

إشكالية تطبيق قاعدة (يفسر الشك في مصلحة المدين) دراسة تحليلية

د. موفق خالد ابراهيم

جامعة راپه رين

عميد فاكلتي العلوم الانسانية

ملخص البحث

إن الملتزم حاله حال المتهم في أنه هو الطرف الضعيف في العلاقات القانونية، لذلك فإن القانون قد حاول أن يحميها بعدة طرق ومنها على سبيل المثال إعفاء المدين من عبء إثبات عدم مشغولية ذمته، وذلك لأن الإنسان يولد ذمته غير مشغولة وليس عليه إلتزام وهو برىء من أي جريمة، وإستناداً على ذلك يفسر الشك في صالح المدين والمتهم، ولكن المشرع العراقي قد قصر حكم القاعدة الأخيرة على الإلتزامات العقدية دون الإلتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع والإرادة المنفردة والمصادر الأخرى، وفي نطاق الإلتزامات العقدية تتقيد القاعدة بحكم وارد في قانون المرافعات، وهو عبارة عن إلتزام القاضي الأقل درجة بأن ينضم إلى أحد الآراء، وذلك دون أن يقيد به بأن يكون إنضمامه لمصلحة الملتزم، فعلى هذا ركزنا في هذا البحث على تحليل مصطلحات قاعدة (يفسر الشك في مصلحة المدين) وتحديد نطاقه، وذلك من خلال مبحثين، حيث خصصنا المبحث الأول لتحليل المصطلحات الواردة في القاعدة، وكرسنا المبحث الثاني لتحديد نطاق القاعدة.

وقد توصلنا إلى عدة مقترحات ، من أهمها: التوصية بضرورة تعديل نص المادة (٦٩) بفقراتها الثلاثة وذلك لأن فيها عدم الدقة والتناقض في إستعمال المصطلحات والتعابير، والإقتراح بضرورة نقل المادة (١٦٦) من مكانه الحالي والذي خصص لتفسير العقد إلى صدر القانون المدني.

المقدمة

في كل علاقة تبادلية هناك طرفان، الأول يسمى بـ (الملتزم_ المدين) وهو الذي يقع عليه الإلتزام، والآخر يسمى بـ (الملتزم له_ الدائن): وهو من له حق شخصي على الملتزم، فالملتزم له هو صاحب الحق وعادةً هو الطرف القوي في العلاقة، أما الطرف الآخر فهو الملتزم والذي يكون ملزماً بأداء شيء أو القيام بعمل لمصلحة الطرف المقابل، وإن الملتزم له يقابله المشتكي في الدعوى الجزائية ، والملتزم يقابله المتهم (أو المدان أو المشتكى عليه أو الجاني) في الدعوى الجزائية ، والقاعدة العامة في كثير من التشريعات هي ضرورة تفسير العبارات الغامضة لمصلحة المدين و المتهم، وذلك بإعتبار الملتزم هو الأجدر بالرعاية ، والمتهم يجب ان لا يحكم عليه إلا إستناداً على الجزم واليقين، فهاتان القاعدتان قد ذاعتا شيوعهما على الصعيدين (التشريعي والفقهي)، ولكن المشرع العراقي وفي المادة (٢) قد نص على أنه " لا مساع للإجتهد في مورد النص" ، وهذا يعني منع التفسير بصورة كلية، سواء أكان التفسير في مصلحة المدين أم لا. كما وإن المشرع العراقي قد خرج في بعض النصوص على مبدأ وجوب تفسير الشك في مصلحة المدين، كما هو وارد في قانون المرافعات المدنية وكذلك في قانون أصول المحاكمات الجزائية، وذلك لإعتبارات مختلفة، إلا أنه يلاحظ أن المشرع العراقي لم يكن موفقاً في بعض إستثناءاته. كما أن مشرعنا العراقي في القانون المدني قد نص على القاعدة وهو بصدد تنظيمه لأحكام العقد (تحت عنوان تفسير العقد)، دون ان يشمل حكمه نصوص القانون المدني كلها. إذن أهمية هذه الدراسة تكمن في وضع أساس سليم في تفسير الحالات التي يحيطها الغموض لمصلحة الطرف الضعيف في الدعوى بين الملتزم والملتزم له.

وقد إختارنا هذا الموضوع نظراً لحاجة كل من المدين والمتهم الى توفير الحماية القانونية لهم، لأن هدف القانون بالأساس تكمن في حماية الضعفاء و توفير الطمأنينة في نفوس الناس. ويعتمد البحث على المنهج التحليلي لنصوص القانون المدين بهدف الوصول الى مشكلة البحث.

كما وإن نطاق دراستنا تكون في إطار القانون الخاص، وبذلك نستبعد دراسة ما يتعلق بالتشريعات الجزائية. عليه سنقوم بمعالجة موضوع الدراسة من خلال مبحثين خصصنا الأول لتحليل المصطلحات الواردة في قاعدة (الشك يفسر لمصلحة المدين)، وكرسنا المبحث الثاني لتحديد نطاق القاعدة.

المبحث الأول/ تحليل مصطلحات قاعدة (يفسر الشك في مصلحة المدين)

تتكون القاعدة من ثلاث مصطلحات، كل واحد منها يحتاج إلى شرح وتحليل لكي يتضح لنا معنى القاعدة، سيتضمن هذا المبحث تحليل القاعدة في ثلاثة مطالب الآتية:-

المطلب الأول/ التفسير

المطلب الثاني / المدين

المطلب الثالث / الشك

المطلب الأول/ التفسير

لا شك أنّ تفسير عبارات العقود والنصوص الغامضة من المسائل الشائكة التي تعترض القاضي سواء في المسائل المدنية أم المسائل الجزائية، لأنّ التفسير يعني هناك نص قانوني أو بنود عقد يحتمل أكثر من رأي، أي على الأقل هناك رأيان في المسألة، ومادام حكم القاضي يجب أن لا يصدر عن الشك، عليه فلا بد من أن نوضح المقصود بالتفسير، وذلك من خلال أربعة فروع، يخصص الأول لبيان المقصود بالتفسير، ونخصص الفرع الثاني لبيان أنواع التفسير من حيث الجهة القائم بها، كما ونخصص الفرع الثالث لبيان مدى حاجة النصوص للتفسير، أما الفرع الرابع والأخير نكرسه للتمييز بين التكييف والتفسير والإجتihad، ولكن لانتطرق الى تفاصيل كل ما يتعلق بالتفسير لأن البحث لا يتحمله، عليه نركز على ما يساعدنا في تحقيق هدف البحث.

الفرع الأول/ تعريف التفسير

للتفسير معنى لغوي وآخر إصطلاحي، كما وأنّ المفهوم الإصطلاحي لا يقتصر على الإصطلاح القانوني، بل هناك تفسير شرعي للنصوص القرآنية مثلاً أو تفسير الظواهر الكونية، إلا أننا نركز في بحثنا على بيان معنى التفسير في الإصطلاح القانوني، كما وأنّ التفسير ليس على نوع واحد فهو إما تشريعي أو فقهي أو قضائي، وللتفسير علاقة وثيقة بالتكييف ، لذلك كرسنا هذا الفرع لدراسة كل هذه المواضيع، كما وهناك صلة وثيقة بين التفسير والإجتihad، ويخصص لكل منها فقرة مستقلة.

أولاً/ تعريف التفسير في اللغة:

اختلف علماء اللغة في مرجع كلمة التفسير إلى رأيين:

الرأي الأول : قيل هي من " الفَسْرُ " بمعنى البيان والكشف ، وفسر الشيء يفسره بالكسر و يفسره بالضم فسرا وفسره وفسره أبانه ووضحه، والتفسير كشف المراد عن اللفظ المشكل ،^(١).

الرأي الثاني : قيل : هو مقلوب من " سَفَر " بمعنى كشف، يقال : سَفَرَت المرأة سفوراً إذا أَلْقَتْ خِمَارَهَا عن وجهها وهي سافرة ، وأسفر الصبح أضاء وأشرق "^(٢)، ولهذا سمي السير سفراً لأنه يسفر أي يظهر أخلاق الرجال.

الفَسْرُ: الإبانة وكشف المغطى، كالتفسير . (التفسير والتأويل واحد) أو هو كشف المراد عن المشكل، والتأويل رد أحد المحتملين الى ما يطابق الظاهر^(٣)، يظهر من التعاريف اللغوية السابقة بأنّ التفسير في اللغة يعني: الإظهار، والكشف، والبيان، والتوضيح^(٤).

(١) ابن منظور، لسان العرب، دار صادر للطباعة والنشر، الطبعة السادسة، بيروت، ٢٠٠٨، المجلد ١١، ص ١٨٠.

(٢) مجد الدين محمد بن يعقوب - الفيروز أبادي ، القاموس المحيط ، دار المعرفة، بيروت، ٢٠٠٩، ج ٢/ ١١٣.

(٣) نفس المصدر السابق، ص ٩٩٥.

ثانياً/ تعريف التفسير اصطلاحاً:

يعرف التفسير على أنه " جهد عقلي وعملي مدروس لربط القاعدة القانونية بالواقع الحي"^(١)، يبدو من هذا التعريف بأن التفسير عملية عقلية يهدف إلى إستجلاء وبيان وكشف معنى النص من خلال ربطه بالواقع المتطور، وهو بهذا المعنى يعمل به في نطاق النصوص المبهمّة الغامضة والنصوص الواضحة، لأنّ (القاعدة القانونية) قد وردت مطلقة في التعريف، وحجة هذا الرأي هو أن النص بعد تفسيره يظهر هل هو واضح ودال على المعنى المراد الموضوع من أجله أم هو مبهم يحتاج إلى جهد عقلي لكي يتم ملائمته لتطبيق على الحالة المعروضة المستجدة^(٢) وقريب من هذا الرأي يعرفه آخر على أنه " الإستدلال على ماتتضمنه القاعدة القانونية من حكم وتحديد المعنى الذي قصده المشرع في هذه القاعدة عند تطبيقها على الظروف الواقعية"^(٣)، ويبدو من هذا التعريف أن النص القانوني مهما يكن من الوضوح بحاجة إلى التفسير عند تطبيقه على الوقائع. وهناك من يرى^(٤) بأن حاجة النص للتفسير لا تأتي دائماً من غموض العبارة، بل قد يكون السبب التناقض، غلط مادي، سهو المشرع عن إيراد حكم لوقائع جارية في التعامل أو عدم توقع ما ينشأ من التغيرات في الواقع بعد نفاذ التشريع. وهناك من يرى عكس الإتجاه الأول ويعرف التفسير على أنه " تفسير ما أبهم من ألفاظ التشريع وتكميل ما أقتضب من نصوصه ، وتخريج مانقص من احكامه، والتوفيق بين أجزائه المتناقضة"^(٥) كما وعرفه جانب آخر وبنفس المعنى على أنه " تلك العملية التي يراد بها توضيح نص غامض"^(٦)، ونحن نفضل الثاني على الأول، حيث (في نظرنا) أن أي نزاع عندما يعرض على القاضي يقوم هو من جانبه بتكييف الواقعة، ثم يقوم بتفسير القواعد القانونية التي يمكن تطبيقها على الواقعة، وإقتراح الأنسب وإستبعاد الأبعد من الواقعة. وإن النص سواء أ كان نصاً قانونياً أم عقدياً (ونقص به بنود العقد) بعضها لا يمكن التعرف على دلالتة إلا بعد تفسيره وهذا ما يسمى في إصطلاح الفقهاء بالنص الظني(ظني الدلالة)، والمثال على ذلك ما ورد في الفقرة (٢) من المادة (٢٠٥) من القانون المدني العراقي والتي تنص على أنه " ويجوز ان يقضي بالتعويض للزوج وللأقربين من الأسرة عما يصيبهم من ضرر ادبي بسبب موت المصاب"، ففي هذا النص، مفهوم الأقربين لم يتم تحديده، لذلك كل قاضٍ يفسره حسبما يراه. إلا أنه هناك نصوص أخرى تسمى بالنصوص القطعية (قطعية الدلالة) فلا تحتاج إلى تفسير كنص المادة (١٠٦) حيث تنص على أنه " سن الرشد هي ثماني عشرة سنة كاملة."، فالقاضي لا يمكنه أن يفسر حكم المادة أو أن يعطيها معناً آخر من حيث التوسع فيه أو تضيقه.

(١) للمزيد من المعاني اللغوية والتي كلّها تفيد التوضيح والبيان يراجع خالد بن عثمان السبت، قواعد التفسير جمعاً ودراسةً، الجزء الأول، دار بن عفان ، بدون مكان الطبع، ١٤٢١هـ، ص ٢٤ - ٢٩.

(٢) د. محمد شريف احمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، مطبعة وزارة الاوقاف والشؤون الدينية، بغداد، ١٩٨٢، ص ١٣.

(٣) للمزيد يراجع د. مالك دوهان الحسن، المدخل لدراسة القانون، ج١، مطبعة الجامعة، بغداد، ١٩٧٢، ص ٤٦٦.

(٤) د. غالب علي الداودي، المدخل الى علم القانون، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، ٢٠٠٤، ص ٢١١.

(٥) أ.د. عباس الصراف وأ.د. جورج حزيون، المدخل إلى علم القانون، دار الثقافة، الأردن، ٢٠٠٨، ص ٧٠.

(٦) د. عبدالرزاق احمد السنهوري و الدكتور احمد حشمت ابوستيت، أصول القانون، القاهرة، ١٩٤٦، ص ١٦٣.

(٧) د. آدم وهيب الندوي، شرح قانون الإثبات، مطبعة دار القادسية - بغداد ١٤٠٦ هـ، ص ٦١. كما وهناك قوانين تنص على قواعد تمنع القاضي من إجراء التفسير إذا كان النص واضحاً (راجع بهذا الشأن المادة ١٩٣ من القانون المدني الكويتي رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ المعدل).

الفرع الثاني/أنواع التفسير^(١)

تفسير القانون من حيث الجهة القائمة به يقسم على ثلاثة أنواع:

أولاً/ التفسير التشريعي: وهو التفسير الذي يقوم به المشرع ليبين حقيقة ما قصده في تشريع آخر سبق إصداره من قبله، ويتميز هذا التفسير بأنه ملزم وله نفس حجية التشريع الذي جاء ليفسره، وأنه يسري على الماضي ويبدأ سريانه من يوم سريان القانون الذي جاء الأخير ليفسره، كما ويجب أن لا يتضمن القانون المفسر أحكاماً جديدة، فإن حدث ذلك نكون أمام تعديل القانون وليس تفسيره^(٢). وعلى الرغم من أن التفسير من عمل الفقه والقضاء، إلا أن التأريخ يشهد بأن القوانين القديمة تسوده مبدأ، مفاده من يملك التشريع يملك التفسير أيضاً، أو بالأحرى هناك إعتقاد بأن التفسير حق حصري للمشرع. وإن هذا النوع من التفسير لا يدخل في نطاق بحثنا هذا، لذا لا نذكر تفاصيله.

ثانياً: التفسير الفقهي: وهو التفسير الذي يقوم به شراح وفقهاء القانون في دراساتهم وأبحاثهم، ونطاق هذا النوع من التفسير من أوسع أنواع التفسير، وذلك بسبب كثرة الأبحاث وكثرة المواضيع المطروحة في تلك الأبحاث، وذلك بخلاف التفسير القضائي الذي يتناول موضوعاً واحداً بعينه، وعلى الرغم من أن هذا النوع من التفسير لا يهدف إلى حل واقعة معينة بعينه، ولكن هذا لا يعني بأنه منقطع الصلة بالواقع، حيث أن الفقيه يهدف من وراء عمله إلى عرض أفضل الحلول للمشاكل المعروضة أو التي قد تظهر في المستقبل، حيث أن القاضي يتأثر بالأراء الفقهية وكذلك المشرع، إذن فالتفسير الفقهي رغم إنه يطفئ عليه الطابع العلمي النظري إلا أنه لا يمكن فصله من الواقع العملي^(٣)، وعلى الرغم من أن هذا النوع من التفسير يحتل جانباً من دراستنا، إلا أننا نركز على التفسير القضائي بصورة أساسية.

ثالثاً/ التفسير القضائي: يقصد به ذلك التفسير الذي يقوم به القاضي وهو بصدد النظر في قضية معينة وهو في سبيل إصدار حكم صحيح وموافق للمنطق و لما أرادته المشرع يبذل جهود فكرية لبلوغ هذا الهدف. والقاضي بخلاف الفقيه ملزم بأن يلجأ إلى تفسير نصوص القانون بحكم وظيفته. وعلى الرغم من ذلك فإن تفسيره ليس ملزماً، إذ الحكم الذي يصدره قاضي معين لا يلزم الآخرين، بل لا يلزم به القاضي الذي أصدره، حيث يمكنه أن يعطي تفسيراً آخر للقاعدة في قضية أخرى، هذا في الدول التي لا تأخذ بالسوابق القضائية، مثل العراق، أما في الدول الأخرى فإن هذه السابقة تشكل قاعدة قانونية. ونرى بأن التفسير القضائي من أخطر أنواع التفسير، وذلك لأن القاضي وكما سبق القول لا يلجأ إلى التفسير إلا وهو بصدد وضع حل لمشكلة مطروحة أمامه، أي أن التفسير بالنسبة للقاضي ليس الهدف الأساس، بل يعد التفسير بالنسبة له وسيلة لبلوغ هدفه وهو تطبيق القاعدة الملائمة على القضية مع إعطائه تفسيراً منسجماً مع الواقع ومع قصد المشرع^(٤).

(١) هناك نوع آخر إضافة إلى أنواع الثلاثة المذكورة، ألا وهو التفسير الإداري، وهو التفسير الذي يقوم به جهة الإدارة عند تطبيقه لقانون معين، والراجع أن هذا التفسير غير ملزم (أي غير ملزم للقضاء ويعد رأياً شخصياً لجهة الإدارة). د. محمد حسن قاسم، المدخل لدراسة القانون، الجزء الأول، منشورات الطلبي الحقوقية، بيروت ٢٠٠٩، ص ٢٩١. وكذلك د. غالب علي الداودي، مصدر سابق، ص ٢١٧.

(٢) د. غالب علي الداودي، المصدر السابق، ص ٢١٤-٢١٥.

(٣) أ. عبد الباقي البكري والمدرس زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، شركة العاتك لصناعة الكتاب في القاهرة والمكتبة القانونية في بغداد، بدون سنة الطبع، ص ١٢٢.

(٤) فارس حامد عبد الكريم، الإدارات العامة والتفسير الرجعي للقانون .. الجزء الثاني، بحث منشور على شبكة الإنترنت في موقع بنت الرافدين، ورابط المقال <http://brob.org/old/bohoth/bohoth/bohoth\4v.htm> آخر زيارة للموقع تمت في ٢٠١٥/٥/١٥.

الفرع الثالث/ مدى حاجة النصوص للتفسير

من الواضح بأن النصوص القانونية عبارة عن قواعد عامة ومجردة، أي أنّ النص القانوني يمثل الإطار العام يندرج تحته حلول عملية لمشاكل عدة، إلا أنّ تطبيقه والبحث عن ملائمة تطبيقه لحالة معينة بعينها يحتاج الى جهد عقلي وفكري، وذلك بعمليتين الأولى يتمثل في عملية تكييف الواقعة والثاني يتمثل في عملية تفسير النص المقترح لتطبيقه على الواقعة، وذلك لأنّ المشرع مهما فطن ذكائه وبعد نظره، من المستحيل عليه أن يضع نصوص قانونية لكل الحالات المتوقعة أو لكل منازعة، أو أن النص غير واضح من حيث عباراته أو متناقض في بعض أجزائه، من هنا يظهر بأنّ النصوص القانونية غالبيتها تحتاج الى تفسير^(١).

والنصوص القانونية بعضها نصوص أمرة وبعضها الآخر نصوص مكملة لإرادة الطرفين. والنصوص المكملة لا يتم إعمالها أو الحكم بمقتضاها إلا إذا لم يتم التطرق الى خلافها، إذن فالقاضي في حكمه يستند الى القانون ونصوص العقد، لأنّ العقد شريعة المتعاقدين، وبالتالي يظهر بأن هناك نوعين من النصوص بحاجة الى التفسير، وهما نصوص القانون وبندود العقد. ولكن من خلال مراجعة القانون المدني العراقي النافذ، ظهر لنا أنّ المشرع قد أورد بعض القواعد لتفسير العقد وأهمل أن يورد قواعد كلية في صدر القانون المدني ليسترشد القاضي في تفسير النصوص كلها سواء أ كانت النصوص عقدية أم قانونية وذلك بخلاف ما أخذ به المشرع الأردني حيث ورد في المادة الثالثة منه "يرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله ودلالته الى قواعد أصول الفقه الإسلامي"^(٢)، وفي هذا نتفق مع البعض^(٣) في دعوة المشرع العراقي لسد هذا النقص، وذلك يتم بإحدى الطريقتين، الأولى هي ما أوردناه في أعلاه، والثانية هي أن لا يتطرق المشرع الى قواعد التفسير مطلقاً، إلا أننا نرى أنّ الحل الأول هو الأمثل من الثاني.

وفي ظل هذا السكوت من المشرع المدني العراقي عن مسألة تفسير النصوص القانونية، يثور التساؤل، هل أنه يجوز للقاضي الرجوع الى الفقه الإسلامي لإستعارة القواعد التي ترشده لتفسير النصوص وكذلك إلى المبادئ القانونية غير المكتوبة؟ حيث نصت المادة الأولى منه على أنه "٢- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقييد بمذهب معين فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة"^(٤)، والجواب في نظرنا يكون بـ(نعم) وذلك لسببين:

١- إن القواعد الفقهية الكلية مستقاة من الشريعة الإسلامية، لذلك نرى أن القاضي يلزم أن يرجع إلى تلك القواعد أولاً عند تفسيره للنصوص.

٢- هناك الكثير من المبادئ القانونية غير المكتوبة والتي يلزم القاضي بالرجوع عليها بعد القواعد الفقهية، وذلك حسب الترتيب الوارد في المادة السابقة، والمثال على هذه المبادئ (الغش يفسد كل شيء أو كل التصرفات).

(١) د. آدم وهيب الندوي، مصدر سابق، ص ٦١. وما يلاحظ في اتجاه هذا الكاتب هو أنّه عرف التفسير وكما ورد في الصفحات السابقة بأنه يأتي لتوضيح نص غامض، إلا أنّه وفي فقرات لاحقة من التعريف قد رجّع عن رأيه وقرر بأن النصوص القانونية كلها تحتاج الى تفسير عند تطبيقها على الوقائع، وكما ورد في أعلاه.

(٢) القانون المدني الأردني (رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ وتعديلاته).

(٣) ينظر د. محمد سليمان الأحمد، خواطر مدنية آراء وأفكار في القانون المدني، منشورات مكتب الفكر والوعي للإتحاد الوطني الكوردستاني، ٢٠٠٩، ص ٤٠٦-٤٠٨.

الفرع الرابع/ التمييز بين التفسير والتكييف والإجتها أولاً/ التمييز بين التكييف والتفسير

تطرقنا في الفقرات السابقة لبحث تعريف التفسير وأنواعه ومدى حاجة النصوص للتفسير، وخصص هذا الفرع لدراسة التكييف وذلك ليظهر لنا الفرق بينهما.

التكييف لغةً: مصدر "كَيْف" و "كَيْف الشيء" جعل له كيفية معلومة، و"تكييف الشيء" صار على كيفية من الكيفيات. و"الكيفية" - كيفية الشيء : حالته وصفته^(١). كما ورد في معجم لغة الفقهاء بأن "التكييف الفقهي للمسألة: تحريرها وبيان انتمائها إلى أصل معين معتبر"^(٢).

وفي الفقه^(٣) القانوني لقد عرف التكييف بعبارات مختلفة وذلك حسب إختلاف رؤية من تطرقوا الى هذا الموضوع وبحسب الفرع الذي يتم فيه التعريف فيما هل هو في نطاق القانون المدني أو في نطاق قانون آخر، حيث عرفه البعض على أنه "تنسيب النزاع الى فكرة أو مبدأ أو سابقة قضائية في حالة عدم وجود نص مكتوب"^(٤)، ويعرفه آخر على أنه "هو تحديد الوصف القانوني"^(٥)، ويعرفه آخر على أنه "عملية قانونية صرفة تؤدي إلى وضع الواقعة في قالبها القانوني الصحيح"^(٦). يظهر من هذه التعاريف التي وردت بعبارات مختلفة بأن محل التكييف يختلف عن محل التفسير، حيث التكييف محله الواقعة المعروضة أمام القاضي^(٧) أو الفقيه. وهو أول عمل يقوم به القاضي أو الفقيه ومقدمة للوصول إلى القاعدة التي سوف تطبق على الواقعة، وعن طريق التكييف يتم الربط بين الواقعة والنص القانوني^(٨).

إذ في كل دعوى يعرض على القاضي يقوم هو بتحديد طبيعة الدعوى ليعرف هل هو مدني أم جنائي، فإذا انتهى من ذلك ينتقل الى معرفة كون النزاع يدخل ضمن أي من القوانين، هل يقع ضمن القانون التجاري ام المدني أم الأحوال الشخصية، وبعده ينسب الواقعة في نطاق القانون الذي إختاره الى الباب أو الفصل الذي يراه مناسباً. عندما القاضي يقوم بالتفسير ثم بعد ذلك يأتي دور التفسير وذلك بصدد المادة التي إختارها القاضي لتطبيقها على الواقعة. إن أول عمل يقوم به القاضي هو التكييف ثم التفسير، وبذلك يظهر بأن التكييف غير التفسير، إلا أنه وفي الوقت ذاته غير منفصلان^(٩)، إذ يكمل كل واحد منهما الآخر ولا يمكن الإستغناء عن أحدهما. ونضيف أخيراً بأن التكييف عملية حتمية ولكن التفسير قد لا يكون ضرورياً في بعض الحالات (كما إذا كان النص واضحاً وقطعياً في دلالاته).

(١) الوسيط، مصدر سابق، طبعة دار الدعوة، ص ٨٠٧.

(٢) محمد رواس قلججي - حامد صادق قنبي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة: الثانية، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م، ص ١٤٣.

(٣) يعتبر مصطلح التكييف من المصطلحات الحادثة لذلك فقد وردت لدى فقهاء الشريعة بتسميات مختلفة، منها: (تصوير المسألة) أو (تصوير المسألة)، (التخريج) أو (تحقيق المناط). يراجع عامر بن عيسى اللهور، دور الاجتهاد في تغير الفتوى، كتاب منشور في موقع <http://elibrary.medi.u.edu.my/books/SDL٢٣٨٦.pdf> آخر زيارة تمت في ٢٠١٥/٤/١.

(٤) د. محمود عبدالكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ١٩٩٨، ص ٣٥.

(٥) د.عكاشة محمد عبدالعال: تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٢، ص ٧٩.

(٦) متزن جلال أحمد، مشكلات التكييف في المسؤولية المدنية، أطروحة دكتوراه، جامعة كوية، ٢٠٠٩، ص ٢١.

(٧) وهناك من يرى عكس ذلك وفي نظره قد يكون محل التكييف النظام القانوني، يراجع بهذا الصدد د. جابر جاد عبدالرحمن: القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص ٥٣٩.

(٨) أ.د. فايز محمد حسن، دور المنطق في تكوين القانون وتطبيقه، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠١١، ص ٣٥٣ - ٣٥٦.

(٩) هذا الترابط بين التكييف والتفسير جعل البعض يرى بأنهما مترادفتان حيث ورد (إذ كل نزاع أو أمر يخضع إلى تكييف أي التفسير والتحليل) د. محمود عبدالكريم حافظ عرموش، مصدر سابق، ص ٤٧.

ويشبه عمل القاضي أثناء الإبتداء بنظر القضية بدور الطبيب الذي يحاول تشخيص المرض، حيث في محاولته تكييف الواقعة وإعطائه الوصف الصحيح دوره كدور الطبيب الذي يحاول تشخيص المرض، ونضيف بأن دوره في وصف العلاج يشبه عملية التفسير الذي يقوم به القاضي، وبذلك التشبيه (مع الفارق طبعاً) يظهر الرابطة التي تربط التفسير بالتكييف.

ثانياً/ التمييز بين التفسير والإجتها

من القواعد الكلية المنصوصة عليها في القانون المدني العراقي هي (لا مساع للإجتها في مورد النص)^(١)، والإجتها لغةً يعني (بذل الوسع في طلب الأمر، والمراد به ردُّ القضيَّة من طريق القياس إلى الكتاب والسنة. وهو مجاز، كما في الأساس) (والجهدان، كسحبان: من أصابه الجهد، أي المشقة)^(٢).

أما اصطلاحاً عرفه الكثير من الفقهاء، فلدى بعض الفقه عرف بأنه "بذل الوسع في إدراك حكم شرعي بطريق الاستنباط ممن هو أهل له"^(٣)، كما وعرفه آخر على أنه "بذل المجتهد ما في وسعه لتحصيل ظن بحكم شرعي عملي من دليل تفصيلي"، يفهم من التعريفين بأن الإجتها هو أن يبذل المجتهد (سواء أ كان قاضياً أم فقيهاً) كل طاقاته لإصدار حكمه الشرعي للواقعة التي عرضت عليه. ولكن التعريف الثاني قد أكد على أن الحكم الذي يبديه يجب أن يتم إستخراجه من أدلة تفصيلية، وأن يصل إلى الظن. وللإجتها ثلاثة أركان^(٤)، وهي: المجتهد، المجتهد فيه والنظر بذل الجهد، وما يهمننا في هذه الدراسة الركن الثاني وهو المجتهد فيه وهو يكون من الظنيات، وهي لا تخرج عن الأقسام التالية^(٥):

القسم الأول: النص قطعي الثبوت ظني الدلالة، وهذا يكون في الآية والحديث المتواتر للذين قد دل لفظهما على الحكم دلالة ظنية. وفي القانون لا يتصور وجود نص قانوني ظني الثبوت وذلك لأن مصدر التشريع واضح، أما فيما يتعلق بالدلالة، فهناك الكثير من النصوص الظنية من حيث الدلالة فمثالها ما نصت عليه الفقرة (٣) من المادة (١١٣) من القانون المدني العراقي والتي نصت على "والتهديد بإيقاع ضرر بالوالدين أو الزوج أو ذي رحم محرم والتهديد بخطر يחדش الشرف يعتبر إكراهاً، ويكون ملجئاً وغير ملجئ بحسب الأحوال"، إذن هل أن التعداد الوارد في المادة وارد على سبيل الحصر أم على سبيل التمثيل؟ وكذلك ما هو الخطر الذي يחדش الشرف؟ إذن النص ظني الدلالة ويحتمل أكثر من تفسير.

القسم الثاني: النص ظني الثبوت قطعي الدلالة، وهذا يكون في غير المتواتر الذي دل على معناه دلالة قطعية.

القسم الثالث: النص ظني الثبوت والدلالة معاً، وهذا يكون في خبر الواحد الدال على معناه دلالة ظنية.

القسم الرابع: الاجتها فيما لم يرد فيه نص أو إجماع. ففي هذه الحالة يجتهد القاضي أو الفقيه لإستخراج الحكم عن أدلة أرشده الشارع إليها كالعرف والإستصحاب والمصالح المرسلة.

(١) المادة (٢) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١).

(٢) محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض، تاج العروس من جواهر القاموس، مجموعة من المحققين، دار الهداية، بدون مكان وسنة الطبع، الجزء السابع، ص ٥٣٩.

(٣) عياض بن نائي بن عوض السلمي، أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله، دار التدمرية، الرياض السعودية، ٢٠٠٥، ص ٤٤٨.

(٤) المصدر السابق نفسه ونفس الصفحة.

(٥) عبد الكريم بن علي بن محمد النملة، الجامع لمسائل أصول الفقه وتطبيقاتها على المذهب الراجح، مكتبة الرشد - الرياض - المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م، ص ٣٩٨، ٣٩٩.

كما ويقصد بالنص (في نظرنا) الوارد في القاعدة، النص القانوني، إلا أنه ليس هناك ما يمنع من إنصراف معناه إلى بنود العقد، إن كانت مكتوبةً.

ويتفق التفسير مع الإجتهد في أنهما طرق إستنباط الأحكام، إلا أنهما يختلفان في أن التفسير دائماً مع وجود النصوص، أما الإجتهد -وكما سلف بيانها- فقد لا يكون هناك نص ورغم ذلك يقوم المجتهد بإستخراج الحكم، وهذا لا يتفق مع طبيعة التفسير، ولذا نرى بأنه يمكن القول أن كل تفسير إجتهد، والعكس غير صحيح.

وما يلاحظ على هذه القاعدة أنه قيّد سلطة القاضي ومنعه من الإجتهد والتفسير إن كان هناك نص، وهذا يتنافى مع طبيعة التشريع، حيث من أهداف التشريع تحقيق العدالة، وهذا لا يتحقق إلا إذا أعطينا الصلاحية للقاضي لتحقيق العدالة القضائية، حيث أن القاضي وبحكم معاشته للواقع العملي يمكنه حمل ألفاظ النص على المعاني المناسبة لظروف الواقعة وملاساتها وبذل الجهد لتحقيق العدالة القضائية، ويظهر أن المشرع العراقي لم يكن موفقاً في إيراد القاعدة بهذه الصيغة المطلقة، لذلك نتفق مع البعض^(١) في ضرورة تعديل القاعدة لتكون كالآتي (لا مساع للإجتهد في مورد النص القطعي الدلالة).

كما وأن القاعدة السالفة يتناقض مع نص المادة (٣٠) من قانون المرافعات العراقي، حيث تنص على أنه "لا يجوز لأية محكمة ان تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقصه وإلا عد الحاكم ممتنعاً عن احقاق الحق . ويعد أيضاً التأخر غير المشروع عن اصدار الحكم امتناعاً عن احقاق الحق" وهذا يعني أن القاضي ملزم بإصدار الحكم في كل الأحوال، وهذا لا يمكن تحقيقه إلا إذا فتحنا باب الإجتهد أمام القاضي.

والقضاء العراقي قد إجتهد في مورد النص، حرصاً منه للحفاظ على مقصد التشريع وهو تحيق العدالة، حيث قضى ((... ولدى التدقيق والمداولة في اضبارة المزايدة على العقار موضوع الدعوى لوحظ بأن مدير بلديات كركوك وبسبب الوضع الأمني في المنطقة طلب من محافظ كركوك بمطالعه المؤرخة ١ / ١١ / ٢٠٠٤ لتعذر انتقال لجنة البيع والإيجار الثانية وبكامل أعضائها إلى موقع المزايدات في الأفضية والنواحي ولتعرض الموظفين إلى حوادث إطلاق النار عليهم طلب الموافقة على إجراء المزايدة في مقر بلدية كركوك وقد وافق محافظ كركوك على ذلك الطلب كما أن وزارة البلديات والأشغال العامة بكتابها المرقم (٢٧٩٥) في ١٥ / ٣ / ٢٠٠٤ (مديريةية البلديات العامة) كانت وافقت على الإجراء وبذلك يكون إدعاء المدعي بأن إجراءات المزايدة باطلة لعدم إجرائها في موقع العقار ومن ثم إبطال كافة الآثار القانونية المترتبة على تلك المزايدة لا سند له وتكون دعوى المدعي فاقدة لسندها القانوني ... ويكون الحكم المميز الذي قضى بفسخ الحكم البدائي ورد دعوى المدعي قد التزم وجهة النظر القانونية قرر تصديقه ... وصدور القرار بالاتفاق في ١٨ / ربيع الأول / ١٤٢٩ هـ الموافق ٢٥ / ٣ / ٢٠٠٨))^(٢)، هذا على الرغم من أن الحكم المذكور مناقض لمورد نص قانون بيع وإيجار أموال الدولة حيث تقضي المادة (٩/ سادساً) على أنه " لا تجري مزايدة البيع او الايجار الا ضمن الوحدة الادارية التي يقع فيها المال غير المنقول"^(٣) وهذا إجتهد واضح في مورد النص وهدفه عدم التمسك بحرفية النصوص الذي من شأنه أن يبعد التشريع عن هدفه .

(١) القاضي عواد حسين ياسين العبيدي، اجتهاد القاضي في مورد النص بين نهى التشريع ومقتضيات العدالة، مجلة التشريع والقضاء، السنة الثالثة العدد الرابع صدر ل(تشرين الاول - تشرين الثاني - كانون الاول) لسنة ٢٠١١، والمنشور على موقع : http://www.tqmag.net/body.asp?field=news_arabic&id=١٢٩٧&page_namper=٣٢ آخر زيارة تمت في ٢٠١٥/٤/١٨.

(٢) القرار ٣٣٦ / الهيئة الاستئنافية / العقار / ٢٠٠٨ في ٢٥ / ٣ / ٢٠٠٨ غير منشور، مشار إليه في المصدر السابق.

(٣) قانون بيع وإيجار اموال الدولة رقم (٣٢) لسنة ١٩٨٦ وتعديلاته.

ومابقي في هذا الخصوص هو أن النص الظني محل إجتهد، فإذا وصل المجتهد إلى الحكم وهو يشك في حكمه، في هذه الحالة يجب على المجتهد أن يكون رأيه في مصلحة المدين، أما إن كان حكمه مبنياً على الظن فعندها لا يلزم بهذا القيد، وذلك لأن الشك وحده يفسر لمصلحة المدين، أما الظن فهو درجة أقوى من درجات العلم بالأشياء والشك يأتي بعده، وكذلك إذا كان النص قطعي الدلالة، فيطبق حكمه وإن كان في غير مصلحة المدين.

المطلب الثاني/ المقصود بالمدين

المدين هو رجل مديون أكثر ما عليه من الدين^(١)، هذا من الناحية اللغوية ويقصد به من عليه دين لآخر، أما قانوناً فلم يعرف القانون المدني العراقي (المدين) بصورة مباشرة بل إنّه ذكره من خلال تعريفه للإلتزام، حيث نصّ على أنّه " الحق الشخصي هو رابطة قانونية ما بين شخصين دائن ومدين يطالب بمقتضاها الدائن المدين بأن ينقل حقاً عينياً أو ان يقوم بعمل أو ان يمتنع عن عمل"^(٢)، ويبدو من هذا التعريف وكما قصده المشرع هو أنّ المدين أحد طرفي الإلتزام الذي يمكن إلزامه إما بنقل حق عيني أو بالقيام بعمل أو بالإمتناع عن عمل، حيث أينما وجد الحق وجد معه الإلتزام وبالتالي يوجد معه المدين.

إذن المدين هو من يقع عليه الإلتزام (أو الدين) وهو الطرف الذي يقابله الدائن في الإلتزام (أو صاحب الحق الشخصي)، وقد ورد في الفقرة (٣) من المادة (٦٩) من القانون المدني العراقي بأنّ التعبير بلفظ الدين يؤدي نفس المعنى الذي يؤديه التعبير بلفظ الحق الشخصي ، وهذا يؤدي الى القول (حسب إتجاه المشرع العراقي) بأنّ التعبير بلفظ المدين يؤدي نفس المعنى الذي يؤديه التعبير بلفظ الدائن.

ويمكن إنتقاد هذه المادة أو موقف المشرع العراقي من عدة وجوه:

١- لقد عرف المشرع الحق الشخصي بأنّه رابطة قانونية ، ولكن عند تحليل الرابطة يظهر بأنّ المشرع لم يكن موفقاً في تعريفه، من المعروف أنّ لكل رابطة قانونية وجهين^(٣)، الأول إيجابي والثاني سلبي، الطرف الأول يكون ذا سلطة أو حق لمطالبة الطرف الآخر بتنفيذ ما وقع عليه من إلتزام، أما الطرف الثاني فهو الذي يقع عليه الإلتزام لصالح الطرف الأول، وقد درج الفقه على تسمية هذه الرابطة برابطة المديونية^(٤) على الرغم من أنّ الرابطة رابطة مديونية ودائنية في آن واحد)، وقد ظهر من خلال التحليل المتقدم بأنّ الحق الشخصي أحد وجهي هذه الرابطة، لذلك نتفق مع البعض في قولهم بأنّ المشرع قد وقع في غلط في هذا التعريف^(٥)، فالمشرع قد عرف الشيء بجزء منه وهذا يتناقض مع التعريف، حيث التعريف يجب أن يكون جامعاً، أي أن يتضمن كل العناصر المكونة للشيء، ومانعاً من أن يختلط به أمور أخرى.

٢- لقد ور في نص الفقرة (٣) من المادة (٦٩) بأنّه "ويؤدي التعبير بلفظ(الإلتزام) ولفظ (الدين) نفس المعنى الذي يؤديه التعبير بلفظ (الحق الشخصي)" أي أن هذه الفقرة قد ساوت بين الحق الشخصي والدين والإلتزام، ومن المعروف بأنّ الحق الشخصي وجه مقابل للإلتزام في نطاق الرابطة التي درج الفقه على تسميتها برابطة المديونية، لذلك يرى

(١) محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر، الرازي، مختارالصحاح، مؤسسة النوري للطباعة والنشر، دمشق، مادة دين، ص ٢١٧.

(٢) الفقرة الأولى من المادة (٦٩) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ وتعديلاته.

(٣) قد يقال بأن من المتصور نشوء الإلتزام دون أن يقابله حق شخصي، كما في الإرادة المنفردة، لكن مع هذا لا يلزم الملتزم بأداء أيما شيء إذا لم يكن هناك شخص تحقق له شيء بذمة الملتزم نتيجة قيامه بعمل لصالحه.

(٤) د. سعدي البرزنجي، ملاحظات نقدية في القانون المدني، مطبعة وزارة الزراعة، الطبعة الأولى، هتولير، ٢٠٠٧، ص ٨، ٩.

الباحث مع بعض الفقه^(١) أن المشرع العراقي قد وقع في غلط بين عندما ساوى بين هذه الأمور المتضادة، وكان عليه أن يقول بأن لرابطة المديونية أو الدائنية وجهان متضادان، الأول يسمى بالحق الشخصي والثاني يسمى بالإلتزام.

٣- لقد ورد في القانون المدني العراقي أن الدين يعني الإلتزام، وهذا يعني أنهما مترادفتان في نظر المشرع، والدين في اللغة يعني القهر والغلبة والإذلال والخضوع، يقال له: دان الرجل غيره ديناً وديناً، إذا غلبه وقهره، ويستعمل دان لازماً ومتعدياً في معنيين متقابلين، ويقال أيضاً: دان الرجل غيره ديناً- بالفتح- إذا أعطاه مالاً ببديل مؤجل، ودان الرجل- لازماً- إذا أخذ من غيره مالاً ببديل مؤجل، فهو دائن وهو أيضاً مدين ومديون^(٢).

أي أن الدين هو ما بذمة الشخص من مال لغيره، والشخص الذي عليه الدين يسمى بالمدين، أما الطرف الآخر فيسمى بالدائن لأن له الدين في ذمة المدين.

أمّا الدين في إصطلاح الفقهاء يعني "عبارة عن مال حكمي يحدث في الذمة ببيع أو استهلاك أو غيرهما"^(٣)، ويفهم من هذا التعريف بأن الدين أخص من الإلتزام، أي ان الإلتزام قد يكون محله ديناً أو عملاً أو عيناً، فالدين مال حكمي، فإن كان حقيقياً يكون عيناً وليس ديناً، ويمكن أن يتحول الإلتزام بالعمل أو بالعين إلى الإلتزام بالدين، وأن المصادر المنشئة للدين كثيرة، منها: الإلتزام بدفع قيمة المبيع، والإلتزام بدفع الأجرة، وكذلك إذا أتلّف أحد مال غيره وكان ضامناً لقيمه، أو كما في الإلتزام بالعمل إذا إمتنع الملتزم القيام بالعمل وحصل الملتزم له على إستئذان المحكمة في القيام بالعمل على نفقة الملتزم ففي هذه الحالة يتحول الإلتزام من العمل الى الدين. وخالصة ماسبق هي أن الدين ليس الإلتزام، ولكن بعض القوانين وبعض الفقه قد درجوا على إستعمال لفظ الدين بدلاً من الإلتزام، وهذا قد يكون بتأثير مجلة الأحكام العدلية حيث وردت فيها "وأما تعريف الدين شرعاً فقد عرفته مجلة الأحكام العدلية بقولها: "الدين ما يثبت في ذمة الرجل" وورد في نفس المادة من المجلة على أن الفقهاء يستعملون كلمة الدين بمعنيين عام، وهو مطلق الحق اللازم في الذمة، وخاص، وهو عند جمهور الفقهاء "كل ما يثبت في الذمة من مال بسبب يقتضي ثبوته"^(٤). ونتيجة لما ورد في أعلاه نقترح على المشرع العراقي أن يبتعد عن إطلاق لفظ الدين على الإلتزام وتجنب إطلاق لفظ المدين على الملتزم، وإستناداً على ذلك يقترح الباحث تعديل المادة (٦٩) بفقراتها الثلاثة كالآتي(١) - الحق الشخصي هو أحد وجهي الرابطة القانونية ما بين شخصين ملتزم وملتزم له يطالب بمقتضاها الملتزم له الملتزم بأن ينقل حقاً عينياً أو ان يقوم بعمل او ان يمتنع عن عمل.

٢- ويعتبر حقاً شخصياً بالنسبة للملتزم له الإلتزام بنقل الملكية اياً كان محلها نقداً او مثليات او قيميات، ويعتبر كذلك حقاً شخصياً الإلتزام بتسليم شيء معين.

٣- ويقابل (الإلتزام) في كل رابطة قانونية (الحق الشخصي).

وإستناداً لنفس الأسباب الواردة في أعلاه نقترح تعديل نص المادة (١٦٦) من القانون المدني العراقي والتي هي موضع دراستنا وجعلها كالآتي "يفسر الشك في مصلحة الملتزم"، وذلك لأنه إن بقيت المادة كما هي الآن فحكمه يقتصر على الملتزم بالدين، ويخرج عن نطاقه الملتزم بالعمل وبالعين والتوثيق.

(١) نفس المصدر السابق، ص ٩، ١٠.

(٢) ابن منظور، لسان العرب، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت، ٢٠٠٨، مجلد الخامس، ص ٣٣٨-٣٣٩.

(٣) زين الدين بن إبراهيم، الأشباه والنظائر، تحقيق: محمد مطيع الحافظ، دمشق: دار الفكر، ط ١، ١٩٨٣، ص ٤٢١.

(٤) المادة ١٥٨ من مجلة الأحكام العدلية.

المطلب الثالث/ الشك

من خلال مراجعتنا للكتب القانونية لم نجد بحثاً تفصيلياً عن الشك ودوره في هذا المجال وأثره في المسؤولية والحكم أو تخفيفها أو إستبعادها أو تشديدها، لذلك لابد على أي باحث قانوني الرجوع الى كتب اللغة والفقهاء الإسلاميين، عليه سنقوم في هذا المطلب بدراسة هذا الموضوع .

الشك لغة : لفظ (شك) مأخوذ من شين وكاف وله معانٍ متعددة في كتب اللغة، ومنها:

١- بمعنى نقيض اليقين والإرتياب: حيث ورد بأنه (الشك خلاف اليقين) ، تشكك في الأمر بمعنى شك فيه وإرتاب^(١)، ومنه قوله تعالى (ذَلِكَ الْكِتَابُ لَا رَيْبَ فِيهِ هُدًى لِّلْمُتَّقِينَ)^(٢) أي بمعنى لا شك فيه.

٢- بمعنى التداخل (الشين والكاف أصل واحد مشتق بعضه من بعض وهو يدل على التداخل، من ذلك (قولهم شككته بالرمح وذلك إذا طعنته فدخل السنان جسمه)^(٣)

٣- بمعنى التردد: حيث أكد مجمع اللغة العربية في القاهرة بأنه (حالة نفسية يتردد معها الذهن بين الإثبات والنفي ويتوقف عن الحكم)^(٤).

على الرغم من أن الشك له معانٍ أخرى في اللغة، إلا أننا نكتفي بهذا القدر ، لأن المعاني اللغوية كلها تدل على أن الشك، حالة متعلقة بالعلم، حيث الإنسان في هذه الحالة لم يصل الى علمه اليقين وبهذا فهو يتردد بين أمور لا ترجيح بين أحدهم، إذن فالحكم الذي يصدر بناءً على الشك يكون مبنياً على التردد والحسبان.

ويرتب الفقه المستوى المعرفي إلى أربع درجات، وذلك حسب علم الشخص بالمسألة المطروحة:

أ- الجهل: وهو لغة نقيض العلم وضده^(٥). أما إصطلاحاً، فقد توزعت الآراء بشأنه الى رأيين ، الأول يرى بأن الجهل يعني إدراك المعلوم على خلاف ما هو به، والثاني يرى أن الجهل هو عدم العلم عما من شأنه أن يعلم^(٦)، والفرق بين الإثنين هو أن العلم ليس له وجود في الثاني أما في الأول فإن العلم موجود ولكنه لا يطابق الواقع.

ب- الشك : تقدم الكلام عنه وسيأتي تفصيله إصطلاحاً.

ت- الظن: وهو التردد بين النقيضين مع وجود مرجح لا يصل لحد اليقين.

ث- اليقين: يَقْنُ يَقْنًا وَيَقْنًا الأمر وضع وثبت، علمه و تحققة، واليقين هو إزاحة الشك، وهو العلم الحاصل عن النظر والإستدلال^(٧)، وإصطلاحاً اعتقاد الشيء بأنه كذا، مع اعتقاده بأنه لا يمكن أن يكون إلا كذا، اعتقاداً مطابقاً لنفس

(١) المنجد في اللغة والإعلام، دار المشرق بيروت، الطبعة الثانية، بدون سنة الطبع ، ص ٧٨٧.

(٢) سورة البقرة آية (٢).

(٣) معجم مقاييس اللغة لابن فارس، (١٧٣/٣) تحقيق عبدالسلام هارون ، دار الكتب العلمية.

(٤) المعجم الوسيط، اخراج ابراهيم مصطفى وزملاءه، مجمع اللغة العربية، بدون تاريخ الطبع، (٤٩٠/١).

(٥) معجم مقاييس اللغة ، ص ٢١١.

(٦) للمزيد حول الجهل وأنواعه والخلافات الفقهية بشأنه يراجع بدر بن محمد بن عبدالعزيز محمود، الجهل وأثره في الأحكام الشرعية العملية، بحث منشور على شبكة الإنترنت، ٢٣-٣٤. رابط البحث <http://www.alukah.net/Library/٩٠٦٤/٤٢٠٠٠> أخير زيارة للموقع تمت في ٢٠/١٣/٢٠١٣.

(٧) المنجد، ص ٩٢٦.

الأمر، غير ممكن الزوال^(١). ويعرفه البعض على أنه "العلم القطعي بالأشياء التي لا تحتمل النقيض، أو ما قطعت به النفس، وعرفنا مداركه"^(٢)، إذن اليقين هو أقصى درجات العلم بالأشياء، وبذلك فإن كل من الشك والظن والجهل تكونان أضداده (أي أضداد اليقين).

الشك في الإصطلاح: يختلف المعنى الإصطلاحي للشك باختلاف مجال دراسته، فمثلاً في المجال الفلسفي يصوره البعض على أنه: "الشكوك هي الموصلة للحق، فمن لم يشك لم ينظر، ومن لم ينظر لم يبصر، ومن لم يبصر بقي في العمى والضلال"^(٣)، والشك بهذا المعنى يعني توجيه النقد الى الأشياء والأفكار للوصول الى الحقيقة، وهذا يؤدي الى القول بأن الشك هو الوسيلة الناجحة للوصول الى الحقيقة^(٤).

يظهر لنا من خلال ما سبق بأن الشك الذي نقصده (أو الذي يقصده المشرع) هو غير الذي ورد في إصطلاح الفلاسفة، بل ما نقصده هو الذي ورد في معناه اللغوي، حيث يعرفه البعض على أنه "التردد بين وجود الشيء وعدمه سواء كان الطرفان في التردد مستويين أو أحدهما راجحاً"^(٥)، من خلال قراءة هذا التعريف ومقارنته بمستويات العلم التي وردت سابقاً، يبدو أن هذا التعريف قد خلط بين الظن وهو التردد مع وجود مرجح، وبين الشك وهو التردد دون وجود مرجح. وهذا غير صحيح لأن إصطلاحاً يعني "الطرف الراجح من مدركات الإنسان أياً كان سبب الترجيح"^(٦)، وكثير من أحكام القضاء تعتمد على وسائل ظنية، لذلك القاضي لا يلزم بأن يكون حكمه مبنياً على اليقين، لأن ذلك يؤدي إلى ضياع الكثير من الحقوق^(٧).

كما وعرفه البعض الآخر على أنه "هو تجويز أمرين لامزية لأحدهما على الآخر"^(٨). ويعرفه البعض الآخر على أنه "تردد الفعل بين الوقوع وعدمه، أي لا يوجد مرجح لأحدهما على الآخر"^(٩)، يظهر من التعاريف الإصطلاحية كما في التعاريف اللغوية، بأن الفقهاء أغلبهم قد إفترضوا وجود جانبين للأمر المطروح أو للأمر المشكوك فيه، حيث الإنسان حسب نظرهم يكون متردداً بين إتيان الفعل وعدمه أو بين تجويز أمرين دون مرجح بينهما، ونرى أن هذه التعاريف للشك قد تنقصها الدقة من هذه الناحية، حيث الإنسان في بعض الأحيان قد يكون متردداً بين أكثر من شئئين أو أمرين، والأمثلة على ذلك كثيرة في الحياة العملية، فكثيراً ما يتردد الأطباء في تشخيص المرض ووصف الدواء بين أكثر من

^(١) تحرير القواعد المنطقية: قطب الدين الرازي (١٦٦) دار احياء الكتب العربية طباعة عيسى البابي الحلبي، مصر. نقلاً عن أحمد بن إبراهيم محمد سامي عسيري، الشك أسبابه وآثاره وعلاج الإسلام له، دراسة مقدمة لقسم العقيدة لنيل درجة الماجستير في العقيدة، جامعة أم القرى، ٢٠٠٧، ص٢٠. منشور على موقع libback.uqu.edu.sa/hipres/ABS/indv٣٢١.pdf - آخر زيارة تمت في ٢٠١٢/٢/٢٥.

^٢ عبدالكريم بن علي بن محمد النملة، المهذب في علم أصول الفقه المقارن، مكتبة الرشد، الرياض، ١٩٩٩، الجزء الأول، ص ١٠٦.

^(٣) نقلاً عن محمود حمدي رزقوق، المنهج الفلسفي بين الغزالي وديكارت، دار المعارف، القاهرة، ١٩٩٧، ص٧٠.

^(٤) إن البحث في تفاصيل المعنى الفلسفي للشك يخرج عن موضوع بحثنا، لذلك نكتفي بهذا القدر الذي عرضناه ليتبين الفرق بين الشك موضوع بحثنا والشك الفلسفي. للمزيد حول هذا الموضوع يراجع إبراهيم محمد سامي عسيري، مصدر سابق، ص ٣٣ وما بعدها.

^(٥) إبراهيم بن محمد السليمان، مبدأ تفسير الشك لصالح المتهم، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ص١٣.

(٦) أ.د. مصطفى إبراهيم الزلمي، المنطق القانوني في التصورات، الطبعة الثالثة، منشورات مركز أبحاث القانون المقارن، أبريل، ٢٠٠٩، ص ٣٠، ٣١.

(٧) نفس المصدر المصدر السابق ونفس الصفحة.

^(٨) أبي الوليد سليمان بن خلف، الحدود في الأصول، تحقيق نزلة حماد، مؤسسة الزغبي للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٧٣، ص٢٩. والشيخ محمد الحسن الددو الشنقيطي، شرح ورقات إمام الحرمين، ص٢٥. كتاب نشره موقع www.chatharat.com آخر زيارة تمت في ٢٠١٢/٦/٥.

^(٩) د. عبدالكريم زيدان، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ٢٠٠٣، ص٣٥.

إحتمالين، ولكن دون إمكانية تعيينها، فهنا الطبيب يتردد بين ثلاث احتمالات على الأقل. وما نقصده هو وجوب تعريف الشك على أنه (تجويز عدة أمور لامتزية لأحدهم على الآخر).

المبحث الثاني

تحديد نطاق القاعدة

ترتبط هذه القاعدة بمواد أخرى سواء في القانون المدني أم في مواد القوانين الأخرى، كما وأن مجال تطبيقها يكون أوسع إن تمّ نقلها إلى الأحكام العامة الواردة في صدر القانون المدني، كما أن المشرع قد خرج على هذه القاعدة في أماكن، لذلك يحاول الباحث معالجة هذه المسائل في مطلبين وكالاتي:

المطلب الأول/ تحديد معنى القاعدة

الطلب الثاني/ إستثناءات القاعدة وحرية القاضي في التفسير

المطلب الأول تحديد معنى القاعدة

لكي يتبين تحديد معنى القاعدة لا بد من القيام بدراسة أساسها، ومن ثم التمييز بين تفسير القانون وتفسير العقد، والقيام بهذا من خلال فرعين.

الفرع الأول/ أصل القاعدة

إن هذه القاعدة في الأساس تستند إلى قاعدة أخرى ألا وهي قاعدة (الأصل براءة الذمة)^(١)، ويقصد بالذمة المالية "مجموع ماله للإنسان من حقوق وما عليه من إلتزامات"^(٢)، وبالذمة تثبت للإنسان أهلية الوجوب، وهذه الأهلية تثبت للإنسان منذ لحظة ولادته حياً، وتأسيساً على ذلك إذا اختلف المؤجر مع المستأجر في مقدار الأجرة بعد إسفاء المنفعة فالقول قول المستأجر، و(الأصل) الوارد في القاعدة يفيد (الثابت)، وهذا يعني الثابت هو الإنسان يولد وذمته غير مشغولة بدين أو إلتزام، ويبقى هذا الأصل معمولاً به حتى يأتي دليل آخر يناقض هذا الأصل المؤكد.

والقاعدة السابقة بدورها تستند إلى قاعدة أخرى وهي (اليقين لا يزول بالشك)، فيما أن اليقين هو عدم مشغولية الذمة المالية للشخص، والمشغولية لا يمكن تثبيتها إلا إستناداً إلى دليل آخر أقوى في دلالتها من الدليل الذي ثبت به أصل البراءة، وبناءً على ذلك عندما يصدر القاضي حكمه بمشغولية ذمة شخص ما، يجب أن يصدره على الأقل بدليل أقوى يزيل الشك أي يمكن إصدار الحكم وقلب يقين البراءة بظن^(٣)، ولكن عندما لا تصل قوة الأدلة إلى هذا المستوى، فالقاضي يرجع إلى الأصل مستنداً إلى الشك وهو براءة الذمة^(٤).

(١) المادة (٦) من قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة (١٩٧٩).

(٢) د.عبدالمجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني - أحكام الإلتزام، مكتبة القانون المقارن، بغداد ١٩٧٧، ص ٧٣.

(٣) هذا بخلاف ماورد في الكثير من الأحكام القضائية والتي تفيد بأن القاضي يلزم بأن تصدر أحكامه بناءً على الجزم واليقين، ويرى الباحث بأن إلتزام القاضي بهذا التقييد يمنع وتمنع من حل الكثير من القضايا وذلك لاننا نعرف أن اليقين أقوى درجات العلم وفي الكثير من الحالات لا يصل القاضي إلى هذه الدرجة من العلم بخفايا القضية المعروضة عليه وبهذا يمكن أن تشمل القضاء. ومن الأحكام القضائية التي تؤكد على ذلك، القرار رقم ١١٩٧ في ٢٠١٢/٢/٧ من محكمة التمييز الإتحادية - جزائي والمبدأ (الأحكام تبني على الجزم واليقين لا على الظن والتأويل).

(٤) محمد محي الدين عوض، الحق في العدالة الجنائية، مجموعة بحوث الندوة العلمية (حقوق الإنسان بين الشريعة والقانون الوضعي)، جامعة نايف للعلوم الأمنية، رياض ٢٠٠١، ص ٤٩٤.

والقاعدة الفرعية على القاعدة السابقة هي (الأصل بقاء ما كان على ما كان)، فما ثبت سابقاً يحكم ببقائه حتى يقوم الدليل الذي يثبت عكسه، وإستناداً إلى ذلك المفقود وهو الغائب الذي لا يعرف حياته أو مماته، يعد حياً حتى يأتي دليل يغلب الظن لدى القاضي ويحكم بموته^(١).

وإستناداً على ماتقدم تقع عبء إثبات مشغولية الذمة على من يدعي خلاف الأصل الظاهر الثابت إبتداءً، عليه نص قانون الإثبات على أنه (البينة على من ادعى واليمين على من انكر)^(٢)، ومن تطبيقات هذه القاعدة ماورد في المادة (١/١١٦٣) من القانون المدني العراقي، حيث نصت على أنه " من حاز وهو حسن النية منقولاً أو سنداً لحامله مستنداً في حيازته الى سبب صحيح، فلا تسمع عليه دعوى الملك من احد"، وهذا يعني من كان في حيازته منقولاً فالظاهر هو مالكة، ومن يدعي خلافه فعليه بالبينة التي تقنع القاضي وتفند هذا الأصل الظاهر^(٣)، ويقلبه إلى ظاهر عرضاً.

وهناك قاعدة مطابقة لقاعدة أصل البراءة في نطاق القوانين الجنائية ألا وهي (الأصل براءة المتهم) وكذلك (الأصل في الإنسان البراءة)، ومايلاحظ في هذا المجال أن هذا المبدأ على الرغم من كونه مبدأً معترفاً به دولياً^(٤) ودستورياً^(٥)، إلا إنه لم يترجم إلى نصوص قانونية في قانون العقوبات أو في قانون أصول المحاكمات، ولكن المشرع الكوردستاني حاول ترجمة المبدأ في قوانينها، حيث تنص قانون تعويض الموقوفين والمحكومين في أسبابه الموجبة على أنه " من اولى الضمانات التي يتطلبها مبدأ سيادة القانون وحماية حقوق المواطنين المحافظة على الحرية الشخصية لما كان الأصل ان الانسان بريء حتى تثبت ادانته بمحاكمة عادلة توفر له فيها كافة الضمانات لممارسة حق الدفاع ولما كان التوقيف اجراء قد تقتضيه الضرورة او يوجب القانون"^(٦)، وفي هذا المجال نتفق مع البعض^(٧) الذين يرون كان الأولى بالمشرع أن ينص على المبدأ في متن القانون ونصوصه.

الفرع الثاني / التمييز بين تفسير القانون وتفسير العقد

يمكن التمييز بين تفسير القانون وتفسير العقد، إنطلاقاً من الفرق الموجود بين القاعدة القانونية والقانون من جهة وبين العقد والنص العقدي من جهة أخرى.

(١) د. عبدالكريم زيدان، مصدر سابق، ص ٣٩-٤٠.

(٢) المادة (٧/ أولاً) من قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة (١٩٧٩).

(٣) ينظر بهذا المعنى القاضي أحمد عزيز جايد خليون، دور القاضي في إثبات الدعوى المدنية، الطبعة الثانية، مكتبة القانون والقضاء، بغداد، ٢٠١٣، ص ٢٢.

(٤) المادة (١١) للإعلان العالمي لحقوق الإنسان والتي تنص على أنه " كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئاً إلى أن تثبت إدانته قانوناً بمحاكمة علنية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية للدفاع عنه."

(٥) هذا المبدأ على الرغم من كونه مبدأً قضائياً، فقد أصبح مبدأً دستورياً وقد نص على ذلك الدستور العراقي في الفقرة (٥) من المادة (١٩) على أن "المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية عادلة ولا يحاكم المتهم عن التهمة ذاتها مرة أخرى بعد الإفراج عنه إلا إذا ظهرت أدلة جديدة".

(٦) قانون تعويض الموقوفين والمحكومين عند البراءة والافراج في اقليم كوردستان-العراق رقم (١٥) لسنة (٢٠١٠)

(٧) خيرى خضر حسين، ضمانات المتهم في مرحلتي التحقيق والإستجواب ضمن مراحل التحقيق في القانون العراقي - قانون رقم (١٥) لسنة ٢٠١٠ نموذجاً، بحث مقدم لترقية أعضاء الإدعاء العام، ٢٠١١، ص ١٠. منشور في موقع www.krjc.iq اخير زيارة تمت في ٢٠١٥/١/١٠.

عرف القانون المدني العراقي العقد بأنه " العقد هو ارتباط الايجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه"^(١)، وإنطلاقاً من هذا التعريف (رغم كونه محل نقد بعض الفقه)^(٢) يمكن أن نجمل أهم الخصائص التي يتميز به العقد، ومنها:

١- إنه ناشيء من وجود إرادتين، وبهذا يختلف العقد عن الإرادة المنفردة.
٢- يجب أن تكون الإرادتان متطابقتان تماماً، فإن لم تتطابقا وكان عدم التطابق في شيء جوهري في نظر المتعاقدين، لانكون أمام عقد، وذلك بسبب عدم إتجاه الإرادة المشتركة للمتعاقدين لإحداث نفس الأثر القانوني الذي قصده المتعاقد الآخر.

٣- إنه ينظم الروابط بين شخصين أو أكثر، فلكي نكون أمام عقد بالمعنى القانوني الدقيق، لابد من أن يكون المتعاقد موجوداً وعبر عن إرادته في الإلتزام ببند عقده، وإستناداً لذلك حتى ولو كان هناك في نصوص العقد فرضاً وحكماً، إلا أن الفرض موجه إلى شخص معين بذاته لا إلى كافة أفراد المجتمع ممن تتوفر فيه صفة معينة.

وعلى هذا الاساس يمكن التسليم بأن تفسير العقد يعني (البحث عن القصد الحقيقي الفعلي للمتعاقدين)^(٣) كما ويهدف التفسير إلى (تحديد معنى النصوص الواردة في العقد)^(٤)، ويفهم من هذا بأن تفسير العقد يتصل بمبدأ سلطان الإرادة بصله وثيقة، وذلك لأن دور القاضي في تفسير العقد إنما ينحصر في إستخراج النية المشتركة للمتعاقدين. أما القانون فيعرفه جانب من الفقه على أنه " مجموعة من القواعد التي تنظم الروابط الإجتماعية في المجتمع والمقترنة بجزء تقسر بموجبه السلطة العامة الأفراد على إتباعها"^(٥)، ووفقاً لهذا التعريف القانون يتكون من مجموعة من القواعد، وهذه القاعدة هي محل التفسير كما هو الحال بالنسبة لقواعد العقد. والقاعدة القانونية تتسم بمجموعة من الصفات، ومنها^(٦):

١- قاعدة عامة ومجردة: ويقصد بهذا أن القاعدة القانونية توجه إلى كافة الناس، أو بعبارة أدق إلى كل من تتوفر فيه صفة معينة لافرداً معيناً بذاته، وعلى هذا تتفق فقهاء القانون على أن القاعدة القانونية تتكون من فقرتين من الناحية الشكلية، وهما الفرضية والحكم، والفرض هو الوضع الذي تتناوله القاعدة القانونية، أما الحكم فهو الحل الذي وضع لكيفية التعامل مع الوضع أو المركز الذي تناولته القاعدة.

٢- القاعدة القانونية قاعدة ملزمة: وهذا يعني القاعدة القانونية واجبة الإحترام من قبل كل من تتوفر فيه صفة أو صفات تناولتها القاعدة، هذا إذا كانت القاعدة أمرية.

٣- القاعدة القانونية التشريعية قاعدة مستمرة، فالقاعدة القانونية لا توضع لحالة بعينه، بل لحالات تتناولها القاعدة، فلذلك لكل قاعدة قانونية بداية، وهي نشرها في الجريدة الرسمية، ونهاية وهي إلغائها بالطرق المتبعة لذلك.

وإستناداً لكل ماتقدم يمكن ان نجمل أهم أوجه الإختلاف بين تفسير العقد وتفسير القانون فيما يأتي:

(١) المادة (٧٣) من القانون المدني العراقي.

(٢) د. محمد أحمد الكزني، نظرية العقد الموقوف في القانون المدني العراقي، مطبعة كويل، كوردستان العراق ٢٠٠٥، ص ٧-١١.

(٣) د. توفيق حسن فرج و د. مصطفى الجمال، مصادر وأحكام الإلتزام، منشورات الطلبي الحقوقية، ص ٢٩٧.

(٤) المصدر السابق ونفس الصفحة.

(٥) د. عبدالرزاق أحمد السنهوري و د. أحمد حشمت أبوستيت، أصول القانون، القاهرة ١٩٥٢، ص ١٣.

(٦) يراجع في تفصيل ذلك د. محمد حسن قاسم، مصدر سابق، ص ٣٦-٦٢.

- ١- يقتصر أثر تفسير العقد على المتعاقدين وعلى من له مصلحة في تفسيره، إلا أن تفسير القانون يشمل كل المخاطبين بها في المجتمع.
- ٢- بما أن التشريع يوضع في زمن وقد يفسر في زمن آخر، لذلك فإن التوصل إلى إرادة المشرع الحقيقية وتكييفه مع الواقع المتطور أمر صعب، إلا أن المتعاقدين ينصب إرادتهما على شيء معين والتعرف عليه أيسر من التعرف على نية المشرع.
- ٣- بما أن النص القانوني يستمر مدة طويلة من الزمن لذلك يكون موضوع عمل الكثير من الفقهاء والمحاكم والمشرع نفسه، إلا أن هذا لا يتصور في تفسير العقد.
- ٤- المحل في تفسير القانون هو النص التشريعي فقط (في نظرنا)، إلا أن المحل في تفسير العقد قد يكون نصاً مكتوباً أو غير مكتوب. ولكن هناك من يرى بأن النص القانوني أياً كان مصدره يكون محلاً للتفسير وذلك إستناداً إلى تعريفهم لتفسير القانون، حيث يعرفون تفسير القاعدة القانونية على أنه "الوقوف على معناها وتحديد نطاقها حتى يتسنى إعمال حكمها على ما يعرض من حالات خاصة"^(١).

المطلب الثاني/ إستثناءات القاعدة وحرية القاضي في التفسير

لقد خرج المشرع العراقي على معنى القاعدة موضع الدراسة، في موضعين، حيث إستثنى صراحة عقود الإنعان من نطاق القاعدة، وفي مكان آخر وبصورة ضمنية قد خرج على معنى القاعدة، لذلك نعالج الموضوع في ثلاثة فروع يخصص الفرع الأول لتفسير عقود الإنعان، ويخصص الفرع الثاني للإستثناء الضمني على القاعدة، أما الفرع الثالث والأخير فنخصصه لمدى حرية القاضي في تطبيق القاعدة.

الفرع الأول/ تفسير عقود الإنعان

لم يعرف المشرع العراقي ما يسمى بعقد الإنعان، إلا أن في كتب الفقه قد عرف من قبل البعض منهم على أنه "هو العقد الذي ينحصر فيه قبول أحد الطرفين بالتسليم بمشروع عقد ذي نظام مقرر وضعه الموجب ولا يقبل مناقشة فيه ، إذا كان محله سلعة أو مرفقاً ضرورياً يحتكره الموجب إحتكاراً قانونياً أو فعلياً يسيطر عليه سيطرة تجعل المنافسة فيه محدودة النطاق"^(٢)، ومن أهم خصائص هذه العقود، هي:

- ١- يتمتع الموجب بمركز إقتصادي يسمح له بفرض شروطه على القابل، والأخير ليس بيده إلا التسليم بهذه الشروط، وذلك لأن السلعة أو الخدمة محل العقد من ضرورات الحياة اليومية للفرد^(٣).
- ٢- يكون الإيجاب في عقود الإنعان عاماً ، أي موجهاً إلى عامة الناس، كما وفي الغالب يكون الإيجاب في صيغة مكتوبة، وهذا لكي لا يكون للمتعاقد حرية المناقشة (أو يكون له هذا المعنى).

(١) حسن كيرة، المدخل إلى القانون، الطبعة السادسة، منشأة المعارف، ١٩٩٣، ص ٣٩٨. وينفس الإتجاه يراجع أ.د. عباس الصراف وأ.د.

جورج حزيون، المدخل إلى علم القانون، دار الثقافة، الأردن، ٢٠٠٨، ص ٦٩، ٧٠.

(٢) د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للإلتزامات، طبع على نفقة جامعة المستنصرية، ١٩٧٦، ص ٦٤.

(٣) والأمثلة على ذلك كثيرة كعقد التأمين، عقود شركات الطيران، عقود الملاحة ومن أبرزها اليوم عقود خدمة الهاتف النقال.

٣- أكثرية الشروط تكون لمصلحة الموجب، فهي تارة تخفف مسؤوليته وتارة أخرى تشدد مسؤولية القابل، ولهذا نص المشرع على جواز تعديل أو إلغاء هذه الشروط (أي الشروط التعسفية).
وإستناداً إلى الطبيعة الخاصة لهذه العقود فقد ألزم المشرع القاضي بأن يكون تفسيره دائماً في مصلحة الطرف المدعن (وهو الطرف الضعيف).

وبهذا يتبين أن القاضي لا يطبق القاعدة القاضية بوجوب تفسير العقد لمصلحة المدين، بل يفسر العقد لمصلحة الطرف الضعيف سواء أ كان ملتزماً أم ملتزماً له. ولكن يجب أن لا يفهم بأن التفسير في كل الحالات يكون في صالح الطرف الضعيف، حيث إن كانت الشروط جوهرية ورضي بها الطرفان بإرادتهما^(١)، فحينئذ لا يجوز للقاضي أن يحوّر معنى الشرط أو يلغيه لمصلحة الملتزم، بل عليه في هذه الحالة التأكيد على وجود الشرط حتى وإن كان ضاراً بالطرف الضعيف، والقول بغير ذلك يؤدي إلى إستبعاد عقود الإذعان من دائرة العقد وإعتبره نظاماً قانونياً خاصاً أو أي شيء آخر غير العقد.

ولكن إن كان الشرط تعسفياً، فالقاضي بموجب نص الفقرة (٢) من المادة (١٦٧) يتمتع بسلطة إلغاء الشرط أو تعديله، وليس للأطراف الإتفاق على سلب هذه السلطة من القاضي، ويجب أن يلاحظ أن هذه السلطة لا تدخل نطاق قاعدة تفسير الشك لمصلحة الطرف الضعيف بصورة مباشرة، ولكن له علاقة بها لأن القاضي له سلطة تقديرية في تحديد تلك الشروط، وعمله هذا لا يخرج عن كونه تفسيراً لمفهوم الشرط.

الفرع الثاني / الإستثناء الضمني

تنص المادة (١٥٨) من قانون المرافعات على أنه " تصدر الاحكام بالاتفاق أو بأكثرية الآراء فإذا تشعبت الآراء وجب على العضو الأقل درجة ان ينضم الى أحد الآراء لتكوين الأكثرية"^(٢).

تتناول هذه المادة تشكيلة المحاكم التي تشترك فيها أكثر من قاض في إصدار الحكم، كما هو الحال في محكمة الإستئناف، حيث بعد التداول والمناقشة يقوم رئيس المحكمة بأخذ الآراء، ويبدأ برأي القاضي الأقل درجة، فإذا إتفقت الآراء عندها تصدر الحكم بالإتفاق، أما إذا لم يتفق كل الإراء فحينئذ إما تكون هناك أكثرية، أو تشتتت في الآراء، فإذا تشتتت الآراء يجب ان ينضم العضو الأقل درجة إلى أحد الآراء، لتكوين الأكثرية، وفي هذه الحالة يصدر الحكم بالأكثرية، فهذه القاعدة وكما هو واضح تخالف مبدأ حرية القاضي في رأيه، إلا أن هذا الحكم قد تبرره مقتضيات العمل في المحاكم. والرأي الذي يبديه العضو الأقل درجة يحتفظ به في أوراق الدعوى، إلا أنه لا ينطق به، بل يستفاد منه عند إعادة النظر في القضية. فهذا المبدأ على الرغم من كونه يبرره واقع العمل في المحاكم إلا أنه يخالف قاعدة (الشك يفسر في مصلحة المدين)، حيث أن المادة موضع الدراسة مطلقاً من قيد، لذا فإن رأي العضو الأقل درجة حتى وإن كان في مصلحة المدين يجب عليه أن يتخلى عنه، أي على القاضي أن يتخلى عن مبدأ قانوني مستنتج من روح التشريع، في صالح مبدأ تبرره واقع عملي، وهذا تناقض كان على المشرع تداركه من خلال تقييد هذه القاعدة بقيد كون الرأي الذي ينظم إليه القاضي الأقل درجة أن يكون أكثر تحقيقاً لمصلحة المدين، وخاصة المادة (١٥٨) تتكلم عن التشتت، أي إذا كان هناك على الأقل ثلاثة آراء في القضية، ويحتمل أن يكون الرأيان من تلك الآراء في مصلحة المدين إلا أن واحداً منها يكون أكثر تحقيقاً لمصلحة المدين، ولتدارك مثل هذه الحالات يجب تعديل النص كالاتي:

(١) د.صلاح الدين عبداللطيف الناهي، الوافي الوجيز- مصادر الحقوق الشخصية- المصادر الإرادية، مطبعة البيت العربي- عمان، ١٩٨٤، ص٣٩، ٤٠.

(٢) قانون المرافعات المدنية العراقية رقم (٨٣) لسنة (١٩٦٩) وتعديلاته.

إن بقيت قاعدة الشك يفسر في مصلحة المدين في محله، عندها يجب تعديل النص وفق الآتي " تصدر الاحكام بالاتفاق أو بأكثرية الآراء فإذا تشعبت الآراء وجب على العضو الأقل درجة ان ينضم الى الرأي الأكثر تحقيقاً لمصلحة الملتمزم لتكوين الأكثرية". وبعكس ذلك قد يبتعد العضو الأقل درجة عن رأيه السابق ويتخلى عنه كلياً، لمجرد تكوين الأكثرية، وذلك دون أن نقيده بأن يبحث عن الرأي الذي يكون أكثر تحقيقاً لمصلحة الملتمزم.

الفرع الثالث/ مدى حرية القاضي في تطبيق القاعدة

توصلنا من خلال ما سبق الى أن كل نص قانوني يطبق على الواقعة أو محتمل التطبيق يكون محلاً للتفسير من قبل القاضي أو من الفقيه، إلا أن مدى هذه السلطة أو الكيفية التي يقوم بها القاضي بتفسير النصوص ليست مطلقة بالنسبة للقاضي في المسائل المدنية، حيث هناك قواعد تحكم هذه المسألة، سواء أ كانت تلك القواعد قانونية أم قواعد متعلقة بعملية التفسير نفسه.

وكما قيل سابقاً، أن قواعد التفسير تتوزع بين قواعد قانونية وأخرى مرتبطة بعلم التفسير نفسه، وبما أن قواعد التفسير بعضها مرتبط بعلم التفسير وهي مواضيع لكتب ومؤلفات خاصة بها، وبعض القواعد تخص تفسير العقود فقط لذلك لم نتطرق في هذا البحث الى تفاصيل تلك المواضيع لأن البحث لا يتسع لجمعها، إلا أنه هناك قواعد تقييد حرية القاضي في التفسير، سنحاول إيرادها والتعليق عليها.

لقد نصَّ المشرع العراقي على أنه "الزام القاضي باتباع التفسير المتطور للقانون ومراعاة الحكمة من التشريع عند تطبيقه"^(١)، وتطبيقاً لهذا المبدأ فإنَّ القاضي ليس حراً في الإتجاه الذي يختاره في تفسيره للنصوص القانونية، بل عليه أن يلتزم بقاعدتين في هذا الصدد وهما أن يكون تفسيره متطوراً والثاني هو أن يراعي حكمة التشريع، أي إذا ظهر للقاضي أن نصاً قانونياً قد وضع لحسن سير العدالة والقضاء، وإن مخالفة هذا النص سوف لا يؤدي الى التفريط بأصل الحق بل بالعكس سوف يؤدي الى السرعة في تحقيق العدل، فالقاضي ملزم في هذه الحالة بأن يلتزم التفسير المتطور لا أن يقف عند المعنى الحرفي للنصوص، وعلى ذلك فعلى القاضي أن يبحث عند تطبيقه للنصوص عن الحكمة التي شرعت القاعدة من أجلها، وفضلاً عن ذلك فإنَّ المبدأ الذي جاء به قانون الإثبات العراقي وإلزامه القاضي بتفسير متطور، يلزمه أن يبحث عن إرادة المشرع لا وقت وضعه النص، بل عند حل القضية، أي على القاضي عند تفسيره النصوص أن يضع نفسه موضع المشرع فيما يتعلق بالحكمة التي شرعت القاعدة لتحقيقها، وتبعاً لذلك فإنَّ النص الذي قد وضع لحالات محددة سابقاً قد يشمل حكمه حالات لم يكن موجوداً عند تشريعه، وبذلك فإنَّ نطاق النص يتغير ضيقاً وإتساعاً تبعاً للتفسير الذي يقوم به القاضي، وهذا بالضرورة يعني يلتزم القاضي بأن يربط النص بالواقع المتطور، وهذا يجبره على عدم التوقف عند المعنى الحرفي للنصوص.

وورد في موضع آخر^(٢) أنَّ القاضي عند تفسيره للنصوص يجب أن لا يتقيد بالشكلية إلا إذا كان عدم التمسك هذا ينشأ عنه الإفراط بأصل الحق، ولاشك بأنَّ الشكلية المعروفة - في نطاق القوانين الإجرائية خاصة - محل خلاف جدي وطويل بين فقهاء وشراح القانون. فقد قيل بهذا الصدد بأنَّ الشكلية عبارة عن جملة عراقيل تحول دون سرعة وسهولة حسم الدعاوى وتسهيل إثبات الحقوق، إلا أنَّ الإتجاه الحديث بصدد الشكلية هو إنَّها وسيلة لتحقيق غاية أسمى وهي ضمان حرية الإدعاء والدفاع وتوفير المساواة للمتقاضين، لذلك فإذا كان هناك عيب في شكل الإجراء القضائي ولكن الهدف الذي كان يرمي اليه الإجراء قد تحقق، فحينئذ لا مبرر لإبطال الدعوى بسبب عدم توفر الشكل، وهذا المبدأ

^(١) المادة (٣) من قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة (١٩٧٩) وتعديلاته.

^(٢) المادة (٤) من نفس القانون السابق.

ترجمه بعض نصوص قانون المرافعات، كما في مسألة التبليغ، حيث أن التبليغ لا يحكم ببطلانه إلا إذا ثبت بأن العيب الذي شابه قد فوت الغرض من الإجراء

وهناك جملة من القواعد وهي في مجملها قواعد مستقاة من الفقه الإسلامي، وتساعد القاضي في عملية تفسير نصوص العقود، وهذه القواعد في الحقيقة تمثل قيوداً على حرية القاضي ومرشداً له في تفسيره للنصوص، ويمكن توجيه النقد الى القانون المدني العراقي بصدده هذه الناحية من جهتين، الأول هو أن القانون المدني العراقي لا يحتوي على الكثير من القواعد التي ترشد القاضي في تفسير النصوص القانونية، والثاني هو أن المشرع قد أورد هذه القواعد فيما يتعلق بتفسير نصوص العقود دون النصوص القانونية، ونحن نعلم -وكما أسلفنا- أن النصوص القانونية غالبيتها بحاجة الى تفسير، ويحدث كثيراً في الواقع العملي بأن الأطراف يتكون مسائل عدة للنصوص القانونية المكملة، أو هناك نصوص قانونية ملزمة يجب تطبيقها على هذا العقد أو ذاك، لذلك فإن نطاق تطبيق النصوص القانونية أوسع بكثير من نصوص العقود، وبناءً على ذلك نتفق مع البعض^(١) الذي يقترح على المشرع العراقي بأن ينقل بعض تلك القواعد الواردة في المواد (١٥٥-١٦٦) الى الباب التمهيدي للقانون المدني لكي تكون قواعد ترشد القاضي في تفسير قواعد القانون والتصرفات كلها، لأنها قواعد مستقاة من العقل والمنطق والواقع العملي وضرورة إستقرار التعامل، كما ويقترح الباحث على المشرع بأن يقوم بإيراد قواعد إضافية في هذا الباب، أو أن يترك قضية التفسير للقاضي لكي يقوم هو بالتفسير وفقاً لما إستقر عليه الفقه والقضاء في التفسير، وذلك لأن الموقف الحالي للمشرع العراقي (وهو إيراد قواعد التفسير بصدده نصوص العقود فقط) قد يفهم منه بأن القاضي في تطبيقه للنصوص القانونية لا يتقيد بأية قاعدة أو قيد.

(١) ينظر د. محمد سليمان الأحمد، خواطر مدنية آراء وأفكار في القانون المدني، منشورات مكتب الفكر والوعي للإتحاد الوطني الكوردستاني، ٢٠٠٩، ص ٤٠٦-٤٠٨.

الخاتمة

من خلال دراسة هذا البحث المتواضع توصلنا إلى الإستنتاجات والمقترحات الآتية:

أولاً / الإستنتاجات

- ١- ليس من المفروض أن تصدر الحكم القضائي بناءً على الجزم واليقين، بل يكفي مجرد الظن لقلب يقين أصل البراءة، وذلك لأن القاعدة هي أن (اليقين لا يزول بالشك) ونحن نعلم بأن للعلم درجات، وهي: الجهل، الشك، الظن، اليقين، عليه يمكن القول بأن الظن يمكنه أن يقلب أصل البراءة، وبناءً على ذلك يمكن القول بأن الأحكام يمكن أن تبني على الظن، لا على الجزم واليقين فقط.
- ٢- ليس من الضرورة أن يكون الشك بين أمرين، كما هو وارد في تعريف وشروح فقهاء القانون واللغة، بل قد يكون بين أكثر من أمرين لمرجح بينهما، وإستناداً على ذلك فقد عرف الشك بأنه (تجوز عدة أمور لامزية لأحدها على الآخر) وذلك بدلاً من القول بأن الشك هو (تجوز أمرين لامزية لأحدهما على الآخر).
- ٣- وظهر لنا من خلال التعريف بأن المحل في تفسير القانون هو النص التشريعي فقط، ذلك لأنه ليس من المعقول القول بأن القاضي قد فسر العرف، في هذه الحالة يكون القاضي قد إستنتج العرف، وكذلك الحال بالنسبة للمصادر الأخرى.
- ٤- ولاحظنا بأن الشك لا يفسر دائماً لمصلحة الملتزم، بل قد يفسر لصالح الملتزم له، وذلك في نطاق عقود الإذعان.

ثانياً / المقترحات

بناءً على ما سبق بيانه نقترح على المشرع العراقي ما يأتي:-

- ١- تعديل نص المادة (١٦٦) من القانون المدني العراقي من (يفسر الشك في مصلحة المدين) إلى (يفسر الشك في مصلحة الملتزم).
- ٢- تعديل نص المادة (٢) من القانون المدني لتصبح كالآتي (لا مسأخ للإجتهد في مورد النص القطعي الدلالة)، وذلك حتى لا نسد باب الإجتهد والتفسير أمام القاضي.
- ٣- نقل المادة (١٦٦) إلى صدر القانون المدني ليعم حكمه الشك الموجود في العلاقات القانونية بين الملتزم والملتزم له في أحكام القانون المدني كلها، وذلك إسوة بالقوانين الجزائية، حيث هناك يفسر الشك لصالح المتهم، ولماذا لا نفسر الشك لصالح الملتزم سواء أ كانت علاقاته عقدية أم غير عقدية.
- ٤- تعديل نص المادة (١٥٨) من قانون المرافعات العراقي لتصبح كالآتي " تصدر الاحكام بالاتفاق أو بأكثرية الآراء فإذا تشعبت الآراء وجب على العضو الأقل درجة ان ينضم الى الرأي الأكثر تحقيقاً لمصلحة الملتزم لتكوين الأكثرية"، وذلك لكي لا يضيع هدف المادة (١٦٦) من القانون المدني لمجرد تكوين الأكثرية.
- ٥- تعديل نص المادة (٦٩) بفقراتها الثلاثة لتصبح كالآتي: (١- الحق الشخصي هو أحد وجهي الرابطة القانونية ما بين شخصين ملتزم وملتزم له يطالب بمقتضاها الملتزم له الملتزم بأن ينقل حقاً عينياً أو ان يقوم بعمل او ان يمتنع عن عمل. ٢- ويعتبر حقاً شخصياً بالنسبة للملتزم له الالتزام بنقل الملكية اياً كان محلها نقداً او مثليات او قيميات، ويعتبر كذلك حقاً شخصياً للالتزام بتسليم شيء معين. ٣- ويقابل (الالتزام) في كل رابطة قانونية

(الحق الشخصي). وذلك للأسباب التي وردت في ثنايا البحث وخلصتها هي أن المشرع قد وقع في غلط عندما نص على أن الحق الشخصي رابطة قانونية، في حين أن الحق الشخصي أحد وجهي الرابطة، كما وليس من الصحيح أن نقول بأن الدين والإلتزام والحق الشخصي مصطلحات مترادفة، حيث أن الدين يعني ما يثبت في الذمة من مال حكومي وهو أخص من الإلتزام، أما الحق الشخصي فهو الوجه المقابل للإلتزام.

قائمة المصادر

أولاً / الكتب

- ١- إبراهيم بن محمد السليمان، مبدأ تفسير الشك لصالح المتهم، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية.
- ٢- أبي الوليد سليمان بن خلف، الحدود في الأصول، تحقيق نزية حماد، مؤسسة الزغبى للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٧٣.
- ٣- د. آدم وهيب النداوى، شرح قانون الإثبات، مطبعة دار القادسية - بغداد ١٤٠٦ هـ.
- ٤- القاضي أحمد عزيز جايد خليون، دور القاضي في إثبات الدعوى المدنية، الطبعة الثانية، مكتبة القانون والقضاء، بغداد، ٢٠١٣.
- ٥- د. توفيق حسن فرج و د. مصطفى الجمال، مصادر وأحكام الإلتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بدون سنة الطبع.
- ٦- د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للإلتزامات، طبع على نفقة جامعة المستنصرية، ١٩٧٦.
- ٧- حسن كيرة، المدخل إلى القانون، الطبعة السادسة، منشأة المعارف، ١٩٩٣.
- ٨- خالد بن عثمان السبت، قواعد التفسير جمعاً ودراسةً الجزء الأول، دار بن عفان ، بدون مكان الطبع، ١٤٢١ هـ.
- ٩- د. سعدي البرزنجي، ملاحظات نقدية في القانون المدني، مطبعة وزارة الزراعة، الطبعة الأولى، هتولير، ٢٠٠٧.
- ١٠- د. صلاح الدين عبداللطيف الناهي، الوافي الوجيز- مصادر الحقوق الشخصية- المصادر الإرادية، مطبعة البيت العربي - عمان، ١٩٨٤.
- ١١- عبد الكريم بن علي بن محمد النملة، الجامع لمسائل أصول الفقه وتطبيقاتها على المذهب الراجح، مكتبة الرشد - الرياض - المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م.
- ١٢- أ. عبدالباقي البكري و المدرس زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، شركة العاتك لصناعة الكتاب في القاهرة و المكتبة القانونية في بغداد، بدون سنة الطبع.
- ١٣- د. عبدالرزاق احمد السنهوري و د. احمد حشمت ابو ستيت، أصول القانون، القاهرة، ١٩٤٦.
- ١٤- د. عبدالكريم زيدان، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت ، ٢٠٠٣.
- ١٥- أ.د. عباس الصراف وأ.د. جورج حزيون، المدخل إلى علم القانون، دار الثقافة، الأردن، ٢٠٠٨.

- ١٦- د. عبدالمجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني- أحكام الإلتزام، مكتبة القانون المقارن، بغداد ١٩٧٧.
- ١٧- د. عكاشة محمد عبدالعال، تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ٢٠٠٢ .
- ١٨- عياض بن نائي بن عوض السلمي، أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله، دار التدمرية، الرياض السعودية، ٢٠٠٥.
- ١٩- د. غالب علي الداودي، المدخل الى علم القانون، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، ٢٠٠٤.
- ٢٠- أ.د. فايز محمد حسن، دور المنطق في تكوين القانون وتطبيقه، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠١١.
- ٢١- د. مالك دوهان الحسن، المدخل لدراسة القانون، ج١، مطبعة الجامعة، بغداد، ١٩٧٢.
- ٢٢- متزن جلال أحمد، مشكلات التكيف في المسؤولية المدنية، أطروحة دكتوراه، جامعة كوية، ٢٠٠٩.
- ٢٣- أ.د. مصطفى إبراهيم الزلمي، المنطق القانوني في التصورات، الطبعة الثالثة، منشورات مركز أبحاث القانون المقارن، أربيل.
- ٢٤- د. محمد أحمد الكزني، نظرية العقد الموقوف في القانون المدني العراقي، مطبعة كويل، كوردستان العراق ٢٠٠٥.
- ٢٥- محمد محي الدين عوض، الحق في العدالة الجنائية، مجموعة بحوث الندوة العلمية (حقوق الإنسان بين الشريعة والقانون الوضعي)، جامعة نايف للعلوم الأمنية، رياض ٢٠٠١.
- ٢٦- د. محمد حسن قاسم، المدخل لدراسة القانون، الجزء الأول، منشورات حلي الحقوقية-بيروت، ٢٠٠٩.
- ٢٧- د. محمد سليمان الأحمد، خواطر مدنية آراء وأفكار في القانون المدني، منشورات مكتب الفكر والوعي للإتحاد الوطني الكوردستاني، ٢٠٠٩.
- ٢٨- د. محمد شريف احمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، مطبعة وزارة الاوقاف والشؤون الدينية، بغداد، ١٩٨٢.
- ٢٩- محمود حمدي زقزوق، المنهج الفلسفي بين الغزالي وديكارت، دار المعارف، القاهرة ، ١٩٩٧.
- ٣٠- د. محمود عبدالكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ١٩٩٨.

ثانياً/ القوانين

- ٣١- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) وتعديلاته.
- ٣٢- قانون بيع وايجار اموال الدولة رقم (٣٢) لسنة ١٩٨٦ وتعديلاته.
- ٣٣- القانون المدني الكويتي رقم ٦٧ لسنة (١٩٨٠) وتعديلاته.
- ٣٤- القانون المدني الأردني(رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦) وتعديلاته.
- ٣٥- قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة (١٩٧٩) وتعديلاته.
- ٣٦- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة (١٩٦٩) وتعديلاته.

ثالثاً/ القرارات

- ٣٧- القرار رقم ١١٩٧ في ٢٠١٢/٢/٧ من محكمة التمييز الإتحادية
- ٣٨- مجلة الأحكام العدلية.

رابعاً/ مواقع الإنترنت

- ٣٩- أحمد بن إبراهيم محمد سامي عسيري، الشك أسبابه وآثاره وعلاج الإسلام له، دراسة مقدمة لقسم العقيدة لنيل درجة الماجستير في العقيدة، جامعة أم القرى، ٢٠٠٧، ص٢٠. منشور على موقع libback.uqu.edu.sa/hipres/ABS/indv٣٢١.pdf - آخر زيارة تمت في ٢٠١٣/٢/٢٥.
- ٤٠- بدر بن محمد بن عبدالعزيز محمود، الجهل وأثره في الأحكام الشرعية العملية، بحث منشور على شبكة الإنترنت، ٢٣-٣٤. رابط البحث <http://www.alukah.net/Library/٩٠٦٤/٤٢٠٠> - آخر زيارة للموقع تمت في ٢٠١٣/١/٢٠.
- ٤١- خيرى خضر حسين، ضمانات المتهم في مرحلتي التحقيق والإستجواب ضمن مراحل التحقيق في القانون العراقي - قانون رقم (١٥) لسنة ٢٠١٠ نموذجاً، بحث مقدم لترقية أعضاء الإدعاء العام، ٢٠١١، ص١٠. منشور في موقع www.krjc.iq آخر زيارة تمت في ٢٠١٥/١/١٠.
- ٤٢- فارس حامد عبد الكريم، الإدارات العامة والتفسير الرجعي للقانون .. الجزء الثاني، بحث منشور على شبكة الإنترنت في موقع بنت الرافدين، ورابط المقال <http://brob.org/old/bohoth/bohoth/bohoth١٤٧.htm> آخر زيارة للموقع تمت في ٢٠١٥/٥/١٥.
- ٤٣- عامر بن عيسى اللهوى، دور الاجتهاد في تغير الفتوى، كتاب منشور في موقع <http://elibrary.medi.u.edu.my/books/SDL٢٣٨٦.pdf> آخر زيارة تمت في ٢٠١٥/٤/١.
- ٤٤- القاضي عواد حسين ياسين العبيدي، اجتهاد القاضي في مورد النص بين نهى التشريع ومقتضيات العدالة، مجلة التشريع والقضاء، السنة الثالثة العدد الرابع صدر لـ(تشرين الاول - تشرين الثاني - كانون الاول) لسنة ٢٠١١، والمنشور على الموقع http://www.tqmag.net/body.asp?field=news_arabic&id=١٢٩٧&page_namper=pr آخر زيارة تمت في ٢٠١٥/٤/١.
- ٤٥- الشيخ محمد الحسن الددو الشنقيطي، شرح ورقات إمام الحرمين. كتاب نشره موقع www.chatharat.com آخر زيارة تمت في ٢٠١٤/٦/٥.
- خامساً / كتب اللغة
- ٤٦- أبي الحسين أحمد بن فارس زكريا، معجم مقاييس اللغة ، تحقيق عبدالسلام هارون، دار الفكر، بدون مكان وسنة الطبع.
- ٤٧- محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض، تاج العروس من جواهر القاموس، مجموعة من المحققين، دار الهداية، بدون مكان وسنة الطبع.
- ٤٨- ابن منظور، لسان العرب، دار صادر للطباعة والنشر، الطبعة السادسة، بيروت ، ٢٠٠٨.
- ٤٩- زين الدين بن إبراهيم، الأشباه والنظائر، تحقيق: محمد مطيع الحافظ، دمشق: دار الفكر، ط ١، ١٩٨٣.
- ٥٠- مجدالدين محمد بن يعقوب - الفيروز أبادي ، القاموس المحيط ، دار المعرفة، بيروت، ٢٠٠٩.

- ۵۱- محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي ، مختار الصحاح ، مؤسسة النوري للطباعة والنشر، دمشق، مادة دين، ص ۲۱۷.
- ۵۲- محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض، تاج العروس من جواهر القاموس، مجموعة من المحققين، دار الهداية، بدون مكان وسنة الطبع.
- ۵۳- المنجد في اللغة والإعلام، دار المشرق بيروت، الطبعة الثانية، بدون سنة الطبع.
- ۵۴- معجم اللغة العربية، المعجم الوسيط، مطبعة مصر، ۱۹۶۰.

پوخته‌ی توپژینه‌وه

پینگه‌ی کهسی پابه‌ند ههروهک پینگه‌ی تۆمه‌تباره له‌وه‌ی که هه‌ردوکیان لایه‌نی لاوازن له داوادا، ئه‌مه وایکردوو که یاسا به چه‌ند شیوه‌یه‌ک پارێزگارییان لێ بکات، له‌وانه‌ش به‌خشینی داواله‌سه‌رگراو له قورسای سله‌ماندنی ئه‌ستۆپاکیی خۆی، ئه‌مه‌ش له‌به‌رئه‌وه‌ی مرۆف له دایکه‌به‌یت به‌بی ئه‌وه‌ی به هیچ شتیکه‌وه پابه‌ندبه‌یت بۆ هیچ که‌سیک، هه‌روه‌ها بیبه‌ریشه له هه‌ر تاوان و ناراستیه‌ک، چونکه سه‌ره‌تا له مرۆف پاکیه‌تییه، پالپشت به‌م سه‌ره‌تایه‌ش گومان له به‌رژه‌وه‌ندی قه‌رزدار و تۆمه‌تبار لیکه‌ده‌دریته‌وه، به‌لام یاسادانه‌ری عیراقی حوکمی ئه‌م بنه‌ما یاساییه‌ی ته‌نها کۆتکردوه له چوارچێوه‌ی ئه‌و پابه‌ندبووانه‌ی که له گریبه‌سته‌وه دروسته‌بن و سه‌رحه‌م سه‌رحاوه‌کانی تری پابه‌ندبونی پشتگوێخستوو، له چوارچێوه‌ی پابه‌ندی گریبه‌سته‌یه‌کانیش ئه‌م ریسه‌یه به ریسه‌یه‌کی تر له یاسای دادبینه‌ی شارستانی کۆتکراوه، که گوزارشته له پابه‌ندکردنی حاکمی پله‌ نزمتر به‌ چونه‌پال یه‌کیک له رایه‌کانی تری ده‌سته‌ی دادوه‌ران بۆ هینانه‌کایه‌ی حوکمی زۆرینه، به‌ بی ئه‌وه‌ی پابه‌ندیکردبێ که ده‌به‌یت وازه‌ینان له رایه‌که‌ی خۆی له‌به‌رژه‌وه‌ندی که‌سی پابه‌ندکراو به‌یت، بۆیه له باسی یه‌که‌م جه‌ختمان له‌سه‌ر شیکردنه‌وه‌ی ده‌سته‌واژه‌کانی ئه‌و ریسه‌یه کردۆته‌وه، که ده‌لێ (گومان له‌به‌رژه‌وه‌ندی که‌سی پابه‌ندکراو لیکه‌ده‌دریته‌وه)، وه‌بایه‌ی دووه‌میشمان ته‌رخان کردوه بۆ دیاریکردنی چوارچێوه‌ی ریسه‌که.

له کۆتایی توپژینه‌وه‌که‌دا گه‌شته‌یه‌ چه‌ند ده‌ره‌نجامیه‌ک، گرنه‌ترینیان بریتیه‌ له: پێویستی ئه‌نجامدانی گۆرانکاری له هه‌ر سێ بره‌گه‌ی ماده‌ی (۶۹) یاسای شارستانی عیراقی، ئه‌مه‌ش له‌به‌رئه‌وه‌ی هه‌ست به‌ هاودژی و وردنه‌بون ده‌کریت له ماده‌ی نامه‌ژه‌بۆکراودا له به‌کاره‌ینانی ده‌سته‌واژه‌کاندا، هه‌روه‌ها پێشنیارمان کردوو ماده‌ی (۱۶۶) له یاسای شارستانی عیراقی بگوازیته‌وه بۆ ریزی ماده‌دانی ده‌سته‌یه‌ک، بۆ ئه‌وه‌ی حوکمه‌که‌ی به‌سه‌ر سه‌رحه‌م په‌یوه‌ندیه‌کاندا جیه‌جی به‌یت، جا سه‌رحاوه‌کانیان هه‌رشته‌یه‌ک بن.

Research Summary

It is often the case that the committed person's status is similar to the defendant as they are weaker party in legal cases. Therefore, laws have been enacted to provide legal protection in many ways. For instance, the debtor is exempted to provide evidence to proof their owing. Indeed, no person is born bearing the burden of guilt and obligations. Based on the previous statement the judgement on suspicion is interpreted in favore of the defendant or debtor. However, the Iraqi legislator only emphasized on this basic legal principle in contracts and ignored all other sources of obligation. Furthermore, in the contractual commitment scope these rules are bound to other rules in the civil procedure codes. This states that the junior judges must follow the opinion of the board of judges and making the consensus without binding them that they should leave their opinion in favore of the committed person. Hence, in this paper there are two sections, which focus on analysing the basic tenets that make up this rule, such as asserting that (the judgement on suspicion must be in the defendant's favour). Other sections are dedicated to identify the framework of these rules.

In the end of study, several conclusions were identified and suggestions put forward to resolve them. Most significant are; it included an ammendment recommendation of three clauses of "Article 69" of Iraqi civil law, so that the contradictions and inaccuracies could be eliminated in the mentioned article. Another recommendation was to transfer "Article 166" from its current position within the Civil Code to the beginning articles so that all related matters could be dealt with accordingly whatever their causes are.