باحدى هاتين العقوبتين من منع قصداً موظفاً أو أي شخص مكلف بخدمة عامة عن القيام بواجباته))^(٢). فهذه القاعدة (القضية) تتضمن حكيمين: ((الحبس، والغرامة)) فاعطى المشرع فيها القاضي سلطة الجمع بينهما، ولكن لا يستطيع القاضي ان يتغلى عن تطبيق كليهما معاً مادامت اركان وشروط الجريمة متوفرة وموانعها منتفية.

ج- منفصلة مانعة الجمع: فهي قضية شرطية منفصلة تتضمن اكثر من حكم واحد بحيث يمتنع الجمع بين الكل في التطبيق، ولكن يمكن الخلو عن الكل وعدم تطبيق اي

^(١) التفتازاني، تهذيب المنطق، مع الدسوقي والتجريد الشافعي على شرح الخبيصي، ص ١٤٤-١٤٥.

^(٢) فهذه قضية شرطية لان تقديرها: من منع قصداً موظفاً الى اخره... يعاقب بالحبس الى اخره.

والفظ (من) اسم شرط وما بعده جملة شرطية والعقوبة تبني على توفر هذا الشرط.

من الاحكام الواردة في القضية كما في القاعدة القانونية الجنائية الواردة في صورة قضية شرطية منفصلة مانعة الجمع في المادة (١٧٥/١) من قانون العقوبات النافذ التي تنص على انه ((يعاقب بالسجن المؤبد او المؤقت من اشترك في اتفاق جنائي الغرض منه ارتكاب الجرائم المنصوص عليها في المواد (من ١٥٦ الى ١٧٤)، او اتخاذها وسيلة للوصول الى الغرض المقصود منه)). فهذه القاعدة (القضية) تتضمن حكمين ((السجن المؤبد، والسجن المؤقت)) فيمتنع الجمع بينهما فهي اذن مانعة الجمع ولكن لا يمتنع الحلو عن كليهما معاً حيث يجوز للقاضي ان يتخلى عن تطبيق كلا الحكمين بدلالة المادة (١٨٧) من هذا القانون التي تنص على أنه ((يعفى من العقوبات المقررة للجرائم المبينة في هذا الباب من بادر من الجناة بإبلاغ السلطات العامة بكل ما يعلمه عنها قبل البدء من تنفيذ الجريمة وقبل البدء في التحقيق. ويجوز للمحكمة الاعفاء من العقوبة اذا حصل البلاغ بعد تنفيذ الجريمة وقبل البدء في التحقيق.

وفي ضوء هذه المادة تكون القضية الشرطية المنفصلة الواردة في المادة (١٧٥/١) منفصلة مانعة الجمع ولكن ليست مانعة الحلو^(١).

(١) لمزيد من التفصيل بالنسبة للشرطية المتصلة والمنفصلة راجع المراجع الاتية: البرهان المرجع السابق، ص ٢٣٠-٢٣٤.

تحرير القواعد المنطقية شرح رسالة الشمسية المرجع السابق ص ١٥٣ وما بعدها.
تهذيب المنطق مع الخبيصي والدسوقي ص ١٤١ وما بعدها.
ايساغوجي في المنطق مع شرحه وحاشية المطار ص ٨٥ وما بعدها.



الفصل السادس المنطق والادلة القضائية

القاضي ابتداء من سماع الدعوى وقبولها، والنظر في الواقعة وتكييفها، واستنباط الاحكام من النصوص وتسبيبها، وانتهاء من اصدار القرارات وتثبيتها يعتمد على أدلة منها عقلية وهو خاضع لها، ومنها عقلية وهو حاكم فيها ومنها لها صفة ازدراجية عقلية في بعض مقدماتها وعقلية في البعض الاخرى ولها احكام الادلة العقلية.

الدليل:

إذا اطلق في علم المنطق يقصد به لقياس المنطقي غالباً^(١).



^(١) وقد يقصد به الاستقراء كما في الاستدلال الاستقرائي. اما القياس الشرعي والقانوني يسمى تمثيلاً عند المنطقيين.

القياس المنطقي:

يتكون من مقدمتين فأكثر متى سلم بها يلزم عنها لذاتها النتيجة.
وهو قسمان: قياس اقتراني، وقياس استثنائي، والاقتراني ينقسم الى الاقتراني الحملّي والاقتراني الشرطي، كما ينقسم الاستثنائي الى الاستثنائي المتصل والاستثنائي المنفصل:

أولاً-القياس الاقتراني الحملّي:

وهو يتكون من (مقدمتين + نتيجة).

مقدماته تتكون من ثلاثة حدود (الحد الاصغر + الحد الاكبر + الحد الاوسط).

المقدمة التي فيها الحد الاصغر تسمى ((صغرى)) لانها اقل شمولاً.

والمقدمة التي فيها الحد الاكبر تسمى ((كبرى)) لانها اكثر شمولاً.

المثل:

العالم حادث (مقدمة صغرى).

كل حادث له محدث (مقدمة كبرى).

العالم له محدث (نتيجة).

العالم (الحد الاصغر) موضوع النتيجة.

حادث (الحد الاوسط) حلقة الوصل بين المقدمتين وهو محمول في الصغرى وموضوع في الكبرى.

له محدث (الحد الاكبر) محمول النتيجة.

وللقياس الاقتراني الحملّي أشكال أربعة:

الشكل الاول- هو أن يكون الحد الاوسط محمولاً في الصغرى وموضوعاً في الكبرى كالمثال

المذكور.

الشكل الثاني- هو أن يكون الحد الاوسط محمولاً في الصغرى والكبرى.

الشكل الثالث- أن يكون موضوعاً في كليهما.

الشكل الرابع- هو عكس الشكل الاول وهو أن يكون موضوعاً في الصغرى ومحمولاً في

الكبرى.

ثانياً- القياس الاقتراضي الشرطي:

وهو الذي يكون بعض مقدماته او كلها قضايا شرطية متصلة او منفصلة. وانواعه ستة:

الاول- يتكون من شرطين متصلتين:

كلما كان الانسان غلصاً كان منتجاً، (صغرى).

وكلما كان منتجاً كان عجبياً. (كبرى).

كلما كان الانسان غلصاً كان عجبياً (نتيجة).

الثاني- يتكون من منفصلتين:

كل مجتهد اما ان يكون مصيباً في اجتهاده او غير مصيب. ((صغرى)).

وكل غير مصيب في اجتهاده اما ان يصر على خطأ او يتراجع عنه. ((نتيجة)).

الثالث- هو ان يكون احدي المقدمتين متصلة والاخرى حمليّة:

كلما كان القاضي غير منحاز كان عادلاً. (صغرى).

كل عادل محبوب (كبرى).

كلما كان القاضي غير منحاز كان عجبياً. (نتيجة).

الرابع- هو أن تكون احدي المقدمتين منفصلة والاخرى حمليّة:

مثل: كل من يلتقى عليه القبض متهم. (صغرى حمليّة).

وكل متهم اما بريء واما مجرم (كبرى منفصلة).

كل من يلتقى عليه القبض اما بريء واما مجرم (نتيجة).

الخامس- هو أن تكون احدهما منفصلة والاخرى متصلة:

مثل: اما ان يكون الطالب مجتهداً واما ان يكون مهملأ. (كبرى منفصلة).

اذا كان الطالب ناجحاً كان مجتهداً. (صغرى متصلة).

اذا كان الطالب ناجحاً فلا يكون مهملأ. (نتيجة).

السادس- هو ان يتكون من حمليّة ومتصلة ومنفصلة:

مثل: البندقية آلة معدة للقتل. ((قضية حمليّة)).

وكلما كانت آلة معدة للقتل كانت وسيلة طبيعية لازهاق الروح (قضية

شرطية متصلة).

ودائماً اما ان تكون الآلة المعدة للقتل دالة على توفر القصد الجنائي او لا

تكون دالة عليه (قضية شرطية منفصلة). اما تكون البندقية وسيلة طبيعية لازهاق الروح دالة على توفر لقصد الجنائي، واما أن تكون غير دالة عليه (نتيجة).

والقياس الاقتراني الشرطي كالقياس الاقتراني الحملي أربعة أشكال:
الاول- هو الذي يكون فيه الحد الاوسط محمولاً في المقدمة الصغرى وموضوعاً في المقدمة الكبرى.

الثاني- هو ان يكون فيه الحد الاوسط محمولاً في كلتا المقدمتين.
الثالث- هو أن يكون فيه الحد الاوسط موضوعاً في كلتا المقدمتين.
الرابع- هو الذي يكون عكس الشكل الاول.

ثالثاً- القياس الاستثنائي المتصل:

القياس الاستثنائي هو الذي تتضمن احدى مقدمتيه النتيجة ذاتها أو نقيضها بالفعل. وهو عادة يتكون من مقدمتين احدهما قضية شرطية والاخرى قضية حملية استثنائية وتسمى استثنائية لاشتغالها على ما يسمى في علم المنطق باداة الاستثناء. وهو لفظ (لكن) ولذلك سمى القياس استثنائياً ايضاً. وهو اما استثنائي متصل اذا كانت شرطية متصلة، واما استثنائي منفصل ان كانت منفصلة^(١).

الاستدلال والاستنتاج بواسطة القياس الاستثنائي المتصل:

يقول علماء المنطق ثبوت تحقق المقدم ينتج ثبوت تحقق التالي على اساس ان الاول علة وثبوت العلة يستلزم ثبوت المعلوم. كما في الصورة التالية:
الدعوى: (ع) غير مسؤول جنائياً عن قتل (ك).
السند: لان القتل كان دفاعاً عن النفس.
الاستدلال القضائي: اذا ثبت ان (ع) قتل (ك) دفاعاً عن النفس (المقدم) فهو غير مسؤول جنائياً (التالي).

(١) انظر المراجع السابقة من كتب المنطق: البرهان ص ٢٣٠-٢٤١.

تهذيب المنطق مع الخبيصي والدسوقي ص ٢١٤ وما بعدها.

دليل التالي: المادة (٤٢) من ق.ع.ع.^(١).

خلاصة التحقيق: لكن ثبت ان (ع) قتل (ك) دفاعاً عن النفس.

الاستنتاج والحكم: (ع) غير مسؤول جنائياً عن قتل (ك).

وهناك صورة أخرى للاستنتاج عن طريق القياس الاستثنائي المتصل وهي ان ثبوت

تخلف التالي ينتج ثبوت تخلف المقدم باعتبار ان تخلف الاثر يستلزم تخلف المؤثر.

الدعوى: (ع) لم يرتكب جريمة السرقة التي اتهم بها.

السند: عدم تطابق بصمات الاصابع.

الاستدلال القضائي: (ع) ارتكب جريمة السرقة التي اتهم بها (المقدم) اذا تطابقت

بصماته مع بصمات على غل الحادث (التالي).

خلاصة التحقيق: لكن لم تتطابق بصمات الاصابع.

الاستنتاج والحكم: (ع) لم يرتكب جريمة السرقة التي اتهم بها.

رابعاً- القياس الاستثنائي المنفصل:

وهو الذي تكون احدى مقدماته قضية منفصلة والاخرى حملية.

الاستدلال والاستنتاج بواسطة القياس الاستثنائي المنفصل:

يقول علماء المنطق: اثبات تحقق احدى مقدمتي المنفصلة ينتج عدم تحقق الاخرى، واثبات

عدم تحقق احدهما ينتج تحقق الاخرى على اساس انهما متناقضان لا يجتمعان معاً ولا

يرتفعان معاً، كما في الصورة التالية:

المتهم (ع) القى القبض عليه (المقدم-قضية حملية) بعد التحقيق: ثبتت اما ادانته أو

برائته (التالي-منفصلة) لكن ثبتت ادانته ((استثناء المقدم)) ((. فلم تثبت براءته

((نتيجة)).

او يقال: لكن نتيجة التحقيق اثبتت براءته ((استثناء التالي)). فلم تثبت ادانته

((نتيجة)) وبعد هذا الاستعراض الموجز لبعض صور الدليل (القياس) المنطقي يتضح لنا ان

الادلة القضائية اما عقلية واما عقلية وهذا ما نوضحه بإيجاز في المبحثين القادمين.

^(١) لا جريمة ذا وقع الفعل استعمالاً لحق الدفاع الشرعي.

المبحث الاول

الادلة النقلية

يقول علماء المنطق^(١): الدليل ان توقف على حكاية كلام الغير في جميع مقدماته أو في بعضها فدليل نقلي والا فدليل عقلي.

المثل:

أ- ما يتوقف على النقل جميع مقدماته:

تارك المأمور به عاص (صغرى) وكل عاص مستحق للعقاب (كبرى) تارك المأمور به مستحق للعقاب (نتيجة).

دليل الصغرى نقلي وهو قوله تعالى (أفعميت أمر ربي). وكذلك دليل الكبرى وهو قوله تعالى (ومن يعص الله ورسوله فان له نار جهنم خالدين فيها).

ب- ما يتوقف على النقل في بعض مقدماته:

(أ) قتل (ب) عمداً عدواناً (صغرى).

وكل من قتل عمداً عدواناً يعاقب بالسجن المؤبد أو المؤقت (الكبرى).

(أ) يعاقب بالسجن المؤبد أو المؤقت (نتيجة).

الصغرى واقعة مادية. وهي ليست نقلية وانما ادلتها ودعواها نقلية ولكن المقدمة الكبرى نقلية وهي عبارة عن المادة (٤٠٥) من قانون العقوبات العراقي النافذ.

ومن الادلة النقلية: النصوص القانونية والشرعية والسوابق القضائية، واقوال الشهود، وافادات المتهمين...

اقسام الادلة النقلية:

الادلة النقلية اما يقينية او غير يقينية من حيث الشبوت، ولكل منهما اما قطعية او ظنية من حيث الدلالة على الحكم. فكل نص لا يحتمل من حكم واحد (او معنى واحد) تكون دلالة على هذا الحكم قطعية. وكل نص يحتمل اكثر من حكم واحد (او معنى واحد)

(١) البرهان المرجع السابق، ص ٤٠٣.

تكون دلالة على احد الاحتمالين دلالة ظنية لانه يحتمل في نفس الوقت الاحتمال الاخر وقل مثل ذلك بالنسبة لغیر النصوص من الادلة.

اولاً- الادلة النقلية اليقينية:

اليقين هو العلم المجازم الثابت المطابق للواقع وهو بالنسبة الى الادلة النقلية لا يثبت الا بالتواتر، والتواتر هو ما نقله جمع من الناس في كل عصر عن سمع مباشر او مشاهدة يستحيل عادة اتفاهم على الكذب كالاتفاق على ان ((لندن)) عاصمة بريطانيا.

النصوص والتواتر:

النصوص القانونية في كل بلد تصبح متواترة بعد نشرها في الوقائع والمجرائد الرسمية. فلا يوجد مثلاً نص من نصوص قانون العقوبات العراقي النافذ يكون محل شك أو ظن أو وهم في انه نص تشريعي عراقي وجزء من هذا القانون، وهكذا بقية القوانين النافذة. ولكن النصوص الشرعية تختلف عن النصوص القانونية كما يلي:

أ-نصوص القرآن الكريم من حيث الثبوت ومن حيث انها كلام الله نزلت وحياً على سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم كلها متواترة حيث نقلها في كل عصر جمع يستحيل تواطؤهم على الكذب.

ب-نصوص السنة النبوية:

وهي من حيث الثبوت ثلاثة انواع.

١-السنة المتواترة:

وهي ما رواها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم جمع من الصحابة يستحيل عادة اتفاهم على الكذب ثم رواها عن هذا الجمع جمع من التابعين يستحيل عادة اتفاهم على الكذب وهكذا الى زمن التدوين. والتواتر اما لفظي: وهو ما يرويه كل واحد من الجماعة متفقاً مع ما يرويه الاخر في اللفظ.

واما معنوي: وهو ان يكون ما يرويه كل واحد من الرواة مختلفاً مع ما يرويه الآخر في اللفظ الا ان اخبار الكل تتفق على معنى واحد مشترك فيما روه ولو بطريق الالتزام.

والتواتر اللفظي في كلام الرسول صلى الله عليه وسلم قليل ولكن التواتر المعنوي كثير ومن التواتر المعنوي تفسير النصوص المجملّة الواردة في القرآن الكريم بأقوال الرسول وافعاله. والسنة المتواترة تحتل المركز الثاني بعد القرآن الكريم في الالتزام والحجة.

٢- الحديث المشهور:

وهو ما يرويه من لم يبلغوا حد التواتر من الصحابة ثم يصبح متواتراً في عصر التابعين أو تابعي التابعين. والحديث المشهور يفيد القطع وعلم اليقين بالنسبة الى من رواه من الصحابة ولكنه دليل ظني بالنسبة الى غيرهم.

٣- حديث الآحاد:

وهو كل خبر يرويه عدد دون عدد التواتر. ويفيد الظن الراجح ويجب العمل به فيما يدل عليه من الاحكام العملية ولا يستدل به في الامور الاعتقادية. ولكل دليل نقلي ما عدا الدليل المنقول بالتواتر لا يفيد علم اليقين. وكل دليل تكون جميع مقدماته متواترة يسمى ((البرهان)).

ثانياً- الادلة العقلية غير اليقينية (الامارات):

ويطلق علماء المنطق على الادلة غير اليقينية تعبير (الامارات) وان كان هذا التعبير غالباً يستعمل للظنيات.

اقسام الادلة غير اليقينية: (١)

تنقسم الادلة غير اليقينية من حيث القوة والضعف الى الاقسام الآتية:

١- الادلة المفيدة للادراك غير المجازم وهي تنقسم الى الانواع التالية:

أ- اما ان تفيد الشك:

وهو الادراك لامر ما بحيث لا يترجح جانب من الثبوت وعدم الثبوت على الجانب الآخر كتصور علماء الفضاء للحياة في بعض الكواكب تصوراً لم يترجح بعد احد

(١) ومن الجدير بالذكر ان هذه الاقسام لا تختص بالادلة العقلية وانما هي متوترة في الادلة العقلية ايضاً كما يأتي في محله.

جانبه الايجابي والسليبي على الجانب الاخر. ولا يجوز للقاضي ان يعمل ويحكم بالشك بل عليه ان يمتدح ويبذل الجهود للوصول الى ادراك اقوى من هذه المرحلة.
ببراهما ان تفيد الظن:

وهو الجانب الراجح للادراك من الوجود والعدم لمرجح ثابت لدى المدرك كظن القاضي بشبوت التهمة الموجهة الى المتهم لتوفر الادلة ضده غير ان هذه الادلة لم تصل الى درجة اليقين او الاعتقاد الجازم الثابت بل تشمل الصدق والكذب كإفادات الشهود الذين لم يبلغوا حد التواتر، وكإفادات واعترافات المتهمين فانها ايضاً لا تفيد اليقين لاحتمال الكذب وعدم الصحة لدافع قد لا يعلم به القاضي او يعلم به. وكذلك كإقرار المدين بالدين فهي ادلة كلامية تفيد الظن أو الظن الغالب. والقاضي ملزم بان يحكم بالظن الغالب ما لم يتم دليل على خلاف ذلك.
جـولما ان تفيد الوهم:

وهو الجانب للمرجح المخالف للظن الغالب فالقاضي عندما يستمع إفادات الشهود يحصل لديه للظن الغالب بصحة مضامين هذه الإفادات ولكن بما انها اخبار تشمل الصدق والكذب فهو قد يتصور الجانب الاخر لهذه الإفادات أي عدم صحتها وهذا الجانب المخالف المتصور يسمى ((الوهم)). ولا يجوز للقاضي ان يعمل به.

٢- الادلة للفيده للادراك الجازم غير الثابت:

والادراك الجازم غير الثابت هو ما يقبل ثبوت العكس كادراك القاضي لشبوت التهمة الموجهة الى المتهم ادراكاً جازماً استناداً الى الادلة المتوفرة لديه ضده. ولكنه ادراك جازمى غير ثابت لجواز ثبوت عكسه بان تثبت براءة المتهم بعد الحكم عليه بظهور دليل يدل على ذلك، ففي هذه الحالة يجب على القاضي ان يسحب الحكم ويصدر بدلاً عنه الحكم بالبراءة من التهمة الموجهة واطلاق سراحه ان لم يكن متهماً بتهمة اخرى.

٣- الادلة للفيده لادراك الجازم الثابت غير المطابق للواقع:

وهذا الادراك يطلق عليه علماء المنطق مصطلح ((الجهل المركب)) كالادراك الاعشى لبعض المقلدين الذين يعتقدون اعتقاداً جازماً ثابتاً غير مطابق للواقع بصحة ما ينقلونه عن يقدونه. فالقضايا التقليدية يحكم بصحتها عقل المقلد حكماً جازماً ثابتاً تقليدياً بدهياً بالنسبة اليه زعماً، لا نظرياً ولا استدالياً للتنافي بين التقليد

والاستدلال عليه، ولان الاستدلال بغير الاحاد لا يفيد الجزم اصلاً. وحياناً تكون هذه القضايا التقليدية غير صحيحة في الواقع وفي نفس الامر ومع ذلك يتمسك بها المقلد تمسكاً لا يقبل العكس بالنسبة اليه وهذا ما يسمى الجهل المركب لانه يجهل الحقيقة ويجهل انه جاهل بها فهو جهل يستلزم جهلاً اخر ولهذا سمي الجهل المركب.

ومن البدهي ان المجتهد قد يكون غطئاً وقد يكون مصيباً وهذا ما لا ينكره احد الا المتعصبون والمصابون بالتعصب الاعمى وقد اكد الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم هذه القاعدة قبل اكثر من الف واربعمئة سنة حين قال ((اذا حكم الحاكم فاجتهد ثم اصاب فله اجران فاذا حكم واجتهد ثم اخطأ فله اجر)).

ويعتبر من التقليد والتمسك بالادلة النقلية غير اليقينية في صحتها الاستناد الى السوابق القضائية وقرارات محكمة التمييز فهذه القرارات وتلك السوابق غير مصونة عن الخطأ وان صانع القرار غير مصون لذا من الخطأ المنطقي التعصب الاعمى سواء من قبل قاضي الموضوع أو من قبل غامي الدفاع لهذه السوابق والقرارات. نعم من المفيد ان يستنير بها القاضي او المحامي ولكن في نفس الوقت يجب ان لا يأخذ الا بعد الدراسة الدقيقة واعادة النظر فيها وان يعتبرها قابلة لاثبات العكس من حيث انها تحتل الصواب والخطأ مادام مصدرها هو الاجتهاد او الدليل الظني.

الاستنتاج:

وبعد هذا الايضاح الموجز بالنسبة لما يتعلق بالادلة النقلية غير اليقينية نستطيع ان نستنتج ما يلي:

اولاً- القاضي غير ملزم بعمل باليقين دائماً لان جميع الادلة النقلية التي يستند اليها كلها لا تفيد اليقين باستثناء الادلة النقلية المتواترة. والقاضي غير ملزم بان لا يعمل الا بالتواتر لا في الشريعة الاسلامية ولا في القوانين الوضعية لسلا يؤدي ذلك الى اهدار حقوق الناس.

وبناء على هذا يعتبر صنيع المشرع العراقي في المادة (٤٤) من قانون الاحوال الشخصية النافذ غير منطقي حيث الزم القاضي بالعمل بالتواتر في هذه المادة التي تنص على انه ((يجوز اثبات اسباب التفريق بكافة وسائل الاثبات بما في ذلك الشهادات الواردة على السماع اذا كانت متواترة...)). فالزام القاضي بان لا يعمل بالشهادات الواردة على السماع ما لم تصل الى درجة التواتر قد يؤدي الى ضياع

حقوق احد الزوجين او كليهما بالاضافة الى انه يصطدم مع القاعدة المنطقية والقانونية والشرعية القاضية بجواز الحكم بالظن الغالب في كل تعرض عليه للبت فيها.

ثانياً- على القاضي ان لا يكون مقلداً للقرارات والسوابق القضائية واذا استخدم هذا التقليد يجب ان لا يكون متعصباً لها الى حد لا يدرك الخطأ الوارد فيها لان صانع القرار لم يكن معصوماً بقراره يحتمل الخطأ والصواب كقرار اي مجتهد لا يملك دليلاً قطعياً على ثبوت ما يقره.

ثالثاً- لا يجوز للقاضي ان يعمل بالشك او الوهم لانهما ادراكان ضعيفان يقتربان الى الخطأ من الصواب، فعليه ان يجتهد حتى يصل الى الادراك الذي لا يقل عن درجة الظن الغالب رعاية للقواعد العامة منها: ((المتهم بريء حتى تثبت ادانته)) ((الاصل براءة الذمة)) ويأتي في مقدمة القواعد المانعة من العمل بما هو محل للشك قول الرسول الاعظم صلى الله عليه وسلم: ((ادروا الحدود بالشبهات ما استطعتم)). رابعاً- الادلة سواء كانت يقينية او ظنية في ثبوتها فان دلالتها قد تكون قطعية وقد تكون ظنية:

الدلالة القطعية للدالة:

هي ان يكون الدليل لا يتحمل اكثر من مدلول واحد فعندئذ لا مجال للاجتهاد فيه اصلاً وهذا هو المقصود من القاعدة المشهورة ((لا مسأغ للاجتهاد عند مورد نص)).

الدلالة الظنية للدالة:

هي ان يكون للدليل اكثر من احتمال واحد فعندئذ تكون دلالته على احتمال واحد من هذه الاحتمالات دلالة ظنية لجواز الاحتمال الاخر في نفس الوقت. ومن اهم اسباب نشوء الغموض في النصوص احتمالاتها لاكثر من مدلول واحد فالقاضي عندما يستعمل النص في احتمال واحد قد يكون مصيباً وقد يكون مخطئاً لجواز ان المشرع اراد الاحتمال غير المعمول به. فالنصوص كلها من حيث الدلالة اما قطعية واما ظنية خلافاً لما زعم البعض من ان الادلة النقلية مطلقاً تكون دلالاتها ظنية وصاحب هذا الزعم يستند الى ان افادتها للنتيجة المتوخاة منها تتوقف على مقدمات كلها ظنية ومن تلك المقدمات:

• العلم بوضع الفاظ النصوص لمعاني محددة، وهذا العلم ظني.

• العلم بان المعاني المفهومة من الفاظ النصوص هي المعنية بالقصد من قبل المشرع او صاحب القول، وهذا ظني.

• العلم بان هذا اللفظ لم ينقل من معناه الاصلي الى معنى اخر، وهذا ظني.

• العلم بان اللفظ ليس مشتركاً بين معنيين فاكثر، وهذا ظني.

• العلم بان النص العام لم يخص بدليل، وهذا ظني.

• العلم بان النص المطلق لم يقيد بدليل، وهذا ظني.

• العلم بان هذا الدليل لم يعارض بدليل اخر يساريه او يكون اقوى منه، وهذا ظني.

• العلم بان هذا النص لا يتضمن اضراراً وتقديراً، وهذا ظني.

• العلم بان النص لا يوجد فيه التقديم والتأخير، وهذا ظني.

وقال أنصار هذا الزعم ان علم المنطق يقول: النتيجة تابعة لافس المقدمتين فالدليل وان

كان قطعياً فما دام تشويه هذه الظنون تكون دلالتة على الحكم ظنية.

ولكن في اعتقادي ان هذه الادلة كلها جدلية وسفسطية ومغالطة وان الواقع الذي لا

يقبل النقاش هو ان النص سواء كان ثبوته قطعياً أم ظنياً فان دلالتة على الحكم قد تكون

قطعية ان لم يتحمل اكثر من مدلول واحد، وقد تكون ظنية ان احتمل ذلك.

والله أعلم بالصواب.

المبحث الثاني

الادلة العقلية

سبق ان بينا ان علماء المنطق قالوا: الدليل ان توقف على حكاية كلام الغير في جميع مقدماته او في بعضها فدليل نقلي والا فدليل عقلي. ونستنتج من هذا ان الدليل العقلي هو الذي لا يتوقف في جميع مقدماته على نقل كلام الغير وانما مصدرها العقل فهي تستقي من الوقائع للمادية عن طريق العقل والنظر والاستنتاج.

والادلة العقلية-كالادلة النقلية-اما يقينية واما ظنية:

الدليل العقلي اليقيني:

هو الذي تكون جميع مقدماته يقينية والمقدمات اليقينية اما بدهية واما نظرية مكتسبة من البديهيات.

١-اليقينيات البديهية:

وهي ستة انواع^(١):

١-الاوليات:

وهي القضايا التي يحكم بها كل عقل سليم حكماً قطعياً (اي جازماً ثابتاً مطابقاً للواقع بمجرد تصور اطرافها مع النسبة كالحكم بامتناع اجتماع النقيضين او ارتفاعهما، وبان الواحد نصف الاثنين، والكل اعظم من الجزء...

٢-المشاهدات:

وهي التي يحكم بها العقل قطعاً بوساطة مشاهدة الحكم والواقعة المادية كمشاهدة الشاهد للقاتل حين ارتكاب جريمة القتل فان ثبوت هذه الواقعة بالنسبة اليه من البديهيات ومن الادلة اليقينية. ولكنه بالنسبة الى القاضي من الظنيات لان القاضي يستند الى قول

(١) الكليني: البرهان، ص ٣٧٩.

الشاهد وقوله يحتمل الصدق والكذب ويقول علماء المنطق: القضية هي قول يصح ان يقال لقائله انه صادق فيه او كاذب. وكذلك يقول علماء البلاغة: الخبر هو ما يحتمل الصدق والكذب.

٣-قضايا ادلتها معها:

وتسمى (الفطريات) وهي التي يحكم فيها بحكم قطعي بواسطة دليل لازم لتصور اطرفها كالحكم بزوجة الاربعة لانقسامها الى قسمين متساويين.

٤-التواترات:

وهي من الادلة النقلية اليقينية كما ذكرنا سابقاً.

٥-المجريات:

وهي القضايا التي يحكم بها العقل حكماً قطعياً بواسطة دليل يحصل للانسان تلقائياً عند تكرار مشاهدة ال اثر المترتب على التجربة.

٦-الحدسيات:

وهي التي يحكم بها العقل بواسطة قياس يحصل للانسان تلقائياً بعد الحدس الذي هو ملكة الانتقال التلقائي من المبادئ الى المطالب كالحكم بخطورة المجرم عند ثبوت تكرار ارتكابه لعدة جرائم خطيرة متعاقبة دون مبرر معقول.

ب-اليقينات النظرية:

وهي المقدمات اليقينية المكتسبة من الادلة البديهية. كالمقدمات الثابتة بالتواتر او بالتجربة...

والدليل الذي يتكون من مقدمات يقينية بديهية او نظرية يسمى ((الدليل البرهاني)) وهو سيد الادلة لانه يفيد العلم اليقيني (الاعتقاد الجازم الثابت المطابق للواقع) ونتيجته تكون دائماً يقينية.

اما الدليل الذي يتكون من مقدمات ظنية صرفة او من مقدمات بعضها ظنية وبعضها يقينية فلا يفيد الا الظن وذلك لان النتيجة تابعة لاهل المقدمتين فالدليل المكون من الظن واليقين نتيجته تكون ظنية لا يقينية.

الادلة اللمية والادلة الانية:

قسم علماء المنطق الادلة مطلقاً سواء كانت يقينية ام ظنية الى قسمين الادلة اللمية والادلة الانية.

القسم الاول-الدليل اللمي:

وهو الاستدلال بوجود العلة (او السبب) على وجود المعلول (او المسبب). واساس هذا الدليل هو القاعدة المنطقية والاصولية القاضية بان ((الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً)) اي كلما تحققت العلة تحققت الحكم، وكلما تخلفت العلة تخلف الحكم. ومن الادلة اللمية التمثيل الذي يرادف القياس القانوني والاصولي وهو الحاق القاضي واقعة لم يرد بشأنها نص ظاهر بواقعة اخرى ورد فيها النص لاشتراك الواقعتين في علة الحكم.

وهذا القياس في حقيقته يرجع الى الاستدلال بالعلة على وجود المعلول فبعد ادراك القاضي لعة الحكم الوارد في النص وبعد ثبوت هذه العلة لديه في واقعة اخرى مشابهة يستدل على ثبوت الحكم في الواقعة غير المنصوص عليها بالعلة التي شرع الحكم لاجلها. والقياس وان كان محظوراً في القضايا الجنائية بناء على مبدأ الشرعية ((الاجرمية ولا عقوبة الا بناء على نص)) الا ان له اهمية كبيرة في الحياة العملية القضائية وعلى سبيل المثال:

قال سبحانه وتعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَكْنِزُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ وَلَا يَنْفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَبَشِّرْهُمْ بِعَذَابٍ أَلِيمٍ﴾^(١) فحرم كنز الذهب والفضة بعدم انفاقهما في التنمية الاجتماعية او الاقتصادية او الثقافية وبعدم استثمارهما لدر النفع العام والخاص وعدم انفاقهما في سبيل المصلحة العامة الى غير ذلك.

والقاضي بعد ادراك حكمة تحريم كنز الذهب والفضة وبعد الاحاطة بعلة تشريع هذا الحكم يقضي بتحريم كنز كل عملة ورقية او معدنية متداولة في العالم لان العلة الموجبة لتشريع هذا التحريم في الكل واحدة، ولان الغاية والحكمة المتوخاة من تهديد الذين يكتنزون الذهب والفضة بالعقاب والعذاب الاليم هي نفس الغاية ونفس الحكمة بالنسبة لكل عملة

(١) سورة التوبة / ٣٤.

تؤدي وظيفة الذهب والفضة وتحمل عليهما في التداول. وللاستدلال القمي عن طريق القياس يجب توفر العناصر الاربعة الآتية:

١- الاصل- او المشبه به- او المقيس عليه وهو عبارة عن الواقعة التي ورد بصدها النص.

٢- الفرع- او المشبه- او المقيس: وهو عبارة عن الواقعة المشابهة للواقعة الاولى ولكن لم يرد فيها نص.

٣- الجامع- او العلة المشتركة- او السبب الموجب لتشريع حكم الواقعة المقيس عليها وتوفر هذه العلة في الواقعة الثانية التي يريد القاضي احاقها بالواقعة الاولى.

٤- الحكم: وهو ما ثبت للقضية المقيس عليها من وجوب او تحريم او جواز او غير ذلك... وهذه العناصر الاربعة متوفرة في قياس القاتل الموصى له للموصى على الوارث القاتل للحكم بجرمائه من الوصية كحرمان القاتل الوارث من الميراث. فواقعة قتل الوارث للمورث مقيس عليها ثبت حكمها بقول الرسول صلى الله عليه وسلم ((لا يرث القاتل)) وواقعة قتل الموصى له للموصى مقيسة والعلة الجامعة هي ان من استعجل في شيء قبل اوانه عوقب بجرمائه والحكمة الجامعة هي حماية ارواح الابرياء بالاضافة الى عدم جواز استفادة الجاني من جريمته والحكم هو الحرمان من الوصية كما يحرم الوارث من التركة.

القسم الثاني - الدلائل الانية :

وهو الاستدلال بالاثار على وجود المؤثر او الاستدلال بالمعلول على وجود العلة او الاستدلال بالسبب على وجود السبب فهذه التعابير المختلفة لها مضمون واحد.

وجل الادلة القضائية في اثبات الجريمة هي الادلة الانية كالاستدلال ببصمات الاصابع على اثبات التهمة الموجهة الى من تتفق بصماته مع الاثار التي تركتها بصمات مرتكب الجريمة.

وكالاستدلال باثار الاقدام واثار القدم هو شكلها الذي تتركه عند ملامستها لجسم قابل للتأثر مثل الرمل او الطين او التراب الناعم او الذي تطبعه على جسم اخر بمادة تكون عالقة بها مثل الدم او الماء او التراب...^(١).

ويمكن اعتبار الاستدلال على استخلاص القصد الجنائي باستعمال الوسيلة القاتلة بطبيعتها غالباً من قبيل الدليل الانني لان نية القتل هي العلة الدافعة لاستعمال القاتل

^(١) الدكتور سلطان الشاوي: اصول التحقيق الاجرامي، ص ١٨٣.

لهذا النوع من السلاح فاذا كانت الوسيلة التي استخدمها الجاني قاتلة بطبيعتها ومن شأنها احداث الموت دل ذلك على توفر القصد الجنائي لدى القاتل وهكذا كل اثر ملموس يستدل به المحقق او القاضي على ادانة المتهم على اساس ان الاثر دليل على قيام المؤثر يعتبر هذا الاستدلال في علم المنطق دليلاً ايضاً.

الخاتمة

اهم النتائج الاصلية المبتكرة في هذا البحث

- ١- اثبات الصلة بين المنطق والقانون بالشواهد النظرية والوقائع العملية.
- ٢- ارجاع دلالات النصوص الشرعية والقانونية الست الى الدلالات المنطقية الثلاث.
- ٣- اكتشاف نواقص تشريعية عن طريق قواعد منطقية.
- ٤- استنتاج أهمية المنطق للقانونيين من اخطاءهم في تفسير النصوص.
- ٥- تبيان امكانية تقويم الادلة القضائية بالمعايير المنطقية.

المراجع

المراجع المنطقية:

١. ابن سينا ابو علي الحسين بن عبدالله بن سينا: منطق الاشارات والتنبيهات طبعة دار المعارف ١٩٦٠.
٢. الانصاري زكريا الانصاري: شرح ايساغوجي في المنطق مع حاشية العطار طبعة ١٣١١هـ.
٣. التفتازاني العلامة سعدالدين التفتازاني: تهذيب المنطق.
٤. الحبيصي عبدالله بن فضل الله: شرح الحبيصي على تهذيب المنطق.
٥. الدسوقي العلامة محمد بن عرفة الدسوقي المالكي: التجريد الشافي طبعة ١٣٢٨هـ.
٦. الرازي قطب الدين الرازي: تحرير القواعد المنطقية في شرح رسالة الشمسية.
٧. الغزالي محمد بن محمد الغزالي: معيار العلم في فن المنطق طبعة ١٩٢٧م.
٨. القزويني نجم الدين القزويني: الشمسية في القواعد المنطقية طبعة ١٣١٤هـ.
٩. الكليني: العلامة اسماعيل بن مصطفى المعروف بشيخ زادة الكليني: البرهان مع حاشية العلامة عبدالرحمن البنجيوني، وحاشية العلامة الشيخ عمر المعروف بابن القرادةغي. مطبعة السعادة القاهرة.
١٠. الدكتور علي سامي النشار: المنطق السوري منذ ارسطو وتطوره المعاصر طبعة ١٩٥٥م.
١١. الدكتور علي عبدالمعطي محمد: المنطق ومناهج البحث العلمي في العلوم الرياضية والطبيعية دار الجامعات المصرية.
١٢. الدكتور مهدي فضل الله، مدخل الى علم المنطق (المنطق التقليدي) دار الطليعة بيروت.

المراجع القانونية:

١. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.
٢. قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩.

٣. القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.
٤. قانون العقوبات المصري.
٥. قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩.
٦. الوسيط للدكتور عبدالرزاق السنهوري نشر دار النهضة العربية ١٩٦٤.
٧. المشروع للقانون المدني العراقي الجديد ١٩٨٤.
٨. الدكتور سلطان الشاوي: اصول التحقيق الاجرامي مطبعة جامعة بغداد ١٩٨١.