

وسائل تطور النصوص القانونية

Means of developing the legal texts

Dr. Jamal A. K. AL-Haj Yassin
Inst. Ali Sh. H. AL-Shimmery

م. د. جمال عبد كاظم الحاج ياسين^(١)
م. علي شمران حميد الشمري^(٢)

الملخص

لقد عرفت المجتمعات الانسانية عبر تاريخها الطويل الكثير من الشرائع والقوانين، حيث استطاع البعض منها مواكبه ركب تقدم الحضارة والحياة الاجتماعية والإنسانية المتغيرة، فيتطور بتطورها ويقودها الى التطور، ومن أسباب تطور هذه القوانين والشرائع هو انتقالها الى مراحل التقنين وتحويلها عن بعض التقاليد العرفية جعل لها من الاهمية القانونية في حياة المجتمعات، وضرورة إيجاد بعض الوسائل التي من شأنها أن يصل النص القانوني الى مراحل متطورة ليستعين به القاضي في حل المنازعات التي يستعين حلها من غير تفسير أو تعديل أو تحويل في النص القانوني.

Abstract

Throughout the long history of mankind, human societies have known many laws and laws. Some of them have been able to follow the progress of civilization, social life,

and humanism. The evolution of these laws and their development leads to the evolution of these laws and laws. In the life of societies, and the need to find some means that would bring the legal text to advanced stages to be used by the judge in the resolution of disputes that seek to solve them without interpretation, modification or modification in the legal text.

١ - جامعة أهل البيت - كربلاء - /كلية القانون.

٢ - جامعة أهل البيت - كربلاء - /كلية القانون.

المقدمة

أولاً: تحديد موضوع البحث:

لقد كان الانسان منذ القدم ولحد يومنا هذا يبحث جاهداً عن العدل، حيث يعتبره جوهر شرائعه وسياس أمنه واستقراره في معيشتة داخل المجتمع ويبقى هذا الأمل من أهم الغايات والوسائل التي يبحث ويفتش عنها مادام هو حياً، لا شك ان فكرة القانون قد تأثرت بالعوامل الاجتماعية والاقتصادية وبما يتيح لها من وسائل التطور خلال العصور المتعاقبة، وعليه لا يوجد هناك معيار دقيق لبيان وتوضيح ماهية وأنواع هذه الوسائل الكفيلة بتطور النصوص القانونية على مر العصور.

ومن الجدير بالذكر ان القانون في تنظيمه لسلوك الافراد وعلاقاتهم في المجتمع انما يفعل ذلك ببيان حقوقهم وواجباتهم فالقانون والحق والواجب اذا ما أحسن تطبيقها على الوجه السليم سوف تساهم في الحفاظ على أمن المجتمع واستقرار المعاملات والحفاظ على النظام العام، والتي جاءت جميعها من خلال حسن تطبيق النصوص القانونية وإيجاد وسائل تطور وتفسر وتعديل هذه النصوص لتكون أداة فاعلة بيد القاضي عند حله للنزاع المعروض أمامه.

ثانياً: أهمية البحث وسبب اختياره:

تكمن أهمية البحث في موضوع وسائل تطور النصوص القانونية في أنه من الموضوعات المهمة والفعالة وذات الصلة بحياة المجتمعات، وانه يتناول مفصلاً مهماً من مفاصل الحياة القانونية المتشعبة سواء في نطاقها الاجتماعي أو الاقتصادي أو السياسي، ويعتبر من الموضوعات التي تشغل بال الكثير من الكتاب والباحثين والمؤرخين لأن هدفهم الاسمي هو تحقيق العدل والعدالة والانصاف وإيجاد الحلول المناسبة لتكون عوناً للقاضي لمواجهة قسوة النصوص القانونية وضيق استيعابها للحاجات المتطورة.

ويكمن السبب في اختيارنا لهذا الموضوع هو كثرة الحالات التي تحتاج من القاضي أو المتصدر في تطبيق النصوص القانونية الى إيجاد وسيلة ثانوية غير تطبيق النص القانوني حرفياً وتطويعه من خلال افتراض قانوني معين أو إيجاد حيلة قانونية معينة وتطبيقها على النزاع المعروض امامه بما يخدم الطرفين المتنازعين دون المساس بجوهر النص القانوني بحيث يحقق العدالة والمساواة بين الطرفين المتخاصمين.

ثالثاً: إشكالية البحث:

يعالج الحالات التي تعرض على القاضي والتي يصعب أحياناً تطبيق النص القانوني حرفياً على المنازعة ولكثرة الحالات والدعاوى المعروضة على المحاكم مما حث المشرعون على اعطاء سلطة تقديرية للقاضي بحل النزاعات المعروضة عليه من خلال إيجاد حيل أو افتراضات قانونية وبالتالي حتى لا يكون منكراً للعدالة أو الاستعانة ببعض الوسائل التشريعية والتطبيقات القضائية لحل المنازعات.

رابعاً: منهجية وخطة البحث:

تم البحث في هذا الموضوع بمنهجية استقرائية مقارنة مع ترجيح ما هو مرجح ونقد ما عدا ذلك. من خلال بيان آراء الفقه والتشريع والقضاء في ذلك. ولأجل توضيح هذا الموضوع سوف نقسمه على ثلاثه مباحث كان المبحث الأول بعنوان الافتراض القانوني ودوره في تطور النصوص القانونية، والمبحث الثاني

بعنوان الوسائل التشريعية ودورها في تطور النصوص القانونية، أما الاجتهادات القضائية فكانت عنواناً للمبحث الثالث وسننهى هذا الموضوع بخاتمة تتضمن عدداً من النتائج والمقترحات، وعلى النحو الآتي:

المبحث الأول: الافتراض القانوني ودوره في تطور النصوص القانونية

في كثير من الأحيان يلجأ المشرع الى ايجاد الوسائل المشروعة في إطار القوانين الإجرائية المختلفة لغرض تحقيق أكبر قدر ممكن من فعالية الإجراءات القضائية في اطار الخصومة المدنية وهو ما يسمى بفكرة الافتراض القانوني نتيجة الصعوبات التي يواجهها القاضي في تطبيق النص القانوني حرفياً على المنازعة، أو الصعوبات الواقعية التي تتعلق بتطبيق احكام هذه القواعد على المنازعات لمواجهة أي تصرف أو سلوك سلمي ينحرف بالخصومة واجراءاتها عن الغاية المنشودة لها. وليبيان هذا المبحث بشكل أكثر دقة وافادةً للمعنى سوف نقسمه على ثلاثة مطالب تناول في الأول تعريف الافتراض القانوني وفي المطلب الثاني تمييز الافتراض القانوني عما يشته به والمطلب الثالث كان بعنوان دور الافتراض القانوني في تطور النصوص القانونية، وعلى النحو الآتي.

المطلب الأول: تعريف الافتراض القانوني

بشكل عام هناك افتراضات قامت الشريعة الاسلامية على الغائها كالتبني والظهار، وهناك افتراضات تم اعتبارها والأخذ بها كالشخصية المعنوية، وهناك افتراضات اختلفها البعض احتيلاً كالحيلة الشرعية.^(٣) فالتشريعات المدنية لم تعرف الافتراض القانوني وحسناً فعلت لأن ليس من مهمة المشرع اعطاء تعريفات وانما من مهمة وعمل الفقه وعليه فقد تم تعريف الافتراض القانوني من الفقه على إنه ((وسيلة عقلية لازمة لتطور القانون، يقوم على أساس افتراض أمر مخالف للواقع يترتب عليه تغيير حكم القانون دون تغيير نصوصه))^(٤) أو الاستناد الى واقعة كاذبة باعتبارها واقعة حقيقية حتى ينطبق القانون على حالة لا ينطبق عليها من قبل، بحيث يترتب عليها إخفاء أمر واقعي، أي افتراض ان حكم قاعدة قانونية معينة ينطبق على حالة معروضة أمام القاضي، على الرغم ان هذه القاعدة القانونية في حقيقتها لا تشمل حلاً للمنازعة المعروضة امام القضاء لولا هذا الافتراض من قبل المشرع والتي سمح به للقاضي استخدام هذه القاعدة دون تغيير في البناء اللفظي لها^(٥).

ومن الجدير بالذكر أن الافتراض القانوني هو وسيلة من وسائل الصياغة التشريعية والتي يؤدي بالتالي الى تطور النصوص القانونية وتطويعها وجعلها تنطبق على حالات لا تنطبق عليها من قبل لا شك أن هذه الوسيلة متجسدة في كثير من المسائل الواردة في القانون المدني وغيره من فروع القانون الخاص، والتي لازال هناك خلافات فقهية حول اعتبار بعض المسائل هل هي من تطبيقات الافتراضات القانونية أم لا مثل فكرة الأثر الرجعي للفسخ، وقاعدة الجهل بالقانون لا يعتبر عذراً، وفكرة العقار بالتخصيص والمنقول بحسب المال وغيرها؟

٣- د: توفيق حسن فرج، دروس في القانون الروماني، مطبعة كريدية، بيروت، ١٩٦٥، ص ١٠٦.

٤- د: أبو زيد عبد الباقي مصطفى، الافتراض ودوره في تطور القانون، مطبعة دار التأليف الاسكندرية، ١٩٨٠، ص ٧. و د: عباس العبودي، تاريخ القانون، مطبعة دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٨٩، ص ٥٩.

٥- د: علي بدوي، أبحاث في التاريخ العام للقانون، تاريخ الشرائع، مطبعة نوري، مصر، ١٩٣٦، ص ٥٤.

وكذلك عرف الفقيه الألماني أهرنج (IHering) الافتراض القانوني ((بأنه كذب فني اقتضته الضرورة))^(٦) وعرفه أيضاً الاستاذ (Maine) بأنه افتراض يخفي أو يسعى الى إخفاء حقيقة ان اي قاعدة قانونية معينة قد عدلت وغير حكمها دون ان يمس نصها^(٧).

فمن كل ما تقدم يظهر لنا ان الافتراض القانوني عبارة عن وضع من صنع المشرع وصياغته وهو مخالف للحقيقة الهدف منه هو ترتيب آثار قانونية معينة يتعذر الوصول اليها الا من خلاله، ويتبين كذلك واضحاً ان الافتراض قائم على أساس فكرة الكذب لأنه ينطوي على مخالفة للحقيقة، ولكن في احياناً أخرى يقوم على أساس فكرة المجاز أي استخدام اللفظ في غير ما وضع له في اصطلاح التخاطب لوجود العلاقة بين المعنيين الحقيقي والمجازي، وهذا واضحاً في القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل في المادة (١٥٥ / ٢) والتي تنص على إنه ((الاصل في الكلام الحقيقة أما اذا تعذرت الحقيقة فيصار الى المجاز)).

وأخيراً يمكننا أن نعطي تعريفاً متوازناً للافتراض القانوني وعلى النحو الآتي ((الافتراض القانوني هو خلق حالة قانونية مستنبطة من النص القانوني وجعلها تنطبق على واقعة مادية معروضة أمام القضاء لم ينطبق عليها النص القانوني من قبل لتحقيق العدالة بين الأطراف)).

إذن يتبين لنا ان الافتراض هو أحد وسائل تطور النصوص القانونية من خلال إيجاد حلول على واقعة معينة لم تحل إلا بالافتراض القانوني وبهذا يكون توسيع وتطويع لنطاق النص بما ينسجم والحالة المعروضة أمام القضاء.

وفي النهاية هناك تساؤل يطرح بخصوص هذا الموضوع وهو ((ماهي طبيعة الحقيقة التي يقوم الافتراض القانوني على مخالفتها))؟ بالتأكيد ان هناك ثلاثة آراء في الفقه بصدد هذا الموضوع وهي الرأي الأول / يرى ان الافتراض القانوني يقوم على مخالفة الحقيقة الطبيعية وهي تتمثل في مجموعة الحقائق سابقة في وجودها على الحقائق القانونية.

الرأي الثاني / يرى ان الافتراض القانوني يقوم على مخالفة الحقيقة القانونية وليست الطبيعية.^(٨) الرأي الرابع / وهو ما نؤيده في ان الافتراض يقوم دائماً على مخالفة الحقيقة الطبيعية، ومتى ما تم ذلك يؤدي بالنهاية الى مخالفة الحقيقة القانونية ولكن مخالفة الحقيقة القانونية لا يؤدي بالنتيجة النهائية الى مخالفة الحقيقة الطبيعية.^(٩)

المطلب الثاني: تمييز الافتراض القانوني عما يشته به

كثيرة هي الافكار القانونية التي تقترب وتتشابه الى نوع ما مع الافتراض القانوني ونذكر منها على سبيل المثال لا الحصر، تمييز الافتراض القانوني عن التغير مع الغبن، والصورية، والقرائن، والغش نحو القانون وغيرها. فنبين هذه الافكار تباعاً وعلى النحو الآتي: -

٦- د: عبد السلام الترماني، تاريخ النظم والشرائع، جامعة الكويت، المطبعة العصرية، الكويت، ١٩٧٥، ص ٣٨٠.
٧- د: حسن علي الذنون، فلسفة القانون، مطبعة الغاني، ط ١، بغداد، ١٩٧٥، ص ٧٥.
٨- د: أبو زيد عبد الباقي مصطفى، مصدر سابق، ص ٩.
٩- د: منصور مصطفى منصور، نظرية الحلول العيني وتطبيقاتها في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة مصر، ١٩٥٦، ص ٩٦.

أولاً / تمييز الافتراض القانوني عن التغير مع الغبن: -

من المعلوم أن جوهر التغير يكمن في استخدام طرق احتيالية تدفع أحد المتعاقدين وهو المتعاقد المغرر به الى التعاقد، وتتكون هذه الطرق الاحتيالية من أعمال مادية تؤثر على ارادة المتعاقد الآخر فتصور له الامر على غير حقيقته، ومن ثم تدفعه الى التعاقد، لا شك ان التغير وحده ليس سبباً من أسباب توقف العقد وكذلك الغبن حتى لو كان فاحشاً لا يكفي لتوقف العقد وعدم نفاذه الا في حالات خاصة، وهو ما أشارت اليه المادة (١٢٤ / ١) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل بقولها ((مجرد الغبن لا يمنع من نفاذ العقد ما دام الغبن لم يصحبه تغير)).

فإذا اجتمع التغير مع الغبن كان مانعاً من نفاذ العقد واعتبر عيباً من عيوب الارادة يفسد الرضا كما يفسده الغلط والاكراه^(١٠). فمن خلال عرض فكرة التغير يتبين اننا نتفق مع فكرة الافتراض القانوني لان كل منهما يؤدي الى مخالفة الحقيقة ومع ذلك يبقى الفرق قائماً بينهما من حيث المصدر والأثر. فمن حيث المصدر، فالافتراض القانوني مصدره المشرع أما التغير يكون مصدره المتعاقد الآخر، ومن حيث الاثر الافتراض القانوني في حالة تحققه لا يؤدي الى تعطيل حكم القاعدة القانونية، في حين ان العقد المعيب بعيب التغير يكون موقوفاً على اجازة المتعاقد الذي وقع بهذا العيب إن شاء أجازة وإن شاء أبطله خلال ثلاثة أشهر من تاريخ اكتشاف العيب وهذا ما أشارت اليه م (١٣٥، ١٣٦) من القانون المدني العراقي سابق الذكر.

ثانياً / تمييز الافتراض القانوني عن الصورية: -

ابتداءً يقصد بالصورية هو اصطناع مظهر كاذب عند اجراء تصرف قانوني، ويلجأ اليها المتعاقدان عندما يريدان اخفاء حقيقة ما تعاقد عليه، والصورية لا تقتصر على العقود وحدها وانما تمتد نطاقها ليشمل التصرفات القانونية الصادرة من جانب واحد.^(١١)

اذن من هنا يتبين ان الصورية تتفق مع الافتراض القانوني في انهما يخالفان الحقيقة ولكن مع ذلك هناك اختلافاً بينهما يكمن في النقاط التالية: -

١- من حيث الغرض: من الافتراض القانوني عندما يلجأ اليه المشرع هو أما تفسير أو تطوير أو تبرير القانون وتوسيع نطاق تطبيقه وبهذا يكون وسيلة لتطور النصوص القانونية التي يستعين بها القاضي في حل المنازعة المعروضة أمامه لغرض احقاق الحق، في حين الغرض من الصورية هو خديعة الغير، أي باصطناع مظهر كاذب يخفي تصرفاً حقيقياً آخر لتحقيق غاية معينة.

٢- من حيث المصدر: فالافتراض القانوني والذي يعتبر من طرق الصياغة المعنوية المستخدمة في صياغة النصوص يكون مصدره المشرع دائماً بمعنى إن المشرع يعطي المساحة الواسعة والضوء الأخضر للقاضي بأن يطور ويوسع ويفسر النص القانوني على ضوء ما موجود تحت يديه من منازعة معروضة عليه لأجل حلها واعطاء كل ذي حق حقه فهذا يعتبر من نوع توسيع الصلاحيات المنوطة للقضاء وبهذا

١٠- د: عبد المجيد الحكيم، وعبد الباقي البكري، ومحمد طه البشير، القانون المدني، مصادر الالتزام، الدار الجامعية للطباعة والنشر والترجمة، ج ١، ١٩٨٠، ص ٨٦.

١١- عبد المجيد الحكيم وآخرون، القانون المدني، أحكام الالتزام، الدار الجامعية للطباعة والنشر والترجمة، ج ٢، ١٩٨٠، ص ١٢٠.

يكون وسيلة إيجابية في تطور النصوص القانونية، هذا فيما يخص الافتراض القانوني أما الصورية فمصدرها ليس المشرع وإنما مصدرها هو اتفاق المتعاقدين.^(١٢)

ثالثاً / تمييز الافتراض القانوني عن القرينة: -

ان القرينة هي ما يستنبطه المشرع أو القاضي من أمر معلوم على أمر مجهول، أو بمعنى آخر هو افتراض قيام أمر معين لا يمكن العلم به علماً يقينياً إستناداً الى توافر أمر آخر يمكن العلم به علماً يقينياً على اساس غلبة الارتباط بينهما وجوداً وعدمياً.^(١٣)

والقرينة تعتبر من قبيل الصياغة التشريعية شأنها في ذلك شأن الافتراض القانوني أي تؤدي الى مخالفة الحقيقة الطبيعية وبالتالي فهما من اهم وسائل تطور النصوص القانونية وتحويرها وتفسيرها بما يؤمن بإعطاء الحل المناسب للقضية المعروضة أمام قاضي الموضوع.

ولكن بالرغم من هذا التشابه الا ان هناك فروقاً بينهما تتلخص بالشكل التالي: -

١ - من حيث مجال الأعمال: فالافتراض القانوني يكون دائماً متعلقاً بالقانون أي بالقواعد القانونية حصراً، أما القرائن فتتعلق بالقانون وبالواقع على حد سواء.

٢ - من حيث الصياغة التشريعية: يعتبر الافتراض القانوني من طرق الصياغة التشريعية يلجأ اليها المشرع عندما يعوزه السند المنطقي، في حين ان القرائن تدخل في مجال الاثبات بنوعيه الجنائي والمدني.

رابعاً / تمييز الافتراض القانوني عن الغش نحو القانون: -

يعني مصطلح الغش نحو القانون بأنه ((التدابير الارادية لوسائل مشروعة في ذاتها للوصول بها الى أغراض تخالف أوامر القانون ونواهيته)).^(١٤) أو هو عبارة عن طريقة يلجأ اليها الافراد لاستبعاد تطبيق القانون عليهم في الوقت الذي يكون هو واجب التطبيق أو العكس تطبيق القانون في الوقت الذي يكون هو غير واجب التطبيق عليهم، اذن كلاهما يخالفان الحقيقة ويؤديان الى ايجاد حل للمنازعة المعروضة أمام القاضي التي لا ينطبق عليها حكم النص من خلال توسيع وتحوير في النص القانوني وبهذا سوف تكون هذه العملية إحدى وسائل تطور النصوص القانونية.

ولكن رغم هذا التشابه بينهما الا أن هناك فروقاً بينهما وهي على النحو الآتي: -

١- من حيث النطاق، الغش نحو القانون يقع من الأفراد المخاطبين بحكم القاعدة القانونية، بينما الافتراض القانوني يشكل عنصر العلة أو الباعث في القاعدة القانونية.

١٢- د: ياسر باسم دنون، الافتراض القانوني في قانون المرافعات المدنية، رسالة ماجستير، جامعة صلاح الدين، ٢٠٠٨، ص ١٨.

١٣- د: محمود عبد الرحيم الديب، الحيل في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، بلا سنة طبع، ص ٦٤، و د: محمد حسين منصور، المدخل الى القانون، الكتاب الأول، القاعدة القانونية، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٩٥، ص ١٤٨.

١٤- د: عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ج ٢، ط ٧، ١٩٧٢، ص ٤٥٧.

٢- من حيث المصدر، فالافتراض القانوني يتعلق بصياغة القاعدة القانونية وبذلك يكون مصدره المشرع وحده، أما الغش نحو القانون فلا يتصل بمضمون القاعدة القانونية وإنما يتعلق بالوسائل أو الطرق التي يتبعها الأفراد لمخالفة حكم القاعدة.^(١٥)

المطلب الثالث: دور الافتراض القانوني في تطور النصوص القانونية

بالتأكيد ان للافتراض القانوني دوره الفعال والمهم في مجال تطور النصوص القانونية من خلال إنشاء قواعد قانونية جديدة أو توسيع نطاق القواعد القانونية الموجودة ذات الصلة بموضوع المنازعة المعروضة أمام القاضي أو في تبرير القواعد القانونية التي يستعين بها القاضي في حله للمنازعة، وهذا كله يؤدي بالتالي الى تطور النصوص القانونية لكي تنطبق على حالة لم تنطبق عليها من قبل.

فدور الافتراض القانوني في انشاء قواعد قانونية جديدة بالتأكيد ان هناك قواعد قانونية موضوعية تقوم في مضمونها على مخالفة الواقع، حيث تنطوي على الافتراض من ناحية الشكل والموضوع، مثال على ذلك القاعدة المقررة في بعض القوانين والتي تقرر تصحيح نسب الابن غير الشرعي كما في حالة زواج والديه زوجاً لاحقاً على ولادته، فهذه القاعدة تخالف في مضمونها الواقع، من حيث انها تجعل ابن غير شرعي ابناً شرعياً ((فالافتراض هنا داخل في مضمون أو فحوى القاعدة القانونية، فهو يمثل عنصر العلة، أو الباعث فيها، بحيث أدى ذلك الأمر الى انشاء حالة قانونية واقعية ساعدت القاضي الى ايجاد حلاً مناسباً وبهذا يكون قد طور ووسع من نطاق النص القانوني))^(١٦).

أما دور الافتراض القانوني في توسيع نطاق تطبيق القواعد القانونية، فقد لعب دوراً مهماً في توسيع نطاق تطبيق النصوص والقواعد القانونية القائمة وبالتالي يعتبر وسيلة مهمة وفعالة في تطور هذه النصوص ومثال على ذلك الافتراض الذي يؤدي الى اعتبار المنقول عقاراً بالتخصيص فهو لا ينشئ قواعد قانونية جديدة، وإنما يؤدي الى توسيع نطاق القواعد القانونية الخاصة بالعقارات وجعلها تشمل ليس فقط الاشياء الثابتة والتي لا يمكن نقلها دون تلف بل تشمل كذلك المنقولات المرصودة لخدمة هذا العقار.^(١٧) ومثال آخر على الافتراض القانوني هو توريث الجنين وهو ما يصطلح عليه بالشخصية القانونية، لأن الشخصية الطبيعية تبدأ بتمام ولادة الانسان حياً وتنتهي بموته.^(١٨)

فالافتراض هنا يكون قائماً على فكرة المجاز نظراً لوجود علاقة ما بين المفترض والواقع، فهو هنا لا يلعب دوراً في انشاء قواعد قانونية جديدة، وإنما يؤدي الى ايجاد حلول قانونية جديدة من خلال القواعد القانونية القائمة فالافتراض هنا يعد مجرد وسيلة من وسائل الصياغة القانونية وهو في هذه الحالة يؤدي الى تعديل في فرض القاعدة القانونية. بحيث يتسع هذا الفرض لوقائع جديدة، أو مختلفة مع الوقائع التي وضع هذا الفرض لها أساساً، مما يؤدي الى التقليل من عدد القواعد القانونية.^(١٩)

١٥- د: زهدي يكن، محاضرات في تاريخ القانون، مطبعة كريدية، بيروت، ١٩٦٤، ص ٦٣.

١٦- د: محمود عبد الرحيم الديب، مصدر سابق، ص ٢٤٤.

١٧- د: عبد الحميد فودة، جوهر القانون بين المثالية والواقعية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٢٨١.

١٨- انظر نص المادة (١/٣٤) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل، ونص المادة (١/٢٩) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ المعدل، وأشار الى ذلك الموضوع أيضاً القانون المدني الفرنسي الصادر عام ١٨٠٤ والمعدل بالمرسوم ٣٤٦ لسنة ٢٠٠٦.

١٩- د: سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٩، ص ٤٠٧.

وأخيراً دور الافتراض القانوني في تبرير القواعد القانونية القائمة، ففي هذه الحالة الأخيرة لا يدخل هذا الافتراض في مضمون القاعدة القانونية الموضوعية من حيث الموضوع ولا يؤدي الى توسيع نطاق تطبيقها وإنما يقتصر دوره فقط على شرح وتبرير القاعدة، وغالباً ما يكون الافتراض في هذه الحالة هو من صنع الفقهاء، ومثال على ذلك دية الجنين اذ يفترض وجوده حياً لانتقال الدية اليه ثم الى ورثته فهو من باب افتراض وجود المسبب قبل سببه.^(٢٠)

وهناك مفاهيم أخرى للافتراض ومنها الحيلة القانونية والتي هي افتراض أمر مخالف للواقع، يترتب عليه تغيير حكم القانون دون تغيير نصوصه.^(٢١)

وتعد الحيلة وسيلة شائعة في الشرائع القديمة، استعان بها الحكام والقضاة لمواجهة قسوة النصوص وضيق نطاق استيعابها للحاجات المتطورة، ومع ذلك فإن التشريع الحديث لم يخل من بعض معالم الحيلة غير ان أثرها يكاد ينحصر في تبرير بعض النظم القانونية سواء في نطاق القانون الخاص أو في نطاق القانون العام.^(٢٢)

ومن كل ما تقدم يتضح لنا إن الافتراض القانوني هو وسيلة هامة ودقيقة لتطور النصوص القانونية سواء في انشائها أو توسيع نطاقها، أو في تبريرها وتفسيرها بما يتلاءم والحالة المعروضة أمام القاضي والتي لا تحل الا بالافتراض القانوني.

المبحث الثاني: الوسائل التشريعية ودورها في تطور النصوص القانونية

إن المشرع عند اصداره الى نصوص قانونية يسمح بوضع واستخدام وسائل تشريعية لكي يوسع من نطاق صلاحية سلطة القاضي التقديرية في استخدامه للنصوص سواء بالتفسير أو بالتعديل، أو بأي وسيلة أخرى الهدف منها هو تفعيل دور النصوص القانونية وتوسيع نطاق تطبيقها على حالات لا تنطبق عليها من قبل لولا استخدام هذه السلطة التقديرية من قبل القضاء، والفائدة بالدرجة الأساس هو لفض المنازعات وإيجاد نوع من العدالة والمساواة بين الخصوم ولاستقرار المعاملات وحفاظاً على النظام العام، وتوسيع نطاق حل المنازعات المعروضة أمام القاضي التي لا تحل الا بتفسير نص قانوني أو بتعديله أو بأي وسيلة قانونية أخرى.

ولأجل بيان هذا المبحث بشكل دقيق سوف نقسمه على ثلاثة مطالب. نتناول في الأول، التفسير ودوره في تطور النصوص القانونية، ونخصص المطلب الثاني الى تعديل التشريع، أما التطبيقات والامثلة التشريعية للافتراض القانوني فقد كانت عنواناً للمطلب الثالث: وهي على النحو الآتي: -

٢٠- د: محمود عبد الرحيم الديب، مصدر سابق، ص ٢٤٦.

٢١- Sir Henry Maine: Ancient Law , London , 1920 , p. 26

٢٢- د: عباس العبودي، تاريخ القانون، المكتبة القانونية، بغداد، ط ٢، ٢٠٠٧، ص ٥٩، و د: صوفي حسن أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، القاهرة، ١٩٧٨، ص ١٩٩.

المطلب الأول: التفسير ودوره في تطور النصوص القانونية

ابتداءً يعني التفسير لغةً هو البيان والتوضيح لكشف المراد من النص، أما معناه اصطلاحاً فقد كان هناك خلاف في تحديد مفهومه، فذهب الفقه في هذا الشأن الى اتجاهين أحدهما يضيق في مفهومه، والثاني يوسع من مفهومه، والتفسير يكون في حالة غموض النص أو النقص في الحكم أو التعارض بين احكام النصوص.

فالتفسير الضيق يعني إزالة غموض النص وتوضيح مبهمه للقضاء فهذا التفسير لا شأن له بنقص أحكام النص أو تعارض مع أجزاء القانون، أما التفسير الواسع يعني توضيح ما غمض من الفاظه وتقويم عيوبه واستكمال ما نقص من احكامه والتوفيق بين أجزائه المتعارضة وتكييفه على نحو يجاري متطلبات المجتمع، والتفسير بهذا المعنى يلزم تطبيق القانون، ويقتضي تفهم معناه لإيجاد الحل المناسب للحكم، فإذا شاب النص غموضاً أو نقصاً أو عيباً مادياً أو تعارضاً بين النصوص وجب على القاضي أن يعتمد الى التفسير كي يتوصل الى الحكم المراد تطبيقه لحل النزاع لاشك ان هذه العملية هي وسيلة ايجابية لتطور النصوص القانونية وبالتالي سيجد القاضي حلاً للنزاع المعروضة أمامه والتي لم يجد لها حلاً مناسباً قبل تفسيره للنصوص القانونية.^(٢٣)

ومن الجدير بالذكر ان التفسير هو التعرف من الفاظ أو فحواه على حقيقة الحكم الذي تتضمنه القاعدة القانونية، وهو يتناول القواعد التشريعية المكتوبة، ويقسم هذا التفسير بحسب الجهة التي تقوم به الى ثلاثة أنواع هما التفسير التشريعي والقضائي والفقهية، وان التشريع يحد ذاته في الوقت الحاضر هو وسيلة مهمة من وسائل تطوير القوانين، لا بل هو أهم هذه الوسائل.^(٢٤)

فالتفسير التشريعي هو الذي يتولاه المشرع، فقد يثور خلاف حول حقيقة الحكم الذي يتضمنه تشريع معين أو تقضي المحاكم بما يخالف المعنى الذي قصده الشارع من هذا الحكم، هنا يتدخل الشارع لبيان وتفسير المعنى المقصود من التشريع، وهذا التفسير يعتبر جزءاً متمماً للتشريع المراد تفسيره لأنه يعطي المساحة والنطاق الواسع للقضاء لكي ينطبق نص قانوني على واقعة معينة لم ينطبق عليها من قبل وبهذا نكون أمام حالة متطورة لنص قانوني تختلف ماهيته وطبيعته ونمط حله للمنازعة عما كان عليه قبل التفسير وعليه يكون التفسير هو وسيلة لتطور النصوص القانونية القائمة.^(٢٥)

أما التفسير القضائي وهو الذي يقوم به القضاء بحكم طبيعة وظيفته لأنه هو الذي يتولى تطبيق القانون على القضايا المنظورة من قبله، وهو الذي يواجه عملياً غموض التشريع ونقصه وعيوبه، وهو الذي يعمل على استنباط الاحكام للوقائع التي لا يحصل على حكم لها في النصوص حيث يتميز بالطابع العملي لأنه يتأثر بالظروف المحيطة ويسعى الى جعل أحكام القانون تتماشى مع حاجيات المجتمع وتطور أوضاعه، وعليه فالقضاء في قيامه بمهمة التفسير يلعب دوراً هاماً في تطور القانون.^(٢٦)

٢٣- د: عبد الباقي البكري، و د: زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، القاهرة، ط ٣، ٢٠١١، ص ١١٧، و د: مصطفى العوجي، القاعدة القانونية في القانون المدني، بيروت، ط ١، ١٩٩٢، ص ٥٥.

٢٤- د: آدم وهيب النداوي، د: هاشم الحافظ، تاريخ القانون، العاتك القاهرة، ط ٢، ٢٠٠٧، ص ٨٢.

٢٥- د: عبد المنعم فرج الصده، اصول القانون، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت " بلا سنة طبع " ص ٢٧٤، و د: رياض القيسي، علم اصول القانون، بيت الحكمة / بغداد، ط ١، ٢٠٠٢، ص ٣١٣.

٢٦- د: عبد الباقي البكري، و د: زهير البشير، مصدر سابق، ص ١٢١.

ومن الجدير بالذكر ان التفسير القضائي لا يلزم المحاكم الا في الحالات التي نص عليها القانون، أو الدستور، ومن قبيل ذلك ما نص عليه قانون المرافعات العراقي.^(٢٧) والتي قضى بوجود اتباع قرار محكمة التمييز في حالات ثلاث منها صدور قرار النقض من قبل الهيئة العامة لمحكمة التمييز، وبالنظر الى ان القضاء يتمتع بالاستقلال في احكامه وهو ما نص عليه دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥، والتفسير قد يقوم به الفقهاء في شرحهم للقانون حيث يتميز بالطابع النظري. من هذا كله يتبين ان للتفسير بأنواعه المختلفة دوراً أساسياً في تطور القانون لأنه ينير الطريق للقاضي بإيجاد حلول مناسبة لحل المنازعة المعروضة امامه واعطائه مساحة أكبر في سلطته التقديرية.

المطلب الثاني: تعديل التشريع

ابتداءً إن للتشريع معنيين، أولهما عام ويقصد به وضع القواعد القانونية واستنباطها من مصادرها المختلفة كالدين والعرف والقضاء ومبادئ العدالة، وثانيهما يقصد به التعبير عن إرادة السلطة العامة المختصة في الدولة بإصدار قاعدة قانونية والزام الناس باحترامها وهذا المعنى الأخير هو المقصود هنا باعتبار التشريع هو وسيلة لتطور النصوص القانونية.^(٢٨)

وان اسباب هذا التطور في النصوص القانونية يعود الى حالة الجمود وعدم مواكبة التطور الحاصل في المجتمعات القديمة مما جعل من المشرعين والكتاب والفقهاء الى ايجاد وسائل لتطور هذه النصوص لتكون متلائمة مع متطلبات العصر الحديث لحل كافة المنازعات المطروحة أمام القضاء والتي يستعصي حلها إلا بهذه النصوص المعدلة، والتي تكون أفضل وسيلة بيد القاضي لكي لا يكون منكراً للعدالة، والهدف واضح هنا هو لإحقاق الحق بين المتخاصمين.^(٢٩)

ومن الجدير بالذكر ان دور التشريع كان محدوداً في تطوير القواعد القانونية في المجتمعات القديمة، لأن نشأة القواعد القانونية كانت لصيقة بالعنصر الديني، وهذا ما منحها نوعاً من القدسية في النفوس حيث كان من الصعب تعديلها أو الغائها بشكل صريح.^(٣٠)

ولكن على العكس مما ذكر فقد ازداد دور التشريع أهمية في العصور الحديثة حيث أصبح المصدر الأساسي للقواعد القانونية وتطويرها، في حين تراجع دور الحيلة القانونية سابقة الذكر لتحتل مرتبة ثانوية في هذا المجال، لذلك يكاد يكون التشريع من خلال تعديله الوسيلة الوحيدة لتطوير القوانين في العصر الحديث، بسبب سهولة استعماله ومواكبته للتطورات واتصافه بالدقة والوضوح والثبات والسرعة في الانشاء والتعديل.^(٣١)

٢٧- انظر أكثر تفصيلاً نص المادة (٢١٥) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم / ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل.
٢٨- د: عبد الباقي البكري، المدخل لدراسة القانون والشرعية الاسلامية، بغداد، ١٩٧٢، ص ٢٦٥، د: عمر ممدوح مصطفى، اصول تاريخ القانون، ١٩٦٣، ص ١٢٢، و د: آدم وهيب النداوي، و د: هاشم الحافظ، تاريخ القانون، مصدر سابق، ص ٨٢.

٢٩- الاستاذ علي بدوي، أبحاث التاريخ العام للقانون، تاريخ الشرائع، ج ١، بلا سنة طبع، ص ٥٢.

٣٠- د: زهدي يكن، تاريخ القانون، ط ١، ١٩٦٦، ص ٢٢٩.

٣١- د عبد الباقي البكري، مصدر سابق، ص ٢٤١.

وكذلك فالخيلة القانونية لا تستمد قوتها من سلطة عليا أو هيئة تشريعية بل من الضرورات العملية التي أملت طبعها التطور في حياة ومعاملات الافراد مع علمهم بأنه ليس لها سند من النصوص القانونية، اما التشريع فيستمد قوته من كونه يصدر عن سلطة عليا تشريعية أو سلطة حاكمية لها فرض القوانين. فالخيلة تقوم على تعديل القانون بصورة غير مباشرة أما التشريع فيعدل القانون بصورة مباشرة، فيعمد المشرع صراحة الى تعديل قواعد القانون بدون الالتجاء الى هذه الطريقة الملتوية، وخاصة فقد زالت النظرة الى النصوص القانونية بأنها مقدسة وغير قابلة للتعديل، فالقاعدة القانونية هي من صنع العقل البشري فلا مانع من تعديلها كلما ظهر قصورها أو عدم الفائدة منها.^(٣٢)

المطلب الثالث: التطبيقات والامثلة التشريعية للافتراض القانوني

إن للافتراض القانوني تطبيقات وامثلة تشريعية كثيرة الهدف منها هو توسيع دائرة تطبيق النصوص القانونية على حالات لا تنطبق عليها قبل وجود مثل هذا الافتراض، ومنها على سبيل المثال، ما نصت عليه المادة (١٣٧٤ / ١) من القانون المدني العراقي سابق الذكر.^(٣٣) والتي تعطي امتيازاً لمؤجر العقار على المنقولات التي يضعها المستأجر في العين المؤجرة، وبالتأكيد فان هذا التصرف يخالف الحقيقة التي تقضي بجعل امتياز مؤجر العقار على هذه المنقولات المملوكة للمستأجر، وبالتالي يؤدي الافتراض القانوني هنا دوراً مهماً في تبرير هذه المخالفة، وذلك على أساس (فكرة الرهن الضمني) كما لو كان هناك عقد رهن متفق عليه ضمناً بين المؤجر والمستأجر يضمن حقوق الاول في مواجهة الثاني.

ومن الامثلة التشريعية التي يدخل فيها الافتراض القانوني في تكوين القاعدة القانونية هو حالة التجنس.^(٣٤) وكذلك حالة الضم.^(٣٥) والحلول العيني والوفاء مع الحلول.^(٣٦)

وهناك تطبيقات اخرى للافتراض القانوني ومثالها فكرة الشخصية المعنوية أو الشخصية الافتراضية (Theorie de La personnalite fictive) والتي تسمى بالنظرية الرومانية لانتشارها بين شراح القانون الروماني، ومن ابرز انصار هذه النظرية هو الفقيه سافيني (Savigny) وترى هذه النظرية ان الشخص المعنوي ما هو الا افتراض قانوني، والقانون بهذه الحالة يمنحها الحقوق وتحمل الالتزامات.^(٣٧)

وبخصوص الشخصية المعنوية فقد حددتها المادة (٤٧) من القانون المدني العراقي ونظمت أحكامها المادتين (٤٨، ٤٩) من القانون ذاته، وكذلك فكرة الاثر الرجعي هي من التطبيقات المهمة للافتراض القانوني، فقد تضمن القانون المدني العراقي العديد من التطبيقات التشريعية لفكرة الاثر الرجعي والتي يبدو فيها بشكل واضح تبرير وتوسيع نطاق الكثير من القواعد القانونية وهذا بالتالي يؤدي الى اتساع مساحة

٣٢- د: محمود عبد المجيد مغربي، الوجيز في تاريخ القوانين، بيروت، ١٩٧٩، ص ٢٤٧.

٣٣- نصت المادة (١٣٧٤ / ١) على إنه ((أجرة المباني والاراضي الزراعية لثلاث سنوات، او لمدة الايجار ان قلت عن ذلك، وكل حق آخر للمؤجر بمقتضى عقد الايجار، لها جميعاً حق امتياز على ما يكون موجوداً في العين المؤجرة مملوكة للمستأجر من منقول قابل للحجز ومن محصول زراعي)).

٣٤- انظر على سبيل المثال نص المادة (٨) من قانون الجنسية العراقية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٣ المعدل، ونص المادة / ١ من قانون منح الجنسية العراقية للعرب رقم ٥ لسنة ١٩٧٥ المعدل.

٣٥- انظر على سبيل المثال نصوص المواد (٤٠ - ٤٦) الخاصة بحالة الضم من قانون رعاية الأحداث رقم (٧٦) لسنة ١٩٨٣ المعدل.

٣٦- انظر على سبيل المثال نصوص المواد (٣٧٩ - ٣٨١) من القانون المدني العراقي المعدل.

٣٧- د: رمضان أبو السعود، النظرية العامة للحق، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٢٣٤.

حل المنازعات المعروضة على القضاء وبالتأكيد هذا لم يأت إلا من خلال تطور النصوص القانونية وانطباقها على حالات لم تنطبق عليها لولا وجود مثل هذه الافتراضات، وهناك نصوص قانونية تجسد ما ذكرناه وهو نص المادة (١٣٨ / ٢) ونص المادة (١٧٧) والمادة (٢٩٠) والمادة (١٣٩ - ١٤٠) من القانون المدني العراقي كل هذه النصوص تعبر عن افتراضات قانونية.

ومن كل ما تقدم يتضح ان فكرة الاثر الرجعي تعد من اكثر الافكار القانونية انتشاراً، اذ يقوم الاثر الرجعي على فكرة الافتراض القانوني، وذلك عن طريق اعتبار ان تصرفاً من التصرفات أو واقعة من الوقائع قد وقعت في وقت سابق على الوقت الحقيقي الذي حدثت أو وقعت فيه.

المبحث الثالث: الاجتهادات القضائية ودورها في تطور النصوص القانونية

كما ذكرنا سابقاً ان من أهم وسائل تطور النصوص القانونية هو على سبيل المثال الافتراضات القانونية والوسائل التشريعية والاجتهادات القضائية فالسؤال الذي يمكن أن يثار هو، هل يمكن ان نعتبر اجتهاد المحاكم مصدراً للقاعدة القانونية من حيث نشؤها أو تطورها؟ وهل هناك سلطة تقديرية للقاضي في إيجاد حل للمنازعة المعروضة أمامه؟ وهل هناك قيود على حرية القاضي، ثم ماهي التطبيقات القضائية بهذا الخصوص؟

ولأجل بيان هذا المبحث بشكل دقيق والاجابة على كل التساؤلات المطروحة سوف نقسم هذا المبحث على ثلاثة مطالب، نتناول في المطلب الأول، سلطة القاضي التقديرية، وفي المطلب الثاني نتكلم عن القيود على حرية القاضي، أما أساس وطبيعة القناعة القضائية فقد كانت عنواناً للمطلب الثالث، وهي على النحو الآتي: -

المطلب الأول: سلطة القاضي التقديرية

ابتداءً ان القاعدة القانونية هي مجموعة مبادئ عامة تنظم وترعى موضوعاً معيناً متصلاً بحياة الانسان القانونية وهي بالتالي تتصف بالموضوعية والعمومية من حيث انها تضع المبدأ القانوني بصورة مجردة فيصبح منطلقاً لحل المسائل القانونية التي تقع ضمن نطاقه، وبهذا تختلف القاعدة القانونية عن الحلول التي تعطيها المحاكم للمسائل القانونية المطروحة أمامها، لأن هذه الحلول تبقى خاصة بالنزاع الذي تنهيه ولا تتعداه لغيره من النزاعات، لأن المحاكم غير مخولة بوضع أحكامها في صيغة الأنظمة، فتبقى فقراتها واحكامها ذات مفعول نسبي وملزم فقط ضمن اطار المنازعة التي أعطتها هذه القرارات الحل القانوني المناسب.^(٣٨) ومن الجدير بالذكر ان القاضي لا يقف مكتوف الأيدي أمام التطورات الهائلة في الحياة الاجتماعية، لأن ما يدونه التاريخ لا يكتب له البقاء فسرعان ما يمتد اليه الفناء من خلال اتخاذ القاضي سلطته التقديرية في تحويل وتعديل النص القانوني بما يتلاءم والحلول المناسبة للقضية المعروضة أمامه، فيستنبط حكماً من الحقائق والمثل العليا، أي من المصدر المادي أو الموضوعي للقانون، فالمصادر المادية أو

٣٨- د: مصطفى العوجي، مصدر سابق، ص ٧٥.

الموضوعية إذن هي التي تقدم جوهر القاعدة القانونية، والمصادر الرسمية هي التي تسبغ على هذا الجوهر صيغة الوضعية أو الشرعية بما تعطي له شكلاً ملزماً للناس.^(٣٩)

وبعض الفقه يذكر انه تتلخص ماهية السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي من خلال ما يتوصل اليه في تكوين عقيدته من الوقائع والادلة وكافة الأوراق الثبوتية بعد ان يزن حقيقتها وقيمتها في سير الدعوى أو في الاثبات بشرط صحة كافة الإجراءات التي طرحت عليه، وسلطة القاضي في النهاية هي مجرد نشاط يرمي الى التوصل لإيجاد حدث معين وهو تطبيق القانون سواء في تعديل نص قانوني أو تحويله بما يتلاءم مع القضية المعروضة أمامه، وبهذا يكون قد طوع ووسع من نطاق القاعدة القانونية، لأن هذه السلطة هي نشاط ذهني عقلائي، والمشرع هنا لا يتدخل فيما يتعلق بكيفية ممارسة القاضي لنشاطه العقلي اي بكيفية ترجمة السلطة التقديرية الى واقع منتج، ولا يرسم له كيف يفكر وكيف يشكل معادلاته الذهنية ليحصل على الحل المناسب للمنازعة المعروضة أمامه.^(٤٠)

فالقاضي لا يخلق مبدئياً القاعدة القانونية لأن ذلك يعود للمشرع بينما مهمته هي تفسير وتطبيق القاعدة القانونية الموجودة باستخدام سلطته التقديرية في حالة عدم وضوحها، فكيف يمكن للقاضي إذاً ان يوجد الحل عند غياب النص أو عند وجود نقص أو غموض فيه سوى من خلال ايجاد قاعدة قانونية معينة تصلح كأساس للحل القانوني.^(٤١)

ومن الكتاب من قال ان سلطة القاضي التقديرية لم توجد الا لتحقيق أسمى وأنبى الأهداف المتوخاة من ايجاد حل للنزاع المعروض أمام القاضي بإنشائه أو توسيعه أو تحويله لنص قانوني معين وبالتالي سيحقق نوعاً من العدالة والمساواة بين الاطراف المتنازعة.^(٤٢)

وبخصوص سلطة القاضي التقديرية وإيجاده حلاً للمنازعة المعروضة أمامه فقد أشارت الى هذا الموضوع الكثير من القوانين العربية والاجنبية.^(٤٣)

إذن يتضح من كل ما تقدم بان سلطة القاضي واجتهاد المحاكم يعملان على بلورة القواعد القانونية القائمة بأن تعطي البعد القانوني ويظهر بوضوح معناها ومضمونها مما يقوده الى اظهار قواعد متممة لتلك القواعد الأساسية ويساهم في ارتقاء هذه القواعد القانونية التشريعية من خلال الدور المهم للقاضي والذي فرض عليه بموجب القانون بإيجاد القاعدة القانونية المناسبة لحل المسائل المعروضة عليه أما استخراجاً من النصوص القائمة أو باستخدام سلطته التقديرية في حالة غموض أو نقص التشريع.

٣٩- د: عبد الحميد فودة، مصدر سابق، ص ١٦.

٤٠- د: عبد الحميد الشورابي، رسالة القضاء دراسة في نفسية القاضي، وتفسيره، وسلطته التقديرية، منشأة المعارف، الاسكندرية، بلا سنة طبع، ص ٢٠٩.

٤١- Lecot - Les tribunaux en face de La Carence du Legislateur - 2007. p - 86.

٤٢- د: عبد العلي حفيظ، صلاحيات قاضي تطبيق العقوبات في القانون المغربي، ط ١، ٢٠٠٥، ص ١٠٨، و د: فاضل زيدان محمد، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الادلة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط ١، الاصدار الثاني، ٢٠٠٦، ص ٤٣، و د: مويرس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ج ١، بيروت، ٢٠٠٧، ص ٥٠، و د: لطيفة المهدي، حدود سلطة القاضي التقديرية في تفريد الجزاء، الرباط، ط ١، ٢٠٠٧، ص ٤٩.

٤٣- انظر نص المادة (٢١٣) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم ١٢٣ لسنة ١٩٧١ المعدل و م (٣٠٢) من قانون الاجراءات المصري رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠، ونص المادة (١٥٠) من قانون الاجراءات الجزائي رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٦، ونص المادة (٤٢٧) من قانون الاجراءات الفرنسي رقم ٤٦٦ لسنة ١٩٨٣ ونص المادة ٢١٦ من قانون الاجراءات الالماني الاتحادي لسنة ١٩٧٥ وغيرها.

المطلب الثاني: القيود على حرية القاضي

بما أن السلطة التقديرية للقاضي في إيجاد الحل المناسب هي نشاط عقلي يرمي إلى الكشف عن مدى تطابق المقدمات الكامنة في عناصر النزاع، مع المقدمات النموذجية المنصوص عليها في القانون، فلا بد إذن من وجود قيود معينة على سلطة أو حرية القاضي حتى لا يكون متعسفاً في استعمال هذه السلطة تجاه الآخرين ومن هذه القيود هو أن تتولد قناعة القاضي في إيجاد حل معين للمنازعة المعروضة أمام القضاء من أدلة تطرح عليه بالجلسة أثناء نظر الدعوى، بمعنى أن يستند في فهمه وتحليله وإيجاده للحل المناسب إلى وقائع وأوراق ثبوتية وأدلة مقنعة وبراهين مؤثرة وبالتالي يكون من السهل على القاضي حل المنازعة وإحقاق الحق،، ويجب أيضاً أن تكون كافة الأدلة المطروحة أمام القاضي مستمدة من إجراءات صحيحة غير مزورة ويتجسد ذلك من خلال الدور الرقابي الذي يجب أن تقوم به المؤسسات القضائية على عمل القاضي، وكذلك يجب أن يكون اقتناع القاضي مبنياً على أدلة مستساغة عقلاً بمعنى أن تكون مما يدركها العقل والمنطق والفكر السليم حتى لا تكون عرضة للنقض أو البطلان ومن القيود الأخرى هو أن يكون اقتناع القاضي مبنياً على اليقين وعلى قرائن واستدلالات متعددة، حتى يكون للحلول القضائية قوة التنفيذ. (٤٤)

ومن الأمور المهمة الأخرى والتي بالإمكان أن نعتبرها قيوداً على حرية القاضي هو أن على المحكمة التي اعتمدت حلاً قانونياً معيناً بالاستناد لقاعدة قانونية استنبطها من مجمل القانون الوضعي أن تتخلى عن مثل هذا الحل في قضية أخرى مماثلة إذا تكونت لديها القناعة الكافية، بأن الحل السابق غير جدير بالمشاورة والبقاء عليه لأسباب مستجدة، أو لتطور حاصل في المفاهيم أو لأن أوضاعاً اجتماعية أو اقتصادية استجدت ففضت تجاوباً مع الشعور العام بالعدل والانصاف بالرجوع عن اجتهاد سابق واعتماد حلول جديدة وإن كانت مناقضة لتلك التي اعتمدها الاجتهاد السابق. (٤٥)

المطلب الثالث: أساس وطبيعة القناعة القضائية

اختلف الفقه بصدد الأساس الذي تقوم عليه قناعة القاضي، وفيما إذا كانت تقوم على مجرد انطباعات عابرة صادرة عن الاحساس والشعور الذاتي، أم أنها مجرد حدس فطري، أو أنها تقوم على ضمير القاضي فالفقيه الفرنسي (جارو) يذكر بأن ترك إصدار الأحكام لقناعة القاضي تتأثر بانطباعاتهم الشخصية العابرة سواء أكانت عاطفية أم شخصية بحتة، حيث لا يجد نفسه بحاجة إلى التحليل والتروي والدقة بمعناها العميق وإنما مجرد انطباعات سطحية. (٤٦)

ويذهب البعض الآخر إلى أن القناعة القضائية أساسها هو اتجاه نفسي يرمي إلى التوصل لإيجاد حدث معين هذا الحدث هو تطبيق القانون. (٤٧)

٤٤- د عبد الحميد الشواربي، مصدر سابق، ص ٢١٣.

٤٥- د: مصطفى العوجي، مصدر سابق، ص ٧٦.

٤٦- Graud traitetheorique et pratique d'instruction criminelle et de procedure penale. 1951 - p. 517

٤٧- د: نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ط ١، ١٩٨٤،

ص ١٢١.

وآخرون أقاموا أساسها على ضمير القاضي ووجدانه وعرفوا الضمير بأنه ضوء داخلي ينعكس على كل وقائع الحياة وما القاضي الا مستودع للقانون والقواعد الاخلاقية والتي بمقتضاها تتم التفرقة بين العدل والظلم ، والصدق والكذب. (٤٨)

وبرأينا المتواضع ان الاساس الذي تقوم عليه القناعة القضائية يكمن في قواعد عقلية خلقية منطقية تستمد عناصرها والزاميتها من التكوين الشخصي والعلمي للقاضي وهي تعتمد في بعض مبرراتها على جانب المعقولة والمنطقية في تقديرها للأدلة.

أما طبيعة القناعة القضائية فالبعض اعتبرها مجرد رأي قضائي يديه القاضي في قيمة الدليل المعروض أمامه ومدى انطباقه على الواقعة محل النزاع من عدمه. (٤٩)

وبالبعض الآخر اعتبرها مجرد اعتقاد يقوم في ذهن القاضي عند تقديره للأدلة ليحصل على التوازن المنطقي في إيجاد الحل القانوني المطلوب للمنازعة القضائية. (٥٠)

ورأي أخير قال انها تشكل منطقة وسط بين الاعتقاد واليقين (٥١) والرأي الأخير أقرب الى الصواب على اعتبار ان شك القاضي من خلال قناعته يحل معين يفسر على إنه يقين من القاضي يضعف قيمة الدليل وبالتالي عليه ان يبني اعتقاده على هذا اليقين وإيجاده حلاً مناسباً للقضية المعروضة أمامه وبهذا يكون قد ساهم في تطوير النص القانوني وجعله ينطبق على حالة لم ينطبق عليها وهذا ما يسمى بالتالي الاجتهادات القضائية والتي تساهم الى حد ما في تطور النصوص القانونية وتطويعها واستخدامها في الحلول القانونية للمنازعات القضائية.

الخاتمة

بعد أن تناولنا موضوع وسائل تطور النصوص القانونية سواء أكانت افتراضات قانونية أم وسائل تشريعية ام اجتهادات قضائية فقد توصلنا في نهاية هذا البحث على عددٍ من النتائج والمقترحات، وهي على النحو الآتي:

أولاً / النتائج: -

١- تبين ان الافتراض القانوني هو رخصة من قبل المشرع منحها للقضاء لإيجاد حلول مناسبة على القضايا المعروضة أمام القاضي لا تحل الا بتحويل النص القانوني بما يخدم المصلحة العامة والخاصة على السواء.

٢- تبين ان جوهر الافتراض القانوني هو مخالفة الحقيقة الطبيعية والتي تنتهي بالتالي الى مخالفة الحقيقة القانونية حكماً والعكس غير صحيح.

٤٨- Faustin Helie – preactigue criminelle des courset teiburnux – scasseurs paris – 1995 – p. 343

٤٩- د: وجدي راغب فهمي، النظرية العامة القضائي، رسالة دكتوراه، مطبعة أطلس، منشأة المعارف الاسكندرية، ١٩٧٤، ص ٥٦٧.

٥٠- د: محمد مصطفى القللي، أسباب الحكم الجنائي، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الخامس، السنة الخامسة، ١٩٣٥، ص ٣٥١.

٥١- د: زكي ابو عامر، الاثبات في المواد الجنائية، بلا سنة طبع، ص ١٦١.

- ٣- تبين أيضاً أن كل من الافتراض القانوني والوسائل التشريعية والاجتهادات القضائية يعملان على تطور النصوص القانونية من خلال إيجاد الحلول المناسبة للقضايا المعروضة أمام القاضي وهذه الوسائل قد ذكرت على سبيل المثال وليست على سبيل الحصر.
- ٤- في كل الأحوال يجب أن لا يقف القاضي مكتوف الأيدي عند طرح نزاع معين أمامه فهو جزء من واجبه الشرعي والقانوني أن يبحث ويدفع من خلال إنشاء أو توسيع أو تبرير النصوص القانونية لانطباقها على وقائع لم تنطبق عليها من قبل.
- ٥- تبين أن الراجح في طبيعة القناعة القضائية يقوم على مبدأ الاعتقاد واليقين بضعف الحلول الموجودة والمستندة على النصوص القائمة لأنها لا تفي بالغرض واعتماد القاضي على حلول مبتكرة من خلال استخدام سلطته التقديرية وقناعته بإيجاد الحلول المناسبة للمنازعات المعروضة عليه.

ثانياً / المقترحات

- ١- نقترح بتوسيع صلاحيات القاضي لكي يتمكن من إيجاد الحلول المناسبة للمنازعات المعروضة عليه والتي لا ينطبق عليها حكم النص القانوني القائم وذلك بإنشاء أو توسيع أو تبرير أو بتحويل النص القانوني بما ينسجم وطبيعة النزاع.
- ٢- ضرورة مواكبة التشريعات للتطورات الحاصلة في المجتمعات سواء على الصعيد السياسي أو الاجتماعي أو الاقتصادي أو غير ذلك لكي يكون جوهر النص القانوني الحديث متلائماً مع تطور الواقعة القانونية إيجاباً أم سلباً.
- ٣- ضرورة اعطاء كل الجهات التنفيذية ذات الصلاحية الممنوحة للقضاء بالتصرف في الوقائع القانونية لتحقيق أكبر عدالة ممكنة ولاستقرار المعاملات والحفاظ على النظام العام وإحقاق الحق والعدالة والمساواة بين الأطراف المتنازعة.
- ٤- ضرورة تفعيل الدور الرقابي على عمل المؤسسات القضائية ومنع أي تدخلات خارجية من شأنها إضعاف دور وعمل القضاء ونزاهته، وتوفير حماية أكبر وضمانة أكيدة لكل المؤسسات القضائية لتحقيق أكبر قدر ممكن في حل النزاعات باستخدام الحكمة والمنطق القانوني.

المراجع

أولاً / الكتب القانونية

- ١- د: آدم وهيب الندوي، د: هاشم الحافظ، تاريخ القانون، العاتك القاهرة، ط ٢، ٢٠٠٧.
- ٢- د: أبو زيد عبد الباقي مصطفى، الافتراض ودوره في تطور القانون، مطبعة دار التأليف الاسكندرية، ١٩٨٠.
- ٣- د: توفيق حسن فرج، دروس في القانون الروماني، مطبعة كريدبي، بيروت، ١٩٦٥.
- ٤- د: حسن علي الذنون، فلسفة القانون، مطبعة العاني، ط ١، بغداد، ١٩٧٥.
- ٥- د: رياض القيسي، علم اصول القانون، بيت الحكمة بغداد، ط ١، ٢٠٠٢.
- ٦- د: رمضان أبو السعود، النظرية العامة للحق، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٥.

- ٧- د: زهدي يكن، محاضرات في تاريخ القانون، مطبعة كريدية، بيروت، ١٩٦٤.
- ٨- د: زهدي يكن، تاريخ القانون، ط ١، ١٩٦٦.
- ٩- د: زكي ابو عامر، الاثبات في المواد الجنائية، بلا سنة طبع.
- ١٠- د: سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٩.
- ١١- د: صوفي حسن أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، القاهرة، ١٩٧٨.
- ١٢- د: علي بدوي، أبحاث في التاريخ العام للقانون، تاريخ الشرائع، مطبعة نوري، مصر، ١٩٣٦.
- ١٣- د: عباس العبودي، تاريخ القانون، مطبعة دار الكتب للطباعة والنشر جامعة الموصل، ١٩٨٩.
- ١٤- د: عباس العبودي، تاريخ القانون، المكتبة القانونية، بغداد، ط ٢، ٢٠٠٧.
- ١٥- د: عبد المجيد الحكيم، وعبد الباقي البكري، ومحمد طه البشير، القانون المدني، مصادر الالتزام، الدار الجامعية للطباعة والنشر والترجمة، ج ١، ١٩٨٠.
- ١٦- د: عبد المجيد الحكيم، وآخرون، القانون المدني، أحكام الالتزام الدار الجامعية للطباعة والنشر والترجمة، ج ٢، ١٩٨٠.
- ١٧- د: عبد الحميد فودة، جوهر القانون بين المثالية والواقعية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٥.
- ١٨- د: عبد الحميد الشواربي، رسالة القضاء دراسة في نفسية القاضي، وتفسيره، وسلطته التقديرية، منشأة المعارف، الاسكندرية، بلا سنة طبع.
- ١٩- د: عبد الباقي البكري، ود: زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، القاهرة، ط ٣، ٢٠١١.
- ٢٠- د: عبد الباقي البكري، المدخل لدراسة القانون والشرعية الاسلامية، بغداد، ١٩٧٠.
- ٢١- د: عبد السلام الترماني، تاريخ النظم والشرائع، مطبعة جامعة الكويت، ١٩٧٥.
- ٢٢- د: عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ج ٢، ط ٧، ١٩٧٢.
- ٢٣- د: عبد المنعم فرج الصده، اصول القانون، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت " بلا سنة طبع".
- ٢٤- د: عمر ممدوح مصطفى، اصول تاريخ القانون، ١٩٦٣.
- ٢٥- د: عبد العلي حفيظ، صلاحيات قاضي تطبيق العقوبات في القانون المغربي، ط ١، ٢٠٠٥.
- ٢٦- د: فاضل زيدان محمد، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الادلة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط ١، الاصدار الثاني، ٢٠٠٦.
- ٢٧- د: لطيفة المهدي، حدود سلطة القاضي التقديرية في تفريد الجزاء، الرباط، ط ١، ٢٠٠٧.
- ٢٨- د: محمد حسين منصور، المدخل الى القانون، الكتاب الأول، القاعدة القانونية، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٩٥.
- ٢٩- د: محمد مصطفى القللي، أسباب الحكم الجنائي، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الخامس، السنة الخامسة، ١٩٣٥.

- ٣٠- د: محمود عبد الرحيم الديب، الحيل في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، بلا سنة طبع.
- ٣١- د: محمود عبد المجيد مغربي، الوجيز في تاريخ القوانين، بيروت، ١٩٧٩.
- ٣٢- د: منصور مصطفى منصور، نظرية الحلول العيني وتطبيقاتها في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، ١٩٥٦.
- ٣٣- د: مصطفى العوجي، القاعدة القانونية في القانون المدني، بيروت، ط ١، ١٩٩٢.
- ٣٤- د: موريس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ج ١، بيروت، ٢٠٠٧.
- ٣٥- د: نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ط ١، ١٩٨٤.
- ٣٦- د: وحدي راغب فهمي، النظرية العامة القضائي، رسالة دكتوراه، مطبعة أطلس، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٧٤.
- ٣٧- د: ياسر باسم ذنون، الافتراض القانوني في قانون المرافعات المدنية، رسالة ماجستير، جامعة صلاح الدين، ٢٠٠٨.

ثانياً / المصادر الأجنبية: -

- 1- Sir Henry Maine: Ancient Law , London , 1920.
- 2- Lecsot – Les – tribunaux , en face de La Carence du Legislateur , 2007.
- 3- Grraud traitetheorique – et pratique dinstruction crmmille – et – de procedure penale – 1951.
- 4- Faustin Helie – preactigue Criminelle des – Courset teiburnux – Sclasseures paris 1995.

ثالثاً / القوانين والداستاتير.

- ١- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل.
- ٢- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل.
- ٣- القانون المدني الفرنسي الصادر عام ١٨٠٤ والمعدل بالمرسوم ٣٤٦ لسنة ٢٠٠٦.
- ٤- قانون الجنسية العراقية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٣ المعدل.
- ٥- قانون منح الجنسية العراقية للعرب رقم ٥ لسنة ١٩٧٥ المعدل.
- ٦- قانون رعاية الأحداث رقم ٧٦ لسنة ١٩٨٣ المعدل.
- ٧- قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم ١٢٣ لسنة ١٩٧١ المعدل.
- ٨- قانون الاجراءات المصري رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠.
- ٩- قانون الاجراءات الجزائري رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٦.
- ١٠- قانون الاجراءات الفرنسي رقم ٤٦٦ لسنة ١٩٨٣.

- ١١- قانون الاجراءات الالماني الاتحادي لسنة ١٩٧٥ .
- ١٢- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل.
- ١٣- دستور جمهورية العراق لعام / ٢٠٠٥ .