



جامعة كربلاء
كلية القانون
الفرع الخاص

التأويل في النصوص المدنية (دراسة مقارنة)

أطروحة تقدم بها
وليد صالح نعمة عباس

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

بإشراف أستاذ القانون المدني
الدكتور علي شاكر البدري

1446 هـ /

2024 م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

هُوَ الَّذِي أَنْزَلَ عَلَيْكَ الْكِتَابَ مِنْهُ آيَاتٌ مُحْكَمَاتٌ
هُنَّ أُمُّ الْكِتَابِ وَأُخَرُ مُتَشَابِهَاتٌ فَأَمَّا الَّذِينَ فِي
قُلُوبِهِمْ زَيْغٌ فَيَتَّبِعُونَ مَا تَشَابَهَ مِنْهُ ابْتِغَاءَ الْفِتْنَةِ
وَابْتِغَاءَ تَأْوِيلِهِ وَمَا يَعْلَمُ تَأْوِيلَهُ إِلَّا اللَّهُ
وَالرَّاسِخُونَ فِي الْعِلْمِ يَقُولُونَ آمَنَّا بِهِ كُلٌّ مِّنْ عِنْدِ
رَبِّنَا وَمَا يَذَّكَّرُ إِلَّا أُولُو الْأَلْبَابِ ﴿٧﴾

صدقَ اللهُ العليُّ العَظيم

(سورة آل عمران/ الآية 7)

إقرار المشرف

أشهد إن اطروحة الدكتوراه الموسومة بـ (التأويل في النصوص المدنية – دراسة مقارنة) المقدمة من قبل الطالب (وليد صالح نعمه) إلى مجلس كلية القانون – جامعة كربلاء بوصفها جزء من متطلبات نيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص ، وقد جرت تحت إشرافي ورشحت للمناقشة... مع التقدير ...



التوقيع :

الأسم : أ. د. علي شاكر عبد القادر

الاختصاص : القانون المدني

كلية القانون / جامعة كربلاء

إقرار المقوم اللغوي

أشهد أنني قرأت أطروحة الدكتوراه الموسومة بـ (التأويل في النصوص المدنية – دراسة مقارنة) المقدمة من قبل الطالب (وليد صالح نعمه) إلى مجلس كلية القانون – جامعة كربلاء، وقد وجدتھا صالحة من الناحيتين اللغوية والتعبيرية، بعد أن أخذ الطالب بالملاحظات المسجلة على متن الأطروحة .

مع التقدير ...



التوقيع :

الأسم : أ.د. سعد خضير عباس

الاختصاص العام : اللغة العربية

الاختصاص الدقيق : البلاغة والنطق

الجامعة العراقية / كلية العلوم الاسلامية

إقرار لجنة مناقشة

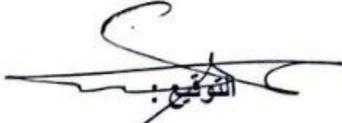
نشهد نحن أعضاء لجنة المناقشة إننا اطلعنا على هذه الاطروحة الموسومة بـ (التأويل في النصوص المدنية - دراسة مقارنة)، وناقشنا الطالب (وليد صالح نعمه) على محتواها، وفيما له علاقة بها، ونعتقد إنها جديرة بالقبول لنيل درجة الدكتوراه في القانون / فرع القانون الخاص ودرجة () .

التوقيع: 
الاسم: أ.د. صدام فيصل كوكز الخزري
(عضواً)

التاريخ: ٧ / ٢٠٢٤

التوقيع: 
الاسم: أ.د. عادل شمران حميد
(رئيساً)

التاريخ: ٨ / ٧ / ٢٠٢٤

التوقيع: 
الاسم: أ.د. عبد الرزاق أحمد محمد
(عضواً)

التاريخ: ١ / ٢٠٢٤

التوقيع: 
الاسم: أ.د. اشواق عبد الرسول
(عضواً)

التاريخ: ١ / ٢٠٢٤

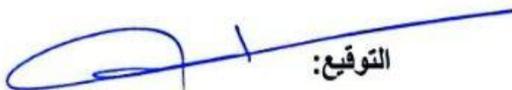
التوقيع: 
الاسم: أ.د. علي شاكر عبد القادر
(عضواً ومشرفاً)

التاريخ: ١ / ٢٠٢٤

التوقيع: 
الاسم: أ.م.د. عدنان هاشم جواد
(عضواً)

التاريخ: ١ / ٢٠٢٤

صادق مجلس كلية القانون / جامعة كربلاء على قرار لجنة المناقشة

التوقيع: 
أ.د. باسم خليل نايل السعيد
ك. عميد كلية القانون / جامعة كربلاء
التاريخ: ١ / ٢٠٢٤

الإهداء

إلى والدي الشهيد الذي أفاض علينا بعلمه وحكمته وعطائه
الزاخر...

إلى مَنْ الجنة تحت أقدامها أُمي التي من بوجودها تذلل
الصعاب...

أهدي هذا الجهد المتواضع ...

الباحث

شكر و عرفان

الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ وَصَلِّ اللَّهُمَّ عَلَي سَيِّدِنَا مُحَمَّدٍ عَبْدِكَ وَرَسُولِكَ وَأَمِينِكَ وَصَفِيِّكَ وَعَلَى آلِهِ الطَّيِّبِينَ الطَّاهِرِينَ وَصَحْبِهِ الْمُنْتَجِبِينَ وَمَنْ تَبِعَهُمْ بِإِحْسَانٍ إِلَى يَوْمِ الدِّينِ.

لا يسعني في هذا المقام إلا أن أتقدم بجزيل شكري وعظيم أمتاني إلى أستاذي الفاضل الدكتور علي شاکر البدری لتفضله بالأشراف على هذه الأطروحة وعلى ما قدمه لي من العون والأرشاد، ولما أبداه من نصح وتوجيه وتصويب ، فله مني جزيل الشكر ووافر الإمتان.

وأتقدم كذلك بالشكر والامتنان الجزيل إلى الأساتذة الأفاضل السيد رئيس لجنة المناقشة وأعضاؤها المحترمون الذين منحوا اطروحتي هذه شيئاً من وقتهم الثمين ؛ لرفدها بملاحظاتهم القيمة ، فلهم مني جميعاً وافر الشكر والامتنان على ذلك.

وتقف كلمات الشكر والعرفان عاجزة أمام استاذنا الفاضل المرحوم أ.د. عباس الحسيني - أسكنه الله الفردوس ، كما أتوجه بخالص الشكر والامتنان إلى أساتذتي في المرحلة التحضيرية، والتي لم يدخروا جهداً في أثرائنا بمختلف موضوعات القانون الخاص النظرية والعملية وطرائق تدريسها ، ولا يفوتني تقديم الشكر إلى السيد عميد كلية القانون ومعاونيه المحترمين، وإلى السيد رئيس قسم القانون الخاص المحترم، وإلى جميع أساتذتي الأفاضل الذين نهلت من علمهم الوافر في (كلية القانون/ جامعة كربلاء)

وأتقدم كذلك بالشكر والامتنان إلى موظفي كليات القانون في كل من (جامعة كربلاء ، وجامعة النهرين، وجامعة الكوفة ، وجامعة بغداد ، وجامعة بابل ، والجامعة المستنصرية) ، كما لا أنسى أن أشكر موظفي مكتبة المعهد القضائي، ولا أنساني الله مكتبات العتبات المقدسة العلوية والحسينية والعباسية لما قدموه من مساعدة في توفير المصادر فجزاهم الله عني خير الجزاء.

وأختتم الشكر والعرفان بذكر حديث خاتم الرسل والأنبياء سيدنا محمد (صلى الله عليه وآله وسلم): "أن أشكر الناس لله عز وجل أشكرهم للناس" فلكل من قدم يد المساعدة طوال مدة إعداد هذه الأطروحة الذين فاتني ذكرهم هنا ؛ فلهم من صميم قلبي أسمى آيات الشكر والعرفان والامتنان داعياً الله عز وجل أن يوفق الجميع لما يحب ويرضى أنه سميعٌ مجيب.

الملخص

لا ريب أن المتأمل في اللغة العربية بحسب وضعها ، فيها الكثير من الصور البلاغية والأستعارة والكناية والمجاز وغيرها، وهذا ما يضيف على اللغة العربية سحراً من البيان، يؤثر في لفظه على معناه ، والمؤول يعمل على بيان تلك المعاني وفهم مرادها، والأخير يجب أن لا يقف على الأبعاد اللغوية والقانونية البحتة، وإنما يتعداها إلى أبعاد السلوك الإجتماعي والعرفي، وما يواكبه من ظروف وتحديات والذي يتماشى مع تحركات الحياة ونماؤها.

والتأويل هو العدول عن المعنى الظاهر إلى معنى آخر يحتمله بدليل، وهو طريق من طرق أستنباط الأحكام من النصوص المختلفة بتحديد مراد الشارع منها، فعلى القاضي أو المجتهد تدقيق النظر في الألفاظ وتحديد مدلولها، وحملها على اللفظ الراجح، وأن نصوص القانون المدني وردت فيها أحكام مختلفة، منها الظاهر ومنها الخفي، ومنها ظاهر وخفي بحيث لا يفهم مرادها إلا عند سياقها مجتمعا، مما يحتمل التأويل، فالأصل أن يحمل المعنى على ظاهره، ولا يحمل على غيره إلا بدليل، أو ضرورة أو غاية مهمة يهدف إليها القانون.

ونجد أهمية ذلك بأن معظم النصوص المدنية هي مستقاة من الفقه الإسلامي والذي هو مفعم بالنصوص البلاغية والتي تحتل التأويل ، وهذا ما وجدناه بشكل واضح في النصوص المدنية، فضلاً عن أنه سيوسع من دائرة المعاني التي يحتملها النص فيساعد في توسيع نطاق النص بحيث يكون أكثر مرونة، غير أن الأشكالية تظهر بأنه لم نجد لمصطلح التأويل أي معنى أو ضوابط ممكن أن يلجأ إليها القاضي عند تطبيق القانون، فضلاً عن الخلط بين المصطلحات الذي سنجد في معظم التطبيقات.

وعن طريق ذلك نسعى أن نحدد بعض الضوابط والشروط التي تحدد العمل القضائي والفقه لبيان معاني المصطلحات عن طريق التأويل الصحيح، بإستخدام أدوات الأستنباط والعمل على وفق القواعد الأصولية التي تسهل عمل المجتهد للحيلولة دون الحكم بقواعد تخالف مبادئ العدالة وذلك باتباع المنهج التحليلي المقارن مع قواعد اصول الفقه ومتضمناً التطبيقات القضائية المختلفة.

وقد تم تقسيم هذه الاطروحة على ثلاثة فصول، الفصل الأول خصصناه لبيان مفهوم التأويل في القانون المدني، والفصل الثاني بينا فيه حدود التأويل في النصوص المدنية، ثم أختتمنا الفصول لدراسة أحكام التأويل في القانون المدني وتطبيقاته ثم الخاتمة ومصادر الدراسة.

المحتويات

رقم الصفحة	الموضوع
I	الآية القرآنية الكريمة
II	الآهداء
III	شكر وأمتنان
IV	الملخص
V - VII	المحتويات
15 - 9	المقدمة
76 - 16	الفصل الأول : مفهوم التاويل في النصوص المدنية
49 - 18	المبحث الأول : ماهية التاويل
35 - 19	المطلب الأول : التعريف بالتاويل
29 - 19	الفرع الأول : تعريف التاويل
35 - 29	الفرع الثاني : خصائص التاويل في النصوص المدنية
49 - 36	المطلب الثاني : فعالية التاويل في النصوص المدنية
44 - 36	الفرع الأول : تقييم التاويل في النصوص المدنية
49 - 45	الفرع الثاني : متطلبات التاويل في النصوص المدنية
76 - 50	المبحث الثاني : ذاتية التاويل في النصوص المدنية
63 - 51	المطلب الأول : مشروعية التاويل وتأصيله
56- 51	الفرع الأول : مشروعية التاويل
63 - 56	الفرع الثاني : الأسس التاريخية والفلسفية للتاويل
76 - 63	المطلب الثاني : تمييز التاويل عما يشته به
69 - 64	الفرع الأول : تمييز التاويل عن التفسير
73 - 69	الفرع الثاني : تمييز التاويل عن مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه

76 - 74	الفرع الثالث : تمييز التأويل عن الوصف القانوني
139 - 77	الفصل الثاني : حدود التأويل في النصوص المدنية
109 - 79	المبحث الأول : الية تأويل النصوص المدنية
94 - 80	المطلب الأول : القواعد الفقهية لتأويل النصوص المدنية
87 - 80	الفرع الأول : قواعد الجمع
94 - 88	الفرع الثاني : قواعد التفريق
109 - 94	المطلب الثاني ضوابط التأويل في النصوص المدنية
101 - 95	الفرع الأول : شروط التأويل في النصوص
109 - 102	الفرع الثاني : معايير التأويل في النصوص
139 - 110	المبحث الثاني : نطاق التأويل في النصوص المدنية
123 - 110	المطلب الأول : نطاق التأويل في اللفظ
116 - 111	الفرع الأول : التأويل من حيث المدى
123 - 117	الفرع الثاني : التأويل من حيث الصحة
139 - 123	المطلب الثاني : نطاق التأويل في الدلالة
132 - 124	الفرع الأول : نصوص واضحة الدلالة
139 - 132	الفرع الثاني : نصوص خفية الدلالة
197 - 140	الفصل الثالث : أحكام التأويل في النصوص المدنية
169 - 142	المبحث الأول : أحكام التأويل القضائي
157 - 142	المطلب الأول : السلطة المختصة بالتأويل
149 - 142	الفرع الأول : السلطة التقديرية للقاضي في تأويل النص
157 - 150	الفرع الثاني : الرقابة القضائية على التأويل
169 - 158	المطلب الثاني : الأثر المترتب على التأويل

164 - 158	الفرع الأول : الأثر المترتب على تأويل النص
169 - 164	الفرع الثاني : اثر التأويل على الحكم
197 - 170	المبحث الثاني : تطبيقات التأويل في النصوص المدنية
185 - 171	المطلب الأول: التطبيقات الموضوعية للتأويل
179 - 171	الفرع الأول : تطبيقات التأويل في التصرفات
185 - 179	الفرع الثاني : تطبيقات التأويل في الوقائع
197 - 185	المطلب الثاني : التطبيقات الإجرائية للتأويل
191 - 186	الفرع الأول : تطبيقات التأويل في قانون المرافعات
197 - 192	الفرع الثاني : تطبيقات التأويل في قانون الأثبات
204 - 198	الخاتمة
202- 199	الأستنتاجات
204 - 203	التوصيات
219 - 205	المصادر
A	Summry

المقدمة



المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله الطاهرين وصحبه المنتجبين، وبعد.

أولاً - التعريف بالدراسة

يتعامل القاضي مع النصوص القانونية -ولا سيما المدنية منها- حسباً الواقعة المعروضة عليه ويسعى دائماً لتحقيق العدالة عن طريق موائمة النص القانوني لتلك الواقعة، تطبيقاً ملائماً لقصد المشرع وغايته التشريعية مستعملاً بذلك ما يحتاج إليه من قواعد ومبادئ قانونية أو قواعد أصولية أقرها القانون.

وقد يجدُ القاضي بكفاية تطبيق مطلق النص على الواقعة المعروضة عليه لكونه (أي النص) لا يَحْتَمِلُ إلا مَعْنَى وَاحِدًا، وقد يكون أمامه قاعدة قانونية تحتل أمرين، أَحَدُهُمَا أَظْهَرُ مِنَ الْآخَرِ، ويقوم القاضي بعملية إجتهادية لتأويل الظاهر بدليل، وهو جوهر فكرة هذه الدراسة .

وقد أستعمل المشرع العراقي التأويل في قوانين عدة ، ونجده في أطار القانون الخاص ضمن نصوص قانون المرافعات بشكل صريح في المادة (203) والمادة (213) فيما يتعلق بطرق الطعن إذا كان خطأ في تطبيق القانون أو عيب في تأويله، ونبين في هذه الدراسة الخطأ في تطبيق القانون أو العيب في تأويله فيما إذا كانت هي عبارة ذات معنى واحد إلا وهي خطأ في تطبيق القانون، ام ان للمشرع رأى آخر أن المشرع أراد في عبارة العيب في التأويل غير المعنى الذي عليه في التطبيق.

لذا فالعيب في تأويل القانون يكون بإعطاء النص الواجب تطبيقه على الدعوى معنى غير معناه الصحيح، ومثال ذلك، كأن تكون الدعوى موقعة من أحد الوكيلين من دون الآخر، وأن المدعين متعددون وذكر في عريضة الدعوى أسم أحدهم مضافاً إليه كلمة شركائه مجردة من اسمائهم الشخصية، فهذا المعنى لا ينطبق ونص المادة (938) مدني، والتي أشارت إلى الانضمام بالرأي إذا كان لا يحتاج لرأي شريكه، فالقصد منه التشاور وهذا تأويل خاطئ ومع ذلك لأنه يجوز لأي

منهما الإنفراد وحده بشرط إنضمام رأي الآخر في الخصومة، وليس القصد منه الإنضمام في التوقيع.

وهناك بعض التأويلات والتي سنبينها بشكل تفصيلي في متن الاطروحة، نذكر مثلاً ونبين الادلة عند تناولها بشكل تفصيلي، فالقاعدة العامة التي أقرتها التشريعات الوضعية المتأثرة بالفقه الإسلامي كالقانون المدني من أن (الغبن الفاحش الناتج عن التغرير، التدليس سبب لعدم لزوم العقد أو لتوقفه) غير أن بعض الفقهاء أولوه (الغبن الفاحش) بتأويلات بعيدة أدت إلى تضيق نطاق تطبيقه فما هي التأويلات التي جاءت بهذا النص الخاصة بالمعتوه هل هو ضعيف العقل بدليل الحديث الخاص بتصرف ناقص الأهلية وضعيف العقل، وهل هناك تأويلات اخرى في هذا النص؟.

وإذا رجعنا إلى قرارات القضاء نجد أن أغلبها لا تميز ما بين التفسير والتأويل فتأخذ الحكم على أساس التفسير بالرغم من الأختلاف ما بين المصطلحين فالتفسير هو إزالة غموض النص وتوضيح مبهمه للقضاء فلا شأن له بنقص الأحكام ولا بتعارض اجزاء القانون ، أما التأويل فهو صرف معنى اللفظ عن معناه الظاهر إلى معنى آخر يحتمله بدليل يُصيره راجحاً، فمعيار كل منهما مختلف عن الآخر، والأختلاف يظهر في قواعد وتطبيق المصطلحين، وهذا ما سنبينه بشكل تفصيلي عن التطرق إلى أوجه الشبه والأختلاف بين التأويل والتفسير.

وأيضاً ما نصت عليه المادة الأولى من القانون المدني وقانون الأحوال الشخصية من حيث الأخذ بالأحكام في لفظها أو فحواها بما معنى الأخذ بالتأويل المعنى الذي يقصده المتعاقدان.

فضلاً عن المادة الثانية من قانون الإثبات المتعلقة بإلزام القاضي بالتفسير الواسع في الإثبات، زد على ذلك قانون المرافعات الذي لا يجوز للقاضي أن يمتنع عن الحكم بسبب عدم وجود نص أو غموضه .

ثانيا - أهمية الدراسة

إن لدراسة التأويل في القانون المدني أهميتين ، الأولى عملية تطبيقية يمكن أن ترفد القضاء بشيء من الدراسات المعمقة في أساليب فهم النصوص القانونية ، وأخرى نظرية إذ نرى بإضافة المصادر القانونية التي تناولت هذا العلم بشيء من التفصيل .

ونجد أن للتأويل جذور عميقة في الفقه الإسلامي، وقد ورد هذا المصطلح في القرآن الكريم مرات عديدة، ومما زاد أهمية هذا الموضوع أن المشرع العراقي أستعمل مصطلح التأويل في العديد من نصوصه دون أن يحدد ضوابطه وشروط تطبيقه، ولو إنا طبقنا مصطلح التأويل كما جاء به الأصوليون سيوسع من دائرة الأحكام خاصة منها الظنية لإمكانية تحملها أكثر من معنى وهذا له ما يبرره خاصة في المادة الثالثة من قانون الأثبات سواء تأويل قريب أم بعيد وسواء أخذ القاضي بالتأويل الضيق أم الموسع.

وزد على ذلك فإن أستعمال القضاء للتأويل قد يلقي بضلاله على تطوير من نصوص القانون عن طريق معالجة جوهرية لكل ما يستجد من ظاهرة قانونية لم يورد فيها نص .

ثالثا- إشكالية الدراسة

تتجلى إشكالية الدراسة (التأويل في النصوص المدنية) في أن بعض الفقهاء وبعض المحاكم يرون أن "العيب في تأويل القانون" يدخل ضمن نطاق "الخطأ في تطبيق القانون"، وكأنهما مصطلح واحد. إذا كان هذا الرأي صحيحاً، فما السبب الذي يدفع المشرع إلى استخدام مصطلح "العيب في تأويل القانون" بشكل منفصل في قانون المرافعات وقانون أصول المحاكمات الجزائية، بالإضافة إلى ما تشير إليه بعض النصوص المدنية المقارنة؟

فضلاً عن ذلك ، نرى أختلاف معتد به بين الفقهاء في مصطلح التأويل ، إذ له الكثير من المعاني التي تختلف باختلاف فهمه (أي التأويل) فقد يراد به تخصيص العام وقد يراد به صرف اللفظ إلى غيره من المعاني فبأي لفظ هو؟

والخلط القضائي بينه وبين التفسير والذي سنبيّنه بشكل مفصل لحل هذه الإشكالية. فضلاً عن ذلك فإن الأختلاف في فهم النص بالمطابقة مع ما هو كائن من ظاهرة قانونية أو قضائية فهل سيؤدي إلى أختلاف الأحكام الواردة في نفس النص عن طريق أختلاف معناه وبذلك يرتب آثار قانونية جديدة؟.

رابعاً – تساؤلات الدراسة

من خلال ما تقدم ولمعرفة معنى التأويل نفترضُ بعض الأسئلة نحاول الأجابة عليها وليتضح المعنى الدقيق لهذا المصطلح ألا وهي:

هل يقتصر معنى التأويل على معنى محدد أم أن له معاني أخرى تختلف بمفهومها القانوني عنها في المدلول الأصولي؟ وما هي الضوابط والشروط التي عن طريقها يمكن الألتجاء إلى تأويل النص القانوني؟

هل هناك أختلاف ما بين التأويل والتفسير، وهل يختلف التأويل عن الوصف القانوني؟ وما المقصود بالتأويل القريب والتأويل البعيد؟ وهل للقاضي السلطة التقديرية في التأويل ، وهل هناك مشكلة في القانون أو في الأجراء التطبيقي لفهم النص يمكن معالجته؟

وما مدى انطباق أو ابتعاد بعض المصطلحات من التأويل إلا وهي فكرة الصورية، تحول العقد، تأويل الملك . وهل بالأمكان أعتبار التأويل هو خلق نص جديد من نسيج النص القائم عن طريق لفظه أو فحواه؟.

خامساً – فرضية الدراسة

من خلال التمعن ببعض نصوص القانون المدني والقوانين الأخرى ، نجد أن هنالك فهماً مختلفاً لدى كل من الفقه والقضاء في غاية المشرع العراقي من تنظيم بعض النصوص القانونية ، فمنهم يرى أنه فسح مجال التأويل فيها كأداة قانونية تسهل عمل القضاء في الوصول إلى العدالة ومنهم من يرى أن المشرع أراد بها غاية أخرى .

وعن طريق تمعن الباحث بنظرة أولية للقانون المدني فإنه نلتبس بعض أسباب هذا الاختلاف وستحاول هذه الدراسة معالجتها تفصيلاً في ضوء القرارات القضائية والأراء الفقهية .

سادساً - منهجية الدراسة

نتبع في هذا البحث أسلوب المنهج التحليلي لغرض الوصول لصحة الفرضيات المعتمدة في هذه الدراسة ، كما نتبع الدراسة المقارنة بالأبعاد الأصولية من خلال بيان آراء الأصوليين في هذا المعنى ومقارنته بالقانون الوضعي المتمثلة بالقانون المدني العراقي والقانون المدني المصري فضلاً عن القوانين الاجرائية محل المقارنة للوقوف على حقيقة التأويل مع التوسع قدر الامكان بالجانب العملي المتمثل بالقرارات القضائية لتعزيز هذا البحث بجوانبه المختلفة.

وأن الدراسة ستستند على الأصول العامة لمداول التأويل ، ومن المسلم به أن العلاقة بين الأصول والقانون علاقة تكاملية لا تنفك عن الأخرى ، وسنحاول عن طريق هذه المنهجية ان نتوصل إلى الفهم الصائب وابعاد الفهم غير الصائب لمعنى التأويل والذي أخذت به بعض التوجهات القضائية والفقهية .

سابعاً - الدراسات السابقة

إن من أهم الدراسات التي تناولت هذا الموضوع بجوانبه العامة هي مؤلف الدكتور عبدالوهاب خلاف، علم أصول الفقه و خلاصة تاريخ التشريع المدني، والذي بين في بحثه معنى التأويل بمصدره الأصولي وأرتباط التشريع المدني، إلا أن ذلك متعلق بالتشريعات السابقة للقانون المدني النافذ (العراقي والمصري)، لذلك سنحاول مقارنة التأويل بجانبه الأصولي مع التشريعات القانونية محل المقارنة، وبحث الأستاذ عواد حسين العبيدي، اجتهاد القاضي في مواد النص بين نهى التشريع ومقتضيات العدالة، فضلاً عن بحثه في التأويل في النصوص القانونية، والذي كان جل دراسته عن معنى التأويل بالفقه الإسلامي ، فضلاً عن دراسة التأويل في نصوص قانون اصول المحاكمات الجزائية وقانون الأحوال الشخصية، ولم يتطرق إلى القوانين المدنية إلى بالنزر اليسير ولم يتوسع في معناه ولا في

تحليل نصوصه إلا بالمعنى الظاهري منه، فضلاً عن أنه لم يقارنه بجانبه الأصولي ولا إلى بيان آثاره ومؤلفات وباحث قانونية متعددة .

إلا أننا رأينا مبدئياً أن الكتابات القانونية في موضوع التأييل في اطار النصوص المدنية تتناوله من باب (تفسير) وسنحاول في هذه الدراسة أن نثبت أن لكل منهما تنظيم اصولي وقانوني مستقل ، ورأينا بعض الدراسات لا تدخل في صلب وجوهر المشكلات العملية التي يواجهها القضاء، مما حفز الباحث أن يحاول سبر غوره والوصول إلى معالجات حقيقية لها .

ثامناً : خطة البحث

سنتناول موضوع هذه الدراسة من خلال ثلاثة فصول نخصص الفصل الأول لدراسة مفهوم التأييل في القانون المدني ونبين فيه ماهية التأييل وذاتيته ونفصل في الثاني حدود التأييل في النصوص المدنية وندرس فيه آلية تأييل النصوص المدنية ونطاقها ونخصص الفصل الثالث لأحكام التأييل في القانون المدني ونقسمه لدراسة أحكام التأييل القضائي وتطبيقات التأييل .

الفصل الأول

مفهوم التأويل في

النصوص المدنية



الفصل الأول

مفهوم التأويل في النصوص المدنية

يلزم المشرع القاضي في المحاكم المدنية إلى اتباع الإجراءات وأصدار الأحكام على وفق القواعد المحددة في نصوص القانون، وهذه الأخيرة يختلف في تطبيقها باختلاف الواقعة المعروضة أمام القضاء وباختلاف حيثياتها، وبأختلاف المعنى الذي يظهر للقضاء والمعتمد بشكل اساس على الصياغة اللغوية والتي قد تحمل المعنى بذاته أو تتعداه إلى معنى آخر وفقاً لسياق الجملة.

ولا تثار مشكلة أمام القاضي في حال موافقة الحكم القانوني الظاهر مع الواقعة المعروضة عليه؛ إلا أنها (أي المشكلة) تظهر في حال عدم إمكانية تطبيق النص الظاهر على الواقعة القانونية، فإذا كان أمام القاضي قاعدة قانونية يحتمل تطبيقها محليين ، أولهما أضعف من ثانيهما، يعمل القاضي مجتهداً عن طريق قواعد أصولية لتأويل النص الظاهر لديه على الواقعة المعروضة من خلال صرف المعنى الظاهر لألفاظه إلى معنى آخر أستناداً إلى دليل راجح يؤيده.

لذا فإن الصياغة العربية والتي تعد حجة في دلالات الألفاظ، والأستعمالات اللغوية لتلك الألفاظ، فضلاً عن كيفية استعمال لفظ التأويل داخل النص، وبيان معناه من الفاظه المتعددة، والتي نستوحي منها معاني والفاظ ليست بذات النتيجة في المعنى الأول، فهذا الأمر يحتاج إلى دراية لفظية وأدوات عقلية وإجتهد و قدرة علمية ، عارفاً باللغة وسياقها، لذا فليس من السهولة أبدال معنى مكان الآخر، فقد تتباين معانيها ، الأمر الذي يقودنا إلى لتوضيح هذا المعنى وبيان مدى انطباق هذا المفهوم على موضوع الدراسة وعليه ، سنحاول عن طريق هذا الفصل تبيان ماهية التأويل في القانون المدني وبحث مدى فعاليته وتقييمه في النصوص المدنية وبيان ذاتيته القانونية كما يأتي :

المبحث الأول: ماهية التأويل .

المبحث الثاني: ذاتية التأويل

المبحث الأول

ماهية التأويل

إن بيان ماهية التأويل في القانون المدني له أهمية خاصة في هذه الدراسة لكون التأويل من الموضوعات المشتركة بين فقهاء اللغة العربية والقانون والشريعة الإسلامية، وسنحاول عن طريق هذا المبحث مزج ما أفاض به باحثي الفقه الإسلامي من بيان المقصود من هذا المصطلح وعطفه على ما بحثه فقهاء القانون مع الأستعانة بالمدلول اللغوي الذي بحثه علماء اللغة والنحو .

يتحقق تأويل النصوص المدنية عن طريق الأنتقال بالمعاني من معناها الظاهر إلى المعنى غير الظاهر وذلك وفقاً لعملية قانونية ذهنية فيبدأ القاضي بالإجتهد من خلال النزاع المعروض عليه للوصول إلى الحكم العادل، فهو وسيله يلجأ لها القضاء ليواجه بها صعوبات معينة تعتريه في النص القانوني سواء بالصياغة أو في أحكامه.

وسنبين ماهية التأويل عن طريق مطلبين ، نخصص المطلب الأول لدراسة التعريف بالتأويل ، ونبين في المطلب الثاني فعالية التأويل .

المطلب الأول

التعريف بالتأويل

إن عملية التأويل لا يلجأ إليها القاضي إلا في حالة الضرورة ذلك لتصويب الحكم، بأن يبنى على درجة كبيرة من احتمال تطابقه مع الواقع، عند خلو النص منه أو لإستكماله عن طريق تعضيده بدليل قوي، ولغرض استكمال هذا المعنى بشكل أكثر وضوحاً فأننا سنبيين في هذا المطلب التأويل فحري بنا تقسيمه على فرعين الفرع الأول نوضح فيه تعريف التأويل ، والفرع الثاني نتطرق إلى خصائص التأويل وكما يأتي:-

الفرع الأول

تعريف التأويل

التأويل يتحدد في تسديد وتبيين الصحيح من المعاني، ذلك عن طريق النافذة العملية واللغوية عند التعامل مع النصوص تعاملاً صحيحاً بالأبقاء على الحقيقة، وبصرف المعنى إلى وجه من الأوجه المتعددة المستخرجة من لفظ أو كناية⁽¹⁾ أو مجاز أو تخصيص وغيرها، وأستناداً لما سبق سنبيين في هذا التعريف معنى التأويل لغة ومن ثم بيان معناه اصطلاحاً وذلك وفقاً لما يأتي:-

أولاً :- التأويل لغة

للقوف على المعنى اللغوي للتأويل والذي لا يمكن أن تتحقق مقاصده ولا يمكن فهمه ، إلا بإبراز ما يحتاجه من علوم وقواعد لغوية، حيث أن لفظ التأويل له معاني متعددة وشائعة ، لذا سنبيين أكثرها ارتباطاً بالمفهوم الذي يقصده الباحث.

1 - الكناية عند الاصوليين هي "اسم لما استتر فيه مراد المتكلم من حيث اللفظ"، ويشترط فيها اظهار المعنى الحقيقي، كأن يقول : جعلته لك بكذا، كنايةً على البيع. اشار اليه، الزركشي - بدر الدين محمد بن عبدالله الزركشي، البحر المحيط، دار الكتبي، ج3، 1994، ص 134.

فالتأويل لغة: أستعملت بمعان عدة منها ، يراد بها مصيره ومرجعه⁽¹⁾ ومآل هذا الأمر أي مصيره وعقباه. والتأويل هو رد الشيء إلى الغاية المراد منه⁽²⁾ كما في قوله تعالى (وما يعلم تأويله إلا الله والراسخون في العلم)⁽³⁾ أي لا يعلم المراد منه وغايته.

والتأويل هو ما يؤول إليه الكلام ويرجع، ويعود الكلام ويرجع إلى حقيقته التي هي عين المقصود، وهو مجاز أول الله اليك ضالتك رد ورجع⁽⁴⁾

والتأويل والتأول: تفسير الكلام الذي تختلف معانيه، فلا يصح إلا ببيان غير لفظه⁽⁵⁾، وقد يعني التأويل بمعنى السياسة أول الشيء إيلاً أي ساسه، حيث يشير المحللون بأن التأويل في معناه اللغوي خاصة في المعاجم المتأخرة بأنه من تعريف العلماء المشتغلون بالعلوم الدينية، وهو يخدم المعنى الموجود في القرآن الكريم والسنة النبوية⁽⁶⁾.

ويأتي التأويل بمعنى أولت الشيء تؤوله إذ أجمعته وأصلحته فهو جمع معاني الفاظ أشكلت بلفظ صريح واضح لا اشكال فيه⁽⁷⁾. وفي معنى آخر، بأنه نقل ظاهر اللفظ عن وضعه الأصلي إلى ما يحتاج من دليل، لولاه ما ترك ظاهر اللفظ.

وأستناداً لما تقدم من معاني يتضح جلياً بأن التأويل له معان عدة أكثر مما تم ذكره وخاصة في القرآن الكريم وفي عرف الأستعمال اللغوي، إلا أنها تختلف حسب السياق المذكور في الكلام، ومن خلال ما تم ذكره من معاني للتأويل فأننا

1 - لسان العرب، للامام العلامة أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الافريقي المصري ، المجلد الاول ، أدب الحوزة، قم - إيران، 1405 هـ 1363 ، ص 18.

2 - فيراد به القصد والمعنى الذي اراده، كمن يقول : عنيت بهذا الكلام كذا، بمعنى قصدت به وعمدت ذلك، فهو مشتق من الاظهار. اشار اليه مناع القطان، مباحث في علوم القران، ج1، مكتبة وهبة، ط7، المملكة العربية السعودية، 2005، ص 316.

3 - ال عمران، الاية 7.

4 الزبيدي محمد مرتضى، تاج العروس، المطبعة الخيرية، ت 671 هـ 1273م، ط1، مصر، ص34،

5 السيوطي، جلال الدين عبدالرحمن السيوطي، الاتقان في علم القران، ج2، دار الاعتصام، 1978، 2/426.

6 - احمد عبدالغفار، ظاهر التأويل وصلتها باللغة، دار المعرفة الجامعية للطبع، الاسكندرية، 1998، ص 16،

7 - محمد ابو زهرة، تاريخ المذاهب الاسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، بدون سنة طبع، ص 179

سنبين فيما يلي المعنى الاصطلاحي للتأويل ليتضح لنا بأي المعاني أكثر صلة بموضوع البحث فيما إذا كان المعنى اللغوي يقترب بمعناه الاصطلاحي أو العكس من ذلك.

ثانياً:- التأويل اصطلاحاً

لا يختلف الأمر كثيراً في تعريف التأويل اصطلاحاً عن معناه لغة، فقد تعددت التعريفات عند أهل العلم ، لذا سنبين أولاً تعريف التأويل عند الأصوليين ثم نبين التعريف قانوناً لتحديد مواطن الشبه والأختلاف ومن ثم لمعالجة أهم الأشكاليات المطروحة في البحث.

1 - تعريف التأويل عند الأصوليين

فقد عرف أحدهم التأويل بأنه " احتمال يعضده دليل يصير به أغلب على الظن من المعنى الذي يدل عليه الظاهر " (1)، ويبدو أن هذا التعريف يواجه محل نظرنا من قبلنا من وجهتين ؛ الوجه الأول: لا يصلح أنه يكون التأويل هو الاحتمال (2)، فالتأويل هو حمل اللفظ وليس احتمال وفرق بين حمل اللفظ والاحتمال.

الوجه الثاني: إن هذا التعريف غير جامع لأنه لا يشمل التأويل المقطوع به فإنه دليل يفيد الظن وليس القطع، كما أنه تأويل غير جامع لأنه مخصص بتأويل معين وهو التأويل المعضد بالدليل ولا يشمل مطلق التأويل .

ويرد على هذا الانتقاد أحدهم (3) بقوله بأن التأويل هو المعنى الذي انصرف إليه الظاهر وليس معناه الاحتمال الذي حمل عليه اللفظ، فهو قد يكون قريباً بأدنى مرجح وبالأحتمال المحتمل وهذا قول شائع عند القوم.

1 - ابي حامد الغزالي، المستصفي من علم الاصول ، ج1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1993، ص 387.
 2 - الاحتمال هو التحول من موطن لآخر، ويعرفه احدهم بأنه " ما لا يكون تصور طرفيه كافياً بل يتردد الذهن في النسبة بينهما، ويراد به الامكان الذهني"، وهذا المعنى يتحدد بطريقتين، الاولى بتحديد حقيقة الشيء الذي يرد عليه الاحتمال والمتصور في الذهن، والحد الثاني المراد باللفظ، والتي تترادف معانيها وتحديد اللفظ المراد به وبيان معناه بين الاحتمالين، بينما قد يكون اللفظ يحتمل لإكثر من معنى. اشار اليه عبدالجليل زهير ضمرة، اصول الفقه والقواعد الفقهية، الاحتمال واثره على الاستدلال، مجلد 1، جامع الكتب الاسلامية، 2019، ص 4.
 3 - سعد الدين مسعود بن عمر التتغزاني، التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه ، ج 2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1377 هـ، ص 168.

والاعتراض الثاني يرد عليه بأنه إذا كان التأويل غير جامع لعدم شموله التأويل المقطوع به وإنما فقط ظنياً، فإنه إذا كان صرف النظر إلى المعنى الظاهر بدليل ظني فمن باب أولى أن يكون التأويل يجوز بدليل قطعي⁽¹⁾.

أما المتقدمين من الأصوليين فقد عرفوا التأويل بعد ما بينوا المشترك والذي يراد به " ما وضع لمعنيين مختلفين أو لمعان مختلفة من الحقائق"⁽²⁾ ثم قال بعد ذلك " ثم إذا ترجح بعض وجوه المشترك بغالب الرأي يصير مؤولاً"⁽³⁾، وهذا ما أخذ به بعض الفقهاء فعرف أحدهم: " المؤول المشترك الذي يرجح أحد معانيه بغالب الرأي"⁽⁴⁾، في حين عرف غيره بأنه: " المؤول تبين بعض ما يحتمل المشترك بغالب الرأي والأجتهد"⁽⁵⁾، يتضح من ذلك بأن المشترك تتداخل فيه المعاني التي ينتظمها على جهة المساواة، أما المؤول فهو ترجيح أحد هذه المعاني على الأخرى بدليل، ويراد بالمؤول معنى التأويل فيقول أحدهم " إن العرب يستخدمون التأويل ويعنون به المؤول لكثرة استخدامه ويستخدمون الظاهر ويعنون به الظهور"⁽⁶⁾.

وعرفه آخر بأنه " صرف اللفظ عن الاحتمال الظاهر إلى احتمال مرجوح به، لإعتضاده بدليل يصير به أغلب على الظن من المعنى الذي دل عليه الظاهر"⁽⁷⁾، أن هذا التعريف وإن سلم من بعض الاعتراضات التي وردت على تعريف الغزالي للتأويل والذي جعله هو صرف اللفظ عن الاحتمال الظاهر وليس هو الاحتمال

1 - محمد علي عبدالله، الظاهر والمؤول عند الأصوليين، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الشريعة والدراسات الإسلامية في مكة المكرمة، 1992، ص 152 - 153.

2 - المشترك كما عُرف بأنه " هو اللفظ الواحد الدال على معنيين فاكثر على السواء عند اهل اللغة" فهو قد يكون مشترك في المعنى وفي اللفظ، وفي الاسم، وهو بخلاف الترادف حيث إن الأخير هو ما اختلف لفظه واتفق معناه، أي اطلاق عدة كلمات تدلي بمعنى واحد، ويختلف أيضاً عن التضاد والذي يعني كل ما يطلق اللفظ على المعنى وضده، هذا يعني كونه نوع من المشترك اللفظي أي صورة من صورته وليس هو مشترك لفظي، فكل تضاد هو مشترك وليس كل مشترك تضاد، الزبيدي، تاج العروش، مطبعة حكومة الكويت، 2001، ص 6. و د، حاتم صالح الضامن، فقه اللغة، جامعة بغداد، 1990، ص 77.

3 - احمد بن محمد بن اسحاق الشاشي، اصول الشاشي، دار الارقم، بيروت، 2016، ص 39.

4 - علي بن محمد البزدوي، كشف الاسرار عن اصول فخر الاسلام، ج1، دار الكتاب العربي، 1997، ص 43.

5 - محمد بن احمد السرخسي، اصول السرخسي، ج 1، دار الكتب العلمية، الطبعة الاولى، لبنان، 1993، ص127

6 - محمد علي عبدالله، الظاهر والمؤول عند الأصوليين، مصدر سابق، ص 151.

7 - روضة الناظر وجنة المناظر، عبدالله بن محمد ابن قدامه، ج1، مؤسسة الريان، الطبعة الاولى، 1998، ص92.

نفسه، غير أنه وافق الغزالي بالقول بغلبة الظن وكذلك اقتصاره على التأويل الصحيح دون المطلق.

أما مفهوم التأويل عند طائفة أخرى من الأصوليين، فلا يختلف عما سبقه من الفقهاء، فقد عرفه أحد الفقهاء بأنه " حمل اللفظ على ما تحمله من المعاني مع النظر إلى القرائن الدالة على مقاصد هذا الاستعمال"⁽¹⁾، وعرفه أحدهم بأنه " تفسير الشيء الذي يراد به وما يصير إليه أمره" وهذا ما أقره هذا الفقه، والذي أراد بالتأويل بمعنى ما تصير إليه عاقبة الأمر بمعنى التفسير وأيضاً بالصرف عن ظواهر اللفظ سواء وافق الحق أم لم يوافق⁽²⁾. ومن هنا يتضح بأن التأويل لا يقتصر على صرف اللفظ عن ظواهر الكلام وإنما يقصد به التفسير وبيان مقاصد الاستعمال⁽³⁾، وما تصير إليه عاقبة الأمر.

ولقد عُني جانب من الفقه بمفهوم التأويل لأنه يُعد أهم خصائص هذا الاتجاه من الفقه، فقد عرف أحدهم التأويل أنه " هو إيضاح المشكل المجهول لمن جهله أو أشكل عليه"⁽⁴⁾، والمتتبع لهذا الفقه يتبين أن هذا المفهوم يتسع عندهم بحيث تختلط تختلط معانيه الشائعة من تفسير المشكل إلى بيان ما خفي في الأمور الباطنة وهذا ما بينه أحدهم حيث عرف التأويل " تبين معاني الشريعة، ولولا تلك المعاني لم يكن في فعلها حكمة فكانت معرفة معانيها هي الحكمة الحقيقية"⁽⁵⁾، إذا فالتأويل عندهم هو مزيج من فلسفات مختلفة من المعنى الباطني والظاهر وتفسير المشكل للوصول إلى الحقيقة وهي الحكمة من التأويل .

1 - الخليلي احمد بن حمد، تفسير ظواهر التفسير، اشار اليه محمد بن يحيى الكندي، اسس منهج التأويل في المدرسة الاباضية، رسالة ماجستير مقدمة إلى المعهد الاعلى لاصول الدين في جامعة الزيتونة، 2002، ص63.

2 - طفيش محمد بن يوسف، مصدر سابق، ص 63.

3 - ومقاصد الاستعمال تبحث عن ارادة المتكلم وقصده حال التكلم، عن طريق استعماله لالفاظ اللغة، وهذه الارادة تكون على ثلاثة انواع، وهي: ارادة استعمالية، ارادة تفهيمية، و ارادة جدية، وبالنوع الاخير هو ما اراد به المتكلم وقصده معناه واتجهت الارادة إلى اللفظ المستعمل والعمل به، لا مجرد الاستعمال الشكلي وإنما قاصداً معناه اللفظي، فيخرج من اطار التصور الذهني إلى اطار التصديق والحث على ارادة المتكلم بالفعل والاثبات في الخارج. محمود الهاشمي، تقريرات محمد باقر الصدر، دروس في علم الاصول، دائرة المعارف والفقه الاسلامي، قم، 1996، ص 88

4 - النعمان محمد بن منصور، التوحيد، الاعلمي للمطبوعات، بيروت، 2022، ص200.

5 - الحبيب الفقي، التأويل اسسه ومعانيه في المذهب الاسماعيلي، مركز الابحاث والدراسات الاقتصادية في تونس، 1984، ص 24.

أما مفهوم التأويل عند بعض من الفقهاء الذي عرفه "أخراج اللفظ من الدلالة الحقيقية إلى الدلالة المجازية من غير أن يخل بذلك في مادة لسان العرب.." (1)، يفهم من هذا التعريف باعتبار اللغة من الأليات المهمة للتأويل، وذلك عن طريق الأعمال على الدلالة المجازية لمعرفة المقصود من اللفظ والذي تكون دلالاته بمعناه غير الظاهر، ويشترط عند استعمال المجاز الألتزام بقواعد اللغة.

والتأويل كما يعرفه الذهبي هو "صرف اللفظ عن المعنى الراجح إلى المعنى المرجوح لدليل يقترب به" وفي هذا التعريف دل على وجود أكثر من معنى يحتمله اللفظ، معنى ظاهر راجح متبادر إلى الذهن، ومعنى آخر مرجوح يحتمله اللفظ بدليل يسنده، وهذا التعريف الأقرب لحقيقة التأويل في الأصلاح الأصولي (2).

2 - تعريف التأويل في الفقه القانوني

أما تعريف التأويل في الأصلاح القانوني فأننا سنبين معناه في الفقه القانوني ومَنْ ثمّ موقف التشريعات محل المقارنة، فضلاً عن التطبيقات القضائية التي أوردت هذا المفهوم، وذلك وفقاً لما يأتي:

ينبغي أن نستعرض بعض التعريفات التي بينت معنى التأويل التي بينها الفقه القانوني، فقد عرف أحدهم التأويل بأنه "أعطاء النص الواجب تطبيقه في الدعوى معنى غير معناه الظاهر" (3)، يتضح من مدلول التعريف بأن المراد منه هو التطبيق العملي للتأويل، وهو غير معناه الظاهر في النص وإنما معنى آخر يمكن للقاضي بيانه بالاستناد إلى الأجتهد والتطبيق العملي. ويراد به أيضاً "ترجيح أحد محتملات اللفظ بالدليل" (4) والترجيح يعتمد على أجتهد ويمكن التوصل عليه عن

1 - ابن رشد محمد بن احمد، فصل المقال وتقرير ما بين الشريعة والحكمة من الاتصال، المطبعة الكاثوليكية، بيروت، 1942، ص 39.

2 - د. محمد حسين الذهبي، التفسير والمفسرون، ج1، مكتبة وهبة، القاهرة، 1398، ص 15.

3 - د. عبدالوهاب حومد، دراسات معمقة في فقه القانون الجنائي المقارن، ط1، مطبوعات جامعة الكويت، 1983، ص 410.

4 - د. محمد حسين الذهبي، اشار اليه عبدالقادر بالطيب، سلطة القاضي في تفسير وتأويل عقد البيع، بحث منشور على شبكة الانترنت على الموقع <https://www.droitentreprise.com> تاريخ الزيارة 2023/3/3، ص 2.

طريق معرفة مفردات الألفاظ ومدلولها في اللغة التي حرر بها العقد أو سياق النص والأساليب اللغوية وأستنباط المعاني من كل ذلك.

وقد عرف الفقه المصري التأييل بأنه " عملية عقلية منطقية تعمل على تحديد المعنى الحقيقي للقاعدة القانونية، وتعيين مداها من واقع الفاظ النص والحق والمركز القانوني محل الحماية بقصد إعلان حكم القانون في الحالة والواقعية المعروضة"⁽¹⁾ من خلال التعريف يتضح لنا بأن التأييل هو عملية عقلية أجتهدية يستنبطها القاضي من النص عند تطبيقه على النص القانوني لتحديد المعنى الحقيقي للقاعدة القانونية من مساق اللفظ .

أما الفقه الفرنسي فقد عرف التأييل بأنه " تحقيق الأتساق بين الصيغة الثابتة في شكل قاعدة مكتوبة وبين فروض الحياة المتغيرة"⁽²⁾ إن هذا التعريف يربط بشكل مباشر بين الصيغة الثابتة للنص الموجود في القاعدة القانونية وما يمكن ان يتحمل اللفظ من دلالة في فروض الحياة المتغيرة، وهذا يعني أن التأييل يجعل القاعدة القانونية هي قاعدة مرنة عن طريق تكيفها على الوقائع الجديدة والمتغيرة.

بعد أستعراض موقف الفقه من تعريف التأييل ومن خلال الاطلاع لم نجد تعريف للتأييل في الفقه القانوني العراقي لذلك سنوضح أهم النصوص التي أوردت مصطلح التأييل لمعرفة التعريف وذلك وفقاً للدراسة محل المقارنة ، فبالنسبة لموقف القانون العراقي فقد ذكر التأييل بشكل واضح وصريح في قانون المرافعات بنص المادة (203) منه التي نصت على أن للخصوم الطعن تمييزاً " إذا كان الحكم قد بنى على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو عيب في تأويله"⁽³⁾ والمادة (213) من القانون نفسه فتصدقه من حيث النتيجة إذا كان من حيث الأساس صحيحاً، وتماشياً مع ما تم ذكره هذه النصوص يتبين بأن المشرع لم يعرف التأييل ، وهذا أمر طبيعي، لأنه ليس من أختصاص المشرع وإنما أشار إلى الأحكام التي يكون فيها للخصم الطعن تمييزاً، بالرغم من ان المشرع لم يبين بشكل اكثر وضوحاً

1 - د. احمد حشمت ابو شيت، اصول القانون، مطبعة لجنة التأليف والنشر ، بدون مكان طبع، 1938، ص163.

2 - gaston may ،introduction ala science du droit، paris،1952، p121.

3 - المادة (203) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969 المعدل.

الأحكام الخاصة بالتأويل ، كذلك أشار القانون المدني بشكل غير مباشر إلى التأويل بعض النصوص سنبيها عن طريق أستعراض التطبيقات الخاصة بالتأويل .

أما القانون المصري فقد نص على ذلك في قانون المرافعات أيضاً بنص المادة (248) بأن للخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض (إذا كان الحكم المطعون فيه مبنياً على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله⁽¹⁾) لم يختلف هذا النص عن نص المادة (203) من قانون المرافعات العراقي غير أن الأخير أضاف العيب في تأويله في حين القانون المصري أبقى على الخطأ في تطبيق القانون أو تأويله ، ولا نرى هذا الأختلاف جوهرى إلا من الناحية اللغوية فإن التأويل يكون معيماً ويطبق القانون يكون بشكل خاطئ. فضلاً عن نص المادة (250) من القانون نفسه.

أما موقف التشريع الفرنسي من التأويل فقد نص عليه في المادة (1154) من القانون المدني حيث جاء فيها " إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق التفسير أو التأويل " والمادة (1157) التي نصت على " إذا كانت العبارة تحمل أكثر من دلالة فتحمل على المعنى الذي يجعلها تنتج أثراً⁽²⁾ يستخلص من هذه النصوص بأن المشرع قد وضح معنى التأويل بأنه العبارة التي تحمل أكثر من معنى ، وحدد كيفية العمل بها وذلك بأن تكون غير واضحة العبارة ، وأن تحمل على المعنى الذي ينتج أثراً.

أما بالنسبة لموقف القضاء من مفهوم التأويل فأنا نبين اتجاه القضاء من حيث الموافقة والأختلاف مع اتجاه الفقه والتشريعات محل المقارنة، لذا فقد أصدرت محكمة التمييز الاتحادية قرار يقضي بأن " إذا وقع خطأ في تطبيق القانون أو عيب في تأويله، وكان الحكم من حيث الأساس صحيحاً وموافقاً للقانون ، تصدقه المحكمة من حيث النتيجة"⁽³⁾ ومن حيثيات الدعوى التي أقامها المدعي في محكمة بداءة الكاظمية لمطالبة المدعى عليها بنقل ملكية العقار عن قيمة (ستة عشر مليون دينار) رغم المطالبة إلا انها ممتنعة فأصدرت المحكمة حكماً ببرد الدعوى، وتبين من خلال محكمة التمييز بأن المدعي متفق على أن يسدد للمدعى عليها مبلغ قدره

1 - قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم 13 لسنة 1968 المعدل.

2 - القانون المدني الفرنسي لسنة 1804، الذي تم تعديله لسنة 2016 ومن خلالها تم تعديل هذه المواد.

3 - قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 599/حقوقية/2013 في 2013/12/19، غير منشور.

(اربعة ملايين دينار) عن قيمة منشآت سبق وأن حكم لها في عام 2003 وأن هذا المبلغ هو جزء من بيع سهامها في العقار موضوع هذه الدعوى، وأنكرت قيام المدعي سداده للدين وأنه مشغول الذمة لها بالمبلغ المذكور ، وأن المانع الأدبي قد أرتفع بين طرفي الدعوى لوجود دعوى بين الطرفين بعام 2003، لذا يكون قرار المحكمة برد دعوى المدعي صحيحاً من حيث النتيجة .

يتضح من هذا القرار ان القضاء لم يعرف التأويل ، وبأن محكمة التمييز أشارت إلى نص المادة (213) من قانون المرافعات بالخطأ في تطبيق القانون أو العيب في تأويله دون معرفة الأساس التي أستندت إليه في بيان ما هو الخطأ أو العيب في تأويل القانون حتى يكون القرار صحيح من حيث النتيجة، وإنما أشارت إليه بشكل عابر ، والملاحظ بأنه لا يوجد عيب في تأويل القانون في هذه الدعوى فقرار محكمة البداية كان صحيحاً وموافق للقانون ، ذلك لعجزه عن إثبات ادعاءه بوجود الدين بحجة وجود المانع الأدبي، إلا أن ذلك انتفى بإقامة الدعوى أولاً ولكون هذا المبلغ أكثر من خمسة آلاف دينار. لذا فإن قرار محكمة التمييز لم تفرق بين الخطأ في تطبيق القانون وبين العيب في تأويله، كما أنها لم تبين ماهية هذا العيب بالرغم من عدم وجود تأويل معيب في الدعوى ، وإنما أشارت إليه فقط، زد على ذلك فإنه القضاء لم يبين تعريفاً للتأويل.

في حين نجد أن الأمر مختلف عند القضاء المصري فقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه " لا يجوز تقييد مطلق النص بغير مخصص بحيث أن كان صريحاً جلي المعنى قاطعاً في الدلالة على المراد منه فلا محل للخروج عليه أو تأويله بدعوى تفسيره أستهداء بالحكمة التي أمثته وقصد الشارع منه، لأنه ذلك لا يكون إلا عند غموض النص أو وجود لبس فيه"⁽¹⁾، وبقراءة متمعنة بهذا القرار يمكن القول بأن النص العام يمكن تأويله عن طريق التخصيص إذا كان النص غير قاطع الدلالة، وهذا الأمر لا يكون إلا عند وجود غموض في النص أو لبس فيه ويحتمل اللفظ ذلك المعنى بدليل، وبهذا المعنى الذي يعطي دلالة أخرى للتأويل ألا وهي تخصيص المطلق تضاف إلى مفهوم التأويل متعدد المعنى.

1 - قرار محكمة النقض المصرية المرقم 9583/ الدائرة المدنية في 2016/5/15، منشور على تطبيق موسوعة التشريعات المصرية، بدون تاريخ.

وفي قرار آخر لمحكمة النقض المصرية التي عرفت التأويل وبينت مقتضاه إذ جاء فيه "تكميل ما اقتضب من نصوص التشريع يقع في صميم التأويل ، لأنه يجاوز الصيغة القاصرة عن المراد ، فيتولى القاضي أستاذتها من عنده عن طريق التأويل ، بمعنى أنه حمل اللفظ على غير مدلوله الظاهر منه مع احتمالته بدليل يعضده، لأنه المحكمة لا تفسر القانون إلا لتطبيقه.." (1) ، في هذا القرار ممكن أن نجد أكثر من معنى فمن حيث الأولى نجد أن التأويل هو لإستكمال النص المقتضب، والذي قد يكون غير واضح الدلالة فيستعمل القاضي على المعنى المراد منه عن طريق التأويل ، والمعنى الآخر حيث بين القرار تعريف التأويل بحمل اللفظ على غير معناه الظاهر وهذا التعريف هو ذات المعنى الذي جاء به الفقهاء الأصوليين ببيان مفهوم التأويل بغير أخلال في معناه.

أما قضاء المحاكم الفرنسية فقد بين التأويل في قرار لمحكمة النقض الفرنسية حيث جاء فيه بأن التعبير المذكور غامض وقابل لأكثر من معنى ويترك تأويله وتفسيره للقاضي (2) ... يفهم من هذا القرار بأن التأويل يشترط فيه حتى يمكن العمل به من قبل القاضي أن تكون عبارة النص غير واضحة وأن يحتمل أكثر من معنى وهذا القرار هو تطبيقاً لنصوص القانون المدني الفرنسي التي اشارت إلى التأويل في أعلاه.

وأستناداً لما سبق يمكن القول بأن مفهوم التأويل يختلف معناه لأكثر من تعريف ويختلف كل تعريف عن الآخر من حيث دلالاته وهذا ما أوردناه في اتجاهات الفقه المختلفة والتشريع والقضاء فالتأويل هو تصرف فيما يحمله النص من وجوه دلالاته أو من وجوه احتمالاته، فالعام يقبل التخصيص كما أن المطلق يقبل التقييد، واللفظ ينصرف معناه الحقيقي إلى معناه المجازي، فضلاً عما يحمله من معاني مختلفة وهذا ما يحمله المعنى من اللغة وعرف الأستعمال وعند الأصوليين، وازاء ما تقدم، وجدنا الأختلاف الأصولي في بيان التأويل عن جانبه القانوني وخاصة فيما يتعلق بالتشريع والقضاء العراقي في بعض قراراته التي أعتبرت أن

1 - قرار محكمة النقض المصرية المرقم 13670 / الدائرة المدنية/ في 2012/3/27، منشور على تطبيق موسوعة التشريعات المصرية، بدون تاريخ..

2 - قرار محكمة النقض الفرنسية/ الغرفة المدنية3 / 21.788 في 2015/9/29، منشور على تطبيق موسوعة التشريعات المصرية، بدون تاريخ..

التأويل والخطأ في تطبيق القانون كجملة ذات معنى واحد، من غير الإشارة إلى معرفة حدود هذا المصطلح، وحيال ذلك يمكن اعتبار تعريف التأويل الذي ينص على "صرف اللفظ عن المعنى الراجح إلى المعنى المرجوح لدليل يقترن به" هو الأرجح باعتبار تعريف جامع لأكثر من معنى للتأويل ضمن معانيه المختلفة، فاللفظ يكون عام أو مطلق أو مجازي أو أكثر من معنى والذي يرجح إلى الحقيقة بدليل، فضلاً عن أن هذا الترجيح لا يمكن حمله عليه إلا بوجود دليل مقترن به، وإلا عد تأويل غير صحيح.

الفرع الثاني

خصائص التأويل في النصوص المدنية

لا شك أن كل مصطلح قانوني من غير الممكن وضعه في نص أو عقد إلا بعد معرفة حدوده وخواصه وبالتالي معرفة نطاقه، وهذا ما يشمل التأويل فيساعد القاضي في عملية الاجتهاد من خلال فهم الدلالة اللفظية في سياق النص، ذلك للوصول إلى الغاية المقصودة فمن خواص الشيء يفهم معناه، عليه سنبين في هذا الفرع أهم خصائص التأويل وذلك وفقاً لما يأتي:

أولاً:- التأويل استثناءً على الأصل

بعد بيان تعريفات التأويل بالإشارة إلى موقف الأصوليين يتبين لنا بأن التأويل هو استثناء من الأصل، واطهار المدلول الذي يريد به صاحبه يأتي في المرتبة الثانية بعد الأصل، فالأصل البقاء على ظاهر النص وعدم صرفه اللفظ إلى غيره من غير دواعي، فالحقيقة مقدمة على التأويل، فصرف اللفظ عن مدلوله لا يلجأ إليه إلا بتوافر الدواعي له، مع بيان ما يعضده من دليل⁽¹⁾.

فيرى اتجاه من الفقه بأن الاستثناء هو أحد الأنواع الثمانية للتأويل، فالأصل في العام هو العمل بعموم النص ما لم يوجد دليل يقيد، والأصل في المطلق هو أن يجري على إطلاقه، ما لم يقيد دليل، ويُعد هذا التقييد والعدول عنها هو التأويل،

1 - سعيد النورسي، كليات رسائل النور - الشاعات، ط 7، دار سوزلر، القاهرة، 2014، ص 272.

فقد اختلف بعض من الأصوليين فيرى أحدهم في تأويل هذا الاستثناء وذلك في الآية الكريمة المتعلقة بالشهادة بعدم قبولها لانهم فاسقون، إلا من تاب منهم، إذ أن تأويل التوبة بقبول الشهادة وهذا استثناء من الأصل فالاستثناء يرجع إلى الجميع أي جميع الآية ، في حين يرى آخر بأن التوبة هي للمغفرة وليس للسماح لهم بقبول الشهادة فهي مخصصة بالأخيرة⁽¹⁾.

أما موقف القانون فان النصوص القانونية الأصل فيها ان تكون واضحة الدلالة على المعنى المراد منه ، فلا يحتمل بدلالاته على غيره، ولا يحتاج القاضي إلى جهد أو اجتهاد لتفسير معناه، لأنه الشارع قد قصد ما أراده في النص وكف القاضي في التحري عنه في تبينه.

لكن على خلاف هذا الأصل قد ترد في بعض النصوص القانونية نوع من الغموض، فيحتاج إلى إزالة، وقد يرد في النص يحمل أكثر من معنى على الدلالة، فيحتاج إلى ترجيح احد معانيه، فالمشرع وضع اللفظ ولم يبين معناه فيستعين القاضي بوسائله التي تعينه في فهم اللفظ فمن غير المعقول أن المشرع أراد بأكثر من معنى.

حيث أن الاستثناء يعد خروج عن المسألة عن القاعدة العامة لضرورة أو مصلحة تقتضي ذلك، حيث ان الفقه والقضاء يلجؤون إلى التأويل كمخرج أو نافذة للوصول إلى المعنى المراد منه أو للرد على تناقض في النص أو شبهة في التعامل، فالتأويل استثناء من الأصل، إذ أن الأصل حمل اللفظ المذكور في النص على معناه الحقيقي، وأن لا يعدل إلى المجاز إلا إذا تعذرت الحقيقة⁽²⁾.

ومن تطبيقات القانون على اعتبار التأويل استثناء عن الأصل نص المادة (121) باعتبار الغبن الفاحش يجعل العقد موقوفاً أو سبب لتوقف العقد، وهذا هو استثناء

1 - محمد بن احمد التلمساني، مفتاح الاصول إلى بناء الفروع على الاصول، ط1، المكتبة الملكية ، مكة المكرمة، 1998، ص529-531.

2 - د. أميد نجم الدين جميل المفتي، التأويل في رسائل النور، بحث منشور في السنة الحادية عشر، يناير 2020، العدد 20، ص 104-108.

فالأصل أن لا يكون في العقد غبن، ومَنْ ثمَّ فهناك من خصصه باستثناء آخر ألا وهو تأويل الغبن بهذا النص بأنه خاص بالمعتوه أو ضعيف العقل⁽¹⁾.

أما موقف القضاء من ذلك فقد أصدرت محكمة النقض المصرية قراراً بأنه " إذا كان نص المادة 44 من قانون المرافعات قد أجاز لذوي الشأن التظلم من قرارات النيابة العامة التي تصدرها في المنازعات المتعلقة بالحيازة في الأمور المستعجلة أمام القاضي ، فأن هذا النص ورد بشكل عام يتسع كافة القرارات في منازعات الحيازة من دون أن يقتصر حق التظلم على فئة دون غيرها ، فلا محل لتخصيصه أو تقييده في استحداث حكم مغاير لم يأت به النص عن طريق التأويل ، عدا نص المادة 18 في قانون رقم 100 لسنة 1985 والخاص بسكن المطلقة الحاضنة والذي يعد استثناءً على هذه المادة"⁽²⁾، يتضح من هذا القرار بأن محكمة النقض قد أشارت إلى أمرين؛ الأمر الأول: أقرت بشكل واضح وجلي بإمكان اعتبار أن التأويل هو تخصيص العام وهو استثناء من الأصل بشرط كون النص يحمل أكثر من معنى، معنى عام، ومعنى آخر خاص ذات دلالة أخرى، وكون هذا النص غير واضح الدلالة، الأمر الثاني: ذكر في القرار بأن عدم إمكان تخصيص المادة عن طريق التأويل لأن النص جاء بشكل عام، ولم يكن هناك دال لتخصيصه، إذ أن لم يأت به استثناء إلا في نص المادة 18 من القانون اعلاه بحيث كان واضح الدلالة لا يمكن تأويله بالتخصيص.

ثانياً - التأويل عمل اجتهادي

إن التأويل هو عملية اجتهادية ذهنية يلجأ إليها المجتهد⁽³⁾ أو القاضي كأحد الحلول لتفادي مشكلة شرعية أو تشريعية كنقص أو عدم وضوح دلالة التشريع ، ومن هنا يبذل القاضي بما في وسعه من الطاقة الفكرية والوسائل الذهنية للحصول على الحكم الشرعي وتطبيق النص بما يوافق القانون تطبيقاً صحيحاً، ذلك عن

1 - مصطفى الزلمي، اصول الفقه في نسيجه الجديد، ج1، ط1، المكتبة القانونية، بغداد، 2015، ص 453.

2 - قرار محكمة النقض المصرية/ الدائرة المدنية رقم 1810 في 2008/5/24، غير منشور.

3 - والمراد به عند الاصوليين هو الفقيه، فلم يفرق في العصور الاولى بين الفقيه والمجتهد، فهما كلمتان مترادفتان، ثم انفصلا، حتى صار الفقيه عند الاصوليين هو المجتهد، والعالم بالفقه هو الفقيه عند الفقهاء، حيث ينتج عن الاجتهاد، الاستنباط من النصوص والاستدلال والاستحسان وسد الذرائع الخ... اشار اليه د. محمد مصطفى الزحيلي، الوجيز في اصول الفقه الاسلامي، ج2، دار الفكر، ط1، دمشق، 2006، ص 226.

طريق معرفة قواعد الإجتهد والتي يشترط فيها أن يكون ممن يجيد قواعد اللغة العربية ومتمكن من الأحاطة بالقوانين الوضعية وعرف الأستعمال ، وما جرت عليه السوابق القضائية ، فضلاً عن معرفة طبيعة المجتمع والعرف السائد ، علاوة على ذلك الرجوع إلى آراء الفقهاء والقوانين القريبة من التشريع الوطني حتى يساعد القاضي لاستنباط الحكم الصحيح ، فالأجتهد هو أستنباط الأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية، فلا يجوز الأجتهد في نص واضح الدلالة أو نص قطعي فلا مساغ للإجتهد فيه وإنما بنص ظني يحتمل تأويله⁽¹⁾.

أما موقف القانون من ذلك، فقد أجاز القانون المدني العراقي للقاضي الأجتهد وذلك في عدة نصوص منها المادة الأولى من هذا القانون بحالة فقدان النص وذلك وفق الترتيب المشار إليه في نص المادة⁽²⁾، فضلاً عن المادة الثالثة (لا مساغ للاجتهد في مورد النص)⁽³⁾ فيفهم عدم الإجتهد بما يرد به نصاً قطعياً، وليس النص غير قطعي الدلالة، أي جواز الأجتهد بباقي النصوص طالما لم تكن قطعية الدلالة، فضلاً عن توسيع سلطة القاضي في التطبيق السليم للقانون للوصول إلى الحكم العادل وهذا من نصت عليه المادة الأولى من قانون الأثبات⁽⁴⁾.

أما تطبيق القضاء على اعتبار التأويل هو عملية اجتهادية هو ما جاء بقرار لمحكمة النقض المصرية التي نصت على " إن البند الرابع من نص المادة 131 من قانون المحاماة هو نص صريح ، ومتى ما كانت عبارة القانون واضحة ولا لبس فيها فإنه يجب أن تعد تعبيراً صادقاً عن مراد الشارع، ولا يجوز الإنحراف عنها عن طريق التفسير أو التأويل أياً كان الباعث في ذلك، وأنه لا اجتهاد أزاء صراحة نص القانون الواجب تطبيقه"⁽⁵⁾، وهذا القرار واضح بكون التأويل هو اجتهاد القاضي متى ما كان النص يسمح بذلك، بكونه نص غير قاطع الدلالة وفيه لبس

-
- 1 - محمد ابو زهرة، اصول الفقه، دار الفكر العربي، ج 1، 2010، ص 136
 - 2 - نصت المادة الاولى الفقرة الثانية من القانون المدني العراقي على " فأذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فأذا لم يوجد فيمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فاذا لم يوجد فيمقتضى قواعد العدالة".
 - 3 - المادة الثالثة من قانون المدني رقم 40 لسنة 1951 المعدل.
 - 4 - المادة الاولى من قانون الاثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979 المعدل.
 - 5 - قرار محكمة النقض المصرية- الدائرة المدنية المرقم 21781 في 1994/3/7، منشور على تطبيق موسوعة التشريعات المصرية، بدون تاريخ.

يحتاج إلى بيان أحد المعاني فإنه يؤول لتطبيق القانون بالوسائل التي تمكنه من فهم مراد الشارع أو تطبيق العرف أو الأمن القانوني لتحقيق مصلحة معلومة.

إذا فالأجتهاد هو مجموعة حلول يقدمها القاضي عند تطبيق القانون أو عند تفسيره إذا اعتراه غموض ، من خلال تأويل النص ، والتفسير هو توضيح المبهم في النص ولا يرقى إلى الاجتهاد بل هو احد انواع الاجتهاد، فالتفسير يكون في المنصوص عليه، أما الاجتهاد فبالإضافة إلى المنصوص عليه يكون في المسكوت عنه فهو يستنبط الحكم نصاً وروحاً.

ثالثاً- التأويل يعتمد على الترجيح بين المعاني:-

إن التأويل هو بيان معنى اللفظ الموجود في النص من معاني المتعددة ذلك من خلال ما يظهر من ادلة، فبالنظر إلى سياق النص يتضح معنى الجملة فيما أراده المتكلم من المخاطب فيستنبط القاضي هذا الكلام لمعرفة ما قصده من ظاهر اللفظ وباطنه باستعمال لغة المتكلم، فالمشكل في اللغة هو كون اللفظ غامض لا يفهم المراد منه، أو لسبب استعارة بديعية غير موجودة في الاستعمال يقترحها صاحب الكلام فيحتاج إلى جهد عن طريق النظر إلى قرائن للوصول إلى المعنى المراد منه⁽¹⁾.

لذا فإن التأويل هو " ترجيح أحد الاحتمالات للمعنى بدون القطع بها"⁽²⁾، أي وجود أكثر من احتمال لمعنى اللفظ وترجيح احدهما مع وجود الدليل الراجح، والترجيح هو " إثبات مرتبة في أحد الدليلين على الآخر"⁽³⁾، فإذا حمل الكلام على اللفظ والمعنى فلا يجوز حمله على غيره إلا بدليل أقوى، أما إذا حمل فقط على اللفظ

1 - ابراهيم حاج محمد، المشكل عند الاصوليين- دراسة فقهية مقارنة، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة اليرموك كلية الشريعة والدراسات الاسلامية، الاردن، 2013، ص 50.

2 - الالوسي- ابو الفضل شهاب الدين السيد محمود البغدادي، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم، ج1، ط1، دار الفكر، بيروت ، لبنان، دون سنة طبع، ص 5.

3 - يختلف الترجيح عن التعارض، إذ عرف الاصوليون التعارض بأنه " تنافي الدليلين بحسب الدلالة ومقام الاثبات على وجه التناقض أو التضاد حقيقة أو عرضاً بأن كان يمكن اجتماعهما ولكن علم بكذب احدهما اجمالاً"، فعدل المتأخرون عن هذا التعريف لأنه التعارض هو تنافي مدلول الدليلين وليس تنافي الدليلين، فالثبوت والتنافي يكون في المدلولين فيرجح بينهما أو يتساقت، بينما رجح اخرون هذا التعريف كون المدلولين لا يوصفان بالتعارض، فلا يمكن القول بأن المدلولان متعارضان، بينما يقال الدليلان متعارضان وهذا ما تم ترجيحه، اشار اليه علي كاشف الغطاء، التعارض والتعادل والترجيح، دار الفكر، بدون طبعة، 2022 ص 10.

جاز حمله بعد ذلك على المعنى، أما إذا حمل على المعنى فلا يجوز بعده حمله على اللفظ لأنه المعنى اقوى من اللفظ، ودليل الترجيح هو أما ظاهر كالحسيات والتي لا يحتاج إلى دليل قوي وإنما هو ظاهر وحقيقي، وضده الخفي أو الباطن والذي لا يمكن أظهاره إلا بوجود دليل أو قرائن تثبته، أو يكون الدليل ظني، الذي هو الاعتقاد الراجح مع احتمال النقيض، لذا فهي اعتقاد وليست قطعية فاحتمال النقيض موجود تحتاج لتأويلها إلى أحد المعاني بترجيح بأقامة الدليل عن طريق الوقوف على احد المعاني، فالشهادة لها عدة معاني منها بمعنى المعاينة، أو بمعنى اخبار لا تحتاج إلى تخمين أو حساب وبالتالي رجحت معنى الشهادة فهي اخبار بحق على غيره في مجلس الحكم فالقاضي له سلطة واسعة في ترجيح البيئات على وفق المادة (82) من قانون الأثبات العراقي⁽¹⁾.

رابعاً- التأويل يحقق مصلحة

يحقق التأويل مصلحة في تطوير وتجديد احوال الناس، ودفع الضرر والحرص عنهم، وهي التي لم يُشرع حكماً لتحقيقها، ولا يوجد دليل شرعي على اعتبارها والغائها، فهي تتطور باختلاف البيئات، وهذا التأويل قد يجلب لهم نفعاً في زمن، وفي آخر ضرر، ومثال ذلك تأويل نقل الملكية بالتسليم لمصلحة الأطراف، والتي لم يشرع الشارع احكاماً لتنظيمها، وإنما لضرورة اقتضتها في تنظيم أحكام البيع⁽²⁾.

أما من موقف القانون منه فيعد التأويل طريق مباشر لتحقيق مصلحة لعدة اطراف في الواقعة فمن جهة أنه يحقق منفعة لأطراف المتنازعين من خلال رفع الظلم لأن ترك المسألة بدون حكم هو الظلم بحد ذاته، كما أنه يحقق مصلحة للقانون من خلال نص المادة (30) من قانون المرافعات بعدم جواز أمتناع المحكمة عن الحكم بحجة عدم وجود نص و إلا يعد القاضي منكراً للحق، فتأويل النص هو فيه مصلحة للقانون حيث يوفر الأمن القانوني ويساعد على استقرار المعاملات، لذا فإن اجتهاد القاضي بالتأويل يساعد القاضي أو المجتهد على تطبيق

1 - حسين رجب الزبيدي، قواعد الترجيح بين ادلة الاثبات المتعارضة في الدعوى المدنية- دراسة مقارنة، مكتبة السنهوري، ط 1، بغداد، 2011، ص 69.

2 - عبدالوهاب خلاف، علم اصول الفقه و خلاصة تاريخ التشريع، مطبعة المدني، بدون طبعة، مصر، بدون سنة طبع، ص 80

مراد الشارع، فلا يمكن تطبيق القانون دون فهم مراد المشرع ومقصده منها إذا كانت معاني غامضة.

كما أنه يمثل قيمة عليا وهو العدل باتباع القواعد العلمية بطريق تأويل معاني الألفاظ من خلال اتباع الدليل، فيحقق المساواة بين المتماثلين أمام القضاء، ووجود العدل في المجتمع يحقق الثقة والنمو من خلال استقرار المعاملات، ويتحقق ذلك بأعمال منطوق النص أو مفهومه سواء مفهوم موافقة أو مفهوم مخالفة⁽¹⁾.

ومما تقدم يظهر لنا بأن أغلب خصائص التأويل عند الأصوليين تتقارب مع ما جاء به القانون من حيث كونه استثناء على الأصل، بالرغم من عدم الإشارة على ذلك بنص صريح في القانون، فضلاً عن كونه عمل اجتهادي، وذلك عن طريق استعمال أدوات الاجتهاد والتي يشترك فيها المجتهد والقاضي لترجيح أحد الدليلين، ولضرورة يقتضيها القضاء لتنظيم أحوال الناس، ومع ذلك نرى بجانب القصور وعدم التوسع من الجانب القانوني بالمقارنة مع جانبه الأصولي.

1 - عبدالمهدي احمد العجلوني، قواعد تفسير النصوص في الاجتهاد القضائي الاردني- دراسة اصولية مقارنة، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الدراسات العليا في المملكة الاردنية، 2005، ص 73-75.

المطلب الثاني

فعالية التأويل في النصوص المدنية

يُعدُّ التأويل أحد الحلول القانونية والتي يمكن عبر تطبيقه تفادي القصور التشريعي، حيث أن له الدور الرئيسي في أعانة القاضي على إيجاد الحلول عند تطبيق القانون، فيعد التأويل بأنه الجانب التطبيقي للقانون ويبحث فيه روحه الواقعية من خلال الأجتهد القضائي والفقهي، فضلاً من أنه يجعل في القانون مادة حية تسير واقع البيئة على ما ينبع من منازعات وتجاري روح العصر.

وبالرغم من أهمية هذه العملية بما يخص التأويل وما يعطي ويضف للنص القانوني من حلول، فهو قد يقود النص إلى إشكالية فيحتاج القاضي إلى الأدوات التي تسعفه في سبيل الوصول إلى الغاية المنشودة للقانون، ومما تقدم فأنا سنبيين في هذا المطلب عن طريق تقسيمه على فرعين نوضح في الفرع الأول تقييم التأويل وذلك بعد أستعراض مزايا وعيوب التأويل ، ثم نبين أهم المتطلبات التي يحتاجها التأويل سواء بالموول أو المادة القانونية في الفرع الثاني وكما يأتي:-

الفرع الأول

تقييم التأويل في النصوص المدنية

إن فهم النصوص القانونية ومعرفة مقاصدها وكيفية تطبيقها لا يُثير أي إشكالية لدى القاضي أو المجتهد عند تطبيقه النص الشرعي، ولكن تظهر الأشكالية عند احتمالية النص لأكثر من تطبيق أو عدم حمل النص إلى التطبيق للواقعة فيضطر القاضي إلى تأويل النص بما يتلاءم مع الواقعة، وهذا التأويل له مميزات كثيرة وبالرغم من ذلك لا يخلوا من عيوب ، لذا سنحاول بيان مزايا وعيوب التأويل في هذا الفرع وفقاً لما يأتي:-

الفقرة الأولى/ مزايا التأويل :

وأهمها ما يأتي :

أولاً - **يعمل على تكييف القانون مع الحاجات المستجدة:-** إن أهم ما يميز الحياة هي قابليتها للتجديد والتطور وما يطرأ عليها من متطلبات تنظيمية وأخرى أحكام تشريعية، لتلبية حاجات الناس في معاملاتهم لجلب المصالح ودرء المفسد ، وهذا ما لا يمكن تحقيقه إلا عن طريق التأويل والأجتهاد لمواكبة المستجدات باستنباط أحكام فقهية تتناسب مع متطلبات العصر ولا تتنافى مع مبادئ الشريعة الإسلامية ولا تخالف أصل من أصول الإسلام، ويتحقق ذلك للفقهاء عن طريق العلم بالدين وأصله ونشأته، ومعرفة أوامره ونواهيه، وقياس الأحكام على الأدلة التفصيلية، وهذا ما لا ينشأ عن فراغ وهوى، وإنما بتلازم وتناسب مع سياسة الموقف والحاجة الضرورية وبين أصول الدين بطريقة فهم أصول الفقه والقواعد والأليات العقلية والمنطقية⁽¹⁾.

ومن جانبه القانوني فلا شك أن التأويل له أهميته من هذه الناحية، فتظهر هذه الميزة عندما تكون هناك فجوة بين القاعدة القانونية والواقعة المستجدة، خاصة بحال وجود مسافة بينهما ، حيث أن المشرع اثناء صياغة النص لم يكن متوقع حدوث مثل هكذا واقعة مما يستدعي من القاضي الغوص في روح النص أو إلى الاجتهاد لتأويل النص بما يستجيب لمعالجة الواقعة مع عدم الخروج من روح النص، فمن غير الممكن أن يحيط النص بكل الوقائع ، والذي بدوره يضع صيغا مرنة يستهل منها القاضي الأحكام بدون التعسف في أستعمال حقه وبما لا يخالف النظام العام والأداب على وفق الصلاحية المنوطة له وفق أحكام القانون.

لذا يُعد التأويل أداة فعالة ومهمة لتقريب القانون إلى الواقع فينقله من صورته المجردة إلى الحالة الواقعية الملموسة، فاذا نظرنا إلى الوقائع المعروضة أمام القضاء، فهي أوسع مما ارتضا به علماء أصول القانون، فهو جهد عقلي وذهنى

1 - د. محمد رواس قلعة جي، منهج معالجة القضايا المعاصرة في ضوء الفقه الاسلامي، بحث منشور في مجلة كلية الدراسات الاسلامية والعربية بدبي، العدد الخامس، 1992، ص 25.

وعلمي مدروس فهو يدرس القاعدة القانونية ويبدل في هذا المجال ما يتطلبه من القواعد الأصولية والمنطقية والعرف في سبيل معالجتها وفقاً للواقع المعروض ضمن الغاية الاجتماعية فيحقق حلقة وصل بين خطاب المشرع المتضمن في النص والواقع المعاش.

فمن الضروري أن يكون القاضي عالماً بالتغيرات التي تطرأ على بيئة المجتمع والظروف المحيطة بالنص أثناء التشريع فيوفق بينهما فيتم تطبيقه إذا أمكن من حيث إذا كان عاماً يخصص أو كان ممكن تأويله فيؤول، وتطبيقاً لذلك على ذلك أمتناع الرسول محمد (صل الله عليه وآله وسلم) عن التسعير أثناء ارتفاع الأسعار في المدينة ذلك لكونها تتعلق بالعرض والطلب، وبتغيير الأحوال والظرف ومالت النفوس إلى الجشع قام الكثير من الفقهاء التابعين بالتسعير لرفع الظلم والضييق عن الناس وذلك لتغيير أحوال الناس فتغيرت تلك الأحكام⁽¹⁾.

ثانياً - تطوير نصوص القانون

قبل بيان موقف القانون لا بد من أن نشير إلى أن الأصل في تطوير النصوص بدأ عند الأصوليين عبر تفسير النصوص لمعرفة المراد من اللفظ، وبما أن اللفظ يحمل معاني متعددة فلا شك في اختلاف فهم مرادها من عصر لآخر، وازاء ذلك ظهرت الحاجة إلى تجديد الغاية المراد بها من النص وفقاً لمصالح الناس، حيث أن جعل النصوص جامدة فلا يمكن استعمالها بتطور الحياة مما يستدعي ذلك تجديد النصوص باستخدام أدوات التأويل ووفقاً لشروطه وأحكامه⁽²⁾.

لا يمكن تحقيق هذا المعنى إلا عن طريق أجتهد القضاء والفقهاء ذلك عن طريق استخدام الأدوات المنطقية والأصولية كالقياس والأستنباط وتأويل الألفاظ خاصة بتغيير الزمان والمكان الذي له أثر على تأويل النص المطبق، بحيث أن اللفظ المستعمل له مدلوله في زمان ويحمل مدلولاً مختلف بزمان آخر، فيتحرى القاضي من استعمال المدلولين بهذه الواقعة فيأخذ بالمعنى الذي يتلاءم مع العرف السائد بين

1 - د. مصطفى إبراهيم الزلمي، معين القضاة لتحقيق العدل والمساواة، احسان للنشر، الطبعة الاولى، 2014، ص 153.

2 - شعبان محمد اسماعيل، اصول الفقه نشأته وتطوره ومدارسه والدعوة إلى تجديده، المكتبة المكية، ط1، 2005، ص 105.

الناس فيطبق القانون نفسه بكل زمان ومكان، فحاجات الناس متغيرة بشكل دوري فيتغير عرف المجتمع ويتطور وفقاً لذلك فيؤل النص ظني الدلالة بما لا يعارض القاعدة القانونية⁽¹⁾.

فهو بذلك يحقق الأستقرار القانوني من ناحيتين؛ الأول: أنه لا يخرج من النص وإنما يطبقه وفق مبادئ العدالة فهو يطور النص، والأمر الثاني: هو تحقيق مقاصد المجتمع بما يستجيب لتطوره وبما لا يتعارض معه ولا يجتهد بأهوائه، وبذلك يحقق توازن بين تيارين النص والواقع، فيتبع في ذلك تأويل النص وفق التطور الحاصل، وتأويل النص وفق هذا المعنى أن يجعل القوانين صالحة للتطبيق على الحالات الخاصة، وذلك ضمن الجهود المبذولة على وفق القواعد الأصولية والفقهية فضلاً عن القواعد اللغوية وبما يوافق الغاية الإجتماعية التي من أجلها شرع القانون، وبهذا المعنى أختلف الفقه إلى مدارس عدة، فمدرسة الشرح على المتون ترى بأن التفسير يتجه إلى الكشف عن نية المشرع بهذه الحالة وقت التشريع، فيما ترى مدرسة التطور التاريخي بأن القانون هو وليد حاجة المجتمع، حيث أن توجيه ارادة المشرع وقت وضع القانون يجعل منه نصاً جامداً وتكون ظروف مغايرة لما عليها المجتمع، وبذلك فعلى القاضي عند تأويله للنص أن ينفصل عن ارادة المشرع وقت وضع النص ويتم تطبيقه وفقاً للظروف التي تحيط بالقاضي أو الفقيه وقت تطبيق الحكم وبذلك تجعل النصوص القانونية مرنة وقابلة للتطور لمواجهة الظروف الإجتماعية والإقتصادية المتجددة حيث أن للقاضي الدور الإيجابي في تعيين مراد النص وتوضيح مبهم الفاظه وتكميل ما ينقص من احكامه⁽²⁾.

أما من جانب **التطبيق القضائي** فقد أصدرت محكمة التمييز الاتحادية قرار يقضي بأن " الزام القاضي باتباع التفسير المتطور للقانون ومراعاة الحكمة من التشريع عند تطبيقه، وكذلك تبسيط الشكلية إلى الحد الذي يضمن المصلحة العامة ولا يؤدي إلى التفريط بأصل الحق المتنازع فيه، وتأسيساً على ذلك قررت المحكمة رد دعوى المدعى عليه على أدخل الشخص الثالث الذي لا يؤدي إلى

1 - د. عبدالكريم زيدان، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، صنعاء، 1997، ص 104.

2 - د. سليمان مرقس، المدخل للعلوم القانونية، القاهرة، 1967، ص 411.

خرق القانون لإجراءات التقاضي"⁽¹⁾ من هذا القرار يتبين بأن طلب المدعي بإدخال شخص ثالث لا يؤدي إلى خرق إجراءات التقاضي وأن تبسيط الشكالية وفق ما جاءت بها المادة (4) من قانون الإثبات يجب أن لا تمنع من أحقاق الحق فيلزم القاضي باتباع التفسير المتطور للقانون.

ثالثاً - إزالة الغموض

قد ينتاب اللفظ بعض الغموض والذي لا يدل على المراد بنفس صيغته، وإنما أستتر معناه لأمر خارجي فهو قد يكون متشابه أو خفي فلا يمكن معرفة مراده إلا عن طريق المجتهد بإزالة الغموض وتأويل معناه بالدليل الراجح وذلك بطريق الدلالة فيجعل اللفظ من مدلولاته وحكمه، وهذا ما يعبر عنه الأصوليون بأن " من الخفي ما كان ظاهر الدلالة على معناه، ولكن عرض له الخفاء بسبب معارضته لنص آخر" فيكون في النص أما زيادة أو نقص يصاحبه خفاء في لفظه يحتاج إلى تأمل في هذا الغموض⁽²⁾.

إن القاضي له الدور الفعال في ازالة الغموض واللبس الذي يعتري النص إذا كان صعب تفسيره على ما أراد الشارع، لذا فلا يمكن معرفة اللفظ إلا من دلالاته عند الاستعمال والذي يوضح مقصوده، وهذا ما يطلق عليه بالتفسير القضائي والذي يعرف بأنه " تأويل النص القانوني عند تطبيق احكامه على القضايا المعروضة عليه" ويواجه القاضي وفقاً لذلك وظيفة غموض النص ونقصه وعيوبه فيعمل على استنباط الأحكام لرفع هذا الغموض من خلال التأويل⁽³⁾.

إن النصوص التشريعية تتكون من الفاظ وان الأحكام لا تستمد من الألفاظ وإنما من منطوق النص ومفهومه، لذا فنجد أن المشرع العراقي في نص المادة الأولى من القانون المدني العراقي من خلال استعمال اللفظ والفحوى، وفي علم أصول الفقه أن فحوى النص هو مفهوم الموافقة في حين يجب أن يتضمن النص

1 - قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد 281/ الهيئة المدنية الموسعة/2009 في 2009/6/17، منشور على قاعدة التشريعات العراقية.

2 - محمد ابراهيم الحفناوي، دراسات اصولية في القرام الكريم، مكتبة الاشعاع الفنية، القاهرة، 2002، ص271.

3 - د. نبيل ابراهيم سعد، و د. محمد حسين منصور، مبادئ القانون، دار النهضة العربية، مصر، 1995، ص104.

بسرريانه على منطوق النص ومفهومه فيسترشد القضاء بذلك بمنطوق النص وبدلالة المعنى وإشارته والمسكوت عنه ومفهوم الموافقة ومفهوم المخالفة، وأستناداً لذلك نصت المادة (163) من القانون المدني العراقي على " المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً" فيدل بعبارته على أن للعرف قيد وقوة كقوة الشرط المقترن بالعقد، ويدل بإشارته على أن المتعاقد ملزم بوفاء التزامه بمقتضى هذا العرف، فإذا لم ينفذ فيحقق للطرف الآخر فسخ العقد⁽¹⁾.

ومن التطبيقات العملية على ذلك ما قضت به محكمة تمييز العراق بأن " إن دلالات النصوص القانونية بصورها المختلفة تعطي حكماً للقاضي بما يمكنه في الفصل في الفروض والوقائع المستجدة، وعلى القاضي الالتزام بدلالة النص القانوني والالتزام بحكمه الذي أستفاد من منطوقه أو مفهومه"⁽²⁾، ووفقاً لما تقدم يؤكد القضاء والفقهاء فضلاً عن النصوص التشريعية التي تنص على الأخذ بمعاني الألفاظ بمنح القاضي السلطة التقديرية بتأويل النصوص وفقاً لما يحقق المعنى الذي يتوافق مع غاية المشرع لاستجلاء الغموض وتحقيق الحكم العادل.

الفقرة الثانية- عيوب التأويل

بعد أن بينا بعض مزايا التأويل بشكل مختصر والذي لا يقتصر الأمر عليها ، فأننا سنبيين في هذه الفقرة أهم عيوب التأويل سواء من حيث القائم بعملية التأويل أو من حيث أحكام التأويل وذلك وفقاً لما يأتي:-

اولا - عدم المعرفة الكافية بقواعد اصول الفقه: يشترط في الفقيه أو القاضي حتى يقوم بعملية تأويل النصوص الشرعية أو القانونية أن يكون عالماً بالقواعد والآلات الأصولية التي تمكنه من القيام بعمله، وأن أي اجتهاد يحصل قبل اكتسابه هذه العلوم يُعد اجتهاده وتأويله باطل، لأنه ليس أهلاً للتأويل، ولعل احكامهم جاءت على ظواهر النصوص وهي دلالات أولية لا تتضمن معنى الإلتزام التضمن ، فضلاً عن

1 - د. مصطفى ابراهيم الزلمي، اصول الفقه في نسيجه الجديد، مصدر سابق، ص 406.
2 - قرار محكمة تمييز العراق المرقم 1530 في 1956/5/1، منشور لدى المحامي عبدالعزيز السهيل، أحكام القضاء العراقي على مواد القانون المدني، ج1، دار التضامن للتجارة والطباعة والنشر، بغداد، 1963، ص 7.

معرفة بالناسخ والمنسوخ من الأحكام والأجماع والقياس والأستنباط، وفي غير ذلك يعد تأويله باطل ولا يؤخذ به⁽¹⁾.

إن التأويل القانوني قد يكون تعبيراً عن أزمة في النص، حيث ينبغي على المجتهد أو المؤول أن يتعامل مع هذا المأزق بحذر وعناية بالتطبيق المناسب، لأن سوء التأويل سيلحق بالطرف المتنازع فيه أزمة أخرى بالإضافة إلى أزمة النص، وأن التأويل القانوني هو لضمان تطبيق النص الصحيح، خاصة إذا كان متعدد المعاني فهو ينظر إليه كعنصر جامع للمعاني المتعددة والذي في النهاية سيأخذ بالحكم المناسب عند تقديره للأمور، وأن سوء فهم التأويل فإنه قد يُسيء للقانون ويخرج من نطاقه فنجد أن الإسلام وضع عدة معايير لمن يتولى القضاء مما يدل على أهميته وخطورته والذي يشترط العلم الكافي فضلاً عن بقية الشروط⁽²⁾.

وتطبيقاً لما تم ذكره قرار محكمة النقض الذي فسر ذلك بأن " القاضي المستعجل ممنوع من تفسير الأحكام الواجبة التنفيذ، فإذا صعب عليه الأمر في تفسير الحكم سند التنفيذ وجب عليه التخلي عن النزاع وترك الفصل فيه لمحكمة الموضوع لتقول كلمتها فيه وإلا خرج عن نطاق اختصاصه فمس أصل الحق المتنازع عليه، فقيام القاضي بإصدار حكماً لمصلحة الطاعنين تأويلاً يجعله غير قابل للتنفيذ"⁽³⁾ وفي هذا القرار أن القاضي خرج عن نطاق التأويل فهذا النص لا يمكن العمل به لأنه خارج اختصاصه مما يجعل التأويل باطل وغير قابل للتنفيذ.

ثانياً - التأويل قد يؤدي إلى أرباك في النص القانوني

من الممكن أن يؤدي التأويل إلى خلل في النص التشريعي من خلال اختلاف الفهم المراد منه، حيث يختلف معنى التأويل عند تطبيق القانون وهذا الاختلاف قد يتوسع إلى نطاق أكبر عند الطعن به تمييزاً فيصبح بمثابة توجه جديد يعتمد عليه لدى المحاكم الأخرى، وإيضاً يؤدي ذلك إلى تضيق نطاق النص القانوني من

1 - د. عياض السلمي، أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله، دار التدمرية، الطبعة الأولى، الرياض، 2005، ص 452.

2 - إبراهيم علي، مشكلة تأويل النص القانوني، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية العلوم الإنسانية بجامعة الجزائر، 2017، ص 101.

3 - طعن رقم 218 في 12/7/1950/ الدائرة المدنية، منشور على تطبيق موسوعة التشريعات المصرية، بدون تاريخ.

حيث أنخاذ هذا الحكم المؤول على أنه هو ما أراد به الشارع وبذلك يكون هو معيار الحكم المراد تطبيقه، وعلى ذلك ما جاء بالمادة (458) من القانون المدني المصري والتي ضيقت من نطاق النص حيث وجد خلاف في عد الثمار من ملحقات البيع وفق اتجاهين، الاتجاه الأول: يرى بوجوب تسليم الثمرات إلى المشتري حيث تعد الثمار من ملحقات المبيع، والاتجاه الثاني: الذي يؤول بأن سبب تملك المشتري للثمار لا يرجع إلى اعتبار الثمار من ملحقات المبيع وإنما يرجع إلى صيرورة المشتري مالكا للمبيع، فالمشتري وفق هذا الرأي لا يملك الثمار إلا من وقت انتقال الملكية إليه أي ينتقل من وقت تمام البيع، وهذا التأويل معيب للنص ويؤدي إلى أرباك في تطبيقه وهو على العكس ما جاءت به المادة (572) من القانون المدني العراقي التي تشترط في الزيادة ان تكون بعد العقد وقبل القبض للمشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق على خلاف ذلك⁽¹⁾.

يمكن القول أن كثرة التأويلات تجعل من النص عرضة للتفكك وعدم قابليته لوضع الصيغة المراد منها معرفة غاية المشرع، فالتأويل هو استثناء يرد على الأصل ولا ينبغي تأويله إلا لضرورة أو مصلحة تقتضي ذلك، فضلاً عن ذلك أختلاف الوقائع المعروضة على القاضي عند تطبيقه لهذا النص مما يجعل تكيف هذا النص غير موفق في ذات التأويل على واقعة أخرى.

ثالثاً - الأختلاف في تأويل النصوص

إن التأويل هو عملية ذهنية تعتمد على عقل المجتهد أو القاضي، وأختلاف مستوى الفهم نسبي بين المجتهدين، وهذا الأخير يؤدي إلى أختلافات في تأويل النصوص، وأن تأويل ما جاء بقول الرسول صل الله عليه واله وسلم بأن " إذا حكم الحاكم فأجتهد ثم أصاب فله اجران، وإذا حكم فأجتهد ثم اخطأ فله اجر"⁽²⁾، لا يعني هذا النص على اطلاقه بين جميع الناس وإنما أختص بمن له القدرة على الأجتهد والحكم، الأمر الذي يقودنا إلى اشتراط كون المؤول مجتهداً وقادراً على تحليل النص ومعرفة غاية المشرع الأساسية.

1 - د. سعيد مبارك، و د. طه الملا حويش، ود. صاحب عبيد الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة، المكتبة القانونية، بغداد، بدون سنة طبع، ص 105.

2 - اخرجه ابو داود في سننه، كتاب القضاة، باب في القاضي المخطئ، برقم 3102.

وأستناداً لذلك أن عدم معرفة القاضي بأن القانون الخاص يقيد العام بحال التعارض يؤدي إلى خطأ في تطبيق القانون وبهذا المعنى أجتهدت محاكم الأستئناف بصفتها التمييزية بقرار جاء فيه بأنه إذا كانت القاعدة القانونية ذات دلالة قطعية لا يجوز الأجتهاد ، أما كونها دلالة ظنية أي تحمل أكثر من معنى فيجوز الأجتهاد للوصول إلى غاية التشريع، حيث جاء بالقرار ان نص المادة (118) من قانون التنفيذ على أن يكون الطعن بقرار منفذ العدل بالتظلم أولاً، والتمييز ثانياً، فلفظ التمييز هنا لم يصرح المشرع بها عن طريق تصحيح القرار التمييزي، ذلك لوجود نص اخر يتعارض مع النص القانوني، فهل من الممكن الطعن بقرار المنفذ العدل بطريق تصحيح القرار التمييزي؟، فالأتجاه الأول يرى بأنه يجوز ذلك وفق المادة (219) من قانون المرافعات العراقي لان قانون المرافعات هو المرجع لكافة القوانين الإجرائية وهذا ما قضت به محاكم الأستئناف، الأتجاه الأخر يرى بأن قانون التنفيذ هو قانون خاص والخاص يقيد العام وأن المشرع لم يذكر في نص المادة (118) الطعن تصحيحاً فضلاً عن أن المشرع في قانون التنفيذ الملغى رقم 30 لسنة 1957 كان ينص صراحة على تصحيح القرار في حين لم ينص هذا القانون على ذلك اشارة إلى عدم ارادة المشرع بسلوك هذا الطريق من الطعن⁽¹⁾، من هذا القرار يتبين بأن الأجتهاد الذي جاءت به محاكم الأستئناف يعيق تطبيق القانون تطبيقاً صحيحاً فأولت هذا النص تأويلاً معيباً لا يتحمل له عدم الأحاطة بالقواعد العامة لقانون التنفيذ وعدم تفسير ارادة المشرع بين القانون الملغى والقانون المطبق.

ويظهر لنا مما تقدم الفرق الواضح بين ما نص عليه القانون وتطبيقاته القضائية وبين موقف الأصوليون في بيان مزايا وعيوب التأويل ، وذلك عن طريق تأويل النص تأويلاً معيباً ، وهذا لا يخفي الدور الكبير الذي أشار إليه القانون، وتطبيقاته القضائية في تقاربه من موقف الفقه الإسلامي، ومحاولة التقارب هذه تحتاج إلى الرجوع إلى الأصول العامة للفقه الإسلامي ومحاولة التمازج بشكل منهجي بين التشريع والأصول والقضاء.

1 - قرار محكمة استئناف بغداد المرقم 59/ تنفيذ/ 1986 في 1986/8/10، اشار اليه القاضي مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية، ط2، 2008، ص 310.

الفرع الثاني

متطلبات التأويل في النصوص المدنية

لا يمكن للقاضي أن يقوم بعملية التأويل إلا عن طريق مجموعة متطلبات، وهذه المتطلبات تساعد القاضي على الإحاطة بشكل عام على آلية التأويل، وهذه المتطلبات هي فهم الواقع وفهم القانون وفهم العدل والتي بمجموعها تعطي للقاضي نظرة عامة عن موضوع الإشكالية المراد تأويلها للخروج من أزمة الاشتراك اللفظي للوصول إلى الحكم العادل وهي كما يأتي:-

أولاً : فهم الواقع :- لا يمكن استنباط الأحكام الشرعية أو تنزيلها تنزيلاً صحيحاً وفق المستجدات إلا من قبل الفقيه المجتهد والتي توافرت فيه شروط الأجتهد الذي يكون محيطاً بفقه الواقع والذي يعيشه في مجتمعه بينته ومعرفة عاداتهم وبهذا المعنى يقول أحدهم " كل متكلم له عرف، فأن لفظه يُحمل على عُرفه في الشرعيات والمعاملات"⁽¹⁾، يتضح من ذلك أن لفهم الواقع أثر كبير في معرفة الأحكام الشرعية والتي تعصم المجتهد من الزلل والخطأ باستنباط الحكم الشرعي وتنزيله على الواقع المستجد.

كذلك في الأحكام القضائية فان القاضي ملزم بتطبيق القاعدة القانونية، والأخيرة تتضمن أحكامها عدة نصوص ولا يمكن للقاضي الفصل في النزاع بصورة مباشرة، وذلك لأسباب عدة، منها أن يفترض عليه البحث عن النص والحيثيات التي تكون عليها الواقعة أكثر أنطباق، وثانياً ما تثيره النصوص القانونية من التباس في فهمها من وضعها اللغوي والتي تحمل تأويلات يحتاج القاضي إلى فهمها، و سلطة القاضي التقديرية تفرض عليه الخروج عن التطبيق الحرفي للنص ومعرفة الواقع المطروح في الدعوى فييساعده ذلك في تأويل النص المدني، فالدعوى المدنية متكونة من عنصرين، الأول هو النص القانوني والثاني هو الواقعة المعروضة وفهم الواقع هو جوهر الموضوع ويربط بشكل مباشر بين الواقعة والموضوع المتمثل بالنص، وهذا الوقائع ممكن أن يدفع بها الخصوم أو يثبتها

1 - ابي عبدالله محمد بن احمد المقرئ المالكي، القواعد، مركز الدراسات الاسلامية في مكة، ج1، مكة المكرمة، 2010، قاعدة 343.

القاضي من تلقاء نفسه والذي أكده المشرع المصري في المادة (1-2) من قانون المرافعات والذي أعطى للخصوم إمكانية بدء الخصومة وأنهاها قبل أنقضائها بصور الحكم⁽¹⁾ ولم نجد نص مثيل لقانون المرافعات العراقي.

عليه فإن القاضي يقوم بنشاط ذهني وعقلي يحدد وفقاً ما يطرح عليه من أدلة الأثبات المطروحة أمامه لإثبات ذلك الواقع، وليست جمع الأدلة وإنما ما يرتب عليها في اختيار العناصر المنتجة في حسم الدعوى وذلك بالرجوع إلى المنطق والتحليل السليم وربط هذا الواقع مع النص القانوني للخروج بحل النزاع، وذلك باستخدامه للقواعد الأصولية للاستنباط وتحليل النص من خلال منطوق النص ومفهومه، وبهذا المعنى يستطيع القاضي أو المجتهد بالخروج من النزاع بتأويل موافق للشرع والقانون⁽²⁾.

وتطبيقاً لذلك ما قضت به محكمة النقض المصرية بالقرار الذي جاء فيه " أن بقاء العين في حيازة البائع وفاء يصلح لأن يكون دلالة - قرينة قضائية على نية العاقدين لم تتصرف إلى معنى البيع بل أنصرف إلى معنى الرهن واخفائه في صورة بيع وهذا خطأ في تأويل النص .." ⁽³⁾ من هذا القرار يفهم بأن القاضي قد اخطأ في فهم واقع الدعوى ومن ثمّ اخطأ في تأويل النص والذي كان التصرف فيه يحمل معنيين: الأول، هو معنى البيع والمعنى الثاني، هو الرهن ولعدم احاطة القاضي بفقهاء الواقع والقرائن الدالة على المعنى الصحيح فإنه قد اخطأ في تأويل القانون إلى غير معناه.

ثانياً - فهم القانون:- إن من أهم وأول الشروط لبلوغ درجة الاجتهاد هو ما يتعلق بفهم مقاصد الشريعة على كمالها، وما يرتبط بهذا الفهم تمكنه من أستنباط الحكم بناءً على فهمه، ولا يقتصر الأمر على ذلك وإنما بمعرفة مواطن القياس وعلم اللغة والناسخ والمنسوخ العام والخاص، المطلق والمقيد وغيرها من القواعد الأصولية لذا فقد بين أحدهم رتبة المجتهد بأنها " الأطلاع على مقاصد الشريعة والخوض في

1 المادة الثانية والثالثة من قانون المرافعات الفرنسي رقم 1123 لسنة 1975 المعدل

2 - د. عبدالرزاق عبدالواحد، الطعن في الاحكام بالتميز، دار الحكمة، بغداد، 1990، ص 25 وما بعدها.

3 - طعن رقم 214 / محكمة النقض/ الدائرة المدنية في 1950/11/23، منشور على تطبيق موسوعة التشريعات المصرية، بدون تاريخ.

بحارها"⁽¹⁾ لذا فإن الفقيه حتى يفتي أو يحكم في قضية يجب عليه فهم النص الشرعي حتى يتمكن من تأويل النص بما يتوافق مع المقاصد العامة للشرع.

ولا يختلف الأمر بالنسبة للقانون، للقاضي الذي يشترط فيه للتأويل النص أن يكون عارفاً متمكناً من فهم النصوص القانونية بشكل دقيق بالنسبة لأختصاصه ولديه المام واسع بالعلوم الأخرى وأن يكون مطلع على المستجدات التي تطرأ مواكب التطور، فضلاً عن درايته في التعديلات التي تتم على القوانين، وهذا بشكل عام، أما فيما يخص بالنص المؤول فيشترط فيه ان يعرف القواعد الأصولية المتعلقة بفهم النص من دلالات الألفاظ وفيما إذا كانت تناقض نص قانوني آخر، فتسبق عملية التأويل أن يكيف القاضي الواقعة على وفق النص المطابق لها، وهذا لا يكون إلا من خلال فهم القانون فهماً صحيحاً، وما عدا ذلك يعد خطأ القاضي في تطبيق القانون أو عيب في تأويله.

وأستدللاً بهذا المعنى قضت محكمة النقض المصرية بأن " بأن المصروفات تكون على خاسر الدعوى معفاة سلفاً من الرسوم القضائية فيمتد هذا الإعفاء إلى وقت الحكم في الدعوى ليحول دون تطبيق الأصل العام في المادة 184 مرافعات فأن الإعفاء من الرسوم لا يقتصر على رسوم الدعوى وإنما يتعداه إلى رسوم الصور والشهادات ورسوم التنفيذ والأوراق القضائية والنشر والإعلان والمصاريف الأخرى التي يتحملها الخصوم وبهذا فإنه يكون قد اخطأ في تطبيق القانون، واوله تأويلاً معيباً بما يوجب نقضه"⁽²⁾، حيث أن عدم فهم القاضي لمعنى النص المذكور انفاً أدى إلى تأويل النص تؤولاً معيباً فأخطأ في تطبيق القانون مما يوجب نقضه.

ثالثاً- فهم العدالة:- أشترط الأصوليون للمجتهد شروط عدة لصحة أجهاده ومنها أن يحقق العدالة، ولا يمكن ذلك إلا من خلال معرفة تامة واحاطة بمدارك وأحكام الشريعة الإسلامية، إلا وهي الكتاب والسنة والأجماع والقياس والعرف والأستحسان..، وعند الامامية الذي اعتمدوا على الكتاب والسنة المأثورة عن النبي

1 - الابهاج بشرح المنهاج، السبكي، ج3، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1984، ص 206/3.

2 - الطعن رقم 1937 في 1996/11/24 الدائرة المدنية على تطبيق موسوعة التشريعات المصرية، بدون تاريخ.

محمد (صل الله عليه واله وسلم) والاجماع، والعقل⁽¹⁾، فضلاً عن علمه بمقاصد الشريعة الإسلامية وقواعد اللغة العربية، وعارفاً للواقعة ومدركاً لمجرباتها⁽²⁾.

إن فكرة العدالة لا تقتصر بالإمتناع عن الحاق الضرر بالغير أو إعطاء كل ذي حق حقه ، وإنما تنطوي فوق ذلك وعلى شيء أبعد وأعمق وهو تحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة لكفالة النظام اللازم لسكينة وتقدم المجتمع الإنساني، إذا هي أساس يتجلى بتحقيق الأستحسان أو الأستهجان أزاء واقعة موافقة لضمير المجتمع واخلاقه والتي يشعر فيها القاضي والخصم بالرضا والسعادة انتصاراً للحق اونداراً للباطل⁽³⁾.

أما العدالة بمفهومها القانوني التي يلتزم القاضي بفهمها عند تأويل النص فإنها تتجلى بأبهى صورها في معناها بالإجتهاد القضائي والتي منح من خلالها المشرع للقاضي السلطة التقديرية لتطبيقها تحقيقاً لمبادئ العدالة في نصوص عدة أهمها المادة الأولى من القانون المدني العراقي بتطبيق قواعد العدالة عند خلو التشريع من نص وعلى الترتيب المذكور، وهذه القواعد يشترط على القاضي عند تطبيقها أن يفهم معناها بما يضمن تطبيق القانون تطبيقاً سليماً يتناسب مع خصوصية الواقعة ويتمشى مع روح النص ومقاصد التشريع العامة ، وأن القاضي بالرغم من كونه يطبق القوانين على الوقائع المعروضة أمامه وفقاً للنص إذا كان موجود، غير أنه لا يؤخذ بحرفية هذا النص وإنما يؤول بما يتناسب مع مقتضيات العدالة، وبحال عدم وجود النص فيساهم القاضي في تصحيح مسار القانون وتكميله، وبذلك لا يمكن للقاضي أن يؤول النص بما يحقق مبادئ العدل والأنصاف إلا عن طريق فهم العدالة⁽⁴⁾.

1 - العلامة المحقق آية الله الشيخ جعفر السبحاني، تذكرة الأعيان / 226 ، 227 ، الطبعة الأولى ، سنة : 1419 هجرية ، مؤسسة الإمام الصادق ، قم المقدسة / إيران.
2 - أحكام الامدي 4/162 ، أحكام الفصول، ص 722 ، شرح للمع للشيرازي، 5/1033 ، شرح الكواكب المنير، 4/459 ، المستصفي، 1/342 ، اشار اليه د.مجدي محمد عبدالرحمن، اثر تخلف العدالة عند الاصوليين، دراسة مقارنة، بحث منشور بمجلة كلية الدراسات الاسلامية والعربية بجامعة الازهر، الاسكندرية، ص 553.
3 - د. حسن علي الذنون، فلسفة القانون، ط1، مطبعة العاني، بغداد، 1975، ص 163-164.
4 - د. محمود حافظ الفقي، العقيدة القضائية واثرها في عدالة الحكم القضائي، دار الكتب والدراسات العربية، الاسكندرية، 2022، ص 41.

وتطبيقاً لذلك قرار محكمة النقض المصرية بأنه " إن نصوص قانون الإثبات المنظمة لأحكام الأثبات وكذلك العرف ومبادئ الشريعة الإسلامية قد خلت من حكم يتبعه القاضي بحال توجيه اليمين الحاسمة إلى اثنين أو أكثر عن واقعة مشتركة بينهم في موضوع لا يقبل التجزئة فليس أمامه في سبيل هذه الحالة إلا ما يؤدي إلى النظر والإجتهاد وفقاً لما تقضي به قواعد العدالة اعمالاً لنص المادة الأولى من التقنين المدني"⁽¹⁾ يفهم من هذا القرار بمنطق واضح بحال عدم وجود نص يمكن للقاضي اللجوء إلى قواعد العدالة من خلال الإجتهاد وهذا الأخير يمكن تأويله باتباع قواعد اللغة أو بمعرفة معنى العدالة والتي بينته أيضاً محكمة النقض بأنه " تحقيق المصلحة بين المصلحة المبتغاة وبين الضرر الواقع والتي لا تقوم على فكرة التعسف بإستعمال الحق من دواعي الشفقة وإنما من اعتبارات العدالة القائمة على اقرار التوازن بين الحق والواجب"⁽²⁾

1 - طعن رقم 18303 بتاريخ 2019/3/18/ محكمة النقض/الدائرة المدنية، منشور على تطبيق موسوعة التشريعات المصرية، بدون تاريخ.

2 - طعن رقم 1065 في 2014/7/6 الدائرة المدنية، منشور على تطبيق موسوعة التشريعات المصرية، بدون تاريخ.

المبحث الثاني

ذاتية التأويل في النصوص المدنية

أجتهد علماء الاصول في السعي لتحقيق مقاصد الشارع وحكمة النص الشرعي وتحقيق غايته المثلى، فقد دأبت مدارس الفقه حول الوسائل التي يتم من خلالها تطبيق الأحكام الشرعية على الوقائع الماثلة أمامهم عن طريق استتطاق النص، وتحقيق العدالة بموجبه على أفضل وجه، وكان من بين تلك الوسائل (التأويل) .

وعندما نبحث في موضوع ذاتية التأويل فمن المهم دراسة ما يخصه عن غيره من الأدوات الأصولية الأخرى وما يميزه عنها من حيث بيان أوجه الشبه والأختلاف للوصول إلى ذاتيته عنها، إذ ينفرد التأويل بوصفه أداة لاستنباط الأحكام الشرعية من الأدلة الكلية، عن غيره من أدوات الأستنباط العقلي الأخرى بأوجه متعددة وله محل من الأستعمال الأصولي لا تشاركه فيه أدوات استخراج المعاني الدقيقة من النصوص الأخرى ولاسيما من حيث حجيته وتأصيله الشرعي، فضلاً عن تمييزه عن غيره من النظم الأصولية التي تقترب منه في كشف مراد الأحكام ، إلا أن لكل منها ذاتية مستقلة سنحاول سبر غورها في هذه الدراسة .

وعلى أساس ما تقدم سنحاول بيان ذاتية التأويل عن طريق تقسيم هذا المبحث على مطلبين، نبين في المطلب الأول مشروعية التأويل وتأصيله ، ونبين في المطلب الثاني تمييزه عما يشته به من نظم شرعية أخرى .

المطلب الأول

مشروعية التأويل وتأصيله

سنحاول في هذا الفرع بيان مدى حجية التأويل في إطار الفقه الإسلامي للوصول إلى حجته في القانون الوضعي، فما هي حجية التأويل؟ ومن هم الذين استعملوا التأويل كأداة أصولية لتوسيع الأحكام الشرعية؟ ومن هم الذين حظروا استعماله وأشكوا في بيانه؟ وإذا ما كان للتأويل من حجية شرعية، فما هو تأصيله الشرعي؟

وعلى أساس ما تقدم سنحاول بيان الأجابة عن التساؤلات المتقدمة على فرعين، نخصص الفرع الأول لدراسة مشروعية التأويل، ونبين في الفرع الثاني تأصيله الشرعي، كما يأتي:

الفرع الأول

مشروعية التأويل

إن خير ما يستدل به على حجية التأويل هو ما عرضه الباحثين في مدار الفقه الإسلامي، فقد دأب كثير من الفقه إلى استعمال التأويل بأعتبره أحد أدوات الأستنباط العقلي للوصول إلى باطن الأحكام التي وردت بصيغة ظنية وأعتبره من ركائز فهم وقراءة النصوص والأحكام الشرعية وفقاً لضوابط خاصة، على خلاف بعض من الفقه الذي لم يجدوا أساساً شرعياً للعمل بالتأويل.

وبناءً على ذلك، سنبين أهم تلك الآراء وفقاً لفقرتين، نبين في الأولى آراء من ذهب للعمل بالتأويل وفقاً لحجته الشرعية التي يرونها، ونبين في الفقرة الثانية أهم الآراء الشرعية الفقهية في منع العمل بالتأويل، كما يأتي:

الفقرة الأولى: القائلون بحجية التأويل فقهاً شرعياً وقانونياً:

إن رفد البحث فضلاً عن جانبه النظري، بالجانب التطبيقي، هو ما ينكشف عنه الأثر كالشمس صحةً وبياناً، فمن غير المعقول التطرق لموضوع لا يلامس الواقع وبعيد من الجانب التطبيقي، بحيث يكون غير ذي فائدة، لذلك نحاول بيان الرأي الذي

يقر بحجية التأويل وتطبيقه في النصوص القانونية والأجتهاد الفقهي، إذ يُعد التأويل وفق من يرى بمشروعيته بأنه باب من أبواب الأستنباط العقلي القويم، فضلاً عن كونه منهج اجتهادي دقيق في فهم وتطبيق النصوص ، بحيث كان معمولاً به في مختلف العصور، حيث أستند العلماء على القرآن والسنة النبوية في مشروعية التأويل ، ففي القرآن جاء بقوله تعالى : " وما يعلم تأويله إلا الله والراسخون في العلم"⁽¹⁾، أي أن القرآن فيه آيات محكمات وأخر متشابهات لا يعلم تأويل هذه الآيات إلا الله والراسخون في العلم ، وبذلك عُد الراسخون في العلم يمكن لهم تأويل هذه الآيات لأنهم أعلم بها من غيرهم وهم من ثبتوا وتمكنوا فيه.

فضلاً عن استناد الأصوليين على السنة النبوية الشريفة، وذلك عما ورد بقول الرسول محمد (صلى الله عليه واله وسلم) يدعو لابن عباس (اللهم فقه في الدين وعلمه التأويل)⁽²⁾، وبذلك يقول ابن عباس (أنا ممن يعلم التأويل) حيث أول قوله تعالى (إذا جاء نصر الله والفتح)⁽³⁾ بأنه أجل رسول الله (صل الله عليه وآله وسلم) أي بعد النصر فيدخل الناس في دين الله افواجا فيحل أجله.

وَمَنْ المتقدم ذكره يتضح لنا بأن التأويل هو باب للاستنباط، يستخدمه علماء الأصول في الاجتهاد لوضع الأحكام الفقهية المناسبة، وبهذا المعنى يقول أحدهم بأن التأويل الصحيح " وإذا عرف معنى التأويل فهو مقبول معمول به، إذا تحقق شروطه، ولم يزل علماء الأمصار في كل عصر من عهد الصحابة إلى زمننا عاملين به من غير نكير"⁽⁴⁾، يفهم من ذلك بمشروعية التأويل في الفقه الإسلامي عند الأصوليين في القرآن والسنة وعند علماء أصول الفقه.

أما موقف القانون من حجية التأويل فيستند هذا الاتجاه بأن التأويل له حجيته في القانون وذلك بجميع القوانين محل المقارنة فقد نص القانون العراقي على حجية التأويل بشكل واضح وجلي في المادة (203 و 213) من قانون المرافعات المدنية، غير أن ذلك فيه أختلاف، حول ما إذا كان المقصود بهذا النص (التأويل) أي العيب

1 - سورة ال عمران، الآية (7).

2 - ابن حجر العسقلاني، الاصابة في تمييز الصحابة، مجلد2، دار العلوم الحديثة، ط1، 1338، ص330.

3 - سورة الفتح الآية (1)

4 - سيف الدين الامدي ، الاحكام في اصول الاحكام، دار الكتب العلمية، مجلد31، 31، 51، بيروت، 205، ص50.

في التأويل أم أن العبارة تكون جملة كاملة فيقصد بها جميعاً الخطأ في تطبيق القانون؟ وهذا ما سنبيّنه في المطلب الثاني، كذلك فإن للتأويل حجته في قانون المرافعات المصري بالمادة (248 و 250) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، وبذلك يكون التأويل ملزماً للقاضي عند التطبيق استناداً للنصوص السابق ذكرها.

أما موقف الفقه من ذلك فوفق هذا الاتجاه يرى جانب من الفقه بجواز تأويل عبارات النص سواء كانت واضحة أم غامضة، وذلك استناداً إلى النصوص المدنية التي تنص بتأويل وتفسير النصوص فيكون للقاضي السلطة التقديرية في تأويل النص، وهذه القواعد بمجموعها يستند عليها القاضي في التأويل والتفسير بحسب ما تحمله العبارة من معنى، فضلاً عن ذلك يرى السيد "rieg" بجواز التأويل حتى لو كانت العبارات واضحة فلا يجوز الأخذ بالمعنى الحرفي للنص وإنما بما تحمله الفاظه⁽¹⁾.

كذلك يرى جانب من الفقه بأن هذا التأويل يستند بالإضافة إلى النصوص التشريعية التي أشارت إلى جوازه، كذلك إلى العرف فيؤول النص بما يتفق مع قواعد العرف السائد، مما يعني ان للقاضي السلطة التقديرية بتأويل النصوص المفسرة الواضحة وفقاً للظروف والوقائع والملايسات بما يتوافق مع قواعد العرف وبما يحقق مرونة في تطبيق النص القانوني، هذا فيما إذا اراد المتعاقدين بمعنى آخر غير ما هو ظاهر في العقد⁽²⁾.

وتطبيقاً لما تقدم فقد أيد القضاء ما تبناه هذا الاتجاه بقرار لمحكمة النقض المصرية بحيث جاء فيه " إن تشريعات الأسكان والمباني المشار إليها قد خلت من تحديد معنى خاص لعبارة (مباني الأسكان الإداري) وكان المعنى الظاهر لهذه العبارة لا يتسع ايضاً لمباني المخازن والتي لا تكون داخلة في مدلول عبارة المباني السكنية ومباني الأسكان الإداري الواردة في المادة السادسة من قانون رقم 107 لسنة

1 - جاك غستان، المطول في القانون المدني، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، 2000، ص 67.

2 - د. عبدالحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2000، ص 256.

1976 المعدل والخاص بشروط الترخيص ببناء المباني السكنية...⁽¹⁾ يتضح من هذا القرار أن العبارة كانت عامة ومطلقة بحيث تشمل جميع المباني السكنية وغيرها، إلا أن القضاء قد أول هذه العبارة عن طريق التقييد وتخصيص معناها بما يوافق الغاية الأساسية من القانون المشار إليه وتحقيقاً للمصلحة العامة والذي شرع من أجله، وبهذا المعنى أستند القضاء على حجية التأويل من خلال تأييد هذا الحكم.

ويستخلص من ذلك بأن القاضي يمكن ان يستنتج على الرغم من وضوح العبارات إلا أنه قد لا تعبر عن ظاهرها فيستخلص القاضي من ظروف وملايسات ووقائع الدعوى فيؤول النص وفقاً لما يراه مناسباً ، ومع ذلك فيعد هذا التأويل حجة يجب العمل به ولا يمكن الطعن به بالنسبة للقانون العراقي إلا إذا كان هذا التأويل معيباً، أما في القانون المصري والفرنسي فأنها مسألة واقع لا تخضع للرقابة.

الفقرة الثانية: المانعون من التأويل

يرى أصحاب هذا الاتجاه بعدم جواز التأويل ، واقتصار معنى الآية المباركة المذكورة سابقاً على الله سبحانه وتعالى ، ويرد هؤلاء على من قال بجواز التأويل ، بأن ما ذكر في القرآن الكريم لا يجوز التأويل ، ذلك بالاستناد إلى قواعد اللغة العربية وعلم النحو⁽²⁾ والذي نزل هو قران عربي فصيح، فما أستند عليه من يرى بجواز التأويل من دلالة قوله تع إلى (لا يعلم تأويله إلا الله والراسخون في العلم.. " بأنه غير صحيح وذلك عند تكملة الآية فيذكر أن الواو حرف عطف (والراسخون) معطوف على اسم الله، فلا يعلم تأويله إلا الله، أما الراسخون في العلم يأمنون به ذلك عند تكملة الآية (والراسخون في العلم يقولوا أماناً به)⁽³⁾، وبهذا المعنى فلا وجود للتأويل في القرآن.

ويؤكد أصحاب هذا الاتجاه ايضاً بأن التأويل غير موجود في زمن الرسول محمد (صلى الله عليه وآله وسلم) ولا في عصر المتقدمين من العلماء الأصوليين،

1 - قرار محكمة النقض المصرية المرقم بالعدد 907 في 1988/4/27، غير منشور.

2 - يعرف علم النحو بأنه " علم يعرف به حال اواخر الكلم" فيبحث في اصول تكوين الجملة وقواعد الاعراب، والغرض من ذلك هو تكوين ملكه يمكن من خلالها معرفة ارادة المتكلم في وضع المعنى الذي اراده. اشار اليه محمد صديق خان القنوجي، اجد العلوم، دار ابن حزم، ط1، ج1، 2001، ص 130

3 - السيوطي، الاتقان في علوم القرآن، مجلد 3، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1394 ، ص 83

وإنما ظهر بشكل واضح عند المتأخرين من علماء اصول الفقه، وما جاء في القرآن هو بمعنى التفسير، وخاصة في المتشابه من الآيات، والتي لم يظهر معناها ولم يفهم المراد بها، ذلك بسبب التعارض بين ظاهرها والمعنى المراد بها كأوائل السور مثل (كهيعص)⁽¹⁾ والتي لم يفهم معناها، وهذا ما يعلم تأويله ويستأثر بعلمها الله جل جلاله، ولا سبيل لأحد ان يعلمها⁽²⁾.

ويرى أيضاً بأن التأويل المتشابه هو أبتغاء الفتنة وطلباً للشبهات واللبس وبدون علم حتى يفسد ذات المؤمنين، ويسمونهم بأهل الزيغ والفتنة، يؤولوا ما تشتهي أنفسهم وتحقيق رغباتهم فيحتجون على أدلتهم بالقران، ومن أشد المعارضين للتأويل هم الظاهرية الذين يأخذون بظاهر النصوص والألفاظ في القرآن والسنة، فضلاً عن أنهم رفضوا الأخذ بالقياس، ويعلمون ذلك بأن النصوص القرآنية والسنة النبوية في العبادات والمعاملات هي في حكم النص المفسر والذي لا يحتاج إلى تأويل ولا إلى تعليل⁽³⁾.

أما موقف القانون من ذلك فيرى جانب من الفقه إلى معارضة تأويل النصوص القانونية خاصة إذا كانت النصوص واضحة، ذلك لأنه يعد خرقاً للقانون، ولا يمكن التحجج بقواعد العدل والأنصاف ومبادئ حسن النية أو استعمال ترخيص سلطة القاضي في التأويل بحسب الظروف والملابسات⁽⁴⁾.

بينما يميز جانب من الفقه بالنسبة لجواز الأخذ بالتأويل النصوص المدنية فيما إذا كانت العبارات واضحة أو إذا كانت غامضة، فبالنسبة للأولى أي كانت العبارات واضحة لا يجوز تأويل النصوص طالما أن معناها الظاهر لا يختلف عما هو موجود في النص ولا يتعارض معه أولاً يختلف عما قصده المتعاقدون عند شروطهم، فإذا كانت العبارات واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق التأويل

1 - سورة مريم، الآية (1).

2 - د. وهبة الزحيلي، التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج، ج 2، ط1، دار الفكر، دمشق، 1411هـ، 1991م، ص 162.

3 - محمد عبدالمعطي محمد علي، مباحث اصولية في تقسيمات الالفاظ، دار الحديث، 2007، ص 343.

4 - Bruno oppetit - philosophie du droit , dalloz ، 1999، p389. أشار اليه دالي بشير، مبدأ تأويل العقد، رسالة ماجستير كجزء من متطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون الخاص بجامعة ابي بكر بالقائيد، الجزائر، 2007، ص 13.

أو التفسير، أما إذا كانت العبارات غامضة فيرى بجواز التأويل والأسترشاد بألفاظ النص للتعرف فيما إذا كان ظاهر النص يخالف معناه، أي وجود أكثر من معنى في النص⁽¹⁾.

وقد درج القضاء على ما تبين مما تقدمت الإشارة إليه⁽²⁾، فقد جاء باتجاه يوافق ما ذكره بعض الفقه المصري حيث اصدرت محكمة النقض المصرية قرارها الذي نص على " المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه متى كان النص واضحاً جلي المعنى قاطعاً في الدلالة على المعنى المراد منه فلا يجوز الخروج عليه ولا تأويله ولا تخصيص عمومته ولا مطلقه بدعوى الأستهداء بالحكمة التي أملتة أو ما ورد في الأعمال التحضيرية أو المذكرة الإيضاحية لأنه محل ذلك كله ان يكون النص غموض أو لبس يضطر القاضي إلى سبيل التعرف على مراد الشارع أن يبحث في كل ذلك"⁽³⁾ يعرف من هذا القرار بأن القاضي وفق مفهوم المخالفة يؤول النصوص التي تكون غامضة أو يوجد فيها لبس أما النصوص الواضحة فلا يجوز تأويلها وبذلك فيكون لهذا القرار معنيين، المعنى الأول بعدم حجية التأويل بالنسبة للنصوص واضحة الدلالة، والمعنى الآخر، بحجية التأويل فيما إذا كان يظهر في النص لبس أو غموض أو وجود أكثر من معنى ، ونحن نتفق على ما جاء بقرار محكمة النقض المصرية بالنسبة لهذا الأتجاه.

الفرع الثاني

الاسس التاريخية والفلسفية للتأويل

لتكامل بيان ذاتية التأويل عن غيره من النظم الأخرى، من المهم بيان تأصيله الشرعي من خلال بيان تأصيله التاريخي وبيان أساسه الفلسفي ، وسيتم دراسة ذلك عن طريق تقسيم هذا الفرع على فقرتين وكما يأتي :

1 - د. نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، الجزء الاول، دار المعرفة الجامعية، 1994، مصر، ص212.

2 - جاء قرار لمحكمة النقض الفرنسية والذي اكد بالزام القاضي عند تفسير العبارات الواضحة بالاخذ بظواهر النصوص ورفض تأويلها، ولا رقابة على القاضي طالما ينطبق ظاهر النصوص مع ارادة الطرفين، وبهذا المعنى فلا يجوز تأويل النصوص2 francois terre - droit civil، les ablgations، 9 edation ، p461، 2005، اشار اليه دالي بشير، مصدر سابق، ص 14.

3 - قرار محكمة النقض المصرية المرقم بالعدد 1121 بتاريخ 1999/11/18، منشور على تطبيق موسوعة التشريعات المصرية، بدون تاريخ.

أولاً- الأساس التاريخي للتأويل:-

سنبين في هذه الفقرة منهج العمل بالإجتهد القضائي والتشريعي والمتعلق بالتأويل عبر العصور في التشريع الإسلامي والمتضمن معرفة حركة التأويل لذلك سنبينها تباعاً:-

ففي عهد الرسول الكريم محمد (صل الله عليه واله وسلم) كان تأويل النصوص هو منهجا اجتهاديا عرضه الوصول إلى بيان مفردات الألفاظ التي أراد بها المشرع ، فهو من يبين لهم مراد الشارع من خلال تفسيره وبيان معناه، وإذا اجتهدوا في غياب النبي فأنهم يرجعون له في كل ما يحزبهم من القضايا، فاذا كان فهمهم خطأ لا يقر لهم باجتهداهم، وإذا اجتهدوا وكان باجتهداهم فهماً صحيحاً للنص الشرعي فلا ينمر لهم ما استنبطوه من وراء النصوص.

ففي هذا العصر لم يظهر التأويل بالمعنى المراد به بشكل واضح وجلي حيث الإجتهد فيه قليل بسبب وجود النبي محمد (صل الله عليه واله وسلم) والذي كان يفسر لهم معاني النصوص ولم يكن يقصد بالتأويل الخروج من المعنى الظاهر إلى معنى آخر، وإنما هو مرادف للتفسير اي توضيح معاني اللفظ وبيان مقصده⁽¹⁾.

ثم ظهرت بعد ذلك حركة التأويل والإجتهد بعد وفاة النبي (صل الله عليه واله وسلم) وأنقطاع التنزيل حيث أختلفت صاحبة في ميراث الجد مع وجود الأخوة حيث يرى ابو بكر الصديق (رضي الله عنه) ان الجد يحجب الأخوة فلا يرثون مع الجد ومع وجود الأب وهذا بنص الكتاب والسنة، وخالف ذلك عمر بن الخطاب (رضي الله عنه)، حيث أن الجد لا يحجب الأخوة فهو بالحقيقة ليس أبا ، بل يرثون معه بالتركة بالنصيب المعروف، والظاهر من مذهب ابو بكر الصديق فإنه قد أول كلمة الأب من الحقيقة إلى المجاز وذلك بنص الآية قال تعالى " فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فألمه الثلث وأن كان له أخوة فألمه الثلث"⁽²⁾ فالجد ليس ابا في الحقيقة

1 - الامدي، الاحكام، ج 3، مصدر سابق، ص 60.

2 - سورة النساء، الآية 11.

بل مجازاً وذلك بقوله تعالى " واتبعنا ملة اباي ابراهيم واسحاق ويعقوب"(1) وبذلك اخذ ابو بكر الصديق بالمعنى المجازي للفظ وترك المعنى الظاهر.

أما عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) فكان رأيه بخلاف ذلك حيث أخذ بظاهر النص القرآني وهو اللفظ الظاهر المتبادر إلى الذهن واول بأن كلمة الأب والجد ذات دلالة واحدة وهو ميراث الأب فيحجب الأخوة(2).

ويتضح من ذلك بأن التأويل في عصر الصحابة وان كان معمولاً به إلا أنه كان قليلاً، فالأصل عندهم هو تطبيق النص ظاهر اللفظ المتبادر إلى الذهن ، واذاً اول بنص خفي المعنى فيحتاج إلى دليل يعضده، فضلاً عن كون التأويل يتميز باتخاذ صورة للمصلحة العامة الواجب تغليبها منها تأويل توزيع الأراضي في عهد الخليفة عمر بن الخطاب على المجاهدين بدل مما ذكر في الآية لحفظ الثغور وحفظ الأرض التي فتحها المسلمين.

وفي عصر التابعين فإن حركة التأويل لم تظهر عندهم إلا في حالة الضرورة فاستندوا في احكامهم على القران الكريم والسنة النبوية الشريفة، فضلاً عن استعمالهم التأويل ويريدون به التفسير أي بيان المعنى ومدلولات الألفاظ وأن أرادة المشرع واضحة لا تحتمل التأويل ، إلا أن التأويل كان معروفاً عند أهل العراق فيعملوا بالرأي والأستنباط إذا كان الحكم أعدل من ظاهره وأسند، لاعتقادهم بأن الظاهر قد لا يكون هو المراد فيؤول المعنى المراد به فكان لهم النصيب الأكبر في الأجتهد والتعليل والتأويل ، فتمسك ربيعة بن عبد الرحمن(3) بالتأويل عندما يتعلق الأمر بالحقيقة والمصلحة فيكون تأويلاً صحيحاً إذا حقق ذلك العدالة واستند إلى دليل كاف، بينما تمسك سعيد بن المسيب بظاهر النصوص وثبت عليها، ذلك ما جاء في حكم التسعير بالرغم مما جاء بنص خاص من الرسول الكريم يمتنع عن التسعير لأن الله هو المسعر القابض وهذا ما أستند عليه سعيد بن المسيب لأنه مظلمة، بينما

1 - سورة يوسف، الآية 28.

2 - ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 2، دار ابن حزم، ط1، 1995، ص 260.

3 - ربيعة بن ابي عبد الرحمن التميمي والمعروف بريعة الرأي، والمتوفى في الانبار (136 هـ) تابعي فقيه ومجتهد وراوي حديث، اشار اليه، الذهبي، سير اعلام النبلاء، مؤسسة الرسالة، ج6، ط 4، 2001، ص 90 -

أول ربيعة الرأي بأن عدم التسعير كان فيه ظلم للناس، فإذا ما تحققت المصلحة بالتسعير فيرفع الظلم وبذلك جواز التسعير⁽¹⁾.

يظهر من ذلك أن التأويل لم يتوسع في عهد التابعين ذلك لمحدودية حركة الاجتهاد، ولم يكن مقبولاً ما لم يستند على دليل كافٍ يتماشى مع مقاصد الشارع ومع تحقيق المصلحة العامة للمسلمين.

أما في عصر الأئمة المجتهدين فقد اتسعت حركة الاجتهاد والتأويل خاصة بعد ظهور المذاهب الإسلامية ونشاط حركة الرأي، فكان الاختلاف يقوم على أساس العمل بظواهر النصوص أو العمل باستنباطها وتأويل النصوص إذا كانت تحمل معانٍ أخرى تخالف ظواهر النصوص، وأكثر المذاهب تأثراً بحركة التأويل هم الحنفية لبروز حركة الاجتهاد لديهم وأكثر من خالفهم ويرد على تأويلاتهم الشافعية.

ومن تأويل الفقهاء في المعاملات هو حكم العودة في الهبة، حيث يرى الأمام أحمد بن حنبل بعدم جواز الرجوع بالهبة وأستند في ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام " العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه"⁽²⁾، فيما أول الحنفية بجواز الرجوع في الهبة، لأنه رجوع الكلب في قيئه ليس بمحرم وحجتهم في تأويل الحديث هو من باب الكراهية وليس التحريم⁽³⁾.

ويتميز هذا العصر بتوسع حركة الاجتهاد عن طريق التأويل وذلك لكثرة الخلافات بين المذاهب الإسلامية، وتوسع الاجتهاد الذي يعتمد على الرأي العقلي وذلك بحدود النص، فضلاً عن أستناد العلماء في التأويل على الأدلة المتنوعة من نص ومعنى ومصلة عامة أو القرائن المختلفة التي تساعد على فهم المعنى المراد من اللفظ.

1 - الموطأ، مالك، ج2، دار احياء التراث العربي، بيروت، 1985 ص 840.

2 - محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، كتاب الهبة، ج3، دار طوق النجاة، ط1، بيروت، 1422هـ، ص 164. وذكره الامامية عن ابي عبدالله (عليه السلام) قال: قال رسول الله (صل الله وعليه واله) ((من رجع في هبته فهو كالراجع في قيئه))، وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة: الفقيه المحدث الشيخ محمد بن الحسن الحر العاملي. ت: 1104هـ، تحقيق مؤسسة ال البيت (عليهم السلام) باحياء التراث، ج 19، ص244.

3 - الذوايدي بن بخشوش قوميدي، تأويل النصوص في الفقه الاسلامي دراسة في منهج التأويل الاصولي، دار ابن حزم، الطبعة الاولى، الجزائر، 2009، ص80.

ومن الناحية القانونية فإن التأويل في القانون ما هو الأمتداد للنصوص الشرعية والفقهية فإن مصدرها التاريخي يرجع للقواعد الأصولية ومصادر الفقه الإسلامي وقواعد أصول الفقه، فقبل صدور التشريعات الحديثة من قانون المدني وقانون المرافعات كان العمل بقواعد الفقه الإسلامي فكان القاضي في العراق يرجع على نصوص مجلة الأحكام العدلية المستنبط نصوصها من الفقه الحنفي، أما في مصر فقبل صدور القانون المدني الحالي فيأخذ احكامه من مرشد الحيران، فضلاً عن اعتبار القانون المدني الفرنسي كمصدر تاريخي للتشريع العراقي والمصري والذي نص بشكل واضح وصريح على التأويل في المادة (1157) " إذا كانت العبارة تحمل أكثر من دلالة فتحمل على المعنى الذي يجعلها تنتج أثراً " (1).

ثم صدر القانون المدني المصري لسنة 1948 والقانون المدني العراقي لسنة 1951 والمتضمن التأويل بشكل ضمني، فضلاً عن قانون المرافعات المدنية العراقي لسنة 1969 الذي اشار بشكل واضح على التأويل في المواد (203 – 213) وقانون المرافعات المدنية والتجارية المصري لسنة 1968 بالمواد (248 – 250) بالإضافة إلى بعض التشريعات المدنية وهذه تمثل الأساس التشريعي للتأويل.

وعلى هذا الأساس فإن لإجتهد القضاء كان له الدور البارز في تأويل النصوص قبل صدور التشريع الحالي ففي عام 1928 عقدت معاهدة للصدقة وللإقامة بين مصر والأمبراطورية الفارسية كما عقدت معاهدة الصداقة بين مصر وتركيا في عام 1937 والمتضمنة هاتين المعاهدتين تطبيق قانون المتقاضيين بالنسبة للمسائل الشرعية لان كل من مصر وايران وتركيا قوانين شرعية، فالأساس الذي يبنى عليه الحكم في التشريع الإسلامي أعتبره من النظام العام ، فكل حكم دل عليه نص صريح قطعي الدلالة فهو من النظام العام ولا يجوز مخالفته، حيث أصدرت المحكمة العليا الشرعية والتي أمتنعت عن تطبيق القانون التركي والذي يقضي بتوريث ذوي الأرحام من العصابات والذي يقضي بمساواة ميراث الذكر والأنثى بحجة ان عدم المساواة هو مخالف للنظام العام في تركيا والمستمد احكامه من القانون الفرنسي ، إلا أن المحكمة أعتبرت ذلك جحوداً وانكاراً للإسلام والمسلمين، وأستدلت المحكمة بالرجوع إلى البزوري في كتاب كشف الأسرار والأصول ج3 بأن من ينكر دليل

1 - تم الغاء نص المادة (1157) من القانون المدني الفرنسي بموجب التعديل الاخير للقانون لسنة 2016.

قطعي مجمع عليه فهو جاحداً لدين الرسول وخروج من قواعد الدين الإسلامي، وعللت المحكمة بأن الخروج من تطبيق الدين الإسلامي هو الخروج من النظام العام ، وبذلك فإن المحكمة قد اولت النظام العام المذكور بنص المعاهدة إلى اعتبار الدين الإسلامي هو أصل النظام العام ومن يخالفه باعتباره خالف النظام العام⁽¹⁾.

ثانياً – الأساس الفلسفي للتأويل:-

لم يكن الخلاف قائماً عند السلف الأوائل، ولعل ذلك يرجع إلى فهمهم للنصوص الشرعية والأعتقاد فهما صحيحاً وقربهم من اللغة العربية وهي لغة الوحي فلا جدال في فهم اللفظ وأساليب اللغة والبيان، وإنما ظهر الجدل والتأويل بعد ذلك بعد تشعب النزاعات وظهور المذاهب السياسية والاعتقادية التي أخذت من التأويل سلاحاً لها لتأكيد حجتها ، وأول ما ظهر التأويل ذات أعتقاد ديني عبادي متعلق بصفات الباري عز وجل ، فهناك من يرى بأن لا مجال للاعتقاد بصفات الله والأخذ بظواهر النصوص من الحدود واليد والذات فلا يؤول هذا الشيء على الإطلاق⁽²⁾.

مما استدعت الحاجة إلى الرد على هذا القول وان هذه الصفات ما هي إلا مجاز فتؤول إلى معناها الخفي وهي القدرة والرفعة ، ذلك لأن الله ليس كمثله شيء وأن نصوص الأعتقاد مؤولة إذا دعت الحاجة لذلك وهو منقول عن الإمام علي (عليه السلام) وعبدالله بن عباس، فيصرف النظر عن ظواهر اللفظ إلى معناه الحقيقي فاللغة العربية هو تمثيل واستعارة ومجاز فيجوز التأويل كل ما دعت الحاجة لذلك⁽³⁾.

كما أن من الأساليب التي ساعدت نشأت التأويل هو وضع اللغة العربية من الصور البلاغية والبيانية والتشبيه والاستعارة والكناية والتصريح والتلميح والمجاز

1 - قرار المحكمة العليا الشرعية الموافق 27/شوال/1365 هـ، في 23/12/1946 ، الاستاذ عبدالوهاب خلاف، مصدر سابق، ص 10.

2 - الشوكاني ، ارشاد الفحول، ص 155، اشار اليه الشواذي بن خشخوش قوميدي، مصدر سابق، ص 120.

3 - محمد الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير، ج3، الدار التونسية للنشر، تونس، 1984 ص 166.

فكان لها الأثر الواضح على ظهور التأويل ، ذلك لوضع الأحكام المتعلقة بالمعاملات خاصة بعد نشاط حركة الأجتهد (1) .

ولا يخفى ان النصوص الشرعية فيها العديد من المتشابهات تأخذ الحكم نفسه فيلجأون إلى التأويل كمخرج للوصول إلى المعنى المراد به إذا ما دعت الحاجة لذلك، فضلاً عن ذلك فإن الغاية من التأويل هو عدم اهمال هذه النصوص وعدم أعمالها وبذلك تجنب وأنكار النصوص بحجة أن العقل لا يستسيغها، وهو بذلك محاولة توظيف النص بما يتلاءم مع العقل البشري وتنزيل النص للواقع وهذا دليل على الأعجاز القرآني والشرعي في تأويل النصوص (2) .

وتكمن فلسفة التأويل وفق ما ينطبق مع أصحاب الرأي الذي يذهب بأن النص عندهم هو صالح لكل زمان ومكان لأنه يحتوي على كل الحقائق بمختلف ظروفها، وهذا القول يتناقض تماماً مع القول بالرجوع إلى المأثور من القول وعلى اقوال الفقهاء الأوائل والأحكام القديمة عند تفسيرهم وفهمهم للنص، وهذا الأمر يعكس موقفاً تأويلياً للنص من خلال فهمه للواقع المرن بما يتناسب مع عصره او طاره الفكري والمنطقي بما لا يؤدي للأنعزال عن الحياة مما تستدعي الحاجة للتأويل (3) .

ومن الناحية القانونية فالأمر لا يختلف كثيراً عن فلسفة التأويل من جانبها الأصولي، ذلك كما ذكرنا للترابط للنصوص القانونية مع قواعد الفقه الإسلامي والتي تعد امتداداً لها، فالغاية الأساسية من التأويل هو توسيع نطاق النصوص القانونية والتي بمقتضاها استيعاب أكبر قدر من الأحكام التي تنطبق مع هذه النصوص من مفهومها ومنطوقها بالمطابقة مع التصرف أو الواقعة المعروضة، وبحال عدم تأويل النص بحجة عدم ورود النص القانوني الذي ينطبق مع الحق المطالب به فسيعد القاضي منكرراً للعدالة بموجب نص المادة (30) من قانون المرافعات المدنية، ومن

1 - الرئيس عبد المحسن بن محمد، التأويل عند الاصوليين واثره في الاحكام الفقهية، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية، دار المنظومة، السعودية، 1986، ص 5.

2 - د. أميد نجم الدين جميل المقتي، مصدر سابق، ص 108-110.

3 - د. نصر حامد ابو زيد، فلسفة التأويل ، دار التنوير، الطبعة الاولى، بيروت، 1983، ص 11-12.

هذا النص يتضح لنا بأن المشرع له فلسفة من وضع هذا النص وكأنه يشير إلى الأجتهد بشكل أو بآخر لكي لا يضع القانون جامد لا نفع فيه في مواجهة الدعاوى⁽¹⁾.

كذلك تدعوا الحاجة إلى تأويل النصوص القانونية بما يتوافق مع متطلبات المجتمع وعرف الناس ذلك لأن القانون وضع لتنظيم حاجات المجتمع وبما يتناسب مع عرف وعادات الناس وبما أن هذه الأعراف هي نسبية وغير ثابتة فتتغير بمرور الزمان تدريجياً وبذلك لم تعد هذه النصوص صالحة بجميع الأزمنة مما تحتاج إلى تغيير معناها وفق العرف الجاري التعامل به والتي نصت عليه العديد من النصوص المدنية منها المادة الأولى التي بينت للمحكمة الرجوع للعرف عند عدم وجود النص، وكذا الحال عند وجود اتفاق أو عرف يمكن الرجوع له بالرغم من وجود النص إذا كان مفسر وهو ما جاء بالمادة (398) من القانون المدني⁽²⁾.

وتماشياً مع ما تم ذكره فإن التأويل هو وسيلة لتطبيق الأحكام العامة على المسائل المستجدة أو الحوادث المتغيرة، وهذه الأخيرة ينبغي أن تجد لها نصوص تشريعية لتتطبق عليها، الأمر الذي يقضي بالرجوع إلى الأحكام العامة وتفسيرها بشكل متطور لتواكب هذه المستجدات وهذا ما نصت عليه المادة الثالثة من قانون الأثبات على ان يراعي القاضي عند التفسير الحكمة من هذا التشريع.

المطلب الثاني

تمييز التأويل عما يشته به

لاشك أن اللغة العربية فيها مصطلحات قد تترادف في معناها الظاهر إلا أن لها معاني أخرى ذات مدلول مغاير، ومن هذا المعنى يجب علينا أن نميز بين التأويل وبين ما يشته به من معاني والتي قد تلتقي مع مصطلح التأويل في نقاط معينة، وتختلف عنه في نقاط أخرى، عليه سنبيين في هذا المطلب أهم أوجه الشبه والاختلاف بين التأويل وبين ما يشته به من معاني عن طريق تقسيمه على ثلاثة فروع، نبيين

1 - نصت المادة 30 من قانون المرافعات المدنية العراقي على " لا يجوز لاي محكمة ان تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقضه والا عد ممتنعا عن احقاق الحق..".

2 - نصت المادة 398 من القانون المدني العراقي على " نفقات الوفاء على المدين الا إذا وجد اتفاق أو عرف أو نص يقضي بغير ذلك".

في الفرع الأول تمييز التأويل عن التفسير، ونبين في الفرع الثاني، تمييز التأويل مخالفة القانون، وفي الثالث تمييزه عن الوصف القانوني وذلك وفقاً لما يأتي:

الفرع الأول

تمييز التأويل عن التفسير

لقد أهتم العلماء في الكلام عن التأويل والتفسير في أن واحد اهتماماً كبيراً، حيث يرى بعضهم بأن التفسير والتأويل يأتيان بمعنى واحد، في حين يرى آخرون أن هنالك فروقا بينهما، لذا سنبين أهم أوجه الشبه والاختلاف بين كل منهما وفقاً لما يأتي:-

أولاً - أوجه الشبه:

أن أوجه الشبه بين التفسير والتأويل يتفق مع ما جاء به الاتجاه الذي يرى بلا وجود اختلاف، حيث يرى المتقدمين من الأصوليين بأن كل من التأويل والتفسير ذات معنى واحد⁽¹⁾. وما هذان المصطلحان إلا الفاظ مترادفة هما ذات المعنى، والترادف هو ما كان معناه واحد أما أسماؤه كثيرة، وهو بخلاف المشترك، فالترادف هو " الأتحاد في المفهوم، أو توالي الألفاظ المفردة الدالة على شيء واحد باعتباره واحد"⁽²⁾.

فضلاً عن أن كل منهما يراد به إيضاح المعنى الغامض الموجود في النص فالتفسير هو الإيضاح والتبيين، والتأويل هو بيان المعنى وإيضاحه في كشف المراد من اللفظ.

وفي نفس الصدد فإن هناك ارتباط وثيق بينهما، إذ إن كلاهما نشاط ذهني وعملية أجهادية على ذات النزاع المعروض من خلال فهم وتوضيح النص المطبق على الواقعة، فضلاً عن ذلك فأنهما عمليتان مرتبطتان بغاية واحدة حيث أن المحكمة لا يتولد لديها اليقين القانوني والقضائي للواقعة قبل تمام عملية التفسير أو تأويل

1 - ابو العباس احمد بن احمد، ينظر، ابن منظور، لسان العرب، ج 1، دار صادر، 2003، ص 194.

2 - حاكم مالك العيبي، الترادف في اللغة، منشورات وزارة الثقافة والاعلام سلسلة دراسات، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1980، ص 32.

النص، فيفسر النص أولاً ثم تأويله ثانياً بحسب الظروف، لذا فاليقين القضائي هو عملية لاحقة للتفسير والتأويل (1).

ثانياً : نقاط الاختلاف

بعد بيان وجه الشبه بين التأويل والتفسير، فأنا سنمضي قدماً في عرض نقاط الاختلاف بينهما وذلك وفق ما تبناه الاتجاه الآخر الذي يرى بوجود ذلك الاختلاف من خلال ما يأتي:-

أ- من حيث المعنى:-

التأويل هو عدول عن المعنى الظاهر للنص القانوني إلى معنى غير ظاهر لدليل يقتضي ذلك، بينما التفسير هو أستجلاء المعنى الغامض الموجود في النص، وتوضيح المبهم من خلال الكشف عن نية المشرع وقت وضع النص، أو ربما النية المحتملة للمشرع وهذا باختلاف المدارس المتبعة، فالأولى تأخذ بحرفية النص وقت وضعه، والثانية مدرسة التطور التاريخي، التي تأخذ بالنية المحتملة والمفترضة مهما تغيرت وتطورت ظروف الحياة(2).

فالأصل ان يكون القاضي بتفسير النص على وفق المعنى الظاهر للألفاظ بما تحمله عبارة النص من معنى، وليس له التوسع في التفسير بما لا يحمله النص، بخلاف ذلك يجوز أستثناء تأويل النص بما يحمله من معنى آخر بدليل وذلك للضرورة، وتطبيقاً لما ذكر فقد جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية حيث أن من المقرر " إن الأصل ان يلتزم القاضي في تفسير النصوص التشريعية الأستثنائية عبارة النص، ولا يجاوزها فلا يجوز القياس لمد حكم النص إلى أمور سكت عنها أو يضيف إلى عبارته أمراً لم يرد فيه من شأنه أن يؤدي إلى التوسع في تطبيق النص"(3)، هذا القرار يؤكد بشكل واضح وصريح بالزام القاضي بالتفسير الظاهر بعبارة النص وهذا هو الأصل، ولا يجوز التوسع بما لا يحمله النص من عبارة تضيف إلى معناه.

1 - محمد بن علي بن احمد الشوكاني، ارشاد الفحول، ط 1، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، 1937، ص177.

2 - د. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، الاسكندرية، 1974، ص 409.

3 - قرار محكمة النقض المرقم 12552/ الدائرة المدنية في 2015/1/12، غير منشور.

ب- من حيث الدليل:-

إن التأويل هو ترجيح الظن، أما التفسير فهو قطع المراد، فيرى البعض بأن التفسير هو القطع على المعنى المراد به من اللفظ، والتأويل هو الترجيح بأحد المحتملات بغير القطع⁽¹⁾، وبذلك يتضح بأن التفسير لا يحتاج إلى دليل فهو قطعي، أما التأويل فهو ظني الدلالة يحتاج إلى دليل يبرجه.

ت- من حيث النطاق:- التفسير أعم من التأويل حيث يرى الأصفهاني بأن " التفسير أعم من التأويل ، وأكثر استعماله في الألفاظ ومفرداتها، وأكثر استعمال التأويل في المعاني والجمال"⁽²⁾ حيث أن التأويل هو صورة من صور التفسير، وهذا ما بيناه في تعريف التأويل .

بالإضافة إلى أن التفسير القانوني هو اوسع نطاقاً في الجانب العملي حيث يتناول كل ما هو لفظ غامض في النص ، وسد النقص فيه، والتوفيق بين اجزائه المتعارضة، فضلاً عن ان التفسير يكون في النصوص القطعية والنصوص ظنية الدلالة.

أما التأويل فهو أقل نطاقاً في الجانب العملي وأقل مساحة من التفسير، فينحصر في النصوص ظنية الدلالة والتي تحمل معناها إلى غيره.

ث- من حيث الآية:-

التفسير يتعلق بالكشف عن اللفظ المغلق أي بالسماع والرواية⁽³⁾، والتأويل متعلق بالاستنباط والدراية، فالتفسير كما يرى البعض: " ويعتبر بالتفسير الأتباع والسماع وإنما الاستنباط فيما يتعلق بالتأويل"⁽⁴⁾، وهذا لا يعني خروج التأويل عن الصحيح، وإنما صرف لفظ النص إلى معنى موافق لما قبله وما بعده بما يحتمله

1 - السيوطي، الاتقان، ج 2، وزارة الشؤون الإسلامية والاقواف، المملكة العربية السعودية، 2009، ص 167.
 2 - محمد فاروق النهان، المدخل إلى علوم القرآن الكريم، دار علم القرآن، ط1، حلب، 2005، ص 73.
 3 - المقصود بالسماع هو نقل الاحكام الشرعية من الشارع مباشرة دون وسيط بينهما، أما الدراية فهي نقل الاحكام الشرعية بما رواه عن اشخاص كما رواه التابعون، ويشترط في الراوي ان يكون مقبولاً، ثقةً، وثابت الاخذ عن شيخه صحيحاً متحقق من روايته. اشار اليه صالح بن عبدالله بن حمد العصيمي، الغاية من السماع والرواية، ط1، مكتبة النور، الرياض، 2011، ص6.
 4 - الزركشي، البرهان، ج 2، ط 1، دار احياء الكتب العربية، حلب، 1376 هـ، ص 150.

النص، غير مخالف للشرع والقانون، فالإجتهاد والأستنباط هي من مصادر الحكم الشرعي، فضلاً عن اقرار القانون لها في مواطن كثيرة كما بيناه انفاً.

فالتفسير يمكن أن يستخلصه القاضي من خلال البحث عن النية المشتركة للطرفين ، فضلاً عن قواعد العرف وهذا ما نصت عليه المادة (150) من القانون المدني العراقي، والرجوع إلى الأعمال التحضيرية للقانون المدني العراقي ومبادئ الشريعة الإسلامية، أما التأويل تتم إليه ذلك عن طريق الأستنباط الأحكام عن طريق القياس والترجيح والتقديم والتأخير والمجاز ...

ج- من حيث المصدر:-

مصدر التفسير قد يكون من المشرع، فيسمى تفسيراً تشريعياً، كما يكون من الفقه فيكون تفسيراً فقهياً، وقد يكون التفسير من القاضي، فيكون تفسيراً قضائياً، فالتفسير ثلاثة أنواع، أما تشريعي أو فقهي أو قضائي، أما التأويل فلا يكون من التشريع ولا يتصور ذلك لأنه المشرع غالباً ما يضع نص واضح الدلالة، في حين يمكن أن يضع هذا التأويل من المشرع على من يرى بأن التخصيص والتقييد تأويل، فالتأويل أما فقهي أو قضائي، والأخير هو الغالب في الواقع العملي⁽¹⁾.

ومن التطبيقات القضائية على التفسير التشريعي، قرار محكمة النقض المصرية حيث نص بشكل صريح على ذلك إذا " مؤدى نصوص المواد 4-4 مكرر من قانون الإصلاح الزراعي من التفسيرات التشريعية التي اصدرتها اللجنة العليا للإصلاح الزراعي وعلى قضاء هذه المحكمة ان يعول في اصدار قراره بالتصديق..."⁽²⁾، أما بالنسبة لتطبيقات التفسير القضائي فقد تم ذكره في مواطن أخرى لا حاجة لذكرها.

ج- من حيث الغاية:- إن مناط التفسير هو ازالة الغموض عن النص ، أما التأويل فأن باعته هو الحاجة أو المصلحة أو الضرورة التي تقتضي العدول من

1 - د. مصطفى الزلمي، اصول الفقه في نسيجه الجديد، مصدر سابق، ص 455.

2 - قرار محكمة النقض المرقم بالعدد 313/ الدائرة المدنية في 14/1/1974، منشور على تطبيق موسوعة التشريعات المصرية، بدون تاريخ.

المعنى الظاهر للنص إلى معناه غير الظاهر، والتي تقتضي ذلك لسد أو اكمال نقص في التشريع⁽¹⁾.

وهناك من يرى من الفقه الفرنسي بأن القاضي ملزم باستعمال منهجين عند تطبيق النص، الأول، هو تفسير النص وتوضيح معناه وما قصده المشرع في أثناء تشريعه وهذا هو التفسير، والثاني هو العنصر المتحرك للنص فالغاية يمكن أن تتحقق بوسائل مختلفة فلم يفكر بها المشرع وقت وضع النص، فالقاضي له الحق بتأويل النص وفق الحاجة الاجتماعية في عصره، فالنص قد يحمل معاني مختلفة طبقاً لوقت تطبيقه، حيث أن المجتهد والقاضي الجيد أن يجعل عند تطبيقه للنص يتناسب مع ظروف عصره⁽²⁾.

وفي هذا المقام نشير إلى قرار لمحكمة النقض يوضح ما تم ذكره حيث جاء فيه بأن: " إن العبرة في تفسير المحررات وتكييفها هي التعرف على حقيقة مرماها وما انتواه المتصرف وقصد اليه ، وإذا كانت عبارات المحرر واضحة وجب أن تكون تعبيراً صادقاً عن ارادته ولا يجوز الانحراف عنها عن طريق التأويل ، فالمقصود بعبارات المحرر ما تفيد هذه العبارات بمجموعها لا بخصوص كلمة بعينها أو عبارة بذاتها بل ينظر إلى ما تضمنه المحرر كله كوحدة متكاملة"⁽³⁾،

لذلك فالعبرة من تفسير النص هو معرفة غاية المشرع والعبرة من تفسير المحرر هو معرفة غاية واضع المحرر، والعبارة إذا كانت غامضة فيفسرها القاضي وفقاً لما تعبر عنه عبارات النص كوحدة متكاملة وليست بشكل مجزأ، بلا تأويل يخالف معناه الذي قصده.

خ- من حيث الأزام:-

يلزم القاضي بالتفسير عند وجود نص غامض في المسائل المدنية ولا يجوز أهماله و إلا عد منكرًا للعدالة، بخلاف التأويل الذي يكون للقاضي السلطة التقديرية في اخضاع النص لما يحتمله وذلك عن طريق الإجتهد القضائي.

1 - د.حسون عبيد هجيج، منظر فيصل كاظم، تأويل النصوص الجزائية، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الرابع، السنة التاسعة، سنة 2017، ص 65.

2 - كاربونييه، شرح القانون المدني، ج1، باريس، 1955، ص 126، اشار اليه د. حسن الخطيب، مقالة في المسائل المتعلقة بالتفسير القضائي، مجلة القضاء، سنة 36، 1981، ص 244.

3 - قرار محكمة النقض المصرية المرقم بالعدد 3314/الدائرة المدنية في 2015/5/1، منشور على تطبيق موسوعة التشريعات المصرية، بدون تاريخ.

وأستناداً لما تقدم فإن القاضي ملزم بتفسير القانون وذلك على وفق ما نصت عليها المادة الأولى من القانون المدني فتسري هذه النصوص على جمع المسائل سواء بلفظها أو بفحواها، وبحال عدم وجود النص يحكم القاضي بمقتضى العرف ومبادئ الشريعة الإسلامية ومن ثم قواعد العدالة، فالقاضي هنا ملزم بتفسير القانون وفق تلك المبادئ، أما التأويل فيمقتضى مبادئ العدالة التي أشار إليها المشرع وأراد بها الإجتهد لتحقيق العدالة والتي تستنتج من مفهوم المخالفة للمادة الثانية من القانون (لا مساغ للاجتهد في مورد النص) يلجأ القاضي عن طريق تأويل النص لما يحتمل معناه والمستخلص في ضوء دلالاته المختلفة، لذا لا مساغ للتأويل والإجتهد إلا في المسائل ظنية الدلالة والتي تحمل الدليل⁽¹⁾.

فالقاضي ملزم بتفسير النصوص للتعرف على مقصدها فلمحكمة الموضوع السلطة في تفسير العقود وشروطها ولا رقابة لمحكمة النقض عليها إذا كان تفسيرها مما تحمله عباراتها ولا يخرج عن المعنى الظاهر لها، وان المحكمة لا تنقيد بعبارة معينة وإنما بما تفيده من جملتها وهذا ما اقره القضاء⁽²⁾

وفي ختام هذا الفرع يحسن بنا ان نشير إلى أن مصطلح التأويل قد تطور بشكل كبير عبر مختلف الحقب الزمنية عند الفقهاء فبعد ان كان ذو مدلول عام يعطي معنى واحد إلا وهو التفسير، اصبح الآن أكثر تخصصاً وذلك بحسب الأستعمال وفقاً لتعارف العلماء عليه وفق البيئة والعصر، فضلا عن الأستعمالات المختلفة وذلك من عموم وخصوص وترجيح واشتراك وغيره.

الفرع الثاني

تمييز التأويل عن مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه

إن مفهوم القانون قد تم تحديده وفق ما جاء بالقانون المدني العراقي والتي تقضي بأنها مجموعة القواعد والأحكام التي تضعها السلطة والتي تكون ملزمة على

1 - القاضي ضياء شيت خطاب، فن القضاء، المنظمة العربية للتربية، معهد البحوث والدراسات العربية، بغداد، 1984، ص 65.

2 - قرار محكمة النقض المصرية/ الدائرة المدنية المرقم 13544 في 2013/12/26، منشور على تطبيق موسوعة التشريعات المصرية، بدون تاريخ.

الأفراد والجماعات بشكل مجرد وأعم، أما مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه فسببونه من خلال معرفة أوجه الشبه والاختلاف بينه وبين التأويل وفقاً للآتي:-

أولاً :- أوجه الشبه

1- يقصد بمخالفة القانون هو " انكار وجود قاعدة قانونية موجودة بالاصل، أو التأكد من وجود قاعدة قانونية غير موجودة" أما الخطأ في تطبيق القانون هو " تطبيق قاعدة قانونية على واقعة لا تنطبق عليها أو تطبيقها على نحو ما يرتب على نحو يؤدي إلى نتائج قانونية مخالفة لتلك التي يريدتها القانون أو يرفض تطبيقها على واقعة تنطبق عليها"⁽¹⁾ كلاهما الخطأ في القانون، ومخالفة القانون والعيب في تأويله حسب ما جاء ببعض التفسيرات يقصد منها جميعاً بأنها الخطأ بتنفيذ القانون، وأن المشرع ذكرها على أساس جملة واحدة بهدف توسع المحكمة في بسط رقابتها على مراقبة القانون، وبحسب هذا الإتجاه فأنها جميعاً ذات جملة واحدة لا يوجد فيها اختلاف وان هذه الصور الثلاثة في الحقيقة ما هي إلا تعداد لمفردات مترادفة في القانون⁽²⁾.

2- كما ان كل من هذه المفردات الثلاثة تتشابه بأن يجوز الطعن بها عن طريق التمييز استناداً إلى نص المادة 203 من قانون المرافعات العراقي، والمادة 248 من قانون المرافعات المصري.

ثانياً:- نقاط الاختلاف

يختلف التأويل عن مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه بعدة نقاط سنبينها تباعاً وفق لما يأتي:-

1- من حيث المعنى:-

إن كل واحدة من هذه المصطلحات لها معنى مختلف عن الآخر، فمخالفة القانون هو ترك المحكمة العمل بنص القانون، لا خلاف بوجود الأخذ به ولا يحتمل التأويل، حيث أن المحكمة تحكم باجتهادها بالرغم من وجود نص قانوني ينطبق على التصرف أو الواقعة المعروضة، مثال لذلك حكم القاضي بتجزئة الأقرار مع أن

1 - اشار اليه احمد ابو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2007، ص1053.

2 - د. اسامة روبي عبدالعزيز، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، ج2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص257

القانون لا يقبل تجزئة الأقرار وهذا ما نصت عليه المادة (69) من قانون الأثبات إلا إذا نصت على وقائع متعددة لا ترتبط واحدة بالأخرى، وبهذا المعنى فمخالفة القانون هو ترك الحكم بنص القانون بالرغم من وجوده.

فمخالفة القانون تكون عند أغفال القاضي في نص قانوني واجب التطبيق، أو عندما يضع نص قانوني ملغي في حكمه، أو من خلال تطبيق نص قانوني قديم بالرغم من صدور نص قانوني حديث يلغي النص السابق⁽¹⁾.

أما الخطأ في تطبيق القانون فهي بمعنى أن المحكمة تطبق القاعدة القانونية على واقعة لا تنطبق عليها، أو أنها عند تطبيق القاعدة القانونية تؤدي إلى نتائج تخالف تلك التي وضعها المشرع، حيث أن المشرع يحدد نطاقاً معيناً لسريان النص القانوني، فتجاوزه المحكمة عند تطبيق هذا النص، فيؤدي ذلك إلى أساءة في فهم النصوص القانونية بشكل صحيح على الواقعة المعروضة من قبل المحكمة، ومثال ذلك كما لو طبقت المحكمة أحكام قانون الأيجار على الدائنين⁽²⁾.

فالمحكمة ينبغي لها عند تطبيق القانون على الواقعة واصدار الحكم ان تسبب الحكم المقضي به، و إلا أعتبر القرار غير صحيح لمخالفته ركن من اركان القرار ألا وهو ركن السبب، وهذا التسبب هو الذي يحدد مدى انطباق النص القانوني على الواقعة المعروضة أمام المحكمة، فالخطأ في تكييف القانون هو عدم انطباق شقي التكييف القانوني، ألا وهما وقائع الدعوى ومعطياتها التي استنتجتها محكمة الموضوع عند وضع القاعدة القانونية المناسبة لها.

أما العيب في تأويل القانون فهو معناه اعطاء النص القانوني عنده تطبيقه معنى غير معناه الحقيقي، وهذا العيب يكون اثناء قيام القاضي بتكييف القاعدة القانونية المنطبقة على هذه الواقعة فيؤدي إلى حمل النص معنى لا يتحمله، فيقع القاضي في هذا الخطأ ويؤدي إلى نتائج غير صحيحة للمشرع وعدم التطابق بين النص والواقعة، كما أن العيب في التأويل هو ليس التأويل بذاته فالتأويل كما ذكرنا هو

1 - د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية- دراسة مقارنة ومعززة، ط1، مكتبة السنهوري، بغداد، 2016، ص428.

2 - د. احمد ابو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2007، ص1053.

ترجيح أحد المعاني الذي يحتمله النص، أما العيب في التأويل هو عدم اعطاء النص القانوني المعنى الذي يحتمله فيكون هذا التكييف تكييفاً معيباً للقانون⁽¹⁾.

2- من حيث الحكم:-

في مخالفة القانون عند اصدار القاضي قرار يخالف نص في القانون أو يخالف قاعدة قانونية فإن حكمه يكون مخالف للقانون ويوجب نقضه، ولا يكتفي بذلك وإنما يوجب القانون على القاضي تسبيب حكمه لمعرفة العلاقة السببية بين الحكم والواقعة، ذلك لمعرفة الأسباب التي أستند عليها القاضي عند إصداره القرار، فإذا كان للمحكمة أن تبين هذه الأسباب وتصححها دون المساس بأصل الحكم فتكتفي بذلك شرط أن تكون تلك الأسباب الصحيحة موافقة لنتائج الواقعة ومنطبقة عليها، وإلا يوجب نقض الحكم جميعاً⁽²⁾.

وانطباقاً لما تقدم قرار لمحكمة استئناف ميسان الذي جاء فيه " إن سير محكمة الموضوع وفق التكييف القانوني الذي وضعه الخصم لا يعد مخالفاً للقانون، إذ أن المحكمة غير ملزمة به، لأن التكييف القانوني هو من اختصاص المحكمة وحسب سلطاتها في توجيه الدعوى وما يتعلق به من أدلة، أما في حال رد الدعوى من هذه الجهة فهو يعد مخالفاً للقانون"⁽³⁾، يفهم من ذلك ان المحكمة هي التي تكيف الواقعة القانونية وليس الخصم وان رد الدعوى بكون تكييف الخصم للواقعة القانونية الذي لا ينطبق عليها ذلك التكييف هو مخالف للقانون لأنه المحكمة هي التي تكيف الدعوى وليس الخصم.

أما الخطأ في تطبيق القانون فمن حيث الحكم فإنها تخضع لرقابة محكمة التمييز (الطعن) من حيث تقديره للوقائع التي استند اليها في التكييف، فحكم المحكمة الخاطئ يمكن ان يمتد إلى منطوق الحكم فيبطله، أو أن الخطأ لا يمتد إلى ابطال الحكم فيصحح ولا يعد خطأ في تطبيق القانون، وتطبيقاً لذلك قرار محكمة استئناف بغداد

1 - د. نبيل اسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالنقض، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2010 ص 189.
2 - محمد مبروك مصطفى، النطاق الموضوعي لخصومة الطعن بالنقض - دراسة تحليلية مقارنة بقانون المرافعات المصري والفرنسي، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة الزقازيق، 2015، ص 129.
3 - قرار محكمة استئناف ميسان بصفتها التمييزية المرقم 32/ب/ت/ 2018 في 2028/6/24، اشار اليه حسين علاء قدوري، الصفة التمييزية لدى محاكم الاستئناف في القانون العراقي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2021 ص 53.

بأن " أبطال المحكمة عريضة الدعوى استناداً لأحكام المادة 50 من قانون المرافعات الخاصة بوجود نقص أو جهل باسم المدعى عليه ، في حين ثبت أن اسم المدعى عليه صحيح ولا يوجد جهل في العنوان إلا أن المدعى عليه مرتحل وبهذا لا يوجد حضور للمادة 50 من قانون المرافعات لذا فإن ذلك خطأ في تطبيق القانون يوجب نقضه"⁽¹⁾.

أما العيب في التأويل فهو عملية تقوم على أساس سوء فهم الواقع ، وأن التأويل هو عملية اجتهادية يقوم بها القاضي وله السلطة التقديرية في الدعوى المنظورة أمامه في وضع التكييف القانوني لها ولا تخضع للرقابة، إلا أن العيب في التأويل وبحسب نص المادة (213) من قانون المرافعات فإنها تخضع للطعن تمييزاً إذا كان الحكم فيه عيب في التأويل إذا كانت التفسيرات مغايرة لما كانت تقدره المحكمة.

وأيضاً ما جاء بقرار محكمة النقص والذي يؤكد بأن " لقاضي الموضوع السلطة التامة في تقدير العقود والشروط المختلف عليها للتعرف على مقصود المتعاقدين، غير أن ذلك مشروط إلا يخرج في تقديره عما تحمله عبارات تلك العقود أو يجاوز المعنى الظاهر لها ، وأنه إذا اراد القاضي حمل عبارات المتعاقدين على معنى مغاير لظاهرها أن يبين الأسباب المقبولة والتي تبرر العدول عن هذا المعنى الظاهر إلى خلافه، وإلا فهو عيب في تأويل القانون"⁽²⁾

3- من حيث الطعن:- يختلف كل من مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه عن العيب في تأويله القانون بأن الأخير لا يمكن الطعن به عن طريق تصحيح القرار التمييزي عكس مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه وهذا ما نصت عليه المادة 219 استناداً إلى نص المادة 214 من القانون نفسه⁽³⁾.

1 - قرار محكمة استئناف بغداد / الرصافة بصفتها التمييزية، المرقم 464 في 2018/7/3، حسين علاء قدوري، المصدر السابق ، ص 54.

2 - قرار محكمة النقض المصرية المرقم 12199/ الدائرة المدنية/ 2018 في 2018/2/18، المنشور في حسين علاء قدوري، المصدر السابق، ص 57.

3 - نصت المادة (214) من قانون المرافعات العراقي على " إذا رأت محكمة التمييز نقض الحكم المميز لمخالفته للقانون أو للخطأ في تطبيقه وكان الموضوع صالحاً للفصل فيه وجب عليها ان تفصل فيه، ولها في هذه الحالة دعوة الطرفين وسماع اقوالهما ان وجدت ضرورة لذلك ، ويكون قرارها قابلاً للطعن فيه بطريق تصحيح القرار في مدته القانونية لدى الهيئة العامة".

الفرع الثالث

تمييز التأويل عن الوصف القانوني

قد يندرج الخطأ في الوصف القانوني ضمن الخطأ في تطبيق القانون ، إلا أن معنى الوصف القانوني له مدلول آخر قد يقترب أو يبتعد عن التأويل من خلال أوجه عدة ، عليه سنحاول بيان ذلك عن طريق معرفة أوجه الشبه والاختلاف بين التأويل والوصف القانوني وفقا لما يأتي:-

أولاً- أوجه الشبه

يعرف الوصف القانوني هو تحديد النص الصحيح الذي ينطبق على الواقعة المعروضة، ولا يقوم بتحديد الإلا من قبل المشرع، أما بالنسبة للتكييف فهو عمل القاضي والذي يكيف الواقعة المعروضة أمامه على النص ، وذلك بألحاق واقعة بمبدأ قانوني⁽¹⁾ يشتهبه الوصف القانوني مع التأويل من حيث كلاهما عملية تكييف للقاضي من خلال فهم الواقع لوضع النص والتكييف القانوني المناسب للواقعة والذي يكون أكثر انطباقا عليها، وذلك من خلال التفسير الصحيح للقاعدة القانونية وبفهم ارادة المشرع عن طريق استخلاص الواقع فينتج عن الفهم الصحيح تكييفاً صحيح وموافق للقانون.

ثانياً - أوجه الاختلاف- وهي كما يأتي:

1- من حيث المعنى:-

ان الوصف القانوني هو ترجمة العناصر الواقعية إلى مفاهيم قانونية، ومن ثم أن يحل النزاع استناداً إلى قاعدة قانونية معينة، وأن هذه العناصر موضوع القضية تندرج ضمن فرضيات القاعدة القانونية المراد وضع النص القانوني عليها⁽²⁾.

أما التأويل فهو كما أوضحناه حمل اللفظ من المعنى الراجح إلى معنى مرجوح وذلك بوجود دليل يعضده يقتضي ذلك الترجيح.

2- من حيث النطاق:- ان التأويل هو أوسع نطاق من الوصف القانوني، فتكييف

القاضي لأي واقعة قانونية أو تصرف يعني إعطاء الوصف القانوني لذلك التصرف

1 - قرار محكمة النقض المصرية المرقم بالعدد 9405/ الدائرة المدنية/ 2013 في 2013 /3/27، غير منشور.

2 - د. حلمي الحجار، المنهجية في القانون من النظرية إلى التطبيق، ط2، بيروت، 1997، ص 47.

أو تلك الواقعة ، والذي ينبغي أن تتوافر فيه الشروط والضوابط التي تنطبق على ذلك الوصف القانوني حتى يتم تطبيقه على الواقعة، فتفكير القاضي يجب أن يكون واضحاً وحاسماً، فيقرأ ثم يفهم فيحكم استناداً إلى ذلك الفهم⁽¹⁾. وبحال عدم وجود نص قانوني ينطبق على الواقعة أو التصرف فيؤول القاضي النص وفقاً لما يحمله من معنى لينطبق على تلك الواقعة أو ذلك التصرف وإلا عد منكراً للعدالة، وهذا هو الفرق الواضح بين التأويل والوصف فالقاضي يمكن أن يؤول النص بالرغم من وجود نص يحكمه إلى آخر، وممكن أن يؤوله بحال عدم وجود النص القانوني.

3- من حيث الحكم:-

إن الخطأ في الوصف القانوني يمكن أن يؤدي إلى رد الدعوى، كما يمكن أن يؤدي إلى قبول الدعوى بحال تغيير الوصف القانوني في الدعوى والذي يتمثل حلاً قانونياً ، وبخلاف ذلك أي أن المحكمة بحال وجود خطأ في الوصف القانوني ولا تقوم بتصحيحه ولم تطبق الحل لفض النزاع فيكون هنا سبب لمخالفة القانون ورد الدعوى من خلال الطعن فيها، ويكون هذا القرار قابلاً للنقض كون محكمة النقض لها الرقابة على الوصف القانوني، لأن الأخير من مسائل القانون استناداً لأحكام المادة (370) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصرية وقضاء المحاكم الفرنسية⁽²⁾.

أما التأويل فلا رقابة وإنما مسألة تتعلق بالسلطة التقديرية للقاضي، كونها تتعلق بظروف كل واقعة وبيان النص الذي يكون أكثر ملائمة بإقامة الدليل على ذلك بحال انطباق أكثر من نص.

وتطبيقاً لذلك قرار محكمة التمييز الأتحدادية حيث أذعى وكيل المدعى لدى محكمة بداءة كوئى أنه بتاريخ 2021/10/12 قام باستتجار علوة الخضار من المدعى عليه وتم تسليمه الأرض المستأجرة وبتاريخ 2022/3/15 قام بوضع انقاض بناء ضمن مساحة الأرض المستأجرة مما أدى إلى فوات منفعتها، ومن ثم المطالبة

1 - ضياء شيت خطاب، التفكير القضائي، بحث منشور في مجلة القضاء، بالاعداد (الاول - الرابع) مجلة تصدرها نقابة المحامين العراقيين، بغداد، سنة 36، عام 1981، ص 21.

2 - د. حسن منديل عبدالله، الطعن بطريق تصحيح القرار التمييزي، مصدر سابق، ص 131.

بالتعويض عما فاتته من منفعة، وصدّرت محكمة الموضوع حكماً يقضي ببرد دعوى المدعي استناداً لأحكام المادة (753-754) من القانون المدني وذكر بأن المؤجر لا يضمن التعرض المادي الصادر من الغير وإنما يضمن فقط التعرض القانوني، وإذا رجعنا إلى هذه المواد المستند عليها نجد أن المؤجر يضمن التعرض المادي والقانوني الصادر من الغير ويقع باطل كل اتفاق خلاف ذلك وفق ما جاء بنص المادة (759) من القانون المدني، يتضح من ذلك أن المحكمة أولت هذه المادة تأويلاً معيباً، وأسندت تلك الواقعة إلى وصف قانوني غير سليم حيث أن المحكمة أسندت في الحكم على أحكام الضمان في عقد البيع وليس على أحكام عقد الأيجار، حيث يلتزم البائع في عقد البيع بالضمان القانوني فقط ولا يلتزم بالتعرض المادي الصادر من الغير، في حين أن محكمة التمييز قد ايدت الحكم البدائي من حيث النتيجة وسببت بأنه لا يمكن المطالبة بالتعويض إلا بعد فسخ العقد⁽¹⁾.

يتضح من هذا القرار فيه وجهان:

الأول: إذا كان الحكم قد استند على تأويل النص المتعلق بعقد الأيجار بالقياس على عقد البيع في أحكام الضمان فهذا تأويلاً معيباً، لأنه نصوص عقد الأيجار كانت قطعية ومنعت كل اتفاق على خلاف ذلك فلا يمكن تأويلها، **والثاني:** وإذا كانت المحكمة قد كيفت الواقعة القانونية على هذا الوصف فهذا أيضاً وصف غير صحيح لاختلاف الواقعة عن النص القانوني المناسب لها، مما يعني أن المحكمة قد اخطأت في توصيف الواقعة القانونية، وأخيراً فأن محكمة التمييز لم تشر في تسببها إلى أي من هذه الوجوه وإنما ذكرت سبب آخر وهو اشتراط الفسخ عند المطالبة بالتعويض، بالرغم من أن اتجاه من الفقه والقضاء وخاصة قضاء إقليم كردستان يرى بعدم وجود تلازم بين الفسخ والتعويض، فيمكن طلب التعويض دون الفسخ، كما أن المادة 177 من القانون المدني أعطت صلاحية للقاضي في الفسخ مع التعويض أن كان له مقتضى وبالتالي فسخ العقد هي سلطة تقديرية للقاضي عند المطالبة بالتعويض فيجوز لها رفض الفسخ إذا كان مالم يوف قليل الأهمية بالنسبة إلى الألتزام جملته.

1 - قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم 6043/الهيئة الاستئنافية عقار/2022 في 2023/3/8، غير منشور.

الفصل الثاني

حدود التأويل في النصوص



الفصل الثاني

حدود التأويل في النصوص

يُعد التأويل أحد الحلول القانونية التي يلجأ إليها القضاء والفقهاء لتلافي القصور التشريعي، فله الدور الفاعل في أعانة القاضي لأيجاد الحلول القانونية، عند خلو مصادر القانون الأخرى، والأمر ذاته ينطبق على الأحكام الشرعية، خاصة أن الحياة متجددة ومتغيرة، فيحتاج النص إلى تقبل هذا التغيير

ومن البديهي أن من يتعامل مع النصوص الشرعية والقانونية ليس بأستطاعته أن يستكشف هذه القواعد، ما لم يكن متمكناً وملماً بالقواعد الألية التي تعصم ذهن الإنسان عن الخطأ، وهي (أصول الفقه ، والمنطق ، والفلسفة، واللغة) فالمعرفة بقواعد أصول الفقه والتمكن من المبادئ والنصوص القانونية، سيطبق بذلك القانون تطبيقاً سليماً.

ولغرض معرفة الحلول التي يلجأ إليها في عملية التأويل ، فأنا أمام مجالين؛ الأول: هو مجال الثبات والأستقرار القانوني والشرعي والحفاظ على النص، والثاني: فيندفع بقوة نحو التغيير وضغط المؤثرات الإجتماعية والأقتصادية فضلاً عن السياسة المتجددة بإستمرار والتي تؤثر على القاضي والذي لا سبيل له إلا باحتواء النص بأي شكل من الأشكال تحقيقاً للعدالة، ذلك من غير الأخلال بمبدأ الثبات وتحقيقاً للتوازن، وهذا الأمر يقودنا لمعرفة مدى الحدود التي يتمتع بها القاضي والمجتهد في التأويل ، ولغرض الغوص في هذا البحث فينبغي تقسيم الفصل على مبحثين، المبحث الأول نوضح فيه آلية تأويل النصوص، الثاني نبين فيه نطاق التأويل .

المبحث الأول

النية تأويل النصوص

من الثابت أن معاني الألفاظ ليست متساوية ومنضبطة في شموليتها وأهميتها، حيث أن من الألفاظ ما لا يمكن حصر أفرادها، ومنها ما وضع لأكثر من مسمى، إلا أن الأصوليين أستطاعوا أستكشاف مجموعة الضوابط والأدلالات للتمييز بين اللفظ الموضوع لمعنى محدد، واخر غير محدد من خلال أدلة الأستنباط، فأبدعوا في تحديد القواعد والضوابط اللغوية والأصولية لدلالات النصوص لبيان معانيها، بحيث إذا اشكل الأمر على القاضي وأرتفع النص الشرعي، توسل بتلك القواعد وأحتج بها لتحديد المعنى المقصود، ولم يهمل الفقهاء الغاية الأساسية من النص ومعرفة مقاصده.

ولغرض الأحاطة بهذا البحث ، وأنجلاء الغبار عن مفرداته، لذا ينبغي علينا معرفة أهم الأليات المتبعة من قبل القضاء لبيان المؤول من الظاهر، ذلك عن طريق عدة وسائل سنوضحها في هذا المبحث عن طريق تقسيمه على مطلبين؛ الأول: نبين فيه القواعد المتبعة في تأويل النصوص، والثاني: الخاص ضوابط التأويل ، وذلك وفقاً لما يأتي:-

المطلب الأول

القواعد الفقهية لتأويل النصوص المدنية

مما لا شك فيه بأن القاضي لا يحكم بعلمه الشخصي وإنما يرجع إلى النصوص القانونية فيحكم طبقاً لها، هذا الأمر فيما يتعلق بالأحكام واضحة الدلالة والمعنى، أما إذا كانت النصوص غير واضحة الدلالة وتحتمل أكثر من معنى، فإن تطبيق القانون ينقصه الدقة والذي ينبغي أن يكون تطبيقاً سليماً مسبباً، وإلا عد الحكم باطلاً لتخلف ركن من أركان القرار وهو ركن السبب والذي بغيره يعدم القرار، ذلك لكي يتسنى للخصوم معرفة السبب الذي بنى عليه القاضي للحكم بحيث يكون واضح لهم، وهذا السبب يجب أن يكون منطقياً ومعقولاً، ففي مثل ذلك يضطر القاضي لتفكيك النص أن يرجع إلى القواعد الفقهية العامة لتعزيز الدليل وتعضيد السبب، عليه فهناك مجموعة قواعد يلجأ إليها قاضي الموضوع في عملية تأويل النص الذي يحمل أكثر من معنى، وتماشياً مع ما ذكر ينبغي علينا تقسيم هذا المطلب على فرعين، نبين في الفرع الأول قواعد الجمع، في حين نوضح في الفرع الثاني قواعد الترجيح وذلك وفقاً لما يأتي:-

الفرع الأول

قواعد الجمع

ويقصد بقواعد الجمع بأنها ذكر أكثر من معنى واحد في النص تحت حكم واحد وعدم انكار أحدهما، وهذا يساعد على عدم إهدار الحقوق المطالب بها لكلا الطرفين وللتوضيح بشكل أوسع فإننا سنبين هذه القواعد وفقاً لما يأتي:-

أولاً:- قاعدة أعمال الكلام أولى من إهماله

يستعين القاضي عند تأويله للفظ وتحديد المعنى المراد منه بهذه القاعدة تعني أعمال ما يمكن حمله على معنى أولى من إهماله، ذلك أن المهمل لغو، فيجب حمله على أقرب وجه، فإذا كان للنص معنى ظاهر ومعنى آخر خفي فلا يعمل بالمعنى

الحقيقي الذي يكون أقرب إلى وجه الواقع المراد به فيهمل وهذا خلاف القاعدة، والتي ينبغي جمع معناها الظاهر والخفي وحمله على أحدهما ما يمكن حمله⁽¹⁾.

وأستناداً لذلك إذا كان الكلام ذات لفظ واحد لكن معاد بنفس الصيغة بوقت آخر فهنا يحمل معنى التأكيد ويحمل معنى آخر وهو التأسيس فيجمع بين المعنيين كما لو أقر شخص لأخر بأنه مدين له بمبلغ قدره مليون دينار من دون ذكر سبب الدين، فأعطى للدائن سنداً بذلك، ثم بعد مدة أقر بأنه مدين لذات الشخص نفس مقدار ذلك المبلغ، وأعطاه سنداً بذلك، وأيضاً لم يبين سبب الدين، فوفقاً لهذه القاعدة فإن الكلام الثاني لا يهمل، وإنما يعمل به على التأسيس بإقراره بدين جديد ولا يحمل على التأكيد بعد جمع اللفظين معاً⁽²⁾.

فالألفاظ لا تقصد لذاتها، وإنما يستدل بها على مراد المتكلم، فإذا ظهر مراده بأي شكل من الأشكال عمل بمقتضاها، وإذا لم تحمل على مقاصده فيهمل، لنهي الشارع عن اللغو بالكلام، فلو وقف احدهم داره لأحد أولاده، فيأخذ أولاده الصلبية إذا كانوا موجودين فهذا هو الأصل، أما إذا لم يكن له أولاد فيحمل على أولادهم، فالأصل في الكلام يأخذ على معناه الحقيقي، وإلا فيحمل على معناه المجازي صوناً للفظ من سقوطه، وإذا اجتمع اولاده مع احفاده، فيجمع بينهما ولا يهمل إلا بعد حمل اللفظ على معناه الحقيقي، فإذا اطلق العبارة فيحمل على أولاه الصليبيين، وإذا كانت العبارة فيها قرائن على غير ذلك فيحمل على احفاده⁽³⁾.

ويتفرع من القاعدة أعلاه قاعدة فقهية أخرى وهي (ذكر ما لا يتجزأ كذكره كله) فهذه القاعدة تشير إلى أن الأشياء التي لا يمكن تجزئتها، فإذا ذكر بعضها فكأنما ذكر الكل، فالأحكام المترتبة على الجزء هي ذات الأحكام المترتبة على الكل، وهذه تكون في الأمور التي لا تقبل التبويض، فإذا أقر بجزء ولم يقرب الآخر فلا يحمل على المعنى الثاني، وإنما يحمل على الإقرار بالكل، لان أعمال الكلام أولى من إهماله.

1 - د. محمد مصطفى الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ج1، دار الفكر، دمشق، 2007، ص 365.

2 - د. عبدالكريم زيدان، مصدر سابق، ص 20.

3 - أحمد بن محمد الزرقاء، شرح القواعد الفقهية، ط2، دار القلم، دمشق، 1989، ص 315.

فالكلام هذا يحمل على معنيين الأول هو الأقرار بالجزء، والثاني هو عدم الأقرار بالجزء الآخر أو إهماله، فالأصل في الكلام أنه قاصداً معناه ويحمله على حقيقته، فيحمل على الجزء غير قابل للتجزئة الذي أراده معناه على الجزء كله، وهذا من أساليب اللغة العربية، وتطبيقاً لذلك ما جاء بالمادة (1041) من مجلة الأحكام العدلية والتي جاء فيها أن الشفعة لا تقبل التجزئة، وبذلك ليس للشفيع أن يأخذ نصف العقار المشفوع ويترك باقيه، فأن الشفيع إذا طلب بعض العقار بالشفعة، وترك باقي العقار، فإنه يسقط بالكلية، حيث إن حق الشفعة لا تتجزأ، وحيث أن المشتري لا يملك البعض لأنه تفريق للصفقة فيسقط كله، أن هذه المادة وإن تحمل معنيين، إلا أننا لا يمكن تأويلها إلى معنى آخر، ذلك لأنه فيها نص أمر قطعي لا يمكن تفسيره أو تأويله⁽¹⁾.

أما قاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله في القانون المدني تعني بأنها إذا كان للكلام أكثر من معنى فيأخذ بكلا المعنيين ويستدل بالمراد بالمعنى الحقيقي الذي يكون أكثر أثراً، وإلا يهمل إذا لم يترتب أي أثر قانوني أو كان ذات نتيجة واحدة، أو كان مخالف للنظام العام والأداب، أو إذا لم يحمل على أي معنى حقيقي فيتم إهماله، وذلك استكمالاً للقاعدة إذا تعذر إعمال الكلام فيهمل.

ففي القانون المدني العراقي نصت عليها المادة (158) والتي هي مأخوذة من نص المادة (60) من مجلة الأحكام العدلية والتي هي مستوحاة من الفقه الحنفي والتي تعد مصدراً لأحكام القانون المدني العراقي، فأعمال الكلام يعني إعطاءه حكماً، أما إهماله فيعني عدم ترتيب أثر عليه، ومعنى ذلك إن اللفظ الصادر في مقام التشريع أو التصرف، إذا أمكن حمله على أحد المعاني الممكنة لا يترتب عليه حكم، في حين حمله على معنى آخر يترتب حكم عليه، فالواجب حمله على المعنى المفيد، والإهمال يكون عندما يتعذر العقل عن قبوله كما لو أقر شخص بببوة من هو أكبر منه سناً فيهمل لعدم إمكانية قبوله منطقاً وقانوناً⁽²⁾.

1 - سليم رستم باز، شرح مجلة الأحكام العدلية، دار الكتب العلمية، ط1، 1988، ص 44
2 - فوزي كاظم المياحي، القانون المدني العراقي فقهاً وقضاً، نظرية العقد، ج2، مكتبة الصباح، بغداد، 2018، ص 395.

أما في القانون المدني المصري فلم نجد نص يوافق هذا المعنى والسبب في ذلك واضح من خلال فلسفة المشرع المصري بعدم الأخذ بما جاء به أصول الفقه الإسلامي والمثبت ذلك في الأسباب الموجبة للقانون المدني العراقي والتي اوضح فيها بانقسام القوانين العربية إلى اتجاهين: الأتجاه الأول، هو بلاد المجلة والتي لا تزال تعتمد عليها بشكل رئيسي ومنها العراق، و الآخر اعتمد على التقنين المدني الحديث ولاسيما مصر وسوريا فأخذت احكامها من الفقه الغربي والتقنين الفرنسي وترك ماضيه وتراثه وثرورة الفقه الإسلامي، أما بالنسبة للقانون المدني العراقي فجعل مزجاً بين اصالة الفقه الإسلامي وتطور الحياة فيتسع لمواجهة الحضارة الحديثة(1).

أما بخصوص موقف القضاء من هذه القاعدة فقد قضت محكمة التمييز قرارها الذي يقضي بأن "تبين أن وكيل المدعى عليه أقر في جلسة المرافعة بأن موكله أستلم المبلغ المدعى به من المدعى بمساعدة الشخص الثالث، لذا يعتبر المدعى عليه هو الخصم الحقيقي في الدعوى، وأن إقرار المدعى عليه بأستلام المبلغ حسب ادعائه كان لقاء أجور عمله كسائق على السيارة لمدة عشرين سنة، وأن الإقرار ذو شقين لا يرتبط أحدهما ب الآخر ويجوز تجزئته وبما أن أعمال الكلام أولى من إهماله طبقاً لنص المادة 158 من القانون المدني، لذا كان من المتعين تكليف المدعى عليه بإثبات دفعه، وعند عجزه عن الأثبات منحه توجيه اليمين الحاسمة بالصيغة التي تتناسب مع واقعة الدعوى"(2). وهذا القرار واضح بأنه الأصل لا يجوز تجزئة الإقرار، إلا أن هذا الإقرار ذو شقين فلا يرتبط أحدهما بالآخر ، لذا فإن الأصل أعمال الكلام أولى من إهماله فيكون المدعى عليه خصم في الدعوى فيفترض تكيف المدعى عليه بأثبات دفعه.

ثانياً - قاعدة أعمال الدليلين أولى من إهمال أحدهما

تقترب هذه القاعدة عما سبقها من حيث الغاية والتي يراد بها اعمال النص، لكنها تختلف عنها بأن الأولى تتعلق بصيغة اللفظ والمعنى المراد منه، في حين

1 - الاسباب الموجبة للقانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل.

2 - قرار محكمة التمييز في اقليم كردستان المرقم، 60/تجزئة اقرار، 2002، في 20/2/2002، منشور على موقع مجلس القضاء بالرابط <https://www.sjc.iq/qview.1136> ، تاريخ الزيارة 2023/5/11.

الثانية تنص على اعمال الدليل اي من جهة الأثبات والدليل، ومن هذا المنطلق يقدح في الذهن سؤال، بحال وجود اكثر من دليل متعارض مع الآخر بأن يقدم كل منهما دليلاً يحتمله النص وما يؤيد دعواه فكيف يتم العمل بهما؟.

للأجابة على هذا السؤال ينبغي أولاً معرفة التعارض، فقد عرف الأصوليين التعارض بتعاريف متعددة منها، ما عرفه أحدهم بأنه " تقابل الدليلين على سبيل التمانع اي بأن يمنع كل منهما مقتضى الآخر"⁽¹⁾، ويشترط هنا التساوي بين المتعارضين في الأدلة الظنية أو القطعية.

فالتعارض يكون في الحديثان أو الإيتان، وقد يكون في الحديث والأية، اذ ليس هناك تفضيل بعض بالاستعمال اولى من بعض، فكلّ سواء في الطاعة والحكم⁽²⁾.

ويبدو من ظاهر الأمر أنه لا يوجد تعارض بين نصين شرعيين، وإذا ظهر تعارض بين نصين من هذه النصوص، فهذا هو تعارض ظاهري فقط، وليس بتعارض حقيقي، لأن الشارع الحكيم لا يمكن أن يصدر منه دليلين أو حكمين متناقضين في الوقت الواحد، فإذا وجد نصان يبدو ظاهرهما التعارض، فيجب الإجتهد لصرّفهما عن هذا الظاهر للوقوف على المعنى الحقيقي للمراد منهما، وهذا هو التأويل في النص⁽³⁾.

وهذه الأدلة أما أن تكون إيجابية (تعارض ايجابي) بحيث يثبت كل منهما ما تثبته الأخرى، بحيث يكون محل الإثبات واحد والجهة واحدة، أو تكون التعارض باختلاف طبيعة كل وسيلة عن الأخرى، كاختلاف بين البينة والإقرار، فمن الفقهاء من يقضي بالبينة لتعدي الشهادة إلى الكافة وأن الإقرار حجة قاصرة، وأما و الآخر فيقضي بالإقرار لأن البينة تسمع عند عدمه⁽⁴⁾. وقد يكون التعارض بين الأدلة تعارض سلبي، فيشمل كل منهما ما ينافي الأخرى وهذا يعني وجود تعارض بالبينات سلباً وإيجاباً.

1 - تقي الدين السبكي، فتاوى السبكي، اشار اليه د. محمد مصطفى الشبلي، اصول الفقه الاسلامي، ج1، ط4، دار الجامعة العربية، بيروت، 1983، ص 534.

2 - ابن حزم، الاحكام في اصول الاحكام، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1971، ص151 .

3 - د. عبدالوهاب خلاف، علم اصول الفقه، مصدر سابق، ص 230.

4 - د. محمد مصطفى الزحيلي، مصدر سابق، ص 804.

ولحل النزاع بحال وجود دليلين فأننا نتبع احد الطريقتين، أما الجمع بين الأدلة المتعارضة، أو ترجيح احدهما، ولتطبيق هذه القاعدة فيتطلب فيها عدة شروط منها:-

- 1- إن تكون الأدلة المتعارضة حجة معتبرة في استنباط الحكم الشرعي من النص، كي يمكن العمل بالقاعدة.
- 2- إن يكون الجامع بين الأدلة أهلاً لذلك ونقصد به المجتهد أو الفقيه والقاضي ممن يوكل له الحكم بالنص الشرعي والقانوني لأن هذا الأمر يتطلب أن يكون العامل به يتميز بالخبرة الشرعية والقانونية والذهنية المتفتحة .
- 3- إن لا يخالف هذا الجمع بين الأدلة نصاً شرعياً أو قانونياً صحيحاً، وإلا فلا يعتد بهذا الجمع.
- 4- إن يقوم هناك دليلاً على صحة الجمع إذا كان بتأويل، وان يكون هذا التأويل قريب، وأن لا يؤدي التأويل إلى بطلان أحد النصين المتعارضين ، لأنه سيكون هذا الجمع غير معتبر شرعاً وقانوناً .
- 5- وأن تكون هذه الأدلة متساوية بالقيمة الشرعية والقانونية كما ذكرنا.

ومن خلال ما تقدم يمكن إعمال قاعدة (إعمال الدليلين أولى من إهمال أحدهما) ذلك عن طريق دفع التعارض وهذا الدفع يكون من خلال ما ذكره الحنفية بأن المرتبة الأولى هي مرتبة النسخ أن أمكن بأن ينسخ أحد الدليلين بالآخر، وإلا فيلجأ المجتهد أو القاضي إلى الجمع بينهما بتأويلهما أو تأويل احدهما وإلا فيلجأ إلى الترجيح، وبذلك يمكن الجمع بين الدليلين من خلال حمل المطلق على المقيد وحمل العام على الخاص، أو حمل كلاهما على حالة غير الحالة التي يحمل عليها الآخر⁽¹⁾.

ومن التطبيقات الفقهية على هذه القاعدة هي ما ورد من نصوص متقابلة فمنهم من رجح صحة بيع الفضولي كما في حديث عروة بأن النبي (صل الله عليه واله وسلم) أعطاه دينار يشتري به له شاة ، فأشترى به شاتين، باع أحدهما بدينار

1 - د. عياض بن نامي السلمي، اصول الفقه الذي لا يتسع الفقيه جهله، الطبعة الاولى، دار التدمرية، الرياض، 2005، ص 419.

فرجع بشاة ودينار، فدعا له البركة في بيعه⁽¹⁾، والدليل المناقض له يدل على بطلان البيع من حديث حكيم بن حزام عن قول النبي (صل الله عليه واله وسلم) بأنه قال " لا تبع ما ليس عندك"⁽²⁾، فبعد أن جمع العلماء بين الدليلين فحملوا على حديث عروة على معنى مناسب لأنه وكيلاً بقرينة فهمها من الرسول الكريم، فهذا الجمع بناء على القول الأول⁽³⁾.

وهذه القاعدة من جانبها القانوني فأنا نجد نصوص تقترب من هذا المعنى منها نص المادة (64) من قانون الأثبات والتي تنص على " اولا- يشترط في الإقرار إلا يكذبه ظاهر الحال. ثانيا- أ - إذا تناقض المقر مع ما كان أقر به سابقا كان هذا التناقض مانع من سماع دعواه أو دفعه. ب - يرفع التناقض بقرار المحكمة أو بتصديق الخصم أو بالتوفيق بين الإقرارين."، ويظهر جلياً من هذا النص على أن المحكمة التحقق من اقرار الخصوم من خلال ملاحظة الظروف والملابسات المحيطة بهم، وأن تفسر عبارات الإقرار بما تحمله من معنى بحيث لا يخرج عن مدلولها، ويرفع هذا التناقض بقرار من المحكمة كوجود قرار سابق، أو بتصديق الخصم له، أو بتوفيق بين الإقرارين، ولم يوضح المشرع كيفية العمل بالتوفيق بين الإقرارين، لكن يمكن أن تستوضح المحكمة من الخصم بما ترى من الأدلة المناسبة مع وقائع الدعوى، أما بالنسبة للمشرع المصري فلم نجد نص مشابه لما جاء به المشرع العراقي⁽⁴⁾.

إن العمل بالدليلين كما في القاعدة اعلاه فإذا كانت البيئتان مقبولتين والعمل بهما ممكنا بحيث لا رجحان أحدهما على الأخرى، ففي هذه الحالة يأخذ القاضي بالبيئتين ويقضي بين الخصوم بموجبها، كما لو تنازع أثنان على مال وأن كل منهما

1 - 1 - محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، المناقب، مصدر سابق، ص 207.

2 - سنن ابي داود، كتاب البيوع، باب في بيع الرجل فيما ليس عنده، رقم 3503 ، ص 3:383.

3 - ماجد بن عبدالله بن عبدالعزيز الزبيدي، التطبيقات الفقهية لقاعدة (اعمال الدليلين اولى من اهمال احدهما) في كتاب المعاملات، رسالة ماجستير وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في الفقه المقارن بجامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية، 1435 هـ، ص 37.

4 - د. عصمت عبدالمجيد، شرح قانون الاثبات، المكتبة القانونية، 2، بغداد، 2007، ص 150.

ذا يد على المال المتنازع فيه فالقاضي يعمل بهذه الحالة بالبينتين فيحكم باشتراكهما في المال مناصفة، اي بالجمع بين البينتين⁽¹⁾.

ومن قواعد الجمع وفقاً لهذه القاعدة هي الجمع بالتتويج والتعريض ، كما لو قيل أعطوا الفقراء ، وقيل لا تعطوا الفقراء، فالجمع بينهما بتأويل حمل اللفظ بإعطاء الفقراء المتعفين، والنهي عن إعطاء الفقراء الذين يسألون الناس الحافاً، وقاعدة الجمع بالتخصيص، بأن كان احد الدليلين أحدهما عام و الآخر خاص فيجمع بينهما بحمل العام على الخاص عن طريق تخصيص العام. وقاعدة الجمع بالتقييد، وهو يقيد أحد الدليلين بالآخر، وقاعدة الجمع بتوزيع الحكم، كما لو اثبت بعض الأفراد أحد الدليلين، فيما ينفي الآخر، فيقسم بينهما بناء على حجة كل واحد منهم⁽²⁾.

أما موقف القضاء فقد نصت محكمة تمييز العراق بقرار لها حيث جاء فيه " إذا صدق الخصم اقوال خصمه الآخر، فيرفع التناقض الحاصل بين اقواله"⁽³⁾ وهذا التناقض يرفع كما ذكرنا أما من المحكمة أو تصديق الخصم كما موضح بالقرار أو بالتوفيق بين الإقرارين وهذا الأخير أيضاً نصت عليه محكمة التمييز بقرار لها بأن " إذا وجدت المحكمة هناك تناقضاً بين اقوال المدعي ووكيله، فعليها تكليف المدعي بالتوفيق بين القولين، قبل اتخاذ القرار برد الدعوى لهذا السبب"⁽⁴⁾.

ومن خلال ما تقدم يمكن للقاضي الإستعانة بهذه القواعد من أجل أعمال النصوص التي تحمل أكثر من معنى والتي تحمل أكثر من دليل لمنع أسقاط أحدهما مما يساعد على تحقيق العدالة وبيان كل منهم الأسباب التي يحتملها النص بإقامة الدليل على هذه الأحكام، وذلك من خلال أستنادنا على النصوص الشرعية والقانونية فضلاً عن التطبيقات القضائية التي جرى بها عمل القضاء، ليتسنى لنا تعزيز هذه الحجج بأدلة دامغة.

1 - حسين رجب الزبيدي، مصدر سابق، ص 148.

2 - بدران ابو العينين بدران، ادلة التشريع المتعارضة ووجه الترجيح بينهما، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية، 1974 ص 163-180.

3 - قرار محكمة تمييز العراق المرقم 1808 في 18/11/1956، منشور في مجلة القضاء عدد 1 لسنة 1957، ص 143، اشار اليه حسين رجب الزبيدي، المصدر السابق، ص 144.

4 - قرار محكمة التمييز المرقم 124/منقول/86 في 11/3/1986 مجموعة الاحكام العدلية، العددان الاول والثاني، 1986، ص 92.

الفرع الثاني

قواعد التفريق

بعد أن بينا قواعد الجمع في الفرع الأول من خلال إعمال كلا النصين، وفي هذا الفرع سنبين قواعد التفريق وذلك عن طريق ترجيح إحدى المعاني وحملها على اللفظ الذي يعطي للكلام مدلوله الحقيقي، وأن هذه القواعد لها أهمية للقاضي لتسهيل عمله فينظر في تأويل النص في سبيل الوصول إلى الحقيقة، لذا فحري بنا أن نوضح هذه القواعد مع بيان تطبيقاتها الشرعية والقضائية وذلك من خلال ما يأتي:-

القاعدة الأولى: حمل اللفظ على المعنى الذي يعطي أكثر أثراً

إن هذه القاعدة تعد من القواعد المهمة التي يسترشد بها القاضي في فهم وتأويل النصوص القانونية الأكثر فائدة لتطبيق هذا القانون، والتي عن طريقها يتعرف القاضي على اللفظ الذي يترك أكثر أثراً من خلال المعنيين المحمول عليها مقصود اللفظ، وهناك من يرى بأن هذه القاعدة ما هي إلا تطبيقاً للقاعدة المعروفة في الفقه الإسلامي وهي (إعمال الكلام أولى من إهماله) فبالرغم من تفسيرها بالمعنى السابق ذكره والتي تشير بحال وجود أكثر من معنى فيأخذ بكلاهما لأن الأفضل إعمال الكلام فيحمل على كلا المعنيين عن طريق الجمع، إلا أنه يمكن أن تحمل هذه القاعدة معنى آخر الذي هو بحال وجود معنى واحد يحمل عليه اللفظ وليس الجمع بين معنيين، فإهمال اللفظ يعني أن يترك النص بلا فائدة، فإعمال الكلام أولى من إهماله، فضلاً عن ذلك فإن إعمال الكلام بحال وجود أكثر من معنى يحتمل تأويله فينبغي حمله على المعنى الذي يعطي أكثر أثراً، فيجعل لهذه العبارة أثراً قانونياً منتجاً⁽¹⁾.

ومن جانب النصوص القانونية فإن هذه القاعدة يمكن أن نجد لها أساس في القانون المدني وهو المادة (3/167) والتي تنص على " لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المدعن ولو كان دائناً"، يفهم من هذا النص أن المشرع أراد منع الأضرار بأي طرف من أطراف العقد، وأن الأثر المترتب يجب أن يكون إيجابياً بمعنى تفضيل وجود منفعة لأي من

1 - د. رمضان ابو السعود، مصادر الالتزام، ص 208.

الأطراف على الأضرار بهم، وهذا المعنى يتفق مع القاعدة المومئ اليها والرامية إلى تحقيق اثرا قانونيا ايجابيا.

وهذه القاعدة إذا كان العقد يحمل أكثر من معنى فممكن حمله على المعنى الذي ينتج أثراً عن طريق عدم إهدار عبارات اللفظ أن أمكن وحمله على حقيقته، وأن تعذر فيحمل على المجاز، فيرجح التفسير الذي يؤدي إلى أبقاء وصحة الشرط، على المعنى الذي يهدر الشرط ويبطله، فيحمل على الأثر الإيجابي ما أمكن، بمعنى أدق إذا كان اللفظ يحمل معنيين الأول يبطل أو يلغي العقد، والثاني يصح العقد، فيجب حمله على المعنى الأخير الذي فيه مصلحة.

وفي المعنى اعلاه لا ينبغي الخروج عن طبيعة العقد إلى معنى لا يحتمله، ومثال على ذلك في عقد بيع منزل، فأن هذا الأخير يشمل بيع المنزل وما فيه من منقولات، غير ان هذه المنقولات لا تشمل الأسهم والسندات الموجودة في المنزل، وإنما ينصرف معناه على اثاث المنزل فقط، لان حمل اللفظ على اطلاقه يخالف طبيعة العقد، ولا يستقيم مع قصد المتعاقدين⁽¹⁾.

أما من جانب التطبيق القضائي فأن محكمة التمييز قد حملت العقد على المعنى الذي ينتج أثراً في قرار لها والذي جاء فيه بأن " أن المميز باع إلى المميز عليه داره المشيدة على أرض أميرية تجاوزاً، وهذا البيع ينصرف إلى بيع المنشآت ، لأن الأرض تعود ملكيتها إلى وزارة المالية ، ولأن المنشآت المذكورة مشيدة على أرض أميرية تعود للغير تجاوزاً، لذا فهي تعتبر بحكم المنقول، ولان المنقول ينقل الملكية بالعقد بمجرد الأنعقاد.." ⁽²⁾، يفهم من هذا القرار بأن فيه معنيين المعنى الأول بأن الأرض أميرية تجاوز لا يمكن التصرف بها وبيعها وخلاف ذلك يعد العقد باطل ولا يرتب أثراً، غير ان المحكمة قد اولت هذا العقد وحملته على معنى آخر وهو أعتبره منقول بإنصراف العقد على بيع المنشآت وبالتالي يصح البيع على تلك المنشآت المشيدة على هذه الأرض والتي تنتقل ملكية المنقول بمجرد الإنعقاد، فأتجاه

1 - المحامي فوزي كاظم المياحي، مصدر سابق، ص 396.

2 - قرار محكمة التمييز المرقم 683/مدنية ثالثة/ 1971 في 1971/7/4، اشار اليه، فوزي المياحي، المصدر السابق ، ص 400.

محكمة التمييز هو موافق لما جاء بالقاعدة المومئ إليها بحيث تجعل العقد بالإتجاه الذي ينتج أثراً إيجابياً.

القاعدة الثانية: إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز

يقسم اللفظ على قسمين، القسم الأول يلفظ بالكلام ويراد به ذاته وهذه هي الحقيقة، و الآخر يلفظ به ويراد به غيره وهذا هو المجاز، وهذه القاعدة هي استكمال لقاعدة (الأصل في الكلام الحقيقة)، والحقيقة هي الأصل الراجح المقدم في الإعتبار، أما المجاز فهو فرع الحقيقة، لذا فالمجاز خلفاً للحقيقة، والمقصود بتعذر الحقيقة يعني عدم إمكان حمل اللفظ على معناه الحقيقي، وعدم الإمكان بعدم وجود الحقيقة القائم الدال عليها اللفظ، فيحمل الكلام على معناه المجازي⁽¹⁾.

ومثال ذلك كمن حلف أن لا يدخل قدمه الدار هذا ، فهو يحنث إذا دخل الدار ركباً لأن القصد هو دخول الدار بأي طريقة، ولا يحنث إذا ادخل قدمه دون أن يدخل الدار لأن عرف الإستعمال والغاية هو دخول الدار وليس مجرد وضع قدمه دون دخول، أو كمن قسم على ان لا يأكل الدقيق، فهو يحنث إذا صار الدقيق خبزاً فأكله لأن الدقيق قرينة على أرادة المجاز، ولا يحنث أن أكل الدقيق ذاته لأن لا يتصور مجازاً ولا حقيقة العرف أكل الدقيق⁽²⁾.

إن حمل الكلام على معناه المجازي هو تصحيح لكثير من التصرفات والتي كان مصيرها الإهمال أو البطلان، إذا لم يحمل اللفظ على معناه المجازي بعد أن تعذر حمله بمعناه الحقيقي، فإذا قال المشتري للبائع قبل قبض المال المنقول، اقلني بيعتي، فرد البائع اقلتك، فيتعذر هنا اعتبار الإقالة بيعاً عند أبي يوسف، لأنه لا يمكن حمل اللفظ على حقيقته وهو البيع ، حيث أن بيع المنقول قبل قبضه لا يجوز شرعاً، لذا فهذا التعذر هو تعذر شرعي، إلا أن تصحيحاً لهذا التصرف فإنه يحمل اللفظ على المجاز فتعتبر الإقالة بهذه الحالة فسخا، لأنه المجاز هو لفظ مستعمل في غير ما وضع له لعلاقة وقرينة دالة عليه.

1 - د. عبدالكريم زيدان، مصدر سابق، ص 18.

2 - د. محمد صدقي ال بورنو، الوجيز في ايضاح القواعد الفقهية الكلية، مؤسسة الرسالة العالمية، ط4، بيروت، 1996، ص 320.

ويتضح مما سبق بأن أعمال المجاز لا يعمل به إلا ممن خلال تحقق عدة شروط منها: يشترط أن يكون اللفظ المستعمل هو جائز شرعاً أي موافق لما جاء به الشرع قاصداً لمعناه، وموافق للعرف أي عرف الإستعمال اللغوي أو العرف اللفظي في ذلك المكان بحيث لا يكون مهجوراً ومَنْ تُمَّ يهمل، والشرط الثاني أن تكون هناك قرينة دالة عليه فيغير وجود الدليل أو القرينة لا يمكن استعماله، وهذه القرينة هي مانعة من استعمال اللفظ وحمله على الحقيقة.

وهذه القاعدة وغيرها من القواعد المهمة في الفقه الإسلامي قد اختلفت بضلالها على التشريعات العراقية ومنها القانون المدني والذي اخذ بها بنص المادة (2/155) والتي جاء فيها "الأصل في الكلام الحقيقة، أما إذا تعذرت فيصير إلى المجاز" والواضح من هذا النص المشرع في القانون المدني قد جمع بين قاعدتين لإشتراكهما في نفس الموضوع، فارتباط المجاز بالحقيقة من خلال عدم وجود قرائن دالة على ظاهر الكلام، حيث أن الحقيقة هي المعنى الأصلي الذي وضع له اللفظ، بينما المجاز فهو ما يقابل الحقيقة، إذا فهو كل معنى آخر لم يوضع له اللفظ، لكن بين الحقيقة واللفظ توجد علاقة تسوغ للمتكلم أن يقصده من هذا اللفظ بالإعتماد على قرينة دالة على أرادته دون المعنى الحقيقي⁽¹⁾.

ووفقاً لما تقدم أن استعمال اللفظ في غير المعنى الذي أستعمل له لا يجوز إلا من خلال المناسبة بين المعنيين وهذه المناسبة والاتصال بين المعنى المستعمل فيه والمعنى الموضوع له، مثال ذلك لفظ المحكمة يراد بها المكان الذي يوجد فيه القاضي، ويراد به أيضاً القاضي نفسه، فإذا قال حكمت المحكمة لا ينصرف اللفظ إلى حقيقة المعنى الظاهر فيتعذر، وإنما بدلالة المعنى إلى قرار القاضي وذلك للمناسبة بين المدلولين اللفظ والمعنى المقصود⁽²⁾.

من هذا المنطوق عند خلو اللفظ من القرائن الدالة على الحقيقة فترجح أرادة المجاز، كمن قال لأخر وهبتك هذا العقار، فأخذه المخاطب، ثم ادعى القائل أنه أراد بذلك اللفظ (الهيئة) مجازاً، فطلب عليه ثمناً، فلا يقبل منه هذا القول، لأن هذا الكلام يحمل على حقيقته، ولا يحتمل المجاز، فأن الهيئة هي تمليك بلا عوض، أما لو قال

1 - فوزي كاظم المياحي، مصدر سابق، ص 375.

2 - د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني اصول الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، 1970، ص 376.

وهبتك هذا العقار بدينارين، لكان حمله على معناه المجازي صحيح لأنه أراد بالهبة البيع مجازاً فيحمل عليه.

وهذا الكلام إذا ورد في اللفظ واحتملنا أنه أراد بغير معناها الحقيقي ولا توجد قرينة على ظاهر الحال فينصرف إلى معناها الحقيقية ولا يصار إلى المجاز، كمن قال أنا أكرهته على بيع الدار، ثم قال لا إنما أردت إكراهه على البيع فلا يحمل على المعنى الآخر، وإنما على معناه الأول الحقيقي فيتعذر حمله على المجاز إلا إذا تعذر الأول ان يحمل على حقيقته، وكانت هناك ضرورة لمصلحة فيحمل على المعنى الآخر⁽¹⁾.

بالمقابل لم نجد لهذه القاعدة نظير أو أساس في القانون المدني المصري أو التشريعات المصرية، والسبب في ذلك واضح كما ذكرنا بأن مصدر التشريع المصري متأثر بالفقه الغربي، هذا لا يعني بأن المشرع المصري لا يأخذ بالمجاز بشكل مطلق، فيمكن حمل اللفظ على المعنى الذي أراده الأطراف عند تفسير العقد أو تفسير الشروط المتفق عليها، ذلك عن طريق معرفة الظروف المحيطة بالأطراف و عرف الإستعمال الجاري التعامل به.

وتطبيقاً لما سبق فإن القضاء العراقي قد حذا بالأتجاه الذي سار به موقف المشرع وذلك تطبيقاً للنصوص القانونية، وتوثيقاً لذلك فقد أصدرت محكمة التمييز الاتحادية قرارها الذي يقضي بأن " .. أن عدم ذكر عبارة (إضافة لتركة مورثيهما) أزاء اسم كل واحد منهما في صدر عريضة الدعوى لا يغير من موضوع عريضة الدعوى طالما اقيمت بشكل صحيح، وتأويل معناها المجازي إلى التركة وأن لم يذكر ظاهراً، وفيها حفاظ على حقوق بقية الورثة في القطعة موضوع الدعوى، ولا سيما ان المشرع حرص في المادة (4) من قانون الإثبات على تبسيط الشكلية إلى الحد الذي يضمن فيه المصلحة العامة، ولا يؤدي إلى التفريط بأصل الحق المتنازع فيه وأن الأصل في الكلام الحقيقية وإذا تعذر يصار إلى المجاز (م2/155 مدني) لذا فإن إصدار المحكمة قرارها المنقوض بحجة عدم

توجيه الخصومة لا سند له من القانون لذا قرر نقضه..⁽¹⁾، والواضح من هذا القرار بأن القضاء قد سار مع ما جاء بنص المادة (2/155) من القانون المدني تطبيقاً لها وبين سبب التأويل بالأنصراف إلى المجاز باعتبار أن الحكم يعطي المعنى الأكثر فائدة، والذي والذي فيه مصلحة للورثة فيكون سبباً للحكم وموجباً لنقض القرار السابق.

أما موقف القضاء المصري، فبخلاف ما ذكرناه بالنسبة لموقف المشرع الذي لم يذكر معنى لهذه القاعدة في النصوص، فإن القضاء في مصر قد أشار إلى تأويل العبارات مجازاً وذلك في عدة قرارات منها ما جاء بقرار لمحكمة النقض المصرية بأن "إن المدعى عليها قد تمسكت أمام محكمة الموضوع بأن عبارات المقال مجتمعة ومنفردة لا توجي للمتلقى في موضعها أو صورتها التي نشرت بها ما يفيد الأساءة إلى شخص المطعون ضده، كما أن المحكمة افترضت لعلاجها أن يتولى أمرها اشخاص مشهود لهم باستقامة القصد فضلاً عن الخبرة والعلم، وأن تصرفات المطعون ضده تفوق في نفعها ما تناولته الطاعنة في مقالها الحالي، وهذا ما من شأنه التقليل من قسوة العبارات، أو وضعها في النسق الصحيح حتى وأن تنكب كاتبها الوسيلة طالما كان مبتغاهما المصلحة العامة، فضلاً عن استعمال الحق لا يكون غير مشروع، إلا إذا لم يقصد به سوى الأضرار بالغير، وهو ما لا يتحقق سوى بانتفاء المصلحة من استعمال الحق، ولما كانت عبارات المقال محل المسائلة لا تقوم على فكرة شائنة وإنما جرى استعمالها على الفاظ مشكلة ومحملة ومجازية والأولى موضوعة لإكثر من معنى والثانية هي الفاظ لا تدل بذاتها على المراد منها ولا توجد قرائن تعين على ذلك، والثالثة هي الألفاظ التي تستعمل في غير معناها الأصلي طالما أن لها في اللغة أكثر من معنى.. لذا يكون الحكم المطعون فيه معيباً بالفساد في الاستدلال.."⁽²⁾.

1 - قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم بالعدد 187/ هيئة موسعة مدنية/2014 في 2014/11/11، منشور في ، القاضي فلاح كريم وناس الاجيش، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية ومحكمة تمييز اقليم كردستان ومحاكم الاستئناف بصفتها التمييزية، ج 1، ط1، البيت القانوني، بيروت، 2019، ص 201.

2 - قرار محكمة النقض المصرية المرقم بالعدد 6937 في 2005/5/8، منشور على تطبيق موسوعة التشريعات المصرية، بدون تاريخ.

يظهر من هذه القرار أمور مهمة منها: ان القضاء قد بين معنى التأويل من خلال المجاز ذلك بلفظ الأشتراك الذي يحمل أكثر من معنى، كما أنه قد فسر العبارات بما تفيد أثر الحكم الذي يدرأ فيه عن مفسدة والتي من شأنها التقليل من عبارات الألفاظ، فضلاً عن ذلك أنها أستعملت الوسيلة التي تظهر فيها المصلحة العامة في تأويل الألفاظ وهذه أحد أهم الأسباب والمزايا المهمة في التأويل ، وأخيراً رأت المحكمة عدم وجود قرائن وأدلة في حمل اللفظ على معناه الظاهر، فتعذرت بذلك الحقيقة وانصرف معناه إلى المجاز.

المطلب الثاني

ضوابط التأويل في النصوص

إن المقرر من أن الشرع والعقل لا يتخالفان ولا يتناقضان، وأدلة العقول أما ظنية أو قطعية، فما كان الدليل ظنياً فلا يكفي للوقوف في وجه المعارض الشرعي، وما كان قطعياً، والذي يسمى بالبرهان، فيوجب على المجتهد التأويل الصحيح، إلا أن التعارض يقع في ما هو قطعي في البراهين العقلية، وما هو ظني في الظواهر الشرعية، لذا فإن كان كلاهما لا يمكن ترجيح أحدهما على الآخر، فلا بد للتأويل عن طريق الجمع بين المنقول والمعقول.

ولا خلاف بالأصل بأن المتحصل من مجموع الكلام يصار إلى ضوابط شرعية وقانونية يستند إليها التأويل الصحيح لنفي جميع ما يحيطه من شك، لذا حري بنا في هذا السياق ان نبين اهم الشروط المزمع بيانها والتي توضح القواعد العامة للتأويل، مع بيان المعايير المتبعة في ذلك فيكون لها السبق في التحرير من نزاع الشك والخلط، ولغرض الأحاطة بموضوع البحث فأننا سنقسم هذا المطلب على فرعين، نحدد في الفرع الأول شروط التأويل ، ومن ثم ضوابط التأويل في الفرع الثاني، وذلك وفقاً لما يأتي:-

الفرع الأول

شروط التأويل في النصوص

هناك الكثير من الأمور المتعلقة بالتأويل لمعرفة حكمه وأصنافه، ومن الواجب ذكر شروط التأويل ، فإذا تحققت كان التأويل صحيحاً ومعمولاً به، وإذا تخلفت أو تخلف بعضها، فلا يكون صحيحاً ولا يعمل به، ولتوضيح ذلك، فأنا سنبين هذه الشروط تباعاً وفقاً للآتي:-

أولاً:- ان يكون النص قابلاً للتأويل

سبق القول بأن التأويل هو تحمل النص أكثر من معنى دال عليه، اي يكون المعنى الذي أول اللفظ من المعاني التي تحتل معناها اللفظ نفسه معنى آخر، فكل نص يمكن حمله على معنى آخر يحتمل التأويل فهو صحيح، وغيره يصح، وهذا هو الظاهر والنص عند بعض الأصوليين، والظاهر عند غيرهم، ودلالة الحكم في هذا النص يشترط أن تكون ظنية، إذ يحتمل أكثر من معنى واحد، أو حكم واحد ولو بدرجات متفاوتة بوضوح الدلالة على هذه الاحتمالات⁽¹⁾.

ونسوق المثال التالي لنزداد صحة وبياناً على الدليل، فصرف معنى البيع عن طريق الهبة هو دليل على ارادة البيع دون مقابل أي تمليك بالمجان، فالبيع هو تبادل بمقابل، فقيامه بالتصرف دون مقابل يحتمل معنى آخر وهو الهبة، فيصرف معناه الظاهر إلى معنى آخر يحتمله، فهو تأويل صحيح.

ومثلما ذكرنا قبل قليل، فإنه لا صلة بين النص الدال على الحكم والمراد به الدلالة القطعية، وبين التأويل ، حيث ان الأخير سواء كان من القاضي أو الفقيه أم من غيرهما إنما يكون في الأمور الظنية والتي يحتمل فيها النص أكثر من معنى واحد، أو كانت دلالاته غامضة، لذا يعد من غير المقبول التأويل خارج مجاله، كالأصول التشريعية والقواعد الكلية والمقررات الأصولية العامة، والتي اكتسبت القطعية في احكامها مما جعلتها تستبعد كلياً عن مجال الاجتهاد، وخلاف ذلك من

القواعد التي يصح الاستناد عليها في التأويل والتي تعد عمدةً لكثير من التأويلات كقواعد دفع الضرر ومقاصد العدالة والتي ترفع الحرج عن النصوص التشريعية⁽¹⁾.

وإذا تمعنا جيداً في المواقف التشريعية، فأن المشرع العراقي لم يرد فيه متته نصاً قانونياً واضح الدلالة غير ما نصت عليه المواد (203- 214) من قانون المرافعات، غير أن هذا التشريع لا يقتصر دوره على مجرد التطبيق الحرفي للنص، وإنما يتعداه لبيان معناه الخفي، وبغية الوقوف على المعنى الدقيق لما أشرنا إليه هو ما نصت عليه المادة (722) من القانون المدني بأن عقد الأيجار " تملك منفعة معلومة بعوض معلوم لمدة معلومة..." والظاهر من هذا النص معاني عدة منها عدم إمكانية التأييد عقد الأيجار للمستأجر باعتباره يتنافى مع طبيعة عقد الأيجار، فضلاً عن ذلك فالنص واضح الدلالة على وجوب تحديد الطرفين لمدة معلومة في عقد الأيجار، إلا ان ذلك فيه معنى آخر وهو إذا لم يتفق الطرفان على مدة معينة فلا يعد الأيجار باطلاً كما هو في ظاهر معناه اللفظي، بل يكون الأيجار صحيحاً بعد تحديد المدة، ذلك لأنه المشرع لم يضع الحد الأدنى للمدة وإنما ترك المجال لإرادة الأطراف في ذلك، ومن هذا المنطلق فأن هذه المادة تحتمل في طياتها معاني متعددة، قابلة للتأويل موافقة للشرط المزمع بيانه⁽²⁾.

ولا خلاف في الأمر بالنسبة للقانون المدني المصري والذي أشار إلى ذات المعنى في نص المادة (150) من القانون، حيث جاء فيه " 1- إذا كانت عبارة العقد واضحة، فلا يجوز الإنحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة الطرفين، 2- أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف على المعنى الحرفي للألفاظ..." ويظهر جلياً من هذا المعنى والذي جاء فيه لفظ التفسير، وبيننا فيما مضى الارتباط بين المعنيين، والذي من الممكن اعتباره تأويل للعقد حسب الظروف المشتركة والعبارة الموضوعية في العقد وما تحمله من معاني.

وللجانب التطبيقي اثره الفعال في تجسيد النصوص إلى جانبها العملي والذي القى بظلاله على هذا المعنى، ولترجمة هذا الكلام عملياً فأننا نضع لذلك قراراً

1 - الذوايدي بن بخشوش قوميدي، مصدر سابق، ص 183.

2 - د. سعيد مبارك ود. طه الملا حويش و د. صاحب عبيد الفتلاوي، مصدر سابق، ص 248- 249.

لمحكمة النقض المصرية جاء فيه بأن " مفاد النص في المادة 1/150 من القانون المدني يدل على أن القاضي ملزم بأن يأخذ عبارة المتعاقدين الواضحة كما هي فلا يجوز له تحت ستار التفسير الإنحراف عن موداها الواضح إلى معنى، وأنه وأن كان المقصود بالوضوح هو وضوح الأرادة لا اللفظ، إلا أن المفروض في الأصل أن اللفظ يعبر عما تقصده الأرادة، وعلى القاضي إذا ما أراد حمل العبارة على معنى مغاير لظاهرها أن يبين في حكمه الأسباب المقبولة التي تبرر هذا المسلك.."⁽¹⁾، والأمر واضح بالنسبة للقرار المذكور حيث أن وجود عبارة تحتل أكثر من معنى فعلى القاضي أن يتبين من أمكانية حملها من معناها الظاهر إلى معنى آخر مغاير وفقاً لما تتجه إليها الأرادة والمفترض موافقتها للفظ الدال عليها مع بيان الأسباب والحكمة من هذا التأويل .

ثانيا- إن يستند التأويل إلى دليلاً صحيح يؤيده

بما أن الأصل أن يحمل الكلام على معناه الظاهر الراجح، فلا يحمل على المعنى الآخر الخفي المرجوح المحتمل حتى يقوم دليلاً على ترجيحه، ولقد ذكر القرافي بأن " يحمل اللفظ على الحقيقة دون المجاز والعموم دون التخصيص والأفراد دون الأشتراك، والأستقلال دون الأضمار وعلى الأطلاق دون التقييد وعلى التأصيل دون الزيادة، وعلى الترتيب دون التقديم والتأخير وعلى التأسيس دون التأكيد، والأبقاء دون النسخ، وعلى الشرعي دون العقلي وعلى العرفي دون اللغوي، إلى أن يدل دليل خلاف ذلك، لأن جميع ما دعينا تقديمه ترجيح عند العقل أحتمال وقوعه على ما يقابله والعمل بالراجح متعين أي مالم يقم الدليل بخلاف ذلك"⁽²⁾، والواضح من هذا النص أن الأصل بقاء اللفظ على ظاهره ولا يعمل بغيره حتى يقوم الدليل على خلافه بالعدول عنه إلى غيره، والأصل أن يبقى العام على عمومته، ولا يقتصر على بعض أفرادها إلا بدليل، وكما أن الأصل بقاء المطلق على إطلاقه، ولا يقيد إلا بدليل.

1 - قرار محكمة النقض المصرية المرقم بالعدد 163 بتاريخ 2002/12/26، منشور على تطبيق موسوعة التشريعات المصرية، بدون تاريخ.

2 - القرافي شرح تنقيح الفصول، دار الطباعة الفنية المتحدة، الطبعة الاولى، 1973، ص 112.

فأن كان ولا بد، من أن يعضد هذا الإحتمال بدليل، فإن هذا الأخير الذي يؤول اللفظ عليه يجب أن يقوم على دليل يرجحه على الظاهر، حيث أن الإحتمال المرجوح لا يقدم على الظاهر الراجح إلا بدليل قوي، تضاهي تلك القرائن والأدلة المتحصلة باللفظ الظاهر أو أقوى منها، فإن وجد الدليل أرتفعت مكانة الإحتمال الراجح ويمكن ترجيحه على الظاهر بحسب قوته، وأن لم يوجد الدليل لا يمكن ترجيحه ولا حمله على اللفظ الدال على غير معناه الظاهر، فيبقى الإحتمال مجرداً بلا دليل، وهذا ما قال به بعض اهل العلم بحث إذا لم يوجد الدليل فيسقط به الأستدلال، ويلحق مجال الأجمال فيما يطلب العلم المحض، فكل متأول يحتاج إلى دليل صارف له⁽¹⁾.

ويقود الكلام بأن التأويل لا يتوقف فقط على الأحتمال، وإنما على مدى كفاية الأدلة المستند عليها المجتهد أو القاضي في التأويل، والأدلة المستند عليها ليكون صحيح فهو أما يكون قرينة أو دليلاً ظاهراً أو لحكمة تشريعية وهذه الأسانيد تقسم كما موضح، **فالقريئة** هي " العلامة الصالحة للدلالة على عدم ارادة المعنى الحقيقي للفظ من قبل المتكلم، وإنما ارادة المعنى المجازي"⁽²⁾، ولما كان الدليل هو القرينة، فأما ان تكون قرينة متصلة بالظاهر أو منفصلة عنه، فالأولى المتصلة، هي كل ما يتصل بلفظ الكلمة، فيبطل ظهورها ويوجه المعنى العام للسياق بما تنسجم معه، أما القرينة المنفصلة، هي التي يتخلل سياق الكلام فاصل بحيث لا يرتبط بينهما لفظ ظاهر، حيث يظهر لفظ يناقض الأول، فهي لا تجيء متصلة بالكلام بل منفصلة عنه⁽³⁾.

أما **الدليل** فالمشهور في اصطلاح الأصوليين أن الدليل "هو ما يستفاد منه حكم شرعي عملي مطلقاً، أي سواء أكان على سبيل القطع أم على سبيل الظن. ولهذا قسموا الدليل إلى قطعي الدلالة، و إلى ظني الدلالة"⁽⁴⁾ فوجود دليل على مخالفة ظاهر النص ما يحتمل تأويله فهو تأويلاً صحيح، فتحريم اكل الميتة لا يعني منع

1 - ابن قدامة، روضة الناظر وجنة المناظر في اصول الفقه، ج 1، مؤسسة الريان للطباعة، الطبعة الثانية، 2002، ص 92

2 - خالد رمضان حسن، معجم اصول الفقه، ج1، مصر، 1997، ص 221.

3 - السيد محمد باقر الصدر، دروس في علم الاصول، ج1، دار العلم للكتاب، ط 2، بيروت، 1986، ص 92.

4 - عبدالوهاب خلاف، علم اصول الفقه، ج1، دار القلم، ط7، القاهرة، ص 24.

التعامل بها والاستفادة منها، فنفي الشيء لا يعني انكار ما عداه، مادام مرتبط بدليل شرعي وهو الحديث الشريف للرسول محمد (صل الله عليه واله وسلم) في شاة ميمونة فقال " إلا اخذتم إهابها فبعتموه فنتفعتم به، فقالوا : انها ميتة، فقال : إنما حرم من الميتة اكلها" وهذا دليل على انصراف ظاهر المعنى بتحريم اكل الميتة، لا ينفي ما يحتمل عليه بجواز التعامل بها وبيعها بدليل هذا الحديث⁽¹⁾.

وقد يستند للتأويل إلى حكمة تشريعية أو مصلحة لسد خلل أو حاجة، وهذه المصلحة يجب أن تكون بشروطها حتى تكون معتبرة.

وإذا تمعنا جيداً في بيان موقف التشريعات نجد ان الأمر سيان، فلا يختلف مع ما ذكرنا بالنسبة لموقف الفقه الإسلامي، حيث يشترط وجود الدليل الذي يستند عليه في عملية التأويل ، فيستند الدليل على نصوص القانون، أو المبادئ العامة للقانون أو على المبادئ القضائية، وهذه الأسانيد متفاوتة في قوتها ما بين القرينة والدليل ، فالقرينة تدخل ضمن وسائل الأثبات غير المباشرة، لكونها تستنبط أمر مجهول من أمر معلوم ظاهر، فهي عملية عقلية تستنتج من واقعة لا دليل لها من واقعة قام عليها الدليل، وهي أما قانونية أو قضائية، أما الدليل هو وسيلة اثبات مباشرة، وتستمد من ذات المحررات التي يتضمنها ملف الدعوى⁽²⁾.

ولقد كان للقضاء دوراً بارزاً في أظهر الدليل الذي يستند عليه في التأويل حيث جاء بقرار محكمة التمييز الاتحادية بأن " إن مورثة المميزين قد توفيت بسرطان الثدي، وان المحكمة بإصدارها قرار رد الدعوى جاء مخالفاً لنص المادة (1109) من القانون المدني، لأن أبراء المريضة لمدينتها واقعاً في مرض موتها، فيكون في حكم الوصية، لذا فقرر نقض الدعوى.."⁽³⁾، يظهر من هذا القرار بأن محكمة الموضوع قد أصدرت قرارها بالحكم بظاهر المعنى (مرض الموت) وهو خطأ في تطبيق القانون، لأن النص المتقدم من المادة (1109) اشارت بشكل

1 - ابو عبد الرحمن احمد بن شعيب النسائي، سنن النسائي، كتاب البيوع، مصدر سابق، ص 174.
2 - نصت المادة (1/98) من قانون الاثبات العراقي المرقم 107 لسنة 1979 المعدل، على ان القرينة القانونية هي " استنباط المشرع أمر غير ثابت من أمر ثابت"، والقرينة القضائية في المادة (202) بأنها " استنباط القاضي أمر غير ثابت من أمر ثابت لديه في الدعوى المنظورة".
3 - قرار محكمة التمييز المرقم 2461/حقوقية/ 1959 في 1959/1/15، اشار اليه سليمان البيات، القضاء المدني العراقي ، ج 2، بغداد، 1962، ص 517-518.

واضح وصريح على أعتباره بحكم الوصية، فعدلت محكمة التمييز من معناه الظاهر وتصريفه إلى المعنى الخفي، والتي استندت في قرارها إلى توفر شروط التأويل بوجود قرينة أو دليل إلى ذلك بغية الوصول إلى الحكم العادل.

أما محكمة النقض المصرية فقد ذهبت إلى أن " على القاضي إذا ما أراد حمل عبارة المتعاقدين على معنى مغاير لظاهرها ، أن يتبين في حكمه الأسباب المقبولة التي تبرر العدول عن هذا المدلول الظاهر إلى خلافه، وكيف أفادت تلك العبارات المعنى الذي اخذ به، ورجح أنه مقصود المتعاقدين، بحيث يتضح لمحكمة النقض من هذا البيان أن محكمة الموضوع قد اعتمدت في تأويلها على اعتبارات معقولة يصح عقلاً أستخلاص ما أستخلصته منها"⁽¹⁾، إن محكمة النقض في قرارها هذا قد أشتملت جميع الشروط الواجب توافرها في عملية التأويل ، من بيان الأسباب التي يستخلصها القاضي بما أجتهد من أجله وما يتوافق مع العقل والواقع بإقامة الدليل الذي يستند عليه في تأويله.

ثالثاً- وجود مسوغ للتأويل

قد يطرأ مسوغ للمجتهد العدول عن ظاهر المعنى، كأن يظن بوجود دليلاً ظنياً يخالف قاعدة فقهية، أو نص أقوى من ذلك الدليل، وقد أكد هذا المعنى بعض الفقهاء، فمنهم من يرى ثمة موجب للتأويل، بكون ظاهر النص مخالف لقاعدة من قواعد الدين أو نص صريح أقوى منه سنداً، كأن يخالف قران أو حديث قابل للتأويل، ففي مثل هذه الصور يؤول للضرورة⁽²⁾.

فتأويل بعض الأصوليين بشأن الزكاة عن قيمة الشاة بدل منها، هو صرف الحديث عن ظاهره، من الشاة بعينها إلى قيمتها، لأن حكمة التشريع نفع الفقير وهذا يتحقق بقيمتها فهو الأنفع له بدل الشاة بعينها لدفع حاجة أو دين الخ..⁽³⁾.

ومن الجانب القانوني فإنه يشترط للتأويل أن تكون هناك مصلحة أو باعث لذلك، فعند نظر القاضي إلى التصرف أو الواقعة المعروضة أمامه، فيستنتج

1 - قرار محكمة النقض المصرية المرقم 1517 / الدائرة المدنية، في 2001/4/11، منشور على تطبيق موسوعة التشريعات المصرية، بدون تاريخ.

2 - محمد ابو زهرة، اصول الفقه، دار الفكر العربي، 2007 ص 126.

3 - عبدالوهاب خلاف، مصدر سابق، ص 315.

ظروفها وملابساتها وما تقتضيه من مصلحة شرعية أو قانونية أو حاجة ضرورية، كصرف معنى البيع عن معناه الظاهر الحقيقي إلى معنى الهبة إذا كان التملك بلا مال، لمصلحة بينهما⁽¹⁾.

وتطبيقاً لذلك ما ذهبت إليه محكمة التمييز الأتحدادية بقرار لها وهو تأويل لنص المادة (1048) من القانون المدني الذي يعتبر الملك التام يستطيع أن يتصرف به المالك جميع التصرفات الجائزة من منفعة واستغلال وثمار وبيع، إلا أن محكمة التمييز ترى في قرارها الأتي ذكره ما يلي " إن ما ورد في قانون الأثار رقم 59 لسنة 36 من أحكام تقييد الأحكام العامة والخاصة بحق الملكية الواردة في القانون المدني، لأنه قانون خاص ويجعل تصرف المالك في ملكه مقيد ، بأن لا يؤدي ذلك التصرف إلى تلف الأثار، فأن منع دائرة الأثار المالك من البناء على أرضه لأنه يؤدي إلى تلف وتشويه الأثار يستند إلى سبب قانوني"⁽²⁾، والقرار المذكور واضح الدلالة على صرف معنى النص القانوني من عمومته إلى تخصيصه بما لا يخالف المصلحة العامة وهي الأثار ، فالتأويل هنا لمسوغ قانوني أستندت عليه محكمة التمييز وهو المصلحة العامة.

رابعاً- أهلية الاجتهاد

يشترط فيمن يتولى عملية التأويل سواء كان قانوني أم فقهي أن يكون أهلاً للاجتهاد، لأن هذه المسائل تحتاج إلى ملكة ذهنية وعقلية كبيرة، قادرة على تحقيق المصلحة للأطراف وللقانون، وأن يكون عالماً بقواعد الفقه واللغة والقواعد الأصولية من عموم وخصوص ومطلق وعمام، عارفاً بالحقيقة والمجاز والدلالة الظنية والقطعية، ونكتفي بهذا القدر للشرط، حيث سنبين بشكل موسع اهلية الاجتهاد في الفصل الثالث.

ومما تقدم يظهر أن توافر هذه الشروط التي يعتمد عليها القاضي أو المجتهد في عملية التأويل يكون صحيحاً قابل لحكمه، مستند إلى سبب صحيح، وبخلافه يعد التأويل فاسد أو باطل غير صحيح غير قابل للحكم وبالتالي يكون عرضه للنقض كون القرار يصاب بعيب في تأويل القانون.

1 - د. مصطفى الزلمي، مصدر سابق، ص 449.

2 - قرار محكمة التمييز المرقم 620 في 1981/4/22، اشار اليه ابراهيم المشاهدي، معين المحامين، ص 4.

الفرع الثاني

معايير التأويل في النصوص

لقد أعتنى فقهاء المسلمين بالمعيار لتثبيت أصول القواعد الفقهية، والذي هو الضابطة للمعاني الفقهية المستنبطة من الأدلة الشرعية، والذي بدوره يساهم في حماية الفقه من الإنحراف وتجاوز حدود الاجتهاد، ذلك بسبب تفاوت أذهان الفقهاء الناظرين في الأحكام، فضلاً عن اختلاف الأعراف والتقاليد والظروف بين الأمصار

والمعيار، هو مقياس يقاس به غيره للحكم والتقييم⁽¹⁾، ومعيار التأويل له أهميته في الفصل بين المسائل الجوهرية، والذي يتصدى للحاجات الواقعية والأساسية للناس، والفصل بين الخطأ والصواب من جوانبه الفقهي والقانوني والقضائي، ومعيار كل شيء ومقياسه هو الذي يعرف به الشيء معرفة مزيلة للبس والأبهام، فالمعيار يزيل هذا الأبهام الموجود في النص الشرعي والقانوني، ولا يستقيم هذا الأمر إلا عن طريق الفصل بين معاني تتداخل وتتشابه في تفاصيلها مع المعيار، لذا سنحاول معرفة خصائص هذه المصطلحات، ومنها القاعد القانونية أو الفقهية والأصولية.

فالقاعدة الأصولية: هي وسيلة لاستنباط الأحكام الشرعية العملية، أما القواعد الفقهية فهي مجموعة الأحكام المتشابهة والتي ترجع إلى علة واحدة تجمعها، أي أن القواعد الأصولية هي قواعد كلية تتدرج تحتها أحكام الفقه، ليصل المجتهد إليها بناءً على تلك القضايا، أما القواعد الفقهية فهي قواعد أغلبية فيكون الحكم فيها على أغلب الجزئيات⁽²⁾، أما القاعدة القانونية فهي "مجموعة القواعد العامة المجردة التي تنظم سلوك الأفراد في المجتمع وتقترن بجزاء توقعه السلطة"⁽³⁾

وبالمقابل فإن المعايير القانونية هي عبارة عن "صيغ غامضة يقتضيها فن الصياغة التشريعية لحكم حالات معينة ولكي تؤدي مهمتها بشكل سليم لابد من

1 منشور على موقع الانترنت <https://www.almaany.com> ، تاريخ الزيارة 2024/7/25.

2 - د. الجيلاني المريني، القواعد الاصولية عند الامام الشاطبي، دار ابن القيم، مصر، 2018، ص 55.

3 - د. عبدالباقي البكري، المدخل لدراسة القانون، المكتبة القانونية، بغداد، بدون سنة طبع، ص31.

الرجوع في تفسيرها إلى المنهج الإجتماعي السائد و إلى روح القانون وهدفه لا إلى قواعد اللغة والمنطق فحسب ⁽¹⁾، فالمعيار القانوني هو ما يتضمن الحكم الأخلاقي والسلوكي وما يتعلق به من ظروف وملابسات، ولا يتضمن حكمه بصورة مطلقة أو قاطعة، فهي تتغير بصورة نسبية .

ونستخلص مما تقدم بأن القاعدة تتسم بالتحديد والثبات، حيث تنطوي على فرض محدد يتضمن واقعة يفترض أنها ستقع ويرتب الأثر لها، أما المعيار فهو يضع الخطوط العريضة للمجتهد أو القاضي ويتيح له السلطة التقديرية، فالمعيار هو عامل مساعد للقاضي للوصول إلى الحكم المناسب والذي يعتمد على كل حالة على حدة.

كما أن القاعدة فهي عامة تعطي حلول وأحكام موحدة لحالات غير متناهية وهذا يعني أنها تحقق عدالة مجردة، بخلاف المعيار الذي يحقق العدالة عن طريق أكثر مرونة والذي يتناسب مع الحياة الإجتماعية ⁽²⁾.

عليه فوجود بعض المعايير تساهم في تسهيل دور القاضي أثناء عملية التأويل من حيث الوصول إلى غاية المشرع، أو ذكر الأسانيد القانونية والفقهية في تعضيد الحكم الراجح، ولمعرفة تفاصيل ذلك سنبين هذه المعايير وفقاً لما يأتي:-

أولاً - معيار اللغة: احياناً كثيرة يوضع لفظ يحمل معنيين أو أكثر بإوضاع متعددة، أما يدل على سبيل البدل، أو يراد به ذات المعنى ، فقد لا يحمل المعنى عند ارادة استعماله بذاته، وإنما يحمل معنى يراد به دلالاته، وهذا الأمر لا يقتصر على الجملة أو كلمة بذاتها، وإنما يتعداه إلى الحرف الذي قد تتعدد دلالاته حتى عند تغيير مخارج الصوت تشديداً وتخفيفاً عن طريق التلاعب بالحبال الصوتية، وأكثر من ذلك يمكن زيادة عدد الحروف عند الركون إلى هذه المخارج والرسوم الكتابية،

1 - د. محمد شريف، اشار اليه، أمل المرشدي، المعيار القانوني، بحث منشور على شبكة الانترنت على الموقع <https://www.mohamah.net/law>، تاريخ الزيارة 2023/6/9.

2 - ويفترق المعيار عن الشرط بأن الاخير " هو ما يتوقف عليه وجود الشيء، وهو خارج عن ماهيته) أما المعيار فهو أكثر مرونة من الشرط بحيث يتلاءم مع ظروف النص والواقعة المعروضة.

وحتى لا نخرج من مدار البحث فيشترك بذلك اللفظ من حيث معناه وحكمه، وهذا الوضع اللغوي يركن اليه المجتهد أو القاضي لإسناد حكمه اثناء عملية التأويل⁽¹⁾.

وعند العمل في هذا المعيار، فقد يقدر في الذهن سؤال، ما إذا كان اللفظ الذي يحمل أكثر من معنى في دلالاته كأن يحمل معنى لغوي وبذات الوقت يحمل معنى شرعي وقانوني، فبأي المعنى يمكن حمله؟

ومن خلال الرجوع إلى آراء الفقه يمكننا أن نلتمس الأجابة عن هذا السؤال بمقتضى قول أحدهم " كل لفظ مشترك بين معنى لغوي ومعنى شرعي إذا ورد في نص شرعي فمراد الشارع منه معناه الذي وضعه له، لأنه لما نقل هذا اللفظ عن معناه اللغوي إلى المعنى الخاص الذي أستعمله فيه كان اللفظ في لسان الشارع متعين الدلالة على ما وضعه الشارع له، كذلك في نصوص القوانين الوضعية، فلفظ الدفع ولفظ الحلول يراد بها المعنى القانوني لا اللغوي، وكذا لفظ الضبط ولفظ التسجيل"⁽²⁾، والقول واضح معناه، فإذا كان الواضع لغوياً فيؤول معناه إلى اللغة حقيقة والمعنى الثاني مجازاً، وإذا كان الواضع شرعياً، فاللفظ يحمل على معناه الشرعي، وكذا الحال بالنسبة للقانون.

ومثال لذلك لفظ العين فهو في اللغة معناها مصدر الشيء، أو عين الماء، ومن جانبها القانوني والشرعي فتتعلق بالمال غير أن العين في الفقه الإسلامي أوسع من الحق العيني في القانون فهي تشمل كل حق عيني، بالإضافة إلى الحق الشخصي وما يتعلق به من أموال في الذمة والتركة والمال المحجوز.

وقد درج القضاء على تبيين ما تقدمت الإشارة إليه، فقد ذهبت محكمة النقض المصرية في إحدى قراراتها بأن " تنص المادة العاشرة من القانون رقم 48 لسنة 1946 الخاص بأحكام الوقف على أن كلام الواقف يحمل على المعنى الذي أراده وأن لم يوافق القواعد اللغوية، وتطبيقاً لهذه القاعدة التي وضعها المشرع وجعلها اساساً للحكم بالإستحقاق وأن ينظر الحكم إلى كتاب الوقف باعتباره وحدة متماسكة وأن يتفهم المعنى الذي أراده الواقف من مجموع كلماته وعباراته على اعتبار أنها

1 - د. محمد احمد شحاته حسين، الصياغة القانونية لغة وفناً، دار المكتب الجامعي الحديث، ط2، الاسكندرية، 2017 و ص 21.

2 - عبدالوهاب خلاف، مصدر سابق، ص 201.

جميعاً قد تضافرت على الأفصاح عن ذلك المعنى"⁽¹⁾، ويظهر جلياً المعنى المتقدم للوقف والذي يحمل مدلولين ، الأول قانوني و الآخر لغوي، فكان لقرار محكمة النقض أن تفصل بمعناه القانوني استناداً للقانون أعلاه وأن كان مخالف لمعناه اللغوي، لأن الواضع هنا قانونياً فيأخذ بهذا المعنى ، و الآخر يعد معنى مجازياً، فيؤول إلى معناه الحقيقي القانوني لا المجازي اللغوي.

وفي قرار آخر لذات المحكمة والتي نصت على "أن إعمال التفسير اللغوي أو اللفظي للنص باستنباط المعنى الذي أراده الشارع من الألفاظ والعبارات التي يتكون منها النص سواء من عبارته أو إشارته أو دلالاته فإذا تعذر على القاضي الوقوف على قصد المشرع عن طريق التفسير اللغوي فقد تعينه على الكشف عن هذا القصد عناصر خارجية أي غير مستمدة من الدلالات المختلفة للنص كالأعمال التحضيرية والمصادر التاريخية والحكمة من النص والجمع بين النصوص. وكانت النصوص التشريعية وفقاً لحكم المادة الأولى من التقنين المدني تسري على جميع المسائل التي تناولها في لفظها وفحواها، وأن فحوى اللفظ لغة يشمل إشارته ومفهومه واقتضائه والمراد بمفهوم النص هو دلالاته على شيء لم يذكر في عبارته وإنما يفهم من روحه، فإذا كانت عبارة النص تدل على حكم واقعة يفهم من روحه، فإذا كانت عبارة النص تدل على حكم واقعة اقتضته، وجدت واقعة أخرى مساوية لها في علة الحكم أو أولى منها، بحيث يمكن فهم المساواة أو الأولوية بمجرد فهم اللغة من غير حاجة إلى اجتهاد أو رأي، فإنه يفهم من ذلك أن النص الذي يتناول الواقعتين وأن حكمه يثبت لهما لتوافقهما سواء كان مساوياً أو أولى، ويسمى مفهوم الموافقة أو المفهوم من باب أولى، فالتأويل يجب أن يتوخى الكشف عن المعنى أو المعاني التي ينطوي عليها النص اختياراً للحل الأقرب إلى تحقيق العدالة باعتباره الحل المناسب الذي أوجب القانون إعماله"⁽²⁾، فالمعنى القانوني الغامض لا يمكن الحكم به إلا من خلال معرفة ما قصده عن طريق معرفة الحكمة وقصد المشرع، ذلك بتأويله عن طريق المعنى اللغوي والذي بني عليه بواقعة مشابهة لها أو أولى منها فيستفاد من اللغة بتأويل النص باعتباره معيار له.

1 - قرار محكمة النقض المصرية المرقم 29/ الدائرة المدنية في 19/3/1959، منشور على تطبيق موسوعة التشريعات المصرية، بدون تاريخ.

2 - قرار محكمة النقض المصرية المرقم بالعدد 1453/ الدائرة المدنية في 24/4/2002، غير منشور.

ثانيا - معيار عرف الأستعمال

يعد العرف أحد المعايير التي يسترشد بها القاضي في إزالة الغموض الذي يكتنف النص، ذلك ببيان دلالة الألفاظ والمعاني وفق المقاصد والأرادات الحقيقية، دون التمسك بالمعنى الحرفي لظاهر الحروف، وإذا تتبعنا موقف كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي نجد دور العرف المساهم في بيان وأزالة هذا الغموض وبمعرفة دلالة اللفاظ الناس ذلك من خلال الأسترشاد بعبادات وتصرفاتهم والذي له الأثر البالغ في تأويل تلك التصرفات وأرجاعها إلى مؤالها الصحيح.

وما يهمننا في هذا الأمر هو معرفة المعاني المتعارضة التي يحتملها اللفظ، وترجيح أحدهما على الأخر، وهذا يمكن توضيحه من خلال بيان الصور الأتية:-

الصورة الأولى:- فإذا ورد لفظ من الشارع له معنى لغوي وآخر عرفي، وكان العرف في معناه متأخر عن اللغوي، فيحمل على المعنى اللغوي، لأنه هو الأصل.

الصورة الثانية:- بحال ورد لفظ من الشارع بمعنى لغوي وآخر عرفي، ولكن المعنى العرفي وصل إلى عرف عام ووصل إلى الحقيقة فهنا قولين: الأول يأخذ بالمعنى العرفي الحقيقي ويهمل اللغوي⁽¹⁾. والثاني يقدم اللغة على العرف فكلمة الكثير تحمل على معناها اللغوي والتي تعني الثلاثة فأكثر⁽²⁾، ومع هذه الأختلافات نجد أغلب الفقهاء يقدم الحقيقة العرفية على اللغة، حيث أن الألفاظ نقلت من معناها اللغوي إلى المعنى العرفي لتتابع الناس على أستعمالها.

ويساهم العرف في نقل الدلالة اللفظية من معنى لآخر، فينصرف كلام المتكلم إلى الحقيقة العرفية، فإذا كان المعنى في أصل اللغة عقداً ملزماً فيصبح بالنسبة للعرف وعدا غير ملزم، وقد يكون عقد بيع أو معاوضة فيصبح في العرف هبة، وهو ما أشارت إليه المادة (163) من القانون المدني العراقي والتي نصت على " المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص"، ويساهم العرف أيضاً في توضيح اللفظ الكنائي، فاللفظ الصريح واضح المعنى لا يحتاج إلى تفسير، أما الكنائي فغامض ومبهم ويحمل أكثر من معنى فيحتاج إلى قرينة

1 - الطوسي، الخلاف، ج3، ط1، مؤسسة النشر الاسلامي، قم المقدسة، 1417، ص 172.

2 - زين الدين بم علي العاملي، ج 9، ط1، ايران، مؤسسة المعارف الاسلامية، 1414، 524.

لبيان النية المراد اظهارها للتعرف على الإرادة الحقيقية ، الأخيرة يساهم العرف في اكتشافها بشكل اساسي، فقول أحدهم لآخر وهبتك هذا الدار بكذا فيحمل على معناه الصريح وهو المعنى العرفي من الدلالة الأولى والتي هي الهبة، إلى المعنى المحمول عليه وهو البيع، وبهذا المثال يزال الغموض في اللفظ من خلال العرف⁽¹⁾.

وتطبيقاً لما تقدم فقد قضت محكمة النقض المصرية في إحدى قراراتها على ما تقدم بأن " أن الدستور المصري قد فرق في المادة 134 منه بين الضريبة والرسم من ناحية كيفية إنشاء كل واحدة منهم، فليس ثمت ما يدل على أنه قصد بالرسم معنى خلاف المعنى المتعارف عليه، والتي يقصر مدلولها على الفرائض التي تحصل مقابل منفعة محدودة، لذا فإن قيام المجلس بفرض ضريبة كتعويض يوازي ما أستولى عليه على اساس أنها رسوم ، حيث أنها قد خالفت المعنى المتعارف عليه وبالتالي فإن المحكمة قد اخطأت في تطبيق القانون وتأويله استناداً إلى الفريضة التي قدمها المطعون عليه والتي باعتبارها ضريبة لا رسم.."⁽²⁾، والقرار المذكور انفاً واضح الدلالة على وجود معنيين بلفظين مختلفين، المعنى الأول الذي اخطأت في تطبيقه محكمة الموضوع باعتبار أن مدلول الضريبة يوازي مدلول الرسم، والمعنى الآخر الذي بينته محكمة النقض بفصل مدلول كل منهما باعتبار أن الرسم يختلف عن الضريبة استناداً إلى النص المذكور في الدستور وإلى المتعارف عليه عن التطبيق، وبالتالي فإن تأويل محكمة الموضوع باعتبارهما ذات معنى واحد هو تاويلاً معيباً.

ثالثاً:- معيار المصلحة

المصلحة هي جلب المنفعة و دفع المضررة، أي هي المسألة النافعة للناس والضرورية لهم، وهي في مجال المعاملات كثيرة، حيث أن الأصل فيها هو الأباحة كما في البيع، والشروط⁽³⁾ ، والمصلحة ترادف الحكمة المقصودة من التشريع،

1 - د. حيدر حسين الشمري و صباح عريس عبدالرؤوف، دور العرف في تفسير العقد، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة اداب الكوفة، بالعدد 41، لسنة 2019، ص 91.

2 - قرار محكمة النقض المصرية المرقم بالعدد 179 / الدائرة المدنية في 1951/6/7، غير منشور.

3 - محمد حسين عبدالغفار، تيسير اصول الفقه للمبتدئين، ج 12، جامع الكتب الاسلامية، 2016، ص 3.

والباعث الدافع إلى تنفيذه من المكلف، والمصلحة كمعيار للتأويل مبنية على منفعة عامة وضرورية، أو تدرأ مفسدة، وهذا الكلام يقودنا إلى بيان أنواع المصلحة لمعرفة المعنى المقصود بالتأويل، فهي أما مصلحة معتبرة، نص عليها الشارع وافر بها والتي تبنى عليها الأحكام وتكون ضرورية وحاجية وتحسينية، أو مصلحة مهملة (غير معتبرة) والتي نص الشارع على أهملها وعدم اعتبارها، لأنها تصطدم بالعدالة ومع مصالح الناس، كمصلحة المرابي للحصول على فوائد، والأخيرة هي المصلحة المطلقة أو المرسلّة التي لم ينص الشارع لا على اعتبارها ولا على أهملها، وهذه المصالح متغيرة بتغير الزمان والمكان وتتطور بتطور الحياة، والأخيرة هي ما تهمننا في هذا البحث كون الأولى والثانية فيها نص قطعي لا يقبل التأويل إلا إذا كانت هناك نصوص أخرى تقابلها بذات القوة، إذا يشترط لتطبيق هذا المعيار عدم معارضة المصلحة لنص تكون دلالاته على الحكم قطعية، فتأويل النص وفق هذا المعنى بمفهوم المخالفة إذا تعارضت المصلحة مع نص تكون دلالاته ظنية فيعمل بها فهي بياناً لمراد الشارع الذي يحمل المعنى عليه، وأيضاً يشترط للعمل بهذا المعيار أن تندرج المصلحة تحت مقاصد الشارع بحيث لا يخالف الغاية الأساسية من التشريع، وأن لا يتعارض مع مصلحة أولى منها⁽¹⁾.

من خلال ما تقدم يمكن بيان مقاصد هذا المعيار، فهو الوسيلة التي توسع مجال النص وتعدد معناه وامتداده ومجال تطبيقه، ليشمل ما هو منطوق ويتسع لما مسكوت عنه، ويحمل ما يستجد من تطبيق يوافق مقاصد المشرع، عن طريق تأويل القاضي للنص باعتماده على أجهاده وتفسيره للنصوص بما يتلاءم مع مستجدات الحياة، فضلاً عن أهمية هذا المعيار بأزالة الغموض الذي يعتري النص من خلال معرفة الغاية التي يركن إليها الشرع والقانون، فلا يمكن أن يمتنع القاضي بحجة غموض النص وإلا عد منكرًا للعدالة، بل يؤول النص إلى ما يحمله للنفع بما لا ينكر المقصود من التشريع وبما يتوافق مع مصلحة القانون.

أما من الجانب التطبيقي لهذا المعيار هو ما جاء بقرار محكمة النقض المصرية والتي ذكرته بشكل واضح وجلي حيث جاء فيه بأن " متى ما كان النص واضحاً جلي المعنى قاطعاً في الدلالة على المراد منه فإنه لا يجوز وعلى ما جرى به قضاء

1 - د. مصطفى ابراهيم الزلمي، مصدر سابق، ص 150-157.

هذه المحكمة الخروج عليه أو تأويله بدعوى الأستهداء بالغرض منه أو بالحكمة التي أملتة، لأن البحث عن حكمة التشريع ودواعيه إنما يكون عند غموض النص أو وجود لبس فيه مما يكون معه القاضي مضطراً في سبيل تعرف الحكم الصحيح، إلى تقصي الغرض الذي رمى إليه والقصد الذي أملاه، ذلك أن الأحكام القانونية تدور مع علتها لا مع حكمها، ومن ثم عند وجود نص واضح وصريح لا يجوز أهدار العلة والأخذ بالحكمة"⁽¹⁾، يفهم من هذا القرار أمرين؛ الأمر الأول: هو أن النص القطعي لا يجوز فيه التأويل بالأستهداء بالحكمة أو غيرها وهذا ما تضمنه هذا المعيار في شروطه، والأمر الثاني: والذي بينته محكمة النقض بأن التأويل بالأستهداء بالحكمة يكون في النصوص الظنية الغامضة غير واضحة المعنى والتي تدور هذه الأحكام مع علة التشريع ودواعيه.

المبحث الثاني

نطاق التأييل في النصوص

إن لدراسة نطاق التأييل أهمية خاصة في مجال القانون المدني ، حيث يجب على القاضي أن يقوم بالإجتهاد القضائي في حدود معينة بحسب الغاية التشريعية التي سمح في حدودها المشرع عند صياغة النص القانوني والأكان القرار القضائي عرضة للتمييز .

وعليه ، سنحاول بيان نطاق التأييل عن طريق تقسيم هذا المبحث على مطلبين ، نبيه في الأول نطاق التأييل من حيث اللفظ ونبين في الثاني نطاق التأييل من حيث المدى وكما يأتي:

المطلب الأول

نطاق التأييل في اللفظ

لقد أهتم علماء الأصول في التأييل اهتماماً كبيراً، ووضعوا له الضوابط وآليات الأستنباط والشروط للحفاظ على الخطاب الشرعي، بأن يكون الدليل المستند عليه في التأييل قوياً وصالحاً للعمل به ضمن نصوص القواعد الشرعية، وأن لا يبقى هذا اللفظ حبيس معناه اللغوي بل يتعداه ليستوعب ما يحتمله من بعد عرفي وشرعي وحضاري حتى يصل الفقيه إلى توجيه السلوك البشري ليصل إلى حيز الإفادة العلمية لتطبيق الشرع وبما لا يعارض نمو الحياة، وذلك على وفق الضوابط المستنبطة من روح الشرع والقانون.

وعلى وفق ما تقدم فأن علماء الأصول قد اختلفوا في الأخذ بالتأييل من حيث تقسيمه على درجات ما بين مؤيداً ومعارض، ولتوضيح هذا المعنى بشكل اوضح، لذا حري بنا ان نقسم هذا المطلب على فرعين، نبين في الفرع الأول: نطاق التأييل من حيث المدى، ونوضح في الفرع الثاني: نطاق التأييل من حيث الصحة وذلك وفقاً لما يأتي:-

الفرع الأول

التأويل من حيث المدى

إن علماء الأصول قد قسموا التأويل إلى تقسيمات متعددة في مجال نطاقه، ولكي نبين الأقرب إلى مدار البحث، وندع من لا حاجة لنا به من أفراده، عليه سنتناول في هذا الفرع من خلال تقسيمه على نوعين؛ وذلك وفقاً لما يلي:-

اولاً:- التأويل القريب

يكون التأويل قريب إذا ما أحتمله اللفظ احتمالاً قوياً، بحيث يعرف بقليل من التأمل بالإعتماد على ادنى دليل، فالتأويل القريب هو ما يقرب فيه الاحتمال، فيضعف فيه الظهور، حتى أنه لا يفتقر إلى دليل قوي، بل يكفي فيه الدليل الضعيف، وهو غالباً ما يترجح بأدنى مرجح ويقاس بالعقل والمنطق⁽¹⁾

ويظهر لنا مما تقدم بأن التأويل القريب يعرف بأنه " هو الذي يكفي فيه العدول من المعنى الظاهر الراجح إلى المعنى المرجوح غير الظاهر أدنى دليل"⁽²⁾، والتعريف واضح الدلالة بالمعنى المراد منه فلا يحتاج القاضي إلى دليل قوي ليرجح به المعنى المؤول وإنما من الممكن معرفته بأدنى مرجح، ومثال لذلك ما أووله العلماء بالتصرف بمال اليتيم كالتبرع به أو هبته هو مساوياً لأتلافه أو اكل مال اليتيم وهو أولى بالتحريم استناداً لقوله تعالى " إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً إنما يأكلون في بطونهم نارا وسيصلون سعيراً"⁽³⁾ والخطاب الموجه في هذه الآية هو للأولياء والأوصياء الذين يجب أن يحافظوا على أموال اليتامى، وفي ذلك أمر من الله بأن يحسنوا التصرف بمال اليتامى وبتنميتها وعدم انفاقها والأخذ منها لمصالحهم إلا بالقدر الذي يحافظ عليها أو كانوا فقراء فيأخذوا منها بالمعروف استناداً لقوله تعالى " ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن حتى يبلغ أشده"⁽⁴⁾، وأن مرجح هذا التأويل هو الأولوية وغاية التشريع بقياس التبرع بمال

1 - الغزالي، المستصفى في علم اصول الفقه، ج 1، مصدر سابق، ص 387.

2 - د. مصطفى الزلمي، مصدر سابق، ص 449.

3 - سورة النساء، الآية 10.

4 - سورة الانعام، الآية 152.

اليتيم على أكل ماله هو ذات العلة بينهما إلا وهي أتلاف المال وذات الحكم وهو التحريم.

وبغية الوقوف على المعنى الدقيق، وتمعنا جيداً في الموقف التشريعي، فإن التشريع العراقي والمصري في القانون المدني قد نص على ذلك، فقد نصت المادة (780) من القانون المدني المصري على "1- لا تجوز الكفالة بمبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين، ولا بشروط اشد من شروط الدين المكفول، 2- ولكن تجوز الكفالة بمبلغ أقل، وبشروط أهون"، ويقترب من هذا المعنى نص المادة (1013) من القانون المدني العراقي⁽¹⁾، ويخلص من هذا النص بأن التزام المكفول هو الذي يحدد مدى التزام الكفيل، إذ لا يجوز أن يكون التزام الكفيل أشد من التزام المكفول، فإذا كان أشد فلا يكون الإلتزام باطل، وإنما يجب انقاصه، حتى يصل إلى حد الإلتزام المكفول، وبهذا فلا تجوز الكفالة بمبلغ أكبر من الإلتزام المدين الأصلي، فظاهر هذا النص يشير إلى مبلغ الكفالة الأصلي وهو مبلغ الدين، إلا أن هذا النص يشير بمعنى آخر وهو الفوائد المترتبة على هذا الدين، فإذا كان الدين الأصلي لا ينتج أي فوائد، فلا يجوز أن ينتج ألتزام الكفيل فوائد، وإذا كان الإلتزام المدين الأصلي ينتج فوائد بسيطة، فلا يجوز أن ينتج فوائد مركبة أو اشد على الكفيل، فإذا أخذنا بالمعنى الحرفي للنص المذكور، فلا يمكن ان نستفيد من هذا النص فيما يتعلق بالفوائد، إلا أن يمكن تأويله إلى معنى آخر، أستناداً إلى أن النص يحتمل ذلك بأدنى مرجح وهو دفع المبلغ المستحق على المدين وهذا المطلق يجري على إطلاقه فيشمل بالأضافة إلى الدين الأصلي يضاف له الفوائد، فضلاً عن الأشتراك في ذات العلة وهي التخفيف على كاهل الكفيل⁽²⁾.

كما أن موقف القضاء كان له صدى لتوجهات مشروعة في بيان هذا المعنى، حيث ذهبت محكمة النقض المصرية بإحدى قراراتها بالأفصاح عن الشروط الموافقة للتأويل القريب إذ جاء فيه "لقاضي الموضوع السلطة التامة في تفسير

1 - نصت المادة 1013 من القانون المدني العراقي على "1 - إذا كان الدين مؤجلاً على الاصيل، وكفل به احد تاجل على الكفيل ايضاً.

2 - وإذا اجل الدائن على الاصيل تاجل على الكفيل وكفيل الكفيل وان اجله على الكفيل الاول يتاجل على الكفيل الثاني، ولا يتاجل على الاصيل".

2 - د. عبدالرزاق السنهوري، ج 10، مصدر سابق، ص 60.

العقود والشروط المختلف عليها والعدول عن المدلول الظاهر لصيغ العقود والشروط، إلا أن ذلك مقيد بأن يبين في حكمه لم عدل عنه إلى خلافه وكيف أفادت تلك الصيغ المعنى الذي أخذ به ورجح أنه مقصود المتعاقدين ، بحيث يتضح لمحكمة النقض من هذا البيان ان القاضي قد أعتمد في تأويله لها أعتبرات معقولة يصح معها استخلاص ما أستخلصه منها"⁽¹⁾، ويستخلص من هذا القرار بأن محكمة النقض قد بينت الشروط المفروضة على القاضي عند تأويل النص أو العقد، بأن يستند إلى أدلة معقولة يمكن أستخلاصها من الوقائع المعروضة وبموافقة القانون بحيث تستخلص منها بشكل واضح وصريح من دون أي مرجح قوي وهذا ما يسمى بالتأويل القريب.

ويتبين لنا مما تقدم أنه لكي يكون التأويل قريب ومقبول أن تتحقق الشروط السابقة المبينة بشكل واضح، والمتمثلة باستحالة أرادة الظاهر اللغوي، بالمقابل توفر الإحتمال، وأن يستند إلى دليل، كما أن هذا النوع من التأويل يحتاج إلى قليل من التأمل، إذ أن ذلك راجع إلى قوة الإحتمال الذي لا يتطلب دليلاً قوياً ولا نظراً عميقاً ليرجح للمعنى الآخر غير الظاهر المستفاد من اللفظ، فهو يعتمد على ادلة العقل ومنطق الأشياء وهو ما تمت الإشارة إليه من قبل الفقه وأتجاه المحاكم.

ثانياً:- التأويل البعيد

التأويل البعيد هو ما لا يعرف إلا بالمزيد من التأمل، وضعف فيه الإحتمال فيغلب فيه المعنى الراجح، فيحتاج إلى دليل قوي، فإذا كان هذا الأحتمال بعيد جداً فيحتاج إلى دليل في غاية القوة⁽²⁾، فالإحتمال فيه ضعيف وبعيد، وبالمقابل المعنى الظاهر منه المتبادر إلى ذهن المتلقي قوي، وضابط البعد في التأويل عند الأصوليين هو البعد عن الفهم، لذلك يحتاج إلى دليل قوي يعضد الأحتمال، حتى يتغلب على ظاهر المعنى⁽³⁾.

1 - قرار محكمة النقض المصرية المرقم بالعدد 2752/الدائرة المدنية في 2013/1/14، منشور على تطبيق موسوعة التشريعات المصرية، بدون تاريخ.

2 - ابن قدامة، روضة الناظر، مصدر سابق، ص 157.

3 - أمير باده شاه، تيسير التحرير، ج1، دار الفكر ، بيروت، 1996، ص 144.

وأسناداً لما سبق فإن التأويل البعيد يعرف بأنه " هو الذي لا يتبادر إلى الذهن، وإنما تدل عليه قرائن وامارات، ادلة ظنية"⁽¹⁾، يفهم من هذا التعريف بأن هناك مفارقة بين التأويل القريب والبعيد، فالأول: يتبادر إلى الذهن بقرب الاحتمال من المعنى الراجح إلى المعنى المرجوح، في حين أن التأويل البعيد، لا يتبادر للذهن وإنما هناك صعوبة للفهم، فضلاً عن التأويل القريب يحتاج للترجيح ادنى دليل، على خلاف البعيد الذي يحتاج إلى دليل قوي يوازي المعنى الراجح.

وتماشياً مع ما تم ذكره فإن التأويل البعيد ناتج عن احتمال بعيد، والدليل بدوره جبر هذا البعد ليتغلب ويترجح على هذا المعنى الظاهر، وعلى قدر هذا الدليل يتأثر حكم التأويل بالقبول أو الرد، وزيادة على الدليل فإن اختلاف أحوال المجتهدين له أثر في تعضيد هذا الدليل بالقبول أو الرد.

ومن الناحية القانونية فلم يتطرق المشرع أو فقهاء القانون عن انواع التأويل بكونه قريب أو بعيد، وإنما نلتمس ذلك من الواقع العملي، ولتقريب هذا المعنى فأننا نسوق على التطبيق القانوني لنبين فيه التأويل البعيد، حيث نصت المادة (590) من القانون المدني العراقي على " 1- لا يجوز للوصي المختار من قبل الأب أو الجد أن يبيع مال نفسه لليتيم ولا أن يشتري لنفسه شيئاً من مال اليتيم إلا إذا كان ذلك خير لليتيم وبأذن المحكمة 2- والخيرية هي أن يبيع لليتيم أقل من ثمن المثل أو أن يشتري منه بأكثر من ثمن المثل على وجه يكون فيه لليتيم مصلحة ظاهرة"، يفهم من هذا المعنى أن المادة تشير إلى معنى الخيرية والتي ذات معنى يتعلق ببيع مال اليتيم أو شراء الوصي المختار منه بثمن المثل أو فيه منفعة ظاهرة لليتيم، في حين يظهر معنى آخر لكلمة الخيرية والذي يعني أن الولي معروف بالعدالة وحسن التصرف والسلوك، والذي يفهم منه باعتباره شرط مسبق للبيع وهذا المعنى يستند إلى دليل قضائي حيث جاء لقرار محكمة التمييز بأن " .. يجب على دائرة الطابو أن تكلف الولي أو الوصي باستحصال حجة من المحكمة الشرعية بالنسبة للمسلمين ومن محكمة المواد الشخصية بالنسبة لغير المسلمين تؤيد بأن الولي أو الوصي

معروف بحسن التصرف وأنه توجد اسباب قانونية وشرعية لبيع العقار...⁽¹⁾ وهذا القرار يشير كما ذكرنا إلى معنى حسن السلوك وليس بيع مال اليتيم أو الشراء بثمن المثل كما أشارت إليه المادة أنفة الذكر، ويستند من يقول بذلك بدليل نص المادة (32) من قانون رعاية القاصرين والتي تشير لسلب الولاية بحال كونه غير أهل للولاية.

ونرى أن هذا التأويل بعيد ولا يستند إلى دليل قوي يرجحه إذ أن هذا القرار يشير إلى معنى آخر وهو شرط العدالة لتنصيب الوصي المختار وتحديد معنى الخيرية على أساسه، وليس كما مذكور بنص المادة (590) التي حددت معنى الخيرية بما يتعلق بوقت لاحق على التنصيب وهو البيع الذي يعد أثر لذلك.

ويستخلص مما سبق بأن أصل الاحتمال في التأويل البعيد موجود، لكنه ضعيف، بالمقارنة مع المعنى الظاهر، فيحتاج إلى دليل قوي يؤيد ذلك الاحتمال، ونتيجة لذلك لا يحكم ببطلان التأويل البعيد، وإنما يجب على المؤول نصب الدليل على تأويله أو البقاء على الظاهر، لأن القبول أو الرد متعلق بقوة الدليل، وهذه العملية تبقى على المدركات العقلية للمجهد، فقد ينقح التأويل عند البعض، ولا يكون له مسوغ عند الآخر⁽²⁾.

ويمكن إضافة صور أخرى للتأويل من حيث مداه فقد توسع من هذا النطاق أو تضيق به والتي اشار اليها بعض الفقه وهي على صورتين:-

الصورة الأولى:- التأويل الموسع لنطاق تأويل النص:- أن التأويل غالباً ما يؤدي توسيع تطبيق النص ، ذلك لتيسير طريقة الوفاء ورفع الحرج عند خلوا النص من دون أن يخل ويتعد عن الغرض الأساس من غاية التشريع، ولتوضيح هذه الصورة

1 - قرار محكمة تمييز العراق المرقم 3/136 بتاريخ 1961/9/7، منشور عند القاضي سليمان بيات، القضاء المدني، ج2، ط1 ، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، 1962، ص84.

2 - هناك نوع ثالث من انواع التأويل الا وهو التأويل المتوسط والذي يكون فيه الاحتمال بين درجتي القرب والبعد أو الضعف والقوة، فيكفي لترجيحه الدليل المناسب في الدرجة، فهو وسط للاحتمال فأذا قوي الاحتمال يقل الظاهر ويظهر التأويل ، واذا ضعف الاحتمال يبعد التأويل ، فهذه التأويل ات المتوسطة تعتبر ضمن التأويل ات القريبة، لان غالباً ما يكون التأويل القريب ما يقربه الدليل، والبعيد ما لم يتوفر فيه الدليل، لذا فإن هذا النوع تكثر فيه ادلة الاحتمال من البرهان والقرائن والنص والاجماع، د. الذوايدي بن بخشوش قوميدي، مصدر سابق، ص 210.

بشكل جلي فنبين ذلك وفق ما جاء بالحديث الشريف، قال الرسول محمد (صل الله عليه واله وسلم) " إذا كانت أربعين إلى عشرين ومائة شاة ، فإذا زادت على عشرين ومائة إلى مائتين شاتان، فإذا زات على مائتين إلى ثلاث مائة ففيها ثلاث شياه، فإذا زات على ثلاث مائة فلكل مائة شاة"⁽¹⁾، فقد أول بعض الفقهاء هذا الحديث بالنسبة إلى الشاة الواجب دفعها، هي ذات الشاة أو دفع قيمتها لأن الغاية الأساسية للزكاة هي سد حاجة الفقير وأن دفع قيمتها للفقير أكثر مصلحة له من الشاة ذاتها، والواضح من هذا التأويل هو توسع في نطاق النص فبدل من أن يدفع الشاة بذاتها فأصبح له خيار آخر وهو دفع القيمة بدل عنها ، بالرغم من الانتقادات الموجه إلى هذا الرأي باعتباره تأويل بعيد وليس له اساس من النص.

الصورة الثانية:- التأويل المضيق لنطاق النص:- وعلى خلاف الصورة الأولى فقد يؤدي التأويل إلى التضيق من نطاق النص ويحدد معناه ببعض دون الآخر، حيث جاء في الفقه الإسلامي والتي أقرته التشريعات الوضعية كالقانون المدني العراقي من أن الغبن الفاحش بسبب التغير هو سبب لزوم العقد أو توقيفه، غير أن بعض الفقهاء أولوا هذا النص إلى نطاق أضيق حيث اعتبروه أنه خاص بمن جاء بحقه وهو حبان بن منقذ، ومنهم من اعتبره خاص بضعيف العقل، دون أن يشمل هذا النص ما يحمله على ظاهره بأن جاء بشكل مطلق، وهذا التأويل بعيد أيضاً لأن الإجازة تكون للولي عند ناقص الأهلية⁽²⁾.

1 - اخرج البخاري في كتاب الزكاة، باب زكاة الغنم، فتح الباري 3/ 404، اشار اليه د. مصطفى الزلمي، مصدر سابق، ص 451.

2 - نصت المادة مادة (121) من القانون المدني العراقي على " 1 - إذا غرر احد المتعاقدين ب الاخر وتحقق ان في العقد غبنا فاحشا كان العقد موقوفا على اجازة العاقد المغبون، فاذا مات من غرر بغبن تنتقل دعوى التغيرير لوارثه.".

الفرع الثاني

التأويل من حيث الصحة

ينقسم التأويل من حيث الصحة على قسمين: القسم الأول؛ التأويل الصحيح، والقسم الثاني؛ التأويل الفاسد، لذا يكتفي لدراسة هذا النطاق من الإشارة إلى تعريف هذين النوعين وبيان حكمهما، وبغية الإحاطة بهذا الموضوع لذا حرياً بنا أن نقسم هذا الفرع على نوعين وذلك وفقاً لما يأتي:-

أولاً- التأويل الصحيح:- يعرف التأويل الصحيح بأنه " هو ما حملته اللفظ على غير مدلوله الظاهر منه مع احتمال له، وبدليل يعضده" أو كما يعرفه البعض بأنه " هو حمل اللفظ على الإحتمال غير المتبادر للذهن بدليل قوي يقتضي ذلك"⁽¹⁾، والتأويل يقتضي الدليل وتوافر شروطه حتى يكون صحيحاً، ومثال لذلك تخصيص العام بدليل خاص كقوله تعالى " وأحل الله البيع وحرم الربا"⁽²⁾، وتخصيصها باحاديث تدل على تحريم البيع، كتحريم بيع الغرر، وبيع النجش، والبيع على بيع أخيه، فصرفت معنى الآية العام المتبادر للذهن، بهذا الإحتمال مقابل دليل خاص.

والتأويل الصحيح يتوقف على شرطين، ولقد مر ذكرهما ولا نريد أن نسرف في القول، فالشرط الأول: بأن يكون اللفظ يحتمل المعنى الذي يراد صرفه إليه في عرف الأستعمال أو لغة العرب، وهذا يعرف عند عرف الشرع أو أهل اللغة. والثاني: ان يقوم على التأويل دليل صحيح، وهذا يكون أما من سياق اللفظ الذي جاء فيه، أو من اي دليل اخر، ولا يمكن الجمع بينهما إلا بتأويل احدهما.

والشرط الثاني: تم ذكره للتفريق بين التأويل بشكل عام والتأويل الصحيح حيث عرف احدهم التأويل بأنه " هو حمل اللفظ على غير مدلوله الظاهر منه مع احتمال له" وبعد ذكره للتأويل عرف التأويل الصحيح بأنه " حمل اللفظ على غير مدلوله الظاهر منه مع احتمال له بدليل يعضده"⁽³⁾، فلا يكون التأويل صحيحاً إلا بدليل يرجحه.

1 - د. عايض السلمي، كتاب اصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله، مصدر سابق، ص 392.

2 - البقرة الآية 257.

3 - علي بن محمد بن الحسن الامدي، الاحكام في اصول الاحكام، ج3، دار الكتاب العربي، ط1، بيروت،

1404، ص 59.

وذا تمعنا جيداً في النصوص القانونية التي أشارت إليه في قانون المرافعات بالنسبة للمواد أنفة الذكر كل من (203 – 214) من قانون المرافعات المدنية العراقي، فضلاً عن قانون المرافعات المصري بالمواد (248-250) والتي لم تذكر بشكل مفصل أنواع للتأويل وإنما بينت أمكانية الطعن بالقرارات إذا جاء عيب في تأويلها، والعيب سبب لفساد التأويل ، وعلى خلاف ذلك إذا كان التأويل صحيحاً فلا موجب للطعن .

أما موقف القضاء فإن اتجاه محكمة النقض الفرنسية جاءت موافقة لما قرره الفقه من تقسيم التأويل إلى تأويل صحيح وفساد ، حيث قضت في إحدى قراراتها بأن " من المقرر أن ما يثيره الطاعن بشأن أستيفائه المدة المطلوبة للقيد في جدول المحامين المطلوبين أمام محكمة النقض، تأسيساً على أن مدة عمله في النيابة العامة والقضاء حتى درجة رئيس محكمة من الفئة (أ) تعتبر أعمالاً نظيرة لأعمال المحاماة مما يوجب احتسابها في مدة القيد،.. غير أن المحكمة قد أولت ذلك عن طريق نص المادة 39 من قانون المحاماة رقم 17 لسنة 1983 والذي يشترط أن يمضي على اشتغاله أمام محاكم الأستئناف لمدة عشر سنوات، ولكون طالب الطعن لم يحقق هذا الشرط مما انتهى رفض طلب قيده في جدول المحامين المقبولين أمام محكمة النقض يكون قد أول القانون تأويلاً صحيحاً، مما يتعين معه القضاء برفض الطعن موضوعاً"⁽¹⁾، والمتمعن بنص المادة (39) من هذا القانون يجد بأن القانون أشرت ان يكون المحامي قد أشتغل أمام محاكم الأستئناف لمدة عشر سنوات على الأقل ، فقد جاء النص واضح الدلالة على أرادة المشرع ، بالغم من اغفاله بذكر نص يماثل المواد (32 و 35) من ذات القانون واللذان تُجيزان أحتساب مدة العمل التي يقضيها المحامي في أعمال نظيرة في مدة التمرين أو الأشتغال بالمحاكم الأبتدائية ، ولهذا يمكن القول: بأن التأويل الصحيح وفق هذا القرار يكون مستنداً إلى دليل صريح، ووجود أحتمال يصرف إليه عن المعنى الظاهر وهو الأشتغال بمهنة المحاماة مع الأعمال النظيرة لها، فيكون هذا التأويل تأويلاً صحيحاً.

ثانياً:- التأويل الفاسد

سبق القول بأن التأويل الصحيح يشترط فيه ان يستند على دليل يساوي أو اقوى من ظاهر النص، وعلى خلاف هذا فإن التأويل الفاسد يعرف بأنه " صرف اللفظ عن مدلوله الظاهر إلى ما لا يحتمله اصلاً من غير دليل"⁽¹⁾، فالأول يستند إلى دليل، والثاني من غير دليل،

والتأويل الفاسد مبني على أساس تقديس العقل وترك النقل ولا يستند في ذلك إلى دليل ظاهر وانماء يفصل على ما تراه من اهواء ورغبة بحجة تغليب المصالح، فإذا تعذر دليل التأويل ، أو كان ما أحتمل عليه لشبهة خُيِّل للمجتهد أنها دليل، بأي درجة كان على ظن المجتهد وتخيله، وفي الواقع فهو ليس بدليل فهذا هو التأويل الفاسد⁽²⁾. فكل ما هو مخالف لسياق النص ، وغير ما ألف عليه الناس، أو استعمل لمعنى ظاهر وتعارف عليه، كمن استعمل لفظ في تركيب معين فيحمله المؤول على تركيب اخر لا يحتمله على مجيئه في هذا التركيب، وما كان الأصل في النص باطل فلا يؤول إلى صحيح إذا كان النص لا يحتمل التخصيص والقياس.

فتأويل قول الرسول محمد (صل الله عليه واله وسلم) " فأما النار فلا تملئ حتى يضع رب العزة فيها رجله"⁽³⁾، فأولوا قول الرجل بهذا المعنى بأنه جماعة من الناس، إذ أن هذا المعنى لم يعرف ، ولم يستخدم وليس له اصل عند العرب⁽⁴⁾، فيتضح من هذا القول فساد الإستدلال ورد التأويل .

فأكثر ما يكون هذا النوع إذا صدر التأويل من غير المؤهل، أي ليس لديه أهلية الإجتهد، فينتج عنه فساد التأويل وغياب العدالة، إذ لا يحتمل اللفظ المعنى المؤول إليه، فضلاً عن كون التأويل يتعارض بنتيجته عما هو معلوم في الشرع بالضرورة كالنصوص قطعية الدلالة، أو القواعد الشرعية ثابتة الأستقراء، والتي لا يجوز أن تؤول لأنها واضحة الدلالة، و إلا تكون متعارضة بنتيجتها مع تلك القواعد والنصوص القطعية.

1 - علي بن محمد الامدي، مصدر سابق، ص 59.

2 - علي عبدالله محمد، الظاهر والمؤول عند الاصوليين واثريهما في اختلاف الفقهاء في النكاح، مصدر سابق، ص 179.

3 - صحيح البخاري، ج 4، ص 224.

4 - محمد الدرديري، التأويل الفاسد واثره السيء على الامة، دار اولاد الشيخ للتراث، القاهرة، ص 51.

فإذا كان التأويل متعذراً، لا يحتمل اللفظ، فإنه لا يكون مقبولاً، بل يجب رد الحكم وبطلانه⁽¹⁾، ويكون متعذراً بوجود دليل التأويل، لكن ضعيفاً بحيث لا يقوى على جعل المعنى المرجوح أقوى في ظهوره على المعنى الظاهر، ولا حتى مساوياً له، وإنما يكون أقل منه حجة وبيان أو لا وجود له، فهذا التأويل مردود.

ولكن السؤال الذي يثار في هذا السياق، ما إذا كان دليل التأويل من حيث القوة مساوياً للمعنى الراجح في ظهوره بالنسبة للمعنى المرجوح؟ وللإجابة على ذلك فحري بنا توضيح ان المجتهد أو القاضي يرجع حينئذ إلى إزالة هذا التعارض، عن طريق قواعد الترجيح المار ذكرها باتباع ما تقدم منها من الجمع والتفريق واتباع المعايير اللازمة لرفع هذا التعارض.

أما التأويل الفاسد من الناحية القانونية فقد تم ذكر المواد الخاصة بالتأويل المعيب في قانون المرافعات العراقي والمصري لا حاجة لإعادة ذكرها، إلا أنه يمكن أن نجد هذا النوع عند التدقيق في نصوص القانون المدني من خلال آراء الفقه والتطبيق العملي حيث نجد النص في الفقرة الأولى للمادة (٣٨٢) من القانون المدني المصري والتي تنص على أن " لا يسرى التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبياً " فالمعنى واضح في أن المشرع قد أطلق أحكام الوقف ليشمل كل تقادم أيا كانت مدته وليعم لكل مانع مهما كان نوعه، فلا يجوز تخصيص عمومته ولا تقييد مطلقه إلا بنص، أما مقتضى النص بالفقرة الثانية من المادة ذاتها على أن " ولا يسرى التقادم الذى تزيد مدته على خمس سنوات في حق من لا تتوافر فيه أهلية، أو في حق الغائب أو في حق المحكوم عليه بعقوبة جناية، إذا لم يكن له نائب يمثله قانوناً"، وهو يتوافق مع نص المادة (435) من القانون المدني العراقي⁽²⁾، وأيضاً ما جاء بالملحظة الإيضاحية من أن " الغرض من التقادم الخمسي هو درء خطر تراكم الديون الدورية المتجددة، وليس يتأثر هذا الغرض بما يتصل بشخص الدائن من أوصاف ولو كان القصر من بينها، ثم أن ما

1 - التغازاني، حاشية التغازاني في شرح العضد، دار الكتب العلمية، ج 1، بيروت، 2004، ص 169.

2 - نص المادة (435) من القانون المدني العراقي على " 1- تقف المدّة المقررة لعدم سماع الدعوى بالعدوى الشرعي، كان يكون المدعي صغيراً أو محجوراً وليس له ولي أو غائباً في بلاد اجنبية نائية أو ان تكون الدعوى بين الزوجين أو بين الاصول والفروع أو ان يكون هناك مانع اخر يستحيل معه على المدعي ان يطالب بحقه. 2- والمدّة التي تمضي مع قيام العذر لا تعتبر".

يسقط من الحقوق بانقضاء خمس سنوات يتهافت تهافتاً يمتنع معه التسليم بوقف سريان المدة" أخذاً بحكمة التشريع من أن تكون أحكام وقف التقادم مقصورة على التقادم الذي تزيد مدته عن الخمس سنوات، حتى لا يكون حال القاصر الذي ليس له من يمثله أسوأ ممن تتوافر فيهم أسباب أقل لوقف التقادم، فذلك كله مردود من أن النص متى كان واضحاً قاطعاً في الدلالة على المعنى المراد منه فلا يجوز الخروج عليه ولا تأويله ولا تخصيص عمومته ولا تقييد مطلقة بدعوى الأستهداء بالمحكمة التي أمته أو ما ورد في الأعمال التحضيرية أو المذكرة الأيضاحية، لأن محل ذلك كله أن يكون بالنص لبس أو غموض يضطر القاضي في سبيل التعرف على مراد الشارع أن يبحث في كل ذلك أما المفارقة التي أن صلحت سنداً للمطالبة بتعديل التشريع فإنه لا يجوز التحري بها لاستحداث حكم يغير عبارة النص عن طريق التأويل، وبهذا المعنى يرد هذا التأويل لكونه يناقض نصاً واضح الدلالة قطعي فلا يجوز بتخصيص عموم النص المذكور أو تقييد مطلقة ليشمل ما لا يحتمله وحتى لا يكون القاصر أو الغائب الذي ليس له من يمثله سارياً عليه التقادم.

أما موقف القضاء من التأويل الفاسد فنجد ذلك جلياً في قرار محكمة التمييز الإتحادية حيث جاء فيه بأن "إذا كان الحكم الصادر في دعوى تصحيح خارطة العقار يصدر بدرجة أخيرة قابلاً للتمييز فقط أم بدرجة أولى قابلاً للاستئناف والتمييز. وتجد هذه الهيئة ان المادة (1) من قانون التسجيل العقاري قد عرفت الخارطة بأنها (مرسم هندسي يعين فيه شكل العقار ومساحته وحدوده وموقعه) ويتم تسجيل الخارطة لكل عقار بتسلسل ورقم خاص بها في سجل الخرائط وهي بهذا الوصف لا تعتبر حقاً عينياً بل هي دليل يستند عليها في تسجيل العقار والحقوق التي له أو عليه وهذا الشكل الهندسي ليس فيه أي جنبه مالية مما يتعذر تحديد قيمته ولا يمكن ذلك وما يترتب على ذلك تكون دعوى تصحيح الخارطة خاضعة لرسم مقطوع استناداً لصراحة نص المادة (19/أولاً/ي) من قانون الرسوم العدلية رقم 114 لسنة 1981 ويكون الحكم الصادر من محكمة البداة بدعوى طلب تصحيح الخارطة يصدر بدرجة أخيرة قابلاً للتمييز فقط ولا يقبل الطعن به عن طريق الأستئناف وذلك استناداً لصراحة نص المادة (1/32) من قانون المرافعات المدنية وقد يلتبس الأمر في بعض الأحيان مع دعوى طلب تصحيح خارطة العقار دعوى

أخرى وهي دعوى طلب تصحيح مساحة العقار والفرق بينهما شاسع إذ أن دعوى طلب تصحيح مساحة العقار تتعلق بحق عيني مثبت في سجل العقار زيادة أو غير مثبت ويطلب إضافته في السجل العقاري وهذا الجزء من المساحة موضوع النزاع يمكن تحديد قيمتها ويكون الحكم الصادر بدعوى طلب تصحيح مساحة العقار إذا تجاوز قيمة المنفعة السنوية مليون دينار للجزء المتنازع عليه يصدر بدرجة أولى قابلاً للاستئناف والتمييز على عكس دعوى تصحيح خارطة العقار لأنها من الدعاوى التي تخضع لرسم مقطوع وذلك لتعذر تقدير قيمتها ولأن المدعي إضافة لوظيفته قد طلب بعريضة دعواه تصحيح خارطة العقارات للقطع موضوع الدعوى فيكون الحكم البدائي الذي قضى ببرد دعوى المدعي قد صدر بدرجة أخيرة قابلاً للتمييز فقط ولا يقبل الطعن بطريق الاستئناف ويكون الطعن الاستئنافي واجب الرد شكلاً⁽¹⁾ يفهم من هذا القرار بأن محكمة الموضوع قد اولت دعوى تصحيح خارطة العقار بالمعنى الذي يصدر فيه القرار قابلاً للاستئناف والتمييز، لفهم المحكمة بأنه ذات الحكم الذي يصدر بدعوى تصحيح مساحة العقار، وهذا التأويل تأويل معيب وفساد كون ان دعوى تصحيح خارطة العقار تصدر بدرجة أخيرة قابلة للتمييز فقط لكونها ذات رسم مقطوع استناداً للنص المتقدم، في حين دعوى تصحيح مساحة العقار تصدر بدرجة أولى قابلة للاستئناف والتمييز، ولكون القرار جاء بغير دليل صحيح يستند عليه في حمله على المعنى الآخر فيكون خطأ في الاستدلال واجب الرد.

علاوة على ذلك قضاء محكمة النقض المصرية في قرار لها أن "النص في البند العاشر من عقد البيع موضوع النزاع على أن الطرفين اتفقا على "اختصاص محاكم القاهرة بجزئياتها " بنظر ما قد ينشأ عنه من منازعات ورد عاما يدل على شموله واستغراقه لجميع أفرادها، ومن ثم فإنه يشمل محكمتي شمال وجنوب القاهرة الابتدائيتين وجزئياتهما من غير حصر لمحكمة منهما، وتخصيصه بغير دليل تأويل غير مقبول. وإذ كان البين من الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه برفض الدفع بعدم اختصاص محكمة جنوب القاهرة الابتدائية بنظر الدعوى بناء على تفسيره الصحيح

1- قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم بالعدد 134/ الهيئة الموسعة المدنية/ 2023 في 2023/4/17، قرار منشور على الموقع <https://t.me/z90k0> تاريخ الزيارة 2023/7/20.

لعبارة " محاكم القاهرة بجزئياتها " - وهو ما يكفى لحمل هذا القضاء - ، فإن النعي عليه بأنه خطأ إذ أعتبر الدعوى من الدعاوى الشخصية العقارية أو أنه خالف نص المادة الثانية من القرار بقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٧١ سالف الذكر (قرار رئيس الجمهورية بالقانون ٥٠ لسنة ١٩٧١ بتقسيم محكمة القاهرة الابتدائية إلى محكمتين ابتدائيتين) - يكون غير منتج أياً ما كان وجه الرأي فيه⁽¹⁾ ، نستنتج من هذا القرار بكون الطاعن قد اخطأ في تأويل نص البند العاشر من الاتفاق حول عبارة (محاكم القاهرة بجزئياتها) بحملها على معنى تخصيص محكمة القاهرة، والمعنى الصحيح هو أن يشمل المعنى الدال على عموم اللفظ واستغراقه لجميع أفرادها وهي محكمتين ابتدائيتين، مما يعني أن هذا التأويل غير صحيح لمخالفة نص القانون ولعدم أشتماله على دليل صحيح يعضده مما يقضي برد الدعوى.

المطلب الثاني

نطاق التأويل في الدلالة

إن العبارات والجمل في سياقها قد تكون واضحة الدلالة سهلة الصياغة لا تحتاج إلى دليل في تحليلها وتأويلها، فتكون هذه دالة على معانيها دلالة مطابقية، ويساعد في ذلك الوضوح السياق الكلام لتحديد معانيها، وقد ينتقل هذا اللفظ من معنى لآخر لنتشابه وتوهم فتكون بينهما علاقة دلالية، فتنتقل هذه الألفاظ إلى دلالات أخرى تتجاوز معانيها الظاهرة، فيصدر أختلاف بين اللفظ والدلالة، مما يدفع القاضي لتأويل النص الغامض الذي يحمل دلالات متعددة، للوصول إلى المراد منه.

ومن أجل التزيد بالبحث، لذا حري بنا أن نوضح ذلك، عن طريق تقسيم علماء الأصول دلالات النصوص إلى واضحة الدلالة وخفي الدلالة الذين بدورهم اختلفوا

1 - قرار محكمة النقض المصرية المرقم بالعدد 1339/ الدائرة المدنية، في 2003/1/28، منشور على تطبيق موسوعة التشريعات المصرية، بدون تاريخ.

في تقسيمهم إلى تقسيم ثنائي⁽¹⁾، وآخر رباعي، ولكن لرفد البحث بشيء من التفصيل لغرض الإحاطة بالموضوع، فسنسلط الضوء على تقسيم الرباعي الذي تزعمه علماء الأصول من الحنفية وذلك بتقسيمه على فرعين: وكما يأتي:-

الفرع الأول

نصوص واضحة الدلالة

تنقسم هذه الدلالات من حيث وضوحها على أربعة أقسام: تبدأ بأقلها وضوحاً هو الظاهر، ثم النص، والمفسر، وأقواها المحكم، وهذا ما سنبينه في هذا الفرع وبالشكل الآتي:-

أولاً- الظاهر:- يعرف بأنه " كلام يعرف المراد به من صيغته فيدل على حكم غير مقصود بالذات دلالة واضحة مع قبوله للتأويل والتخصيص والنسخ"⁽²⁾، فهو حكم واضحة الدلالة على المعنى المراد به لكنه يحتمل التأويل لمجرد صيغته، لذلك عرفه البعض بأنه " هو اللفظ الذي فهم منه السامع معنيين، لكنه رجح احد هذين المعنيين دون الآخر"⁽³⁾، فالقول بأنه يحمل معنيين لأخراج النص، والقول بترجيح أحد المعنيين لأخراج المجمل، وسنوضح كل من النص والمجمل فيما بعد.

فمتى ما كان المقصود بفهم من الكلام من غير حاجة إلى دليل أو قرينة، وكان المقصود الأصلي يعرف من سياقه، وأن أحتمل معنى آخر لا يتبادر للذهن، فهذا هو الظاهر، كقوله تعالى " وأحل الله البيع وحرم الربا"⁽⁴⁾، وظاهر هذه الآية هو حل كل بيع مع تحريم الربا، هذا هو الظاهر في الآية، بالرغم من كونه جاء

11 - يختلف الأصوليين في الطريقة المتبعة عند تقسيمهم لدلالات النصوص على المعنى المراد، فجمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة ويوافقهم الامامية يقسمون النص القابل للتأويل إلى النص والمجمل، عباس المدرسي اليزدي، نماذج الاصول في شرح مقالات الاصول، ج4، ط1، منشورات ديفازي، قم، ايران، 2004، ص 61، أما الاحناف فأنهم يتبعون التقسيم الرباعي : واضح الدلالة إلى (الظاهر، النص، المفسر، المحكم) وخفي الدلالة إلى (الخفي، المشكل، المجمل، المتشابه)، حسين علي الاعظمي، الوجيز في اصول الفقه وتاريخ التشريع، دون طبعة، مطبعة الاهالي، بغداد، 1942، ص 52.

2 - مصطفى الزلمي، مصدر سابق، ص 432.

3 - عبد الكريم بن علي، اصول الفقه والقواعد الفقهية، المهدب في علم اصول الفقه المقارن، مجلد3، جامع الكتب، الرياض، 1990، ص 1201.

4 - سورة البقرة الآية 275.

لنفي المماثلة بين البيع والربا للرد على المشركين بقولهم بعدم التفرقة بينهما، كقوله تعالى " ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا واحل الله البيع وحرم الربا"⁽¹⁾.

وحكم الظاهر عند الأصوليين هو الوقوف على معناه الظاهر ووجوب العمل به، ما لم ترد قرينة أو دليل يصرف هذا المعنى عن معناه الظاهر الذي يحتمله اللفظ⁽²⁾، فإذا نقل الشارع لفظة عن معناها اللغوي، فأنها على معناها الإصطلاحي عند ورودها في النصوص الشرعية، وتحمل على معناها القانوني عند ورودها في الحقائق القضائية، ولا تحمل على معناها اللغوي إلا بوجود قرينة دالة على ذلك، بل تحمل على المعنى الظاهر في اللفظ وهو معناها القانوني، لان جميع المصطلحات القانونية تحمل على معناها القانوني، ولا يحمل على معناه الاصطلاحي إلا بدليل يمنع أمكانية حمله على المعنى الظاهر إلا أن هذا الإحتمال مرجوح بوجود الدليل.

وإذا تمعنا جيداً في المواقف التشريعية فنجد الظاهر في العديد منها، مثال لذلك نص المادة (1/66) من قانون المرافعات المدنية والتي نصت على " يجب على المحكمة عند اصدار الحكم الذي تنتهي به الخصومة أمامها أن تحكم من تلقاء نفسها بمصاريف الدعوى على الخصم المحكوم عليه" وهذا الحكم على السواء مدعياً كان أم مدعى عليه، هذا هو الظاهر من النص بأن من يخسر الدعوى يتحمل مصاريف تلك الدعوى، لكن الظاهر هذا يحتمل معنى آخر بحال إذا سلم المدعى عليه الحق المطالب به للمدعي خلال المرافعة وبعد أنكار المدعى عليه دعوى المدعي، وأقر المدعي باستلام المبلغ موضوع الدعوى، فهل يعد المدعي قد خسر دعواه بالحكم برد الدعوى؟

فإذا كان الظاهر من هذا النص بأن المدعي قد خسر الدعوى فيتحمل المصاريف، فيعد هذا المعنى غير مطلوب دائماً فيصار إلى المعنى المرجوح، والمعنى الآخر الذي يحتمله ذلك لثبوت مشغولية ذمة المدعى عليه ومن ثم لا يعد

1 - سورة البقرة الآية 275.

2 - عبدالمهدي احمد العجلوني، قواعد تفسير النصوص وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الاردنية- دراسة اصولية مقارنة، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الدراسات العليا الجامعة الاردنية كجزء من متطلبات نيل درجة الدكتوراه في القضاء الشرعي الاردني، 2005، ص 162.

المدعى عليه خاسراً للدعوى، سيما أن أمتناع المدعى عليه عن تسديد المبلغ هو ما دفع المدعى بإقامة دعواه.

ودليل ذلك ما أستندت عليه قضاء محكمة التمييز الذي جاء موافقاً لما تقدم ، حيث ذهبت بإحدى قراراتها بأن " إن طالبة التصحيح (المدعية) ليست هي الطرف المحكوم عليها بالحكم البدائي الذي أنهى الخصومة في الدعوى ذلك لأن الثابت في محاضر جلسات المرافعة أن المصحح عليه(المدعى عليه) بعد أن أنكر غصبه للأثاث عاد فسلمها للمدعية خلال المرافعة، حيث أن طالبة التصحيح هي من كسبت الدعوى ولا مجال لاعتبارها الطرف المحكوم عليها فيها كي تتحمل مصاريفها.."⁽¹⁾، وهذا ما يستند عليه في احتمال اللفظ أكثر من دلالة ، معنى راجح وآخر مرجوح يحتاج إلى دليل يستند عليه، وهو قابل للتأويل والتخصيص والنسخ.

وأستناداً لما تقدم من موقف علماء الأصول و النصوص القانونية علاوة على قرارات المحاكم يظهر لنا جواز تأويل الظاهر وذلك وفقاً للضوابط المعروفة للتأويل، حتى لا يكون تجاوزاً للمعنى الظاهر بلا دليل.

ثانياً:- النص:- هو ما زاد وضوحاً على الظاهر بمعنى في المتكلم لا في نفس الصيغة⁽²⁾، أي أن النص دال على معنى سيق الكلام للدلالة عليه، بخلاف معنى الظاهر الذي لم يسق الكلام للدلالة عليه. و النص وفقاً لذلك هو "ما يزداد وضوحاً بقرينة تقترن باللفظ من المتكلم ليس في اللفظ ما يوجب ذلك ظاهراً بدون تلك القرينة"⁽³⁾، وبهذا المعنى فيكون النص ظاهراً لصيغة الخطاب نص، باعتبار القرينة التي كان السياق لأجلها. فقوله تعالى (واحل الله البيع وحرم الربا) فالظاهر هو إطلاق البيع، ولأنه سياق النص جاء لإجل الرد على الكفار بقوله تعالى (ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا)، لذلك النص واضح الدلالة على معناه، لكنه غير قطعي الدلالة وإنما يحتمل التأويل .

1 - قرار محكمة التمييز المرقم 48/ هيئة عامة في 1981/1/22، منشور في القاضي ثائر جمال الوندوي، سلطة القاضي في تأويل النص القانوني، بحث منشور في النشرة القضائية بالعدد الثالث عشر تموز لسنة 2010 ، ص 45.

2 - عياض السلمي، مصدر سابق، ص 101.

3 - ابو بكر السرخسي، اصول السرخسي، ج1، ص 160.

ويفهم من ذلك أن النص هو ما كان واضحاً وصريحاً في دلالاته على الحكم، حتى وأن كان يحتمل غيره في وجه آخر، لأن احتمالاً لغير ما هو صريح فهو احتمال إضافي لا ينفي ما هو صريح فيه، وقد يراد به كما عرفه البعض بأنه " ما دل على معنى قطعاً من غير احتمال"⁽¹⁾، وبالرغم من تعدد معاني النص إلا أن الراجح عند فقهاء الأصول بأن النص هو ما زاد وضوحاً على الظاهر.

وحكم النص كما في الظاهر هو وجوب العمل بما دل عليه، حتى يقيم الدليل على غير ذلك بتأويله أو نسخه أو تخصيصه، وكون النص يجب العمل به مع كونه محتملاً للمجاز، لكن هذا الاحتمال لا يخرج النص من قطعته، لأن اللفظ إنما صار نصاً باعتبار القرينة المرتبطة باللفظ، ولأنه لا عبرة بالاحتمال الناشئ عن اللفظ من غير دليل⁽²⁾.

وإذا ما تمعنا جيداً في الموقف التشريعي نجد أن المشرع العراقي كان له دوراً بارز في حسن صياغة النص، فوفقاً للقواعد العامة في القانون المدني أن استلام بدل منفعة الإيجار من المنتفع دليل على رضا المالك ، وهذه الدلالة واضحة وفقاً لمعناها الظاهر ولا يمكن تأويله إلا بالتخصيص أو النسخ، إلا أن هذا النص يمكن تخصيصه بنص المادة (3) من قانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم(32) لسنة 1986 والذي ينص على " يجري بيع وإيجار أموال الدولة بطريق المزايدة العلنية وفق الإجراءات المرسومة في هذا القانون إلا إذا وجد نص تشريعي يقضي بخلاف ذلك"، وهذا التخصيص بخلاف ظاهر النص الذي يقضي أن يكون الإيجار عن طريق المزايدة العلنية.

أما موقف القضاء العراقي فقد جاء بالمعنى نفسه إذ قضت محكمة استئناف بغداد بصفقتها التمييزية بأن " العقار موضوع الدعوى يعود إلى أمين بغداد إضافة لوظيفته، لذلك يخضع هذا العقار في إيجاره إلى أحكام قانون بيع وإيجار أموال الدولة .. وعملاً بأحكام المادة الثالثة من ذات القانون فإن إيجار أموال الدولة يجري بطريق المزايدة العلنية .. وحيث أن المميز عليها لم تكن مستأجرة للدار موضوع الدعوى من المميز عن طريق المزايدة فأنها تعتبر غاصبة المنفعة.. أما بخصوص

1 - الغزالي، المستصفي، ج1، مصدر سابق، ص 385.

2 - الظاهر والمؤول عند الاصوليين، مصدر سابق، ص 133.

قبص وحدة المنصور بدلات الإيجار من المميز عليها على أنها عقد إيجار بين الطرفين ، لأن الإيجار يجب أن يكون وفق أحكام المادة المذكورة وبخلافه يقع العقد باطلاً وهذا البطلان المطلق لا تلحقه الإجازة عملاً بحكم المادة 141 مدني⁽¹⁾، والواضح من هذا القرار أنه يمكن إثبات عقد الإيجار بين الطرفين وأعتبره عقداً متجدداً مازال مستمر بدفع بدلات الإيجار ومنتفع بالعقار فيعد بذلك الرضا متحصل من مالك المنفعة وهذا النص واضح الدلالة وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني، إلا أنه يمكن تأويل النص عن طريق تخصيصه وفق المادة الثالثة من القانون المذكور والذي يحمل المعنى الآخر كونه لا يعد الرضا متحصل إلا عن طريق إجراءات المزايمة العلنية.

أما موقف القضاء المصري فلا يختلف عما سبقه من القانون والقضاء العراقي حيث قضت محكمة النقض المصرية بقرار لها جاء فيه " إن المقرر في قضاء محكمة النقض أن مؤدي نص المادتين 147-148 من القانون المدني أن العقد قانون العاقدين ونصوصه هي المرجع في تبيان نطاق التعاقد بالنسبة للأشخاص والموضوع وتحديد شروطه والحقوق الناشئة عنه والألتزامات المتولدة منه، ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه على وجه التخصيص والأفراد وإنما يضاف إليه ما يعتبر من مستلزماته وفقاً والعرف والعدالة بحسب طبيعة الألتزام"⁽²⁾، فوفقاً لما تقدم يتضح بأن العقد هو شريعة المتعاقدين وفقاً لظاهر النص والذي يكون واضح الدلالة، إلا أن هذا النص يحتمل التأويل عن طريق العرف والعدالة وطبيعة الإلتزام ما يعد من مستلزمات العقد، وهذا ما يستند عليه في تعضيد التأويل .

ثالثاً:- المفسر: يعرف بأنه " اللفظ الدال على معناه الذي سيق لأجله والمقصود اصالة، وازداد وضوحاً بحيث لا يحتمل التأويل ، ولكنه يقبل النسخ"⁽³⁾، فيعرف

1 - قرار محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية المرقم 1983/ حقوقية/94 في 1994/9/26، اشار اليه القاضي ثائر جمال الوندائي، مصدر سابق، ص 46.

2 - قرار محكمة النقض المصرية بالرقم 1106/الدائرة المدنية/ 2004 في 2004/12/13، منشور على تطبيق موسوعة التشريعات المصرية، بدون تاريخ.

3 - د. محمد اديب صالح، تفسير النصوص في الفقه الاسلامي، ج1، المكتب الاسلامي، ط4، دمشق، 1993، ص165.

المراد به على وجه لا يبقى معه احتمال للتأويل، حيث أن كل مجمل في النص يصبح مفسراً بعد بيان تفسيره من قبل الشارع أو المشرع، فيلحق به بيان تفسيري قطعي يزيل الأجمال فلا يحتمل التأويل، وهذا التفسير أما تشريعي أو قضائي أو فقهي، ويعرفه آخرون بأنه " ما زاد وضوحاً على النص لعدم احتمال له للتخصيص إذا كان عاماً والتأويل إذا كان خاصاً بسبب تفسير الشارع أو المشرع له"⁽¹⁾، وهذا يعني بأن دلالة المفسر هي دلالة قطعية.

لذا يكون للمفسر موردان: الأول، هو المستفاد من ذات الصيغة بحيث لا يحتمل التخصيص أو التأويل. والثاني، المورد المستفاد عن طريق بيان تفسيري قطعي، يكون ملحق بالصيغة، يصدر ممن له سلطة البيان، فيسد به باب التأويل وهذا ما بينه أحدهم بالقول أن " المفسر ما زاد وضوحاً على النص سواء أكان بمعنى في النص أم بغيره، بأن كان مجملاً فلحقه بيان قاطع فانسد به باب التأويل، أو كان عاماً فلحقه ما انسد به باب التخصيص"⁽²⁾.

وحكمه وجوب العمل به، بحيث لا يحتمل أن يصرف عن ظاهره ولا يبقى معه احتمال للتأويل، فلا يحمل عن هذا النص معنى آخر إلا بالنسخ، لذلك فإن دلالة الحكم فيه قطعية، حتى يقوم الدليل على نسخة، فالمفسر لا يحتمل التأويل ولا التخصيص، وإنما يحتمل النسخ، فإذا ما دل عليه حكم بالتبديل، أو دليل بالنسخ، فيوجب الحكم بالمفسر، ومما تقدم فإن دلالة المفسر في الحكم من دلالة كل من النص والظاهر عليه، فهو يقدم عند التعارض⁽³⁾.

ومن المفسر في النصوص المدنية هي جميع الألفاظ الواردة في النصوص والتي بينتها القوانين من المعنى المراد منها، وان هذه الألفاظ والمعاني من المفسر لا تحتمل التأويل، منها نص المادة (2/601) والتي بينت معنى الصدقة حيث نصت على " الصدقة هي المال الذي وهب لأجل الثواب وهي في احكامها كالهبة إلا فيما ورد فيه نص خاص" وبهذا المعنى فسر القانون المدني معنى الصدقة والذي

1 - د. مصطفى الزلمي، مصدر سابق، ص 433.

2 - عبدالعزيز البخاري، كشف الاسرار عن اصول فخر الاسلام البزدوي، ج1، دار الكتب العلمية، بيروت، ص 77.

3 - د. محمد اديب صالح، مصدر سابق، ص 170.

لا يحمل التأويل ولا التخصيص ما لم يرد فيه نص خاص كالنسخ، أما القانون المدني المصري فقد اشار إلى معنى المفسر في نص المادة (699) والذي بين فيه معنى الوكالة من خلال تفسير المشرع لها فعرّفها بأنها " عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل" وهذا النص مفسر واضح الدلالة على المراد به وهذا ما وضحته المادة (1/701) من ذات القانون فجاء فيها " الوكالة الواردة في الفاظ عامة لا تخصيص فيها حتى لنوع العمل القانوني الحاصل فيه التوكيل.."، حيث ان هذا التفسير لا يحتمل التأويل ولا التخصيص وفقاً لما تقدم بيّانه من النصوص المتقدمة.

أما موقف القضاء فقد بين المفسر من خلال الحكم الصادر من محكمة النقض المصرية بقرارها الذي ينص على " إذا كان التفسير التشريعي هو التفسير الذي يضعه المشرع ليبين به حقيقة قصده من تشريع سابق، ومبنى حكم هذا التشريع حسماً لما يثار من خلاف بشأنه.." (1)، إن القرار المذكور يوضح بشكل دقيق بأن النص المفسر من قبل التشريع هو لبيان قصد المشرع من المعنى الذي أراده، وهذا ما لمسناه في النصوص المدنية التي تبين المصطلحات، هذا من جهة، ومن جهة اخرى فأن النص المفسر يكون قاطع الدلالة على المعنى المراد به ويكون حسماً للخلاف الذي يثار في بيان المعنى المقصود.

رابعاً:- المحكم: يعرف المحكم بأنه " اللفظ الدال على معناه المقصود من سوجه دلالة واضحة بحيث لا يحتمل معها التأويل ولا النسخ" (2) وبهذا المعنى فأن المحكم هو أقوى الألفاظ وضوحاً من الظاهر والنص والمفسر، لان دلالاته دلالة قطعية لا تحتمل التأويل والنسخ، وهو يشترك مع المفسر لأن دلالة كل منهما هي دلالة قطعية، وهو بذلك يفيد التأبيد وغير قابل للنسخ خلافاً لما تقدم.

والمحكم هو الأصل الذي يرجع إليه لذلك سمي الله تعالى المحكمات أم الكتاب، حيث الأصل الذي يكون المرجع إليه، فيكون الحكم الذي يدل عليه من القواعد الأساسية والضرورية كحفظ الدين، ومبادئ القانون كالعدل والأنصاف الخ..

1 - قرار محكمة النقض المصرية بالعدد 146/الدائرة المدنية/77 في 28/12/1977، منشور على تطبيق موسوعة التشريعات المصرية، بدون تاريخ.
2 - النسفي، متن اصول المنار، ص 90.

وحكمه، وجوب العمل به ولا يحتمل صرف اللفظ عن ظاهره إلى معنى آخر ، فلا يحتمل التأويل ولا النسخ والأبطال، فدلالته على الحكم أقوى من جميع الأنواع السابقة، والأحتمال منتف عنه، لذا من الطبيعي أن يتقدم على أي نوع يتعارض معه، فتعارض المحكم مع المفسر كما في قوله تعالى في القذف " لا تقبل لهم شهادة ابداً"⁽¹⁾ فهو من قبيل المحكم لأنه دال على التأبيد، مع قوله تعالى " واشهدوا ذوي عدل منكم"⁽²⁾ فهذا من قبيل المفسر، والذي يقضي بقبول شهادة شاهدين عدلين وأن كانوا محدودين في قذف، ومحل التعارض بذلك هو القاذف إذا تاب، فهل تقبل شهادته أم لا؟، بهذه الحالة يقدم مدلول الآية الأولى على مدلول الآية الثانية، فالأولى تعد من قبيل المحكم والثانية من قبيل المفسر، فيقدم المحكم على المفسر عند التعارض.

ولو اطلعنا على موقف القانون من المحكم نجد ذلك جلياً في نصوص متعددة منها ما جاء بقانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969 المعدل في المادة (309) والتي جاء فيها " الأحكام الصادرة على بيت المال أو الأوقاف أو الصغار أو الغائبين أو المجانين أو المعتوهين أو غيرهم من ناقصي الأهلية والأحكام المتضمنة فسخ عقد الزواج وكذلك الحجج المعتبرة بمثابة الأحكام كالحجج المتعلقة باستبدال الأوقاف والأذان بالقسمة الرضائية إذا لم تميز من قبل ذوي العلاقة فعلى القاضي إرسال الأضبارة في أقرب وقت ممكن إلى محكمة التمييز لأجراء التدقيقات التمييزية عليها، 2- لا تنفذ الأحكام والحجج المذكورة في الفقرة السابقة مالم تصدق من محكمة التمييز.. يفهم من هذا النص بأنه محكم لا يقبل التأويل ولا النسخ ولكون ما يتعلق بهذا النص من الضروريات المتعلقة بحفظ المجتمع فتكون احكامها قطعية لا تحتمل التأويل ولا النسخ.

وتأييداً لما تقدم فإن القضاء كان له صدى لتوجيهات المشرع حيث أصدرت محكمة التمييز قرارها الذي يقضي بأن " إن التمييز التلقائي لبعض الأحكام والذي جاء حصراً في المادة 309 من قانون المرافعات المدنية ان ما يتعلق بالأحكام الصادرة من الأحوال الشخصية ولا يمكن سحبه إلى أحكام أخرى قياساً على ما ورد في

1 - سورة النور الاية 4.

2 - سورة الطلاق الاية 2.

المادة المذكورة⁽¹⁾، فهذه الأحكام لا تقبل القياس ولا التأويل على أحكام أخرى لم يرد بها نص ولا تنفذ من غير التمييز الوجوبي.

ومن المُتقدم ذكره يتضح لنا بأن الواضح عند بعض الأصوليين ليس على درجة واحدة، وإنما متفاوت المراتب، فأقواها المحكم يليه المفسر ثم النص واخراً الظاهر، وإن التعارض المقصود هنا ما هو إلا تعارض ظاهري، وما يكون إلا من نظرة الناظر وبحثه، أما بما يخص التعارض الحقيقي فمنتف عن النصوص، وخاصة الشرعية منها فهي منزهة عن التناقض.

الفرع الثاني

نصوص خفية الدلالة

ويراد بالنص خفية الدلالة ما أبهم معناه أي اللفظ الذي خفيت دلالاته عن الحكم خفاءً لذاته، أو خفاءً لعارض، فيتوقف بذلك فهم المراد منه على شيء خارجي، ومع ذلك فقد يزول هذا الخفاء بالإجتهد فيوضح ما أبهم، وقد يتعذر زواله إلا عن طريق بيانه من الشارع.

فيفهم مما تقدم فإن درجة الوضوح في النص تتفاوت مراتبها لذا قسم الحنفية مراتبها إلى أربعة أقسام: وهي كل من الخفي، المشكل، المجمل، المتشابه، وسنعرض هذه الأقسام حسب مراتبها في الإبهام وكما يأتي:-

أولاً:- الخفي: يعرف بأنه "هو ما أشتبته معناه، وخفي المراد منه بعارض في الصيغة يمنع نيل المراد إلا بالطلب"⁽²⁾، وبعبارة أوضح هو لفظ ظاهر في دلالاته على معناه، غير أن عرض له من خارج صيغته فينطبق على بعض أفراده، وهذا الغموض والخفاء لا يزول إلا بالإجتهد والطلب، لذا يحتاج لإزالة الغموض لنظر وتأمل فيختلف من مجتهد لآخر فيكون خفياً بالنسبة لبعض أفراده لزيادة صفة على

1 - قرار محكمة التمييز المرقم 33/شخصية/97 في 1997/1/8، منشور في الموسوعة العدلية، بالعدد 68 لسنة 2000، ص6.

2 - د. محمد شريف احمد، مصدر سابق، ص 48.

سائر الأفراد أو النقص فتحيط اللفظ باشتباه فيكون خفياً لبعضهم، لان تناوله لا يفهم من ذات اللفظ وإنما لا بد من تدخل أمر خارجي.

ومثال الخفي، عن ابن عباس رضي الله عنه أن الرسول محمد (صل الله عليه واله وسلم) قال ".. فليس للقاتل ميراث" فلفظ (القاتل) ظاهر الدلالة على من يباشر القتل الموجب للقصاص، وهو قتل العمد بدون وجه شرعي، ولكن وجد في لفظ القاتل بعض الغموض والخفاء، في تطبيقه على بعض أفراد كالقتل بالتسبيب أو الخطأ أو النائم والمجنون، وقتل الصبي، أو كما يبدو خفياً القتل بالدفاع عن النفس والقتل عمداً بوجه شرعي، فأختلف الفقه في بيان ذلك إلى أحكام متعددة، فذهب البعض إلى أن القتل يمنع من الميراث هو كل قتل موجب القصاص أو الكفارة، فتطبق هذه القاعدة على قتل العمد وشبه العمد والكفارة⁽¹⁾، بينما ذهب آخرون بمنع الميراث بالنسبة للقتل عمداً وعدوان وهو اتجاه الأمامية على الغالب منهم⁽²⁾، فيما يرى البعض في الصحيح عندهم أن لفظ القاتل تشمل جميع أفراد⁽³⁾، واخيراً يرى آخرون بأن القتل يمنع الميراث هو ما يكون بغير حق فيشمل كل أفراد كالصبي والمجنون والخطأ والعمد، أما القتل بحق فلا يمنع منه شيء كالقصاص والدفاع عن النفس⁽⁴⁾.

فكان الخفاء في لفظ القاتل لإفراجه بانضمام اوصاف معينة لهذا البعض، عن ظاهره الذي هو القتل العمد بغير وجه شرعي.

وحكمه: وجوب النظر به من القاضي أو المجتهد عن طريق البحث والتأمل في الغموض الناشئ عن زيادة في المعنى أو لنقيضه فيه، فإذا كانت زيادة بالمعنى عمل المجتهد إلى إلحاق الفرد بما ظهر من معنى، فينطبق عليه ويأخذ حكمه، وإذا كانت من نقص نشأ من بعض أفراد أو إضافة بعض الأوصاف إليه، فلا يلحق به هذا

- 1 - مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الميراث والوصية، مكتبة السنهوري، بغداد، دون سنة طبع، ص 20.
- 2 - محمد الجواهري، جواهر الكلام، (37/39)، ابن جزي، قوانين الاحكام الشرعية، ص 327 - 428، ينظر في ذلك د. حيدر حسين الشمري، المختصر في أحكام الوصايا والموارث، ط2، دار الوارث، كربلاء، 2022، ص 117.
- 3 - شمس الدين محمد بن ابي العباس الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج6، دار الفكر، بيروت، (28/6).
- 4 - محمد عبد المؤمن الحصني الدمشقي، كفاية الاخير في حل غاية الاختصار، ط1، دار الخبر، دمشق، 1994، ص 441.

البعض بإفراد اللفظ، وان حكمه لا ينطبق عليه، وأن هذا المقدار من البحث والتأمل يقود إلى إزالة الغموض، لأن الخفاء ما كان لذات الصيغة، بل لعارض، لذا فإن الخفاء أقل أنواع اللفظ ابهام، ويقابل الظاهر الذي هو أقل أنواع اللفظ وضوحاً، بالرغم من الإعتراض على هذا التشبيه بحجة أن الظاهر ظهوره من ذاته، أما الخفي فإن خفائه لعارض⁽¹⁾.

ثانياً:- المشكل- يعرف المشكل بأنه " لفظ يحتمل أكثر من معنى واحد لا يوجد ما يدل على تحديد واحد من هذه المعاني كالمشترك"⁽²⁾، فالمشكل لفظ يحتمل معاني متعددة، إلا أن المراد منها واحد، وان تلك المعاني المتعددة هي من أدخلت على السامع أشكالية أخفائه، فصار محتاج إلى التأمل والطلب وأقامة الدليل، فسبب الخفاء هو في لفظه وصيغته، ويفهم المراد به من أقامة القرينة الخارجية، وهو على خلاف الخفي فإن خفائه ليس من ذات اللفظ، بل في أنطباق معناه على بعض افراده بعوامل خارجية تدل على اللفظ.

إن الفرق بين الخفي والمشكل، بأن الخفاء في الأخير هو من ذات اللفظ، فلا يفهم المراد منه ابتداءً إلا بدليل خارجي، في حين أن المنشأ خفائه التطبيق، فضلاً عن أن المشكل لشدة خفائه، فلا ينال معناه إلا بالتأمل والبحث والإجتهاد والرجوع إلى النصوص ومعرفة حكمة التشريع وغاياته، فالأول ينظر إلى معرفة اللفظ وما يحتمله من معاني ثم ضبطها بالإجتهاد عن طريق القرائن المحتملة والوقوف عليها لمعرفة دلالتها وما تحمله من معاني⁽³⁾.

فاللفظ المشترك هو موضوع لإكثر من معنى واحد، ويعرف المشترك " هو كل لفظ لمعنيين أو أكثر على سبيل الحقيقة"⁽⁴⁾، ويعني أن اللفظ واحد، إلا أنه يحمل معنيين أو أكثر حقيقة أو مجاز كلفظ (العين)، ويكون المشترك لإكثر من نوع فهو قطعي المعنى ككلمة النور والسراج فهي ذات المعنى للمشترك المعنوي، وقد يكزن ظني المعنى كما في حرمة بيع البر بالبر والتمر بالتمر.. لكن اختلفوا في ماهية

1 - د. محمد اديب صالح، مصدر سابق، ص 249.

2 - د. مصطفى الزلمي، مصدر سابق، ص 434.

3 - د. محمد شريف احمد، مصدر سابق، ص 129.

4 - الشاشي، اصول الشاشي، مصدر سابق، ص 28.

المعنى هل هو الكيل والجنس، أو بمعنى الوزن والجنس.. وحينئذ يكون المشترك ظنياً، وهو بخلاف الترادف والذي يعني تعدد الألفاظ مع اتحاد المعنى (1).

ومن أمثلة المشكل معنى كلمة (أنى) فهي تحتمل أكثر من معنى فقد تدل على (كيف) وقد تدل على الزمان بمعنى (متى) وأيضاً للمكان بمعنى (أين) وذلك كما في قوله تعالى (فأتوا حرثكم انى شئتم)(2)، فإختلف الفقه في تحديد المعنى المقصود من الآية وأشكل عليهم فهمها وردها إلى مقصودها، فكل فقه أولها بحسب ما تحمله من أدلة تقتضي حكمها، مستنديين في ذلك على القران والسنة والأدلة الأخرى بحسب ما يتضمن مما تقدم وما تأخر من الآيات وبما نزلت، لذلك تعددت معانيها وأشكلت على المجتهد بين الكيفية والزمان والمكان مما يحتاج إلى تأمل وبحث(3).

وحكم المشكل لا يختلف عن سابقه بوجوب النظر إلى المعاني الذي يحملها أولاً، وضبطها، ومن ثم الإجتهد والتأمل للبحث عن القران الدالة على حقيقة المعنى المراد توضيحه من المشكل، فالإجتهد هو ما يحدد معانيه(4).

ومن الناحية القانونية نجد ضالة المشكل في النصوص ومنها نص المادة (367) من القانون المدني المصري القديم والتي تنص على لفظ (الجدك) والتي تقضي ببقاء الإيجار لصالح مشتري ما يعرف ب الجدك رغم وجود المنع كالتأجير من الباطل، وللعودة لمعنى (الجدك) ومعناها الرفوف المرتبة بالمحل التجاري وهي مأخوذة من الفارسية، وهذا يعني البيع في النص للرفوف في المحل التجاري فقط، والمعنى الثاني هو بيع المحل بالكامل، فلا يجوز الأستمرار في الإيجار لصالح المشتري، إلا إذا اشترى المحل التجاري وليس فقط الرفوف ، وهذا ما قصده المشرع لأن المعنى يتماشى مع العلة في الأستمرار الإيجار لصالح المشتري كما

1 - احمد بن محمد بن حمود اليماني، الاشتراك المعنوي والفرق بينه وبين الاشتراك اللفظي، بحث منشور في جامعة أم القرى، مجلد 16، عدد31، لسنة 2004، ص 238-239.

2 - سورة البقرة، الآية 223.

3 - د. محمد احمد شحاته حسين، الصياغة القانونية لغة وفناً، دار الكتب، ط2، الاسكندرية، 2004، ص 79.

4 - د. مصطفى الزلمي، مصدر سابق، ص 434.

جاء في النص القانوني⁽¹⁾ وهذا ما نصت عليه المادة (594) من القانون المدني المصري النافذ.

أما موقف القضاء فقد جاء موافقاً لما نص عليه القانون المدني في معنى الجدك "إذ كان الحق المقرر وفقاً لنص المادة ٢٠ من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ للمالك في اختيار شراء العين المبيعة والحلول محل مشتريها بالجدك - إن أعلن رغبته في الشراء وأودع الثمن الذي اتفق عليه المتعاقدان - مخصوماً منه تلك النسبة التي يستحقها - خزانة المحكمة الجزئية الواقع في دائرتها العقار خلال شهر من تاريخ إعلان المستأجر له بالبيع والثمن المعروض على يد محضر - فحلول المالك إنما يكون محل المشتري .. الذي آلت إليه العين دون المستأجر الذي تخلى عنها بالبيع - وهو حق مستقل تماماً عن حق المؤجر في طلب فسخ عقد الإيجار عملاً بنص المادة ١٨ من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ عند إخلال المستأجر بأحد الألتزامات المبينة بالنص"⁽²⁾. وهذا يعني أن القضاء جاء موافقاً للمعنى القانوني وأخذ بالمعنى الثاني للفظ والبدال على المحل بالكامل وليس كما جاء بالمعنى الأول والذي يقصد به الرفوف في المحل التجاري. فالأصل أنه لا يجوز المستأجر في التصرف بالعين المؤجرة إلا إن البيع بالجدك هو استثناء وأرد على النص وهو ليس مطلقاً وإنما مقيد بكون الجدك متعلقاً بنشاط تجاري، وأن تكون له الرغبة بشراء مع خصم 50% من قيمة المبيع، وهو رغبة للمشرع للحفاظ على الأنشطة التجارية.

ثالثاً:- المجلد:- يعرف المجلد بأنه " اللفظ الذي لا يدل بصيغته على المراد منه، ولا توجد قرائن لفظية أو حالية تبينه، فسبب الخفاء فيه لفظي لا عارض"⁽³⁾، وسبب ذلك هو اشتراك المعنى بلفظ غير معين لا توجد فيه قرائن تدل عليه، ومنها الألفاظ التي تكون لها معاني متعددة كالصلاة والربا، فإذا ورد لفظ شرعي كان مجملاً حتى يبينه الشارع، فالصلاة لفظ مجمل يراد به الدعاء، ومعناه الشرعي هو الصلاة

1 - نصت المادة (367) من القانون المصري القديم لسنة 1883 في 1883/10/28. بأن " : منع المستأجر من التأجير يقتضي منعه من الإسقاط لغيره وكذلك منعه من الإسقاط يقتضي منعه من التأجير. إنما إذا موجوداً بالمكان المؤجر جدك جعله معداً للتجارة أو للصناعة ودعت ضرورة الأحوال إلي بيع الجدك المذكور جاز للمحكمة مع وجود المنع من التأجير إبقاء الإيجار لمشتري الجدك بعد النظر في التامينات التي يقدمها ذلك المشتري ما لم يحصل للمالك من إبقائه ضرر حقيقي".

2 - قرار محكمة النقض المصرية المرقم بالعدد 957 في 11/26 لسنة 2001. غير منشور.

3 - عبدالوهاب خلاف، علم أصول الفقه، ط7، دار الحديث، القاهرة، 2008، ص 217.

المعروفة بإركانها، والحج بمعنى العظمة، فينتقل إلى معناه الشرعي كأحد أركان الإسلام. إذ أن المجل هو لفظ نقله المشرع أو الشارع من المعنى اللغوي إلى معناه الجديد كالشرعي أو القانوني والمستعمل في النصوص، فيبقى خفياً إذا لم يبين، فسبب خفائه لغرابة اللفظ فلا يتضح بيانه إلا بانتقاله من معناه الظاهر إلى المعنى المعلوم عن طريق تفسيره التشريعي⁽¹⁾.

فلا يفهم المجل إلا بالاستفسار وهو ضد المفسر وفوق المشكل خفاء وقل من المتشابه، غير أن من يبين المجل بأنه ما لم تعرف دلالاته وهو والخفي والمشكل والمتشابه ذات معنى واحد⁽²⁾، ومع ذلك فدرج الفقه على التقسيم الرباعي للدلالة الخفية فالمجل هو أشد خفاء من الخفي والمشكل وقل من التشابه وضوحاً.

والمجل ثلاثة أنواع: أولهما نقل اللفظ من معناه اللغوي الظاهر إلى المعنى الخفي الشرعي كالصلاة كما مر ذكرها، والثاني هو تعدد المعاني المتساوية والمتزاحمة على اللفظ، وهذا ما يكون بيانه إلا بالترجيح، كلفظ العين، والنوع الأخير هو ما يكون المجل في غرابة عن اللفظ بالمعنى المستعمل فيه كما في لفظ (الجرك).

وحكمه هو عدم العمل به حتى يتبين المراد منه، وذلك بطلب البيان والأستفسار، أو ما يرد من الشارع ما يزيل غموضه ويكشف معناه، أو عن طريق الترجيح وبيان المراد منه، فيتوقف العمل به حتى ينتقل من الأجمال إلى الإشكال والإجتهد وأزالة الغموض⁽³⁾.

ومثال المجل في التشريع المدني هو ما نصت عليه المادة (46) من القانون المدني العراقي إذ جاء فيه " كل شخص بلغ سن الرشد متمتع بقواه العقلية غير محجور عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية"، حيث علق كمال الأهلية في هذا النص على بلوغ سن الرشد، وهذا النص مجمل إذ خلا من كل دلالة تعيين هذا السن، والتي لا يمكن تحديدها إلا بقرائن خارجية، لذا لا بد من إيضاحها عن

1 - د. مصطفى الزلمي، مصدر سابق، ص 434.

2 - ابراهيم حاج محمد، المشكل عند الاصوليين، مصدر سابق، ص 39.

3 - د. محمد اديب صالح، مصدر سابق، ص 298.

طريق التفسير التشريعي والذي بينه في المادة (106) من ذات القانون والتي حددت سن الرشد بثمانية عشر سنة.

رابعاً:- المتشابه : هو " ما لا ينبئ ظاهره عن مراده"⁽¹⁾، فهو ما خفي معناه بإحتماله للتأويل، أو ما أستأثر بعلمه الله (جل جلاله) ولا يعرف معناها كالحروف المتقطعة في بداية السور، وهو بخلاف المحكم الذي لا يحتاج إلى قرائن لبيانه، فالمتشابه لا يستقل بنفسه إلا برده إلى غيره، لذا فإن المتشابه هو ما خفي عن المعنى المراد به ولا سبيل لبيانه بالقرائن، فأستأثر الشارع بعلمه.

وقسم العلماء المتشابه على نوعين الأول: متشابه حقيقي لا يتكلف منه سوى الأيمان به والتسليم بمعناه لأنه لا يعرف مدلوله سوى من استأثر به ولا يوجد دليل عليه، والنوع الثاني: هو المتشابه الإضافي، والذي لا يكون داخل في صريح النص وإنما في معناه، ولكن يمكن بيانه بالإجتهد والتأمل، لذا يجب الأيمان والعمل بهما معاً⁽²⁾.

أما فيما يتعلق بتأويل المتشابه فيرى بعض أهل العلم بتأويل بعض المتشابه وهو رأي الأمام علي(عليه السلام) وأبن عباس وأبن مسعود فأولوا اليد (يد الله) بالقوة ، ومعنى العين بالعلم وبهذا التأويل أخذ أكثر أهل العلم، لكن حكم المتشابه بشكل عام، هو التسليم بترك طلب المراد منه ، والتوقف عن العمل به ، والتسليم لما يرد من النص دون الإجتهد والبحث عن مراده، بالرغم من أنقسام الرأي على مذهبين كما مر بيانه في مشروعيته أستناداً لقوله (فلا يعلم تأويله إلا الله) بالتوقف أي تأويل المتشابه، إلا ان من يرى بجواز التأويل لإكمال النص (والراسخون في العلم) فهم يعلمون تأويله، إلا أن التوقف به وعدم العمل بالمتشابه هو ما سار عليه بعض أهل العلم وإنما مجرد التسليم والتفويض والأيمان به⁽³⁾.

وإذا تمعنا جيداً في موقف التشريعات محل المقارنة فلم نرد نصاً أو لفظ يدل على المتشابه في القانون، وذلك لأن الشارع دائماً يحاول وضع صياغة قانونية واضحة الدلالة بعيداً عن المجاز والخفاء ليتسنى للقاضي الحكم بدرجة قطعية لا تحتمل

1 - ابي القاسم الحسين بن محمد الراغب الاصفهاني، المفردات في غريب القران، دار المعرفة ، بيروت، 2008، ص 261.

2 - الذوايدي بن بخشوش قوميدي، مصدر سابق، ص 108-109.

3 - د. مصطفى الزلمي، مصدر سابق، ص 435. و د. الزحيلي، الوجيز في اصول الفقه الاسلامي، مصدر سابق، ص 102.

التأويل ، وهذا أيضا ما لاحظناه في موقف القضاء فلم يعترينا حكم قضائي مستند على لفظ المتشابه.

وخلاصة ما تقدم يمكن توضيح هذه الأقسام عن طريق بيان العلاقة بين المتقارب بين هذه الألفاظ، ومنها العلاقة بين الخفي والمشكل، فالخفي هو ما كان خفاؤه لعارض لأمر خارجي لا من نفس اللفظ كما في المشكل ، فهو أشد خفاء من الخفي يحتاج إلى أجتهد أكبر من الأول، أما العلاقة بين المشكل والمجمل فكلاهما يكون الخفاء من ذات اللفظ، ولكن يختلفان بإن المجمل أشد خفاء من المشكل ، ولا يدرك معناه إلا ببيان المجمل، أما المشكل فيتبين من الإجتهد وهو يقابل النص في الواضح الدلالة، أما المجمل فيقابل المفسر. والعلاقة بين المشكل والمتشابه بأنه كلاهما من ذات اللفظ ، لكن يختلف عنه بأن المشكل يكون في الأحكام التكليفية أما المتشابه فيكون في الأمور الإعتقادية، والأخير يقابل المحكم في الدلالة الواضحة.

الفصل الثالث

أحكام التأويل في

النصوص المدنية



الفصل الثالث

أحكام التأويل في النصوص المدنية

بعد بيان مفهوم التأويل في القانون المدني وتفصيل حدوده من خلال دراسة آليته القانونية : من حيث القواعد المتبعة في تأويل النصوص، وضوابطه ، بقي للباحث دراسة أهم الأحكام القانونية المترتبة على عمل القضاة بالتأويل ونطاقه .

فإذا ما عرضت على المحكمة دعوى وتطلب قيام القاضي بتأويل الأحكام التي يمكن تطبيقها على الوقائع، وتثار في حينها عدة مسائل، أولها السلطة التقديرية للقاضي في تأويل النص من حيث الوقت الذي دعا للجوء إلى تأويل هذه الوقائع، وضوابط عمله به، فضلاً عن مدى الرقابة عليه .

ولما كان القاضي لا يبنى حكمه (سلطته التقديرية) بناءً على ما يعتقدده، بل يستند في تأويل الحكم على الأدلة التي يترجح معناها على ظاهرها، فتطبيق جميع شروط التأويل هي مسألة ضرورية ومهمة لتكوين قناعة القاضي، فهو يوفر عنصر الاستدلال لإكمال حريته في تقدير صحتها لتكوين ما يراه صحيحاً بما يتفق مع الوقائع المعروضة وبما يوافق العقل والمنطق، بأن لا يستند في التأويل إلى أي دليل أدنى منه، لكن السؤال الذي يقدر في الذهن، من يقع عليه عبء اثبات التأويل ؟

سنحاول بيان ذلك من خلال تقسيم دراسة هذا الفصل على مبحثين ، كما

يأتي :

المبحث الأول : أحكام التأويل القضائي .

المبحث الثاني : تطبيقات التأويل .

المبحث الأول

أحكام التأييل القضائي

إن العملية الأجهادية القضائية بتأويل النصوص القانونية تحدها أحكام قانونية كثيرة ومتشعبة ، أهمها بيان السلطة المختصة بالتأويل من حيث دراسة السلطة التقديرية للقاضي في تأويل النص ، ورقابة المحاكم الأعلى درجة عليها ، إضافة إلى بيان الأثر المترتب على تأويل النص القانوني.

وعلى أساس ما تقدم سنقسم دراسة هذا المبحث على مطلبين نخصص الأول لدراسة السلطة المختصة بالتأويل ، ونبين في الثاني الأثر المترتب على التأويل .

المطلب الأول

السلطة المختصة بالتأويل

من البديهي القول أن من يقوم بعملية التأويل هم القضاة ، فالمحكمة هي المكان الذي يتم عن طريقها عملية التأويل القائمة على الإجهاد القضائي .

وبناءً على ذلك سنقوم بدراسة السلطة المختصة بالتأويل من خلال فرعين ، نبين في الفرع الأول السلطة التقديرية للقاضي في تأويل النص، ونخصص الفرع الثاني للرقابة عليها، كما يأتي:

الفرع الأول

السلطة التقديرية للقاضي في تأويل النص

إن العلم بالقواعد القانونية بعمومها وتجريدها هو بمثابة الخطوة الأولى في طريق تقرير الأحكام القانونية الصحيحة العادلة، ومن ثم تليها خطوات متتالية من تفسير وتكييف الحالة القانونية ووضع الحكم المناسب لها، والذي يتطلب من القائم بالتأويل العلم بدلالات الألفاظ والقياس والعلوم الأصولية الأخرى، فهذه الوسائل تحظى بالأهمية لكونها تسهم في فهم التصرفات والوقائع أمام القضاء، فضلاً عن دورها في تحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة عن طريق جلب المصالح ودرء

المفاسد بإستيعاب مستجدات الوقائع وتقلباتها، وهذه بجمعها تعطي السلطة التقديرية للقاضي في تكبيف الواقعة وفق النص المناسب وتأويله تأويلاً صحيحاً.

لذلك فإن الشريعة الإسلامية عند تطبيق النصوص مفتحة أبوابها للإجتهد في حدود معينة أستناداً إلى القاعدة الأصولية (لا مساغ للإجتهد فيما فيه نص صريح قطعي)، يفهم من ذلك أن جميع المجتهدين هم في نطاق محدد عند الأجتهد، فتجمعهم أسس وقواعد واحدة، باختلاف الأماكن والبيئات، حتى وان أختلفت وجهات النظر طالما أنها لا تخالف نصاً قطعياً والمفروض في القران والسنة فهو الدستور العام لجميع الأحكام الواردة فيه والمطبقة بمختلف الأزمنة، والتي تعبر عن النظام العام وذلك بحسب ادلتها القطعية فلا يسوغ للقاضي الشرعي أن يطبق ما يخالفها وأن كانت معاهدة مع دولة أخرى لا تطبق التشريع الإسلامي، أما إذا كان التأويل لا يتعارض مع نص قطعي الدلالة فيكون للمجتهد السلطة التقديرية في بيان معناه وفقاً لسياق النص ووفقاً للواقعة المراد للإجتهد فيها مع الأخذ بظروفها وما يرجح تأويله من دليل على معناه الظاهر، وما يحقق غرض الشارع ومقاصده⁽¹⁾.

وأستند الأصوليون في تقديرهم للإجتهد على الأدلة الشرعية في كتاب الله وسنة رسول الله، ففي كتاب الله بما ورد في قوله تعالى " انا انزلنا اليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله ولا تكن للخائنين خصيماً"⁽²⁾، تدل هذه الآية بشكل واضح على تقييد الإجتهد بما لا يخالف كتاب الله من غير أرضاء أحد على حساب الآخر، وذلك باستخدام طرق الإستنباط والقياس لأستخراج الحكم الشرعي، وأيضاً في سنة رسول الله (صل الله عليه واله وسلم) في حديثه لمعاذ بن جبل عندما أرسله قاضياً إلى اليمن فقال " أنه حينما بعث النبي قاضياً إلى اليمن، فقال له : بم تقضي؟ قال بما في كتاب الله، قال: فإن لم تجد في كتاب الله؟ قال: أقضي بما قضى به رسول الله، قال: فإن لم تجد فيما قضى به رسول الله؟ قال: أجتهد برأي ولا الو..."

1 - عبدالوهاب خلاف، مصدر سابق، ص 5 - 10.

2 - النساء، الآية (105).

وهذا ما أستدل عليه الأصوليين ببذل الجهد لاستخراج الحكم الشرعي من غير الخروج على الأحكام الشرعية القطعية الدلالة⁽¹⁾.

عرفت السلطة التقديرية بأنها " نشاط ذهني يقوم به القاضي من خلال تقديره لوقائع النزاع للتمكن من إعطاء الوصف القانوني لمعطيات الواقع وأعمال أثره"⁽²⁾، والواضح من هذا التعريف بأن عمل القاضي هو نشاط ذهني عقلي، وهذا النشاط هو جزء لا يتجزأ من القرار القضائي فعليه يستند في تأويل النص، بالرجوع للمنطق الذي يعصم ذهن القاضي عن الخطأ في الاستدلال والحكم، لذا فإن السلطة التقديرية تتكون من ثلاثة عناصر، الأول وهو العنصر الشخصي، والمتمثل بالنشاط الذهني للقاضي، والثاني عنصر القانون والمتمثل بالعمومية والتجريد، والثالث، عنصر الواقع وغالباً ما يكون متغير، وهذه العناصر بمجموعها تمنح للقاضي السلطة لتأويل النص تأويلاً صحيحاً تراعي في ذلك مصالح الطرفين والحكمة من التشريع.

ولما كان القاضي لا يبني حكمه (سلطته التقديرية) بناءً على ما يعتقد، بل يستند في تأويل الحكم على الأدلة التي يترجح معناها على ظاهرها، فتطبيق جميع شروط التأويل هي مسألة ضرورية ومهمة لتكوين قناعة القاضي، فهو يوفر عنصر الاستدلال لإكمال حريته في تقدير صحتها لتكوين ما يراه صحيحاً بما يتفق مع الوقائع المعروضة وبما يوافق العقل والمنطق، بأن لا يستند في التأويل إلى أي دليل ادنى منه، لكن السؤال الذي يقدر في الذهن، من يقع عليه عبء إثبات التأويل ؟

يمكن الأجابة على هذا السؤال من خلال معرفة الوقائع المعروضة وظروفها، إلا أن الأصل في تأويل النص يقع على عاتق القضاء، فهو الموكل بفهم النص وتطبيقه وفقاً لوقائع الدعوى، غير أن ذلك لا يمنع من تقديم المدعي دفعه بإثبات التأويل ، وبيان القصد المراد منه، فالبينة على المدعي، وعلى أن لا يكذب المدعي

1 - خليل احمد السهارنفوري، بذل المجهود في حل سنن ابي داود، باب القضاء، حديث رقم 3595، الندوي للبحوث والدراسات، ط1، ، ج 11، 2006، ص 316 .

2 - د. نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية 2002م ص 121.

ظاهر الحال في تقديم دليل يخالف أدعائه، فهذه قرينة على وجود شبهة في إثباته، ما لم يقدّم دليل على خلاف ذلك، مما يستدعي أن يقدم المدعى عليه بالرد على الأدلة المطروحة بحال كون المدعى قد أراد بدفوعه غير ما قصده، فيستلزم من المدعى عليه بتقديم دليل يخالف الأدعاء، أو أن المدعى ليس له دليل في بيان تأويل التصرف، ما يستلزم قيام المدعى عليه بعبء إثبات التأويل ورد دعواه بأنه قد قصد غير ما هو ظاهر بالتصرف وبإقامة الدليل على خلاف الأصل⁽¹⁾.

كما أن عدم تمكن المدعى في تقديم دليله لتأويل اللفظ أمام المحكمة لا ينهي موضوع النزاع، إذ أن للمحكمة أن تقرر أستخلاص الدليل من تلقاء نفسها عن طريق أستنباط الأدلة بموجب السلطة التقديرية الممنوحة لها، وذلك للدور الإيجابي المؤدي إلى سد النقص الذي يعتري النص القانوني عن طريق مواكبته للحركة المستمرة والمتطورة للحياة، فهي وسيلة يستند إليها لرفد قناعة القاضي بتقديم الدليل المعقول الذي يتوافق مع السياسة التشريعية وأرادة الأطراف، ولكن السؤال الأهم في هذا الصدد كيف يستند القاضي بسلطته التقديرية في تأويله النص، أو بمعنى أدق ما هو السند القانوني الذي يجيز للقاضي التأويل؟.

ففي صدد الأجابة على هذا السؤال، فحري بنا الرجوع إلى الموقف التشريعي منه، والذي بدوره يرفدنا الأجابة بمحوريها الموضوعي والأجرائي، فبالرجوع إلى القانون المدني، نجد أن المشرع قد منح القاضي السلطة التقديرية في نصوص عدة منها عامة، وأخرى خاصة بالنص المطبق على الموضوع، وما يهمننا في هذا الصدد الإشارة إلى النصوص التي تسعف القاضي للرجوع في تسبيب القرار المستند عليه عند التأويل منها ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني والتي نصت بشكل صريح على عملية الأجتهد⁽²⁾، فتمنح للقاضي السلطة التقديرية للأجتهد والذي يكون بحالتين، أما غموض النص

1 - د. محمد مصطفى الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية والمعاملات المدنية والاحوال الشخصية، ج2، ط1، مكتبة دار البيان، دمشق، 1982، ص 751، 759.

2 - الاجتهاد هو "بذل الجهد أو استقراغ الوسع، للوصول إلى الحكم الشرعي بالنظر والاستدلال والاستنباط والاستقراء، فيبذل المجتهد كل ما يستطيع من جهد لإدراك الحكم الشرعي"، محمد حسن عبدالغفار، تسير اصول الفقه للمبتدئين، المكتبة الشاملة، ج20، ص 6، كتاب منشور على الموقع الإلكتروني <https://shamela.ws/book/37693/194> تاريخ الزيارة 2023/8/22.

وابهامه، أو لنقص في النص أو سكوت المشرع عن بعض المسائل، فبغموض النص الذي يحتمل أكثر من معنى يبذل القاضي جهده لفهم ما يحتمل من معنى فيؤوله إلى المعنى الصحيح المراد به، وهذا الأمر يختلف من قاضي لآخر تبعاً لاختلاف المستوى الذهني، كما يختلف من مسألة لأخرى بحسب الأجهادات القضائية، أما بحال وجود نقص في النص فيحاول القاضي تأويل الحكم باستخلاصه من النصوص التشريعية النافذة مستعيناً في ذلك بالمسائل الأصولية المتبعة في التأويل، وهذه المادة توافق نص المادة الأولى الفقرة الثانية من القانون المدني المصري، غير أن الأخير أضاف للنص لفظ مبادئ القانون الطبيعي لها⁽¹⁾.

وإن مبادئ القانون الطبيعي ومبادئ العدالة⁽²⁾ تعد من المصادر الاحتياطية التي يلجأ إليها القاضي عند عدم وجود نص يمكن تطبيقه وخلو القانون من المصادر الأصلية بعد الرجوع إلى القواعد العرفية ومبادئ الشريعة الإسلامية فهذه المصادر يستعين القاضي من أجل تأويل النص ووضع الحكم الصحيح.

والنص الأخر المتعلق بمنح القاضي السلطة التقديرية للتأويل هو ما جاء بالمادة الثانية من القانون نفسه حيث نصت على " لا مساغ للاجتهاد في مورد النص" والظاهر من هذا النص بشكل واضح بعدم جواز الاجتهاد بالنص بشكل قطعي، لأن النص جاء بشكل مطلق، والمطلق يجري على إطلاقه، وهذا النص تم نقله من المادة 14 من مجلة الأحكام العدلية، والمقصود به القران والسنة، وبذلك تنفي كل صور الاجتهاد في مورد النص، فسلطة القاضي في هذا النطاق مقيدة بالحكم، فلا يجوز للقاضي ولا المجتهد والمفتي أن يجتهد في قضية ورد نص فيها، لأن الاجتهاد يكون فيما لا نص فيه، وهذا يفهم من ظاهر النص، إلا أن ذلك يكون بالنسبة للنصوص ذات الدلالة القطعية والتي لا تحمل أكثر من معنى، كما في نص المادة (106) من القانون المدني بأن " سن الرشد هي ثماني عشرة سنة كاملة"،

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

2 - يعرف القانون الطبيعي بأنه " مجموعة المبادئ المثالية التي لا تتغير في الزمان أو المكان والتي يتوصل إليها الانسان بتفكيره وعقله وتامله، وعن طريقها يهتدي المشرع إلى السبيل الموصل بالتشريع إلى درجة الكمال"، وهو غير مبادئ العدالة التي تعرف بأنها " شعور كامن في النفس يكشف عنه العقل السليم ويوحى به الضمير المستنير ويهدف إلى اعطاء كل ذي حق حقه".

فهذا نص قطعي لا يحتاج إلى تفسير أو تأويل فينطبق عليه النص لا مساغ للاجتهاد فيه فضلاً عن نصوص اخرى (1).

أما إذا كان النص ظني الدلالة كما في الفقرة الثالثة من المادة (113) من القانون المدني العراقي التي نصت بأن " التهديد بإيقاع ضرر بالوالدين أو الزوج أو ذي رحم محرم والتهديد بخطر يחדش الشرف يُعد إكراهاً ملجأً وغير ملجأً بحسب الأحوال" فعند النظر إلى هذا النص نجد هناك صورتين للتهديد الأول هو التهديد بإيقاع ضرر مادي ، والثاني معنوي خدش الشرف، فإذا كان التهديد يחדش الشرف بالنسبة لمن يكون على أحد المتعاقدين تأثير فيسبب عيب في العقد فهل جاء النص على سبيل الحصر فقط لمن ذكرهم النص، أم يشمل كل من يتأثر بسببه المتعاقد باعتبار توجيه الأرادة على غير مرادها فيشمل المخطوبة وابن العم الخ..؟ ، فيفترض في هذا المعنى أن يجتهد القاضي لإيضاح مقصود المشرع وازالة الغموض الذي يعتري النص فيؤول إلى معناه الصحيح عن طريق الاجتهاد في النصوص الظنية الدلالة.

أما المحور الأجرائي فقد المشرع للقاضي مساحة أيجابية تمكنه من أستنباط الحكم الصحيح، ونستند بذلك لنص المادة الأولى من قانون الإثبات العراقي والتي تنص على " توسيع سلطة القاضي في توجيه الدعوى وما يتعلق بها من أدلة بما يكفل التطبيق السليم لأحكام القانون وصولاً إلى الحكم العادل في القضية المنظورة"، فيستكمل القاضي قناعته عن طريق أستنباط الأحكام التي توجه الدعوى إلى مسارها الحقيقي وبالمعنى الذي أراده الأطراف، أو المعنى الذي أوله القاضي للوصول إلى الحكم العادل، ذلك بعد التحري عن الوقائع لأستكمال قناعته، وهذا وفق ما جاء بأحكام المادة الثانية من القانون نفسه حيث نصت على " إلزام القاضي بتحري الوقائع لأستكمال قناعته"، وهذا دليل على توسيع سلطة القاضي بالتحري عن الأدلة والقرائن التي تسعف القاضي في تأويل النص بما يوافق ارادة المشرع

1 - نصت المادة (97) من القانون المدني العراقي على " وسن التمييز سبع سنوات كاملة".

وبما يحقق توجيه الدعوى ذلك فلا يقف القاضي موقفه السلبي، وإنما يتحرى عن الأدلة بالمناقشات وأكمال الإجراءات والتأكد من صحة البيانات⁽¹⁾.

وبتقديم أطراف النزاع بيناتهم فحينئذ يرجح القاضي أحد الدليلين، أو يهملهما ويستكمل إجراءاته لثبوت الحالة المتنازع عليها وتقديم الأدلة التي يستند عليها في تسبيب القرار، فإذا ما قام بترجيح أحد البيانات وفق أحكام المادة (82) من قانون الأثبات، فإنه يستخدم سلطته التقديرية من الناحيتين الموضوعية والشخصية، فقد يرجح أحد الدليلين أو يرفضهما أو يأخذ بجزء منه بحسب ما تتكون لديه من قناعات توافق ظروف الدعوى، والأمر لا يكتفي بهذا القدر إذ أن المشرع تدخل أيضاً بمنح سلطة استنباط القرائن للقاضي من خلال أستعراض الوقائع المعروضة أمامه أستناداً لأحكام المادة (102) من ذات القانون، فيطلب بذلك القاضي جهد وذكاء كبيرين لاستخلاص الدليل ولتقريب الاحتمال وابعاد الشك عن الواقعة المعروضة، وهذا النص يوافق ما جاء بالمادة (100) من قانون الأثبات المصري⁽²⁾.

والسؤال الذي يطرح هنا، إلى أي مدى يستطيع القاضي بسط سلطته التقديرية بتأويل النص؟، من خلال مراجعة النصوص القانونية نجد أن المشرع منح القاضي السلطة في التحري والأستنباط وتسهيل الإجراءات والشكلية، فله دور ايجابي بتوجيه الدعوى، إلا أن هذا الدور ليس بشكل مطلق وإنما مقيد بعدم التعسف باستعمال السلطة وبما لا يخالف النصوص الشرعية والقانونية، فالأصل إن التعسف في استعمال الحق يكون من جانب الخصوم (المدعي أو المدعى عليه) عن طريق أطالة أمد النزاع أو الأضرار بالخصم، أو الحصول على حق دون مصلحة معلومة أو الحاق الضرر بالغير والتسويق والمماطلة وتأخير الفصل فيها يُعد من أبرز حالات التعسف فيقول بعضهم بأن " إلا يكون في استعمال الحق غرض سوى الضرر بالغير، فهذا لا ريب في قبحه وتحريمه"⁽³⁾، وإن القاضي لا يمكن أن يبقى

1 - ينظر رسالتنا الموسومة اثبات حسن النية في القانون المدني(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون جامعة كربلاء كجزء نت متطلبات لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، 2021، ص170.

2 - د. تحسين حمد سمائل، الأدلة الناقصة ودور القاضي المدني في اكمال حجبتها القانونية، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2013، ص 269 – 270.

3 - ابي الفرج عبدالرحمن بن شهاب بن رجب، جامع العلوم والحكم، مؤسسة الرسالة ص 88.

دوره سلبي عند وجود التعسف، وإنما يتخذ العديد من الإجراءات لمنع التعسف عن طريق مراقبته للدفع والطلبات المقدمة وسلامة الخصومة.

لكن على خلاف الأصل يمكن للقاضي أن يتعسف باستعمال حقه بتأويل النص، ذلك أن السلطة التقديرية هي صلاحية يتمتع بها القاضي عند القيام بعمله والتي تحتاج إلى جهد وتفكير وتدبر للنظر والمقايسة والموازنة، والحكم باتخاذ الطريقة المناسبة للوصول إلى الحكم الصحيح، فالنشاط الذي يتخذه القاضي هو ما يعزز من توجيه الدعوى وأخذ مسارها بالمعنى المراد من النص، كما أن جهاد القاضي في فهم المراد من النص ومعرفة تأويله له الدور الكبير في توجيه الدعوى عن طريق توجيه الخصم وبيان معنى النص بخلاف الأصل إذا كان يحمل أكثر من معنى باقية الدليل لتسبب الحكم القضائي، كما أن عدم طلب القاضي بعض المستندات التي توضح المعنى باعتبارها دليل رسمي يستند عليه في تسبب القرار فهذا يعد أيضاً تعسفاً في استعمال الحق، فأى تحايل على نصوص الشرع والقانون هي باطلة فتغدو المصلحة المشروعة غير مشروعة إذا نتج عنها مفسد مساوية أو راجحة عليها، نتيجة باعث غير مشروع⁽¹⁾.

وبالمقابل نجد ان القضاء يجسد هذا الواقع من خلال تطبيقاته، ففي مصر أقرت محكمة النقض المصرية بذلك إذ نصت بقرار لها بأن " إن القاضي ملزم أن يأخذ عبارة المتعاقدين الواضحة كما هي، فلا يجوز له تحت ستار التفسير الإنحراف عن مؤداها الواضح إلى معنى آخر، وأنه وان كان المقصود بالوضوح هو وضوح الأرادة لا اللفظ إلا أن المفروض في الأصل ان اللفظ يعبر بصدق عما تقصده الأرادة، وعلى القاضي إذا ما أراد حمل العبارة على معنى مغاير لظاهرها أن يبين في حكمه الأسباب المقبولة التي تبرر هذا المسلك، ولما كان ما تقضى به المادة المشار إليها يعد من القواعد التي وضعها المشرع على سبيل الإلزام، وينطوي الخروج عنها على مخالفة القانون لما فيه من تحريف ومسخ وتشويه لعبارة العقد الواضحة وتخضع بهذه المثابة لرقابة محكمة النقض"⁽²⁾.

1 - د. فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الاسلامي، مؤسسة الرسالة، 1988، ص 15.
2 - قرار محكمة النقض المصرية المرقم بالعدد 163، بتاريخ 2002/12/26، منشور على تطبيق موسوعة التشريعات المصرية، بدون تاريخ .

الفرع الثاني

الرقابة القضائية على التأويل

في البدء فإن عمل القضاء مستقل ومنفصل عن السلطات الأخرى داخل الدولة وخاصة السلطة التنفيذية، ورغم ذلك فقد استند الأصوليون على استقلال عمل القضاء بدليل أن الرسول محمد (صل الله عليه وآله وسلم) والخلفاء من بعده كانوا يرسلون القضاة إلى الأمصار ، فإذا شكى الناس قاضيهم رجعوا إلى الخليفة ليحكم بينهم وبين القاضي، مما يستدل في ذلك على وجود جهة عليا تراقب عمل القضاء، ولكن السؤال الذي يطرح هنا، في بعض الأحيان تجمع السلطة القضائية والسلطة التنفيذية بيد الخليفة، فكيف يتم الفصل بين السلطات، وأستقلال عمل القضاء؟، للأجابة على هذا التساؤل، أن الخليفة عندما ينظر القضية والتي يكون فيها أحد الأطراف هو القاضي فإنه مقيد بالضوابط وشروط عمل القضاء من حيث المرافعة والإثبات وشروط القضاء وكونه ليس طرف في النزاع، وبعد ذلك أصبح القضاء مستقل بشكل تام عن عمل السلطة التنفيذية وخاصة في عصر الدولة العباسية فأصبح قاضي القضاة هو من يتولى الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للقضاة، وذلك للتأكد من حسن قضائه وواجب مراقبة الأداء من حين لآخر ، ومن سرعة أنجاز الدعاوى الموكلة اليهم وأيضال الحقوق إلى أصحابها، فإذا كان هناك خلل في عمل القاضي فإنه ينزل به جزاء فقد يصل إلى التعزير أو العزل⁽¹⁾.

أما في القانون الوضعي فيواجه القضاة المفوضين بتطبيق نصوص القانون بحسب الأختصاص في النزاعات المعروضة عليهم نوعين من الدعاوى، النوع الأول انموذجي ويتمثل بشكل واضح بتطابقه مع حالات ما يستهدفها القانون صراحة والقاصد تطبيقها، وهذا النوع يمثل أكثر الدعاوى المعروضة أمام القضاء ، لأن المشرع تنبأ بوقوعها ووضع النصوص لتطبيقها، والذي يكون يسير نسبياً، وعلى القاضي تطبيق القاعدة القانونية عامة كانت أم خاصة، والنوع الثاني هو استثنائي، فلم ينظمه القانون بشكل مباشر، ولم يكن له مثيل من الجانب العملي التطبيقي، فقدرة القاضي في هذا النوع تكون عسيرة في الفصل بالنزاع، ومقتضى

1 - حامد ابراهيم عبدالكريم الجبوري، ضمانات القاضي في الشريعة الاسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص 57-58.

ذلك يتعلق بأسباب عدة منها، تحديد النص الذي يكون أكثر انطباقاً على حيثيات النزاع، أو صعوبة فهم المقصود من النص خاصة للإشكاليات التي تثيرها اللغة والإلتباس بفهم الصيغة المراد منها، والتي قد تحمل التأويلات الدالة عليها، وبذلك فإن تطبيق القانون يلزم القاضي بفهم الواقعة المنشئة للالتزام وتكييفها وتحديد حكمها وفقاً للقانون، مما يستوجب على القاضي أن يكون ذا ذهن صافي ونشاط فكري سليم يقوده بذلك إلى سلم الإجتهد الصحيح، ومؤدى ذلك أما تحقيق العدالة المنشودة أو جودها⁽¹⁾.

فعندما ينتهي القاضي المدني من تقدير تأويل النص أو الواقعة، فإن حكمه يبنى على أساس الأدلة المتوفرة لديه، وغالباً ما يستند على هذه الأدلة في تسبيب الأحكام، ومن ثم لا بد من وجود سلطة عليا تراقب ما أنتهت اليه محكمة الموضوع، والتي تجعل الأحكام الصادرة محلاً للطعن القضائي، وذلك وفقاً للمنطق الطبيعي في تقدير الأدلة والتي تمارسه محكمة التمييز بصفات المختلفة، فتراقب الأحكام من خلال صلاحيتها لسلامة التقدير، عن طريق اسس منطقية وعقلية، لكن ما مدى الرقابة التي تمارسها هذه السلطة؟

وجواب ذلك هو أن الرقابة لا تمارس صلاحيتها في ما هو مبني على قناعة القاضي، لأنه حر في تكوينها، طالما كان استخلاصه لهذا الأقتناع مبني على أدلة صحيحة ومنطقية، تؤدي عقلاً إلى ما انتهى اليه الحكم، وإنما تكون الرقابة على محلين، الأول هو الدليل الذي يستند عليه في تأويل الحكم، والثانية هو وسيلة الطعن بالتأويل، فالأول عندما تصدر محكمة الموضوع الحكم بالتأويل يضحى دليلاً من أدلة الدعوى المدنية، وبالتالي يسبب القاضي حكمه بهذا التأويل الذي يقتنع فيه، مما يجعل حكم التأويل محلاً لرقابة محكمة التمييز، وبذلك فهي تمارس رقابتها في نقطتين، النقطة الأولى باعتباره دليل في حكم التأويل، والأخرى بالرقابة على تسبيب الحكم المؤول، فدليل التأويل لا يقوم إلا بتوافر شروطه كما ذكرنا بوجود

1 - د. هادي حسين الكعبي، سلطة تقدير القاضي للواقع المجرد في الدعوى المدنية (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الاول/ السنة التاسعة، 2017، ص 211.

أكثر من معنى، وأن تكون العبارات غامضة، وكون هذا الدليل بمقتضاه يترك ظاهر اللفظ⁽¹⁾.

أما بالنسبة لرقابتها على تسبب الحكم فبالرغم من سلطة القاضي التقديرية في تكوين قناعته بإقامة الدليل، وعدم بيان أسباب قناعته بذلك، إلا أنه يجب بيان الأدلة التي أعتمد عليها، التي كانت مصدر لاقتناعه، فلا رقابة على قناعته، غير أن رقابتها تكمن في صحة الأسباب التي استند عليها في هذا الأقتناع، وتسبب الأحكام تعني بأن القاضي ملزم بإيراد الحجج التي استند عليها في التأويل من الوقائع والتصرفات القانونية حتى ينتهي إليها الحكم في منطوقه⁽²⁾.

فبالأسباب التي يوردها القاضي في حكمه لها مدلولان، الأول المدلول القانوني، يعني ذكر الأسباب القانونية، والتي بنى القاضي حكمه على أساسها وهذا ما نصت عليه المادة (159) من قانون المرافعات المدنية حيث جاء فيها " يجب أن تكون الأحكام مشتملة على الأسباب التي بنيت عليها وان تستند إلى أحد أسباب الحكم المبينة في القانون 2- على المحكمة ان تذكر في حكمها الأوجه التي حملتها على قبول أو رد الأذعاءات والدفع التي اوردها الخصوم والمواد القانونية التي استندت إليها" ويقابل هذا النص المادة (176) من قانون المرافعات المصري⁽³⁾، إلا أن الأخير جعل عدم ذكر السبب ببطلان الحكم، بينما ذكر القانون العراقي على الوجوب أي الزامية القاضي بذكر الأسباب في المادة (159) وايضاً كاجراء تنظيمي لعمل المحكمة عند اصدار القرار وما يحتوي عليه من أدلة وأسانيد وأسباب في المادة (162) من ذات القانون، أما المدلول القضائي فيطابق الجهد الذي يبذله القضاء في التسبب واطهار المدلول الحقيقي الظاهر أو المؤول والتي يبنى عليها منطوق الحكم، ذلك عن طريق استخلاصه للوقائع المعروضة باستنباط الأحكام منها، وفقاً لنشاط فكري منظم، وبذلك فالتسبب له اهميته من حيث يُعد من أهم ضمانات سير العدالة بالنسبة للمحكمة والخصوم، فهو وسيله لتبصير الخصوم

1 - د. مصطفى العوجي، القانون المدني - العقد، ط1، مؤسسة بحسون، بيروت، 1995، ص 650.

2 - د، احمد السيد حاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الثالثة، دار النهضة، 2004، ص 718.

3 - نصت المادة (176) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري على " يجب ان تشتمل الاحكام على الاسباب التي بنيت عليها والاكانت باطلة".

بالأسباب التي أستند عليها القاضي في إصدار الحكم، حتى لا يظن أحدهم ظن السوء بأحكام القضاء، وبالنسبة للقضاء فهو يعد حماية للقاضي عن طريق الرقابة على أحكامه فلا يبتعد عن سوح العدالة وأحقاق الحق ولا يتأثر بالضغوطات أو التوجيهات، وإنما يرى بوجود جهة رقابية على هذه الأحكام، إذن فالتسبيب هو وسيلة لأفناع الرأي العام والقضاء بعدالة الأحكام⁽¹⁾.

إن أختلاف ظروف وملابسات كل دعوى عن الأخرى، واختلاف تفسير القضاة للواقعة واسلوب تفكيرهم الذي يعتمد على دقة التحليل ومستوى الفهم للواقعة والنص، مما يجعل من الصعوبة وضع معيار عام للحكم عند أستخلاص الأدلة، مما يتوجب على ذلك الرقابة على هذه الأحكام، وبذلك فإن محكمة التمييز فضلاً عن محاكم الأستئناف بصفتها التمييزية لا تنفك بالرقابة على قضاء محكمة الموضوع، حيث أن قضاء هذه المحكمة هو قضاء واقع بالأضافة إلى قضاء قانون، إذ أنها تبسط رقابتها على جميع أنواع الدعاوى⁽²⁾.

تُعد محكمة التمييز لها الصفة المطلقة بالرقابة على الأحكام القضائية أستناداً لأحكام المادة (12) من قانون التنظيم القضائي والتي جاء فيها "محكمة التمييز هي الهيئة القضائية العليا التي تمارس الرقابة القضائية على جميع المحاكم ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، وتتألف من رئيس وخمسة نواب للرئيس وقضاة لا يقل عددهم جميعاً عن ثلاثين ويكون مقرها في بغداد"⁽³⁾. فجميع القرارات التي تصدر من محكمة الموضوع من تأويل وتفسير بسبب الغموض فأنها تخضع لرقابة محكمة التمييز.

ولا تقتصر الرقابة على قرارات محكمة الموضوع لمحكمة التمييز فقط، وإنما للخصوم الطعن بقرارات هذه المحكمة أستناداً لأحكام المادة (203) من قانون المرافعات المدنية والتي جاء فيها " للخصوم ان يطعنوا تمييزاً لدى محكمة التمييز في الأحكام الصادرة من محاكم الأستئناف أو محاكم البدعاء أو محاكم الأحوال

1 - سعيد احمد بيومي، لغة الحكم القضائي - دراسة تركيبية دلالية، دار الكتب العلمية، مصر، 2009، ص 205.

2 - د. اكرم فاضل سعيد، أحكام الضرر الجسدي بين الجوابر الشرعية والتعويضات القانونية، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق جامعة النهرين، 2012، ص 54.

3 - قانون التنظيم القضائي المرقم بالعدد 160 لسنة 1979 المعدل.

الشخصية، ولدى محكمة استئناف المنطقة في الأحكام الصادرة من محاكم البداية كافة...." فالنص يتيح للخصوم الطعن بكافة القرارات التي تصدر من محكمة البداية سواء كان لخطأ في تطبيق القانون أو لعب التأويل، أو إن الحكم الصادر يناقض حكم سابق أو خلاف الأدلة والأوراق المعتمدة لدى هذه المحكمة وأن كان مستنداً على الأدلة التي تراها هذه المحكمة صحيحة⁽¹⁾.

إن المشرع قام بإخضاع هذه الأحكام لرقابة محكمة التمييز ذلك ليضمن حيادية القضاء وعدم الأساءة في استعمال السلطة، أو لربما ليسط العدالة بحال عدم خبرة القاضي أو لعدم ملاحظته بعض المستندات التي بنى على أساسها الحكم الصحيح، ولذلك أشترط المشرع تسبب الأحكام القضائية، فبيد القاضي جهده في اكمال إجراءات التقاضي من سماع الطرفين وتقديم البينات الشخصية والأدلة الكتابية ومناقشة الخصوم ليتسنى له ترجيح البينات وفقاً لسلطته التقديرية، فيخرج بذلك من مظنة الاستبداد ورفع الشك والشبهة فيكون القرار مبنياً على حكمه في التأويل الصحيح، سواء كانت مسألة قانون أم واقع هذا بالنسبة للقانون العراقي، أما في مصر فالأمر ينطبق بذاته بحال كون النزاع مرتبط بالقانون فيخضع لرقابة محكمة النقض وفقاً للمادة (248-250) من قانون المرافعات المدنية والتجارية، فيقوم القاضي بتأويل النص عن طريق استنباط الحكم من الأدلة المتوافرة والقواعد المتبعة من القضاء فيصدر الحكم المناسب لها، وهذا يعني ان وجود عبارات غامضة فالقاضي يفسر هذه العبارة ويؤولها وفقاً لارادة صاحبها فإذا كانت العبارة في عقد أو تصرف قانوني فأن تأويلها يخضع لرقابة محكمة النقض، وأن كانت مسألة واقع فلا رقابة لهذه المحكمة عليها⁽²⁾.

ولعل لنا أن نتساءل عن إمكانية استناد المحكمة لهذه الأسباب ومن سلطتها في تأويل النص وذلك ليتسنى للمحاكم العليا الرقابة عليها؟

نقول للأجابة عن تساؤلنا بأن النص القانوني يجيز ذلك كما ذكرنا، أما موقف القضاء فهو تطبيق للنص مع مراعاة الظروف السائدة في كل زمان ومكان، ولكن

1 - مدحت المحمود، مصدر سابق، ص 278.

2 - د. احمد ابو الوفاء، نظرية الاحكام في قانون المرافعات، ط5، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1985، ص170.

قبل ذلك فأنا نسند قولنا بنوع الأحكام التي تكون خاضعة لرقابة للمحاكم العليا على محكمة الموضوع، ففي قرار لمحكمة التمييز يبين موقف القضاء العراقي من رقابته على القرارات التي تصدرها المحاكم الموضوعية حيث جاء فيه " إن رقابة محكمة التمييز تخضع لأحكام القانون في فرنسا ومصر ولا رقابة لمحكمة النقض على الوقائع...، ولكن الأمر في العراق يختلف، فرقابة محكمة التمييز تخضع للقرارات التي تصدرها محكمة الموضوع بالنسبة للوقائع والقانون بحسب ما هو نصوص عليه في المادة (5/203) من قانون المرافعات المدنية المعدل"⁽¹⁾، فالرقابة بالنسبة للقضاء العراقي كما مر ذكرها في النصوص القانونية وارفدتها قرارات محكمة التمييز تؤكد ذلك، بخلاف القانون والقضاء المصري، ذكرت محكمة النقض المصرية بقرار لها بأن " .. لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة في تفسير العقود والشروط المختلف عليها بما تراه اوفى لمقصود المتعاقدين، مستعينة في ذلك بجميع ظروف الدعوى وملابساتها، ولا رقابة عليها لمحكمة النقض.."⁽²⁾.

أما بالنسبة للإجابة على الشق الثاني من السؤال والمتعلق بذكر الأسباب أدلة التأويل فإن القضاء قد وافق ايضاً القانون وكان تطبيقاً سليماً له، حيث أصدرت محكمة النقض قرار لها جاء فيه " لقاضي الموضوع السلطة التامة في تفسير العقود والشروط المختلف عليها والعدول عن المدلول الظاهر لصيغ العقود والشروط، إلا أن ذلك مقيد بأن يبين في حكمه لما عدل عنه إلى خلافه، وكيف أفادت تلك الصيغ المعنى الذي اخذ به، ورجح أنه مقصود المتعاقدين، بحيث يتضح لمحكمة النقض من هذا البيان ان القاضي قد اعتمد في تأويله لها على اعتبارات معقولة يصح معها استخلاص ما استخلصه منها"⁽³⁾، فبتوفر الشروط اللازمة للتأويل ورفدها بالأدلة الثبوتية على صحة حملها بالمعنى المراد منه يجعل الطعن فيها غير محتمل نقضه لأنه الأقرب إلى الحقيقة.

1 - ابراهيم المشهداني، تطور اتجاهات القضاء في العراق حول التعويض الادبي، مجلة دراسات قانونية، بيت الحكمة، 2001، ص 86.

2 - قرار محكمة النقض المصرية المرقم بالعدد 1971/63، مشار اليه ريهام صابر حسن ظاهر، دور القاضي في تفسير عقود الاذعان في كل من مشروع القانون المدني الفلسطيني ومجلة الاحكام العدلية والقانون المدني الاردني، بحث منشور في مجلة مساواة، فلسطين، 2014، ص 40 - 41.

3 - قرار محكمة النقض / الدائرة المدنية، طعن رقم 2752 لسنة 75، في 14/1/2013، غير منشور.

أما المحل الثاني في تحديد مدى الرقابة على الأحكام والذي يتمثل بوسيلة الرقابة القضائية بحكم التأويل ، حيث أن المحاكم العليا لم تحدد وسيلة لبسط سلطتها على الأحكام القضائية ذلك لكثرة النزاعات وتنوعها، ولكن هذه الوسائل يمنحها القانون لأطراف الدعوى للطعن لرفع ما يصيبهم من ضرر إذا بنيت على أسباب معقولة، منها أن يكون الحكم قابلاً للطعن فيه قبل أنتهاء المدة المحددة له إذا توافرت هذه الأسباب منها: أن يكون الحكم قد صدر لمخالفته بتطبيق القانون أو تأويله، كأن أخطأ القاضي في تكييف النص المدني وعدم انطباقه على الواقعة المعروضة أمامه، أو اعطاء النص القانوني غير معناه الصحيح، فتبين محاكم التمييز بمدى توفر شروط انطباق القانون والأشرف على تفسيره وتأويله⁽¹⁾.

وقد يكون لقصور في الاستدلال الذي يمارسه القاضي عن طريق عمله الذهني، والذي يكون مؤلف من أحكام متتابعة ، فيترتب على ذلك حكم آخر نتيجة لها، فيتطلب صدق المقدمات، فينتقل القاضي عند الاستدلال إلى حكم آخر مغاير لما تقدم به، فهذا الحكم يشوبه الفساد في الاستدلال مما يجعل الطعن فيه مثمراً فيؤول إلى الحكم الصحيح، خاصة إذا كان الاستدلال غير مبني على أدلة قطعية فيؤدي إلى نتيجة احتمالية أو يكون الدليل يحتمل التأويل ، حيث أن الأحكام تبنى على الجزم واليقين وليس على الشك والاحتمال، فتكون حيثيات الدعوى غير منطبقة منطقياً مع نتيجة الحكم والنص المنطبق عليه، فعدم فهم الواقعة فهماً سائغاً ويتبعه دليل ضعيف مما يجعل الحكم غامضاً مضطرباً يحتمل التأويل ، وهذا الأخير يكون معيب، فالرقابة في هذه الأحكام تصح وتقوم الأخطاء التي ترتكبها محكمة الموضوع لإصدار الحكم الصحيح الموافق للعدالة والقانون⁽²⁾.

ونستنتج مما تقدم بأن الرقابة على الأحكام التي تصدرها المحاكم لها جانب ايجابي واخر سلبي، فالإيجابي منها هو تلافي الضرر الذي يمكن ان يسببه قرار القاضي فيما إذا كان خاطئاً، ذلك بسبب كثرة النزاعات المعروضة أمامه مما يفقد تركيزه ويشتت ذهنه، ومن ثم فالرقابة عند التدقيق تبين اهم النقاط التي تركز عليها

1 - عبدالوهاب خيرى العاني، نظام المرافعات- دراسة فقهية مقارنة بالشريعة الاسلامية والقانون المدني الاردني، ط1، المركز القومي للاصدارات القانونية، مصر، 2014، ص 742.
2 - عبدالهادي الفضلي، خلاصة المنطق، دون طبعة، مكتبة كرار السعدي، 2009، ص 88.

في تسبب الأحكام ، وبالمقابل فهو جانب سلبي لمن لا يأخذ بالرقابة على الوقائع كما هو الحال في مصر بحجة ان القاضي هو أعلم بظروف دعواه لأنه الأقرب إلى معرفة التفاصيل وملابسات الدعوى، فإذا ما كان هناك خطأ في تطبيق القانون أو سوء التأويل فلا رقابة على هذه الأحكام وبذلك ضياع الحق المطالب به، وبالرغم من ذلك فإن الرقابة على القرارات هي الأقرب للعدالة للإسباب المار ذكرها فضلاً عن تدقيقها من قضاة لهم باع طويل وخبرة عالية في تدقيق الأحكام والأعرف بغاية المشرع فيكون الحكم أكثر عدالة، الا ان عدم اعطاء مساحة ومرونة للقضاء في التحري عن الوقائع والغوص في ادلتها ومعرفة الغايات والتسبب بما يتوافق مع الظروف والملابسات مما يجعل القاضي اسيراً مقيداً لا يستطيع الاجتهاد والتأويل كما موجود عند التشريع المصري.

المطلب الثاني

الأثر المترتب على التأويل

إن قيام القاضي بتأويل النص القانوني لموائمة مع الواقعة المعروضة عليه تنتج عنها عدة آثار قانونية ، سنحاول من خلال هذا المطلب بيانها عن طريق تقسيمه على فرعين ، وكما يأتي :

الفرع الأول

الأثر المترتب على تأويل النص

من المقرر شرعاً وقانوناً وعقلاً أنه لا يرجع إلى التأويل إذا كانت الدلالة الظاهرة في النص، بشرط أستيعاب اللغة بتلك الدلالة، فإذا شاقق وناقض في دلالاته اللغة والألفاظ النصية، صار ضرب من فساد الإجهاد والتعسف فيه، فالأصل احترام ظاهر النص والأنصياح لدلالاته القطعية منها، بخلاف الظنية التي تحتاج لدليل، فتؤدي إلى التأويل الذي بدوره يعد باباً لنتوع الإجهادات والتي تراعي ظروف النزاع واحول الناس، أما ان يقدم التأويل على ظاهر النص فهنا لا يعد مقبولاً إلا إذا شاب النص غموضاً أو حمل معاني متعددة ويرجح ذلك بدليل يوازي ظاهر النص، وهذا ما يرفضه البعض من علماء الأصول بمعنى لا مجال للوصول إلى المعنى المحتمل من غير فهم ظاهر النص، لأن الخفي هو أستكمال للظاهر، والوصول إلى الحقيقة من خلاله⁽¹⁾، وبذلك فالأصل لا يجوز تأويل النص بما يخالف ظاهره، بحيث يتقدم على الظاهر، ما إذا كانت دلالة ظاهرة لا تحتاج إلى بيان، وغير ذلك يقودنا إلى ترتيب آثار على النص تخالف غايته، ما لم يقم على دليل تأويله.

فاشترط العلماء للتأويل مراعاة التطابق الدلالي للمعنى الأشتقاقي بدلالة اللفظ، بحيث تستوعب مفرداتها وفهمها من الناحية اللغوية وتطابقها الشرعي، وتساقطها مع مدلولاتها، وتوافقها مع زمانها بما تحمله من الأوجه عند الناس، وإلا ترتب آثار على غير محله بانتهاك ضوابط اللغة بتأويل فاسد، لتحقيق غايات أو تأييد جهة على

1 - الغزالي، احياء علوم الدين، ج1، دار المعرفة، بيروت، بدون تاريخ، ص 291.

أخرى، فيفتح الباب أمام ضعف النفوس لتحريف النص عن موضعه، والذي يتجاوز الغاية ويبتعد عنها ويلزم بتطبيق النص بغير أرادة الشارع مما يهدد بآثار لا تحمد عقباها⁽¹⁾.

واستناداً لما تم ذكره فأنا نستعرض لذلك مثال نبين فيه تأويل النص وما يرتب عليه من آثار، وهو قول الرسول محمد (صل الله عليه وآله وسلم) إذ قال " المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا"⁽²⁾، والمقصود هنا خيار المجلس والذي اختلف الفقهاء في معناه، فمنهم من يعرف المجلس هو مكان الجلوس والدلالة على المتبايعان فأصرف أثره ذهنياً إلى عقد البيع، فهي المدة التي تبدأ من وقت صدور الأيجاب من الطرف الأول وتستمر طوال المدة المنصرف إليها المتعاقد ذهنياً⁽³⁾ من دون اعتراض إلى آخر المجلس وتنتهي بتفرقهما وهو مغادرة أحدهما المكان الذي حصل فيه العقد⁽⁴⁾، بينما يصفه الآخر بأنه ضرباً من المجاز ، لأنه من اطلاق بعض أفراد الحقيقة، وهم لا يريدونه بل يقصدون حالات أخرى وتمثل بمدة القبول، وينقض بالأعراض ومجلس الخيار والذي يعقب مجلس العقد فوراً.

والأمر الآخر المتعلق بخيار المجلس من حيث الحكم فوفق الاتجاه الأول الذي يمثله جمهور العلماء فإن البيع يقع جائز وأن المتبايعان بالخيار إلى آخر المجلس بالفسخ أو القبول، والرأي المقابل لإصحاب الرأي، بأنه يلزم العقد بالأيجاب وأما خيار المجلس فهو باطل، فالأول جائز، والثاني ملزم مع بطلان خيار المجلس، فما الأثر المترتب عليه؟، للإجابة على هذا السؤال ينبغي علينا تحديد مضمون الحكم، أي بمعنى وجود المتبايعان فصدر أيجاب من الأول ولم يعقبه قبول من الآخر وأفترقا من المجلس، فيؤل بهذا المعنى العلماء النص على حكمين، فالأول ان العقد جائز ومن ثم يرتبط الأيجاب بالقبول فله خيار الفسخ إلى نهاية المجلس ، فيستعمل حتى

1 - د. احمد علي شعبان، التأويل الباطني (المنهج والخصائص والمقاصد)، بحث مقدم إلى كلية اصول الدين بطنطا، في 18/8/2021، ص 443.

2 - ابو عبد الرحمن احمد بن شعيب النسائي، سنن النسائي، كتاب البيوع، ج7، المكتبة التجارية الكبرى، ط1، القاهرة ، 1930، ص 248.

3 - واذن الامامية ثلاثة ايام ، اخرجه الكافي في الفروع، ثقة الاسلام ابي جعفر محمد بن يعقوب بن اسحاق الكليني الرازي، ت 329هـ، صححه وعلق عليه علي اكبر الغفاري، ج5، دار الكتب الاسلامية، طهران، سنة 2000، ص 170.

4 - محمد ابراهيم حقي، أحكام خيار المجلس في الشريعة الاسلامية، بحث منشور على مكتبة النور، بدون مكان طبع، 2020، ص 6.

أنقضاء المجلس فإذا أستعمله صح الفسخ، ويرتب عليه إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد، أما بالمعنى الآخر، ان المراد به هو مجرد الأيجاب فهو ملزم ولا خيار للمجلس لأنه مجازاً ، والأصل هو الأيفاء بالعقود، وأداء الأمانة، وبذلك فخير المجلس باطل فيلزم المتعاقد بإداء ما التزم به وهو تسليم المبيع إلى المتعاقد الآخر، فتأويل معنى النص يتبعه اختلاف الحكم وهذا ما يترتب عليه من نتائج⁽¹⁾.

وأشبه بذلك الموقف القانوني الذي سار في المنحى نفسه، فالنص القانوني يطبق بحال وجود نزاع أو واقعة ويقابل ذلك وجود قاعدة أو نص قانوني ينطبق وفقها، والتي يجب أن يحدد القاضي معناها ومعطياتها، وتوطئة الآثار القانونية المترتبة عليها، فتأوي النص يشترط توافر عناصره وتحديد معناه، وإثباته بسنده القانوني مع أنطباقه على شكله الصحيح على معناها، فيترتب على ذلك نتائج وأحكام مختلفة⁽²⁾، ويبين أحدهم ذات المعنى ويضيف بأن التأويل النص ينبغي أولاً بيان معنى النصوص وتحديد مداها ونتائجها عن طريق توضيح ما أبهم من الفاظها، ولرفد وتكميل ما اقتضب منها والذي يقود إلى توسيع نطاقه فيوظف أحكامه بالشكل الذي يخرج بأحكام تتناسب مع ما تم تكيفه، فيستنتج من ذلك ما أمكن من نتائج، وبهذا المعنى الذي يدور حوله البحث هو بيان الآثار المترتبة على تأويل النص⁽³⁾.

وبصدد بيان هذه النقطة المهمة لذلك يتسنى لنا القول بنقاط اساسية ينبغي الألتفات اليها من قبل القاضي عند تأويل النص، منها فهم النص فهماً عميقاً، دالٍ على معانيه مطابق للنزاع المعروف، مستنداً على أسبابه، فإذا ما حصل فهم خاطئ مغايراً لموضوع النزاع وطبق عليه نص لا ينطبق عليه أو يحمل معنى مغاير للتطبيق المزمع اتخاذه، فهذا يعد قصوراً مبطلاً للغلط في فهمه، فيعد سبب إلى تغيير نتيجة الحكم وتغيير آثاره بمقتضى ذلك، وعملاً بذلك الخطأ فقد اصدرت المحكمة قراراً يقضي ببرد دعوى التعويض بالرغم من صدور قرار بات من المحكمة استندت على اسباب واقعة الغصب بدون سند قانوني، إلا أن المحكمة التي

1 - د. عبدالستار ابو غدة، الخيار واثره في العقود، مجلد الاول، ط2، مطبعة مقهوي، 1985، الكويت، ص119 - 123.

2 - د. حامد سلطان، القانون الدولي في وقت السلم، ط4، دار النهضة، القاهرة، 1966، ص 74.

3 - د. عدنان القوتلي، الوجيز في المدخل للعلوم القانونية، ط7، مطبعة دار الفكر، 1963، ص 24.

تنظر دعوى التعويض المقامة والمستندة على القرار البات برفع الغضب ردت دعوى المدعي بالحكم بالتعويض بسبب سوء فهم النص المتعلق بالتعويض مع الواقعة المطبق عليها، فبدلاً من ان تستند في حكمها على العمل غير المشروع وتقضي بتعويضه لحرمان صاحب الحق من العين وحرمانه من الأنتفاع بها نتيجة الغضب، إلا أنه أول الواقعة تأويلاً معيماً وطبق نص خلاف الأصل إلا وهو أساءة استخدام حق التقاضي مع أن وقائع الدعوى وأسبابها تنطبق على العمل غير المشروع ، فسوء فهم النص يؤدي إلى تطبيق غير سليم للقانون مما أدى إلى بطلان الحكم ، وبالرغم من سلطة القاضي في أستخلاص وقائع الدعوى، إلا أن محكمة النقض تراقب مدى صحة الأسباب التي استند عليها في تسبب الحكم مما يستدعي نقض القرار، حيث يقود إلى آثار تختلف عن موضوع الواقعة والنص المطبق عليها⁽¹⁾.

ولو أنقلنا إلى موقف آخر للتأويل في تحديد معنى النص المطبق على التصرف لنجد أن المادة (1266) من القانون المدني العراقي قد بينت معنى المساطحة والذي هو " حق عيني يخول صاحبه أن يقيم بناء أو منشآت اخرى غير الغراس على ارض الغير وبمقتضى اتفاق بينه وبين صاحب الأرض، ويحدد هذا الاتفاق حقوق المساطح والتزاماته"⁽²⁾، ونص المادة واضح ، لكن النقص في أعمال إجراءات العقد يؤدي إلى تأويل هذا العقد إلى عقد اخر، فينتقل من عقد المساطحة إلى عقد من نوع خاص (عقد اجارة طويلة) ولتعزيز ذلك نرفد قرار محكمة التمييز الذي جاء فيه " عقد المساطحة إذا لم يسجل في دائرة التسجيل العقاري وفق المادة 2/1266 من القانون المدني يكون بمثابة عقد خاص هو عقد اجارة طويلة، وأن طلب فسخه تطبق بحقه أحكام المادة 774 مدني وعلى المحكمة التحقق من ذلك بعد الأطلاع على أضبارة التسجيل العقاري، فأن كان قد سجل فتطبق عليه أحكام المادة 1270 مدني"⁽³⁾، فالأصل في هذا العقد هو مساطحة ولا يمكن تغييره إلى عقد آخر لم يتفق عليه الأطراف، إلا أن وجود نقص في الإجراءات مما حدا بالقاضي إلى تأويله بما

1 - قرار محكمة النقض المصرية / الدائرة المدنية المرقم بالعدد 1429 في 14/12/1995، غير منشور.

2 - د. محمد طاه البشير و د. غني حسون طه، الحقوق العينية، مصدر سابق، ص 319.

3 - قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم بالعدد 1733/ عقد مساطحة/ 2008، منشور على موقع شبكة(الانترنت) بالموقع <https://www.hjc.iq/qview.631/> تاريخ الزيارة 2023/9/15.

يتماشى مع أرادة المتعاقدين وبما لا يؤدي إلى الأخلال بإرادة المشرع فتحول إلى عقد أجرة طويلة، الأمر الذي يقودنا إلى تغيير في آثار هذا العقد بتغيير أحكامه من حيث ميعاد دفع الأجرة والفسخ، فضلاً عن مصير الأبنية والمنشآت، وبذلك نستفيد من هذا التأويل بالمساهمة في استقرار المعاملات والحفاظ على سير العقود وتكميل العقود وعدم ابطالها.

زيادة على ذلك فقد يتعدى أثر التأويل إلى الغير ذلك بانصرافه عن ظاهر النص إلى غيره ، ولهذا المعنى عدة صور منها العقد المستتر وعدم نفاذ التصرف وعقد التامين الخ.. لكن السؤال في هذا المقام هل ينصرف اثر تأويل النص على أرادة المتعاقدين أم إلى غرضهم ؟

للإجابة على هذا السؤال يجب بيان كلا المعنيين ، فالأرادة هي تطابق حقيقة ما قصده المتعاقدين مع مضمون العقد، وتكون ظاهرة أو باطنة، ولم يشترط القانون شكلاً للتعبير عنها، وهذا المعنى لا يعطي تقريباً للتأويل باعتبار أنصراف أرادة الطرفين إلى أحداث ما أراده في العقد⁽¹⁾، أما الغرض من العقد فيمكن تأويله كما في عقد التامين فمثلاً قيام المؤمن بالتامين على حياة المؤمن له فظاهر العقد ينصرف أثره بين المتعاقدين، إلا أن الغرض غير المباشر هو استفادة الشخص الثالث غير المذكور في العقد من هذا التامين فيؤول العقد إلى المعنى الخفي فينصرف أثره إلى الغير، وبذلك يتعدى أثر التأويل إلى غير المتعاقدين كما موضح في المثال أعلاه.

ومن الآثار التي يربتها التأويل هي توسيع نطاق النص ليشمل جميع أفراد، ومثال ذلك نص المادة (1050) من القانون المدني والتي نصت على عدم جواز حرمان أي شخص من ملكه إلا وفقاً للقانون ومقابل تعويض عادل وفق لجنة تقييم مقدار هذا التعويض التي تضع الأسس استناداً لأحكام قانون الأستملاك رقم 12 لسنة 1981، في حين نصت المادة 1/97 من قانون البلديات رقم 165 لسنة 1964 على جواز تسجيل الأملاك باسم البلدية بدون عوض وهذا خلاف لمبدأ قدسية حق الملكية، حيث أن النص اغفل ذكر عائدة هذه الأملاك أو الشوارع المتروكة فيما

إذا كانت ملكية خاصة أم عامة، فيجعل تطبيق هذا النص صعب من الناحية العملية مما يستدعي تأويل هذا النص إلى معناه العام وشمول جميع أفراده بسبب غموضه، ذلك أن المشرع عند أغفاله التمييز بين الملكية الخاصة والملكية العامة عند صياغة النصوص فيعود ذلك إلى التنظيم الناقص لها مما يسبب صعوبة فهمه فيوسع دائرة النطاق ليشمل جميع انواع الملكية، فينتقل أثر هذا التأويل إلى الملكية الخاصة كما هو الحال بالنسبة للملكية العامة⁽¹⁾.

وبمقابل ذلك فإن النص الذي يحرر بأكثر من لغة وكان هناك اختلاف في المعنى بحيث يحمل معنيين مختلفين لكل لغة معنى ولا يوجد اتفاق على أعمال أي من اللغتين فهنا تطبق اللغة التي يكون فيها نطاق النص الذي يحمل المعنى الضيق، فتأويل النص يجب حمله على هذا المعنى الأخير وينتج عن ذلك عدم ترتيب آثار إلا وفق ما يحمله من معنى فيبنى الحكم والأثر على أساسه⁽²⁾.

ولا يفوتنا أن ننوه إلى أن موقف القضاء من أثر التأويل على النص كان واضحاً وصريحاً والذي له دور أساس في تطبيق النص القانوني عن طريق تأويله إلى المعنى الذي يحمله وينتج أثره من خلال التكييف وتكميل النقص وفي هذا الصدد نص قضاء محكمة النقض بقرار له على أن "تكميل ما اقتضب من نصوص التشريع يقع في صميم التأويل ، لأنه يجاوز الصيغة القاصرة عن المراد ، فيتولى القاضي أستكمالها من عنده بطريق التأويل ، بمعنى أنه حمل اللفظ على غير مدلوله الظاهر منه مع احتمال له بدليل يعضده، ولأنه المحكمة لا تفسر القانون إلا لتطبيقه، فإنه يعتبر الخطأ في تطبيق القانون يشمل الخطأ في تأويله"⁽³⁾، ومن هنا نجد دور القضاء في تطبيق القانون بما يتفق مع غايته، وهو التطبيق الذي من خلاله يعطي للقانون القوة في اصدار حكمه وترتيب اثره عن طريق تنفيذه.

وأستخلاصاً لما سبق فأننا نجد في المفهوم المتقدم بأن للتأويل أثره في النص بشكل مباشر أو غير مباشر، فهو يرتب أثره بشكل مطلق على جميع افراده إذا ما

1 - قرار محكمة الاتحادية المرقمة بالعدد 124 / اتحادية/ 2019 في 20/1/2020، منشور على موقع الانترنت www.iraqfsc.iq تاريخ الزيارة 20/9/2023.

2 - د. برهان زريق، نظرية تفسير العقد، مصدر سابق، ص 30.

3 - قرار محكمة النقض المصرية المرقم بالعدد 13670 في 27/3/2012، غير منشور.

كان مضمون النص مبهم فيؤول إلى معناه الواسع فيجري المطلق على إطلاقه وأن كان بأطلاقه يحمل معنى آخر، فيرتب أثره على هذا المعنى، أو يضيق النص فيشمل بعض أفراد ويستثنى منهم من لا يحتمله، ونتيجة لذلك فإن لنتيجة الحكم المبني على أساس التأويل دور مهم في تحديد أثره ليس فقط على أطراف الدعوى، وإنما قد يتعداه ليشمل غيرهم حسب نوع النزاع، وهذا الدور يمثله القاضي بكل تفاصيله والمفترض فيه أن يكون لديه الأمام الكافي بالنصوص المدنية وأجتهادات الفقه وغاية المشرع والية التأويل ويعرف نتيجة الحكم وما يرتبه عليها من أثر.

الفرع الثاني

أثر التأويل على الحكم

لقد بين علماء الأصول بأن للتأويل النص أثر على الأحكام، مع الأخذ بالشروط الواجب توفرها عند التأويل، وذلك قياساً على تغيير المصلحة والأعراف بين الناس، فيعدل المجتهد عن الحكم المتبع في عصر ما إلى حكم آخر لدفع مفسدة، وقد تتطابق في ذات العصر ذات القضية ويختلف الحكم لإختلاف ظرف كل منهما، ومثال ذلك في بيع المعاطاة، كأن يقول المشتري: أعطيني بهذا الدرهم خبزاً، فيعطيه ما يرضيه، فيرى بعض الأصوليين بأن هذا البيع باطل، لأنه صورة غير تامة، فلا يترتب عليه أحكام البيع وإنما يرجع الطرفين إلى ما كان عليه، ويرى البعض الآخر، بصحة البيع، واستند في ذلك إلى العرف الجاري عليه الناس في ذلك الوقت، مما يرتب عليه أثر الإلتزام⁽¹⁾.

إن القاضي ملزم عند تأويل النص أن يراعي في ذلك ارادة المشرع وغايته ولا يخرج عن مضمونه، ويراعي في ذلك المصلحة المقررة والتي قصد تحقيقها، فيقضي بروح النص أستجابة لمقتضيات المجتمع ولتطور القانون وانعكاسه عليه فهو غايته ومبتغاه، ولغرض الوصول إلى الحكم العادل وترتيب أثره عليه فينبغي على القاضي مراعاة النص من خلال فحص الفاظه، ويبين مكانة دلالتها على المعنى الذي يعطي أكثر اثراً حتى يرجح على معناه المحتمل، ولكن السؤال الذي

1 - عامر بن عيسى اللهو، اصول الفقه والقواعد الفقهية- دور الاجتهاد في تغيير الفتوى، جامع الكتب الاسلامية، مجلد 1، بدون سنة طبع، ص 19.

يطرح في هذا المقام ، ما مدى إمكانية اعتبار التأويل سبباً في تغيير الحكم القانوني؟

وفي صدد الأجابة على هذا السؤال، لذا حري بنا أن نوضح قبل ذلك ما مدى صلاحية القاضي في تعديل وتكييف النص والمرتبط بالحكم بشكل مباشر، فأنا قد المحنا القول فيما مضى بصدد الإشارة إلى سلطة القاضي في تأويل النص ومنعاً للتكرار فأنا نشير إلى ما يدور حول خصوصية هذه النقطة ، فالقاضي لا يمكن تكييف الواقعة مجرد معرفة عنوان الأذعاء، وإنما يبحث عن حيثياتها ووقائعها حتى يتسنى له تكييفها وفقاً لما تتضمنه، والتكييف هو أضفاء وصف قانوني معين على التصرف أو الواقعة بما تتفق مع حقيقتها فيعطي القاضي وفقاً لما تقدم الوصف الصحيح، مما يستدعي ذلك بذل جهد وفهم دقيق وذهن ونشاط عقلي فضلاً عن الخبرة في المجال الأجهادي، فاستخلاص الوصف القانوني وأعطاء الطبيعة القانونية لهذا النزاع بشكل صحيح هو ما سيحدد الآثار المترتبة على أحكام القانون⁽¹⁾.

ولقد المحن النظر بأن للقاضي صلاحيات تأويل الأحكام عن طريق تعديل وتكميل النصوص بما يتوافق مع نوع النزاع وبما يحقق غاية المشرع، وهنا لا بد للقاضي أن يكون حذراً اثناء التأويل حتى لا يكون خصماً أو طرفاً في النزاع فيبني الحكم على أساس صحيح ، وذلك أستناداً لأحكام الفقرة الثانية من المادة (86) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها على " ... واذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة الموضوع ولأحكام القانون والعرف والعدالة"

فالقاضي يقوم بتصحيح الوصف القانوني من خلال تأويل النص إلى معناه المحتمل واعطاءه الحكم الصحيح، فلولا تأويل القاضي لكان الحكم ما تبناه أطراف النزاع وهذا لا يعتمد على موافقتهما، فهو ليس بعقد باطل إلى صحيح وإنما تغيير التكييف يتبعه تغيير الحكم ، ويرى البعض أن التكييف لا يستتبعه تغيير الحكم وبذلك لا توجد آثار مختلفة، طالما أن القاضي غير ملزم بهذا التكييف، خاصة وأن التكييف

1 - د. محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، مصدر سابق، ص361.

يلبي التفسير ويعتمد عليه، وأن تأويل الحكم يعتمد على ارادة الأطراف، وطالما أن الأطراف قد قيدوا شروط في العقد فلا يمكن للقاضي تعديل هذه الشروط، ولا يمكن الاعتماد على قرائن خارجية لتأويل النص وتغيير الحكم، وهذا يعني عدم إمكانية تغيير الحكم عند خلو النص من عوامل داخلية فالتأويل بهذه الحالة غير ممكن⁽¹⁾، وبالرغم من وجهة هذا الرأي غير أننا لا نتفق معه، لأنه القاضي ملزم بتطبيق القانون وهو المعني بتكييف النص وتأويله لا وفق ارادة الخصوم فالمدعي يريد تكييف لمصلحته والمدعى عليه لا يقبل بذلك التكييف فالقاضي هو المسؤول عن تكييف النزاع، وأن المشرع منح للمحكمة صلاحية تعديل العقد وفقاً لما تقتضي به مبادئ العدالة وما يحقق التوازن وأرادة المشرع.

ولكن السؤال الذي يقدر في الذهن فيما إذا اتفق الأطراف على تحديد الآثار ولم يتفقوا على تسمية نوع العقد كما هو موضح اعلاه، فهل يحق لهم ذلك؟

للإجابة على هذا التساؤل يجب تحديد معنى الآثار المتفق عليها بموجب العقد، فلأطراف تحديد الآثار ابتداءً وفق النصوص المتبعة في القانون وبما لا يخالف طبيعة التصرف فهذا يعد عملاً قانونياً محضاً، غير أن ذلك مرتبط بتحديد الوصف القانوني من قبل قاضي للنزاع عن طريق تفسيره وتحديد معناه فإما ينصرف إلى ارادة المتعاقدين أو يؤول إلى معنى آخر يحتمله فينصرف الأثر إلى المعنى المؤول عن طريق إصدار حكم مغاير لما أتفق عليه الأطراف، فإذا كانت صورة الآثار تتعارض مع ما رسماه المتعاقدان أما لجهل أو لعدم ، فيتدخل القمّر لتصحيح التسمية دون حاجة لموافقتهما، فقد يجد القاضي أن العقد بيع وإذا هو بإيجار، فيغير الوصف ويتغير الحكم ويتبعه تغيير الآثار، وبهذا الشأن اتجهت محكمة النقض في مصر على تكييف عقد الأيجار باعتبار أنه عقد وديعة بدل من كونه عقد ايجار فايداع السيارة بمستودع عام لقاء مرتب معين فيصح بكون عقد وديعة باجر وليس

1 - د. احمد شوقي عبدالرحمن، النظرية العامة للالتزام - العقد والارادة المنفردة، منشأة المعارف، ب ط، الاسكندرية، 2004، ص 174.

عقد ايجار، فالأول لا يخضع لأحكام عقد الإيجار، وهذا يعني انتهاء العلاقة بالحكم المطعون فيه ولا ترتب اثار الحكم الثاني⁽¹⁾.

وملخص ذلك أن القاضي يجب عليه فهم وقائع الدعوى ليتسنى له اختيار النص القانوني السليم الذي ينطبق مع الواقعة المعروضة عليه أو تأويل النص إلى معناه الصحيح والمحتمل ترجيحه، ولا يفهم معنى غير موافق لتلك الوقائع والذي سيسبب تطبيق قاعدة لا تنطبق على النزاع مما يؤدي إلى وجود غلط في القانون وقصوراً في تطبيقه وتغييراً في حكما يستتبعه تغييراً في نتيجته مما يقوده إلى البطلان، ومفاد ذلك أشرط القانون تسبب الحكم القضائي وعرض موجز عن تأويل الحكم ليتسنى للخصوم ومحكمة النقض الأطلاع على مدى صحة الحكم والأسباب القانونية التي استندت عليها المحكمة وإلا عد ذلك سبب لبطلان القرار وهذا ما قضت به محكمة النقض بقرار لها تفسيراً لنص المادة 178 من قانون المرافعات والمثبت فيها الواقعة والتي أشرطت على القاضي ضرورة واهمية تسبب الأحكام ذلك لتمكين محكمة الدرجة الثانية من النظر إلى مدى صحة الأسس التي اعتمدها وبنيت عليها أحكامها ومن أجل مراقبة سلامة تطبيق القانون مبيناً كيفية ترتيب الآثار المترتبة نتيجة تأويل هذا الحكم فيما إذا كان الحكم يحمل معنى آخر من عدمه، وإلا عد ذلك سبب لبطلان الحكم وأثاره فيما إذا كان الحكم مخالف وغير مستند على سند قانوني صحيح⁽²⁾.

ولكن السؤال الأهم في هذا الموضوع ما مدى اعتبار تأويل الحكم هو سبب لإنشاء حكم جديد مغاير للأول؟

فإذا ما أردنا أن نجيب على هذا السؤال فينبغي أن نسوق المثال التالي اتفق الأطراف على الحوالة بشرط عدم براءة ذمة الأصيل، كقول المدين للدائن احللتك بما لك من دين في ذمتي بمقدار كذا على فلان ، مع بقاء ذمتي مشغولة بدينك علي، إلى أن يدفع المحال عليه الدين، ففي هذا المثال يرى المتعاقدان بأن التكييف القانوني لهذا التصرف هو حوالة فينطبق على النزاع أحكام الحوالة ويرتب نتائج هذا الحكم

1 - قرار محكمة النقض المصرية المرقم بالعدد 6181 والمؤرخ في 19/3/1997 اشار اليه اشرف ادوارد حنا، الحديث في القضاء المدني، دار الالفي لتوزيع الكتب، ناس للطباعة، ط1، 1999، ص 256.
2 - قرار محكمة النقض المصرية المرقم بالعدد 1589 في 3/4/2012، غير منشور

وفقاً للقواعد المتبعة في الحوالة، لكن القاضي عند تأويل الحكم عن طريق تطبيق النزاع على الوصف القانوني المناسب لها وتأويل الحكم إلى قواعد الكفالة وذلك لعدة أسباب منها : إن الحوالة هي نقل دين من ذمة لأخرى، وهنا لم ينتقل الدين وإنما ضمنت ذمة المدين إلى ذمة المحال عليه عند المطالبة بالدين، وإن الكفالة هي ضم ذمة إلى ذمة أخرى عند المطالبة بالدين، أما الحوالة فهي نقل الدين من ذمة لأخرى، وما أردنا القول في هذا المثال أنه بالرغم من اتفاق الأطراف على تحديد الطبيعة القانونية للتصرف في المثال أعلاه، إلا أن القاضي له السلطة في تأويل الحكم وإلى معناه السليم، وهذا التأويل ينتج عنه تغييراً في الحكم لأن تغيير الوصف القانوني من الحوالة إلى الكفالة يستتبعه تغيير الحكم والنتائج عنه تغيير الآثار المترتبة عليه فتطبق عليه قواعد الكفالة وهي غير قواعد الحوالة من حيث الأنشاء والحكم والآثار والمدة والأعلان الخ.⁽¹⁾.

وقد ينتج عن تأويل الحكم الأصلي إلى البديل كما في تأويل معنى الشهر بحيث إذا أجر شخص لآخر العقار لمدة شهر مع أنه قد قضى بعضه فإنه يستكمل الشهر بالأيام لأنه الأصل فيه الأهلة وهي المحددة بالتقويم فإذا تعذر ذلك فيحسب بالبديل وهي الأيام، وفي هذا المثال فقد يتغير الحكم تبعاً لتغيير الأيام ومناسبتها وما يحدث فيها، وإيضاً ما جاء بالمادة (890) من مجلة الأحكام العدلية والتي جاء فيها " يلزم رد المغصوب عيناً" فأذ تعذر فيؤول إلى البديل بسبب استهلاكه أو هلاكه، فإذا كان من القيميات يضمن برد قيمته، وإذا كان من المثليات فيرد مثله، فينتقل الحكم إلى غيره عند تأويله⁽²⁾، وهذا وأن نصت عليه المشرع العراقي في المادة (194) من القانون المدني على إن " إذا تغيير المغصوب عقد الغاصب فالمغصوب منه بالخيار أن شاء استرد المغصوب عيناً مع التعويض عن الأضرار الأخرى وأن شاء ترك المغصوب ورجع على الغاصب بالضمان" فالمشرع وفق هذا النص لم يجعل التأويل مفتوح للقاضي لبيان البديل وإنما أعطى الخيار بشكل واضح وصريح مع بعض الفوارق بالحكم فيما إذا اختار أي من الخيارات المتعددة في هذا النص وهذا الفارق يكون في قيمة المغصوب بين الأسترداد وبين الضمان.

1 - د. عبدالكريم زيدان، مصدر سابق، ص 15.

2 - د. عبدالكريم زيدان، المصدر نفسه، ص 118 - 119.

إن تأويل الحكم الصادر من المحكمة لمعنى آخر بحجة أن ذلك يقود إلى البطلان هو إجراء تتخذه المحكمة وهي من تفسر معنى التصرف وتحدد آثاره وفقاً للحكم الصادر منها، ولتوضيح هذا المعنى فقد ورد في نص المادة (2/942) من القانون المدني المصري فإن كلمة المحكمة في هذا النص " 2- وخلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ هذا الأعلان يجب أن يودع خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار كل الثمن الحقيقي الذي تم به البيع ، مع مراعاة ان يكون هذا الأيداع قبل رفع الدعوى بالشفعة ، فإن لم يتم الأيداع في هذا الميعاد على الوجه المتقدم سقط حق الأخذ بالشفعة " والمتفحص لهذه الكلمة فإنها تحمل في طياتها معان مختلفة لم يرد في النص توضيح لما هو مبهم، فأختصاص المحكمة الجزئية هو في الدعوى التي تكون ذات قيمة قليلة أما المحكمة الكلية فيها تكون من اختصاص الدعوى ذات القيمة المرتفعة فهنا يوجب الطعن بها وسقوط الحق وهذا ما جاء بقرار محكمة النقض ، أما ما انتهت إليه الهيئة العامة للمواد المدنية، حيث لفظ كلمة محكمة الكائن في دائرتها العقار هو لفظ عام مطلق قد يقصد به أمام المحكمة الجزئية، أو أمام المحكمة الكلية، وبهذا المعنى إذا جاء اللفظ بشكل عام فيحمل على عمومه، فودع الثمن في أي من المحكمتين الجزئية أو الكلية وأن الغرض من ايداع الثمن هو لمعرفة مدى جدية الشفيع في طلب الشفعة، وهذا لا يرتب سقوط الحق عند ايداعه في المحكمة الجزئية التي تم ايداع الثمن فيها باعتباره الأقرب للعقار على المحكمة الكلية والتي هي صاحبة الأختصاص القيمي فلا يستأهل هذا السقوط إلا بوجود نص في القانون يوجب ذلك، وان قانون المرافعات لم يرتب اي اثر على ذلك ولم يوجب سقوط الحق إذا ما رفعت في اي محكمة غير مختصة قيمياً، فيبقى الأخذ بالشفعة بمنأى عن السقوط. فتأويل محكمة النقض لفظ (المحكمة) بالمعنى المطلق هو ما أدى إلى اعتبار الحكم صحيح ويرتب ذات الأثر الذي نتجت عنه الدعوى وفقاً لقواعد الشفعة، أما لو أولت لفظ المحكمة بمعنى الأختصاص القيمي وهو المكان الذي يجب ايداع الثمن فيها والترافع أمامها لنتج عن ذلك الحكم آثار مختلفة وهو سقوط حق طلب الشفعة (1).

المبحث الثاني

تطبيقات التأويل في النصوص المدنية

إن المشرع مهما بذل في الأحاطة للقواعد القانونية وفي سن النصوص التشريعية في مختلف القوانين فلا يتسع أن يرفد القضاء بكل ما يحتاجه من قواعد بل حتى النصوص قد تكون غامضة وتحمل أكثر من معنى ، فالصياغة التشريعية هي فن يعمل على تحقيق العدل في المجتمع، فلا يعني مجرد سن النصوص انها مجردة من التطبيق العملي لها، إذ انها تقتض ما يمكن حدوثه في المستقبل ويساهم في أخراج النصوص القانونية إلى الحيز الخارجي وتكميل مبتغاها بإيجاد الأحكام المناسبة لها، والتي تحتاج إلى الكثير من التنسيق والتناغم والترتيب بين نصوص قانون معين ونصوص قانون آخر، وبالرغم من ذلك تبرز الكثير من العيوب والتناقض والخلاف فيها، وبذلك يبرز دور القضاء في ايجاد الحلول لها كونه ملزم بالفصل في النزاعات ، وبذلك يكون وسيله لإيجاد مبادئ جديدة ومعاني أخرى يحتملها النص وهذا هو التأويل الذي له مجال في أغلب النصوص حيث أن عوامل الأحتمال متوفرة فيها لذلك تجري في ميدان استنباط الأحكام من الفاظها ومعانيها.

كما أن أهم ما يميز التأويل بأنه لا يقتصر على نوع معين أو نطاق محدد فهو مرتبط بإصل اللغة ومعانيها وما يحمله النص من معاني، فهو مرتبط بكل نص وفي ميدان التعامل في التصرفات والوقائع والرهن والأجراءات الخ.. وبالرغم من ذلك فنبين مجموعة من التطبيقات والتي هي نتاج تلك الوسائل المتعلقة بالتشريع والأليات المتبعة في تطبيقها والتي لا يمكن الأحاطة بها جميعاً ولكن سنحاول البحث عن المهمة منها.

ومن خلال ما تقدم سنحاول بيان هذه التطبيقات في هذا المبحث عن طريق تقسيمه على مطلبين نبيين في المطلب الأول ، التطبيقات الموضوعية للتأويل ، وفي المطلب الثاني نبين فيه التطبيقات الإجرائية للتأويل وكما يأتي:-

المطلب الأول

التطبيقات الموضوعية للتأويل

نبين في هذا المطلب أهم التطبيقات التي يتم مناقشتها من جميع ما تم طرحه في هذا الموضوع فيطبق على معناها وشروطها واحكامها وأثارها ليتسنى لنا بيان التأويل وهو مشتمل على معناه وذلك بتقسيمه على فرعين، نبين في الفرع الأول تطبيقات التأويل في التصرفات وفي الفرع الثاني تطبيقات التأويل في الوقائع وكالاتي:-

الفرع الأول

تطبيقات التأويل في التصرفات

نستعرض في هذا الفرع بعض تطبيقات التأويل إذ لا يمكن الأحاطة بها جميعاً وهي كما يلي:-

أولاً - في تكوين العقد

من المعروف أن العقد هو ارتباط الأيجاب بالقبول، لكن إذا كان العقد بين غائبين فهل يتم العقد بمجرد ارتباط الأيجاب بالقبول؟ للأجابة على ذلك نقول: إذا ما المحنا النظر ودققنا في المادة (1/87) من القانون المدني العراقي نجد أنها نصت على " يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق صريح أو ضمني أو نص قانوني يقضي بغير ذلك"، فيظهر في هذا النص للوهلة الأولى بأنه ينعقد العقد بمجرد علم الموجب بالقبول، فوصول التعبير إلى الموجب قبولاً، إلا أنه لو دققنا النظر في النص المتقدم والمتضمن كلمة (تم) فيها أكثر من معنى، فالأول هو المعنى المتقدم أي ينعقد العقد بمجرد وصول علم الموجب بالقبول، لكن إذا ما بحثنا عن موقف المشرع لهذه الكلمة في النصوص الأخرى فقد يترأى لنا معنى آخر، فقد استخدم المشرع العراقي في المادة (1/603) كلمة تم وفق التالي " لا تتم الهبة في المنقول إلا بالقبض ويلزم في القبض اذن الواهب صراحة أو دلالة" ومعنى ذلك وفق ما أراده المشرع وما ذكرها شراح القانون المدني بأن المقصود منها ليس للأنعقاد كما مر

ذكره وإنما للآثار⁽¹⁾، حتى ان اللجنة التوضيرية للقانون المدني كانت صياغتها للنص المتقدم في المادة (1/567) على " لا تتعقد الهبة إلا بالقبض ويجوز للواهب قبل القبض ان يرجع عن الهبة ويعتبر نهيه الموهوب له رجوعاً" ولولا اعتراض أحد اعضاء اللجنة التوضيرية عليها لبقت كما كانت، فاعترض على انعقاد الهبة إلا بالقبض، وأضاف أن الهبة تتعقد كأبي عقد آخر، من غير حاجة إلى قبض، إلا أنها لا تتم إلا بالقبض، فتم تعديل النص من لا تتعقد إلى لا تتم، وهذا النص يؤكد المعنى الثاني لكلمة (تم) على المعنى المتقدم ذكره⁽²⁾.

وأيضاً نص المادة (1/1322) من القانون المدني اذ جاء فيها " يشترط لتمام الرهن الحيازي ولزومه على الراهن أن يقبض المرتهن المرهون"، وهذا يعني أن ما قيل في تلك النصوص ينطبق على المادة (87) من هذا القانون من معنى تمام العقد، زيادة على ذلك فلو بحثنا عن معنى تم لغة واصطلاحاً فنجد أنها تعني صيرورة الشيء اي صار كاملاً ، وتم الشيء أي صار تاماً كاملاً، وضد كلمة تم نقص⁽³⁾، وإذا ما أردنا بيان معنى تم وفق المفهوم المتقدم نرى بأن العقد موجود لكنه غير مرتب آثاره ، وأن التعاقد بين الغائبين يصح عندا تتقابل وتتوافق الأرادتان، فإرادة الموجه إليه الأيجاب هي ليست من العناصر المكونة للعقد، إذ أن علم الموجب بالقبول هو عنصر خارج عن معنى إلا قتران، ولو افترضنا أن العلم لو عد من العناصر المكونة للتراضي لما تحقق الأنعقاد إلا به، والقول بخلاف ذلك يجعل من الممكن الأنعقاد دون تحقق عنصر من عناصره الأساسية إلا وهو العلم، إذا فاشتراط العلم في العقد هو للزوم وليس لانعقاده، فالأنعقاد يكون مجرد الأيجاب بالقبول أما العلم وفق نص المادة المذكورة بين غائبين هو لنفاذ العقد، وهذا هو الموافق للفقهاء الإسلامي⁽⁴⁾.

1 - د. مصطفى الزلمي، نظرية الالتزام برد غير المستحق، الطبعة الاولى، احسان للنشر ، كردستان، 2014، ص 123.

2 - مجموعة الاعمال التوضيرية للقانون المدني، ج 3، مطبعة الزمان، بغداد، 2002، ص 106.

3 - الفراهيدي، العين، دار الكتب العلمية، ط1، 2003 ص 83

4 - ينظر ابي الحسن علي بن ابي بكر المرغياني، الهداية شرح بداية المبتدئ، البابي الحلبي، ج4، دون ذكر سنة ومكان الطبع، ص 124.

ونستخلص مما تقدم بأن لكلمة (تم) في نص المادة أعلاه تحمل أكثر من معنى، فقد تحمل معنى الأنعقاد، وقد تحمل معنى ترتيب الأثر، والأخير هو الصحيح وفقاً للأسانيد المتقدمة، وشتان ما بين المعنيين، فالمعنى الأول بحال موت الموجب صاحب الأرادة الموجهه مع قبول الآخر لكن قبل وصول العلم للموجب فهل يرتب العقد أثاره، فوفقاً للمعنى الأول يسقط بموت من صدر عنه الأيجاب إذ لا بد من علم الموجب بالقبول، ووفق المعنى الثاني بأن العلم هو ليس لإبرام العقد وإنما لترتيب آثاره فلا يسقط ويرتب جميع آثار العقد وهذا ما يوافق الفقه الإسلامي والقانون المصري المؤكد باستقلال التعبير عن الأرادة عن صاحبها، وهذا هو معنى التأويل في هذا المصطلح والذي بينا فيه معناها من خلال وجود أكثر من معنى للفظ، فضلاً عن تحقيق شروط التأويل بوجود إليه يستعين بها المجتهد في التأويل، وتقديم الحجج والأسانيد المعتمد عليها للترجيح، وبيان الأحكام والآثار المترتبة التي تظهر باختلاف المعنى المحتمل عن ظاهره⁽¹⁾.

ثانياً- تحول العقد

عرفت هذه الفكرة لدى فقهاء الشريعة الإسلامية وخاصة عند ابن رجب والذي يوضح معناها فيضرب مثلاً بأن أعار شخص شيئاً لآخر واشترط عليه العوض فيصح وينقلب العقد إلى قرض فيملكه بالقبض، وهذا بمعنى أنقلب العقد من عقد لآخر بمجرد توافر شروطه⁽²⁾، ومفاد هذه النظرية هي وجود عقد باطل وبذات الوقت تتوفر عناصر عقد صحيح آخر، فينقلب العقد الباطل إلى العقد الصحيح، بشروط معينة، أي أن العقد يحتمل المعنيين مع الفارق بينهما، وهذا ما نصت عليه المادة (140) من القانون المدني العراقي على " إذا كان العقد باطلاً وتوافرت فيه أركان عقد آخر فأن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين أن المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف إلى إبرام هذا العقد"، ويقترب هذا المعنى

1 - د. علي شاكِر البدري، معضلات في تكوين العقد، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق في السنة العاشرة بالعدد الأول، 2018، ص 164.

2 - ابي الفرج عبدالرحمن بن رجب الحنبلي، القواعد في الفقه الاسلامي، الكليات الازهرية، 1972، ص 50، اشار اليه د. عبدالمجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام، مصدر سابق، ص 126.

من نص المادة (144) من القانون المدني المصري⁽¹⁾، والأختلاف بين القانونين العراقي والمصري، بأن الأول يشترط فيه أن يكون العقد الظاهر (الأول) باطل، بينما في القانون المصري يشترط أن يكون باطلاً أو قابل للأبطال.

وهذا العقد لا يعدوا أن يكون تطبيقاً لنظرية تكييف العقد، لأن التكييف هو إعطاء الوصف الصحيح الذي ينطبق عليه القانون، إذن فهو مسألة أولية علمية يقوم بها القاضي، فيختلف عن نظرية تحول العقد التي يكون الوصف القانوني موجود لكن حالة العقد باطلة فتتصرف إلى معنى وحالة أخرى للعقد الذي يكون صحيح، ويختلف أيضاً عن الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة التي تقع من توافق إرادة طرفي العقد، أما تحول العقد فتقع من صميم عمل القاضي والتي تقع ضمن العقود الباطلة، ويشترط أيضاً فضلاً عن كون العقد باطلاً، أن تتوافر فيه عناصر العقد الجديد، ومثال ذلك تحول عقد في السند الرسمي الذي يفقد صفته الرسمية بحال عدم اختصاص كاتب العدل، فيتحول هذا السند إلى عادي ما دام موقع من قبل الطرفين⁽²⁾.

ويفهم من ذلك وجود معنيين للحكم الأول العقد الباطل وهو ظاهر العقد، والمعنى الآخر المنصرف إليه هو توافر شروط العقد الصحيح، فيتحول العقد الباطل إلى صحيح عن طريقة عملية تأويل معناه من قبل الألية المتبعة من القاضي إذا توافرت شروطه، وينتج عن ذلك تغيير الأحكام والأثار المترتبة على هذا التأويل بين المعنى الأول والمعنى الثاني المطبق وهذا هو الهدف من تحول العقد.

ثالثاً- في عقد الأيجار

الأصل في النص القانوني أن يكون واضح الدلالة عند استخدام المصطلح ويعني صياغته، إلا إذا أراد أن يحتل النص معاني أخرى ليكون أكثر مرونة، ومثال ذلك نص المادة 8/17 من قانون أيجار العقار والتي نصت على " إذا بنى المستأجر أو زوجته أو أحد أولاده القاصرين عقاراً للسكنى في حدود المدينة التي

1 - نصت المادة اعلاه من القانون المدني المصري على " إذا كان العقد باطلاً أو قابل للأبطال وتوافرت فيه اركان عقد اخر فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت اركانه، إذا تبين ان نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى ابرام هذا العقد".

2 - د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص 131.

يقيمون فيها عادة" ففي هذا النص يتضمن الأسباب التي لا يجوز فيها التخلية، إلا أنه عند التمعن في المصطلحات التي ذكرها المشرع كلمة (زوج) وكلمة (حدود المدينة)، ولا خلاف على أن الأولى قد تم تعديلها إذ كانت (إذا بنى زوج المستأجر عقاراً..). ف جاء النص مطلقاً هل يحتمل الزوج أم الزوجة فيما إذا كان المستأجر هو الزوج أم كانت زوجته، أو يرجع إلى قواعد الفقه الإسلامي الذي يعد كلمة الزوج تشمل كلا المعنيين، مما حدا بالمشرع تعديل هذه الفقرة وأضاف (المستأجر أو زوجه) وفي هذا خلاف بالنسبة للتطبيق والأحكام والآثار.

من جهة أخرى فإن المشرع لم يوضح معنى (حدود المدينة) في النص سابق الذكر فهو يحتمل معنيين ، المعنى الأول هو حدود عمران المدينة، والمعنى الثاني هو حدود بلدية المدينة، وفي هذين المعنيين خلاف فقهي وقضائي لأن هذا الخلاف مرتبط بأمر آخر يلحق به وهو سكن الزوجة الثانية فإذا كان داخل حدود المدينة وبنى دار سكن لزوجته الثانية فهل يشمل بتخلية المأجور؟ لقد أجاب القضاء على هذا التساؤل لكن لم يحسم الخلاف فقد أصدرت محاكم الاستئناف بصفتها المختلفة قرارات عدة بهذا الخصوص، حيث قضت محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية بأنه " إذا ثبت ان المستأجر يسكن زوجته الثانية في الدار التي شيدها فلا يحكم بتخلية المأجور الذي يسكنه مع زوجته الأولى، لأن الزوج مكلف قانوناً بتهيئة بيت شرعي مستقل لكل زوجة من زوجاته"⁽¹⁾، وهذا القرار يمكن ان يضيف استثناء على النص السابق وهو سكن زوجة ثانية بدار مستقل لا يمكن أن يشمل النص وأعتبر سبب لعدم التخلية، في حين نجد أن محكمة استئناف بابل جاءت بقرار معاكس إذ جاء فيه " يحكم على المستأجر بالتخلية إذا تملك داراً ولو اسكن فيها زوجته الثانية"⁽²⁾

فالنص الظاهر بإن يكون غاية المشرع كون السكن داخل حدود المدينة أي العمران وليس حدود البلدية، بينما يرى الفقه بتأويل المعنى إلى خارج حدود المدينة

1 - قرار محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية المرقم بالعدد 814/ حقوقية/1980 في 1980/4/26، مجموعة الاحكام العدلية، العدد الثاني، سنة 11، 1980، ص 178، اشار اليه د. سعيد مبارك وآخرون، مصدر سابق، ص 370.

2 - قرار محكمة استئناف بابل المرقم بالعدد 189/ حقوقية/ 1980 في 1980/4/14، اشار اليه د، سعيد مبارك وآخرون، المصدر نفسه، ص 370.

فيشمل حدود البلدية، أستناداً إلى النص السابق لقانون رقم (184) لسنة 1978 في المادة (23/ط) بأن " إذا بنى المستأجر أو تملك عقاراً للسكن في حدود بلدية المدينة التي يقيم فيها عادة" وهذا النص واضح الدلالة على اعتبار التفسير التشريعي كجزء من بيان النصوص القانونية حيث أعتبر النص السابق هو تفسير لهذا النص، كما أن المشرع يأخذ بمطلق النص عند عدم تقييده، وبالرغم من وجهة هذا الرأي، إلا أننا نرى بأن المعنى الظاهر للنص هو في حدود العمران والأبنية ذلك لسبب أن غاية المشرع عند إصداره لهذا القانون هو التقليل من أزمة السكن اذلك أشترط أن يكون داخل حدود المدينة، مع أستثناء سكن الزوجة الثانية في دار مستقل وهو حق شرعي وقانوني لها فنؤيد ما جاء بقرار محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية التي راعت في ذلك حقوق الزوجة وبحال عدم اتساع الدار لجميع أفراد العائلة.

خلاصة القول أن هذا الخلاف في بيان معنى حدود المدينة له اثاره الأيجابية والسلبية على حقوق المتداعيين من حيث بيان الأحكام التي تصدر بمقتضاها، فإذا كانت تشمل خارج حدود المدينة العمرانية فهذا يعني اصدار قرار بتخلية المأجور، وبخلاف ذلك يصدر قرار بعدم التخلية مما يعني تغيير الحكم وأبقاء الأصل على ما كان.

رابعاً - في الكفالة

نصت المادة (1/780) من القانون المدني المصري على " لا يجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين، ولا بشرط اشد من شروط الدين المكفول" فهذا النص واضح الدلالة والمعنى على أنصراف الذهن في ظاهره بمنع تحميل الكفيل أكبر مما هو ضامن ولا شرط اشد على الكفيل من شروط المفروضة على المدين الأصلي، فإذا كان مبلغ الدين الف دينار على المدين، فلا يجوز أن يكون المبلغ المكفول به على الكفيل الف وخمسمائة دينار، ولا أن يشترط تعجيل الكفالة قبل حلول اجل الدين، هذا ما يفهم من ظاهر النص ويوافق نص المادة (1013) من القانون المدني العراقي الذي جاء فيه " 1- إذا كان الدين مؤجلاً على الأصل، وكفل به أحد تأجل على الكفيل ايضاً. 2- وإذا اجل الدائن على الأصل تأجل على الكفيل وكفيل الكفيل، وأن أجله على الكفيل الأول يتأجل على الكفيل الثاني، ولا

يتأجل على الأصل" وهذا يعني بمفهوم المخالفة يجوز أن يكون التزام الكفيل أخف من التزام المكفول، وبما أنه لا يجوز التشديد على الكفيل فلا يمكن اعتبار الكفالة باطلة وإنما تخفف مبلغ الكفالة إلى الحد المقبول والمساوي للدين فإذا كان التزام طبيعي على الأصل فلا يكون التزام مدني على الكفيل، وإنما يخفف ويكون التزام طبيعي⁽¹⁾.

لكن هذا النص يمكن أن ينصرف إلى معنى آخر فيؤول بجواز تشديد التزام الكفيل من ناحي إذا خفف من التزامه من ناحية أخرى عن طريق تحقيق الموازنة في التزام الكفيل، ومثال ذلك ان الأصل لا يجوز أن يكون الدين منتج لفوائد أكبر على الكفيل من الفوائد المترتبة على المدين الأصلي، إلا أنه يمكن أن ينتج فوائد أكبر فيما إذا حصل الكفيل على مدة أطول من الأجل في الألتزام المكفول، وبذلك شدد الألتزام من ناحية وخفف عنه من ناحية أخرى، أو أنه الكفيل يلتزم برهن للدائن حتى لو كان ديناً عادياً غير مضمون مقابل اقتران الكفالة بشرط أو مقابل أجل مناسب فيخفف من التزام الكفيل، وبالرغم من صعوبة تحقيق هذه الموازنة، فيفضل البعض التفسير وفق ظاهر النص، لكن لا ما دام التزام الكفيل هو اخف من التزام الأصل فالعبرة في ذلك بتيسير الكفالة وتقديم الضمان للكفيل فيجوز ذلك، ولكن هذا التأويل من الممكن أن ينشأ تصرف جديد وهو اعتباره تجديد للعقد الأول وهو عقد الكفالة الأصلي، وبطبيعة الحال فهذا الأمر متروك لتقدير محكمة الموضوع⁽²⁾.

وقد ينشأ التزام الكفيل بالوفاء لشخص فيوفي الألتزام في ذمة الغير، فيؤمن للدائن ما التزم به المدين من دين، وفي هذا الفرض فأن ظاهر المعنى يعد هذا الشخص كفيلاً يمكن أن يرجع على المدين الأصلي بما وفاه من دين في ذمته، ويطبق عليه أحكام الكفالة، إلا أن هذا الوصف غير دقيق ذلك كون يعد مديناً اصيلاً للدائن، حيث أن التعهد بوفاء الألتزام لا يعد كون كفيل بل مدين أصلي، فلا يرجع بالكفالة سواء

1 - كان المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري ينص في المادة 278 على " وكذلك لا تجوز كفالة الألتزام الطبيعي كفالة عينية أو شخصية..". وتم تعديل هذا النص في القانون المدني المصري في المادة (782) لتصح الكفالة به مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج2، ص 502.

2 - د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج10، التامينات الشخصية والعينية، ط3، دار النهضة، 2011، ص 59-63.

كان الألتزام صحيح أو باطل، فيؤول المعنى إلى اعتباره مدينياً وليس كفيل وتأول أحكامه إلى الدين وليس الكفالة فهو تابع للدين الأصلي فيتمسك بجميع الدفوع والبطلان بحق الدائن وهنا يجب التمييز فيما إذا كان هذا الدفع تبرع أم دين بذمته حسب الظروف ونوع التصرف وأحوال الطرفين.

خامساً - في الرهن

قبل بيان موضوع التأويل في الرهن فإن لفظ الرهن من الناحية القانونية يحمل ثلاثة معاني، المعنى الأول هو كونه عقد بين طرفين فكل طرف له حقوق ويتحمل التزامات، المعنى الثاني هو حق للمرتهن، أي هو سلطة الدائن المرتهن على الشيء المرهون ، بينما المعنى الثالث هو ذاته الدين المرهون، وهذه المعاني تختلف أحكامها واثارها فيما لو تم أستعمال المشرع واحدة بدل الأخرى، إلا أن المشرع العراقي والمصري اعتبرها عقداً(1285) من القانون المدني العراقي والمادة (1030) من القانون المدني المصري ولا خلاف في هذا الموضوع ولا يحتمل التأويل ، لكن ما نجده في نص المادة (1290) من القانون المدني العراقي إذ نصت على " لا يجوز أن يرد الرهن التأميني إلا على عقار أو أي حق عيني آخر" والمادة (1035) من القانون المدني المصري التي جاء فيها " لا يجوز أن يرد الرهن الرسمي إلا على عقار مالم يوجد نص يقضي بغير ذلك"، فوفقاً لظاهر النصين فإن المعنى المراد منه هو أن الرهن التأميني أو الرسمي يجب أن يقع على عقار يمكن بيعه في المزاد العلني، هذا ظاهر النص إلا أنه يمكن أن يرد على العقار معنى آخر فيشمل ملحقاته كما جاء في الفقرة الثانية من نص المادة (1290) مدني عراقي و(1036) مصري فيشمل ملحقاته وحقوق الأرتفاق والأنشاءات ، لكن هذا النص يحمل معنى آخر أيضاً لم يرد فيه وهو شمول الرهن للثمار المرهون من وقت التحاقها بالعقار فيأخذ غلتها في استيفاء دينه، كما يشمل رهن المباني القائمة على ارض الغير ، فلا يجوز نزع الرهن أو التصرف في المباني المرهونة من قبل

صاحب الأرض مالم يوفي الدين إلى الدائن المرتهن وإلا أستعمل الأخير حقه في اتخاذ إجراءات نزع الملكية والبيع⁽¹⁾.

الفرع الثاني

تطبيقات التأويل في الوقائع

سنحاول في هذا الفرع بيان أهم التطبيقات القانونية للتأويل في الوقائع وكما يأتي:

أولاً - في الضمان

إن تملك العين المغصوبة عند الرجوع بالضمان هي مسألة تشتت فيها الأنظار، وأحتير في تحديد معناها فأطربت فيها الأقوال، وبما أرتقت إلى معاني متعددة داخل المعنى الأصلي، ولتوضيح ذلك فقد نصت المادة (197) من القانون المدني على "المغصوب أن كان عقاراً يلزم الغاصب رده إلى صاحبه مع أجر مثله، وإذا تلف العقار طراً على قيمته نقص ولو بدون تعد من الغاصب لزمه الضمان" يبين المشرع في هذا النص بشكل وأضح ضمان الغصب، إلا أنه لم يبين معنى الضمان، فظاهر النص يوحي بأن الغاصب يضمن ما أتلفه أو انقص من قيمة العقار، فما معنى الضمان في هذا النص؟، في الواقع فإن الضمان يحمل أكثر من فكرة في بيان معناه وهي على ما يلي:-

الفكرة الأولى: إن للضمان فيه معنيين المعنى الأول، هو قيمة الضمان بالمثل، وهذا المعنى الظاهر للنص أي أن المغصوب منه العقار يرجع على الغاصب بحال التلف أو النقص بعقار آخر مماثل له بالموقع والقيمة والمساحة، والمثلي هو ما تماثلت أصنافه وتساوت أجزاءه، فيكون أحدهما مثل الآخر، ولكن هذا الأمر رغم وجاهته فقد لا يستقيم بشكل كامل، فمن غير المعقول وجود عقار تتساوى جميع أجزائه وأصنافه وقيمتها بذات الوقت والمكان، ورغم ذلك إلا أن هذا المعنى لا يقصد بالتساوي هو تساوي الأجزاء بل تساوي الذات أي من حيث تماثل وتقارب قيمة

1 - د. غني حسون طه، ود. محمد طه البشير، الحقوق العينية التبعية، ج2، مكتبة السنهوري، بغداد، 2013، ص 110-134.

العقار إلى حد كبير من العقار التالف، إذا فالمال المثلي كما عرفه البعض بأنه " ما تتماثل أفراده في الصفات التي تختلف القيم باختلافها، لاختلاف الرغبات، أو الجزئي الذي تكون له أمثال من صنفه تساويه في تلك الصفات"⁽¹⁾، وهذا التعريف لا يخص نوع معين من المال كالعقار وإنما تعريف جامع لمعنى المثلي عقار ومنقول، وبالرغم من ذلك نجد تعريف أكثر ملائمة للمعنى المقصود ببيان معنى المال المثلي وهو ما عرف بأنه " هو ما تماثلت أحاده وأجزاؤه بحيث يمكن أن يقوم بعضها مقام بعض من دون فرق معتد به"⁽²⁾، وهذا هو المعنى الظاهر من النص لدى بعض من فقهاء المسلمين، وكذلك في القانون الوضعي بيان الأصل هو رد المثل أن كان من المثليات ولا ينصرف إلى معنى آخر.

أما المعنى المنصرف إليه الضمان لدى البعض الآخر وهو ضمان قيمة العقار لا ضمان مثله، فيعرف المال القيمي بأنه " ما تفاوتت أحاده تفاوتاً يعتد به، أو لم تتفاوت، لكن انعدمت نظائره في الأسواق"⁽³⁾ وهذا التعريف يقترب من المعنى القانوني للمال القيمي فقد نصت المادة (1/64) على بيان الأشياء المثلية حيث نصت على " الأشياء المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء، وتقدر عادة في التعامل ما بين الناس بالعدد أو المقياس أو الكيل أو الوزن" ، بينما نصت الفقرة الثانية من المادة ذاتها " وما عدا ذلك فهو قيمي"، والمعنى المنصرف من هذا النص إلى اعتبار العقار هو قيمي ذلك لأنه لا يمكن مقايسة العقار بأي نوع مماثل له في الأسواق فيختلف في المساحة والموقع والقيمة، فضلاً عن أن التطبيق العملي للضمان هو أنتخاب خبيراً لتقدير قيمة العقار ويتم التعويض على مقتضاه، وخلو التماثل مع ما جاءت به المادة (1/64) من القانون المدني فلا هو موزون ولا يمكن قياسه ولا يحسب على أساس الوزن، والفقرة الثانية تعد ما عدا الفقرة الأولى فهو قيمي وهو ما ينطبق عليها، فيؤول معنى الضمان إلى قيمة العقار، وبذلك ينتج عن هذا المعنى أساس يختلف عن معنى الضمان بالمثل، فالأول يحتاج إلى مقايسات

1 - الشيخ عباس كاشف الغطاء، المال المثلي والمال القيمي في الفقه الاسلامي - دراسة مقارنة مع القانون، ج

1، مؤسسة كاشف الغطاء ، العراق، النجف، 2013، ص 78.

2 - د. مصطفى احمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، 2004، ص 130.

3 - محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الاسلامي، السلم والمضاربة، دار الكتب الحديث، ط2، القاهرة، 1996،

دقيقة وموافقة المغصوب منه ووفق المواصفات المتماثلة مع العقار المغصوب أو التالف، بينما الثاني فيمكن تقديره بقيمة العقار وهذا هو المعنى الراجح للضمان، والذي يتولد عنه الفكرة الثانية.

الفكرة الثانية-

إن مصطلح الضمان جاء في النص المذكور بشكل عائم ومبهم ولا يعرف إلى أي من المعاني المحتملة المزمع بيانها، فينصرف معنى الضمان إلى وقت تقدير قيمة العقار المغصوب عند تعذر المثل، أو عند اعتباره قيمي بالرأي الثاني، لذا فينصرف وقت تقدير القيمة إلى احتمالات مبنية على جملة من الأمور منها، أنصراف معنى الضمان إلى تقديره وقت التلف، ومعنى آخر إلى وقت المطالبة، فيما يرى آخرون بيوم الأداء، وأخيراً وقت القبض وتفصيل ذلك وفقاً لما يأتي:-

أولاً- وقت الضمان- فالمعنى المنصرف إلى الضمان بأن قيمة الغصب تكون وقت الضمان وهذا هو المشهور عند المالكية، وأدلتهم في ذلك القاعدة الأصولية بأن (الأصل ترتيب المسببات على أسبابها من غير تراخ) وبذلك يكون الأخذ بالضمان هو يوم التلف لا يوم المحاسبة، حيث أن تقلبات الأسعار في السوق لا تؤثر على الضمان، وحجتهم في ذلك قول الرسول محمد (صل الله عليه واله وسلم) " على اليد ما أخذت حتى تؤديه"⁽¹⁾ فيبقى في الذمة ما أخذ منه حتى يؤديه أي وقت الأخذ فالعلة في الأصل هو وقت وجود السبب.

ثانياً، الضمان وقت التعذر- المعنى الثاني للضمان هو وفاء قيمته وقت الحاجة إليها أو تعذر مثيلاته في الأسواق وهذا الرأي تبناه الشافعية، وجاء للحلي أيضاً قول أيضاً " ولو تعذر المثل رد القيمة يوم تعذر المثل"⁽²⁾ وهذا القول جاء الاعتراض عليه بأن لو تعذر رد القيمة يوم الأعواز أو التعذر فلا يسلم بعد ذلك لبطلانه، وهذا الرأي في محل نظر.

1 - احمد بن حنبل، مسند الامام احمد بن حنبل، ج33، مؤسسة الرسالة، ط1، بيروت، 2001، ص 329. كما اشار اليه د. محمد صدقي ال بورنو، الوجيز في شرح القواعد الفقهية الكلية، مجلد الاول، مؤسسة الرسالة، ط4، بيروت، 1996، ص 372

2 - السيد الخوئي، مصباح الفقاهة، ج3، مكتبة الدوري، قم، 1377هـ، ص 440

ثالثاً - القيمة يوم المطالبة

وهذا الرأي تبناه مجموعة من الفقهاء المسلمون بأن يوم المطالبة هو وقت ضمان الغصب لأن وقت المطالبة قد أسقط حق الغاصب بضمن المثل، فيرد على تعويض قيمته وهو الوقت الذي يحدد فيه قيمة هذا الضمان، غير أن هذا الرأي لا يمكن أن يستقيم عند البعض الآخر من الفقه ذلك لأن وقت المطالبة لا يعني الانتقال إلى تقدير القيمة فمتى شاء أراد الضمان، وإنما يقع على أساس التبادل والموازنة.

رابعاً- القيمة وقت حكم الحاكم

وهذا الرأي تبناه فقهاء الحنفية وبعض الشافعية ووجه من الحنابلة، فالتحول إلى قيمة الضمان وقت القضاء وهو الوقت الذي يحدد فيه ما يلوم من قيمة الغصب، وقيده الشافعية إذا انقطع في بقعة معينة دون انقطاعه في جميع البلاد، فالمثل واجب في ذمة المطلوب حتى لو صبر إلى مجيء أوانه، أو يتحول إلى القيمة عند عجز المثل وقت حكم القاضي⁽¹⁾.

خامساً - القيمة يوم الأداء

وهو رأي الأمامية والغزالي من الشافعية وأبن عقيل من الحنابلة، فإن ضمان الغصب هو يوم الأداء ذلك كونه الوقت الذي يحدد فيه ما قيمته من الضمان بسبب تقلب السوق، فقال احدهم بأن "وفي القيمة المعتبرة حينئذ أوجه أظهرها عند الأصحاب اعتبار قيمته يوم الأقباض وهو تسليم البدل لا يوم الأعواز؛ لأن الواجب في الذمة هو المثل، وإنما ينتقل إلى القيمة عند إرادة التسليم" فتوسيع تعبير الفقهاء بيوم الأداء هو لأختلاف تقدير القيمة في ذلك اليوم⁽²⁾.

أما موقف القانون العراقي ومن خلال البحث في النصوص التشريعية للقانون المدني فلم نجد نص يبين معنى الضمان، فقد جاء نص المادة (197) بشكل مطلق ومبهم في وقت تقدير قيمة التعويض، فأنقسم الفقه على آراء مختلفة، فمنهم من بين أن ضمان الغصب يرجع إلى وقت حدوث الغصب لا إلى يوم دفع الضمان، حتى لا

1 - د. عباس كاشف الغطاء، مصدر سابق، ص 278.

2 - زين الدين بن علي العاملي، مسالك الافهام، ج 12، مؤسسة المعارف الاسلامية، ط 1، 1417 هـ، ص184،

يكون هناك أثراء على حساب الآخر، أي ان تقدير قيمة الغصب هو يوم حصول الضمان توافق مع بعض فقهاء المسلمين، ودليلهم في ذلك إلى تغيير سعر العقار وتغيير قيمته في الأسواق ويستندون في ذلك أيضاً بالقياس على نص المادة (691) من القانون المدني والتي تنص على "إذا لم يكن في وسع المستقرض ردّ مثل الأعيان المقترضة بأن استهلكها، فانقطعت عن أيدي الناس، فالمقرض أن ينتظر إلى أن يوجد مثلها أو أن يطالب بقيمتها يوم القبض"، فقياس وقت تقدير قيمة غصب العقار على القرض يوم القبض، وبالرغم من وجهة هذا الرأي، إلا أنه قد يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات بالنسبة لتقدير هذه القيمة باعتبار أن القاضي يصدر الحكم وينقل تقدير الضمان على عاتق دائرة التنفيذ باعتبارها الدائرة المختصة بتنفيذ القرارات القضائية وباعتبار يوم الأداء هو يوم تسلم الضمان عند تنفيذه.

لكن المعنى الثاني للضمان كما ذهب إليه أكثر الفقهاء وما استقر عليه القضاء في قراراته بانصراف معناه بأن وقت تحمل الضمان هو يوم الحكم لا يوم وقوع الضرر، وهذا ما أستقر عليه القضاء باعتبار إجراء المرافعات وأنتخاب الخبراء لتقدير قيمة الغصب هو بقيمة العقار باليوم الذي يقدم فيه الخبير خبرته، فيستند القاضي على ذلك التقدير عند عدم اعتراض الطرفين، وهذا الرأي أكثر وجهة فهو يحقق نوع من الأستقرار عند المطالبة بقيمة العقار، وعند المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني نجد مدى توسع الفقه الإسلامي في تحديد المصطلحات وتفصيل حالات الغصب وتحديد القيمة، أما بالنسبة للقانون فعلى خلاف ذلك جعل الأمر مبهم ومن هنا يمكن للقاضي أن يؤول معنى الضمان إلى ما ينصرف إليه وفق مقتضيات العدالة، وهذا التأويل سيقود إلى نتائج مختلفة عند تحديد الوقت الذي يقدر فيه قيمة الضمان لتغيير الأسعار السائدة في السوق من يوم وقوع الغصب إلى يوم الأداء وحسب التفصيل السابق ذكره⁽¹⁾.

ثانياً - البيع بالشفعة

الأصل في أخذ الشفعة أن تكون مقررة في البيع وهي تملك العقار جبراً على المشتري⁽¹⁾، بينما عرف القانون المدني المصري الشفعة بأنها " رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري في الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية"⁽²⁾، إذا فالشفعة لا تقرر إلا ببيع العقار أستاذاً لأحكام المادة (1133) من القانون المدني العراقي والتي نصت على " 1- لا تثبت الشفعة إلا ببيع العقار المشفوع مع وجود السبب الموجب لها وقت البيع"، وما يفهم من ظاهر النص بأن الشفعة مقررة للشفيع فقط بحالة البيع معناه الظاهر، إلا أن هذا المعنى ينصرف إلى المعنى المرجوح في تصرفات تأخذ حكم البيع ومنها المقايضة، والصلح، والأقالة، والوفاء بمقابل وسنبين ذلك بشكل واضح⁽³⁾.

إن فقهاء الشريعة الإسلامية لا يفرقون بين البيع والمقايضة، فيعتبرون البيع والمقايضة بيعاً، فالبيع هو " مبادلة مال بمال" وهذا ما نصت عليه المادة (506) من القانون المدني العراقي، والمقايضة والتي هي المبادلة بغير النقود أي العين بالعين، فتأخذ حكم البيع، فلو تقايض شخصان على عقار فكان لكل من العقارين شفيع، وهذا هو المعنى الخفي المؤول من البيع، ومع ذلك فإن لهذا التأويل أهمية من حيث مدى اعتبار العقد بيعاً أو مقايضة فيما إذا كان البديل جزء من النقود وبعضه من غير النقود؟، بهذه الحالة نميز في القيمة والسمة الغالبة في العقد، فإذا كانت النقود أكثر فهو بيع، وإذا كانت غير النقود أكثر فهو مقايضة، ولهذا التأويل فائدة كما ذكرنا من حيث الأحكام فيختلف كل منهما في تحديد نفقات العقد فيمن يتحملها بين الطرفين بالرغم من اعتبارهما ذات معنى واحد، إلا أن نص المادة (583) من القانون المدني العراقي تنص على ما يلي " نفقات عقد البيع ورسوم التسجيل وغيرها من الرسوم وأجرة كتابة السندات والصكوك وغير ذلك من المصروفات التي يقتضيها البيع تكون على المشتري مالم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك" بينما تنص المادة (600) من القانون نفسه على أنه " مصروفات عقد المقايضة وغيرها

1 - المادة 1128 من القانون المدني العراقي المعدل.

2 - المادة 935 من القانون المدني المصري المعدل.

3 - د. محمد طه البشير و د. غني حسون طه، الحقوق العينية، ج 1، مصدر سابق، ص 85.

من النفقات الأخرى يتحملها المتقايضان مناصفة، مالم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك" حيث أن كل من الطرفين بهذه الحالة هو بائع ومشتري، بينما في عقد البيع يتحمل المشتري تلك النفقات⁽¹⁾.

ومن خلال ما تقدم يتبين لنا بأنصراف معنى البيع إلى معنى المقايضة وهذا يعني يجوز تملك العقار ولو جبراً على المشتري بحال كون العقد مقايضة، حيث أن كلا المعنيين ينصرفان إلى حكم البيع.

وذاً الأحكام تنطبق على الصلح فتأخذ حكم البيع استناداً لأحكام المادة (707) من القانون المدني العراقي والتي نصت على " إذا كان المدعى به عيناً معينة وأقر المدعى عليه للمدعي وصالحه عنها بمال معلوم صح الصلح وكان حكمه حكم البيع"⁽²⁾، وبهذه الحالة عند تصالح الطرفان على العقار موضوع النزاع فيجوز لمن له حق الشفعة أن يأخذ العقار بالشفعة لأن الصلح في حق المدعي معاوضة، والأمر ينطبق على الأقالمة فيجوز الأخذ بالشفعة لتلق ذات الأحكام بعقد البيع باعتبارها عقداً جديداً، وايضاً يسري ذات المعنى على الوفاء بمقابل فينصرف إلى هذا المعنى ويأخذ حكم البيع استناداً لأحكام المادة (400) من القانون المدني العراقي⁽³⁾.

المطلب الثاني

التطبيقات الاجرائية للتأويل

إن نشاط القاضي يتصدى من خلاله للفصل في الخصوصيات والتي تكون في صور متعددة ومتباينة تنماهي مع طبيعة كل إجراء متخذ في الدعوى، ويترتب على ذلك اختلافهما في ترتيب الآثار، فعندما يتصدى القاضي عن طريق نشاطه لبيان أرادة أطراف النزاع اثناء تقديم الوقائع وتقييم المنتج منهما وتؤويله إلى النص والحكم الصحيح عن طريق أستنباط هذه الأحكام بموجب القواعد المحددة في

1 - د. سعيد مبارك وآخرون، مصدر سابق، ص 16.

2 - عرفت المادة (549) من القانون المدني المصري الصلح بأنه " الصلح عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه".

3 - نصت المادة اعلاه على " يسري على الوفاء بمقابل من حيث أنه ينقل ملكية الشيء الذي اعطى في الدين، أحكام البيع، وبالاخص فيما يتعلق بأحكام الاهلية وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية..".

التأويل ، حيث أن هذا التأويل هو نتيجة الغموض في اتخاذ الإجراءات بسبب أبهام معالم الدعوى لذلك هي مسائل إجرائية والتي تحتاج إلى تأويلها عند غموض معانيها المتعددة، فيعمل القاضي في ادلته الفنية للوصول إلى الفهم الصحيح بطريق منطقي منضبط ، لذلك وبعد بيان التطبيقات الموضوعية في المطلب الأول، فأنا سنتطرق في هذا المطلب عن التطبيقات الإجرائية التي يتبع فيها القضاء خطاه الصحيح في التأويل ، وهي على فرعين: نبين في الفرع الأول، تطبيقات التأويل في قانون المرافعات، والفرع الثاني نبحث في تطبيقات التأويل في قانون الأثبات وعلى النحو الآتي:-

الفرع الأول

تطبيقات التأويل في قانون المرافعات

سنوضح في هذا الفرع بعض تطبيقات التأويل في قانون المرافعات وذلك وفقاً لما يلي:-

أولاً - الشكوى من القضاة

الأصل أن لكل من أطراف الدعوى أن يشكو من القاضي المعروض عنده النزاع أو هيئة المحكمة أو أي أحد من حكامها أو القضاة الشرعيين استناداً لأحكام المادة (286) من قانون المرافعات المدنية، وهذا النص واضح في ظاهره بأنه يجوز للخصوم الشكوى من جميع القضاة المنظورة أمامهم الدعوى وذلك وفقاً للشروط المذكورة في الفقرات التي نصت عليها المادة سالفه الذكر كوقوع غش أو تدليس من قبل المشكو منه، أو عدم الأجابة على عريضة الدعوى والطلبات المقدمة، وعلى أن تقدم هذه الشكوى إلى محكمة الأستئناف التابع لها القاضي المشكو منه، أما إذا تعلق هذه الشكوى برئيس الأستئناف أو أحد قضاتها فتكون الشكوى مقدمة أمام محكمة التمييز، وهذا ما بينته المادة 287 -292 من قانون المرافعات والتي جاءت النصوص في ظاهرها على اطلاق حق الشكوى للخصوم على جميع القضاة بالأسباب المذكورة في تلك المواد، وبالرغم من ذلك فهذه الشكوى لا تمنع القاضي المشكو منه في نظر الدعوى حتى لا يكون هناك تسويق

ومماثلة لإطالة أمد النزاع وهذا ما يفهم من ظاهر النص بجواز التشكي من جميع القضاة⁽¹⁾.

وبالرغم من اشارة القانون إلى التشكي من القضاة وطرق الشكوى ، غير أن النص ينصرف إلى تضيق نطاقه عن طريق حصر الشكوى بقضاة محكمة الأستئناف ولم يتطرق النص إلى قضاة محكمة التمييز، وعند ذكر الشكوى على درجة معينة من القضاة وهم قضاة محكمة الموضوع ، فبمفهوم المخالفة عدم جواز الشكوى ضد قضاة محكمة التمييز، وهذا ما أكدته الهيئة العامة لمحكمة التمييز الأتحادية في قرار لها والذي جاء فيه "ولما كان قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 وتعديلاته قد عالج الشكوى من القضاة في المواد 286 إلى 292، وقد تضمنت المادة 287 منه على أن الشكوى من القضاة تكون بعريضة تقدم إلى محكمة الأستئناف التابع لها القاضي المشكو منه، إلا إذا تعلقت الشكوى برئيس محكمة الأستئناف أو أحد قضااتها، فتقدم الشكوى إلى محكمة التمييز، ومعنى ذلك أن الشكوى تكون موجهة إلى قضاة المحاكم وإلى رئيس وقضاة محكمة الأستئناف، ولم يتطرق القانون إلى قضاة محكمة التمييز، وهذا يعني عدم شمولهم بالشكوى من القضاة طبقاً لما ورد بأحكام قانون المرافعات المدنية، وحيث أن محكمة التمييز الأتحادية هي الهيئة القضائية العليا التي تمارس الرقابة القضائية على جميع أعمال المحاكم، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك عملاً بأحكام المادة 12 من قانون التنظيم القضائي رقم 160 لسنة 1979 المعدل، وعليه فان محكمة التمييز الأتحادية وهي المحكمة العليا فهي محكمة رقابة وتدقيق للأحكام والقرارات التي تصدرها المحاكم وليست محكمة موضوع ولا رقابة عليها إلا لأحكام القانون، وأن ما يرد في القرارات التمييزية يعبر عن التفسير والأجتهاد القضائي للقضاة الذين أصدروها"⁽²⁾.

1 - تختلف الشكوى من القضاة عن معنى رد القاضي ، فرد القاضي يقصد به من الاخير من اصدار الحكم، لاي سبب يمنعه من الحياد في اصدار القرار، بينما يقصد بالاول تعويض المشتكي عما اصابه من ضرر، كما انها ليست طريق من طرق الطعن ، وإنما هي دعوى مدنية للمطالبة بالتعويض عما اصابه من ضرر جراء أمتناعه عن احقاق الحق، اشار اليه د. ادم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، ط3، المكتبة القانونية، بغداد، 2011، ص54.

2 - قرار محكمة التمييز الأتحادية/ الهيئة العامة المرقم 10/ هيئة عامة/ 2018، في 2018/3/27، منشور على تطبيق موسوعة التشريعات المصرية، بدون تاريخ.

وما يفهم من القرار التمييزي بأن محكمة التمييز قد أولت النص عن طريق تضيق نطاقه، ولم تشمل الشكوى ضد قضاة محكمة التمييز باعتبارها جهة رقابة وليست محكمة موضوع ، وهذا التأويل صحيح ويتفق مع المنطق القانوني وفلسفة المشرع عند تقسيمه درجات المحاكم والغاية الأساسية من وضع النصوص التي تتعلق بالتشكي من القضاة، باعتبار أن الشكوى تكون أمام محكمة التمييز كونها محكمة رقابة وهي المحكمة العليا التي تنظر في أحكام محكمة الموضوع وهي المختصة بالرقابة على تفسير وتأويل النصوص، كما يعد هذا القرار هو اجتهاد قضائي صادر من محكمة التمييز.

ثانياً- الرسم التمييزي

توضح المادة (166) والمادة (207) من قانون المرافعات الإجراءات التي يتبعها من له حق في الطعن بالقرار الصادر من محكمة البداية أو الاستئناف أمام محكمة التمييز، وبين ماهية الرسوم والمصاريف ومن يتحملها، إلا أن قرار محكمة التمييز الصادر بعام 1999 قد بين نقطة مهمة كأجراء لدفع الرسم وأول المعنى الظاهر إلى معنى آخر يحتمله، وتتلخص وقائع الدعوى، بأن وكيل المدعى عليه قد قدم عريضة تمييزية أمام محكمة بداءة المدائن يطعن بالحكم الصادر في القرار الذي أصدرته بالرقم 8/ب/1999 وأرسلت الدعوى إلى محكمة التمييز بدون استيفاء الرسم القانوني للتمييز، ثم أعيدت الدعوى إلى محكمة التمييز مع ملاحظة مقدمة من قبل قاضي بداءة المدائن يوضح فيها (لماذا لم يستوفي الرسم التمييزي عند تقديم العريضة التمييزية ابتداء؟ " ذلك لأن القرار التمييزي الصادر من هذه المحكمة قد قضى بعد نقض الحكم على أن يبقى الرسم التمييزي تابع للنتيجة""، مما أشكلت محكمة التمييز على ما ذهبت إليه محكمة بداءة المدائن في توضيحها بشكل لا سند له من القانون، واستدركت محكمة التمييز قولها بأن ظاهر معنى (يبقى الرسم التمييزي تابعاً لنتيجة الدعوى) هو الاحتفاظ بمن دفع الرسم رصيماً له، هذا ما يفهم من ظاهر معنى تلك الجملة، مما يعني يحق له استيفاؤها بعد إصدار القرار بأي حال من الأحوال.

أما المعنى الراجح لها فهو ليس كما جاء به هذا المعنى الظاهر وإنما يقصد بتلك العبارة تعني الاحتفاظ لمن دفع الرسم التمييزي فيحتمسب لصالحه إذا كسب الدعوى بالحكم النهائي استناداً لأحكام المادة (166) من قانون المرافعات، ويخسر ذلك الرسم بحال خسارة الدعوى، وهذا التأويل يختلف بأثاره في المعنى المحتمل عن ظاهره، فالثاني من الممكن أن يخسر الرسم التمييزي بحال خسر ما توجهت به تلك الدعوى، فضلاً عن المصاريف الأخرى التي دفعها المدعي أو المدعى عليه من أجور خبرة ورسوم قضائية وأتعاب محاماة الخ..⁽¹⁾.

ثالثاً - طلب القسام الشرعي

يصدر القسام الشرعي بناء على طلب يقدم إلى المحكمة التي يكون فيها محل أقامة المتوفي بعد تقديم معلومات وبيانات عن المتوفي وهذا ما نصت عليه المادة (310) من قانون المرافعات، إلا أنه عند البحث في الفقرة (هـ) من ذات المادة نجد أن القضاء قد اختلف في تفسير معنى مقدم الطلب حيث جاء في تلك الفقرة " توقيع طالب القسام يجب أن يكون احد ورثة المتوفي أو مأذوناً من جهة رسمية باستحصال القسام أو المراجعة لتنظيمه"، فنص المادة المذكور يحمل معنيين وفق ما أوله القضاء، فالمعنى الأول والذي تبنته محكمة الموضوع بعد طلب وكيل أحد الورثة إصدار قسام شرعي للمتوفي ، حيث أن المحكمة رفضت طلبه وأستندت في الرفض على الفقرة (هـ) من هذه المادة باعتبار عدم ذكر وكيل في تقديم الطلب وإنما أقتصرت على أحد الورثة أو مأذون من جهة رسمية عند تقديم أو مراجعة دائرة طلبت منه إصدار القسام الشرعي، وهذا المعنى الظاهر للنص المذكور، بينما نقضت محكمة التمييز ذلك القرار وذلك باستنادها على إرادة وقصد المشرع حيث جاء نص القرار على أنه " أنه لا يوجد ما يحول دون توكيل محامي لإصدار قسام شرعي لأحد الورثة ، وأن قصد المشرع بالمادة (1/310/هـ) من قانون المرافعات المدنية في حصر طلب القسام بأحد ورثة المتوفي أو المأذون من جهة رسمية لأستحصاله ، إنما كان للحيلولة دون تقديمه من اشخاص لا علاقة لهم به أو تنتهي المصلحة لديهم من إصداره ، خاصة وأن المادة المذكورة قد حددت الموضوع من حيث الأشخاص تحديداً يغطي كافة الحالات المقصودة، لكن ذلك لا يشمل توكيل

1 - قرار محكمة التمييز المرقم بالعدد 1999/3م/2446 والصادر بتاريخ 1999/12/27، غير منشور.

الموكل من الأشخاص الذين حددتهم المادة المذكورة ، ولعدم التزام القرار المميز قررت نقضه.⁽¹⁾ وهذا يعني أن لمحكمة التمييز قد أولت نص المادة تأويلاً صحيحاً ذلك في ترى ما وراء النص وفق ما تقتضيه اشارة النص إلى معنى توكيل المحامي لغرض إصدار القسام الشرعي باستنادها على قصد المشرع، للحيلولة دون تقديم طلبات لمن ليس لديهم مصلحة في ذلك، وحصر الطلبات لأشخاص محددين ولا يعني عدم ذكر المحامي لا يعني منع النص التوكيل، فهو من باب أولى أن يكون للمحامي الأولوية في ذلك استناداً للأحكام العامة في قانون المرافعات وقانون المحاماة.

رابعاً – ابطال عريضة الدعوى

يظهر لنا في هذا المعنى أشكالتين، و كل أشكالية تحمل معنيين، لذلك سنبيين كلاهما معاً للوصول إلى الفكرة الأساسية من النص، فالأشكالية الأولى تتعلق بالشكالية في طلب ابطال عريضة الدعوى بين النص القانوني والعرف القضائي، فالظاهر من المعنى بأن ابطال عريضة الدعوى تكون بطلب شفوي أو تحريري من المدعي أو وكيله، عندما تكون الدعوى مهياً للحسم، وهنا تظهر الأشكالية الثانية فأن مصطلح (مهياً للحسم) فيها معنيين أيضاً، المعنى الأول، وهو ختام المرافعة، فلا يجوز له طلب ابطال عريضة الدعوى بالنسبة للمدعي، بأعتبار أنتهاء أتخاذ الأجراءات من قبل المحكمة، والمعنى الثاني وهو ما سار عليه القضاء تكون الدعوى مهياً للحسم عندما يقدم الطرفين دفوعهما وطلباتهما، وليس ختام المرافعة، واکملت المحكمة تحقيقاتها، وحينئذ يرفض القاضي طلب ابطال عريضة الدعوى، كون أن المدعي قد تبين له أتجاه الدعوى ذاهب إلى الخسارة، وكما هو معلوم في نص المادة (1/88) من قانون المرافعات المدنية، وبطبيعة الحال فأن اختلاف المعنيين يعني أختلاف النتائج، والتي تلقي على ضلالها آثار مختلفة⁽²⁾.

وحتى لا نبتعد عن الأشكالية الأولى، فإن المعنى الثاني لهذه الأشكالية هو ليس تقديم طلب شفوي كما هو المعمول به في العرف القضائي، وإنما يقدم طلب تحريري

1 - قرار محكمة التمييز المرقم بالعدد 88/ الهيئة التمييزية المدنية/2017 في 20/9/2017، غير منشور.
2 - نصت المادة (1/88) من قانون المرافعات على " للمدعي ان يطلب ابطال عريضة الدعوى، الا إذا كانت قد تهيأة للحكم فيها".

بعريضة يقدمها للمحكمة يطلب فيها أبطال عريضة الدعوى، أستناداً للفقرة الثانية من المادة (88) من ذات القانون ويبلغ فيها المدعى عليه، وهذا الشرط وجوبي للنص القانوني عليه، وان ذكر هذا الشرط هو لغاية عند المشرع، ودليل ذلك أجاز المشرع للمدعى عليه بحال عدم حضور المدعي أن يطلب شفويًا ابطال عريضة الدعوى وفق ما نصت عليه المادة (2/56) مرافعات، وهذا النص بالخلاف من النص أنف الذكر، وهذا بخلاف القانون المصري اذ أجاز في المادة (141) على تقديم طلب شفوي أو تحريري بترك الخصومة، وإثبات ذلك في المحضر، أما سبب العرف القضائي في تقديم الطلب شفويًا هو ما أشار إليه بعض الفقه العراقي بأنه قد تم نقل هذا المعنى من الفقه والقضاء الفرنسي والمصري، فأجاز عرفاً قبول الطلب شفويًا⁽¹⁾.

إن أختلاف المعنيين في هذا النص يؤدي إلى خلاف في تطبيق النص القانوني المذكور في المادة (2/88) مرافعات عراقي، والمادة (141) مرافعات مصري، وبالتالي فإن تقاطع العرف القضائي مع النص المذكور يعني مخالفة للقانون ودليلنا في ذلك، هو عدم المثول للعرف إلا بحال عدم وجود نص قانوني قطعي الدلالة وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها " فإذا لم يوجد نص يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف.. " ، وبما أنه نص القانون على ذلك فلا مقتضى للعرف، واعمال الكلام أولى من إهماله، كما أن تطبيق العرف كما يرى البعض يجوز مع وجود النص، إلا أن ذلك بالنسبة للنص المفسر وليس القطعي الملزم كما هو في الفقرة الثانية من المادة (88) مرافعات، فضلاً عن كون هذه المادة ذكرت هذه الألفاظ وقصدت معناها، ولم يوضع بقالبه النافذ عبثاً، لذلك فإن هذا التأويل قد جاء خلافاً للنص الوجوبي الملزم والواضح في دلالاته، وأن العمل بخلاف النص سيعطل السير في الدعوى وسيقلب نتيجتها ويرتب آثار عكسية بحال تم الطعن بها تمييزاً، وهو ما تم العمل به في قرار محكمة التمييز، والتي أعتبرتها مخالفة للقانون⁽²⁾.

1 - د. عبدالرحمن علام، شرح قانون المرافعات المدنية، ج1، مطبعة العاني، بغداد، 1970، ص 406.
2 - قرار محكمة التمييز المرقم بالعدد، 979/حقوقية/1970، في 18/10/1970، أشار إليه، د. عبدالرحمن علام، المصدر نفسه، ص 410.

الفرع الثاني

تطبيقات التأويل في قانون الأثبات

سنبين في هذا الفرع بعض تطبيقات التأويل في قانون الأثبات باعتباره قانون اجرائي، لئيسنى لنا الربط بين الجانب النظري والجانب التطبيقي الاجرائي، وذلك وفقاً لما يلي:-

أولاً - الشهادة

إن المأثور عند الأحناف وجوب أن يقدم الشاهد بقول (أشهد) بلفظ يدل على المضارع، وبذلك لا تقبل الشهادة بدونها، وهذا يعني بأنها تحمل معنى غير ما يحمله الظاهر، فأن بعض الفقه يعدون هذا اللفظ بأنه ركن للشهادة والمقصود به ما أشتمل على العلم واليقين، وبخلاف ذلك فالمعنى الظاهر بأنه أخبار أمام القاضي، لكن ما يؤكد المعنى الذي بينه البعض بمقصود اللفظ وكأنه يقول " أقسم بالله لقد أطلعت على ذلك وأنا خبير به" وهو بمعنى القسم والشهادة والأخبار، وليس بالمعنى الظاهر والمراد به الأخبار، وهذا اللفظ هو ركن بالشهادة كما ذكرنا ويعني بدون فلا شهادة، ولو فرضنا بأن أستبدل الشاهد قوله أقسم بدل اشهد فلا يعني الشهادة فتبطل بدون اللفظ، وبالرغم من ذلك فلا دليل لهذا الرأي لا في القران ولا السنة ولا القياس ولا الاستنباط، إلا أنهم اشتروا ذلك اللفظ بالشهادة، وإلا فلا يحمل هذا المعنى⁽¹⁾.

وعند التمعن في النصوص التشريعية في قانون الإثبات نجد خلاف المعنى الذي جاء به اصحاب ذات الفقه، فالمادة (86) من قانون الأثبات المصري والتي جاء فيها " على الشاهد أن يحلف يميناً بأن يقول الحق وإلا يقول إلا الحق وإلا كانت شهادته باطله.." والواضح من هذا النص بأن معنى الشهادة لا يحمل معنى القسم وإنما هو شرط منفصل ويراد به القسم ثم معنى الشهادة ينصب على الأخبار بقول الحق، وهذا المعنى يقارب ما جاء به القانون العراقي في المادة (2/94) من قانون الإثبات والتي نصت على " يحلف الشاهد اليمين بأن يقول الحق قبل الأستماع

1 - قرار محكمة النقض المصرية المرقم بالعدد 27 لسنة 46 بتاريخ 1978/5/31، غير منشور.

لشهادته، وعند امتناعه عن حلف اليمين أو الأدلاء بالشهادة المطلوبة بدون عذر مشروع يجوز للمحكمة أن تحكم عليه بغرامة لا تقل عن مائتين وخمسين ديناراً¹، والنص المذكور فيه نقطتين أساسيتين: الأولى، بوجود ان يحلف الشاهد قبل الأدلاء بشهادته، وهذا يعني بأن لفظ الشهادة لا يحمل معنى القسم، كما مر ذكره عند جانب من أهل العلم، والمعنى الثاني بحال امتناع الشاهد عن أداء اليمين تفرض عليه غرامة مالية، وهذا ما نص عليه أيضاً المشرع المصري في المادة (80) من ذات القانون، وحسناً فعل المشرع، فلا يجوز للشاهد ان يمتنع عن قول الحق وهذا الجانب متعلق بوجود الإلتزام بالصدق وتحري الحقيقة.

وإذا نظرنا إلى معنى الشهادة من جانب آخر، فأنها أيضاً تحمل معنيين، المعنى الأول يراد بها أن الشاهد هو فقط المدعو إلى تحملها وهو من تلزمه الأجابة أستناداً لقوله تعالى { ولا يَأْبُ الشَّهَادَةَ إِذَا مَا دَعُوا }⁽¹⁾، فمعنى الشاهد هو فقط من أستدعاه الحاكم للدلاء بشهادته، أما غير ذلك فهو تسمية مجازية، فلا يسمى شاهد من تطوع للدلاء حيث يرى أهل العلم أن تحمل الشهادة فرض كفاية، إلا أنهم اختلفوا فيمن تلزمه الشهادة إذا وجد غيره، فبعض أهل العلم يرى بوجود التحمل، فهذا المعنى الأول يراد به حقيقة الشهادة، أما المعنى الثاني من لا يتحمل الأداء فهو تعبير مجازي ولا يراد به عموم اللفظ⁽²⁾.

أما بالنسبة للقانون العراقي فقد أخذ بكلا المعنيين، فاراد بالمعنى الأول وهو وجوب أداء الشهادة أمام القاضي في حال أستدعته المحكمة للمثول أمامها وذلك من تلقاء نفسها إذا رأت في ذلك فائدة للوصول إلى حقيقة الدعوى وذلك استناداً لأحكام المادة (81) من قانون الأثبات، وكما أخذ بالمعنى الثاني وهو حضور الشهود اختياراً بناء على إرادة اطراف النزاع في الوقائع وفي التصرفات التي لا تزيد قيمتها عن خمسة آلاف دينار، وعند ذلك ترجح المحكمة بينات الطرفين، أما موقف القانون المصري فقد أخذ بكلا المعنيين أيضاً حيث نصت المادة (76) من قانون الإثبات على " إذا لم يحضر الخصم شاهده أو لم يكلفه الحضور في الجلسة

1 - جزء من الآية 22 من سورة البقرة.

2 - المهذب، الشيرازي، 2/324، أشار إليه محمد بن احمد التلمساني، مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول، المكتبة المكية، ط1، مكة المكرمة، 1998، ص 509.

المحددة قررت المحكمة أو القاضي المنتدب الزامه بأحضاره أو بتكليفه الحضور لجلسه اخرى ما دام الميعاد المحدد لأتمام التحقيق لم ينقض فإذا لم يفعل سقط الحق في الأستشهاد به، ولا يخل هذا بأي جزاء آخر يرتبه القانون على هذا التأخير" وأعتبر المشرع بأن الشهادة هي حق للمدعي أو المدعى عليه، فيما إذا أراد أحضاره إلى المحكمة وهذا يعني أخذ بالمعنى الذي يراد به عدم التكليف بالحضور هو شاهد حقيقة وليس مجازاً كما مر ذكره، كما اخذ القانون بالمعنى الأول ايضاً عند تكليف المحكمة الشاهد بالحضور للمثول أمامها استناداً لأحكام المادة (78) من قانون الإثبات⁽¹⁾.

ثانياً - القرينة القضائية

عرف المشرع العراقي القرينة القضائية بالاستناد إلى نص المادة (98) من قانون الإثبات بأنها " هي أستنباط المشرع أمراً غير ثابت من أمر ثابت"، ويشابه ذلك المعنى نص المادة (202) من ذات القانون بتعريف القرينة القضائية، والأخيرة يكون أستنباطها من قبل القاضي وليس المشرع، ونستفاد من هذا الطرح ببيان معنى قرينة الحيازة والتي تعد ذات معنيين، حيث أن بقاء العين في حيازة البائع وفاء تعد بذلك احد المعنيين، فالأول انصراف نية المتعاقدين على البيع وهذا المعنى الظاهر للعقد، ويترتب عليه ما يترتب على البيع من آثار ونتائج، أما ما ينصرف إليه المعنى الأخر والذي يحمله من دلالة وقرينة على معنى الرهن وأخفاه في صورة البيع، وأن تقدير هذه القرينة القضائية هي مسألة موضوعية تخضع لتقدير القاضي عند نظر الدعوى حسب ما أطمأنت إليها، باعتبار أن بقاء العين في حيازة البائع ما هو إلا لضمان العين والضمان هو الرهن وهذه قرينة قانونية ينصرف إليها المعنى الخفي بالاستناد إلى هذه القاعدة القانونية من قواعد الإثبات، وهذا ما يوافق نص المادة (100) من قانون الإثبات المصري⁽²⁾.

1 - نصت المادة (78) من قانون الإثبات المصري رقم 25 لسنة 1968 على " إذا كلف الشاهد تكليفاً صحيحاً ولم يحضر، حكمت عليه المحكمة أو القاضي المنتدب بغرامة قدرها اربعة الاف قرش.. ويجوز ان تصدر للمحكمة أو القاضي أمراً بإحضار الشاهد".

2 - نصت المادة (100) من قانون الإثبات المصري على " يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون، ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن الا في الاحوال التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود".

وما يترتب على ترجيح المعنى الثاني لقرينة بقاء الحيازة هو خضوعها لأحكام الرهن من إنشاء وحقوق والتزامات بين الطرفين وأثارها على الغير وما يترتب عليها من أولوية واتخاذ إجراءات نزع الملكية وتطهير العقار والهالك الخ.. وليس باعتباره عقد بيع كما في المعنى الظاهر للعقد.

ثالثاً - قرينة التراخي

في أعلاه قد بينا معنى القرينة باعتبارها طريقة من طرق الإثبات، أما التراخي فيراد به عدة معاني، لكن المعنى الظاهر في اللغة بأنه التقاعس والتهاون والتكاسل، وفي هذا المعنى لم ينص عليه القانون المدني ولا في قانون اجرائي، ولم نجده إلا في قانون العقوبات في المادة (271) والتي اشارت بمعنى التواني في اتخاذ الإجراءات، إلا أنه وعند التطرق لهذا الموضوع فإنه حري بنا أن نبحث عن نقاط أساسية يثيرها هذا المعنى، ومنها ماذا تعني كلمة تراخي، وماهي مدته، وهل لها اثرأ بتحديد معناها الظاهر عن معناها المؤول؟:

للتعمق في هذا المعنى، فيجب علينا الغوص عميقاً إلى ظلال هذا الأصل، فإذا سلمنا بمعناه كونه التكاسل، فإن للتكاسل معنيين أيضاً، ففي ظاهر معنى التراخي بأنه تكاسل، لكنه يحمل معنى آخر وهو التقادم، فكلاهما يعني مرور مدة معينة، وهذا الأخير يحمل معنيين، الأول هو التقادم المسقط، والثاني هو التقادم المكسب، وللوقوف على هذه المعاني بشكل اوضح، فينبغي علينا الرجوع إلى قرارات محكمة التمييز بهذا الشأن، وهذه الأخيرة هي ايضاً لم تستقر على تحديد المعنى الظاهر والمؤول في أحكامها، حيث أعتبرت محكمة التمييز الأتحادية بأن تراخي المدعية بالمطالبة بنفقة العدة، لا يعتبر سبباً لأسقاط حقها في المطالبة القضائية وأن مضي المدة لا يسقط الحق الشرعي ولها المطالبة به باي وقت تشاء وأن كانت المدعية متراخية في ذلك، ومن هنا نجد قرار محكمة التمييز لا تعتبر التراخي سبباً لأسقاط الحق بالمطالبة القضائية⁽¹⁾.

1 - قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم بالعدد 9430/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/2021 في 2021/7/25، غير منشور.

بينما أعتبرت محكمة التمييز الاتحادية بقرار لها بأن تراخي المدعية بتوجيه الأنداز هو سبباً لاسقاط الحق ، إلا أنها لم تحدد المدة، وذلك بعد اكتشافها للعيب بعد استلام المأجور ، حيث أن طلبها بالفسخ والتعويض غير ذي مقتضى مما يستدعي سقوط حقها لتراخيها عن المطالبة بعد اكتشاف العيب، وفي هذا المعنى يختلف عن سابقه ما بين سقوط الحق وعدمه في المطالبة القضائية، فالأخير أعتبر ذلك سبباً يتحملة المدعي نتيجة تمهله وتعاونه عن المطالبة فيسقط بالتقادم⁽¹⁾.

وبالرغم مما تقدم فإن هناك بعض القرارات لمحكمة التمييز قد حددت مدة التراخي وهي ثلاث سنوات، وبعدها يسقط الحق في المطالبة القضائية، إلا أن ذلك من غير أساس شرعي أو قانوني، فمثلاً سقوط حق المطالبة بالتعويض عن الطلاق التعسفي بعد مرور ثلاث سنوات هو غير مستند على نص في القانون، كما أن قرار محكمة التمييز بإعتبار دعوى المدعية غير ذي أساس نتيجة لتراخيها عن تقديم دعوى التعويض نتيجة العيب في العقار المأجور هي أيضاً لا تستند إلى سبب شرعي وقانوني، كون أن المحكمة لم تحدد مدة للتراخي أولاً، فضلاً عن أن المادة (232) من القانون المدني العراقي حددت مدد لسقوط المطالبة بالتعويض بين ثلاث إلى خمسة عشر سنة، ولا إشارة لذلك في القرار التمييزي، وأن الجواز الشرعي ينافي الضمان وفق أحكام المادة السادسة من القانون المدني، فينبغي له أستعمال حقه وفقاً لما أجاز له القانون، أما فيما يتعلق بالمدة القانونية لسقوط الحق وأعتبره متراخياً بالمطالبة فهو يعتمد على حيثيات الدعوى، ومدى أعتبار أرادته بقصد الأبطال في الإجراءات والتعسف في المطالبة، فيستجلي ذلك القاضي في الأرادة الكامنة بالنفس من خلال العبارات التي يستخدمها المدعي وما تنطبق وفق مجريات الدعوى وظروفها⁽²⁾، وما يؤيد وجهتنا، قرار لمحكمة النقض المصرية والذي جاء فيه " إن تراخي الموكل في رفع دعواه بتجاوز الوكيل لحدود الوكالة مع غيابه

1 - قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم بالعدد 1717/استئنافية عقار/2006 في 2006/7/19، اشار اليه القاضي سالم روضان الموسوي، تعليق على قرار محكمة التمييز منشور على شبكة الانترنت على الموقع www.ahewar.org/debat/show.art.asp، تاريخ الزيارة 2023/10/22.

2 - د. حازم اكرم الربيعي، اثر الارادة الباطنة في العقد، المؤسسة الحديثة للكتاب، ط1، بيروت، 2019، ص59.

خارج البلاد فترة من الزمن لا يعتبر بذلك دليلاً على القبول والأجازة للتصرف"⁽¹⁾، لذلك فاعتبار التراخي لمدة ثلاث سنوات هو قرينة اثبات لسقوط الحق وباعتباره تقادم مسقط لا يعد سنداً شرعياً ولا قانوني لمحكمة التمييز وارااء بعض الفقه، وإنما ذلك من الممكن أعتباره تقادم مسقط أو تقادم مكسب بأي حال من الأحوال إذا كانت الظروف المتوفرة والتي يستجلبها القاضي عند النظر بحیثیات الدعوى فيقرر عندئذ باعتبارہ سبباً لسقوط المطالبة القضائية أو لا يعتبر كذلك، أما بالنسبة لتحديد معنى التراخي بهذا المحمل فهو لا يستند على قاعدة، ويجب تفسير المصطلحات تفسيراً ضيقاً حسب معناه في الجملة ولا يخرج عن قاعدتها إلى ما لا يسعه نطاقها، ولا يحملها ما لا يحتملها، ولا يضيق معناها في ما لا يحتمله، فيؤول تأويلاً معيماً لا دليلاً عليه.

ومن نافلة القول، إن من قدمناه من تطبيقات في هذا الموضوع لا يغطي جميع التأويلات في النصوص الموضوعية والأجرائية، وإنما يدور حول محور مهم، إلا وهو التأكيد أولاً على تأويل النصوص المدنية من خلال هذه التطبيقات، ومن ثم كيفية تطبيقها من قبل المحكمة والأثار المترتبة عليها ثانياً، ومن الجدير بالأشارة أن ما بينه الباحث من تأويلات لا تعني جميعها تأويلات صحيحة من حيث النوع، فبعضها قريبة، بينما تعد الأخرى تأويلات بعيدة، وهذا لا يمثل إلا رأي الباحث وفقاً لما يستند عليه من أدلة الفقه والقانون.

1 - قرار محكمة النقض المصرية المرقم بالعدد 8333 لسنة 84 جلسة 2017/2/15، منشور على تطبيق موسوعة التشريعات المصرية، بدون تاريخ..

الخاتمة



الخاتمة

بعد أن انتهينا من كتابة موضوع الدراسة الموسوم بـ " التأييل في النصوص المدنية - دراسة مقارنة" بعد أن بينا التأييل من حيث معناه والألية المتبعة والضوابط المحددة في تطبيقه، وما يترتب على ذلك من أحكام بمقارنة هذه النصوص مع قواعد أصول الفقه، ذلك لتحقيق القدر الكافي من العدالة تماشياً مع ضروريات ومتطلبات المجتمع وبما يحقق الحاجة لتطوير القانون، فأنا وصلنا إلى خاتمة هذه الدراسة وأزاء ذلك فسنبين مجموعة من الاستنتاجات التي توصلنا إليها، ونضع بعض المقترحات التي نامل من المدعو بها للعمل عليها وذلك وفقاً لما يأتي:

أولاً - الاستنتاجات

1 - إن التأييل له مدلولات مختلفة تتباين معانيها ازاء السياق التي هي فيه، إلا أنه يمكن إن نصل إلى تعريف للتأييل وهو الذي نراه يتفق مع وجهتنا في الدراسة حيث أن التأييل هو " صرف اللفظ من المعنى الراجع إلى المعنى المرجوح بدليل يقترن به".

2- من خلال استقراء النصوص المدنية والأجرائية منها ، نلاحظ أن المشرع لم يبين معنى التأييل ولم يحدد الألية والضوابط المتبعة في عملية التأييل ، وإنما فقط أشار إلى ذلك المصطلح بشكل عائم دون أن يضع له أي إشارة يمكن الرجوع إليها، وهذا ما ترك القاضي في حيرة من أمره والذي يشترط عليه الرجوع إلى القواعد الأصولية لاستنباط الأحكام من تلك النصوص، وبيان مقاصد المشرع، وهذا المعنى له جانبين الأول سلبي وهو أن يجعل النص تحت إرادة القاضي في تأويل معناه وفق ما يراه مناسباً، والمعنى الثاني هو إيجابي فهو يعطي للقانون وسيلة لتطور معناه بما يواكب تطورات الحياة ومرونة مواكب تلك الحاجات..

3- إن التأييل هو استثناء على الأصل ، فالأصل أن تكون النصوص واضحة الدلالة لا تحتاج إلى أظهار معناها، واستثناء على ذلك ينصرف اللفظ الظاهر إلى

معنى آخر يحتمله النص لحاجة ضرورية دعت لذلك، اذ هو نقل القانون من حالته المجردة إلى الواقع الملموس .

4- إن الفقه اختلف بين مؤيد ومعارض للتأويل ، فالأول اجازته حتى بالنصوص واضحة المعنى والدلالة ، بينما رفض الآخر التأويل مطلقاً وذلك للحجج التي يستندون عليها، وما استنتجناه من خلال هذه الدراسة بأن التأويل هو أستثناء فلا يجوز التوسع به إلا إذا وجد نص غامض يحمل أكثر من معنى فيجوز تأويله وصرفه إلى المعنى الراجح.

5- إن التأويل هو غير التفسير، فالأول هو العدول عن المعنى الظاهر ، بينما التفسير هو أستجلاء المعنى وأزالة الغموض ، اذ أنه قطعي المراد به بخلاف التأويل الذي هو ترجيح الظن اذ أنه يتعلق بالأستنباط القضائي والفقهي ذلك بسبب الحاجة أو المصلحة المبتغاة منه ، إلا أنه غير ملزم الأخذ به بخلاف التفسير الذي أشرت على القاضي الزامية أتباعه.

6- لابد للتأويل من باتباع مجموعة من القواعد والمعايير التي يشترط أن تتوفر في المجتهد والملزم باتباعها في سبيل الوصول إلى التأويل الصحيح.

7- إن المتتبع لقرارات المحاكم بمختلف درجاتها نجد انها قد خلطت بشكل واضح وجلي بين المصطلحات ولا تعطي للتأويل معناه الحقيقي، وإنما هو تقليد ومحاكاة للمعنى الظاهر للنصوص دون التمعن للبحث عن غاية المشرع وأهدافه.

8- إن من المهم العمل بالتأويل فهو يعد من أهم الركائز الحقيقية التي تستند عليها المحاكم في فهم النصوص القانونية وتطويرها أزاء مواجهة تحديات ومتطلبات الحياة المختلفة ، بحال لم يسعف المشرع بمواجهتها ، لذا فإن التأويل يعبر عن المنهجية الصحيحة التي يسعى القضاء لتطويرها.

9- ان تأويل النص بما يغاير ظاهره يؤدي إلى نتائج مختلفة عن معناها الأول نتيجة لتغيير الحكم عن سابقه وبذلك يسبب نوع من الأثار الجديدة والمغايرة عن الحكم الأول الظاهر.

10- إن من أهم الأعتبارات التي يجب على محكمة الموضوع مراعاتها عند التأويل هو الأخذ بمبادئ العرف والألفاظ التي تحملها فضلاً عن اللغة المستخدمة في سياق الكلام، والتي تنضوي عنها اثارها المختلفة لأظهار المعنى الحقيقي المراد منها.

11- إن الأصل في الأحكام القضائية ان تستعين بوسيلتين في التأويل ، وهي الأستقراء والأستنباط القضائيين فهو نشاط فكري يجري البحث عن الألفاظ لتحديد معناها وازاء ذلك لم نرى الكثير من الأحكام القضائية تتبع هذه الوسائل مما يحدو إلى أعتبار هذه القرارات كنوع من التقليد لنص المادة دون تفسير المعنى المحدد المقصود منها.

12. إن القاضي يقوم بنشاط ذهني وعقلي يحدد من خلاله ما يطرح عليه من أدلة الأثبات المطروحة أمامه لإثبات ذلك الواقع، وليست جمع الأدلة وإنما ما يرتب عليها في اختيار العناصر المنتجة في حسم الدعوى وذلك بالرجوع إلى المنطق والتحليل السليم وربط هذا الواقع مع النص القانوني للخروج بحل النزاع، وذلك باستخدامه للقواعد الأصولية للاستنباط وتحليل النص من خلال منطوق النص ومفهومه ، وبهذا المعنى يستطيع القاضي أو المجتهد بالخروج من النزاع بتأويل موافق للشرع والقانون

13. يمكن للقاضي الأستعانة بهذه القواعد من أجل أعمال النصوص التي تحمل أكثر من معنى والتي تحمل أكثر من دليل لمنع أسقاط أحدهما مما يساعد على تحقيق العدالة وبيان كل منهم الأسباب التي يحتملها النص بإقامة الدليل على هذه الأحكام، وذلك من خلال أستنادنا على النصوص الشرعية والقانونية فضلاً عن التطبيقات القضائية التي جرى بها عمل القضاء، ليتسنى لنا تعزيز هذه الحجج بأدلة دامغة.

14. إن علماء الأصول قسموا التأويل إلى تقسيمات مختلفة، فمنهم من أخذ بالتقسيم الثنائي، وآخر قسم التأويل إلى تقسيم ثلاثي، ومنهم من قسمه إلى رباعي، لذا أرتئينا أن نقسم التأويل إلى تقسيم ثنائي، وهو التأويل من حيث البعد، والتأويل من حيث الصحة، وذلك لأن هذا التقسيم يشتمل على جميع أنواع التأويل من حيث الأحاطة والأهمية.

15. إن علماء الأصول قد اختلفوا في بيان دلالات الألفاظ ، فبعضهم أراد بها (النص و المجل) بينما عند بعض الأصوليين ليس على درجة واحدة، وإنما متفاوتة المراتب، فأقواها المحكم يليه المفسر ثم النص وآخرها الظاهر، وأن التعارض المقصود هنا ما هو إلا تعارض ظاهري، وما يكون إلا من نظرة الناظر وبحثه، أما بما يخص التعارض الحقيقي فمنتف عن النصوص، وخاصة الشرعية منها فهي منزهة عن التناقض، وهذه التقسيمات لم نجدها في القانون، إلا وفق ما يعرف بالدلالة القطعية والدلالة الظنية.

16. إن للتأويل أثره في النص بشكل مباشر أو غير مباشر، فهو يرتب أثره بشكل مطلق على جميع أفراده إذا ما كان مضمون النص مبهم فيؤول إلى معناه الواسع فيجري المطلق على إطلاقه وأن كان بأطلاقه يحمل معنى آخر، فيرتب أثره على هذا المعنى، أو يضيق النص فيشمل بعض افراده ويستثني منهم من لا يحتمله، ونتيجة لذلك فأن لنتيجة الحكم المبني على أساس التأويل دور مهم في تحديد أثره ليس فقط على أطراف الدعوى، وإنما قد يتعداه ليشمل غيرهم حسب نوع النزاع، وهذا الدور يمثله القاضي بكل تفاصيله والمفترض فيه أن يكون لديه الأمام الكافي بالنصوص المدنية وأجتهادات الفقه وغاية المشرع والية التأويل ويعرف نتيجة الحكم وما يرتبه عليها من أثر.

ثانياً - التوصيات

توصلنا من خلال الدراسة إلى مجموعة من التوصيات والتي ندعو إلى العمل بها وهي وفقاً لما يأتي:-

1 - نقترح بضرورة تعديل نص المادة الثالثة من قانون الإثبات بإضافة مصطلح التأويل ليصبح النص على الشكل التالي " التزام القاضي باتباع التفسير المتطور للقانون ومراعاة الحكمة من التشريع عند تطبيقه وتأويله".

2- كما ندعو القضاء إلى ضرورة ذكر المعيار الي يستند اليها عند اصدار القرار اذا كان يحمل معاني متعددة، على أن يكون مشتمل لأسبابه مستندة على دليل حقيقي، وإلا عد القرار معيب بركن السبب، حيث نجد أن هذه القرارات تخلو من السبب الحقيقي التي أستندت عليه وإنما مجرد ذكر نصوص مواد والتي هي الأخرى تحمل معاني مختلفة وذات نطاق عام قد لا يفهم منها مراد التسبب في القرارات القضائية، وهذه الأسباب تسهل على الخصوم من فهم القرار وتسهل الرقابة القضائية عليها.

3- ضرورة اتباع مبادئ الشريعة الإسلامية من قواعد اصول الفقه وكذلك اتباع قواعد العرف الجاري كمعيار لتحديد المعنى المؤول الذي بدوره يبين معاني الألفاظ الغامضة عن طريق أستنباط النصوص للبحث عن المعنى الراجح.

4- ندعو القضاء عند إصدار الحكم ان يراعي نص المادة (203) في الفقرة الأولى من قانون المرافعات والذي لم يميز بين المصطلحات بسبب الخلط الذي وقع فيه باعتبار أن (مخالفة القانون و الخطأ في تطبيقه أو العيب في تأويله) كجملة واحد ذات معنى واحد، وهو بحقيقة الأمر غير ذلك فكل واحدة لها معنى مختلف كما بيناه في الدراسة.

5- ندعو المشرع العراقي إلى عدم حصر نقض القرار عند وجود عيب في التأويل أمام محكمة التمييز، وإنما شمولها بدرجات الطعن الأخرى وخاصة محكمة الأستئناف باعتبارها محكمة موضوع ، وهي الأقرب في معرفة وفهم حيثيات الدعوى.

6- نقترح على المشرع اضافة مواد تتعلق بوضع اهم القواعد والأليات والأحكام التي تترتب على التأويل عن طريق صياغة نصوص خاصة جنباً إلى جنب مع التفسير ، كما فعل المشرع الفرنسي في القانون المدني قبل التعديل الأخير لسنة 2016، ونقترح النص التالي " يتبع في تأويل النص القواعد المحددة في اصول الفقه وما يترتب على ذلك من آثار مختلفة عند تطبيقه عن ظاهره".

7- أضافة نص إلى قواعد التفسير في القانون المدني وفق ما نص عليه القانون المدني الفرنسي في المادة الملغاة وفق التعديل الأخير والتي نصت على " عندما يوجد بند يمكن تأويله إلى معنيين، يأخذ بالمعنى الذي يجعل النص ذا أثر، من المعنى الذي يبقى معه البند دون معنى".

8- نقترح اعادة النظر في نص المادة (203) من قانون المرافعات لاتاحة الفرصة امام القضاء العراقي ليمارس دوره في الرقابة على الوقائع دون رقابة محكمة التمييز كونه الاقرب للوقائع من محكمة التمييز اسوة بالمشرع المصري والفرنسي.

9- ندعو أعداد دورة تأهيلية للمقبولين على المعهد القضائي لدراسة العلوم الأصولية والألية وتطبيقها عملياً على النصوص القانونية من خلال معرفة هذه القواعد ليتسنى للقاضي الوصول إلى مرحلة يمكن الأجتهداد في بيان ما وراء النص من خلال مجموعة من الشروط التي يجب على القاضي أن يمتلكها فضلاً عن المعرفة الكافية بالعلوم التي تقترب من العلوم القضائية كاللغة والمنطق وذلك بأخراج المعاني من حيزها الخارجي إلى معناها الحقيقي.

المصادر



المصادر

أولاً - القرآن الكريم

ثانياً- كتب اللغة

1. الأمام العلامة أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الأفرقي المصري، لسان العرب، المجلد الأول ، أدب الحوزة، قم - إيران، 1405 هـ 1363.
2. الفراهيدي، العين، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 2003 .
3. الزبيدي محمد مرتضى، تاج العروس، المطبعة الخيرية، ت 671هـ - 1273م، ط1، مصر .
4. د. حاتم صالح الضامن، فقه اللغة، جامعة بغداد، 1411هـ - 1990.
5. حاكم مالك العيبي، الترادف في اللغة، منشورات وزارة الثقافة والأعلام سلسلة دراسات، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1980.

ثانياً - كتب الحديث

1. - أحمد بن حنبل، مسند الأمام أحمد بن حنبل، ج33، مؤسسة الرسالة، ط1، بيروت، 2001.
2. الكافي في الفروع، ثقة الاسلام ابي جعفر محمد بن يعقوب بن اسحاق الكليني الرازي، ت 329هـ، صححه وعلق عليه علي اكبر الغفاري، ج5، دار الكتب الاسلامية، طهران، سنة 2000.
3. وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة: الفقيه المحدث الشيخ محمد بن الحسن الحر العاملي. ت: 1104هـ، تحقيق مؤسسة ال البيت (عليهم السلام) باحياء التراث، ج 19.
4. - خليل أحمد السهارنفوري، بذل المجهود في حل سنن أبي داود، باب القضاء، حديث رقم 3595، الندوي للبحوث والدراسات، ط1، ج 11، 2006 .

5. أبو داود سليمان ابن الأشعث، سنن أبي داود، كتاب البيوع، ج3، المكتبة العصرية، بيروت.
6. أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي، سنن النسائي، كتاب البيوع، ج7، المكتبة التجارية الكبرى، ط1، القاهرة، 1930.
7. محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، كتاب الهبة، ج3، دار طوق النجاة، ط1، بيروت، 1422هـ.
8. الموطأ، مالك، ج2، دار احياء التراث العربي، بدون طبعة، بيروت، 1985.

ثالثاً - الكتب الإسلامية

1. ابن حجر العسقلاني، الأصابة في تمييز الصحابة، مجلد2، دار العلوم الحديثة، ط1، 1338.
2. ابن حزم، الأحكام في اصول الأحكام، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1971.
3. ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 2 ، دار ابن حزم، ط1، 1995.
4. ابن رشد محمد بن احمد، فصل المقال وتقرير ما بين الشريعة والحكمة من الأتصال، المطبعة الكاثوليكية ، بيروت، 1942 .
5. ابن قدامه، روضة الناظر وجنة المناظر في اصول الفقه، ج 1، مؤسسة الريان للطباعة، الطبعة الثانية، بيروت، 2002.
6. الأبهاج بشرح المنهاج، السبكي، ج3، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1984.
7. أبي الحسن علي بن ابي بكر المرغياني، الهداية شرح بداية المبتدئ، البابي الحلبي، ج4، دون ذكر سنة ومكان الطبع.
8. أبي الفرج عبدالرحمن بن رجب الحنبلي، القواعد في الفقه الإسلامي، الكليات الأزهرية، 1972 .
9. أبي الفرج عبدالرحمن بن شهاب بن رجب، جامع العلوم والحكم، مؤسسة الرسالة.
10. أبي القاسم الحسين بن محمد الراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القران، دار المعرفة ، بيروت، 2008.
11. أبي حامد الغزالي، المستصفي من علم الأصول ، ج1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1993.

12. أبي عبدالله محمد بن احمد المقرئ المالكي، القواعد، مركز الدراسات الإسلامية في مكة، ج1، مكة المكرمة، 2010.
13. أحمد بن محمد بن اسحاق الشاشي، اصول الشاشي، دار الأرقم، بيروت، 2016.
14. أحمد عبدالغفار، ظاهر التأويل وصلتها باللغة، دار المعرفة الجامعية للطبع، الإسكندرية، 1998.
15. الألوسي- ابو الفضل شهاب الدين السيد محمود البغدادي، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم، ج1، ط1، دار الفكر، بيروت، لبنان، دون سنة طبع.
16. أمير باده شاه، تيسير التحرير، ج1، دار الفكر، بيروت، 1996.
17. بدر الدين محمد بن عبدالله الزركشي، البحر المحيط، دار الكتبي، ج3، 1994.
18. بديع الزمان النورسي، كليات رسائل النور - الشاعات، ط 7، دار سوزلر، القاهرة، 2014.
19. العلامة المحقق آية الله الشيخ جعفر السبحاني، تذكرة الأعيان / 226 ، 227 ، الطبعة الأولى ، سنة : 1419 هجرية ، مؤسسة الإمام الصادق ، قم المقدسة / إيران.
20. التغازاني، حاشية التغازاني في شرح العضد، دار الكتب العلمية، ج 1، بيروت، 2004.
21. الجيلاني المريني، القواعد الأصولية عند الأمام الشاطبي، دار ابن القيم، مصر، 2018.
22. حامد ابراهيم عبدالكريم الجبوري، ضمانات القاضي في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.
23. الحبيب الفقهي، التأويل اسسه ومعانيه في المذهب الأسماعيلي، مركز الأبحاث والدراسات الاقتصادية في تونس.
24. حسين علي الأعظمي، الوجيز في اصول الفقه وتاريخ التشريع، دون طبعة، مطبعة الأهالي، بغداد، 1942.
25. خالد رمضان حسن، معجم اصول الفقه، ج1، دار الروضة، مصر، 1997.
26. الذهبي، سير اعلام النبلاء، مؤسسة الرسالة، ج6، ط 4، 2001.
27. الذوادي بن بخشوش قوميدي، تأويل النصوص في الفقه الإسلامي دراسة في منهج التأويل الأصولي، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، الجزائر، 2009.
28. الزركشي، البرهان، ج 2، ط 1، دار احياء الكتب العربية، حلب، 1376 هـ.
29. زين الدين بم علي العاملي، ج 9، ط1، ايران، مؤسسة المعارف الإسلامية، 1414.

30. زين الدين بن علي العاملي، مسالك الأفهام، ج 12، مؤسسة المعارف الإسلامية، ط 1، 1417 هـ.
31. سعد الدين مسعود بن عمر التغتازاني، التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه، ج 2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1377 هـ.
32. السيد الخوئي، مصباح الفقاهة، ج3، مكتبة الدوري، قم، 1377 هـ .
33. السيد محمد باقر الصدر، دروس في علم الأصول، ج1، دار العلم للكتاب، ط 2، بيروت، 1986.
34. سيف الدين الأمدي، الأحكام في اصول الأحكام، دار الكتب العلمية، مجلد31، 51، بيروت، 2005.
35. السيوطي، جلال الدين عبدالرحمن السيوطي، الأتقان في علم القرآن، ج2، دار الأعتصام، 1978.
36. السيوطي، الأتقان في علوم القرآن، مجلد 3، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1394.
37. السيوطي، الأتقان، ج 2، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف، المملكة العربية السعودية، 2009.
38. شعبان محمد اسماعيل، اصول الفقه نشأته وتطوره ومدارسه والدعوة إلى تجديده، المكتبة المكية، ط1، 2005.
39. شمس الدين محمد بن ابي العباس الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج6، دار الفكر، بيروت، (28/6).
40. الشيخ عباس كاشف الغطاء، المال المثلي والمال القيمي في الفقه الإسلامي – دراسة مقارنة مع القانون، ج 1، مؤسسة كاشف الغطاء، العراق، النجف، 2013.
41. صالح بن عبدالله بن حمد العصيمي، الغاية من السماع والرواية، ط1، مكتبة النور، الرياض، 2011.
42. الطوسي، الخلاف، ج 3، ط 1، مؤسسة النشر الإسلامي، قم المقدسة، 1417.
43. عامر بن عيسى اللهب، اصول الفقه والقواعد الفقهية- دور الاجتهاد في تغيير الفتوى، جامع الكتب الإسلامية، مجلد 1، بدون سنة طبع .
44. عبد الكريم بن علي، اصول الفقه والقواعد الفقهية، المذهب في علم اصول الفقه المقارن، مجلد3، جامع الكتب، الرياض، 1990.

45. عبدالجليل زهير ضمرة، اصول الفقه والقواعد الفقهية، الإحتمال واثره على الأستدلال، مجلد 1، جامع الكتب الإسلامية، 2019، .
46. عبدالعزيز البخاري، كشف الأسرار عن اصول فخر الإسلام البزدوي، ج1، دار الكتب العلمية، بيروت.
47. د. عبدالكريم زيدان، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، صنعاء، 1997.
48. عبدالله بن محمد ابن قدامه روضة الناظر، وجنة المناظر ، ج1، مؤسسة الريان، الطبعة الأولى، 1998.
49. عبدالوهاب خلاف، علم اصول الفقه و خلاصة تاريخ التشريع، مطبعة المدني، بدون طبعة، مصر، بدون سنة طبع .
50. عبدالوهاب خلاف، علم اصول الفقه، ج1، دار القلم، ط7، القاهرة، بدون سنة.
51. علي بن محمد البزدوي، كشف الأسرار عن اصول فخر الإسلام، ج1، دار الكتاب العربي، 1997
52. علي بن محمد بن الحسن الأمدي، الأحكام في اصول الأحكام، ج3، دار الكتاب العربي، ط1، بيروت، 1404.
53. علي كاشف الغطاء، التعارض والتعادل والترجيح، دار الفكر، بدون طبعة، 2022.
54. د. عياض بن نامي السلمي، اصول الفقه الذي لا يتسع الفقيه جهله، الطبعة الأولى، دار التدمرية، الرياض، 2005.
55. الغزالي، أحياء علوم الدين، الجزء الأول، دار المعرفة، بيروت، بدون سنة.
56. د. فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، 1988.
57. القرافي شرح تنقيح الفصول، دار الطباعة الفنية المتحدة، الطبعة الأولى، القاهرة، 1973.
58. محمد ابراهيم الحفناوي، دراسات أصولية في القرام الكريم، مكتبة الأشعاع الفنية، القاهرة، 2002.
59. محمد ابو زهرة، اصول الفقه، دار الفكر العربي، بدون طبعة، مصر، 2007.
60. محمد ابو زهرة، اصول الفقه، دار الفكر العربي، ج 1، مصر، 2010.
61. محمد ابو زهرة، تاريخ المذاهب الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، بدون سنة طبع.

62. د. محمد اديب صالح، تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، ج1، المكتب الإسلامي، ط4، دمشق، 1993.
63. د. محمد الدرديري، التأويل الفاسد واثره السيء على الأمة، دار اولاد الشيخ للتراث، القاهرة، 2003.
64. محمد الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير، ج3، الدار التونسية للنشر، تونس، 1984.
65. محمد بن احمد التلمساني، مفتاح الأصول إلى بناء الفروع على الأصول، ط1، المكتبة الملكية، مكة المكرمة، 1998.
66. محمد بن احمد السرخسي، اصول السرخسي، ج1، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، لبنان، 1993.
67. محمد بن علي بن احمد الشوكاني، ارشاد الفحول، ط1، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، 1937.
68. محمد حسين عبدالغفار، تيسير اصول الفقه للمبتدئين، ج12، جامع الكتب الإسلامية، 2016.
69. محمد سلام مدكور، المدخل للفقه الإسلامي، السلم والمضاربة، دار الكتب الحديث، ط2، القاهرة، 1996.
70. د. محمد صدقي ال بورنو، الوجيز في شرح القواعد الفقهية الكلية، مجلد الأول، مؤسسة الرسالة، ط4، بيروت، 1996.
71. محمد صديق خان القنوجي، اجد العلوم، دار ابن حزم، ط1، ج1، 2001.
72. محمد عبد المؤمن الحصني الدمشقي، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، ط1، دار الخبر، دمشق، 1994.
73. محمد عبدالمعطي محمد علي، مباحث اصولية في تقسيمات الألفاظ، دار الحديث، 2007.
74. محمد فاروق النبهان، المدخل إلى علوم القرآن الكريم، دار علم القرآن، ط1، حلب، 2005.
75. د. محمد مصطفى الزحيلي، الوجيز في اصول الفقه الإسلامي، ج2، دار الفكر، ط1، دمشق، 2006.
76. د. محمد مصطفى الشبلي، اصول الفقه الإسلامي، ج1، ط4، دار الجامعة العربية، بيروت، 1983.

77. محمود الهاشمي، تقارير محمد باقر الصدر، دروس في علم الأصول ، دائرة المعارف والفقهاء الإسلامي، قم، 1996.
78. د. مصطفى ابراهيم الزلمي، أحكام الميراث والوصية، مكتبة السنهوري، بغداد، دون سنة طبع.
79. د. مصطفى احمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، 2004.
80. د. مصطفى الزلمي، اصول الفقه في نسيجه الجديد، ج1، ط1، المكتبة القانونية، بغداد، 2015.
81. مناع القطان، مباحث في علوم القرآن، ج1، مكتبة وهبة، ط7، المملكة العربية السعودية، 2005.
82. د. نصر حامد ابو زيد، فلسفة التأويل ، دار التنوير، الطبعة الأولى، بيروت، 1983.
83. النعمان محمد بن منصور، التوحيد، ، الأعلمي للمطبوعات، بيروت، 2022.
84. د. وهبة الزحيلي، التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج، ج 2، ط1، دار الفكر، دمشق، 1991م.

رابعاً – المنطق

1. عبدالهادي الفضلي، خلاصة المنطق، دون طبعة، مكتبة كرار السعدي، 2009.
- 2- د. مصطفى ابراهيم الزلمي، المنطق القانوني في التصورات، المكتبة القانونية، ط1، 1990.

خامساً- المصادر القانونية

- 1- د. احمد ابو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.
- 2- د. احمد ابو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، ط5، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1985.
- 3- د. احمد السيد حاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الثالثة، دار النهضة، 2004.
- 4- احمد بن محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ط2، دار القلم، دمشق، 1989.

- 5- د. احمد حشمت ابو شييت، اصول القانون، مطبعة لجنة التأليف والنشر ، بدون مكان طبع، 1938.
- 6- د. احمد شوقي عبدالرحمن، النظرية العامة للالتزام – العقد والأرادة المنفردة، منشأة المعارف، ب ط، الأسكندرية، 2004.
- 7- د. اسامة روبي عبدالعزيز، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، ج2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
- 8- اشرف ادوارد حنا، الحديث في القضاء المدني، دار الألفي لتوزيع الكتب، ناس للطباعة، ط1، 1999.
- 9- بدران ابو العينين بدران، ادلة التشريع المتعارضة ووجه الترجيح بينهما، مؤسسة شباب الجامعة، الأسكندرية، 1974.
- 10- د. تحسين حمد سمايل، الأدلة الناقصة ودور القاضي المدني في اكمال حجبتها القانونية، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2013.
- 11- جاك غستان، المطول في القانون المدني، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، 2000.
- 12- د. حازم اكرم الربيعي، اثر الأرادة الباطنة في العقد، المؤسسة الحديثة للكتاب، ط1، بيروت، 2019.
- 13- د. حامد سلطان، القانون الدولي في وقت السلم، ط4، دار النهضة، القاهرة، 1966.
- 14- د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني اصول الألتزام، مطبعة المعارف، بغداد، 1970.
- 15- د. حسن علي الذنون، فلسفة القانون، ط1، مطبعة العاني، بغداد، 1975.
- 16- د. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، الأسكندرية، 1974.
- 17- د. حسون عبيد هجيج، منظر فيصل كاظم، تأويل النصوص الجزائية، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الرابع، السنة التاسعة، سنة 2017.
- 18- حسين علاء قدوري، الصفة التمييزية لدى محاكم الأستئناف في القانون العراقي، دار الجامعة الجديدة، الأسكندرية، 2021.
- 19- د. حلمي الحجار، المنهجية في القانون من النظرية إلى التطبيق، ط2، بيروت، 1997.
- 20- د. حيدر حسين الشمري، المختصر في أحكام الوصايا والمواريث، ط2، دار الوارث، كربلاء، 2022.
- 21- سعيد احمد بيومي، لغة الحكم القضائي – دراسة تركيبية دلالية، دار الكتب العلمية، مصر، 2009.
- 22- د. سعيد مبارك، و د. طه الملا حويش، ود. صاحب عبيد الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة، المكتبة القانونية، بغداد، بدون سنة طبع.
- 23- سليم رستم باز، شرح مجلة الأحكام العدلية، دار الكتب العلمية، ط1، 1988.

- 24- د. سليمان البيات، القضاء المدني العراقي ، ج 2، بغداد، 1962.
- 25- د. سليمان مرقس، المدخل للعلوم القانونية، القاهرة ، 1967.
- 26- ضياء شيت خطاب، فن القضاء، المنظمة العربية للتربية، معهد البحوث والدراسات العربية، بغداد، 1984.
- 27- د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية- دراسة مقارنة ومعززة، ط1، مكتبة السنهوري، بغداد، 2016.
- 28- د. عبدالباقي البكري، المدخل لدراسة القانون، المكتبة القانونية، بغداد، بدون سنة طبع.
- 29- د. عبدالحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف، الأسكندرية، 2000.
- 30- د. عبدالرحمن علام، شرح قانون المرافعات المدنية، ج1، مطبعة العاني، بغداد، 1970.
- 31- د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج10، التامينات الشخصية والعينية، ط3، دار النهضة، 2011.
- 32- د. عبدالرزاق عبدالواحد، الطعن في الأحكام بالتمييز، دار الحكمة، بغداد، 1990.
- 33- د. عبدالستار ابو غدة، الخيار واثره في العقود، مجلد الأول، ط2، مطبعة مقهوي، 1985، الكويت
- 34- د. عبدالعزيز السهيل، أحكام القضاء العراقي على مواد القانون المدني، ج1، دار التضامن للتجارة والطباعة والنشر، بغداد، 1963.
- 35- د. عبدالوهاب حومد، دراسات معمقة في فقه القانون الجنائي المقارن، ط1، مطبوعات جامعة الكويت، 1983.
- 36- د. عبدالوهاب خيرى العاني، نظام المرافعات- دراسة فقهية مقارنة بالشرعية الإسلامية والقانون المدني الأردني، ط1، المركز القومي للاصدارات القانونية، مصر، 2014.
- 37- د. عدنان القوتلي، الوجيز في المدخل للعلوم القانونية، ط7، مطبعة دار الفكر، 1963.
- 38- د. عصمت عبدالمجيد، شرح قانون الأثبات، المكتبة القانونية، ط2، بغداد، 2007.
- 39- فلاح كريم وناس الأجهيش، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية ومحكمة تمييز إقليم كردستان ومحاكم الأستئناف بصفتها التمييزية، ج 1، ط1، البيت القانوني، بيروت، 2019.
- 40- فوزي كاظم المياحي، القانون المدني العراقي فقها وقضاءً، نظرية العقد، ج2، مكتبة الصباح، بغداد، 2018.
- 41- د. محمد احمد شحاته حسين، الصياغة القانونية لغة وفناً، دار الكتب، ط2، الأسكندرية، 2004.

- 42- د. محمد احمد شحاته حسين، الصياغة القانونية لغة وفناً، دار المكتب الجامعي الحديث، ط2، الإسكندرية، 2017.
- 43- د. محمد مصطفى الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ج1، دار الفكر، دمشق، 2007.
- 44- د. محمد مصطفى الزحيلي، وسائل الأثبات في الشريعة الإسلامية والمعاملات المدنية والأحوال الشخصية، ج2، ط1، مكتبة دار البيان، دمشق، 1982.
- 45- د. محمود حافظ الفقي، العقيدة القضائية واثرها في عدالة الحكم القضائي، دار الكتب والدراسات العربية، الإسكندرية، 2022.
- 46- مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية، دار الرافدين، ط2، بغداد، 2008.
- 47- د. مصطفى ابراهيم الزلمي، معين القضاة لتحقيق العدل والمساواة، احسان للنشر، الطبعة الأولى، 2014 .
- 48- د. مصطفى الزلمي، نظرية الألتزام برد غير المستحق، الطبعة الأولى، احسان للنشر، كردستان، 2014.
- 49- د. مصطفى العوجي، القانون المدني - العقد، ط1، مؤسسة بحسون، بيروت، 1995.
- 50- د. نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، دار المعرفة الجامعية، مصر، 1994.
- 51- د. نبيل ابراهيم سعد، و د. محمد حسين منصور، مبادئ القانون، دار النهضة العربية، مصر، 1995.
- 52- د. نبيل اسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالنقض، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010 .
- 53- د. نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002.

سادساً- الأطاريح

1. ابراهيم حاج محمد، المشكل عند الأصوليين- دراسة فقهية مقارنة، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة اليرموك كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، الأردن، 2013.
2. ابراهيم علي، مشكلة تأويل النص القانوني، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية العلوم الأنسانية بجامعة الجزائر، 2017.
3. حسين رجب الزبيدي، قواعد الترجيح بين ادلة الأثبات المتعارضة في الدعوى المدنية- دراسة مقارنة، مكتبة السنهوري، ط1، بغداد، 2011.

4. عبدالمهدي احمد العجلوني، قواعد تفسير النصوص في الأجهاد القضائي الأردني- دراسة اصولية مقارنة، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الدراسات العليا في المملكة الأردنية، 2005.
5. محمد مبروك مصطفى، النطاق الموضوعي لخصومة الطعن بالنقض - دراسة تحليلية مقارنة بقانون المرافعات المصري والفرنسي، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة الزقازيق، 2015.

ثامناً - الرسائل

- 1 - دالي بشير، مبدأ تأويل العقد، رسالة ماجستير كجزء من متطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون الخاص بجامعة ابي بكر بالقايد، الجزائر، 2007.
- 2- الرئيس عبد المحسن بن محمد، التأويل عند الأصوليين واثره في الأحكام الفقهية، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة الأمام محمد بن سعود الإسلامية، دار المنظومة، السعودية، 1986.
- 3- ماجد بن عبدالله بن عبدالعزيز الزنيدي، التطبيقات الفقهية لقاعدة (اعمال الدليلين اولى من اهمال احدهما) في كتاب المعاملات، رسالة ماجستير وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في الفقه المقارن بجامعة الأمام محمد بن سعود الإسلامية، 1435 هـ.
- 4- محمد بن يحيى الكندي، اسس منهج التأويل في المدرسة الإباضية، رسالة ماجستير مقدمة إلى المعهد الأعلى لاصول الدين في جامعة الزيتونة، 2002.
- 5- محمد علي عبدالله، الظاهر والمؤول عند الأصوليين، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الشريعة والدراسات الإسلامية في مكة المكرمة، 1992.
- 6- وليد صالح نعمه، اثبات حسن النية في القانون المدني (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون جامعة كربلاء كجزء نت متطلبات لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، 2021.

سابعاً- البحوث

1. ابراهيم المشهداني، تطور اتجاهات القضاء في العراق حول التعويض الأدبي، مجلة دراسات قانونية، بيت الحكمة، 2001.
2. احمد بن محمد بن حمود اليماني، الأشتراك المعنوي والفرق بينه وبين الأشتراك اللفظي، بحث منشور في جامعة أم القرى، مجلد 16، عدد31، لسنة 2004.
3. د. احمد علي شعبان، التأويل الباطني (المنهج والخصائص والمقاصد)، بحث مقدم إلى كلية اصول الدين بطنطا، في 2021 /8/18.
4. د. اكرم فاضل سعيد، أحكام الضرر الجسدي بين الجوابر الشرعية والتعويضات القانونية، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق جامعة النهريين، 2012.
5. د. أميد نجم الدين جميل المفتي، التأويل في رسائل النور، بحث منشور في السنة الحادية عشر، يناير 2020، العدد 20
6. د. حسن الخطيب، مقالة في المسائل المتعلقة بالتفسير القضائي، مجلة القضاء، سنة 36، 1981.
7. د. حيدر حسين الشمري و صباح عريس عبدالرؤوف، دور العرف في تفسير العقد، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة اداب الكوفة، بالعدد 41، لسنة 2019.
8. ريهام صابر حسن ظاهر، دور القاضي في تفسير عقود الأذعان في كل من مشروع القانون المدني الفلسطيني ومجلة الأحكام العدلية والقانون المدني الأردني، بحث منشور في مجلة مساواة، فلسطين، 2014.
9. القاضي سليمان بيات، القضاء المدني، ج2، ط1، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، 1962.
10. ضياء شيت خطاب، التفكير القضائي، بحث منشور في مجلة القضاء، بالأعداد (الأول – الرابع) مجلة تصدرها نقابة المحامين العراقيين، بغداد، سنة 36، عام 1981.

11. د. علي شاكر البدري، معضلات في تكوين العقد، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق في السنة العاشرة بالعدد الأول، 2018.
12. د. مجدي محمد عبدالرحمن، اثر تخلف العدالة عند الأصوليين، دراسة مقارنة، بحث منشور بمجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية بجامعة الأزهر، الأسكندرية، بدون سنة نشر.
13. محمد ابراهيم حقي، أحكام خيار المجلس في الشريعة الإسلامية، بحث منشور على مكتبة النور، بدون مكان طبع، 2020.
14. د. هادي حسين الكعبي، سلطة تقدير القاضي للواقع المجرد في الدعوى المدنية (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول/ السنة التاسعة، 2017.

ثامناً- القوانين

1. لقانون المدني الفرنسي لسنة 1804 المعدل
2. القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.
3. قانون المدني رقم 40 لسنة 1951 المعدل.
4. قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم 13 لسنة 1968 المعدل.
5. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969 المعدل.
6. من قانون المرافعات الفرنسي رقم 1123 لسنة 1975 المعدل
7. قانون الأثبات العراقي المرقم 107 لسنة 1979 المعدل
8. مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني، ج 3، مطبعة الزمان، بغداد، 2002.

تاسعاً-المصادر الإلكترونية:

1. امل المرشدي، المعيار القانوني، بحث منشور على شبكة الأنترنت على الموقع <https://www.mohamah.net/law>، تاريخ الزيارة 6/9/القاضي ثائر جمال الوندائي، سلطة القاضي في تأويل النص القانوني، بحث منشور في النشرة القضائية بالعدد الثالث عشر تموز لسنة 2010.
2. د. محمد حسين الذهبي، اشار اليه عبدالقادر بالطيب، سلطة القاضي في تفسير وتأويل عقد البيع، بحث منشور على شبكة الأنترنت على الموقع [/https://www.droitentreprise.com](https://www.droitentreprise.com) تاريخ الزيارة 2023/3/3، .
3. محمد حسن عبدالغفار، تسيير اصول الفقه للمبتدئين، المكتبة الشاملة، ج20 ، كتاب منشور على الموقع الإلكتروني <https://shamela.ws/book/37693/194> تاريخ الزيارة 2023/8/22.

عاشراً – المصادر الاجنبية

- 1 - gaston may ،introduction ala science du droit، paris،1952 .
- 2- Bruno oppetit - philosophie du droit , dalloz ،1999 .
- 3 - francois terre، droit civil، les ablgations، 9 edation، 2005

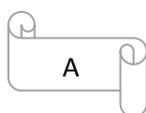
Summary

The contemplator of the Arabic language, according to its context, finds within it numerous rhetorical figures such as metaphor, allegory, metonymy, and hyperbole. This lends Arabic its charm of expression, influencing the form of words on their meanings. Interpretation works to elucidate those meanings and understand their intentions, extending beyond linguistic and legal dimensions to encompass social and customary behaviors, along with the circumstances and challenges that align with the movements and growth of life. Interpretation involves moving from the apparent meaning to another potential meaning based on evidence.

It's a method of deriving judgments from various texts by determining the legislator's intent. Judges or scholars must carefully scrutinize the wording, determine its implications, and lean towards the prevailing interpretation. Civil and religious texts often contain differing explicit and implicit rulings, which may only become apparent within their societal context, necessitating interpretation. The presumption is that the meaning should adhere to the apparent unless evidenced otherwise, or due to necessity or an important legal objective. This is significant because most civil texts are derived from Islamic jurisprudence, rich in rhetorical texts open to interpretation.

We find this evident in civil texts, which not only broadens the range of meanings but also enhances the text's flexibility. However, the problem arises from the lack of a clear definition or guidelines for the term 'interpretation' that judges can refer to in legal application, compounded by the confusion between terminologies found in most applications. Hence, we aim to establish some guidelines and conditions for judicial and jurisprudential work to clarify the meanings of terms through correct interpretation, employing deductive tools and adhering to fundamental principles that facilitate the diligent practitioner in preventing judgments that contradict the principles of justice.

This is achieved through a comparative analytical approach with the principles of jurisprudence and inclusive of various judicial applications. Therefore, we have divided this research into three chapters: the first chapter elucidates the concept of interpretation in civil law, the second chapter delineates the limits of interpretation in civil texts, and the final chapter concludes with the study of interpretation rulings and their applications.





Hermeneutics in civil texts
A comparative study

Thesis submitted by

Walid Saleh Nimah Abbas

**To The council of the college of law in Karbala
university as a part of the requirements Ph.D. in
private law**

Under the supervision of the professor of civil law

Dr. Ali Shaker Al-Badri

2024 A.D

1446 A.H