



جمهورية العراق

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة كربلاء – كلية القانون

القانون الخاص

قواعد العدالة في القانون المدني

- دراسة مقارنة -

أطروحة مقدمة إلى مجلس (كلية القانون) جامعة كربلاء وهي جزء من متطلبات الحصول على درجة
الدكتوراه فلسفة في القانون الخاص

كُتِبَتْ بواسطة:

طاهر عيسى والي الشافعي

بإشراف :

أ.د نزار عبدالامير تركي

أ.د عادل شميران حميد

أستاذ فلسفة القانون

أستاذ القانون المدني

رمضان / 1443هـ

نيسان / 2022 م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ عَلَى السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَالْجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَنْ
يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا الْإِنْسَانُ إِنَّهُ كَانَ ظَلُومًا جَهُولًا ﴾

صدق الله العلي العظيم

سورة الأحزاب : الآية : 72

إقرار المشرفين

نشهد إن أطروحة الدكتوراه الموسومة بـ (قواعد العدالة في القانون المدني - دراسة مقارنة) المقدمة من قبل الطالب (طاهر عيسى والي الشافعي) إلى مجلس كلية القانون - جامعة كربلاء بوصفها جزء من متطلبات نيل درجة الدكتوراه فلسفة في القانون الخاص قد جرى تحت إشرافنا ورشحناها للمناقشة ... مع التقدير ...

 التوقيع:

الاسم : أ.د. عادل شمران حميد

الدرجة العلمية : استاذ دكتور

الاختصاص : القانون المدني

جامعة كربلاء - كلية القانون

التاريخ : / / 2022

 التوقيع:

الاسم : أ.د. نزار عبد الامير تركي

الدرجة العلمية : استاذ دكتور

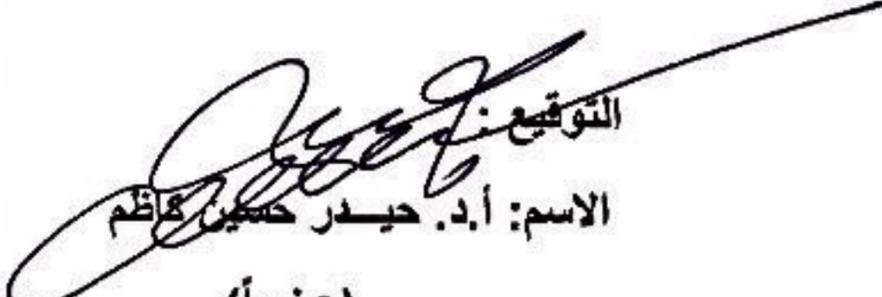
الاختصاص : فلسفة

جامعة كربلاء - كلية القانون

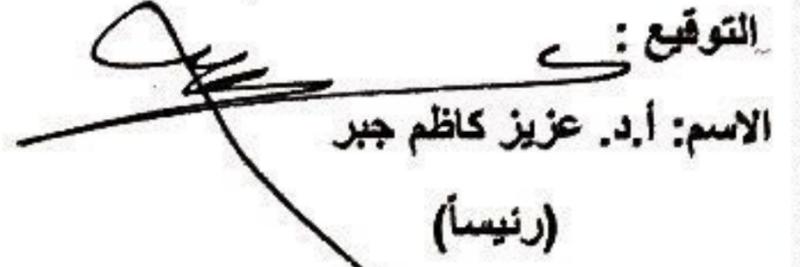
التاريخ : / / 2022

إقرار لجنة مناقشة دكتوراه

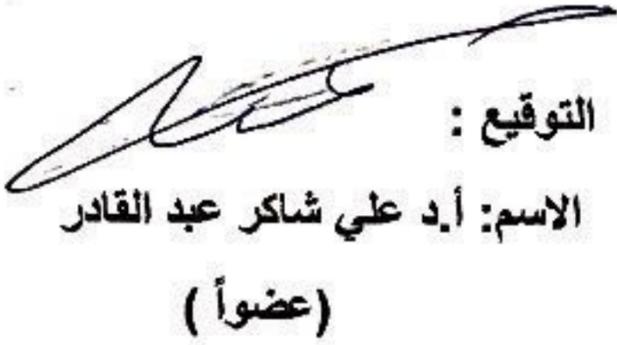
نحن رئيس لجنة المناقشة وأعضائها نقر أننا اطلعنا على هذه الأطروحة الموسومة بـ (قواعد العدالة في القانون المدني "دراسة مقارنة")، وناقشنا الطالب (طاهر عيسى والي) في محتواها، وفيما له علاقة بها، ونعتقد إنها جديرة بالقبول لنيل درجة الدكتوراه في القانون / فرع القانون الخاص وبدرجة (جيداً) .

التوقيع: 
الاسم: أ.د. حيدر حسين كاظم
(عضواً)

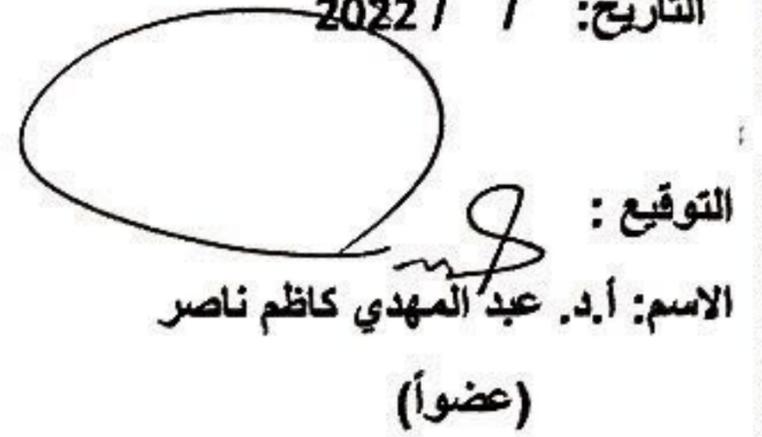
التاريخ: 2022 / 1 / 1

التوقيع: 
الاسم: أ.د. عزيز كاظم جبر
(رئيساً)

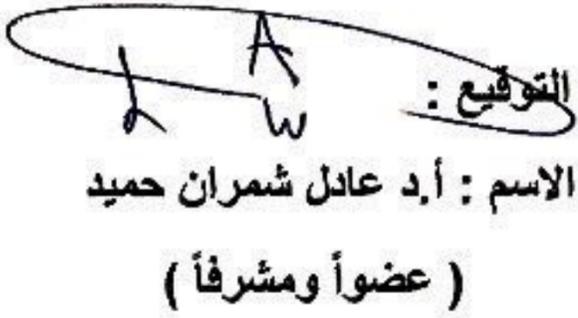
التاريخ: 2022 / 1 / 1

التوقيع: 
الاسم: أ.د. علي شاكِر عبد القادر
(عضواً)

التاريخ: 2022 / 1 / 1

التوقيع: 
الاسم: أ.د. عبد المهدي كاظم ناصر
(عضواً)

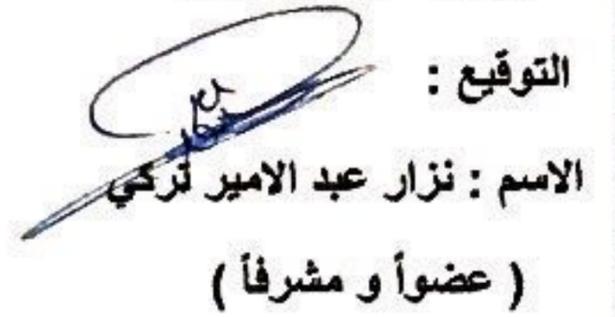
التاريخ: 2022 / 1 / 1

التوقيع: 
الاسم: أ.د. عادل شميران حميد
(عضواً ومشرفاً)

التاريخ: 2022 / 1 / 1

التوقيع: 
الاسم: أ.م.د. عبد الله عبد الامير طه
(عضواً)

التاريخ: 2022 / 1 / 1

التوقيع: 
الاسم: نزار عبد الامير تركي
(عضواً و مشرفاً)

التاريخ: 2022 / 1 / 1

صادق مجلس كلية القانون / جامعة كربلاء على قرار لجنة المناقشة

التوقيع: 
أ.د. ضياء عبد الله عبود الجابر

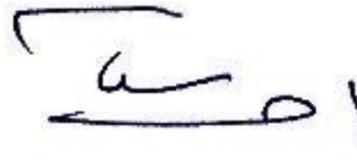
عميد كلية القانون / جامعة كربلاء

التاريخ: 2022 / 1 / 26

إقرار المقوم اللغوي

أشهد أنني قرأت أطروحة الدكتوراه الموسومة بـ (قواعد العدالة في القانون المدني - دراسة مقارنة -) المقدمة من قبل الطالب (طاهر عيسى والي الشافعي) إلى مجلس كلية القانون - جامعة كربلاء ، وقد وجدتها صالحة من الناحيتين اللغوية والتعبيرية، بعد أن أخذ الطالب بالملاحظات المسجلة على متن الأطروحة .

مع التقدير ...

التوقيع : 

الاسم : م. د. أحمد سلمان والي

الاختصاص العام : اللغة العربية وآدابها .

الاختصاص الدقيق : اللغة .

الإهداء

إلى من يملأ الأرض قسطاً و عدلاً كما ملأت جوراً وظلماً

إلى من يُحق الحق بكلماته

إلى من يعطي كل ذي حق حقه

إلى مُظهر اسم الله العدل

مولانا صاحب العصر و الزمان الحجة بن الحسن المهدي - عليه وعلى آبائه أفضل الصلاة والسلام -
وعجل الله فرجنا به .

أقدم الجهد المتواضع هذا

راجياً القبول

الباحث

شكر وامتنان

الحمد لله وحده وله الشكر وعظيم المنة على نعمه كلها ومنها تسهيله إتمام هذه الدراسة التي أرجو أن أكون قد وفقت فيها لإبراز الحقيقة العلمية قدر المستطاع و التزمت فيها بضوابط البحث العلمي .
وأتقدم بوافر الشكر الجزيل و الامتنان للأستاذين الفاضلين : الأستاذ الدكتور عادل شمران حميد ، و الأستاذ الدكتور نزار عبد الأمير تركي ، لقبولهما الإشراف على هذه الأطروحة ، ولما قدماه من توجيهات و نصائح علمية أثرت الدراسة ، ولما منحاني من وقتهمما الثمين في مراجعة الأطروحة و تقويمها ، فجزاهما الله عني خير جزاء المحسنين ووقفهم لخير الدارين وحفظهم من كل سوء .
كما أتقدم بالشكر الجزيل والامتنان الخالص الى كلية القانون جامعة كربلاء عميداً وأساتذةً وكادراً لما أبدوه من مساعدة علمية و أخلاق فاضلة سهلت علينا طريق الدراسة و البحث.

وأخص بالشكر الجزيل ووافر الاحترام أساتذتنا في السنة التحضيرية لدراسة الدكتوراه الذين أفاضوا علينا من وافر علمهم: الأستاذ الدكتور عباس الحسيني، تغمده الله بواسع رحمته وحشره مع أجداده الطاهرين، وحفظ باقي أساتذتنا وأمدّ في أعمارهم، وجلّهم بوافر الصحة والعافية، الأستاذ الدكتور حسن علي كاظم، والأستاذ الدكتور حيدر حسين كاظم، والأستاذ الدكتور عادل شمران حميد، والأستاذ الدكتور باسم علوان العقابي، والأستاذ الدكتور علي عبد القادر، والأستاذ الدكتور حكمت الدبّاع، والأستاذ الدكتور نزار عبد الأمير تركي والأستاذ المساعد الدكتور علي محمد خلف.

وكذلك أتقدم بجزيل الشكر والامتنان للأساتذة الأفاضل رئيس و أعضاء لجنة المناقشة على قبولهم مناقشة هذه الأطروحة وأطلع الى ما سيقدمونه من ملاحظات تسهم في تقويم هذه الدراسة و إثرائها .
وكذلك أقدم شكري و امتناني للأستاذ المتمرس الدكتور عزيز كاظم جبر الخفاجي لما أبداه من ملاحظات و إرشادات تتعلق باختيار موضوع هذه الأطروحة ولما منحني من وقته الثمين في مناقشة بعض الموضوعات العلمية التي تتعلق بمفردات البحث ، فله جزيل الشكر ووافر الثناء .
كما أقدم شكري و امتناني للدكتور طارق عبد الرزاق شهيد الحمادي لما قدمه من مصادر قيمة أثرت الدراسة فله خالص الشكر والدعاء بالموفقية .

وكذلك أتقدم بالشكر الجزيل الى العاملين في المكتبات التالية :

مكتبة الروضة الحيدرية ، ومكتبة أمير المؤمنين – عليه السلام - ، ومكتبة الإمام الحسن -عليه السلام - ، ومكتبة الحكيم العامة ، ومكتبة كلية القانون جامعة كربلاء ، ومكتبة كلية القانون جامعة الكوفة ، على ما قدموه من تسهيل الحصول على المصادر الورقية و الإلكترونية . وأتقدم بالشكر الجزيل و الامتنان للأستاذين الأخ علاء حسين عيسى و الأخ مصطفى عبد الله السوداني لما وفراه من مصادر قيمة أثرت الدراسة .

وكذلك أقدم شكري و امتناني لكل من ساهم في إتمام هذه الدراسة بأي شكل من أشكال المساعدة من توفير بعض المصادر أو بعض القرارات القضائية أو المساهمة في تنضيد البحث ، ولكل هؤلاء دعائي و تمنياتي بالتوفيق و النجاح الدائم.

الباحث

ملخص الدراسة

تعد قواعد العدالة الأساس الذي يجب أن تقوم عليه كل القوانين و النظم لتحقيق الغاية الأسمى للنظام في المجتمعات وهي الخير العام للمجموع وكذلك الخاص لكل فرد لأنها قواعد سلوك اجتماعي عامة وملزمة ويترتب على مخالفتها جزاء مناسب وهي تختلف عن العدل من حيث أن تحقيق العدل يحصل من خلال المساواة أمام القانون عن طريق تطبيق النصوص القانونية على الكافة بغض النظر عن الخصوصيات ، بينما تأخذ قواعد العدالة بنظر الاعتبار الظروف التي تحيط بالأشخاص وبالتصرفات القانونية ، فتعتبر قواعد العدالة من مصاديق القانون الطبيعي و النسبة بينهما عموم وخصوص مطلق ، وهي تختلف عن الافتراض أو الحيلة القانونية و إن كان كل منهما يستعمل لتطوير القواعد القانونية وحل الإشكالات التي تواجه النصوص التشريعية وفي مقدمتها النقص التشريعي وقواعد العدالة و إن اختلفت الفلاسفة و فلاسفة القانون و فقهاءه ومتكلمي وفقهاء الشريعة الإسلامية ، في بيان حقيقتها و أصلها ، و لكن اختلافهم ناشئ عن اختلاف زاوية النظر ، و إلا فإن الكل يرمي إلى معنى واحد و مضمون فارد ؛ لأن كل الطروحات و النظريات الفلسفية ، و المقاربات المقاصدية و الأصولية تُعبر عن ذلك المعنى وهو إعطاء كل ذي حق حقه .

ومن الواضح أن الحقائق الواقعية و الفكرية لا تكفي بمفردها لتكوين القاعدة القانونية؛ لأن هذه الحقائق هي عبارة عن معطيات تعبر عن الواقع في حين أن القانون يعبر عما ينبغي أن يكون وهو الالتزام الذي يجب الالتزام به ، و ليس كل ما هو واقع لا بد من الالتزام به ، كما أن المشرع أثناء صياغة القواعد القانونية لا بد له من استحضار مثل عليا لكي يتسنى من خلالها إخراج القواعد القانونية بشكل مرن يلبي الحاجات المتجددة في كل عصر ، لذلك لا بد من أن تساهم القواعد القانونية في إرساء الاستقرار و الأمن القانوني و التأكيد على حسن النية في التصرفات القانونية ، فضلاً عن وجوب إعادة التوازن للعلاقات القانونية التي يختل التوازن الاقتصادي فيها و خاصة في العلاقات التعاقدية في مرحلة الإنشاء أو في مرحلة التنفيذ ، ففي كل هذه المشاكل و المعضلات نجد أن قواعد العدالة هي الملجأ للمشرع عندما ينشأ القواعد القانونية ، و أما حاجة القضاء لقواعد العدالة فإنها تتمثل في اعتماد الاجتهاد القضائي عليها لسد النقص في التشريع أو الفراغ القانوني سواء كان حقيقياً أم افتراضياً ، وكذلك في تفسير النصوص القانونية و العقود المدنية ، فإن قواعد العدالة هي المرحلة الأخيرة التي يلجأ إليها القاضي لكي يحصل على التفسير الذي يحقق التوازن في العلاقات القانونية ، و إعطاء كل ذي حق حقه ، أضف الى ذلك مشاركة القاضي في إنشاء القواعد القانونية العامة المجردة عن طريق الالتزام بالسوابق القضائية التي هي مدعاة لتحقيق العدالة ومعززة لطبيعة الأمن القضائي الذي يبعث في نفوس الأشخاص الطمأنينة عند اللجوء الى القضاء ، لما يكون لديهم من العلم المسبق الإجمالي بتوجهات المحاكم العليا و مبادئها القضائية ، كل هذه المسائل المهمة و غيرها الكثير من الحقائق تتضمنها قواعد العدالة .

المحتويات

الصفحة	الموضوع
1	الإهداء
2	الشكر والامتنان
3	ملخص الدراسة
8-4	المحتويات
16-9	مقدمة
109-18	الفصل الأول: مفهوم قواعد العدالة
52-18	المبحث الأول: ماهية قواعد العدالة
32-18	المطلب الأول: تعريف قواعد العدالة
20-19	الفرع الأول : تعريف قواعد العدالة لغةً
32-20	الفرع الثاني : تعريف قواعد العدالة اصطلاحاً
41-32	المطلب الثاني: عناصر قواعد العدالة
34-33	الفرع الأول : الفرض
37-34	الفرع الثاني : الإدراك العقلي
41-38	الفرع الثالث : المصلحة
52-41	المطلب الثالث: خصائص قواعد العدالة
45-41	الفرع الأول : إنها قواعد عامة مجردة
48-45	الفرع الثاني : إنها قواعد اجتماعية
52-48	الفرع الثالث : إنها قواعد ملزمة - تتضمن جزاءً -
84-52	المبحث الثاني: تمييز قواعد العدالة عن غيرها وأنواعها وأهميتها

69-52	المطلب الأول: تمييز قواعد العدالة عما يشتبه بها من مفاهيم
60-53	الفرع الأول : تمييز قواعد العدالة عن العدل
63-60	الفرع الثاني : تمييز قواعد العدالة عن الافتراض القانوني
69-64	الفرع الثالث : تمييز قواعد العدالة عن القانون الطبيعي
80-69	المطلب الثاني: أنواع قواعد العدالة
74-69	الفرع الأول: العدالة التوزيعية
77-74	الفرع الثاني: العدالة التبادلية
80-77	الفرع الثالث : العدالة الاجتماعية
84-81	المطلب الثالث: أهمية قواعد العدالة
109-84	المبحث الثالث: التأسيس الفلسفي و الشرعي لقواعد العدالة
94-84	المطلب الأول: قواعد العدالة في الفلسفة اليونانية والرومانية
92-85	الفرع الأول : قواعد العدالة في الفلسفة اليونانية
94-92	الفرع الثاني : قواعد العدالة في الفلسفة الرومانية
105-95	المطلب الثاني: قواعد العدالة في الفلسفة الحديثة و المعاصرة
100-95	الفرع الأول : قواعد العدالة في الفلسفة الحديثة
105-101	الفرع الثاني : قواعد العدالة في الفلسفة المعاصرة
109-105	المطلب الثالث: قواعد العدالة في الشريعة الإسلامية
107-105	الفرع الأول : أصل قواعد العدالة في علم الكلام الإسلامي
109-107	الفرع الثاني : أصل قواعد العدالة في الفقه الإسلامي
198-110	الفصل الثاني: دور قواعد العدالة في التشريع المدني
169-111	المبحث الأول: دور قواعد العدالة في تكوين القاعدة القانونية وصياغتها
122-112	المطلب الأول: دور قواعد العدالة في تكوين القاعدة القانونية
116-112	الفرع الاول : الحقائق الواقعية

120-116	الفرع الثاني : الحقائق الفكرية
122-120	الفرع الثالث : أثر قواعد العدالة في حقائق تكوين القاعدة القانونية
138-122	المطلب الثاني: دور قواعد العدالة في صياغة القاعدة القانونية
127-123	الفرع الأول: معنى الصياغة التشريعية
137-127	الفرع الثاني: أنواع الصياغة التشريعية وطرقها
138-137	الفرع الثالث: أثر قواعد العدالة في الصياغة التشريعية
169-139	المبحث الثاني: دور قواعد العدالة في تحقيق الاستقرار القانوني
153-139	المطلب الأول: علاقة قواعد العدالة بمبدأ الأمن القانوني
145-140	الفرع الأول: معنى الأمن القانوني
153-145	الفرع الثاني: أثر قواعد العدالة في مبدأ الأمن القانوني
169-153	المطلب الثاني: علاقة قواعد العدالة بمبدأ حسن النية
158-154	الفرع الأول : معنى حسن النية
166-158	الفرع الثاني : التأصل التشريعي لمبدأ حسن النية
169-167	الفرع الثالث : أثر قواعد العدالة في مبدأ حسن النية
198-169	المبحث الثالث: دور قواعد العدالة في إعادة التوازن للمصالح المتعارضة
190-171	المطلب الأول: علاقة قواعد العدالة بإعادة توازن عقود الإذعان
177-171	الفرع الأول : معنى اختلال توازن عقود الإذعان
190-177	الفرع الثاني : إعادة التوازن لعقود الإذعان
198-190	المطلب الثاني: علاقة قواعد العدالة بنظرية الظروف الطارئة
196-190	الفرع الأول : التأصيل التشريعي لنظرية الظروف الطارئة
198-196	الفرع الثاني : الأساس القانوني للنظرية
291-199	الفصل الثالث: دور قواعد العدالة في أحكام القضاء
236-200	المبحث الأول: أثر قواعد العدالة في الاجتهاد القضائي
226-201	المطلب الأول: أثر قواعد العدالة في حالة الفراغ القانوني الحقيقي

209-201	الفرع الأول: معنى الفراغ القانوني و الاجتهاد القضائي
226-209	الفرع الثاني: دور قواعد العدالة في سد الفراغ القانوني الحقيقي
236-226	المطلب الثاني: أثر قواعد العدالة في حالة الفراغ القانوني المفترض
230-227	الفرع الأول: معنى الفراغ القانوني المفترض
236-230	الفرع الثاني: سد الفراغ القانوني المفترض بواسطة قواعد العدالة
263-236	المبحث الثاني: أثر قواعد العدالة في التفسير القضائي
250-237	المطلب الأول: معنى التفسير
240-237	الفرع الأول: التعريف بالتفسير
243-240	الفرع الثاني: دواعي التفسير ووسائله
250-243	الفرع الثالث: أنواع التفسير و مدارسه
263-250	المطلب الثاني: أثر قواعد العدالة في التفسير القضائي وموقف التشريع والقضاء منه
253-250	الفرع الأول: أثر قواعد العدالة في التفسير القضائي للنصوص القانونية
263-253	الفرع الثاني: موقف التشريع والقضاء من التفسير القضائي في ضوء قواعد العدالة
291-263	المبحث الثالث: أثر قواعد العدالة في إنشاء القضاء للقاعدة القانونية
280-264	المطلب الأول: علاقة قواعد العدالة بمصدرية القضاء
274-264	الفرع الأول: مصدرية القضاء للقاعدة القانونية
280-274	الفرع الثاني: موقف الفقه من مصدرية القضاء للقاعدة القانونية
291-280	المطلب الثاني: علاقة قواعد العدالة بمبدأ السوابق القضائية
284-280	الفرع الأول: مفهوم السوابق القضائية
291-284	الفرع الثاني: موقف القضاء العراقي والمقارن من السوابق القضائية
299-292	الخاتمة
318-300	المصادر والمراجع
A - B	Abstract

مقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

الحمد لله رب العالمين وصلى الله على محمد وآله الطيبين الطاهرين وصحبه المنتجبين.

وبعد سنقسم هذه المقدمة إلى سبع فقرات هي: التعريف بموضوع الدراسة، أهمية الدراسة، أسباب اختيار الدراسة، إشكالية الدراسة، أسئلة الدراسة، منهجية الدراسة ونطاقها، خطة الدراسة، كالاتي:

أولاً : التعريف بموضوع الدراسة

على الرغم من أن الشكلية والفاعلية عنصران أساسيان في كل تشريع وضعي رصين ، إلا أنهما ليسا سوى مظهرين مؤشرين للبنية الأساسية في كل تشريع وضعي و التي يستند إليها المشرع عند وضعه للنصوص القانونية ؛ لأن هذه البنية تمثل القواعد العامة التي تحكم المنظومة السلوكية للأفراد في كل مجتمع والتي تهدف الى الحد من رغباتهم المطلقة وتعمل على التوفيق بين المصالح المتعارضة من خلال وضعها لضوابط ، يحكم العقل الكلي الإنساني بوجود احترامها والخضوع لها خضوعاً ذاتياً ، لأنها مبادئ مثالية غير مكتوبة ومشتركة بين عقلاء البشر لا تتغير بتغيير الزمان والمكان وهي حجر الزاوية في الارتباط الحكمي بين القانون والأخلاق ، وهذه الضوابط هي قواعد العدالة أو القانون الطبيعي ، والتي مهما اختلفت الرؤى في منشأها فلا يغير ذلك من حقيقة بقاء مفهوم العدالة المطلقة معروفاً و متوارثاً في مختلف الحضارات ، حيث تبني فلاسفة الإغريق والرومان ورجال الكنيسة في العصور الوسطى نظرية القانون الطبيعي ، وقد التزمت بها الفلسفة الحديثة والمعاصرة وتبنتها التشريعات المدنية وعبرت عنها تارة بقواعد العدالة وأخرى جمعتها مع القانون الطبيعي كما فعل القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة (1951م)، وكذلك القانون المدني المصري رقم (131) لسنة (1948م) فيما ورد في المادة (1/2) في كلا القانونين، فقد جاء في نص المادة الاولى من القانون المدني العراقي (٢- فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فاذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة) وأضاف القانون المدني المصري مبادئ القانون الطبيعي مع قواعد العدالة ، وبالرغم من أن صياغة النص توحي بأن قواعد العدالة أو القانون الطبيعي هي المصدر الاحتياطي الأخير من مصادر القانون ولكن هذه الصياغة نفسها تكشف أن هذه القواعد هي في الحقيقة مبادئ للتشريع القانوني فاذا تعدد على

القضاء ان يجد مستندا للحكم في تجليات التشريع القانوني عاد الى جوهر ذلك التشريع يستلهم منه ما قصرت يد التشريع عن استظهاره من ذلك الجوهر، ولئن كانت وظيفة القاضي هي الحكم في الخصومات وحل المنازعات وفق قواعد القانون ، دون أن يكون له سلطة تشريعها ، فإن المشرع في النصين المشار إليهما آنفاً قد دعا القاضي في منطقة الفراغ التشريعي - عندما لا يجد ما يستند إليه من نص قانوني أو اقتضاء عرفي أو شرعي - الى الاجتهاد في مقارنة المبادئ غير المكتوبة التي هي جوهر التشريع القانوني ، وهذا هو الأساس في التفريق بين المبادئ والنصوص ، فالتشريع الذي يتيح للقاضي الاستناد الى المصادر المبادئية يجعله مرتبطاً بالقانون حتى في مجال ما يسمى بمنطقة الفراغ المفتوحة التي يجب فيها الاجتهاد خارج نطاق القواعد القانونية.

ولم يقتصر البحث في قواعد العدالة أو القانون العقلي على فلاسفة القانون و فقهاءه، بل إن فقهاء الشريعة الإسلامية و متكلميها تعرضوا للبحث في مقصدية العدالة أو ما يسمى بالدليل العقلي للوصول إلى الحكم الشرعي لتحقيق العدالة عند فقد الدليل من القرآن الكريم والسنة الشريفة والإجماع وهو ما اصطلحوا عليه بالمستقلات العقلية ومثلوا له بحسن العدل وقبح الظلم .

ثانياً : أهمية الدراسة

يكفي في إثبات أهمية هذه الدراسة الحاجة الماسة الى استشراف ما يتمكن المشرع و القاضي من خلاله تحقيق العدالة و الإنصاف في تشريع النصوص القانونية و إصدار الأحكام القضائية ؛ لأن موضوع هذه الدراسة يدعو كل من المشرع و القاضي إلى الرجوع إلى مقتضيات العقل النوعي للإنسان بما هو إنسان من دون أن تدخل عليه أية شبهة ليتمكن من الكشف عن القواعد التي يستطيع من خلالها أن يعطي كل ذي حق حقه و أن يضع الأمور في نصابها الصحيح ، وتتجلى أهمية هذه الدراسة من خلال إبراز دور قواعد العدالة في النصوص القانونية و العقود المدنية بواسطة عدة مقاربات منها دور قواعد العدالة في الاجتهاد القضائي ودورها في التفسير القضائي للنصوص القانونية و العقود المدنية ، كما أن دراسة موضوع البحث يمكن أن تبين الطريقة المثلى في المحافظة على التوازن الاقتصادي في العقود في مرحلتي الإنشاء و التنفيذ ، وكذلك تظهر أهمية موضوع الدراسة من خلال التأكيد على المقاربة التكاملية لقواعد العدالة مع النصوص و القواعد القانونية و المبادئ التنظيمية الأخرى التي تحكم العلاقات القانونية بين الأشخاص ، سواء كانت تشريعية أو عرفية أو مبادئية كمبدأ حسن النية و مبدأ الأمن القانوني ، كما أن دراسة هذا الموضوع ذات أهمية من جهة إبراز البعد الفلسفي للقواعد القانونية ، لأن

فكرة القانون الطبيعي أو قواعد العدالة - أو القانون العقلي الأسمى ذو البعد المثالي - بحث فيها الفلاسفة و المفكرون و فقهاء القانون و فقهاء الشريعة كثيراً ، وبينوا بعدها الفلسفي والشرعي ، الأمر الذي يُمكن أن يشكل أصلاً فلسفياً وبعداً مثالياً للقواعد القانونية .

ثالثاً : أسباب اختيار موضوع الدراسة

هنالك عدة أسباب دفعتنا لاختيار دراسة هذا الموضوع ويمكن أن نجملها بما يأتي:

1. من الحقائق العلمية أن وراء كل قاعدة قانونية اعتبارات غائية تتحكم في وضعها ، فالقوانين إنما وضعت لتكون خادمة للقيم التي يراد لها أن تسود في حياة الشعوب ، ولاسيما قيم العدالة و المساواة ، ومن ثم فالقانون الذي لا يخدم القيم ولا يساعد على حمايتها في المجتمع يصبح بلا فاعلية ولا فعالية ؛ وبما أن قواعد العدالة تسهم في فاعلية القوانين الوضعية وفعاليتها فهي جديرة بالبحث و الدراسة ، لأن فاعلية القانون تتم من خلال تحقيقه الغاية التي وضع من أجلها ، وفعاليتها تظهر من خلال تأثيره في المجتمع وكلا الأمرين يتم من خلال قواعد العدالة .
2. عدم الوضوح والازدواجية الحاصلة بين قواعد العدالة والقانون الطبيعي والخط الحاصل بينهما كان من الدوافع لاختيار موضوع الدراسة لغرض التوصل قدر الإمكان الى حقيقة العلاقة بين قواعد العدالة و القانون الطبيعي.
3. بيان موقف الشريعة الإسلامية من اعتبار قواعد العدالة أو القانون الطبيعي مصدراً من مصادر التشريع الإسلامي ، لأن قواعد العدالة هي من نتاج القواعد العقلية التي تعتبر مصدراً من مصادر التشريع الإسلامي، وخاصةً ما علق في أذهان بعض الباحثين من أن أحكام القانون الطبيعي أو قواعد العدالة منافية للأحكام الشرعية ، فكان أحد أهداف اختيار دراسة هذا الموضوع هو بيان علاقة قواعد العدالة بمصادر التشريع الإسلامي.
4. محاولة لفت انتباه القضاء إلى حقيقة مصدر من مصادر القانون المهمة وهو قواعد العدالة أو القانون الطبيعي فإن هذا المصدر بالرغم مما يتمتع به من أهمية أولاه إياها المشرع إلا أنه أشبه بالمهمل في ساحات القضاء العراقي وكذلك القضاء المصري .

5. فضلاً عن أن موضوع قواعد العدالة يعد من الأسس التي أقيمت عليها بعض النظم القانونية المهمة في العالم كالنظام القانوني الإنكلوسكسوني، والذي يمكن للقضاء العراقي أن يستفيد من تجربة ذلك النظام لتطبيق قواعد العدالة إلى جنب القانون العام.

رابعاً : إشكالية الدراسة

مع الأخذ بنظر الاعتبار ما تحضى به فكرة العدالة من القداسة عند مختلف الأمم والشعوب ، وما لهذا الارتكاز الاخلاقي من أثر كبير على القوانين التي شرعت لتنظيم العلاقات بين أفراد المجتمع ، وبما أنه من المحال أن يتصور المشرع الوضعي مهما علا شأنه كل الوقائع المستقبلية ليضع لها نصوصاً قانونية تحكمها و بما أن المنازعات غير متناهية والقواعد القانونية متناهية - وهذا الأمر شاهد على عدم كمال التشريع الوضعي - لذا كان من الضروري أن يحيل المشرع القاضي عند فقد القاعدة القانونية الى قواعد العدالة أو القانون الطبيعي ، ولكن هذه الإحالة لا تخلو من الإشكال الذي يتعلق بطبيعة قواعد العدالة وكيفية اعتبارها مصدراً حقيقياً من مصادر القانون يمكن أن تنشأ منه قواعد قانونية تحكم تصرفات الأشخاص وضمير القاضي .

خامساً : أسئلة الدراسة

يثير موضوع الدراسة الذي هي طبيعة وكيفية اعتبار قواعد العدالة مصدراً رسمياً من مصادر القانون عدة أسئلة يمكن أن نجملها بما يأتي:

1. ما المقصود بقواعد العدالة وهل هي القانون الطبيعي ذاته؟
2. ما هو الأثر الذي تحدثه قواعد العدالة في التشريع الوضعي؟
3. هل يمكن اعتبار قواعد العدالة قواعد قانونية تتصف بالعمومية والتجريد أم أنها مبادئ عامة، أو يمكن اعتبارها جوهر القانون؟
4. هل تدخل قواعد العدالة في تكوين القاعدة القانونية وصياغتها؟
5. ما علاقة قواعد العدالة بالمبادئ العامة كمبدأ الأمن القانوني و مبدأ حسن النية في التصرفات القانونية ؟

6. متى وكيف يطبق القاضي قواعد العدالة على النزاع الذي يعرض عليه ؟

7. هل يعتبر الحكم القضائي الصادر بواسطة الاجتهاد في ضوء قواعد العدالة قاعدة قانونية عامة أو حلاً شخصياً لنزاع فردي ؟

سادساً: منهجية الدراسة ونطاقها

ستعتمد هذه الدراسة إن شاء الله على المنهج الوصفي فيما يتعلق ببيان المفاهيم والآراء و الموازنة بينها، الأمر الذي يتطلب الاعتماد على منهج البحث المقارن أيضاً ، لأن الدراسة اعتمدت القانون العراقي أساساً و المقارنة مع القانون المصري و القانون الإنكليزي ، لما يوجد بين القانون العراقي و المصري من صلة ، و أما القانون الإنكليزي فهو و إن كان من نظام قانوني يختلف عن النظام القانوني الذي يعتمده القانون العراقي و كذلك المصري ، فهما يُحسبان على النظام اللاتيني بينما القانون الإنكليزي هو أصل النظام الإنكلوسكسوني ، إلا أن ما يميز القضاء الإنكليزي - بالنسبة لموضوع هذه الدراسة - هو اعتماده على قواعد العدالة حتى كان للعدالة محاكم خاصة بها مع استمرار هذا الحال زماناً طويلاً إلى أن وحدت محاكم العدالة مع محاكم الشريعة العامة ، و نُصَّ على أنه في حال وقوع التعارض بين قواعد العدالة وقواعد الشريعة العامة تقدم قواعد العدالة وهذا السبب يجعل القانون الإنكليزي هو الأصلح في المقارنة - من غيره من القوانين الأجنبية التي إعتاد الباحثون على المقارنة معها كالقانون الفرنسي- بالنسبة لموضوع هذه الدراسة .

و كان لابد من ممارسة منهج البحث التحليلي لغرض تحليل الآراء الفلسفية والفقهية وكذلك النصوص القانونية لغرض تقديم الإجابة عن أسئلة الدراسة ، و لارتباط القانون العراقي بالشريعة الإسلامية ، و لأنها النظام الذي يقدم الأنموذج الأمثل للعدالة حرصت هذه الدراسة على ذكر ما ترتأيه أشهر المذاهب الإسلامية، وهي (المذهب الجعفري والحنفي والمالكي والشافعي والحنبلي) في موضوعة قواعد العدالة في مسائل و مفاصل هذا البحث من دون التوسع في ذلك لئلا يخرج البحث عن مساره القانوني ، وكان من ضمن مزايا المنهجية المتبعة في هذه الدراسة توظيف القواعد المنطقية وقواعد أصول الفقه الاسلامي عند الحاجة اليها في بيان بعض المسائل التي تتعلق بموضوع الدراسة وبهذا حصل الجمع بين أكثر من منهج علمي للبحث في موضوع الدراسة لسعته وصعوبة الاحاطة به وسبر أغواره ،

وكان ذلك مقرونا بالبحث عن التطبيقات القضائية قدر الإمكان - مع قلتها في مضانها - لغرض استثمارها في الوصول الى النتائج المرجوة من هذه الدراسة .

وبما أن الدراسة تضمنت تتبع الأصل الفلسفي لقواعد العدالة، كان لابد من الاعتماد على المنهج التاريخي لبيان الجذور التاريخية لقواعد العدالة.

سابعاً : خطة الدراسة

بناءً على ما تقدم بيانه من أصل الدراسة وأهميتها وإشكالياتها ومنهج البحث المعتمد فيها ، فإن الدراسة تتطلب القسمة على ثلاثة فصول مع قسمة كل فصل على ثلاثة مباحث وكل مبحث على مطالب وكل مطلب على فروع .

أما الفصل الاول: فسيخصص لبحث مفهوم قواعد العدالة وينقسم الى ثلاثة مباحث : أما المبحث الأول : فهو مخصص لبحث ماهية قواعد العدالة وسيقسم على ثلاثة مطالب : أما الأول فهو مخصص لبحث تعريف قواعد العدالة ، و أما الثاني فهو مخصص لبحث عناصر قواعد العدالة ، وأما الثالث فهو لبحث خصائص قواعد العدالة .

وأما المبحث الثاني : فهو مخصص لبحث تمييز قواعد العدالة عن غيرها وأنواعها وأهميتها ويقسم على ثلاثة مطالب: أما الأول فهو لبحث تمييز قواعد العدالة عما يشتهر بها من مفاهيم ، وأما الثاني فهو مخصص لبحث أنواع العدالة ، و أما الثالث فهو مخصص لبحث أهمية قواعد العدالة .

وأما المبحث الثالث : فهو مخصص لبحث التأصيل الفلسفي والشرعي لقواعد العدالة ويقسم على ثلاثة مطالب : أما الاول : فهو لبحث أصل قواعد العدالة في الفلسفة اليونانية والرومانية ، وأما الثاني : فقد خصص لبحث أصل قواعد العدالة في الفلسفة الحديثة والمعاصرة ، وأما الثالث : فهو لبحث قواعد العدالة في الشريعة الاسلامية .

وأما الفصل الثاني : فسنبحث من خلاله دور قواعد العدالة في التشريع المدني وينقسم على ثلاثة مباحث :

أما المبحث الاول فمخصص لبحث دور قواعد العدالة في تكوين القاعدة القانونية وصياغتها وينقسم على مطلبين : حيث يتم البحث في المطلب الاول عن : دور قواعد العدالة في تكوين القاعدة القانونية ، وفي المطلب الثاني عن : دور قواعد العدالة في صياغة القاعدة القانونية .

وأما المبحث الثاني : فيتناول دور قواعد العدالة في تحقيق الاستقرار القانوني وينقسم الى مطلبين : يتناول المطلب الاول علاقة قواعد العدالة بمبدأ الأمن القانوني ويخصص المطلب الثاني لبحث علاقة قواعد العدالة بمبدأ حسن النية في التصرفات القانونية .

وأما المبحث الثالث : فهو مخصص لبحث دور قواعد العدالة في إيجاد التوازن للمصالح المتعارضة وينقسم على مطلبين : يتناول المطلب الاول : علاقة قواعد العدالة بإعادة توازن عقود الإذعان ، بينما يخصص المطلب الثاني لبحث : علاقة قواعد العدالة بنظرية الظروف الطارئة .

وأما الفصل الثالث : فهو لبحث دور قواعد العدالة في أحكام القضاء وينقسم على ثلاثة مباحث :

أما المبحث الاول : فانه يتناول أثر قواعد العدالة في الاجتهاد القضائي وينقسم على مطلبين المطلب الاول مخصص : لبحث أثر قواعد العدالة في حالة الفراغ القانوني الحقيقي ، أما المطلب الثاني فهو مخصص لبحث: أثر قواعد العدالة في حالة الفراغ القانوني المفترض .

وأما المبحث الثاني : فهو لبحث أثر قواعد العدالة في التفسير القضائي وينقسم على مطلبين أما المطلب الاول : فيقع البحث فيه في معنى التفسير ، وأما المطلب الثاني : فمخصص لبحث أثر قواعد العدالة في التفسير القضائي للنصوص القانونية وموقف التشريع والقضاء منه.

وأما المبحث الثالث : يُبحث من خلاله أثر قواعد العدالة في إنشاء القضاء للقاعدة القانونية وينقسم على مطلبين : يتناول المطلب الاول : علاقة قواعد العدالة بمصدرية القضاء للقاعدة القانونية ، وأما المطلب الثاني : فيخصص لبحث علاقة قواعد العدالة بمبدأ السوابق القضائية .

وسنضع خاتمة تستعرض أهم ما أفضت إليه الدراسة من نتائج مع محاولة تقديم بعض التوصيات التي توصلت اليها الدراسة الى أنها ذات فائدة للمشرع أو للقضاء أو للدراسات القانونية والقضائية ، وهكذا تنقسم الخاتمة الى نتائج وتوصيات .

ختاماً نسأل الله تعالى التوفيق والسداد في القول والعمل، وعليه نتوكل إنه نعم المولى ونعم

النصير .

الفصل الأول

مفهوم قواعد العدالة

الفصل الأول

مفهوم قواعد العدالة

تمهيد:

لكي نتقرب الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعية لتجنب التفريط بالحقوق التي لا يوجد ما يثبتها في النصوص القانونية أو الشرعية أو العرفية، أضاف القانون المدني العراقي مصدراً رسمياً آخر هو (قواعد العدالة) على سعة مدلولها الذي لا يقيدته التماظهر التشريعي الجامد ، وجعل القاضي قيماً على إحقاقها مهما اختلفت الظروف وكلما ضاعت معالمها التفصيلية المرتبطة بتفاصيل الحياة الإنسانية ، نتيجة تعميم التشريع وتجريده في أطر جامدة .

ولأجل بيان حقيقة قواعد العدالة من حيث ماهيتها وبيان أنواعها وأهميتها وأسسها الفلسفية لابد من تقسيم هذا الفصل على ثلاثة مباحث ، الأول نبحث فيه ماهية قواعد العدالة ، والثاني نُخصصه لبيان أنواعها وأهميتها ، والثالث لبيان الأساس الفلسفي الذي بُنيت عليه؛ لأن تناول قواعد العدالة في دراسة قانونية يتطلب بحث الجانب الفلسفي والمنطقي للعدالة .

المبحث الأول

ماهية قواعد العدالة

إن مصطلح قواعد العدالة من المصطلحات القانونية المهمة ، كيف لا وقد جعلها القانون المدني العراقي وغيره من القوانين مصدراً من المصادر الرسمية للقانون ، وعليه فإن لقواعد العدالة دوراً هاماً في التشريع من جهة وفي القضاء من جهة أخرى ، إلا أن الكثير من شراح القانون المدني وفقهائه يمرون مروراً عابراً على هذا المصدر المهم من دون التوسع في بيان حقيقته ، بل إن بعضهم يصرح بإجمال قواعد العدالة وإبهامها ، ومن هذا المنطلق ينبغي قبل أن ندخل لجة البحث في هذا المصدر القانوني المهم ، أن نحاول تجلية المقصود بقواعد العدالة في اللغة والاصطلاح ، ثم نبين عناصرها وخصائصها ، ولذا سنقسم هذا المبحث على ثلاثة مطالب نبحث في الأول منها تعريف قواعد العدالة ، ونخصص الثاني لبحث عناصر قواعد العدالة ، ونفرد الثالث للبحث في خصائص قواعد العدالة .

المطلب الأول

تعريف قواعد العدالة

للقوف على مفهوم أي مصطلح قانوني ، لابد في بادئ الأمر من بيان معناه اللغوي ومفهومه الاصطلاحي لكي تكون الصورة واضحة وجلية عن هذا المصطلح ، ولذا لابد من الوقوف على المفهوم اللغوي لقواعد العدالة والمعنى الاصطلاحي، ولذلك سنتناول في هذا المطلب تعريف قواعد العدالة لغة ، ومن ثم اصطلاحاً في الفرعين الآتيين :

الفرع الأول

تعريف قواعد العدالة لغةً

قبل الدخول في تعريف قواعد العدالة في الاصطلاح ينبغي أن نبين معانيها في اللغة لما بين المصطلحين من ترابط وثيق، حيث أن فهم المصطلح القانوني وغيره يتوقف على فهم المعنى اللغوي، وبما أن قواعد العدالة متكونة من كلمتين، فلا بد أن نتعرض لبيان معنى القواعد في اللغة أولاً ثم معنى العدالة، وكما يأتي:

أولاً: القواعد في اللغة: جمع قاعدة وتعني الأساس، وهي أساس الشيء وأصله⁽¹⁾، سواء كان معنوياً أم حسياً، ومثال الحسي قواعد البيت، أي أساسه الذي بني عليه، والأسس بالضم أصل البناء، وكذا الأساس، قال تعالى: (وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ رَبَّنَا تَقَبَّلْ مِنَّا إِنَّكَ أَنْتَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ)⁽²⁾، وقال تعالى (فَأَتَى اللَّهُ بُنْيَانَهُمْ مِنَ الْقَوَاعِدِ فَخَرَّ عَلَيْهِمُ السَّقْفُ مِنْ فَوْقِهِمْ...) ⁽³⁾، والقواعد أساطين البناء التي تعمد، وقواعد الهودج خشبات أربع معترضة في أسفله تركب عيدان الهودج فيها⁽⁴⁾، وقواعد السحاب أصولها المعترضة آفاق السماء شبعت بقواعد البناء، وقيل ذلك في تفسير حديث النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - حين سأل عن سحابة مرت فقال: كيف ترون قواعدها وبواسقها؟ قال ابن الأثير: أراد بالقواعد ما اعترض منها وسفل تشبيهاً بقواعد البناء⁽⁵⁾.

وقاعدة البلد أكبر مدنه⁽⁶⁾، وكان المراد بكونها قاعدة البلد؛ لأن استناده واعتماده عليها من وجهين: الأول: كونها القاعدة التي تمد بالقوة البشرية في الأوقات كلها في الحروب وغيرها، والثاني: لأنها تصدر منها الأوامر التشريعية لأن كبرى المدن عادة ما تكون هي عاصمة البلد السياسية وكان البلد يعتمد ويستند على تلك المدينة في تلقي القوانين والأوامر التي تنظم شؤون الحياة فيه. لذا فإن المعنى اللغوي للقواعد هو الأساس الذي يستند عليه الشيء.

ثانياً: العدالة في اللغة: إن أغلب المصادر اللغوية تساوي بينها وبين العدل في المعنى، إلا أن بعض المصادر فرقتهما بينهما، فقد ورد أن (العدل ما قام في النفوس أنه مستقيم، وهو ضد الجور، يقال: عدل الحاكم في الحكم يعدل عدلاً وهو عادل من قومٍ عدول وعدل، وعدل عليه في القضية، فهو عادل، وبسط الوالي عدله ومعدلته، ومن أسماء الله سبحانه (العدل) وهو الذي لا يميل به الهوى فيجور بالحكم، وهو في الأصل مصدرٌ سمي به فوضع موضع العادل، وهو أبلغ منه لأنه جعل المسمى نفسه عدلاً، وقلان من أهل المعدلة، أي من أهل العدل

(1) الجوهري، الصحاح، ج2، ط4، دار العلم، بيروت، 1407هـ، ص525

(2) سورة البقرة: الآية 127

(3) سورة النحل، الآية 26

(4) الفراهيدي، كتاب العين، ج1، ط2، مؤسسة دار الهجرة، قم، 1409هـ، ص142

(5) ابن منظور، لسان العرب، أدب الحوزة، قم، 1405هـ، ج3، ص362

(6) ينظر: إبراهيم أنيس وآخرون، المعجم الوسيط، ط4، مجمع اللغة العربية، 2004م، ص525

والعدل : الحكم بالحق ، يقال وهو يقضي بالحق ويعدل ، وهو حكم عادل : ذو معدلة في حكمه ، والعدل من الناس ، المرضي قوله وحكمه ، ورجل عدلٌ وعادل جائر الشهادة ، ورجل عدل بين العدل⁽¹⁾.

والعدالة : وصف بالمصدر ، معناه ذو عدل ، قال تعالى (وَأَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ)⁽²⁾، وقال تعالى : (يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ)⁽³⁾ ، ويقال : رجلٌ عدل ورجلان عدل ورجالٌ عدل وامرأة عدل ونسوةٌ عدل ، كل ذلك على معنى رجالٌ ذوو عدلٍ ونسوة ذوات عدلٍ ، فهو لا يثنى ولا يجمع ولا يؤنث ، فإن رأيته مجموعاً أو مثنى أو مؤنثاً فعلى أنه قد أجري مجرى الوصف الذي ليس له بمصدر ، والعدالة و العدولة والمعدلة : كله بمعنى العدل ، وقولهم رجل عدل وامرأة عدل إنما اجتمعا في الصفة المذكورة لأن التذكير إنما أتاهما من قبل المصدرية فإذا قيل رجل عدل فكأنه وصف بجميع الجنس مبالغة كما تقول : استولى على الفضل وحاز جميع الرياسة والنبيل⁽⁴⁾.

والذي يظهر من عبارات المعاجم اللغوية أنه لا يوجد فرق بين العدل والعدالة في اللغة ، فالعدالة تساوي العدل لغةً ، وكلاهما مرادفاً للآخر⁽⁵⁾ ، إلا في بعض الحالات التي تقدم ذكرها ، تطلق العدالة إذا أريد المبالغة في عدالة أحدهم ، وتذكر بمعنى المصدر .

ويبدو أن المعنى الثاني للعدل والذي هو الحكم بالحق هو الأقرب إلى المعنى الاصطلاحي لقواعد العدالة.

الفرع الثاني

التعريف الاصطلاحي لقواعد العدالة

يتطلب البحث في حقيقة قواعد العدالة باعتبارها مصدراً من المصادر الرسمية للقانون وباعتبار ما لها من آثار على تشريع القوانين وتطبيقها، وتحديد المقصود بقواعد العدالة في الاصطلاح القانوني، ولأجل بيان الأصل الفلسفي لهذه القواعد يستدعي تعريفها في الفلسفة والشريعة الإسلامية، ولهذا سنقسم هذا الفرع على ثلاث فقرات، نبحث في الأولى: تعريف قواعد العدالة في الاصطلاح القانوني، ونخصص الثانية: لبحث تعريف قواعد العدالة في الاصطلاح الفلسفي، ونفرد الثالثة: لبحث تعريف قواعد العدالة في الاصطلاح الشرعي.

(1) لسان العرب، مصدر سابق ج11، ص430.

(2) سورة الطلاق : الآية 2

(3) سورة المائدة : الآية 95

(4) ينظر : ابن منظور ، لسان العرب ، مصدر سابق ، ج 11 ، ص430-433

(5) ينظر : ابن فارس ، معجم مقاييس اللغة ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، 1429 هـ -2008 م .

أولاً: تعريف قواعد العدالة في الاصطلاح القانوني

الملاحظ أنه لا يوجد نص تشريعي في القانون المدني العراقي - وكذلك القوانين المدنية محل المقارنة - يُعرف قواعد العدالة، إلا أن القانون المدني العراقي استعمل لفظة (قواعد العدالة) و(العدالة) في سبعة مواضع، ففي الفقرة الثانية من المادة الأولى ذكر أنه: (..... فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة) (1)

بعد أن تكلم عن المصادر الرسمية للقانون وعددها وهي التشريع، والعرف، ومبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص القانون دون التقيد بمذهب معين، ثم أشار المشرع بأن القاضي إذا لم يجد الحل للنزاع المعروف أمامه من خلال هذه المصادر يتحول إلى قواعد العدالة، وأشار في المادة (86) إلى الاتفاق على المسائل الجوهرية في العقد مع الاحتفاظ بالمسائل التفصيلية، فإذا نشأ نزاع بشأنها فإن المحكمة تقضي طبقاً لطبيعة الموضوع وأحكام القانون والعرف والعدالة⁽²⁾.

وهكذا الأمر في الإشارة إلى العدالة في المواد (146، 2/150، 2/212، 2/910/ج، 3/912)⁽³⁾ من دون أن يورد المشرع تعريفاً لقواعد العدالة أو للعدالة، ولعل السبب يعود إلى سعة مفهوم العدالة فهو يأبى التقيد في نظر المشرع، ولعله أراد أن يترك ذلك إلى فكر الفقيه والقاضي ليلتمس قواعد العدالة عند الرجوع إلى ضميره، هذا مع أن قواعد العدالة فكرة غير محددة، حتى وإن كانت مصدراً من مصادر القانون الرسمية إلا أن هذا المصدر لا يعبر عن قواعد محددة منضبطة بالشكل؛ لأن المشرع

(1) نصت المادة (1) من القانون المدني العراقي على أنه (1- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها . 2- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين، فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة).

(2) المادة (2/86) من القانون المدني العراقي نصت على أنه (وإذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطاً أن العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل، فيعتبر العقد قد تم وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضي بها طبقاً لطبيعة الموضوع ولأحكام القانون والعرف والعدالة).

(3) المادة (2/146) نصت (2- على أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عادة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحيلًا صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلاً كل اتفاق خلاف ذلك).

والمادة (150) نصت على أنه (1- يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه، وبطريقه تتفق مع ما يوجبه حسن النية . 2- ولا يقتصر العقد على التزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام) والمادة (212) نصت على أنه (1- الضرورات تبيح المحظورات، ولكنها تقدر بقدرها، 2- فمن أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو عن غيره كان غير مسؤول على ألا يجاوز في ذلك القدر الضروري، وإلا أصبح ملزماً بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة) والمادة (910) نصت على أنه (1- إذا كان العمل الموكول إلى العامل يمكنه من معرفة عملاء رب العمل والاطلاع على سر أعماله، كان للطرفين أن يتفقا على ألا يجوز للعامل بعد انتهاء العقد أن ينافس رب العمل، ولا يشترك في أي مشروع يقوم بمنافسته، 2- غير أنه يشترط لصحة هذا الاتفاق:ج- وألا يؤثر هذا الاتفاق في مستقبل العامل من الناحية الاقتصادية تأثيراً ينافي العدالة) والمادة (912) نصت على أنه (1- إذا وفق العامل إلى اختراع أثناء خدمة رب العمل فلا يكون لهذا أي حق في ذلك الاختراع، ولو كان العامل استنبطه بمناسبة ما قام به من أعمال في خدمة رب العمل 0 3- وإذا كان هذا الاختراع ذا أهمية اقتصادية جدية جاز للعامل أن يطالب بمقابل خاص يقدر وفقاً لمقتضيات (العدالة)، ويراعى في تقدير هذا المقابل المعونة التي قدمها رب العمل وما استخدم في هذا السبيل من منشأته).

أراد أن يلزم القاضي بأن يجتهد برأيه في القضايا التي لا يجد لها حلاً في التشريع والعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية ، حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء ، على أن القاضي في اجتهاده هذا لا يتبع أفكاره الذاتية ولا يحكم بما يراه هو محققاً للعدالة ، وإنما يجب أن يستند في ذلك إلى قواعد موضوعية عامة يستلهمها من الضمير الإنساني العام ، أو ما يطلق عليه بالقانون الطبيعي أو القانون العقلي .

والظاهر أن المشرع في القانون المدني العراقي قصد بقواعد العدالة الأسس التي تقوم عليها؛ لأن العدالة أوسع من أن تحدد بقواعد معينة، وإذا تبين أن المقصود بالقواعد هي الأسس، فإنها تنسجم مع المعنى العقلي والفلسفي للعدالة وهذا المعنى يساعد عليه الفهم الاجتماعي للنص القانوني⁽¹⁾ وقد أطلق عليه بعض الفقهاء (الضمير الاجتماعي)⁽²⁾ .

هذا فضلاً عن أن المشرع ليس من دأبه وضع التعريفات ، فإن هذا الأمر يرجع إلى الفقه القانوني ، ولذا فإن شراح القانون المدني وفقهائه تصدوا إلى وضع تعريفات متعددة لقواعد العدالة ، منها قواعد العدالة هي (إحساس أخلاقي موجود في الضمير الاجتماعي وظيفته الملاءمة بين القاعدة القانونية وعلاقة معينة ابتغاء تنظيم هذه العلاقة ، أو هي شعور أخلاقي يستلهمه القاضي في أثناء محاولته تخفيف حكم قاعدة قانونية في تطبيقها على حالة معينة حينما يأذن له القانون في ذلك بنص استثنائي صريح)⁽³⁾ .

ونلاحظ أن هذا التعريف في حقيقته يتضمن محاولتين لتعريف قواعد العدالة، الأولى جاءت لتعريف العدالة التي تستنتج من الضمير الاجتماعي، وهذا الأمر لا إشكال فيه حيث أن قواعد العدالة التي أشارت إليها القوانين المدنية المقارنة وجعلتها مصدراً رسمياً من مصادر القانون هي العدالة التي ترجع إلى الضمير الاجتماعي أو العقل العملي أو المفهوم الاجتماعي للعدالة، وليس مفهوم العدالة في نظر القاضي كما أشرنا لهذا آنفاً.

إلا أن الوظيفة التي نسبها التعريف إلى العدالة هي الملاءمة بين القاعدة القانونية وعلاقة معينة لغرض تنظيم تلك العلاقة ، وإلى هنا ينبغي أن يكون تعريف العدالة وفق المحاولة الأولى قد تم ، ولكن

(1) ينظر: صفاء متعب الخزاعي ، الفهم الاجتماعي للنص القانوني ، بحث منشور في (مجلة القادسية للعلوم القانونية والسياسية ، العدد الثاني المجلد السادس ، كانون الاول /2015 ، ص325 ، جاء فيه (الفهم الاجتماعي أو المفاهيم المشتركة بين الأفراد في مكان وزمان معينين لها الدور الكبير في إكساب إحدى معاني اللفظ ظهوراً دون المعنى الحرفي الحقيقي الآخر ، بل في أحيان أخرى قد يقوم المجتمع بنسخ معنى اجتماعي جديد اللفظ مع إلغاء المعنى اللغوي الحقيقي له ، وهذا ما يعبر عنه عند أهل اللغة بالانزياح الدلالي) ، وعليه فإن (الجانب الاجتماعي للألفاظ أو للنصوص قد يكون هو الظاهر أو الطاعني على الجانب اللفظي أو الحرفي، ومن الملفت أن الفهم الاجتماعي عامل مهم في إكساب النص مرونة ليشمل كل الوقائع والتصرفات المستجدة ؛ وذلك لأن فعالياته لا تنحصر بالنصوص الغامضة باعتبارها قاعدة تفسيرية ، بل حتى النصوص القطعية الصريحة، حيث يكون ركناً من أركان معانيها ، حيث لا يمكن فهم معناها إلا بتسليط الجانب الاجتماعي عليها) .

(2) ينظر : د. عبد الحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، مطبوعات جامعة الكويت ، الكويت ، 1972 ، ص217 .

(3) د. عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ، ص 217-218 ، وقد نقل في الفقرة الهامشية (3) من ص217 عن فيرارو وهو فقيه إيطالي في مؤلفه . دراسات في النظرية العامة للقانون . بأنه قال: (لما كان من الطبيعي أن يستحيل على القاعدة الوضعية أن تلاحق القاعدة الطبيعية في سرعة تتيح لها أن تساير مضمونها في كل حين، لا جرم نشأت فكرة العدالة وهي تنحصر في تمكين القاضي بإذن من المشرع أن يعمل على تخفيف قسوة التشريع وفقاً لظروف الحال) .

هذا التعريف لا يبين العدالة من حيث كونها مصدراً للقانون ، وإنما جل ما نسبه لقواعد العدالة هو أنها واسطة للملاءمة بين القاعدة القانونية والعلاقة القانونية المعنية ، في حين أن قواعد العدالة لها دور آخر لا يقل أهمية عن هذا الدور وهو إيجاد الحل المناسب للعلاقة القانونية أو النزاع المعروض على القضاء، والذي لا تحكمه قاعدة قانونية تشريعية أو عرفية أو مبادئية ، وهذا هو سر اعتبار قواعد العدالة مصدراً للقانون في قبال المصادر الرسمية الأخرى .

أما المحاولة الثانية للتعريف التي هي ملحقة بالمحاولة الأولى فهي الأخرى لا تبين أو تحدد قواعد العدالة بتعريف جامع مانع ؛ حيث أن الشعور الإنساني لدى القاضي - الذي ذكره التعريف - يكشف عن حب كل إنسان لتطبيق العدالة ، وهذا راجع إلى العدالة بما هي صفة أخلاقية من الصفات الحميدة أو الفضائل التي ذكرها علم الأخلاق ولا علاقة لها بموضوع قواعد العدالة التي هي مصدر من مصادر القانون، ثم أن التعريف أشار إلى أن هذا الشعور الأخلاقي يدعو القاضي إلى التخفيف من حكم القاعدة القانونية التي أصبحت بسبب تبدل بعض الظروف مجافية للعدالة، ولكن هذا التخفيف من القاضي لا يتم إلا أن يسمح به المشرع في نص استثنائي صريح ، والسؤال الذي يطرح في هذا المقام هو : هل التخفيف من حكم القاعدة القانونية ناشئ من شعور القاضي الأخلاقي أو هو تطبيق لنص قانوني صريح وفي ظرف استثنائي ؟

فإذا كان الجواب هو أن ذلك التخفيف يرجع إلى تقدير القاضي والدافع له هو شعوره الأخلاقي، فلماذا اشترط التعريف نصاً قانونياً صريحاً، وإذا كان الأمر يرجع إلى النص القانوني فلا دور لشعور القاضي حينئذ .

وعُرفت قواعد العدالة أيضاً بأنها ((شعور كامن في أعماق النفس يكشف عنه العقل السليم ويوحى به الضمير المستنير لإعطاء كل ذي حق حقه))⁽¹⁾ . ويلاحظ على هذا التعريف أن العدالة لا تقتصر على إعطاء كل ذي حق حقه وإنما تنطوي فوق ذلك على شيء أعمق وأبعد وهو التوازن بين المصالح المتعارضة بغية توفير النظام الضروري لسكينة المجتمع الإنساني وتقدمه⁽²⁾ .

وعُرفت بتعريف آخر هو أن (قواعد العدالة هي المبادئ التي يكشف عنها العقل السليم ويوحى بها الضمير ويرشد إليها النظر الصائب والفتنة والذوق السليم)⁽³⁾ . ولا يخفى ما في هذا التعريف من العمومية ، فهو تعريف غير جامع وغير مانع ، أما عدم مانعته فهو أن المبادئ التي يكشف عنها العقل السليم والنظر الصائب كثيرة فإن النظر والتأمل في الفقه الإسلامي من قبل القاضي ، يكشف مبادئ الشريعة الإسلامية المتفق عليها بين المذاهب ، وكذلك - يكشف النظر بمعونة الفتنة الصائبة - المبادئ

(1) د. سعيد عبد الكريم مبارك ، أصول القانون ، ط1، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، العراق 1402هـ-1984م، ص187.

(2) ينظر : د. حسن علي دنون ، فلسفة القانون ، ط1، مطبعة العاني ، بغداد ، 1975 ، ص36 .

(3) د. منذر الفضل ، تاريخ القانون ، ط2، منشورات نراس ، اربيل ، 2005، ص49.

القانونية العامة ، والتي تُمكن القاضي من الاجتهاد عن طريق القياس على المبادئ الثابتة في القانون ، كمبدأ ((العقد شريعة المتعاقدين)) مثلاً ، فعندما يستجد عقد من العقود التي لم يذكر المشرع أحكامها ويتفق المتعاقدان على التزامات معينة قد تعتبر جديدة وغير مألوفة، فإن القاضي بالنظر والاجتهاد يستطيع أن يلحق هذا العقد عن طريق القياس بأحد العقود المسماة مثلاً ، وأما عدم جامعية التعريف فهو لم يشر إلى كل ما يمكن أن تؤثر فيه قواعد العدالة في التشريع والقضاء في إيجاد الحلول للعلاقات القانونية التي لا توجد قاعدة قانونية تنطبق عليها فضلاً عن الموازنة بين المصالح المتعارضة .

كما وعرفت قواعد العدالة أيضاً بأنها ((القواعد المتحركة التي تتبع من شعور الإنسان التلقائي بقسوة القاعدة القانونية حين تطبيقها في حالة معينة أو ظرف معين وتسعى إلى تلطيفها بدافع من الرحمة والعطف))⁽¹⁾ ، والملاحظ على هذا التعريف أنه غير جامع حيث أنه لم يبين الدور الأهم والجانب الأساسي لقواعد العدالة ، وهو تقديمها الحل المناسب للنزاع المعروض أمام القضاء مع فقد القاعدة القانونية التي تحكمه، في حين ركز التعريف على جانب تلطيف حكم القاعدة القانونية في حال قيام ظروف معينة تحيط بأحد أطراف العلاقة القانونية تجعل من المناسب أن يخفف حكم القاعدة القانونية التي تنطبق على تصرفه أو فعله ، وترك التعريف الجوانب الأخرى لقواعد العدالة .

وعُرفت أيضاً بأنها ((مجموعة القواعد التي تحقق العدالة في أسمى صورها))⁽²⁾ ، والملاحظ على هذا التعريف بأنه فضلاً عن إجماله يلزم منه الدور ، حيث أن هذا التعريف لم يبين المقصود بقواعد العدالة، بل هو تعريف أقرب إلى التعاريف اللفظية منه إلى الاصطلاحية، هذا فضلاً عن لزوم الدور، حيث أن التعريف لم يبين ماهية قواعد العدالة وإنما أحال على المصطلح المراد تعريفه نفسه ، وهذا ما يسمى بالدور في علم المنطق، وهو في التعاريف توقف معرفة الشيء على نفسه ، وفي التعليل توقف وجود الشيء على وجود نفسه .⁽³⁾

(1) عبد السلام الترماني ، الوسيط في تاريخ القانون ، ط1، منشورات جامعة حلب ، 1996 ، ص644
(2) د. توفيق حسن فرج ، المدخل للعلوم القانونية ، منشورات مؤسسة الثقافة الجامعية ، الإسكندرية ، بدون سنة طبع ، ص112.

(3) إن من شروط التعريف في علم المنطق أن يكون خالياً من الدور ، والمقصود بالدور في التعريف أن يكون المعرف (بالكسر) مجهولاً في نفسه ، ولا يعرف إلا بالمعرف (بالفتح) ، وفي التعريف أعلاه المعرف هو قواعد العدالة ، والمعرف هو العدالة في أسمى صورها فلم تعرف العدالة إلا بنفسها فيلزم من ذلك دور صريح ، حيث أن المقصود من المعرف (بالكسر) تفهيم وبيان المعرف (بالفتح)، وإذا بالأول وهو المعرف (بالكسر) تتوقف معرفته على الثاني وهو المعرف (بالفتح) فينقلب المعرف معرفاً وهذا محال ، لأنه يُؤول إلى أن يكون الشيء معلوماً قبل أن يكون معلوماً ، أو إلى أن يتوقف الشيء على نفسه ، والدور يقع تارة بمرتبة واحدة ويسمى (دوراً مصرحاً) ويقع أخرى بمرتبتين أو أكثر ويسمى (دوراً مضمراً) ، والدور المصرح مثل تعريف الشمس بأنها كوكب يطلع في النهار ، والنهار لا يُعرف إلا بطلوع الشمس إذ يعرف بأنه الزمان الذي تطلع فيه الشمس ، فينتهي الأمر إلى أن تكون معرفة الشمس متوقفة على معرفة الشمس ، ينظر : الشيخ محمد رضا المظفر ، المنطق ، ط3 ، مطبعة النعمان ، النجف الاشرف ، 1388 هـ ، ص119 .
(*أولبيان هو : أحد الفقهاء الرومان الخمسة الذين اعترف الدستور الروماني بأن إجماعهم يُعتبر قانوناً ، وعند اختلافهم يأخذ برأي الاغلبية وعند التعادل ترجح الفئة التي فيها أولبيان ، وهو فقيه قانوني ومستشار للإمبراطور الروماني أصله

وعرفها الفقيه الروماني أولبيان(*) بأنها ((إرادة دائبة لإيتاء كل ذي حق حقه))⁽¹⁾ ، وهذا التعريف هو الآخر لا يخلو من الإجمال حيث أنه لم يبين من هو الذي تكون له الإرادة الدائبة لإعطاء الحقوق لمستحقيها ، هل هو القاضي ؟ أم أن هذه الإرادة لا بد أن تكون عند كل أحد وعندها يكون التعريف أقرب إلى علم الأخلاق منه إلى القانون مع العلم أن المعرف هو فقيه ومشرع قانوني وليس من فلاسفة الأخلاق .

وعرفت في الفقه الإنكليزي بأنها ((مجموعة القواعد والمبادئ التي تعتبر ملحقاتاً للمبادئ العامة للقانون أو هامشاً لها))⁽²⁾ ، والملاحظ على هذا التعريف أنه يجعل قواعد العدالة ملحقاتاً لمبادئ القانون ، في حين أن هنالك فرقاً بين المبادئ العامة للقانون وقواعد العدالة ويتضح هذا الفرق من طريقة الاجتهاد القضائي عند تطبيق القاضي للمبادئ العامة وقواعد العدالة ، حيث أن الاجتهاد الذي يقوم به القاضي بناءً على المبادئ العامة هو اجتهاد داخلي ، أي أنه يجري في داخل القواعد القانونية ، وهو أشبه بالقياس عند بعض المذاهب في الفقه الإسلامي ، أو تطبيق القواعد العامة على مصاديقها مباشرة ، فالمبادئ القانونية العامة هي أحكام عامة وضعها المشرع ويمكن للقاضي أن يجتهد في تنقيح المناط⁽³⁾ ، بين القضية المعروضة أمامه وبين موضوع المبدأ العام ، في حين أن قواعد العدالة إذا أراد القاضي الرجوع إليها فإنه يجري اجتهاداً خارجياً بمعنى أنه لا يستند في اجتهاده هذا إلى نص قانوني أو قاعدة أخرى سواء كانت عرفية أو مبادئية ، وإنما يرجع إلى ما تقتضيه قواعد العدالة ليجد حلاً للنزاع خارج المصادر الرسمية السابقة على قواعد العدالة ؛ لأن المفروض أن المصادر الأخرى لا توجد فيها قاعدة يمكن أن تنطبق على النزاع ، وعليه فلا يمكن اعتبار قواعد العدالة ملحقة بالمبادئ العامة ولا هامشاً لها .

من مدينة صور في لبنان درس الحقوق في مدرسة بيروت ثم سافر إلى روما فكانت له مكانة مرموقة في التشريع والقضاء في الدولة الرومانية . ينظر الموقع الإلكتروني (www.asaur.org) .
(1) تعريف الفقيه الروماني أولبيان ، أشار إليه صلاح الدين الناهي ، نصوص قانونية وشرعية ، مصدر سابق ، ص 296 .

(2) Lasneels principles of equity 21 ، by sir Robert megarry (gustice) and p.i. baker law professor e weet amax well London 1973 . p.p 8-9

أشار إليه د. اياد مطشر صيهود ، العدالة جوهر قانون العلاقات الخاصة الدولية ، بحث منشور في مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية العدد (15) لسنة 2017 ، ص 10 .

(3) المراد بتنقيح المناط: قيام المجتهد بالبحث في الفروق بين المقيس والمقيس عليه بعد حصوله على علة الحكم ووجودها في الفرع كما هي في الأصل، ويقصد بالتنقيح : استبعاد تأثير الفروق الموجودة بين الأصل والفرع على إلحاق الثاني بالأول في الحكم، كالفروق الموجودة مثلاً بين المعدنين النفيسين (الذهب والفضة) من جهة وبين جميع العملات المعدنية والورقية المتداولة في العالم والتي حلت محلها في التعامل في القوة الشرائية، ومن جهة أخرى فالمجتهد عندما يقيس هذه العملات على الذهب والفضة في حرمة الاكتناز وعدم الاستثمار وعدم الإنفاق ، فإنه يتولى في الوقت نفسه إثبات أن الفوارق الموجودة بين المقيس والمقيس عليه لا تكون مانعاً لهذا القياس ولا تؤثر عليه . ينظر د. مصطفى إبراهيم الزلمي ، أصول الفقه في نسيجه الجديد ط 25 ، مكتبة التفسير للنشر والتوزيع ، أربيل ، 1436 هـ - 2014 م ، ص 158-159 .

وعلى أية حال، فبعد أن عرضنا عدداً من تعريفات فقهاء القانون وشراحه لقواعد العدالة، والمؤاخذات التي ذكرناها على تلك التعريفات يمكن أن نعرف قواعد العدالة بأنها: مجموعة القواعد المثالية الكامنة في الضمير الإنساني العام والتي يمكن استظهارها بالتأمل العقلي، وبواسطتها يستطيع المشرع الارتقاء بالتشريع إلى الكمال، ويتمكن القاضي من وضع حلول منصفة للنزاعات والموازنة بين المصالح المتعارضة.

ومن خلال هذا التعريف تمت الإشارة إلى أن قواعد العدالة موطنها الضمير الإنساني العام وليس ضمير القاضي أو المشرع وإن طريق الوصول إلى هذه القواعد هو التأمل العقلي، وكذلك أشار التعريف إلى دور قواعد العدالة في التشريع والارتقاء به من خلال تطبيق قواعد العدالة إلى أفضل الصياغات، وإلى دور قواعد العدالة في القضاء والذي يتجلى بصفتين، الأولى: إيجاد الحلول المناسبة والعادلة للنزاع المعروض في فرض عدم عثور القاضي على قاعدة قانونية قابلة للانطباق عليه في التشريع أو العرف أو غيرهما من المصادر الرسمية، والصفة الثانية: هي تلطيف حكم القاعدة القانونية التي لو طبقت كما هي لكان ذلك الحكم ظلاماً في حق من طبقت القاعدة بحقه، وهذا هو المقصود بالموازنة بين المصالح المتعارضة، وأوضح أمثله نظرية الظروف الطارئة، وغيرها من النظريات التي عمل بها القضاء قبل أن تأخذ طريقها إلى التشريع.

ثانياً: تعريف قواعد العدالة في الاصطلاح الفلسفي

لقد استحوذت نظرية العدالة عموماً والعدالة القانونية خصوصاً على اهتمام الفلاسفة بشكل عام وفلاسفة القانون على وجه الخصوص، وقد كانت مداراً لمناقشات موسعة بين اتجاهات الفلسفة القانونية المثالية منها والواقعية، إلا أن أول من اهتم بمشكلة العدالة هم فلاسفة الإغريق، وقد انتقلت نظرياتهم عن العدالة وبالأخص - نظرية القانون الطبيعي - إلى النظم القانونية القديمة كالقانون الروماني والقانون الفرنسي القديم، وكذلك إلى النظم القانونية الحديثة⁽¹⁾.

إلا أن الفلاسفة لم يتفقوا على تعريف واحد للعدالة، وذلك بسبب اختلاف وجهات نظرهم إلى جوانب مختلفة من العدالة، والذي يبدو أن عباراتهم - وإن وردت مختلفة من حيث الألفاظ - إلا أنها متفقة من حيث المضمون والمعنى لأنها كلها تشير إلى معنى واحد.

وعلى أية حال، فقد عُرفت العدالة عند الفلاسفة بعدة تعاريف. فقد عرفها فيثاغورس بأنها ((مقابلة المثل بالمثل))⁽²⁾ وهذا التعريف على ما يبدو أنه يخص نوعاً معيناً من العدالة وهي العدالة التبادلية. لأنه يريد بحسب الظاهر من كلامه بمقابلة المثل بالمثل أن المتعامل مع غيره عليه أن يأخذ بمقدار ما

(1) ينظر: د. فايز محمد حسين، فلسفة القانون ونظرية العدالة، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني، 2010، ص1379.

(2) أحمد أمين و زكي نجيب، قصة الفلسفة اليونانية، ط7، مطبعة لجنة التأليف والنشر، القاهرة، 1970، ص28.

يعطي مثلاً بمثل ، إلا أن هذا التعريف يمكن أن يشمل كل أنواع العدالة سواء كانت تبادلية أو توزيعية أو اجتماعية أو قانونية لأن مقابلة المثل بالمثل تقترب من حيث المضمون والجوهر من إعطاء كل ذي حق حقه ، وهو ما يشمل قواعد العدالة أيضاً؛ لأن قواعد العدالة إنما تظهر الحاجة إليها عند فقد القاعدة القانونية التي يمكن أن تنطبق على النزاع المعروض أمام القاضي ، وكذلك عند الحاجة إلى تلطيف القاعدة القانونية التي تحكم العلاقة التي نشأ النزاع على أساسها ، ولكنها ولظروف معينة أصبحت مجافية للعدالة ، وكذلك في حالة الحاجة إلى المحافظة على التوازن بين المصالح المتعارضة وكل هذه الحالات ينطبق عليها إعطاء صاحب الحق حقه .

وعرفها سقراط بأنها ((القواعد المثالية التي يدركها الإنسان بعقله وتكون واجبة الاحترام))⁽¹⁾ ، وهذا التعريف غير مانع لأنه يتصف بالعمومية والإجمال ، وذلك لأن القواعد المثالية التي يمكن أن يدركها الإنسان بعقله أعم من قواعد العدالة فالإنسان يستطيع أن يدرك بعقله من القواعد المثالية الكثير ، كالقواعد الأخلاقية والقواعد الدينية ، نعم يمكن أن يقال بأن هذا التعريف أشار إلى مصدر قواعد العدالة ، وإمكانية التوصل إليها عن طريق العقل أو الضمير الإنساني ، كما يمكن أن يقال: إن وجوب الاحترام الذي قيدت به هذه القواعد إذا حمل على الوجوب الإلزامي الذي يصاحبه العقاب عند تركه يمكن أن يفهم من التعريف خصوص القواعد الملزمة ، فيكون التعريف خاصاً بقواعد العدالة ، ولا يشمل قواعد الأخلاق.

وعرفها أفلاطون بقوله : (اهتمام كل بما يخصه هو العدالة بعينها)⁽²⁾ ، وتعريف أفلاطون هذا للعدالة على الرغم من كل ما يلفه من غموض وإجمال ، إلا أنه مهم ؛ فهو يذكر إحدى أهم مقدمات تحقيق العدالة وهي اهتمام كل بما يخصه وهو من باب إقامة السبب مقام المسبب ، هذا ولكن لا يكتمل فهم نظريته في العدالة إلا من خلال ما طرحه في كتابة الجمهورية ، الذي كان موجهاً بالأساس لشرح فكرة العدل على ما تفهمها به الفلسفة المثالية ، ولذلك عرض أفلاطون العدالة في كتابه الجمهورية على أنها نوع من التجريد الذي لا يمكن أن تصل إليه إلا أفكار الفلاسفة، وكذلك لا يمكن أن يتحقق هذا العدل إلا على يد دولة مثالية، ومن يدير شؤونها ويدير أمرها هو الإنسان الكامل وهو الفيلسوف ، وهذا وإن كان ضرباً من المثالية إلا أنه يبقى هدفاً سامياً يمكن أن يشكل حافزاً للأفكار النيرة المتحررة التي تسعى إلى إقامة مجتمع إنساني متكامل يطبق العدالة التي هي أساساً من وحي الضمير الإنساني . وذلك لأن العدل الذي تعرضه القوانين الوضعية في أحسن حالاته هو مجرد ظل باهت للعدل الحقيقي ، الذي تشير إليه تعاريف الفلاسفة للعدالة ، والذي يبدو من كلمات أفلاطون في كتابه الجمهورية ، أنه يؤمن بفكرة العدالة

(1) د. سليمان مرقس، فلسفة القانون ، منشورات صادر الحقوقية ، بيروت- لبنان ، 1999، ص 51 .
(2) د. أميره حلمي مطر ، جمهورية افلاطون ، مكتبة الاسرة ، القاهرة ، 1994، ص 25 .

العليا التي تكلم عنها على أنها شكل قانوني شرعته الطبيعة ، وأن القانون الوضعي البشري من توابعها وليس إلا ظل لها⁽¹⁾ .

وقد عرفها أرسطو بأنها ((احترام القوانين والمساواة))⁽²⁾ ويظهر من بعض كلمات أرسطو بأنه يرى أن العدالة هي القانون الطبيعي الذي يجب أن توضع على أساسه القوانين التي تصدر عن المشرع ، وقد يبدو من عباراته أنه يجمع بين القانون الطبيعي والقانون الوضعي من حيث الاحترام ووجوب الاتباع والطاعة⁽³⁾ ، والقانون الطبيعي عند أرسطو هو القانون العقلي وهو العدل المطلق أو العدل في ذاته ، ولذلك قال ((نحن نفرق بين العدل في ذاته والعدل داخل المجتمع ، وبتعبير آخر نفرق بين القانون الطبيعي المطلق وبين القانون الوضعي النسبي))⁽⁴⁾ .

وعرفها شيشرون بأنها ((إعطاء كل ذي حق حقه بشرط ألا يضر ذلك بالمصالح العامة))⁽⁵⁾ ، وقد اعتمد شيشرون على القانون الطبيعي والعدالة الطبيعية ، وهو يرى أن العدالة هي قانون فطري في كل مكان وفي كل زمان وإن الذي يتمرد عليه فإنما يتهرب من نفسه وإنما تحترم القوانين الوضعية إذا تطابقت مع ذلك القانون الطبيعي⁽⁶⁾ .

وعرفها جروسيوس بأنها (القواعد التي يوصي بها العقل القويم والتي بمقتضاها نحكم بالضرورة ، سواء أكان العمل ظالماً أو عادلاً طبقاً لاتفاقه مع العقول)⁽⁷⁾ . وهذا التعريف لا يخلو من الإجمال من جهة عدم البيان أو الإشارة إلى كيفية التوصل لمعرفة هذه القواعد ، وهل هي قواعد مثالية متعالية لا يمكن أن يصل إليها إلا الفلاسفة كما أشار إلى ذلك أفلاطون ، أو يمكن للإنسان الذي يتأمل من خلال عقله السليم وذوقه المستقيم أن يصل إلى معرفة هذه القواعد .

وبعدما تقدم ذكره من ملاحظات على تعريفات العدالة التي ذكرها عدد من الفلاسفة ، ولذا يمكن أن نعرف قواعد العدالة من منظور فلسفي : مجموعة من القواعد المثالية التي يمكن للإنسان استشعارها على شكل استحسان أو استهجان لفعل أو تصرف معين إذا تأمل في ذلك التصرف من خلال الضمير الكلي والعقل الجمعي فيشعر بالرضا عند إحقاق الحق وبالغضب عند الحكم بالباطل .

(1) ينظر : د. دينيس لويد ، فكرة القانون ، تعريب المحامي سليم الصويص ، عالم المعرفة ، الكويت ، 1990 ، ص 69-70 .

(2) د. السيد عبد الحميد فودة ، جوهر القانون ، ط1 ، دار الفكر الجامعي ، القاهرة ، 2004 ، ص 79

(3) ينظر : د. نزار عبد الأمير و د. ضياء عبدالله ، فلسفة القانون الطبيعي في الفكر اليوناني القديم ، بحث منشور في رسالة الحقوق ، السنة السابعة (العدد الاول / 2015 ، ص 89 .

(4) برتراند رسل ، حكمة الغرب ، ترجمة فؤاد زكريا ، مطابع الرسالة ، الكويت ، 1982 ، ج 1 ، ص 213 .

(5) د. محمود عبد المجيد المغربي ، تاريخ القوانين ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، بدون سنة طبع ، ص 163 .

(6) ينظر : السيد محمد تقي المدرسي ، التشريع الإسلامي ، مبادئ القانون الطبيعي ، ص 20 ، منشور على الموقع الإلكتروني (www.almodarresi@almodrresi.com) تاريخ اخر زيارة 2020/5/12 .

(7) د. عبد الرزاق السنهوري ود. أحمد حشمت أبو ستيت ، أصول القانون ، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر ، القاهرة ، 1950 ، ص 49 .

وعلى الرغم من الإطالة في هذا التعريف واللجوء إلى ضرب الأمثلة لبيان فكرة العدالة التي هي قانون مثالي عقلي ، إلا أن هذا التعريف على ما يبدو هو الأقرب لبيان معنى قواعد العدالة فلسفياً حيث أنه لجأ إلى البيان الوجداني وليس المثالي المتعالي؛ وذلك لأن هذا القانون العقلي ليس مثلاً منفصلاً عن الشعور الإنساني ، بل هو ملامس لشعور الإنسان وقريب من وجدانه ، ولذلك أشار التعريف إلى الإحساس بالرضا والسعادة عند إحقاق الحق ، والإحساس بالغضب عند ارتكاب الظلم ، وهذا المعنى ينطبق مع ما أشار إليه المتكلمون والأصوليون والفقهاء المسلمون عندما تكلموا عن العدل وإمكان توصل العقل إلى معرفة الحسن والقبح الذاتيين للأفعال، حتى وإن لم يصدر بها تشريع ، كما سيأتي الكلام عن ذلك في المبحث الثالث من هذا الفصل إن شاء الله .

ثالثاً : تعريف قواعد العدالة في الاصطلاح الشرعي

عرض المتكلمون والفلاسفة ، والفقهاء والأصوليون المسلمون للبحث في المثل الأعلى للعدالة أو القواعد العقلية عند فقد الدليل على الحكم الشرعي في مقام الفتوى أو القضاء ، أو عندما يستنبط الفقهاء أحكاماً شرعية من أدلتها الأصولية حيث ينبغي عرضها من قبلهم على العقل لمعرفة مدى مطابقتها لذلك المثل الأعلى ، وذلك لأن الفقه ما هو إلا جهود الفقهاء في استنباط الأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية .

إلا أنهم عرفوا قواعد العدالة أو القواعد العقلية بتعاريف متعددة نظراً لاختلاف زاوية البحث أو النظر عند كل منهم، ومن هذه التعاريف : ما عرفها به أغلب متكلمي وفقهاء العدلية⁽¹⁾ بأنها ((استقلال العقل في إدراك الحسن والقبح قبل أمر الشارع ونهيه))⁽²⁾ ، والملاحظ على هذا التعريف أنه لم يبين الطريقة أو الكيفية التي يمكن أن يتوصل بها العقل إلى إدراك الحسن والقبح ، فضلاً عن عدم الإشارة إلى المقصود بالعقل الذي يدرك هذه المسائل هل هو العقل الشخصي أو العقل الكلي للعقلاء بما هم عقلاء ، أو هل هو العقل النظري أو العقل العملي ؟

(1) المراد بالعدلية من مذاهب المسلمين هم (المعتزلة ، والإمامية ، والزيدية) وإنما سُموا بذلك الاسم لأنهم يثبتون صفة العدل لله تعالى وإبناها من الصفات الذاتية للذات الإلهية ، والذي يحكم بتلك الصفة أو وجوبها لله تعالى هو العقل بغض النظر عن الأدلة الشرعية في الكتاب والسنة . يُنظر ، الشيخ جلال الدين الدواني ، شرح العقائد العضدية ، المطبعة العثمانية ، 1316 هـ ، ص 41 ، وكذلك : الأستاذ الشهيد مرتضى المطهري ، العدل الإلهي ، ترجمة محمد عبد المنعم الخاقاني ، قم ، 1403 هـ - 1983 م ، ص 21 ، ولا بد من التنبيه إلى أن منكري العدل من باقي مذاهب المسلمين لم ينكروه صراحة ، بل فسروا العدل تفسيراً خاصاً فقالوا: إن العدل ليس له حقيقة ثابتة من قبل بحيث نستطيع تحديدها وجعلها معياراً ومقياساً للأفعال . ينظر الشهيد مرتضى المطهري ، المصدر السابق ، ص 22 .

(2) السيد محمد تقي الحكيم ، الأصول العامة للفقه المقارن ، ط 2 ، مؤسسة آل البيت (عليهم السلام) للطباعة والنشر ، بيروت ، 1979 م ، ص 286 ، ومحمد بن علي الشوكاني ، إرشاد الفحول ، دار الفكر ، بيروت ، بدون سنة طبع ، ص 7 ، والشيخ محمد أبو زهرة ، أصول الفقه ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1957 ص 67 ، ومحمد الخضري بك ، أصول الفقه ، ط 6 المكتبة التجارية الكبرى 1969 ، ص 23 ، د. سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة للقانون ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ص 139 .

وعرّفت بأنها ((إيتاء كل ذي حق حقه))⁽¹⁾ ، وما تقدم من ملاحظات على تعريف العدالة ترد أيضاً على تعريف القاضي عبد الجبار بالإضافة إلى أنه لم يبين من هو المعني بإيتاء كل صاحب حق حقه ؟ هل هو القاضي في مقام الخصومة ومجلس القضاء أو الأمر أوسع من ذلك بحيث أنه يشمل المجتهد والمفتي في مقام استنباط الحكم عند فقد الدليل ، أو أنه يشمل كل شخص مكلف فيخرج البحث عن علم الفقه والأصول وعلم القانون إلى دائرة علم الاخلاق والسلوك . وعرفت العدالة بعدة تعاريف أخرى من قبل بعض الباحثين في الفقه الإسلامي ، منها أنها ((إنصاف الغير بفعل ما يجب له ويستحق عليه وترك ما لا يجب))⁽²⁾، وعرّفت بأنها ((تجنب الميل إلى أحد الطرفين))⁽³⁾ .

وعُرفت أيضاً بأنها تنفيذ حكم الله، أي أن يحكم وفقاً لما جاءت به الشرائع السماوية الحقّة كما أوحى بها الله إلى أنبيائه ورسوله⁽⁴⁾ ، ويلاحظ على هذه التعاريف بأنها لم تبين المراد بقواعد العدالة أو الدليل العقلي بشكل مباشر، وإنما اعتمدت على بيان بعض اللوازم للوصول إلى معرفة ماهية المعرف وهذا ليس تعريفاً منطقياً ، فضلاً عن أن التعريف الأخير منها حصر العدالة في التنفيذ فقط وعلقها على أمر يصعب الوصول إليه، بل يستحيل، فأنى لنا أن نحكم وفق الشرائع كما أوحى الله بها إلى الأنبياء والرسول _ صلوات الله عليهم أجمعين _ وأغلب الأدلة أو المصادر التي يتوصل بها إلى معرفة الحكم الشرعي ظنية ، إلا إذا قصد بتنفيذ حكم الله تعالى التوصل إلى الحكم الشرعي عن طريق العقل في حال فقد الدليل، وبناءً على قاعدة مطابقة حكم العقل لحكم الشرع (كلما حكم به العقل حكم به الشرع) ، فإذا تم استنباط الحكم عن طريق العقل العملي الكلي ، فالأمر الذي يحكم به العقلاء بما هم عقلاء من دون أي ميل لا شك هو حكم مطابق لما حكم به الشرع ، إلا أن هذا غير ظاهر من التعريف .

وعُرفت العدالة عند بعض الأصوليين والباحثين من وجهة نظر أخرى بعدة تعاريف منها: إنها ((أمر واقعي ينتج عن تطبيق شرع الله في مختلف المجالات يتمثل في المصلحة الواقعية الحقيقية المعتمدة شرعاً))⁽⁵⁾، وعرّفت أيضاً بأنها : ((إيصال الحق إلى صاحبه دون نقصان ووضع الشيء في مكانه اللائق به))⁽⁶⁾ وأيضاً بأنها ((الاعتدال والثبات على الحق أو الميل إلى الحق))⁽⁷⁾ .

(1) القاضي عبد الجبار ، المغني في أبواب التوحيد والعدل ، تحقيق أحمد فواد الأهواني المؤسسة المصرية العامة للتأليف والترجمة والطباعة والنشر ، القاهرة ، 1962 ، ج 6 ص 48 .
(2) محمد بن علي الطيب البصري ، المعتمد في أصول الفقه ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1982 ، ج 2 ص 133 .
(3) عرفها بذلك السمناني ، أشار إليه د. صلاح الدين الناهي ، نصوص قانونية وشرعية ، مصدر سابق ، ص 299 .
(4) ينظر : د . وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي وحديثه ، ج 6 ، ط 3 ، دار الفكر ، دمشق ، 1989 ، ص 717 .
(5) د. حسن تيسير شموط ، العدالة القضائية وتطبيقاتها في الشريعة الإسلامية ، ط 1 دار النفائس الاردن ، 2006 ، ص 22 .
(6) نذير محمد المكتبي ، صفحات رائدة في مسيرة العدالة ، ط 1 ، دار البشائر الإسلامية ، بيروت ، 1998 ، ص 5 .
(7) زكريا بن محمد بن أحمد الأنصاري ، الحدود الأنثوية والتعريفات الدقيقة ، ط 1 ، دار الفكر المعاصر ، بيروت ، 1990 ، ص 73 .

ونلاحظ على هذه التعريفات بأنها قد ذهبت في تعريفها للعدالة إلى جانب العدالة الاجتماعية ، حيث أن التعريف الأول قد ركز على تطبيق الشرع وما ينتج عنه من مصلحة واقعية ، في حين ذهب التعريف الثاني إلى مسألة المحافظة على الحق الشخصي وإيصاله إلى صاحبه ووضع الأمور في مواضعها ، وهذا وإن كان يحتمل أن يكون للعقل دخل فيه من جهة أن وضع الأمور في مواضعها شأن العقلاء إلا أن التعريف مجمل ، وكذلك التعريف الأخير لا يخلو من الإجمال لأنه لم يبين الطريقة التي يمكن التوصل من خلالها إلى معرفة الحق حتى يمكن الثبات عليه أو الميل إليه .

وبعد أن ذكرنا جملة من تعريفات المتكلمين والأصوليين المسلمين للعدالة وذكرنا ما يرد عليها من ملاحظات يمكن أن نعرف الدليل العقلي أو قواعد العدالة من وجهة النظر الشرعية بأنها : الأحكام التي يستقل العقل العملي الكلي في إدراكها من دون أن يعتمد على مقدمة شرعية ، بل هو ينفرد في استكشافها بناءً على ما تباين عليه العقلاء بما هم عقلاء ، وأوضح الأمثلة على ذلك حكم العقل بحسن العدل وقبح الظلم.

ونكون من خلال هذا التعريف قد بينا ماهية قواعد العدالة أو الدليل العقلي وكذلك بينا الطريق أو الوسيلة التي يمكن من خلالها التوصل إلى تلك القواعد أو الأحكام ، وكذلك الكيفية التي يمكن أن يكون عليها إدراك تلك القواعد وهو استعمال الاستدلال العقلي بمقدمتي القياس المنطقي كليهما⁽¹⁾ لأجل التوصل للحكم الشرعي، وهو ما اصطُحَّ عليه بالمستقلات العقلية⁽²⁾ .

ومما تقدم يتضح أن قواعد العدالة -سواء كانت في المفهوم القانوني أو الفلسفي أو الشرعي- هي الاسس التي يستند إليها العقل الإنساني عند استنباطه للأحكام في القضايا التي تعرض عليه بما هو عقل كلي صرف، أي بما هو عقل جمعي عملي، والحكم فيه يرجع إلى العقلاء بما هم كذلك من دون أن

(1) ويقصد بالقياس المنطقي (القول المؤلف من قضايا متى سلمت لزم عنه لذاته قول آخر) والمراد بالقضايا ما تكون من اثنين وهو الجمع المنطقي وليس الجمع النحوي ، وهذا هو القياس في علم المنطق وليس القياس في علم الفقه الذي يراد به استنباط علة الحكم في الفرع لكي يتم تطبيق حكم الأصل عليه وهو ما يصطلح عليه بالتمثيل ، بل إن القياس المنطقي يتكون من مقدمتين والمقدمة في كل قضية تتألف من صورة القياس ، وكل قضية تتألف من موضوع ومحمول ، مثال ذلك : سقراط إنسان وكل إنسان يموت : إذا سقراط يموت ، ينظر : الشيخ محمد رضا المظفر ، المنطق ، مصدر سابق ، ج2 ، ص230 - 231 .

(2) المراد بالمستقلات العقلية أن تكون كلا مقدمتي القياس عقليتين ومثال ذلك حكم العقل بحسن فعل أو شيء أو قبحه ، ثم حكمه - أي العقل - بأن كل ما حكم به العقل حكم به الشرع ، ويظهر من خلال كون مقدمتي القياس عقليتين سبب تسمية هذه الأدلة بالمستقلات العقلية، فإذا قلنا مثلاً العدل يحسن فعله عقلاً والقضية المتقدمة عقلية صرفة ، وهي في هذا الاستدلال صغرى القياس ، وهذه القضية من القضايا التي تعرف في علم المنطق بالمشهورات التي تتطابق عليها آراء العقلاء وتسمى بـ(الآراء المحمودة) ، وكبرى هذا القياس هي القضية الآتية (كل ما يحسن فعله عقلاً يحسن فعله شرعاً) وهذه القضية من القضايا العقلية أيضاً . وهنا تكون نتيجة هذا القياس : العدل يحسن فعله شرعاً وهذا الحكم عقلي وليس شرعي أي أن النتيجة توصل إليها العقل باستخدامه طريقه القياس العقلي ، ولذلك سميت هذه القضايا بالمستقلات العقلية أي القضايا التي يستقل العقل بإدراكها من دون أي مقدمة شرعية أو نقلية .

ينظر الشيخ محمد رضا المظفر ، أصول الفقه ، ط7 ، تحقيق الشيخ رحمة الله الأراكي ، مؤسسة النشر الإسلامي ، قم المشرفة ، 1434هـ ، ج2 ، ص264-265 .

تعرض عليهم شبهة أو اعتقاد خاطئ.

المطلب الثاني

عناصر قواعد العدالة

إن عناصر كل شيء تعني مكوناته سواء كانت تلك المكونات مادية أو معنوية⁽¹⁾ فالمواد الأولية المستخدمة في مركب مادي عناصر مادية له ، والإيجاب والقبول عنصران معنويان للتعاقد⁽²⁾ ، وهذه العناصر تؤخذ عادة من تعريف ذلك الشيء ، لأن وجوده يتوقف عليها سواء كان في الذهن أو في الخارج ، والمتوقف عليه وجود الشيء أو تجوهره يعتبر علة لذلك الشيء فلسفياً ومنطقياً⁽³⁾ .

وعناصر قواعد العدالة هي الأركان الجوهرية التي تكون تلك القواعد التي يمكن التوصل إليها من خلال تحليل فكرة قواعد العدالة ، وقد اختلف الباحثون في تحديد عناصر قواعد العدالة ، واختلفهم هذا ناشئ عن اختلافهم في تحديد مفهوم العدالة ، وقد ذهب بعضهم إلى أن عناصر العدالة ثلاثة هي: (المساواة والاستحقاق والمبادلة)⁽⁴⁾ ، وذهب بعض آخر إلى أنهما اثنان وهما (العقل والمصلحة)⁽⁵⁾ ، وذهب ثالث إلى أنهما (المساواة والعمومية)⁽⁶⁾ .

لكن الذي يبدو لنا من خلال الرجوع إلى التعريف الذي اخترناه لقواعد العدالة في الاصطلاح القانوني، إن عناصر قواعد العدالة ثلاثة وهي الفرض والإدراك العقلي والمصلحة الاجتماعية ، ولذا سنقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، نبحث في الفرع الأول منها الفرض، وفي الثاني منها الإدراك العقلي، وفي الثالث المصلحة الاجتماعية :

الفرع الأول

الفرض

(1) ينظر : د. مصطفى إبراهيم الزلمي ، أحكام الميراث والوصية وحق الانتقال في الفقه الإسلامي والقانون المقارن ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، بدون سنة طبع ، ص 129 .

(2) ينظر : د. حسن علي ذنون ومحمد سعيد الرحو ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام – دار وائل ، عمان – الاردن ، 2002 ، ج 1 ، ص 82 .

(3) ينظر : د. مصطفى إبراهيم الزلمي ، نظرية الالتزام برد غير المستحق ، ط 1 ، الخنساء للطباعة ، بغداد ، بدون سنة طبع ، ص 28 .

(4) dauid schmidiz ، elements of justice ، Cambridge university press ، p.13 .

أشار إليه د. حسون عبيد هجيج وفخري جعفر أحمد علي ، فلسفة العدالة القانونية ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، العدد الأول ، السنة الحادية عشرة ، 2019م ، ص 226

(5) ينظر : إسماعيل نامق حسين ، مصدر سابق ، ص 75 ، وكذلك :

a theory of justice john rawls ، p.p.47-53

أشار إليه إسماعيل نامق حسين ، المصدر السابق ، ص 72 .

(6) ينظر : د. أحمد إبراهيم حسن ، مصدر سابق ، ص 144 .

يعرف الفرض في القاعدة القانونية بأنه ((الواقعة التي يرتب عليها القانون أثراً معيناً))⁽¹⁾، ويمكن أن تتكون الواقعة من بعض التصرفات القانونية كإنشاء بعض العقود أو إنشاء بعض الالتزامات بالإرادة المنفردة كالإيجاب الملزم أو الوعد بجائزة أو غير ذلك ، أو يتكون من بعض الوقائع الطبيعية⁽²⁾ كالولادة أو نقل النهر للتمي⁽³⁾ أو اختلاط شئيين أو عنصرين كيميائيين وتكوينهما مركباً أو غير ذلك من الوقائع الطبيعية التي تكون موضوعاً يرتب عليه القانون أثراً .

ويمكن أن يتكون الفرض من الامتزاج بين التصرفات القانونية والوقائع الطبيعية ، وعلى أية حال فإن المقصود من الفرض ما يتكون من أحد الحالات التي تقدم ذكرها هو موضوع الحكم القانوني ، حيث أن الأحكام الشرعية والقانونية هي عبارة عن قضية منطقية تتكون من موضوع ومحمول ، الموضوع هو الفرض ، والمحمول هو الحكم ، ولذا فالمسلم عند فقهاء الشريعة الإسلامية أن الحكم الشرعي يدور مع الموضوع وجوداً وعدمياً، إذا وجد الموضوع وجد الحكم، وإذا انعدم الموضوع انعدم الحكم⁽⁴⁾ ، وكذلك الأمر بالنسبة للحكم القانوني لابد له من موضوع وهذا الأمر ينطبق على قواعد العدالة أيضاً ، حيث أن الاجتهاد الذي يقوم به القاضي بموجب قواعد العدالة ينتج عنه حكم، وهذا الحكم لابد أن يكون له موضوع ينطبق عليه ، وهذا الموضوع هو الفرض في قواعد العدالة ، وكما أن الفرض في القواعد القانونية هو الواقعة أو التصرف أو المزيج منهما الذي ينشأ عنه نزاع يعرض على القضاء وعندما يبحث القاضي في مصادر القانون التي بين يديه من تشريع وعُرف ومبادئ الشريعة الإسلامية فإذا وجد الحكم فإنه يطبقه على ذلك الموضوع أو الفرض المتنازع فيه .

وأما في حالة عدم وجود قاعدة قانونية في المصادر المشار إليها ينتقل القاضي للبحث في قواعد العدالة من أجل التوصل إلى الحكم ، ومن هذا يتبين أن الفرض كما هو عنصر من عناصر القواعد القانونية ، هو كذلك عنصر من عناصر قواعد العدالة ، غاية الأمر أن الفرض في قواعد العدالة لا يتحدد ويتعين إلا بعد رفع الدعوى أمام القضاء ، حيث أن الفرض بدءاً يدركه العقل بشكل عام كما في حكم العقل بأن (الظلم قبيح) أو (إلحاق الضرر بالغير يستوجب التعويض) فالعقل يفرض موضوعاً لظلم عام كما يفرض موضوعاً لضرر عام في المثالين السابقين ، وإلا من دون هذا الفرض لا يصح الحكم ، لأن الحكم

(1) د. عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ، ص 60 .

(2) ينظر : د. أحمد سلامة ، المدخل لدراسة القانون ، مصدر سابق ، ص 60 .

(3) ينظر : د. عبد الرزاق السنهوري ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي ، منشأة المعارف ، الاسكندرية _ مصر ، 2004 ، ص 514 ، وقال في ص 511 تعليقا على تحقق الاثراء بلا سبب : (هي قاعدة أصلية لا تنفرع عن غيرها فهي مصدر مستقل من مصادر الالتزام وليست ملحقة بالفضالة ، ولا بالعمل غير المشروع ولا بتحمل التبعة ، وهي تتصل اتصالاً مباشراً بقواعد العدالة المصدر الأول لكل القواعد القانونية ، أليس العدل يقضي بأن من أثرى على حساب غيره دون حق يجب أن يعرض من اقتفر ؟ فلماذا نذهب في البحث عن سند للقاعدة وراء هذا والقانون الروماني ذاته وهو الذي أخذنا عنه القاعدة جعل أساسها العدالة) .

(4) ينظر : الشيخ محمد علي الأنصاري ، الموسوعة الفقهية الميسرة ، ج 2 ، ط 1 ، مجمع الفكر الإسلامي قم ، 1418 هـ 1418 هـ ، ص 420 ، وكذلك : الشيخ المنتظري ، نهاية الأصول ، تقرير بحث السيد حسين البروجردي الطباطبائي ، مطبعة الحكمة ، قم ، 1375 هـ ش ، ص 302 .

من دون الموضوع الذي يتعلق به أو المحكوم عليه غير صحيح منطقياً وقواعد العدالة هي أحكام عقلية فلا بد لها من موضوعات مفترضة عامة تشخص وتحدد عند وقوع النزاع في الحق الذي تتعلق به والقاضي عندما يكون بصدد الاجتهاد لإيجاد الحكم المناسب مستهدياً بقواعد العدالة لا بد أن تكون أمامه قضية مرفوعة وموضوع هذه القضية هو الذي يطلق عليه الفرض.

فعلى سبيل المثال إذا ألحق أحد الأشخاص ضرراً بالحقوق الادبية والفكرية المملوكة لشخص آخر كحقوق التأليف وبراءة الاختراع وغيرها ورفع النزاع إلى القضاء ، يطبق في هذه الحالة القواعد القانونية الخاصة بحماية الملكية الفكرية، ولكن إذا كان هذا الحق المُعتدى عليه يتعلق ببعض التطبيقات أو الاختراعات على الشبكة المعلوماتية العالمية - الانترنت - ولم يجد القاضي قاعدة قانونية تحمي أو تنظم هذا الحق فإنه يلجأ عندئذٍ إلى قواعد العدالة التي تقضي بوجوب حماية هذا الحق وتعويض صاحبه في حالة الإضرار به ، كما كان عليه الحال بالنسبة لحماية الحقوق الفكرية والأدبية قبل تشريع القواعد القانونية ، الخاصة بها ، فموضوع هذا الحق - التطبيقات والاختراعات على الشبكة المعلوماتية - هو الفرض للحكم الذي استنتجه القاضي من قواعد العدالة ، والذي تبين بهذا أنه عنصر من عناصر الرجوع إلى قواعد العدالة .

الفرع الثاني

الإدراك العقلي

هو إدراك المفاهيم والمسلمات والحقائق والمعاني الكلية العامة كمفاهيم الحياة والمنطق وهو المسؤول عن تكوين المفاهيم العامة المجردة البعيدة عن المحسوسات المادية .

وعُرف الإدراك العقلي بأنه : ((معرفة الكلي من حيث أنه متميز عن الجزئيات التي يصدق عليها ويقابل الإدراك الحسي))⁽¹⁾ ، وعُرف أيضاً بأنه ((كمال حاصل للنفس يحدث منه مزيد كشف على ما يحصل في النفس من الشيء المعلوم من جهة التعقل بالبرهان))⁽²⁾ .

والإدراك العقلي الذي هو أحد عناصر قواعد العدالة يعتبر بمثابة العلة الفاعلية للكشف عن النتيجة التي يتم التوصل إليها من خلال التأمل لأجل الوصول إلى الحل أو الحكم العادل للواقعة القانونية أو التصرف القانوني في حال عدم وجود قاعدة قانونية تنطبق عليها ، والذي أطلقنا عليه فيما تقدم (بالفرض) وإمكانية التوصل إلى هذا الحكم يشترك بها جميع الأشخاص لأنهم مشتركون بالعقل الكلي.

ولأن العدالة يرتكز أساسها في الطبيعة البشرية حيث أن هذه الطبيعة تقتضي أن يعيش الإنسان بحسب ما تمليه عليه غريزته الاجتماعية - كما أشرنا لهذا آنفاً - في مجتمع ما ، ولا يمكن أن تتحقق هذه

(1) د. إبراهيم مذكور ، مصدر سابق ، ص 6 .

(2) د. بلبل عبد الكريم ، مفهوم الإدراك ، بحث منشور على شبكة الألوكة على الموقع الإلكتروني www.alukah.net تاريخ الزيارة 2020/6/19 ، الساعة 10 صباحاً .

الغاية إلا إذا كان هذا المجتمع هادئ ومنظم ، وما يمكن الإنسان أن يعمل على تنظيم وضعه الاجتماعي وعلاقته مع غيره من أبناء جنسه هو العقل.

وعليه فإن كل فعل أو تصرف يخالف ما يقتضيه العقل يعتبر مخالفاً لقواعد العدالة ، وكل ما يتناسب مع العقل من التصرفات يكون موافقاً للعدالة ، وبهذا يتبين أن قواعد العدالة هي القواعد التي يوحي بها العقل إلينا ، وبعبارة أخرى هي القواعد التي يظهرها العقل المستقيم والتي تتناسب مع الطبيعة الاجتماعية للإنسان .

وقد كُتِبَ عنها بعض الفقهاء بالمنجم الذي يحتوي على الذهب فإذا قصده بعض الأشخاص سوف يحصل كل منهم على مقدار من الذهب يتناسب مع قابليته على البحث ومع نوعية الأدوات التي يستخدمها⁽¹⁾ ؛ ولما كانت قواعد العدالة مرتكزة في العقل الإنساني فلا بد من طريقة يتوصل من خلالها إلى معرفة هذه القواعد ، وليس العقل بما هو عقل محض يوصلنا إلى تلك القواعد ، ولكن ينبغي أن يتم ذلك عن طريق الفكر والإدراك وتتسلسل منطقي ، ولذا فقد ذكر فلاسفة القانون ثلاثة طرق⁽²⁾ يتم التوصل بواسطتها إلى هذه القواعد هي :

1- طريقة الاستنباط : وهي الطريقة التي تبنى على الاستدلال العقلي والتي تتم بواسطة الانتقال من القواعد الكبرى الكلية إلى تطبيق على الصغريات ومن ثم الوصول إلى النتيجة ، وهي طريقة القياس المنطقي .

2- الطريقة الاستقرائية : وهي الطريقة التي يتم فيها الانتقال من تتبع الجزئيات والتطبيقات العملية إلى التوصل للحكم النهائي ، وقد مثلوا لها بتتبع أحكام العدالة أو القانون الطبيعي لدى الشعوب والبلدان الأخرى وتطبيق هذه الأحكام على الوقائع والتصرفات المستحدثة ، التي لا توجد قاعدة قانونية تنطبق عليها⁽³⁾ .

3- طريقة الانتقال من الأفكار المعرفية (الإيستمولوجي) إلى الحقيقة الوجودية (الأنطولوجي):

(1) ينظر : د. أحمد محمد البغدادي . المنطق القانوني واعتبارات العدالة 2ط ، جامعة بنها ، مصر ، 2018 ، ص 204_206 ، قال عن معنى اشتراك الجميع في الوصول إلى العدالة وتفاوتهم من حيث القابلية وأدوات البحث (الاحتكام إلى العدالة فكرة تقوم على العقل والمنطق ، أساس المنطق في هذه الفكرة : إننا نحتكم إلى مصدر يشترك فيه جميع الناس الأفراد كافة في المجتمع وإليك التطبيق الآتي الذي يبرهن على المنطق في هذه الفكرة ، كلنا يعرف الفارق بين الفأس والحفار : تخيل أن أحدهم يمتلك حفاراً ، بينما الآخر معه فأس ، اتفق كلاهما أن يذهبا سوياً إلى منجم للذهب بالطبع سيعود كل منهما بكمية من الذهب ، ولكن نصيب صاحب الحفار سيكون أكبر ، منجم الذهب في هذا المثال : صورة للعدالة التي نتحدث عنها باعتبار الذي يوجد بداخل كل واحد من بني آدم كل فرد يمتلك نصيباً من العدالة ، هذا النصيب هو نتاج : ضميره وعقله وحسه وذوقه ونقصه بالتحديد عقلة المستقيم وضميره المستنير ، لأن الضمير = الإنسان قد ينحاز لاعتبارات تتعلق بمشاعر الإنسان وحالته النفسية وهي أمور ترتبط بما حصلت كل واحد فيهم : من تعليم وثقافة وخبرات الحياة وإلى هذا الأساس المنطقي : استند المشرع القانوني ، حينما قام بصياغة عن معاني العدالة ، في كل قضية لا يوجد نص تشريعي يحكمها (...) .

(2) ينظر : د. منذر الشاوي ، فلسفة القانون ، مصدر سابق ، ص 87-88 .

(3) ينظر : بريمو ، الاتجاهات الكبرى لفلسفة القانون ، ص 85-86 ، أشار إليه : د. منذر الشاوي ، المصدر السابق ، ص 88 فقرة هامشية رقم (1) ونسب هذا الرأي إلى كروسيوس نقلاً عن بريمو .

والطريقة الثالثة للاستدلال هي الطريقة المتبعة في الفلسفة الحديثة والمعاصرة التي تعرف بالانتقال من المعرفة إلى الوجود ، حيث أن مشكلة الفلسفة القديمة كانت تتمثل بالبحث عن حقيقة الوجود ، ومنه تتم معرفة الحقائق الأخرى، أما في الفلسفة الحديثة فقد أصبحت المشكلة عندهم هي المعرفة (الإبستمولوجي) بدلاً عن مشكلة الوجود (أنطولوجي) ، فبدلاً من أن تتم معرفة الجزئيات عن طريق الأحكام الكلية المسبقة للعقل يتم البحث في الأفكار المعرفية لأجل التوصل إلى الحكم الكلي⁽¹⁾ ، ولذا قال أحد فقهاء القانون: ((من المعلوم أن من أهم مباحث الفلسفة نظرية المعرفة الباحثة عن ملكات العقل ومدى قدرته على إدراك حقيقة الأشياء والنفوذ إلى جوهر العدل والتوصل إلى التشريع العادل ، ومعيار العدل في ذاته ، دون الوقوف عند ظاهر النصوص التشريعية أو التسليم بما ورد به النص الوضعي))⁽²⁾ وهذه الطريقة الأخيرة هي الأنسب للتعرف على قواعد العدالة ، حيث أنها تأخذ بنظر الاعتبار الفكري الوقائع الجزئية بما هي واقعة مشخصة وتبحث عن حل فتتحقق العدالة بشكل أدق ، وأما الطريقة الأولى فهي أقرب إلى قواعد القانون الوضعي التي توضع على نحو العمومية والتجريد ولذا فهي تحقق العدل من دون العدالة كما تقدمت الإشارة إلى ذلك قريباً.

فالعدالة أو الشعور بها يترجم على شكل استحسان أو استهجان ، مقابل كل حادثة أو واقعة تتفق مع الضمير الأخلاقي العام أو تخالفه؛ لأن عامة الناس تشعر بالسرور والرضا عندما تكون الغلبة لصاحب الحق ، وتشعر بالألم والأسى عندما يتقدم الغاصب على من له الحق ، أو عندما يحكم على البريء بالعقوبة ويعفو عن ارتكاب الجريمة مثلاً ، ومما تقدم يتضح أن هذا الشعور أو القابلية موجودة لدى الناس جميعاً ولكنها تكون عند غير المتعلمين شعوراً باهتاً غير واضح المعالم وعند المتعلمين والمتقنين متوقدة وهؤلاء يتمتعون بشعور و إحساس أرهف من غيرهم بالعدالة ، ومن مجموع هذا الشعور والإحساس عند الناس كافة يتألف (الضمير القانوني الجماعي)⁽³⁾ أو العقل الجمعي الذي يرشدنا إلى قواعد العدالة ، وعلى هذا الأساس استند المشرع المدني عندما منح القاضي سلطة تقديرية واسعة للبحث عما يمكنه تطبيقه على القضية التي ترفع أمامه ، ولا يجد قاعدة قانونية تنطبق عليها والمشرع سواءً العراقي أو المصري قد افترض عند تشريعه المادة (2/1) في القانونين المدني العراقي⁽⁴⁾ ، والمدني المصري⁽⁵⁾ ، أن القاضي يمكنه أن يتمتع بهذه القابلية ، وهذا من باب حسن الظن بشريحة القضاة لأن المفروض منهم أن

(1) ينظر : د. زكريا إبراهيم ، الفلسفة النقدية ، دار مصر للطباعة ، القاهرة ، بدون سنة الطبع ، ص 110 – 111

(2) د. صلاح الدين الناهي ، نصوص قانونية وشرعية ، مصدر سابق ، ص 303

(3) ينظر : د. عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ، ص 204

(4) نصت المادة 2/1 من القانون المدني العراقي على أنه (..... 2- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين ، فإذا لم يوجد ، فبمقتضى قواعد العدالة .)

(5) نصت المادة (2/1) من القانون المدني المصري على أنه (.... 2- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة .)

يتمتعوا باللياقة الفكرية والقابلية العلمية والملكة القانونية⁽¹⁾ ، والمنطق يؤيد هذا التوجه للمشرع ، على اعتبار أن القاضي مؤهل لهذه المهمة وهو في الواقع أكثر قدرة من غيره لما يتمتع به من خبرة وممارسة عملية ، والمقصود من قبل المشرع هو الوضع الغالب للقضاة ، ولا يشترط بكل فرد منهم أن يمتلك هذه القابلية ، وحتى ولو كان قادراً على تفسير وتطبيق قواعد القانون الوضعي، بل حتى لو كان قادراً على القياس على القواعد القانونية ، والاستنباط من المبادئ العامة للقانون فقد يكون غير قادر على التوصل لمعرفة قواعد العدالة واستنتاج الحكم أو القرار المناسب منها . وبهذا يتبين أن العنصر الثاني من عناصر قواعد العدالة هو الإدراك العقلي وليس العقل بما هو عقل محض .

الفرع الثالث

المصلحة

المصلحة - بالنظر إلى معناها الموضوعي - تعد فكرة جوهرية وضرورية لدراسة النشاط البشري عموماً ، حيث أن العقل والمنطق يثبتان أن أفعال العقلاء لا بد أن تكون لغاية ما ، ولا يمكن أن يفعل العاقل أو يتصرف بشكل عبثي أو اعتباطي، وحيث أن البحث في قواعد العدالة باعتبارها مصدراً للقانون وهو يتعلق بأفعال الأشخاص وتصرفاتهم فينبغي أن يكون التطبيق لهذه القواعد سواء كان من قبل المشرع أو القاضي لمصلحة ، والمصلحة في اللغة على وزن مفعلة وهي من الصلاح ، وهو كون الشيء على هيئة كاملة بحسب ما أعدله ، ونقيضها المفسدة ، فالمصلحة من باب إطلاق المسبب وإرادة السبب وهو من المجاز المرسل ، فالمصلحة في ذاتها هي المنفعة⁽²⁾ .

وأما في الفقه الإسلامي فقد التزم بها الفقهاء والأصوليون ، حيث ذهب بعضهم إلى أن العقل هو الذي يحكم في معرفة ما يعد مصلحة ، وذكر أن الشريعة الإسلامية قد بنيت على مصالح العباد ، وأن

(1) والملكة : تعرف في القانون بأنها : القدرة على استيعاب مختلف العلوم والقواعد المتعلقة بالقانون والتي تساعد على الإحاطة بدقائق المسائل القانونية وبعبارة أخرى الملكة القانونية هي الدراية المتحصلة من دراسة علم القانون ، دراسة حقيقية متعمقة والتي تدل على أن صاحبها مختص حقيقة في هذا الفرع من العلوم الإنسانية ، ينظر: د. محمد سليمان الاحمد ، قاعدة نصل أو كمام ، مطبعة شهاب ، أربيل 2010 ، ص49 وعرفت الملكة عند فقهاء الشريعة بأنها : قوة فكرية يقتدر معها الفقيه على اقتناص الفروع من الأصول ، ورد الجزئيات الى قواعدها ، وتقوية القوي وتضعيف الضعيف ، والترجيح في موقع التعارض ، ولا يكفي العلم من دون الملكة . المحقق الكركي ، رسائل الكركي ، ج1 ، ط1 ، مطبعة الخيام ، قم ، 1409 هـ ، ص168 . وعرفت ملكة العدالة أيضاً بأنها : هيئة نفسانية راسخة تبعث على ملازمة التقوى . ينظر: المحقق السبزواري ، ذخيرة المعاد ، ج1 ، مؤسسة آل البيت -ع- لإحياء التراث ، قم ، بدون سنة طبع ، ص305 .

(2) ينظر : محمد بن أبي بكر الرازي ، مصدر سابق ، ص367 . وكذلك : أحمد بن محمد بن علي الفيومي ، المصباح المنير ، مكتبة لبنان ، بيروت ، 1987 ، ص473 .

فقهاء المذاهب الإسلامية جميعهم مُجمعون على ذلك ، فالعدلية يلتزمون بذلك ولكنهم يجعلون العقل هو الحاكم بالحسن والقبح الذين يترتب عليهما الثواب والعقاب ، وكذلك باقي المذاهب الأخرى ذهبت إلى أن الأحكام مبنية على المصالح والمفاسد⁽¹⁾ إلا أن الاختلاف بينهم في الجهة التي تحكم بالمصلحة فهل هي العقل كما ذهب إلى ذلك العدلية أو الشرع كما ذهب إليه من سواهم من المذاهب ، وعلى أية حال فإن المصلحة مأخوذة بنظر الاعتبار في الاحكام عند فقهاء المسلمين كافة ، وإن الاحكام الشرعية مهما كان الدليل عليها فإن الغاية منها المصلحة ، ومن جملة أدلة الاحكام العقل وهذا يعني أنه في حالة الفراغ التشريعي فإن العقل يحكم في المسائل وفقاً لقواعد العدالة ، أو وفقاً للقانون الطبيعي الذي هو قانون العقل ، وان لم يصرح به عند فقهاء المسلمين ، وإنما عبروا عنه بدليل العقل أو الدليل العقلي أو مقصدية العدل ويريدون به قواعد العدالة .

وَعُرِفَت المصلحة عندهم بأنها ((مناط الوجوب الملزم أو الاستحباب الذي سيتكشف بواسطة حكم العقل بناءً على تبعية الأحكام للمصالح والمفاسد))⁽²⁾، وصرحوا بأنه إذا لم يكن الحكم العقلي في سلسلة علل الأحكام الشرعية فلا يبقى مجال لقاعدة (تبعية الأحكام للمصالح) .⁽³⁾

وأما في الفقه القانوني فقد عرفت المصلحة بتعاريف عديدة ومنها أنها هي (القيمة التي تؤخذ كوسيلة لإشباع حاجاتنا متى أردنا)⁽⁴⁾ ، ويراد بالمصلحة في هذا التعريف القيمة التي تساهم في إشباع حاجات الفرد والمجتمع ، فهي القيمة وهي المنفعة التي يطلبها الجميع ، ويظهر من التعريف المشار إليه أنه اعتمد على الجانب الاقتصادي في المصلحة أكثر من الجوانب الأخرى كالأدبية والمعنوية ، وهذا يتفق مع ما يذهب إليه أصحاب التحليل الاقتصادي للقانون وكذلك الاقتصاديون من أن وجود المصلحة يعتبر عنصراً مبرراً لاستعمال عناصر الإنتاج وبالأخص عنصر العمل أو الأيدي العاملة وما تحققه من عوائد ، وهذا الأمر عام وشامل حيث أن العمل لا بد أن يؤدي إلى مصلحة معينة لمن يقوم باستعمال حقه الذي

(1) ينظر : عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام ، قواعد الأحكام في مصالح الانام ، ج1 ، ط1 ، دار القلم ، دمشق 1421 هـ - 2000 م ، ص8 . وكذلك الميرزا حسن السبزواري ، وسيلة الوصول إلى حقائق الاصول ، تقريرات بحث السيد الاصفهاني ، ط1 ، مؤسسة النشر الإسلامي ، قم ، 1419 هـ ، ص599 ، وقال الميرزا حسن السبزواري في مقام بيان الفرق بين الأمر المولوي والإرشادي (الفرق بينهما هو أن الأمر الإرشادي - وهو ما يطابق حكم العقل - ما كان ناشئاً عما في متعلقه من المنفعة والمصلحة بحيث لا يترتب على موافقته سوى تلك المنفعة وعلى مخالفته سوى عدم تلك المنفعة ، فهو في الحقيقة بيان لحال المتعلق بأن فيه هذه المنفعة ؛ لأن تصير باعثة على الفعل بخلاف الأمر المولوي فإنه وإن كان ناشئاً عن المصلحة الكامنة في الفعل بناءً على مذهب العدلية من تبعية الاحكام للمصالح والمفاسد إلا أنه لا يترتب على موافقته ومخالفته سوى المصلحة الكامنة في الفعل والمفسدة الكامنة في الترك التي هي عبارة عن المثوبة والعقوبة) .

(2) حسن بن علي أصغر الموسوي ، منتهى الأصول ، ج1 ، مكتبة أهل البيت - عليهم السلام - قرص ليزري الإصدار الأول ، 1426 هـ - 2005 م ، ص180

(3) ينظر: الشيخ محمد كاظم الخراساني، كفاية الأصول، ط1، مطبعة مهر، قم، 1409 هـ، ص308.

(4) د. شوقي السيد ، التعسف في استعمال الحق ، طبيعته ومعياره في الفقه والتشريع والقضاء ، ط1 ، دار الشروق ، القاهرة - مصر ، 2008 ، ص179 .

تكلفته القوانين الوضعية أو قواعد العدالة ، وعرفت المصلحة أيضاً بأنها (قيمة أدبية أو اقتصادية مميزة للحقوق وأنها مأخوذة في الاعتبار كوسيلة لإشباع ما يحتاجه الإنسان)⁽¹⁾ .

وبناءً على كون المصلحة هي القيمة سواء كانت أدبية أو اقتصادية ، فلا بد أن تكون الحقوق التي تحميها قواعد العدالة - فضلاً عن القواعد القانونية - تدور مع تلك القيمة وجوداً وعدماً ، وعليه ينبغي التعرض باختصار إلى الاتجاهات القانونية بالنسبة للقيمة أو الغرض من القاعدة القانونية ، وبالتناظر تدخل قواعد العدالة في هذا التقييم ، وكيف ما كان فإن القيم التي تبنتها الاتجاهات الفلسفية في مدارس القانون الكبرى هي أربعة وهي: ((السكينة الاجتماعية أو الأمن القانوني ، والتقدم الاجتماعي ، والفعالية الاقتصادية ، والعدالة)) والالتزام بهذه القيم يختلف من مدرسة إلى أخرى بحسب النظرة الفلسفية لتلك المدرسة .

وبناءً على هذا فقد ذهبت المدرسة الشكلية إلى تغليب قيمة السكينة الاجتماعية أو الأمن القانوني ، وذهبت المدرسة الواقعية إلى تغليب قيمة التقدم الاجتماعي وأما مدرسة القانون الطبيعي فقد غلبت قيمة العدالة⁽²⁾ ، أما المدرسة الاقتصادية أو أصحاب التحليل الاقتصادي للقانون فقد غلبوا الفعالية الاقتصادية ، ومن الجدير بالذكر فإن المدرسة الاقتصادية قد غلبت الجانب الاقتصادي للقانون حتى على قيمة العدالة ، فضلاً عن القيم الأخرى ، فكل ما يحقق المنفعة الاقتصادية يتماشى مع القانون ومن ثم فهو يحقق العدل في نظر أتباع هذه المدرسة ، ولذا فإنهم أجازوا الإخلال الفعال في العقد ، وهو عبارة عن جواز إخلال المتعاقد بالتزامه ، وعدم السماح للطرف الآخر في العقد بالمطالبة بالتنفيذ العيني حتى مع قدرة المتعاقد الأول على التنفيذ أن هو دفع له تعويضاً مناسباً لقاء إخلاله بالتزامه والتعاقد مع طرفٍ آخر؛ لأن ذلك يحقق منفعة اقتصادية لطرفي العقد الأول كليهما⁽³⁾ .

إلا أن التأمل الدقيق في ما ذكر من قيم يظهر أن قيمة العدالة مرجحة على كل القيم التي ذكرت بما فيها القيمة الاقتصادية ، بل إن أيّاً من القيم السالفة الذكر لا يمكن أن تتحقق في حال غياب العدالة ، وهذا يظهر أن المصلحة التي هي أحد عناصر العدالة لا يمكن أن تحمل دائماً على المنفعة الاقتصادية وإنما يمكن أن تدخل عوامل أخرى تجعل من صاحب الحق يتشبث به حتى لو لم يكن لذلك الحق منفعة اقتصادية أو أدبية ، ولذا فيمكن أن نعرف المصلحة بأنها (القيمة التي تؤخذ بنظر الاعتبار من قبل صاحب الحق وتدعوه إلى التشبث به والمطالبة بحمايته إن تعرض إلى الاعتداء من قبل الغير) ، ومن خلال هذا التعريف يظهر أن القيمة التي تتضمنها المصلحة أوسع من القيمة الاقتصادية وكذلك الأدبية ،

(1) hering : ouvrages choisis traduction meulen Tome ii delinteret dans lecontrat paris maresco 1893 .

أشار إليه د. شوقي السيد ، مصدر سابق ، ص 180

(2) ينظر : د. عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ، ص 195-200 .

(3) ينظر : علي حسين منهل ، الإخلال الفعال في العقد ، أطروحة دكتوراه ، مقدمة لكلية القانون جامعة كربلاء ، 2018 ، ص 70 .

فإنها قد تكون قيمة اجتماعية أو دينية أو غير ذلك يريد صاحب الحق المحافظة عليها من خلال المطالبة بحقه .

ويشترط في المصلحة التي هي أحد عناصر قواعد العدالة أن تكون مصلحة جدية وواقعية وليست متوهمة ، وكذلك يشترط فيها أن تكون مشروعة بأن تكون غير مخالفة للنظام العام والآداب ، وإذا ما حصل تعارض بين المصالح فإن ترجيح إحدى المصلحتين على الأخرى سيكون بيد القضاء في حال التنازع ، والمرجع في الترجيح هو العقل أيضاً ، فإذا ما حصل تعارضٌ مثلاً بين مصلحة شخصية ومصلحة عامة فإن العدالة تقتضي ترجيح المصلحة العامة على المصلحة الشخصية ، وإذا ما حصل تعارض بين مصلحتين شخصيتين فإن العقل يرحح المصلحة الأهم أو الأولى بالرعاية لظروف معينة . وفي قوانين الدول التي تتبع النظام الإنكلوسكسوني التي تطبق مبادئ العدالة غير المكتوبة ، تُرّجح المصالح العامة على المصالح الشخصية ، حتى لو كانت القوانين المكتوبة تنص على المصالح الشخصية ، وتماشياً مع هذا المبدأ ، حكمت محكمة استئناف نيويورك على أحد الأشخاص بحرمانه من الميراث لأنه قتل جده وهو الوريث الوحيد له ، وبعد التحقيق معه واعترافه بالجرم والحكم عليه بالسجن طالب بالميراث ، وعلى الرغم من أن القوانين المكتوبة في أمريكا تنص على حقه بذلك ، إلا أن المحكمة طبقت مبدأ غير مكتوب (Principe) وهذا المبدأ ينص على عدم جواز الاستفادة من سوء المسبب للغير ، وقضت بعدم حقه في الميراث⁽¹⁾ .

والذي يبدو أن هذا الحكم صدر لأجل المحافظة على المصلحة العامة وهي حق الناس بالحياة ، حيث أن الوارث إذا حكم له بالميراث على الرغم من كونه قاتلاً ، فإن حياة المورثين تصبح في خطر ، وهنا عندما تعارض حق المجتمع في حماية نفسه مع حق الوارث الشخصي ، قدم الحق أو المصلحة العامة بناءً على المبدأ المشار إليه آنفاً ، وهو من مبادئ العدالة .

وقد أخذت الشريعة الإسلامية هذا المبدأ بنظر الاعتبار وضمنته في تشريعاتها ، فقد روي عن النبي -صلى الله عليه وآله وسلم - أنه قال (لا ميراث للقاتل)⁽²⁾ ، وقد أكد الفقهاء هذا الحكم بقاعدة (من استعجل الشيء قبل أوانه عُوقب بحرمانه) ، وبناءً على ما تقدم فإن المصلحة التي هي أحد عناصر العدالة ينبغي أن تكون هي المصلحة الجدية المشروعة والمصلحة الراجحة أو الأولى بالرعاية .

المطلب الثالث

خصائص قواعد العدالة

إن البحث في قواعد العدالة يستلزم الكلام عن خصائصها وذلك ليتم بيانها بشكل أوضح؛ لأن البحث في ماهية حقيقة ما من الحقائق - سواء كانت مادية أم معنوية - يتطلب الكلام عن لوازمها بعد بيان

(1) ينظر : ميشيل تروبير ، فلسفة القانون ، دار الأنوار للطباعة والنشر ، بيروت ، بدون سنة طبع ، ص75 .
(2) ينظر : الشيخ محمد بن الحسن الحر العاملي ، وسائل الشيعة - الإسلامية - ج17 ، ط5 ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت - لبنان ، 1403 هـ - 1983 م ، ص77

حدها اللغوي والاصطلاحي وبيان أركانها ، وقد ذكر الباحثون عدة خصائص لقواعد العدالة ، إلا أنه يمكن جمعها في ثلاث نقاط ، ولذا سنقسم هذا المطلب على ثلاثة فروع .

الفرع الأول

إنها قواعد عامة مجردة

لما كانت قواعد العدالة تصدر عن مثل أعلى للضمير الإنساني ، وإدراكها إنما يتم عن طريق العقل العملي الكلي أو ما يصطلح عليه بالعقل الجمعي ، فلا بد أن تكون أحكامها عامة وشاملة لكل المجتمعات وغير مقتصرة على مجتمع أو دولة معينة دون سواها ، أو على زمان دون آخر أو على فئة معينة من البشر دون غيرها ، ولذا قال شيشرون فيلسوف روما و فقيهاها - الذي تأثر بأفكار أفلاطون و أرسطو : (يوجد في هذا العالم قانون صحيح مطابق للعدالة يسري على جميع الناس ، ثابت أبدي يدعو إلى اتباع ما يأمر به وينهانا عن ارتكاب ما يحرمه ، وهذا القانون يكشف عنه الإنسان بعقله السليم وضميره المستنير ، وهو قانون حقيقي موافق للطبيعة ، خالد أبدي يدعو الناس إلى اتباع ما يأمر به من الخير وينهاهم عن ارتكاب الشر ، إنه قانون ثابت لا يتغير ولا تستطيع أي هيئة أن تلغيه أو تعدله ... فهو لا يختلف في روما عنه في أثينا ، ولا يختلف في يومه عنه في غده ...)⁽¹⁾ .

ويقصد شيشرون في كلامه هذا أن قواعد العدالة ومبادئها لا يحددها مكان ولا زمان ، فهي عالمية التطبيق لأنها تلازم الإنسانية الخالصة المجردة من الأهواء والانتماعات ، لأن هذه القواعد تبعث في النفس الإنسانية شعوراً بالإنصاف يوجي بأحكام شاملة لجميع الأشخاص والوقائع ، ناظرة للظروف الخاصة ودقائق الأمور ، بغية إعطاء كل ذي حق حقه ، غير أن هذا لا يعني أن هذه القواعد والمثل غير متأثرة تماماً بتغير الأفكار المجتمعية بمرور الزمان أو اختلاف الأعراف والعادات ، حيث أن البيان والتعبير عن هذه القواعد ووسائل تطبيقها قد يتغير من زمان إلى آخر أو من مكان إلى آخر ، لأن تقرير الخير والشر قد يتغير بناءً على تطبيق قواعد العدالة في حال تغير بعض الظروف أو المفاهيم الاجتماعية⁽²⁾ .

وأوضح مثال على هذا هو قضية الرق حيث أن الفلاسفة المتقدمين وعلى رأسهم أرسطو كانوا يعتبرون مسألة الرق واستعباد بعض الناس لبعضهم ، لظروف وأسباب معينة عدلاً ، وكما أن بعض النظم القانونية القديمة كانت تبيح استعباد واسترقاق الدائن لمدينه في حال عجز المدين عن سداد الدين ، وكان الفلاسفة والفقهاء يقرون هذه الأحكام ويرونها تطبيقاً للعدالة ، وهذا يثبت أن قواعد العدالة من حيث

(1) ينظر : د. محمود السقا ، المنطق القانوني والمنطق القضائي ، دار الثقافة العربية ، القاهرة 2001 ، ص 83 - 84 ، وكذلك : د. السيد عبد الحميد فودة ، جوهر القانون ، مصدر سابق ، ص 117 ، قال : (آمن شيشرون أن أساس القانون الوضعي وجوهره هو القانون الطبيعي واعترف بوجود قاعدة للعدل المطلق صالحة لكل مكان وزمان ، لذلك غرستها الطبيعة في ضمير كل انسان ، ويكشف عنها العقل الكلي) .

(2) ينظر : إسماعيل نامق حسين ، العدالة وأثرها في القاعدة القانونية ، مصدر سابق ، ص 69 .

مظاهرها وما تفرضه من أحكام قد تتغير نتيجة لتغير ظروف وحاجات المجتمعات وكذلك لتغير الزمان والمكان ، ولذا فإن بعض التصرفات أو الأفعال قد يحكم عليها بأنها خير في زمان ما ، ولكن نفس ذلك الفعل يحكم عليه من قبل العقلاء بأنه شر في زمان آخر - كما مثلنا بالرق - .

إلا أن قواعد العدالة من حيث فكرتها العامة ومظهرها وهو المساواة ثابتة ولا يمكن أن تتغير في كل زمان ومكان⁽¹⁾ ، وإذا كانت المساواة - وهي جوهر العدالة - ثابتة ولا تتغير ، فيظهر أن الذي يتغير هو طريقة التعبير عن قواعد العدالة ، فالتعبير عن هذه القواعد وطريقة إظهارها بعد أن يتم إدراكها من قبل العقل الكلي هي التي تتغير متأثرة بالظروف المكانية والزمانية وغير ذلك من الظروف التي تظهر للنظر ، وبالنظر الأولية أن قواعد العدالة أو القانون الطبيعي قد تتغير إلا أن الواقع هو أن طريقة إدراك حكم قواعد العدالة هي التي تغيرت، أما جوهرها فهو خالد أبدي وغير قابل للتغير .

ومن الجدير بالذكر فإن صفتي العمومية والتجريد في القاعدة القانونية تحددان هدف القانون وغايته في تحقيق العدل دون العدالة ، وإن كان كل من العدل والعدالة يستندان إلى مبدأ المساواة، إلا أنه في ظل العدل الذي تحققه القاعدة القانونية تكون المساواة مجردة لا تنظر إلا إلى الوضع الغالب ولا تلتفت إلى التفاصيل والجزئيات ، أما المساواة في ظل قواعد العدالة فإنها مساواة حقيقة ، ولذا فهي تساوي في أحكامها بين الحالات المتماثلة في الشروط أو الأشخاص الذين تشابه ظروفهم من حيث الخصوصيات والدقائق⁽²⁾ .

ومن هذا يتضح أن العدل يحقق المساواة المجردة ، والعدالة تحقق المساواة الحقيقية لأنها تهتم بالبواعث الخاصة والجزئيات الدقيقة لأجل التوصل إلى الحلول المنصفة ، والقواعد القانونية الوضعية لا يمكنها أن تحقق العدالة لسببين :

1- لأن المشرع الوضعي لا يسعه أن يتصور كل فروض القضايا والمسائل التي يمكن أن تنطبق عليها القاعدة القانونية عندما تعرض تلك القضايا أمام القضاء وذلك لأن فروض القضايا غير متناهية ، والفكر البشري متناهية .

2- إن الغرض من القانون الوضعي هو تحقيق النظام ، وهذا لا يتحقق إلا عندما توضع القواعد القانونية أو الأحكام للأمور والأحوال الغالبة وعدم الالتفات إلى الخصوصيات ، حيث أن وضع الحلول المختلفة للحالات المتماثلة من حيث العموم والمختلفة بجزئياتها لا يحقق الأمن القانوني⁽³⁾ .

(1) ينظر : عبد الباقي البكري وزهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ، طبعة جديدة منقحة ، دار السنهوري ، بغداد ، 2015 ، ص69، وكذلك : د. عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ، ص218 .

(2) ينظر : د. حسن كيرة ، أصول القانون ، مصدر سابق ، ص31، وكذلك : د. عبد الرزاق أحمد السنهوري و د. أحمد حشمت أبو ستيت ، أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون ، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر ، القاهرة ، 1950 ، ص15 ،

(3) ينظر : عبد الباقي البكري وزهير البشير ، مصدر سابق ، ص41 . وكذلك : د. منذر الشاوي ، فلسفة القانون ، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان - الاردن ، 2009 ، ص266 .

ثم أن هذا الأمر – وهو تحقيق القاعدة القانونية للعدل من دون العدالة – إنما يحصل في البلدان التي يسود فيها القانون المكتوب ، وأما في البلدان التي تأخذ بنظام السوابق القضائية أو نظام القانون العرفي أو العام المعبر عنه باللغة الانكليزية (Common law) وهو النظام المتبع في بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية التي يكون لديهم مصدر القواعد القانونية هو القضاء فيتم النظر في كل حالة من الحالات أو قضية من القضايا على حدة⁽¹⁾ .

ففي هكذا أنظمة قانونية تكون القواعد أقل تجريباً وتلتزم بالتعيين والتحديد؛ وذلك لأن هذه القواعد إنما تصاغ عند النظر في كل قضية ولا تكون القواعد القانونية موضوعة سلفاً ، ولذلك فإن هذه القواعد تكون أقرب إلى تحقيق العدالة من الأنظمة القانونية التي تعتمد على التقنين المصاغ بمعزل عن الواقع⁽²⁾ .

إلا أن القواعد القانونية المشروطة بصفة العمومية والتجريد والمقتنة بشكل مستقل تعتبر أكثر ضماناً لحرية المواطنين من استبداد الطبقة الحاكمة ، وكذلك أكثر تحقيقاً للاستقرار والنظام، من حيث أن المواطن يمكنه أن يعرف مسبقاً ما له من حقوق وما عليه من واجبات .

ولكن النظام الذي يحقق الأمرين ويحظى بالحسنين هو نظام التشريع والقضاء الإسلامي ؛ لأن الشريعة الإسلامية الغراء قد جاءت بنظام تشريعي متكامل وشرعت قواعده وأحكامه على نحو العمومية والتجريد⁽³⁾ ، وفي الوقت نفسه أتاحت للقاضي الاجتهاد في الأمور التي لا يجد فيها نصاً ، بل قد وقع الكلام عن الاجتهاد من قبل القاضي حتى مع وجود النص فيها ، إذا كان النص عاماً أو مجملاً أو لم يكن من النصوص القطعية بل كان ظنياً ، وهذا لا يتعارض مع قاعدة (لا مسأغ للاجتهاد في مورد النص) - كما سيأتي تفصيل ذلك في الفصل الثالث من هذه الدراسة أن شاء الله - حيث أن المراد بالنص هنا النص المحكم الذي لا إجمال ولا عمومية فيه⁽⁴⁾ ، فضلاً عن أن أغلب مذاهب الفقه الإسلامي قد اشترطت في القاضي بلوغ رتبة الاجتهاد⁽⁵⁾ ، وهذا الأمر كفيل بتحقيق العدالة وضمان الاستقرار والأمن القانوني أو السكينة الاجتماعية لأن النظام العام محفوظ بالتشريع وتحقيق العدالة - عندما يستدعي النظر في

(1) English prose and portryi ،john math wamaniycd ،1916 ، p.305 .corlcton kemp allen : law in the making ،p.229.

(2) ينظر : د . احمد سي علي ، مصدر سابق ، ص 43 .

(3) ينظر : السيد كاظم الحائري ، القضاء في الفقه الإسلامي ، ط1 ، مجمع الفكر الإسلامي ، قم ، 1415 هـ ، ص15. وكذلك : د. عبد الكريم زيدان ، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية ، ط 2 ، مؤسسة الرسالة ، عمان – الأردن 1409 هـ - 1989 ، ص5-6 .

(4) ينظر : د. عبد الكريم زيدان ، الوجيز في شرح القواعد الفقهية ، ط1 ، مؤسسة الرسالة بيروت – لبنان ، 1427 هـ - 2006 م ، ص34 . وكذلك : عدنان إبراهيم الجميلي ، الاجتهاد في مورد النص - دراسة أصولية قانونية مقارنة - ، أطروحة دكتوراه مقدمه لكلية الحقوق ، جامعة النهريين ، 2001 ، ص37 . وكذلك : الشيخ حيدر حب الله ، مقصدية العدل ، بحث منشور في مجلة نصوص معاصرة ، السنة (14) العدد (54) 1440 هـ - 2019 م ، ص7-8 .

(5) ينظر : السيد أبو القاسم الخوئي ، مباني تكملة المنهاج ، ط3 ، مطبعة العمال المركزية ، بغداد - العراق ، 1978 ، ج1 ، ص11. وكذلك: الشيخ عبدالله بن قدامة ، المغني ، دار الكتاب العربي ، لبنان ، ج7 ، بدون سنة الطبع ورقم طبعة ، ص3 .

الخصوصيات والجزئيات وأخذها بنظر الاعتبار - منوط في اجتهاد القاضي فهو كفيل بإمكانية أخذ الخصوصيات في كل مسألة أو قضية بنظر الاعتبار مع المحافظة على تطبيق الحكم الوارد بالنص الشرعي .

والذي يبدو لنا : أن العمومية والتجريد في قواعد العدالة تختلف عن العمومية والتجريد في القاعدة القانونية من جهة أن العمومية في قواعد العدالة يقصد بها شمول حكم هذه القواعد لجميع البشر ، لأن القواعد التي يكتشفها العقل السليم والفكر المستنير تكون صالحة للتطبيق على كل الأشخاص وكل الوقائع والعلاقات القانونية في ظل الأنظمة القانونية كافة سواء قلنا إن قواعد العدالة تنزل إلى التفاصيل الجزئية والوقائع الشخصية أم التزمنا بأن قواعد العدالة عبارة عن عدد من القواعد المثالية التي يستلهمها المشرع عند تشريعه للقواعد القانونية ويسترشد بها القاضي عندما يعرض عليه نزاعاً ولا يجد بين القواعد القانونية ما يمكن أن يطبقه على ذلك النزاع ، فيرجع عندئذٍ إلى الاجتهاد مهتدياً بقواعد العدالة من دون الالتزام بما يعتقد أنه شخصياً بأنه محقق للعدالة ، وأما التجريد في قواعد العدالة فهو يختلف كذلك عن التجريد المشترك في القاعدة القانونية من جهة أن الأخيرة لا تنظر إلى الأشخاص بذواتهم وإنما بصفاتهم مع غض النظر عن الظروف والخصائص التي تحيط بالشخص بينما تأخذ قواعد العدالة في نظر الاعتبار الظروف الخاصة التي أحاطت بالشخص وكذلك التي أحاطت بالتصرف أو الواقعة القانونية .

إلا أن هذا النظر لا يكون من جهة التفاصيل والجزئيات الخاصة بالأشخاص كل على حدة ؛ وإنما بالظروف العامة التي أدت إلى حدوث اختلال في توازن المصالح بين الأشخاص الذين نشأت بينهم علاقات قانونية ، ومثال ذلك الظروف العامة التي تؤدي إلى اختلال التوازن الاقتصادي في العقد ، كما سيأتي تفصيل ذلك في الفصل الثاني من هذه الدراسة و من أمثلة اختلال التوازن الاقتصادي عقود الإذعان و نظرية الظروف الطارئة فقد كان القضاء في عدد من الدول ومنها مصر وفرنسا يأخذ - بناءً على قواعد العدالة ومبادئها - بإعادة التوازن الاقتصادي للعقود التي أصبح تنفيذها مرهقاً للمدين بسبب حدوث بعض الظروف العامة كالحروب والكوارث والفيضانات ، وكان هذا الأخذ والتطبيق من قبل القضاء لهذه القاعدة قبل أن يجعلها المشرع قاعدة قانونية ، هذا ما يتعلق بالخاصية الأولى لقواعد العدالة وهي العمومية والتجريد .

الفرع الثاني

إنها قواعد اجتماعية

الإنسان كائن مدرك لنفسه و لأفعاله ، فضلاً عن أنه كائن اجتماعي بطبعه، فهو لا يستطيع العيش بمفرده ، ولذا فهو دائماً يعيش ضمن جماعة مهما كان شكل وتنظيم هذه الجماعة، عائلة، عشيرة، قبيلة، مجتمع، فلا بد من مجموعة من الأفراد تتكافل فيما بينها لتلبية احتياجات بعضهم بعضاً ، وإذا كان الأمر

كذلك فإنه لا بد من نظام يحكم هذه الجماعة وينظم الروابط والعلاقات التي تنشأ بين أفراد تلك الجماعة⁽¹⁾ ، هذا النظام الذي يمكن أن ينظم شؤون الجماعة أو المجتمع الإنساني مركز في العقل الجمعي لتلك الجماعة ، وهو قواعد العدالة ، ومثالها مثال قواعد الطبيعة التي تحكم نظام الطبيعة أو الكون ، حيث أن الكون المادي لولا القواعد الطبيعية التي تنظمه لعلت فيه الفوضى.

غير أن هنالك فرقاً بين القواعد الطبيعية أو نظام الطبيعة المادية وقواعد العدالة التي تحكم العلاقات بين أفراد المجتمع الإنساني ، من جهة أن العلاقات بين أفراد هذا المجتمع علاقات إرادية بمعنى أن هذه العلاقات والروابط التي تنشأ بين أفراد المجتمع علاقات متولدة عن القوة المدركة لدى الإنسان ، والتي لها غاية معينة من وراء تلك الروابط ، ولذا فإن وجود قواعد في العقل الكلي الإنساني الغرض منها هو تنظيم علاقات الأفراد فيها بينهم، فقواعد العدالة عبارة عن قانون طبيعي متولد عن القوة المدركة العاقلة للإنسان فهذه القواعد التي تنظم العلاقات الاجتماعية بين أفراد المجتمع الإنساني كالقواعد الطبيعية التي تنظم علاقات الكون المادي.

والفرق بين القواعد الطبيعية وقواعد العدالة هو أن الأولى تصدر من دون إرادة واعية ومدركة ، فالماء مثلاً يغلي عند درجة مئة مؤي ، وهذه قاعدة طبيعية يمكن أن نشاهدها في خارج الذهن لا تختلف ولا تتخلف لأنها ناشئة عن علة موجبة⁽²⁾ ، وقانون العلية ينص على أنه إذا وجدت العلة وجد المعلول وعلى أن وجود المعلول لا يتخلف عن وجود علته التامة.

إلا أن قواعد العدالة التي تحكم العلاقات بين أفراد المجتمع البشري وإن أطلق عليها القانون الطبيعي كما المشهور⁽³⁾ بين فلاسفة القانون وفقهائه - كما سيأتي تفصيله لاحقاً - ، إلا أن هذه القواعد تختلف عن القواعد الطبيعية التي تحكم الكون المادي لأنها صادرة عن إرادة ومن علة مختارة وليس علة موجبة وهي القوة المدركة للإنسان أو ما يطلق عليها بالعقل الكلي ، فاذا حكم هذا العقل بأن الضرر يجب تعويضه لأنه من الظلم والظلم قبيح وكل قبيح، ينبغي إزالته، فهذه القاعدة تتفق مع القواعد الطبيعية من

(1) ينظر : عبد الرحمن بن محمد بن خلدون ، مقدمة بن خلدون ، مج 1 ، مكتبة لبنان ، بيروت ، 1992 ، ص 46 .

(2) العلة الموجبة : هي العلة التي لا بد أن يصدر عنها معلولها فهي ليس لها أن تفعل أولاً تفعل كالنار في إحراقها والشمس في إشراقها، فإنها لا بد أن تحرق الأجسام التي تلامسها وكذلك الشمس لا بد أن تبعث أشعتها وهذا بخلاف العلة المختارة وهي كالفاعل المختار من البشر فهو إن شاء فعل وإن شاء لم يفعل والعلل الكونية هي علل موجبة ، في حين أن الفاعل العاقل المختار علة مختارة . ينظر : محمد تقي مصباح البزدي ، المنهج الجديد في تعليم الفلسفة ، ترجمة محمد عبد المنعم الخاقاني ، ط1 ، مكتبة طريق المعرفة ، بغداد ، 1427 هـ - 2006 م ، ص 21-22 ، وكذلك : السيد محمد حسين الطباطبائي ، نهاية الحكمة ط14 ، مؤسسة النشر الإسلامي ، قم المشرفة ، 1427 هـ ، ص 64 ، وكذلك : صدر الدين محمد الشيرازي ، الحكمة المتعالية في الأسفار العقلية الأربعة ، ج 3 ، ط 3 ، دار أحياء التراث العربي ، بيروت - لبنان ، 1981 ، ص 102 .

(3) ينظر : عبد الباقي البكري ، المدخل لدراسة القانون والشريعة الإسلامية ، مصدر سابق ، ص 188 . وكذلك : د. محمد حسين منصور ، مصدر سابق ص 231 .

جهة وتختلف عنها من جهة أخرى، فهي تتفق مع القواعد الطبيعية من جهة حتمية وجودها فهي موجودة بالضرورة ، فكما أن الطبيعية تحكم الكون بالقواعد الفيزيائية والكيميائية فالعقل يحكم العلاقات الاجتماعية بقواعد العدالة ؛ لكي ينظم الروابط والعلاقات الاجتماعية.

والفرق بين القواعد الطبيعية وقواعد العدالة سهولة اكتشاف أغلب القواعد الطبيعية من خلال المشاهدة والتجربة الحسية ، في حين أن قواعد العدالة ليس من السهل اكتشافها من قبل جميع الأشخاص على الرغم من حتمية وجودها ، إلا أن صعوبة اكتشافها لا يعني إنكار وجودها ، وهذا يماثل صعوبة اكتشاف بعض القواعد الطبيعية من قبل جميع الناس مع أنهم يسلمون بوجودها إن أثبت المختصون ذلك ، ولذا فإن بعض القواعد الطبيعية كانت في الزمان السابق غير ممكنة بل مستحيلة لدى العقلاء والفلاسفة فضلاً عن عامة الناس ومنها على سبيل المثال انشطار الذرة ، فقد كان يعبر عنها الفلاسفة بالجزء الذي لا يتجزأ ولهذا اعتقد الكثير من الفلاسفة بأن الأجسام مكونة من أجزاء متناهية في الصغر غير قابلة للانقسام⁽¹⁾ .

إلا أن العلم قد أثبت بأن الأجسام قابلة للانقسام حتى تصل إلى انشطار الذرة وتحليلها، ثم أن العدالة تعتبر أهم مظهر لمبدأ مهم من مبادئ الحياة الاجتماعية وهو المساواة ، حيث أنها قاعدة من قواعد التنظيم الاجتماعي تهدف إلى رسم العلاقات بين الأشخاص في المجتمع⁽²⁾ ، إلا أن المساواة التي ترشد إليها وتنظمها قواعد العدالة ليس المساواة المطلقة ، وإنما المساواة النسبية أو ما يطلق عليها بالمساواة العادلة وهي المساواة التي تجمع بين المتساويين وتفرق بين المختلفين ، ومن أوضح أمثلتها المساواة بين الرجل والمرأة فبحكم العقل أو العقلاء لا يمكن أن تكون مساواة مطلقة لضرورة الاختلاف في الطبيعة التكوينية لكل منهما فإذا تمت المساواة بينهما بشكل مطلق وليس نسبي تكون مجافية للعدالة .

ثم أن الطبيعية الاجتماعية لقواعد العدالة يترتب عليها أمران كما يترتبان على القاعدة القانونية ، ويميزانها عن القواعد الطبيعية والقواعد الأخلاقية، وهما :

1- إن قواعد العدالة قواعد تقويمية ، أي أنها تتعلق بسلوك الأفراد وتقومه ، في حين أن القواعد الطبيعية قواعد تقريرية، بمعنى أنها تثبت أمراً لا يمكن لأحد أن يغيره، وهذا ما يميزها عن القاعدة الطبيعية⁽³⁾

(1) ينظر : الإيجي ، المواقف ، ج1 ، ط1، دار الجبل ، بيروت - لبنان ، 87 ، وكذلك : العلامة الحلي ، كشف المراد في شرح تجريد الاعتقاد ، ط4 ، انتشارات شكوري ، قم ، 1373 هـ ش ، ص146 ، وكذلك : السيد محمد باقر الصدر فلسفتنا ، ط3 ، دار الكتاب الإسلامي ، بيروت - لبنان ، 1425 هـ - 2004 م ، ص287 قال (فكرة انتلاف الأجسام من ذرات صغيرة كانت موضوع صراع بين نظريتين : النظرية الانفصالية ، والنظرية الاتصالية ، فالنظرية الانفصالية هي النظرية الذرية للفيلسوف الإغريقي (ديمقريطس) القائلة: إن الجسم مركب من أجزاء صغيرة ، وأطلق على تلك الأجزاء اسم الذرة أو الجزء الذي لا يتجزأ) .

(2) ينظر : عبد الباقي البكري وزهير البشير ، مصدر سابق ، ص69 .

(3) ينظر : د. عزيز كاظم الخفاجي ، مصدر سابق ، ص15 . وكذلك د. سمير تناغو ، النظرية العامة للقانون ، مصدر سابق ، ص31 .

2- التكليف أو الخطاب في قواعد العدالة كما هو الأمر في قواعد القانون تكليف حتمي أو مطلق بمعنى أن الأمر فيه لا يترك لإرادة المخاطب أو المكلف خلافاً لما عليه الأمر في قواعد الاخلاق⁽¹⁾ ، فإنها عبارة عن قواعد إرشادية غير ملزمة .

ويترتب على كون قواعد العدالة قواعد اجتماعية بأنها تصدر عن مثل أعلى وهو العقل الكلي ، يتوخى من تقرير هذه القواعد الخير للإنسانية جمعاء وللمجتمع الذي يعيش فيه الفرد وكذلك للفرد نفسه⁽²⁾ المخاطب بقواعد العدالة ، ويترتب على كون قواعد العدالة قواعد اجتماعية كونها تدعو إلى الخير الاجتماعي العام⁽³⁾ .

وهو ما تهدف إليه القواعد القانونية أيضاً ، وهذا يعني أن قواعد العدالة لا تهدف إلى الخير في ذاته أو الخير الذاتي ، وهو الخير الذي يخص الفرد في نفسه من جهة تهذيب النفس لكي تصل إلى مراتب الكمال الإنساني وهو ما تهدف إليه قواعد الأخلاق⁽⁴⁾ ، وقواعد الدين - في شقه العبادي - التي تنظم علاقة الإنسان بربه فإنها تخص الفرد وعلاقته بربه وما تلزمه به العقيدة الدينية فيما ينعكس على هذا الفرد الملتزم بقواعد الدين التي تخص علاقته بخالقه من خير إنما هو خير يخص ذلك الفرد دون غيره من أبناء مجتمعه ، وكذلك بالنسبة لقواعد الأخلاق فإن الخير الذي ينتج عنها يستهدف شخص من التزم بها أولاً وبالذات ، وإن كانت من جهة أخرى أو ثانياً وبالعرض تنعكس على المجتمع باعتبار أن الشخص الذي يلتزم بقواعد الأخلاق يكون مواطناً صالحاً ونتيجة صلاحه تصب في صالح مجتمعه الذي يعيش فيه في المحصلة النهائية ، إلا أن هذه النتيجة غير مباشرة ، أما قواعد العدالة فهي كقواعد القانون تستهدف تحقيق الخير الاجتماعي العام الذي يقصد به خير المجتمع كما يقصد خير الفرد نفسه باعتباره أحد أفراد ذلك المجتمع .

الفرع الثالث

- (1) ينظر : د. أحمد سي علي ، مصدر سابق ، ص 71 .
- (2) ينظر : عبد الباقي ألكري ، مصدر سابق ، ص 185 ، وكذلك إسماعيل نامق حسين ، العدالة و أثرها في القاعدة القانونية ، مصدر سابق ، ص 82 .
- (3) ينظر : د. أحمد إبراهيم حسن ، مصدر سابق ، ص 205 ، ويقصد بالخير العام في مفهومه الواسع (تحقيق الخير و المصلحة للجماعة ككل في المجتمع ، أي تحقيق الخير العام للمجتمع وليس لطائفة معينة أو فرد معين فالخير العام يتسم بالعمومية والتجريد شأنه شأن القاعدة القانونية توصف بأنها قاعدة عامة ومجردة انطلاقاً من كونها تبتغي تحقيق الصالح العام لعامة الأفراد في المجتمع بغض النظر عن ذواتهم ، والخير العام كمفهوم له إشارات أهمها الإطار الشكلي : وهو يتمثل في أن الخير العام هو مجموعة الوسائل التي تؤكد فعاليات المجتمع السياسي متى يتحقق الخير العام الإنساني ولذا فالخير العام من الناحية الشكلية يفترض وجود مجموعة وسائل كافية من الناحية الشكلية لحفظ النظام والسلام والأمن في المجتمع ، الإطار الموضوعي : وهو يتعلق بالعناصر الموضوعية المكونة للخير العام ، فالخير العام من الناحية الموضوعية : هو الأشياء الحسنة والمفيدة للمجتمع ككل ويتسع الإطار الموضوعي للخير العام لكل ما يحقق الخير والسعادة للإنسان داخل المجتمع من إشاعة جو من السلام والأمن والأمر اللازمة لازدهار المجتمع الإنساني) د. أحمد إبراهيم حسن ، المصدر السابق ، ص 207 .
- (4) ينظر : د. حسن كيره ، أصول القانون ، مصدر سابق ، ص 40-41 ، قال (الأخلاق إنما تضع من القواعد ما يحدد قيمة سلوك الشخص بالنظر إلى ذاته ، أي بالنظر إلى عواقب هذا السلوك وأثاره بالنسبة إلى الشخص ذاته من حيث الارتفاع بالنفس عنده إلى ما ينبغي لها من سمو وكمال يحقق خيرها وأمنها الداخلي) .

إنها قواعد ملزمة - تتضمن جزاء -

تبيين في الخاصية الثانية أن قواعد العدالة قواعد سلوك اجتماعي ، ومن الواضح أن قواعد السلوك لا بد أن تشمل على الأمر ، وكل أمر لا بد أن يتضمن معنى الإلزام ، حيث أن الإلزام إذا انتفى عن الأمر لا يبقى كذلك وإنما يتحول إلى مجرد نصيحة أو إرشاد⁽¹⁾.

وبناءً على ما تقدم فإن قواعد العدالة تشارك القواعد القانونية وقواعد السلوك الأخرى في فكرة الإلزام ، وهذه الفكرة لا تميز أياً من قواعد السلوك الاجتماعي عن الأخرى ، إلا أن الذي يميز القواعد القانونية عن غيرها من قواعد السلوك الاجتماعي هو فكرة الجزاء المادي الذي توقعه السلطة العامة ، ولكن اشتراط اقتران القاعدة القانونية بالجزاء المادي يتنازعه رأيان لفقهاء القانون وشراحه :

الأول : يذهب إلى أن الجزاء ليس شرطاً في القاعدة القانونية ويكفي لاعتبار القاعدة قانونية تنامي الوعي لدى المخاطبين بها بضرورة الالتزام بتلك القاعدة ، وخير شاهد على هذا الأمر القانون الدستوري والقانون الدولي العام ؛ حيث أنه لا إشكال بأن القواعد الدستورية والقواعد الدولية من قواعد القانون على الرغم من عدم تضمنها للجزاء⁽²⁾.

والثاني : يذهب إلى ضرورة اقتران القاعدة القانونية بالجزاء المادي وأجاب أصحابه عن الإشكال بقانونية القاعدة الدستورية والقاعدة الدولية على الرغم من عدم تضمنها للجزاء المادي ، بأن كليهما يتضمنان الجزاء إلا أن شكل الجزاء فيهما مختلف عن الجزاء في فروع القانون الباقية وكذلك السلطة التي توقع الجزاء مختلفة أيضاً ، حيث أن مخالفة القاعدة الدستورية يترتب عليها جزاء يتمثل في صورة استجواب الوزير أو الموظف العام أو سحب الثقة منه وغير ذلك من صور الجزاء الأخرى التي تترتب في حال مخالفة القانون الدستوري وكذلك يترتب الجزاء في حال مخالفة قواعد القانون الدولي العام؛ وذلك لأن الدولة المخالفة لهذه القواعد تترتب عليها عدة جزاءات بدءاً بالمقاطعة الاقتصادية ، أو إدخالها تحت حكم الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة وكذلك طرد الدولة من عضوية المنظمات الدولية سواء كانت أممية أو إقليمية، وينتهي بإمكانية شن الحرب على الدولة المخالفة بقرار من مجلس الأمن الدولي⁽³⁾.

والذي يبدو لنا أن الرأي الثاني هو الأرجح ؛ لأن الغرض من القاعدة القانونية حفظ النظام ، وهذا الغرض لا يمكن أن يتحقق إلا إذا كانت تلك القواعد لا يمكن مخالفتها ويجبر الأفراد أو الأشخاص على احترامها عن طريق ترتب الجزاء المادي الذي توقعه السلطة المختصة ، وبدون ذلك فإن القاعدة القانونية

(1) ينظر : د. سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة للقانون ، مصدر سابق ، ص 62 .
(2) ينظر : د. رمضان أبو السعود ود. همام محمد محمود زهران ، المدخل إلى القانون - النظرية العامة للقاعدة القانونية - دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 1997 ، ص 35 . وكذلك : د. السيد محمد السيد عمران ، مصدر سابق ، ص 14 . وكذلك : د. عزيز كاظم جبر الخفاجي ، مصدر سابق ، ص 19 .
(3) ينظر : د. رمضان أبو السعود ود. همام محمد محمود زهران ، المصدر السابق ، ص 36 . وكذلك : د. حسن كيرة ، أصول القانون ، مصدر سابق ، ص 53 .

تفقد صفتها ولا تصبح قاعدة قانونية ؛ ولذا فإن خاصية الجزاء تعتبر من أهم خصائص القاعدة القانونية التي تميزها عن القواعد الاجتماعية الباقية⁽¹⁾ ، وهذا الجزاء لا بد أن توقعه السلطة العامة جبراً على كل مخالف للقاعدة القانونية ، وفي حال ترك من يخالف القاعدة بدون جزاء فحينئذ لا يوجد حافز يبعث الأشخاص المكلفين بالقاعدة على ضرورة الالتزام بها في علاقاتهم القانونية فلا بد إذاً من إيقاع الجزاء .
ولابد أن تكون السلطة العامة هي من توقعه ولا يحق للأشخاص أن يقتصوا ممن يخالف القواعد القانونية ويلحق الضرر بهم ولكن يحق لهم الالتجاء إلى السلطات المختصة لأجل ترتيب الجزاء على المخالف للقاعدة القانونية وهي التي تقضي بالجزاء وبمقداره وتقوم بإيقاعه⁽²⁾ .

ثم أن التزام الأشخاص بالقواعد القانونية لا يمكن أن يتم إذا خلت من الجزاء المادي إلا في حالات نادرة حيث يتم الالتزام بقواعد القانون أو الشريعة من دون الالتفات إلى الجزاء الذي يترتب عن المخالفة وهو ما يمكن أن يصطلح عليه بالالتزام الفطري بالقانون⁽³⁾ .

وبناءً على ما تقدم يمكن طرح عدة تساؤلات ، هل تشارك قواعد العدالة القواعد القانونية في هذه الخاصية - ترتب الجزاء المادي - ؟ وما هو الجزاء الذي يترتب عند مخالفة قواعد العدالة ؟ ومن الجهة التي توقع هذا الجزاء عند مخالفة المكلفين لقواعد العدالة ؟

وللإجابة عن هذه التساؤلات ينبغي أن نذكر ما توصل إليه بعض فقهاء القانون في مسألة ترتب الجزاء على القاعدة القانونية بشكل عام حيث أنه التزم بأن ترتب الجزاء على مخالفة القاعدة القانونية لا يشترط فعلاً ، وإنما يكفي أن يكون لتلك القاعدة اتجاه إلى الجزاء أو القهر ، ويقصد بذلك أن قانونية القاعدة تثبت بمجرد أن يكون فيها إمكان لضمان احترامها وتطبيقها بواسطة فرض الجزاء من قبل السلطة العامة المسؤولة عن تطبيق القانون حتى لو كانت الوسائل التي يفرض بواسطتها الجزاء لم تنظم بعد من

(1) ينظر : د. توفيق حسن فرج ، المدخل للعلوم القانونية ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الإسكندرية ، بدون سنة طبع ، ص 18 . وكذلك : د. عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ، ص 106

(2) ينظر : د. أنور سلطان ، مصدر سابق ، ص 24 . وكذلك : د. حسن كيرة ، المدخل إلى القانون ، مصدر سابق ، ص 36 . وكذلك : د. أحمد سي علي ، مصدر سابق ، ص 46 .

(3) وهو ما دعت على أساسه بعض الفلاسفة إلى عدم الحاجة إلى السلطة العامة في المجتمع (الدولة) ، وإن المجتمع ممكن أن يبلغ إلى مستوى من الرقي الفكري والروحاني يستغني فيه عن السلطة العامة ، ويحافظ من تلقاء نفسه على النظام ويقيم العدل، بل العدالة عن طريق إعطاء كل ذي حق حقه ، إلا أن هذا الأمر لا يمكن تحقيقه إلا بعد مسار طويل من التهذيب للنفس والتدرج في مسالك الرقي لأجل البلوغ بالنفس الإنسانية إلى أعلى مراتب الكمال ، ثم أن هذا المقام وإن حصل لبعض الناس إلا أنه لا يمكن التعويل عليه بالنسبة للغالبية وإن كان الوصول إلى هذا المقام أو المرحلة ممكناً من خلال تهذيب النفس وفق ما شرعه الله تعالى ، وهو ما أشار إليه الإمام علي (عليه السلام) بقوله (والله لو أعطيت الأقاليم السبعة بما تحت أفلاكها على أن أعصي الله في نملة أسلبها جلب شعيرة ما فعلت .) . الشريف الرضي ، نهج البلاغة ، ج 2 ، شرح الشيخ محمد عبده ، مؤسسة التاريخ العربي ، بيروت - لبنان ، بدون سنة طبع ، ص 375
والإمام علي (عليه السلام) هو القائل عبدت الله لا خوفاً من ناره ولا طمعاً في جنته ولكن وجدته أهلاً للعبادة فعبدته ، فهو عندما يكون شديداً إلى هذا الحد في المحافظة على الحقوق وعدم التجاوز عليها وهو لا يخشى من العذاب ولا يطمع في الثواب إذاً هو يريد أن يبين للأمة كيف تجعل نفوسها مهذبة فتحافظ على الحقوق وتتبع الأحكام الشرعية من دون خشية مما يلزمها من عقوبات.

قبل السلطة التشريعية ، والغرض من هذا الطرح هو تنزيه القاعدة القانونية أو قواعد السلوك الاجتماعي من أن تكون مقرونة بالجزاء فقط.

وعلى أية حال فإنه على أساس التوجه لبيان ماهية الجزاء الذي تقتدرن به القاعدة القانونية فإن افتراض الجزاء كافٍ في تمييز القاعدة التي تكون ملزمة ومقرونة بجزاء عن سواها من قواعد السلوك الاجتماعي الأخرى التي يكون الإلزام فيها غير مقرون بالجزاء المادي ، وإنما يكون الجزاء فيها معنوياً كما في حال مخالفة قواعد الأخلاق ، أو بعض القواعد الدينية التي يكون الجزاء على مخالفتها أُخروبياً .

أما قواعد القانون فإن الجزاء على مخالفتها ينبغي أن يكون مادياً توقعه السلطة العامة ، إلا أن هذا الجزاء لا يشترط فيه أن يكون حالاً وفعالاً ، وإنما يكفي إمكانية اقترانها بالجزاء المادي والقهر السلطوي ؛ ولذا عُبر عن ذلك من قبل بعض الفقهاء (بالتوجه نحو القهر)⁽¹⁾ .

وبناءً على ما تقدم فإن قواعد العدالة يترتب على مخالفتها جزاء فعلي وحال ، و يوقع من قبل السلطة المختصة في حالة النقص في التشريع أو خلو مصادر القانون السابقة على قواعد العدالة من قاعدة يمكن تطبيقها على النزاع المطروح أمام القضاء وفي هذه الحالة فإن مخالفة قواعد العدالة التي سمح المشرع بتطبيقها يترتب عليها الجزاء المادي الذي يتمثل بالجزاء الذي يفرضه القانون ، وأما بالنسبة لقواعد العدالة التي لم يتدخل المشرع بشأن تطبيقها ، فأنها قواعد ملزمة ويترتب على مخالفتها جزاء مادي إمكانية وليس فعلي ، بمعنى أن هذه القواعد لو سمح المشرع بتطبيقها لترتب على مخالفتها الجزاء المادي تماماً كما يطبق في حق من يخالف القاعدة القانونية.

ويمكن أن نطلق على الجزاء الذي يترتب على مخالفة قواعد العدالة الجزاء الذاتي وفي هذه الحالة فإن الجزاء يكون فعلياً في حق من يخالف هذه القواعد وهذا ما يمكن أن يسمى بالإلزام الذاتي وقيل بأن قواعد العدالة يترتب على مخالفتها جزاء في حال عدم إشارة المشرع لتطبيقها إلا أن ذلك الجزاء معنوي وهو سخط المجتمع على من يخالف قواعد العدالة⁽²⁾ ، لكنه بحسب هذا الرأي تتم المساواة بين قواعد العدالة وقواعد الأخلاق من حيث الجزاء ، لأن مخالفة كلا القاعدتين تستلزم السخط من قبل المجتمع فكيف يصح أن تكون لقواعد العدالة مرتبة إلزامية أعلى من قواعد الأخلاق ، ولذا فالتوجيه السابق - وهو أن قواعد العدالة في حال عدم سماح المشرع بتطبيقها تستلزم أو تقتضي جزاء - وهو ما عبر عنه بالتوجه

(1) ينظر : فرانسوا جني GENY , science et technique, op , cit , t. I , p.51 ; t.4 , p.252.

أشار إليه د. سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة للقانون ، مصدر سابق ، ص 63 .
(2) ينظر : عبد الباقي البكري ، مصدر سابق ، ص 186 ، قال في بيان هذا المعنى (إنها قواعد ملزمة لاقتترانها بجزاء يوقع عند مخالفتها . غير أن هذا الجزاء ليس من طبيعة واحدة ، وإنما يختلف بتفاوت دورها في الحياة القانونية ، فقد تقتدرن بجزاء مادي في الحالات التي يحيل النص القضاء إليها عند افتقاد المصادر الرسمية المعروفة للقانون ، ويكون جزاء مخالفتها أدبياً فيما سوى ذلك من الحالات ، ولذلك يسوغ القول أنها تقف من حيث القوة الملزمة وسطاً بين قواعد القانون وبين قواعد الأخلاق فهي أقوى من مجرد القاعدة الأخلاقية وأضعف قوة من القاعدة القانونية)

نحو القهر- هو الأرجح .

وقيل أيضاً⁽¹⁾ : بأن من خصائص قواعد العدالة أنها غير واضحة ولا محددة تحديداً كافياً ، ومن الجدير بالذكر أن عدم الوضوح وعدم التحديد لا يعتبر مثلبة بالنسبة لقواعد العدالة بل العكس تماماً ، حيث أن عدم التحديد يعطي لهذه القواعد مرونة كافية ، فضلاً عن أن هنالك عدد غير قليل من القواعد القانونية قد جاءت غير محددة ، ومنها على سبيل المثال المادة (1051) من القانون المدني العراقي التي نصت على أنه (1- لا يجوز للمالك أن يتصرف في ملكه تصرفاً مضرراً للجار ضرراً فاحشاً ، والضرر الفاحش يزال سواء كان حادثاً أو قديماً) وكذلك المادة (163) من القانون المدني المصري التي نصت على أن (كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض) وفكرة الضرر الفاحش وكذلك فكرة الخطأ غير محددين تحديداً كافياً ، وكذلك توجد بعض القواعد القانونية غير محددة ولا واضحة تماماً ، ومنها على سبيل المثال قاعدة (عدم جواز الإثراء على حساب الغير دون سبب) وقاعدة (الغش يفسد كل شيء)⁽²⁾ . وهذه القواعد وغيرها تتطلبها مقتضيات الصياغة القانونية المرنة بناءً على قواعد العدالة التي تحرص أحياناً على وضع النصوص في هيئة معايير قانونية لكي تعطي للقاضي عند تطبيقها سلطة تقديرية واسعة لتحقيق العدالة وسيأتي توضيح ذلك في الفصل الثاني من هذه الدراسة إن شاء الله .

المبحث الثاني

تمييز قواعد العدالة عن غيرها

أنواعها وأهميتها

ليبين أنواع قواعد العدالة ينبغي أن نميز أولاً بين مصطلح العدالة وغيرها من المصطلحات التي تقترب أو تتصل بها، ثم نبين أنواع قواعد العدالة، ولكي يتضح ذلك يجب أن نبين أهمية قواعد العدالة، لذا سوف نقسم هذا المبحث على ثلاثة مطالب نبحث في الأول منها: تمييز قواعد العدالة عن غيرها من المصطلحات، ونخصص الثاني: للبحث في أنواع قواعد العدالة، أما الثالث: فنفرده للبحث في أهمية قواعد العدالة.

المطلب الاول

تمييز قواعد العدالة عما يشتهب بها من مفاهيم

هنالك بعض المصطلحات تقترب في استعمالها من قواعد العدالة أو تختلط أو تتشابه معها أحياناً ، ولذلك ينبغي بيان التفرقة بين هذه المصطلحات ، لأجل أن يستقيم موضوع البحث ويتضح المطلوب ،

(1) ينظر : عبد الباقي البكري ، مصدر سابق ، ص 185 .

(2) ينظر : د. سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة للقانون ، مصدر سابق ، ص 29 .

فقواعد العدالة هي شعور بالإنصاف من وحي الضمير الإنساني العام يكشف بواسطة الإدراك العقلي من قبل أهل الخبرة من القضاة والمشرعين وتستلهم منه قواعد تهدف إلى خير المجتمع والإنسانية بشكل عام ، ومن ثمة فهي مصطلح له خصوصياته التي تميزه عن بعض المصطلحات التي تختلط به أو تتصل به ، وأهم هذه المصطلحات العدل والافتراض القانوني والقانون الطبيعي ، ولذا سنقسم هذا المطلب على ثلاثة فروع :

الفرع الأول

تمييز قواعد العدالة عن العدل

وقع الخلط بين مصطلحي العدل والعدالة عند كثير من الباحثين ، بحيث أنهم لم يميزوا بينهما حتى استعمل العدل عندهم بمعنى العدالة⁽¹⁾ ، حيث أطلق لفظ أو مصطلح العدل على العدل الطبيعي من خلال الكلام عن القانون الطبيعي⁽²⁾ ، ولم يتم التمييز بين العدل والعدالة حتى بالنسبة إلى العدل الطبيعي أو العدل في ذاته .

وقد استعمل مصطلح (العدل في ذاته) في بعض عبارات فلاسفة القانون للتمييز بين العدل الناشئ عن القانون الوضعي والعدالة التي يرشد إليها العقل أو ما يعرف بالقانون الطبيعي⁽³⁾ ، فضلاً عن قواعد العدالة التي تعتبر أحد مصاديق القانون الطبيعي والعلاقة بينهما عموم وخصوص مطلق ، فالقانون الطبيعي يشمل قواعد العدالة وغيرها من أنواع العدالة الأخرى كالعدالة السياسية والعدالة الاجتماعية، كما سيأتي بيان ذلك لاحقاً.

والخلط بين العدل والعدالة كما حصل لكثير من الباحثين العراقيين والعرب حصل أيضاً عند الباحثين والفقهاء الإنكليز ، على الرغم من أن نظام العدالة أو قانون العدالة (Equity law) كان مستقلاً عندهم عن نظام ومحاكم القانون العام (Common law) ، حيث أن العدالة كانت تطبق عندهم من قبل محكمة الضمير التي يرأسها مستشار الملك الذي عادة ما يكون من كبار رجال الدين ثم أصبح بعد ذلك يعين من بين كبار رجال القانون ، وهو يقوم بتطبيق قواعد العدالة على القضايا التي تعرض عليه ،

(1) ينظر : د. علي حسن الذنون ، فلسفة القانون ، مصدر سابق ، ص 163 . وكذلك : د. منذر الشاوي ، فلسفة القانون ، مصدر سابق ، ص 62 .

(2) ينظر : د. سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة للقانون ، مصدر سابق ، ص 162 ، فقد قال بصدد ذلك (... العدل هو القانون الطبيعي ، وهو ما يمكن إدراكه عن طريق العقل ولذلك فإن القانون الطبيعي يقصد به أيضاً القانون العقلي ، وحتى تقوم الدولة على مبادئ العقل أو مبادئ العدل فيجب أن تراعى فيها مبادئ العدل التوزيعي ومبادئ العدل التبادلي) ، سمير تناغو ، مصدر سابق ، ص 163 .

(3) فقد جاء في عبارة لأرسطو قوله (نحن نفرق بين العدل في ذاته والعدل داخل المجتمع وبتعبير آخر نفرق بين القانون الطبيعي المطلق وبين القانون الوضعي النسبي) ينظر : برتراند رسل ، مصدر سابق ، ص 213 .

ومصدر العدالة عند الإنكليز سواء كانوا من العامة أم من رجال القانون يعتقدون بأنها تسيل من ضمير الملك ، ولكن هذا الاعتقاد مخالف للواقع حيث أن مصدر قواعد العدالة بحسب واقع الأمر هو قواعد القانون الروماني ، والقانون الكنسي وكذلك مبادئ القانون الطبيعي⁽¹⁾.

وعلى أية حال فإن الخلط بين مصطلح العدل (Justice) والعدالة (Equity) واقع لديهم بل وصل الأمر بهم إلى استعمال المصطلحين على نحو الترادف، بل يمكن القول بأنه لا يوجد في كثير من كتاباتهم فرق بين العدل والعدالة⁽²⁾.

وفي مقابل غالبية الباحثين والفقهاء الذين لم يميزوا بين العدل والعدالة هنالك عدد غير قليل من الباحثين وفلاسفة القانون وعلى رأسهم الفيلسوف الإغريقي الكبير أرسطو طاليس ميزوا بين العدل والعدالة ، ونسب بعضهم سبب عدم التمييز بين المصطلحين إلى أنهما كانا في ظل القانون الطبيعي في مفهومه القديم يكرسان القيمة القانونية الدائمة ، من حيث حكم العقل بهما معاً ، ولكنهما في ظل القانون الطبيعي ذي الحدود المتغيرة قد تحولا إلى مثل أعلى قد يثبت في بعض الأحيان ، وقد لا يثبت في أحيان أخرى ، وذلك لأن مدارك المشرعين والقضاة تتغير بحسب تغير الظروف ، وعلى أية حال فقد قيل : إن مصطلحي العدل والعدالة قد بقيا متحدين ومتماسكين إلى بداية العصر الحديث ثم بعد ذلك حصل التمييز بينهما⁽³⁾.

ولكن هذا الكلام لا تساعد عليه الشواهد التاريخية من خلال تتبع أبحاث فلاسفة القانون و فقهاءه ، فقد ثبت أنهم قد ميزوا بين العدل والعدالة ومن ذلك ما قاله الفيلسوف أرسطو في مقام التمييز بينهما حيث قال (بالرغم من أن العدل والعدالة كلاهما خير ، إلا أن العدالة هي أحسن ، لأنها مع كونها عدلاً فليس هو العدل القانوني بل هو تصحيح موقف للعدل القانوني المتحرج)⁽⁴⁾ وإذا تبين أن هنالك فرق بين العدل والعدالة قد نادى به بعض فلاسفة القانون و فقهاءه ، فما هو العدل أذاً في النظريات القانونية الحديثة.

(1) ينظر : د. صوفي حسن أبو طالب ، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، مصدر سابق ، ص226-227 . وكذلك : د. عبد الرحمن البزاز ، أبحاث وأحاديث في الفقه والقانون ، مطبعة العاني ، بغداد ، 1958 ، ص125 .

(2) ينظر : إسماعيل نامق حسين ، العدالة بين الفلسفة والقانون ، ط1 ، دار الفراهيدي للنشر والتوزيع ، بغداد ، 2014 ، ص68 . وكذلك

T.F.T Plucknett ، A concise History of the common law (London : Butterworth) p . 178

(3) ينظر : د. عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ، ص219 .

(4) أرسطو طاليس ، علم الاخلاق إلى نيقو ماخوس ، ج2 ، ترجمه من اليونانية إلى الفرنسية بارتملي سانتيلير ، ونقله إلى العربية احمد لطفي السيد ، دار الكتب المصرية ، القاهرة ، 1343 هـ - 1924 م ، ص108 .

عُرف العدل بأنه (المساواة أمام القانون، أي تطبيق حكم القانون على الحالات التي يسري عليها حكمه دون تفرقة بينهما أو تمييز في المعاملة بين أطرافها)⁽¹⁾ ، وعرف أيضاً بأنه (تحري المساواة والمماثلة بين الخصمين بالألا يرجح أحدهم على الآخر بشيء قط ، بل يجعلهما القاضي أو الحكم سواء)⁽²⁾ . ويبدو من التعريف الأول أنه ركز على العدل القانوني أو العدل أمام القانون في حين ركز التعريف الثاني على العدل القضائي أو العدل أمام القضاء بمعناه الواسع الذي يشمل مطلق الفصل بين المتنازعين فيدخل فيه التحكيم ، ولذلك ظهر من خلال التعريف الثاني أن المساواة التي هي العدل أمام القضاء يطبقها المحكم أيضاً .

وعلى أية حال فإن العدل بهذا المعنى الذي يراد به المساواة بين الناس سواء أمام القانون أو أمام القضاء يطبق في موارد أخرى ويحمل تسميات خاصة فيقال العدل الاقتصادي ، والعدل السياسي ، والعدل الاجتماعي وكذلك العدل التوزيعي ، والعدل التبادلي⁽³⁾ ، إلا أن المقصود من حيث الواقع والحقيقة هو العدل القانوني بمعناه الواسع وهو المساواة أمام القانون ، فكل هذه الأنواع التي ذكرت للعدل ينطبق عليها العدل القانوني ، ولناخذ على سبيل المثال العدل الاقتصادي الذي يتعلق بجوانب العرض والطلب بالنسبة للسلع والخدمات التي يحتاج إليها المجتمع في دولة ما ، كيف يمكن أن يتحقق العدل الاقتصادي؟ وكيف يتساوى الناس في الحصول على السلع والخدمات؟ والجواب عن هذه التساؤلات لا بد أن يكون بالمساواة التي يحققها القانون فيكون لجميع المواطنين في البلد الحق في الحصول على السلع والخدمات من خلال الطلب فهم متساوون أمام حكم القانون في هذا الحق، وكذلك التجار أو أصحاب السلع والخدمات أيضاً متساوون من حيث أن لهم الحق في عرض ما لديهم من سلع وخدمات إلى من يرغب بالحصول عليها بالأسعار التي تناسب السوق.

ويتمثل الفرق بين العدل والعدالة لدى الباحثين والفقهاء الذين التزموا بالتفريق بين العدل والعدالة في عدة نقاط، أهمها :

(1) عبد الباقي البكري ، مصدر سابق ، ص183 .

(2) د. معن زيادة وآخرون ، الموسوعة الفلسفية العربية ، مكتبة مؤمن قريش ، بيروت - لبنان ، 1986 ، مج 1 ، ص581 .

(3) ينظر : عبد الباقي البكري ، المصدر السابق ، ص184 ، وكذلك : د. حسن كيره ، المدخل إلى القانون مصدر سابق ، ص160-163 . وكذلك : د. عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ، ص213 - 216 .

1- العدل يتصف بالتجريد والعمومية ، فهو كالقانون عام ومجرد بمعنى أنه لا يهتم إلا بالمبادئ العامة ، أما العدالة فتأخذ بنظر الاعتبار الخصوصيات والجزئيات ، ولذلك تختلف أحكام العدالة من حالة إلى أخرى⁽¹⁾ .

2- العدل يتسم بالشدّة والصلابة ، أما العدالة فيأخذ فيها غالباً العطف والرحمة ؛ ولذا يلجأ إليها في بعض الأحيان لتلطيف القواعد القانونية⁽²⁾ .

3- العدل يساوي بين القضايا المتماثلة وكذلك المختلفة ؛ حيث أن الحكم القانوني عندما توجد الصفة التي علق المشرع الحكم عليها يكون حكم العدل في كل الحالات واحداً في حين تساوي العدالة بين الحالات المختلفة وقد تفرق بين الحالات المتماثلة ، وهذه أهم ميزه تختلف فيها العدالة عن العدل ؛ حيث أن العدل لا يمكنه أن يفرق بين المتماثلين ولكنه يساوي بين المختلفين في حال اتصاف كل منهما بالصفة التي وضعت لها القاعدة القانونية⁽³⁾ .

4- العدل أحكامه مطلقة ولا تتصف بالتشخيص ، في حين تتصف العدالة بالطابع الشخصي ؛ ولذا فهي تمثل الجنبه الإنسانية في القانون ، فيتمكّن القضاء من خلال قواعد العدالة أن يزيل المفارقات ، أو يخفّف من حدّتها في القواعد القانونية⁽⁴⁾ .

والذي يبدو لنا أن الفرق بين العدل والعدالة أمر ثابت ، وذلك لضرورة تلطيف القواعد القانونية بما تؤكده العدالة من أحكام مستوحاة من الضمير الإنساني العام ، وهذا ما أكدّه الفقه القانوني⁽⁵⁾ ، فضلاً عن أن العدل يرتبط بتحقيق المساواة العامة أمام القانون أو أمام القضاء فهو لا يحقق للأشخاص عدلاً حقيقياً واقعياً ، وإنما يضمن لهم مساواة ظاهرية فقط ، فلو نظرنا إلى القاعدة القانونية التي عرفت السرقة وحددت العقوبة عليها بقولها (السرقة اختلاس مال منقول مملوك لغير الجاني عمداً ...)⁽⁶⁾ ثم حددت

(1) ينظر : د. عبد الحي حجازي ، مصدر السابق ، ص 219 .

(2) ينظر : د. حسون عبيد هجيج وفخري جعفر أحمد علي ، مصدر سابق ، ص 230 .

(3) ينظر : إسماعيل نامق حسين ، العدالة بين الفلسفة والقانون ، مصدر سابق ، ص 72 .

(4) ينظر : د. أحمد عبد الحميد عشوش ، قانون العقد بين إثبات اليقين واعتبارات العدالة ، مكتبة كلية القانون، المنصورة ، مصر ، 1991 ، ص 41 ،

(5) ينظر : د. عبد الرزاق السنهوري ، أصول القانون مصدر سابق ، ص 72 . وكذلك : د. حسن كيرة ، أصول القانون ، مصدر سابق ، ص 191-192 . وكذلك : المشرفي والمرغني ، مصدر سابق ، ص 98 .

(6) المادة (439) من قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969.

قاعدة أخرى العقوبة على من ارتكب فعل السرقة بقولها (يعاقب بالسجن المؤبد أو المؤقت من ارتكب سرقة اجتمعت فيها الظروف التالية)(1).

فهذه المواد لا تفرق بين السارق الذي سرق لأجل تعاطي المخدرات أو إقامة علاقة غير مشروعة مع امرأة فيقدم ذلك المال المسروق لأجل إقامة تلك العلاقة أو إدامتها ، وبين فقير معدم يسرق لأجل إطعام أطفاله ، ولهذا فإن فلاسفة القانون يشككون في جدوى العدل الذي تحققه القاعدة القانونية الجامدة التي يتم تطبيقها بحرفية ، وبشكل آلي من دون النظر إلى حيثيات الوقائع وظروف أشخاصها ، وعلى سبيل المثال فإن التمسك بحرفية قاعدة (عدم جواز حكم القاضي بعلمه الشخصي) قد يُوصل القاضي إلى الحكم بقسوة وظلم فادحين على بعض الأشخاص وهو يعتقد أنه يقيم العدل ويطبق القانون ويحافظ على النظام .

وأوضح الأمثلة على مخالفة القاعدة المشار إليها أنفاً لمقتضيات العدالة ، قضية القاضي كامبو (CAMPO) الشهيرة التي وقعت في جزيرة مالطا وتتلخص وقائع هذه القضية أن القاضي كامبو شغل أحد المراكز القضائية الرئيسية في جزيرة مالطا ، وحدث إنه بينما كان يرتدي ملابسه للذهاب إلى مقر عمله في صباح أحد الايام لفتت نظره مشجرة وقعت تحت نافذته ولما تطلع إلى الخارج رأى رجلين يتشاجران ثم طعن أحدهما الآخر بخنجر صغير ، ورأى القاضي وجه القاتل بوضوح عندما هم بالفرار وفي الوقت نفسه ألقى بغمد الخنجر بعيداً ثم اختفى، ظهر بعد ذلك رجل يعمل خبازاً كان على مقربة من محل الحادث وعثر أولاً على غمد الخنجر فأخذه ووضع في جيبه ، ولكن ما أن وقع نظره على الجثة حتى ارتعدت فرائسه ، وفر هارباً خشية اتهامه بارتكاب الجريمة ، وكل هذه الأمور وقعت على مرأى من القاضي كامبو ، وبعد وصول رجال الشرطة إلى محل الحادث ولاحظوا فرار هذا الرجل من بعيد طاردوه وتمكنوا من القبض عليه ، ولما فتشوا أحدهم وجد معه غمد الخنجر وبعد الفحص تبين أن هذا الغمد موافق للخنجر الذي وجد بجانب جثة المجني عليه ، ثم أن القاضي كامبو هو الذي ترأس جلسة محاكمة هذا الخباز ، ولم يحم بآية محاولة لحمايته حيث طبق بأمانة مبدأ عدم جواز قضاء القاضي بعلمه الشخصي ورأى أن من واجبه أن يحكم عليه وفق القانون وحسب ما تحصل من أدلة جنائية ، وبعد تفحص القضية على أساس الأدلة المقدمة فيها كآية قضية أخرى ، أعتبر المتهم مرتكباً للجريمة طبقاً لنصوص القانون وحكم عليه بالإعدام(2) .

(1) المادة (440) من قانون العقوبات العراقي .

(2) ينظر : د. أحمد محمد أحداق ، شرح قانون المسطرة الجنائية الجديدة ، ج1 ، ط1 ، مكناس ، المغرب 2003 ، ص 466 .

والملاحظ من خلال وقائع هذه القضية أن القاضي تمسك بالتطبيق الحرفي للقاعدة وقضى بإدانة المتهم المعروض عليه متناسياً أن الأساس في تحقيق العدالة ليس إدانة أي شخص كان ، وإنما معاقبة المرتكب الحقيقي للفعل الإجرامي ، فما كان يجب عليه اتخاذ هذا الموقف ، ولذلك فقد ذهب بعض الفقهاء إلى المطالبة بتقييد قاعدة (عدم جواز حكم القاضي بعلمه الشخصي) وإعطاء مجال للقاضي أن يستند إلى علمه الشخصي في وقائع وأحداث القضية التي تطرح أمامه ؛ لأن ذلك أقرب إلى تحقيق العدالة ولكن نظرية المانعين هي المشهورة في الفقه القانوني ، وتساندها النصوص القانونية ، ومنها قانون الإثبات العراقي فقد نصت المادة (8) منه على أنه (ليس للقاضي أن يحكم بعلمه الشخصي الذي حصل عليه خارج المحكمة ومع ذلك فله أن يأخذ بما يحصل عليه من العلم بالشؤون العامة المفروض إمام الكافة بها)⁽¹⁾ .

وإذا تأملنا القضية المتقدم ذكرها نلاحظ أن الحكم الذي صدر من قبل القاضي مع كل ما يحمله من مفارقة ومجافاة للواقع وللضمير الإنساني ، يعتبر حكماً عادلاً لأنه طبق القواعد القانونية بحرفية ومهنية ، والقاضي - خاصة بموجب النظام القانوني اللاتيني - ليس له إلا تطبيق القاعدة القانونية على القضية المعروضة أمامه ، أما العدالة فهي تؤدي إلى الحكم المنصف دائماً والذي يتطابق مع الضمير الإنساني ، لأنها تأخذ كل حالة بظروفها الخاصة ودقائقها التي أحاطت بالفعل والفاعل ، أما في الشريعة الإسلامية فقد قيل بأنها لم تفرق بين العدل والعدالة لا في اللغة⁽²⁾ ولا في الاصطلاح ؛ حيث أن استعمال مصطلحي العدل والعدالة يأتي لدى الفقهاء والباحثين في علوم الشريعة الإسلامية بمعنى واحد وهو عبارة عن إحقاق الحق من خلال تطبيق الأحكام الشرعية⁽³⁾ .

إلا أن هذا الكلام وإن كان هو المشهور في كلمات وأبحاث فقهاء المذاهب الإسلامية على اختلافها ، ولكن هنالك عدد غير قليل من الفقهاء والأساتذة والمفسرين التفتوا إلى أن الشريعة الإسلامية قد فرقت في أحكامها بين العدل والعدالة وذلك من خلال تفسيرهم لقوله تعالى (إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ)⁽⁴⁾ ، وقد فسروا العدل في هذه الآية بأنه المساواة والتكافؤ في الخير وكذلك الشر ، بمعنى مقابلة الإساءة بمثلها

(1) قانون الإثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979 .

(2) أما في اللغة فقد فرقت بعض المعاجم اللغوية بين العدل والعدالة فقالت (العدل هو المساواة في المكافأة إن خيراً فخير وإن شراً فشر ، والإحسان إن يقابل الخير بأكثر منه والشر بأقل منه وهذا النحو هو معنى قوله تعالى (إن الله يأمر بالعدل والإحسان) ينظر محمد مرتضى الحسيني الزبيدي ، تاج العروس من جواهر القاموس ، تحقيق علي شبري ، دار الفكر ، بيروت ، 1994 ، ج5 ، ص471 باب عدل .

(3) ينظر : د. حسون عبيد هجيج وفخري جعفر أحمد ، مصدر سابق ، ص231

(4) سورة النحل : الآية (90)

ومجازات الخير بمثله ، والإحسان يأتي بمعنى العدالة ويظهر أن فيه حث على أخذ ظروف الفاعل أو المتعامل بنظر الاعتبار ، ومعاملته على أساس تلك الظروف⁽¹⁾ .

حيث أشار أحد فلاسفة الإسلام المحدثين الى أنه (ليس كل ما جاء في الفقه وعلوم الدين فهو عدل ، بل كل ما هو عدل فقد جاء به الدين لأن العدل يقع في سلسلة علل التشريعات لا معلولاتها، فكل ما وصلنا ينبغي أن يعرض على قاعدة العدالة ؛ فليس هنالك عدل إسلامي بل هناك إسلام عادل)⁽²⁾ .

وفي هذا الكلام إشارة واضحة إلى أن الأحكام في الفقه الإسلامي ومجمل علوم الشريعة ينبغي عرضها على قواعد العدالة ؛ وذلك لأن هذه القواعد من وحي العقل الكلي الذي تتطابق أحكامه مع أحكام الشرع ؛ ولأن العدالة أو العدل الذاتي هي علة غائية للأحكام الشرعية فينبغي الكشف عن وجود هذه العلة من خلال عرض تلك الأحكام على العقل ، وهذا التزام واضح بالتفريق بين العدل والعدالة .

ثم أن هنالك دليل آخر يمكن التمسك به على أن الأحكام الشرعية قد جعلت العدالة في سلسلة عللها ، وهو التزام الفقهاء المسلمين في المذاهب كافة بنظرية الضرورة⁽³⁾ ، وهي نظرية تشاكل نظرية الظروف الطارئة في القانون الوضعي ، ومن المعروف أن نظرية الظروف الطارئة من أهم تطبيقات قواعد العدالة في الفقه والقضاء الوضعي المتمثلة في نظرية إعادة التوازن الاقتصادي في العلاقات العقدية ، ونظرية الضرورة تشاكلها والعدالة أساس لهذه النظرية حيث يتم أخذ الظروف الخاصة والأحوال التي أحاطت بالمكلف وعلى أساس ذلك يتم تبديل أو تخفيف الحكم الشرعي بحقه وقد استدلت على هذه النظرية بقوله تعالى (فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ)⁽⁴⁾ ، وقوله تعالى (وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ)⁽⁵⁾ .

(1) ينظر : د. صلاح الدين الناهي ، نصوص قانونية وشرعية ، مصدر سابق ، ص 299 . وكذلك : د. عبد السلام الترماني ، الوسيط في تاريخ القانون ، مصدر سابق ، ص 658 .

(2) الشيخ مرتضى المطهري ، مباني الاقتصاد الإسلامي ، ص 152 ، أشار إليه الشيخ حيدر حب الله ، مصدر سابق ، ص 7

(3) ينظر : علي حيدر ، درر الأحكام في شرح مجلة الاحكام تعريب المحامي فهمي الحسيني ، ج 1 ، ط 1 ، دار الجيل ، بيروت ، 1411 هـ - 1991 م ، ص 37 ، وكذلك : الشيخ حيدر حب الله ، مصدر سابق ص 14 ، وكذلك : مبارك صائغي ، مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي للقانون الجزائري ، رسالة ماجستير ، مقدمة لمعهد الحقوق والعلوم الادارية ، جامعة الجزائر ، 1986 ، ص 111 .

(4) سورة البقرة : الآية (173)

(5) سورة الحج : الآية (78)

ومن خلال تطبيق هذه النظرية في الاحكام الشرعية يتبين أخذ قاعدة العدالة بنظر الاعتبار في التشريع الإسلامي ، حيث أن الحكم الأولي قد طبق فيه العدل فهو تشريع عام شامل وضع على نحو العمومية والتجريد، أما الحكم الثانوي والذي يثبت بحق المضطر أو الذي وقع في الحرج فهو حكم أخذت فيه الظروف الخاصة بنظر الاعتبار، ولذلك رفع أو خفف الحكم الأولي بحق من وقع في تلك الظروف مراعاة لتحقيق العدالة .

الفرع الثاني

التمييز بين العدالة والافتراض القانوني

لم يستعمل الفقهاء المسلمون مصطلح الافتراض ، ولكنهم استعملوا مصطلح آخر يؤدي معنى الافتراض القانوني وهو مصطلح الحيلة الشرعية ، إلا أن غالبيتهم لم يعرفوا الحيلة بتعريف اصطلاحي يشتمل على الجنس والفصل ولكن أغلب ما قيل في هذا الصدد هي تعريفات لفظية ، وذلك لأن معنى الحيلة واضح لدى العرف، ولم يقصد فيه بالاصطلاح الشرعي معنى يختلف عن معناها اللغوي ، ولذا فقد قال بعضهم (يجوز التوصل بالحيل المباحة دون المحرمة إلى إسقاط ما لولا الحيلة لثبت ، ولو توصل بالمحرمة أتم وتمت الحيلة)⁽¹⁾ .

وقال آخر: الحيلة هي (الحذق في تدبير الأمور حتى يهتدي إلى المقصود)⁽²⁾ ، وقد أكد بعض الفقهاء على ضرورة استخدام الحيل المباحة دون المحرمة لكي يتم التوصل إلى المطلوب⁽³⁾ .

أما في القانون ، فإن الملاحظ عدم وجود نص تشريعي يعرف الافتراض في القانون المدني العراقي أو غيره من القوانين المقارنة ، والظاهر أن المشرع قد ترك التعريف للفقهاء والقضاء ، وإلا فإن الافتراض القانوني - موضوعاً وليس مفهوماً - قد استعمل من قبل المشرع في موارد كثيرة .

وقد عرف لدى فقهاء القانون وشراحه بتعاريف متعددة منها أنه (وسيلة عقلية لازمة لتطور القانون يقوم على أساس افتراض أمر مخالف للواقع يترتب عليه تغيير حكم القانون دون تغيير نصوصه)⁽¹⁾ .

(1) الشيخ جعفر بن الحسن المحقق الحلي ، شرائع الإسلام ، ط3 ، انتشارات استقلال ، طهران ، 1403 هـ - 1983 م ، ج2 ، ص322 .

(2) زين الدين بن ابراهيم بن نجيم ، الأشباه والنظائر ، منشورات علي بيضون ، بيروت ، ج6 ، ص406 .

(3) زين الدين بن علي العاملي ، مسالك الأفهام ، ط1 ، مؤسسة المعارف الإسلامية ، قم - إيران ، 1413 هـ ، ج9 ، ص204 .

وعرف أيضاً بأنه (إلباس الخيال ثوب الحقيقة والواقع لتحقيق أثر قانوني معين ما كان يتحقق لولا هذا الافتراض الكاذب)⁽²⁾ ، وهو على حد تعبير الفقيه الألماني : إهرنگ (ihrerinj) (كذب فني اقتضته الضرورة)⁽³⁾ .

وبناءً على ما ذكر من تعاريف يتبين أن الافتراض القانوني يؤدي إلى مخالفة الواقع بافتراض أمر من نسج خيال المشرع ليس له حظ من الواقع ، من أجل تطبيق أحكام قانونية على مسألة معينة على الرغم من أن القاعدة القانونية لا تشملها ابتداءً ، فهو وضع من صنع المشرع وهذا الوضع مخالف للواقع يأخذه بنظر الاعتبار عند صياغة القاعدة القانونية .

والملاحظ على التعريفات التي ذكرت بأن الافتراض كذب أو كذب فني ، أن التعبير بكذب لا يتناسب مع المكانة التي يتمتع بها المشرع في كل البلدان على امتداد العصور فيفترض بالمشرع تنزهه عن الكذب فهو يسعى إلى خدمة المجتمع والمحافظة على مصالحه ، وهذا الأمر الذي سعى إليه المشرع وهو الافتراض أمر تقتضيه الصياغة القانونية ، حيث أن النصوص القانونية كانت تتمتع بقديسية في الماضي لأنها قرنت بإرادة الإله ، وكان الناس يتحرجون من مخالفتها فسعى المشرعون إلى طريقة يستطيعون من خلالها تغيير حكم النصوص القانونية وتلطيفها من دون أن يغيروا ألفاظها فاستطاعوا بذلك اختراع فكرة الافتراض القانوني.

ثم أن عالم التشريع والوضع لا بد أن يكون عالماً اعتبارياً افتراضياً في بداية وضع التشريعات ، حيث أن المشرع لا بد له من أن يتصور موضوعاً للأحكام التي يضعها لأن الحكم لا بد أن يتعلق بموضوع معين ، وإذا لم يكن ذلك الحكم موجوداً خارج ذهن فإن المشرع يفترض وجوده في عالم التشريع الافتراضي ثم يضع الأحكام له .

ولأجل توضيح هذا الأمر ينبغي أن نوضح فكرة الافتراض بصورة أكثر دقة فنقول: إن الافتراض على نوعين :

(1) د. عكاشة محمد عبد العال ود. طارق مجذوب ، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، بيروت، 2006 ، ص 650 .

(2) د. منصور مصطفى منصور ، نظرية الحلول العيني وتطبيقاتها في القانون المدني المصري ، مطبعة جامعة القاهرة ، مصر ، 1956 ، ص 147 .

(3) أشار إليه د. عبد السلام الترماني ، الوسيط في تاريخ القانون ، مصدر سابق ، ص 624 ، وقد عرفه أيضاً الفقيه (maine) بأنه (افتراض يخفي أو يسعى إلى إخفاء حقيقة أن قاعدة قانونية معينة قد عدلت وغير حكمها دون أن يمس نصها) أشار إليه د. حسن علي دنون ، فلسفة القانون ، مصدر سابق ، ص 75 .

النوع الأول : هو الافتراض الذي يستند إليه المشرع عند صياغته للقاعدة القانونية بصورة عامة من أجل استيعاب القاعدة القانونية لحالات عديدة تبعاً لصفتي العمومية والتجريد المتلازمين لها ، فمن يتبوأ مقام التشريع ينبغي أن يستند إلى الفرض والخيال عند صياغة القواعد والأحكام من أجل بسطها على الحالات المتكررة بكثرة الواقع الذي لا نهاية له . فنحن هنا أمام افتراض مخالف للواقع مخالفة آنية وحالة قابلة للزوال أو التحول من مخالفة إلى موافقة عندما تظهر حالات واقعية موافقة للقاعدة القانونية .

وبتعبير آخر هو افتراض وجود في عالم الذهن ممكن أن ينزل إلى الواقع اذا حصلت حالة موافقة له ، فالافتراض هنا يتضمن مخالفة للواقع لكنها مخالفة وقتية تزول بظهور حالات موافقة لها ، ومثل هذا الافتراض قريب من الواقع ولا يتضمن استحالة عقلية أو منطقية مناقضة له أو تكذيبه ، وهذا أمر طبيعي لأن المشرع في الغالب يسعى إلى مواكبة تطورات الواقع مع محاولته لتهديبه وتقويمه وفقاً لأسس الفلسفة والعقيدة التي يتبناها وأمثله كثيرة ، كأن ينص المشرع على أن يلتزم المدين بالوفاء ، أو يتحمل محدث الضرر مسؤولية التعويض ، فالأحكام هنا مرتبطة بافتراض وجود مدين أو محدث للضرر، وهذا الافتراض يصبح واقعاً اذا ظهرت علاقة تعاقدية فيها دائن ومدين أو حصلت واقعة ترتب عليها ضرر أصاب شخص ما بسبب شخص آخر⁽¹⁾ .

النوع الثاني : هو الافتراض المناقض للواقع الذي لا يمكن حصوله أو ظهوره ، فوجود هذا الافتراض حبيس في ذهن المشرع لا يمكن وجدانه مادياً في الخارج ، وقد اقتضته الضرورة العملية التي تتطلب تطبيق أحكام معينة على الوجود المفترض ، وأمثله كثيرة مثل افتراض الشخصية المعنوية للشركة وافتراض حياة وشخصية للجنين في بطن أمه في حدود معينة ، فهذه الافتراضات يستحيل أو يمتنع ظهورها في الواقع ، ويمكن أن نسمي النوع الأول بالافتراض ممكن الوقوع في حين نسمي الثاني بالافتراض مستحيل الوقوع ، فكلا الافتراضين يتضمن مخالفة للحقيقة بيد أن الافتراض الممكن الوقوع حصلت مخالفته للواقع نتيجة صياغة القاعدة بعمومية وتجريد بعيداً عن ظروف تطبيقها العملية .

أما الافتراض المستحيل الوقوع فيتضمن مخالفة للواقع مخالفة صريحة، ومن الممتنع والمستحيل زوالها لأنها لا ترتبط بالوجود الواقعي ألينة ، بقي أن نشير في هذا الخصوص إلى أنه عندما يطلق اصطلاح الافتراض القانوني فإن المقصود به النوع الثاني وهو مستحيل الوقوع وليس النوع الأول ، أي عندما تستعمل عبارة الافتراض القانوني فالمعنى المتبادر للذهن هو الافتراض الممتنع أو المستحيل

(1) ينظر : د. باسم علوان العقابي ، البيئة التجارية ، محاضرات أُلقيت على طلبة الدكتوراه ، في كلية القانون – جامعة كربلاء ، للعام الدراسي 2018-2019 ، (غير منشورة) ، ص 19 .

الوقوع ، ولا ينصرف اللفظ إلى المعنى الأول إلا بوجود قرينة صارفه ، والمعنى الأول هو الفرض الذي هو أحد عناصر القاعدة القانونية ، وهو كذلك أحد عناصر قاعدة العدالة ، كما تقدم الكلام عن ذلك آنفاً⁽¹⁾ .

وبعد أن تبين المقصود بالافتراض القانوني فإن التمييز بينه وبين قواعد العدالة يتلخص بما يأتي :

- 1- الافتراض القانوني من وسائل الصياغة القانونية الاستثنائية، فهو لا يلجأ إليه المشرع إلا عند الضرورة، أي في حالة وجود نصوص لا يمكنه تقديمها لسبب أو لآخر⁽²⁾ ، أما قواعد العدالة فإنما يلجأ إليها المشرع من أجل تطوير النصوص القانونية ليرتقي بها إلى أفضل صياغة ، ويلجأ إليها القاضي في حال الفراغ التشريعي أو النقص في القانون .
- 2- الافتراض القانوني من صنع المشرع ؛ حيث يقوم المشرع باستحضاره عند صياغة القاعدة القانونية ، أو يستنتج في بعض الحالات من القاعدة حتى لو لم يصرح به المشرع⁽³⁾ ، أما قواعد العدالة فهي مثل عليا في العقل الكلي والضمير الإنساني العام يتوصل إليها المشرع أو القاضي عن طريق الإدراك العقلي ومن خلال الضمير السليم والذوق الرفيع .
- 3- الافتراض القانوني يخالف الحقيقة الواقعية التي أخذت كفرض للقاعدة القانونية ، في حين أن قواعد العدالة أو العدالة هي الحقيقة المطلقة أو أنها الحقيقة إلى مالا نهاية⁽⁴⁾ .
- 4- الافتراض يؤدي إلى تعديل القاعدة القانونية من دون المساس بصياغتها اللفظية⁽⁵⁾ ، في حين أن تطبيق قواعد العدالة إما أن يستحدث المشرع على أساسها قاعدة قانونية جديدة بناءً على ما توحى به تلك القواعد أو يقوم بتعديل القاعدة القانونية السابقة علناً لأنها أصبحت مجافية للعدالة .
- 5- يعتبر الافتراض من وسائل تعديل القانون القديمة حيث أن قدسية النصوص القانونية كانت تقف حائلاً أمام تعديلها بينما تعتبر قواعد العدالة من حيث تعديلها للقاعدة القانونية من الوسائل الحديثة نسبياً⁽⁶⁾ .
- 6- التعديل الذي يتم عن طريق الافتراض القانوني يكون دائماً تعديلاً معنوياً ، بينما يكون التعديل الذي يتم عن طريق استلهاً قواعد العدالة تعديلاً لفظياً ومعنوياً وقد يكون معنوياً فقط .

(1) ينظر : د. باسم علوان العقابي ، مصدر سابق، ص 20-21 .

(2) ينظر : د. سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة للقانون ، مصدر سابق ص 402 .

(3) ينظر : إيناس مكي عبد نصار ، الافتراض القانوني – دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي – أطروحة دكتوراه ، مقدمة لكلية القانون جامعة كربلاء ، 2017 ، ص 42 .

(4) ينظر : هانس كلسن ، النظرية المحضة في القانون ، ترجمة د. أكرم الوترى ، مركز البحوث القانونية ، بغداد ، 1986 ، ص 48 . وكذلك : إسماعيل نامق حسين ، العدالة بين الفلسفة والقانون ، مصدر سابق ، ص 75 .

(5) ينظر : إيناس مكي عبد نصار، المصدر السابق ، ص 42 .

(6) ينظر : د. حسون عبيد هجيج وفخري جعفر أحمد ، مصدر سابق ، ص 233 .

الفرع الثالث

التمييز بين قواعد العدالة والقانون الطبيعي

إن فكرة القانون الطبيعي من الأفكار الفلسفية التي اهتم بها رجال القانون لأجل التوصل إلى جوهر القانون وأساسه ، وإن لهذه الفكرة أهمية كبيرة من حيث إنها دفعت الإنسان دائماً إلى العمل من أجل الوصول إلى بناء المجتمع على أساس العدالة ، وإن البحث في فكرة القانون الطبيعي ، قد جسد بالفعل للأجيال الإنسانية المتعاقبة على مر العصور ، مدى رغبة الإنسان في الوصول إلى تحقيق العدالة المطلقة وأمله في ذلك على الرغم من كونها صعبة المنال⁽¹⁾ .

ولهذا فإن هذه الفكرة كانت هي الدافع والمحفز للإنسان لأجل إحقاق الحق وإقامة العدل ، وإنها كانت تعبيراً صادقاً على لسان المفكرين والفلاسفة عن حاجة البشرية لذلك ، كما أنها مثلت صرخة نجدة في أوقات الأزمات والأيام الصعبة التي أُطبق فيها الظلم على البشرية، فكان التلويح بما تتضمنه قواعد ومبادئ هذا القانون من رادع ، حصناً منيعاً في وجه أولئك الذين أرادوا أن يغلبوا حكم الغريزة على حكم العقل ، ولذا فإن فكرة القانون الطبيعي لم يكن مانعاً من العناية بها وتناولها بالبحث والتنظير من قبل فقهاء وفلاسفة القانون وبالتطبيق من قبل المشرعين والقضاة في كل البلدان ، بل كانت هذه الفكرة في مقدمة الحلول التي تقترح في أوقات الأزمات السياسية والاقتصادية⁽²⁾ .

إلا أن فكرة القانون الطبيعي قد تقابلت في عدة مظاهر وتجليات فهي عند اليونان فلسفة وعند الرومان قانون ، وفي العصور الوسطى أصبحت فكرة دينية حين حاولت الكنيسة ربط القانون الطبيعي بالمسيحية والقانون الروماني لتنتج القانون الكنسي ، وفي العصور الحديثة ارتبطت فكرة القانون الطبيعي

(1) لقد نقل د. منذر الشاوي عن الفقيه فريدمان قوله (إن تاريخ القانون الطبيعي هو قصة بحث الإنسان عن العدالة المطلقة وفشله في ذلك)

w. friedmann theorie generale du droit ، ueed . PARIS ، L.G.D.J 1965 . p.45

أشار إليه د. منذر الشاوي ، فلسفة القانون ، مصدر سابق ، ص104 . وإنما قلنا في المتن وأمله في ذلك ولم نقل وفشله في ذلك ، لأن مسيرة المجتمع الإنساني مسيرة تكاملية ولم ينته الأمر ويقف عند تصور فقيه أو فيلسوف ، في جيل أو عدة أجيال متعاقبة ، وعلى أية حال فإنه لا بد للإنسانية أن تتكامل يوماً ما وتحقق هذا الهدف المنشود وهو الوصول إلى إقامة العدالة المطلقة ، فكما أن العلوم التكنولوجية التي اكتشفها أو أبتدعها الإنسان لم تقف عند حد معين بل هي في تطور مستمر فكذلك الأفكار التي تحكم العلاقات بين البشر في تطور مستمر ولا يمكن أن تقف عند رأي معين ، فلا بد أن تصل الإنسانية في علاقاتها إلى إقامة العدالة المطلقة وإعطاء كل ذي حق حقه ، وهذا ما تؤيده النصوص الدينية في الأديان السماوية كافة أيضاً ومنها الشريعة الإسلامية .

(2) ينظر : د. منذر الشاوي فلسفة القانون ، مصدر سابق ، ص104 . وكذلك : د. محمد شريف أحمد، فكرة القانون الطبيعي عند المسلمين ، ط1، مطبعة آراس ، أربيل – العراق ، 2011 ، ص24.

بالسياسة⁽¹⁾ ، حيث تم بناءً على مبادئ القانون الطبيعي وما يثبتته من حقوق طبيعية ، إنشاء فكرة العقد الاجتماعي على يد عدد من المفكرين وفي مقدمتهم جان جاك روسو⁽²⁾ ، ثم عادت فكرة القانون الطبيعي مرة أخرى لتظهر قانوناً في العصر الحالي ابتداءً من مطلع القرن العشرين .

ولكن فكرة القانون الطبيعي قد أُتيح لها في القرنين السابع عشر والثامن عشر أن تصبح فكرة قانونية ، فقد أصبح القانون الطبيعي لدى فقهاء القانون وشراحه – في القرنين المشار إليهما – قانوناً أو تشريعاً نموذجياً ، بمعنى انه أصبح بناءً على هذا القانون يمكن أن نكتشف حلولاً وأحكاماً لكل الوقائع والتصرفات الجزئية وليس على المشرع الوضعي سوى أن يكشف هذه الاحكام ليضمنها في تشريعه .

ومن الجدير بالذكر أن أول من استطاع من الفقهاء أن يبلور فكرة القانون الطبيعي ليجعل منها مذهباً في القانون واضح المعالم هو الفقيه الهولندي جروسيوس حيث استطاع أن ينقح هذه الفكرة مما علق بها من أفكار دينية عندما استخدمها رجال الكنيسة آنذاك ، فتمكن جروسيوس أن يجعل من القانون الطبيعي مثلاً يحتذى به من قبل القوانين الوضعية وتتبعه في تشريعاتها⁽³⁾ ، حتى أن بعض مشروعات القوانين التي جاءت بعد هذه الفترة اشارت إلى القانون الطبيعي ، أو ما اصطلحت عليه بقانون العقل ، وجعلته متمماً ومكملاً للقانون الوضعي الذي تنوي تشريعه⁽⁴⁾ .

(1) ينظر : د. عبد الرزاق السنهوري ، أصول القانون ، مصدر سابق ، ص 23-24.

(2) ينظر : د. فضل الله محمد إسماعيل و د. سعيد محمد عثمان ، نظرية القانون الطبيعي في الفكر السياسي الغربي ، مكتبة بستان المعرفة ، الإسكندرية – مصر ، 2006 ، ص 109 . وقد استعان جان جاك روسو بفكرة العقد الاجتماعي للضياء على الحكم الملكي المطلق وللتمكن لحكم ديمقراطي تعلو فيه سلطة الشعب ، ولذا ذهب إلى أن العقد الاجتماعي إنما تم بين أفراد الشعب ، وفيه تنازل كل فرد عن سيادته حتى تكون السيادة للمجموع وبذا نشأت الدولة تعبيراً عن الإرادة العامة . ولما جاءت الثورة الفرنسية تأثر رجالها بكتابات - روسو - فقرروا السيادة للشعب كمجموع ، وأخذوا بفكرة القانون الطبيعي كقيد على هذه السيادة ، وانتهوا إلى حق الشعب في الثورة على القوانين الظالمة ، أي القوانين التي تخالف القانون الطبيعي ، وعلى هذا النحو أعلنت حقوق الإنسان والمواطن عام 1789 ، وقد كان هذا الإعلان بمثابة إقرار ضمنى بوجود القانون الطبيعي . وفي مشروع قانون نابليون ورد نص يشير بوجود هذا القانون ، وإذا كان هذا النص قد حذف عند وضع الصياغة النهائية لقانون نابليون ، فلم يكن ذلك إنكاراً لفكرة القانون الطبيعي، بل تجنباً للتشريعات الوضعية من الخوض في المبادئ الفلسفية . ينظر د. أنور سلطان ، مصدر سابق ، ص 80-81 .

(3) ينظر : د. حسن كيرة ، مدخل دراسة القانون ، مصدر سابق ، ص 105-107.

(4) فقد جاء المشروع الأول لقانون نابليون بالمادة الأولى منه ينص على ما يأتي : (يوجد قانون عام لا يتغير ، هو مصدر كل القوانين الوضعية ، وهذا القانون ليس إلا العقل الطبيعي من حيث أنه يحكم كل البشر) ولكن هذا النص حذف من المشروعات التالية ، هذا فضلاً عن تأثر الثورة الفرنسية بمذهب القانون الطبيعي ، وإعلانها لميثاق حقوق الإنسان وهي حقوق تستند كلها إلى مبادئ القانون الطبيعي . ينظر : د. عبد الرزاق السنهوري ، أصول القانون ، مصدر السابق ، ص 29-30 ، وكذلك : د. عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ، ص 182

و قد عرف القانون الطبيعي بتعاريف متعددة من قبل الفقهاء و الباحثين، فقد عرف بأنه (مجموعة من القواعد القانونية ليست من وضع البشر بل توحى بها الطبيعة ، وأنها لأفراد الجنس البشري عامة وثابتة لا تتغير وخالدة على مر الزمان)⁽¹⁾ ، وعرف أيضاً بأنه (القانون الذي توحى به الطبيعة ويكشفه العقل ويتحسس به الوجدان ويعتبر المثل الأعلى الذي تسير علي نهجه القوانين الوضعية وتهتدي بمبادئه)⁽²⁾ ، وعرف كذلك بأنه (نظام قانوني كامل ينظم جميع علاقات الناس في مختلف البلاد والعصور ، وهو موجود في الطبيعة ويصل إليه الإنسان من طريق العقل)⁽³⁾ .

وهذه التعريفات وغيرها لا تقدم سوى تصور كون القانون الطبيعي موجوداً في الطبيعة وهو نظام متكامل وينظم العلاقات بين الأشخاص ، إلا أن الأهم من ذلك هو تقديم الدليل على وجود هذا القانون أو ضرورة وجوده فإنها قد شكك بها ، ولذلك تعرض القانون الطبيعي إلى جملة من الإشكالات والاعتراضات التي أدت في القرن التاسع عشر إلى تراجع هذه الفكرة وانحسارها ، ومن جملة هذه الإشكالات تلك التي ادعت بأن هذا القانون متناقض فهو يخلط بين القانون بما هو كائن والقانون بما يجب أن يكون ، ومنها أيضاً أن هذا القانون إذا كان يستند إلى الطبيعة فلا بد أن تكون هذه الطبيعة عاقلة ولها غاية شرعت هذا القانون من أجل بلوغها ، وغير ذلك من الإشكالات⁽⁴⁾ .

وعلى الرغم من الانتقادات والإشكالات التي وُجّهت لهذا القانون إلا أنه لا يزال يحظى بالكثير من المؤيدين والأنصار في مختلف بلدان العالم وفي مجالات متعددة قانونية وسياسية واجتماعية ، والأمر الذي يستدعي دفع الإشكال عن فكرة القانون الطبيعي هو التسليم بالوجود الموضوعي لهذا القانون ، وهذا إنما يتم من خلال إقامة الدليل على ضرورة وجوده .

والذي يبدو لنا أن الدليل يكمن في أن القانون الطبيعي تتطلبه الطبيعة البنيوية للقانون الوضعي، حيث أن القانون عبارة عن بنية تتكون من عناصر، وهذه العناصر تخضع لعوامل تركيبية لارتباطها بأسس تشد أجزاء البنية التشريعية بعضها إلى بعض ولهذا فإن البحث في مصادر القانون ومنها القانون الطبيعي يعتبر ضرباً من التحليل البنيوي - وهو منهج يمكن تطبيقه في كثير من الدراسات - حيث أن

(1) د. أحمد إبراهيم حسن ، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية - نظم القانون الخاص - ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية، 1998 ، ص276 . وكذلك : د. منذر الشاوي ، فلسفة القانون ، مصدر سابق ، ص 101

(2) د. محمود عبد المجيد المغربي ، تاريخ القوانين ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، بيروت - لبنان ، بدون سنة طبع ، ص163

(3) د. سليمان مرقس ، فلسفة القانون ، مصدر سابق ، ص286

(4) ينظر : د. منذر الشاوي ، مذاهب القانون ، مركز البحوث القانونية ، وزارة العدل ، بغداد ، 1986 ، ص 30 .

وراء المظاهر المختلفة لكل بنية شيء مشترك يجمع بينها ، ولذلك يمكن أن ننظر إلى القانون الطبيعي من خلال البعد البنيوي للقانون الوضعي ، حيث أن القانون الطبيعي الذي هو أحد مصادر القانون الوضعي ، والذي أشارت له كثير من التشريعات يمثل من بين المصادر الأخرى الرابط الذي يربط بين أجزاء القانون الوضعي ، وذلك لأن القانون الطبيعي بكل ركنيه المادي والمعنوي لا يمكن أن يعتبر من وضع الفكر البشري المحدود، بل أنه من وحي قوة خارج نطاق هذا الفكر.

وهذه القوة أطلق عليها تارة الطبيعة ، وأخرى العقل الكلي ، وثالثة الوحي الإلهي عن طريق العقل أو الطبيعة ، وبما أن الإنسان يمكنه أن يتوصل إلى أحكام هذا القانون عن طريق العقل ، ومن خلال القوة المدركة فإن أحكام هذا القانون ، تعتبر البنية الأساسية التي تستند إليها كل القوانين الوضعية ، فهو بناءً على ما تقدم ضرورة ثابتة وغير قابلة للإنكار ، فضلاً عن أن تنظيم الحقوق الطبيعية للإنسان التي نادى بها الفلاسفة والمفكرون لا يمكن أن يتم إلا بناءً على القانون الطبيعي ، حيث أن الحقوق الطبيعية إنما تكون مشروعة وملزمة بحكم القانون الطبيعي .

وبما أن هذا القانون وليد الطبيعة والعقل فإن وجوده يسبق وجود المجتمع ، ولذا فإن القانون الطبيعي هو الذي يثبت الحقوق الطبيعية للإنسان ، وبهذا تتضح ضرورة وجود القانون الطبيعي من جهتين ، الأولى : بأنه هو الذي يُكوّن البنية الطبيعية التي يستند إليها القانون الوضعي في كل البلدان ، والثانية : القانون الطبيعي هو الذي تثبت بموجبه الحقوق الطبيعية للإنسان .

وبناءً على ما تقدم يمكن أن نعرف القانون الطبيعي بأنه : مجموعة القواعد التي تكون البنية الأساسية للقوانين الوضعية التي تثبت بموجبه الحقوق الطبيعية للإنسان بناءً على ما يوحي به العقل الكلي وفقاً لفكرة العدالة .

وأما بالنسبة لتمييز قواعد العدالة عن القانون الطبيعي فقد انقسمت آراء فقهاء القانون وفلاسفته حول تمييز قواعد العدالة عن القانون الطبيعي على رأيين :

الأول : يرى عدد غير قليل من فقهاء القانون وفلاسفته بأن القانون الطبيعي وقواعد العدالة مترادفان ، ولا تمييز بينهما ، بمعنى أن النسبة بين المصطلحين هي التساوي⁽¹⁾ .

(1) ينظر : د. عبد المنعم فرج الصدة ، أصول القانون ، مصدر سابق ، ص 151 ، ومن الفقهاء الذين يرون الترادف بين المصطلحين ، د. عبد الفتاح عبد الباقي ود. محمد علي أمام وبريت دي لاكريسي ، أشار إليهم عبد الباقي البكري ، مصدر سابق ، ص 189 ، فقرة هامشية رقم (2) ، ومنهم أيضاً لابورد لاكوسست أشار إليه د. سليمان مرقس، فلسفة القانون ، مصدر سابق ، ص 287 فقرة هامشية رقم (1) .

الثاني : يرى المشهور من الفقهاء والفلاسفة أن العلاقة بين القانون الطبيعي وقواعد العدالة كانت في بادئ الأمر هي الترادف ، حيث كانت قواعد العدالة تمتزج بالقانون الطبيعي تماماً ، إلا أنه بعد توجه الإشكالات والانتقادات للقانون الطبيعي وتشديد النكير من عدد من الفقهاء وعلى رأسهم الفقيه الألماني سافيني على فكرة القانون الطبيعي في الربع الأول من القرن التاسع عشر ، وظهر فكرة القانون الطبيعي ذي المضمون المتغير أو ذي الحدود المتغيرة⁽¹⁾ ، أصبح القانون الطبيعي يمثل عدداً محدوداً من المبادئ العليا التي تعتبر مثلاً يحتذى به من قبل القوانين الوضعية بحيث يستلهم تلك القواعد المشرع في وضعه للقوانين ويهتدي بها القاضي عند إصدار الأحكام ، في حين تعتبر قواعد العدالة هي التطبيق لتلك المبادئ التي يمكن أن تتناول التفاصيل والجزئيات وتضع لها الحلول⁽²⁾ .

والذي يبدو لنا أن العلاقة بين قواعد العدالة والقانون الطبيعي قديماً وحديثاً هي علاقة بين المفهوم العام وبعض مصاديقه الخاصة ، فتكون النسبة بينهما ليس التساوي كما ذهب أصحاب الرأي الأول ، ولا الاختلاف أو التناقض كما هو الأمر عند أصحاب الرأي الثاني⁽³⁾ ، وإنما هي العموم والخصوص المطلق فالقانون الطبيعي منذ بدايته يحتضن قواعد العدالة وهي داخلة تحت مفهومه ، ولكنه يشمل غيرها من القواعد والمبادئ فهو كما يشمل قواعد العدالة يشمل العدالة الاجتماعية والسياسية ويثبت الحقوق الطبيعية - حقوق الإنسان - وكذلك العدالة الاقتصادية ، و تعني العدالة الاجتماعية نوعاً من المساواة يتعلق بالصالح العام ، وأما العدالة السياسية فيضمنها وجود دستور يوزع الحريات السياسية والمساواة الاجتماعية ، والعدالة الطبيعية تتعلق بحقوق الإنسان بما هو إنسان التي يطلق عليها الحقوق الطبيعية ، أما العدالة الاقتصادية فهي تتحقق فيما إذا استطاع النظام الاقتصادي إشراك الجميع بالاستفادة من وسائل

(1) تلافياً للإشكالات التي وجهت ، ارتأى عدد من أنصار فكرة القانون الطبيعي أن القانون الطبيعي ليس قواعد ثابتة تصلح لكل زمان ومكان ، بل هو قانون يتغير مضمونه بحسب الزمان والمكان ، حيث أنه في وقت معين من تاريخ شعب معين يتخيل المفكرون مثلاً أعلى للقانون يتوجهون شطره بالقانون الوضعي فيقابلون القانون الوضعي الذي يحسبونه ناقصاً بالنموذج المثالي الذي يرسمه المفكر في مخيلته للقانون الذي يبدو أكثر استجابة لمقتضيات العلاقة . ينظر : د. عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ، ص185.

(2) ينظر : عبد الباقي البكري ، مصدر سابق ، ص 189 ، وكذلك : د. حسن كيرة ، المدخل إلى القانون ، مصدر سابق ، ص119 .

(3) قال د. سليمان مرقس (وهذا الازدواج هو الذي يفسر لنا الخلاف بين الفقهاء في شأن القانون الطبيعي لأن المختلفين نظر كل فريق منهم الى القانون الطبيعي من زاوية تغاير الزاوية التي نظر إليها الفريق الآخر ، ومنهم من جمع بين النظرتين فحاول الجمع بين النقيضين) ينظر : د. سليمان مرقس ، فلسفة القانون ، المصدر السابق ، ص 287 .

الإنتاج⁽¹⁾ ، وبناءً على ما تقدم فإن العلاقة بين القانون الطبيعي وقواعد العدالة ثابتة ولم تتغير وهي نسبة العموم والخصوص المطلق ؛ فالقانون الطبيعي أعم مطلقاً من قواعد العدالة وهي أخص مطلقاً منه .

المطلب الثاني

أنواع العدالة

تطرقنا فيما تقدم لتعريف قواعد العدالة وبيان عناصرها وخصائصها وتمييزها من غيرها من المصطلحات ، وإتماماً لمتطلبات البحث ينبغي أن نبحت أنواع العدالة ، وهي تتنوع عادة وتصنف تبعاً لاختلاف أطراف العلاقة التي يراد تحقيق العدالة فيها ، فثمة عدالة يكون النظر فيها إلى علاقة الفرد بالفرد وهي العدالة التبادلية ، وأخرى يكون النظر فيها إلى علاقة الفرد بالجماعة وهي إما عدالة تجب للفرد على المجتمع وهي العدالة التوزيعية ، وإما عدالة تجب للمجتمع على الفرد وهي العدالة الاجتماعية ، وبناءً على ذلك ينبغي أن نقسم هذا المطلب على ثلاثة فروع : نبحت في الأول منها العدالة التوزيعية ، ونخصص الثاني للبحث في العدالة التبادلية ، ونفرد الثالث للبحث في العدالة الاجتماعية .

الفرع الأول

العدالة التوزيعية

تعتبر العدالة التوزيعية الغاية الأهم للتشريعات من أجل إقامة التوازن بين مصالح الأفراد ومصالح الجماعة ، وتظهر العدالة في الفقه القانوني الحديث بمظهرين :

الأول : فكرة العدل الشكلي القانوني .

والثاني : العدل الجوهرى الحقيقي الذي يعني الإنصاف .

حيث أن العدل يظهر المساواة من خلال التطبيق الحرفي للقانون على الجميع بالتساوي أمام القانون في حين أن العدالة تحقق الإنصاف الذي يدعو له العقل السليم و تقتضيه الحكمة التي يكشفها الذوق السليم ، ولبيان العدالة التوزيعية يجب التنويه بالتقسيم الذي ابتدعه فلاسفة الإغريق وهو تقسيم العدالة إلى التوزيعية والتبادلية⁽²⁾ ، وهذا التقسيم للعدالة تبنته القوانين اللاتينية وأصبح سمة مميزة لها ، حيث أنه بناءً على هذا التقسيم انقسمت القواعد القانونية – في النظام اللاتيني وما يتبعه من قوانين ومنها القانون

(1) ينظر : أحمد زكي بدوي ، معجم مصطلحات العلوم الاجتماعية ، مكتبة لبنان – بيروت ، 1982 ، ص 232 . وكذلك : إحسان محمد ، موسوعة علم الاجتماع ، الدار العربية للموسوعات ، بيروت ، 1999 ، ص 460 .

(2) ينظر : جاك غستان ، مصدر سابق ، ص 256 . وكذلك : د. صلاح الدين الناهي ، نصوص قانونية وشرعية ، مصدر سابق ، ص 297 .

العراقي – إلى مجموعتين ، الأولى غايتها تحقيق العدالة التوزيعية والاجتماعية ، والثانية غايتها تحقيق العدالة التبادلية⁽¹⁾ .

والمقصود بالعدالة التوزيعية أن تحكم العلاقة بين السلطة العامة والأفراد فهي عدالة الحاكمين والمشرعين ، والهدف منها تقسيم المنافع العامة والتكاليف على أعضاء المجتمع بطريقة تضمن التساوي فيما بينهم ، إلا أن التساوي لا يقصد به التساوي الحسابي بل التساوي الهندسي النسبي، وعرفت العدالة التوزيعية من قبل الفقهاء والباحثين في القانون بعدة تعاريف فقد عرفت بأنها : (العدالة التي تسود علاقات الأفراد بالجماعة من حيث وجوبها على الجماعة للأفراد ، فالجماعة - الدولة - وهي بصدد توزيع المنافع والوظائف العامة والأعباء العامة على الأفراد ينبغي أن تراعي في مثل هذا التوزيع اختلاف الأفراد في حاجاتهم وفي مقدرتهم وجدارتهم)⁽²⁾ .

وعرفت العدالة التوزيعية أيضاً بأنها: (هي العدالة التي تكون في نطاق علاقات المجتمع أو الدولة بالأفراد بوصفهم أعضاء في مجتمع يسمى - بالدولة- ، إذ تقوم على إعطاء أعضاء الهيئة الاجتماعية جميعاً حصصاً متساوية ، يتمتع كل فرد بمنافع الخير العام صحيح أن أساس العدالة هنا هو المساواة ، ولكن المساواة هنا ليست المساواة الحسابية ، إذ تقتضي العدالة التوزيعية أن يكون التوزيع بين الأفراد

(1) ينظر : سماح جبار ، القيمة القانونية للعنصر الأخلاقي في العقود الخاصة ، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص مقدمة لكلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبو بكر بلقايد ، الجزائر ، 2018 ، ص31 . قال بعض فقهاء القانون بهذا الصدد (أما غاية القانون فهي الأهداف التي يتوخاها القانون ، أو بعبارة أدق الأهداف التي يجب أن يتوخاها ، أو القيم التي يسعى إلى تحقيقها وإذا كانت غالبية الفلاسفة متفقة على أن غاية القانون هي تحقيق العدل ، فإن منهم من يضيف إلى ذلك قيمة أخرى كالحرية والتنسيق بين المصالح المختلفة في المجتمع ، والأمن الجماعي والتقدم الحضاري إلخ... بل إن من يتفقون على أن غاية القانون العدل فحسب ، منقسمون في تصورهم لفكرة العدل ، فبينما يرى بعضهم أن غاية القانون هي تحقيق العدل التبادلي أو عدالة المعاوضة *Corrective justice* ، يذهب آخرون إلى أن غاية القانون تشمل العدل التوزيعي *Justice distributive* أيضاً ، ومرجع هذا الخلاف عندهم نظرهم إلى القانون نظرة فردية أو نظرة جماعية ، فالفرديون يقنعون بالعدالة التبادلية والاشتراكيون ينشدون العدالة التوزيعية) ينظر د. سليمان مرقس ، فلسفة القانون ، مصدر سابق ص10 .

(2) د. حسن كيره ، المدخل إلى القانون ، مصدر سابق ، ص161 ، وقد قسم بعض الفقهاء العدالة تقسيماً بشكل آخر واختزلوها إلى صورتين هما العدالة العامة – وتشمل العدالة التوزيعية والعدالة الاجتماعية – والعدالة الخاصة ويقصد بها ما يسود علاقات الأفراد بوصفهم أفراداً ويقوم على أساس المساواة التامة بينهم ، وهي تقابل العدالة التبادلية أما العدالة العامة فهي التي تسود علاقات الجماعة بالأفراد بوصفهم أعضاء فيها ، وهي ترمي إلى تحقيق الصالح العام ، وتشمل العدالة التوزيعية والعدالة الاجتماعية ، إلا أن هنالك من الفقهاء من يقصر صورة العدالة العامة على العدالة الاجتماعية فقط ، ويجمع كلاً من صورتَي العدالة التوزيعية والعدالة التبادلية تحت عنوان العدالة الخاصة . ينظر : د. حسن كيره ، المدخل إلى القانون ، مصدر سابق ، ص164-165 .

بحسب ملكاتهم وقدراتهم وحاجاتهم فهي المساواة التناسبية التي تتناسب مع قدرة العضو في المجتمع ومكانته وقيمة الخدمة التي يؤديها للمجتمع⁽¹⁾.

وعرفت كذلك بأنها (توزيع الخيرات المادية والمعنوية والأعباء على الأشخاص في المجتمع بالتساوي ، والمساواة المقصودة في العدالة التوزيعية هي المساواة النسبية وليس المساواة الحسابية)⁽²⁾ ، والذي يتبين من التعاريف المتقدمة أن العدالة التوزيعية يتم على أساسها توزيع الخيرات ومقدرات البلد والوظائف العامة وكذلك توزيع الأعباء والتكاليف العامة على أفراد المجتمع بالتساوي والمقصود هنا المساواة الهندسية وليس الحسابية بمعنى أن التوزيع يكون على أساس المزايا والمؤهلات التي يتمتع بها الأشخاص، فشغل المناصب الوظيفية يكون على أساس الكفاءة العلمية والخبرة العملية .

وهذا يعني أن المواطنين لا يتساوون مساواة مطلقة في الحصول على الوظائف العامة في الدولة فليست مثل هذه الوظائف حقاً مباحاً لكل راغب في شغلها وإنما هي وقف على من يتمتع بالأهلية اللازمة لشغل ذلك المنصب ، ومثل هذا الاختلاف والتفاوت بين الأشخاص في الكفاءات والمؤهلات لا يسمح بإقامة المساواة التامة الحسابية بينهم بحيث يتساوى فيها الكل كتلك المساواة التي تحققها العدالة التبادلية كما سيأتي الكلام عنها لاحقاً ، والاضطرار إلى إجراء المساواة النسبية ناتج عن اختلاف الأفراد وتفاوتهم في الكفاءة والمؤهل العلمي والخبرة العملية⁽³⁾.

وهذا التفاوت هو الذي اضطر الجماعة - الدولة - إلى النزول عن التزام المساواة الحسابية إلى نوع آخر من المساواة وهو التناسبية أو الهندسية ، وعلى أساسها يتم التوزيع وذلك لان العدالة التوزيعية لو تمت على أساس المساواة الحسابية لكانت قسمة غير عادلة⁽⁴⁾ ، بل كانت هي عين الظلم بل أشد من

(1) د. عبد الحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، مصدر سابق ، ص 213

(2) د. فايز محمد حسين ، فلسفة القانون ونظرية العدالة ، مصدر سابق ، ص 1389 .

(3) ينظر : د. حسن كيره ، أصول القانون ، مصدر سابق ، ص 193 .

(4) قال أرسطو (إن أصل النزاعات هو في حصول متساوين على أشياء غير متساوية ، وفي حصول غير متساوين على أشياء متساوية ... يعترف الجميع بأنه ينبغي تطبيق العدالة التوزيعية على أساس الاستحقاق القائم على الأهلية ، على الرغم من أنه لا يتفق الجميع على نوع الأهلية ذاته الذي يمكن أن يقرر الاستحقاق ، فيدعي الديمقراطيون أن هذا المعيار هو منزلة الرجال الأحرار ويقول أتباع الأوليغاركية إنها الثروة وفي بعض الأحيان النبل بالولادة ، أو النسب أما الأرستقراطيون ، فيقولون إنها الامتياز أو البراعة) ينظر

Aristotle ، the nicomachian ethics ، book v، 1131 a، in Aristotle ، the complete works of Aristotle : the revised oxford translation ، edited by jonathan brnes = ، bolling en series ؛ 71 :2،2 vols ، 6 thed . (Princeton ، nj : Princeton university press ، 1995) ، vol . 2 ، p . 1785

أشار إليه عزمي بشارة ، مدخله بشأن العدالة ، بحث منشور في مجلة تبين ، العدد الخامس ، 2013 ، ص 6 .

الظلم⁽¹⁾ ، ثم أن الضابط الذي تقوم عليه العدالة التوزيعية قد اختلف فيه الفقهاء والفلاسفة على ثلاثة اتجاهات :

- 1- إعطاء كل شخص حصته من المنافع العامة وتحمله الأعباء والواجبات بحسب الطبيعة .
 - 2- بينما يرى الاتجاه الثاني أن يعطى كل شخص ما يستحقه من المنافع والخيرات العامة ويتحمل ما عليه من التكاليف بحسب الضرورات الاجتماعية والاقتصادية .
 - 3- والاتجاه الثالث يرى أن إرادة الدولة هي التي تلعب الدور الرئيس في طريقة التوزيع⁽²⁾ .
- وعلى أية حال ، إذا كانت المساواة المقصودة في العدالة التوزيعية هي المساواة النسبية وليس الحسابية فهذا يعني أن العدالة التوزيعية تتحقق حتى في حال عدم تساوي ما يحصل عليه كل فرد في المجتمع من الخيرات والمزايا والتكاليف العامة .

ولكن الذي يبدو لنا : أن العدالة التوزيعية وإن كانت لا تقوم على أساس المساواة المطلقة ، لكنها في الوقت ذاته تتعارض مع عدم المساواة المطلقة ، فليس من العدالة في شيء أن تأخذ فئة معينة من المجتمع كل الامتيازات والثروات ، والوظائف العامة فإن هذا هو الظلم بعينه ، وسواء كان هذا الاستحواذ على الخيرات والمقدرات بلا قانون ، أو شرعاً بموجب قانون ، ولكن ذلك القانون لم يشرع بناءً على أسس منطقية معقولة ، حيث أن نهب الخيرات وسلب الثروات يتم في بعض الأحوال بالأطر القانونية ، وذلك عندما تلجأ الفئة القابضة على السلطة بواسطة أدواتها إلى تشريع قوانين لصالحها ، أو لصالح مجموعة من الناس ارتبطت مصالح الطبقة الحاكمة بهم وعندها يتحول القانون إلى أداة للنهب .

إلا أنه لا يمكن لأي مجتمع أن يحيا حياة حرة كريمة من دون احترام القوانين وهي الوقت نفسه لا بد أن تكون جديرة بالاحترام ، ولكن فيما إذا تناقض القانون مع العدالة ، يجد كل شخص نفسه بين خيارين أحدهما وهو الأقسى أن يخسر حسه الأخلاقي ، والآخر لا يقل قسوة عن الأول وهو أن يفقد احترامه للقانون ، فهما أمران أحلاهما مر ، والإشكال الأكبر عندما يشرع القانون لنهب خيرات ومقدرات البلد ، وعندئذ يظهر النهب في نظر الكثير من الناس بمظهر العدل ويحاط بالقدسية ، والأمر الذي يشكل صدمة وحيرة كبيرة هو أن هنالك الكثير ممن يدافع عن هذا النهب والاستغلال باسم القانون ، ليس فقط من

(1) ينظر : د. عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ، ص 214 .

(2) ينظر : جاك غستان ، مصدر سابق ، ص 256 . وكذلك : د. مصطفى سيد احمد صقر ، فلسفة العدالة عند الإغريق وأثرها على فقهاء الرومان وفلاسفة الاسلام ، مكتبة الجلاء الجديدة المنصورة - مصر ، 1989 ، ص 81-83 ، وقال جاك غستان في هذا الصدد (وترتكز العدالة التوزيعية على إعطاء كل واحد الحصة التي تعود له حسب الطبيعة كما يقول بعضهم ، وحسب الضرورات الاجتماعية والاقتصادية أو إرادة الدولة كما يقول آخرون ، ويمكن بداهة أن تقود العدالة التوزيعية الى إعطاء اعضاء الهيئة الاجتماعية جميعاً حصة متساوية ، فالمساواة هي الشكل الأكثر بداهة للعدالة ، أو بالأصح الشكل الأكثر ظاهراً والحقيقة أكثر تعقيداً) ينظر : جاك غستان ، المصدر نفسه ، ص 257 .

صفوف المستفيدين منه بل في صفوف المتضررين أيضاً ، وعلى أية حال فإن العدالة التوزيعية ينبغي أن تتحقق فيها المساواة من جهتين :

الأولى : ينبغي أن يشمل التوزيع الخيرات والمقدرات والوظائف العامة على فئات الشعب كافة لتتال كل الشرائح نصيبها من الناتج القومي لاقتصاد البلد ، ولكن التوزيع لا يجب أن يكون بالتساوي المطلق وإنما بالتناسب فيتم التوزيع على الافراد كافة كل بحسب كفاءته ومؤهلاته بالنسبة لشغل المناصب العامة ، وكل بحسب ما يؤديه من خدمة للصالح العام بالنسبة لما يتقاضاه من أجور .

الثانية : ينبغي أن توزع الأعباء ، وتحمل الخدمات التي تؤدي للصالح العام على كل الأفراد كل بحسب قابليته وإمكانيته ، فلا يمكن أن تفرض الضرائب بشكل اعتباطي أو عكسي لا يتناسب مع مقدار دخل الشخص مهما كان الظرف والسبب الذي يدفع المشرع إلى تشريع قوانين الضرائب والرسوم أو غيرها من الواجبات التي يفرضها القانون .

أما العدالة التوزيعية في الشريعة الإسلامية ، فإنها على الرغم من الدعوة إلى المساواة في الكثير من النصوص الشرعية كآيات القرآنية والأحاديث الشريفة للنبي (صلى الله عليه وآله وسلم) ومنها قوله تعالى (يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ)⁽¹⁾ ، وما روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أنه قال (كلكم لآدم و آدم من تراب)⁽²⁾ وكذلك ما روي عنه (صلى الله عليه وآله وسلم) أنه قال : (المؤمنون كأسنان المشط يتساوون بالحقوق ويتفاضلون بأعمالهم)⁽³⁾ .

إلا أن المشرع الإسلامي قد نهج في توزيع الموارد المالية على أساس الاستحقاق والكفاءة ، فقد كانت الغنائم توزع على المجاهدين الذين اشتركوا في المعركة أو الغزوة التي حصلت تلك الغنائم من خلالها دون القاعدين الذين لم يشاركوا بالجهاد ، نعم كان توزيع ما يفضل من أموال في بيت مال المسلمين بعد إخراج النفقات على الأصناف التي حددها القرآن الكريم ، يوزع ما يتبقى من أموال بالتساوي بين المسلمين باستثناء بعض الأصناف الذين كان يزيدهم النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - في العطاء ليستميلهم إلى الإيمان وهم المؤلفون قلوبهم ، إلا أنه بعد أن لحق النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) بالرفيق الأعلى حدث في عهد الخليفة الثاني أن تم توزيع العطاء على أساس السابقة في الإسلام أو الشرف

(1) سورة الحجرات : الآية (13).

(2) العلامة محمد باقر المجلسي ، بحار الأنوار ، ج31، دار الرضا ، بيروت - لبنان ، 1403 هـ -1983 ، ص35 .

(3) الشيخ حسين النوري ، مستدرک الوسائل ج8 ، ط2 ، مؤسسة آل البيت لإحياء التراث ، بيروت - لبنان 1408 هـ - 1988م ، ص327 .

القبلي فيكون نصيب السابقين إلى الإسلام من بيت المال أكثر ممن أسلم بعد الفتح وهكذا ، وكذلك فضل من كان من قريش على غيره من سائر المسلمين ، ولكن عاد الأمر إلى سابق عهده في زمن خلافة الإمام علي (عليه السلام) فكان يساوي بين المسلمين بالعبء ، كما كان رسول الله - ص - يقسم بالسوية ويعدل بالرعية .

إلا أن القسمة بالتساوي كانت في جانب من الحقوق وهي التي يشترك فيها سائر المسلمين فلا يفرق بينهم ، أما استحقاق الأجور والمرتبات فكانت القسمة فيها على أساس الكفاءة والمؤهلات ، ويدل على ذلك ما بينه الإمام علي - عليه السلام - في عهده لمالك الأشتر (رضي الله عنه) فيما يخص مرتبات القضاة على سبيل المثال ، فقد قال - عليه السلام - (واتسع له بالبدل ما يزيل عنته وتقل معه حاجته إلى الناس...) (1) ، وهذا التمييز بالعبء بالنسبة للقضاة على ما يبدو لسببين :

الأول : لأنهم يتحملون مهام فكرية صعبة لا يمكن أن يقوم بها إلا من كانت لديه مؤهلات علمية خاصة .

والثاني : إن إعطاء القضاة ما يكفيهم و يحصنهم أمام المغريات التي من الممكن أن تعرض عليهم من قبل من يريد أن يأخذ حقوق الآخرين ، وهذا الوجه له أهمية كبيرة التفتت لها بعض الدول الغربية فجعلت رواتب القضاة أمراً غير محدد، وإنما تمنح للقاضي بطاقة مالية يستطيع أن يأخذ من ميزانية الدولة ما يشاء حتى لا يقع تحت تأثير من يستطيع أن يدفع له أكثر من راتبه أضعافاً مضاعفة .

وبهذا يتضح أن العدالة التوزيعية في الشريعة الإسلامية ، تارة تساوي بين الناس مساواة حسابية أو مساواة بين الرؤوس في بعض الحقوق، ومنها كما ذكرنا العطاء المالي من الفاضل في بيت مال المسلمين ، ولكنها تساوي بينهم مساواة نسبية أو هندسية في حقوق أخرى كاستحقاق الأجور والمرتبات بالنسبة للعاملين والموظفين في الدولة الإسلامية من قضاة وقادة جيوش وغيرهم ، وذلك لأجل إعطاء كل شخص ما يستحقه .

الفرع الثاني

العدالة التبادلية

تسمى العدالة هنا تبادلية لأنها تحصل من خلال تبادل السلع والخدمات بين الأشخاص في المجتمع (2) ، ويطلق عليها أيضاً العدالة التصحيحية إذا ما تعلقت بالحقوق التي تنشأ نتيجة للعمل غير

(1) العلامة محمد باقر المجلسي ، بحار الأنوار ، مصدر سابق ، ج77 ، ص251.

قال (عليه السلام) في عهده لمالك الأشتر (ثم أختار للحكم بين الناس أفضل رعيتهك ثم أكثر تعاهد قضائه واتسع له بالذل ما يزيل عنته وتقل معه حاجته الى الناس) .

(2) ينظر : د. احمد ابراهيم حسن ، مصدر سابق ، ص150 .

المشروع أو (المسؤولية التقصيرية) وذلك لأن الطرف الذي يعتدى على حقوقه الخاصة سواء كانت مالية أو غيرها ينبغي أن يحصل على تعويض مساوٍ للضرر الذي أصابه ، ولذلك أطلقوا على هذا النوع من العدالة بالعدالة التصحيحية ، لأنها صححت الخطأ التقصيري الذي وقع وأدى إلى إلحاق الضرر بالغير أو بعبارة أخرى تصحيح الوضع الناشئ عن العمل غير المشروع⁽¹⁾ .

ويطلق أرسطو على هذا النوع أيضاً العدالة التعويضية ، ومهمة هذه العدالة عنده ضبط العلاقات التي تنشأ بين الأشخاص سواء كانت إرادية - العقد والارادة المنفردة - أو لا إرادية - كالعمل غير المشروع -⁽²⁾ .

وقد عرفت العدالة التبادلية بعدة تعاريف لدى فقهاء القانون فقد عرفت بأنها (أول صور العدالة وابتسطها واكثرها بدائية فقبل تدخل الدولة وبدونها تعرض مسألة العدل بين شخص وآخر، تساوي الأدياءات في عقود المعاوضة ، ومبدأ الاثراء بلا سبب وإصلاح الأضرار ، فهي لا تقتصر على العلاقات التعاقدية التي تنشأ بين الأفراد في المجتمع بل تنطبق أيضاً على العلاقات غير التعاقدية ، فإذا تسبب شخص بخطئه في الإضرار بغيره كان مقتضى العدالة التبادلية أن يلتزم الأول بإصلاح الضرر الذي أصاب الثاني وان يكون التعويض مساوياً للضرر)⁽³⁾ .

وعرفت أيضاً بأنها (العدالة التي تحكم علاقات الأفراد فيما بينهم وتقوم على أساس من التساوي التام فيما لكل فرد من حق ، وتمثل هذه العدالة بصورة خاصة في عقود المعاوضة حيث يرضى الطرفان بتبادل أدياءات مختلفة - بضائع أو خدمات - بحيث يستطيع كل منهم إلزام الآخر بما تعهد به ، فالعدالة هنا أن ينال كل شخص حقه ، و واضح أن العدالة هنا عدالة حسابية لا يعتد فيها بصفات الأشخاص أو اختلاف شخصياتهم)⁽⁴⁾ .

وعرفت كذلك بأنها (العدالة التي تسود علاقات الأفراد فتجب للفرد على الفرد ، وهي عدالة تقوم على أساس من المساواة التامة الكاملة ، إذا ما دام للأفراد جميعاً نفس الطبيعة - لأن كلاً منهم إنسان

(1) ينظر : سماح جبار ، مصدر سابق ، ص30 .

(2) ينظر : أرسطو ، الاخلاق ، مصدر سابق ، ص72 .

(3) د. عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ، ص211-212 ، علماً أن عبارة الدكتور حجازي كانت لتعريف العدل التبادلي ، ولكن الذي يظهر انه يقصد العدالة التبادلية أيضاً ، لأنه عندما تكلم عن العدالة بعد ذلك لم يقسمها الى توزيعية وتبادلية على الرغم من انه اشار الى هذا التقسيم في بداية كلامه فيكون تعريفه هذا شاملاً للعدالة .

(4) د. حسن علي دنون ، فلسفة القانون ، مصدر سابق ، ص134 .

كالآخر - فلا يتصور أن تقوم العلاقات بينهم إلا على قدم المساواة ، مساواة حسابية بحتة لا عبرة فيها بصفات الأفراد أو اختلاف شخصياتهم⁽¹⁾ .

ويتبين من خلال التعاريف أن العدالة التبادلية إنما تتحقق في علاقات الأشخاص فيما بينهم ، أي فيما ينشأ بينهم من علاقات قانونية سواء كانت علاقات عقدية أو غيرها ومن خلال تطبيق العدالة التبادلية يتم تحقيق التوازن بين هذه العلاقات ، حيث يتحقق الإنصاف في مقدار العوضين في العقود ويتم الحصول على التعويض المناسب الذي يصح الخلل الذي أصاب بعض الذمم المالية عند حصول بعض الأعمال غير المشروعة التي تؤدي إلى إلحاق الضرر بالغير ، ولذلك أطلق على العدالة التبادلية - فيما إذا طبقت على المسؤولية التقصيرية - العدالة التصحيحية .

وترتكز فكرة العدالة التبادلية على أساس أن السلطة الحاكمة حققت العدالة التوزيعية بين الأفراد، وقد حصل كل شخص على مقدار من الدخل القومي يناسب إمكانيته في تحقيق ذلك الدخل أو يتناسب مع ما أداه ذلك الشخص من خدمة للصالح العام مادية أو معنوية ، وعلى أية حال فإن العدالة التبادلية تكون تالية للعدالة التوزيعية ومرتبطة عليها ، ولذلك فإن مهمة العدالة التبادلية هي عبارة عن تصحيح الخلل الذي يحدث نتيجة للعلاقات التبادلية ، أو المسؤولية التقصيرية⁽²⁾ .

ثم أن العدالة التبادلية تقوم على مبدأ المساواة ، ولكن ليس على نحو ما تقوم عليه العدالة التوزيعية إذ أن المساواة هنا حسابية موضوعية ، حيث أن الأشياء والأفعال إنما تقدر من خلال قيمتها الذاتية ، والغاية من هذا النوع من العدالة هو حصول كل طرف من أطراف العلاقة القانونية على قيمة مساوية لما دفعه للطرف الآخر ، بمعنى أن أي طرف من أطراف تلك العلاقة لا يحصل على أكثر أو أقل من الطرف الآخر⁽³⁾ .

وتعتبر فكرة العدالة التبادلية الأصل الذي شيدت عليه أهم نظريات القانون المدني كنظرية العقد ونظرية الإثراء بلا سبب ونظرية المسؤولية التقصيرية - العمل غير المشروع - ، بل يمكن التصريح بأنه لا توجد مسألة في نظرية الالتزام إلا وهي تستند إلى فكرة العدالة التبادلية⁽⁴⁾ .

(1) د. حسن كيره ، أصول القانون ، مصدر سابق ، ص 191 .

(2) ينظر : د. مصطفى سيد صقر ، فلسفة العدالة عند الاغريق واثرها على فقهاء الرومان وفلاسفة الاسلام ، مكتبة الجلاء الجديدة ، المنصورة ، مصر ، 1989 ، ص 84 .

(3) ينظر : د. فايز محمد حسين ، فلسفة القانون وفكرة العدالة ، مصدر سابق ، ص 1388 .

(4) ينظر : د. سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة للقانون ، مصدر سابق ، ص 143 .

وخلاصة القول : إن العدالة التبادلية تحكم المعاملات والعلاقات التي تنشأ بين الأفراد سواء كانت إرادية أو غير إرادية ، وتقوم على أساس المساواة الحسابية في حين أن العدالة التوزيعية تقوم على أساس المساواة الهندسية ، والفرق بينهما هو أن الهندسية تركز على النسب أي انها توزع الخيرات والامتيازات على أساس التفاوت بين قابليات الافراد وملكاتهم ، اما المساواة الحسابية فهي تعتمد على العدد وهنا لا بد أن تكون المساواة عددية بمعنى أن كل طرف من اطراف العلاقة القانونية يأخذ بمقدار ما أعطى⁽¹⁾ .

والذي يبدو لنا : أن العدالة التبادلية وإن كان أساسها المساواة الحسابية العددية إلا أن هذا النوع من العدالة لا يمكن أن يتحقق في كل الظروف والاحوال على أساس المساواة العددية ، بل لا بد أن يركن في بعض الأحوال إلى المساواة النسبية الهندسية لكي تتحقق العدالة بشكلها المطلوب عقلاً بمعنى الإنصاف ، وليس التساوي امام القانون بغض النظر عن الظروف الخاصة التي تحيط بطرفي العلاقة القانونية وموضوعها ، وذلك لان الالتزام بالمساواة الحسابية قد لا يحقق العدالة في حال تبدل بعض الظروف وحدث بعض الكوارث الطبيعية أو الاوبئة فاذا طالب احد طرفي العقد بالتنفيذ مثلاً على الرغم من تبدل الأحوال وارتفاع الاسعار، فإن العدالة في هذه الحالة لا تتحقق اذا كانت المساواة على أساس العدد أو مساواة حسابية على الرغم من تحقق العدل.

إلا أنه قد تقدم الكلام عن اختلاف العدالة عن العدل ، وعليه فلا بد من اللجوء إلى المساواة التناسبية من أجل تحقيق التوازن بين مصالح أطراف العلاقة العقدية التي أصبحت مختلفة بسبب تبدل الظروف التي أبرم فيها العقد ، أو في بعض الحالات التي يضطر فيها أحد الاطراف إلى التعاقد على الرغم من اختلال التوازن بين التزامات الطرفين كما في عقود الإذعان ، وهنا لا بد من التخلي عن المساواة الحسابية والالتزام بالمساواة النسبية لكي يتم تحقيق العدالة في كل الاحوال ، والمحصلة النهائية لفكرة العدالة التبادلية هي انه وإن كان الاصل فيها المساواة الحسابية إلا انه قد يخرج القاضي عن هذه القاعدة إلى المساواة النسبية لكي تتحقق العدالة كما يحكم بها العقل الكلي السليم .

الفرع الثالث

العدالة الاجتماعية

المقصود بالعدالة الاجتماعية : العدالة التي تحكم العلاقات بالجماعة - الدولة - من جهة وجوب قيام الأفراد ببعض الأعمال التي تخص الجماعة ، ويطلق على هذا النوع من العدالة ، العدالة العامة ؛ وذلك

(1) ينظر : د. مصطفى سيد صقر ، مصدر سابق ، ص 86 .

لأنها تنظم العلاقة بين الأشخاص والسلطة العامة ، فهي تتضمن الالتزام بالنظام الاجتماعي⁽¹⁾ ، وكذلك تأمين اللوازم الضرورية للمجتمع من أفراد ، حيث أن المجتمع بمثابة الجسد والأفراد بمثابة الأعضاء لذلك الجسد ، ولا يمكن أن تدوم حياة الجسد إلا بما تقدمه الأعضاء من خدمات⁽²⁾ .

وعرفت العدالة الاجتماعية بتعاريف متعددة منها (مهمة تفرض على أعضاء المجتمع كلما هو ضروري للخير العام)⁽³⁾ ، وعرفت أيضاً بأنها (استعداد مجموعي يضع في القلب الاهتمام بالخير العام والاستعداد الاعتيادي لخدمة المجتمع)⁽⁴⁾ ، وعرفت بأنها (احترام حقوق المجتمع كتتنظيم منح العمال أجوراً متناسبة مع كفاءتهم وتوفير الخدمات والتأمينات الاجتماعية)⁽⁵⁾ .

والذي يتبين من التعاريف المتقدمة أن هذا النوع من العدالة يتعلق بعلاقة الجماعة بالأفراد بما هم أعضاء بالجماعة وليس بصفاتهم الفردية ، وتتمثل بإعطاء الجماعة ما تستحقه ، ولذلك تسمى بالعدالة الاجتماعية ، وتتميز العدالة الاجتماعية عن العدالة التوزيعية من حيث المدین والدائن ، حيث أن الدائن في العدالة التوزيعية هو الفرد والمدین الجماعة - الدولة - في حين أن الأمر في العدالة الاجتماعية بالعكس فالدائن هنا هي الجماعة والمدین هو الفرد وقد يكون هو السلطة العامة في بعض الحالات فيما إذا كان الحق لفئة معينة من المجتمع ، وكذلك تتميز العدالة الاجتماعية عن التوزيعية في الاتجاه ، فإن الاتجاه في التوزيعية يتحرك من الجماعة إلى الفرد وفي العدالة الاجتماعية تكون الحركة من الفرد إلى الجماعة⁽⁶⁾ .

وجوهر العدالة الاجتماعية يتمثل في أن الفرد جزء من الكل وهو الجماعة وليس باعتبار الفرد كلاً قائماً بذاته ، ولذلك فإن هدف العدالة الاجتماعية هو تسخير الجزء لخدمة الكل والغرض من ذلك تحقيق الخير الاجتماعي العام ، ولا يقصد بهذا الخير أن يتحقق لصالح أفراد معينين ولا طائفة بعينها بل يقصد به خير المجتمع بشكل عام⁽⁷⁾ .

(1) ينظر : د. صلاح الدين الناهي ، نصوص قانونية وشرعية ، مصدر سابق ، ص 297 . وكذلك : د. صلاح الدين الناهي ، العدالة في تراث الرافدين وفي الفكرين اليوناني والعربي الاسلامي ، ط1 ، الدار العربية للموسوعات ، عمان - الاردن ، 1984 ، ص 29

(2) ينظر : د. حسن كيرة ، أصول القانون ، مصدر سابق ، ص 195 .

(3) أميل غربي ، العدالة الاجتماعية ، ترجمة سهيلة الياس ، المطبعة الكاثوليكية ، بيروت- لبنان ، 1976 ، ص 136

(4) أمال عبد الحميد وآخرون ، علم الاجتماع القانوني ، ط1 ، دار الميرة ، عمان - الاردن ، 2010 ، ص 34 .

(5) د. جميل صليبا ، مصدر سابق ، ص 61 .

(6) ينظر : د. عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ، ص 216 .

(7) ينظر : د. حسن كيرة ، المدخل الى القانون ، مصدر سابق ، ص 163

وبما أن العدالة فكرة مثالية فإن فقهاء القانون يميلون إلى استخدام مصطلح العدالة الاجتماعية باعتبار أنها فكرة واقعية يمكن أن تصاغ بوضوح من خلال النصوص القانونية ، ومن أهم مقومات العدالة الاجتماعية التي تمت صياغتها في القواعد القانونية المساواة ، حيث ينص عليها في دساتير الدول المختلفة ومنها الدستور العراقي⁽¹⁾ .

وكذلك النص على الحرية وأيضاً على تكافؤ الفرص ، ومن أهم صور العدالة الاجتماعية بهذا المعنى التي ينبغي معالجتها بواسطة التشريعات القانونية ما يصطلح عليه بالعدالة الانتقالية التي يعيش المجتمع العراقي منذ عدة سنوات في ظل إرهاباتها ، وذلك لان مجال تطبيق العدالة الانتقالية انما يحصل بعد تغير الأنظمة السياسية وعقوب الثورات والأحداث الكبرى ، فيجري العمل على أنصاف الضحايا والمتضررين ، وتحقيق العدالة الاجتماعية بوجهها الآخر وليس من جهة حقوق الجماعة على الافراد ، وانما هذه المرة ما يترتب لشريحة معينة أو عدة شرائح ظلمت في ظل حقبة معينة من الأفراد حقوق على الجماعة⁽²⁾ ، وغالباً ما تكون القوانين النافذة عاجزة عن تحقيق الغاية المتوخاة من العدالة الاجتماعية وذلك لعدة أسباب منها :

- 1- قصور القوانين النافذة ؛ وذلك لأن تلك القوانين غالباً ما تكون قد صدرت في الفترة التي وقعت فيها أحداث الاعتداء على مصالح المجتمع أو قد وقع فيها الفساد والانتهاكات .
 - 2- عدم وجود أدلة كافية لإدانة الفاسدين ؛ وذلك بسبب عدم امكانية الحصول عليها أو بسبب ضياعها وطمس معالمها .
 - 3- في كثير من الحالات تتم محاكمة بعض الأشخاص عن الفساد ثم يحصلون على أحكام البراءة ، ثم يستفيدون من قاعدة عدم جواز محاكمة الشخص عن جريمة مرتين⁽³⁾ .
- وخلاصة القول : أن العدالة الاجتماعية تتضمن معنيين :

(1) ينظر : دستور جمهورية العراق لسنة (2005) المادة (14) نصت على أنه (العراقيون متساوون أمام القانون دون تمييز بسبب الجنس أو العرق أو القومية أو الاصل أو اللون أو الدين أو المذهب أو المعتقد أو الرأي أو الوضع الاقتصادي أو الاجتماعي) .

(2) ينظر : د. أياد يونس محمد الصقلي وعامر حادي الجبوري ، العدالة الانتقالية – دراسة قانونية – بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية ، جامعة الموصل ، ص233 . وكذلك : عزمي بشارة ، مصدر سابق ، ص10

(3) ينظر : د. أحمد محمد البغدادي ، مصدر سابق ، ص190-191 ، وذكر أن مراحل العدالة الانتقالية وهي : 1- مرحلة كشف الحقيقة وتقوم بها لجان تقصي الحقائق وجمع الأدلة 2-مرحلة المحاكمات : وتشمل التعويض والتأهيل المادي والادبي 3- مرحلة الاصلاح المؤسسي : ويتم اصلاح مؤسسات الدولة التي تقوم بتقديم الخدمات الاجتماعية خاصة . وكذلك : د. أحمد البغدادي ، مصدر سابق ، ص192-193

الأول : هو العدالة في واجبات الأفراد تجاه الجماعة - الدولة - وهي تقوم على أساس المساواة النسبية بين الأفراد في تحمل الواجبات والخدمات ، و تطبق في حق الأشخاص الذين يخضعون لحكم القانون فهي تطبق بحق الذين يتمتعون بأهلية كاملة دون القاصرين وعديمي الأهلية ، وأساس هذه العدالة هو أن الفرد الذي يعيش في كنف المجتمع يجب عليه أن يساهم في حماية مصالح المجتمع والعمل على ديمومته ، وعلية لا بد من المساهمة في نفقات الدولة العامة من خلال أداء الضرائب والرسوم التي تفرضها الدولة ، والتي ينبغي أن تكون متناسبة مع قابلية الشخص ومقدرته المالية فليس من العدالة أن يفرض واجب المشاركة بالنفقات العامة من خلال دفع الضرائب بشكل متساوٍ بين الأفراد على الرغم من تفاوت مقدار دخلهم الشهري وكذلك بالنسبة للقيام بواجب الدفاع عن المجتمع وحماية أمنه فهو واجب على الأشخاص القادرين على القيام به من جهة تمتعهم بالقابلية والقابلية على القتال دون غيرهم فلا يمكن أن يفرض هذا الواجب على ذوي الاحتياجات الخاصة مثلاً وعليه فإن المساواة بين الافراد بناءً على هذا المعنى للعدالة الاجتماعية مساواة نسبية .

أما المعنى الثاني للعدالة الاجتماعية : فهو يقترب من معنى المساواة أمام القانون التي نصت عليها الدساتير ومعاهدات حقوق الإنسان وهي تهدف إلى المساواة بين أبناء المجتمع وتكافؤ الفرص في كافة مناحي الحياة بغض النظر عن الجنس واللون والعرق واللغة والدين وتدعو إلى إلغاء الطبقية والتمييز العنصري والى إنصاف المظلومين من الذين تضرروا من ممارسات أو قوانين جائرة في ظل حقبة معينة وتعويضهم تعويضاً مناسباً .

ومن خلال استعراض أنواع العدالة يتضح أن قواعد العدالة التي ذكرها المشرع العراقي والمشرع المصري وغيرهما من المشرعين كمصدر للقانون تتعلق بالعدالة التبادلية أو التصحيحية بالمعنى الأخص ؛ لأن هذا النوع من العدالة يتصل بالقانون الخاص بشكل مباشر ، ولكنها بالمعنى الأعم تشمل أيضاً العدالة التوزيعية و العدالة الاجتماعية لما يمثله القانون المدني من سعة لكونه شرعة عامة فضلاً عن أن المادة التي ذكرت قواعد العدالة جاءت في الباب التمهيدي وفي الأحكام العامة فتكون شاملة على نحو العموم للعدالة التوزيعية و العدالة الاجتماعية (1).

(1) جاء في أحد قرارات محكمة التمييز الاتحادية ان هناك واجباً ينبغي التأكيد عليه وهو (المحافظة على المال العام ومعالجة التوازن بين مصالح المواطنين ومصصلحة الدولة) . القرار المرقم 2811/ هيئة مدنية /2015 والصادر بتاريخ 2015 / 6 /24 ، أشار إليه علي حسين منهل ، مصدر سابق ، ص114 .

المطلب الثالث

أهمية قواعد العدالة

بما أن العدالة تهدف إلى إقامة المساواة بين الأشخاص والاعتماد على التعادل بين المتعاضدين وإحفاق الحق وإعطاء كل ذي حق حقه ، فقد اعتمدت الأنظمة القانونية سواء القديمة أم الحديثة منها على قواعد العدالة لتعديل أنظمتها واستحداث قواعد جديدة ، وقد كانت قواعد العدالة واحدة في جوهرها عند مختلف الأمم وإن ظهرت بمظاهر مختلفة ، فهي تنبع من قانون الطبيعة عند الإغريق ومن قانون الشعوب والقانون الطبيعي عند الرومان ومن ضمير الملك عند الإنكليز ومن دليل العقل في الشريعة الإسلامية.

وتظهر أهمية قواعد العدالة في القوانين الحديثة والمعاصرة في مظهرين، هما:

- 1- أهمية قواعد العدالة في التشريع : فهي تلهم المشرع مبادئ ومثلاً ينبغي أن يأخذها بنظر اعتباره عندما يشرع القوانين ؛ وذلك لأن المشرع تقع على عاتقه مسؤولية النهوض بالمجتمع نحو الصلاح والتقدم وكذلك يجب عليه أن ينشر روح الخير والعدل في النظم القانونية ، وعليه أن يتمثل دائماً الإنصاف عندما يضع القواعد القانونية وأن يكون هدفه من العملية التشريعية الارتقاء بالمجتمع نحو حياة أفضل ، وهو - أي المشرع - إذا ما استحضر قواعد العدالة عند وضعه للقوانين فأنها سترشده نحو كل خير وسيرتقي بتشريعته نحو الكمال⁽¹⁾.
- 2- أهمية قواعد العدالة في القضاء : إن أثر قواعد العدالة في ساحة القضاء يكون أكبر وأوسع حيث أن القاضي يتوجب عليه الرجوع إلى قواعد العدالة إذا لم يجد مادة قانونية يمكن أن يطبقها على النزاع المعروض أمامه ، وهذا ما أكده المشرعون في كثير من التقنيات المدنية الحديثة في مختلف دول العالم⁽²⁾ ، ومنها القوانين العربية فقد تأثرت بالقوانين الغربية في نظرية مصادر القانون من حيث ترتيبها فأشارت هي الأخرى إلى ارجاع القاضي إلى قواعد العدالة عند فقد النص القانوني ، على

(1) ينظر : عبد الباقي البكري ، مصدر سابق ، ص46 ، وكذلك : د. عبد الرزاق السنهوري وأحمد أبو ستيت ، مصدر سابق ، ص109 .

(2) كالقانون النمساوي الذي كان سابقاً لتشريع الرجوع لقواعد القانون الطبيعي كما جاء في القانون المدني لسنة 1811 فقد نص على أن (القانون إذا كان ساكناً ولم يحتو على حكم يمكن أن يطبق عن طريق القياس على القضية القانونية التي ينبغي البت بها فإن تلك القضية يمكن أن تُحسم بمقتضى قواعد القانون الطبيعي) ، كما نص القانون المدني الإيطالي في المادة (12) على وجوب رجوع القاضي عند فقد النص إلى المبادئ العامة في النظام القانوني ، وكذلك القانون السويسري الصادر سنة 1907 في المادة الأولى حيث أرجع القاضي إلى جوهر القانون فيما إذا لم يجد النص المناسب الذي يمكن أن يطبق على النزاع . ينظر :

Capitant Henri ، introduction aletude du droit civil – cinquieme edition, 1937, p.31

أشار إليه علي عبد الله الحريشاوي ، مصدر سابق ، ص251 ، وكذلك : د. أنور سلطان ، مصدر سابق ، ص155-157 .

الرغم من أن الرجوع إلى قواعد العدالة لم يكن مسألة خفية وغير واضحة في الفقه الإسلامي الذي يعتبر المصدر التاريخي للقوانين العربية ، حيث أن الفقهاء المسلمين قد التفتوا إلى قواعد العدالة أو إلى ما يصطلح عليه بالقانون العقلي أو الطبيعي و أصلوا له في علم أصول الفقه وأشاروا إلى تطبيقاته في الفروع الفقهية وهو ما يعرف عندهم بدليل العقل ، وسيأتي الكلام عن ذلك في المبحث الثالث من هذا الفصل أن شاء الله ، وكيف ما كان فإن القوانين المدنية العربية لم تغفل الإشارة إلى قواعد العدالة واعتبرتها مصدراً من المصادر الرسمية للقانون ، ومن هذه القوانين القانون المدني المصري في أواره كافة المختلط والاهلي والتشريع الجديد⁽¹⁾ ، وكذلك أشار القانون المدني العراقي إلى أهمية قواعد العدالة من خلال اعتبارها مصدراً من مصادر القانون كما تقدمت الإشارة إلى ذلك آنفاً.

وقد ظهر تأثير المشرع المصري في القرن التاسع عشر بفكرة القانون الطبيعي وقواعد العدالة في لائحة ترتيب المحاكم المختلطة والقانون المدني المختلط فقد نصت المادة (34) من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة على ذلك ، وكذلك الحال في المادة (115) من القانون المدني المختلط ، وتراجع القانون المدني الاهلي عن فكرة القانون الطبيعي وتبنى فكرة قواعد العدالة فقط دون الإشارة إلى القانون الطبيعي ، وقد فسر ذلك من قبل بعض الفقهاء بأنه تأثر بالتراجع الذي حصل لفلسفة القانون الطبيعي بعد أن أثيرت الاشكالات ضدها من قبل المدرسة التاريخية التي التزمت بان القانون كاللغة يختص في كل شعب أو أمة معينة و لا توجد قواعد قانونية عالمية ، ولذلك نصت المادة (29) من لائحة ترتيب المحاكم الاهلية على قواعد العدالة دون الإشارة إلى القانون الطبيعي⁽²⁾.

وقد وجدت تطبيقات في المحاكم المصرية كثيرة لقواعد العدالة والقانون الطبيعي في ظل التشريعات المصرية السابقة على القانون المدني الجديد ، فقد طبقت المحاكم في مصر قواعد العدالة في عدد من الموارد على الرغم من أن التشريعات السابقة لم تتعرض لها ومنها : الملكية الأدبية والفنية والصناعية ، ونظرية التعسف في استعمال الحق ، ونظرية تحمل التبعة ونظرية الظروف الطارئة⁽³⁾ ، وسيأتي تفصيل ذلك في الفصل الثالث من هذه الدراسة إن شاء الله .

ويظهر أن أهمية قواعد العدالة تتمثل في أنها تعتبر أوسع مجالاً واصدق تعبيراً من غيرها من وسائل السلوك الاجتماعي الأخرى ، لأنها تتعامل مع الحياة الاجتماعية بكل مستلزماتها ومتطلباتها

(1) ينظر : د. عبد الرزاق السنهوري وأحمد ابو ستيت ، مصدر سابق ، ص 111 .

(2) ينظر : د. فايز محمد حسين ، مصدر سابق ، ص 1394 .

(3) ينظر : د. عبد المنعم فرج الصدة ، أصول القانون ، مصدر سابق ، ص 152 .

وحاجاتها ، فهي معنية بالتطور ووسائله لأنها الأداة التي تساعد على منع الاحتكار واستغلال وسائل الانتاج من قبل فئة معينة من دون غيرها لذلك لا بد للنظام القانوني الذي يطبق قواعد العدالة أن يتوجه نحو التغيير الجذري والشمولي للبنى الاجتماعية بأكملها، بما يكفل نشر العدالة بين الناس وتأمين حاجاتهم والحفاظ على حرياتهم (1) .

ويبدو لنا : أن تحقيق هذا الهدف يتطلب التعاون بين التشريع والفقهاء والقضاء لكي يتم تطبيق قواعد العدالة على النمط الذي يكفل الحقوق كافة لأصحابها و لأجل أن يتحقق الخير العام ، فالتشريع هو البيئة الأهم التي ينبغي أن تطبق فيها قواعد العدالة من خلال استلزام المشرعين لهذه القواعد وما ترشد اليه من مثل عليا تهدف إلى تحقيق العدالة من خلال وضع القواعد القانونية التي تحقق ذلك ، كما حصل بالنسبة لعدد من القواعد التي دخلت عالم التشريع واصبحت قواعد قانونية ومنها نظرية التعسف في استعمال الحق ، ومبدأ حماية الحقوق الفكرية والأدبية ومبدأ تحمل التبعة في المسؤولية التقصيرية ، وقواعد أخرى سنتعرض لبعضها في الفصل الثاني من هذه الدراسة إن شاء الله .

وأما الفقه فهو المجال العلمي الذي من الممكن أن يكون له الدور الكبير في الترويج لقواعد العدالة وحث المشرعين والقضاة على تطبيقها ، وأما القضاء فهو البيئة الأهم والمناسبة للتطبيق العملي لقواعد العدالة حيث أن القاضي بإمكانه أن يكمل النقص في القوانين ويسد الفراغ في التشريع من خلال قواعد العدالة ، ويستطيع أن يطوع النصوص من خلال اخذ بعض الظروف والخصوصيات بنظر الاعتبار عند اصدار الحكم القضائي ، وعليه ينبغي التعاون بين المشرع والفقهاء والقاضي لأجل تطوير القوانين من خلال الكشف عن قواعد العدالة والعمل على تطبيقها ، وكلما اعترف المشرع للقاضي بدوره في تطوير قواعد القانون والعمل على سد النقص في التشريع وكلما انصت المشرع والقاضي إلى أساتذة وفقهاء القانون واطلعوا على أبحاثهم في هذا المجال وغيره وعلى اقتراحات الباحثين في القانون كلما ساهم ذلك في الوصول إلى تشريع القواعد القانونية التي تأخذ بنظر الاعتبار تحقيق العدالة في مجالات القانون و فروعه كافة وفي شتى العلاقات القانونية من الأحوال الشخصية والعينية والاجرائية بل حتى الأحوال النفسية والاجتماعية التي تساعد على تطوير التشريعات الجنائية وكذلك النظر في مفاصل الأمور العامة الادارية لكي يتم عن طريق ذلك تطوير قوانين ادارة الدولة وطريقة التخطيط للتنمية الاقتصادية والعلمية ، وذلك لان تطبيق العدالة التوزيعية وإتاحة الفرص المتكافئة أمام الكفاءات العلمية في تسنم الوظائف العامة ، والعمل على تهيئة إمكانية الحصول على الدراسات العلمية بشكل متساوٍ له الأثر الكبير في تعزيز ودعم مسيرة الحياة وتطورها في المجتمعات كافة.

(1) ينظر : د. عبد الرزاق السنهوري و احمد حشمت ابوستيت ، مصدر سابق ، ص137-140 .

وبهذا يتبين أن أهمية قواعد العدالة في التشريعات الحديثة تتمثل في التشريع والقضاء وسيأتي تفصيل ذلك في الفصلين الثاني والثالث من هذه الدراسة إن شاء الله .

المبحث الثالث

التأصيل الفلسفي والشرعي لقواعد العدالة

إن الفلاسفة عموماً وفلاسفة القانون على وجه الخصوص قد حرصوا - سواء كانوا مثاليين أو واقعيين - على البحث في حقيقة العدالة أو جوهرها ، وقد شكلت النظريات التي توصلوا لها قديماً وحديثاً البعد الفلسفي للقانون بشكل عام ، ومن خلال البحث في جوهر القانون تبين أنه العدالة⁽¹⁾ .
ومن خلال البحث في جوهر العدالة ومنشأها تبين أنه العقل الإنساني الكلي السليم الذي يكشف عن القانون الطبيعي⁽²⁾ المتضمن لقواعد العدالة؛ لأن قواعد العدالة من مصاديق القانون الطبيعي أو القانون العقلي ، والنسبة بينهما عموم وخصوص مطلق كما أشرنا لهذا آنفاً ، فكل نظرية فلسفية تكشف عن منشأ أو أساس القانون الطبيعي فهي متضمنة لقواعد العدالة .
ولأجل بيان أسس قواعد العدالة ينبغي أن نبحت بإيجاز عن أصلها الفلسفي في الفلسفة اليونانية و الرومانية والفلسفة الحديثة والمعاصرة ، ولأن الشريعة الإسلامية مصدر مهم لكثير من القوانين العربية والاسلامية ومنها القانون العراقي، ينبغي أن نبحت في أصل قواعد العدالة في الشريعة الإسلامية، وعليه سنقسم هذا المبحث على ثلاثة مطالب : نبحت في المطلب الاول منها أصل قواعد العدالة في الفلسفة اليونانية و الرومانية ، ونبحت في المطلب الثاني أصل قواعد العدالة في الفلسفة الحديثة والمعاصرة ونخصص المطلب الثالث للبحث في أصل قواعد العدالة في الشريعة الاسلامية .

المطلب الأول

قواعد العدالة في الفلسفة اليونانية والرومانية

شكلت الفلسفة اليونانية مرحلة متميزة بما أرسته من أسس للفلسفة بشكل عام وللفلسفة القانون والعدالة على وجه الخصوص ؛ إذ أن فلاسفة اليونان بعدما انتهوا من تفسير الظواهر الطبيعية وإرجاعها إلى أصلها سواء كان عنصراً مادياً أم مثلاً عقلياً التفتوا إلى الإنسان وتساءلوا عن طبيعته وعن الغاية من وجوده وطرحوا التساؤلات عن كيفية تعامله مع أبناء نوعه وبهذه المناسبة طُرح سؤال العدالة ، وأصبح له أهمية كبيرة ، لأن مسألة العدالة تمثل مشكلة للإنسان مع ذاته ومع الآخرين ، ولذلك فهي مسألة أخلاقية وقانونية وسياسية في آن واحد .

(1) ينظر : د. سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة للقانون ، مصدر سابق ، ص134 .

(2) ينظر : د. انور سلطان ، مصدر سابق ، ص156 . وكذلك : د. محمد حسن قاسم ، مصدر سابق ، ص296 -

وبتعبير آخر إن مسألة العدالة تتعلق بالإنسان من حيث إنسانيته، ولذلك طرح الفلاسفة نظرياتهم في العدالة بشكل عالمي كلي وليس نسبي مناطقي، ولكي يتضح الاصل الفلسفي للعدالة ينبغي متابعة نظريات الفلاسفة في الفلسفة اليونانية و الرومانية، ولذا سنقسم هذا المطلب على فرعين: نبحث في الأول منهما : أهم النظريات التي تناولت العدالة في الفلسفة اليونانية ، ونبحث في الثاني : أهم النظريات التي تناولت العدالة في الفلسفة الرومانية.

الفرع الأول

قواعد العدالة في الفلسفة اليونانية

إن البحث في أصل العدالة في الفلسفة اليونانية يتطلب أن نبحث في نظريات بعض الفلاسفة الذين مثلوا علامة فارقة في فلسفة القانون، ليس فقط في الفلسفة اليونانية، بل في الفلسفة العالمية، وهؤلاء هما أفلاطون وأرسطو، لذا سنقسم هذا الفرع على فقرتين :

الأولى : أصل قواعد العدالة في فلسفة أفلاطون

بدأ أفلاطون فلسفته من حيث انتهى أستاذه سقراط ، فإن الاخير وقف عند المدركات العقلية التي أصطلح عليها (بالتعاريف) إلا أنه اعتبر تلك المدركات مجرد صور ذهنية لا تدل على مصاديق في العالم الخارجي ، ولكن هذه المدركات إذا بقيت على ما قرره سقراط ستكون مجرد أوهام وخيالات في نظر افلاطون ولذلك بحث عن حل لهذه الثغرة في فلسفة أستاذه وقد أوصله البحث إلى فكرة المثل (1) ، التي اعتبرها مداليل للمدركات العقلية ، والمثل هي أمر آخر سوى الادراكات الحسية والصور الذهنية ، وهي عبارة عن الوجود الروحاني أو المثالي للأشياء ، والمفاهيم سواء كانت مادية أم معنوية فالمثل تشمل المفاهيم المعنوية كالجمال والفضيلة والعدالة والخير ، والجزئيات الموجودة في عالم الحس وكذلك المفاهيم تستند من حيث حقيقتها إلى تلك المثل (2).

ويعتبر أفلاطون رائد المنهج المثالي ويمثل فكره منهجاً فلسفياً مثالياً استنباطياً يبدأ عملية المعرفة من مقدمات ميتافيزيقية ، ثم يدخل عليها سلسلة من عملية الاستنباط أو الاستدلال العقلي مستهدفاً الكشف

(1) ينظر : د. أحمد فؤاد الأهواني ، أفلاطون ، دار المعارف ، القاهرة ، 1965 ، ص100 وقال في بيان معنى المثل (يرى افلاطون أن الوجود عالمين : عالم المثل وعالم المحسوسات وعالم المثل هو العالم الحقيقي ، عالم العقل عالم الخير ، عالم الله ، ومن هنا ينقسم وجود الإنسان الى عالم الدنيا وعالم الآخرة أو عالم الروح -العقل- وعالم الجسد) .

(2) ينظر : محمد نصر مهنا ، تاريخ الافكار السياسية وتنظيم الدولة ، المكتب الجامعي الحديث ، الاسكندرية - مصر ، 1999 ، ص60 . وكذلك : علي عبد المعطي ، المدخل الى الفلسفة ، دار المعرفة الجامعية ، القاهرة ، 1999 ، ص421.

عما يجب أن يكون عليه المجتمع حتى يكون مثالياً فاضلاً ، وقد أسس أفلاطون جمهوريته الفاضلة بناءً على فرضيتين :

1- الفضيلة هي المعرفة .

2- تقسيم العمل هو أنسب طريق لنجاح الحياة الاجتماعية .

وبنى هذه الجمهورية على شاكلة جسم الإنسان معتبراً أن هذا الجسم هو خلق مثالي لأن الله تعالى هو الذي خلقه ، ومن ثمّ فإنه خلقه على فضيلة ومثالية ، والإنسان في تصور أفلاطون هو ذكاء وطاقة وأعضاء ، وبناءً عليه فإن المدينة الفاضلة يجب في رأيه أن تتكون من ثلاث طبقات هي الفلاسفة وتقابل الذكاء في جسم الإنسان ، والمحاربون وتقابل الطاقة في جسم الإنسان ، والحرفيون وتقابل الأعضاء في جسم الإنسان⁽¹⁾ .

وأما بالنسبة لرأيه في القانون فإنه يرى أن القانون في جوهره هو القانون المثالي الذي يعمل على إعلاء النظام والتناسق الطبيعي ، وبناءً عليه فإن القوانين الوضعية لا تعد عادلة ومن ثم لا تستحق وصف القانون ما لم تعمل على تحقيق وحدة المدينة وتناسقها ، من حيث أن أفلاطون يرى إمكانية التقريب بين المدينة وبين الكون ؛ لأن كلاً منهما يحتاج لمبدأ الوحدة والتميز ، توصلاً إلى الكشف عن الأصل الذي يكفل وحدة هذا التعدد ، فالقوانين ليست قرارات تحكمية متروكة لتقدير المشرع فهي لا تعد قوانين ولا تستحق هذا الوصف ما لم تعمل على منع الثغرات وإقامة الوحدة داخل المدينة⁽²⁾ .

ومن الجدير بالذكر أن أفلاطون عهد بوظيفة الحكم والتشريع إلى الفلاسفة؛ لانهم وحدهم القادرون في نظره على إدراك ومعرفة القيم العقلية ، فالتشريع عند أفلاطون لا يستمد شرعيته من الإنسان الذي وضعه ، وإنما من تناغمه مع المبادئ العليا للطبيعة الكامنة في العالم العقلي فدور الفيلسوف في العملية التشريعية هو محاكاة عالم الكمال أو عالم المثل الذي يقع وراء عالم المحسوسات.

ويرى أفلاطون في كتابه الجمهورية عدم إمكانية صياغة أو تدوين القوانين بل يفضل العدالة الحية التي تعبر عن القانون المثالي ، تلك العدالة التي يصل إليها الفيلسوف غير المقيد بأي قانون مكتوب ، ويبرر أفلاطون رفضه لتدوين أو تقنين القواعد القانونية بسببين :

أ- القانون المدون يتسم بالثبات والجمود .

ب- القانون المدون يقيد من عمق التفكير الفلسفي لدى الفيلسوف .

(1) ينظر : د. جمال مولود ذبيان ، مصدر سابق ص 237-238 .

(2) ينظر : د. حسن علي الذنون ، فلسفة القانون ، مصدر سابق ، ص 31-32 .

ولذلك فهو يفضل أن تحل عقول الفلاسفة محل حرفية القانون الصارمة وينتهي افلاطون إلى نتيجة نهائية في كتابه الجمهورية خلاصتها انه لا سيادة للقانون الوضعي المكتوب ولا ضرورة له ، ويظل هذا الأمر لديه إلى ما قبل نهاية حياته عندما ألف كتابه القوانين وبعد أن بلغ سن الشيخوخة عدل عن رأيه في عدم الحاجة إلى القانون المكتوب وقال بضرورة تدوين القانون لكي يكون هو الذي يحكم المجتمع بكل طبقاته بما فيهم الفلاسفة ، حتى لا يقع المجتمع ضحية آراء الفيلسوف المستبد برأيه الشخصي ، إلا أنه قيد تدوين القوانين بضرورة عمل مقدمة تبين الاسباب الموجبة لتشريع القوانين، و تعتبر بمثابة القنطرة التي تربط بين المثالية والوضعية (1) .

حيث أن انتقال العقل الفلسفي من عالم المثال إلى عالم المحسوسات لا بد فيه من حلقة وسطي تمهد له لكي يكون هذا الانتقال سلساً ومقبولاً ، وذلك لان فلسفة افلاطون فلسفه مثالية كما تقدمت الإشارة إلى ذلك ، وفي نظره يعتبر عالم المثل هو العالم الحقيقي الذي لا يشوبه النقص في حين أن عالم الحس أهم ما يعانیه من نقص هو العجز عن تحقيق العدالة ، ولذلك يمكن القول إن الكمال الذي كان يبحث عنه افلاطون ، الدافع والمحرك له هو النقص الذي اتصف فيه عالم الحس وفي مقدمته فقدان العدالة ؛ ولذلك سعى افلاطون إلى التوصل إلى العدالة التي تصدر عن الذات المثالية ، ويستند افلاطون في ما يقوله عن عالم المثل إلى الخير والكمال المطلق والمعرفة الصحيحة للوجود الإنساني والذات الإنسانية بهذا المعنى تدرك وجودها من المعاني المطلقة ، التي لا تدرك غيرها من النقائق كالشورور والجهل والظلم فهي – أي النفس الإنسانية – تدرك الخير وتدرك العدالة على اعتبار أنها خير (2) .

وبناءً على ما تقدم، فإن المشرع أو القاضي عندما يريد وضع القاعدة القانونية أو إصدار الحكم القضائي ؛ لا بد أن يستحضر مثال العدالة الموجود منذ الازل والذي لا يمكن أن تقيده قوانين أو أعراف ، ويلتمس مطابقة ما يصدره من قوانين أو أحكام لذلك المثال ، وبما أن الناس بما هم عقلاء يمكنهم أن يتصلوا بهذه المثل وجدانياً عن طريق الادراك العقلي الصحيح ؛ فيكون بوسعهم أن يحكموا بان هذا القانون أو ذاك القرار القضائي موافق لقواعد العدالة أو مجافي لها .

ويبدو لنا أن ما ذكره أفلاطون عن العدالة ، يتلخص بأنه توصل إلى أن اقامة العدل وإعطاء كل ذي حق حقه إنما يتحقق في المجتمع الإنساني ليس عن طريق القانون وإنما يحصل ذلك فيما لو حكم المجتمع من قبل الفلاسفة ، ومن خلال تطبيقهم لأحكام مثال الخير أو الخير المطلق ، لأن الفلاسفة هم من يستطيعون الوصول إلى هذا المثال بعقولهم ويستطيعون معرفة أحكامه التي يطبقونها على العلاقات بين

(1) ينظر : د. سليمان مرقس ، فلسفة القانون ، مصدر سابق ، ص 65-66 .

(2) ينظر : رباني الحاج ، مصدر سابق ، ص 30-31 .

الأشخاص في المجتمع . وهذا الطرح وان كان يتماشى مع فكرة قواعد العدالة أو القانون الطبيعي التي تستوحى من العقل الإنساني الكلي ، إلا أن السؤال الذي ينبغي طرحه في هذا المقام : هل استطاع أفلاطون أن يصل إلى تطبيق العدالة التي سعى إلى توضيحها في كتابه الجمهورية الذي أشرنا فيما تقدم بانه لا يمكن أن يفهم معنى العدالة عند افلاطون الا من خلال الرجوع إلى هذا الكتاب ، ولكن هل يمكن أن تطبق هذه العدالة على أرض الواقع ؟

الجواب يكمن في تصريح أفلاطون في بعض مطالب كتابه المشار اليه : بأننا لا يمكن أن نفهم الخير بذاته مباشرة وانما ندرك علاماته فقط والخير المطلق هو الذي تستند اليه كل المفاهيم والاشياء في عالم الحس ومن هذه المفاهيم فكرة العدالة ، إلا أن البحث عن سر استناد العدالة إلى مثال الخير المطلق - مع أن الخير المطلق لا يمكن إدراكه - يحول البحث في العدالة إلى بحث ميتافيزيقي صرف بل يحوله إلى سر من الاسرار الإلهية ، ومن ثم نغرق في مثالية صرفة لا نجد تطبيقاً واقعياً لها ؛ ولذلك تراجع أفلاطون في كتابه القوانين عن فكرة عدم الحاجة إلى تشريع القوانين كما تقدمت الإشارة إلى ذلك ، ودعا إلى تشريع قانون يحكم بموجبه الفلاسفة ويكون حاكماً عليهم .

هذا و على الرغم من الجنبه المثالية والنظرة الميتافيزيقية للعدالة عند أفلاطون ، يبقى طرح هذه النظرية دافع وحافز يدعو فقهاء القانون ومشرعيه والقضاة القائمين على تطبيقه إلى السعي قدر الامكان من أجل الوصول إلى هذا النوع من العدالة أو إلى ما هو دون ذلك من خلال التشبث بالأدراك العقلي لفكرة العدالة وتطبيق قواعدها في حال عدم وجود القاعدة القانونية أو عندما يكون النص القانوني مجحفاً أو مجافياً للعدالة .

الثانية : أصل قواعد العدالة في فلسفة أرسطو

إن لفلسفة أرسطو أثر كبير على الفلسفتين الغربية والاسلامية ، وقد طغت أفكاره على الفلسفة وبخاصة في مجالات الميتافيزيقا والمنطق والاخلاق والعدالة ، وقد سلك أرسطو في فلسفته نحو الذات الإنسانية المشخصة وليس نحو المثل كما هو الأمر عند استاذة أفلاطون ، إلا أنه بقي ملتزماً في النسق الفلسفي العام للفلسفة الاغريقية ، وبخاصة في الافكار الخاصة بالفضيلة والاخلاق والعدالة ، ولكنه استبدل فكرة المثل الاعلى بالنسبة للفضيلة بتصور واقعي تابع للطبيعة البشرية وكانت هذه الطريقة من الطرح الفلسفي بمثابة النقد الضمني لأستاذة أفلاطون الذي ذهب بعيداً في الروحانية والمثالية من وجهة نظر الفلسفة الأرسطية⁽¹⁾ .

(1) ينظر : رباني الحاج ، مصدر سابق ، ص 35-36 .

ولذلك جاءت فلسفة أرسطو معتمدة على الذات المصاحبة للواقع ، من دون الاعتماد على التعالي والبحث عن الحقيقة خارج الذات الإنسانية ، ولذلك فإن فلسفة أرسطو قد اعتمدت على البحث العلمي النظري والتجريبي ، وهذا هو أساس الفرق بين هذه الفلسفة – أي التي تعتمد على البحث والتجربة – والنمط الفلسفي الآخر الذي يعتمد على الاستشراق والتعالي وهي الفلسفة الاشرافية وهم أتباع أفلاطون ، في حين أن أتباع النمط الاول هم أتباع أرسطو وأطلق عليهم المشاؤون وفلسفتهم المشائية ، وهي تخالف فلسفة افلاطون الاشرافية التي تعتمد على النظر التجريدي التام وبأيمانها بالنشأة المثالية للنفس الإنسانية وانها كانت عارفة في تلك النشأة بالعلوم كلها إلا أنها عندما نزلت من عالم المثل إلى عالم الحس نسيت تلك العلوم (1) .

ولذلك يعتبر افلاطون الطلب للعلوم بمثابة الاستذكار على اعتبار أن المعارف منقوشة في النفس الإنسانية وهي ليس بحاجة إلى تحصيلها وهي بالطلب تستذكر المعارف والعلوم والمعاني التي من جملتها العدالة التي تؤدي إلى سعادة النفس الإنسانية (2) .

إلا أن أرسطو قد ذهب إلى تقسيم الفلسفة إلى نظرية وعملية ، بشكل واضح وجلي وان كان هذا التقسيم يشار له في الفلسفات السابقة ، وقد جعل العدالة في قسم الفلسفة العملية على اعتبار أن موضوعات الفلسفة العملية مركزها النفس الإنسانية المصاحبة للطبيعة باعتبار أن لها طبيعة خاصة وهذه الطبيعة تتضمن الغاية التي تسعى لأجلها النفس الإنسانية وهي السعادة وهي لا يمكن أن تحصل إلا لمن كانت أفعاله عادلة ، وبما أن الأفعال لا يمكن أن تصدر إلا من الأشخاص الموجودين في عالم الحس ، على اعتبار أن هذه الأفعال تقبل في ذاتها الزيادة والنقيصة ولذلك كانت العدالة متصلة بالنفس الإنسانية في عالم الحس.

ولهذا يمكن القول بأن العدالة مرتبطة بالغاية التي ينشدها الإنسان بما هو كائن حسي وهي السعادة التي هي غاية مشتركة بين جميع البشر فالعدالة لا بد أن تكون ملازمة لتبادل المنافع وتشارك الأضرار بين أبناء المجتمع الواحد وهذه العدالة تابعة عند أرسطو إلى سياسة تدبير المدن (3) .

وبما أن الفضيلة عند أرسطو هي الحد الوسط بين رذيلتين أحدهما الافراط والثانية التفريط ، وبتعبير آخر الفضيلة هي توجه اكتسابي للذات المريدة ، يتقوم بالوسيلة التي يحددها العقل ، ويلتزم أرسطو بان

(1) ينظر : أبو نصر الفارابي ، مبادئ الفلسفة القديمة ، مطبعة المؤيد ، القاهرة ، 1328هـ - 1910م ص8-9 .

(2) ينظر : د. سليمان مرقس ، فلسفة القانون ، مصدر سابق ، ص56 . وكذلك : د. أميرة حلمي مطر ، مصدر سابق ، ص13 .

(3) ينظر : ديفيد جونستون ، مصدر سابق ، ص78-79 .

شرط حصول الفضيلة هو العلم ، وليس الفضيلة هي العلم بحد ذاته ، كما هو الأمر عند سقراط وافلاطون.(1)

إلا أن أرسطو عندما طبق نظرية الاوساط على العدالة لم يشر إلى طرفي هذه الفضيلة كما فعل بالنسبة إلى الفضائل الاخرى ، كالكرم مثلاً الذي هو وسط بين البخل والتبذير ، والشجاعة التي هي وسط بين الجبن والتهور ، ولكن العدالة على الرغم من أنها أهم الفضائل عنده إلا أنه لم يذكر حديدها ، ولعل سبب ذلك هو أن العدالة في نظره فضيلة الدولة أو المجتمع أكثر من كونها فضيلة الشخص ، ثم أن هدف العدالة ليست كمال الشخص وإنما كمال المجتمع المنظم بما هو مجتمع وله شخصية واحدة وليس بما هو مجموعة أشخاص ، وقد بدأ أرسطو في تعريفه للعدالة في تعريف الظالم فعرفه بأنه (هو غير القانوني والمضاد لقواعد العدالة وعلى هذا يكون العادل هو القانوني والمنصف) (2) .

ومن خلال ملاحظة التعريف يتضح بأن أرسطو قد ميز فيه بين العدل والعدالة فمن خلال تعريف الظالم يتبين العادل وهذا هو التعريف بالضد ، فبضدها تعرف الاشياء والمعاني كما قيل (والصد يظهر حسنة الضد) ، فهو قال عن الظالم هو المخالف للقانون والمخالف لقواعد العدالة يعتبر ظالماً أيضاً في نظر أرسطو أما العادل فهو الذي ينفذ القانون ولا يخالفه والذي عبر عنه بالقانوني وكذلك أيضاً العادل هو المنصف ، والانصاف لفظ مرادف للعدالة في كثير من الاستعمالات الفلسفية والقانونية (3) .

ومن خلال هذا التحليل لتعريف العادل يتضح وجه التزام أرسطو بما يصطلح عليه بعض فقهاء القانون بنظرية الإنصاف (وهي النظرية التي يستعملها القضاء وقد أشار أرسطو إلى أن للإنسان دوراً في تحقيق العدالة لان القانون لا يمكن تطبيقه الا بواسطة بعض الافراد و هؤلاء هم القضاة الذين يطبقون قواعد العدالة على الحالات الخاصة التي تعرض أمامهم ويحاولون في كل حالة خاصة تحقيق الإنصاف الذي يناسبها) (4) ، و يتضح أيضاً معنى اشارة أرسطو إلى العدالة الطبيعية ، فهو فضلاً عن كلامه عن

(1) ينظر : د. مصطفى سيد أحمد صقر ، مصدر سابق ، ص 23 .

(2) ينظر : أرسطو ، الاخلاق الى نيقوما خوس ، مصدر سابق ، ص 60 .

(3) فيعرف الانصاف بانه احساس يدل على كل ما هو عادل ويعطي لكل ذي حق حقه . ينظر ابراهيم مذكور ، مصدر سابق ، ص 26 . وكذلك : عبد الباقي البكري ، مصدر سابق ، ص 184 ، وقد عرف العدالة (بأنها شعور بالانصاف تمليه قواعد العدالة) .

(4) ينظر : د. السيد عبد الحميد فوده ، جوهر القانون ، مصدر سابق ، ص 90 . وقد عبر أرسطو بكل وضوح عن الدور الذي يلعبه الانصاف في تكملة النقص في القانون وكذلك عن دوره في تطويع القانون عند ما يكون تطبيقه حرفياً مجحفاً ومجايفاً للعدالة ولذلك قال (ان القوانين تتلائم مع الظروف الخاصة وقد اوضحنا طبيعة الانصاف ، وحددنا في أي شيء يختلط مع العدل ويسمو عليه من وجهة نظر خاصة ، ومن ما سبق يظهر بوضوح كامل طبيعة قاضي الانصاف ، فهو الرجل الذي يتصرف بطريقة عملية ، وهو ليس رجل العدل المتزمت الذي يميل الى الحلول الاقل ملائمة للآخرين ، بل

العدالة القانونية وتقسيمها إلى توزيعيه وتبادلية - وقد تقدم الكلام عن هذا التقسيم للعدالة أنفاً فلا داعي لإعادته - تكلم أيضاً عن العدالة الطبيعية وهو طور آخر من العدالة في فلسفة أرسطو ، حيث أن العدالة القانونية تتجلى في القوانين العادلة التي تضعها الدولة ويقوم بتطبيقها القضاء ، وتختلف من دولة إلى أخرى وتتوقف على العرف المجتمعي وتتأثر باختلاف الاعراف .

أما العدالة الطبيعية فهي لا تتغير بتغير الاقاليم والحكام ، وانما يتغير شكلها تغيراً عارضاً لا يمس جوهرها وحقيقتها ، وقد أشرنا لهذا أنفاً ، وذكرنا بان المظهر الخارجي أو آلية تطبيق هذه العدالة ربما تتغير من بلد إلى آخر أو من رقعة جغرافية إلى أخرى ، أما حقيقة هذه العدالة فهي ثابتة لا تتغير ، وهذا النوع من العدالة هو عبارة عن القواعد العقلية التي تبنى عليها العقلاء بما هم عقلاء ، وخير دليل على هذا المعنى ما ذكره أرسطو في كتاب (الخطابة) الذي ألفه لكي يبين فيه للمحامين كيفية المرافعة أمام القضاء فقد نصح أرسطو المدعي أن يلجأ إلى القانون الطبيعي ، إذا أدرك أن القانون الوضعي لا يسعفه ولا يثبت له حقه ، إلا أنه في الوقت نفسه ينصح بأنه في حال وجود القاعدة القانونية الوضعية ، ليس للقاضي الحق في ترك الحكم بموجبها بدعوى أنها مجافية للعدالة وينصح المتداعي بان يتشبث بالقاعدة الوضعية ويطالب بحقه بناءً عليها ؛ لان مخالفة القانون الوضعي ليس أقل خطراً من حالة الفراغ في القانون ⁽¹⁾ الذي ينبغي أن يتم بموجب القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، وهذا المعنى في فلسفة أرسطو يقارب أو يشابه إلى حد بعيد فكرة قواعد العدالة في القوانين المدنية وذلك لان المشرع المدني قد جعل للقاضي الرجوع إلى قواعد العدالة في حال فقد القاعدة القانونية أما مع وجود القاعدة القانونية الوضعية فإن المشرع لا يجوز للقاضي التمسك بقواعد العدالة أو القانون الطبيعي ، وكذلك فعل أرسطو من قبل فهو لم يجوز في كلامه المشار اليه التمسك بالعدالة الطبيعية في حال وجود القاعدة الوضعية ، ولكنه اجاز من باب الانصاف أن يتم تطويع القاعدة القانونية الوضعية لكي تتلاءم مع قواعد العدالة ، ويتم تلطيف حكمها وليس تركه بالكلية ⁽²⁾ ، وهذا ايضا اخذت به القوانين المدنية في موارد كثيرة ومنها نظرية الظروف الطارئة ونظرية التعسف في استعمال الحق وغيرها .

هو دائماً مستعد لأن يترك ما يستحق له حتى ولو كان يستطيع ان يتمسك بالقانون لمصلحته ، فالأنصاف هو نوع من العدل ولا يختلف عنه ابداً) وقال في كتاب الاخلاق : ان العدالة وان كانت عدلا و لكنها تختلف عنه فهو - أي العدل - أكثر ما يكون تطبيقاً للقانون ، وهي انما تكون وسيلة لتلطيف عدلة فيكون من المشروع حين يؤدي تطبيق العدل الى جور ان يلطفه القاضي ويقوم بهذه المهمة وكان المشرع هو الذي يملئ ما يملئ . ينظر أرسطو ، الاخلاق الى نيقوماخوس مصدر سابق ، ص106-108 . ينظر : د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون ، مصدر سابق ، ص153 .

(1) ينظر : د. سليمان مرقس ، فلسفة القانون ، مصدر سابق ، ص77 .

(2) ينظر : د. سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة للقانون ، مصدر سابق ، ص154 .

هذا ملخص ما ذكره أرسطو عن العدالة ، إلا أنه وبناءً على ما قاله أرسطو بان العدالة تشمل كل الفضائل قال في الاخلاق (العدالة تشمل كل الفضائل وهي الفضيلة الكاملة بالمعنى الخاص ؛ لان العمل بالعدل يستدعي استخدام كل الفضائل ، والعدالة فضيلة كاملة ؛ من حيث أن الإنسان يستطيع تحقيقها لا في نفسه فقط ، بل وفي علاقته بالآخرين أيضاً)⁽¹⁾ .

ويظهر أن أرسطو يرى بأن كل فضيلة هي حد وسط بين رذيلتين أحدهما إفراط والثانية تفريط وبناءً على ذلك نواجه في كل مصاديق العدالة الخاصة ظاهرة مراعاة الوسطية وهنا يمكن أن نطرح السؤال الآتي : أن الفضائل عموماً وفضيلة العدالة على وجه الخصوص ، هل يجب فيها مراعاة الوسطية في الواقع والأمر نفسه أو الوسطية بالنسبة إلى كل شخص يقع التعامل معه ؟ فإذا كانت الاجابة عن هذا السؤال تتمثل بالشق الاول أي في الأمر نفسه فلا بد أن نعود إلى المثالية وهذا رجوع من أرسطو إلى فلسفة أستاذه أفلاطون ، وإذا اختير الشق الثاني ليكون هو الجواب عن هذا التساؤل فالعدالة ستكون نسبية حيث أن الوسطية ستتغير من شخص إلى آخر بحسب قدرته ونظره ، ومن خلال طرح هذا التساؤل يظهر أن العدالة الطبيعية التي دعا إليها أرسطو لا يمكن أن تتجرد تمام التجرد عن الافكار المثالية ، وإن كانت تميل إلى الواقعية والتشخص أكثر من فكرة العدالة عند افلاطون .

الفرع الثاني

أصل قواعد العدالة في الفلسفة الرومانية

كان رجال القانون في روما فقهاء وشرّاحاً للقانون ، ولم يكونوا فلاسفة ، ولذا بلغوا مكانة متقدمة في صياغة القوانين ، والتي أخذت بنظر الاعتبار مشاكل الحياة التي لا بد من إيجاد الحلول والاحكام لها ، وقد استطاعوا تطوير القانون بما يكفل تغطية المسائل المستحدثة خاصة بعد توسع الامبراطورية الرومانية ، وقد توجت مسيرة فقهاء القانون الرومان وشرّاحه بظهور القانون الروماني بصورته الاخيرة التي أصبح من خلالها علامة فارقة في تاريخ الحضارة الاوربية ، وقد كان للرومان صلات وثيقة بالثقافة الاغريقية ، وخاصة بفلسفة الاغريق ، وقد ازدادت هذه الصلة بعد سيطرة روما على بلاد الاغريق ، وبعد ذلك بدأ في روما ظهور لأتباع المدارس الفلسفية الاغريقية ، ثم بدأ فقهاء الرومان يستمدون من الفلسفة الاغريقية اساساً لنظرياتهم في القانون⁽²⁾ ، الا أن ابرز من نشر الفلسفة الاغريقية في روما وكان حلقة الوصل بين الثقافتين الاغريقية والرومانية هو شيشرون ويجمع الباحثون في هذا الشأن على أن

(1) أرسطو ، الاخلاق الى نيقو ماخوس ، مصدر سابق ، ص163-165 .

(2) ينظر : د. مصطفى سيد احمد صقر ، مصدر سابق ، ص99_100 .

الفضل في ترجمة العدالة وصياغاتها بشكل قانوني يعود إلى شيشرون ، فقد استفاد من طبيعة عمله كأشهر المحامين في روما فأستطاع أن يمزج بين النظريات الفلسفية الاغريقية مع الواقع القانوني العملي التطبيقي أمام المحاكم ، فقد استعمل فكرة قواعد العدالة في كثير من المرافعات التي أداها أمام محاكم روما ، وتمسك بسمو قانون العقل وقواعده على القانون الوضعي لأجل المحافظة على حقوق من كان يمثلهم أمام المحاكم ويتولى الدفاع عنهم (1) .

وبهذا استطاع شيشرون – ملتزماً بمنهج الفلسفة الاغريقية – أن يربط بين الجانب الاخلاقي للعدالة وبين الجانب القانوني ، فالعدالة عند شيشرون ليست فضيلة أخلاقية فقط بل هي أيضاً ضرورة قانونية ؛ لأنها تعتبر جوهر القانون الذي يستمد أحكامه منه ويعتمد في صياغته عليه ، إلا أن السؤال الذي ينبغي طرحه في المقام : ما هو جوهر العدالة من وجهة نظر قانونية ؟ وهذا ما يجيب عنه شيشرون ، بأنه هنالك حقوق يتمتع بها الافراد في مواجهة المجتمع و أن أساس هذه الحقوق هو القانون الطبيعي ، وجوهره يكمن في الطبيعة ؛ وذلك لان مبادئ القانون لا تستمد من أفكار الناس بل من الطبيعة ذاتها ، وتوضيح ذلك أن الطبيعة وهبت للإنسان القوة العاقلة التي يستطيع بواسطتها إدراك هذه القواعد الطبيعية كما هي مقررة في طبيعية العلاقات الاجتماعية بحسب قانون الطبيعة الذي يتضمن قواعد وأحكام العدالة(2) .

ومحصلة ذلك أن الهدف من قواعد العدالة التي توحى بها الطبيعة إلى القوة العاقلة ، هو تحقيق الخير العام لمجموع البشر والمحافظة على المساواة بشكل نسبي من خلال التوازن في العلاقات القانونية سواء حصلت بفعل الطبيعة مباشرة ولم يكن للإنسان إرادة في إحداثها ، أم حصلت بإرادة الافراد ، ففي الحالتين لابد من تحقيق المساواة النسبية الهندسية ، وليس المساواة الحسابية وهذا إنما يتم بواسطة الاحتكام إلى قواعد العدالة ، وهي تعني عند شيشرون الملاءمة والانصاف وهذا المعنى ذاته الذي أعطاه أرسطو للعدالة ؛ ولهذا يكون الانصاف في نظر شيشرون هو قمة ما تصبو اليه العدالة ؛ ولهذا السبب فإن العدالة هي جوهر القانون الطبيعي الذي يتوافق مع الشعور بالعدالة كما أودعها الله في قلوب البشر ، وهي

(1) ينظر : د. سيد عبد الحميد فوده ، جوهر القانون بين المثالية والواقعية ، مصدر سابق ، ص 117 . د. حسن علي الذنون ، فلسفة القانون ، مصدر سابق ، ص 40 .

(2) ينظر : د. فايز محمد حسين ، فلسفة القانون ونظرية العدالة ، مصدر سابق ، ص 1391 . وكذلك : د. مصطفى سيد أحمد صقر ، مصدر سابق ، ص 122 .

المبدأ الذي يهيمن على القانون المدني كذلك ، وبعبارة أخرى المثل الأعلى الذي يجب أن تنسج على منواله أو على الأقل الذي تقترب منه القوانين الوضعية⁽¹⁾ .

والذي يبدو لنا : أن رأي شيشرون في العدالة والقانون الطبيعي مستمد من الفلسفة الإغريقية وبالأخص من فلسفة أرسطو وبناءً عليه فإن ما يرد على فلسفة أرسطو من أنها تقترب من المثالية في هذه المسألة .

يرد أيضاً على فلسفة شيشرون ، وهو وإن حاول أن يقرب بين قواعد العدالة والقواعد القانونية من خلال تطبيق قواعد العدالة في مرافعاته ، وتضمين تلك المثل في دفاعه عن حقوق موكله ، إلا أنه مزج بين القواعد الأخلاقية والقواعد القانونية ولم يكن التمييز بين الاخلاق والقانون واضحاً في كلماته . وعليه تكون العدالة والقانون الطبيعي في فلسفة شيشرون عبارة عن قواعد أخلاقية ، إلا أن ما قام به شيشرون من تقريب صورة القانون الطبيعي وفكرة العدالة وصياغتها بصيغة قانونية إلى حد ما ، كان له بالغ الأثر في القوانين الأوروبية التي تأثرت بالقانون الروماني فيما بعد من جهة استنادها إلى القانون الطبيعي واعتمادها على قواعد العدالة في تحسين صياغة القواعد القانونية وملئ الفراغ التشريعي في تلك القوانين وما تأثر بها من قوانين أخرى ومنها القوانين العربية كالقانون المصري والقانون العراقي .

المطلب الثاني

قواعد العدالة في الفلسفة الحديثة والمعاصرة

ظلت فكرة قواعد العدالة والقانون الطبيعي ذات بعد ديني مقدس خاصة بعد اكتسابها هذا البعد في فلسفة العصر الوسيط على يد آباء الكنيسة وهي لم تكن بعيدة عن الخلفية الدينية منذ نشوئها في أحضان الفلسفة الإغريقية ، إلا أنه بعد حلول عصر النهضة الأوروبية وحركة الإصلاح الديني وظهور الدول القومية ، ظهرت مشاكل وصراعات جديدة فتطلب الأمر طرح حلول قانونية تتلاءم مع ظروفات المرحلة الجديدة وينبغي أن تكون في إطار قانوني جديد ، ولذا تصدى بعض فلاسفة وفقهاء القانون إلى طرح فكرة قواعد العدالة والقانون الطبيعي بصورة جديدة وبناء أسس تختلف عما كانت عليه سابقاً ، وقد حدث هذا في مرحلتين، الأولى منذ قيام النهضة الأوروبية وبروز الفلسفة الحديثة ، والثانية في مطلع القرن العشرين عند قيام ما يصطلح عليه بفلسفة القانون المعاصرة ولذا ينبغي أن نقسم هذا المطلب على فرعين

(1) ينظر : د. السيد عبد الحميد فوده ، جوهر القانون بين المثالية والواقعية ، مصدر سابق ، ص 119 . وكذلك : د. سليمان مرقس ، فلسفة القانون ، مصدر سابق ، ص 93 . وكذلك : د. جمال مولود ذيبان ، مصدر سابق ، ص 260-261 . وكذلك : د. عباس العبودي ، تاريخ القانون وشريعة حمورابي ، مصدر سابق ، ص 68-69 . وكذلك : د. محمد ممدوح علي ، فلسفة القانون بين افلاطون وشيشرون ، ط 1 ، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع ، القاهرة ، 2015 ، ص 104-105 .

نبحث في الاول منهما قواعد العدالة في ظل الفلسفة الحديثة وفي ثانيهما نبحت قواعد العدالة في ظل الفلسفة المعاصرة .

الفرع الأول

قواعد العدالة في الفلسفة الحديثة

بعد التفكك الذي طرأ على العالم المسيحي ، وبعد ظهور حركة الاصلاح الديني الحديثة، وبعد التحدي لسلطة الكنيسة أصبح من الصعب أو من المستحيل أن تظل فكرة قواعد العدالة والقانون الطبيعي مشيدة على أساس ديني ، ولذا تصدى فلاسفة القانون و فقهاؤه في هذه المرحلة إلى وضع النظريات والطروحات الفكرية التي تحاول إيجاد الأساس الفلسفي لهذه الفكرة ، ولعل ما يميز هذه المرحلة بالنسبة لفكرة العدالة والقانون الطبيعي نظريتان بنيت عليهما

الأولى قيام هذه الفكرة على البعد العلماني بعيداً عن الطرح الديني وبالاستناد إلى عقل الإنسان بعيداً عن الاستناد إلى أي قوة أخرى .

الثانية استنادها إلى الإرادة الحرة ، وقد مثل النظرية الاولى الفقيه هوجو جروسيوس رائد القانون الطبيعي ومثل النظرية الثانية الفيلسوف عمانوئيل كانت ، ولذا سنقسم هذا الفرع على فقرتين ، نبحث في أولاهما : أصل قواعد العدالة في فلسفة جروسيوس ، وفي ثانيهما نبحت : أصل قواعد العدالة في فلسفة عمانوئيل كانت .

أولاً : أصل قواعد العدالة في فلسفة جروسيوس

بعد عصر النهضة في أوروبا وحركة الاصلاح الديني ظهرت كثير من الاشكالات المستجدة ، والتي ينبغي أن تقدم لها حلول مناسبة وقد أُعتقد أن هذه الحلول تكمن في قواعد العدالة والقانون الطبيعي إلا أن النظرة القديمة للقانون الطبيعي والمبنية على الفلسفة اللاهوتية الدينية لم تعد مقنعة لكثير من ذوي الشأن القانوني والسياسي وحتى الاجتماعي ؛ ولذلك تصدى الفقيه الهولندي هوجو جروسيوس ، وأخذ على عاتقه تقديم الاساس الفلسفي المناسب للقانون الطبيعي وقواعد العدالة مؤسساً مدرسة خاصة في هذا الشأن أصبحت لها الريادة في فكرة العدالة وجوهر القانون وقد أصطلح على هذه المدرسة (مدرسة قانون الطبيعة و الشعوب)⁽¹⁾ .

حيث أنه بنى هذه المدرسة أو الطرح الحديث للقانون الطبيعي وقواعد العدالة على أسس مستقلة عن الدين المسيحي وفلسفة العصر الوسيط ، وقد أقام هذه الفكرة على الفهم العقلي للطبيعية الإنسانية ،

(1) ينظر : د. منذر الشاوي ، مذاهب القانون ، مصدر سابق ، ص 17-18 .

ولاجل هذا التأصيل أعتبر جروسيوس أبو النظرية الحديثة للقانون الطبيعي ، و هو في واقع الأمر لم يكن من ابتداع فكرة القانون الطبيعي وانما كانت هذه الفكرة موجودة في الفلسفة الاغريقية ، وخاصة في فلسفة أرسطو وكذلك في الفلسفة الرومانية ، وقد تقدم الكلام عن فلسفة شيشرون فضلاً عن فلسفة العصر الوسيط عند آباء الكنيسة الأول ، والفلسفة المدرسية ، وقد قامت فلسفة جروسيوس على أساس أن الإنسان يمتلك الصفة الاجتماعية التي تدعوه إلى العيش مع أبناء نوعه على أساس حياة هادئة ومنظمة ، وإن الطبيعة الإنسانية هي الدافع إلى إقامة العلاقات الاجتماعية والقانونية على أساس العقل السليم .

ومن هنا يتبين أن الذي يحكم تلك العلاقات ويوجد لها الحلول المناسبة هو عقل الإنسان بعيداً عن أية قوة أخرى مؤثرة في هذه العلاقات سواء كانت قوة غيبية ماورائية تلهم وتسدد أم ظاهرة محسوسة يمكن الاطلاع عليها كما في تعاليم الانبياء والاديان السماوية ، ومن هذا يتضح أن جروسيوس أقام فكرة العدالة والقانون الطبيعي على العقل الخالص ، أو العقل الإنساني الكلي ، من دون الجنوح إلى النظرة الدينية التي كان يعتمد عليها الفلاسفة من قبل⁽¹⁾ ، وبعبارة أخرى إن القانون الطبيعي بحسب فلسفة جروسيوس قواعد عقلية مستنبطة من طبيعة الاشياء وهو القانون الذي يتوصل إلى معرفته العقل السليم من الطبيعة الإنسانية والذي يدل على ذلك هو تمييز الناس كافة على اختلاف عقائدهم وقومياتهم وأماكنهم بين العدل والظلم⁽²⁾ .

والقانون الطبيعي عند جروسيوس ينشأ من طبيعة الإنسان نفسه وهو ثابت كالطبيعة ، ولا يتغير وهو عالمي ينطبق على الشعوب كلها وفق العصور كلها ، وهو أيضاً شامل لكل مناحي الحياة البشرية ، وهو بالوقت نفسه يضمن للإنسانية حياة سعيدة ومنظمة ، وبناء عليه فإن القانون الطبيعي من خلال صفتي الثبات والاستمرار ، وبعيداً عن أي اعتبار ديني ضروري لتنظيم الحياة الاجتماعية والسياسية وضمن الحقوق في حال حصول منازعات ناشئة عن العلاقات القانونية⁽³⁾ ومن أهم القضايا الرئيسة التي يركز عليها هذا القانون هي :

- 1- التأكيد على العدالة .
- 2- التأكيد على شرعية التعاقد .
- 3- ضمان حسن النية في العلاقات القانونية⁽⁴⁾ .

(1) ينظر : د. محمد شريف أحمد ، مصدر سابق ، ص 118 .

(2) ينظر : د. منذر الشاوي ، مذاهب القانون ، مصدر سابق ، ص 19 .

(3) ينظر : د. حسن كيره ، المدخل الى القانون ، مصدر سابق ، ص 105 .

(4) ينظر : د. محمد شريف أحمد ، المصدر سابق ، ص 84 .

وخلاصة القول : إن التأكيد على العدالة في العلاقات القانونية سواء كانت بين الدولة والأفراد أم فيما بين أفراد المجتمع تقتضيها الطبيعة البشرية ؛ لأنها من خلال قواها المدركة و قواها الغريزية تفرض مبادئ وقواعد ينبغي أن تكون حاضرة عند تشريع القوانين الوضعية وعند تطبيقها وهذه القواعد والمبادئ تتصف بعدة صفات منها : أنها تتصف بالعمومية والثبات وعدم الاختلاف من عصر إلى عصر وكذلك عدم التباين من مجتمع إلى آخر ، كما أن دور العقل والقوة المدركة للإنسان هو اكتشاف هذه القواعد والمبادئ وليس إنشائها ، بمعنى أن ما يقوم به العقل هو عملية الكشف عن هذه القواعد فيجدها في الطبيعة الإنسانية ، أو في طبيعة العلاقات الاجتماعية (1) .

ويظهر من خلال ما تقدم أن هذه القواعد والمبادئ التي تحقق العدالة في نظر جروسويس هي قواعد عقلية وهي باعتبار أنها وليدة العقل الإنساني الخالص ووليدة الطبيعة فهي تكتسب منهنما صفات الوحدة والثبات والخلود ، وعدم التغير بتغير الزمان والمكان ، بل إن الله تعالى لا يملك لذلك ؛ تغيير هذه القواعد بحسب رأي جروسويس ، لأن الله تعالى قد آلى على نفسه بأن لا يغير المعقول أو الطبيعي ، وهذا الرأي عند جروسويس يتفق مع رأي المعتزلة في علم الكلام الاسلامي الذين ذهبوا إلى أن الله تعالى لا يمكن أن يحسن القبيح ولا يقبح الحسن وقد شاركهم في هذا الرأي الامامية أيضاً (2) ، وذلك لان الله تعالى قد أوجب على نفسه بان لا يأمر بظلم العباد . وعلى أية حال هذا هو الأساس الذي أقام عليه جروسويس قواعد العدالة أو المثل الأعلى للعدل .

إلا أن فلسفة جروسويس في العدالة أو في القانون الطبيعي بشكل عام يؤخذ عليها بانها لم يكن بمقدورها التخلص من تأثير الافكار والفلسفات السائدة في ذلك العصر ، ولذلك لم تتخلص تماماً من الخط بين القواعد الدينية والاخلاقية والقواعد القانونية فهو على الرغم من ما قرره من أن هذه القواعد لا يمكن أن يغيرها الله تعالى وانها قواعد عقلية ومستقلة عن أي موروث ديني ، الا أنه سعى من طرف خفي لأن يوفق بين ما قاله وبين آراء رجال الكنيسة فقال في نهاية المطاف إن ما يتوصل اليه العقل لابد أن يكون مطابقاً لما يمليه الله خالق الطبيعة من أوامر أو نواه (3) فهو بهذا لم يستطع الابتعاد عما يقرره رجال الكنسية في رؤيتهم لقواعد العدل التي تعلقو على القانون وتشكل المثل الأعلى له، فضلاً عن أن جروسويس لم يستطع التخلص من الأنظمة القانونية التي كانت تمثل التحدي الأبرز لقواعد العدالة و

(1) ينظر : د. عبد الرحمن البزاز ، مبادئ أصول القانون ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، العراق ، 1982 ، ص52-53 .

(2) ينظر : الحسن بن يوسف العلامة الحلبي ، كشف المراد في شرح تجريد الاعتقاد ، مصدر سابق ، ص254 .

(3) ينظر : د. سليمان مرقس ، فلسفة القانون ، مصدر سابق ، ص133 .

الانصاف ومنها نظام الرق فأقر جروسيوس نظام الرق وحق الفتح ، وإمكانية أن يخسر الإنسان حريته بالأسر ، وعلل ذلك بان الحرية وان كانت من أقدم حقوق الإنسان الطبيعية ، الا أنه يمكن النزول عنها بمقتضى العقد كما يمكن فقدها بالانهزام والأسر (1) .

ويبدو لنا أنه على الرغم مما تقدم من المؤاخذات على فلسفة جروسيوس ونظريته لقواعد العدالة والقانون الطبيعي يبقى ما توصل اليه إضافة نوعية بُني عليها فيما بعد لكي تصبح الأساس الفلسفي والبعده الجوهري للعدالة والقانون الطبيعي في الفلسفة المعاصرة ونظريتها لقواعد العدالة التي تستند إلى العقل الإنساني الخالص ولعل الخطوة التالية التي مهدت لفلسفة قواعد العدالة في طورها المعاصر هي فلسفة كانت ونظريته للإرادة الحرة للإنسان .

ثانياً : أصل قواعد العدالة في فلسفة عمانوئيل كانت(*)

يعد كانت من أبرز فلاسفة القانون الطبيعي بعد أرسطو واليه يعود الفضل في إبراز الثنائية أو الازدواجية بين القانون الطبيعي والقانون الوضعي وقد حاول من خلال طرحه في فلسفة القانون أن يبرز هذه الثنائية من أجل المحافظة على حقوق الافراد ، وحمائتهم من الخضوع للقانون الوضعي الذي يؤدي في كثير من الحالات إلى ضياع تلك الحقوق وتتم حماية الحقوق من خلال التأكيد على الإرادة الحرة للأفراد التي يقرها القانون الطبيعي بحسب فلسفة كانت ،ومن خلال التمسك بالقواعد والمبادئ العادلة التي يقرها القانون الطبيعي اعتماداً على الإرادة الحرة للمتعاقدين ومن خلال تطبيق الفلسفة الكانتيية يتم تحقيق العدالة العقدية أو العدالة التبادلية إلى حد بعيد ، وهذا بخلاف التوزيعية التي لم يتعرض لها كانت في فلسفته وانما ركز على العدالة التبادلية العقدية ؛ لأنها تستند إلى الإرادة الحرة للأفراد التي هي محور فلسفة كانت في القانون عموماً والقانون الطبيعي وقواعد العدالة على وجه الخصوص (2) .

ومستند فلسفة كانت في القانون الطبيعي والعدالة هو أن للإنسان قيمة ذاتية مطلقة ، وهذا يعني أن الإنسان في حد ذاته غاية ، وليس وسيلة يمكن أن تتحكم بها ارادة خارجة عن ذاته كإرادة الدولة أو

(1) ينظر : د. حسن كيره ، المدخل لدراسة القانون ، مصدر سابق ، ص106 ، وقد اشار في فقرة هامشية (1) الى المصدر الذي اخذ عنه : Beudant ، op . cit ، no . 60 ، Roubier ، op . cit . no.12 pp. 105، p.95 – 106،

(*) عمانوئيل كانت فليسوف من أصل الماني 1724- 18.4 خصص حياته كلها الى الفلسفة ووضع لنفسه منهجاً فلسفياً متكاملأ ، وكان من خلال طرحه لهذا المنهج من أعظم فلاسفة العصر الحديث بل أصبح منارةً يقتدى به من قبل فلاسفة القرن التاسع عشر ، سواء كانوا مثاليين ، أو واقعيين تجريبيين أو وضعيين ؛ ينظر : د. سليمان مرقس ، فلسفة القانون ، مصدر سابق ، ص165 .

(2) ينظر : د. السيد عبد الحميد فوده ، جوهر القانون بين المثالية والواقعية ، مصدر سابق ، ص193 .

المشرع ، فالإنسان بإمكانه أن يضع هو بنفسه القانون الذي يحكمه ، وهو انما يضع هذا القانون بواسطة العقل ، والمراد به هنا العقل الكلي الخالص ، وهذا العقل بما هو خالص موجود لدى جميع الناس ، وبعبارة أخرى هذا العقل مشترك بين جميع أفراد النوع الإنساني ، والمقصود بالعقل الذي يشرع أو يكتشف قواعد العدالة ، العقل العملي عند كانت وان عبر عنه بالخالص فهو لا يقصد به العقل المجرد أو المحض ، لان هذا العقل عند كانت لا يوصل إلى الحقيقة⁽¹⁾ .

فالعقل العملي هو الذي يستخلص قواعد العدالة التي هي قواعد عالمية ثابتة تحكم السلوك الإنساني في المجتمع ، وهذه القواعد لها قيمة عليا سامية يمكن من خلالها أن تفرض على جميع الارادات سواء كانت ارادة الدولة أم ارادة المشرع أم ارادة الافراد ، فهذه القواعد التي يكتشفها العقل الإنساني الخالص يجب أن يتقيد بها المشرع عندما يضع القوانين ، والافراد في تعاملاتهم اليومية والقاضي الذي يقضي بين الافراد في حال حدوث نزاع ما، وبناء على ما تقدم فإن كانت يجعل لهذه القواعد التي يطلق عليها القانون الطبيعي صفة عقلية بحتة ويجعل لها نطاقاً واسعاً بحيث تكون شاملة لكل العالم⁽²⁾ .

وهذه القواعد العقلية عند كانت هي قواعد عالمية ، ويمكن أن تتلخص بعنوان يبين شموليتها وعالميتها في الوقت نفسه حيث أنها هي الأمر المطلق الذي يمكن أن يتصرف الإنسان بمقتضاه تصرفاً يمكن أن يجعل منه قانوناً عالمياً وبعبارة أخرى : أن الإنسان يتصرف على اساس أن انسانيته هي غاية وهدف في ذاتها ، وبناء عليه يمكن أن يتصرف كما لو كان يضع قانوناً ليحكم ذلك التصرف المعين كل تصرف مماثل له ، وهذا يبين أن تصرفه ذلك يصلح أن يكون قانوناً عالمياً⁽³⁾ ، ولذلك فإن الحرية عند كانت هي : تصرف وفق ما شرعه الإنسان لنفسه وهذا التشريع لا يعني أن الفرد هو من يتحكم بالنظام والقانون ويشرع لنفسه ما يشاء، بل المقصود التقدير الذاتي والاحترام المتبادل بين الافراد كل لحقوق الاخر ، بناءً على قواعد العدالة العقلية الي يتوصل إلى اكتشافها بواسطة العقل الكلي الخالص وهذا يعني أن كانت قد أسس فلسفته في العدالة على الاخلاق ولكنها الاخلاق الواجبة والملزمة التي تنتقلنا من الارادة الحرة إلى الواجب ، والمفروض أن الواجب قائم على الارادة فيكون هذا الواجب ملزم لجميع الافراد بالكيفية نفسها ؛ وذلك لان الارادة عند كانت هي الارادة العامة أي ارادة الكل وهي التي تشرع وليس ارادة الفرد ، والارادة بهذا المعنى تكون بعيدة عن الخطأ والاشتباه ؛ لانها ارادة جمعية وليس ارادة

(1) ينظر : د. سليمان مرقس ، مصدر سابق ، ص166 .

(2) ينظر : د. حسن كيره ، أصول القانون ، مصدر سابق ، ص138 .

(3) ينظر : د. سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة للقانون ، مصدر سابق ، ص177 .

شخصية فردية ، وهذه الإرادة لا تقبل التجزئة ولا النسبية ، وهي تعبر عما يجب أن يكون لانها ارادة خيرة وعادلة في ذاتها (1) .

والخلاصة : إن فلسفة كانت القانونية مبنية على الإرادة الحرة الذاتية الخيرة التي هي إرادة النوع البشري بعمومه أو بعبارة أخرى هي إرادة الإنسان العقلي وهذه الإرادة هي التي تضيء صفة الوجوب على القواعد العقلية التي تحكم السلوك البشري وتجعل منها قواعد ملزمة واجبة الاتباع في كل زمان ومكان لأنها تحقق العدالة وتجلب السعادة الحقيقية للإنسان .

إلا أن الملاحظ على فلسفة كانت في قواعد العدالة هو : أن ما ذكره من الإرادة الحرة الخيرة ، وفكرة الواجب الذاتي ماهي إلا مبادئ نظرية ، وهي وإن كانت في نفسها لها قيمة ذاتية، وفي مقام الثبوت قضايا حقة ، إلا أنها من الجانب العملي وفي مقام الإثبات لا يمكن إثباتها في عالم الوقوع لأنها بحاجة إلى تحديد وتوضيح لمضمونها ، ومن جانب آخر فإن ما تشرعه الإرادة الحرة الخيرة ، وإن كان في نفسه واجباً ذاتياً إلا أن من الضروري أن نتساءل عن آلية الإلزام في الواقع : بمعنى انه كيف لنا أن نجعل مما تشرعه الإرادة الإنسانية الحرة واقعاً عملياً ومطبقاً بالفعل إذا لم يكن محاطاً بوسائل الإلزام ، حيث أن الدولة في فلسفة كانت لا علاقة لها بنشاط الأفراد وانما هي دولة حارسة (2) فقط وليس لها أن تفرض جزاء على مخالفة قانون الارادة الحرة ، لأنها تحرس الأفراد وحقوقهم فقط ولا تتدخل في فرض جزاء مادي لأجل الزام الأفراد بعمل وفق ما تشرعه الإرادة الحرة .

ونلاحظ على نظرية كانت في العدالة أنها استندت إلى الإرادة الحرة – التي نعتها كانت بالإرادة الخيرة وإن لها قيمة ذاتية وهي أساس كل الأحكام بل هي التي تشرع و تشريعها يصلح أن يكون تشريعاً عالمياً ، وتستند إلى الأمر المطلق – إلا أن هذا الطرح يبقى في فلسفة كانت أصلاً موضوعياً أقام عليه فلسفته في العدالة والأخلاق - ولكنها دعوى بلا دليل ؛ حيث أن كانت لم يقدم على هذا الأمر برهاناً لإثباته ، وكذلك فإن الأمر المطلق الذي يتم من خلاله تشريع قانون عام يصلح للبشرية كافة ، فالذي يفهم منه هو المبدأ الذي يستخلص من تصرف الفرد استناداً إلى الإرادة الحرة ، إلا أن هذا الأمر المطلق لا يمكن التوصل من خلاله إلى تقرير قاعدة أو مبدأ من مبادئ العدالة ، وكذلك لا يفهم منه مبدأ أو قاعدة تميز بين قواعد القانون الوضعي أي منها تتفق مع الإرادة الحرة فتكون عادله واي منها ليس كذلك فتكون ظالمة ، وبناء على ما تقدم تبقى نظريه كانت في العدالة والقانون الطبيعي مجرد فكرة نظرية ، وإن كان لها في نفسها قيمة ذاتية إلا أن تطبيقها العملي يبقى بعيد المنال .

(1) ينظر : دافيد جونستون ، مصدر سابق ، ص186 . وكذلك : رباني الحاج ، مصدر سابق ، ص 66 .

(2) ينظر : د. سليمان مرقس ، فلسفة القانون ، مصدر سابق ، ص177 .

الفرع الثاني

قواعد العدالة في الفلسفة المعاصرة

إن الفلسفة القانونية في نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين قد أعادت النظر في فكرة قواعد العدالة بعد أن تعرضت إلى انتقادات كادت أن تقضي على أصل فكرة المثل الأعلى للعدل أو جوهر القانون وهو القانون الطبيعي ، كما أشرنا لهذا آنفاً، وكانت الانتقادات الأعنف قد وجهت من قبل المدرسة التاريخية وعلى رأسها الفقيه الألماني سافيني ، و أمام هذه الانتقادات والحملات الفكرية أنقسم فقهاء القانون وفلاسفته المعاصرون في دفاعهم عن فكرة قواعد العدالة والقانون الطبيعي إلى اتجاهين :

الاتجاه الأول : سلّم مبدئياً بالانتقادات التي وجهت إلى أصل النظرية وحاول أن يغير من وجهتها .

الاتجاه الثاني : لم يسلم بالانتقادات مطلقاً ودافع عن أصل فكرة قواعد العدالة ونظرية القانون الطبيعي ، وتزعم الاتجاه الأول الفقيه الألماني إستملمر في حين تزعم الاتجاه الثاني الفقيه الفرنسي بلانيول ، ولذا سنقسم هذا الفرع على فقرتين نبحث في الأولى منهما : أصل قواعد العدالة في فلسفة إستملمر ، ونخصص الثانية لبحث : أصل قواعد العدالة في فلسفة بلانيول .

أولاً : أصل قواعد العدالة في فلسفة إستملمر^(*)

لقد حاول إستملمر أن يثبت من خلال أبحاثه وجود مبادئ قانونية للعدالة ثابتة في كل مكان وزمان ، ولذلك التزم بأن جوهر القانون هو مثال أعلى للعدالة⁽¹⁾ ، ولكن هذا المثال دائم ومستمر من حيث فكرته وعنوانه إلا أنه متغير من حيث مضمونه ، ولذلك سمي إستملمر مذهبه بـ (القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير)⁽²⁾ .

وسبب هذه التسمية أن فكرة العدالة دائمة في نظر إستملمر من حيثية العنوان و أما المضمون ووسائل وآليات تحقيق العدالة فهي متغيرة باستمرار ومثال ذلك التعويض عن الأضرار التي تصيب بعض أفراد المجتمع بسبب أفعال وتصرفات الآخرين ، فالتعويض عن الأضرار دائم ومستمر وهو مبدأ قانوني ثابت بموجب قواعد العدالة في كل مكان وزمان ، ولكن طريقة التعويض وكيفية تختلف من مجتمع لآخر ، ومن زمان لآخر ، والمبدأ الثابت الذي لا يمكن أن يتغير هو وجود مبادئ العدالة التي

(*) إستملمر فقيه الماني (1856 _ 1938) وهو من أشهر فقهاء القانون الذين درسوا فلسفة القانون وجوهره .

(1) ينظر : د. حسن علي الذنون ، فلسفة القانون ، مصدر سابق ، ص 93 .

(2) وقد أخذ بهذه الفكرة أو النظرية من بعد إستملمر كل من الفقيه (سالي) والفقيه (شارمون) والفقيه (جوسران) . ينظر : د. السيد عبد الحميد فوده ، جوهر القانون ، مصدر سابق ، ص 205 .

ينبغي تطبيقها ؛ وذلك لأن الإنسان في كل مكان وزمان ما فتى يميز بين العدل والظلم ، وهذا التمييز دائم وثابت في الضمير الإنساني العام و موجود منذ الأزل وسيبقى إلى الأبد ، و هذا يثبت أن مبادئ العدالة ثابتة وغير متغيرة⁽¹⁾، وان كيفية التمييز بين العدل و الظلم أو آلية ذلك هي المتغيرة ، حيث أن وصف بعض التصرفات والنظم بالعدل أو الظلم لا يبقى ثابتاً بل هو متغير باستمرار ، فما يعتبر عدلاً في أمة قد يعتبر ظلماً في أمة أخرى ، وما يعتبر عدلاً في زمان قد يعتبر ظلماً في زمان آخر وأوضح الامثلة على ذلك نظام العبودية فانه كان يعتبر عدلاً في العصور السابقة بينما أعتبر في هذا العصر من أقبح مظاهر الظلم⁽²⁾ .

و خلاصة القول : إن هنالك مثلاً أو مبدأً يبقى خالداً ودائماً في الضمير الإنساني العام على مر العصور والدهور وبالرغم من اختلاف الأماكن والأصقاع ، ألا وهو العدالة ، ولكن مضمون هذه الفكرة ووسائل تحقيقها مختلفة من مكان إلى آخر ومن عصر إلى عصر آخر .

ولكن هذه الفكرة أو النظرية التي التزم بها إستملمر قد تعرضت إلى انتقادات كثيرة ، حيث أخذ عليها أنها سايرت إلى حد بعيد المذهب التاريخي الذي أغرق في انتقاد القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، لأن نظرية إستملمر قد صورت المثل الأعلى للعدالة مختلف لدى كل مشرع في مجتمع معين ، أي أن لكل شعب أو أمة مثلها الخاص في العدالة ، فلم تبقَ مثلاً موحداً للعدل يسود كل قوانين العالم، ونتيجة هذا الأمر أن المشرع الذي يخالف المثل الأعلى للعدالة لا يستطيع أحد انتقاده أو الاعتراض عليه ، لأنه حينئذ يمكنه أن يقول أن لديه مثلاً أعلى للعدالة يختلف عن باقي الشعوب، وهذا يضعف كثيراً من قيمة المثل الأعلى للعدالة باعتباره ميزاناً ينبغي أن توزن بواسطته القوانين الوضعية كافة⁽³⁾ ، فضلاً عن أن إستملمر قد خلط في نظريته هذه بين الاخلاق والقانون فهو بناءً على ما طرحه لم يقدم مبدأً قانونياً ، وانما قدم لنا مثلاً أخلاقياً وهذا مخالف لما قامت عليه مدرسة القانون الطبيعي التي فصلت بين القانون والاخلاق ، ولذلك ذهب بعض الفقهاء إلى أن إستملمر لم يقدم لنا سوى (قنينة فارغة زينت بعلامة جميلة)⁽⁴⁾ .

(1) ينظر : د. السيد عبد الحميد فوده ، جوهر القانون ، المصدر سابق ، ص 206 .

(2) ينظر : د. منذر الشاوي ، فلسفة القانون ، مصدر سابق ، ص 103 .

(3) ينظر : ريبير ، القوى المنشئة للقانون ، باريس ، 1955 ، ص 26 ، أشار إليه د. سليمان مرقس ، فلسفة القانون ، مصدر سابق ، ص 284 .

(4) الاستاذ جورج رينار هو من وصف مذهب أو نظرية إستملمر بهذا الوصف ، ينظر د. منذر الشاوي ، مذاهب القانون ، مصدر سابق ، ص 31 .

ثانياً : أصل قواعد العدالة في فلسفة بلانيول

بعد أن تم توجيه الانتقادات إلى نظرية إستمير في قواعد العدالة والقانون الطبيعي أخذ فقهاء القانون وفلاسفته وفي مقدمتهم الفقيه الفرنسي بلانيول - الذي اهتم بفلسفة القانون - يدعون إلى نظرية جديدة تتبين من خلالها حقيقة قواعد العدالة والقانون الطبيعي وهذه النظرية تقوم على أساس أن القانون الطبيعي موجه مثالي للعدل ويتمثل ببضعة مبادئ مثالية ثابتة وخالدة⁽¹⁾ ، ولذلك عرّف بلانيول القانون الطبيعي بأنه (مجموعة مبادئ محصورة العدد مبنية على العدالة وسلامة الذوق يتعين على المشرع مراعاتها، وتعتبر هي المقياس الذي تقدر به صلاحية التشريع أو عدم صلاحيته)⁽²⁾ .

ومن خلال هذا التعريف يتبين أن القانون الطبيعي ليس هو القانون ولا نموذجها وإنما هو قواعد عليا تمثل منارةً يهتدي به المشرعون إلى تحقيق العدالة في تشريعاتهم ، كما يهتدي بها القضاة أيضاً في تطبيقهم للقواعد القانونية فالقانون الطبيعي بناءً على هذه النظرية يمثل عدداً قليلاً من المبادئ الأساسية وبهذا يتبين أن هذا القانون محدد من حيث الموضوع ولكنه سام من حيث المركز فهو يهيمن على التشريعات الوضعية كافة ، وفكرة القانون الطبيعي بناءً على هذه النظرية انتهت إلى أنها عبارة عن دستور مثالي للعدل ، فهو لا يصل إلى التفصيل والتفريع وإنما وظيفته التوجيه والإلهام بما يتضمن من مبادئ عامة⁽³⁾ .

يتم التوجيه نحو العدل من خلالها من مثل مبدأ إيتاء كل ذي حق حقه ومبدأ عدم الإضرار بالغير عن طريق الخطأ ، ومبدأ عدم الإثراء على حساب الغير من دون سبب مشروع وغير ذلك⁽⁴⁾ .

ومن هذا المنطلق دعى بلانيول وغيره من الفقهاء⁽⁵⁾ ، إلى التمييز في مصطلح القانون الطبيعي

بين معنيين :

المعنى الأول : هو عبارة عن قواعد عامة محددة وشاملة تمثل مبادئ أساسية يهتدي بها المشرعون في أنحاء العالم كلها ، وقد أصطلح على هذا المعنى بالقانون الطبيعي الأولي .

(1) ينظر : د. السيد عبد الحميد فودة ، جوهر القانون ، مصدر سابق ، ص 208 .

(2) د. سليمان مرقس ، فلسفة القانون ، مصدر سابق ، ص 284 .

(3) ينظر : د. حسن كير ، أصول القانون ، مصدر سابق ، ص 144 .

(4) ينظر : د. حسن كيرة ، المدخل الى القانون ، مصدر سابق ، ص 118 .

(5) ومن هؤلاء الفقهاء الفقيه جيني (Geny) الذي دعى الى إعادة فكرة القانون الطبيعي التقليدية وتابعه على ذلك يونكاس . ينظر : د. سليمان مرقس ، مصدر سابق ، ص 285 .

المعنى الثاني : هو الذي يتضمن الحلول العادلة والمنصفة للقضايا المستحدثة التي لا توجد قاعدة قانونية تنطبق عليها ، وهذه الحلول أو الأحكام تستنبط من خلال التفرع على تلك المبادئ الأساسية التي تضمنها القانون الطبيعي الأولي ، وقد اصطلح على المعنى الثاني بالقانون الطبيعي الثانوي أو القانون الطبيعي التطبيقي ، وهذا المعنى الثاني هو الذي يطلق عليه قواعد العدالة ، كما أشرنا لذلك آنفاً .

وخلاصة القول : إن مصطلح القانون الطبيعي أصبح يمثل لدى فقهاء القانون وفلاسفته المعاصرين وفي مقدمتهم بلانيول معنيين الأول هو المثل الأعلى للعدل وهو القانون الطبيعي الأولي ، والثاني هو القانون الطبيعي الثانوي أو التطبيقي وهو قواعد العدالة .

ولذلك وقع الاختلاف في عبارات المشرعين في موضوعة الجمع بين قواعد العدالة والقانون الطبيعي تارة وأخرى أفراد قواعد العدالة من دون ذكر القانون الطبيعي ، والحالة الأولى التزم بها المشرع المصري في المادة 1/2 من القانون المدني حيث جمع بين قواعد العدالة والقانون الطبيعي⁽¹⁾ ، بينما أفرد المشرع العراقي في المادة 2/1 من القانون المدني قواعد العدالة ، على اعتبار أنها مصدر احتياطي للقانون⁽²⁾ .

وقد أشار المشرع الانكليزي إلى قواعد العدالة من دون ذكر القانون الطبيعي أيضاً فجاء في قانون التقاضي الإنكليزي الصادر عام (1873م) (The judicature act) النص على أنه (أ- قواعد العدالة والقانون العادي يجب أن يطبقا جنباً إلى جنب في كل المحاكم ، ب- حيثما وجد نزاع بين قواعد العدالة وقواعد القانون العادي فيما يتعلق بالمسألة نفسها فإن قواعد العدالة أولى بالتطبيق فتقدم على القانون العادي)⁽³⁾ .

والذي يبدو لنا : أن قواعد العدالة بناءً على المعنى الأخير هي في الواقع تمثل قانون العقل الخالص أو السليم، وهي بهذا المعنى الأساس الفلسفي والاخلاقي الذي يقوم عليه أي تشريع أو سلطة سياسية وهذا القانون العقلي - أعني قواعد العدالة - ينبغي أن تخضع له كل أرادة إنسانية سواء كانت

(1) جاء في المادة 2/1 القانون المدني المصري (فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، حكم القاضي بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد ، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة) .

(2) نصت المادة 2/1 من القانون المدني العراقي (فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة) .

(3) ينظر : د. زيد محمود العقائلي ، المصطلحات القانونية باللغة الإنكليزية ، ط1 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان - الاردن ، 2009 ، ص34 . وكذلك : د. عبد الرحمن البزاز ، أبحاث وأحاديث في الفقه والقانون ، مصدر سابق ، ص139 .

إرادة المشرع أم إرادة القاضي أو إرادة الأفراد فيما يقومون به من إنشاء التصرفات القانونية ، وقواعد العدالة بهذا المعنى لها قيمة واقعية وجدانية فضلا عن قيمتها الفلسفية ، فضلاً عن انها غير قابلة للإنكار ، والذي يدل على هذه القيمة الوجدانية ، إطلاق الناس في أنحاء العالم كلها مصطلح مؤسسة أو مرفق العدالة على السلطة القضائية ، وهذا يعني بانهم يتوسمون خيراً من هذه السلطة بأنها ستصدي لإحقاق الحق وتحقيق العدالة التي ينشدها كل فرد من أفراد المجتمع مهما كان مستوى تعليمه ومهما كانت ثقافته لأن العدالة من المعاني الوجدانية التي يجدها الإنسان في نفسه بمجرد أن يصغي إلى ما يمليه عليه عقله السليم ، وهذا المعنى للعدالة وطريقة الاستدلال الوجدانية عليها هو ما التزم به متكلمو و فلاسفة وفقهاء الشريعة الاسلامية .

المطلب الثالث

قواعد العدالة في الشريعة الاسلامية

إن العدالة تعتبر من المسائل المحورية بالنسبة للشريعة الاسلامية ؛ ذلك لأن الإسلام قد حارب الظلم ووقف مع حقوق الإنسان منذ أيامه الأولى ، وتمثل صيانة كرامة الإنسان وحماية حقوقه مقصداً من المقاصد المهمة للشريعة الإسلامية ، وهدف إقامة مجتمع متكامل يقوم على أساس العدالة هو علة غائية للتشريع الإسلامي .

أضف إلى ذلك أن العدل من الصفات الذاتية للذات الإلهية ، والعدل هو اسم من أسماء الله الحسنى ، والعدالة الحقيقية هي العدالة الإلهية وهي العدالة التي يسري حكمها في كل تجليات الوجود وجميع مظاهره ، سواء كانت طبيعية أم بشرية ، قال تعالى (وَإِنْ مِنْ شَيْءٍ إِلَّا عِنْدَنَا خَزَائِنُهُ وَمَا نُنزِّلُهُ إِلَّا بِقَدَرٍ مَعْلُومٍ)⁽¹⁾ ؛ ولذلك ارتبط التفكير بالعدل والعدالة في المسائل العقائدية في علم الكلام الإسلامي ، وكذلك في علم الفقه وأصوله ؛ ولذا سننقش هذا المطلب إلى فرعين نبحت في الأول منهما أصل قواعد العدالة في علم الكلام الإسلامي ، ونبحت في ثانيهما أصل قواعد العدالة في الفقه الإسلامي .

الفرع الأول

أصل قواعد العدالة في علم الكلام الإسلامي

إن البحث في أصل قواعد العدالة في مباحث علم الكلام الإسلامي نجده في مبحث التقبيح والتحسين العقليين، وهذه الفكرة تقوم على ركيزتين :

(1) سورة الحجر : الآية (21) .

1- الركنية الأولى : ذاتية الحسن والقبح في الأفعال ، وهذا يعني أن الأفعال لها حسنٌ وقبحٌ من حيث نواتها ، وبمعنى آخر أن للأفعال قيمة ذاتية في نظر العقل بغض النظر عن حكم الشرع (1) ، وهذه النقطة أو الركنية مهمة من حيث أن الطرح الفكري لعلماء الكلام الإسلاميين قد اتفق مع الطرح الفلسفي الذي سعى إلى استكشاف مبادئ العدالة ، المُعَبَّر عنها هنا بالحسن والقبح الذاتي للأفعال المُكْتَشَف بواسطة الإدراك العقلي بعيداً عن أي فكرة لاهوتية أو ما ورائية .

2- الركنية الثانية : هي أن العقل الإنساني له قابلية استكشاف هذه الصفات الذاتية للأفعال ، فالعقل الإنساني الكلي يحكم على الأفعال بهذه الأحكام بمعزل عن الفاعل الذي صدر منه ذلك الفعل (2) .
وبعبارة أخرى إن العقل يحكم على الفعل الذي يمثّل الظلم بالقبح من أيّ فاعلٍ صدر ، مهما كانت صفته لأنّ العقل يحكم على ذلك الفعل الذي له صفة ذاتية هي القبح ، وكذلك يحكم على العدل بأنه حسن لأن صفتي الحسن والقبح من الصفات الذاتية للأفعال .

وبهذا يتّضح أن قواعد العدالة في علم الكلام الإسلامي قد بُنيت على مبدئين هما الضمير الإنساني الذي يُمثّل المبدأ الذاتي داخل النفس الإنسانية والصفة الذاتية للأفعال وقد جمع علم الكلام بين هذين المبدئين وزاوج بينهما لأجل الوصول إلى تحقيق العدالة .

ثم أن مسألة التحسين والتقبيح العقليين هي من المسائل الخلافية بين العدلية والاشاعرة ، كما أشرنا لهذا آنفاً ، وعلى أساس هذه المسألة يترتب الاعتقاد بوصف الله تعالى بالعدل ، ولذلك سمي العدلية (3) بهذا الاسم لوصفهم الله تعالى بأنه عادل على أساس ما يعتقدونه من ثبوت الحسن والقبح الذاتيين للأفعال والأشياء فلا يأمر إلا بالحسن ولا ينهاى إلا عن القبيح ، والذي يتم ادراكه بواسطة العقل وكما وقع النزاع بين العدلية والاشاعرة في ذاتية الحسن والقبح ، وقع النزاع أيضاً بين الأصوليين والإخباريين من الامامية في مسألة قابلية العقل لأدراك الحسن والقبح الذاتي (4) .

وإذا تبين أن الأفعال لها في ذاتها صفة الحسن وصفة القبح ، وأن العقل الإنساني الكلي له القابلية على التوصل إلى الحكم على بعض الأفعال بالحسن وبعضها بالقبح ويستطيع من خلال هذا الحكم أن يوجب

(1) ينظر : الشيخ مرتضى المطهري ، العدل الإلهي ، مصدر سابق ، ص 22 . كذلك : السيد كمال الحيدري ، محاضرات في علم الكلام ، تقرير علي حسون ، بغداد ، 1424 هـ ، ص 24 .

(2) ينظر : العلامة سعد الدين التفتازاني ، شرح التلويح على التوضيح ، مطبعة صبيح وأولاده بدون مكان طبع ، 1367 ، ج 1 ، ص 172 . وكذلك : القاضي عبد الجبار المعتزلي ، شرح الأصول الخمسة ، مصدر سابق ، ص 132 .

(3) تقدم الكلام عن تعريف العدلية في المبحث الأول من هذا الفصل وذكرنا بان المراد بهم (المعتزلة ، والامامية ، والزيدية) وانما سموا بذلك لانهم يقولون بان العدل صفة ذاتية لله تعالى .

(4) ينظر : د. محمد شريف أحمد ، مصدر سابق ، ص 92 .

فعل الحسن واجتناب فعل القبيح ، بغض النظر عن أي تشريع سماوي أو وضعي ، إلا أن هنالك تلازماً بين الأحكام العقلية والأحكام الشرعية ، يلتزم به جميع متكلمي العدالة و فقهاءهم ، وللتلازم قاعدة مشهورة وهي كل ما حكم به العقل حكم به الشرع ، وهذا يدل على أن الملازمة بين حكم العقل وحكم الشرع ملازمة تامة (1) .

الفرع الثاني

أصل قواعد العدالة في الفقه الإسلامي

العدالة في علم الكلام الإسلامي أو في العقيدة تعتبر أصلاً أو أساساً تبنى عليه الأحكام في الفقه الإسلامي، حيث أن العدالة أو العدل عند العدالة من مذاهب المسلمين قاعدة يستند عليها الفقيه عند استنباط الأحكام الشرعية من أدلتها الأصلية ، وبهذا المعنى تُعتبر قواعد العدالة من أصول الاجتهاد ، وأن المجتهد عندما يستنبط حكماً شرعياً لا بد أن يعرضه على قواعد العدالة ، وهذا يعني أن المجتهد عندما يحصل على الحكم الشرعي من الإطلاق أو العموم ، أو يستند على دليل ظني ، فيتوصل من خلال ذلك إلى الحكم الشرعي للموضوع المعين الذي بين يديه ، في مقام الفتوى أو عندما ترفع إليه قضية في مقام القضاء ولا يجد قاعدة شرعية تنطبق على موضوع النزاع فيلجأ إلى استنباط الحكم الشرعي من الأدلة الأربعة التي هي الكتاب ، والسنة ، والإجماع ، والعقل ، بالطريقة التي أشرنا إليها آنفاً ، في كل هذه الأحوال لا بد من أن يرجع إلى قاعدة العدالة ويعرض الحكم الذي استنبطه عليها وهذا ما يُصطلح عليه بين كثير من الفقهاء بـ(مقصدية العدل)⁽²⁾ ، وهو الخط أو الطريقة الاجتهادية التي يُعول فيها على العقل في اكتشاف ملاكات الأحكام ، وهي المصلحة بواسطة العقل الكلي العملي، وليس العقل الشخصي ، كما عليه الأمر في طريقة القياس الشرعي ، وهي اكتشاف العلة في الأصل المقيس عليه وفي الفرع المقيس ، وإنما يراد بمقصدية العدالة إحراز المصلحة في الحكم المُستنبط بناءً على معرفة قاعدة العدالة ، التي هي علة غائية للحكم الشرعي كما أشرنا آنفاً ، وقد أشار بعض الفقهاء إلى أنه " لو بني الفقه على قاعدة العدالة وتجاوز الذهنية الإخبارية ، لأمكننا تدوين فلسفة اجتماعية ولما كنا نقع في التناقضات والتهاافتات التي نقع فيها اليوم " (3) .

وقد أخذت قواعد العدالة حيّزاً مهماً في الفقه الإسلامي في المذاهب كافة وإن كانت عند العدالة أكثر وضوحاً ، حيث أن المذاهب الأخرى سوى العدالة كالأشعرية مثلاً قد استطاعوا أن يتمسكوا بقاعدة

(1) ينظر : الشيخ محمد رضا المظفر ، أصول الفقه ، مصدر سابق ، ج 1 ، ص 51 . وكذلك : الشيخ ابو حامد الغزالي ، المستصفي ، مصدر سابق ، ج 1 ، ص 140 .

(2) ينظر : د. صلاح الدين الناهي ، نصوص قانونية وشرعية ، مصدر سابق ، ص 292.

(3) ينظر : الشيخ مرتضى المطهري ، مباني الاقتصاد الإسلامي ، ص 27 ، أشار إليه الشيخ حيدر حب الله ، مصدر السابق ، ص 7 .

العدالة في الفقه على الرغم من أنهم في الأصول العقائدية أو علم الكلام لم يُعولوا على العدل ، ولم يلتزموا بوصف الله تعالى بالعدل لأنهم التزموا بأن الله تعالى يتصرف في ملكه ومن كان هذا شأنه لا يوصف بعدلٍ ولا بظلم ، كما أنهم لم يلتزموا بقاعدة الحسن والقبح الذاتي في الأفعال وإنما التزموا بأن الحسن ما حسبه الشارع والقبيح ما قبحه الشارع (1) ، إلا أنهم في مقام الفتوى والقضاء في الأحكام الفقهية قد التزموا بقاعدة العدالة وذلك بناءً على ما يلتزم به أغلب فقهاءهم من موضوعة المقاصدية ، أي مقاصد الشريعة وقد جمعها بعضهم بخمسة مقاصد مهمة هي (حفظ الدين والنفس والعقل والنسل والمال) (2) .

وبناءً على هذه المقاصد استنبط الفقهاء كثير من المبادئ العامة الفقهية مطبوعة بطابع العدالة ، وعليه فإن هذه المبادئ العامة أسست إلى منع الضرر في الأحكام الفقهية واستعمال الحقوق الشخصية بناءً على أن الضرر ظلمٌ يجب دفعه ، ومن هذا الأصل وهو مقصديه العدل المبنية على العقل فرعوا قواعد فقهية كان لها الأثر الكبير في تطبيق العدالة في الأحكام الشرعية كقاعدة (لا ضرر ولا ضرار) من حيث تطبيقات هذه القاعدة في الفروع الفقهية ، والإفان أصل هذه القاعدة مأخوذة من الحديث النبوي الشريف (لا ضرر ولا ضرار في الإسلام) (3) و (الضرر يزال) و (المشقة تجلب التيسير) و (الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أم خاصة) و (قاعدة الضرورة) التي اشرنا إليها آنفاً ، ولتطبيق هذه القواعد وضع الفقهاء قواعد عامة في مقام التطبيق مبنية على قواعد العدالة منها (الضرر يزال بمثله) و (الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف) و (الضرر يدفع بقدر الإمكان) (4) .

وعلى أية حال فإن الذي يبدو لنا أن التعويل على قواعد العدالة وإرجاع الأحكام الفقهية إليها هو في حد ذاته يحقق القصد والعلّة الغائية للشريعة الإسلامية وهي تحقيق العدالة والتيسير على العباد وذلك لأن الشريعة الإسلامية هي الشريعة السحاء ، وبناءً عليه فإن النظريات العامة في الفقه الإسلامي عموماً قد أسست على قواعد العدالة ، وعند مقارنتها بالنظريات التي تضمنتها فلسفة القانون عموماً نجد أن

(1) ينظر : ينظر السيد محمد تقي الحكيم ، مصدر سابق ، ص 270-273 .

(2) ينظر : الشاطبي ، الموافقات في أصول الشريعة ، منشور على الموقع الإلكتروني www.al-mostafa.com ، تاريخ الزيارة ، 2020/9/15 ، ج 1 ، ص 147 . وكذلك : محمد الطاهر بن عاشور ، مقاصد الشريعة الإسلامية ، دار الكتاب المصري ، القاهرة ، 2011 ، ص 104 .

(3) ينظر : الشيخ محمد بن يعقوب الكليني ، الكافي ، ط 2 ، دار الكتب الإسلامية ، طهران ، 1367 هـ ، ج 5 ، ص 226 . وكذلك : الامام أحمد بن حنبل ، مسند أحمد ، دار صادر - بيروت - لبنان ، بدون سنة طبع ورقم طبعة ، ج 5 ، ص 236 .

(4) ينظر : د. عبد السلام الترماني ، الوسيط في تاريخ القانون والنظم القانونية ، مصدر سابق ، ص 465 : وكذلك : علي أحمد الندوي ، القواعد الفقهية ، دار القلم ، دمشق ، 1994 ، ص 154-156 .

نظرية العدالة في الشريعة الإسلامية تسمو عليها وذلك لأن المستند والدافع في هذه النظرية هو الإيمان⁽¹⁾ ، وليس الاعتماد على العقاب الدنيوي الذي يفرضه القانون حيث يتم الاعتماد لأجل الوصول إلى تحقيق العدالة عليه فقط وأما أغلب النظريات الفلسفية التي ابتعدت عن فرض الجزاء فهي قد دخلت في ضرب من المثالية التي لا محصل لها، إلا أن نظرية العدالة التي توازن بين المصالح وتجمع بين الأمرين هي نظرية العدالة في الشريعة الإسلامية حيث اعتمدت على التلويح بالجزاء وجعلت تحقيق العدالة يستند على الإيمان ليكون هو الدافع الحقيقي الذي يضمن تحقيق وتطبيق العدالة ، في الفتوى وفي مقام القضاء أي تطبيق الاحكام الشرعية على الحقوق المتنازع فيها .

(1) قال تعالى (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) ، سورة البقرة : الآية 85 . وقوله تعالى (إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ) ، سورة النحل : الآية 90 .

الفصل الثاني

دور قواعد العدالة في التشريع المدني

الفصل الثاني

دور قواعد العدالة في التشريع

إن جل ما يهدف إليه القانون هو تحقيق العدل - وفكرة العدل في الأساس تدور حول تحقيق المساواة ورفع الظلم الذي يقع على الأشخاص من بعضهم على بعض - وتوفير الحماية القانونية من خلال حق التقاضي الذي تقرره القواعد القانونية المعمول بها في النظام القانوني ، وبناءً على ما تقدم فإن العدل هو المساواة أمام القانون كما أشرنا لذلك آنفاً ، وإتاحة حق التقاضي للجميع .

إلا أن هذا العدل يعتبر مستوى أولي ، ولا يراعي الظروف الخاصة لكل حالة على حدة، ولهذا أكد جُلُّ فقهاء القانون وفلاسفته وأغلب المشرعين في الدول الحديثة على أنه يجب أن يكمل هذا العدل من خلال فكرة العدالة ، فالعدل إنما يضع معايير مجردة للمساواة ، ثم يأتي بعد ذلك دور قواعد العدالة فتأخذ بنظر الاعتبار الظروف والأوضاع الخاصة لكل فرد أو وضع أو حالة على حدة ، وهذا المستوى من العدل الخاص أو تحقيق العدالة ينبغي أن يتولاه القاضي لكي يصوب العدل المجرد المعصوب العينين ويوجهه بالاتجاه الذي يحقق العدالة وليس المساواة المجردة أمام القانون ، ولا بد أن يكون ذلك بتفويض من المشرع نفسه ، بأساليب تشريعية وتطويرية مناسبة للقواعد القانونية ، ولذا سنبحث في هذا الفصل دور قواعد العدالة في تكوين القاعدة القانونية وكذلك دورها في الصياغة التشريعية التي يقوم بها المشرع بواسطة الطرق التشريعية والتطويرية لأجل تحقيق الأمن القانوني المجتمعي ، وتحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة ، لذا ينبغي أن نقسم هذا الفصل على ثلاثة مباحث نبحث في الأول منها : دور قواعد العدالة في تكوين القاعدة القانونية وصياغتها ، ونفرد الثاني : لبحث دور قواعد العدالة في تحقيق الاستقرار القانوني ، ونخصص الثالث : لبحث دور قواعد العدالة في تحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة .

المبحث الأول

دور قواعد العدالة في تكوين القاعدة القانونية وصياغتها

القواعد القانونية لا تبرز إلى الوجود إلا من خلال تظافر عدة عوامل وأسباب تؤدي إلى تكوين القاعدة القانونية ، وهذه الأسباب المكونة للقاعدة القانونية أو الحقائق التي من خلال اجتماعها تتولد القواعد القانونية ، لا بد أن يكون لها سبب أو معطى أو حقيقة تمثل الدور المحوري الذي يتم من خلاله استقطاب باقي تلك الحقائق والاسباب ، كما أن هذه الحقائق إن لم تؤخذ بنظر الاعتبار من قبل الإرادة المشرعة لا يمكن أن تولد القاعدة القانونية ، وفي الوقت نفسه فإن الإرادة المشرعة أن لم تأخذ تلك الحقائق في تقديرها عند وضع القاعدة القانونية فإن ذلك التشريع مصيره الفشل وعدم الاستمرار ، ولهذا النوع من التشريع

أمثلة واضحة منها القوانين التي تصدر من قبل سلطات الاحتلال في بعض البلدان المحتلة والتي يكون الهدف منها عادة تكريس سلطة الاحتلال وشرعنته بغض النظر عن الحقائق التي يتضمنها تراث وثقافة ذلك الشعب المحتل ، ومن هذا يتبين أن القوانين التي يكتب لها النجاح والاستمرار لا بد أن يراعى عند تشريعها الأخذ بتلك الحقائق ، ثم أن القوانين كأى ظاهرة اجتماعية أو سياسية لا بد لها من التطور لأجل مساندة تطور الحياة الاجتماعية والعلاقات التي تنشأ من خلالها ، ولهذا فإن القاعدة القانونية كما أنها لا تنشأ إلا من خلال اجتماع عدة حقائق و تستقطبها حقيقة معينة ، كذلك فإنها لا تتطور إلا من خلال عدة وسائل تتمحور حول وسيلة معينة ، كما أن الأسلوب أو الصياغة التي تظهر من خلالها القاعدة القانونية له بالغ الأثر في طريقة وضع ونجاح هذه القاعدة وهذا الجانب من مراحل وضع القاعدة القانونية يتأثر أيضاً عند الوضع وعند التطبيق بقواعد العدالة ؛ لذا ينبغي أن نقسم هذا المبحث على مطلبين ، نبحث في المطلب الأول : دور قواعد العدالة في تكوين القاعدة القانونية ، ونخصص المطلب الثاني للمبحث في : دور قواعد العدالة في صياغة القاعدة القانونية .

المطلب الأول

دور قواعد العدالة في تكوين القاعدة القانونية

لا يجد المشرع عندما يضع القاعدة القانونية بدأً من مراعاة جميع الجوانب التي تحيط بهذه القاعدة ، وهذا الأمر يستلزم أن يأخذ المشرع بكل الحقائق القائمة في المجتمع الذي توضع تلك القواعد لتنظيم حياته ؛ لأن هذه الحقائق لها أثر بارز ودور مهم في حياة أبناء المجتمع ، ثم أن جميع الحقائق التي تسود في أي مجتمع لا بد أن تستند إلى العقل ، حيث أنها لا يمكن أن تكون مقبولة ما لم تكن معقولة ، ولا يمكن أن تكون كذلك ما لم تأخذ العدالة فيها بنظر الاعتبار ، وهذه الحقائق تصنف إلى حقائق واقعية وأخرى فكرية ؛ ولذا ينبغي أن نقسم هذا المطلب على ثلاثة فروع ، نبحث في الفرع الأول منها : الحقائق الواقعية التي تدخل في تكوين القاعدة القانونية ، ونخصص الثاني : للمبحث في الحقائق الفكرية التي تساهم في تكوين القاعدة القانونية ، ونفرد الفرع الثالث : للمبحث في تأثير قواعد العدالة في حقائق تكوين القاعدة القانونية .

الفرع الأول

الحقائق الواقعية

ذهب فقهاء القانون من أنصار المذهب المختلط ، إلى تقريب رأي المدرستين المثالية والواقعية في فلسفة القانون ، فنظروا إلى طبيعة القانون وجوهره ، بعين الجمع بين رأي المثاليين والواقعيين في فقه واحد ، ولذا اعتمد هذا الطرح الجديد على الجمع بين حقائق الحياة المادية التي يتم التوصل إليها عن طريق الحواس بواسطة المشاهدة أو التجربة ، وبين المثل العليا التي يتم استنتاجها بواسطة العقل

الشخصي الذي يهتدي بالعقل الكلي العملي ، وهذا يعني أن القاعدة القانونية لها أصل واحد إلا أنه مزدوج ناشئ من مبدئين أحدهما واقعي يستند إلى الحس ، والآخر فلسفي ميتافيزيقي يستند إلى العقل والمعقول ، ومن أبرز فقهاء القانون الذين ذهبوا إلى الجمع بين رأي المثاليين والواقعيين - في عناصر أو حقائق القاعدة القانونية التي تساهم في تكوينها - الفقيه فرانسوا جني^(*) ، حيث بين أن هذه الحقائق التي يتكون من اجتماعها جوهر القاعدة القانونية هي اربعة حقائق وهي الحقائق الطبيعية ، والحقائق التاريخية ، والحقائق العقلية ، والحقائق المثالية⁽¹⁾، ثم أن هذه الحقائق الأربعة يمكن أن تصنف إلى صنفين بحسب الطبيعة المكونة لها وهي حقائق واقعية وتشمل الحقائق الطبيعية والتاريخية وهذه الحقائق يمكن أن تدرك بالواقع المحسوس من خلال المشاهدة أو التجربة كما أشرنا لذلك آنفاً وحقائق لا يمكن أن تدرك إلا بالفكر يصطلح على تسميتها بالحقائق الفكرية ، والحقائق الواقعية⁽²⁾ تصنف إلى ما يأتي :

أولاً _ الحقائق الطبيعية :

ويقصد بهذه الحقائق ، مجموع الظروف التي تحيط بحياة الناس في مجتمع معين سواء كانت هذه الظروف مادية أو أدبية ، ومثال الظروف المادية طبيعة التكوين الجسماني للأشخاص - الفسيولوجي - وكذلك الوسط الجغرافي الذي يعيشون فيه ، ومثال الظروف الأدبية أو المعنوية الأحوال النفسية والخلقية والدينية والاقتصادية والسياسية والاجتماعية⁽³⁾ ، وهذه الحقائق أي الحقائق الطبيعية لا تكون بذاتها القواعد القانونية ، أي بطريق مباشر ، إلا أنها تؤثر في تكوينها ونشئها تأثيراً كبيراً ، فإن هذه الحقائق هي التي تعين نطاق القواعد القانونية وتبين حدودها كما أن الحقائق الطبيعية هي مجرد حقائق أولية ،

(*) وهو فقيه فرنسي وأستاذ في القانون وعميد كلية نانسي ومؤلف كتاب العلم والصابغة في القانون الوضعي الخاص *science etchniqueen droit prive positif* وقد بين جني في كتابه هذا الحقائق المكونة للقاعدة القانونية والتي شبهها بالمادة الأولية التي يمكن أن تستخلص من حقائق الحياة الاجتماعية ، وعبر عن الشكل أو الصياغة بأنها الهيئة التي يظهر من خلالها الجوهر ليصبح صالحاً للتطبيق . ينظر : د. سليمان مرقس، فلسفة القانون ، مصدر سابق ، ص288 . وكذلك : د. حسن كيرة ، المدخل إلى القانون ، مصدر سابق، ص142 .

(1) ينظر : د. حمدي عبد الرحمن ، فكرة القانون ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1979 ، ص96-97 . كما أن جيني لا يرى أن القانون يستمد وجوده من عنصر أو طبيعة واحدة بل يستمد من حقائق متداخلة يتألف من مجموعها ما يصطلح عليه بالعلم أو المادة الأولية التي تتكون منها القاعدة القانونية . ينظر : د. مصطفى محمد عرجاوي ، النظرية العامة للقانون ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1998 ، ص130 .

(2) ويذهب بعضهم إلى تقسيم هذه الحقائق على أساس مختلف بعض الشيء حيث قسمها على أساس الاعتبار الموضوعية والوصفية ؛ وذلك لأنه اعتقد بأن الحقائق الموضوعية والتي قسمها إلى حقائق عقلية وحقائق واقعية هي حقائق ثابتة وجازمة وعناصر مستقرة في القاعدة القانونية ، وإن الحقائق الوصفية التي قسمها إلى حقائق مثالية وتاريخية هي حقائق غير مستقرة وتحمل نقيضها معها - وإن تغلب العنصر الإيجابي فيها الأقرب إلى الاستقرار وعلى أساسه سميت حقائق وهي بذلك تعد السبب في مرونة القاعدة القانونية وعدم جمودها . ينظر :

mark greenbery ، how facts make law ، 2002 ، p.14

أشار إليه ، علي عبدالله عفريت ، مصدر سابق ، ص132 .

(3) ينظر : د. سليمان مرقس ، مصدر سابق و ص289 .

ينبغي أخذها بنظر الاعتبار عند وضع القاعدة القانونية التي ستحكم العلاقات القانونية بين الأشخاص ، كما أن هذه العلاقات تأتي متأثرة بالظروف المختلفة التي تحيط بالمجتمع⁽¹⁾ .

ومثال تأثير الحقائق الطبيعية في تكوين القاعدة القانونية هو اختلاف الطبيعة التكوينية لكل من الرجل والمرأة - طبيعة الجنس⁽²⁾ - التي تؤثر في نشوء القاعدة القانونية التي تحكم ارتباط الرجل والمرأة في عقد الزواج ، حيث أن وجود الجنسين المختلفين من البشر وهما الذكر والأنثى ، تسبب في قيام رابطة خاصة تتم بين فردين من أفراد جنسين مختلفين ، وهذه الحقيقة الطبيعية أسهمت في قيام نظام الزواج ، إلا أنها لوحدها لا يمكنها أن تنشئ كل القواعد التي تحدد نظام الزواج ، ومهما كانت القواعد التي تحكم الزواج سواء كانت وضعية أو سماوية لا يمكن أن تشرع الارتباط بين شخصين من جنس واحد ، إذا صغت إلى الفطرة الطبيعية الأولية من دون ظاهرة الانحراف عنها⁽³⁾ ، وبناء على ذلك لا يمكن أن يعقد الزواج بين ذكر وآخر أو بين أنثى وأخرى ، ولذلك نصت المادة (1/3) من قانون الأحوال الشخصية العراقي على أن ((الزواج عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعاً غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل))⁽⁴⁾ ، ومن خلال هذا النص يتضح أن المشرع العراقي يلتزم بأن الزواج لا يمكن أن يحصل إلا بين امرأة ورجل ، فهو قد حدد الجنسين اللذين يمكن أن يتم الزواج بينهما بناءً على طبيعة كل من هذين الجنسين البيولوجية⁽⁵⁾ .

كما أن الاختلاف في طبيعة الجنس بين الأزواج ، قد جعلت المركز القانوني لكل منهما يختلف عن المركز القانوني للآخر ، واختلاف المراكز القانونية يؤدي إلى اختلاف الحقوق والواجبات بين كل من الزوجين⁽⁶⁾ ، فمثلاً في أغلب القوانين ومنها القانون العراقي يجب على الرجل أن ينفق على زوجته ، ويجب على المرأة إرضاع طفلها الصغير ويجب عليها طاعة الزوج ، وكذلك تساهم الحقائق الطبيعية في وسائل إثبات النسب سواء منها القديمة كالقيافة وغيرها أو الحديثة كالبصمة الوراثية (D.N.A)⁽⁷⁾ .

(1) ينظر : د. حسن كيره ، المدخل الى القانون ، ص142 . وكذلك : د. مصطفى محمد عرجاوي ، مصدر سابق ، ص131 .

(2) ينظر: د. أنور سلطان ، مصدر سابق ، ص91 .

(3) ينظر : د. عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ، ص408 . وكذلك : د. حسن كيرة ، المدخل الى القانون ، مصدر سابق ، ص142 .

(4) قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 .

(5) ينظر : علي عبدالله عفريت ، مصدر سابق ، ص133 .

(6) ينظر : د. حمدي عبد الرحمن ، مصدر سابق ، ص96 . وكذلك :

GENY ، science et technique en droit prive positif ، II ، no.167، p.372 ،

أشار إليه د. مصطفى محمد عرجاوي ، مصدر سابق ، ص131 .

(7) عرفت البصمة الوراثية بأنها (البنية الجينية التفصيلية التي تدل على هوية كل شخص بعينه ، وهي وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية أو التحقق من الشخصية وكذا اثباتها) . ينظر : حسني محمود عبد الدايم ، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي - ط1 ، دار الفكر الجامعي ، مصر ، 2008 ، ص86 .

ومن الجدير بالذكر أن الحقائق الطبيعية يمكن أن تدرك عن طريق المشاهدة والتجربة ، وهذا يبين إنها خاضعة لطرق المعرفة اليقينية الواقعية ، وهي حقائق علمية فتكون شرطاً أساسياً ومهماً في تكوين القاعدة القانونية .

ويظهر : أن أخذ هذه الحقائق بنظر الاعتبار من قبل المشرع عند وضعه للقاعدة القانونية يحقق العدالة ، ومن هنا تظهر صلة قواعد العدالة بالحقائق الطبيعية بشكل واضح ؛ لأن عدم أخذ الحقائق الطبيعية بنظر الاعتبار عند وضع القاعدة القانونية يكون مجافياً للعدالة ؛ لأن مخالفة ما تقضي به الطبيعة يكون منافياً لإعطاء كل ذي حق حقه .

ثانياً : الحقائق التاريخية

والمقصود بها الأحداث والظروف المحيطة بالحياة الإنسانية والاجتماعية التي تكونت بفعل الزمان ، وحققت نظاماً وقواعد ليس بإمكان المشرع أن يغفلها عند وضعه للقاعدة القانونية ، ومن الجدير بالذكر أن القواعد التاريخية لا تتكون من عناصر مادية فحسب كما هو الحال في الحقائق الطبيعية ، بل إنها تتضمن قواعد قانونية ونظاماً اجتماعية وسياسية تؤدي دورها في تنظيم الحياة الاجتماعية⁽¹⁾ ، وإن هذه القواعد والنظم نشأت من المصادر الرسمية للقانون كالعرف والتشريع المقنن ، وكذلك النظريات القانونية التي أنشأها فقهاء القانون من خلال شرحهم وتفسيرهم للقواعد القانونية ، وكذلك فإن للقضاء دوراً لا يمكن إغفاله في الحقائق التاريخية ، حيث أن تراكم الأحكام والقرارات القضائية يعتبر تراثاً لا بأس به يمكن أن يستلهم منه المشرع الكثير من العوامل عند وضعه للقاعدة القانونية⁽²⁾ .

ثم إن من شأن الحقائق التاريخية أن تجعل تكون القاعدة القانونية يتم من خلال هديها والاستفادة من تجربتها الطويلة ، وهذا يضمن إبعاد القاعدة القانونية عن الطفرة والاندفاع غير المحسوب العواقب ، ويجعل من القاعدة القانونية تنشأ على شاكلة الجمع بين متطلبات الحاضر والتمسك بثوابت الماضي ، وهو ما يجعل القاعدة القانونية أكثر مقبولية ، وتحقيقاً للعدالة في نظر المجتمع الذي تخاطبه⁽³⁾ .

ثم إن هذه الحقائق تعتبر عند بعض الفقهاء حقائق علمية بالمعنى الحقيقي للكلمة وليس بالمعنى المجازي ، وذلك لأن التاريخ عبارة عن سجل يدون التجارب التي مرت بها الأجيال السابقة ومن ثم فإن الحقائق التاريخية هي علمية ، من جهة أن التاريخ في أنواعه كافة سواء كان التاريخ السياسي أو الديني أو

(1) ينظر : د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن ، المدخل للعلوم القانونية – النظرية العامة للقانون – بلا ذكر ناشر ومكان نشر ، 2005م ، ص170 .

(2) ينظر : د. حمدي عبد الرحمن ، مصدر سابق ، ص97 . وكذلك : د. حسن علي الذنون ، مصدر سابق ، ص242 .

(3) ينظر : د. مصطفى محمد عرجاوي ، مصدر سابق ، ص133 . وكذلك : د. حسن كيره ، مدخل الى القانون ، مصدر سابق ، ص144 .

الاجتماعي ، أو تاريخ القانون والنظم القانونية ، فإن الطريقة التي يتم فيها تدوين التاريخ تعتمد غالباً على المشاهدة والملاحظة أو النقل عن الغير بشكل يقرب من العلم أو الظن الموثوق ، ومن هنا يمكن للحقائق التاريخية أن تعطي القاعدة القانونية أساساً راسخاً من جهة استنادها إلى هذه الحقائق⁽¹⁾ التي يمكن أن تكون أساساً لكل إصلاح وتطوير في القواعد القانونية ، وذلك لأن الحقائق القانونية ما هي إلا خبرة مكتسبة عبر الزمان وتلاحق الأجيال ، وهذا يجعل القاعدة القانونية مسلماً بها ومقبولة عند الأغلب من أبناء المجتمع وذلك لما للأمر المتعارف عليه والموروث من وقع في النفوس واحترام عند الناس⁽²⁾ .

ويبدو : أن هذه المقبولية والتسليم لا يمكن أن تكون مطلقة بالنسبة لكل قاعدة مورثة أو لكل أمر تاريخي ؛ وذلك لأن التاريخ يشمل القواعد العادلة وكذلك القواعد غير العادلة بل الظالمة والمجافية لأبسط قواعد العدالة ، ولذا فإن الأخذ بالحقائق التاريخية بمفرده لا يمكن أن يُنشئ القاعدة القانونية ، وإن سلمنا بإنشاء القاعدة القانونية فلا نسلم بمطابقتها للعدالة ، ولذا فإن القاعدة القانونية لا يمكن أن تنشأ إلا بعد تظافر هذه الحقائق الأربع - الطبيعية والتاريخية والعقلية والمثالية - وبناءً على الدور الذي تقوم به الحقائق العقلية والمثالية يتم تهذيب الحقائق التاريخية والانتقاء منها ، بحيث يتم عن طريق العقل واستلهاج المثل العليا واصطفاء القواعد القانونية التاريخية التي تتناسب مع قواعد العدالة ومع المثل العليا السائدة في المجتمع والتي يمكن أن تستخلص وتستننتج من خلال العقل ، ومن الأمثلة التي تذكر للحقائق التاريخية مثال حق الملكية الخاصة فإنها مرت بعدة أدوار تاريخية حتى أصبحت من الثوابت التي تلتزم بها غالبية بل كل النظم القانونية حول العالم ، ولم تستطع أعتى الاشتراكيات في العالم أن تغير قناعة الناس وتحول بينهم وبين تمسكهم بحق الملكية الخاصة ، الأمر الذي تؤيده الشرائع السماوية كافة فضلاً عن الوضعية ، وهذا المثال يوضح كيفية أخذ الحقائق التاريخية القانونية بنظر الاعتبار عند تشريع القاعدة القانونية ، وبهذا يتضح أن تشريع الملكية الخاصة ، مع الأخذ بالقيود التي تفرض عليها لمراعاة مصالح الآخرين وحقوقهم يتماشى مع قواعد العدالة .

الفرع الثاني

الحقائق الفكرية

وهي الحقائق التي يتم التعرف عليها بالفكر فهي تمثل قواعد عقلية ومثل عليا يلتزم بها الإنسان ، مُتأتية من الجانب الروحي ومن الإيمان بالمبادئ والقيم العليا سواءً كانت دينية أو غيرها ، وتتكون الحقائق الفكرية التي تساهم في تكوين القاعدة القانونية - من الحقائق العقلية والحقائق المثالية - وسنعرض لها فيما يأتي :

(1) ينظر : د. حسن كيره ، مصدر سابق ، ص145 . وكذلك : د. سليمان مرقس ، مصدر سابق ، ص192 .
(2) ينظر : د. السيد عبد الحميد فوده ، جوهر القانون بين المثالية والواقعية ، مصدر سابق ، ص285 .

أولاً : الحقائق العقلية

وعرفت بأنها (المبادئ الأساسية الثابتة التي يستخلصها العقل من طبيعة الإنسان ومن صلته ببقية العالم وهي تشرف على تكوين القانون وتوجيهه)⁽¹⁾ .

كما عرفت أيضاً بأنها (تلك المبادئ التي يستخلصها التمييز العقلي لحقائق الواقع والتاريخ ، في سبيل توجيه سلوك الأفراد في المجتمع)⁽²⁾ ، وإنما دعت الحاجة إلى إدخال الحقائق العقلية في تكوين القاعدة القانونية لأن الحقائق الطبيعية والتاريخية بمفردها لا تكفي لتكوين مادة القواعد القانونية ؛ وذلك لأن الأولى تتصف بالعمومية والإبهام ، والثانية يعتبر الأخذ بها على ما هي عليه غير كافٍ ؛ لأنه يعيق التطور والتقدم الذي تتطلبه الحياة الاجتماعية ؛ وذلك لأن الماضي على الرغم من استخلاص العبر والدروس منه ، ولكن لا ينبغي أن نقيده به المستقبل ، ونعيق تطور القواعد القانونية التي ينبغي أن تواكب التطور في الحياة الاجتماعية ؛ وبناءً عليه لا بد من إعمال حكم العقل في تكوين القاعدة القانونية⁽³⁾ ؛ لأن العقل هو الذي يستطيع تقدير صلاحية تلك الحقائق للوصول إلى الغرض المنشود الذي يكون غاية النظام القانوني وجوهره ، وهو العدل كحد أدنى والمقصود به المساواة أمام القانون ، وتحقيق العدالة وهي الغاية الأسمى ، والتي ينظر إليها من جهة النظر إلى القانون كما يجب أن يكون ، لا كما هو كائن⁽⁴⁾ .

وبناءً على ما تقدم يتضح أن الحقائق العقلية هي المبادئ التي يستخلصها العقل من طبيعة الإنسان وعلاقته بالبيئة التي يعيش فيها ، وما يفرضه العقل من قواعد هي حقائق توافق مقتضيات الأشياء ، وهذه الحقائق حتمية وعالمية وثابتة ، تعتبر الموجه الرئيسي في الأعداد العلمي للقانون ، ولهذا فإن الحقائق الواقعية والتاريخية تعتبر مادة محضة أولية وهي بحاجة إلى عرض مخرجاتها على العقل لتهدئتها وصلتها ، ومن هذه الزاوية تلتقي الحقائق العقلية مع نظرية القانون الطبيعي⁽⁵⁾ ، من جهة أن هذه الحقائق تمثل مبادئ القانون الطبيعي من حيث صورته الأولى⁽⁶⁾ ، فهي في واقعها عبارة عن قواعد السلوك الإنساني التي يستنتجها العقل من طبيعة الإنسان وعلاقاته في المجتمع ؛ ولكي تحتفظ الحقائق العقلية في قيمتها وجوهريتها في تكوين القاعدة القانونية يجب أن تعتمد على ما هو واجب ومفروض بحسب الطبيعة

(1) د. سليمان مرقس ، مصدر سابق ، ص 292 .

(2) د. حسن كبره ، المدخل إلى القانون ، مصدر سابق ، ص 145 .

(3) ينظر : د. السيد عبد الحميد فوده ، جوهر القانون ، مصدر سابق ، ص 288 .

(4) ينظر: د. حمدي عبد الرحمن ، مصدر سابق ، ص 98 .

(5) ينظر : د. مصطفى محمد عرجاوي ، مصدر سابق ، ص 134 .

(6) ينظر : د. عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ، ص 410 .

الإنسانية ، وبعبارة أخرى ينبغي أن تقتصر هذه الحقائق على ما هو معقول من دون ما هو مثالي حيث أن الحقائق العقلية توحى بما هو ضروري دون ما هو كمالي من المبادئ ، ويمكن من خلال هذه الصفة أن نميز بين الحقائق العقلية والحقائق المثالية بحسب نظرية (جني) ونضع بينهما حداً فاصلاً باعتبار أن المبادئ العقلية تستنتج من الأمور الطبيعية ، والمبادئ المثالية يمكن التوصل لها عن طريق الوجدان وهو شعور وإحساس مرهف بالعدالة وبالحكم الذي تتطلبه قضية أو مسألة ما ، إلا أن هذا الشعور والوجدان يختلف من شخص إلى آخر⁽¹⁾.

ويظهر: أن الحقائق العقلية هي الركن الأساسي في تكوين القاعدة القانونية من حيث تحقيق العدل ، لأن القواعد القانونية في غالبيتها لا بد أن تكون معقولة والقواعد القانونية لا يكتب لها النجاح والاستمرار والتعبير الصادق عن متطلبات الحياة الاجتماعية ما لم تكن تتماشى مع العقل ، بل إن بعض الفلاسفة ذهب إلى أن القواعد القانونية منبعها الأساسي هو العقل⁽²⁾.

إلا أن تحقيق العدالة لا يتم من خلال الحقائق العقلية فقط وإنما لا بد أن تتضافر معها الحقائق المثالية ، بل إن قواعد العدالة ترتبط بالحقائق المثالية بالدرجة الأساس ، وإن كان العقل أيضاً يمكنه أن يهتدي إلى تلك القواعد إلا أن هذا التطور يمكن أن نطلق عليه مثالية العقل وهذا ما سنُبينه في بحث الحقائق المثالية .

ثانياً : الحقائق المثالية

عرفت الحقائق المثالية بأنها (مثل عليا يهدف الإنسان إلى تحقيقها والوصول إليها عن طريق ما يضعه من نظم وقواعد قانونية)⁽³⁾.

وعُرفت أيضاً بأنها (كل ما يطمح إليه الإنسان من آمال وقيم رفيعة يترتب على إعمالها تحقيق التقدم المطرد للقانون والسمو به نحو الكمال)⁽⁴⁾.

ويبدو من خلال التعاريف التي ذكرت أن الحقائق المثالية عنصر مؤثر في بقية الحقائق المتقدم ذكرها وشامل من حيث المدى ؛ ويرى بعض الفقهاء (أنه بمثابة الغلاف الهوائي الذي يحيط بجميع

(1) ينظر : د. السيد عبد الحميد فوده ، جوهر القانون ، مصدر سابق ، ص 289-290 . وكذلك : د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ود. احمد حشمت ابو ستيت ، مصدر سابق ، ص 74 .

(2) يذهب الفيلسوف هيجل إلى أن : (القانون لا ينمو ابتداء إلا من العقل (REASON) لأنه يجب أن يكون مطابقاً لمرحلة تطور الروح وإن يجتاز مثلها مراحل تكوينها ويتقبل التعديلات التي صارت ضرورة بحكم التصور ، إنها الروح والتاريخ هما اللذان سيعملان دائماً القانون ...) ينظر : د. عبد الرحمن بدوي ، فلسفة القانون والسياسة عند هيجل ، ط 1 ، دار الشرق ، القاهرة - مصر ، 1996 ، ص 184 .

(3) د. حسن علي الذنون ، مصدر سابق ، ص 244 .

(4) د. مصطفى محمد عرجاوي ، مصدر سابق ، ص 135 .

المسائل القانونية التي ثار بشأنها الجدل⁽¹⁾ ، وهذا الكلام يبين مدى أهمية الحقائق المثالية ، من جهة أن العمق والمدى الذي تستند إليه القواعد القانونية هو قواعد العقل كما سبقت الإشارة إلى ذلك ، وإن القواعد المثالية تعتبر البعد الفلسفي الميتافيزيقي للقواعد العقلية ، وقد ذكر بعض آخر من فقهاء القانون أن الحقائق المثالية يستلهمها الإنسان من العاطفة وليس من التفكير ومن الإيمان وليس من العقل ، كما أنه ذهب إلى أن هذه الحقائق أو المثل العليا تتغير بحسب تغير المكان والزمان⁽²⁾ .

والملاحظ على هذا الكلام : أن الحقائق المثالية أو المثل العليا لا يمكن أن تستمد أو تستلهم من العاطفة ذلك لأن هذه الحقائق هي أبعد ما تطمح له البشرية من الكمال في القانون في سبيل تحقيق العدالة كما ينبغي أن تكون ، فمن غير المعقول أن تستمد من العاطفة ، وهي انفعال آني وتأثر عارض ، حيث أن عاطفة الإنسان تظهر حينما تبدو أمامه بعض المواقف التي تكون ظالمة أو مجافية لقواعد العدالة .

وما يبدو: في هذه المسألة أن العاطفة كاشفة عن الحقائق المثالية وليس منشأة لها ، حيث أن الانفعال بحسب المواقف والمسائل العارضة لا ينشئ تلك القواعد السامية بل أنه يكشف عنها ؛ لأنها كامنة في الضمير الإنساني والبعد الحقيقي للنفس الإنسانية ويتضح مما تقدم أن هذه الحقائق لا يمكن أن تكون متغيرة بحسب الزمان والمكان ، ولذا عُبر عن الكاشف الآخر أو المظهر لهذه القواعد بالإيمان ، وهذا الإيمان مهما كان متعلقه إيمان بالله وبرسوله وكتبه واليوم الآخر ، أو إيمان بمبادئ إنسانية وأخلاقية ، فهو بالتالي يكشف أيضاً عن تلك الحقائق والمثل التي تنطوي عليها النفس الإنسانية ، في بعدها الحقيقي المثالي ، ولذلك عبر بعض الفلاسفة كما تقدمت الإشارة إليه أنفاً بأن إدراك الحقيقة يحتاج إلى طور وراء طور العقل ، وعبر بعضهم عنه بالإيمان⁽³⁾ أو الكشف أو النور ، وهذا هو البعد المثالي للعقل الإنساني فهو ليس بمنفصل عن العقل الإنساني الكلي بل هو وجه العقل إلى الحقيقة ، وهذا الأمر وإن بدا بأنه مثالي ويحتاج إلى بعد ميتافيزيقي فلسفي أكثر من مسألة استكشاف القواعد العقلية ، أو وضع القواعد القانونية ، إلا أنه من حيث الوجدان أمر حاصل بل قريب ، حيث أن الإنسان المعني بشأن التشريع أو القضاء إذا أصغى إلى ضميره ونفسه الإنسانية بما هي كذلك يمكنه استظهار الحقائق المثالية ، والاستفادة منها في وضع التشريعات وتطبيقها ، ومن أمثلة ذلك المسؤولية المدنية فإنها ظلت لفترة طويلة من الزمن مبنية

(1) د. عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ، ص 410 .

(2) ينظر : د. عبد الرزاق أحمد السنهوري و د. احمد حشمت ابو ستيت ، مصدر سابق ، ص 73 .

(3) وقد ذهب بعض العقلايين من المتصوفة في الإسلام بالعقل الى غاية حدوده ولكنهم متى بلغوا ذلك ملكتهم نشوة الوجدان فأسلموا أمرهم كله الى الإيمان ، وهم بهذا التوجه أرادوا أن يؤكدوا الإيمان بالوحي الإلهي بإدراك العقل وهو بهذا يقترب من فكرة إدراك القانون الطبيعي بالعقل المجرد . د. شمس الدين الوكيل ، نظرات في فلسفة القانون ، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ، جامعة الإسكندرية ، كلية الحقوق ، السنة 12 ، العددان 3-4 ، 1969 ، ص 45 .

على فكرة الخطأ القابل لإثبات العكس والواجب الإثبات من قبل المتضرر ، وفيما إذا عجز المتضرر عن إثبات ذلك الخطأ فإنه يتحمل الضرر كله إذا لم يقدّم بآثبات وقوع الخطأ من شخص معين⁽¹⁾ .

إلا أن الفكر القانوني الحديث ، و تحت ضغط الضمير الإنساني اتجه إلى توزيع عبء التعويض أو ما يعرف بتوزيع المخاطر على أساس تعاون الجميع في الحياة الاجتماعية حيث أصبح مثلاً رب العمل أو المالك للآلة أو الحيوان أو غير ذلك يتحمل عبء التعويض فيما إذا تسبب ما يملكه بالحاق ضرر بالغير⁽²⁾ .

وكذلك ما عليه الأمر في المملكة المتحدة ، بل في النظام الإنكلوسكسوني عموماً حيث يتم التعويض في المسؤولية التقصيرية على أساس الضرر وهو ما يعرف بالتعويض المنصف الذي يكون التعويض فيه على أساس قواعد العدالة ، ففيما إذا حصلت إصابة من جراء استخدام الآلات بالنسبة للعمال فإن التعويض عن هذا الضرر لا يكون على أساس الخطأ وإنما يكون على أساس الضرر الذي أصاب العامل أو من تعرض للإصابة مطلقاً ، وقد يطلق على القاضي الذي يتولى النظر في هكذا قضايا قاضي الانصاف ؛ لأنه يطبق قواعد العدالة ، ويتوخى انصاف المتضرر أكثر من البحث عن المخطئ أو وقوع الخطأ من عدمه⁽³⁾ ، وهذا مثال واضح على المثل العليا التي يطمح الإنسان أن يطبقها في التعاملات القانونية .

وهو في الحقيقة ناتج عن الحقائق المثالية التي يستوحىها الإنسان من ضميره وهذه المثل مهما بدت بعيدة المنال ، إلا أن الإنسان بإمكانه أن ينزلها إلى واقع التشريع أو يطبقها في ساحة القضاء لأجل إعطاء كل ذي حق حقه .

الفرع الثالث

أثر قواعد العدالة في حقائق تكوين القاعدة القانونية

(1) ينظر : د . حمدي عبد الرحمن ، فكرة القانون ، مصدر سابق ، ص 101
 (2) ينظر : د . أحمد محمد عطية ، نظرية التعدي كأساس للمسؤولية الحديثة ، ط1 ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية - مصر ، 2007 ، ص35 . وكذلك : د. محمود جمال الدين زكي ، دروس في مقدمة الدراسات القانونية ، ط2 ، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية ، القاهرة ، 1969 ، ص73 . وقد مرت فكرة الخطأ بعدة نظريات ، أولها الخطأ المفترض القابل لإثبات العكس ، والخطأ المفترض غير القابل لإثبات العكس ، ثم قيام المسؤولية على فكرة الضرر فقط وهذا ما تدعو له المثل العليا ، حيث أن الضرر حينما وقع ينبغي تعويضه ، وهو ما يمكن أن يبرر بفكرة التعاون وتوزيع المخاطر وغير ذلك . ينظر : اسماعيل نامق حسين ، العدالة وأثرها في القاعدة القانونية ، مصدر سابق ، ص172 . وكذلك : د. محمود جمال الدين زكي ، المصدر السابق، ص362-365 . وكذلك : د. أسامة أبو الحسن مجاهد ، الاتجاهات الحديثة في الأساس القانوني للتعويض عن فعل الغير في المسؤولية التقصيرية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2004 ، ص10-19 .

(3) William Hamilton Bryson ، Equity And Equitable Remedies ، university of Richmond ، 1987 ، p.545 .

إن قواعد العدالة لها أثر واضح في كل حقائق القاعدة القانونية التي تقدم الكلام عنها ، والتي تتكون القواعد القانونية من اجتماعها كلها أو على الأقل اجتماع اثنتين منها ، إلا أن ما تظهر فيه قواعد العدالة بوضوح هو المزج بين الحقائق العقلية والحقائق المثالية ، إلا أنه في حال تعارض الحقائق العقلية مع الحقائق الأخرى فإن الغلبة بحسب رأي الفقيه الفرنسي فرانسوا جني ستكون للحقائق العقلية⁽¹⁾ ، ويتضح مما تقدم أن الحقائق العقلية هي الأهم بحسب نظر هذا الفقيه من بين الحقائق المكونة للقاعدة القانونية ، فهي أي الحقائق العقلية عماد الحقائق المكونة للقاعدة القانونية ، وعلى أية حال فإن القاعدة القانونية يمكن أن تتكون من اجتماع الحقائق الأربعة أو يمكن أن تتكون من خلال اجتماع بعض هذه الحقائق إلا أنه على كل حال ينبغي أن تكون القواعد العقلية من بينها ، لأن القانون عمل عقلي فهو نتاج العقل⁽²⁾ ، ولذلك لا يمكن أن تصدر القاعدة القانونية مخالفة للعدل بشكل صريح ، لأنها حينئذ ستكون مخالفة للقواعد العقلية ، إلا أن هذه الحقائق حتى لو أضيفت إليها الحقائق العقلية لا تكفي لتحقيق العدالة التي يتطلع إليها الإنسان وينشدها ، ويأمل أن تمثلها القاعدة القانونية ، وعليه لا بد من إضافة فكرة جوهرية إليها ، وهي المعطيات المثالية ؛ لأن هذه الفكرة بإمكانها أن تقيم دعائم الأمن والنظام في الحياة الاجتماعية من خلال تضمين الحقائق المثالية في القواعد القانونية ، وقد اعتبر جني من جهته أن القانون الطبيعي هو المعبر عن الحقائق العقلية التي تستلزمها الحياة الاجتماعية ، ولذلك فإن الحقائق العقلية هي التي يمكن أن تظهر العدالة من خلال تشريع القواعد القانونية على أساس قواعد العدالة⁽³⁾ .

ومن الجدير بالذكر أن الحقائق المثالية وإن كانت لا تتمتع بالحجية نفسها التي تتمتع بها الحقائق العقلية المستمدة من العقل المجرد الذي يقوم بتفسير الطبيعة على أساس التاريخ ، إلا أن دور الحقائق المثالية يأتي مكملاً ومطوراً للقواعد القانونية وتظهر الحقائق المثالية خاصة في حالة عدم وجود حكم للحقائق العقلية في مسألة ما ، وعلى أية حال فإن الحقائق المثالية لا يمكن إهمالها بأي وجه من الوجوه في التقدم والتطور القانوني ، ومن ثمة لها دور كبير في تهذيب النتائج المستخلصة من العقل ، فهي تقرب مختلف التعاملات في الحياة الاجتماعية اليومية من قواعد العدالة التي هي العدل الاسمي ، والتي هي محط انظار الإنسان الذي يصبو إلى تحقيق العدل كما ينبغي أن يكون وليس كما هو كائن⁽⁴⁾ .

وخلاصة القول : إن الحقائق الطبيعية والتاريخية تمثل المادة الأولية للقاعدة القانونية والحقائق العقلية والمثالية تمثل الجانب العقلي والروحي الذي يكمل نشوء القاعدة القانونية ، ولذا فإن الحقائق العقلية تمثل فكرة القانون الطبيعي التي لا بد لكل مشرع أن يأخذها بنظر الاعتبار عند وضع القاعدة القانونية ،

(1) ينظر : د. حسون عبيد هجيج ، وفخري جعفر أحمد علي ، مصدر سابق ، ص 248 .

(2) ينظر : د. مصطفى محمد عرجاوي ، مصدر سابق ، ص 137 .

(3) ينظر : د. حمدي عبد الرحمن ، مصدر سابق ، ص 101 .

(4) د. محمود جمال الدين زكي ، مصدر سابق ، ص 73 .

حيث أن هذه الحقائق تمثل جوهر القاعدة القانونية فيما يستخلصه أو يستنتجه العقل من طبيعة الأشياء بما فيها الإنسان وكذلك ما يمكن تمثله من الحقائق التاريخية التي تعتبر معطيات عقلية حتمية في حياة المجتمع ، وضرورة الحضور في عناصر القاعدة القانونية لأنها هي التي تحقق العدل بحده الأدنى .

أما الحقائق المثالية ، فهي تمثل بكل وضوح فكرة العدالة التي ما زال الإنسان يسعى لأجل الوصول إليها ، ذلك لأن القانون في نظر المدرسة التي تجمع بين الفقه الواقعي والفقه المثالي ، ليس عمل عقلي مجرد ، أو عمل عقلي يميل إلى المادية والوقوف مع التجربة الحسية ، بل هو عمل مزدوج فهو يعتمد على التجربة وكذلك إلى الواقع بنفس الوقت ويقوم على النظر إلى المثل الأعلى وهو العدل الأسمى ؛ وعليه فإن جوهر القاعدة القانونية يضم عنصرين لا مناص من التمسك بهما : عنصر مادي عقلي ، وعنصر مثالي روحاني.

ومن الجدير بالذكر إن هذا الاتجاه وهو الجمع بين الواقعية والمثالية قد أخذ بكل ما التزمت به المدارس الكبرى في فقه القانون حيث أن الحقائق بحسب هذا الاتجاه أربعة ، وقد تقدم ذكرها فكل حقيقة من هذه الحقائق تمثل مدرسة فقهية ، فالحقائق الواقعية أخذت من مذهب التضامن الاجتماعي ، والحقائق التاريخية من مذهب التطور التاريخي ، والحقائق العقلية من مذهب القانون الطبيعي ، والحقائق المثالية من مذهب الغاية الاجتماعية⁽¹⁾ .

المطلب الثاني

دور قواعد العدالة في صياغة القاعدة القانونية

لكي تصدر القاعدة القانونية لابد من توفر عنصرين هما عنصر العلم أو المادة ، وهو ما تقدم الكلام عنه في المطلب السابق وعنصر الصياغة ، ويتعلق العنصر الأول بجوهر القانون⁽²⁾ أي بالمادة الأولية التي يتكون منها القانون ، أما العنصر الثاني : وهو الصياغة فهو العنصر الذي يتم من خلاله إفراغ المادة الأولية للقاعدة القانونية في قوالب ليتم إبرازها وإظهارها إلى العلن لكي يتم تنظيم العلاقات والروابط بين أفراد المجتمع من خلاله ، وهي عبارة عن تحويل المادة الأولية إلى قواعد عملية واجبة التطبيق ، وكما أن قواعد العدالة لها دور مهم ومؤثر في المادة الأولية أو العنصر الأول لها دور لا يقل أهمية عن ذلك في العنصر الثاني ، وهو الصياغة القانونية ، حيث أن المشرع ومن خلال الصياغة يمكنه

(1) ينظر : د. عبد الرزاق أحمد السنهوري و د. أحمد حشمت أبو ستيت ، مصدر سابق ، ص74 . وكذلك : د. حمدي عبد الرحمن ، مصدر سابق ، ص102-103 .

(2) نقل عن الفقيه الروماني شيشرون قوله : (قواعد العدالة ، جوهر القانون فهي الأم التي ولدت القانون وإن رجوع القاضي إليها لا يعدو أن يكون رجوعاً إلى جوهر القانون أي إلى المصادر المادية للقاعدة القانونية ، وهذا يعني أن القاضي عندما يرجع لقواعد العدالة يقوم ببحث علمي حر عن الحل العادل فهو يرجع إلى نفس الجوهر الذي يستهدي به المشرع نفسه ، وعليه فإن قواعد العدالة عامل من العوامل الاجتماعية شأنها شأن القيم الدينية والأخلاقية التي تتفاعل مع العوامل الأخرى الطبيعية والاقتصادية والسياسية لتكون المادة الأولية للقاعدة القانونية .) أشار إليه د. علي حافظ ، أساس العدالة في القانون الروماني ، مطبعة لجنة البيان العربي ، القاهرة ، 1951 ، ص109 .

أن يحقق الغاية التي يسعى للوصول إليها وهي تحقيق العدالة ، وإنما يتم ذلك عن طريق استعمال وسائل وأدوات يمكن له من خلالها أن يترجم جوهر القاعدة القانونية بشكل عملي ويجعلها قابلة للتطبيق المراعي للعدالة ، ولأجل بيان ذلك لابد أن نقسم هذا المطلب على ثلاثة فروع نتكلم في الأول منها : عن مفهوم الصياغة التشريعية ، وفي الثاني : عن أنواع الصياغة التشريعية ، ونخصص الثالث : لبحث أثر قواعد العدالة في الصياغة التشريعية .

الفرع الأول

معنى الصياغة التشريعية

إن صياغة النصوص التشريعية ليست عملية وضع للنصوص لأجل أن تصير بحالة قابلة للتطبيق من خلالها ، بل إن الصياغة التشريعية من المفاهيم القانونية الواسعة والدقيقة حيث أن الصياغة التشريعية هي فن قائم بذاته وله آلياته الخاصة التي يتم من خلالها إخراج القاعدة القانونية إلى حيز التطبيق بالكيفية التي تعلق بها الإرادة المشرعة وعلى رأس أولويات هذه الإرادة تحقيق العدالة ، ولأجل الوصول إلى بيان كيفية تعلق الإرادة المشرعة بهذه الغايات لابد أن نعرف الصياغة التشريعية وينبغي أن نعرض لتعريفها ثم نبين عناصرها ، ولذلك يجب أن نقسم هذا الفرع على فقرتين ، نعرض في الأولى منهما : لتعريف الصياغة التشريعية ، وفي الثانية نعرض : لعناصر الصياغة التشريعية .

أولاً : تعريف الصياغة التشريعية

لم يتعرض المشرع لتعريف الصياغة التشريعية في القانون العراقي وفي القوانين المقارنة ، والظاهر أن المشرع كعادته ترك التعرض لوضع التعريفات اعتماداً على ما يقوم به الفقه في هذا المجال وتجنب وضع تعريف يحدد به عملية صياغة التشريعات ؛ وعلى الرغم من قيام مجلس النواب العراقي بإصدار دليل الصياغة التشريعية إلا أنه لم يضمنه تعريفاً لهذه الصياغة⁽¹⁾ .

وكذلك أصدر قطاع التشريع بوزارة العدل المصرية دليل جمهورية مصر العربية لإعداد وصياغة مشروعات القوانين ، إلا أنه جاء خالياً من تعريف الصياغة التشريعية أيضاً⁽²⁾ .

ولكن الفقه تصدى لتعريف الصياغة القانونية أو التشريعية ومن هذه التعريفات :

(1) ينظر : دليل الصياغة التشريعية ، مجلس النواب العراقي ، منشورات مجلس النواب العراقي ، بغداد ، 2014 .
(2) ينظر : دليل جمهورية مصر العربية لإعداد وصياغة مشروعات القوانين ، وزارة العدل ، قطاع التشريع ، القاهرة ، 2018 م .

عُرفت الصياغة التشريعية بأنها : الوسيلة التي يتم بواسطتها تحويل المادة الأولية التي يتكون منها القانون إلى قواعد تصلح للعمل والتطبيق بهدف تحقيق الغاية التي يفصح عنها جوهر هذه القواعد⁽¹⁾ .

وعرفت أيضاً بأنها : عملية نقل الأفكار والمعطيات الاجتماعية إلى نصوص قانونية صالحة للتطبيق على الوجه الأسنى⁽²⁾ .

وعرفت كذلك بأنها (فن الوسائل القانونية التي يجب أن تصل إلى تحقيق الغرض الذي تنشده السياسة القانونية)⁽³⁾ .

وعرفت أيضاً بأنها (الشكل الذي يحقق التطبيق العملي للقاعدة القانونية)⁽⁴⁾ .

وعرفت الصياغة بشكل عام بأنها (الأداة التي يكون بمقتضاها نقل التفكير القانوني من الحيز الداخلي إلى الحيز الخارجي)⁽⁵⁾ ، ويظهر من هذا التعريف أن الصياغة التشريعية في بادئ الأمر تكون فكرة كامنة في النفس وبعد ذلك يتم التعبير عنها لتصبح حقيقة خارجية تحكم العلاقات الاجتماعية ويجري التعامل على أساسها ، وهذا يتماشى مع نظرية العلم والصياغة عند الفقيه جني ، حيث أن الصياغة التشريعية تتعلق بالفكرة التي يشار لها بالعلم وهي المادة الأولية للقاعدة القانونية .

ومن خلال التأمل في التعريفات السابقة يبدو أن التعريفين الأولين قد ركز فيهما على النظر إلى جوهر القانون ومادته الأولية وإن الصياغة التشريعية تظهر ما تضمنه جوهر القاعدة القانونية إلى حيز التشريع والتطبيق العملي سواء كان ذلك الجوهر ما يحويه الضمير الإنساني بعمقه الفلسفي أو من خلال الأفكار والمعطيات الاجتماعية وتنفيذاً للسياسة التشريعية .

بينما ركز في التعريفين الثالث والرابع على الجنبه الفنية للصياغة التشريعية ، وقد أُغفل البعد الجوهري الذي تستمد منه القواعد القانونية .

في حين أن التعريف الأخير شمل الصياغة بشكل عام سواء كانت تشريعية أو قانونية ، حيث أن الصياغة القانونية أوسع من التشريعية ، فإن الصياغة القانونية تشمل التشريع وتشمل صياغة التصرفات القانونية كالعقود مثلاً ، وكون العقد فكرة في بادئ الأمر في أذهان المتعاقدين أمر غير خفي وبعد إبداء

(1) ينظر : د. مالك دوهان الحسن ، المدخل لدراسة القانون ، ج 1 ، مطبعة الجامعة ، بغداد ، 1972 ، ص 280

(2) ينظر : د. منذر الشاوي ، فلسفة القانون ، مصدر سابق ، ص 202-203 .

(3) د. عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ، ص 412 .

(4) د. أنور سلطان ، مصدر سابق ، ص 94 .

(5) د. أحمد شرف الدين ، أصول الصياغة القانونية ، مطبعة أبناء وهبة حسان ، القاهرة ، 1993 ، ص 14 .

تلك الفكرة تصاغ بشكل قانوني من قبل أحد المتعاقدين أو من قبل أهل الخبرة من المحامين وغيرهم من الحقوقيين ، وبهذا يتبين أن التعريف الأخير غير مانع .

ولذا يبدو لنا : أن تعريف الصياغة التشريعية ينبغي أن يكون جامعاً بين الإشارة إلى البعد الجوهري للقواعد القانونية ، والجانب الفني للصياغة التشريعية ، فيمكن أن نعرف الصياغة التشريعية بأنها : فن مؤلف من مجموعة من الأدوات والوسائل التي يستخدمها المشرع لصياغة المادة الأولية الجوهريّة للقواعد القانونية بصورة قابلة للتطبيق في الحياة العملية القانونية ولتحقيق الغرض الذي تضمنته تلك المادة .

ثانياً : عناصر الصياغة التشريعية

الصياغة التشريعية تتكون من عدة عناصر تعتبر مقومة لهذه الصياغة حيث أنها تعد بمثابة أركان هذه الصياغة ويتوقف قيامها على وجود هذه العناصر وهي :

1- الصانع التشريعي (المشرع) :

يعرف الصانع التشريعي بأنه : (الشخص الذي يقوم بعملية صياغة النصوص التشريعية)⁽¹⁾ ومن خلال خبرات الأشخاص الذين يتولون الصياغة التشريعية تتفاوت التشريعات من حيث تلبيتها لمتطلبات الحياة الاجتماعية المتطورة من خلال تقديم الحلول المناسبة لكل نزاع أو دعوى ترفع إلى القضاء ، لأن الصانع التشريعي كلما استطاع أن يتقن الأدوات والآلات التي تتم بها صياغة النصوص التشريعية كلما أصبح النص مؤثراً في حل النزاعات حينما يتم تطبيقه من قبل القاضي ، أو الشخص المسؤول عن تطبيق النصوص التشريعية⁽²⁾ ، ولذلك فإن من يتولى صياغة النصوص القانونية لا يمكن أن يكون مؤهلاً ، إلا إذا تمكن من معرفة العلوم الآلية التي تساعد في علم التشريع وصياغة النصوص وهذه العلوم هي علم المنطق والفلسفة وعلم أصول الفقه وكذلك علوم اللغة ، فالمشرع العربي لا بد أن تكون له دراية في علم النحو و الصرف وغيرها من علوم اللغة العربية هذا فضلاً عن الاطلاع الواسع في علم القانون وأصوله وعلم تاريخ الأنظمة القانونية⁽³⁾ .

(1) ينظر : د. عبد القادر الشبخلي ، مصدر سابق ، ص90 ، وكذلك : د. علي أحمد عباس ، الصياغة التشريعية وأثرها في تطبيق القانون ، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية يصدرها قسم الدراسات القانونية في بيت الحكمة ، العدد 2 ، السنة السادسة ، 2007 ، ص85 .

(2) ينظر : د. محمود محمد علي صبرة ، أصول الصياغة التشريعية ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2004 ، ص238 .

(3) ينظر : د. احمد عبيس نعمة الفتلاوي ، التشريع السليم ومعوقات العملية التشريعية في العراق ، ط1 ، منشورات زين الحقوقية ، الإسكندرية ، 2005 ، ص94 .

2- الفاعل القانوني :

ويراد بالفاعل القانوني الشخص المخاطب بالقاعدة القانونية ، وهو الشخص الذي يسند إليه المشرع التزاماً أو واجباً ، أو يمنع عليه القيام بفعل ما أو يحظر عليه تصرف معين ، أو يسند إليه حقاً أو يخوله سلطةً أو اختصاصاً محدداً⁽¹⁾ .

ثم أن القاعدة القانونية قد تكون عامة تسري على جميع الأشخاص بمعنى أنها تخاطب الأشخاص كافة الذين يتواجدون في إقليم الدولة التي يتبع المشرع لها ، وقد تخاطب القاعدة القانونية فئة محددة ، كالقواعد التي تخاطب أصحاب المهن الحرة مثلاً ، كالمحامين والأطباء وغيرهم من أصحاب المهن ، وكذلك قانون العمل الذي يخاطب شريحة العمال ، وقانون الخدمة المدنية الذي يخاطب الموظفين العموميين⁽²⁾ .

كما أن المخاطبين بالقواعد القانونية التي يصدرها المشرع ينقسمون إلى طائفتين وهما الأشخاص الطبيعيون ، والأشخاص الاعتباريون ، والخطاب مع الأشخاص الطبيعيين يكون بصورة مباشرة بينما يكون الخطاب مع الأشخاص الاعتباريين بالواسطة حيث أن الشخصية الاعتبارية لا تملك الإرادة التي يتم التصرف القانوني بواسطتها ، فلذا يكون المخاطب أولاً وبالذات الأشخاص الذين يقومون على إدارة الشركات والمؤسسات والمرافق العامة ، وثانياً وبالعرض يوجه الخطاب للشخص المعنوي⁽³⁾ .

3- وصف الحالة :

والمراد بوصف الحالة هي تلك الظروف التي يأخذها المشرع (الصائغ) بنظر الاعتبار عند تشريع القاعدة القانونية ، والتي ينطبق عليها فعل الفاعل القانوني ، حيث أنه من النادر أن يسري الفعل القانوني على الحالات كافة⁽⁴⁾ ، خاصة فيما إذا وضع المشرع حدين لانطباق القاعدة القانونية على الحالة ، وذلك يظهر جلياً في التعويض عن الضرر الذي يلحق الغير في المسؤولية التقصيرية فيما إذا كان الخطأ الذي ارتكبه الفاعل القانوني جسيماً حيث يكون التعويض مشدداً ، أو فيما إذا كان الخطأ يسيراً ، أو اشترك المتضرر بخطئه في إحداث الضرر أو زاد الحالة سوءاً حيث يكون التعويض متناسباً مع ارتكاب الخطأ في كل الأحوال ، فضلاً عن حجم الضرر الذي أصاب الشخص المتضرر في ذمته المالية أو جسده أو

(1) ينظر : د. محمود محمد علي صيرة ، مصدر سابق ، ص 241 . وكذلك :

vcrac crabbe ، crabbe ، legislative drafting ، London : Cavendish publishing limited ، 1988،p.37-38 .

(2) ينظر : د. عبد القادر الشيلخي ، مصدر سابق ، ص 53 .

(3) ينظر : د. ليث كمال نصرأوين ، وصادم إبراهيم أبو عزام ، مبادئ الصياغة التشريعية ، ط 2 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان - الأردن ، 2020 ، ص 119 .

(4) ينظر : حيدر سعدون المؤمن ، مبادئ الصياغة القانونية ، دائرة الشؤون القانونية قسم اقتراح التشريعات في العراق ، بحث منشور على الموقع الإلكتروني <http://www.nazaha.iq> %5csiya9ha%

نفسيته ومشاعره⁽¹⁾ ، وكذلك في قانون العقوبات عندما يضع المشرع حدين للعقوبة أعلى وأدنى ويترك للقاضي سلطة تقديرية في تحديد العقوبة التي تتناسب مع الفعل الجرمي⁽²⁾ .

ويبدو لنا : أنه في كل الأحوال يلعب تقدير الحالة بشكل دقيق من قبل الصانع التشريعي دوراً مهماً في تحقيق العدالة ، وهنا يظهر دور قواعد العدالة بشكل واضح في التأثير بعمل المشرع أثناء صياغة القواعد القانونية حيث أنه يحاول قدر المستطاع وصف الحالة التي يشرع لها النص القانوني وكلما كان المشرع دقيقاً في وصفه للحالة وأخذها بنظر الاعتبار من ناحية الخصوصية كلما كان الحكم أو الحل الذي تنتجُه القاعدة القانونية محققاً للعدالة وناجحاً ويتم من خلاله التوصل إلى الأحكام المنصفة التي تنطبق على كل حالة بحسبها منظوراً إليها بخصوصيتها على نحو الإجمال ، وإعطاء القاضي هامشاً لتطبيق تلك المادة القانونية بما يراه مناسباً وكفيلاً بتحقيق العدالة ، وكلما كان المشرع (الصانع القانوني) ملتفتاً إلى قواعد العدالة كلما أخذ بنظر الاعتبار الحالات الخاصة التي يستطيع من خلال تصورهما على نحو العموم أن يضع لها الحلول المناسبة .

الفرع الثاني

أنواع الصياغة التشريعية وطرقها

ذكر فقهاء القانون عدة أنواع للصياغة التشريعية وكذلك عدة طرق إلا أنهم قد اختلفوا في استعمال مصطلحات الصياغة التشريعية ، فتارةً استخدموا مصطلح أنواع وأخرى طرق وثالثة أساليب ، وفي بعض الأحيان يكتفي الفقيه بمصطلح واحد أو مصطلحين ليجمع تحتها كل أنواع الصياغة وطرقها⁽³⁾ .

والظاهر أن الخلاف في هذا المجال لفظياً ؛ لأنه لا يترتب على الالتزام بأحد هذه المصطلحات من دون غيرها فرق ، ولذلك يبدو لنا أن نقسم الصياغة التشريعية إلى أنواع وطرق ، حيث أن الأنواع وهي الصياغة الجامدة والصياغة المرنة ، ينطبق عليها فيما بعد استعمال الطريقة المادية أو المعنوية ،

(1) من ذلك ما نصت عليه المادة (1/209) من القانون المدني العراقي (1) - تعين المحكمة طريقة التعويض تبعاً للظروف ، ويصح أن يكون التعويض أفسطاً أو ايراداً مرتباً ، ويجوز في هذه الحالة الزام المدين بأن يقدم تأميناً وكذلك ما نصت عليه المادة (210) من القانون نفسه (يجوز للمحكمة أن تنقص مقدار التعويض أو ألا تحكم بتعويض فيما إذا كان المتضرر قد أشترك بخطئه في احداث الضرر أو زاد فيه أو كان قد سوا مركز المدين) .

(2) ومن ذلك ما نصت عليه المادة (467) من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 - (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين وبغرامة لا تزيد على مائتي دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين من غش متعاقداً معه في حقيقة بضاعة أو طبيعتها أو صفاتها الجوهرية أو العناصر الداخلة في تركيبها أو نوع البضاعة أو مصدرها في الأحوال التي يعتبر فيها ذلك سبباً أساسياً في التعاقد أو كان الغش في عدد البضاعة أو مقدارها أو مقياسها أو كيلها أو وزنها أو طاقتها أو كان في ذاتية البضاعة إذا كان ما سلم منها غير ما تم التعاقد عليه)

وغير هذه المواد مما أعطت لمحاكم الموضوع صلاحية تقدير الادلة وترجيح بعضها على بعض وكذلك صلاحية تحديد التعويض أو العقوبة المناسبين .

(3) ينظر : د. نواف حازم خالد وسركوت سليمان عمر ، الاتجاهات الفقهية في تقسيمات الصياغة التشريعية ، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق ، السنة (8) المجلد (3) العدد (29) ، ص 22 .

ولذا ينبغي أن نقسم هذا الفرع إلى فقرتين نبحت في الأولى منهما أنواع الصياغة التشريعية ونخصص الثانية لبحت : طرق الصياغة التشريعية .

أولاً : أنواع الصياغة التشريعية

إن صياغة القواعد القانونية لا بد أن تكون صياغة فنية دقيقة ، وهذا يعني أنها ينبغي أن تشكل بالشكل الذي يجعل منها قواعد قابلة للتطبيق العملي ، الأمر الذي يمكن أن يحقق الغاية التي تضمنها جوهر تلك القواعد ، وحيث أن جوهر المواد القانونية لا يتعدى كونه مادة أولية ، ومعاني مجملة لا بد من توضيحها وتحديدها لكي تصبح قابلة للتطبيق ؛ وهذا لا يتم إلا بواسطة الصياغة ، ولكن الصياغة يتراوح أمرها ويتردد بين الإحكام الصارمة والمرونة المطلقة ، فهي إما أن تحدد مضمون القواعد القانونية تحديداً صارماً ، أو تحده تحديداً عاماً أو مجملاً وتترك للقائمين على تطبيق القانون الحرية الواسعة والسلطة التقديرية في التطبيق .

ولذا ذهب المشهور من الفقهاء إلى تقسيم الصياغة التشريعية بل مطلق الصياغة القانونية إلى نوعين وهما : الصياغة الجامدة ، والصياغة المرنة⁽¹⁾ . وسنبحثهما فيما يأتي :

1- الصياغة الجامدة:

عرفت الصياغة الجامدة بأنها (الصياغة التي تواجه فرضاً معيناً تعطيه حلاً ثابتاً لا يتغير بتغير الظروف والملابسات الخاصة بكل حالة فردية تدرج تحت الفرض لذلك فهي تحقق ثبات القاعدة القانونية سواء بالنسبة إلى الوقائع الخاضعة لها أو الحل المطبق عليها)⁽²⁾ .

وهذا يعني أن النص القانوني في هذا النوع من الصياغة يصاغ في معنى محدد لا يترك للقاضي أية فرصة للتقدير من حيث الشخص المخاطب بالقاعدة القانونية ، من جهة الخضوع أو عدم الخضوع للقاعدة ، وكذلك بالنسبة للقاضي عند تطبيقه للقاعدة القانونية ، فيظهر للقاضي من خلال هذه الصياغة أي من الأشخاص والوقائع الذي يشملها النص على وجه التحديد⁽³⁾ .

(1) ذهب الفقيه جني الى تقسيم الصياغة التشريعية الى طرق صياغة مادية وطرق معنوية واستوعب كل التقسيمات الفرعية الأخرى تحت هذين العنوانين . ينظر : د. عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ، ص 413 . بينما ميز عدد من الفقهاء العراقيين والعرب بين الأنواع والطرق . ينظر : د. مالك دوهان الحسن ، مصدر سابق ، ص 283 . و : د. عصمت عبد المجيد بكر ، مشكلات التشريع - دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة - ، ط 1 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2004 ، ص 163-185 ، و : د. توفيق حسن فرج ، مصدر سابق ، ص 169-173 . و : د. حسن كيره ، المدخل الى القانون ، مصدر سابق ، ص 183 وما بعدها .

(2) د. حسن كيره ، مدخل الى القانون ، مصدر سابق ص 184 .

(3) ينظر : حيدر سعدون المؤمن ، مصدر سابق ، ص 10 .

وبعبارة أخرى : الصياغة الجامدة : هي الصياغة التي تحرم القاضي من إمكانية التقدير عند تطبيق القاعدة القانونية ، حيث أن هذا النوع من الصياغة لا يقيم اعتباراً للتمييز بين الحالات المختلفة التي تطبق عليها القاعدة القانونية من جهة اختلاف الظروف والملابسات على الأشخاص والوقائع (1) .

ومن أمثلة الصياغة الجامدة في القانون العراقي ما ورد في قانون المرافعات بخصوص مدد الطعن فقد نصت المادة (171) منه على أن (المدة المعينة لمراجعة طرق الطعن في القرارات حتمية يترتب على عدم مراعاتها وتجاوزها سقوط الحق في الطعن وتقضي المحكمة من تلقاء نفسها برد عريضة الطعن إذا حصل ذلك بعد انقضاء المدة القانونية) (2) .

وكذلك ينص قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري على تحديد مواعيد ثابتة لطرق الطعن(3) ، وهي مثال على الصياغة الجامدة التي لم تترك للقاضي مجالاً للتصرف في تطبيق القاعدة القانونية .

2- الصياغة المرنة:

عندما تكتفي القاعدة القانونية بمنح القاضي معياراً عاماً يستطيع من خلاله وضع حلول مناسبة لجميع الحالات التي تعرض أمامه كل بحسبها وعلى حدة ويأخذ بنظر الاعتبار الظروف الخاصة التي تحيط بالشخص وبالواقعة القانونية أو المادية طبقاً للظروف والملابسات المختلفة فإن الصياغة القانونية في هذه الحالة تعتبر مرنة(4) ، وبناءً على ما تقدم من بيان معنى القاعدة القانونية المرنة فإن القاضي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في حال تطبيق القواعد المرنة .

ويتضح مما أشرنا له آنفاً أن صياغة القاعدة القانونية المرنة لا تفرض على القاضي حكماً ثابتاً لا يتغير تبعاً لتغير الظروف ، ولكن تضع بين يدي القائمين على تطبيق القواعد القانونية معياراً مرناً يجعل من السهل عليه أن يحكم على الحالة المعروضة أمامه بما يتلاءم مع الظروف التي أحاطت بها .

ومما تقدم يتضح أن الصياغة المرنة تقوم بتحديد فكرة القاعدة القانونية وتترك ما يمكن أن يدخل تحت حكم تلك القاعدة ، لتقدير من يقوم بتطبيق القاعدة القانونية ؛ ويتم ذلك بواسطة التعبير عن فحوى القاعدة بطريقة ليست جامدة ولا معيارية ، وهذا يوسع من سلطة القاضي التقديرية ؛ لكي يطبق القاعدة بطريقة تكون أكثر استجابة لمقتضيات ومتطلبات العدالة ويتم اللجوء إلى هذا النوع من الصياغة لإتاحة

(1) ينظر : د. ليث كمال نصرأوين ، وصادم إبراهيم ، مصدر سابق ، ص13 .

(2) المادة (171) من قانون المرافعات العراقي رقم (83) لسنة (1969) .

(3) المادة (252) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (13) لسنة 1968 .

(4) ينظر : د. محمد حسين منصور ، مصدر سابق ، ص150 .

الفرصة للقضاء في مواجهة الحالات والوقائع التي لا يمكن الإحاطة بها على سبيل التحديد والحصص عند صياغة النص التشريعي⁽¹⁾.

ومن أمثلة الصياغة المرنة ما نص عليه المشرع العراقي من حق الرجوع بالهبة فقد نصت المادة (620) من القانون المدني العراقي على أن (للواهب أن يرجع في الهبة برضا الموهوب له ، فإن لم يرضَ كان للواهب حق الرجوع عند تحقق سبب مقبول ما لم يوجد مانع من الرجوع) وبموجب هذه المادة يستطيع الواهب أن يرجع بالهبة فيما إذا تحقق لديه سبب للرجوع مقبول عقلاً و عرفاً ، حيث أن المشرع عندما عبر بكلمة (مقبول) ترك متعلق المقبولية لتقدير القاضي عند وقوع النزاع بين الواهب والموهوب له فإذا عرض النزاع أمام القضاء فإن القاضي ينظر سبب رجوع الواهب فيما إذا كان متفقاً مع العرف أمضاه وإن لم توجد قاعدة لدى العرف فإنه عندئذ يرجع لقواعد العدالة فإن كانت تجيز ذلك الرجوع أجازة القاضي وإلا فلا ، فإذا كان الواهب لعقار سكني قد تعرض بعد أن وهب ذلك العقار لخسارة في بعض الصفقات التجارية أجبرته على بيع دار سكنه وبقي هو وعائلته من دون مأوى فإن العدالة تقتضي أن يرجع ذلك الواهب فيما وهبه لأنه هو وعائلته يكونان أحق بالمال الموهوب ، وإن كان سبب الرجوع بالهبة بعض المواقف الاجتماعية أو النفسية أو غيرها من الأسباب البسيطة ؛ فإن قواعد العدالة تقتضي عدم جواز الرجوع بالهبة في هذه الحالة ؛ فالقاضي لا يجيز الرجوع بالهبة إذا رجع إلى قواعد العدالة وطبقها في المقام .

وكذلك فعل المشرع المدني المصري في المادة (2/500)⁽²⁾ ، فقد أجاز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له بالرجوع عن الهبة عند توفر العذر المقبول ، وهذا من أمثلة الصياغة المرنة التي تمنح القضاء سلطة تقديرية واسعة لتحقيق العدالة .

وفي القانون الإنكليزي يشدد جانب من الفقه على أنه يجب أن يكون التشريع مرناً لكي يلائم كل التطورات في الحياة الاجتماعية ويلبي حاجات المجتمع المتطورة ولذلك فإن السوابق القضائية - في نظر فقهاء ومنظري هذا القانون - يمكن أن تعمل على التغيير في وقت أسرع مما يقوم به المشرعون في البرلمان ، ولذلك فإن هؤلاء الفقهاء يؤكدون على أن يكون التشريع موجوداً بالحد الأدنى⁽³⁾ ، وينبغي أن تكون السوابق القضائية هي المصدر الرئيسي للقانون ، حيث أن السوابق القضائية يمكنها أن تتطور بشكل متسلسل وأكثر مرونة مع الوقائع والأحداث فإذا كانت أسباب الحكم في واقعة ما غير مقبولة في نظر

(1) ينظر: د. أنور سلطان مصدر سابق ، ص95 ، وكذلك : عبد القادر الشخلي مصدر سابق ، ص68 ، وكذلك : ليث كمال نصرابين وصادم ابراهيم ، مصدر سابق ، ص34 .

(2) فقد نصت على أنه (2- فإذا لم يقبل الموهوب له جاز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له في الرجوع متى كان يستند في ذلك الى عذر مقبول ولم يوجد مانع من الرجوع) .

(3) see .T.F.F plucknett ، a concise history of the commo law ، London ؛ buttereorth ، 1956 .p.178 ..

العقلاء يتم الابتعاد عنها ، بخلاف ما إذا كانت مقبولة فسيتم إتباعها ، ومن خلال هذه الطريقة يمكن أن يتطور القانون ويصبح أكثر استجابة لمتطلبات العدالة⁽¹⁾ .

ومما تقدم نستنتج أن الصائغ (المشرع) كلما استحضر قواعد العدالة عند قيامه بتشريع القوانين فإنه من الطبيعي سيتجه إلى الصياغة المرنة لكي يترك المجال عند تطبيق تلك القواعد لمن يقوم بتطبيقها للعمل على مراعاة العدالة والسعي إلى تحقيق العدل بمفهومه الخاص .

ثانياً : طرق الصياغة القانونية

تقدم الكلام عن أن الصياغة القانونية هي مجموع الأدوات أو الآليات التي تخرج القاعدة القانونية إلى مجال التطبيق العملي بطريقة يمكن من خلالها تحقيق الغاية التي تضمنتها المادة الأولية للقاعدة القانونية أو العنصر الأول والمصطلح عليها (بالعلم) ، والعنصر الثاني هو الصياغة وأشرنا إلى أنواع الصياغة ، ونتكلم في هذه الفقرة عن بيان الأدوات أو الطرق التي تتم من خلالها الصياغة بشكل عام وهي الطريقة المادية والطريقة المعنوية وسنبحثها تباعاً .

1- طريقة الصياغة المادية

المقصود بالصياغة المادية استعمال الآليات التي تعبر عن جوهر القاعدة القانونية تعبيراً مادياً يجسدها في مظهر خارجي ملموس ويمكن أن يبين المادة القانونية بسهولة⁽²⁾ .

وبعبارة أخرى الصياغة المادية هي طريقة التعبير عن القاعدة القانونية بشكل لا يحتاج إلى جهد فكري من قبل من يقوم بتطبيقها ، وهذا النحو من الصياغة يوفر نوعاً من الاستقرار في أحكام القضاء ويساعد على إثبات المعاملات⁽³⁾ إلا أنه لا يحقق العدالة .

ويتضح مما تقدم أن الصياغة المادية يجري فيها التعبير عن جوهر القاعدة القانونية بواسطة مظهر مادي محسوس ، وهذا يتم تارةً عن طريق إحلال الكم محل الكيف وأخرى عن طريق اشتراط شكلية معينة ، وعليه فإن الصياغة المادية تتمظهر بشكل عام بمظهرين هما الصياغة الكمية ، والصياغة الشكلية .

أ- طريقة الصياغة الكمية

(1) ينظر : د. زيد محمود عقابلية ، مصدر سابق ، ص43. وكذلك : د. محمد محمد بدران ، القانون الإنكليزي تطوره ومصادره ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1989 ، ص101 .

(2) ينظر: د. محمد حسين منصور ، مصدر سابق ، ص 152.

(3) ينظر : د. أنور سلطان ، مصدر سابق ، ص98 .

ويقصد بالصياغة الكمية : الصياغة التي يعبر فيها عن جوهر القاعدة القانونية أو عن القيمة التي تتضمنها تعبيراً رقمياً محدداً بصورة تقطع دابر أي خلاف حول حقيقة المعنى المستفاد منها عند تطبيقه⁽¹⁾

وبعبارة أخرى المقصود بالصياغة الكمية إحلال الكم محل الكيف وهذا يتم من خلال إعطاء القاعدة القانونية تحديداً محكماً بواسطة التعبير عن مضمون تلك القاعدة برقم معين ، الأمر الذي يجعل تطبيقها تطبيقاً آلياً لا يفسح المجال للتحكم من قبل القاضي⁽²⁾ .

والتعبير الرقمي عن جوهر القاعدة القانونية ، وإن كان لا يمثل واقع الأمر في الحالات كافة إلا أنه يعتبر تعبيراً عن الغالب منها ومثال ذلك تحديد سن البلوغ الذي يحصل فيه الشخص على الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية ، فقد حددها القانون المدني العراقي بثمانية عشرة سنة⁽³⁾ ، وحددها القانون المدني المصري بإحدى وعشرين سنة⁽⁴⁾ ، وحددها القانون الإنكليزي بثمانية عشرة سنة وهذا ما نصت المادة (1) من قانون العائلة الإنكليزي لسنة 1969⁽⁵⁾ .

ولو عبر المشرع عن سن الرشد بتعبير كيفي لقال أن الرشد هو عبارة عن تمام الإدراك وحسن التصرف لدى الإنسان ، وعند ذلك فلا يعترف بحصول الرشد والأهلية الكاملة إلا لمن ثبت كمال الإدراك وحسن التصرف لديه ، وعند ذلك يكون أهلاً لمباشرة التصرفات كافة ، وربما قيل إن تطبيق هذا الوضع الكيفي يكون أمراً صعباً وشاقاً على القضاء حيث أنه يكون بحاجة إلى إجراء الاختبار والفحص لكل شخص يتقدم للقضاء ليثبت تمام أهليته التي تحتاجها التصرفات القانونية المختلفة وعندئذ تكون الصياغة الكيفية لسن الرشد مجافية للعدالة ، ولذا صار تشريع سن الرشد بعمر محدد رقماً بناءً على الأمر الغالب ، ولا ينظر إلى الحالات التي تخرج عن هذا السن من جهة بلوغهم تمام الإدراك وحسن التصرف قبل السن المحددة أو بعض الذين يتأخر النضج عندهم عن تلك السن ، وعليه فإن الصياغة الكمية تسهل على القضاة عملهم وتحدد للأشخاص مراكزهم القانونية⁽⁶⁾ .

إلا أن هذا القول مدفوع بما يقرره الفقه الإسلامي من الطريقة الكيفية لتحديد سن الرشد حيث أن الفقهاء في كل المذاهب الإسلامية يتفقون على أن البلوغ يحصل للصبي عند بلوغه الحلم وللصبية عند

(1) د. عبد القادر الشيلخي ، مصدر سابق ، ص 27 .

(2) ينظر د. حسن كيره ، أصول القانون ، مصدر سابق ، ص 233 .

(3) المادة (106) من القانون المدني نصت على أنه (سن الرشد هي ثمانية عشر سنة كاملة) .

(4) نصت المادة (2/44) من القانون المدني المصري على أن (سن الرشد هي إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة) .

(5) family law act . 1969⁽⁵⁾

(6) ينظر : د. خالد جمال احمد ، ماهية الصياغة التشريعية ومقومات جودتها ، بحث منشور في الملحق الخاص بالمؤتمر السنوي الرابع (القانون أداة للإصلاح والتطوير) ، العدد الثاني ، الجزء الاول ، مايو ، 2017 ، ص 130 .

بلوغها الحلم أو عندما تحيض ، وإن اختلفوا في تحديد السن التي يحصل فيها البلوغ، إلا أن التعويل عندهم في مقام إثبات البلوغ على العلامات المحددة شرعاً ، أما الرشد فهو لا يثبت إلا عن طريق الاختبار⁽¹⁾ ، لقوله تعالى (وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ)⁽²⁾ ، والآية المباركة تدل على أن الصبي إذا بلغ راشداً عاقلاً أصبحت له أهلية كاملة في مباشرة عقوده وجميع تصرفاته ، فالأهلية الكاملة لا تحصل إلا باجتماع الأمرين البلوغ والرشد معاً ، ولا يمكن التحقق من الرشد إلا عن طريق الاختبار ، وهذا أقرب لتحقيق العدالة حيث أن النضج والرشد ربما يتقدم عند بعض الأشخاص أو يتأخر عند آخرين ، ولم يحصل أي اضطراب في عمل القضاء من هذه الناحية قديماً وحديثاً في الدول التي تطبق الشريعة الإسلامية . والأمثلة على الصياغة بالترقيم في القانون كثيرة منها تحديد الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية بنسبة 7% وتحديد مدة التقادم المسقط بخمس عشرة سنة وغير ذلك .

ب- الصياغة الشكلية

عُرفت الصياغة المادية الشكلية بأنها : مظهر خارجي للقاعدة القانونية يفرض على الأفراد اتباعه في تصرفاتهم حتى تترتب عليه آثار قانونية معينة ، أي إفراغ التصرفات ضمن الأشكال التي حددها القانون⁽³⁾ .

وعُرفت أيضاً بأنها (المظاهر الخارجية التي يفترض على الأفراد اتباعها في تصرفاتهم لإمكان ترتيب آثار قانونية معينة)⁽⁴⁾ .

ومن أمثلة الصياغة الشكلية اشتراط التسجيل في بيع العقارات في القانون المدني العراقي ، وكذلك قانون التسجيل العقاري العراقي⁽⁵⁾ ، وقد اشترط المشرع المصري إشهار بيع العقار في دائرة الشهر العقاري⁽⁶⁾ ، و أشار إلى التأكيد على شكلية عقد بيع العقار بأن الملكية لا تنتقل فيه ، سواء في حق

(1) ينظر : الشيخ حسن الجواهري ، بحوث في الفقه المعاصر ، ج6 ، ط1 ، مجمع الذخائر الإسلامية ، قم ، 1429 هـ ، ص108 .

(2) سورة النساء : الآية (6) .

(3) ينظر : د. عبد الرزاق السنهوري و د. أحمد حشمت أبو ستيت ، أصول القانون ، مصدر سابق ، ص75 .

(4) د. حسن كيره ، أصول القانون ، مصدر سابق ، ص235 .

(5) فقد نصت المادة (508) من القانون المدني العراقي على أنه (بيع العقار لا ينعقد إلا إذا سُجِّلَ في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون) . ونصت المادة 2/3 من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم43 لسنة 1971 على أنه (لا ينعقد التصرف العقاري إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري) .

(6) ينظر : د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج4 ، ط3 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت- لبنان ، 2000 ، ص433 .

الغير أو فيما بين المتعاقدين إلا بالتسجيل⁽¹⁾ ، ومن ثم فإن بيع العقار في القانون المصري يعتبر من العقود الشكلية .

أما القانون الإنكليزي فهو أيضاً يشترط الشكلية في بعض العقود ومنها عقد بيع العقار ، إلا أن الشكلية التي يشترطها هذا القانون أخف وطأة من باقي القوانين المقارنة ، حيث أن المادة (40) من قانون الأموال الإنكليزي لسنة 1925⁽²⁾ أشارت إلى أنه لا يمكن أن تقام الدعوى بخصوص ملكية أرض أو التصرف فيها ما لم يكن العقد أو الاتفاق مكتوباً وموقعاً عليه من قبل طرفيه .

إلا أن الموقف من الشكلية مختلف في المحاكم بناءً على الإنصاف أو العدالة عنه عند تطبيق القانون العام (common law) ، حيث أن المحاكم في حال تطبيق القانون العام تعتبر التصرف باطلاً عند غياب الشكلية تماماً ، ولكنها في حال تطبيق قواعد العدالة والإنصاف (courts of equity) سلكت اتجاهاً آخر مضمونه أن التمسك الجامد بالشكلية التي نص عليها التشريع يسهل الغش على من يريد أن يستولي على حقوق الغير العقارية أكثر من حماية تلك الحقوق ؛ لذلك توجهت محاكم العدالة والإنصاف كمسألة ضمير (as a matter of conscience) إلى اتجاه آخر ، وبناءً على هذا التوجه استقرت أحكام قضائية كثيرة لمعالجة النقص في الشكلية أو حتى في حالة غياب الشكلية التي يشترطها التشريع⁽³⁾ ، وكأن توجه المحاكم عند نظر القضية بالإنصاف مبنياً على قواعد العدالة المستوحاة من الضمير الإنساني من أجل إنصاف أصحاب الحقوق الذين يتسبب الالتزام بالشكلية في هدر حقوقهم ، وقد صدرت أحكام متعددة بهذا الاتجاه من المحاكم على أساس قواعد العدالة⁽⁴⁾ .

(1) فقد نصت المادة 204 من القانون المدني المصري على أن (الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل) ، ونصت المادة 1/934 من نفس القانون على أنه (1- في المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى ، سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان في حق الغير ، إلا إذا رويت الأحكام المبينة في قانون تنظيم الشهر العقاري) .

(2) "No action may be brought upon any contract for the sale or other disposition of land or any other interest in land unless the agreement is in writing and signe"

(3) ينظر : د. مجيد حميد العنبيكي ، مبادئ العقد في القانون الإنكليزي ، منشورات كلية الحقوق ، جامعة النهريين ، بغداد ، 2001 ، ص45 .

(4) ومن هذه الأحكام قضية : wakeham v. Mackenzie 1968 وفيها تنازلت المدعية (w) وهي أرملة عمرها 67 سنة ، عن البيت المخصص لها من قبل مجلس البلدية وذهبت للعناية بالمدعى عليه (M) أرمل عمره 72 سنة وفي حالة صحية متدهورة والذي كان قد وعدّها شفهيّاً بأنه سوف يترك لها منزله عند وفاته ، وقد ساهمت الارملة بمصاريف البيت ، إلا أن صديقها لم يترك لها شيئاً عند وفاته . ولكن المحكمة قد حكمت بأن تصرفات الارملة كانت منسجمة مع العقد الشفهي ومن ثم يحق لها المطالبة بالتنفيذ العيني specific performance على الرغم من غياب الشكلية .

وفي قضية : Rawlinson v. ames 1925 وافقت المدعى عليها (A) شفهيّاً بأن تستأجر شقة (R) وطلبت المدعى عليها أن تقوم المدعية ببعض التغييرات في الشقة بأشراف المدعى عليها نفسها ، بعد ذلك رفضت المدعى عليها إنجاز العمل ، وعندما اقيمت عليها الدعوى احتجت بعدم وجود عقد كتابي بينها وبين المدعية ، ومع ذلك حكمت محكمة العدالة

وكيف ما كان فإن الغرض من لجوء المشرع الوضعي إلى الصياغة الشكلية هو تنبيه الأشخاص إلى خطورة التصرف القانوني ، ولذلك أوجب عليهم إفراغ التصرف الخطير في شكلية معينة وإن وقع التصرف دون إتباع تلك الشكلية فإنه يعتبر تصرفاً باطلاً .

ويظهر أن الصياغة الشكلية على الرغم من الفوائد والمزايا التي تتمتع بها إلا أنها في الكثير من الحالات تعتبر سبباً في تعطيل أنجاز معاملات بيع العقار بل تعتبر سبباً في ضياع الكثير من الحقوق ، والصياغة الشكلية تعتبر خير دليل على كون المشرع يهدف إلى تحقيق العدل وليس إلى تحقيق العدالة ، وسنبين في الفرع الثالث من هذا المطلب بأن الصياغة المرنة و الطريقة المعنوية هي الأقرب لتحقيق العدالة ورعاية متطلباتها .

2- الصياغة المعنوية

عرفت طريقة الصياغة المعنوية بأنها طريقة من صنع الذهن ويلجأ إليها المشرع في سبيل إخراج القاعدة القانونية إخراجاً عملياً يحقق الغاية التي يفصح عنها جوهرها⁽¹⁾ .

وطريقة الصياغة المعنوية تتمثل في التعبير عن جوهر القاعدة القانونية من خلال عمل ذهني منطقي أي من خلال الجهد الفكري للمشرع الذي يصوغ القاعدة القانونية بواسطة أعمال الفكر واستخدام أساليب ، المنطق وذلك لأجل الوصول إلى الغاية المنشودة من تشريع القاعدة القانونية وهي تحقيق العدالة⁽²⁾ .

وأهم صور الصياغة المعنوية : القرائن القانونية ، وسنبحثها في ما يأتي :

القرائن القانونية :

عرف المشرع العراقي القرينة القانونية بأنها (استنباط أمرٍ غير ثابت من أمرٍ ثابت)⁽³⁾ .

بأن التغييرات التي اجرتها المدعية في الشقة بأشراف المدعى عليها تعتبر تنفيذاً جزئياً (part performance) للاتفاق ومن ثم تلزم المدعى عليها بتوقيع عقد إيجار مناسب .
أشار إليهما : د. مجيد حميد العنبيكي ، مصدر سابق ، ص 46 .
(1) ينظر: د. محمد حسين منصور ، مصدر سابق ، ص 155 .
(2) ينظر : د. ليث نصرأوين ، و صدام إبراهيم ، مصدر سابق ، ص 45 .
(3) المادة (1/98) قانون الإثبات العراقي رقم (107) لسنة (1979) .

وعُرفت القرائن القانونية في الفقه القانوني بتعاريف كثيرة منها القرينة القانونية هي (النتائج التي يستخلصها القانون أو القاضي من واقعة معلومة لمعرفة واقعة مجهولة ، فهي استنباط مجهول من واقعة ثابتة معلومة وتنقل الإثبات من الواقعة المراد إثباتها إلى واقعة أخرى)⁽¹⁾ .

وعُرفت القرينة بالفقه الإنكلوسكسوني بأنها (عملية استدلال عقلي أو استنتاجي بين واقعتين الأولى أساسية ثابتة والثانية استنتاجية مفترضة)⁽²⁾ .

وعُرفت في الفقه نفسه أيضاً بأنها (عملية استدلال استنتاجي تؤدي إلى التوصل إلى الاستنتاج المفترض والمرتبط بالواقعة ذات الصلة)⁽³⁾ .

وتعتبر القرينة القانونية وسيلة من وسائل الصياغة القانونية التي يتمكن المشرع بواسطتها من التشبث بالواقع بشيء من اليقين والتحديد على الرغم من أن الواقع مشوب بالشك والاحتمال ، والقرينة القانونية بالمعنى المتقدم لا يمكن لأي نظام قانوني الاستغناء عنها⁽⁴⁾ .

وقد نص المشرع العراقي على جملة من القرائن القانونية منها : أن التأشير على السند بما يظهر منه إبراء المدين يعتبر حجة على الدائن⁽⁵⁾ ، ومنها قاعدة الولد للفراش التي ذكرها المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية⁽⁶⁾ تبعاً للشريعة الإسلامية التي هي الأصل في التمسك بقرينة الفراش⁽⁷⁾ .

وقد نصت المادة (1/1148) من القانون المدني العراقي على أن (..... حسن النية يفترض دائماً ما لم يقدّم الدليل على خلافه) .

ويظهر أن القرائن القانونية من قبيل الأصول العملية التي لا تعتمد في حجيتها على مقدار الكشف عن الواقع ، وإنما على ما تحققه من المحافظة على الاستقرار القانوني ؛ فهي ليست من الأدلة التي لها في نفسها قابلية إقناع بل هي وسائل إثبات وضعها المشرع لكي يتم الأخذ بها في ظرف عدم وجود النص ، والغرض منها تحقيق العدالة قدر الإمكان .

(1) د. عصمت عبد المجيد بكر ، أصول الإثبات ، منشورات جامعة جيهان ، اربيل - العراق ، 2012 ، ص 330 .

(2) graham ، c.lilly ، principles of evidence fourth edition ، Thomason west ، 2006 ، p. 393.

(3) Williams ، the proof of guilt steven and sons ، London ، 1963 ، p. 250 .

(4) ينظر : د. سمير تناعو ، مصدر سابق ، ص 388 .

(5) المادة (1/33) من قانون الإثبات العراقي التي نصت على أن (التأشير على السند بما يستفاد منه براءة ذمة المدين حجة على الدائن ولو لم يكن التأشير موقعاً منه مادام السند لم يخرج قط من حيازته) .

(6) المادة (51) من قانون الأحوال الشخصية رقم (188) لسنة 1959 نصت على أنه (ينسب ولد كل زوجة الى زوجها بالشرطين الآتيين 1- أن يمضي على عقد الزواج أقل مدة الحمل 2- أن يكون التلاقي بين الزوجين ممكناً) .

(7) روي عن النبي صلى الله عليه واله وسلم أنه قال (الولد للفراش وللعاهر الحجر) . الشيخ الكليني ، الكافي، ج7، ط2، ط، دار الكتب الإسلامية ، طهران ، 1367 هـ ش ، ص 167 .

ثم أن هذه القرائن وغيرها يتم من خلال تشريعها منح فرصة أكبر لتحقيق العدالة من قبل المعنيين بتطبيق القانون حيث أن الصياغة عن طريق القرائن لا تجعل من القاعدة القانونية قيداً يقصر تطبيق القانون على حالات محددة حصراً ، ومن ثم يلزم من ذلك المساواة بين الحالات والأوضاع المختلفة وهذا يعتبر مجافياً للعدالة ، وكلما استحضر المشرع (الصانع) قواعد العدالة وأصغى إلى ما يمليه عليه الضمير الإنساني استطاع أن يصوغ القاعدة القانونية بشكل أكثر مرونة سواء كان ذلك بواسطة القرائن أو غيرها من الوسائل كالفترضات القانونية (الحيلة القانونية) وقد أشرنا في الفصل الأول من هذه الدراسة⁽¹⁾ إلى تعريفه وتمييزه عن قواعد العدالة حيث أن المشرع يلجأ إلى الافتراض القانوني في بعض الحالات لكي يحقق العدالة⁽²⁾ .

ومن أمثلة الافتراض القانوني العقار بالتخصيص ، والمنقول بحسب المال⁽³⁾ ، وهما عبارة عن افتراض أمر مخالف للواقع يترتب عليه تغيير حكم القانون لا تغيير نصوصه⁽⁴⁾ ، فلأجل أن يحقق المشرع التوازن بين مصالح الدائنين في استيفاء ديونهم وبين مصالح مالك العقار في تيسير أمور عقاره بالاستفادة من الأموال المنقولة التي رصدها لخدمة ذلك العقار ، ولغرض منع إيقاع الحجز على تلك الأموال المنقولة أصلاً والتي تم تخصيصها لخدمة العقار اخترع المشرع فكرة العقار بالتخصيص - وغيرها من الافتراضات القانونية (الحيل القانونية) - لغرض تطوير القانون وجعله أكثر ملاءمة مع مقتضيات العدالة .

وعلى أية حال فإن المشرع عندما يعتمد إلى الصياغة المعنوية فإنه يكتفي بوضع الإطار العام للحياة الاقتصادية والاجتماعية ولا يدخل في تفاصيلها وعندما يطبق القاضي القاعدة القانونية فإنه يجتهد في اختيار النص الملائم ، أو في تحديد وجهه ؛ لأن القانون ينبغي أن يكون تعبيراً عن حاجات المجتمع الإنساني .

الفرع الثالث

أثر قواعد العدالة في الصياغة التشريعية

لو نظرنا إلى الصياغة التشريعية الجامدة على سبيل المثال للاحظنا أنها لا تحقق سوى فكرة العدل المجرد ، ذلك لأنها لا تتعامل إلا مع الفرض المجرد للقاعدة القانونية ، حيث أن القاعدة القانونية

(1) راجع ص45 من هذه الدراسة .
 (2) ينظر د. همام محمد محمود ، المدخل الى القانون ، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت - لبنان ، 2010 ، ص173 قال في هذا الصدد (قد يتخير الشارع تأسيس حكمه على افتراض لا يؤيده الواقع ، بدافع تحقيق نفع اجتماعي أو عدلٍ ما كان ليترتب لولا هذا الافتراض) .
 (3) د. عبد الحميد فودة ، الافتراض القانوني بين النظرية والتطبيق ، ط11 ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية - مصر ، 2003 ، ص139 ، وكذلك : د. أنور سلطان ، المبادئ القانونية العامة ، مصدر سابق ، ص103
 (7) law ، sir henry : ancient ، London ، 1920 ، p.26

لابد أن يكون الفرض ركن من أركانها ، والفرض في نظر فقهاء القانون لابد أن يكون عاماً ومجرداً⁽¹⁾ ، وإلا لا يمكن أن يطبق الحكم الذي هو الركن الثاني للقاعدة القانونية على الحالات والوقائع اللامتناهية ، وفي هذه الحالة فإن الحكم أو الحل القانوني الذي يتأتى من الصياغة القانونية الجامدة لا يكون إلا حلاً مجرداً وفي هذه الحالة ، لا يمكن أن يحقق العدالة ، وذلك لتعدد الحالات واختلافها وتغير الظروف والحيثيات التي تحيط بكل واقعة أو فاعل قانوني ، فالقاعدة التي تحدد سن الرشد أو أهلية مباشرة الحقوق المدنية في سن معينة ، وكذلك القاعدة القانونية التي تقرر أن بيع العقار لا يتم إلا من خلال التسجيل في الدائرة المختصة ، فأنهما لا يحققان إلا عدلاً مجرداً ، لأن الأولى تحدد سناً واحدة لكل الأفراد دون الالتفات إلى التفاوت الواقعي الذي يحصل في حالة النضج من حيث التقدم والتأخر لدى الأشخاص ، والثانية تطبق الحكم نفسه على كل الحالات والوقائع والأشخاص في نقل ملكية العقار من حيث شرط التسجيل في الدائرة المختصة ، وهذا يؤدي إلى ضياع الكثير من الحقوق في مختلف الحالات حيث أن التصرفات العقارية كثيرة ومتعددة واشتراط التسجيل يقيدتها ويكون سبباً في إهدار كثير من الحقوق ، والشواهد والأمثلة على ذلك كثيرة فإن عقد هبة العقار والوصية به من بعض الأشخاص المسنين الذين لا طاقة لهم بالذهاب إلى الدوائر المختصة يجعل من هذه الشكلية عائقاً في إتمام العقد أو الوصية ، وفي بعض الحالات يتم إجراء التصرف من دون تسجيله ، الأمر الذي يجعل هذا التصرف باطلاً في نظر القانون ، ويؤدي إلى ضياع تلك الحقوق ، وكان المشرع العراقي قد التفت إلى مجافاة الشكلية الصارمة – التي اشترطها في نقل ملكية العقار – لقواعد العدالة ؛ ولذلك حاول التخفيف منها من خلال إصدار قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) المرقم 1198 الصادر في 1977/11/2⁽²⁾ ، والمعدل بالقرار رقم 1426 في 1983/12/21.

ولقد جاءت الشريعة الإسلامية بأمر يحقق العدالة بأوضح صورها ؛ فلم تشترط أي شكلية في بيع العقار وإنما جعلت الأصل في عقد بيع العقار أو هبته أو الوصية به الرضائية شأنه في ذلك شأن باقي العقود ، وحثت في الوقت نفسه على الكتابة لغرض الإثبات والتوثيق سواء في عقد بيع العقار أو في غيره من العقود ، كما جاء في قوله تعالى (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ)⁽³⁾ ، والأمر في الكتابة في هذه الآية أمر إرشادي وليس مولوياً الغرض منه إثبات

(1) ينظر : د. عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ، ص 89-90 .
(2) وقد نص القرار على أنه (أ- يقتصر التعهد بنقل ملكية عقار أو حق التصرف على الالتزام بالتعويض إذا أخل أحد الطرفين بالتعهد ، سواء اشترط التعويض في التعهد أم لم يشترط فيه ، على أن لا يقل مقداره عن الفرق بين قيمة العقار المعينة بالتعهد وقيمتها عند النكول دون الإخلال بالتعويض عن أي ضرر آخر . ب- إذا كان المتعهد له قد سكن العقار محل التعهد أو أحدث فيه أبنية أو منشآت أخرى أو مغروسات بدون معارضة تحريرية من المتعهد ، فإن ذلك يعتبر سبباً صحيحاً يبيح للمتعهد له تملك العقار أو حق التصرف فيه بقيمته المعينة في التعهد أو المطالبة بالتعويض) منشور في الوقائع العراقية العدد 2974 في 1984/1/2.
(3) سورة البقرة : الآية 282 .

الحقوق وليس إنشاءها⁽¹⁾ ، وهذه الطريقة تسهل التعامل ، وتمكن الأشخاص من التصرف بحقوقهم مع المحافظة على الثبوت والتروي ، وكذلك إمكانية الإثبات عن طريق الكتابة التي أرشد إليها القرآن الكريم .

وبناءً على ما تقدم فإن قواعد العدالة يكون لها الأثر الكبير في الصياغة التشريعية ، ونوع الصياغة الأمثل لتحقيق العدالة هي الصياغة المرنة والطريقة الأفضل هي طريقة الصياغة المعنوية ؛ وذلك لأن المشرع إذا استحضر قواعد العدالة عند تشريع القانون فعند ذلك تكون دواعي الإنصاف هي الغالبة ؛ فيلجأ المشرع في صياغة القواعد القانونية إلى طريقة المعايير، وهذه الطريقة تعزز العدالة عن طريق مرونة المصطلحات وتنوع الافتراضات ومن خلال ذلك يتم تلطيف التشريع و تقريبه من العدالة .

المبحث الثاني

دور قواعد العدالة في تحقيق الاستقرار القانوني

تحدث فقهاء القانون منذ زمن ليس بالقريب عن مبدأ الاستقرار القانوني وقد ازداد الاهتمام بهذا المبدأ ، بسبب ما يشهده العالم من تطورات سريعة على الصعيد السياسية والاجتماعية والاقتصادية كافة ولأجل مسايرة مستحدثات الحياة العصرية على أساس خطى ثابتة ، التجأ فقهاء القانون ومنظرو السياسة التشريعية إلى مبدأ الاستقرار القانوني⁽²⁾ ؛ باعتبار أن هذا المبدأ يشغل حيزاً أساسياً عند وضع التشريع من جهة أن القانون هو الذي ينظم العلاقات الاجتماعية بين الأشخاص ، ولا بد أن يكون هذا التنظيم محققاً للاستقرار في المراكز القانونية⁽³⁾ هذا من جهة ، ومن جهة أخرى لا بد أن يكون الاستقرار والأمن القانوني مصاحباً للعدالة وإلا لا فائدة في استقرار و أمن فاقد للعدالة ، و لا فائدة في عدالة لا أمن ولا

(1) ينظر : الشيخ الطوسي المبسوط ، ج8 ، المكتبة الرضوية لإحياء آثار الجعفرية ، قم المقدسة ، 1351 هـ ش ، ص117 . وكذلك : الحسن بن المطهر العلامة الحلبي ، تذكرة الفقهاء ، ج11 ، ط1 ، مؤسسة آل البيت (ع) لأحياء التراث ، قم ، 1420 هـ ، ص259 . وكذلك : الشيخ محمد حسن الجواهري ، جواهر الكلام ، ج24 ، ط9 ، دار الكتب الإسلامية ، طهران ، 1368 هـ ش ، ص268 . وكذلك : السيد أبو القاسم الخوئي ، مصباح الفقاهة ، ج1 ، ط1 ، المطبعة العلمية ، قم ، 1412 هـ ، ص31 . وكذلك: د. محمد وحيد الدين سوار ، الشكل في الفقه الإسلامي ، ط1 ، بدون ذكر الناشر ومكان الطبع ، 1405 هـ - 1985 م ، ص37 ، وقد قال الأخير في هذا الصدد (قام الفقه الإسلامي منذ نشوئه ، وفي جوهره ، مجرد من الشكليات التي عرفها الرومان ، وإن المتفحص لأحكامه ليجدها قائمة على البساطة في التعامل وعلى نية الطرفين في التعاقد ، وعلى روح العدالة الطبيعية بين الناس ، فلا يستلزم لإتمام العقد صيغة رسمية ، ولا يوجب لانتقال الملكية ، وضعاً خاصاً من الأوضاع ، وإنما يلتزم المدين بعهدِهِ ، وتنتقل الملكية بمجرد الاتفاق الخالي من الإجراءات .) د. محمد وحيد الدين سوار ، المصدر السابق ، ص23 .

(2) ينظر : د. احمد ابراهيم حسن ، مصدر سابق ، ص191 . وكذلك : د. احمد عبد الحميد عشوش ، مصدر سابق ، ص7 .

(3) تُعرف المراكز القانونية بأنها : مجموعة من المكنتات و الواجبات المتقابلة التي يقرها القانون لمواجهة المصالح المتقابلة للأشخاص والجماعات . ينظر : د. جلال علي العدوي ، المراكز القانونية ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الاسكندرية - مصر ، 1988 ، ص7 .

استقرار فيها ، وهناك مفهوم آخر لفكرة الاستقرار القانوني وهو ضرورة التوفيق بين الالتزامات المتعارضة ؛ لكي لا تعم الفوضى ويختل السكون الاجتماعي فيما إذا أصبح لكل شخص التصرف بحرية مطلقة وفقاً لما يظن بأنه حقاً وعدلاً ؛ لذلك تناول فقهاء القانون مبدأ الاستقرار القانوني بالبحث والتنظير وكذلك المبادئ التي تتفرع عليه كالثقة المشروعة ، والأمن القانوني ، ومبدأ حسن النية وغيرها من المبادئ التي تساهم في حماية واستقرار النظام القانوني وتحقيق العدالة ؛ ولأجل بيان علاقة قواعد العدالة بالاستقرار القانوني وبيان أهم المبادئ التي تتفرع على هذا المبدأ في القانون المدني ينبغي أن نقسم هذا المبحث على مطلبين ، نبحت في الأول منهما : علاقة قواعد العدالة بمبدأ الأمن القانوني ، ونخصص المطلب الثاني لبحث : علاقة قواعد العدالة بمبدأ حسن النية .

المطلب الأول

علاقة قواعد العدالة بمبدأ الأمن القانوني

من الضروري أن تكون التشريعات النازمة لمناحي الحياة الاجتماعية كافة – على جانب من الثبات والاستقرار ، وهذا يعني أن الشخص الذي يروم القيام بتصرفات قانونية معينة يعلم سلفاً نتائج تصرفاته أو على الأقل يظن ظناً قوياً بالنتيجة فضلاً عن تمتعه بالثقة المشروعة وعدم تعرضه للاهتزازات والمفاجآت في كل النشاطات التي يمارسها في ظل النظام القانوني وأهم هذه النشاطات الجانب الاقتصادي الذي ينشأ عن التصرفات القانونية ، لما له من الأثر المهم في المساهمة في جلب الاستثمارات الأجنبية ، وهذا الأمن والاستقرار في العلاقات والمراكز القانونية لا يمكن أن يكتمل ويكون ذا أهمية في نظر المجتمع الإنساني إلا إذا كان مقروناً بالعدالة ، وإلا فإن الأنظمة الدكتاتورية الظالمة تحقق الأمن والاستقرار والثبات في أنظمتها القانونية والإدارية ، ولكن ذلك الاستقرار والأمن يقوم على حساب مصادرة العدالة ، ولأجل بيان معنى الأمن القانوني وعلاقته بقواعد العدالة لابد أن نقسم هذا المطلب على فرعين نبحت في الأول منهما : معنى الأمن القانوني ، ونخصص ثانيهما للبحث في : العلاقة بين مبدأ الأمن القانوني وقواعد العدالة .

الفرع الأول

معنى الأمن القانوني

إن فكرة الأمن القانوني يقصد بها تأكيد وتحديد القواعد القانونية لتنظيم المراكز القانونية للأشخاص وكذلك ضمان النتائج والغايات التي يهدف القانون إلى تحقيقها ومن أولويات الغايات تحقيق العدالة فضلاً عن استطاعة كل شخص في المجتمع من معرفة نتائج تصرفاته مسبقاً بحيث يستطيع معرفة الالتزامات التي تترتب عليه ، والحقوق التي له على الغير في أي تصرف كما في عقد البيع مثلاً فيكون

بإمكان البائع والمشتري معرفة التزامات كل منهما وحقوقه تجاه الآخر وغير ذلك من التصرفات⁽¹⁾ ، ولأجل توضيح مفهوم الأمن القانوني ينبغي أن نعرض لتعريفه ولعناصره تباعاً :

أولاً : تعريف الأمن القانوني

لم يرد مصطلح الأمن القانوني⁽²⁾ في الدستور العراقي ولا الدستور المصري ، ولم يذكر في التشريعات الإنكليزية⁽³⁾ ، إلا أن الدستور العراقي وكذلك المصري لم يخلُ من الإشارة إلى عناصر الأمن القانوني أو التنبيه الضمني على معنى هذا المبدأ المهم ، وكذلك ورد في بعض السوابق القضائية في بريطانيا⁽⁴⁾ ، ومن ذلك ما جاء في الدستور العراقي لسنة 2005 فقد تضمن بعض العناصر المهمة لمبدأ الأمن القانوني ومنها : عدم رجعية القانون على الماضي ، وتضمن أيضاً شرط نشر القوانين الصادرة من الهيئة التشريعية في الجريدة الرسمية وذلك لتكون نافذة وحجة على جميع الأشخاص

(1) ينظر : د. نعيم عطية ، القانون والقيم الاجتماعية ، دراسة في فلسفة القانون ، المكتبة الثقافية ، القاهرة ، 1971 ، ص 79 .

(2) ومن الجدير بالذكر أن مصطلح الأمن القانوني أول ما ظهر في ألمانيا سنة 1961 ثم انتقل الى المجموعة الأوربية ، حيث أصدرت محكمة العدل الاوربية بمناسبة الفصل في قضية (BOSCH) بتاريخ 6 / أبريل / 1962 ، حيث أصدرت اجتهاداً قضائياً بخصوص مبدأ الأمن القانوني ، وصدر بعد ذلك حكم آخر بتاريخ 14 / يويله / 1970 في قضية اخرى تضمن نفس المبدأ (الأمن القانوني) تحت رقم 57/69 ، وفي تاريخ 5 / ماي / 1981 في قضية (DURBECK) ، حيث تم الإقرار بمبدأ الثقة المشروعة ، والتي تعد عنصراً من عناصر الأمن القانوني ، مشار له من قبل فهيمة بالحمزي ، الأمن القانوني للحقوق والحريات الدستورية ، أطروحة دكتوراه ، مقدمة لجامعة عبد الحميد بن باديس – مستغانم – الجزائر ، 2018 ، ص 31 .

(3) ليس في بريطانيا دستور مكتوب لأن نظامها القانوني يعتمد على السوابق القضائية والقانون غير المكتوب إلا أن هناك مسودة مشروع للدستور أعدتها مجموعة استشارية من فقهاء القانون وهو متوافر في معهد السياسة العامة للدراسات والبحوث وقد تم إعداد المسودة عام 1993 ، وفي هذا المجال جاء عن النظام القانوني الإنكليزي فيما يخص الدستور غير المكتوب والبرلمان الذي ينقسم الى مجلس العموم ومجلس اللوردات ما يلي:

The Law and The Constitution in British Is :

=
= The distinctive historic unwritten and diverse character of the British constitution is reflected in the structures of its legal systems and the responsibilities of its principal legal personnel and institutions . the supreme law-making body in British is parliament . the highest form of law is an act of parliament which requires the royal assent before it becomes law . the house of the British parliament comprises two houses commons and the house of lords . within the house of lords there is the supreme appellate court .

ينظر : د. منذر الفضل ، أصول القانون الفرنسي والإنكليزي – دراسة مقارنة مع القانون الإسلامي ، ط2، دار آراس للطباعة والنشر ، أربيل كردستان العراق ، 2004 ، ص 181 .

(4) بعد ظهور مبدأ حماية الثقة المشروعة في القانون الألماني في عشرينيات القرن الماضي وبعد أن جسده القضاء الإداري الألماني عرف النظام القانوني الألماني أول ترجمة لهذا المبدأ الذي هو من عناصر الأمن القانوني ، واعترفت المحكمة الدستورية الفدرالية بالقيمة الدستورية لمبدأ حماية الثقة المشروعة بقرارين أولهما صدر بتاريخ 8 / يوليو / 1971 والثاني صدر في 2 / فبراير / 1978 ، وبعد هذا الظهور التزم القضاء الإنكليزي هذا المبدأ وصدر في بعض السوابق القضائية باسم (التوقعات المشروعة) وذلك باجتهاد من القاضي (ديبلوك) في ظل افتقار الشريعة الإنكلوسكسونية التي ينتمي إليها النظام الإنكليزي لقواعد قانونية كافية في علاقة الإدارة بالمواطنين . ينظر : د. محمد منير حساني ، احترام الثقة المشروعة كمبدأ عام للقانون مداخل في الملتقى الوطني تحت عنوان (احترام التوقعات القانونية) جامعة قاصدي مرياح – ورقلة – الجزائر ، سلسلة خاصة بالملتقيات و الندوات ، 2016 ، ص 29 .

المخاطبين بها⁽¹⁾، وكذلك أشار دستور جمهورية مصر العربية المعدل لسنة 2019 إلى مثل هذه العناصر⁽²⁾، وأما على مستوى التشريعات العادية فهي كذلك لم تستعمل مصطلح الأمن القانوني ولكن ورد في مضامينها إشارات صريحة لهذا المبدأ فقد أشار كل من القانون المدني العراقي والمصري إلى إعطاء الأمان لكل من حاز منقولاً وهو حسن النية وذلك من خلال عدم سماع دعوى الملك عليه من أحد؛ لأنه استند في حيازته إلى سبب صحيح⁽³⁾.

هذا على مستوى التشريع، أما على مستوى الفقه القانوني فإن جانباً منه يرى صعوبة تحديد أو تعريف فكرة الأمن القانوني، على الرغم من إمكانية فهم هذه الفكرة، بينما نظر جانب آخر من الفقه إلى مبدأ الأمن القانوني على أنه عبارة عن (ضمانة أو حماية تهدف إلى استبعاد الاضطرابات في مجال القانون، أو التغييرات المفاجئة في تطبيق القانون)⁽⁴⁾، قد حاول بعض الفقهاء قياس مبدأ الأمن القانوني على مبدأ الثقة المشروعة ولكن بعضاً آخر اعترض على هذا القياس؛ لأن مبدأ الثقة المشروعة في نظره أقرب إلى الانصاف منه إلى مبدأ الامن القانوني⁽⁵⁾.

وعلى أية حال فإن عدداً غير قليل من فقهاء القانون تصدوا لتعريف مبدأ الأمن القانوني، ومن هذه التعاريف ما يأتي:

فقد عرف مبدأ الأمن القانوني بأنه (الإجراءات التي تتخذها السلطات العامة بهدف تحقيق التوازن بين ثبات ووضوح وسهولة الوصول إلى القواعد القانونية السائدة في وقت معين بما يحقق الثقة والاطمئنان لدى المخاطبين بها وبين التطور والتغيير الطبيعي لها)⁽⁶⁾.

(1) دستور جمهورية العراق النافذ لسنة 2005 المادة (9/19) وقد نصت على أنه (ليس للقوانين اثر رجعي مالم ينص على خلاف ذلك، ولا يشمل هذا الاستثناء قوانين الضرائب والرسوم)، ونصت المادة (129) من الدستور نفسه على أنه (تنشر القوانين في الجريدة الرسمية ويعمل بها من تاريخ نشرها، مالم ينص على خلاف ذلك).

(2) فقد نصت المادة: 225 على أنه (تنشر القوانين في الجريدة الرسمية خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إصدارها، ويعمل بها بعد ثلاثين يوماً من اليوم التالي لتاريخ نشرها إلا إذا حددت لذلك ميعاداً آخر، ولا تسري احكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها، ومع ذلك يجوز في غير المواد الجنائية و الضريبية النص على خلاف ذلك، بموافقة أغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب).

(3) فقد نصت المادة (2/1163) من القانون المدني العراقي على أنه (من حاز وهو حسن النية منقولاً أو سنداً لحامله مستنداً في حيازته الى سبب صحيح فلا تسمع عليه دعوى الملك من أحد)، ونصت المادة (1/976) من القانون المدني المصري على أنه (من حاز بسبب صحيح منقولاً أو حقاً عينياً على منقول أو سند لحامله فإنه يصبح مالكة إذا كان حسن النية وقت حيازته).

(4) د. محمد محمد عبد اللطيف، مبدأ الامن القانوني، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة - كلية الحقوق، العدد 36، 2004، ص 88.

(5) ينظر: د. عبد المجيد غميجة، مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي، بحث منشور في مجلة الملحق القضائي - المغرب، العدد 42، 28/مارس/2008، ص 7.

(6) د. مازن ليلو راضي، من الأمن القانوني الى التوقع المشروع، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق - جامعة النهريين، العدد 1، 2019، ص 3.

وَعُرِفَ أيضاً بأن (الأمن القانوني يعني في حقيقة الأمر أن تكون القواعد القانونية مؤكدة ومحددة في تنظيمها للمراكز القانونية أو تضمن تأمين النتائج بحيث أن كل فرد يستطيع أن يتوقع هذه النتائج ويعتمد عليها بأن يتوقع مقدماً نتائج تصرفاتهم من حيث ما لهم وما عليهم ، فالأمن القانوني يؤدي إلى إمكانية توقع الافراد لنتائج افعالهم سلفاً⁽¹⁾) ، وعرف كذلك بأنه (كل نظام قانوني للحماية هادف إلى تأمين التنفيذ الأمثل للالتزامات ، ويقصي أو على الأقل يقلص الشك أو الريب في تطبيق القانون)⁽²⁾ .

والمُلاحَظ على التعاريف المتقدمة أن التعريفين الأول والثاني قد أطالا الكلام عن تعريف الأمن القانوني ولم يبيّنا حقيقة المعرف وإنما تم تعداد العناصر التي يشتمل عليها مبدأ الأمن القانوني ، وأما التعريف الأخير فإنه تناول الأمن القانوني مقتصرًا فيه على تنفيذ الالتزام في حين إن هذا المبدأ لا يمكن أن يختزل بتنفيذ الالتزام فقط .

وكيف ما كان فإنه يمكن لنا أن نعرف الأمن القانوني بأنه : صمام أمان من خطر عدم الاستقرار في الأوضاع القانونية والتغيير المفاجئ للتشريعات ، خصوصاً إذا كان الأمر متعلقاً بالحقوق المكتسبة ، فهو ضمانة لدرء خطر استبداد السلطة ومزاجية الأحكام .

ثانياً : عناصر الأمن القانوني

يشار إلى مبدأ الأمن القانوني في بعض التشريعات⁽³⁾ بما يُعد من العناصر التي تعبر عن هذا المبدأ ، وقد يوجد التصريح بهذه العناصر أحياناً في بعض القرارات القضائية للمحاكم⁽⁴⁾ ، وأهم هذه العناصر ما سنذكره في ما يأتي :

(1) حميد زايدي ، احترام الثقة المشروعة مبدأ يلزم القاضي والمشرع ، مداخلة في الملتقى الوطني تحت عنوان (احترام التوقعات القانونية) ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة – كلية الحقوق والعلوم السياسية ، الجزائر ، سلسلة خاصة بالملتقيات والندوات ، 2016 ، ص48-49 .

(2) د. مختار دويني ، مبدأ الأمن القانوني ، ومقتضيات تحقيقه ، بحث منشور في مجلة الدراسات الحقوقية ، جامعة سعيدة – الجزائر ، المجلد 2 ، العدد 5 ، 2016 ، ص26 .

(3) من هذه التشريعات قانون المحكمة الاتحادية العليا العراقي رقم (30) لسنة 2005 فقد نص على اختصاصات المحكمة ومن ضمنها الرقابة على دستورية القوانين فقد أشارت المادة (2/4) من هذا القانون الى حق الأفراد في الطعن بدستورية القوانين وذلك في معرض نزاع منظور أمام محكمة الموضوع ، وما هذا إلا تطبيقاً لمبدأ الثقة المشروعة . ويشترط بمن يتقدم بطعن دستوري في قانون معين ، أن تكون له مصلحة في ذلك، وإن يلحقه ضرر من تشريع القانون المطعون في دستوريته ، وإلا فإن الطعن يكون مصيره الرد ، وهذا ما جاء في قرار المحكمة الدستورية العليا المرقم 32/ اتحادية / 2007 الصادر في 2008/3/10 . ينظر المبادئ الدستورية والقانونية الواردة في الأحكام والقرارات الصادرة عن المحكمة الاتحادية العليا للسنوات (2005-2018) ، من إصدارات المحكمة الاتحادية العليا .

(4) فقد أشارت المحكمة الدستورية العليا في مصر الى مبدأ الثقة المشروعة في حكمها الصادر في 2 / كانون الثاني / 1993 والذي جاء فيه (في مجال تقييم المصلحة المشروعة التي يركن إليها قانون الضريبة الجديدة التي فرضها المشرع بمناسبة أعمال قانونية أبرمها المكلفون بها قبل صدوره ليس كافياً لانقضاء هذه المصلحة أن يكون تحقيق الواقعة المنشئة

1- عدم رجعية القاعدة القانونية

المراد بهذا المبدأ كون القاعدة القانونية لا يمكن أن تنطبق على الوقائع التي حدثت في الزمان الذي سبق صدور القاعدة القانونية ، وإنما تنطبق على كل الوقائع التي تحدث بعد نفاذ القاعدة القانونية ويعتبر مبدأ عدم رجعية القاعدة القانونية من الركائز الرئيسية لدولة القانون وما ذلك إلا تحقيقاً لمبادئ العدالة و بناءً عليه فإن هذا المبدأ يعتبر قائماً في كل تشريعات الدول الحديثة سواء نصت عليه دساتيرها أم لم تنص⁽¹⁾ ، لأن قواعد العدالة تقتضي ذلك ، وبما أن ما يسمى في العصر الحاضر بدولة القانون تطبق القواعد التي تحكم بتحقيق العدالة فإنها لا بد أن تأخذ مبدأ عدم رجعية القوانين في نظر اعتبارها حتى ولو لم ينص عليه المشرع الدستوري وبهذا يتضح أن قواعد العدالة لها الأثر الكبير و الواضح في كل فروع القانون فضلاً عن القانون المدني الذي هو نطاق هذه الدراسة ، والكلام هنا عن مبدأ عدم رجعية القوانين فإنه يشمل القانون المدني كغيره من باقي فروع القانون الخاص والعام ، باستثناء القانون الأصلح للمتهم في القانون الجنائي.

2- احترام الثقة المشروعة

ويعني هذا المبدأ عدم مفاجأة المشرع للأفراد بما يشرعه من قوانين وكذلك عدم مباغطة السلطة التنفيذية لمواطنيها بما تصدره من لوائح تنظيمية وقرارات تنفيذية تختلف تماماً مع ما كان يتوقعه

لهذه الضريبة سابقاً على صدور قانونها ، إذ لا يعدو سريان هذا القانون عليها أن يكون هو الأثر الرجعي بعينه وهو جائز طبقاً للدستور ، وإنما يتعين لتقرير زوال المصلحة المشروعة ، أن يكون قانون الضريبة منتجاً بأثره الرجعي الى واقعة تتمخض تصرفاً قانونياً وناقلاً للملكية ، وذلك إذا كان تكوينه قد اكتمل قبل صدور قانون الضريبة الجديد ، وكان المكلف بأدائها قد استحال عليه – بالنظر الى طبيعتها أو مبلغها – أن يتوقعها عقلاً حين نقل إرادته ملكية هذا المال الى غيره بل باعنته ولم يكن يحسب لها حساباً إذ يناقض فرض الضريبة على هذه الاحوال مفهوم العدالة الاجتماعية الذي يقوم عليه النظام الضريبي على ما تقتضي به المادة 38 من الدستور باعتبار أن العدالة الاجتماعية يناقياها أن يعدل المشرع أسس ضريبة قائمة قدر الممول تبعه تصرفاته القانونية التي أبرهما عند سريانها على ضوء احكامه ، وذلك كلما قام الدليل على أن الظروف المحيطة بالضريبة الجديدة التي قرر المشرع سريانها بأثر رجعي لتحكم الممول في تصرفاته القانونية السابقة عليها ، النافذة قبل تقريرها والتي لا يمكن الرجوع فيها كانت غير مماثلة في تقديره حين تعامل في إطار الضريبة القديمة وما كان بوسعه عقلاً أن يتوقعها وآية ذلك أنه لو كان بإمكانه أن يكون علي بيته منها لأدخلها في اعتباره عند تصرفه في ماله او اختار ابقاء هذا المال في ذمته توقياً لأية مخاطر ضريبية لا يأمن عواقبها) وقد خلصت المحكمة في حكمها المتقدم الى القضاء بعدم دستورية الفقرة الاولى من المادة 56 من القانون رقم 46 لسنة 1978 بشأن تحقيق العدالة الضريبية ، وذلك في ما قررته من سريان الضريبة على الأرباح التجارية والصناعية على بعض التصرفات المشار اليها في المادة 32 من القانون رقم 14 لسنة 1993 اعتباراً من أول كانون الثاني سنة 1974 .

قرار المحكمة الدستورية العليا في مصر 2 / يناير / 1993 ، المجموعة القضائية ، الجزء الخامس ، المجلد الثاني ، ص131 ، أشار إليه د. محمد سعيد اللطيف ، مصدر سابق ، ص 97-98 .

(1) ينظر : د. محمد سعيد جعفرور ، مدخل الى العلوم القانونية – الوجيز في نظرية القانون - ، دار هومة ، الجزائر ، 2004 ، ص246 .

الأفراد⁽¹⁾ ، وقد استقر القضاء الدستوري في بعض الدول على أن (مبدأ الأمن القانوني يعني بالنسبة إلى المواطن في المقام الأول حماية الثقة المشروعة)⁽²⁾ .

ويبدو أن الثقة المشروعة ترتبط بمبدأ حسن النية في القانون المدني حيث أن الآثار التي يبتغي المشرع الوصول إليها من الالتزام بمبدأ الثقة المشروعة هي نفسها التي حرص على التوصل إليها في التشريع المدني وسيأتي الكلام عن مبدأ حسن النية في التصرفات القانونية في المطلب الثاني من هذا المبحث.

ومن الجدير بالذكر أن للثقة المشروعة بالخصوص أثراً كبيراً في جذب الاستثمارات الاقتصادية في البلد الذي يلتزم بهذا المبدأ في قوانينه سواء كانت هذه الاستثمارات داخلية أم خارجية ، هذا فضلاً عن أثر مبدأ الأمن القانوني عموماً في جذب الاستثمارات حيث أن الأمن والاستقرار القانوني وإرساء العدالة يشجعان أصحاب رؤوس الأموال في الاستثمار في البلد الذي يتوافر فيه الأمن والاستقرار العام بالمعنى السياسي ، وكذلك بالمعنى القانوني ولهذا فإن الدول في العصر الحاضر تحرص على توفير المناخ القانوني الملائم لجذب الاستثمارات الأجنبية ، ولذا أصبح على رأس متطلبات الاستثمار تكريس الدولة لمبدأ الأمن القانوني ، وبخلاف ذلك فإن رؤوس الأموال والمستثمرين يبحثون عن الدول التي يتوافر فيها الأمن القانوني وتسود في تشريعاتها وقضائها قواعد العدالة .

3- احترام الحقوق المكتسبة

ويعني هذا المبدأ عدم السماح للغير سواء كان الدولة أم الأفراد بالتجاوز على حق من الحقوق التي حصل عليها الأفراد أو حازها بطريقة قانونية أو توصل إليها بموجب صدور قرار قضائي مكتسباً الدرجة القطعية ، و بالأخص إذا كانت تلك الحقوق تتعلق بالحريات الأساسية المنصوص عليها بالدستور كحق الملكية على سبيل المثال وغيره من الحقوق الأخرى ، والمقصود بالحق المكتسب الحق الناشئ عن التصرف القانوني الذي ينشئ مركزاً قانونياً⁽³⁾ .

وبناءً على ما تقدم فإن الحق المكتسب هو عبارة عن المحافظة على المركز القانوني الذي نشأ عن تصرف قانوني معين ويطلق على مبدأ الأمن القانوني – الذي يعتبر مبدأ احترام الحقوق المكتسبة أحد عناصره – العدالة التشريعية وهي عبارة عن بيان القاعدة القانونية للمخاطبين بها و إمكانية وصولها

(1) ينظر : د. عامر زغير محيسن ، الموازنة بين فكرة الامن القانوني ومبدأ رجعية الحكم بعدم الدستورية ، بحث منشور في مجلة الكوفة ، العدد 18 ، 2010 ، ص3 .

(2) ويقصد به القضاء الألماني . ينظر : د. محمد محمد عبد اللطيف ، مصدر سابق ، ص91 .

(3) ينظر : د. عبد المجيد الخذاري و فطيمة بن جدو ، الأمن القانوني و الأمن القضائي علاقة تكامل ، بحث منشور في مجلة الشهاب ، مجلد 4 ، العدد2 ، 1439هـ - 2018م ، ص7 .

لهم⁽¹⁾ ، أي جعلها في معرض الاطلاع وهذا يتم من خلال نشر القوانين في الجريدة الرسمية ، فضلاً عن ذلك عدم مفاجأة المخاطبين بالقواعد القانونية بإلغائها أو تعديلها من دون التوقع ، لان انعدام هذه المبادئ يؤدي إلى اختلال الأمن القانوني ، ومن خلال اجتماع العناصر أو المبادئ المشار إليها آنفاً تتم المحافظة على الحقوق المكتسبة ، وهذا يؤدي إلى تحقيق العدالة التشريعية التي هي عبارة أخرى عن الأمن القانوني وهي بدورها تؤكد العدالة في التصرفات القانونية أو ما تعرف بالعدالة التبادلية ، وسيأتي الكلام عنها في المبحث الثالث من هذا الفصل إن شاء الله ، بمناسبة البحث في أثر قواعد العدالة في إعادة التوازن للتصرفات القانونية التي أصابها الاختلال .

الفرع الثاني

أثر قواعد العدالة في مبدأ الأمن القانوني

إن مبدأ الأمن القانوني من حيث المعنى والمضمون موجود منذ القدم ، فهو موجود بوجود القانون ذاته⁽²⁾ ، حيث أن العناصر التي تشكل أساساً لدولة القانون – وهي الدولة التي تخضع فيها الإدارة والقضاء للقواعد القانونية بالمفهوم الواسع – تتضمن الأمن القانوني ومن ثم فإن الدولة التي تطبق القانون بهذا المعنى تمنع السلطة التنفيذية من أن تتصرف من دون الاستناد إلى القواعد القانونية المشرعة مسبقاً ، فضلاً عن السلطة القضائية .

ومن الجدير بالذكر : أن من العدالة أن يعلم الأشخاص بالتزاماتهم وحقوقهم قبل إبرامهم التصرفات وهذا يدل على أن العلاقة بين مبدأ الأمن القانوني وقواعد العدالة علاقة تكاملية ، لأن ما يؤكد عليه مبدأ الأمن القانوني لا يمكن أن يتعارض مع ما تؤكد عليه قواعد العدالة ، في حال كونه غير مخالف لها ، وما يدل على ذلك أن مبدأ الأمن القانوني أو استقرار المعاملات الذي يتمسك به أتباع المذهب الشكلي في القانون لا يتعارض مع اعتماد طريقة القياس من قبل القاضي عند خلو النزاع المعروض على القضاء من نص قانوني يحكمه كما هو مقرر لدى أتباع مدرسة الشرح على الممتون⁽³⁾ .

إلا أن جانباً من الفقه القانوني ذهب إلى أن التعارض بين مبدأ الأمن القانوني وقواعد العدالة يظهر أنه ناتج عن اختلاف طبيعة كل منهما وذلك لأن الاستقرار القانوني الذي يحصل من مراعاة الأمن

(1) ينظر : علي مجيد العكلي ، العدالة التشريعية ودورها في حماية الحقوق المكتسبة ، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق / جامعة النهدين ، المجلد 22 ، العدد 2 ، 2020 ، ص 285 .

(2) يعتبر الفيلسوف توماس هوبز من أبرز الأوائل الذين نادوا بضرورة الأمن القانوني لكي يمثل ضماناً حقيقية تقف بوجه كل من يريد من السلطات في الدولة أن يتجاوز على حقوق الأفراد المكتسبة أو يربك حساباتهم من خلال تشريعات عائمة لا استقرار فيها ، ولذلك التزم توماس هوبز بنظرية تقييد سلطات الدولة عن طريق تعيين مجال القانون ووظيفته ، وقد كان يهدف من خلال هذه النظرية إلى الحد من سلطات الدولة ومنع تحكمها في أعمال الأفراد وتصرفاتهم . ينظر : د. سليمان مرقس ، مصدر سابق ، ص 153 . وكذلك : د. مختار دويني ، مصدر سابق ، ص 25 .

(3) ينظر : د. عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ، ص 563 . وكذلك : د. حسون عبيد هجيج وفخري جعفر أحمد ، مصدر سابق ، ص 258 .

يمثل الجانب الواقعي في القانون ، بينما تمثل قواعد العدالة الجانب المثالي وبناءً على ما تقدم فإنه ينبغي الإقرار في التعارض بين المبدأين الأمن والعدالة في بعض الحالات⁽¹⁾ .

وسبب هذا التعارض هو أن الأمن القانوني يفرض أحكاماً تأبأها العدالة وتحكم قواعد العدالة بأمور لا يمكن أن يتحقق الأمن القانوني من خلالها وقد ذكروا لذلك مثالين⁽²⁾ يحققان الأمن القانوني ولا تتحقق العدالة عند الالتزام بهما ، أما الأول فهو التقادم المكسب ، وأما الثاني فهو عدم تأثير الغبن في صحة العقد ، وسنبحثهما تباعاً لنرى هل أنهما يحققان الأمن القانوني ولا يحققان العدالة ، أم يحققان الأمن والعدالة معاً؟

أولاً : التقادم المكسب

يُعرَّف التقادم لغةً بأنه مرور الزمان ويقال قديم الشيء عندما فهو قديم⁽³⁾ ، وعُرف اصطلاحاً بأنه (عبارة عن وسيلة من وسائل انقضاء الالتزام عند مضي مدة معينة)⁽⁴⁾ .

وعُرف أيضاً بأنه (وسيلة يكسب بها الحائز ملكية الشيء أو حقاً عينياً آخر عليه ، بمقتضى حيازة تظل مدة معينة)⁽⁵⁾ . ويبدو من التعريفين المتقدمين أن التقادم في نظر التعريف الأول هو وسيلة لانقضاء الالتزام ليس إلا ، بينما في نظر التعريف الثاني فإن التقادم وسيلة لكسب الملكية ، وهذا ناشئ من اختلاف نظر المشرع المدني العراقي ، والمشرع المدني المصري للتقادم ، وسنبين هذا الاختلاف من خلال عرض موجز لموقف المشرعين العراقي والمصري فضلاً عن موقف القانون الانكليزي وكذلك موقف الفقه الإسلامي من التقادم ، لكي نتوصل إلى حقيقة العلاقة بين الأمن القانوني وقواعد العدالة في موضوعة التقادم .

أما المشرع العراقي : فإنه على الرغم من وضعه النص الخاص بالتقادم المكسب من بين أسباب كسب الملكية ، إلا أن العبارات التي استعملها تدل على أن التقادم المكسب ما هو إلا مانعاً من سماع الدعوى ، وليس مكسباً للحق ، وعليه فإن المشرع العراقي أخذ بمبدأ مرور الزمان المانع من سماع الدعوى الذي يمكن أن يستفيد منه واضع اليد على الشيء بما في ذلك الغاصب وقد اشترطت المادة (

(1) ينظر : إسماعيل نامق حسين ، العدالة وأثرها في القاعدة القانونية ، مصدر سابق ، ص 240 . وكذلك: د. حسون عبيد هجيج وفخري جعفر أحمد ، مصدر سابق ، ص 260 .

(2) ينظر : د. أحمد أبراهيم حسن ، مصدر سابق ، ص 192 .

(3) مختار الصحاح ، مصدر سابق ، ص 525 .

(4) د. حسن علي ذنون ، شرح القانون المدني ، أحكام الالتزام ، مصدر سابق ، ص 332 .

(5) د. عبد المنعم فرج الصدة ، حق الملكية ، ط 2 ، مطبعة مصطفى البابي ، مصر ، 1967 ، ص 581 .

1/1158) من القانون المدني العراقي لعدم سماع الدعوى بمرور الزمان استمرار الحيازة خمس عشرة سنة⁽¹⁾ ، وقد سارت محكمة التمييز العراقية في هذا الاتجاه أيضاً فاعتبرت التقادم حجة دافعة لا مثبتة⁽²⁾ .

والمشرع المدني العراقي لم يجعل التقادم سبباً موضوعياً في كسب الملكية إلا في حالة واحدة⁽³⁾ هي حق القرار ، حيث أشارت المادة (1/ 1184) على أن الحائز لأرض أميرية لمدة عشر سنوات يثبت له حق التصرف عليها ويعطى سنداً بذلك من دون مقابل ، إلا أن هذه المادة لم يتبق لها محلاً للتطبيق بعد اعتبار جميع الأراضي غير المسجلة ملكاً للدولة وبعد توحيد أصناف الأراضي الأميرية .

وأما بالنسبة للمشرع المصري : فقد نصت المادة 968 من القانون المدني على أنه (من حاز منقولاً أو عقاراً دون أن يكون مالكا له أو حاز حقاً عينياً على منقول أو عقار دون أن يكون هذا الحق خاصاً به كان له أن يكسب ملكية الشيء أو الحق العيني إذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة) .

فالتقادم في نظر المشرع المدني المصري قاعدة موضوعية بمعنى أنه سبب من أسباب كسب الملكية ، وليس قرينة على سقوط الحق في رفع الدعوى⁽⁴⁾ ، كما هو الحال عند المشرع العراقي .

أما القانون الانكليزي : فإنه يأخذ بالتقادم على أنه دليل على ثبوت الملكية ، وذلك بموجب تشريع التقادم الانكليزي لعام 1980 ، فقد نصت المادة (15) منه على أنه (ليس لأي شخص إقامة دعوى استرداد أي عقار بعد انقضاء مدة اثنتي عشرة سنة من تاريخ تمتعه بحق إقامة الدعوى)⁽⁵⁾ ، ويترتب على مضي المدة التي أشارت لها المادة السابقة انقضاء حق المالك الثابت في سند غير رسمي (paper ownr's title) بالتقادم وفقدته لعقاره غير المسجل رسمياً⁽⁶⁾ .

(1) نصت المادة (1158) بفقرتها الأولى على أنه (من حاز منقولاً أو عقاراً غير مسجل في دائرة التسجيل العقاري باعتباره مالكا له أو حاز حقاً عينياً على منقول أو حقاً عينياً غير مسجل على عقار واستمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة ، فلا تسمع عليه عند الإنكار دعوى الملك أو دعوى الحق العيني من أحد ليس بذئ عذر شرعي) ، وكذلك نصت المادة (429) من القانون نفسه على أنه (الدعوى بالالتزام أياً كان سببه لا تسمع على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة مع مراعاة ما وردت فيه أحكام خاصة).

(2) فقد جاء في حكم محكمة التمييز المرقم 755/حقوقية/59 في 1959/5/18 أن (بينة مرور الزمان تعتبر حجة دافعة لا مثبتة وحيث ثبت وضع يد المدعى عليهم على القطعة المتنازع عليها و أيدوا بالبينة الشخصية تصرفهم ومورثهم مدة أكثر من مرور الزمان ولما كانت القطعة غير مسجلة ، لذلك كله يصبح الحكم الاستثنائي المميز موافقاً للقانون فقرّر تصديقه) . ينظر : سلمان بيّات ، القضاء المدني العراقي ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد ، 1962 ، ص 614 .

(3) إلا أن المشرع العراقي في قانون التسجيل العقاري رقم (43) لسنة 1971 أجاز في المادة (44) اكتساب حق الملكية والحقوق العينية الأصلية بالتقادم فقد نصت المادة المذكورة آنفاً بفقرتها الأولى على أنه (يشترط في طالب تسجيل حق الملكية مجدداً أن يكون حائزاً بحسن نية وبصفة المالك لمدة لا تقل عن خمس عشرة سنة بدون انقطاع) .

(4) ينظر : د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج2 ، مصدر سابق ، ص 620 .

(5) The Limitation ، Act ، 1980 .

(6) steven L. Emanuel . Emanuel Law out lines poperty . aspen publishing . new York York .2004 .p .27 .

ويرى جانب من الفقه الإنكلوسكسوني⁽¹⁾ ، أن القانون الإنكليزي يتشابه في موضوعه التقادم والحق الذي يثبت بواسطته مع الفقه الإسلامي⁽²⁾ في هذه المسألة ، حيث يلتزم بأن الحيابة لا تنقل الملك عن الحائز الأول إلى الحائز الثاني ، ولكنها دليل على تملك الثاني للعقار المحوز .

ويبدو أن الهدف من التزام القوانين المقارنة بالتقادم المكسب فيما إذا كانت عن طريق عدم سماع الدعوى ضد الحائز الذي مرت على حيازته المدة المشترطة قانوناً – سواء كانت خمس عشرة سنة كما في القانونين العراقي و المصري ، أم اثنتي عشرة سنة كما في القانون الإنكليزي – أو عن طريق كون التقادم قرينة موضوعية تثبت الملكية فهو لأجل المصلحة التي تعود على المجتمع من خلال استقرار الأوضاع وثبات المعاملات ، والذي يكون له أثر مباشر على الوضع الاقتصادي في البلد الذي يأخذ بهذا النظام ، فهذه الفائدة إذا تعارضت مع مصلحة شخصية ، فإن العقل والضمير الإنساني سيحكم بتقديم المصلحة العامة على الخاصة ، ويكون هذا الحكم موافقاً لقواعد العدالة كما سوف يأتي الاستدلال عليه لاحقاً .

أما بالنسبة للفقه الإسلامي فإنه لم يأخذ بنظام التقادم باعتباره مكسباً للحق ، بل أقر نظام التقادم كونه مانعاً عن سماع الدعوى ، وهذا في عصور الفقه الإسلامي المتأخرة ، وهذا النوع من التقادم لا يؤدي إلى كسب الحق بل هو وسيلة لدفع الدعوى ، فلو أقر المدعى عليه بالدين ثم دفع بالتقادم فلا يسمع منه الدفع ، بل يحكم عليه بالدين ، وتسمع دعوى المدعي لان الحق لا يسقط بتقادم الزمان⁽³⁾ .

إلا أن فقهاء المذهب المالكي أخذوا بالتقادم المكسب بناءً على حديث رواه الإمام مالك في مدونته عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم- أنه قال (من حاز شيئاً عشر سنين فهو له)⁽⁴⁾ وروي الحديث أيضاً بألفاظ أخرى ولكن المضمون نفسه.

إلا أن هذا الحديث لم يخرج سوى المالكية أما باقي المذاهب الإسلامية فلم ترو الحديث ولم تعمل به ، باستثناء الإباضية فانهم روه أيضاً⁽⁵⁾ ، والظاهر أنهم نقلوه عن المالكية .

أشار له : د. يونس صلاح الدين علي ، تملك العقار المغصوب بالتقادم في القانون الإنكليزي – دراسة تحليلية مقارنة – بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، المجلد (20) ، العدد (69) ، السنة (22) ، ص69 .

(1) john A. makdisi . ibid . p. 1670

أشار إليه : د. يونس صلاح الدين علي ، المصدر السابق ، ص72 .

(2) المقصود بالفقه الإسلامي في هذا الكلام فقه المذهب المالكي ، كما سيأتي بيانه لأنه هو من يقول بالتقادم المكسب ، وإلا فإن باقي المذاهب الفقهية الإسلامية لا تلتزم بذلك .

(3) محمد صادق بحر العلوم ، دليل القضاء الشرعي ، ج2 ، مطبعة النجف الاشرف 1957 ، ص108 . وكذلك : منير القاضي ، شرح مجلة الاحكام العدلية ، ج4 ، ط1 ، مطبعة العاني ، 1949 ، ص51 .

(4) الإمام مالك بن أنس ، المدونة الكبرى ، ج12 ، مطبعة السعادة ، مصر ، بلا سنة طبع ، ص193 .

(5) ينظر : الربيع بن حبيب بن عمر الأزدي ، مسند الربيع ، ج2 ، ط1 ، دار الحكمة ، بيروت ، 1415هـ ، رقم الحديث (601) .

وكيف ما كان فإن غالبية المذاهب الإسلامية لم تأخذ بالتقادم ، وأقصى ما يترتب على مضي المدة الطويلة عندهم ، أنها تمنع من سماع الدعوى عند الإنكار⁽¹⁾ فلا يمتلك أحد شيئاً مملوكاً للغير بوضع اليد مهما تقادم عهده⁽²⁾ .

إلا أن هذا الحكم الثابت عند غالبية فقهاء الشريعة الإسلامية بمذاهبها كافة باستثناء المالكية وهو الحكم بعدم كون التقادم مكسباً للحق هو حكم بالعنوان الأولي ، أما الحكم بالعنوان الثانوي⁽³⁾ ، وهو الذي تدعو له الضرورة ، أو تحمل عليه المصلحة فهو متروك لولي الامر ولاجتهاد القضاة، الذين تشترط أغلب المذاهب الإسلامية فيهم الاجتهاد⁽⁴⁾ ، وبناءً على ذلك قد يجد ولي الأمر أو القاضي أن المصلحة تستدعي اقرار ملكية الحائز لأجل حفظ الامن والاستقرار في الاوضاع والمعاملات فيقدم ما يقتضيه الأمن على مقتضيات العدالة .

ثانياً : تأثير الغبن في العقد

وقع الاختلاف بين فقهاء القانون في مسألة تأثير الغبن على العقد ، فذهبت بعض الآراء الفقهية إلى أن العدالة تقتضي التعادل في الالتزامات وعليه يجب أن يؤدي الغبن إلى إبطال العقد، و ذهب جانب آخر من الفقه القانوني إلى أن دواعي الامن والاستقرار تستدعي الإبقاء على العقد الذي وقع على بعض أطرافه غبن ، ولكي يتضح الأمر في علاقة قواعد العدالة بمبدأ الامن القانوني في هذه المسألة ينبغي أن نقف على رأي القوانين المقارنة والفقه الإسلامي :

(1) ينظر : محمد أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1977 ، ص140 .

(2) ينظر: علي الخفيف ، أحكام المعاملات الشرعية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 2008 ، ص85

(3) المقصود بالحكم الأولي : هو الحكم المجعول للشيء أولاً وبالذات ، أي بلا لحاظ ما يطرأ عليه من العوارض الأخرى كأكثر الأحكام الواقعية التكليفية والوضعية .

وأما الحكم الثانوي : فهو ما يجعل للشيء من الأحكام بلحاظ ما يطرأ عليه من عناوين خاصة تقتضي تغيير حكمه الأولي ، فشرب الماء مثلاً مباح بعنوانه الأولي ولكنه بعنوان إنقاذ الحياة يكون واجباً ، والصناعات التي يتوقف عليها نظام الحياة واجبة على نحو الكفاية ، ولكنها مع الانحصار بشخص أو فئة تكون واجبة عيناً .

ينظر السيد محمد تقي الحكيم ، مصدر سابق ، ص69 .

(4) ينظر : عبد الله بن قدامه ، المغني ، ج7 ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، بدون سنة طبع ورقم طبعة ، طبعة جديدة بالأوقسييت ، ص3 ، وكذلك : السيد أبو القاسم الخوئي ، مباني تكملة المنهاج ، ج1 ، ط3 ، مطبعة العمال المركزية ، بغداد ، 1978 ، ص11 ، وكذلك : السيد محمد بحر العلوم ، أضواء على قانون الاحوال الشخصية ، مطبعة النعمان ، النجف الاشرف ، 1963 ، ص22 .

أما القانون المدني العراقي : فقد اتجه إلى أن الغبن إذا لم يكن مصحوباً بالتغيير فلا يعتبر مبرراً لبطلان العقد فقد نصت المادة (124) المدني العراقي على أنه (مجرد الغبن لا يمنع من نفاذ العقد ما دام الغبن لم يصحبه تغيير) .

وفي هذه المادة قدم المشرع العراقي دواعي الأمن والاستقرار على مقتضيات العدالة ؛ ولذلك نص على أن العقد لا يبطل بمجرد الغبن⁽¹⁾ ، والملاحظ أن المشرع لم يحدد مقدار الغبن ، وهل أن المراد به الغبن اليسير أم الغبن الفاحش ، وبناءً عليه فإنه لا يحكم في ظل التشريع المدني العراقي ببطلان العقد حتى لو كان الغبن فاحشاً مالم يصحبه التغيير .

وأما القانون المدني المصري : فقد نص في المادة (1/129) على أنه (إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، وتبين أن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً ، جاز للقاضي بناءً على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص إلتزامات هذا (المتعاقد) .

والملاحظ من خلال المادة المتقدمة أن المشرع المصري قد علق إبطال العقد أو إنقاص الإلتزامات على الاستغلال من الطرف الآخر في العقد لحالة ضعف في المتعاقد الآخر ، والذي يتضح من هذا التعليق بموجب مفهوم المخالفة ، أنه إذا حصل الغبن من دون استغلال حالة ضعف معين ، فإن العقد يكون صحيحاً ، وقد التزم بهذا الاتجاه غالبية الفقه المصري ، لأن إبطال العقد بسبب الغبن المجرد سيؤدي إلى إبطال معظم العقود⁽²⁾ ، لأن التغابن قلما يخلو منه عقد من العقود .

وأما القانون الإنكليزي ، فإنه لا يوجد فيه حكم للغبن مستقلاً عن التدليس ، وإنما يذكر حكم الغبن - والمقصود به عدم تعادل التزامات طرفي العقد - بمناسبة الكلام عن التدليس (misre presentation) والتدليس هو بيان غير حقيقي صادر عن أحد طرفي العقد للآخر بقصد حمله على التصرف وفق ذلك

(3)

(1) ينظر : د. عبد المجيد الحكيم ، وعبد الباقي البكري ، ومحمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الإلتزام ، دار الكتب القانونية ، بيروت ، بدون سنة طبع ، ص85 .

(2) ينظر : د. توفيق حسن فرج ، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري الاسكندرية ، 1957 ، ص8.

(3) ينظر : د. مجيد حميد العنبيكي ، مصدر سابق ، ص81 .

وقد جاء في قانون التدليس الإنكليزي الصادر سنة 1967 (أنه يجوز للقاضي أن يقرر فسخ العقد ، إذا كان ذلك منسجماً مع الانصاف أخذاً بنظر الاعتبار طبيعة التدليس والخسارة (الغبن) التي حدثت بموجبه في حالة تنفيذ العقد وكذلك الخسارة التي يمكن أن تحصل للطرف الثاني في حالة فسخ العقد)⁽¹⁾ .

ومن ملاحظة نص المادة السابقة يتبين أن التشريع الإنكليزي قد علق فسخ العقد وعدمه - أو التعويض الذي يطالب به المدلس عليه (المغبون) - على الانسجام مع الإنصاف وهذا تأثر منه بقواعد العدالة (Equity) حيث أن محاكم العدالة (Courts of Equity) أو الإنصاف السائدة في المملكة المتحدة كانت تطبق قواعد العدالة أو القانون الطبيعي - كما أشرنا لذلك في الفصل الأول من هذه الدراسة - والتي أدمجت فيما بعد مع قضاء القانون العام (Common Law Courts) أو القضاء العادي ، بشرط أن تقدم قواعد العدالة في حالة التعارض .

ومن هذا يتضح أن قواعد العدالة هي التي تقدم - بحسب القانون الإنكليزي - عند تعارضها مع دواعي الأمن والاستقرار، فلم يرجح فسخ العقد في حالة الغبن من دون الإشارة إلى مراعاة العدالة والانصاف .

وأما الفقه الإسلامي : فإن الفقهاء في المذاهب الإسلامية كافة انقسموا بخصوص هذه المسألة على قولين :

القول الأول : عدم ثبوت حق الفسخ للمغبون ، وقد ذهب إلى هذا القول الحنفية⁽²⁾ والشافعية⁽³⁾ ، فمجرد الغبن عند هؤلاء وإن كان فاحشاً لا يثبت به الخيار في فسخ العقد ، نعم يثبت الخيار فيما إذا اقترن الغبن مع التغير أو التدليس من قبل المتعاقد الآخر ، وقد استدل هؤلاء بحديث مروي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - (أن رجلاً ذكر له أنه يخدع في البيوع فقال : إذا تبايعت فقل لا خلافة وأنت في الخيار إلى ثلاثة أيام)⁽⁴⁾ ، وجه الدلالة في الحديث أن حق الفسخ لو كان يثبت بمجرد حصول الغبن ، لما قال النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - للرجل الذي يغبن في المعاملات إذا تبايعت فقل لا خلافة وأنت بالخيار ، وقد أخذ المشرع المدني العراقي بهذا القول .

(1) المادة (2) الفقرتين (1/2) من تشريع التدليس الإنكليزي Act، Miser Presentation ، 1967 . أشار إليه : د. مجيد حميد العنكي ، مصدر سابق ، ص 88 .

(2) ينظر : محمد أمين بن عابدين ، مجموعة رسائل ابن عابدين ، ج 2 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، بدون سنة طبع ، ص 66 .

(3) ينظر : محمد بن أبي العباس ، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، ج 4 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1424 هـ - 2003 م ، ص 75 .

(4) صحيح البخاري ، ج 5 ، مصدر سابق ، ص 4 .

القول الثاني : ثبوت خيار الفسخ للمغبون بغض النظر عن التعبير بشروط منها أن يكون الغبن فاحشاً ، وأيضاً عدم علم المغبون بالزيادة أو النقصية قبل العقد وفي أثنائه ، وقد ذهب إلى هذا القول الإمامية⁽¹⁾ ، والمالكية⁽²⁾ ، والحنابلة⁽³⁾ ، واستدلوا بقوله تعالى: (**إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ**)⁽⁴⁾ ، و استدلوا أيضاً بالحديث المروي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - (لا ضرر ولا ضرار في الإسلام)⁽⁵⁾ وبغير ذلك من الأدلة الأخرى .

ويبدو: أن القول الثاني هو الراجح لتامية أدلته ، ولأن دليل أصحاب القول الأول يمكن أن يجاب عنه بأن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - قد كشف الحكم في حالة الغبن وهو حق الفسخ من قبل المغبون بمناسبة سؤال السائل والمورد لا يقيد الوارد ، وأرشد الرجل الذي يغبن في المعاملات إلى كيفية التعامل ، ولا يتوقف ثبوت خيار الفسخ على قول (لا خلابة) أي لا خديعة وإنما هو حكم ثابت في أصل الشرع .

ومن خلال ما تقدم في القول الراجح ؛ يتضح أن من تمسك بهذا القول لم يثبت خيار الفسخ للمغبون مطلقاً وفي كل الأحوال ، وإنما قيده بشروط منها ما أشرنا له في ما تقدم وهو أن يكون الغبن فاحشاً وليس يسيراً يتغابن الناس بمثله ومنها عدم علم المغبون بالزيادة أو النقصية وغير ذلك من الشروط التي تقيد هذا الحق ولا تثبته إلا في بعض الحالات وما ذلك إلا حرصاً على استقرار المعاملات و المحافظة على الأمن والاستقرار الاقتصادي والقانوني ، وبذلك يتضح أن الفقهاء الذين أثبتوا خيار الغبن بهذه الشروط حافظوا على المبدأين معاً العدالة والأمن ، حيث أن العدالة تقتضي فسخ العقد الذي يشوبه الغبن ، والأمن يقتضي الإبقاء على العقود وتنفيذها بغية استقرار الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية ، فإذا أثبتنا حق الفسخ للمغبون بالشروط المشار إليها وقيدنا الفسخ في أضيق الحدود تمت المحافظة على العدالة والأمن معاً .

وبناءً عليه يمكن أن نستنتج أن التعارض بين قواعد العدالة والأمن القانوني - على الرغم من التكامل والتوافق بين المبدأين - واقع في بعض الأحيان ، ولكن ظاهرياً ، حيث أنه لا يحصل إلا في حالة عدم إمكانية حماية المصلحة العامة إلا من خلال التضحية بالمصلحة الخاصة ، وهذا يوضح أن الاختلاف

(1) ينظر : الشيخ الحسن بن يوسف العلامة الحلي ، تذكرة الفقهاء ، ج1 ، ط1 ، مؤسسة آل البيت - ع - لإحياء التراث ، قم ، 1420هـ ، ص68 . وكذلك : الشيخ أحمد النراقي ، مستند الشيعة ج 14 ، ط1 ، مؤسسة آل البيت - ع - لأحياء التراث ، مشهد المقدسة ، 1418هـ ، ص388 .

(2) الموسوعة الفقهية ، الكويتية ، ط2 ، ج2 ، ص149 .

(3) عبد الرحمن بن قدامة ، الشرح الكبير ، ج 4 ، طبعة جديدة بالأوفسيت ، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، بيروت ، بدون سنة طبع ، ص77 .

(4) سورة النساء : الآية 29 .

(5) أحمد بن حنبل ، مسند أحمد ، ج5 ، دار صادر ، بيروت ، بدون رقم طبعة وسنة طبع ، ص236 . وكذلك: الكافي ، ج5 ، مصدر سابق ، ص226 .

لم يكن واقعياً ، حيث أن العدالة وقواعدها إنما وجدت لأجل الحفاظ على الصالح العام ولكن من جهة إعطاء كل ذي حق حقه ، والأمن القانوني إنما وجد لأجل المحافظة على مصالح الأفراد من خلال إقرار النظام العام وحماية الثقة المشروعة ، فإذا حصل التعارض بين الأمرين في مصلحة خاصة وأخرى عامة ، فإن العقل والضمير الإنساني يحكم بأنه لا بد من تقديم المصلحة العامة على الخاصة ، كما أن العقل يحكم بأن دفع المفسدة أولى من جلب المنفعة ، و ارتكاب أهون الشرين هو المقدم .

وبهذا يتضح أن قواعد العدالة عند تطبيقها من قبل المشرع تحقق الأمن القانوني ، وإن بدا بينها وبين الأمن تخالف وتعارض فهو ظاهري ، لأن معنى تطبيق قواعد العدالة يعني إعطاء كل ذي حق حقه ، كما يراه الضمير الإنساني والعقل الكلي ، وقد تقدمت الإشارة لهذا المعنى في الفصل الأول من هذه الدراسة ، ولا تتحقق العدالة بالمساواة دائماً ، وإلا فإن المساواة بين المختلفين ليس من العدالة في شيء ، بل إن مساواة غير المتساوين ظلم .

المطلب الثاني

علاقة قواعد العدالة بمبدأ حسن النية

يعتبر مبدأ حسن النية من المبادئ القانونية العامة التي تعترف بها العديد من القوانين المدنية⁽¹⁾، وهو وإن كان يقوم على فكرة الاعتقاد السليم الذي يدخله في نطاق قواعد الأخلاق إلا أنه بتخصسه تحول إلى فكرة قانونية تسحب معها قواعد الأخلاق إلى ساحة القانون، وتقوم على قواعد العدالة كأساس يحيطها بإطار قانوني وبعد فلسفي .

ثم أن مبدأ حسن النية من المبادئ التي لا تنكر أهميتها وضرورتها وخاصة في مجال إنشاء الالتزامات وتنفيذها ، كما أنه يشكل جزءاً حيوياً في كل نظام قانوني ، لأن حسن النية مبدأ عام تتمحور حوله مختلف العلاقات التعاقدية ومفهومه يتسع ليشمل الكثير من النظريات القانونية وهو أساس العلاقات الاقتصادية ؛ لأنه يعني الاخلاص والنزاهة في تنفيذ الالتزامات الاتفاقية⁽²⁾ ، ويكاد يشكل حسن النية مع قواعد العدالة صنوان ، فلا يظهر حسن النية في مورد من موارد القانون إلا والعدالة تؤازره وتوجب

(1) إن التعامل بموجب مبدأ حسن النية قد شكل قيوداً على مرحلة التفاوض والإنشاء والتنفيذ في العقود التجارية بحسب ما جاء في قرار محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة العالمية في باريس وقد شدد على الالتزام بمبدأ حسن النية معهد توحيد القانون الخاص في روما في مجموعة المبادئ العامة للعقود التجارية الدولية التي وضعها (Unidroit) عام 1994 حيث جاء في المادة (7/1) منه على أنه " يلتزم الأطراف باحترام مقتضيات حسن النية في التجارة الدولية ، و لا يستطيعون استبعاد هذا الالتزام أو أن يضيقوا من نطاقه " . أشار إليه . يوسف الأكيايبي ، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص ، اطروحة دكتوراه ، مقدمة لكلية الحقوق – جامعة الزقازيق ، مصر ، 1989 ، ص 90 .

(2) ينظر : رعد عبد الأمير مظلوم الخزرجي ، مبدأ حسن النية في تنفيذ المعاهدات ، بحث منشور في مجلة ديبالي ، العدد 64 ، 2014 ، ص 175 .

حمايته ولا يوجد حكماً تقرره العدالة إلا وحسن النية مأخوذاً فيه بنظر الاعتبار⁽¹⁾ ، كما أن افتراض حسن النية في التعاملات القانونية من قبل المشرع يشيع الاستقرار الاقتصادي والاجتماعي ويؤكد مبدأ الثقة المشروعة والمتوقعة بين أطراف التصرفات القانونية وسنحاول في هذا المطلب بيان مفهوم مبدأ حسن النية ، وتأصيله التشريعي ، وأثر قواعد العدالة فيه ؛ ولذا ينبغي أن نقسم هذا المطلب على ثلاثة فروع نبحت في أولها : معنى حسن النية، وفي ثانيها : تأصيله التشريعي وفي ثالثها : أثر قواعد العدالة في مبدأ حسن النية .

الفرع الأول

معنى حسن النية

إن مبدأ حسن النية من المبادئ الأساسية في القوانين المدنية وقاعدة أخلاقية مهمة تبنى عليها المعاملات في الشرائع والقوانين الحديثة ولكي يتضح المراد بهذا المبدأ لابد من التعرض لتعريفه في اللغة والاصطلاح ومن ثم بيان خصائصه والمعايير التي يستند إليها حيث أن حسن النية أمر نفساني داخلي فكيف يمكن التوصل للصفات النفسانية هل بمجرد الاعتماد على الأمور الشخصية الذاتية ؟ أو على الآثار الخارجية للأفعال ؟ والتي بدورها تكشف عما وراءها من نية و اعتقاد ؛ ولذا ينبغي أن نعرض أولاً لتعريف حسن النية ثم لخصائصه وبعد ذلك للمعايير التي يعتمد عليها للتوصل لمعرفة حسن النية من عدمها في التصرفات القانونية .

أولاً : تعريف حسن النية

لم يعرف حسن النية في القانون العراقي وكذلك في التشريعات محل المقارنة إلا أنه ذكر في هذه التشريعات بشكل أو بآخر.

أما من جانب فقه القانون المدني فقد عرف بتعاريف كثيرة منها : عرف بأنه (الجهل بواقعة معينة يرتب المشرع الوضعي على العلم بها أثراً قانونياً ، كالشخص الذي يتلقى الحق وهو يجهل أنه يتلقاه من غير ذي صفة ، أي يعتقد أنه يتلقاه من صاحبه الفعلي ، ومن ثم يكون حسن النية قد نشأ من جهل المتصرف إليه بالصفة الحقيقية للمتصرف)⁽²⁾ .

(1) ينظر : السيد بدوي ، حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية ، اطروحة دكتوراه ، مقدمة لكلية القانون - جامعة القاهرة ، 1989 ، ص 910 .

(2) د. حسين محمود عبد الدايم ، مصادر الالتزام ، الكتاب الثاني - في المصادر اللارادية ، دار الحكمة ، المنصورة ، مصر ، 2001 ، ص 160 .

وعرف أيضاً بأنه (اعتقاد الموفى له استحقاقه لما يستعمله والأصل هو افتراض حسن النية فمن ادعى عكس ذلك وجب عليه إثبات ادعائه والإثبات جائز بكافة الطرق لأن الأمر يتعلق بواقعة مادية وتقدير حسن أو سوء نية الموفى له من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع)⁽¹⁾.

وعرف كذلك بأنه (الجهل المبرر بواقعة أو حادثة معينة تكون مناط ترتيب الآثار القانونية اللازمة بحيث يختلف الحكم القانوني المترتب تبعاً لتحقيق الجهل أو تحقق العلم بتلك الواقعة أو الحادثة)⁽²⁾.

ويظهر من التعاريف المتقدمة التركيز على الجانب السلبي لحسن النية وهو حالة عدم علم متلقي الحق بالواقع وأنه إنما تلقى الحق أو المنفعة من غير صاحبها ولذا فإن التشريع ومن قبله قواعد العدالة تقرر حماية مثل هذا الشخص ، إلا أنه ينبغي النظر إلى الجانب الإيجابي لهذا المبدأ ، وهو الذي يدخل في إنشاء العقود وتنفيذها والذي اشترطه القانون وافترضه موجوداً دائماً ولذا يمكن أن نعرف مبدأ حسن النية تعريفاً يشمل جوانبه كافة وهو: إحساس تلقائي وشعور ذاتي بأن التصرف القانوني المنشئ للالتزامات قد صدر ممن له الحق في ذلك ، و بأن من عليه الالتزام قد أدى ما عليه وفق ما تقتضيه الأمانة و الاخلاص

ثانياً : خصائص حسن النية

لكي يتبين مبدأ حسن النية لابد من أن نذكر خصائصه حيث أن التعريف لا يمكن أن يوضح الحقيقة ما لم تبين الخصائص أيضاً وقد ذكرت لمبدأ حسن النية خصائص متعددة إلا أن أهمها ما يأتي :

1- إن حسن النية يعتبر ذا طبيعة ذاتية في أصله⁽³⁾، وهذا يعني أن حسن النية من المبادئ التي تنبع من ذات الشخص الذي يراد الحكم على ما صدر منه من تصرفات قانونية وهل أن هذه التصرفات حسنة أو أن ذلك التصرف ينم عن سوء طويته ، وبالمحصلة النهائية فإن حسن النية عنصر نفساني داخلي .

2- إن حسن النية ينطبق على كلا طرفي الالتزام أثناء إنشائه أو تنفيذه ولذا فإنه في كل تصرف قانوني سواء كان عقداً أو إرادة منفردة أو غيرهما من مصادر الالتزام الأخرى التي يتضمن التصرف فيها تلاقي إرادتين بشكل أو بآخر سواء في مرحلة إنشاء الالتزام أو تنفيذه يصبح كل منهما بموجب مبدأ

(1) د. أنور سلطان ، الموجز في مصادر الالتزام ، دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية ، 1998 ، ص 451 .

(2) د. ياسين محمد الجبوري ، شرح القانون المدني ، ج2 ، ط1 ، دار الثقافة ، عمان - الأردن ، 2006 ، ص 36 .

(3) ينظر : فتحية قرة ، أحكام الوضع الظاهر ، منشأة المعارف ، الإسكندرية - مصر ، 1986 ، ص 83 .

حسن النية دائناً ومديناً⁽¹⁾ ، بمعنى أنه لا بد من التعامل بحسن نية من قبل الطرفين الدائن والمدين ، ولا يفرق بموجب مبدأ حسن النية بين المهني المحترف وبين غيره كالمستهلك مثلاً إلا في درجة المسؤولية .
3- إن مبدأ حسن النية أصبح في الوقت الحاضر مبدأً قانونياً لأن أغلب التشريعات المدنية الحديثة قد نصت على هذا المبدأ ، بل اشترطت التعامل بموجبه في التصرفات القانونية ، وإن كان هذا المبدأ ذا جذور أخلاقية إلا أن هذا لا يضر في قانونيته ، وهذا ما يعرف بالبعد الأخلاقي للقاعدة القانونية⁽²⁾ .

ثالثاً : معايير حسن النية

إن مبدأ حسن النية أمر مفترض ، وهو يعد كذلك لأنه الأصل في كل إنسان ولذلك فإن حسن النية لا يحتاج في إثبات وجوده إلى دليل ، ويعتبر ادعاءه أمراً مقبولاً .

وهذا هو المقرر في كل من القانون المدني والفقهاء الإسلامي وخير ما يدل على ذلك قاعدة " الأصل براءة الذمة "⁽³⁾ في الفقه الإسلامي ، وما نص عليه القانون المدني العراقي في المادة (1/1148) من أن (.... حسن النية يفترض دائماً ما لم يعم الدليل على خلاف ذلك) وكذلك الأمر في القضاء فإن مبدأ حسن النية يعتبر مفروضاً ولا يحتاج إلى دليل وهذا ما جاء في حكم لمحكمة النقض المصرية (حسن النية مفترض دائماً حتى يقوم الدليل على العكس ...)⁽⁴⁾ .

ومع أن مبدأ حسن النية مفروض الوجود ولا يحتاج إلى إقامة الدليل على وجوده إلا أن الفقه القانوني قد اعتمد لتحديد حسن النية معايير تمكنه من الكشف عن وجود النية الحسنة وعدمها وبما أن النية من الصفات النفسانية الذاتية فلا يمكن الكشف عنها إلا بواسطة المعيار الشخصي الذاتي وهذا ما ذهب إليه جانب من الفقه القانوني ، في حين ذهب جانب آخر إلى التمسك بالمعيار الموضوعي ، وعليه فإن الكلام عن معايير حسن النية يدور غالباً بين المعيارين الشخصي والموضوعي ، وسنعرض لهما تباعاً :

1- المعيار الشخصي :

- (1) ينظر : شيرزاد عزيز سليمان ، حسن النية في إبرام العقود ، دراسة في ضوء القوانين والاتفاقيات الدولية ، ط1 ، دار دجلة ، عمان - الأردن ، 2008 ، ص 167 .
- (2) ينظر : يحيى أحمد بني طه ، مفهوم مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود ، بحث منشور على الشبكة المعلوماتية متاح على الرابط . <http://www.monamah.net/answer/78821/k> آخر زيارة في 2021/3/19 .
- (3) ينظر : الشيخ محمد بن الحسن الطوسي ، المبسوط ، مصدر سابق ، ج1 ، ص246 . وكذلك : الشيخ الحسن بن يوسف العلامة الحلي ، تحرير الأحكام ، ج4 ، ط1 ، مؤسسة الأمام الصادق ، قم - إيران ، 1421هـ ، ص476 . وكذلك : الشيخ عبد الرحمن السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ط1 ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، 1403هـ - 1983 ، ص122 .
- (4) ينظر : قرار محكمة النقض المصرية : الصادر في 1968/2/15 ، الطعن المرقم (85) س 33 ق ، مجموعة المكتب الفني ، ج1 ، ص304 .

إن مبدأ حسن النية صفة ذاتية من صفات النفس الإنسانية وهي خاصة بصاحبها ، ولا يمكن تخمينها أو تقديرها إلا بالنسبة لذلك الشخص المعين بمشخصاته وبالنسبة لواقعة أو تصرف قانوني محددين⁽¹⁾ .

وبما أن النية من الأمور المستترة الباطنة ، فلا يمكن للقاضي مهما كان ذكاؤه متوقفاً ، وفطنته قوية أن يتوصل إلى ما يدور في خلد الشخص وما كان يفكر به أثناء إبرامه للعقد أو إنشائه للتصرف عموماً ، ولذلك فإن القضاء يلجأ إلى القرائن من أجل التوصل لمعرفة ما كان يفكر به المتعاقد وهل كان حسن النية فعلاً أو لا ، وقد توافق الفقه مع القضاء في هذه المسألة⁽²⁾ .

ومهما كان الأمر بالنسبة إلى صعوبة التوصل إلى معرفة ما يخفيه الشخص من وراء تصرفاته الظاهرة إلا أن المعيار الشخصي يبقى هو الأساس في تحديد حسن النية من عدمه ، لأن الإرادة الباطنة هي التي تكشف لنا عن القصد الحقيقي للمتصرف من وراء ما قام بإنشائه من التزام أو أي تصرف آخر ، إلا أن المعيار الشخصي لا يمكن الاعتماد عليه من دون الوسائل التي استعملها المتعاقدان في التعبير عن الإرادة الباطنة⁽³⁾ .

وتعتبر الوسائل التي استخدمها المتعاقدان وغيرها من الأحوال التي أحاطت بالتصرف بمثابة قرائن يستطيع من خلالها المتضرر أن يثبت سوء نية الطرف الآخر ، وكما أشرنا آنفاً فإن حسن النية أمر مفترض الحصول ولا يحتاج إلى دليل لإثباته وإنما ما هو ضد له وهو سوء النية لا بد من إثباته من قبل المتضرر وهو الذي يدعي سوء نية الطرف الآخر في العقد أو التصرف عموماً⁽⁴⁾ .

وعليه فإن التمسك بالوسائل والأحوال التي أحاطت بتصرف الطرف الذي يراد إثبات سوء نيته هي التي تكشف ما كان يدور في ذهنه عندما أقدم على انشاء الالتزام أو قام بتنفيذه بسوء نية .

2- المعيار الموضوعي

يراد بالمعيار الموضوعي بشكل عام المعيار المألوف والمعتاد في سلوك الأشخاص ، وبناءً على هذا المعيار ينظر إلى الشخص العادي أو المتوسط من الناس والذي أطلق عليه من قبل بعض الفقهاء رب

(1) ينظر : شيرزاد عزيز سليمان ، مصدر سابق ، ص 185 .

(2) ينظر : عبد الحليم عبد اللطيف القوني ، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2004 ، ص 296 .

(3) ينظر : عبد الفتاح حجازي ، تفسير العقد ، رسالة ماجستير مقدمة لكلية القانون – جامعة بغداد ، 1988 ، ص 142-143 .

(4) ينظر : شيرزاد عزيز سليمان ، مصدر سابق ، ص 188 .

الاسرة الحريص⁽¹⁾ ، ويراد به الشخص الذي ليس بالذكي الخارق ، ولا البليد الجامد وإنما الوسط ، ويقاس سلوك الأشخاص الذين يحدثون الضرر للغير إلى سلوك هذا الرجل المتوسط لكي يتم نسبة الخطأ من عدمه إليهم⁽²⁾ .

وأما بالنسبة للمعيار الموضوعي الذي يبحث عنه في مبدأ حسن النية فيقصد به أن يقوم الشخص بتنفيذ الالتزام الذي يترتب على ذمته بشكل يتطابق مع أحكام القانون و اخلاق المجتمع ، لان القانون لا يحكم على التصرفات بالصحة أو البطلان بناءً على اعتقاد الشخص الذي قام بتلك التصرفات ، بل لا بد أن تكون تلك التصرفات صحيحة بمقتضى القانون ، ويستند المعيار الموضوعي لمبدأ حسن النية إلى قواعد العدالة والاخلاق⁽³⁾ .

وإذا كان الشخص يؤاخذ بناءً على المعيار الذاتي في حالة تعمد الإضرار بالغير حيث أن تعمد الإضرار يكشف عن سوء نيته ، وهذا كما في حالات الاستغلال والتدليس ، والإكراه والغبن مع التغيرير وغيرها ، فكذلك يؤاخذ في حالات الخطأ الإرادي كما لو انصرفت نية ذلك الشخص إلى القيام بالعمل من دون إرادة النتيجة وهنا يسأل هذا الشخص بناءً على المعيار الموضوعي وليس المعيار الذاتي لأن ذلك يتنافى مع فعل الرجل المعتاد (أو رب الأسرة الحريص) ، وكذلك يتنافى مع ما تقتضيه العدالة⁽⁴⁾ .

ويبدو : أن الاستقلال بمعيار دون غيره سواء كان المعيار الذاتي الشخصي أم المعيار المادي الموضوعي لا يجدي نفعاً ؛ لأن المعيار الشخصي صفة ذاتية خاصة بصاحبها ، ولا يمكن أن تؤخذ تلك الصفة بنظر الاعتبار إلا لشخص معين وفي تصرف محدد أو واقعة معينة ؛ لأنه من غير المعقول أن يوصف الشخص بأنه سيء النية ما لم يثبت ذلك من خلال أفعاله الخارجية وبناءً على ذلك فإنه لا بد من الجمع بين المعيارين الشخصي والموضوعي، في إثبات سوء النية ، و أما حسن النية فلا داعي لإثباته لأنه الأصل .

الفرع الثاني

التأصيل التشريعي لمبدأ حسن النية

من الواضح أن الأدعاءات بين أطراف التصرفات القانونية لا بد أن تكون متناسبة ، فضلاً عن أن تحقيق الفائدة المتوخاة من التصرف يحقق العدالة بين أطرافه ، ولذلك فإن المشرع في القوانين الحديثة أكد

(1) ينظر : د. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، ج 1 ، مج 1 ، ط 5 ، بدون ناشر ومكان طبع ، 1992 ، ص 215 .

(2) ينظر د. عبد المجيد الحكيم ، مصدر سابق ، ص 492 .

(3) ينظر : يحيى أحمد بني طه ، مصدر سابق ، ص 22 .

(4) ينظر : شيرزاد عزيز سليمان ، مصدر سابق ، ص 201 .

على الالتزام بمبدأ حسن النية ، بل أخذه شرطاً مفروض الحصول في التصرفات القانونية ، وأحاط الشخص الحسن النية بالحماية حتى ولو كان موقفه مخالفاً للواقع ، فهل كان الدافع من وراء موقف المشرع هذا هو تحقيق العدالة ، أو أمرٍ آخر؟

لأجل الإجابة عن هذا السؤال لابد من أن نعرض لموقف القوانين محل المقارنة من حسن النية ، ثم نعرض على موقف الفقه الإسلامي من هذا المبدأ ، ولذا ينبغي أن نقسم هذا الفرع على فقرتين :

أولاً : موقف القانون العراقي والقوانين محل المقارنة

إن مظاهر التطور في الحياة الاجتماعية والاقتصادية وفي المجالات كافة قد حدثت بالمشرع في أغلب بلدان العالم أن يتخلى عن الدور التقليدي الذي كان يلعبه التشريع وهو الالتزام بالقواعد القانونية الجامدة ، ومال إلى وضع القواعد المرنة حيث أن هذه القواعد والمعايير الواسعة يمكن أن تحقق العدالة بين أطراف التصرفات القانونية ، كما أشرنا لهذا المعنى آنفاً ، وسوف نعرض لمواقف القوانين محل المقارنة لكي يتضح هذا الأمر .

أما موقف القانون العراقي :

فقد أخذ المشرع المدني بمبدأ حسن النية بشكل واضح وقد تم هذا من خلال النصوص القانونية التي ذكرت هذا المبدأ بكل وضوح ، حيث أشارت بعض المواد إلى أن حسن النية مفترض وهو شرط مفروض منه في كل التعاملات والتصرفات القانونية ، إذ نصت المادة (1/1148) على أن (..... حسن النية يفترض دائماً ما لم يقيم الدليل على خلاف ذلك) وهذه المادة تعتبر هي الأساس التشريعي لمبدأ حسن النية في القانون المدني العراقي وإن ذكرت في أحكام الحيازة ؛ لأنها بينت أن المشرع يفترض أن التعامل يتم على أساس حسن النية ، فكل ما ورد من نصوص قانونية حتى وإن كان من حيث التسلسل سابق على هذه المادة يعتبر بمثابة التفصيل لهذه القاعدة العامة الشاملة والتي تبين أن حسن النية لا يقتصر على الالتزامات العقدية بل يعم تنفيذ الالتزامات كافة أيأ كان مصدر ذلك الالتزام ، فعلى سبيل المثال وجوب الإنفاق على القريب العاجز عن الكسب ، هو التزام أوجبه القانون بشكل مباشر أي أن مصدر هذا الالتزام هو القانون وليس العقد ، ولكنه يجب أن ينفذ بحسن نية أيضاً فليس لمن وجب عليه الإنفاق على قريبه أن يُفتر عليه أو يستغله ، أو يُذله⁽¹⁾ .

(1) ينظر : د. عبد المجيد الحكيم و محمد طه البشير و عبد الباقي البكري ، مصدر سابق ، ج2 ، ص12-13 وكذلك : د . منذر الفضل ، النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام ، مصدر سابق ، ص245 .

وقد ذكر المشرع المدني العراقي حسن النية في عدد من النصوص القانونية⁽¹⁾ وهي كلها تدور في فلك هذا المبدأ ورتب على فعل أو تصرف من يتصف بحسن النية أحكاماً لا تترتب على من لا يتصف بحسن النية ، وقد أخذ القضاء العراقي هذا المعنى فقضت محكمة التمييز الاتحادية في قرارها المرقم (256) والصادر في 20 / 3 / 2008 بأنه : يلتزم المتعاقد بتنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ولما كان العقد ملزم للطرفين فإنه لا يجوز لأحد المتعاقدين الرجوع عنه أو تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي⁽²⁾ .

وأما موقف القانون المصري:

فقد اعتمد المشرع المدني حسن النية مبدأً من المبادئ العامة ، وذلك من خلال التزامه بنظرية الباعث الدافع في السبب فإن ركنية السبب بهذا المعنى - وهو ما يطلق عليه النظرية الحديثة في السبب - تجعل من النية الباطنة أمراً مؤثراً في العقد ومن خلال الباعث الدافع إلى التعاقد أو التصرف على نحو العموم، يمكن أن نستكشف منه النية فيما إذا كانت حسنة أم لا من القصد الكامن وراء إنشاء التصرف⁽³⁾ .

هذا فضلاً عما نص عليه المشرع المصري في القانون المدني من المواد القانونية التي تؤكد على تبني مبدأ حسن النية فقد نصت المادة (1 / 148) على أنه (يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه ، وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية) .

(1) فمن ذلك المادة (1/118) إذ نصت على أنه (إذا وقع غلط في صفة للشيء تكون جوهرية في نظر المتعاقدين أو يجب عدها كذلك للظروف التي تم فيها العقد ولما ينبغي في التعامل من حسن النية) ، وفي المادة (1/147) فقد نصت على أنه (إذا أبرم عقد صوري فللدائنين والخلف الخاص إذا كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري كما لهم أن يثبتوا صورية العقد إذا أضر بهم وإن يتمسكوا بالعقد المستتر) ، وفي المادة (1/150) إذ نصت على أنه (يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية) وفي المادة (2 / 551) فقد نصت على أنه (..... يرجع بالضمان حتى ولو لم يثبت الا بقراره أو نكوله ، إذا كان حسن النية) وكذلك المادة (948) إذ نصت على أنه (لا يحتج بانتهاء الوكالة على الغير الحسن النية الذي تعاقد مع الوكيل قبل علمه بانتهائها) وكذلك المواد (2 / 1158 ، 1164 ، 1165) فقد رتب المشرع على تصرف أو فعل حسن النية أحكاماً لا تصح ولا تترتب إذا كان الشخص الذي قام بها لا يتصف بحسن النية.

(2) ينظر : علاء صبري التميمي ، المجموعة المدنية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية للسنوات (2006، 2007 ، 2008) ، نشر وتوزيع مكتبة صباح ، بغداد ، 2009 ، ص 168 .

(3) فقد نصت المادة (136) من القانون المدني المصري على أنه (إذا لم يكن للالتزام سبب ، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب ، كان العقد باطلاً) وقد التزم غالبية الفقه المصري بأن المشرع المصري قد اعتمد النظرية الحديثة للسبب ، وهذا ما أشارت إليه الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري أيضاً . ينظر : د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج1 ، مصدر سابق ، ص 497 ، وكذلك : د. حمدي عبد الرحمن ، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات ، المصادر الإرادية ، العقد والارادة المنفردة ، ط1 ، دار النهضة العربية، القاهرة ، 1999 ، ص 376 ، وكذلك : مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج2 ، وزارة العدل ، الحكومة المصرية مطبعة دار الكتاب العربي ، بلا سنة نشر ، ص 227 . وكذلك : عبد الحلیم القوني ، مصدر سابق ، ص 27 .

كما أن المشرع قد رتب آثاراً متعددة على حسن النية وعدمها ، كالقيود التي وضعها على جواز رجوع المشتري بسبب العيب الخفي فيما إذا كان البائع حسن النية ، وأجاز الرجوع في حالة كون البائع سيء النية⁽¹⁾ .

وأيضاً رتب المشرع بموجب ما نصت عليه المادة (2/139) أن إجازة العقد القابل للإبطال ينبغي أن لا تضر بحقوق الغير حسن النية .

وأخذ القضاء المصري بما نص عليه المشرع المدني في تبني مبدأ حسن النية وقد تقدمت الإشارة إلى حكم محكمة النقض المصرية بأن (حسن النية مفترض دائماً حتى يقوم الدليل على العكس) .

وكذلك قضت محكمة النقض ، وهي في معرض الحديث عن شرط حسن النية الذي يستلزمه التملك بالتقادم الخمسي بأن (حسن النية الذي يقتضيه التملك بالتقادم الخمسي هو اعتقاد المتصرف إليه اعتقاداً سليماً تماماً حين التصرف أن المتصرف مالك لما يتصرف فيه ، فإن شاب هذا الاعتقاد أدنى شك امتنع حسن النية)⁽²⁾ .

ومما تقدم نستنتج أن المشرع المصري يتبنى مبدأ حسن النية كمبدأ عام في كل التصرفات وليس في الالتزام العقدي فقط وإن القضاء المصري يلتزم هو الآخر بمبدأ حسن النية على أساس تحقيق العدالة وإعطاء كل ذي حق حقه ويشهد بذلك ما تقدم في الحكم المذكور آنفاً ، فقد اشترط فيه أن حسن النية الذي يثبت فيه التقادم المكسب ، إنما يقوم بناءً على أن الحائز لا يخالجه أدنى شك بانه قد استلم الشيء الذي تحت يده من المالك أو ممن له الحق في ذلك وينبغي أن لا يكون لديه أدنى شك بأن له مالكاً آخر .

وعلى الرغم من حرص التشريع والقضاء المصريين على المحافظة على النظام و استقرار المعاملات إلا أنه في حال التعارض بين قواعد العدالة واستقرار النظام، فإنه يرجح تحقيق العدالة ، لأن عدم توافر حسن النية أو الرغبة في الاستيلاء على ملك الغير عن طريق وضع اليد عليه لمدة معينة على خلاف اعتقاد الحائز لا يحقق العدالة و لا الإنصاف ، واستقرار النظام من دون تحقق العدالة استقرار وهمي ، أما الاستقرار و الأمن الحقيقي فهو موقوف على تحقيق العدالة كما أشرنا لذلك آنفاً ؛ ولذا ذهب القضاء المصري إلى اشتراط عدم وجود أدنى شك لدى الحائز بأن ما تحت يده مملوك للغير ، وإلا فإن

(1) ينظر : د. مصطفى عبد الحميد عدوي ، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام ، ط2 ، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع ، القاهرة ، 1992 ص342 .

(2) ينظر : مجموعة محمود أحمد عمر ، ج2 ، ص3 ، نقض مدني ، الطعن المرقم 32 س6 ق في 15 / 11 / 1963 ، وكذلك : مجموعة المكتب الفني ، ج1 ص304 نقض مدني ، الطعن المرقم (85) ، س33 ق والصادر في 15 / 2 / 1968 ، مشار لهما في ، د. محمد شكري الجميل العدوي ، سوء النية وأثره في عقود المعاوضات ، ط1 ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية - مصر ، 2008 ، ص139 .

حسن النية يعتبر غير متحقق وعليه فإن الحيازة تعتبر باطلة في هذه الحالة ومن ثم لا يتحقق التقادم المكسب ؛ فلا تنتقل الملكية لتخلف شرط حسن النية .

وأما موقف القانون الإنكليزي :

فإن الذي يبدو لأول وهلة أنه لا يأخذ بمبدأ حسن النية ، وليس لهذا المبدأ موقعاً متميزاً في قواعد القانون الإنكليزي بصفة عامة وخاصة في الشريعة العامة (COMMON LAW) ؛ حيث أن فكرة المقابل (CONSIDERATION) تعد أساساً لإبرام العقد ، وهذا يعني أن نظرية العقد في القانون الإنكليزي تقوم على أساس المبادلة المادية ، وهو عبارة عن عدم الالتفات إلى القصد ، حيث أن ذلك يُعد أمراً خارجاً عن التصرف⁽¹⁾ .

وقيل إن المحاكم الإنكليزية تتردد في تطبيق مبدأ حسن النية ، لسببين :

الأول : إن هذا المبدأ لا يتماشى مع قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) فإذا ما اتفق الطرفان على شروط محددة معينة فليس لأي جهة تعديل تلك الشروط وتحت أي سبب كان حتى مبدأ حسن النية ثم أن هذا المبدأ يُعد في نظر كثير من الفقهاء الإنكليز من قواعد الأخلاق وليس له أي إلزام ووجوب قانوني ومن ثم لا يتحمل المتعاقد أي تبعه في حال الخروج عما يقتضيه هذا المبدأ⁽²⁾ .

الثاني : التزام القانون الإنكليزي بفكرة المقابل⁽³⁾ كركن من أركان العقد ، حيث أن المقابل يحل في القوانين التي تتبع الشريعة الإنكلوسكسونية محل السبب في التشريعات اللاتينية ، وتعتبر فكرة المقابل فكرة مادية بصفة أساسية الأمر الذي يبعد عنها أي التزام بالمقاصد والنوايا التي هي بواعث للتصرفات القانونية ، حيث أنها تعتبر أموراً خارجة عن التصرف⁽⁴⁾ ، ولا يحق للقاضي البحث في نوايا المتعاقدين .

1) (Michael Furmston law of contract (17 the edn ، oxford 2017) p. 33-34 .

(2) ينظر :

Powell R. good faith in contract in 1956 Law privat in faith good.j. stapleton-1999 English Law 1992 in good faith of the concept . R . good -15-7P1995، contract offreedom of andfale . altiyah ، the rice p-1995 ، faith ، good ، contractual ، Anderson and burton.

مشار له في د. سعد بن سعيد الذبياني ، مبدأ حسن النية في النظام السعودي والأنظمة المقارنة ، بحث منشور في مجلة الشريعة و القانون والدراسات الإسلامية ، العدد (23) ربيع الآخر 1435 هـ - فبراير 2014 ، ص 31 .

(3) وقد عرف الإعتبار من قبل الفقه الإنكلو أمريكي بأنه (لا يعني أكثر من أن طرفاً قد استفاد وإن الطرف الآخر ينزل عن حق قانوني له في الحال ، أو يقيد من حريته في العمل في المستقبل في مقابل تعهد صادر عن الطرف الآخر) ينظر : د. عبد المجيد الحكيم ، الإعتبار كركن في العقد في القانون الإنكلو أمريكي ، مصدر سابق ، ص 190 . وعرف في الفقه العربي بأنه (هو الثمن الذي أشتري فيه أحد المتعاقدين التزام الآخر) ينظر : د. عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، ج 1 ، ط 2 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت - لبنان ، 1998 ، ص 590 .

(4) عبد الحلبي عبد اللطيف القوني ، مصدر سابق ، ص 29

إلا أن القانون الإنكليزي وإن لم يقرر حسن النية كمبدأ عام ، ولكن لا يعني أنه لم يأخذ بهذا المبدأ إطلاقاً ولا يعرفه تماماً ، بل إن القانون الإنكليزي يأخذ في بعض العقود بمبدأ حسن النية وهذا ما يقرره جانب من الفقه ، كما هو الحال في عقود الوكالة⁽¹⁾ والتأمين وعقد نقل البضائع وغيرها ، وهذه العقود تقوم على أساس العلاقة الخاصة التي تربط بين الطرفين ، وهذه العلاقة ينبغي أن تكون على درجة عالية من حسن النية ، فالوكيل مثلاً لا بد أن يخبر الموكل بالمعلومات التي تخص الوكالة كافة ، وكذلك المؤمن له يجب أن يخبر المؤمن بالمعلومات التي تخص المؤمن عليه كافة ، ويجب على المؤمن أيضاً أن يتمتع عن ذكر أية معلومات غير صحيحة⁽²⁾ .

وقد التزمت بعض التشريعات الإنكليزية بشكل صريح بمبدأ حسن النية كما جاء في قانون حماية المستهلك الصادر سنة 1977 المشتمل على توجيهات الوحدة الأوربية بشأن حماية المستهلكين⁽³⁾ ، وكذلك قانون الشروط غير العادلة لتعاقدات المستهلك الصادر عام 1999 و المسمى (UTCCR) حيث نص هذا القانون على أن الشرط يعد غير عادل إذا كان يتعارض مع متطلبات حسن النية⁽⁴⁾ ، وكذلك تشريع الشروط غير العادلة في عقود الاستهلاك لسنة 2014، وتشريع حقوق المستهلك لسنة 2015⁽⁵⁾ .

هذا فضلاً عن أن القضاء الإنكليزي يأخذ مبدأ حسن النية بنظر الاعتبار في بعض أحكامه⁽⁶⁾، كما أن هذا القضاء قد قضى ببطلان التصرفات المخالفة للنظام العام والآداب ، واستناداً إلى عدم مشروعية المحل خاصة في الالتزامات التي يكون الباعث فيها غير مشروع في بعض الأحكام ، وكذلك

(1) J. perillo (the origins of the objective of contract formation and interpretation) Fordham L. rev .427.p.478 .

(2) ينظر : د. سعد بن سعيد الذبياني ، مصدر سابق ، ص 29 .
(3) مشار له في : د. محمود فياض ، مدى التزام الانظمة القانونية بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد ، بحث منشور في مجلة التشريع والقانون ، كلية القانون جامعة الإمارات ، العدد (54) ، 2013 ، ص 224 .

(4) Unfair Terms in consumer contracts 1999 Article 5 .

(5) Ewan Mckendrick ، Contractual law ، text ، Cases ، and materials (8th rdn ، oxford 2018) 482-483 .

(6) فقد حكم القاضي (leggatt) في قضية :

yam seng pte itdv international trade corporation ltd
وتتلخص وقائع هذه القضية بأن : الطرفين قد اتفقا على إبرام عقد توزيع منتجات عطور ومنظفات ذات العلامة التجارية (مانشستر يوناييتد) وبموجب هذا الاتفاق منحت حقوق توزيع معينة الى (yam seng) وأهمها حق التوزيع في 42 مركزاً في آسيا ، وبعد انهيار الاتفاق قام (yam seng) بإنهاء العقد وأقام دعوى طالب بموجبها بتعويض عن الأضرار التي أصابته نتيجة لخرق العقد والتضليل الذي حصل من قبل الشركة التي منحتة حق التوزيع بأنها خرقت الواجب الضمني للتعامل بحسن نية .
وفي هذه القضية حكم القاضي (leggatt) لصالح (yam seng) وقال في تسبب الحكم إن القضاء الذي يرفض الاعتراف بالالتزام بحسن النية ، يسبح عكس التيار .
ووجهة نظر هذا القاضي تقوم على أساس أن الالتزام بالعمل بحسن النية يقوم على أساس الشرط الضمني الذي يجب الأخذ به من قبل أطراف العقد) . ينظر :

– Pauls Davies (the basis of contractual duties of good faith) 2019 p. 288 .

فإن أحكام هذا القضاء حافلة بإخضاع تنفيذ الالتزامات للمقاصد ، وأخذ الظروف الخاصة لطرفي الالتزام بنظر الإعتبار وكذلك منع الغش⁽¹⁾ وهذه الأحكام تتناسب مع مبدأ حسن النية بل تستند إليه .

ويتضح مما تقدم أن القضاء الانكليزي قد توصل إلى الأحكام نفسها التي تلتزم بها التشريعات في الانظمة القانونية اللاتينية ، التي تتبنى ، مبدأ حسن النية ، فيما يتعلق ، بالمقاصد والغايات والنوايا حيث تقرر تلك الانظمة بطلان التصرف الذي يشتمل على النية السيئة وعلى نفس النهج سار القضاء الانكليزي.

هذا فضلاً عن أن مبدأ حسن النية كان مأخوذاً بنظر الاعتبار من قبل محاكم العدالة ، على أساس إن من يلجأ إلى هذه المحاكم لابد أن يكون متمتعاً بطهارة النفس وسلامة القصد ، وبالمحصلة النهائية فإن هذه المحاكم تفترض في من يتقدم أمامها بدعوى معينة إن تصرفاته مبنية على أساس حسن النية .

ومن خلال ما تقدم يتبين أن مبدأ حسن النية في النظام القانوني الإنكليزي على الرغم من كل ما ذكر يعتبر حقيقة ثابتة يلتزم بها التشريع والقضاء إلا أنه يتميز بأسلوبه الخاص من حيث التطبيق .

ثانياً : موقف الفقه الإسلامي من حسن النية

إن أحكام الفقه الإسلامي شاملة لكل الوقائع والتصرفات ، فهي لا يشذ عنها فرع من الفروع التي تنظم علاقات أفراد المجتمع البشري ، والقوانين التي تحكم الحياة الإنسانية في مختلف الأصعدة ، مهما تصاعد تأثير التقدم العلمي والتقني للبشر ، في صياغة العلاقات وإضافة الموضوعات ، وبما أن التشريعات المتكفلة لبيان الأحكام القانونية صادرة على نحو القضية الحقيقية⁽²⁾ ، فلا محالة أن يكون الخطاب الشرعي الوارد في مقام التقنين مستمراً ومطلقاً بهذا النحو ؛ ولهذا قال بعض الفقهاء (إن التعارف لا يقيد الإطلاق ولو بني على ذلك لزم تأسيس فقه جديد)⁽³⁾ ، ثم أن المعاملات والتصرفات القانونية أمور عرفية عقلائية وليست من الماهيات المخترعة عند المشرع الإسلامي ، وإنما هي ماهيات قد اخترعها العقلاء قبل هذه الشريعة لتسيير نظام الحياة ثم لما جاء الشرع الإسلامي لم يخالفهم في ما عندهم من طرق مستقرة ، ولم يجعل طرقة خاصة لابد للناس أن تتعامل بموجبها ، بل أمضاها على ما كانت عليه عندهم ، إلا أنه أضاف أموراً لتلك المعاملات ونهى عن بعض أشكالها كالنهي عن المعاملة الربوية ، وما شاكلها ، وزاد في بعضها قيوداً كاعتبار الصيغة في بعض الموارد وأضاف شروطاً عامة ومن ضمنها مبدأ حسن النية ، حيث أن الشريعة الإسلامية قد أخذت هذا المبدأ كشرط في المعاملات والتصرفات الشرعية كافة.

(1) ينظر : عبد الجبار ناجي الملا صالح ، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود ، رسالة ماجستير ، مقدمة لكلية القانون – جامعة بغداد ، 1973 ، ص 15 .

(2) تقدمت الإشارة الى معنى القضية الحقيقية في الفصل الاول من هذه الدراسة .

(3) ينظر : السيد محسن الحكيم ، مستمسك العروة الوثقى ، ج 13 ، مكتبة المرعشي قم المقدسة ، 1404 ، ص 381 .

فقد روي عن النبي (صلى عليه وآله وسلم) أنه قال (إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله فهجرته إلى الله ورسوله ، ومن كانت هجرته إلى دنيا يصيبها أو امرأة ينكحها فهجرته إلى ما هاجر إليه)⁽¹⁾ .

ومن هذا الحديث الشريف يتضح أن الأصل في التشريع الإسلامي هو حسن النية في جميع الأعمال عبادية كانت أو معاملتية .

كما أن حسن النية في المعاملات في الشريعة الإسلامية يمكن أن يستدل عليه بجملة من الآيات القرآنية المباركة منها قوله تعالى (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ ...)⁽²⁾ .

وقوله تعالى (إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَى وَيَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُم لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ)⁽³⁾ .

ويدل على أن النية الحسنة مشترطة في المعاملات لدى الفقهاء في الشريعة الإسلامية ما يلتزمون به من قاعدة تبعية العقود للقصد فلا يتحقق العقد بدون تحقق القصد وعلى أساس هذه القاعدة قال صاحب الجواهر (معلومية اعتبار إرادة معنى العقد من ذكر لفظه ، ضرورة عدم كون التلفظ به سبباً للعقد على كل حال حتى لو وقع ممن لم يُرده انعقد به ، إذ لا عمل إلا بنية⁽⁴⁾) وإنما الأعمال بالنيات ولكل امرئ ما نوى لذلك اشتهر اعتبار القصد في العقود⁽⁵⁾ .

ويتضح مما تقدم إن العقد إنشاء ، يتقوم بالقصد بحسب الصياغة الأصلية ، ولذلك يقال بأن معنى القصد الصحيح منصرف عن العقد الصادر من دون قصد وعدم انطباقه عليه قطعاً⁽⁶⁾ .

ويظهر أن القصد إذا كان مشروطاً شرعاً عند إنشاء العقد فلا بد أن يكون ذلك القصد أو النية متطابقة مع أحكام الشرع ، وإذا تحقق ذلك فلا بد أن يكون ذلك القصد وتلك النية حسنة ولا تبغي سوى الخير العام الذي يتماشى مع ما تقرره أحكام الشريعة الإسلامية في تلك المعاملة ، وبهذا يتضح أن الأحكام الشرعية ، وكذلك أقوال الفقهاء تؤكد أو تأخذ بمبدأ حسن النية مبدأ عاماً في كل التصرفات والعلاقات

(1) صحيح البخاري ، ج1 ، مصدر سابق ، ص3 . و : وسائل الشيعة ، مصدر سابق ، ج1 ، ص35 ، ب5 من أبواب مقدمة العبادات ، ح10 ، و ج4 ، ص711 ، ب1 ، من أبواب النية ، ح2 .

(2) سورة النساء : الآية 29 .

(3) سورة النحل : الآية 90 .

(4) تقدم تخريجه .

(5) ينظر : الشيخ محمد حسن الجواهري ، جواهر الكلام ، ج22 ، مصدر سابق ، ص266 .

(6) ينظر : السيد محمد كاظم المصطفوي ، فقه المعاملات ، ط1 ، مؤسسة النشر الإسلامي ، قم المشرفة ، 1423 هـ ، ص33 .

المعاملاتية في الشريعة الإسلامية ، لأنها تشترط القصد عند إنشاء المعاملة سواء كانت عقداً أم إيقاعاً (إرادة منفردة) وإذا اشترط القصد فلا يمكن إلا أن يكون ذلك القصد أو تلك النية حسنة ، وعليه فإن الشريعة الإسلامية تشترط النية الحسنة وتحقيق العدالة في المعاملات كافة ، وذلك لأن المشرع الإسلامي يمزج بين القواعد القانونية (الشرعية) والقواعد الأخلاقية ، وهذه القواعد أعني الأخلاقية تكون سارية في الأحكام الشرعية كافة ، لأن قصد الشارع منها تحقيق الخير العام ، وقد تقدمت الإشارة في الفصل الأول من هذه الدراسة عند بحث قواعد العدالة في الشريعة الإسلامية بأن الأحكام الشرعية تابعة للمصالح والمفاسد حيث أن المشرع الإسلامي لا يأمر إلا بما فيه مصلحة ولا ينهاى إلا عن ما فيه المفسدة .

وبناءً على ما تقدم يظهر أن اشتراط حسن النية في التشريع والفقهاء الإسلاميين أكد من اشتراطه في التشريع والفقهاء الوضعيين ، لما يلتزم به الفقه الوضعي من التفريق بين القاعدة القانونية والقاعدة الأخلاقية ؛ ولذلك فإن تثبيت مبدأ حسن النية والالتزام به كقاعدة قانونية قد مر بمخاض عسير من لدن القانون الروماني إلى يومنا هذا ، حيث يوجد من يعترض على قانونية مبدأ حسن النية والالتزام به في المعاملات وقد تقدم الكلام عن موقف بعض الفقهاء في القانون الإنكليزي وانكارهم لهذا المبدأ ، والانكار متأثراً من النظرة المادية الصرفة للالتزام ، ويوجد في الفقه القانوني العربي (1) من يساوي بين النظرة المادية للالتزام في الشريعتين الإنكلوسكسونية والجرمانية وبين الشريعة الإسلامية ، وهناك من يعترض على أخذ مبدأ حسن النية كشرط في التصرفات القانونية من هذا المنطلق .

ولكن بالتأمل يظهر أن معنى المادية التي يلتزم بها التشريع والفقهاء الإسلاميين في الالتزام لا تعني عدم تقيد الالتزام بالقصد والنية الحسنة ، بل تعني رفع شخصنة الالتزام وتعلقه بذات المدين ، وجعله يتعلق بالذمة المالية و متعلقاتها ، مما يملكه المدين من أموال وحقوق سواء كانت حقوق شخصية أو عينية ، ولا يعني أن الشريعة والفقهاء الإسلاميين يقتربان في النظرة المادية من بعض الشرائع التي تطلق على المقابل في الالتزام مصطلح (الاعتبار) وتجرده من كل شرط ، أو التزام شخصي ذاتي حتى حسن النية ، وهذا بحسب ما عليه أغلب الفقهاء والقضاة الإنكليز ، والا فإن بعض التشريعات والأحكام القضائية تتقيد بمبدأ حسن النية وتلتزم به كما أشرنا لذلك آنفاً .

وخلاصة القول : إن التشريع والفقهاء الإسلاميين ملتزمان بمبدأ حسن النية في التصرفات الشرعية على أساس أنه مبدأ عام تقتضيه العدالة التي هي أهم مقصد من مقاصد التشريع الإسلامي، ولذا فإن الأحكام الشرعية تأخذ مبدأ حسن النية شرطاً مفروغاً منه في كل التصرفات والمعاملات فضلاً عن العبادات .

الفرع الثالث

(1) ينظر : د. عبد الرزاق السنهوري ، الوجيز في شرح القانون المدني ، مصدر سابق ، ص 8 .

أثر قواعد العدالة في مبدأ حسن النية

إن مبدأ حسن النية يأتي في سياق العلاقة بين القانون والاخلاق فهو يشكل نقطة اتصال وامتزاج بينهما ، والاعتداد به يكفل موافقة القانون لقواعد الأخلاق على نحو أفضل ، ثم إنه يعد وسيلة فعالة لتطبيق القاعدة القانونية بمرونة ، ولهذا حرص المشرع في كثير من البلدان على تقنين هذا المبدأ وتجسيده في أطار تطبيقات عديدة ومتنوعة⁽¹⁾ .

ومبدأ حسن النية يعتبر من المفاهيم المرنة ، ولذلك يتطلب الوقوف على - أساسه الديناميكي في التصرفات القانونية - الاستعانة بفكرة المعيار القانوني - التي أشرنا لها آنفاً بمناسبة الكلام عن الصياغة القانونية المرنة - وذلك لان العبارات التي تصاغ القاعدة القانونية بواسطتها متى ما كانت مرنة يكون بإمكانها الاتساع لتشمل أكبر قدر من الوقائع والتصرفات القانونية وهذا يعني أن المعيار يمكن أن ينطبق على وقائع وتصرفات كثيرة⁽²⁾ .

ويبدو أن مبدأ حسن النية تنطبق عليه مواصفات المعايير المرنة وعليه فهو آلية من آليات العدالة ، حيث يمكن أن تتحقق العدالة من خلال تطبيق مبدأ حسن النية لحكم التصرفات القانونية ولذلك اتجه جانب كبير من الفقه للالتزام بأن أصل مبدأ حسن النية هو قواعد العدالة⁽³⁾ ، ولان العدالة تعتبر روح القانون والهدف والغاية من وضعه ، فتكون هي - أعني العدالة - الهدف من التزام المشرع بالتمسك بعدد من المبادئ والمعايير العامة التي تحقق الاستقرار والامن القانوني ومنها مبدأ حسن النية ونظرية الاوضاع الظاهرة لان تحقيق العدالة التبادلية يعتبر أساساً ومستنداً تبنى عليه هذه المبادئ والنظريات⁽⁴⁾ ، وإن تبرير استناد هذه المبادئ إلى العدالة متأت من أنه ليس من العدل أن يحرم الشخص من حقه وتهدر مصلحته في حماية حقه المكتسب ، لأنه تعامل مع شخص آخر لم يراع حسن النية وقد انخدع بمظهره مع أن المتعامل حسن النية قد أخذ جميع احتياطاته من تحرر واستعلام ، وهذا التوجه وهو ربط هذه المبادئ

(1) ينظر : أمير طالب هادي ، فاعلية مبدأ حسن النية - دراسة تحليلية - بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية ، المجلد 26 ، العدد 7 ، 2018 ، ص582 .

(2) ينظر : د. محمد حسين منصور ، مصدر سابق ، ص56 ، وكذلك : إسماعيل نامق حسين ، العدالة وأثرها في القاعدة القانونية ، ص143 .

(3) ينظر : عبد الحليم عبد اللطيف القوني ، مصدر سابق ، ص321 ، وقد نقل عن أستاذه الدكتور حمدي عبد الرحمن في هذا الصدد قوله (إن فكرة العدالة تتوج قمة الهرم القانوني على الدوام ، وهذا يعني أن العدالة هي اللون المريح الذي يجب أن تصطبغ به كل الأفكار القانونية ، و لا أكون مغالياً إذا قلت أن كل القوانين وضعت لإرساء قواعد العدالة بين الناس ؛ فهي هدف القوانين والتنظيمات قديماً وحديثاً .) . ينظر : د. حمدي عبد الرحمن ، المدخل الى القانون - نظرية القانون ، ص19 ، أشار إليه عبد الحليم القوني ، المصدر السابق ، ص322 .

(4) ينظر : د. شيرزاد عزيز سليمان ، مصدر سابق ، ص147 ، وكذلك : فاطمة الزهراء زيتوني ، مبدأ حسن النية في العقود - دراسة مقارنة - اطروحة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبي بكر بلقايد - الجزائر ، 2018 ، ص45 .

التي تحفظ الحقوق بقواعد العدالة ومنها حسن النية والمحافظة على الوضع الظاهر قد التزم به القضاء أيضاً .

ولذلك قضت محكمة النقض في مصر بما يؤيد ربط هذه المبادئ بالعدالة⁽¹⁾ ، والظاهر أن الصلة بين حسن النية وقواعد العدالة لا تحتاج إلى بيان حيث أن عدداً كبيراً من أمهات النظريات القانونية التي يتم من خلالها حماية الحقوق تستند إلى قواعد العدالة وبشرط حسن النية .

ومنها على سبيل المثال نظرية الإثراء على حساب الغير أو الكسب غير المشروع حيث أن هذه النظرية تستند إلى قواعد العدالة وتتخذ منها أساساً⁽²⁾ ، وكان من مقتضى العدالة أن يلزم المثري على حساب الغير أن يرد إلى المفتقر في حدود ما أثرى به قيمة ما خسرهُ المفتقر سواء كان حسن النية أم سيئها وهذا يعني أن المثري يكون ملتزماً بأقل القيمتين الافتقار أو الإثراء .

إلا أن النظر إلى تطبيقات تلك النظرية يؤكد صلة حسن النية أو سوءها بمقدار ما يلتزم المثري برده ففي دفع غير المستحق وفي صورتيه حيث يكون الوفاء بدين غير مستحق أصلاً أو الوفاء بدين أصبح غير مستحق ، نلاحظ أن أحكام دفع المستحق تختلف بحسب ما إذا كان الموفى له حسن النية لا يعلم أنه يتسلم ما هو غير مستحق له أو سيء النية يعلم أنه يتسلم غير ما هو مستحق له⁽³⁾ .

(1) ومن ذلك ما قضت به محكمة النقض المصرية في بعض قراراتها الذي جاء فيه (أن الزام رب العمل بإعطاء الأجير عند انقضاء عقد العمل ، شهادة بخلو طرفه لا يعدو أن يكون مما يوجب حسن النية في تنفيذ عقد العمل الفردي ومن ثم كان الحكم الابتدائي على صواب في الأخذ بقواعد العدالة لسد ما في القانون من نقص بهذا الخصوص) مشار له في محمد أحمد رمضان ، دور القاضي في إنشاء القاعدة القانونية المدنية ، رسالة ماجستير ، مقدمة لكلية القانون والسياسة ، جامعة بغداد ، 1985 ، ص165 ، و أيضاً حكم محكمة النقض الذي جاء فيه (..... الاصل أن العقود لا تنفذ إلا في حق عاقدتها وإن صاحب الحق لا يلتزم بما صدر من غيره من تصرفات بشأنها ، إلا أنه باستقراء نصوص القانون المدني ، يتبين أن المشرع قد اعتد في عدة تطبيقات هامة بالوضع الظاهر لاعتبارات توجبها العدالة وحماية حركة التعامل في المجتمع وتنضبط جميعاً مع وحدة علتها واتساق الحكم المشترك فيها بما يحول وصفها بالاستثناء وتصبح قاعدة واجبة الأعمال متى توافرت موجبات اعمالها واستوفت شروط تطبيقها (...) الطعن رقم 826 لسنة 54 ، جلسة 16/2/1986 ، المكتب الفني لسنة 33 ، عدد 1، القاعدة رقم 2 ، ص39. أشار إليه محمد شريف جمال ، نظرية الوضع الظاهر واستقرار المعاملات ، رسالة ماجستير مقدمه لكلية الحقوق والعلوم السياسية في جامعة البويرة - الجزائر ، 2019 ، ص40 وقال في ص36 (ان هدف نظرية الوضع الظاهر هو حماية الغير الحسن النية ، وحسن النية شرط من شروط تطبيق نظرية الوضع الظاهر وقد قيل أن حسن النية هو أساس حماية الغير الذي تعامل مع صاحب الحق والذي قام باستعمال جميع وسائل التحري والاستعلام القانونية المطلوبة .)

ومن هذا يظهر وجه الربط بين نظرية الوضع الظاهر ومبدأ حسن النية هذا بالإضافة الى أن نظرية الوضع الظاهر ومبدأ حسن النية كلاهما من آليات العدالة .

(2) ينظر : د. سليمان مرقس ، الإثراء على حساب الغير ، القسم الاول - الاحكام العامة ط2 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1971 ، ص5 ، وكذلك : د. عبد الرزاق السنهوري ، الوجيز في شرح القانون المدني ، مصدر سابق ، ص511 ، وقال في هذا الصدد(الواقع أنه قاعدة الإثراء بلا سبب هي قاعدة أصلية لا تتفرع عن غيرها ... وهي تتصل أتصلاً مباشراً بقواعد العدالة المصدر الأول لكل القواعد القانونية أليس العدل يقضي بأن من أثرى على حساب غيره دون حق يجب أن يعرض من أفقر ؟ فلماذا نذهب في البحث عن سند للقاعدة الى ما وراء هذا) .

(3) ينظر : السيد بدوي ، مصدر سابق ، ص913 - 914 .

و كذلك منح المدين (نظرة الميسرة) حيث أنه يحق للقاضي أن يمنح المدين أجلاً قضائياً فيما إذا كان المدين حسن النية⁽¹⁾ ، و كذلك الزام المدين في المسؤولية العقدية بالتعويض عن الضرر المباشر غير المتوقع عند تنفيذه لالتزامه بسوء نية ، في حال ارتكابه غشاً أو خطأً جسيماً⁽²⁾ .

وعلى أية حال فإن القانون يرتب على مبدأ حسن النية عدة آثار على جانب من الأهمية في تحقيق العدالة و خاصة العدالة التبادلية ، عند اختلال التوازن العقدي بسبب اختلال الظروف التي تحيط بالعقد وأطرافه ؛ لأن أحد المتعاقدين قد تصرف بسوء نية ، فإن أغلب التشريعات تمنح القاضي سلطة تقديرية يستطيع من خلالها وضع العدالة في نصابها الصحيح من خلال إعطاء كل ذي حق حقه حتى يتسنى لكلا المتعاقدين الحصول على المنفعة التي كان يقصدها من خلال إبرام العقد⁽³⁾ .

ونستنتج من خلال ما تقدم أن لمبدأ حسن النية دوراً مهماً في تحقيق العدالة خاصة التبادلية ، لان حسن النية يمثل الركيزة الاخلاقية المهمة في التعاملات القانونية فهو يدل على أن كلا المتعاقدين مستقيم في تصرفاته ويهدف إلى تحقيق الغرض الذي أنشئت المعاملة لأجل الوصول إليه ، ويمثل هذا الوصف في نفس المتعاقد - وهو حسن النية - الجانب المكمل للعدالة التبادلية⁽⁴⁾، والذي لا يمكن أن يستغنى عنه في التعاملات على اختلاف اشكالها وخاصة العقدية منها .

المبحث الثالث

دور قواعد العدالة في إعادة التوازن للمصالح المتعارضة

توطئة:

إن تحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة في العلاقات القانونية وعلى رأسها العلاقات العقدية من أجل صور العدالة التبادلية - التي تقدم الكلام عنها في الفصل الأول من هذه الدراسة - وتتحقق هذه العدالة من خلال المحافظة على مصالح الطرف الضعيف ، الذي يكون ضحية لاختلال التوازن في العلاقات القانونية هذا مع أن التطور السريع الذي شهدته العلاقات القانونية من عدة جوانب و أهمها

(1) فقد نصت المادة (2/394) من القانون المدني العراقي على أنه (فإذا لم يكن مؤجلاً أو حل أجله ، وجب دفعه فوراً ومع ذلك يجوز للمحكمة عند الضرورة إذا لم يمنعها نص في القانون أن تنتظر المدين الى أجل مناسب إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا ضرر جسيم) وتتفق معها المادة (2/346) من القانون المدني المصري .
(2) حيث نصت المادة (3/169) مدني عراقي على أنه (فإذا كان المدين لم يرتكب غشاً أو خطأً جسيماً فلا يجاوز بالتعويض ما يكون متوقعاً وقت التعاقد من خسارة محل أو كسب يفوت) وتتفق معها المادة (2/221) من القانون المدني المصري .

(3) ينظر : د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ج1 ، مصدر سابق ، ص512.
(4) ولهذا قال الفقيه ديرو (أنه يجب أن نصلح باسم حسن النية ونكمل باسم العدالة والأنصاف) وهذا يعني أن التصحيح والتنفيذ هو دور حسن النية والتكملة والتنميط هو دور العدالة ، مشار له في د. عبد المنعم موسى ابراهيم ، حسن النية في العقود ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت - لبنان ، 2006 ، ص 91 .

الجانب الاقتصادي قد أنتج كثيراً من العلاقات التبادلية التي لا يمكن أن يستغنى عنها في الحياة اليومية كخدمات الكهرباء و الأنترنت ، وغيرها والتي تزداد يوماً بعد آخر .

فضلاً عن انتشار العقود التي يكون الزمان ركناً أساسياً فيها مثل عقود التوريد وعقود الإيجار و المقاولات على اختلاف أنواعها ، والتي تصاحبها كثير من الإشكالات خاصة في مرحلة تنفيذها ، وهناك علاقات تبادلية تشتمل على أنواع من اختلال التوازن في الالتزامات المتبادلة ، كعقود الاستهلاك وغيرها التي تختل فيها المساواة بين المراكز القانونية لأطرافها .

ومن الجدير بالذكر فإن بعض الحلول التي وضعها المشرع في مختلف القوانين المدنية لمعالجة اختلال التوازن ، كالبطلان والفسخ في بعض العقود ⁽¹⁾ لا تجدي نفعاً في إعادة التوازن لمثل عقود الإذعان والعقود التي يتعرض تنفيذها لحوادث استثنائية عامة تؤدي إلى اختلال توازنها الاقتصادي ؛ لأنها لا يمكن أن توفر الحماية الكافية للطرف الضعيف في العلاقة التبادلية، بل ربما يكون الأمر في بعض الحالات معكوساً ؛ لأن اللجوء إلى الفسخ أو البطلان قد يلحق ضرراً أبلغ من الضرر الذي يحدثه اختلال التوازن .

ولذا فإن الحل الأمثل هو اللجوء إلى قواعد العدالة ، لتصحيح العلاقة التبادلية ، ولإعادة التوازن إلى العلاقات الاقتصادية في حالة اختلالها ، حيث أن اللجوء إلى تحكيم قواعد العدالة يحافظ على استمرار العلاقة القانونية ، مع معالجة الاختلال ولذلك لجأ المشرع المدني في كثير من البلدان إلى النص على الرجوع إلى العدالة؛ لإعادة التوازن إلى العلاقات التبادلية ، وسنحاول في هذا المبحث دراسة أهم نوعين من العلاقات التي تتعرض لاختلال التوازن في مرحلة إنشاء العقد و مرحلة تنفيذه ، وهي عقود الإذعان والعقود التي تشملها نظرية الظروف الطارئة ولذا ينبغي أن نقسم هذا المبحث على مطلبين : نبحت في الأول منهما : أثر قواعد العدالة في توازن عقود الإذعان ، وفي ثانيهما : نبحت أثر قواعد العدالة في نظرية الظروف الطارئة .

(1) فالجزاء الذي يترتب على عيوب الإرادة ما عدا الاستغلال في القانون المدني المصري هو جعل العقد قابلاً للإبطال بحسب ما نصت عليه المواد من (121-128) ، و أما جزاء الاستغلال فهو جعل الحق للمتعاقد المغبون في طلب إنقاض التزامه المرهق أو طلب إبطال العقد بحسب نص المادة (129) مدني مصري ، أما في القانون المدني العراقي فالعقد موقوف على إجازة من وقع ضحية لعيوب الإرادة ، ما عدا الاستغلال فقد ميز فيه المشرع العراقي بين عقود التبرع و المعاوضة فجعل الجزاء في عقود التبرع طلب نقض العقد في حين جعل الجزاء في عقود المعاوضة طلب رفع الغبن الى الحد المعقول بحسب ما نصت عليه المادة (1 / 134) وما نصت عليه المادة (125) مدني عراقي .

المطلب الأول

أثر قواعد العدالة في توازن عقود الإذعان

إن أساس إبرام العقود يعود بالأصل إلى سلطان الإرادة ، وتقدم الكلام عن أن الأصل في العقود ، الرضائية سواء في القانون أو في الشريعة الإسلامية ، و الرضائية تعني أن التقاء إرادتين يمكنهما إنشاء ما يشاءان من الالتزامات ، ولكن هذا الإنشاء تصرف قانوني من حيث انعقاد العقد ، أما القوة الملزمة التي بواسطتها تترتب آثار العقد فهي راجعة إلى الإرادة الذاتية و الإلزام الواقعي ، وهي ظاهرة اقتصادية لا تستمد قوة الزامها من القانون بل تستمدها من إرادة طرفي العقد فلا يجوز إلغاؤها إلا برضاها أو في الحالات المنصوص عليها في القانون (1) .

ومما تقدم يتبين أن القبول هو عبارة عن تسليم و موافقة لإرادة الطرف الآخر ، ولكن بمحض إرادة الطرف القابل ، إلا أن الالتزامات تارة تكون متكافئة و أخرى متفاوتة ، وفي حالة التفاوت الذي يؤدي إلى اختلال التوازن مع عدم منح الفرصة لمناقشة بنود العقد من قبل الطرف القابل فالعقد يعتبر من عقود الإذعان (2) .

ثم إن اختلال توازن الالتزامات بين المتعاقدين من الطبيعي أن يهدد استمرار العلاقة التبادلية؛ لأن عدم التوازن يؤدي حتماً إلى المساس بمصلحة أحد الأطراف ومن ثم لا يحقق العقد الغاية من إبرامه وهي تبادل المصالح بين أطرافه دون خلل واضح ، وعادة ما يحصل هذا الاختلال في عقود الإذعان و لأجل بيان دور قواعد العدالة في إعادة التوازن لهذه العقود ينبغي أن نبين المقصود باختلال التوازن في عقود الإذعان ؛ فلذا ينبغي أن نقسم هذا المطلب على فرعين : نبحث في أولهما : معنى اختلال توازن عقود الإذعان ، ونبحث في ثانيهما: علاقة توازن عقود الإذعان بقواعد العدالة .

الفرع الأول

معنى اختلال توازن عقود الإذعان

لكي يتوضح دور قواعد العدالة في إعادة التوازن لعقود الإذعان لابد أن نبين أولاً : المقصود بعقود الإذعان ثم نبين معنى اختلال توازنها، ولذا سنقسم هذا الفرع على فقرتين : نبحث في أولهما : مفهوم عقود الإذعان ، وفي ثانيهما : معنى اختلال توازن عقود الإذعان .

(1) ينظر : د. علي محي الدين القره داغي ، مبدأ الرضائية في العقود - دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي - ج 2 ، دار البشائر الإسلامية ، بيروت ، 1406 هـ - 2002 م ، ص 1202 .

(2) ينظر : د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، نظرية العقد ، ج 1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت - لبنان ، 1998 ، ص 282 .

أولاً : معنى عقود الإذعان

لأجل الوقوف على المقصود بعقود الإذعان لا بد من تعريفها اصطلاحاً وبيان خصائصها وتكييفها القانوني ؛ لأنه وقع الخلاف بين فقهاء القانون في أن عقود الإذعان هل هي عقود حقيقة أم أنها مجرد تنظيم قانوني يحكم العلاقة بين محتكر الخدمة أو السلعة و بين من يرغب بالحصول عليها وسنبين هذه الأمور فيما يأتي :

1 - تعريف عقد الإذعان:

لم تعرف عقود الإذعان في القانون العراقي وفي القوانين محل المقارنة⁽¹⁾ على الرغم من ذكرها لمصطلح عقد الإذعان .

وأما في فقه القانون ، فقد عرف بتعاريف كثيرة نذكر أهم هذه التعاريف من حيث النشأة التاريخية لمصطلح (عقد الإذعان) ، فقد عرفه بعض فقهاء الغرب بأنه (محض تغليب لإرادة واحدة تتصرف بصورة منفردة وتملي قانونها ليس على فرد محدد بل على مجموعة غير محددة وتفرضه مسبقاً ومن جانب واحد ولا ينقصها سوى إذعان من يقبل قانون العقد)⁽²⁾ .

وعرف في فقه القانون العربي بأنه (صيغة من صيغ إبرام العقود تعتمد على استخدام نموذج نمطي للعقد يعده أحد طرفي العلاقة التعاقدية بصورة منفردة ويعرضه على الطرف الآخر الذي ليس له إلا الموافقة عليه كما هو أو رفضه كلياً دون أن يكون له أن يغير في العبارات الواردة فيه أو الشروط أو الأحكام التي يتضمنها ولا أن يدخل في مجاذبة أو مساومة حقيقية على شروطه مع الطرف المُعد لهذا الاتفاق)⁽³⁾ .

(1) فقد جاءت المادة (167) من القانون المدني العراقي خالية من تعريف الإذعان وكذلك المادة (100) والمادة (149) و المادة (2 / 151) من القانون المدني المصري ، وجاءت التشريعات الانكليزية لحماية المستهلك التي ذكرت عقد الإذعان خالية من تعريفه أيضاً كقانون حماية المستهلك لسنة 1977 المتضمن لتوجيهات الوحدة الأوربية ، وكذلك قانون الشروط غير العادلة لتعاقدات المستهلك لسنة 1999 و المسمى (UTCCR) ، وتشريع الشروط غير العادلة في عقود الاستهلاك لسنة (2014) وتشريع حقوق المستهلك لسنة (2015) .

(2) ينظر : الفقيه رابموند سالي (saleilles) ، الاعلان عن الإرادة ، مساهمة في دراسة التصرف القانوني في القانون المدني الألماني ، باريس ، ص230 ، مشار له في محفوظ بن حامد لعشب ، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن ، رسالة ماجستير ، جامعة الجزائر ، الجزائر ، 2015 ، ص91 .

(3) د. عبد الرزاق السنهوري ، الموجز في النظرية العامة للالتزام ، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر ، القاهرة ، بلا سنة طبع ، ص68 .

وعرف أيضاً بأنه (العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها) (1) .

وما تقدمت الإشارة إليه من تعاريف لعقد الإذعان ، و أن كان لها قصب السبق في تعريف عقود الإذعان أو التنبيه إلى نظرية الإذعان في العقود ، إلا أن الأول من هذه التعاريف يبدو أنه لا يلتزم بأن الإذعان عقد بل يظهر منه أنه أقرب إلى النظام القانوني منه إلى العقد ، وهذا مخالف لما يلتزم به أغلب فقهاء القانون : بأن عقد الإذعان عقد حقيقي ، كما سيأتي بيانه لاحقاً .

أما التعريف الثاني فلم يذكر أن الشروط التي فرضها الموجب في العقد شروط تعسفية ، وكذلك لم يبين أن الموجب محتكر للسلعة أو الخدمة محل العقد .

وأما التعريف الثالث فإنه لم يبين أن الشروط التي فرضها الموجب المحتكر للسلعة أو الخدمة شروط تعسفية .

لذا يمكن أن نعرف عقد الإذعان بأنه : هو العقد الذي لا يملك فيه القابل مناقشة الشروط التي يضعها الموجب والتي غالباً ما تكون تعسفية ، ومن ثم فإن القابل ليس له إلا أن يقبل أو يترك التعاقد نظرياً ، وأما عملياً فهو مجبر على ذلك ؛ لحاجته الماسة إلى محل العقد وهو الخدمة أو السلعة التي يتم احتكارها من قبل الموجب .

2 - خصائص عقود الإذعان :

لكي يتميز عقد الإذعان عن غيره من العقود لابد من التعرض لذكر الخصائص التي تميزه ، ولعقد الإذعان خصائص محددة ذكرها الباحثون و أهمها ما يأتي :

أ - يجب أن يكون المركز الاقتصادي للموجب متفوقاً على المراكز الاقتصادية للقابلين المنضمين إلى عقد الإذعان ، حيث أن عقد الإذعان يفترض فيه عدم التساوي بين المتعاقدين اقتصادياً ، فيكون الطرف القوي اقتصادياً وهو الموجب عادةً هو من يصيغ عقد الإذعان وهو من يضع الشروط في هذا العقد (2) .

ب - يجب أن يتعلق عقد الإذعان بسلع أو خدمات ضرورية للمستهلكين بحيث لا يمكنهم الاستغناء عنها ، ومن هنا فإن الطرف المحتكر لهذه السلعة أو الخدمة الضرورية يتمكن من فرض شروطه على من

(1) د. عبد المنعم فرج الصدة، عقد الإذعان ، بحث منشور في مجلة الامن القانوني ، المجلد (4) العدد (1) ، 1996 ، ص243 .

(2) ينظر : د. عبد المنعم فرج الصدة ، عقد الإذعان ، مصدر سابق ، ص244 .

يتعاقد معه لانهم بحاجة ماسه للحصول على محل العقد من السلع والخدمات وغير ذلك من ضروريات الحياة العصرية (1).

ح - يجب أن يكون إنشاء العقد من حيث صدور الايجاب ووضع الشروط من إنشاء الطرف القوي وحده من دون أي تفاوض يسبق إبرام العقد ، ويكون وضع الشروط من قبل الموجب من دون مشاركة القابل (2) . وهذه الشروط تخول الموجب أن يفرض التزامات مالية على الطرف المذعن فقط ، من دون فرض مثل هذه الالتزامات أو الغرامات على الطرف القوي الذي فرض شروطه في حالة إخلاله بالتزاماته العقدية (3).

3-التكليف القانوني لعقود الإذعان

وقع الخلاف بين فقهاء القانون المدني حول طبيعة عقد الإذعان من حيث أنه هل يعتبر عقداً حقيقياً ، ويكون مشمولاً لأحكام العقود التي نصت عليها القوانين المقارنة أم أنه لا يعتبر كذلك وإنما هو مركز قانوني ينظم العلاقات القانونية بين المحتكر للسلعة أو الخدمة والمنتفعين الذين يدخلون في علاقة تنظيمية مع ذلك الشخص أو الشركة التي تملك السلع والخدمات التي يكون الناس بحاجة ماسة إليها وبناءً على ما تقدم فقد انقسمت آراء فقهاء القانون على اتجاهين .

أ-الاتجاه التنظيمي أو المؤسسي لعقود الإذعان

ويتزعم هذا الاتجاه الفقيه الفرنسي سالي ويعرف هذا الاتجاه بالنظرية اللا تعاقدية للإذعان ، و يرى أصحاب هذا الاتجاه أن عدم التساوي بين طرفي العقد يمكن أن ينزع عنه صفة العقد ، لأن العقد في نظر هؤلاء لا بد فيه من المساواة بين طرفيه ، ولذا فإن التصرف القانوني لا يوصف بأنه عقد إذا كان فاقداً للتساوي بين مركزي المتعاقدين ؛ وبناءً عليه فإن عقد الإذعان أقرب إلى كونه قانوناً أو تنظيمياً حملت الشركات الاحتكارية الناس على الالتزام به في حالة الرغبة في الحصول على الخدمة أو السلعة التي تحتكرها تلك الشركات (4).

ب-الاتجاه التعاقدى لعقود الإذعان

ويذهب هذا الاتجاه - والذي يمثلته غالبية فقهاء القانون المدني - إلى أن عدم المساواة الاقتصادية بين المتعاقدين لا تؤثر في اكتساب التصرف القانوني لصفة العقدية ؛ وبناءً على ذلك فإن عقد الإذعان يعتبر

-
- (1) ينظر : د. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، مج 1 ، مصدر سابق ، ص 117 . وكذلك أيضاً : شيماء أحمد الشخلي ، عقد الإذعان ، رسالة ماجستير مقدمة لكلية الحقوق في جامعة النهدين ، 2000 ، ص 55 .
- (2) ينظر : د. عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، مصدر سابق ، ص 218 ، وكذلك : د. عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية العقد و الإرادة المنفردة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1984 ، ص 207 .
- (3) ينظر : د. محمد محمد سادات ، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في القانون الانكليزي ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، المجلد (12) ، العدد (2) ، مصر ، بلا سنة نشر ، ص 468 .
- (4) ينظر : د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج 1 ، مصدر سابق ، ص 247 وكذلك : د. لاشين محمد الغياتي ، عقد الإذعان في القانون المدني المصري وموقف الشريعة الإسلامية منه ، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون ، العدد الاول ، مصر ، 1986 ، ص 14 .

عقداً حقيقياً ، هذا فضلاً عن أن حرية المذعن في مناقشة بنود العقد وإن كانت غير متوفرة ، ولكن الطرف المذعن غير مجبر على الدخول في التعاقد ؛ وعليه فإن حريته متوفرة ؛ فهو أن شاء تعاقد وإن شاء لم يتعاقد ، ومع ذلك فإن الطرف القابل يتمكن من مناقشة بعض البنود ومنها المدة التي يستمر التعاقد فيها على الخدمة ، وكذلك نوع الخدمة (1) ، وهذا يظهر في عقود الحصول على خدمة الانترنت مثلاً من حيث السرعة وكذلك مدة الاشتراك .

ولهذا فإن الذي يبدو : أن الاتجاه التعاقدي لعقود الإذعان هو الراجح فضلاً عن أن شروط العقد من الناحية القانونية متحققة وإن التفاوت الذي يحصل بين الموجب والقابل : هو تفاوت اقتصادي ويمكن معالجته على أساس قواعد العدالة ، وبناءً على ما نصت عليه القوانين المدنية .

ثانياً : معنى اختلال توازن عقود الإذعان

بعد أن تبين لنا أن عقد الإذعان هو عقد حقيقي ، إلا أنه مختل التوازن فلا بد أن نبين في هذه الفقرة معنى اختلال توازن عقود الإذعان ، وما يقصد به قانوناً فنقول :

قد يختل التوازن الاقتصادي بين الالتزامات وذلك لأسباب كثيرة ومن ضمن هذه الأسباب ما إذا كان أحد طرفي العقد أو التصرف القانوني عموماً أقوى في الجانب الاقتصادي من الطرف الآخر ولذلك يستطيع الطرف المتفوق اقتصادياً ، فرض شروطه على الآخرين وهذا ما يحصل في عقد الإذعان (2) .

و في عقد الإذعان كذلك ينبغي أن يكون أحد المتعاقدين طرفاً ضعيفاً اقتصادياً ؛ لأن الطرف المذعن لا يملك القدرة على التفاوض أو فرض شروطه ، بل لا يملك سوى القبول بإبرام العقد على الصورة التي رسمها الطرف القوي أو يرفض العقد بأكمله ، إلا أن حاجة الطرف الضعيف إلى الخدمة أو السلعة التي يحتكرها الطرف القوي لا تترك مجالاً للطرف الضعيف سوى القبول بشروط العقد و إتمام انعقاده ، وسبب ضعف الطرف المذعن هو الظروف الاقتصادية التي تهيأت للطرف القوي وجعلته يحتكر ما يحتاج إليه الطرف المذعن من سلع وخدمات التي تعتبر لديه من الضروريات ولذلك اضطر إلى التعاقد مع كون توازن العقد مختلاً(3) .

(1) ينظر : د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، نظرية العقد ، ج 1 ، مصدر سابق ، ص 284 ، وكذلك : د. عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ، مصدر سابق ، ص 100 .

(2) ينظر : عصمت عبد المجيد ، اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ودور القاضي في معالجته - دراسة مقارنة - أطروحة دكتوراه ، مقدمة لكلية القانون والسياسة ، جامعة بغداد ، 1978 ، ص 85 ، وكذلك : د. سعيد سعد عبد السلام ، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان ، دار النهضة العربية ، القاهرة - مصر ، 1998 ، ص 9 .

(3) ينظر :

j. Ghestin : tritede droit civil ، laformation du contract 3eme ed ، LGDj . paris ، 1993 . N95 .
مشار له في عصمت عبد المجيد ، اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ، مصدر سابق ، ص 87 ، وكذلك أيضاً : د. . p.76 .

ثم إن المسيطر على حاجيات الناس الضرورية والخدمات التي لا يمكن الاستغناء عنها سواء كان مؤسسة عامة أو شركة خاصة ، إذا انفرد بامتلاكه للسلع و الخدمات التي هي محل الحاجة الضرورية ، فإن هذا الفعل يجعله محتكراً احتكاراً فعلياً و قانونياً ، بمعنى أنه في حكم القانون أصبح محتكراً إذا كانت المنافسة له من قبل الآخرين الذين يؤدون نفس تلك الخدمة أو السلعة ضعيفة أو منعدمة ، وهذا ما قضت به محكمة التمييز العراقية ، عندما اعتبرت العقد المبرم بين مصلحة إسالة الماء وبين المستهلك عقد إذعان يجب تفسيره بناءً على النصوص الواردة بهذا الخصوص في القانون المدني⁽¹⁾ ولا يتحقق اختلال التوازن الاقتصادي في عقود الإذعان إلا إذا كان الطرف القوي اقتصادياً في وضع الاحتكار مع القوة الاقتصادية ، أي لا بد أن يجتمع أمران لكي يتحقق اختلال التوازن ، الأول القوة الاقتصادية ، والثاني الاحتكار الفعلي أو القانوني⁽²⁾ .

ويرى جانب من الفقه : ضرورة تغيير الفكرة التقليدية لعقود الإذعان وذلك لتوسيعها بحيث تشمل حماية الطرف الضعيف في عقود الاستهلاك⁽³⁾ ، لتحل فكرة حديثة محل فكرة عقود الإذعان مقتضاها أن معنى عقد الإذعان كما هو متعارف هو العقد الذي يستقل أحد أطرافه بتحديد مضمون العقد وشروطه ، على نحو العموم والتجريد⁽⁴⁾ ، وينحصر دور الطرف المذعن في القبول و الموافقة على بنود العقد الذي تم إعداده مسبقاً بمعرفة الطرف الآخر ، ولكن من دون المفاوضة و المناقشة ، ولا يشترط في الفكرة الحديثة للإذعان - التي يراد لها أن تكون شاملة لعقود الاستهلاك - الاحتكار القانوني و الفعلي للسلعة أو الخدمة ، و إنما تثبت صفة الإذعان للعقد بمجرد عدم قدرة الطرف الآخر - وهو المستهلك - على مناقشة

السيد محمد عمران ، حماية المستهلك عند تكوين العقد - دراسة مقارنة - منشأة المعارف ، الإسكندرية - مصر ، 1986 ، ص 27 .

(1) ينظر : قرار محكمة التمييز العراقية المرقم 441 / حقوقية / 69 الصادر في 14/8/1969 ، قضاء محكمة التمييز ، المجلد السادس ، مطبعة الحكومة ، بغداد ، 1972 ، ص 336 ، مشار إليه في ، لفنة هامل العجيلي ، دراسات في القانون المدني ، ط 1 ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت - لبنان ، 2019 ، ص 146 .

(2) ينظر : محفوظ بن حامد لعشيب ، مصدر سابق ، ص 23 .

(3) عرف قانون حماية المستهلك العراقي رقم (1) لسنة 2010 في المادة 1 / خامساً ، المستهلك بأنه (الشخص الطبيعي الذي يتعاقد لهدف واحد هو إشباع حاجاته الشخصية وحاجات عائلته فقط .) و عرفت عقود الإستهلاك بأنها : تلك العقود التي تبرم بين مهني ومستهلك وعادة ما تكون صيغة هذه العقود محررة مسبقاً من قبل الطرف المهني أما الطرف المستهلك فهو طرف مذعن ليس له حق مناقشة هذه العقود ولا تغيير بنودها بشكل حقيقي . ينظر : إيمان بو شارب ، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك ، رسالة ماجستير ، مقدمة لكلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة العربي بن مهدي - الجزائر ، 2012 ، ص 11 .

(4) ينظر : د. عمر عبد الباقي ، الحماية العقدية للمستهلك ، ط 1 ، منشأة دار المعارف ، مصر ، 2004 ، ص 401 . وكذلك : د. حسن عبد الباسط جمعي ، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد ، ط 1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1996 ، ص 112 .

العقد الذي أُعد سلفاً ، وعدم القدرة على المناقشة قد يكون نتيجة لضعف مركز القابل من الناحية الاقتصادية وقد يكون لقلة خبرته من الناحية التقنية أو القانونية (1) .

ويبدو أن التشريعات التي أشارت لعقود الإذعان وشرعت معالجتها على أساس قواعد العدالة قد أخذت ضعف المتعاقدين القابل في عقود الاستهلاك بنظر الاعتبار أيضاً ، وإن لم تذكر التعريفات الفقهية لعقد الإذعان معنى عقود الاستهلاك ، باعتبارها مصطلحاً حديث النشأة بالمقارنة مع مصطلح عقود الإذعان ، وهذا يظهر من بعض فقهاء القانون المدني عند شرحه للمادة (149) من القانون المدني المصري ، وذلك لأن هذه المادة تمثل آلية قانونية يتمكن القاضي بواسطتها من حماية المستهلك من الشروط التعسفية التي تفرضها عليه الشركات الاحتكارية (2) .

الفرع الثاني

إعادة التوازن لعقود الإذعان

بما أن عقود الإذعان تقوم على عدم المساواة الاقتصادية بين المتعاقدين لذلك فإن المشرع في مختلف القوانين قد تصدى لإعادة التوازن لهذه العقود من خلال النص على ذلك استناداً إلى قواعد العدالة ، بل إن القضاء حتى في ظل عدم وجود النص التشريعي أخذَ على عاتقه تلمس السبل بواسطة قواعد العدالة ، ليمنع الطرف المتعسف من الاستمرار بفرض شروطه على الطرف الضعيف سواء في عقود الإذعان أم عقود الاستهلاك .

ثم إن التفاوت الاقتصادي في مركز المتعاقدين في هذه العقود وانفراد الجانب القوي منهما بوضع شروط العقد ، أمر لا يمكن تجاهله ، ومن العدالة أن ينص المشرع على الوسائل التي تضمن حماية الطرف الضعيف ، وكذلك النص على أساسها الفلسفي ولذا ينبغي أن نقسم هذا الفرع على فقرتين نبحث في الأولى منهما : وسائل حماية الطرف الضعيف في عقود الإذعان ، وفي ثانيهما : الأساس القانوني لإعادة توازن عقود الإذعان .

أولاً : وسائل حماية الطرف الضعيف في عقود الإذعان

التزم المشرع في القوانين محل المقارنة بالنص على عدة وسائل أو آليات لكي يضمن من خلالها حماية الطرف الضعيف في عقود الإذعان ، وكذلك في الفقه الإسلامي حُكِمَ بحرمة أو كراهة الاحتكار ،

(1) ينظر : فاطمة نساخ ، مفهوم الإذعان ، رسالة ماجستير ، مقدمة لكلية الحقوق جامعة بن عكنون ، الجزائر ، 1998 ، ص 9 .

(2) ينظر : د. عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، مصدر سابق ، ص 118 ، وكذلك أيضاً : د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج 1 ، مصدر سابق ، ص 250 .

الذي هو جوهر عقود الإذعان ، فكان هذا الحكم حماية للطرف الضعيف في العقود التي أُطلقَ عليها في القانون الوضعي عقود الإذعان وعقود الاستهلاك ، وسنرى آلية المشرع في القوانين محل المقارنة ثم نُعرج على ما طرَحَ في الفقه الإسلامي من أحكام لحماية الطرف الضعيف في هذه العقود .

1- آليات حماية الطرف الضعيف في القانون العراقي والقوانين المقارنة الوضعية :

نص القانون العراقي والقوانين محل المقارنة على حماية الطرف الضعيف في عقود الإذعان ويمكن أن يلتزم القاضي بتطبيق تلك النصوص نفسها لأجل حماية الطرف الضعيف في عقود الاستهلاك ، كما تقدمت الإشارة آنفاً إلى أن هذه النصوص يمكن أن تنطبق على عقود الاستهلاك كذلك وسنعرض ما نصت عليه هذه القوانين فيما يأتي :

أما القانون المدني العراقي فقد نص في المادة (167) على أنه (.... 2- إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية ، جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي المذعن منها وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك ، 3- ولا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن ولو كان دائناً).

ومن خلال ما نصت عليه هذه المادة تظهر ماهية الوسائل التي وضعها المشرع العراقي لأجل حماية الطرف الضعيف في العقد ، و يظهر أن غرض المشرع هو منح سلطة تقديرية للقاضي لحماية المذعن أو الطرف الضعيف من الشروط التعسفية في هذه العقود وإعادة التوازن لها بعد أن أصبحت مختلة اقتصادياً.

وهذه الوسائل أو الآليات هي :

- أ- تعديل الشروط التعسفية .
- ب- إعفاء الطرف المذعن من تلك الشروط .
- ت- تفسير العبارات المجملة والتي يحيط بها الشك لصالح الطرف المذعن (1) .

وبهذا يتبين كيف تدخل المشرع العراقي لتنظيم عقود الإذعان، حيث أنطأ بالقاضي مهمة إعادة التوازن لعقود الإذعان ، التي اختلفت نتيجة للشروط التعسفية (2) .

(1) ينظر : د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص 159 . وكذلك : عصمت عبد المجيد ، اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ، مصدر سابق ، ص 93 .
(2) ينظر : لفته هامل العجيلي ، دور القاضي في تعديل العقد ، العاتك لصناعة الكتاب ، بيروت- لبنان ، 2014 ، ص 57 .

كما يظهر أن المشرع ينص على أن يكون التعديل أو إعادة التوازن وفق ما تقضي به قواعد العدالة ، وإتماماً لتحقيق العدالة والتوازن بين التزامات الطرفين - وتجنباً لما قد يضعه المحتكر من شرط الموافقة على الشروط التعسفية من دون إمكانية اللجوء إلى القضاء من قبل الطرف المذعن - فقد أكد المشرع على اعتبار مثل هذا الاتفاق باطلاً وغير معتبر وذلك بالنص عليه في آخر الفقرة الثانية من المادة أنفة الذكر بقوله: (ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك) وبهذا يكون المشرع العراقي قد حصّن الطرف الضعيف في عقد الإذعان من ابتزاز المحتكر أو الطرف القوي اقتصادياً والذي قد يحاول من خلاله التأثير على المذعن و استغلال حاجته إلى الخدمة أو السلعة محل الاحتكار .

وأما القانون المدني المصري : فقد نص على حماية الطرف المذعن من خلال المادة (149) التي نصت على أنه (إذا تم التعاقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها ، وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك) .

ومن خلال نص هذه المادة نلاحظ أن المشرع المصري يتوافق مع المشرع العراقي على الآليات التي يتم من خلالها إعادة التوازن لعقود الإذعان فهو قد نص أيضاً على تعديل الشروط التعسفية وكذلك إمكانية إعفاء الطرف المذعن من هذه الشروط إذا لزم الأمر ، ونص أيضاً على عدم إمكانية وضع شرط الإعفاء من قبل الطرف المحتكر القوي اقتصادياً من خلال النص في العقد على أنه لا يحق للطرف المذعن اللجوء للقضاء لتعديل العقد أو إعادة توازنه ، كما أن المشرع المصري تدخل في تنظيم بعض عقود الإذعان بشكل مباشر كتنظيمه لعقد العمل وعقد التأمين وغير ذلك ، ومن الجدير بالذكر أن حماية المشرع للطرف الضعيف في هذه العقود أفضل من حماية القضاء ؛ لأن الأخير يخضع للاجتهادات المختلفة فلا يوفر الحماية بشكل دائم⁽¹⁾ .

ثم إن المشرع المصري نص على أن هذا التعديل لا بد أن يكون على أساس قواعد العدالة التي يقوم القاضي بتطبيقها ، بعد أن يتحقق من أن العقد الذي بين يديه من عقود الإذعان، وبعدئذٍ يقوم بإعادة توازنه ، وفي حدود السلطة التقديرية التي منحها له المشرع .

كما نص المشرع المصري في المادة (151) على أنه (1- يفسر الشك في مصلحة المدين ، 2- ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة المذعن) .

(1) ينظر : د. عبد المنعم فرج الصدة ، عقد الإذعان ، مصدر سابق ، ص12 . وكذلك : د. عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، ج1 ، مصدر سابق ، ص285 .

وفي هذه المادة ذكر المشرع المصري الوسيلة الثالثة لتعديل عقود الإذعان وهي التفسير للشرط أو البند المجمل والغامض ومع أن القاعدة العامة تنص على أن الشك يفسر لمصلحة المدين (1) ، إلا أن المشرع قرر في هذا المقام أن الشك يفسر لمصلحة الطرف المذعن سواء كان دائماً أو مديناً حماية له من المشرع لأنه هو الطرف الضعيف في هذه العقود ؛ ولذلك فإن المؤمن له في بعض الأحوال – وهو الطرف المذعن في عقد التأمين – يكون هو الدائن ومع ذلك يفسر الشك لصالحه ، على اعتبار أن الطرف القوي هو المسؤول عن صياغة بنود العقد وعليه فإنه هو من يتحمل مسؤولية هذه الصياغة لأنه قد يعتمد الإجمال في صياغتها لأغراض معينة تقلل من التزاماته أو تزيد من التزامات الطرف المذعن (2)

وأما القانون الإنكليزي : فإنه قبل تشريع القوانين الخاصة بحماية المستهلك والمذعن في عقدي الاستهلاك والإذعان ، كان القضاء الإنكليزي يأخذ على عاتقه حماية الطرف الضعيف في هذه العقود ، وذلك استناداً إلى قواعد العدالة (3) ، وقد صدرت عن هذا القضاء سوابق قضائية كثيرة في هذا الصدد (4) .

إلا أنه ابتداء من الثلث الأخير من القرن العشرين صدرت عدة تشريعات تتكفل بحماية الطرف الضعيف في العقود آنفة الذكر وهذه القوانين بدأت بإصدار قانون عام 1977 (5) وهو قانون البنود أو الشروط العقدية غير النزيهة أو التعسفية ، ويعتبر هذا القانون من أهم التشريعات في مجال معالجة الشروط التعسفية في العقود سواء كانت عقود الاستهلاك أو غيرها ، ويعتبر الحدث الأهم في القانون

(1) فقد نصت المادة (166) من القانون المدني العراقي على أنه (يفسر الشك في مصلحة المدين) وتطابقها المادة 1 / 151 من القانون المدني المصري بنفس الألفاظ .

(2) ينظر : د. عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية العقد والإرادة المنفردة ، مصدر سابق ، ص 124 . وكذلك : د. حمدي عبد الرحمن ، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات ، الكتاب الأول ، ط 1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1999 ، ص 478 .

(3) ينظر : علي حسين منهل ، تفسير شروط الإغفاء من المسؤولية العقدية دراسة في القانون الإنكليزي ، بحث منشور في مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية ، العدد الأول ، المجلد : الثامن ، حزيران ، 2017 ، ص 375 .

(4) ومن هذه السوابق قضية (Spence & Co Ltd v Rowntree،Richardson) وتتلخص هذه القضية في أن أحد المسافرين اشترى بطاقة سفر في الباخرة من إحدى الشركات ، وكانت هذه البطاقة من الدرجة التي تتصف برخص ثمنها ، لأن مقاعدها قريبة من دفة السفينة ، وكان مطبوعاً على التذكرة بحروف صغيرة شرط ينص على إغفاء الشركة من المسؤولية في حالة الإصابة بأضرار ، وبالفعل أصيب هذا المسافر بأضرار بتلك الرحلة ، ثم أقام دعوى ضد الشركة طالبها فيها بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به ، إلا أن الشركة دفعت ؛ بأنها غير مسؤولة عن دفع التعويض ؛ لأن المسافر قد وافق على شرط الإغفاء من المسؤولية المطبوع على تذكرة السفر ، ولكن المحكمة قضت بمسؤولية الشركة في دفع التعويض ، وعللت حكمها بأن هذا المسافر من الفئة التي لا تقرأ تلك الشروط عادة ، وعليه تلزم الشركة بدفع التعويض .

ينظر : Spence & Co v Rowntree،Richardson ، A.c . (1894) p.217 . أشار إليه : د. محمد محمد سادات ، مصدر سابق ، ص 482 .

(5) see، Elizabeth Macdonald، Exemption clauses and unfair Terms (2ed end، 2006) Elizabeth Macdonald ، Exclusion clauses : the Ambit of s13 (1) of the unfair cont Terms Act 1977 ، (1992) 12 (3) legal studies .

الانكليزي في القرن العشرين ، لأنه أول تشريع يمنح القاضي سلطة تقديرية للتدخل في تعديل بنود العقد وشروطه ، فيما إذا كانت هذه البنود أو الشروط غير معقولة موضوعياً⁽¹⁾ .

ثم صدرت بعد ذلك لوائح عام 1999 المسماة (UTCCR)⁽²⁾ التي تنص على أن المعيار في إعادة التوازن لهذه العقود هو قواعد العدالة وقد جاء في المادة (5/1) من هذه اللوائح : ووفقاً لهذا المعيار (العدالة) فإن الشرط يكون تعسفياً عندما يؤدي إلى اختلال كبير في حقوق الأطراف و التزاماتهم التي يفرضها العقد ، وهذا الاختلال عادةً ما يكون على حساب الطرف المذعن أو المستهلك ، ونصت هذه اللوائح أيضاً على أن تقييم عدالة الشرط الذي يذكر في هذه العقود لا بد أن يأخذ فيه بالحسبان طبيعة الخدمة أو السلعة محل العقد وذلك من خلال الرجوع إلى وقت العقد والظروف التي تزامنت مع إبرامه⁽³⁾ .

وصدر أيضاً قانون الشروط غير العادلة في عقود الاستهلاك لعام (2014) وتشريع حقوق المستهلك لعام (2015)⁽⁴⁾ .

ويظهر أن الأحكام القضائية الانكليزية التي تصدت لمعالجة عقود الإذعان و الاستهلاك وكذلك التشريعات اللاحقة التي شرعت لأجل إعادة التوازن لهذه العقود تستند إلى قواعد العدالة وتعتبر الأخيرة هي الدافع والباعث للقاضي وللمشرع في محاولة إعادة التوازن لعقود الإذعان ولعقود الاستهلاك .

2-موقف الفقه الإسلامي من عقود الإذعان

على الرغم من أن اصطلاح عقود الإذعان وعقود الاستهلاك لم يكن معروفاً لدى الفقهاء المسلمين سواء المتقدمين منهم أم المتأخرين ، ولم يرد ذكره في التشريع الإسلامي ، نعم استعمل هذا الاصطلاح من قبل الباحثين المُحدّثين في الدراسات الفقهية الإسلامية سواء كانت دراسات أكاديمية⁽⁵⁾ أم مدرسية⁽⁶⁾ ، تبعاً للاصطلاح القانوني .

(1) Janet O`Sullivan and jonathan Hilliard the law of contract (6th edn، oxford 2014) p.200 .

(2) The Unfair terms in consumer contracts regulations . 1999

(3) ينظر : د. محمد محمد سادات ، مصدر سابق ، ص483 .

(4) Ewan Mckendrick، Contractual Law ، text ، cases and materils (8th . rdn، oxford ، 2018) p.483 .

(5) ينظر : د. مصطفى أحمد الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج1 ، ط1 ، دار القلم ، دمشق ، 1425هـ - 2004م ، ص537 .

(6) ينظر : الشيخ حسن الجواهري ، عقود الإذعان ، تقريرات بحث الفقه ، متاح على الشبكة المعلوماتية في موقع الارتباط الشيعي ، على الرابط : www.eshi.ir/feqh تاريخ آخر زيارة 2021/5/15 .

و لكن الفقه الإسلامي ومن قبله التشريع قد ذكرا جوهر عقود الإذعان ألا وهو الاحتكار وبيننا حكماً ،
لما لهذا التصرف من أثر كبير على الأمن الغذائي بل مجمل النظام الاقتصادي في المنظومة التشريعية
الإسلامية .

وقد عرف اصطلاحاً بتعاريف كثيرة منها ما عُرف بأنه (اشتراء الطعام ونحوه وحبسه إلى الغلاء)
(1)

وعُرف أيضاً بأنه (حبس الشيء انتظاراً لغلائه) (2)

ويبدو أن التعريف الثاني هو الأرجح حيث أنه لم يحدد الاحتكار بنوع معين و إنما أطلق، فذكر بأنه
حبس الشيء وهو يشمل الطعام وغيره من الأمور التي يحتاج لها المتعاقد حتى ولو كانت من الخدمات
وليس السلع فقط .

و أما علاقة عقود الإذعان بالاحتكار ، فهي لا تخفى على أحد ؛ لأن عقود الإذعان قائمة على الاحتكار
- في نظر أغلب فقهاء القانون - لأن الموجب في هذه العقود محتكراً لمحل العقد ، احتكار يجعل المنافسة
معدومة أو محدودة جداً ، فيجد القابل نفسه مرغماً على الانضمام للعقد كما يريد الموجب وبشروطه ، من
دون مناقشة أو مساومة ، حيث لا يعتبر العقد عقد إذعان من دون ذلك (3) .

ولكي يتضح موقف الفقه الإسلامي من الاحتكار لابد أن نبين موضوع الاحتكار وحكمه الشرعي :

أ- موضوع الاحتكار في الفقه الإسلامي

تعددت أقوال الفقهاء في موضوع الاحتكار ، أي في المحل الذي يعتبر من يمنعه عن الآخرين محتكراً
، ويمكن أن تُلخص هذه الأقوال بما يأتي :

- الاحتكار إنما يكون في الأقوات فقط سواء كانت طعام البشر أو أعلاف الحيوانات(4).

الحيوانات(4).

- الاحتكار يتعلق بالأقوات و الثياب (1) .

(1) الشيخ محمد أمين بن عابدين ، مصدر سابق ، ج2 ، 717 .

(2) الشيخ أحمد النراقي ، مصدر سابق ، ج14 ، ص277 .

(3) ينظر : الشيخ حسن الجواهري ، عقود الإذعان ، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، العدد (14) ،
مجلد (3) ، 1423هـ ، ص277 .

(4) ينظر : ابن قدامة ، المغني ، مصدر سابق ، ج4 ، ص243 ، وكذلك : ابن عابدين ، مصدر سابق ، ج5 ، ص351
، وكذلك : الكاساني ، بدائع الصنائع ، مصدر سابق ، ج5 ، ص129 ، وكذلك أيضاً : السيد ابو القاسم الخوئي ، مصباح
الفقاهة في المعاملات ، تقرير محمد علي التبريزي ، ج5 ، ط1 ، المطبعة العلمية ، قم المقدسة ، بدون سنة طبع ،
ص497 .

- الاحتكار يتعلق بكل ما يمكن الاحتياج إليه من قبل الناس ، وتركه يلحق الضرر بهم⁽²⁾.

ويبدو : أن القول الثالث هو الراجح لأنه يتفق مع الاستدلال على حرمة الاحتكار بقاعدة نفي الضرر ، حيث ورد عن النبي -ص- أنه قال (لا ضرر ولا ضرار في الإسلام)⁽³⁾ وبما أن هذه القاعدة عامة وشاملة بل حاکمة على أدلة الأحكام الأولية ، بحيث أن كل ما يمكن أن يحصل منه الضرر بالمجتمع فهو محرم وينبغي معالجته ، والتعويض عنه ؛ ولذا فإن القول الأخير هو الراجح وبناءً عليه يكون معنى الاحتكار شرعاً ، منطبق على الاستحواذ على كل سلعة أو خدمة يمكن أن يؤدي منعها عن الناس إلى الحاق الضرر بهم .

ب- حكم الاحتكار

بعد أن تبين لنا أن الاحتكار يصدق على كل ما يؤدي منعه إلى الحاق الضرر بالآخرين ينبغي أن نبين الحكم الشرعي للاحتكار ، فنقول : إن فقهاء المسلمين قد انقسموا حيال ذلك على قولين :

1- الكراهة : ذهب أصحاب هذا القول إلى أن الاحتكار مكروه و الكراهة هنا لا تبلغ حد الحظر و المنع⁽⁴⁾ وقد استدلووا على ذلك بعدة أدلة منها :

أ- أصالة البراءة :

يقصد بهذا الدليل الاستناد إلى الأصل العملي وهو أصالة البراءة الدالة على عدم التحريم ، وقد استدل بهذا الأصل كل من قال بكراهة الاحتكار⁽⁵⁾.

(1) ينظر : الموسوعة الكويتية ، مصدر سابق ، ج2 ، ص92 .
(2) ينظر: السيد عبد الأعلى السبزواري ، مهذب الأحكام ، ج16 ، ط1 ، دار التفسير ، قم المقدسة ، 1430 هـ - 2009 م ، ص34 ، وكذلك : كاشف الغطاء ، شرح القواعد ، ج1 ، ص315 ، وكذلك : محمد جواد مغنية ، فقه الإمام جعفر الصادق ، مصدر سابق ، ج3 ، ص144 ، وكذلك : محمد مهدي شمس الدين ، الاحتكار في الشريعة الإسلامية ، ط2 ، المؤسسة الدولية للدراسات والنشر ، بيروت ، 1418 هـ - 1997 م ، ص140 ، وكذلك : الموسوعة الكويتية ، المصدر سابق ، ج2 ، ص92 .
(3) ينظر : الكافي ، مصدر سابق ، ج5 ، ص226 ، وكذلك : مسند أحمد ، مصدر سابق ، ج5 ، ص236 .
(4) ينظر : الحلبي ، الكافي في الفقه ، ص283 ، المحقق الحلبي ، شرائع الإسلام ، مصدر سابق ، ج2 ، ص275 ، العلامة الحلبي ، مختلف الشيعة ، ج5 ، ص38 ، جواد العاملي ، مفتاح الكرامة ، ج12 ، المفيد ، المقتعة ، ص666 ، الشيخ الطوسي ، المبسوط ، ج2 ، ص195 .
(5) ينظر : محمد بن الحسن بن يوسف العلامة الحلبي ، مختلف الشيعة ، ص346 ، وكذلك : محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام ، مصدر سابق ، ج22 ، ص478 ، وكذلك : أحمد النراقي ، مستند الشيعة ، مصدر سابق ، ج2 ، ص329 ، وكذلك ، السيد علي الطباطبائي ، رياض المسائل ، مصدر سابق ، ج1 ، ص522 .

إلا أنه ليس من الصحيح الاستدلال بالأصل العملي في هذه المسألة ، لأنها قد ورد فيها الدليل اللفظي ، فالروايات الواردة في تحريم الاحتكار كثيرة ومنها صحيحة السند⁽¹⁾ كما سيأتي ذكر بعضها في القول بتحريم الاحتكار فلا تكون مسألة الاحتكار مورداً لأصالة البراءة .

ب- قاعدة الناس مسلطون على أموالهم :

استدل بعض الفقهاء على عدم تحريم الاحتكار وصرف الروايات في ذلك إلى الكراهة⁽²⁾، بقاعدة السلطنة المنتزعة من الحديث المشهور الوارد عن النبي – ص- أنه قال (أن الناس مسلطون على أموالهم)⁽³⁾ وقد أصبح هذا الحديث عنواناً لهذه القاعدة " الناس مسلطون على أموالهم " ، وقد روي عن الإمام الصادق – عليه السلام – أنه قال (أن لصاحب المال أن يعمل بماله ما يشاء ، ما دام حياً إن شاء وهبه ، وإن شاء تصدق به ، و إن شاء تركه إلى أن يأتيه الموت)⁽⁴⁾ فيستدل بهذين الحديثين على أن الشخص له التصرف في ماله بما يشاء بشرط أن يكون ذلك التصرف منجزاً ، فضلاً عن ذلك يؤكد بعض الفقهاء أن هذه النصوص لا تعد تأسيساً لقاعدة تشريعية بل هي مجرد تأكيد و إمضاء لبناء موجود عند العقلاء في مختلف الأماكن والأوقات و لا فرق فيها بين أهل الأديان السماوية وغيرهم ، بل هي قاعدة عقلية⁽⁵⁾ إلا أن هذه القاعدة لا يمكن أن يستدل بها على إطلاقها بمعنى أنها شاملة لكل الموارد ، ولا يدخل عليها التخصيص ، بل هي محددة ؛ وذلك لأنها قاعدة من بناء العقلاء وممضاة من قبل المشرع الإسلامي ، فمن السهل معرفة حدودها و اكتشاف قصورها عن الشمول لكل تصرف ، لان تسلط الإنسان على أمواله ليس إلا كسائر الاعتبارات العقلانية لها حدود وشروط معلومة لا يتعدى عنها ، بل أن هنالك محددات كثيرة منها :

(1) ينظر : الشيخ محمد مهدي شمس الدين ، الاحتكار في الشريعة الإسلامية ، ط2 ، المؤسسة الدولية للدراسات والنشر ، بيروت ، 1418هـ - 1997م ، ص165 .

(2) ينظر : العلامة الحلي ، مختلف الشيعة ، مصدر السابق ، ص145 ، وكذلك : السيد جواد العملي ، مفتاح الكرامة ، مصدر سابق ، ج4 ، ص107 ، وكذلك أيضاً : المقدس الأردبيلي ، مجمع الفائدة والبرهان ، مصدر سابق ، ج8 ، ص21 .

(3) ابن أبي جمهور الإحسائي ، غوالي اللئالي العزيرية في الأحاديث الدينية ، ج1 ، مطبعة سيد الشهداء عليه السلام ، قم المقدسة ، 1414هـ ، ص222 ، العلامة المجلسي ، بحار الأنوار ، ج2 ، ص272 .

(4) الكافي ، مصدر سابق ، ج7 ، ص9 .

(5) ينظر : السيد حسين البروجردي ، تقارير ثلاثة ، مؤسسة النشر الإسلامي ، قم ، 1413هـ ، ص181 ، وكذلك : الشيخ ناصر مكارم شيرازي ، القواعد الفقهية ، ج2 ، ص26 .

محددات طريقة كسب المال ، حيث أنه لا بد أن يكون من الطرق المباحة شرعاً ومحددات ترتبط بطريقة التصرف في المال حيث أن ما جاء في الشرع الإسلامي بهذا الصدد ، بأن التصرف لا بد أن يكون من دون إسراف ولا تبذير ولا إضرار بالغير ولا بالنفس (1) .

وبهذا يتضح أن قاعدة السلطنة لا يمكن أن يستدل بها على أن الاحتكار غير محرم حتى يحمل النهي الوارد في الروايات على الكراهة وذلك لتحقيق الإضرار بالغير من جراء الاحتكار فيكون هذا المورد من محددات قاعدة السلطنة على المال .

ت- الروايات :

استدل على حكم الكراهة بعدة روايات ولعل أوضحها صحيحة الحلبي عن الإمام الصادق - عليه السلام - قال (سألته عن الرجل يحتكر الطعام ويتربص به ، هل يجوز ذلك ؟ قال : إن كان الطعام كثيراً يسع الناس فلا بأس به ، وإن كان الطعام قليلاً لا يسع الناس فإنه يكره أن يحتكر الطعام ويترك الناس ليس لهم طعام) (2) ، ووجه الدلالة في هذه الرواية : هو أن الأمام - عليه السلام - عدل عن التعبير بالجواز و عدمه كما ورد في سؤال الراوي إلى التعبير بـ (يكره) وهذا قرينة على إرادة الكراهة الاصطلاحية ، والأصل في التعبير بالكراهة هو إرادة الكراهة المعهودة اصطلاحاً ، في حالة عدم وجود القرينة (3) .

ويمكن أن يجاب عن ذلك : بأن استعمال لفظ الكراهة في الروايات لا يدل على الكراهة الاصطلاحية لان هذا الاصطلاح ظهر على السنة الفقهاء متأخراً عن زمان حضور المعصومين - عليهم السلام - فإذا أطلق من دون قرينة دل على الحرمة .

2-الحرمة : ذهب المشهور من الفقهاء (4) إلى القول بحرمة الاحتكار ، و استدلوا على ما ذهبوا إليه بعدة روايات منها الصحيح والمعتبر :

أ- فقد روي عن النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) أنه قال (من احتكر يريد أن يتغالي بها على المسلمين فهو خاطئ ، وقد برئ منه ذمة الله) (1) ، وقد ورد هذا الحديث بصيغ أخرى (من احتكر

(1) ينظر : الشيخ ابن شعبة الحراني ، تحف العقول ، ط2 ، تحقيق علي أكبر غفاري ، مؤسسة النشر الإسلامي ، قم المقدسة ، 1404 هـ ، ص331 .

(2) الكافي ، مصدر سابق ، ج5 ، ص165 ، وأيضاً : عوالي اللئالي ، مصدر سابق ، ج3 ، ص207 .
(3) ينظر : العلامة الحلبي ، تذكرة الفقهاء ، مصدر سابق ، ج12 ، ص166 ، وكذلك : المقدس الأردبيلي ، مجمع الفائدة والبرهان ، مصدر سابق ، ج8 ، ص21 ، وكذلك أيضاً : السيد جواد العاملي ، مفتاح الكرامة ، مصدر سابق ، ج12 ، ص354 .

(4) ينظر : الشيخ الأنصاري ، المكاسب ، مصدر سابق ج4 ، ص363 ، وكذلك : السيد الخوئي ، مصباح الفقاهة ، مصدر سابق ، ج3 ، ص8135 .

(الطعام فهو خاطئ) ، (لا يحتكر إلا خاطئ) ، (من احتكر يريد أن يتغالي بها على المسلمين فهو خاطئ) .

ووجه الدلالة في هذا الحديث : أن ما يفهم من كلمة خاطئ هو الإثم وليس مطلق الخطأ خصوصاً مع ما ورد في الصيغة الأولى للحديث المروي عن النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) (وقد برئ منه ذمة الله) فيكون هذا الحديث ببعض صيغته دالاً على الحرمة .

وبالدلالة نفسها ما ورد في حديث رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) أنه قال (الجالب مرزوق والمحتكر ملعون) (2) ، حيث أن اللعن لا بد أن يفهم منه التحريم والمبعوضية الشديدة التي تدل على الحرمة لأن اللعن هو البعد عن رحمة الله .

ب- ما ورد في عهد الإمام علي - عليه السلام - لمالك الأشر - رضي الله عنه - عندما ولاه مصر (.... و اعلم مع ذلك أن في كثير منهم ضيقاً فاحشاً ، وشحاً قبيحاً ، وعبياً على الولاة فامنع من الاحتكار فإن رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) منع منه ، وليكن البيع بيعاً سمحاً ، بموازين عدل و أسعار لا تجحف بالفريقين من البائع و المبتاع ، فمن قارف حكرةً ، بعد نهيك إياه ، فنكل به ، وعاقبه من غير إسراف) (3) .

ووجه الدلالة في هذا الحديث واضحة - لأن الامر بالتنكيل في حالة مقارفة الحكرة بعد النهي عنها دليل على الحرمة ، ولأن المكروه لا عقوبة عليه (4) ، فضلاً عن استشهاد الأمام علي - عليه السلام - بنهي رسول الله - صلى الله عليه وآله - عن الاحتكار على الرغم من المناقشة فيها من جهة أن صدور الحديث كان بلحاظ الطابع الولائي ؛ حيث أن الأمام علي - عليه السلام - في حينها كان خليفة المسلمين وقد أصدر ذلك العهد إلى واليه على مصر ، وهو قد منع من الاحتكار بصفته حاكماً للمسلمين وناظراً في شؤونهم في ذلك الوقت (5) ، إلا أنه قد أُجيب عن هذا الاشكال بأن النبي - صلى الله عليه وآله - و الأئمة -

(1) محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري ، المستدرک علی الصحیحین ، ج2 ، ط1 ، مجلس دائرة المعارف ، حيدر آباد ، الهند ، 1340 هـ ، ص12 ، وأيضاً : الصدوق ، من لا يحضره الفقيه ، مصدر سابق ، ج3 ، ص266 ، وأيضاً : صحيح مسلم ، مصدر سابق ، ج5 ، ص56 .

(2) الكافي ، مصدر سابق ، ج5 ، ص165 ، من لا يحضره الفقيه ، مصدر سابق ، ج3 ، ص266 ، وأيضاً ، سنن ابن ماجه ، مصدر سابق ، ج2 ، ص727 .

(3) محمد بن الحسن بن موسى ، الشريف الرضي ، نهج البلاغة ، شرح وتحقيق الشيخ محمد عبده ، طبعة جديدة منقحة ومصححة ، مؤسسة التاريخ العربي للطباعة والنشر ، بيروت ، بدون سنة طبع ، ص469 .

(4) ينظر : الشيخ حسين علي المنتظري ، رسالة في الاحتكار والتسعير ، ط1 ، نشر وطبع شركة سهامى عام ، قم المقدسة ، 1406 هـ ، ص18 .

(5) ينظر : السيد محمد باقر الصدر ، اقتصادنا ، ط14 ، دار التعارف للمطبوعات ، بيروت ، 1401 هـ - 1981 م ، ص692 .

صلوات الله عليهم - لا يمكن أن يفرق في حكمهم بين جنبة الحكومة وجنبة تبليغ الأحكام ؛ لأن ولايتهم عامة وقد ثبتت بنص إلهي ، فتسري أحكامهم الولائية في كل زمان ومكان كما يسري تبليغهم للأحكام (1) .

ت- الاستدلال بقاعدة نفي الضرر (2) حيث أنها بشمولها وعموميتها تشمل موارد الاحتكار وذلك لصدق مفهوم الضرر على هذه الموارد ، وقاعدة نفي الضرر لها الحكومة على أدلة الأحكام الأولية كما تقدم آنفاً .

وبعد استعراض الأقوال في حكم الاحتكار وذكر الأدلة على كل قول يبدو لنا : أن القول الثاني (الحرمة) هو الراجح لتمامية أدلته وللتشديد على عقوبة المحتكر الذي ورد في عهد الإمام علي - عليه السلام - لمالك الأستر - رضي الله عنه - ، ولأن الضرر الذي يلحق أي فرد في المجتمع من الاحتكار في عقود الإذعان مشمول بالنفي الوارد في قاعدة نفي الضرر في الإسلام .

وبهذا يتبين أن معالجة عقود الإذعان أكثر فاعلية في الفقه والشرع الإسلامي من القانون الوضعي ، لأن المعالجة في الشرع الإسلامي لاختلال التوازن في هذه العقود قد تمت لأصل المشكلة، ألا وهي محاولة طبقة من التجار احتكار ما يحتاج إليه الناس لأجل فرض الأسعار التي تناسبهم وتهيئ لهم فرصة التربح على المتعاقدين و الضرب على وتر الحاجة للسلع و الخدمات الضرورية التي لا يمكن الاستغناء عنها .

ثانياً : الأساس القانوني لإعادة توازن عقود الإذعان

أن الأساس التشريعي لسلطة القاضي في إعادة التوازن لعقود الإذعان هو النص التشريعي الوارد في القوانين المدنية ، سواء القانون المدني العراقي أم المصري أم غيرهما؛ إذ أن ذلك النص هو الأساس التشريعي الذي يستند إليه القاضي في تعديل عقود الإذعان .

لكن السؤال الذي ينبغي أن يطرح في هذا المقام ما الأساس الذي استند إليه المشرع في منحه القاضي هذه السلطة الواسعة لتعديل العقود ؟ ومنها إعادة التوازن لعقود الإذعان ، وفي مقام الجواب عن هذا السؤال انقسم الرأي في الفقه القانوني على اتجاهين : ذهب الأول إلى أن الأساس ، هو السبب في

(1) ينظر : السيد روح الله الخميني ، البيع ، ج3 ، ط1 ، مؤسسة تنظيم ونشر آثار الإمام الخميني ، قم المقدسة ، 1421 هـ ، ص60 ، وكذلك : الشيخ حسين علي منتظري ، مصدر سابق ، ص22 .

(2) تقدمت الإشارة إلى حديث (لا ضرر ولا ضرار في الإسلام) وهو الأصل في هذه القاعدة ، وإن ورد لفظ نفي الضرر بصيغ أخرى منها : التأخير في استعمال حق الشفعة بعد شروع المشتري في إحداث التغييرات في الأرض أو المسكن فقال - ص - (إذا أرفقت الأرف وحدت الحدود فلا شفعة ، ثم قال (لا ضرر و لا ضرار) الكافي ، مصدر سابق ، ج5 ، ص280 ، ومنها أنه - ص - قضى بين أهل المدينة في مشارب النخل أنه لا يمنع نفع الشيء ، الكافي ، مصدر سابق ، ج5 ، ص280 ، وقضى بين أهل البادية أنه لا يمنع فضل ماء ليمنع فضل كلاً ، وقال (لا ضرر ولا ضرار) الإمام أحمد بن حنبل ، مسند أحمد ، ج5 ، بدون رقم طبعة وسنة طبع ، ص236 ، وأيضاً : الكافي ، مصدر سابق ، ج5 ، ص294 .

العقد في حين ذهب الاتجاه الآخر إلى أن الأساس الذي استند إليه المشرع هو قواعد العدالة⁽¹⁾ ،
وسنعرض لهذين الاتجاهين على التوالي .

الاتجاه الأول : نظرية السبب

يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أن السبب في العقد هو الأساس وراء منح المشرع سلطة التعديل للقاضي ، لأن الالتزامات في العقود لا بد أن تكون متقابلة ومتكافئة ، وخاصة في العقود المعاوضية فإذا ما حدث أن اختلف هذا التكافؤ وتعرض التوازن الاقتصادي في هذه الالتزامات إلى الاهتزاز فإن نظرية السبب تستدعي أن يعاد التوازن في هذه العقود إلى ما كان عليه ، والسلطة التي يمكن أن تطبق هذا الأمر وتعيد التكافؤ و التوازن للعقود التي اختلف توازنها ومنها عقود الإذعان هي السلطة القضائية ، إلا أن هذه السلطة لا يمكن أن تتحرك من تلقاء نفسها ، وإلا فأنها في مثل هذه الحالة تأخذ وظيفة السلطة التشريعية ، ولذا استدعت المحافظة على نظرية السبب أن يتدخل المشرع ويعطي الحق للقضاء في إعادة التوازن لعقود الإذعان⁽²⁾ إلا أن الاستناد لنظرية السبب كأساس لتشريع منح السلطة للقاضي في إعادة التوازن لعقود الإذعان ، قد وجه لها النقد من قبل بعض الفقهاء : على اعتبار أن السبب بعد تحقق شروطه⁽³⁾ ، لا يمكن أن يوصف بأنه كافٍ أو غير كافٍ ، بل هو ركن في العقد اشترطه القانون ، ولم يضع له مقياساً يبين مدى كفايته من عدمها وفيما إذا تخلف ركن السبب في العقد فإن القانون يحكم ببطلان العقد وعليه فإن فكرة كمية السبب التي من خلالها يستطيع المشرع أن يمنح القاضي سلطة لتكميل السبب أو تعديله تعتبر تضميناً لنظرية السبب بما لم تتضمنه⁽⁴⁾ .

الاتجاه الثاني : قواعد العدالة

ذهب غالبية فقهاء القانون المدني⁽⁵⁾ ، إلى أن الأساس في تفويض المشرع للقاضي تعديل العقود التي اختلف التوازن الاقتصادي فيها ، ومنها عقود الإذعان وعقود الاستهلاك ، هو قواعد العدالة ؛ ذلك لان العدالة هي الأساس و الغاية التي يطلبها الفقه و القضاء ، والتي التزم بموجبها بضرورة إعطاء القاضي

(1) محمد علي الخطيب ، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري والفقه الإسلامي ، أطروحة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق – جامعة عين الشمس ، مصر ، 1992 ، ص 425-428 .

(2) ينظر : د. توفيق حسن فرج ، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري ، منشأة المعارف ، الإسكندرية – مصر ، 1957 ، ص 157 ، وكذلك : د. عبد المنعم فرج الصدة ، عقد الإذعان ، مصدر سابق ، ص 100 .

(3) ينظر : د. عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، ج 1 ، مصدر سابق ، ص 548 .

(4) ينظر : د. عبد المنعم فرج الصدة ، عقود الإذعان في القانون المصري ، أطروحة دكتوراه ، مقدمة لكلية الحقوق – جامعة فؤاد الأول ، 1946 ، ص 289 ، وكذلك : د. سمير عبد السيد تناغو ، الالتزام القضائي ، ط 1 ، مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية – مصر ، 2014 ، ص 255 .

(5) ينظر : د. عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، ج 1 ، مصدر سابق ، ص 104-105 ، وكذلك ، د. توفيق حسن فرج ، نظرية الاستغلال المصدر السابق ، ص 181 ، وكذلك : د. عصمت عبد المجيد ، مصدر سابق ، ص 8-9 ، وكذلك : د. منصور حاتم محسن ، متطلبات تحقيق العدالة التعاقدية – دراسة مقارنة – بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية ، المجلد 26 ، العدد 3 ، 2018 ، ص 6 .

سلطة تقديرية في مراجعة هذه العقود التي اختلت فيها أداءات الطرفين إلا أن هذا الأساس – قواعد العدالة – لم يصرح به المشرع في بعض الأحوال عند ذكر وجوب مراجعة القاضي لبعض العقود أو التصرفات القانونية⁽¹⁾.

ومن الثابت أنه في حال وجود اختلال في توازن العقد عندما يتم تضمين العقد شرطاً تعسفياً خارجاً عن مقتضاه ، فإنه في هذه الحالة يتوجب على المشرع أن يتدخل لكي يعيد التوازن لذلك العقد على أساس قواعد العدالة والمساواة ، عن طريق منح سلطة تقديرية للقاضي ، وينبغي أن تكون هذه السلطة من النظام العام ، حتى لا يستطيع من يريد أن يستغل الطرف المذعن أن يضغط عليه من خلال وضع شرط يتضمن عدم اللجوء إلى القضاء لأجل إعادة التوازن للعقد⁽²⁾.

فضلاً عن أن قواعد العدالة ينبغي أن تسود العقد منذ تكوينه إلى حين تنفيذه ، وهي التي ينبغي أن يأخذها المشرع بعين الاعتبار عندما ينص على ضرورة تدخل القاضي لإعادة التوازن لعقد الإذعان ، هذا وقد يتدخل المشرع في بعض العقود بشكل مباشر لأجل أن يعيد التوازن الاقتصادي ، الذي اختل في ذلك العقد⁽³⁾ ، كما فعل المشرع العراقي في عقد الإيجار⁽⁴⁾ حيث نص بشكل مباشر على ما ينبغي من الالتزامات على كلا طرفي عقد الإيجار لكي يضمن عدم استغلال المستأجر من قبل المؤجر خاصة في العقارات التي تستخدم لأغراض السكن⁽⁵⁾.

وبعد أن استعرضنا الاتجاهين الرئيسيين في الفقه القانوني لأساس تشريع السلطة التقديرية للقاضي في إعادة التوازن لعقود الإذعان يبدو لنا أن الاتجاه الثاني – قواعد العدالة – هو الراجح حيث أن المشرع قد نص على ذلك سواء في القانون المدني العراقي أو المصري ، وكذلك في القانون الانكليزي بعد صدور القوانين التي شرعت لمعالجة اختلال توازن عقود الاستهلاك ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإن جميع الآراء الفقهية ، والتسببات القضائية التي دعت إلى تعديل عقود الإذعان - وغيرها من العقود التي اختل التوازن الاقتصادي فيها ولم تتساو فيها كفتا الميزان بين طرفي العقد - كان الدافع فيها من وراء الدعوة إلى معالجة هذه الإشكالية هو قواعد العدالة ، حيث أن من يدعو إلى التعديل إنما تكلم بذلك بدافع تحقيق العدالة بين طرفي العقد ، وحتى من تمسك بأن الأساس الفلسفي للمشرع في ذلك هو

(1) ومن المواد التي لم يصرح المشرع فيها بقواعد العدالة على الرغم من أنها هي الأساس الفلسفي الذي استند إليه في تشريعه : المادة (2/170) من القانون المدني العراقي التي منحت للقاضي سلطة تقديرية لتخفيض قيمة الشرط الجزائي ، والمادة (394) التي أعطت القاضي سلطة منح المدين المهلة القضائية (نظرة الميسرة) .
(2) ينظر : خليفة أبو داود والسعيد بوزيان ، دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد . مذكرة ماستر ، مقدمة لكلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة بوضياف – الجزائر ، 2018 ، ص 23 ، وكذلك علي مصبح صالح ، سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد ، رسالة ماجستير ، مقدمة لكلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط – الأردن ، 2011 م ، ص 54 .
(3) ينظر : عصمت عبد المجيد ، اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ودور القاضي في معالجته ، مصدر سابق ، ص 7 .
(4) كما في قانون إيجار العقار العراقي ، رقم (87) لسنة 1979 وتعديلاته .
(5) فقد نصت المادة 1/1 من القانون أعلاه على أنه (تسري أحكام هذا القانون على العقارات المبنية المؤجرة لأغراض السكنى للعراقيين الواقعة ضمن حدود أمانة بغداد والبلديات) .

نظرية السبب ، أو غيرها كما في بعض الآراء التي تمسكت بعيوب الرضا تارةً ، واخرى بالغلط أو الإكراه لأجل الوصول إلى المساواة والانصاف بين طرفي العقد ، وبناء على ما تقدم فإن قواعد العدالة هي الغاية التي يسعى لأجل الوصول إليها الفقه القانوني ومعه القضاء ، كما أن قواعد العدالة هي الأساس المنطقي والمقبول من قبل الأطراف كافة لسلطة القاضي في تعديل العقود ، وإعادة توازنها سواء وجد النص التشريعي أم لا .

المطلب الثاني

أثر قواعد العدالة في نظرية الظروف الطارئة

قد يحدث في العقود المستمرة التنفيذ أو العقود الفورية المؤجلة التنفيذ أن تتغير الظروف عند تنفيذ العقد عما كانت عليه عند إبرامه، وذلك بسبب طرؤ حادث استثنائي عام لم يؤخذ بالحسبان من قبل المتعاقدين الأمر الذي يُحدث اختلالاً في التوازن الاقتصادي بين التزامات طرفي العقد فيصبح أداء أحد الطرفين لالتزاماته مرهقاً ويهدده بخسارة فادحة ، وهذا يستدعي التدخل لتخفيف التزامات الطرف الذي أصبح أداءه مرهقاً أو الزيادة في التزامات الطرف الآخر، ولبيان ما تقدم ينبغي طرح بعض الأسئلة وهي : ما المقصود بالظروف التي عندما تطرأ يصبح الالتزام مرهقاً ؟ ومن هي الجهة التي لها الحق بالتدخل لتعديل العقد ؟ وعلى أي أساس يتم ذلك التدخل ؟ ولأجل الإجابة عن هذه الأسئلة ينبغي أن نقسم هذا المطلب على فرعين نبحت في الأول منها : التأصيل التشريعي لنظرية الظروف الطارئة ، ونبحت في الفرع الثاني : الأساس القانوني الذي بنيت عليه هذه النظرية .

الفرع الأول

التأصيل التشريعي لنظرية الظروف الطارئة

دأب القضاء في كثير من بلدان العالم ومنها بلدان القوانين محل المقارنة على تطبيق نظرية الظروف الطارئة قبل أن يتم النص عليها من قبل السلطة التشريعية، وذلك عن طريق البحث من قبل القضاء عن القاعدة القانونية التي ينبغي أن تطبق في حال اختلال توازن العقد عند تنفيذه ؛ من خلال استنباط الحكم المناسب من المصادر الأخرى للقانون وخاصة الاستنباط بالرجوع لقواعد العدالة ، وهذا ما قام به القضاء في مصر والعراق قبل تشريع قانونيهما المدنيين، ولكن الامر في القانون الانكليزي مختلف بعض الشيء في ظل تطبيق مبدأ القوة الملزمة للعقد ونظرية القوة القاهرة ، ثم بعدئذ تنبه المشرع - في كثير من البلدان ومنها بلدان القوانين محل المقارنة - إلى ضرورة تشريع نظرية الظروف الطارئة وبالإستناد إلى قواعد العدالة كأساس لهذه النظرية ، وسنبين في هذا الفرع موقف المشرع العراقي

والمصري والانكليزي من هذه النظرية ثم نشير إلى موقف التشريع والفقهاء الإسلاميين ؛ ولذا سنقسم هذا الفرع على فترتين:

أولاً : موقف القانون العراقي والقوانين محل المقارنة من النظرية :

أما موقف القانون العراقي : فإنه قبل صدور القانون المدني النافذ كانت تطبق في العراق مجلة الاحكام العدلية ، أسوة بباقي البلدان الخاضعة للدولة العثمانية ، ومجلة الاحكام عبارة عن تقنين للفقهاء الإسلامي وبالأخص الفقه الحنفي ، وقد وردت في هذه المجلة بعض القواعد الكلية⁽¹⁾، المشابهة إلى حد كبير لنظرية الظروف الطارئة . وبعد صدور القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 النافذ ، نص المشرع على نظرية الظروف الطارئة في المادة (146 / 2) (على أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الواسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفذ الالتزام التعاقدية ، وإن لم يصبح مستحيلاً ، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقصر الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك ، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك) .

والملاحظ من خلال النص أن المشرع العراقي بصدد إنشاء نظرية عامة في العقود بل في التصرفات القانونية عامة ، لأن نظرية الظروف الطارئة يمكن أن تمتد إلى نطاق أوسع من القانون المدني كما في القانون الإداري فضلاً عن القوانين التي تقع في دائرة القانون الخاص كالقانون التجاري وقانون العمل وغيرها فالنظرية تشمل العقود الادارية ، وعقود العمل والعقود التجارية ، لأن المشرع المدني العراقي قد وضع هذه النظرية ضمن الاحكام العامة للعقد⁽²⁾.

وكذلك يظهر أن المشرع قد اعتبر أحكام هذه النظرية من النظام العام⁽³⁾ لأنه نص على أن كل اتفاق على خلاف أحكام هذه النظرية يعتبر باطلاً وهذا ما ذكره في آخر نص الفقرة الثانية من المادة أعلاه .

كما أن المشرع العراقي في القانون المدني قد طبق هذه النظرية في مواد متعددة وهي (783، 784) في عقد الايجار والمادة (878) في عقد المقاوله وفي المادتين (1279، 1283) في حق الارتفاق⁽¹⁾ ، وهذا يظهر عموم هذه النظرية في العقود كافة سواء كانت مدنية أم تجارية أم إدارية .

(1) ومنها على سبيل المثال المادة (17) من مجلة الاحكام العدلية التي تنص على أن (المشقة تجلب التيسير) وهذا يعني : أن الصعوبة تصير سبباً للتسهيل ويلزم التوسيع في وقت المضايقة ويتفرع على هذا الأصل كثير من الأحكام الفقهية كالقرض والحوالة والحجر وغير ذلك وما جوزة الفقهاء من الرخص والتخفيفات مستنبط من هذه القاعدة ومن تطبيقات هذه القاعدة المادة 443 من مجلة الاحكام التي نصت على فسخ الإجارة عند طرو الأعداء ، ومنها أيضاً المادة 18 التي تنص على (أن الأمر إذا ضاق اتسع) يعني إذا ظهرت مشقة في أمر يوسع فيه ويرخص .

(2) ينظر : أحمد طلال عبد الحميد ، قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في مجال العقود الادارية – دراسة مقارنة - رسالة ماجستير مقدمه لكلية الحقوق ، جامعة النهدين ، 2012 ، ص 2 .

(3) ينظر : د. منذر الفضل ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصدر سابق ، ص 216 .

وأما في القانون المدني المصري : فإن التقنينات السابقة على القانون المدني النافذ لم تكن تأخذ بنظرية الظروف الطارئة ، إلا أن القضاء المصري آنذاك كان يأخذ بها في بعض الاحيان ، فقد أصدرت محكمة الاستئناف الوطنية في القاهرة حكماً بتاريخ 1931/ 4/9 يخص قضية تتعلق بتوريد كمية من الذرة بثمان معين ، وأقرت المحكمة في هذه القضية الأخذ بنظرية الظروف الطارئة (2)

وقد انقسم الفقه المصري في موقفه من تطبيق النظرية من قبل القضاء على رأيين ذهب الاول : إلى أن هذه النظرية تؤدي إلى عدم الثبات الاقتصادي وزعزعة العقود ، وأنه من غير المعقول التخلي عن القوة الملزمة للعقد جرياً وراء مصطلح غامض هو قواعد العدالة (3) .

وذهب الثاني : إلى تأييد الاخذ بالنظرية من قبل القضاء، بل دعا المشرع المصري إلى تقنينها في القانون المدني الجديد ، وعلل ذلك بأن النظرية تحقق العدالة ويمكن أن تؤسس على نظرية الضرورة (4) ، في الفقه الإسلامي (5)

ولكن محكمة النقض المصرية لم تؤيد الاخذ بنظرية الظروف الطارئة وقد جاء في بعض قراراتها المؤرخ في 14 / يناير / 1932 (إن القاضي الذي يحكم بفسخ الالتزام تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة يكون حكمه مخالفاً للقانون ، ومتعين النقض ؛ لأن المشرع وإن كان قد أخذ بهذه النظرية في بعض الحالات إلا أنه استبقى زمامها بيده يتدخل فيما شاء وقت الحاجة وبالقدر المناسب ولمصلحة المتعاقدين كليهما ، وليس للقضاء إلا أن يطبق القانون على ما هو عليه) (6) .

إلا أن المشرع المصري في القانون المدني النافذ اتجه إلى تبني نظرية الظروف الطارئة، فنص في المادة (147 / 2) على أنه (ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وإن لم يصبح مستحيلأ ، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي تبعاً للظروف ، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك) .

(1) ينظر : د. عصمت عبد المجيد بكر ، نظرية الظروف الطارئة ودور القاضي في تطبيقها ، مصدر سابق ، ص 14 .
(2) ينظر : د. عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 975
(3) ينظر : د. حامد زكي ، تعقيب على قرار محكمة استئناف القاهرة ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الثانية، ص 95 ، أشار إليه : د. عصمت عبد المجيد بكر ، نظرية الظروف الطارئة ودور القاضي في تطبيقها ، مصدر سابق ، ص 13 .
(4) تقدم بيان المقصود بنظرية الضرورة في الفقه الإسلامي في الفصل الأول من هذه الدراسة .
(5) ينظر : د. عبد الرزاق السنهوري ، وجوب تنقيح القانون المدني ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، العدد الاول، يناير ، 1936 ، ص 3 ، وكذلك : د. عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 976.
(6) نقض مدني في 14 يناير سنة 1932 مجموعة القواعد 1-52 أشار إليه : د. حمدي عبد الرحمن ، مصدر سابق ، ص 486 ، وكذلك : د. عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 976 هامش رقم 1

ومن خلال النص اعلاه يتبين أن ما جاء في القانون المدني العراقي هو محاكاة للنص المصري ، باستثناء بعض التعديلات في الصياغة اللفظية التي لا تمس جوهر النص بأي شكل من الأشكال ، ولا ضير في ذلك لأن القانون المدني المصري من مصادر القانون المدني العراقي، وبناءً عليه فإن كل ما ذكر من ملاحظات عن النص العراقي ينطبق على النص المصري .

وعلى أية حال فإن المشرع المصري اعترف في نهاية المطاف بنظرية الظروف الطارئة كقيود على القوة الملزمة في العقد ومنح القضاء سلطة تقديرية تخوله تعديل العقد لحماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية غير المتوازنة ، على أساس قواعد العدالة وهذا ما يظهر من المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني المصري (1) .

وأما موقف القانون الانكليزي : فإن القاعدة العامة في هذا القانون كانت التمييز بين نوعين من الالتزامات التي يتحملها الشخص فيما يتعلق بالتقليل أو الاعفاء منها : فإن الالتزامات التي يفرضها القانون على الشخص تُجوز هذه القاعدة الإعفاء منها في حالة طرو ظروف أو حوادث لم تكن متوقعة ، وأما الالتزامات التي يفرضها الشخص على نفسه عن طريق التعاقد مع الآخرين فلا يمكن أن تخفف عليه أو يعفى منها عند وقوع الحوادث الطارئة ؛ لأن المتعاقد إذا التزم بمحض إرادته فإنه بإمكانه أن يحتاط لأجل التخلص من تلك الالتزامات في حال حدوث الاحوال الطارئة فإذا أهمل في وضع الشروط التي تُحصنه من ذلك فلا يستطيع أن يحتج بعدم القدرة على الأداء (2) .

ثم بعد ذلك ظهرت نظرية الاستحالة (impossibility of performance) وتنص هذه النظرية على انفساخ العقد في حال هلاك محله هلاكاً مادياً بعد إبرامه (3) .

ثم أخذ القانون الانكليزي بشرط القوة القاهرة : وهو الشرط الذي نص عليه قانون العقد الانكليزي (the law of contract) والذي هو جزء من القانون العام (the common law) وهذا الشرط يلجأ إليه المتعاقدان لتخفيف الآثار التي تنتج عن الحدث الطارئ أو القوة القاهرة ، وهذا يتم عن طريق النص على هذا الشرط ضمن بنود العقد ، وأنه في حالة حدوث القوة القاهرة يتم اللجوء إلى التخفيف من التزامات المدين أو يتم التحلل من العقد إذا اقتضت الضرورة (4) .

(1) ينظر : الأعمال التحضيرية والمذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 48 .
(2) ينظر : عبد الوهاب علي سعيد الرومي ، الاستحالة وأثرها على الالتزام العقدي ، أطروحة دكتوراه ، مقدمة لكلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 1994 ، ص 80 .

(3) Leslie Kelleher، exclusion clauses in contract ، 1984 ، Manitoba law journal، p.135.

(4) atiyah.p.s. and Stephen a. smith. Atiyahs Introduction to the law of contract sixth edition clarendon press oxford ، 2005 ، p، 191 .

وعلى أية حال يبدو أن نظرية الظروف الطارئة كما هي عليه في القوانين المقارنة لم تكن معروفة في القانون الانكليزي ، ولذلك كثر الجدل في الفقه والقضاء عندما عرضت على المحاكم الانكليزية بعض القضايا التي تتضمن عقوداً اختل التوازن الاقتصادي فيها نتيجة لظرو بعض الحوادث الطارئة⁽¹⁾، ولكن القضاء الانكليزي استطاع أن يوجد ثغرة في شرط القوة القاهرة ويفترض قيام شرط ضمني ، وهو أنه في حال تبدل الظروف يمكن أن يُعدل الالتزام أو حتى يمكن أن يُفسخ العقد ، إذا أصبح التنفيذ متعزراً ، وأطلق على هذه الحالة ، مصطلح (frustration) تعذر التنفيذ وهي حالة قريبة من نظرية الظروف الطارئة⁽²⁾.

وبما أن القانون الانكليزي هو قانون السوابق القضائية ، وهي القرارات التي تصدر عن المحاكم العليا وتنقيد بها كما تنقيد بها المحاكم الأدنى درجة عندما ترفع أمامها قضايا متماثلة ، وفي هذا الشأن فإن السوابق التي تقضي بها المحاكم الانكليزية يمكن أن تتجه إلى الاخذ بنظرية الظروف الطارئة ترجيحاً لقواعد العدالة على قواعد القانون العام عند تعارضهما كما نص عليه قانون التقاضي الانكليزي ، بموجب المادة (25) ، وهذا ما أكده قانون المحكمة العليا في إنكلترا الصادر عام 1981 الذي أعيدت تسميته باسم قانون المحاكم الكبرى بموجب قانون الاصلاح الدستوري لعام 2005 (constitutional reform act 2005) والذي تضمن نصاً مشابهاً لما أورده قانون التقاضي الصادر عام 1873 مفاده أنه (عند الاختلاف بين قواعد العدالة والقانون العام تقدم قواعد العدالة)⁽³⁾.

ثانياً : موقف الفقه الإسلامي من نظرية الظروف الطارئة

الفقه الإسلامي يبتعد بطبعه عن وضع النظريات العامة ، والمتعارف عند فقهاء وضع الحلول للمسائل كل على حدة ، ثم أن الفقه القانوني مال إلى وضع نظرية عامة في مسألة الظروف الطارئة ؛ لكي يخفف من قيد القوة الملزمة في العقود المبتنية على مبدأ سلطان الإرادة .

ولأن مقتضيات العدالة هي السائدة في الفقه الإسلامي عند التعارض مع القوة الملزمة للعقد ، لذلك لم يكن في نظر الفقهاء المسلمين داعياً لأن يضعوا نظرية عامة للظروف الطارئة⁽⁴⁾.

(1) ينظر : د. حسب الرسول الفزاري ، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن ، مطبعة الجيزة ، الاسكندرية - مصر ، 1979 ، ص 20 .

(2) ينظر : د. عصمت عبد المجيد بكر ، نظرية الظروف الطارئة ودور القاضي في تطبيقها ، مصدر سابق ، ص 12 ، وكذلك : د. محمد الكشور ، نظرية القوة القاهرة ، ط1 ، الدار البيضاء - المغرب ، 1413 هـ - 1993 ، ص 143 .

(3) ينظر : الموقع الالكتروني (legislation . gov . uk) على الرابط الآتي <http://www.legislation.gov.uk/2005/4/content>

(4) ينظر : د. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، ج6 ، معهد الدراسات العربية العالية بجامعة الدول العربية ، القاهرة ، 1958 ، ص 96 وكذلك : د. عبد السلام الترماني ، نظرية الظروف الطارئة - دراسة

فضلا عن ذلك فإن الاصل في الفقه الإسلامي هو رفع العسر والحرج ؛ لأن نظرية الضرورة تمثل أصلاً أو أساساً يمكن أن تتفرع عليه مسائل مهمة ومنها مسألة الفسخ للعدر ومسألة وضع الجوائح وغيرها ، ولأن قاعدة رفع العسر والحرج من القواعد الحاكمة على أدلة الأحكام الأولية ، وهذا وحده كاف في تحقيق العدالة في ظل التشريع الإسلامي ، ولكن الفقهاء مع ذلك بحثوا مسألتين مهمتين يمكن أن يصطلح عليهما نظريتين وهما الفسخ للعدر ووضع الجوائح وهما يقتربان كثيراً من نظرية الظروف الطارئة بل يتطابقان معها وسنعرض لهما باختصار :

1- **نظرية الفسخ للعدر** : وهي عبارة عن فسخ عقد الايجار أو بعض عقود المدة كالمزارعة وغيرها ، لعدر من قبل المستأجر كما ذهب لهذا بعض الفقهاء ⁽¹⁾ أو لطرفي الإجارة سواء كان المؤجر أو المستأجر على رأي بعض آخر .

والعدر له صور متعددة كارتفاع الحاجة للمأجور وإفلاس المؤجر أو هلاك بضاعته أو حاجة المؤجر للعين المستأجرة وغير ذلك ، وقد أشارت مجلة الاحكام العدلية لذلك في المادة (443) ، وأخذ بهذه النظرية الفقه الحنفي ⁽²⁾ وبعض فقهاء الامامية ⁽³⁾ .

وما يميز الفقه الإسلامي عن فقه القانون الوضعي في هذه المسألة هو أخذ الأعدار الطارئة بنظر الاعتبار حتى في حال كونها أعدار شخصية بينما يشترط التشريع والفقه الوضعيين عمومية العذر أو الحدث الطارئ ، وما أخذ به الفقه الإسلامي أقرب إلى تحقيق العدالة لأن أخذ العذر أو الحدث الشخصي الطارئ مع أخذ مصلحة الطرف الآخر في العقد بنظر الاعتبار قدر الامكان يحقق العدالة والإنصاف ، بخلاف اشتراط عمومية الحدث الطارئ الذي يحقق العدل فقط وهو المساواة أمام القانون من دون الدخول بتفاصيل الأعدار والحوادث الشخصية .

2- نظرية وضع الجوائح :

فهي الاخرى نظرية تقترب من نظرية الظروف الطارئة ، لان الفقهاء في الفقه الإسلامي وخاصة الامامية ⁽¹⁾ والمالكية ⁽²⁾ والشافعية ⁽³⁾ والحنابلة ⁽⁴⁾ ، قد التزموا أنه في حال وقوع الجائحة وهي كل ما

تاريخية مقارنة في الشريعة الإسلامية و الشرائع الأوربية و التقنينات العربية – دار الفكر ، دمشق ، 1971 ، ص34

⁽¹⁾ ذهب الإمام أبو حنيفة الى أن العذر يثبت للمستأجر دون المؤجر وذهب أصحابه الى أن العذر يثبت لطرفي العقد سواء كان المؤجر أو المستأجر ، ينظر : علي بن محمد القمي ، جامع الخلاف والوفاق بين الامامية وبين أئمة العراق والحجاز ، ط1 ، بإصدار إسلام ، قم المقدسة ، ص353-354 .

⁽²⁾ ينظر : الشيخ محمد أمين بن عابدين ، مصدر سابق ، ج5 ، ص76 وكذلك : الشيخ ابو بكر بن مسعود الكاساني ، مصدر سابق ، ج4 ، ص197 .

⁽³⁾ ينظر: الشيخ الحسن بن يوسف بن المطهر ، تذكرة الفقهاء ، مصدر سابق ، ج10 ، ص388 ، وكذلك ايضاً : السيد هاشم معروف الحسني ، نظرية العقد في الفقه الجعفري ، دار التعارف للمطبوعات ، بيروت ، 1996 ، ص367 .

يجتاح الثمار والزروع من آفة سماوية كالبرد المفاجئ الشديد ، وهجوم الجراد ، والآفات الأخرى وبعض الفقهاء أضاف العنصر البشري ، إذا كان ليس بالإمكان رده ، كمرور الجيش الجرار في بستان أو زرع يُعرض الثمار والزروع – التي تم إبرام عقد بيعها قبل النضوج - للنقص أو التلف ، ففي كل الاحوال المتقدمة يكون الحكم عند هؤلاء الفقهاء إنفاص ثمن المبيع في حالة عدم التلف التام ، وإذا تعرضت الثمار وهي على رؤوس الأشجار لجائحة أدت إلى تلفها بالكامل يصار إلى التحلل من العقد وعدم جواز أخذ البائع شيئاً من الثمن ، واستدلوا على ذلك بعدة أدلة منها الآيات القرآنية كقوله تعالى (لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا) (5) وقوله تعالى (وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ) (6) وقوله تعالى (يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ) (7) واستدلوا أيضاً بالحديث المروي عن النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – أنه قال (إن بعث من أخيك ثمراً فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً بَمَ تأخذ مال أخيك بغير حق) (8) وبهذا يتبين أن الفقه الإسلامي يأخذ بنظرية الظروف الطارئة وإن لم يطلق عليها الاصطلاح نفسه ، بل إن هذا الفقه يمكنه في كل الموارد التي يحصل فيها اختلال في التوازن الاقتصادي في العلاقات التبادلية أن يطبق نظرية الضرورة التي تصلح كأساس لنظرية الظروف الطارئة وغيرها كما أشار لهذا من وجهة النظر القانونية الفقيه الفرنسي الكبير (لامبير) في المؤتمر الدولي للقانون المقارن الذي انعقد في مدينة لاهاي عام 1932 (9) .

ولذا فإن المشرع العراقي والمصري وغيرهما من المشرعين في البلاد العربية والإسلامية ، كان الأجدر بهم أن يرجعوا إلى الفقه الإسلامي ليأخذوا عنه أساس نظرية الظروف الطارئة وغيرها ، لكي يقيموا هذه النظرية وأمثالها على أساس نظرية الضرورة التي تحقق العدالة بين المتعاضين بل في كل العلاقات القانونية سواء كانت تبادلية أم غيرها .

الفرع الثاني

الأساس القانوني للنظرية

- (1) ينظر : الشيخ محمد بن الحسن الطوسي ، المبسوط في فقه الامامية ، مصدر سابق ، ص 256 .
- (2) ينظر : الامام مالك بن أنس ، المدونة الكبرى ، مصدر سابق ، ج 12 ، كتاب الجوائح ، ص 156 ، وكذلك: الشيخ محمد بن أحمد بن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ج 2 ، دار الفكر ، بيروت ، ص 37 .
- (3) ينظر : الإمام محمد بن إدريس الشافعي ، كتاب الأم ، مصدر سابق ، ج 3 ، ص 57 .
- (4) ينظر : عبد الله بن أحمد بن قدامه ، مصدر سابق ، ج 5 ، ص 418 .
- (5) سورة البقرة : الآية 286 .
- (6) سورة الحج : الآية 78 .
- (7) سورة البقرة : الآية 185 .
- (8) صحيح مسلم ، مصدر سابق ، كتاب المساقاة ، باب وضع الجوائح ، الحديث رقم (3004) ، ابن حبان ، صحيح ابن حبان ، ج 11 ، ط 2 ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، 1414 هـ - 1993 م ، ص 410 .
- (9) فقد قال الفقيه (لامبير) (نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي تعبر بصورة أكيدة وشاملة عن فكرة يوجد أساسها في القانون الدولي العام في نظرية الظروف المتغيرة ، وفي القضاء الإداري الفرنسي في نظرية الظروف الطارئة ، وفي القضاء الانكليزي فيما أدخله من المرونة على نظرية استحالة تنفيذ الالتزام تحت الظروف الاقتصادية التي نشأت بسبب الحرب ، وفي القضاء الدستوري الأمريكي في نظرية الحوادث المفاجئة) ينظر : د. عبد السلام الترماني ، نظرية الظروف الطارئة ، مصدر سابق ، ص 36 .

اختلف فقهاء القانون المدني في الأساس القانوني الذي يمكن أن تستند إليه نظرية الظروف الطارئة وتعددت الآراء ، وظهرت أسس مختلفة وسنعرض في هذا الفرع لأهم الأقوال أو الآراء التي تعتبر الأقرب إلى واقع النظرية من دون التعرض لبعض الأقوال التي نراها بعيدة جداً⁽¹⁾ خشية الإطالة ، والذي يبدو لنا أن أهم هذه الأقوال ما يأتي :

أولاً : نظرية التعسف في استعمال الحق

التعسف في استعمال الحق هو استعمال الإنسان حقه على وجه غير مشروع⁽²⁾ .

ويرى أغلب الفقهاء أن الأصل القانوني لنظرية التعسف هو المسؤولية التقصيرية ، لأن التعسف هو أحد صورتي الخطأ ، ولا داعي في نظرهم للبحث عن أساس آخر لهذه النظرية ، ولا يعني وضع المشرع لهذه النظرية في الباب التمهيدي في كثير من التشريعات الحديثة ، وعدم ذكرها في باب الالتزامات أن هنالك أصل قانوني لهذه النظرية يختلف عن المسؤولية التقصيرية⁽³⁾ ، وغاية ما يقال في هذا المقام هو التفريق بين الخطأ التعسفي والخطأ العادي ، حيث أن الخطأ العادي هو الخروج عن الحدود الخارجية للحق ، والخطأ التعسفي هو خروج عن الحدود الداخلية للحق ، فهو ليس تجاوزاً للحدود الموضوعية ، بل هو تجاوز للوظيفة الاجتماعية للحق عن طريق التعسف في استعماله⁽⁴⁾ .

وبناءً على ما تقدم فإن صاحب الحق يجب عليه أن يسعى إلى تحقيق المصلحة التي أرادها المشرع ، وفي حال وقوع ظروف طارئة أدت إلى أن يصبح تنفيذ التزام المدين مرهقاً ، ففي هذه الحالة يكون الدائن متعسفاً عند استعماله لحقه وهو المطالبة بتنفيذ الالتزام⁽⁵⁾ وقد أُجيب بأن هذه النظرية لا تصلح أساساً لنظرية الظروف الطارئة لأن الدائن لا يد له في ما حدث بخلاف نظرية التعسف التي يكون الضرر فيها ناتج عن فعل صاحب الحق ، فضلاً عن أن نظرية التعسف يكون فيها صاحب الحق المتعسف فيه قاصداً

(1) ومن هذه الأقوال محاولة بناء النظرية على أساس الغبن وبعضها حاول ارجاعها الى فكرة الاثراء بلا سبب، وبعض آخر ارجعها الى فكرة السبب في العقد ، وبعضهم ذهب الى أن اساسها هو التشريع بمعنى إرجاع أصلها الى النص القانوني الذي أقرها ، وأرجعت أيضاً الى الشرط الضمني بين المتعاقدين . ينظر : د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج1 ، مصدر سابق ، ص709 ، وكذلك: سعيد السيد علي ، نظرية الظروف الطارئة في العقود الادارية والشريعة الإسلامية ، دار أبو المجد للطباعة ، القاهرة ، 2005 ، ص247 ، وكذلك : د. حسب الرسول الفزاري ، مصدر سابق ، ص528 .

(2) ينظر : د. أحمد فهمي أبو سنة ، النظرية العامة للضرورة في الشريعة الإسلامية ، مطبعة دار التأليف ، القاهرة ، 1967 ، ص100 ،

(3) ينظر : د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج1 ، مصدر سابق ، ص955 .

(4) ينظر : د. عبد المنعم فرج الصدة ، أصول القانون ، مطبعة الباني الحلبي وأولاده ، القاهرة ، 1971 ، ص561 .

(5) ينظر : د. عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، مصدر سابق ، ج2 ، ص973 .

إضرار الغير أو تكون المصلحة التي يحصل عليها من جراء استعماله لحقه غير متناسبة مع ما يصيب الغير من ضرر وهذا غير موجود في نظرية الظروف الطارئة⁽¹⁾.

ثانياً: قواعد العدالة

ذهب جانب كبير من الفقه القانوني إلى أن قواعد العدالة هي الأساس لنظرية الظروف الطارئة ، مستدلين على ذلك بأن قواعد العدالة فضلاً عن كونها مصدراً مهماً من مصادر القانون ، فهي ذات جانب أخلاقي وهذا الجانب يسمو على الإرادة التي أنشأت العقد ، وإن هذا الجانب يدعو باستمرار إلى المساواة والإنصاف ، وهذه الفكرة هي الهدف الأسمى للقانون وكذلك للشريعة الإسلامية⁽²⁾.

ويبدو لنا : أن قواعد العدالة هي الأساس القانوني الأصح من بين كل ما قيل في هذا الشأن ، لأن قواعد العدالة هي التي تعيد التوازن للالتزامات المتعاقدين ، وتقوم بتوزيع عبء المخاطر والحوادث الطارئة بين أطراف العقد ، وهذا الأمر يتناسب مع المنطق القانوني ويستند إلى العقل الإنساني العملي السليم .

ثم إن قواعد العدالة توفر للقاضي الذي يُرفع أمامه النزاع فرص متعددة للحل المناسب والأمثل في حال عدم وجود القاعدة القانونية التي يمكن أن تطبق لحل النزاع ، وكذلك لتفسير النصوص القانونية في حال غموضها أو إجمالها ، و تفسير بنود العقد إذا كانت غير واضحة ، فضلاً عن أنها تمهد لمشاركة القاضي في إنشاء النص القانوني المناسب في حال حصول الفراغ القانوني .

(1) ينظر : د. حسب الرسول الفزاري ، مصدر سابق ، ص 526 .

(2) ينظر : د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص 302، ود. مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد، ج1، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، القاهرة، 2007 ص11، د. عبد السلام الترماني، نظرية الظروف الطارئة ، مصدر سابق ، ص 31 ؛ د. مصطفى أحمد الزرقا ، شرح القانون المدني السوري ، مصدر سابق ، ص 347 .

الفصل الثالث

دور قواعد العدالة في أحكام القضاء

الفصل الثالث

دور قواعد العدالة في أحكام القضاء

الأحكام القضائية هي الوسيلة التي يطبق من خلالها القانون لأجل الوصول الى الغاية وهي إقامة العدل أو تحقيق العدالة ، وحتى يتم التوصل الى تطبيق القانون لابد ان يكون موجوداً: إما تشريعاً أو عرفاً عاماً أو خاصاً، أو مبادئ شرعية متفق عليها فاذا خلا النزاع الذي تم عرضه على القضاء من ذلك ، فعلى القاضي أن يسلك طريقاً آخر لأجل الوصول الى حسم النزاع وإقامة العدالة ، وفي كلتا الحالتين وهما وجود القاعدة القانونية وعدمها لابد أن يرجع القاضي لقواعد العدالة أما في حالة وجود النص فلا بد أن يباشر القاضي في تفسيره قبل ان يقوم بتطبيقه على النزاع المعروض بين يديه ، فيما اذا كان النص مجملاً أو عاماً أو غير واضح ، وأما اذا خلا مورد النزاع من وجود النص أو القاعدة القانونية مطلقاً وتحقق الفراغ القانوني فلا بد من الرجوع الى قواعد العدالة و الاجتهاد بموجبها لإيجاد الحل المناسب للنزاع ، واذا أصدر القضاء حكماً على أساس قواعد العدالة ، فان سؤالاً مهماً لابد من طرحه وهو، هل يعتبر ذلك الحكم قاعدة قانونية عامة مجردة ، أو هو حل خاص بذلك النزاع فقط ، ولا يجب تطبيقه على نزاع آخر حتى لو كان مُماثلاً للأول ؟ ولذا ينبغي أن نقسم هذا الفصل على ثلاثة مباحث نبحت في الاول منها : أثر قواعد العدالة في الاجتهاد القضائي ، وفي الثاني : نبحت أثر قواعد العدالة في التفسير القضائي ، ونخصص الثالث : لبحث أثر قواعد العدالة في إنشاء القاعدة القانونية العامة من قبل القضاء.

المبحث الاول

أثر قواعد العدالة في الاجتهاد القضائي

عندما يتصدى القاضي لحسم الدعوى المعروضة أمامه فإنه ، إما أن يجد النص القانوني الواضح الذي يستطيع أن يطبقه مباشرة لحسم النزاع من غير حاجة الى الاجتهاد ، وإما أن لا يجد النص المناسب الذي يمكن أن يطبق بشكل مباشر ، وفي هذه الحالة فان الامر لا يخلو من احتمالين إما أن لا يجد النص مطلقاً الذي يمكن أن يطبقه على النزاع ؛ وذلك لان التشريع الوضعي من صنع البشر ومهما كان الواضع لذلك التشريع ملماً باحتمال الوقائع فلا بد ان يكون فكره محدوداً ؛ ولذا يدخل النقص أو الفراغ الحقيقي على ذلك التشريع ، وكذلك فان القواعد العرفية لا يمكن أن تغطي كل الاحتمالات ، ومبادئ الشريعة المتفق عليها محدودة أيضاً ، وهنا لابد من الرجوع الى قواعد العدالة ، واستتباط الحكم المناسب

بواسطتها، وأما أن تكون القاعدة القانونية موجودة ، ولكنها لا يمكن أن تُطبق على النزاع المعروض أمام القضاء؛ لأنها لا تحقق العدالة من وجهة نظر القاضي ؛ لأن النص عام أو مجمل أو أن فلسفة القانون والسياسية التشريعية قد تغيرت في بلد القاضي ، فهل يمكن له أن يجتهد بالرجوع الى قواعد العدالة ؛ لأجل الوصول الى الحل المناسب ؟ بدعوى تحقق الفراغ القانوني وهو ما يصطلح عليه بالفراغ (الوهمي)⁽¹⁾ أو (النقص الفني) ⁽²⁾ ، أو المفترض الذي يكون الغرض منه غض النظر عن القاعدة القانونية التي لا تحقق العدالة ؛ ولذا ينبغي أن نُقسم هذا المبحث على مطلبين نبحت في أولهما : أثر قواعد العدالة في الاجتهاد القضائي في حال الفراغ القانوني الحقيقي ، ونبحت في ثانيهما : أثر قواعد العدالة في الاجتهاد القضائي في حال الفراغ القانوني المفترض أو (الاجتهاد في مورد النص) .

المطلب الاول

أثر قواعد العدالة في حالة الفراغ القانوني الحقيقي

لأجل التوصل الى معرفة أثر قواعد العدالة في الاجتهاد القضائي في حال الفراغ القانوني الحقيقي لا بد أن نبين في بادئ الامر المقصود بالفراغ القانوني ثم نبين المقصود بالاجتهاد القضائي ، وبعدئذ نبحت دور قواعد العدالة في سد الفراغ القانوني ، ولذا سنقسم هذا المطلب على فرعين نبحت في أولهما الاطار النظري للفراغ القانوني والاجتهاد القضائي ، وفي ثانيهما نبحت دور قواعد العدالة في سد الفراغ القانوني الحقيقي .

الفرع الاول

معنى الفراغ القانوني والاجتهاد القضائي

لكي نتوصل الى بيان دور قواعد العدالة في الاجتهاد القضائي وسد الفراغ في القانون ، لا بد أن نتعرض لبيان المعنى المقصود بالفراغ القانوني وكذلك بالاجتهاد القضائي لغة واصطلاحاً وعليه سنقسم هذا الفرع على فقرتين نبحت في أولهما الإطار النظري للفراغ القانوني وفي الثانية الإطار النظري للاجتهاد القضائي

(1) ينظر : محمد أحمد رمضان ، مصدر سابق ، ص55 و كذلك ، علي عبد الله عفریت ، مصدر سابق ، ص33 .
(2) ينظر : د. سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة للقانون ، مصدر سابق ، ص486 .

أولاً : معنى الفراغ القانوني

حتى نبين معنى الفراغ القانوني ينبغي ان نعرفه أولاً ثم نعرف منطقة الفراغ في الفقه الاسلامي ثانياً، وكما يأتي:

1- تعريف الفراغ القانوني

لم يعرف المشرع المدني في القوانين المقارنة الفراغ القانوني بل لم يذكر هذا المصطلح في متون القوانين ، وإنما أشار إليه ضمن السياق عندما ذكر مصادر القانون ثم أشار الى أن القاضي عندما لا يجد من بين مصادر القانون الأصلية والاحتياطية ، قاعدة قانونية تنطبق على النزاع المعروض بين يديه ، يجب أن يرجع الى قواعد العدالة ، أو القانون الطبيعي فهو بهذا قد بين أن المصادر الأخرى في هذه الحالة تكون خالية من القاعدة المناسبة ، وهو ما أصطلح عليه فقهاء القانون بالفراغ القانوني ، وهو بدوره يختلف بعض الشيء عن الفراغ التشريعي الذي يعني خلو التشريع (النص المكتوب) من القاعدة المناسبة التي يمكن أن تنطبق على النزاع (1) .

وقد يقال النقص في التشريع ويقصد به الفراغ الجزئي أو الغموض والاضطراب (2) ، وعلى أية حال فقد وضع فقهاء القانون تعريفات كثيرة للفراغ إلا انها ركزت على الفراغ التشريعي ، ولم نجد بحدود اطلاعنا تعريفاً للفراغ القانوني إلا في موردين فقط ، نعم وردت تعاريف متعددة للفراغ التشريعي وسنعرض لبعضها تباعاً :

فمنها ما عرفته بأنه (الحالة التي لا يجد القاضي في نصوص القانون - المكتوب - قاعدة ليطبقها على النزاع المعروض أمامه) (3) ، وهذا التعريف كما هو واضح ينطبق على الفراغ التشريعي وليس على الفراغ القانوني .

وعرف أيضاً بأنه (إغفال لفظ في النص التشريعي بحيث لا يستقيم الحكم بدونه) (4) .

(1) ينظر : عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ، ص 438 .
(2) ينظر : د. محمد علي عرفة ، مبادئ العلوم القانونية ، مكتبة عبد الله وهبة ، بدون مكان نشر ، 1942 ، ص 170 ، وينظر : د. سمير تناغو ، النظرية العامة للقانون ، مصدر سابق ، ص 484 .
(3) د. عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ، ص 537 .
(4) عبد القادر الشخيلي ، مصدر سابق ، ص 41 .

وعرف كذلك بأنه (عدم احتواء التشريع مطلقاً على نص يعالج النزاع المعروض أمام القاضي أو أنه يحتوي على هذا النص بيد أنه تنقصه الاحكام التفصيلية اللازمة لحل كل ذلك النزاع)⁽¹⁾ .

وعلى هذا المنوال أغلب التعاريف التي وقفنا عليها⁽²⁾ وهي تطلق على الفراغ في القانون تارة الفراغ في التشريع وأخرى النقص في التشريع ، وإن قيل أن قصد هؤلاء الفقهاء و الباحثين ليس الفراغ في القانون ؛ لأن الفراغ في القانون غير حاصل على اعتبار أن قواعد العدالة و المبادئ القانونية العامة هي بالتالي من القانون ، فالفراغ أو النقص يدخل على التشريع ، فقط وليس على القانون بأكمله ، فلنا إن هذا الكلام لا يصح إلا بناءً على الالتزام بنظرية كمال القانون⁽³⁾ ، وهذه النظرية قد هجرت ولم يبق من يلتزم بها من فقهاء القانون، وحتى المشرع المدني في القوانين المقارنة يعترف بحصول الفراغ في القانون وفي التشريع من باب أولى لأنه عندما يحيل القاضي الى قواعد العدالة عندما لا يجد نصاً أو قاعدة قانونية يمكن أن تنطبق على النزاع ، فهذا اعتراف من المشرع بحصول الفراغ في القانون وعليه فإن القاضي لا بد من أن يجتهد لحل ذلك النزاع بناءً على قواعد العدالة .

وعلى أية حال فان بعض التعاريف ذكرت الفراغ في القانون بشكل عام ومنها ما ذكره بعض الفقهاء الألمان بانه (يوجد الفراغ في القانون عندما يُفقد الحكم القانوني ، بحيث ان النظام القانوني بمجموعه ، بضمنه النظم القانونية الفوقية السامية ، والافكار القانونية المستمدة من طبيعة الامور التي تقتضي وجود مثل هذا الحكم الشرعي القانوني-لا تتضمنه-)⁽⁴⁾

(1) محمد أحمد رمضان ، مصدر سابق ، ص 54 .

(2) ينظر: د. عصمت عبد المجيد ، أصول تفسير القانون ، ط 1 ، الناشر صباح صادق جعفر ، بغداد ، 2004 ، ص 97 ، وكذلك : د. عباس الصراف ، و د. جورج حزبون ، المدخل الى علم القانون ، الجامعة الاردنية ، عمان ، 1985 ، ص 70 ، وكذلك: د. وائل حسن عبد الشافي ، مشكلة النقص في القانون بين المذاهب الفلسفية والشرائع القانونية - دراسة مقارنة - المكتب الجامعي الحديث ، الاسكندرية ، 2009 ، ص 348، وغيرها

(3) ونظرية كمال القانون : هي نظرية مؤداها أن القانون يعتبر كاملاً ، وليس لاحد اتهامه بالنقص ، وظهرت هذه النظرية في ألمانيا كأثر لفلسفة هيغل التي تأثر بها الفقه القانوني ، وهذه النظرية لا تعترف بالنقص في القانون مطلقاً لا من ناحية نقص النصوص ولا من جهة غموضها أو تعارضها ، ينظر : هيغل مبادئ فلسفة الحق ، ترجمة تيسير شيخ الارض ، منشورات وزارة الثقافة ، بغداد ، 1974 ، ص 247 ، وكذلك : د. سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة للقانون ، مصدر سابق ، ص 484 ، و كذلك : فارس حامد عبد الكريم ، القصور التشريعي ، بحث في فلسفة القانون ، منشور على موقع مؤسسة النور ، متاح على الرابط www.alnoor.se.com تاريخ آخر زيارة 2021/7/26 .

(4) كارناريز ، سد الفراغ في القانون وموقف النظام القانوني الالمانى منه ، بحث مقدم الى المركز القومي لبحوث المنطقة في بروكسل ، ترجمة ، د. عبد الرسول الجصاني ، مجلة القضاء ، العدد (1) ، سنة (28) ، مطبعة العاني بغداد ، 1973 ، ص 79 .

وعرف الفراغ القانوني أيضاً بأنه (الفراغ في القانون أو سكوت القانون هو عدم ورود حكم فيه يتناول النزاع المعروض أمام القاضي) (1)

وهذان التعريفان وإن أشارا الى الفراغ القانوني بشكل عام ولم يقتصر على الفراغ أو النقص في التشريع فقط كأغلب التعاريف التي تناولت الفراغ ، ولكنهما مع ذلك وردا مجملين.

ولذا يمكن أن نعرف الفراغ القانوني بأنه : حالة عدم وجدان القاضي لنص تشريعي أو قاعدة قانونية من مصادر القانون الاحتياطية تنطبق على النزاع المعروض أمامه ، أو وجدانه للنص التشريعي ولكنه مشوب بنقص أو عيب ما ، أو أنه لا يحقق العدالة لتغير فلسفة القانون وأيدلوجيته في البلد الذي يمارس فيه القاضي وظيفته .

ومن خلال هذا التعريف نكون قد جمعنا كل حالات الفراغ في القانون وليس الفراغ في التشريع فقط ، وكذلك شمول الفراغ للنص الذي تكتفه بعض العيوب كعدم الوضوح أو بعض عيوب الصياغة ، بل إنه شمل حتى حالة الفراغ الوهمي أو المفترض التي يُدعَا تحقق الفراغ فيها من قبل القاضي لان القاعدة القانونية التي وجدها لا تحقق العدالة بسبب العمومية والإجمال أو تغير الفلسفة القانونية والأيدلوجية السياسية في بلده .

2- تعريف منطقة الفراغ في الفقه الاسلامي

منطقة الفراغ في الشريعة الإسلامية أو الفقه الإسلامي وقد اصطلح عليها أيضا بـ(منطقة العفو) و (ما خلا من التشريع الملزم) و(المصالح المرسله) و (الاستصلاح) الا أن مصطلح منطقة الفراغ هو الأشهر (2) .

ومضمون منطقة الفراغ في الفقه الاسلامي أو في الشريعة الاسلامية لم يكن وليد عصر معين من عصور الفقه الاسلامي ، بل إن الكلام عن مضمون هذا المصطلح من حيث التنظير والتطبيق مستمر في كل الطبقات حتى أن بعض الباحثين قد أوصل امتداد هذا الأمر الى زمان النبي (صلى الله عليه وآله

(1) ضياء شيت خطاب ، فن القضاء ، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم ، معهد البحوث والدراسات العربية ، بغداد ، 1984 ، ص70 .

(2) ينظر: جواد أحمد كاظم البهادلي ، الثابت والمتغير في الشريعة الإسلامية ، رسالة ماجستير مقدمة لكلية الفقه ، جامعة الكوفة ، 2007 ، ص157 .

وسلم⁽¹⁾ ، وحتى السيد الشهيد محمد باقر الصدر ، الذي يعتبر الرائد الاول في صياغة نظرية الفراغ التشريعي ، قد مثل لمنطقة الفراغ ببعض ما ورد عن النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) أنه نهى عن منع فضل الماء والكأ ، كما تقدمت الاشارة لذلك انفاً⁽²⁾ .

وعلى أيه حال فقد تصدى عدد من الفقهاء لتعريف منطقة الفراغ في الفقه الاسلامي ، ووضعوا في هذا المجال تعاريف كثيرة وسنختار من هذه التعاريف عدداً يمثل التوجهات التنظيرية لواضعي تلك التعاريف فقد عرفت منطقه الفراغ بأنها (هي المساحة التي لم تملأ من قبل الشريعة ابتداءً بأحكام ثابتة)⁽³⁾ .

ويظهر من هذا التعريف بأنه يميل الى أن منطقة الفراغ تنبئ عن أن التشريع الاسلامي قد ترك ابتداءً عدداً من الموضوعات والأفعال لم يضع لها أحكاماً لحكمة ما، وترك وضع هذه الاحكام لولي الامر سواء كان النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أم الامام - عليه السلام - أو الفقيه الجامع للشرائط .

وعرفت أيضاً بانها (هي الرقعة الخالية من النصوص التشريعية في الكتاب أو السنة وهي منطقه المباحات الاصلية وهي عنصر ثالث في الإسلام هو العنصر المتحرك غير الثابت في الشريعة الاسلامية)⁽⁴⁾ .

ويظهر من هذا التعريف أن منطقة الفراغ تمثل بحسب هذا الرأي المباحات الاصلية في الشريعة حيث أن الإباحة من جهة هي حكم من الاحكام التكاليفية الخمسة في نظر الاصوليين⁽⁵⁾ ، وهي الوقت نفسه تمثل منطقة فراغ حيث أن الافعال التي تقع في دائرة الإباحة لا يشملها حكم يتعلق بتحديد ذلك الفعل هل هو محرم أو مكروه ، أو واجب أو مندوب وبتعبير آخر هل هو محبوب للمشرع أو مبعوض ، ومن هذا يظهر أن أمر هذه الافعال الواقعة ضمن دائرة الاباحة متروك تقديره لولي الامر وبحسب مصلحة المجتمع الاسلامي من حيث الزمان والمكان .

(1) ينظر : صادق جعفر الروازق ، منطقة الفراغ معالجات في الشريعة والقانون ، 2013 م ، منشور على موقع الحوار المتمدن على الشبكة المعلوماتية الالكترونية متاح على الرابط : <http://www.ahewar.org> تاريخ آخر زيارة 2021/7/30 .

(2) تقدمت الاشارة لتخريج هذا الحديث في الفصل الثاني من هذه الدراسة .

(3) السيد محمد باقر الصدر : اقتصادنا ، مصدر سابق ، ص382 .

(4) الشيخ محمد إسحاق فياض ، الانموذج في منهج الحكومة الاسلامية ، ط1 ، مكتب الشيخ الفياض ، قم المقدسة ، إيران ، 1426 هـ ، ص31 .

(5) ينظر : السيد محمد تقي الحكيم ، مصدر سابق ، ص61 ، وكذلك : د. مصطفى إبراهيم الزلمي ، أصول الفقه في نسيجه الجديد ، مصدر سابق ، ص211 .

وعرفت أيضاً بأنها (المساحة من الأمور والقضايا التي تركت الشريعة الإسلامية حق التشريع فيها لولي الامر ، أو السلطة التشريعية العامة بالتحويل أو بالإشراف من قبل ولي الامر ؛ لكي يصدر فيها الحكم المناسب للظروف المتطورة بالشكل الذي يضمن الأهداف العامة للشريعة الإسلامية)⁽¹⁾ ويظهر من هذا التعريف وما ورد على شاكلته⁽²⁾ بان منطقة الفراغ هي أشمل وأعم من كون الافعال التي تقع في دائرتها قد وضعت الشريعة لها أحكاماً ابتداءً ام لم تضع ، والامر في هذا متروك لولي الامر أو من يخوله ليضع الحكم المناسب بحسب المصلحة العامة .

والذي يبدو لنا : أن التعريف الثاني هو الأرجح لأن التعريف الأول والثالث ، يلزم منهما التشريع المحرم ، لأن ولي الأمر ما عدا النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) والإمام (عليه السلام) أعني بذلك الفقيه الجامع للشرائط أو ولي الأمر بمعنى مطلق الحاكم (خليفة أو ملك أو سلطان أو رئيس) على رأي المذاهب الإسلامية الأخرى ما عدى مذهب الإمامية - لم يجعل الله لهم حق التشريع ، بالعنوان الاولي ومن المعلوم فان التشريع من قبل أي أحد محرم في الشريعة الإسلامية لان المشرع هو الله تعالى والمبلغ لهذه التشريعات هو النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) والائمة الاثني عشر (عليهم السلام) من بعده ؛ ولذا فان المناسب في موضوع منطقة الفراغ إن يقال إن أفعال المكلفين التي تقع في دائرة منطقة الفراغ حكمها الاولي هو الاباحة وحكمها الثانوي⁽³⁾ يوضع من قبل ولي الأمر بحكم ولايته وحاكميته على الأمة حسب المصلحة وقد يتغير هذا الحكم ؛ لتغير الظروف وتبدل المصلحة بحسب الزمان والمكان ، فيما إذا تم ملء الفراغ التشريعي بأحكام صدرت من الفقهاء أو القضاة أو الحكام عموماً ، أما اذا صدر الحكم من النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أو من أحد أئمة أهل البيت - عليهم السلام - بحكم ولايتهم وحاكمتهم ، فإنه لا يمكن ان يتغير بحال من الأحوال ، لأن حلال محمد حلال أبدا الى يوم القيامة وحرامه حرام أبدا الى يوم القيامة⁽⁴⁾ .

(1) علي أكبر حائري ، منطقة الفراغ في التشريع الإسلامي ، 1417 هـ ، بحث منشور على موقع ايران والعرب على الشبكة المعلوماتية متاح على الرابط : [http:// www.iran arab .com](http://www.iran-arab.com) تاريخ آخر زيارة 2021/ 7/30.

(2) ينظر: الشيخ محمد مهدي شمس الدين ، الاجتهاد والتجديد في الفقه الإسلامي ، ط1 المؤسسة الدولية لدراسات والنشر ، بيروت - لبنان 1419 هـ ، ص150 .

(3) تقدمت الإشارة الى المقصود بالحكم الاولي والحكم الثانوي في الفصل الثاني من هذه الدراسة .

(4) ينظر : الكافي ، مصدر سابق ، ج1، ص58 .

ثانياً: معنى الاجتهاد القضائي

يعتبر الاجتهاد القضائي من الحلول المهمة لسد الفراغ في القانون وبخاصة القصور التشريعي ، ويعتبر الاجتهاد القضائي الأداة الفاعلة التي يستطيع القاضي من خلالها تحقيق العدالة في حال سكوت مصادر القانون الأخرى عن الإفصاح بالحل المناسب لحسم النزاع المعروض على القضاء .

ولكي نتوصل الى تعريف الاجتهاد القضائي لابد ان نعرف مصطلح الاجتهاد ومصطلح القضاء في الاصطلاحين الشرعي والقانوني ، ثم نستنتج تعريف الاجتهاد القضائي منهما ، فنقول : لم يعرف المشرع في القوانين المقارنة الاجتهاد القضائي ، ولا الاجتهاد مطلقاً على الرغم من أنه ذكره في بعض المواد القانونية ، كما فعل المشرع المدني العراقي اذ نص في المادة الثانية على أنه (لا مسأخ للاجتهاد في مورد النص) إلا أن المشرع العراقي سكت عن بيان المقصود بالاجتهاد وكذلك فعل المشرع المصري وأيضاً المشرع الإنكليزي لم يعرفوا المقصود بالاجتهاد القضائي بحسب اطلعنا ، ويبدو أن المشرع قد ترك أمر التعريف للفقهاء ، فأما في الاصطلاح الفقهي فلم نقف على تعريف للاجتهاد في الاصطلاح القانوني ، وفي الفقه الإسلامي عُرف بتعريفات كثيرة لا داعي لاستقصائها وسنكتفي في ذكر بعض هذه التعاريف ، فمنها ما عرف الاجتهاد بأنه (استفراغ الوسع في النظر فيما لا يلحقه فيه لوم ، مع استفراغ الوسع فيه) (1) .

وعرف كذلك بأنه (استفراغ الفقيه الوسع ليحصل له ظن بحكم شرعي وبذل المجهود في طلب المقصود ، من هذا الاستدلال) (2) وعرف أيضاً بأنه (ملكة استنباط الأحكام عن أدلتها التفصيلية ، أو العلم بالحكم عن دليله التفصيلي) (3) وعرف أيضاً بأنه (ملكة استنباط الأحكام الفرعية من أدلتها الشرعية التفصيلية) (4) .

(1) محمد بن عمر فخر الدين الرازي ، المحصول في علم الاصول ، ج4 ، ط2 ، المكتبة العصرية ، بيروت لبنان ، 1420 هـ - 1999م ، ص363 .

(2) الشريف الجرجاني ، التعريفات ، ط1 ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع بيروت - لبنان ، 2006 ، ص12 .

(3) السيد أبو القاسم الخوئي ، الهداية في الأصول ، ج4 ، ط1 ، تقرير الشيخ حسن الصافي ، مؤسسة صاحب الأمر (عج) ، قم المقدسة ، 1418 هـ ، ص365-366 .

(4) الشيخ محمد حسين كاشف الغطاء ، تحرير المجلة ، ج4 ، المطبعة الحيدرية ، النجف الأشرف ، 1362 هـ ، ص182 .

وأما القضاء فإنه عرف بتعاريف كثيرة نذكر منها : ما عرف به في الاصطلاح القانوني بأنه (تطبيق الاحكام القانونية على الأفضية التي ترفع الى المحاكم)⁽¹⁾.

وعرف أيضاً بأنه (مجموعة المبادئ القانونية التي تستخلص من أحكام المحاكم فيما طرح عليها من منازعات)⁽²⁾.

وعرف في الفقه الإسلامي بأنه (الفعل الذي يقوم به القاضي وهو فصل الخصومات)⁽³⁾.

وعرف أيضاً بأنه (فصل الخصومة بين المتخاصمين والحكم بثبوت دعوى المدعي أو نفي حق له على المدعي عليه)⁽⁴⁾.

وبعد أن عرضنا بعض تعاريف الاجتهاد وبعض تعاريف القضاء في الاصطلاحين الشرعي والقانوني ، ينبغي ان نذكر بعض التعاريف التي عرفت الاجتهاد القضائي استنتاجاً من تعريف مصطلحي الاجتهاد والقضاء حيث عُرف بأنه (استفراغ القاضي وسعه في درك الاحكام الشرعية وتنزيلها على الواقع تنزيلاً محكماً الى الفصل بين المتنازعين وصيانة الحقوق العامة)⁽⁵⁾.

عرف أيضاً بأنه (استفراغ القاضي جهده في إصدار الحكم الشرعي على القضية المعروضة أمامه وذلك عند عدم وجود النص الذي يستند اليه ، فيستدل بأحد الأدلة الاجتهادية الأخرى)⁽⁶⁾.

وعرف كذلك بأنه (بذل قاضي محكمة الموضوع وسعه لإصدار الحكم القضائي في الدعوى المنظورة من قبله عند فقدان النص أو غموضه)⁽⁷⁾.

والذي يبدو لنا : في بيان معنى الاجتهاد القضائي ، هو ان هذا المصطلح يطلق على معنيين : الاول ، يقصد به الطريقة أو الوسيلة التي يستطيع القاضي من خلالها التوصل للحل المناسب للنزاع المعروض أمامه ، ولا يجد في المصادر القانونية الأصلية والاحتياطية قاعدة تنطبق على ذلك النزاع .

(1) د. عبد الرزاق السنهوري ، ود. أحمد حشمت ، مصدر سابق ، ص 106 .

(2) د. شمس الدين الوكيل ، الموجز في المدخل لدراسة القانون ، ط 1 ، منشأة المعارف ، الاسكندرية - مصر 1965 ، ص 125 .

(3) أبو بكر الكاساني ، بدائع الصنائع ، مصدر سابق ، ج 1 ، ص 3 .

(4) السيد أبو القاسم الخوني ، مباني تكملة المنهاج ، ج 1 ، مصدر سابق ، ص 3 .

(5) قطب الريسوني ، الاجتهاد القضائي المعاصر - ضرورته ووسائل النهوض به ، ط 1 ، دار ابن حزم ، بيروت - لبنان ، 2007 ، ص 11 .

(6) د. محفوظ بن صغير ، اجتهاد القاضي في العصر الحديث ، بحث منشور في مجلة الدراسات والبحوث القانونية ، العدد السادس ، جامعة محمد بو ضياف ، الجزائر ، ص 91 .

(7) عباس قاسم مهدي ، الاجتهاد القضائي ، ط 1 ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، 2015 ، ص 36 .

والثاني : هو ما توصل إليه القاضي من حكم نفسه ، فان شراح القانون و فقهاءه يطلقون على النتيجة (الحكم) - التي توصل إليها القاضي عند فقد القاعدة القانونية المناسبة - اجتهاداً قضائياً ؛ ولذلك يطلقون العدول عن الاجتهاد القضائي ، على تغير الحكم في قضية مماثلة عن الحكم السابق .

والذي نحن بصدد دراسته في هذا المبحث هو المعنى الاول للاجتهاد القضائي.

ويمكن أن نعرفه بأنه : بذل القاضي وسعته وجُهدَهُ في استنباط الحكم المناسب للنزاع المعروف أمامه في حالة عدم وجدان النص التشريعي أو غموضه أو عدم كفايته ، وكذلك استنباط الحكم في حالة عدم وجدان القاعدة القانونية من المصادر الاحتياطية الأخرى ، ويكون ذلك الحكم ملزماً لطرفي الدعوى .

الفرع الثاني

دور قواعد العدالة في سد الفراغ القانوني الحقيقي

التشريع لا يمكن أن يحيط بكل الاحكام ، ولا يمكن للمشرع مهما كان بصيراً وفكره واسعاً أن يحيط بكل المسائل والموضوعات ويضع لكل منها حلاً وحكماً مناسباً ، ولذا فإن الفراغ في القانون حاصل لا محالة وقد تقدم آنفاً أن نظرية كمال القانون قد هُجرت وإن المشرع في أغلب القوانين قد اعترف بحصول الفراغ في التشريع بل في كل مصادر القانون (1) ، وهذا يثبت بأن مصادر القانون كلها من الممكن أن يحصل فيها الفراغ إلا مصدراً واحداً عول عليه المشرع من المصادر الرسمية الاحتياطية ، وهو قواعد العدالة ، فلا بد للقاضي - بعد إلزام المشرع له بأن يحكم في كل نزاع و الا اعتبر منكراً لإحقاق الحق أو منكراً للعدالة - من أن يرجع الى قواعد العدالة ويجتهد من خلالها لأجل استنباط الحكم المناسب لحل النزاع المعروف أمامه .

وبناءً على ما تقدم فان القاضي يجب عليه أن يكمل النقص في القانون في الحالات التي لا يجد فيها النص التشريعي أو القاعدة القانونية من المصادر الرسمية الاحتياطية كالعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية وهذا ما يسمى بالتكميل الخارجي ، وهو تكميل القاضي للنقص في القانون بالرجوع الى جوهره ، وهو قواعد العدالة والقانون الطبيعي ، وهذا مقابل للتكميل الداخلي أو الذاتي (2) وهو التكميل الذي يلجأ

(1) محمد أحمد رمضان ، مصدر سابق ، ص71 ، وكذلك : اسماعيل نامق حسين ، العدالة وأثرها القاعدة القانونية ، مصدر سابق ، ص190 .

(2) ينظر : د. عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ص554-555 .

إليه القاضي من داخل المنظومة التشريعية عن طريق القياس⁽¹⁾ ، كما ورد في بعض قرارات محكمة تمييز العراق والذي جاء فيه (وحيث الذي تراه هذه المحكمة هو أن العقد المبرم بين الطرفين عقد توريد لم ينظم أحكامه القانون المدني ولا القانون التجاري ، لذا تطبق عليه أحكام عقد البيع)⁽²⁾ ، أو الرجوع الى المبادئ القانونية العامة⁽³⁾ .

ولأجل بيان معنى سد الفراغ في القانون بواسطة الرجوع الى قواعد العدالة سنقسم هذا الفرع على ثلاث فقرات نبحث في الأولى كيفية سد الفراغ القانوني الحقيقي بواسطة قواعد العدالة وضوابطه ، ونبحث في الثانية موقف التشريع والقضاء في القوانين محل المقارنة ، وفي الثالثة نبحث موقف الفقه الإسلامي .

أولاً: كيفية سد الفراغ القانوني الحقيقي في ضوء قواعد العدالة

لأجل بيان كيفية سد الفراغ القانوني بواسطة قواعد العدالة ينبغي أن نتكلم عن المنهج الذي يتبعه القاضي في هذه الحالة والضوابط التي يجب أن يلتزم بها في الاجتهاد في نقطتين :

1- منهج الاجتهاد القضائي في ضوء قواعد العدالة

يعتبر الاجتهاد الركيزة الاساسية في عملية إصدار الحكم القضائي في حالة الفراغ القانوني الحقيقي⁽⁴⁾ ؛ ولذا فإن الحكم القضائي الذي يصدره القاضي عندئذ لا بد أن يتضمن قياساً منطقياً عقلياً والقياس المنطقي يعتبر من أوضح صور الاجتهاد القضائي ، بل إن الحكم القضائي عبارة عن قياس منطقي في أوضح وأبسط صورته ، وهو قياس من الشكل الاول ، كبرى مقدمتيه هي القاعدة العقلية الكلية

(1) والمقصود بالقياس هنا ليس القياس المنطقي ، وإنما القياس التشريعي الذي يُعرف عند علماء أصول الفقه الإسلامي بالتمثيل وهو قياس حكم واقعة معينة لم ينص على حكمها في التشريع ، على حكم واقعة أخرى لها حكم منصوص عليه ، لا اشتراك الواقعتين في علة الحكم ، وهذا كما لو قاس القاضي أحكام عقد غير مسمى على أحكام عقد البيع في القانون ، فيكون هذا التكميل من داخل المنظومة التشريعية . ينظر : السيد محمد تقي الحكيم ، مصدر سابق ، ص 291 . وكذلك : د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، أصول الفقه الإسلامي في نسيجه الجديد ، مصدر سابق ، ص 113 .

(2) قرار محكمة تمييز العراق المرقم (402 / مدنية أولى / 1979) والصادر في 1980/4/16 ، أشار إليه : ضياء شيت خطاب ، مصدر سابق ، ص 74 .

(3) ينظر : د. سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة للقانون ، مصدر سابق ، ص 488 ، وكذلك : د. محمد عرجاوي ، مصدر سابق ، ص 294 . وعُرفت المبادئ القانونية العامة بأنها (مجموعة من المبادئ التي تستخدم في توجيه النظام القانوني من حيث تطبيقه وتنميته ، ولو لم يكن لها دقة القواعد القانونية الوضعية و انضباطها .) وعُرفت أيضاً بأنها (قواعد قانونية ملزمة يعمل القاضي على الكشف عنها وتقريرها مستلهما إياها من روح الدستور والتشريع فيعلنها من خلال أحكامه معطياً إياها القوة الإلزامية) . ينظر : طالب حسن موسى ، قانون التجارة الدولية ، دار الثقافة ، عمان ، 2012 ، ص 108 ، و كذلك : د. فتحي والي ، التحكيم ودوره في المنازعات الوطنية والتجارية والدولية ، دار المعارف ، الإسكندرية – مصر ، 2014 ، ص 78 .

(4) ينظر : عباس قاسم مهدي ، مصدر سابق ، ص 48 .

التي يستند إليها القاضي في تكيف الحكم وإصداره ، والصغرى هي الواقعة القانونية المعروضة أمام القاضي (1) .

إلا أن القياس المنطقي الذي يجريه القاضي في هذه الحالة لا يمكن أن يكون مبنياً على المنطق السوري (2) ، لأن هذا المنهج لم يعد صالحاً للتطبيق في مجال القانون ، ولذلك فإن أغلب القضاة في العصر الحاضر ، و خاصة قضاة المحاكم العليا الذين تملسوا في القضاء يطبقون المنطق الجدلي (منطق الديالكتيك) ؛ لأن هذا المنطق مبني على الحركة والتطور ؛ ولذا فإن المنهج الذي يسعف القاضي في حال الفراغ القانوني الحقيقي ، ورجوعه الى قواعد العدالة أو القانون الطبيعي لكي يسد الفراغ الحاصل في القانون هو المنطق الجدلي (3) ؛ لأن هذا المنهج يتيح للقاضي أن يختار الحل المناسب من بين خيارات متعددة خاصة في الدعاوى التي لا يوجد فيها نص أو قاعدة قانونية ، والتوجه للمنطق الجدلي حصل بعد أن تخلى فلاسفة القانون و فقهاؤه بشكل عام عن المنطق السوري (الشكلي) بحثاً عن تقريب الحقيقة القانونية من الحقيقة الواقعية ، بمعنى أن التمسك بالمنطق الجدلي يمكن أن يوصل القاضي الى الحل المقارب للواقع بخلاف المنطق السوري (4) .

وكما يشمل الاجتهاد القضائي حالة الفراغ القانوني الحقيقي يشمل كذلك النشاط الذي يقوم به القاضي لأجل التوصل الى إصدار الحكم المناسب في حال غموض النص التشريعي ، فالقاضي عندما يمارس سلطته التقديرية في تعديل نطاق الدعوى بتوسعتها أو تضيقها ، أو في حال بيان رأيه في تكميل وتتميم بعض أدلة الإثبات ، كما لو طلب القاضي من المدعي حلف اليمين المتممة مثلاً، أو ارتأى ضرورة استدعاء بعض الشهود ، وغير ذلك من الإجراءات والقرارات القضائية التي تحكم سير الدعوى

(1) ينظر : د. فايز محمد حسين ، دور المنطق القانوني في تكوين القانون وتطبيقه ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية - مصر ، 2011 ، ص232 .

(2) يُعرف المنطق السوري بأنه (المنطق الذي يبحث في صورة الفكر فقط بغض النظر عن الموضوعات التي يبحث فيها) بمعنى أن عمل المنطق السوري هو تقديم القواعد التي تجعل الاستدلال صحيحاً من الناحية الشكلية الصورية فقط . ينظر : علي سامي النشار ، المنطق السوري - منذ أرسطو حتى عصورنا الحاضرة - دار المعرفة الجامعية ، الإسكندرية - مصر ، 2000 ، ص18 ، وكذلك : علي عبد المعطي محمد والسيد نفاذي ، أسس المنطق الرياضي ، دار المعرفة الجامعية ، الإسكندرية - مصر ، 1988 ، ص8 .

(3) يُعرف المنطق الجدلي بأنه (نسق العقل الخالص ، أو ملكوت الفكر الخالص ، وهو الحقيقة كما هي بلا قناع في ذاتها ولذاتها) فالمنطق الجدلي إذاً بحث في طبيعة العقل أو دراسة للفكر الخالص فهو لا يُعنى بالأشكال و الصور وحدها ، بل هو دراسة للنسيج الذي يتألف منه الفكر لأجل الكشف عن الطبيعة وماهيتها . ينظر : د. إمام عبد الفتاح إمام ، المنهج الجدلي عند هيجل - دراسة لمنطق هيجل - ، ط3 ، دار التنوير للطباعة والنشر ، بيروت ، 2007 ، ص20 .

(4) Perelman (Ch) : Raisonement Juridique . Op.Cit.9.P.2

أشار إليه : د. فايز محمد حسين ، دور المنطق القانوني في تكوين القانون وتطبيقه ، مصدر سابق ، ص237 .

القضائية المدنية ، من الانشطة الذهنية والآراء العقلية للقاضي ، فإن ذلك يعد أيضاً من الاجتهادات القضائية (1) .

وبناء على ما تقدم يظهر أن القاضي يمارس أنواعاً متعددة من الاجتهاد في العملية القضائية لأجل التوصل الى إصدار الحكم المناسب للقضية المعروضة أمامه إلا أن الاجتهاد الذي يسد الفراغ القانوني ، هو ما يتوصل بواسطته القاضي الى معرفة الحكم لتطبيقه على القضية التي لا يجد لحها نصاً تشريعياً أو قاعدة قانونية من المصادر الاحتياطية وهو ما يمكن أن يطلق عليه بالاجتهاد المنشئ للإحكام القضائية التي تحسم النزاع في الدعوى ، لأن هذا الاجتهاد يكون منشأً لقاعدة أو نص قانوني يساهم القاضي في إرسائه لكي يصبح قاعدة قانونية عامة مجردة في ظل الأنظمة القانونية التي تأخذ بفكرة السوابق القضائية ، ويشكل في نظر الأنظمة التي لا تأخذ بفكرة السوابق القضائية مبدأً قضائياً أو توجهاً للمحاكم العليا قد تلتزم به المحاكم الأدنى درجة الأمر الذي يشكل التزاماً بالسوابق القضائية بشكل عملي دون التصريح النظري من قبل المشرع بذلك ، وسيأتي الكلام عن تفصيل ذلك في المبحث الثالث من هذا الفصل ان شاء الله .

ويظهر أيضاً : أن قواعد العدالة لا يحصل فيها الفراغ ؛ ولذلك عول عليها المشرع عندما منع القاضي من الاعتذار عن إصدار الحكم في النزاع بحجة عدم وجود القاعدة القانونية أو عدم وضوحها أو النقص في التشريع ، والا فإن القاضي غير مسموح له بأن يرجع الى اجتهاده الشخصي ، وكذلك الى علمه الشخصي ، ومع ذلك يجب عليه إصدار الحكم في كل نزاع يعرض عليه ، ويجب عليه تسبب (2) ذلك الحكم بحيث يكون راجعاً الى أسباب منطقية معقولة عامة ، وليس لأسباب شخصية وقناعات خاصة ، والقاضي وإن ثبت أنه لا بد أن يكون مقتنعاً بالحكم ، ولكن ليس قناعة شخصية وذوقاً فردياً، بل قناعة منطقية عقلية ، ولأجل ذلك تم إرجاع القاضي من قبل المشرع الى العقل الإنساني العملي الكلي الذي هو جوهر قواعد العدالة ، وهو الأمانة التي أودعها الله - سبحانه وتعالى- لدى الإنسان ، والتي لم تقبلها السموات والأرض والجبال وقبلها الإنسان (3) ، إلا أنه ظلم نفسه حين أصغى الى الأهواء والرغبات

(1) ينظر : عباس قاسم مهدي ، مصدر سابق ، ص 478 .

(2) المقصود بالتسبب هو تحديد الأسانيد والحجج التي يبني عليها الحكم فيما انتهى اليه سواء من حيث الواقع أو من حيث القانون ، والأسباب التي تسهم في وجود القاعدة القضائية هي الأسباب القانونية التي يستند عليها الحكم . ينظر : د. محمد حسين منصور ، مصدر سابق ، ص 247 .

(3) قال تعالى (إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ عَلَى السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَالْجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَنْ يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا الْإِنْسَانُ إِنَّهُ كَانَ ظَلُومًا جَهُولًا) سورة الأحزاب ، الآية : 72 .

الشخصية ، وأما إذا أصغى الى صوت الضمير والعقل ، فإنه يمكن أن يضع الأمور في مواضعها و أن يعطي كل ذي حق حقه .

2- ضوابط الاجتهاد القضائي في ضوء قواعد العدالة

تبين فيما تقدم بأن القاضي عندما يفقد القاعدة القانونية مطلقاً يجب عليه أن يجتهد لأجل الوصول الى الحكم المناسب ، ولكن المشرع أراد أن يحصن هذا الاجتهاد عن الرأي الشخصي للقاضي ومن انطباعاته الذاتية ، فأرشده القاضي الى قواعد ليجعلها محوراً لاجتهاده ويدور في فلكها أثناء بحثه عن الحل المناسب الذي يحقق العدالة ، وهذه القواعد هي قواعد العدالة ؛ والغرض من ذلك أن يكون القاضي موضوعياً في اجتهاده (1) ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإن الاجتهاد القضائي تحكمه عدة ضوابط تقتضيها قواعد العدالة نفسها ، ولكي يحظى الاجتهاد القضائي بالمقبولية في البيئة القانونية عموماً ، و عند فقهاء القانون على وجه الخصوص ، لابد أن يحافظ القاضي في ذلك الاجتهاد على توازن المصالح المتعارضة بين طرفي الدعوى ويصونها من دون إفراط ولا تفريط (2) ، ولتحقيق هذا المغزى وضع فقهاء القانون المدني وشراحه (3) ، عدة ضوابط :

ومن جملة هذه الضوابط التي تحافظ على موضوعية الاجتهاد : ألا يكون مبنياً على مجرد أحاسيس شخصية لدى القاضي و إنما يستند في ذلك الى قواعد عقلية كلية ، وهذا هو الفرق بين الإنصاف الذاتي و الإنصاف الموضوعي (4) ، حيث أن الإنصاف الذاتي يستند الى القاضي نفسه من حيث رؤيته الشخصية الذاتية ، أما الإنصاف الموضوعي فإنه يستند الى قواعد عقلية كلية يستطيع كل إنسان لو وضع موضع القاضي وحصل على نفس المؤهلات أن يحكم بها ، وبعبارة أخرى هو حكم العفلاء بما هم عقلاء كما أشرنا لذلك آنفاً .

(1) ينظر : طارق عبد الرزاق شهيد الحمامي ، الاستنباط القضائي في الدعوى المدنية ، أطروحة دكتوراه ، مقدمة لكلية القانون ، جامعة كربلاء ، 2020 ، ص109 .

(2) ينظر : عبد الباقي البكري ، مصدر سابق ، ص675 .

(3) ينظر : د. عبد الرزاق السنهوري ، وجوب تنقيح القانون المدني المصري ، مصدر سابق ، ص133 . وكذلك : د. حسن كيره ، المدخل الى القانون ، مصدر سابق ، ص412 ، وكذلك : د. محمد حسن قاسم ، مصدر سابق ، ص217 . وكذلك : د. محمد حسين منصور ، مصدر سابق ، ص232 .

(4) sebastien peele – la reception des correctif dequite par le droit – dalloz – zoll – p. 1230 .

أشار إليه : حيدر فليح حسن ، القيود الواردة على سلطة القاضي في الاجتهاد القضائي ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاجتماعية ، جامعة زيان عاشور – الجزائر ، المجلد السادس – العدد الأول ، 2021 ، ص296 .

ومنها : ألا يكون ذلك الاجتهاد مُفْرِطاً في حماية الطرف الضعيف ، فإن قواعد العدالة تحت على حماية الطرف الضعيف في العلاقة القانونية ، إلا أنه في بعض الحالات قد يبالغ القضاء في حماية الطرف الضعيف ، ومثال ذلك ، المبالغة في حماية الطرف الضعيف في بعض حالات المسؤولية التقصيرية التي يساهم فيها هذا الطرف - وهو المتضرر - بإلحاق الضرر بنفسه ، فتأكيد الحماية له على كل الأحوال والسعي الى عدم تحميله جزءاً من المسؤولية قد يؤدي الى حرمانه من التعويض في نهاية المطاف .

ومنها : ألا يُفْرِط في حماية الطرف القوي : حيث أن العدالة تقتضي التوازن بين مصالح طرفي النزاع فكما لا ينبغي الإفراط في حماية الطرف الضعيف ، كذلك لا ينبغي التفریط في حماية الطرف القوي و إذا حصل التفریط من قبل القاضي في حماية الطرف القوي فإن اجتهاده هذا يعتبر غير عادل ويكون عرضة للنقض ، ومن أمثلة ذلك بعض الاجتهادات من قبل بعض المحاكم التي ذهبت الى تحميل مالك السيارة المسروقة المسؤولية عن تعويض الأضرار التي تلحق بعض المارة ؛ نتيجة للحوادث التي يرتكبها السارق فيما إذا تعذرت معرفته أو كان معسراً⁽¹⁾ .

وكذلك ينبغي أن يكون الاجتهاد القضائي غير مخالف للنظام العام أو الآداب ، وبناءً على هذا الشرط لا يمكن للقاضي وهو الجهة التي يجب عليها أن تحافظ على النظام العام أن يخالف في اجتهاده النظام العام ، و الآداب العامة⁽²⁾ .

هذا ما ذكر من ضوابط للاجتهاد القضائي في حالة الفراغ القانوني ، والذي يبدو لنا : أن هذه الشروط و الضوابط التي ذكرها الباحثون ينبغي أن تتوافر في الاجتهاد القضائي عموماً أما الاجتهاد القضائي في ضوء قواعد العدالة ، فإن هذه الضوابط وغيرها من ضوابط أخرى ينبغي على القاضي أن يأخذها بنظر الاعتبار و أن يضعها في الحسبان ، وإلا فإن اجتهاده لا يمكن أن يوصله الى النتيجة التي تتضمنها قواعد العدالة بل إن الاجتهاد في حالة عدم التزام القاضي بهذه الضوابط - وغيرها التي تجعل الاجتهاد متوافقاً مع قواعد العدالة - يؤدي الى كون الحكم الذي هو نتيجة للاجتهاد القضائي مخالفاً للوائح قواعد العدالة ، وهي (استهداف الخير العام للبشرية جمعاء و ملء النفوس شعوراً بالإنصاف ، والإيحاء

(1) ينظر : حيدر فليح حسن ، مصدر سابق ، ص 297 .

(2) ينظر : د. أياد مطشر صهيود ، نظرية الفراغ التشريعي في القانون الدولي الخاص ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية و السياسية ، جامعة ذي قار ، المجلد (8) ، العدد (31) ، 2019 ، ص 434 .

بأحكام وحلول منصفة⁽¹⁾ ، فإذا فرط القاضي من خلال اجتهاده بحماية بعض الأطراف ، أو أفرط بالحماية أو خالف النظام العام و الآداب ، فعند ذلك لا يمكن أن يحصل الخير العام ، ولا يمكن لنفوس أطراف الدعوى أن تملأ شعوراً بالإنصاف ، ولا يكون الحكم أو الحل منصفاً .

ثانياً : موقف التشريع والقضاء في القانون العراقي والقوانين المقارنة

التزم المشرع في القانون العراقي والقوانين المقارنة بتوجيه القضاء الى الاجتهاد وسد الفراغ في القانون فيما إذا تبين للقاضي عدم وجود قاعدة قانونية تنطبق على الدعوى المرفوعة أمامه ، وقد التزم القضاء بتطبيق ما نص عليه المشرع ، إلا أن التطبيقات القضائية في القضاء العراقي والمصري للاجتهاد في ضوء قواعد العدالة تبدو قليلة ، في حدود الاطلاع وعلى أية حال فسنعرض لموقف التشريع و القضاء في القوانين محل المقارنة كما يأتي :

1- موقف التشريع والقضاء العراقي :

أما موقف التشريع في القانون العراقي فقد نص المشرع المدني على إجازة القاضي بأن يجتهد في حال فقد النص أو عند فقد القاعدة القانونية مطلقاً وبحسب الترتيب الذي أشارت إليه المادة (2/1) من القانون المدني فقد نصت على أنه (2- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة) وبما أن القضاء يحاكي الواقع ويتأثر به ، لذلك فإن القاضي يجب أن يعمل من هذا المنطلق ، مستحضراً لظروف كل قضية وملابساتها على حدة ، ثم أن القاضي هو أول المعنيين بتطبيق القانون ، وعليه فلا بد له أن يعمل على متابعة تطور التشريع ، لأن القاعدة القانونية قابلة للتطور⁽²⁾ كما أشرنا لذلك آنفاً ، والقاضي هو أول من يهمل ذلك ، ولذا فإن المشرع في قانون الإثبات العراقي نص في المادة الأولى على (توسيع سلطة القاضي في توجيه الدعوى

(1) ينظر : عبد الباقي البكري ، مصدر سابق ، ص184 .

(2) ينظر : د. حامد شاكر الطائي ، دور الاجتهاد القضائي في تحقيق الأمن القانوني ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، كلية القانون ، الجامعة المستنصرية ، مجلد (15) ، العدد (31) ، 2018 ، ص14 ، وكذلك : عباس قاسم مهدي ، مصدر سابق ، ص33 .

وما يتعلق بها من أدلة بما يكفل التطبيق السليم لأحكام القانون وصولاً إلى الحكم العادل في القضية المنظورة⁽¹⁾ .

وهذه السلطة الواسعة التي يؤكدتها المشرع في عدة مناسبات كما هو الحال في التشريع المدني في الفقرة الثانية من المادة الأولى وكذلك في قانون الإثبات في المادة الأولى ، هو نتيجة لما ذهب إليه المشرع من إلزام القاضي بأن يقضي في كل دعوى تعرض عليه و لا يسعه أن يعتذر عن إصدار الحكم في الدعوى بأنه لم يجد نصاً ينطبق عليها وكذلك لم يجد قاعدة قانونية في المصادر الاحتياطية الرسمية ، وقد جاء هذا الإلزام في ما نصت عليه المادة (30) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 التي ألزمت القاضي أن يحكم في كل دعوى فقد نصت على أنه (لا يجوز لأية محكمة أن تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقصه ، وإلا عُد القاضي ممتنعاً عن إحقاق الحق ويعد أيضاً التأخير غير المشروع عن إصدار الحكم امتناعاً عن إحقاق الحق)⁽²⁾ .

ومن خلال ما تقدم يظهر أن المشرع العراقي ينص على تطبيق قواعد العدالة في حال الفراغ القانوني ، ويلزم القاضي في هذه الحالة بضرورة الاجتهاد لإيجاد الحل المناسب للقضية المعروضة أمامه في ضوء قواعد العدالة ، ولا يجوز للقاضي أن يعتذر عن إصدار الحكم بحجة الفراغ القانوني أو النقص في القانون ، وكذلك فإن المادة الأولى بفقرتها الثانية ، قد أثبتت للاجتهاد مشروعيتها القانونية ؛ لأن القاضي لا يسعه الاجتهاد من دون نص تشريعي يسمح له بذلك ؛ لما للاجتهاد من أهمية وخطورة من حيث تطبيق القانون وإحقاق الحق ، وبهذا ظهر أن المشرع العراقي من خلال نص المادة الآتفة الذكر قد أثبت جواز الاجتهاد من قبل القاضي بشكل عام ، وأثبت مشروعية الاجتهاد في ضوء قواعد العدالة في حالة الفراغ القانوني .

وأما موقف القضاء العراقي ، فإنه أخذ بتطبيق المادة (1/2) وتوجد أحكام قضائية لمحكمة التمييز وغيرها من المحاكم العراقية استند القضاء فيها لقواعد العدالة بعد تحقق الفراغ القانوني الحقيقي بالنسبة لمصادر القانون الأخرى ، وسنذكر مضمون بعض ما اطلعنا عليه من هذه الأحكام :

(1) نصت المادة (1) من قانون الأثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979 على أن (توسيع سلطة القاضي في توجيه الدعوى وما يتعلق بها من أدلة بما يكفل التطبيق السليم لأحكام القانون وصولاً إلى الحكم العادل في القضية المنظورة).

(2) نصت المادة (30) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 على أنه (لا يجوز لأية محكمة أن تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقصه وإلا عد الحاكم ممتنعاً عن إحقاق الحق. ويعد أيضاً التأخير غير المشروع عن إصدار الحكم امتناعاً عن إحقاق الحق).

أ . قرار محكمة بداءة بغداد المحدودة والذي قضت فيه بأن الألقاب لما لم يشرع لها قانون خاص فإن الواجب على المحكمة إذا عرضت عليها دعوى لقب ، أن تحكم بمقتضى قواعد العدالة ، لأن المادة الأولى من القانون المدني تنص على أنه في حالة عدم وجود نص تشريعي فإن على المحكمة أن تقضي بموجب العرف ثم مبادئ الشريعة الإسلامية و إلا فبمقتضى قواعد العدالة⁽¹⁾.

ب. قرار محكمة التمييز الاتحادية : الذي تضمن بأن قانون المرافعات وإن لم يعين ساعة محددة لوقت حضور المتداعيين في حالة تأجيل المرافعة ، ولكن ذلك لا يعني الذهاب الى إلزام طرفي الدعوى بالانتظار للمناداة عليهم طوال ذلك اليوم لأن ذلك مجافٍ للعدالة ويتضمن حكماً تعسفياً وعليه فإن على المحكمة أن تنتظر الى قبيل انتهاء الدوام الرسمي ثم تصدر حكمها بإبطال عريضة الدعوى⁽²⁾ .

ج . قرار محكمة التمييز الاتحادية : الذي قضت فيه وهي بصدد الفصل في دعوى شفعة مرفوعة من قبل شخص ليس بشريك في العقار المشفوع فيه ، وذلك بناءً على أحكام القانون المدني العراقي قبل التعديل ، وفي أثناء السير في الدعوى صدر تعديل يقيد حق الشفعة في العقار بالشريك فقط ، فردت المحكمة الدعوى ، وبالنسبة لما يتعلق بمصاريف الدعوى حكمت بأن يتحمل كل طرف مصاريفه و أتعاب محاميه استناداً لقواعد العدالة ؛ لأن قانون المرافعات وقانون المحاماة لم يعالجا مثل هذه الحالة⁽³⁾ .

د . قرار محكمة التمييز الاتحادية الذي جاء فيه الحكم على من نكل في بيع عقار قبل تسجيله في دائرة التسجيل العقاري وأرجع الى المشتري ثمن العقار مع فرق البدلين بناءً على سعر صرف الدولار في حال إيداع المبلغ لدى الكاتب العدل - فحكمت المحكمة بدفع فرق البدلين بناءً على سعر صرف الدولار حين إبرام العقد أي عند شراء العقار ، وقد سببت محكمة الموضوع حكمها على أساس قواعد العدالة ، وذلك لأن القانون جاء خالياً من بيان حكم الفرق في سعر الصرف ، وأن العدالة تقتضي أن يأخذ المشتري ثمن العقار الذي دفعه فضلاً عن فرق البدلين بسعر صرف الدولار حين الشراء⁽⁴⁾ .

(1) ينظر : قرار محكمة بداءة بغداد المرقم (955/2576) والصادر بتاريخ 1955/12/25 ، أشار إليه : عبد العزيز السهيل ، أحكام القضاء العراقي على مواد القانون المدني ، دار التضامن للطباعة والنشر ، 1962 ، ص13 .
(2) ينظر : قرار محكمة تمييز العراق المرقم (2 / هيئة عامة أولى / 1974) والصادر بتاريخ 1974/2/ 26 ، أشار إليه : إسماعيل نامق حسين ، العدالة و أثرها في القاعدة القانونية ، مصدر سابق ، ص293 .
(3) ينظر : قرار محكمة تمييز العراق المرقم (344 / مدنيه أولى / 1979) والصادر بتاريخ 1980/11/22 ، أشار إليه : عباس قاسم مهدي ، مصدر سابق ، ص237 .
(4) ينظر قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (1605 / مدنية ثانية / 2005 ت / 1830) الصادر بتاريخ 2005/11/27 ، أشار إليه : د. محمد صديق محمد عبدالله ، موضوعية الإرادة التعاقدية ، دار الشتات للنشر والبرمجيات ، القاهرة - مصر ، 2012 ، ص581 .

هـ . قرار محكمة التمييز الاتحادية الذي تضمن : أن العقد شريعة المتعاقدين ولكن لا يقتصر إلزام المتعاقدين بما ورد فيه فقط بل يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف وقواعد العدالة وبحسب طبيعة الالتزام⁽¹⁾ .

وفي هذا القرار يبدو أن محكمة التمييز الاتحادية قد استندت الى قواعد العدالة بعد العرف لتقرر بأن العقد وإن كان شريعة المتعاقدين ، إلا أن بعضاً من مستلزماته ومتعلقاته يمكن ان يتم إثباتها استناداً الى قواعد العدالة ، وكذلك فإن المتعاقد اذا تخلف عن أداء التزاماته الأصلية وما يستلزمه العقد وتقتضيه العدالة فإن الإنصاف وقواعد العدالة تقتضي أن يتحلل الطرف الآخر من التزاماته أيضاً ، وهناك بعض القرارات التي وقفنا عليها ولم نتعرض لذكر مضمونها خشية الإطالة⁽²⁾ .

وفي ما تقدم من الإشارة الى قرارات محكمة التمييز وغيرها من المحاكم العراقية دلالة واضحة على أن القضاء العراقي يستند الى قواعد العدالة في حالة الفراغ القانوني الحقيقي الا أن مثل تلك القرارات تبدو أنها قليلة جداً، ولا تتناسب مع حجم هذا المصدر المهم من مصادر القانون الذي أرجع المشرع القاضي اليه في حال ثبوت الفراغ القانوني الحقيقي .

2- موقف التشريع والقضاء المصري :

أما التشريع المصري فإنه قد أجاز للقاضي الرجوع الى القانون الطبيعي وقواعد العدالة في حالة الفراغ القانوني ، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني المصري على أنه (2- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، حكم القاضي بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم توجد ، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة) .

والنص أعلاه يجوز للقاضي أن يبحث عن الحل في مصادر أخرى إذا لم يجده في التشريع فهو يجوز أن يكون الحل أو استخلاص الحكم من العرف أو من مبادئ الشريعة الإسلامية أو من مبادئ

(¹) ينظر : قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (191 / الهيئة العامة / 2016) والصادر بتاريخ 2017/1/11 ، أشار إليه : القاضي حيدر عودة كاظم ، مجموعة الأحكام القضائية ، العدد الأول ، 2017 ، بدون مكان طبع ، ص 57 .
(²) ومن هذه القرارات : قرار محكمة التمييز العراقية المرقم (373 / ج / 1965) الصادر بتاريخ 1966 / 5 / 25 وكذلك القرار المرقم (2475 / ج / 1965) الصادر بتاريخ 1966 / 3 / 5 : أشار إليها عبد الرحمن العلام ، شرح قانون المرافعات المدنية ، ج 2 ، رقم 83 لسنة 1969 ، مطبعة العاني ، بغداد ، 1970 ، ص 112 ، وكذلك : عباس قاسم مهدي ، مصدر سابق ، ص 335 ، وأيضاً قرار محكمة استئناف ميسان بصفتها التمييزية المرقم : 60 / ت- ب / 2011 الصادر بتاريخ 2011 / 7 / 7 ، منشور في مجلة التشريع والقضاء العدد الاول ، السنة الرابعة (كانون الثاني ، شباط - آذار) 2012 ، ص 220 .

القانون الطبيعي أو قواعد العدالة التي تمثل مع مبادئ القانون الطبيعي جوهر القانون ، ويمكن للقاضي أن يستلهم منها وضع حلول خاصة للنزاع الذي يعرض أمامه ولا يجد قاعدة قانونية في المصادر الأخرى تتطبق عليه ⁽¹⁾ ، ولذا فإن المشرع قد وضع للقاضي المشروعية لأن يجتهد لكي يتوصل الى الحل المناسب للنزاع ، وهذا الاجتهاد ليس متروكاً أمره للقاضي إن شاء أجتهد لأجل الوصول الى الحل والحكم المناسب و إن شاء لم يجتهد ، بل إن المشرع المصري قد أوجب على القاضي أن يجتهد لأجل التوصل الى حكم خاص بكل دعوى تعرض عليه ، وقد جاء هذا الإيجاب هذه المرة في قانون العقوبات المصري الذي نص على أنه (إذا امتنع أحد القضاة ... عن الحكم يعاقب بالعزل وبغرامة لا تزيد على مائتي جنيه ، ويُعد ممتعاً عن الحكم كل قاضٍ أبى أو توقف عن إصدار حكم بعد تقديم طلب إليه في هذا الشأن بالشروط المبينة في قانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية ، ولو احتج بعدم وجود نص في القانون أو بأن النص غير صريح أو بأي وجه آخر)⁽²⁾ .

ومن خلال نص المادة الآتفة الذكر يبدو تشدد المشرع المصري وتأكيد على وجوب اجتهاد القاضي في حالة الفراغ القانوني ، حيث أن المشرع قد وضع المادة التي تلزم القاضي بالاجتهاد لحل النزاع المعروف أمامه في قانون العقوبات وهذا يعني أن ترك القاضي للاجتهاد وعدم إعطاء حكم في القضية المرفوعة أمامه يعتبر جريمة في نظر المشرع المصري ، كما أنه قد شرع أصل الاجتهاد بموجب نص المادة الأولى بفقرتها الثانية .

وأما موقف القضاء المصري من الاجتهاد القضائي في ضوء قواعد العدالة فإنه قد مر بمرحلتين ، مرحلة تطبيق القانون المدني المختلط والقانون الأهلي ، ومرحلة تطبيق القانون المدني النافذ ، حيث كانت المحاكم المصرية قبل صدور القانون المدني الأخير تطبق قواعد العدالة ، في مسائل متعددة كمسائل نظرية التعسف ، والظروف الطارئة ، وحماية الحقوق الفكرية ، والأدبية والحقوق الصناعية ⁽³⁾ ، وقد ظلت المحاكم المصرية تؤكد على أن حماية الحقوق الفكرية وحق الاختراع هي مسائل تبنها القضاء

(1) ينظر : د. محمد حسين منصور ، مصدر سابق ، ص 246 ، وكذلك : د. أنور سلطان ، مصدر سابق ، ص 155 . وكذلك : د. سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة للقانون ، مصدر سابق ، ص 490 .
(2) قانون العقوبات المصري رقم (58) لسنة 1937 المعدل النافذ ، المادة (122) .
(3) ينظر : د. عبد الرزاق السنهوري و د. أحمد حشمت أبو ستيت ، مصدر سابق ، ص 111 ، وكذلك : د. حسن البدر اوي ، دور السلطات القضائية في إنفاذ حقوق الملكية الفكرية في مصر ، منشورات وزارة العدل المصرية ، القاهرة ، 2005 ، ص 6 .

ووفر لها الحماية حتى بعد تشريع القوانين الخاصة بذلك⁽¹⁾ ، فضلاً عن أن القوانين السابقة على القانون المدني النافذ كانت تؤكد على وجوب الرجوع الى قواعد العدالة ومبادئ القانون الطبيعي في حال الفراغ القانوني ؛ ولذا فقد نص القانون المدني المختلط في المادة (11) على اعتبار مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة مصدراً رسمياً احتياطياً للقانون ، وكذلك نصت المادة (92) من لائحة ترتيب المحاكم على المعنى نفسه⁽²⁾.

وقد طبق القضاء المصري قواعد العدالة لحماية الملكية الأدبية والفنية والصناعية وغيرها قبل صدور القوانين المنظمة لحماية هذه الحقوق ومن القرارات التي صدرت بهذا الصدد ما يأتي:

أ- قرار محكمة مصر الكلية والذي جاء فيه (... أنه و إن كان المشرع لم ينظم الملكية الأدبية والفنية والصناعية ولم يبين حقوق أصحابها ، إلا أنه قد اعترف لأصحابها بحقوقهم وأصبحت هذه الحقوق محل حماية القضاء بما هو مقرر ومفروض عليه سد النقص التشريعي تطبيقاً لقواعد العدالة وأخذاً بمبادئ القانون الطبيعي)⁽³⁾.

ب- قرار محكمة استئناف مصر والذي جاء فيه : (إنه وإن كان المقرر احترام إرادة الطرفين في إنشاء العقد باعتبار أن إرادة طرفي العقد هي قانونهم مادام لم يصبح تنفيذها مستحيلًا استحالة مطلقة إلا أنه يجب أن يكون ذلك مقيداً بمقتضيات العدالة وروح الإنصاف ، فإذا طرأت حوادث عامة لم تكن بحسبان الطرفين بحيث تخل في توازن العقد إخلالاً خطيراً وتجعل تنفيذه مرهقاً فينبغي إعادة توازن العقد وإنصاف المدين المرهق وإن الروح التي أملت نظرية الإثراء على حساب الغير ونظرية الإفراط في استعمال الحق مع عدم وجود نصوص في القانون خاصة بهما هي نفسها تملّي نظرية احترام الظروف الطارئة)⁽⁴⁾ .

(1) و هذا ما ورد في قضاء محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر بجلسة 25/ فبراير سنة 1965 ، والذي جاء فيه (... و إذا كان المشرع المصري قد نظم الملكية الفكرية بقانون رقم 354 لسنة 1954 ، فإن هذا القانون لم يخلق الحماية لهذا المجال من الملكية الفكرية بل أكدها ونظمها بعد أن كانت محمية باجتهاد قضائي قائم على احترام مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة) منشور على الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية : <https://www.cc.gov.eg>.

(2) ينظر : د. توفيق حسن فرج ، مصدر سابق ، ص 112 .

(3) قرار محكمة مصر الكلية ، الصادر في 10 / مارس / 1934 ، الجدول العشري الثاني لمجلة المحاماة (القسم المدني رقم 309) ، ص 447 ، أشار إليه : د. حسن كيره ، أصول القانون ، مصدر سابق ، ص 530 ، وكذلك : في المعنى نفسه قرار محكمة مصر الكلية الصادر في 15 / يناير / 1935 ، المرجع السابق ، رقم (3091) ، ص 448 ، أشار إليه : د. حسن كيره ، المرجع السابق والصفحة السابقة نفسيهما .

(4) قرار محكمة استئناف مصر ، الصادر في 9 / أبريل / 1931 ، المحاماة س 12 رقم 241 ، ص 63 ، أشار إليه : د. حسن كيرة ، المصدر السابق ، ص 531 .

وقد بين قرار محكمة استئناف مصر الآنف الذكر موقف القضاء من تطبيق قواعد العدالة على نظرية الإثراء من دون سبب ، ونظرية التعسف في استعمال الحق ، وفي السياق نفسه والمؤدى نظرية الظروف الطارئة وان روح العدالة والإنصاف بمعنى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة تقتضي ذلك ، وهذا قد حصل قبل أن تشرع هذه النظريات من قبل السلطة التشريعية.

ج - ومن قرارات استئناف مصر ايضاً فيما يخص نظرية التعسف في استعمال الحق ، حيث ورد في هذه القرارات أنه في حال استعمال المالك حقه بنية الإضرار بالغير أو في حالة عدم وجود منفعة ظاهرة للمالك في استعمال حقه فان العدالة تقتضي منعه من ذلك وتعويض من تضرر من جراء ذلك الاستعمال التعسفي للحق (1) .

د- و منها قرار محكمة النقض المصرية الذي جاء فيه : لزوم حماية الاسم التجاري والعلامة التجارية (2) ، وهذا مما زاده الاجتهاد القضائي مع حماية حقوق الملكية الفكرية ، والصناعية ، فقد شمل هذا القرار الحقوق التجارية بالحماية أيضاً بناءً على مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة .

هـ- قرار محكمة النقض المصرية الذي جاء فيه : بأنه في حالة انتهاء الدعوى صلحاً ، ولما كان قانون المرافعات قد أغفل تنظيم انتهاء الدعوى صلحاً بين الخصوم ، وهذا يعد نقصاً تشريعياً يجب على القاضي تكملته بالالتجاء الى المصادر التي نصت عليها المادة الأولى من القانون المدني ومنها قواعد العدالة ، ومن ثم فإن الحل العادل في حالة الحسم صلحاً ينبغي أن تقتضي فيه المحكمة بانتهاء الخصومة (3) .

و- قرار محكمة النقض المصرية الذي جاء فيه : بأن الطرف الذي يتسبب بفعله في حدوث مخالفة لاتفاق التحكيم - ولو كان الطرف الآخر بدوره مخطئاً - فلا يسعه أن ينقض ما تم على يديه تطبيقاً لقاعدة (من سعى في نقض ما تم على يديه فسعيه مردود عليه) ، ولما لم يوجد نص تشريعي يقرر هذه

(1) ينظر : قرار محكمة الاستئناف المختلط الصادر في 12 / نوفمبر / 1929 وكذلك قرار نفس المحكمة في نفس المعنى الصادر في 14 / نوفمبر / 1929 ، أشار إليهما : د. عبد الرزاق السنهوري ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، مصدر سابق ، ص366 .

(2) قرار محكمة النقض المصرية المرقم (121) لسنة 25 ق الصادر بتاريخ 10 / 12 / 1959 ، أشار إليه : د. حسن البدرأوي ، مصدر سابق ، ص25 .

(3) ينظر : قرار محكمة النقض المصرية المرقم (483) س42ق ، الصادر بتاريخ 20 / 11 / 1981 ، أشار إليه : د. عدلي أمير خالد ، الجامع في الإرشادات العملية ، ص67 ، وكذلك : عباس قاسم مهدي ، مصدر سابق ، ص 337 .

القاعدة ، يمكن الاستناد الى المادة (1/2) من القانون المدني ، وخاصة مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة (1) .

ويظهر من مضامين القرارات السابقة أن القضاء المصري يطبق قواعد العدالة ومبادئ القانون الطبيعي على النزاعات المعروضة أمامه في حالة الفراغ القانوني الحقيقي والذي يبدو في حدود الاطلاع أن القرارات التي طبقت فيها قواعد العدالة بعد صدور القانون المدني المصري النافذ أقل من تلك التي كانت تطبق فيها قواعد العدالة قبل صدور هذا القانون .

3- موقف التشريع والقضاء الإنكليزي

إن الشريعة العامة للقانون الإنكليزي (common law) كانت محاطة بقواعد الشكلية الى حد كبير - وقد أشرنا آنفاً الى أهمية قواعد العدالة في تطوير القانون الإنكليزي - ولكن هذه الشريعة استطاعت تجاوز الشكلية بعض الشيء عن طريق استعمال الحيل القانونية أو الافتراض القانوني ، ولكن الحيل القانونية لم تكن لها القابلية على حل جميع المشاكل التي واجهتها الشريعة العامة ، ولذلك نشأت ضرورة ملحة لتقديم بعض الطرق و الوسائل لسد العجز والنقص في الشريعة العامة أو القانون العام ، وهذه الضرورة هي الدافع وراء تطور المصدر الثاني للقانون الإنكليزي وهو قواعد العدالة " Equity " (2) كما أن الفقه الإنكليزي يسلم بحقيقة القصور التشريعي عن حل كل ما يحدث ولذا يدعو الى تصدي القضاء لسد النقص والفراغ في الشريعة العامة ؛ لأن النصوص القانونية جامدة وعاجزة عن معالجة الحالات المستحدثة خاصة الحالات التي ترجع الى التقدم العلمي والفني ، كما أنه ليس من طاقة البشر توقع جميع الحالات (3) ، ولذلك أخذت المحاكم الإنكليزية في تطبيق مجموعة من القواعد التي يوحى بها الضمير الإنساني الحر ، ولذا يرى الإنكليز أن العدالة تسيل من ضمير الملك ، وهذا أصل تشريع الرجوع الى قواعد العدالة في القانون الإنكليزي ، والذي عاصر تشكيل محكمة المستشار والتي تحولت بعد ذلك الى محاكم تتوزع في كل البلاد تطبق قواعد العدالة (4) ، وكيف ما كان فإن القضاء الإنكليزي

(1) ينظر : قرار محكمة النقض المصرية طعن رقم (57) لسنة 135 قضائية الصادر بتاريخ 7 / 7 / 2019 ، منشور على الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية : <https://www.cc.gov.eg>

(2) ينظر : د. محمد محمد بدران ، القانون الانجليزي - دراسة في تطوره التاريخي ومصادره القانونية - ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1989 ، ص51 .

(3) Glanville Williams learning the law 9th ed stevens and sons London 1974 p.95 مشار له في : د. راقية عبد الجبار ، تأصيل دور القاضي في تكوين القاعدة القانونية ، بحث منشور في المجلة العربية للفقه والقضاء ، العدد (46) بحوث ودراسات ، ص76 .

(4) ينظر : عبد الباقي البكري ، مصدر سابق ، ص475 .

قد تلقى هذه الفكرة بالقبول وطبقها على نطاق واسع ، وسنعرض لمضمون عدد من السوابق القضائية التي استند فيها القضاء الإنكليزي لقواعد العدالة كما يلي :

أ- قضية : Tomlinson . v . gill ، 1756 ، (وقد كان المدعى عليه (روبرت جل قد التزم لأرملة المتوفى (كاثرين) بأنها إذا سمحت له بالاشتراك في إدارة شركة زوجها فإنه سيعمل بكل إخلاص في تنمية أصول الشركة لدفع الديون المترتبة في ذمة المتوفى ، وبعد الموافقة على ذلك من قبل أرملة المتوفى ، قام الدائنون بالمطالبة بإجباره على تنفيذ التزامه بدفع الديون وحكم في هذه القضية بأنه يحق للدائنين القيام بذلك لأن الزوجة قد دخلت العقد باعتبارها أمينة على مصالح الدائنين) ، وقد تقرر هذا المبدأ بناءً على قواعد العدالة والإنصاف لا على أساس قواعد الشريعة العامة (1) .

ب- قضية : bisset ضد Wilkinson وفي هذه القضية قام البائع بإخبار المشتري بأن المزرعة موضوعة العقد تكفي لرعي ألفي رأس من الماشية ولم يكن البائع قد استخدمها بالفعل لهذا الغرض ، قام المشتري بعد ذلك برفع دعوى ادعى فيها بوجود تدليس في عقد البيع بعد أن ظهر له أن المزرعة لا تكفي لرعي العدد المذكور في العقد من الماشية ، قضت المحكمة في حكمها الصادر في سنة 1927 بأن ما ورد في أقوال البائع ليس تدليلاً لأنه كان مجرد رأي وتعبير بأمانة حول سعة المزرعة وليس إخباراً عن طاقتها الحقيقية ، في حين قضت المحكمة نفسها في قضية مشابهة بالتدليس لأن المدعى عليه كان شركة : smith التي قاضتها شركة Reese بسبب رأي قدمته الشركة الأولى حول الترويج لتوقعات الكسب الناتج عن استثمار مناجم الفحم الحجري ، و اعتبرت المحكمة أن حساب الاحتمالات - الذي ورد في كشوفات الشركة المدعى عليها حول الكسب المتوقع - تدليلاً(2) ، ويعتبر التفريق بين الحكمين مبنياً على قواعد العدالة على الرغم من أن الشريعة العامة الإنكليزية تعتبر كلا الرأيين تدليلاً ، بينما تحكيم قواعد العدالة والإنصاف يقتضي التفريق بين فعل صاحب الخبرة ، وبين فعل أو رأي من لا خبرة له في ذلك .

ج- قضية : . 1959 . adamastos shipping . co .v. anglo-saxon petroleum co. التي أدرج فيها الطرفان المتعاقدان بنداً في العقد ينص على أن إنفاذ إيجار السفينة (charterpaty) يتوقف على نصوص قانون نقل البضائع بحراً لعام 1936 الأمريكي وتبين بعد الرجوع الى القانون المذكور أنه

(1) ينظر : د. مجيد حميد العنبيكي ، مصدر سابق ، ص139-140 .
(2) ينظر : د. عدوي مصطفى عبد الحميد ، التدليس الإيجابي والكتمان التدليسي في القانون الإنكليزي ، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق جامعة المنوفية ، مج (7) ، عدد (14) ، 1998 ، ص9 .

لا يمكن تطبيقه على هذا النوع من العقود ، ولذا فقد كان مجلس اللوردات وهو المحكمة المرفوعة أمامها القضية أمام ثلاثة خيارات وهي إما إبطال العقد بالكلية، أو إبطال البند الخاص بالرجوع الى القانون الأمريكي ، أو نبذ المادة الخامسة من القانون المختار (الأمريكي) التي تنص على عدم إمكانية تطبيق القانون على هذا النوع من العقود ، ولتحقيق العدالة أخذ مجلس اللوردات بالخيار الأخير وحكم بنبذ المادة الخامسة من القانون الأمريكي المختار من قبل طرفي العقد⁽¹⁾ ، وذلك لأجل تطبيق العدالة التي تقضي بوجود عقد يلتزم بموجبه مالك السفينة ببذل العناية اللازمة لتوفير سفينة صالحة للملاحة .

د- قضية : (browne .v. warner 1808) التي تتلخص وقائعها في إبرام عقد إيجار بين مؤجر ومستأجر افتقر العقد الى المتطلبات الشكلية (formality requirements) فقضت المحكمة ببطلان العقد لأنه غير مكتمل للشكلية المطلوبة إلا أن المستأجر بما أنه قد حاز العقار فعلاً ودفع الأجرة المطلوبة مما أدى الى نشوء إيجار دوري ، ولكن مالك العقار قد وجه إخطاراً لإنهاء الإيجار الدوري ونجح في كسب الدعوى أمام محاكم القانون العام أو الشريعة العامة ، إلا أن المستأجر طالب بحقه في الإيجار الإنصافي (equitable lease) الذي تقتضيه قواعد العدالة و الإنصاف التي تقر بوجود اتفاق على الإيجار : (agreement for a lease) قد نشأ على أنقاض عقد الإيجار الباطل (void lease) فقضي له بهذا الحق و بأن له التمتع بنفس الحماية القانونية التي يتمتع بها بناءً على حكم الإيجار القانوني⁽²⁾ .

ويظهر مما تقدم من الأحكام التي بنيت على أساس قواعد العدالة والإنصاف - وغيرها الكثير مما وقفنا عليه و لا يتسع المقام لذكرها⁽³⁾ - أن القضاء الإنكليزي يلتزم بتطبيق قواعد العدالة والإنصاف بكثرة في أحكامه كما أنه يقدم ما تقتضيه قواعد العدالة عند تعارضها مع ما تقتضيه قواعد الشريعة العامة كما أشرنا لذلك آنفاً .

(1) treitel , ibid , p.209 .

أشار إليه : د. يونس صلاح الدين علي ، بنود العقد في القانون الإنكليزي ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق المجلد (16) العدد (58) السنة (18) 2013 ، ص76 .

(2) see : rojer .j. smith . property law ibid . p. 397 .

أشار إليه : د. يونس صلاح الدين علي ، عقد الإيجار في القانون الإنكليزي ، بحث منشور في مجلة القادسية للقانون و العلوم السياسية ، العدد (2) ، مجلد (11) ، كانون الأول 2020 ، ص198 .

(3) Jackson .v. union marine in surance , co . l td . 1874 .

See : trietle , g . h . the low of contracts , sweet and Maxwell , London , 1981 , p.663 .

ومن خلاله يتبين أن تطبيق قواعد العدالة في القضاء الإنكليزي أوسع من تطبيقها في القضاء العراقي والمصري .

ثالثاً : موقف الفقه الإسلامي

وأما موقف الفقه الإسلامي من اجتهاد القاضي في ضوء قواعد العدالة ، فإن غالبية المذاهب الإسلامية الفقهية تشترط الاجتهاد المطلق في القاضي (1) ، كما أشرنا لذلك آنفاً ، وبناءً عليه فإن القاضي في منظار الفقه الإسلامي يحق له الاجتهاد عند فقد الدليل سواء كان النص - من القرآن الكريم وسنة المعصومين (صلوات الله وسلامه عليهم أجمعين) أو الإجماع الذي يحكم الواقعة المعروضة أمامه - من خلال الرجوع الى حكم العقل ، ويقصد به كما تقدم آنفاً هو حكم العقلاء بما هم عقلاء وهو ما يوحي به العقل الإنساني الكلي، أو الأصول العملية (2) ، وهذا بناءً على مذهب الإمامية ، وباقي المذاهب العديلة ، وأما عند المذاهب الأخرى فإن الاجتهاد يكون عن طريق القياس والاستحسان والمصالح المرسلة أو سد الذرائع ، في حال فقد القاضي النص من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة ، وفقد الإجماع أيضاً.

وبهذا يتضح أن الفقه الإسلامي يتيح للقاضي الاجتهاد استناداً الى القواعد العقلية ، عند فقد النص ، بل إن أحكام القضاء في ظل الفقه الإسلامي هي عبارة عن اجتهاد ، لأن القاضي عند عرض النزاع عليه يرجع الى مصادر الفقه الإسلامي لكي يستنبط الحكم القضائي من خلالها هذا في نظر المذاهب التي تشترط الاجتهاد في القاضي ، و أما من لا يشترط الاجتهاد فيه كما هو الأمر لدى المشهور من الحنفية وبعض المالكية فهم أيضاً لا يمنعون على القاضي الاجتهاد من خلال أصول المذهب الذي يتبعه في القضاء إن هو فقد الفتوى في القضية المعروضة عليه (3).

(1) ينظر : السيد عبد الكريم الأربيلي ، فقه القضاء ، ط2 ، مؤسسة النشر لجامعة المفيد ، قم ، 1421 هـ ، ص59 . وكذلك : الشيخ علي المنتظري ، نظام الحكم في الإسلام ، ط1 ، هاشميون للطباعة والنشر ، قم ، 1380 هـ . ش ، ص127 ، وكذلك : ابن قدامة ، المغني ، ج7 ، مصدر سابق ، ص3 .

(2) الأصول العملية : هي الوظائف التي يجب أن يعمل بها عند عدم التوصل الى الحكم المستنبط من الأدلة الأصلية وهذه الوظائف التي تسمى عند الأصوليين بالأصول العملية أو الدليل الفقاهتي وهي جارية في جميع أبواب الفقه من غير اختصاص بباب دون آخر وهي أربعة أنواع : 1- أصالة البراءة ، 2- أصالة الاحتياط ، 3- أصالة التخيير ، 4- أصالة الاستصحاب ، ينظر : الشيخ محمد رضا المظفر ، أصول الفقه ، ج4 ، مصدر سابق ، ص270-271 .

(3) ينظر : د. عبد العزيز الخياط ، شروط الاجتهاد ، ط1 ، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع ، حلب-سوريا ، 1406 هـ - 1986 ، ص40 .

ومن الجدير بالذكر أن شروط اجتهاد القاضي في الفقه الإسلامي هي الشروط نفسها المطلوب توفرها في المجتهد الذي يتصدى للإفتاء⁽¹⁾ ، وهذه الشروط هي أصعب بكثير من الشروط المطلوب توفرها في القاضي الذي يتصدى للاجتهاد في ظل القانون الوضعي⁽²⁾ ، ولذا فإن نتيجة العملية الاجتهادية في القضاء الإسلامي تكون أقرب الى الواقع وتحقيق العدالة ، من نتيجة العملية الاجتهادية في القضاء الوضعي ، وبما أن تحصيل الاجتهاد من قبل القاضي الوضعي - على شاكلة شروطه في الفقه الإسلامي - صعب بل بعيد المنال ؛ لذا يبدو لنا أنه: يمكن أن يعوض عن ذلك من خلال إدخال بعض المواد الدراسية ، كعلم المنطق ، و التوسع والتعمق في علم أصول الفقه الإسلامي ، وعلم البلاغة ، وعلم فقه اللغة ، ويتوزع إعطاء هذه المواد الدراسية لطلبة كليات القانون في الدراسات الأولية والعليا ، ويركز تدريس هذه المواد ويعمق في المعهد القضائي ؛ وذلك لتسهيل الحصول على بعض الأدوات التي يحتاجها القاضي في العملية الاجتهادية ، لكي تكون نتائج الاجتهاد القضائي دقيقه و أقرب الى الواقع وتحقيق العدالة .

المطلب الثاني

أثر قواعد العدالة في حالة الفراغ القانوني المفترض

الفراغ القانوني المتوهم أو الكاذب وعبر عنه بعض الفقهاء بالنقص الفني يقصد به عدم تحقيق القاعدة القانونية للعدالة من وجهة نظر القاضي ، أي أن القاعدة القانونية موجودة إلا أنها لا تحقق العدالة ، فهل يمكن للقاضي أن يترك هذه القاعدة ويجتهد لإيجاد الحل المناسب من خلال قواعد العدالة ؟ ولكي نسلط الضوء على هذه المسألة ينبغي أن نقسم هذا المطلب على فرعين نبحت في أولهما الإطار النظري للفراغ القانوني المفترض وفي ثانيهما : سد الفراغ القانوني المفترض بواسطة قواعد العدالة .

(1) وشروط الاجتهاد من الجانب العلمي هي : 1- معرفة مقاصد الشريعة ، 2- معرفة النص والظاهر والمحكم والمتشابه والعام والخاص والمطلق والمقيد والناسخ والمنسوخ من القرآن الكريم ، 3- معرفة علم الحديث ومعرفة أحوال الرواة ، 4- معرفة علوم اللغة العربية ، 5- معرفة علم أصول الفقه ، 6- معرفة العلوم العقلية كعلم المنطق وعلم الكلام ، 7- ملكة الاجتهاد : وهي القوة الفكرية التي تمكن المجتهد من رد الفروع الى الأصول ، ينظر : السيد نعمة الله الجزائري ، كشف الأسرار في شرح الاستبصار ، ج1 ، ط2 ، مؤسسة دار الكتب ، قم المقدسة ، 1413هـ ، ص158 ، وكذلك : المناوي ، فيض القدير ، ج1 ، ط1 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1415هـ ، ص16 .

(2) لأن شروط القبول في المعهد القضائي العراقي مثلاً لا نجد فيها شروطاً علمية سوى الحصول على شهادة البكالوريوس في القانون أو الحقوق وكذلك المواد الدراسية المقررة في المعهد القضائي خالية من المواد والعلوم الدراسية التي تساعد القاضي على الاجتهاد ، ينظر : المادة (7 ، 9) من قانون المعهد القضائي العراقي رقم (33) لسنة 1976 .

الفرع الأول

معنى الفراغ القانوني المفترض

الفراغ القانوني المفترض يلزمه الاجتهاد في مورد النص ، وعليه فإن البحث يتطلب بيان كلا الأمرين فينبغي أن نعرف أولاً الفراغ القانوني المفترض ثم نعرف الاجتهاد في مورد النص في فقرتين كما يأتي :

أولاً : تعريف الفراغ القانوني المفترض

يُسمى الفراغ القانوني الوهمي أو المفترض بالقصور الآيدلوجي، لأن تغير فلسفة القانون والسياسة التشريعية الخاصة بالبلد الذي يعمل فيه القاضي يحمله على إرادة التخلص من القاعدة القانونية التي من الممكن أن تنطبق على النزاع المعروض أمامه ولكنها لا تحقق العدالة في نظره ، وقد عرف الفراغ المفترض أو الوهمي بعدة تعاريف منها :

النقص الفني في التشريع وهو (صورة من صور النقص تقابل ما يسمى بالنقص الحقيقي أو الرسمي)⁽¹⁾ .

وعرف أيضاً : بالنقص الكاذب وهو (كون القاعدة المكتوبة الموجودة مباينة لقاعدة غير مكتوبة مشتقة من فكرة العدالة والمنفعة الاجتماعية والخير العام)⁽²⁾ .

وعرف كذلك بالفراغ الوهمي : وهو عبارة عن تغير في الأفكار الفلسفية والسياسية يحمل القاضي على توهم قصور القاعدة القانونية عن تحقيق الغاية وهي العدالة ؛ ولذلك فإن القاضي يسمو فوق تلك القاعدة ويتجاهلها ويحل محلها قاعدة أخرى يستتبطها بالرجوع لقواعد العدالة⁽³⁾ .

ويظهر أن التعريف الأخير هو الذي يمكن أن يُعبر عن حقيقة الفراغ الوهمي أو المفترض ، مع إدخال بعض التعديلات عليه ، وإلا فإن التعريف الأول جاء مقتضياً جداً ، فضلاً عن أن التعبير بالنقص الفني لا يحقق المعنى المقصود من المصطلح تماماً لأنه بحسب فرضية الفراغ الوهمي أنه لا يوجد نقص في القانون لأن القاعدة القانونية موجودة ، إلا أنها لا تحقق العدالة ، وأما التعريف الثاني فإنه ذهب أبعد من الواقع فافتراض أن هنالك قاعدة موجودة بشكل جاهز ومشتقة من مبادئ العدالة وهي تعارض القاعدة القانونية المكتوبة ، وهذا غير موجود بالفعل لأن قواعد العدالة قواعد عقلية عامة وهي بحاجة الى

(1) د. سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة للقانون ، مصدر سابق ، ص 487 .

(2) محمد أحمد رمضان ، مصدر سابق ، ص 55 .

(3) ينظر : علي عبدالله عفريت ، مصدر سابق ، ص 34 .

الاستتباط والاستخراج من قبل القاضي بعد أن يأخذ بنظر الاعتبار كل الظروف المحيطة بطرفي النزاع ، ثم يجتهد بناءً على ما تقتضيه قواعد العدالة لكي يُوجد الحل المناسب ، وهذا الحل أو الحكم الذي يتوصل إليه القاضي هو الذي يعارض القاعدة المكتوبة .

ثم إن الذي يبدو لنا في أصل تسمية المصطلح إن كل ما أُطلق عليه من تسميات يظهر أنها تخالف الواقع المشار إليه بهذا النوع من الفراغ ؛ لأن إطلاق نقص فني يبدو أنه غير صحيح ، وقد أشرنا فيما تقدم بأنه لا يوجد نقص بالفعل والقاعدة موجودة فعلاً ، أما اصطلاح الفراغ الكاذب فهو غير صحيح أيضاً ؛ لأن كون هذا الفراغ كاذب يستلزم أن يكون القاضي الذي يدعيه كاذباً ، والتعريف الأخير نسب التوهم للقاضي ، والحقيقة أن القاضي ليس بمتوهم للفراغ ولا يدعيه كذباً ، بل هو يسعى لأجل تحقيق العدالة ؛ ولذا فالأفضل أن نطلق على هذا النوع ، الفراغ المفترض لأن القاضي في هذا المقام يفترض خلو التشريع من القاعدة القانونية التي يمكن أن تُطبق لحل النزاع ، فيكون ادعاء الفراغ هنا نوع من أنواع الافتراض أو (الحيلة القانونية) يمكن أن نطلق عليه الافتراض القضائي ، على شاكلة الافتراض القانوني الذي يلجأ إليه المشرع في بعض الأحيان لتحقيق العدالة ، كما في مسألة العقار بالتخصيص أو الشخصية المعنوية ، وغيرها من الأمور التي يفترضها المشرع .

ومن الممكن أن نعرف الفراغ المفترض بأنه : الفراغ الذي يفترضه القاضي أو يدعيه في التشريع بل في المصادر الرسمية الأخرى ما عدا قواعد العدالة ، وذلك لأن القاعدة القانونية التي تنطبق على النزاع لا تحقق العدالة فهو يريد تركها والرجوع الى قواعد العدالة ليجتهد من أجل إيجاد الحل المناسب الذي يحقق العدالة .

وبهذا التعريف نكون قد تجنبنا كل الإشكالات التي وردت على التعاريف السابقة .

ثانياً : تعريف الاجتهاد في مورد النص

إن افتراض الفراغ في القانون يتطلب من القاضي إجراء الاجتهاد لكي يسد هذا الفراغ أو النقص في القانون ، وبما أن القاعدة القانونية موجودة بحسب الفرض - ولو أنها لا تحقق العدالة بسبب غموضها أو إجمالها أو تغير فلسفة التشريع في البلد ، ولكنها موجودة على أية حال - ، ولذلك فإن اجتهاد القاضي في المحصلة النهائية يكون اجتهاداً في مقابل النص أو اجتهاد في مورد النص وهذا

يتطلب أن نبين المقصود بالاجتهاد والنص والمورد، وبما أن تعريف الاجتهاد قد تقدم ذكره آنفاً ، لذا سنكتفي بالكلام عن تعريف النص والمورد :

١- تعريف النص

يقصد بالنص القاعدة المُشرعة ويُؤخذ المعنى على إطلاقه في تفسيرهم لمعنى (لا مساغ للاجتهاد في مورد النص) يفهمون من النص مطلق القاعدة المُشرعة (1) المكتوبة .

وأما في اصطلاح الفقه الإسلامي فقد عُرف النص بتعاريف كثيرة أهمها ما يأتي .

فقد عُرف بأنه (ما لا يتطرق إليه احتمال اصلاً لا على قرب ولا على بعد كالخمس مثلاً فإنه نص في معناه لا يحتتمل الستة ولا الأربعة وسائر الأعداد ، ولفظ الفرس لا يحتتمل الحمار والبعير وغيره ، فكل ما كانت دلالاته على معناه في هذه الدرجة سمي بالإضافة الى معناه نصاً) (2) ، وعُرف أيضاً بأنه (ما لا يزداد بياناً بقرينة تقترن باللفظ من المتكلم و ليس في اللفظ ما يوجب ذلك ظاهراً بدون تلك القرينة) (3) ، وعُرف كذلك بأنه (الكلام الذي يُظهر إفادته لمعناه ولا يتناول أكثر مما هو مقول فيه) (4) .

وما يظهر من التعاريف الآنفه الذكر ، أن المراد بالنص هو ما يقابل المجمل أو غير الظاهر ، إلا أن هنالك اتجاه آخر في بيان معنى النص و على ما يظهر من هذا الاتجاه أن المراد بالنص الحكم الوارد بالقرآن الكريم أو السنة الشريفة بأقسامها الثلاثة : قول المعصوم -عليه السلام- أو فعله أو تقريره ، وقد أطلق على هذا المعنى نص فإذا قيل لديه نص فإن المراد عنده آية قرآنية أو حديث عن المعصوم -عليه السلام- وبناءً على هذا التفسير عُرف النص بأنه (الدليل الدال على الحكم الشرعي والثابت عن الشارع من طريق القطع أو الظن المعتبر سواء كان كتاباً أم سنة) (5) ، ويظهر مما تقدم أن للنص معنيين : الأول ما يقابل المجمل أو غير الظاهر فالنص ما يدل على معنى لا يحتتمل النقيض ، والثاني ما ورد في الكتاب والسنة من أحكام ، ويبدو أن التعريف الاخير هو الراجح لتعريف النص بالمعنى

(1) ينظر : علي حيدر ، مصدر سابق ، ج 1 ، ص 29 ، وكذلك : منير القاضي ، شرح مجلة الأحكام العدلية ، ج 1 ، مطبعة العاني ، بغداد ، 1949 ، ص 73 .

(2) الأمام الغزالي ، المستصفى ، ج 1 ، مصدر سابق ، ص 385 .

(3) الشيخ محمد بن أحمد السرخسي ، أصول السرخسي ، ج 1 ، مطابع دار الكتاب العربي ، حيدر آباد - الهند ، 1372 هـ ، ص 164 .

(4) الشيخ جعفر بن الحسن المحقق الحلي ، معارج الأصول ، مؤسسة آل البيت - عليهم السلام- للطباعة والنشر ، قم- إيران ، 1403 هـ ، ص 105 .

(5) ينظر : العلامة السيد عبد الحسين شرف الدين ، النص و الاجتهاد ، مقدمة تصحيح الكتاب ، شبكة الإمامين الحسينين (ع) للتراث والفكر الإسلامي ، تحقيق وتصحيح قسم اللجنة العلمية في الشبكة ، قم المقدسة ، بدون سنة طبع ، ص 10 .

التشريعي سواء كان في التشريع الإسلامي أم القانون الوضعي لأنه بيّن أن النص هو الدليل الذي يثبت من خلاله الحكم و يفيد العلم أو الظن المعبر (1) .

2-تعريف المورد

يستعمل المورد عند الأصوليين بمعنى الفعل أو الواقعة التي تكون موضوعاً للحكم الشرعي ولذلك قالوا (إن المعنى الذي يتعقل في مورد النص هل يجب الاقتصار عليه)⁽²⁾ ، وقالوا أيضاً (المورد لا يخصص الوارد)⁽³⁾ ويقصدون به الحدث المعين الذي يكون موضوعاً لحكم شرعي عام إلا أن المورد خاص ، وهذا يعني أن الواقعة أو الفعل المعين الذي ورد النص بسببه لا يُخصِّص الحكم بتلك الواقعة أو ذلك الفعل بل يبقى الحكم عاماً ، وينطبق على كل فعل أو واقعة مشابهة لتلك الواقعة الأولى ، ومن هذا يظهر أن المورد هو الحدث الذي صدر النص بمناسبةه أو الموضوع الذي بين النص حكمه ، فإذا كان ذلك الموضوع هو مورد النص وقد صدر الحكم بمناسبةه ، فعندئذٍ لا يجوز الاجتهاد لإيجاد حكم آخر له ، ولكن عدم جواز الاجتهاد هل يكون مع ورود مطلق النص ، أو مع النص البين الصريح القطعي ؟ ، هذا ما سنجيب عنه في الفرع الآتي .

الفرع الثاني

سد الفراغ القانوني المفترض بواسطة قواعد العدالة

في حال عرض النزاع على القاضي لكي يصدر الحكم المناسب الذي يحقق العدالة ، فإن القاضي يقوم بعرض الوقائع والأدلة و يُكيفها بناءً على نصوص القانون التي من الممكن أن يجد الحل أو الحكم المناسب للواقعة المعروضة عليه من خلالها ، إلا أن القاضي يجب أن لا تغيب عن فكره قاعدة (لا مساعٍ للاجتهاد في مورد النص) التي نصت عليها المادة الثانية من القانون المدني العراقي ، و التزم

(1) يقصد بالظن المعبر خصوص خبر الأحاد المروي عن الثقة فإن المشرع الإسلامي قد الحق مؤداه بالعلم ، ولذلك يطلق عليه الطريق العلمي ، حيث أن القطع يفيد العلم ، والظن المعبر يفيد الظن المتأخم للعلم ويطلق عليه العلمي . ينظر : السيد محمد تقي الحكيم ، مصدر سابق ، ص198-199 . وكذلك : الشيخ محمد رضا المظفر ، أصول الفقه ، مصدر سابق ، ج3 ، ص15 .

(2) الامام الغزالي ، شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل ، ج3 ، ط1 ، مطبعة الإرشاد ، بغداد ، 1390 هـ - 1971 م ، ص653 .

(3) ينظر : الشيخ محمد باقر الايرواني ، قاعدة المورد لا يخصص الوارد ، بحث منشور على الشبكة المعلوماتية ، متاح في موقع الارتباط الشيعي على الرابط التالي www.wikifegh.lib.eshia.ir تاريخ الزيارة 2021/9/16 .

بها القضاء المصري وإن لم ينص عليها المشرع⁽¹⁾ ، وعلى أساس هذه القاعدة فإن القاضي ليس له أن يلجأ الى الاجتهاد للتوصل الى الحكم بناءً على الرجوع الى المصادر الاحتياطية سواء كانت قواعد العدالة أو غيرها، وبناءً على ما تقدم يمكن طرح السؤال الآتي هل يستطيع القاضي استناداً الى فكرة الفراغ المفترض أن يجتهد في مورد النص أم ليس له ذلك؟ وللإجابة عن هذا السؤال ينبغي أن نقسم هذا الفرع على فقرتين نبحث في أولهما : معنى قاعدة لا مساغ للاجتهاد في مورد النص، وفي ثانيهما نبحث : موقف الفقه و القضاء من الاجتهاد في مورد النص .

أولاً : معنى قاعدة لا مساغ للاجتهاد في مورد النص

نصت مجلة الأحكام العدلية في المادة (14) منها على هذه القاعدة كما أن المشرع العراقي قد قننّها في المادة الثانية من القانون المدني والذي يظهر من منطوق هذه القاعدة يدل على أنه لا يجوز الاجتهاد في حال وجود النص الذي يحكم أو ينطبق على قضية معينة ، وهذا يعني من خلال مفهوم المخالفة أن الاجتهاد عند عدم وجود النص جائز⁽²⁾ .

والذي يظهر من القاعدة أن الاجتهاد لا يصح في مسألة شرعية قد صدر فيها نص صريح و واضح يبين الحكم في تلك الواقعة أو الفعل ، لأن الاجتهاد ينبغي أن يكون في مسألة لم يصدر فيها نص صريح مبين أو صدر فيها نص مجمل وله معانٍ عدة محتملة فيجتهد الفقيه أو القاضي في توضيح ذلك النص و استخراج الحكم منه⁽³⁾ .

ويظهر أن شراح هذه القاعدة مختلفون في توضيح المراد بالنص الذي لا يجوز الاجتهاد في موردّه ، وكذلك اختلفوا في معنى الاجتهاد نفسه ، حيث ذهب بعضهم الى أن النص مطلق ما ورد من دليل في الكتاب والسنة ، وذهب بعض آخر الى أن النص يقصد به النص القطعي الذي لا يقبل النقيض .

(1) في بعض قرارات محكمة النقض المصرية تم نقض قرار محكمة الموضوع وسببت محكمة النقض قرارها بأن ما ذهبت إليه محكمة الموضوع هو اجتهاد في مورد النص ، ينظر : قرار محكمة النقض المصرية المرقم 1171 لسنة 56 جلسة 1990/11/18 سجل 41 ، عدد2 ، ص691 ، ق285 ، أشار إليه : د. محمد عرفان الخطيب ، محددات الدور المصري للاجتهاد القضائي في القانون المدني ، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية ، العدد 3 ، السنة 7 ، العدد التسلسلي 27 ، 2019 ، ص301 .

(2) ينظر : عدنان إبراهيم عبد الجميلي ، مصدر سابق ، ص28 .

(3) ينظر : محمد عثمان شبير ، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية ، ط1 ، دار الفرقان للنشر والتوزيع ، عمان - الأردن ، 1420هـ - 2000م ، ص362 ، وكذلك : عواد حسين ياسين العبيدي ، اجتهاد القاضي في مورد النص بين نهى التشريع ومقتضيات العدالة ، بحث منشور في مجلة التشريع والقضاء ، العدد 4 ، السنة 3 ، 2011 ، ص109 .

وكذلك في نوع الاجتهاد فإن بعضهم ذهب الى أن الاجتهاد المنفي في حال ورود النص هو الاجتهاد الواجب ، فيكون المعنى المقصود بالقاعدة أن الاجتهاد لا يجب في مورد النص ولكن يبقى الاجتهاد مستحباً إذا كان يحقق العدالة حتى في حال ورود النص (1) .

كما ذهب بعض شراح القواعد الفقهية الى أن المراد بالنص في هذه القاعدة الذي لا يجوز معه الاجتهاد هو النص المفسر و المحكم وذهب الى أن ما عدا هذا النوع من النصوص فإنه يصح معه الاجتهاد بالتفسير والتأويل (2) .

والذي يبدو لنا : في المقام أن النص يقصد به المحكم القطعي أو الخاص، لأن من الواضح أن النصوص بمعنى كل ما ورد في التشريع من الأدلة ، فيها العام والمطلق والمجمل ، وقد أشرنا سابقاً بأن النص بشكل عام و إن كان المقصود به ما ورد في الكتاب والسنة من الأحكام ولكن بشرط أن يفيد العلم أو العلمي وهو الظن المعتبر ، وبناء على هذا فإن الاجتهاد من قبل القاضي مع ورود النص الذي لا يفيد العلم و لا العلمي بل لا يفيد سوى الظن ممكن و سائغ شرعاً .

ويبدو أن المشرع المدني العراقي قد نقل هذه القاعدة من مجلة الأحكام العدلية ووضعها في المادة الثانية كما هي ، وبما أن هذه القاعدة هي من القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية فينبغي لأجل فهمها و توضيحها الرجوع الى أصول الفقه الإسلامي وتطبيق قواعده على هذه القاعدة لأجل بيان حدودها ومعناها.

ثانياً : موقف الفقه والقضاء من الاجتهاد في مورد النص

أما موقف الفقه من حيث قبول الاجتهاد في مورد النص وعدمه فإن الفقهاء في الشريعة والقانون قد انقسموا على ثلاث اتجاهات :

الاتجاه الأول : الرافضين للاجتهاد في مورد النص مطلقاً : ذهب أصحاب هذا الاتجاه الى أن الاجتهاد غير جائز في حال ورود النص شرعاً وقانوناً فقد ذهب أغلب شراح مجلة الأحكام العدلية ، وغيرهم من

(1) ينظر : نجم الدين الزنكي ، الاجتهاد في مورد النص ، - دراسة أصولية مقارنة - ، ط1 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1427 هـ - 2006م ،

(2) ينظر : أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ج1 ، ط2 ، مراجعة عبد الستار أبو غدة و مصطفى أحمد الزرقا ، دار القلم ، دمشق ، 1409 هـ - 1989م ، ص147 .

الفقهاء في الشريعة والقانون الى أن الاجتهاد في حال ورود النص غير جائز (1) .

الاتجاه الثاني : المؤيدون للاجتهاد في مورد النص مطلقاً⁽²⁾ : ذهب جمع من الفقهاء والباحثين الى أن الاجتهاد في مورد النص ممكن في أحوال كثيرة و في مقدمة هذه الاحوال فيما إذا كان النص الذي ينطبق على النزاع المعروض أمام القضاء عاماً أو مطلقاً أو مجملاً ، والضابط الذي يوضح إمكانية الاجتهاد في مورد النص هو كون النص ظنياً وليس قطعي الدلالة وغير بين الألفاظ ، بل ذهب بعض أصحاب هذا الاتجاه الى أن الاجتهاد في مورد النص جائز حتى في حال كون النص قطعي الدلالة ، و لكنه لا يحقق العدالة ، وعللوا ذلك بأن القاضي ليس آلة أو أداة منفذة للقانون فقط بل لابد أن يكون له دور في هذا التنفيذ ويحرص من خلاله على تحقيق العدالة ، خاصة فيما إذا تغيرت الفلسفة التشريعية والقضائية من نظام شمولي يقدم مصلحته على مصلحة حقوق الإنسان الى نظام آخر يقدم مصلحة المجتمع ويحرص على تطبيق حقوق الإنسان (3) .

الاتجاه الثالث : ذهب أصحاب هذا الاتجاه الى أن الاجتهاد في مورد النص غير جائز على إطلاقه ولكنه يجوز في بعض الحالات وقد أنقسم أصحاب هذا الاتجاه في تبرير الاجتهاد في مورد النص على رأيين :

1 - الاجتهاد في البحث عن النص الملائم :

يرى أصحاب هذا الرأي (4) أن الاجتهاد في مورد النص فيما إذا كان النص لا يحقق العدالة ينبغي أن يكون في البحث عن النص الملائم الذي يمكن أن ينطبق على النزاع ، وذلك لأن أكثر ما يقلق ضمير القاضي ويؤثر في وجدانه ، عندما يرى أن دعوى أحد طرفي النزاع عادلة و أن الحق له ، إلا أن النص القانوني يكون بالضد من تلك الدعوى المحققة ، وهنا يبدأ الصراع الوجداني بين ضرورة تطبيق

(1) ينظر : علي حيدر ، مصدر سابق ، ص 27 ، وكذلك : سليم رستم باز ، شرح المجلة ، ط 1 ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، بدون سنة طبع ، ص 21 ، وكذلك : السيد عبد الحسين شرف الدين ، مصدر سابق ، ص 19 ، وكذلك : د. محمود جمال الدين زكي ، دروس في مقدمة الدراسات القانونية ، ط 2 ، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية ، القاهرة ، 1389 هـ - 1969 م ، ص 142 ، وكذلك : د. حسن أحمد البغدادي ، المدخل للعلوم القانونية ، ص 75 ، قال في هذا الصدد (ليس للقاضي أن يستلهم قواعد العدالة ولو استتبع تطبيق قواعد القانون أفدح ضروب الجور ...) .

(2) ينظر : د. مصطفى ابراهيم الزلمي و عبد الباقي البكري ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، طبعة جديدة منقحة ، العاتك لصناعة الكتب ، القاهرة ، 2009 ، ص 292 ، وكذلك : عباس قاسم مهدي ، مصدر سابق ، ص 103 ، وكذلك : عواد حسين ياسين العبيدي ، مصدر سابق ، ص 123 .

(3) ينظر : حسين الظريفي ، مدى حرية القاضي إزاء القانون ، بحث منشور في مجلة القضاء ، العدد (2-3) ، السنة (11) ، بغداد ، 1953 ، ص 15 ، وكذلك : علي عبدالله عفريت ، مصدر سابق ، ص 34 .

(4) ينظر : عبد الرحمن صبري ، القاضي بين الاجتهاد في مورد النص و الاجتهاد في البحث عن النص ، مقال منشور في موقع ساحة الرأي على الشبكة المعلوماتية متاح على الرابط : [https://staging , kitabat .com / demo /](https://staging.kitabat.com/demo/) تاريخ الزيارة 2021/9/8 wp-content / uploads / 2017

النص ، وحتمية تحقيق العدالة ، ويرى أصحاب هذا الرأي أنه يتوجب على القاضي البحث من خلال مجموع نصوص القانون للتوصل الى روح القانون وما قصده المشرع من تحقيق العدالة ، ولذا فقد أجاز أصحاب هذا الرأي للقاضي أن يجتهد لتحقيق العدالة ، إلا أن ذلك الاجتهاد ينبغي أن يكون من خلال نصوص القانون وليس من خارجها ، وقد وردت بعض التطبيقات القضائية المؤيدة لهذا الرأي (1) .

2 - تطويع النصوص القانونية في حالة الظروف الخاصة (2) :

وهذا يعني أن النصوص القانونية تبقى ثابتة أما المعنى فقد يتغير تبعاً لتغير الظروف وهو عبارة عن خلاصة مفهوم الاجتهاد التأويلي : وهو وسيلة فعالة بيد القضاة يستطيعون من خلالها تحقيق العدالة وعدم مخالفة النص وذلك لأن العملية القضائية الاجتهادية لم تكن مجرد تطبيق مباشر لنصوص القانون بل إن للقضاء دور إنشائي ، يستطيع بواسطته ابتداع حلول و إنشاء أحكام تحقق العدالة من دون أن تخالف النص القانوني ، فيستطيع القاضي من خلالها تطويع النصوص القانونية - في حالة خاصة - بعد أن تؤخذ الظروف المحيطة بتلك الحالة في نظر الاعتبار ، عن طريق تأويل تلك النصوص القانونية قدر المستطاع ، وبهذا يكون القاضي قد أرضى ضميره و التزم بالقانون وحقق العدالة فعلاً وليس شكلاً لأن التطبيق الحرفي للقانون في هذه الحالة يحقق العدالة الشكلية التي ظاهرها عدالة وباطنها ظلم وجور ، و أما إذا تأول القاضي تلك النصوص فإنه يستطيع أن يحقق العدالة من دون مخالفة النص .

والذي يبدو لنا : أن الاتجاه الثالث هو الراجح ، وذلك لأن الاجتهاد في مورد النص يكون بناءً على هذا الاتجاه جائز ومخالفة النص غير جائزة ، وبهذا يتبين أن افتراض الفراغ القانوني لا يجري على إطلاقه لأجل ألا تحصل مخالفة النص التشريعي بشكل مباشر ، إلا في بعض الحالات الخاصة التي تتصادم فيها المصلحة العامة مع ضرورة تطبيق النص التشريعي فيكون من حق المحاكم العليا الاجتهاد في مقابل النص حتى ولو كانت دلالة النص قطعية ، وهذا ما سنشير له لاحقاً.

(1) ينظر : قرار محكمة استئناف بغداد / الرصافة بصفتها التمييزية المرقم 527/ت/2011 في 2011/11/28 ، أشار إليه : عبد الرحمن صبري ، المصدر السابق ، والذي جاء فيه الاجتهاد في إدخال حكم المطاوعة في ما نصت عليه المادة 53/1 من قانون التنفيذ التي لم يسمح فيها بتأخير تنفيذ الأحكام القضائية في حالة التمييز إلا إذا كان محل التنفيذ عقاراً ، ومع ذلك ذهبت المحكمة المذكورة آنفاً الى جواز تأخير تنفيذ حكم المطاوعة الى ما بعد نتيجة التمييز لتحقيق العدالة ، بناء على ما قصده المشرع من روح قانون التنفيذ وما أشار إليه في المادة (1/2) من نفس القانون من الدعوة الى المحافظة على توازن مصالح الدائن والمدين .

(2) ينظر : د. عبد الرزاق السنهوري و د. أحمد حشمت أبو ستيت ، مصدر سابق ، ص 176 ، وكذلك : د. عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، ج 2 ، مصدر سابق ، ص 950 ، وكذلك : ضياء شيت خطاب ، مصدر سابق ، ص 77 ، وكذلك : عدنان إبراهيم عبد الجميلي ، مصدر سابق ، ص 150 .

و أما موقف القضاء من الاجتهاد في مورد النص فإن القضاء العراقي والمصري قد صدرت عنهما بعض القرارات التي يظهر منها أنها اجتهاد في مورد النص ، إلا أن هذه القرارات تبدو أنها على صنفين أحدهما اجتهاد في مقابلة نصوص ظنية الدلالة وبعضها اجتهاد تأويلي⁽¹⁾، والصنف الآخر اجتهاد في قبال نصوص قطعية الدلالة ويظهر من الصنف الأخير أنها حالات نادرة وخاصة يرجع تقديرها للمحاكم العليا كالمحكمة الدستورية العليا في العراق والمحكمة الإدارية العليا في مصر⁽²⁾ .

وأما القضاء الانكليزي فإن الاجتهاد بناء على قواعد العدالة في مقابل النص التشريعي سائغ ومقبول عندهم بل هو النهج المتبع بناء على ما أشار إليه قانون المحاكم الكبرى (Constitutional

(¹) ومن هذه القرارات : قرار محكمة تمييز العراق المرقم 257 هيئة موسعة أولى / 80 في 1982/2/27 أشار إليه : إبراهيم المشاهدي ، المختار من قضاء محكمة التمييز ، مجموعة العقار القضائية ، مطبعة الزمان ، بغداد ، 1999 ، ص13 ، وقد تضمن هذا القرار : اجتهاد محكمة التمييز بالحاق دعوى منع المعارضة في إيجار الأفران والمخابز بدعوى التخلية التي منع قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم (1837 في 1979/12/20) المحاكم من سماع الدعوى المتعلقة بها وقد سببت المحكمة الأنفة الذكر قرارها بأن نتيجة منع المعارضة والتخلية واحدة و هي رفع يد المستأجر عن الفرن أو المخبز ، وهذا اجتهاد في مورد النص ولكن دلالة النص ظنية . ومنها أيضاً قرار محكمة التمييز الاتحادية في العراق المرقم 336 / الهيئة الاستئنافية /العقار/2008 الصادر في 2008/3/25 أشار إليه : عواد حسين العبيدي ، مصدر سابق ، ص124 ، والذي تضمن : اجتهاد محكمة التمييز الاتحادية بعدم الأخذ ببطلان المزايدة على العقار بالرغم من أنها أجريت في غير موقع العقار والتي تعتبر باطلة بحسب نص المادة (9/سادساً) من قانون بيع و إيجار أملاك الدولة رقم 32 لسنة 1986 التي نصت على أنه (لا تجري مزايدة البيع أو الإيجار إلا ضمن الوحدة الإدارية التي يقع فيها المال غير المنقول) ، إلا أن المحكمة قد اجتهدت في اعتبار المزايدة التي أجريت في مقر بلديات كركوك والتي تقع خارج حدود الوحدة الإدارية التي يقع فيها العقار موضوع المزايدة الذي يقع في ناحية الرياض ، اعتبرت أن تلك المزايدة صحيحة لأسباب أمنية و هذا اجتهاد في مورد النص ، ويبدو أنه اجتهاد تأويلي لأن مفهوم الوحدة الإدارية كما يصدق على الناحية التي يقع فيها العقار يصدق أيضاً على المحافظة وبما أن المزايدة أجريت في مقر بلديات محافظة كركوك وهي الوحدة الإدارية الأكبر التي يقع العقار ضمن حدودها فيكون هذا الاجتهاد غير مخالف للنص المشار إليه أعلاه وإنما مؤولا له .

(²) ومن هذه القرارات : قرار المحكمة الاتحادية العليا في العراق المرقم : 23/اتحادية/2006 الصادر في 2007/3/5 والذي تضمن إلغاء الفقرة الثالثة من قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم (221) في 2001/10/14 أشار إليه : علي عبدالله عفرين ، مصدر سابق ، ص35 ، والذي نص على : حرمان أحد الأشخاص من حقه في ميراث والدته عقاباً له على عقوقه لها ، وهذا اجتهاد من المحكمة الدستورية في إلغاء هذه الفقرة من القرار لأن هذه الفقرة من قرار مجلس قيادة الثورة قد صدرت في حالة خاصة ولم تعد قائمة لكي يتم إلغاؤها ، فضلاً عن ذلك فإن المحكمة الدستورية العليا قد التزمت في قضائها مبدأ رد القضايا ذات الطابع الشخصي ، وهذا الاجتهاد من قبل المحكمة الدستورية العليا ، المبرر له هو تغير الفلسفة التشريعية و القضائية في البلد ؛ وذلك لأن هذه القضية وإن كانت حالة شخصية ولكنها تمثل شاهداً على طريقة التشريع السائدة في النظام السابق التي كانت تتجاوز كل الأطر والموازن الشرعية والقانونية فالقرار المشار إليه مخالف لأحكام الدستور السابق ومتجاوز على استقلال القضاء لأنه الغى عدداً من القرارات القضائية الصادرة من محكمة تمييز العراق ومحكمة استئناف الرصافة التي اكتسبت الدرجة القطعية ، فضلاً عن مخالفة القرار المذكور أنفاً لأحكام الشريعة الإسلامية لأن عقوق الوالدين لم يكن من ضمن أسباب الحرمان من الميراث في الشريعة الإسلامية . ومنها : قرار المحكمة الإدارية العليا في مصر المرقم : 1914 لسنة 3ق الصادر في 1991/3/9 قضية عزية خير الله ، أشار إليه : محمد محمد عبد اللطيف ، مصدر سابق ، ص129 ، والذي تضمن : نقض المحكمة الإدارية العليا لقرار محافظ القاهرة الذي تضمن إخلاء أرض مملوكة للدولة قرب مطار القاهرة من شاغليها من المتجاوزين بالسكن العشوائي وقد سببت المحكمة المذكورة أنفاً قرارها بأن المصلحة العامة ومصلحة الأمن والاستقرار ينبغي أن تقدم على وجوب تطبيق النصوص القانونية التي تنص على حرمة الأراضي المملوكة للدولة ، وهذا اجتهاد من قبل المحكمة بتقديم دواعي الامن والاستقرار وهي بالتالي تستند الى قواعد العدالة والمبرر تقديم المصلحة العامة على وجوب تطبيق النصوص القانونية .

2005 Refrom) الذي نص على أنه في حالة تعارض قواعد الشريعة العامة مع قواعد العدالة يجب تقديم قواعد العدالة كما أشرنا لذلك آنفاً.

المبحث الثاني

أثر قواعد العدالة في التفسير القضائي

يعد التفسير من أهم الأعمال القضائية، و هو عمل أولي و أساسي لتطبيق أحكام القانون ، سواء تعلق الأمر بتفسير القانون أم تعلق بتفسير العقود .

فدور القاضي لا يقتصر على تطبيق القانون فحسب ، وغالباً ما يجد نفسه بصدد البحث عن حل منازعة قامت بين أطراف عقد حول تنفيذ بنوده و شروطه ، أو حول تفسير نص قانوني من الممكن أن ينطبق على حل ذلك النزاع ، ومن هنا تبدأ سلطة القاضي التقديرية تجاه تفسير النصوص القانونية أو بنود العقود وشروطها ، وتكون مهمة القاضي أكثر صعوبة كلما تعمق في استجلاء إرادة المشرع من ذلك النص ، أو استظهار نوايا أطراف العقد ، فكثيراً ما يظهر للقاضي أن بنود عقد ما من العقود تتضمن قصوراً في التعبير أو أنها غامضة في كشف إرادة طرفي العقد أو أن إرادة المشرع غير واضحة من هذا النص أو ذاك ، ولذا فإن القاضي لابد له من أن يلجأ الى وسائل⁽¹⁾ ، تعينه في تفسير النصوص القانونية أو تفسير بنود العقود المدنية ، ومن أهم هذه الوسائل قواعد العدالة ، و لأجل بيان أثر قواعد العدالة في تفسير النصوص القانونية والعقود ينبغي أن نبحث في تعريف التفسير وبيان أنواعه ومدارسه ، ثم نبين أثر قواعد العدالة في التفسير القضائي للنصوص القانونية والعقود المدنية ، ولذا ينبغي أن نقسم هذا المبحث على مطلبين : نبحث في الأول منهما : الإطار النظري للتفسير ، وفي ثانيهما نبحث : دور قواعد العدالة في التفسير القضائي للنصوص القانونية والعقود المدنية .

(1) ذكر الفقهاء والباحثون عدداً من الوسائل التي يمكن أن يلجأ إليها القاضي في تفسير النصوص القانونية وهي : 1- المصادر التاريخية 2- الأعمال التحضيرية 3- حكمة التشريع 4- تقريب النصوص بعضها من بعض 5- قواعد العدالة ، ينظر : د. محمد حسين منصور ، مصدر سابق ، ص 180-182 ، وكذلك : د. مصطفى محمد عرجاوي ، مصدر سابق ، ص 277 ، وكذلك : توني أو نوريه ، آراء في القانون ، ط 1 ، ترجمة : د. مصطفى رياض ، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية ، القاهرة ، 1998 ، ص 120 .

المطلب الأول

معنى التفسير

لأجل أن نتوصل الى بيان أثر قواعد العدالة في تفسير النصوص القانونية ، وبنود العقد لابد أن نسلط الضوء على تعريف التفسير ونبين أنواعه ، وأي نوع منها يكون مجالاً لتطبيق قواعد العدالة أكثر من غيره ، وكذلك نتعرض لبيان مدارس التفسير باختصار ، وأي من هذه المدارس يمكن أن يستعمل القاضي من خلالها قواعد العدالة في تفسير النصوص القانونية و بنود العقد ، ولذا ينبغي أن نقسم هذا المطلب على ثلاثة فروع : نبحت في الأول منها : التعريف بالتفسير ، ونخصص الثاني للبحث في : دواعي التفسير ووسائله ، ونخصص الثالث للبحث في: أنواع التفسير ومدارسه .

الفرع الأول

التعريف بالتفسير

لكي نبين المراد بالتفسير لابد من أن نبحت في تعريفه لغة و اصطلاحاً ثم نحدد المقصود بنطاقه ، لذا ينبغي أن نقسم هذا الفرع على فقرتين كما يأتي :

أولاً : تعريف التفسير

عُرِفَ التفسير في فقه القانون الوضعي بتعاريف كثيرة منها : تعريفه بأنه (العملية الذهنية التي يقصد بها تحديد معنى القاعدة القانونية ومداها ، أو هو تلك العملية التي يراد بها توضيح معنى غامض)⁽¹⁾ ، وعرف كذلك بأنه (الوقوف على معنى ما تتضمنه القاعدة القانونية من حكم والبحث عن الحكم الواجب إعطاؤه لما قد يعرض في العمل من فروض لم تواجهها القاعدة القانونية)⁽²⁾ ، وعرف أيضاً بأنه (تحديد معنى قاعدة قانونية مكتوبة ، وإيضاح ما يعتمدها من غموض و إبهام لمعرفة مدى انطباقها على قضية ما)⁽³⁾ .

ويبدو من التعاريف المشار إليها أعلاه أن كل تعريف منها قد سلك جانباً معيناً من جوانب التحديد ، ولهذا فكل ما تقدم ذكره من تعاريف غير جامعة ولا مانعة ، فأول هذه التعاريف قد سلك في

(1) د. عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ، ص 510 .

(2) د. حسن كيره ، المدخل الى القانون ، مصدر سابق ، ص 397 .

(3) د. صالح محسوب ، فن القضاء ، ط 1 ، مطبعة العاني ، بغداد ، 1982 ، ص 56 .

تعريفه للتفسير التوضيح والبيان وتحديد المعنى ، وهذا يجعله قريباً جداً من المعنى اللغوي ، وأما التعريف الثاني فإنه نظر الى الجانب العملي التطبيقي وهو تحديد الحكم المراد بالقاعدة القانونية ، ولكنه أغفل الجانب التوضيحي البياني ، وأما التعريف الأخير فإنه قد نظر الى جانب النقص والخلل في النص المراد تفسيره ، ولذا ركز على أن التفسير ينظر الى ما يكتنف القاعدة القانونية من غموض و إبهام وما يعرض عليها من نقص ، من دون أن يبين ما يقوم به المفسر من إصلاح لذلك الخلل و إتمام لهذا النقص .

ولتفادي ما تقدم من إشكالات على التعاريف الآتية الذكر، فإنه يمكن أن نعرف التفسير القانوني بأنه : بيان المعنى الحقيقي للنص القانوني من خلال استكشاف معاني ألفاظه ، و إكمال ما يعرض عليه من نقص ، ورفع التعارض أو التناقض بين أجزاء النص الواحد وبينه وبين باقي نصوص التشريع ، والسعي الى بيان قصد المشرع من النص أو المنشأ من العقد قدر الإمكان .

ويمكن أن نكون في هذا التعريف قد تجنبنا ما ورد على التعاريف السابقة من إشكالات، فضلاً عن محاولة شمول التعريف لتفسير النصوص القانونية وبنود العقد معاً، حيث أن التفسير القضائي وكذلك الفقهي قد يتعرض لتفسير العقود فضلاً عن تفسيره للنصوص القانونية .

وأما تعريف التفسير في الاصطلاح الإسلامي أو الشرعي فقد عرف بتعاريف كثيرة منها : ما عرف بأنه (هو علم يبحث عن كيفية النطق بألفاظ القرآن ومدلولاتها و أحكامها الإفرادية والتركيبية ومعانيها التي تحمل عليها حالة التركيب وتتمتات ذلك)⁽¹⁾ ، وعُرف كذلك بأنه (علم يعرف به فهم كتاب الله وبيان معانيه ، واستخراج أحكامه وحكمه واستمداد ذلك من علم اللغة ، والنحو ، والتصريف ، وعلم البيان ، و أصول الفقه ، والقراءات و أسباب النزول والناسخ والمنسوخ)⁽²⁾ ، وعرف أيضاً بأنه (هو بيان معاني الآيات القرآنية والكشف عن مقاصدها و مداليلها)⁽³⁾ ، والتعاريف المشار إليها أعلاه قد رُكِّزَ فيها على تفسير القرآن الكريم ولكن لا يعني أن التفسير مقتصر في المفاهيم الشرعية والعلوم الإسلامية على تفسير القرآن الكريم فقط بل إن السنة المطهرة هي الأخرى محلاً للتفسير عندهم أيضاً لأن مصطلح تفسير النصوص كما يشمل القرآن يشمل السنة أيضاً ، إلا أن مجال علم التفسير عُرف في تفسير الكتاب العزيز بشكل أوسع و أكثر دقة حتى أضحي تفسير القرآن علماً قائماً بذاته .

(1) أبو حيان الأندلسي ، البحر المحيط في التفسير ، ج 1 ، دار الفكر ، بيروت - لبنان ، 1412 هـ ، ص 26 .
(2) محمد بن عبدالله الزركشي ، البرهان في علوم القرآن ، ج 1 ، ط 1 ، دار إحياء الكتب العربية ، بيروت ، 1376 ، ص 13 .
(3) السيد محمد حسين الطباطبائي ، تفسير الميزان ، مصدر سابق ، ج 1 ، ص 4 .

وكيف ما كان فقد عُرف تفسير النصوص الشرعية بتعاريف أخرى جامعة ، منها ما عرفته بأنه (بيان معاني الألفاظ ودلالاتها على الأحكام ، للعمل بالنص ، على وضع يفهم من النص)⁽¹⁾ .

ويبدو لنا : أن التعريف الأخير هو الأوفق بالاختيار لتعريف التفسير في الاصطلاح الشرعي لكي يكون شاملاً لتفسير النصوص سواء كانت قرآنية أو نصوص السنة المباركة ، وقد تقدمت الإشارة الى أن النص بحسب الاصطلاح الإسلامي هو الدليل على الحكم الشرعي الوارد في القرآن الكريم أو السنة فيما إذا أفاد العلم أو العلمي ويقصد بالأخير ما كان وراثياً بحدِيث الآحاد المعتبر شرعاً ، وبهذا يكون التفسير في الاصطلاح الشرعي شاملاً للنصوص التي ترد في الكتاب والسنة على حد سواء لأنهما مصدرا التشريع الإسلامي الأساسيان والمصادر الأخرى تستقي منهما فيكون تفسيرهما داخل في صميم عمل المفتي والقاضي معاً .

ثانياً : نطاق التفسير القانوني

اختلف فقهاء القانون في نطاق التفسير على اتجاهين :

1-الاتجاه الموسع في التفسير⁽²⁾ : وهذا يعني أن التفسير يشمل توضيح الغامض من ألفاظ النصوص القانونية ، وكذلك معالجة العيوب التي تطرأ على النص وتتميم النقص الذي يمكن أن يعرض للنصوص ، وكذلك معالجة التعارض سواء حصل بين أجزاء النص الواحد أو بين النصوص القانونية فيما بينها ، و يظهر أن هذا الأمر سواء كان التعارض بين أجزاء النص أو النقص أو الغموض في الألفاظ ينسحب على بنود العقد وشروطه أيضاً ما عدا التعارض مع عقود أخرى لا يمكن تصوره في العقد ، لأن العقد ينظر إليه وحدة واحدة و لا يقاس الى غيره من العقود أما النصوص القانونية فلا بد أن تقاس الى غيرها من النصوص في المنظومة التشريعية .

2-الاتجاه المضيق في التفسير : وفي نظر أصحاب هذا الاتجاه يكون التفسير خاصاً بتوضيح الألفاظ الغامضة في النصوص القانونية و العقود المدنية ، وعليه فأن التفسير في نظر هؤلاء هو توضيح معاني النصوص ورفع الغموض عنها وبيان نطاق تطبيقها ليس إلا ولذا فإنهم يعتبرون أن النصوص الواضحة

(1) مصطفى ابراهيم الزلمي ، و علي أحمد المهداوي ، أصول الفقه في نسيجه الجديد وتطبيقاته في التشريعات القانونية المدنية ، ط1 ، المركز القومي للنشر ، الأردن ، 1999 ، ص 15 .

(2) ينظر : عبد الباقي البكري و زهير البشير ، مصدر سابق ، ص 118 ، وكذلك : توني أو نوريه ، مصدر سابق ، ص 157 .

لا يوجد داعي لتفسيرها (1) ، وعليه فإن التفسير لا شأن له بنقص النص أو قصوره ، أو تعارض أجزائه ، أو تعارض النص مع غيره من النصوص ، لأن هذه الأمور بحسب وجهة نظر أصحاب هذا الرأي من اختصاص المشرع وليس المفسر .

والذي يبدو لنا : أن الرأي الأول هو الأرجح ، لأن التفسير ينبغي أن يُوجد الحل المناسب من خلال النص ، وليس مهمة المفسر توضيح النص فقط أو رفع إشكالية الفهم للنص، و إنما لابد من أن يجتهد المفسر في حدود النص لكي يوجد أحكاماً جديدة ، تستند الى ذلك النص وتصدر عنه وهذه الحلول أو الأحكام الجديدة يكون لها دور مهم في تغطية كثير من الحوادث المستجدة التي لا نجد حكماً لها لو جمدنا على ظاهر ذلك النص من دون تفسيره أو تأويله و لأصبح القانون عبئاً على القضاء وعلى المجتمع ، إلا أن فتح باب تفسير النص بمداه الواسع يسهم في إيجاد حلول أو أحكام جديدة من قبل القضاء ، ترفع الكثير من المظالم عن كاهل المجتمع وبخاصة إذا كان ذلك التفسير بواسطة قواعد العدالة ، ومن التطبيقات القضائية بشأن التفسير المتطور الموسع حكم لمحكمة تمييز العراق في بعض قراراتها الذي ورد فيه ما يأتي: (إن تفسير قانون العمل يكون لصالح العامل إن كان النص القانوني غامضاً أو متعارضاً مع نص آخر أو كان به خطأ أو نقص فإن الشك يفسر لصالح العامل ؛ لأن قانون العمل شرع لحماية العامل باعتباره الطرف الضعيف في العقد .) (2) ، وقد أوصت المحكمة في هذا القرار باتباع التفسير الموسع بواسطة حكمة التشريع ؛ عندما أشارت الى غاية المشرع من تشريع قانون العمل ، ويبدو أن الدافع أو الأساس الفلسفي الذي استند إليه المشرع ، في تشريع قانون العمل هو قواعد العدالة .

الفرع الثاني

دواعي التفسير و وسائله

إن المقصود بالتفسير لا يمكن أن يتم تحديده بدقة ولا يكون شاملاً لكل الحالات التي تستدعي التفسير مالم تُعرف الأسباب التي تدعو الى تفسير النصوص القانونية والعقود المدنية ، وكذلك لابد من معرفة الطرق أو الوسائل التي يستخدمها المفسر في سبيل الوصول الى التفسير الأمثل للنصوص والعقود

(1) ينظر : د. رمضان أبو السعود ، المدخل الى القانون ، وبخاصة المصري واللبناني ، الدار الجامعية ، الإسكندرية – مصر ، 1986 ، ص 188 ، وكذلك : عبد المنعم فرج الصدة ، أصول القانون ، مصدر سابق ، ص 273 .
(2) رقم القرار 543 / عمل / 1982 الصادر في 12 / 8 / 1982 ، أشار إليه : ضياء شيت خطاب ، مصدر سابق ، ص 67 .

، ولذا ينبغي أن نقسم هذا الفرع على فقرتين : نبحث في الأولى : دواعي التفسير ، ونخصص الثانية لبحث : وسائل التفسير .

أولاً : دواعي التفسير

الأسباب التي تدعو القاضي أو كل من يتصدى لتطبيق النصوص القانونية وكل من يكون مسؤولاً عن تنفيذ العقود المدنية الى التفسير ، كثيرة ولا يمكن حصرها و لذا ينبغي أن نشير الى أهم هذه الدواعي و الأسباب : وهي الغموض أو الإبهام ، و النقص أو السكوت ، والتعارض بين النصوص القانونية .

1- الغموض أو الإبهام :

من الواضح أن كل نص غامض يكون بحاجة الى التفسير سواء كان نصاً شرعياً أم قانونياً أم كان عقداً من العقود المدنية ، وبناء على هذا فإن غموض النص من أهم الأسباب أو الدواعي للتفسير ، ففي علم أصول الفقه اهتم فقهاء الشريعة الإسلامية في بيان النصوص أو الألفاظ غير الواضحة⁽¹⁾ ، و أما في القانون فإنه من المتفق عليه أن النصوص الغامضة تكون بحاجة الى تفسير سواء كان من قبل المشرع نفسه أو من قبل القاضي حينما يتصدى لحل نزاع معين من الممكن أن ينطبق عليه ذلك النص الغامض أو إن الإبهام أو الغموض كان هو سبب النزاع كما هو الأمر في العقود عندما يرد بند أو شرط غامض أو مبهم ، ومن الضروري أن النصوص القانونية والشرعية الغامضة لا بد أن تكون لها معانٍ حيث أن النص ورد لكي يعمل به ويطبق لحل الوقائع القانونية والشرعية ، ومن هنا تتبين أهمية التفسير حيث أنه لولاه لعطلت هذه النصوص ولما أمكن العمل بموجبها⁽²⁾ .

2- النقص أو السكوت :

إن النص القانوني لا يوصف بالنقصان إلا في حالة خلو عباراته من بعض الألفاظ ، التي لا يمكن للحكم الذي يثبت بواسطة ذلك النص أن يكون متصفاً بالاستقامة والمنطقية بدون ذلك اللفظ الناقص

(1) ينظر : الإمام محمد بن محمد الغزالي ، المنحول ، ج ١ ، ط ٢ ، تحقيق : محمد حسن هيتو ، دار الفكر ، دمشق ، ١٤٠٠ هـ ، ص ١٦٨ ، وكذلك : الشيخ محمد رضا المظفر ، أصول الفقه ، ج ٢ ، مصدر سابق ، ص 249 .

(2) ينظر : د . محمد حسين منصور ، مصدر سابق ، ص ٢٧٨ ، وكذلك : د . مصطفى محمد عرجاوي ، مصدر سابق ، ص ٢٢٥ .

، وبتعبير آخر النقص هو كل ما يثبت في النص من الفراغات التي يمكن أن تملأ من قبل القاضي ، الذي يتصدى لتفسير ذلك النص (1) .

ومثال النقص في النص ما ورد في نص المادة (151) من القانون المدني المصري القديم التي نصت على انه (كل فعل نشأ عنه ضرر يوجب ملزومية فاعله بتعويض الضرر) ، ويظهر أن واضع هذه المادة لم يبين نوع الفعل الذي يوجب المسؤولية وبالتالي ترتب التعويض وهو الفعل الخاطئ حيث أن المسؤولية لا تترتب إلا على هذا النوع من الأفعال⁽²⁾ ، فيكون تقدير الكلام من قبل المفسر (كل فعل خاطئ نشأ عنه ضرر) وبناءً على ما يقوم به المفسر في مثل هكذا نصوص يمكن سد النقص أو الفراغ في النصوص القانونية ، وهذا بناء على فكرة تفسير النص بشكل واسع .

3- التعارض بين النصوص :

التعارض إنما يحدث بين النصوص ، عند وقوع الاختلاف بين أحكام التشريع الواحد ، أو بين حكم في نص قانون معين وبين نص آخر في قانون غيره ، فإذا وقع التعارض بين أحكام تشريعات مختلفة ، فإنه يتطلب من المفسر أن يوفق بين النصين المتعارضين ، إن أمكن⁽³⁾ ، وإلا فيجب أن يُقدم النص التشريعي الأعلى في المرتبة على الأدنى مرتبة ، فإذا وقع تعارض بين نص دستوري وآخر من التشريع العادي فإنه يجب أن يقدم النص الدستوري وكذلك إذا حصل تعارض بين التشريع العادي والتشريع الفرعي (القواعد التنظيمية) يجب أن يقدم التشريع العادي على الفرعي⁽⁴⁾ ، وأما إذا حدث التعارض بين نصوص التشريع نفسه أو حصل بين مواد تشريعات من درجة واحدة فإن كان بعض هذه التشريعات متقدماً زماناً وبعض آخر متأخراً قدم المتأخر بالزمان ؛ لأن المتأخر يعتبر ناسخاً للمتقدم و إن كان صدورها في نفس الوقت ففي هذه الحالة إن كان هناك ما يرجح بعض هذه النصوص على غيرها فهو و إلا يجب أن يلجأ المفسر الى وسائل وطرق ترجيحية خارج النص التشريعي⁽⁵⁾ .

(1) ينظر : د. محمد حسن قاسم ، مصدر سابق ، ص 408 .

(2) ينظر : د. عبد المنعم البدر اوي ، أصول القانون المدني المقارن ، ط 2 ، مكتبة سيد عبدالله وهبة ، القاهرة ، 1970 ، ص 146 .

(3) ينظر : د. محمد حسين منصور ، مصدر سابق ، ص 279 .

(4) ينظر : د. عزيز كاظم الخفاجي ، مصدر سابق ، ص 72 .

(5) ينظر : د. محمد حسن قاسم ، مصدر سابق ، ص 410 .

ثانياً : وسائل التفسير

يقوم التفسير على أساس استعمال وسائل أو طرق يعتمد عليها المفسر في عملية تفسير النصوص القانونية ، وهذه الوسائل أو الطرق منها ما يعرف بالوسائل الداخلية وهي تتعلق بألفاظ النص التشريعي أو في نفس القانون الواحد ومن أهمها التفسير اللفظي ، والاستنتاج بطريق القياس و الاستنتاج بدلالة المفهوم سواء كان مخالفاً أو موافقاً من باب الأولوية وهو ما يعرف (بالاستنتاج من باب الأولوية)⁽¹⁾ ، و الأهم من الوسائل الداخلية ما يعرف بالوسائل الخارجية وهي التي يعتمد عليها المفسر من خارج النص التشريعي وهذا النوع من وسائل وطرق التفسير يتضمن : الأعمال التحضيرية لتشريع القوانين ، و المصادر التاريخية ، وتقريب النصوص بعضها من بعض ، وحكمة التشريع ، و قواعد العدالة⁽²⁾ ويظهر أن وسيلتي حكمة التشريع ، وقواعد العدالة تعتبر من أهم الوسائل والطرق الخارجية التي تمكن القاضي من تفسير النصوص القانونية مع ما يتماشى ومقتضيات العقل الإنساني الكلي العملي و ما يتفق مع تحقيق العدالة وسنبين هذا في المطلب القادم إن شاء الله .

الفرع الثالث

أنواع التفسير ومدارسه

بما أن التفسير عبارة عن وسيلة يتم من خلالها توضيح القاعدة أو النص القانوني على وجه العموم سواء كان مادة قانونية أو عقداً من العقود المدنية أو غيرها من المحررات القانونية ، ثم أن التفسير يساعد في رفع الغموض الذي يلف النص القانوني ولأجل ذلك فإن جهات عدة تصدت له و آراء بل مدارس متعددة وضعت فيه ، ولذا ينبغي أن نبين في هذا الفرع الجهات التي تصدت للتفسير و الآراء التي وضعت فيه وعليه سنقسم هذا الفرع على فقرتين كالآتي :

(1) ينظر : د. أحمد سلامة ، المدخل لدراسة القانون ، المكتبة العربية ، القاهرة ، 1997 ، ص218-220 .
(2) ينظر : عبد الباقي البكري وزهير البشير ، مصدر سابق ، ص ١٢٥ ، وكذلك : د. محمد حسن قاسم ، مصدر سابق ، ص ٤١١ ، وكذلك : د. مصطفى محمد عرجاوي ، مصدر سابق ، ص ٢٢٧ ، وكذلك : توني أونوريه ، مصدر سابق ، ص ١١٧ وقال الأخير في هذا الصدد (.... ويعد المدخل الهدي مدخلاً آخر لتفسير النصوص وفقاً لذلك ، يجب أن تعطى الأولوية في تفسير النصوص الى الهدف من القانون أو العقد أو المعاهدة أو الوصية أو اللائحة ، ويجب أن يؤخذ في الاعتبار الأهداف العامة للنظام القانوني مثل العدالة وتحقيق الأمن ، ويعد ذلك أمراً هاماً في تفسير القوانين على نحو خاص .) .

أولاً : أنواع التفسير

إن أساس تقسيم التفسير الى أنواع متعددة إنما يتم تبعاً للجهة التي تقوم بالتفسير حيث أن المشرع في بعض الأحيان يلمس أن القانون الذي شرعه حصل فيه إبهام أو غموض فيقوم بتفسير ذلك أو يتم ذلك بناءً على طلب جهة تنفيذية أو قضائية من المشرع أن يبين قصده في تشريع ما ، وكذلك القاضي عندما يُرفع النزاع بين يديه يقوم بتفسير المادة القانونية التي تطبق لحل ذلك النزاع أو العقد المدني الذي يتعلق به ، وكذلك فقهاء القانون أيضاً يكون لهم دور في التفسير ولذلك يقسم التفسير في المشهور⁽¹⁾ الى ثلاثة أنواع :

1- التفسير التشريعي

يُعرف التفسير التشريعي بأنه (التفسير الذي يصدره المشرع ذاته أو بصفه أعم هو تفسير عمل تشريعي عن طريق السلطة التي أصدرت العمل التشريعي الأول)⁽²⁾، وقد سمي هذا التفسير تشريعياً ، لأنه يصدر به تشريع من قبل السلطة التشريعية و إن كان لها الحق في إنابة جهة أخرى بإصدار هذا التشريع إلا أن الحق أولاً وبالذات في إصدار هذا النوع من التفسير للسلطة التشريعية⁽³⁾ ، ويصدر هذا النوع من التشريع عندما يثور الخلاف بين هيئات السلطة القضائية في مسألة تحديد المعنى المقصود من تشريع معين كان قد صدر في وقت سابق ، ويتميز التفسير التشريعي بميزتين مهمتين وهما : أن هذا النوع من التفسير يعتبر تفسيراً ملزماً للكافة سواء السلطة القضائية أو الأفراد أو مؤسسات الدولة الإدارية وذلك لأنه صدر من نفس الجهة التي أصدرت التشريع الأصلي وهي السلطة التشريعية في البلد ، و أما الميزة الثانية فإن هذا التفسير يسري على الماضي ، وعلى القضايا المنظورة أمام المحاكم على حد سواء ، لأن هذا التفسير يعتبر صادراً حين صدور التشريع الذي تم تفسيره بواسطته ، لأنه بيان لقصد المشرع⁽⁴⁾ .

(1) يذهب بعضهم الى أن هنالك نوعاً رابعاً للتفسير وهو التفسير الإداري وهو الذي تقوم به الجهات الإدارية التنفيذية عندما تنصدي لتطبيق القانون ، إلا أن هذا التفسير لا يعتبر ملزماً للمحاكم ولا للأفراد وإنما هو تعليمات تصدرها الإدارة لأفرادها ، بل بعض الفقهاء يذهب الى أن فتاوى مجلس الدولة التي يصدرها بطلب من بعض الجهات الإدارية ليست ملزمة أيضاً ، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية في قرار لها صادر بتاريخ ٢١ / ٣ / ١٩٨٢ بأن التعليمات الوزارية الصادرة عن الجهاز المركزي للتنظيم والإدارة ما هي الا قرارات تنظيمية غير ملزمة وليس لها صفة التشريع ، ينظر : د . محمد حسن قاسم ، مصدر سابق ، ص ٣٩١ ، والمصادر التي أشار إليها في هذا الشأن .

(2) د. عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ، ص 514 .

(3) ينظر : د. حسن كيره ، أصول القانون ، مصدر سابق ، ص 514 .

(4) ينظر : د. أحمد سلامة : المدخل لدراسة القانون ، مصدر سابق ، ص 200-201 .

ويظهر أن قواعد العدالة تلعب دوراً مهماً في التأثير على السلطة التشريعية التي يصدر منها التفسير ، وذلك لأن السلطة المفسرة و إن كان الواجب عليها استلهاً قواعد العدالة عند تشريع القانون الذي يراد تفسيره ، حيث قد تقدم الكلام عن حقائق تكوين القاعدة القانونية ، و تبين أن الجوانب العقلية والمثالية لها دور مهم في توجيه المشرع لإصدار القواعد القانونية التي تحقق العدالة في التشريع ، ثم أن التفسير التشريعي يأتي في الغالب بعد أن يكون قد مر على التشريع زمنٌ ليس بالقليل وقد استوضح المشرع الجوانب غير المنصفة والتي لا تحقق العدالة في التشريع ، كما أنه من الضروري أن يكون القضاء و الفقه القانوني قد تناولا ذلك التشريع الغامض و المبهم بالنقد والتحليل ، وأمام كل هذه المعطيات يمكن للسلطة التشريعية أن تغتتم الفرصة وتستلهم قواعد العدالة وتأتي بتفسير لذلك التشريع يمكن أن يحقق العدالة والأنصاف .

2-التفسير الفقهي :

عُرف التفسير الفقهي بأنه (ذلك التفسير الذي يقوم به الفقهاء بصددهم لدراسة القانون) ، وعُرف أيضاً بأنه (مجموعة الآراء التي تدين بها أغلبية الفقهاء أو الشراح)⁽¹⁾ ، والتفسير الفقهي على درجة كبيرة من الأهمية ، وذلك لأن علاقة الفقه بالقضاء تعتبر علاقة تبادلية ، حيث أن القضاء يؤثر في الفقه من خلال توجهات المحاكم العليا واتباع الفقهاء والشراح لتلك التوجهات في أبحاثهم ، وكذلك فإن الفقه يؤثر في القضاء من خلال رجوع القضاة الى الآراء الفقهية المشهورة فضلاً عن أن الفقه من المصادر التفسيرية للقانون⁽²⁾ .

ويبدو أن الفقه القانوني من خلال علاقته التبادلية مع القضاء يستطيع أن يؤثر على القضاء في تفسير القواعد القانونية و النصوص الغامضة من خلال الرجوع الى قواعد العدالة و استحضارها لكي يحقق إعطاء كل ذي حق حقه ، وعندما يرجع القضاء الى شروح وتفسير الفقهاء استثناساً وليس إلزاماً لأن التفسير الفقهي غير ملزم لا للفقهاء ولا للقضاة ، إلا أنه من خلال كون الفقه مصدراً تفسيريّاً للقانون يمكن أن يحقق العدالة و الإنصاف فيما إذا رجع الفقيه الى قواعد العدالة و استحضارها في تفسيره للنصوص .

(1) د. أنور سلطان ، مصدر سابق ، ص158 .

(2) ينظر : د. سعيد عبد الكريم مبارك ، أصول القانون ، ط1 ، طبع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، بغداد ، 1982 ، ص151 .

3- التفسير القضائي :

يُعرف التفسير القضائي بأنه (التفسير الذي يقوم به القاضي عند الفصل في الدعوى)⁽¹⁾ وعرف بأنه (ذلك التفسير الذي تتولاه المحاكم حينما تدعى الى تطبيق القانون على المنازعات المرفوعة إليها)⁽²⁾ ، والتفسير القضائي يعتبر المظهر العملي لتفسير القانون ، ثم إن التفسير القضائي ليس من اختصاص القاضي فحسب ، بل هو من واجبات القاضي و من أهم أعماله الاجتهادية التي يقوم بها تمهيداً لإصدار الحكم القضائي⁽³⁾ ، لأن تطبيق القانون لا يمكن أن يتم فيما إذا كان النص غامضاً أو معيباً وبالجملة فيما إذا عرض عليه أحد دواعي التفسير ، إلا من خلال تفسير القاضي لذلك النص .

ثم إن التفسير القضائي يعتبر ملزماً لطرفي الدعوى المرفوعة أمام القضاء وذلك لحجية الأمر المقضي فيه ، ولكنه لا يعتبر ملزماً للقاضي الذي صدر منه و لا لغيره من قضاة المحاكم الأدنى درجة⁽⁴⁾ ، ويظهر أن : هذا مبني على أساس مسألة العدول عن الاجتهاد القضائي لأن التفسير القضائي هو من حيث الواقع اجتهاد قضائي وللقاضي الحق بالرجوع عن اجتهاده لتحقيق العدالة فإذا اجتهد القاضي في مسألة ليس فيها نص أو يوجد فيها نص ولكنه لا يحقق العدالة من وجهة نظر القاضي أو اجتهد في تفسير نص قانوني أو عقد من العقود المدنية ، ثم تبين له في قضية أخرى أن اجتهاده الأول لا يحقق العدالة فإن له الحق في التراجع عن ذلك الاجتهاد ، والذهاب الى رأي أو اجتهاد آخر ، وهذا ما يعرف بالعدول القضائي⁽⁵⁾ ، وكيف ما كان فإن التفسير القضائي هو المجال الرحب لتطبيق قواعد العدالة في تفسير النصوص القانونية و العقود المدنية ، ويعتبر هامش القاضي بالرجوع لقواعد العدالة في التفسير أوسع من هامش المشرع ، و أكثر فائدة من تفسير الفقيه ، لأن التفسير القضائي تفسير عملي يأتي بمناسبة النظر في نزاع معروض أمام القضاء .

(1) د. عبد الرزاق السنهوري ، أصول القانون ، مصدر سابق ، ص 11 .

(2) د. حسن كيره ، أصول القانون ، مصدر سابق ، ص 514 .

(3) ينظر : د. سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة للقانون ، مصدر سابق ، ص 742 .

(4) ينظر : د. عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ، ص 513 .

(5) يُعرف العدول القضائي بأنه (مصطلح يشير الى التغيير في الرأي أو الاتجاه من قبل المحكمة ، وذلك بمناسبة نظر هذه المحكمة لدعوى منظورة أمامها ، ويشمل كذلك كل تغيير في تفسير القانون المطبق من قبل القضاء وعلى وجه الخصوص محكمة التمييز) ينظر : د. حامد شاكر محمود الطائي ، مصدر سابق ، ص 15 .

ثانياً : مدارس التفسير

تعددت مدارس تفسير القانون بتعدد النظرة الفلسفية الى أصل القانون وأساسه ، وبما أن التوجهات الفلسفية المشهورة في هذا الشأن ثلاث وهي : الأول نظر الى أن أصل القانون هو الدولة أو إرادة المشرع ، و الثاني ذهب الى أن الأصل هو إرادة المجتمع ، والثالث يرى أن الأصل هو الحقائق الطبيعية والفكرية ، وعليه فتكون هناك ثلاث مدارس للتفسير وهي :

1-مدرسة الالتزام بالنص :

ظهرت هذه المدرسة بعد صدور التقنيات الضخمة في القرن التاسع عشر ، وقد انبهر أتباع هذه المدرسة بتلك التقنيات التي لم تكن معهودة من قبل⁽¹⁾، وساعد هذا الموقف مع الاعتقاد بأن أصل القانون إرادة الدولة وما يصدر من الجهة التشريعية فيها على الالتزام بالمذهب الشكلي في تفسير القانون ، ولذا سميت هذه المدرسة (الشرح على المتون) لأنها لم تعتقد فقط بكمال التشريع وكفايته بل اعتقدت حتى بواقعية الترتيب والتسلسل للمواد القانونية بحسب ما صدر من السلطة التشريعية ولذلك شرحت هذه المواد على حسب تسلسلها الذي صدر من السلطة التشريعية⁽²⁾ .

وهذه المدرسة تقوم على ركيزتين :الأولى تقديس النص حيث التزمت هذه المدرسة بنظرية كمال القانون ، فهي تعتقد بأن التشريع يشتمل على جميع الحلول والأحكام ، والثانية وجوب الالتزام بإرادة المشرع الحقيقية⁽³⁾ ، لأن التشريع في نظر هذه المدرسة يعتبر المصدر الوحيد للقانون ، ومن أهم الانتقادات التي وجهت لهذه المدرسة ، هو التزامها بالنص و اعتباره المصدر الوحيد للقانون فإن هذا من أهم أسباب العزوف عن هذه المدرسة لأن هذا الالتزام يخالف سنة الحياة في التقدم والتطور⁽⁴⁾ ، و يظهر أن هذه المدرسة تُعتبر من أبعد المدارس عن اللجوء لقواعد العدالة في تفسير النصوص القانونية لأنها تبحث عن الإرادة الحقيقية للمشرع وليس عن جوهر القواعد القانونية .

(1) ينظر : د. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، ج 1 ، مصدر سابق ، ص 511 .

(2) ينظر : د. حسن كيره ، أصول القانون ، مصدر سابق ، ص 517 .

(3) ينظر : د. عزيز كاظم جبر الخفاجي ، مصدر سابق ، ص 92-93 .

(4) ينظر : د. سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة للقانون ، مصدر سابق ، ص 752 .

2- المدرسة الاجتماعية أو التاريخية :

ظهرت هذه المدرسة في بداية القرن التاسع عشر ، وقد التزمت في تفسيرها للقانون بالواقع الملموس على خلاف ما تدعو له الفلسفة المثالية ، ولذا فإن هذه المدرسة تحسب على المذاهب الفلسفية الواقعية (1) ، وتعتبر الفلسفة الاجتماعية أو التاريخية القانون أشبه باللغة فإنه يولد في بيئة اجتماعية ، وينشأ فيها وينمو ذاتياً ، ويتم تطوره بفعل العوامل البيئية سواء كانت دينية أو اجتماعية أو غيرها من المعطيات في الجانب السياسي أو الاقتصادي فأنها جميعاً تأثر في تطور القانون (2) ، وكيف ما كان فإن القانون بحسب نظر هذه المدرسة لا يخلق بشكل إرادي بل إن القواعد القانونية تنشأ بشكل ذاتي تلقائي من خلال الحياة الاجتماعية وتفاعلاتها و مجرياتها ومتطلباتها هي التي تظهر القواعد القانونية (3).

و أما طريقة هذه المدرسة في تفسير القانون فهي لا تتمسك بالبحث عن إرادة المشرع الحقيقية كما عليه الأمر في مدرسة الالتزام بالنصوص أو الشرح على المتن ، بل يكون البحث في المدرسة الاجتماعية عن الإرادة المحتملة للمشرع لأن الإرادة الحقيقية وقت إنشاء النص تولدت بفعل ظروف خاصة كانت حاضرة عند إنشائه ، وعليه فإن المتعين أن يتم تفسير النصوص وفق الإرادة المحتملة للمشرع لو تهيئ له أن يضع النص من جديد في ظل الظروف الاجتماعية والاقتصادية الحالية المحيطة بالوقائع القانونية (4) ، وبما أن هذه المدرسة كانت في بداية نشوئها قد ظهرت بالضد من المدرسة المثالية التي تسلم بوجود القانون الطبيعي ، ومن هنا يظهر أن استعمال قواعد العدالة كوسيلة من وسائل التفسير ، لنصوص القانون في ظل المدرسة بعيد بل متعذر ؛ لأن التعارض بين المذاهب المثالية و الواقعية من الأمور الواضحة ، ومن ثم فإن المدرسة الاجتماعية من ضمن المذاهب الواقعية ، و إن استطاعت مدرسة البحث العلمي الحر أن تجمع بين المثالية و الواقعية كما سنبين ذلك لاحقاً .

(1) ينظر : د. حسن كيره ، المدخل الى القانون ، مصدر سابق ، ص 407 .

(2) ينظر : د. عبد الرزاق السنهوري و د. أحمد أبو ستيت ، مصدر سابق ، ص 54 .

(3) ينظر : د. منذر الشاوي ، فلسفة القانون ، مصدر سابق ، ص 76 .

(4) ينظر : د. عبد الحميد فودة ، جوهر القانون بين المثالية و الواقعية ، مصدر سابق ، ص 251 .

3- المدرسة العلمية :

تُعرف هذه المدرسة بمذهب البحث العلمي الحر ، وترجع الى الفقيه الفرنسي فرانسوا جني (1) ، وتعتمد في تفسير النصوص القانونية على إرادة المشرع الحقيقية ، عند وضع النص وليس الى الإرادة المفترضة للمشرع كما هو رأي مدرسة الالتزام بالنص و لا الإرادة المحتملة للمشرع كما هو رأي المدرسة الاجتماعية ، و إنما إذا لم يتمكن المفسر من الوقوف على إرادة المشرع الحقيقية حين وضعه للنص يجب عليه الرجوع الى الظروف الاجتماعية و الاقتصادية السائدة في المجتمع عند إرادة تفسير النص وهذا ما يعبر عنه بالتفسير وفق روح العصر ، وينبغي على القاضي عند تفسيره للنص في مثل هذه الحالة الاستعانة بمقتضيات العدالة (2) ، فإن تعذر عليه تفسير النص وفق هذه الطريقة ، وجب عليه الخروج عن التشريع والتوجه الى مصادر أخرى لاستنباط الحل للنزاع المعروض أمامه وهذه المصادر هي العرف ، و المبادئ العامة للقانون ، فإن لم يجد الحل في هذه المصادر فعليه البحث وفق طريقة البحث العلمي الحر (3) ، لأن القاضي عندما يترك القانون يجب عليه أن يرجع الى جوهره ، وهو الحقائق الواقعية والفكرية التي تتكون منها القاعدة القانونية ويستتبط الحل من ذلك الجوهر (4) ، وهذا جمع بين المذاهب الواقعية المتمثلة بالحقائق الطبيعية و التاريخية و بين المذاهب المثالية المتمثلة بالحقائق العقلية و المثالية كما تقدم بيان ذلك آنفاً (5) ، والقاضي بحسب رأي هذه المدرسة لا يخلق القاعدة القانونية و إنما يخلق الحل المناسب الذي يمكن أن يطبقه على النزاع المعروض أمامه (6) .

ويظهر أن المدرسة العلمية أو مذهب البحث العلمي الحر ، هي المدرسة التي يمكن أن يطبق القاضي في ظلها قواعد العدالة بشكل واسع ، لأن القاضي الذي يتصدى لتفسير النصوص القانونية مدعو بحسب هذه المدرسة - عندما لا يقف على إرادة المشرع الحقيقية - أن يفسر النص بحسب مقتضيات الحياة الاجتماعية ، و إلا فعليه أن يبحث عن الحل المناسب بطريقة البحث العلمي الحر ، و أحد خيارات هذه الطريقة بل في مقدمتها تطبيق قواعد العدالة .

(1) ينظر : د. سمير تناعو ، النظرية العامة للقانون ، مصدر سابق ، ص 755 .

(2) ينظر : د. حسن كيره ، المدخل الى القانون ، مصدر سابق ، ص 411 ، و كذلك : د. عبد الباقي البكري و زهير البشير ، مصدر سابق ، ص 124

(3) ينظر : د. عزيز كاظم جبر الخفاجي ، مصدر سابق ، ص 94 .

(4) ينظر : د. عبد الرزاق السنهوري و أحمد أبو ستيت ، مصدر سابق ، ص 239 .

(5) تقدم تفصيل ذلك في المبحث الأول من الفصل الثاني من هذه الدراسة .

(6) ينظر : د. سمير تناعو ، النظرية العامة للقانون ، مصدر سابق ، ص 756 .

كما يبدو لنا أن هذه المدرسة هي الأجدر بالاعتماد في تفسير النصوص التشريعية و العقود المدنية لأنها تقوم على أسس منطقية معقولة ، وتدعو الى التمسك بالبحث العلمي لتفسير النصوص أو استنباط الحلول ، كما أنها لا تُحمّل النصوص القانونية أكثر مما تحتمل ؛ لذا ندعو المشرع العراقي الى اعتماد هذه المدرسة في تفسير النصوص القانونية و الإشارة لهذه الطريقة في التفسير ضمن المادة الأولى من القانون المدني .

المطلب الثاني

أثر قواعد العدالة في التفسير القضائي

وموقف التشريع والقضاء منه

عندما يعرض النزاع على القاضي ، فإنه يتوجه الى تفسير النص الذي يمكن أن يطبق لحل ذلك النزاع فيما إذا كان ذلك النص غامضاً أو كان هنالك داع للتفسير ، والذي يعيننا في هذا المطلب بيان قواعد العدالة كوسيلة من وسائل التفسير القضائي ، ولذا ينبغي أن نقسم هذا المطلب على فرعين : نبحت في أولهما : أثر قواعد العدالة في التفسير القضائي للنصوص القانونية ، ونبحت في ثانيهما : موقف التشريع والقضاء من التفسير القضائي في ضوء قواعد العدالة.

الفرع الأول

أثر قواعد العدالة في التفسير القضائي للنصوص القانونية

تقدم الكلام عن تعريف التفسير القضائي والنصوص القانونية فلا داعي لإعادته في هذا الفرع ، وعلى أية حال فإن المشرع قد ألزم القاضي بالتفسير المتطور الذي يتلاءم مع قواعد العدالة عند تفسيره للنصوص القانونية كما سنشير لذلك لاحقاً ، والمقصود بالتفسير المتطور : أن يقوم القاضي بتفسير النص القانوني تفسيراً يواكب التغييرات التي تطرأ على طبيعة العلاقات من جهة تطور الوقائع القانونية أو موضوع العلاقات القانونية⁽¹⁾ ، ومثال ذلك ، التطور الذي حصل في طريقة التعاقد الذي يتم بواسطة وسائل الاتصال المسموعة الى المسموعة والمرئية الى التعاقد الإلكتروني ، وغير ذلك من الوسائل التي يتم من خلالها إنشاء العلاقات القانونية فالمشرع يشدد على القاضي أن يكون تفسيره للنصوص ملائم لكل

(1) ينظر : ضياء شيت خطاب ، مصدر سابق ، ص 65 .

متطلبات الحياة العصرية ، ولذا فإن تفسير القاضي لمجلس العقد على سبيل المثال يجب أن يكون ملائماً لتطور وسيلة إنشاء العقد ، وهذا ما تقتضيه قواعد العدالة ، التي تحث على إعطاء كل ذي حق حقه و على تحقيق الخير العام .

ويظهر أن التفسير المتطور لا يمكن أن يتم إلا من خلال الرجوع الى قواعد العدالة و استحضارها لكي يتم تفسير النصوص القانونية بموجب ما توحى به تلك القواعد للعقل والضمير الإنساني السليم والذي يمثله في هذا الشأن ضمير القاضي فهو يقوم في هذه الحالة بتفسير النص القانوني بما يتماشى مع وحي الضمير الإنساني من قواعد تهدف الى تحقيق العدالة و تحكيم الإنصاف في فض المنازعات التي تحصل نتيجة للعلاقات القانونية المتطورة من حيث الشكل والطبيعة وهذا التطور والتغيير ربما يؤدي الى أن يكون أحد أطراف العلاقة ضحية لهذا التغيير الذي حصل في العلاقات القانونية وبخاصة الطرف الضعيف اقتصادياً أو فنياً ، ولذا ينبغي على القاضي مراعاة هذا الجانب في تفسيره لأجل تحقيق التوازن بين مصالح طرفي العلاقة القانونية .

لإن كل تشريع يسعى الى تحقيق غاية خاصة إلا أنه نادراً ما يُصرح بتلك الغاية من قبل المشرع بنص التشريع ، وهذه الغاية لا بد أن تكون موجودة في جميع التشريعات ومثالها الغاية من تشريع المسؤولية التقصيرية في القانون المدني فإن الغاية الخاصة منها حماية ممتلكات الناس و أنفسهم وسلامة أبدانهم وكذلك الغاية من تشريع العقوبة على جريمة السرقة فإنها حماية الملكية الخاصة (1) .

إلا أن هنالك غاية عامة مشتركة لكل مشرع من وراء كل تشريع وهي السعي لضمان حماية الحياة الحرة الكريمة التي توفر بقاء ذلك المجتمع وديمومته وهذا ما يُصرح به في علم سوسولوجيا القانون (2) ، فقد قال بعض فقهاء (إن حياة القانون لا تقوم على اللفظ فقط ، ولكنها تستند في أساسها على التجربة الحية والتجربة هنا هي تجربة الجوهر والمضمون الذي يجب أن يوصف من خلال علم الاجتماع القانوني) (3) ، وبناء على ذلك فإن قوة الإلزام في النصوص القانونية لا يكون مصدرها النص المكتوب

(1) ينظر : د. صالح محسوب ، مصدر سابق ، ص 72 .

(2) يعرف علم سوسولوجيا القانون بأنه (علم اجتماع الروح الإنسانية الذي يدرس الواقع الاجتماعي للقانون) ينظر : George Gurvitch , sociology of law.p. 61

أشار إليه : د. مؤيد زيدان ، علم الاجتماع القانوني ، منشورات الجامعة السورية ، دمشق - سورية ، ٢٠١٨ ، ص ٢٣ ، وكذلك : هنري ليفي برول ، سوسولوجيا الحقوق ، ط ١ ، ترجمة : عيسى عصفور ، منشورات عويدات ، بيروت - لبنان ، ١٩٧٤ ، ص ١٠٧ .

(3) ينظر : clarence marris , the great ,legal philosphers ,p. 418 ، أشار إليه : د. مؤيد زيدان ، مصدر سابق ، ص ٢٤ .

فقط ، و إنما تتبعت أيضاً عن القيم والغايات التي تسعى هذه النصوص الى ضمانها ومن أهم هذه القيم والغايات هي العدالة ، ولذلك فلا يمكن اعتبار النص القانوني الطوق الذي يقيد سلطة القاضي ، بل ينبغي أن يكون الدليل الذي يضيء له الطريق عند تصديده لتطبيق القانون على النزاع المعروض أمامه ، ويُستنتج مما تقدم أنه يجب على القاضي أن يبحث في كل قضية تعرض عليه فيما إذا قام بتطبيق القانون بشكل حرفي هل يمكنه الوصول الى تحقيق الغاية العامة المذكورة آنفاً ، فإذا تبين له أن التطبيق الحرفي لنصوص القانون لا يحقق تلك الغاية ، فهنا يجب عليه أن يستكشف ما وراء النص القانوني للوصول الى حل يتفق مع الغاية الأساسية لذلك القانون ، لأن القاضي ملزم بتفسير القانون تفسيراً يحقق العدالة لأنها الغاية غير المعلنة من وراء كل تشريع (1) .

فالتفسير المتطور للقانون في ضوء قواعد العدالة ينبغي أن يراعي الحكمة المشار إليها آنفاً والتي هي السبب وراء تشريع النصوص القانونية ، وهذا التفسير يوفر للقانون مرونة دائمة تتماشى مع جميع الظروف المتطورة والمتجددة ، لكي يمكن للقاضي أن يطبق القانون على جميع الحالات المستحدثة كما أنه لا يجوز للقاضي أن يصدر أحكاماً ظالمة بحجة أن القاعدة القانونية ظالمة ، بل لا بد له من أن يفسر تلك القاعدة بما يتماشى مع قواعد العدالة (2) .

ويرى بعض الفقهاء أن التفسير المتطور للقانون وفق المنهج السوسولوجي للقانون يحدد بنقطتين هما : الإنشاء اللفظي للنص القانوني ، والثاني : الهدف الاجتماعي الذي هو الدافع الى تشريع النصوص القانونية .

والعنصر الأول وهو الإنشاء اللفظي هو الجزء الثابت من التشريع وأما العنصر الثاني وهو الهدف السوسولوجي فهو يعتبر عنصراً متحركاً لان هذا الهدف يمكن تحقيقه بوسائل متعددة ، حتى أن بعض تلك الوسائل لم يخطر على بال المشرع عند تشريعه للنص القانوني ، والتفسير المتطور يُمكن القاضي المفسر للقانون من التعامل مع النص التشريعي بحسب الحاجة الاجتماعية في عصره ، ويتم التعامل من قبل القاضي مع النص بأن يفكر بماهية النص التشريعي الذي سيضعه المشرع لو كلف

(1) ينظر : د. صالح محسوب ، مصدر سابق ، ص 73 .
(2) ينظر : ضياء شيت خطاب ، مصدر سابق ، ص 65 .

بالتشريع في وقت رفع القضية أمام القضاء وفي الظروف نفسها التي تحيط بالأشخاص و الوقائع ومنها يظهر أن النص القانوني يمكن أن يفسر بعدة معانٍ تختلف بحسب زمن تطبيقه (1) .

ومما تقدم نستنتج أن تفسير النصوص القانونية في ضوء قواعد العدالة بشكل متطور يُمكن القاضي من تحقيق العدالة في كل وقت ويمكنه من التطبيق المناسب للنص القانوني الذي يحافظ على الموازنة بين حقوق طرفي العلاقة القانونية ، لأن العقل الذي يُمكنه تفسير النصوص القانونية تفسيراً متطوراً في ضوء قواعد العدالة هو العقل الجمعي وليس عقل القاضي الشخصي، والفهم الناتج عن ذلك التفسير هو الفهم الاجتماعي للنصوص القانونية كما أشرنا لذلك آنفاً .

الفرع الثاني

موقف التشريع والقضاء من التفسير القضائي في ضوء قواعد العدالة

إن المشرع في القانون العراقي والقوانين محل المقارنة قد بين موقفه من التفسير القضائي للنصوص القانونية في ضوء قواعد العدالة، وكذلك القضاء، قد أخذ في عدد من القرارات بالتفسير القضائي للنصوص القانونية بواسطة قواعد العدالة وسنعرض لذلك في ما يأتي:

1- موقف التشريع والقضاء العراقي

للمشرع العراقي من مسألة التفسير عموماً والتفسير المتطور في ضوء قواعد العدالة موقفين الاول : ما ورد في المادة (1/1) من القانون المدني والتي نصت على أنه (تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها) ويظهر من هذا النص أن المشرع العراقي قصد أن النصوص التي شرعها يجب على القاضي ان يطبقها على الوقائع التي تعرض أمامه من جهة الفاظها (دلالتها المنطوقية) وأن يقوم بتفسيرها من جهة روح الألفاظ وفحواها (دلالتها المفهومية ، والسياقية).

وهذا يعني عندما يُعرض النزاع فعلى القاضي أن يبحث عن الحل من النصوص التشريعية من خلال منطوقها أولاً فإن لم يجد ينتقل للبحث عن الحل من خلال تفسير النص ويلتمس ذلك باستعمال آليه اخرى ، وهي الدلالة غير المنطوقية التي عبر عنها المشرع بالفحوى (1).

(1) ينظر : الفقيه جون كاربونييه ، شرح القانون المدني الفرنسي ، ج1 ، طبعة باريس ، 1955 ، ص121 ، أشار إليه : ضياء شيت خطاب ، المصدر السابق ، ص66 .

والفرق بين المنطوق والفحوى هو أن اللفظ أما أن يدل على المعنى مباشرة فتسمى الدلالة حينئذٍ منطوقية ، لأن اللفظ قالب للمعنى الذي يستفاد منه ، و أما إذا أستفيد المعنى من اللفظ تلويحاً فيسمى فحوى (2) .

يقال فهمت ذلك من فحوى كلامه أي مما استظهرت من مراده ، وكثيراً ما يقال يُشم من هذا الكلام رائحة كذا ، استعمالاً مجازياً للدلالة على استشعار معنى آخر غير المعنى الذي دل عليه الكلام بمنطوقه.

والفحوى من الفوح وهو شدة ظهور الرائحة يقال بستان تفاحت أنواره ، ففحوى الكلام ما يفهم منه أو من سياقه ، و بعبارة أخرى هو ما يدركه الفهم من الكلام بواسطة هيئته التركيبية وليس بُنيته المادية ، لا من تفسير مفردات ألفاظه بالفهم الظاهر بل بواسطة مفهوم النص وليس منطوقه ، وإشارته لا صراحته(3).

ومما تقدم يتبين أن فحوى الكلام يشمل الدلالة المفهومية سواء كان المفهوم موافقاً (4) أم مخالفاً (5) ويشمل الدلالة السياقية (6) أيضاً .

وقد التزم فقهاء القانون وشراحه بالمفهومين الموافق والمخالف كطريقة من طرق تفسير النصوص القانونية ، بل إنهم ذكروا أن الاستنتاج من مفهوم المخالفة يبين حكم حالة لم ينص عليها ويكون حكمها عكس حكم الحالة المنصوص عليها ، لأن علة الحكم في الحالتين مختلفة ، وكذلك فيما إذا كانت الحالة

(1) ينظر : طاهر عيسى والي ، موارد الخلاف بين قانون الاحوال الشخصية العراقي والفقہ الاسلامي ، رسالة ماجستير ، مقدمة لكلية القانون جامعة الكوفة ، 2018 ، ص62 .

(2) ينظر : محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، إرشاد الفحول الى تحقيق الحق من علم الاصول ، مطبعة السعادة ، مصر ، 1327 هـ ، ص166 .

(3) ينظر : منير القاضي ، ملتنقى البحرين شرح القانون المدني العراقي ، مطبعة العاني ، بغداد ، 1952 ، بلا رقم طبعة ، مج 1 ، ص9 .

(4) يعرف المفهوم الموافق بأنه (ما يكون مدلول اللفظ في محل السكوت موافقاً لمدلوله في محل النطق ، أو هو دلالة اللفظ على ثبوت حكم المنطوق به للمسكوت عنه وموافقته له نفيًا وإثباتاً) ينظر : د. عبد الكريم بن محمد بن علي النملة ، المهذب في أصول الفقه المقارن ، ج5 ، ط1 ، مكتبة الرشيد ، الرياض ، 1999 ، ص1736 .

(5) يعرف المفهوم المخالف بأنه (ما كان الحكم فيه مخالفاً في النسخ للحكم الموجود في المنطوق ، أو هو إعطاء حكم لحالة غير منصوص عليها عكس حكم الحالة المنصوص على حكمها) ينظر : الشيخ محمد رضا المظفر ، أصول الفقه ، ج1 ، مصدر سابق ، ص94 ، وكذلك : عبد الباقي البكري و زهير البشير ، مصدر سابق ، ص127 .

(6) تعرف الدلالة السياقية بأنها (الدلالة التي لا تدخل في المنطوق و لا في المفهوم ، و إنما يدل عليها سياق الكلام بمجموعة وهي على ثلاثة أقسام دلالة الاقتضاء ، و دلالة التنبيه ، و دلالة الإشارة) ينظر : الشيخ محمد رضا المظفر ، أصول الفقه ، ج1 ، المصدر سابق ، ص110 .

التي نص عليها المشرع من أفراد الحالة غير المنصوص عليها و انفردت الأولى بخصوصية معنية من بين باقي أفراد ذلك النوع أو الجنس (1) .

إلا أن بعض الفقهاء اعترض على عبارة المشرع العراقي من جهة أن الذي يؤخذ من اللفظ هو المنطوق الصريح والذي يؤخذ من الفحوى هو مفهوم الموافقة وعليه فلا يمكن أن يخول القاضي باستنباط الأحكام من النصوص إلا من خلال المنطوق أو مفهوم الموافقة ، و أما مفهوم المخالفة ، و المنطوق غير الصريح أو (دلالة السياق) فلا يمكن أن يستنبط الحكم بالاستناد إليهما ، وهذا نقص تشريعي ولذلك اقترح أن يكون نص المادة (1/1) من القانون المدني هكذا (تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص بمنطوقها ومفهومها) (2) .

ويبدو أن المشرع العراقي في نصه على دلالة فحوى النصوص التشريعية قد تأثر في فقه القانون الغربي الذي يستعمل هذا المصطلح (الفحوى) للدلالة على روح التشريع كما ورد ذلك في طروحات بعض فقهاء الغرب (3) ، وهذا المصطلح (الفحوى) و إن كان متعارفاً عند علماء أصول الفقه الإسلامي ولكنهم اختلفوا في دلالاته وشموله للدلالة المفهومية والسياقية معاً (4) .

ولذا نقترح على المشرع العراقي أن يقوم بتعديل المادة (1/1) لتكون عبارة التشريع أوضح و لا يُختلف فيها في قصد المشرع والأفضل أن تكون صيغة المادة (1/1) كالاتي (تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص بمنطوقها ومفهومها وفحواها) لكي يتم الأخذ بمنطوق النص ومفهومه وكذلك بالدلالة السياقية ، و لكي لا يؤثر الاختلاف في تفسير المراد بهذه المادة على الأحكام القضائية تبعاً للاختلاف في تفسير مراد المشرع منها وهل أنه أراد الدلالة المفهومية بشقيها أو خصوص المفهوم الموافق أو هي مع الدلالة السياقية .

(1) ينظر : د. عبد الرزاق السنهوري و أحمد حشمت ، مصدر سابق ، ص 247 ، وكذلك : د. سعيد عبد الكريم مبارك ، مصدر سابق ، ص 158 ، وكذلك : توفيق حسن فرج ، مصدر سابق ، ص 416 ، وكذلك : د. مالك دوهان الحسن ، مصدر سابق ، ص 499 .

(2) ينظر : د. مصطفى إبراهيم الزلمي ، أصول الفقه في نسجه الجديد ، مصدر سابق ، ص 397 . وكذلك : د. عباس العبودي ، الدور الاجتهادي لأحكام محكمة التمييز الاتحادية في صياغة القاعدة القانونية للقانون المدني العراقي ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، العدد 2 ، مجلد 30 ، 2015 ، ص 6 .

(3) وهو الفقيه الألماني إهرنج ، ينظر : د. سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة للقانون ، مصدر سابق ، ص 757 .
(4) ينظر : الإمام محمد بن محمد بن أحمد الغزالي ، المستصفى في علم الأصول ، ج 1 ، مصدر سابق ، ص 48 ، وكذلك : الشيخ محمد الخضري بك ، أصول الفقه ، المكتبة التجارية الكبرى ، القاهرة ، 1969 ، ص 121 ، وكذلك : الشيخ محمد جواد مغنية ، أصول الفقه في ثوبه الجديد ، ط 2 ، دار الجواد ، بيروت ، 1988 ، ص 142 ، وكذلك : الشيخ محمد رضا المظفر ، أصول الفقه ، ج 1 ، مصدر سابق ، ص 112 .

و أما الموقف الثاني : فهو ما ورد في نص المادة (3) من قانون الإثبات العراقي التي نصت على ما يأتي (التزام القاضي باتباع التفسير المتطور للقانون ومراعاة الحكمة من التشريع عند تطبيقه)⁽¹⁾ ، تقدمت الإشارة آنفاً لتعريف التفسير القضائي المتطور وتبين أن المراد به مسايرة التطور الاجتماعي و العلمي الذي يحصل بالنسبة للأشخاص و للوقائع القانونية ، وبناء على ما تقدم يبدو أن للمشرع العراقي نظرتين مختلفتين لمدارس التفسير و أتباعها ففي الموقف الأول الذي ظهر من خلال نص المادة (1/1) الآنفه الذكر يظهر أن المشرع العراقي يدعو الى الالتزام بمدرسة التزام النصوص أو الشرح على المتن ، و إن اختلف موقف المشرع العراقي مع طروحات هذه المدرسة بعض الشيء حيث أنه لم يلتزم بأن التشريع هو المصدر الوحيد للقانون وهذا ما يظهر من نص المادة (2/1) من القانون المدني التي اعتبرت العرف ومبادئ الشريعة الإسلامية وقواعد العدالة مصادر للقانون ، والنظرة الثانية من خلال الموقف الثاني وهو ما أشارت إليه المادة (3) من قانون الإثبات ويظهر فيه أن المشرع العراقي أقرب الى المدرسة العلمية أو مذهب البحث العلمي الحر ، حيث أن مسايرة التفسير للمستحدثات لا يمكن أن يحصل إلا في ظل الالتزام بالمدرسة الأخيرة ، وهو ما يجعل تفسير النصوص القانونية في ضوء قواعد العدالة أحد وسائل تفسير النصوص بل تكون مقدمة على غيرها حيث أن أخذ الظروف المختلفة سواء كانت اقتصادية أو اجتماعية أو علمية في نظر الاعتبار من قبل القاضي الذي يقوم بتفسير النصوص لا يمكن أن يتم إلا بناءً على قواعد العدالة التي تدعو إلى إعطاء كل ذي حق حقه ، وعلى أساس النظر العقلي و الضمير الإنساني .

والمشرع العراقي وإن أخذ بمدرسة البحث العلمي الحر في التفسير، إلا أن العلة التي دعتة الى الأخذ بهذه المدرسة في تفسير النصوص تجعله يأخذ بها في حالة الاجتهاد القضائي لسد الفراغ القانوني أيضاً .

ومن الجدير بالذكر الإشارة الى الفرق بين حالة الفراغ القانوني وحالة تفسير النصوص التشريعية ، حيث أنه في التفسير يوجد نص قانوني إلا أنه غامض ، كما أن مشكلة التفسير تتعلق في إبراز معنى النص القانوني ، بينما مشكلة الفراغ القانوني تتعلق بعدم وجود قاعدة قانونية لحل النزاع المعروض على القضاء ولذا يجب على القاضي إيجاد حل قانوني جديد أو إنشاء قاعدة قانونية عامة جديدة بحسب

(¹) المادة (3) من قانون الإثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979 .

اختلاف نظر القوانين الى الأخذ بالسوابق القضائية وعدمه (1) ، كما سيأتي بيان ذلك في المبحث الثالث من هذا الفصل إن شاء الله .

و أما موقف القضاء العراقي من التفسير المتطور في ضوء قواعد العدالة ، فإن هذا القضاء وحرصاً منه على عدم التطبيق الآلي للنصوص القانونية ، وعدم ترك المضمون أو الجوهر للنصوص القانونية ، حرص على اتباع التفسير المتطور بواسطة قواعد العدالة في عدد من القرارات القضائية لأن واجب القضاء هو الالتزام بالنصوص القانونية على علم ودراية وليس التزام تقليدي ، بل التزام يسعى الى تحقيق العدالة ، لأن ذلك من أهم واجبات القضاء ، ولا يمكن أن يتم إلا من خلال تطبيق القانون وفق ظروف القضية المعروضة أمام القضاء وهذا لا يحصل إلا من خلال تطبيق قواعد العدالة في تفسير النصوص القانونية ومن هذه القرارات ما يأتي :

أ- قرار محكمة تمييز العراق المتضمن الحكم بعدم إبطال دعوى رفعها محام بعد وفاة موكله إلا أنه لم يثبت علمه بوفاة الموكل ، فقضت المحكمة بأن الوكالة لا تنتهي بمجرد موت الموكل إذا كانت وفاته محل خفاء بالنسبة للوكيل ، وسببت المحكمة هذا التفسير للمادة (946) من القانون المدني العراقي - التي تنص على أن الوكالة تنتهي بمجرد موت الوكيل أو الموكل - بأن هذا ما تقتضيه القواعد العامة للوكالة وما تتطلبه قواعد العدالة (2) .

ب- قرار محكمة تمييز العراق المتضمن الحكم باعتبار التخارج من التركة هبة إذا كان بدون عوض ، و إن محكمة الأحوال الشخصية لا تختص بنظر الدعاوى المتعلقة بالهبة ويترتب على ذلك في حال عرض دعوى لإسقاط حجة التخارج بدون عوض فإن محكمة الأحوال الشخصية ينبغي أن ترد تلك الدعوى لأنها ليس من اختصاصها (3) .

(1) ينظر : محمد أحمد رمضان ، مصدر سابق ، ص 55 .
 (2) ينظر : قرار محكمة تمييز العراق المرقم : 741 / مدنية أولى / 92 في 1992/8/5 ، أشار إليه : إبراهيم المشاهدي ، المختار من قضاء محكمة التمييز ، قسم الإثبات ، مطبعة الزمان ، بغداد ، 1999 ، ص 189 .
 (3) ينظر : قرار محكمة تمييز العراق المرقم 3558 / شخصية / 97 في 1997/7/29 ، منشور في مجلة القضاء الأعداد (1-4) السنة الثانية والخمسون ، 1997 ، ص 101 .

وهذا القرار يعتبر تفسيراً من قبل محكمة التمييز للمادة (89) من قانون الأحوال الشخصية التي بينت الوارثين بالقرابة وكيفية توريثهم علماً أن محكمة التمييز قد عرفت التخارج في أحد قراراتها بأنه (التخارج شرعاً وقانوناً هو عقد صلح بين الورثة بموجب مسألة إرثية جديدة) (1) .

ج-قرار محكمة تمييز العراق الذي قضى بعدم الالتزام بمدد الطعن المقررة في قانون المرافعات إذا كان الأمر متعلقاً بالحل والحرمة ولذا فإن الطعن القانوني يُقبل حتى وإن كان واقعاً خارج المدة المقررة قانوناً فيما إذا كان موضوع الدعوى هو الحل أو الحرمة (2) .

وهذا تفسير بموجب مقتضيات العدالة من قبل المحكمة للمادة (171) من قانون المرافعات المدنية العراقي التي قررت مدد الطعن ونصت على أن المحكمة تقضي من تلقاء نفسها برد الطعن فيما إذا وقع خارج المدة القانونية .

د-قرار محكمة تمييز العراق الذي قضى بضرورة استحقاق أرملة لراتب الرعاية الاجتماعية بموجب القانون رقم (126) لسنة 1980 ، على الرغم من أن الثابت في أوراق الدعوى أن ابنها الأكبر يعمل ، إلا أن المحكمة سببت قرارها بأن العمل في بعض الأحيان ولضرورة العيش لا يمنع من استحقاق الراتب ضمن الحد الأدنى لراتب العامل غير الماهر (3) ، وهذا تفسير من قبل المحكمة للشرط الذي وضعه القانون المشار إليه آنفاً وهو عدم كون من يستحق راتب الرعاية الاجتماعية له عمل أو وظيفة .

ويظهر أن كل التفسيرات المشار إليها آنفاً - التي وردت في قرارات محكمة التمييز والتي تخالف ظواهر النصوص - ما حمل المحكمة عليها إلا تحقيق العدالة ، فتكون هذه التفسيرات أمثلة حية للتفسير المتطور للنصوص القانونية في ضوء قواعد العدالة .

(1) قرار محكمة تمييز العراق المرقم 392 / هيئة عامة / 79 في 1979/10/13 ، أشار إليه جمعة سعدون الربيعي ، المرشد الى إقامة دعاوى الشرعية وتطبيقاتها العملية ، ط3 ، شركة العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، 2009 ، ص220 .

(2) ينظر قرار محكمة التمييز المرقم : 198 / موسعة / 1981 في 1981 / 8/29 ، أشار إليه : إبراهيم المشاهدي ، معين القضاة ، ج 1 ، مطبعة الزمان ، بغداد ، 200 ، ص93 .

(3) ينظر: قرار محكمة تمييز العراق المرقم 345 / موسعة أولى / 1981 في 1982/3/27 ، أشار إليه : ضياء شبيت خطاب ، مصدر سابق ، ص69 .

2- موقف التشريع و القضاء المصري

إن موقف المشرع المصري من التفسير بشكل عام والتفسير المتطور في ضوء قواعد العدالة متقارب جداً مع موقف المشرع العراقي ، إلا أن الاختلاف بينهما في طريقة التأكيد على استعمال التفسير المتطور بالنص أو طريقة الإشارة الى كون قواعد العدالة وسيلة من وسائل التفسير ، فقد نص المشرع المصري في قانون المرافعات المدنية والتجارية في المادة (1/248) على أن (للخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض في الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف... إذا كان الحكم المطعون فيه مبنياً على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله)⁽¹⁾ ويظهر من هذه المادة أن المشرع المصري قد ألزم القاضي ضمناً بتفسير القانون بل تأويله ، وعليه فإن القاضي في نظر المشرع المصري ملزم بتفسير النص الغامض ورفع التعارض بين النصوص ، ثم إن المشرع المصري طالما لم يرسم للقاضي قواعد معينة للتفسير ولم يبين حدود العملية التفسيرية ، فيكون قد منح القاضي سلطة تقديرية في التفسير يستطيع من خلالها الرجوع الى القواعد العامة للتفسير⁽²⁾ ، وكذلك الرجوع الى قواعد العدالة و أن يفسر النصوص القانونية وفق مقتضيات القواعد العامة ، وهذا ما أشير له في الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، حيث أشير الى التفسير المتطور في ضوء قواعد العدالة⁽³⁾ ، وبهذا يكون المشرع المصري قد ألزم القضاء بهذا النوع من التفسير وإن لم ينص على ذلك بشكل واضح كما فعل المشرع العراقي في قانون الإثبات ، فضلاً عن التأكيد على أن التفسير ينبغي أن يكون وفق المصلحة وهذا يتفق مع ما تحققه قواعد العدالة من مصلحة والتي هي عنصر من عناصر قواعد العدالة كما أشرنا لذلك آنفاً ، و أما موقف المشرع المصري من مدارس التفسير فهو يتطابق مع موقف المشرع العراقي من جهة الالتزام بمدرسة التزام النصوص أو الشرح على المتن مع الاختلاف في مسألة حصر مصادر القانون في التشريع حيث أن المشرع المصري قد التزم بتعدد مصادر القانون وهذا ما بينته المادة (1/2) من القانون المدني المصري .

(1) قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (13) لسنة 1986 المادة (1/248) .
(2) ينظر : عباس قاسم مهدي ، مصدر سابق ، ص195 ، وكذلك : طارق عبد الرزاق الحامي ، مصدر سابق ، ص17

(3) جاء في مجموعة الأعمال التحضيرية ما يأتي (... من المقطوع به أن كل نص تشريعي ينبغي أن يعيش في البيئة التي يطبق فيها وبحيا حياة قومية توثق صلته بما يحيط به من ملايسات ... ولكل من القضاء والفقهاء بل على كل منهما عند تطبيق النص أو تفسيره ، أن يعتبر هذا النص قائماً بذاته ، منفصلاً عن مصدره ، فيطبقه أو يفسره تبعاً لما تقتضيه المصلحة ، ولما يتسع له التفسير من حلول تفي بحاجات البلد ، وتساير مقتضيات العدالة ، وبذلك تتطور هذه النصوص في صميم الحياة القومية ، وتثبت ذاتيتها) ينظر : مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج 1 ، مصدر سابق ، ص32 .

و أما موقف القضاء المصري من التفسير المتطور في ضوء قواعد العدالة فإنه مساير لما عليه المشرع من الالتزام بهذا النوع من التفسير لأجل تحقيق العدالة وفق الظروف والمتغيرات في المجتمع وبتبني طرقها الاجتماعية و الاقتصادية و العلمية وهذا يتبين من خلال قرارات محكمة النقض المصرية ومن هذه القرارات ما يأتي :

أ-قرار محكمة النقض المصرية الذي قضى في موضوع التعويض الأدبي في المسؤولية التقصيرية ، حيث فسرت المحكمة ما نص عليه المشرع في القانون المدني المصري في المادة (170) على أنه (يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور طبقاً لأحكام المادتين 221 و 222 مراعيًا في ذلك الظروف الملائسة) وقد قضت محكمة النقض بناءً على ذلك بأن جسامه الخطأ من بين العناصر التي يجب مراعاتها عند تقدير التعويض عن الضرر الأدبي (1) .

وهذا تفسير من المحكمة (للظروف الملائسة) يتناسب مع قواعد العدالة لأن الخطأ إذا كان جسيماً من قبل المسؤول عن الضرر فإنه يؤثر في نفس المتضرر كثيراً وينبغي على المحكمة أن تأخذ ذلك بنظر الاعتبار عند تقدير التعويض عن الضرر الأدبي .

ب-قرار محكمة النقض المصرية الذي قضى بأنه (يتعين على القاضي أن يلتزم بالحكم الذي يطبق على النزاع المعروف عليه من نصوص التشريع أولاً ومتى وجد الحكم فيه أو استخلصه منه تعين أن يمضيه و امتنع عليه الأخذ بأسباب الاجتهاد ، و إلا كان له أن يتقصى روح النص بالكشف عن حقيقة مفهومه ودلالته...) (2) ، وفي هذا القرار تؤكد محكمة النقض على التفسير الواسع للنصوص بتقصي روح النص وعن طريق الكشف عن مفهوم النص و إطلاق المفهوم يشمل مفهوم الموافقة ومفهوم المخالفة ، ثم بعد ذلك التمسك بالدلالة و يبدو أن المقصود بالدلالة هي الدلالة السياقية ، وكل هذه الطرق للتفسير والتدقيق في النص لأجل تحقيق العدالة .

(1) ينظر : قرار محكمة النقض المصرية في الطعن المرقم (5004) لسنة 65 في جلسة 2010/7/12 س61 ، ق140 ، ص843 ، منشور في موقع البوابة القانونية لمحكمة النقض المصرية متاح على الرابط الآتي : <http://www.cc.gov/courts/casstion-court/all/casstion-court-all-cases.aspx> ، تاريخ الزيارة 2021/10/12 .

(2) ينظر : قرار محكمة النقض المصرية في النقص المدني المرقم 30342 لسنة 70 ق ، جلسة 2004/4/28 ، أشار إليه : د. محمد سليمان محمد ، القاضي و بطة العدالة - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2011 ، ص179 .

ج-قرار محكمة النقض المصرية الذي قضى في خصوص عقد النقل بأن عقد نقل الأشخاص يلقي على عاتق الناقل التزاماً بضمان سلامة الراكب وهو التزام بتحقيق غاية ، فإذا أصيب الراكب بضرر أثناء تنفيذ عقد النقل تقوم مسؤولية الناقل عن هذا الضرر بغير حاجة الى أثبات وقوع الخطأ من جانب الناقل ، و إن فترة تنفيذ هذا الالتزام تبدأ منذ شروع الراكب في الصعود الى وسيلة النقل في مكان القيام وكذلك نزوله منها في مكان الوصول ، وقد فسرت محكمة النقض في هذا القرار أن دخول الراكب الى الرصيف في مكان القيام وخروجه من الرصيف في مكان النزول يدخل ضمن فترة الالتزام بضمان سلامة الراكب فإذا أصيب بضرر أثناء الدخول أو الخروج على الرصيف يتحمل الناقل مسؤولية التعويض عن ذلك الضرر⁽¹⁾ .

ويبدو أن هذا القرار ما هو إلا تفسير موسع لمسؤولية الناقل وجعلها تشمل ما يتعرض له الراكب على الرصيف من أضرار سواء في مكان القيام أو الوصول لكي تشدد على الناقل المسؤولية لضمان سلامة الركاب ولكي يتحرى الناقل المكان الملائم لوقوف واسطة النقل لأجل أن لا يصاب الراكب بالأضرار ، و ما ذلك إلا تحقيقاً للخير العام الذي تؤكد عليه قواعد العدالة.

3-موقف التشريع والقضاء الإنكليزي

على الرغم من دخول التشريعات في القانون الإنكليزي كمصدر من مصادره الى جانب السوابق القضائية التي تشكل الشريعة العامة إلا أن التشريعات في هذا القانون لا تكتمل حجيتها إلا بواسطة القرارات القضائية وهذا الأمر لا ينطبق على التشريعات القديمة فحسب بل يشمل حتى الحديثة منها⁽²⁾ .

وذلك لأن المحاكم في إنكلترا تمتلك سلطات واسعة في مقابل التشريعات حيث أن النص التشريعي يبقى مضمونه احتمالياً ، و لا يصبح فعلياً إلا بعد تطبيق المحاكم له ، ولذا فإن مركز التشريع في القانون الإنكليزي يعتبر بمثابة الملحق للشريعة العامة التي تتكون من مجموع السوابق القضائية وما يقوم به المشرع هو عبارة عن تعديل للشريعة العامة في بعض الجوانب وتقييد من بعض الوجوه⁽³⁾ ، كما

(1) ينظر : الطعن رقم 2341 لسنة 85 ق ، جلسة 2020/6/3 ، منشور في المجموعات المدنية من إعداد المكتب الفني لمحكمة النقض المصرية المستحدث من المبادئ التي قررتها الدوائر المدنية في الفترة من 2019/10/1 الى 2020/12/31 ، ص207 .

(2) C.R.Y Radcliffe and geofrey cross, the English legal system , butterworths , London ,1937, p.356 .

(3) ينظر : د. زيد محمود العقائلي ، مصدر سابق ، ص57 ، وكذلك : د. صلاح الدين الناهي ، النظرية العامة في القانون الموازن وعلم الخلاف ، مطبعة أسعد ، بغداد ، 1968 ، ص165 .

أن القضاء الإنكليزي يستطيع العدول عن السوابق القضائية فيما إذا كانت لا تحقق العدالة ، وهو ما يطلق عليه بالعدول القضائي عن السابقة القضائية الملزمة ، وتستخدم المحاكم الإنكليزية من أجل ذلك عدة وسائل ومن هذه الوسائل ما يطلق عليه بالتفريد أو التمييز (*distinguishing*) وهو عبارة عن نظر القاضي للسابقة القضائية ولل قضية المرفوعة أمامه ثم يقوم بتمييز إحداها عن الأخرى ولو ببعض الجوانب لأجل ترك الحكم السابق والعمل على إصدار حكم جديد لكي يحقق العدالة ⁽¹⁾ ، و إزاء هذه السلطة الواسعة المتاحة للقضاء فإنه يقوم بتفسير النصوص التشريعية بشكل واسع ، بل إن التفسير القضائي هو الذي يثبت للنص التشريعي معناه ، وبما أن الأرجحية لقواعد العدالة فيما إذا تعارضت مع قواعد الشريعة العامة أو مع النصوص التشريعية وهذا ما نص عليه قانون المحاكم الكبرى كما أشرنا إليه آنفاً .

وبناء على ما تقدم فإن تفسير النصوص التشريعية تفسيراً متطوراً وفق قواعد العدالة متعين في القضاء الإنكليزي وهو المقدم على غيره من وسائل التفسير الأخرى التي تقدم ذكرها ، لأن الأرجحية لما تقرره قواعد العدالة متعينة في التشريع والقضاء الإنكليزي وفي ما يأتي نشير الى بعض الأحكام القضائية للقضاء الإنكليزي يظهر منها التفسير لقواعد الشريعة العامة أو نصوص التشريع الإنكليزي وفق قواعد العدالة ومن هذه الأحكام :

أ- قضية هيدلي ضد هلر ⁽²⁾ التي قضى فيها مجلس اللوردات و لأول مرة بجواز تأسيس دعوى المسؤولية التقصيرية على التعبير الخاطئ إذا كان صادراً بإهمال ، وقد كيف مجلس اللوردات هذه القضية بأنها تدليس بإهمال ، وتتلخص وقائع هذه القضية أن المدعي قد اعتمد على المعلومات التي قدمها المصرف عن المركز المالي للمتعامل معه ، ولذلك استمر بالتعامل معه وهذا سبب له خسارة مالية فادحة عندما تم إشهار إفلاس المتعامل معه وتصفية أعماله ، وعلى الرغم من أن القاعدة العامة في القانون الإنكليزي أن المسؤولية تترتب على الفعل الضار الصادر بإهمال وليس القول ، وقد سبب مجلس اللوردات حكمه هذا بأن الحكم في مثل هذا يتوقف على ظروف كل قضية بحسبها ، وقرر بأن المسؤولية عن القول أو التعبير تتطلب علاقة خاصة بين الطرفين (*special relationship*) ، ويبدو لنا أن هذا اجتهاد

(1) ينظر : د. محمد محمد بدران ، القانون الإنكليزي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1989 ، ص 151 .
أشار إليه : . 2all er575 (1963) ac 465 (1964) hedley byrne coltd v. heller partners ltd ⁽²⁾
د. مصطفى عبد الحميد عدوى ، التدليس الإيجابي و الكتمان التدليسي في القانون الإنكليزي ، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية و الاقتصادية ، كلية الحقوق - جامعة المنوفية - مصر ، مج 7 ، العدد (1) ، 1998 ، ص 17 .

تفسيري للقاعدة الثابتة في الشريعة العامة بأن المسؤولية التقصيرية نتيجة الإهمال تترتب على الأفعال من دون الأقوال ، والذي دعا مجلس اللوردات لهذا التفسير هو تحقيق العدالة لمكان العلاقة بين المدعي و المؤسسة المالية ، لأنه أحد عملاتها وهذا يتطلب أن يكون التعامل مبني على مبدأ حسن النية الذي هو أحد آليات تحقيق العدالة في المعاملات القانونية .

ب- ومنها قضية (obgvallen 2007 ukhl 21) وتتلخص وقائع هذه القضية ، بأن المدعى عليهم فيها قد تم تعيينهم حراساً قضائين (receivers) بموجب تكليف مستمر (floating charge) على تصفية أموال شركة ، ثم تبين بعد ذلك عدم صحة التكليف إلا أن الحراس قد تصرفوا في المحافظة على أموال الشركة و إدارتها بنية حسنة ، ولكن الشركة أقامت عليهم الدعوى مدعية بأن التصرف المشار إليه آنفاً يعتبر تعدياً على أرضها وممتلكاتها وتدخلاً في علاقاتها التعاقدية ، وهذا يوقع المدعى عليهم تحت طائلة المسؤولية التقصيرية الاقتصادية لأنه تسبب بخسائر مادية للشركة ، وعلى الرغم من أن التشريعات والسوابق القضائية تؤيد ذلك لأن من يتصرف في مال الغير دون وجه مشروع يتحمل مسؤولية ذلك ومنها التعويض عن الخسائر المادية الفائتة ، إلا أن المحكمة ذهبت الى عدم مسؤولية الحراس القضائين وصادق مجلس اللوردات على هذا الحكم و استخلصت منه سابقة قضائية جديدة وهي عدم المسؤولية عن التصرف في مال الغير و التدخل في علاقاته التعاقدية في الحالات المشابهة لموضوع الدعوى⁽¹⁾ .

ويبدو أن : هذا الحكم مبني على مبدأ العدول القضائي تحقيقاً للعدالة حيث أنه على الرغم من المسؤولية المقررة على من يتدخل في التصرف بمال الغير وعلاقاته التعاقدية ولكن إذا كان مبدأ التدخل صحيحاً ، فلا تترتب المسؤولية التقصيرية كما هو الحال في موضوع هذه القضية ، لأنه تم تعيين الحراس القضائين بطريق مشروع ابتداء ، ولكن تبين بعدئذ أنه وقع خطأ .

المبحث الثالث

أثر قواعد العدالة في إنشاء القضاء للقاعدة القانونية

تقدم الكلام عن الاجتهاد القضائي في ضوء قواعد العدالة وتبين أنه لا يمكن أن يصل الدور إليه إلا بعد حصول الفراغ القانوني سواء كان حقيقياً أم افتراضياً ، وبعد عدم عثور القاضي على القاعدة

(1) ينظر : د. يونس صلاح الدين علي ، المسؤولية التقصيرية الاقتصادية في القانون الإنكليزي ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، كلية القانون – جامعة بغداد ، العدد الثاني ، 2018 ، ص 81 ، وكذلك الموقع الإلكتروني الآتي : <https://en.Wikipedia.org/obg-ltd-v-allan> .

القانونية التي يمكن أن يطبقها على النزاع المعروض بين يديه لا في المصادر الأصلية و لا في المصادر الاحتياطية ما عدا قواعد العدالة ، التي هي الملاذ الأخير للقاضي كما أشرنا لذلك آنفاً ، وهنا لا بد من أن يجتهد القاضي استناداً لقواعد العدالة ، ولكن بعد أن يُصدر الحكم الذي توصل له عن طريق الاجتهاد في ضوء قواعد العدالة ، لا بد من أن تُطرح الأسئلة الآتية وهي : في حال عُرض على القاضي نزاع آخر مماثل للنزاع الأول فهل يكون القاضي ملزماً بتطبيق نفس الحكم على النزاع الثاني ؟ وهل تُلزم المحاكم الأدنى درجة من المحكمة التي أصدرت الحكم في النزاع الأول بعدم مخالفة ذلك الحكم ؟ وهل يعتبر ذلك الحكم قاعدة قانونية عامة مجردة أنشأها القضاء ؟ و لأجل الإجابة عن هذه الأسئلة ينبغي أن نقسم هذا المبحث على مطلبين نبحت في أولهما : علاقة قواعد العدالة بمصدرية القضاء للقاعدة القانونية ، ونبحت في ثانيهما : علاقة قواعد العدالة بنظرية السوابق القضائية .

المطلب الأول

علاقة قواعد العدالة بمصدرية القضاء للقاعدة القانونية

إن وظيفة القضاء الأصلية هي تطبيق القانون ، في حال نشوء النزاع وعرضه أمام القاضي ، ولكن فيما إذا لم يجد القاضي القاعدة القانونية التي يمكن أن تطبق على النزاع ولجأ الى الاجتهاد بواسطة قواعد العدالة ، فهل يعتبر الحكم القضائي الذي استنبط بواسطة قواعد العدالة مصدراً من مصادر القانون أو أن القضاء في هذه الحالة هو المصدر ؟ و ما معنى مصدرية القضاء للقاعدة القانونية ؟ و ما موقف الفقه القانوني الوضعي و الفقه الإسلامي من إنشاء القاضي للقاعدة القانونية أو الشرعية بواسطة قواعد العدالة ؟ ولغرض الإجابة عن ذلك ينبغي أن نقسم هذا المطلب على فرعين : نبحت في أولهما : مصدرية القضاء للقاعدة القانونية ، ونبحت في ثانيهما : موقف الفقه القانوني الوضعي و الفقه الإسلامي من مصدرية القضاء للقاعدة القانونية .

الفرع الأول

مصدرية القضاء للقاعدة القانونية

إن كون قواعد العدالة أحد مصادر القانون الرسمية الاحتياطية أمر لا إشكال فيه حيث أن المشرع في القوانين المقارنة قد نص على ذلك ، كما ورد في المادة (1/2) من القانونين المدنيين العراقي

و المصري ، فضلاً عن أن القانون الإنكليزي يعتمد العدالة على أنها أحد مصادره⁽¹⁾ ، وخاصة بعد توحيد محاكم العدالة ومحاكم الشريعة العامة ، وبهذا أصبح للقانون الإنكليزي أربعة مصادر : السوابق القضائية وقواعد العدالة والتشريع والعرف⁽²⁾ ، وإذا كان أمر قواعد العدالة واضحاً بأنها مصدر من مصادر القانون وأن القضاء - في النظام الإنكلوسكسوني الذي يأخذ بنظرية السوابق القضائية - مصدر رسمي من مصادر القانون ، فإن أمر مصدرية القضاء للقاعدة القانونية بحاجة الى بيان وإثبات في ظل القوانين التي تأخذ بالنظام اللاتيني ومنها القانونين العراقي والمصري ، ولأجل بيان ذلك ينبغي أن نبحث في هذا الفرع التعريف بالمصدر القانوني ، ثم نبحت الأساس القانوني لمصدرية القضاء للقاعدة القانونية في فقرتين :

أولاً : التعريف بالمصدر القانوني

يعرف المصدر : بأنه الأصل الذي يرجع إليه الشيء أو ينبوع الذي ينبع منه⁽³⁾ .

وتطلق عبارة المصدر في الاصطلاح القانوني على عدة معانٍ أهمها ما يأتي و ينبغي أن نعرض لها باختصار لتتعرف على أن إطلاق صفة المصدر على الاجتهاد القضائي بموجب قواعد العدالة يصدق على أي معنى من هذه المعاني وهي :

1-المصدر التاريخي :

يقصد به الأصل التاريخي للقاعدة القانونية ، وهو المرجع الذي استمد منه المشرع تلك القاعدة ، وهذا المعنى للمصدر على الرغم من أنه من جملة المعاني التي تطلق على منابع القانون ، إلا أنه لا يعتبر مصدراً بالمعنى الفني للقاعدة القانونية في النظام القانوني الحديث ، بل هو جذر لهذه القاعدة ، ومثال المصدر التاريخي في النظام القانوني الإنكليزي ، عند النظر لقاعدة قانونية أقرها القضاء الإنكليزي - لأن القضاء الإنكليزي يأخذ بنظام السوابق القضائية - فقد نجد أن قرار المحكمة استند الى رأي أحد الفقهاء كالفقيه (بوتيه) وقد يكون هذا الفقيه قد أخذ رأيه من مدونة جوستينيان وقد يكون جوستينيان قد أخذ رأيه من القانون الروماني وهكذا ومثال المصدر التاريخي في القانون العراقي ، عندما يقال إن المشرع المدني العراقي قد أخذ نظرية الظروف الطارئة عن القانون المدني المصري ، ولكن كما هو معلوم أن

(1) ينظر : د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ص 144 .

(2) ينظر : د. محمد محمد بدران ، مصدر سابق ، ص 91-93 .

(3) ينظر : عبد الباقي البكري و زهير البشير ، مصدر سابق ، ص 78 .

القانون المدني العراقي قد وضعته لجنة برئاسة الأستاذ السنهاوري ، ومن المحتمل أن يكون المصدر التاريخي لهذه النظرية هو رأي خاص بالأستاذ السنهاوري ، وقد يكون تأثر بهذا الرأي بأستاذه (لامبير) وقد يكون الأخير قد تأثر بأحد القوانين الأجنبية التي درسها في القانون المقارن (1) .

2-المصدر الرسمي :

وهو الوسيلة التي تصل من خلالها القاعدة القانونية الى حيز الوجود فعلاً لتصبح بعد ذلك واجبة التطبيق ، ويسمى مصدراً شكلياً ، لأن القاعدة ينبغي أن تصدر بموجب شكل معين تظهر من خلاله الإرادة الملزمة لسلطة التشريع (2) .

ولكن ما المقصود بصفة الرسمية و الإلزام في هذا المصدر وهل أنها صفة للقاعدة القانونية أو صفة للسلطة التي تصدر تلك القاعدة بموجب إرادتها ، ذهبت بعض الآراء الفقهية الى أن صفة الرسمية و الإلزام هي صفة للقاعدة (3) ، بينما ذهب بعض آخر الى أن صفة الإلزام والرسمية تنسب للسلطة التي أصدرت القاعدة القانونية ، وذلك لأن القانون نابغ من الإرادة الإنسانية و أن قوة الجماعة هي التي تفرض على الأفراد احترام القانون(4) .

ويبدو لنا : إن الرأي الأول هو الراجح ، لأن صفة الرسمية تلحق القاعدة القانونية وليس السلطة التي تنشئ القاعدة وتوجدتها ولذلك فإن القواعد القانونية التي تصدرها السلطة التشريعية توصف بالرسمية و الإلزام ، وكذلك القواعد العرفية توصف بالإلزام و الرسمية ، كما أن قواعد العدالة كذلك توصف بالرسمية وإذا صدرت على صورة أحكام من السلطة القضائية توصف بالإلزام ، وبعبارة أخرى إذا تم الاجتهاد من قبل القاضي بموجب قواعد العدالة فإن الحكم القضائي يوصف عندئذ بالرسمية والإلزام ، وتعتبر قواعد العدالة قبل أن يصدر القاضي حكماً بواسطتها ملزمة استناداً الى فكرة الإلزام الذاتي التي أشرنا إليها آنفاً (5) ، وبناءً على ما تقدم فإن الأحكام التي يصدرها القضاء بواسطة الاجتهاد القضائي في ضوء قواعد العدالة ، يمكن أن توصف بأنها مصدر رسمي للقانون .

(1) ينظر : د. عبد الرحمن البزاز ، مبادئ أصول القانون ، مطبعة العاني ، بغداد ، 1954 ، بدون رقم طبعة ، ص 94 .

(2) ينظر : د. شمس الدين الوكيل ، الموجز في المدخل لدراسة القانون ، ط 1 ، منشأة المعارف ، الإسكندرية - مصر ، 1965 ، ص 113 .

(3) ينظر : د. حسن محمد الخطيب ، مبادئ أصول القانون ، مطبعة حداد ، البصرة ، 1963 ، ص 68 .

(4) ينظر : د. عبد الحي حجازي مصدر سابق ، ص 377 .

(5) ينظر : ما أشرنا له في المبحث الأول من الفصل الأول من هذه الدراسة .

3-المصدر التفسيري :

وهو المرجع الذي يتم من خلاله تفسير القاعدة القانونية ، وذلك بتحديد مضمونها ، وكشف الجوانب الغامضة من عبارة النص ، وبعبارة أخرى إن هذه المصادر لا تكون منشئة للقواعد القانونية ، وإنما يكون دورها هو كشف ما يكتنف النص القانوني من غموض ، ومن أهم هذه المصادر التفسيرية في الأنظمة القانونية الحديثة الفقه ، والقضاء (1) - في بعض الآراء - لأن النظام الإنكلوسكسوني يعتبر القضاء مصدراً رسمياً للقانون ، فضلاً عن جانب من الآراء الفقهية في فقه القانون اللاتيني ومنها القوانين العربية .

ثم إن المصادر التفسيرية يطلق عليها المصادر غير الرسمية . لأنها في الحقيقة مصادر إيجابية ، بمعنى أن مهمتها التأثير على قناعة المشرع في بعض المبادئ التي أصلها الفقه والقضاء ثم وجدت طريقها الى التشريع ، ولذلك نرى المشرعين في كثير من القوانين يقتبسون المواد القانونية من آراء الفقهاء ، أو من أحكام القضاء ، وبهذا يكون لهذه الآراء والأحكام الدور الواضح في التشريع ولكن المصادر التفسيرية لا يمكنها إضفاء الطابع الرسمي على القانون ، والمصادر الرسمية هي التشريع و العرف ، ومبادئ الشريعة المنفق عليها وقواعد العدالة ، و الذي يضيفي الشكلية على القواعد القانونية هو إخراجها بشكل مكتوب (2) .

ويظهر مما تقدم أن القضاء في نظر القوانين اللاتينية من المصادر التفسيرية للقاعدة القانونية ، إلا أن جانباً كبيراً من الفقه في النظام اللاتيني (3) ، يذهب الى أن القضاء يمكن أن يكون في بعض أحكامه مصدراً رسمياً للقاعدة القانونية ، وخاصة في القضايا التي يتم الفصل فيها بموجب اجتهاد قضائي في ضوء قواعد العدالة ، بشرط اضطراد ذلك الحكم وتلقيه من قبل المحاكم بالقبول ، و خاصة إذا صادقت عليه المحاكم العليا كمحكمة التمييز الاتحادية ومحكمة النقض ، أو كان الحكم القضائي صادراً

(1) ينظر : د. علي محمد بدير ، مصدر سابق ، ص168 .

(2) ينظر : د. الطيب الفصايبي ، المدخل لدراسة القانون ، ط5 ، بدون ذكر مطبعة ومكان طبع ، 2002 ، ص76.

(3) ذهبت بعض الآراء الفقهية ، والقضائية في القوانين التي تتبع الشريعة اللاتينية الى اعتبار القضاء من المصادر الرسمية للقانون وليس التفسيرية ، وهو ما نقصده بمصدرية القضاء للقاعدة القانونية و ستأتي الإشارة إليه في الفرع الثاني من هذا المطلب .

عن هذه المحاكم ابتداء ، وبعبارة أخرى إذا نشأ عن ذلك الحكم مبدأ قانوني وشكّل سابقة قضائية عملية ، وسيأتي مزيد بيان لذلك في المطلب الثاني من هذا المبحث إن شاء الله .

وعلى فرض أن القضاء مصدر رسمي للقانون في النظام اللاتيني عند بعض الفقهاء ينبغي أن نبحث في السند القانوني لذلك .

ثانياً : الأساس القانوني لمصدرية القضاء للقاعدة القانونية

يتميز القضاء بميزات متعددة على باقي مصادر القانون و أهم مميزات القضاء هي كونه يتولى الجانب العملي والتطبيقي للقانون وهذا يمنحه القدرة على أن يضع الحلول العملية ، و أن يتمكن من الاطلاع على الجزئيات والخصوصيات التي تحيط بالوقائع القانونية ، أو بموضوعات المنازعات التي تعرض عليه ، وبناءً على ذلك يمكن للقضاء أن يجعل من القانون معطيات حية واقعية تتماشى مع خصوصيات البيئة القانونية ، وتساير روح المجتمع ومتغيرات العصر ، فضلاً عن قدرة المحاكم على تفسير النصوص القانونية تفسيراً عملياً يبتعد عن التنظيرات الفقهية⁽¹⁾ ، و بسبب ما تقدم ذكره من خصوصيات القضاء ، فإنه من الممكن أن يقال بأن القضاء في بعض أحكامه يستطيع أن ينشئ القواعد القانونية العامة ، و ذكرت عدة أسس أو نظريات لمشروعية اعتبار القضاء مصدراً رسمياً للقواعد القانونية ، و أهمها ما يأتي :

1- نظرية التفويض التشريعي

عندما يصدر القاضي حكماً بموجب السلطة التقديرية التي منحها إياه المشرع ، فهو لا بد أن يكون مفوضاً بإصدار هذا الحكم من قبل المشرع وهذا التفويض التشريعي لم يصدر بشكل صريح من قبل السلطة التشريعية ، بأنها إنابة السلطة القضائية منابها في إصدار القواعد القانونية العامة المجردة كما يحصل أحياناً ولظروف معينة أن تنيب السلطة التشريعية السلطة التنفيذية في إصدار القوانين ولأسباب مختلفة ، و من التزم بهذه النظرية يحاول التوصل للتفويض التشريعي للقاضي من خلال عدة مواقف للمشرع يظهر منها ذلك ومن هذه المواقف :

أ- التشريعات التي تُلزم القاضي بالفصل في النزاع على كل الأحوال

(1) ينظر : عبد الباقي البكري و زهير البشير ، مصدر سابق ، ص154 ، وكذلك : د. عزيز كاظم جبر الخفاجي ، مصدر سابق ، ص79 .

التزمت بعض القوانين ومنها القانون المدني العراقي⁽¹⁾ بإلزام القاضي بالفصل في كل نزاع يعرض عليه ، ولا يمكن للقاضي أن يعتذر عن الفصل في النزاع بحجة الفراغ في التشريع أو النقص في القانون و إلا فإنه سيكون مسؤولاً عن عدم فصله في النزاع المعروض أمامه ويتعرض للعقوبة ، ولكن هذه التشريعات لا تعطي القاضي سلطة الحل محل المشرع في حال تعذر على القاضي الظفر بالقاعدة القانونية التي يمكن أن يطبقها على النزاع ، و إنما تلزم القاضي في أن يفصل في الدعوى من خلال الرجوع الى مصادر القانون ، و إن لم يجد الحل فعليه أن يجتهد بالرجوع الى قواعد العدالة⁽²⁾ .

إلا أن استفادة التفويض التشريعي على أساس هذه التشريعات تعرض للنقد من قبل بعض الفقهاء الذي أرجع ما يصدر عن القاضي في مثل هذه الأحوال ، إلى أنه حكم بواسطة الاجتهاد القضائي ، و لا يمكن أن يرقى الى مرتبة التشريع حتى يكون مفوضاً به من قبل المشرع ، لأن الأحكام القضائية التي تصدر من القاضي في مثل هذه الحالات لا توصف بالعمومية والتجريد ، وهذا هو الفيصل بين عمل المشرع وعمل القاضي و فرق بين الحلول الفردية والقواعد القانونية العامة ، فضلاً عن أن الحكم القضائي الذي يصدر في مثل هذه القضايا ليس له حجية و لا قوة ملزمة إلا بحق طرفي الدعوى في حين أن التشريع الذي تصدره السلطة التشريعية له حجية وقوة ملزمة على جميع الأشخاص في الدولة التي تمثل السلطة التشريعية أحد سلطاتها السيادية⁽³⁾ .

ب- بعض التشريعات التي منحت للقاضي سلطة تقديرية بخصوص معالجة حالات معينة

ومنها تفويض المشرع للقاضي بتعديل بعض العقود و إنشاء أحكام خاصة بها كعقود الإذعان والعقود التي تشملها نظرية الظروف الطارئة و عندما يتعرض القاضي للنظر في مثل هذه العقود فإنه يقوم بإنشاء التزام جديد مخالف للالتزام العقدي ، وهو ما أطلق عليه بعض الفقهاء بالالتزام القضائي⁽⁴⁾ ، وذلك لأن قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) ، وقاعدة (حرية الإرادة) مخالفة تماماً لما يقوم به القاضي في

(1) فقد نصت المادة (30) من قانون المرافعات العراقي رقم 83 لسنة 1969 على أنه (لا يجوز لأية محكمة أن تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقضه و إلا عدّ القاضي ممتنعاً عن إحقاق الحق ...) كما نص المشرع المصري في قانون العقوبات رقم (58) لسنة 1937 المعدل والنافذ في المادة (122) منه التي نصت على أنه (إذا أمتنع أحد القضاة عن الحكم يعاقب بالعزل وبغرامة لا تزيد على مائتي جنيه ، ويعد ممتنعاً عن الحكم كل قاضٍ أبى أو توقف عن إصدار حكم بعد تقديم طلب إليه في هذا الشأن ...) .

(2) ينظر : د. عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية القانون ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، 1954 ، ص 178 .
(3) Mozeaud (Henry , Gean) Leconsde Droit Civil Op , Cit . P.126

مشار له في : د. راقية عبد الجبار علي ، مصدر سابق ، ص 79 .

(4) ينظر : د. سمير عبد السيد تناغو ، مصادر الالتزام ، ط 1 ، مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية - مصر ، 2009 ، ص 499 .

مثل حالات النظر في هذه القضايا التي يقع النزاع فيها بين طرفي العقد و المشرع قد منح للقاضي سلطة تقديرية يستطيع من خلالها أن ينشئ التزاماً يختلف عن الالتزام الأصلي لأنه حين يقوم بتعديل العقد ، أو يقوم بإلغاء بعض الشروط التعسفية أو يعدل من التزامات طرفي العقد لأجل رفع الإرهاق الاقتصادي الذي وقع على بعض الطرفين ، قد أنشأ قاعدة قانونية جديدة ، فيكون هذا الإنشاء للقاعدة القانونية مستنداً للتفويض الذي منحه المشرع للقاضي ، وهذا يدل على أن القاضي له أن يصدر القواعد القانونية ، لأنه مفوضٌ بالتشريع من قبل السلطة التشريعية ، ولذلك فإن القاضي ليس له أن يقوم بتعديل العقد - في الحالات المشار إليها آنفاً - من عند نفسه ، بل ينبغي أن يكون مفوضاً بذلك من قبل المشرع ، وعندئذٍ سيكون القانون هو المصدر غير المباشر للالتزام القضائي ، وهذا مساوٍ لما عليه الأمر في الالتزامات الأخرى ، لأن الالتزام العقدي مثلاً يكون المصدر المباشر له إرادة طرفي العقد ، و أما مصدره غير المباشر فهو قانون العقد ، تماماً كما هو الحال في الالتزام القضائي ويقصد به (الحكم القضائي) الذي مصدره المباشر هو الحكم ومصدره غير المباشر التشريع الذي منح للقاضي بموجبه السلطة التقديرية لتعديل العقد (1) .

ويمكن أن نجيب عن هذا التوجيه للتفويض التشريعي للقاضي : بأن منح المشرع للقاضي في حالات معينة معالجة اختلال التوازن الاقتصادي في العقد لا يعني إعطاؤه الحق في إنشاء القواعد القانونية العامة و إنما هي حالات استثنائية ، ولذلك لو اختل التوازن الاقتصادي في العقد في غير الحالات التي نص عليها المشرع وتدخل القاضي لإعادة التوازن في العقد فهل يكون ذلك التصرف من قبل القاضي متوافقاً مع القانون ؟ أو يكون قد تعدى على صلاحيات المشرع وصادر إرادة طرفي العقد ، ولذلك لا يمكن أن يُستنتج التفويض العام للقاضي في إنشاء قواعد قانونية عامة من هذه المواقف الاستثنائية بل لابد من البحث عن الضابطة الكلية العامة التي استند إليها المشرع في منح السلطة التقديرية للقاضي في إنشاء الالتزام القضائي وغيره من الأمور التي يجتهد فيها القاضي لأجل تحقيق العدالة و الإنصاف كما سنشير إليها لاحقاً .

2- نظرية رضا المعنيين

وتقوم هذه النظرية على أن أساس مشروعية إنشاء القاضي للقواعد القانونية تستند الى الطبيعة القانونية للقضاء نفسه حيث أن القضاء سلطة اجتماعية وله نظرة احترام وتوقير لدى المجتمع و أهم ما

(1) ينظر : د. سمير عبد السيد تناغو ، الالتزام القضائي ، مصدر سابق ، ص 14 .

يمكن أن يستخلص من هذه النظرة رضا المعنيين الذين يلجؤون الى القضاء على نحو العموم والإجمال بقرارات القضاء وعليه يمكن أن نضفي على هذه القرارات التي يصدرها القضاء قوة القانون من خلال ما يرتضيه المعنيون وخاصة مع ما يركز لديهم من الطابع الإلزامي لأحكام القضاء ، حيث أن أطراف النزاع حين يلجؤون للقضاء يعرفون في قرارة أنفسهم أن أحكام القضاء ملزمة ، وليست على نحو الفتوى (1) .

وقد أُجيب عن هذه النظرية : بأن سلطة القضاء مؤسساتية قانونية وليس سلطة ناشئة من احترام المجتمع له ، فضلاً عن أن التسليم بمشروعية إنشاء القواعد القانونية إذا ثبت للقضاء بناءً على هذه النظرية فإن مؤسسات مجتمعية أخرى سيكون لها الحق في تشريع القواعد القانونية بناءً على نفس التوجيه وهو رضا المعنيين و الاحترام من قبل المجتمع والتسليم بالأحكام ، ثم أن شرعية الأحكام القانونية لا يمكن أن تثبت على أساس احترام المجتمع وخارج دائرة القانون (2) .

3- نظرية التطبيع

ذهب جانب من الفقه و القضاء الى أن مشروعية إنشاء القاضي للقاعدة القانونية يمكن استنتاجها من السلطة التطويعية التي منحها المشرع للقضاء والتي يقوم بموجبها بتطبيع بعض المواد القانونية لأجل التوصل الى حلول ومعالجات قانونية منصفة (3) ، والتي يمكن استخدامها من قبل القضاء لإيجاد حلول للنزاعات المعروضة أمامه تتفق مع قواعد العدالة والإنصاف.

ومن أوضح أمثلة السلطة التطويعية للقاضي نظرية تحول العقد التي منح المشرع العراقي وكذلك المصري (4) على أساسها للقاضي أن يقوم بتحويل العقد الباطل الى عقدٍ آخر صحيح فيما إذا توافرت فيه أركان ذلك العقد الآخر وتبين أن إرادة طرفي العقد يمكن أن تنصرف إليه ، ومن أهم شروط تحول

(1) v. l'article de m.maury observation sur la jurisprudence entant que source de droit op . cit. p.29

أشار إليه : خالد المهدي ، الاجتهاد القضائي في المادة الإدارية ، أطروحة دكتوراه ، مقدمة لكلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، الجزائر ، 2018 ، ص54 .

(2) ينظر : خالد المهدي ، المصدر نفسه ، ص55 .

(3) ينظر : د. محمد عبد الجواد ، العبن اللاحق و الظروف الطارئة في القانون الفرنسي و المصري ، مطبعة جامعة القاهرة ، مصر ، 1961 ، ص203 ، وكذلك : د. راقية عبد الجبار علي ، مصدر سابق ، ص80 .

(4) نصت المادة (140) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 على أنه (إذا كان العقد باطلاً وتوافرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين أن المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف الى إبرام هذا العقد) و تقابلها المادة (144) من القانون المدني المصري رقم (138) لسنة 1948 التي نصت على أنه (إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر ، فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه ، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف الى إبرام هذا العقد) .

العقد أن يكون العقد الأصلي باطلاً ، وأن تتوافر في العقد الأصلي شروط عقد آخر ، و يمكن أن تتصرف إرادة طرفي العقد الى العقد الآخر الجديد لو أنهم عَرَفُوا ما أصاب العقد الأصلي من أسباب البطلان⁽¹⁾ ، و يظهر - من خلال منح القاضي هذه السلطة التي يستطيع بواسطتها تحويل العقد الباطل الى عقد آخر صحيح - قبول المشرع ضمناً بأن ينشئ القاضي قاعدة قانونية عامة ، فيما إذا تطلب حل النزاع المعروض أمامه ذلك ولم يجد القاضي قاعدة قانونية يمكن أن تنطبق على ذلك النزاع ، فيمكن عن طريق تطويع بعض المواد القانونية أن يُنشئ قاعدة قانونية عامة تنطبق على الحالات المشابهة للنزاع الأول ، وذلك لأن العقد الباطل عندما يتم تحويله الى عقد صحيح فإن العقد الآخر يختلف من حيث الطبيعة ومن حيث النوع ربما عن العقد الاصلي (الباطل)⁽²⁾ وهذا يدل على أن المشرع قد قبل ضمناً أن يقوم القاضي بالتشريع ، فلو فرضنا أن القاضي واجه أمراً يشابه من حيث طبيعته مسألة تحول العقد فهل يستطيع القاضي أن يصحح التصرف الباطل فيما إذا توافرت فيه أركان تصرف آخر صحيح ، و استشف أن إرادة طرفي التصرف الأول الباطل يمكن أن تتصرف إلى إرادة العنوان الصحيح فيما إذا علموا أن التصرف الأول باطل ، فهل يصح هذا الحكم من القاضي ؟ فإذا كانت الإجابة بالإيجاب نكون إزاء السماح للقاضي ضمناً بإنشاء قواعد قانونية عامة .

ويمكن أن نجيب عن هذه النظرية : بأن السماح للقاضي أن يصحح عقداً من العقود عن طريق تحويله الى عقد آخر وفق شروط محددة لا يمكن أن يستنتج منه الإذن له بأن ينشئ قواعد قانونية عامة ، لأن إتاحة الفرصة للقاضي ببعض الحلول الاجتهادية الاستثنائية لا يعني أن القاضي يمكنه أن يقوم بالتشريع ، ولا يصح أن يفسر ما سمح به المشرع من تحويل العقد الباطل الى عقد آخر صحيح على أنه إنشاء أو خلق لقاعدة قانونية عامة من قبل القضاء .

ومن الجدير بالذكر أنه : يوجد في عدة أنظمة قانونية ما يعرف بالتشريع القضائي ، ويُقصد به أن يقوم القضاء مباشرة بإصدار توجيهات على شكل مواد قانونية عامة وتكون واجبة الإلتباع وملزمة لكل من يعينهم الأمر ، وهي متبعة في عدة أنظمة قانونية قديمة - في القانون الروماني - الذي يعرف بالبريتور يصدر أوامر بريتورية تكون لها القوة التشريعية الملزمة عُرِفَت بالقانون البريتوري⁽³⁾ ، وكذلك في

(1) ينظر : صاحب عبيد الفتلاوي ، تحول العقد ، أطروحة دكتوراه ، مقدمة لكلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٨٦ ، ص١٩٤ .

(2) ينظر : د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج 1 ، مصدر سابق ، ص 502 .
(3) ينظر : د. محمد علي الصافوري ، النظم القانونية القديمة لدى اليهود والإغريق والرومان ، شركة الولاة للطبع والتوزيع ، القاهرة ، بدون سنة طبع ، ص ٤٨٣ . ويقصد بالقانون البريتوري (المنشورات التي كان يقدمها البريتور الذي

بعض الدول أيضاً يكون من حق القضاء أن يصدر بعض التشريعات القضائية⁽¹⁾ ، و أما في العراق فقد دعا قانون إصلاح النظام القانوني إلى أن يكون (... لمحكمة التمييز بهيئتها العامة إصدار توجيهات ملزمة تنشر في الجريدة الرسمية عند صدور قرارات متناقضة في هذه الدعاوى)⁽²⁾ ، وهذه الفقرة لو طبقت لكان من حق القضاء العراقي أن يصدر تشريعات قضائية ، لأن التوجيهات التي تصدرها الهيئة العامة لمحكمة التمييز مماثلة لتلك التي تصدرها المحكمة العليا في بعض الدول⁽³⁾ وربما تكون أكثر مشروعية لأنها يجب أن تنشر في الجريدة الرسمية ، وهذا يقربها أكثر من التشريعات الصادرة عن المشرع والتي تنشر عادة في الجريدة الرسمية⁽⁴⁾ ، ويظهر أن التشريع القضائي في الوقت الحاضر غير معمول به في جميع الأنظمة القانونية ، لأن النظام الإنكلوسكسوني يلتزم بالسوابق القضائية وهي تختلف عن التشريع القضائي ، و النظام اللاتيني لا يعمل به أيضاً ، و إن كان معمولاً به في مصدره التاريخي وهو القانون الروماني كما في التشريعات البريتورية ، وأما القانونين العراقي و المصري فلا يعترفان بالتشريع القضائي ، و إن ورد في قانون إصلاح النظام القانوني العراقي ولكنه لم يطبق فعلاً .

و الذي يبدو لنا : أن الأساس القانوني لإنشاء القاضي للقواعد القانونية العامة هو قواعد العدالة ، لأن كون القضاء مصدراً للقانون لا يتم إلا بواسطة الاجتهاد القضائي في حال الفراغ القانوني والذي يكون بمناسبة نزاع معروض أمام القضاء ، و أما الكشف عن القاعدة القانونية في حال رجوع القاضي الى العرف أو مبادئ الشريعة الإسلامية المتفق عليها بين المذاهب أو الرجوع الى المبادئ العامة للقانون ، فلا يسمى إنشاءً أو خلقاً للقاعدة القانونية و إنما يسمى كشفاً لها ، و إن أُطلق على الجهد القضائي الذي يكشف عن تلك القواعد اجتهاداً لأن الاجتهاد يطلق على ما يقوم به القاضي من جهد لإيجاد الحل المناسب للنزاع حتى و إن كان عن طريق القياس من داخل المنظومة التشريعية ، في حين أن الاجتهاد في ضوء قواعد العدالة يكون إنشاءً للقاعدة القانونية وخلقاً لها ، وذلك لأن هذا الاجتهاد لا يقوم به القاضي إلا في حال الفراغ القانوني - كما أشرنا إليه آنفاً - .

يعين لمدة سنة ثم يأتي بريتور غيره يصدر منشورا آخر قد يعدل منشور سلفه ، ثم جمعت هذه المنشورات واستخلصت في منشور عرف بالمنشور الدائم ، ثم جمعت جميعاً رسمياً عرف باسم القانون البريتوري ، فالقانون البريتوري إذن هو قانون قضائي وضعه القضاء للتخفيف من شدة القانون المدني (ينظر : د. عزيز كاظم جبر الخفاجي ، مصدر سابق ، ص ٧٨ .

(1) كما في فرنسا بموجب قانونها المدني القديم ، حيث كان يحق للقضاء أن يصدر لوائح عامة لها قوة التشريع ، ولكن قانون نابليون قد منع إصدار مثل هذه اللوائح . ينظر : عبد الباقي البكري ، مصدر سابق ، ص ٤٧٩ .

(2) قانون إصلاح النظام القانوني رقم 35 لسنة 1977 ، وزارة العدل ، جمهورية العراق ، 1977 ، ص 46 .

(3) كالاتحاد السوفيتي سابقاً .

(4) ينظر : محمد أحمد رمضان ، مصدر سابق ، ص 176 .

وهذا يعني أنه لا توجد أية قاعدة قانونية يمكن أن يستند إليها الحكم القضائي الذي هو نتيجة للاجتهاد بواسطة قواعد العدالة ، فإذا صدر الحكم بناءً على ذلك ثم صادقت عليه المحاكم العليا وطُبق من قبل القضاء صار عندئذ سابقة قضائية عملية في ظل النظام القانوني اللاتيني فضلاً عن كونه سابقة قضائية ملزمة في ظل النظام القانوني الإنكلوسكسوني ، و عند ذلك يمكن أن يقال إن القضاء قد أنشأ قاعدة قانونية عامة ، وفي مثل هذه الحالة عادةً ما يغفل القضاء عند الالتزام بالمبدأ القانوني - الذي استنبطه بواسطة استلهامه لمبادئ العدالة والقانون الطبيعي - أنه ثبت بواسطتها ، ويصبح ذلك المبدأ أو القاعدة القانونية منسوبة للقضاء ، لأنه السبب المباشر في إنشائه ، وإن كانت قواعد العدالة السبب الحقيقي من وراء ذلك ، ومثاله ما كان يقوم به القضاء المصري من اجتهاد بموجب قواعد العدالة و القانون الطبيعي في حماية بعض الحقوق التي لم ينص القانون المدني السابق عليها ومنها حماية الحقوق الفكرية و الأدبية فإن القضاء قد أنشأ قاعدة قانونية عامة تقضي بحماية هذه الحقوق وطبقت من قبل المحاكم في هذا الشأن و أصبح القضاء مصدرها الأصلي وعند تشريع القانون المدني النافذ اقتبسها المشرع المصري ووضعتها في التشريع ، في حين أن تطبيق القاضي للقواعد العرفية مثلاً لا يعتبر إنشاءً أو خلقاً لقاعدة قانونية عامة بل تطبيقاً لها ، فعلى سبيل المثال لو أن عرفاً نشأ بين المتبايعين ينص على أن أجره تفرغ البضاعة في الميناء و خزنها يتحملها البائع فإذا لم يُنص في العقد على ذلك ووقع النزاع بين الطرفين وعرّض أمام القاضي فإنه إذا حكم بذلك لا يمكن أن يقال إن القضاء أنشأ قاعدة قانونية لأن مضمون تلك القاعدة معروفاً و المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً .

وبناءً على ما تقدم فإنه يمكن أن يقال بأن القضاء يستطيع إنشاء القاعدة القانونية في حال اللجوء الى قواعد العدالة و استنباط الحكم القضائي منها ، إلا أن ذلك لا يحصل إلا بشروط ألمحنا لها آنفاً و سنأتي على ذكرها تفصيلاً بعد أن نعرض لأراء الفقهاء في مسألة إنشاء القضاء للقاعدة القانونية.

الفرع الثاني

موقف الفقه من مصدرية القضاء للقاعدة القانونية

اختلف الموقف الفقهي من مسألة مصدرية القضاء للقاعدة القانونية وأصبح التساؤل عن القضاء بأنه هل يعتبر مصدراً رسمياً للقانون أم أنه مصدر تفسيري؟ من الأمور المتعارفة والأمر راجع في هذا الخلاف الى أن ما يصدره القضاء من أحكام في حال الفراغ التشريعي والنقص القانوني بعد أن يلجأ الى

قواعد العدالة ، ويستتبط الحكم بواسطتها هل يعتبر ذلك الحكم مجرد حل شخصي وحكم آني، ولا ينبغي الالتزام به من قبل باقي المحاكم أو من المحكمة نفسها التي أصدرت الحكم ؟ أم أنه قاعدة قانونية ينبغي الالتزام بها في الحالات المشابهة ؟ وإن لم تكن مكتملة الأركان وهي بحاجة الى شروط أخرى ، وبناء على ما تقدم انقسم رأي فقهاء القانون الوضعي على اتجاهين :

أولاً : الاتجاه المنكر لمصدرية القضاء للقاعدة القانونية

ذهب أصحاب هذا الاتجاه الى أن القضاء ليس له الحق في إنشاء القواعد القانونية العامة ، وذلك لأن القاعدة القانونية التي ينشئها القضاء تفتقر للخصائص الفنية التي تتوفر للقاعدة القانونية التي يصدرها المشرع لأن هذه القاعدة تتميز بأنها عامة ومجردة ، كما أنها تستند الى اعتبارات موضوعية ، وتتميز أيضاً بالوضوح والتحديد والاستقرار ، وهذا مبني على أن المجتمع الذي يسود فيه القانون والذي يطلق على الدولة فيه دولة القانون ، لا يمكن أن تكتمل مقوماته إلا على أساس قيام قواعد قانونية عامة مجردة يخضع لها الحاكم والمحكوم ، و هذه الخصائص تختفي في ظل قيام القضاء بإنشاء القواعد القانونية (1) .

وبناءً على هذا الاتجاه فان المحاكم لا تكون ملزمة بالحكم الذي تصدره المحكمة نفسها أو المحاكم الأعلى درجة منها مثل الاستئناف بالنسبة لمحاكم أول درجة ، والتمييز أو النقض بالنسبة لمحاكم الاستئناف ومحاكم أول درجة ، إلا أن عدم الالتزام بهذه الأحكام لا يعني وجوب مخالفتها ، بل يعني أنه لا يوجد نص أو عرف يقضي بإلزام المحاكم بما حكمت به أو ما حكمت به المحاكم الأعلى درجة منها (2) .

وقد ذكر أصحاب هذا الاتجاه عدة حجج استدلوها بها على عدم إمكانية اعتبار القضاء مصدرًا رسمياً للقانون وأهمها ما يأتي :

أ- استدلوها على عدم مصدرية القضاء للقاعدة القانونية بأن كون القضاء مصدرًا رسمياً للقانون يتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات لأنه بناءً على نظرية الفصل بين السلطات لا بد من وجود سلطة أو جهاز

(1) ينظر : د. فتحي والي ، الوسيط في قانون القضاء المدني ، طبعة نادي القضاة ، القاهرة ، 2008 ، ص 25 ، وكذلك : راقية عبد الجبار علي ، مصدر سابق ، ص 79 ، وكذلك : د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج 1 ، مصدر سابق ، ص 80 .

(2) ينظر : د. حسن كيرة ، أصول القانون ، ص 269-270 ، وكذلك : د. عبد الفتاح عبد الباقي ، مصدر سابق ، ص 187 وكذلك : د. سليمان مرقس ، المدخل للعلوم القانونية ، مصدر سابق ، ص 315 .

خاص بالتشريع وهو السلطة التشريعية ، لأنه وكما هو معلوم أن السلطات بناء على هذه النظرية ثلاث وهي تشريعية وتنفيذية وقضائية ، وإنشاء القواعد القانونية من اختصاص السلطة التشريعية وتطبيق هذه القواعد وتنفيذها من اختصاص السلطة القضائية والسلطة التنفيذية ، وحيث ان صدور القواعد القانونية من السلطة التشريعية واختصاص كل واحدة من السلطات الثلاث بعملها من دون تعدي على عمل السلطات الاخرى يحقق الاستقرار ، ثم ان مبدأ الفصل بين السلطات يحقق عمومية القواعد القانونية ويؤصل لسيادة القانون ، بخلاف ما إذا كانت الجهة أو السلطة التي تطبق القانون هي التي تنشئه ، فان هذا الامر وان كان يحقق مرونة في تطبيق القانون وحلاً لكثير من الاشكالات على مستوى الفصل في المنازعات إلا أن ذلك يخل بمبدأ التعدد بين المشرع والقاضي ولو كان القاضي هو المشرع يخشى من استبداده في هذه الحالة (1) .

وكيف ما كان فان القضاء بناءً على هذا الرأي لا يمكن أن يعتبر مصدراً رسمياً للقاعدة القانونية ، وإذا كان بعض المتقاضين يحتجون أحياناً سواء في العراق أو مصر ببعض الاحكام السابقة أو توجهات المحاكم ومنها محكمة التمييز أو النقض فهذا لا يدل على أن هؤلاء يلزمون القاضي بهذه الأحكام ، وإنما الغاية من ذلك إقناع المحكمة بأحقية دعواهم من جهة أن الأحكام التي صدرت في قضايا متشابهة لها قيمة اعتبارية ودلالة قضائية خاصة اذا كانت صادرة من المحاكم العليا إلا أنها على أية حال لاتصل الى حد الالزام (2) .

وقد أُجيب عن هذا الاستدلال : بأن المقصود بمبدأ الفصل بين السلطات ليس الفصل الجامد وحتى وإن قيل بأن (السلطة توقف السلطة) فإن المقصود به أن تتعاون السلطات المختلفة فيما بينها على تشريع القوانين وتطبيقها وإن طبيعة الفصل بينها فصل تكاملي، وهي مضطرة الى السير التوافقي وليس التقاطعي فيما بينها (3) .

(1) ينظر : د. حسن كيرة ، المدخل لدراسة القانون، مصدر سابق ، ص218 ، وكذلك : د. محمود جمال الدين زكي ، مصدر سابق ، ص149 .

(2) ينظر : د. غالب علي الداودي ، المدخل الى علم القانون ، ط7 ، دار وائل للطباعة والنشر ، عمان - الأردن ، 2004 ، ص183 .

(3) ينظر : مونتسكيو ، روح القوانين ، الكتاب (11) ، الفصل (4) ، أشار إليه : د. سمير عبد السيد تناغو ، الالتزام القضائي ، مصدر سابق ، ص162 .

وبهذا يتضح المقصود بنظرية الفصل بين السلطات ، و أن المراد بها التعاون بين هذه السلطات وهذا يعني أن هنالك استثناءات يمكن أن تدخل على هذه النظرية ، وبالنتيجة فإن نظرية الفصل بين السلطات لا تعارض مصدرية القضاء للقاعدة القانونية .

ب - واستدلوا أيضا بأن الالتزام بمصدرية القضاء للقاعدة القانونية يتعارض مع الأمن والاستقرار القانوني، لأن الأمن القانوني حسب رأي هذا الجانب من الفقه يتعارض مع فكرة إعطاء القضاء سلطة التشريع على اعتبار أن هذه الفكرة تقتضي أن يتم العلم المسبق بالقانون أو على الأقل أن يكون في معرض الاطلاع فيستطيع الأشخاص معرفة ما لهم من حقوق وما عليهم من واجبات ، وهذه الفكرة لا يمكن أن تتحقق إذا كان للقضاء أن يشرع القواعد القانونية ، لأن القاعدة القانونية عندئذ ستكون تابعة لمزاج القاضي واجتهاده ، وفي هذه الحالة لا يتحقق الامن القانوني في نظر هؤلاء الفقهاء اذا منح للقاضي حق اصدار قواعد قانونية ، عامة وصار القضاء مصدراً رسمياً من مصادر القانون (1) .

ويمكن أن نُجيب عن هذا الاستدلال : بأن الاستقرار القانوني لا يتعارض مع إتاحة الفرصة للقضاء بأن يشرع في بعض الحالات التي يراها ضرورية بعض القواعد القانونية التي تحل إشكالاتٍ مهماً وهو عدم تحقق العدالة ثم أن يد القضاء لم تكن مطلقة في هذا الشأن ويمكنه أن يشرع القواعد القانونية كما يحلو له ، بل إنما يحصل ضمن ضوابط وشروط ويكون للمحاكم العليا حق الرقابة على ذلك ، ولذلك فإن الضوابط التي يتم تشريع القاعدة أو المبدأ القانوني على أساسها من قبل القضاء تعتبر ضامنة لحفظ الاستقرار والأمن القانوني ، فضلاً عن أن المبادئ القانونية أو التوجهات القضائية التي يلتزم بها القضاء لم تكن خفية على ذوي الاختصاص من المحامين والحقوقيين وغيرهم ممن لهم القدرة على متابعة ما ينشر من قضاء المحاكم العليا الذي يتم من خلاله تكوين مبادئ قانونية

ثانياً : الاتجاه المؤيد لمصدرية القضاء للقاعدة القانونية

يؤيد اصحاب هذا الاتجاه حق القضاء في استنباط الاحكام القضائية في حالة الفراغ القانوني وعدم وجود القاعدة القانونية التي يمكن ان يطبقها القاضي لحل النزاع المعروض بين يديه وبما أن القاضي ليس له الحق بالتصل عن حسم النزاع بحجة عدم وجود القاعدة المناسبة التي يمكن أن يحسم

(1) ينظر : د. عبد الرحمن اللمتوني ، الاجتهاد القضائي والامن القانوني ، بحث منشور في مجلة الملحق القضائي الصادر عن المعهد العالي للقضاء في المغرب العدد (46) ، 2014 ، ص 7 . وكذلك : عبد المجيد غميحة ، مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي ، منشورات وزارة العدل ، الدار البيضاء ، المغرب ، 2008 ، ص 13 .

بها الدعوى ، ففي هذه الحالة ليس أمام القاضي إلا اللجوء لقواعد العدالة والقانون الطبيعي لكي يستتبط الحكم القضائي من خلال ذلك وهذا رجوع الى جوهر القانون وهنا يضع القاضي نفسه موضع المشرع بإذن منه ، حيث ان المشرع قد سمح للقاضي عند الفراغ القانوني ان يكمل النقص وان يسد الفراغ ، لكنه لم يترك الباب مفتوحاً للقاضي لكي يجتهد بموجب رأيه الشخصي واعتقاده الذاتي وانما جعل له ضابطة موضوعية لكي يكون الاجتهاد في هذه الحال موضوعياً وهذه الضابطة هي قواعد العدالة ، وإذا صدر الحكم من قبل القاضي في بداية الأمر فإنه يكون خاصاً بالدعوى المنظورة أمام القضاء ، وحجة بحق أطراف الدعوى فقط ، ولكن عندما تأخذ به المحاكم الأخرى ويصبح مبدأً قضائياً و تتم المصادقة عليه من قبل المحاكم العليا يصبح قاعدة قانونية عامة من الناحية العملية وإن لم يُنص في القوانين على أن القضاء مصدر رسمي للقاعدة القانونية (1) .

وقد أخذ بهذا الاتجاه عدد غير قليل من فقهاء القانون في فرنسا (2) ومصر والعراق (3) ، وهذه الدول تتبع النظام اللاتيني كما هو معروف ، إلا أن أغلب الفقهاء الذين أيدوا دور القاضي في إنشاء القواعد القانونية العامة التزموا بذلك على أنه من السوابق القضائية العملية وهذا ما سنبينه في المطلب الآتي إن شاء الله .

والذي يبدو لنا : أن الاتجاه الثاني هو الأرجح ، وذلك لأن القضاء قد ساعد على مر العصور في تشريع القواعد القانونية ، وقد أخذ المشرع كثيراً من المبادئ القضائية وشرعها كما هي ، هذا من جانب ومن جانب آخر فان القضاء حتى في ظل النظام اللاتيني يمارس إنشاء القواعد القانونية عملياً من غير أن يعترف بذلك ، فكم من القضايا التي لجأ القضاء فيها الى تفسير القاعدة القانونية التي من

(1) ينظر : د. عادل شمران حميد وطارق عبد الرزاق شهيد ، دور الاجتهاد القضائي في استنباط الأحكام ، بحث منشور في مجلة الكوفة ، المجلد 49 ، العدد 1 ، 2020 ، ص 69-70 ، وكذلك : د. أحمد الغريب شبل البنا ، دور القاضي المدني ، في إنشاء القاعدة القانونية ، ط1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2018 ، ص 135 .

(2) ينظر : د. سمير عبد السيد تناغو ، مصادر الالتزام ، مصدر سابق ، ص 493 ، قال في هذا الصدد (.... وفي فرنسا فإن الأستاذ موري يقرر إن واقعة كون القضاء مصدراً للقانون أصبح معترفاً بها اليوم بالإجماع .) وقال في موضع آخر (وفي فرنسا لا يكاد يسمع صوت واحد ينكر أن القضاء مصدر من مصادر القانون ...) ، وفي عبارة أصرح قال الأستاذ موري (يبدو لي أنه لا يوجد أي مبدأ من مبادئ القانون الوضعي الفرنسي ، يستبعد القضاء كمصدر رسمي من مصادر القانون) ينظر : j.maury , observations sur la jurisprudence en tant que source du droit, in : etudes riperrt , T.1 , p.30 . أشار إليه : د. سمير عبد السيد تناغو ، القضاء مصدر أصلي للقانون ، مصدر سابق ، ص 76 .

(3) ينظر : د. عزيز جواد هادي ، القوة الملزمة لقرارات محكمة التمييز الاتحادية ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، المجلد 2 ، العدد 1 ، 2010 ، ص 390 ، وكذلك : د. عباس العبودي ، مصدر سابق ، ص 10 ، وكذلك : د. سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة للقانون ، مصدر سابق ، ص 483 ، وكذلك : د. محمد حسين منصور ، مصدر سابق ، ص 232 .

المفروض أنها تنطبق على النزاع المعروض أمام القاضي ولكنه يتخلص من حكم تلك القاعدة بواسطة التفسير ويغير الحكم فيها ، لأنها لا تحقق العدالة من وجهة نظره - كما أشرنا لذلك آنفاً - ومن ثمة تستحسن المحاكم الأخرى ذلك الحكم وتطبقه على القضايا المماثلة حتى يصبح قاعدة قانونية معمولاً بها فعلاً ، وبواسطة هذه الطريقة وغيرها من الطرق التي يلجأ إليها القضاء يمكن له أن ينشئ القواعد القانونية العامة ، وبالأخص في بعض القوانين التي مضى على تشريعها زمان طويل ولا يمكن لها أن تواكب متطلبات العصر ، ويدل على هذا ما قاله بعض الفقهاء الفرنسيين في هذا الصدد بأن القضاء قد أعاد للقانون المدني الفرنسي - قبل التعديل الأخير - نظارته وشبابه من خلال الاجتهاد و التفسير (1) ، فهل هذا سوى إنشاء قواعد قانونية جديدة بواسطة التفسير و الاجتهاد ، وما ينطبق على القانون الفرنسي ينطبق على القانونين المصري و العراقي ، وبهذا يظهر أن القضاء في ظل النظام اللاتيني يمارس بالفعل إنشاء القواعد القانونية ولكنه لا يعترف بذلك ولا يُعترف له بهذا الدور من قبل المشرع .

وأما موقف الفقه الاسلامي من مصدرية القضاء للقاعدة الشرعية فإن الاجتهاد القضائي في الشريعة الاسلامية ثابت ولا إشكال فيه كما تقدم الكلام عن ذلك آنفاً ، إلا أن السؤال الذي ينبغي طرحه في هذا المقام هل يعتبر اجتهاد القاضي مصدرًا من مصادر التشريع ؟ ولأجل الإجابة عن ذلك ينبغي أن نميز بين قضاء المعصومين - صلوات الله عليهم أجمعين - وقضاء غيرهم ، فقضاء المعصومين مصدر من مصادر التشريع ، لأنه أحد أقسام السنة ، كما هو الحال في أقضية النبي - صلى الله عليه وآله - و أقضية الإمام علي - عليه السلام - (2) ، وأما اذا كان الحكم القضائي صادراً عن غير المعصومين فلا يعتبر مصدرًا للتشريع ، وإنما يمكن أن يؤخذ به على نحو الاستثناس من قبل قاضي آخر كما روي عن عبد الله بن مسعود - رض - قوله (.... فليقض بما قضى به الصالحون) (3) ولعل ابن

(1) فقد اجتهد القضاء الفرنسي في مسائل كثيرة في تفسير النصوص القانونية وإكمال النقص فيها خصوصاً في المسؤولية التقصيرية ، وفي ذلك يقول الفقيه الفرنسي سالي (لقد تطورت المجموعة المدنية فقد ثبتت النصوص على حالها ، ولكن الذي تغير هو محتواها ففي أوعية ظن أنها قديمة ، جرى شراب لذيذ ، قد كفت قوته المتجددة لأن تعيد الى الوعاء نضارة الشباب) ينظر : د. عبد الرزاق السنهوري و د. أحمد حشمت أبو ستيت ، مصدر سابق ، ص ١٧٦ ، وكذلك : ضياء شيت خطاب ، مصدر سابق ، ص ٧٤ .

(2) فقد روي عن الإمام علي - عليه السلام - أنه قال (بعثني رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) الى اليمن قاضياً ، فقلت يا رسول الله ، ترسلني وأنا حديث السن ولا علم لي بالقضاء ؟ فقال إن الله سيهدي قلبك ويثبت لسانك فما شككت في قضاء بعد .) ينظر : الشيخ محمد بن محمد بن النعمان المفيد ، الفصول المختارة ، ط ٢ ، دار المفيد ، بيروت - لبنان ، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م ، ص ٣١٢ .

(3) روي عن عبد الله بن مسعود قوله (فمن عرض له منكم قضاء بعد اليوم ، فليقض بما في كتاب الله ، فإن جاء أمر ليس في كتاب الله ، فليقض بما قضى به نبيه ، فإن جاء أمر ليس في كتاب الله ، ولا قضى به نبيه ، فليقض بما قضى به الصالحون) ينظر : الإمام ، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، ج ١٣ ، المكتبة السلفية ، الرياض ، ١٣٧٩ هـ ، ص ١٤٨ .

مسعود - رض - يقصد بالصالحين في هذا الحديث أهل بيت النبي - صلوات الله وسلامه عليهم أجمعين - وعندئذ يكون القضاء مصدراً للتشريع والأخذ به واجب ، وإلا فلا يكون واجباً بل يؤخذ به إن استحسنه القاضي الآخر أو وافق دليله الخاص إذا كان القاضي مجتهداً ، ولا يحق لقاضي أن ينقض اجتهاد قاضي آخر في قضية معينة رفعت له لأن حكم الحاكم لا يسري على حاكم آخر ، وكذلك بالنسبة للقاضي نفسه ليس له أن ينقض اجتهاده في قضية سابقة إلا إذا تبين له خطأ الاجتهاد السابق في بعض المقدمات. (1)

المطلب الثاني

علاقة قواعد العدالة بمبدأ السوابق القضائية

السوابق القضائية هي المظهر الخارجي لممارسة القضاء لإنشاء القواعد القانونية وهي تماثل إلى حد بعيد فن الصياغة في إنشاء القواعد القانونية من قبل السلطة التشريعية ، ولذا فإن البحث في مصدرية القضاء للقاعدة القانونية يتطلب بحث السوابق القضائية وعليه سنقسم هذا المطلب على فرعين نبحت في أولهما : مفهوم السوابق القضائية ، وفي ثانيهما : موقف القضاء المقارن من السوابق القضائية .

الفرع الأول

مفهوم السوابق القضائية

من البديهي أن اتخاذ حلول وقرارات موحدة في القضايا المتماثلة يعتبر من المبادئ الأساسية التي تتعلق بتحقيق العدالة ، وهذا هو الذي يبرر توجه القضاء في القوانين المقارنة لحسم النزاع الذي يعرض أمامه الطريقة بنفسها التي تم بها حسم نزاع سابق في حال التماثل بين موضوع النزاعين ، ويختلف توجه القضاء من نظام قانوني إلى آخر في مسألة الالتزام بالسوابق القضائية ففي بعض الأنظمة القانونية يكون ميل القضاة وتوجههم إلى السوابق القضائية مجرد تقليد وفي بعض آخر يكون الالتزام باتباع قضاء سابق أمر واجب ، حيث تكون طريقة الاستدلال على الحكم القضائي هي الاستقراء عندها لا بد للقاضي من تتبع القضاء السابق لأجل الظفر بحكم أو سابقة قضائية يمكن أن تنطبق على موضوع النزاع المعروض أمامه و لأجل أن نبين علاقة قواعد العدالة بمبدأ السوابق القضائية ينبغي أن نقسم هذا

(1) ينظر : الشيخ جعفر بن الحسن المحقق الحلي ، شرائع الإسلام ، ج ٤ ، مصدر سابق ، ص ٣٧٠ ، وكذلك : الشيخ محمد جواد مغنية ، فقه الإمام الصادق (ع) ، ج ٦ ، مصدر سابق ، ص ٦٥ .

الفرع على فقرتين : نبحث في أولهما : تعريف السوابق القضائية ، وفي ثانيهما نبحث : التمييز بين مبدأ السوابق القضائية ومبدأ حجية الأحكام القضائية .

أولاً : تعريف السوابق القضائية

السابقة القضائية (precedent) ويطلق عليها أيضاً (staredecisis) و أصل الكلمة الأخيرة من اللغة اللاتينية وتعني دَع القرار يستمر (1) .

وعرفت السوابق القضائية في الاصطلاح الفقهي القانوني بتعريفات متعددة ، إلا أنها لم تُعرف في التشريعات فلم يعرفها القانون المدني العراقي وكذلك فعل القانون المدني المصري ، ومن التعريفات الفقهية ما عرفت السوابق القضائية بأنها (مجموعة من القواعد التي قام القضاة بوضعها في أحكام معينة ، ويتعين على القضاة في النظام الذي يركز على قانون القضايا وضع تلك القواعد في اعتبارهم وذلك عند فصلهم في القضايا اللاحقة) (2) ، ويظهر من التعريف الآنف الذكر أنه يركز على الشريعة العامة التي هي مجموع السوابق القضائية التي فصلت فيها المحاكم وخاصة في إنكلترا ، ولم يبين التعريف طبيعة السابقة القضائية ، وعلى أي جانب من الحكم القضائي يتم التركيز فيها .

وعُرفت السوابق القضائية أيضاً بأنها (القيمة التي يقرها النظام القضائي للقرارات القطعية الصادرة من المحاكم ذات الاختصاص فيما يعرض عليها من القضايا و أثر تلك الأحكام في الدعاوى المماثلة التي ترفع أمام القضاء فيما بعد) (3) ، وقد أُشكل على التعريف السابق بأنه لا يتعلق بالسابقة القضائية و إنما يوضح ويبين نظام السوابق القضائية ، فالتعريف إذاً لم يكن تعريفاً للسابقة القضائية و إنما تعريف لطريقة الإلزام و الأخذ بنظام السوابق القضائية(4) .

(1) ينظر : آلان فارنسويرث ، المدخل الى النظام القضائي في الولايات المتحدة الأمريكية ، ترجمة : د. محمد لبيب شنب ، مكتبة القاهرة الحديثة ، القاهرة ، بدون سنة طبع ، ص68 ، أشار إليه : محمد أحمد رمضان ، مصدر سابق ، ص207 .

(2) روبرت كروس ، السوابق القضائية في القانون الإنجليزي ، ط1 ، ترجمة : د. محمد الشيخ عمر ، دار الجيل ، بيروت - لبنان ، 1992 ، ص18 .

(3) د. عبد الرحمن البزاز ، أبحاث و أحاديث في القانون ، مصدر سابق ، ص20 .

(4) ينظر : مجيد حميد العنكي ، أثر المصلحة في تشريع الأحكام ، رسالة ماجستير مقدمة ، لكلية القانون ، جامعة بغداد ، 1971 ، ص297 .

وعُرفت كذلك بأنها (إلزام المحاكم في قضائها باتباع ما سبق صدوره من أحكام في منازعات مماثلة ، فإذا ما عرضت على القاضي منازعة مماثلة سبق و أن صدر فيها حكم قضائي من المحكمة ذاتها أو من محكمة أعلى تعين عليها إعمال الحل ذاته الذي انتهى إليه الحكم السابق مالم تكن هذه السوابق القضائية تُخالف قواعد العدالة)⁽¹⁾ .

ويظهر أن التعريف الأخير هو الأقرب لتوضيح حقيقة السوابق القضائية على الرغم من إطالة الكلام عن ذلك ، لأنه قد بين المعنى المقصود من الأخذ بالسوابق القضائية وطريقة العمل بها ، مع الاحتراز عن مخالفة السابقة القضائية لقواعد العدالة ، وهو شرط وإن لم يكن من صميم حقيقة السوابق القضائية ، التي يتم التأكيد فيها على علة الحكم أو حكمته (ratio decidendi) وهي ما يصطلح عليه بالتسبيب القضائي⁽²⁾ ، إلا أن النظر إلى شرط عدم مخالفة قواعد العدالة مهم بالأخص للقانون الإنكليزي لأن من خلاله يتم التوفيق بين الشريعة العامة (common law) و العدالة (equity) .

وعلى أية حال فإن السوابق القضائية وإن كانت مبدأ التزم به النظام القانوني الإنكلوسكسوني ، إلا أن الأنظمة القانونية الأخرى ومنها النظام اللاتيني تأخذ به بشكل أو بآخر ولو من الجانب العملي التطبيقي ، ولكي يتبين المقصود بمبدأ السوابق القضائية ينبغي أن نميزه عما يشته به من المبادئ القريبة من معناه وهذا ما سنبينه في الفقرة الآتية :

ثانياً: التمييز بين مبدأ السوابق القضائية ومبدأ حجية الأحكام القضائية

يعتبر مبدأ حجية الأحكام من المبادئ الأساسية لحق التقاضي ، كما أنه يعتبر دليلاً مهماً من أدلة الإثبات لأنه لا يمكن أن يقبل إثبات العكس ، لأن الحكم القضائي بعد أن يكتسب الدرجة القطعية تصبح حجيته مطلقة في حق أطراف الدعوى ومنهم الشخص الثالث والخلف العام والخلف الخاص ، ومبدأ حجية الأحكام القضائية من المبادئ التي تقتضيها طبيعة استقرار المعاملات في المجتمع⁽³⁾ ، لأن عدم الاستقرار في المعاملات وفتح باب الاعتراض أو الطعن في الأحكام القضائية إلى مالا نهاية يعتبر من

(1) MARTIN WEINSTEIN of the new York bar-summary of amarican law – 1988 – p.102 .

(2) ينظر : عبد الباقي البكري ، مصدر سابق ، ص 474 .

(3) ينظر : د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، مصدر سابق ج1، ص54 ، وكذلك : عباس قاسم مهدي ، مصدر سابق ، ص 81 .

ضمن العوامل التي تؤدي الى الكساد الاقتصادي وعدم الإقبال على تداول الأموال وتحريكها ، والتداول يعتبر من العناصر الأساسية في التعاملات الاقتصادية .

وكيف ما كان فإن مبدأ حجية الأحكام القضائية يختلف عن مبدأ السوابق القضائية على الرغم من اشتراكهما في بعض الخصائص .

وأهم الخصائص التي تختلف بين المبدأين هي : أن مبدأ حجية الامر المقضي فيه إنما يطبق على كل قرار قضائي صدر في قضية خاصة فهو يتعلق بتلك الدعوى ويطبق بحق أطرافها وبحق الغير بقدر تعلق الامر بتلك القضية ، في حين أن مبدأ السوابق القضائية يطبق بشكل عام على كل قضية تماثل القضية التي صدر القرار القضائي الاول بمناسبتها (1) .

وقد بينت بعض المواد القانونية نطاق حجية الحكم القضائي ، ومنها المادة (105) من قانون الاثبات العراقي (2) ، وكذلك المادة (101) من قانون الاثبات المصري اللتان أكدتا على أن نطاق حجية الأمر المقضي فيه فيما يتعلق بالخصوم وموضوع الدعوى ، ولكن بعضهم قد فرق بين حجية الأمر المقضي فيه وقوة الأمر المقضي فيه ، فبين أن الفرق بينهما هو أن حجية الأمر المقضي فيه بالنسبة للخصوم وموضوع الحق المتنازع فيه ، أما قوة الأمر المقضي فيه فهي المرتبة التي يصل اليها الحق بعد أن يُصبح الحكم القضائي ثابتاً غير قابل للطعن بأي طريق (3) .

وكيف ما كان فإن مبدأ حجية الامر المقضي فيه أو قوة الأمر المقضي فيه إنما يتعلق بقضية معينة ولا يمكن أن يمتد حكمها الى قضايا أخرى مماثلة ، وهذا بخلاف مبدأ السوابق القضائية الذي يطبق على كل قضية مماثلة للقضية الأولى التي صدر الحكم القضائي موضوع السابقة القضائية لحسمها .

(1) ينظر : محمد أحمد رمضان ، مصدر سابق ، ص 208 .
 (2) نصت المادة (105) من قانون الاثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979 على أنه (الاحكام الصادرة من المحاكم العراقية التي حازت درجة الثبات تكون حجة فيما فصلت فيه من الحقوق إذا اتحد أطراف الدعوى ولم تتغير صفاتهم وتعلق النزاع بذات الحق محلاً وسبباً) وتقابلها المادة (101) من قانون الاثبات المصري رقم (25) لسنة 1968 التي نصت على أن (الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي فيه تكون حجة فيما فصلت فيه من الحقوق و لا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجية ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بذات الحق محلاً وسبباً) .
 (3) ينظر : عباس قاسم مهدي ، مصدر سابق ، ص 82 .

ثم إن نقطة التمييز المهمة بين مبدأ السوابق القضائية ومبدأ حجية الأمر المقضي فيه هي أن الحكم القضائي تارةً يكون منشأً للحقوق فقط ، وأخرى يكون منشأً للحقوق و مصدرًا للقانون ، فالحكم القضائي الذي لا يعتبر سابقة قضائية يكون منشأً للحقوق فقط وهذا يتجلى من خلاله مبدأ حجية الشيء المقضي فيه فقط ، في حين أن الحكم القضائي الذي يشكل سابقة قضائية يحمل الأمرين معاً فهو منشأً للحقوق ومظهر لحجية الأمر المقضي فيه ، وهو أيضاً مصدر للقانون ومظهر لمبدأ السوابق القضائية⁽¹⁾

الفرع الثاني

موقف القضاء العراقي والمقارن من السوابق القضائية

إن السوابق القضائية تمثل مصدراً مهماً من مصادر القانون في الدول التي تأخذ بمبدأ القانون غير المكتوب ومنها إنكلترا ، إلا أن الدول التي تسمى دول القانون المكتوب ومنها العراق ومصر لا يوجد في قوانينها ما يشير إلى الاعتماد على السوابق القضائية ، وكذلك لا يوجد ما يمنع من ذلك ، والذي نريد بيانه من خلال هذا الفرع ما يشير له السؤال الآتي : هل أن ما يتوصل إليه الاجتهاد القضائي بواسطة قواعد العدالة يعتبر سابقة قضائية ؟ أو يعتبر حكماً شخصياً يطبق فقط على أطراف النزاع في الدعوى المرفوعة أمام القضاء ؟ و لأجل الإجابة عن السؤال الآنف الذكر ينبغي أن نقسم هذا الفرع على ثلاث فقرات نبحث من خلالها موقف القضاء في العراق ، ومصر ، وإنكلترا من السوابق القضائية .

أولاً : موقف القضاء العراقي من السوابق القضائية

لم يأخذ القانون المدني العراقي ولا غيره من القوانين العراقية باستثناء القانون الإداري⁽²⁾ بمبدأ السوابق القضائية لأن المشرع المدني العراقي عندما ذكر مصادر القانون في المادة الأولى لم يذكر السوابق القضائية على أنها مصدر من مصادر القانون ، وقد تعرض لذكر القضاء على أنه مصدر تفسيري للقانون ليس إلا ، وبما أن العراق يتبع نظام القانون المدون وبموجب هذا النظام فإن القاضي يجب عليه بادئ الأمر أن يتبع القاعدة القانونية المكتوبة ، ولكن في حال الفراغ القانوني سواء كان الفراغ حقيقياً أم مفترضاً ، فإن الأمر يتطلب من القاضي أن يجتهد لكي يسد هذا النقص واجتهاد القاضي أما

(1) ينظر : د. عبد المجيد الحكيم ، الاعتبار كركن في العقد في القانون الإنكليزي ، مصدر سابق ، ص 121 .
(2) حيث أن القضاء الإداري يعتبر مصدراً من مصادر القانون الإداري الرسمية ، ولذلك فإن مبدأ السوابق القضائية يعتبر ملزماً للقضاء الإداري في العراق ، ينظر : د. طعيمة الجرف ، القضاء مصدر إنشائي للقانون الإداري مجلة إدارة قضايا الحكومة ، العدد الرابع ، 1962 ، ص 18 .

أن يكون بالرجوع الى العرف أو مبادئ الشريعة المتفق عليها وإن لم يجد ضالته في هذين المصدرين يجب عليه أن يجتهد بواسطة قواعد العدالة لإيجاد الحل المناسب للنزاع المعروض بين يديه (1) ، وهنا يطرح السؤال الآتي هل يعتبر هذا الحكم سابقة قضائية يجب أن تلتزم به المحكمة التي توصلت له في القضايا المشابهة وتلتزم به المحاكم الأدنى درجة ؟ أو هو حل شخصي يطبق على ذلك النزاع فقط ؟ ثم إن المشرع قد ألزم المحكمة بأن تفصل في النزاع المعروض عليها في كل الأحوال ، وألزمها كذلك بالاجتهاد إن لم تجد القاعدة القانونية التي تنطبق على النزاع - كما أشرنا لذلك آنفاً - هذا فضلاً عن أن المشرع قد ألزم المحاكم الأدنى درجة باتباع بعض قرارات محكمة التمييز الاتحادية بموجب ما نصت عليه المادة (2/215) من قانون المرافعات المدنية (2) .

ويفهم مما تقدم أن المحاكم ملزمة بوجوب اتباع قرارات محكمة التمييز بالحدود التي نصت عليها المادة أعلاه وما عدا ذلك فإن المحاكم غير ملزمة لا بإتباع قراراتها ولا قرارات المحاكم الأعلى درجة منها هذا من حيث الجانب النظري التشريعي ، ولكن الجانب العلمي التطبيقي لسير أعمال المحاكم وعلى رأسها محكمة التمييز الاتحادية يظهر منه أن القضاء العراقي يلتزم بالسوابق القضائية ، وذلك لما يحققه هذا الالتزام من تحقيق للعدالة وتوحيد لعمل القضاء الذي له أثر كبير في نفوس الناس من جهة الثقة بالقضاء واستقرار تفسيره للقانون ، ولذلك حرص القضاء العراقي على الالتزام بما يصطلح عليه بالسابقة القضائية العملية (3) أو العرف القضائي ، ويقصد بالسابقة القضائية العملية السابقة التي يلتزم بها القضاء عملياً وإن لم يوجد نص تشريعي يلزمه بذلك (4) ويُقصد بالعرف القضائي : الأحكام التي يصدرها القضاء ويقوم ببيان حيثياتها ويسببها بشكل واضح ممنهج فيكون هذا مسوغاً لأن يأخذ بهذه الأحكام قضاة آخرون ، وهكذا حتى تكون هذه الأحكام مبادئ قانونية أو قواعد قضائية عرفية يلتزم القضاة في تطبيقها ويكون أساس هذه المبادئ القضائية العرف ومصدرها الحكم القضائي (5) .

(1) ينظر : د. عبد الرحمن البزاز ، أبحاث وأحاديث في الفقه والقانون ، مصدر سابق ، ص 29 .
 (2) نصت المادة (2/215) من قانون المرافعات المدنية العراقية رقم 83 لسنة 1969 على أنه (2) - إذا كان الحكم المميز صادراً من محكمة استئناف أو محكمة بداءة يقتصر في إتباع قرار النقض على ما تضمنه من إجراءات أصولية فقط إلا إذا كان القرار صادراً من الهيئة العامة فإنه يكون واجب الإلتباع في جميع الأحوال .
 (3) ينظر : د. عزيز جواد هادي ، مصدر سابق ، ص 598 ، وكذلك : د. عباس العبودي ، مصدر سابق ، ص 10 ، وكذلك د. راقية عبد الجبار علي ، مصدر سابق ص 71 .
 (4) ينظر : محمد أحمد رمضان ، مصدر سابق ، ص 235 .
 (5) ينظر : د. سهيل حسين الفتلاوي ، المدخل لدارسة علم القانون ، دار الذكوة للنشر والتوزيع ، بغداد ، 2009 ، ص 103 .

يبدو لنا أنه ينبغي أن يشترط في هذا النوع من السوابق عدة شروط لكي ينطبق عليها هذا الوصف ويتم الالتزام بها كسابقة قضائية بشكل عملي من قبل المحاكم وهذه الشروط كالآتي:

1- أن يصدر الحكم القضائي الذي تنشأ منه السابقة القضائية العملية في مسألة حديثة لم يُبين حكمها في القانون من قبل .

2- أن تصادق محكمة التمييز الاتحادية على ذلك الحكم .

3- يجب أن يطرد الالتزام بذلك الحكم أو الاجتهاد القضائي من قبل المحاكم في القضايا المماثلة .

4- أن يتشكل من ذلك الاجتهاد مبدأً قضائياً أو ما يصطلح عليه بمبدأ قانوني .

فإن توافرت هذه الشروط في الحكم القضائي فإنه من الممكن أن يشكل قاعدة قانونية عامة .

هذا فضلاً عن أن المحاكم الأدنى درجة تتبع عادة قرارات محكمة التمييز الاتحادية ولو أن هذا الاتباع من الناحية النظرية هو لأسباب اعتبارية وغير ملزم للمحاكم ولكنه من الناحية العلمية ملزم لأن المحاكم تخشى على قراراتها من النقض إن هي أقدمت على مخالفة محكمة التمييز وبناءً على هذا الاتباع تتكون السابقة القضائية العملية أو العرف القضائي الذي يكون في نهاية المطاف ملزماً للمحكمة التي أصدرته وللمحاكم الأدنى منها درجة.

ثم إن فكرة السابقة القضائية العملية تؤكدتها قرارات المحاكم العراقية وعلى رأسها محكمة التمييز الاتحادية ، ويظهر من خلال عدد من القرارات القضائية أن محكمة التمييز تلزم نفسها وتلزم المحاكم الأدنى منها في بعض القرارات المهمة والتي تتوفر فيها بعض الشروط الآتية الذكر ومن هذه القرارات :

أ- قرار محكمة التمييز الذي قضى بوجوب اتباع محكمة الموضوع لما استقر عليه قضاء محكمة التمييز والذي جاء فيه (. . . . وإن عدم ورود موضوع اليمين بعدم الكذب بالإقرار في قانون الإثبات لا يمنع من توجيهها وقد استقر قضاء هذه المحكمة - محكمة التمييز - بهذا الخصوص على هذا الاتجاه ، ولذا قرر نقض الحكم المميز وإعادة إضبارة الدعوى لمحكمتها للسير فيها وفق ما تقدم) (1) .

(1) قرار محكمة تمييز العراق المرقم 1608 / مدنية أولى / 1984 / الصادر بتاريخ 21\4\1985 ، أشار إليه: محمد أحمد رمضان ، مصدر سابق ، ص 342 .

ب - وقد وردت في عدد من القرارات لمحكمة التمييز الاتحادية عبارتها المشهورة (وهذا ما استقر عليه قضاء محكمة التمييز الاتحادية)⁽¹⁾ .

ج - وقد يتم التأكيد في قرار معين على استقرار قضاء محكمة التمييز على مبدأ معين كما جاء في بعض قراراتها (ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه غير صحيح ومخالف للقانون ، لأن محكمة الاستئناف لم تتبع القرار التمييزي المرقم 370 / منقول في 9/20 / 2005 والذي أشار الى ما استقر عليه قضاء الهيئة الموسعة بموجب قرارها المرقم 147 / موسعة مدنية/ 2002 في 12 / 3 / 2005)⁽²⁾ .

د - وجاء في بعض قرارات محكمة التمييز (قضاء الهيئة العامة واجب الاتباع في الحالات المشابهة)⁽³⁾ .

ومن خلال ما تقدم ذكره من قرارات يبدو أن القضاء العراقي ممثلاً بمحكمة التمييز الاتحادية يلتزم بالسوابق القضائية في الجانب العملي .

ثانياً : موقف القضاء المصري من السوابق القضائية

لم يأخذ المشرع المصري بمبدأ السوابق القضائية ، على الرغم من منح الحق في الاجتهاد ومن ثم إنشاء القاعدة القانونية ، إلا ان هذا الأمر من الناحية التشريعية لم يُصرح به ، فالقاضي عندما يجتهد في حالة الفراغ القانوني ويوجد الحل المناسب للنزاع المعروض أمام القضاء، لم يبين التشريع المصري هل أن ذلك الحل يشكل قاعدة قانونية عامة أو هو حل شخصي يتعلق بالدعوى المرفوعة أمام القضاء دون غيرها من الدعاوى حتى ولو كانت مماثلة للدعوى الاولى، وهذا الامر يتبين من خلال ما نصت عليه المادة (1/2) من القانون المدني المصري لأنها لم تنص على أن السوابق القضائية أحد مصادر القانون ، كما أن المادة (248) من قانون المرافعات المدنية و التجارية المصري لم تنص على أن مخالفة السوابق القضائية سبب من أسباب الطعن في القرار القضائي⁽⁴⁾ .

(1) قرار محكمة التمييز المرقم 1707 في 3/6/2008 منشور في المجموعة المدنية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية ، اعداد : علاء صبري التميمي .

(2) قرار محكمة التمييز المرقم 155 في 26 / 3 / 2007 ، المصدر السابق ، ص142 وفي نفس المعنى قرار محكمة التمييز المرقم 52 / موسعة مدنية / 2006 الصادر في 18 / 10 / 2006 .

(3) قرار محكمة التمييز الصادر من الهيئة المدنية عقار / 2008 في 10 / 5 / 2008 أشار إليه د. عزيز جواد هادي ، مصدر سابق ، ص588 .

(4) ينظر : د. مصطفى عليوة فتح الباب ، الوسيط في سن وصياغة التشريعات ، ج2، دار الكتب القانونية ، القاهرة ، 2012، ص335 ، وكذلك : عباس قاسم مهدي ، مصدر سابق ، ص79 .

وهذا هو الامر الثابت على مستوى التشريعات ، ولكن الامر مختلف على مستوى التطبيق القضائي ، حيث أن القرارات القضائية التي تصدر بواسطة الاجتهاد القضائي وخاصة من المحاكم العليا كمحكمة النقض ومحاكم الاستئناف وإن كانت غير ملزمة للمحاكم الأدنى درجة فيما تنص عليه التشريعات ، ولكن المحاكم تحرص من الجانب العملي على احترام تلك القرارات والسعي الى عدم مخالفتها، خشية نقض قراراتها إن هي خالفت ما جاء في قرارات المحاكم العليا (1) ومن خلال التزام المحاكم بالقرارات الاجتهادية تتكون السابقة القضائية العملية ، أو التطبيقية ، وهي هنا عبارة عن عمل القضاء وليس قرار القاضي أو الهيئة القضائية لأن الأخيرة لا تمثل إلا حلاً فردياً أما عمل القضاء الجماعي الناشئ من التزام المحاكم بالقرار القضائي الذي يكون نواة للسابقة القضائية هو الذي يشكل السابقة القضائية العملية ، ولذا لا بد من التمييز بين قرار القاضي وبين حكم القضاء فان الأخير هو الذي يكون السابقة القضائية ، ومن ثم يساهم في إنشاء القاعدة القانونية العامة (2) .

والملاحظ أن لمحكمة النقض المصرية دوراً مؤثراً ، في صياغة عدد كبير من النصوص القانونية من خلال ما لاحظته على نصوص قانونية سابقة من مواطن الخلل ، وقد تتخلى المحكمة الآنفة الذكر عن تلك النصوص وتتوصل الى صياغة نص آخر لما لمسته من أن تلك النصوص لا تحقق العدالة ، ولذلك فإن محكمة النقض في صياغتها لقراراتها تحاول من خلال تفسير النصوص أن تضيء عليها من المرونة بالمقدار الذي يجعل من تلك القرارات ملبية لحاجة المجتمع المتجددة ، وقد يصل التفسير أو الاجتهاد الى الحد الذي يؤدي الى طرح النص التشريعي والعمل على إنشاء نص آخر من خلال القرار القضائي (3) ، وعندما يلتزم القضاء عملياً بهذا القرار تنشأ السابقة القضائية ، والتي لربما يأتي المشرع فيما بعد وينص عليها في متن القانون كما حصل بالنسبة للمبدأ الذي قرره محكمة النقض المصرية وهو مبدأ الحضور في الدعوى بدون تبليغ لا يغني عن التبليغ إلا في حالة التنازل الصريح أو الضمني من قبل المراد تبليغه (4) وقد قرر المشرع المصري في تعديل قانون المرافعات هذا المبدأ (5) ، فأضاف

(1) ينظر : د. أحمد الغريب شبل البنا ، مصدر سابق ، ص 251 .

(2) ينظر : د. سمير عبد السيد تناغو ، القضاء مصدر أصلي للقانون ، مصدر سابق ، ص 70 ، وكذلك لنفس المؤلف ، مصادر الالتزام ، مصدر سابق ، ص 510 .

(3) ينظر : حلمي الحجار ، أسباب الطعن بطريق النقض ، ج 1 ، ط 1 ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس - لبنان ، بدون سنة طبع ، ص 403 ، أشار إليه : عباس قاسم مهدي ، مصدر سابق ، ص 80 .

(4) ينظر : قرار محكمة النقض المصرية في الطعن المرقم 2239 لسنة 55 ق - جلسة 8 اذار 1992 ، أشار إليه : د. أحمد الغريب شبل البنا ، مصدر سابق ، ص 254 .

(5) ينظر : د. فتحي والي ، مصدر سابق ، ص 453 .

بموجب المادة (3) من قانون رقم 223 لسنة 1992 فقرة الثالثة الى المادة 68 تنص على أنه (ولا تعتبر الخصومة منعقدة في الدعوى إلا بإعلان صحيفتها الى المدعى عليه مالم يحضر بالجلسة) .

ومما تقدم ذكره يظهر أن القضاء المصري كالقضاء العراقي يلتزم بالسابقة القضائية العملية أو ما يمكن أن يُصطلح عليه بالعرف القضائي والغرض من هذا الالتزام هو تحقيق العدالة كما سنُبينه لاحقاً.

ثالثاً: موقف القضاء الإنكليزي من السوابق القضائية

السوابق القضائية بحسب القانون الإنكليزي تعتبر أهم مصدر رسمي من مصادر القانون⁽¹⁾ بحيث أن التشريع يعتبر من المصادر الاستثنائية ولذلك يطلق على النظام القانوني الإنكلوسكسوني القانون غير المكتوب وخالصة السابقة القضائية في هذا النظام هي عبارة عن أن القاعدة التي يستند إليها الحكم الذي يصدر من إحدى المحاكم العليا كمجلس اللوردات⁽²⁾ الذي تكون قراراته ملزمة لجميع المحاكم التي ترفع أمامها قضايا مشابهة لتلك القضية التي صدر فيها حكم أو اجتهاد قضائي من مجلس اللوردات (court of appeals) ملزمة لجميع المحاكم الأدنى منها⁽³⁾ ، ففي حال صدور الاجتهاد القضائي – الذي يشكل سابقة قضائية – من الهيئة الاستئنافية في مجلس اللوردات فإنه يجب على جميع المحاكم الالتزام بتلك السابقة فهي تكون ملزمة أولاً لمحكمة مجلس اللوردات وللمحاكم الأدنى منها وهكذا بالنسبة لمحاكم الاستئناف و المحاكم الأدنى من محكمة الاستئناف كمحاكم المقاطعات سواء كانت محاكم البداءة المدنية أو المحاكم الإدارية ، ويعتبر مجلس اللوردات بمثابة محكمة التمييز في العراق أو محكمة النقض في مصر ، وتعرض أمام مجلس اللوردات جميع القضايا المدنية و الجنائية باستثناء القضايا الجنائية في إسكتلندا⁽⁴⁾ ، ومن الجدير بالذكر فإن السوابق القضائية في النظام القانوني الإنكليزي على نحوين : الأولى سوابق قضائية استثنائية وهي السوابق التي تصدر من المحاكم الأدنى فلا تكون ملزمة للمحاكم

(1) diplock , sirkenneth , courts as legislatures , p.2

(2) ينظر : د. محمد محمد بدران ، مصدر سابق ، ص 128 .
(3) تعتبر محكمة العدل الأوروبية (European court) هي المحكمة التي تقف على رأس الهرم القضائي في إنكلترا منذ دخول بريطانيا السوق الأوروبية المشتركة عام 1973 ولكن قبل هذا التاريخ كان مجلس اللوردات هو الذي يعتبر قمة التنظيم القضائي في بريطانيا ، إلا أن المحكمة الأوروبية تختص في تفسير اتفاقيات السوق المشتركة – أو الاتحاد الأوروبي فيما بعد قبل خروج بريطانيا منه – وتفسير التشريعات الصادرة من المؤسسات التي أنشأتها اتفاقية روما ، وتفسير التشريعات التي تصدر عن أية منظمات ينشئها المجلس الأوروبي ، ينظر : د. محمد محمد بدران ، المصدر السابق ، ص 142-143 .

(4) k.j eddey , the English legal system , sweet and Maxwell , 1982 , p.47 .

الأعلى إلا على نحو الاستثناس فأن القاضي في محكمة الاستئناف لو أراد أن يأخذ باجتهاد قضائي صادر من محكمة بداءة مدنية في قضية مماثلة للقضية المنظورة أمام محكمة الاستئناف في هذه الحالة يحق له ذلك ، وهو غير ملزم باتباع قرار محكمة البداءة كما هو معروف .

والثانية : هي السوابق القضائية الملزمة ، وهي القرارات القضائية التي تشكل سابقة قضائية والتي تصدر من المحاكم العليا كمحكمة مجلس اللوردات ومحاكم الاستئناف ، كما أن الجزء الملزم من السابقة القضائية هو الجزء الذي يتعلق بعلّة الحكم أو التسبيب - كما أشرنا إليه آنفاً - أما كلام المحكمة الذي يتعلق ببيان الوقائع في القضية التي صدرت بمناسبة الفصل فيها السابقة القضائية وطريقة تكيف المحكمة لتلك الوقائع غير ملزم للمحاكم الأدنى و لا يجب الأخذ به (1) .

و ذكر بعضهم أن السبب الذي جعل من النظام الإنكلوسكسوني يلتزم بالسوابق القضائية وتصبح طابعاً وسمّة مميزة له هو طبيعة فلسفة التفكير لدى الشعوب الإنكلوسكسونية فإن هذه الشعوب تفضل في طريقة التفكير الاعتماد على التجارب العملية التطبيقية في حين نلاحظ باقي شعوب القارة الأوربية وخاصة الفرنسيين يفضلون في التفكير الجانب النظري الذي يعتمد على الاستنباط وهذا يظهر مدى تأثرهم بفلسفة أرسطو (2) .

ويبدو لنا أن سبب اعتماد القانون الإنكليزي على السوابق القضائية هو تبني فكرة العدالة و اعتمادها من قبل القضاء والتي تبلورت فيما بعد بمحاكم العدالة - كما أشرنا لذلك آنفاً - فكان السعي من قبل القضاء الإنكليزي الى تحقيق العدالة والمساواة في الأحكام بين القضايا المتماثلة هو الداعي الى التمسك بالسوابق القضائية لأن العدالة تقتضي أن يساوي القاضي في الحكم بين القضيتين فيما إذا كانت الظروف التي تحيط في الوقائع و الأشخاص في الدعويين متساوية .

وعلى الرغم من الانتقادات التي وجهت الى مبدأ السوابق القضائية (3) إلا أن هذا المبدأ له من الحسنات ما يجعل من التمسك به أداة قوية لتحقيق العدالة خاصة بعد ظهور مبدأ العدول القضائي (4) ،

(1) ينظر : روبرت كروس ، مصدر سابق ، ص 206-208 .

(2) ينظر : د. سعيد صادق ، المنهاج القانوني في الولايات المتحدة الأمريكية وجمهورية مصر العربية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1988 ، ص 31-32 .

(3) وجهت انتقادات كثيرة لمبدأ السوابق القضائية لعل أهمها ما يأتي : 1- إن هذا المبدأ يجعل تطور القانون معتمداً على الصدفة أي على حدوث النزاع ورفع الدعوى أمام القاضي ، 2- معرفة السابقة القضائية ليس أمراً سهلاً ، فإن القاضي لا بد له من البحث عن الحكم المماثل في كم هائل من دعاوى و القرارات القضائية ، 3- إن هذا المبدأ يقيد القضاة بقيود قاسية ، وينمي فيهم روح المحافظة الشديدة ، وغير ذلك من الانتقادات . ينظر : د. عبد الرحمن البزاز ، أبحاث و أحاديث في الفقه و القانون ، مصدر سابق ، ص 24 .

الذي مكن القضاء من عدم الالتزام بالسوابق القضائية في حال عدم تحقيق العدالة ، وبعد الأخذ بالعدول عن الاجتهاد القضائي صار الالتزام بالأحكام القضائية السابقة مع تماثل موضوعات الدعيين مدعاة لتحقيق العدالة ؛ لأنها تقتضي أن يكون الحكم على المتشابهين أو المتماثلين واحداً ؛ لأن ذلك من المساواة و الإنصاف الذي تدعو له قواعد العدالة ، حيث أن المساواة في الحكم بين مختلفين يعتبر من أوضح موارد الظلم ، كما أن التفريق في الحكم بين المتساويين ظلم أيضاً ، ولذا فإن الالتزام بالسوابق القضائية في كثير من الأحوال يحقق العدالة ، وبناءً على ما تقدم يظهر أن التزام القضاء في قراراته السابقة في بعض الأحكام المهمة و التي أصبح الالتزام بها مشهوراً ومتعارفاً بين القضاة يحقق المصلحة العامة و يجلب النفع للمجتمع، وخاصة في تثبيت الأمن القضائي⁽²⁾ ، وعليه فإن النظام القانوني اللاتيني أو نظام القانون المكتوب ، لو أنه نصَّ على وجوب الالتزام من قبل القضاء في القرارات التي تصدر من المحاكم العليا في القضايا المستحدثة والتي لا يوجد لها حكم في التشريعات وعدم مخالفتها ووجوب الالتزام بها من قبل المحاكم الأدنى درجة؛ لكان لذلك أثر كبير في تحقيق العدالة و الإنصاف ؛ ولذا ندعو المشرع العراقي الى تشريع الالتزام بالسوابق القضائية وفق الشروط التي أشرنا إليها آنفاً .

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين وصلى الله على محمد و آله الطيبين الطاهرين.

(1) تقدمت الإشارة الى تعريف العدول القضائي آنفاً

(2) المقصود بالأمن القضائي : كل ما يعكس الثقة في المؤسسة القضائية من جهة ما ينتج عنها وهي تقوم بمهمتها في تطبيق القانون على ما يعرض عليها من قضايا أو ما تجتهد به في شأن القضايا المستحدثة، فضلاً عن تسهيل الوصول إليها ، والعلم على نحو العموم بمجريات عمل المؤسسة القضائية . ينظر : د. عبد المجيد غميجة ، مصدر سابق ، ص ١٦ .

الخاتمة

بعد أن انتهينا بتوفيق الله ومَنِّه من إتمام دراسة موضوع بحثنا قواعد العدالة في القانون المدني ، فقد ظهر من خلال دراسته مقارناً جملة من النتائج وتولدت بعض المقترحات يمكن أن نجملها فيما يأتي :

أولاً: النتائج

1. إن مفهوم العدالة قد تناوله الفلاسفة والمفكرون والفقهاء في القانون الوضعي وفقهاء الشريعة الإسلامية بالبحث والتنظير إلا أن الأفكار التي طرحت حول العدالة لم تكن على نسق واحد فهناك من يرى أن العدالة تدخل في علم الاخلاق وبعض يرى أنها تدخل في الفلسفة وآخرون ذهبوا الى أن العدالة مصدر رسمي من مصادر القانون وقد استظهرت الدراسة ان كلاً من تلك التوجهات والآراء صائبة في مجالها؛ لأن الاختلافات ناتجة عن اختلاف وجهات النظر الى العدالة كلٌ من زاوية معينة ، وإلا فان العدالة معناها فارد ومفهومها واحد ، فهي إعطاء كل ذي حق حقه.

2. من خلال البحث في طبيعة العلاقة بين قواعد العدالة والقانون الطبيعي تبين أنها علاقة المصادق الخاص مع المفهوم العام، لأن قواعد العدالة تدخل تحت مفهوم القانون الطبيعي ، وفي حال تطبيقها يمكن أن يقال طُبِّق القانون الطبيعي لحل النزاع ، ولكن القانون الطبيعي أوسع مفهوماً منها ؛ لأنه يشمل النطاق الذي تطبق فيه قواعد العدالة والذي يسمى بالعدالة القانونية ، ويشمل كذلك العدالة السياسية، والعدالة الاقتصادية، والعدالة الطبيعية؛ لأنه يثبت الحقوق الطبيعية المصطلح عليها بحقوق الإنسان التي تثبت للإنسان منذ لحظة الولادة وغير ذلك من الحقوق.

3. اتضح أن هنالك فرقاً بين مفهوم العدل ومفهوم العدالة؛ لأن الاول يقوم على فكرة المساواة أمام القانون ويأخذ بالتطبيق الحرفي للنصوص القانونية التي تتصف بالعمومية والتجريد ، في حين أن المفهوم الثاني يقوم على أخذ الظروف التي تحيط بالأشخاص وتصرفاتهم القانونية بنظر الاعتبار؛ لأجل إعطاء كل ذي حق حقه .

4. ظهر أن قواعد العدالة هي قواعد عامة لضبط السلوك الاجتماعي، وهي قواعد ملزمة يترتب على مخالفتها جزاء مناسب، ففي حال صدور الحكم القضائي بواسطة الاجتهاد في ضوء قواعد العدالة يكون جزاء مخالفة مضمون قواعد العدالة جزاءً مادياً توقعه السلطة العامة ، وفي حال عدم صدور الحكم القضائي يكون جزاء مخالفة مضمون قواعد العدالة جزاءً معنوياً يصدره الضمير الإنساني ، وهذا ما يعرف بالاقتراب من القهر .

5. إن العقل الإنساني الكلي العملي هو المنبع والميزان في قواعد العدالة، وهو المشار إليه في الآية المباركة (إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ عَلَى السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَالْجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَنْ يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا الْإِنْسَانُ إِنَّهُ كَانَ ظَلُومًا جَهُولًا) فالإنسان إذا أصغى الى صوت الضمير والعقل استطاع أن يضع الأمور في مواضعها وان يعطي كل ذي حق حقه .

6. بحث فقهاء الشريعة الاسلامية وفلاسفتها فكرة العدالة على مستوى الطروحات الفقهية من خلال مقصدية العدل، وعلى مستوى الطروحات العقديّة من خلال فكرة التحسين والتقييح العقليين ، والتزموا عملياً بتقديم قواعد العدالة على الاحكام الظنية الظاهرية في مقام الافتاء ومقام القضاء .

7. تدخل قواعد العدالة في تكوين القواعد القانونية؛ لأنها تمثل أهم عناصر تكوينها وهو العنصر المثالي الذي له الأثر البالغ في تقدم وتطور القواعد القانونية، فالعنصر المثالي مع العنصر العقلي يمثلان الجانب الروحي والابداعي في نشوء القاعدة القانونية.

8. تبين ان الصياغة التشريعية لا بد أن تكون عبارة عن الجمع بين البعد الجوهري للقانون والجانب الفني للصياغة التشريعية، فهي فن مؤلف من عدة أدوات ووسائل يستطيع بواسطتها المشرع صياغة المادة الأولية للقواعد القانونية بصورة قابلة للتطبيق.

8. إن لقواعد العدالة أثراً كبيراً في صياغة القواعد القانونية لأن استلهاً قواعد العدالة من قبل المشرع يجعل صياغته للنصوص القانونية على شاكلة المعايير المرنة كمعيار حسن النية في التصرفات القانونية مثلاً وهذا يجعل النصوص أكثر شمولاً واستجابة لمتطلبات التطور، وأنجع في تحقيق الإنصاف عند حدوث النزاع أمام القضاء.

9. تبين أن لقواعد العدالة أثراً كبيراً في تحقيق الاستقرار القانوني والقضائي من خلال إرساء مبدأ الأمن القانوني، ومبدأ حسن النية في التصرفات القانونية الذي هو صنو لقواعد العدالة، بل هو الوجه الآخر لها، وهو المبدأ الذي يمثل الأخلاق والقانون معاً.

10. من خلال تطبيق قواعد العدالة يتمكن كل من المشرع والقاضي من إعادة التوازن للمصالح المتعارضة في العلاقات القانونية وخاصة في العقود التي يختل التوازن الاقتصادي فيها سواء في مرحلة إنشاء العقد كعقود الإذعان أو في مرحلة تنفيذه كالعقود التي تشملها نظرية الظروف الطارئة.

11. إن الأحكام في الشريعة الاسلامية أساسها العدالة؛ لأن الأدلة الشرعية أثبتت أن العدالة علة غائية للأحكام الشرعية - تُشاكل الأسباب الموجبة لتشريع القوانين الوضعية - ويدل على ذلك ثبوت نظرية الضرورة في التشريع الاسلامي وهي النظرية التي تشاكل نظرية الظروف الطارئة في القانون الوضعي

، وكما أن نظرية الظروف الطارئة من تطبيقات قواعد العدالة في القانون الوضعي فكذلك نظرية الضرورة أهم تجليات العدالة في أحكام الشريعة الإسلامية ، ومن خلال النصوص الشرعية التي تثبت نظرية الضرورة ومنها قوله تعالى (فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ) وقوله تعالى (وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ) يتبين أخذ قواعد العدالة في التشريع الإسلامي والتي هي سارية في كل مفاصله ولئن كانت الأحكام الأولية تمتاز بالصرامة التي يقتضيها العدل، فإن الأحكام الثانوية تقوم على الرحمة والتخفيف ومراعاة الاعذار بمقتضى قواعد العدالة، لأن الأحكام الأولية هي عناصر التشريع الشامل الذي وضع على نحو العموم والتجريد عن الخصوصيات ، أما الأحكام الثانوية التي هي نطاق نظرية الضرورة - فهي الأحكام التي تثبت بحق المضطر أو الذي وقع بالحرَج - وهي أحكام أخذت فيها الظروف الخاصة بنظر الاعتبار ؛ ولذلك رُفِعَ أو خُفِفَ الحكم الأولي بحق من وقع في تلك الظروف مراعاة لتحقيق العدالة .

12. يعتبر الاجتهاد القضائي في ضوء قواعد العدالة وسيلة مهمة من وسائل ملء الفراغ القانوني سواء من جهة نقص التشريع أو عدم وجود القاعدة القانونية في المصادر الرسمية الاحتياطية كالعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية، وفي هذه الحالة يمكن للقاضي اللجوء الى قواعد العدالة واستنباط الحكم القضائي بواسطتها.

13. إن القاضي يمكنه الاجتهاد بواسطة قواعد العدالة حتى مع وجود النص القانوني في حالات معينة، ولا يلزم من ذلك التعارض مع النصوص القانونية ؛ لأن منع الاجتهاد في مقابلة النص وإن ورد في القانون المدني العراقي والتزم به القضاء المصري وان لم ينص عليه المشرع إلا أن هذا الامر لا يجري على إطلاقه ؛ لأن الاجتهاد في مقابلة النص العام أو المجرم سائغ ، بل إن الاجتهاد في البحث عن النص الملائم ، أو من خلال تأويل النصوص أمر تُسوغه قواعد العدالة بل إنه واقع فعلاً حيث أن القاضي قد يلجأ الى الاجتهاد بواسطة الطرق المشار إليها آنفاً فيما إذا تبين له أن التطبيق الحرفي للنص لا يحقق الانصاف وهذا مما تقتضيه قواعد العدالة .

14. يلجأ القاضي في بعض الأحيان الى تفسير النصوص القانونية وتكاملتها بواسطة تطبيق قواعد العدالة، وإن لم يصرح القضاء بذلك بشكل مباشر، لكن التأمل في بعض القرارات القضائية يظهر بوضوح اعتماد القضاء في بعض الأحيان على قواعد العدالة في تفسير النصوص القانونية؛ لأن هذه الطريقة من التفسير تعطي لكل ذي حق حقه.

15. القضاء يمكن أن يُعتبر مصدراً رسمياً للقانون في حال صدور الأحكام القضائية عن طريق الاجتهاد بواسطة قواعد العدالة في حال الفراغ القانوني لأن الحكم القضائي في هذه الحالة وإن كانت مادته قواعد

العدالة ، إلا أن السبب المباشر لصدوره - ولاعتباره قاعدة قانونية عامة وليس حلاً فردياً يتعلق بأطراف القضية المعروضة على القضاء فقط - هو عمل القضاء، فيكون القضاء في هذه الحالة مصدراً رسمياً للقانون.

16. يمكن أن يستخدم القاضي مناهج متعددة في الاجتهاد إلا أن المنطق الجدلي (الديالكتيكي) هو المنهج المناسب الذي يعتمد عليه القاضي في العملية الاجتهادية التي يجريها في ضوء قواعد العدالة، لأجل التوصل للحل المناسب للنزاع الذي يعرض على القضاء في حال الفراغ القانوني .

17. تبين أنه يوجد نوع آخر من الفراغ القانوني يمكن أن يسمى الفراغ المفترض وهو الفراغ الذي ينشأ عندما يرى القاضي أن القاعدة القانونية - التي من الممكن أن تطبق لحل النزاع المعروض أمامه - لا تحقق العدالة ، فيفترض القاضي إن القاعدة غير موجودة ليتسنى له استنباط الحكم بالرجوع الى قواعد العدالة ، وهذا الافتراض للفراغ يشاكل الافتراض القانوني الذي يلجأ إليه المشرع لتحقيق بعض المصالح كافتراض العقار بالتخصيص وافتراض الشخصية المعنوية.

18. تبين أن قواعد العدالة هي المصدر الوحيد من مصادر القانون الذي لا يمكن أن يقع فيه الفراغ ؛ لأن القاضي يمكنه أن يجد من خلال الاجتهاد في ضوء قواعد العدالة الحل المناسب لما يُعرض عليه من قضايا دائماً ، ولذلك جعل المشرع قواعد العدالة هي المصدر الأخير من المصادر الرسمية الاحتياطية ، فالتشريع يمكن أن يلحقه النقص وقواعد العرف محدودة ومبادئ الشريعة الاسلامية المتفق عليها محدودة أيضاً ، فتبقى قواعد العدالة هي الملاذ الأخير للقاضي ليستنبط منها الحكم المناسب .

19. شروط الاجتهاد القضائي في الفقه الاسلامي أصعب بكثير من شروط الاجتهاد القضائي في القانون الوضعي ؛ لأن الفقه الاسلامي في أغلب مذهبيه يشترط الاجتهاد المطلق في القاضي ، في حين أن القانون الوضعي لا يشترط ذلك ، وكل القضاة بعد التخرج من معهد القضاء مؤهلين للاجتهاد القضائي بحسب القانون .

20. تبين أن الالتزام بالسوابق القضائية مدعاة لتحقيق العدالة من جهة أن التزام القضاء بقراراته السابقة في حال تماثل الدعويين يحقق عدة مصالح ويجلب المنافع للمجتمع ، وعلى رأس هذه المصالح تحقيق الأمن القضائي ، لأن الالتزام بالسوابق القضائية يعزز ثقة المجتمع بالمؤسسة القضائية ، ويضفي نوعاً من الاستقرار النفسي والاطمئنان بأحكام القضاء؛ لأنه يجعل الاشخاص على علم مسبق -ولو بصورة إجمالية- بطبيعة عمل القضاء .

21. ظهر أن التطبيقات القضائية لقواعد العدالة في القضاء العراقي قليلة جداً ولا تتناسب مع أهمية كون قواعد العدالة مصدراً مهماً من مصادر القانون يرجع إليه القاضي في حال الفراغ القانوني وكذلك الأمر بالنسبة الى القضاء المصري ، فان تطبيقاته القضائية لقواعد العدالة بعد صدور القانون المدني النافذ أصبحت قليلة بعكس ما كانت عليه في ظل القانون المدني ، المختلط والقانون الاهلي فإنها كانت أوسع مما هي عليه الآن، في حين أن تطبيق قواعد العدالة من قبل القضاء الانكليزي أوسع بكثير من تطبيق القضاء بين العراقي والمصري ؛ لأن القضاء الانكليزي حتى بعد توحيد محاكم العدالة مع محاكم الشريعة العامة يلتزم في حال التعارض بين قواعد العدالة وقواعد الشريعة العامة بتقديم قواعد لعدالة .

22. التزم القضاء العراقي والمصري بشكل عملي بالأحكام التي تصدر من المحاكم العليا كمحكمة التمييز ومحكمة النقض في القضايا التي تشكل فيها الأحكام مبادئ قضائية، وقد اصطلح على هذا الالتزام بالسابقة القضائية العملية أو العرف القضائي ، وقد صدرت عدة أحكام من محكمتي التمييز والنقض تؤكد ذلك .

ثانياً : التوصيات

1. نقترح على المشرع العراقي تعديل المادة (1/1) من القانون المدني و الأفضل أن تكون صياغتها كالاتي (تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في مفهومها أو في فحواها و يرجع في فهم منطوقها أو مفهومها أو فحواها إلى أصول الفقه الإسلامي) لكي يتم رجوع القضاة الى مفهوم النص و الى فحواه وليس للفحوى فقط وكذلك يمكن معرفة تفسير النصوص من حيث تخصيص العام وتقييد المطلق وبيان المجمل بالرجوع الى قواعد أصول الفقه الإسلامي .

2. ندعو المشرع العراقي الى تعديل المادة (2) من القانون المدني لتصبح صياغتها كالاتي (لا مساغ للاجتهاد في مورد النص المحكم القطعي الدلالة (الخاص)) ، لأن الكلام قد يكون نصاً في معنى ولكنه ليس محكماً ، فيكون للاجتهاد في ذلك النص مجال ، وفتح باب الاجتهاد للقضاة مع وجود النص غير المحكم يحقق العدالة ويضع الأمور في نصابها الصحيح .

3. يقترح الباحث على المشرع العراقي إسقاط صفة العمومية من الحادث الاستثنائي في نظرية الظروف الطارئة ، وترك تقدير دخول الحادث من عدمه في نطاق هذه النظرية إلى سلطة القاضي التقديرية؛ لأن جوهر هذه النظرية يقوم على أساس قواعد العدالة ، وهي بطبيعتها تقتضي رفع الإرهاق عن الطرف المدين في العقد في حال اختلال التوازن بحادث استثنائي لم يكن متوقفاً ، ومن الأفضل تعديل المادة 2/146 من القانون المدني بحيث تصاغ كالاتي (في حال طرأت حوادث استثنائية غير متوقعة يترتب

على حدوثها اختلال التوازن الاقتصادي في العقد يجوز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، ويترك لسلطة المحكمة التقديرية اعتبار الحادث استثنائياً من عدمه) و الغرض من هذا التعديل أخذ جميع الحوادث بنظر الاعتبار من قبل المحكمة حتى ولو كانت خاصة لكنها تمثل حوادث استثنائية ولم يكن باستطاعة المتعاقد توقعها .

4. نقترح على المشرع العراقي أن يمنح القاضي سلطة تقديرية تمكنه من التدخل لتعديل الشروط التعسفية في العقود حتى ولو لم يُطلب ذلك من قبل الطرف المدين في العقد ؛ لأن الشروط التعسفية في بعض العقود الرضائية قد يكون لها مؤدى الشروط التعسفية نفسها في عقود الإذعان وهو اختلال التوازن الاقتصادي في العقد ، وتعديل تلك الشروط تقتضيه قواعد العدالة ولذا فالمقترح تعديل المادة (2/167) كالاتي (إذا وردت في العقد شروط تعسفية جاز للمحكمة تعديل تلك الشروط أو إعفاء الطرف المتضرر منها وفقاً لما تقتضيه قواعد العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك) لأن العدالة تقتضي رفع اختلال التوازن الاقتصادي الناتج عن الشرط التعسفي سواء كان العقد من عقود الإذعان أو غيرها .

5. من وجوه الأخذ بقواعد العدالة ان يمنح المشرع العراقي القاضي دوراً أكبر في عملية تطبيق القواعد القانونية سواء في الاجتهاد لإيجاد الحل المناسب للنزاع عند فقد النص أو في تفسير القواعد القانونية و العقود المدنية .

6. نقترح على القضاء العراقي الأخذ بقواعد العدالة بصورة أوسع مما هي عليه في ساحات القضاء و الاستفادة من هذا المصدر المهم الذي يوفر للقاضي هامشاً واسعاً للاجتهاد ويُمكنه من وضع الأمور في نصابها الصحيح و إعطاء كل ذي حق حقه بدلاً من اللجوء الى الوسائل الأخرى التي يُستر بواسطتها الاجتهاد القضائي كتطويع بعض المواد القانونية لتطبيقها على الواقعة التي لا يوجد نص تشريعي ينطبق عليها .

7. لكي يُؤمن تطبيقاً سلساً لقواعد العدالة ينبغي أن يشير المشرع العراقي إلى اعتماد مدرسة البحث العلمي الحر في تفسير النصوص القانونية و العقود المدنية لأنها المدرسة الأكثر معقولة ومنطقية من غيرها من المدارس الأخرى كمدرسة الشرح على المتون التي يبدو من المشرع العراقي اعتمادها كما يظهر ذلك من نص المادة (1/1) من القانون المدني .

8. لا بد من الدعوة إلى إدخال مواد دراسية تساعد على تهيئة الأدوات اللازمة للقاضي وغيره من المعنيين في العملية الاجتهادية في القضاء وهذه المواد هي : علم المنطق ، علم أصول الفقه الإسلامي بشكل موسع و معمق ، علم البلاغة ، و علم فقه اللغة ويتم إدخالها بشكل مبسط أو جعلها دروساً اختيارية في الدراسة القانونية الأولية، و إلزامية وموسعة ومعمقة في معهد القضاء و الدراسات القانونية العليا، لأن توفر

القاضي على هذه الادوات العلمية يجعله أمكن في استلهاهم قواعد العدالة في الموارد التي يتحتم فيها الرجوع اليها.

9. لكون القضاء هو السبيل الوحيد لاستمرار التأثير التكاملي لقواعد العدالة في بنية النظام العدلي فإن من الأجدر بالمشرع العراقي أن يعترف للقضاء بدوره في تشريع القواعد القانونية العامة ، التي تتبلور من خلال المبادئ القضائية في قرارات محكمة التمييز الإتحادية ، و الخروج بدور القضاء في إنشاء القواعد القانونية العامة من الدور العملي فقط الى الإمضاء التشريعي باعتبار القضاء مصدراً من المصادر الرسمية للقانون .

المصادر و المراجع

• خير ما نبتدى به القرآن الكريم

أولاً : كتب معاجم اللغة العربية

- 1- إبراهيم أنيس وآخرون ، المعجم الوسيط ، ط4 ، مجمع اللغة العربية ، 2004م .
- 2- ابن فارس ، معجم مقاييس اللغة ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، 1429هـ ، 2008م .
- 3- ابن منظور ، لسان العرب ، أدب الحوزة ، قم ، 1405هـ .
- 4- أحمد بن محمد بن علي الفيومي ، المصباح المنير ، مكتبة لبنان ، بيروت ، 1987م .
- 5- أحمد بن يعقوب الفيروز أبادي ، القاموس المحيط ، ج1 ، ط3 ، الهيئة العامة للكتاب ، القاهرة ، 1978م .
- 6- الجوهري ، الصحاح ، ط4 ، دار العلم ، بيروت ، 1407هـ .
- 7- محمد بن أبي بكر الرازي ، مختار الصحاح ، دار الرسالة ، الكويت ، 1430هـ ، 1983م .
- 8- محمد مرتضى الحسيني الزبيدي ، تاج العروس من جواهر القاموس ، تحقيق علي شبري ، دار الفكر ، بيروت ، 1994م .
- 9- نديم مرعشلي وأسامة مرعشلي ، الصحاح في اللغة والعلوم ، ط1 ، دار الحضارة العربية ، بيروت ، 1988م .

ثانياً : كتب التفسير و الحديث

- 1- ابن أبي جمهور الأحسائي ، غوالي اللثالي العزيزية في الأحاديث الدينية ، ج1 ، مطبعة سيد الشهداء عليه السلام ، قم المقدسة ، 1414هـ .
- 2- ابن حبان ، صحيح ابن حبان ، ج11 ، ط2 ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، 1414هـ - 1993م .
- 3- أبو حيان الأندلسي ، البحر المحيط في التفسير ، ج1 ، دار الفكر ، بيروت - لبنان ، 1412هـ .
- 4- أحمد بن حنبل ، مسند أحمد ، دار صادر ، بيروت - لبنان ، بدون سنة طبع وتاريخ طبعة .
- 5- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، ج13 ، المكتبة السلفية ، الرياض ، 1379هـ .
- 6- حسين بن محمد تقي بن علي النوري ، مستدرک الوسائل ط2 ، مؤسسة آل البيت لإحياء التراث ، بيروت - لبنان 1408 هـ - 1988م .
- 7- الربيع بن حبيب بن عمر الأزدي ، مسند الربيع ، ج2 ، ط1 ، دار الحكمة ، بيروت ، 1415هـ .
- 8- محمد باقر المجلسي ، بحار الانوار ، دار الرضا ، بيروت - لبنان ، 1403 هـ - 1983م .
- 9- محمد بن الحسن الحر العاملي ، وسائل الشيعة - الإسلامية - ط5 ، دار إحياء ألتراث العربي ، بيروت - لبنان ، 1403 هـ - 1983م .
- 10- محمد بن الحسن بن موسى ، الشريف الرضي ، نهج البلاغة ، شرح وتحقيق الشيخ محمد عبده ، طبعة جديدة منقحة ومصححة ، مؤسسة التاريخ العربي للطباعة والنشر ، بيروت ، بدون سنة طبع .
- 11- محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري ، المستدرک على الصحيحين ، ج2 ، ط1 ، مجلس دائرة المعارف ، حيدر آباد ، الهند ، 1340هـ .
- 12- محمد بن عبدالله الزركشي ، البرهان في علوم القرآن ، ج1 ، ط1 ، دار إحياء الكتب العربية ، بيروت ، 1376 .
- 13- محمد بن يعقوب الكليني ، الكافي ، ط2 ، دار الكتب الإسلامية ، طهران ، 1367هـ ش .
- 14- محمد حسين الطباطبائي ، تفسير الميزان ، مؤسسة النشر الاسلامي ، قم ، ايران ، بدون سنة طبع .

ثالثاً : كتب المنطق و الفلسفة

1. أحمد أمين و زكي نجيب ، قصة الفلسفة اليونانية ، ط7 ، مطبعة لجنه التأليف والنشر القاهرة ، 1970م .

2. أحمد بن مسعود الغامدي ، الاتجاهات الفلسفية اليونانية ، جامعة ام القرى ، المملكة العربية السعودية ، 2014 .
3. ارسطو طاليس ، علم الاخلاق الى نيقوماخوس ، ترجمة من اليونانية الى الفرنسية بارتملي سانتيلير ، ونقله الى العربية احمد لطفي السيد ، دار الكتب المصرية ، القاهرة ، 1343 هـ - 1924 م .
4. أميرة حلمي مطر ، جمهورية افلاطون ، مكتبة الاسرة ، القاهرة ، 1994 م .
5. برتراند رسل ، حكمة الغرب ، ترجمة فؤاد زكريا ، مطابع الرسالة ، الكويت ، 1982 م .
6. د. إمام عبد الفتاح إمام ، المنهج الجدلي عند هيجل - دراسة لمنطق هيجل - ، ط3 ، دار التنوير للطباعة والنشر ، بيروت ، 2007 .
7. د. علي سامي النشار ، المنطق الصوري - منذ أرسطو حتى عصورنا الحاضرة - دار المعرفة الجامعية ، الإسكندرية - مصر ، 2000
8. زكريا إبراهيم ، الفلسفة النقدية ، دار مصر للطباعة ، القاهرة ، بدون سنة الطبع .
9. صدر الدين محمد الشيرازي ، ، الحكمة المتعالية في الاسفار العقلية الاربعة ، ط3 ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت - لبنان ، 1981 م .
10. علي عبد المعطي ، المدخل الى الفلسفة ، دار المعرفة الجامعية ، القاهرة ، 1999 .
11. علي عبد المعطي محمد والسيد نفاذي ، أسس المنطق الرياضي ، دار المعرفة الجامعية ، الإسكندرية - مصر ، 1988 .
12. الفارابي ، مبادئ الفلسفة القديمة ، مطبعة المؤيد ، القاهرة ، 1328 هـ - 1910 م .
13. محمد باقر الصدر ، فلسفتنا ، ط3 ، دار الكتاب الاسلامي ، بيروت - لبنان ، 1425 هـ - 2004 م .
14. محمد تقي مصباح اليزدي ، المنهج الجديد في تعليم الفلسفة ، ترجمة محمد عبد المنعم الخاقاني ، ط1 ، مكتبة طريق المعرفة ، بغداد ، 1427 هـ - 2006 م .
15. محمد حسين الطباطبائي ، نهاية الحكمة ، ط14 ، مؤسسة النشر الاسلامي ، قم المشرفة 1427 هـ .
16. محمد رضا المظفر ، المنطق ، ط3 ، مطبعة النعمان ، النجف الاشرف ، 1388 هـ .
17. د. مصطفى النشار ، مدخل جديد الى الفلسفة ، الطبعة الاولى ، دار قباء للطباعة والنشر والتوزيع ، القاهرة ، 1998 .
18. د. مصطفى النشار تطور الفلسفة ، الدار المصرية للطباعة والنشر ، القاهرة ، 2005 م .
19. معن زيادة واخرون ، الموسوعة الفلسفية العربية ، مكتبة مؤمن قریش ، بيروت - لبنان ، 1986 م .
20. الموسوعة الفلسفية ، وضع لجنة من العلماء والاكاديميين السوفياتيين بإشراف روزنتال و بودين ، ترجمة سمير كرم ، دار الطليعة ، بيروت ، 1980 م .

رابعاً : كتب علم الكلام الإسلامي

- 1- الايجي ، المواقف ، ط1 ، دار الجيل ، بيروت - لبنان ، بدون سنة طبع .
 - 2- جلال الدين الدواني ، شرح العقائد العنصرية ، المطبعة العثمانية ، استانبول ، 1316 هـ .
 - 3- الحسن بن يوسف بن المطهر ، كشف المراد في شرح تجريد الاعتقاد ، ط4 ، انتشارات شكوري ، قم ، 1373 هـ ش .
 - 4- القاضي عبد الجبار ، المغني في أبواب التوحيد والعدل ، تحقيق أحمد فواد الاهواني المؤسسة المصرية العامة للتأليف والترجمة والطباعة والنشر ، القاهرة ، 1962 م .
 - 5- كمال الحيدري ، محاضرات في علم الكلام ، تقرير علي حسون ، بغداد ، 1424 هـ .
- خامساً : كتب أصول الفقه الإسلامي**

- 1- جعفر بن الحسن المحقق الحلي ، معارج الأصول ، مؤسسة آل البيت - عليهم السلام- للطباعة والنشر ، قم- إيران ، 1403 هـ .

- 2- حسن السيزاوي ، وسيلة الوصول الى حقائق الاصول ، تقارير بحث السيد الاصفهاني ، ط 1 ، مؤسسة النشر الاسلامي ، قم ، 1419 هـ .
- 3- حسن بن علي اصغر الموسوي ، منتهى الاصول ، مكتبة اهل البيت - عليهم السلام - قرص ليزري الاصدار الاول ، 1426 هـ - 2005 م .
- 4- السيد أبو القاسم الخوئي ، الهداية في الأصول ، ج 4 ، ط 1 ، تقرير حسن الصافي ، مؤسسة صاحب الأمر (عج) ، قم المقدسة ، 1418 هـ .
- 5- د. عبد الكريم بن محمد بن علي النملة ، المهذب في أصول الفقه المقارن ، ج 5 ، ط 1 ، مكتبة الرشيد ، الرياض ، 1999 .
- 6- محمد بن أحمد السرخسي ، أصول السرخسي ، ج 1 ، مطابع دار الكتاب العربي ، حيدر آباد - الهند ، 1372 هـ .
- 7- محمد ابو زهرة ، اصول الفقه ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1957 م .
- 8- محمد الخضري بك ، أصول الفقه ، المكتبة التجارية الكبرى ، القاهرة ، 1969 .
- 9- محمد بن علي الطيب البصري ، المعتمد في أصول الفقه ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1982 م .
- 10- محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، إرشاد الفحول الى تحقيق الحق من علم الاصول ، مطبعة السعادة ، مصر ، 1327 هـ .
- 11- محمد بن محمد الغزالي ، المنخول ، ج 1 ، ط 2 ، تحقيق : محمد حسن هيتو ، دار الفكر ، دمشق ، 1400 هـ .
- 12- محمد تقي الحكيم ، الاصول العامة للفقه المقارن ، ط 2 ، مؤسسة آل البيت - ع - للطباعة والنشر ، بيروت ، 1979 م .
- 13- محمد جواد مغنية ، أصول الفقه في ثوبه الجديد ، ط 2 ، دار الجواد ، بيروت ، 1988 .
- 14- محمد رضا المظفر ، أصول الفقه ، ط 7 ، تحقيق الشيخ رحمة الله الأراكي ، مؤسسة النشر الاسلامي ، قم المشرفة ، 1434 هـ .
- 15- د . مصطفى ابراهيم الزلمي ، اصول الفقه في نسيجه الجديد ط 25 ، مكتبة التفسير للنشر والتوزيع ، أربيل ، 1436 هـ - 2014 م .
- 16- المنتظري ، نهاية الاصول ، تقرير بحث السيد حسين البروجردي الطباطبائي ، مطبعة الحكمة ، قم ، 1375 هـ ش .

سادساً : كتب الفقه الإسلامي

- 1- أبو القاسم الخوئي ، مباني تكملة المنهاج ، ج 1 ، ط 3 ، مطبعة العمال المركزية ، بغداد ، 1978 .
- 2- أبو القاسم الخوئي ، مصباح الفقاهة ، ج 1 ، ط 1 ، المطبعة العلمية ، قم ، 1412 هـ .
- 3- أحمد النراقي ، مستند الشيعة ج 14 ، ط 1 ، مؤسسة آل البيت - ع - لأحياء التراث ، مشهد المقدسة ، 1418 هـ .
- 4- جعفر بن الحسن المحقق الحلي ، شرائع الاسلام ، ط 3 ، انتشارات استقلال ، طهران ، 1403 هـ - 1983 م .
- 5- حسن الجواهري ، بحوث في الفقه المعاصر ، ج 6 ، ط 1 ، مجمع الذخائر الاسلامية ، قم ، 1429 هـ .
- 6- الحسن بن يوسف بن المطهر الحلي ، تحرير الأحكام ، ج 4 ، ط 1 ، مؤسسة الإمام الصادق ، قم - ايران ، 1421 هـ .
- 7- الحسن بن يوسف بن المطهر الحلي ، تذكرة الفقهاء ، ج 11 ، ط 1 ، مؤسسة آل البيت (عليه السلام) لأحياء التراث ، قم ، 1420 هـ .
- 8- حسين علي المنتظري ، رسالة في الاحتكار والتسعير ، ط 1 ، نشر وطبع شركة سهامية عام ، قم المقدسة ، 1406 هـ .
- 9- روح الله الخميني ، البيع ، ج 3 ، ط 1 ، مؤسسة تنظيم ونشر آثار الإمام الخميني ، قم المقدسة ، 1421 هـ .

- 10- د. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، ج6 ، معهد الدراسات العربية العالية بجامعة الدول العربية ، القاهرة ، 1958
- 11- عبد الأعلى السبزواري ، مهذب الأحكام ، ج16 ، ط1 ، دار التفسير ، قم المقدسة ، 1430هـ - 2009م .
- 12- عبد الحسين شرف الدين ، النص و الاجتهاد ، مقدمة تصحيح شبكة الإمام الحسين (عليه السلام) للتراث والفكر الإسلامي ، قسم اللجنة العلمية في الشبكة ، قم المقدسة ، بدون سنة طبع .
- 13- عبد الرحمن السيوطي ، الأشباه و النظائر ، ط1 ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، 1403هـ - 1983 .
- 14- عبد الرحمن بن قدامة ، الشرح الكبير ، طبعة جديدة بالافوست ، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع ، بيروت ، بدون سنة طبع .
- 15- عبد الكريم الأردبيلي ، فقه القضاء ، ط2 ، مؤسسة النشر لجامعة المفيد ، قم ، 1421هـ .
- 16- د. عبد الكريم زيدان ، الوجيز في شرح القواعد الفقهية ، ط1 ، مؤسسة الرسالة بيروت - لبنان ، 1427 هـ - 2006 م .
- 17- د. عبد الكريم زيدان ، نظام القضاء في الشريعة الاسلامية ، ط2 ، مؤسسة الرسالة ، عمان - الاردن 1409 هـ - 1989 م .
- 18- عبد الله بن قدامه ، المغني ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، بدون سنة طبع ورقم طبعة . طبعة جديدة بالأوفسيت .
- 19- كاظم الحائري ، القضاء في الفقه الاسلامي ، ط1 ، مجمع الفكر الاسلامي ، قم ، 1415 هـ .
- 20- مالك بن أنس ، المدونة الكبرى ، مطبعة السعادة ، مصر ، بلا سنة طبع .
- 21- محسن الحكيم ، مستمسك العروة الوثقى ، ج13 ، مكتبة المرعشي ، قم المقدسة ، 1404هـ .
- 22- محمد أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1977 .
- 23- محمد أمين بن عابدين ، مجموعة رسائل ابن عابدين ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، بدون سنة طبع .
- 24- محمد باقر الصدر ، اقتصادنا ، ط14 ، دار التعارف للمطبوعات ، بيروت ، 1401هـ - 1981م
- 25- محمد بن أبي العباس ، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1424هـ - 2003م .
- 26- محمد بن أحمد بن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، دار الفكر ، بيروت ، بدون سنة طبع .
- 27- محمد بن الحسن الطوسي ، المبسوط ، المكتبة الرضوية لإحياء آثار الجعفرية ، قم المقدسة ، 1351 هـ ش .
- 28- محمد حسن الجواهري ، جواهر الكلام ، ط9 ، دار الكتب الإسلامية ، طهران ، 1368 هـ ش .
- 29- محمد صادق بحر العلوم ، دليل القضاء الشرعي ، ج2 ، مطبعة النجف الأشرف 1957 .
- 30- محمد كاظم المصطفوي ، فقه المعاملات ، ط1 ، مؤسسة النشر الإسلامي ، قم المشرفة ، 1423 هـ .
- 31- محمد مهدي شمس الدين ، الاجتهاد والتجديد في الفقه الاسلامي ، ط1 المؤسسة الدولية لدراسات والنشر ، بيروت - لبنان 1419 هـ .
- 32- محمد مهدي شمس الدين ، الاحتكار في الشريعة الإسلامية ، ط2 ، المؤسسة الدولية للدراسات والنشر ، بيروت ، 1418هـ - 1997م .
- 33- د. محمد وحيد الدين سوار ، الشكل في الفقه الاسلامي ، ط1 ، بدون ذكر الناشر ومكان الطبع ، 1405 هـ - 1985 م .
- 34- د. مصطفى أحمد الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج1 ، ط1 ، دار القلم ، دمشق ، 1425هـ - 2004م .

- 35- هاشم معروف الحسني ، نظرية العقد في الفقه الجعفري ، دار التعارف للمطبوعات ، بيروت ، 1996 .
سابعاً : كتب فلسفة القانون وتاريخه
- 1- د . أحمد إبراهيم حسن ، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية - نظم القانون الخاص - ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 1998 م .
- 2- د . أحمد ابراهيم حسن ، مفهوم القانون الطبيعي عند فقهاء الرومان ، الدار الجامعية ، القاهرة ، 1995 .
- 3- د . أحمد محمد البغدادي . المنطق القانوني واعتبارات العدالة 2ط ، جامعة بنها ، مصر ، 2018 م .
- 4- إسماعيل نامق حسين ، العدالة بين الفلسفة و القانون ، ط1 ، دار الفراهيدي للنشر و التوزيع ، بغداد ، 2014 م .
- 5- د . حسن علي دنون ، فلسفة القانون ، ط1 ، مطبعة العاني ، بغداد ، 1975 م .
- 6- د . عبد الرحمن بدوي ، فلسفة القانون والسياسة عند هيجل ، ط1 ، دار الشرق ، القاهرة - مصر ، 1996 .
- 7- د . فضل الله محمد اسماعيل و د . سعيد محمد عثمان ، نظرية القانون الطبيعي في الفكر السياسي الغربي ، مكتبة بستان المعرفة ، الاسكندرية - مصر ، 2006 م .
- 8- د . سليمان مرقس ، فلسفة القانون ، منشورات صادر الحقوقية ، بيروت- لبنان ، 1999م .
- 9- د . عباس العبودي ، تاريخ القانون وشريعة حمورابي ، دار السنهوري ، بغداد ، 2015م .
- 10- د . عبد السلام الترماني ، الوسيط في تاريخ القانون ، ط1 ، منشورات جامعة حلب ، 1996 م .
- 11- د . عكاشة محمد عبد العال ود . طارق مجذوب ، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، بيروت ، 2006 م .
- 12- د . محمد شريف أحمد ، فكرة القانون الطبيعي عند المسلمين ، ط1 ، مطبعة آراس ، أربيل - العراق ، 2011 م .
- 13- د . محمد ممدوح علي ، فلسفة القانون بين افلاطون و شيشرون ، ط1 ، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع ، القاهرة ، 2015 م .
- 14- د . محمود عبد المجيد المغربي ، تاريخ القوانين ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، بيروت - لبنان ، بدون سنة طبع .
- 15- د . مصطفى إبراهيم الزلمي ، الصلة بين المنطق والقانون ، ط1 ، إحسان للنشر والتوزيع ، أربيل ، 1435 هـ - 2014 م .
- 16- د . مصطفى سيد أحمد صقر ، فلسفة العدالة عند الاغريق واثرها على فقهاء الرومان وفلاسفة الاسلام ، مكتبة الجلاء الجديدة المنصورة - مصر ، 1989 م .
- 17- د . ملحم قربان ، القانون الطبيعي ، ط1 ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، 1982 م .
- 18- د . منذر الشاوي ، فلسفة القانون ، ط1 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان - الاردن ، 2009 م .
- 19- د . منذر الفضل ، تاريخ القانون ، ط2 ، منشورات آراس ، اربيل ، 2005 م .
- 20- د . ميشيل تروبير ، فلسفة القانون ، دار الانوار للطباعة والنشر ، بيروت ، بدون سنة طبع .
- 21- د . نعيم عطية ، القانون والقيم الاجتماعية ، دراسة في فلسفة القانون ، المكتبة الثقافية ، القاهرة ، 1971
- 22- هيجل مبادئ فلسفة الحق ، ترجمة تيسير شيخ الارض ، منشورات وزارة الثقافة ، بغداد ، 1974
- 23- د . وائل حسن عبد الشافي ، مشكلة النقص في القانون بين المذاهب الفلسفية والشرائع القانونية - دراسة مقارنة - المكتب الجامعي الحديث ، الاسكندرية ، 2009 .

ثامناً : كتب الفقه القانوني

1. د. احمد ابراهيم حسن ، غاية القانون ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، بدون سنة طبع .
2. د. أحمد الغريب شبل البنا ، دور القاضي المدني ، في إنشاء القاعدة القانونية ، ط1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2018 م .
3. د. أحمد سلامة ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1974 م .
4. د. أحمد سي علي ، مدخل للعلوم القانونية - النظرية العامة للقانون - ، ط1، دار الأكاديمية ، الجزائر ، 2012 م .
5. د. أحمد شرف الدين ، أصول الصياغة القانونية ، مطبعة أبناء وهبة حسان ، القاهرة ، 1993 م .
6. د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن ، المدخل للعلوم القانونية - النظرية العامة للقانون - بلا ذكر ناشر ومكان نشر ، 2005 م .
7. د. احمد عبد الحميد عشوش ، قانون العقد بين اثبات اليقين واعتبارات العدالة ، مكتبة كلية القانون ، المنصورة ، مصر ، 1991 م .
8. د. احمد عبيس نعمة الفتلاوي ، التشريع السليم ومعوقات العملية التشريعية في العراق ، ط1 ، منشورات زين الحقوقية ، الإسكندرية ، 2005 م .
9. د. احمد محمد أهداف ، شرح قانون المسطرة الجنائية الجديدة ، ط1 ، مكناس ، المغرب ، 2003 م .
10. د. احمد محمد عطية ، نظرية التعدي كأساس للمسؤولية الحديثة ، ط1، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية - مصر ، 2007 م .
11. د. اسامة ابو الحسن مجاهد ، الاتجاهات الحديثة في الاساس القانوني للتعويض عن فعل الغير في المسؤولية التقصيرية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2004 م .
12. إسماعيل نامق حسين ، العدالة و أثرها في القاعدة القانونية ، دار الكتب القانونية ، القاهرة - مصر ، 2011 .
13. د. انور سلطان ، المبادئ القانونية العامة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية - مصر ، 2005 م .
14. د. أنور سلطان ، الموجز في مصادر الالتزام ، دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية ، 1998 م .
15. د. توفيق حسن فرج ، المدخل للعلوم القانونية ، منشورات مؤسسة الثقافة الجامعية ، الاسكندرية ، بدون سنة طبع .
16. د. توفيق حسن فرج ، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري ، منشأة المعارف ، الإسكندرية - مصر ، 1957 م .
17. توني أو نوريه ، آراء في القانون ، ط1 ، ترجمة : د. مصطفى رياض ، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية ، القاهرة ، 1998 .
18. د. جلال علي العدوي ، المراكز القانونية ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الاسكندرية - مصر ، 1988 م .
19. جمال مولود ذيبان ، تطور فكرة العدل في القوانين العراقية القديمة ، دار الشؤون الثقافية العامة ، بغداد ، 2001 .
20. د. حسب الرسول الفزاري ، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن ، مطبعة الجيزة ، الإسكندرية - مصر ، 1979 م .
21. د. حسن البدر اوي ، دور السلطات القضائية في إنفاذ حقوق الملكية الفكرية في مصر ، منشورات وزارة العدل المصرية ، القاهرة ، 2005 .
22. د. حسن عبد الباسط جمعي ، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد ، ط1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1996 م .
23. د. حسن علي ذنون ، شرح القانون المدني ، أحكام الالتزام ، شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة ، بغداد ، 1954 م .

24. د. حسن علي ذنون ومحمد سعيد الرحو ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام - دار وائل ، عمان - الأردن ، 2002 م .
25. د. حسن كيره ، أصول القانون ، ط2 ، دار المعارف ، القاهرة ، مصر ، 1958 م .
26. د. حسن كيره ، المدخل الى القانون ، ط5 ، منشأة المعارف ، الاسكندرية - مصر ، 1974 م .
27. د. حسني محمود عبد الدايم ، البصمة الوراثية ومدى حجبتها في الاثبات - دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي - ط1 ، دار الفكر الجامعي ، مصر ، 2008 .
28. د. حسين محمود عبد الدايم ، مصادر الالتزام ، الكتاب الثاني - في المصادر اللإرادية ، دار الحكمة ، المنصورة ، مصر ، 2001 م .
29. د. حلمي الحجار ، أسباب الطعن بطريق النقض ، ج1 ، ط1 ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس - لبنان ، بدون سنة طبع .
30. د. حمدي عبد الرحمن ، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات ، الكتاب الأول ، ط1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1999 م .
31. د. حمدي عبد الرحمن ، فكرة القانون ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1979 .
32. د. رمضان أبو السعود ود. همام محمد محمود زهران ، المدخل الى القانون - النظرية العامة للقاعدة القانونية - دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 1997 م .
33. د. رمضان أبو السعود ، المدخل الى القانون ، وبخاصة المصري واللبناني ، الدار الجامعية ، الإسكندرية - مصر ، 1986 .
34. د. زيد محمود العقيلة ، المصطلحات القانونية باللغة الإنكليزية ، ط1 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان - الأردن ، 2009 م .
35. د. سعيد السيد علي ، نظرية الظروف الطارئة في العقود الادارية والشرعية الاسلامية ، دار أبو المجد للطباعة ، القاهرة ، 2005 .
36. د. سعيد سعد عبد السلام ، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان ، دار النهضة العربية ، القاهرة - مصر ، 1998 م .
37. د. سعيد صادق ، المنهاج القانوني في الولايات المتحدة الأمريكية وجمهورية مصر العربية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1988 م .
38. د. سعيد عبد الكريم مبارك ، أصول القانون ، ط1 ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، العراق 1402هـ-1984م .
39. د. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، ج1 ، مج1 ، ط5 ، بدون ناشر ومكان طبع ، 1992 م .
40. د. سمير عبد السيد تناغو ، الالتزام القضائي ، ط1 ، مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية - مصر ، 2014 م .
41. د. سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة للقانون ، منشأة المعارف ، الاسكندرية مصر ، بدون سنة طبع .
42. د. سمير عبد السيد تناغو ، مصادر الالتزام ، ط1 ، مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية - مصر ، 2009 م .
43. د. سهيل حسين الفتلاوي ، المدخل لدراسة علم القانون ، دار الذاكرة للنشر والتوزيع ، بغداد ، 2009 م .
44. د. السيد محمد عمران ، حماية المستهلك عند تكوين العقد - دراسة مقارنة - منشأة المعارف ، الإسكندرية - مصر ، 1986 م .
45. د. شمس الدين الوكيل ، الموجز في المدخل لدراسة القانون ، ط1 ، منشأة المعارف ، الاسكندرية - مصر 1965 .
46. د. شوقي السيد ، التعسف في استعمال الحق ، طبيعته ومعياره في الفقه والتشريع والقضاء ، ط1 ، دار الشروق ، القاهرة - مصر ، 2008 م .

47. د. صالح محسوب ، فن القضاء ، ط1 ، مطبعة العاني ، بغداد ، 1982 .
48. د. صلاح الدين الناهي ، العدالة في تراث الرافدين وفي الفكرين اليوناني والعربي الاسلامي ، ط1 ، الدار العربية للموسوعات ، عمان - الاردن ، 1984 م .
49. ضياء شيت خطاب ، فن القضاء ، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم ، معهد البحوث والدراسات العربية ، بغداد ، 1984 .
50. د. الطيب الفصائلي ، المدخل لدراسة القانون ، ط5 ، بدون ذكر مطبعة ومكان طبع ، 2002م .
51. د. عباس الصراف و د. جورج حزبون ، المدخل الى علم القانون ، الجامعة الاردنية ، عمان ، 1985 .
52. عباس قاسم مهدي ، الاجتهاد القضائي ، ط1 ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، 2015 .
53. عبد الباقي البكري وزهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ، طبعة جديدة منقحة ، دار السنهوري ، بغداد ، 2015 م .
54. د. عبد الحكم فودة ، تفسير العقد في القانون المصري و القانون المقارن ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، 1980 .
55. عبد الحميد فودة ، جوهر القانون ، ط1 ، دار الفكر الجامعي ، القاهرة ، 2004 م .
56. د. عبد الحميد فودة ، الافتراض القانوني بين النظرية والتطبيق ، ط11 ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية - مصر ، 2003 .
57. د. عبد الحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، مطبوعات جامعة الكويت ، الكويت ، 1972 م .
58. د. عبد الرحمن البزاز ، أبحاث وأحاديث في الفقه والقانون ، مطبعة العاني ، بغداد ، 1958 م .
59. د. عبد الرحمن البزاز ، مبادئ أصول القانون ، وزارة التعليم العالي و البحث العلمي ، العراق ، 1982 م .
60. د. عبد الرزاق السنهوري ود. أحمد حشمت أبو ستيت ، أصول القانون ، مطبعة لجنه التأليف والترجمة والنشر ، القاهرة ، 1950 م .
61. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، نظرية العقد ، ط2 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت - لبنان ، 1998 م .
62. د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج4 ، ط3 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت- لبنان ، 2000 .
63. د. عبد الرزاق السنهوري ، أصول القانون ، مطبعة فتح الله الياس نوري وأولاده ، القاهرة مصر ، 1936 م .
64. د. عبد الرزاق السنهوري ، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام ، تنقيح المستشار احمد مدحت المراغي ، منشأة المعارف ، الاسكندرية - مصر ، 2004 .
65. د. عبد السلام الترماني ، نظرية الظروف الطارئة - دراسة تاريخية مقارنة في الشريعة الإسلامية و الشرائع الأوروبية و التقنينات العربية - دار الفكر ، دمشق ، 1971 م .
66. د. عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية العقد والارادة المنفردة ، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الاسلامي ، ط1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1984 .
67. د. عبد المجيد الحكيم ، الاعتبار كركن في العقد في القانون الإنكلو أمريكي ، جامعة بغداد ، بغداد ، بدون سنة طبع .
68. د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، مصادر الإلتزام ، ج1 ، المكتبة القانونية ، بغداد ، 2007 .
69. د. عبد المجيد الحكيم ، و عبد الباقي البكري ، و محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الإلتزام ، دار الكتب القانونية ، بيروت ، بدون سنة طبع .

70. د. عبد المنعم فرج الصدة ، أصول القانون ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ، القاهرة ، 1971 م .
71. د. عبد المنعم فرج الصدة ، حق الملكية ، ط2 ، مطبعة مصطفى البابي ، مصر ، 1967م .
72. د. عزيز كاظم جبر ، مبادئ أساسيه لمدخل العلوم القانونية ، ط5 ، مكتبة دار السلام القانونية ، بيروت ، 2019 م .
73. د. عصمت عبد المجيد ، أصول تفسير القانون ، ط1 ، الناشر صباح صادق جعفر ، بغداد ، 2004 .
74. د. عصمت عبد المجيد بكر ، أصول الاثبات ، منشورات جامعة جيهان ، اربيل - العراق ، 2012 .
75. د. عصمت عبد المجيد بكر ، مشكلات التشريع - دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة - ، ط1 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2004 .
76. د. عصمت عبد المجيد بكر ، نظرية الظروف الطارئة و دور القاضي في تطبيقها ، سلسلة الثقافة القانونية ، وزارة العدل ، بغداد ، 1993 .
77. د. علي محي الدين القره داغي ، مبدأ الرضائية في العقود - دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي - ج2 ، دار البشائر الاسلامية ، بيروت ، 1406 هـ - 2002 م .
78. د. عمر عبد الباقي ، الحماية العقدية للمستهلك ، ط1 ، منشأة دار المعارف ، مصر ، 2004 .
79. د. غالب علي الداودي ، المدخل الى علم القانون ، ط7 ، دار وائل للطباعة والنشر ، عمان - الأردن ، 2004 م .
80. د. فتحي والي ، التحكيم ودوره في المنازعات الوطنية والتجارية والدولية ، دار المعارف ، الإسكندرية - مصر ، 2014 .
81. د. فتحي والي ، الوسيط في قانون القضاء المدني ، طبعة نادي القضاة ، القاهرة ، 2008 م .
82. د. ليث كمال نصر اوين ، وصادم إبراهيم أبو عزام ، مبادئ الصياغة التشريعية ، ط2 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان . الأردن ، 2020 م .
83. د. مالك دوهان الحسن ، المدخل لدراسة القانون ، ج1 ، مطبعة الجامعة ، بغداد ، 1972 .
84. د. مجيد حميد العنكي ، مبادئ العقد في القانون الانكليزي ، منشورات كلية الحقوق ، جامعة النهريين ، بغداد ، 2001 .
85. د. محمد حسين منصور ، المدخل الى القانون - القاعدة القانونية - ، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت - لبنان ، 2010 م .
86. محمد حسين كاشف الغطاء ، تحرير المجلة ، ج4 ، المطبعة الحيدرية ، النجف الأشرف ، 1362 هـ .
87. د. محمد الكشور ، نظرية القوة القاهرة ، ط1 ، الدار البيضاء - المغرب ، 1413 هـ - 1993 م .
88. د. محمد سعيد جعفر ، مدخل الى العلوم القانونية - الوجيز في نظرية القانون - ، دار هومة ، الجزائر ، 2004 .
89. محمد سليمان الاحمد ، قاعدة نصل أوكام ، مطبعة شهاب ، أربيل 2010 م .
90. د. محمد علي عرفة ، مبادئ العلوم القانونية ، مكتبة عبد الله وهبة ، بدون مكان نشر ، 1942 .
91. د. محمد محمد بدران ، القانون الإنجليزي - دراسة في تطوره التاريخي ومصادره القانونية - ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1989 م .
92. د. محمود جمال الدين زكي ، دروس في مقدمة الدراسات القانونية ، ط2 ، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية ، القاهرة ، 1389 هـ - 1969 م .
93. د. محمود محمد علي صبرة ، أصول الصياغة التشريعية ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2004 .
94. د. مصطفى إبراهيم الزلمي ، نظرية الالتزام برد غير المستحق ، ط1 ، الخنساء للطباعة ، بغداد ، بدون سنة طبع .
95. د. مصطفى أحمد الزرقا ، شرح القانون المدني السوري ، نظرية الالتزام ، ط2 ، مطبعة جامعة دمشق ، سوريا ، 1960 ، ص336 .
96. د. مصطفى عبد الحميد عدوي ، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام ، ط2 ، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع ، القاهرة ، 1992 .

97. د. مصطفى محمد عرجاوي ، النظرية العامة للقانون ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1998 .
98. د. منصور مصطفى منصور ، نظرية الحلول العيني وتطبيقاتها في القانون المدني المصري ، مطبعة جامعة القاهرة ، مصر ، 1956 م .
99. د. منذر الفضل ، أصول القانون الفرنسي والبريطاني – دراسة مقارنة مع القانون الإسلامي ، ط2، دار آراس للطباعة والنشر ، أربيل - العراق ، 2004 .
100. د. همام محمد محمود ، المدخل الى القانون ، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت - لبنان ، 2010 .
101. هانس كلسن ، النظرية المحضة في القانون ، ترجمة د. أكرم الوتري ، مركز البحوث القانونية ، بغداد ، 1986 م .
102. د. ياسين محمد الجبوري ، شرح القانون المدني ، ج2 ، ط1 ، دار الثقافة ، عمان -الأردن ، 2006

تاسعاً : كتب علم الاجتماع القانوني

- 1- احسان محمد ، موسوعة علم الاجتماع ، الدار العربية للموسوعات ، بيروت ، 1999 م .
- 2- أحمد زكي بدوي ، معجم مصطلحات العلوم الاجتماعية ، مكتبة لبنان – بيروت، 1982 م.
- 3- أمال عبد الحميد وآخرون ، علم الاجتماع القانوني ، ط1 ، دار الميرة ، عمان – الاردن ، 2010 .
- 4- أميل غربي ، العدالة الاجتماعية ، ترجمة سهيلة الياس ، المطبعة الكاثوليكية ، بيروت- لبنان ، 1976 م .
- 5- د. مؤيد زيدان ، علم الاجتماع القانوني ، منشورات الجامعة السورية ، دمشق - سوريا ، 2018 .
- 6- هنري ليفي برول ، سوسولوجيا الحقوق ، ط1 ، ترجمة : عيسى عصفور ، منشورات عويدات ، بيروت – لبنان ، 1974 .

عاشراً : الرسائل و الأطاريح الجامعية

1. أحمد طلال عبد الحميد ، قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في مجال العقود الادارية – دراسة مقارنة - رسالة ماجستير مقدمه لكلية الحقوق ، جامعة النهرين ، 2012م .
2. إيمان طارق الشكري ، سلطة القاضي في تفسير العقد - دراسة مقارنة - ، أطروحة دكتوراه ، مقدمة لكلية القانون ، جامعة بغداد ، 2002 .
3. إيمان بو شارب ، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك ، رسالة ماجستير ، مقدمة لكلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة العربي بن مهيدي - الجزائر ، 2012 م .
4. إيناس مكي عبد نصار ، الافتراض القانوني – دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي – اطروحة دكتوراه ، مقدمة لكلية القانون جامعة كربلاء ، 2017 م .
5. برنابا كورينا ، السلطة التقديرية للقاضي المدني في نطاق الرابطة العقدية و الإثبات القضائي، أطروحة دكتوراه ، مقدمة لكلية الدراسات العليا ، قسم القانون ، جامعة النيلين ، السودان ، 2017 م .
6. بشير دالي ، دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد - دراسة مقارنة - أطروحة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقايد ، الجزائر ، 2016 م .
7. جواد أحمد كاظم البهادلي ، الثابت والمتغير في الشريعة الإسلامية ، رسالة ماجستير مقدمة لكلية الفقه ، جامعة الكوفة ، 2007 .
8. رباني الحاج ، العدالة والقيم الانسانية ، أطروحة دكتوراه مقدمة لكلية العلوم الاجتماعية ، جامعة وهران ، الجزائر ، 2012 م .
9. سماح جبار ، القيمة القانونية للعنصر الاخلاقي في العقود الخاصة ، اطروحة دكتوراه في القانون الخاص مقدمة لكلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة ابو بكر بلقايد ، الجزائر ، 2018 م .

10. السيد بدوي ، حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية ، أطروحة دكتوراه ، مقدمة لكلية القانون / جامعة القاهرة ، 1989 .
11. شيماء أحمد الشخيلي ، عقد الإذعان ، رسالة ماجستير مقدمة لكلية الحقوق في جامعة النهريين ، 2000 .
12. صاحب عبيد الفتلاوي ، تحول العقد ، أطروحة دكتوراه ، مقدمة لكلية القانون ، جامعة بغداد ، 1986 م .
13. طارق عبد الرزاق شهيد الحمامي ، الاستنباط القضائي في الدعوى المدنية ، أطروحة دكتوراه ، مقدمة لكلية القانون ، جامعة كربلاء ، 2020 .
14. طاهر عيسى والي ، موارد الخلاف بين قانون الاحوال الشخصية العراقي والفقہ الاسلامي ، رسالة ماجستير ، مقدمة لكلية القانون ، جامعة الكوفة ، 2018 .
15. عبد الجبار ناجي الملا صالح ، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود ، رسالة ماجستير ، مقدمة لكلية القانون ، جامعة بغداد ، 1973 م .
16. عبد الفتاح حجازي ، تفسير العقد ، رسالة ماجستير مقدمة لكلية القانون - جامعة بغداد ، 1988 .
17. د. عبد المنعم فرج الصدة ، عقود الإذعان في القانون المصري ، أطروحة دكتوراه ، مقدمة لكلية الحقوق - جامعة فؤاد الأول ، 1946 م .
18. عبد الوهاب علي سعيد الرومي ، الاستحالة وأثرها على الالتزام العقدي ، أطروحة دكتوراه ، مقدمة لكلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 1994 .
19. عدنان إبراهيم الجميلي ، الاجتهاد في مورد النص - دراسة أصولية قانونية مقارنة - ، أطروحة دكتوراه مقدمه لكلية الحقوق ، جامعة النهريين ، 2001 م .
20. عصمت عبد المجيد ، اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ودور القاضي في معالجته - دراسة مقارنة - أطروحة دكتوراه ، مقدمة لكلية القانون والسياسة ، جامعة بغداد ، 1978 .
21. علي حسين منهل ، الاخلال الفعال في العقد ، أطروحة دكتوراه ، مقدمة لكلية القانون جامعة كربلاء ، 2018 م .
22. علي عبد الله الحريشواوي ، الفراغ في القانون ، أطروحة دكتوراه ، مقدمه لكلية القانون جامعة كربلاء ، 2015 م .
23. علي مصبح صالح ، سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد ، رسالة ماجستير ، مقدمة لكلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط - الأردن ، 2011 م .
24. فاطمة الزهراء زيتوني ، مبدأ حسن النية في العقود - دراسة مقارنة - أطروحة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبي بكر بلقايد - الجزائر ، 2018 .
25. فاطمة نساخ ، مفهوم الإذعان ، رسالة ماجستير ، مقدمة لكلية الحقوق جامعة بن عكنون ، الجزائر ، 1998 .
26. ليث عبد الرزاق علي الأنباري ، فكرة الأمان القانوني ودورها في تنازع القوانين - دراسة مقارنة - أطروحة دكتوراه مقدمة لكلية القانون - جامعة بغداد ، 2017 .
27. مبارك صائغي ، مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي للقانون الجزائري ، رسالة ماجستير ، مقدمة لمعهد الحقوق والعلوم الادارية ، جامعة الجزائر ، 1986 م .
28. مجيد حميد العنبيكي ، أثر المصلحة في تشريع الأحكام ، رسالة ماجستير مقدمة ، لكلية القانون ، جامعة بغداد ، 1971 م .
29. محمد أحمد رمضان ، دور القاضي في إنشاء القاعدة القانونية المدنية ، رسالة ماجستير ، مقدمة لكلية القانون والسياسة ، جامعة بغداد ، 1985 .
30. محمد علي الخطيب ، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري والفقہ الاسلامي ، أطروحة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق - جامعة عين الشمس ، مصر ، 1992 .

حادي عشر : البحوث و المقالات العلمية

- 1- أمير طالب هادي ، فاعلية مبدأ حسن النية - دراسة تحليلية - بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية ، المجلد 26 ، العدد 7 ، 2018 م .
- 2- إياد مطشر صيهود ، العدالة جوهر قانون العلاقات الخاصة الدولية ، بحث منشور في مجله القانون للدراسات والبحوث القانونية العدد(15) لسنة 2017 .
- 3- د. إياد مطشر صيهود ، نظرية الفراغ التشريعي في القانون الدولي الخاص ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية و السياسية ، جامعة ذي قار ، المجلد (8) ، العدد (31) ، 2019 .
- 4- أياد يونس محمد الصقلي وعامر حادي الجبوري ، العدالة الانتقالية - دراسة قانونية - بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية ، جامعة الموصل .
- 5- د. حامد شاكر الطائي ، دور الاجتهاد القضائي في تحقيق الأمن القانوني ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، كلية القانون ، الجامعة المستنصرية ، مجلد (15) ، العدد (31) ، 2018 .
- 6- حسن الجواهري ، عقود الإذعان ، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، العدد (14) ، مجلد (3) ، 1423 هـ .
- 7- حسون عبيد هجيج وفخري جعفر احمد علي ، فلسفة العدالة القانونية ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، العدد الاول ، السنة الحادية عشرة ، 2019 م .
- 8- حسين الظريفي ، مدى حرية القاضي إزاء القانون ، بحث منشور في مجلة القضاء ، العدد (2-3) ، السنة (11) ، بغداد ، 1953 .
- 9- حيدر حب الله ، مقصدية العدل ، بحث منشور في مجلة نصوص معاصرة ، السنة (14) العدد (54) 1440 هـ - 2019 م .
- 10- د. خالد جمال احمد ، ماهية الصياغة التشريعية ومقومات جودتها ، بحث منشور في الملحق الخاص بالمؤتمر السنوي الرابع (القانون أداة للإصلاح والتطوير) ، العدد الثاني ، الجزء الاول ، مايو ، 2017 م .
- 11- د. راقية عبد الجبار علي ، تأصيل دور القاضي في تكوين القاعدة القانونية - دراسة مقارنة - بحث منشور في المجلة العربية للفقه و القضاء ، العدد 46 ، 2016 م .
- 12- رعد عبد الأمير مظلوم الخزرجي ، مبدأ حسن النية في تنفيذ المعاهدات ، بحث منشور في مجلة ديالى ، العدد 64 ، 2014 م .
- 13- د. شمس الدين الوكيل ، نظرات في فلسفة القانون ، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ، جامعة الاسكندرية ، كلية الحقوق ، السنة 12 ، العددان 3-4 ، 1969م .
- 14- صفاء متعب الخزاعي ، الفهم الاجتماعي للنص القانوني ، بحث منشور في (مجلة القادسية للعلوم القانونية والسياسية ، العدد الثاني المجلد السادس ، كانون الاول / 2015م .
- 15- د. عادل شمران حميد وطارق عبد الرزاق شهيد ، دور الاجتهاد القضائي في استنباط الأحكام ، بحث منشور في مجلة الكوفة ، المجلد 49 ، العدد 1 ، 2020 م .
- 16- د. عامر زغير محيسن ، الموازنة بين فكرة الامن القانوني ومبدأ رجعية الحكم بعدم الدستورية ، بحث منشور في مجلة الكوفة ، العدد 18 ، 2010 .
- 17- د. عباس العبودي ، الدور الاجتهادي لأحكام محكمة التمييز الاتحادية في صياغة القاعدة القانونية للقانون المدني العراقي ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، العدد2 ، مجلد 30 ، 2015 .
- 18- عبد الرحمن صبري ، القاضي بين الاجتهاد في مورد النص و الاجتهاد في البحث عن النص ، مقال منشور في موقع ساحة الرأي على الشبكة المعلوماتية متاح على الرابط : <https://staging.kitabat.com/demo/wp-content/uploads/2017> .
- 19- د. عبد الرحمن للمتوني ، الاجتهاد القضائي والامن القانوني ، بحث منشور في مجلة الملحق القضائي الصادر عن المعهد العالي للقضاء في المغرب العدد (46) ، 2014 م .
- 20- د. عبد الرزاق السنهوري ، وجوب تنقيح القانون المدني ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد ، العدد الاول، يناير ، 1936 .

- 21- د. عبد المجيد الخذاري وفطيمة بن جدو ، الأمن القانوني و الأمن القضائي علاقة تكامل ، بحث منشور في مجلة الشهاب ، مجلد 4 ، العدد 2 ، 1439هـ - 2018م .
- 22- د. عبد المجيد غميحة ، مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي ، بحث منشور في مجلة الملحق القضائي – المغرب ، العدد 42 ، 28/ مارس / 2008 .
- 23- د. عبد المنعم فرج الصدة، عقد الإذعان ، بحث منشور في مجلة الامن القانوني ، المجلد (4) العدد (1) ، 1996 م .
- 24- د. عدوي مصطفى عبد الحميد ، التدليس الإيجابي والكتمان التدليسي في القانون الإنكليزي ، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق جامعة المنوفية ، مج (7) ، عدد (14) ، 1998 .
- 25- د. عدوي مصطفى عبد الحميد ، التدليس الإيجابي والكتمان التدليسي في القانون الإنكليزي ، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق جامعة المنوفية ، مج (7) ، عدد (14) ، 1998 .
- 26- عزمي بشارة ، مداخله بشأن العدالة ، بحث منشور في مجلة تبين ، العدد الخامس ، ربيع 2013
- 27- د. عزيز جواد هادي ، القوة الملزمة لقرارات محكمة التمييز الاتحادية ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، المجلد 2 ، العدد 1 ، 2010 .
- 28- د. علي احمد عباس ، الصياغة التشريعية وأثرها في تطبيق القانون ، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية يصدرها قسم الدراسات القانونية في بيت الحكمة ، العدد 2 ، السنة السادسة ، 2007
- 29- علي حسين منهل ، تفسير شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية دراسة في القانون الإنكليزي ، بحث منشور في مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية ، العدد الأول ، المجلد : الثامن ، حزيران ، 2017.
- 30- علي مجيد العكيلي ، العدالة التشريعية ودورها في حماية الحقوق المكتسبة ، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق / جامعة النهريين ، المجلد 22 ، العدد 2 ، 2020 .
- 31- د. عمار محسن كزار الزرقي ، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على إعادة التوازن الاقتصادي المختل في العقد ، بحث منشور في مجلة مركز دراسات الكوفة ، العدد ، 38 ، 2015 م .
- 32- عواد حسين ياسين العبيدي ، اجتهاد القاضي في مورد النص بين نهي التشريع ومقتضيات العدالة ، بحث منشور في مجلة التشريع والقضاء ، العدد 4 ، السنة 3 ، 2011
- 33- د. فايز محمد حسين ، فلسفه القانون ونظرية العدالة ، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية ، العدد الثاني ، 2010 م .
- 34- د. لاشين محمد الغياتي ، عقد الإذعان في القانون المدني المصري وموقف الشريعة الإسلامية منه ، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون ، العدد الاول ، مصر ، 1986 م .
- 35- د. مازن ليلو راضي ، من الأمن القانوني الى التوقع المشروع ، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق - جامعة النهريين ، العدد 1 ، 2019 .
- 36- د. محفوظ بن صغير ، اجتهاد القاضي في العصر الحديث ، بحث منشور في مجلة الدراسات والبحوث القانونية ، العدد السادس ، جامعة محمد بو ضياف ، الجزائر .
- 37- د. محمد محمد سادات ، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في القانون الإنكليزي ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، المجلد (12) ، العدد (2) ، مصر ، بلا سنة نشر .
- 38- د. محمد محمد عبد اللطيف ، مبدأ الامن القانوني ، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، جامعة المنصورة – كلية الحقوق ، العدد 36 ، 2004 .
- 39- د. محمود السقا ، أثر الفلسفة في الفقه والقانون الروماني ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد - للبحوث القانونية والاقتصادية - العدد (1،2) السنة (42) مارس ، 1972 .

- 40- د. محمود السقا ، دراسة فلسفيه لنظرية القانون الطبيعي في العصر الوسيط ، بحث منشور في مجلة مصر المعاصرة ، السنة (67) العدد (367) .
- 41- د. مختار دويني ، مبدا الأمن القانوني ، ومقتضيات تحقيقه ، بحث منشور في مجلة الدراسات الحقوقية ، جامعة سعيدة - الجزائر ، المجلد 2 ، العدد 5 ، 2016 .
- 42- د. منصور حاتم محسن ، متطلبات تحقيق العدالة التعاقدية - دراسة مقارنة - بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية ، المجلد 26 ، العدد 3 ، 2018 .
- 43- د. نواف حازم خالد وسركوت سليمان عمر ، الاتجاهات الفقهية في تقسيمات الصياغة التشريعية ، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق ، السنة (8) المجلد (3) العدد (29) .
- 44- د. نزار عبد الامير و د. ضياء عبدالله ، فلسفة القانون الطبيعي في الفكر اليوناني القديم ، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق ، السنة السابعة ، العدد الاول / 2015 م .
- ثاني عشر : الكتب و البحوث المنشورة على المواقع الإلكترونية

- 1- بليل عبد الكريم ، مفهوم الادراك ، بحث منشور على شبكة الالوكة على الموقع الإلكتروني : www.alukah.net
- 2- حسن الجواهري ، عقود الإذعان ، تقريرات بحث الفقه ، متاح على الشبكة المعلوماتية في موقع الارتباط الشيعي ، على الرابط : www.eshi.ir/feqh
- 3- حيدر سعدون المؤمن ، مبادئ الصياغة القانونية ، دائرة الشؤون القانونية قسم اقتراح التشريعات في العراق ، بحث منشور على الموقع الإلكتروني : <http://www.nazaha.iqcsiya9ha>
- 4- الشاطبي ، الموافقات في أصول الشريعة ، منشور على الموقع الإلكتروني : www.al-mostafa.com
- 5- صادق جعفر الروازق ، منطقة الفراغ معالجات في الشريعة والقانون ، 2013 م ، منشور على موقع الحوار المتمدن على الشبكة المعلوماتية الإلكترونية متاح على الرابط : <http://www.ahewar.org>
- 6- علي أكبر حائري ، منطقة الفراغ في التشريع الإسلامي ، 1417 هـ ، بحث منشور على موقع إيران والعرب على الشبكة المعلوماتية متاح على الرابط : <http://www.iranarab.com>
- 7- فارس حامد عبد الكريم ، القصور التشريعي ، بحث في فلسفة القانون ، منشور على موقع مؤسسة النور ، متاح على الرابط الآتي : www.alnoor.se.com
- 8- محمد باقر الايرواني ، قاعدة المورد لا يخصص الوارد ، بحث منشور على الشبكة المعلوماتية ، متاح في موقع الارتباط الشيعي على الرابط الآتي : www.wikifeqh.lib.eshia.ir
- 9- محمد تقي المدرسي ، التشريع الإسلامي ، مبادئ القانون الطبيعي ، منشور على الموقع الإلكتروني : www.almodarresi@almodrresi.com

10- معجم المعاني ، معنى كلمة صياغة ، متاح على الشبكة المعلوماتية على الرابط الآتي :
<https://www.amaany.com>

11- يحيى أحمد بني طه ، مفهوم مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود ، بحث منشور على الشبكة المعلوماتية متاح على الرابط الآتي :

<http://www.monamah.net/answer/78821/k>

ثالث عشر : القوانين و الأعمال التحضيرية (مرتبة حسب تاريخ صدورهما تصاعدياً)

- 1- قانون العقوبات المصري رقم (58) لسنة 1937 المعدل النافذ .
- 2- القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 .
- 3- القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل .
- 4- قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 .
- 5- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 .
- 6- قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 .
- 7- قانون التسجيل العقاري العراقي رقم 43 لسنة 1971 .
- 8- قانون المعهد القضائي العراقي رقم (33) لسنة 1976 .
- 9- قانون إصلاح النظام القانوني العراقي رقم 35 لسنة 1977 .
- 10- قانون إيجار العقار العراقي ، رقم (87) لسنة 1979 وتعديلاته .
- 11- قانون الإثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979 .
- 12- قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (13) لسنة 1986 .
- 13- قانون حماية المستهلك العراقي رقم (1) لسنة 2010 .
- 14- مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج2 ، وزارة العدل ، الحكومة المصرية ، مطبعة دار الكتاب العربي ، بلا سنة نشر .
- 15- مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني العراقي ، اعداد القاضي ضياء شيت خطاب وآخرون ، مطبعة الزمان ، بغداد ، 1419 هـ - 1998 م .

رابع عشر : المجاميع القضائية

- 1- إبراهيم المشاهدي ، المختار من قضاء محكمة التمييز ، مجموعة العقار القضائية ، مطبعة الزمان ، بغداد ، 1999 .
- 2- عبد العزيز السهيل ، أحكام القضاء العراقي على مواد القانون المدني ، دار التضامن للطباعة والنشر ، بغداد ، 1381 هـ - 1962م .
- 3- علاء صبري التميمي ، المجموعة المدنية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية للسنوات (2006)، (2007 ، 2008) ، نشر وتوزيع مكتبة صباح ، بغداد ، 2009 .
- 4- موقع البوابة القانونية لمحكمة النقض المصرية متاح على الرابط الآتي :

<http://www.cc.gov.eg/courts/casstion-court/all/casstion-court-all-cases.aspx>

Fifteenth: Sources in foreign languages

- 1- Atiyah.p.s. and Stephen a. smith. Atiyahs Introduction to the law of contract sixth edition clarendon press oxford ، 2005 .
- 2- C.R.Y Radcliffe and geofrey cross، the English legal system ، Butterworths ، London ،1937.
- 3- Compact oxford English dictionary (online edn) available at :
- 4- Equity and equitable remedies ، William Hamilton ، university of Richmond .

- 5- Ewan Mckendrick ، Contractual law ، text ، Cases ، and materials (8th rdn ، oxford 2018).
- 6- Glanville Williams learning the law 9th ed stevens and sons London 1974 .
<http://www.Askoxford.com/conciseoed/goodfaith>
- 7- Janet O`Sullivan and jonathan Hilliard the law of contract (6th edn، oxford 2014).
- 8- Lasneels principles of equity 21 ، by sir Robert megarry (gustice) and p.i. baker law professor e weet amax well London 1973 .
- 9- Leslie Kelleher، exclusion clauses in contract ،1984 ،Manitoba law journal .
- 10- Mark greenbery ، how facts make law ، 2002 .
- 11- MARTIN WEINSTEIN of the new York bar-summary of amarican law ، 1988 .
- 12- T.F.F plucknett ، a concise history of the commo law ، London ؛ buttereorth ، 1956 .
- 13- The Unfair terms in consumer contracts regulations 1999 .
- 14- Trietle، g . h . the low of contracts ، sweet and Maxwell ، London ، 1981 .
- 15- William Hamilton Bryson ،Equity And Equitable Remedies ، university of Richmond ، 1987 .

Abstract

The rules of justice are the basis upon which all laws and regulations must be based in order to achieve the supreme goal of the system in societies, which is the general good of the group as well as the private one for each individual. The rules of justice are general and binding rules of social behavior, and their violation entails an appropriate penalty. They differ from justice in that achieving justice occurs through equality before the law through the application of legal texts to all, regardless of particularities, while the rules of justice take into account the circumstances surrounding people. And in legal actions, and the rules of justice are considered as validations of natural law, and their relationship with it is the relationship of the specific credential to the general concept, and the ratio between them is general and particular, and it differs from the legal supposition or trick, even if each of them is used to develop legal rules and solve problems facing legislative texts, foremost of which is the lack of Legislative law and the rules of justice. Even if the philosophers, law philosophers, jurists, theologians and jurists of Islamic law differ in explaining its truth and origin, but their difference stems from a different angle of view. Otherwise, they all aim at one meaning and a unique concept; Because all the philosophical propositions and theories, and the intentional and fundamentalist approaches express one meaning, which is to give everyone his right. Moreover, it is clear that factual and intellectual facts alone are not sufficient to form the legal basis; b Because these facts are data that express the reality, while the law expresses what it should be, which is the duty that must be adhered to, and not everything that is a reality must be adhered to, and the legislator during the formulation of legal rules must invoke a higher ideal In order for it to produce the legal rules in a flexible manner that meets the renewable needs in every era, as well as the legal rules must contribute to establishing stability and legal security and emphasizing good faith in legal actions, in addition to the necessity of restoring the balance to

legal relations that upset the economic balance. In it, especially in the contractual relations at the construction stage or at the implementation stage. In all these calamities and dilemmas, we find that the rules of justice are the refuge for the legislator when the legal rules are established. As for the judiciary's need for the rules of justice, it is represented in the adoption of judicial jurisprudence to fill the gap in legislation or the vacuum. Legal, whether real or hypothetical, as well as in the interpretation of legal texts and civil contracts, the rules of justice are the last stage that the judge resorts to in order to obtain the optimal interpretation of the law. That achieves a balance in legal relations, and gives each person his right, in addition to the judge's participation in the establishment of abstract general legal rules by adhering to the judicial precedents that are a cause for achieving justice and enhancing the nature of judicial security that gives people reassurance when resorting to the judiciary. When they have it from Overall prior knowledge of the directions and judicial principles of the Supreme Courts, all these important issues and many other facts contained in the rules of justice



The Republic of Iraq

Ministry of Higher Education and Scientific Research

Karbala University - College of Law

Private Law

The Rules of Equity in Civil Law

-Comparative Study-

Thesis Submitted to the Council of the (College of Law / University of Karbala) in Partial Fulfilment of the Requirements for the Doctor of Philosophy in Private Law

Written by:

Taher Issa Wali El Shafei

Supervised by:

prof. Dr. Adel Shamran Hamid Prof. Dr. Nizar Abdel Amir Turki

AD 2022

AH1443