



جمهورية العراق  
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
جامعة كربلاء  
كلية القانون

# الاستنباط القضائي في الدعوى المدنية (دراسة مقارنة بالقواعد الأصولية)

أطروحة تقدم بها الطالب  
طارق عبد الرزاق شهيد الحمامي

إلى مجلس كلية القانون / جامعة كربلاء  
وهي جزء من متطلبات نيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص

أشرف الدكتور  
عادل شمran حميد الشمري  
أستاذ القانون المدني

۲۰۲۰

۵۱۴۴۱

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

(وَإِذَا جَاءَهُمْ أَمْرٌ مِنَ الْأَمْنِ أَوْ الْخَوْفِ أَذَاعُوا بِهِ وَلَوْ

رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُولِي الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ

الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ وَلَوْ أَنَّ اللَّهَ عَلَّمَ

وَرَحْمَتَهُ لَا تَبَعُوا الشَّيْطَانَ إِلَّا قَلِيلًا)

صدق الله العلي العظيم

[ ب ]

## الإهداء

- إلى المصباح الذي ما فتىء يُنير العقول فينشر راية المعرفة خفاقة في أفق التاريخ .

إلى منهل الإلهام الذي علم الأجيال سُبُلَ الارتقاء لتُحلق في فضاء النور، وشيّد صروح العلم والأدب لتبقى مشرقة مع إشراق الحياة عبر الزمن .

إلى مشكاة النور ورياض القداسة الذي اهتزت له مشاعر العظماء خجلا من فيض عطائه الثر وتحيرت معاني مفرداتهم أمام المعية وجلال قدره.

إلى سليل النبوة والمثل الأسمى الأمام جعفر بن محمد الصادق (ع) - مؤسس علوم الاستنباط - حبا وكرامة.

- إلى الذين وضعوا القلوب على الأكف وذهبوا زاحفين ليحققوا بدمائهم عدالة السماء في وطننا الجريح .

إلى من وثّقوا أسماءهم بخطى البصيرة على صعيد ترابه المقدس نحو ذرى المجد والكرامة .

إلى من سالت دمائهم على ذرات رماله السوداء وربواته الخضراء ليحرروا الأرض من براثن الدنس والهمجية .

إلى الشهداء الأبرار عرفانا بالجميل .

[ ت ]

## الشكر وعرفان

الحمد لله رب العالمين ، الهي تحمدك نفسي ولساني وعقلي حمدا يبلغ الوفاء وحقيقة الشكر، حمدا يكون مبلغ رضاك عني. . .

أما بعد : أتوجه بالشكر والتقدير إلى أستاذي المشرف الأستاذ الدكتور عادل شمran حميد الذي تفضّل بالأشراف على كتابة هذه الأطروحة ، الذي تابعتني في جميع فصولها ومباحثها ، ولم يبخل عليّ باي ملاحظة علمية أو مشورة سألته إياها ، وقد أفاض عليّ من أخلاقه وعلمه ما أعانني على إنجاز هذا العمل ، فجزاه الله عني خير جزاء المحسنين .

واقدم شكري وتقديري إلى الأستاذ الدكتور عقيل السعدي عميد الكلية المحترم ، وشكري وتقديري إلى الأستاذ الدكتور ضياء عبد الله الأسدي عميد الكلية السابق .

كما أتوجه بخالص الشكر والتقدير إلى أستاذتي في السنة التحضيرية لدراسة الدكتوراه ، الأستاذة الدكتورة حسن حنتوش ، والأستاذة الدكتورة حكمت الدباغ ، والأستاذة الدكتورة باسم العقابي ، والأستاذة الدكتورة علاء الجبوري ، والأستاذة الدكتورة حيدر الشمري، والأستاذة الدكتورة مكي عبد المجيد ، والأستاذة الدكتورة حسن علي كاظم ، والأستاذة المساعد الدكتورة أسراء فهمي .

وشكري وتقديري إلى السادة الأساتذة معاوني العميد ورؤساء الفروع المحترمين ، وأساتذة الكلية كافة ، وإلى جميع الملاك الوظيفي والعاملين في هذه الكلية الموقرة لاسيّما موظفي الدراسات العليا والمكتبة ، فشكرا للجميع لما أبديتهم من مساعدة وأخلاقٍ فاضلةٍ سهلت لي طريق الدراسة والبحث .

وأتوجه بالشكر والتقدير إلى المقوم العلمي والمقوم اللغوي ، وإلى لجنة المناقشة الموقرة الذين تحملوا مسؤولية هذا العمل وتقويمه وتقييمه .

والشكر موصول إلى أستاذتي في مرحلة الماجستير والبيكالوريوس ، وكذلك في مرحلة الثانوية والابتدائية لاسيّما أستاذي السيد حامد المؤمن الذي رباني في ظل أخلاقه النبيلة على حب الكتاب والمطالعة .

ولن انسى فضل أي أستاذ درّسني وسأبقى مدينا منحنيا لهم حتى اخرج من هذه الدنيا ، ( من علّمني حرفا ملكني عبدا) .

## [ ث ]

وأقدم بالشكر والتقدير إلى المدرس الدكتور ضياء غيبي التدريسي في كلية القانون - جامعة الكوفة الذي ساعدني في ترجمة المصادر الفرنسية ، وإلى الأستاذ المساعد الدكتور عبد الأمير جفات التدريسي في كلية القانون - جامعة بابل الذي ساعدني في ترجمة المصادر الأنكليزية ، وإلى أخي وصديقي الأستاذ الدكتور عبدالكريم الدباج الذي أزرني بالتوجيه والنصح لكل ما هو خير .

وأقدم بالشكر إلى كل من قدم لي يد المساعدة لاسيما العاملين في المكتبات والمؤسسات العلمية ، وإلى جميع الأخوة والزلاء والأصدقاء . . . وشكرا لكل من اصطنع العارفة عندنا .

وابتهل إليه سبحانه وتعالى أن يرحم والديّ ، رب ارحمهما كما ربياني صغيرا وأجزهما بالإحسان إحسانا وبالسيئات غفرانا انك أنت ارحم الراحمين .

وشكرا لأسرتي التي صبرت معي وتحملت العناء في سبيل إنجاز هذه الأطروحة .

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين ، فلك الشكر - يارب - على ما خولتتنا من النعماء حمدا يخلف حمد الحامدين ورائه حمدا يملأ أرضك وسمائك انك المنان بجسيم المنن .

الباحث

## الملخص

تتنوع مراحل نظر القاضي للدعوى ولكن هناك مرحلتين يشكلان جوهر الدعوى ، هما مرحلة النظر في وقائع الدعوى لأجل إثباتها ، والمرحلة الأخرى وهي إصدار الحكم القضائي لفصلها .

فالقاضي لا يمكن ان يفصل النزاع حتى يقف على إثبات الادعاء أو نفيه من خلال الأدلة القانونية ، ولكن الدليل المباشر في الدعوى لا يتوفر دائما أو قد يتوفر إلا أنه لا يكون تاما ، وعندئذ يأتي الدور الإيجابي للقاضي من خلال ما يقوم به من عمل استنباطي في التوصل إلى ما يُثبت الواقعة أو يستكمل الأدلة الناقصة فيها .

وهذا الاستنباط قد ذكره المشرع العراقي في المادة (١٠٢) من قانون الإثبات عند تعريفه للقرينة القضائية بأنها (استنباط القاضي أمرا غير ثابت من أمر ثابت لديه في الدعوى المنظورة ) ، وذكره المشرع المصري في المادة (١٠٠) من قانون الإثبات إذ نص على انه ( يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون ) ، وتناول المشرع الفرنسي هذه المسألة في المادة (١٣٤٩) من القانون المدني ونص بان (القرائن نتائج تستخلص بحكم القانون أو تقدير القاضي من واقعة معروفة للاستدلال على واقعة غير معروفة) وفي ترجمة أخرى لهذا النص بانها ( نتيجة يستنبطها الحاكم أو القاضي من حادثة معلومة ليقاس عليها حالة مجهولة) .

فما هي دلالة هذا الاستنباط ، هل يُراد به معناه اللغوي أم الاصطلاحي كما في المنطق الحديث؟ أي تبني المنهج الاستنباطي في البحث والاستدلال على المجهول ، الذي يُقابل المنهج الاستقرائي .

فإذا فرغ القاضي من المرحلة المتقدمة ، وبعد إعطاء الوصف القانوني للواقعة موضوع النزاع وتشخيص القاعدة القانونية المنطبقة عليها ، يعود مرة أخرى ليمارس عملا استنباطيا آخر وهو استنباط الحكم القضائي الذي يفصل الدعوى ، ولهذا الاستنباط مصادره وقواعده عند وجود النص التشريعي وعند فقده . أو قد يطبق الحكم الموجود في النصوص على الوقائع بعد تكييفها .

فكيف يتم تشخيص الدلالات على الحكم في الحالتين ، وما المورد الاجتهادي في إنشاء القاعدة القانونية مصدر الاستنباط ؟

ومما تقدم نتصور إشكالية البحث بأنها ذلك الغموض الذي يكتنف عملية الاستنباط القضائي وافتقارها إلى التفسير بوصفها ظاهرة قانونية وقضائية .

## [ ح ]

وقد أتبعنا لحل هذه الإشكالية تطويع الأسس المنطقية والمباحث الأصولية التي ينبغي على القاضي مراعاتها عندما يتصدى لعملية الاستنباط في الدعوى المنظورة .

فمحور البحث أولاً الاستنباط القضائي الذي يمارسه القاضي للتوصل إلى الدلالات والقرائن لإثبات أو نفي الواقعة موضوع النزاع أو استكمال الأدلة الناقصة في الدعوى المنظورة ، وما يستلزمه هذا الاستنباط من شروط في الوقائع التي تكون مصدراً له من حيث ثبوتها وصلتها بالواقعة موضوع النزاع ، وما يستلزمه من كفاءات في القاضي لأجل ممارسة هذا الاستنباط سواء الكفاءة العلمية أم الكفاءة الشخصية ودور الطرق الاستنباطية الاستدلالية التي يسلكها القاضي كالاستقراء والقياس ، وثانياً الاستنباط القضائي الذي يمارسه القاضي لأجل التوصل إلى الأحكام التي تحسم الدعوى ببيان المراكز القانونية للخصوم إزاء الواقعة موضوع النزاع ، سواءً كان ذلك الاستنباط في حالة وجود النص التشريعي ودلالة ألفاظه وفحواه والقواعد التي بموجبها تشخص تلك الدلالات ، أو كان ذلك في حالة الفراغ التشريعي والنقص القانوني ، وما يلجأ إليه القاضي من المصادر الاحتياطية في هذه الحالة ومدى دوره في إنشاء القاعدة القانونية مصدر الاستنباط .



## المحتويات

١	..... المقدمة
٩	.....المبحث التمهيدي- مفهوم الاستنباط القضائي
١٠	.....المطلب الأول- ماهية الاستنباط القضائي
١١	.....الفرع الأول- ماهية الاستنباط في الوقائع
١٣	.....الفرع الثاني- ماهية الاستنباط في الأحكام
١٥	.....المطلب الثاني- تمييز الاستنباط القضائي مما يتداخل معه
١٥	.....الفرع الأول- تمييز الاستنباط القضائي من التفسير القضائي
١٩	.....الفرع الثاني- تمييز الاستنباط القضائي من الاجتهاد القضائي
٢٥	.....الباب الأول- الاستنباط القضائي في نطاق وقائع الدعوى
٢٦	.....الفصل الأول- مستلزمات الاستنباط القضائي
٢٦	.....المبحث الأول- شروط الواقعة محل الاستنباط
٢٧	.....المطلب الأول- ثبوت الواقعة محل الاستنباط
٢٨	.....الفرع الأول- تحقق ثبوت الواقعة
٣٠	.....الفرع الثاني- دليل ثبوت الواقعة
٣٤	.....المطلب الثاني- صلة الواقعة محل الاستنباط بالواقعة موضوع النزاع
٣٤	.....الفرع الأول- تحقق الصلة بين الواقعتين
٣٩	.....الفرع الثاني- أساس الصلة بين الواقعتين
٤٣	.....المبحث الثاني- كفاءات القاضي للعمل الاستنباطي
٤٣	.....المطلب الأول- الكفاءة العلمية
٤٤	.....الفرع الأول- المعرفة المنطقية
٤٧	.....الفرع الثاني- ملكة الاستنباط

## [د]

- المطلب الثاني- الكفاءة الشخصية..... ٤٩
- الفرع الأول- الجهد الذهني..... ٤٩
- الفرع الثاني- الموضوعية..... ٥٣
- الفصل الثاني- طرق الاستنباط القضائي..... ٥٦
- المبحث الأول - الطريقة الاستقرائية..... ٥٧
- المطلب الأول- الملاحظة..... ٥٧
- الفرع الأول- موضوع الملاحظة..... ٥٨
- الفرع الثاني- تحليل الوقائع..... ٦٣
- المطلب الثاني- الفرض..... ٦٦
- الفرع الأول- وضع الفرض..... ٦٧
- الفرع الثاني- تحقيق الفرض..... ٦٩
- المبحث الثاني- الطريقة القياسية..... ٧٣
- المطلب الأول- تأليف القياس..... ٧٣
- الفرع الأول- صورة القياس..... ٧٤
- الفرع الثاني- مادة القياس..... ٧٨
- المطلب الثاني- مبادئ القياس..... ٨٠
- الفرع الأول- المبادئ العقلية..... ٨١
- الفرع الثاني- المبادئ القانونية..... ٨٥
- الباب الثاني- الاستنباط القضائي في نطاق اصدارالحكم..... ٩٢
- الفصل الأول- استنباط الحكم القضائي من النص التشريعي..... ٩٤
- المبحث الأول- استنباط الحكم من ألفاظ النص التشريعي..... ٩٦
- المطلب الأول- لغة النص التشريعي..... ٩٦

## [ذ]

- الفرع الأول- مفردات النص التشريعي..... ٩٧
- الفرع الثاني- مصطلحات النص التشريعي..... ١٠٥
- المطلب الثاني- دلالة النص التشريعي..... ١٠٨
- الفرع الأول- دلالة النص على معانيه..... ١٠٨
- الفرع الثاني- دور السياق في دلالة النص التشريعي..... ١١٣
- المبحث الثاني- استنباط الحكم من فحوى النص التشريعي..... ١١٨
- المطلب الأول- استنباطه من فحوى الموافقة..... ١١٨
- الفرع الأول- فحوى الموافقة مع تساوي العلة..... ١١٩
- الفرع الثاني- فحوى الموافقة مع أولوية العلة..... ١٢٣
- المطلب الثاني- استنباطه من فحوى المخالفة..... ١٢٥
- الفرع الأول- مضمون فحوى المخالفة..... ١٢٦
- الفرع الثاني- صور فحوى المخالفة..... ١٣١
- الفصل الثاني- استنباط الحكم القضائي في حالة الفراغ التشريعي..... ١٣٨
- المبحث الأول- استنباط الحكم من المصادر الاحتياطية الوضعية..... ١٤٠
- المطلب الأول- استنباطه من القاعدة العرفية..... ١٤٠
- الفرع الأول- تحديد القاعدة العرفية مصدر الاستنباط..... ١٤١
- الفرع الثاني- صفة القاعدة العرفية..... ١٤٦
- المطلب الثاني- استنباطه من مبادئ الشريعة الإسلامية..... ١٤٩
- الفرع الأول- المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية..... ١٥٠
- الفرع الثاني- انعكاس مبادئ الشريعة الإسلامية على عملية الاستنباط..... ١٥٤
- المبحث الثاني- استنباط الحكم من المصادر الاحتياطية المنشئة..... ١٥٩
- المطلب الأول- الاستنباط في ضوء قواعد العدالة..... ١٦١

[ر]

- الفرع الأول- فكرة العدالة ..... ١٦٢
- الفرع الثاني- فكرة القانون الطبيعي..... ١٦٥
- المطلب الثاني- دور القضاء في إنشاء القاعدة القانونية..... ١٦٨
- الفرع الأول- الاتجاه المنكر لإنشاء القضاء للقاعدة القانونية..... ١٦٩
- الفرع الثاني- الاتجاه المؤيد لإنشاء القضاء للقاعدة القانونية..... ١٧٣
- الخاتمة..... ١٧٩
- أولا- النتائج..... ١٧٩
- ثانيا- المقترحات..... ١٨٢
- قائمة المصادر..... ١٨٣

الملخص باللغة الأنكليزية

# بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

## المقدمة

الحمد لله رب العالمين، وصلى الله على رسوله إمام الرحمة، وقائد الخير، ومفتاح البركة، وعلى آله الأبرار الأخيار الطاهرين، وصحبه المحسنين، وبعد

نتطرق في هذه المقدمة إلى سبع فقرات هي: موضوع البحث، أهمية البحث وسبب اختياره، إشكالية البحث، الاسئلة البحثية، الدراسات السابقة، منهج البحث، خطة البحث.

### أولاً- موضوع البحث

عندما ينظر القاضي الدعوى قد يجد الواقعة موضوع النزاع مفتقرة إلى الدليل المباشر أو تحتاج الأدلة المتوفرة فيها إلى ما يعززها، فعندئذ يقوم باستنباط الدلالات والقرائن لأجل إثباتها أو استكمال الأدلة الناقصة فيها، متبعاً في الوصول إلى ذلك قواعد المنطق القضائي وطرق الاستدلال الاستقرائي والقياسي بعد التدقيق ومعرفة الوقائع التي تكون صالحة بوصفها مصدراً للاستنباط، وإذا تمت جميع الإجراءات في الدعوى المنظورة فلا بد أن يفصل فيها، ويقوم باستنباط الحكم القضائي حينئذٍ من القاعدة القانونية المنطبقة عليها التي وجدها في النصوص التشريعية، وفي حالة الفراغ التشريعي يلجأ إلى المصادر الاحتياطية الأخرى، وفي حالة النقص والفراغ القانوني سيكون مصدر استنباطه للحكم ما يضعه من قواعد بحسب اجتهاده، فهذا الاستنباط بصورتيه المتقدمتين هو موضوع البحث من حيث أسسه وقواعده وطرقه، فهو يأتي في مرحلة لاحقة بعد وجود الوقائع وثبوت حجية الأدلة وحجية مصادر القانون المُعتبرة.

### ثانياً- أهمية البحث وسبب اختياره

تتجسد أهمية البحث على أساس من أن العمل الاستنباطي يشكّل الجانب الأهم عند نظر الدعوى بل هو روح الدعوى، ولذا يتطلب معارف وأصول وقواعد لإتقانه ناهيك عن العقلية القضائية الحاذقة.

فالدعوى بلا دليل هي والعدم سواء، وإن الحق وهو موضوع التقاضي يتجرد من كل قيمة إذا لم يحم الدليل على الواقعة التي يستند إليها، ولكن لا يكون الدليل مباشراً دائماً، فقد يكون غير مباشر يصل إليه القاضي بعملية الاستنباط، وأنه لا قيمة للدعوى حتى بعد ثبوتها أيضاً إن لم يصدر فيها الحكم

القضائي الذي يُحدد المراكز القانونية للخصوم إزاء الواقعة موضوع النزاع ، ولا سبيل للقاضي للتوصل إلى ذلك إلا بعملية استنباطه من مصادره القانونية .

فالأمر يحتاج إلى مزيد من البحث بتوظيف العلوم الأخرى لاسيما علمي المنطق والأصول للنهوض بالعملية القضائية .

### ثالثا- إشكالية البحث

يسعى هذا البحث إلى معالجة الاستنباط الذي ذكره المشرع العراقي في المادة ( ١٠٢ ) من قانون الإثبات رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٩ المعدل النافذ في معرض تعريفه للقرينة القضائية (استنباط القاضي أمرا غير ثابت من امر ثابت لديه في الدعوى المنظورة) ، وما ذكره المشرع المصري في المادة ( ١٠٠ ) من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ المعدل عندما نص على ان ( يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون. . . ) ، فهذا الاستنباط أيقصد به الاستنباط المنطقي مقابل الاستقراء أو أنه أعم من ذلك فيكون شاملاً لكلاهما، وعلى أي تقدير فإنه يفتقر إلى أسس منطقية يقوم عليها ، علما بأن الاستنباط القضائي لا يقتصر على نطاق الوقائع فقط بل إن القاضي يقوم بالاستنباط أيضاً لأجل الفصل وحسم الدعوى ، ولهذا الاستنباط الأخير وسائله وقواعده للتوصل إلى الحكم القضائي سيما في حالة فقدان النص التشريعي أو فقدان القاعدة القانونية . فيمتد البحث لمعالجة هذا الاستنباط أيضاً .

فإشكاليه البحث ذلك الغموض في عملية الاستنباط القضائي وافتقارها إلى التفسير بوصفها ظاهرة قانونية وقضائية .

والفرض لهذه الإشكالية تطويع الأسس المنطقية والمباحث الأصولية في الدعوى المدنية .

### رابعا- الاسئلة البحثية

١- كيف يكون الاستنباط القضائي للدلالات والقرائن في نطاق وقائع الدعوى وظروفها؟

٢- ماهي مستلزمات الاستنباط القضائي ؟

٣- ماهي طرق الاستدلال المنطقي في الدعوى المدنية ؟

٤- ما هي وسائل الاستنباط من النص التشريعي وأصوله ؟

٥- ماهي القواعد التي تكون مصدرا للاستنباط في حالة الفراغ التشريعي ؟

٦- في أي صورة يجتهد القاضي في إنشاء القاعدة القانونية والاستنباط منها ؟

٧- والسؤال المحوري في البحث ماهي الاسس المنطقية والاصولية التي يعتمد عليها القاضي في استنباط الدلالات والقرائن واستنباط الاحكام القضائية ؟

### خامسا - الدراسات السابقة

ابتداءً لم اجد - على قدر اطلاعي- دراسة أو بحثاً لهما مثل العنوان الذي تحمله هذه الأطروحة ، ولكن هناك دراسات وبحوث تعرضت لبعض الجوانب المنطقية في الاستدلال القضائي أو تناولت مسائل لها صلة باستنباط الأحكام القضائية ، مما يمكن عدّها سابقة في المساهمة بالتعرض لبعض ما تعرضنا له .

١- د. ياسر باسم ذنون ، دور الاستدلال المنطقي لفهم الواقع والأدلة في الدعوى المدنية ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق الصادرة من كلية الحقوق ، جامعة الموصل ، المجلد ٩ ، السنة الثانية عشر ، العدد ٣٣ لسنة ٢٠٠٧ ، ص ١٠٥-١٤٣ .

هذا بحث علمي أكاديمي منشور في مجلة قانونية محكمة ، عالج فيه الباحث آلية الاستدلال المنطقي ، وإن فساده يؤدي إلى فساد الاستدلال في الحكم القضائي ، وكان هدف البحث كيف أن الاستدلال المنطقي - الاستنباطي والاستقرائي - يؤدي دوراً في ترجيح الأدلة المتساوية الحجية ، وقد تناول الباحث فيه على ما في المبحث الأول ماهية الاستدلال المنطقي فتعرض إلى تعريفه وصوره وعناصره ، وفي المبحث الثاني منه تناول مظاهر تطبيق الاستدلال لفهم الواقع والأدلة .

وهذا البحث وإن كنا نلتقي معه على الإجمال في التعرض إلى الاستدلال المنطقي في الدعوى المدنية إلا أننا نختلف معه من حيث مفردات هذا الاستدلال ، ومن حيث الهدف ، ومن حيث المنهج ، فهناك مفردات كثيرة في الاستدلال المنطقي لم يتعرض لها الباحث ونحن قد تعرضنا لها لاسيما في طرق الاستدلال المنطقي ناهيك عن ذلك أن البحث لم يتعرض إلى الاستنباط والاستدلال في نطاق التوصل إلى الأحكام القضائية الذي نحن تناولناه في الباب الثاني من أطروحتنا ، أما من حيث الهدف فهو كان يريد ان يبين دور الاستدلال المنطقي في ترجيح الأدلة المتساوية الحجية ، ونحن نهدف دراسة الاستنباط في نطاق الوقائع والأحكام ، أما من حيث المنهج فهو اكتفى بذكر الخطة دون أن يبين المنهج العلمي الذي اتبعه في البحث .

٢- مستاري عادل ، المنطق القضائي ودوره في ضمان سلامة الحكم الجزائري ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، الجزائر ، ٢٠١٠ - ٢٠١١ .

الإشكالية التي تعالجها هذه الأطروحة دور ومكانة المنطق القضائي والتفكير القضائي المنهج في ضمان سلامة الحكم الجزائري ، وقد عالج الباحث هذه الإشكالية بالتعرض إلى المواضيع التالية : ماهية

الإثبات، ومبدأ الاقتناع القضائي، وماهية المنطق القضائي، وتميز المنطق القضائي عن المنطق القانوني، وعناصر المنطق القضائي، ومناهج الاستدلال القضائي، وتطبيق قواعد المنطق لفهم الواقع والقانون، ورقابة المحكمة العليا على المنطق القضائي في الجانب القانوني والجانب الموضوعي، والالتزام بالتسبب في ضوء رقابة المحكمة العليا.

وعليه فهذه الدراسة تختلف في مواضيعها عن المواضيع التي تضمنتها دراستنا وهي تبحث في المجال الجنائي ونحن نبحت في المجال المدني، ولكن هناك أسس منطقية - تعرض لها الباحث - لا يُفرق في اتباعها بين القاضي المدني والقاضي الجزائي تعرضنا لها وقد سبقنا هو بذلك لاسيما في مناهج الاستدلال المنطقي، فنحن وأياه نلتقي ببعض المواضيع الجزئية .

٣- الطيب السنوسي احمد، الاستقراء وأثره في القواعد الأصولية والفقهية، دار التدميرية، الرياض، ٢٠٠٩.

أصل هذا الكتاب رسالة علمية نالَ بها المؤلف درجة (العالمية) ( الماجستير) في أصول الفقه من كلية الشريعة في الرياض.

وتطرق الباحث فيها للاستقراء من حيث تعريفه وحجته وشروطه وأركانه وأنواعه وخطواته وأسسه وعلاقاته بالمصطلحات الأخرى والعلاقة بينه وبين القياس الأصولي والقياس المنطقي، وأثره في القواعد الأصولية، وأثره في القواعد الفقهية.

وقد استفدت من هذه الدراسة عندما بحثت الاستقراء على أساس من انه أحد طرق الاستنباط القضائي بعد تطويع الأفكار الواردة فيها بما يتناسب وموضوع بحثنا.

وعلى كل حال فهي سابقة على دراستنا في موضوع واحد من مباحث أطروحتنا إلا وهو الطريقة الاستقرائية في الاستنباط القضائي .

٤- د. حمد عبيد الكبيسي، فحوى النص حقيقته ومنهج استنباطه، بحث منشور في مجلة القانون المقارن الصادرة عن جمعية القانون المقارن العراقية، العدد العاشر، السنة السابعة، ١٩٧٩، ص ١٠١-١٢٠.

وقد تعرض الباحث إلى موقع الفحوى من دلالات الألفاظ ويبيّن نوع دلالة هذه الفحوى وما ترتب على الخلاف في هذه الدلالة، وتناول شروط حجية الفحوى، ودلالاتها قطعية كانت أم ظنية، ومسألة الفحوى والتعارض، وأخيرا تقييم النص على الأخذ بالفحوى .



ونحن عندما تناولنا موضوع استنباط الحكم من فحوى النص التشريعي بيننا ما المراد بها وأيهما أقوى ظهوراً هي أم المعنى الإلزامي المستفاد من ألفاظ النص ، ثم بيننا استنباط الحكم من فحوى الموافقة مع تساوي العلة ، ومع أولوية العلة ، ثم استنباط الحكم من فحوى المخالفة ببيان المقصود بها وصورها .  
فيظهر مما تقدم أنه قد سبقنا في بحثه في بعض المفردات التي تخص عملية الاستنباط من هذه الفحوى ولكن هذا سبق ينحصر بهذه الجزئية فقط .

٥- علي عبد الله عفریت ، الفراغ في القانون ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون ، جامعة كربلاء ، ٢٠١٥ .

تناول الباحث في هذه الأطروحة مفهوم الفراغ في القانون وأسبابه ودور المصادر الأصلية والمساعدة في سد هذا الفراغ .

ونحن تناولنا في الفصل الأخير من أطروحتنا استنباط الأحكام القضائية في حالة الفراغ التشريعي.

وبما أن الباحث سلط بعض الضوء على المصادر الاحتياطية كالعرف ومبادئ الشريعة وقواعد العدالة ، ونحن تعرضنا لها بوصفها مصدراً لاستنباط الحكم في حالة الفراغ التشريعي ، مما يُعدّ سابقاً علينا في هذا الجانب فقط ، وبرغم ذلك لقد اختلفنا معه في طريقة المعالجة لهذا الموضوع .

وبعد ما تقدم ومن خلال مسيرة البحث لم اقف على دراسة شاملة مستقلة لموضوع الاستنباط القضائي في الدعوى المدنية وبالنحو الذي عالجهنا.

### سادسا- منهج البحث

قد اعتمدنا المنهج التأصيلي الاستقرائي في هذا البحث ، فكنا نستقرئ الأفكار الجزئية الواردة في مسألة أو نقطة معينة في البحث ، وأقوم بدراستها حتى اخرج بفكرة أساسية جامعة لتوظيفها في عملية الاستنباط القضائي لموضوع الدراسة.

وإلى جانب هذا المنهج سلكت المنهج الوصفي فيما يتعلق ببيان المفاهيم والآراء والموازنة بينها، بالإضافة إلى المنهج المقارن، إذ اتخذت القانون العراقي أساساً للدراسة ، والمقارنة مع القانون المصري والقانون الفرنسي ، وعززت ذلك بالتطبيقات القضائية المتاحة في الفرع المبحوث عنه ، وبيان القواعد الاصولية المعتمدة في فهم النصوص التشريعية ناهيك عن الاسس المنطقية المعتمدة في الاستدلال .

فكان من ملامح المنهجية المتبعة في ثنايا عرض المادة العلمية توظيف المادة المنطقية والأصولية في بناء عملية الاستنباط القضائي للدلالات والأحكام .

وعليه فالباحث جمع في تحقيق الهدف العلمي بين أكثر من منهج ومزج قدر الإمكان بين المسلك النظري والتطبيقي .

### سابعا- خطة البحث

ان الخطة العلمية للبحث تضمنت تقسيم الاطروحة على بابين يسبقهما بحث تمهيدي ، عقدنا الباب الأول للاستنباط القضائي في نطاق وقائع الدعوى ، ونتعرض في الباب الثاني للاستنباط القضائي في نطاق اصدار الحكم .

وسنحاول الموازنة بين تقسيمات البابين ، فنجعل كل واحد منهما ينقسم على فصلين ، وكل فصل ينقسم على مبحثين ، وكل مبحث ينقسم على مطلبين ، وكل مطلب ينقسم على فرعين .

سنتطرق في المبحث التمهيدي إلى مفهوم الاستنباط القضائي ، ونقسمه على مطلبين نتعرض في المطلب الأول إلى ماهية الاستنباط القضائي ، وفي المبحث الثاني نميز الاستنباط القضائي مما يتداخل معه ، ونقسم المطلب الأول على فرعين يتضمن الأول ماهية الاستنباط في الوقائع ، ويتضمن الثاني ماهية الاستنباط في الأحكام ، وكذلك نقسم المطلب الثاني على فرعين نتطرق في الفرع الأول تمييز الاستنباط القضائي من التفسير القضائي ، وفي الفرع الثاني تمييز الاستنباط القضائي من الاجتهاد القضائي .

أما الباب الأول سنقسمه على فصلين ، نتطرق في الفصل الأول الى مستلزمات الاستنباط القضائي، وفي الفصل الثاني الى طرق الاستنباط القضائي .

وسنقسم الفصل الأول على مبحثين نتعرض في الأول إلى شروط الواقعة محل الاستنباط ، وفي الثاني إلى كفاءات القاضي للعمل الاستنباطي ، و نقسم المبحث الأول على مطلبين يتضمن الأول ثبوت الواقعة محل الاستنباط ، والثاني صلة الواقعة محل الاستنباط بالواقعة موضوع النزاع ، وسنقسم المطلب الأول على فرعين ، نتطرق في الفرع الأول إلى تحقق ثبوت الواقعة ، وفي الثاني الى دليل ثبوت الواقعة ، سنقسم المطلب الثاني على فرعين أيضاً ، نتطرق في الأول إلى تحقق الصلة بين الواقعتين ، وفي الثاني إلى أساس الصلة بين الواقعتين . ونقسم المبحث الثاني على مطلبين يتضمن الأول الكفاءة العلمية للقاضي ، والثاني الكفاءة الشخصية للقاضي ، سنقسم المطلب الأول على فرعين نتعرض في الفرع الأول الى المعرفة المنطقية ، وفي الثاني ملكة الاستنباط ، سنقسم المطلب الثاني على فرعين أيضاً نتطرق في الأول الى الجهد الذهني وفي الثاني إلى الموضوعية .

أما الفصل الثاني سنقسمه أيضاً على مبحثين نتعرض في الأول إلى الطريقة الاستقرائية ، وفي الثاني إلى الطريقة القياسية ، ونقسم المبحث الأول على مطلبين يتضمن الأول الملاحظة ، والثاني الفرض ، سنقسم المطلب الأول على فرعين نتطرق في الفرع الأول الى موضوع الملاحظة ، وفي الثاني الى تحليل الوقائع ، سنقسم المطلب الثاني على فرعين أيضاً ، نتطرق في الأول الى وضع الفرض ، وفي الثاني الى تحقيق الفرض . ونقسم المبحث الثاني على مطلبين يتضمن الأول تأليف القياس ، والثاني مبادئ القياس ، سنقسم المطلب الأول على فرعين نتطرق في الأول الى صورة القياس وفي الثاني الى مادة القياس ، سنقسم المطلب الثاني على فرعين أيضاً نتطرق في الأول الى المبادئ العقلية وفي الثاني إلى المبادئ القانونية.

أما الباب الثاني سنقسمه على فصلين أيضاً ، نتطرق في الفصل الأول إلى استنباط الحكم القضائي من النص التشريعي ، وفي الفصل الثاني الى استنباط الحكم القضائي في حالة الفراغ التشريعي .

ونقسم الفصل الأول على مبحثين نتعرض في الأول إلى استنباط الحكم من ألفاظ النص التشريعي ، وفي الثاني إلى استنباط الحكم من فحوى النص التشريعي ، ونقسم المبحث الأول على مطلبين يتضمن الأول لغة النص التشريعي ، والثاني دلالة النص التشريعي ، سنقسم المطلب الأول على فرعين ، نتطرق في الفرع الأول مفردات النص التشريعي ، وفي الثاني مصطلحات النص التشريعي ، سنقسم المطلب الثاني على فرعين أيضاً ، نتطرق في الأول الى دلالة النص على معانيه وفي الثاني الى دور السياق في دلالة النص التشريعي . ونقسم المبحث الثاني على مطلبين تضمن الأول استنباط الحكم من فحوى الموافقة ، والثاني استنباطه من فحوى المخالفة ، سنقسم المطلب الأول على فرعين نتطرق في الفرع الأول فحوى الموافقة مع تساوي العلة ، وفي الثاني فحوى الموافقة مع أولوية العلة ، سنقسم المطلب الثاني على فرعين أيضاً نتطرق في الأول مضمون فحوى المخالفة وفي الثاني صور فحوى المخالفة.

أما الفصل الثاني نقسمه أيضاً على مبحثين نتعرض في الأول إلى استنباط الحكم من المصادر الاحتياطية الوضعية ، وفي الثاني إلى استنباط الحكم من المصادر الاحتياطية المنشئة ، ونقسم المبحث الأول على مطلبين يتضمن الأول استنباط الحكم من القاعدة العرفية ، والثاني استنباطه من مبادئ الشريعة الإسلامية ، ونجعل المطلب الأول على فرعين نتطرق في الفرع الأول تحديد القاعدة العرفية مصدر الاستنباط ، وفي الثاني صفة القاعدة العرفية ، سنقسم المطلب الثاني على فرعين أيضاً ، نتطرق في الأول المقصود بالشريعة الإسلامية ، وفي الثاني انعكاس مبادئ الشريعة الإسلامية على عملية الاستنباط . ونقسم المبحث الثاني على مطلبين يتضمن الأول الاستنباط في ضوء قواعد العدالة ، والثاني دور القضاء في إنشاء القاعدة القانونية ، سنقسم المطلب الأول على فرعين نتطرق في الأول فكرة العدالة وفي الثاني

فكرة القانون الطبيعي ، سنقسم المطلب الثاني على فرعين أيضاً نتطرق في الأول الاتجاه المنكر لإنشاء القضاء للقاعدة القانونية وفي الثاني الاتجاه المؤيد لإنشاء القضاء للقاعدة القانونية . وبعد أن ننتهي من كل ما تقدم سنضع خاتمة نثبت فيها اهم النتائج والمقترحات .

وقبل ان انهي هذه المقدمة أقول سأبذل ما في وسعي وطاقتي لأجل إنجاز هذه الأطروحة ولتقديم ما هو أفضل في مجال البحث العلمي ولعلي اسهم في رفق العملية القضائية بما يأخذ بها إلى ما هو أحسن خدمة للحق واعتزازا بالوطن ، وما التسديد إلا من عنده سبحانه وتعالى ، رب هب لي أملي وزدني من هداك ما أصل به إلى التوفيق في عملي إنك منان كريم .

## المبحث التمهيدي

### مفهوم الاستنباط القضائي

إن المدار في هذا التمهيدي ، إذن هو بيان مفهوم الاستنباط القضائي بوصفه عملاً قانونياً وقضائياً يقوم به القاضي في الدعوى المنظورة عند نظره في وقائعها وظروف المحيطة بها وعندما يريد إصدار الحكم فيها، فلكي يتمكن القاضي من تحديد الموضوع المطلوب منه أن يحكم فيه ، عليه أن يحدد الواقعة موضوع النزاع وإثباتها حتى ينتقل إلى المرحلة الأخرى وهي إصدار الحكم ، فالتحديد الدقيق للوقائع وإثبات الواقعة موضوع النزاع يسبق مرحلة الحكم فيها ، أو بتعبير آخر إن مرحلة الحكم تركز على هذه المرحلة من مراحل الدعوى ، ولكن ليس كل دعوى يتوافر فيها الدليل الواضح الكافي للإثبات الذي يقدمه المدعي ، إذ هذا الأخير قد يعجز عن تقديم الدليل ومع ذلك لا يمكن رد هذه الدعوى إذا نظر القاضي إلى الوقائع الجزئية التي ثبتت فيها أو الظروف التي أحاطت بها ، وقد يقدم كل من الخصمين أدلة ولكنها ليست بالأدلة الكاملة فيلجأ القاضي ، حينئذ ، إلى ظروف الدعوى والوقائع الثابتة فيها ليمارس دوراً إيجابياً بعمله الاستنباطي ما يستكمل به تلك الأدلة الناقصة .

فإذا فرغ القاضي من مسألة النظر في الوقائع وثبتت الدعوى وبعد إعطاء الوصف القانوني للواقعة موضوع النزاع وتشخيص القاعدة القانونية المنطبقة عليها لا بد أن يستنبط الحكم الذي يفصل الدعوى المنظورة .

لكي نقف على مفهوم الاستنباط القضائي يتطلب منا أن نبين ماهيته بحسب مراحل الدعوى أولاً ، ثم تحديد ماهية المفاهيم الأخرى المتداخلة معه وتمييزه منها ، فهناك مصطلحات تتداخل مع مفهوم الاستنباط القضائي فلا بد من بيانها ومدى صلتها به .

وبناءً على ما تقدم سنقوم بتقسيم هذا المبحث التمهيدي على مطلبين ، نخصص المطلب الأول لماهية الاستنباط القضائي ، ونتعرض في المطلب الثاني لتمييز الاستنباط القضائي مما يتداخل معه من مفاهيم .

## المطلب الأول

### ماهية الاستنباط القضائي

يُراد بالاستنباط لغة الاستخراج ، واستنبط يعود أصله إلى النبط ، وهو الماء الذي يخرج من البئر ، فاستنبط الماء أي استخرجه ، وكل من أخرج شيئاً مستتراً فهو مستنبط له ، ويقال استنبط الحكم أي استخرجه من مظانه وأدلته ومصادره<sup>(١)</sup> ، وقد ورد هذا اللفظ في القرآن الكريم إذ قال تعالى (وَإِذَا جَاءَهُمْ أَمْرٌ مِنَ الْأَمْنِ أَوْ الْخَوْفِ أذَاعُوا بِهِ وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُولِي الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ وَلَوْلَا فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُ لَاتَّبَعْتُمُ الشَّيْطَانَ إِلَّا قَلِيلًا)<sup>(٢)</sup>.

والاستنباط الذي يقوم به القاضي في الدعوى ينصب ابتداءً على الوقائع عندما ينعدم الدليل المباشر فيها لأجل التوصل إلى إثبات الدعوى أو نفيها بالأدلة غير المباشرة، ويتجسد ذلك بما يستنبطه القاضي من دلالات وقرائن، وإذا ما ثبتت الدعوى وتمت جميع الإجراءات فيها في ضوء قانون الإثبات والمرافعات عندئذٍ تنهياً الدعوى لأجل إصدار الحكم فيها ، ويأتي العمل الاستنباطي مرة أخرى لأجل حسم الدعوى الذي يتجسد باستخراج الحكم القضائي من القواعد القانونية المنطبقة على موضوع النزاع .

وعليه فالاستنباط القضائي بحسب الاصطلاح يكون في الوقائع اولا ثم في الأحكام . ولكي تكتمل لنا صورة مفهوم هذا الاستنباط ، ونحن في صدد البحث عن ماهيته ، فلا بد أن نقف على ما يُراد به حين يقوم به القاضي عند نظره في الوقائع ، وأن نقف على ما يُراد به عند ارادة إصدار الحكم للفصل في القضية المعروضة في الدعوى المنظورة ، أي نقف على مفهومه فيهما ليكتمل مفهوم الاستنباط القضائي في الدعوى المدنية موضوع الدراسة .

لذا سنقسم هذا المطلب على فرعين ، نتطرق في الفرع الأول الى ماهية الاستنباط في الوقائع ، ونتطرق في الفرع الثاني الى ماهية الاستنباط في الأحكام .

(١) مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي ، القاموس المحيط ، دار الحديث ، القاهرة ، ٢٠٠٨ ، ص ١٥٧٥ . ابن منظور ، لسان العرب ، مج ٦ ، ج ٤٦ ، دار المعارف ، بلا مكان نشر ، بلا سنة نشر ، ص ٤٣٢٥ . المعجم الوسيط ، مجمع اللغة العربية ، مصر ، ٢٠٠٨ ، ص ٨٩٧ - ٨٩٨ .  
(٢) سورة النساء ، الآية (٨٣) .

## الفرع الأول

### ماهية الاستنباط في الوقائع

يعرّف الاستنباط الذي يقوم به القاضي في نطاق الوقائع انه الاستدلال الذي يقوم به مما هو معلوم من وقائع الدعوى والظروف المحيطة بها على ما هو مجهول في إثبات الواقعة موضوع النزاع في القضية المعروضة أمامه ، فهو يركّز جهده على هذه الوقائع ويقوم بدراستها ليصل إلى قيام الدلالات على صحتها عند فقدان أو عدم كفاية الأدلة المباشرة فيها ، وهذا يتطلب منه نشاطا ذهنيا في ضوء الضوابط العقلية ، أي باتباعه خطوات تتفق والمنهج العلمي كي يصل إلى استنتاج تلك الدلالات من الوقائع المعلومة في الدعوى ، فينبغي ألا يفارق القاضي النسق الفكري في هذا العمل الاستنباطي ، إذ إن العقل المجرد من المنهجية المنطقية لن يتقن الانتقال الصحيح مما هو معلوم إلى ما هو مجهول ، وهو يهدف من وراء هذا الاستدلال القضائي الوقوف على حقيقة الدعوى والتوصل إلى مدى صحة الادعاءات المطالب بها من قبل الخصوم ، لينتهي أما إلى ثبوت الواقعة موضوع النزاع وأما إلى نفيها<sup>(١)</sup>.

و يتوصل القاضي إلى تلك الدلالات والقرائن حسبما يقتضيه المنطق القضائي أما من خلال استقراء ما ثبت في الدعوى ومن خلال القياس المنطقي الذي يُعبّر عنه بالمنهج الاستنباطي مقابل المنهج الاستقرائي ، على أساس ان المبدأ فيه يكون من العام إلى الخاص عكس المتبع في المنهج الثاني ، فالقاضي يستخدم ، إذن ، مختلف طرق الاستدلال المنطقية عند دراسة وتحليل وقائع الدعوى .

ويذهب أحد الفقهاء الفرنسيين<sup>(٢)</sup> إلى أن كلمة (induction)<sup>(٣)</sup> لم يحسن وضعها للدلالة على التوصل إلى ما هو مجهول ، ذلك ان المقصود بهذا المصطلح هو استنتاج من الخاص إلى العام ، أي تقرير قاعدة عامة بعد التأكد من وقائع خاصة ، وعلى العكس من ذلك فالقاضي يعمل في مجال القرينة لا على تقرير قاعدة عامة ، إذ هو مقتنع بها أولا، لذا يعمل على تطبيقها على واقعة خاصة ، فكان من

(١) البروفيسور باجيرن ملكيفيك و د. فهد عبد العظيم ، المنطق القضائي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١١ ، ص ٤٦ . محمّد فهم درويش ، فن القضاء بين النظرية والتطبيق ، مطابع الزهراء للإعلام العربي ، مصر ، ٢٠٠٧ ، ص ٧١٤-٧١٥ .

(٢) الفقيه الفرنسي بلانيول ، أشار إليه د. ياسر باسم ذنون و د. مصطفى إبراهيم الزلمي ، دور قواعد المنطق في عملية الأثبات المدني ، بحث منشور في مجلة بحوث مستقبلية ، الصادرة من مركز الدراسات المستقبلية ، كلية الحدباء الجامعة ، العدد الثاني عشر ، ٢٠٠٥ ، ص ١٩١ .

(٣) ترجمتها للعربية: استقراء .

الأجدر أن يطلق على طريقة الاستنباط هذه كلمة (syllogism)<sup>(١)</sup> المقررة في علم المنطق وهي تطبيق قاعدة عامة على حالة خاصة ، وقد لاحظ بعضهم على هذا الرأي إنه يخلط بين الاستنباط والاستقراء ، فيطلق على هذا الأخير الاستنباط ، مع العلم ان الاستنباط يقوم على فكرة استنتاج المجهول من المعلوم وليس لهذا رأي في هذه الفكرة شيئاً<sup>(٢)</sup>.

واستعمل المشرع العراقي في المادة (١٠٢/أولاً) من قانون الإثبات كلمة استنباط عند تعريفه القرينة القضائية بأنها ( ... استنباط القاضي أمراً غير ثابت من أمر ثابت لديه في الدعوى المنظورة ) وهذا التعريف يتفق وتعريف الاستدلال الذي هو الانتقال من المعلوم إلى المجهول، وكان يفضل استخدام كلمة استدلال كما تقدم<sup>(٣)</sup> ليكون التعريف جامعاً لأن لفظ الاستنباط هنا قد يوحي أن القاضي يقتصر على المنهج الاستنباطي في التوصل إلى هذه القرائن أو الدلالات ، بينما هو يستخدم في الواقع كلا المنهجين معا ، إلا إذا حملنا أن مراد المشرع العراقي من ذلك إرادة المعنى اللغوي أي الاستخراج .

و أورد المشرع المصري كلمة الاستنباط في المادة (١٠٠) من قانون الإثبات فنص على ان ( يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقرها القانون) .

وأما المشرع الفرنسي فقد نص في المادة ( ١٣٤٩ ) من القانون المدني لسنة ١٨٠٤ على ان (القرائن نتائج تستخلص بحكم القانون أو تقدير القاضي من واقعة معروفة للاستدلال على واقعة غير معروفة)<sup>(٤)</sup> .

ويُردد القضاء لفظ الاستنباط في قراراته - لاسيما قرارات محكمة النقض المصرية - المتصلة في مسألة استنتاج القرائن أو الدلائل، فقضت مثلاً في قرار لها على ان ( لمحكمة الموضوع السلطة التقديرية في استنباط القرائن)<sup>(٥)</sup>.

يظهر لنا مما تقدم أن المشرعين ، العراقي والمصري ، متفقان في استخدام مصطلح الاستنباط فيما يخص استنباط الدلالات والقرائن ، إلا ان الأول أورد في تعريفه للقرينة القضائية ببيان كيف يكون الاستنباط بينما الثاني لم يبين ذلك ، وكرر القضاء المصري هذا الاصطلاح ، بينما المشرع الفرنسي

(١) ترجمتها للعربية: قياس منطقي . .

(٢) د. ياسر باسم ذنون و د. مصطفى إبراهيم الزلمي ، مصدر سابق ، ص ١٩١ .

(٣) يُلاحظ ان المشرع التونسي نص في مجلة الالتزامات والعقود ٨٧ لسنة ٢٠٠٥ في المادة (٤٧٩) بصدد تعريف القرائن على إنها (ما يستدل به القانون أو القاضي على أشياء مجهولة) . ويلاحظ هنا يراد بالاستدلال في هذا النطاق الاستدلال بمعناه المنطقي .

(٤) أنظر القانون المدني الفرنسي بالعربية ، جامعة القديس يوسف ، بيروت ، طبعة دالوز ٢٠٠٩ .

(٥) الطعن ١٥٦١ لسنة ٥٧ ق جلسة ١/٣/١٩٩٠ ، مكتب فني ٤١ ، نقلاً من : البروفيسور باجيرن ملكيفيك و د. فهد عبد العظيم ، مصدر سابق ، ص ٩٧ .



استخدم لفظ الاستخلاص ، وهو قريب من الاستنباط بالمعنى اللغوي ، وكما ذكرنا كان الأولى استخدام مصطلح الاستدلال .

## الفرع الثاني

### ماهية الاستنباط في الأحكام

يمارس القاضي نوعين من الاستنباط ، الأول استنباط الدلالات والقرائن من الوقائع الجزئية التي ثبتت في الدعوى عندما لا يتوفر الدليل المباشر على الادعاء كما تقدم ، والثاني استنباط الأحكام من مصادرها القانونية المُعتبرة لاجل حسم الدعوى ، فبعد معرفة القاضي القاعدة القانونية المنطبقة على الدعوى يقوم باستخراج الحكم القضائي منها ليفصل في القضية المعروضة عليه ، و تأصيلاً لذلك يُعرّفه الأصوليون بأنه تحصيل الحكم واستخراجه من الأدلة ، ويكثر تداوله في استنباط الحكم من النصوص<sup>(١)</sup> .

ويقسّم بعض الأصوليين هذا الاستنباط على استنباط توسيطي واستنباط تطبيقي . ويريدون بالأول ما يكون فيه مغايرة في المفهوم بين القاعدة المستنبط منها والحكم المستنبط ، وهذا هو ملاك القاعدة الأصولية ، بينما الاستنباط التطبيقي لا يوجد فيه تلك المغايرة ، وهذا هو ملاك القاعدة الفقهية ، فمثلاً الحكم المستفاد من القاعدة الفقهية ( ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده ) إنه في البيع الفاسد يوجد ضمان ، ولا يوجد في الإجارة الفاسدة ، فهذا الحكم يحمل مضمون القاعدة نفسه ولكن بصورة أضيق وتطبيق من تطبيقاتها ، وليس حكماً مغايراً لمضمون القاعدة ، وبلحاظ عدم المغايرة هذه لم يطلق بعض الفقهاء عليه استنباط وقصره فقط على التوسيطي ، إذ يرى وجوب أن تكون استفادة الأحكام في المسألة من باب الاستنباط والتوسط لا من باب التطبيق ، فالقاعدة الفقهية تقع في طريق استفادة الأحكام وهي من باب التطبيق ، وهو أمر سهل مادام الحكم المستخرج لا يكون شيئاً مغايراً للقاعدة نفسها ، وتُوقش هذا الرأي بأن عمليات تطبيق القواعد الفقهية على مصاديقها يُعدُّ استنباطاً واستخراجاً للأحكام ، وليس الأمر سهلاً كما يتصور ، فهذه القواعد محل خلاف بين الفقهاء في مدى انطباقها وشمولها لمصاديقها ، فمثلاً وقع الخلاف في قاعدتي ( لا ضرر ولا حرج ) حول مدى شمولهما للحرج النوعي ، ولذا فمن المناسب أن يكون ذلك استنباطاً أيضاً ، بل هناك بعض القواعد الفقهية يستفاد منها على نحو الاستنباط التوسيطي دون التطبيق كما في القاعدة المتقدمة ( ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده ) فإنها تتوسط لإثبات موضوع حكم آخر ، فهي تحقق موضوع الحكم التكليفي بوجوب أداء الدين وما اشتغلت به ذمة الضامن في البيع

(١) الشيخ محمد الخصري ، أصول الفقه ، ط ٦ ، المكتبة التجارية الكبرى ، مصر ، ١٩٦٩ ، ص ١٤ . د. صالح محسوب ، فن القضاء ، ط ١ ، مطبعة العاني ، بغداد ، بلا سنة نشر ، ص ٥٠ .

الفاسد<sup>(١)</sup>. ولم يُفرِّق فقه القانون بين نوعي الاستنباط المتقدمين ، لا نظريا ولا عمليا ، فاستخراج القاضي للحكم من مختلف القواعد القانونية والمبادئ الكلية يُعدُّ استنباطا له ، فما يتوصل إليه القاضي ولو كان من باب تطبيق القاعدة على الواقعة موضوع النزاع بوصفها أحد مصاديقها ، فهذا العمل هو استنباط لحكم قضائي في الدعوى .

وهذا الاستنباط للأحكام القضائية مرهون بالقدرة التي يكتسبها القاضي بناءً على علمه بقواعد الاستدلال وأصول الفقه لاسيما الاستنباط من النص التشريعي إذ إن القاضي يتمكن في ضوء ذلك ، من فهم ألفاظ النصوص وفحواها وتحليل معانيها ، فيستنتق النص لأجل أن يصل إلى الحكم الذي تضمنه<sup>(٢)</sup>.

ولكن هذا الاستنباط لم يكن وفقا على استخراج الحكم من النصوص التشريعية اللفظية ، وإن كان هو الأعم الأغلب في عمليات الاستنباط القضائي للأحكام ؛ لأنه في حالة الفراغ التشريعي يلجأ القاضي إلى استنباطه من المصادر الأخرى المقررة للقواعد القانونية<sup>(٣)</sup>، فالوقائع التي تعرض على القاضي قد يجد لها نصوصا فيكون مصدرا لاستنباطه ، وقد لا يجد لها نصوصا ، فيصير ، حينئذ ، إلى الاستنباط من المصادر الاحتياطية.

اذن الاستنباط القضائي إنما هو (استخراج لما هو مطلوب بانتقال القاضي مما هو معلوم من الوقائع والمصادر إلى معرفة ما هو مجهول من الدلالات والأحكام في الدعوى المنظورة من قبله) ، بينما ينصرف إلى استنباط الأحكام فقط لدى الأصوليين فهو كما تقدم استخراج المجتهد للأحكام من النصوص الشرعية والادلة الأخرى فيقال استنبط الفقيه الحكم اي استخرجه باجتهاده .

(١) علي أنور إسماعيل ، تأثير البحث المنطقي والفلسفي على عملية الاستنباط الفقهي ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الفقه ، جامعة الكوفة ، ٢٠١٨ ، ص ٤٣-٤٤ . السيد محمّد حسن البجنوردي ، القواعد الفقهية ، ج٢ ، الهادي ، قم ، ١٣٧٧ هـ ، ص ١١١ . الشيخ عباس علي الزراعي ، القواعد الفقهية في مدرسة السيد السبزواري ، شركة تعاوني ، بلا مكان نشر ، ١٣٨٩ هـ ، ص ١٠٦ و ١١٠ و ص ١١٤ .

(٢) د. يوسف محمّد المصاروة ، تسيبب الأحكام وفقا لقانون أصول المحاكمات المدنية ، ط٢ ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠١٠ ، ص ٢٨٨ . البروفيسور باجيرن ملكيفيك و د. فهد عبد العظيم ، مصدر سابق ، ص ١٠٠ . د. صهيب عباس عودة ، قاعدة الاستنباط العائد على النص بالإبطال ، بحث منشور في مجلة الجامعة العراقية ، الصادرة من الجامعة العراقية ، المجلد ٣٧ ، الإصدار ٢ ، السنة ٢٠١٧ ، ص ١٠٢ و ص ١٢٣ .

(٣) د. يوسف محمّد المصاروة ، المصدر نفسه ، ص ٢٨٧ . د. عبدالحى حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، مطبوعات جامعة الكويت ، ١٩٧٢ ، ص ٥٤٩ . د. توفيق حسن فرج ، المدخل للعلوم القانونية ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، بلا مكان نشر ، بلا سنة نشر ، ص ٩١ .

## المطلب الثاني

### تمييز الاستنباط القضائي مما يتداخل معه

لكي نتضح لنا ماهية الاستنباط القضائي لابد أن نبين بعض المصطلحات والموضوعات التي تتداخل مع عملية الاستنباط القضائي ؛ ذلك أن القاضي يقوم بأعمال قضائية أخرى تنزامن والعمل الاستنباطي ، و تتصف هذه الأعمال بالصفة القضائية أيضاً، مما يقتضي ذلك ان نقف على حقيقة هذه الأعمال تحت عنوان تمييزها عن الاستنباط القضائي؛ لأنها تتداخل مع هذا الاستنباط ، فالتفسير الذي يقوم به القاضي يوصف بأنه التفسير القضائي ، وهو يدخل في عملية الاستنباط بوصفه جزءاً منها ، وهناك موضوع آخر شديد الصلة في عملية الاستنباط وهو الاجتهاد القضائي .

فالمحور الأول هو التفسير القضائي ، من حيث مورد استعماله ، وأثره ، ومدى ارتباطه في الاستنباط القضائي والوجه التي يفترق بها عنه.

والمحور الثاني هو الاجتهاد القضائي ، من حيث مورد استعماله أيضاً وعلاقته بالاستنباط القضائي ، ومن حيث مفهومه وأنواعه لدى الأصوليين ، والنسبة بينه وبين الاستنباط القضائي .

فنتعرض لما تقدم تحت عنوان تمييزهما عن الاستنباط القضائي ، وعليه يتضمن هذا المطلب فرعين ، نتطرق في الفرع الأول الى تمييز الاستنباط القضائي من التفسير القضائي ، ونتطرق في الفرع الثاني الى تمييز الاستنباط القضائي من الاجتهاد القضائي .

## الفرع الأول

### تمييز الاستنباط القضائي من التفسير القضائي

يتولى القاضي تطبيق أحكام القانون على المنازعات التي تعرض أمامه ، وهذا التطبيق يتطلب منه تفسير النصوص التشريعية التي منها يستنبط الحكم القضائي ، و تحديد معنى القاعدة القانونية وفهم مضمونها وأيضاً غموضها لمعرفة مدى انطباقها على القضية المعروضة عليه التي يريد أن يستنبط حكماً لها لأجل أن يفصل فيها ، فالنصوص القانونية غير الواضحة التي تكون مصدراً لاستنباط الأحكام القضائية لابد من تفسيرها ، الذي يعني - أي التفسير - ( بيان معاني ألفاظ النصوص ومضمونها وإدراك دلالاتها ومعرفة مدى انطباقها على الواقعة المتنازع فيها )<sup>(١)</sup>.

(١) د. عصمت عبد المجيد بكر، أصول تفسير القانون ، ط٢، الناشر صباح صادق جعفر، بغداد ، ٢٠٠٩ ، ص٣٥.  
د. عبد الرزاق الفحل ، المدخل لدراسة القانون ، ط٢، دار الآفاق ، جدة ، بلا سنة نشر ، ص١٤٤.  
د صالح محسوب ، مصدر سابق ، ص٥٦ و ص٦٣.

وهذا العلم ، علم تفسير النصوص ، له جذوره التاريخية ، فهو بدأ بوصفه علماً مستقلاً على يد الفيلسوف فريدريك شلاير ماخر المتوفي سنة ١٨٣٤ تحت اسم الهيرمينوطيق (Hermeneutics) وهو مصطلح مشتق من لفظ يوناني قديم له علاقة بتفسير النصوص ، و الهيرمينوطيقية أو التفسيرية هي مدرسة فلسفية تشير لتطور دراسة نظريات التفسير ودراسة فهم النصوص ، وهذه الكلمة لها دلالة على ذلك الفرع من الفلسفة الذي يدرس مبادئ التأويل والادراك ، وان الكلمة ذاتها تحمل اسم نظرية معروفة في علم المناهج التي تقدم مبادئ تُعين المختصين في تأويل النصوص ، وان فريدريك شلاير ماخر عمل على تأسيس قضايا الهرمونتيك ضمن إشكالية علمية مستقلة تخص النصوص عامة ، ولقد شهد هذا العلم تطوراً كبيراً في شتى المجالات، وتعهده علماء كثيرون بالفهم والتطوير ، وأن العرب المسلمين عرفوا هذا النوع من العلم وتطور عندهم الى علم أصول الفقه ، وإذا كان علم المنطق يعلمنا كيف ننهج في الاستدلال بوصفه عملية تفكير لكي يكون الاستدلال صحيحاً ، فعلم أصول الفقه يعلمنا كيف ننهج في عملية تفسير وفهم النص بما فيه من قواعد وأصول ومباحث ، خاصة مباحث الألفاظ التي ترتبط في تشخيص دلالات النص ، ومن ثمّ وبضم العلمين معا - المنطق والأصول- يصل القاضي إلى استنباط الأحكام القضائية وفق منهج علمي رصين<sup>(١)</sup>.

أما المورد الذي ينصب عليه التفسير ومنه التفسير القضائي هو القواعد القانونية اللفظية المكتوبة ، وهذا ينطبق على القواعد التشريعية والنصوص الشرعية ، فيقوم التفسير على تحديد ما تدل عليه ، وأما إذا كانت القواعد غير مكتوبة ولا مصاغة بألفاظ ، كالقواعد العرفية ، فلا يطلق على تحديد مضمونها صفة تفسير ، وإنما يتخذ شكل التثبيت من وجودها ، أي إثباتها بمضمون معين بالبحث عن معناها هو في الوقت ذاته إثبات لوجودها<sup>(٢)</sup>.

ويُعدُّ تفسير النصوص القانونية من الاعمال القضائية الملقاة على عاتق القاضي ، فهو صاحب الاختصاص الأصيل في هذه المهمة ، لذا فلا يسوغ له الاستعانة بخبير لأجل تفسير النص ، لأن الاستعانة بالخبراء إنما تجوز في تقدير الوقائع والمسائل المادية دون المسائل القانونية ، فالقاضي هو الخبير بالقانون ، ولا بد أن يكون قادراً على التفسير عالماً بقواعده وأصوله ملماً بمنطق فهم النصوص ، وما تفسير الفقهاء إلا مجرد معين له في هذه المهمة<sup>(٣)</sup>.

(١) البروفيسور باجيرن ملكيفيك و د. فخر عبد العظيم ، مصدر سابق ، ص ١٠٢-١٠٣ . السيد محمد باقر الصدر ، دروس في علم الأصول ، الحلقة الأولى ، دار الكتاب اللبناني ، بيروت ، بلا سنة نشر ، ص ٤٣-٤٤ .

(٢) د. أحمد محمد الرفاعي ، المدخل للعلوم القانونية ، كلية الحقوق جامعة بنها ، بلا مكان نشر ، ٢٠٠٧ ، ص ٢١١ . د. صالح محسوب ، مصدر سابق ، ص ٥٦ .

(٣) د. عصمت عبد المجيد بكر ، مصدر سابق ، ص ٣٦ . البروفيسور باجيرن ملكيفيك و د. فخر عبد العظيم ، مصدر سابق ص ١٠٢ .

ويلاحظ ان التفسير القضائي لا يكون إلا بمناسبة دعوى معروضة أمام القضاء ، لذا لا يمكن ان يُطلب من القاضي تفسير نص قانوني استقلالا عن وجود نزاع معروض عليه ، فلو رفع الأفراد دعوى أمام القاضي يطلبون فيها فقط تفسير حكم القانون ليتولوا تطبيقه على ما عسى أن يكون بينهم من علاقات ويحلوا منازعاتهم بموجبه فهذه الدعوى تكون مرفوضة ؛ لأن هذا ليس من عمل القاضي ، فالتفسير الواجب عليه إنما يكون عند نظره في منازعة مرفوعة أمامه يريد أن يفصل فيها ، لأن الهدف من هذا التفسير تحديد نطاق تطبيق النص القانوني على الواقعة واستجلاء إرادة المشرّع (١).

وأما أثر هذا التفسير فهو محدود فقط في المنازعة التي صدر فيها ، أي إنه نسبي فلا يكون ملزماً حتى للقاضي نفسه ولا لغيره من القضاة والمحاكم ، ولو في دعوى مشابهة لتلك التي صدر التفسير بمناسبة ، فلهم أن يذهبوا إلى تفسير مغاير للتفسير الأول (٢).

يتبين مما تقدم أنه برغم التداخل بين الاستنباط القضائي والتفسير القضائي ، وكلاهما يشكلان جزءاً مهماً من عمل القاضي ، ويهدفان إلى التوصل إلى الحكم القضائي ، غير ان هناك جهات اختلاف بينهما :

اولاً- فالتفسير يُعدُّ مقدمة للاستنباط ، فهو ممهّد لتطبيق النص القانوني واستنباط الحكم للقضية المعروضة أمام القاضي فالتفسير جزء أصيل من أجزاء الحكم وليس في وسع القاضي ان يستنبط الحكم إلا بعد فهم النص ودلالاته ، فالاستدلال القانوني يستلزم القدرة على تفسير النصوص بوصفها أهم الأدلة التي يلجأ إليها القاضي لاستنباط الأحكام القضائية .

ثانياً- الاستنباط أعم من التفسير لان التفسير يقتصر على النصوص القانونية اللفظية في حين أن الاستنباط ممكن أن يحصل من مصادر أخرى للحكم قد تكون غير لفظية كما تقدم .

ثالثاً- أن مرجع الاستنباط إلى التدبر والاستدلال بينما مرجع التفسير إلى اللغة ومعاني الألفاظ .

رابعاً- الاستنباط استخراجٌ للحكم وأما التفسير هو بيانٌ للنص (٣)

(١) د. عكاشة محمد عبد العال و د. سامي بديع منصور ، المنهجية القانونية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٨ ، ص ٤٩ . د. محمد حسن قاسم ، المدخل لدراسة القانون ، ط ١ ، منشورات الحلبي ، بيروت ، ٢٠٠٦ ، ص ٣٩٤ . د. أحمد محمد الرفاعي ، مصدر سابق ، ص ٢١٨ . د. عصمت عبد المجيد بكر ، مصدر سابق ، ص ٣٦ .

(٢) د. عصمت عبد المجيد بكر ، المصدر نفسه ، ص ٣٧ . د. أحمد محمد الرفاعي ، المصدر نفسه ، ص ٢١٨ .

(٣) البروفيسور باجيرن ملكيفيك و د. فخر عبد العظيم ، مصدر سابق ، ص ٩٩-١١٢ . د. محمد المدني صالح الشريف ، تفسير النصوص القانونية في ضوء التشريع والاجتهاد القضائي السوداني ، بحث منشور في مجلة جيل للأبحاث القانونية

لا ريب من أن تفسير النص في الدعوى المنظورة يجب أن يقوم به القاضي ، كما أسلفنا ، ولكن لا يعني ذلك أن التشريعات خلت من التعرض لهذا الواجب صراحة أو ضمنا ، فقد ألزم المشرع العراقي القاضي بالتفسير وبصفته إذ نص في المادة (٣) من قانون الإثبات على (إلزام القاضي بالتفسير المتطور للقانون . . .) . ونص المشرع المصري في المادة (١/٢٤٨) من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٨٦ على أن (للخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض في الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف . . . إذا كان الحكم المطعون فيه مبنيا على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله) . فيستفاد ضمنا من هذا النص بان المشرع أوجب على القاضي القيام بهذه المهمة<sup>(١)</sup>، وللمشرع العراقي نظير هذا النص في قانون المرافعات المدنية رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل فقد نصت المادة (١/٢٠٣) منه على أن (للخصوم أن يطعنوا تمييزا . . . إذا كان الحكم قد بُني على مخالفة القانون أو خطأ في تطبيقه أو عيب في تأويله) .

و قد يتدخل المشرع ويجعل لتفسير محكمة ما قوة إلزام للمحاكم الأخرى برغم أن الأصل نسبية أثر التفسير القضائي بحيث لا يكون ملزما إلا في الدعوى التي صدر فيها ، وهذا ما أقدم عليه المشرع المصري عندما نص على أن (تتولى المحكمة الدستورية العليا تفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية ، والقرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية ، وفقا لأحكام الدستور، وذلك إذا أثارت خلافا في التطبيق ، وكان لها من الأهمية ما يقتضى وحدة تفسيرها)<sup>(٢)</sup>.

وبموجب النص أعلاه يعني أن اختصاص المحكمة المذكورة لا يمتد إلى تفسير نصوص الدستور نفسه<sup>(٣)</sup> ، وأما المحكمة الاتحادية العليا في العراق فقد أعطاه المشرع فيما يتعلق بالتفسير بأن يكون من اختصاصها (تفسير نصوص الدستور) ، وبهذا القيد (نصوص الدستور) يخرج من اختصاصها تفسير النصوص العادية ، ويلاحظ أن قراراتها يجب أن تكون باتة وملزمة للسلطات كافة<sup>(٤)</sup>، ولم تذكر أن

---

=المعمقة ، الصادرة من مركز جيل للبحث العلمي ، الجزائر ، العدد ٢٧ ، العام الثالث ، يوليو ٢٠١٨ ، ص ١٧ . يوسف بن زيدان ، الاستنباط عند القاضي البيضاوي ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الدعوة وأصول الدين ، جامعة أم القرى ، المملكة العربية السعودية ، ٢٠١٢ ، ص ٧٤ .

(١) عباس قاسم الدافوقي ، الاجتهاد القضائي ، ط ١ ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، ٢٠١٥ ، ص ١٩٥ .  
(٢) أنظر المادة (٢٦) من قانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ الخاص بالمحكمة الدستورية العليا في مصر .  
و أنظر د. محمد حسن قاسم ، مصدر سابق ، ص ٣٩٥ .  
(٣) د. أحمد محمد الرفاعي ، مصدر سابق ، ص ٢١٤ .

(٤) نصت المادة (٩٣) من دستور ٢٠٠٥ على أن (تختص المحكمة الاتحادية العليا بما يأتي: أولاً. الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة. ثانياً. تفسير نصوص الدستور . . .) ، ونصت المادة (٩٤) منه على أن (قرارات المحكمة الاتحادية العليا باتة وملزمة للسلطات كافة) .

تفسيرها كذلك كما فعل المشرع المصري ، إلا على أساس من أن تفسيرها يصدر بقرار فيكون ملزماً لكافة السلطات حينئذٍ .

ويظهر من المقارنة بين اختصاص المحكمتين المتقدمتين ، أن المحكمة الدستورية العليا تفسر النصوص التشريعية الصادرة من السلطة التشريعية وتفسير القرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية وفقاً للدستور ، ولكن لا يمتد ذلك إلى تفسير نصوص الدستور ، بينما المحكمة الاتحادية العليا تفسر نصوص الدستور نفسه ولا يمتد ذلك إلى تفسير النصوص العادية .

## الفرع الثاني

### تمييز الاستنباط القضائي من الاجتهاد القضائي

أطلق مصطلح الاجتهاد القضائي على أكثر من صورة من صور العمل القضائي ، فهناك من يذهب في تعريفه بالقول: (بذل قاضي محكمة الموضوع وسعه لإصدار الحكم القضائي في الدعوى المنظورة من قبله عند فقدان النص أو غموضه)<sup>(١)</sup> ، أي هذه الصورة تكون في حالة الفراغ التشريعي أو النقص القانوني ، فحينئذٍ يجتهد القاضي في ضوء قواعد العدالة ، ويستخرج الحل والحكم منها ، أو عندما يبذل جهده في تفسير النص إذا كان غامضاً ، وهناك من يضيف على التعريف المتقدم ، (ما يبذله القاضي من جهد إذا كان النص غير كاف للفصل في القضية)<sup>(٢)</sup> .

وأطلق أيضاً الاجتهاد القضائي على عملية تكليف القاضي للدعوى أيضاً ، فلو اشترى شخص من آخر بضاعة بثمن باهض مؤجل ثمّ باعها له بثمن بخس معجل ، فالقاضي هنا يجتهد لمعرفة حقيقة هذه الواقعة فيكفيها ويعطيها وصفاً واقعياً بأنها عقد قرض ربوي فاحش وليس بيع ، فهذه العملية المنطقية التي يريد بها القاضي ربط واقعة الدعوى بالقاعدة المنطبقة عليها والمسماة بالتكليف ، تعتبر مصداقاً من مصاديق الاجتهاد القضائي<sup>(٣)</sup> .

وتعدُّ ممارسة القاضي لسلطته التقديرية صورة من صور هذا الاجتهاد أيضاً ، فلو عدّل القاضي نطاق الدعوى سعة أو ضيقاً ، أو ارتأى توجيه اليمين المتممة ، أو ارتأى ضرورة استدعاء الشهود ونحو

(١) عباس قاسم الداوقى ، مصدر سابق ، ص ٣٦ .

(٢) د. حامد شاكر محمود ، العدول في الاجتهاد القضائي ، ط ١ ، المركز العربي للنشر والتوزيع ، مصر ، ٢٠١٨ ، ص ٣٦ .

(٣) الأستاذ ضياء شيت خطاب ، فن القضاء ، معهد البحوث والدراسات العربية ، بغداد ، ١٩٨٤ ، ص ٦١ . عباس قاسم الداوقى ، مصدر سابق ، ص ٤٠٥ .

ذلك ، فهذا النشاط الذهني والنظر العقلي للقاضي، وهو قوام السلطة التقديرية ، يُعدُّ اجتهادا قضائيا في الدعوى<sup>(١)</sup>.

ولكن الصورة التي يُستعمل فيها مصطلح الاجتهاد القضائي التي تكاد تكون هي المورد الذي ينصرف إليه الذهن عند إطلاقه هي استعماله للدلالة على ما تستقر عليه المحاكم العليا كالتمييز والنقض من مبادئ قضائية في حالة الفراغ التشريعي والنقص القانوني<sup>(٢)</sup>.

وبناءً على ما تقدم فإن لاصطلاح الاجتهاد القضائي معنيين، معنى ضيق خاص وهو ينصرف إلى ما ذكرناه أعلاه، أي ما تستقر عليه المحاكم العليا من مبادئ ، ومعنى واسع يندرج تحته عدة صور ومصاديق متعدّدة كما تقدم .

واستعمل مصطلح الاجتهاد ، في مصادر التشريع الاسلامي ، من دون وصفه بالقضائي ، على أكثر من مصداق أيضاً ، فذهب بعضهم إلى أنه يُرادف الرأي أي ما يجتهد فيه القاضي عند فقدانه النص برجوعه إلى المصادر التبعية كالقياس والاستحسان والمصالح المرسلة ، وإن كان هناك من قصره على القياس فقط فليدهم الاجتهاد هو القياس ، ولذا عرفوه بقولهم : (بذل الوسع في طلب الغرض وهو على ثلاثة اضرب تحقيق المناط ، وتنقيح المناط ، وتخريج المناط) وهذه الثلاثة تندرج تحت القياس<sup>(٣)</sup>.

وهذا الاجتهاد بالرأي أو بالقياس يكون مصدرا لاستخراج الحكم عند مواجهة مسألة جديدة ، وهذا ما يسميه بعضهم بالاجتهاد الأنشائي ، ولكن قد يبذل الفقيه جهده لمعرفة الحكم الشرعي برجوعه إلى ما ادلى به الفقهاء السابقون فيرجح رأياً على رأي آخر وينتقي أحد الأحكام الشرعية الراجحة ، وهذا ما اطلقوا عليه الاجتهاد الانتقائي ، ومن هذا القبيل ، أعني ما ليس فيه استخراج للحكم ، الاجتهاد المقاصدي

(١) عباس قاسم الداوقني ، المصدر نفسه ، ص ٤٨٧ .

(٢) د. حامد شاكر محمود ، مصدر سابق ، ص ٣٦ و ص ٥٠ .

(٣) تحقيق المناط : أي النظر في احاد الصور الفرعية التي يراد قياسها على اصل ، والبحث فيما اذا كانت علة الأصل ثابتة ومتحققة في هذه الصور الفرعية ، اما تخريج المناط : هو النظر والاجتهاد في استنباط الوصف المناسب للحكم الذي ورد به النص أو الأجماع ليُجعل علة الحكم ، فتخريج المناط خاص بالعلل المستنبطة ، اما تنقيح المناط : هو بذل الجهد في تعيين العلة من بين الأوصاف التي أناط الشارع الحكم بها اذا ثبت ذلك بنص أو إجماع عن طريق حذف ما لا دخل له في التأثير والاعتبار مما اقترن به من الأوصاف .

د. فرحان أحمد علي ، الاجتهاد التنزيلي ، بحث منشور في مجلة القانون والعلوم السياسية ، كلية القانون ، جامعة كركوك ، المجلد ٧ ، السنة ٢٠١٨ ، ص ٤ . الشيخ عبد الوهاب خلاف ، مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه ، دار القلم ، الكويت ، ١٩٩٣ ، ص ٨ . البروفيسور باجيرن ملكيفيك و د. فهد عبد العظيم ، مصدر سابق ، ص ١٠٤ .  
محمد الحسيني ، الدليل الفقهي ، ط ١ ، مركز ابن إدريس الحلبي للدراسات الفقهية ، ٢٠٠٧ ، ص ١٠٢ و ص ١٢٤ .



الذي فيه يستفرغ الفقيه وسعه من أجل الكشف عن المقاصد العامة التي تتضمنها النصوص وبذلك تراعى المعاني والحكم الملحوظة للشارع من أحكامه<sup>(١)</sup>.

فالاتجاه قد يكون استنباطي وقد يكون غير استنباطي، ومن أهم أنواع هذا الاجتهاد الثاني هو الاجتهاد الخاص بتطبيق الأحكام<sup>(٢)</sup> الذي يُعرف بالاجتهاد التنزيلي، وهو يعني كيفية تطبيق الحكم وتنزيله على الواقع<sup>(٣)</sup> لتحقيق الثمرة المرجوة من استنباطه أي تطبيق الأحكام على الوقائع المشخصة بما يحقق المقصد الشرعي منها.

ومع كل ما تقدم من صور لاستعمال مصطلح الاجتهاد لدى الأصوليين، إلا أن المورد الذي أكثر استعمالاً لهذا المصطلح عندهم هو إطلاقه على تحصيل الحكم من أدلته. وقد عبروا عنه باستفراغ الجهد في الوصول إلى الأحكام الشرعية، أو استنباط الأحكام من مصادرها المقررة، أو بذل الطاقة العلمية لاكتشاف الحكم الحقيقي للموضوع المعني به، أو بذل الوسع في نبيل حكم شرعي عملي بطريق الاستنباط<sup>(٤)</sup>.

(١) د. مجدي محمد عبد الرحمن، الاجتهاد الجزئي وأهميته، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، العدد الواحد والثلاثون، المجلد الثاني ٢٠١٤، ص ١٠٨. محمد الحسيني، المصدر نفسه، ص ١٠.

(٢) عبد المهدي محمد سعيد، قواعد تفسير النصوص وتطبيقها في الاجتهاد القضائي الأردني، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الدراسات العليا في الجامعة الأردنية، ٢٠٠٥، ص ١٢.

(٣) يُراد بالواقع، الذي يجب أن يُلاحظه القاضي والفقيه عند تطبيق الحكم عليه، هو الواقع الإنساني أي ما تجري عليه الحياة في مجتمع ما، وأسلوب هذا المجتمع في تحقيق أغراضه، ويدخل في ذلك مجموع ما تواضع عليه المجتمع من أعراف وتقاليد وعادات، وما فيه من نظم، فهذه كلها تجتمع لينشأ منها الأسلوب في تحقيق الأغراض. إن التغيير الإصلاحي للواقع الإنساني يُعد هدفاً أساسياً للشريعة والقانون، فالأحكام الشرعية والقواعد القانونية، ما جاءت لأجل التراكم المعرفي فحسب، وما شرعت إلا لتكون نظاماً ملزماً يحكم مختلف جوانب الحياة، ومنهجاً عملياً لسلوك الأفراد، ولذلك فإن معرفة الواقع الإنساني بعناصره ومكوناته يُعد أمراً ضرورياً وعنصراً أساسياً في عملية تطبيق الأحكام الواقع الإنساني تشترك في تكوينه ثلاثة عناصر هي الإنسان والمكان والزمان، ذلك أن أي واقعة تتكون من ثلاثة أركان الفاعل ومحل الفعل وزمن الفعل. أما الأول فإن الناس يختلفون في طباعهم وظرفهم، فلا بد للقاضي والفقيه أن يكون على معرفة وتصور للمجتمع وأحوال الناس فيه وما هو مستواه المعرفي وطبيعة العلاقات الاجتماعية بين أفراد، وعليه بهذا الصدد الاستفادة من معطيات العلوم الإنسانية المعاصرة وما توصلت إليه من نتائج في مجال علم النفس والاجتماع والاقتصاد والإحصاء. أما الثاني المكان، ويُقصد به التجمع السكاني في بقعة محددة، فكل تجمع سكاني طابعه الخاص به وله ثقافته وأفكاره وأعرافه، فإذا كان الحال كذلك فلا بد للقاضي والفقيه أن يُراعي عند تطبيق الأحكام ما يناسب ظروف وأحوال كل بلد، ونوع الأزمت والمشاكل التي يُعاني منها. أما العنصر الثالث الزمان، هو عنصر التجدد والتغيير والتطور، فالحياة الإنسانية كلما تقادم الزمن تتبدل وتتطور، صحيح أن هناك ثوابت ولكن هناك كذلك متغيرات ومستجدات ومستحدثات، فالزمن هو الوعاء الذي يحوي هذا التجدد والتطور للحياة الإنسانية، وكثير من موضوعات الأحكام تتبدل وتختلف من زمن إلى آخر، فالقاضي والفقيه لا بد أن يدرك ظروف عصره وما تغير فيه وتطور، وما استجد في حياتهم من أعراف وعادات، وما طرأ في واقعهم من مشاكل وأزمات، ليتمكن من تحقيق مقاصد الشريعة والحكمة التشريعية للقوانين انظر: د. فرحان أحمد علي، مصدر سابق، ص ١٦-٢١.

(٤) د. مصطفى إبراهيم الزلمي، معين القضاة لتحقيق العدل والمساواة، ط ١، احسان للنشر والتوزيع، بلا مكان نشر، ٢٠١٤، ص ١٧٩. نضال داود عليوان، أسباب تغير الاجتهاد، بحث منشور في مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والدراسات الإسلامية، المجلد ١٦، العدد ١، ٢٠١٩، ص ٥٢٩. د. مجدي محمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص ١٠٨. د. فرحان أحمد علي، المصدر نفسه، ص ٢.

وهذا الاستنباط تارة يكون فردياً وتارة قد يشترك فيه أكثر من فقيه . وقد ظهر اليوم مصطلح يسمى بالاجتهاد الجماعي، الذي يتشاور فيه أهل العلم في القضايا المثارة لاسيما فيما يكون له طابع عام ومحل اهتمام المجتمع ، ويتجسد هذا في اتفاق أغلبية المجتهدين في نطاق مجمع أو هيئة أو مؤسسة على حكم شرعي بعد بذل غاية الجهد فيما بينهم في البحث والتشاور أي بذل جمع من الفقهاء وسعهم مجتمعين لتحصيل حكم شرعي في مسألة ما<sup>(١)</sup>.

يظهر لنا مما تقدم أن المورد الشائع لمصطلح الاجتهاد لدى الأصوليين أطلقه على استخراج الحكم من أدلته، ولكن هناك من قصره على حالة فقدان النص، وهناك من ضيقه في دائرة فقدان النص حتى قصره على القياس فقط ، ولكن بمرور الزمن تبين أن مفهوم الاجتهاد قد توسع بإدراج صور متعدّدة تحت هذا العنوان مع إضافة وصف للمصطلح يميز بعضها عن بعضها الآخر، كما تقدم ، ولم يبق منحصرًا في الاجتهاد الاستنباطي .

وأما مقارنة مع الاجتهاد القضائي فلم نجد من الأصوليين من استعمل الاجتهاد بالمعنى الخاص للاجتهاد القضائي وهو استقرار المحاكم العليا على مبدأ قضائي معين ، بل إنهم لم يستعملوا مصطلح الاجتهاد القضائي وإن كان بعض صور الاجتهاد لديهم تلتقي مع أحد صوره ألا وهي حالة فقدان القاضي للقاعدة القانونية الواجبة التطبيق على النزاع المعروض أمامه ، التي يُعبّر عنها حالة الفراغ التشريعي أو النقص القانوني ، وهم يُعبّرون عنها بحالة فقدان النص .

وأما النسبة بين الاستنباط القضائي والاجتهاد القضائي ، حسبما ما استعرضناه آنفاً، فتارة يكون الأول أعم والثاني أخص أو بالعكس ، فإذا لاحظنا الاجتهاد القضائي بمعناه الخاص يكون الاستنباط القضائي أعم منه حينئذ ، على أساس من أن هذا الاجتهاد قد يكون أحد مصادر الاستنباط للحكم القضائي كما سيأتي لاحقاً ، وإذا لاحظنا الاجتهاد القضائي بمعناه الواسع فيكون الاستنباط حينئذ جزءاً من جزئيات الاجتهاد . وأما لدى الأصوليين فإن الاجتهاد بالمعنى الشائع لديهم يُرادف الاستنباط القضائي للأحكام ، أما الاستعمالات الأخرى فبعضها تفرق عن هذا الاستنباط إذا كان في الأحكام ؛ لأن الاجتهاد فيها يسعى إلى غرض آخر غير تحصيل الحكم ، نحو الوصول إلى المقصد أو التطبيق السليم للحكم على ما رأينا فيما تقدم، وهي بهذا الوصف تكون أقرب إلى هذا الاستنباط إذا كان في الوقائع على أساس من كونه بحثاً أو استقراءً لأجل استخلاص دلالة معينة ، وهذه الدلالة قد تكون قرينة قضائية لإثبات الدعوى أو قد تكون تشخيصاً لمصلحة أو تشخيصاً للوجهة السليمة في التطبيق .

(١) د. سعيد محي الدين سعيد ، الاجتهاد الجماعي وأهميته في الفقه الإسلامي ، بحث منشور في مجلة البحوث والدراسات الصادرة من دائرة البحوث والدراسات في ديوان الوقف السني ، الإصدار ٣٦ ، ٢٠١٤ ، ص ١٣٤-١٣٦ .

وأما في التشريعات ، فقد أستعمل المشرع العراقي مصطلح (الاجتهاد ) مجردا عن صفة قضائي في المادة (٢) من القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ إذ نص على أنه (لا مساع للاجتهاد في مورد النص) .

إن المصدر التاريخي لهذه المادة مجلة الأحكام العدلية التي ورد هذا النص في المادة (١٤) منها ، ويُراد بالنص فيها ما يقابل الظاهر ، فهو اللفظ الذي لا يحتمل أكثر من معنى وبخلافه الظاهر . غير أن القواعد التشريعية على الأعم الأغلب هي نصوص ظنية تحتمل أكثر من معنى ، ولذا هي محل للاجتهاد لتشخيص المعنى الراجح من بين المعاني المحتملة ، وهذا يعني أن النصوص التشريعية في الغالب ليست بنص ، بل إن النص منها ، مع ذلك ، يفتقر للاجتهاد لمعرفة مدى انطباقه على الواقعة موضوع الدعوى<sup>(١)</sup> وقد رأينا ، كما تقدم ، لدى الأصوليين نوعاً من أنواع الاجتهاد الذي يهتم بتطبيق الأحكام .

ولم نجد في القانون المدني المصري رقم ٣١ لسنة ١٩٤٨ نظير النص أعلاه ، ومع ذلك يُعمل به بوصفه قاعدةً أصوليةً مُسلم بها في مجال البحث عن دلالات النصوص .

---

(١) الشيخ فاضل الصفار ، المهذب في اصول الفقه ، ط١ ، مؤسسة الفكر الاسلامي ، لبنان ، ٢٠١٠ ، ص ١٦٠-١٦١ .  
د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، اصول الفقه في نسيجه الجديد ، ج١ ، شركة الخنساء ، بغداد ، بلا سنة نشر ، ص ٣٣٦ .  
عباس قاسم الداوقوي ، مصدر سابق ، ص ١٠٣ . د. صالح محسوب ، مصدر سابق ، ص ٦٣ .

## **الباب الأول**

### **الاستنباط القضائي في نطاق وقائع الدعوى**

## الباب الأول

### الاستنباط القضائي في نطاق وقائع الدعوى

تمهيد وتقسيم

إذا انعدم الدليل المباشر أو كان ناقصاً لإثبات الواقعة موضوع النزاع ، فحينئذ يبحث القاضي عن معطيات الوقائع الجزئية فيبذل جهده من أجل أن يستنبط منها الدلالات التي تؤدي إلى إثبات أو نفي القضية موضوع النزاع ، فالقاضي يستنبط من وقائع الدعوى المعروضة عليه الدلالات التي تؤيد صحة الادعاء أو عدم صحته .

وتتنوع الوقائع في الدعوى فهناك وقائع تُعدُّ من ظروف الدعوى التي قد يُعبّر عنها بالوقائع الجزئية التي تصنف من جزئيات موضوع النزاع أي متعلقة بالواقعة موضوع النزاع ، والقاضي يستدل من الوقائع الأولى ، فهي مصدر استنباطه للدلالات والقرائن لأجل إثبات الواقعة الثانية إذا افتقرت هذه الأخيرة إلى الدليل المباشر أو كانت الأدلة غير كافية لوحدها في إثباتها ، ومتى استكملت الإثباتات والإجراءات يُصار إلى إصدار الحكم ، الذي سنتصدى إلى مسألة استنباطه في الباب الثاني .

ولكن هذا العمل الاستنباطي لا يأتي سليماً في هذا النطاق حتى تتوفر فيه المستلزمات التي يقتضيها القانون والمنطق القضائي ، وهذه المستلزمات قد تتعلق بالواقعة محل الاستنباط وقد تتعلق بالقاضي المتصدى للقيام بالعمل الاستنباطي .

والعمل الاستنباطي هو عمل استدلالى أي ينتقل القاضي فيه مما هو معلوم للتوصل إلى ما مجهول ، وهذه العملية الفكرية المنطقية لها منهجية وأساليب علمية تدعى بطرق الاستدلال المنطقية التي ينبغي أن يتبعها القاضي في استنباطه لكي يصل إلى نتائج صحيحة في الدعوى المنظورة .

ولذا قسمنا هذا الباب الذي يدور حول الاستنباط القضائي في نطاق وقائع الدعوى على فصلين ، نبحث في الفصل الأول مستلزمات الاستنباط القضائي ، ونبحث في الفصل الثاني طرق الاستنباط القضائي .

## الفصل الأول

### مستلزمات الاستنباط القضائي

لا يمكن أن تحصل عملية الاستنباط القضائي في وقائع الدعوى وظروفها من دون أن تتوفر لها مستلزماتها ، فلا بد ان تكون هناك واقعة من خلالها يتم استنتاج دلالة تُفيد إثبات الواقعة موضوع النزاع ، ولكن على أساس من أن هذه الواقعة من مستلزمات عملية الاستنباط فلا بد ان تتوفر فيها شروط معينة من حيث ثبوتها في الدعوى المنظورة ومن حيث مدى صلتها بالواقعة موضوع النزاع هذا من جهة .

ومن جهة أخرى إن هذا الاستنباط استدلال عقلي ، يستلزم من يقوم به ان يكون مؤهلاً لذلك بما لديه من كفاءات ، لذا لا بد أن توجد هذه الكفاءات في القاضي المتصدي للعمل الاستنباطي .

ولا يختلف القاضي في هذه والكفاءات عن الباحث العلمي لأن كلاهما يبحث عن الحقيقة ، ولهذا نجد محلها في دراسات مناهج البحث التي تُعدُّ جزءاً من علم المنطق ، وعليه فالقاضي الذي لم تتوفر فيه هذه المستلزمات لن يتمكن من الوصول إلى استنباط الدلالات المطلوبة وينحرف عن المسار العلمي والمنطقي عند نظر الدعوى .

فهذه المستلزمات هي بمثابة ضوابط تُسهّم بفهم العناصر الواقعية في الدعوى على الوجه الصحيح.

وعليه تستلزم عملية الاستنباط القضائي وجود شروط للواقعة محل الاستنباط ، وكفاءات لا بد أن تتوفر في القاضي المتصدي لها لأجل التوصل إلى الدلالات التي بموجبها تُقِيم ادعاءات الخصوم .

فمدار البحث في هذا الفصل حول مستلزمات الاستنباط القضائي في نطاق وقائع الدعوى التي تبتني على أسس قانونية ومنطقية .

ونظراً لما تقدم سنقسم هذا الفصل على مبحثين ، نتطرق في المبحث الأول الى شروط الواقعة محل الاستنباط ، ونتطرق في المبحث الثاني الى كفاءات القاضي للعمل الاستنباطي .

## المبحث الأول

### شروط الواقعة محل الاستنباط

الواقعة محل الاستنباط هي تلك الواقعة التي تحوّل إليها الإثبات بعد أن انعدم الدليل المباشر للواقعة موضوع الدعوى المنظورة<sup>(١)</sup>.

وهذه الواقعة ستكون موضع عناية دقيقة في نظر القاضي لأن منها سيستنبط الدليل غير المباشر لإثبات الدعوى وعندها يتجلى دوره في إدارتها ، هادفاً لإحقاق الحق وتحقيق العدالة المنشودة .

ومن أجل سلامة هذا الاستنباط الذي يقوم به القاضي لا بد ان تكون هذه الواقعة ثابتة ومعلومة في الدعوى ، وان توجد صلة بينها وبين الواقعة موضوع النزاع ، وهذا الثبوت وهذه الصلة يُعدّان شرطين في الواقعة محل الاستنباط ، ولأجل بيانها عقدنا هذا المبحث .

ولذا سنقسمه على مطلبين ، نتطرق في المطلب الأول الى ثبوت الواقعة محل الاستنباط ، ونتطرق في المطلب الثاني الى صلة الواقعة محل الاستنباط بالواقعة موضوع النزاع .

## المطلب الأول

### ثبوت الواقعة محل الاستنباط

عندما ينظر القاضي في الدعوى ويرى أن الواقعة المراد إثباتها تفتقر إلى الدليل المباشر- أي ان المدعي عاجز عن تقديم الدليل المباشر لإثباتها - فإنه سينظر في ظروف الدعوى والوقائع الأخرى الحاصلة فيها لأجل أن يصل إلى إثباتها ، أي يستخلص الدليل من هذه الوقائع والظروف ، وعندما يختار القاضي وقائع معينة ليؤسس عملية الاستنباط عليها فلا بد ان تكون هذه الوقائع ثابتة في الدعوى .

فيجب ابتداءً ان يتحقق القاضي من ثبوت الواقعة محل الاستنباط وما يجب وما لا يجب في هذا التحقق .

ولا بد أن يقوم هذا الإثبات لهذه الواقعة على دليل وسند مقبول قانوناً في نطاق العمل الاستنباطي للقاضي .

(١) د. آدم وهيب الندوي ، الموجز في قانون الإثبات ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠١٨ ، ص ١٢٦ . د. اسامة احمد شوقي ، نظام الإثبات ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٣ ، ص ١٢١ .

لذا سيكون محور البحث في هذا المطلب حول ثبوت الواقعة محل الاستنباط ، ومدى تحقق هذا الثبوت وصفته ، ومن ثمّ الدليل عليه والسند القانوني له .

وبالنظر لما تقدم سنقسم هذا المطلب على فرعين ، نتطرق في الفرع الأول الى تحقق ثبوت الواقعة ، وفي الفرع الثاني نتعرض إلى دليل ثبوت الواقعة .

## الفرع الأول

### تحقق ثبوت الواقعة

يقوم القاضي بالتحقق من ثبوت الواقعة محل الاستنباط ، فإذا ثبتت لديه في الدعوى المنظورة ، بعدها ينتقل إلى المرحلة الثانية وهي إعمال قواعد المنطق ليستنبط من الواقعة الثابتة ما يدل على ثبوت الواقعة موضوع النزاع<sup>(١)</sup> .

ولابد أن يكون ثبوت هذه الواقعة قاطعا بالنظر إلى أنها الأساس الذي يُبنى عليه الاستنباط ، فلو لم تكن كذلك بأن تكون محتملة أو غير ثابتة بيقين فإن الاستنباط لا يأتي سليما عندئذ لعدم صلاحيتها لذلك<sup>(٢)</sup> .  
والتحقق من ثبوتها لا يستلزم أن تكون حاصلة بين طرفي الخصومة ، فإذا ادعى شخص ملكية عقار بمقتضى عقود قديمة فقدم خصمه خريطة مساحية مبين فيها أن هذه الأرض كانت ملكا للدولة ، فعلى القاضي التثبت من هذه الواقعة الأخيرة وبعدها له أن يستدل منها ما يدل على عدم صدق المدعي ملكية العقار موضوع النزاع<sup>(٣)</sup> .

ولا يقدح بصلاحيتها للاستنباط ولا من مستلزمات ثبوتها ان لا تكون محلا للنزاع بين الخصوم ، فيكفي أن تكون من بين الوقائع الثابتة أمام القاضي وأنها مستمدة من وقائع الدعوى ، وأن كان هناك من يرى أنها لا تثبت مادامت محل نزاع بين الخصوم<sup>(٤)</sup> ، ولكن الراجح أن الوقائع قد تثبت لدى القاضي بدليل مقبول قانونا برغم عدم تسليم أحد الطرفين ومنازعة الطرف الآخر فيها<sup>(٥)</sup> .

(١) د. محمد حسين منصور ، قانون الإثبات ، دار الجامعة العربية الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ص ١٦٢ . د. علي أحمد الجراح ، قواعد الإثبات بغير الكتابة في المواد المدنية والتجارية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٠ ، ص ٦١٦ . د. أحمد عبد العال أبو قرين ، أحكام الإثبات ، ط ٣ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦ ، ص ١٧٥ . مهدي صالح محمد أمين ، أدلة القانون غير المباشرة ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠٠٨ ، ص ١٨١ .

(٢) د. عصمت عبد المجيد بكر ، شرح قانون الإثبات ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٧ ، ص ٢٢٨ . د. علي أحمد الجراح ، المصدر نفسه ، ص ٦١٤ .

(٣) د. توفيق حسن فرج ، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٣ ، ص ٢٠٨-٢٠٩ .

(٤) د. عبد الله عبد الحي الصاوي ، نظرية القرائن في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، ج ١ ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، ٢٠١٨ ، ص ٤٠ .

(٥) د. همام محمد محمود ود. عصام أنور سليم ، النظرية العامة للإثبات في المواد المدنية والتجارية ، ط ١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٠ ، ص ٢٦٧ .



ولابد في ثبوتها أن يكون ذلك في علم القاضي والأطراف ولا يكفي أن تكون ثابتة في علم القاضي فقط ، وإن كان هناك رأي في الفقه الفرنسي يذهب إلى أنه للقاضي أن يعول على علمه الشخصي في بعض الوقائع ، إلا أن هذا الرأي يناهض ما هو مُسلم به في أصول الإثبات بأنه لا يجوز للقاضي أن يقضي بعلمه الشخصي ولا فرق في ذلك بين علمه بالدليل أو الواقعة إلا في المسائل العامة التي يفترض أن يعلم بها جميع أفراد المجتمع<sup>(١)</sup>.

وبعد تحقق القاضي من ثبوتها وما يستلزم صلاحيتها للاستنباط فإنه سيحصل تحولا في الإثبات من الواقعة موضوع النزاع ، المفترقة في إثباتها إلى الدليل المباشر ، إلى هذه الواقعة الثابتة التي يتخذها القاضي محلا لاستنباط الدليل غير المباشر مما يعني أن هذا التحول يقتضي استدلالا منطقيًا وتحليليا ينتهي معه القاضي إلى نتيجة معينة تخص الدعوى المنظورة<sup>(٢)</sup>.

ويلاحظ أن هذه الوقائع الثابتة تكون - غالبا - وقائع مادية يستنتج منها القاضي الدليل على صحة أو نفي الادعاء فمثلا واقعة القرابة ، وهي واقعة مادية ، فإذا ثبتت يستنبط القاضي منها دلالة على صورية التصرف ، فعندما ينقل المدين ملكية شيء من أمواله إلى ولده مثلا فيتضرر دائئُهُ بذلك ، فيجوز أن يستند هذا الدائن حينئذ إلى صلة القربى هذه ويطعن في تصرف مدينه بتهريب أمواله ونقل ملكيتها إلى ولده للحيلولة دون تسديد الدين فيستدل القاضي من ذلك على صورية تصرف المدين<sup>(٣)</sup>.

وفي مجال التشريعات ، فقد وصف المشرع العراقي الواقعة محل الاستنباط بأن تكون ثابتة ، وعبر عن ذلك بأنها (الأمر الثابت) فقد نص في المادة (١٠٢) من قانون الإثبات في معرض تعريفه للقرينة القضائية إنها ( استنباط القاضي أمراً غير ثابت من امرٍ ثابت لديه في الدعوى المنظورة ) ، ولم يذكر المشرع هذا الوصف في القانون المدني قبل صدور قانون الإثبات وإنما ذكر بأن الاستخلاص يكون من ظروف الدعوى<sup>(٤)</sup> ، ولاشك أن الوقائع الثابتة هي من ظروفها . وأما المشرع المصري فلم يتعرض لهذا الوصف في القانون المدني ولا في قانون الإثبات ، فنص في هذا القانون الأخير في المادة (١٠٠) منه على أنه ( يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقرها القانون . . . ) .

(١) أشار إلى رأي الفقه الفرنسي أعلاه ، عز الدين الدناصري والأستاذ حامد عكاز ، موسوعة التعليق على قانون الإثبات ، ط٢ ، ج ٢ ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، دون مكان ، ٢٠٠٩ ، ص٦٧٨ .

(٢) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ط٣ ، ج ٢ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٠ ، ص٣٢٩ . علالة رحومة ، القرائن القضائية ، رسالة مقدمة إلى المعهد الأعلى للقضاء في تونس ، السنة القضائية ٢٠٠٢-٢٠٠٣ ، ص٢٥ .

(٣) علالة رحومة ، المصدر نفسه ، ص٢٥ ، مهدي صالح محمد أمين ، مصدر سابق ، ص٢١٥ .

(٤) نصت المادة (٥٠٥ ملغاة) من القانون المدني العراقي على أنه (يجوز الإثبات بالقرائن القضائية وهي القرائن التي لم ينص عليها القانون وامكن للمحكمة ان تستخلصها من ظروف الدعوى وان تقتنع بان لها دلالة معينة ويترك لتقدير المحكمة استنباط هذه القرائن) .

وجاء في مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري بأن هذا الاستنباط يقوم على تفسير القاضي لما هو معلوم من الوقائع تفسيراً عقلياً<sup>(١)</sup>، والواقعة المعلومة هي الواقعة الثابتة في الدعوى .

وأما المشرع الفرنسي فقد عبّر عن الواقعة الثابتة بأنها (الواقعة المعروفة) فنص في المادة (١٣٤٩) من القانون المدني بان (القرائن نتائج تستخلص بحكم القانون أو تقدير القاضي من واقعة معروفة للاستدلال على واقعة غير معروفة) ، وفي ترجمة أخرى لهذا النص بانها (نتيجة يستنبطها الحاكم أو القاضي من حادثة معلومة ليقبس عليها حالة مجهولة)<sup>(٢)</sup> .

أما فيما يخص مسألة عدم كفاية ثبوت الواقعة في علم القاضي فقط ، لقد ذهب المشرع العراقي في المادة (٨) من قانون الإثبات بانه ( ليس للقاضي ان يحكم بعلمه الشخصي الذي حصل عليه خارج المحكمة ، ومع ذلك فله ان يأخذ بما يحصل عليه من العلم بالشؤون العامة المفروض إمام الكافة بها ) .

وتعرض القضاء لشرط ثبوت الواقعة محل الاستنباط في قراراته ، فقد ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أن ( القرينة هي استنباط امر مجهول من واقعة ثابتة معلومة بحيث إذا كانت هذه الواقعة محتملة وغير ثابتة بيقين فإنها لا تصلح مصدراً للاستنباط)<sup>(٣)</sup> .

وذهب القضاء الفرنسي إلى أنه ( . . . ) ممكن للقاضي ان يستخلص بواسطة القرائن من وقائع معروفة الاستدلال على واقعة غير معروفة)<sup>(٤)</sup> .

## الفرع الثاني

### دليل ثبوت الواقعة

تستند الواقعة محل الاستنباط في ثبوتها بالدعوى المنظورة لدليل ، فهي قد تثبت بالكتابة ، وبالاستجواب أو الإقرار ، سواء أكان إقراراً قضائياً أم غير قضائي ، أو قد تستند إلى الشهادة ، ولو بشهادة

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج٣ ، وزارة العدل ، الحكومة المصرية ، مطبعة أحمد مخيمر ، بلا سنة نشر ، ص ٤٢٩ . د. عبد الله عبد الحي الصاوي ، مصدر سابق ، هامش (٣) ص ٨١ .  
(٢) رفاعة بك وعبد الله بك ، القانون الفرنسي المدني ، المطبعة الخديوية ، مصر ، ١٣٨٣ هـ ، ص ٣٠٦ .  
(٣) طعن ١٩٠ و ١٩١ لسنة ٥٥ ق ، جلسة ١٩٩٠/٣/١ منشور في مجموعة : د. محمد عزمي البكري ، موسوعة الفقه والقضاء في قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، مج ٣ ، دار محمود ، القاهرة ، بلا سنة نشر ، ص ١٣٧٢ . و أنظر أيضاً : طعن ٤٩٦ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٦١/٤/٢٧ ص ١٢ منشور في مجموعة : حسن الفكاهاني وعبد المنعم حسني ، الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية منذ إنشائها عام ١٩٣١ ، الإصدار المدني ، ج ١ ، الدار العربية للموسوعات ، القاهرة ، ص ٥٤٨ .  
(٤) حكم المحكمة الابتدائية الكبرى في باريس في ١ تموز/ يوليو ١٩٩١ ، دالوز ٢٠٠٩ ، مصدر سابق ، ص ١٣٢٢ .

شاهد لم يؤدّ اليمين ، أو تقوم قرينة قانونية على ثبوتها ، أو تثبت بما قرره الخبراء<sup>(١)</sup> .

وللقاضي ان يُعدّ الواقعة ثابتة بامتناع الخصم عن تنفيذ إجراءات الإثبات نحو عدم إجابته على الاسئلة الموجه إليه<sup>(٢)</sup> ، أي إن القاضي يستدل من ذلك على أنه أقر بالواقعة المستفهم عنها ، وهذا يعني ان دليل ثبوت الواقعة لا يقتصر على الإقرار الصريح فقط إذ يمكن أن تثبت بالإقرار الضمني أيضاً .  
والتساؤل الذي يُعرض ، هل يسوغ أن تُثبت الواقعة محل الاستنباط بالاستدلال عليها من واقعة أخرى؟ هناك رأي في الفقه الفرنسي يذهب إلى أنه يجب أن تكون هذه الواقعة المعلومة ثابتة بدليل مباشر ، وعليه لا يسوغ الاستنباط من واقعة على الواقعة موضوع النزاع وقد تثبتت الأولى بواسطة واقعة أخرى بناءً على القاعدة المعروفة لا تستند القرينة إلى القرينة<sup>(٣)</sup> .

وفي وسع القاضي أن لا يقتصر على تلك الأدلة التي تثبت لديه في وقائع وظروف الدعوى موضوع النزاع ، فممكّن أن تثبت في وقائع وظروف خارج هذه الدعوى ، فقد يختارها من ملف دعوى غيرها ، أو من تحقيق إداري ، أو من محاضر إجراءات جنائية حتى ولو ان هذه المحاضر انتهت بالحفظ ، أو بالاستناد إلى ما قضى به في دعوى أخرى وإن كان أطرافها غير الخصوم في الدعوى المنظورة ، أو بالاستناد إلى أقوال شهود سمعوا بها<sup>(٤)</sup> .

وكل ذلك بشرط أن تكون أوراق هذه الوقائع التي تثبتت خارج الدعوى موضوع النزاع قد ضُمت إلى مستندات هذه الدعوى ، وبالعكس ذلك يكون القاضي قد أقام الاستنباط على وقائع وهمية غير ثابتة فيها<sup>(٥)</sup> .

وليس بالضرورة أن يكون دليل وسند ثبوت الواقعة محل الاستنباط فقط تلك الأدلة المحددة في قانون الإثبات بل من الممكن أن يستند إلى أي أدلة مقبولة قانوناً حتى ولو تثبتت خارج الدعوى موضوع النزاع ، مادام في وسع الخصوم الاطلاع عليها ومناقشتها ، وعدم وجود نص يعارض أخذها بالحسبان<sup>(٦)</sup> .  
وقد يُوحي صياغة نص المادة ( ١٠٢ ) من قانون الإثبات العراقي المتقدمة من عبارة (في الدعوى

(١) د. عباس العبودي ، شرح قانون البيّنات ، ط ١ ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠٧ ، ص ١٨٧ . د. آدم وهيب الندوي ، شرح قانون الإثبات ، ط ١ ، جامعة بغداد ، ١٩٨٤ ، ص ١٩٦ . د. توفيق حسن فرج ، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، مصدر سابق ، ص ٢٧ . د. أحمد علي الجراح ، مصدر سابق ، ص ٦١٣ . د. همام محمّد محمود و د. عصام أنور سليم ، مصدر سابق ، ص ٢٦٦ .

(٢) عز الدين دناصوري و الأستاذ حامد عكاز ، مصدر سابق ، ص ٢٧ .

(٣) أشار إليه علالة رحومة ، مصدر سابق ، ص ٢ و ص ٤٨ .

(٤) د. عباس العبودي ، مصدر سابق ، ص ١٨٧ . د. أحمد عبد العال ابو قرين ، مصدر سابق ، ص ١٧٥ . د. همام محمّد محمود و د. عصام أنور سليم ، مصدر سابق ، ص ٢٦٨ . د. توفيق حسن فرج ، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، مصدر سابق ، ص ٢٠٧ . د. عبد الله عبد الحي الصاوي ، مصدر سابق ، ص ٨١ .

(٥) عز الدين دناصوري والأستاذ حامد عكاز ، مصدر سابق ، ص ٥٧٧ . د. علي أحمد الجراح ، مصدر سابق ، ص ٦١٤ - ٦١٥ .

(٦) د. علي أحمد الجراح ، المصدر نفسه ، ص ٦١٤ .

المنظورة) أنه من اللازم ثبوت الواقعة وسندها في الدعوى نفسها، ولكن الصحيح أن الدعوى المنظورة تشمل ما ثبت فيها وفي خارجها ما دامت أوراق هذه الوقائع الثابتة قد ضُمت إليها .

والتشريعات تترك هذه المسألة لتقدير القاضي ، والمهم ان لا يستند إلى واقعة الا بعد ثبوتها بدليل مقبول قانونا .

وأما قضائياً ، فقد ذهبت محكمة التمييز إلى أنه ( إذا كان السند مصدقا من الكاتب العدل ومسجلا في سجله ولكن السجل خاليا من توقيع المدين وموقعان من كاتب العدل والشاهدين فيعتبر وجود السند المصدق بيد الدائن وشهادة أحد الموقعين على صحته وشهادة أخرى على سماعهم إقرار المتوفى بمديونته كاملة بمبلغ السند قرائن قضائية تستطيع المحكمة الركون إليها في الإثبات)<sup>(١)</sup> . فبرغم عدم وجود توقيع المدين في السجل فقد عُدَّت تلك الوقائع ثابتة ، وأنها دليل مقبول يسوغ الاستنباط منها للقرائن والدلالات ، بينما ذهبت في قرار آخر لها إلى أن الاستناد إلى الصور الضوئية من دون وجود أصلها تعتبر وقائع غير ثابتة ومن ثم لا يجوز الاستنباط منها ، لذا قضت بما (أن المادة ١٠٢ - أولا من قانون الإثبات قد عرّفت القرينة القضائية بأنها استنباط القاضي أمراً غير ثابت من أمر ثابت لديه في الدعوى المنظورة ، وبما إن تلك الكتب على فرض صحتها صادرة عن الخصم فلا يعتد بها بإثبات دعواه لأنه لا يجوز أصطناع الدليل لنفسه فضلاً عن إنها صورة ضوئية ولا يوجد أصلها فلا تعتبر سنداً ثابتاً يمكن أستخلاص القرينة القضائية منها)<sup>(٢)</sup> .

وذهبت محكمة النقض المصرية إلى أن (مفاد نص المادة ١٠٠ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ أن لقاضي الموضوع السلطة المطلقة في استنباط القرائن التي يعتمد عليها في تكوين عقيدته غير مقيد في ذلك بالقاعدة التي تفرض عليه أن لا يبني أفتناعه على وقائع لم تثبت بالطرق القانونية أو على وثائق لم تكن محل مناقشة الخصوم ، فله أن يعتمد على القرينة المستفاد من تحقيقات أجريت بغيبة الخصوم أو من محضر استدالات أجرته الشرطة أو من شهادة شاهد لم يؤد اليمين)<sup>(٣)</sup> وفي قرار آخر قضت انه ( من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه ليس ثمة ما يمنع القانون من أن تستند المحكمة في حكمها إلى ما قضى به في قضية أخرى لم يكن الخصم طرفاً فيها إذا كان ذلك لمجرد تدعيم الأدلة التي

(١) قرار محكمة التمييز رقم ١٦٤/هيئة عامة / ١٩٧١ في ٨/٤/٧٢ ، نقلا من: أحمد عزيز جايد ، دور القاضي في إثبات الدعوى المدنية، موسوعة القوانين العراقية ، بغداد ، ٢٠١١ ، ص ١٢ .

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ٤١٣ /إثبات / ٢٠٠٩ ، منشور على الموقع الإلكتروني لمجلس القضاء الأعلى العراقي ، الرابط : <https://www.hjc.iq/qview/1030> .

(٣) نقض مدني ، الطعن ٧٥٨ لسنة ٤٩ ق ، ١٩٨٥/١/٢٩ ، منشور في مجموعة : عبد المنعم حسني ، الموسوعة الماسية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية منذ إنشائها عام ١٩٣١ وحتى عام ٢٠٠٥ ، الإصدار المدني ، ج ١ ، مركز حسني للدراسات والاستشارات القانونية والمحاماة ، بلا مكان نشر ، بلا سنة نشر ، ص ٣٤١ . و أنظر أيضاً الطعن رقم ١٢٩٠ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٧٩/٦/١٣ س ٣٧ ص ٦٢٠ ، منشور في مجموعة : القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في خمسين عاماً ، ج ١ ، المجلد الأول في الإثبات والاختصاص ، ١٩٨٥ ، ص ٦٠٣ .

سردتها فيه لأن ذلك لا يعدو ان يكون استنباط لقرينة رأت فيها المحكمة ما يؤدي وجهة نظرها<sup>(١)</sup> وقضت أيضاً بان ( . . . للقاضي ان يستنبط القرينة التي يعتمد عليها في تكوين عقيدته من أي تحقيق قضائي أو أداري)<sup>(٢)</sup>.

و مما جرى به قضاء محكمة النقض أيضاً انه ( من المقرر ان لمحكمة الموضوع السلطة التامة في استنباط القرائن ويحق لها الاستناد إلى أي امر تقرر في حكم آخر ما دام هذا الحكم مودع ملف الدعوى وأصبح ضمن مستنداتها وعنصر من عناصر الإثبات تناضل الخصوم في دلالته)<sup>(٣)</sup>.

وأما بشأن ثبوت الواقعة بطريق غير مباشر فقد ذهب القضاء المصري إلى أنه (إذا مرت مدة طويلة على عدم تنفيذ الحكم من قبل المحكوم له فيستدل من ذلك على وجود تنازل عن تنفيذه ، ومن هذه الواقعة الأخيرة التي هي مدلول للمدة الطويلة يُستدل على وجود صلح بين الطرفين)<sup>(٤)</sup>.

والقضاء الفرنسي لم يتمسك أيضاً بان يكون سند ثبوت الواقعة فقط تلك الأدلة المحددة ، فقد ذهبت محكمة النقض إلى أنه ( إذا كان السند المحرر أمام الكاتب العدل لا يُشكل بحد ذاته سندا للتقدم المكسب فلا يمكن اعتباره باطلاً كأنه لم يكن في حين أنه يعود للقاضي أن يقدر قيمته الثبوتية فيما يتعلق بوجود أفعال مادية من شأنها إضفاء الوصف المناسب على الحيازة موضوع الدعوى)<sup>(٥)</sup>، وفي قرارٍ آخر لها قضت بانه (يمكن أن تُستنتج القرائن التي يستند إليها القضاة ليكونوا قناعتهم من شهادات مبرزة في المحاكم وفقاً للأصول دون أن تكون التصريحات المسندة إليها هذه الشهادات حاصلة بالضرورة أمام القضاء)<sup>(٦)</sup> وأشرت أن تكون الوقائع الثابتة في وسع الخصوم الاطلاع عليها ومناقشتها إذ قررت (ان معاينة المحضر حتى ولو لم تتم بالصورة الجاهية تصلح كوسيلة إثبات بمجرد إنها وضعت قيد المناقشة بين الأطراف)<sup>(٧)</sup>.

(١) نقض ١٩٧٦ / ٢ / ٢٥ ، طعن ١٣١ لسنة ٤٠ قضائية، مج ٢٧، ص ٤٦٤، نقلا من : سيد حسن البغال ، المطول في الإثبات ، مج ٢ ، الناشرون المتحدون ، القاهرة ، بلا سنة نشر ، ص ٨٤٧ .

(٢) طعن رقم ١١٣٦ لسنة ٥٥ ق ، جلسة ١٩٩٤ / ٦ / ٢٣ ، منشور في مجموعة : د. محمّد عزمي البكري ، مصدر سابق ، ص ١٣٨٥. أنظر أيضاً : طعن رقم ١٤٠ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٧٢ / ٥ / ١٢ س ٢٣ ص ٩٠٥ ، منشور في مجموعة : حسن الفكهاني وعبد المنعم حسني ، مصدر سابق ، ص ٥٥٩ .

(٣) طعن ١٣٦٨ سنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٥ / ١ / ١٥ ، س ٤ ص ٩٣ ، منشور في مجموعة: سعيد أحمد شعلة ، أحكام النقض المدنية، الإثبات ، (مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في الإثبات وفي المواد المدنية والتجارية ومسائل الأحوال الشخصية خلال أربعة وسبعين عاما ١٩٣١-٢٠٠٦) ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، بلا مكان نشر ، ٢٠٠٧ ، ص ٤٠٠٧ .

(٤) أنظر: استئناف مصري، نقلا من : د. عبد الرزاق أحمد السنهوري (دون ذكر لرقم القرار) ، مصدر سابق ، فقرة ٢٩ ص ٩١ . و أنظر علالة رحومة ، مصدر سابق ، ص ٤٣ ، وعنه: ان القضاء الفرنسي أجاز ان ينصب الاستنباط على واقعة أخرى ثابتة بطريق غير مباشر .

(٥) نقض مدنية ٣ ، ٤ تشرين الأول/ أكتوبر/ ٢٠٠٠ ، نشر قرار الغرفة المدنية الثالثة ، رقم ١١٥٨ د ٢٠٠٠ . دالوز ٢٠٠٩ ، مصدر سابق ، ص ١٣٢٣ .

(٦) نقض مدنية أولى ، ١ حزيران/ يونيو ١٩٥٤ ، د ١٩٥٤ ، ٥٨٩ ، دالوز ٢٠٠٩ ، المصدر نفسه ، ص ١٣٢٣ .

(٧) نقض مدنية أولى ، ١٢ نيسان / أبريل ٢٠٠٥ نشرة قرار الغرفة المدنية ١٨١ د ٢٠٠٥ ، دالوز ٢٠٠٩ ، المصدر نفسه ، ص ١٣٢٣ .

يظهر مما تقدم أن الدليل المقبول قانوناً في نطاق ثبوت الواقعة محل الاستنباط له معنى أوسع مما عليه في قانون الإثبات إذ ليس بالضرورة أن تتوفر فيه كافة الشروط التي يتطلبها هذا القانون الأخير، ولا يتقيد أن يكون متوفراً بالدعوى المفترقة للدليل المباشر نفسها ، ولقد أخذ القضاء المصري بالدليل غير المباشر لثبوت الواقعة محل الاستنباط ، وصرح القضاء الفرنسي بأن يعود للقاضي تقدير القيمة الثبوتية للدليل بشأن إثبات الوقائع المادية الحاصلة في ظروف الدعوى.

## المطلب الثاني

### صلة الواقعة محل الاستنباط بالواقعة موضوع النزاع

بعد أن ثبتت الواقعة محل الاستنباط في الدعوى المنظورة ، فإن القاضي سينظر في مدى صلتها بالواقعة موضوع النزاع .

ولكي يأتي الاستنباط سليماً لا بد أن يتحقق القاضي من صلتها بالواقعة الأصلية المراد إثباتها ، وصفة هذه الصلة وعلاقتها بكفاية الدلالة أو ضعفها أو عدمها على ما هو مطلوب في الدعوى وارتباط قوة الدلالة وضعفها بمدى الصلة بين الواقعتين ومدى تأثير عدد الوقائع على هذه الصلة .

ومن ثمّ ما هو الأساس لوجود الملازمة بين الواقعتين وما نوع هذه الملازمة ، فكل هذه المسائل تشخص الصلة بين الواقعة محل الاستنباط والواقعة موضوع النزاع.

لذا نسلط الضوء في هذا المطلب على ما ذكرناه أعلاها وذلك في فرعين ، نتطرق في الفرع الأول تحقق الصلة بين الواقعتين ، وفي الفرع الثاني أساس الصلة بين الواقعتين .

## الفرع الأول

### تحقق الصلة بين الواقعتين

لكي يأتي استنباط القاضي سليماً لا بد أن يتحقق، بعد ثبوت الواقعة محل الاستنباط ، ان هذه الواقعة لها صلة بالواقعة موضوع النزاع ، فبعد ان افتقر الدليل المباشر على هذه الواقعة وصارت مجهولة تحول الإثبات إلى الواقعة الثابتة المعلومة فلا بد أن يكون بين الواقعتين ارتباط وصلته<sup>(١)</sup>.

(١) د. عباس العبودي ، شرح احكام قانون الاثبات المدني ، ط ١ ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠٥ ، ص ٢٨٢ .  
د. أحمد عبد العال ابو قرين ، مصدر سابق ، ص ١٧٥ . د. عبد الله عبد الحي الصاوي ، مصدر سابق ، ص ٣٨ .

ومعنى الصلة بأن يسمح الأمر الثابت وهو الواقعة المعلومة أن يستنبط القاضي منه ما يدل على ثبوت الواقعة المجهولة موضوع النزاع<sup>(١)</sup>.

وتبعا لهذه الصلة فإن دلالة الواقعة الثابتة تختلف من حيث القوه فمنها ما له دلالة قوية فيستنبط القاضي هذه الدلالة بشكل قاطع<sup>(٢)</sup> ، وقد لا تبلغ هذا الحد من القوة فيستنبط منها على سبيل الترجيح ، وقد تصل إلى درجة الاحتمال الضعيف<sup>(٣)</sup>.

فالقاضي عندما يقوم بالاستنباط تكون أمامه جهتان ، راجحة ومرجوحة ، فما يصل إليه في استنباطه هو ما يغلب على ظنه إنه الأمر الراجح ، فالعمل القضائي في الاستنباط يقوم على عنصر الرجحان ، فإذا كانت دلالة الوقائع المعلومة بحكم صلتها بالواقعة المجهولة تدل على هذه الأخيرة بنسبه ٨٠% مثلا فيعني أن الجهة الراجحة هي الغالبة على ظنه<sup>(٤)</sup>.

فالاستنباط ينطلق من واقعة ليصل إلى واقعة أخرى وأن دلالة الواقعة الأولى على الثانية هي الغالبة ، أي أغلب الاحيان تؤدي تلك الواقعة إلى تلك الدلالة ، فالقاضي يبدأ بتحليل الظروف الواقعية ويضع افتراضا يقتضيه السير الطبيعي للأشياء ، وأن الأحداث لا يمكن أن تجري بخلاف ذلك حسب المجرى العادي للأمر ولكن لا على نحو مطلق ، وهذا يؤكد لنا فكرة ما هو راجح الوقوع ، فالإنسان يكتفي في أغلب الأحوال بما هو راجح بعد تعذر الوصول إلى اليقين بالحقيقة الواقعية أو استحالة الوصول إلى الدليل القطعي الذي ينتفي معه كل احتمال . ولهذا لا بد من الاكتفاء بما هو راجح في الاستنباط القضائي في دلالة الواقعة المعلومة على الواقعة المجهولة<sup>(٥)</sup>.

ومع ذلك فإن القاضي لا يأخذ إلا بالوقائع ذات الصلة القوية والوثيقة بالواقعة موضوع النزاع بحيث يؤدي استنباطه إلى ما سيقضي به مباشرة<sup>(٦)</sup>.

وبناءً على ما تقدم فإذا كان أمام القاضي وقائع متعددة وهو يريد أن يستدل منها على الواقعة موضوع

- (١) عز الدين دناصوري والأستاذ حامد عكاز ، مصدر سابق ، ص ٦٧٨.
- (٢) لا يراد بالقطعية هنا العلم الذي لا يوجد معه احتمال النقيض المعبر عنه بعلم اليقين بل يوجد احتمال ولكن لم ينشأ عن دليل والمعبر عنه (بالاطمئنان) أنظر: د. عبد الله عبد الحي الصاوي ، مصدر سابق ، ص ٦٠-٦١.
- (٣) د. حمود أحمد محمد، الإثبات بالقرائن القضائية في الفقه الإسلامي والقانون اليمني، بحث منشور في مجلة جامعة الناصر، العدد السادس ، المجلد الثاني ، ٢٠١٥ ، ص ٧٨. عز الدين دناصوري والأستاذ حامد عكاز ، مصدر سابق ، ص ٦٨١ .
- (٤) ويُعبر عن النسبة الباقية ٢٠% بالجهة المرجوحة ويقال عنها منطقيا (الوهم) الذي يقابله الظن الراجح ، اما اذا تساوت النسبتان أي كل منهما ٥٠% نكون أمام (الشك) فالدلالة منطقيا تترجح من (يقين ، ثم اطمئنان ، ثم ظن ، ثم شك ، ثم وهم) أنظر بهذا الصدد : د. مصطفى إبراهيم الزلمي ، المنطق القانوني في التصورات ، ط ٣ ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٩ ، ص ٣١-٢٨ . سعيد عبد الله المدلوح ، توضيح المنطق ، مؤسسة المنارة ، بلا مكان نشر ، ١٩٩٦ ، ص ١٤ .
- (٥) قيس عبد الستار عثمان ، القرائن القضائية ودورها في الإثبات ، ط ١ ، مطبعة شفيق ، بغداد ، ١٩٧٥ ، ص ٢١-٢٣ و ص ٤٠١ .
- (٦) أحمد نشأت ، رسالة الإثبات ، ط ١ ، ج ٢ ، مكتبة العلم للجميع ، القاهرة ، ٢٠٠٥ ، ص ٤١٨ .

النزاع ، فعليه ان يختار الواقعة المنتجة المؤثرة في الواقعة الاصلية ، وهذه لا تكون كذلك إلا إذا كانت ذات صلة قوية بهذه الواقعة الأخيرة .

ولكي يتأكد القاضي من وجود الصلة بين الواقعتين فعليه أن يحلل الواقعة أو الوقائع المعلومة إلى عناصرها ويستقري هذه العناصر كي يصل منها إلى الصورة الحقيقية للواقعة ومدى صلتها بالواقعة محل الإثبات<sup>(١)</sup>.

وإذا لم تكن هناك صلة قوية بين الواقعتين فهذا يعني أن الواقعة التي تحوّل إليها الإثبات لا تصلح محلاً للاستنباط ، حينئذ ، كما لو قام المشتري بسداد مقدم عن منقول من المنقولات فإن هذا التسديد لا يصلح أساساً لإثبات ملكية البائع لهذا المنقول لاحتمال الحصول عليه بطريقة غير مشروعة<sup>(٢)</sup> وفي هذه الصورة لو أن القاضي اعتمد هذه الواقعة في استنباطه ستكون المقدمات غير مؤدية إلى النتائج المطلوبة وعندها ومن ملاحظة تسببيه تكشف المحكمة الأعلى عدم صحة الاستدلال القضائي الذي وصل إليه ، مما يعيب التسبب كونه خلاف المنطق ويؤدي ذلك إلى نقض حكمه<sup>(٣)</sup>.

ومن الأسئلة التي تُعرض فيما يتعلق بقوة الصلة ، هل أن هذه القوة تتوقف على كثرة وقلة الوقائع بحيث كلما كانت الوقائع متعدّدة كانت الصلة أقوى بعكس ما لو كانت الواقعة الثابتة واحدة فقط ؟

يرى فقه الإثبات أنه لا دخل لعدد الوقائع في قوة الصلة فقد تكون واقعة واحدة وهي ذات صلة قوية بالواقعة موضوع النزاع فيكون لها دلالة كافية على إثباتها ، في حين قد تتعدد الوقائع ولا تنهض لإثباتها لأنها ذات دلالة وصلة ضعيفة بها ، فلا يتوقف الاستدلال والاستنباط على كثرة الوقائع من أجل أن نتوصل إلى إثبات الواقعة موضوع النزاع فكثرة الوقائع لا تضيف شيئاً إلى القوة الإثباتية ، إذ العبرة بقوة صلتها ودالتها على الواقعة المراد إثباتها . ومع ذلك هناك من يشترط اجتماع عدة وقائع وقد قاس ذلك بمسألة الشهادة ، على أساس من أن يُراعى في نصابها التعدد فلا تكفي شهادة واحدة ، ولا شك أنه كلما كان عدد الوقائع أكثر كلما كان ذلك أبلغ أثراً ، وكلما كانت متطابقة ومتوافقة كلما نالت قيمة حقيقية في عملية الاستنباط ، فلو كانت الدعوى المنظورة حول تصرف في عقار هل هو بيع أم وصية ، فالقاضي في وسعه أن يستنبط من وقائع متعدّدة ان هذا التصرف وصية ، فيستظهر نية وإرادة المتصرف من استمرار وضع يده على العقار ، واستغلاله لحين وفاته ، وثانياً من عدم تسجيله للعقد ،

(١) د. ياسر باسم ذنون ، دور الاستدلال المنطقي لفهم الواقع والأدلة في الدعوى المدنية ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق الصادرة من كلية الحقوق ، جامعة الموصل ، المجلد ٩ ، السنة الثانية عشر ، العدد ٣٣ لسنة ٢٠٠٧ ، ص ١٠٥ .

(٢) د. عبد الله عبد الحي الصاوي ، مصدر سابق ، ص ٤١ .

(٣) الياس أبو عيد ، نظرية الإثبات في اصول المحاكمات المدنية والجزائية ، ج ٣ ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٥ ، ص ١٦٢ . قندوز عبد الجبار ، رقابة المحكمة العليا على تسبب الأحكام الجزائية ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة قاصدي مرباح ، الجزائر ، ٢٠١٥ ، ص ٢٠ .



وثالثاً من استمرار البائع بدفع الديون العقارية ، ورابعاً من فقر المشتري وعدم قدرته على دفع الثمن المسمى بالعقد ، لاسيّما إذا وجد بالإضافة إلى ذلك شرط عدم تصرف المشتري فيه طول حياته<sup>(١)</sup>.

وفي مجال التشريع المقارنة ، لم يتعرض المشرّع العراقي والمشرّع المصري إلى هذه المسألة في صياغة نصي المادة ( ١٠٢ ) من قانون الإثبات والمادة ( ١٠٠ ) من قانون الإثبات المتقدمتين ؛ لأن ذلك أمرٌ يرجع إلى سلطة القاضي<sup>(٢)</sup>. ومن الطبيعي إنه لا يختار إلا الواقعة ذات الصلة القوية حتى يأتي استنباطه سليماً<sup>(٣)</sup>.

وأما المشرّع الفرنسي فإنه أوجب على القاضي حسب صياغة المادة ( ١٣٥٣ ) من القانون المدني على أنه (... لا يقبل إلا بالقرائن المهمة والدقيقة والمتوافقة). وفي ترجمة أخرى للنص الفرنسي المذكور بأن القاضي (يجب عليه أن لا يحكم بها [ أي بالقرائن ] إلا إذا كانت قوية ظاهرة موافقة لما دلت عليه ..)<sup>(٤)</sup>.

وهذه الصياغة تكشف عن اهتمام المشرّع بقوة الصلة بين الواقعتين ، ولكن هناك رأياً في الفقه والقضاء يذهب إلى القول (( أن هذا النص ليس إلا مجرد توجيه مع أن ظاهره قد يُوحى - خطأ - بأن يقيم شرطاً لقبول الإثبات بالقرائن))<sup>(٥)</sup>.

وحسناً فعل المشرّع الفرنسي ، إذ إن شرط سلامة الاستنباط القضائي في نطاق الوقائع أن تكون هناك صلة بين الواقعة المعلومة والواقعة المراد إثباتها ولا بد أن تكون هذه الصلة قوية ووثيقة لكي يُعتمد على دلالتها بين الواقعتين .

وقضت محكمة التمييز العراقية في واقعة أن (تسلم المؤجر لبدلات الايجار تُعدُّ قرينةً قضائيةً على ان المؤجر أسقط حقه في طلب التخلية)<sup>(٦)</sup> ، بأن الواقعة موضوع النزاع هي طلب التخلية ،

(١) قيس عبد الستار عثمان ، مصدر سابق ، ص ١٠١ و ص ١٥٧ . مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج ٣ ، مصدر سابق ، ص ٤٢٩-٤٣٠ .

(٢) د. محمد حسن قاسم ، قانون الإثبات في المواد ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٩ ، ص ٣٤١ .  
(٣) يُلاحظ أن المشرّع المغربي في المادة (٤٥٤) من قانون العقود والالتزامات لسنة ١٩١٣ نص على أنه (ليس للقاضي ان يقبل إلا القرائن القوية الخالية من اللبس أو القرائن المتعددة التي حصل التوافق بينها ...) ومن المعلوم ان قوة الدلالة تأتي من قوة الصلة بين الواقعتين . أنظر في هذا الصدد : رشيد العراقي ، طرق إثبات الالتزام ، بحث منشور في مجلة الملحق القضائي ، العدد ٣٠ أكتوبر ١٩٩٠ ، الصادرة من المعهد الوطني للدراسات القضائية في وزارة العدل ، المملكة المغربية ، ص ٣٣ .

(٤) رفاة بك و عبد الله بك ، مصدر سابق ، ص ٨٤٢-٨٤٣ . و أنظر أيضاً مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج ٣ ، مصدر سابق ، ص ٤٢٩-٤٣٠ .

(٥) د. سيد حسن البغال ، مصدر سابق ، ص ٣٠٨ .

(٦) القرار رقم ١١٨٧ / ح ع / ١٩٧٠ في ٤ / ١١ / ١٩٧٠ ، نقلاً من : د. عصمت عبد المجيد بكر ، شرح قانون الإثبات ، مصدر سابق ، ص ٢٣٠ .

والواقعة الثابتة هي استلام المؤجر لبدلات الايجار المودعة لدى الكاتب العدل للأشهر السابقة ، فاستنبط القاضي من هذه الواقعة الأخيرة دلالةً على أن المؤجر تنازل عن دعوى التخلية على أساس من أن هناك ارتباطاً بين الواقعتين .

وهناك من يرى أن ما قضت به المحكمة أعلاه غير صحيح ، إذ لا علاقة بين طلب التخلية المُستند إلى عدم تسديد المستأجر لبدل الايجارات مخالفاً بذلك أحكام قانون ايجار العقار ٨٧ لسنة ١٩٧٩ وبين قبضه لبدلات الإيجار المودعة لدى الكاتب العدل التي تُعدُّ حقا من حقوقه<sup>(١)</sup> .

والباحث يرجح هذا الرأي ؛ وذلك لتخلف الصلة القوية بين الواقعتين التي أدت إلى عدم سلامة الاستنباط القضائي، فواقعة استلام الإيجارات ليست فيها الدلالة الكافية على أن المؤجر تنازل عن دعوى التخلية ، فهذه الإيجارات إنما هي قبال انتفاعه بالعين المؤجرة، فلا تلازم بينها وبين دعوى التخلية المذكورة.

وذهبت محكمة النقض المصرية إلى أن ( اتمام الخطبة و ابرام عقد الزواج وفقا لطقوس الطائفة التي ينتمي إليها أحد الزوجين لا يسوغ له التحدي بانضمام الزوج الآخر إلى ذات الطائفة التي تمت الخطبة و ابرام الزواج على أساسها ، ولا ينهض بذاته دليلا على تغيير طائفته أو مذهبه لأنه يكون المراد به مجرد تيسير توثيق العقد دون مساس بالملة أو المذهب الذي يدين به ، ومن ثم فإن رضاء المطعون عليها اجراء الخطبة و عقد الزواج وفقا لشرعية الأقباط الارثوذكس التي ينتمي إليها الطاعن و قبولها اتباع طقوسها لا يفيد بذاته بتغيير طائفتها وانضمامها في طائفة الطاعن)<sup>(٢)</sup> .

إذ ليس بالضرورة مراعاة تلك المراسيم الشكلية لعقد الزواج يعني تغيير الاعتقاد الديني فلا صلة لازمة بينهما .

وذهبت محكمة النقض الفرنسية ، وهي بصدد إثبات دعوى المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة وتطبيقها على الرابطة السببية للقاح ضد التهاب الكبد المعدي وتصلب الأنسجة ، إلى أن ( إثبات الضرر والعيب ووجود الرابطة السببية بين عيب المنتج والضرر يمكن ان تستنتج من القرائن بشرط ان تكون مهمة ودقيقة ومتوافقة)<sup>(٣)</sup> .

(١) د. عصمت عبد المجيد بكر، شرح قانون الإثبات ، مصدر سابق ، ص ٢٣١ .

(٢) الطعن رقم ٣، سنة ٤٦ ق ، احوال شخصية ، جلسة ٢٩م ١٢ / ١٩٧٦ ، س ص ١٨٥١ ، منشور في مجموعة : القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في خمسين عاما ، بلا ناشر ، ص ٧٠٩ .

(٣) نقض مدنية اولى ، ٢٢ ايار / مايو / ٢٠٠٨ ، دالوز ٢٠٠٩ ، مصدر سابق ، ص ١٣٢٢ . و أنظر:

Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 5 juin 2019, 17.22.192.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTe>

والباحث يعتقد بأن الدلالات التي تتصف بهذا الوصف لا تكون كذلك إلا إذا كانت الصلة بين الواقعة محل الاستنباط والواقعة موضوع النزاع قوية ووثيقة كما تقدم مراراً.

## الفرع الثاني

### أساس الصلة بين الواقعتين

أن من شروط الواقعة محل الاستنباط أن يكون بينها وبين الواقعة موضوع النزاع صلة ، ومن الضروري أن تتصف هذه الصلة بالقوة فيما بينهما .

ويكمن أساس هذه الصلة بين الواقعتين في وجود ملازمة بينهما ، وهي إما أن تكون ملازمة عقلية وإما ملازمة عرفية .

والملازمة العقلية يُراد بها أن العقل يرى وجود إحدى الواقعتين يستدعي وجود الواقعة الأخرى كالعقلية والمعلولية فلا يمكن أن نتصور المعلول دون علته ، فمقتضى الاستدلال على الأمر المجهول من الأمر المعلوم على أساس عليّة تحقق الأمر الأول إذا تحقق الأمر الثاني ، وقد يكون الترابط بينهما سببياً ، أعني عندما ينظر القاضي في الواقعة الثابتة فيجد أنها تبعاً للغالب هي السبب في قيام الواقعة المتنازع عليها المسببة للأثر القانوني<sup>(١)</sup>، فلو حصل نزاع حول نسب طفل ولم يكن هناك دليل مباشر يثبت ذلك إلا أنه من المعلوم بعد الفحص الطبي ، تبين أن البصمة الوراثية تحمل جينات هذا الأب وهذه الأم ، فالقاضي يستنبط دلالة من هذه البصمة الثابتة في الدعوى تصل إلى حد الاطمئنان بأن هذا الطفل ينتسب لهما إذ العقل يجد ملازمة بين هذين الأمرين .

وعليه فالدلالة تستخلص من واقعة أو من وقائع متعدّدة تؤدي بالنتيجة المطلوبة بحكم اللزوم العقلي ، وتكون النسبة بينها وبين مدلولها ثابتة يستنتجها العقل<sup>(٢)</sup> ، فالقاضي لا يقرر واقعة ما أو يحدد صلة واقعة بواقعة إلا عن سبب ، فعند نظره في ظروف الدعوى والوقائع المعلومه فيها لأجل إثبات الدعوى فإنه ينظر إلى العلاقة السببية بينهما<sup>(٣)</sup> .

= xte=JURITEXT000038629626&fastReqId=2040296756&fastPos=20.

Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 3 avril 2019, 18.11.293.

[https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000038488513&fastReqId=2040296756&fastPos=22.](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000038488513&fastReqId=2040296756&fastPos=22)

(١) د. علي أحمد الجراح ، مصدر سابق ، ص ٦١٦ . د. آدم وهيب النداوي، شرح قانون الإثبات ، مصدر سابق ، ص ١٩٤ - ١٩٥ . جعفر فاضل هاشم ، الحجية القانونية للقرينة القضائية ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون ، جامعة بابل ، ٢٠١٨ ، ص ٢٢ .

(٢) د. حمود أحمد محمّد ، مصدر سابق ، ص ١٠٦ .

(٣) البروفيسور باجيرن ملكيفيك ود. فهد عبد العظيم ، مصدر سابق ، ص ٧٣ - ٧٤ .

ويكفي في هذا اللزوم العقلي أن يحصل منه الاطمئنان بل الظن الراجح كما تقدم لا درجة اليقين والإلّا)) (انعدمت الحاجة إلى الاستنباط الذي يعتمد أساساً على أقيسة منطقية تختلط بالصفة الشخصية للقاضي بما يتمتع به من مؤهلات علمية وشخصية))<sup>(١)</sup>.

وعليه إذا كانت الملازمة بين الواقعتين غير قابلة للأنفكاك فإن القاضي يصل إلى الدلالة القطعية اليقينية ولكن في العمل القضائي يكفي الرجحان والاطمئنان وإن لم يصل إلى درجة القطع كما مر آنفاً .  
وأما الملازمة العرفية ، فيُراد بها أن العُرف يرى وجود الصلة بين الواقعتين ، فالقاضي يستند إلى الأمر المعلوم ويجد له صلة بالأمر المجهول حسب ما تعارف عليه المجتمع ويستنبط من ذلك دلالة لإثبات المطلوب ، فالعُرف يرى ارتباط الأمرين وجوداً وهدماً<sup>(٢)</sup> .

ففي هذه الحال إن الأعراف والعادات هي التي تحدد النسبة بين الواقعة ومدلولها ، فإذا اختلف الزوجان في أمتعة البيت يترجح قول الرجل فيما هو مُعد للرجال وقول الزوجة فيما هو مُعد للنساء بدلالة عادة الاستعمال والعُرف وإن كان من المحتمل أن يملك كل منهما ما هو في العادة في حوائج الآخر<sup>(٣)</sup> .

والواقع ان الدلالة ليست وقفاً على العقلية والعرفية ، فقد تكون طبيعية أي إن الطبع يقتضي التلازم بين الواقعتين ، أو وضعية أي إن هناك اضعافاً جعل تلازماً بينهما<sup>(٤)</sup> . وإن كنا نعتقد في مجال الصلة بين الواقعتين أن الدلالة الطبيعية غير اللفظية تندرج تحت العقلية ، لأن العقل هو الذي ينتقل من المعلوم إلى المجهول ، وأما الدلالة الطبيعية اللفظية والدلالة الوضعية سواء اللفظية أو غير اللفظية فتندرج تحت العرفية ، لأن العُرف هو الواضع لهذه الصلات بين الوقائع وعلى أساس منها يستنبط القاضي الدلالة من المعلوم على المجهول ، ومن الواضح أن التشريعات لا تتناول هذا الأساس في نصوصها لأنها مسألة منطقية وفقهية بحتة ، ولكننا سنعرض بعض التطبيقات القضائية التي هي مصداق لوجود أو نفي الملازمة العقلية أو العرفية .

(١) عز الدين دناصوري و الأستاذ حامد عكاز ، مصدر سابق ، ص ٦٨١ . سنتعرض لمؤهلات القاضي من حيث الكفاءة العلمية والكفاءة الشخصية في المبحث الثاني من هذا الفصل باعتبارها مما يستلزمها الاستنباط القضائي للدلالات والقرائن من الوقائع والظروف المحيطة بالدعوى .

(٢) د. محمد حسين منصور ، مصدر سابق ، ص ١٦٢ .

(٣) د. محمود أحمد محمد ، مصدر سابق ، ص ١٠٦ ، و ص ١١٦ .

(٤) أنظر بهذا الصدد د. مصطفى إبراهيم الزلمي ، المنطق القانوني في التصورات ، مصدر سابق ، ص ٧٠ . وفيه يتعرض إلى إن الدلالة منطقياً تكون إما عقلية وإما طبيعية وإما وضعية . وكل واحدة منها إما لفظية وإما غير لفظية ، فالدلالة العقلية اللفظية هي أن يدل لفظ على معنى على أساس من علاقة العلية والمعلولية كدلالة الألفاظ المتناقضة والمضطربة على عدم صدق الشاهد ، وأما العقلية غير اللفظية فهي مثل دلالة المؤثر على أثره والعلة على معلولها والسبب على مسببه نحو الاستدلال بآثار البصمات على المطلوب ، والدلالة الطبيعية اللفظية هي أن يدل لفظ على معنى لم يوضع له ولكن غلب بمقتضى الطبع نحو أنين المصاب على الأمه ، وأما الدلالة الطبيعية غير اللفظية فهي مثل تغيير لون قسماط وجه المدعى عليه حين يُسئل عن موضوع الدعوى . والدلالة الوضعية اللفظية هي أن يدل لفظ على معنى وُضع له في اللغة أو في العُرف ، وأما الوضعية غير اللفظية فهي مثل دلالة العلامات التجارية على الشركات .

لقد ردت محكمة استئناف القادسية الاتحادية بصفتها التمييزية قرار محكمة البداة القاضي بعدم توجه الخصومة في طلب الكشف المستعجل من المدعي القائم بتشديد مركز شرطة النغيشية في غماس ضد المدعي عليه وزير الداخلية إضافة إلى وظيفته ؛ كون هذا الأخير ليس طرفا في عقد المقاوله الخاص بتشديد المركز المذكور، وقضت - أي محكمة الاستئناف - أعلاه- (بان سبب عدم توجه الخصومة غير كاف لرد اجراء الكشف المستعجل لأن موضوع الكشف المستعجل برمته هو أداة لضمان تحقيق الحماية للحق وتحسينه عند إقامة الدعوى بأصل الحق وهو بهذا الوصف أداة مجردة للاحتياط وينتج عن هذا بان شروط الخصومة في القضاء المستعجل تختلف عن شروط الخصومة عند اقامة الدعوى بأصل الحق، وطالب الكشف المستعجل يهدف حماية حقه المحتمل الوجود ويترتب على هذا بان المطلوب الكشف ضده باعتباره جهة مستفيدة من العقد أن يكون خصماً محتملاً عند اقامة الدعوى بأصل الحق مستقبلاً ، فكان ينبغي على محكمة البداة أن تتعاطى مع طلب الكشف وفقا للمعطيات طالما احتمالية خصومة المطلوب الكشف المستعجل ضده واردة مستقبلاً ، وأن تستنبط الخصومة من جملة قرائن قد طرحت في طلب الكشف لأن القرينة القضائية هي استنباط أمر مجهول من أمر معلوم فالأمر المعلوم هو إدعاء طالب الكشف بقيامه بتشديد مركز للشرطة يُستنتج من هذا الامر المعلوم امرا مجهولا هو استفادة وزارة الداخلية من هذا المركز ومن ثم يتم استنباط خصومتها لطالب الكشف المستعجل المحتملة فكان على محكمة البداة إجراء الكشف المستعجل وتثبيت الوضع المادي الراهن دون المساس بأصل الحق . . . . . و صدر القرار بالاتفاق وفق م ٣ ، ٢١٠ ، ٢١٦ من قانون المرافعات المدنية و م ١٠٢ من قانون الإثبات في ١٣/٣/٢٠١٢) (١) .

وعلق القاضي سالم روضان على هذا القرار بأن الاستنباط المتقدم ، بعد أن قرر إن من وظيفة القضاء إعطاء نتائج منطقية ، هل يتعلق بواقعة الخصومة ؟ وأن الواقعة المستنبطة تتعلق بعنصر الاستفادة والاستفادة لا بد أن تكون بموجب سند قانوني والا كان الانتفاع غير مشروع ، ولا يمكن أن يكون الاستنباط من واقعة غير مشروعة ، إذ لا يكون عنصر الانتفاع بمفرده سببا لإنشاء الرابطة القانونية أو العلاقة التعاقدية ، ويبقى السؤال هل هذا الاستنباط توفر على أسبابه القانونية على وفق احكام القانون؟

والباحث يعتقد أن هذا الاستنباط لم يكن موقفا لعدم توفر مستلزماته على النحو المطلوب ؛ وذلك لضعف الملازمة بين الواقعة المعلومه مصدر الاستنباط وهي واقعة تشييد المركز والواقعة المجهولة موضوع النزاع وهي مسألة توجه الخصومة من عدمها ، إذ لم تكن الملازمة بينهما قوية حسب ما تعرضنا له آنفا ، ناهيك عن ذلك إن توجه الخصومة أستنبطت من أمر مُستنبط وهي الاستفادة المحتملة ، وهذا يؤيد ما لاحظناه أعلاه على الصلة بين الواقعتين .

(١) قرار محكمة استئناف القادسية الاتحادية بصفتها التمييزية العدد ٧٧/ت / ح / في ١٣/٣/٢٠١٢ ، منشور على الصفحة الرئيسية للموقع الالكتروني لمجلس القضاء الاعلى العراقي مع تعليق القاضي سالم روضان الموسوي، الرابط <https://www.hjc.iq/view/1383>.

وذهبت محكمة النقض المصرية إلى أنه ( . . إذا اثبت المريض ان الترقيع الذي اجراه له جراح التجميل في موضع الجرح الذي نتج عنه تشويه ظاهر بجسمه لم يكن يقتضيه السير العادي لعملية التجميل وفقا للأصول الطبية المستقرة فان المريض يكون بذلك قد أقام قرينة قضائية على عدم تنفيذ الطبيب لالتزامه . . )<sup>(١)</sup> .

فعدم إجراء العملية وفق الأصول الطبية كونها الواقعة الثابتة في الدعوى هي السبب في أن الطبيب لم يبذل العناية المطلوبة منه قانونا ، فالواقعة موضوع النزاع هل أن الطبيب أدى التزامه ببذل العناية الطبية المطلوبة منه أم أنه كان مقصرا في ذلك ؟ فنظرا لعلاقة السببية في الصلة بين الواقعتين استنبط القاضي دلالة من الواقعة الأولى أثبت فيها الواقعة موضوع النزاع وهي مقصرية الطبيب .

وذهبت المحكمة المتقدمة أيضاً إلى أنه (مؤدى صحة القول لقيام العُرف في النزاع المائل على ملكية لمثل المنقولات المحجوزة عليها دون المدين هو قيام قرينة على الملكية في جانب الزوجة ولها وحدها الأستفادة منها إذا ما نازعته هي فيما توقع عليه الحجز وليس لغيرها الأستناد إليها)<sup>(٢)</sup> أي إن هناك ملازمة عُرفية بين الأثاث التي تستعملها الزوجة في بيت الزوجية وبين كون ملكيتها تعود إليها .

---

(١) رقم الطعن ١١١ ، لسنة ٣٥ ق ، في ٢٦ / ٦ / ١٩٦٩ ، نقلا من : د. محمود أحمد محمّد ، مصدر سابق ، ص ١١٠ .  
(٢) طعن رقم ٤٤٢ ، لسنة ٤٧ ق ، جلسة ١٩٨٤ / ١ / ٨ ، منشور في مجموعة : د. محمّد عزمي البكري ، مصدر سابق ، ص ١٣٨٨ .

## المبحث الثاني

### كفاءات القاضي للعمل الاستنباطي

لكي يأتي الاستنباط القضائي سليماً في نطاق وقائع الدعوى فلا يكفي أن تتوفر شروط الواقعة محل الاستنباط فحسب فلا بد أن تتوفر الكفاءة في القاضي الذي ينظر الدعوى للقيام بعملية الاستنباط ، فليس في وسع كل إنسان أن يقوم بهذه العملية حتى وإن كان على مستوى من المعرفة القانونية والقضائية .

وهذه الكفاءات تارة تكون علمية لا بد للقاضي من تحصيلها ، وتارة تكون شخصية أي لا بد أن تتميز شخصيته بها حتى يكون كفواً للقيام بالاستنباط الذي يُرجى منه التوصل إلى نتائج منطقية صحيحة .

فالقاضي يريد أن يستدل ويستنتج مما هو معلوم من وقائع في الدعوى ليصل إلى دلالات وقرائن لما هو مجهول تفتقر إليه الواقعة موضوع النزاع ، ولن يصل إلى ذلك إلا إذا توفرت فيه مستلزمات العمل الاستنباطي .

وعليه ، فالكفاءة العلمية والكفاءة الشخصية هما من مستلزمات الاستنباط القضائي في نطاق وقائع الدعوى لا بد من اتصاف القاضي بهما .

وبناءً على ما تقدم سنقسم هذا المبحث على مطلبين ، نتعرض في المطلب الأول إلى الكفاءة العلمية ، ونتعرض في المطلب الثاني إلى الكفاءة الشخصية .

### المطلب الأول

#### الكفاءة العلمية

الاستنباط عملية استدلالية تتطلب أن يكون المتصدي له على درجة معرفية بقواعد علم المنطق ، ناهيك عن ارتقائه في آفاق المعرفة القانونية والقضائية ، التي في ضوءها ينظر الواقعة الثابتة في الدعوى ليستدل منها على الواقعة المراد إثباتها ضمن المنهجية التي تضعها قواعد تلك المعرفة ، وهذا هو الأمر الأول .

أما الأمر الثاني أن تكون له القابلية على توظيف تلك المعرفة في التطبيق القضائي العملي ، حتى يكون قيامه بعملية الاستنباط على نحو الملمة ، ومتى حصلت ورسخت هذه الملمة سيكون لها معطيات ودلالات .

فهذان الأمران لا بد للقاضي من تحصيليهما والسعي في كسبهما بالدراسة والتمرس معا ، ومجرد الدراسة النظرية لا تجدي نفعا ، كما أن التطبيق العملي إن لم يكن مبنياً على أسس علمية ومنطقية فإنه لن يبلغ الدقة والإتقان لاسيما في العمل القضائي .

فالأمران المتقدمان هما محل البحث في هذا المطلب ، لذا سنقوم بتقسيمه على فرعين نتطرق في الفرع الأول الى المعرفة المنطقية ، ونتطرق في الفرع الثاني الى ملكة الاستنباط .

## الفرع الأول

### المعرفة المنطقية

إن القاضي عندما يريد القيام بعملية الاستنباط في نطاق وقائع الدعوى فإن أمامه واقعة معلومة ثابتة في الدعوى وواقعة مجهولة غير ثابتة ، وهي الواقعة موضوع النزاع بين الخصوم . ويستدل من الأولى على إثبات الثانية ، وهذه العملية بحد ذاتها عملية منطقية فالمنطق (علم بقوانين معرفة طرق الانتقال من المعلومات إلى المجهولات وشرائطها بحيث لا يعرض الخطأ في الفكر)<sup>(١)</sup>. ومن ينظر بعمق إلى أقوال المناطقة والفلاسفة ويلحظ مستجدات الحياة ينتهي إلى أن المنطق هو قانون كسب المجهول من المعلوم بمقتضى العقل السليم<sup>(٢)</sup> .

وفي ضوء ما تقدم ، ولكي يكون استنباط القاضي سليما ، فلا بد له من مراعاة ما تقتضيه القواعد المنطقية - الفطرية والكسبية - ناهيك عما لديه من معلومات قانونية وخبرة قضائية وعلى أثر العمل بذلك نشأ ( المنطق القضائي ) الذي يعني المسار الذهني الذي يسلكه القاضي عندما يتصدى للنظر في الدعوى والفصل فيها<sup>(٣)</sup> .

فالقاضي عند دراسته لوقائع الدعوى ، ولكي يستدل على صحة أو عدم صحة الادعاء ، فإنه يبدأ أولا بإلقاء نظرة على الوقائع الثابتة ثم يقوم بالنظر في بقية حيثيات الدعوى للتوصل إلى النتائج في ضوء

(١) د. عبد الهادي الفضلي ، مذكرة المنطق ، ط١ ، الجامعة العالمية للعلوم الإسلامية ، بلا مكان نشر ، ١٩٩٠ ص ١٦-١٧ .  
(٢) وهو ما ذهب إليه أستاذنا الدكتور الزلمي ، ويرى أيضاً ان للمنطق أهمية ودور كبير في مجالات القانون ، فضلاً عن أهميته للقاضي في تشخيص الدعوى وإثباتها وهو يتوقف على المامه بالكليات المنطقية من الجنس والنوع والصنف والفصل من الامور الذاتية والظروف المحيطة بالواقعة ، وهو ذو اهمية للمحامي فهو ملزم بالدفاع عن موكله فلا بد له من الالمام بالمنع والمعارضة والنقض على خصمه وهي من أهم مواضيع علم المناظرة الذي هو جزء من علم المنطق ، وكذلك بالنسبة للمشرع بلحاظ ان المصلحة علة غائية للقانون والقانون علة فاعلة لها والتلازم قائم بينهما وعلى هذا الاساس المنطقي يتم الغاء أو تشريع قانون حسب مقتضيات المصلحة ، وله اهميته بالنسبة لسراح القانون فيمقدار المامه بمبادئ التصورات من الحد والرسم بنوعيهما التام والناقص يعطي للنصوص القانونية معانيها المقصودة وبيان المصطلحات القانونية بتعريف يندرج تحت التعريفات المنطقية . أنظر مؤلفه: المنطق القانوني في التصورات ، مصدر سابق ، ص ٨ و ص ٢٤-٢٦ .

(٣) د. أحمد عبد العال ابو قرين ، مصدر سابق ، ص ٦٣ .



المنطق القضائي الذي من شأنه أن يمد القاضي بالأسس والقواعد الاستدلالية من أجل الوصول إلى نتيجة محددة في الدعوى المنظورة ، فالقاضي يمارس الاستدلال في قضية معروضة عليه من الواقع الاجتماعي ليقرر ويحكم فيها حسب أدلة الإثبات بصحة الادعاء أو عدم صحته ، ولهذا كان هذا المنطق ذا طابع عملي<sup>(١)</sup>.

ومن غير المعقول أن نتصور قاضيا غير منطقي في فكره سيما عند تصديه للعمل الاستنباطي، ولولا ذلك لم يكن هناك فرق بين نظره ونظر غيره ممن يملك معلومات قانونية ، فلا بد أن يكون القاضي ذا دراية بعلم المنطق ، فالفكر القضائي فكر موازنة وبرهنة واستدلال ، وبقدر ما لديه من إلمام بذلك ومقدرة على حسن التطبيق فإنه يصل إلى تشخيص الدعوى وإثبات ما هو مجهول فيها بصور محكمة<sup>(٢)</sup>.

فالمنهجية التي يتبعها القاضي في نظر الدعوى إنما يكون بالالتجاء إلى وسائل منطقية ، فهو يفهم ويدرك المنازعة في ضوءها ، ويضع نظاما للتصور والادراك<sup>(٣)</sup> لكي يرد معطيات القضايا التي ترد عليه ، ويتقيد هذا التصور والادراك بما تثيره القضية المنظورة من بديهيات ومسلمات مرتبطة بالنتائج القضائية ، فينبغي للقاضي البحث عن المبادئ العامة ثم تطبيقها على وقائع الدعوى المنظورة بوصفها نتيجة لعمليات الاستقراء والاستنتاج ، ولأجل ذلك لابد من تصور المبادئ أولا بادراك ماهيتها التي تُعدُّ أساسا للنظريات ذات الطابع الشمولي ، وهذه المبادئ والنظريات تكون مُقدّماتٍ للبحث والوصول إلى النتيجة المطلوبة في القضية المنظورة<sup>(٤)</sup>.

وبرغم السلطة التقديرية للقاضي في عملية الاستنباط ، فهو مراقب من المحاكم العليا في مدى مراعاته لمقتضيات المنطق في هذه العملية وذلك من خلال تسيبيه فيما توصل إليه، فهذا التسيب يكشف

(١) وبهذا الطابع تميز عن المنطق القانوني ذي الطبيعة النظرية هذا من جهة ، ومن جهة ثانية إن المنطق القضائي يتصل على حد سواء بالوقائع والقانون بينما المنطق القانوني يقتصر على القانون بصياغة الحكم بصورة عامة .  
أنظر: البروفيسور باجيرن ملكيفيك و د. فخر عبد العظيم ، مصدر سابق ، ص ٨٩-٩٠ . د. أحمد عبد العال أبو قرين ، مصدر سابق ، ص ٦٤ .

وقريب من هذه التفرقة بين المنطقيين اعلاه ، التفرقة بين الفتوى والقضاء في الفقه الإسلامي ، فالفتوى عبارة عن بيان الأحكام الكلية دون نظر إلى تطبيقها على موارد ، أما القضاء فهو الحكم في القضايا الشخصية مورد الترافع .  
أنظر: السيد أبو القاسم الخوئي ، مباني تكملة المنهاج ، ج ١ ، ط ٢ ، مطبعة بابل ، بغداد ، بلا سنة نشر ، ص ٣ .  
(٢) د. يوسف محمد المصاروة ، مصدر سابق ، ص ٢٨٩-٢٩٠ . البروفيسور باجيرن ملكيفيك و د. فخر عبد العظيم ، مصدر سابق ، ص ٦٥-٦٦ و ص ٨٩ .

Jean.GodefroyBIDIMA,. L'acte de juger et le magistrat: de la précompréhension à l'occasion.  
Collège international de Philosophie, Rue Descartes, 2002, p.190.

(٣) فالتصور هو الادراك المجرد من دون حكم، وأما الادراك الذي يتبعه اعتقاد فهو تصديق، فإذا دل البرهان أو الوجدان على أحقية المدعي واقتنع القاضي بذلك فهذا تصديق منه بصحة نسبة الحق إليه أو قد يقوم لديه العكس ، اي عدم صحة الادعاء ، وهذا تصديق منه أيضا ولكن بعدم صحة نسبة الحق إليه ، فلا بد من تصور ماهية الدعوى أولا ثم الاستدلال .  
أنظر بهذا الصدد د. عبد الهادي الفضلي ، مصدر سابق ، ص ٧٠-٧٣ .

(٤) د. حسن السيد بسيوني ، دور القضاء في المنازعة الإدارية ، القسم الثاني ، عالم الكتب ، القاهرة ، بلا سنة نشر ، ص ١٤٤-١٥١ .

عن صحة منهجه في دراسة الدعوى وعن صحة الاستدلال القضائي الذي اتبعه ، فهل أن المُقدمات أدت إلى النتائج بحسب اللزوم المنطقي؟ وماهي البرهنة التي قام بها على صحة ذلك؟ ولو لم يكن منطقيا في استخلاص النتائج من المُقدمات لكان هذا داعيا لنقض حكمه من قبل المحكمة الأعلى لوقوعه بفساد الاستدلال<sup>(١)</sup>.

وقضت محكمة النقض المصرية بانه (للمحكمة ان تركز في سبيل تكوين عقيدتها عن الصورة الصحيحة لواقعة الدعوى . . . إلى ما تستخلصه من جماع العناصر المطروحة عليها بطريق الاستنتاج والاستقراء وكافة الممكنات العقلية مادام لا يخرج ذلك عن الاقتضاء العقلي والمنطقي)<sup>(٢)</sup>.

ويتضح من هذا القرار حتمية تقيد القاضي بالمنطق في فهم وقائع الدعوى المعروضة عليه<sup>(٣)</sup>.

وفي قرار آخر لها قضت ( لئن كان الاصل في استنباط هذه القرائن وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة انها من أطلاقات محكمة الموضوع الا انه يشترط ان يكون استنباطها سائغا)<sup>(٤)</sup>. بمعنى أن الدلالة التي استنبطتها المحكمة على الواقعة المراد إثباتها تؤدي إليها الواقعة المعلومة الثابتة في الدعوى المنظورة وإلا إذا كان يستحيل عقلا استخلاص تلك الدلالة من تلك الواقعة وبُني الحكم على ذلك ، فيكون هذا الحكم حينئذ مشوباً بخطأ في الاستدلال مما يكون ذلك داعياً إلى نقضه .

وذهبت أيضاً إلى أن ( أسباب الحكم تكون مشوبة بالفساد في الاستدلال إذا انطوت على عيب يمس سلامة الاستنباط)<sup>(٥)</sup>.

ومصدق ذلك إذا لم يكن الاستنباط مبنياً على أسس منطقية رصينة ، ستكون النتائج غير تابعة للمقدمات أي إن أسباب الحكم التي بينها القاضي في حيثيات قراره لا تؤدي إلى هذا الحكم الذي اصدره

(١) علي فيصل نوري ، تسبيب الأحكام المدنية ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون ، جامعة بابل ، ٢٠١٢ ، ص ١٥٤ و ص ١٥٧ . د. يوسف محمد المصاروة ، مصدر سابق ، ص ٢٨٧ - ٢٨٨ . مستاري عادل ، المنطق القضائي ودوره في ضمان سلامة الحكم الجزائي ، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، الجزائر ، ٢٠١٠ - ٢٠١١ ، ص ٢٣٣ .

(٢) الطعن رقم ٧٧٨ ، لسنة ٣٣ قضائية ، جلسة ١٠/٢٨ / ١٩٦٣ ، مكتب فني ١٤ ، جزء رقم ٣ ، نقلا من : البروفسور باجيرن ملكيفيك د. فهر عبد العظيم ، مصدر سابق ، ص ٧٦ .

(٣) البروفسور باجيرن ملكيفيك ود. فهر عبد العظيم ، المصدر نفسه ، ص ٧٧ .

(٤) طعن رقم ٩٣٩ ، لسنة ٥٩ ق ، جلسة ١/٨ / ١٩٩٠ منشور في مجموعة : خالد شهاب ، موسوعة احكام ومبادئ النقض في القوانين المكملة للقانون المدني ، ج ٢ ، مركز الابحاث والدراسات القانونية ، بلا مكان نشر ، ٢٠٠٨ ، ص ٧٧٤ .

(٥) القرار المرقم ٢٩٩ ، سنة ٩١ قضائية ، جلسة ٤/٤ / ١٩٩٩ ، نقلا من : علي فيصل نوري ، مصدر سابق ، ص ١٦٠ .

في الدعوى ، فيجب ان تكون الأسباب التي يبني القاضي حكمه عليها من شأنها أن يكون الحكم مترتبا عليها وإلا اذا لم يكن كذلك ، فإن الحكم يكون مشوبا بخطأ في الاستدلال يُوجب بطلانه<sup>(١)</sup>.

## الفرع الثاني

### ملكة الاستنباط

الملكة كيفية راسخة في المحل يقابلها الحالة وتطلق مقابل العدم فهي تحصل للنفس هياة بسبب فعل من الافعال . ويقال لتلك الهياة كيفية نفسانية وتسمى حالة إذا كانت سريعة الزوال ، اما إذا تكررت ومارستها النفس حتى رسخت تلك الكيفية فيها صارت ملكة ، وهذا يعني ان لها خصائص ثلاثة فهي صفة في النفس ، وهي مكتسبة وراسخة ، فالملكة تعني الاحاطة بجانب من جوانب العلم والاختصاص به والقدرة بعد ذلك على الاشتغال به ، فهي إذن تتطلب ، إضافة إلى العلم ، القدرة على استخدامه كلما اقتضت مناسبة<sup>(٢)</sup>.

وهي لدى القاضي المتصدي للاستنباط تعني المعرفة بالعلوم القانونية والعلوم المساعدة لها والقدرة على تطبيقها وتفهم الوقائع واستخلاص الدلالات ، فالقاضي بحكم ممارسته تتكون لديه ملكة يستطيع بها الاستدلال والاستنتاج لما هو مجهول في الدعوى مما هو معلوم من وقائع ثابتة فيها ، فالملكة الاستنباطية لهذا القاضي ليست مجرد ملكة تنظير وإنما هي ملكة تفعيل<sup>(٣)</sup>. فهو يستحضر كل ما لديه من خبرات ليطبقها على الدعوى المنظورة كي يصل إلى الدليل ولو بصورة غير مباشرة والذي في ضوئه يتبين مسار الدعوى<sup>(٤)</sup>، والقاضي صاحب الملكة الاستنباطية الراسخة عندما ينظر القضية

(١) د. علي غسان أحمد، تسبيب الأحكام المدنية ، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق ، الصادرة من كلية الحقوق ، جامعة النهدين ، المجلد ١٢ لسنة ٢٠١٠ ، ص ١٧.

(٢) د. محمد سليمان الأحمد ، قاعدة نصل اوكام ودورها في تكوين ملكة قانونية سليمة ، مطبعة شهاب ، أربيل ، ٢٠١٠ ، ص ٤٤-٤٧ و ص ٥٥ .

ويلاحظ أنه عندما يبحث المناطقة التباين بين الألفاظ يقسموها على ثلاثة : تماثل ، وتخالف، وتقابل، وينقسم التقابل إلى: تقابل النقيضين ، وتقابل الضدين ، وتقابل المتضايقين ، وتقابل الملكة والعدم . ويُراد بالملكة هنا الوجود ، وبالعدم عدم ذلك الوجود الخاص الذي هو الملكة ، كالتقابل بين البصر والعمى ، فالبصر هو الوجود أو الملكة ، والعمى هو عدمه ولكن هذا العدم لا يكون إلا فيمن شأنه أن يكون بصيرا ، فهما أمران أحدهما وجودي والآخر عدمي لا يجتمعان من جهة واحدة بل يجتمعان من جهتين ويجوز أن يرتفعا في موضع لا تصح فيه الملكة كالحجر لا يقال له أعمى ولا بصير؛ لأنه ليس من شأنه أن يكون بصيرا ؛ ولذلك امتنع اجتماعهما فيه . أنظر د. عبد الهادي الفضلي ، مصدر سابق ، ص ٤٦-٤٨ . وأنظر سعيد عبد الله المدلوح ، مصدر سابق ، ص ٣٢ .

(٣) ملكة التنظير: هي ملكة تكوين الافكار ، أما ملكة التفعيل : فهي ملكة تحضير المعلومات لتطبيقها في الواقع وهي تتباين من قاضٍ لآخر . أنظر: د. محمد سليمان الأحمد ، المصدر نفسه ، ص ٦٤ .

(٤) د. محمد عثمان شبيب ، تكوين الملكة الفقهية ، وزارة الأوقاف والشؤون الاسلامية ، قطر ، ١٩٩٩ ، ص ٥٦ .  
د. عبد الله عبد الحي الصاوي ، مصدر سابق ، ص ٩٦ .

المعروضة عليه تكون نظرته دقيقة لمختلف جوانبها ، فهو يضع تصوراً لتلك القضية فيحيط بكل الاحتمالات ويورد كل الإشكالات التي تتعلق بها<sup>(١)</sup>.

وتتطلب هذه الملكة ديناميكية مستدامة بمعنى مواصلة التحصيل والتطبيق فمن توقف عن ذلك سقطت عنه بالتقدم ، فطريق الاستنباط لا يكفي فيه مجرد المعرفة لابد من الممارسة العملية والمران والتلقي من القضاة ذوي الخبرة ، ذلك أن العمل القضائي يتطلب البحث الدائم عن الحلول القانونية والقضائية لوقائع غير متناهية . لذا لابد أن يكون مشفوعاً بقابلية التطبيق على الوقائع الجديدة والقدرة على التحليل والتأليف ، وكل ذلك له الأثر المهم في إتقان الاستنباط وسلامته<sup>(٢)</sup>. ومن هنا كانت النسبة بين القاضي المكتسب لملكة الاستنباط وبين المفتقر لها نسبة عموم وخصوص مطلق<sup>(٣)</sup> بمعنى كل من لديه هذه الملكة فهو عارف بالقانون ولكن ليس بالضرورة ان يكون كل من لديه معرفة قانونية لديه ملكة استنباط وقدرة قضائية : لذا يرى أرسطو على القاضي الشاب ان لا يقتصر على ما تعلمه في المدارس بل لابد من تعزيز ذلك بالتطبيقات في دور القضاء<sup>(٤)</sup>.

فالملكة الاستنباطية والخبرة القضائية ليست مجرد معلومات نظرية وحفظ قواعد قانونية إنما هي ممارسات وتطبيقات ولا بد لها من الاستمرارية ، فهي التي تمنح القاضي القدرة على معرفة أبعاد القضية المعروضة عليه واكتشاف حقيقتها<sup>(٥)</sup>.

وفي ضوء ما تقدم يكون لهذه الملكة دلالات ، منها استيعاب القاضي للوقائع المستحدثة وإمكانية الاستدلال منها على ما هو مطلوب في الدعوى المنظورة ، ومنها القدرة على تبويب الموضوعات وتصنيفها وتكييفها فهو يدرك جيداً طبيعة كل موضوع يعرض عليه ويصنفه ضمن الفرضيات المناسبة له تمهيداً لتكييفه تكييفاً صحيحاً مع القدرة على تقويمه من حيث مدى منطقيته ومدى تناسقه مع الوقائع الأخرى<sup>(٦)</sup>.

(١) د. محمد عثمان شبير ، مصدر سابق ، ص ٨٢ .

(٢) محمد فهيم درويش ، مصدر سابق ، ص ٢٥١ . محمد سليمان الأحمد ، مصدر سابق ، ص ٥٧ . البروفسور باحيران ملكيفيك ، و د. فخر عبد العظيم ، مصدر سابق ، ص ٧١ .

(٣) النسبة بين المفاهيم الكلية في مجال انطباق كل واحد منهما على مصاديق الآخر أربعة:

١. التساوي : كالنسبة بين العقد الموقوف والعقد غير النافذ .

٢. التباين : كالنسبة بين معدوم الاهلية وكامل الاهلية .

٣. العموم والخصوص من وجه : كالنسبة بين المال والحق الشخصي .

٤. العموم والخصوص المطلق : كالنسبة بين التصرف القانوني والعقد .

أنظر د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، المنطق القانوني في التصورات ، مصدر سابق ، ص ٨٨-٩٣ . د. عبد الهادي الفضلي ، مصدر سابق ، ص ٤٦-٤٨ .

(٤) الأستاذ ج رانسون ، فن القضاء ، ترجمة محمد رشدي ، شركة ومكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ، بلا مكان نشر، ١٩١٢ ، ص ٧ .

(٥) محمد فهيم درويش ، مصدر سابق ، ص ٣٩٣-٣٩٤ .

(٦) د. محمد سليمان الأحمد ، مصدر سابق ، ص ٥٠-٥٤ .

وذهبت محكمة النقض المصرية إلى أنه (من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن من القرائن ما نص عليه الشارع واستنبطه الفقهاء باجتهادهم ومنها ما يستنبطه القاضي من دلائل الحال وشواهد<sup>(١)</sup>).

فيلاحظ أن المحكمة أعلاه عطف استنباط القاضي على استنباط الفقيه المجتهد ، والمجتهد هو من لديه ملكة الاستنباط . وعليه يُفترض أن توجد هذه الملكة في القاضي أيضاً.

## المطلب الثاني

### الكفاءة الشخصية

بعد ان بيّنا أنه من مستلزمات الاستنباط القضائي لابد ان يتميز القاضي بالمعرفة المنطقية والسعي لتحصيلها، واكتسابه لملكة الاستنباط بالتلقي من ذوي الخبرة المعززة بالمران والممارسة .

ولكن بالإضافة إلى ما تقدم ، وهو مما تستلزمه سلامة الاستنباط القضائي أيضاً ، فلا بد ان تتمتع شخصية القاضي بالقدرة على مواجهة المشكلة القضائية المعروضة عليه بجهد ذهني وبعقلية يتميز بها عن بقية الأشخاص ، فالعمل الاستنباطي يتقوم بالجهد التحليلي والتركيب ، فلا بد ان يكون القاضي يقضا في جهد العلمي هذا ومتحرراً من سيطرت العوامل التي تُوقعه في الخطأ أثناء عمله الاستنباطي . وأن يتسم بمنتهي الموضوعية بحيث لا يُقرر شيئاً إلا بناءً على ما ثبت لديه في الدعوى ، وأن يتحاشى كل ما يؤدي إلى خروجه عن ذلك .

وعليه سنتطرق الى مسألة الكفاءة الشخصية للقاضي في فرعين ، نتعرض في الفرع الأول إلى الجهد الذهني ، ونتطرق في الفرع الثاني الى الموضوعية .

## الفرع الأول

### الجهد الذهني

تحتاج عملية الاستنباط إلى مجهود ذهني يبذله القاضي ليستنبط من الواقعة الثابتة الدليل على الواقعة المراد إثباتها، وهذا يتطلب منه فهم وقائع النزاع فهما جيداً وتقدير دلالاتها لتحقيق الفروض والتصورات العقلية عما يعتقد أنه من الوقائع المؤثرة ، وهو في كل ذلك مقيد بما يقره المنطق لكي يكون استنباطه مقبولاً عقلاً ، فالعملية الاستنباطية تعتمد على فهمه لموضوع الدعوى ونظرته للوقائع ، فهو يقوم في توجيه نشاطه المعرفي وخبرته ويركز انتباهه على عمل محدد وهو الدعوى المنظورة ، وإذا

(١) نقض ١٠/٥/١٩٧٨ ، طعن ١٢ ، لسنة ٤٦ ق ، مج س ٢٩ ، ص ١٢١٧ ، نقلا من : د.سيد حسن البغال ، مصدر سابق ، ص ٨٤٣ .

احتوت هذه الدعوى على وقائع متعدّدة معلومة فعليه أن يوجه فكره بدقة لمعرفة كل واقعة وما تتميز به عن الوقائع الأخرى بحسب ما لها من خصائص، فهذا الجهد وهذا التفكير هو عماد الربط بين المعلومات للتوصل إلى ما هو جديد وتحويل المجهول إلى معلوم<sup>(١)</sup>.

فالقاضي عندما يتفحص الدعوى تنطبع صور الوقائع في ذهنه فيقوم بتجزئتها فنتداعى المعاني لها ثم يعود ليربط بعضها ببعض ، وبهذا يتجسد الجهد الذهني للقاضي بأوضح صورته ، فهو يجري مجموعة متسلسلة ومرتبطة من العمليات الذهنية ليستنبط ما يُثبت الواقعة موضوع النزاع ومن ثمّ الفصل في الدعوى بإصدار الحكم القضائي فيها<sup>(٢)</sup>.

وعليه فإنّ القاضي عندما ينظر في القضية موضوع النزاع ، اذا كانت مجهولة لافتقارها إلى الدليل المباشر ، حينئذ يتوجه إلى ما هو معلوم عنده من وقائع الدعوى فينظر إليها في ضوء مخزونه الفكري ، ويسعى لتنظيم كل ذلك في ذهنه على أسس منطقية ليؤلف من ذلك ما يصلح لإثبات القضية المجهولة ومن ثمّ يتحرك عقله للوصول إلى المطلوب ، فعقل القاضي يمر بهذه الأدوار عند مواجهة المشكلة والقضية المفتقرة للإثبات ، من مواجهة الواقعة المجهولة أولاً ومعرفة نوعها ، ثمّ حركة العقل من المجهول إلى المعلوم ، ثمّ حركة العقل في نطاق المعلومات ، وأخيراً الأنتقال مما هو معلوم إلى ما هو مجهول<sup>(٣)</sup>.

وهذه الأدوار الفكرية التي تمر في ذهن القاضي يتفاوت القضاة في سرعة الوصول إلى المطلوب ، كل حسب قوة حدسه . وهذا الحدس يتناسب طردياً مع قوة الذهن ، وكذلك النسبة بين سرعة التنقلات الذهنية والحدس ، بمعنى إنه كلما كان القاضي قوي الذهن كلما كان حدسه أقوى ، وكلما كان هذا الأخير قويا كلما كان القاضي أسرع في الاستنباط والاستنتاج والوصول إلى النتائج ، فمن القضاة قوي الحدس ومنهم متوسط ومنهم ضعيف ، ومن لا حدس له لا يصلح إلى القضاء ، وينبغي الاقتصار على الأول في التصدي لهذا المنصب الخطير والعمل الذهني الاستدلالي ، ثم إنّ القضاة في عملهم الاستنباطي يختلفون بحسب مداركهم وسلامة نظرهم للوقائع ، فبعضهم يمتاز بسلامة الاستنباط ومنهم من يبتعد عن الواقع<sup>(٤)</sup>.

(١) د. عصام أنور سليم ، النظرية العامة للإثبات في المواد المدنية والتجارية ، ط ١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ٢٠١٠ ، ص ٣١٤ . د. علي أحمد الجراح ، مصدر سابق ، ص ٦٤ . د. عبد الله عبد الحي الصاوي ، مصدر سابق ، ص ٨٢ . د. عصمت عبد المجيد ، شرح قانون الإثبات ، مصدر سابق ، ص ٢٨٢ . علاءة رحومة ، مصدر سابق ، ص ٤٦ . د. نبيل إبراهيم سعد ، الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، دار النهضة العربية ، بيروت ، بلا سنة نشر ، ص ١٨٥ .  
(٢) البروفسور باجيران ملكيفك ود. فهد عبد العظيم ، مصدر سابق ، ص ٧٤-٧٥ .  
(٣) سعيد عبد الله المدلوح ، مصدر سابق ، ص ٢٠ .  
(٤) د. عباس العبودي ، شرح أحكام قانون البيّنات ، مصدر سابق ، ص ١٨٨ .

فسلامة الاستنباط تتوقف على ما يملك القاضي من مؤهلات علمية وقابليات ذهنية إضافة إلى الخبرات العملية ، ولكن بما إن هذا الاستنباط قائم على ما هو راجح كما تقدم فإنه قد يكون عرضة للخطأ ؛ لأن القاضي بشر وقدراته محدودة ، وعوامل الخطأ كثيرة منها مادية ومنها نفسية ، فقد يكون منشأ ذلك عدم دقة الانتباه أو الفهم الخاطئ أو عدم استيفاء الملاحظة لجميع العناصر أو قد يُخطئ في الاستنتاج بسبب اصطناع الوقائع الظاهرة التي جعلها مصدرا لاستنباطه . لذا لا بد من تَوخي منهجية منطقية صارمة مع الحكمة والحذر الكبيرين في عملية الاستنباط بهدف الوصول إلى نتائج صحيحة<sup>(١)</sup>.

ولأجل تجنب الخطأ في هذا الجهد الذهني الاستدلالي تقرر في المنطق الحديث لا بد من التحرز من الأوهام التي تغطي الفكر، وهي ترجع إلى أربعة أنواع:

### ١- أوهام الجنس ( التسرع في الحكم)

وهي التي يقع بها الإنسان بحكم الطبيعة البشرية ، فالإنسان قد يتسرع الحكم على الأشياء من أي حالة إيجابية أو سلبية دون توجيه الاهتمام بالحالات المعاكسة ، وكذلك ضعف الحواس ، فهذا الضعف يؤدي إلى قصورنا عن بلوغ المعارف الدقيقة ، فأوهام الجنس ، إذن ، هي أوهام عامة ينطوي عليها الجنس البشري .

٢- أوهام الكهف (ما يؤدي إلى فقدان الموضوعية )

وهي الأوهام الناتجة مما يتعلق بالإنسان شخصيا بحكم تربيته وتعليمه وتقاليده ونحو ذلك ، فهذه الأوهام والأخطاء ليست عامة وإنما تتنوع بتنوع الأفراد وتختلف من فرد إلى آخر، ويمكن الإشارة إليها بالميوول الإنسانية وما يتضمن من اتجاهات ورغبات .

فهذه إذا سيطرت على القاضي فإنه يفقد الموضوعية التي هي من متطلبات الكفاءة الشخصية للقاضي كما سيأتي، ومن ثم يكون لها أثر سيء في توجيه وإدارة الدعوى وعملية الاستنباط والفصل فيها .

### ٣- أوهام المسرح ( الاعتقادات الفاسدة )

وهي الأوهام التي تنشأ من سيطرة النظريات القديمة جراء تعظيم آراء الغير والتسليم لها تسليما مطلقا ، أو الاعتقاد بالفلسفات القديمة . فهي يقصد بها، إذن ، النظريات الفاسدة التي تسيطر على العقول فتتحرف عن الحقائق<sup>(٢)</sup>.

(١) د. عباس العبودي ، شرح أحكام قانون الإثبات المدني ، مصدر سابق ، ص ٢٨٤ . علالة رحومة ، مصدر سابق ، ص ٤٦-٤٧ . سعيد عبد الله المدلوح ، مصدر سابق ، ص ١٧٦ .

(٢) د. إبراهيم مصطفى إبراهيم ، منطق الاستقراء ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٩٩ ، ص ٨٤-٨٥ . د. فهمي محمود زيدان ، الاستقراء والمنهج العلمي ، دار الجامعات المصرية ، الإسكندرية ، ١٩٧٧ ، ص ٦٣-٦٤ . الطيب السنوسي أحمد ، الاستقراء واثره في القواعد الفقهية والأصولية ، ط ٣ ، دار التدميرية ، داربان حزم، الرياض ، ٢٠٠٩ ، ص ٢١٧ .

وعلى القاضي التجرد من هذه الأوهام ، وأن لا يتعامل مع وقائع الدعوى إلا وفق المعايير القانونية والقضائية ومقتضيات العدالة .

٤- أوهام السوق (استخدام الألفاظ في غير مدلولاتها) .

وهي الأوهام الناشئة من الأخطاء اللغوية واستعمال الألفاظ المجملة في موضع التفصيل ونحو ذلك ، وقد تنتج عن استخدام الألفاظ والجمال في غير مدلولاتها، فالسوق هنا رمز لمكان البيع والشراء والمقصود ان اللغة هي وسيلة التبادل للآراء والأفكار بين الناس ، فيجب ان نكون على حذر في استخدامها في البحث استخداما غير دقيق ومن الضرورة بمكان في الحياة القضائية والعلمية توخي الدقة في استخدام اللغة ، وإذا لم يحسن القاضي هذا الاستخدام فيكون مدعاة إلى الابتعاد عن المسار الذي يجب أن يراعيه في نظره إلى الدعوى والاستماع إلى الخصوم<sup>(١)</sup> .

ويلاحظ أن المشرع العراقي ، ولأجل سلامة الإثبات و الاستنباط ، ولكي تكون نسبة الرجحان عالية ، فإنه أجاز للقاضي في المادة ( ١٠٤ ) من قانون الإثبات الاستعانة بوسائل التقدم العلمي حال بذله الجهد الذهني الاستنباطي عند نظره الدعوى فقد نص على انه ( للقاضي أن يستفيد من وسائل التقدم العلمي في استنباط القرائن القضائية) ، فمثلا إذا كانت نسبة الرجحان من دون تلك الوسائل بنسبة ٧٥% فإنه معها قد تصل إلى أكثر من ٩٠% كما هو الحال عند الاستعانة بالبصمة الوراثية لا ثبات مجهول النسب ، مما يجعل لدى القاضي أطمئنان بان نسبة الخطأ في استنباطه تكاد تكون ضئيلة جداً .

ولم نجد لدى المشرع المصري في قانون الإثبات ولا المشرع الفرنسي في القانون المدني نظير هذا النص، واكتفى الأول بالنص على أن (يتترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون...) <sup>(٢)</sup> وأما الثاني فنص على (ان القرائن التي لم ينص عليها القانون يتترك امر استنباطها إلى بصيرة وحكمة القاضي...) <sup>(٣)</sup> وهذا يعني أيضاً في وسع القاضي فيهما -أي مصر وفرنسا- الاستعانة بهذه الوسائل .

(١) د. إبراهيم مصطفى إبراهيم ، مصدر سابق، ص ٨٤-٨٥ . د. فهمي محمود زيدان ، مصدر سابق ص ٦٣-٦٤ .  
الطيب السنوسي أحمد ، مصدر سابق ، ص ٢١٧ .  
(٢) أنظر المادة ( ١٠٠ ) قانون الإثبات المصري .  
(٣) أنظر المادة ( ١٣٥٣ ) القانون المدني الفرنسي .

Article 1353 : Les présomptions qui ne sont point établies par la loi, sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet les preuves testimoniales, à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol.



ولكن كل ذلك على أن لا يتعارض مع النظام العام والآداب ، وأن لا ينتهك الحق في الخصوصية والحرية الشخصية ، وإلا كانت الدلالة التي دلت عليها لا قيمة لها ولا يعول عليها . ولهذا ذهب محكمة النقض الفرنسية إلى أن ( تسجيل المكالمات الهاتفية من دون علم المتكلم هو إجراء غير قانوني ولا يعتبر دليلاً حرياً بالقبول أمام القضاء)<sup>(١)</sup> .

## الفرع الثاني

### الموضوعية

الموضوعية في الاستنباط هي التزام القاضي بأن يكون مصدر استنباطه تلك الوقائع الثابتة في الدعوى والظروف المحيطة بها بما لها من وجود مستقل عن ذاته ، فلو بحث عن مناط أو أساس أو عناصر خارجها أو أدخل ما ليس منها ، فهذا يعني أنه خرج عن موضوعها، و يمكن ان يقال عنه حينئذ إن هذا القاضي ليس (بقاضي الموضوع)، فهي تفرض عليه أن يتجرد عن أي خلفية مرتكزة في نفسه<sup>(٢)</sup> تتأى به عن سلامة الاستنباط ، ومن ثمَّ يبتعد عن الحقيقة القضائية مما يؤدي إلى تشخيص دلالة غير صحيحة للواقعة موضوع النزاع ، فيجب عليه أن ينظر الدعوى بالمجهر القضائي لا بالمجهر الذاتي فلا يبحث عن مقدمات أستدلله خارج المعطيات الواقعية التي عرضت عليه في الدعوى المنظورة ، فمتطلبات الموضوعية تقتضي منه أن يؤسس اقتناعه العقلي على الحقيقة التي تثبت أمامه ، وما يجريه من تحقيق لجميع العناصر المعروضة عليه<sup>(٣)</sup> .

(١) نقض مدني ٢ في ٧ تشرين الأول / أكتوبر ٢٠٠٤ ، النشرة المدنية الثانية رقم ٤٤٧ ، د ٢٠٠٥ ، دالوز ٢٠٠٩ ، مصدر سابق ، ص ١٣٢٢ .

(٢) للموضوعية في العلم دلالات متعددة ومتداخلة من أهمها الدلالة القيمية (الأكسيولوجية) ، والدلالة المعرفية (الابستمولوجية) ، بمقتضى الدلالة الأولى تُعدُّ الموضوعية عند معظم العلماء تجرداً ونزاهة وتجنباً لكل حكم من أحكام القيمة ، فيجب أن يُدرك رجلُ العلم العالمَ إدراكاً غير متأثر بمصالحه الشخصية أو بتطلعاته وأرائه المسبقة ورغباته وميوله واهوائه وتحيزاته ، وأن يعكس في علمه العالمَ كما يعكسه الآخرون اذا نظروا بمنظاره لا كما يُحب أن يكون ، وهذا ما يجعل الموضوعي يختلف عن الشخصي أو الذاتي ، فالموضوعي هو ما يكون مشتركاً بين جميع المشاهدين أو الملاحظين ، والذاتي هو ما يختلف من فرد إلى آخر اختلافاً جوهرياً، ولا يعني ذلك أن الموضوعية تحرر من كل القيم بل إثارة قيمة أو مجموعة قيم ما دامت تتطلب الدقة في البحث والنزاهة والأمانة والشجاعة والمثابرة والصبر وعدم التسرع وقوة التحمل وحسن الاختيار ودقة الملاحظة والتقصي والقدرة على التعميم والتفسير والتنسيق والتنظيم والاستنتاج السليم ، كما لا يعني ذلك أن الباحث لا يتدخل على الإطلاق، فالباحث ليس مجرد آلة تصوير للواقع تقوم بنقله كما هو .

وأما بمقتضى الدلالة الثانية تُشير الموضوعية إلى العلاقة بين ذات الدراسة والموضوع المدروس ، وهذا الدلالة تثير خلافاً حاداً بين فلاسفة العلم ، فهناك من يرى امكانية الفصل التام بين الذات العارفة والموضوع الذي يعرف ، وهؤلاء يؤكدون على أن الباحث يسير وفق قوانين مستقلة عن الإنسان الذي يكتشفها ، وأن الباحث الموضوعي يجب أن يكون كالمرأة المستوية يعكس ما في الواقع من وقائع وقوانين بدون تدخل منه . أنظر: د. محمد سليمان الأحمد ، مصدر سابق ، ص ٨٨-٨٩ . د. أحمد دوس مدني ، الوجيز في منهجية البحث القانوني ، ط ٣ ، بلا ناشر ، ٢٠١٥ ، ص ٢٩-٣٠ .

(٣) د. حلمي محمد الحجار وراتي حلمي الحجار ، المنهجية في حل النزاعات ووضع الدراسات القانونية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٠ ، ص ١٩٧ . محمد فهم درويش ، مصدر سابق ، ص ٢٥٢ . وأنظر أيضاً : سعيد عبد الله المدلوح ، مصدر سابق ، ص ١٧٧ .

ومما يستلزم خروجه عن الموضوعية أيضاً لو كانت الواقعة مصدر استنباطه مستمدة من علمه الشخصي ؛ لأنها لا تكون حينئذ من ضمن الوقائع الثابتة في موضوع الدعوى ، ومن ثمَّ فعدم التجرد من ذلك يقدح بسلامة الاستنباط ، وهذا غير ما لو كان العلم استلزمه تفسير الوقائع ومتطلبات الاستنباط ، فهو لا يقدح لأنه تحقق للقاضي أثناء نظر الدعوى وفي مجلس القضاء بالاستناد إلى وقائع وظروف كل قضية ، ومن ثمَّ فمن متطلبات الموضوعية أن يبتعد عن الارتباط بأي نسق فكري يعتقد أنه الموصل إلى الحقيقة سوى ما يقتضيه المنهج العلمي والمنطق القضائي ، فرغم انتماء القاضي الأيدلوجي ولكنه يعمل في ضوء الضوابط التي تحقق الموضوعية في عمله وخروجه بنتائج علمية في الدعوى المنظورة<sup>(١)</sup>.

وحتى يكون موضوعيا يجب عليه أن يبيِّن بمنتهى الوضوح مؤدى كل دليل ، أي ما يُثبتته هذا الدليل أو ينفيه ، وماهي الوقائع التي أعتمد عليها ، فيذكر أن الدليل يؤكد حصول كذا ، وأن الواقعة تفيد كذا ، أي إنه يعزز عمله الاستنباطي بالتسبيب<sup>(٢)</sup> .

وخلاف ذلك لوأنه شوّه أو حرّف ، بأن عدّل أو غير المعنى الظاهر لواقعة مؤثرة في الاستنباط بحيث يؤدي إلى ترتيب نتائج ما كانت تترتب لولا ذلك ، ويتحقق التحريف حين يتجاهل القاضي حقيقة أو مضمون واقعة ثابتة أو يعمد إلى حذف أو إضافة عناصر جديدة أو تحميل عبارات الواقعة أمور لا تتسع لاستيعابها<sup>(٣)</sup> ، والحال يقتضي منه أن يتجرد عن أي اعتبار شخصي والا فقد الموضوعية المطلوبة في العمل القضائي ، لاسيما الاستنباطي الذي يملك فيه قدراً من السلطة التقديرية .

ومن موجبات التزام القاضي بالموضوعية ما قدمناه من ضرورة إحاطته بالقواعد المنطقية لأنها تضع له المبادئ الضرورية التي يستطيع بها ضبط فكره ووزن أحكامه ويتجنب التحفظ الذي يمكن ان ينطوي عليه تفكيره ، فإن تلك القواعد تَمِّدُه بمنهج التفكير الصحيح لكي لا تؤثر الأنفعالات الذاتية في عملية الاستنباط<sup>(٤)</sup> .

ولكي نضمن السلامة للملكة الاستنباطية لا بد أن يتمتع القاضي بقدر عالٍ من الموضوعية فلا يؤمن بما يجب أن يؤمن به بل يؤمن بما يتوافق مع الحجة والدليل ، فهناك ترابط وتلازم بين الموضوعية وبين الالتزام بالحجة<sup>(٥)</sup> ، وعليه فالقاضي الموضوعي هو الذي ينطلق من الواقعة والدليل الثابت لديه في

(١) د. علي أحمد الجراح ، مصدر سابق ، ص ١٣ . قيس عبد الستار عثمان ، مصدر سابق ، ص ١٢٦-١٢٧ . وأنظر أيضاً د. غسان زكي بدر ، الموضوعية في ابحاث علم الاجتماع ، بحث منشور في مجلة حولية كلية الانسانيات والعلوم الاسلامية الصادرة من جامعة قطر ، العدد الرابع ، ١٩٨١ ، ص ٨٩ .

(٢) البرفسور باجيران ملكيفيك و د. فخر عبد العظيم ، مصدر سابق ، ص ١٧٨-١٧٩ .

(٣) د. محمد علي الكيك ، أصول تسيبب الأحكام الجنائية ، مطبعة الإشعاع ، بلا ناشر ، ص ٣١٢ .

(٤) البرفسور باجيران ملكيفيك و د. فخر عبد العظيم ، مصدر سابق ، ص ٧٢ .

(٥) د. محمد سليمان الأحمد ، مصدر سابق ، ص ٩٠ .

موضوع الدعوى لا الثابت بحسب ذاته وعلمه الخاص ، ونجد في مفردات القرارات القضائية التعبير عن المحكمة التي تنظر في القضية بأنها محكمة الموضوع ، وفي هذا دلالة على أن تكون سمة القضاء هي الموضوعية لكي يأتي الاستنباط القضائي سليماً والحكم الفاصل في الدعوى مُحكماً . . .

وفي هذا الصدد يمكن أن نستأنس بقرار محكمة النقض المصرية القاضي بأن ( لمحكمة الموضوع سلطانها المطلق في استخلاص ما تقتنع به وما يطمئن إليه وجدانها متى كان استخلاصها سائغاً ولا مخالفة فيه للثابت بالأوراق . . . )<sup>(١)</sup>.

اذن من مستلزمات الاستنباط القضائي ليس كل واقعة تكون من ظروف الدعوى وبالتالي تصلح محلاً للاستنباط فلا بد ان تكون هذه الواقعة ثابتة في الدعوى المنظورة بدليل مقبول قانوناً وان تكون لها صلة بالواقعة موضوع النزاع والخصومة المفتقرة إلى الدليل القانوني المباشر ، وليس كل قاض يتمكن من هذا الاستنباط وانما لا بد ان يملك مؤهلات هذا العمل الاستدلالي الدقيق وان تتوفر فيه الكفاءة العلمية بأحاطته للقواعد والاسس المنطقية التي على اساسها يبنتي أستنباط الدلالات والقرائن، وان تكون لديه الملكة لهذا العمل الاستنباطي ، وان تتوفر فيه الكفاءة الشخصية بتميزه بالقابليات الذهنية التي يستطيع معها تشخيص ما يدل على اثبات الادعاء ، وان تنأى به من الوقوع في الاوهام الفكرية التي تكون مدعاة للوقوع في الخطا عند ممارسة هذا الاستدلال المنطقي ، وان يتميز بالموضوعية بتجرده عن أي نسق فكري يبعده عن المنهج العلمي وما يقتضيه المنطق القضائي والقانوني .

(١) الطعن رقم ٣٧٢ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٠/٢٢ / ١٩٦٤، مكتب فني ١٥، جزء رقم ٣، نقلاً من : البرفسور باجيران ملكيفك و د. فهد عبد العظيم ، مصدر سابق ، ص ٨١ .

## الفصل الثاني

### طرق الاستنباط القضائي

بعد ان تناولنا - فيما تقدم - من أن الاستنباط الذي ذكره المشرع العراقي في المادة ( ١٠٢ ) من قانون الإثبات والذي موضوعه وقائع الدعوى وظروفها يُراد به إذا حملناه على المعنى اللغوي انه مطلق التوصل إلى دلالة او حكم أي استخراج ذلك مع بذل الجهد ، و يكون مرادف أو قريب حينئذ من مصطلح الاستدلال لاسيما إذا كان هذا التوصل إنما يتم وفق قواعد المنطق القضائي ، وكان ينبغي على المشرع أن يستخدم مصطلح الاستدلال بدلاً من الاستنباط تجنباً للخلط الذي يقع بين المعنى الأعم للاستنباط وبين المعنى الأخص الذي يقابل الاستقراء كما هو معروف لدى المناطقة لاسيما في المنطق الحديث الذي يركز في عملية الاستدلال على هذين الطريقتين : الطريقة الاستقرائية ويقابلها الطريقة الاستنباطية والتي تعني الطريقة القياسية.

وعلى أية حال ، فالقاضي في هذا الاستدلال إنما يقوم بعملية منطقية يمكن من خلالها استنتاج دلالة جديدة أو التوصل إلى نتيجة جديدة مستندا إلى المُقدمات المتمثلة في ظروف الدعوى والوقائع الثابتة فيها .

وعليه فالاستدلال القضائي إنما هو سير عقل القاضي مما هو معلوم في الدعوى ليصل إلى ما هو مجهول فيها ، الواقعة المراد إثباتها ، سواء ارتفع العقل من الخاص إلى العام ، أي من الوقائع الجزئية ليصل إلى نتيجة ترتبط بالواقعة الاصلية ، موضوع النزاع ، أو ينزل من العام - أي من المبدأ- إلى الخاص ليستنتج أمراً يرتبط بها ، وفي كلا الطريقتين يعتمد القاضي على مُقدمات توصله إلى دلالة على الواقعة المجهولة من حيث إثباتها أو نفيها ، ووجود العلاقة بين المُقدمات والنتائج تحكمها المناهج الأساسية في علم المنطق وهي الاستقراء والقياس (الاستنباط).

وبما إن الواقعة أو الوقائع الثابتة في الدعوى هي مصدر استدلال القاضي فلا بد أن يفهمها فهما واعياً وملماً بكل الظروف المحيطة بالدعوى . وعليه أن يحدد الوقائع والظروف تحديداً دقيقاً لكي ينتهي إلى استخلاص الدلالة على الواقعة موضوع النزاع ، وهذا يتطلب من القاضي دقة تحليلية مُستعينا بما لديه من خزين قانوني ومنطقي .

يظهر مما تقدم ، إذن ، أن الاستنباط القضائي من وقائع الدعوى وظروفها يتم بعملية استدلالية قائمة على الطريقة الاستقرائية والطريقة القياسية .

وستعرض لهاتين الطريقتين من طرق الاستدلال في هذا الفصل بمبحثين ، نخصص المبحث الأول للطريقة الاستقرائية ، ونطرق في المبحث الثاني للطريقة القياسية .

## المبحث الأول

### الطريقة الاستقرائية

الاستقراء القضائي عملية عقلية ينتقل عبرها فكر القاضي من الوقائع الجزئية أو من عناصر واقعة ثابتة في الدعوى ليصل الى نتيجة فيها دلالة على إثبات أو نفي الواقعة المجهولة موضوع الدعوى ، فالقاضي يدرس تلك الوقائع أو العناصر ويجمع عنها الملاحظات ويقوم بتحليلها لينظر ما هو مشترك بينها ويشخص نقاط الخلاف فيها وكل ذلك بحثاً للوصول عما يُثبت الدعوى على نحو غير مباشر بدلالات وقرائن .

والقاضي بعد أن لاحظ الوقائع وما أحاط بالدعوى من ظروف يضعُ افتراضاً يوافق السير العادي للأمور يتوقع معه ستكون النتائج طبقاً له ، ثم يواصل الملاحظة فيما بعد الفرض أيضاً لأجل التحقق من صحته .

فخطوات الاستقراء تكون متدرجة ، وإن لم يلتفت القاضي لهذا التدرج ، فهوأي الاستقراء يمر بمراحل من الملاحظة المصحوبة بالتحليل إلى وضع الفرض والتحقق من صحته ، والذهن يسير بهذه الخطوات بنحو متداخل ، ولكن حسب الترتيب المنطقي في أن الملاحظة تكون أولاً ثم يأتي الفرض .

وفي ضوء ما تقدم ، إن عملية الاستقراء القضائي تتركز في أمرين هما (الملاحظة) و(الفرض) وأما بقية الخطوات فتتداخل مع أحدهما أو تتدرج تحتها .

وعليه سنقسم هذا المبحث على مطلبين ، نتطرق في المطلب الأول الى الملاحظة ، ونتطرق في المطلب الثاني إلى الفرض .

## المطلب الأول

### الملاحظة

الملاحظة هي أولى خطوات الطريقة الاستقرائية ، وهي توجه انتباه القاضي إلى الوقائع أو عناصر واقعة مما ثبت في الدعوى لأجل الكشف عن صفاتها وخصائصها توصلنا إلى كسب معرفة جديدة في الدعوى ، لاسيما تلك الدلالات التي لها صلة بالواقعة المجهولة<sup>(١)</sup> .

(١) د. محمود فهمي زيدان ، الاستقراء والمنهج العلمي ، دار الجامعات المصرية ، الإسكندرية ، ١٩٧٧ ، ص ٤٥ .

فالقاضي يبدأ باستقراء الجزئيات بملاحظة وقائع الدعوى وظروفها مستخدماً الأدوات والخطوات العلمية<sup>(١)</sup> ، وهذا يعني أن هذه الوقائع والظروف هي موضوع الملاحظة ، مع الالتفات إلى أنها قد تكون منفصلة وهي الملاحظة الطبيعية وقد تكون فعالة ، ويُراد بهذه الأخيرة التجربة العلمية فهي تُعدُّ أيضاً من قبيل الملاحظة مع إجراء بعض التغييرات في ظروفها .

وتفتقر الملاحظة في الغالب بالتحليل لأننا نتعرف في ضوءه على العناصر الأساسية للوقائع وصفاتها وخصائصها . بتعبير آخر فإن الصورة النهائية للدعوى تستخلص بتحليل الوقائع الثابتة التي لوحظت من قبل القاضي<sup>(٢)</sup> .

وبناءً على ما تقدم سنتطرق في هذا المطلب فرعين ، نخصص الفرع الأول لموضوع الملاحظة، ونتطرق في الفرع الثاني إلى تحليل الوقائع .

## الفرع الأول

### موضوع الملاحظة

يشرع القاضي بدراسة وقائع الدعوى وظروفها ليستنبط ما يدل على ثبوت الدعوى أو نفيها ويتعرف عليها بملاحظته لها وتقييمها ليبقي منها ما يكون مصدراً لاستنباطه . وتبدأ الملاحظة بعد النظرة الأولية بالتساؤل الابتدائي ، لماذا هذه الوقائع ؟ وهو ما يُعبّر عنه بالشك الإيجابي<sup>(٣)</sup> الذي منه سينطلق القاضي بتتبع الوقائع أو عناصر الواقعة الثابتة . وبهذا التتبع يحاول القاضي تشخيص الوقائع واستقرائها ، ولهذا فالملاحظة بالنظر المنطقي إنها التأمل الدقيق لظاهرة معينة بغية اكتشاف الخصائص التي تقوم عليها للوصول إلى المعرفة الصحيحة<sup>(٤)</sup> .

فالقاضي يستقرئ الوقائع مستنداً إلى المجرى العادي للأمر، ويقوم بتفسير ما تدل عليه ، ويختار التفسير الذي يُعبّر عن المدلول الحقيقي الذي تنم عنه تلك الوقائع<sup>(٥)</sup> .

(١) ضياء شيب خطاب ، مصدر سابق ، ص ٤٩ . محمّد فهيم درويش ، مصدر سابق ، ص ٣٣٤ .

Arnaud PELLISSIER.TANON, L'induction, au coeur du dilemme des savoirs en sciences de gestion, Papier publié dans Stratégies, Actualité et futurs de la recherche, Coordonné par Alain Charles Martinet et Raymond. Alain Thiétart, Paris : Vuibert, FNEGE, août 2001, p.3.

(٢) د. ياسر باسم ذنون و د. مصطفى إبراهيم الزلمي ، مصدر سابق ، ص ١٩٢-١٩٣ .

(٣) حوبة عبد القادر ، مناهج العلوم القانونية ، المركز الجامعي بالوادي ، معهد العلوم القانونية والإدارية ، الجزائر ، ٢٠١٠ ، ص ٤-٦ .

(٤) الطيب السنوسي أحمد ، مصدر سابق ، ص ١٧٣-١٧٤ و ص ١٧٦ .

(٥) قيس عبد الستار عثمان ، مصدر سابق ، ص ٤٠١-٤٠٢ .

وينبغي على القاضي وهو يلاحظ ظروف القضية أن لا يتوهم وقائع غير ثابتة نتيجة عوامل شخصية، بل عليه أن يتجرد من ذلك وأن تنصب ملاحظته على المتيقن من ثبوتها ، ومن ثم يلاحظ العلاقات السببية بين الوقائع الثابتة في الدعوى ، وإذا لم يكن السبب ظاهراً فإن القاضي يشخصه بتبعه لحيثيات الدعوى ، فالاستقراء القضائي استقراء معلل ، فهناك سبب وعلّة للوقائع موضوع الملاحظة<sup>(١)</sup>.

وعلى القاضي أن يوجه كل انتباهه للدعوى المنظورة لكي لا يفوته عاملاً أو ظرفاً له أثر في عملية الاستنباط ، وأن يُميّز بين ما هو مؤثر وما هو غير مؤثر من الوقائع ، ولا بد أن يكون دقيقاً في ملاحظته ، ولهذه الدقة دلالة فكرية لأنه عندما تكثر عناصر الدعوى فقد يصاب القاضي بحالة عدم التركيز على الموضوع الأساسي ، ولذا ينبغي أن يكون حاذقاً في نظره وملاحظاته فلا يقفز من واقعة إلى أخرى حتى ينتهي من استيفاء المطلوب في كل واقعة ، وإلا دل ذلك على وهن الفكري ، فعليه أن ينظر الوقائع قيد الملاحظة ، والتركيز على الحقائق ذات الصلة بالواقعة المراد إثباتها ، فلا بد من إعمال العقل إعمالاً صحيحاً حتى تكون الملاحظة ذات صفة علمية ؛ لأن استنتاج الدلالة في عملية الاستنباط في نطاق وقائع الدعوى لا تكون إلا بادراك تلك الوقائع وما تمتاز به من خصائص ، وهذا يتأتى من طول التفكر والتأمل وإمعان النظر والمواظبة على المراجعة وتدوين الملاحظات<sup>(٢)</sup>.

فالملاحظة التي يجريها القاضي حال استقراء الوقائع ليست عشوائية فهو لا يتعامل مع الدعوى بانتقائية ، وإنما عمله مبني على المنهجية العلمية في التفكير ، فهو يتبنى السير المنظم عند ملاحظته للوقائع<sup>(٣)</sup>.

ما تقدم يخص الملاحظة المنفعلة ، وأما الملاحظة الفعّالة<sup>(٤)</sup> التي يُراد بها التجربة العلمية ، وهي ملاحظة مصحوبة بتدخل من المستقرئ عملياً وتعديل سير الظاهرة والواقعة وتغيير بعض الظروف الطبيعية التي تحدث فيها رغبة في الوصول إلى خصائصها وصفاتها، ولهذا درج المناطقة على جعل الملاحظة المنفعلة والتجربة بمرحلة واحدة في الاستقراء، إلا أن أجراء التجارب في الدعوى نفسها نادرة جداً بل منعدم ، فالقاضي يستند ويوظف ما توصلت إليه التجارب العلمية من نتائج في العمل القضائي أو

(١) الطيب السنوسي أحمد ، مصدر سابق ، ص ٨٥ و ص ١٦٥ .

(٢) عبد الرحمن بدوي ، مناهج البحث العلمي ، ط ٣ ، وكالة المطبوعات ، الكويت ، ١٩٧٧ ، ص ١٤٢ . الطيب السنوسي أحمد ، مصدر سابق ، ص ١٧٩ . د. محمّد سليمان الأحمد ، مصدر سابق ، ص ١٠٤ . د. سهيل رزق دياب ، مناهج البحث العلمي ، فلسطين ، ٢٠٠٣ ، ص ٥٠ .

(٣) ضياء شيب خطاب ، التفكير القضائي ، بحث منشور في مجلة القضاء ، الأعداد الأولى والثاني والثالث والرابع ، السنة السادسة والثلاثون ، ١٩٨١ ، ص ١٩ . حوبة عبد القادر ، مصدر سابق ، ص ١٥-١٦ .

(٤) الملاحظة المنفعلة هي توجيه الحواس والانتباه إلى ظاهرة أو مجموعة ظواهر رغبة في الكشف عن صفاتها وخصائصها توصلاً إلى كسب معرفة جديدة عنهما ، بينما الملاحظة الفعّالة (التجربة) هي ملاحظة ظاهرة أو مجموعة ظواهر تتضمن تغيير بعض الظروف الطبيعية التي تحدث فيها رغبة في الوصول إلى صفاتها وخصائصها ، وعليه فلاختلاف بينهما اختلاف في الدرجة لا في النوع ، أنظر: د. محمود فهمي زيدان ، مصدر سابق ، ص ٤٥-٤٦ .

يحيل المسألة المحتاجة إلى تجربة إلى الخبراء ، وهو يُفيد من تقاريرهم ، توخياً للنظر الصحيح في الدعوى .

ومن ذلك مثلاً نتائج تجارب فحص الدم التي انتهت إلى أن دماء البشر يختلف بعضها عن بعض إلى أربع فصائل رئيسية هي (AB) ، (B) ، (A) ، (O) ، واستناداً إلى الحقائق العلمية بشأن فحص الدم يستطيع الخبير المختص أن ينفي أو يُثبت البنية بدرجة عالية وتستطيع المحكمة أن تعتمد على تقريره<sup>(١)</sup>.

ونتيجة التجارب والملاحظات والتحليل المختبرية تم اكتشاف البصمة الوراثية (DNA) إذ ثبت أن نواة كل خلية من خلايا جسم الإنسان تحتوي على ٤٦ كروموزما تتكون من (الحمض النووي-DNA المادة الوراثية) ، ولكل إنسان جينوما بشريا يختص به دون سواه من البشر، ولا يمكن أن يتشابه فيه مع غيره ، فكل شخص يحمل في خليته الجينية ٤٦ كروموزما يرث نصفها من أبيه والنصف الآخر من أمه فينتج عن ذلك كروموزما خاصا به لا يتطابق مع ما لدى أبويه من كل وجه وإنما هو خليط منهما<sup>(٢)</sup>.

فعند تحليل أي جزء من أجزاء (DNA) يظهر التحليل صورة شريط من سلسلتين تدرج على شكل خطوط عرضية متسلسلة وفقاً لتسلسل القواعد الامينية على حمض (DNA) ، وهي خاصية لكل إنسان تميزه عن الآخر في الترتيب والمسافة بين الخطوط العرضية<sup>(٣)</sup>.

ومما تقدم ، نفهم أنه ينبغي في الملاحظة الاستقرائية أن يبذل المستقرئ - القاضي أو المُجرب - أقصى جهد علمي من أجل التوصل إلى نتائج يمكن الاطمئنان في الاعتماد عليها . ومن هنا أنه في وسع القاضي أن يستنبط من واقعة البصمة الوراثية في دعاوى إثبات النسب دلالة قطعية بثبوت النسب ؛ على أساس من أن كل شخص يمتاز بنمط وراثي لا يوجد عند أي شخص آخر في العالم ، إذ لا يمكن أن يتشابه (DNA) لشخصين إلا مرة واحدة ، في كل ٨٦ بليون حالة ، وهذا يعني أن التشابه فيه يكاد أن يكون منعماً ، ولكن مع ذلك وبما إن الخطأ البشري وارد في كل الأحوال علينا أن نعطي لهذه البصمة الحُجية النسبية لا الحُجية المطلقة<sup>(٤)</sup>.

(١) د.عباس العبودي ، الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني ، ط١، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠٢ ، ص١٥ .

(٢) بونوة عبد المنعم و سالم أبو ياسر بولال ، البصمة الوراثية وحجيتها في الإثبات ، ط١، مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية ، ٢٠١٨ ، ص٤٩-٥٠ .

(٣) د. هناء محمّد حسين أحمد ، احكام القرائن المعاصرة بين الشريعة والقانون ، بحث منشور في مجلة الأستاذ الصادرة من كلية التربية ابن رشد ، جامعة بغداد ، العدد ٢٢٠ ، المجلد الثاني لسنة ٢٠١٧ ، ص٤٥٩-٤٦٠ .

(٤) بونوة عبد المنعم و سالم أبو ياسر بولال ، مصدر سابق ، ص٧٣-٧٤ و ص٧٧ .



وأما تشريعا ، فإنه بالإمكان أن نُفيد من نص المادة ( ١٠٤ ) من قانون الإثبات العراقي إنه يجب على القاضي حال استقراء الدعوى أن يتبنى الملاحظة العلمية الدقيقة بوصفها مقدمة للتوصل إلى استنباط الدلالة التي تُثبت معها الواقعة المجهولة ، إذ نصت هذه المادة على أنه (للقاضي أن يستفيد من وسائل التقدم العلمي في استنباط القرائن القضائية) ، ولا ريب أن الملاحظة الفعّالة التي كانت تجرى حين التجارب للتوصل إلى هذه الوسائل العلمية كانت ملاحظات استقصائية مع استخدام كل الأدوات المتاحة من أجل الانتهاء إلى النتائج العلمية ، وعلى القاضي أن يحذو حذو العالم التجريبي في ملاحظته ؛ لأن الملاك واحد في الملاحظتين المنفصلة والفعّالة ، وهو التوصل إلى خصائص وصفات الظاهرة أو الواقعة لأجل اكتشاف أمرٍ مجهول ، هذا من جهة .

ومن جهة أخرى ، وفي ضوء النص المتقدم ، فللقاضي أن يُفيد من هذه الوسائل في عملية الاستنباط . ويُلاحظ أن النص جاء عاما ليشمل كل وسائل التقدم العلمي مثل التسجيل ، والتصوير ، والكمبيوتر ، والفاكس ، والتلكس ، والأنترنت . . . وما توصل إليه علم الاحياء والطب . . نحو فحص الدم والبصمة الوراثية .

إنّ هذه المادة تقود القضاء إلى الحكم السليم في القضية المتنازع عليها على الرغم من أن النص جاء على سبيل الجواز ، ذلك أن السبب هو عدم الدقة في تحديد المسائل ، لاسيما في تحليل الدم الذي يختلف من محل إلى آخر ، ومع ذلك يُعدّ فحص الدم لأجل معرفة الفصيلة أو البصمة الوراثية من الوسائل العلمية التي يمكن للقاضي الاستفادة منها بإثبات العديد من القضايا المدنية ، ومنها دعوى إثبات النسب ، كما تقدم ، فعن طريق ذلك يستدل القاضي على ثبوت النسب أو عدم ثبوته<sup>(١)</sup> .

واما المشرّع المصري فليس لديه نظير هذا النص ، وكذلك المشرّع الفرنسي ، ولكن هذا الأخير ومنذ صدور قانون ١٩٩٧ /٧/٩ أصبح فحص الدم ، واستنادا إلى المادة الأولى منه ، أمراً الزامياً ، وإن للمحكمة أن تامر بإجرائه إذا تعلق الأمر بقضايا إثبات البنوة ، علما بأن القانون الفرنسي منع إجراء فحص ( DNA ) على شخص دون أمر قضائي ، وفي حالة إجرائه يجب أن يجري في مختبرات مختصة بذلك ، إذ يتم استدعاء الشخص لحضور عملية الفحص مرتين متتاليتين ، ثم يُعدّ محضر بذلك<sup>(٢)</sup> .

(١) د. عباس العبودي ، الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني ، مصدر سابق ، ص ١٩-٢٠ .  
(٢) بونوة عبد المنعم وسالم أبو ياسر بولال ، مصدر سابق ، ص ٣٢-٣٣ ، ونقلًا عنهما : أنه يوجد في بريطانيا أكبر بنك للبصمة الوراثية فيها حتى عام ٢٠٠٠ أحتوى نظام المعلومات الوراثية بيانات عن ٦ ملايين و ٦٠٠ ألف شخص ، منهم رئيس الوزراء البريطاني آنذاك ( توني بليير ) ، الذي وضع عينة الحمض النووي الخاصة به طوعا لتحفيز الآخرين . وأنظر: د. عباس العبودي ، الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني ، مصدر سابق ، ص ٢٥ و ص ٣٤٤ ونقلًا عنه: أن قانون إصلاح العائلة الإنكليزي لسنة ١٩٦٩ نظم مسألة فحص الدم وأعطى للمحكمة سلطة تقديرية للعمل على أن تستنتج من رفض أحد الخصوم على أخذ الدم منه بهدف تحليله دليلا على صحة إدعاء الخصم الآخر .

وأما قضائياً ، فقد قررت محكمة استئناف النجف بصفتها التمييزية بهذا الشأن إلى أنه ( إذا أقر المدعي عليه بأنه قد استلم من المدعي - المميز - عربون مقداره ثلاثة ملايين دينار من أصل البدل البالغ ثمانية وثلاثون مليون دينار وأنه نكل عن البيع بسبب الغبن الذي لحقه ، وحيث أن دفع العربون يُعدُّ دليلاً على أن العقد أصبح باتاً ولا يجوز العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك عملاً بأحكام الفقرة (١) من المادة (٩٢) من القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ ، وأن العقد لم يشير لمثل هكذا اتفاق هذا من جهة ، ومن جهة أخرى ذهب محكمة الموضوع برد دعوى المدعي في حكمها المميز إلى عدم وجود فاصل زمني طويل بين واقعة البيع وواقعة النكول هو اجتهاد في غير محله كونه استنبط قرينة من مصدر لا وجود له ، كما أن تقدير فيما إذا كان هناك فرق في قيمة العقار بتاريخ التعهد وقيمته عند النكول هو أمرٌ يختص بتقديره الخبراء سيّما وأن الخبير القضائي المنتخب بيّن وجود مثال هذا الفرق في تقريره المُقدم لمحكمة الموضوع ، عليه قرر نقض الحكم المميز وإعادة الدعوى إلى محكمتها للسير فيها وفقاً لما تقدم . . . )<sup>(١)</sup> .

فإن افتقار القاضي إلى الملاحظة الدقيقة قد يكون سبباً في توهم أمور غير ثابتة بالدعوى ، ومن ثم يأتي استدلاله في غير محله .

وفي مسألة الأخذ بما أفرزته التجارب والملاحظات العلمية الفعّالة لاسيما في تحليل الدم والبصمة الوراثية ، فقد قررت محكمة التمييز الاتحادية العراقية أنه ( إذا كانت العوامل الوراثية للمدعي متطابقة مع المطالب بإحقاق نسبه إليه وبتقرير رسمي من الطبابة العدلية فعلى المحكمة الحكم بصحة النسب)<sup>(٢)</sup> .

هذا إذا كانت ملاحظة القاضي لوقائع الدعوى تقضي إلى انه لم يجد فيها دليلاً مباشراً ؛ ذلك أن الاستنباط بل الاستدلال في نطاق وقائع الدعوى لأجل إثبات الواقعة المجهولة يكون مع افتقار الدعوى إلى الدليل المباشر . ولهذا قضت محكمة التمييز الاتحادية فيما يتعلق بالبصمة الوراثية (حيث أن المدعي أقر بالبنوة . . . وهذا الإقرار يصلح اعتماده دليلاً لبناء حكم شرعي وقانوني ولا موجب لإرسال الأطفال إلى اللجنة الطبية لإجراء فحص البصمة الوراثية ، فالنتيجة في مثل هذه الحالة تُعدُّ قرينة لا يمكن اعتمادها للحكم برد دعوى المدعي في مقابل الإقرار الصادر من المتداعين بالبنوة وهو ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة . . . لذا كان على المحكمة الحكم بإثبات نسب الأطفال بناء على هذا الإقرار المشار إليه ، وحيث

(١) قرار محكمة استئناف النجف الاتحادية بصفتها التمييزية ، العدد ٧٤/ب/حقوقية / ٢٠١٨ بتاريخ ١٠ / ١٠ / ٢٠١٨ ، ( غير منشور ) .

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ١٢٤/هيئة عامة/٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٢/١ ، نقلاً من : جعفر فاضل هاشم ، مصدر سابق ، ص ٨٦ .

ان المحكمة قضت خلاف ذلك مما أخل بصحة حكمها المميز لذا قرر نقضه وإعادة الدعوى إلى محكمتها لإتباع ما تقدم . . . (١).

فالإقرار دليلٌ مباشر والبصمة الوراثية قرينة وهي دليلٌ غير مباشر، فلا يُصار إليه إلا مع عدم الأول .

وقضت محكمة النقض المصرية بأن ( محكمة الموضوع غير ملزمة بإجابة الطبيب الشرعي لفحص دماء الصغير متى رأت من ظروف الدعوى والأدلة المقدمة إليها ما يكفي لتكوين عقيدتها) (٢).

وهذا يعني أن فحص الدم قرينة قضائية والقاضي غير ملزم بالأخذ بها ، ذلك أن جميع الوسائل العلمية التي أثبتت التجارب العلمية صحتها يمكن أن يتخذها القاضي مصدرا لاستنباط الدلائل بعد ملاحظة ارتباطها بالموضوع المراد إثباته إلى جانب ملاحظة بقية الوقائع والظروف المحيطة بالدعوى ، وله السلطة التقديرية في الاستنباط من عدمه حسب مقتضيات كل دعوى على حدة .

## الفرع الثاني

### تحليل الوقائع

التحليل هو تقسيم الشيء على أجزاءه من عناصر أو صفات أو خصائص أو عزل بعضها عن بعض ثم نظرها بدقة للوصول إلى معرفة العلاقة القائمة فيما بينها وبين غيرها ، فإذا تركب شيء من عناصر متعدّدة فإرجاعه إلى عناصره الأولية هو تحليلٌ له ، وهذا يعني أنه يقوم على تقسيم الموضوع قيد الدراسة على أجزاءه المكونة له للحصول على معرفة جديدة (٣).

والقاضي عندما ينظر الدعوى يجدها مركّبة من وقائع وظروف ، ولكي يستخلص صورة الدعوى في ذهنه ويقف على حقيقتها وحقيقة الوقائع الثابتة فيها ، وليصل بعد ذلك لما سيكون مصدرا لأستدلّاله في إثبات الواقعة المجهولة ، فإنه يقوم بتحليل الوقائع لمعرفة العنصر المجهول بواسطة ما له من روابط مع العناصر المعلومة ، وقد يهدف من تحليله للواقعة أما تقريب وأما تجميع بعض العناصر الإجمالية التي

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية / العدد ١٢٠٣ / هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية / ت ١٢٧ الصادر في ٢٠١٨ / ١٢ / ٢ (غير منشور) .

(٢) نقض ٨٢ / ٢ / ١٩٦٨ ، مجموعة أحكام النقض ، السنة ١٩ ، ص ٤١٢ ، نقلا من : د. عباس العبودي ، الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني ، مصدر سابق ، ص ٢٧ .

(٣) د. عبد الهادي الفضلي ، مصدر سابق ، ص ١٦٥ . الموسوعة الفلسفية ، وضع لجنة من العلماء والاكاديميين السوفياتيين ، بأشراف روزنتال و يودين ، ترجمة سمير كرم ، دار الطليعة ، بيروت ، ١٩٨٠ ، ص ١١٤ .

تفرضها القضية أو تميّز معطيات النزاع الخاصة التي يقدرها القاضي كل على حدة ، فهو يُحلل العقد لِيُميِّز بين الأعمال القائمة على المجاملات وبين التصرفات القانونية<sup>(١)</sup> .

ولابد للقاضي وهو يُريد أن يشرع بتحليل الوقائع أن يحدد الغاية المقصودة من ذلك لكي يركّز طاقته الفكرية نحو تحقيق هذه الغاية<sup>(٢)</sup> .

ويُلاحظ أن عملية التحليل ترتبط بالقسمة<sup>(٣)</sup> ، وأن المنهج الصحيح للاستقراء لا يكتمل مع غياب التقسيم ؛ لأن به تنحل القضايا المعقدة والشائكة<sup>(٤)</sup> فالقاضي يُقسّم الوقائع ويختبرها ويُحللها ليصل إلى الواقعة ذات الدلالة التي لها صلة بالواقعة المجهولة .

والنظام التحليلي للقاضي هو الأفكار الموجودة في ذهنه التي يستطيع في ضوءها تشخيص خصائص كل واقعة ، وهو محصل من تجاربه والمعلومات التي اكتسبها مع ما لديه من قدرة على التأمل والنظر العلمي والمنطقي ، فالتحليل عملية ذهنية ترتبط بالنشاط الفكري والعقلي الذي يقوم به القاضي، وإذا لم يكن لدى القاضي الإدراك الوافي في عملية التحليل فلا يصل إلى الخصوصيات التي تتميز بها كل واقعة ، فتحليله للوقائع هو تحليل عقلي ، إذ إن فرز الوقائع بحسب صفاتها وتميز بعضها عن بعض إنما يحصل ذلك في ذهنه<sup>(٥)</sup> .

وهذه الخطوات هي متطلبات المنطق القضائي في فهم الوقائع ، فالقاضي يبدأ أولاً بملاحظة وقائع الدعوى ثم يحللها إلى عناصرها ، حتى يقف على حقيقتها وترسم في ذهنه الصورة الصحيحة للدعوى<sup>(٦)</sup> .

إذاً ، وبالتحليل يصل القاضي إلى حقيقة الوقائع ، وتبين ما هو مبهم في الدعوى، وحل القضايا المتشابكة ، وتمييز ما هو فعّال ومؤثر عما هو ليس كذلك ، والنظر فيما إذا كانت الوقائع الجزئية الثابتة في الدعوى متساندة يمكنه حينئذ أن يتخذ من مجموعها موضوعاً للاستدلال ، أم إنها متناقضة فيما بينها

(١) د. صالح محسوب ، مصدر سابق ، ص ٤٩-٥٠ . عبد الرحمن بدوي ، مصدر سابق ، ص ١١٨ .

(٢) د. محمد سليمان الأحمد ، مصدر سابق ، ص ٩٩ .

(٣) هناك طريقة للاستدلال تسمى (السير والتقسيم) وهي تتناسب مع منهج التحليل ويعتمد هذا الأسلوب من الاستدلال على صياغة لغوية هي : أما وأما فيذكر المستدل الوجوه والأقسام وهو يريد بذلك تحديدها ثم يسبرها أي محاولة الكشف عن مقدار ما يملكه الشيء من الصحة لإصدار الحكم اللازم ، وهذا يعني ان السبر هو المرحلة التالية للتقسيم وفيه يكتمل هذا اللون من الاستدلال سيره المنطقي نحو بلوغ النتيجة ، وعملية السبر هي عملية نفي وأثبتت أي يذكر الوجوه والأقسام ثم يختبرها ليشخص الأصلح منها . أنظر علي جاسب الخزاعي ، الاستدلال بالسير والتقسيم، بحث منشور في مجلة آداب البصرة الصادرة عن كلية الآداب ، جامعة البصرة ، العدد ٥٧ ، لسنة ٢٠١١ ، ص ٦٣ و ٦٦ و ص ٧٣ .

(٤) الطيب السنوسي أحمد ، مصدر سابق ، ص ١٩٧ .

(٥) مستاري عادل ، مصدر سابق ، ص ٩٦ و ص ١١٨ . عبد الرحمن بدوي ، مصدر سابق ،

ص ١٣٠-١٣١ .

(٦) ضياء شيب خطاب ، فن القضاء ، مصدر سابق ، ص ٥٦ . د. صالح طليس ، المنهجية في دراسة القانون ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، بلا سنة نشر ، ص ٣٧ .

أو مع الواقعة الأصلية وعندئذ لا تصلح لذلك ؛ لأن التناقض يجعل الدليل متساقطاً فلا يصح الاعتماد عليه والأخذ به ، فيجب أن تؤدي المُقدّمات إلى النتائج بحسب اللزوم العقلي ، وإذا عرفَ القاضي تلك الوقائع المعلومة يتحرك عقله منها حينئذ إلى الواقعة المجهولة حتى ينتهي بتفكيره وأستدلّاله إلى الغاية ، وهي تحصيل المجهول وإثباته<sup>(١)</sup>.

ويُكَمَّل التركيبُ عمليةَ التحليل في الاستدلال الاستقرائي<sup>(٢)</sup> وذلك بتوحيد الأجزاء والعلاقات التي تم فصلها وتجزئتها ، وربط صفات الشيء أو خواصه في الذهن<sup>(٣)</sup> ، فالتركيب عملية ذهنية يستعين بها القاضي للتأكد من صحة النتائج التي انتهى إليها التحليل ، فبعد أن فرغَ من التحليل للوقائع الجزئية يتعين عليه أن يجري تركيباً لهذه الوقائع ليصل إلى رأي كلي يكون الأساس والمصدر في بناء ما يتوصل إليه باستدلّاله الاستقرائي<sup>(٤)</sup>.

فالقاضي يضع وقائع الدعوى وظروفها في تسلسل منطقي حسب ترابطها ثم يستخلص منها النتيجة الصحيحة التي بموجبها تثبت الدعوى ، فالاستدلال في جوهره عملية تحليل وتركيب واستخلاص من الوقائع المعلومة ما يُثبت الواقعة المجهولة<sup>(٥)</sup>.

وأما تشريعياً ، فإن المستفاد من المادة (١٠٤) من قانون الإثبات العراقي بصدد الملاحظة ، كما تقدم ، يوظف هنا أيضاً أي إنه يجب على القاضي حال استقراء الدعوى أن يتبنى التحليل الدقيق مُستفيداً من وسائل التقدم العلمي بوصفها مقدمة للتوصل إلى استنباط الدلالة التي تُثبت معها الواقعة المجهولة .

وأما بخصوص موقف القضاء ، وفي صدد دقة الملاحظة والتحليل ، فإن الافتقار إلى ذلك يؤدي إلى عدم الالتفات إلى الوقائع المتناقضة . لذا نقضت محكمة التمييز قراراً بدائياً ؛ لأن القاضي لم يراعِ مُتطلبات الاستقراء الصحيح ، فقد قضت أن ( المحكمة لم تتبع قرار النقض التمييزي . . . واعتمدت على تحقيقات غير صحيحة إذ أن قول وكيل الشخص الثالث بأن الأرض أُعيدت إلى أصحابها بعد استصلاحها بتاريخ ١١ / ١١ / ١٩٩٢ لا

(١) الشيخ محمد رضا المظفر، المنطق ، مطبعة النعمان، النجف الاشرف ، بلا سنة نشر، ص١٣٦-١٤٠. د. محمد سليمان الأحمد ، مصدر سابق ، ص٩٧ . د. ياسر باسم ذنون ، مصدر سابق ، ص١٣٤. مستاري عادل ، مصدر سابق ، ص٢٣٣ . د. ياسر باسم ذنون و د. مصطفى إبراهيم الزلمي ، مصدر سابق ، ص١٨٠.

(٢) المنهج التحليلي والتركيب: ويستهدف الأول الكشف عن الحقيقة ، فتتم تجزئة موضوع ما إلى أبسط عناصره ، بُغية التمعن والتعمق في معرفته ، ويُستعمل هذا المنهج في البحث قانونياً وقضائياً ؛ لأنه يسمح بإظهار الخصائص الأساسية للقواعد القانونية والوقائع القضائية ، وأما المنهج التركيبي فيستهدف تأليف الحقائق التي تم اكتشافها عن طريق المنهج التحليلي ، فهو عملية جمع الأجزاء المتفرقة من كل متجانس ، وهو أما أن يأتي لاحقاً لتحليل حاصل فيعيد جمع ما تجزأ في التحليل أو تجميع عناصر متفرقة وجدت كذلك . أنظر د. صالح طليس ، مصدر سابق ، ص٣٧-٣٨.

(٣) الموسوعة الفلسفية ، مصدر سابق ، ص١١٥. د. عبد الهادي الفضلي ، مصدر سابق ، ص١٦٧.

(٤) ضياء شيت خطاب ، فن القضاء ، مصدر سابق ، ص٤٩. د. علي محمود علي ، الأصول المنطقية لفهم الواقع والقانون في الدعوى الجنائية ، بلا ناشر ، ٢٠٠٣ ، ص١٦.

(٥) د. صالح محسوب ، مصدر سابق ، ص٤٩-٥٠.

يمكن قبوله مع أن حقيقة وضع اليد جرى على الأرض ١٩٩٩ فكيف يتم الاستصلاح قبل وضع اليد فكان المقتضى بالمحكمة التوسع بالتحقيق لإزالة التناقض المشار إليه . . .<sup>(١)</sup>، فلو كان استقراء هذه المحكمة لوقائع الدعوى استقراء مبنيًا على الملاحظة والتحليل الدقيقين لما غفلت عن هذا التناقض الحاصل في وقائع الدعوى وتواريخها ، ولهذا عرّفت محكمة النقض المصرية فساد الاستدلال بأنه (عيب يشوب منطق الحكم في فهم الواقع المطروح في الدعوى ويمس سلامة استنباطه فيقود إلى نتيجة لا تتلاءم مع المُقدمات المطروحة عليه)<sup>(٢)</sup>.

## المطلب الثاني

### الفرض

الفرض تفسير مؤقت يضعه القاضي حين الملاحظة يوضح فيه الظروف والوقائع التي يحاول أن يفهمها ، ثمّ كلما تقدم في الملاحظة والتحليل سيتحقق من مدى صحته ، فالقاضي حين ينظر وقائع الدعوى فيثبت في ذهنه فرضاً أو فروض متعدّدة نتيجة ملاحظته لها ، وقد يُعبّر عنه بأنه الحدس أو التكهن الذي يتبادر إلى الذهن قبل النتائج<sup>(٣)</sup>.

وعليه ، فالفرض فيه جهتان، الأولى: مسألة وضع الفرض ، ومن أين يستوحيه القاضي ، وماهي العوامل التي تدخل في وضعه ، وماذا يجب ان يتضمن ، وما هو البديل إذا تعذر على القاضي وضعه؟

وأما الجهة الثانية: مسألة التحقق من صحة الفرض ، فكيف يتم ذلك ، وما هي الطرق الاستقرائية لتحقيقه؟

وبناءً على ما تقدم سننظر الى الجهتين أعلاه وما يرتبط بهما في فرعين بهذا المطلب ، نخصص الفرع الأول لمسألة وضع الفرض ، ونتعرض في الفرع الثاني لمسألة تحقيق الفرض .

(١) قرار محكمة التمييز رقم ١١٣ / ٢م / ٢٠٠١ ، نقلا من : د. ياسر باسم ذنون و جياذ ثامر نايف ، الحكم المدني وحالات التناقض فيه، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية الصادرة عن كلية التربية ، جامعة تكريت ، المجلد ١٧ ، العدد ٩، لسنة ٢٠١٠ ، ص ٦٦١ .

(٢) قرار محكمة النقض المصرية رقم ٣٥٩٦ لسنة ٦٣ قضائية في ١١/٧/١٩٩٤ ، نقلا من: د. ياسر باسم ذنون و جياذ ثامر نايف ، المصدر نفسه ، ص ٦٦١ .

(٣) حوية عبد القادر ، مصدر سابق ، ص ٢٢-٢٣ . محمّد فهيم درويش ، مصدر سابق ، ص ٣١٤ . الطيب أحمد السنوسي ، مصدر سابق ، ص ١٨٤ .

## الفرع الأول

### وضع الفرض

وضع الفرض مرحلة تأتي بعد بدء مرحلة ملاحظة الوقائع ؛ ذلك أن الملاحظة تُثير في عقل القاضي احتمالاً قوياً لمبدأ أو أمر يصح الاعتماد عليه بوصفه أساساً لنتيجة الاستقراء التي ستمخض بعد تتبع الوقائع الجزئية ، وقد توجد معه احتمالات أخرى تقابله إلا أنها أضعف منه ، فالقاضي بعد أن لاحظ وحلل الوقائع وظروف الدعوى يضع فرضاً مُستوحىً من السير الطبيعي للأشياء ، فيفترض أن الوقائع لا يمكن أن تجري بصورة مُغيرة للافتراضات الموضوعية لنوع معين من الأحداث ، فالقاضي يريد أن يفسر ما لاحظته وكأنه يسأل نفسه ما سبب هذه الوقائع ، فهو يصل إلى التفسير من خلال فرض يفرضه للدعوى المنظورة ، فيقصد منه محاولة استنتاج نتائج ثم يتحقق فيما إذا كانت النتائج تتفق مع الوقائع الملاحظة أم تختلف . فلنفترض رأياً ، حتى لو كان خاطئاً ، ثم نلاحظ نتائجها ونتعلم كيف نُعدله ، وقد يُعبّر عنه بجملة خبرية لا تحمل الصدق أو الخطأ ، وإنما مقدار صحتها أو خطئها يظهر بإخضاع القضية للتحليل والتجربة<sup>(١)</sup>.

ويعتمد وضع الفرض على عوامل متعدّدة ، منها ما يتعلق بالقاضي إذ هو يبدأ في وضعه من ملاحظة الواقعة أو الوقائع الثابتة بالدعوى ويفكر بها ، ومن هذه الوقائع يفترض ما عسى أن يكون عليه الحل أي إثبات الواقعة المجهولة ، ومنها الأفكار التي تُثيرها الوقائع ذاتها في نفس القاضي ، فيحليها إلى أفكار علمية قانونية تصب في العملية القضائية والدعوى المنظورة ، وتتأثر هذه الأخيرة بما لدى القاضي من وجدان يحمله على فرض تفسير للوقائع المعلومة وما لديه من نظام تحليلي ، كما تقدم ، فله أثر كبير في الملاحظة ، وهو يوجد في عقل كل قاض ، وهو يهديه لنظر الوقائع نظرة قانونية قضائية ومنطقية . فيجب أن يكون لديه مسوغات مُقنعة لوضعه ، لذا ينبغي أن يكون القاضي ذا اطلاع واسع بموضوع القضية المنظورة ، وأنه بإمكانه جمع معلومات عن الوقائع ، ويجب أن لا يستعجل في وضعه ، فهو أولاً ينظر ويُلاحظ القضية ولا يضعه إلا في اللحظة التي تكون الرؤية والملاحظة كافية للإحياء بفرض يمكن أن يكون مقبولاً أو موجوداً<sup>(٢)</sup>.

وحتى يكون الفرض قائماً على أساس صحيح أو في الأقل قابل أن يكون محتملاً بواسطة التحقق منه ، فلا بد أن يكون وضعه مما ثبت في الدعوى من وقائع تم ملاحظتها ، فلا يصح أن يكون مبدؤه مجرد

(١) قيس عبد الستار عثمان ، مصدر سابق ، ص ٢٢ . الطيب السنوسي أحمد ، مصدر سابق ، ص ١٨٣ . د. محمود فهمي زيدان ، مصدر سابق ، ص ٩٠ . د. ابراهيم مصطفى ابراهيم ، مصدر سابق ، ص ٧١-٧٢ . د. أحمد جمال الدين ظاهر و د. محمّد أحمد زيادة ، البحث العلمي الحديث ، ط ١ ، دار الشروق ، جدة ، ١٩٧٩ ، هامش (١) ص ٩ .  
(٢) عبد الرحمن بدوي ، مصدر سابق ، ص ١٤٩ . د. سهيل رزق دياب ، مصدر سابق ، ص ٣٨ .

تصورات وأفكار، وإن كان الفكر يستخدم من أجل ممارسة القوة الافتراضية، وأن يكون قابلاً للتحقق منه بالحد من الوقوع في الفروض الخيالية، وأن يلتفت الواضع له إلى خلوه من التناقض، أي لا يبدو مناقضاً للظروف التي أحيطت بالدعوى، وله سبب وهو الباعث الدافع لوضعه، كأن تكون هناك علة في الوقائع المنظورة، أو وجود تماثل بينها موجب إلى وضعه، وبذلك يبتعد القاضي عن الوقوع في الفروض الزائفة<sup>(١)</sup>.

ويلاحظ أن الفروض تارة تكون (جزئية) أي متعلقة بوقائع معينة فيضعه القاضي فرضاً لوقائع الدعوى المنظورة، وتارة تكون (عامة) وهي تلك التي توضع لدراسة مجموعة من الوقائع أو مجموعة من الدعاوي تكون محلاً للاستقراء.

على سبيل المثال يفترض القاضي في دعوى التفريق بعد ملاحظة وقائع الدعوى أن منشأ طلب هذا التفريق بحسب الواقع الملاحظ، كراهية الزوجة لزوجها، فإذا صح هذا الفرض فإنه يقتضي أن تكون هذه الدعوى دعوى طلاق خلعي وليس تفريق، فالفرض في هذه الدعوى هو جواب مفترض لتساؤل متأت من ملاحظة القاضي للحقائق التي تدل عليها ظروف الدعوى، ويتميز - أعني الفرض - أيضاً بالتنبؤ أي عبارة لما سيكشفه الواقع، ففي المثال أعلاه يتوقع القاضي أن طلب التفريق هو كراهية الزوجة لزوجها.

وإذا افتقر القاضي إلى التنبؤ بفرض في الدعوى المنظورة، فعليه أن يضع بدلاً من ذلك سؤالاً نحو ما هو الهدف أو الغاية من النظر في هذه الوقائع؟ كأن يسأل نفسه ماذا يريد أن يصل من وراء ذلك؟<sup>(٢)</sup>.

ويمكن القول إن الفرض القضائي وهو أحد مصاديق مفهوم الفرض العلمي الذي يضعه القاضي على أثر استقرائه لوقائع الدعوى أو عناصر واقعة معينة ثابتة لديه ليستدل بعد ذلك، وحسب نتيجة الاستقراء، على ثبوت أو نفي الواقعة المجهولة. فإن هذا الفرض هو الفكرة لبيان أسباب الواقعة فالقاضي يفترض حدساً أن هذه الواقعة المعلومة لها صلة أو ملازمة من نوع معين بالواقعة المجهولة، وإن ما يضعه هو مقتضى المجرى العادي للأمر، أي المجرى الأعم الأغلب فيها، فهو قريب من فكرة وضع المشرع للقواعد الموضوعية التي تعتمد على فكرة الأعم الأغلب في الأمور، كما لو حدد سن الرشد بثمانية عشرة سنة، فقد يوجد من الأشخاص يبلغ الرشد قبل هذه السن وقد يوجد من لم يبلغها وإن تجاوز هذه السن إلا أن الأعم الأغلب في الأشخاص أن يتزامن رشدهم مع بلوغهم سن الثامنة عشر من العمر.

(١) د. إبراهيم مصطفى إبراهيم، مصدر سابق، ص ٧٦. عبد الرحمن بدوي، مصدر سابق، ص ١٥١.

(٢) حوبة عبد القادر، مصدر سابق، ص ٢٣.



فالقاضي عندما يريد دراسة واقعة بيع بين الأب وابنه في وقت مطالبة الدائنين لما ترتب في ذمة الأب لهم من ديون يوحى المجرى الطبيعي<sup>(١)</sup> للأمر في مثل هذا الظرف أن الأب يريد التهرب من الدائنين فيضع القاضي فرضاً أن البيع الحاصل بين الأب وولده بيع صوري .

ثمّ بعد ذلك يواصل الملاحظة والتحليل لوقائع الدعوى المنظورة ليرى هل تحقق صحة ما افترضه أم كانت النتيجة خلاف ذلك ؟

فلا بد أن يخضع الفرض للفحص العلمي والتوصل بعد ذلك إلى النتائج النهائية ، فعلى القاضي أن يتمثل المشكلة موضوع النزاع ويضع لها فروضاً لحلها وأن يجعل من الواقع مصدراً لا فكاهه ، وأن يستخدم مختلف الإدراكات العقلية والتجريبية<sup>(٢)</sup> .

إن الفرض القضائي فرض منطقي لا بد أن يكون متأثراً من خلال ما سجله القاضي من ملاحظات يستلهم منها تفسيراً للواقعة كي يبين علتها أو سببها ، وإنه لا يتعارض مع أي قاعدة قانونية أو عقلية ، وأن يكون من الأمور القابلة على أن يبرهن عليها ، أي ممكن أن تثبت حجية الفرض في ضوء القانون والعمل القضائي .

وهناك من يقول إنه يمكن أن نصوغ الفرض بالأسلوب الشرطي<sup>(٣)</sup> ، فالقاضي قد يصوغه بجملة مصدرة بأداة شرطية ، فلو كان ينظر في دعوى منازعة على نسب طفل ، فإنه بعد ملاحظة الوقائع الجزئية وبقيّة ظروف الدعوى يفترض قائلاً: (إذا كان هذا الطفل يحمل البصمة الوراثية للمدعي بعد تحليل دمه مع ملاحظه ظروف القضية ، فإن نسبه يثبت إليه) ، ثمّ يستمر في نظر الدعوى حتى ينتهي أما إلى صحة هذا الفرض وأما إلى عدم صحته .

## الفرع الثاني

### تحقيق الفرض

لقد تقدم أن القاضي يبدأ الملاحظة بالشك الإيجابي ثمّ يشرع بتتبع الوقائع الجزئية وملاحظتها وتحليلها ، حتى يفترض في ذهنه فرضاً معيناً يفسر به ولو مؤقتاً ما لاحظته في الدعوى المنظورة . ولكن متى يكون هذا الفرض مقبولاً بشكل نهائي؟ أو بتعبير آخر هل يفنقر هذا الفرض إلى التحقق من صحته؟

(١) يقول (جان دنيس بيردان) . الأستاذ في كلية القانون والعلوم الاقتصادية في (رئيس) والمحامي امام محكمة استئناف باريس : لا يمكن انكار كون القرائن تمثل طابعاً اجتماعياً ملحوظاً ، باعتبار ان الطبيعي يعني ما هو مألوف ومعتاد في المجتمع في زمن معين . أنظر: مقالته بعنوان (منطق المحامي) نشر وترجمة د. عبد الرسول الجصاني ، المنطق القضائي ، الشركة العراقية للطباعة الفنية المحدودة ، بغداد ، ١٩٨٩ ، ص ٥٩ .

(٢) د. أحمد جمال الدين ظاهر و د. محمد أحمد زيادة ، مصدر سابق ، ص ٤٥-٤٦ .

(٣) أنظر: بشأن صياغة هذا الفرض د. سهيل رزق دياب ، مصدر سابق ، ص ٣٧ .

الواقع أن الفرض يحتاج إلى قدر من الاختبار حتى يتحقق القاضي هل هو صحيح أم غير صحيح؟ وقد تقابله احتمالات أخرى لذا يجب استخدام الطرق المؤدية إلى التحقق من صدقه، وهل انه يحتاج إلى التعديل؟ فبعد أن استكمل القاضي الملاحظة والتحليل قد ينتهي إلى أن هناك خصائص للوقائع على غير ما تبادر إلى ذهنه من احتمال النتائج، وقد يضع ضابطاً حينئذٍ يصحح ما افترضه ابتداءً حتى يكون ذلك مقبولاً<sup>(١)</sup>، وإذا كانت التجربة العلمية في العلوم الطبيعية هي وسيلة التحقق من صحة الفرض، ففي الدعوى يكون النظر والاختبار العقلي والمنطقي هو وسيلة التحقق من صحته، حتى يتبين فيما إذا كان زائفاً فيعدل القاضي عنه إلى غيره، أو إذا كان صحيحاً فيعد هذا الفرض التفسير المقبول للوقائع<sup>(٢)</sup>.

فإذا انتهى القاضي من تتبع الوقائع الجزئية ملاحظةً وتحليلاً، وهي تُعدُّ مُقدمات الاستقراء القضائي في الدعوى، سينتهي إلى النتيجة التي لها صلة بالواقعة المجهولة، وهذه النتيجة المستنبطة بالاستقراء أما تُثبت صحتها وأما ينتهي إلى عدم صحتها، بمعنى إن صح الفرض بعد دراسة المُقدمات كان هو النتيجة المطلوبة في عملية الاستقراء، وقد وُضعت طرق لتحقيق الفروض تُعرف بالطرق الاستقرائية<sup>(٣)</sup> وهي:

١- طريقة الاتفاق (التلازم): ويراد بها أنه لو حدثت واقعة ضمن وقائع متعددة اتفقت جميعها في وصف من الأوصاف، فإن هذا الوصف يكون سبباً لتلك الواقعة، وتسمى هذه الطريقة أيضاً بطريقة التلازم في الوقوع، أي التلازم بين العلة والمعلول في الوقوع، فإذا وقع الأول تبعه الثاني والعكس بالعكس.

٢- طريقة الاختلاف: وهي عكس الطريقة الأولى، ومعناها أن تتفق جميع الوقائع في كل شيء إلا في وصف واحد اقترن ببعضها ولم يوجد في بقية الوقائع فنعلم أن هذا الوصف سبب الواقعة.

٣- طريقة البواقي: وهي تعني أن واقعة ما لو اقترنت بأوصاف متعددة، فينظر المستقرئ في هذه الأوصاف ثم يحذف حسب معلوماته السابقة ما لم يكن هو سبباً فلا يبقى أمامه حينئذٍ إلا سبب واحد<sup>(٤)</sup>.

(١) محمد فهيم درويش، مصدر سابق، ص ٣١٤. حوبة عبد القادر، مصدر سابق، ص ٢٢. الطيب السنوسي أحمد، مصدر سابق، ص ١٨٣.

(٢) عبد الرحمن بدوي، مصدر سابق، ص ١١٦ و ص ١٤٥.

(٣) وضعها الإنكليزي (جون ستيوارت ميل)، فيلسوف ومنطقي واقتصادي، ولد ١٨٠٣ وتوفي ١٨٧٣، طوّر منهج البحث الاستقرائي، من مؤلفاته (نظام المنطق) و (مبادئ الاقتصاد السياسي). أنظر: الموسوعة الفلسفية، مصدر سابق، ص ٥١٨.

(٤) ولدى الفيلسوف الإنكليزي بيكون منهج استقرائي قريب من هذه الطريقة يسمى منهج الرفض والاستبعاد. يلاحظ أن (بيكون) طبق هذا المنهج للتأكد من نتيجة الاستقراء على القانون العام، فحتى نتأكد من صدق القانون ينبغي أن نتأكد من أنه لا توجد ملاحظة أو حادثة أو ظاهرة تعارض ذلك القانون، فإذا ظهرت حالة سلبية ولو واحدة، تكون كفيلاً برفض القانون، وعليه فمن أجل أن نؤيد صحة القانون الذي توصلنا إليه بالاستقراء علينا أن نُثبت أن كل القوانين والنظريات المناقضة أو المنافسة له باطلة، أنظر: الموسوعة الفلسفية، المصدر نفسه، ص ٩٩-١٠٠. د. محمود فهمي زيدان، مصدر سابق، ص ٦٥.

فيعلم أنه هو سبب الواقعة ، ويستخدم الأصوليون هذه الطريقة أو هذا المنهج ويسمى عندهم (بالسير والتقسيم)<sup>(١)</sup> . وفي وسع القاضي استخدام ذلك سواء عند اختيار الواقعة محل الاستنباط أو عند تعدد الاحتمالات الأخرى مع الفرض الذي افترضه في الدعوى، فإذا تضمنت الدعوى وقائع متعدّدة ، وهو يريد أن يستدل منها على إثبات الواقعة المجهولة ، فإذا اختار واحدة منها مصدرا لاستنباطه ، ولكي يتأكد من صحة اختياره فيقوم بإثبات عم صلاحية بقية الوقائع لذلك ومن ثمّ يستبعدا ولا يُبقي إلا الواقعة الصالحة للاستدلال ، وأما في حالة تعدد الاحتمالات مع ما فرضه من احتمال ، فإنه بالملاحظة والتحليل للوقائع وبالطرق الاستقرائية يُثبت ضعف بقية الاحتمالات واستبعادها ، وإن ما فرضه هو الراجح .

٤- طريقة التغيير النسبي : ويُقصد بها أن تغيّر واقعة ما على نحو كلما تغيرت واقعة أخرى على نحو خاص ، فيدل على ارتباط الواقعتين بنوع من العلاقة السببية ، أي إن يكون بينهما تناسب عكسي<sup>(٢)</sup> .

كالتناسب الحاصل بين الوعي والطلاق ، فكلما ارتفعت نسبة الوعي في المجتمع كلما انخفضت نسبة الطلاق ، وكلما انخفض الوعي ارتفعت نسبة الطلاق فيه .

فالقاضي عندما يلاحظ وقائع الدعوى ويضع فرضا يفسر به الوقائع كما في مثالنا المتقدم (دعوى منازعة نسب الطفل) ، ثم يبذل قصارى جهده في التحقيق والتدقيق فيما توصل إليه ، وهل أن ما افترضه صحيح أم غير صحيح ، وهو في كل ذلك ملتفت جيدا لما بين الوقائع من ملازمات سببية ، فقد يتحقق من صحة الفرض بالملازمة بين أمرين ، فإذا حدث الأول تبعه الثاني فإذا وجدت البصمة الوراثية في الطفل تحمل العوامل الوراثية للمدعي تبع ذلك أن هذا الطفل ينتسب إليه ، وإذا تخلفت البصمة في الطفل عن ذلك تخلفت ابوة المدعي له حينئذ .

فالاستدلال القضائي هو جوهر فن القضاء ؛ ذلك أن الاستدلال يقوم على استنتاج علمي باستخدام المنهج الفرضي ، إذ يمكن أن نتأكد من صحة التفسير ، فالمنهج العلمي يعني أن نحصل على مادة بحثنا بأسلوب معين من الواقع ثمّ نردها إلى تصورات الفكر ، وبذلك يتمكن القاضي من تركيب القضايا، فالقاضي يستخدم الاستقراء حين يشاهد وقائع معينة وحين يجرب ويلاحظ نتائج تجاربه فيثبت في ذهنه فرض أو مجموعة فروض نتيجة ملاحظاته وتجاربه المتواصلة ثمّ يحاول أن يتأكد من صحتها باستخدام

(١) وهو منهج يكثر استعماله في المسائل الخلافية لأنه وسيلة من وسائل إفحام الخصم لأن المستدل به يعمل على سد المنافذ التي يستطيع الخصم من خلالها الطعن برأي الخصم الآخر ، إذ يعمل استنادا لما يملكه من مهارة عالية في استيفاء الأقسام الممكنة ثم يقوم على إبطالها جميعا ويستبعدا حتى يُثبت صحة ما ادعاه . فهذا النمط من الاستدلال يقوم على أساس الفرض والاحتمال ، فهو يبحث في مرحلة التقسيم عن الاحتمالات الممكنة محاولا تشخيصها وتحديدتها في دائرة مغلقة . فقد يحدد المستدل احتمالين أو أكثر ، ويجعلهما في دائرة مغلقة (أما ان . . . وأما ان) فلا ثالث لهما . أنظر: علي جاسب الخزاعي ، مصدر سابق ، ص ٦٢-٦٣ وص ٦٦-٦٧ .

(٢) د. محمود فهمي زيدان ، مصدر سابق ، ص ٩٣-٩٦ . د. إبراهيم مصطفى إبراهيم ، مصدر سابق ، ص ١٠٦-١٠٧ . الطيب السنوسي أحمد ، مصدر سابق ، ص ٩١-٩٣ .

الملاحظة والتجربة، فإذا تأيدت فروضه بالملاحظات التي قام بها ، وتأكد من صحة الفرض ، يصبح الفرض حينئذ نتيجة تنسحب على الوقائع قيد الاستقراء والدراسة ، وبذلك يحصل بعمله الاستدلالي على ما لم يكن ظاهراً من قبل في الدعوى ، أي ينتقل مما هو معلوم وثابت فيها إلى ما هو مجهول وغير ثابت فيها<sup>(١)</sup>.

---

(١) محمد فهيم درويش ، مصدر سابق ، ص ٢١٤ .

## المبحث الثاني

### الطريقة القياسية

القياس القضائي عملية عقلية ينتقل فكر القاضي بموجبه من المبدأ العام إلى الواقعة الثابتة في الدعوى ليصل من خلال هاتين المقدمتين إلى نتيجة لها دلالة على إثبات أو نفي الواقعة المجهولة موضوع الدعوى ، فهو نسق منطقي للاستدلال ينطلق من الكلي إلى الجزئي، في حين رأينا الاستقراء عكس ذلك ينطلق من الجزئي إلى الكلي .

ويصطلح على الطريقة القياسية بالاستنباط عند مقابلتها بالاستقراء . وهما محل الاهتمام بالدراسة والتعليم في مناهج البحث العلمي ، وتعلم طرق الاستدلال المنطقي لتدريب الفكر على الاستنتاج وأبداع ما هو جديد في حقل المعرفة .

والقاضي في ضوء هذا النسق الاستدلالي يدرس وقائع الدعوى ثم يرى أي مبدأ ممكن أن ينطبق عليها فيتخذ منه مقدمة كبرى ، ومن الواقعة أو الوقائع المعلومة الثابتة مقدمة صغرى ، ومن هاتين المقدمتين يتألف القياس لكي ينتهي إلى النتائج التي تحمل الدلالة على مدى صحة الادعاء أو عدم صحته ، فالأمر المهم في هذا القياس المبادئ التي يستند إليها القاضي فيه لكي يصل إلى النتائج بعد تطبيقها على المقدمات الصغرى ، وهذا يعني أن القياس يركز على تأليفه ومبادئه .

وبناءً على ما تقدم سنقسم هذا المبحث على مطلبين ، نتطرق في المطلب الأول الى تأليف القياس ، ونتطرق في المطلب الثاني الى مبادئ القياس .

### المطلب الأول

#### تأليف القياس

يتألف القياس من المقدمات وترتيب هذه المقدمات يكون في صورة منطقية يفرضها العقل ، فلا بد أن يكون لدى القاضي التصور التام عن صورة هذا القياس وعناصره<sup>(1)</sup>، وكيف تطور تطبيقه بالمحاكم في الدول المتقدمة لأجل التوصل إلى نتائج جديدة عند دراسة الدعوى .

---

(1) Pierre BRUNET, Le raisonnement juridique: une pratique spécifique?, international Journal for the Semiotics of Law . Revue internationale de Sémiotique juridique, 2013, p.15.

ولهذه المُقدمات مضمون يُدعى بمادة القياس، والبحث في هذا المضمون يتطلب معرفة مواد الاستدلال القياسي، ومسألة الخطأ في مواده، وضرورة أن تكون الواقعة المعلومة الثابتة منتجة في الدعوى لدخولها في المقدمة الصغرى، ويجب أن تكون الحقائق العقلية والقانونية شاخصة في ذهن القاضي لبناء الاستنباط عليها.

ولأجل أن نقف على تأليف القياس فلا بد من تسليط الضوء على صورة ترتيبه، وعلى مضمونه، وما يرتبط بالصورة والمضمون من حقائق منطقية.

وبناءً على ذلك سنقسم هذا المطلب على فرعين، نتطرق في الفرع الأول الى صورة القياس، ونتطرق في الفرع الثاني الى مادة القياس.

## الفرع الأول

### صورة القياس

يقوم القياس على ثلاث فرضيات مقدمة كبرى، ومقدمة صغرى، ونتيجة. وتُعدُّ الأولى المبدأ العام أو القاعدة الكلية، وأما الثانية فتُعدُّ الواقعة المعلومة، ومن تطبيق المبدأ أو القاعدة الكلية على ما هو معلوم وثابت من الوقائع ننتهي إلى نتيجة تحمل دلالة على الواقعة المجهولة المفترقة إلى الإثبات.

فلو عرضت أمام القاضي قضية تتضمن نزاع حول وجود عقد زواج بين رجل وامرأة، ولم يكن هناك دليل مباشر لإثبات ذلك، سوى أن الحياة زوجية قائمة بينهما، فالواقعة المعلومة وجود (الحياة الزوجية) والواقعة المجهولة هي واقعة (عقد الزواج)، فصورة القياس في هذه القضية يتخذ الشكل التالي:

١- المقدمة الكبرى: الحياة الزوجية أثر لعقد الزواج.

٢- المقدمة الصغرى: توجد بين طرفي الدعوى حياة زوجية.

٣- النتيجة: إذاً، يوجد بينهما عقد زواج.

فالقاضي استنتج من واقعة الحياة الزوجية وجود عقد زواج وذلك بتطبيق الكبرى على الصغرى، فعقل القاضي يتحرك مما هو معلوم بطريقة قياسية منطقية بعد ضم المبدأ العام إليه ويصل إلى نتيجة تتعلق بالواقعة موضوع النزاع.

ويعطي بعض الفقهاء الفرنسيين لصورة القياس مثلاً في موضوع السند الرسمي فيقولون: الصغرى هذا السند بيد زيد صحيح يمثل الحقيقة، والكبرى إن الكاتب العدل صادق على السند وهو يقول الحقيقة ولا يكذب، فالنتيجة، إذن، أن السند بيد زيد صحيح يمثل الحقيقة<sup>(١)</sup>.

(١) جان دنييس بيردان، مصدر سابق، ص ٦٢.

فصورة القياس وعناصر أستدلالة تتكون من مقدمة أو مُقدمات ، ونتيجة تكون لازمة عنها ، وعلاقة منطقية تربط بينها ، ومبادئ أساسية يعتمد العقل عليها في حركته من المعلوم إلى النتيجة<sup>(١)</sup> .  
فالقاضي وهو يواجه المشكلة في الدعوى المنظورة ، ويريد استخراج الحل والتوصل إلى نتيجة لا بد له من منهجية ومنطق ذي قوة إجرائية ، وتعمل المحاكم اليوم في الدول المتقدمة بمنهجية تشخيص صورة القياس ، ويُعبّر عنها بقاعدة ( I R A C ) وهي اختصار لأربع كلمات:

### (<sup>(١)</sup> Issue- Rule- Application-conclusion)

وتعني : (قضية - قاعدة - تطبيق- استنتاج) فالقاضي لأجل إيجاد الحل أو لاستنباط دلالة فيتبع الخطوات التالية :

- ١- ما هو الموضوع الذي سيعالج ؟ (قضية).
- ٢- تحديد القاعدة أو المبدأ (Rule) (مقدمة كبرى).
- ٣- تطبيق القاعدة أو المبدأ على الوقائع (Application) أي تطبيق الكبرى على الصغرى (مقدمة صغرى)، ولا يكون ذلك لأي قاض إلا من لديه (ملكة الاستنباط).
- ٤- الاستنتاج ، جوابا لسؤال الخطوة الأولى (conclusion) التوصل إلى (النتيجة).

### الخطوة الأولى: تحديد المشكلة (القضية)

فعلى القاضي عند نظر القضية يبدأ أولاً بتحديد موضوع النزاع على ما عرضه الخصوم ، وهذا أمر يحتاج إلى الدقة والنظرة الثاقبة لأن الدعوى قد تكون امراً معقداً وليس بسيطاً، فالقضية تتضمن مجموعة من الوقائع والأحداث التي تحصل في المجتمع نتيجة نشاط الإنسان ودخوله مع الأشخاص بعلاقات قانونية ، وهذه هي العناصر الواقعية للدعوى ، وهي تضم الوقائع المادية والتصرفات القانونية ، وهي في الحقيقة الحدث الاجتماعي الموجود في كل نزاع قانوني بُنيت عليه فرضيات القاعدة القانونية .  
والعناصر الواقعية هي مصدر الحق المدعى به فيتوجب على من يدعي هذا الحق أن يُثبتته بكافة طرق الإثبات ، فإن وجد في الدعوى الدليل المباشر فيكون هو طريق الإثبات والا يُصار إلى الدليل غير المباشر ، وهذا هو ما يستنبطه القاضي من الوقائع الثابتة لديه في الدعوى ، فعلى القاضي إجراء عملية فرز الوقائع ليستبقي منها ، وحسب سلطته التقديرية ، ما يكون مصدراً لاستنباطه ، أي ما يشكل الأساس الواقعي الذي سيبنى عليه الحل أو التوصل إلى دلالة منتجة متعلقة بالواقعة المراد إثباتها .

(١) د. ياسر باسم ذنون و د. مصطفى إبراهيم الزلمي ، مصدر سابق ، ص ١٨٩ . د. محمّد علي الكيك ، مصدر سابق ، ص ٢٩١ . مرتضى المطهري ، المنطق ، ترجمة حسن علي الهاشمي ، ط ٢ ، دارالولاء ، بيروت ، ٢٠١٠ ، ص ٩١-٩٢ .  
(٢) د. صالح طليس ، مصدر سابق ، ص ٢٠٦ . د. أحمد جمال الدين ظاهر و د. محمّد أحمد زيادة ، مصدر سابق ، ص ١٤ .

**الخطوة الثانية :** تحديد القاعدة الكلية أو المبدأ العام (الكبرى)، وبما إن التوصل إلى النتيجة يتم بتطبيق القاعدة على الواقعة الجزئية ، فمهمة البحث عن هذه القاعدة أو المبدأ منوطة بالقاضي المرفوع أمامه الدعوى فعليه تعيينها ومدى إمكانية تطبيقها على الوقائع .

**والخطوة الثالثة :** التطبيق، وفي هذه المرحلة يقوم القاضي بتطبيق الكبرى على الصغرى فيطبق القاعدة أو المبدأ على الواقعة المعلومة . وذكرنا ، فيما تقدم ، أنه لا بد أن يكون القاضي متمكناً قادراً على تطبيق المقدمات والاستنباط لاستنتاج الدلالات والقرائن والحلول . . . و يُوظف هنا جميع ما لديه من مقومات علمية ، وقانونية وقضائية، ومعرفة منطقية<sup>(١)</sup> .

فالقاضي كثيراً ما يستخدم الاستدلال القياسي وإن كانت المقدمات مطوية في تفكيره ، ولكن لا بد أن يكون دقيقاً في تطبيق القياس ، فهو يُنزل المبادئ الكلية على ما يدخل تحتها من حالات جزئية ، والتطبيق عمل اجتهادي يحتاج إلى نظر وتربية ، فهذا التطبيق ليس بالأمر اليسير؛ فقد ترى بعض القضاة كثيري الحفظ للقواعد ، ولكن إذا واجهته مسألة عملية أو سُئل عنها تراه لا يحسن التطبيق والجواب ، لاسيما إذا اقتضى القياس استدلالاً مركباً عندما تكون إحدى المقدمتين مركبة من قضايا متعددة ومرتبطة فيما بينها ارتباطاً منطقياً ، فالقاضي ينشئ قياسات ويبرز مقدمات متعددة من معطيات النزاع للوصول إلى إثبات أو حل المنازعة ، وبهذا يتبين أبداع القاضي فإنه يؤلف شيئاً جديداً من عناصر الدعوى بوضعه للمقدمات .

**والخطوة الرابعة :** الاستنتاج، والقاضي يصل بعد ذلك إلى استخلاص النتيجة من تلك المقدمات ويلزم بها بوصفها الحل أو الدلالة لإثبات القضية المعروضة عليه ؛ لأن الاستنتاج لزوم النتيجة عن المقدمات اضطراراً ، ولو أنكرنا النتيجة بعد التسليم بالمبادئ لوقعنا في التناقض<sup>(٢)</sup> .

ومن هنا كانت النتائج تتبع المقدمات بل النتائج تتبع أضعف المقدمات ، فإذا كانت المقدمات صحيحة سننتهي إلى نتائج صحيحة ، فالنتيجة المتعلقة بالواقعة المجهولة إنما تعتمد على تلك المقدمات الحاصلة في الدعوى، وإنَّ أي خلل فيها يؤدي إلى نتائج غير سليمة ، فعلى القاضي أن يتأكد من صدق المقدمات التي يبني عليها استدلاله ، فلو بنى القاضي دلالة ما أو حكماً على واقعة استخلصها من مصدر لا وجود له أو موجود ولكن من المستحيل عقلاً استخلاص ذلك منه ، كانت هذه النتيجة فاسدة ، أي إذا استخلص القاضي نتائج غير صحيحة من مقدمات القياس فتكون إحدى مقدماته الكبرى أو الصغرى فيها

(١) أنظر بالنسبة للخطوات الثلاث المذكورة : د. صالح طليس ، مصدر سابق ، ص ٢٠٧-٢١٠ و ص ٢٣٢ . جان دنيس بيردان ، مصدر سابق ، ص ٨٠-٨١ .

(٢) د. حسن السيد بسيوني ، مصدر سابق ، ص ١٥٩ . الطيب السنوسي أحمد ، مصدر سابق ، ص ٢١٩-٢٢١ . جان دنيس بيردان ، المصدر نفسه ، ص ٨٠-٨١ . د. صالح طليس ، المصدر نفسه ، ص ٢٣٢ .



خلال حينئذٍ ، ويُعبّر عن ذلك أيضاً بأنه إذا كانت إحدى المُقدّمات سالبة كانت النتيجة سالبة ، وإذا كانت جزئية كانت النتيجة جزئية ، فكيفية الاستدلال القياسي تتطلب الدقة التامة في ترتيب المُقدّمات اللازمة للانتقال إلى مرحلة استخلاص النتائج ، فلا بد من تعيين ما هو المطلوب ومن ثمّ تأليف مقدّمة توصف بانها كبرى تنطبق على الجزئي الوارد في الدعوى وهو المقدّمة الصغرى<sup>(١)</sup>.

وأما تشريعياً ، فقد رأينا أن المشرّع العراقي والمشرّع المصري نصا على أن القاضي يستنبط القرائن والدلالات مما هو ثابت ومعلوم في الدعوى على أمر غير ثابت ومجهول<sup>(٢)</sup> . إن الذي يتبادر بحسب الاصطلاح المنطقي سيما المعاصر أن الاستنباط يقابل الاستقراء ، ويُراد به القياس، فكان الأفضل استخدام اصطلاح (استدلال) بدلا من (استنباط) ؛ لأن العمل القضائي في الدعوى يستخدم المنهجين الاستقرائي والاستنباطي ، وأما المشرّع الفرنسي فقد أستخدم لفظة الأستخلاص<sup>(٣)</sup> ، كما تقدم ، والأستخلاص للنتائج قد يكون بطريقة استقرائية أو طريقة قياسية.

وأما قضائياً ، فإننا نجد عملية استخلاص القرائن تتم بطريقة القياس المنطقي فمثلا ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أن ( . . الحكم المطعون فيه قد استنبط من أقوال شاهدي المطعون ضدهن أن تصرف مورثهن إلى القاصر المشمول بوصاية الطاعنة وهو عقد البيع المؤرخ ١٥/٩/١٩٦٧ وهو عقد غير منجز ولم يدفع له ثمن وينطوي على تصرف مضاف إلى ما بعد الموت فكانت هذه القرينة القضائية التي استنبطها الحكم قد أحاطت بعناصر الوصية من كونها تبرعا غير منجز ومضافا إلى ما بعد الموت)<sup>(٤)</sup>، ويمكن أن نجد في هذا الاستنباط للقرينة مستبطننا صورة قياسية ، فالصغرى (تصرف المورث إلى القاصر بعقد غير منجز ومن دون دفع ثمن) ، والكبرى القاعدة الكلية (كل تبرع مضاف إلى ما بعد الموت هو وصية) وبتطبيق الكبرى على الصغرى نصل إلى النتيجة ، وهي أن هذا التصرف المضاف إلى ما بعد الموت هو وصية .

(١) محمّد فهمي درويش ، مصدر سابق ، ص ٧١٦ . فيليب سولو، مصدر سابق ، ص ٤٣ . أبين رشد ، تلخيص القياس لأرسطو ، تحقيق وتعليق د. عبد الرحمن بدوي ، ط ١ ، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب ، السلسلة التراثية ١٧ ، الكويت ، ١٩٨٨ ، ص ٧ . د. محمّد حميد عبيد ، دور الاستدلال المنطقي في تكوين اقتناع القاضي الجزائي ، بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة من كلية القانون ، الجامعة المستنصرية ، العدد ٢٩-٣٠ ، المجلد ١ ، السنة ٢٠١٧ ، ص ٩-١٠ .

(٢) أنظر المادة (١٠٢) قانون الإثبات العراقي . والمادة (١٠٠) قانون الإثبات المصري .

(٣) أنظر المادة (١٣٤٩) القانون المدني الفرنسي .

(٤) نقض ٢٧/٢/١٩٨٣ ، طعن رقم ٤١٩ لسنة ٤٢ قضائية ، نقلا من : سيد حسن البغال ، مصدر سابق ، ص ٨٥٢ . وفي قرار آخر لها قضت انه (يجوز للقاضي ان يستخلص من إيقاع الزوج الطلاق بعد فترة وجيزة من تغيير طائفته قرينة على ثبوت نية التحايل في تغيير طائفته وان تقرر بناءً على ذلك أبطال قرار الجهة الدينية بانضمامه إليها بأثر رجعي) في هذا القرار الواقعة المعلومة هي الطلاق والواقعة المجهولة مدى صحة تغيير الطائفة الدينية ، وهناك صلة بين الواقعتين لأن جواز الطلاق أو عدمه يرتبط بالطائفة الدينية . فالصغرى تغيير الطائفة وإيقاع الطلاق بعده بفترة وجيزة ، والكبرى كل تغيير للطائفة من دون اعتقاد فهو صوري ، فالنتيجة تغيير الطائفة صورياً . وعلى أثر هذه النتيجة للمحكمة أن تقرر إبطال قرار الجهة الدينية بانضمامه إليها ؛ لأن هذا التغيير صوري لا عن اعتقاد بل هو تحايل على القانون لأجل إيقاع طلاق زوجته ، فهو سيء القصد ، وسيء القصد يرد ، وبما أن قواعد الدين من النظام العام فيكون لها أثر رجعي على الماضي . انظر : نقض مدني ، أحوال شخصية ، ٨/٣/١٩٧٧ ، منشور في : مجموعة المكتب الفني سنة ٢٨ ص ٦٥٤ ، قاعدة رقم ١١٩ ، عز الدين الدناصوري والأستاذ حامد عكاز ، مصدر سابق ، ص ٧٠٤ .

## الفرع الثاني

### مادة القياس

ولكي يصل القاضي إلى نتائج صحيحة لا بد أن يعتمد على ما هو صادق في ظروف الدعوى، فيقوم بعملية برهنة أي استدلال يراعى فيه صدق المقدمات ، لأن الاستدلال كصورة لا يحدثنا عن صدق النتائج وإنما عن ضرورة صدورها عن مقدمات معلومة ، في حين أن البرهنة تُخبرنا بصدق ما نصل إليه من نتائج ، لأنها تقوم على التسليم بصدق المقدمات ، فصورة القياس تضمن صحة الانتقال من المقدمات إلى النتائج ، ولكنها لا تضمن الصحة الموضوعية للنتائج ؛ لأن ذلك متعلق بمادة القياس<sup>(١)</sup>.

ويترتب على ما تقدم ، أن الإخفاق في الوصول إلى النتائج اللازمة للتصديق قد لا يكون ملازماً للخطأ في ترتيب هيئة الاستدلال بل قد يكون أمراً وارداً في مواد الاستدلال ، كأن يتجه القاضي إلى التأليف بين مقدمات توصف موضوعاتها أو موادها بأنها كاذبة أو غير قابلة للإنتاج، فحينئذ ، وإن كان التأليف سليماً ، فإن النتائج ستأتي غير صالحة إلى تصديق معين ، كما لو كانت الوقائع غير مؤثرة أو غير قابلة في دلالتها لإثبات الواقعة المجهولة ، أو أن تقارير الخبراء التي استعان بها القاضي لا تنتهي إلى الإجابة مما يدور في خلد من تساؤلات ، و نكون أمام فساد في عملية الاستدلال حينئذ يتحتم على القاضي عدم الوقوع فيه، فإذا تمكن القاضي من إعمال الكيفية المنطقية السليمة في ترتيب مواد الاستدلال ، وهي الوقائع التي كلف النظر فيها ، وكانت تلك المواد قيمة المحتوى ومنتجة فيما تشتمل عليه ، فإن النتيجة التي يصل إليها القاضي ستكون قابلة لتحصيل الاقتناع اللازم في التوصل إلى دلالة تثبت الواقعة المجهولة<sup>(٢)</sup>.

فيجب أن تكون الواقعة المعلومة مصدر الاستنباط منتجة ، ويعني ذلك أن من شأن هذه الوقائع الثابتة إنها تحمل دلالة تُوصل إلى إقناع القاضي بثبوت المدعى به ، فلا بد أن تكون هذه الوقائع ، وهي مقدمات الاستدلال القياسي ، متعلقة بالواقعة المجهولة موضوع النزاع ، وبرغم كون اختيار الواقعة محل الاستنباط يدخل ضمن السلطة التقديرية لقاضي الموضوع إلا أن هناك وقائع تبدو معدومة الجدوى عند النظر إلى كل منها على انفراد ، في حين لو نظر إليها القاضي مجتمعة لأمكن أن تؤدي إلى إثبات الواقعة المجهولة ، وعلى القاضي أن يأخذ بالحسبان كل الوقائع الثابتة في الدعوى بصفة مجتمعة ، ويعدها مقدمات لقياسيه المنطقي وليس كل واقعة على انفراد .

(١) عبد الرحمن البديوي ، مصدر سابق ، ص ٨٣ . ابن رشد ، مصدر سابق ، ص ٥ .

(٢) د. محمد حميد عبيد ، مصدر سابق ، ص ١٠ .

ويُلاحظ أن كل واقعة منتجة تكون متعلقة بالدعوى ولكن ليست كل واقعة متعلقة بالدعوى تكون منتجة ، فلو طالب المؤجر المستأجر بأجرة شهر معين ، فقدم المستأجر وصولات دفعه للإيجار لأشهر سابقة ليدلل على أنه يدفع الأجرة بانتظام ، فهذه الواقعة ، وإن كانت متعلقة بالدعوى ، إلا أنها غير منتجة ؛ لأن دفع الأجرة السابقة لا يمكن أن يستنبط منه دلالة على دفع الإيجار للأشهر اللاحقة ، وكذا لو وضع شخص يده على عقار مدة تزيد على خمس عشرة سنة وكان العقار مسجلاً في دائرة التسجيل العقاري فهذه الواقعة لا تصلح مقدمة للاستدلال القياسي لأنها واقعة غير مؤثرة ، لأن التشريع العراقي لا يأخذ بالتقدم المكسب بالنسبة للعقارات المسجلة<sup>(١)</sup> .

وعندما ينظر القاضي وقائع الدعوى ، ولأجل أن يصل إلى نتائج صحيحة ، لا بد أن يضع نُصب عينيه هاتين الحقيقتين اللتين لا يشك فيهما عاقل ولا استنباط بدونهما

١- كل ممكن لا بد من علة في وجوده ، فأى واقعة لا بد لها علة في وجودها ، ويُعبّر عن هذه الحقيقة ( استحالة وجود الممكن بلا علة ) .

٢- كل معلول يجب وجوده عند وجود علته فهناك تلازم قهري بين العلة والمعلول ، فيستحيل أن يوجد معلول دون علته ، ويُعبّر عن ذلك ( استحالة تخلف المعلول عن العلة ) . وعليه فكل واقعة ثابتة لا بد من علة موجبة لوجودها بناءً على الحقيقة الأولى هذا من جهة ، ومن جهة أخرى إنه إذا وجدت العلة انتظم البرهان بناءً على الحقيقة الثانية ومن ثم نصل إلى نتائج صحيحة<sup>(٢)</sup> .

والاستدلال القياسي يتنوع ، فتارة يكون من العلة إلى المعلول ، وهو ما يسمى ( بالبرهان اللمي ) لأنه يأتي جواباً لأداة الاستفهام ( لِمَ ) نحو لِمَ عقد البيع بين الأب وولده سورياً؟ فيأتي الجواب لأن هذا العقد لم يكن له ثمن حقيقي في الواقع ، وكل عقد بيع لم يكن له ثمن حقيقي فهو بيع صوري ، وتارة أخرى يكون الاستدلال بالمعلول على العلة أي العلم بوجود المعلول سبباً للعلم بوجود العلة ، فالمعلول يكون واسطة في إثبات العلة ، وإن كان معلولاً لها في الخارج ، ويسمى هذا البرهان ( بالبرهان الأنبي ) ؛ لأنه يعطي الأنبية المأخوذة من كلمة ( أن ) المشبهة بالفعل التي تدل على الثبوت والوجود ، أو يسمى

(١) د. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزامات ، الجامعة المستنصرية ، ١٩٧٦ ، ص ٤٩ . د. آدم وهيب النداوي ، شرح قانون الاثبات ، مصدر سابق ، ص ٣٨-٣٩ . سيد حسن البغال ، مج ١ ، مصدر سابق ، ص ٤١ .

(٢) الشيخ محمد رضا المظفر ، مصدر سابق ، ص ٣٥٥-٣٥٦ .

ببرهان الدليل<sup>(١)</sup> كدلالة التوقيع على الموقع والبصمات على أصحابها ، وأن الولد وما يحمل من بصمات هو معلول لأبيه.

وليس مضمون مُقدمات القياس مما تكون محلا لتصدي التشريعات لها ، لأن هذه المسألة مرتبطة بالعمل القضائي ، فالقاضي يتحرى الوقائع والمبادئ لتكون مُقدمات لقياسه والتي يطمئن معها بان ينتهي في استدلاله إلى نتائج صحيحة ، ومع ذلك يمكن ان نُفيد من قول المشرّع العراقي في المادة ( ١٠٢ ) من قانون الإثبات المتقدمة هذا المضمون ، أعني صدق المُقدمات باشرطه أن يكون الاستنباط من أمر ثابت في الدعوى المنظورة .

وفي هذا المعنى ذهب القضاء المصري بأنه ( لا يجوز ان يعتمد القاضي على أدلة ووقائع استمدها من أوراق قضية أخرى لم تكن مضمومة للدعوى التي ينظرها للفصل فيها ولا مطروحة على بساط البحث تحت نظر الخصوم، كما ان له ان يستمد اقتناعه من أي دليل يطمئن إليه مادام له مأخذ صحيح في الأوراق ولكنه إذا دخل في تقديره واقعة تخالف الثابت بالأوراق فهذا يكون عيبا في الاستدلال.. )<sup>(٢)</sup> .

مما يعني أن مواد استدلاله يستمدها مما هو ثابت في القضية المنظورة ، سواء تحقق الثبوت في القضية قيد النظر أو في قضايا أو أوراق أخرى ، لكن لا بد أن تكون ضُمت لهذه القضية ، وإلا إذا كانت مواد الاستدلال خلاف ذلك فلن يصل القاضي إلى نتائج صحيحة حينئذ ، ناهيك عن ذلك أن يكون هذا الثابت في ظروف الدعوى يحمل دلالة على إثبات الواقعة المجهولة .

## المطلب الثاني

### مبادئ القياس

إن لمُقدمات القياس مضموناً فكرياً يتمثل في الوقائع كما تقدم في مادة القياس ، وهي المُقدمات الصغرى للقياس القضائي. وهذه الوقائع وما أحاط بها من ظروف يتخذها القاضي مصدرا لاستنباطه القضائي عندما يتبنى الطريقة القياسية في الاستدلال، وذلك بتطبيق المبادئ العامة عليها، وهذا يعني أن الاستدلال القياسي يفتقر إلى المبادئ بل هي الأمر الأساسي في عملية الاستنباط بهذه الطريقة ؛ لأنها تشكل المُقدمات الكبرى، ولا بد من ضم الكبريات إلى الصغريات حتى نصل إلى النتائج المطلوبة .

(١) الشيخ محمد رضا المظفر ، مصدر سابق ، ص ٣٥٣-٣٥٤ . سعيد عبد الله المدلوح ، مصدر سابق ، ص ٢١١ .  
(٢) قرار محكمة النقض المصرية ، نقض ٣ يناير ١٩٩٠ ، منشور في: مجموعة أحكام محكمة النقض ، س ٤٦ ، رقم ٣ ، ص ٤٦ ، نقلا من : د. محمد حميد عبيد ، مصدر سابق ، ص ١٠ .

وقد يتصور بعضهم أن مبادئ القياس القضائي تقتصر على المبادئ القانونية الوضعية فقط ولكن في الواقع ان المبادئ التي يتخذها القاضي قد تكون مبادئ عقلية يفرضها المنطق القانوني والمنطق القضائي اتساقا مع المنطق العام ، بالإضافة إلى المبادئ القانونية .

والمبادئ العقلية هي تلك القضايا المستغنية عن الاستدلال بل هي التي يستند إليها الاستدلال القياسي، فهي تلك القضايا البديهية التي يستخدمها ذهن القاضي بوصفها قواعد عامة مُسلم بصحتها لأجل الأنتقال فيما يُراد الاستدلال عليه واستنباط النتيجة منه<sup>(١)</sup>.

وأما المبادئ القانونية فإن لكل نظام قانوني ثوابت تكون بمثابة الأساس الذي يستند إليه ، التي يُنطلق منها في إيجاد الحلول للإشكاليات التي يُعنى بها ، فالقاضي في عمله الاستنباطي يستند إلى المبادي التي استقرت في نظامه القانوني حتى تلك التي لم تكن مكتوبة ، وتمثل مجموعة القواعد العليا التي تهيمن على القانون التي افرزها الاستقراء لتشريعته ، وهي قواعد أساسية لا يمكن أن يخلو منها أي نظام قانوني<sup>(٢)</sup>.

وبناءً على ما تقدم سنقسم هذا المطلب على فرعين ، نتطرق في الفرع الأول الى المبادئ العقلية ، ثم نتعرض في الفرع الثاني الى المبادئ القانونية .

## الفرع الأول

### المبادئ العقلية

عندما ينظر القاضي الدعوى قد يستند في استنباطه للدلالات التي تثبت الواقعة المجهولة إلى مبادئ عقلية يتخذ منها مقدمة لأستدلاله القياسي ، وهي مبادئ تطابق الواقع ومرتكزة في أعماق العقل والنفس ، بمعنى إن العقل يصدقها دون كسب ونظر؛ لأنها من الأمور البديهية ، والبديهي لا يحتاج في صيرورته إلى معلوم لإعمال الفكر ، فهي واضحة بيّنة بنفسها يُدركها العقل إدراكاً مباشراً ويذعن إليها بمجرد تصورها ، فبمجرد التفات القاضي إليها كافٍ لأن يتخذ منها مقدمة كلية في عمله الاستدلالي ، ومنها مثلاً قاعدة ( لكل شيء سبب) وقاعدة ( الجزء اصغر من الكل) وقاعدة ( ما يصدق على القضية الكلية يصدق على الجزئية المتداخلة معها) ، فهذه القواعد والمبادئ صارت من المسائل الأولية التي يصدق بها العقل لذاتها ، أو قد تكون هذه المبادئ مصدقة بالحس ، سواء أكان ظاهرياً كالحواس الخمسة أم

(١) الشيخ محمد رضا المظفر ، مصدر سابق ، ص ٢٢٧- ٢٢٨.

(٢) د. عبدالحى حجازي ، مصدر سابق ، ص ٤٩٤ . فارس حامد عبد الكريم ، دور المبادئ العامة للقانون في تطوير النظام القانوني والقضائي ، متاح على الأنترنت:

<http://www.non.net/14/52537>

وجدانها كإحساسات الباطنية، أو أن التجربة أثبتت صدقها إذا كانت تلك التجربة تجربة علمية لا التجربة التي يقوم بها عامة الناس فإنها كثيراً ما تكون عرضة للخطأ فيحسبون ما ليس بعلة علة أو ما كان علة ناقصة علة تامة ، وذلك لافتقارهم إلى الملاحظة الدقيقة ، أو قد يؤيد صدق المبدأ النقل المتواتر له الذي يحدث في النفس اطمئنانا بصحته أو قد يكون من الأمور الفطرية التي تحمل صدقها معها<sup>(١)</sup>.

فالعقل يُسَلَّم بالقواعد والمبادئ المُصدقة دون شك أو تردد ، ومن ثمَّ يتخذ القاضي من هذه البديهيات العقلية سواء كانت مسائل أولية أو غيرها - كما تقدم أعلاه - مقدمة كبرى لأستدلالة القياسي، ينتهي منها بعد تطبيقها على الوقائع الجزئية والأمور الثابتة في الدعوى المنظورة إلى نتيجة أو دلالة تثبت الواقعة المجهولة موضوع النزاع .

ويعتمد القاضي المبادئ والقواعد المسلَّم بها عقلاً حتى يصل إلى نتائج يقينية صحيحة . ولا يُقصد باليقين في العمل القضائي اليقين المطلق ، وإنما يُراد به اليقين النسبي أي البعيد عن الشك المعقول وإلا فإن اليقين المطلق مثل أعلى لا يمكن الوصول إليه في محكمة قضائها بشر<sup>(٢)</sup>.

وبما إن القاضي وهو يقوم بالاستدلال والاستنباط من وقائع وظروف الدعوى إنما يريد بذلك إثبات

الحقيقة<sup>(٣)</sup>، ولكن لا بد لإثبات هذه الحقيقة من مراعاة المبادئ الفكرية ناهيك عن القوانين الوضعية ؛ لأن القاضي وهو يقوم بالاستدلال القياسي لا بد أن تكون مُقدمات قياسه هذا مما يطمئن إليها للوصول إلى نتائج صحيحة . وقلنا إن المقدمة الكبرى قد تكون إحدى البديهيات العقلية ، وللقياس البرهاني مبادئ أولية يُعبّر عنها ( بقوانين الفكر الأساسية) أو (ببديهيات البرهان الأساسية) وهي قواعد لازمة وضرورية للتفكير الإنساني ، فعلى القاضي أن يُراعيها وهو يضع المبادئ العقلية مُقدمات لقياسه ، فكل برهنة أو استدلال لا بد أن يهتدي بهذه المبادئ:

(١) د. محمود فهمي زيدان ، مصدر سابق ، ص ١٩٠-١٩١ . د. أحمد دوس مدني ، مصدر سابق ، ص ٥٢ . الشيخ محمد رضا المظفر ، مصدر سابق ، ص ٣١٤-٣١٩ . السيد محمد باقر الصدر ، الأسس المنطقية للاستقراء ، ط ٥، دار التعارف للمطبوعات ، بيروت ، ١٩٨٦ ، ص ٤٦٦ . مرتضى المطهري ، مصدر سابق ، ص ٢٨ .

(٢) د. علي محمود علي ، مصدر سابق ، ص ٧٢-٧٣ .

(٣) الحقيقة المطلوبة عند نظر الدعوى هي الحقيقة القضائية لا الحقيقة الواقعية ، والأولى يتوصل إليها القاضي بما ثبت لديه من أدلة في الدعوى، وهي نسبية لا مطلقة ؛ لأنها قد لا تتطابق مع الحقيقة الواقعية ، وذلك عندما يكون الحق موجوداً في الواقع إلا أنه ليس هناك دليل قضائي مقبول على وجوده مما يؤدي إلى عدم الحكم به عند الإنكار . أنظر: د. ياسر باسم ذنون و د. مصطفى إبراهيم الزلمي ، الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية بين النسبية والإطلاق ، بحث منشور في مجلة بحوث مستقبلية الصادرة من كلية الحداثة الجامعة ، عدد ١٤ لسنة ٢٠٠٦ ، ص ١٣٠ .

### ١- مبدأ الحقيقة ثابتة لا تتغير

قد يطلق على هذا المبدأ (مبدأ هو هو) أو قانون الذاتية (الهوية)، فحقيقة الشيء لا تتغير ولا تتبدل ، فإن لكل شيء صفة ثابتة يبقى فيها الكائن على ذاته ، فالحقيقة ثابتة ومستقرة ثبوتاً، ولو حدث اختلاف إنما يكون في الأمور الظاهرة ، أي الذاتية تفترض ثبات الجوهر وتغير الأعراض ، فهذا المبدأ يُعبر عن ثبات الحقيقة ، فالحق والباطل مستقلان عن كل شيء وهما ثابتان على الدوام ، فالحق حق دائماً ، والباطل باطل دائماً<sup>(١)</sup>.

### ٢- مبدأ النقيضان لا يجتمعان ولا يرتفعان

ويُراد به استحالة أن يوجد الشيء هو ونقيضه في آن واحد ، فلا يمكن أن تكون واقعة ما ونقيضها صادقين معا أو كاذبين معا ، وهذا المبدأ من البداهة بمكان ؛ فيستحيل عقلاً إذا كان هناك تناقض بين واقعتين أن يجتمعا في آن واحد ، وان مجرد تصور القاضي والخصوم لهذا المبدأ كافٍ بصدقه ، وهذا المبدأ يُكمل المبدأ المتقدم، وينسجم معه ، فيتقرر أن ( الحقيقة لا تتناقض)<sup>(٢)</sup>.

### ٣- مبدأ الوسط الممتنع

وقد يطلق عليه الوسط المرفوع أو الثالث المرفوع ويراد به لا وسط بين النقيضين ، لا وسط بين النفي والإثبات ، لا وسط بين الصدق والكذب ، لا وسط بين الحق والباطل ، فالواقعة والقضية والحكم أما صادق وأما كاذب ولا يمكن أن يكون خلاف هذا وذلك ، ويترتب على هذا المبدأ إن للأمر حدين ، أحدهما إيجابي مقتضاه ثبوت وتأكيد واقعة معينة ، والآخر سلبي مقتضاه نفي كل ما هو عكس هذه الواقعة<sup>(٣)</sup>.

وهذه المبادئ الثلاثة مترابطة فيما بينها بعضها يُكمل الآخر ، (فمبدأ الحقيقة ثابتة لا تتغير) المُعبر عنه بقانون الذاتية يقضي أنه إذا كانت الواقعة أو القضية صادقة فهي صادقة أبداً ، (ومبدأ عدم التناقض) يقضي أنه لا تكون الواقعة أو القضية صادقة وغير صادقة معا ، و(مبدأ الوسط الممتنع) يقضي أن الواقعة أو القضية إما أن تكون صادقة (حق) وإما تكون غير صادقة (باطل)<sup>(٤)</sup>.

هذه المبادئ الثلاثة محورها الحقيقة ، ولها سيطرة على ضبط فكر القاضي ، وهي عوامل فعالة مؤثرة على تفكيره ، ولا يستطيع عقله أن يستدل أو يستنبط دون أن يُسلم بها.

وأما تشريعياً ، فقد حوّل المشرّع العراقي المبادئ العقلية المتقدمة إلى مبادئ قانونية كما نعتقد مجسداً ذلك بما أورده من تطبيقات تشريعية لمسألة التناقض ، منها ما ذكره المشرّع في قانون المرافعات

(١) د. محمد علي الكيك ، مصدر سابق ، ص ٢٨٩-٢٩٠ . د. علي سامي النشار ، المنطق السوري ، ط ٥ ، دار المعرفة الجامعية ، مصر ، ٢٠٠٠ ، ص ٨٣-٨٤ .

(٢) د. ياسر باسم دنون ، مصدر سابق ، ص ١١١ . د. محمود فهمي زيدان ، مصدر سابق ، ص ١٩٠-١٩١ . د. علي سامي النشار ، مصدر سابق ، ص ٨٥ . مروان علي حسين ، التصور والتصديق في المنطق الإسلامي ، بحث منشور في مجلة آداب الكوفة ، الصادرة من كلية الآداب ، جامعة الكوفة ، العدد ٢٧ ، المجلد ١ ، ٢٠١٦ ، ص ٥٢٥ .

(٣) د. إبراهيم مصطفى إبراهيم ، مصدر سابق ، ص ١٥ . د. علي سامي النشار ، المصدر نفسه ، ص ٨٦ .

(٤) د. علي سامي النشار ، المصدر نفسه ، ص ٧٩-٨١ .

المدنية في الفقرة (٤، ٥) من المادة (٢٠٣) منه وهي بصدد بيان أحوال الطعن تمييزاً، فجعلت من هذه الأحوال صدور حكمن متناقضين في الدعوى نفسها أو التناقض الواقع في منطوق الحكم، وورد ذكر مصطلح التناقض أيضاً في قانون الإثبات في المادة (٦٤- ثانياً- أ) منه وهي بصدد صدور إقرارين متناقضين وكون هذا التناقض من مبطلات الإقرار من الناحية القانونية<sup>(١)</sup>.

ونص المشرع المصري على مسألة التناقض أيضاً في قانون المرافعات المدنية في المادة (٦/٢٤١)<sup>(٢)</sup>. ولم يرد في قانون الإثبات المصري نظير المادة أعلاه الوارد في قانون الإثبات العراقي.

وبرغم أن التطبيقات المتقدمة في غير مورد البحث إلا أن هذا المبدأ - أعني مبدأ عدم التناقض- يبقى مبدأ عقلياً وقانونياً يجب أن يُراعيه القاضي عند نظره الدعوى، وفي كل مورد سواء في استدلاله القياسي وفي مختلف جهده الاستنباطي أو في موارد أخرى، فالنقيضان لا يجتمعان، فلا يجتمع النفي والإثبات في أن واحد، سواء في نطاق الوقائع أو في نطاق الأحكام.

وأما قضائياً، فإن المحاكم العليا، لاسيما محكمة التمييز ومحكمة النقض، تراقب بدقة مسألة التناقض في الوقائع والقضايا والأحكام، وقد لاحظت محكمة التمييز هذه المسألة إذ جاء ذلك في أحد قراراتها أن ( المحكمة لم تتبع قرار النقض التمييزي... واعتمدت على تحقيقات غير صحيحة إذ إن قول وكيل الشخص الثالث بأن الأرض أُعيدت إلى أصحابها بعد استصلاحها بتاريخ ١١ / ١١ / ١٩٩٢ لا يمكن قبوله مع أن حقيقة وضع اليد جرى على الأرض ١٩٩٩ فكيف يتم الاستصلاح قبل وضع اليد فكان المقتضى بالمحكمة التوسع بالتحقيق لإزالة التناقض المشار إليه)<sup>(٣)</sup>.

ويؤدي هذا التناقض في وقائع الدعوى وظروفها بوصفها مقدمات الاستدلال القياسي إلى انفصال الرابطة المنطقية السليمة بينها وبين النتائج بوصفها دلائل على الواقعة المجهولة؛ لأن المقدمات إذا كانت متناقضة في الدعوى ستأتي النتائج غير سليمة بناءً على القاعدة المنطقية (النتائج تتبع المقدمات)، فينبغي على

(١) نصت المادة (٥/٤/٢٠٣) من قانون المرافعات المدنية على أن ( للخصوم ان يطعنوا بطريق التمييز في الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف أو محاكم البدأة ومحاكم الأحوال الشخصية في الأحوال الآتية... إذا صدر حكم يتناقض حكماً سابقاً صدر في الدعوى نفسها بين الخصوم انفسهم أو من قام مقامهم وحاز درجة البتات. إذا وقع في الحكم خطأ جوهري. ويعتبر الخطأ جوهرياً إذا أخطأ الحكم في فهم الوقائع أو أغفل الفصل في جهة من جهات الدعوى أو فصل في شيء لم يدع به الخصوم أو قضى بأكثر مما طلبوه أو قضى على خلاف ما هو ثابت في محضر الدعوى أو على خلاف دلالة الأوراق والسندات المقدمة من الخصوم أو كان منطوق الحكم مناقضاً لبعضه لبعض أو كان الحكم غير جامع لشروطه القانونية)، ونصت المادة (٦٤- ثانياً- أ) من قانون الإثبات على أنه (إذا ناقض الإقرار ما كان قد أقر به سابقاً، كان هذا التناقض مانعاً من سماع دعواه أو دفعه). وأنظر د، ياسر باسم ذنون و جواد ثامر نايف، مصدر سابق، ص ٦٥٢-٦٥٣.

(٢) نصت المادة (٦/٢٤١) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري على أن ( للخصوم أن يلتمسوا إعادة النظر في الأحكام الصادرة بصفة انتهائية في الأحوال الآتية... إذا كان منطوق الحكم مناقضاً لبعضه لبعض) وأنظر: ياسر باسم ذنون و جواد ثامر نايف، المصدر نفسه، ص ٦٥٤.

(٣) قرار محكمة التمييز رقم ١١٣ / ٢م / ٢٠٠١، نقلاً عن د. ياسر باسم ذنون و جواد ثامر نايف، مصدر سابق، ص ٦٦١.



القاضي ، والحال هذه ، أن يجري استدلالاً قياسياً يحل به مسألة التناقض أولاً متخذاً من مبدأ النقيضان لا يجتمعان مقدمة كبرى لهذا القياس .

ومن المعلوم لدى القضاة وذوي الاختصاص أن كثيراً من الدعاوى تأتي معقدة متشابكة في وقائعها مما قد تستلزم إجراء أكثر من استدلال قياسي أو إجراء استدلال قياسي مركب .

## الفرع الثاني

### المبادئ القانونية

البرهنة التي يقوم بها القاضي في الاستدلال القياسي حتى يصل إلى نتائج صحيحة تتركز إلى تطبيق المبادئ القانونية العامة على الوقائع الثابتة في الدعوى ، والقاضي الحاذق هو من يجمع في تحصيله بين مختلف المبادئ ، سواء العقلية أو القانونية والقدرة على تطبيقها في المنازعات المعروضة عليه .

و يُعرّف المبدأ القانوني إنه كل حكم يندرج تحته مجموعة من التطبيقات القانونية بحيث إذا نظرنا إلى إحدى هذه التطبيقات وجدناها فرعاً من الأصل الذي يتضمنه المبدأ . وعُرِّفت المبادئ القانونية كذلك بأنها مجموعة من الوقائع العامة التي تتغير ببطء ويكون لها جمود نسبي عند تطورها مع بقية الوقائع . وتجد هذه المبادئ أساسها في الطبيعة الإنسانية ، وأنها تجسد العقلانية . وتبعاً لذلك يفترض أنها تشكل أساس القانون لاستنادها إلى المنطق والعقل وطبيعة الأشياء وضرورات الحياة<sup>(١)</sup> .

ومن هذه المبادئ (مبدأ البيئة على من ادعى واليمين على من أنكر) ، و(مبدأ العقد شريعة المتعاقدين) ، و(مبدأ الأصل براءة الذمة) ، و(مبدأ الحيازة في المنقول سند الملكية) ، وغير ذلك من المبادئ المُسلَّم بها في فقه القانون .

والمبادئ القانونية قد تكون مكتوبة أو غير مكتوبة تستقر في ضمير الجماعة تملئها قواعد العدالة ، وكثير من مبادئ القانون العامة قد تحولت إلى قواعد قانونية مكتوبة تبناها المشرِّع هذا من جهة ، ومن جهة أخرى إن هذه المبادئ تتفاوت من حيث سعة شمولها ، فمنها ما ينبسط على أبواب ومجالات مختلفة في القانون ، وقد ينص عليها المشرِّعون في أبواب تمهيدية مخصصة لبيان المبادئ العامة المعتمدة في

(١) د. حلمي محمّد الحجار ورائي حلمي الحجار ، مصدر سابق ، ص ١٠٤ . د. حسن السيد بسيوني ، مصدر سابق ، ص ١٤٨-١٤٩ .

القانون ، ومنها ما يكون أقل شمولاً أي تنحصر في مواضيع معينة ، وقد نجد لها بشكل أحكاماً عامة مطلع قانون معين أو ضمن موضوعات معينة في ثنايا القانون<sup>(١)</sup>.

وينطوي تحت المبادئ القانونية تلك المبادئ التي يقررها القضاء وهي مجموعة من الوقائع العامة التي تحكم القاضي في عمله وترشده إلى الحل الصحيح ، ومن هذه المبادئ (مبدأ الغش يُفسد كل شيء) و (مبدأ ما بُني على باطل باطل) ، فهي مبادئ قانونية مستخلصة من استقرار المحاكم على إتباعها والحكم بمقتضاها<sup>(٢)</sup>.

وقد تتحول الحلول التي تُعطيها المحاكم العليا كالنقض والتمييز إلى مبادئ تلتزم المحاكم الأدنى على إتباعها فيما يعرض عليها من قضايا ومنازعات ، بحيث يمكن أن يُستخلص من ذلك اتجاه عام موحد للقضاء وقواعد ثابتة مستقر عليها<sup>(٣)</sup>.

وعند إرادة تطبيق المبادئ يقوم القاضي بنفسه بالبحث عنها ويتخذ منها مقدمة كبرى في قياسه لكي يصلها بالواقع ، فهو يحدد المبدأ العام الذي تخضع له الواقعة ثم يقوم بتطبيقه عليها ليستنبط نتيجة أو دلالة تُثبت القضية موضوع النزاع<sup>(٤)</sup>.

ويستلزم تطبيق المبدأ على الواقعة أن لا يكون هناك مانع من تطبيقه عليها ، فالمبدأ ، وإن كان حاكماً على ما يدخل تحته ، إلا أنه قد تكون هناك خصوصية مانعة من تطبيقه على الواقعة ، وأن لا يكون هناك ما يُعارضه ، فالمبدأ دليل والدليل إذا عارض بمثله أو بما هو أقوى منه بطل الاحتجاج به إلا إذا وجد ما يرجح دليل على آخر كما لو كان هناك نص خاص يعارض المبدأ فالقاعدة أن يُقدم الخاص على العام<sup>(٥)</sup>.

وتُعدُّ النظريات القانونية والقضائية من أهم المبادئ الأساسية التي يعتمد عليها القاضي في عمله خاصة ، ولقد بُنيت على أسس علمية منهجية ، وبواسطتها يصل إلى استنباط الحلول ، وتطبيقها على المنازعة المنظورة ، مثل نظرية التعسف في استعمال الحق ، ونظرية الصورية ، ونظرية الظروف

(١) د. حلمي محمّد الحجار و راني حلمي الحجار ، مصدر سابق ، ص ١٠٨ - ١٠٩ .  
(٢) محمّد فهيم درويش ، مصدر سابق ، ص ٤٠ . الأستاذ عبد الباقي البكري و زهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ، المكتبة القانونية ، بغداد ، بلا سنة نشر ، ص ١٥٤ .  
(٣) د. حسن كيرة ، المدخل إلى القانون ، ط ٥ ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٧٤ ، ص ٢١٧ .  
(٤) د. حسن السيد بسيوني ، مصدر سابق ، ص ١٥٩ .  
(٥) الطيب السنوسي أحمد ، مصدر سابق ، ص ٣٠٠ - ٣٠٧ .

الطارئة . . وهناك أيضاً نظريات قضائية تتعلق بوظيفة القاضي وتطبيق القانون ومشكلات الخصومة مثل نظرية الاختصاص<sup>(١)</sup>.

فالنظرية هي مجموعة من الأفكار العلمية ذات محمول تشريعي عام ولها طابع شمولي موحد<sup>(٢)</sup>.

ويلاحظ أن القواعد القانونية العامة حالها حال المبادئ القانونية تُعدُّ من مبادئ الاستدلال القياسي في عمل القاضي إلا أنها أضيق شمولاً من المبدأ؛ لأنها تقتصر على حالات معينة<sup>(٣)</sup>، وفي العمل القضائي ولأجل اختيار المقدمة الكبرى للاستدلال القياسي لا يفرق بين المبدأ والنظرية والقاعدة فكلها بمثابة مبادئ للقياس القضائي، فمبادئ القياس تلك القواعد الكلية والعامة التي يندرج تحتها القضايا والوقائع الجزئية، وإن كان تتفاوت فيما بينها ضيقاً وسعة من حيث دلالتها الشمولية.

وفي نطاق التشريع، فقد تناولت التشريعات المبادئ القانونية ذات المدلول الشمولي الواسع ناهيك عن القواعد القانونية العامة، وعبرت مجلة الأحكام العدلية عنها بالقواعد الكلية، فقد استهلكت هذه المجلة بمئة مادة ضمت مجموعة كبيرة من القواعد الكلية، وهي عبارة عن مبادئ قانونية عامة يمكن أن تصلح لأي زمان ومكان<sup>(٤)</sup>.

وقد تأثر المشرع العراقي بتلك القواعد والمبادئ التي ذكرتها المجلة فأورد بعضها في القانون المدني في تفسير العقد بثلاث عشر مادة (من مادة ١٥٥ إلى مادة ١٦٧) ضمت تسعة عشر قاعدة<sup>(٥)</sup>، منها على سبيل المثال: ١- العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني ٢- لا عبرة بالدلالة مقابل التصريح ٣- ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله ٤- السؤال المصدق مُعاد في الجواب المصدق ٥- يُفسر الشك في مصلحة المدين<sup>(٦)</sup>. وتناول المشرع العراقي بعض المبادئ المهمة في قانون الإثبات في موضوع القرائن القانونية يلجأ إليها القاضي وهي: ١- يُضاف الحادث إلى أقرب أوقاته ٢- الأصل

(١) محمد فهيم درويش، مصدر سابق، ص ٦٠١ و ٦٠٩.

(٢) د. حسن السيد بسيوني، مصدر سابق، ص ١٤٩.

(٣) د. حلمي محمد الحجار و راني حلمي الحجار، مصدر سابق، ص ١٠٤.

(٤) أنظر من المادة (٢) إلى المادة (١٠٠) مجلة الأحكام العدلية، المطبعة الأدبية، بيروت، ١٣٠٢ هـ، ص ٢٥-٣٤.

د. حلمي محمد الحجار و راني حلمي الحجار، المصدر نفسه، ص ١٠٥.

(٥) د. عبد المجيد الحكيم و الأستاذ عبد الباقي البكري و الأستاذ محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام، ج ١، المكتبة القانونية، بغداد، ١٩٨٠، ص ١٥٣. د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص ١٧٥.

(٦) أنظر المواد: (١٥٥) و (١٥٧) و (١٥٩) و (١٦٢) و (١٦٦) من القانون المدني العراقي.

بقاء ما كان على ما كان ، والأصل بالصفات العارضة العدم ٣- ما ثبت بزمان يُحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه<sup>(١)</sup>.

والواقع أن هذه المبادئ لا تخص القرائن القانونية فحسب وإنما تشمل العمل القضائي عموماً ويمكن أن يستنبط منها القاضي الدلالات والحلول في مختلف القضايا بوصفها مُقدماتٍ كبرى في أستدلالة القياسي ، فهذه المبادئ الثلاث دور مهم في عملية الاستنباط في نطاق الوقائع .

على سبيل المثال لو أقر شخصٌ بدين لأحد ورثته عند موت المورث ، وادعى باقي الورثة أن الإقرار كان في مرض الموت ، وأدعى المقر له أنه كان في حال الصحة ، وتعذر عليه تحديد زمن الإقرار، فالقاضي يستنبط الحل حينئذ بجعل المقدمة الكبرى مبدأً (يضاف الحادث إلى أقرب أوقاته) والمقدمة الصغرى واقعة الإقرار حال مرض الموت أقرب من واقعة الإقرار حال الصحة ،حتى يصل نتيجة ذلك إلى أن الإقرار حال مرض الموت هو المُعتبر، فتوصل القاضي في ضوء المبدأ الأول إلى أن الإقرار يُضاف إلى مرض الموت ؛ لأنه الحادث الأقرب وقتاً من حادث الإقرار حال الصحة ما لم تُثبت نسبته إلى زمنٍ بعيد أي زمن الصحة .

ومثال آخر لو أن شخصين اختلفا في مسيل فادعى أحدهما أنه قديم وأدعى الثاني أنه حادث وكان المسيل جارياً قبل الدعوى<sup>(٢)</sup>، فالمقدمة الكبرى في هذه الواقعة : ( الاصل بقاء ما كان على ما كان )، والمقدمة الصغرى: كون المسيل جارياً قبل الدعوى فيستنتج القاضي المعروض عليه هذا النزاع أن المسيل حادث كما هو الحال التي وجد عليها ، ففي هذه الواقعة استصحب القاضي الأمر المحقق وهو الجريان فحكم ببقائه ما لم يتحقق عدمه.

(١) أنظر: المادة ( ٩٩ ) من قانون الإثبات العراقي . ويُلاحظ أن المبادئ التي تضمنتها نقلها المشرع عن المادتين (٤٤٦ و ٤٤٧) الملغيتين من القانون المدني العراقي، وتطابق المواد ( ٥ و ٩ و ١٠ و ١١ ) من مجلة الأحكام العدلية ، وعلق الشيخ محمد حسين كاشف الغطاء على مواد المجلة فقال هذه القواعد كلها ترجع إلى أصل واحد ، وهو الاستصحاب ووجوب إبقاء ما كان على ما كان المأخوذ من أحاديث لا تنقض اليقين بالشك ، وبناء العقلاء على عدم رفع اليد عن الأمر الذي كان متيقناً بعروض الشك فيه، وإن (الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته) هي القاعدة المعروفة عندنا بأصالة تأخر الحادث، مثلاً : إذا شكنا أن زيداً مات في هذه السنة فيرث أباه الذي قد مات في السنة التي قبلها ، أو مات قبل سنتين فلا يرث ، نحكم بأستحقاقه الإرث لإصالة الحادث . أنظر مؤلفه: تحرير المجلة ، ج ١، ط ١ ، المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية ، بلا مكان نشر ، ١٤٢٢هـ ، ص ١٣١-١٣٣ . وأنظر أيضاً : علي حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، المجلد ١ ، دار عالم الكتب ، الرياض ، ص ٢٣-٢٥ .

(٢) أنظر بالنسبة للمثاليين أعلاه د. عصمت عبد المجيد ، شرح قانون الإثبات ، مصدر سابق ، ص ٢١٨ . محمد علي الصوري ، التعليق المقارن على مواد قانون الإثبات ، ج ٢ ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠١١ ، ص ٩٠٢-٩٠٤ . وأنظر للمزيد حول هذه القواعد الثلاثة المذكورة الشيخ أحمد محمد الزرقاء ، شرح القواعد الفقهية ، دار القلم ، دمشق ، ١٩٨٩ ، ص ٨٧ و ١١٧ و ص ١٢٥ .

أما المبدأ الثالث فما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه هو متمم للمبدأ الثاني من أن الأصل بقاء ما كان على ما كان .

ولم يتعرض المشرع المصري لما تعرض له المشرع العراقي في القانون المدني من ذكره لقواعد ومبادئ كلية في تفسير العقد، وذكر فقط في آثار العقد (مبدأ العقد شريعة المتعاقدين) فنص على أن (العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه وتعديله إلا باتفاق الطرفين وللأسباب التي يقررها القانون)<sup>(١)</sup>، وذكر أيضاً مبدأ (يفسر الشك لمصلحة المدين . . . )<sup>(٢)</sup>.

وأيضاً لم يتطرق المشرع المصري في قانون الإثبات إلى تلك المبادئ العامة الثلاثة المتقدمة التي نص عليها المشرع العراقي سوى أنه افتتح القانون المذكور في المادة الأولى منه بأن (على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه)<sup>(٣)</sup>، والذي عبّر عنه المشرع العراقي بأن (البينة على من أدعى واليمين على من أنكر)<sup>(٤)</sup>.

وأما المشرع الفرنسي فلم يتطرق أيضاً لما تعرض له المشرع العراقي في القانون المدني كما تقدم ، ويُلاحظ عليه أنه نص على مسألة تحديد مبدأ حرية التعاقد ولم ينص على المبدأ نفسه أي (العقد شريعة المتعاقدين) ، ولكن هذا لا يحول دون اعتماد مبدأ حرية التعاقد بوصفه مبدأ عاماً في القانون الفرنسي<sup>(٥)</sup> .

وفي نطاق القضاء ، السؤال الذي يُثار هل أن المحاكم تُطبق المبادئ القانونية ولو لم يكن منصوص عليها ؟

قضت محكمة النقض المصرية بأن ( قاعدة الغش تبطل التصرفات وهي قاعدة سليمة، ولم يجر بها نص خاص في القانون، وتقوم على اعتبارات خُلقية واجتماعية في محاربة الغش والخديعة والاحتيال وعدم الانحراف عن جادة حسن النية الواجب توافره في التصرفات والإجراءات عموماً صيانة لمصلحة الفرد والمجتمع)<sup>(٦)</sup> . وطبقت هذه القاعدة على وكيل عن شريك عندما قام الوكيل بموجب التوكيل الصادر

(١) أنظر: مادة (١/١٤٧) القانون المدني المصري .

(٢) أنظر: مادة (١٥١) القانون المدني المصري .

(٣) أنظر: مادة (١) قانون الأثبات المصري .

(٤) أنظر: المادة (٧ / أولاً) قانون الأثبات العراقي .

(٥) د. حلمي محمد الحجار و راني حلمي الحجار ، مصدر سابق ، ص ١١٢ . يُلاحظ نص المشرع الفرنسي في

المادة (٦) من القانون المدني ( لا يمكن بموجب اتفاقات خاصة مخالفة القوانين المتعلقة بالنظام العام والأداب) .

(٦) نقض ١٩٧٩/ ٥ / ٣٠ ، ج ٢ ، ص ٣٩٩ ، نقلاً من : د. محمد حسين منصور ، المدخل إلى القانون ، ط ١ ،

منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٠ ، ص ٢٣٣ .

له من الشريك بالتنازل عن حصته لآخر وتم ذلك بالتواطؤ بينهما ، وخلصت إلى بطلان التنازل في حق الموكل<sup>(١)</sup>.

وأما محكمة النقض الفرنسية فإنها ترفض اعتماد المبدأ بوصفه سببا للنقض إلا إذا كان هناك نص وضعي قد استُوحى من هذا المبدأ ؛ لأن المبدأ إذا لم يكن منصوصا عليه وليس له تطبيقات خاصة تكون قيمته نظرية حينئذ ، ومن ثم لا يمكن الاستناد إليه للقول بمخالفة القانون ، وأنه لا يمكن الأخذ بهذه المبادئ إلا بقدر ما يتضح للمحكمة العليا أنها مكرسة صراحة أو ضمنا بالنص الوضعي الذي يعود لها أمر تفسيره ، وعندما كانت المحكمة العليا في فرنسا تنقض قرارا لسبب مخالفة أحد المبادئ القانونية العامة إنما كانت تفعل ذلك على أساس من أن المخالفة هي مخالفة للنصوص الوضعية التي كرس ذلك المبدأ العام بنصوص تطبيقية له ، فمبدأ (لا يمكن لأحد ان يُثري على حساب غيره) ، على سبيل المثال ، تجد له تطبيقات في نصوص القانون المدني الفرنسي (المواد ١٣٧٥-١٣٨١) وبرغم أن هذه النصوص تتعلق بحالات خاصة إلا أن الاجتهاد القضائي استطاع عن طريق هذه النصوص أن يُطبق المبدأ العام الذي تُعدُّ هذه النصوص من مصاديقه<sup>(٢)</sup>.

(١) محمّد فهيم درويش ، مصدر سابق ، الهامش (١) ص ٤٠ .  
(٢) د. حلمي محمّد الحجار و راني حلمي الحجار ، مصدر سابق ، ص ١١٣-١١٥ .

## **الباب الثاني**

### **الأستنباط القضائي في نطاق اصدار الحكم**

## الباب الثاني

### الاستنباط القضائي في نطاق اصدار الحكم

#### تمهيد وتقسيم

بعد أن تكونت الصورة الصحيحة للوقائع لدى القاضي في الدعوى المنظورة ، وبعد التوصل إلى الأدلة واستنباط الدلالات التي أثبتت الواقعة موضوع النزاع ، يتجه القاضي إلى تكييف الوقائع ، لأجل معرفة القاعدة القانونية الواجبة التطبيق التي ستكون مصدرا لاستنباط الحكم القضائي الفاصل في الدعوى ، فيقوم بإعطاء الوصف القانوني للواقعة موضوع النزاع .

وعليه لا بد من فهم القاعدة القانونية وما تحمل من دلالات وتحديد المعنى الحقيقي لها لتوقف سلامة استنباط الحكم على ذلك .

والقاضي عندما يريد استنباط الحكم بتطبيق القاعدة القانونية على الواقعة موضوع النزاع فإنه يقوم بعملية استدلال منطقي، مقدمته الكبرى هي القاعدة القانونية الواجبة التطبيق ، ومقدمته الصغرى الواقعة موضوع النزاع ، ونتيجته الحكم القضائي الذي يفصل الدعوى .

وان هذا الاستدلال في الاستنباط القضائي لا يأخذ صورة القياس المنطقي الشكلي الجامد الذي لا ينظر إلى النتائج، فالقاضي وهو يمارس هذا الاستدلال لا تنفك عن عمله مراعاة الحكمة التشريعية وأهداف القانون لاسيما إذا كانت المقدمة الكبرى هي نص تشريعي . فالقاضي يضع نصب عينه ، وهو يريد التوصل إلى الحكم القضائي بهذه الطريقة الاستدلالية ، غاية القانون والمقاصد التي يهدف إليها المشرع وهو ملزم أن يفهم وينظر القاعدة القانونية المنطبقة على الواقعة موضوع النزاع بنظرة متطورة معاصرة مع الواقع الاجتماعي حسب المادة (٣) من قانون الإثبات العراقي التي نصت على ( الزام القاضي باتباع التفسير المتطور للقانون ومراعاة الحكمة من التشريع عند تطبيقه) .

إن الاستدلال القياسي القضائي ليس استدلالا صوريا فحسب وإنما هو استدلال ذو جانبيين ، جانب شكلي صوري ، وجانب موضوعي ، فالقاضي لا يسعى أن يطبق القانون كيفما كان وإنما يهدف من تطبيقه إلى ما يتحقق معه العدالة .

فالقاضي عندما يريد ان يستنبط الحكم القضائي من مصادره القانونية المعتبرة إنما يتبع منهجية علمية يتجسد فيها المنطق القضائي في فهم الوقائع والقانون ، فهو بما لديه من قدرة استدلالية يقوم بالتوصل الى الحكم من خلال فهمه للقانون وتطبيقه على الدعوى المنظورة من قبله .



والقاضي قد يجد مضمون القاعدة القانونية - المقدمة الكبرى- المنطبقة على النزاع في نص تشريعي فيكون هذا النص مصدرا لاستنباط الحكم حينئذ ، ولكن بما إن الوقائع متجددة ومتطورة بتطور الحياة الاجتماعية فليس في وسع النصوص التشريعية ان تستوعب جميع الوقائع ؛ ذلك ان النصوص التشريعية ، وإن اتصفت بالعمومية والتجريد ، فهي في كل الأحوال نصوص محدودة ، وفي هذه الحالة يكون القاضي إزاء فراغ تشريعي لاستنباط الحكم ، ولكن المشرع تحسبا منه وتقديرا لحصول هذه الحالة فقد أتاح للقاضي مصادر أخرى غير النص التشريعي تدعى بالمصادر الاحتياطية ، وعليه أن يلجأ إليها في حالة الفراغ التشريعي لتكون دليلا ومصدرا لاستنباط الحكم القضائي ، فيجب على القاضي أن يستقرغ جهده لتحصيل واستنباط الحكم من مصادره المُعتبرة قانونا للفصل في القضية المعروضة عليه .

فالاستنباط القضائي متسع للأحكام في حالة وجود النص التشريعي ، ويكون الاستنباط استنباطا بيانيا حينئذ ، أي يفهم القاضي معنى النص ويكشف عن دلالاته فهو استنباط في دائرة النص الموجود في حدود الأصول اللغوية والقانونية ، كما يتسع لحكم الوقائع في حالة عدم وجود النص التشريعي وذلك بالاستناد إلى المصادر الاحتياطية التي قررها المشرع ، وهي لدى المشرع العراقي العرف ، ومبادئ الشريعة الإسلامية ، وقواعد العدالة .

وبناءً على ما تقدم سنقسم هذا الباب على فصلين ، نتطرق في الفصل الأول الى استنباط الحكم القضائي من النص التشريعي ، ونتطرق في الفصل الثاني الى استنباط الحكم القضائي في حالة الفراغ التشريعي .

## الفصل الأول

### استنباط الحكم القضائي من النص التشريعي

يُعدُّ النص التشريعي المصدر الرئيس لاستنباط الحكم القضائي فيما يُعرض على محكمة الموضوع من وقائع متنازع عليها ، فعلى القاضي البحث عن النص المنطبق على الدعوى أولاً وقبل كل شيء لأجل أن يكون مستنداً لحكمه .

وتحديد النص التشريعي الواجب التطبيق على وقائع الدعوى هو المقدمة الكبرى للاستدلال المنطقي كما اسلفنا ، ويتم ذلك بعد أن يقوم القاضي بفهم مضمونه وتفسيره . لذا فعلمية استنباط الحكم منه إنما تكون بحسب معطيات النص لفظاً وفحوى ، وهذا ما بيّنته الفقرة (١) من المادة الأولى من القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري ، إذ نصت على أن (تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها) .

فينبغي على القاضي أن يقف على معاني ألفاظ النص التشريعي وما يحمل من دلالات يتم بموجبها استنباط الحكم القضائي المنطبق على الواقعة موضوع النزاع وكذلك الدلالات التي تستفاد من فحواه .

ويتطلب تحديد مضمون النص التشريعي وتطبيقه ناهيك عن الصورة المنطقية ، فلا بد ان يكون القاضي مُلمّاً بأصول تفسير النصوص والقواعد والمعايير التي تُراعى لمعرفة معاني ودلالات النص اللفظي ، التي يُعبّر عنها (بمنطق فهم النصوص واستنباط الأحكام) الذي ابنتى على علم أصول الفقه الإسلامي ، ومن لم يتمكن من تلك الأصول يتعذر عليه الوصول إلى استنباط الحكم المطلوب بالصورة الصحيحة .

ومع كل ذلك يجب على القاضي حال فهمه للنص وتبين المراد منه أن يواكب متطلبات الحياة المعاصرة ، فيفسره بما يوائم مضمونه مع التغيرات الاجتماعية والتطور الذي حصل ، فينظر إليه بأفق أوسع مما كان في ذهن المشرّع حين وضعه ، وأن لا يغفل عما يهدف إليه من مصلحة ، تُعدُّ الحكمة المتوخاة التي من أجلها صدر التشريع .

وبحكم انتماء القانون العراقي والمصري والفرنسي إلى الاتجاه اللاتيني الذي يتبنى القانون المكتوب خلافاً لما عليه الاتجاه الأنكلوسكسوني ، نجد أن التشريع فيها يأخذ مرتبة الصدارة من بين مصادر القانون ، فلا يسوغ للقاضي البحث عن القاعدة القانونية في المصادر الأخرى حتى يستنفد البحث عنها في النصوص التشريعية .

## الفصل الأول ..... استنباط الحكم القضائي من النص التشريعي (٩٥)

وفي ضوء ما تقدم ، فعندما يكون النص التشريعي مصدرا لاستنباط الحكم القضائي ، فإن هذا الاستنباط أما أن يستند إلى ألفاظ النص وأما إلى فحوى النص على حد تعبير المشرع العراقي والمصري في الفقرة (١) من المادة الأولى من القانون المدني لهما كما تقدم .

ومن استقراء المطالب المتعلقة باستنباط الحكم من النصوص اللفظية فإن جميع المباحث الفرعية فهي أما أن ترجع إلى ألفاظ النص وأما إلى فحواه .

وعليه سنقسم هذا الفصل على مبحثين ، نتطرق في المبحث الأول إلى استنباط الحكم من ألفاظ النص التشريعي ، ونتطرق في المبحث الثاني إلى استنباط الحكم من فحوى النص التشريعي .

## المبحث الأول

### استنباط الحكم من ألفاظ النص التشريعي

الاستنباط من ألفاظ النص يُراد به المعنى المستفاد من عبارة النص وما ورد فيه من مفردات ومصطلحات ، وقد يُعبّر عن ذلك بالمعنى الحرفي للنص أو بمنطوق النص .

والقاضي عندما يرجع إلى النص التشريعي المنطبق على واقعة النزاع لفهم معناه ودلالته حتى يستنبط منه الحكم القضائي الذي يفصل الدعوى المنظورة ، فإن نظره يقع ابتداءً على ألفاظ النص بما تضمنت من مفردات ومصطلحات أي اللغة التي تكوّن منها ، ثمّ يقوم الذهن بعد انطباع صورة ذلك ومن خلال الترابط والتماسك النصي استنتاج دلالات النص .

وهذه العملية تستبطن جانبين تحليلي وتركيب ، بمعنى إن الذهن يُحلل لغة النص ثمّ يُعيد تركيب ذلك ، ويكون النص مُستحضراً بتمامه حينئذ .

وعليه لا بد من الإحاطة أولاً بلغة النص ، سواء بحسب الوضع أو بحسب الاصطلاح ، ثمّ الأنتهاء إلى دلالة النص بكامله .

وبناءً على ما تقدم فإننا سنقسم هذا المبحث على مطلبين ، نتطرق في المطلب الأول لغة النص التشريعي ، وفي المطلب الثاني نتطرق دلالة النص التشريعي .

## المطلب الأول

### لغة النص التشريعي

إذا تفحص القاضي لغة النص التشريعي سيجدهُ احتوى على ألفاظ لها معانيها أما بحسب الوضع اللغوي أو بحسب الوضع الاصطلاحي .

بمعنى إن المشرّع صاغه صياغةً قانونيةً تجمع بين متطلبات لغة المخاطبين به واللغة القانونية ، فالنصوص التشريعية في العراق والدول العربية صيغت باللغة العربية ، فلا بد للقاضي وهو يريد استنباط الحكم منها أن يقف على معاني مفردات النص اللغوية وماهي استعمالاتها، بالإضافة إلى معرفة ما تضمن

من اصطلاحات بحسب لغة القانون ، فالنصوص التشريعية مركبات من مجموعة مفاهيم قانونية التي يتم التعبير عنها من خلال مجموعة من المصطلحات القانونية ناهيك عن المفردات اللغوية<sup>(١)</sup>.

إنّ النصوص التشريعية وضعت بالأصل لتنظيم سلوك المجتمع ، لذا فهي قواعد تقويمية ، وهي تتضمن تكليف بإتيان ما هو واجب والامتناع عما هو محظور . ولأجل ذلك يستخدم المشرّع أفعالاً وصيغاً قانونية يُعبّر عنها بالأفعال الأنجازية ، أو قد يستخدم المشرّع فيها ألفاظاً وصيغاً بحيث يتميز العام عن الأطلاق ناهيك عن اللفظ الخاص هل هو مطلق أو غير مطلق ، وقد يرد في النص لفظ له معان متعددة أو بالعكس قد يرد معنى واحد له ألفاظ متعددة . . . ونحو ذلك من أمور تتعلق بلغة النص التشريعي .

ان تحليل لغة النص التشريعي تساعد على فهمه ، فتحليل لغة الخطاب والدراية بعلم المصطلحات أول مفاتيح معرفة النص وفهم معناه ، وبعد ذلك يجب أن توظف لغة النص توظيفاً دلاليّاً<sup>(٢)</sup> .

وفي ضوء ما تقدم سنتطرق في هذا المطلب فرعين ، نتعرض في الفرع الأول إلى مفردات النص التشريعي ، وفي الفرع الثاني إلى مصطلحات النص التشريعي .

## الفرع الأول

### مفردات النص التشريعي

أول ما يلفت نظر القاضي من مفردات ألفاظ النص التشريعي تلك التي تحمل المضمون الإلزامي وتلك التي تحمل المضمون غير الإلزامي ، فلا بد من النظر في ألفاظ النص ذات الدلالة على الإلزام ، سواء أكان إيجابياً أم سلبياً أي إنه أمر أو نهى ، وقد استعمل المشرّع للتعبير عن ذلك جملة من الأفعال ، تتصدر - غالباً - النص التشريعي نحو (يجب) و (لا يجوز) ، وهذه الأفعال واردة بصيغة المضارع ، فالمشرّع استعاض بها عن استعمال صيغة ( أفعل ) أو ( لنفعل ) للدلالة على الأمر وعن صيغة ( لا تفعل ) للدلالة على النهي ، ويجد القاضي من الصيغ والألفاظ الأمرة التي استخدمها المشرّع ، صيغة المضارع المبني للمعلوم نحو (يلزم) و (يكون) و (يصبح) و (يتولى) . . . ، وصيغة المضارع المبني للمجهول نحو (يُعتبر) و (يُعد) و (يُراعى) . . . ، وقد يستخدم صيغة الماضي نحو (انفسخ) و (انتقلت) . . . ويلاحظ أن هذه الصيغة الأخيرة لا تحمل مضمون الأمر التشريعي إلا بوقوعها جزاء الشرط ، وهي دالة بحسب سياق النص على المستقبل ، وقد يستخدم المشرّع حرف ( على ) كأن يقول (على المستأجر) أو (على المشتري) ، وقد

(١) د. فايز محمد حسين ، التدريب القانوني والمهارات القانونية ، ط١ ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ٢٠١٣ ، ص ٣٦٠-٣٦١ .

(٢) د. فايز محمد حسين ، دور المنطق القانوني في تكوين القانون وتطبيقه ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ٢٠١١ ، ص ١٦٣ .

يُعبّر عن المضمون الإلزامي بالجملة الاسمية ، ويجد القاضي من الصيغ والألفاظ الناهية التي استخدمها المشرّع ، صيغة لا النافية للجنس مع المضارع نحو ( لا يكون) و ( لا يجوز ) ( لا يتعين ) ( لا يصح ) ( لا يحل ) ( لا يسري ) . . وقد يستخدم صيغة المضارع (يمتنع ) التي تفيد منع التصرف ، أو صيغة (ليس) التي تفيد نفي التصرف والنهي عن إتيانه، أو لا النافية للجنس نحو (لا تضامن) ، وأما الصيغ الجوازية ، فإن القاضي يتوصل بان مضمون النص التشريعي قد تركه المشرّع للمكلف ، فله العمل أو عدم العمل به من خلال الصيغ والألفاظ التي استخدمها ، كما لو استخدم فعل المضارع نحو (يجوز ) و(يصح) و(يحق) . . . وقد يستخدم أيضاً للام الجارة نحو (للمستأجر) و(للمشتري)<sup>(١)</sup> .

ونستشهد لما تقدم ببعض النصوص لدى المشرّع العراقي والمصري ، فكلاهما مثلاً استخدمتا لفظ (يلزم) ، فنص الأول على أنه (يلزم أن يكون محل الالتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة . . )<sup>(٢)</sup> ، ونص الثاني على أن (كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض . . )<sup>(٣)</sup> .

واستخدما لفظ (يُعتبر) فنص كلاهما على أنه (يُعتبر المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة موطناً بالنسبة إلى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة)<sup>(٤)</sup> .

واستعملا لفظ (يُعدّ) ، فنص المشرّع العراقي على أنه (١- يُعدّ حسن النية من يحوز الشيء وهو يجهل أنه يتعدى على حق الغير، وحسن النية يفترض دائماً ما لم يقدّم الدليل على خلاف ذلك ٢- ولا تزال صفة حسن النية لدى الحائز، إلا من الوقت الذي يصبح فيه عالماً أن حيازته اعتداء على الغير، ويُعدّ كذلك سيء النية من اغتصب الحيازة من غيره بالإكراه ، ولو اعتقد ان له حقاً في الحيازة)<sup>(٥)</sup> ، ونص المشرّع المصري على أن (الحائط الذي يكون في وقت إنشائه فاصلاً بين بنائين يُعدّ مشتركاً حتى مفترقهما ، ما لم يقدّم دليل على العكس)<sup>(٦)</sup> .

وأوردا صيغة لا النافية مع المضارع ، فنص المشرّع العراقي على أنه (١- إذا أقر أحد المدينين المتضامنين بالدين فلا يسري هذا الإقرار في حق الباقيين...)<sup>(٧)</sup> ، ونص المشرّع المصري على أنه (١- لا يسري التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبياً . وكذلك لا يسري

(١) د. سعيد أحمد بيومي ، لغة القانون ، دار الكتب القانونية ، مصر ، دار الشتات للنشر والبرمجيات، مصر ، ٢٠١٠ ، ص ٩٨ و ص ١١٤ ، و ص ١١٨ ، و ص ١٢١ . ابي الطيب مولود السريري ، القانون في تفسير النصوص، دار الكتب العلمية، بيروت ، ٢٠٠٦ ، ص ٣١-٣٣ . وهبة الزحيلي ، الوجيز في أصول الفقه ، دار الفكر ، دمشق ، ١٩٩٩ ، ص ٢١٥ .

(٢) أنظر المادة ( ١/١٢٨ ) القانون المدني العراقي .

(٣) أنظر المادة ( ٢/١٦٣ ) القانون المدني المصري .

(٤) أنظر المادة ( ٤٤ ) القانون المدني العراقي . وأنظر المادة ( ٤١ ) القانون المدني المصري .

(٥) أنظر المادة (٢/١/١١٤٨) القانون المدني العراقي .

(٦) أنظر المادة (٨١٧) القانون المدني المصري .

(٧) أنظر المادة (٣٣٢) القانون المدني العراقي .

التقادم فيما بين الأصيل والنائب ٢- ولا يسري التقادم الذي تزيد مدته على خمس سنوات في حق من لا تتوافر فيه الأهلية أو في حق الغائب أو في حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية إذا لم يكن له نائب يمثله قانوناً<sup>(١)</sup>.

ومثال لصيغة الماضي فقد نص المشرع العراقي على أنه (إذا هلك المعقود عليه في المعاوضات وهو في يد صاحبه ، انفسخ العقد سواء كان هلاكه بفعله أو بقوة قاهرة ووجب عليه رد العوض الذي قبضه لصاحبه)<sup>(٢)</sup>.

أما للدلالة على المنع والنهي فنص المشرع المصري على أنه ( ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل في أحكامها)<sup>(٣)</sup> فيدل لفظ ( ليس ) في هذه المادة على النهي عن هذا التصرف .

واستعمل كلا المشرعين لفظ (يجوز) للتعبير عن عدم الزام المكلف بالعمل الذي تناوله النص التشريعي ، فنصا على أنه (يجوز الاتفاق على ان العقد يعتبر مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه . . . )<sup>(٤)</sup> واستخدم المشرع المصري لفظ (يحق) للتعبير عن المضمون المذكور ، ولم أجد ذلك لدى المشرع العراقي ، فنص على أنه ( يحق للحائز ان يدخل في المزداد على شرط ألا يعرض فيه ثمنا أقل من الباقي في ذمته من ثمن العقار الجاري بيعه )<sup>(٥)</sup>.

ويتبين للقاضي من خلال الألفاظ المتقدمة طبيعة النص فيما إذا كان أمراً أم مفسراً ، أو يفيد ذلك فيما لو قرر النص عدم جواز الاتفاق على خلاف مضمونه أو أن الخروج عنه باطل ، أو بالعكس قرر النص بأنه يعمل بمضمونه مالم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك .

ومن المفردات التي ينبغي للقاضي الاعتناء بها في النص ألفاظ العموم والخصوص الواردة فيه ، فلفظ (كل) ولفظ (جميع) و(كافة) . فما يدل بحسب وضعه اللغوي على استغراق جميع الأفراد دفعة واحدة فهو عام ، لذا يندرج تحته أيضاً اسم الشرط ، والاسم الموصول ، ويستعمل المشرع (كل) مع الاسم الموصول لتأكيد عموم النص التشريعي ، وكذلك يستعمل الجمع والمفرد المعرفان بأل الاستغرافية ، والجمع المعرف بالإضافة ، والنكرة في سياق النفي . ويلاحظ أن من الألفاظ التي استعملها المشرع للدلالة على عموم النص لفظ (الغير) ، وهي نكرة لا تتعرف بأداة التعريف فإذا دخلت عليها دلت على شمولها لكثيرين ، بينما إذا وجد القاضي أن اللفظ المستعمل في النص بحسب الوضع يدل على معنى واحد

(١) أنظر المادة (٣٨٢) القانون المدني المصري .

(٢) أنظر المادة (١/١٧٩) القانون المدني العراقي .

(٣) أنظر المادة (٤٨) القانون المدني المصري .

(٤) أنظر المادة (١٨٧) القانون المدني العراقي والمادة (١٥٨) القانون المدني المصري .

(٥) أنظر المادة (١٠٧٤) القانون المدني المصري .

على سبيل الأفراد ولعدد محصور، فيكون أمام لفظ خاص حينئذ ، ومن هذا القبيل اسم العلم ، وما يطلق على الجنس والنوع<sup>(١)</sup> .

ومن النصوص التشريعية التي ورد فيها لفظ عام كما تقدم ، ما نص عليه المشرع العراقي أن (كل من يقيم في مسكن مسؤولا عما يحدث من ضرر بسبب ما يلقي أو يسقط من هذا المسكن ما لم يثبت أنه اتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر)<sup>(٢)</sup>، وما نص عليه المشرع المصري أن (كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد ، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون)<sup>(٣)</sup> فكلاهما استخدمتا (كل) مع (من) الموصولة للدلالة على العموم .

و استعمل كل من المشرعين المذكورين لفظ (الغير) ليبدل على العموم ، فقد نص العراقي على أن (لكل من نازعه الغير في استعمال لقبه بلا مبرر ولكل من انتحل لقبه ، أن يطلب وقف هذا التعرض وأن يطلب التعويض إذا لحقه ضرر من ذلك)<sup>(٤)</sup> ونص المصري على أن (لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه بلا مبرر، ومن انتحل الغير اسمه دون حق ، أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر)<sup>(٥)</sup> .

وقد يجد القاضي في النص لفظ (الشخص) أو لفظ (العقود) مثلا فيحمل الأول بأنه يشمل الشخص الطبيعي والمعنوي ، ويحمل الثاني على شموله العقد الرضائي والشكلي والعيني مستندا في ذلك إلى إطلاق اللفظ ، ومع ذلك فهذا لفظ خاص ألا انه شائع وليس بعام ؛ لأن شموله لتلك الأفراد محصور ، نعم ، يمكن أن يُقال المشرع هذا الشبوع عندما يُلحق هذا اللفظ الخاص بوصف يكون مقيدا له ، كما لو وصف الشخص بأنه معنوي ، أو وصف العقد بأنه عيني ، فمفهوم اللفظ كلما أُضيف له صفة (قيد زائد) يضيق مصادقه حينئذ<sup>(٦)</sup> .

فص المشرع العراقي أنه (إذا ظهر بالمبيع عيب قديم كان المشتري مخيرا ان شاء رده وان شاء قبله بثمن المسمى . . .)<sup>(٧)</sup> . فهذا النص في حالة إذا غفل القاضي عن النص اللاحق له ، يكون مطلقا

(١) جمال الدين الحسن بن يوسف (العلامة الحلبي) ، مبادئ الوصول إلى علم الأصول ، الطبعة المحققة الأولى ، مطبعة الآداب، النجف الأشرف ، ١٩٧٠ ، ص ١٢٠-١٢٢ . تقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي ، أحكام كل وما عليه تدل ، دار الشؤون الثقافية العامة ، العراق ، ٢٠٠٠ ، ص ٥٢ . القاسم بن علي بن محمد الحريري، ذرة الغواص ، دار الجبل ، بيروت ، ١٩٩٦ ، ص ١٩٩ . د. سعيد أحمد بيومي ، مصدر سابق ، ص ١٣٩ و ١٥١ .

(٢) أنظر المادة (٢٣٠) القانون المدني العراقي .

(٣) أنظر المادة (٤٦) القانون المدني المصري .

(٤) أنظر المادة (٤١) القانون المدني العراقي .

(٥) أنظر المادة (٥١) القانون المدني المصري .

(٦) السيد محمد باقر الصدر، الحلقة الأولى ، مصدر سابق ، ص ١١٨-١١٩ . عواد حسين ياسين ، تفسير النصوص القانونية بأتباع الحكمة التشريعية من النصوص ، المركز العربي للنشر والتوزيع ، مصر ، ٢٠١٩ ، ص ١٢٢ و ص ١٣٠ .

(٧) أنظر المادة (١/ ٥٥٨) القانون المدني العراقي .



## الفصل الأول ..... استنباط الحكم القضائي من النص التشريعي (١٠١)

بالنسبة لوجود العيب القديم ، أي سواء أكان يعرفه المشتري أم لم يعرفه ، غير أن المشرِّع قد قيّد هذا الإطلاق بقوله : (لا يضمن البائع عيباً قديماً كان للمشتري يعرفه أو كان يستطيع ان يتبينه لو انه فحص المبيع بما ينبغي من العناية ، إلا إذا اثبت ان البائع قد اكد له خلو المبيع من هذا العيب أو أخفى العيب غشاً منه)<sup>(١)</sup> فالمقيّد للإطلاق ليس بالضرورة أن يكون بالنص نفسه فقد يكون في نص آخر .

وقد يرد في النص التشريعي لفظ واحد له معان متعددة يختلف الحكم مع كل معنى على حدة ، وفي هذه الحال يكتنف النص التشريعي بالغموض والأشكال ، ولا بد للقاضي من تعيين المعنى المراد من هذا اللفظ في هذا النص ، وسبيله إلى ذلك الاستعانة بالقرينة والسياق التي تميز المعنى المراد عن غيره . ومن الألفاظ التي لها أكثر من معنى وقد وردت في النصوص التشريعية لفظ (مادة) ولفظ (شهر) ، و(أجنبي) ، وقد يرد في النص أكثر من لفظ ولكن معناها واحد ، نحو (موت ، وفاة) ونحو(مدة ، فترة) ، ففي الاشتراك لفظ واحد له معان متعددة بينما في الترادف معنى واحد له ألفاظ متعددة<sup>(٢)</sup> .

فقد نص المشرِّع العراقي بأنه (تسقط دعوى الضمان المنصوص عليه في هذه المادة بانقضاء سنة واحدة من وقت حصول التهدم وانكشاف العيب) ونص المشرِّع المصري (وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسلم العمل ولا تسرى هذه المادة على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين من الباطن) وفي نص آخر لكلا المشرِّعين انه (إذا كان رب العمل هو الذي قدم المادة، فعلى المقاول ان يحرص عليها ويراعي أصول الفن في استعمالها . . .)<sup>(٣)</sup> فالمادة يُراد بها في النصين المتقدمين المادة القانونية بينما يُراد بها في النص الأخير المواد الخام المستخدمة في البناء، ومن خلال السياق يحدد القاضي مدلول لفظة (المادة) ، وكذلك الحال بالنسبة إلى لفظ (أجنبي) فقد يُراد به غير العراقي أو غير المصري أو قد يُراد به غير الدائن والمدين ، ومنها لفظ (شهر) فقد يُراد به المدة الزمنية وقد يُراد به الإعلان والتسجيل كما لو قيل (شهر الإعسار)<sup>(٤)</sup> . علماً بأنه إذا ورد لفظ مشترك في نص تشريعي وتردد وتردد معناه بين اللغوي والقانوني فإن القاضي يحمله على المعنى القانوني ؛ لأن وروده بهذا النص قرينة على أنه هو مراد المشرِّع لأن المشرِّع بحسب الأصل يرتب أحكامه على المعاني القانونية اللهم إلا إذا

(١) أنظر المادة (٥٥٩) القانون المدني العراقي .

(٢) (٢) صاحب محي الدين يوسف بن عبد الرحمن بن الجوزي ، الإيضاح لقوانين الاصلاح ، مكتبة مدبولي ، بلا مكان نشر ، ١٩٩٥ ، ص ١٠٥-١٠٦ . محمّد أديب صالح ، تفسير النصوص في الفقه الإسلامي ، مج ١ ، ط ٥ ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، ٢٠٠٨ ، ص ٢١٢ . جمال الدين الحسن بن يوسف (العلامة الحلبي) ، مصدر سابق ، ص ٦٢ . الشيخ محمّد الخضري ، مصدر سابق ، ص ١٤٣ .

(٣) أنظر المادة (٤/٨٧٠) والمادة (١/٨٦٧) من القانون المدني العراقي . و أنظر المادة (٣/٦٥١) والمادة (١/٦٤٩) من القانون المدني المصري . يُلاحظ في هذه المادة الأخيرة نص المشرِّع المصري ( . . . في استخدامه لها) ، بينما عبّر المشرِّع العراقي عن ذلك كما هو واضح أعلاه ( . . . في استعمالها) .

(٤) أنظر المادة (٤٥٥) والمادة (٢٥٠) من القانون المدني المصري .

وجدت قرائن أقوى يتبين معها أنه يريد المعنى اللغوي ، وإذا وجد للفظ معنى عُرفي غير المعنى اللغوي يُحمل على المعنى العُرفي حينئذ<sup>(١)</sup> .

وأما الترادف فنمثل له بما نص عليه المشرع العراقي بأن (كل تصرف ناقل للملكية يصدر من شخص في مرض الموت ، مقصود به التبرع أو المحاباة ، يعتبر كله أو بقدر ما فيه عن محاباة تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت ، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى له). ونص في موضع آخر بأنه (تثبت الولادة والوفاة بالسجلات الرسمية المعدة لذلك، . . .)<sup>(٢)</sup> فالموت والوفاة وان اختلفا لفظاً فمعناهما واحد .

ويعلم القاضي أن مقتضى الصياغة التشريعية ومتطلبات القانون تنأى عن الاستعمالات المجازية والكنايية ، فما عرضناه من ألفاظ في كل النصوص المذكورة أنفا هي ألفاظ حقيقة صريحة بحسب الوضع اللغوي لها ، فاستعمال الألفاظ في غير ما وُضعت له أو على أن المراد منها مستتر لم نجد لهذه الاستعمالات نصيباً في لغة التشريع ، فأصالة الحقيقة وأصالة الصراحة هما نُصب عين القاضي عند تعامله مع النصوص التشريعية حال استنباطه الأحكام القضائية منها ، ولكن قد يظن أن هناك استعمالات تبدو في ظاهرها مجازية كتعبير ( الشخص المعنوي ) ، إلا أنها في الحقيقة ليست مجازية وإنما هي تعبيرات اصطلاحية في لغة القانون ، فهذا التعبير في الواقع فقد مجازيته واكتسب صفة الحقيقة من الألفة وكثرة التداول وصار استعمال القانونيين له استعمالاً حقيقياً<sup>(٣)</sup>.

فما نص عليه المشرع العراقي من أن (الأشخاص المعنوية هي : الدولة . الإدارة والمنشآت العامة . الأولوية . الشركات التجارية والمدنية . الجمعيات والمؤسسات .)<sup>(٤)</sup> فإنه خلع الشخصية على غير الإنسان ، وكما تقدم ، فإن هذا ليس بمجاز وإنما تعبير اصطلاحى في اللغة القانونية ، وقد استعمل المشرع المصري تعبير (الأشخاص الاعتبارية) بدلاً من (الأشخاص المعنوية) ولم يستعمل هذا التعبير الأخير إلا مرة واحدة عندما نص على أنه ( . . . إذا كان الحائز شخصاً معنوياً فالعبرة بنية من يمثله)<sup>(٥)</sup> ولم يستعمل المشرع العراقي تعبير الشخص الاعتباري في القانون المدني مطلقاً .

وقد يواجه القاضي وهو يقوم بعملية الاستنباط من النصوص بعض الألفاظ التي لا يعرف المراد منها، ولا توجد لديه ما يُعينه على تشخيص المعنى، مما يعني أن هذا اللفظ فيه غموض وأجمال، ومن ثمَّ يفتقر إلى تدخل المشرع لبيانه ، فهذا أحد الموارد التي تقتضي التفسير التشريعي، أو قد يواجه القاضي

(١) د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، أصول الفقه في نسيجه الجديد ، مصدر سابق، ص ٣٨٨ . د. سعيد أحمد بيومي ، مصدر سابق، ص ١٧٤ و ٣٨٣ .

(٢) أنظر المادة ( ١١٠٩ ) والمادة ( ٣٥ ) من القانون المدني العراقي .

(٣) د. سعيد أحمد بيومي ، مصدر سابق ، ص ١٥٣ - ١٥٦ .

(٤) أنظر المادة ( ٤٧ ) القانون المدني العراقي .

(٥) أنظر المادة ( ٥٢ ) و المادة ( ٢/٩٦٥ ) من القانون المدني المصري .

لفظاً يثير لديه التحير هل أنه ينطبق على واقعة الدعوى أم لا؟ كما لو كان النزاع حول معلومات الكترونية، فهل هذه تندرج تحت عنوان لفظ المنقول أم لا، وهذا ما يُعبّر عنه الأصوليون بأنه لفظٌ خفي، وفي وسع القاضي أن يزيل خفاء هذا اللفظ بمراجعة النصوص التشريعية الأخرى المتعلقة بالمسألة التي يريد أن يحكم فيها والتأمل في علة النص ومقاصد التشريع<sup>(١)</sup>.

ومن الألفاظ المهمة التي تختل عملية الاستنباط للأحكام القضائية من النصوص التشريعية دون إلمام القاضي بها وبمعانيها ألا وهي أدوات الربط، ذلك بأن فهم النص وتحديد معناه يتوقف على معرفة ما تدل عليه من معنى، ولكونها تربط ألفاظ وعبارات وأجزاء النص، ولذلك أهمية في استيفاء جوانب المعنى القانوني واستقصاء الفروض والأحكام التي تتضمنها تلك النصوص، وقد استخدم المشرع روابط لغوية كثيرة مثل (بل، ولكن، وإنما، رغم، مع ان، حيث أن، إذ ان، أما، كذلك، مع ذلك...)، ومن أدوات الربط حروف المعاني التي منها حروف العطف نظير (الواو: وهي موضوعه لمطلق الجمع بين المعطوفين في الحكم)، و (أو: وهي للتخيير والإباحة في الجملة الأنشائية) و (الفاء: وهي موضوعه للترتيب والتعقيب) و (ثم: وهي أيضاً للترتيب والتعقيب ولكن مع التراخي) ومنها حروف الجر نظير (على: وهي للاستعلاء وتفيد معنى الإلزام) و (عن: وهي للمجازة) و (اللام الجارة: وهي للاستحقاق) و (الباء: وهي للإلصاق) و (من: وهي لابتداء الغاية) و (إلى: وهي لانتهاؤ الغاية) و (في: وهي للظرفية)، وهذه الحروف بالإضافة إلى استعمالها الحقيقية المتقدمة قد تستعمل لأغراض أخرى غير المعنى الحقيقي، ومن هنا قلنا إن فهم النص يتوقف على معرفة دلالاتها، فاستعمال هذه الأدوات والحروف له التأثير البالغ على معنى النص وتغيير الحكم الذي يتضمنه تبعاً لتفسير معنى الحرف الذي هو جزء من النص<sup>(٢)</sup>.

وعلى القاضي الالتفات إلى أدوات الاستثناء التي قد ترد في النص مصدر الاستنباط، ولا شك أن وجودها أو عدمها يُغيّر الحكم القضائي، فقد يمنع المشرع أمراً ما في صدر النص ثم يقطع هذا المنع عن حالة معينة باستثناءها بأحد الأدوات نظير (سوى، عدا، ماعدا، غير)، ولكن أهم أدوات الاستثناء وأكثرها استعمالاً في النصوص هي (إلا)، علماً إنه قد تستعمل لغير هذا الغرض كاستعمالها بمعنى (لكن) عندما تدخل على (أن) الثقيلة<sup>(٣)</sup>.

(١) د. محمّد أديب صالح، مصدر سابق، ص ٢١٠ و ص ٢٥٤. د. وهبة الزحيلي، مصدر سابق، ص ١٨٢-١٨٥.

عواد حسين ياسين، مصدر سابق، ص ٩٨ و ص ١٠٢.

(٢) الشيخ محمّد بن ياسين، علم أصول الفقه، منشورات مكتبة بسام، العراق، ١٩٨٧، ص ٤٧-٥٠. د. سعيد أحمد بيومي، مصدر سابق، ص ٢٣٧ و ص ٢٤٣. د. مصطفى إبراهيم الزلمي، دلالات النصوص وطرق استنباط الأحكام، ط ١، إحسان للنشر والتوزيع، ص ٢١٠-٢٢٠.

(٣) ابي محمد عبد الله جمال الدين بن هشام الانصاري، شرح قطر الندى وبل الصدى، ط ٤، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٤، ص ٢٢٩ و ص ٢٣٢. د. سعيد أحمد بيومي، مصدر سابق، ص ٢٧٨-٢٧٩.

وقد استخدم كل من المشرع العراقي والمصري (إلا) في كلا الغرضين أعلاه الاستثنائي والاستدراكي ، فنص الأول على أنه (لا يجوز النزول للغير عن حق الاستعمال أو عن حق السكنى، إلا بناء على شرط صريح ومبرر وقوي)<sup>(١)</sup> ونص على أن (لصاحب العقار المرتفق، ان يجري من الأعمال ما هو ضروري لاستعمال حقه في الارتفاق وما يلزم للمحافظة عليه، إلا انه يلزمه ان يستعمل حقه على الوجه الذي لا ينشأ عنه إلا اقل ضرر ممكن)<sup>(٢)</sup> ونص المشرع المصري على أنه (لا يجوز إلغاء نص تشريعي إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء، . . .)<sup>(٣)</sup> ونص بانه (ينتهي حق الانتفاع بهلاك الشيء، إلا أنه ينتقل من هذا الشيء إلى ما قد يقوم مقامه من عوض)<sup>(٤)</sup> .

وينبغي للقاضي أن يلتفت إلى مسألة تكرار اللفظ الواحد في النص التشريعي لأن ذلك سيوحي إليه بالفكرة الأساسية للنص التي يبتني الحكم عليها ، فالملاحظ أن المشرع عندما يكرر لفظ واحد مرتين أو أكثر إنما يهدف من خلال ذلك إلى استيفاء جوانب الحكم القانوني، وتحاشيا لما قد يؤدي إليه الإضرار من لبس وغموض ، فالتكرار يحافظ على بنية النص وتماسكه ويغذي الجانب الدلالي فيه<sup>(٥)</sup> .

ونمثل لهذا التكرار بما نص عليه المشرع العراقي من أنه (يعتبر تصرف الصغير المميز إذا كان في حقه نفعاً محضاً وان لم ياذن به الولي ولم يجزه ، ولا يعتبر تصرفه الذي هو في حقه ضرر محض وان إذن بذلك وليه أو أجازة أما التصرفات الدائرة في ذاتها بين النفع والضرر فتتعقد موقوفة على إجازة الولي في الحدود التي يجوز فيها لهذا التصرف ابتداء)<sup>(٦)</sup> ، فالتكرار في هذا النص غرضه تحديد الفعل القانوني للصغير وهو (التصرف) فمتى يُعتبر أو لا يُعتبر ومتى يكون موقوفاً.

وبما نص عليه المشرع المصري من أنه (إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره فان ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه ، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل)<sup>(٧)</sup> ، فالتكرار لفظ (التعبير) قد أبرز الفكرة الأساسية للنص ، وهي أثر التعبير عن الإرادة في الحالة المنصوص عليها .

اذن- ومما تقدم- يتطلب استنباط الحكم من النص التشريعي ان يكون القاضي على دارية تامة بدلالة الالفاظ المستعملة في النص التشريعي وما تفيده من مضمون هل هو الزامي ، ام را أو نهيا ، أو غير الزامي ، وهل ان النص عام أو خاص بحسب دلالة المفردات والصيغ المستعملة فيه ، ام انه

(١) أنظر المادة (١٢٦٣) القانون المدني العراقي .

(٢) أنظر المادة (١/١٢٧٦) القانون المدني العراقي .

(٣) أنظر المادة (٢) قانون المدني المصري .

(٤) أنظر المادة (١/٩٩٤) القانون المدني المصري .

(٥) علي بوعلام ، جماليات التكرار وآلياته في التماسك النصي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الاداب والفنون ،

جامعة وهران- احمد بن بلة- الجزائر ، ٢٠١٦-٢٠١٧، ص ٥٢ . د. سعيد أحمد بيومي ، مصدر سابق ، ص ٢٠٨-٢١٠ .

(٦) أنظر المادة (٩٧) القانون المدني العراقي .

(٧) أنظر المادة (٩٢) القانون المدني المصري .

مطلق أو مقيد ، وتشخيص دلالة الالفاظ المشتركة والمترادفة ، وفيما اذا كان هناك غموض أو اجمال لابد من تدخل المشرع لبيانه ، وملاحظة ادوات الربط المستعملة في النصوص التشريعية والالتفات إلى ادوات الاستثناء ، وملاحظة المفردات المتكررة في النص التشريعي وماهي الفكرة التي يريد المشرع ان يحققها من خلال ذلك التكرار.

## الفرع الثاني

### مصطلحات النص التشريعي

المصطلحات هي الألفاظ والكلمات المتفق على استخدامها بين أصحاب التخصص الواحد للتعبير عن المفاهيم العلمية لذلك التخصص، وهذا يعني أن لها مدلولات غير مدلولاتها اللغوية الأصلية ، فالمصطلح يكتسب استخداما جديدا ذا دلالة خاصة عند انتقاله من اللغة العامة إلى لغة الاختصاص، ومن المصطلحات والمفردات والتعبيرات المتداولة في حقل معين تتولد لغة يطلق عليها لغة التخصص، فإن لكل علم ألفاظه الخاصة به<sup>(١)</sup>.

والقانون كغيره من العلوم له لغة خاصة به ، مادتها الأساسية هي المصطلحات القانونية ، ولا سبيل لفهم علم القانون إلا بمعرفة مصطلحاته ومدلولاتها ، فالمصطلح القانوني لفظ يكون له دلالة ومعنى خاص متعارف في علم وفقه القانون، ويدرك معناه ذو الاختصاص بذلك العلم ، فرجال القانون يُعبّرون عن المفاهيم والحقائق القانونية بمفردات ولغة خاصة بحقل تخصصهم ، ولذا كان من خصائص المصطلح القانوني أنه مصطلح تقني يُعبّر عن مفهوم خاص<sup>(٢)</sup>.

والمشرّع يستخدم المصطلحات القانونية في النصوص التشريعية للتعبير عن المفاهيم القانونية ، وبما أن فهم النص التشريعي شرط أساس لاستنباط الحكم منه ، فلا بد من تحديد ومعرفة ما احتوى من مصطلحات ، وتتحدد تلك المعرفة في ضوء المعنى الاتفاقي في إطار النظام القانوني القائم ، لأن الواقع القانوني يشهد باختلاف دلالة المصطلحات من نظام قانوني إلى آخر، والقاضي ملزم بالمعنى الاتفاقي

(١) محمد بن إبراهيم الصائغ ، المصطلحات الشرعية والنظامية في الدوائر العدلية ، وزارة العدل ، الرياض ، ١٤٣١ هـ ، ص٥٠. ياسين عيسى العمالي ، الاصطلاحات الفقهية ، ط١ ، دار البلاغة ، بيروت ، ١٩٩٣ ، ص٥٠. زهرة عبد الباقي ، إشكالية ترجمة مصطلحات قانون الجنسية الجزائري ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الآداب واللغات ، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان ، الجزائر ، ٢٠١٤-٢٠١٥ ، ص٧ و ص٩.

(٢) محمد بن إبراهيم الصائغ ، مصدر سابق ، ص٥٠. زهرة عبد الباقي ، مصدر سابق ، ص٣٩.

للمصطلحات القانونية وأن لم يُعرّفها المشرّع ، وإذا أراد تأويلها بصرف معناه الظاهر إلى معنى آخر فيجب ذلك ، كما تقدم ، أن يكون في إطار النظام القانوني الذي يعمل القاضي في ظله<sup>(١)</sup>.

وإذا تزام لدى القاضي المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي للفظ ما في النص التشريعي مصدر الاستنباط ، فإنه يحمله على معناه الاصطلاحي إلا إذا وجد ما يؤيد أن المشرّع كان مراده من هذا اللفظ هو المعنى اللغوي ، فالأصل أن يأخذ بالمعنى المستعمل في لغة القانون إلا إذا قام دليل على خلاف ذلك . وبتعبير آخر إن القاضي عندما ينظر في النص التشريعي فيحمل الألفاظ على معناها بحسب وضعها اللغوي ، ولكن إذا وجد بينها ألفاظاً ذات دلالة اصطلاحية يجب أن تُفهم بلغة من يعمل في مجال القانون والقضاء ، فمثلاً (مُهاياة) ، (حقوق الامتياز) ، (الوعد بجائزة) وغيرها من المصطلحات ، فهي تُشير إلى مفاهيم قانونية بحسب الاصطلاح ولا يستطيع أن يدرك معناها الصحيح إلا القاضي والمتخصص في مجال القانون<sup>(٢)</sup>. ولهذا قصت المحكمة الادارية العليا في مصر ( ان الاصل في تفسير النصوص القانونية وتفهم مدلولاتها ان تحمل الفاظها على ما يقضي به الاصطلاح والعرف القانونيان لا ما تقضي به الاوضاع اللغوية ، لان الاصل ايضا ان المشرع يستعمل في صياغته للنصوص القانونية ، الالفاظ في معانيها القانونية الخاصة لا بمعانيها اللغوية العامة وذلك كله ما لم يقم دليل من النص ان المشرع استهدف بلفظ معين معناه اللغوي لا معناه القانوني )<sup>(٣)</sup>

ما تقدم في حالة إذا لم يتصدى المشرّع لبيان المصطلح ، أما إذا وجد القاضي تعريفاً تشريعياً له لا يلتفت حينئذ لأي معنى إلا المعنى الذي بيّنه المشرّع ، والمشرّع عندما يضع التعريفات إنما يستعمل في صياغتها الألفاظ والمفاهيم الخاصة . وعليه فالتعريفات الواردة بنصوص تشريعية لها وظيفتها الدلالية في تحديد المسميات وما تعنيه بغير توضيح النص التشريعي فضلاً عن ذلك ، من ناحية أخرى تربط النصوص التشريعية بعضها ببعض ، فالتعريف يبقى معتمداً أينما ورد المصطلح المُعرف في النصوص<sup>(٤)</sup>،

(١) د. فايز محمّد حسين ، دور المنطق القانوني في تكوين القانون وتطبيقه ، مصدر سابق ، ص ١٢٥ و ص ١٣٣ و ص ١٧٥ . د. فايز محمّد حسين ، التدريب القانوني والمهارات القانونية ، مصدر سابق ، ص ٣٦٨ . عواد حسين ياسين ، مصدر سابق ، ص ٢١٧ .

Gilles DARCY. *L'office du juge , les colloques de sénat*. 30 septembre, 2006 p.30 .

(٢) د. فايز محمّد حسين ، دور المنطق القانوني في تكوين القانون وتطبيقه ، مصدر سابق ، ص ١٣٦ . د. فايز محمّد حسين ، التدريب القانوني والمهارات القانونية ، مصدر سابق ، ص ٣٨٣ - ٣٨٤ . د. محمّد شريف أحمد ، نظرية تفسير النصوص المدنية، مطبعة الأوقاف والشؤون الدينية، بلا مكان نشر، ١٩٨٢ ، ص ٢٤٥ . عواد حسين ياسين ، مصدر سابق، ص ٧٠ .

(٣) طعن رقم ٣٦٨ لسنة ١٣ ق ، جلسة ١١/٤ / ١٩٧١ ، منشور في مجموعة : محمد عزمي البكري ، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد ، مج ١ ، دار محمود ، القاهرة ، بلا سنة نشر ، ص ١٢٥ .

(٤) د. سعيد أحمد بيومي ، مصدر سابق ، ص ٣٣٦-٣٣٨ .

ولهذا قضت محكمة النقض المصرية بأنه (الأصل في قواعد التفسير أنه إذا أورد المشرع مصطلحا معينا في نص لمعنى معين وجب صرفه إلى هذا المعنى في كل نص)<sup>(١)</sup>.

فلفظة (فضول) بحسب المفهوم اللغوي هو التدخل في شؤون الغير دون سبب ويشكل حالة سلبية من وجهة نظر اجتماعية ، بينما في الاصطلاح القانوني معناه يختلف عن ذلك ، وقد تصدى كل من المشرع العراقي والمصري لبيان هذا المصطلح ألا أنهما اختلفا بعض الشيء في تعريفه ، ومن هنا نؤكد ألا يُغفل عند فهم المصطلحات سواء المُعرف منها تشريعا أو غير المُعرف عن النظام القانوني الذي يُتداول فيه تلك المصطلحات ، فالفضولي لدى المشرع العراقي هو (من تصرف في ملك غيره بدون إذنه)<sup>(٢)</sup> في حين عرّف المشرع المصري الفضالة (هي ان يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب آخر دون ان يكون ملزما بذلك)<sup>(٣)</sup>.

وينبغي على المشرع التدخل لوضع تعاريف للمصطلحات المستحدثة الواردة في التشريعات الجديدة لمواكبة التطور العلمي نظير المحرر الإلكتروني ، والتوقيع الإلكتروني وما شابه ذلك ، وعلى القاضي الإحاطة بها وبمعانيها .

ومن الصعوبات التي تواجه القاضي في حالة ما إذا أحاله المشرع إلى قانون أجنبي ، فإنه يواجه مشكلة ترجمة وتعريف المصطلح القانوني الوارد في النص التشريعي الأجنبي، لما يتطلبه من معرفة في اللغة الاختصاصية للدولة المنقول منها والمنقول إليها، فالمصطلح القانوني كما ذكرنا سلفا بالنظام القانوني الذي ينتمي إليه ، ومن ثمّ لا يمكن فهمه إلا عن طريق ذلك النظام<sup>(٤)</sup>، الذي نريد أن نؤكد عليه من هذه الإشارة إن المصطلحات القانونية رغم وحدة البناء اللفظي لها قد يختلف مدلولها حسب النظام القانوني الذي تنتمي إليه ، بل قد يختلف المدلول بحسب الوقت المستخدم فيه المصطلح ، ومن ثمّ فلا اطلاق في دلالة المصطلحات ، وهي نسبية تختلف بحسب الزمان والمكان ، وعليه فالقاضي وهو يتعامل في عملية الاستنباط مع مختلف النصوص التشريعية القديمة والحديثة لدولته وللدول الأخرى ، فهذا يتطلب منه إحاطة واسعة في معرفة دلالة المصطلحات القانونية .

(١) طعن ٣٧٩٤ لسنة ٦١ ق ، جلسة ٦/٢ / ١٩٩٩ ، منشور في مجموعة : محمد عزمي البكري ، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد ، مصدر سابق ، ص ١٢٤-١٢٥ .

(٢) أنظر المادة (١/١٣٥) القانون المدني العراقي .

(٣) أنظر المادة ( ١٨٨ ) القانون المدني المصري. د. عكاشة محمد عبد العال و د. سامي بديع منصور، مصدر سابق ، ص ٧٢ .

(٤) زهرة عبد الباقي ، مصدر سابق ، ص ٣٧-٣٨ .

## المطلب الثاني

### دلالة النص التشريعي

بعد أن نظرَ القاضي في ألفاظ النص التشريعي ، مفردات ومصطلحات ، وحسب التسلسل الذهني ، تأتي المرحلة الثانية ، وهي فهم النص بوصفه نسيجاً متماسكاً .

فبالنظر الفلسفي أن توارد معاني الألفاظ أسبق رتبة ، إذ بعد ذلك يتكون المعنى الكلي للنص ، وإن كان بالنظر العادي تتوارد المعلومات إلى ذهن القاضي ، وبمقدار ما يملك من مؤهلات ، يكاد يحصل بالنسبة إلى المفردات ، وإلى النص بكامله دفعة واحدة .

فالقاضي وهو في مقام استنباط الحكم القضائي ينظر إلى النص بوصفه كلا متماسكا لا يتجزأ ، فيستنتج منه الدلالات ، وهذه الدلالات تحمل المعاني ، وهذه المعاني هي التي تكون محلا لاستنباط الحكم القضائي في الدعوى المنظورة من قبله . ويلاحظ ما يرتبط بتشخيص دلالة النص من أصول والتمييز بين طبيعة النصوص التشريعية التي يتعامل معها وعلاقة النصوص بعضها ببعضٍ آخر والالتفات إلى موقع النص ، وأثر ذلك على دلالاته ومعالجة التعارض بين الدلالات إن حصل ، وملاحظة علامات إعراب النص وعلامات الوقف ، فكل ذلك يساعد على تحديد دلالة النص على معانيه هذا من جهة .

ومن جهة أخرى ، على أساس من أن النص التشريعي وحدة لفظية متماسكة يكون له سياق ، وهذا السياق للنص التشريعي له دور في تحديد دلالاته من خلال تحديد معاني الألفاظ ، وتقدير المحذوف ، وتشخيص المعنى المراد من المشترك اللفظي ، والتمييز بين المعنى اللغوي والاصطلاحي ، وتحديد غرض الحرف المستعمل ، وعائديه الضمير ، ونحو ذلك مما تشخص دلالاته من خلال السياق .

وعليه سنقسم هذا المطلب على فرعين ، نتطرق في الفرع الأول الى دلالة النص التشريعي على معانيه ، ونتطرق في الفرع الثاني الى دور السياق في دلالة النص التشريعي .

## الفرع الأول

### دلالة النص على معانيه

النص التشريعي- مصدر الاستنباط - عندما يكون بين يدي القاضي ليتوصل منه إلى الحكم القضائي في الدعوى المنظورة ، فسيجد هناك معنى يتبادر إلى ذهنه من خلال ألفاظه التي تركب منها ، وهذا المعنى وفي مضمونه الحكم القانوني الذي ساقه وقصده المشرع ، وهو يتأتى مباشرة وصراحة من ألفاظه ولهذا يطلق عليه المعنى الحرفي للنص ، أي إن عبارة النص أفادت هذا المعنى ، فهو مدلول



مطابقي للنص التشريعي ، ولكن عندما يتأمل القاضي في هذه العبارة قد يجد أن هناك معنى آخر يدل عليه النص وهو المعنى المستفاد من ألفاظه ، ويُعبّر عنه بالمعنى الالتزامي للنص ( المعنى غير الصريح ) ، وفي وسع القاضي أن يُفيد منه وهو في صدد استنباط الحكم القضائي ، وان لم يكن مقصودا للمشروع ولكن مع الاحتراز في عدم تحميل النص معان بعيدة لا تلازم بينها وبين المعنى الأصلي<sup>(١)</sup>.

وعليه فدلالة النص على معناه المستفاد من ألفاظه وعبارته لا تقتصر على المعنى المتبادر للذهن (المدلول المطابقي) وإنما له دلالة أخرى هي المعنى الإلزامي ، فلو كان القاضي ينظر دعوى تتعلق ببيع عقار فإنه يُفيد من نص المشرّع بأن (بيع العقار لا ينعقد إلا إذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون)<sup>(٢)</sup> ، بأن هذا البيع باطل ويُفيد من هذا المعنى معنى آخر ملازما له ، هو وجوب إتباع شكل معين لبيع العقار ، وهو التسجيل في دائرة التسجيل العقاري<sup>(٣)</sup>.

ولو عرضت أمام القاضي المصري دعوى تتعلق بأجرة عقد الإيجار فإنه يُفيد من نص المشرّع بأنه ( إذا لم يتفق المتعاقدان على مقدار الأجرة أو على كيفية تقديرها ، أو إذا تعذر إثبات مقدار الأجرة ، وجب اعتبار أجرة المثل)<sup>(٤)</sup> ، بأن يصار إلى هذه الأجرة الأخيرة في الحالات المذكورة وهذا هو ، و يُفيد من المعنى الالتزامي للمعنى المتقدم بأن الإيجار الذي لا يُتفق فيه على مقدار الأجرة لا يكون باطلا ، وهو ما أشار إليه النص<sup>(٥)</sup>.

وذهبت محكمة النقض المصرية إلى ان المعنى الالتزامي هو معنى (لازم لزوما عقليا للحكم المصرح به)<sup>(٦)</sup> ، وفي قرار آخر لها انه ( يكون لازما لمعنى من معاني النص لزوما لا فكاك له بأعتبار ان الدال على الملزوم دال على لازمه)<sup>(٧)</sup>

وهناك رأي يذهب إلى أنه ليس للقاضي العراقي أو المصري سوى الأخذ بالمعنى الصريح المتبادر للنص دون المعنى الالتزامي ؛ لأن الفقرة (١) من المادة الأولى من القانون المدني العراقي أو

(١) د. محمّد شريف أحمد ، مصدر سابق ، ص ٦٦-٦٧ . د. محمّد أديب صالح ، مصدر سابق ، ص ٣٨٥ . عواد حسين ياسين ، مصدر سابق ، ص ٣٩ و ص ٧٨ . د. سعيد أحمد بيومي ، مصدر سابق ، ص ٤٥٥ . د. عكاشة محمّد عبد العال و د. سامي بديع منصور ، مصدر سابق ، ص ٦٠ .

(٢) أنظر المادة ( ٥٠٨ ) القانون المدني العراقي .

(٣) عواد حسين ياسين ، مصدر سابق ، ص ٧٧ .

(٤) أنظر المادة ( ٥٦٢ ) القانون المدني المصري .

(٥) أبي بكر محمد بن أحمد بن ابي سهل السرخسي ، أصول السرخسي ، ج ١ ، لجنة احياء المعارف النعمانية ، حيدرآباد ، بلا سنة نشر ، ص ٢٣٦-٢٣٧ . د. عبد الكريم زيدان ، الوجيز في اصول الفقه ، مؤسسة قرطبة ، بلا مكان نشر ، بلا سنة نشر ، ص ٣٥٦ و ص ٣٦٠ . د. سعيد أحمد بيومي ، مصدر سابق ، ص ٤٥٤ .

(٥) طعن ٥٥٦٢ لسنة ٦٤ ق ، جلسة ٢٠٠٥/١/١٠ ، منشور في مجموعة : محمد عزمي البكري ، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد ، مصدر سابق ، ص ١٢٧ .

(٦) طعن ٦٤٥ لسنة ٦٩ ق ، تجاري ، جلسة ٢٠٠٥/٦/٢٨ ، منشور في مجموعة : محمد عزمي البكري ، المصدر نفسه ، ص ١٢٧ .

المصري نصت على أن (تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها ) ، فقول المشرع (في لفظها) هو المنطوق الصريح فقط ، ومن ثم فهذا النص لا يُخول القاضي استنباط الأحكام من المعاني الإلزامية للنصوص<sup>(١)</sup> .

والباحث يرى- بناء على ما هو مقرر من أن الدلالة اللفظية تكون أما دلالة مطابقية أو دلالة التزامية - فإطلاق (لفظها) يُراد به ما دلّ عليه اللفظ ، من معنى سواء أكان مباشراً وهو المقصود من النص أم غير مباشر وهو المعنى الالتزامي .

ويلاحظ أن دلالة النص التشريعي على معناه إنما تكون بحسب الظاهر ، فالقاضي يعمل بالمعنى الظاهر من النص عند إرادة استنباط الحكم منه ، وإن كان النص يحتمل معنى آخر ، فظاهر النص يجسد إرادة المشرع التي أعلنها من خلال ألفاظ النص ونقلها إلى المخاطبين ، فالأصل هو العمل بالمعنى الظاهر - وهذا أساس مهم في الاستنباط - ولا يجوز للقاضي صرف النص عن ظاهره من دون دليل ، أي لا يسوغ له التأويل بصرف النص عن معناه الراجح إلى معنى مرجوح يحتمله إلا إذا استند إلى دليل مقبول ، ولا يجوز له أيضاً أن يترك هذا المعنى الظاهر من النص بحجة أنه وجد الحكم المستخلص منه غير عادل ، فإذا كان النص يحمل الدلالة الكافية على الحكم ، فالقاضي ملزم بهذا الحكم الذي يظهر من هذا النص<sup>(٢)</sup> .

والنصوص التشريعية المتضمنة للأحكام القانونية تصاغ تارة على نحو يكون معناها يتسع لسلطة القاضي التقديرية ، وتصاغ تارة على نحو لا مجال فيها للتقدير القضائي عند التطبيق ، ويُعبّر عن الأولى بأنها نصوص مرنة بينما الثانية نصوص جامدة وهذا مما له تأثير في عملية الاستنباط كما لا يخفى ذلك على القاضي ، وكذا الحال لو كان النص الذي يتعامل معه القاضي نصاً استثنائياً فلا يسوغ للقاضي التوسع في تفسيره مما يعني أن دلالة هذه النصوص الاستثنائية على معانيها ترتبط بطبيعتها ، ومن ثم فهي تختلف عن النصوص التشريعية العادية<sup>(٣)</sup> .

فمن النصوص الجامدة ما قرره المشرعان العراقي والمصري بشأن سن الرشد ، فقد ذهب الأول إلى أن (سن الرشد هي ثماني عشرة سنة كاملة) وذهب الثاني إلى أن ( . سن الرشد هي إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة) . فالقاضي لا يملك إزاء هذين النصين أي سلطة تقديرية فليس في وسعه أن يزيد أو

(١) د. مصطفى إبراهيم الزلمي ، دلالات النصوص وطرق استنباط الأحكام ، مصدر سابق ، ص ٢٢٥ .

(٢) د. فايز محمد حسين ، التدريب القانوني والمهارات القانونية ، مصدر سابق ، ص ٤٥٦ . د. مصطفى إبراهيم الزلمي ، دلالات النصوص وطرق استنباط الأحكام ، المصدر نفسه ، ص ٣٠٧ . محمد جواد مغبية ، علم أصول الفقه في ثوبه الجديد ، ٣ ، دار الجواد ، بيروت ، ١٩٨٨ ، ص ٢٦-٢٧ .

(٣) د. محمد شريف أحمد ، مصدر سابق ، ص ١٠٦ . د. سعيد أحمد بيومي ، مصدر سابق ، ص ٥٨ . د. عكاشة محمد عبد العال و د. سامي بديع منصور ، مصدر سابق ، ص ٥٨ .

ينقص من السن المذكورة مراعاة للفروق الفردية في درجة النضج العقلي بين الأفراد<sup>(١)</sup>، بينما نجد المشرع عين أعلاه ، أن لديهما نصوصاً مرنة نحو ( إذا كان أحد المتعاقدين قد استغلت حاجته أو طيشه أو هواه أو عدم خبرته أو ضعف ادراكه فلحقه من تعاقدته غبن فاحش ، جاز له في خلال سنة من وقت العقد ان يطلب رفع الغبن عنه إلى الحد المعقول . . ) . ففي هذه المادة للقاضي العراقي سلطة تقديرية ما إذا كان هناك استغلال للأمر التي حددها النص ، ولم أجد لدى المشرع المصري نصاً نظير هذا النص من حيث المضمون ، وإن كان لديه نصوص مرنة أخرى نحو (١- على المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار ٢- وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها ، وإنما له ان يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف ، على أن يراعى في ذلك العرف ، وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخر ، والغرض الذي خصصت له ، ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق )<sup>(٢)</sup> .

ولكي يصل القاضي إلى دلالة النص مصدر الاستنباط على معناه بصورة صحيحة ودقيقة ينبغي عليه عند النظر فيه أن يضم إليه سائر النصوص التشريعية ، لاسيما التي تعالج وقائع متشابهة ، فعليه التقريب بين النصوص المتصدية والمتعلقة بموضوع واحد ، ويُعبّر عن ذلك لغوياً باصطلاح ( التناص )<sup>(٣)</sup> وهو يتضمن العلاقات بين نص ما والنصوص الأخرى المرتبطة به ، فالنص التشريعي عبر مضمونه يستدعي نصوص أخرى تتعلق به ، والقاضي يلحظ ويجمع ويُقرب النصوص بعضها من بعض ، فقد يخصص أحدهما ما جاء عاماً في النص الآخر ، أو يقيد نص ما اطلقه نص آخر ، أو قد يكون النص الآخر استثناء عليه ، أو فيه قيود أخرى تتعلق بالنص الأول ، فليس بالضرورة ان يكون المخصص أو الاستثناء أو القيد متصلاً بالنص نفسه ، فقد يكون منفصلاً ، أي في نص آخر . وينظر إلى بنية النص أيضاً ، فهل ورد في فقرة واحدة أو فقرات متعددة ، وإن النص الذي يرد في فقرة واحدة يُعبّر عن فكرة واحدة غالباً ، أما إذا كان متكوّناً من فقرات متعددة ، فقد نجد القاعدة في الفقرة الأولى والاستثناءات عليها في فقرات النص اللاحقة<sup>(٤)</sup> نظير المادة (١٤٦) من القانون المدني المصري التي تنص على أنه (١- إذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو

(١) أنظر المادة ( ١٠٦ ) القانون المدني العراقي . و أنظر المادة (٢/٤٤) القانون المدني المصري .

(٢) أنظر المادة (١٢٥) القانون المدني العراقي . و أنظر المادة ( ٨٠٧ ) القانون المدني المصري .

(٣) للتناص في لغة النقد الادبي معان متعددة ، انظر على سبيل المثال: د. محمد مفتاح ، تحليل الخطاب الشعري ( استراتيجة التناص ) ، ط٣ ، المركز الثقافي العربي ، الدار البيضاء ، ١٩٩٢ ، ص ١١٩-١٢٥ . والمراد به أعلاه النظر في النصوص المتداخلة في موضوع واحد .

(٤) د. فايز محمد حسين ، التدريب القانوني والمهارات القانونية ، مصدر سابق ، ص ٣١٣ . د. محمد شريف أحمد ، مصدر سابق ، ص ٤٤٥-٤٤٦ . عواد حسين ياسين ، مصدر سابق ، ص ٢١٩ . د. عكاشة محمد عبد العال و د. سامي بديع منصور ، مصدر سابق ، ص ٧٢-٧٣ . ردة الله بن ردة بن ضيف الله الطلحي ، دلالة السياق ، ط١ ، جامعة أم القرى ، السعودية ، معهد البحوث العلمية ، مكة المكرمة ، ١٤٢٤ هـ ، ص ٢٩٥-٢٦٠ .

بالتراضي ٢- على أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وإن لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا 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 على خلاف ذلك .

وناهيك عما تقدم ، على القاضي أن يلتفت إلى موقع النص في أي باب ورد في القانون ؛ لأنه لا يصل إلى دلالة على معناه بدقة إلا بعد ملاحظة الباب الذي ورد فيه ، فلو كان مثلا النص - مصدر الاستنباط - المنطبق على الواقعة موضوع النزاع هو أحد نصوص القانون المدني فيجب أن يلحظ موقعه في فصول وأبواب هذا القانون ؛ لأن تبويب التقنين يُعد جزءاً من أحكامه ، لذا فإن فهم دلالة النص على معناه يسهم فيها معرفة موقع النص وتنظيمه أيضاً<sup>(١)</sup> .

ومن خلال الجمع سواء بين الفقرات أو النصوص والتقريب بينها يستكشف القاضي فيما إذا كان هناك تعارضاً بينها أم لا ، علماً بأن دلالة النص لا تتم على الوجه القانوني المطلوب إلا بعد معالجة القاضي للتعارض الحاصل بين النصوص ، فقد يجد تعارضاً كلياً بين تشريع قديم وتشريع جديد ويعتبر القديم ملغى لاستحالة التوفيق بينهما حينئذ ، وقد يجده جزئياً ويحاول التوفيق بينهما قدر المستطاع حينئذ والا وجب ترجيح أحدهما على الآخر ، وهذا يحصل إذا كان أحدهما عاماً أو مطلقاً والآخر خاصاً أو مقيداً ، فيُعد النص الجديد مُخصصاً للعام أو مُقيداً لاطلاق النص السابق عليه ، فالقاضي عندما يجد نصين تشريعيين متعارضين يعمل ابتداءً بقاعدة ( الجمع بين النصين أولى من الطرح ) ، وإذا تعذر الجمع يُرجح النص الأحدث ، فالقاضي لأجل أن يرفع التعارض أما أن يجمع بين المتعارضين ويرجح أحدهما بمرجح وأما يعتبر المتأخر لاغياً للمتقدم ، وإذا كان التعارض بين الدلالات فمقتضى القاعدة إن الأقوى دلالة يُقدم ، فلو تعارضت دلالة عبارة النص وألفاظه مع دلالة التزامية لنص آخر فتقدم الأولى على الثانية ؛ لأن المعنى الذي تفيدته كان مقصوداً للنص بينما الثانية ليست كذلك وإنما المعنى المستفاد منها لازم للمعنى المقصود ، ولو تعارض الظاهر مع دلالة نص قطعي تقدم هذه الأخيرة ؛ لأن ما دلت عليه من معنى لا يحتمل معنى آخر<sup>(٢)</sup> .

ومما تقدم ، فإن القاضي لا يستطيع استنباط الحكم وتطبيقه دون الالتفات إلى مدى ارتباط النص بالمنظومة التشريعية والنظام القانوني الذي في ظله أثير النزاع وأقيمت الدعوى .

(١) د. سعيد أحمد بيومي ، مصدر سابق ، ص ٦٤ و ص ٣٢٢ .  
(٢) د. محمد شريف أحمد ، مصدر سابق ، ص ١٣٨-١٣٩ . عباس قاسم الداقوقي ، مصدر سابق ، ص ١٣٥-١٣٦ .  
محمد أديب صالح ، مصدر سابق ، ص ١٦٢ و ص ٤٠٦ . د. عكاشة محمد عبد العال ود. سامي بديع منصور ، مصدر سابق ، ص ٦٤ .

وجدير بالذكر أنه مما يتوقف عليه فهم النص وإصابة دلالاته على معناه أيضاً أن يُلاحظ القاضي علامات الأعراب والبنية النحوية للنص ، وكذلك علامات الوقف التي تُعدُّ جزءاً من النص؛ لأنه لو لم تُوضع بشكل صحيح لأدى ذلك إلى الالتباس وتغيير المعنى الذي يتضمنه النص<sup>(١)</sup>.

## الفرع الثاني

### دور السياق في دلالة النص التشريعي

للسياق دور كبير في فهم النص التشريعي وتحديد دلالاته ودلالة الألفاظ والكلمات التي احتواها، فالقاضي عندما يقرأ النص يوحى السياق إليه الفكرة والمحور الذي يدور عليه ، فتدبره لمعانيه وإدراك دلالاته وفهم أحكامه يسهم السياق فيه إسهاماً مؤثراً، وهو يعكس الوعاء الذي أفرغ المشرع فيه الحكم القانوني ، فيجب على القاضي أن يلتفت إلى سياق النص من حيث اتساقه مع الفكرة التي قصدتها المشرع ويلتفت إلى تسلسله من حيث توارده معاني النص إلى ذهنه توارداً منطقياً . وبما إن النص يمثل وحدة لغوية تشريعية مترابطة الكلمات ، لذا يتوقف فهم الكلمات بصورة متكاملة بلحاظها في ظل النص كله ، فالكلمة إذا أخذت منعزلة عن السياق تكون محتملة لمعان متعددة ، ولكن السياق هو الموصل إلى المعنى المراد لألفاظ النص ، فلكل لفظة معنى تحمله بمفردها ، ولها معنى تكتسبه من خلال السياق الذي وُضعت فيه وبمجاورتها لبقية ألفاظ النص ؛ لأن النص يقوم على تركيب يُوجد الارتباط بين أجزاء الجملة فيضفي على اللفظ المعنى المناسب من خلاله ، ومن ثمَّ يستدعي المعنى المراد من اللفظ<sup>(٢)</sup>.

فالقاضي يفهم مثلاً المراد من لفظة ( يد ) حسب السياق الذي ترد فيه ، فعندما يكون النص التشريعي في سياق تسليم المأجور وبقائه لدى المستأجر كما في نص المشرع العراقي على أن ( تسليم المأجور يكون بإجازة المؤجر وترخيصه للمستأجر في أن ينفع به بلا مانع ويلزم أن يبقى المأجور في يد

(١) د. فاضل صالح السامرائي ، معاني النحو ، ج ١ ، دار الفكر ، عمان ، ٢٠٠٠ ، ص ٢٨-٣٨ . د. سعيد أحمد بيومي ، مصدر سابق ، ص ٣٦٠ . سمية محامدية ، دور السياق في تحديد الدلالة الوظيفية ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الآداب واللغات ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، الجزائر ، ٢٠١٢-٢٠١٣ ، ص ١٤ . فمن قال : ( أنا قابضٌ دَيْتِكَ ) بالتثنية يختلف لو قال : ( أنا قابضٌ دَيْتِكَ ) بالضم بدون تنوين ، فالقول الأول يفيد ربط التصرف في المستقبل فلم يُعدُّ قائله مقراً بقبض الدين ، في حين القول الثاني يفيد ان تصرفه ارتبط بالماضي ، ويكون قائله حينئذ قد أقر بقبض الدين ، فالتثنية هنا أدى دوراً دلالياً هاماً ، فعلامات الأعراب لها دور مهم في صياغة النص ، واختلاف المعنى تبعاً لها .

(٢) د. فايز محمد حسين ، التدريب القانوني والمهارات القانونية ، مصدر سابق ، ص ٤١٣ . سمية محامدية ، مصدر سابق ، ص ١٤ و ٤١ و ٧١ . مريم وصل الله صامل ، اثر السياق في توجيه المعنى ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة طيبة ، كلية الآداب والعلوم الإنسانية ، السعودية ، للعام ٢٠١٠ ، ص ٢٨ .

المستأجر بقاء متصلاً مستمراً إلى انقضاء الإجارة<sup>(١)</sup> فاليد تحمل دلالة على أن يبقى المأجور في حيازته وتحت تصرفه ليتمكن من الانتفاع به ، بينما يفهم المراد منها في سياق آخر حول هلاك المأجور أو نقص انتفاعه كما في نص المشرع على أنه (١- إذا هلك المأجور في مدة الإيجار هلاكاً كلياً، يفسخ العقد من تلقاء نفسه ٢- أما إذا أصبح في حالة لا يصلح معها للانتفاع الذي أجر من أجله أو نقص هذا الانتفاع نقصاً كبيراً، ولم يكن للمستأجر يد في شيء من ذلك جاز له إذا لم يقر المؤجر في ميعاد مناسب بإعادة المأجور إلى الحالة التي كان عليها وأن يطلب أما نقص الأجرة أو فسخ الإجارة)<sup>(٢)</sup> فاليد هنا تعني أنه لم يكن السبب الذي أدى إلى عدم صلاحية المأجور أو نقصان انتفاعه من فعل المستأجر .

ونجد أثر السياق بشكل واضح في دلالة الاقتضاء ؛ لأن مبناهما على تقدير المحذوف ، وتقدير المحذوف لا يكون إلا بما دل عليه السياق . علماً بأن ظاهرة الحذف ظاهرة لغوية تشترك فيها اللغات الإنسانية ولكنها في اللغة العربية أكثر وضوحاً ؛ لأنها تميل للإيجاز ، ولولا السياق وغيره من القرائن لما أمكن الحذف ، فالقاضي إذا نظر في النص التشريعي مصدر الاستنباط ووجد أن معناه لا يستقيم إلا بتقدير محذوف فعندئذ يستعين بقريضة السياق لتقديره ، أو قل إن السياق يحمل قريضة مقالية بموجبها يقدر المحذوف ، فقاعدة ( لا مساع للاجتهاد في مورد النص ) تقتضي حسب دلالة السياق أن يقدر القاضي في أن المراد في مورد النص القطعي ، والا لو كان النص ظنياً فلا بد من الاجتهاد لتحديد المعنى المراد من بين المعاني المحتملة . فالسياق محوره الاجتهاد والاجتهاد مورده ما كان فيه احتمالات وتعدد الآراء واختلاف الأدلة . وعليه فما كان قطعياً لا يسوغ فيه الاجتهاد ؛ لأنه لا يحمل إلا دلالة واحدة وتكون هي المتعينة حينئذ ، وكذلك الحال في الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني العراقي التي تنص ( فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين ، فإذا لم يوجد بمقتضى قواعد العدالة ) والفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني المصري التي تنص ( إذا 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 ) .

فسياق هذين النصين بما تضمننا من الترتيب الشرطي المقترن بالفاء دليلاً على المحذوف وكذلك ما نص عليه هذا المشرع الأخير من أنه ( إذا وجد في البيع عجز أو زيادة ، فإن حق المشتري في طلب

(١) أنظر المادة ( ٧٤٣ ) القانون المدني العراقي .

(٢) أنظر المادة (٧٥١) القانون المدني العراقي .

إنقاص الثمن أو في طلب فسخ العقد وحق البائع في طلب تكمله الثمن يسقط كل منهما بالتقدم إذا انقضت سنة من وقت التسليم تسليماً فعلياً<sup>(١)</sup>.

فهذا النص لا يستقيم معناه إلا بتقدير كلمة (مقدار) بدلالة سياق النص أي إذا وجد في مقدار المبيع عجزاً أو زيادة وذلك لارتباط كل من العجز والزيادة بالمقدار<sup>(٢)</sup>.

ويُعدُّ السياق أيضاً من أهم العوامل أثراً في تحديد المعنى حين تتعدد المعاني للفظ الواحد، فإذا كانت اللفظة الواردة في النص من الألفاظ المشتركة، فإن سياق النص يوجهها إلى معنى واحد ويصرفها عن المعاني الأخرى، أي السياق هو الذي يعين المراد من اللفظ كما تقدم في لفظ (المادة) ولفظ (شهر) ولفظ (أجنبي) الواردة في النصوص التشريعية، والسياق هو الذي يحدد ما هو المراد من لفظة (مس) الواردة في القرآن الكريم، هل يُراد بها النكاح أو الجنون أو الإذى<sup>(٣)</sup>.

وهناك علاقة قوية بين الترادف والسياق، فهو يبين الدلالة المرجوة من الكلمات المترادفة، فهي تصلح في سياق وقد لا تصلح في سياق آخر<sup>(٤)</sup>.

وللسياق دور في تحديد ماذا أراد المشرِّع من لفظة واردة في النص، هل أراد المعنى اللغوي أم الاصطلاحي؟ أعني أن السياق يرشد القاضي بأن المشرِّع استعمل اللفظ في معناه اللغوي خلافاً للأصل الذي هو حمل المعنى على الاصطلاحي<sup>(٥)</sup>.

ويلقي السياق بظلاله على الحروف فيوجه القاضي إلى غرضه المستعمل في النص، لقد رأينا قد يكون للحرف الواحد استعمال أصلي واستعمالات لأغراض أخرى، فالسياق هو الذي يحدد لنا أي استعمال ورد في النص، فمثلاً حرف الفاء يستعمل للعاطفة، وللسببية، وللتأكيد، أو يستعمل بمعنى (رب) أو بمعنى (إلى)، فالسياق هو الذي يُحدد لنا لأي غرض استعمل في النص<sup>(٦)</sup>.

(١) أنظر المادة (٤٣٤) القانون المدني المصري.

(٢) أنظر بصدد تقدير المحذوف ودلالة السياق عليه: سعد بن مقبل بن عيسى، دلالة السياق عند الأصوليين، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، السعودية، ١٤٢٧-١٤٢٨ هـ، ص ٣٤١.  
د. مصطفى إبراهيم الزلمي، دلالات النصوص وطرق استنباط الأحكام، مصدر سابق، ص ٢٣٨. د. محمّد شريف أحمد، مصدر سابق، ص ٦٩. مريم وصل الله صامل الرحيلي، مصدر سابق، ص ١٦٣.

(٣) ففي قوله تعالى (قالت أنى يكون لي غلام ولم يمسنني بشر...) الآية (٢٠) من سورة مريم، فالمراد هنا بمعنى النكاح، وأما في قوله عز وجل (الذين يأكلون الربا لا يقومون إلا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس...) الآية (٢٧٥) من سورة البقرة، يراد به الجنون، أما في قوله تعالى (يوم يسحبون في النار على وجوههم ذقوا مس سقر) الآية (٤٨) من سورة القمر أي أذى سقر. أنظر مريم وصل الله صامل الرحيلي، مصدر سابق، ص ٧. وأنظر الشيخ محمّد جواد مُغنية، التفسير الكاشف، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٧٩، مج ١ ص ٤٧٦، مج ٥ ص ١٧٤، مج ٧ ص ٢٠٠.

(٤) سمية محامدية، مصدر سابق، ص ٧٤.

(٥) د. عكاشة محمّد عبد العال و د. سامي بديع منصور، مصدر سابق، ص ٥٧.

(٦) مريم وصل الله صامل الرحيلي، مصدر سابق، ص ٢٨٨.

وفي وسع القاضي ان يعرفَ عود الضمائر من خلال السياق ، فأحياناً يبدو هناك غموض يكتنف عود الضمير ، فعلامَ يعود الضمير في النص التشريعي؟ فمع الالتفات جيداً للسياق يستظهر على من يعود.

ومما تقدم ذكره من الموارد ، وهناك موارد غيرها لا تخفى على القاضي ذي الحدس القوي والملم بالاستعمالات اللغوية وبأساليب الصياغة التشريعية ، يتبين لنا دور السياق في دلالة النص التشريعي ، ولكن هذا السياق المتقدم يدور في حدود ما أفاده النص أي التركيب الذي صيغ فيه النص التشريعي، وهناك سياق آخر يتعرض له اللغويون في الموضوع نفسه يُعبّرون عنه بسياق المقام أو الحال أو الموقف ، وهم يريدون بذلك القرائن الخارجية التي بملاحظتها يتضح لنا النص، أي ملاحظة الظروف والملابسات المحيطة بالنص ، فالسياق لديهم إما داخلي لغوي أو خارجي غير لغوي ، وهذا السياق الثاني أيضاً له دور في العمل القضائي والاستنباطي ، فالقاضي يلجأ إليه عندما تكون دلالة النص التشريعي مصدر الاستنباط غير كافية ولم يسعفه النص نفسه بالوصول إلى المراد منه ، فيستعين من أجل التوصل إلى دلالاته حينئذ بما جرى من مُقدمات سبقت صدوره ، فيرجع إلى الأعمال التحضيرية والمصدر التاريخي للنص والأسباب الموجبة للتشريع . . أي يرجع إلى السياق الذي إطاره جرى إنشاء القاعدة القانونية وصياغة النص التشريعي الذي تضمنها، وإن كنا نعتقد أن السياق الخارجي الذي ينبغي على القاضي الإحاطة والإلمام به أبعد من ذلك ، فعلى القاضي حتى يكون دقيقاً في استنباط الحكم القضائي من النص التشريعي لا بد أن يكون مُلماً بما وراء النص ، سواء أكانت أعمالاً تشريعية أو غيرها ، فقد نرى النص مثلاً قد تناول مسألة تتعلق بالأوزان أو القياسات أو المساحة . . فيجب أن يكون لدى القاضي تصور عن هذه المسألة بما يحمل من ثقافة عامة ناهيك عن استعانتته بالخبراء ، وبذلك يجمع بين فقه النص وما وراءه .

وقد أولى علماء أصول الفقه الإسلامي اهتماماً لفكرة السياق وساروا على طريقة اللغويين ، إذ اعتمدوا في بيان معنى النصوص الشرعية وتحديد دلالتها ، على نوعين من السياق ، أحدهما عبّروا عنه (بالقرائن اللفظية) ، وعن الثاني (بالقرائن المقامية) ، وفهموا الأثر الذي تقوم به هذه القرائن<sup>(١)</sup>.

(١) الشيخ مرتضى الأنصاري ، فرائد الأصول ، ج١ ، مجمع الفكر الإسلامي ، قم المقدسة ، ١٤١٩ ، ص ١٦٩ . السيد محمد صادق الروحاني ، زبدة الأصول ، ج٢ ، مدرسة الإمام الصادق (ع) ، بلا سنة نشر ، ص ٢٥ . محمد قاسم الأسطل ، القرينة عند الأصوليين وأثرها في فهم النصوص ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الشريعة في الجامعة الإسلامية بغزة ، ٢٠٠٤ ، ص ٣٢-٣٤ . سمية محامدية ، مصدر سابق ، ص ٢٥ .



ومن خلال ما تقدم يمكن ان نقول يتكامل العمل بين علم (القانون وأصوله ) مع علم (الفقه الإسلامي وأصوله ) لوحدة الملاك بين العلميين ، ألا وهو التوصل إلى الأحكام التي تحسم المنازعات وتنظم المراكز القانونية للخصوم ناهيك عن إرساء النظام القانوني لحياة المجتمع .

وتطبيقا لما تقدم نجد أن القاضي يفهم نص المشرّع العراقي بأن (الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق إذا كان محل الالتزام شيئا معيناً بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل)<sup>(١)</sup> ، إن المراد بالتسجيل هو التسجيل في دائرة الطابو- سميت فيما بعد بدائرة التسجيل العقاري- مع أن لفظة التسجيل الواردة في النص مطلقة ، ولكن السياق اللفظي والخارجي والظروف المحيطة بالنص ، كموقع النص في القانون المدني ، والمتعارف بحكم الاختصاص العلمي والمهني ، وبملاحظة القرائن التي أحاطت بالنص ، أوحى للقاضي بدلالة لفظ التسجيل ودلالة النص على المعنى المراد ، فمن خلال سياق النص التشريعي قد نجد الحكم القانوني مرتبطا بلفظ له مدلول مطلق أو عام ولكن العرف والقرائن المحيطة بالنص تُقيده أو تُخصّصه ، أي مناسبة الحكم والموضوع قد تقتضي التقييد والتخصيص أو العكس قد تقتضي الأطلاق أو التعميم ، ويُعبّر بعض الأصوليين عن ذلك بقولهم أن ((تلك التخصيصات والتعميمات تقوم على أساس ما يسمى مناسبة الحكم والموضوع حيث أن الحكم له مناسبات ومناطق مرتكزة في ذهن العرفي بسببها ينسب إلى ذهن الإنسان عند قراءة الدليل التخصيص تارة والتعميم أخرى، وهذه الأنسبقات حجة لأنها تشكل ظهورا للدليل وكل ظهور حجة وفقا لقاعدة حجية الظهور))<sup>(٢)</sup>.

(١) أنظر المادة (٢٤٧) القانون المدني العراقي .  
(٢) السيد محمّد باقر الصدر ، دروس في علم الأصول ، الحلقة الثانية ، مركز الأبحاث التخصصية للشهيد الصدر (قدس سره) ، قم ، ١٤٣٦ هـ ، ص ٢٦٣ .

## المبحث الثاني

### استنباط الحكم من فحوى النص التشريعي

استنباط الحكم ليس وقفاً على ألفاظ النص ، ففي وسع القاضي أن يتخذ من الفحوى مصدراً للاستنباط ، فالمعنى كما يُستنتج من ألفاظ وعبارة النص في ضوء قواعد اللغة والاصطلاح ، فمن الممكن أن يُستنتج من التلازم بين المعنى المتقدم ومعنى آخر في ضوء قواعد المنطق وأصول دلالات المفاهيم وهو ، وهذا يعني أن فحوى النص تنقوم بألفاظ النص والعقل ، فالقاضي يدرك الملازمة بين المعنى المستفاد من ألفاظ النص وبين المعنى المستفاد من فحوى النص بحيث ينتقل ذهنه عند تصوره للمعنى الأول إلى المعنى الثاني .

وتجدر الإشارة إلى أن دلالة الفحوى والمعنى الالتزامي الذي تعرضنا له سلفاً ، وإن كان كلاهما من الدلالة التلازمية التي يقضي بها العقل ، إلا أن دلالة الفحوى تتبادر إلى ذهن القاضي عند تأمله في ألفاظ النص بينما المعنى الالتزامي يحتاج إلى تدقيق عقلي يستنبطه القاضي الألمي تبعاً لألفاظ النص ، فدلالة الفحوى أقوى ظهوراً من المعنى الالتزامي .

والحكم الذي يستنبطه القاضي من فحوى النص يكون تارة موافقاً للحكم المذكور في ألفاظ النص قياساً على علته ، كما لو كان الحكم القانوني الذي يقرره ظاهر ألفاظ النص هو الواجب فيكون الحكم الذي يستفاد من الفحوى هو كذلك . وقد يكون مخالفاً له لتخلف قيد مُعتبر فيه ، فلو كان الحكم إلزامياً يكون حكم الفحوى غير الزامي حينئذٍ لتخلف الشرط الموجب للإلزام .

وبناءً على ما تقدم سنقسم هذا المبحث على مطلبين ، نتطرق في المطلب الأول الى استنباط الحكم من فحوى الموافقة ، ونتطرق في المطلب الثاني الى استنباط الحكم من فحوى المخالفة .

## المطلب الأول

### استنباطه من فحوى الموافقة

قد تكون الواقعة موضوع النزاع في الدعوى المنظورة لا تتناولها ألفاظ النص التشريعي ولكن القاضي يدرك من تلك الألفاظ أن هناك معنىً يكون موجبا للحكم يُعبّر عنه بمناط أو علة الحكم . ويرى القاضي أن هذا المناط موجود في القضية التي يريد أن يحكم فيها ، فيستنبط لها من فحوى النص حكماً يوافق الحكم الوارد في ألفاظ النص ، فإذا وُجدت حالة لا يتناولها النص بألفاظه ولكنها تشترك معه في

العلة التي استوجبت الحكم فيثبت الحكم نفسه للحالة المسكوت عنها ، وبهذا يكون القاضي قد استنبط الحكم من روح النص ومعقوله ، و هو ما أدركه من فحوى خطاب النص التشريعي<sup>(١)</sup> .

ولذا نُعرّف فحوى الموافقة بلحاظ الاستنباط القضائي بقولنا: ( بأنه دلالة النص التشريعي على ثبوت الحكم حسب ما يفهم منه للواقعة المتنازع عليها في الدعوى المنظورة والموافق للحكم المستفاد من ألفاظه نفيًا وإثباتًا لا اشتراكهما في علة يدركها القاضي من معرفته بلغة الخطاب) .

والحكم الذي يثبت بفحوى النص التشريعي إنما يثبت بالمفهوم اللغوي ولكن بمعرفة المناط الموجب للحكم ، أي إن القاضي يصل هنا إلى فحوى النص بواسطة المعنى الذي كان مناطا للحكم بينما رأينا المعنى الالتزامي يدل على الحكم بصيغة ولفظ النص نفسه ، وإن كان ذلك عن طريق الالتزام ، فنضيف لما تقدم بأنه يتميز المعنى الالتزامي عن الفحوى ان الأول دلالاته مباشرة عن طريق الالتزام في حين دلالة الفحوى غير مباشرة لأنها بالواسطة كما تقدم أعلاه<sup>(٢)</sup> .

والمناط أو العلة التي يستند القاضي عليها في التوصل إلى الحكم من فحوى النص قد تكون مساوية لعلة الحكم الثابت بألفاظه ، وقد تكون أقوى منها ويتحقق اللزوم المنطقي بصورة أوضح من صورة تساوي العلة ويتم الاستنتاج بموجبه بطريقة تطبيق حكم الكثير على القليل أو بالعكس .

وعليه سنعالج في هذا المطلب كلتا الحالتين المذكورتين حسب قوة العلة وذلك في فرعين ، نتطرق في الفرع الأول الى فحوى الموافقة مع تساوي العلة ، ونتطرق في الفرع الثاني الى فحوى الموافقة مع أولوية العلة.

## الفرع الأول

### فحوى الموافقة مع تساوي العلة

العلة هي المدار في استنباط حكم المسألة أو الواقعة التي لم تتناولها ألفاظ النص التشريعي ، إذ إن القاضي ينظر إلى علة الحكم الذي تناولته ألفاظ النص ، فإن وجد هذه العلة نفسها متوفرة في واقعة الدعوى المفترقة إلى الحكم وهي لا تختلف عنها في قوتها ، أي متحققة بالقوة نفسها في الواقعة موضوع النزاع ، يكون القاضي قد استنبط الحكم من فحوى النص لكون العلة واحدة في الواقعتين حينئذٍ .

(١) د. محمد أديب صالح ، مصدر سابق ، ص ٤٢١ و ٤٨٧ . عواد حسين ياسين ، مصدر سابق ، ص ٢٢١ .

(٢) د. محمد أديب صالح ، المصدر نفسه ، ص ٤٢١ .

فقد نص المشرع العراقي على أنه (يجوز للمحكمة أن تنقص مقدار التعويض أو ألا تحكم بتعويض ما إذا كان المتضرر قد اشترك بخطئه في أحداث الضرر أو زاد فيه أو كان قد سواً مركز المدين)<sup>(١)</sup> ولدى المشرع المصري نظير هذا النص مع اختلاف الصياغة ، إذ نص أنه (يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أو ألا يحكم بتعويض ما ، إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في أحداث الضرر أو زاد فيه)<sup>(٢)</sup>.

فلو عُرضت على القاضي مسألة أو واقعة فيها إن سببا أجنبيا آخر - غير الدائن - اشترك مع المدين في أحداث الضرر ، وهذه الواقعة لم تتناول حكمها ألفاظ النصين أعلاه ، بل تناولتا فقط إذا اشترك الدائن مع خطأ المدين في أحداث الضرر ، وقررتا حكما قانونيا ، فللقاضي في هذه الحالة أن ينقص التعويض أو أن لا يحكم به . وعلّة هذا الحكم إن خطأ المدين لم يستغرق لوحده كل الضرر الذي حصل ، ومن العدل أن لا يحمّل القاضي تعويضا لم يكن متأت من خطئه ، وفي وسع القاضي أن يعطي الحكم ذاته الذي تضمنه النصان التشريعيان المتقدمان إلى الواقعة أعلاه موضوع النزاع ؛ وذلك لأن مناط الواقعتين واحد ، أي لاتحاد العلة التي ذكرناها بين الواقعتين ، أي في حالة اشتراك سبب أجنبي مع خطأ المدين يكون أيضاً خطأ المدين لم يستغرق كل الضرر الذي حصل ، وبهذا يكون القاضي استنبط من فحوى النصين حكما قضائيا لواقعة النزاع المعروضة عليه.

وقد ذهبت محكمة التمييز بقرار لها حول اشتراك الدائن في أحداث الضرر مع المدين إلى مبدأ مفاده: ( إذا كان مالك السيارة المحجوزة لم يتابع ويراجع الشخص لاستلامها بعد رفع الحجز عنها واهمل في ذلك كما ان الشخص الثالث المودعة لديه السيارة قد قصر في واجبه في المحافظة عليها حيث وُجدت متضررة عند التسليم فيتعين على المحكمة الاستعانة بالخبراء لتحديد نسبة تقصير كل منهما وتفصل في الدعوى في ضوء ذلك)<sup>(٣)</sup>.

ووقع الخلاف بين فقهاء القانون كما هو واقع بين الأصوليين ، هل الحكم الذي يتوصل إليه القاضي من فحوى النص تكون الدلالة عليه دلالة لفظية أم دلالة قياسية ؟ ويريدون بذلك هل الدلالة من فحوى النص من قبيل القياس المعروف في المنطق بالتمثيل بوصفه أحد طرق الاستدلال المنطقي ، الذي قد يُعبّر عنه (بقياس النظر) أو (قياس المماثلة) ، ويُعبّر عنه بالفقه والأصول لدى بعضهم (بالقياس الخفي) ، وفيه يتوصل القاضي إلى الحكم عن طريق المماثلة والمثابته بين واقعتين المقيس

(١) المادة ( ٢١٠ ) القانون المدني العراقي .

(٢) المادة (٢١٦) القانون المدني المصري .

(٣) قرار محكمة التمييز ٧٠٥ / مدنية أولى / ١٩٩٢ في ٢٨ / ٧ / ١٩٩٢ ، نقلا من: عواد حسين ياسين ، مصدر سابق ، ص ٢٢٢.

## الفصل الأول ..... استنباط الحكم القضائي من النص التشريعي (١٢١)

والمقيس عليها ، فذهن القاضي ينتقل من حكم أحدي الواقعتين إلى حكم الواقعة الأخرى للتشابه بينهما في العلة الموجبة للحكم ، فإذا وجد القاضي حالة نظمها المشرع تكون مشابهة للحالة المعروضة عليه التي لم يجد لها نصا تشريعيا يحكمها ، فيطبق حكم الحالة الأولى على الثانية وأساسه في ذلك إن الحالات المتماثلة في الطبيعة يجب أن يكون حكمها واحد<sup>(١)</sup> .

فهناك من فقهاء القانون من ذهب إلى أنه لا فرق بين فحوى الموافقة للنص والقياس الخفي ، سواء أدرك القاضي العلة من لغة النص أم من بذله الجهد وأبداء الرأي<sup>(٢)</sup> ، وهناك من اظهر فرقا بينهما على أساس أن ادراك العلة في الفحوى بلغة النص بينما إدراك العلة في القياس الخفي تكون بالاجتهاد والرأي<sup>(٣)</sup> ، فالمهم لدى الاتجاه الأول أن القاضي يستنبط حكما غير منصوص عليه بالقياس إلى حكم منصوص عليه لاتحادهما في العلة ، أيا كان الطريق لأدراك هذه العلة .

والباحث مع الاتجاه الأول ؛ لأن فحوى النص التشريعي والقياس الخفي (قياس التمثيل) كلاهما يفترضان وجود واقعة نص عليها المشرع وبيّن حكمها ، وواقعة أخرى لم ينص عليها ولكنها تتفق مع الأولى في العلة ، فعن طريق القياس يسري حكم الواقعة الأولى إلى الواقعة الثانية .

وهناك من يرجح ما ذهب إليه الرأي الآخر ويرى لكل من فحوى الموافقة للنص الذي أطلق عليه مفهوم الموافقة وهي تسمية أخرى لها لدى الأصوليين وللقياس الخفي مجاله فمجال الأول حال وجود نص بينما مجال الثاني في حال عدم وجود النص ، وهذا تحديد واضح للقاضي ، فيما إذا عُرِضت عليه مسألة أو واقعة فيها نص تشريعي يسري عليها أو عُرِضت عليه مسألة أخرى لم يرد فيها نص<sup>(٤)</sup> .

وهناك من لا يوافقهم على ما ذهبوا إليه من أن القياس الخفي مجاله في حالة عدم وجود النص ؛ لأنه كيف لنا أن نتصور ان تطبيق القياس في هذه الحالة إذ من أركانه (الأصل) وهو الحالة المقيس عليها التي ورد فيها نص قد تضمن حكمها ، إلا إذا أرادوا بذلك التفرقة بين القياس التشريعي ليعدّوه موردا لفحوى الموافقة، والقياس القانوني ليعدّوه موردا للقياس الخفي ، والأول يتكون من تطبيق نص ينظم حالة معينة على أخرى غير منصوص عليها لوجود تشابه في العلة بين الحالتين ، وأما القياس القانوني هو قياس حالة لم يرد بشأنها نص ، فيلجأ القاضي إلى قياسها على مبدأ قانوني وروح النظام

(١) د. محمد أديب صالح ، مصدر سابق ، ص ٥٩٠ .

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري ، علم أصول القانون ، مطبعة فتح الله الياس نوري وأولاده ، مصر ، ١٩٣٦ ، ص ١١٥ .  
عبد المنعم فرج الصده ، أصول القانون ، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ، مصر ، ١٩٦٥ ، ص ٢٦٥ .

د. محمد حسن قاسم ، المدخل لدراسة القانون ، مصدر سابق ، ٢٠٠٦ ، ص ٤٠٥ .

(٣) د. فايز محمد حسين ، دور المنطق القانوني في تكوين القانون وتطبيقه ، مصدر سابق ، ص ٢٦٩ . عواد حسين ياسين ، مصدر سابق ، ص ٢٤٥-٢٤٦ .

(٤) د. محمد أديب صالح ، مصدر سابق ، ص ٥٩٢ .

القانوني ، أي في حالة عدم النص يتعين على القاضي أن يستخلص المبدأ القانوني من مجموع النصوص التشريعية ليكون هو المقيس عليه ، فبعد هذا المبدأ مصدراً للقياس ، ومن ثم يستنبط القاضي منه حكم القضية المنظورة من قبله بدلا من النص التشريعي المنفرد. ومثال ذلك ما نص عليه المشرع العراقي من انه (إذا عقد الإيجار دون اتفاق على مدة أو عقد لمدة غير محددة أو إذا تعذر إثبات المدة المدعى بها فيعتبر الإيجار منعقداً للمدة المحددة لدفع الأجرة وينتهي بانقضاء هذه المدة بناء على طلب أحد المتعاقدين إذا هو نبه المتعاقد الآخر بالإخلاء في المواعيد الآتية بيانها...) (١) فنلاحظ في هذا النص طبيعة التنبيه بالإخلاء فهو تصرف قانوني يتم بالإرادة المنفردة لمن صدر عنه ، ولا يُعدّ أرادة منفردة بالمعنى الوارد في المادتين ١٨٤ و ١٨٥ من القانون المدني العراقي ؛ لأن الإرادة المنفردة في هاتين المادتين تعتبر مصدرا من مصادر الالتزام ، في حين أن دور التنبيه بالإخلاء - المذكور في النص المتقدم- إنهاء عقد الإيجار الذي لم تكن مدته محددة ، أي إنهاء مصدر الالتزام ، ويترتب على ذلك عدم وجود نص تشريعي ينظم هذا التصرف وأحكامه لذا يتعين على القاضي الحكم لمعالجة هذه المسألة بطريق القياس من النصوص التشريعية النافذة ، وهذا الاستنباط يؤدي إلى القول بأن تسري على هذا التصرف الأحكام القانونية التي تسري على العقد إلا ما يتعلق منها بضرورة تطابق الإرادتين ؛ وذلك لاقتضاه على إرادة واحدة هي إرادة من صدر التنبيه بالإخلاء منه (٢).

والسؤال الذي يفرض نفسه في مورد البحث ، هل أن المشرع العراقي أقر حجية القياس الخفي في العمل القضائي؟ بعد الفراغ من كون فحوى النص أحد قنوات الاستنباط القضائي في التوصل إلى الأحكام والفصل في الدعوى .

إذا رجعنا إلى نصوص القانون المدني فلن نجد نصا صريحا في هذه المسألة غير أن المشرع نص في المادة (٣) منه على أن (ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يُقاس عليه) ، وبناءً على هذا النص أن هناك رأياً في الفقه يفترض أن المشرع أقر حجية القياس الخفي ناهيك عن أخذه بفحوى النص ، واستند في ذلك إلى فحوى المخالفة أو على حد تعبيرهم طبقاً لمفهوم المخالفة للنص المذكور أعلاه ، على أساس من أن المشرع منع القياس ، وكان شرط هذا المنع إذا كان المقيس عليه نصاً استثنائياً من القواعد العامة

(١) المادة (٧٤١) القانون المدني العراقي .

(٢) عواد حسين ياسين ، مصدر سابق ، ص ٢٤٧-٢٤٨ . د. محمود السقا ، المنطق القانوني والمنطق القضائي ، دار الثقافة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١ ، ص ٢١٩ . د. محمد شريف أحمد ، مصدر سابق ، ص ٣٠٥ و ص ٣١٤ . ويلاحظ أن المادة ١٨٤ من القانون المدني العراقي قد نصت على انه (١- لا تلزم الإرادة المنفردة صاحبها إلا في الأحوال التي ينص فيها القانون على ذلك- ويسري عليها ما يسري على العقد من الأحكام إلا ما تعلق منها بضرورة وجود إرادتين متطابقتين لإنشاء الالتزام) . ونصت المادة ١٨٥ على أن (١- من وعد بجعل يعطيه لمن يقوم بعمل معين التزم بإعطاء الجعل لمن قام بهذا العمل حتى لو قام به دون نظر إلى وعد- وإذا لم يحدد الواعد اجلاً للقيام بالعمل جاز له الرجوع في وعده على ألا يؤثر ذلك في حق من قام بالعمل قبل الرجوع في الوعد-٢- وتسقط دعوى المطالبة بالجعل إذا لم ترفع خلال ستة أشهر من تاريخ إعلان العدول) .

فلا يجوز التوسع في تطبيقه على الحالات المشابهة ، فهو خلاف القياس لذا لا يقاس عليه ، ولو انتفى هذا الشرط يفهم من النص ان القياس يعمل به حينئذ إذا لم يكن النص المقيس عليه استثنائياً<sup>(١)</sup> .

وليس لدى المشرع المصري نص نظير نص المشرع العراقي أعلاه<sup>(٢)</sup> ، وكذلك ليس لدى المشرع الفرنسي نظيره ، لذا وقع الخلاف فيه ، إذ أعدّه الفقه الفرنسي التقليدي وسيلة من وسائل تفسير إرادة المشرع بأعماله على الحالات الأخرى بينما عدّه الفقيه جيني أنه مكمل للتشريع لا مفسر له بما يتطلب من مقتضيات العدالة والصالح العام ، فهو عنده وسيلة من وسائل البحث العلمي<sup>(٣)</sup> .

## الفرع الثاني

### فحوى الموافقة مع أولوية العلة

الفحوى في هذه الصورة لا تختلف عن الصورة المتقدمة من حيث المراد بها ولكن العلة التي يبني القاضي على أساس منها استنباط الحكم من فحوى النص التشريعي في الواقعة المعروضة عليه تكون أقوى مما هي عليه في الواقعة التي ورد النص في حكمها، ولذا فإن قوة اللزوم المنطقي بين الواقعتين

(١) د. محمد شريف أحمد ، مصدر سابق ، ص ٣٣٤-٣٣٥ و ص ٣٣٩-٣٤٠ .  
(٢) يُلاحظ ان القانون التجاري المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ قد تضمن ما يشير صراحة للجوء إلى القياس ، فنصت المادة (٧) منه على ان ( يكون عملا تجاريا كل عمل يمكن قياسه على الأعمال المذكورة في المواد السابقة لتشابه في الصفات والغايات) . فبمقتضى هذا النص إن المشرع المصري قد بين المنهج الواجب اتباعه لأجل عدّ ثمة عمل لم يرد ذكره في التعداد التشريعي للأعمال التجارية من قبيل هذه الأعمال ، وإنه أفصح عن علة القياس تكمن في التشابه في الصفات والغايات . فللقانون التجاري المصري انتهى نهجا تشريعا سمح بمقتضاه في اتساع نطاق اللجوء إلى القياس . وعليه لو عُرض عمل معين في الدعوى المنظورة ، ولم يكن منصوصا عليه بكونه عملا تجاريا ، فالقاضي يقوم بأعمال الاستدلال القياسي لأجل تحديد طبيعة العمل المعروض عليه ، فتتكون صورة القياس من الكبرى التي تضم نصوص المواد ٤-٧ من القانون التجاري المصري ، والمقدمة الصغرى وهي وجود عمل يتشابه في صفته وغايته مع الأعمال المنصوص عليها في المواد المذكورة في المقدمة الكبرى، والنتيجة وهي ثبوت الصفة التجارية لهذا العمل .

أنظر : د. فايز محمد حسين ، دور المنطق القانوني في تكوين القانون وتطبيقه ، مصدر سابق ، ص ١٠ و ص ٢٨٠ .  
ولكي لا يختلط الأمر بين الاستدلال القياسي وقياس التمثيل (قياس التشابه) ، نشير إلى أن ما ذكره المشرع المصري في القانون التجاري هو قياس التمثيل والتشابه وهذا ما يوحي به نص م ٧ أعلاه ، إذ ورد فيه لفظ التشابه ، فقياس التمثيل أو التشابه هو القياس الفقهي (القياس الخفي) ويكون الاستدلال فيه بالانتقال من جزئي إلى جزئي (من واقعة إلى واقعة أخرى) بينما الاستدلال القياسي يكون الانتقال فيه من كبرى إلى صغرى أي من عام إلى خاص ، وفي ضوء نصوص القانون التجاري المصري الواردة في تحديد الأعمال التجارية ، فالقاضي في استدلاله لاستنباط حكم العمل غير المنصوص عليه ينتقل من عمل تجاري محكوم بنص إلى عمل آخر موضوع الدعوى . وهو غير منصوص عليه يتشابه معه ، وعليه تكون صورة القياس متكونة من أربعة أركان : الأصل (المقيس عليه) : وهو العمل التجاري الذي فيه نص ، والفرع (المقيس) : العمل الذي يبحث القاضي في حكمه هل هو تجاريا أم مدنيا ، العلة : الغاية والوصف الذي ابتنى عليه حكم الأصل ، الحكم (النتيجة) : عدّ العمل موضوع الدعوى تجاريا ؛ لأنه صفته تشبه صفة العمل التجاري الذي نص عليه القانون التجاري المصري . ولم يرد في قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ النافذ مثل النص المتقدم ، لذا وقع الخلاف بين شرّاح هذا القانون هل أن الأعمال التجارية التي عددها المشرع واردة فيه على سبيل الحصر أو على سبيل المثال .

(٣) د. محمد شريف أحمد ، مصدر سابق ، ص ٣١٣-٣١٤ و ص ٣٣٨ .

أوضح في هذه الصورة ، بل إن هذا النوع من الاستنتاج يتصل بالقواعد المنطقية كقاعدة (من يملك الأكثر يملك الأقل) وقاعدة ( ما يسري على الكل يسري على الجزء)<sup>(١)</sup>.

فلو كانت القضية في الدعوى المنظورة هي منازعة بين المستأجر والمؤجر عما أحدثه المستأجر من هدم في بعض جدار العقار المأجور ، ولم يبين عقد الإيجار بينهما كيفية استعمال المستأجر للمأجور ، وهو ما يتمسك به المستأجر في تبرير ما أحدثه ، وإن كان على العموم استعماله للمأجور حسب المتعارف . وعندما نظر القاضي في أحكام الإيجار في القانون المدني ليفصل بهذه القضية وجد أن المشرع قد نص على أنه (أيا كان المأجور يجب على المستأجر ان يستعمله على النحو المبين في عقد الإيجار ، فان سكت العقد وجب عليه ان يستعمله بحسب ما اعد له ووفقاً لما يقتضيه العرف)<sup>(٢)</sup> ، فيرى استناداً إلى لفظ النص ومنطوقه إنه في حالة عدم نص عقد الإيجار على كيفية الاستعمال فعلى المستأجر أن يستعمله وفقاً للعرف السائد في الاستعمال ؛ وعلّة ذلك حفاظاً على المأجور ، ويفهم من فحوى هذا النص أنه من باب أولى انه لا يجوز للمستأجر أحداث هدم فيه لأن الهدم يستلزم عدم الحفاظ بنحو أشد مما هو متعارف<sup>(٣)</sup>.

وكذلك لو كانت القضية المعروضة أمام القاضي المصري تتعلق بمطالبة زوجة بدين النفقة مقدماً على الديون عند إرادة تصفية الديون المتعلقة بذمة هذا المدين ، فعندما يرجع هذا القاضي إلى أحكام الامتياز في القانون المدني المصري يجد أن المشرع نص في المادة (١١٤١) على ان (١- يكون للحقوق الآتية امتياز على جميع أموال المدين من منقول وعقار : أ - المبالغ المستحقة للخدم والكتابة والعمال وكل أجير آخر ، ب- المبالغ المستحقة عما تم توريده للمدين ولمن يعوله من مآكل وملبس في الستة الأشهر الأخيرة ، ج - النفقة المستحقة في ذمة المدين لأقاربه عن ستة الأشهر الأخيرة ٢- وتستوفى هذه المبالغ مباشرة بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة ومصروفات الحفظ والترميم ، أما فيما بينها فتستوفى بنسبة كل منها) فالقاضي لم يجد في ألفاظ النص وعباراته امتيازاً لدين نفقة الزوجة غير أن بالإمكان استنباطه من فحوى النص ؛ لأن العلة الموجبة لامتياز ما ذكره النص من ديون هي كونها مصدر معيشتهم ، وهذه العلة متوفرة بشكل أقوى في دين نفقة الزوجة ، فيثبت لها الامتياز أيضاً من باب أولى . علماً بأن المشرع العراقي حسم هذه المسألة بنصه على امتياز دين نفقة الزوجة ، وأختلف في صياغة الفقرة الخاصة بدين النفقة المستحقة عن صياغة المشرع المصري ، فقد رأينا ان الفقرة (١/ج) من المادة (١١٤١) من القانون المدني المصري جاءت هكذا: (النفقة المستحقة في ذمة المدين لأقاربه

(١) د. محمود السقا ، مصدر سابق ، ص ١٢٨ . د. فايز محمد حسين ، دور المنطق القانوني في تكوين القانون وتطبيقه ، مصدر سابق ، ص ٢٧١ . د. محمد شريف أحمد ، مصدر سابق ، ص ٢٥٣ .

(٢) المادة (٧٦٢) القانون المدني العراقي .

(٣) عواد حسين ياسين ، مصدر سابق ، ص ٨١ .



عن ستة الأشهر الأخيرة ) ، والزوجة ليست من الأقارب مما يعني أن عبارة النص وألفاظه سكتت عن نفقة الزوجة ، بينما جاءت الفقرة (١/ج) من المادة ( ١٣٧٢ ) من القانون المدني العراقي هكذا: ( المبالغ المستحقة في ذمة المدين لمن تجب نفقتهم عليه) ، ومن المعلوم إن نفقة الزوجة واجبة على الزوج .

ويتحقق فحوى النص مع أولوية العلة بأحدى طريقتين:

### ١- بتطبيق القاضي حكم الكثير على القليل

فإذا واجه القاضي حالة ورد فيها أن النص التشريعي يُجيز فعلاً كبيراً أو أفعالاً كثيرة فمن باب أولى أن يكون الفعل الأصغر أو الأفعال الأقل منه جائزة مادامت العلة واحدة فيهما ، كما هو مقتضى قاعدة (من يملك الأكثر يملك الأقل) أو (ما يسري على الكل يسري على البعض)<sup>(١)</sup>.

### ٢- تطبيق القاضي حكم القليل على الكثير

كما لو واجه القاضي واقعة أو قضية لم يرد فيها النص وهي تتفق في موضوعها مع مسألة ورد فيها النص ، وكان النص يمنع فعلاً صغيراً أو قليلاً ، فمن باب أولى أن تكون المسألة التي لم يرد بها النص ممنوعة أيضاً مادامت أكبر أو أكثر والعلة فيهما واحدة ، فإذا كان القاصر ممنوعاً من التصرفات بعوض تكون تصرفاته بلا عوض ممنوعة من باب أولى<sup>(٢)</sup> ، والعلة هي خشية أن لا يحسن التقدير والتصرف ومن ثمَّ يلحقه ضرر ، وإن كان ذلك بمقابل ، وهذه العلة متوفرة بشكل أكبر لو كان التصرف بلا مقابل ؛ لأن المقابل الذي يأخذه في الصورة الأولى لعله يُقلل من الضرر إذا ما قورن بالصورة الثانية فإن الضرر فيها أكبر وأكثر ؛ إذ لا مقابل يُجبره نسبياً .

## المطلب الثاني

### استنباطه من فحوى المخالفة

لقد تناولنا فيما سبق إنَّ للنص التشريعي مدلولاً مطابقاً ، عبّر المشرّعان العراقي والمصري عنه (بألفاظ النص التشريعي) ويصطلح عليه الأصوليون (بالمنطوق) ، وللنص التشريعي معنى التزامي أيضاً ، وهو ما يلزم المدلول المطابقي المستفاد من ألفاظ النص الذي يصطلح عليه الأصوليون (بدلالة الإشارة) ، وذكرنا إن (فحوى النص التشريعي) التي يُعبّر عنها الأصوليون (بالمفهوم) ، هو من قبيل

(١) د. محمود السقا ، مصدر سابق ، ص١٢٨. عواد حسين ياسين ، مصدر سابق ، ص٨١ و ص٢٢٣ .

(٢) عواد حسين ياسين ، مصدر سابق ، ص٢٢٥. د. محمد شريف أحمد ، مصدر سابق ، ص٢٥٤ .

الدلالات الالتزامية ، والقاضي قد يستنبط الحكم القضائي في الدعوى المنظورة من فحوى النص على نحو يخالف المدلول المطابقي ، الذي يُعبّر الأصوليون عنه (بمفهوم المخالفة) .

وعليه ففحوى النص التشريعي المتبادر إلى ذهن القاضي يكون الحكم فيه تارة موافقاً للمدلول المطابقي المستفاد من ألفاظ النص التشريعي ويكون مخالفاً له تارة أخرى .

وإذا كانت فحوى الموافقة لا خلاف فيها ، فلم تكن فحوى المخالفة كذلك بل كانت موضوعاً للخلاف من حيث الفكرة التي يقوم عليها بل وقع الخلاف في مدى حجيتها لاستنباط الأحكام منها . وهناك من يرى أن اصطلاح ( الفحوى ) الذي استعمله المشرّعان العراقي والمصري ، كما تقدم ، إنه لا يستوفي إلا حالة إذا كان الحكم موافقاً للحكم المستفاد من دلالة ألفاظ النص فقط ، وهذا يقتضي منا أن نقف على مضمون هذا الفحوى ببيان المراد بها وتحديد الفكرة التي بينتني عليها ودلالة النص التشريعي على أنه في وسع القاضي أن يتخذ منها مصدراً لاستنباط الحكم القضائي .

وإذا تبين لنا ذلك سوف ننتقل لبيان صورها التي تتنوع بتنوع القيود التي يُعلّق عليها الحكم ، وبيان إن هذه الصور لا يُعمل بها على نحو الاطلاق وإنما هناك ضوابط معينة لا بد ان تتوفر فيها حتى يتمكن القاضي من استنباط الحكم القضائي منها .

وبناءً على ما تقدم ، ولكي نسلط الضوء على استنباط الحكم من فحوى المخالفة ، سنقسم هذا المطلب على فرعين ، نتطرق في الفرع الأول الى مضمون فحوى المخالفة ، ونتطرق في الفرع الثاني إلى صور فحوى المخالفة .

## الفرع الأول

### مضمون فحوى المخالفة

يُراد بفحوى المخالفة أن الحكم المستفاد من المدلول الالتزامي للنص لا يوافق الحكم المستفاد من ألفاظه ، فحكم الواقعة المسكوت عنها يختلف عن الحكم المذكور في ألفاظ النص<sup>(١)</sup> .

وهذه الفحوى تقوم على أساس أنه إذا اختلفت بعض القيود المأخوذة في المدلول المطابقي وكانت هذه القيود مرتبطة بالحكم على نحو بحيث يستدعي انتفاؤها انتفاء الحكم المنصوص عليه<sup>(٢)</sup> .

(١) الشيخ محمّد رضا المظفر ، أصول الفقه ، ٧، مؤسسة النشر الإسلامي ، قم ، ١٤٣٤ هـ ، ص ١٥٧ .  
الشيخ محمّد الخضري ، مصدر سابق ، ص ١٢٢ .

(٢) السيد محمّد باقر الصدر ، الحلقة الثانية ، مصدر سابق ، ص ٢٥٤ .

وهناك رأي في الفقه يذهب إلى أن الاستدلال بفحوى المخالفة في استنباط الأحكام القضائية من النصوص التشريعية يقوم على فكرة أن هذه النصوص قد نظمت حالات معينة على نحو معين ، فيلزم القول إن الحالة المختلفة يجب أن تلقى تنظيمًا مختلفًا ، وأن الحالة العكسية يجب أن تلقى تنظيمًا عكسيًا<sup>(١)</sup> .

والباحث يرجح أن فكرة الاستدلال تقوم على أساس انتفاء القيود ، فمادام الحكم قد عُلِقَ على قيد مُعتبر بحيث لا يمكن أن نتصوره إلا مع هذا القيد ، وعليه فلو انتفى القيد يتغير الحكم بانتفاء الحكم المقرر بألفاظ النص والمعلق على القيد المذكور فيه .

فلو كانت القضية المعروضة أمام القاضي مطالبة المشتري ببطلان عقد بيع شيء غير معين بالذات لأنه تبين أن البائع لا يملكه ، وعندما رجع القاضي إلى النصوص التشريعية المنظمة لعقد البيع في القانون المدني العراقي لم يجد نصا يعالج هذه المسألة ، فرجع إلى القواعد العامة فوجد أن المشرع نص 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 . . . )<sup>(٢)</sup> فبموجب هذا النص إن المبيع المعين بالذات تنتقل ملكيته إلى المشتري مادام أن البائع مالكا للمبيع حين إبرام العقد ، ولكن القاضي يفهم من فحوى النص بملاحظة وتدقيق القيود التي عُلِقَ عليها الحكم القانوني المذكور ، فلو انتفى قيد الملكية للملتزم أو البائع لا تنتقل الملكية حينئذ مادام المبيع مُعينا بالذات ، وللمشتري أن يطلب فسخ العقد . أما لو انتفى القيدان قيد الملكية وقيد كون الشيء معين بالذات ، وهذه هي القضية المعروضة على القاضي ، أعني كون المبيع شيئاً غير معين بالذات ، وتبين ان البائع لا يملكه ، ونظرا لأنتفاء قيود الحكم ، يستتبط القاضي في هذه القضية حكماً يخالف الحكم المذكور في ألفاظ النص بمعنى ليس للمشتري أن يطالب بفسخ العقد ، وإن تبين أن البائع لا يملك المبيع المعين بالنوع ؛ لأن البائع يلزم بنقل ملكية المبيع حينئذ بتقديم مبيع آخر من النوع نفسه ؛ لأن نظائره موجودة في السوق .

وأما المشرع المصري فله نص خاص في أحكام عقد البيع في هذه المسألة ورد فيه انه (إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه ، جاز للمشتري أن يطلب أبطال البيع . ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار ، سجل العقد أو لم يسجل)<sup>(٣)</sup> فلو عُرِضَت القضية المتقدمة على القاضي المصري فيمكن أن يستتبط من فحوى النص المتقدم عدم جواز مطالبة المشتري بأبطال البيع إذا لم يكن المبيع معيناً

(١) عواد حسين ياسين ، مصدر سابق ، ص ٢٢٥ .

(٢) المادة (٢٤٧) القانون المدني العراقي .

(٣) المادة (١/٤٦٦) القانون المدني المصري .

بالذات ، فهكذا يدل فحوى المخالفة للنص على ثبوت حكم مختلف عن الحكم الوارد في ألفاظ النص للواقعة المسكوت عنها .

ويذهب بعضهم إلى أن هذه الفحوى تتحقق في موردين:

**الأول-** إذا اختلفت العلة بين الواقعة المحكومة بألفاظ النص والواقعة المسكوت عنها ، ويمثلون لهذه الصورة بما نص عليه المشرع العراقي من انه (إذا حدد الموجب ميعادا للقبول التزم بإيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد)<sup>(١)</sup> ، والمشرع المصري بأنه (إذا عُين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد)<sup>(٢)</sup> ففحوى المخالفة لهذين النصين أن الموجب إذا لم يحدد مدة لقبول إيجابه فلا يكون ملزما به ، فيرون أن الحكم قد اختلف في الواقعة الثانية لعدم توفر العلة المذكورة في النص .

**الثاني-** إذا كانت الواقعة المنصوص على حكمها جزئية من الحالات غير المنصوص عليها، وتبدو أنها حالة استثنائية مما يعني انفرادها بحكم خاص عن سائر الجزئيات الأخرى ، كما لو كانت الجزئية الاستثنائية هي بطلان بيع الحقوق في تركة إنسان على قيد الحياة فهذه جزئية من جزئيات (بيع الأشياء المستقبلية) ، فلو خصصت هذه الحالة بالنص يفهم أن سائر الجزئيات الأخرى لا تشترك معها في الحكم . وعليه فإن بيع الأشياء المستقبلية جائز حسب المفهوم المخالف لبطلان التعامل مع التركة المستقبلية<sup>(٣)</sup> .

والباحث يرى في كل الأحوال أن فحوى المخالفة تتحقق عندما يتخلف القيد أو القيود التي علق عليها الحكم في الحالة المنصوص عليها بألفاظ النص بحيث لا يمكن تصور هذا الحكم دون ذلك القيد أو تلك القيود ، وما ذكّر في الموردين أعلاه إنما يندرج تحت ما ذكرنا ، ففي المورد الأول جاء الحكم بخلاف الحكم المنصوص عليه ؛ لأنه تخلف قيد ( إذا حدد الموجب ميعادا للقبول ) ، وفي المورد الثاني إنما جاز بيع الأشياء المستقبلية الأخرى الذي استفدناه من فحوى المخالفة ؛ لأنه تخلف قيد (تركة إنسان على قيد الحياة) .

وذهب رأي في الفقه إلى أن المشرعين العراقي والمصري في الفقرة (١) من المادة الأولى من القانون المدني لكلاهما نصا على انه ( تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أوفي فحواها ) . إن القاضي غير مخول في استنباط الحكم من المفهوم المخالف لأن لفظ الفحوى ينصرف فقط إلى مفهوم الموافقة ، ورأينا له نظير هذه الملاحظة والرأي فيما يتعلق بنص

(١) المادة (٨٤) القانون المدني العراقي .

(٢) المادة (١/٩٣) القانون المدني المصري .

(٣) أنظر بالنسبة للموردين المذكورين د. محمود السقا ، مصدر سابق ، ص ١٢٩ . د. محمد شريف أحمد ، مصدر سابق ، ص ٢٥٧ . عواد حسين ياسين ، مصدر سابق ، ص ٢٢٧ .

المشرّع على كلمة ( . . . في لفظها . ) ، ولذا يرى وجوب إعادة صياغة هذه الفقرة باستبدال ( . . في لفظها أو في فحواها) بتعبير ( . . في منطوقها أو في مفهومها)<sup>(١)</sup>.

ولكن هناك من يُثير هنا تساؤلاً على الصياغة للنص المتقدم ، وإن كان شاهده ما نص عليه قانون الأحوال الشخصية العراقي من انه ( تسري النصوص التشريعية في هذا القانون على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها)<sup>(٢)</sup> . وهذا النص قد كرر ما جاء في القانون المدني ، أعني ( . . في لفظها أو في فحواها) ، فالسؤال المُثار بهذا الصدد هو هل أن المشرّع قصد أن لا تسري النصوص إلا على الوقائع التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو فحواها ، أي بانصراف ذلك إلى المدلول المطابقي وفحوى الموافقة فقط ، أو أن المشرّع أراد من الفحوى معنى اصطلاحياً وأراد جميع ما يمكن ان يُستفاد من المنطوق والمفهوم؟

وأجاب على هذا التساؤل: إن المشرّع لم يقصد حصر سريان النصوص على المدلول المطابق لمنطوق النص والمفهوم الموافق له فقط بدليل إن المشرّع يحكم بسريان النصوص على ما يتناوله النص ، حتى وإن كان المدلول مدلولاً التزامياً (دلالة إشارة) أو المفهوم (مفهوماً مخالفاً) ، وإن اتجاهات التشريعات سواء المتأثرة بالفقه الإسلامي وغيرها تُراعي مثل هذه الدلالات ، أي إن المشرّع لا يريد الجمود على ما تدل عليه المصطلحات لدى الأصوليين ، وإنما قصد من قوله ( في لفظها أو في فحواها ) جميع ما يمكن الاستفادة من النص ، سواء عن طريق المنطوق أو المفهوم .

غير أن هذا القصد تنقصه من ناحية الشكل قرينة تدل عليه ، وليس كافيها الادعاء بأن المشرّع استخدم كلمة (ألفاظ ) وكلمة (فحوى) بوصفها مصطلحات قانونية لها من الدلالة تختلف عما هي عليه في اصطلاح الأصوليين ؛ لأن التقسيمات للدلالات ، وهي تسميات أصولية فاستعمالها واستعارتها في نطاق التشريعات والصياغة القانونية لا يجعلها تحمل معانٍ غير المعاني التي لها في الاصطلاح الأصولي ، اللهم إلا إذا وجد ما يؤيد ويبيّن أن لها معانٍ ودلالاتٍ مخصوصةً في القانون غير الذي استعمله فيه علماء الأصول ، وهذا مفقود في المقام .

ولكي نستوفي المعنى الذي قصده المشرّع يقترح أيضاً إعادة صياغة نص قانون الأحوال الشخصية المذكور آنفاً فنستبدل فيه عبارة ( في لفظها أو في فحواها) بعبارة ( في منطوقها أو في مفهومها ) .

(١) د. مصطفى إبراهيم الزلمي ، دلالات النصوص وطرق استنباط الأحكام ، مصدر سابق ، ص ٢٢٥ .  
(٢) المادة (١/١) قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل .

ولكن قد يُقال إن استعمال تعبير (مفهوم) بدل (فحوى) حتى يستوفي مفهوم المخالفة إن هذا المفهوم الأخير وقع الخلاف في حجيته بين الأصوليين ، فهناك من لم يأخذ به ، فكيف نستخدم مصطلحا يرى بعضهم أن مفهوم المخالفة غير داخل فيه؟ هذا وإن كان سليما ، ولكن هناك مذاهبا أخذت بحجية مفهوم المخالفة ، كما هو مذهب بعض الأصوليين ، فقسّموا دلالة اللفظ على منطوق ومفهوم . والأول يشمل (العبرة والإشارة والاقتضاء) ، والثاني يشمل (الموافقة والمخالفة) ، أما نكران حجية مفهوم المخالفة هو مذهب الأصوليين من الحنفية محتجين بأن دلالة اللفظ على المعنى منحصرة بأربعة هي ( العبرة) أي المدلول المطابق للمنطوق ، و(الإشارة) أي المدلول الالتزامي للمنطوق ، و(الدلالة) أي مفهوم الموافقة ، و(المقتضى) أي تقدير اللفظ المحذوف في النص ، وأما مفهوم المخالفة لا يكون مدلولاً للفظ ولو جعلنا للفظ هذا المدلول لكان يُفترض أن يثبت أما عن طريق العقل أو عن طريق النقل ولا مجال هنا لطريق العقل في دلالة الألفاظ على المعاني لأن طريقها الوضع ، وأما طريق النقل فإن التواتر لم يثبت في تحصيل هذا المفهوم ، والآحاد لا تفيد إلا الظن ، والظن لا اعتبار له في هذا المقام . وعليه فإن التعبير بالمنطوق والمفهوم سيكون شاملاً لمفهوم المخالفة ، ولا يعيب النص المستعمل فيه لهذين المصطلحين ، وإن كان هناك من خالف حجية مفهوم المخالفة ، وإن شمول المفهوم لمفهوم المخالفة هو الذي ينسجم مع طبيعة التقنيات على اختلاف درجاتها . وإذا كان للحنفية موقف اتجاه الأخذ بمفهوم المخالفة في النصوص الشرعية مرجعه التخوف من الوقوع في الخطأ في الأحكام الشرعية نتيجة لهذا الأخذ أو الخوف من تحميل نصوص الشرع ما لم تتحمله أو لم يكن مقصودا له ، فإن هذا الموقف لا ينبغي أن يكون موجودا في نطاق النصوص القانونية ، والمتتبع يرى أن العمل القضائي والتشريعي وشرح القانون قد أخذوا بمفهوم المخالفة في تفسير النصوص واستنباط الأحكام<sup>(١)</sup>

والباحث وإن كان يتفق مع هذا الرأي فيما ذهب بأن قصد المشرع العراقي في النصين المتقدمين - النص المدني ونص الأحوال الشخصية - عدّ فحوى المخالفة مثل فحوى الموافقة فكلاهما يُعدّان مصدرا للقاضي في استنباط الحكم القضائي خلافا لما يراه الرأي الأول من أنه غير مخول في الاستنباط من مفهوم المخالفة حسب صياغة النص ، لأننا نعتقد أن الأخذ بفحوى المخالفة أمرٌ تفرضه طبيعة الأحكام القانونية التي عُلق وجودها على قيود لا يمكن أن توجد إلا بوجودها ، وإن تخلفت تخلف الحكم المعلق عليها . ومن جهة أخرى لا نرى ما يراه الرأي الثاني من خلو النص من قرينة تدل على قصد المشرع ، بل القرينة موجودة وهي قرينة سياق النص ، إذ نجد هذا التقابل بين (ألفاظ النص) و(فحوى النص) وهو نظير التقابل بين (منطوق النص) و (مفهوم النص) وهذا الأخير يشمل الموافقة والمخالفة ، ناهيك عن أن

(١) د. حمد عبيد الكبيسي ، فحوى النص حقيقته ومنهج استنباطه ، بحث منشور في مجلة القانون المقارن ، العدد العاشر ، السنة السابعة ، ١٩٧٩ ، الصادرة عن جمعية القانون المقارن العراقية ، بغداد ، ص ١١٩-١٢٠ .

القرائن لا تنحصر فقط في القرائن الداخلية اللفظية فقد تكون القرينة خارجية ، واعتقد ما جاء في المذكرة الأيضاًحية الواردة في الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري للفقرة التي استعملت مصطلح (الفحوى) كافٍ في الدلالة على أن المراد بالفحوى يشمل مفهوم الموافقة والمخالفة معا ، فقد نصت هذه المذكرة بالقول: (تقتصر الفقرة الأولى على رسم حدود سياق التشريع من حيث الموضوع وهي تطابق في عبارتها الفقرة الأولى من التقنين المدني السويسري ، ونصوص التشريع تسري على جميع المسائل التي تنسحب عليها حكمه سواء استخلص هذا الحكم من عبارة النص أو روحه، وليس ادعى إلى إسلاس تطبيق القواعد التشريعية وتيسير أسباب المرونة لها من تقصي روح النص أما بالرجوع إلى مصادره التاريخية وأعماله التحضيرية ، وأما باستنباط لوازمه أو بالكشف عن حقيقة مفهومه أو دلالاته بطرق التفسير المختلفة)<sup>(١)</sup>.

وأما التبرير الذي ذكره في معرض حديثه لمن لم يأخذ بمفهوم المخالفة الذي يستشعر منه الاحتراز والخوف من الوقوع في الخطأ في فهم النصوص الشرعية واستنباط الأحكام منها ، وعقب عليه بأن هذا الموقف لا ينبغي أن يكون موجودا في نطاق النصوص القانونية كما تقدم ، فيستشعر منه ان الأمر أهون عند التعامل مع هذه النصوص .

والباحث يرى أن الخطورة والتخوف من الوقوع في الخطأ والحرص على سلامة استنباط الأحكام لا يُفرق فيه ، سواء أكان التعامل مع النصوص الشرعية أم التشريعية ، لاسيما إن الغالب في نصوص القانون المدني العراقي وقانون الأحوال الشخصية مصادرها التاريخية هي الشريعة الإسلامية . وعلى أية حال إننا ، كما بيّنا سابقا ، نرى أن الفقرة (١) من المادة الأولى للقانون المدني العراقي والقانون المدني المصري تحمل دلالة على أن للقاضي استنباط الأحكام القضائية من النصوص التشريعية استنادا للمدلول المطابقي أو الالتزامي المستفاد من ألفاظ النص أو بواسطة فحوى النص سواء الموافق لحكم ألفاظ النص أو المخالف له .

## الفرع الثاني

### صور فحوى المخالفة

تختلف أنواع القيود التي ترد في النصوص التشريعية التي يتعلق بوجودها وجود الحكم القانوني المنصوص عليه في ألفاظ النص ، وعلى تخلفها عدم وجود ذلك الحكم ، وحينئذ يستنبط القاضي حكما مخالفا للحكم المنصوص عليه .

والحكم قد يتعلق وجوده على شرط أو شروط مُعتبرة بحيث تكون ملازمة له ، ونتيجة هذا التلازم يتوقف الحكم عليها وينتفي بإنقائها ، وقد يتعلق وجود الحكم على صفة بحيث لو انتفت أنتفى الحكم معها ،

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج ١ ، مصدر سابق ، ص ١٥٩ .

وقد يتعلق على غايةٍ وحدٍ معين ، وينتفي العمل بالحكم عند انتهاء هذه الغاية ، أو يتعلق الحكم على عدد معين فلا يثبت نفس الحكم لو اختلف هذا العدد بالكثرة أو القلة . وهكذا فالقيود تختلف في النصوص التشريعية . وقد تعرض الأصوليون لأنواع متعددة من القيود غير ما ذكرناه أعلاه . ولكن ، كما تقدم ، فإن الضابط في المقام هو أن كل حكم رُبط بقيد أو قيود بحيث يستدعي انتفاؤه انتفاء ما رُبط به ، فهو نوع من أنواع فحوى المخالفة أي على أثر ذلك يستنبط القاضي حكماً مخالفاً لما ورد في ألفاظ النص التشريعي . وفيما يلي نتطرق أهم أنواع فحوى المخالفة ، ونكتفي بذكر ثلاثة منها ، وينطبق ما فيها على غيرها مع مراعاة الضوابط للعمل بهذه الفحوى .

### أولاً - فحوى الشرط

عُرّف الشرط بأنه ( الأمر الذي يتوقف وجود المشروط عليه فيسبب عدمه عدم المشروط ) أو أنه ( دلالة اللفظ المقيد لحكم معلق على شرط على نقيضه عند تخلف الشرط ) أو ( انتفاء حكم المشروط عند انتفاء شرطه )<sup>(١)</sup> .

الذي نفهمه من خلال التعاريف أعلاه ، وبنظر قضائي أن فحوى الشرط القانوني الذي يرد في النصوص التشريعية هو عندما يجد القاضي حكماً قانونياً متوقفاً على وجود شرط مذكور نصاً ، وفحوى المخالفة تكون عند انتفاء هذا الشرط ، فيلزم عدم الحكم المستفاد من ألفاظ النص ، ومن ثمَّ يستنبط القاضي حكماً مغايراً له .

فمثلاً ما نص عليه المشرّع العراقي من أنه (إذا حدد الموجب ميعاداً للقبول التزم بإيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد)<sup>(٢)</sup> ، فالحكم القانوني المستفاد من ألفاظ النص ، وهو الزام الموجب بإيجابه وعدم جواز الرجوع عنه ، متوقف على شرط صدره المشرّع بأداة (إذا) الشرطية ، وهو (تحديد الموجب مدة لقبول إيجابه) . وعليه لو تخلف هذا الشرط فالقاضي يفهم من فحوى النص حكماً خلاف الحكم الأول ألا وهو لا يلزم الموجب بإيجابه مادام لم يُحدد ميعاداً لقبول هذا الإيجاب . وإذا تأمل القاضي في هذه القضية الشرطية سيجد أنها تركبت من ثلاثة عناصر ، الأول الموضوع وهو (الإيجاب) ، الثاني المحمول أي الحكم وهو فيها (الإلزام) ، والثالث الشرط وهو (تحديد ميعاد لقبول الإيجاب)<sup>(٣)</sup> .

(١) الشيخ فاضل الصفار ، أصول الفقه وقواعد الاستنباط ، ج٢ ، الغدير للطباعة والنشر والتوزيع ، بلا مكان نشر ، ص١١٣ . د. وهبة الزحيلي ، مصدر سابق ، ص٧٢ . عواد حسين ياسين ، مصدر سابق ، ص٨٤ . عباس قاسم الداوقي ، مصدر سابق ، ص١٨١ . السيد علي تقي الحيدري ، مصدر سابق ، ص١٠٥ . سدخان مظلوم باهض ، تحديد مدار ومعالج أحكام القانون الخاص الفلسفية وتطبيقاتها ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق ، جامعة النهريين ، ٢٠٠٨ ، ص٨١٢ . علي المشكيني ، الأصول ، ط١ ، دار الحديث ، قم ، ١٤٣٤ هـ ، ص٩٢ .

(٢) المادة (٨٤) القانون المدني العراقي .

(٣) الشيخ فاضل الصفار ، أصول الفقه وقواعد الاستنباط ، مصدر سابق ، ص١١٥ .



وهكذا يتبين لنا من خلال النص أعلاه إن هناك ملازمة بين الشرط والجزاء وهي ملازمة قانونية أوجدها المشرع بنصه عليها بحيث يمتنع الأنفكاك بينهما ، فلا يمكن في هذا النص أن نتصور حكم الإلزام دون وجود شرط تحديد مدة للقبول ، ولذا يُقال إن لمثل هذا النص فحوى فيدل على أنتفاء الحكم عند أنتفاء الشرط ، ومن ثمَّ يستتبط القاضي حكما مخالفا لما ورد في ألفاظه .

وقد يتوقف الحكم على أكثر من شرط على نحو الأجتماع ، نظير ما نص عليه المشرع العراقي من انه (يجوز ان يكون محل الالتزام معدوماً وقت التعاقد إذا كان ممكن الحصول في المستقبل ، وعُيّن تعييناً نافياً للجهالة والغرر)<sup>(١)</sup> . مقتضى القاعدة لابد أن يكون المحل موجودا حين التعاقد ، ولكن المشرع خرج عن هذه القاعدة في هذا النص وأجاز أن يكون معدوما وقت التعاقد ولكن حكم الجواز هذا مشروط بشرطين ، الأول ان يكون ممكن الحصول في المستقبل ، والثاني أن يُعيّن تعيينا نافيا للجهالة والغرر، وعليه ففحوى المخالفة لهذا النص إنه إذا تخلف الشرطان أو أحدهما يكون الحكم هو عدم الجواز وعدم الصحة خلافا للحكم المذكور في ألفاظ النص الذي هو الجواز والصحة<sup>(٢)</sup> .

ويلاحظ أن نص المشرع المصري في هذه المسألة يختلف في صياغته عن المشرع العراقي ، إذ نص على أنه (يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً)<sup>(٣)</sup> ولم ينص صراحة على الشرطين المذكورين عند المشرع العراقي . وقد يتراءى أنه يجوز ذلك مطلقا ولكن ليس الأمر كذلك ؛ فالشرط الأول الذي ذكره المشرع العراقي ذكره المشرع المصري بقيد (شيئاً مستقبلاً) ، وأما الشرط الثاني فيمكن أن نتصوره وإن لم يكن بصراحة النص العراقي وذلك من خلال ملاحظة النص التالي للنص أعلاه وهو (إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته ، وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلاً)<sup>(٤)</sup> . فلا بد من تعيين محل الالتزام بالذات أو النوع أو المقدار سواء أكان المحل موجودا حين التعاقد أم شيئاً مستقبلاً ، وسبق أن تعرضنا إلى أنه مما يساعد في التوصل إلى دلالة النص على معناه لابد من النظر إلى مجموع النصوص المتعلقة في موضوع واحد .

## ثانيا - فحوى الوصف

المراد بالوصف كل قيد يذكر في النص التشريعي يدور معه الحكم القانوني الوارد في ألفاظ النص وجودا وعدما ، فالمشرع إذا قيد متعلق الحكم بوصف معين ، يفهم بحسب الظاهر إن هذا الوصف دخيل

(١) المادة (١/١٢٩) القانون المدني العراقي .

(٢) د. أياد مطشر صيهود ، المنهج القانوني في أصول الفقه المقارن ، دار السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٨ ، ص ١٧٢ .  
علي المشكيني ، مصدر سابق ، ص ٩٤ .

(٣) المادة (١/١٣١) القانون المدني المصري .

(٤) المادة (١/١٣٣) القانون المدني المصري .

في الحكم ، فالمشرّع بمقتضى قاعدة احترازية القيود التي تُقرر أن كل قيد في المدلول التصوري ، فالأصل فيه بحكم الظهور يكون قيماً في الدلالة التصديقية ، بمعنى ان المشرّع لم يرد إخطار تصور المعنى للنص التشريعي في إذهان المكلفين قانوناً فقط وإنما أراد في الوقت ذاته القصد من هذا الوصف ان يتعلق عليه الحكم القانوني . وعليه فوجود هذا الوصف في النص لم يكن لغوا وإنما له فائدة هي عدم شمول الحكم للموضوع غير المتصف بهذا الوصف ، فيثبت أن للوصف فحوى هي عدم الحكم عند انتفاء ذلك الوصف ، ويستنبط القاضي حينئذ حكماً مخالفاً لما في ألفاظ النص<sup>(١)</sup> .

فقد نص المشرّع العراقي (إذا ظهر بالمبيع عيب قديم كان المشتري مخيراً ان شاء رده وان شاء قبله بثمنه)<sup>(٢)</sup> .

فموضوع النص هو (ظهور عيب في المبيع) ، وصف الموضوع هو (قديم) ، والحكم هو (ثبوت الخيار للمشتري بين رد المبيع أو قبوله بثمنه) .

فالقاضي يفهم بحسب ظهور النص إن قيد الوصف الوارد فيه قد عُلق عليه الحكم أي لو انتفت صفة القدم عن الموضوع لأنتفى الحكم ، ومن ثمَّ يستنبط من فحوى النص حكماً آخر مخالفاً للحكم المنصوص عليه هو عدم ثبوت الخيار للمشتري مادام العيب الذي ظهر لم يكن قديماً ، فالوصف المتقدم وصف احترازي لا توضيحي ، أي إن المشرّع قصد من ذكره أن يُقسّم الحكم إلى قسمين ، قسمٌ يثبت مع الوصف ، وآخر لا يثبت معه ، بينما الوصف التوضيحي يهدف فقط إلى مزيد من البيان لا أكثر ، فالقاضي أخذ بفحوى الوصف عندما وجد - وهو مقتضى ظهور النص - أن الحكم فيه يدور مدار وصف القدم وجوداً وعدمًا<sup>(٣)</sup> .

ويظهر لنا مما تقدم ، إن الوصف يُعدُّ قيماً للحكم القانوني الوارد في النص التشريعي ليس وقفاً على النعت النحوي ، إذ قد يكون ظرفاً أو تمييزاً أو حالاً ونحو ذلك .

### ثالثاً- فحوى الغاية

بعد الذي بيّناه في فحوى الشرط وفحوى الوصف ، وما ذكرناه من ضوابط حتى يكون للقيد فحوى مخالفة ، فإن كل ذلك يجري في فحوى الغاية ، بل في فحوى العدد والحصر وغيرها من القيود

(١) السيد محمّد باقر الصدر ، الحلقة الثانية ، مصدر سابق ، ص ٢٥٨-٢٥٩ . د. محمّد شريف أحمد ، مصدر سابق ، ص ٧٦ . د. محمّد أديب صالح ، مصدر سابق ، ص ٤٩ . الشيخ محمّد جواد مغنية ، علم أصول الفقه في ثوبه الجديد ، مصدر سابق ، ص ١٥٥ .

(٢) المادة (١/٥٥٨) القانون المدني العراقي .

(٣) عباس قاسم الداوقني ، مصدر سابق ، ص ١٨٨-١٨٩ . الشيخ فاضل الصفار ، أصول الفقه وقواعد الاستنباط ، مصدر سابق ، ص ١٣٠-١٣١ و ص ١٣٤ .

المُعتبرة إذا توافرت فيها شروط فحوى المخالفة . ومع ذلك فقد تناول الباحثون من رجال القانون والأصول تعريف فحوى الغاية حسب تعبيرنا الذي ينسجم مع اصطلاح المشرع العراقي أو مفهوم الغاية على حد تعبيرهم محاكاة منهم لاصطلاح الأصوليين بذلك ، منها ( دلالة اللفظ المقيد بحكم عند مدة - إلى غاية معينة - على نقيض الحكم بعدها ) ، ومنها ( دلالة اللفظ الذي قيد فيه الحكم بغاية على نفيه بعدها ) ، ومنها ( دلالة النص الذي قيد الحكم فيه بغاية على حكم المسكوت عنه بعد الغاية مخالف للحكم الذي قبلها )<sup>(١)</sup>.

نفهم مما تقدم انه لو جاء نص تشريعي متضمناً حكماً بمنع تصرفات قانونية ضمن مدة أو حد معين أو لانتهاه أمر معين . . . أي لغاية معينة ، فيثبت جواز تلك التصرفات التي كانت ممنوعة بعد تلك الغاية ، وفي ضوء ذلك يستنبط القاضي حكماً مخالفاً للحكم الوارد في ألفاظ النص التشريعي .

وكمثال على فحوى الغاية فقد نص المشرع العراقي على انه (إذا اشترط تعجيل الأجرة لزم المستأجر دفعها وقت العقد ، وللمؤجر ان يمتنع عن تسليم المأجور للمستأجر حتى يستوفي الأجرة وله ان يطلب فسخ الإيجار عند عدم الإيفاء من المستأجر)<sup>(٢)</sup> ، فالغاية هي استيفاء الأجرة ، والفحوى المخالف للنص يجب على المؤجر تسليم المأجور للمستأجر وليس له المطالبة بفسخ الإيجار حين استلامه الأجرة .

ان الحكم المخالف في الصور المتقدمة الذي يستنبطه القاضي عندما تتخلف القيود التي عُلق عليها الحكم الذي تضمنته ألفاظ النص ، ليس محل إجماع فهناك من لا يرتضي الاستناد إلى فحوى المخالفة في استنباط الأحكام القانونية أو الشرعية ، على اساس من أن النص التشريعي يدل بألفاظه على إرادة المشرع أمراً أو نهياً ، وما تدل عليه ألفاظ النص يكون معنىً صريحاً ولا عبرة بالدلالة مقابل التصريح ، ومن ثم إن المشرع لو أراد تنظيم المسألة العكسية للنص ففي وسعه ذلك أي أنه يتصدى لها بنص تشريعي خاص بها ، ولذا لا يكون القيد المذكور في النص حجة إلا في النص الذي ورد فيه . بمعنى إن القاضي عندما يجد حكماً تناولته ألفاظ النص وهذا الحكم كان وجوده معلقاً على قيود كما لو وجد أن لهذا الحكم شروط معينة لا ينطبق على الوقائع إلا إذا توفرت هذه الشروط ، ففي مثل هذه الحال يُعتنى بالحكم بملاحظة شروطه ، إما لو انتفتت هذه الشروط فليس للقاضي استنباط حكم يترتب على انتفاءها يكون مخالفاً للحكم المذكور في ألفاظ النص ، وإنما عليه أن يبحث عن نصوص تشريعية أو أدلة أخرى تحكم هذه الحالة<sup>(٣)</sup>.

(١) د. محمد شريف أحمد ، مصدر سابق ، ص ٧٩ . عواد حسين ياسين ، مصدر سابق ، ص ٨٣ . د. محمد أديب صالح ، مصدر سابق ، ص ٤٩٣ . علي المشكيني ، مصدر سابق ، ص ٩٦ .

(٢) المادة (٧٦٦) القانون المدني العراقي .

(٣) د. سعيد أحمد بيومي ، مصدر سابق ، ص ٤٦١ . مصطفى إبراهيم الزلمي ، دلالات النصوص وطرق استنباط الأحكام ، مصدر سابق ، ص ٢٥٨ .

اعتقد إنما أرادوا بذلك عدم ثبوت حجية فحوى أو مفهوم المخالفة على نحو الإطلاق ، وخشية الاعتناء بقيود ليس لها مدخلية في الحكم القانوني أو الشرعي ومن ثمَّ يحصل الاستنباط في غير محله ، والا من غير المعقول بل إن السياق اللفظي والتماسك النصي يفرض ان الحكم المعلق على قيود لو انتفت هذه القيود سيتغير بلا شك إزاء هذه المسألة ما دامت هذه القيود مُعتبرة . فهل بالإمكان ان ينكر أحد تغيير الحكم لو أن الموجب لم يحدد ميعادا لقبول إيجابه كما تقدم ، والظاهر من النص يفيد ان الحكم يتغير؟ لاشك ان الحكم يتغير من الإلزام إلى الجواز، فهل من المنطق القانوني إزاء هذه الواقعة نقول إن على القاضي أن يبحث عن دليل آخر يُثبت فيه الحكم في حالة إذا لم يحدد الموجب ميعادا لقبول إيجابه؟

والظاهر حجة أيضاً فيما إذا كان القيد الوارد في النص غير مُعتبر، فما نص عليه المشرع العراقي ، وكذلك المشرع المصري على انه ( . . يعتبر البيع بشرط التجربة معلقاً على شرط واقف هو قبول المبيع ، إلا إذا تبين من الاتفاق والظروف ان البيع معلقاً على شرط فاسخ )<sup>(١)</sup> ، فالقاضي لا يفهم من هذا النص أن البيع - إذا تخلف فيه قيد التجربة - يكون باتاً ، فليس بالضرورة ذلك أي يمكن أن يكون هناك بيع آخر أو مشروطٌ بتغير التجربة - كالمذاق مثلاً- أن يكون معلقاً على شرط واقف ، فقيد التجربة الوارد في النص لم يكن الربط بينه وبين الحكم على نحو يتعذر التفكيك بينهما ، ولذا فليس لهذا النص حسب الظاهر فحوى أو مفهوم فلو تخلف القيد لا يكون هناك حكماً مخالفاً لما في ألفاظ النص .

وبناءً على ما تقدم ان الأخذ بفحوى المخالفة ليس متروكاً على إطلاقه لذا يُوجب فقهاء القانون والشريعة جملة من الضوابط ناهيك، عما تقدم ، تسري على مختلف صورته ، أي لا نأخذ بهذه الفحوى إلا إذا كانت الدلالة عليها من القوة بمكان ، وعلى القاضي أن لا يستنبط الحكم القضائي إلا بعد التدقيق بتوفر هذه الضوابط لأجل العمل بفحوى مخالفة النص التشريعي . وهذه الضوابط هي :

أولاً- على القاضي قبل أن يستنبط الحكم من فحوى المخالفة ، أن يبحث هل هناك دليل خاص يحكم هذه المسألة ، فإذا وجده يكون هو الطريق إلى الحكم لا فحوى المخالفة .

ثانياً- أن لا تكون المسألة غير المنصوص عليها بألفاظ النص أولى من تلك التي تناولها النص ، لأننا نكون أمام فحوى موافقة لا مخالفة حينئذ<sup>(٢)</sup> . فقد نص المشرع العراقي على ان ( لدائني التركة العاديين وللموصي لهم ان يلاحقوا لاستيفاء حقوقهم في التركة التي نقلت الورثة ملكيتها للغير أو رتبّت

(١) المادة ( ٢/٥٢٤ ) القانون المدني العراقي . والمادة ( ٢ /٤٢١ ) القانون المدني المصري .  
(٢) د. محمد أديب صالح ، مصدر سابق ، ص٥٣٧-٥٤١ و ص ٥٩٨ . د. مصطفى إبراهيم الزلمي ، دلالات النصوص وطرق استنباط الأحكام ، مصدر سابق ، ص٢٥٥-٢٥٦ .

الفصل الأول ..... استنباط الحكم القضائي من النص التشريعي (١٣٧)

عليها حقوقاً عينية<sup>(١)</sup>، فصفة العاديين الواردة في النص ليس لها فحوى إذ من باب أولى ان الدائن المرتهن والدائن الممتاز لهم حق التتبع والملاحقة .

**ثالثاً-** أن لا يكون القيد الذي ورد في النص له فائدة أو غرض آخر نحو تأكيد الحال أو بيانا للواقع أو خرج مخرج الغالب ، مما يشعر ان الحكم ليس مرتبطاً بهذا القيد<sup>(٢)</sup>.

---

(١) المادة (١/١١٠٧) القانون المدني العراقي .  
(٢) الشيخ محمّد الخضري ، مصدر سابق ، ص ١٢٢ . د. محمّد أديب صالح ، مصدر سابق ، ص ٥٣٧-٥٤١ و ص ٥٩٨ . د. مصطفى إبراهيم الزلمي ، دلالات النصوص وطرق استنباط الأحكام ، مصدر سابق ، ص ٢٥٥-٢٥٦ . د. أياد مطشر صيهود ، مصدر سابق ، ص ١٧٥-١٧٦ .

## الفصل الثاني

### استنباط الحكم القضائي في حالة الفراغ التشريعي

النصوص التشريعية ، مهما بلغت من العمومية والتجريد ، هي نصوص محدودة قاصرة عن أن تحيط بجميع الوقائع الحالية والمستقبلية ؛ لأن الوقائع الاجتماعية والعلاقات القانونية متجددة ومتطورة بحسب تقدم الزمن .

ولهذا فقد يواجه القاضي من الوقائع والمسائل المستحدثة التي لم يجد لها نصا تشريعيًا يمكن أن يستنبط منه الحكم القضائي ، ويكون القاضي أمام حالة من الفراغ التشريعي حينئذ .

إن أغلب التشريعات وضعت للقاضي مصادر أخرى منصوصة يرجع إليها لاستنباط الحكم القضائي في حالة الفراغ التشريعي ، وبعض التشريعات اكتفت بالنص على مصدر التشريع ، وإنه في حالة الفراغ التشريعي يرجع لما هو متعارف ومُسلّم به .

وقد توقع المشرع العراقي حصول حالة الفراغ التشريعي ، ولهذا جعل للقاضي مصادر احتياطية أخرى لاستنباط الحكم القضائي ، فقد نص في الفقرة (٢) من المادة الأولى من القانون المدني على أنه ( إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين ، فإذا لم يوجد بمقتضى قواعد العدالة ) ، أي إذا فقد القاضي النص التشريعي فعليه أن يتخذ من العرف مصدرا لاستنباط الحكم القضائي ، وإذا لا توجد قاعدة عرفية ، يبحث عنه في مبادئ الشريعة الإسلامية حينئذ ، وإذا لم تسعفه مبادئ الشريعة الإسلامية ، فيلزم بإصدار الحكم في ضوء قواعد العدالة .

والمشرع المصري فقد تصدى أيضاً لعلاج حالة الفراغ التشريعي ، إذ نص في الفقرة (٢) من المادة الأولى من القانون المدني على أنه ( إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم يوجد بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ) .

أما المشرع الفرنسي فليس لديه نص نظير نصي المشرعين العراقي والمصري المتقدمين ، غير أنه قد نص في المادة (٤) من القانون المدني على أن ( القاضي الذي يمتنع عن الحكم بذريعة نقص القانون أو غموضه أو عدم كفايته يمكن ملاحظته كمرتكب للاستنكاف عن أحقاق الحق ) .

وهذا يعني أن القاضي الفرنسي إذا وجد فراغاً تشريعياً لا يمكنه أن يمتنع عن الحكم ، وعليه أن يرجع إلى مصادر أخرى غير التشريع ليتخذ منها مصدراً لاستنباط الحكم القضائي ، ولكن لم ينص المشرع الفرنسي على هذه المصادر كما فعل المشرعين العراقي والمصري ، إلا أنه عملياً ليس أمام القاضي إلا الرجوع إلى قواعد العرف أو مقتضيات العدالة .

وبناءً على ما تقدم ، فالمصادر التي يرجع إليها القاضي في حالة الفراغ التشريعي هي العرف ومبادئ الشريعة الإسلامية ، وهذا المصدر الاحتياطي الثاني غير موجود في فرنسا كما هو واضح .

وفي هذين المصدرين أعلاه تكون القاعدة القانونية موضوعاً بإرادته الجماعة أو بإرادة الشارع ، والقاضي عند رجوعه إليهما لأجل استنباط الحكم القضائي ، فإنه يتعرف من خلالهما على القاعدة القانونية ، فهي مصادر وضعية كاشفة عن الحكم القانوني .

وأما إذا لم يظفر القاضي بالقاعدة القانونية فيهما ، فيصبح حكم الواقعة التي يريد أن يفصل فيها مجهولاً حينئذ ، وفي مثل هذه الحالة جعل المشرع له مصدراً اجتهادياً واسعاً سماه قواعد العدالة ، لأجل أن يصل في ضوئه إلى حكم الواقعة المعروضة عليه . ويُلاحظ هنا أن القاضي يقوم بإنشاء القاعدة القانونية واستنباط الحكم القضائي بما توحى إليه وما تقتضيه هذه القواعد . لذا يُعدُّ هذا المصدر مصدراً منشئاً لا كاشفاً عن الحكم القانوني .

وعليه فالمصادر الاحتياطية في حالة الفراغ التشريعي تكون تارة مصادر وضعية وتكون مصادر مُنشئة تارة أخرى .

وبناءً على ذلك سنقسم هذا الفصل على مبحثين ، نتطرق في المبحث الأول إلى استنباط الحكم من المصادر الاحتياطية الوضعية ، ونتطرق في المبحث الثاني إلى استنباط الحكم من المصادر الاحتياطية المنشئة .

## المبحث الأول

### استنباط الحكم من المصادر الاحتياطية الوضعية

يُراد بوصف هذه المصادر بالوضعية إن القاعدة القانونية موضوعة سلفاً لتحكم سلوك الأفراد، وإذا كانت القاعدة القانونية موضوعة في التشريع بإرادة السلطة العامة المتمثلة بالسلطة التشريعية، فإن القاعدة القانونية موضوعة في العُرف بإرادة الجماعة المتمثلة أما بكل أو أغلب أفراد المجتمع كما هو الحال في الأعراف الشاملة، وأما بطائفة معينة كما هو الحال في الأعراف المهنية والدينية، وأما بجزء من المجتمع في بقعة محددة كما هو الحال في الأعراف المحلية، وأما بالنسبة إلى المصدر الاحتياطي الثاني وهو مبادئ الشريعة الإسلامية، فإن القاعدة القانونية المُتعرّف عليها من تطبيق هذه المبادئ تنتهي إلى إرادة الشارع المقدس .

فإذا عُرِضت على القاضي قضيةٌ مستحدثة أو مسألة جديدة، ولم يجد في النصوص التشريعية النافذة ما يتوصل معه إلى حكم القضية المعروضة عليه، فهو ملزم بأن يبحث عن الحل في القواعد العرفية القانونية ليستنبط منها الحكم القضائي الذي يفصل الدعوى، وإذا لم يجد قاعدة عرفية فيجب عليه الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية مُستدلاً منها على الحكم المطلوب .

ولكي نقف على متطلبات العملية الاستنباطية للحكم من المصادر الاحتياطية الوضعية سنقسم هذا المبحث على مطلبين، نتطرق في المطلب الأول استنباطه من القاعدة العرفية، ونتطرق في المطلب الثاني استنباطه من مبادئ الشريعة الإسلامية .

## المطلب الأول

### استنباطه من القاعدة العرفية

عند غياب النص التشريعي، يكون القاضي أمام حالة الفراغ التشريعي حينئذ، وقد أعطى المشرّعان العراقي والمصري للعُرف المرتبة الأولى في المصادر الاحتياطية لسدّ هذا الفراغ، وكذلك الحال بالنسبة للقاضي الفرنسي، وإن لم ينص مشرعه على الإحالة إليه إلا إن للعُرف قوة ذاتية، فمع عدم وجود النص التشريعي فيصير إليه لاستنباط الحكم القضائي .

إن سدّ الفراغ التشريعي عن طريق العرف لا يمكن الأخذ به في كل فروع القانون، ففي القانون الجنائي لا يمكن الاستناد إلى العرف في تحديد الجرائم والعقوبات إذ تحكمه قاعدة ( لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص )، ولا يمكن الاستناد إليه كذلك في القوانين المالية، ولا يُعدّ من مصادر الحكم الاحتياطية في



قانون الأحوال الشخصية العراقي ؛ لأن المشرّع حصر مصادره فقط بمصدرين هما التشريع ومبادئ الشريعة الإسلامية اللهم الا من خلال هذه المبادئ فيمكن لقاضي الاحوال الشخصية الرجوع إليه ، إذ نص على أنه ( إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون )<sup>(١)</sup>.

وقد جاء في الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري بأن ( العرف هو المصدر الذي يلي التشريع في المرتبة فمن الواجب ان يلجأ إليه القاضي مباشرة إذا افتقد النص . . . وسيظل إلى جانب التشريع مصدرا تكميليا خصبا لا يقف عند حدود المعاملات التجارية بل يتناول المعاملات التي يسري في شأنها قواعد القانون المدني وسائر فروع القانون الخاص والعام على السواء )<sup>(٢)</sup>.

إن السؤال الذي يفرض نفسه هنا ، هل أن جميع القواعد العرفية تصلح لاستنباط الحكم القضائي ؟ هذا من جهة ، ومن جهة أخرى ماهي صفة القاعدة العرفية مصدر الاستنباط؟ وبالوقوف على هاتين الجهتين نُلقى الضوء على عملية الاستنباط من القواعد العرفية .

لذا سنقسم هذا المطلب على فرعين ، نتطرق في الفرع الأول إلى تحديد القاعدة العرفية مصدر الاستنباط ، وفي الفرع الثاني نتطرق الى صفة القاعدة العرفية .

## الفرع الأول

### تحديد القاعدة العرفية مصدر الاستنباط

قد يجد القاضي لألفاظ النصوص أو في مخاطبات أطراف النزاع معان تواضع الناس على إعطاءها دلالة ومعنى غير المعنى الموضوع لها في اللغة ، والقاضي من خلال هذا التعارف يتعين عليه فهم النصوص واستكشاف معاني ألفاظها على أساسه ، ولا يقتصر ذلك على فهم الدلالات المطابقة للنص وإنما يرجع إليه لفهم الدلالات الإلتزامية إذا كان منشأ هذه الدلالات الملازمات العرفية . لذا لابد للقاضي من فهم النصوص التشريعية في ضوء دلالاتها العرفية ، سواء أكان العرف عاما أم خاصاً<sup>(٣)</sup> .

(١) المادة (٢/١) قانون الأحوال الشخصية العراقي .

(٢) الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج ١ ، مصدر سابق ، ص ١٦٠ .

(٣) الشيخ أحمد كاظم البهادلي ، مفتاح الوصول إلى علم الأصول ، ط ١ ، شركة حسام للطباعة الفنية المحدودة ، بغداد ، ١٩٩٤ ، ص ١٩١ . د. وهبة الزحيلي ، الوسيط في الفقه الإسلامي ، ط ٢ ، بلا ناشر ، ص ٥٢١ . السيد نذير الحسيني ، نظرية العرف بين الشريعة والقانون ، ط ١ ، المركز العالمي للدراسات الإسلامية ، قم ، ١٣٧٢ هـ ، ص ٣٤ .

لقد تعارف بين الناس إطلاق لفظ (الولد) في المحاورات الاجتماعية على الذكر فقط بينما يطلق بحسب اللغة على الذكر والأنثى، وقد استعمله القرآن الكريم في الدلالة عليهما في قوله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين . . .) (١)، فينبغي على القاضي معرفة الدلالات والمعاني العرفية ناهيك عن معرفة الدلالات والمعاني للألفاظ بحسب الوضع اللغوي (٢).

وقد يجد القاضي عندما يريد استنباط الحكم من النص التشريعي أن النص نفسه يحيل إلى تشخيص بعض المسائل إلى العرف، فالقاعدة التي تقرر أن العقد لا يقتصر على ما ورد فيه بل يتناول ما هو من مستلزماته أيضاً، فيرجع القاضي في تحديد هذه المستلزمات إلى ما هو متعارف في المجتمع عند التعامل في العقود، وقد نص المشرع العراقي والمصري على أنه (لا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام) (٣)، فمن باع سيارة يلتزم بتسليم أدواتها الاحتياطية، ومن باع محلاً تجارياً تبعه الهاتف الخاص به (٤).

ونص المشرع الفرنسي بهذا الصدد على أنه (تلتزم الاتفاقيات ليس فقط بما هو معبر عنه فيها بل أيضاً بجميع النتائج التي يقرها الأنصاف أو العرف أو القانون للالتزام بحسب طبيعته) (٥).

وكذلك يكون العرف مرجعاً في حالة إذا وجد نقص في مقدار المبيع، فالبايع مسؤول عنه حسب ما هو متعارف، مادام مقدار المبيع معيناً في العقد، وكذلك الحال بالنسبة لتحديد مشتملات وملحقات المبيع (٦).

ومن الأمور التي يحددها العرف مضار الجوار المألوفة (٧)، فقاضي الموضوع يسترشد بالعرف لتحديد فيما إذا كان الضرر مألوفاً أم غير مألوف، وكذلك تحديد التزميمات التي يتحملها المستاجر، فالعرف يقضي لو حصل خلل في أنابيب المياه وأسلاك الكهرباء للماجور فعلى المستاجر لا المؤجر أن يبادر إلى إصلاحه، مادام لم يكن بينهما اتفاق على خلاف ذلك (٨).

(١) سورة النساء، الآية ١١.

(٢) د. زكي الدين شعبان، أصول الفقه الإسلامي، ٣، جامعة بنغازي، ١٩٧٤، ص ١٩١. د. حمد الكبيسي، أصول الأحكام وطرق الاستنباط في التشريع الإسلامي، دار الحرية، بغداد، ١٩٧٥، ص ١٣٦.

(٣) المادة (٢/١٥٠) القانون المدني العراقي، والمادة (٢/١٤٨) القانون المدني المصري.

(٤) د. حسن علي ذنون، مصدر سابق، ص ١٤٦-١٤٧.

(٥) المادة (١١٣٥) القانون المدني الفرنسي.

(٦) أنظر المادة (١/٤٣٣) و المادة (٤٣٢) من القانون المدني المصري، و المادة (٥٣٧/ج) القانون المدني العراقي.

(٧) أنظر المادة (٨٠٧) القانون المدني المصري.

(٨) أنظر المادة (٧٦٣) القانون المدني العراقي. وأنظر المادة (٤٣٢) القانون المدني المصري.

وقد يجد القاضي أن هناك قواعد عرفية تنظم سلوك الأفراد في المجتمع أو تقرر حقوقاً أو تفرض واجبا ، فقد يجد - مثلا- أن هناك بعض الالتزامات المتعارفة بين النزيل وصاحب الفندق في عقد الإقامة في الفندق ، ومن هذا قبيل العرف الذي يعطي للزوجة الحق أن تكتسب إلى جانب لقبها الأصلي لقب الزوج<sup>(١)</sup> .

وإذا نظرنا إلى ما تقدم من صور وأنواع القواعد العرفية نظرة قانونية فاحصة ، فإننا نجد دور العرف في الصورة الأولى يقتصر على تشخيص دلالات الألفاظ المستعملة من قبل المشرع أو من قبل أطراف الدعوى ، مما يعني أن هذه القواعد العرفية مرتبطة بالدليل اللفظي ، أي مع وجود النص التشريعي لا حال غياب هذا النص ، فمن خلال هذه القواعد يفهم القاضي ما هو المراد بالنص التشريعي ، فهي مبيّنة لدلالة ألفاظه ، فمن ذهب إلى أن العرف المُعتبر يخصص العام ويقيد المطلق فإنه يقصد هذا العرف الذي من تسمياته العرف القولي أو العرف اللفظي ، ففي قواعده يتوصل إلى معرفة النص التشريعي<sup>(٢)</sup> .

ولا يقتصر هذا العرف وقواعده على بيان دلالات النصوص التشريعية بل إن القاضي يفهم في ضوءه ما يرد من ألفاظ في مخاطبات المتنازعين وما يقدموه من مستمسكات ، وعلى هذا سار القضاء العراقي فقد قضت محكمة التمييز انه (يجوز تفسير عبارات العقد بالدلالة العرفية لألفاظه)<sup>(٣)</sup> .

وعليه فإن القواعد العرفية المتقدمة لا تسد الفراغ التشريعي بل إن دورها مرتبط بوجود النص التشريعي لأجل تحديد دلالة ألفاظه ، ومن ثمّ فهي ليست مصدرا لاستنباط الحكم في حالة الفراغ التشريعي .

وأما النوع أو الصورة الثانية من القواعد العرفية التي يحيل إليها النص التشريعي ، فلا علاقة لها بوجود الحكم القانوني ، وهي تتعلق بموضوعه ، فهي مما يستلزمه الحكم ، أي إنها تحدد موضوعه ، فالقاضي عندما يتصدى لتطبيق النص فإن النص نفسه يرشده بالرجوع إلى العرف لتحديد موضوع الحكم القانوني الذي تضمنه .

(١) د. محمد حسين منصور، نظرية القانون ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠٠٩ ، ص ٣٤٢ . د. حسن كيرة ، مصدر سابق ، ص ٢٩٦ .

(٢) السيد محمد تقي الحكيم ، الاصول العامة للفقهاء المقارن ، دار الاندلس ، بيروت ، ١٩٦٣ ، ص ٤٢٦ .

(٣) قرار محكمة التمييز ١٥٤ / م / ١٩٧١ في ١٦ / ١١ / ١٩٧١ ، منشور في مجموعة : أبراهيم المشاهدي ، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز ، مركز البحوث القانونية ، وزارة العدل ، بغداد ، بلا سنة نشر ، ص ٣٣٣ .

فعندما يُقال إن الأحكام تتغير بتغير الأعراف يعني بتغير موضوعاتها أي تبعاً لاختلاف العرف زماناً ومكاناً يتغير الموضوع ، فيبدو أن الأحكام المتعلقة به تغيرت<sup>(١)</sup> .

وعليه فالنص التشريعي يحيل إلى الأعراف التي تشخص المفاهيم وتحدد الموضوعات ، وقد اخذ القضاء العراقي بما هو متعارف تطبيقاً للمادة (٥٣٧/ج) من القانون المدني التي نصت على أنه (يدخل في البيع من غير ذكر . . . كل ما يجري العرف على أنه من مشتملات المبيع) إذ قضت محكمة تمييز العراق (بأن التأسيسات الكهربائية هي من مشتملات المبيع عرفاً وأنها تدخل في البيع بدون ذكر)<sup>(٢)</sup> .

فالمحكمة قد أخذت بالعرف من أجل تحديد موضوع يتعلق بحكم عقد البيع ، وهذا الموضوع يتعلق بالمبيع ، فعندما يحصل بيع دار فهل أن ما في الدار من تأسيسات كهربائية داخلية في المبيع أم لا ؟ فالمتعارف في مثل هذه البيوع إنها داخلية في المبيع وإن لم يرد لها ذكر في عقد البيع المبرم بين الطرفين . وهذه المسألة مسألة تشخيص الموضوعات أو التمييز بين الحكم والموضوع لم يسלט عليها الضوء في فقه القانون كما هي عند الأصوليين .

وعليه فإن القواعد العرفية في هذه الصورة تتعلق بالنصوص أيضاً بل هي أشد التصاقاً بالنص من القواعد العرفية في الصورة المتقدمة ؛ لأن النص بنفسه هو الذي يوجه القاضي بالرجوع إلى العرف عند إرادة تطبيقه ، ولهذا يُعدُّ العرف في هذا النطاق مساعداً للتشريع ، غير أننا نرى أنه مادام الأمر يتعلق بتحديد موضوعات الأحكام فإن المرجع في هذا التحديد هو العرف سواء أحوال النص عليه أم لم يحل ، فحال العرف المشخص لدلالة الألفاظ ، فكلاهما في مقام تحديد مضمون النص .

وجدير بالذكر إن دور القواعد العرفية في الصور السابقة لا يتوقف على فهم النصوص المدنية ، بل يشمل حتى النصوص الجنائية بالرغم من أن لا نصيب للعرف في مجال التجريم والعقاب في القوانين الجنائية كما ذكرنا ذلك سابقاً ، فقد استعانت محكمة النقض المصرية في تفسير نص لائحة السيارات التي تقرر أنه لا يجوز قيادة السيارة بسرعة وكيفية ينجم منها بحسب ظروف الأحوال خطر على حياة الجمهور ، وانتهت إلى أن ( العرف جرى على إلزام سائقي السيارات السير على الجانب الأيمن من الطريق أثناء قيادة السيارة رغم عدم إفصاح النص عن ذلك)<sup>(٣)</sup> ، فهذه المحكمة رجعت إلى العرف لأجل تفسير النص ،

(١) الشيخ أحمد كاظم البهادلي ، مصدر سابق ، ص ١٩٢ .

(٢) القرار رقم ٧ /كانون الثاني/ ١٩٥٤ ، نقلاً من : علي عبد الله عفریت ، الفراغ في القانون ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون ، جامعة كربلاء ، ٢٠١٥ ، ص ١٩٥ .

(٣) قرار محكمة النقض الدائرة الجنائية ، ٦ أبريل سنة ١٩٤٨ ، نقلاً من : د. محمد حسام محمود ، مصدر سابق ، هامش ٣٨٩ ص ١٧٦ .

فلم يتم الرجوع إليه بوصفه مصدراً رسمياً منشأً لجريمة أو فرضاً لعقوبة وإنما استعانت به على فهم مضمون النص التشريعي الموجود أصلاً<sup>(١)</sup>.

ومما تقدم ، نرى أن هذه القواعد العرفية ليست لسد الفراغ التشريعي وإنما هي لسد الفراغ التطبيقي - إذا جاز التعبير - أي ما يستلزمه تطبيق النص التشريعي .

أما العرف الذي يسد الفراغ التشريعي فهو العرف الذي يقرر أحكاماً في وسع القاضي الاستناد إليها في فصل القضية المعروضة عليه عندما لا يجد نصاً تشريعياً ، أي القواعد العرفية التي من خلالها يكشف القاضي عن القاعدة القانونية التي تحل محل القاعدة التشريعية ، ويستنبط منها حكماً للقضية أو الواقعة في الدعوى المنظورة ، وهذا ما نجده في الأمثلة التي عرضناها في النوع أو الصورة الثالثة للقواعد العرفية ، وعلى هذا سار القضاء العراقي في استنباطه للأحكام القانونية من القواعد العرفية في حالة الفراغ التشريعي ، ففي قضية أن شخصاً عُيّن مديراً لفندق وقد سكن في الفندق نفسه الذي عُيّن فيه ، ثم حصل خلاف بينه وبين الجهة المالكة للفندق ، فطالبوه ببديل إيجار عن مدة سكنه في الفندق ، ولما عرض هذا النزاع على القضاء العراقي ، قررت فيه محكمة تمييز العراق ان ( العرف يقضي بأن مدير الفندق يسكن في الفندق لإمكان إشرافه على الأمور المختصة بإدارته والمحافظة على آثائه ولذلك لا يلزم ببديل الإيجار)<sup>(٢)</sup> ، فالقضاء استنبط حكماً من القاعدة العرفية لأنه لم يجد نصاً تشريعياً يعالج مثل هذه المسألة .

فالقواعد العرفية مصدر الاستنباط إنما هي في فرض أنه ليس ثمة نص تشريعي في الحالة التي يرجع في تنظيمها إليها<sup>(٣)</sup> .

فالقاعدة العرفية التي يبحث عنها القاضي وتكون مصدراً لاستنباط الحكم القضائي هي لا ترتبط بنص وإنما لها استقلالها كقاعدة قانونية .

فالقواعد العرفية التي يُستند إليها في حالة الفراغ التشريعي هي التي تشكل كبرى تقع في طريق الاستنباط ، وأما القواعد التي يفترق إليها حال تطبيق النص وإن كانت حجة فإن وظيفتها تنقيح الصغريات لموضوع الحكم ، أي تقع صغرى في قياس الاستنباط<sup>(٤)</sup> .

فالقاضي بعد ان ثبتت لديه القضية موضوع النزاع يقوم بتطبيق القاعدة القانونية بوصفها المقدمة الكبرى في الاستدلال القياسي الذي يستخدمه للتوصل إلى الحكم القضائي ، وهذه القاعدة بشكل رئيس هي قاعدة

(١) د. حسن كبيرة ، مصدر سابق ، هامش (٣) ص ٢٩٧ . د. همام محمد محمود و د. عصام أنور سليم ، مصدر سابق ، ص ٧٠ .

(٢) القرار المرقم ١١ / كانون الثاني / ١٩٥٥ ، نقلاً من : علي عبد الله عفریت ، مصدر سابق ، ص ٢٠٤ .

(٣) د. عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ، ص ٤٦٢ .

(٤) السيد محمد تقي الحكيم ، مصدر سابق ، ص ٤٢٦ .

تشريعية ، غير أن القاضي بعد أن بحث عن الحكم في النصوص التشريعية على مستوى ألفاظها وعلى مستوى فحواها ولم يجد ما ينطبق على القضية في الدعوى المنظورة ، فقد الزمه المشرع العراقي ، وكذلك المصري كما تقدم ، بأن يحكم بمقتضى العرف المكتمل من الناحية القانونية بتوفر ركنيه المادي والمعنوي ، ومن ثم تكون هذه القاعدة العرفية صالحة كمقدمة كبرى وقاعدة كلية في الاستدلال ؛ لأنها تتصف بالعمومية والتجريد ، فيستنبط القاضي منها الحكم فيما لا نص فيه .

## الفرع الثاني

### صفة القاعدة العرفية

توصف القاعدة القانونية العرفية بأنها قاعدة غير مُشرّعة ، ويُلاحظ بهذه الصفة أمران ، الأول عدم تدخل السلطة التشريعية أو التنفيذية في وضع العرف ، فهو ينشأ تلقائياً في المجتمع بجرى سلوك الأفراد على منواله . والأمر الثاني أنه يكتسب اعترافه القانوني دون إفراغه بصيغة مكتوبة ، فهو مصدر ودليل ولكن ليس من المصادر والأدلة اللفظية كما الحال في التشريع ، فليس هناك قوالب لفظية محددة للقواعد العرفية ، وحتى لو دَوّن في مجموعات أو في كتاب فهذا التدوين لا يكون وسيلة لإنشاء العرف وخلقه ، ولا يُغيّر من حقيقته شيء ويبقى مصدراً غير لفظي ، فهو معنى يُستخلص من تكرار أفراد المجتمع أو الغالب منهم على سلوك معين ، فالقاضي يقوم عند إرادة استنباط الحكم باستخلاص القاعدة القانونية العرفية مما هو واقع في العمل من التواتر على فعل أو أفعال معينة ، فيقوم بتحميص حقيقة العرف للوصول إلى استقصاء معناه الحقيقي كما يوجد في الجماعة والحكم طبقاً لهذا المعنى ، وهذا يقتضي منه أن يقرر في القضية المعروضة أمامه أن هناك سلوكاً قد تعارف المجتمع على الالتزام به في هذه القضية . ويلاحظ أن تشخيص هذا السلوك الاجتماعي في قضية جديرة بحماية القانون ليس من السهولة بمكان ، ولهذا يكتنف القواعد العرفية شيئاً من الغموض وعدم التحديد ، غير أن لا يؤثر ذلك على قيمتها القانونية ؛ لأن القاعدة التشريعية قد تكون غامضة أيضاً ، إلا أنه في هذه الحال تتطلب جهداً استنباطياً أكبر لأجل التوصل إلى الحكم القضائي المستند إليها . ولهذا يرى الفقه أن عملية الاستنباط من القواعد العرفية لم تكن بالعمل اليسير ، لذا في وسع القاضي أن يستعين بأهل الخبرة لاسيّما في العرف المهني فيستشير بما يقدموه له حول هذا العرف ولكن الأخذ أو عدم الأخذ بتقاريرهم يعود إلى سلطته التقديرية<sup>(١)</sup> .

(١) د. أحمد سي علي ، مدخل للعلوم القانونية ، دار الأكاديمية ، الجزائر ، ٢٠١١ ، ص ٣١٣-٣١٤ .  
د. حسن كيرة ، مصدر سابق ، ص ٢٨٠-٢٨١ و ٢٨٨-٢٨٩ . د. عبدالحى حجازي ، مصدر سابق ، ص ٤٦٢ .  
ديرهان خليل زريق ، نحو نظرية عامة في العرف الإداري ، مطبعة عكرمة ، دمشق ، ١٩٨٦ ، ص ٣٢ .

ويذهب رأيي إلى أن استخلاص الحكم يجب أن ينصب على العادات المتبعة في بيئة الخصوم ، وبذلك يضي عليها القضاء إلزاماً تفتقده عندما تصبح أحد مضامين الحكم القضائي ، وأن مجال العمل في العادات في الوقت الحاضر أكثر تطبيقاً من العرف، وإن المشرع غالباً ما يحيل إلى العرف قاصداً العادة<sup>(١)</sup> .

وهذا الرأي كأنه يريد أن يقول إن العادة عرفٌ ينقصه عنصر الإلزام ، وهذا صحيح من هذه الجهة ، ولكن القول إن قوة الإلزام في العرف يضيفها التطبيق القضائي للعادات ، أي إن القضاء هو الذي يحول العادات إلى أعراف معتبرة قانوناً عندما يجري إصدار الأحكام استناداً إليها، وهذا القول نجد له مؤيدين في نظام السوابق القضائية ، وإن كان له بعض الأنصار في الفقه الفرنسي أيضاً أبرزهم الفقيه لامبير<sup>(٢)</sup> .

والباحث يرى في الرأي المتقدم أنه يلزم منه الدور، بمعنى إن القضاء لا يطبق العرف حتى يكون قانوناً، والعرف لا يكون قانوناً حتى يطبقه القضاء ، وهذا مستحيل منطقياً<sup>(٣)</sup>، فتطبيق القاضي للعرف لا بد أن يسبقه تحقق جميع أركانه وعناصره لاسيماً قوة الإلزام . ومن صفات القاعدة العرفية نجد إن منشأ قوتها يكمن في الضرورات الاجتماعية ، وهذه الضرورات يقتضيها تنظيم حياة المجتمع ، فعندما لا يوجد قانون ينظم الحياة كما كانت عليه الحال في المجتمعات البدائية أو عندما يُفتقد التشريع لتنظيم حالة معينة كما هو الحال في المجتمعات الحديثة ، يرى المجتمع أن العرف هو الذي يحل محل القانون حينئذ لتنظيم العلاقات الاجتماعية . ولذا فهو يملك قوة ذاتية لسد الفراغ التشريعي . وهناك اعتبارات كثيرة أعطته هذه القوة منها ما للقديم من قدسية في النفوس، والشعور بالاستقرار في حالة تطبيق ما درج الناس على اتباعه زمنياً طويلاً في مجال التعامل الاجتماعي<sup>(٤)</sup> .

وناهيك عما تتصف به القواعد العرفية من أنها قانون غير مُشرع ، فهي قانون له قوته الذاتية .  
وأما حرص المشرعين العراقي والمصري بالنص عليه إنما لأجل توفير الاحترام له وتكليف القاضي بتطبيقه عند عدم وجود النص التشريعي وتزويده بالقوة نفسها التي جعلها للنص التشريعي ، وليس معناها إنكار أن العرف قد نشأ من تلقاء ذاته ، بل معناه ان المشرع يُسلم بأن العرف الذي يكون على أثر وجود الفراغ التشريعي إنما هو جدير الحماية نفسها التي أسبغت على التشريع ، ومقتضى هذا المضمون

(١) علي عبد الله عفريت ، مصدر سابق ، ص ٢٠٧ .

(٢) د. عمار بوضياف ، الوسيط في النظرية العامة للقانون ، ط ١ ، دار الثقافة عمان ، ٢٠١٠ ، ص ١٩٢ .  
د. عبد الرشيد مأمون ، الوجيز في المدخل للعلوم القانونية ، دار النهضة العربية ، دون تاريخ ، ص ٢٠٥ - ٢٠٦ .  
د. حسن كيرة ، مصدر سابق ، ص ٢٨٦ و ٢٨٩ .

(٣) الدور: توقف وجود الشيء على ما يتوقف عليه وجوده . . . وهو مستحيل ؛ لأنه يستلزم توقف وجود الشيء على نفسه .  
أنظر: السيد محمد حسين الطبطبائي ، بداية الحكمة ، مؤسسة النشر الإسلامي ، قم ، ١٤١٨ هـ ، ص ١١٦ .

(٤) د. محمد أحمد عبد النعيم ، المدخل لدراسة القانون ، مطبعة العشري ، بلا سنة نشر ، ص ١٣٠ .  
د. عبد الرشيد مأمون ، مصدر سابق ، ص ٢٠٧ - ٢٠٨ . د. محمد حسام محمود ، مصدر سابق ، ص ١٨٢ .

القانوني لهذا النوع من العرف يتكون ويسري قبل وبلا أي تدخل من السلطات العامة التي وجدته متكونا بذاته وساريا من تلقاء نفسه ، فلم تعطل فاعليته المشروعة ولم تحل دون قوته التكوينية<sup>(١)</sup>.

ونظرا للصفيتين المتقدمتين التي تمتاز بهما القواعد العرفية اختلفت آليات استنباط الحكم القضائي منها عن استنباطه من النصوص التشريعية التي تتطلب جملة من مباحث الألفاظ ودلالات النصوص التي لم تكن ذات أهمية في هذا المصدر الاحتياطي ، فإذا كان الجهد الاستنباطي للقاضي ينصب على فهم دلالات النص من حيث ألفاظه وفحواه ، فهنا ينصب على فهم المضمون الاجتماعي للقواعد العرفية ، وتجسد هذا المضمون في سلوك أفراد المجتمع .

ويمكن القول إن الاستنباط للأحكام من القواعد العرفية في العمل القضائي لاسيما في مجال المعاملات المالية من القلة بمكان إذا ما قورن بالاستنباط من القواعد التشريعية ، ولعل علة ذلك عدم اطمئنان القضاة إلى إصابة أحكامهم المستخلصة من تلك القواعد . بتعبير آخر إن القاضي يجد التوصل إلى الأحكام عن طريق التشريع بما له من وسائل أيسر من التوصل إليه عن طريق العرف الذي يفتقر إلى وسائل استنباط منضبطة وواضحة .

ويلاحظ أن النص التشريعي ليس له تأثير على القاعدة العرفية إلا من جهة التأكيد على رسميتها ، وأنها مصدر للأحكام حالها حال التشريع ، بينما وجدنا للعرف أثرا في النص التشريعي من حيث تحديد دلالة ألفاظه ، وتحديد موضوعات الأحكام كما تقدم .

وتكمن طاعة القاعدة التشريعية ناهيك عن الجزاء المقترن بها ، بما للدولة من سلطة وهيبة في نفوس أفراد المجتمع ، بينما تكمن طاعة القواعد العرفية بالضغط الاجتماعي واستنكار وسخط المجتمع لمن يحاول الخروج والتمرد عليها .

علما بأن القاعدة العرفية قد تلغى بقاعدة عرفية مثلها عندما يهجر المجتمع العرف الأول ويستبدله بعرف ثان أو دون أن يستبدله فيلغى لعدم العمل به ، أو قد تلغى بقاعدة أعلى منها أي بالقاعدة التشريعية ، وهذا مما ينبغي الالتفات إليه من قبل القاضي وهو يقوم بعملية الاستنباط من هذا المصدر الاحتياطي الأول عندما يواجه حالة الفراغ التشريعي .

(١) د. عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ، ص ٤٦٢ .



## المطلب الثاني

### استنباطه من مبادئ الشريعة الإسلامية

إذا لم يجد القاضي القاعدة القانونية في صورة قاعدة عُرفية بعد الفراغ التشريعي، فقد جعل المشرع له مبادئ الشريعة الإسلامية مصدراً يحكم بمقتضاها، فهي لدى المشرع العراقي والمشرع المصري تعتبر المصدر الاحتياطي الثاني الذي يلي العرف .

فقد نص المشرع العراقي في الفقرة (٢) من المادة الأولى من القانون المدني على أنه (إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقييد بمذهب معين . . . ) .

ونص المشرع المصري في الفقرة (٢) من المادة الأولى من القانون المدني على أنه (إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية . . . ) .

وهذه السياسة التشريعية إزاء الشريعة الإسلامية قد تطورت لدى المشرعين أعلاه، فالمشرع العراقي بعد أن جعلها بالمرتبة الثالثة بين مصادر القانون في نطاق المعاملات المالية، قد جعلها في المرتبة الثانية في نطاق التنظيم الأسري إذ نص في الفقرة (٢) من المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية على أنه (إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون) .

ثم حصل تطور أسمى، فبعد أن كانت ترد ضمن النصوص التشريعية العادية صارت ضمن النصوص الدستورية، وهذا ما حصل في الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥، إذ نصت المادة (الثانية) منه على أنه (أولاً- الإسلام دين الدولة الرسمي، وهو مصدر أساس للتشريع، لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام . . . )، فالإسلام وإن لم يكن هو المصدر الوحيد للتشريع حسب ما يفهم من لفظة (أساس)، ولكن في كل الأحوال لا يسوغ مخالفة الأحكام الثابتة في التشريع الإسلامي، فالثابت يقابله المتغير، وهذا الأخيرة تلك الأحكام الاجتهادية القابلة للخلاف بينما الأحكام الثابتة لا خلاف فيها، وانها معلومة بضرورة الدين، ومنشأ ثباتها قطعية أدلتها، فقول المشرع الدستوري (لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام) أي تلك الأحكام القطعية المرتكزة في النفوس كحرمة الربا، وحرمة الجمع بين الأختين، حرمة الزنا، ووجوب الحجاب على المرأة، وحرمة شرب الخمر وغير ذلك من الثوابت التي لا تخفى على كل مسلم، وأي تشريع خلاف ذلك يُعد غير دستوري بحكم ما جاء في المادة

(الثالثة عشر) من الدستور التي نصت على انه (أولاً- يُعدّ هذا الدستور القانون الاسمي والأعلى في العراق ويكون ملزماً في أنحاءه كافة وبدون استثناء ، ثانياً- لا يجوز سن قانون يتعارض مع هذا الدستور ، ويُعدّ باطلاً كل نص يرد في دساتير الأقاليم ، أو أي نص قانوني آخر يتعارض معه) .

وأما تطور منزلة مبادئ الشريعة الإسلامية لدى المشرّع المصري فبعد أن كانت مصدراً للأحكام القضائية يلجأ إليها القاضي عند فقدانه لنص التشريعي والقاعدة العرفية حسب المادة (٢/١) من القانون المدني ، فقد جعلها الدستور المصري لعام ١٩٧١ الملغي (مصدر رئيسي للتشريع) حسب المادة الثانية منه، وهذا التعبير يقابل في دلالاته تعبير المشرّع العراقي (مصدر أساس) مما يعني ليست الشريعة الإسلامية هي المصدر الوحيد للتشريع وإنما في وسع المشرّع أن يرجع إلى مصادر أخرى لسن التشريعات ، ولكن تطورت هذه السياسة التشريعية عام ١٩٨٠ إذ أقدم المشرّع المصري على تعديل المادة أعلاه وأعاد صياغتها على نحو تحمل دلالة إن مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الوحيد للتشريعات في مصر فصار النص أن ( . . . مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع) .

وكرر الدستور المصري لعام ٢٠١٤ النافذ النص المعدل نفسه في أعلاه ، فنص في المادة الثانية منه على ان ( . . . مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع) .

ولكن مع كل هذه التطورات فقد وقع الخلاف في المقصود من (مبادئ الشريعة الإسلامية)، وهذا الخلاف قد انعكس على عملية الاستنباط القضائي .

وبناءً على ذلك سنقسم هذا المطلب على فرعين ، نتطرق في الفرع الأول الى المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية ، ونتطرق في الفرع الثاني الى انعكاس مبادئ الشريعة على عملية الاستنباط .

## الفرع الأول

### المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية

بعد ان صدرت النصوص التشريعية في القوانين المدنية والدستورية لتبين مرتبة ومنزلة الشريعة الإسلامية بوصفها مصدراً للأحكام القضائية في حالة الفراغ التشريعي ، أو بوصفها مصدراً للمشرع عند سنه التشريعات لتنظيم الحياة القانونية للمجتمع ، أستعمل المشرّع للدلالة على ذلك مصطلح (مبادئ الشريعة الإسلامية)، عندها بدأ التساؤل ما هو المقصود بهذه المبادئ .

لقد تصدى الفقه لبيان ذلك المقصود ولم يحصل اتفاق على دلالة واحدة لدى الجميع لهذا المصطلح التشريعي إنما هناك أكثر من رأي في بيان المقصود به .

فقد ذهب الرأي الأول إلى أنها الأصول الكلية التي تستخلص من نصوص الكتاب والسنة كمنع الاعتداء على ملكية الآخرين ، وإقامة العدل في الأحكام . . . ، وعبر بعضهم عنها بأنها المبادئ العامة التي لا تختلف من مذهب إلى آخر، ويستبعد هذا الاتجاه الآراء الفقهية لما فيها من اختلافات وأراء غريبة ، ومن ثمّ فلا تدخل الأحكام الجزئية التي قد تختلف باختلاف المذاهب فيما يقصد بمبادئ الشريعة الإسلامية<sup>(١)</sup> .

وهذا الرأي يبدو أن لديه موقفا استنكاريا إزاء من يذهب بأن المقصود بها الآراء المعروضة في الفقه الإسلامي على نحو الإطلاق لأنه وجد فيها من الآراء التي تنسم بالوهن والبعد عن روح الشريعة ومع ذلك تحسب من الفقه الإسلامي .

ويذهب رأي ثانٍ إلى أن المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية تلك القواعد الفقهية العامة التي استخلصها الفقهاء بعد أن تطور الفقه الإسلامي وصُنّف حسب الموضوعات ، فقد قام هؤلاء الفقهاء بدراسة الموضوعات الفقهية المتشابهة واستنتجوا منها قواعد كلية ، هي بمثابة ضوابط فقهية يندرج تحتها فروع كثيرة لا حصر لها يستطيع الفقيه أو القاضي أن يستند إليها في استخراج حكم الواقعة دون الحاجة إلى مراجعة كتب الفقه<sup>(٢)</sup> .

ويذهب رأي ثالث إلى أن المقصود بها أوسع مما ذكره الرأي الأول والرأي الثاني إنها أحكام الفقه الإسلامي المستخرجة من كتب الفقه المعتمدة لدى المذاهب المختلفة والمبنية على قواعد وأصول الفقه الإسلامي ، أي إنهم يريدون تلك الأحكام التي قامت عليها الأدلة المُعتبرة المذكورة في أصول الفقه ، إلا أن بعضهم لاحظ على شرطهم الأخير هذا أنه معيار غير كاف لعدم اتفاق جميع المذاهب على مصادر الفقه بل وقع الاختلاف حتى في المصادر الأصلية ، ويرى البعض من أصحاب هذا الاتجاه أن القاضي في حالة الفراغ التشريعي يرجع إلى النظام القانوني في التشريع الإسلامي الذي يخص قسم المعاملات<sup>(٣)</sup> .

ويبدو لنا من خلال هذا الرأي وما لاحظناه على ما ذهب إليه الرأي الأول ، أن القائلين بهذه الآراء قد وجدوا في بعض كتب الفقه الإسلامي التي اطلعوا عليها هناك أفكارا كثيرة تحسب من الفقه

(١) د. حسن كيرة ، مصدر سابق ، ص ٢٢٩ . د. نبيل إبراهيم سعد و د. محمّد حسين منصور، مبادئ القانون ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٥ ، ص ٥٥ . د. محمّد حسن قاسم ، المدخل لدراسة القانون ، ج ١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ٢٠٠٦ ، ص ٢٩١-٢٩٢ . د. السيد محمّد السيد عمران ، الأسس العامة في القانون ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٢ ، ص ٧٩ .

(٢) الأستاذ عبد الباقي البكري و زهير البشير، مصدر سابق ، ص ١٤٨-١٤٩ .

(٣) مبارك صائغي ، مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي للقانون المدني الجزائري ، رسالة ماجستير مقدمة إلى معهد الحقوق والعلوم الإدارية ، جامعة الجزائر ، بلا سنة نشر ، ص ٧١ و ص ٢٠٣ .

الإسلامي ، وهذا الفقه بريء منها ؛ لأنها لم تملك المستندات العلمية ، وإنما قيلت مجرد آراء شخصية تقتصر إلى الحجة الشرعية . وعلى أساس من هذه الخلفية وهذا التصور حاولوا بيان المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية بما يمكن إبعاد تلك الأفكار عن العمل القضائي وإصدار الأحكام .

وعليه فينبغي على القاضي عندما يلجأ إلى سد الفراغ بمبادئ الشريعة الإسلامية فلا بد أن يكون على دراية عالية بالفقه الإسلامي والمناهج المعتمدة في استنباط الأحكام منه ، والقدرة على تمييز الآراء الفقهية الرصينة من غير الرصينة ومعرفة القيمة العلمية للكتب التي تناولت الفقه الإسلامي .

وترى المحكمة الدستورية العليا في مصر أن مبادئ الشريعة الإسلامية تمثل النصوص الشرعية القطعية الثبوت والدلالة ، وهي الأصول الثابتة للشريعة التي لا تحتمل تأويلاً ولا تبديلاً أما النصوص الظنية فلا تُعدّ من هذه المبادئ بل إنها قابلة للاجتهد ومحل لتعدد الآراء واختلاف وجهات النظر فيها<sup>(١)</sup> .

وهناك من علق على هذا الرأي بأن المحكمة لو عملت مناهج وقواعد الاستنباط لما انتهت إلى هذه النتيجة ، فإن تلك المناهج هي التي فرقت بين القطعي والظني ، وإنما نجد عامة الفقه مرده إلى النصوص الظنية . ويلزم مما ذهب إليه المحكمة المذكورة هو حصر مبادئ الشريعة في بضعة آيات قرآنية وبضعة أحاديث نبوية متمثلة في نصوص قطعية الثبوت والدلالة ، ويترتب على ذلك طرح الثروة العلمية الفقهية لأنها تقوم على نصوص ظنية ، وأنها تفرق بين مبادئ الشريعة وبين الفقه الإسلامي ولكننا لم نجد من يقول هذا شرعي ورد في الكتاب والسنة وهذا فقهي أي اجتهاد يجوز قبوله أو رده حتى ولو استند إلى نصوص شرعية مادامت إنها ظنية على كل حال<sup>(٢)</sup> .

وهناك رأي يُرجع مبادئ الشريعة الإسلامية إلى المبادئ العامة للقانون ، فهو يرى أن هذه الأخيرة هي الأفكار الأساسية المعبرة عن فكرة الوجود السائدة في المجتمع ، وبما إن الرسائل الدينية جزء لا يتجزأ من التصور الفلسفي لهذا الوجود لاسيما الإسلام بوصفه دين الأغلبية من السكان في الدول الإسلامية ، ومن ثمّ فإن مبادئ الشريعة الإسلامية تندرج ضمن المبادئ العامة للقانون ، والقاضي عندما يرجع إليها لا يرجع إلى قواعد قانونية تفصيلية ولكنه يستلهم منها المبادئ العامة الكلية والموجهات والأفكار الأساسية التي تقوم عليها الشريعة ، وانتهى إلى أنها لا تُعدّ من مصادر القانون الوضعي ،

(١) د. محمد محمد عبدة إمام ، نظرات في قضاء المحكمة الدستورية العليا بشأن تفسير مبادئ الشريعة الإسلامية في الدستور ، بحث منشور في المجلة العلمية لكلية الشريعة والقانون بطنطا ، جامعة الأزهر ، ٢٠٠٥ ، ص ١٤٩-١٥٠ .

(٢) د. محمد محمد عبدة إمام ، المصدر نفسه ، ص ١٥٦ .

والقاضي عندما يلجأ إليها في حالة الفراغ التشريعي فإنه وفي ضوء ما تُعطيه من معاني يخلق الحل العادل للنزاع المعروض أمامه وليس في ذلك تطبيقاً لقاعدة قانونية وضعية<sup>(١)</sup>.

وهذا الرأي استند فيما ذهب إليه بما للمبادئ العامة للقانون من معنى كما هو يراه والا في الواقع تعددت الآراء في معنى هذه المبادئ ، فهناك من يرى أنها قواعد توجيهية للقاضي تظهر بمظهر قواعد فقهية مهيمنة على الهيكل القانوني<sup>(٢)</sup>، وهناك من يرى أنها مجموعة القواعد العليا التي تهيمن على القانون ، وتُعدُّ القاعدة القانونية مجرد تطبيق لها ، وهي مستمدة من روح التشريع حتى وإن لم تكن مصوغة بنصوص مكتوبة ، والقاضي هو الذي يكشف عنها<sup>(٣)</sup>.

والباحث يرجح هذا الرأي الأخير ونعتقد بأن المبادئ العامة للقانون ، سواء المكتوبة أم غير المكتوبة قد وجدت على أثر استقراء التشريعات في نظام قانوني معين ، ولهذا فهي تهيمن على القانون ، وإن مرتبتها مرتبة التشريع . لذا فإن الفراغ التشريعي ، حسب ما نعتقد ، لا يتولد إلا بافتقار النص التشريعي والمبادئ العامة حتى غير المكتوبة .

ويجب على القاضي وكل من يتصدى لبيان المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية أن يلتفت إلى موضوع النص الذي ورد فيه هذا المصطلح ، وكما يقول الأصوليون ملاحظة مناسبة الحكم والموضوع ، أي إن لا يسلب الضوء عليه بمعزل عن موضوع النص التشريعي الذي ورد فيه ، فالنص كما تقدم موضوعه تعداد المصادر الرسمية الاحتياطية التي يلجأ إليها القاضي في حالة الفراغ التشريعي ويستنبط منها الحكم القضائي في الدعوى المنظورة ، وعليه فإن مبادئ الشريعة الإسلامية يُراد بها ما يتوصل القاضي معه إلى حكم القضية موضوع النزاع - متى خلت من نص تشريعي أو عرف - وهذا الحكم القانوني والقضائي يمكن أن يتوصل إليه من خلال حكم شرعي يجده في كتب الفقه الإسلامي ، أو قد يجد قاعدة فقهية في وسعه أن يستند إليها في استنباط الحكم القضائي ، ففي كلا صورتين يتوصل القاضي إلى الحكم الشرعي ويطبقه بوصفه قاعدة قانونية على القضية المعروضة عليه ، ويؤيد ذلك أن المشرع العراقي في مشروع القانون المدني فيما يتعلق بالفقرة التي تناولت المصادر الاحتياطية استخدم مصطلح الفقه الإسلامي بدلا من مصطلح مبادئ الشريعة الإسلامية فنص على أنه ( . . إذا لم يوجد نص طبقت أحكام الفقه الإسلامي الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين ، فإذا لم توجد

(١) د.سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة للقانون ، منشأة المعارف ، مصر ، ١٩٧٤ ، ص ٢٦١ و ص ٢٦٥-٢٦٦ .

(٢) د.علي حسين نجده ، مبادئ الشريعة الإسلامية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٠ ، ص ٢٠ . مبارك صانغي ، مصدر سابق ، ص ١٢٣ .

(٣) د.عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ، ص ٤٩٤ و ص ٤٩٧ .

أحكام ملائمة في الفقه الإسلامي تُطبق العُرف، فإذا لم يوجد عُرف طبقت قواعد العدالة<sup>(١)</sup> ففي وسع القاضي إذن أن يأخذ من الأحكام الشرعية في الفقه الإسلامي ويحوّلها بمثابة قواعد قانونية يطبقها على الواقعة التي يريد أن يفصل فيها ، وينبغي عليه انتقاء الآراء الفقهية المُعتبرة المبنية على الدليل الشرعي والحجة القوية، وأن ينظر في الفتاوى الشرعية للفقهاء المعاصر الذي تشهد له الموازين العلمية بالفقاهة العالية والأكثر إحاطة بمدارك الأحكام مع الاستقامة في سيرته وسلوكه .

لقد تبين مما تقدّم أن هناك آراء متعددة في المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية ، وقد تطرّف الرأي الذي أنكر مصدريتها في القانون الوضعي ؛ لأن كل التطورات التشريعية التي جرت للشريعة الإسلامية من قبل المشرّعين العراقي والمصري ، على ما سبق ، كانت بصفتها مصدراً للأحكام القضائية أو مصدراً للنصوص التشريعية .

## الفرع الثاني

### انعكاس مبادئ الشريعة الإسلامية على عملية الاستنباط

عندما لا يجد القاضي نصاً تشريعياً ولا قاعدةً عُرفيةً ، فيلجأ إلى مبادئ الشريعة الإسلامية حينئذ ويتوصل منها إلى الحكم القضائي الذي يفصل القضية المعروضة أمامه ، فهو يرجع إلى الفقه الإسلامي بما فيه من قواعد وأحكام شرعية ، غير أن عمله الاستنباطي يتفاوت فيما إذا كان قد اختار قاعدة فقهية عما لو اختار حكماً شرعياً أو رأياً فقهياً .

فالقاضي إذا اختار إحدى القواعد الفقهية مصدراً للقاعدة القانونية ليتوصل إلى الحكم القضائي ، فإنه يجعل من تلك القاعدة المقدمة الكبرى في استدلاله القياسي ، وتكون الواقعة موضوع النزاع هي المقدمة الصغرى ، ويستنبط من خلال هذا الاستدلال الحكم الفاصل في الدعوى المنظورة .

وهذه العملية تتطلب منه إحاطة كافية في مظان ودلالة القاعدة الفقهية ومعرفة موارد تطبيقها وبأي باب من أبواب الفقه ترتبط به .

وهذه القاعدة بما إنها قاعدة مكتوبة فيجري بشأن فهمها كل ما ذكرناه في متطلبات الاستنباط من النص التشريعي ، فالقاضي يمارس مرحلتين ، الأولى اختيار القاعدة الفقهية ، وهذه مرحلة لا تقل أهمية عن مرحلة الاستنباط نفسها ، أنها ستكون الأساس والمبنى لهذا الاستنباط ، وأن عدد هذه القواعد في الفقه الإسلامي ليس بالقليل ، لذا يجب أن يكون القاضي على دراية تامة بالقواعد الفقهية إذا ما أراد جعل أحدها

(١) الأستاذ ضياء شيت خطاب والأستاذ إبراهيم المشاهدي و عبد المجيد الجنابي و عبد العزيز الحساني و غازي إبراهيم الجنابي ، القانون المدني مع مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ١ ، مطبعة الزمان ، بغداد ، ١٩٩٨ ، ص ١١ .

مقدمة لأستدلالة الاستنباطي . وأما المرحلة الثانية ممارسة عملية الاستنباط لاستخراج الحكم القضائي المنطبق على الواقعة موضوع النزاع ، وهنا تتبين قدرات القاضي ومؤهلاته العلمية والقانونية وخبرته القضائية في إصابة استنباط الحكم القضائي .

أما لو أهدى القاضي إلى وجود حكم شرعي مُستنبط من قبل الفقهاء بموجب الأدلة المُعتبرة في أصول الفقه ، فيتخذ هذا الحكم مصدراً للقاعدة القانونية حينئذ ، وهنا يحتاج جهداً استنباطياً لاستخراج الحكم القضائي ولكن ليس كما هو في الصورة الأولى . ومع ذلك لا بد أن يكون عارفاً بدلالة هذا الحكم الشرعي أو الرأي الفقهي ، إذ تطبيقه يحتاج إلى دقة ومعرفة بلغة الفقه الإسلامي والمدرک الذي استند عليه .

فالقاعدة الشرعية العامة ، سواء أكانت قاعدة فقهية أم حكماً شرعياً فرعياً ، تكون في عملية الاستنباط مبدأً من مبادئ القياس الاستدلالي ، أي إنها كبرى قياس يجري في أكثر من مجال لاستنباط حكم قضائي في الدعوى المنظورة من قبل القاضي .

فهكذا تنعكس مبادئ الشريعة الإسلامية على عملية الاستنباط عندما تكون مصدراً للقانون يتوصل القاضي منها إلى حكم القضية المعروضة عليه ، فعلى القاضي أن يكون عارفاً بكيفية توظيف المفردة الشرعية في إطار يتلاءم ومتطلبات النظام القانوني الذي يعمل القاضي في ظلّه من جهة ، ومن جهة أخرى يتلاءم ومتطلبات الحياة المعاصرة ، فالتعامل مع الشريعة الإسلامية وفقهها يحتاج اليوم إلى عقلية واعية تملك أفقا واسعا ونظرة بعيدة في جعل الأحكام الشرعية قانوناً يحكم الحياة .

أمام القاضي هذا المصدر الكبير إذن بما يحوي من ثروة قانونية ضخمة محل اهتمام فقهاء القانون في بلداننا الإسلامية ، وكذلك علماء القانون في الغرب أيضاً ، فلم (( يعد أحد ينازع اليوم في المكانة التي يجب أن يحتلها فقه الشريعة الإسلامية في علم القانون المقارن ، ولقد اعترف منذ زمن طويل بهذه المكانة لفقه الشريعة الإسلامية الكثير من مشاهير علماء القانون أمثال لامبير ، وديلفيكو ، وجمور ، وقد تُوج اعترافهم بذلك قراراً أصدره المؤتمر الدولي الأول للقانون المقارن الذي انعقد في لاهاي ١٩٣٢ الذي نص على تخصيص . . مركز خاص لدراسة فقه الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون المقارن))<sup>(١)</sup> .

إن السؤال الذي يُعرض هنا ، هل أن على القاضي عندما يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية أن يختار منها تلك المبادئ الأكثر ملائمة مع نصوص القانون المدني؟

(١) د. سليمان مرقس ، بحوث وتعليقات ، دار الكتب القانونية ، مصر ، المنشورات الحقوقية صادر ، لبنان ، ١٩٩٨ ، ص ٦٤٢ .

هناك من الفقهاء من يرى أن القاضي مقيد بأن يختار ما هو متفق مع مبادئ أحكام القانون المدني ، فيجب عليه مراعاة التنسيق بين أحكام الفقه الإسلامي التي رجع إليها القاضي وبين المبادئ العامة التي يقوم عليها التشريع المدني في جملته أي إن لا يختار ما يتعارض مع مبادئه لكي لا يفقد التقنين المدني تجانسه وانسجامه<sup>(١)</sup>.

والمشرّع العراقي أخذ بذلك فقد نص، كما تقدم ، على عبارة ( . . . الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون...) أي نصوص القانون المدني .

ونعتقد أن صياغة هذه الجملة بهذا الشكل تُوحى للقاضي بأن يرجع إلى أحكام الفقه الحنفي بوصفه الأكثر ملائمة لنصوص القانون المدني العراقي ؛ لأن هذا الفقه في الحقيقة يُعدُّ هو المصدر التاريخي لنصوص هذا القانون ؛ لأن المشرّع العراقي أتخذ من مجلة الأحكام العدلية مصدراً عند وضعه القانون المدني ، وهذه المجلة مستمدة من كتاب مرشد الحيران ، وهذا الكتاب هو أحد كتب الفقه الحنفي ، لذا ذهب راي بهذا الصدد إلى القول أن (( اقتباس القانون المدني من الفقه الإسلامي حقيقة غير صحيحة علمياً ، فالقانون المدني اقتبس بعض الأحكام من حواشي المذهب الحنفي ، القانون المدني إذن لم يأخذ من الفقه الإسلامي من مدارسه الفكرية الرحبة))<sup>(٢)</sup>.

أما المشرّع المصري فقد وردت العبارة المتقدمة في مشروع القانون المدني إلا أنها رُفعت ؛ لأن التعارض بين مبادئ الشريعة ونصوص القانون لن يحدث بسبب أن مبادئ الشريعة لن تطبق إلا عندما لا يوجد نص ، ولن تطبق منها إلا المبادئ العامة دون الحلول التفصيلية وانتهى الأمر إلى حذفها من النص<sup>(٣)</sup>.

بعد أن عرفنا ان المشرّع العراقي قيّد القاضي بأن يختار من مبادئ الشريعة الإسلامية ما هو أكثر ملائمة لنصوص القانون المدني ، بينما المشرّع المصري لم يفعل ذلك ، ولكن هل أن القاضي وهو يريد أن يستنبط أو يتوصل إلى الحكم للفصل في القضية المعروضة عليه ، محدد فيما يختار من مبادئ الشريعة وأحكامها في مذهب مُعين كالحنفي أو الشافعي أو المالكي أو الحنبلي أو الامامي أو الزيدي . . . ؟

(١) د.نبيل إبراهيم سعد و د. محمد حسين منصور، مصدر سابق ، ص ٥٥ . مبارك صائغي ، مصدر سابق ، ص ٢٠٢ .  
(٢) د.آدم وهيب النداوي ، طاوله مستديرة حول قانون إصلاح النظام القانوني ، ندوة منشورة في مجلة العدالة الصادرة عن وزارة العدل العراقية ، العدد الثاني ، السنة الثالثة ، بغداد ، ١٩٧٧ ، ص ٣٨٦ . ويُفضل أستاذنا الدكتور آدم اطلاق لفظ (مدارس) بدل من (مذاهب) لذا يقول: ( لا أقول مذاهب . . . إنما تعتبر مدارس فكرية كما تعتبر المدارس الفكرية مثل الفقيه كابيتان و بلانيول ، كما نقول الفقيه أبو حنيفة والشافعي ، فكل نهجه في التفكير والاستنباط ) .  
(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج ١ ، مصدر سابق ، ص ١٦٠ . د. حسن كبيرة ، مصدر سابق ، ص ٢٢٩ .



لقد نص المشرع العراقي ( . . دون التقيّد بمذهب معين . ) ، وفي هذا النص دلالة على أن المراد بمبادئ الشريعة الإسلامية لدى المشرع العراقي هي الأحكام والقواعد الفقهية ، وهذا يؤكد ، أيضاً ، ما ذهبنا إليه سابقاً ، فالقاضي غير ملزم بأن يأخذ بفقه المذهب الحنفي أو المالكي أو الجعفري . . فهو غير مقيد بمذهب معين ، وهذا حسب ظاهر النص ، وإلا في الواقع وبلحاظ الفقرة المتقدمة فإنه يختار الفقه الحنفي ؛ لأن أحكامه هي الأكثر ملائمة لإحكام القانون المدني كما أسلفنا من أحكام بقية المذاهب الأخرى .

أما المشرع المصري فقد نص على عبارة ( دون التقيّد بمذهب معين ) في مشروع القانون المدني ، غير أنه جرى اعتراض على ذلك في لجنة الشيوخ المؤلفة لبحث المشروع لما تستتبعه هذه العبارة من اضطراب الأحكام لاختلاف المذاهب الإسلامية فيما بينها ، وانتهت اللجنة إلى حذف هذه العبارة أخذاً بان المقصود هو الرجوع إلى المبادئ الكلية لهذه الشريعة دون حلولها التفصيلية ، وهذه المبادئ لا تختلف باختلاف المذاهب الفقهية الإسلامية<sup>(١)</sup> .

وقد ذكرنا أن منزلة الشريعة الإسلامية قد تطورت من كونها واردة في نصوص التشريع العادي إلى أن أصبحت من المبادئ الدستورية .

وقد انعكس ذلك على عملية الاستنباط القضائي ؛ لأن القاضي ملزم أن يتبع السياسة التشريعية التي أفصح عنها المشرع الدستوري ، فبناءً على النصوص الدستورية التي ذكرناها فيما تقدم لدى المشرع العراقي والمشرع المصري إنه لا يسوغ سن قانون من قبل المشرع يخالف ثوابت أحكام الإسلام أو يخالف مبادئ الشريعة الإسلامية ، فمن باب أولى ليس للقاضي في حالة الفراغ التشريعي أن يختار حكماً من المصادر الاحتياطية يخالف تلك الثوابت أو المبادئ الإسلامية ، ومن ثمّ فلا يستطيع القاضي أن يستنبط حكماً مخالفاً للشريعة ثمّ يبرئ ساحته بنسبته إلى العرف أو إلى غيره من المصادر<sup>(٢)</sup> .

وبهذا يكون المشرع والقاضي انسجم مع التوجهات التي كانت تريد للشريعة الإسلامية الصدارة بوصفها مصدراً لسن التشريع واستنباط الأحكام ، سواء في العراق أو مصر<sup>(٣)</sup> .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج ١ ، مصدر سابق ، ص ١٦٠ . د . حسن كيرة ، مصدر سابق ، ص ٢٩٩ .

(٢) د . علي حسين نجيد ، مصدر سابق ، ص ٦٤-٦٥ و ص ٧١ .

(٣) إن الدكتور عبد الرزاق السنهوري بعث رسالة إلى الأستاذ حسن بك عبد الرحمن تضمنت ملاحظات على لائحة القانون المدني العراقي التي أرسلت إليه بعد رجوعه إلى مصر ، جاء فيها ما يخص الشريعة الإسلامية بوصفها مصدراً للأحكام القضائية إذ قال : ( لاحظت أنكم أحرتم مكان الشريعة الإسلامية بين مصادر القانون إلى المرتبة الثالثة تمشياً مع القانون المصري ، والقانون العراقي يستمد من الشريعة بنصيب أوفر فلم يكن غريباً أن تجعل الشريعة في المرتبة الثانية )

وهذا ما يطمح إليه الكثير من رجال القانون في وطننا لاسيما الاكاديميون ، إنهم يريدون أن تكون الشريعة الإسلامية هي الحاكمة في المجال التشريعي والقضائي ؛ لأن ومن خلال خبرتهم واطلاعهم على الدراسات المقارنة ، وجدوا وفي ضوء المعايير العلمية والعملية أن المثل العليا في تحقيق الحق وميزان العدالة تكمن في تطبيق الفقه الإسلامي ، وما أحوجنا اليوم أن نتكاتف جهود فقهاء الشريعة وفقهاء القانون لإعادة صياغة الفقه الإسلامي قانونا في ضوء متطلبات الحياة المعاصرة .

## المبحث الثاني

### استنباط الحكم من المصادر الاحتياطية المنشئة

إذا لم يجد القاضي نصاً تشريعياً ولم تسعفه المصادر الاحتياطية المتقدمة أي لم يجد فيها قاعدة قانونية ، هل يسوغ والحال هذه أن يعتذر عن إصدار الحكم لعدم إيجاده القاعدة القانونية الموضوعية التي تنطبق على واقعة الدعوى المنظورة ؟

أجاب عن هذا التساؤل المشرع العراقي بنصه في المادة (٣٠) من قانون المرافعات على أنه (لا يجوز لأية محكمة أن تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقصه والا عُدَّ القاضي ممتنعاً عن أحقاق الحق . . . ) .

ونص المشرع المصري في قانون العقوبات رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ النافذ في المادة (١٢٢) منه على أنه ( إذا امتنع أحد القضاة . . . عن الحكم يعاقب بالعزل وبغرامة لا تزيد على مائتي جنيه ، ويُعدُّ ممتنعاً عن الحكم كل قاضي 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) .

أما المشرع الفرنسي فقد تناول ذلك في القانون المدني فنص في المادة (٤) على (ان القاضي الذي يمتنع عن الحكم بذريعة نقص القانون أو غموضه أو عدم كفايته يمكن ملاحقته كمرتكب للاستتلاف عن أحقاق الحق) .

ومن خلال النصوص المتقدمة نفهم بأن القاضي يمارس عمليات استنباط متنوعة ، فكل واقعة لها عملية استنباط لحكمها أما أن يكون من التشريع أو العرف أو مبادئ الشريعة الإسلامية ، وأما انه قد يكون من القواعد التي سيجتهد القاضي بإنشائها في ضوء المصدر الأخير ألا وهو قواعد العدالة لكي لا يكون منكراً لها ، فالمنع عن إنكار العدالة الذي ذكرته النصوص المتقدمة ، يتصل بالمصدر الاحتياطي الثالث الذي ذكره المشرع العراقي والمصري في المادة (٢/١) من القانون المدني ، بمعنى إن المشرع جعل هذا المصدر للقاضي لسد النقص في القانون وذلك باجتهاده لإنشاء القاعدة القانونية المنطبقة على الواقعة المعروضة عليه واستنباط الحكم منها لحسم الدعوى المنظورة .

وكان يُفترض بالمشرع العراقي وكذلك المصري والفرنسي أن يكرسوا النص فقط لمسألة الفراغ التشريعي والنقص القانوني .

أما المسائل الأخرى المتعلقة بغموض النص ونحو ذلك فإنها ترجع الى التفسير ، والمسألة هنا لا تتعلق فقط بفقدان النص التشريعي وإنما تتعلق بفقدان القاعدة القانونية الموضوعة سلفا في المصدر الرئيس والمصادر والاحتياطية .

وفي ضوء هذه الملاحظة ينبغي ألا يكون مصدر قواعد العدالة في سياق المصادر الاحتياطية التي تعالج الفراغ التشريعي كما عليه المادة (٢/١) المتقدمة التي عرضت المصدر الرئيس للقاعدة القانونية والمصادر الاحتياطية في حالة الفراغ التشريعي أي عندما لا يجد القاضي في الإطار التشريعي حكما للقضية التي يريد الفصل فيها ، وإنما يفرد بفقرة مستقلة تصاغ على نحو ان قواعد العدالة هي المصدر الاجتهادي الذي ينتهي اليه القاضي بعد ان فقد القاعدة القانونية في مختلف المصادر .

فالأولى أن تكون المادة المذكورة من ثلاث فقرات تكون الفقرة الأولى للمصدر الرئيس القانون الأول وهو التشريع، والفقرة الثانية للمصادر الاحتياطية في حالة الفراغ التشريعي ، والفقرة الثالثة لما هو مطلوب من القاضي في حالة الفراغ القانوني .

ولهذا كان المشرع الفرنسي في المادة (٤) من القانون المدني المتقدمة أدق من المشرع العراقي في المادة (٣٠) من قانون المرافعات ، إذ استعمل تعبير (نقص القانون) بدلا من تعبير (فقدان النص) أو (نقص النص) لأن التعبير الأول ينصرف إلى جميع المصادر بخلاف الثاني ، إذ يقتصر على التشريع كما هو المتبادر إلى إذهان رجال القانون عند استعمال لفظ النص .

وهذه الفكرة الخاصة بالترقية بين وجود الحكم وبين حالة فقدانه موجودة في التشريع الإسلامي ، إذ نجد الفقهاء يبحثون أولا في مصادر الحكم المعلوم ثم يضعون الحلول التشريعية للحكم المجهول ، وبعضهم يُعبّر عن أدلة الحكم الأول بالأدلة المُحرزة أو الأدلة الأصلية أو الأدلة الفقاهتية ، وعن أدلة الحكم الثاني بالأصول العملية أو الأدلة التبعية أو الأدلة الاجتهادية ، فمثلا إذا لم يجد الفقيه حكما لعمل معين أو واقعة ما فإنه يستصحب الحالة السابقة ، إذ من الأصول المهمة في العمل القضائي أصل الاستصحاب ، وقد عدّه المشرع العراقي أصلا من أصول الإثبات القضائي وتناوله في موضوع القرائن القانونية .

إن القاضي لا يبقى مكتوف الأيدي أمام أي واقعة تُعرض عليه لإصدار الحكم فيها حتى وإن لم يُوضع لها قاعدة قانونية مسبقا ، بل أعطاه المشرع صلاحية بأن يجتهد في إنشاء القاعدة القانونية ويستنبط منها الحكم القضائي في ظل مصدر اسماء المشرع العراقي (قواعد العدالة) واسماء المشرع المصري (مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة) ، وترك المشرع الفرنسي المجال للقاضي دون أن ينص على مصادر احتياطية معينة .

ويأتي هنا أكثر من استفهام ، ماهي قواعد العدالة والأفكار المرتبطة بها وما دورها في وضع القاعدة القانونية والاستنباط منها؟ وهل للاجتهاد القضائي في حالة الفراغ التشريعي والنقص القانوني دور في إنشاء القاعدة القانونية لأجل أن يستند إليها القاضي في التوصل إلى الحكم القضائي؟

وعليه سنقسم هذا المبحث ، من أجل إلقاء الضوء على هذا المصدر ، على مطلبين ، نتعرض في المطلب الأول إلى الاستنباط في ضوء قواعد العدالة ، وفي الثاني نتعرض إلى دور القضاء في إنشاء القاعدة القانونية .

## المطلب الأول

### الاستنباط في ضوء قواعد العدالة

بعد أن فقد القاضي القاعدة القانونية التشريعية ولم يجد قاعدة قانونية موضوعية في المصادر الاحتياطية تنطبق على النزاع المعروض عليه ، فعليه أن يجتهد ويضع قاعدة قانونية ، إلا أن المشرع أراد إبعاد هذا الاجتهاد عن الرأي الذي ينحدر من التفكير الشخصي والتصورات الذاتية ، فجعل للقاضي قواعد لينطلق منها في اجتهاده تعرف بقواعد العدالة ، حتى يكون موضوعيا في هذا الاجتهاد ، فقواعد العدالة ترسم ما يجب أن يكون عليه القاضي في اجتهاده بوضع قاعدة تنطبق على القضية المعروضة عليه ، والقاضي عندما يلجأ إلى قواعد العدالة يمارس عملاً مركباً ، إذ يضع القاعدة وهو من يقوم باستنباط الحكم منها ، فالاستنباط هنا لا ينصب مباشرة على قواعد العدالة وإنما بتوسط القاعدة القانونية التي هي أثر من هذه القواعد .

ومما يتصل بفكرة العدالة فكرة أخرى هي فكرة القانون الطبيعي ، التي توجه القاضي إلى الحل العادل في الفصل والحكم في الدعوى المنظورة .

ولكي نتصور هذا المصدر الاجتهادي وعملية الاستنباط التي تحصل في ظلّه ، لابد من إلقاء الضوء على فكرة العدالة من ناحية ، وعلى فكرة القانون الطبيعي من ناحية أخرى ، سيما وإن المشرع المصري صرح بجعل الفكرتين بوصفهما مصدرًا واحداً كما تقدم يلجأ إليه القاضي في مواجهة حالة الفراغ التشريعي والنقص القانوني ، وإن عدم ذكر المشرع العراقي لمبادئ القانون الطبيعي لا يعني الاستغناء بقواعد العدالة عنها ، بل إن البحث في قواعد العدالة يستدعي البحث في مبادئ القانون الطبيعي نظراً للتلازم بين الفكرتين .

لذا نتطرق الفكرتين أعلاه في هذا المطلب بفرعين ، نخصص الفرع الأول لفكرة العدالة ، ونتعرض في الفرع الثاني لفكرة القانون الطبيعي .

## الفرع الأول

### فكرة العدالة

ليس كل القضايا التي تُعرض على القاضي لها قاعدة قانونية موضوعة ليستنبط منها الحكم لفصل الدعوى المنظورة ، ومع هذه الحالة من الفراغ التشريعي والنقص القانوني فإن القاضي سيقوم من تلقاء نفسه بوضع القاعدة وبذلك يحاكي ما قام به المشرّع ، فيستعين بفكرة العدالة وقواعدها التي لها دلالة في هذه الصورة بالرجوع إلى المصادر المادية للقانون ، فيرجع القاضي إلى المادة الأولية ويقوم بوضع القاعدة مراعيًا حقائق الحياة الاجتماعية والمثل الأخلاقية ، مما يعني أن فكرة العدالة تقتضي الرجوع إلى جوهر القانون ، وبهذا العمل يكون القاضي قد جمع بين صفة العمل التشريعي والعمل القضائي بوضع القاعدة وتطبيقها واستنباط الحكم القضائي منها ، وهذا العمل الاجتهادي يمارسه القاضي بحرية عند بحثه عن الحل للقضية المعروضة أمامه ، ولكن هذه الحرية لم تصل إلى تكوين القاعدة وفق أفكاره الشخصية ؛ لأنه مقيد بضوابط البحث العلمي ، فالقاضي عند إنشائه القاعدة أستعان بالمعطيات الواقعية والتاريخية والعقلية والمثالية، فالمراد هنا بالحرية عدم خضوعه في بحثه لسلطة وضعية يجب أن يستمد منها القاعدة التي يطبقها ، ولكن ذلك لم يخرجها عن إطار الأسس العلمية الموضوعية<sup>(١)</sup>.

وتقتضي منه هذه العدالة أيضا أن يتعامل مع القضية المعروضة عليه بالمساواة الواقعية لا المجردة، فيجب ان يراعي الظروف والجزئيات المحيطة بكل قضية على حدة ، فالعدالة فكرة يفرضها الوجود الاجتماعي<sup>(٢)</sup>.

فيجب على القاضي إعطاء كل ذي حق حقه ، بل عليه وهو يبحث عن القاعدة والحكم للواقعة المعروضة أن يوازن بين المصالح المتعارضة بين الخصوم ، ويضع نُصب عينه أن يأخذ كل طرف بقدر ما أعطى ، وأن كل من بذل لا بد ان يحصل على المقابل لما بذل ، ومن لحق بغيره خسارة عليه أن يرد ما يعادل هذه الخسارة ، فالقاضي بهذه العدالة يعيد المراكز القانونية كما هي لأطراف النزاع<sup>(٣)</sup>.

(١) د. حسن كيرة ، مصدر سابق ، ص ٩٥ . د. عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ، ص ٥٧٠ . د. السيد محمّد السيد عمران ، مصدر سابق ، ص ٨١ .

(٢) الأستاذ عبد الباقي البكري ، وزهير البشير ، مصدر سابق ، ص ٦٨ . د. أحمد سي علي ، مصدر سابق ، ص ٣٤٢ . د. منذر الشاوي ، الإنسان والقانون ، ط١ ، الذاكرة للنشر والتوزيع ، بغداد ، ٢٠١٥ ، ص ٤٣٢ .

Marie.Anne FRISON.ROCHE. La rhétorique juridique. Hermès, 1995, vol. 16, p. 80 .

(٣) د. فايز محمّد حسين، فلسفة القانون ونظرية العدالة ، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث الاقتصادية والقانونية التي تصدر عن كلية الحقوق ، جامعة الإسكندرية ، العدد الثاني ، ٢٠١٠ ، ص ١٣٩٣ - ١٣٩٤ و ١٣٩٦ . د. حسن علي الذنون ، فلسفة القانون ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، بلا سنة نشر ، ص ١٦٤ .

وهذه العدالة سواء على صعيد البحث عن القاعدة أو صعيد دراسة القضية لا تنفك عن العدالة المطلوبة بوصفها خصلة نفسانية للقاضي ، فعلماء النفس يشكون كثيراً في سلامة استنباط الحكم ممن لا يتصف بهذه الصفة لتحكم عوامل التبرير في استنباطهم كما هو الحال في أكثر تصرفاتهم المنحرفة ، وهي عوامل بعضها لاشعوري<sup>(١)</sup> .

ويلاحظ أن الاجتهاد الذي يمارسه القاضي ، متجسد في وضعه للقاعدة واستنباط الحكم منها ، في ضوء فكرة العدالة وقواعدها أمر بغاية الدقة والصعوبة ؛ لأن الحالة الواقعية تعرض في وسط ظروف وتفاصيل لا تكون دائماً على الدرجة نفسها من الأهمية القانونية ، ولا تكون كلها متساوية من حيث القيمة ، لذا يتعين على القاضي أن يستخلص العناصر الأساسية للحالة الواقعية سيما وإنها مفتقرة إلى القاعدة القانونية الموضوعية سلفاً ، وهذا يتطلب من القاضي عمقا قانونيا وحاسة تُلهمه الفهم الواعي والتطبيق السليم للقانون وعدم إصداره الأحكام القضائية غير العادلة<sup>(٢)</sup> .

وفي فكرة العدالة هذه وقواعدها يرى بعضهم أنها مصدر أخير للقاضي ليجتهد بعقله ومشاعره الإنسانية مع مراعاة الظروف الشخصية التي أحدثت الحالة موضوع النزاع ، وعليه التسوية في الحكم على الحالات المتشابهة ، بمعنى إنه يجتهد برأيه ، ولعل هذا الرؤية متأثرة بمدرسة الرأي في الفقه الإسلامي التي تذهب إلى الاجتهاد الشخصي عند عدم النص ، ولهذا نجد في الفقه هناك من ذهب إلى أن من الوسائل التي يلجأ إليها القاضي عندما يصل إلى مصدر العدالة أنه يطبق القياس الفقهي المنبثق عن الروح العامة للنظام القانوني الذي يعمل في ظله<sup>(٣)</sup> .

وفي مجال التشريع رأينا أن المشرع العراقي جعل قواعد العدالة المصدر الرسمي الرابع ، والاحتياطي الثالث حسب تسلسل المصادر الذي نصت عليه المادة الأولى من القانون المدني ، وقد ورد بشأن هذا المصدر في مشروع القانون المذكور عند مناقشة المادة أعلاه أنه ( اعتبرت الجملة الأخيرة من الفقرة الثانية من هذه المادة (قواعد العدالة) من جملة المصادر لتطبيق القانون ولدى مناقشة مدى مفهوم هذا المصدر ذهبت اللجنة إلى أن قواعد العدالة كمصدر للقانون عندما يريد تطبيقه الحكام إنما يكون ذلك تحت رقابة محكمة التمييز ، ولمحكمة التمييز ان توحيد قواعد العدالة ، وبمرور الزمن يتركز مفهوم هذا المصدر<sup>(٤)</sup> ) .

(١) السيد محمد تقي الحكيم ، مصدر سابق ، ص ٦٧٢ .

(٢) د. عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ، ص ٥٧٣-٥٧٤ . ضياء شيب خطاب ، فن القضاء ، مصدر سابق ، ص ٧٧ .

(٣) د. أحمد سي علي ، مصدر سابق ، ص ٣٤٢-٣٤٣ . السيد محمد باقر الصدر ، الحلقة الأولى ، مصدر سابق ، ص ٦١ . د. محمد شريف أحمد ، مصدر سابق ، ص ٣١٢ . د. عاشور عامر عبد الله ، القياس في القانون المدني والفقه الإسلامي ، بحث منشور في مجلة الراافدين للحقوق ، المجلد (١٥) ، العدد (٥٢) ، السنة (١٧) ، ص ٨٦ .

(٤) الأستاذ ضياء شيب خطاب والأستاذ إبراهيم المشاهدي و عبد المجيد الجنابي و عبد العزيز الحساني و غازي إبراهيم الجنابي ، مصدر سابق ، ص ١٢ .

وفي ضوء ما تقدم فهذا المصدر مصدر اجتهادي يلجأ إليه القضاة لتطبيق القانون واستنباط الحكم القضائي لفصل الدعوى المنظورة ، وهو عمل يتعلق بالقانون لا بالوقائع لذا يخضع القاضي فيه لرقابة محكمة التمييز، وعلى هذه الأخيرة أن توحد الاجتهادات المختلفة في اتجاه واحد يرسم مسارا للقضاة عند اللجوء إلى هذا المصدر، وإذا كان هناك بعض الغموض وعدم التحديد لهذا الفكرة وقواعدها فإن التطبيق القضائي بما له من صفة عملية سيُضفي على هذا المصدر قدرا من الوضوح والتشخيص .

والمصدر التاريخي للمادة أعلاه هو القانون المدني المصري في مادته الأولى ، ولم يختلف المشرعان العراقي والمصري في مرتبة هذا المصدر، إلا ان المشرع المصري عطف قواعد العدالة على مبادئ القانون الطبيعي ، وهناك من علق على المادة أعلاه بشأن هذا المصدر، أن المشرع المصري أخذ بفقهاء المدرسة العلمية في ضرورة رجوع القاضي إلى جوهر القانون إذا لم توجد قاعدة في المصادر الرسمية ، وقد رأى المشرع المصري أن يُعبر عن هذا الجوهر باصطلاح (مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ) ، وقد لا يكون هذا الاصطلاح كافيا للإفصاح عن معنى جوهر القانون ولكن يوجه إليه على أي حال ، وهذا يعني أن القضاء يستلهم في إنشاء القواعد القانونية حقائق الحياة الواقعية في الجماعة التي تكشف عنها التجربة ، والمثل الأعلى للعدل الذي يكشف عنه العقل<sup>(١)</sup>.

وأما المشرع الفرنسي ، وكما رأينا ، لم ينص بالإحالة إلى هذا المصدر واكتفى بالزام القاضي عدم الامتناع عن الحكم في حالة الفراغ التشريعي والنقص القانوني ، ومن ثم فهو يلجأ إليها إذا لم يجد قاعدة تشريعية أو عرفية لاستنباط الحكم القضائي .

وفي مجال القضاء ، ذهب محكمة التمييز مستندة إلى هذا المصدر، إلى أن ( المادة ٦٣ من قانون المحاماة المعدل قد نصت على أن تحكم المحكمة على من خسر الدعوى ، كلاً أو جزءاً بأتعاب المحاماة . وبما إن الطرفين قد عادا إلى الحالة التي كانا عليها قبل إقامة الدعوى ولم يكسب أو يخسر أحد من الطرفين أي حق في الدعوى ، وحيث لا يوجد نص تشريعي يشير إلى المصاريف في أمثال هذه الحالات ، وحيث إن الرجوع إلى المادة الأولى من القانون المدني تجد هذه المحكمة أنها عند عدم وجود نص تشريعي يمكن تطبيقه يجب الحكم بمقتضى العرف ثم مبادئ الشريعة الإسلامية فقواعد العدالة ، وحيث إن العدالة تقضي في حالة إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل إقامة الدعوى يجب أن يتحمل كل طرف المصاريف التي صرفها وأتعاب محاميه)<sup>(٢)</sup> .

(١) د. حسن كيرة ، مصدر سابق ، ص ٤١٣ .

(٢) قرار محكمة التمييز ٣٤٤ / مدنية أولى / ١٩٧٩ في ١١/٢٢ / ١٩٨٠ ، نقل من : الأستاذ ضياء شيت خطاب ، فن القضاء ، مصدر سابق ، ص ٧٥ .



فالقضاء لا يمكنه أن يتمتع عن الحكم في كل الأحوال والا عُدَّ القاضي الممتنع منكراً للعدالة ؛ لأن ذلك سيؤدي إلى حرمان الشخص من حق التقاضي الذي قرره القانون ، فقد نص الدستور العراقي في المادة (١٩/ثالثاً) منه على أن ( التقاضي مصون ومكفول للجميع . . ) . ونص الدستور المصري النافذ في المادة ( ٩٧ ) منه على أن ( التقاضي حق مصون ومكفول للكافة . . ) .

هذا وقد توسع القضاء الفرنسي في مفهوم إنكار العدالة ولم يجعلها تقتصر على حالة امتناع القاضي عن الحكم فحسب ، فقد قررت محكمة النقض الفرنسية ( يجب أن يفهم بالاستتفاف عن أحقاق الحق ليس فقط رفض إجابة الاستدعاءات أو إهمال الحكم في القضايا الجاهزة للحكم بل أيضاً وبصورة أوسع كل نقص من الدولة في واجبها تأمين الحماية القضائية للأفراد)<sup>(١)</sup> .

ففي حالة الفراغ التشريعي بل القانوني لا يستطيع القاضي ، إذن ، أن يتمتع عن الحكم بحجة عدم وجود القاعدة القانونية التي تحكم القضية المعروضة عليه ، وإلا عُدَّ مرتكباً لجريمة إنكار العدالة ، فالقاضي بحسب طبيعة عمله هو الشخص الذي يمسك بالميزان بين الأطراف المتنازعة ، فهو الرجل الذي يطبق العدل ويحكم بالعدالة بين الناس ، ولذلك لا يجوز أن يتصل عن واجبه في أحقاق الحق في كل الأحوال وبذلك يوفر الحماية القضائية للمواطنين ويكفل حقهم القانوني في التقاضي<sup>(٢)</sup> .

## الفرع الثاني

### فكرة القانون الطبيعي

من أجل أن يكتمل التصور عن المصدر الاحتياطي الأخير للقاعدة القانونية واستنباط الحكم منه في القضية المعروضة ، فإن على القاضي الذي لا يجد قاعدة موضوعة سلفاً تمكنه الحكم بموجبها ، ونظراً للتلازم بين فكرتي العدالة والقانون الطبيعي فإننا نحاول تسليط الضوء على هذه الفكرة الأخيرة في هذا الفرع .

فإن مبادئ القانون الطبيعي ، بوصفها هي وفكرة العدالة مصدراً للقاعدة القانونية وعملية الاستنباط للحكم القضائي في الدعوى المنظورة ، تلك المثل العليا الطبيعية التي يُسلم العقل بضرورتها لتنظيم العلاقات بين الأفراد في أي مجتمع إنساني، فهي مبادئ يكشفها العقل ، وهي تُعدُّ مثلاً لمن يتصدى للتشريع ، سواء ما تضعه السلطة التشريعية أو ما يضعه القاضي حلاً للمنازعة المعروضة أمامه ، لأجل

(١) حكم المحكمة الابتدائية ، كبرى باريس ، ٦ تموز ، يوليو ١٩٩٤ ، مجلة القصر ، ٢ ، ٥٨٩ ، دالوز ٢٠٠٩ ، مصدر سابق ، ص ٤١ .

(٢) د. سمير عبد السيد تناغو ، مصدر سابق ، ص ٢٤١ .

أن يتحاشى ما ينأى به عن العدالة ، فهذه المبادئ مبادئ عقلية للعدل مستخرجة من طبيعة الأشياء ، أي مسلمات العقل الموافقة لطبيعة الأشياء<sup>(١)</sup>، فهي تلك المبادئ والقيم الإنسانية الثابتة التي يستشعر بها العقل النير والفطرة النقية التي فطر الله الناس عليها .

وهي بهذا المعنى تُعدّ ( الموجهات المثالية للعدالة) ، فوظيفة هذه المبادئ أن توجه القاضي وهو يريد وضع القاعدة واستنباط الحكم نحو العدل ، وقد يُعبّر عنها بأنها ( الدستور المثالي للعدل) ، ومن ثمّ تُعدّ مثلاً أعلى للتنظيم القانوني ، فهي توجه القاضي إلى العدل الذي ينبغي أن يسود ، وفي الوقت نفسه تمنع القاضي من التحكم والقضاء بغير ذلك ، فتحفظ القانون في جوهره بوصفه مُقيماً للعدل<sup>(٢)</sup> .

وهذه الفكرة تُعبّر عن حقيقة ينبغي التسليم بها ، وهي أن الإرادة الإنسانية غير قادرة بنفسها على الوصول إلى كمال القانون دون ان تستهدي بموجهٍ يأخذ بها نحو العدل والدلالة عليه<sup>(٣)</sup> .

وأساس هذه الفكرة هو أنه كما للطبيعة قوانين تحكمها كذلك هناك قوانين تحكم السلوك هذا من جهة ، ومن جهة أخرى إن متطلبات الموضوعية في تطبيق القانون تقتضي من القاضي أن يستبعد الإرادة الخاصة ، وعليه أن يُدّعى لتلك الموجهات والقيم العليا التي تمنعه من التحكم ، ومن ثمّ يسري القانون على حد سواء بالنسبة لجميع الأفراد دون إثثار مصالح على أخرى<sup>(٤)</sup> .

وفي نطاق هذه الفكرة حاول بعض الفلاسفة التمييز بين الفكرة وبين المفهوم للقانون الطبيعي ، فاقترص صفة الثبات على الفكرة على أساس من أن التحسس بالعدل أو عدمه ملازم للطبيعة الإنسانية ، أما المفهوم فهو نسبي متغير ؛ لأن مظاهر العدالة قد تختلف بحسب الزمان والمكان<sup>(٥)</sup> .

والباحث يعتقد أنه لا جديد في هذا العرض يُغيّر من مبادئ القانون الطبيعي التي هي بمثابة موجهات للإرادة الإنسانية لاسيما إرادة القاضي الذي يُعدّ أمينا على تحقيق العدل ، وهذا العدل لا يختلف باختلاف الظروف ؛ لأنه من ثوابت الفطرة الإنسانية ، فيستحيل أن يأتي زمن يرى فيه أن إعطاء كل ذي حق حقه أمرٌ غير حسن ، أو أن ذلك خلاف العدل ، نعم العدالة تختلف بحسب الظروف المحيطة بكل قضية وتختلف من بلد إلى بلد بحسب المعايير والقوانين السائدة فيه .

(١) د. أحمد سي علي ، مصدر سابق ، ص ٣٤١ . د. علي حسين نجيدة ، مصدر سابق ، ص ٦٨ . د. حسن كيرة ، مصدر سابق ، ص ١٠٥ .

(٢) د. السيد عبد الحميد فودة ، جوهر القانون ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠٠٥ ، ص ٢٠٩-٢١٠ . د. حسن كيرة ، مصدر سابق ، ص ١٩٩-١٢٠ . د. سمير عبد السيد تناغو ، مصدر سابق ، ص ٢٤٥ .

(٣) د. حسن علي الذنون ، فلسفة القانون ، مصدر سابق ، ص ١٨٧ . د. حسن كيرة ، المصدر نفسه ، ص ١١٩ .

(٤) د. عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ، ص ١٨٣ .

(٥) د. منذر الشاوي ، مذاهب القانون ، منشورات العدالة ، بغداد ، بلا سنة نشر ، ص ٣٠ .

فالقاضي وهو ينظر في الدعوى بوصفها ظاهرة اجتماعية وقانونية ، يأخذ بالحسبان كل ما هو واقع لأجل أن يُنشئ القاعدة القانونية ويقوم باستنباط الحكم الذي يفصل الواقعة موضوع النزاع ، ولكن لا بد أن يكون وراء ذلك عامل تقويم ومُثل عُليا فوق العنصر الواقعي تُوحى إليه بالقيم الحقة التي يجب أن يراعيها في عمله هذا، فمتطلبات هذا العمل التشريعي القضائي تجتمع فيه الواقعية والمثالية ، والعناصر الاجتماعية والأخلاقية ، والجانب التطبيقي والعقلي لأجل إنشاء واستخراج حكم للقضية في الدعوى المنظورة<sup>(١)</sup> .

وفي مجال التشريع أكتفى المشرع العراقي بالنص على (قواعد العدالة ) من دون (مبادئ القانون الطبيعي) ، ويسوغ بعضهم ذلك ، لأن المشرع استغنى بفكرة العدالة عن فكرة القانون الطبيعي بوصفهما فكرتين مترادفتين ، فلا تختلف قواعد القانون الطبيعي في الواقع عن قواعد العدالة ، فالقاضي يتوصل إليها من طبيعة الأشياء بما أودعه الله فيه من فكر وعقل سليم<sup>(٢)</sup> .

والباحث لا يرى بينهما ترادفاً بل تلازماً ، فيلازم رجوع القاضي إلى جوهر القانون المندرج تحت قواعد العدالة ليصوغ منه القاعدة القانونية بأن يضع نُصب عينه ما يُملي عليه القانون الطبيعي من مُثل وقيم حقة .

أما المشرع المصري فقد نص عليهما معا ، وعدّ بعضهم هذا انتباهاً منه لخطر فكرة القانون الطبيعي التي تتضمن توجيهها للقاضي إلى المثل الأعلى يستلهمه فيما إذا وجد فراغاً في القانون الوضعي ، ويقترح تبديل هذا المصطلح باصطلاح (المثل الأعلى للعدل ) أو ( موجهات العدل المثالية) ؛ لأن المراد به وجود مثل أعلى للتنظيم القانوني يكون هادياً عند تكوين القاعدة القانونية لموازن العدل والحق<sup>(٣)</sup> .

والواقع أن المشرع المصري أتى بمصطلح القانون الطبيعي نتيجة تأثره بحركة التغريب التي اجتاحت المجتمع العربي والإسلامي في القرن التاسع عشر، فقام باقتباس المنهج القانوني الغربي لاسيما نظرية مصادر القانون ، إذ بالإضافة إلى التشريع والعرف والشريعة الإسلامية تم الأخذ بفكرة القانون الطبيعي وقواعد العدالة<sup>(٤)</sup> .

ولفكرة القانون الطبيعي المتقدمة توجد فكرة تقترب منها نجدها لدى الأصوليين والفلاسفة المسلمين وهي فكرة التحسين والتقيح العقليين ، التي تعني وجود قواعد ومبادئ يكشفها العقل في طبيعة الفعل ذاته وتوصف هذه القواعد بأنها ثابتة وخالدة ، بمعنى إن العقل يستقل بإدراك الحكم من دون توسط

(١) د. السيد عبد الحميد فؤدة ، مصدر سابق ، ص ٣٠٥ . د. حسن كبيرة ، مصدر سابق ، ص ١٥٨-١٥٩ .

(٢) د. حسن علي الذنون ، فلسفة القانون ، مصدر سابق ، ص ٨٨ .

(٣) د. حسن كبيرة ، مصدر سابق ، ص ١٢٠-١٢١ .

(٤) د. فايز محمد حسين ، فلسفة القانون ونظرية العدالة ، مصدر سابق ، ص ١٣٩٣-١٣٩٤ .

شرعي بخلاف المدركات العقلية غير المستقلة التي تعتمد على بيان الشارع ، فهذا الشيء حسن أو غير حسن إنما يدركه العقلاء ، فالقول إن هذا مما ينبغي أن يفعل أي إنه حسن وهذا مما لا ينبغي أن يفعل أي إنه قبيح ، فهنا العقل يكون طريقا إلى ادراك الحكم ، فالإنسان يشعر فطريا بأن الظلم قبيح وأن العدل حسن ، وهذا الإدراك لا يفتقر إلى بيان شرعي ، فحتى من ينكر الشريعة والقانون يحكم بالحسن والقبح مستندا في ذلك إلى ضرورة العقل ، وفي نطاق هذه الفكرة إن النموذج الأول المستهدف من وراء ذلك هو العدل ، والعدل هو توفير حق الغير واستيفاء الحق منه ، وهذا ما نسميه بضمان الحقوق والواجبات . وعليه ففكرة القانون الطبيعي وفكرة التحسين والتقبيح العقليين تفران بوجود قيم واعتبارات تظل ثابتة ، ففي العدل قيمة خلقية تسمى بالحسن وهذه القيمة تشكل قاعدة عقلية لا يمكن تغييرها ؛ لأن حسن العدل ذاتي . وهناك تشابه بين مقولة جروسيوس في القانون الطبيعي ، وهي أن هناك قواعد ومبادئ تفرضها الطبيعة الاجتماعية للإنسان ويحدد معالمها العقل ، وبين مقولة المعتزلة بوجود مبادئ وأحكام عقلية ضرورية لا يستغني عنها الإنسان . وبهذا الصدد يرى الفيلسوف ابن رشد أن القانون والشريعة يتضمنان قواعد ضرورية للحياة الإنسانية منشأهما العقل والتشريع في تحديد المبادئ العامة لهما ، ففي كلاهما مبادئ ضرورية يدركها العقل البشري ويستخلص ضرورة تلك المبادئ من الحاجات الأساسية للإنسان . وإلى جانب ذلك هناك قواعد ومبادئ أقرها القانون والشريعة بأمر من المشرع أو الشارع ، فالقانون والشريعة لا بد أن يضما قواعد عقلية يكون للعقل مدخل في وجه إلزامها ، وأن يضما قواعد قانونية وضعية أو شرعية في المجالات التي لا ينفذ فيها العقل تستكمل عن طريق المشرع أو الشارع<sup>(١)</sup> ؛ ذلك ( ان الله على الناس حجتين حجة ظاهرة وحجة باطنة ، فأما الظاهرة فالرسل والأنبياء والأئمة ، وأما الباطنة فالعقول)<sup>(٢)</sup> ، فمصادر المعرفة الفقهية والقانونية تكون عن طريق التشريع وعن طريق العقل .

## المطلب الثاني

### دور القضاء في إنشاء القاعدة القانونية

بعد أن استنبط القاضي الحكم للقضية المعروضة عليه من القاعدة التي وضعها باجتهاده في ضوء قواعد العدالة والقانون الطبيعي سدا للفراغ التشريعي والنقص القانوني ، فلو عرضت عليه أو على قضاة آخرين قضية مماثلة للقضية التي كانت محلا للاجتهاد والاستنباط الأول وقد طبقوا الحكم نفسه أو بعضهم

(١) د. محمد شريف أحمد ، فكرة القانون الطبيعي عند المسلمين ، ط٢ ، منتدى الفكر الإسلامي ، العراق ، ٢٠١١ ، ص١٣٦-١٣٧ و ص١٨٣-١٨٤ . الشيخ محمد جواد مغنية ، فلسفات إسلامية ، دار المعارف للطبوعات ، بيروت ، ١٩٧٨ ، ص٣٧٣-٣٧٤ . السيد محمد تقي الحكيم ، مصدر سابق ، ص٢٨٠-٢٨١ و ص٢٨٦ .

(٢) نقلا عن الشيخ الحسن بن علي بن شعبة الحراني ، تحف العقول عن آل الرسول (ص) ، ط٥ ، مؤسسة الأعلمي ، بيروت ، ١٩٦٩ ، ص٢٨٥ .

قد أصدر حكماً مخالفاً ، ثم قامت محكمة التمييز أو النقض بتوحيد الأحكام الصادرة من المحاكم الأدنى ، وعلى أثر ذلك تكون اتجاه قضائي في هذه القضية ، فهل يُعدُّ هذا الاتجاه مصدراً لإنشاء القاعدة القانونية ، بتعبير آخر هل أن تلك القاعدة الاجتهادية التي كانت مصدراً للاستنباط إذا تواتر العمل بها واستقر القضاء عليها لاسيما استقرار المحاكم العليا ، فهل يجعلها أن تكون مصدراً لاستنباط القضاة في القضايا المماثلة لها فيما يعرض عليهم من قضايا مستقبلاً؟

لقد وقع الخلاف في مدى إمكانية القضاء على إنشاء القاعدة القانونية ، فهناك من يرى أن ما يضعه القضاء في حالة الفراغ التشريعي و النقض القانوني مجرد حلول أو قواعد قضائية ولكن لا ترقى إلى كونها قواعد قانونية مكتملة الخصائص كالقاعدة القانونية التشريعية ، واستندوا فيما ذهبوا إليه حجج متعددة بينما عارضهم اتجاه آخر وذهبوا إلى أن ما يستقر عليه القضاء يجب أن يكون مصدراً للقاعدة القانونية ومحلاً للاستنباط القضائي للأحكام ، بمعنى إن القضاء لا يضع حلولاً فحسب وإنما يُنشئ القانون على نحو بحيث تكون القواعد التي وضعها تتسم بالعمومية والتجريد والإلزام ، ولهم حججهم المؤيدة لما اتجهوا إليه.

وبناءً على ما تقدم سنقسم هذا المطلب على فرعين ، نتطرق في الفرع الأول إلى الاتجاه المنكر لإنشاء القضاء للقاعدة القانونية ، و نتطرق في الفرع الثاني إلى الاتجاه المؤيد لإنشاء القضاء للقاعدة القانونية .

## الفرع الأول

### الاتجاه المنكر لإنشاء القضاء للقاعدة القانونية

يذهب هذا الاتجاه إلى أنه ليس في وسع القضاء إنشاء القاعدة القانونية بحيث تكون مصدراً للاستنباط فيلزم القاضي بالرجوع إليها كما هو الحال في القاعدة القانونية التشريعية ؛ لأنه يرى أن ما يضعه القضاء في حالة الفراغ التشريعي والنقص القانوني من حلول وأحكام قضائية لا تتوفر فيهما خصائص القاعدة القانونية ، فهي تفتقر إلى صفة العمومية والتجريد ولا تتوفر لها قوة الإلزام ، فلا يوجد قانون في البلدان التي لا تقوم أنظمتها على أساس السوابق القضائية يلزم المحاكم باتباع الاتجاه العام الذي يستخلص من استقرار القضاء على حل معين . لذا فالمحاكم غير ملزمة بعدم مخالفة هذا الاتجاه ، وإن لم تخالفه فعلاً ، فضلاً عن أن هذا الاتجاه لا يتوجه إلى طائفة غير متناهية من الأشخاص والروابط المتماثلة في صفاتها وشروطها كما هو الحال في كل قاعدة قانونية ، ففي مثل العراق ومصر وفرنسا التي لا تقوم على نظام السوابق القضائية المعروف في القانون الأنكليزي فمن غير الممكن أن نقول إن الأحكام والاتجاهات القضائية هي بمثابة قاعدة قانونية ملزمة أنشائها القضاء ، فما يصدر من القضاء في حالة

النقص القانوني لا يرقى بخصائصه إلى مرتبة التشريع ، فالقاضي يخلق القانون الواجب التطبيق في حدود القضية المعروضة أمامه ، ولكنه لا يُنشئ قاعدة قانونية عامة مجردة ، وأما ما نراه من اتباع المحاكم الدنيا لما تقرره المحاكم العليا ، التمييز والنقض ، لم يكن على نحو الإلزام القانوني بل هو إلزامٌ أدبيٌّ نظرا لما لهذه المحاكم من هيبة في نفوس القضاة وخشية المحاكم الدنيا من أن تنقض أحكامها لما لتلك المحاكم من سلطة رقابية على صحة تطبيق القانون ، فنجد محاكم الدرجة الأولى والاستئناف على الأعم الأغلب لا تخالف ما استقرت عليه أحكام محكمة التمييز أو النقض<sup>(١)</sup>.

وفي نطاق هذا الاتجاه هناك من يذهب إلى أن إنشاء القاعدة القانونية من قبل القضاء يتعارض ومبدأ الفصل بين السلطات ، فطبقا لهذا المبدأ لا يجوز للمحكمة أن تصدر حكما يلزم بتطبيقه في المستقبل في المنازعات المماثلة ، وأن تتبعه المحاكم الأخرى فيما يُعرض عليها ؛ لأن هذا العمل هو تشريعي فإن قام به القضاء يكون تجاوز حدود اختصاصه حينئذ ، وخالف المبدأ المذكور ، فوظيفة القضاء في البلدان التي تُعطي الصدارة للتشريع وهي البلدان اللاتينية تطبيق القانون ولا يُعدُّ منشأ له كما هو الحال في البلدان الأنكلوسكسونية<sup>(٢)</sup> ، وإذا كان بعض المتقاضين في العراق أو مصر يستشهدون أحيانا ببعض الأحكام السابقة لاسيما الصادرة من محكمة التمييز أو النقض التي صدرت في دعاوى مشابهة لدعواهم فهم يفعلوا ذلك لأجل الزام المحكمة - التي تنظر في قضيتهم- بهذه السوابق ، وإنما لغرض إقناعها بما لتلك الأحكام من قيمة ودلالة قضائية لدى قضاة محاكم الدرجة الأولى والاستئناف<sup>(٣)</sup>.

ويحتج بعضهم بمبدأ الحجية النسبية للأمر المقضى به في إنكار إنشاء القضاء للقواعد القانونية ؛ لأن هذا المبدأ يحول دون إعطاء الأحكام الصادرة من القضاء صفة القاعدة القانونية التي تسري حالا ومستقبلا لكون هذه الحجية تقتصر على أطراف النزاع والدعوى التي صدر فيها الحكم فقط<sup>(٤)</sup>.

ويتجه رأي في رفض الاعتراف بدور القضاء في إنشاء القاعدة القانونية ؛ لأن ذلك يتعارض مع

(١) د. حسن كيرة ، مصدر سابق ، ص ٢١٨-٢٢٠. د. راقية عبد الجبار علي ، تأصيل دور القاضي في تكوين القاعدة القانونية ، بحث منشور في المجلة العربية للفقهاء والقضاة ، العدد ٤٦ ، بحوث ودراسات ، جامعة الدول العربية ، القاهرة ، ص ٧٩.

brayan a. Garner Reuters , The law of judicial precedents p.543 .

(٢) د. غالب علي الداودي ، المدخل إلى علم القانون ، ط٧ ، دار وائل للطباعة والنشر ، عمان ، ٢٠٠٤ ، ص ١٨٢-١٨٣.

john hanna, the role of precedents in judicial decision pp. 367 - 384 .

(٣) د. غالب علي الداودي ، المصدر نفسه ، ص ١٨٣.

(٤) د. محمد حسين منصور ، المدخل إلى القانون ، مصدر سابق ، ص ٢٤٤. عز الدين الماحي ، مدى مساهمة الاجتهاد القضائي في إنشاء القواعد القانونية ، بحث منشور على الموقع الإلكتروني للمكتبة القانونية العربية ،

الرابط . [https://www.bibliodroit.com/2017/09/blog.post\\_90.htm](https://www.bibliodroit.com/2017/09/blog.post_90.htm)

الأمن والاستقرار القانوني<sup>(١)</sup>، فالأمن القانوني يتطلب عنصر الثقة بالقانون ، وهذا المبدأ يجب أن يكفل للمواطن سهولة معرفة ما هو مباح وما هو ممنوع قانوناً ، وأن الاستقرار القانوني ينبغي أن يؤدي إلى تمكين الأشخاص من أن يتوقعوا نتائج أفعالهم سلفاً<sup>(٢)</sup>، وأن القاعدة القضائية يصعب العلم بها والاطلاع على مضمونها على نحو يضعف ثقة المجتمع بالقانون ، فكيف يمكن التحدث مع أشخاص اكتشفوا أنهم أخطأوا لا شيء سوى أن القضاء أحدث قاعدة قانونية لم تكن موجودة من قبل ، لقد صار - اليوم - من المفاهيم المعروضة مفهوم (الحق في المعلومة) ، فالمتناقضون يطالبون بمعرفة المعلومة القانونية والقضائية علماً سابقاً بما يجعلهم يعرفون كيف ستعاملهم المحكمة ، وكيف يعاملونها ، في حين أن الاتجاه القضائي قد تعدل عنه المحاكم مما يستلزم الأخلاق بالأمن القانوني<sup>(٣)</sup>.

وهناك من يرى ناهيك عما تقدم ، أنه من الناحية الايدلوجية يوجد تقليد موروث ينظر للقضاء على أنه ليس مصدراً للقانون ، ذلك بأن المصدر المقبول هو التشريع ، القانون بمعناه الضيق ، وفي حالة الفراغ التشريعي فالمحاكم لا تُنشئ قواعد قانونية بل فقط تصدر أحكاماً تستنبطها من القانون بواسطة العملية القياسية<sup>(٤)</sup>.

وجدير بالذكر إن المدرسة العلمية مدرسة جيني التي رسمت طريقة البحث العلمي الحر للقاضي في حالة الفراغ التشريعي والنقص القانوني بأن يرجع إلى جوهر القانون لحل النزاع المعروف عليه ، فهي تعترف للقضاء بالحق في خلق الحلول العادلة للمنازعات الفردية دون خلق القواعد القانونية العامة<sup>(٥)</sup>.

وأما في مجال التشريع فهناك من يرى أن ما نص عليه المشرع العراقي في المادة (٢/١) من القانون المدني المتقدمة أن المصدر الرابع (قواعد العدالة) هو مصدر مساعد للوصول إلى القرار القضائي ، وإن كان مصدراً اجتهادياً للقاضي<sup>(٦)</sup>.

وهناك من يستند إلى نص المشرع في المادة (٢/١) من القانون المدني المصري المتقدمة لتأييد هذا الاتجاه ، ذلك ان المشرع لم يأت في صياغتها ما يدل على تخويل القضاء حق إنشاء القواعد القانونية

(١) د. عبد الرحمن اللمتوني ، الاجتهاد القضائي والأمن القانوني ، بحث منشور في مجلة الملحق القضائي الصادرة عن المعهد العالي للقضاء في المغرب ، العدد ٤٦ ، مايو ، ٢٠١٤ ، ص ٧ .

(٢) وهناك مفهوم آخر لفكرة الاستقرار القانوني وهو ضرورة التوفيق بين المصالح المتعارضة ، فمن الضروري للغاية أن تنظم تلك المصالح حتى لا نعم الفوضى ويهدر السكون الاجتماعي ؛ لأن القانون الذي تختل فيه حماية المصالح يبدو فيه التحيز واضحاً لفئة أو طبقة معينة في المجتمع ، وهذا يكون مدعاة إلى عدم الاستقرار وفقدان الأمن الاجتماعي وسبباً للانتفاضات الشعبية والثورات عبر التاريخ . أنظر: د. حسون عبيد هجيج وفخري جعفر أحمد ، فلسفة العدالة القانونية ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية الصادرة عن كلية القانون ، جامعة بابل ، العدد الأول ، السنة الحادية عشر ، ٢٠١٩ ، ص ٢٥٧ و ص ٢٥٩ .

(٣) د. عبد الرحمن اللمتوني ، مصدر سابق ، ص ٥ و ص ١٤ . د. حسون عبيد هجيج وفخري جعفر أحمد ، المصدر نفسه ، ص ٢٥٦ .

(٤) ميشيل تروبير ، فلسفة القانون ، ترجمة سعد عمر ، ط ١ ، دار الأنوار ، بيروت ، ٢٠٠٤ ، ص ٩٣ .

(٥) د. سمير عبد السيد تناغو ، مصدر سابق ، ص ٢٩٤ .

(٦) د. آدم وهيب الندوي ، المرافعات المدنية ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، ٢٠٠٩ ، ص ٣٦ .

وإنما فقط حددت المصادر الرسمية بالترتيب ولم تذكر القضاء من بينها ، وهذا يؤكد أن ليس له تلك الصلاحية<sup>(١)</sup>.

أما المشرع الفرنسي فقد نص بهذا الصدد في المادة الخامسة من القانون المدني على أنه ( يُمنع على القضاة ان يفصلوا بصيغة الأحكام العامة والتنظيمية في القضايا المقدمة اليهم) وأستند بعضهم إلى هذه المادة في أن القضاء الفرنسي لا ينشئ القاعدة القانونية ؛ لأن هذه المادة تمنع السلطة القضائية من وضع قرارات تنظيمية عامة ، فالتشريع الفرنسي يحظر على المحاكم إصدار أحكام عامة لها صفة تنظيمية لائحية ، أي لا يجوز لها وضع قواعد لتطبق على القضايا المماثلة مستقبلا ، فالحكم القضائي يقتصر فقط على فصل النزاع المعروض فعلا أمام القضاء<sup>(٢)</sup>.

ويلاحظ أن المادة أعلاها أوردها المشرع الفرنسي بعد المادة الرابعة التي تناولت منع القاضي من عدم إصدار الحكم في القضية المعروضة أمامه في حالة النقص في القانون ، وإلا عدّ مرتكبا جريمة الاستتلاف عن أحقاق الحق ، ولم نجد لدى المشرع العراقي ولا المشرع المصري مثل هذه المادة بينما رأينا لديهما نظير المادة الرابعة من القانون المدني الفرنسي تناولها المشرع العراقي في قانون المرافعات وتعرض المشرع المصري لها في قانون العقوبات كما تقدم .

وأما قضائيا ، فقد سارت محكمة النقض الفرنسية على ما أفادته المادة الخامسة أعلاه ، فذهبت إلى أن (قضاة الموضوع لا يفصلون بصيغة أحكام عامة وتنظيمية . . . )<sup>(٣)</sup>.

وقد تكرر منها هذا المعنى في قضايا متعددة بأنه لا يجوز للقاضي أن تكون قراراته على نحو تنظيمي عام<sup>(٤)</sup>.

(١) د. محمد حسين منصور ، المدخل إلى القانون ، مصدر سابق ، ص ٢٤٥ .

(٢) د. محمد حسين منصور ، المصدر نفسه، ص ٢٤٤ ، عز الدين الماحي ، مصدر سابق .

(٣) نقض اجتماعية ٢٣ نيسان / أبريل ١٩٧٥ ، النشرة المدنية رقم ٩٩ ، دالوز ٢٠٠٩ ، ص ٤٣ .

(٤) أنظر: Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 13 juin 2019, 18.13.943 .

ولمزيد من التفاصيل مراجعة القضية على موقع الانترنت الاتي

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEX T000038674802&fastReqId=1431422262&fastPos=5> .

كذلك أنظر :

Cour de cassation, civile, Chambre civile 2, 24 janvier 2019, 17.28.837.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEX T000038091496&fastReqId=1431422262&fastPos=8> .

و أنظر أيضاً:

Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 12 décembre 2018, 17.27.415 .



## الفرع الثاني

### الاتجاه المؤيد لإنشاء القضاء للقاعدة القانونية

يذهب هذا الاتجاه إلى أن القاضي عندما يُعرض عليه النزاع ، وبعد أن تكتمل جميع الأدلة والإجراءات ، فلا بد أن يفصل في هذا النزاع باستنباطه الحكم القضائي من القاعدة القانونية الموضوعية بحسب المصادر القانونية المُقررة ، وإذا لم يجد القاعدة المنطبقة على القضية المعروضة عليه ففي هذه الحال لا يسوّغ له التنصل عن الحكم والا عُدّ مرتكباً لجريمة إنكار العدالة ومستتكفاً عن أحقاق الحق ، فيجتهد القاضي حينئذ في ضوء قواعد العدالة والقانون الطبيعي ، أي برجوعه إلى جوهر القانون ويضع القاعدة ويستنبط منها الحكم الفاصل في القضية المعروضة عليه . وهذا الحل من حيث المبدأ يقتصر على الدعوى المنظورة ، ولكن إذا أخذت به محاكم أخرى فيما يعرض عليها من القضايا المماثلة لتلك القضية الأولى التي صدر فيها الحكم ، ففي هذه الحالة يصبح الحل المأخوذ به ليس صادراً عن حكم فردي بل صادراً عن القضاء ، ثم تتواتر أحكام المحاكم وتستقر على الأخذ به ، فعند ذلك تنشأ قاعدة قانونية جديدة، ويساعد على هذا الاستقرار وجود المحاكم العليا كمحكمة التمييز أو النقض التي تراقب صحة أحكام المحاكم الدرجة الأولى والثانية ، بحيث يصبح ما تقره في هذا الشأن قاعدة تتوحد بموجبها الأحكام على أساس من أن هذه القاعدة الجديدة ستكون مصدراً لاستنباط القضاة مستقبلاً في القضايا المتماثلة ، أي عندما يتكون اتجاه عام موحد ومستقر للقضاء يكون هذا الاتجاه بمثابة قاعدة قانونية بالمعنى الصحيح ، مما يعني أن الحلول التي تضعها المحاكم لتكميل النقص وسد الفراغ التشريعي إذا تكرر الأخذ بها في المنازعات المتشابهة من شأنه أن يخلق قاعدة قانونية هي القاعدة التي استنبط منها الحكم الأول ، ويفسر بعضهم هذا التكرار وهذا الاستقرار بأنه يُكوّن عرفاً، ويُعدّ القضاء حينئذ مُنشئاً للقواعد القانونية التي ترجع إلى نوع من أنواع العرف ألا وهو العرف القضائي . وبهذا الشأن هناك من يرى أنه يكفي لتكوين القضاء صدور حكم واحد من محكمة النقض بشرط أن يكون هذا الحكم معبراً عن القضاء بمجموعه ، ولا دخل لكثرة الأحكام أو قلتها ، فالمهم أن تكون هذه القاعدة قد أصبحت مقبولة بوصفها قاعدة قضائية ، فإذا كانت القاعدة التي استنبط منها أحد الأحكام تعبر عن جوهر القانون وتستجيب لحاجات المجتمع فإنها ستلقى قبولا سريعاً لدى المتقاضين ورجال القانون<sup>(١)</sup> .

=

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEX T000037850809&fastReqId=1431422262&fastPos=9> .

(١) د. أحمد الغريب شبل ، دور القاضي المدني في إنشاء القاعدة القانونية ، دار النهضة العربية ، مصر ، ٢٠١٨ ، ص ١٣٢ . د. حسن كيرة ، مصدر سابق ، ص ٢١٧ . د. سمير عبد السيد تتاغو ، مصدر سابق ، ص ٥٠٢-٥٠٣ . د. محمد حسين منصور ، المدخل إلى القانون ، مصدر سابق ، ص ٢٤٧-٢٤٩ .

هذا الاتجاه يُفرق ، إذن ، بين القاضي والقضاء ، فالقاضي ابتداءً يُنشئ حلاً خاصاً للنزاع المعروف أمامه ، أما الثاني يُنشئ قاعدة قانونية عامة ، ولا يرى في ذلك خرقاً لمبدأ الفصل بين السلطات ؛ لأن هذا المبدأ هو مبدأ نسبي لا يؤدي إلى إجبار القضاء على عدم الفصل في المنازعات التي لا يوجد بشأنها قاعدة موضوعية سلفاً ، فالقضاء هو الذي يُكمل النقص في حالة الفراغ التشريعي والقانوني ، ولو كان هذا المبدأ وارداً على نحو الإطلاق لاستلزم التعارض بينه وبين فكرة أنكار العدالة . إن القاعدة القانونية القضائية ، وإن لم يكن إنشاؤها صادراً من هيئة معينة بالذات كما هو الحال في صدور القاعدة القانونية التشريعية إلا أنها نشأت عن أحكام المحاكم في مجموعها ، ويُعبّر الفقه الفرنسي عن ذلك بتعبير مختصر إذا أراد القضاء إنشاء القاعدة القانونية هو تعبير (واقعة القضاء)<sup>(١)</sup> .

ويعزز هذا الاتجاه فيما يذهب إليه بأن مبدأ المساواة أمام القانون يقضي بضرورة التزام القاعدة ذاتها التي وضعها القضاء استكمالاً للتشريع وسداً للنقص القانوني في كل المنازعات التي تُعرض مستقبلاً مما يتوافر فيها شروط تطبيق القاعدة ، فمبدأ المساواة لا يقتصر على المساواة أمام النصوص التشريعية ، إنما يعني وبالدرجة نفسها المساواة أمام القواعد المكملة للتشريع والصادرة من القضاء للتطبيق على حالات مماثلة ، فإذا قام التماثل في المراكز القانونية استوجب وحدة القاعدة القانونية التي ينبغي أن تنظمهم ، وهذا يتحقق بقيام القضاء بإنشاء القاعدة القانونية التي تطبق في الحال والاستقبال على الوقائع والقضايا المتشابهة في موضوعها وشروطها ، ولقد أصبح هناك أجماع بالنسبة لدور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية فلم يُعدّ دوره مجرد أداة تطبيق لإرادة المشرّع ، فملاحقة ومواكبة التطورات الحديثة جعلت منه صانعاً للقاعدة القانونية في الأعم الأغلب . ولذا فالقاضي المدني صانعاً للقاعدة القانونية أيضاً عند نقص القانون لمليء الثغرات ومراعاة الظروف التي تبدلت ولأجل مواكبة التطورات والمستجدات في حياة المجتمع<sup>(٢)</sup> . ويرى أن الواقع العملي للقضاء يفرض القول إن هذا القضاء يقوم بإنشاء القاعدة القانونية ، إذ يكشف هذا الواقع التزام القضاة بما سبق أن حكموا به ، واتجاههم للأخذ بالحلول نفسها الصادرة من قضاة آخرين في الحالات المتشابهة ، كما أن التدرج بين المحاكم يجعل المحكمة الأدنى تحرص على تطبيق حلول المحكمة الأعلى ، وأن استقرار القضاء على اتجاه معين يُعدّ من الناحية العملية في حكم القاعدة التشريعية ، وأن ما تذهب إليه المحاكم العليا كالتمييز والنقض يكون

(١) د. سمير السيد عبد تناعو ، مصدر سابق ، ص ٤٩١ و ص ٤٩٣-٤٩٤ و ص ٥٠٢ .

(٢) د. أحمد الغريب شبل ، مصدر سابق ، ص ٢٢٥-٢٢٦ . ابتسام فاطمة الزهراء شفاف ، دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، الجزائر ، ٢٠١٥-٢٠١٦ ، ص ١٣٦-١٣٧ . د. سمير عبد السيد تناعو ، مصدر سابق ، ص ٥٠٠ . ميشيل روبيير ، مصدر سابق ، ص ٩٣ .

ملزماً للمحاكم الأدنى من الناحية الواقعية لأنها لو خالفت ذلك سيكون حكمها عُرضة للنقض ، وأن القضاء يستند إلى ما استقر عليه في تسبب الحكم كما يستند إلى التشريع<sup>(١)</sup> .

ويُفيد هذا الاتجاه من بعض النصوص التشريعية ، فيرى بعضهم طبقاً لنص المادة (٢/١) من القانون المدني العراقي أن القاضي يستحدث القاعدة القانونية في حالة النقص في القانون<sup>(٢)</sup> .

ويُفيد بعضهم أيضاً من نص المادة (٢/١) من القانون المدني المصري ، وهي نظير المادة أعلاه ، فإن المصدر الأخير الذي نصت عليه تركت فيه المسألة إلى اجتهاد القاضي في وضع القاعدة القانونية المنطبقة على النزاع وصولاً للحكم القضائي ، فهو إذن يُنشئ القاعدة القانونية ، وفي هذا اعتراف ضمني من المشرع للقاضي بهذا الدور ، وليس لدى المشرع المصري - وكذلك العراقي - نص يتعارض أو يمنع هذا الدور . إن القانون المدني المصري قنن أحكام القضاء في بعض النظريات العامة نحو (نظرية التعسف في استعمال الحق) و(تكوين العقد) و(الاستغلال) و(الالتزام الطبيعي) ، فقواعد هذه النظريات أنشأها القضاء بلا نص فجاء المشرع وقام بتقنينها ، وإن إعادة ما وضعه القضاء من نظريات ومبادئ وحلول بصياغة تشريعية فيه دلالة على أن القضاء يُنشئ القواعد القانونية<sup>(٣)</sup> .

ويرى جانب من الفقه الفرنسي أن مفهوم المادة (٤) من القانون المدني يفيد إقرار المشرع بحق القاضي في صنع قاعدة الخصومة عند غياب النص الذي يحكمها ، وأن المشرع لم يعتمد إلى الغاء أو تغيير القاعدة التي خلقها القضاء ، وهذا يدل على رضاه فيما يسلكه القضاء من إنشاء القواعد ، وهو بمثابة إذن ضمني منه أيضاً ، وأما ما ورد في المادة (٥) من القانون المذكور فينصب على منع القضاء من وضع أحكام لائحية كما كانت تسير عليه المحاكم الفرنسية في العقد القديم ، وفرق بين إصدار تلك الأحكام التي تعتمد فيها المحاكم إلى وضع قواعد ملزمة وبين إنشائها للقواعد القانونية نتيجة استقرار الأحكام القضائية<sup>(٤)</sup> .

وقام بعضهم بعملية استنتاج بهذا الصدد من خلال ما أعطاه المشرع من سلطة للقاضي في استنباط القرائن القضائية - التي تعرضت لها المادة ١٠٢ من قانون الإثبات العراقي والمادة ١٠٠ من قانون الإثبات المصري والمادة ١٣٨٢ من القانون المدني الفرنسي- فذهب في ضوء تلك المواد القانونية إلى أن

(١) د. محمّد حسين منصور ، المدخل إلى القانون ، مصدر سابق ، ص ٢٤٦-٢٤٧ . د. سمير عبد السيد تناغو ، المصدر نفسه ، ص ٥٠٠ . عز الدين الماحي ، مصدر سابق .

(٢) د. عباس العبودي ، الدور الاجتهادي لأحكام محكمة التمييز الاتحادية في صياغة القاعدة القانونية للقانون المدني العراقي ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية الصادرة من كلية القانون ، جامعة بغداد ، العدد ٢ ، المجلد ٣٠ ، السنة ٢٠١٥ ، ص ٩٨ .

(٣) د. أحمد الغريب شبل ، مصدر سابق ، ص ٩٠ و ١١ او ص ٢٠٥ . د. حسن كبيرة ، مصدر سابق ، هامش (٢) ص ٢١٦ .

(٤) ميشيل روبيير ، مصدر سابق ، ص ٩٥-٩٦ . د. أحمد الغريب شبل ، مصدر سابق ، ص ١٥٩-١٦٠ .

المشرّع هو قام باستنباط القرائن القانونية وجعلها في نصوص تشريعية ، وترك استنباط القرائن غير المنصوص عليها إلى القاضي يتوصل إليها من خلال نظره إلى ظروف الدعوى والوقائع الثابتة فيها ، فالمشرّع إذن ترك استنباط القرائن القضائية لاجتهاد القاضي وكأنه هو من ينشئ القاعدة الخاصة بها ، وقد ساوى هذا الدور بدوره في القرائن القانونية ، وعليه فهما متساويان بهذا الأمر ألا وهو إنشاء القاعدة القانونية الخاصة بالقرائن . وبناءً على ذلك فكلما وجدت واقعة لم يتصدى لها المشرّع بنص ، فيتترك الأمر إلى القاضي ليضع لها قاعدة ، وهذا هو بعينه إنشاء للقاعدة القانونية من قبل القضاء ، وإقرار ضمنى من المشرّع بدور القاضي في صنع قاعدة الخصومة<sup>(١)</sup> .

وأما قضائياً ، فتُعتبر محكمة التمييز الاتحادية عن الأخذ بالمبادئ التي قراراتها بأنها ما استقرت عليه ولهذا قضت بأن (رفع التجاوز بين الأغيار، أما في العقار الشائع فإن بإمكان الشريك المطالبة باجر المثل في حالة قيام شريكه بتشديد منشآت على العقار الشائع دون موافقة بقية الشركاء ، وهذا ما استقر عليه قضاء الهيئة العامة في محكمة التمييز الاتحادية)<sup>(٢)</sup> .

وتستخدم محكمة النقض المصرية في قراراتها عبارة تدل على استنادها لقضائها المستقر، وهي (على ما جرى به قضاء هذه المحكمة . . . ) ، فقد قضت (بان من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض- ان الجهل بوفاة الخصم يعد قوة قاهرة لسريان الميعاد في حق الخصم الآخر على ان يبدا سريانه من جديد من تاريخ علمه بالوفاة)<sup>(٣)</sup> فقضاء النقض هو الأساس وراء خلق القواعد القانونية التي تكتسب قوتها الملزمة من وجود هذه المحكمة على راس السلطة القضائية ، وإتماماً لحجية هذه القواعد تقوم هذه المحكمة بنشرها في مجاميع قضائية منتظمة لأجل اتباعها وتحقيق العلم بها<sup>(٤)</sup> .

وتعتبر محكمة النقض الفرنسية عن ذلك بأن قضائها مستقر فتقرر في احد أحكامها ( بأن الحكم المطعون به إذا قام على ما يخالف الرأي الذي استقر عليه قضاء النقض فإنه يتعين نقضه لأنه خالف القانون) . إن أحكام المسؤولية المدنية في القانون الفرنسي يكاد يكون تنظيمها بكامله من اجتهاد القضاء المدني الفرنسي ، وقد فاق دوره في إنشاء أحكامها دور القضاء الإداري في تأسيس نظرية المسؤولية

(١) د. أحمد الغريب شبل ، مصدر سابق ، ص ٢٠٩-٢١٠ .

(٢) القرار ١٤٥٣ / هيئة مدنية عقار/ ٢٠١٢ في ٢٨/٥/٢٠١٢ ، نقلا من : د. حامد شاكر محمود ، مصدر سابق ، هامش (١) ص ١٦١ .

(٣) نقض ١٩٨٢ / ٥ / ٢٣ طعن ٣٩٩ سنة ٤٩ ق ، منشور في مجموعة : شريف احمد الطباخ ، موسوعة الدفوع المدنية ،

ج١ ، دار العدالة للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ٢٠١٥ ، ص ٢٥

(٤) د. سمير السيد عبد تناغو، مصدر سابق، ص ٥٠١. د. محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون، مصدر سابق، ص ٢٤٩ .

الإدارية ، وإن مجلس الدولة الفرنسي قد أبدع فيما وضعه من قواعد في مخاطر الجوار غير المألوفة وإرساء نظرية الظروف الطارئة<sup>(١)</sup>.

ومن خلال ما تقدم يبدو لنا أنه لا خلافَ بان القضاء إذا استقر على حكم مسألة معينة فلا شك أنه يخلق قاعدة قانونية لم تكن موجودة من قبل ، والمحاكم الدنيا تتخذ من ذلك مصدرا للاستنباط فيما يعرض عليها من قضايا ، ولكن هل هذه القاعدة مكتملة الخصائص أم لا ؟ نحن نعتقد برغم ما يتمتع به هذا الاستقرار القضائي من قيمة قانونية وقضائية في الواقع العملي لكنه لا يبلغ وصف القاعدة القانونية التشريعية ؛ لما لهذه الأخيرة من خصائص منها إمكانية إلغاء اتجاه قضائي معين ، غير أننا لم نجد العكس ، ففي كل الأحوال أن الاستقرار على مبدأ قضائي لا يمكنه أن يلغي قاعدة تشريعية .

---

(١) ميشيل تروبير ، مصدر سابق ، ص ٩٥ . د. سمير السيد عبد تناغو ، مصدر سابق ، ص ٥٠٠ . د. أحمد الغريب شبل ، مصدر سابق ، ص ١٦١ و ص ١٦٥ و ص ٢١١ . د. محمد حسين منصور ، المدخل إلى القانون ، مصدر سابق ، ص ٢٤٩ . عز الدين الماحي ، مصدر سابق ، ص ١٧ .

**الخاتمة**

## الخاتمة

وبعد الذي تم عرضه في ثنايا البحث من أفكار قانونية وقضائية في ضوء ما يقتضيه المنطق القضائي ومنطق فهم النصوص ، وعند التأمل في كل ذلك ، ننتهي إلى عدد من النتائج والمقترحات ، وكما يأتي :

### أولاً - النتائج

من خلال البحث في هذا الموضوع توصلنا إلى النتائج الآتية:

١- الاستنباط القضائي في الدعوى المدنية هو استخراج ما مطلوب بانتقال القاضي مما هو معلوم من الوقائع الثابتة والمصادر المُعتبرة إلى ما هو مجهول من الدلالات والقرائن والأحكام في الدعوى المنظورة ، وهو أعم من التفسير القضائي ؛ لأن هذا الأخير مقدمة له لأجل التوصل إلى الحكم القضائي ، ويُقتصر على النصوص اللفظية ، وهو أخص من الاجتهاد القضائي بمعناه العام لأنه يكون أحد مصاديقه ، وهو أعم منه بمعناه الخاص لأنه يكون أحد مصادره لاستنباط الأحكام ، في حين أن الاستنباط لدى الأصوليين يقتصر على الأحكام وهو أحد مصاديق الاجتهاد .

٢- يجب أن تكون الواقعة محل الاستنباط ثابتة يقينا لكي تصلح إلى الاستدلال المنطقي للتوصل إلى الدلالات التي تثبت أو تنفي الواقعة موضوع النزاع ، وقد وصفها المشرع العراقي بأنها (الأمر الثابت) ولم يرد هذا الوصف لدى المشرع المصري إلا أن قضاؤه وصفها (بالثابتة المعلومة) ، بينما وصفها المشرع الفرنسي بأنها ( الواقعة المعروفة) .

٣- ليس بالضرورة أن تثبت الواقعة مصدر استنباط الدلالات بما حدده قانون الإثبات فقط وإنما يمكن أن تثبت بأي دليل مقبول قانونا .

٤ - لا بد أن تكون هناك صلة قوية بين الواقعة محل الاستنباط والواقعة موضوع النزاع لأجل التوصل إلى الدلالات والقرائن القضائية ، ولم يرد بيان مدى قوة الدلالة في النصوص لدى المشرعين العراقي والمصري ، بينما المشرع الفرنسي لا يقبل إلا القرائن المهمة والدقيقة والمتوافقة .

٥- لا بد من تحرير الجهد الذهني الاستدلالي للقاضي الذي يستلزمه الاستنباط القضائي من التسرع في الأحكام ومن الأوهام المتأتمية من التربية والتقليد ، وتحرير العقل من النظريات الفاسدة التي تحرفه عن الحقائق ، والاحتراز من استخدام الألفاظ في غير مدلولاتها .

٦- يجب أبعاد ما هو ذاتي عند إجراء الملاحظة العلمية حال استقرار الوقائع الجزئية للدعوى ، وللقاضي أن يُفيد من وسائل التقدم العلمي في عمله الاستنباطي وهذا ما نص عليه المشرع العراقي في قانون الإثبات ، ولم يكن لدى المشرعين المصري والفرنسي نص بهذا الصدد .

٧- ضرورة وضع فرض علمي بمثابة استنتاج أولي يتمسك به القاضي لإثبات القضية المعروضة عليه والتحقق من صحته بالطرق الاستقرائية لاسيما طريقة البواقي لأجل استبعاد الاحتمالات الضعيفة .

٨- على القاضي إتباع الاستدلال القياسي لأجل التوصل إلى الدلالات التي تثبت الواقعة موضوع النزاع أو لأجل استكمال الأدلة الناقصة فيها من خلال تطبيق المبادئ والقواعد القانونية العامة على الوقائع الجزئية الثابتة في الدعوى ، وينبغي توظيف المبادئ العقلية في هذا الاستدلال لاسيما مبادئ الفكر الأساسية المتمثلة بمبدأ الحقيقة ثابتة لا تتغير، ومبدأ النقيضان لا يجتمعان ، ومبدأ لا وسط بين النقيضين .

٩- البنية النحوية ، علامات الوقف ، فقرات النص ، موقع النص ، علاقة النص بسائر النصوص ، ارتباط النص بالمنظومة التشريعية والنظام القانوني الذي في ظله أثير النزاع ، ناهيك عن ألفاظ النص ، كل ذلك له مدخلية في تحديد دلالة النص على معانيه .

١٠- فهم دلالة النص التشريعي لا تقتصر على فهم اللغة التي تركب منها فحسب وإنما لسياق النص دور كبير في تحديد دلالاته لاسيما تقدير المحذوف وتحديد معاني اللفظ المشترك وبيان دلالة الكلمات المترادفة ، والإرشاد إلى أن ألفاظه هل استعملت بالمعنى اللغوي أو الاصطلاحي؟ ففكرة السياق ودلالاته هي إحدى أهم مستلزمات القيام بالعمل الاستنباطي للأحكام القضائية من النصوص التشريعية .

١١- لا فرق بين فحوى الموافقة والقياس الخفي من جهة الاتحاد في العلة بين الواقعة المنصوص عليها والواقعة المسكوت عنها ، والعلة قد تستخلص من نص تشريعي أو مبدأ قانوني ، وقد نص المشرع العراقي بأنه ( ما ثبت خلاف القياس فغيره لا يُقاس عليه ) ، ولم نجد نظير هذا النص لدى المشرعين المصري والفرنسي .

١٢- القاعدة العرفية تكون مصدرا للاستنباط في حالة الفراغ التشريعي وإن لم يكن هناك إحالة عليها من قبل المشرع لما لها من قوة ذاتية ، لذا لم نجد المشرع الفرنسي أحال عليها كما فعل المشرعان العراقي والمصري .

١٣- قيّد المشرع العراقي القاضي عند رجوعه للشريعة الإسلامية بأن يُراعي ما هو أكثر ملائمة لنصوص القانون المدني ، ولم نجد هذا لدى المشرع المصري ؛ لأن مبادئ الشريعة لن تطبق إلا في حالة



افتقاد النص ، ولن يطبق منها إلا المبادئ العامة دون الحلول التفصيلية على ما أفاده في الأعمال التحضيرية للقانون المدني .

١٤- المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية هي الفقه الإسلامي بأحكامه وقواعده دون التقيد بمذهب معين على حد تعبير المشرع العراقي بينما المشرع المصري أعرض عن هذا التعبير خشية ان يُؤلّد اضطرابا في الأحكام ؛ لاختلاف المذاهب الإسلامية فيما بينها .

١٥- إن من أنكر مصدرية مبادئ الشريعة يجعلها تندرج ضمن المبادئ العامة للقانون رايّ لا يمكن أن ينهض بإزاء النصوص التشريعية الواردة لدى المشرع العراقي والمصري بملاحظة مناسبة الحكم والموضوع .

١٦- إن تطور السياسة التشريعية في العراق ومصر أزاء الشريعة الإسلامية يجعلها مصدر أساس للتشريع وعدم جواز سن قانون يتعارض مع ثوابتها ، أو جعلها المصدر الرئيسي للتشريع على حد تعبير المشرع المصري ، ينعكس ذلك على عملية الاستنباط القضائي للأحكام بحيث ينبغي على القاضي ان يُعرض عن أي حكم غير شرعي في حالة الفراغ التشريعي والقانوني .

١٧- إن فكرة العدالة تقتضي رجوع القاضي إلى جوهر القانون في حالة الفراغ القانوني كرجوع المشرع إليه فيضع القاعدة القانونية المنطبقة على القضية المعروضة عليه ومنها يستنبط الحكم القضائي للفصل فيها دون أن يخرج عن إطار الأسس العلمية الموضوعية وأن لا يغيب عنه في الوقت ذاته متطلبات المساواة الواقعية.

١٨- القانون الطبيعي هو الموجه المثالي للعدالة ، فالإرادة الإنسانية مفتقرة إلى أن تستهدي بموجه يأخذ بها نحو العدل ، فيلازم رجوع القاضي إلى جوهر القانون في ضوء قواعد العدالة ليصوغ منه القاعدة القانونية ما يُملي عليه القانون الطبيعي من مثل وقيم حقة. وإن اكتفاء المشرع العراقي بالنص على قواعد العدالة لا يعني وجود ترادف بينها والقانون الطبيعي وإنما للتلازم بين الفكرتين ، وقد بحث الفلاسفة المسلمون هذه الفكرة في مسألة التحسين والتّقيح العقليين .

١٩ وقع الاختلاف في مدى قدرة القضاء على إنشاء القواعد القانونية ، والنتيجة انه إذا استقر القضاء على اتجاه معين واتخذت المحاكم الدنيا من ذلك الاتجاه مصدرا لاستنباط الأحكام فيما يُعرض عليها من قضايا حال الفراغ القانوني ، يكون أنشأ القضاء حينئذ قاعدة قانونية ولكنها لا ترقى إلى خصائص القاعدة التشريعية ، وهذا ما يتطلبه مبدأ حق التقاضي وعدم أنكار العدالة ، ومن جهة أخرى - كما يرى بعضهم- إن في ذلك خرقا لاستقرار الأمن القانوني واقرب للتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات .

## ثانياً- المقترحات

نقترح ما يلي :

١- تعديل الفقرة الأولى والثانية من المادة الأولى من القانون المدني العراقي ، بجعل الفقرة الأولى للمصدر الرئيس لاستنباط الأحكام آلا وهو التشريع ، والثانية للمصدر الاحتياطي لاستنباطها في حالة الفراغ التشريعي ، وبذلك تكون المادة الأولى من القانون المدني العراقي على النحو التالي:

المادة (١)

أ- للقاضي استنباط الأحكام القضائية من النصوص التشريعية في لفظها أو في فحواها .

ب- فإذا لم يوجد نص تشريعي مصدر للاستنباط ، يمكن للقاضي استنباطه من الشريعة الإسلامية في قواعدها أو في أحكامها.

ج- وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقهاء في العراق ثم البلاد الأخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية.

٢- تعديل المادة (٣٠) من قانون المرافعات العراقي بأبعاد ما يتعلق بتفسير النص نحو غموضه ونقصه وتكريسها لمسألة وقوع القاضي بأنكار العدالة عندما يمتنع عن الحكم حيث لا يظفر بالقاعدة القانونية المنصوصة ، ونقترح ان تكون صياغتها على النحو الآتي :

(لا يجوز للقاضي أن يمتنع عن الحكم بحجة فقدان النص التشريعي وإلا عُدَّ ممتنعاً عن أحقاق الحق).

٣- تعديل المادة (١٠٢/أولا) من قانون الإثبات العراقي على أن تكون على النحو الآتي:  
( القرينة القضائية هي استدلال القاضي مما هو معلوم وثابت على ما هو مجهول وغير ثابت في الدعوى المنظورة) ؛ لأن مصطلح الاستنباط غير جامع ويؤهم بان ليس للقاضي استعمال الاستقراء .

٤- يفضل استخدام مصطلح (الدلالات) في مقام الاستدلال والاستنباط في نطاق الوقائع وظروف الدعوى على مصطلح القرائن لأنه يناسب العمل المنطقي الذي يقوم به القاضي في هذا النطاق على ما هو مجهول .

## قائمة المصادر

القرآن الكريم .

### اولا- الكتب الأصولية

١. أبي الطيب المولود السريري ، القانون في تفسير النصوص ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٦ .
٢. أبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي ، أصول السرخسي ، لجنة احياء المعارف النعمانية ، حيدرآبد ، بلا سنة نشر .
٣. احمد كاظم البهادلي ، مفتاح الوصول إلى علم الأصول ، ط١ ، شركة حسام للطباعة الفنية المحدودة ، بغداد ، ١٩٩٤ .
٤. د. حمد الكبيسي ، اصول الأحكام وطرق الاستنباط في التشريع الاسلامي ، دار الحرية ، بغداد ، ١٩٧٥ .
٥. جمال الدين الحسن بن يوسف (العلامة الحلبي) ، مبادئ الوصول إلى علم الأصول ، الطبعة المحققة الأولى ، مطبعة الآداب ، النجف الاشرف ، ١٩٧٠ .
٦. د. زكي الدين شعبان ، اصول الفقه الاسلامي ، جامعة بنغازي ، ١٩٧٤ .
٧. عبد الوهاب خلاف ، مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه ، ط٦ ، دار القلم ، الكويت ، ١٩٩٣ .
٨. د. عبد الكريم زيدان ، الوجيز في اصول الفقه ، مؤسسة قرطبة ، بلا مكان نشر ، بلا سنة نشر .
٩. علي المشكيني ، الأصول ، دار الحديث ، قم ، ١٤٣٤ هـ .
١٠. فاضل الصفار ، المهذب في اصول الفقه ، ط١ ، مؤسسة الفكر الاسلامي ، لبنان ، ٢٠١٠ .
١١. فاضل الصفار ، أصول الفقه وقواعد الاستنباط ، الغدير للطباعة والنشر والتوزيع ، بلا مكان نشر ، بلا سنة نشر .
١٢. محمّد أبو زهرة ، أصول الفقه ، دار الفقه العربي ، بلا مكان نشر ، بلا سنة نشر .
١٣. د. محمد اديب صالح ، تفسير النصوص في الفقه الاسلامي ، ط٥ ، المكتب الاسلامي ، بيروت ، بلا سنة نشر .
١٤. محمّد الحسيني ، الدليل الفقهي ، مركز ابن إدريس الحلبي للدراسات الفقهية ، ط١ ، ٢٠٠٧ .
١٥. محمّد الخضري ، أصول الفقه ، ط٦ ، المكتبة التجارية الكبرى ، مصر ، ١٩٦٩ .

١٦. محمد باقر الصدر، دروس في علم الأصول ، الحلقة الأولى ، دار الكتاب اللبناني ، بيروت ، بلا سنة نشر .
- == = ، دروس في علم الأصول ، الحلقة الثانية ، مركز الأبحاث التخصصية للشهيد الصدر (قُدس سره) ، قم ، ١٤٣٦ هـ .
١٧. محمد بن ياسين ، علم أصول الفقه ، منشورات مكتبة بسام ، العراق ، ١٩٨٧ .
١٨. محمد تقي الحكيم ، الاصول العامة للفقه المقارن ، دار الأندلس ، بيروت ، ١٩٦٣ .
١٩. محمد جواد مغنية ، علم أصول الفقه في ثوبه الجديد ، ط٣ ، دار الجواد ، بيروت ، ١٩٨٨ .
٢٠. محمد رضا المظفر ، أصول الفقه ، ط٧ ، مؤسسة النشر الإسلامي ، قم ، ١٤٣٤ هـ .
٢١. محمد صادق الروحاني ، زبدة الأصول ، مدرسة الإمام الصادق (ع) ، بلا سنة نشر .
٢٢. مرتضى الأنصاري ، فرائد الأصول ، مجمع الفكر الإسلامي ، قم المقدسة ، ١٤١٩ .
٢٣. مصطفى إبراهيم الزلمي ، دلالات النصوص وطرق استنباط الأحكام في ضوء أصول الفقه الإسلامي ، ط١ ، إحسان للنشر والتوزيع ، ٢٠١٤ .
٢٤. مصطفى إبراهيم الزلمي ، أصول الفقه في نسجه الجديد ، شركة الخنساء ، بغداد ، بلا سنة نشر .
٢٥. د. وهبة الزحيلي ، الوجيز في اصول الفقه ، دار الفكر ، دمشق ، ١٩٩٩ .

### ثانيا- الكتب الفقهية

١. أبو القاسم الخوئي ، مباني تكملة المنهاج ، ط٢ ، مطبعة بابل ، بغداد ، بلا سنة نشر .
٢. أحمد محمد الزرقاء ، شرح القواعد الفقهية ، دار العلم ، دمشق ، ١٩٨٩ .
٣. عباس علي الزراعي ، القواعد الفقهية في مدرسة السيد السبزواري ، شركة تعاوني ، بلا مكان نشر ، ١٣٨٩ هـ .
٤. علي حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، دار عالم الكتب ، الرياض ، بلا سنة نشر .
٥. محمد بن إبراهيم الصائغ ، المصطلحات الشرعية والنظامية في الدوائر العدلية ، وزارة العدل ، الرياض ، ١٤٣١ هـ .
٦. محمد حسن البنجوردي ، القواعد الفقهية ، الهادي ، قم ، ١٣٧٧ هـ .
٧. محمد حسين كاشف الغطاء ، تحرير المجلة ، ط١ ، المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية ، بلا مكان نشر ، ١٤٢٢ هـ .
٨. نذير الحسيني ، نظرية العرف بين الشريعة والقانون ، ط١ ، المركز العالمي للدراسات الإسلامية ، قم ، ١٣٧٢ هـ .

٩. د. وهبة الزحيلي ، الوسيط في الفقه الإسلامي ، ط ٢ ، بلا ناشر .  
١٠. ياسين عيسى العملي ، الاصطلاحات الفقهية ، ط ١ ، دار البلاغة ، بيروت ، ١٩٩٣ .

### ثالثا - الكتب القانونية

١. د. آدم وهيب النداوي ، شرح قانون الإثبات ، ط ١ ، جامعة بغداد ، ١٩٨٤ .  
= = = =  
٢. د. أحمد الغريب شبل ، دور القاضي المدني في إنشاء القاعدة القانونية ، دار النهضة العربية ، مصر ، ٢٠١٨ .  
٣. د. أحمد سي علي ، مدخل للعلوم القانونية ، دار الاكاديمية ، الجزائر ، ٢٠١١ .  
٤. د. أحمد عبد العال ابو قرين ، احكام الإثبات ، ط ٣ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦ .  
٥. أحمد عزيز جايد ، دور القاضي في إثبات الدعوى المدنية ، موسوعة القوانين العراقية ، بغداد ، ٢٠١١ .  
٦. د. أحمد محمد الرفاعي ، المدخل للعلوم القانونية ، كلية الحقوق جامعة بنها ، بلا مكان نشر ، ٢٠٠٧ .  
٧. أحمد نشأت ، رسالة الإثبات ، ط ١ ، مكتبته العلم للجميع ، القاهرة ، ٢٠٠٥ .  
٨. د. أحمد دوس مدني ، الوجيز في منهجية البحث القانوني ، ط ٣ ، بلا ناشر ، ٢٠١٥ .  
٩. د. أسامة احمد شوقي ، نظام الإثبات ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٣ .  
١٠. د. السيد عبد الحميد فؤدة ، جوهر القانون ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠٠٥ .  
١١. د. السيد محمد السيد عمران ، الأسس العامة في القانون ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٢ .  
١٢. الياس أبو عيد ، نظرية الإثبات في اصول المحاكمات المدنية والجزائية ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٥ .  
١٣. د. أياد مطشر صيهود ، المنهج القانوني في أصول الفقه المقارن ، دار السنهوري ، بيروت ، بغداد ، ٢٠١٨ .  
١٤. باجيرن ملكيفيك و د. فهد عبد العظيم ، المنطق القضائي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١١ .  
١٥. د. برهان خليل زريق ، نحو نظرية عامة في العرف الإداري ، مطبعة عكرمة ، دمشق ، ١٩٨٦ .

١٦. بونوة عبد المنعم وسالم ابو ياسر بولال ، البصمة الوراثية وحجيتها في الإثبات ، ط١ ، مكتبة الوفاء القانونية ، الاسكندرية ، ٢٠١٨ .
١٧. د. توفيق حسن فرج ، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ٢٠٠٣ .
١٨. ج رانسون ، فن القضاء ، ترجمة محمد رشدي ، شركة و مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ، بلا مكان نشر، ١٩١٢ .
١٩. د. حامد شاكر محمود ، العدول في الاجتهاد القضائي ، ط١ ، المركز العربي للنشر والتوزيع ، مصر ، ٢٠١٨ .
٢٠. د. حسن السيد بسيوني ، دور القضاء في المنازعة الادارية ، القسم الثاني ، عالم الكتب ، القاهرة ، بلا سنة نشر .
٢١. د.حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزامات ، الجامعة المستنصرية ، ١٩٧٦ .  
= = = = ، فلسفة القانون ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، بلا سنة نشر .
٢٢. د. حسن كيرة ، المدخل إلى القانون ، ط٥ ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٧٤ .
٢٣. د. حلمي محمد الحجار ورائي حلمي الحجار ، المنهجية في حل النزاعات ووضع الدراسات القانونية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٠ .
٢٤. حوبة عبد القادر ، مناهج العلوم القانونية ، المركز الجامعي بالوادي ، معهد العلوم القانونية والادارية ، الجزائر ، ٢٠١٠ .
٢٥. د. سعيد احمد بيومي ، لغة القانون ، دار الكتب القانونية ، مصر ، دار الشتات للنشر والبرمجيات ، مصر ، ٢٠١٠ .
٢٦. د. سليمان مرقس ، بحوث وتعليقات، دار الكتب القانونية ، مصر ، المنشورات الحقوقية صادر، لبنان ، ١٩٩٨ .
٢٧. د. سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة للقانون ، منشأة المعارف ، مصر ، ١٩٧٤ .
٢٨. د. سيد حسن البغال ، المطول في الإثبات ، ، الناشر المتحدون ، القاهرة ، بلا سنة نشر .
٢٩. د. صالح طليس، المنهجية في دراسة القانون ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، بلا سنة نشر .
٣٠. د. صالح محسوب ، فن القضاء ، ط١ ، مطبعة العاني ، بغداد ، بلا سنة نشر .
٣١. ضياء شيت خطاب ، فن القضاء ، معهد البحوث والدراسات العربية ، بغداد ، ١٩٨٤ .
٣٢. ضياء شيت خطاب و إبراهيم المشاهدي و عبد المجيد الجنابي و عبد العزيز الحساني وغازي إبراهيم الجنابي ، القانون المدني مع مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ١ ، مطبعة الزمان ، بغداد ، ١٩٩٨ .

- ٣٣ . د.عباس العبودي ، الحُجبة القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني ، ط ١ ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠٢ .
- ٣٤ . عباس قاسم الداوقوي ، الاجتهاد القضائي ، ط ١ ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠٧ .
- ٣٥ . عبد الباقي البكري و زهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ، المكتبة القانونية ، بغداد، بلا سنة نشر .
- ٣٦ . د.عبدالحى حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، مطبوعات جامعة الكويت ، ١٩٧٢ .
- ٣٧ . د.عبد الرزاق السنهوري ، علم أصول القانون ، مطبعة فتح الله الياس نوري وأولاده ، مصر ، ١٩٣٦ .
- ٣٨ . د.عبد الرزاق الفحل ، المدخل لدراسة القانون ، ط ٢ ، دار الآفاق ، جدة ، بلا سنة نشر .
- ٣٩ . د.عبد الرشيد مأمون ، الوجيز في المدخل للعلوم القانونية ، دار النهضة العربية ، بلا سنة نشر .
- ٤٠ . د.عبد المجيد الحكيم و عبد الباقي البكري و محمّد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ١٩٨٠ .
- ٤١ . د.عبد المنعم فرج الصده ، أصول القانون ، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ، مصر ، ١٩٦٥ .
- ٤٢ . د.عبد الله عبد الحي الصاوي ، نظرية القرائن في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، ٢٠١٨ .
- ٤٣ . د.عصام أنور سليم ، النظرية العامة للإثبات في المواد المدنية والتجارية ، ط ١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٠ .
- ٤٤ . د.عصمت عبد المجيد بكر ، شرح قانون الإثبات ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٧ .
- ٤٥ . أصول تفسير القانون ، ط ٢ ، الناشر صباح صادق جعفر ، بغداد ، ٢٠٠٩ .
- ٤٦ . د.عكاشة محمّد عبد العال و د. سامي بديع منصور ، المنهجية القانونية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٨ .
- ٤٧ . د.علي احمد الجراح ، قواعد الإثبات بغير الكتابة في المواد المدنية والتجارية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٠ .

- ٤٨ . د.علي حسين نجيده ، مبادئ الشريعة الإسلامية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٠ .
- ٤٩ . د.علي محمود علي ، الأصول المنطقية لفهم الواقع والقانون في الدعوى الجنائية ، بلا ناشر ، ٢٠٠٣ .
- ٥٠ . د.عمار بوضياف ، الوسيط في النظرية العامة للقانون ، ط ١ ، دار الثقافة عمان ، ٢٠١٠ .
- ٥١ . عواد حسين ياسين ، تفسير النصوص القانونية بأتباع الحكمة التشريعية من النصوص ، المركز العربي للنشر والتوزيع ، مصر ، ٢٠١٩ .
- ٥٢ . د.غالب علي الداودي ، المدخل إلى علم القانون ، ط ٧ ، دار وائل للطباعة والنشر ، عمان ، ٢٠٠٤ .
- ٥٣ . د.فايز محمّد حسين ، دور المنطق القانوني في تكوين القانون وتطبيقه ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ٢٠١١ .
- ٥٤ . قيس عبد الستار عثمان ، القرائن القضائية ودورها في الإثبات ، ط ١ ، مطبعة شفيق ، بغداد ، ١٩٧٥ .
- ٥٥ . د. محمّد أحمد عبد النعيم ، المدخل لدراسة القانون ، مطبعة العشري ، بلا سنة نشر .
- ٥٦ . د. محمّد حسن قاسم ، المدخل لدراسة القانون ، ط ١ ، منشورات الحلبي ، بيروت ، ٢٠٠٦ .
- ٥٧ . د. محمّد حسين منصور ، قانون الإثبات في المواد ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٩ .
- ٥٨ . د. محمّد سليمان الاحمد ، قاعدة نصل اوكام ودورها في تكوين ملكة قانونية سليمة ، مطبعة شهاب ، اربيل ، ٢٠١٠ .
- ٥٩ . د. محمّد شريف أحمد ، نظرية تفسير النصوص المدنية ، مطبعة وزارة الأوقاف والشؤون الدينية ، بلا مكان نشر ، ١٩٨٢ .
- ٦٠ . د. محمّد عثمان شبير ، تكوين الملكة الفقهية ، وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية ، قطر ، ١٩٩٩ .



٦١. محمّد علي الصوري ، التعليق المقارن على مواد قانون الإثبات ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠١١ .
٦٢. د. محمّد علي الكيك ، اصول تسبب الأحكام الجنائية ، مطبعة الاشعاع ، بلا ناشر .
٦٣. محمّد فهم درويش ، فن القضاء بين النظرية والتطبيق ، مطابع الزهراء للإعلام العربي ، مصر ، ٢٠٠٧ .
٦٤. د. محمود السقا ، المنطق القانوني والمنطق القضائي ، دار الثقافة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١ .
٦٥. مدحت المحمود ، شرح قانون المرافعات المدنية ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، المكتبة القانونية ، بغداد ، بلا سنة نشر .
٦٦. د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، المنطق القانوني في التصورات ، ط٣ ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٩ .
- إحسان للنشر والتوزيع ، بلا مكان نشر ، ٢٠١٤ .
- معين القضاة لتحقيق العدل والمساواة ، ط١ ، إحسان للنشر والتوزيع ، بلا مكان نشر ، ٢٠١٤ .
٦٧. د. منذر الشاوي ، مذاهب القانون ، منشورات العدالة ، مطبعة الحرية ، بغداد ، بلا سنة نشر .
- الإنسان والقانون ، ط١ ، الذاكرة للنشر والتوزيع ، بغداد ، ٢٠١٥ .
٦٨. مهدي صالح محمّد امين ، أدلة القانون غير المباشرة ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠٠٨ .
٦٩. ميشيل تروبير ، فلسفة القانون ، ترجمة سعد عمر ، ط١ ، دار الأنوار ، بيروت ، ٢٠٠٤ .
٧٠. د. نبيل إبراهيم سعد و د. محمّد حسين منصور ، مبادئ القانون ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٥ .
٧١. د. نبيل ابراهيم سعد ، الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، دار النهضة العربية ، بيروت ، بلا سنة نشر .
٧٢. د. همام محمّد محمود و د. عصام انور سليم ، النظرية العامة للإثبات في المواد المدنية والتجارية ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٠ .
٧٣. د. يوسف محمّد المصاروة ، تسبب الأحكام وفقا لقانون اصول المحاكمات المدنية ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠١٠ .

### رابعاً- المعاجم اللغوية

- ١- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي ، القاموس المحيط ، دار الحديث ، القاهرة ، ٢٠٠٨ .
- ٢- ابن منظور، لسان العرب ، دار المعارف ، بلا مكان نشر ، بلا سنة نشر .
- ٣- المعجم الوسيط ، مجمع اللغة العربية ، مصر ، ٢٠٠٨ .

### خامساً- كتب المنطق

- ١ . إبراهيم مصطفى إبراهيم ، منطق الاستقراء ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٩٩ .
- ٢ . ابن رشد ، تلخيص القياس لأرسطو، تحقيق وتعليق د. عبد الرحمن بدوي ، ط١، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب ، السلسلة التراثية ١٧، الكويت ، ١٩٨٨ .
- ٣ . أحمد جمال الدين ظاهر و د. محمد احمد زبادة ، البحث العلمي الحديث ، ط١، دار الشروق ، جدة ، ١٩٧٩ .
- ٤ . الطيب السنوسي أحمد ، الاستقراء وأثره في القواعد الفقهية والاصولية ، ط٣، دار التدميرية ، دار ابن حزم ، الرياض ، ٢٠٠٩ .
- ٥ . سعيد عبد الله المدلوح ، توضيح المنطق ، مؤسسة المنارة ، بلا مكان نشر ، ١٩٩٦ .
- ٦ . د. سهيل رزق دياب، مناهج البحث العلمي، بلا دار نشر، فلسطين ، ٢٠٠٣ .
- ٧ . عبد الرحمن بدوي ، مناهج البحث العلمي ، ط٣، وكالة المطبوعات ، الكويت ، ١٩٧٧ .
- ٨ . د. عبد الهادي الفضلي ، مذكرة المنطق ، ط١، الجامعة العالمية للعلوم الاسلامية ، بلا مكان نشر ، ١٩٩٠ .
- ٩ . د. علي سامي النشار، المنطق السوري ، ط٥ ، دار المعرفة الجامعية ، مصر ، ٢٠٠٠ .
- ١٠ . محمد باقر الصدر ، الأسس المنطقية للاستقراء ، ط٥ ، دار التعارف للمطبوعات ، بيروت ، ١٩٨٦ .
- ١١ . محمد رضا المظفر ، المنطق ، مطبعة النعمان ، النجف الاشرف ، بلا سنة نشر .
- ١٢ . د. محمود فهمي زيدان ، الاستقراء والمنهج العلمي ، دار الجامعات المصرية ، الإسكندرية ، ١٩٧٧ .
- ١٣ . مرتضى المطهري ، المنطق ، ترجمة حسن علي الهاشمي ، ط٢، دار الولاة ، بيروت ، ٢٠١٠ .

سادسا- الكتب الفلسفية

١. محمّد جواد مغنية ، فلسفات إسلامية ، دار التعارف للمطبوعات ، بيروت ، ١٩٧٨ .
٢. محمّد حسين الطبطبائي ، بداية الحكمة ، مؤسسة النشر الإسلامي ، قم ، ١٤١٨ هـ .
٣. الموسوعة الفلسفية وضع لجنة من العلماء والاكاديميين السوفياتيين ، بأشراف روزنتال و يودين ، ترجمة سمير كرم ، دار الطليعة ، بيروت ، ١٩٨٠ .

سابعا- كتب آداب العربية

١. ابي محمد عبد الله جمال الدين بن هشام الانصاري ، شرح قطر الندى وبل الصدى ، ط٤ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٤ .
٢. صاحب محي الدين يوسف بن عبدالرحمن بن الجوزي ، الايضاح لقوانين الاصلاح ، مكتبة مدبولي ، بلا مكان نشر ، ١٩٩٥ .
٣. القاسم بن علي بن محمد الحريري ، دُرّة الغواص ، دار الجيل ، بيروت ، ١٩٩٦ .
٤. تقي الدين علي السبكي ، أحكام كل وما عليه تدل ، دار الشؤون الثقافية العامة ، العراق ، ٢٠٠٠ .
٥. ردة الله بن ردة الطلحي ، دلالة السياق ، ط١ ، جامعة أم القرى ، السعودية ، معهد البحوث العلمية ، مكة المكرمة ، ١٤٢٤ هـ .
٦. د. محمّد مفتاح ، تحليل الخطاب الشعري ( استراتيجيات التناس ) ، ط٣ ، المركز الثقافي العربي ، الدار البيضاء ، ١٩٩٢ .
٧. د. فاضل صالح السامرائي ، معاني النحو ، دار الفكر ، عمان ، ٢٠٠٠ .

ثامنا - كتب متفرقة

١. الحسن بن علي بن شعبة الحرّاني ، تحف العقول عن آل الرسول (ص) ، ط٥ ، مؤسسة الأعلمي ، بيروت ، ١٩٦٩ .
٢. محمّد جواد مغنية ، التفسير الكاشف ، دار العلم للملايين ، بيروت ، ١٩٧٩ .

تاسعا - الأطاريح والرسائل الجامعية

١. أبتسام فاطمة الزهراء شفاف ، دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، الجزائر ، ٢٠١٥ .
٢. جعفر فاضل هاشم ، الحجة القانونية للقرينة القضائية ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون ، جامعة بابل ، ٢٠١٨ .

٣. زهرة عبد الباقي ، إشكالية ترجمة مصطلحات قانون الجنسية الجزائري ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الآداب واللغات ، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان ، الجزائر ، ٢٠١٤-٢٠١٥ .
٤. سدخان مظلوم باهض ، تحديد مدار ومعالم أحكام القانون الخاص الفلسفية وتطبيقاتها ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، ٢٠٠٨ .
٥. سعد بن مقبل بن عيسى ، دلالة السياق عند الأصوليين ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الشريعة والدراسات الإسلامية ، جامعة أم القرى ، السعودية ، ١٤٢٧- ١٤٢٨ هـ .
٦. سمية محامدية ، دور السياق في تحديد الدلالة الوظيفية ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الآداب واللغات ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، الجزائر ، ٢٠١٢-٢٠١٣ .
٧. عبد المهدي محمد سعيد ، قواعد تفسير النصوص وتطبيقها في الاجتهاد القضائي الأردني ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الدراسات العليا في الجامعة الأردنية ، ٢٠٠٥ .
٨. علالة رحومة ، القرائن القضائية ، رسالة مقدمة إلى المعهد الأعلى للقضاء في تونس ، السنة القضائية ٢٠٠٢- ٢٠٠٣ .
٩. علي أنور إسماعيل ، تأثير البحث المنطقي والفلسفي على عملية الاستنباط الفقهي ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الفقه ، جامعة الكوفة ، ٢٠١٨ .
١٠. علي بوعلام ، جماليات التكرار وآلياته في التماسك النصي ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الآداب والفنون ، جامعة وهران - احمد بن بلة - الجزائر ٢٠١٦-٢٠١٧ .
١١. علي عبد الله عفريت ، الفراغ في القانون ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون ، جامعة كربلاء ، ٢٠١٥ .
١٢. علي فيصل نوري ، تسبيب الأحكام المدنية ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون ، جامعة بابل ، ٢٠١٢ .
١٣. قندوز عبد الجبار ، رقابة المحكمة العليا على تسبيب الأحكام الجزائية ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة قاصدي مرباح ، الجزائر ، ٢٠١٥ .
١٤. مبارك صائغي ، مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي للقانون المدني الجزائري ، رسالة ماجستير مقدمة إلى معهد الحقوق والعلوم الإدارية ، جامعة الجزائر ، بلا سنة نشر .
١٥. مريم وصل الله صامل ، أثر السياق في توجيه المعنى ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة طيبة ، كلية الآداب والعلوم الإنسانية ، السعودية ، للعام ٢٠١٠ .
١٦. محمد قاسم الاسطل ، القرينة عند الأصوليين وأثرها في فهم النصوص ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الشريعة في الجامعة الإسلامية بغزة ، ٢٠٠٤ .

١٧. مستاري عادل ، المنطق القضائي ودوره في ضمان سلامة الحكم الجزائي، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، الجزائر، ٢٠١٠ - ٢٠١١ .
١٨. يوسف بن زيدان ، الاستنباط عند القاضي البيضاوي ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الدعوة وأصول الدين ، جامعة أم القرى ، المملكة العربية السعودية، ٢٠١٢ .

### عاشرا- البحوث العلمية

١. آدم وهيب النداوي ، طاوله مستديرة حول قانون إصلاح النظام القانوني ، ندوة منشورة في مجلة العدالة الصادرة عن وزارة العدل العراقية ، العدد الثاني ، السنة الثالثة ، بغداد ، ١٩٧٧ .
٢. د. حسون عبيد هجيج و فخري جعفر احمد ، فلسفة العدالة القانونية ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية الصادرة عن كلية القانون ، جامعة بابل ، العدد الأول ، السنة الحادية عشر ، ٢٠١٩ .
٣. د. حمد عبيد الكبيسي ، فحوى النص حقيقته ومنهج استنباطه ، بحث منشور في مجلة القانون المقارن ، العدد العاشر ، السنة السابعة ١٩٧٩ ، الصادرة عن جمعية القانون المقارن العراقية ، بغداد .
٤. د. حمود احمد محمد ، الإثبات بالقرائن القضائية في الفقه الاسلامي والقانون اليمني ، بحث منشور في مجله جامعة الناصر ، العدد السادس ، المجلد الثاني ، ٢٠١٥ .
٥. د. راقية عبد الجبار علي ، تأصيل دور القاضي في تكوين القاعدة القانونية ، بحث منشور في المجلة العربية للفقه والقضاء ، العدد ٤٦ ، بحوث ودراسات ، جامعة الدول العربية ، القاهرة .
٦. رشيد العراقي ، طرق إثبات الالتزام ، بحث منشور في مجلة الملحق القضائي ، العدد ٣٠ اكتوبر ١٩٩٠ ، الصادرة من المعهد الوطني للدراسات القضائية في وزارة العدل ، المملكة المغربية ..
٧. د. سعيد محي الدين سعيد ، الاجتهاد الجماعي وأهميته في الفقه الإسلامي ، بحث منشور في مجلة البحوث والدراسات الصادرة من دائرة البحوث والدراسات في ديوان الوقف السني ، الإصدار ٣٦ ، ٢٠١٤ .
٨. د. صهيب عباس عودة ، قاعدة الاستنباط العائد على النص بالإبطال ، بحث منشور في مجلة الجامعة العراقية ، الصادرة من الجامعة العراقية ، المجلد ٣٧ ، الإصدار ٢ ، السنة ٢٠١٧ .
٩. ضياء شيب خطاب ، التفكير القضائي ، بحث منشور في مجلة القضاء ، الأعداد الأول والثاني والثالث والرابع ، السنة السادسة والثلاثون ، ١٩٨١ .

١٠. د. عاشور عامر عبد الله ، القياس في القانون المدني والفقہ الإسلامي ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، المجلد (١٥) ، العدد (٥٢) ، السنة (١٧) .
١١. د. عباس العبودي ، الدور الاجتهادي لأحكام محكمة التمييز الاتحادية في صياغة القاعدة القانونية للقانون المدني العراقي ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية الصادرة من كلية القانون ، جامعة بغداد، العدد ٢ ، المجلد ٣٠ ، السنة ٢٠١٥ .
١٢. د. عبد الرحمن اللمتوني ، الاجتهاد القضائي والأمن القانوني ، بحث منشور في مجلة الملحق القضائي الصادرة عن المعهد العالي للقضاء في المغرب ، العدد ٤٦ ، مايو، ٢٠١٤ .
١٣. عز الدين الماحي ، مدى مساهمة الاجتهاد القضائي في إنشاء القواعد القانونية ، بحث منشور على الموقع الإلكتروني للمكتبة القانونية العربية ، الرابط :  
[https://www.bibliodroit.com/2017/09/blog-post\\_90.html](https://www.bibliodroit.com/2017/09/blog-post_90.html)
١٤. علي جاسب الخزاعي ، الاستدلال بالسبر والتقسيم ، بحث منشور في مجلة آداب البصرة الصادرة عن كلية الآداب لجامعة البصرة ، العدد ٥٧ لسنة ٢٠١١ .
١٥. د. علي غسان احمد ، تسبيب الأحكام المدنية ، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق ، جامعة النهريين ، المجلد ١٢ لسنة ٢٠١٠ .
١٦. د. غسان زكي بدر ، الموضوعية في ابحاث علم الاجتماع ، بحث منشور في مجلة حولية كلية الإنسانيات والعلوم الاسلامية الصادرة من جامعة قطر ، العدد الرابع ، ١٩٨١ .
١٧. د. فايز محمّد حسين ، فلسفة القانون ونظرية العدالة ، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث الاقتصادية والقانونية التي تصدر عن كلية الحقوق ، جامعة الإسكندرية ، العدد الثاني ، ٢٠١٠ .
١٨. د. فرحان احمد علي ، الاجتهاد التنزيلي ، بحث منشور في مجلة القانون والعلوم السياسية ، كلية القانون ، جامعة كركوك ، المجلد ٧ ، السنة ٢٠١٨ .
١٩. د. مجدي محمّد عبد الرحمن ، الاجتهاد الجزئي وأهميته ، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون ، كلية الشريعة والقانون ، جامعة الأزهر، العدد الواحد والثلاثون ، المجلد الثاني ٢٠١٤ .
٢٠. د. محمّد المدني صالح الشريف ، تفسير النصوص القانونية في ضوء التشريع والاجتهاد القضائي السوداني ، بحث منشور في مجلة جيل للأبحاث القانونية المعقدة ، الصادرة من مركز جيل للبحث العلمي ، الجزائر ، العدد ٢٧ ، العام الثالث ، يوليو ٢٠١٨ .
٢١. د. محمّد حميد عبيد ، دور الاستدلال المنطقي في تكوين اقتناع القاضي الجزائي ، بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة من كلية القانون ، الجامعة المستنصرية ، العدد ٢٩-٣٠ ، المجلد ١ ، السنة ٢٠١٧ .

٢٢. د. محمّد محمّد عبدة إمام ، نظرات في قضاء المحكمة الدستورية العليا بشأن تفسير مبادئ الشريعة الإسلامية في الدستور ، بحث منشور في المجلة العلمية لكلية الشريعة والقانون بطنطا ، جامعة الأزهر ، ٢٠٠٥ .
٢٣. مروان علي حسين ، التصور والتصديق في المنطق الاسلامي ، بحث منشور في مجلة اداب الكوفة ، الصادرة من كلية الآداب ، جامعة الكوفة، العدد ٢٧ ، المجلد ١ ، ٢٠١٦ .
٢٤. نضال داود عليوان ، أسباب تغيير الاجتهاد ، بحث منشور في مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والدراسات الإسلامية ، المجلد ١٦ ، العدد ١ ، ٢٠١٩ .
٢٥. د. هناء محمّد حسين احمد ، احكام القرائن المعاصرة بين الشريعة والقانون ، بحث منشور في مجلة الأستاذ الصادرة من كلية التربية ابن رشد ، جامعة بغداد ، العدد ٢٢٠ ، المجلد الثاني لسنة ٢٠١٧ .
٢٦. د. ياسر باسم ذنون ، دور الاستدلال المنطقي لفهم الواقع والأدلة في الدعوى المدنية ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق الصادرة من كلية الحقوق ، جامعة الموصل ، المجلد ٩ ، السنة الثانية عشر ، العدد ٣٣ لسنة ٢٠٠٧ .
٢٧. د. ياسر باسم ذنون و جواد ثامر نايف ، الحكم المدني وحالات التناقض فيه ، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية الصادرة عن كلية التربية ، جامعة تكريت ، المجلد ١٧ ، العدد ٩ ، لسنة ٢٠١٠ .
٢٨. د. ياسر باسم ذنون و د. مصطفى إبراهيم الزلمي ، دور قواعد المنطق في عملية الإثبات المدني ، بحث منشور في مجلة بحوث مستقبلية ، الصادرة من مركز الدراسات المستقبلية ، كلية الحدباء الجامعة ، العدد الثاني عشر ، ٢٠٠٥ .
٢٩. د. ياسر باسم ذنون و د. مصطفى إبراهيم الزلمي ، الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية بين النسبية والاطلاق ، بحث منشور في مجلة بحوث مستقبلية الصادرة من كلية الحدباء الجامعة ، عدد ١٤ لسنة ٢٠٠٦ .

#### الحادي عشر- المجاميع والقرارات القضائية

١. إبراهيم المشاهدي ، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز ، مركز البحوث القانونية ، وزارة العدل ، بغداد ، بلا سنة نشر .
٢. خالد شهاب ، موسوعة احكام ومبادئ النقص في القوانين المكملة للقانون المدني ، مركز الابحاث والدراسات القانونية ، بلا مكان نشر ، ٢٠٠٨ .

٣. حسن الفكهاني وعبد المنعم حسني ، الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية منذ إنشائها عام ١٩٣١ ، الاصدار المدني ، الدار العربية للموسوعات ، القاهرة ، ١٩٨٢ .
٤. عبد المنعم حسني الموسوعة الماسية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية منذ انشائها في عام ١٩٣١ وحتى عام ٢٠٠٥ ، الاصدار المدني ، مركز حسني للدراسات والاستشارات القانونية والمحاماة ، بلا مكان نشر ، بلا سنة نشر .
٥. سعيد احمد شعلة ، احكام النقض المدنية ، الإثبات (مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في الإثبات وفي المواد المدنية والتجارية ومسائل الأحوال الشخصية خلال اربعة وسبعين عاما ١٩٣١ - ٢٠٠٦) ، ط١ المركز القومي للإصدارات القانونية ، بلا مكان نشر ، ٢٠٠٧ .
٦. شريف احمد الطباخ ، موسوعة الدفوع المدنية ، ، دار العدالة للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ٢٠١٥ .
٧. عز الدين الدناصوري والأستاذ حامد عكاز ، موسوعة التعليق على قانون الإثبات ، ط١٢ ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، بلا مكان نشر ، ٢٠٠٩ .
٨. د. محمد عزمي البكري ، موسوعة الفقه والقضاء في قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، دار محمود ، القاهرة ، بلا سنة نشر .
٩. د. محمد عزمي البكري ، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد ، دار محمود ، القاهرة ، بلا سنة نشر .
١٠. مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في خمسين عاما ، بلا ناشر ، ١٩٨٥ .
١١. قرار محكمة استئناف النجف الاتحادية بصفتها التمييزية ، العدد ٧/ب/ حقوقية / ٢٠١٨ بتاريخ ١٠ / ١٠ / ٢٠١٨ ( غير منشور)
١٢. قرار محكمة التمييز الاتحادية / العدد ١٢٠٣ / هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية / ت ١٢٧ الصادر في ٢ / ١٢ / ٢٠١٨ ( غير منشور).
١٣. قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ٤١٣ / إثبات / ٢٠٠٩ ، منشور على الموقع الالكتروني لمجلس القضاء الاعلى العراقي ، الرابط <https://www.hjc.iq/qview/1030>
١٤. قرار محكمة استئناف القادسية الاتحادية بصفتها التمييزية العدد ٧٧ / ت / ح / في ١٣ / ٣ / ٢٠١٢ ، منشور على الصفحة الرئيسية للموقع الالكتروني لمجلس القضاء الاعلى العراقي ، الرابط <https://www.hjc.iq/view./1383>.
١٥. قرار محكمة التمييز الاتحادية العدد ١٢٤ / هيئة عامة / ٢٠٠٨ ، تاريخ القرار ١٠ / ٢ / ٢٠٠٩ ، النشرة القضائية ، العدد الثاني عشر ، ايار ، ٢٠١٠ .



الثاني عشر- القوانين والأعمال التحضيرية

١. القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ النافذ .
٢. قانون الالتزامات والعقود المغربي لسنة ١٩١٣ النافذ
٣. قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ النافذ.
٤. القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ النافذ.
٥. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ النافذ.
٦. قانون الأحوال الشخصية العراقي المعدل رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ النافذ
٧. قانون الإثبات المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ النافذ.
٨. قانون المرافعات العراقي المعدل رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٩ النافذ
٩. الدستور المصري لسنة ١٩٧١ الملغي .
١٠. القانون المدني الجزائري رقم ٧٥-٥٨ لسنة ١٩٧٥ النافذ
١١. القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ النافذ
١٢. قانون الإثبات العراقي المعدل رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٩ النافذ.
١٣. قانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ الخاص بالمحكمة الدستورية العليا في مصر.
١٤. قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٨٦ النافذ
١٥. قانون التجارة المصري ١٧ لسنة ١٩٩٩ النافذ
١٦. الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ النافذ
١٧. مجلة الالتزامات والعقود التونسية ٨٧ لسنة ٢٠٠٥ .
١٨. الدستور المصري لسنة ٢٠١٤. النافذ
١٩. مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، وزارة العدل ، الحكومة المصرية ، مطبعة احمد مخيمر ، بلا سنة نشر .

الثالث عشر- المصادر باللغة الاجنبية

١- المصادر الفرنسية

1. Arnaud PELLISSIER-TANON, L'induction, au coeur du dilemme des savoirs en sciences de gestion, Papier publié dans Stratégies, Actualité et futurs de la recherche, Coordonné par Alain Charles Martinet et Raymond-Alain Thiétart, Paris : Vuibert, FNEGE, août 2001.

2. Gilles DARCY. L'office du juge ,les colloques de sénat. 30 septembre, 2006.  
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000038629626&fastReqId=2040296756&fastPos=20>.
3. Jean-Godefroy BIDIMA,. L'acte de juger et le magistrat: de la précompréhension à l'occasion. Collège international de Philosophie, Rue Descartes, 2002.
4. Marie-Anne FRISON-ROCHE. La rhétorique juridique. Hermès, 1995.
5. Pierre BRUNET, Le raisonnement juridique: une pratique spécifique? international Journal for the Semiotics of Law - Revue internationale de Sémiotique juridique, 2013.
6. Yves CARTUYVELS, (dir.) ; et al. Le droit malgré tout : Hommage à François Ost. Nouvelle édition [en ligne]. Bruxelles : Presses de l'Université Saint-Louis, 2018 , consulté le 11/12 / 2019.

#### ٢- المصادر الأنكليزية

1. Bethany Marston, Learning Services CoordinatorLast Updated: Jun 18, 2019.  
<http://rasmussen.libanswers.com/faq/263798>.
2. Bryan a. Garner Reuters , The law of judicial precedents.
3. john hanna, the role of precedents in judicial decision.
4. Richard Nordquist. IRAC method of legal writing.  
<https://www.thoughtco.com/irac-legal-writing-1691083>.

#### ٣- القرارات القضائية الفرنسية

1. Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 5 juin 2019, 17-22.192  
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000038629626&fastReqId=2040296756&fastPos=20>

2. Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 3 avril 2019, 18-11.293  
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000038488513&fastReqId=2040296756&fastPos=22>
3. Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 13 juin 2019, 18-13.94  
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000038674802&fastReqId=1431422262&fastPos=5>
4. Cour de cassation, civile, Chambre civile 2, 24 janvier 2019, 17-28.837  
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000038091496&fastReqId=1431422262&fastPos=8>
5. Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 12 décembre 2018, 17-27.415  
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000037850809&fastReqId=1431422262&fastPos=9>.

## *Abstract*

The legal rule is analyzed into two elements: (the imposition) and (the ruling), the first is the incident on which the law has an effect. The second is the legal effect that the law arranges on the imposition. Therefore the imposition represents the incidents of dispute, while the ruling settle the dispute.

The judge cannot settle the dispute until he stands to prove the claim or deny it through legal evidence, but there is not always direct evidence available in the case or it may be available but not complete, then the positive role of the judge comes through what he does by deductive work in arriving at the indications Evidence to prove the incident or complete the missing evidence.

This deduction was mentioned by the Iraqi legislator in Article 102 of the Evidence Law when defining the judicial presumption that it is (deduction of the judge an inconsistent matter from a proved matter he has in the pending lawsuit) and the Egyptian legislator mentioned it in Article 100 of the Evidence Law, stipulating that he (left to the judge's discretion to devise all A presumption that was not decided by the law) and the French legislator addressed this issue in Article 1349 of the Civil Code and stipulated that (the presumptions are results drawn by the rule of law or the judge's assessment of a known fact to infer an unknown fact) and in another translation of this text as (a result that the governor or judge deduces from an known incident to measure at here an unknown state.)

Hence the problem come, What is meant by this deduction? Does it mean its linguistic or idiomatic meaning, as in modern logic? In other words, adopting the deductive approach in research and inferring the unknown, which corresponds to the inductive approach. All this at the stage of considering the incidents.

And if the judge finishes the advanced stage, and after giving the legal

description of the incident in question and diagnosing the legal rule applicable to it, he returns again to practice another deduction work, which is the deduction of the judicial ruling that settles the case, how is the latter and what are its methods and what is the picture of reasoning here, and what is the role of the rules of Fundamentalism and the logic of understanding the texts in this work and what are the sources of deduction considered in the case if the judge encounters a legislative vacuum and when does the judge's discretionary role come in setting the legal rule and deduction from them?

Through the foregoing, we perceive the problem of research as that ambiguity surrounding the process of judicial inference and its lack of interpretation as a legal and judicial phenomenon.

The imposition of this problem has made us adapt the rationale and fundamentalist investigations by the judge when he examines the civil lawsuit.

On the basis of the advanced legal rule analysis, we divided this thesis into two chapters preceded by an introductory chapter in which we addressed the essence of judicial deduction and its distinction from concepts and terms that interfere with it. As for the first chapter, we held for judicial deduction in the realm of facts and made it into two chapters that dealt with in the first chapter the requirements of judicial deduction, and in the second, methods of judicial deduction, but the second chapter devoted it to judicial deduction in the scope of rulings and divided it into two chapters, we dealt with the first of the judicial deduction from the legislative text, and we dealt with the second in the judicial deduction in the case of the legislative vacuum and then we concluded the study with our findings and proposals.

University of Karbala

Collage of law



***Judicial deduction in a civil lawsuit***  
***A coparative study***

A thesis

Submitted to the council of the Collage of law University of  
Karbala in partial fulfilment of the requirements for the degree  
of (P H D) in private law

By

***Tareq Abdulrazzaq Shaheed***

Supervised by

Prof.

***D.Adel Shamran Hameed Alshammari***

1441 A.H

2020 A.D