الرقم الدولي: ISSN2075-7220

الرقم الدولي الالكتروني: ISSN2313-0377

مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية

مجلة علمية فصلية محكمة تصدر عن

كلية القانون بجامعة بابل

بعض البحوث التي وردت ضمن هذا العدد:

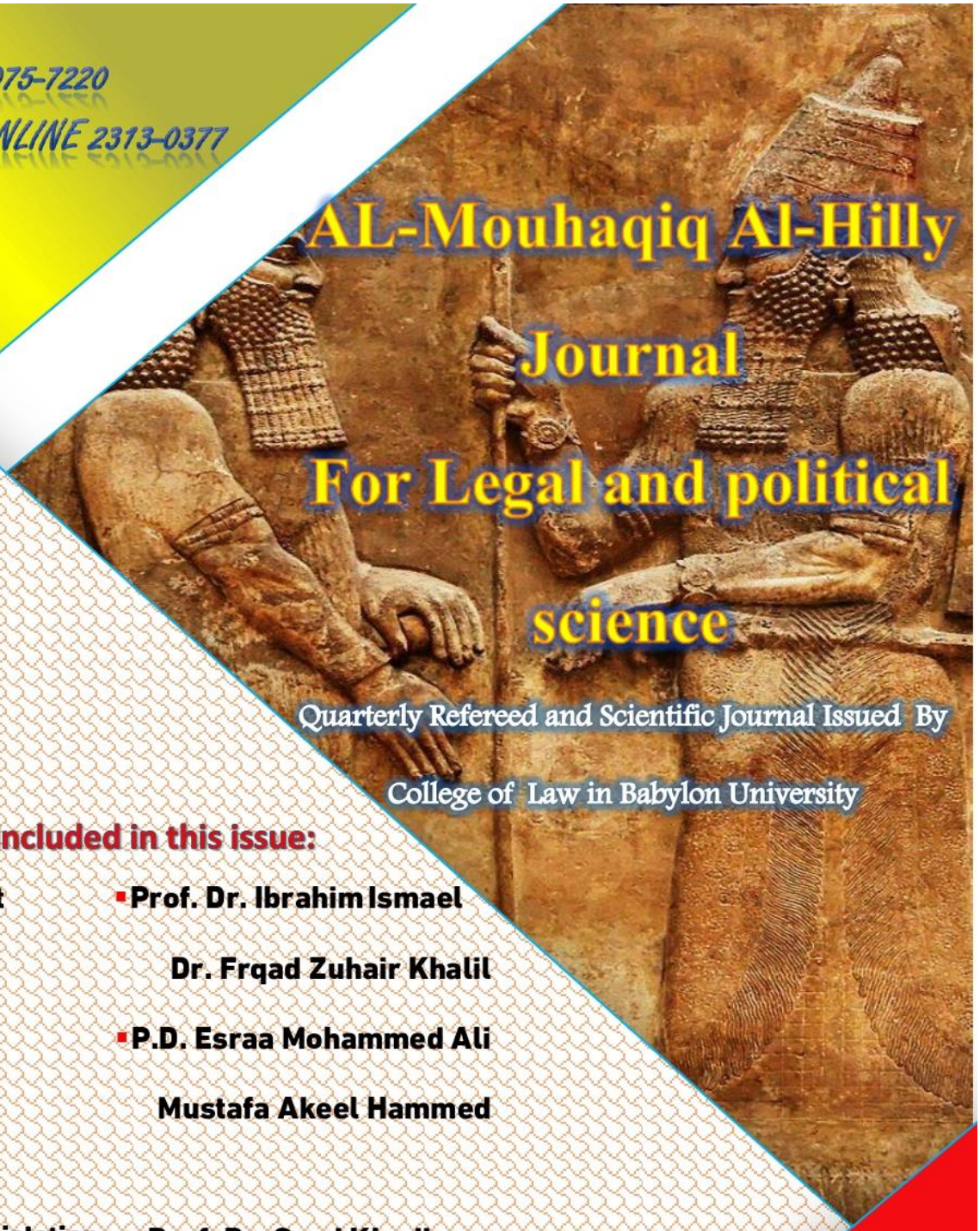
- ادارة مخاطر منح الائتمان المصرفي — أ. متمرس د. ابراهيم اسماعيل
م.د. فرقد زهير خليل
- الأحكام الموضوعية لجريمة لعب القمار -دراسة مقارنة- — ا.د اسراء محمد علي
مصطفى عقيل حميد
- دور التشريعات المالية في ظهور الشركات القابضة في العراق بعد ٢٠٠٣ — ا.د. سعد خضير عباس
- حقوق الجهة الادارية في عقود الشراكة خدمة الكهرباء بين القطاعين العام والخاص (دراسة مقارنة) — أ.د.اسماعيل صعصاع غيدان
م.اقبال عبد العباس يوسف

السنة الثالثة عشر العدد الثالث

٢٠٢١

رقم الايداع في دار الكتب والوثائق ببغداد ١٢٩١ لسنة ٢٠٠٩

ISSN 2075-7220
ISSN ONLINE 2313-0377



AL-Mouhaqiq Al-Hilly Journal For Legal and political science

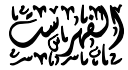
Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By
College of Law in Babylon University

Some of the research included in this issue:

- **Credit Risk Management** — **Prof. Dr. Ibrahim Ismael**, **Dr. Frqad Zuhair Khalil**
- **Objective Judgments To Crime Of Play Gambling -A comparative Study-** — **P.D. Esraa Mohammed Ali**, **Mustafa Akeel Hammed**
- **The Role of Financial legislation in the emergence of holding companies in Iraq after 2003.** — **Prof. Dr. Saad Khudir Abbas Al rahamee**
- **Authority in the electricity service partnership contracts between the public and private sectors (Comparative study)** — **Prof. Ismail Sasa' Al-Budair**, **Iqbal Abdel Abbas**

THIRTEEN YEAR
2021
THIRD ISSUE

No. Deposit in the Archives office – office 1291
for the national Baghdad in 2009



ت	البحث	اسم الباحث	رقم الصفحة
١.	ادارة مخاطر منح الائتمان المصرفي	أ.د.المتمرس.ابراهيم اسماعيل ابراهيم م.د. فرقد زهير خليل	٩-٧١
٢.	الأحكام الموضوعية لجريمة لعب القمار -دراسة مقارنة-	ا.د اسراء محمد علي مصطفى عقيل	٧٢-١٠٢
٣.	دور التشريعات المالية في ظهور الشركات القابضة في العراق بعد٢٠٠٣	ا.د. سعد خضير عباس	١٠٣-١٢٣
٤.	حقوق الجهة الادارية في عقود الشراكة خدمة الكهرباء بين القطاعين العام والخاص (دراسة مقارنة)	أ.د.اسماعيل صعصاع غيدان م.اقبال عبد العباس يوسف	١٢٤-١٤٦
٥.	احكام التزام المرفوض بادارة المال المرهون (دراسة مقارنة)	ا.د. منصور حاتم محسن حازم محمد جواد	١٤٧-١٨٥
٦.	مفهوم عقد الكفالة المؤقتة (دراسة مقارنة)	ا.د.ايمان طارق مكي علي عايد فالح	١٨٦-٢١٧
٧.	المفهوم القانوني لعقد التجميد(دراسة مقارنة)	أ.د. سلام عبدالزهرة عبدالله مشتاق عبدالحي عبدالحسين	٢١٨-٢٥١
٨.	الاساس القانوني للالتزام بضمان سلامة السائح	أ.د. هادي حسين عبدعلي بلسم محمد طالب	٢٥٢-٢٨٢
٩.	اثر قواعد الاسناد لحماية المستهلك الالكتروني في العلاقات الدولية	أ.د. عبدالرسول عبدالرضا حسين عمران جرمط	٢٨٣-٣٢٤
١٠.	جريمة الاعتداء على محطات القوة الكهربائية (دراسة مقارنة)	ا.دحسون عبيد هجيج شهد حيدر	٣٢٥-٣٦٠
١١.	السياسية العقابية لجريمة اخفاء العمل الارهابي (دراسة مقارنة)	أ.د. عمار عباس الحسيني علي منديل عبدالله	٣٦١-٣٨٧
١٢.	الجريمة دولية (جريمة الاستيلاء انموذجاً)	ا.د.صدام حسين وادي حازم سكران خضير	٣٨٨-٤٢٣
١٣.	ماهية الاعتداء على البيانات الشخصية لمستخدمي مواقع التواصل الاجتماعي وتطبيقاتها العملية	أ.د. ميري كاظم عبيد فلاح ساهي خلف	٤٢٤-٤٦١
١٤.	انتقاص الاجراء القضائي (دراسة تحليلية مقارنة)	أ.د. وسن قاسم غني م. م احمد خضير عباس أحمد	٤٦٢-٤٨٣
١٥.	نطاق امتياز مؤجر العقار	أ.د. وسن قاسم غني هاجر عبد العظيم عنبر	٤٨٤-٥١٩
١٦.	ظهور المصلحة الفضلى للطفل كضابط إسناد في العلاقات الخاصة الدولية	أ.د. فراس كريم شيعان خضير مخيف فارس	٥٢٠-٥٥٤
١٧.	المحل في عقد الرعاية الرياضية	أ.د. ذكرى محمد حسين ايناس هاشم رشيد	٥٥٥-٥٨٨
١٨.	الدور الذاتي لمبادئ القانون الدولي الخاص في معالجة الفراغ التشريعي (دراسة مقارنة)	أ.د. خير الدين كاظم الامين نور حسين جواد	٥٨٩-٦٣٧
١٩.	حالات النكول في المناقصات الحكومية	أ.د. صادق محمد علي عماد محمد شاطي	٦٣٨-٦٦٦
٢٠.	جريمة اعطاء وصفة طبية بمواد مخدرة أو مؤثرات عقلية لغير اغراض العلاج الطبي "في القانون العراقي"	ا.د محمد اسماعيل ابراهيم أ.م. احمد هادي عبد الواحد	٦٦٧-٧٠٦
٢١.	جريمة التحريض على تبني افكار او توجهات تتعارض مع التداول السكن	ا.د اسماعيل نعمه عبود ثامر ماهر حسون	٧٠٧-٧٣٠
٢٢.	جريمة تنظيم عصابة مسلحة ارهابية (دراسة مقارنة)	ا.د.لمى عامر محمود	٧٣١-٧٧٠

		احمد حسن حسون	
٢٣.	الضمانات القضائية لحماية الحق في حرية البحث العلمي	أ.د. حسين جبار عبد لقاء عباس مهدي	٧٧١-٧٩٩
٢٤.	التأمين من المخاطر التجارية في سوق الاوراق المالية (دراسة مقارنة)	أ.د. سماح حسين علي مازن عبدالله عبد	٨٠٠-٨٣٥
٢٥.	تقييد حدود المسؤولية المدنية الناشئة عن الحوادث الرياضية (دراسة مقارنة)	أ.د. حيدر حسين الشمري م. محمد عبدالرزاق محمد	٨٣٦-٨٨٣
٢٦.	الرقابة على التمويل العام للاحزاب السياسية	أ.د رافع خضر صالح رشا محمد امين	٨٨٤-٩١٤
٢٧.	التعويض من القلق من الموت الوشيك	ا.م.د. محمد جعفر هادي	٩١٥-٩٥٦
٢٨.	تنفيذ المصادرة الإدارية " دراسة مقارنة "	ا.م.د.رفاه كريم كربل غيث حميد كاظم عباس	٩٥٧-٩٨٢
٢٩.	الحماية الدولية لحق السجين في الصحة (دراسة في قواعد القانون الدولي لحقوق الانسان)	ا.م.د. سرمد عامر عباس عدي كاظم حمزة	٩٨٣-١٠٢٢
٣٠.	مبدأ قرينة البراءة امام المحكمة الجنائية الدولية	ا.م.د حيدر عبد محسن شهد نورس هادي وحيد	١٠٢٣-١٠٤٣
٣١.	تعارض المصالح في سوق الاوراق المالية (دراسة مقارنة)	ا.م.د ميثاق طالب عبد جلال حسن حنتوش	١٠٤٤-١٠٨٧
٣٢.	شروط الحماية القانونية للمؤشرات الجغرافية التجارية والاجار المترتبة عليها(دراسة مقارنة)	ا.م.د ميثاق طالب عبد ياسين خضير داخل	١٠٨٨-١١١٧
٣٣.	الاحكام الموضوعية لجريمة نقل الحدود (دراسة مقارنة)	ا.م.د منى عبد العالي موسى كوثر عهد محمد	١١١٨-١١٦٢
٣٤.	جريمة اخذ الصغير	ا.م.د منى عبد العالي موسى	١١٦٣-١١٨٣
٣٥.	الاحكام الموضوعية لجريمة الرشوة التي من شأنها الاضرار بالمصلحة الوطنية (دراسة مقارنة)	أ.م.د. نافع تكليف مجيد ريام سلام عبيد	١١٨٤-١٢١٨
٣٦.	اختصاص البرلمان في صحة العضوية البرلمانية	ا.م.د. ليلى حنتوش ناجي بشار محمد كريم	١٢١٩-١٢٥٦
٣٧.	حالات الظرف الطارئ في عقد الايجار (دراسة مقارنة)	ا.م.د. حبيب عبيد مرزه زينب ثامر شهيد	١٢٥٧-١٢٩٤
٣٨.	نقل الدعوى واثره على الاختصاص في القضاء المدني (دراسة مقارنة)	أ.م.د.عبدالله عبدالامير كمال رحيم عزيز	١٢٩٥-١٣٣٩
٣٩.	اشكاليات تكوين المحكمة الاتحادية العليا في العراق واثرها في جودة احكامها	ا.م.د. غانم عبد دهش	١٣٤٠-١٣٧٩
٤٠.	حق المراة العراقية في الكرامة الانسانية (دراسةفي اطار الدستور والقانون العراقي)	ا.م.د. ميسون طه حسين	١٣٨٠-١٤٠٣
٤١.	فعالية المحكمة التجارية العراقية في تسوية المنازعات التجارية (دراسة قانونية في ضوء البيان الصادر من مجلس القضاء الاعلى رقم (٧٤) لسنة ٢٠٢٠.	م.د.ماهر محسن عبود	١٤٠٤-١٤٢٥
٤٢.	التنظيم القانوني لعقوبة قطع الراتب (دراسة مقارنة)	م.د. امين رحيم	١٤٢٦-١٤٦٢
٤٣.	الخطأ المشترك في الاصابة بفيروس كورونا المستجد (كوفيد١٩) (دراسة مقارنة مع الفقه الاسلامي)	م.د. احمد عبدالحسين الياسري	١٤٦٣-١٤٨٣
٤٤.	عقد الاختيار بين الوحدة والتعدد	م.د. هند فائز الحسون م.م. ارم عصام خضير	١٤٨٤-١٥٠٨
٤٥.	دور الاجهزة الرقابية في عملية الاصلاح الاداري والمالي في العراق	م.د قتاده صالح م.م حيدر جاسم محمد	١٥٠٩-١٥٤٥
٤٦.	جرائم جلسات المحاكم (دراسة مقارنة)	م.د منتظر فيصل كاظم	١٥٤٦-١٥٨٤
٤٧.	دور منظمة الامم المتحدة في تنظيم عمل الطائرات المسلحة المسيرة	م.قاسم ماضي حمزة م.د.هاني عبد الله عمران	١٥٨٥-١٦١١
٤٨.	دور التنظيمات النقابية في حماية حقوق العامل في العراق	م.رشا ظافر محي الدين رضا	١٦١٢-١٦٤١
٤٩.	استنباط الاحكام القانونية بدلالة الظهور اللفظي	م.م حسن ضعيف حمود	١٦٤٢-١٦٦٧
٥٠.	التأثير القانوني لفيروس كورونا المستجد على الالتزامات التعاقدية	م.م. عمر محمد صالح	١٦٦٨-١٦٩٥

استنباط الاحكام القانونية بدلالة الظهور اللفظي – دراسة في القانون المدني مقارنة بأُصول الفقه الاسلامي

المدرس المساعد

حسن ضعيف حمود

جامعة بابل/ كلية القانون

ملخص البحث

يقوم الظهور اللفظي على رجحان احد المعاني المشمولة بدلالة للفظ وذلك بعد مراعاة مجموعة اصول لفظية اهمها اصالة الحقيقة واصالة العموم واصالة الاطلاق واصالة عدم التقدير واصالة عدم الاشتراك واصالة عدم النقل .

وقد عالج المشرع العراقي موضوع الظهور اللفظي في باب تفسير العقد مقتصرا في ذلك على ذكر بعض قواعده ، فكانت معالجته معالجة ناقصة وفي غير محلها ايضا ، ولدى تطبيق قواعد الظهور اللفظي على بعص نصوص القانون المدني ، تبينت ضرورة اعادة النظر في صياغة بعض المواد لأن اخذها على ظهورها اللفظي يؤدي الى نتائج سيئة .

مقدمة

توضع القواعد القانونية من قبل المشرع بشكل تنظيم نموذجي مجرد ، تتحول عن طريق تطبيقها من قبل المحاكم على علاقات الافراد الى تنظيم واقعي محدد ، الا ان تطبيق القواعد القانونية من قبل القاضي على الوقائع المعروضة امامه ليست بالامر اليسير ، اذا ان القاضي بعد ان يتعرف على الواقعة محل النزاع عليه ان يحدد القاعدة القانونية التي تنطبق على هذه الواقعة وان يحدد معناها في الوقت نفسه ، ذلك ان نصوص التشريع هي مجموعة عبارات مكتوبة يقصد بها التعبير عن الارادة التشريعة ، وقد يكون في عبارات التشريع غموض بسبب الاشتراك المعنوي او المجاز اللفظي فيحتاج القاضي لغرض الوصول الى قصد المشرع ان يكشف فحوى القاعدة القانونية عن طريق التفسير، ثم قد يكون هناك نقص في التشريع وعندئذ يقوم القاضي بسد هذا النقص ويسمى عمله هذا بالتكميل.

ومن جانب آخر فأن الالفاظ التي تستخدم في انشاء التصرفات الارادية قد يكتنفها الغموض او النقص هي الاخرى ، فتحتاج كذلك الى تفسير احيانا والى تكميل احيانا اخرى.

ولا بد للقاضي لغرض القيام بهاتين العمليتين (التفسير والتكميل) سواء تعلق الأمر بألفاظ النصوص القانونية او الفاظ التصرفات الارادية من أن يستعين بقواعد اصول الفقه لأستنباط الحكم القانوني الذي يمكن تطبيقه على الواقعة محل النزاع، ولعل من اهم الوسائل التي تعين القاضي على ذلك ما يسمى بـ (اصالة الظهور) تلك الوسيلة التي ترجع اليها اكثر قواعد اصول الفقه والتي تعتمد بدورها على جملة من الاصول اللفظية اهما اصالة الحقيقة واصالة الاطلاق واصالة العموم واصالة عدم التقدير واصالة عدم النقل واصالة عدم الاشتراك .

وتتركز مشكلة البحث في هذا الموضوع في قصور التنظيم التشريعي لاصالة الظهور ، في القانون المدني العراقي حيث يلاحظ ان المشرع وان نص على بعض القواعد المهمة في مجال الظهور اللفظي ، الا انه اغفل ذكر قواعد مهمة اخرى في هذا المجال ، ومن جانب آخر

فأنه نص عليها في باب تفسير العقد مما يشعر ان انطباقها ينحصر في مجال تفسير الفاظ العقود فقط ، رغم الحاجة اليها في تفسير النصوص القانونية بدرجة اكبر منها في تفسير العقود ، وسنحاول في هذه الدراسة ان نبين آليات استنباط الاحكام القانونية بدلالة الظهور اللفظي بالاستعانة بقواعد اصول الفقه ، وذلك بعد ان نبين مفهوم الظهور اللفظي، وبذلك قسمنا هذه الدراسة الى مبحثين خصصنا الاول لمفهوم الظهور اللفظي وبينا في الثاني آليات استباط الاحكام القانونية بدلالة الظهور اللفظي .

المبحث الاول : مفهوم الظهور اللفظي

الدليل اللفظي هو الكلام الصادر عن المشرع، وهو يتألف من كلمات وجمل لغوية ، وفهم الحكم من الدليل اللفظي يتوقف على العلم بالعلاقات اللغوية التي تقوم بين ألفاظ الدليل والمعاني في اللغة العربية ومعرفة أقوى المعاني علاقة باللفظ إذا كانت معانيه متعددة لكي نحدد بذلك الظهور اللفظي للدليل ، فإذا حددنا الظهور اللفظي للدليل وبينا احواله جاء دور البحث عن التأصيل القانوني لحجية الظهور اللفظي ، وبناء على ذلك سوف نقسم هذا المبحث على ثلاثة مطالب نتناول في الاول منها التعريف بالظهور اللفظي ونتناول في الثاني احوال الظهور اللفظي ونخصص الثالث للتاصيل القانوني لحجية للظهور اللفظي .

المطلب الاول : التعريف بالظهور اللفظي

قد يكون للفظ واحد علاقات بمعان عديدة ، فيعتبر كل واحد من تلك المعاني معنى للفظ وهذه العلاقات العديدة إما أن تكون متكافئة ومتساوية في الدرجة فتنشأ بسبب ذلك علاقات متساوية في الدرجة بين اللفظ وكل واحد من تلك المعاني ، ويسمى اللفظ في هذه الحالة " مشتركا " لاشتراكه بين معنيين ، ومن أمثلته كلمة " " القرء " الموضوعة للطهر والحيض او تكون تلك العلاقات غير متكافئة في الدرجة ومن أمثلتها علاقات اللفظ الواحد بالمعنى الحقيقي والمعنى المجازي ، وفي حالة عدم تكافؤ العلاقات يعتبر المعنى الأوثق علاقة من الناحية اللغوية هو المعنى الظاهر من اللفظ ، لان الذهن ينتقل إليه قبل أن ينتقل إلى غيره من معاني اللفظ ، ونطلق على هذا الظهور اسم " الظهور اللفظي " [١] .

فالظهور : يعني دلالة اللفظ على المعنى الراجح من المعاني المشمولة بدلالته.[٢]

ذلك ان اللفظ اما ان يدل على معنى واحد ولا يحتمل غيره ، فتكون دلالته على هذا المعنى دلالة قطعية ، او ان يحتمل معنيين او اكثر فتكون دلالته على المعنى المقصود دلالة غير قطعية.[٣]

فدلالة النصوص على الاحكام قسمين :

نصوص دلالاتها على الاحكام قطعية ، وهذا النوع من النصوص لا مجال للاجتهاد فيه ، ونصوص دلالتها غير قطعية ، وذلك بأن تحتمل اكثر من معنى ، فهي تحتاج للاجتهاد

للوصول الى المعنى المطلوب مالم يكن احد المعنين ظاهرا فيتعين حكمه بناء على حجية الظواهر ما لم يوجد دليل بخلافه [٤].

وتفصيل ذلك كما يأتي :

اولا – الدلالة القطعية : مثال ذلك قوله تعالى (ولكم نصف ما ترك ازواجكم ان لم يكن لهن ولد) [٥] ، فهي تدل دلالة قطعية على ان للزوج نصف تركة زوجته اذا لم يكن لها ولد .

ومثالها في القانون المدني ما تنص عليه المادة ٢٣٢ من القانون المدني بقولها "لا تسمع دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المتضرر بحدوث الضرر وبالشخص الذي احدثه ولا تسمع الدعوى في جميع الاحوال بعد انقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع ".

فالنص يدل دلالة قطعية على عدم سماع دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بعد انقضاء المدة المذكورة .

وحكم النصوص قطعية الدلالة انها لا يمكن مخالفتها بل يجب الاخذ بالحكم الذي دل عليه النص ، وهي ما تخرج عن نطاق بحثنا لانها تدل على المعنى المراد بشكل قطعي وليس بشكل راجح والحال اننا نبحث في مجال الظهور اللفظي الذي يعتمد على رجحان معنى على معنى آخر كما تبين لنا في تعريفه .

ثانيا - الدلالة غيرالقطعية : وهي بذاتها على قسمين :

١ – دلالة المتشابه : وهو الذي لا يعلم المراد بظاهره حتى يقترن به ما يدل على المراد منه فتتكافأ الاحتمالات في معانيه ويكون الأخذ بأحدها دون الآخر ترجيحا من غير مرجح [٦].

مثال ذلك قوله تعالى " والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء " [٧].

حيث يحتمل لفظ القرء معنيين أحدهما (الحيض) والأخر (الطهر) ولا يوجد في النص ما يرجح أحد المعنيين على الاخر .

وقد يصلح مثالا لها في القانون المدني ما اوره المشرع متفرعا عن لفظ (التمام) بخصوص عقود (الهبة والقرض والاعارة والوديعة والرهن الحيازي) كما في المادة ٦٠٣ / ١ التي نصت على انه " لا تتم الهبة في المنقول الا بالقبض ويلزم في القبض اذن الواهب صراحة او دلالة".

فلفظ التمام قد يراد به الانعقاد وقد يراد به ترتب الآثار ، ولا يوجد في النصوص التي ورد فيها ما تفرع عن هذا اللفظ (تتم او يتم مثلا) ما يرجح أحد المعنيين على الآخر ، لذلك لابد من الاجتهاد لتحديد مراد المشرع وذلك من خلال الرجوع الى نصوص القانون المدني الاخرى

التي تضمنت معنيي الانعقاد وترتب الآثار للوقوف على ارجحية احدهما على الآخر فيما يخص ما استخدمه المشرع متفرعا عن لفظ (التمام).

وهذا النوع من دلالة اللفظ يخرج عن بحثنا هو الآخر لعدم وجود مرجح لأحد المعاني المشمولة بالنص وفقدان المرجح يعني فقدان الظهور كما اتضح.

٢– دلالة ما كان ظاهرا في المعنى : وهي ان يحتمل النص اكثر من معنى مع ظهور احد المحتملات بحيث يكون احد المعاني مظنونا دون غيره [٨].

ومثالها النصوص التي تتضمن الفاظا عامة او مطلقة ، فهي ظاهرة في العموم والاطلاق ولكنها تحتمل التخصيص والتقييد فتكون دلالتها ظنية بناء على هذا الاحتمال [٩] .

وهذه الدلالة الاخيرة هي التي يتعلق بها الظهور اللفظي وعليها يدور موضوع البحث وسنورد لها تطبيقات متعددة ومختلفة في المبحث الثاني عند الحديث عن آليات استنباط الاحكام القانونية بدلالة الظهور اللفظي .

ومن الواضح ان استعمال اللفظ الواحد لا يكون إلا في معنى واحد ، فإن استعماله في معنيين مستقلا - بأن يكون كل منهما مرادا من اللفظ - يستلزم لحاظ كل منهما بالأصالة ، ومعنى ذلك اجتماع لحاظين في آن واحد على ملحوظ واحد - وهو اللفظ الفاني في كل من المعنيين - وهو محال بالضرورة ، فإن الشئ الواحد لا يقبل إلا وجودا واحدا في النفس في آن واحد [١٠] .

ويقوم الظهو اللفظي على مجموعة من الاصول اللفظية اهمها ما ياتي :

١ - أصالة الحقيقة :

وموردها : ما إذا شك في إرادة المعنى الحقيقي أو المجازي من اللفظ ، بأن لم يعلم وجود القرينة على إرادة المجاز مع احتمال وجودها ، فيقال حينئذ : " الأصل الحقيقة " أي الأصل أن نحمل الكلام على معناه الحقيقي ، فيكون حجة فيه للمتكلم على السامع وحجة فيه للسامع على المتكلم ، فلا يصح من السامع الاعتذار في مخالفة الحقيقة ، بأن يقول للمتكلم :" لعلك أردت المعنى المجازي " ولا يصح الاعتذار من المتكلم بأن يقول للسامع : " إني أردت المعنى المجازي " . [١١]

٢ - أصالة العموم :

إذا شككنا في تخصيص العام ، فالأصل بقاؤه على العموم وعدم تخصيصه [١٢] .

- أصالة الإطلاق :

كما لو ورد لفظ مطلق مثل البيع واحتملنا وجود قيد كالنقد ولم نجده نأخذ باطلاق الكلام ونفهم منه حلية البيع نقدا اونسيئة [١٣].

٤ - أصالة عدم التقدير :

لو شككنا في تقدير شئ في الكلام يؤثر في المعنى المراد منه ، فالأصل يقتضي عدم التقدير [١٤] اما اذا وجدت قرينة على التقدير تعين التقدير حينئذ [١٥].

ويلحق بأصالة عدم التقدير أصالة عدم النقل وأصالة عدم الاشتراك ، وموردهما : ما إذا احتمل معنى ثان موضوع له اللفظ . فإن كان هذا الاحتمال مع فرض هجر المعنى الأول وهو المسمى بالمنقول فالأصل " عدم النقل " . وإن كان مع عدم هذا الفرض وهو المسمى بالمشترك فإن الأصل " عدم الاشتراك " . فيحمل اللفظ في كل منهما على إرادة المعنى الأول ما لم يثبت النقل والاشتراك ، أما إذا ثبت النقل فإنه يحمل على المعنى الثاني ، وإذا ثبت الاشتراك فإن اللفظ يبقى مجملا لا يتعين في أحد المعنيين إلا بقرينة [١٦].

المطلب الثاني : احوال الظهور اللفظي

ان اللفظ اذا استعمل فيما اعد له من معنى في الاصطلاح الذي به التخاطب فهو حقيقة واذا استعمل في غير هذا المعنى كان مجازا ، إذا احتمل التقدير وليس هناك دلالة على التقدير ، فالأصل عدمه، واذا دار اللفظ بين النقل والاشتراك فالنقل اولى ، ثم ان اللفظ اذا لم يخصص بمخصص متصل او منفصل كان عاما ، واذا لم يثبت له مقيد نصا او دلالة كان مطلقا .

فاحوال الظهور اللفظي بناء على ما تقدم يمكن اجمالها بما ياتي :

اولا : الحقيقة اذا لم تقم قرينة على المجاز

قد يعلم الإنسان - إما من طريق نص أهل اللغة أو لكونه نفسه من أهل اللغة - أن لفظ كذا موضوع لمعنى كذا ، ولا كلام لأحد في ذلك ، فإنه من الواضح أن استعمال اللفظ في ذلك المعنى حقيقة وفي غيره مجاز ، وقد يشك في وضع لفظ مخصوص لمعنى مخصوص ، فلا يعلم أن استعماله فيه هل كان على سبيل الحقيقة ؟ فلا يحتاج إلى نصب قرينة عليه ، أو على سبيل المجاز ؟ فيحتاج إلى نصب القرينة [١٧].

وقد ذكر الاصوليين علامات للحقيقة وهي :

١ - **التبادر وعدمه،** حيث تبادر المعنى من اللفظ وانسباقه إلى الذهن - من نفسه وبلا قرينة - علامةُ كونه حقيقةً فيه ، بداهةَ أنّه لولا وضعُهُ له لما تبادَرَ [١٨] .

فالتبادر " هو انسباق المعنى من نفس اللفظ مجردا عن كل قرينة ، ذلك أن كل فرد من أية أمة يعيش معها لابد أن يستعمل الألفاظ المتداولة عندها تبعا لها ، ولابد أن يرتكز في ذهنه معنى اللفظ ارتكازا يستوجب انسباق ذهنه إلى المعنى عند سماع اللفظ ، وقد يكون ذلك الارتكاز من دون التفات تفصيلي إليه وإلى خصوصيات المعنى ، فإذا أراد الإنسان معرفة المعنى وتلك الخصوصيات وتوجهت نفسه إليه ، فإنه يفتش عما هو مرتكز في نفسه من المعنى فينظر إليه

مستقلا عن القرينة ، فيرى أن المتبادر من اللفظ الخاص ما هو من معناه الارتكازي ، فيعرف أنه حقيقة فيه [١٩].

٢ - عدم صحّة السلب وصحّته

إنّ عدم صحّة سلب اللفظ عن معنى تكون علامةَ كونه حقيقةً فيه ، كما أنّ صحّة سلبه عنه علامةُ كونه مجازاً في الجملة [٢٠].

- الاطراد : بمعنى استعمال اللفظ في معنى معين في موارد مختلفة بدون قرينة [٢١] .

ثانيا : العموم اذا لم يثبت له مخصص

والقصد من " العام " : اللفظ الشامل بمفهومه لجميع ما يصلح انطباق عنوانه عليه في ثبوت الحكم له ، وقد يقال للحكم : إنه عام أيضا باعتبار شموله لجميع أفراد الموضوع أو المتعلق أو المكلف ، والتخصيص : هو أن يكون اللفظ من أول الأمر غير شامل لذلك الفرد غير المشمول للحكم [٢٢] .

ثمّ الظاهر أنّ ما ذُكِر له من الأقسام من الاستغراقيّ و المجموعيّ والبدليّ إنّما هو باختلاف كيفيّة تعلّق الأحكام به ، وإلاّ فالعموم في الجميع بمعنى واحد ، وهو شمول المفهوم لجميع ما يصلح أن ينطبق عليه ، غاية الأمر أنّ تعلُّقَ الحكم به تارةً بنحو يكون كلُّ فرد موضوعاً على حدة للحكم ؛ وأخرى بنحو يكون الجميع موضوعاً واحداً ، بحيث لو أخلّ بإكرام واحد في « أكرم كلّ فقيه » - مثلا - لما امتثل أصلا ، بخلاف الصورة الأولى ، فإنّه أطاع وعصى ؛ وثالثةً بنحو يكون كلّ واحد موضوعاً على البدل ، بحيث لو أكرم واحداً منهم لقد أطاع وامتثل [٢٣].

وللعموم ألفاظا تخصه دالة عليه إما بالوضع أو بالإطلاق بمقتضى مقدمات الحكمة ، وهي إما أن تكون ألفاظا مفردة مثل " كل " وما في معناها مثل " جميع " و " تمام " . وإما أن تكون هيئات لفظية كوقوع النكرة في سياق النفي أو النهي ، وكون اللفظ جنسا محلى باللام جمعا كان أو مفردا [٢٤].

والعام فيما إذا كان في معرض التخصيص كما هو الحال في عمومات الكتاب والسنّة ، فلا يصح التمسّك به قبل الفحص عن المخصص ، وقد ادّعي الإجماع على ذلك ، وأمّا إذا لم يكن العامّ كذلك - كما هو الحال في غالب العمومات الواقعة في ألسنة أهل المحاورات - فلا شبهة في أنّ السيرة على العمل به بلا فحص عن مخصّص [٢٥].

ثالثا : الاطلاق اذا لم يثبت له مقيد

الإطلاق والتقييد حالتان تعرضان على موضوع الحكم باعتبار موضوعيته للحكم وترتب الحكم عليه ، فقد يكون الحكم ساريا إلى جميع أفراده ومصاديقه من جهة عدم تقيد الموضوع بقيد

يصنفه أو ينوعه ، وحينئذ يكون الموضوع بالنسبة إلى هذا الحكم المترتب عليه مطلقا وإن كان مقيدا بالنسبة إلى حكم آخر يترتب عليه ، وعلى ذلك فلا يصح أن يقال بأن هذا الموضوع مطلق بملاحظة ذاته مع قطع النظر عما يترتب عليه من الحكم وذاك مقيد لأنه لو كان للموضوع بلحاظ ذاته إطلاق أو تقييد لما كان يختلف الموضوع فيهما باختلاف الموارد والأحكام مع أن اختلافه باختلافهما واضح بلا كلام (فإن الرقبة) مثلا في مسألة كفارة اليمين مطلقة وفي مسألة كفارة القتل عن خطأ مقيدة ، فلو كانت في حد ذاتها مطلقة لما كانت في بعض الموارد مقيدة [٢٦].

والظاهر أنه ليس للأصوليين اصطلاح خاص في لفظي " المطلق " و " المقيد " بل هما مستعملان بما لهما من المعنى في اللغة ، فإن المطلق مأخوذ من الإطلاق وهو الإرسال والشيوع ، ويقابله التقييد ، غاية الأمر : أن إرسال كل شئ يكون بحسب ما يليق به . فإذا نسب الإطلاق والتقييد إلى اللفظ - كما هو المقصود في المقام - فإنما يراد ذلك بحسب ما له من دلالة على المعنى ، فيكونان وصفين للفظ باعتبار المعنى [٢٧].

والاطلاق يختلف عن العموم من وجهين :

الاول ان العموم في النص ينظر اليه بلحاظ الافراد المشمولين بحكم النص ، بينما ينظر للاطلاق بلحاظ احوال الافراد المشمولين بالنص ، فالنص العام هو النص الشامل لمجموع الافراد في كيان معين ، والنص المطلق هو النص الشامل لجميع احوال افراد هذا الكيان ، وحيث يكون الكيان مكون من فرد واحد فلا نتصور العموم فيه بخلاف الاطلاق فانه متصور في الكيان المكون من فرد واحد ، ففي قول المتكلم (اكرم العلماء)يكون العموم من جهة شمول امر الاكرام لجميع العلماء ، ويكون الاطلاق من جهة شمول امر الاكرام لجميع العلماء باختلاف احوالهم من عدالة وفسق وصحة ومرض وقيام وقعود وغيرها [٢٨].

اما بنحو (اكرم محمد) فلا نتصور العموم لأن محمد كيان مكون من فرد واحد ، ولكن الاطلاق متصور لاختلاف احوال محمد من صدق وكذب وكرم وبخل وغيرها .

وقد عارض بعض الاصوليين فكرة رؤية الافراد في العام دون المطلق باعتبار ان المطلق أيضاً قد يكون ناظراً إلى الافراد كما في الجمع المضاف في مثل قولك « أكرم علماء البلد [٢٩].

والثاني ان دلالة العموم على الشمول تكون باعتبار الوضع بينما يدل المطلق على العموم على اساس مقدمات الحكمة [٣٠].

رابعا : ومن احوال اللفظ الاخرى عدم تقدير عند عدم القرينة على التقدير.

فلو شككنا في تقدير شئ في الكلام يؤثر في المعنى المراد منه ، فالأصل يقتضي عدم التقدير [٣١].

خامسا : ومن احوال اللفظ ايضا الاشتراك عند احتمال اللفظ معنى ثاني ما لم يثبت النقل .
وكما اوضحنا ذلك في المطلب الاول وسنزيده بيانا عند الحديث عن آليات استنباط الاحكام القانونية في المبحث الثاني .

المطلب الثالث : التاصيل القانوني لحجية الظهور اللفظي

يلاحظ ان المشرع قد اورد في باب تفسير العقد بعض القواعد المستندة الى اصالة الظهور كقاعدة الاصل في الكلام الحقيقة وقاعدة جريان المطلق على اطلاقة وغيرها من القواعد [٣٢]، الا انه قد اغفل ذكر قواعد اخرى لها اهمية في التفسير سواء بالنسبة لتفسير النص القانوني ام بالنسبة لتفسير الفاظ التصرفات الارادية ، فالمشرع اذ القى على القاضي مهمة معرفة نطاق تطبيق النصوص والوقوف على المسائل التي تنطبق عليها بحيث تكون النصوص شاملة ليس فقط للمسائل التي تتضمنها الفاظها بل تتسع لتشمل كل مسألة تتناولها النصوص في فحواها ايضا [٣٣] ، فلا بد له اي (للمشرع) ان يزود القاضي بالوسائل التي تمكنه من معرفة فحوى النص ، وهذه الوسائل ليس مسائل خارجة عن نطاق التشريع دائما بل يتولد بعضها من رحم التشريع نفسه ، حيث تتطلب معرفة فحوى النص الموائمة بينه وبين النصوص الاخرى ، فلا يصح اخذه منعزلا عن بقية النصوص .

كما ان ما قرره المشرع من الحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص القانون في حال غياب النص التشريعي والعرف الذي يمكن تطبيقه على النزاع المعروض [٣٤] ، يقتضي هوالاخر القاء نظرة شاملة تحليلية لنصوص القانون .

وبذلك فأن معرفة فحوى النص من جهة، ومعرفة مبادئ الشريعة الاكثر ملائمة لنصوص القانون من جهة اخرى ، تتطلب التأليف بين نصوص القانون ومعرفة دلالتها اجمالا وتفصيلا وفيما اذا كانت حقيقة ام مجاز وعامة ام مخصصة ومطلقة ام مقيدة ، فلا بد من ان تتاح للقاضي وسائل لتفسير النصوص القانونية على النهج المقرر في اصول الفقه ، من الحكم بمقتضى الاطلاق اذا لم يجد دليل على التقييد ، والحكم بمقتضى حقيقة اللفظ اذا لم يجد قرينة صارفة الى المجاز .

واذا كان المشرع قد قرر هذه القواعد في مجال تفسير العقود ، الا انه يسجل عليه ملاحظتين على هذه النقطة على وجه الخصوص : الاولى انه حيث اوردها في باب تفسير العقد فالمفروض ان انطباقها ينحصر في مجال تفسير الفاظ العقود فقط ، لأن المشرع لو اراد اعمال هذه القواعد في مجالات اخرى لأوردها في سياق النصوص العامة التي يمتد حكمها على كل مجال يحتاج فيه القاضي للأجتهاد في تفسير النص سواء كان هذا النص واردا في التشريع نفسه ام في التصرفات الارادية التي يقوم بها الافراد ، وذلك على غرار ما قرره في المادة (٢) من

انه لا مساغ للاجتهاد في مورد النص ، اذ يمثل هذا الحكم قاعدة عامة تحكم التفسير القضائي في جميع المجالات ، بحيث لا يستطيع القاضي ان يجتهد في مقابل النص سواء أكان هذا النص واردا في التشريع ام متضمنا في عقد ام مستخدما في تصرف من جانب واحد كالوعد بجعل على سبيل المثال .

والملاحظة الاخرى التي تسجل على المشرع هنا انه لم يذكر قاعة مهمة مقررة في اصول الفقه وهي القاعدة التي تقضي بأخذ النص على عمومه في كل حالة لا يجد فيها مخصص لهذا العموم ، ولعل المشرع اكتفى بما قرره في المادة ١٦٠ من ان المطلق يجري على اطلاقه اذا لم يقم دليل التقييد نصاً او دلالة، رغم ان المقرر في اصول الفقه من ان العام قسيم المطلق وليس مرادف له ، ومن ثم فأن العام مستقل عن المطلق ولا يكفي الاشارة الى احدهما عن الاخر، سيما وان الاصوليين على خلاف في دلالة العام بعد التخصيص ولا محل لمثل هكذا خلاف في دلالة المطلق بعد التقييد لأن المطلق يطبق على سبيل التناوب خلافا للعام الذي يطبق دفعة واحدة على جميع افراده ، والقاضي يجب ان تخلص له قاعدة خالية من النزاع ولا يكون ذلك الا بتدخل المشرع .

ثم ان المشرع قد فتح للقاضي باب القياس في المادة (٣) من القانون المدني والقياس يتطلب معرفة الحكمة من تشريع النص ، مضافا الى ما قرره المشرع في قانون الاثبات من الزام القاضي باتباع التفسير المتطور ومراعاة الحكمة من تشريع النص وقت وضعه [٣٥].

والحكمة من تشريع النص ترتبط ارتباط كبير بالفاظ النص نفسه مضافا الى الفاظ النصوص الاخرى التي لها علاقة به بوجه من الوجوه ، وهنا يجب التعامل مع النص بحرص شديد والتمعن في الفاظه بدقة كبيرة من اجل الوصول الى القصد الحقيقي من وضع النص لكي يمكن مد حكمه الى حالات اخرى تتوفر فيها الحكمة من تشريعه ، فيجب ملاحظة الفاظ التشريع ، فان من الالفاظ ما يوضع في اللغة لمعنى ويستعمل في الاصطلاح لمعنى آخر ويهجر في معناه الاول ، وهذا هو النقل في معنى اللفظ ، وهو ما لا يصار اليه الا عند اليقين في حصوله، اذ الاصل "عدم النقل " ، وهو ما يطلق عليه في اصول الفقه (اصالة عدم النقل) .

اما إذا احتمل اللفظ معنى ثاني دون ان يهجر معناه الاول فهذا هو المسمى بالمشترك والأصل " عدم الاشتراك " وهذا ما يطلق عليه (اصالة عدم الاشتراك) . فيحمل اللفظ في كل منهما على إرادة المعنى الأول ما لم يثبت النقل والاشتراك ، أما إذا ثبت النقل فإنه يحمل على المعنى الثاني ، وإذا ثبت الاشتراك فإن اللفظ يبقى مجملا لا يتعين في أحد المعنيين إلا بقرينة [٣٦]

المبحث الثاني : آليات استنباط الاحكام القانونية بدلالة الظهور اللفظي

لما كان تباني العقلاء في الخطابات الجارية بينهم على الأخذ بظهور الكلام وعدم الاعتناء باحتمال إرادة خلاف الظاهر ، ولابد أن المشرع قد أمضى هذا البناء وجرى في خطاباته على طريقتهم هذه ، وإلا لزجرنا ونهانا عن هذا البناء في خصوص خطاباته ، أو لبين لنا طريقته لو

كان له غير طريقتهم طريقة خاصة يجب اتباعها ولا يجوز التعدي عنها إلى غيرها ، فيعلم من ذلك على سبيل الجزم أن الظاهر حجة عنده كما هو عند العقلاء بلا فرق .

فتثبت للظهور بالنص بناء على ماتقدم حجية اطلق عليها الاصوليين حجية الظهور ، ويلزم منها اخذ النص على ظاهره من العموم والاطلاق والحقيقة وغيرها من ملازمات الظاهر ، وعلى ذلك سوف نقسم هذا المبحث الى ثلاث مطالب

المطلب الاول : العمل بمقتضى شمول النص مالم يثبت له مخصص او مقيد

الشمول المقصود هنا عموم النص او اطلاقه ، وقد تبين لنا مفهوم العموم والاطلاق عند الحديث عن احوال الظهور اللفظي ونريد هنا ان نوضح ما يترتب على عموم النص او اطلاقه وما ينتج عن تخصيص النص او تقييده .

اذا ورد النص عاما من حيث الافراد مطلقا من حيث الاحوال جرى حكم النص على عمومه واطلاقه ، اما اذا جاء عاما ولكنه مقيدا بحال او مجموعة احوال لزم جريانه على عموم افراده بعد مراعاة القيد في الاحوال ، وقد يأتي النص مخصصا من حيث الافراد الا انه مطلقا من حيث الاحوال ، ولازم ذلك اخذ النص بعموم احواله على خصوص الافراد المحددة في النص [٣٧]

ولما كانت النصوص القانونية نصوص عامة تنطبق انطباق واحد في الحالات المتشابهة ، فلا نتصور قصور الخطاب فيها على كيان مكون من فرد واحد ، ويكون مقصودا بذاته دون غيره ممن تتوافر فيهم شروط هذا الكيان سواء تعلق الامر بالامتداد الافقي من حيث المكان او الامتداد الرأسي من حيث الزمان ، فالعموم في النصوص القانونية متصور دائما بناء على هذه المقدمة .

كما ان احوال الافراد في ذلك الكيان الذي تعلق به النص القانوني تتعدد هي الاخرى ، فيكون الاطلاق متصور دائما ايضا .

وبناء على ما تقدم فان كل من العموم والاطلاق انما يدلان على الشيوع ، فحيثما يرد احدهما او كلاهما في نص معين كان هذا النص شاملا في متعلق حكمه ، وعلينا العمل بمقتضى هذا الشمول بناء على ظهور النص بالشمول مالم يثبت لدينا عارض يقلل من شيوع العموم بالتخصيص او يقلل من شيوع الاطلاق بالتقييد .

و النصوص القانونية سواء أكانت عامة ام مطلقة فأنها من ناحية التطبيق العملي لها تؤخذ بحسب مدلول النص، فان كان شاملا سواء من حيث الافراد او الاحوال وجب العمل بها على شمولها مالم يعرض لهذا الشمول ما يقلل شيوعه فحيئذ تجب مراعاة العارض واخذه بنظر الاعتبار ، بغض النظر عن التسمية التي تطلق على هذا الشمول (عموما كانت أم اطلاقا) ، او تلك التي تطلق على ما يقلل من شيوع هذا الشمول (تخصيصا كانت ام تقييد) .

وتخصيص العام يكون على نحوين فاما أن يقترن به مخصصه في نفس الكلام الواحد الملقى من المتكلم ويسمى " المخصص المتصل " فيكون قرينة على إرادة ما عدا الخاص من العموم ، وتلحق به - بل هي منه - القرينة الحالية المكتنف بها الكلام الدالة على إرادة الخصوص على وجه يصح تعويل المتكلم عليها في بيان مراده [٣٨]

والمخصصات المتصلة انواع اهمها الاستثناء و الشرط والصفة والغاية وبدل البعض من الكل [٣٩]، وهذه المخصصات الخمس اذا اقترنت بالمطلق قيدته فيصبح المراد منه نوع من انواعه او صنف من اصنافه او غير ذلك ويضاف الى هذه المخصصات العدد فأنه مقيد للمطلق ايضا .

او ألا يقترن به مخصصه في نفس الكلام ، بل يرد في كلام آخر مستقل قبله أو بعده ، ويسمى " المخصص المنفصل " فيكون أيضا قرينة على إرادة ما عدا الخاص من العموم ، كالأول ، وينعقد فيه ظهور العام في عمومه ، غير أن الخاص ظهوره أقوى ، فيقدم عليه من باب تقديم الأظهر على الظاهر أو النص على الظاهر [٤٠].

فأذا بقي النص على شموله ولم يثبت له مخصص او مقيد انطبق حكمه على الحالة الواردة في النص وعلى كل حالة مماثلة على اساس مفهوم الموافقة كما سيتضح في محله بأمثلة من القانون المدني ، اما اذا وجد مخصص او مقيد يعارض شمول النص طبقنا مفهوم المخالفة على كل حالة يشملها التخصيص او التقييد فينطبق حكم النص على ما اندرج تحت الشمول وينطبق حكم مخالف للنص على ما خرج بالتخصيص او التقييد اذا توافرت شروط مفهوم المخالفة [٤١].

ومن امثلة التخصيص المتصل في القانون المدني ما قضى به من انه اذا تعذر الحصول على التعويض من اموال من وقع منه الضرر ان كان صبياً غير مميز او مجنون جاز للمحكمة ان تلزم الولي او القيم او الوصي بمبلغ التعويض على ان يكون لهذا الرجوع بما دفعه على من وقع منه الضرر [٤٢].

فعبارة (من وقع منه الضرر) عبارة دالة على العموم ولكنها مخصصة بعبارة (ان كان صبياً غير مميز او مجنون) والتي يظهر منها ان الولي او القيم او الوصي لا يلزم بمبلغ التعويض ولوتعذر الحصول علىيه من اموال من وقع منه الضر اذا كان هذا الاخير صبيا مميزا .

ومن امثلة العموم المخصص بالتخصيص المنفصل ما قررته المادة ٤٦ / ١ من انه (كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية غير محجوز عليه يكون كامل الاهلية لمباشرة حقوقه المدنية).

فان هذا العموم الذي تدل عليه كلمة (كل) يستثنى منه مريض مرض الموت حيث تحد اهليته بالتصرف باموواله بحدود الثلث اذا كانت فيها محاباة ، وقد ثبت هذا الاستثناء بقرينة منفصلة وهي نص المادة (١١٠٩ / ١) [٤٣]

ومنها ايضا ما تنص عليه المادة ٢٦٠ / ١ من ان اموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه ، حيث خصص هذا العموم بالاموال التي لا يجوز التنفيذ عليها حسب احكام قانون التنفيذ.

ولسنا بصدد التمثيل بنصوص القانون لحالات التخصيص المتصل والمنفصل بل المهم هنا ان نبين كيف يمكن استنباط الاحكام القانونية بدلالة اصالة العموم والقرائن الصارفة عنها من مخصصات متصلة او منفصلة ، وبهذا الصدد نقول ان العموم يمثل مشترك معنوي ينطبق حكمه على كل ما يندرج تحته من الافراد على اساس مفهوم الموافقة اي المفهوم الذي وافق المنطوق في حكمه بناء على موافقته له في علته موافقة تفهم بمجرد فهم اللغة ويسمى فحوى الخطاب اي روحه وما يعقل منه [٤٤] ، وهو ما يجد اساسه في نص المادة الاولى من القانون المدني على اساس ان مجال انطباق النصوص التشريعية يتسع ليشمل المسائل التي تتناولها في فحواها وليست فقط ما تتناولها الفاظها .

وبناء على ما تقدم يمكن استنباط حكم قانوني من خلال الجمع بين نصين او ربما اكثر من نصوص القانون ، بناء على العموم المستدل عليه من فحوى تلك النصوص .

مثال ذلك العموم الذي تتضمنه المادة ٢٤٠ / ١ الواردة في باب الكسب دون سبب والتي بينت اذا استعمل شخص مالاً بلا اذن صاحبه لزمه اداء منافعه سواء كان المال معداً للاستغلال او غير معد له [٤٥].

فأن هذا النص يتضمن حكما عاما ينطبق على كل شخص يستعمل مالا بلا اذن صاحبه ، وهذا العموم مستدل من عبارة (اذا استعمل شخص) فهي نكرة واقعة في حيز الشرط فتدل بذلك على العموم .

اذا عرفنا هذا وجب علينا ان نعرف ان كل حالة تتضمن استعمال شخص مالا بلا اذن صاحبه يلازمها الحكم المقرر في هذا النص ، ومن ثم فأن اي شخص يستعمل مالا بلا اذن صاحبه تلزمه اجرة المثل سواء أكان هذا الاستعمال ناتج عن غصب ، او كان نتيجة وجود سبب قانوني استلزم انتقال حيازة المال الى الشخص المتعدي كما لو استمر بالاستعمال بعد انتهاء المدة المقررة للعقد ، وسواء نص القانون على لزوم اجرة المثل عن الاستعمال الزائد او لم ينص ،وسواء هلك المال بيد المتعدي بعد الاستعمال ام اعيد لصاحبه .

وبناء على ما تقدم فأن المستعير متى انتهت الاعارة وجب عليه ان يرد العارية ، و اذا اخل بهذا الالتزام وتلفت العارية او نقصت قيمتها، لزمه الضمان بموجب نص المادة ٨٦٠ من القانون المدني وتلزمه اجرة المثل استنادا للمادة ٢٤٠ / ١ وان كانت المادة ٨٦٠ لم تنص على اجرة المثل وانما اكتفت بالنص على لزوم الضمان .

وكذلك الحال بالنسبة للوديع فأنه ليس له ان يستعمل الوديعة وينتفع بها دون اذن صاحبها، وان استعملها بلا اذنه وهلكت فعليه ضمانها بحسب المادة ٩٥٦ وتجب عليه اجرة المثل بموجب المادة ٢٤٠ / ١ وان كانت المادة ٩٥٦ لم تنص على اجرة المثل هي الاخرى.

اما بخصوص الاطلاق في النصوص فمن امثلته ما يأتي :

١- نصت المادة ٥٥٠ / ٢ " اما اذا ورد الاستحقاق بأمر حادث في المبيع وهو في ملك المشتري كما لو اثبت المستحق انه ملكه بتاريخ متأخر عن الشراء، فلا حق للمشتري في الرجوع بالضمان على البائع ".

لفظ (الاستحقاق) لفظ دال على العموم لكونه مفرد محلى بأل الاستغراق وهو مطلق بلحاظ احوال الاستحقاق بعد ملاحظة قيد (بأمر حادث في المبيع) ومن ثم فان الحكم الذي تعلق به يشمل جميع احوال الاستحقاق الاخرى عدى الاستحقاق بأمر حادث في المبيع ، فينطبق بذلك على الاستحقاق الكلي والجزئي والاستحقاق الناشئ بفعل البائع والناشئ بفعل المشتري او الناشئ بفعل غيرهما ان صح الفرض ، ومعنى ذلك ان الاستحقاق اذا حصل في المبيع بأمر حادث فليس للمشتري ان يرجع بالضمان على البائع ولو نشأ الاستحقاق بفعل البائع ، فلو قام البائع ببيع المنقول الى مشتري ثاني وسلمه اليه قبل تسليمه الى المشتري الاول فأن المبيع يستحق للمشتري الثاني بحكم قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية وليس للمشتري الاول ان يرجع على البائع بالضمان لأن سبب الاستحقاق قد نشأ بتاريخ متأخر عن الشراء وواضح ما في ذلك من غبن للمشتري الاول وهو مخالف لما عليه الواقع العملي .

لذلك نرى تعديل نص المادة ٥٥٠ / ٢ لتصبح كالآتي (اما اذا ورد الاستحقاق بأمر حادث في المبيع وهو في ملك المشتري كما لو اثبت المستحق انه ملكه بتاريخ متأخر عن الشراء، فلا حق للمشتري في الرجوع بالضمان على البائع ما لم يكن الاستحقاق قد نشأ بفعل هذا الاخير).

٢ - نصت المادة ١٩٠ / ٢"واذا كان الموهوب بحق عيني ضماناً لدين في ذمة الواهب او في ذمة شخص آخر، فان الموهوب له يلتزم بوفاء هذا الدين ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك" .

عبارة دين في ذمة الواهب جاءت بلفظ مطلق من حيث قيمة الدين وهذا يعني ان على الموهوب له وفاء الدين المضمون بالمال الموهوب ولو كانت قيمته تزيد على قيمة المال الموهوب ، وهذا النص لم يثبت له مقيد فيجب اخذه على اطلاقه .

٣ - تنص المادة من القانون المدني ١١٥ " من اكره اكراهاً بأحد نوعي الاكراه على ابرام عقد لا ينفذ عقده " .

عبارة (من اكره اكراها) عامة من حيث الاشخاص الواقع عليهم الاكراه ، فتشمل كل متعاقد وقع عليه اكراه ، مطلقة من حيث احوال الاكراه فتشمل الاكراه الحاصل من المتعاقد نفسه او الحاصل من الغير ، فيكون عقد المكره غير نافذ سواء وقع الاكراه عليه من المتعاقد نفسه أم من الغير .

اما عند اجتماع العموم والتخصيص او الاطلاق والتقييد فينظر فأن ورد عام وخاص متوافقا الظاهر عمل بهما نحو أكرم العلماء وأكرم العلماء الفقهاء ويكون الخاص لزيادة التأكيد أو غير

ذلك أما إذا كانا متخالفي الظاهر نحو أكرم العلماء ولا تكرم فساقهم حمل العام على الخاص لأنه جمع عرفي بين الدليلين [٤٦] .

وان ورد مطلق ومقيد فالذي عليه اكثر الاصوليين من الامامية(بل نقل اتفاقهم) ان المطلق والمقيد إما أن يكونا مختلفين حكما أو موجبا فيعمل بهما جميعا ولا يقيد المطلق بالمقيد وإما أن يكونا متحدين فيهما فإما أن يكونا إيجابيين فيقيد المطلق بالمقيد أو سلبيين فيعمل بهما دون تقييد [٤٧]، أو مختلفين فيقيد المطلق بالمقيد [٤٨].

اما الاصوليين من غير الامامية فقد نقل اتفاقهم على حمل المطلق على المقيد اذا اتفقا حكما وموجبا وعدم الحمل اذا اختلفا حكما سواء اتحد موجبهما او اختلف ، الا انهم اختلفوا في صورة ما اذا اتحدا حكما واختلفا موجبا فنقل اجماع الحنفية واكثر المالكية على عدم التقييد بينما ذهب جمور الشافعية الى تقييد المطلق بالمقيد [٤٩].

اذن فمن المتفق عليه عند جميع الاصوليين من الامامية وغيرهم ان حمل المطلق على المقيد لا يكون عند الاختلاف في الحكم سواء اتحد الموجب او اختلف .

كما ان من المتفق عليه عند جميع الاصوليين وجوب حمل المطلق على المقيد اذا اتحدا حكما وموجبا وكانا ايجابيين .

ومن امثلة اختلاف المطلق والمقيد في الحكم والسبب وهي الحالة التي ذكرنا فيها الاتفاق على امتناع حمل المطلق على المقيد ، تقييد لفظ الصبي في المادة ١٩١ / ٢ بكونه غير مميز واطلاقه في المادة ٢١٨ [٥٠] ، ولا يمكن هنا ان نحمل اطلاق المادة ٢١٨ على مقيد المادة ١٩١ / ٢ بسبب اختلافهما حكما وموجبا ، اذ ان الحكم في المادة ١٩١ هو جواز الزام الولي بالتعويض ، والسبب هو تعذر الحصول على التعويض من اموال الصغير في حين الحكم في المادة ٢١٨ هو الزام الولي بالتعويض والسبب هو الضرر الناشئ عن الصغير ، فلا يمكن ان يقال ان الزام الولي بالتعويض حسب االمادة ٢١٨ مقيد بأن يكون الصغير غير مميز لعدم امكانية الحمل.

المطلب الثاني : حمل اللفظ على معناه الحقيقي حتى تثبت ارادة معنى غيره

الاصل ان المتكلم يريد من الالفاظ التي يستخدمها معانيها الحقيقية ، ولكن المعنى الحقيقي للفظ لا يلازم المعنى اللغوي له دائما ، ويرجع ذلك الى تنوع حقيقة الالفاظ بحسب مجال استخدام اللفظ ، فهناك حقيقة لغوية واخرى عرفية وثالثة شرعية ،. فالحقيقة اللغوية هي اللفظ المستعمل في مناه اللغوي الموضوع له كالشمس والقمر والنجوم ، فهذه الالفاظ موضوعة لهذه الاجرام المضيئة المعروفة [٥١].

والحقيقة الشرعية هي اللفظ المستعمل في المعنى الذي وضعه الشارع له كاستعمال لفظ الربا في الفوائد التي يأخذها المرابي مقابل الدين بعد ان كان موضوعا في اللغة العربية لكل زيادة مطلقا [٥٢].

والحقيقة العرفية هي اللفظ المستعمل في معناه العرفي ، اي في المعنى الذي جرى العرف في استعمال اللفظ فيه ، كلفظ السيارة فقد جرى العرف العام على اطلاقه على واسطة النقل المعروفة [٥٣].

وحكم الحقيقة ان يثبت المعنى الذي وضع له اللفظ في اصطلاح المتخاطبين وان يتعلق الحكم به ، كما ان من حكم الحقيقة ان ترجح على المجاز ، فيثبت لها الحكم دون المجاز كلما امكن حمل اللفظ على الحقيقة [٥٤].

ونريد هنا ان نذكر بعض الامثلة القانونية في مجال المعنى الحقيقي والمجازي للالفاظ القانونية لتتبين طريقة استنباط الحكم القانوني في ضوء المعنى الحقيقي للفظ .

لفظ (الفسخ) وما يتفرع عنه من مفردات ، يراد به في القانون المدني انهاء العقد بشكل غير طبيعي وهو طريق من طرق انقضاء العقد لا يصار اليه الا في العقود الملزمة للجانين وعند اخلال احد الطرفين بتنفيذ التزامه ، وهذا المفهوم للفظ الفسخ يعد (حقيقة قانونية) في معناه ، ولازم ذلك ان نحمله على هذا المعنى حيثما ورد في التشريعات المدنية ، ولكن اذا ورد هذا اللفظ في نص وكانت هناك قرينة على ان المشرع اراد استخدامه في معنى آخر مجازا لزم من ذلك حمله على هذا المعنى الثاني وتفسير النص في ضوء هذا المعنى بما ينطوي عليه من اثار ملازمة له .

فالمشرع حينما يستخدم لفظ (الفسخ) او اي لفظ متفرع عنه ، المفروض انه يريد به انهاء العقد بسبب اخلال احد الطرفين بالالتزامات التي يفرضها عليه العقد ، ويعني ذلك ان يكون للطرف الاخر الحق في التعويض عن هذا الاخلال ، اذا نتج عنه ضرر ، غير ان المشرع قد يستخدم لفظ الفسخ في غير هذا المعنى ويقيم قرينة على انه اراد به معنى آخر ، فحينئذ يجب ان يحمل لفظ الفسخ على المعنى الاخر الذي دلت عليه القرينة لا على معناه الحقيقي .

ومثال استخدام المشرع للفظ الفسخ في معناه الحقيقي ما تقضي به المادة ٥٥٥ / ١ من القانون المدني من حق المشتري في فسخ العقد اذا استحق بعض المبيع اوكان مثقلاً بتكليف لا علم للمشتري به وقت العقد .

فأن المشرع قد جعل طلب الفسخ من قبل المشتري مرهونا باخلال البائع بالتزامه بدفع التعرض القانوني الصادر من الغير .

ومثاله ايضا ما تنص عليه المادة ٧٥٠ / ٢ من اعطاء المستأجر حق فسخ الاجارة عند امتناع المؤجر من الترميم [٥٥] .

ففي هذه النصوص استخدم المشرع لفظ الفسخ بمعنى انهاء العقد بمقابل الاخلال ، غير انه في نصوص اخرى نرى ان المشرع قد استخدم هذا اللفظ في غير هذا المعنى ولكن مع وجود القرينة الصارفة عن هذا المعنى الى معنى اخر ومثال ذلك ، نص المادة ٨٨٥ / ١ " لرب العمل ان يفسخ العقد ويوقف التنفيذ في أي وقت قبل اتمامه على ان يعوض المقاول عن جميع ما انفقه من المصروفات وما انجزه من الاعمال وما كان يستطيع كسبه لو انه اتم العمل " .

فالمشرع هنا استخدم لفظ الفسخ بمعنى الانهاء الغير ملازم للاخلال بقرينة جعلة بارادة رب العمل المنفردة ودونما اخلال من المقاول وهذا ما لا ينسجم مع طبيعة الفسخ التي تستلزم الخلل في عقد من العقود الملزمة للجانبين والتي لا يمكن التحلل عنها بارادة منفردة .

ومثل الحالة المتقدمة ما استخدمه المشرع من لفظ (الفسخ) في المادتين (٥١١ ، ٥١٢) المتعلقتين بشرط الخيار، حيث استخدمه بمعنى انهاء العقد وليس بمعناه القانوني بدلالة قرينة حالية وهي ان قوام البيع بشرط الخيار ان يكون لأحد العاقدين او لكلاهما حق امضاء العقد او انهاءه خلال فترة معينة بالارادة المنفردة لصاحب الحق في الخيار وبصرف النظر عن وجود اخلال او عدم وجوده [٥٦] .

والمثال الاخر الذي نريد ان نذكره في مجال الحقيقة والمجاز لفظ (اورث) الوارد في المادة ٢٢٩ / ١ والمتعلقة بضمان ما يسقط من البناء [٥٧] ، هذا اللفظ له حقيقة لغوية وهي الدوام والبقاء والمشرع لم يقم قرينة على استخدامه في غير معناه الحقيقي ، وهذا يستلزم ان نحمل هذا اللفظ على معناه الحقيقي .

وحمل لفظ (اورث) على معناه الحقيقي في النص المتقدم يعني انه يلزم لوجوب الضمان ان يكون الضرر الناتج عن سقوط البناء مما له بقاء واستمرار ، فان كان ضررا يزول خلال فترة قصيرة فلا يتحقق الضمان حسب ما يوحي به الظهور اللفظي للنص .

وطالما ان المشرع لم يقم قرينة على ارادة معنى اخر للفظ (اورث) غير المعنى الحقيقي فيعني ذلك أخذ اللفظ على ظهوره والعمل بمقتضى معناه الحقيقي كما اوضحناه .

المطلب الثالث : عدم التقدير في معنى اللفظ عند عدم وجود القرينة على التقدير

ومن موارد التقدير في معنى اللفظ ما يسمى عند الاصوليين بدلالة الاقتضاء وهي دلالة الكلام على امر مقصود للمتكلم دلالة التزامية عقلية أو شرعية ، من جهة توقف صحة الكلام عقلا أو شرعا على إرادة القائل ذلك المعنى ، بحيث لو لم يكن من قصده ذلك لعد غالطا في كلامه فدلالة الاقتضاء على قسمين عقلية وشرعية [٥٨].

فقد يكون صدق الكلام موقوفاً عليه عقلاً ، كما في دلالة حديث الرفع [٥٩]، حيث توقّف صدقه على أنْ يكون المرفوع هو « المؤاخذة » . وقد يكون صحّته عقلاً موقوفةً عليه كما في " وَسْئَلِ الْقَرْيَةَ " [٦٠] فلولا تقدير كلمة « الأهل » لم يصح الكلام عقلاً ، وقد يكون صحّته شرعاً

موقوفةً عليه كما في قولك : أعتق عبدك عنّي ، فإن صحّته تتوقف على أن يملّكك العبد ثم يعتقه وكالةً عنك ، إذ لا عتق شرعاً إلا في ملك [٦١] .

فالمراد بما يفهم من اقتضاء النص المعنى الذي لا يستقيم الكلام الا بتقديره ، فصيغة النص ليس فيها لفظ يدل عليه ولكن صحتها واستقامة معناها تقتضيه ، او صدقها ومطابقتها للواقع تقضيه [٦٢]. وحيث إن التقدير على خلاف الأصل فيقتصر فيه على مورد الضرورة [٦٣] .

وتطبيق ما تقدم على القانون المدني يعني ان الاصل في النص القانوني ان يعمل بالمعنى الظاهر بمنطوقه الا اذا اقتضت صحة الكلام او صدقه من الناحية العقلية او القانونية ان يقدر له معنى آخر .

مثال ذلك المادة ٦ من القانون المدني (الجواز الشرعي ينافي الضمان) والجواز الشرعي تارة يكون ثابت اصالة كما هو الحال بالنسبة لقيام الشخص بالتصرفات المشروعة على المال المملوك له ، وتارة ينشأ بحكم الضرورة ويقدر بقدرها كما هو الحال في حالات اضطرار الشخص على القيام باعمال تتسبب في اتلاف اموال مملوكة لغيره .

والعمل بمقتضى النص المتقدم على ظهوره اللفظي يعني ان الجواز بنوعيه ينافي الضمان ، والحال ان الجواز الناشئ بحكم الضروة لا ينافي الضمان بل يلزم من اضطر لاتلاف مال غيره بتعويضه استنادلا للمادة ٢١٣ [٦٤].

فالتعويض المقرر في هذه المادة يتعارض مع ما تقرره المادة (٦) من منافاة الجواز للضمان ، لذلك فأن صحة وصدق تطبيق المادة (٦) يقتضي تقدير معنى للجواز الشرعي اضيق من معناه الظاهر بالنص ، فيكون المعنى المقدر هو (الجواز الشرعي الاصلي) لأن هذا الاخير هو الذي ينافي الضمان اما الجواز الناشئ للضرورة فقد عرفنا عدم منافاته للضمان .

والمشرع يدلل على التقدير المتقدم في سياق النص ، فبعد ان اورد عبارة (الجواز الشرعي ينافي الضمان) قال " فمن استعمل حقه استعمالاً جائزاً لم يضمن ما ينشأ عن ذلك من الضرر".

فعبارة (فمن استعمل حقه) تلوح بان المقصود بالاستعمال الجائز المنافي للضمان هو استعمال الحق الثابت للشخص اصالة بأن يكون له تسلط اصلي على الحق لا ان تثبت له سلطة استعماله استثناء للضرورة بدلالة استخدام ضمير الغائب (الهاء في حقه) والتي تنسب الحق للشخص القائم بالاستعمال .

هذا اذا كانت هناك قرينة على التقدير ، اما اذا انتفت هذه القرينة ولم يكن صدق الكلام في العبارة يقتضي تقدير معنى للالفاظ غير معانيها الظاهرة ، فحينئذ لا يصح التقدير لأن الاصل عدم التقدير .

مثال ذلك - تنص المادة ٧٩٣ من القانون المدني " يجوز للمستأجر اذا كان موظفاً او مستخدماً، او اقتضى ان يغير موطنه فسخ ايجار مسكنه اذا كان هذا الايجار محددة المدة، على ان يراعى المواعيد المبينة في المادة ٧٤١" .

منطوق النص واضح في اعطاء حق فسخ ايجار المسكن لثلاث فئات من المستأجرين هم (الموظف والمستخدم وأي مستأجر آخر اقتضى تغيير موطنه)

الا ان الواقع العملي مخالف لمنطوق النص حيث يجري العمل على اعطاء الموظف او المستخدم حق فسخ ايجار مسكنه اذا اقتضى عمل اي منهما تغيير موطنه رغم ان المعنى الحقيقي لحرف (او) في الجملة الانشائية هو البدلية ولكنه فسر هنا بمعنى الحال لصعوبة تطبيق النص اذا فسرت الـ (أو) بمعنى البدلية ، وهو تفسير مخالف للقواعد المقررة في اصول الفقه من ضرورة العمل بظاهر اللفظ ما لم تقوم قرينة لفظية او حالية على صرف اللفظ عن معناه الظاهر .

وكأن التفسير الذي جرى عليه الواقع العملي قدر بأن المشرع قد جعل من اقتضاء تغيير الموطن شرطا لطلب فسخ الايجار في النص المتقدم ، بحيث ليس لكل من اقتضى عمله تغيير موطنه طلب فسخ الايجار كما ليس لكل موظف او مستخدم طلب ذلك ، بل لابد من ان يجتمع الامرين معا بأن يكون المستأجر موظفا او مستخدما وقد اقتضى عمل اي منهما تغيير موطنه حتى يمكن طلب فسخ الايجار .

وهذا التفسير وان كانت الضرورة العملية تدعو اليه لأنه ليس من المنطق اعطاء حق فسخ الايجار لكل موظف او مستخدم دون اي قيد او شرط ، الا انه مخالف لظاهر النص من غير قرينة في النص او خارج النص توجب مخالفة الظاهر من النص .

ولما كانت الضرورة العملية تستدعي هذا التفسير ، وحيث لا قرينة في النص او خارجه تساعد عليه ، نرى ضرورة تعديل نص المادة باستبدال حرف الـ (او) بحرف الـ (و) واظافة كلمة (عمله) بعد عبارة (وقد اقتضى) ليصبح النص كالآتي :

(يجوز للمستأجر اذا كان موظفاً او مستخدماً، **و اقتضى عمله** ان يغير موطنه، فسخ ايجار مسكنه اذا كان هذا الايجار محددة المدة، على ان يراعى المواعيد المبينة في المادة ٧٤١ .

ويلحق باصالة عدم التقدير كما ذكرنا(اصالة عدم النقل واصالة عدم الاشتراك) وقد اوضحنا مفهومها عند الحديث عن احوال الظهور اللفظي ، ونريد هنا ان نورد تطبيقا قانونيا لهما .

يلاحظ ان المشرع قد اورد تعريفا للحيازة في المادة ١١٤٥ / ١ فذكر ان " الحيازة وضع مادي به يسيطر الشخص بنفسه او بالواسطة سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه او يستعمل بالفعل حقاً من الحقوق " .

وبناء على ذلك يفترض ان يتحدد معنى لفظ الحائز اينما ورد في القانون بالمعنى المحدد للحيازة اعلاه ، فيكون حائزا وفقا لذلك كل شخص يسيطر بنفسه او بالواسطة سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه او يستعمل بالفعل حقاً من الحقوق من غيرفرق ان تكون السيطرة على عقار او على منقول ، ومهما كان محل الحق عقارا او منقول .

غير ان المشرع قد استخدم هذا اللفظ بمعنى اخر اذا وردت الحيازة على عقار مرهون ، وذلك في المادة ١٣٠٦ / ٢ حيث نصت على انه " ويعتبر حائزاً للعقار المرهون، كل من انتقلت اليه بعد الرهن بأي سبب من الاسباب ملكية هذا العقار، او أي حق عيني آخر عليه قابل للرهن دون ان يكون مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين الموثوق بالرهن".

وهنا قد يشك بأن من تكون له سيطرة على عقار مرهون او يستعمل بالفعل حقا عقاريا مرهونا ، لا يعد حائزا ما لم يتحقق به معنى الحائز المذكور اعلاه .

غير ان هذا الشك يندفع باصالة عدم النقل ، لعدم ثبوت هجر المعنى الاول للفظ الحائز بالنسبة لحائز العقار المرهون في غير النصوص الخاصة بحق التتبع (نصوص القانون المدني الاخرى) .

وطالما ثبت استعمال لفظ الحائز فيما يتعلق بحيازة العقار المرهون في معنى ثاني ولم يثبت هجر معناه الاول المستفاد من المعنى العام للحيازة ، فقد ثبت اشتراك لفظ (الحائز) بخصوص حيازة العقار المرهون في معنيين الاول معناه المستفاد من المعنى العام للحيازة والذي يشمل كل شخص يسيطر بنفسه او بالواسطة سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه ولو كان عقارا مرهونا او يستعمل بالفعل حقاً من الحقوق ولو كان حقا عقاريا مرهون .

والثاني هو المعنى المحدد لحائز العقار المرهون في المادة ١٣٠٦ ، والذي ينحصر مجال استعماله في النصوص الخاصة بحقق تتبع العقار المرهون .

ولم يثبت ان المشرع قد هجر المعنى الاول للفظ الحائز الى هذا المعنى الجديد ، في نصوص القانون المدني غير الخاصة بحق تتبع العقار المرهون وبناء على ذلك لم يتحقق نقل لفظ الحائز الى معنى آخر في تلك النصوص .

اما في النصوص الخاصة بحق التتبع، فلما كان المشرع قد هجر المعنى الاول للفظ الحائز فيها، فقد ثبت نقله الى معنى آخر وهو المعنى المحدد في المادة ١٣٠٦ اعلاه .

ونتيجة ما تقدم ان لفظ الحائز اينما ورد في القانون المدني يتحدد معناه بحسب المعنى العام للحيازة المحدد في المادة في ١١٤٥ / ١ ، الا انه استثناء من ذلك فأن لفظ الحائز اذا ورد في النصوص التي تخص حق التتبع المتولد عن الحقوق العينية التبعية لزم تحديد معناه حسب نص المادة ١٣٠٦ ، وهذا الاستثناء يتضمن نقل لمعنى لفظ الحائز ولكن بخصوص نصوص حق التتبع فقط دون غيرها من نصوص القانون المدني الاخرى .

والوضع المتقدم وان كان واضح بأدنى تأمل الا انه يعد تطبيقا يمكن الاهتداء به في الحالات المشابهة سواء وردت في التشريع اوفي تصرفات الافراد الارادية فيحمل اللفظ على معناه الاصلي وان احتمل معنى اخر ما لم يثبت هجر المعنى الاول في المجال الذي ورد فيه .

الخاتمة - وفيها النتائج والتوصيات الآتية :

اولا - النتائج

١ – الظهور اللفظي يعني المعنى الراجح من المعاني المشمولة بدلالة اللفظ ويقوم على مجموعة من الاصول اللفظية اهما اصالة الحقيقة واصالة العموم واصالة الاطلاق واصالة عدم التقدير واصالة عدم الاشتراك واصالة عدم النقل .

٢ – اقوائية الظهور اذا كانت ترجح في الاصول اللفظية ، الا ان ذلك يتوقف على عدم وجود ما يعارض الظاهر من تلك الاصول ، فأصالة العموم تقف اذا وجد المخصص لأن المخصص اقوى في ظهوره من العموم ، و اصالة الاطلاق تتراجع امام وجود القيد لان المقيد اقوى في ظهوره من المطلق وهكذا بالنسبة للأصول اللفظية الاخرى .

٣ – عالج المشرع العراقي موضوع الظهور اللفظي معالجة معيبة من ناحيتين ، الاولى انه اغفل النص على بعض القواعد المهمة في هذا الموضوع ، والاخرى انه اورد ما اورده بخصوص الظهور اللفظي في باب تفسير العقد والحال ان الحاجة تدعو الى اعماله (اي الظهور) في تفسير الفاظ التصرفات الارادية عقدا كانت ام تصرفات بارادة منفردة مضافا الى ضرورته في تفسير نصوص القانون بالدرجة الاساس .

٤ – لدى تطبيق قواعد الظهور اللفظي على بعص نصوص القانون المدني ، تبينت ضرورة اعادة النظر في صياغة بعض المواد لأن اخذها على ظهورها اللفظي يؤدي الى نتائج سيئة .

٢ - التوصيات

١ – اتباع القواعد المتفق عليها في علم اصول الفقه والمتعلقة بالظهور اللفظي والنص عليها ضمن سياق النصوص العامة التي تنطبق على جميع موضوعات القانون لا في سياق النصوص الخاصة بموضوع معين .

٢ – اعادة صياغة نصوص بعض مواد القانون المدني كالمواد (٥٥٠ / ٢ ، ٧٩٣) بما يجعل ظهورها اللفظي ينجسم مع قصد المشرع وما يجري عليه الواقع العملي .

الهوامش

(١) السيد محمد باقر الصدر ، المعالم الجديدة للاصول ، ط ٢ ، مكتبة النجاح ، طهران ، ١٩٧٥ ، ص ١٢٧ ، ١٢٨ .

(٢) د. عبد الهادي الفضلي ، أصول البحث ، مؤسسة دار الكتاب الإسلامي ، قم – إيران، ص ٧٦ .

(٣) انظر د. مصطفى الزلمي ، دلالات النصوص وطرق استنباط الاحكام في ضوء اصول الفقه الاسلامي ، ط ١ ، احسان للنشر والتوزيع ، العراق ، ٢٠١٤ ، ، ص٢٦٥ ، ٢٦٦ ، ٢٦٧ ، و عبد الكريم زيدان ، الوجيز في اصول الفقه ، مؤسسة قرطبة ، بلا سنة طبع ، بلا مكان طبع ، ص ٣٦١ . ص ١٥٩ ، ١٦٠ ، وجواد احمد البهادلي، مدخل القانوني لدراسة الشريعة الاسلامية ، ط ٢ ، مجمع اهل البيت ، النجف الاشرف ، ٢٠١٧ ص ١٦٨.

(٤) انظر في حجية الظواهر - الشيخ محمد رضا المظفر ، اصول الفقه ، ج ٣ ، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المقدسة ، بلا مكان وسنة طبع ، ص ٥٢ وما بعدها والبهادلي مدخل القانوني لدراسة الشريعة الاسلامية ، مصدر سابق ، ص ١٦٨.

(٥) سورة النساء ، الاية ١٢ .

(٦) البهادلي ، مدخل القانوني لدراسة الشريعة الاسلامية ، مصدر سابق ، ص ١٨٧ .

(٧) سورة البقرة ، الآية ٢٧٨ .

(٨) البهادلي ، مدخل الشريعة ، المصدر السابق ، ص ١٨٥ ، ١٨٦ .

(٩) انظر هذا المعنى لدى مصطفى الزلمي وعبد الباقي البكري ، المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية ، مكتبة السنهوري ، بيروت ، ٢٠١٥ ، ص ٧٥.

(١٠) محمد رضا المظفر ، ج ١ ، المصدر السابق ، ص ٨٠ .

(١١) المصدر نفسه ، ص ٧٤ .

(١٢) الشيخ محمد علي الأنصاري ، الموسوعة الفقهية الميسرة / ج ٣ ط ١ ، مجمع الفكر الإسلامي، مطبعة شريعت ، قم ، ١٤٢٠ هـ ، ص ٤٨٩.

(١٣) د. جواد احمد البهادلي ، مختصر المفتاح في اصول الفقه المقارن ، ط ٢ ، مطبعة مجمع اهل البيت ، العراق ، النجف ، ٢٠١٣ ص ٥٦.

(١٤) الانصاري ، ج ٣ ، مصدر سابق ، ص ٤٨٧.

(١٥) البهادلي ، مختصر المفتاح ، مصدر سابق ص ٥٧ .

(١٦) المظفر ، ج ١ مصدر سابق ، ص ٧٥.

(١٧) المصدر نفسه ، ص ٦٨.

(١٨) محمد كاظم الآخوند الخراساني ، كفاية الاصول تحقيق وتعليق الشيخ عباس علي الزارعي السبزواري ، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة ، ص ٤٢.

(١٩) المظفر ج ١ ، مصدر سابق ، ص ٦٩ .

(٢٠) الخرساني تعليق السبزواري ، مصدر سابق ، ص ٤٣.

(٢١) البهادلي ،مختصر المفتاح ، مصدر سابق ، ص ٥٦

(٢٢) المظفر ، ج ١ ، مصدر سابق ص ١٩٠ .

(٢٣) الخرساني تعليق السبزواري ص ١٣٩.

(٢٤) المظفر ج ١ ، مصدر سابق ، ص ١٩١.

(٢٥) الخرساني ، المصدر السابق ، ١٦٥ .

(٢٦) الشيخ علي فريدة الاسلام الكاشاني ، مجمع الفرائد في الاصول مطبعة أمير - قم - سنة ١٣٦٨ هـ ص ٧٦ .

(٢٧) المظفر، ج ١ ، مصدر سابق ص ٢٢٥ .

(٢٨) اشار الى هذا المعنى كل من المظفر ، ج ١ ، مصدر سابق ، ص ٢٢٤ ، ٢٢٥ والشيخ فاضل الصفار ، المهذب في اصول الفقه ، ط ١ ، مؤسسة الفكر الاسلامي ، لبنان ، بيروت ، ٢٠١٠ ، ص ٢٢٣ و لتفصيل اكثر في الشيوع في الافراد والاحوال انظر البهادلي ، مصدر سابق ، ص ١٥٩ ، ١٦٠ ، ١٦١ .

(٢٩) السيد محمود الهاشمي الشاهرودي تقريرات السيد محمد باقر الصدر ، بحوث في علم الاصول ، ج ٣ ، ط ٣ ، مؤسسة دائرة المعارف الفقه الاسلامي، ١٤٢٦ هـ - ٢٠٠٥ م ، هامش ص ٣١٣ .

(٣٠) - انظر الميلاني ، ج ٤ ، مصدر سابق ، ص ٢٣٨ ، محمد اسحاق الفياض ، محاضرات في اصول الفقه ، تقرير السيد الخوئي ، ج ٥ ، بلا مكان وسنة طبع ، ص ١٥١ ، محمد صادق الروحاني ، زبدة الاصول ، ج ٢ ، ط ١ ، مدرسة الإمام الصادق عليه السلام ، ١٤١٢ م ، ص ٢٩٧ .

(٣١) الانصاري ، مصدر سابق ، ص ٤٨٧.

(٣٢) المواد من ١٥٥ الى ١٦٧ من القانون المدني.

(٣٣) المادة ١ من القانون المدني .

(٣٤) المادة ١ ف ٢ من القانون المدني .

(٣٥) المادة ٣ من قانون الاثبات .

(٣٦) المظفر، ج ١ ، ص ٧٥.

(٣٧) بينا سابقا فكرة تعلق العموم بالافراد والاطلاق بالاحوال انظر ص ٧ ، ٨ من هذا البحث.

(٣٨) المظفر ج ١ ، مصدر سابق ، ص ١٩٣

(٣٩) د. مصطفى الزلمي ، دلالات النصوص وطرق استنباط الاحكام في ضوء اصول الفقه الاسلامي ، مصدر سابق ، ص ١٥٧ .

(٤٠) المظفر ، ج ١ ، مصدر سابق ، ص ١٩٤ .

(٤١) انظر شروط العمل بمفوم المخالفة في المصدر نفسه ، ص ٢٥٥.

(٤٢) المادة ١٩١ / ٢ من القانون المدني .

(٤٣) نصت هذه المادة على انه (كل تصرف ناقل للمكية يصدر من شخص في مرض الموت، مقصود به التبرع او المحاباة، يعتبر كله او بقدر ما فيه عن محاباة تصرفاً مضافاً الى ما بعد الموت، وتسري عليه احكام الوصية اياً كانت التسمية التي تعطى له)

(٤٤) انظر تعريف مفهوم الموافقة عبد الوهاب خلاف ، علم اصول الفقه ، ط٨ ، مكتبة الدعوة الاسلامية - شباب الازهر ، بلا سنة طبع ، بلا مكان طبع ، ص ١٥٠ ، وانظر قريب منه عبد الكريم زيدان ، مصدر سابق ، ص ٣٦١

(٤٥) نصت هذه المادة على انه (اذا استعمل شخص مالاً بلا اذن صاحبه لزمه اداء منافعه سواء كان المال معداً للاستغلال او غير معد له وذلك دونه اخلال بأحكام المادة ١١٦٥) .

(٤٦) السيد علي نقي الحيدري ، أُصول الاستنباط في أصول الفقه وتاريخه بأُسلوب جديد ، لجنة إدارة الحوزة العلمية ، قم المقدسة ، بلا سنة طبع ، ص ١٣٥ .

(٤٧) حيدري ، مصدر سابق ، ص ١٧٢ ، الحسن بن زين الدين العاملي ، معالم الدين، ج ١ ، مؤسسة النشر الاسلامي التابعة لجماعة المدرسين ، قم المشرفة ، بلا سنة طبع ، ص ١٥٠، ١٥١ ، ١٥٢ .

(٤٨) حيدري ، مصدر سابق ص ١٧٢.

(٤٩) محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر ، ١٣٥٦ هـ - ١٩٣٧ م ص ١٦٥ ، وانظر ايضا لتفصيل اكثر لمسألة حمل المطلق على المقيد عند غير الامامية على بن محمد الامدي ، الاحكام في اصول الاحكام ، ج ٣ ، المكتب الاسلامي ، الرياض ، ١٣٨٧ هـ . ص ٤ وما بعدها.

(٥٠) نصت المادة ١٩٢ / ٢ "واذا تعذر الحصول على التعويض من اموال من وقع منه الضرر ان كان صبياً غير مميز او مجنون جاز للمحكمة ان تلزم الولي او القيم او الوصي بمبلغ التعويض على ان يكون لهذا الرجوع بما دفعه على من وقع منه الضرر) . ونصت المادة ٢١٨ / ١ (يكون الاب ثم الجد ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه الصغير".

(٥١) عبد الكريم ، زيدان ، مصدر سابق ، ص ٣٣١ .

(٥٢) الزلمي ، دلالات النصوص ، مصدر سابق ،ص ١٩٦.

(٥٣) عبد الكريم زيدان ، مصدر سابق ، ص ٣٣١ .

(٥٤) عبد الكريم زيدان ، مصدر سابق ، ٣٣٢ .

(٥٥) نصت هذه المادة على " اذا امتنع المؤجر من الترميم، كان للمستأجر ان يفسخ الاجارة او ان يقوم بالترميم بإذن من المحكمة، ويرجع على المؤجر بما صرف بالقدر المعروف ".

(٥٦) - فالمادة ٥١١ تنص على انه "اذا مضت مدة الخيار ولم يفسخ من له الخيار لزم البيع). وتنص المادة ٥١٢ على انه (في جميع حالات الخيار اذا تلف المبيع في يد المشتري قبل الفسخ هلك من ماله والزمه الثمن المسمى".

(٥٧) - والتي تنص على انه " لو سقط بناء واورث الغير ضرراً فان كان البناء مائلاً للانهدام او فيه عيب ادى الى سقوطه وكان صاحبه قد نبه الى ذلك او كان يعلم بحالة البناء او ينبغي ان يعلم بها وجب الضمان".

(٥٨) المشكيني ، مصدر سابق ، ص ١٣٣.

(٥٩) عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال : قال رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) : رفع عن أمتي تسعة أشياء : الخطأ ، والنسيان ، وما أكرهوا عليه ، وما لا يعلمون ، وما لا يطيقون ، وما اضطروا إليه ، والحسد ، والطيرة ، والتفكر في الوسوسة في الخلوة ما لم ينطقوا بشفة . انظر محمد بن الحسن الحر العاملي ، وسائل الشيعة الى تحصيل الشريعة ، ج ١٥ ، ط ٢ ، مؤسسة آل البيت (عليهم السلام) لإحياء التراث - قم المشرفة ، ١٤١٤ هـ ، ص ٣٧٠ .

(٦٠) الاية ٨٢ من سورة يوسف .

(٦١) السيد علي الحسيني الميلاني ، تحقيق الاصول ، ج٤ ، ط ١ ، الحقائق ، قم ، ١٤٢٨ هـ ص ١٧٠ .

(٦٢) عبد الوهاب خلاف ، مصدر سابق ، ص ١٥٠ .

(٦٣) الشيخ علي الغروي الايرواني ، نهاية النهاية ، بلا مكان وسنة طبع ج ٢ ، ص ٨٩ .

(٦٤) والتي جاء فيها " ولكن الاضطرار لا يبطل حق الغير ابطالاً كلياً ٢ – فمن سبب ضرراً للغير وقاية لنفسه او لغيره من ضرر محدق يزيد كثيراً على الضرر الذي سببه لا يكون ملزماً الا بالتعويض الذي تراه المحكمة مناسباً".

المصادر

اولا : القرآن الكريم

ثانيا : القوانين

١ – القانون المدني العراقي

٢ – قانون الاثبات العراقي .

ثالثا : الكتب

١- الحسن بن زين الدين العاملي ، معالم الدين، ج ١ ، مؤسسة النشر الاسلامي التابعة لجماعة المدرسين ، قم المشرفة ، بلا سنة طبع .

٢- د. جواد احمد البهادلي ، مختصر المفتاح في اصول الفقه المقارن ، ط ٢ ، مطبعة مجمع اهل البيت ، العراق ، النجف ، ٢٠١٣.

٣- جواد احمد البهادلي، مدخل القانوني لدراسة الشريعة الاسلامية ، ط ٢ ، مجمع اهل البيت ، النجف الاشرف

٤- عبد الهادي الفضلي ، أصول البحث ، مؤسسة دار الكتاب الإسلامي ، قم – إيران .

٥- عبد الكريم زيدان ، الوجيز في اصول الفقه ، مؤسسة قرطبة ، بلا سنة طبع ، بلا مكان طبع .

٦- عبد الوهاب خلاف ، علم اصول الفقه ، ط٨ ، مكتبة الدعوة الاسلامية - شباب الازهر ، بلا سنة طبع ، بلا مكان طبع .

٧- السيد علي الحسيني الميلاني ، تحقيق الاصول ، ط ١ ، الحقائق ، قم ، ١٤٢٨ هـ .

٨- - الشيخ علي الغروي الايرواني ، نهاية النهاية ، بلا مكان وسنة طبع .

٩- على بن محمد الامدي ، الاحكام في اصول الاحكام ، المكتب الاسلامي ، الرياض ، ١٣٨٧ هـ .

١٠- الشيخ علي فريدة الاسلام الكاشاني ، مجمع الفرائد في الاصول مطبعة أمير - قم - سنة ١٣٦٨ هـ .

١١- السيد علي نقي الحيدري ، أُصول الاستنباط في أصول الفقه وتاريخه بأُسلوب جديد ، لجنة إدارة الحوزة العلمية ، قم المقدسة ، بلا سنة طبع .

١٢- السيد محمد باقر الصدر ، المعالم الجديدة للاصول ، ط ٢ ، مكتبة النجاح ، طهران ، ١٩٧٥ .
١٣- الشيخ فاضل الصفار ، المهذب في اصول الفقه ، ط ١ ، مؤسسة الفكر الاسلامي ، لبنان ، بيروت ، ٢٠١٠ .
١٤- محمد اسحاق الفياض ، محاضرات في اصول الفقه ، تقرير السيد الخوئي ، ج ٥ ، بلا مكان وسنة طبع.
١٥- محمد صادق الروحاني ، زبدة الاصول ، ج ٢ ، ط ١ ، مدرسة الإمام الصادق عليه السلام ، ١٤١٢ م .
١٦- محمد بن الحسن الحر العاملي ، وسائل الشيعة الى تحصيل الشريعة ، ج ١٥ ، ط ٢ ، مؤسسة آل البيت (عليهم السلام) لإحياء التراث - قم المشرفة ، ١٤١٤هـ .
١٧- محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر ، ١٣٥٦ هـ - ١٩٣٧ م .
١٨- محمد رضا المظفر ، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المقدسة ، بلا مكان وسنة طبع .
١٩- الشيخ محمد علي الأنصاري ، الموسوعة الفقهية الميسرة ، ط ١ ، مجمع الفكر الإسلامي، مطبعة شريعت ، قم ، ١٤٢٠ هـ .
٢٠- محمد كاظم الآخوند الخراساني ، كفاية الاصول تحقيق وتعليق الشيخ عباس علي الزارعي السبزواري ، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة .
٢١- السيد محمود الهاشمي الشاهرودي تقريرات السيد محمد باقر الصدر ، بحوث في علم الاصول ، ج ٣ ، ط ٣ ، مؤسسة دائرة المعارف الفقه الاسلامي، ١٤٢٦ هـ - ٢٠٠٥ م ،
٢٢- د. مصطفى الزلمي ، دلالات النصوص وطرق استنباط الاحكام في ضوء اصول الفقه الاسلامي ، ط ١ ، احسان للنشر والتوزيع ، العراق ، ٢٠١٤ .
٢٣- مصطفى الزلمي وعبد الباقي البكري ، المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية ، مكتبة السنهوري ، بيروت ، ٢٠١٥.

Abstract

The verbal appearance is based on the preponderance of one of the meanings included in terms of the word, after taking into account a group of verbal principles, the most important of which are the authenticity of the truth, the authenticity of the general, the originality of the release, the originality of lack of appreciation, the originality of non-participation and the originality of non-transmission.

The Iraqi legislator has dealt with the issue of verbal appearing in the chapter of interpreting the contract, limiting it to mentioning some of its rules. Their verbal appearance leads to bad results.

Deducing legal rulings in terms of verbal emergence - a study in civil law compared to the principles of Islamic jurisprudence

Assistant teacher

Hassan daeef Hamood

University of Babylon/College of Law