

تصدير المعرفة في القانون الوضعي فقهاً وقضاً

الباحث/ عادل بدر علوان

أ. متمرس د

عزيز كاظم جبر الخفاجي

معهد العلمين للدراسات العليا

تاريخ استلام البحث ٢٠٢٢/١١/٦ تاريخ قبول البحث ٢٠٢٢/١٢/١٣ تاريخ نشر البحث ٢٠٢٢/١٢/٣١

<https://doi.org/10.61353/ma.0110015>

لتصدير المعرفة القانونية سواء كانت عند الفقيه أم لدى القاضي، لابد من اتباع أحد مذاهب نظرية المعرفة في تقديم الدليل على كل ما يمكن تحصيله من معرفة. وهذا الدليل هو الذي يثبت التحصيل المعرفي وصحته، ولا يكون اختيار المذهب المعرفي في التحصيل بناءً على رغبة شخصية أو ميل ذاتي لدى الباحث؛ وإنما طبيعة البحث العلمي هي التي تفرض عليه الدليل وكيفية تحصيل المعارف منه .

فاتباع المذهب العقلي أو المذهب الوضعي في الاستدلال يكون محكوماً بطبيعة موضوع الاستدلال. والبحث في وقائع مادية للوصول إلى الحكم الأقرب للواقعة يستلزم استقراء تلك الوقائع المعروضة، وصوغ الحكم الأقرب إليها مما ينتجه الدليل الاستقرائي، بينما تطبيق النص على واقعة معينة بذاتها، لا يمكن العمل به إلا بمقتضى الدليل العقلي. وتختلف طبيعة التحصيل المعرفي بين كل من القاضي والفقيه بحسب الغاية التي ينشدها كل منهما .

In order to export legal knowledge, whether it is with the jurist or the judge, one of the doctrines of epistemology must be followed in providing evidence for all the knowledge that can be obtained. This evidence is what proves cognitive achievement and its validity. The choice of the cognitive doctrine in achievement is not based on a personal desire or subjective tendency of the researcher. Rather, it is the nature of scientific research that imposes on it the evidence and how to obtain knowledge from it.

Following the rational or positivist doctrine in inference is governed by the nature of the subject matter of inference. Researching material facts to arrive at the closest judgment to the incident requires extrapolating those presented facts, and formulating the judgment closest to them from what is produced by the inductive evidence. While applying the text to a specific fact by itself, it cannot be acted upon except in accordance with the rational evidence. The nature of knowledge attainment varies between the judge and the jurist, according to the goal that each of them seeks.

الكلمات المفتاحية: المعرفة القانونية، الفقيه، القاضي نظرية المعرفة، القانون الوضعي.



المقدمة

يحظى موضوع تصدير المعرفة القانونية سواء لدى الفقيه أم القاضي بأهمية بالغة، إذ كل منهما يهدف إلى الوصول بنتاجه المعرفي في مجال القانون إلى الكمال بحسب الغاية التي ينشد تحقيقها. ولما كانت المذاهب في نظرية المعرفة تختلف بحسب اختلاف طبيعة الاستدلال، والمستدل به والنتيجة المطلوب الحصول عليها فقد اختلفت الأدلة - بحسب ذلك - بين مذهب عقلي تتعلق فيه الأدلة بقواعد سابقة على الاستدلال. ويسير بالاستدلال من المبدأ العام لتحصيل النتيجة الخاصة، ومذهب وضعي يتعلّق بالاستدلال على صحة الوقائع التي جُمعت بعد عرضها على الدليل.

أولاً:- أهمية الموضوع

وتظهر أهمية هذا الموضوع في مرحلتين أولهما عند تحصيل المعرفة، إذ لا بد من الاحتياط في اكتساب المعارف التي يراد اتخاذها أساساً للوصول إلى معارف جديدة. والمرحلة الثانية هي عند تصدير المعرفة، سواء كان في إعطاء رأي، أو بناء نظرية معرفية جديدة، وهذا فيما يخص عمل الفقيه. أو إصدار قرار مطابق للواقع والقانون. فيما يتعلق بعمل القاضي، لذا فإن حاجة الفقيه والقاضي إلى الدليل في مرحلة تصدير المعرفة لها غاية الأهمية التي تثبت لنا صحة أو عدم صحة تلك النتائج.

ثانياً:- إشكالية الموضوع

تظهر إشكاليات البحث من خلال عدة تساؤلات يمكن الإجابة عليها من خلال البحث وتتمثل فيما

يأتي:-

- ١- هل يحتاج الفقيه في عرض أفكاره إلى دليل؟
- ٢- هل يحتاج القاضي في إصدار قراره في النزاع المعروض عليه إلى دليل معرفي؟
- ٣- هل تختلف طبيعة الدليل تبعاً لاختلاف المستدل عليه؟
- ٤- كيف يتم بناء الدليل المعرفي؟
- ٥- كيف يظهر القاضي استدلاله عند إصداره قراراً في النزاع المعروض عليه؟

هذه الأسئلة وأسئلة أخرى سوف يتم الاجابة عنها من خلال البحث.

ثالثاً:- أسباب اختيار الموضوع

يمثل هذا الموضوع المنهجية الأساسية في الارتقاء بفلسفة الفقيه من مرحلة الاستحسان في عرض الرأي الفقهي، إلى بناء الدليل المعرفي لتحصيل الأفكار العالية في الفقه القانوني. كما أنه يمثل المنهج الذي يتبعه القاضي لجعل تلك المباحث العالية واقعاً اجتماعياً يطبق على النزاع المعروض أمام القاضي. ولكون هذه الأفكار تطرح لأول مرة في عالم الفكر القانوني فقد أخترت هذا الموضوع للبحث فيه.

رابعاً:- خطة البحث

لقد قسم البحث على مبحثين تطرقنا في المبحث الأول إلى تصدير المعرفة القانونية لدى الفقيه، وذلك من خلال مطلبين: تكلمنا في الأول منهما عن تصدير المعرفة القانونية لدى الفقيه، وبيننا في الثاني منهما حاجة الفقيه إلى الدليل.

وتناولنا في المبحث الثاني تصدير المعرفة في العمل القضائي وذلك من خلال مطلبين أوضحنا في الأول منهما حاجة القاضي إلى الدليل، ثم عرجنا في المطلب الثاني على تسبيب الأحكام. ثم ختمنا البحث بخاتمة بينا فيها أهم النتائج التي توصنا إليها، وبيان التوصيات التي نخدم موضوع البحث.

المبحث الأول

تصدير المعرفة القانونية لدى الفقيه

يتمخض عمل الفقيه في الجانب الأكبر منه في تفسير النصوص التشريعية، وحل ألغازها، وبيان الغامض منها. وعمل مثل هذا يستوجب إتقاناً وصنعة. لذلك فإن الأعمال الفقهية في دائرة القانون يجب أن تكون في غاية الرصانة، وعلى درجة عالية من الإتقان. وهذا ما يتطلب اتباع منهج قانوني ومذهب معرفي يمهّدان السبيل لصياغة وتصدير مثل هذه الأفكار.

ولما كانت غاية الفقيه تصدير أفكاره ومعارفه التي يتوصل إليها، استلزم أن يظهر الأدلة التي أقام عليها صرح معارفه، وأن يبين مباني أفكاره التي توصل إليها. لغايتين أولهما إقناع الطرف المقابل بالأفكار المعروضة التي توصل إليها. وثانيهما لتأمين صمود تلك النتائج والأفكار التي توصل إليها أمام النقد. وإلا كانت أفكاراً لا يُعتنى بها، وآراء لا يلتفت إليها في مضمار الفقه، لأنها سوف تفقد قوتها العلمية.



ولما أصبح الفقه "يهتم في العصر الحديث بتفسير القانون في مصادره المختلفة، التشريع والقضاء والعرف، ولعل أهم ما يقوم به الفقيه في هذا الشأن هو رد الأحكام التفصيلية إلى أصولها العامة، وتنسيق المبادئ القانونية في طوائف ونظريات بحيث تمكن في النهاية معرفة أحكام القانون في سهولة ويسر"^(١). وهذا الجهد لا بد من إسناده إلى الدليل العقلي، لذلك فقد قسم المطلب على فرعين وكما يأتي:-

المطلب الأول: حاجة الفقيه إلى الدليل

المطلب الثاني: بناء الدليل العقلي

المطلب الأول

حاجة الفقيه إلى الدليل

بعد أن تبين أن عمل الفقيه القانوني هو التفسير، فهل يحتاج الفقيه القانوني في عمله إلى الدليل؟ وما مدى حاجته إليه؟ لما كان عمل الفقيه هو التفسير وإظهار المعنى المقبول، فيما يختص بمفردات الألفاظ وغريبها، وما تعلق بتأويل الأفكار وغامضها^(٢)، احتاج في إثبات ما توصل إليه من معارف إلى ما يؤيد به نتائجه، وما يسند به حقائقه، فكل فكرة من غير دليل يعرضها، أو قرينة تسندها، تكون خبط عشواء، وضرب هباء، ومن هنا ظهرت حاجة الفقيه إلى الدليل.

وتظهر حاجة الفقيه إلى الدليل عندما يحتج بأفكاره على الغير، ولذلك سمي الدليل حجة، وإن اختلف معنى الحجة بين المناطق والأصوليين، إذ اعتبر المناطق الحجة بأنها كل ما يتألف من قضايا تنتج مطلوباً. أي مجموع القضايا المترابطة التي يتوصل بتأليفها إلى العلم بالمجهول، وقد تطلق الحجة على الحد الأوسط من القياس. أما عند الأصوليين فهي كل شيء يكشف عن شيء آخر ويحكى عنه على وجه يكون مثبتاً له^(٣).

ولما كان الدليل يتغير بحسب المنهج القانوني الذي يعتنقه الفقيه في عمله، أو بحسب الموضوع الذي يعمل عليه الفقيه، لذلك فهو يحتاج إلى الوقوف على كافة المذاهب المعرفية وأدلتها لتحقيق ما يصبو إليه. فعندما تكون المسألة المعروضة لغوية فلا بد أن يكون الدليل لغوياً، وعندما تكون المسألة المعروضة عقلية وجب أن يكون الدليل عقلياً وهكذا.

فعندما يناقش الفقيه موضوع الإيجاب والقبول وفق ما نصت عليه المادة ٧٧ من القانون المدني العراقي^(٤)، فهذا يعني أن الموضوع يتعلق بدلالة الألفاظ (الإيجاب والقبول). إذ فصلّ المشرع بين استعمال ألفاظ الإيجاب والقبول، وأن تكون بصيغة الماضي أو المضارع أو الأمر إن أريد بجمها الحال. فيأتي دور الفقيه لبيان سبب ذكر

عبارة (إن أريد بهما الحال) مع المضارع والأمر. وهل يراد بالماضي والمضارع الأزمنة المدلول عليها بحسب الدلالة اللغوية لهما. أم أن الماضي أيضاً أريد به الحال؟ وإذا كان الأمر كذلك لماذا قال المشرع أريد بهما الحال ولم يقل أريد بهم الحال؟

هذا الأمر وإن لم تتم مناقشته من قبل الفقهاء الذين تعرضوا لشرح القانون المدني العراقي رغم تعرضهم لموضوع التعبير عن الإرادة^(٥). إلا أن أحد الفقهاء كان قد تعرض إلى موضوع انعقاد العقد بصيغة الماضي إذ عدها "هي المظهر الواضح للتعبير عن الإرادة في مرحلتها النهائية الحاسمة التي جاوزت دور التردد والتفكير والمفاوضة والمساومة إلى دور الجزم والقطع والبت والحسم، فهذه الصيغة تفيد تحقق معناها وثبوته بالفعل فينعتقد بها العقد من غير توقف على شيء آخر كالنية"^(٦). وهذه العبارة على وجازتها احتملت الكثير مما يناقش فيه، ويرد عليه. ومنها (اعتبار صيغة الماضي هي المظهر الواضح للتعبير عن الإرادة في مرحلتها النهائية الحاسمة)، ألا تدل صيغة المضارع في الإيجاب والقبول على الإرادة في مرحلتها النهائية. فإن دلت عليها فهذا خلاف ما ذكر، وإن لم تدل فهذا خلاف ما ذهب إليه الأصوليون من عدم دلالة الفعل على الزمان^(٧).

وصفوة القول في هذا الموضوع بأن الأفعال لا تدل بذاتها على الزمان مطلقاً، بل تكون دلالتها على الزمان من خلال السياق، أو بالدلالة الالتزامية^(٨). وبذلك يكون التعبير بصيغة فعل (الماضي) لا يختلف عن التعبير بصيغة يفعل (المضارع) فكلاهما يدلان على تلبس الذات بالمبدأ سواء كان ذلك المبدأ يبعاً أو إجباراً أو مقاولَةً أو غيره.

وكذلك عندما يناقش نص المادة ٨٩ من القانون المدني العراقي^(٩) التي بينت انعقاد العقد في الزيادة إذ قصرت تامة العقد في الزيادات بحاتين من خلال النفي والاستثناء (إلا) وكانت تلك الحالتان هما رسوم الزيادة، وإقفال الزيادة دون أن ترسو على أحد. والقصر هو تخصيص الحكم المذكور في الكلام ونفيه عن سواه^(١٠). وإن ما بعد إلا الاستثنائية يكون حكمه من جهة النفي والإثبات ضد حكم ما قبلها، فإذا كان ما قبلها منفياً كان ما بعدها مثبتاً وإن كان ما قبلها مثبتاً يكون ما بعدها منفياً^(١١) كقولك (لا إله إلا الله). ولما كان ما قبل إلا منفي التامة فلا بد أن يكون ما بعدها تام الانعقاد. إلا أن ما بعد إلا الاستثنائية عبارة (أو) بإقفال الزيادة دون ان ترسو على أحد (وهي معطوفة بحرف العطف (أو) على رسو الزيادة. فكيف يتم بها عقد الزيادة. وهذا من الاخطاء اللغوية الفادحة التي تضمنها القانون المدني. ولم يتم التطرق إليها من قبل الفقه.

أما إن كان الموضوع المناقش فيه موضوعاً فلسفياً فإنه يحتاج إلى بناء الدليل العقلي لإثبات نتائجه. لأن الموضوع الفلسفي يكون عقلياً فهو يحتاج إلى دليل عقلي للمساخنة بين الموضوع والدليل المعرفي، وهذا الموضوع



يعم كلا شقي المعرفة من التصور والتصديق. أي لا بد من سريان الدليل في التصورات, و يسري في التصديقات. فوضع أي تعريف لمعرف معين لا بد من اكتناه ذاتياته أولاً, وترتيبها من الأعم إلى الأخص ثانياً. ليكون التعريف حقيقياً بيان حقيقة ماهية المَعْرِف. والبحث عن ذاتيات المَعْرِف لا بد أن يكون باستعمال القسمة العقلية^(١٢). ومن ذلك ما قام به الأستاذ السنهوري من تقسيم الواقعة القانونية, إذ قسم الواقعة القانونية التي اعتبرها المصدر الرئيس للروابط القانونية إلى وقائع طبيعية أو غيرها, وهي الاختيارية, والوقائع الاختيارية إما أن تكون أعمالاً مادية أو غيرها, وهي الأعمال القانونية, والأعمال القانونية تكون أما صادرة عن جانب واحد أو عن جانبين^(١٣).

ومن هذه القسمة العقلية الثنائية الدائرة بين النفي والإثبات يمكن تعريف العقد بأنه (واقعة قانونية اختيارية صادرة عن جانبين). ولما كانت الواقعة الاختيارية هي ذات العمل فلم تذكر في التعريف منعاً للتكرار. وبهذا يكون دليل صحة التعريف تابعاً لصحة القسمة العقلية, لأنها سوف تكشف عن ذاتيات المَعْرِف, وإن التعريف لا يكون إلا بكل ذاتيات المَعْرِف كما في الحد التام أو ببعضها مع العَرَض عاماً كان أو خاصاً كما في الرسم^(١٤). وهذا ما يتم الوصول إليه عن طريق القسمة العقلية.

وأما في التصديقات التي هي الغرض الأساس حتى من دراسة التصورات, والتي يكون عليها مدار عمل الفقيه. إذ يدور عمله حول الفكرة والنظرية التي من الممكن أن تكون مطابقة للواقع أولاً. ومدى مطابقتها للواقع يعتمد على أمرين:-

أولهما:- صحة المقدمات التي يقوم عليها الاستدلال, كأن تكون مقدمات ضرورية, كالقضايا الحدسيات والمتواترات والأوليات والتجريبيات والمشاهدات والفطريات. أو أن تكون من القضايا المبرهن عليها في الرتبة السابقة.

ثانيهما:- الالتزام بصورة الدليل وفق القواعد المنطقية له. سواء كان الدليل يسير بالاستدلال من العام إلى الخاص أو من الخاص إلى العام.

ومن أمثلة الاستدلالات التي يعتمد عليها الفقيه في إظهار أفكاره, وبيان آرائه, ما قام به بعض الفقه لإثبات عدم صحة القول بأن الالتزامات التبعية في العقد هي التزامات غير عقدية إذ استدل بقياس منطقي مركب من قياسين حيث قال "بأن هذه الالتزامات التبعية ليس مصدرها الإرادة, وإنما يفرضها القانون والعرف والعدالة . فلا مأخذ على مذهب الإرادة من إهمال هذه الالتزامات استناداً إلى تلك المصادر ولكن هذا القول مردود بأنه يؤدي إلى اعتبار تلك الالتزامات غير تعاقدية, ويكون الاخلال بها مرتباً لمسؤولية لا تعاقدية وهو ما لا يمكن التسليم به, لأن الالتزامات نشأت بسبب ابرام العقد ويستحيل إعمالها مستقلة عنه"^(١٥). وهذا الدليل هو عبارة عن قياس منطقي مفاده:-

الالتزامات التبعية يكون مصدرها غير الارادة

الارادة إما أن تكون عقداً أو إرادة منفردة

الالتزامات التبعية يكون مصدرها غير العقد والارادة المنفردة

ونجعل النتيجة صغرى لقياس آخر وكما يأتي:-

الالتزامات التبعية يكون مصدرها غير العقد والارادة المنفردة.

تترتب المسؤولية غير العقدية عند مخالفة كل التزام مصدره غير العقد والارادة المنفردة.

الالتزامات التبعية عند مخالفتها تترتب المسؤولية غير العقدية.

وهذا خلاف حكم القانون لذلك تكون الالتزامات التبعية التزامات ارادية. وهذه هي النتيجة التي تم تحصيلها من القياس.

وحاجة الفقيه إلى الاستدلال ليست ترفاً فكرياً، بل هو حاجة حقيقية لكل فكرة يصدرها. إذ ما وجد الاستدلال المنطقي إلا لعصمة الأفكار من الزلل، والنأي بها عن مهاوي الخطل. ولكن مع الالتزام بقواعد الاستدلال نجد الاختلاف قائماً بين الفقهاء في الإبرام والنقض، فأين عصمة الأفكار التي ينادي بها المناطقة في قواعد الاستدلال؟

وربما يُجاب عن هذا الإشكال بجوابين أولهما ليس كل من درس علماً فهو لا يخطئ فيه، فكثير ممن درس النحو ومع ذلك فهو يخطئ في النطق وليس ذلك إلا لأن الدارس للعلم لا تحصل له ملكة العلم أو يراعي قواعده عند الحاجة، أو يخطئ في تطبيقها فيشدُّ عن الصواب^(١٦). وهذا هو الجواب النقضي الذي لا يحل الإشكال المذكور. إن علم المنطق اشترط في قضايا المنطق أن تكون داخلية في القضايا الست البديهية، أو منتهية إليها بقياس سابق. ومع مراعاة هذا الشرط لا يتصور الخطأ في النتيجة، إلا بالنشوء من خطأ بعض صور الأقيسة المتسلسلة، وقد افترضنا أن المنطق يعصمنا من الخطأ في ذلك^(١٧). إذ أن المنطق لا يخطئ بل الشخص الذي يستعمل قواعد المنطق هو الذي يخطئ، لعدم مراعاة قواعد المنطق بالطريقة الصحيحة، فيخطئ في تفكيره. ولذلك قيل إن المنطق معصوم، فإذا ما روعيت قوانينه بنحو مناسب من ناحية المادة والهيئة فهو مستحيل الخطأ. وإذا لم يراعَ ذلك وحصل خطأ في تطبيق قواعده فلا شك أن يكون الخطأ حتمياً^(١٨).

لقد فصل الأصوليون في مناشئ الخطأ في التفكير ثم أجابوا عنها ولا بد من تقريرها وبيان ما أجابوا به عنها، وأولها يرجع إلى الغفلة والذهول عن نفس شرائط الإنتاج من كلية الكبرى وإيجاب الصغرى، أو من مراعاتها على رغم بدايتها، إذ قد يغفل الإنسان عن أمر بديهي. وهذا أمر نادر جداً لمن له أدنى ممارسة في الاستدلالات. وثانيها عدم الالتفات إلى الحدود الثلاثة والغفلة عن مقدار شمولها. فإن معنى الوضوح في القضية



ليس هو وضوح حدودها وإنما معناه هو الوضوح وعدم الخطأ في حدود البداهة عند الالتفات إليها. وهذا القسم يكثر في العلوم البعيدة عن البديهيات كعلم أصول الفقه وعلم القانون^(١٩).

أما إن كان موضوع البحث مما يستوجب الوقوف على مصاديقه لاستنباط قاعدة كلية، فهذا يعني إن الدليل الذي لا بد من اعتماده لإقامة البرهان عليه هو الدليل الاستقرائي. بل إن الكثير من القواعد التي يعتمدها الفقه في إقامة الدليل العقلي هي نتائج الدليل الاستقرائي. وبذلك تكون حاجة الفقه إلى الدليل الاستقرائي من جانبين، الجانب الأول هي حاجة الفقيه للدليل الاستقرائي بالأصالة. وذلك عندما يفرض عليه البحث أن يستدل على معارفه بالدليل الاستقرائي، مثل استنباط الفقيه لقاعدة مثل (الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر)^(٢٠) لتطبيق مفهومها على مصداقها^(٢١).

وأما الجانب الثاني فهو حاجة الفقيه إلى الدليل الاستقرائي لاستنباط مقدمة لقياس منطقي. وهذه الحاجة للدليل الاستقرائي تكون بالتبعية للدليل الذي تعد له المقدمة. فإذا ما أراد الفقيه أن يستنبط قاعدة الضرورات تبيح المحظورات، وجب عليه أن يستقرأ الضرورات أولاً ثم يستقرأ المحظورات التي يمكن أن تباح بهذه الضرورات ليتوصل عن طريق الاستقراء إلى القاعد العامة التي هي (الضرورات تبيح المحظورات)^(٢٢). واستنباط هذه القاعدة يكون مقدمة لقياس منطقي فمثلاً يقول الفقيه (إتلاف مال الغير من المحظورات، المحظورات تباح بالضرورات، فينتج إتلاف مال الغير يباح بالضرورات). فكانت حاجة الفقيه إلى الاستقراء تابعة للقياس المنطقي.

ومن أمثلة ذلك الاستدلال على أن الشكلية في العقد الشكلي تتعلق بالإيجاب والقبول لا بذات العقد حيث إن "التصرف القانوني سواء كان صادراً عن جانب واحد أو عن جانبين يقوم على عنصرين أساسيين هما عنصر معنوي تتمله الإرادة وعنصر مادي يمثله التعبير عنها. وإن القانون لا يرتب على الإرادة أثراً إلا إذا تم التعبير عنها تعبيراً يعتد به القانون"^(٢٣) ويمكن وضع الاستدلال المذكور بصيغته الفنية كما يأتي:

العقد إما أن يكون رضائياً أو شكلياً وهذه المقدمة استقرائية لأن الشكلية لا تقابل الرضائية عقلاً.

العقد الشكلي ما استوجب شكلاً للتعبير عن الإرادة وهذه المقدمة استقرائية أيضاً

العقد إما أن يكون رضائياً أو يستوجب شكلاً للتعبير عن الإرادة وهذه نتيجة القياس

وبإضافة المقدمة إذا استوجب شكلاً للتعبير عن الإرادة فالشكل يتعلق بالإيجاب والقبول

فتكون النتيجة العقد إما أن يكون رضائياً أو يستوجب شكلاً يتعلق بالإيجاب والقبول.

ويمكن أن نضيف قياساً آخر للوصول إلى النتيجة هو :

كلما كانت الشكلية ركناً في العقد فإنها لم تتعلق بباقي الأركان. كونها ركناً مستقلاً بذاته.





ولكن الشكلية ركن في العقد
الشكلية لم تتعلق بباقي الأركان.
وهذا خلف^(٢٤) لتعلق الشكلية بالإيجاب والقبول كما أثبتته القياس الأول^(٢٥).
وعليه فليست الشكلية ركناً في العقد^(٢٦).

وبذلك يخرج الشكل عن ذاتيات العقد لتعلقه بالتعبير عن الإرادة. وبهذا لا يستقيم تقسيم العقد إلى رضائي وشكلي على الإطلاق. وعلى هذا فإن حاجة الفقيه إلى الاستدلال سوف تكون من جهتين الأولى هي جهة تحصيله المعرفة من الغير كما بينا سلفاً، والثانية هي جهة تصديره المعرفة للغير. فأما الأولى فهي لتحصيله اليقين بمعارفه التي ينطلق منها لبناء صرحه المعرفي، وأما الثانية فهي لإقناع الآخرين بصحة ما توصل إليه من معارف. ولولا هذا الاستدلال لكانت إنشاءً وليس لها ما بإزاء لتطابقه ليعلم موافقتها للواقع من عدمه في مقام الإثبات.

المطلب الثاني

بناء الدليل العقلي

عند توجه الفقيه إلى بناء الدليل لا بد من المرور بمراحل متعددة، تبدأ من الموضوع الذي هو إزاءه، حتى إقامة الدليل ومواجهة المشكلة بالحل المدلول عليه. وهذه المراحل هي كما يأتي:-

أولاً:- مواجهة المشكلة

يبدأ الفقيه عمله في بناء صرحه المعرفي في مواجهة الموضوع الذي تطلب الحل، لينتهي من تلك المواجهة إلى اقتراح الحلول وطرح الأدلة الخاصة بها. وتلك المواجهة تكون على مراحل مختلفة وأشكال متعددة وكما يأتي:-

- ١- إذا ظهرت مشكلة أمام الفقيه تقتضي حلاً، فلا بد من معرفة طبيعتها، والوقوف على الحالة التي سببت ظهورها، إذ لا مشكلة من غير سبب.
- ٢- بعد إدراك المشكلة لا بد من فهم الموضوع الذي قامت عليه هذه المشكلة لفهم السبب الذي أثارها.
- ٣- بعد ذلك لا بد من مواجهة المشكلة بالحلول المتوفرة. فإن تم التوصل إلى الحل النهائي بالأدلة المعروضة بين يدي الفقيه. كالدليل العقلي أو الاستقرائي. فيها، وإلا فيجب البحث عن أدلة جديدة^(٢٧).

وبهذا التسلسل يمكن للفقيه أن يحل ما يعرض عليه من مشكلات تحتاج إلى أفكار للحل، فتكون الاحتمالات التي تنتج عن مواجهة المشكلة، تقصي الخطوات المذكورة لحل المشكلة وهي أربع احتمالات وكما يأتي:-



- ١- أن تكون المشكلة موجودة ولكن يستعصي حلها لانعدام الحل المناسب في الوقت الحاضر.
- ٢- إن المشكلة المعروضة إذا ما أجري عليها التحليل فقدت أسسها من حيث أنها مشكلة. أي من حيث الواقع لا توجد مشكلة حقيقية، وإنما هي ظلال مشكلة لم تنقح أسسها من قبل.
- ٣- أن تكون هناك مشكلة حقيقية ولكن الحل الأخير الذي وضع لها لم يكن نهائياً. فمن الممكن أن تستجد إذ توفرت لها ظروف القيام مجدداً.
- ٤- أن تكون هناك مشكلة حقيقية وقد طرح الفقهاء لها عدة حلول ولكن أحدها هو الذي يكون مطابقاً للواقع، أما باقي الحلول المعروضة فيمكن المناقشة فيها وفي أدلتها لإيضاح عدم مطابقتها للواقع^(٢٨).

وفي جميع الحالات المذكورة لابد من عرض الدليل الذي استند إليه الفقيه في حل المشكلة التي يواجهها ليستبين الوجه الأجدى في تحصيل المعرفة العلمية، والوقوف على أحد الاحتمالات الأربعة المذكورة، وصولاً إلى الحل المطابق للواقع من خلال الدليل المناسب.

ثانياً:- الوقوف على نوع المشكلة

بعد مواجهة المشكلة يبدأ الدور الثاني وهو معرفة نوع هذه المشكلة. ولما كان عمل فقيه القانون يواجه من الموضوعات ما يتعلق باختصاصه، فسوف يبدأ البحث بعرض المشكلة على معارفه السابقة ليصل إلى غايته. فيحدد فيما إذا كانت المشكلة تتعلق بفقه القانون أم بفلسفته، فإن كانت تتعلق بفقه القانون، نظر الفقيه فيما إذا كان الموضوع يتعلق بفقه القانون العام أم القانون الخاص. فإن كان يتعلق بالقانون الخاص، بحث فيما إذا كان الموضوع المشكل يتعلق بأي فرع من فروع القانون الخاص، فإن وجده يتعلق بالقانون المدني مثلاً. نظر هل هو يتعلق بالأحوال الشخصية أم العينية. فإن تعلق بالأحوال العينية، فهل هو من الحقوق الشخصية أم الحقوق العينية. فإن وجده يتعلق بالحقوق الشخصية، أعاد النظر فيما إذا كان الموضوع يتعلق بالنظرية العامة أم بال عقود. فإن كان الموضوع يتعلق بالنظرية العامة فهل هو يصنف ضمن مصادر الالتزام أم ضمن أحكام الالتزام، فإن كان من ضمن مصادر الالتزام فهل هو من التصرفات القانونية أم الوقائع القانونية. فإن كان من التصرفات القانونية فهل يتم بإرادة واحدة أم بإرادتين. فإن كان مما يتم بإرادتين فيبدأ الفقيه بحثه في المفاهيم الجزئية للعقد حتى يجد متعلق الموضوع المشكل الذي يحتاج إلى مواجهته بالجواب.

فإن توصل الفقيه بعد هذا التحديد في الوقوف على نوع موضوع المشكلة التي يواجهها، استطاع أن يحدد الموضوع الواجب البحث. وانتقل إلى الدور اللاحق في مسيرته نحو تحصيل المعرفة بالمجهول المعروض إزاءه.

ثالثاً:- الرجوع إلى المخزون المعرفي

بعد أن استطاع الفقيه مواجهة الموضوع الواجب البحث، وتحديد نوعه، يرجع إلى مخزونه المعرفي. أي أنه يرجع من المجهول إلى المعلوم. وهذا الدور هو رجوع من المشكلة إلى المعارف الخاصة بالفقيه. إذ أن هذا الخزين هو رأس المال الذي يستطيع الفقيه من خلاله بناء صرحه المعرفي، وتقديم آرائه أو نظريته الجديدة. فإذا ما رجع من المجهول إلى المعلوم انتقل إلى المرحلة اللاحقة من الفكر والنظر في الموضوع الواجب البحث.

رابعاً:- البحث في المخزون المعرفي

وهذه المرحلة تعني أن لدى الفقيه مخزوناً معرفياً هائلاً يمكنه بواسطته التوصل إلى الحلول التي يواجه بها المشكلة المعروضة. وهذا الدور يبدأ بعد الرجوع من المشكلة إلى المعارف الخاصة بالفقيه. ولكن هذا المخزون المعرفي لا يمكن استعماله من غير قواعد عقلية توصل المجهول بالمعلوم.

فبعد أن حدد الفقيه نوع المشكلة التي يواجهها، انتقل ذهنه مباشرة من الموضوع المشكل إلى مخزونه المعرفي لإجراء البحث العقلي بين المعلومات التي شكلت ذلك الخزين المعرفي التي تعد رأس المال بالنسبة للفقيه بصورة عامة، وصولاً إلى تلك المعرفة الخاصة التي تتعلق بنوع تلك المشكلة، لكي يتمكن الفقيه من الحصول على ما يواجه به تلك المشكلة. فمن خلال تحديد نوع تلك المشكلة يستطيع الدخول على الحقل المعرفي الذي يجد فيه ما يتغيه. وفي هذه المرحلة يتم إعداد القضايا التي يتم من خلالها تشكيل الدليل. وفي هذه المرحلة يتم اختيار الدليل المناسب لحل المشكلة المعروضة.

خامساً:- مواجهة المشكلة بالحل

وهذه المرحلة هي الأخيرة في بناء الدليل المعرفي، بل هي بعد بناء الدليل وتحصيل المعرفة بالمجهول الذي كان عماد المشكلة المعروضة أمام الفقيه. فيقوم الفقيه بعد تحصيل المعرفة وحل المشكلة المعروضة، أن يواجه تلك المشكلة بالحل الذي توصل إليه. وبذلك تنحل تلك المشكلة بعرض المعارف الجديدة في عالم فقه القانون.

وهذه المراحل المذكورة يمر بها الفقيه بأسرع من لمح البصر، ويعتمد ذلك على المخزون المعرفي وقوة الحس التي تمكّن الفقيه من طي بعض هذه المراحل واختزالها في البعض منها. ويبدو مما تقدم بأن المرحلة الرابعة هي عماد المراحل السابقة واللاحقة لها، وإن كان بناؤها على المراحل السابقة عليها. وهذا يتطلب إيضاحاً وبياناً، وتفكيراً وإمعاناً، ليتضح بناء الدليل على الوجه الأكمل.



ولابد لبناء الدليل . بعد أن يطوي الفقيه المراحل السابقة ويضمن إلى أن الموضوع المعروض يمكن الاستدلال عليه بالأدلة المعروضة بين يديه . من تحديد فيما إذا كان المدلول عليه يمكن الاستدلال عليه بالدليل المباشر أو غير المباشر^(٢٩) . فعندما يريد الفقيه الاستدلال على قاعدة (ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله)^(٣٠) , لابد من الرجوع إلى أصل القاعدة وهي القضية القائلة (ذكر بعض ما يتجزأ يختص بالمدكور فقط) , فعند عكس هذه القضية بعكس النقيض الموافق^(٣١) تعطينا القضية الآتية (لا يختص بالمدكور فقط ذكر بعض ما لا يتجزأ) فعبارة لا يختص بالمدكور فقط تعني كذكر الكل وهذه هي القاعدة الأولى (ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله) تم الاستدلال عليها بطريقة الاستدلال المباشر . أي دون تركيب دليل من قضايا سابقة بل باستعمال طريقة عكس النقيض الموافق للقضية الأصل فقط .

أما إن كان الاستدلال على المطلوب بالدليل غير المباشر كان لابد من تعيين المذهب المعرفي الذي يمكن أن يقوم عليه الاستدلال فيما إذا كان عقلياً أم وضعياً . فإن كان عقلياً استلزم استعمال القياس المنطقي أو الأصولي كونهما الدليلين العقلين اللذين يمثلان المذهب العقلي بحق . وإن كان هناك رأي يذهب إلى أن القياس الأصولي ما هو إلا الخطوة الأولى في طريق الاستقراء بل ويذهب إلى أنه ليس بحجة لهذا السبب^(٣٢) .

ولبيان موضوع بناء الدليل لدى الفقيه لابد من الوقوف على شروط بناء الدليل , وكيفية اقامته . وهذا يقتضي أن نتطرق لكل واحد منها بفقرة مستقلة وكما يأتي :-

أولاً :- شروط بناء الدليل

للدليل شروط عامة تتعلق بمفهوم ذلك الدليل , وأخرى خاصة تتعلق بكل قسم من أقسامه . فللقياس المنطقي مثلاً هناك شروط عامة تختص بحقيقة القياس . وقد ذكرت سلفاً . يجب مراعاتها ابتداءً . فبعدم مراعاتها لا يمكن للقياس أن يكون منتجاً بجميع أشكاله الأربعة . لأن الشروط المذكورة هي شروط عامة لمطلق مصداق القياس .

ثم ينطلق الفقيه مع الدليل الذي يأتلف مع الموضوع المستدل عليه . فإن كان قياساً منطقياً فعلياً أن يحدد شكل القياس الذي يستدل به على مطلوبه , بحسب القضايا التي وضع يده عليها التي تشكل صغرى وكبرى القياس في المرحلة الرابعة من مراحل التفكير . فلكل شكل منها شروطه الخاصة به . فإذا ما روعيت كل هذه الشروط العامة أنتج القياس . وكانت نتيجته يقينية وفقاً للمذهب العقلي .

ثانياً: - كيفية إقامة الدليل

يبني الدليل استناداً إلى المذهب المعرفي الذي اختاره الفقيه لإثبات معارفه أولاً، وحسب طبيعة الموضوع المعروض عليه للاستدلال. فإن كان الموضوع عقلياً وذو مقدمات قبلية كان الاستدلال عقلياً. ومن ذلك ما استدل به بعض الفقهاء على افتراض الإرادة الباطنية إذا تعذر التعرف عليها بقوله "إذا تعذر الوصول إلى معرفة الإرادة النفسية عن طريق الجزم، فعلى القاضي التعرف عليها عن طريق الافتراض، وهي إرادة باطنة" (٣٣). وهذه العبارة على وجازتها فقد بنيت على قياس استثنائي مفاده ما يأتي:-

- كلما تعذر الوصول إلى معرفة الإرادة النفسية عن طريق الجزم، فعلى القاضي التعرف عليها عن طريق الافتراض.
- ولكن الإرادة النفسية تعذر الوصول إلى معرفتها عن طريق الجزم.
- على القاضي التعرف على الإرادة النفسية عن طريق الافتراض.

وقد بني هذا القياس الاستثنائي عن طريق استثناء عين المقدم لتكون النتيجة عين التالي (٣٤). وبذلك يكون قد استدل على وجوب افتراض القاضي للإرادة النفسية عند تعذر التعرف عليها. فإن قيل إن النتيجة المذكورة في المقدمة الأولى فما جدوى القياس، قلنا أنه يكشف عن حالة الوجوب التي تفرض على القاضي بعد تعذر كشف الإرادة النفسية فقط.

أما إن كان الدليل هو الاستقراء فقد استلزم تكرار التجربة أو الملاحظة وصولاً إلى حد اليقين في استنباط الحكم العام من التجارب أو الملاحظات الجزئية. وحيث أن اليقين المقصود هنا هو ليس القطع الأصولي الذي يعني أن (أ) هو (ب) ولا يمكن أن يكون (ب) غير (أ). بل المعنى به هو اليقين بحسب المقصود منه في المذهب الذاتي في نظرية المعرفة. أي الاطمئنان إلى صحة النتيجة المتحصلة من الاستقراء بحيث أنه لا يحتمل الخلاف وإن كان عدم الاحتمال هذا لا يعني الاستحالة (٣٥). وكثير من القضايا تكون أصولها استقرائية مثل قاعدة (ذكر بعض ما يتجزأ يختص بالمذكور فقط). وبعد ذلك تكون مثل هذه القواعد مقدمات لقياس منطقي لاحق.

فإن كان الدليل قياساً أصولياً توجب على الفقيه البحث من جهتين أولهما الحكم المشابه للموضوع المعروض عليه، وثانيهما اشتراك الأصل المنطوق بحكمه مع المسكوت عنه بالعلة، ولا تثبت الجهة الأولى ما لم تتحقق الجهة الثانية. أي لا يمكن الجزم بالمشابهة بين الواقعتين لتسرية حكم أحدهما على الأخرى ما لم تثبت



العلة المشتركة بينهما. لذلك فقد أجهد الأصوليون أنفسهم في البحث عن علل الأحكام وكيفية التوصل إليها كنتقيح المناط وتخريج المناط مثلاً^(٣٦). ومنها قياس الأحكام العامة في الملكية ومدھا إلى الملكية الفكرية.

المبحث الثاني

تصدير المعرفة في العمل القضائي

تختلف مهمة القاضي عن عمل الفقيه كلياً لذلك فإن أسلوبه في تصدير معارفه يختلف عن الفقيه. فمهمة القاضي تنحصر في تطبيق تلك القواعد العامة التي وضعها المشرع على الواقع، أي ينزل تلك القواعد من عليائها إلى الواقع الذي وضعت من أجله. ولولا عمل القاضي ما كان للقواعد لأن تكون محلاً للتطبيق، وفرض إرادة المشرع على المحكومين. فدور القاضي هو جعل تلك القواعد الكلية أحكاماً بعد تطبيقها على الخصومات المعروضة عليه.

فكل نص تشريعي يمثل حالة من تلك المنازعات التي تعرض على القاضي، وتحتاج إلى تقويم السلوك الاجتماعي وفق ما تقتضيه القاعدة القانونية. ولما كانت القاعدة القانونية قاعدة سلوك اجتماعية، وجب مراعاتها في التطبيق على السلوك الاجتماعي، وحيث أنها خطاب موجه للأشخاص القائمين على رعاية تطبيقها، لذلك استلزم الأمر وجوب تطبيقها من قبل القاضي.

ولكن هل تحتاج سلطة القاضي في تطبيق القاعدة القانونية إلى وسيلة إقناع كما هي لدى الفقيه؟ أم إن سلطة القاضي كافية لإقناع المجتمع بما يصدره من قرارات، تطبيقاً للقواعد القانونية؟ هذا الأمر يقتضي أن نتطرق للموضوع من خلال فرعين وكما يأتي:-

المطلب الأول: حاجة القاضي إلى الدليل

المطلب الثاني: تسبیب الأحكام

المطلب الأول

حاجة القاضي إلى الدليل

يتمخض عمل القاضي في جمع الأدلة من جهتين، أولهما أنه يجمع الأدلة على الوقائع المعروضة عليه لإثبات صحة وقوعها من عدمه. وهذا الدور تتولاه قواعد قانون الإثبات، وذلك من خلال تحديدها الأدلة التي يتبعها القاضي في إثبات أو عدم إثبات صحة الوقائع المعروضة عليه للواقع الخارجي. وقد نظم قانون الإثبات لذلك أنواعها بحسب الوقائع المعروضة وعبأها، وعلى من يكون من طرفي الدعوى. إلا أن هذا الدور هو من صميم العمل القضائي، ولا يكون جزءاً من نظرية المعرفة لعدم تعلقه بالمعارف التي يتم تحصيلها من قبل القاضي، أو يقوم بتصديرها إلى العالم الخارجي. لأن ما يتم تحصيله منها ما هو إلا وقائع جزئية متعلقة بالنزاع المعروض. وتكون أساساً في تطبيق القواعد القانونية الحاكمة على النزاع. هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن إثبات صحة وقائع النزاع أو عدمه لا يفيد علماً جديداً بل كل ما يمكن الوصول إليه من خلاله هو التصديق بصحة الوقائع بعد أن كانت ضمن عالم التصورات لعدم الجزم بوقوعها^(٣٧). لذا فهي عملية انتقال بالعلم الحاصل بمقتضى الادعاء من حالة إلى أخرى.

وثانيهما أنه يجمع القضايا التي من خلالها يصوغ الدليل المعرفي من الأدلة التي تعلق بوقائع الدعوى، واعتبار تلك الوقائع صغرى قياس، كبراه القاعد القانونية ليخرج بحكم قابل التطبيق على النزاع المعروض، وهذه المرحلة هي المتعلقة بنظرية المعرفة لدى القاضي.

السؤال الذي يثار هو أي من الجهتين تكون أولى لدى القاضي؟ وللجواب على هذا السؤال نقول ليس هناك أرجحية لجهة دون أخرى بل كلاهما يكونان مكملين لبعض. فلولا ثبوت صحة الوقائع المعروضة على القاضي، لا يمكنه اعتماد الادعاء أساساً لتكوين دليل للتحصيل المعرفي. ولولا الدليل المعرفي لا يمكن الوصول إلى قرار الحكم الموافق للواقع، فلا يمكن الادعاء بأن جهة منهما تكون أرجح من الأخرى لدى القاضي. وحيث أن لا مرجح لأحدهما على الآخر فلا أرجحية لأي منهما^(٣٨).

والجهة الأولى في عمل القاضي تمثل التجربة والملاحظة التي يمكن من خلالها تحصيل الحكم بصحة وقوع أو لا وقوع الوقائع الجزئية المعروضة على القاضي. وبناء على استقراء تلك الوقائع المعروضة وتحصيل اليقين الذاتي للقاضي بناء على فكرة تساند الأدلة، فإذا ما عرضت عدة قرائن يكمل بعضها بعضاً وتؤدي في مجموعها إلى النتيجة التي انتهى إليها^(٣٩)، فإن تلك النتيجة سوف تكون هي المقدمة الأولى في استنباط الحكم الذي سوف يصدر عن القاضي.



وتحصيل هذه المقدمة يكون من خلال الأدلة التي بينها قانون الإثبات حصراً. إذ تعرض كل جزئية من تلك الجزئيات الخاصة بالواقعة المعروضة على الدليل الذي رسمه قانون الإثبات، لبيان صحة وقوعها أو عدم وقوعها، وهذا الدور الذي يقوم به القاضي، شبيه بالدور التجريبي الذي يقوم به العالم لتحصيل معارفه. إلا أن هناك جهة اختلاف بين النتائج التي يحصل عليها العالم الطبيعي عن النتائج التي يحصل عليها القاضي. إذ أن العالم الطبيعي يحصل على القاعدة العامة بعد فحص الجزئيات أو ملاحظتها، بينما النتائج التي يحصل عليها القاضي هي تغيير طبيعة العلم. بعد أن كان تصوراً. إلى أن يكون تصديقاً. وهذا الاختلاف يكون بحسب الغاية التي يهدف إليها كل منهما. فغاية العالم من الاستقراء هو تحصيل القاعدة الكلية من استقراء الجزئيات. بينما غاية القاضي من استقراء الوقائع الجزئية المعروضة تكون لإثبات صحة وقوع تلك الوقائع أو لا وقوعها في متن الواقع.

وهذه هي أول حاجة للقاضي إلى دليل الاستقراء لإثبات وقائع الخصومة المعروضة. وهي مرحلة متعلقة بصميم العمل القضائي. وإن مصطلح الدليل في هذه المرحلة يختلف عنه في المرحلة الثانية. ففي هذه المرحلة نعني بالدليل الطريق الذي يرسمه قانون الإثبات لإثبات صحة الوقائع المعروضة عليه، كالمحررات والقرائن والأقار والشهادة واليمين^(٤٠). وهو غير معنى الدليل في نظرية المعرفة، والجامع بينهما هو الاشتراك اللفظي فقط. ومعنى الدليل في نظرية المعرفة هو ما تقدم.

وفي هذه المرحلة يجب على قاضي الموضوع أن يستنتج صحة الوقائع التي تثبت عنده من واقع ثابت ومن مصادر موجودة فعلاً لا وهماً. غير مناقضة للثابت في الدعوى وتؤدي عقلاً لاستخلاص الواقعة التي تثبت عند القاضي، فإذا أثبت القاضي للواقعة مصدراً وهماً لا وجود له، أو كان موجوداً ولكنه مناقض لوقائع أخرى ثابتة، أو غير مناقض ولكن يستحيل عقلاً استخلاص الواقعة منه. وكان قد اعتمده في إصدار الحكم الفاصل في الدعوى، كان حكمه مخالفاً للقانون مستوجباً للنقض^(٤١).

وبعد ذلك يبدأ الدور الثاني في تكييف تلك الوقائع للوصول إلى القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على الوقائع المعروضة. فإن "أهم وضائف القاضي تكييف الواقعة القانونية أو التصرف القانوني للوصول إلى النص الواجب التطبيق وصحة هذا التطبيق يتوقف على مدى إلمام القاضي بالكليات المنطقية من الجنس والنوع والصنف^(٤٢)، والفصل من الأمور الذاتية والظروف المحيطة بالواقعة القانونية أو التصرف^(٤٣)". ومن خلال معارف القاضي القبلية يمكنه التوصل إلى التكييف القانوني المناسب للوقائع المعروضة عليه.



ثم تؤخذ النتيجة التي توصل إليها القاضي في جعل الادعاء علماً تصديقاً ليركب منه قياساً منطقياً، منه ومن القاعدة القانونية التي توصل إليها من خلال التكييف والتي تحكم النزاع. فتكون الوقائع هي المقدمة الصغرى في القياس، والقاعدة القانونية هي المقدمة الكبرى. وبذلك تكون نتيجة القياس حمل حكم القاعدة القانونية على وقائع الدعوى. حيث إن أحد طرفي الصغرى يكون موضوعاً في النتيجة، وأحد طرفي الكبرى يكون محمولاً في النتيجة. وما قرار الحكم الصادر عن القاضي إلا حمل حكم القاعدة القانونية على فروضها المتمثلة بوقائع الدعوى، لأن القاعدة القانونية هي في ذاتها خطاب موجه للأشخاص له قوة إلزام^(٤٤)، وهي قاعدة سلوك مزودة بجزء تسهر على تنفيذ الدولة^(٤٥).

ومن هذا يتضح بأن قرار الحكم الصادر عن القاضي ما هو إلا قياس منطقي. وقد ذهب الفقه الألماني إلى ما يميز القرار القضائي هو أنه في الأصل "عملية منطقية أو قياس منطقي المقدمة الكبرى فيه هي القاعدة القانونية التشريعية، والمقدمة الصغرى هي تقرير الحالة الواقعية الخاصة المعروضة على القاضي، والنتيجة هي قرار القاضي"^(٤٦).

وقد يحتاج القاضي إلى الدليل المعرفي في إصدار القرارات التي لا تنتهي بها الدعوى، أي التي تصدر أثناء سير المرافعة. ومن ذلك القرار الخاص بالاختصاص المكاني قبولاً أو رفضاً. فهذا القرار يعتمد على قياس منطقي يتركب من نصين تشريعيين حكماً موضوع الاختصاص المكاني. وهذان النصان هما نص المادة ٧٤ من قانون المرافعات المدنية العراقي ونص المادة ٨ من ذات القانون^(٤٧). فالمادة ٧٤ من قانون المرافعات المدنية المذكور عدت الاختصاص المكاني دفعاً يقدم في الدعوى. والمادة ٨ من ذات القانون عدت الدفع دعوى يأتي بها المدعى عليه. وبذلك يكون الاختصاص المكاني دعوى يأتي بها المدعى عليه حصراً، ولا يجوز قبولها من المدعي للنصين المذكورين وما تشكل منهما من قياس منطقي، ولأن المدعي عند إقامته الدعوى أمام المحكمة فقد ارتضاها مختصة مكانياً بنظر الدعوى.

ولما كانت قواعد قانون المرافعات المدنية قواعد أمرة، فإن هذه النتيجة التي خرج بها القياس هي أمر بوجوب تقديم الدفع بالاختصاص المكاني ممن المدعى عليه. لذا فهو يقتضي النهي عن ضده، وهو تقديم المدعي دفعاً بعدم اختصاص المحكمة المكاني، وهذا يكون بمقتضى قاعدة الأمر بالشيء يقتضي النهي عن ضده^(٤٨).

فلو قدم ادعاء إلى القاضي بقيام المدعى عليه بغصب عقار المدعي. فبمجرد الادعاء يحصل تصور لدى القاضي عن ذلك الغصب الحاصل للعقار من قبل المدعى عليه. وبعدها يبدأ القاضي بحثه في الجهة الأولى



لإثبات صحة الادعاء من عدمه، وفيما إذا كان مطابقاً للواقع أو غير مطابق. ليحكم بصحة وقوع أو لا وقوع الادعاء. فإذا ما حصل له التصديق بصحة الادعاء، قام بتكيب قياس منطقي كانت صغراه العلم التصديقي بالادعاء، أي (المدعى عليه غاصب لعقار المدعي). وأما كبراه فقد كانت القاعدة القانونية التي تنص على (غاصب العقار يلزم برده لصاحبه مع أجر مثله)^(٤٩). فتكون النتيجة التي يحصل عليها القاضي من القياس هي (أن المدعى عليه يلزم برد العقار للمدعي مع أجر مثله). وهذه النتيجة هي مضمون قرار الحكم الذي يصدر عن القاضي في الدعوى.

وهذه هي الجهة الثانية من حاجة القاضي إلى الدليل، إذ لولا الدليل المعرفي الذي اتبعه القاضي في تحصيل المعرفة بالحكم، لما استطاع إصدار قرار حكم مطابق للواقع، ولكن هل يمكن للقاضي أن يبي قراره على قياس أصولي؟ لما كان القياس الأصولي تحصيل حكم غير منصوص من حكم منصوص لاشتراكهما في العلة، وإن غاية القاضي هي الوصول إلى الحكم، لأن عدم توصله إلى الحكم يعني ذلك امتناعاً من القاضي عن إصدار الحكم في الدعوى. الذي حظرته المادة ٣٠ من قانون المرافعات المدنية^(٥٠). لذا فبإمكان القاضي أن يعتمد القياس الأصولي دليلاً لتحصيل المعرفة بالحكم، ولكن هذه الحالة لا تكون مع وجود النص التشريعي، وتكثر في بلدان السوابق القضائية، لأن القاضي سوف يقيس الواقعة المعروضة على واقعة سابقة صدر فيها حكم وصولاً إلى المعرفة التي يبتغيها لإصدار قرار الحكم.

وقد ذهبت محكمة التمييز في العديد من أحكامها إلى الاستدلال بالقياس لتحصيل الحكم في الدعوى المعروضة، فقد قضت محكمة تمييز العراق بأنه (بالنظر لعدم تنظيم القانون المدني لأحكام عقد التوريد لذا فإنه يقاس على عقد البيع)^(٥١) وقد جاء في قرار آخر لمحكمة تمييز العراق (إن احتساب التعويض في الدعوى المميزة بالقياس على ما جاء في الفقرة الثالثة من المادة الرابعة من القرار رقم ٦٣٦ لسنة ١٩٧٢ الخاص باستبدال العرصات الوقفية المؤجرة بالإجارة الطويلة)^(٥٢). وفي قرار صادر عن محكمة التمييز الاتحادية تضمن بأن (هناك فرق بين المزايدات والمناقصات فالمزايدات ينظمها قانون خاص بها هو قانون بيع وإيجار أموال الدولة، أما المناقصات فلا ينظمها قانون خاص وإنما توجد بعض التعليمات المتعلقة الصادرة من الدوائر المعنية التي لم ترق إلى مستوى القانون وبالتالي فإن المناقصة يقتضي قياسها بالأحكام العامة للعقود الواردة في القانون المدني)^(٥٣). ولهذا الأحكام دلالات واضحة باستدلال القضاء بالقياس الأصولي في تحصيل الأحكام.

وينحصر دور القياس الأصولي لدى القاضي ببيان الحكم الواجب تطبيقه على الوقائع المعروضة، فهو يحتل دور القاعدة القانونية في بيان الحكم، وهو لا يغني عن القياس المنطقي الذي يستدل به القاضي على انطباق

الحكم على وقائع النزاع المعروض. فيكون الحكم المتحصل من القياس الأصولي كبرى القياس المنطقي الذي يركبه القاضي لإصدار قرار الحكم في الدعوى.

بقي سؤال لا بد من طرحه مفاده هل يمكن الاستدلال بالاستقراء لتحصيل قرار الحكم الفاصل في النزاع المعروض أمام القاضي؟ لما كان الاستقراء قائماً على التجربة أو الملاحظة لتحصيل القواعد الكلية الحاكمة على الجزئيات الداخلة في عملية الاستقراء. وإن الحكم الذي تم تحصيله بالاستقراء في الرتبة السابقة من خلال الأدلة القانونية قام بنقل التصور الحاصل لدى القاضي من الادعاء وجعله تصديقاً. وإن جميع المقدمات التي خضعت للاستقراء في عملية الإثبات لم تحمل حكماً على الإطلاق, لأن الحكم يستفاد من القاعدة القانونية, وهي عنصر خارج عن الوقائع المعروضة؛ لذا فإن دليل الاستقراء سوف يتعذر معه الوصول إلى الحكم الفاصل في الدعوى. لأن الحكم ما هو إلا حمل القاعدة القانونية على الوقائع؛ لذلك كانت القاعدة القانونية كبرى قياس صغرها وقائع الدعوى.

ومن خلال ما تقدم تبين حاجة القاضي إلى الدليل بكل أنواعه سواء كان من أدلة الإثبات القانونية, أو الأدلة المعرفية, التي جميعها تتظافر للوصول إلى قرار الحكم العادل الموافق لحكم القانون.

المطلب الثاني

تسبب الأحكام

وضع المشرع ضمانات للقاضي والمتقاضي على حدٍ سواء, هادفاً إلى حسن سير العمل القضائي. ومن تلك الضمانات هي تسبب الأحكام, وقد جعل المشرع تسبب الأحكام واجباً على القاضي, كما هي حق لطرفي الخصومة, للاستيثاق من سلامة تطبيق القانون, وقد نظم المشرع العراقي أحكام تسبب الأحكام من خلال المادة ١٥٩ من قانون المرافعات المدنية^(٥٤) التي أوجبت أن يكون الحكم مشتملاً على أسبابه. ومعنى تسبب الأحكام هو بيان ما اقتنع به القاضي بما يقضي به, وجعله يتجه في حكمه الاتجاه الذي اطمأن إليه من الحجج القانونية والأدلة الواقعية التي بني عليها الحكم^(٥٥). والتسبب لا يقتصر على نوع من الأدلة دون غيره بل يستلزم أن يكون مبنياً على الأدلة الواقعية التي تثبت الوقائع المعروضة في الدعوى. والقانونية التي تثبت انطباق القاعدة القانونية على النزاع المعروض, ويضاف إليها بحسب المنهج المعرفي الدليل الذي يجمع بين الوقائع المعروضة والقاعدة القانونية, وذلك هو الدليل المعرفي الذي يُركب من القياس المنطقي.

وبهذا يكون الحكم الصادر مشتملاً على الأدلة الواقعية المتمثلة بالوقائع وأدلة إثبات صحة وقوعها من عدمه, و الأدلة القانونية, والدليل المعرفي الذي تكون نتيجته مضمون الحكم الي يصدره القاضي.



وهذا يقتضي التعرض بالبيان لكل منها بفقرة مستقلة وكما يأتي:-

أولاً:- الأدلة الواقعية

وهي تلك الأدلة التي تثبت للقاضي صحة وقوع تلك الوقائع المعروضة أمامه في الدعوى, أو لا وقوعها. وقد حدد المشرع العراقي شروطاً للوقائع التي تعرض في الدعوى وتخضع للإثبات بالطرق القانونية من خلال المادة ١٠ من قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩^(٦). وهذه الشروط هي أن تكون الواقعة متعلقة بالدعوى, وأن تكون منتجة فيها, وأن تكون جائزاً قبولها. وأن تجتمع في الواقعة المراد إثباتها. ففقدان أي من هذه الشروط يجعل الواقعة غير قابلة للإثبات قانوناً لمخالفتها نص المادة ١٠ من قانون الإثبات المذكورة.

والمقصود بتعلق الوقائع بالدعوى أي أن تتضمنها أضراراً الدعوى ولو لم يتمسك بها الخصوم صراحة^(٧). فإذا قدم أحد الخصوم عقداً للاحتجاج به في الدعوى, جاز للقاضي الاعتداد به في الحكم الصادر عنه ولو كان بمقتضى غير البند الذي احتج به الخصوم. وذلك لسببين أولهما إن العقد كله وحدة واحدة بكل ما فيه, وثانيهما أنه من الأدلة التي تضمنتها أضراراً الدعوى.

ويستثنى من هذا الأصل أمران, أولهما الوقائع التي أعفى القانون مدعيها من إثباتها. وذلك في حالات الخطأ المفترض غير القابل لإثبات العكس, وحالة الحيازة المادية التي تعد دليلاً على الملكية وتلك هي قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية التي نصت عليها المادة (١١٥٧) من القانون المدني العراقي^(٨). فهذه الحالات أعفاها المشرع من الإثبات وإن كانت وقائع في الدعوى, سواء كان المتمسك بها في الدعوى مدعياً أم مدعى عليه. ولكنها تبقى من ضمن الوقائع الداخلة في عملية التسيب.

وثانيهما المعلومات العامة المشهورة التي تكفي فيها شهرتها عن عبء إثباتها. وهذه الوقائع وإن كانت مستقاة من خبرة القاضي وعلمه بما فلا يمنع ذلك من دخولها ضمن نطاق تسيب الحكم. ولا تعد هذه الوقائع من ضمن العلم الشخصي للقاضي. وذلك استناداً لأحكام المادة ٨ من قانون الإثبات العراقي^(٩), التي عدت الوقائع العامة المشهورة ليست علماً شخصياً بعد أن منعت القاضي من الحكم بعلمه الشخصي, حرصاً على مقتضيات العدالة.

ويعلل الفقه منع القاضي من الحكم بعلمه الشخصي على أنه " يترتب على حق الخصوم في مناقشة الأدلة التي تقدم في الدعوى أنه لا يجوز للقاضي أن يقضي بعلمه الشخصي بالوقائع. ذلك أن علم القاضي هنا يكون دليلاً في القضية, ولما كان للخصوم حق مناقشة هذا الدليل, اقتضى الأمر أن ينزل القاضي منزلة الخصوم فيكون خصماً وحكماً"^(١٠). ويذهب رأي آخر في الفقه إلى أن "منع القاضي من الحكم بمعلوماته



الشخصية لا يتأتى من حق الخصوم في مناقشة الأدلة التي تقدم في الدعوى وإنما يتأتى من أن ما شاهده القاضي أو سمعه مما يتصل بوقائع الدعوى سوف يؤثر حتماً في تقدير القاضي بل قد يشلّ هذا التقدير^(١١).

وعند مناقشة الرأي الأول يتبين وهن الأساس الذي يقوم عليه، لا سيما أن علم القاضي الشخصي لا يظهر في الدعوى إلا عند إصدار الحكم الفاصل فيها، فهو لا يكون بأي حال محلاً لمناقشته من قبل الخصوم أثناء سير الدعوى. فإن قيل إن المناقشة فيه تقع في لوائح الطعن. قلنا إن لوائح الطعن تتضمن المناقشة في الوقائع والقانون والآراء الخاصة التي يتطرق إليها القاضي حتى في تفسير النصوص. وإن هذه المرحلة يكون القاضي قد أصدر الحكم الفاصل في الدعوى فلا يجمع صفتي الخصم الحكم. أما المناقشة في الرأي الثاني فرغم اتفاقنا معه في النتيجة التي توصل إليها، إلا أنه لم يبين علة ذلك التأثير الذي يعمل على حرف قناعة القاضي وفق ما لديه من علم شخصي.

وإني أرى ضمن نطاق نظرية المعرفة بأن علة منع القاضي من الحكم بعلمه الشخصي هو أن الادعاء عندما يعرض على القاضي يكون علمه بالوقائع المعروضة عليه علماً تصورياً، وإن دور أدلة الإثبات القانونية هي نقل علم القاضي من مرحلة التصور إلى التصديق بعد إثبات صحة وقوع تلك الوقائع أو عدم وقوعها. وعلم القاضي الشخصي بالوقائع المعروضة عليه، يجعله علماً تصديقياً ابتداءً. أي تُبتدأ الدعوى من يقين القاضي بالوقائع وقوعاً أو لا وقوعاً. وعليه فلا يمكن إزاحة ذلك التصديق لإثبات تصديق جديد. ولا يتم ذلك إلا من خلال أدلة أخرى تعمل على إزالة ذلك الحكم المقارن للعلم بالوقائع لتعيده تصوراً، وهذا خارج عن ميدان العمل القضائي؛ لذلك سوف يبقى هذا التصديق ليؤثر في نتيجة الحكم الصادر عن القاضي؛ وإضافة لما تقدم فإن القاضي يخوض في إثبات وقائع الدعوى لينتقل بعلمه بتلك الوقائع من مرحلة التصور إلى مرحلة التصديق، فإذا ما بلغ بعلمه بالوقائع مرحلة التصديق، اتجه إلى إصدار الحكم الفاصل في الدعوى. فإذا كان علم القاضي ابتداءً بوقائع الدعوى تصديقاً، كان لا بد أن يصدر حكماً فاصلاً في الدعوى دون الرجوع لإثبات الوقائع، وهذا ما يكون مانعاً من المرافعة واستماع دفوع الطرفين.

ومعنى أن تكون الواقعة منتجة بالدعوى، أي أن تكون تلك الواقعة مؤثرة في إقناع القاضي بثبوت كل أو بعض ما يدعيه من تمسك بتلك الواقعة، فإن تعذر إثبات تلك الواقعة، أو أثبتت الأدلة عدم وقوعها، فإنها سوف تكون غير منتجة في الدعوى، ولا يجوز الأخذ بها ضمن وقائع التسيب.

وأما أن تكون الواقعة جائزة القبول أي أن لا يمنع القانون من أثباتها. وعدم جواز ثبوت الواقعة أما أن يكون ذاتياً أو غيرياً. ومعنى عدم جواز القبول الذاتي هو حالة إثبات خلاف قرينة قاطعة لا تقبل أثبات



العكس. فهذه القرينة بذاتها لا تقبل إثبات العكس فإثبات خلافها يكون غير جائز قانوناً. أما عدم الجواز الغيري أي أن عدم جواز الإثبات يكون خارجاً عن ذات الواقعة؛ كأن يمنع جواز إثباتها لمخالفتها النظام العام. فمنع الجواز لا لذات الواقعة بل لمخالفتها النظام العام، ولو تبدل النظام العام لجاز إثباتها وكانت من ضمن الوقائع المتعلقة بتسبب الحكم.

وهذه المرحلة من البحث التي يتولى فيها القاضي استقراء جميع الوقائع التي تعرض في الدعوى، وما هي إلا تمثيل حقيقي لمرحلة التجربة في دليل الاستقراء. فالنتيجة التي يتوصل إليها القاضي تكون المقدمة الصغرى في الدليل المعرفي الذي تكون نتيجته الحكم الذي يصدره القاضي في الدعوى.

ثانياً:- الأدلة القانونية

ولا بد للقاضي أن يكمل بحثه في القضية الثانية التي تمثل كبرى الدليل المعرفي. وذلك من خلال البحث عن النص القانوني الذي يحكم الوقائع المعروضة، وذلك ما يسمى بالتكييف؛ أي إنزال حكم القانون على وقائع الدعوى، أو هو إعمال القواعد القانونية وإرساؤها على ما ثبت من وقائع الدعوى، أو هو وصف هذه الوقائع وإبرازها كعناصر أو شروط أو قيود للقاعدة القانونية الواجبة التطبيق، والتكييف يقتضي جهداً قانونياً و يقتضي جهداً منطقياً^(٦٢). والجهد القانوني يتمثل بالبحث الدقيق عن القاعدة القانونية التي تنطبق على الوقائع الثابتة في الدعوى، أما الجهد المنطقي فهو كيفية بناء الدليل المعرفي من الصغرى. الوقائع الثابتة في الدعوى. والكبرى. القاعدة القانونية. التي تنطبق على الصغرى ليكون الحكم الصادر في الدعوى جامعاً للوقائع والقانون، ويتسق منطوق الحكم مع أسبابه.

وقد يختلف التكييف من قانون إلى آخر، فعندما يناقش القاضي مسألة حضانة الصغير هل هي من آثار الزواج أم من آثار الطلاق أم من آثار الولاية على النفس. وهل هي من حق الأم أم من حق الأب أم من حق المحضون. وهذا يستلزم الوقوف على رأي المشرع في المسألة. وعند الرجوع إلى المادة السابعة والخمسين من قانون الأحوال الشخصية العراقي نجد أنه يذهب إلى أن الأم هي الأولى من غيرها بحضانة ولدها الصغير والأحق بها^(٦٣). وذلك حال قيام الزوجية وبعد الفرقة ما لم يتضرر المحضون من ذلك^(٦٤). ويذهب رأي في الفقه إلى أن الحق في الحضانة مبني على الشفقة، والأم أوفر الناس شفقة على الولد، فيكون حق الحضانة مستفاداً من جهتها^(٦٥). ومن خلال التكييف المتقدم يتبين القاضي بأن الحضانة تنعقد لأُم المحضون بتوفر شروطها.

والتكييف الذي يذهب إليه القاضي في كل ذلك يكون خاضعاً لرقابة محكمة التمييز كونه من مسائل القانون لا الوقائع التي تختص بها محكمة الموضوع. بل يتعين على محكمة التمييز بسط رقابتها على هذا العمل

القانوني^(٦٦). ومن مستلزمات ذلك أن يكون القاضي على علم بالقانون الذي يطبقه نصاً وروحاً، وعلى معرفة بالحياة الإنسانية التي ينطبق عليها، محيطاً بمشاكلها وتطوراتها^(٦٧).

ثالثاً:- الأدلة المعرفية

لم يتطرق الفقه عموماً إلى الأدلة المعرفية، وقيمتها وضرورتها في تسبيب الأحكام. وذلك لعدم ظهور هذه الأدلة إلا في نظرية المعرفة. وهي المتمثلة بالقياس المنطقي والقياس الأصولي. وهذا لا يعني أن القاضي لم يكن يستعملها، ويستنبط منها أحكامه؛ لأن هذين القياسين أصلهما علم المنطق. الذي وضعه المعلم الأول أرسطو حتى أنه سمي باسمه (المنطق الأرسطي). وكان الفلاسفة يستدلون به على أفكارهم قبل إظهار قواعده من القوة إلى الفعل. وكذلك القاضي فإنه استنبط أحكامه وأصدر قراراته بالاستعانة بما. وعليه يكون الدور الذي تقوم به نظرية المعرفة. المتمثلة بهذه الدراسة. هو إظهار القواعد التي يعتمد عليها كل من الفقيه والقاضي والمشرع من القوة إلى الفعل.

والدليل المعرفي لما كان من أدلة الدعوى، فلا بد من ذكره في تسبيب الأحكام، وقد ذهبت محكمة التمييز الاتحادية إلى الإشارة إلى الدليل المعرفي. القياس الأصولي. الذي اعتمدته في استنباط حكمها وذلك بقولها " وحيث أن قضاء هذه المحكمة قد استقر على استحقاق التعويض لمرة واحدة لكل عقار يذهب إلى الطريق العام بتمامه أو بجزء منه وعلى أن يحتسب التعويض المذكور عند استملاك العقار كجزء من بدله وذلك بالقرار ٤٢ / ٤٣ / الهيئة الموسعة / ٢٠٢٠ في ٢٥ / ٢ / ٢٠٢٠"^(٦٨). وبذلك تكون محكمة التمييز الاتحادية قد طبقت حكم واقعة ورد فيها حكم على واقعة لم يرد فيها حكم لاتحادهما في العلة.

ومن خلال البيان المتقدم يتضح بأن الأدلة بكل أشكالها سواء أكانت واقعية أم قانونية أم معرفية، لا بد من بيانها في تسبيب الحكم، وذلك تحصيلاً للإقناع ودفعاً للشبهة في نطاق العمل القضائي، و هي حق لطرفي النزاع لا بد من حمايته وإيصاله لمستحقه.



الخاتمة

بعد الانتهاء من تأصيل نظرية المعرفة في القانون الوضعي لا بد من الوقوف على النتائج المتحصلة من خلال البحث، وقد تمثلت تلك النتائج بالآراء الجديدة في الجانب القانوني التي تم التوصل إليها من خلال تطبيق قوانين نظرية المعرفة، وهذه النتائج هي كما يأتي:-

النتائج

أولاً:- إن تصدير المعارف عند الفقيه لا يمكن أن تكون مبنية على استحسان الفقيه للرأي المطروح من غيره إذ لا بد من إسناد كل فكرة يطرحها للمجتمع إلى أدلة منطقية، تدعم الفكرة وتبيح لغيره مناقشتها بأسلوب علمي.

ثانياً:- ل طرح الفقيه فكرته يستلزم أم يكون واقفاً بقدم راسخة على المنهج القانوني الذي يعتنقه، والمذهب المعرفي الذي يستدل به على فكرته التي يعمل على تصديرها إلى العالم الخارجي.

ثالثاً:- تدعم نظرية المعرفة عمل القاضي في مرحلتين: أولهما عند تقصي الأدلة لإثبات وقائع النزاع المعروض على القاضي، وثانيهما هي مرحلة بناء الحكم القضائي من خلال تشكيل قياس منطقي صغراه وقائع النزاع وكبراه النص القانوني.

رابعاً:- اختلاف الأدلة التي يعتمد عليها القاضي في كل مرحلة من مراحل الدعوى. ففي مرحلة جمع الأدلة يكون الدليل هو الاستقراء، أما في مرحلة بناء الحكم القضائي فالدليل هو القياس المنطقي.

التوصيات

من خلال البحث والنتائج التي تم التوصل إليها يمكننا أن نضع التوصيات الآتية :-

أولاً:- اعتماد الأدلة المنطقية سواء حسب المذهب العقلي أو الوضعي في تصدير المعارف التي يتم التوصل إليها لغرض تصديرها إلى العالم الخارجي.

ثانياً:- اعتماد الدراسات المنطقية والفلسفية إلى جانب الدراسات القانونية لبناء منهجيات صحيحة في التفكير القانوني، وتصدير المعرفة القانونية.

أرجو أن أكون قد وفقت بطرح ما ينبغي ضمن موضوع تصدير المعرفة القانونية فقهاً وقضاءً، والله ولي التوفيق.

الهوامش والمصادر:

- (١) د. سمير عبد السيد تناغو: النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٧٤، ص ٧٤٧.
- (٢) الراغب الاصفهاني: مفردات ألفاظ القرآن، ط ٦، منشورات ذوي القربى، ١٤٣١ هـ، ص ٦٣٦.
- (٣) محمد رضا المظفر: أصول الفقه، مجلد ٢، دار الغدير، قم - إيران، ١٤٣٢ هـ، ص ٨.
- (٤) نصت المادة ٧٧ من القانون المدني العراقي على ما يأتي (١- الإيجاب والقبول كل لفظين مستعملين عرفاً لإنشاء العقد، وأي لفظ صدر أولاً فهو أيجاب والثاني قبول. ٢- ويكون الإيجاب والقبول بصيغة الماضي، كما يكونان بصيغة المضارع أو بصيغة الأمر إذا اريد بهما حال).
- (٥) د: حسن علي دنون: النظرية العامة للالتزامات، دار الحرية للطباعة، ١٩٧٦، ص ٤٢٤١. وكذلك د. عبد المجيد الحكيم: المصدر السابق، ص ٦١.
- (٦) د: حسن علي دنون: مصدر سابق، ص ٤٢٤١.
- (٧) ذهب الأصوليون إلى أن الفعل لا يدل على الزمان بذاته. أي أن الفعل بحسب وضع الواضع لم يكن ليدل على زمان معين. حيث ذهب صاحب الكفاية إلى أنه "اشتهر في ألسنة النحاة دلالة الفعل على الزمان، حتى أخذوا الاقتتان به في تعريفه وهو اشتباه ضرورة عدم دلالة الأمر ولا النهي عليه، بل على إنشاء طلب الفعل أو الترك، غاية الأمر إن الإنشاء بهما في الحال، كما هو الحال بالأخبار بالماضي أو بالمستقبل أو بغيرهما كما لا يخفي، بل يمكن منع دلالة غيرهما من الأفعال على الزمان إلا بإطلاق الإسناد إلى الزمانيات". ينظر الشيخ محمد كاظم الخراساني الآخوند: كفاية الأصول، ج ١، مجمع الفكر الاسلامي، قم - إيران، ١٤٣١ هـ، ص ٦٣. وكذلك الشيخ محمد حسين الأصفهاني: نهاية الدراية في شرح الكفاية، ج ١، مؤسسة إحياء الكتب الإسلامية، قم - إيران، دون ذكر الطبعة، ١٤٣٠ هـ، ص ١١٥.
- (٨) ذكر السيد الخوئي (قدس سره) بأن الافعال تدل على الزمان بالدلالة الإلزامية إذا كان الفاعل أمراً زمانياً، وهذه الدلالة غير مستندة إلى الوضع، بل هي مستندة إلى خصوصية الإسناد إلى الزماني، ولذا هذه الدلالة موجودة في الجمل الإسمية أيضاً، إذا كان المسند إليه زمانياً فإذا قيل (زيد قائم) فهو يدل على قصد المتكلم للحكاية عن تحقق المبدأ وتلبس الذات به في الخارج بالمطابقة، وعلى وقوعه في أحد الأزمنة الثلاثة بالإلتزام". الشيخ محمد إسحاق الفياض: كفاية الأصول، ج ١، مجمع الفكر الاسلامي، قم - إيران، ١٤٣١ هـ، ص ٢٤٩٠٢٤٨.
- (٩) نصت المادة ٨٩ من القانون المدني العراقي على ما يأتي (لا يتم العقد في المزايدات الا برسو (المزايدة) ويسقط العطاء بعطاء ازيد ولو وقع باطلاً أو بإقفال المزايدة دون ان ترسو على احد، هذا مع عدم الاخلال بالأحكام الواردة في القوانين الاخرى).
- (١٠) السيد أحمد الهاشمي: جواهر البلاغة، دار احياء التراث العربي، بيروت - لبنان، بدون سنة طبع، ص ١٧٩.
- (١١) ابن هشام الأنصاري: أوضح المسالك إلى ألفية ابن مالك، المكتبة العصرية، بيروت - لبنان، ٢٠١٥، ص ٢٢٧.
- (١٢) القسمة الحقيقية هي قسمة الشيء الدائرة بين النفي والإثبات لتكون حاصرة لجميع أجزاء المقسم. مثل تقسيم الجواهر عند المناطق إلى جسم وغيره، وتقسيم الجسم إلى نام وغيره، وتقسيم النامي إلى حساس متحرك بالإرادة وغيره، وتقسيم الحساس



المتحرك بالإرادة إلى ناطق وغيره. فالجسم النامي المتحرك بالإرادة هو الحيوان وهو جنس والناطق فصل الإنسان. أي الذي يقسم الجنس إلى إنسان وغيره. وبذلك يكون التعريف للإنسان هو الحيوان الناطق. ينظر محمد رضا المظفر: المنطق، صححه وعلق عليه السيد علي الحسيني، مطبعة النهضة، قم - إيران، ص ١٣٠-١٣٣.

١٣ (د. عبد الرزاق أحمد السنهوري: نظرية العقد، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، دون ذكر سنة الطبع، ص ٧٤.

١٤ (يعد التعريف هو الهدف الذي يسعى إليه المناطقة من دراسة مبحث التصورات. ويقسم التعريف إلى تعريف لفظي وهو ما توفره المعاجم اللغوية من تعريف للفظ بمرادفه الأوضح في المعنى. وتعريف حقيقي الذي هو غرض المنطقي، والذي يقسم إلى الحد والرسم وكل منهما يقسم إلى التام والناقص. فالحد التام ما كان جامعاً لكل ذاتيات المعرف كتعريف الإنسان بأنه حيوان ناطق. وأما الحد الناقص فهو التعريف ببعض ذاتيات المعرف كتعريف الإنسان بأنه جسم نام فقط أو ناطق فقط. وأما الرسم التام فهو التعريف بالذاتي والعرضي كتعريف الإنسان بأنه حيوان ضاحك كون الضحك خاصة في الإنسان، أو تعريفه بأنه حيوان ماشي. ينظر محمد رضا المظفر: المنطق، مصدر سابق، ص ١١٥-١١٩.

١٥ (د. عبد الرحمن عياد: أساس الالتزام العقدي، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، دون ذكر سنة طبع، ص ١١٠.

١٦ (محمد رضا المظفر: المنطق، المصدر السابق، ص ١٩.

١٧ (السيد كاظم الخائري: مصدر لسابق، ص ٤٠٨.

١٨ (السيد كمال الحيدري: شرح كتاب المنطق، مصدر سابق، ص ٢٦.

١٩ (السيد كاظم الخائري: مصدر سابق، ص ٤١٦-٤١٧.

٢٠ (نص المادة ١٦١ من القانون المدني العراقي.

٢١ (المفهوم: هو نفس المعنى بما هو، أي نفس الصورة الذهنية المنتزعة من حقائق الأشياء. وأما المصادق ما ينطبق عليه المفهوم أو حقيقة الشيء الذي تنتزع منه الصورة الذهنية (المفهوم)، فالصورة الذهنية المسمى محمد مفهوم جزئي والشخص الخارجي الحقيقي هو مصداقه، والصورة الذهنية لمعنى الحيوان مفهوم كلي وأفراده الموجودة وما يدخل تحته من الكليات كالإنسان والفرس والطير كلها مصداقه، والصورة الذهنية لمعنى العدم مفهوم كلي وما ينطبق عليه وهو العدم الحقيقي هو مصداقه. وبهذا قد يكون المصادق جزئياً أو كلياً أو معنى غير موجود. ينظر محمد رضا المظفر: المنطق، مصدر سابق، ص ٧٧.

٢٢ (نصت المادة ٢١٢/١ من القانون المدني العراقي على ما يأتي (الضرورات تبيح المحظورات ولكنها تقدر بقدرها).

٢٣ (د. عزيز كاظم جبر الخفاجي: أحكام عقد البيع، منشورات زين الحقوقية، بيروت - لبنان، ٢٠١٣، ص ٣٥.

٢٤ (الخلف مصطلح لدى المناطقة ويعنون به (خلاف الفرض). وهو استدلال غير مباشر يبرهن به على كذب نقيض المطلوب، ليثبت صدق المطلوب. ينظر محمد رضا المظفر: المنطق، مصدر سابق، ص ٢٥٩.

٢٥ (إن من ذهب إلى أن الشكلية ركن في العقد ذهب إلى أن التراضي قد يجب فيه شكل مخصوص كما في العقود الشكلية، ففي هذه الحالة يكون هذا الشكل المخصوص ركناً في العقد. ينظر د. عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوجيز في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٦، هامش ١، ص ٤٧.

٢٦ (وهذا الاستدلال يتفق وأحكام المادة ١٣٧/٣ من القانون المدني العراقي التي تحدثت عن العقد الباطل حيث تضمنت ما يأتي (ويكون باطلاً أيضاً إذا اختلفت بعض اوصافه كان يكون المعقود عليه مجهولاً جهالة فاحشة او يكون العقد غير مستوف للشكل الذي فرضه القانون). إذ اعتبر النص المذكور الشكلية وصفاً في العقد لا ركناً فيه.

٢٧ (د. خليل ياسين: منطق البحث العلمي، مطبعة جامعة بغداد، بغداد، ١٩٧٤، ص ٩٨-٩٩.



- (٢٨) د. أحمد عبد خضير: الإنجاز المنطقي في الفكر العراقي المعاصر، دار ومكتبة البصائر، بيروت - لبنان، ط١، ٢٠١٠، ص١٧٧.
- (٢٩) الاستدلال المباشر هو الاستدلال على المطلوب من خلال تحصيل عكس القضية أو الوقوف على نقضها أو استخراج نقضها. فإن حصلت النتيجة فقد تم المطلوب وإلا فيجب اللجوء إلى الاستدلال غير المباشر من القياس أو الاستقراء أو التمثيل (القياس الأصولي). محمد رضا المظفر: المنطق، مصدر سابق، ص٢٢٧.
- (٣٠) نص المادة ١٥٩ من القانون المدني العراقي.
- (٣١) العكس هو تبديل طرفي القضية أي أن يكون الموضوع في الأولى محمولاً في الثانية، والمحمول في الأولى موضوعاً في الثانية. وينقسم إلى العكس المستوي وهو تبديل طرفي القضية مع بقاء الصدق والكيف، أي إن نتيجة عكس القضية بالعكس المستوي تبقى تحمل صفة الصدق إن كانت القضية الأولى صادقة مع بقاء كيف القضية الأولى، فإن كانت موجبة يكون العكس موجبا وإن كانت سالبة كان العكس موجبا. أما عكس النقيض الموافق فهو لتوافقه مع أصله في الكيف (وهي طريقة القدماء) ويعرف بأنه تبديل نقيضي الطرفين مع بقاء الصدق والكيف. وأما عكس النقيض المخالف فهو لتخالفه مع أصله في الكيف (وهي طريقة المتأخرين) ويعرف بأنه تحويل القضية إلى أخرى موضوعها نقيض محمول الأصل ومحمولها عين موضوع الأصل مع بقاء الصدق دون الكيف. محمد رضا المظفر: المنطق، مصدر سابق، ص٢٠٥-٢٠٦.
- (٣٢) ويصرح في ذلك بقوله "قد تؤخذ خطوة واحدة من خطوات الاستقراء ويكتفي بما في الاستدلال كما إذا اكتفينا في حالة واحدة من الحالات التي أقام صاحب الحدائق عليها استقراءه وجعلنا منها دليلاً على (كون الجاهل معذوراً) في سائر الحالات الأخرى. ويسمى هذا بالقياس عند أبي حنيفة وغيره من فقهاء أهل السنة، الذين يكتفون في الاستدلال على ثبوت حكم الموضوع بثبوت حكم من نفس النوع على موضوع واحد مشابه له، ولا يكلفون أنفسهم بتتبع موضوعات مشابهة عديدة، واستقراء حالات كثيرة. فبينما كان الاستقراء يكلفنا بملاحظة حالات كثيرة يعذر فيه الجاهل لكي نصل إلى القاعدة العامة القائلة (أن كل جاهل معذور). لا يكلفنا القياس الأصولي إلا بملاحظة حالة واحدة واتخاذها دليلاً على إثبات حكم من نفس النوع لسائر الحالات الأخرى. ولما كان الاستقراء ليس بحجة مالم يحصل منه القطع بالحكم الشرعي، فمن الطبيعي أن لا يكون القياس حجة، لأنه خطوة من الاستقراء فصلت عن سائر الخطوات. ينظر محمد باقر الصدر: دروس في علم الأصول، مؤسسة التاريخ العربي، بيروت - لبنان، ٢٠٠٩، ص١٧٢. وكذلك السيد محمد باقر الصدر: المعالم الجديدة للأصول، مركز الأبحاث التخصصية للشهيد الصدر، ط٢، قم - إيران، ١٤٢٥ هـ، ص٢٠٥. وكذلك السيد كمال الحيدري: المذهب الذاتي لنظرية المعرفة، دار الفراق للطباعة والنشر، قم - إيران، ٢٠٠٥، ص٥٢٦-٥٢٧.
- (٣٣) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، مصدر سابق، ص١٧٩-١٨٠.
- (٣٤) محمد رضا المظفر: المنطق، مصدر سابق، ص٢٨٦.
- (٣٥) السيد كمال الحيدري: المذهب الذاتي في نظرية المعرفة، مصدر سابق، ص٧٣-٧٤.
- (٣٦) ونعني تنقيح المناط أنه إذا اقترن الموضوع في لسان الدليل بأوصاف وخصوصيات لا يراها العرف المخاطب دخيلة في الموضوع وينلقاها من قبيل التمثيل على وجه القطع واليقين، وقد سمي ب (الغاء الخصوصية). ومنها إلغاء خصوصية ممن ينطبق عليه الحكم كونه بدوياً أم قروبياً أو ما شابه. أما تخريج المناط فهو إذا حكم الشارع بحكم على موضوع من دون أن ينص لمناطه ولكن اجتهد المجتهد لتخريج مناطه. كما ورد في الحديث (لا يزوج البكر الصغيرة إلا وليها) فألحق أصحاب القياس بما التيب



- الصغيرة والمجنونة وذلك بتخريج المناط على أنه الولاية، وأهملوا البكارة. ينظر الشيخ جعفر سبحاني: الوسيط في أصول الفقه، ج ٢، دار جواد الائمة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ٢٠١١، ص ٧١-٧٠.
- ٣٧) لما كانت الجملة الخبرية عند الشك في مضمونها أو توهم حصوله يعتبر من موارد التصور، وذلك لانعدام الحكم بصحة وقوع مضمون تلك الجملة أولاً وقوعه. ينظر محمد رضا المظفر: المنطق، مصدر سابق، ص ٢٥.
- ٣٨) وهذه هي قاعدة استحالة الترجيح بلا مرجح التي تعني بأن أمرين إذا تساويا في الوجود والعدم فلا يجوز ترجيح أحدهما على الآخر إلا لمرجح ليسقط فرض التساوي بينهما. وقد اختلفت الفلاسفة في أصل هذه القاعدة هل هي بديهية أم نظرية. وقد ذهب إلى كل فريق. ينظر د. غلام حسين الابراهيمي: القواعد الفلسفية العامة في الفلسفة الاسلامية، ج ١، دار الهادي للطباعة والنشر، ط ١، ٢٠٠٧، ص ١٢٨.
- ٣٩) د. وجدي راغب فهمي: النظرية العامة للعمل القضائي، منشأة المعارف الاسكندرية، ١٩٧٤، ص ٥٤٠.
- ٤٠) لقد عقد قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل أدلة الإثبات الباب الثاني من المادة ١٨ ولغاية المادة ١٤٦.
- ٤١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوجيز في شرح القانون المدني، مصدر سابق، ص ٢٢٩.
- ٤٢) الصنف ليس من الكليات المنطقية لا الذاتية ولا العارضة. فالكليات المنطقية خمسة وهي الجنس والفصل والنوع والخاصة والعرض العام. والجنس هو تمام الحقيقة المشتركة بين الجزئيات المتكثرة بالحقيقة، والفصل هو جزء الماهية المختص بما الواقع جواباً لأي شيء هو في ذاته، والنوع هو تمام الحقيقة المشتركة بين الجزئيات المتكثرة بالعدد. والخاصة هي الكلي الخارج المحمول الخاص بموضوعه، والعرض العام هو الكلي الخارج الموضوع المحمول على موضوعه وغيره. ينظر محمد رضا المظفر: المنطق، مصدر سابق، ص ٩٠-٩٧.
- ٤٣) د. مصطفى ابراهيم الزلي: فلسفة القانون والمنطق القانوني، في التصورات، ج ١، منشورات احسان للنشر والطباعة، ٢٠١٤، ص ٢٧.
- ٤٤) د. سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني، ج ١، المدخل للعلوم القانونية، ط ٦، دون ذكر مكان الطبع، ١٩٨٧، ص ١١.
- ٤٥) د. ثروت أنيس الأسيوطي: مبادئ القانون، ج ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٤، ص ٢١٩.
- ٤٦) د. وجدي راغب فهمي: النظرية العامة للعمل القضائي، منشأة المعارف الاسكندرية، ١٩٧٤، ص ٣٢.
- ٤٧) نصت المادة ٧٤ من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل على ما يأتي (الدفع بعدم الاختصاص المكاني يجب إيدأؤه كذلك قبل التعرض لموضوع الدعوى وإلا سقط الحق فيه) كما نصت المادة ٨ من القانون ذاته على ما يأتي (الدفع هو الإتيان بدعوى من جانب المدعى عليه تدفع دعوى المدعى وتستلزم ردها كلاً أو بعضاً).
- ٤٨) الشيخ محمد علي الكاظمي الخراساني: فوائد الأصول، تقارير بحث الميرزا محمد حسين النائيني، ج ١ و ٢، مؤسسة، ١٤٣٢ هـ، ص ٣٠١.
- ٤٩) نصت المادة ١٩٧ من القانون المدني العراقي على ما يأتي (المغصوب إن كان عقاراً يلزم الغاصب رده إلى صاحبه مع أجر مثله. وإذا تلف العقار أو طرأ على قيمته نقص ولو بدون تعدد من الغاصب لزمه الضمان).



٥٠) نصت المادة ٣٠ من قانون المرافعات المدنية العراقي على ما يأتي (لا يجوز لأية محكمة أن تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقصه وإلا عد القاضي ممتنعاً عن إحقاق الحق. ويعد أيضاً التأخر غير المشروع عن إصدار الحكم امتناعاً عن إحقاق الحق).

٥١) قرار محكمة تمييز العراق المرقم ٤٠٢ / مدنية أولى / ١٩٧٩ في ٤ / ٤ / ١٩٨١ نقلاً عن فرات رستم أمين الجاف: الدور التفسيري والرقابي لمحكمة التمييز الاتحادية في نطاق الدعوى المدنية، دار الحامد للمشر والتوزيع، عمان . الاردن، ٢٠١٤، ص ١٦٥.

٥٢) قرار محكمة تمييز العراق المرقم ٥٦٥ / الهيئة العامة / ١٩٧٩ في ١٠ / ٥ / ١٩٨١ نقلاً عن المصدر نفسه ص ١٦٥.

٥٣) قرار محكمة تمييز العراق المرقم ٨٠ / مدنية أولى / ٢٠٠٧ في ٧ / ١٠ / ٢٠٠٧ نقلاً عن المصدر نفسه ص ١٦٦.

٥٤) نصت المادة ١٥٩ من قانون المرافعات المدنية العراقي على ما يأتي (١- يجب أن تكون الأحكام مشتملة على الأسباب التي بنيت عليها وأن تستند إلى أحد أسباب الحكم المبينة في القانون. ٢- على المحكمة أن تذكر في حكمها الأوجه التي حملتها على قبول أو رد الادعاءات والدفع التي أوردتها الخصوم والمواد القانونية التي استندت إليها).

٥٥) د. أحمد أبو الوفا: المرافعات المدنية والتجارية، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، ط١، ٢٠١٥، ص ١٠٠٢.

٥٦) نصت المادة ١٠ من قانون الإثبات العراقي على ما يأتي (يجب ان تكون الواقعة المراد اثباتها متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها وجائزا قبولها).

٥٧) د. أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الاسكندرية، ط٦، ١٩٨٦، ص ١٩٤.

٥٨) نصت المادة ١/١١٥٧ من القانون المدني العراقي على ما يأتي (من حاز شيئاً اعتبر مالاً له، حتى يقوم الدليل على العكس).

٥٩) نصت المادة ٨ من قانون الإثبات العراقي على ما يأتي (ليس للقاضي ان يحكم بعلمه الشخصي الذي حصل عليه خارج المحكمة ، ومع ذلك فله أن يأخذ بما يحصل عليه من العلم بالشؤون العامة المفروض إلمام الكافة بها).

٦٠) د. عبد الرزاق أحمد السهنوري: الوسيط في شرح القانون المدني، ج٢، دار النشر للجامعات المصرية، ١٩٥٦، ص ٣٣.

٦١) د. أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام في قانون المرافعات، مصدر سابق، ص ١٩٧.

٦٢) عبد الرحمن العلام: شرح قانون المرافعات المدنية، ج٣، مطبعة بابل، ط١، بغداد، ١٩٧٧، ص ١٨٨.

٦٣) نصت المادة السابعة والخمسون/١ من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ على ما يأتي (الام أحق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة ما لم يتضرر المحضون من ذلك).

٦٤) فريد فتیان: شرح قانون الأحوال الشخصية، دار واسط، لندن، ط٢، ١٩٨٦، ص ١٩٢.

٦٥) محمد زيدان الألباني: شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، ج٢، بيروت، دون ذكر سنة الطبع، ص ٦٨.

٦٦) عبد الرحمن العلام: مصدر سابق، ج٣، ص ١٨٨.

٦٧) د. وجدي راغب فهمي: مصدر سابق، ص ٥٦٧.

٦٨) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٢٨١٥ / الهيئة الاستئنافية عقار / ٢٠٢٠ في ٣ / ١١ / ٢٠٢٠ الذي تضمن ما يأتي (لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التمييزي مقدم ضمن مدته القانونية قرر قبوله شكلاً ولدى إمعان النظر في الحكم المميز تبين أنه صحيح لموافقته أحكام القانون ذلك لأن المميز/ المدعي طلب في عريضة دعواه إلزام المميز عليه/ المدعى عليه إضافة لوظيفته بأجر المثل عن عقاره المرقم ٦١٥ باب الخان الذاهب إلى الطريق العام وحيث أن قضاء هذه المحكمة قد استقر على





استحقاق التعويض لمرة واحدة لكل عقار يذهب إلى الطريق العام بتمامه أو بجزء منه وعلى أن يحتسب التعويض المذكور عند استملاك العقار كجزء من بدله وذلك بالقرار ٤٢ / ٤٣ / الهيئة الموسعة / ٢٠٢٠ في ٢٥ / ٢ / ٢٠٢٠ وسيراً مع الاتجاه السائد سألت المحكمة وكيل المميز فيما إذا يطلب التحول إلى التعويض بدلاً عن أجر المثل فأجاب بتمسكه بالمطالبة بأجر المثل وذلك في جلسة ٢٥ / ٨ / ٢٠٢٠ مما تكون دعواه واجبة الرد من هذه الجهة وهذا ما قضى به الحكم المميز لذا قرر نقضه ورد الطعون التمييزية). غير منشور.