

تفسير التشريع

معنى التفسير والغرض منه

أولاً : معنى التفسير والغرض منه :

لما كانت القاعدة القانونية قاعدة عامة، فإن تطبيقها على الحالات الخاصة كثيراً ما تعترضه صعوبات جسيمة ، إذ ينبغي الوقوف على المعنى الحقيقي والنطاق الدقيق لها حتى يعرف ما إذا كان من الممكن تطبيقها في شأن الحالات الخاصة، ويتم ذلك عن طريق التفسير.

فتفسير القانون يسبق تطبيقه بالضرورة، إذ المراد بالتفسير الاستدلال على الحكم القانوني وعلى الحالة النموذجية التي وضع لها هذا الحكم من واقع الألفاظ التي عبر بها المشرع عن ذلك، أما تطبيق التشريع، فيأتي بعد التفسير، وهو قياس الحالة الواقعية على الحالة النموذجية للتحقق من اتفاقها معها في عناصرها الجوهرية، واجراء حكم الثانية على الأولى.

نصوصه وتخريج ما نقص من أحكامه والتوفيق بين أجزائه المتناقضة. ويعرف الفقه التفسير بأنه : توضيح ما أبهم من ألفاظه وتكميل ما اقتضب من نصوصه وتخريج ما نقص من أحكامه والتوفيق بين أجزائه المتناقضة .

ويبدو من هذا التعريف أن التفسير لا يكون إلا بالنسبة للمصدر الذي يأتي بالمعنى واللفظ معاً. وهذا الوصف لا ينطبق إلا على التشريع، وعلى بعض الكتب الدينية التي تعتبر في بعض الحالات مصدراً رسمياً كالقرآن. أما مصادر القانون الأخرى كالعرف فلا حاجة بها إلى التفسير لأنها عبارة عن معنى يستقر لا يقيد لفظ خاص .

ثانياً : انواع التفسير :

التفسير من حيث مصدره أو الجهة التي تتولاه أربعة انواع، تفسير تشريعي وتفسير قضائي وتفسير فقهي وتفسير اداري.

١ -التفسير التشريعي :

وهو التفسير الذي يصدره المشرع ذاته، أو بصفة أعم هو تفسير عمل تشريعي عن طريق السلطة التي أصدرت العمل التشريعي الأول، أي تفسير التشريع بتشريع مثله، وتفسير الانظمة أو التعليمات بأنظمة أو تعليمات، وتفسير المعاهدات الدولية بمعاهدة دولية أخرى. فليس ثمة تفسير رسمي الا إذا كان هناك تعادل دقيق بين العمل التشريعي الاصلي والعمل التشريعي المفسر، أي الا إذا كان التفسير صادرا من نفس السلطة التي أصدرت التشريع الأصلي وحاصلا بنفس الشكل الذي تم به ذلك التشريع، إلا أن الظروف قد تقتضي أن تفوض هذه السلطة سلطة أخرى في القيام بإصدار التفسير .

هذا ويراعى أن التفسير التشريعي يعد ملزماً للقاضي، أي أن القاضي يتقيد به عندما يعرض لتطبيق التشريع الأصلي الذي جاء التفسير بصدده. كما يراعى أيضاً أن التشريع التفسيري يعتبر أنه قد صدر في الوقت الذي صدر فيه التشريع الأصلي، ويطبق تبعاً لذلك على التصرفات والوقائع التي تحدثت في الفترة بين صدور التشريعين، طالما أنه لم يكن قد صدر بشأن تلك التصرفات والوقائع حكم نهائي .

ومن نافلة القول أن هذا النوع من التفسير أصبح نادر الوقوع حالياً، خلافاً لما كان عليه الحال في القانون الروماني وفي العصور الوسطى، فقد كان هو الطريق الوحيد لتفسير النصوص الغامضة، وكان القاضي يوقف الفصل في النزاع المعروض عليه حتى يصدر تفسيراً لذلك التشريع .

٢ - التفسير القضائي :

وهو التفسير الذي يقوم به القضاة للقانون أثناء نظر الدعاوى التي ترفع إليهم، حتى يتوصلوا إلى حكم القانون في تلك الدعاوى. ويمتاز التفسير القضائي بطبيعته لعملية. ولهذا فإنه يتأثر بالظروف الواقعية المحيطة بالمنازعات التي تعرض على القضاء للفصل فيها، ويعمل القضاة بقدر المستطاع على أن تخرج أحكامهم متفقة مع الظروف الواقعية، حتى ولو أدى ذلك بهم إلى الخروج عن المعنى الذي قصده القانون، إذا ما ظهر لهم مخالفته للعدالة، وذلك كله تحت ستار التفسير.

أما من حيث مدى قوة التفسير القضائي في الإلزام، فإن هذا التفسير يكون ملزماً للطرفين في النزاع الذي حصل التفسير القضائي بصدده، بناءً على حجية الأمر المحكوم فيه، التي تثبت للحكم، فلا يجوز للطرفين أن يرفعا الدعوى مرة ثانية لنفس السبب ولنفس الموضوع. ولكن لا تتجاوز قوة هذا التفسير الإلزامية الحدود الشخصية والموضوعية لحجية الأمر المقضي. إذ يجوز لمحكمة أخرى ولو كانت أدنى درجة أن تعطي لنفس القاعدة تفسيراً مخالفاً للتفسير الذي أعطته المحكمة الأولى، بل يجوز للمحكمة ذاتها التي فسرت القاعدة القانونية على نحو معين أن تفسرها على نحو آخر في قضية أخرى. ولا يستثنى من ذلك إلا حالتين:

الأولى: ما نصت عليه المادة ٢١٥ من قانون المرافعات المدنية التي قضت بوجوب اتباع قرار محكمة التمييز الاتحادية في حالات ثلاث منها صدور قرار النقض من قبل الهيئة العامة لمحكمة التمييز.

الثانية: ما نصت عليه المادة ٩٣ من دستور العراق الدائم لسنة ٢٠٠٥ التي قضت باختصاص المحكمة الاتحادية العليا بتفسير نصوص الدستور (٩٣/ثانياً)، وهذا يعني أن تفسير هذه المحكمة لنصوص الدستور يلزم السلطات كافة وفقاً لنص المادة ٩٤ من الدستور .

٣ - التفسير الفقهي :

هو التفسير الذي يقوم به فقهاء القانون في مؤلفاتهم وشروحهم وأبحاثهم، وتقتصر مهمة الفقيه على استخلاص حكم القانون الذي يرمي إليه المشرع مجرداً من الظروف الواقعية، لأنه لا يعرض لحالات واقعية يطلب إليه الفصل فيها كما هو الأمر بالنسبة للقضاء. ولهذا فإن التفسير القضائي يغلب عليه الطابع العملي، أما التفسير الفقهي فإنه يغلب عليه الطابع النظري. وقد أصبح الفقه الفرنسي، بعد انفصال دام طوال القرن التاسع عشر، يتعاون مع القضاء في تفسير القانون تعاوناً كان ولا يزال من خير الوسائل لترقية القانون الفرنسي .

٤ - التفسير الإداري :

وهو التفسير الذي تقوم به السلطة الادارية في صورة منشورات واعامات وتعليمات تصدرها إلى اتباعها في السلك الاداري لتفسير تشريع ما. ولا يتمتع هذا التفسير بأي قوة ملزمة بالنسبة للقضاء وإنما يعتبر بمثابة رأي شخصي ويقتصر إلزامه على من وجه إليه التفسير من رجال الادارة .

التفسير لغة: هو لغة البيان والتوضيح لكشف المراد . اما اصطلاحاً: فقد اختلف الفقهاء في تحديد مفهومه وذهب الفقه في هذا الشأن الى اتجاهين احدهما يضيق في مفهومه والثاني يوسع من معناه.

1- التفسير الضيق: يقصد به (ازالة غموض النص والتوضيح مبهمه للقضاء على اختلاف تحديد معناه) والتفسير بهذا المعنى لا يقع الا في حالة غموض النص اي لا شأن له بنقض احكام النص او بتعارض اجزاء القانون.

2- التفسير الواسع: يعني (توضيح ما غمض من الفاظه وتقويم عيوبه واستكمال ما نقص من احكامه والتوفيق بين اجزائه المتعارضة وتكييفه على نحو يجاري متطلبات المجتمع وروح العصر).

- ان التفسير بمعناه الواسع هو الذي يلزم تطبيق القانون وطبيعته ومقتضيات الحياة, لان الغرض من التفسير هو ايجاد الحلول المناسبة للوقائع التي تعذر على القاضي العثور ببسر على حلولها نظراً لعجز المشرع عن ضمان سلامة نصوص تشريعه من العيوب ولقصور النصوص عن الابقاء بكل الحلول للوقائع غير المتناهية في الحال والاستقبال, فإذا ساب النص غموض او نقص او عيب مادي او تعارض بين النصوص وجب على القاضي ان يعتمد الى التفسير كي يتوصل الى الحكم المراد تطبيقه لحل النزاع.

- ان التفسير يلزم المصدر الرسمي للقانوني الذي يأتي باللفظ والمعنى معاً وهذا المصدر هو التشريع والكتب الدينية التي تعتبر في بعض الحالات مصدراً رسمياً, اما المصادر الرسمية الاخرى فلا حاجة للتفسير في نطاقها, لانها تأتي بمعنى مستقر ولفظ واضح لا يكتنفه الغموض او النقص.

حالات التفسير

- اذا كان النص واضحاً اي ان الفاظه تعبر عن ارادة المشرع الحقيقي طبق المفسر النص دون عناء فلا حاجة هنا للاجتهاد او التفسير لان النص واضح وصريح.

اما اذا شاب النص الواضح بعض العيوب المادية عمل المفسر على ازالتها, كأن يكون المشرع قد استعمل حرفاً في النص لا يستقيم المعنى الا باستعمال حرف اخر بديل عنه, فلو جاء في نص القانون العقابي ما يأتي (يعاقب المجرم بالحبس او بالغرامة او بإحدى هاتين العقوبتين) فإن المعنى لا يستقيم الا باحلال حرف (واو) بدلاً من (او) لكي يستقيم المعنى ويصبح على النحو الاتي (يعاقب المجرم بالحبس وبالغرامة او بإحدى هاتين العقوبتين).

- اما اذا كان النص غامضاً او ناقصاً او تكون بعض النصوص متعارضة في احكامها فإن المفسر يستعين بقواعد التفسير (لإزالة الغموض او النقص او التناقض في الاحكام) وهذه هي عيوب النصوص الموضوعية التي تقتضي التفسير وسنوجز بيان معانيها فيما يلي:

اولاً: غموض النص :

يقصد به ابهام اللفظ اي اخفاء وعدم وضوحه على نحو يقتضي جهداً من المفسر لتحديد المعنى المقصود

- ينشأ الغموض من اسباب كثيرة تولى تفصيلها علماء اصول الفقه الاسلامي منها: (احتمال اللفظ اكثر من معنى واحد, غرابة اللفظ, اخراج اللفظ من معناه اللغوي الى معنى اصطلاحي قصده المشرع, وانفراد بعض افراد النص العام باسم خاص او وصف خاص يميزه عن سائر افراد جنسه). واذا كانت ازالة الغموض مهمة تلقى على عاتق المفسر وهو القاضي فهناك بعض الحالات يتم ازالة الغموض فيها عن طريق المشرع.

ثانياً: النقص في الحكم :

يقصد به انعدام النص او ان يفوت النص حكم حالات كان ينبغي ان يحكمها, او بتعبير اخر ان يأتي النص بحكم حالة واحدة من جملة حالات كان ينبغي ان يستوعبها النص بالحكم. كأن يحرم المشرع التعامل في تركه مستقبلاً دون ان ينص على حكم التعامل في الاموال المستقبلية بصورة عامة.

ثالثاً: التعارض بين احكام النصوص :

يقصد به ان تجيء احكام نصين او عدد من النصوص بصورة غير متوافقة مع بعضها. ويقع هذا التعارض كثيراً في الحياة القانونية وينسب الى تسرع المشرع في اصدار تشريع يحكم مسألة معينة دون استيعاب دقيق لأحكام التشريعات الصادرة في شأنها ليتحاشى التعارض فيما بينها.

انواع التفسير

للتفسير اربعة انواع هي (التفسير التشريعي - التفسير القضائي - التفسير الفقهي - التفسير الاداري)

اولاً: التفسير التشريعي :

هو التفسير الذي يصدر من المشرع لإزالة غموض او سد نقص او تقويم عيب في قانون سابق اختلفت المحاكم في تطبيقه ولم تهتد الى قصد المشرع منه وذلك ابتغاء ضبط المقصود بالقاعدة القانونية. ولقد تضاعفت اهمية هذا النوع من التفسير في الوقت الحالي بعد ان كان هو السائد سابقاً

- الاصل ان يصدر التشريع التفسيري من السلطة المختصة بالتشريع المفسر (بفتح السين) فتفسير القانون يتم بقانون مفسر (بكسر السين), ولكن يجوز لهذه السلطة ان تنيط تفسيره بغيرها كالسلطة التنفيذية.

- هذا النوع من التفسير يتمتع بالقوة الملزمة لانه مجموعة من القواعد القانونية التي تلزم القضاء بالتطبيق.

- يجب على المشرع ان لا يلجأ الى التفسير التشريعي لتحويل احكام تشريع قائم واستحداث قواعد قانونية تخالف ما تضمنه التشريع تحت ستار التفسير, لان هذا المسلك من المشرع يعتبر تحايلاً على مبدأ رجعية القانون.

- لا يملك سوى المشرع وحده تفسير كل من المشترك المعنوي والنص المجمل وهما من صور النصوص الغامضة.

ثانياً: التفسير القضائي :

هو الذي يقوم به القضاء بحكم طبيعة وظيفته فهو الذي يتولى تطبيق القانون على القضايا المنظورة من قبله. فهو الذي يواجه عملياً غموض التشريع ونقصه وعيوبه وهو الذي يعمل على استنباط الاحكام للوقائع التي لا يجد لها حكماً في النصوص.

- يتميز التفسير القضائي بالطابع العلمي, لان القضاء يواجه واقع الحياة فهو في تفسيره للتشريع يتأثر بالظروف المحيطة ويسعى الى جعل احكام القانون تتماشى مع حاجيات المجتمع, لذلك فالقضاء عند قيامه بمهمة التفسير فهو يلعب دوراً هاماً في تطور القانون.

- هذا النوع من التفسير لا يتمتع بالقوة الملزمة فلا يلتزم به القاضي او المحاكم الا في حالات نص عليها القانون.

ثالثاً: التفسير الفقهي :

هو التفسير الذي يقوم به الفقهاء في شرحهم للقانون .

- يتميز التفسير الفقهي بطابعه النظري, لان الفقه عندما يقوم بالتفسير لا يعرض لحالات خاصة وانما يستخلص قواعد عامة ويعمد الى التأصيل العلمي دون ان يعتمد في التفسير على وقائع الحياة.

- التفسير الفقهي لا يكون ملزماً للقضاء غير ان القضاء كثيراً ما يتأثر بهذا التفسير لاعتبارات ادبية لاسيما اذا صدر الرأي عن فقيه جليل.

- لا يعتبر الفقه مستقلاً عن القضاء فغالباً ما يتأثر الفقهاء والقضاة ببعضهم البعض فيما يصدر عنهم من اراء فقهية سديدة واحكام قضائية فالتعاون بين الفقه والقضاء وثيق في الوقت الحاضر والتأثير بينهما متبادل.

رابعاً: التفسير الاداري :

هو التفسير الذي تقوم به السلطات الادارية في صورة منشورات وتعليمات تصدرها الى اتباعها في السلك الاداري لتفسير تشريع ما.

- لا يتمتع هذا التفسير بأي قوة بالنسبة للقضاء وانما يعتبر بمثابة رأي شخصي ويقتصر الزامه على من وجه اليه التفسير من رجال الادارة.

مدارس او مذاهب التفسير

تبرز في دائرة تفسير القانون ثلاث مدارس تتفاوت من حيث مدى اعتدادها بإرادة المشرع وهي:
المدرسة التقليدية او مدرسة الالتزام بالنص - المدرسة الاجتماعية - المدرسة التعليمية

أولاً: المدرس التقليدية او (مدرسة الالتزام بالنص)

ترتبط بهذه المدرسة مدرسة الشرح على المتون التي سادت الفقه الفرنسي طوال القرن التاسع عشر, وتقوم هذه المدرسة على اساسين هما:

1. كفاية التشريع: ففي اعتقادها ان التشريع في صورة التقنين يشمل جميع الاحكام القانونية ولا مصدر للقانون سواه, ولذلك فانها استبعدت العرف وغيره كمصدر للقانون.

2. تقديس ارادة المشرع الحقيقية: وهي ارادة المشرع وقت سن التشريع, وذلك لإيمانها بأن التشريع هو المصدر الفرد للقانون وهو المظهر المعبر عن هذه الارادة.

- ترى هذه المدرسة ان النص اذا كان واضحاً اي ان ارادة المشرع الظاهرة من النصوص توافق ارادته الباطنة والحقيقية طبق القاضي النص الكاشف عن ارادة المشرع دون عناء.

- اذا كانت هذه المدرسة تتميز باحترامها للتشريع ولإرادة المشرع الحقيقية بما يحول دون تحكم القضاء في التفسير والى الحفاظ على هيبة القانون والى احترام مبدأ الفصل بين السلطات ومنع القضاء من المساس بسلطات المشرع.

- الا ان عيوبها: 1- انها غالت في احترامها لإرادة المشرع مغالاة تؤدي الى جمود القانون والحيلولة دون تطوره. 2- كما انها تعتبر التشريع المصدر الوحيد للقانون وتكرر المصادر الرسمية الاخرى وفي مقدمتها العرف وهو انكار يفنده واقع الحياة القانونية لان التشريع لا يمكن ان يستوعب جميع الحلول للوقائع القانونية غير المتناهية.

ثانياً: المدرسة الاجتماعية او (مذهب التطور) :

- تقوم هذه المدرسة على اساس انفصال القانون المكتوب عن ارادة المشرع وقت سن القانون والاعتقاد بأن القانون يحيا حياة مستقلة عن ارادة المشرع وانه يتطور تطوراً محتماً بتطور اوضاع المجتمع وظروفه وقيمه.

- ان هذه المدرسة لا تعتد بنية المشرع الحقيقية او المفروضة وانما تأخذ بنيته المحتملة ويقصد بها نية المشرع وقت تطبيق النص وتفسيره لا وقت سنه, اي ان يكون تفسير القانون في ضوء

ظروف المجتمع واوضاعه القيم الساندة ومقتضيات المصلحة والعدل وبذلك يكتسب القانون مرونة تبعده عن الجمود ويصبح مسائراً لتطور المجتمع.

- تتميز هذه المدرسة في اضعاء الحياة والمرونة على القانون بجعله مواكباً للمجتمع في تطوره.
- الا انه يؤخذ عليها ان اتجاهها في التفسير يفقد التشريع بعض الهيبة ويدعو الى تحكم القضاء واضطراب الاحكام, كما انه يؤدي الى المساس بمبدأ الفصل بين السلطات.

ثالثاً: المدرسة العلمية او (مذهب البحث العلمي الحر) :

تنسب هذه المدرسة الى الفقهية الفرنسي (فرانسو جني) الذي يرى ان التشريع يستقل عن ارادة المشرع بعد سنه كما انه يرمن بعدم كفاية التشريع للوفاء بجميع الحلول القانونية فهو ليس المصدر الوحيد للقانون وانما يقف العرف الى جانبه, كما يرى ان تغيير القانون ينبغي ان يتم بمقتضى نية المشرع الحقيقة وقت سن التشريع اذا كانت نيته واضحة, اما اذا لم تكن كذلك فينبغي عدم البحث عن ارادة المشرع المفروضة عن طريق التوسع في القياس, وبذلك خالف المدرسة التقليدية, كما ينبغي عدم التحري عن النية المحتملة وبذلك يخالف المدرسة الاجتماعية.

- يميز جني بين حالات مختلفة تقتضي التفسير, فإذا كان النص واضحاً طبقه القاضي معتدلاً بنية المشرع الحقيقية, اما اذا لم يكن النص واضحاً وجب عليه ان يفسره في ضوء ظروف المجتمع وقت التفسير ووفق روح العصر ومقتضيات العدالة, وليس عن طريق افتراض ارادة المشرع لان النص يستقل عن الارادة.

- اما اذا لم يوجد نص استعان القاضي بالعرف فإن انعدم الحكم في اي مصدر رسمي وجب على المفسر ان يلجأ الى البحث العلمي الحر ملتصقاً بالحل عن طريق التمعن في الاصول الواقعية والفكرية في المجتمع.

- ينسب (الجني) الفضل في توضيح عدم كفاية التشريع والعرف في استيعاب جميع الحلول القانونية والدعوة الى البحث العلمي الحر للوصول الى الحلول القانونية. ويبدو ان هذا الاتجاه في التفسير هو الاتجاه السائد في الوقت الحاضر.

قواعد التفسير

تبدو قواعد التفسير على نوعين:

أولاً: طرق التفسير الخارجية

هو الطرق التي يستند فيها المفسر الى عنصر خارج عن التشريع ويستعين بها لاسيما في حالة غموض النص. واهمها ما يلي:

حكمة التشريع - الاعمال التحضيرية - المصادر التاريخية - العادات - الفلسفة التي تسود الدولة

1- حكمة التشريع: وتعني الغرض الذي هدف اليه المشرع في وضع النص, او العلة التي اقتضت الحكم عن طريق ادراكه لعللة الحكم يقوم المفسر بتوضيح ما غمض من الفاظ النص.

2- الاعمال التحضيرية: وهي مجموعة الاعمال التي تواكب التشريع منذ اقتراحه حتى تمام سنه كالمذكرات التفسيرية ويستعين المفسر بهذه الاعمال في توضيح النص المبهم او استكمال نقصه او رفع التعارض بين النصوص لمعرفة ارادة المشرع.

- ان هذه الاعمال لا تعتبر جزءاً من التشريع وانما هي وسيلة لإدراك مقاصد المشرع ومن المحتمل ان تشتمل فكرة خطأ ولذلك ينبغي على المفسر ان يكون حذراً عند الاستعانة بهذه الاعمال.

3- المصادر التاريخية: وهي المراجع التي استمد منها المشرع احكام تشريعه فالشريعة الاسلامية والقانون المدني المصري هما المصدران التاريخيان للقانون المدني العراقي. فان غمض نص رأي المفسر انه مستمد من الفقه الاسلامي استعان بهذا الفقه في تفسير النص, وان وجد مستمداً من قانون وضعي اجنبي استرشد بالفقه والقضاء الاجنبيين في تفسير هذا النص.

4- العادات: هي مجموعة القواعد التي الفها الناس في تعاملهم حتى استقرت ويستعين بها المفسر في تحديد نطاق كثير من الحقوق, كحقوق الملكية والجوار, كما يستعين بها في تحديد ما يعتبر من اعمال التسامح التي لا تكسب حقاً وما لا يعتبر, وكذلك يلجأ اليها المفسر في تفسير العقود اذا تبين للقاضي ان ارادة الطرفين قد انصرفت الى الاخذ بها.

5- الفلسفة السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي تسود دولة ما: هي فلسفة تشيع في مجتمع يسوده نظام حكم تميز بمبادئ محددة قام عليها وفلسفة تشبه بها, وينبغي على المفسر ان يستهدي بها في تفسيره للقانون.

ثانياً: طرق التفسير الداخلية :

هي الطرق التي ينطوي عليها التشريع ذاته ويستعين بها المفسر في الحالات التي ينعدم فيها النص او تبدو فيها نقائص احكام القانون او يبدو فيها التناقض بين احكام عدد من النصوص واهم هذه الطرق ما يأتي: (الاستنتاج بطريق القياس - الاستنتاج من باب اولى - الاستنتاج من مفهوم المخالفة - تقريب النصوص المتعلقة بموضوع واحد من بعضها)

1- الاستنتاج بطريق القياس:

القياس هو اعطاء حالة غير منصوص على حكمها, حكم حالة اخرى ورد نص يحكمها لتماثل العلة بين الحالتين.

فاذا قرر المشرع الجنائي عدم توقيع العقوبة على من يرتكب سرقة اضراراً بزوجه او زوجته او اصوله او فروعها طبق هذا الحكم عن طريق القياس على حالتين لم ينص عليهما هما النصب وخيانة الامانة.

2- الاستنتاج من باب اولى :

ويعني اثبات حكم واقعة منصوص عليها في واقعة لم ينص على حكمها لان علة الحكم في الحالة غير المنصوص عليها والمراد استنباط حكم لها اقوى اي اكثر توافراً من على الحكم في الحالة التي ورد بها النص.

فاذا كان القانون الجنائي يعتبر تلبس الزوجة بالزنا ظرفاً مخففاً لعقوبة الزوج اذا قتل زوجته المتلبسة فمن باب اولى ان يكون الحكم كذلك اذا ضرب الزوج زوجته المتلبسة ضرباً مبرحاً فأصابها بجراح او عاهة مستديمة.

3- الاستنتاج من مفهوم المخالفة

يقصد به اعطاء حالة غير منصوص عليها، حكماً معاكساً لحكم حالة منصوص عليها لاختلاف العلة في الحالتين، او لأن الحالة المنصوص عليها جزئية من جزئيات الحالة غير المنصوص عليها. مثال ما نصت عليه المادة (62 من قانون العقوبات العراقي) بقولها: (لا يسأل جزائياً من اكرهته على ارتكاب الجريمة قوة مادية او معنوية لم يستطع دفعها)، فعلة عدم المسائلة الجزائية هي ابتغاء البيئة والاختيار، اما اذا ثبت الاختيار واقدام الشخص على ارتكاب جريمة باختياره وجبت المسائلة الجزائية لإنتفاء العلة.

4- تقريب النصوص المتعلقة بموضوع واحد من بعضها

فاذا ساق المشرع عدداً من النصوص تتعلق بموضوع واحد كالحيازة والمسؤولية مثلاً وشرع المفسر في تفسير احدها وجب عليه ان ينظر اليها جميعاً نظراً شاملة دون ان يكرس جهده عند نص واحد، لانه لو اقتصر في التفسير على نص واحد فإن من المحتمل ان تخالف بعض النصوص في الحكم البعض الاخر. ولذلك يجب على المفسر ان يجري مقارنة وتقريباً لبن اللفظ الغامض في النص وبين غيره من الالفاظ او بين النصوص المتعارضة في احكامها، وذلك لان قواعد التشريع لا تستقل عن بعضها وانما ترتبط جميعاً برباط وثيق يضمها النظام القانوني.

نطاق التفسير او مدى حرية المفسر في التفسير

لا يتمتع المفسر بنفس القدر من الحرية في تفسير مختلف النصوص وانما تنقيد حريته بطبيعة القواعد القانونية بالتفسير وهذا ما سنبينه في نقطتين:

1- التفسير الواسع:

هو الذي يتمتع فيه المفسر بحرية واسعة في التفسير ويستعين بمختلف الوسائل للتوسع في القاعدة دون ان يتقيد في اللفظ.

كالاستنتاج بطريق القياس والاستنتاج من باب اولى والاستنتاج بطريق المخالفة، وقد يستنتج بعض المبادئ العامة بطريق الاستقراء وقد يرجع الى المصلحة التي قصدها المشرع او الى حكمة التشريع وعلة الحكم ويطبق النص على كل حالة مشابهة، ويعمد المشرع عادة الى التفسير الواسع في نطاق القواعد القانونية الاتية: (القواعد المكملة او المفسرة للإرادة، والقواعد

التي تتضمن مبادئ عامة تقتضي المرونة في تفسيرها لتحقيق العدل والمصلحة, كقاعدة عدم رجعية القانون, وقاعدة حسن النية).

2- التفسير الضيق

هو الذي يلتزم فيه المفسر بلفظ النص دون التوسع في تفسيره عن طريق القياس والاستنتاج ويعمد المشرع عادة الى التفسير الضيق في نطاق القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام والمصالح الاساس للمجتمع, وهي القوانين الجنائية والقوانين المالية والقواعد الاستثنائية, اي القواعد التي ترد على احكام عامة وتضع استثناء امن حكمها, لأن الاستثناء يقدر بقدره ولا يجوز التوسع فيه.

إلغاء التشريع

معنى الالغاء والحكمة منه : يقصد بالإلغاء (انهاء العمل بالنص التشريعي ورفع قوته الملزمة) - حكمة الالغاء: هي انتقاء المصلحة من العمل بتشريع سابق بالنظر لان التشريع يهدف الى تحقيق المصالح فإذا ثبت ان المصالح لا تتحقق في ظل تشريع ما عمد المشرع الى الغائه, ويسمى الالغاء نسخاً.

- يلاحظ ان الالغاء لا يقتصر على التشريع وحده وانما يمتد الى المصادر الرسمية الاخرى للقانون كالعرف.

السلطة المختصة بالإلغاء :

تطبيقاً لمبدأ تدرج التشريع ولمبدأ العمل المضاد فإن النص لا يلغى الا بنص يماثله قوة او يكون اقوى منه وان كل عمل قانوني قائم او نافذ لا يلغى ولا يعدل الا بعمل اخر يتعارض معه ويستوفي نفس الاجراءات التي اتبعت في انشائه, لذلك فإن التشريع الفرعي يلغى بتشريع فرعي اخر او بقانون او بدستور, وكذلك التشريع او القانون فإنه بقانون او بدستور, اما الدستور فلا يلغى الا بدستور اخر, ولا يجوز ان يقع العكس اي لا يصح لتشريع فرعي ان يلغي قانوناً او دستوراً.

انواع الإلغاء :

يبدو الالغاء على نوعين هما: الالغاء الصريح والالغاء الضمني :

اولاً: الالغاء الصريح :

ويعني (الغاء النص التشريعي بنص تشريعي اخر) ويتحقق في الحالات الاتية:

1. ان يصدر تشريع يلغي سابقاً بنص صريح دون احلال تشريع لاحق محل التشريع السابق.

2. ان يصدر تشريع لاحق يتعارض كل او بعض احكامه مع أحكام او بعض احكام تشريع سابق وينص المشرع صراحة في التشريع اللاحق على الغاء ما يتعارض مع أحكامه كلياً او جزئياً في تشريع او تشريعات سابقة.

3. ان يصدر تشريع يقضي بالنص الصريح على سريانه لمدة محددة او في ظروف معينة, فإن العمل به ينتهي بانتهاء تلك المدة او الظروف كالتشريعات التي تصدر ابان الحروب او قانون التسعيرة الجبرية.

4. اذا لم يستوفي التشريع شرطاً تطلبه الدستور, كأن تصدر تشريعات في ظل ظروف معينة تطلب الدستور عرضها على المجلس التشريعي خلال مدة معينة ولم تعرض فإنها تعتبر لاغية لمخالفتها شرط الدستور.

ثانياً: الإلغاء الضمني ك

يقصد به (الغاء حكم تشريع سابق بتشريع لاحق دون ان ينص فيه على الالغاء) ويتحقق ذلك في حالتين:

1- الحالة الاولى : ان تأتي احكام التشريع اللاحق متعارضة مع احكام التشريع السابق كلياً او جزئياً ولم يرد في التشريع اللاحق نص بالالغاء.

- جدير بالذكر ان التعارض بين احكام التشريعيين لا يفيد دائماً الغاء النص السابق بالنص اللاحق الا اذا كان كلاهما من صفة واحدة كأن يكون كلاهما قد جاء بحكم عام او بحكم خاص.

- اما اذا اختلفت الصفة وجاء النص اللاحق بحكم عام بعكس النص السابق الذي جاء بحكم خاص فإن النص اللاحق لا يلغي النص السابق وانما يظل حكم هذا القانون قائماً بعد صدور النص اللاحق ويعتبر استثناء من حكمه. فاذا صدر قانون مدني جديد ينظم عقد الايجار فإنه لا يلغي القانون السابق بتنظيم مراقبة ايجار العقار, كذلك العكس فإذا صدر قانون خاص وكان القانون السابق عاماً فإن القانون اللاحق لا يلغي القانون السابق بل يقف الى جواره ويعتبر استثناء منه يرد على الحالة التي تناولها بالذكر والتي تقتطع من الحالات التي نظمها القانون السابق.

2- الحالة الثانية : ان يقوم التشريع اللاحق بإعادة تنظيم وضع قانوني تناوله تشريع سابق بالتنظيم دون ان ينص على الغاء التشريع القديم, اذ تحل قواعد التشريع اللاحق محل جميع

قواعد التشريع السابق وان كانت بعض نصوصه لا تخالف نصوص التشريع اللاحق، كأن يصدر قانون ضمان اجتماعي جديد يحل محل قانون الضمان الاجتماعي القديم.

((أثر العرف وعدم الاستعمال في إلغاء التشريع))

يثور التساؤل حول امكانية الغاء التشريع بالعرف وعدم الاستعمال في ظل الانظمة القانونية التي تعتبر العرف مصدراً رسمياً للقانون، اذ يعتبر عدم استعمال التشريع فترة ما عرفاً سلبياً فهل يعد سبباً لإلغاء التشريع.

- يرى كثير من الفقهاء وعدد كبير من القضاة عدم جواز الغاء التشريع بقاعدة عرفية سلبية مفادها عدم استعمال التشريع فترة ما وذلك للأسباب الآتية:

1. احترام التشريع والاقرار بتفوقه على سائر المصادر الرسمية الاخرى كونه المصدر الرسمي الاول وما عداه يعتبر مصدراً احتياطياً فلا يجوز الغائه بمصدر اخر اقل منه منزلة.

2. ان عدم استعمال التشريع قد ينسب الى اهمال مقصود يكون اهماله المقصود سبباً لإلغائه.

3. قد ينسب عدم الاستعمال الى جهل الناس بأحكامه والجهل بالتشريع لا يعتبر عذراً.

4. قد يتعذر معرفة مدة عدم الاستعمال لتعذر الالمام بالوقت الذي بدأ منه عدم الاستعمال.

- لذلك يمكن القول ان عدم الاستعمال لا يمكن ان يلغي نصاً تشريعياً وهو ما نصت عليه اغلب قوانين الدول المعاصرة.

- الا ان هنالك استثناء يرد على هذا الامر وهو ان العرف التجاري يمكن ان يلغي نصاً تشريعياً عند عدم استعماله بشرط ان لا يتعلق هذا النص بالنظام العام.

أثر الإلغاء

- يؤدي الغاء التشريع الى انتهاء العمل به منذ وقت نفاذ التشريع الجديد ولذلك فإن الوقائع التي نشأت في ظل قانون سابق تبقى خاضعة لحكمه الا في الحالات التي سبق ذكرها في موضوع سريان القانون من حيث الزمان.

- يختلف اثر الالغاء او النسخ عن الإبطال كإبطال قانون لعدم دستوريته, وذلك لان الحكم بإبطال قانون ما يجعله لا يرتب اي اثر, ويقتضي عدم العمل به وعدم سريان أحكامه على الوقائع والتصرفات التي لم يبت فيها في ظل قانون سابق.

التقنين

تعريف التقنين واختلافه عن التشريع العادي

يفيد التقنين معنيين هما الاول هو التقنين او المدونة - والثاني هو عملية التقنين .

1- التقنين او المدونة: هو الوثيقة الرسمية التي تصدرها السلطة التشريعية تكون جامعة للقواعد القانونية المتعلقة بفرع من فروع القانون بعد تهذيبها وتنسيقها.

2- عملية التقنين: يراد بها عملية تجميع القواعد القانونية المتعلقة بفرع من فروع القانون تجميعاً علمياً منطقياً واصدارها من قبل السلطة التشريعية في وثيقة رسمية شاملة مبنية.

- بما ان التقنين هو عمل رسمي من اعمال الدولة صادر من السلطة التشريعية فإن ما يقوم به الافراد او الهيئات من تجميع غير رسمي للقواعد القانونية المتعلقة بأحد فروع القانون او ببعضها فلا يسمى تقنياً بالمعنى الاصطلاحي الدقيق وان اطلق البعض عليه مصطلح المجموعة او التقنين غير الرسمي, وذلك لأن التجميع يعتبر عملاً فقهيّاً صرفاً لا يصدق عليه وصف التقنين ولا يرقى الى مرتبة التشريع الجامع.

اوجه الشبه والاختلاف بين التقنين والتشريع العادي

هنالك اوجه شبه واختلاف بين التقنين وبين التشريع العادي نوجزها فيما يلي:

- اوجه الشبه

1. من حيث شموله: فالتشريع الاعتيادي يصدر لتناول مسألة معينة بذاتها كقانون الاصلاح

الزراعي, اما التقنين فتجميع للقواعد التشريعية المختصة بفرع من فروع القانون يضم جميع المسائل المتعلقة به كالقانون المدني او القانون التجاري.

2. من حيث الغرض: فإذا كان التشريع العادي يعني قيام الدولة بسن قواعد قانونية ملزمة,

فإن التقنين يهدف الى اصلاح الحياة القانونية في الدولة وتوحيدها واصدارها في وثيقة

رسمية جامعة بعد تعديلها وتنسيقها.

اهمية التقنين ومزاياه

يتمتع التقنين بعدة مزايا جلية هي:

1. ان تجميع القواعد القانونية في مدونة واحدة يؤدي الى سهولة التعرف على القواعد القانونية ويوفر على الباحث كثيراً من المجهود في تفحصها.
2. ان تجميع القواعد القانونية في مدونة واحدة يضفي دقة الصياغة ويزيل الغموض مما تضمنته من القواعد المستمدة من مصادر غير التشريع.
3. ان تقنين القواعد القانونية يؤدي الى تفادي التعارض في الأحكام الذي يكون ملحوظاً فيما بين القواعد القانونية المتناثرة والمختلفة.
4. ان تقنين القواعد القانونية يؤدي الى تحقيق الوحدة القانونية في الدولة والوحدة القانونية افضل وسيلة لتحقيق الوحدة السياسية.
5. ان تقنين القواعد القانونية تساعد المشرع في اقتباس واستمداد النظريات والمبادئ من القوانين الاجنبية الصالحة لإصلاح الحياة القانونية في مجتمعه ومسايرة روح العصر ومقتضياته.

عيوب التقنين ونقده والرد على النقد

- عيوب التقنين: وجهت الى التقنين جملة من الانتقادات بسبب الزعم ان ثمة عيوباً تشوبه ابرزها ما يلي:

1. قيل ان تقنين القواعد القانونية في مدونة واحدة يطبع نصوص القانون بطابع الثبات ويسبغ على احكامه صفة الجمود ويحول دون مجاراته لتطور المجتمع, لأن القانون حدث اجتماعي ينشأ بنشوء المجتمع ويتطور بتطوره.
2. قيل ان التقنين لا يؤدي الى جمود نصوص القانون فحسب وانما يؤدي الى جمود تفسيره ايضاً.
3. قيل ان التقنين لا يضم في ثناياه تعريفات لمعظم الافكار القانونية الهامة التي يتناولها بالذكر كالحش ومبدأ حسن النية, كما لا يتناول اغلب الاوضاع القانونية التي يفصل

احكامها بالتقسيم والتصنيف الشامل الدقيق كالعقود مثلاً. فيؤدي بذلك الى غموض
الفكرة وانقسام الرأي بصدد تحديدها.

- الرد على الانتقادات الموجهة للتقنين

لقد تولى انصار التقنين الرد على الانتقادات الموجهة اليه فقد ردوا على اول انتقادين بما يأتي:
1- ان ثبات التقنين لا يمتد الى فترة قصيرة تعقب صدوره حيث تبدو احكامه وافية بالحاجة
لضخامة الجهود العلمية التي بذلت في انتقاء الأصح من القواعد القانونية, فإن ظهرت حاجة
لتطوره وتفسيره بادر القضاء لسد النفاض عن طريق التفسير. وحتى اذا طالت المدة وظهرت
النفاض والتحوير والاضافة بادر المشرع الى التدخل عن طريق مراجعة التقنين وتعديله اما
بصورة تقنين جديد لبعض نصوصه او بصورة تشريعات تصدر خارج نطاق التقنين.

2- ان التقنين غالباً ما يبتعد عن التفصيلات والجزئيات ويقتصر على المبادئ العامة والقواعد
الكلية تاركاً تفصيلها الى القضاء الذي يقوم باستنباط الأحكام الجزئية وتكييف النصوص وفقاً
لمقتضيات الحياة العلمية وتطورها, فلا يمكن وصفه بالجمود.

3- غالباً ما تكون نصوص التقنين مرنة في صياغتها بل ينبغي ان يكون التقنين مرناً في
صياغته لكي يكتب له الحياة المديدة, والصياغة المرنة لا تسبغ على القاعدة القانونية صفة
ثابتة ولا تعطئها حلاً واحداً لا يتغير بتغير الظروف.

- اما الانتقاد الاخير فحسب رأيهم انه ليس مهماً اذ يعد سكوت المشرع عن التعريف او التقسيم
والتصنيف سلوك سليم يحمد عليه, لأن الفكرة او المبدأ قد يسبغ عليه صفة الجمود الذي يجعل
من المتعذر التوسع في تطبيقها توسعاً يقتضيه تطور المجتمع, اما التقسيم والتصنيف فالأفضل
اغفالهما لتعلقهما بالحياة العملية والأفضل يجب تركهما الى الفقه ليتولى تحديدهما في ضوء
حاجات المجتمع واوضاعه.