HNSJ Humanities & Natural Sciences Journal
ISSN: (e) 2709-0833
www.hnjournal.net

مجلة العلوم الإنسانية والطبيعية
مجلة علمية محكمة (التصنيف: NSP)
معامل التأثير للعام 2022 = 4.91

عنوان البحث

أثر التفسير المتطور في الاثبات المدني

أحمد عبد السادة حسن[1]

[1] كلية الحقوق، الجامعة الإسلامية في لبنان.

إشراف الأستاذ الدكتور/ محمد رياض دغمان

HNSJ, 2024, 5(8); https://doi.org/10.53796/hnsj58/28

تاريخ النشر: 2024/08/01م تاريخ القبول: 2024/07/15م

المستخلص

هدف هذا البحث الى تحديد المفهوم العام لتفسير النصوص القانونية و أسباب تفسير تلك النصوص، وكذلك مفهوم التفسير المتطور، وما المقصود بالحكمة التشريعية منه، وما هي متطلبات التفسير المتطور وخصائصه ، ومدى إلزام القاضي بالتفسير المتطور في حالة وجود نص وعدمهِ، وما هي مظاهر تطبيق التفسير المتطور و موقف القضاء العراقي من هذا التفسير؟. اتبع البحث المنهج الوصفي التحليلي، وتوصل البحث الى عدة نتائج أهمها أن تفسير النصوص القانونية في إطار مفهومه العام يعني إن القاعدة القانونية المراد تفسيرها يعتريها النقص والغموض والتعارض، ولذلك يجب على القاضي تفسير ذلك النص لغرض الوصول إلى قصد المشرع وحسم الخلاف في حكمها. كذلك توصل البحث الى أن المقصود بالتفسير هو التعرف على حقيقة الحكم الذي تتضمنه القاعدة القانونية بمساعدة العبارات التي يستخدمها المشرع. كذلك توصل البحث الى أن المادة (30) من قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 قد ألزمت القاضي في الفصل بالنزاع المعروض أمامه في حالة غموض النص أو فقدانه، أو نقصه، وإذا لم يلتزم القاضي بهذه المادة عُد ممتنعاً عن إحقاق الحق. خرج البحث بعدة توصيات أهمها: ضرورة إعادة النظر في صياغة الفقرة (1) من المادة (1) من القانون المدني العراقي بالصيغة الآتية : ((تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص بمنطوقها أو مفهومها))، وذلك لان هذه المادة حددت استنباط الأحكام باللفظ والفحوى وقيدت القاضي بهاتين الوسيلتين، مع أنّ هناك وسائل أخرى بإمكان القاضي استنباط الأحكام عن طريقها . وكذلك أوصى البحث بضرورة إعادة النظر في موقف المشرع العراقي في الفقرة (2) من المادة الأولى من القانون المدني في تقديمه العرف على مبادئ الشريعة الإسلامية، وإعطاء مبادئ الشريعة الإسلامية مكان الصدارة في سد النقص في التشريع لكونها تتميز بالمرونة والقدرة على مسايرة التطور في المجتمع إذا تم فهمها فهماً صحيحاً.

الكلمات المفتاحية: التفسير المتطور، الإثبات المدني، النصوص القانونية.

المقدمة

الإثبات لغة: تأكيد الحق بالدليل أو الحجة، ويقال لا احكم بكذا الا بثبوت بفتح الباء اي بحجة، واثبت الحق أي أقام حجته، واثبت حجته إي أقامها وأوضحها، والإثبات مشتق من فعل ثبت بمعنى استقر[1] .

أما الإثبات اصطلاحاً فقد عرفه رأيٌ من الفقه[2] بأنّه إقامة المدعي الدليل على حقيقة ما يدعيه بتقديم العناصر التي سوف تقوم عليها قناعة المحكمة .

وعرفه جانب من الفقه[3] بأنه هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية متنازع عليها تؤثر في الفصل في الدعوى .

وقد عرفه رأيٌ آخر من الفقه[4] بأنه إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي نص عليها القانون على وجود واقعة قانونية منتجة للحق المدعى به حتى تبلغ حد اليقين. وان جميع هذه التعريفات وان اختلفت في الألفاظ والمباني إلا أنها متقاربة في القصد والمعنى .

يتضح مما تقدم إن التعريف الأدق للإثبات هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على واقعة قانونية ترتبت آثارها إي إن الدليل الذي يقدم أمام القضاء من الخصوم وبالطرق التي نص عليها القانون على وجود واقعة قانونية مختلَفٍ عليها فيما بينهم .

أهمية البحث :

إن الأخذ بمبدأ التفسير المتطور الذي ألزم به المشرع القاضي في المادة الثالثة من قانون الإثبات العراقي أمرٌ ذو أهمية بالغة لأنه يوائم بين وقت صدور القانون وبين وقت تطبيقه، ذلك أن القاضي عندما يريد أن يفسر نصاً قانونياً صدر قبل سنوات عدة يجب عليه أن يراعي الحالات الاجتماعية والاقتصادية للمجتمع وقت تطبيق النص القانوني أي بمعنى أن يكون تفسيره منسجماً مع تلك الحالات، إذ يجب أن يكون تفسير القاضي للنص القانوني تفسيراً متطوراً منسجماً وروح العصر مع متطلبات الحياة الاجتماعية والاقتصادية لذلك العصر، لانه لاشك ان المجتمع والحياة في تطور مستمر وان عجلة التطور لا تتوقف، وهذه الحقيقة ترمي بثقلها على القضاة لأنهم مسؤولون عن تطبيق القانون الذي هو وضع من الإنسان لأجل الإنسان، ولكون الوقائع والحوادث مستجدة وان القوانين وضعت في ظروف معينة هي غير الظروف التي نعيشها اليوم لذا فان الوقوف على أعتاب النصوص القديمة، والتقيد بحرفيتها يجعل تلك النصوص غير قادرة على الإحاطة بالوقائع المستجدة، ولتلافي هذا

---

(1) إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، المصدر السابق، باب الثاء، ص 93، محمد بن ابي بكر الرازي، مختار الصحاح، باب الثاء، ص 35 .

(2) كولين و كابيتان ودي لامور انديز، نقلاً عن د. علي احمد الجراح ، قواعد الاثبات بغير الكتابة في المواد المدنية والتجارية ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2010 ، ص 7 .

(3) للمزيد من التفصيل راجع : د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الإثبات واثأر الالتزام، ج 2 ، 1965، ص 16، د. سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية، ج 1، طبع القاهرة، 1981، ص 11، أستاذنا د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات، المصدر السابق، ص9 . د. عصمت عبد المجيد بكر، أصول الإثبات، طبع إثراء للنشر والتوزيع، الأردن، ط 1، 2012، ص 8 .

(4) القاضي حسين المؤمن ، نظرية الإثبات القواعد العامة والإقرار واليمين مدنياً وجزائياً شرعاً وقانوناً شكلاً وموضوعاً علماً وعملاً ، ج 1 ، ط 2 ، الطابع شركة العرفان لتقنيات الاستنساخ الحديثة المحدودة ، بغداد ، العراق ، 2016 ، ص 17 .

القصور في استيعاب النصوص للحالات المستجدة ظهرت أهمية التفسير المتطور للقانون ومراعاة الحكمة من التشريع عند تطبيقه، لفسح المجال أمام القضاة للوصول الى الأحكام العادلة في الوقائع المعروضة عليهم وإعادة الحقوق إلى أهلها وعدم التذرع بقصور النصوص او نقصها او فقدانها، ومن أهمية التفسير المتطور أنه يجعل للقانون مرونة تتجدد مع الأيام، وتجعلها متماشية مع تطور ظروف المجتمع لينطبق على الحالات الجديدة وهنا تتجلى أهمية الموضوع .

أسباب اختيار البحث :

لم يتم بحث مفردات هذا البحث في ضمن دراسة مستقلة بحيث تغطي كافة الجوانب القانونية المتعلقة به النظرية منها والتطبيقية لذا كانت الحاجة ملحة لبحث هذا الموضوع في ضمن إطار دراسة قانونية مستفيضة، إذ يعد النص على إلزام القاضي بإتباع التفسير المتطور للقانون ومراعاة الحكمة من التشريع عند تطبيقه، من احدث المبادئ التي فتحت للقاضي آفاقاً واسعة لخلق الملائمة والموائمة بين النصوص والوقائع المستجدة إلا أن غياب الدراسة الجادة والمتخصصة إلا ما ندر[5]، لبيان مضامين هذا النص المهم جعل من الضرورة أمكان الخوض في هذا الموضوع المهم فضلاً عن قلة الاستعانة بهذا النص من القضاة على الرغم من أهميته كان من الأسباب المهمة لاختيار هذا الموضوع الحيوي والحساس .

مشكلة البحث :

غني عن البيان ان القضاء هو الملجأ ، والملاذ الذي يقصده المظلوم لغرض دعواه او المطالبة بحقه ممن اعتدى عليه ، وان حق التقاضي حق مكفول دستورياً بموجب الفقرة (ثالثاً) من المادة (19) من دستور 2005 ونصُّها :- ((ثالثاً :- التقاضي حق مصون ومكفول للجميع)) وان المادة (30) من قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 نصت على أنّه:-

((لا يجوز لأي محكمة أن تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقصه وإلا عد القاضي ممتنعاً عن إحقاق الحق ويعد أيضاً التأخير غير المشروع عن إصدار الحكم امتناعاً عن إحقاق الحق)) ولكون النصوص القانونية وضعت في ظروف وزمان غير هذا الزمان، ولكون التطور الهائل خلق مشاكل جديدة وافرز وقائع لم تكن موجودة أثناء سن القانون وان القانون ألزم القاضي بوجوب الفصل بالنزاع وعدم الاحتجاج بغموض القانون او فقدانه وإلا عد القاضي مرتكباً لجريمة إنكار العدالة كل هذه الأسباب تفصح عن المشكلة التي هي محل الدراسة، وجاءت هذه الدراسة مساهمة متواضعة في تحديد هذه المشكلة والبحث عن الحلول لها.

فرضيات البحث :

يثير البحث فرضيات متعددة تتمثل بتحديد المفهوم العام لتفسير النصوص القانونية و أسباب تفسير تلك النصوص ؟ وما هو مفهوم التفسير المتطور، وما المقصود بالحكمة التشريعية منه، وما هي متطلبات التفسير

[5] من الباحثين الذين كتبوا في التفسير المتطور للقانون في العراق هو استاذنا د. عباس العبودي، مدى الزام القاضي المدني في التفسير المتطور للقانون، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، العدد التاسع، جامعة الموصل ، 2001، والقاضي عواد حسين ياسين العبيدي في كتابه (الزام القاضي بالتفسير المتطور للقانون)، مكتبة السنهوري، الطبعة الاولى ، 2016 .

المتطور وخصائصه ، ومدى إلزام القاضي بالتفسير المتطور في حالة وجود نص وعدمهِ ؟ وما هي مظاهر تطبيق التفسير المتطور و موقف القضاء العراقي من هذا التفسير ؟ كل هذه التساؤلات القانونية تشكل فرضيات هذا البحث.

منهجية البحث :

للإجابة عن فرضيات الدراسة تم إتباع المنهج الوصفي التحليلي في القانون العراقي وهذا المنهج عِماده وصف النصوص كما هي دون زيادة او نقصان ثم تحليلها لاستنباط الأحكام منها، ولغرض عدم جعل هذه الدراسة في إطارها النظري البحت تم الاستشهاد بالأحكام القضائية القديمة والحديثة على حد سواء لإعطاء الدراسة الصبغة التحليلية وعدم حصرها في إطارها النظري.

هيكلية البحث :

من اجل إعطاء فكرة واضحة ودقيقة عن المعالم الأساسية لهذا البحث تم تقسيمه الى مقدمة ومبحثين وخاتمة تضمنت أهم النتائج والتوصيات اذ تضمن المبحث الأول الخاصية القانونية لقواعد الإثبات المدني، والمبحث الثاني مدى إلزام القاضي بالتفسير المتطور ومظاهر تطبيقه

المبحث الأول

الخاصية القانونية لقواعد الإثبات المدني

يعد الإثبات الأداة الضرورية التي يُعول القاضي عليها لغرض التحقق من الوقائع القانونية مستخدماً سلطته في التقدير، كما يعد الوسيلة العلمية التي يعتمدها الأفراد من اجل صيانة حقوقهم المنبثقة عن تلك الوقائع، فتحتل وسائل الإثبات أهمية بالغة ترقى الى أهمية مرفق القضاء بحد ذاته، اذ ينبغي على الفرد الذي يرغب في حماية حقوقه والدفاع عنها أن يقيم الدليل على وجود الحق الذي يدعي به أمام السلطة القضائية التي واجبها حماية حقوق الأفراد والدفاع عنها[6] .

أن نظام الإثبات يحدد قواعد القانون، وان على القاضي أن يؤسس قناعته على الأدلة الثبوتية التي حددها القانون، فلا يمكن له ان يحصل على الأدلة عن طريق اقتناعه الوجداني في حالة عدمها في القانون[7]، وان الأثر الذي يترتب على التفسير المتطور في الإثبات انه يصبح ملزماً للقاضي في حالة توفره، وفي حالة عدم مراعاة ذلك فان قراراه يتعرض للنقض إذا صدر من محكمة التمييز وللفسخ إذا صدر من محكمة الاستئناف .

إذ تتميز النظرية العامة للإثبات بخصائص عدة [8] تميزها عن نظريات القانون الأخرى، ومن ابرز

---

[6] ينظر: الدكتورة هانية محمد علي فقيه، مبدأ الاستقامة في الاثبات في النظام القانوني دراسة مقارنة، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2017، ص 39 .

[7] ان أدلة الإثبات وردت في التشريعات المعاصرة على سبيل الحصر فقد حدد قانون الإثبات العراقي هذه الأدلة على النحو الاتي: الدليل الكتابي، الإقرار، الاستجواب، الشهادة، القرائن وحجية الأحكام، اليمين، المعاينة، الخبرة، ينظر: استاذنا د. عباس العبودي، تحديات الإثبات بالسندات الالكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2010، ص 8 .

[8] خاصية الرجحان: تعني ان قواعد الإثبات بعيدة من ان تكون محل يقين مطلق وان قناعة القاضي بتا تبنى في الأساس على احتمال كبير يكفي للإقرار بوجود الحق المدعى به، اذ ان فكرة الترجيح تبقى في الأصل الزاوية الرئيسية في النظرية العامة للإثبات. وخاصية العمومية: تعني ان قواعد الإثبات ترتبط بكل فروع القانون ويمكن تطبيقها على جميع مصادر الحق من حقوق شخصية مدنية كانت ام تجارية = =بل تشمل حتى القضايا الإدارية باستثناء الدعوى

الصفات التي تتميز بها هذه النظرية هي الخاصية القانونية، وترتبط هذه الخاصية بالاصطلاح القانوني للإثبات وهو إقامة الدليل أمام القضاء محل واقعة قانونية وبالطرق التي حددها القانون[9]، ومعنى ذلك انه استناداً إلى هذه الخاصية فإن نظام الإثبات يتحدد بقواعد وإجراءات قانونية تلزم القاضي والخصوم ويحتم عليهم إتباعها إذ لا يمكن للمدعي أن يحصل على حقه المتنازع عليه إلا في حالة توافر الدليل الذي نص عليه القانون، وإذا وجد لدى الخصم دليلاً كافياً حدده القانون فيكون القاضي مستجِيباً إلى طلبه، أما في حالة عجزه عن تقديم الدليل القانوني فيضطر القاضي إلى رد الدعوى بعيداً عن اقتناعه بحجة المدعي أو عدم اقتناعه بها[10].

وتجدر الإشارة إلى إن الخاصية القانونية للإثبات تكون أكثر صرامة في نظام الإثبات المقيد لان الأخير يقوم على مبدأ وضع القيود على سلطة القاضي عن طريق تحديد وسائل إقناع القاضي ووسائل اقتناعه، فالقانون هو الذي يحدد طرق الإثبات تحديداً دقيقاً وهو الذي يحدد قيمة كل دليل منها، فلا يمكن للخصوم ان يسلكوا غير الطريق المحدد في الإثبات، كما لا يمكن للقاضي أن يقبل الإثبات إلا عن طريق المنصوص عليه في القانون[11]، كما إن هذا النظام يحد من حرية القاضي في تكوين قناعته والخصوم في تقديم الأدلة مستهدفاً منع التعسف لغرض توحيد الأحكام القضائية في القضايا المتشابهة، وفي حالة عدم توفر الشروط التي يستلزمها المشرع لا يمكن للقاضي أن يعتبر الحادثة محل النزاع ثابتة مهما توفر من الأدلة الأخرى وحتى وان كان القاضي يعرف الحقيقة التي تسمى بالحقيقية الواقعية[12] اذ يقيد المشرع فيه الإثبات، فيحدد طرقه تحديداً دقيقاً، ويحدد قيمة كل من هذه الطرق، فلا يمكن للخصوم إثبات حقوقهم بغير تلك الطرق، ولا يمكن للقاضي أن يتخذ طرق أخرى غير الطرق التي حددها القانون[13]، وقد سمي هذا النظام بالدور السلبي للقضاء لأنه حدد القاضي بالأدلة التي يأخذ بها دون غيرها، وكف يده عن إعطاء قيمة قانونية غير التي أعطاها القانون للدليل[14]، وغل يد القاضي عن الوصول إلى الحقيقة الواقعية إذا احتاط منكرها لعدم تمكين خصمه من إقامة الدليل القانوني عليها[15].

الجنائية، كما يمكن تطبيق قواعد الإثبات حتى على الحقوق العينية والحقوق الذهنية. وخاصية ارتباط بعض قواعد النظرية العامة للإثبات بصلة وثيقة بالنظام العام: تقسم قواعد الإثبات إلى قواعد خاصة بإجراء الإثبات وقواعد موضوعية تتعلق بطرق الإثبات، فأما قواعد الإثبات الإجرائية فإنها تتعلق بالنظام العام لان هدف المشرع من وضعها خدمة العدالة وتحقيقها اذ انها تتصل بنظام التقاضي ولا يمكن للخصوم والقضاة المساس بها وإنما يجب عليم الالتزام بها، اما القواعد الموضوعية فقد وردت ثلاثة اتجاهات في تحديد مدى ارتباطها بالنظام العام، اذ ذهب الاتجاه الأول الى ان قواعد الإثبات ليس من النظام العام، وذهب الثاني الى ان قواعد الإثبات من النظام العام، اما الثالث فقد ذهب الى الاتجاه التوفيقي اذ يرى هذا الاتجاه ان قواعد الإثبات الموضوعية قسم منها يتعلق بالنظام العام ويشمل القواعد المتعلقة بسلطة القاضي في الإثبات كما في القواعد التي تعطي للقاضي سلطة توجيه اليمين في بعض الحالات، اما القسم الأخر لا يتعلق بالنظام العام فيشمل القواعد التي تتضمن قيوداً على حرية الإثبات ولا تقرر ضمانات أساسية لحق الدفاع، وكذلك انها لا تتصل بسلطة القاضي في الإثبات، وقد اخذ المشرع العراقي بهذا الاتجاه التوفيقي، والخاصية القانونية: التي هي موضوع بحثنا في هذا المبحث. للمزيد من التفصيل راجع: استاذنا د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات، ص 86 وما بعدها.

[9] استاذنا د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات، المصدر السابق، ص 84 .

[10] ينظر: استاذنا د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات، المصدر السابق، ص 85 .

[11] ينظر: د. علي احمد الجراح , المصدر السابق، ص10 .

[12] ينظر: د. عصمت عبد المجيد، شرح قانون الإثبات، المصدر السابق، ص 21.

[13] استاذنا د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات، المصدر السابق، ص 26 .

[14] القاضي سالم روضان الموسوي، الإثبات المطلق والإثبات المقيد، بحث منشور في مجلة التشريع والقضاء، السنة الرابعة، العدد الرابع، (تشرين الاول– تشرين الثاني– كانون الاول)، 2012، ص 50 .

[15] د. آدم وهيب النداوي، الموجز في قانون الإثبات، المصدر السابق، ص 45 .

وعلى الرغم من إن هذا النظام له ميزة تحقيق الثقة والاستقرار فانه يؤخذ عليه انه يباعد بين الحقيقية القضائية والحقيقة الواقعية[16] فقد تكون الحقيقة الواقعية واضحة تماماً ولكن لا يمكن ان تكون حقيقة قضائية إلا إذا تم إثباتها بالطريق الذي حدده القانون، واذا تعذر ذلك فان الحكم يكون بعكس هذه الحقيقة الواقعية ففي هذه الحالة تكون الحقيقة القضائية طعنة في قلب العدالة التي تأبى ضياع الحق، ثم انه يجعل القاضي في حالة من الجمود ويغلق باب الاجتهاد أمامه فلا يبحث ولا يتقصى مما يؤثر في ذكائه المهني وإبداعه وتطوره[17] .

فإذا أراد الخصوم إقناع القاضي بصحة ادعاءاتهم يجب عليهم ان يراعوا الطرق والإجراءات التي حددها القانون، فمثلاً إذا كانت التصرفات القانونية يستلزم فيها القانون الدليل الكتابي فلا يجوز للخصوم ان يثبتوا ذلك بالشهادة، وكذلك لا يجوز لهم إثبات ما يخالف او يجاوز ما اشتمل عليه دليل الكتابي[18] وتطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة استئناف بغداد الرصافة الاتحادية[19] القرار الآتي:- "**لدى التدقيق والمداولة، وجد بأن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية، فقرر قبوله شكلاً، ولدى عطف النظر على الحكم المميز، وجد بأنه صحيح وموافق للقانون ذلك ان عقد الايجار المبرم بين الطرفين قد تضمن بان العقار اجر لغرض العمل التجاري، وأن العبرة بما اتفق عليه الطرفان في العقد انصرفت إرادتهما إليه وليس بكيفية استغلال المأجور وحيث لا يجوز الإثبات بالشهادة فيما يخالف او يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي (المادة 79/أولاً إثبات)[20] عليه فان المأجور يخضع في إيجاره الى أحكام القانون المدني ولما كان المدعي (المميز) قد أبدى عدم رغبته بتجديد عقد الإيجار بالإنذار الموجه من قبله بواسطة دائرة الكاتب العدل في الأعظمية بعدد عمومي 14563 في 2009/4/6 وتبلغ المميز به في 2009/4/9 عليه تكون دعوى طلب التخلية مستوفية لشروطها القانونية، وهذا ما تضمنه الحكم المميز، ولما تقدم قرر تصديقه ورد الطعون التمييزية وتحميل المميز رسم التمييز، وصدر القرار بالاتفاق في 2009/9/13م**" .

وكذلك لا يمكن توجيه اليمين الحاسمة للخصوم اذا كان متعسفاً في توجيهها ولا يجوز اليمين عن واقعة مخالفة للنظام العام والآداب، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة تمييز إقليم كردستان[21] القرار الآتي:(إن الاتفاق على تهريب البضائع ونقل المواد الممنوعة مخالف للقانون لذا فلا يجوز للمدعي طلب توجيه اليمين الى المدعى عليه لإثبات اتفاقية كهذه لأن الشطر الاخير من المادة 116/ اولاً من قانون الإثبات لا تجيز توجيه اليمين عن واقعة مخالفة للنظام العام) .

وكذلك لا يمكن ان يتجزأ الإقرار على صاحبه، إلا إذا انصب على وقائع متعددة، وكان وجود واقعة منها

---

(16) استاذنا د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الاثبات، المصدر السابق، ص 27 .

(17) د. علي احمد الجراح ، المصدر السابق، ص 10 – 11 .

(18) استاذنا د. عباس العبودي ، شرح احكام قانون الاثبات ، المصدر السابق، ص 85 .

(19) القرار رقم 657/ استئناف/ 2009 في 9/13/ 2009 منشور في قاعدة التشريعات العراقية على الموقع الالكتروني . http://www.iraqld.iq/VerdictsTextResults.aspx

(20) المادة (79/اولاً) ((لا يجوز الاثبات بالشهادة في التصرفات القانونية حتى لو كان التصرف المطلوب لا تزيد قيمته على 5000 خمسة الاف دينار . اولا : في ما يخالف او يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي)) عدلت هذه المادة بموجب قانون رقم 46 لسنة 2000 .

(21) القرار المرقم رقم الحكم 28/ الهيئة المدنية / 2000 في 2000/9/2 منشور في قاعدة التشريعات القضائية على الموقع الالكتروني . http://www.iraqld.iq/VerdictsTextResults.aspx

لا يستلزم حتما وجود الوقائع الأخرى[22]، وتطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة تمييز اقليم كردستان[23] القرار الآتي:- (لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية لذا قرر قبوله شكلاً. ولدى عطف النظر على الحكم المميز تبين أنه صحيح وموافق للقانون للأسباب والحيثيات المعتمدة فيه. وذلك لان محكمة البداءة رفضت طلب المدعى عليه باثبات دفعه بتسديده الدين الى الشخصين الثاني والثالث (ب ح خ – م د ص) بالبينة القولية وكانت مصيبة عند تكليفها للمدعى عليه بإثبات الدفع (بحوالة الدين) لان الإقرار بالمديونية والدفع بالتسديد عن طريق حوالة الدين هو اقرار قابل للتجزئة عملاً بأحكام الشق الأخير من المادة (69) من قانون الإثبات رقم 107 لسنه 1979 المعدل 0لأنه انصب على واقعتين لاتستلزم أحداها وهي المديونية حكماً الواقعة الأخرى وهي (حواله الدين) فالحواله عقد جديد بين اطراف ثلاثه (المحال والمحال له والمحال عليه) ولايمكن إثباته بشهادة الشخصين الثاني والثالث حتى على فرض حضورهما وتأييدهما لأقوال المدعى عليه ولا يلزم أقوالهما المدعى ولايثبت بها الدفع. وعليه وتأسيساً على ذلك فان المحكمة كانت على حق عندما رفضت الاستماع الى شهادة الشخصين الثاني والثالث لإثبات دفع المدعى عليه المذكور وكلفت المدعى عليه بإثبات دفعه ببينة تحريرية أو باليمين الحاسمة وبما ان وكيل المدعى عليه رفض توجيهها لذا فقد خسر ما توجهت به اليمين. لذا قرر تصديق الحكم المميز ورد الاعتراضات التمييزية وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق في 2006/12/11) .

ونستنتج مما تقدم إن إلزام القاضي بالتفسير المتطور للقانون سوف يخفف من حدة الخاصية القانونية للإثبات مما يؤدي إلى الخروج عن هذه القاعدة التي تجعل الحقيقة القضائية أحياناً بعيدة عن الحقيقة الواقعية .

المبحث الثاني

مدى إلزام القاضي بالتفسير المتطور ومظاهر تطبيقه

يعد إلزام القاضي بالتفسير المتطور من ابرز أهداف قانون الإثبات العراقي النافذ إذ لم يكن هذا المبدأ موجود في ظل أحكام قانون الإثبات السابقة ، فضلاً عن ذلك إن لهذا التفسير مظاهر تميزه عن غيره من أنواع التفسير الأخرى، وعليه سيتم دراسة هذا المبحث بتوزيعه إلى المطلبين الآتيين :

المطلب الأول: مدى إلزام القاضي بالتفسير المتطور للقانون.

المطلب الثاني: مظاهر تطبيق التفسير المتطور.

[22] راجع المادة (69) من قانون الاثبات العراقي النافذ .

[23] القرار المرقم/ 208/ الهيئة المدنية/ 2006 في 2006/12/11 منشور في قاعدة التشريعات العراقية على الموقع الالكتروني . http://www.iraqld.iq/VerdictsTextResults.aspx

المطلب الأول

مدى إلزام القاضي بالتفسير المتطور

يعد إلزام القاضي بإتباع التفسير المتطور من احدث المبادئ في التفسير القانوني ويكون إلزام القاضي بهذا التفسير متفاوتاً وغير متساوٍ بحسب الحكمة التشريعية من النص وطبيعة النظم القانونية ومدى أخذها وعلاقتها بالسوابق القضائية فيختلف من مجتمع إلى أخر ومن زمن لأخر[24].

ففي أوربا في القرون الوسطى والبلدان التي تطبق الشريعة الانكلوسكسونية التي تأخذ بالعرف والسوابق القضائية يكون أثر القاضي كبيراً في تطوير القاعدة القانونية بل هو فيها يصنع القانون، وعلى تعبير(بنتام) أن القانون العرفي هو قانون صنعه القضاة بمعنى انه مستمد من الرأي القانوني المهني السائد وهنا يعد القاضي أهم عنصر من عناصر القاعدة القانونية كما هو الحال في بريطانيا[25].

أما في الدول التي تعتمد التشريع المكتوب الظاهر فيها إن أثر القاضي يكون مقيداً في صنع أو إيجاد أدنى قاعدة قانونية فمهمة القاضي في هذه الدول تطبيق القانون فقط ولا يسمح له بتجاوز، وتعدي هذه المهمة إلا إن التعمق والتمحيص بمهمة القاضي وعمله في تطبيق النصوص المحدودة وتبيان عجز تلك النصوص عن استيعاب وتغطية الحوادث والوقائع المستجدة والمتطورة يكشف عن الإلزام المفروض على القاضي المتمثل بضرورة إنزال وإصدار حكم القانون على الوقائع المستجدة وحسم النزاع والحالة هذه لا مناص من ربط تلك الوقائع بحكم، فما من واقعة إلا ولها حكم وان لم تتضمن النصوص القانونية حكماً للوقائع المستجدة فلا بد للقاضي من إيجاد حل لتلك الحوادث، ولا يشفع له عدم وجود نص قانوني يطبقه على تلك الحوادث وإذا ما رفض القاضي حل لتلك الحوادث فانه يرتكب جريمة إنكار العدالة[26].

ومن هنا يأتي عمل التفسير المتطور الذي يسعف القاضي بإيجاد حل للنزاع المعروض عليه، ومن طريقه يؤدي إلى خلق قاعدة قانونية جديدة في الوقت الذي يظهر فيه القاضي بمظهر أن يطبق القانون ويحافظ عليه فالقاضي عندما يفسر نصوص القانون تفسيراً متطوراً إنما يقوم بعملٍ ايجابي خلاق ليتمكن من تطبيق القانون على النزاع المعروض عليه فمرة يفسر النصوص القانونية تفسيراً ضيقاً سهلاً، ومرةً يفسر النصوص القانونية تفسيراً واسعاً شاملاً، ومرة أخرى يفسر النصوص القانونية تفسيراً فريداً مبتكراً على خلاف ما كان متصوراً في ذهن المشرع عند وضعه للتشريع[27] فالقاضي إذا راعى الاعتبارات الأساسية والمنهجية في التفسير واجتهد في تفسير النص القانوني طمعاً في إيجاد حل للنزاع ومع ذلك اخطأ فلم يصب هدفه في إيجاد الحل المناسب فأن هذا الخطأ مغفور للقاضي ولا يسأل عليه لان هذا الاتجاه والتعاطي لحل النزاع يمكن تبريره بان العدالة تستلزم التضحية وان للعدالة ضحايا ايضاً أو ما يسمى المتضررين من هذا الخطأ (ضحايا العدالة)[28] .

---

[24] ينظر: القاضي عواد العبيدي، إلزام القاضي بالتفسير المتطور للقانون، المصدر السابق، ص 105 .

[25] دينيس لويد، فكرة القانون، تعريب المحامي سليم الصويص، مراجعة سليم بسيسو، سلسلة عالم المعرفة، الكويت، 1981، ص 308 .

[26] العميد ليون دكي، دروس في القانون العام، المكتبة المركزية، بغداد، 1981، ص 87 .

[27] القاضي عواد العبيدي ، القاضي عواد العبيدي ، تفسير النصوص القانونية بإتباع الحكمة التشريعية من النصوص، المصدر السابق، ص 262 .

[28] د. صبري حمد الخاطر، تطور فكرة المسؤولية التقصيرية، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية، يصدرها قسم الدراسات القانونية في بيت الحكمة، العدد الأول، السنة 2001، بغداد، ص 72 .

إن درجة وضوح الإلزام بالتفسير المتطور متفاوتة من نظام إلى أخر فالبلدان التي تأخذ بالسوابق القضائية تكون الصورة فيها غير واضحة المعالم. أما النظم القضائية الأخرى التي لم تأخذ بالسوابق القضائية فهذه الأنظمة ضبابية في تعامل أنظمتها القضائية فلا تكون على درجة من وضوح الرؤيا حول الأخذ بهذا الإلزام فيستلزم التقصي والبحث عن مواقف تلك الأنظمة القضائية ومدى الإلزام المفروض فيها على القاضي في التفسير المتطور للقانون لإيجاد حل للنزاع المعروض عليه[29]، ومن هذا الإلزام ما فرضته المادة (30) من قانون المرافعات المدنية العراقي المرقم 83 لسنة 1969[30].

إن مدى إلزام القاضي بالتفسير المتطور للقانون ينقسم إلى قسمين أولهما مدى إلزامه في حالة وجود نص قانوني، وثانيهما مدى إلزامه في حالة عدم وجود نص قانوني.

أولا : مدى إلزامه في حالة وجود نص قانوني :

من الحالات التي تسوغ وتسمح للقاضي بتفسير النص القانوني هي كون النص أو القاعدة القانونية تحوي غموضاً أو إبهاما فيلجأ القاضي إلى التفسير المتطور لإزالة غموضه وإبهامه وان القضاء يضطلع بتفسير النص الغامض والمبهم على اساس إن القاضي ملزم بتطبيق القانون فالأصل أن يقوم هو بتفسير القانون[31].

والتفسير المتطور في القضاء ليس غاية في ذاته وإنما هو وسيلة عرضية لفصل النزاعات وإيجاد الحلول وهو يأتي لمناسبة حل نزاع فعلي معروض على القضاء والقاضي غالباً ما يستعين بالحكمة التشريعية للنص أو بعلة الحكم أو بنصوص أخرى لها صلة بالنص المبهم أو بالإعمال التحضيرية والمصادر التاريخية[32].

ومن مميزات التفسير المتطور انه غير ملزم فإذا فسرت محكمة معينة نصاً من نصوص القانون على وجه معين فإنها لا تُلَزم بهذا التفسير في دعاوى مماثلة تعرض أمامها ولا تتقيد المحاكم الأخرى بالمماثلة لهذه المحكمة أو التي هي اقل منها بهذا التفسير[33].

إلا انه في حال وجود نص يمكن تطبيقه على النزاع المعروض فيجب في هذه الحالة تطبيق ذلك النص، ولا يمكن الاجتهاد مقابل النص على اساس انه (لا مساغ لاجتهاد في مورد النص)[34].

إن قاعدة (لامساغ للاجتهاد في مورد النص) نتاج الفقه الإسلامي[35]، وان الطريق الأوضح لفهمها فهماً صحيحاً هو الإحاطة بعلم أصول الفقه وقواعده[36]، ومن الضروري عدم التعامل مع هذه القاعدة مطلقاً من حيث

---

[29] ينظر: القاضي عواد العبيدي، القاضي عواد العبيدي، تفسير النصوص القانونية بإتباع الحكمة التشريعية من النصوص، المصدر السابق، ص 263 .

[30] راجع المادة (30) من قانون المرافعات المدنية العراقي .

[31] د. سعيد عبد الكريم مبارك، أصول القانون، دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد، 1982، ص 142.

[32] د. مصطفى إبراهيم الزلمي، دلالة النصوص وظروف استنباط الأحكام في ضوء أصول الفقه الإسلامي، بغداد ، 1983 ، ص 241 .

[33] د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية القانون، المصدر السابق، ص 292.

[34] راجع المادة (2) من القانون المدني العراقي .

[35] ينظر: السيد محمد تقي الحكيم، الأصول العامة للفقه المقارن، دار الأندلس، ط2، بيروت، 1979، ص563. د. نادية شريف العمري، الاجتهاد والتقليد في الإسلام، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع ، ط1، بيروت، لبنان، 1425هـ – 2004 ، ص 29– 33 .

[36] ينظر: أبو حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي، المصدر السابق، ص101 . سيف الدين أبو الحسن علي بن أبي علي بن محمد الآمدي،الأحكام في أصول الأحكام ، ج4 ، مطبعة المعارف بمصر 1332هـ، ص162 . كمال الدين محمد بن عبد الواحد، التحرير مع التقرير والتحبير لابن أمير الحاج،

منع الاجتهاد بكل صوره عند وجود النص أياً كان نوعه, ومن الضروري ايضاً إن تستوعب ما في الذاكرة ما أوجده علماء أصول الفقه الإسلامي من قيود على هذه القاعدة، وان يكون حكم القاعدة هو النهي عن الاجتهاد في حالة وجود نص صريح قطعي[37]، دون سواه من النصوص الظنية التي لا تمنع من الاجتهاد في مورد النص[38]، كذلك في حالة غموض النص القانوني المادة (30) مرافعات مدنية .

إن أصل المادة (2) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 هو المادة (14) من مجلة الأحكام العدلية والتي هي تقنين للفقه الحنفي لتيسير أحكامه ومرونتها[39]، ولازم الكشف عن تلك الأحكام هو فهم دلالات الألفاظ ومعرفة طرق استنباط الإحكام في الفقه الإسلامي الذي هو الأصل الثابت لهذه المادة (2) من القانون المدني العراقي والحقيقة التي يجب أن تقال إن المشرع المدني الأردني في المادة (3) من قانونه المرقم (43) لسنة 1976 أحال في فهم النص وتفسيره وتأويله ودلالته إلى قواعد الفقه الإسلامي[40]، وكان بهذا الاتجاه موفقاً كل التوفيق، وان إيراد مثل هذا النص في القانون المدني من المشرع العراقي أمرٌ جدير بالتأييد[41].

إن أي نص قانوني يصدر عن السلطة التشريعية وينشر في الجريدة الرسمية هو نص قطعي ثابت فلا يمكن لأي قاضٍ أو محامي أو فقيه أن يجتهد خلافه أو يشك في صدور هذا النص من السلطة التشريعية، وان دلالة النصوص القانونية يمكن تقسيمها إلى قسمين نصوص قطعية الدلالة وأخرى ظنية الدلالة وان المجال الأكبر للاجتهاد القانوني هو في نطاق دائرة النصوص الظنية وبالتالي فان ورود النص القانوني ظني الدلالة لا يمنع من الاجتهاد بصدده لبيان مراد النص وحكمه وهنا نكون أمام اجتهاد في مورد النص[42] .

ثانياً : مدى إلزامه في حالة عدم وجود نص قانوني :

إن مدى إلزام القاضي بأتباع التفسير المتطور للقانون في حالة عدم وجود نص قانوني لا يبنى على مجرد التحكم أو الهوى، ولكنه يبنى على حسن إدراك المقاصد الكلية للقانون، وان إلزامه بالتفسير المتطور للقانون يجب أن يخدم أهداف القانون، كما يجب إن تحدد خطوات القاضي نحو حل القضايا العلمية، ويجب ربط الحكم العادل الذي سيصدره عند فقدان النص القانوني بالواقع الحي للمجتمع[43] .

ومن تطبيقات محكمة التمييز في هذا المجال القرار الآتي :- ((لدى التدقيق والمداولة وجد إن الطعن

طبعة بولاق، القاهرة، دون ذكر سنة الطبع، ص 523 .

[37] ينظر: د.علي جمعة محمد، المدخل لدراسة المذاهب الفقهية، ط1، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، 2004، ص357 وما بعدها باختصار:علي حيد، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب المحامي فهمي الحسيني، المجلد الأول، دار الكتب العلمية، ط 1، بيروت، لبنان، 2010، ص 27 .

[38] د. مصطفى إبراهيم الزلمي، عبد الباقي البكري، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، شركة العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، توزيع المكتبة القانونية، بغداد، طبعة جديدة منقحة، بغداد ، 2009، ص291-292 .

[39] ينظر: د. منذر الشاوي، المدخل لدراسة القانون الوضعي، ط 1، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، 1996، ص 122 – 123.

[40] نصت المادة (3) من القانون المدني الأردني (يرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله ودلالته إلى قواعد أصول الفقه الإسلامي).

[41] القاضي عواد حسين ياسين العبيدي، اجتهاد القاضي في مورد النص بين نهي التشريع ومقتضيات العدالة، المصدر السابق، ص 133 .

[42] د. حسن علي الذنون، محاضرات بعنوان ((نظرات في تفسير النصوص)) ملقاة على طلبة الدراسات العليا في جامعة النهرين كلية الحقوق للعام الدراسي 1995 – 1996 (غير منشورة)، ص 41 . أشار إليه عدنان إبراهيم عبد الجميلي، المصدر السابق، ص 14 .

[43] ينظر: ضياء شيت خطاب، فن القضاء، المصدر السابق، ص 73 .

التمييزي ضمن المدة القانونية فقرر قبوله شكلا وعند النظر في الحكم المميز ظهر انه قد تأسس على كون محافظ كركوك لا يملك صلاحية سحب القطعة من المميز عليه بعد تخصيصها له طبقا لقرار مجلس قيادة الثورة (الملغي) المرقم (42) لسنة 1986، وتسجيلها باسمه في السجل العقاري، إذ إن هذا الرأي يتماشى مع ما ذهبت إليه الهيأة الموسعة في محكمة التمييز بقرار سابق إلا انه عند إجراء التدقيقات التمييزية في الدعوى المميز حكمها تبين إن الهيأة العامة في محكمة التمييز قد قضت بقرارها المرقم 39/ هيأة عامة/2007 الصادر بتاريخ 2007/12/30 بوجوب رد المطالبة بإبطال القيد العقاري الصادر بعد سحب قطعة الأرض من الشخص المخصصة له طبقا للقرار المذكور أعلاه، وذلك بقرار من محافظ كركوك نظراً لثبوت انه يملك صلاحية السحب 0000وان قضاء محكمة التمييز واجب الإتباع في الحالات المشابهة0000وصدر القرار بالاتفاق في21/ ذو الحجة/1428هـ الموافق 2007/12/30))[44].

المطلب الثاني

مظاهر تطبيق التفسير المتطور

لاريب إن تطور المجتمعات يكون على مستويات عدة منها المستوى الاجتماعي والمستوى الاقتصادي والمستوى الأخلاقي، ولازم هذا التطور هو تطور التشريعات والقوانين بتعديلها أو إضافة قوانين وتشريعات جديدة تواكب هذه التغيرات في المجتمع .

إلا إن المشرع يصعب عليه ذلك لأنه يؤدي إلى زيادة عدد القوانين والتشريعات فيختل بذلك التوازن بين قواعده فيعتريها الغموض والنقص[45]، وهنا يأتي عمل القاضي الذي يفسره التفسير الملائم لروح عصره ، فالقاضي يكاد أن يكون مشرعاً في هذه الدائرة المرنة بل هو مشرع يتقيد بآداب عصره وقوانين دولته الأساسية ومصالحها العامة[46] فيفسرها تفسيراً متطوراً يتلائم وما اعترى المجتمع من تطور وهو بذلك (القاضي) يخفف عن كاهل المشرع عبئاً ثقيلاً ، وهذا الأمر يتطلب من القاضي أن لا يفسر النصوص القانونية تفسيراً شكلياً رياضياً لأنه بذلك يؤدي إلى فصل الشكل عن المضمون وعزل القانون عن المجتمع، وعليه يجب عدم اعتماد هذه الطريقة في التفسير ويجب هجرها إذ لا يمكن فهم النص القانوني دون فهم الهدف الذي شُرع من اجله، ولذلك فأن الواقعة الاجتماعية هي موضوع النص القانوني والهدف الذي يرمي إليه إنما هو داخل في نطاق النص القانوني عند تفسيره وتطبيقه[47]، وإنما يجب أن يأخذ بالتفسير المتطور الذي يعتمد فهم الهدف الذي شُرع من اجله النص القانوني، ولازم تفسير القاضي للقانون بالتفسير المتطور هو ترك مساحة كافية للقاضي يتحرك فيها تساعده في الوصول وإيجاد الحل الذي يراه صحيحا ومناسباً وعادلاً لحل النزاع المعروض عليه .

---

[44] القرار (1632) الهيئة المدنية للعقار/2007 في 30 /12 /2007 غير منشور، أشار إليه القاضي عواد العبيدي، إلزام القاضي بالتفسير المتطور للقانون ، المصدر السابق، ص 113– 114 .

[45] يشير الأستاذ الفرنسي بوريس ستارك Boris Struck , p.124 إلى إن الأصل أن تعطى للقاضي حرية واسعة في تفسير النصوص القانونية وان الاستثناء هو تقييد القاضي في التفسير في الحدود الشكلية التي يسمح بها المشرع. ينظر: استاذنا د. عباس العبودي، مدى سلطة القاضي المدني في التفسير المتطور للقانون، المصدر السابق، ص 18 .

[46] د. السنهوري، الوسيط، المجلد الأول، المصدر السابق، ص 401 .

[47] ضياء شيت خطاب ، فن القضاء ، المصدر السابق، ص 66 وما بعدها .

ولا شك إن للقضاء تأثيراً هاماً على الحركة التشريعية فالقضاء الفرنسي قد طور الكثير من النظريات القضائية لاسيما في مجال المسؤولية المدنية الناجمة عن الأشياء والتفرقة بين الالتزام بوسيلة والالتزام بغاية، ونظرية الكسب بدون سبب، والغرامة التهديدية والمسؤولية المفترضة[48] .

وقد اخذ القضاء الألماني بالتفسير المتطور عند تفسيره للمادة (400) من القانون المدني الذي نص على إن الدائن لا يستطيع ان يحيل دينه إذا كان استيفاؤه غير ممكن وهذا النص ورد بصدد الراتب التقاعدي، وقصد به المشرع المحافظة على مورد رزق المتقاعد، غير إن المحكمة الألمانية العليا أجازت حوالة المتقاعد بدينه على الغير في حالة تعهد الغير بتقديم كل ما يحتاجه المتقاعد لإعالته، وعللت ذلك إن قصد المشرع من المادة (400) من القانون المدني الألماني قد تحقق بقيام هذا الشرط مع إن المعنى الحرفي بالنص لا يستوعب هذا المعنى غير إن المحكمة أخذت بالحكمة التي قصدها المشرع عند وضع القانون[49] .

الخاتمة

اولاً : الاستنتاجات :

1. توصلنا إلى أن المفهوم العام لتفسير النصوص القانونية في إطار مفهومه العام يعني إن القاعدة القانونية المراد تفسيرها يعتريها النقص والغموض والتعارض، ولذلك يجب على القاضي تفسير ذلك النص لغرض الوصول إلى قصد المشرع وحسم الخلاف في حكمها.
2. المقصود بالتفسير هو التعرف على حقيقة الحكم الذي تتضمنه القاعدة القانونية بمساعدة العبارات التي يستخدمها المشرع.
3. إن المادة (30) من قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 قد ألزمت القاضي في الفصل بالنزاع المعروض أمامه في حالة غموض النص أو فقدانه، أو نقصه، وإذا لم يلتزم القاضي بهذه المادة عُد ممتنعاً عن إحقاق الحق.
4. إن لتفسير النصوص القانونية ثلاثة أسباب، الأول: غموض النصوص القانونية والتي يعني بها إبهام اللفظ إي خفاءَه، وعدم وضوحه على نحو يقتضي جهدا من التفسير لتحديد المعنى المقصود، الثاني: التعارض في النصوص القانونية الذي يعرف بأنه وجود نصين يبدو إنهما يتناولان الغرض نفسه، ولكن احدهما يخالف الأخر في الحكم عند الانطباق، وان يصطدم نص مع نص أخر، أما السبب الثالث فهو النقص في النصوص القانونية إذ تعد مسالة نقص النصوص القانونية من المسائل التي أثارت خلاف واسع بين الفقهاء، مما أدى إلى وجود نظريتين هما، نظرية كمال التشريع، ونظرية نقص التشريع .
5. لقد تعددت المدارس القانونية عند تحديد المعنى المقصود من النص القانوني للقاعدة القانونية، ولقد ساد الفقه ثلاثة مدارس للتفسير، إذ ظهرت مدرسة التزام النص أو الشرح على المتون إذ قامت هذه المدرسة على أساس إن القانون مرتكزا على إرادة الدولة وتكون مصادرة محصورة في التشريع، وظهرت المدرسة

[48] ينظر: استأذنا د. عباس العبودي، مدى سلطة القاضي المدني في التفسير المتطور للقانون، المصدر السابق، ص 18 .

[49] د. عبد الرسول الجصاني، سد الفراغ بالقانون وموقف النظام القانوني الألماني منه، مجلة القضاء العراقية، نقابة المحاميين، العدد الأول، كانون الثاني – شباط – آذار، 1973، ص 82 .

التاريخية في تفسير النصوص التي تنادي بأن يكون التفسير وفقا لظروف الجماعة وحاجتها عند تطبيق النصوص التشريعية دون مراعاة لإرادة المشرع أو قصده عند وضع النص، وبين الاتجاهين السابقين، إذ ظهر الاتجاه الحديث وهو المدرسة العلمية أو البحث العلمي الحر في التفسير، والذي نادى بأن القانون جوهر وصياغة، أو علم وصناعة.

6. إن للتفسير أنواع متعددة منها التفسير التشريعي، والقضائي، والفقهي، والإداري، فضلاً عن النوع الذي جاء به قانون الإثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979 في المادة الثالثة منه هو التفسير المتطور للقانون الذي ألزم المشرع القاضي بأتباعه.
7. إن نص المادة (3) من قانون الإثبات العراقي هو الأساس القانوني لإلزام القاضي بالتفسير المتطور للقانون ومراعاة الحكمة من التشريع عند تطبيقه.
8. يعد التفسير المتطور للقانون من المبادئ الحديثة في التفسير القانوني لاسيما في الحالات التي تكون فيها صلاحية القاضي واسعة في الفصل بالنزاع المعروض أمامه في حالة وجود نص قانوني أو عدمه.

ثانياً: التوصيات:

1. ضرورة إعادة النظر في صياغة الفقرة (1) من المادة (1) من القانون المدني العراقي بالصيغة الآتية : ((تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص بمنطوقها أو مفهومها))، وذلك لان هذه المادة حددت استنباط الأحكام باللفظ والفحوى وقيدت القاضي بهاتين الوسيلتين، مع أنّ هناك وسائل أخرى بإمكان القاضي استنباط الأحكام عن طريقها .
2. ضرورة إعادة النظر في موقف المشرع العراقي في الفقرة (2) من المادة الأولى من القانون المدني في تقديمه العرف على مبادئ الشريعة الإسلامية، وإعطاء مبادئ الشريعة الإسلامية مكان الصدارة في سد النقص في التشريع لكونها تتميز بالمرونة والقدرة على مسايرة التطور في المجتمع إذا تم فهمها فهماً صحيحاً.
3. ضرورة إعادة صياغة المادة (2) من القانون المدني العراقي وفق الصيغة الآتية ((لا مساغ للاجتهاد في مورد النص القطعي)) لغرض إفساح المجال للاجتهاد في النصوص ظنية الدلالة ، ولسد باب الاجتهاد في النصوص قطعية الدلالة وعلى شاكلة ما رسمه الفقهاء المسلمون عند بحثهم في قاعدة ((لا مساغ للاجتهاد في مورد النص)) ولغرض تقييد الإطلاق الوارد في المادة المذكورة في نفي الاجتهاد في مورد النص.
4. دراسة إمكانية إتباع الطريق الذي رسمه القانون المدني الأردني في تفسير النصوص والذي جاء في المادة (3) منه ((يرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله ودلالته إلى قواعد الفقه الإسلامي)) لان طرائق تفسير النص في الفقه الإسلامي مبنية على أسس رصينة وقواعد متينة، وضوابط محددة تسهل التعرف على حقيقة النص وتفسيره تفسيراً صحيحاً.

5. ضرورة إعادة صياغة المادة (104) من قانون الإثبات العراقي الذي أشار إلى إن للقاضي أن يستفيد من وسائل التقدم العلمي في استنباط القرائن القضائية ولا سيما البصمة الوراثية وفحص الدم في مجال إثبات النسب، بوصفها قرائن قانونية لأن القرائن القضائية مقيدة بما يجوز إثباته بالشهادة .
6. التأكيد على اشتراك السادة القضاة في دورات تخصصية في مجال تفسير النصوص القانونية وفق مفاهيم متطورة وحديثة تستوعب الحالات المستجدة في العمل القضائي، وتعمل على إعطاءها التفسير المتطور والمتجدد بما يحقق العدالة.
7. التركيز على التبصير بأهمية الحكمة التشريعية من النص وعدم الوقوف عند حرفية النصوص الجامدة لان الحكمة التشريعية من النص هي القوة المتجددة التي تبعث في النصوص الحياة وتجعلها صالحة للتطبيق في كل زمان .
8. تنمية روح الاجتهاد في العمل القضائي وعدم التقيد بنص المادة (2) من القانون المدني العراقي ((لا مساغ للاجتهاد في مورد النص))، لان الاجتهاد الممنوع في مورد النصوص قطعية الدلالة وان الاجتهاد له حضور في نطاق النصوص ظنية الدلالة، واغلب نصوص القانون من النوع الأخير .

قائمة المصادر والمراجع

1. إبراهيم مصطفى مؤلف مشترك مع احمد الزيات، وحامد عبد القادر، ومحمد النجار، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، القاهرة، 1960.
2. محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1981 .
3. د. علي احمد الجراح ، قواعد الاثبات بغير الكتابة في المواد المدنية والتجارية ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2010 .
4. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الإثبات واثأر الالتزام، ج 2 ، 1965.
5. د. سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية، ج 1، طبع القاهرة، 1981.
6. أستاذنا د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات المدني، طبع بيروت، مكتبة السنهوري، 2017 .
7. د. عصمت عبد المجيد بكر، أصول الإثبات، طبع إثراء للنشر والتوزيع، الأردن، ط 1، 2012 .
8. القاضي حسين المؤمن ، نظرية الإثبات القواعد العامة والإقرار واليمين مدنياً وجزائياً شرعاً وقانوناً شكلاً وموضوعاً علماً وعملاً ، ج 1 ، ط 2 ، الطابع شركة العرفان لتقنيات الاستنساخ الحديثة المحدودة ، بغداد ، العراق ، 2016 .
9. الدكتورة هانية محمد علي فقيه، مبدأ الاستقامة في الاثبات في النظام القانوني دراسة مقارنة، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2017.
10. استاذنا د. عباس العبودي، تحديات الإثبات بالسندات الالكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2010 .

11. القاضي سالم روضان الموسوي، الإثبات المطلق والإثبات المقيد، بحث منشور في مجلة التشريع والقضاء، السنة الرابعة، العدد الرابع، (تشرين الاول– تشرين الثاني– كانون الاول)، 2012.

12. د.آدم وهيب النداوي، الموجز في قانون الإثبات، مكتبة السنهوري، طبع بيروت، 2012.

13. القرار رقم 657/ استئناف/ 2009 في 9/13/ 2009 منشور في قاعدة التشريعات العراقية على الموقع الالكتروني http://www.iraqld.iq/VerdictsTextResults.aspx

14. القرار المرقم رقم الحكم 28/ الهيئة المدنية / 2000 في 2000/9/2 منشور في قاعدة التشريعات القضائية على الموقع الالكتروني. http://www.iraqld.iq/VerdictsTextResults.aspx

15. القرار المرقم/ 208/ الهيئة المدنية/ 2006 في 2006/12/11 منشور في قاعدة التشريعات العراقية على الموقع الالكتروني . http://www.iraqld.iq/VerdictsTextResults.aspx

16. القاضي عواد حسين ياسين العبيدي، إلزام القاضي بالتفسير المتطور للقانون، مكتبة السنهوري ، ط 1، 2016 .

17. دينيس لويد، فكرة القانون، تعريب المحامي سليم الصويص، مراجعة سليم بسيسو، سلسلة عالم المعرفة، الكويت، 1981 .

18. العميد ليون دكي، دروس في القانون العام، المكتبة المركزية، بغداد، 1981.

19. القاضي عواد العبيدي ، القاضي عواد العبيدي ، تفسير النصوص القانونية بإتباع الحكمة التشريعية من النصوص، دراسة موازنة بالفقه الإسلامي معززة بالتطبيقات القضائية، دار ومكتبة الإمام، طرابلس ، لبنان ، 1433 هـ ، 2012 م .

20. د. صبري حمد الخاطر، تطور فكرة المسؤولية التقصيرية، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية، يصدرها قسم الدراسات القانونية في بيت الحكمة، العدد الأول، السنة 2001، بغداد .

21. د. سعيد عبد الكريم مبارك، أصول القانون، دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد، 1982 .

22. د. مصطفى إبراهيم الزلمي، دلالة النصوص وظروف استنباط الأحكام في ضوء أصول الفقه الإسلامي، بغداد ، 1983 .

23. د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية القانون، ط 4، مطابع دار الكتاب العربي مصر، القاهرة، مصر، 1965 .

24. السيد محمد تقي الحكيم، الأصول العامة للفقه المقارن، دار الأندلس، ط2، بيروت، 1979.

25. د. نادية شريف العمري، الاجتهاد والتقليد في الإسلام، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع ، ط1، بيروت، لبنان، 1425هـ – 2004 .

26. سيف الدين أبو الحسن علي بن أبي علي بن محمد الآمدي،الأحكام في أصول الأحكام ، ج4 ، مطبعة المعارف بمصر 1332هـ .

27. كمال الدين محمد بن عبد الواحد، التحرير مع التقرير والتحبير لابن أمير الحاج، طبعة بولاق، القاهرة، دون ذكر سنة الطبع .

28. د.علي جمعة محمد، المدخل لدراسة المذاهب الفقهية، ط1، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، 2004.

29. علي حيد، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب المحامي فهمي الحسيني، المجلد الأول، دار الكتب العلمية، ط 1، بيروت، لبنان، 2010 .

30. د. مصطفى إبراهيم الزلمي، عبد الباقي البكري، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، شركة العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، توزيع المكتبة القانونية، بغداد، طبعة جديدة منقحة، بغداد ، 2009 .

31. د. منذر الشاوي، المدخل لدراسة القانون الوضعي، ط 1، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، 1996.

32. القاضي عواد حسين ياسين العبيدي، اجتهاد القاضي في مورد النص بين نهي التشريع ومقتضيات العدالة، بحث منشور في مجلة التشريع والقضاء مجلة فصلية تصدر بالتعاون من اللجنة العراقية لدعم استقلال القضاء، بغداد، السنة الثالثة، العدد الرابع (تشرين الأول– تشرين الثاني– كانون الأول)، 2011.

33. د. حسن علي الذنون، محاضرات بعنوان ((نظرات في تفسير النصوص)) ملقاة على طلبة الدراسات العليا في جامعة النهرين كلية الحقوق للعام الدراسي 1995 – 1996 .

34. د. عبد الرسول الجصاني، سد الفراغ بالقانون وموقف النظام القانوني الألماني منه، مجلة القضاء العراقية ، نقابة المحاميين ، العدد الأول ، كانون الثاني – شباط – آذار، 1973.