جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة بابل
كلية القانون

تأويل النصوص الجزائية

((دراسة مقارنة))

أطروحة تقدم بها
الطالب

منتظر فيصل كاظم مطر

إلى مجلس كلية القانون / جامعة بابل
وهي جزء من متطلبات نيل درجة الدكتوراه فلسفة في القانون / القانون العام

بإشراف

أ.د. حسون عبيد هجيج

١٤٣٩هـ ٢٠١٨م

الباب الأول

ماهية تأويل النصوص الجزائية

يعد هذا الباب مدخلاً مهماً لدراسة موضوع تأويل النصوص الجزائية، وإذا نظرنا في دور تأويل النصوص الجزائية سنلمس أهميته البالغة في حسن أداء القانون الجزائي لرسالته، ولعلنا لا نجاوز الحقيقة إذا قلنا: إن معيار نجاح القانون الجزائي في مهمته الرئيسة مرهون بحسن تطبيق قواعد تأويل النصوص الجزائية.

وفي ضوء ما تقدم يمكن القول بأن الإلمام بتأويل النصوص الجزائية لن يكون بالقدر الكافي ولا يمكن سبر أغواره دون الولوج من هذا الباب الذي يتعرض لتحديد ماهية تأويل النصوص الجزائية.

وعليه سيكون دراسة هذا الباب في فصلين يكرس الأول لمفهوم تأويل النصوص الجزائية، في حين سيتضمن الفصل الثاني لضوابط تأويل النصوص الجزائية.

الفصل الأول

مفهوم تأويل النصوص الجزائية

يعد تأويل النصوص الجزائية من الاعمال القضائية المهمة التي تقوم بها المحكمة الجزائية، وبذلك فإن تأويل النصوص الجزائية ليس من شأن عمل التشريع فحسب وإنما يدخل في صلب عمل القضاء أيضاً[١].

عليه ستكون معالجة مفهوم تأويل النصوص الجزائية من خلال تقسيمه على مبحثين نتناول في المبحث الأول التعريف بتأويل النصوص الجزائية، ونخصص المبحث الثاني لمحل تأويل النصوص الجزائية.

المبحث الأول

التعريف بتأويل النصوص الجزائية

أن التأويل بشكل عام هو عملية ذهنية تستخدم فيه كافة القواعد العقلية والمنطقية لفهم معنى النص الجزائي وتحديد أمر مداه ونطاقه لأجل تطبيقه على الفروض التي يتسع لها.

وعليه ومن أجل الوقوف على التعريف بتأويل النصوص الجزائية يقتضي الأمر تقسيم هذا المبحث على ثلاثة مطالب، نفرد المطلب الأول لتعريف تأويل النصوص الجزائية، ونعرج في المطلب الثاني على أنواع تأويل النصوص الجزائية وذاتيته وشروطه، ونكرس المطلب الثالث للطبيعة القانونية لتأويل النصوص الجزائية.

---

(١) بخلاف التفسير الذي يختلف مصدره تبعاً للجهة أو السلطة التي تقوم بها فقد تفسر النصوص الجزائية من قبل السلطة التشريعية ويسمى بـ ((التفسير التشريعي))، وقد يأتي من قبل القضاة وهي السلطة التي تختص بتطبيق القواعد والأحكام القانونية ويسمى بـ ((التفسير القضائي))، وقد يأتي التفسير من قبل فقهاء القانون والمشتغلون بدراسة القواعد القانونية ويسمى بـ ((التفسير الفقهي))، وقد يكون التفسير صادر عن تطبيق القانون الإداري فيسمى التفسير عندئذ بـ ((التفسير الإداري))، وسوف يأتي بحث هذا الموضوع بالتفصيل ضمن دراسة موضوع ذاتية التأويل في الفرع الثاني من المطلب الثاني من المبحث الأول في هذا الفصل.

المطلـــب الأول

تعريـف تأويـل النصـوص الجزائيـة

إن لتأويل النصوص الجزائية تعريفاً لغوياً وشرعياً واصطلاحياً، ولأجل الدراسة سنتناول ذلك في ثلاثة فروع وكالآتي:-

الفـــرع الأول

تعريـف تأويـل النصـوص الجزائيـة لغـةً

للوقوف على المعنى اللغوي لتأويل النصوص الجزائية لا بد من بيان معنى كل مفردة على انفراد:-

فالتأويل لغةً:- مصطلح مأخوذ من الفعل الثلاثي (أول) و (يؤول) و (تأويلاً)، وبناء التأويل على التفعيل لأنه للتكثير، وثلاثية من (آل) و (يؤول)[١]. و(آل ، يؤول، أولاً، ومآلاً،) بمعنى رجع، و(آل عنه) بمعنى أرتد، و(آل الملك) بمعنى رعيته إذا ساسهم وأحسن رعيتهم وقيل ذلك لأنهم يرجعون إليه في أمورهم ومنه (المئل) ويقصد به الموضع الذي يرجع إليه أو الملجأ[٢].

والتأويل هو رد الشيء إلى الغاية المراد منه قولاً أو فعلاً[٣] وهو كذلك أخر الأمر وعاقبته، يقال إلى أي شيء مأل هذا الأمر أي مصيره وأخره وعاقبته[٤]. وأول الكلام تأويله: دبره وقدره، وأوله وتأوله وقوله تعالى: ﴿وَلَمَّا يَأْتِهِمْ تَأْوِيلُهُ﴾[٥]، أي لم يكن لهم علم تأويله[٦]. فالتأويل من الأول، أي الرجوع إلى الأصل ومنه المؤول للموضع الذي يرجع إليه وذلك علماً أو فعلاً[٧]، ففي العلم نحو قوله عز وجل ﴿ وَمَا يَعْلَمُ تَأْوِيلَهُ إِلَّا اللَّهُ ﴾[٨].

أما النصوص لغةً:- فهو مصطلح مأخوذ من الفعل الثلاثي (نصص) و (نص) ويعني الشيء رفعه وبابه رد ومنه (منصة) العروس بكسر الميم و (نص) الحديث إلى فلان رفعه إليه، و(نص) كل شيء منتهاه[٩].

وإما الجزائية لغةً : فهو مصطلح مأخوذ من الفعل الثلاثي جزى ومصدره جزاءً وتعني المكافأة[١٠]، وجزى بما صنع يجزيه (جزاء) و (جازاه) بمعنى (جزى) عنه أي قضى منه ومنه قوله تعالى ﴿ لَّا تَجْزِي نَفْسٌ عَن نَّفْسٍ شَيْئًا ﴾[١١]، ويقال (جزت) عنه شاة، وتجازى دينه أي تقضاه فهو متجاز أي متقاض والجزية ما يؤخذ من أهل الذمة[١٢].

---

(١) الأمام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، ط ١، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ١٩٩٠، ص ٢١.
(٢) أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، ج ١، دار الكتب العلمية، قم - أيران، بلا سنة طبع، ص ١٦١ وما بعدها.
(٣) جمال الدين أبي الفضل محمد بن مكرم أبن منظور، لسان العرب، ج ١، ط ٣، دار احياء التراث العربي، بيروت، ١٩٩٩، ص ٢٦٧.
(٤) جمال الدين أبي الفضل محمد بن مكرم أبن منظور، مصدر سابق، ص ٢٦٧.
(٥) سورة البقرة، الآية (٤٨).
(٦) أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، مصدر سابق، ص ١٦٠.
(٧) جمال الدين أبي الفضل محمد بن مكرم أبن منظور، مصدر سابق، ص ٢٦٧ وما بعدها.
(٨) سورة أل عمران، الآية (٧).
(٩) الأمام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مصدر سابق، ص ٢٧٧.
(١٠) جمال الدين أبي الفضل محمد بن مكرم أبن منظور، ج ١١، مصدر سابق، ص ١٧٧.
(١١) سورة البقرة، الآية (٤٨).
(١٢) الأمام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مصدر سابق، ص ٥١.

الفـرع الثانـي

تعريـف تأويـل النصـوص الجزائيـة شرعـاً

إن التأويل شرعـاً هو (معـرفة المآل أو القصد لكلام النـص)[١]، أو هو (صـرف اللفظ عن المعنى الظاهر إلـى غيـر الظاهر)[٢] أو بعبارة أخرى هو (صـرف اللفظ مـن المعنى الراجـح إلى المعنى المرجـوح لدليـل يقترن بـه)[٣].

كما عرف التأويل في الشرع بأنه (رد الظاهر إلى ما إليه مآله في دعوى المؤول، وإنما يستعمل إذا علق بما يتلقى من الألفاظ منطوقاً أو مفهوماً)[٤]، كما عرف بأنه (صـرف الآيـة إلـى معنـى مرافق لما قبلها وما بعدها ويطابق الكتاب والسنة)[٥].

وتعريفات الفقه للتأويل كثيرة، لكنها تدور حول محور واحد وهو العدول عن تطبيق ظاهر نص ظنـي الدلالـة إلى ما يحتمله من حكم أخر، لدليل يقتضي ذلك العدول.

من خلال ما أورد من تعريفات للتأويل أصبح جلياً بأن التأويل هو استثناء من الأصل، لأن الأصل هو العمل بظاهر النص، ولا يتم العدول عن هذا الظاهر إلا بدليل معتّد به. فالأصل في الكلام الحقيقة ولا يصـار إلـى المجاز إلا بدليل، والأصل في الأمر إنه للوجوب مالم يصرفه دليل غير ذلك، والأصل في المطلق هو تركه على أطلاقه ما لم يقم دليل على تقييده إلى غير ذلك[٦].

عليـه فأن لعلماء أصـول الفقـه الإسلامي اتجاهان في فهم التأويل الذي أشـارت إليـه الآيـات القرآنيـة الكريمـة منها قوله تعالى ﴿ فَأَمَّا الَّذِينَ فِي قُلُوبِهِمْ زَيْغٌ فَيَتَّبِعُونَ مَا تَشَابَهَ مِنْهُ ابْتِغَاءَ الْفِتْنَةِ وَابْتِغَاءَ تَأْوِيلِهِ وَمَا يَعْلَمُ تَأْوِيلَهُ إِلَّا اللَّهُ وَالرَّاسِخُونَ فِي الْعِلْمِ ﴾[٧] وقوله عز وجل ﴿ وَكَذَلِكَ يَجْتَبِيكَ رَبُّكَ وَيُعَلِّمُكَ مِن تَأْوِيلِ الْأَحَادِيثِ ﴾[٨] وكذلك قولـه تعـالى ﴿ وَكَذَلِكَ مَكَّنَّا لِيُوسُفَ فِي الْأَرْضِ وَلِنُعَلِّمَهُ مِن تَأْوِيلِ الْأَحَادِيثِ ﴾[٩].

الاتجـاه الأول:

يرى هذا الاتجاه أنَّ المراد بالتأويل هو (المعنى المخالف لظـاهر اللفظ)[١٠] كذلك بأنـه (صـرف اللفظ عن المعنى الراجح إلى المعنى المرجوح لدليل يعتضد به)[١١]، وهذا هو التأويل الذي يتكلمون عليه في أصول الفقه ومسائل الخلاف.

---

(١) الأمام أبي عبدالله بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار المعرفة، بيروت - لبنان، ٢٠٠٧، ص ٥٧٩.
(٢) عدنان إبراهيـم عبد العجيلـي، الاجتهـاد في مـورد النـص، اطـروحـة دكتـوراه، كليـة الحقـوق - جامعـة النهريـن، ٢٠٠١، ص ١٤٢.
(٣) د. مصطفى إبراهيـم الزلمـي، دلالات النصـوص وطـرق استنبـاط الأحكـام في ضـوء أصـول الفقـه الاسلامـي، ط ١، دار احسـان للنشـر والتوزيـع، اربيل، ٢٠١٤، ص ٣٠٧.
(٤) د. عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٥، ص ٣١٤.
(٥) السيد كمال الحيدري، أصول التفسير والتأويل، مؤسسة التأريخ العربي، بيروت، ٢٠٠٦، ص ٣٠٢.
(٦) د. مصطفى إبراهيم الزلمي، أصول الفقه في نسيجه الجديد، ج ٢، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١١، ص ٤٤٧.
(٧) سورة أل عمران، الآية (٧).
(٨) سورة يوسف، الآية (٦).
(٩) سورة يوسف، الآية (٢٠).
(١٠) د. صالـح أحمـد رضـا، مختصـر تفسيـر الطبـري، المجلـد الأول، دار يوسـف للطباعـة والنشـر، بـلا مكـان طبـع، ١٤٠٢هـ، ص ٩٥ ومـا بعدها.
(١١) السيـد محمـد حسيـن الطباطبائـي، الميـزان فـي تفسيـر القـرآن، ج ١، ط ٣، مؤسسـة الأعلمـي للمطبـوعـات، بيـروت، بلا سنـة طبـع، ص ٤٧ ومـا بعدهـا.

والمتأول عليه وظيفتان: بيان احتمال اللفظ للمعنى الذي أدعاه وبيان الدليل الموجب للصرف إليه (اللفظ المحتمل) عن المعنى الظاهر[١]، وهذا هو الدليل الذي يتنازعون فيه في مسائل الصفات[٢].

الاتجاه الثاني:

يرى هذا الاتجاه أن المقصود بالتأويل هو البحث عن الحقيقة الواقعية التي تستند إليها البيانات القرآنية من حكم أو موعظة أو حكمة وأنه موجود لجميع الآيات القرآنية[٣]، محكمها ومتشابهها وأنه ليس من قبيل المفاهيم المدلول عليها بالألفاظ بل هي من الأمور الغيبية المتعالية من أن يحيط بها شبكات الألفاظ وإنما قيدها الله سبحانه وتعالى بقيد الألفاظ لتقريبها من اذهاننا بعض التقريب[٤].

إذاً فهي كالأمثال تضرب ليقرب بها المقاصد وتوضح بحسب ما يناسب فهم السامع، وأن القرآن لم يستعمل لفظ التأويل إلا في المعنى الذي ذُكِر في أعلاه.

ومن النتائج المستخلصة من الاتجاه الثاني يمكن أن نوردها باختصار[٥]:-

١- أن الآيات القرآنية تقسم إلى قسمين محكم ومتشابه وذلك من جهة اشتمال الآية وحدها على مدلول متشابه وعدم اشتمالها.

٢- إن كون الآية ذات تأويل ترجح إليه غير كونها متشابهة ترجح إلى آية محكمة.

٣- أن التأويل لا يختص بالآيات المتشابهة، بل لجميع القرآن تأويل، فللآية المحكمّة تأويل كما أن للآية المتشابهة تأويلاً.

٤- أن التأويل ليس من المفاهيم التي هي مدلولات الألفاظ بل هو من الأمور الخارجية العينية.

٥- أن البيانات القرآنية أمثال مضروبة لمعارفها ومقاصدها.

مما تقدم يتضح أن للفظ التأويل شرعاً معنيان:

الأول: صرف اللفظ عن الاحتمال الراجح إلى الاحتمال المرجوح لدليل يقترن به.

الثاني: التأويل بمعنى الحقيقة التي يؤول إليها الكلام، فتأويل ما أخبره الله به عن ذاته وصفاته هي حقيقة ذاته المقدسة وما لها من حقائق الصفات، وتأويل ما أخبره الله به عن اليوم الأخر هو نفس ما يكون في اليوم الأخر.

الفرع الثالث

تعريف تأويل النصوص الجزائية اصطلاحاً

للتعرف على المعنى الاصطلاحي لتأويل النصوص الجزائية، لابد أن نبين مفهوم هذا المصطلح في التشريع والفقه والقضاء.

أولاً- التشريع:

لم يرد في التشريعات الجزائية العراقية الموضوعية أو الإجرائية تعريف لتأويل النصوص الجزائية، وإنما ورد مصطلح التأويل في قانون المرافعات المدنية الذي نص على أنه ((... إذا كان الحكم قد بني على

---

(١) د. صالح أحمد رضا، مصدر سابق، ص ٩٥.

(٢) تجدر الإشارة إليه أن آيات الصفات أي مسألة صفات الله سبحانه وتعالى وما ورد في الآيات من صفات هي الاستواء، العلوم، الكلام، الرضا، الغضب، السمع، البصر، الوجه، النفس، ... الخ.

(٣) السيد كمال الحيدري، مصدر سابق، ص ٧ وما بعدها.

(٤) الأمام أبي حامد محمد بن محمد الغزالي، المستصفى في علم أصول الفقه، ج ١، ط ١، دار أحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، ١٩٩٣، ص ٣٨٧.

(٥) السيد كمال الحيدري، تأويل القران النظرية والمعطيات، ط ١، دار فراقد، أيران، ٢٠٠٦، ص ٧٢. وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي، ج ٤، ط ١، دار المكتبي، دمشق - سوريا، ٢٠٠٧، ص ٥٩٠.

مخالفةٍ للقانون أو خطأ في تطبيقه أو عيب في تأويلهٍ))[١]، كما أن قانون أصول المحاكمات الجزائية قد استخدم مصطلح (التأويل) عندما عددت المادة (٢٤٩ / ١) الحالات التي يجوز فيها الطعن تمييزاً بقولها ((... أو خطأ في تطبيقه أو تأويله ...))[٢]، كذلك ما ورد في المذكرة الايضاحية لمشروع قانون العقوبات لعام ١٩٨٥ بأنه ((قد روعي في وضع النصوص وضوح العبارة وبساطة اللغة وسلاستها بما تؤمل منه اللجنة أن يقلل أو يحول دون الاختلاف والتأويل الذي يؤدي إلى تباين الاجتهادات لما لذلك من أثر لا تنكر أهميته في مجال تطبيق قانون العقوبات)).

أما بالنسبة للتشريعات الجزائية العربية والأجنبية المقارنة فبحدود ما أطلعت عليه فهي الحال نفسه حيث لم يرد فيها أي تعريف لتأويل النصوص الجزائية ولا حتى تعريف للتأويل بمفهومه العام.

ثانياً:- الفقه:

على الرغم من صراحة النصوص الواردة في القوانين الجزائية في ذكرها مصطلح (التأويل)، عد مصطلح التأويل أكثر استخداماً من أي مصطلح أخر لدى غالبية الفقه الجزائي وحتى المدني، وأن تعريف تأويل النصوص الجزائية الوارد من قبل فقهاء القانون المدني والجزائي يلتقيان من حيث نقطة البداية والنهاية.

وبهذا ينبغي هنا أن نستعرض بعض التعريفات التي أدلى بها الفقه الجزائي، لنتعرف على مفهومهم لتأويل النصوص الجزائية، فقد عرف جانب من الفقه العراقي تأويل النصوص الجزائية بتعريفات مختلفة إذ عرف بأنه (صرف النص الجزائي الواجب التطبيق على الدعوى الجزائية معنى يختلف عن معناه الظاهر)[٣]، وقد عرف بأنه (صرف المعنى الظاهر للفظ إلى معنى أخر للمناسبة بينهما)[٤].

أمّا بالنسبة للفقه الفرنسي فقد عرف تأويل النصوص الجزائية بتعريفات مختلفة فقد عرف بأنه (تحديد المعنى الحقيقي لمضمون النصوص الجزائية التي وضعها المشرع)[٥]. كما عرف بأنه (تحقيق الاتساق بين الصيغة الثابتة في شكل قاعدة مكتوبة وبين فروض الحياة المتغيرة)[٦]، وكذلك فقد عرف بأنه (نتيجة نشاط عقلي عن طريقه يستطيع الفرد الوصول إلى معنى قانوني لنص رسمي)[٧].

أمّا الفقه المصري فقد عرف تأويل النصوص الجزائية من حيث المقصود تعريفاً لا يختلف في جوهره عن تعريف الفقه العراقي والفرنسي وقد عبر عن هذا المعنى بتعبيرات مختلفة، فهو في رأي جانب من الفقه بأنه (عملية عقلية منطقية تعمل على تحديد المعنى الحقيقي للقاعدة الجزائية، وتعيين مداها من واقع لألفاظ النص

---

(١) المادة (٢٠٣) من قانون المرافعات المدنية، تقابلها المادة (٢٤٨) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ المعدل، والمادة (٢٥٠) من قانون أصول المحاكمات المدنية السوري رقم (٨٤) لسنة ١٩٥٣ المعدل، والمادة (٣) من القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ المعدل، والمادة (٧٠٨) من قانون المرافعات المدنية اللبناني رقم (٩٠) لسنة ١٩٨٣ المعدل، والمادة (٣٥٩) من قانون المسطرة المدنية المغربي رقم (٤٤٧) لسنة ١٩٧٤المعدل، والفصل (١٧٥) من مجلة المرافعات المدنية والتجارية التونسي رقم (١٣٠) لسنة ١٩٥٩ المعدل، والمادة (٣٦٣) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي لسنة ١٩٧١ المعدل، والمادة (٤) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الإماراتي رقم (١٧) لسنة ١٩٧٨ المعدل، والمادة (٦١٢) من قانون المرافعات المدنية الفرنسي رقم (١٢٣) لسنة ١٩٧٥ المعدل.

(٢) تقابلها المادة (٣٠ / اولاً) من قانون حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض المصري رقم (٥٧) لسنة ١٩٥٩ المعدل، والمادة (٢٧٤ / ثانياً) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني رقم (٩) لسنة ١٩٦١ المعدل، والمادة (٢٧٤ / هـ) من قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني رقم (٣٢٨) لسنة ٢٠٠١ المعدل، والمادة (٣٨١) من قانون الإجراءات الجنائية الليبي لسنة ١٩٥٣المعدل، والمادة (٢١٤) من قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي رقم (٣٥) لسنة ١٩٩٢ المعدل، والمادتان (١١٦، ١٨٤) من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي.

(٣) د. أكرم نشأت إبراهيم، الأحكام العامة في قانون العقوبات العراقي، مطبعة أحمد، بغداد، ١٩٦٢، ص ٣٣.

(٤) جمال محمد مصطفى، مصدر سابق، ص ١٧٣.

(5) Rigeax, T. Les Problems de la Qualification de Droit Penal et de Criminalogie, 1948 - 1949, p. 709.

(6) Gaston, M. Introduction la Science du Droit, aris, 1925, p. 121.

أشار إليه د. علي هادي عطية الهلالي، المستنير من تفاسير أحكام الدساتير، منشورات زين الحقوقية، بيروت - لبنان، ٢٠١٦، ص ٥٢.

(7) Voir, H. Enrique, P. Langage Juridique et Interpretation Litterale, Paris, 1977, p. 42.

والحق والمركز القانوني محل الحماية بقصد اعلان حكم القانون في الحالة الواقعية المعروضة)[١]، كما عرف بأنه (نشاط فكري ومنطقي يبحث في معاني القاعدة الجزائية لتحديد مضمونها ومجال تطبيقها على الفروض الواقعية)[٢]. كذلك فقد عرف بأنه (تحديد المعنى الباطن الذي يقصده المشرع من معاني ألفاظ النص الجزائي وفحواه لجعله صالحاً للتطبيق على وقائع الحياة)[٣].

كما عرّف تأويل النصوص الجزائية من حيث المقصود تعريفاً لا يختلف في جوهره عن تعريف كل من الفقه العراقي والفرنسي والمصري وذلك باعتباره عملية اجتهادية خاضعة لسلطة القاضي التقديرية، فقد عبر رأي من الفقه الأردني عن هذا المعنى بقوله أن تأويل النصوص الجزائية هو (الاستدلال على الحكم الجزائي وعلى الحالة النموذجية التي وضع لها هذا الحكم من واقع المعاني التي عبر بها المشرع عن ذلك)[٤]، وهو ما أكد عليه رأي آخر من الفقه اللبناني بقوله أن تأويل النصوص الجزائية هو (تحديد المعنى الحقيقي الذي تتضمنه القاعدة الجزائية وتعيين نطاقها وذلك حتى يمكن الاستدلال على ما تتضمنه القاعدة، ومن ثم مطابقتها على الظروف الواقعية التي يثار بصدد تطبيق هذه القاعدة)[٥]، وهو أيضاً ما أكد عليه جانب من الفقه السوري بقوله أن تأويل النصوص الجزائية هو (عملية اجتهادية يقوم بها القاضي الجزائي لتحقيق غاية نهائية واحدة هي الوصول إلى حسن تطبيق القانون)[٦].

ثالثاً:- القضاء:

أما بخصوص موقف القضاء الجزائي من تعريف تأويل النصوص الجزائية فبحدود ما أطلعت عليه لم نجد تعريفاً للقضاء الجزائي سواءً على مستوى القضاء العراقي أو الدول المقارنة لتأويل النصوص الجزائية.

من خلال ما تقدم يمكن أن ننتهي بتعريف لتأويل النصوص الجزائية بأنه صرف النص الجزائي عن معناه الظاهر إلى المعنى غير الظاهر منه، مع احتماله له، بدليل يعضده.

المطلب الثاني

أنواع تأويل النصوص الجزائية وذاتيته وشروطه

تُحتم دراسة مفهوم تأويل النصوص الجزائية البحث في أنواع وذاتية تأويل النصوص الجزائية وشروطه، عليه سوف نقسم هذا المطلب على ثلاث فروع نفرد الفرع الأول لأنواع تأويل النصوص الجزائية، ونعرج في الفرع الثاني على ذاتية تأويل النصوص الجزائية، ونخصص الفرع الثالث لشروط تأويل النصوص الجزائية.

---

(١) د. محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٩، ص ٢٣.

(٢) د. مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات / القسم العام، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٠، ص ٢٧.

(٣) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات / القسم العام، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧، ص ٨٧.

(٤) د. حسن الجوخدار، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الاردن، ١٩٩٢، ص ٤٧٩.

(٥) د. توفيق حسن فرج، المدخل لدراسة العلوم القانونية، النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق، ط ١، الدار الجامعية، بيروت - لبنان، بلا سنة طبع، ص ٣٩١.

(٦) د. عبد الوهاب حومد، دراسات معمقة في الفقه الجنائي المقارن، جامعة الكويت، الكويت، ١٩٨٣، ص ٢٧٣.

الفــرع الأول

أنـواع تأويـل النصـوص الجزائيـة

ينقسم التأويل إلى ثلاثة اقسـام فقد يكـون قريباً فيترجـح بأدنى مرجح، وقد يكـون بعيداً فلا يترجـح إلا بمرجـح قوي ولا يترجح بما ليس بقوي، وقد يكون متعذراً لا يحتمله اللفظ فيكون مردوداً لا مقبولاً[١]. ولكل نـوع من هذه الأنواع سنفرد فقرة مستقلة بذلك وكالآتي:-

أولاً:- التأويل القريب:

عرف التأويل القريب بأنه (هو الذي يكفي فيه العدول من المعنى الراجح إلى المرجوح بأدنى دليل)[٢]، وعرف بأنه (هو الذي يظهر معناه وتتضح حقيقته بأدنى دليل لوضوحه)[٣]، كما عرف أنه (هو ما يمكن معرفته بأدنى تأمل مع احتمال اللفظ له)[٤].

ومن أمثلة التأويل القريب في الفقـه الإسلامي تأويل التصـدق بمال اليتيم أو التبـرع به لغيره أو اتلافه مساوياً لأكله أو أولى بالتحريم بدليل قوله تعالى ﴿ إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْماً إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَاراً وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيراً ﴾[٥]. وتأويل (إذا حكم) متى أراد أن يحكم في قول الرسول (صلى الله عليه وآله وسلم) ((إذا حكم الحاكم فأجتهد فأصاب فله أجران وإذا حكم وأخطأ فله أجر))، لأن الاجتهاد يكون في وقت صدور الحكم لا قبله ولا بعده[٦].

وتأويـل (رفـع عن أمتـي الخطـأ) برفـع المؤاخـذة والمسؤولية الجزائيـة في قول الرسـول (صلى الله عليه وآله وسلم) ((رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه))، لأن صدور الخطأ عن أمـة النبـي محمـد (عليه الصلاة والسلام) من البديهيات لا يمكن أنكاره، لذا يؤول برفع المسؤولية الجزائية وعدم العقاب بأستثناء المسؤولية الجزائية[٧].

ومن أمثلة التأويل القريب في القانون العراقي تأويل الليل ليس بظلامـه (أي الدجى) لاعتبـاره ظرفاً مشدداً لعقوبة جريمة السرقة في المادة (٤٤٠) من قانون العقوبات[٨]، والليل الفلكي عبـارة عن مـا بين غروب الشمس وشروقها، وليُعد ظرفاً مشدداً للعقوبة، فإذا تـم تأويـل الليل بالليل الفلكي كمـا هو ظـاهر النص، فأنـه لا يتلاءم مـع حكمة تشديد العقوبة وهي الرهبة والوحشة والخوف أثناء الليل، وهذه الحكمـة لا تتحقق خـلال (١٥ - ٢٠) دقيقة

---

(١) تجدر الإشـارة إليه إلى أن هنـاك من يقسم التأويل إلى قسمين، الأول يقسم التأويل من حيث الصحة والفساد إلى ثلاثة أقسام: التأويل الصحيح والتأويل الفاسد والتأويل الباطل، أما التقسيم الثاني فيقسم التأويل من حيث قربه وبعده إلى قسمين: التأويـل القريب والتـأويل البعيـد. للمزيد من التفصيل ينظر: د. يوسف حسن الشراح، المأمول من علم الأصول لطلبة كلية الحقوق، جامعة الكويت، الكويت، ٢٠٠٣، ص ١٢٦.

(٢) د. مصطفى إبراهيم الزلمي، أصول الفقه في نسيجه الجديد، مصدر سابق، ص ٤٤٩.

(٣) د. يوسف حسن الشراح، مصدر سابق، ص ١٢٧.

(٤) عارف عبد الرزاق الشاهين، دور محكمة التمييز في أنشاء القاعدة الجنائية، مطبعة وزارة العدل، بغداد، ١٩٩٢، ص ٦٤.

(٥) سورة النساء، الآية (١٠).

(٦) السيد كمال الحيدري، أصول التفسير والتأويل، مصدر سابق، ص ٣٠٢.

(٧) محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، المكتبة العلمية، بيروت - لبنـان، ٢٠٠٧، ص ٧٨.

(٨) حيث تنص هذه المـادة على أنه ((يعاقب بالسجـن المؤبد أو المؤقت من ارتكب سرقـة اجتمعت فيها الظروف التالية: ١- وقوعها بين غروب الشمس وشروقهـا...)). تقابلهـا المادة (٣١٣) مـن قانون العقوبات المصري رقم (٥٨) لسنة ١٩٣٧ المعـدل، والمادة (٦٢٢) مـن قانون العقـوبات السـوري رقـم (١١٢) لسنـة ١٩٥٠ المعـدل، والمـادة (٤٠٠) مـن قانـون العقـوبات الأردنـي رقـم (١٦) لسنـة ١٩٦٠ المعدل، والمادة (٦٤٠) من قانون العقوبات اللبناني رقم (٣٤٠) لسنة ١٩٤٣ المعدل، والفصل (٥٠٩) من القانون الجنائي المغربي رقم (٤١٣) لسنـة ١٩٦٢ المعدل، والفصل (٢٦٠) من المجلة الجزائية التونسية رقم (٤٦) لسنة ٢٠٠٥ المعدل، والمادة (٤٤٦) من قانون العقوبات الليبي رقم (٤٨) لسنة ١٩٥٦ المعـدل، والمادة (٣٨٣) مـن قانون العقـوبات الإماراتي رقـم (٣) لسنة ١٩٨٧ المعـدل، والمـادة (٣٧٩) من قانون العقوبات الفرنسي لسنة ١٩٩٢ والنافذ في سنة ١٩٩٤ المعدل.

قبل شروق الشمس وغروبها، لأن هذه المدة الزمنية خالية من الظلام المولد للرهبة فهي كالنهار، فإذا ارتكب الجاني جريمة السرقة في تلك المدة الزمنية قبل الشروق أو بعد الغروب لا تتحقق حكمة التشديد، وبناء على ذلك يجب أن لا يؤول هذا النص القانوني بأن المراد به ظلام الليل دون الليل الفلكي نفسه[١].

ثانياً:- التأويل البعيد:

عرف التأويل البعيد بأنه (هو الذي لا يبادر إلى الذهن وإنما تدل عليه قرائن وأمارات أدلة ظنية)[٢]، كما عرف بأنه (هو ما يحتاج معرفته والوصول إليه إلى مزيد من التأمل مع كون اللفظ يحتمله)[٣]، كذلك فقد عرف بأنه (هو الذي لا يكفي في إثباته أدنى دليل ويحتاج إلى المرجع القوي راجحاً على المعنى الظاهر من النص)[٤].

ومن أمثلة التأويل البعيد في الفقه الإسلامي تأويل المذهب الحنفي في موضوع الكفارة في قوله عز وجل ﴿ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِيناً ﴾[٥] بما يشمل ستين مسكين أو مسكيناً واحداً في ستين يوماً فقالوا أن المراد إطعام ستين مسكيناً على أساس أن حاجة مسكين واحد في ستين يوماً بمثابة حاجة ستين مسكيناً في يوم واحد[٦].

وكذلك تأويل المذهب الحنفي للفظ (شاة) في قول الرسول (صلى الله عليه وآله وسلم) ((في كل اربعين شاةً شاة)) وهو الشاة ذاتها أو قيمتها الحقيقية على أساس أن حكمة وجوب الزكاة سد حاجة من يستحقها، وهذه الحاجة كما تسد بذات الشاة، تسد أيضاً بقيمتها بسعر السوق[٧].

ومن أمثلة التأويل البعيد في القانون العراقي كتأويل معنى الإيذاء المنصوص عليها في الفقرة (٢) من المادة (٣) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي والتي تنص على أنه ((لا يجوز تحريك الدعوى الجزائية إلا بناء على شكوى من المجنى عليه أو من يقوم مقامه قانوناً في الجرائم الآتية : ... ٢- القذف أو السب أو افشاء الأسرار أو التهديد أو الإيذاء ...)) بالإيذاء الخفيف المنصوص عليه في المادة (٤١٣) من قانون العقوبات العراقي وليس الايذاء الشديد الذي نصت إليه أحكام المادة (٤١٢) من القانون نفسه.

فإذا أثيرت أمام القاضي الجزائي أمور إجرائية تتعلق بتحديد التكييف القانوني للواقعة الإجرامية أغفلتها النصوص أو عالجتها بشيء من النقص أو كانت متعارضة أو رأى القاضي وجوب تحقيق مصلحة معينة، فعليه أن يتدارك ذلك من خلال عملية التأويل.

ثالثاً:- التأويل المتعذر:

يطلق على هذا التأويل أيضاً بالتأويل المردود أو التأويل المستبعد، وقد عرف هذا التأويل بأنه (هو الذي لا يحتمله اللفظ فيكون مردوداً لا مقبولاً)[٨]، كما عرف بأنه (هو ما لا يحتمله اللفظ وليس لدى المؤول على تأويله أي نوع من أنواع الدلالة)[٩]، كذلك فقد عرف بأنه (هو الذي لا تتوافر فيه شروطه الواجبة للتأويل وعدم وجود دليل يعضده وعدم ركون المؤول عند تأويله إلى أي نوع من أنواع الدلالة)[١٠].

---

(١) د. مصطفى إبراهيم الزلمي، أصول الفقه في نسيجه الجديد، مصدر سابق، ص ٤٦٣.
(٢) المصدر نفسه، ص ٤٤٩.
(٣) خالد عبد الحميد، دراسات مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجنائي، ط ١، دار المعارف، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ١٦١.
(٤) د. محمد الخضيري، أصول الفقه، دار الحديث، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ١٣٠.
(٥) سورة المجادلة، الآية (٤).
(٦) د. عصمت عبد المجيد بكر، الأحكام القانونية لرعاية القاصرين، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ١٩٨٩، ص ١٣١.
(٧) د. مصطفى إبراهيم الزلمي، دلالات النصوص وطرق استنباط الأحكام في ضوء أصول الفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص ٣١٢.
(٨) د. محمد الخضيري، مصدر سابق، ص ١٣٦.
(٩) السيد كمال الحيدري، أصول التفسير والتأويل، مصدر سابق، ص ٣٠٣.
(١٠) محمد محي الدين عبد الحميد، مصدر سابق، ص ٧٨.

ومن أمثلة التأويل المتعذر في الفقه الإسلامي قوله تعالى ﴿وَعَلَامَاتٍ وَبِالنَّجْمِ هُمْ يَهْتَدُونَ﴾[١]. حيث أوّلوا بإن النجم هو الرسول (صلى الله عليه وآله وسلم)[٢] وقوله عز وجل ﴿إِنْ هُوَ إِلَّا عَبْدٌ أَنْعَمْنَا عَلَيْهِ وَجَعَلْنَاهُ مَثَلًا لِبَنِي إِسْرَائِيلَ﴾[٣]، حيث أحتج النصارى بأن القرآن قد نطق بأن النبي عيسى (عليه السلام) روح الله وكلمة ألقاها إلى مريم وروح منه وهم فعلوا ذلك بقصد تأويل القرآن على غير حقيقته، وتحريفه على ما يريدون متبعين اهوائهم وتقاليدهم وموروثاتهم تاركين الأصل المحكم الذي بنى عليه الاعتقاد وهو عبودية النبي عيسى (عليه السلام) لله وإطاعته إياه[٤].

قدر تعلق الأمر بالتأويل المتعذر في القانون الجزائي فيكون في حالة عدم توفر الشروط الواجبة للتأويل وعدم وجود دليل يقصد التأويل وعدم ركون المؤول في التأويل إلى أي نوع من أنواع الدلالة تجعل من هذا التأويل تأويلاً غير صحيحاً[٥]، حيث أن الأصل هو عدم صرف اللفظ عن ظاهره وأن تأويله أي صرفه لا يكون صحيحاً إلا إذا بنى على دليل شرعي من نص أو قياس أو روح التشريع أو مبادئه العامة، وإذا لم يبُنىَ التأويل على دليل شرعي صحيح بل بنى على الأهواء والأغراض كان تأويلاً باطلاً في القانون الجزائي ونصوصه[٦].

ومن أمثلة التأويل المتعذر في القانون الجزائي تأويل لفظة ((الصاحب)) الواردة في المادة (٤٢٨) من قانون العقوبات العراقي[٧] بأنه ((المالك)) فقط في حين يمكن أن ينسحب هذا الحكم على المستأجر والحائز حيازة قانونية صحيحة للعقار ليمكن شمول المذكورين الأخرين بالحماية المقررة لهم[٨].

فتأويل ((صاحبه)) هو ((مالكه)) دون قيام أي دليل يؤيد ذلك وعدم وجود ما يدل على صرف المعنى إلى المعنى المذكور هو تأويل متعذر ذلك لأنه لو أراد النص قصر المعنى على المالك فقط لنص على ذلك صراحة.

وجدير بالذكر أن المشرع العراقي لم يأخذ بالتأويل المتُعذر، وإن البحث في هذا النوع من التأويل هو من باب الامانة العلمية ليس ألا.

الفرع الثاني

ذاتية تأويل النصوص الجزائية

لأجل البحث والإحاطة بموضوع ذاتية تأويل النصوص الجزائية يقتضي الحال أن نقسم هذا الفرع على ثلاث فقرات نفرد الفقرة الأولى لتمييز التأويل عن التفسير، ونخصص الفقرة الثانية لتمييز التأويل عن القياس، ونكرس الفقرة الثالثة لتمييز التأويل عن التكييف.

أولاً:- التأويل و التفسير:

يعرف التفسير قانوناً بأنه (استجلاء مدلول النص ومحتواه من اجل إمكان تطبيقه بصورة صحيحة وذلك

---

(١) سورة النحل، الآية (١٦).
(٢) هيثم هلال، معجم مصطلح الأصول، دار الجيل، ط ١، بيروت - لبنان، ٢٠٠٣، ص ٦٥.
(٣) سورة الزخرف، الآية (٥٩).
(٤) وهبة الزحيلي، التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج، المجلد الثاني، ط ٨، دار الفكر العربي، دمشق، ٢٠٠٥، ص ١٦٥- ١٦٦.
(٥) د. عصمت عبد المجيد بكر، أصول تفسير القانون، ط ٢، بلا أسم مطبعة ومكان طبع، ٢٠٠٩، ص ٦.
(٦) د. علي هادي عطية، مصدر سابق، ص ٥١ وما بعدها.
(٧) حيث تنص أحكام هذه المادة على أنه ((١- يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تزيد على مائة دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين: أ- من دخل محلاً مسكوناً أو معدا للسكنى أو أحد ملحقاته وكان ذلك بدون رضاء صاحبه وفي غير الأحوال التي يرخص فيها القانون بذلك ...)).
(٨) جمال محمد مصطفى، مصدر سابق، ص ١٧٣ - ١٧٤.

عن طريق المعنى الذي يقصده الشارع من الفاظ النص لجعله صالحاً للتطبيق على وقائع الحياة)[١]، كما عرف التفسير بأنه (هو سعي القاضي لتحديد المعنى الذي قصده الشارع من عبارات النص ليكون صالحاً للتطبيق على وقائع ينظرها)[٢]، كذلك فقد عرف بأنه (البحث عن المعنى الحقيقي لقاعدة قانونية معينة وتعيين هذا المعنى للوصول إلى إرادة المشرع الموضوعية في هذه القاعدة)[٣].

فالتفسير هو عملية ذهنية وفكرية يقوم بها مشرعي النص الجزائي أو مطبقوه أو شارحوه باستخدام كل المكنات اللازمة للوصول إلى انطباق النص الجزائي على الواقعة المرتكبة عن طريق ايضاح وبيان ما أبهم فيه، وتمحيص كل ما فيه من معنى واصلاح وتقويم عيوبه الصياغية واللغوية والمنطقية، وتكييفه وازالة ما يعتريه من تناقض وتوسيع مجاله بشكل لا يتعارض مبدأ الشرعية الجزائية[٤].

وقبل الولوج في التمييز بين التأويل والتفسير في القانون الجزائي يلاحظ أن هناك وجه من التشابه بينهما حيث أن كل من التأويل والتفسير هو عمل ذهني وفكري يصدر من جهة واحدة وعلى واقعة واحدة وهي الدعوى الجزائية المعروضة أمام القاضي[٥]، كما أنهما عمليتان مكملتان لبعضهما البعض إذ أن القاضي لا يتولد لديه اليقين القضائي للواقعة الإجرامية قبل أن تتم عملية التفسير أولاً أو تأويلها للنص الجزائي بضوابطه متى ما دعت الحاجة إلى التأويل ثانياً[٦]، وهذا يعني أن اليقين القضائي هي عملية لاحقة لعملية التأويل[٧].

أما أوجه التمييز بينهما فهي تكمن في كثير من الأمور الجوهرية ومنها ما يأتي:-

١- من حيث التعريف:

سبق وأن تم تعريف التفسير بمعناه العام بتعريفات عديدة، وفي سياق هذا الشأن ذهب الفقه في تعريف التفسير إلى اتجاهين أحدهما يضيق من معناه وثانيهما يوسع من معناه وكالآتي[٨]:-

الاتجاه الاول: التفسير الضيق

فيعني إزالة غموض النص الجزائي وتوضيح مبهمه للقضاء على الاختلاف في تحديد معناه[٩]، والتفسير بهذا المعنى لا يقع إلا في حالة غموض النص الجزائي فلا شأن له بنقص أحكام هذا النص أو بتعارض أجزاء

---

(١) د. علي حسين الخلف و د. سلطان الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، مطابع الرسالة، الكويت، ١٩٨٢، ص ٣٨.

(٢) د. فخري عبد الرزاق صليبي الحديثي، شرح قانون العقوبات / القسم العام، ط ٢، بلا أسم مطبعة ومكان طبع، ٢٠٠٧، ص ٤٧.

(٣) د. غالب علي الداودي، شرح قانون العقوبات / القسم العام، دار الطباعة الحديثة، البصرة، ١٩٦٨، ص ٣٥.

(٤) كاظم عبدالله حسين الشمري، تفسير النصوص الجزائية، اطروحة دكتوراه، كلية القانون - جامعة بغداد، ٢٠٠١، ص ٧٤.

(٥) د. صالح محسوب، التفسير والقياس في التشريعات العقابية الحديثة، بلا أسم مطبعة ومكان وسنة طبع، ص ١٣٤.

(٦) تبنى المشرع العراقي مبدأ اليقين القضائي في الفقرة (أ) من المادة (٢١٣) من قانون أصول المحاكمات الجزائية بقولها ((تحكم المحكمة في الدعوى بناء على اقتناعها الذي تكوّن لديها من الأدلة المقدمة في أي دور من أدوار التحقيق والمحاكمة، ...))، تقابلها المادة (٣٠٢) من قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (١٥٠) لسنة ١٩٥٠ المعدل، والمادة (١٧٥) من قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري رقم (٢٣) لسنة ١٩٥٠ المعدل، والمادة (٣٦٤) من قانون المسطرة الجنائية المغربي رقم (٥٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل، والفصل (١٥٠) من مجلة الإجراءات الجزائية التونسية رقم (٢٣) لسنة ١٩٦٨ المعدل، والمادة (١٤٧ / أ) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، والمادة (١٧٩) من قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني، والمادة (٢٧٥) من قانون الإجراءات الجنائية الليبي، والمادة (٢٠٩) من قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي والمادة (٣٥٣) من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي.

(٧) جدير بالذكر إلى أن التأويل المنضبط بالضوابط الأصولية في الفقه الإسلامي بما يأتي:-

١- أن يكون التأويل موافقاً من حيث اللغة وعرف الاستعمال، وكل تأويل يخرج عن ذلك يعتد به، لأن أصل اللغة قد وضعت لتؤدي إلى التفاهم، فلابد أن يكون لكل معنى من أسم يختص به والسعي لإبطال هذا هو مخالفة للأمور وإفساد للحقائق.

٢- أن يقوم الدليل على أن المقصود بذلك اللفظ هو المعنى الذي حمل عليه إلا إذا كان ذلك اللفظ لا يستخدم كثيراً فيه.

٣- أن لا يكون المعنى الذي قد حمل من اللفظ والمستنبط من الآية قد جاء مخالفاً للكتاب والسنة.

٤- أن يكون فيه مصلحة كلية محققة، وأن لا تؤدي بأي حال من الأحوال إلى مفسدة.

للمزيد من التفصيل ينظر: كاظم عبدالله حسين الشمري، مصدر سابق، ص ٥٧.

(٨) د. محمد شريف أحمد، مصدر سابق، ص ١١ وما بعدها.

(٩) د. فخري عبد الرزاق الحديثي، شرح قانون العقوبات / القسم العام، ط ٢، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧، ص ٥١.

القانون بشكله العام[١].

الاتجاه الثاني: التفسير الواسع

فيعني توضيح ما غمض من ألفاظ النص الجزائي وتقويم عيوبه واستكمال ما نقص من أحكامه والتوفيق بين أجزائه المتعارضة وتكييفه على نحو يجاري متطلبات المجتمع وروح العصر[٢].

أما التأويل فسبق وأن تم تعريفه بمفهومه العام بتعريفات عدة، ولكن في سياق هذا الشأن فيقصد به (صرف اللفظ عن معناه الظاهر إلى معنى أخر يحتمله اللفظ بدليل يجعله راجحاً)[٣] أو هو (صرف النص الجزائي عن معناه الظاهر أو الراجح إلى معنى غير ظاهر أو مرجوح لدليل يقتضيه)[٤].

٢- من حيث المصدر:

أن التفسير قد يكون من الشارع أو المشرع فيسمى تفسيراً تشريعياً، وقد يكون من الفقيه ويسمى تفسيراً فقهياً، وقد يكون من القاضي ويسمى تفسيراً قضائياً.

أما التأويل فلا يكون إلا من القاضي ولا يتصور صدوره من المشرع، لأنه لا يعقل أن يلجأ الشارع أو المشرع إلى تأويل كلام نفسه[٥].

٣- من حيث الاستعمال:

غالباً ما يستعمل التفسير في ألفاظ النص ومفرداته بخلاف التأويل الذي يستعمل في الجمل ومعانيه[٦].

٤- من حيث الأنواع:

ينقسم التفسير من حيث النوع إلى تفسير تشريعي وفقهي وقضائي في حين ينقسم التأويل إلى تأويل قريب وبعيد ومتعذر[٧].

٥- من حيث النطاق:

إن نطاق التفسير هو أوسع من نطاق التأويل في مجال التطبيق العملي لأن التفسير وفق المفهوم الواسع يتناول ما غمض من ألفاظ النص وتقويم عيوبه واستكمال ما نقص من أحكامه والتوفيق بين أجزائه المتعارضة وتكييفه على نحو يجاري متطلبات المجتمع وروح العصر[٨].

أما نطاق التأويل في التطبيق العملي فينحصر غالباً في نطاق النصوص الظنية وأن يكون اللفظ قابلاً للتأويل ووجود دليل لصرف اللفظ الظاهر إلى المعنى غير الظاهر (المرجوح) وهذا بلا شك يكون مجاله في التطبيق

---

(١) د. مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات / القسم العام، مصدر سابق، ص ٥١.

وتجدر الإشارة إليه أن من أمثلة التفسير الضيق في قانون العقوبات العراقي نص المادة (١٨٦) منه التي تنص على أنه ((يعاقب بالحبس وبغرامة لا تزيد على خمسمائة دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين من علم بارتكاب جريمة من الجرائم المنصوص عليها في هذا الباب ولم يبلغ أمرها إلى السلطات العامة ...))، وعبارات النص أعلاه واسعة فإذا أخذناها بالمعنى الحرفي أمكن القول إن كل من علم بجريمة ولم يخبر عنها ينطبق عليه النص ويستحق العقوبة الواردة فيها، وهذا التفسير الحرفي لا يقبله العقل ولا المنطق فالهدف من هذا النص هو تسهيل اكتشاف الجرائم وما يترتب عليه أن مجال تطبيق النص هو حينما تكون الجريمة خافية عن أعين الناس وعلم السلطات.

(٢) د. هلالي عبد الإله أحمد، شرح قانون العقوبات / القسم العام، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٧، ص ٥٩٧.

وجدير بالذكر أن من أمثلة التفسير الواسع هو ما نصت عليه المادة (٤٣٩) من قانون العقوبات العراقي من أنه ((السرقة اختلاس مال منقول مملوك لغير الجاني عمداً))، فإذا علمنا بحرفية النص لما أمكن معاقبة من يتسلم شيئاً لمعاقبته أمام صاحبه ثم يضر به لأن التسليم ناف للاختلاس، لذا فإنه يجب الأخذ بالتفسير الواسع في الحدود التي تتفق وقصد المشرع.

(٣) د. صالح محسوب، فن القضاء، ط ١، مطبعة العاني، بغداد، بلا سنة طبع، ص ٩٤.

(٤) وهبة الزحيلي، الوجيز أصول الفقه الإسلامي، ج ١، ط ١٧، دار الفكر العربي، دمشق - سوريا، ٢٠٠٩، ص ٩٩. د. محمد شريف أحمد، مصدر سابق، ص ١١ وما بعدها.

(٥) د. محمد مصطفى شلبي، أصول الفقه الإسلامي، ج ١، ط ٤، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت - لبنان، ١٩٨٣، ص ٤٦٩.

(٦) د. مصطفى إبراهيم الزلمي، أصول الفقه في نسيجه الجديد، مصدر سابق، ص ٤٥٣. وهبة الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص ١٠٠.

(٧) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري و د. أحمد حشمت أبو ستيت، مصدر سابق، ص ٣٩٩.

(٨) د. عصمت عبد المجيد بكر، أصول تفسير القانون، مصدر سابق، ص ٥. د. محمد مصطفى شلبي، مصدر سابق، ص ٤٧٠.

العملي أقل مساحة من مجال التفسير للنص الجزائي والذي يمكن تفسيره في حالة غموض النص أو نقصه وغيرها[١].

كما أن التفسير قد يؤدي إلى توسيع النص الجزائي فيما إذا كانت الوسيلة المستعملة به قياساً أو غيره دون أن يؤدي إلى استحداث جريمة أو عقوبة حيث لا جريمة ولا عقوبة إلا بالقانون[٢]، على خلاف التأويل فإنه غالباً لا يؤدي إلى توسيع النص المؤول لأنه خلاف الأصل، والاستثناء يكون لضرورة والضرورات تقدر بقدرها[٣].

٦- من حيث الأليات والوسائل:

أن أليات التفسير ووسائله مختلفة ومتنوعة عن وسائل التأويل حيث أن بعضها مرتكزة على النص ذاته وأخرى مستعينة بخارج النص[٤].

أما أليات التأويل ووسائله فهي مرتكزة على دليل أو سند ضمن النصوص نفسها بحيث يكون التحول من المعنى الظاهر إلى غيره مستنداً إلى هذا الدليل، بل أن الاخير هو المعنى الواجب التطبيق[٥].

٧- من حيث الإلزام والالتزام:

إن القاضي ملزم بتفسير النص لأنه لا تطبيق دون تفسير، فلا يحق له أن يمتنع عن تطبيق النص بحجة عدم وضوحه أو عدم تحديد المعنى المراد منه.

أما التأويل فهو عملية اجتهادية خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي، فالقاضي هنا غير ملزم باللجّوء إليه، على عكس الأثر المترتب في حالة عدم التفسير وهو امكانية الطعن في القرار الصادر منه تمييزاً ونقضه متى ما ثبت ذلك[٦].

٨- من حيث المسوغات:

إن مسوغات لجوء القاضي للتفسير هو عدم وضوح النص على الحكم المراد دلالة واضحة صريحة، في حين مسوغات لجوء القاضي للتأويل هو لنقص النصوص الجزائية أو تعارضها أو لتحقيق مصلحة أو لضرورة أو لعدالة ونحو ذلك[٧].

٩- من حيث العمل به:

في التفسير يعمل القاضي بالمفسر نفسه، بينما يقوم القاضي في التأويل بترك المعنى الأصلي الراجح ويعمل بالمعنى الاستثنائي المرجوح[٨].

١١- من حيث النتائج:

تكون نتيجة التفسير من حيث الأصل العام بيان المعنى ومن ثم يجعل النص المفسر قطعي الدلالة على المعنى، في حين تكون نتيجة التأويل الترجيح بين معنين أحدهما ظاهر وأخر غير ظاهر أي هو ترجيح أحد المحتملات بدون قطع[٩].

١٢- من حيث الغرض:

عادة ما يكون الغرض من التفسير هو تحديد الحكم الواجب التطبيق، في حين الغرض من التأويل هو رعاية

---

(١) د. علي هادي عطية الهلالي، مصدر سابق، ص ٥٢.

(٢) د. مصطفى إبراهيم الزلمي، دلالات النصوص وطرق استنباط الأحكام في ضوء أصول الفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص ٣١٤.

(٣) سيف صالح مهدي العكيلي، التوازن في القاعدة الجنائية، رسالة ماجستير، كلية القانون - الجامعة المستنصرية، ٢٠١٣، ص ١٣٢.

(٤) د. صالح محسوب، التفسير والقياس في التشريعات العقابية الحديثة، شركة التجارة للطباعة المحدودة، العراق، ١٩٥٣، ص ٧٨.

(٥) د. مجيد حميد العنبكي، المدخل لدراسة القانون الانكليزي، دار الحرية، بغداد، ١٩٩٠، ص ٣٩.

(٦) د. عبد الرحمن البزاز، مبادئ أصول القانون، مطبعة العاني، بغداد، بلا سنة طبع، ص ١٩٤. د. مصطفى إبراهيم الزلمي، دلالات النصوص وطرق استنباط الأحكام في ضوء أصول الفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص ٣١٤.

(٧) د. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، ط ٥، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٤، ص ٣٩٨ وما بعدها.

(٨) يؤكد باحثوا أصول الفقه الإسلامي على بقاء الدلالة ظنية حتى بعد ترجيح المعنى غير الظاهر على المعنى الظاهر من دون بيان السبب، وأظن أنهم يرمون صوب إعطاء مرونة بتطبيق الأحكام على الحالات الجزئية المستجدة في المستقبل. د. علي هادي عطية الهلالي، مصدر سابق، ص ٥٢.

(٩) الشيخ عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه وخلاصة تأريخ التشريع الإسلامي، ط ٣، مطبعة نصر، بلا مكان طبع، ١٩٤٧، ص ٣٤.

ضرورة أو مصلحة أو عدالة، أو نحو ذلك[١].

١٣- من حيث الأصل:

يكون التفسير مُوافقاً للأصل، إذ أن الأصل في الكلام هو العمل بأصله كما هو، في حين التأويل على خلاف الأصل[٢].

١٤- من حيث الدلالة:

التفسير يكون بالنسبة للدال على الحكم غالباً، في حين التأويل يكون للمدلول غالباً[٣].

١٥- من حيث الكون:

التفسير كما يكون بالأقوال كذلك يكون بالأفعال، على خلاف التأويل فإنه لا يكون إلا بالأقوال[٤].

١٦- من حيث الأثر الزماني:

في التفسير وبالأخص التفسير التشريعي كأحد أنواع التفسير يكون بأثر رجعي إلى تأريخ تشريع النص المفسر، بخلاف التأويل فأنه لا يستخدم إلا للحاضر[٥].

ثانياً:- تمييز التأويل عن القياس:

يعرف القياس قانوناً بأنه (إلحاق واقعة لم ينص المشرع على تجريمها بواقعة أخرى منصوص على تجريمها، وذلك لوجود تشابه بين الواقعتين أو لاتحادهما في العلة)[٦]، كما عرف بأنه (إعطاء حالة غير منصوص عليها حكم حالة أخرى منصوص عليها لأتحاد الحالتين في علة الحكم)[٧]، وكذلك فقد عرف بأنه (استنباط حكم غير منصوص عليه من حكم منصوص عليه لأتحاد العلة بين الحكمين)[٨].

أن الطبيعة القانونية للقياس عملاً بالقواعد العامة المترتبة على الأخذ بمبدأ قانونية الجرائم والعقوبات هو حرمان القاضي من اللجوء إلى القياس للوصول إلى التكييف القانوني للواقعة الإجرامية، وذلك لأن الأخذ بالقياس قد يؤدي إلى خلق جرائم أو عقوبات[٩]. وقاعدة حظر القياس بالنسبة للقواعد الإيجابية أي الخاصة بالتجريم والعقاب هي مطردة لا استثناء عليها، أمّا بالنسبة للقواعد القانونية السلبية أي التي تبيح السلوك أو ترفع مسؤولية مرتكبة أو تعفيه من العقاب، فإن غالبية الفقه الجزائي يجيز للقاضي استعمال القياس فيها[١٠].

ونرى أن القياس كالتفسير فإنه يلتقي مع التأويل من حيث كلاهما نشاط ذهني صادر من شخص واحد وعلى عناصر واحدة وهو النزاع المعروض والنصوص الجزائية الواجبة التطبيق، كما أن التأويل والقياس عمليتان مكملتان لبعضهما البعض، فالقاضي لا يستطيع أن يباشر التأويل قبل أن يقوم القاضي بعملية القياس وما قبلها التفسير لعناصر النزاع المعروض عليه، لأن وظيفة القاضي التقديرية في نزاع معين تهدف إلى تهيئة

---

(١) د. عصمت عبد المجيد بكر، أصول تفسير القانون، ص ٦. د. مصطفى إبراهيم الزلمي، دلالات النصوص وطرق استنباط الأحكام في ضوء أصول الفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص ٣١٤.

(٢) د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي، القاعدة الجنائية، الشركة الشرقية للنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، ١٩٦٧، ص ٢٢١.

(٣) د. مصطفى إبراهيم الزلمي، دلالات النصوص وطرق استنباط الأحكام في ضوء أصول الفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص ٣١٤.

(٤) د. بدر المتولي عبد الباسط، محاضرات في أصول الفقه على مذهب أهل السنة والأمامية، ج ١، ط ١، مطبعة دار الموفة، بغداد، بلا سنة طبع، ص ١٧٢ وما بعدها.

(٥) د. محمد صبري السعدي، مصدر سابق، ص ٢٣.

(٦) د. هلالي عبد اللاله أحمد، مصدر سابق، ص ٢٠٠.

(٧) د. رضا المزغني و د. عبد المجيد عبودة، التفسير القضائي في القانون المدني، مطبعة معهد الإدارة العامة، السعودية، ١٤٠٥هـ، ص ١٧٠ وما بعدها.

(٨) د. محمد صالح القويزي، أنواع التفسير وطرقه والقواعد العامة في تطبيقه، بحث منشور في مجلة القضاء، تصدر عن نقابة المحامين في جمهورية العراق، ع ٣، س ٢٥، ١٩٧٠، ص ١٤٧.

(٩) د. علي حسين الخلف و د. سلطان الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، مطابع الرسالة، الكويت، ١٩٨٢، ص ٤٥.

(١٠) د. ضاري خليل محمود، البسيط في شرح قانون العقوبات / القسم العام، ط ١، بلا أسم مطبعة ومكان طبع، ٢٠٠٢، ص٢٠. د. فخري عبد الرزاق الحديثي، مصدر سابق، ص ٥٤. د. علي حسين الخلف و د. سلطان الشاوي، مصدر سابق، ص ٤٥.

النزاع ليسبغ عليه تكييفاً معيناً يؤدي إلى أعمال قاعدة قانونية معينة.

أما أوجه الاختلاف والتمييز بين التأويل والقياس، فالأول هو بيان للنص من خلال الانتقال من المعنى الظاهر إلى المعنى غير الظاهر، فهو لا ينهض إلا بوجود نقص في النصوص الجزائية أو تعارضها أو لتحقيق مصلحة(١)، فهو يفترض وجود حالة تنظمها القاعدة الجزائية وأن كانت تبدو خارجة عن مجالها لعدم دقة النص الجزائي(٢). أما القياس فيفترضُ حالةً لم تنظمها القاعدة الجزائية، ويتعين تنظيمها بافتراض قصد المشرع في الحالات المماثلة، على أساس أن هذا التنظيم لم يكن ليختلف فيما لو توقع المشرع الحالة المعروضة(٣).

كما يختلف التأويل عن القياس بكونه يتمتع بدور خلاق في تعديل وتكميل النصوص الجزائية لتطبق في مرونة وتناسب مع تنوع الوقائع التي تخلقها الحياة العملية في مواجهة النقص أو التعارض الحاصل في التشريع أو لأجل تحقيق مصلحة التشريع نفسه(٤).

ثالثاً:- تمييز التأويل عن التكييف:

يعرف التكييف في القانون الجزائي بأنه (رد القاضي واقعة الدعوى إلى النص القانوني الذي يؤثمها)(٥)، كما عرف بأنه (العلاقة بين الأفعال والوقائع ونصوص القانون)(٦)، كذلك فقد عرف بأنه (سلطة القاضي في بيان الحكم (النص القانوني) الذي تخضع له الواقعة والذي يحكمها ويعاقب عليها)(٧).

أن للتكييف في القانون الجزائي بوصفه الوسيلة التي تدخل الواقعة عن طريقها دائرة القانون(٨)، ومن خلالها تتحقق فعالية مبدأ الشرعية الجزائية(٩)، كما أنه الوسيلة التي تمكّن القاضي من تحديد النص الجزائي بغية تطبيقه على الواقعة(١٠).

وقبل الولوج في التمييز بين التأويل و التكييف فأن هناك علاقة وثيقة بينهما إذ أن كلاهما عملية فكرية صادرة من جهة واحدة وعلى وقائع واحدة هي الدعوى المعروضة والنصوص الجزائية الواجبة التطبيق، كما أنهما عمليتان مكملتان لبعضهما البعض إذ أن القاضي لا يتولد لديه التأويل قبل أن تتم عملية التكييف القانوني

---

(١) علي هادي عطية الهلالي، تفسير قوانين الضرائب المباشرة في العراق، أطروحة دكتوراه، كلية القانون - جامعة بغداد، ٢٠٠٤، ص ١٦٧ وما بعدها.

(٢) يختلف نقص النص عن غموض النص حيث أن الأخير هو النص الذي يحمل أكثر من معنى. السيد إبراهيم شحاتة، الاجتهاد القضائي، بحث منشور في مجلة العلوم الإدارية والاقتصادية، تصدر عن كلية الحقوق - جامعة القاهرة، مصر، ع ٢، س ٢، ١٩٦٢، ص ٤١٥.

(٣) د. محمد شريف أحمد، مصدر سابق، ص ٣١٨. د. مصطفى إبراهيم الزلمي، أصول الفقه في نسيجه الجديد، مصدر سابق، ص ١١٣.

(٤) د. حمدي ياسين عكاشة، القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، بلا أسم مطبعة ومكان طبع، ١٩٧٨، ص ٩.

(٥) فخري عبد الرزاق الحديثي، الأعذار القانونية المخففة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون - جامعة بغداد، ١٩٧٨، ص٢٥٣.

(6) Ete, M. Georges, D. De dis Qualification des Jurdications Repressives, Toulouse, 1981, p.16 . Marcel, B. Des Changement do Qualification: Dar les Tribunaux de Repression, Lyon, 1975. p.10. Rigeax, T. op. cit, p.709.

(٧) د. حسن صادق المرصفاوي، الدعوى المدنية أمام المحاكم الجنائية، دار المعارف، الإسكندرية، ١٩٦٤، ص ٤٥٦.

(٨) هناك من يرى أن مسألة التمييز بين التأويل والتكييف من الصعوبة، وأن فيصل التفرقة بينهما يتوقف على اجتهاد القاضي وبذل جهوده، ومرد ذلك إلى طبيعة ووظيفة كل منهما في المجال القانوني. د. محمد صالح القويزي، التكييف، بحث منشور في مجلة القضاء، تصدر عن نقابة المحامين في جمهورية العراق، ع ٢، س ٢٤، ١٩٦٩، ص ٦٢.

(٩) تختلف الشرعية الجزائية عن المشروعية الإجرائية حيث أن الأخير يقصد به هو ضرورة تطابق الإجراء المتخذ مع القاعدة القانونية التي تنظمه، أي التوافق بين الفعل والنتيجة، وفي هذا الصدد يلاحظ أن محل المشروعية الإجرائية هو الإجراء المتخذ في حين أن محل الشرعية الجزائية هو القانون ذاته. د. فوزية عبد الستار، عدم المشروعية في القانون الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٢، ص ١٠. د. ذنون أحمد، بحث في عدم القانونية وعدم المشروعية، مطبعة الحافظ، بغداد، ١٩٨٦، ص ٥.

(١٠) هناك من يرى أنه يوجد فرقاً بين (الطبيعة القانونية) و (التكييف القانوني) من حيث أن الطبيعة القانونية تعني اخضاع الواقعة لقانون (بمعناه الخاص) أي لتنظيم قانوني معين، أما التكييف القانوني فيعني إعطاء الوصف القانوني السليم للواقعة. د. محمد صالح القويزي، التكييف، مصدر سابق، ص ٧٤.

للواقعة الإجرامية[١]، وهذا يعني أن التكييف القانوني هو عملية سابقة لعملية التأويل.

أمّا أوجه الاختلاف بينهما فهي تكمن من حيث المجال ومن حيث التطبيق، فمن حيث المجال فإن التكييف القانوني هو أوسع مجالاً ومعنى من مجال التأويل سواء كان ذلك في المجال النظري أو العملي، ذلك لأن مدلول التكييف في القانون يكمن في فهم الواقع وفهم القانون لألحاق الواقعة بالقانون وإعطائها الوصف القانوني[٢]، أما التأويل فهو الانتقال من المعنى الظاهر إلى المعنى غير الظاهر، أي بمعنى أخر هو الوصول إلى فهم معاني النصوص وتطبيقها بصورة صحيحة[٣].

أمّا من حيث التطبيق فإن التكييف تبدأ قواعده عندما يقوم القاضي بفهم الواقع أولاً ثم فهم أحكام القانون ثانياً للوصول إلى تحديد طبيعة موضوع الدعوى الجزائية تمهيداً لإعطائه الوصف القانوني الملائم[٤]. أما التأويل فإن نطاق تطبيقه يكون في التأمل العميق لمفاهيم النص القانوني وفحواه، فهو لا يقوم إلا في حالة وجود نقص في أحكام النصوص الجزائية أو في حالة تعارضها أو لتحقيق مصلحتها او أي نص ذات معنى ظاهر يختلف عما قصده المشرع نفسه[٥].

الفــرع الثالــث

شــروط تأويـل النصـوص الجزائيــة

النص الجزائي القابل للتأويل هو النص الذي تكون دلالته على المعنى المراد ظنية، فلا تأويل في النصوص الجزائية التي تكون دلالتها على المعنى (المعاني - الأحكام) قطعية، إذ يعد التأويل استثناء من الأصل، فالأصل هو حمل اللفظ على معناه الحقيقي ولا يعدل إلى المجاز إلا إذا تعذرت الحقيقة فلا بد للتأويل من دليل يقتضيه، لأن الأصل عدمه، والواجب العمل بالظاهر[٦]، وحفاظاً على ظواهر النصوص من نزعات الهوى وضعت شروط للتأويل. عليه سوف نقسم هذا الفرع على ثلاث فقرات نفرد الفقرة الأولى للشروط المتعلقة بالنص الجزائي القابل

---

(١) كاظم عبدالله حسين الشمري، مصدر سابق، ص ٦٠.

(٢) مما يجدر ذكره في هذا المقام أن هناك أقسام مختلفة للتكييف تختلف باختلاف الزوايا التي ينظر إليه منها، فينقسم التكييف من حيث موضوعه إلى تكييف للواقعة وتكييف للجريمة، وينقسم التكييف من حيث مصدره إلى تكييف تشريعي وتكييف قضائي، وأخيراً ينقسم التكييف من حيث نطاق تطبيقه إلى تكييف خاص بالموضوع وتكييف متعلق بالشخص. علي حمزة عسل، الظروف القضائية المخففة في التشريع العراقي، رسالة ماجستير، كلية القانون - جامعة بغداد، ١٩٩٠، ص ١٣٨. منتظر فيصل كاظم، سلطة المحكمة في التكييف القانوني للدعوى الجزائية، رسالة ماجستير، كلية القانون - جامعة بابل، ٢٠١٣، ص ١٣. كاظم عبدالله حسين الشمري، مصدر سابق، ص ٦٠.

(٣) د. علي هادي عطية الهلالي، المستنير من تفسير أحكام الدساتير، مصدر سابق، ص ١٣٨.

(٤) المادة (١٨٧/ ب) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي، تقابلها المادة (٣٠٨) من قانون الإجراءات الجنائية المصري، والمادة (٣٥٦) من قانون اصول المحاكمات الجزائية السوري، والمادة (٢٣٤) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، والمادة (٢٧٤ / هـ) من قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني، والمادة (٤٨٧) من قانون المسطرة الجنائية المغربي، والفصل (١٧١) من مجلة الإجراءات الجزائية التونسي، والمادة (٢٨١) من قانون الإجراءات الجنائية الليبي، والمادة (٢١٤) من قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي، والمادة (٣٥١) من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي.

ومن التطبيقات القضائية في هذا الشأن: قرار محكمة التمييز الاتحادية في العراق المرقم ٤٢٤١ / هيئة جزائية أولى /٢٠١١ في ٢ / ٥ / ٢٠١١ (غير منشور)، يقابلها قرار محكمة النقض المصرية في ٢٢ / ١٢ / ١٩٧٩، مجموعة أحكام النقض، تصدر عن المكتب الإعلامي لمحكمة النقض المصرية، س٣٠، ١٩٨٠، ص ٢٧٩. وقرار محكمة التمييز الإماراتية جلسة ٢٥ / ١ / ١٩٩٣ الطعن رقم ١٠٢ لسنة ١٩٩٢، سعيد علي بحبوح النقبي، مبدأ تقيد المحكمة بحدود الدعوى الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ١٤٨. وقرار محكمة التمييز السورية رقم ٤٣ / ١٦٤، مجموعة القواعد القانونية، تصدر عن المكتب الفني لمحكمة التمييز السورية، ١٩٦٤، ص ٢٤٩.

(٥) أحمد إبراهيم عباس، نظرية الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، دار الشرق، بيروت - لبنان، ١٩٨٣، ص ٨.

(٦) د. مصطفى إبراهيم الزلمي، دلالات النصوص وطرق استنباط الأحكام في ضوء أصول الفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص ٣٠٨. وهبة الزحيلي، الوجيز أصول الفقه الإسلامي، مصدر سابق، ٢١٣ - ٢١٤.

للتأويل ونعرج في الفقرة الثانية على الشروط المتعلقة بإجراءات التأويل وننتهي في الفقرة الثالثة للشروط المتعلقة بالشخص القائم بالتأويل.

أولاً:- الشروط المتعلقة بالنص الجزائي القابل للتأويل:

إن من الشروط المتعلقة بالنص الجزائي القابل للتأويل هو أن تكون دلالته على الحكم ظنية بحيث يحتمل أكثر من حكم واحد ولو بدرجات متفاوتة في وضوح الدلالة على هذه الاحتمالات[١]، فإن كانت قطعية فلا يجوز للقاضي التأويل والعدول عنها لأنه لا مسوغ للاجتهاد في مورد نص تكون دلالته قطعية[٢].

والنصوص غير واضحة الدلالة حسب تقسيم الأصوليون هي أربعة الخفي والمشكل والمجمل والمتشابه[٣]، وهذه النصوص تشترك بأن النص غير الواضح الدلالة هو ما لا يدل على المراد منه بل يتوقف فهم المراد على أمر خارجي[٤].

ومن المصطلحات غير واضحة الدلالة في الشريعة الإسلامية لفظ (القاتل) باعتبار القتل مانعاً من موانع الميراث وحسب ما ورد في الحديث الشريف ((لا يرث قاتل))[٥]، فهل القتل هو القتل العمد أم القتل الخطأ وهل يشمل القتل المباشر أو تسبباً أو غيرها؟.

ومن المصطلحات القانونية غير واضحة الدلالة لفظ (الاختلاس) الواردة في المادة (٣١١) من قانون العقوبات المصري التي تنص على أن ((كل من أختلس منقولاً مملوكاً لغيره فهو سارق))، وهنا أيضاً هل ينطبق النص على سارق التيار الكهربائي بوصفه مالاً منقولاً ومن ثم يخضع للنصوص الخاصة بالسرقة[٦]؟، أجابت محكمة النقض المصرية في قرار لها أن التيار الكهربائي مال منقول ومن ثم يخضع للنصوص الخاصة بالسرقة، وأن هذا الاتجاه ما هو إلا نوعاً من التأويل للمصطلح القانوني[٧].

كما يشترط عند قيام القاضي بتأويل النص الجزائي أن يكون هذا التأويل موائماً للاصطلاح القانوني، أي بأن يكون المعنى الذي آل إليه اللفظ من المعاني التي يحتملها اللفظ ويدل عليها ولو على سبيل المجاز، أما إذا كان من المعاني التي لا يحتملها اللفظ ولا يدل عليها فإذا خرج كان اللفظ فاسداً[٨].

ثانياً:- الشروط المتعلقة بإجراءات التأويل:

إن من أهم الشروط المتعلقة بإجراءات التأويل هو أن يقوم دليل يؤيد صحة صرف النص عن معناه الظاهر إلى المعنى المرجوح، لأن الأصل العمل بمقتضى المعنى الظاهر للنص حتى يقوم دليل على خلاف ذلك[٩].

في مجال الفقه الإسلامي يجب أن يقوم الدليل من الكتاب أو السنة أو الأجماع على إرادة الشارع للمعنى المؤول، إذ يجب أن يكون الدليل مبنياً على دليل شرعي يصح لصرف اللفظ عن معناه الظاهر إلى معناه

---

(١) د. مصطفى إبراهيم الزلمي، أصول الفقه في نسيجه الجديد، مصدر سابق، ص ٤٤٩.

(٢) د. محمد شريف أحمد، مصدر سابق، ص ١٢٤.

(٣) مما تجدر الإشارة إليه إلى أنه سيأتي بحث هذه النصوص ضمن دراسة النصوص الجزائية المبهمة اللفظ في الفرع الثالث من المطلب الثالث من المبحث الثاني من هذا الفصل.

(٤) د. مصطفى إبراهيم الزلمي، أصول الفقه في نسيجه الجديد، مصدر سابق، ص ٤٤٨.

(٥) د. مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الميراث والوصية وحق الانتقال في الفقه المقارن والقانون، بلا أسم مطبعة ومكان وسنة طبع، ص ٢٠.

(٦) ضمن هذا السياق تجدر الإشارة أن المشرع العراقي في المادة (٤٣٩) من قانون العقوبات قد نص صراحة على اعتبار (القوى الكهربائية) مالاً منقولاً ليدخل ضمن نصوص التجريم الخاصة بالسرقة.

(٧) نقض ١٠ / ١٠ / ١٩٦١، مجموعة أحكام النقض، تصدر عن المكتب الاعلامي لمحكمة النقض المصرية، س ١٢، ١٩٦٢، ص ٧٨٨.

(٨) د. أحمد فراج حسين، أصول الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، ٢٠٠٤، ص ٢٥١.

(٩) د. مصطفى إبراهيم الزلمي، أصول الفقه في نسيجه الجديد، مصدر سابق، ص ٤٤٨. د. أحمد فراج حسين، مصدر سابق، ص ٢٥٣.

المرجوح[١]، ومن أمثلة ذلك قوله تعالى ﴿ إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ ﴾[٢]، فهو ظاهر في تحريم جلودها دبغ أو لم يدبغ وهو باطن في أن أضافة التحريم إلى الميتة يقتضي عرفاً تحريم الأكل والجلد غير مأكول، فلا يتناول عموم التحريم، وقد قوي هذا الاحتمال بما روي عن أبن عباس (رضي الله عنه) أن رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) قال ((إذا دبغ الإهاب فقد طهر))[٣].

وفي مجال القانون الجزائي يجب أن يقوم الدليل من أحد نصوص القانون يؤيد صحة صرف النص من معناه الظاهر إلى المعنى المرجوح المحتمل لأن الأصل يقتضي المعنى الظاهر للنص حتى يقوم دليل على خلاف ذلك [٤]. وقد ذهبت محكمة التمييز في العراق في مبدأ لها جاء فيه ((الاعتراف المجرد لا يمكن أن يكون دليلاً للحكم والإدانة ما لم تقتنع به المحكمة ...))[٥]، وهذا يعني أن الأحكام الجزائية يجب أن تبنى على القناعة الكاملة للمحكمة وهذا مأخوذ من نص المادة (٢١٣/ أ) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي[٦].

وكذلك من الشروط المتعلقة بإجراءات التأويل هو أن يكون هناك سبب باعث يقتضي التأويل كالمصلحة الشرعية أو الحاجة الضرورية مما استنتجه القاضي من طبيعة الواقعة الخاضعة له ومن ظروفها وملابساتها وخلفياتها ونتائجها[٧]. ومن أمثلة ذلك في الفقه الإسلامي صرف الشاة الواجب دفعها زكاة عن أربعين عن الغنم السائمة غير المعلوفة إلى قيمتها وذلك بتأويل الحكمة من الزكاة وهي سد حاجة الفقير، وقد تكون سد الحاجة بالقيمة أكثر من عين الشاة ذاتها[٨].

وأما على مستوى القانون الجزائي ما ذهبت إليه محكمة التمييز الاتحادية في العراق في أحد قراراتها إلى مبدأ مفاده ((أن تشكيل لجان خاصة لتطبيق أحكام قانون العفو رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٨ لا يحول دون ممارسة محكمة التمييز حقها في الرقابة عن القرارات الصادرة بشأن هذا القانون رغم صدورها من محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية))[٩].

---

(١) عواد حسين ياسين العبيدي، إلزام القاضي بالتفسير المتطور للقانون، دار السنهوري، بيروت - لبنان، ٢٠١٥، ص ٢٧ وما بعدها.

(٢) سورة البقرة، الآية (١٧٣).

(٣) ويروى بأن الرسول (صلى الله عليه وآله وسلم) قد مر بشاة ميتة فقال ((ألا انتفع أهلها بإهابها؟)) ويقصد بذلك إلا دبغوه، فانتفعوا به؟.

للمزيد من التفصيل ينظر: محمد علي الصابوني، روائع البيان في تفسير آيات الأحكام من القرآن، ط ١، دار الصابوني للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٩٩، ص ١١٧.

ونود الإشارة هنا أيضاً إلى وجود قواعد في أصول الفقه الإسلامي بصدد هذا الشأن منها قاعدة (إذا بطل الأصل يصار إلى البدل) وكذلك قاعدة (إعمال الكلام أولى من أهماله).

(٤) د. محمد أديب صالح، تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، ج ١، ط ٢، منشورات المكتب الإسلامي، بلا مكان طبع وسنة طبع، ص ٣٨١.

(٥) قرارها المرقم ١٦١ / هيئة عامة / ٢٠٠٤ في ٦ / ٧ / ٢٠٠٤، (غير منشور).

(٦) حيث تنص هذه المادة على أنه ((أ- تحكم المحكمة في الدعوى بناء على اقتناعها الذي تكّون لديها من الأدلة المقدمة في أي دور من أدوار التحقيق أو المحاكمة ...)).

(٧) يراعى في المؤول به أوجه ثلاثة: الأول: أن يرجع إلى معنى صحيح في الإعتبار متفق عليه في الجملة بين المختلفين، ويكون اللفظ المؤول قابلاً له، وذلك أن الإحتمال المؤول به أما أن يقبله اللفظ أو لا، فإن لم يقبله فاللفظ نص لا احتمال فيه، فلا يقبل التأويل، وأن قبله اللفظ فإما أن يجري على مقتضى العلم أو لا، فإن جرى على ذلك فلا إشكال في إعتباره، لأن اللفظ قابل له والمعنى المقصود من اللفظ لا يأباه. ووجه ثان: وهو أن التأويل إنما يسلط على الدليل لمعارضة ما هو أقوى منه. ووجه ثالث: وهو أن تأويل الدليل لمعناه أن يحمل على وجه يصح كونه دليلاً في الجملة، فرده إلى ما لا يصح رجوع إلى أنه دليل لا يصح على وجه وهو جمع بين النقيضين. للمزيد من التفصيل ينظر: د. مصطفى إبراهيم الزلمي، أصول الفقه في نسيجه الجديد، مصدر سابق، ص ٤٤٩.

(٨) الشيخ عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، ط ٩، دار القلم، لبنان، ١٩٧٤، ص ١٩٠ وما بعدها.

(٩) قرارها المرقم ١٢٩ / هيئة عامة / ٢٠٠٨ في ١٥ / ٥ / ٢٠٠٨ (غير منشور).

ثالثاً:- الشروط المتعلقة بالشخص القائم بالتأويل:

يشترط في الفقه الإسلامي أن يكون الناظر في النّص المؤوّل من المجتهدين أصحاب الملكات الفقهية الذين لهم حق استنباط الأحكام من النصوص فإن لم يكن من هؤلاء رد ذلك التأويل لصدوره ممن ليس أهلاً له.

والاجتهاد[١] في الفقه الإسلامي يعني استنباط الأحكام الشرعية من أدلتها ومصادرها التفصيلية نصاً أو قاعدة كلية أو روحاً تشريعية عامة، قبل أن يكون عامل نماء وتطور وتجديد، هو حياة التشريع في كل زمان فهو ضرورة حيوية لبقاء التشريع الإلهي نافذ المكان مقبول التطبيق لا مفر منه لأحد، صالحاً للتصدي لكل أحداث الزمان والمكان[٢]. كما يقصد به بأنه بذل الفقيه ما في وسعه من الطاقة والبدنية للحصول على الحكم الشرعي الصحيح في اعتقاده للدعوى المعنية بالحكم[٣].

ومن أمثلة الاجتهاد في الفقه الإسلامي قوله عز وجل ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾[٤]، لا يصح الأخذ بحرفية هذه الآية القرآنية القول بأن القاتل والمقتول يجب أن يكونا متعادلين، لأنه إذا أخذ بهذا الظاهر، فإن كل من يقتُل شخصاً يأتي بآخر حتى لا يؤخذ منه القصاص. وبناء على ذلك أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على عدم الأخذ بحرفية وظاهر هذه الآية، وعلى أنه إذا أشترك أكثر من واحد في قتل واحد، فيأخذ القصاص من الكل حماية لأرواح الأبرياء[٥].

أما في القانون الجزائي فيشترط في القاضي ان يكون اهلاً للتأويل أي بمعنى أن يكون القاضي من الصنف الأول ومن ذوي الخبرة وأن يوافق تأويله وضع اللغة أو العرف الشرعي والقانوني، لأن التأويل في القانون الجزائي هي عملية يتولاها من يمتلك الملكة الاستنباطية والاستدلالية في المسائل القانونية[٦].

صفوة ما تقدم إن لشروط تأويل النصوص الجزائية من الأهمية في تحديد معاني القاعدة القانونية واختيار المعنى الملائم الذي ينطبق على الواقعة للوصول إلى التكييف القانوني السليم، وذلك لما يكتنف القواعد القانونية من نقص أو تعارض أو لأجل تحقيق مصلحة معينة.

المطلب الثالث

الطبيعة القانونية لتأويل النصوص الجزائية

تتحدد الطبيعة القانونية لتأويل النصوص الجزائية من خلال بيان أسسها القانونية وكشف محدداتها فضلاً عن فهم فروضها، عليه يقتضي الأمر أن نقسم هذا المطلب على فرعين نفرد الفرع الأول لأسس تأويل النصوص الجزائية، ونخصص الفرع الثاني لفروض تأويل النصوص الجزائية.

---

(١) الاجتهاد لغةً: كلمة مشتقة من الفعل الثلاثي جهد ويعني الجد في الأمر وبذل الوسع والتبصر والتنبه له، و(جهد) الرجل في كذا أي جد فيه وبالغ وبابها قطع. و جُهد (بضم الجيم) بمعنى بذل الطاقة البدنية والفكرية. لويس معلوف، المنجد في اللغة، ط ٣٥، دار الشرق، بيروت - لبنان، بلا سنة طبع، ص ١٠١. الأمام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مصدر سابق، ص ١١٤.

(٢) وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص ٣١٥. د. مصطفى إبراهيم الزلمي، أصول الفقه في نسيجه الجديد، مصدر سابق، ص ٤٧٣.

(٣) السيد محمد محمد صادق الصدر، ما وراء الفقه، ج ١، ط ١، دار أميران للطباعة والنشر، قم المقدسة - إيران، ٢٠٠٥، ص ١٨.

(٤) سورة المائدة، الآية (٤٥).

(٥) د. ضاري خليل محمود، الاجتهاد وحقوق الأنسان في الإسلام ، دار الشؤون الثقافية، بغداد، ١٩٩٦، ص ١٦ - ١٧. حسين النقوي، تنقيح الأصول، ج ١، ط ١، مؤسسة العروج ، بلا مكان طبع، ١٤١٩هـ، ص ٥٨٩. د. مصطفى إبراهيم الزلمي، دلالات النصوص وطرق استنباط الأحكام في ضوء أصول الفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص ٣٠٩. د. عبد الكريم زيدان، مصدر سابق، ص ٤٠٢ وما بعدها.

(٦) د. عبد الكريم زيدان، مصدر سابق، ص ٤٠٢ وما بعدها. وهبه الزحيلي، الوجيز أصول الفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص ٩٨ وما بعدها.

الفــرع الأول

أســس تأويـل النصـوص الجزائيـة

إن أهم ما يثار في موضوع الطبيعة القانونية لتأويل النصوص الجزائية هو بيان أسسها القانونية فيما إذا كانت قاعدة من قواعد القانون أو من قواعد العدالة أو من قواعد القانون والعدالة وسنفرد لكل أساس من هذه الأسس فقرة مستقلة بذلك وكالآتي:-

أولاً:- قواعد القانون:

بصدد بيان الأسس القانونية لتأويل النصوص الجزائية كونه من مسائل القانون أو الواقع أم من مسائل القانون والواقع، لابد ابتداءً أن نعرّف مصطلح القانون بأنه (مجموعة القواعد التي تنظم الروابط الاجتماعية والتي تقسر الدولة الناس على إتباعها، ولو بالقوة عند الاقتضاء)[١]، كما عرّف بأنه (مجموعة القواعد العامة التي تنظم مظاهر النشاط المختلفة في المجتمع والتي تقوم السلطات العامة على فرض احترامها وتوقيع الجزاء على من يخالفها)[٢].

يتضح من خلال هذين التعريفين أن القانون ليس إلا مجموعة قواعد تنظم سلوك الأفراد في مجتمع يلزم إقراره بها ويقرنها بجزاء يوقع جبراً على من يخالفها، فالقانون يستهدف تنظيم روابط الأفراد فيما بينهم، ووسيلة القانون في ذلك هو فرض قواعد سلوكية تحدد للفرد ماله وما عليه، وتسمى القواعد المذكورة بالقواعد القانونية.

اختلف الفقه بشأن تحديد الأساس القانوني لتأويل النصوص الجزائية، يرى جانب من الفقه أن الأساس القانوني لتأويل النصوص الجزائية ليس من مسائل القانون أو من مسائل الواقع وإنما مسألة علمية فقهية (منطقية)[٣]. ويذهب جانب آخر إلى أن الأساس القانوني لتأويل النصوص الجزائية هو جسر يفصل بين الواقع والقانون[٤]. والرأي الأخير في الأساس القانوني لتأويل النصوص الجزائية والذي يكاد أن يتفق الفقه عليه[٥] بأنه مسألة من مسائل القانون وليس من مسائل الواقع، وذلك لأن تصنيف الواقعة وبيان القاعدة القانونية الواجبة التطبيق عليها يعني تطبيق حكم القانون عليها استناداً إلى أصول ثابتة في التشريعين الموضوعي والإجرائي، مما يترتب عليها أن الخطأ في التأويل يعد خطأً في القانون يستوجب نقض الحكم[٦].

وقد أخذ المشرع العراقي بالاتجاه الذي يرى أن الأساس القانوني لتأويل النصوص الجزائية مسألة قانونية وذلك من خلال ما نص عليه قانون أصول المحاكمات الجزائية في المادة (٢٤٩ / ١) منه عندما عددت هذه المادة الحالات التي يجوز فيها الطعن تمييزاً بقولها ((... أو خطأ في تطبيقه أو تأويله، ...))، معززاً بذلك نص المادة (٢٠٣) من قانون المرافعات المدنية التي نصت على أنه ((...١- إذا كان الحكم قد بني على مخالفةٍ للقانون أو خطأ في تطبيقه أو عيبٍ في تأويله))[٧] وقد أيد هذا الاتجاه القضاء العراقي في أحد قراراته الصادر عن محكمة

---

(١) خالص العجيلي، الظروف المشددة للعقوبة، ط ١، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ١٨٧.

(٢) د. فخري عبد الرزاق الحديثي، شرح قانون العقوبات / القسم العام، مصدر سابق، ص ٤٠.

(3) Rigaux, L. Theoric des Qualification en Droit International, Prive, Paris, 1956 .P. 487 - 488.

د. مصطفى كيرة، التكييف القانوني، بحث منشور في المجلة العربية للفقه والقضاء، تصدر عن الأمانة العامة لجامعة الدول العربية / الإدارة العامة للشؤون القانونية، إدارة التشريع والبحوث/ الأمانة الفنية لمجلس الوزراء العدل العرب، ع ٣، ١٩٩٢، ص ٧٨.

(٤) د. فخري عبد الرزاق الحديثي، شرح قانون العقوبات / القسم العام، مصدر سابق، ص ٤٠ وما بعدها.

(٥) د. حميد السعدي، شرح قانون العقوبات الجديد، ج ١، دار الحرية للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٧٦، ص ١٣٩. ضياء شيت خطاب، سلطة القاضي في تكييف وقائع الدعوى المدنية، بحث منشور في مجلة القضاء، تصدر عن نقابة المحامين في جمهورية العراق، ع ١- ٤، س ٣٧، ١٩٨٢، ص ٧٧.

(٦) جمال محمد مصطفى، مصدر سابق، ص ١٧٣.

(٧) وجدير بالذكر إلى أن مصطلح التأويل ورد أيضاً في المادة (٢١٩) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي ضمن كلام المادة المذكورة عن الإقرار أو عدم تجزئته أو تأويله إذا كان هو الدليل الوحيد في الدعوى.

التمييز بأن ((... تأويل الواقعة مسألة قانونية ...))[١].

أمّا قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي[٢] والمصري[٣] والإماراتي[٤] فقد عدَّ الأساس القانوني لتأويل النصوص الجزائية مسألة قانونية وموضوعية.

أمّا عن موقف القضاء المصري[٥] والسوري[٦] والإماراتي[٧] فقد عدَّ الأساس القانوني لتأويل النصوص الجزائية مسألة قانونية وموضوعية، ويؤيد ذلك أن القاضي لا يلزم ببيان الأسباب التي جعلت سلطته على نحو معين، حيث تراقب محكمة النقض الأسباب القانونية دون الموضوعية إذ لا يخضع لرقابة المحكمة.

مما سبق من عرض نرى أن كلاً من المشرع والقضاء العراقي كانا موفقين بجعل الأساس القانوني لتأويل النصوص الجزائية مسألة من مسائل القانون يخضع فيه لرقابة محكمة التمييز، حتى وإن كان يحتوي التأويل على مسائل موضوعية لأن الفصل في هذه المسائل يكون طبقاً للقانون وهي مسألة قانونية وليست موضوعية، حيث يتم إذابة الموضوع بالقانون عن طريق التأويل.

ثانياً:- قواعد العدالة:

تعرف قواعد العدالة بأنها (القواعد القائمة إلى جانب أحكام القانون الجزائي (الوضعي) المستندة إلى أسس مستمدة من وحي العقل والقانون الطبيعي أو أنها مستمدة من فكرة العدل المطلق وترمي هذه القواعد إلى تعديل الأحكام القانونية وتوسيعها)[٨]، كما عرفت قواعد العدالة بأنها (مجموعة من القواعد تصدر من مثل أعلى يستهدف خير الإنسانية والمجتمع بما يملأ النفوس من شعور بالأنصاف وما يوحي به من حلول منصفة)[٩]، كما عرف بأنه (تحقيق العدل في حالة خاصة، وذلك بتطبيقه على واقعة أو حالة فردية ليكون الحكم المستمد منه مطابقاً لظروفها الخاصة)[١٠].

إن الموقف من العدالة بشكل دقيق هو الوعي لحالة والتعبير عنها في إطار قضية المساواة أو التوازن في أداء الواجبات والوفاء بالحقوق، ونرى أن تحقيق العدالة يمر عبر تطبيق القانون تطبيقاً صحيحاً ومدى حياد القاضي في نظره للنزاع.

إن مفهوم العدالة لا يتحقق بالإصلاح الجزئي أو بإعطاء المكاسب البسيطة كحلول نهائية، وإنما يتحقق بقيام القضاء العادل الذي همه ألاّ يدان بريء ولا يفلت مجرم من العقاب، وهو الذي يتأذى من إدانة البريء أكثر مما يتأذى من إفلات مجرم، لأن إدانة البريء يترتب عليها إفلات المجرم الحقيقي. فالعدالة هي الغاية السامية التي يجب على القاضي أن يضعها نصب عينه ويجعلها هدفاً في كل خطواته[١١].

---

(١) قرارها المرقم ٢٢١ / هيئة عامة أولى / ١٩٨١ في ٢٥ / ٧ / ١٩٨١، إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز/ القسم الجنائي، مطبعة الجاحظ، بغداد، ١٩٩٠، ص ٧٣.

(٢) المادة (١١٦ / ١٨٤) من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي.

(٣) المادة (٣٠ / أولاً) من قانون حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض المصري.

(٤) المادة (٢١٤) من قانون الإجراءات الجنائية الإماراتي.

(٥) نقض مصري ١٨ / ١٢ / ١٩٧٩، مجموعة أحكام النقض، تصدر عن المكتب الإعلامي لمحكمة النقض المصرية، س٣٠، ١٩٨٠، ص ٢٧٩.

(٦) تمييز سوري رقم ٢٢ / ١٦٤، مجموعة القواعد القانونية، تصدر عن المكتب الفني لمحكمة التمييز السورية، ١٩٦٤، ص ٢٤٩.

(٧) تمييز دبي، جلسة ٢٣ / ١ / ١٩٩٣، الطعن رقم ٩٢ لسنة ١٩٩٢. سعيد علي بحبوح النقبي، مصدر سابق، ص ١٤٨.

(٨) د. عصمت عبد المجيد بكر، أصول تفسير القانون، مصدر سابق، ص ١٢٨.

(٩) د. عبد الباقي البكري، مبادئ العدالة، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، تصدر عن كلية القانون والسياسة - جامعة بغداد، عدد خاص، ١٩٨٤، ص ٥٨.

(١٠) عواد حسين ياسين العبيدي، مصدر سابق، ص ٥٨.

(١١) أبو بكر محمد السرخسي، أصول السرخسي، ج ١، ط ١، الدار العالمية للكتاب الإسلامي، بلا مكان وسنة طبع، ص ٦٠. نايف بن محمد السلطان، حقوق المتهم في نظام الإجراءات الجزائية السعودي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الاردن، ٢٠٠٥، ص ١٢٤. إسماعيل نامق حسين، العدالة وأثرها في القاعدة القانونية، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١١، ص ٨٥ وما بعدها.

والقضاء العادل هو غاية ما تسعى إليه الشريعة الإسلامية بدليل قوله تعالى ﴿ وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ ﴾[١] وقوله عز وجل ﴿ وَأَنزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ ﴾[٢].

نخلص إلى القول بأنه: ليس بمقدور أي تشريع وضعي أن يحقق للجميع عدلاً مطلقاً دون أن يمنح للقاضي سلطة في تأويل النصوص الجزائية التي من خلالها يستطيع القاضي أن يحقق القضاء العادل الذي ينصف المظلومين من الظالمين ويحصل الأفراد على حقوقهم ويقضي على الوسائل التي تدفع إلى الجريمة، لأن الإنسان عندما يحسن في مجتمع يسوده القضاء يستقيم في أعماله.

الفـرع الثـانـي

فـروض تأويـل النصـوص الجزائيـة

من خلال ما سبق دراسته تبين بأن تأويل النصوص الجزائية يتم من خلال فهم القاضي لفروض الواقع أولاً ومن ثم فهم فروض القانون ثانياً إلى فهم فروض العدل ثالثاً، إذاً ففروض تأويل النصوص الجزائية لا تكون إلا بفهم فروض الواقع أولاً ثم فهم فروض القانون ثانياً وأخيراً فهم فروض العدل ثالثاً، ولكل موضوع من هذه الموضوعات سنفرد فقرة مستقلة وكما يأتي:-

أولاً:- فهم فروض الواقع:

لا يستطيع القاضي تفعيل سلطته في تأويل النصوص الجزائية من دون الوقائع، فالوقائع هي جوهر الدعوى الجزائية، وهي بداية تفعيل سلطة القاضي في التأويل.

وقد عُرّفت الواقعة الجزائية بأنها (هي التي يترتب على وجودها نشأة أو تعديل أو انقضاء مركز قانوني جنائي)[٣]، كما عرفت بأنها (العناصر المادية التي يتكون من مجموعها الركن الموضوعي للجريمة)[٤].

من خلال التعريفات السابقة يتضح أن الواقعة هي كل حدث له أثر في العالم الخارجي، ولما كان الركن المادي الموضوعي للجريمة هو الذي يحدث تغييراً، لذا فإن اصطلاح الواقعة يشمل الركن المادي.

هناك من يرى أن الواقعة لا يمكن حصرها بالركن المادي والعناصر الموضوعية التي تكوّن هذا الركن، لأن هذه العناصر لا يكون لها وصف الركن المادي ما لم يكن إلى جانبها عناصر معنوية حتى يتطابق النموذج القانوني مع الجريمة، وبذلك يمكن أن تعرف الواقعة الجزائية بأنها هي كل تغيير تنتج عنه أثَار قانونية جزائية[٥].

وفهم الواقع يكون بوضع جميع العناصر اللازم أخذها بنظر الاعتبار، ثم فهمها بطابع عقلاني لإصدار أحكام ذات طابع عقلاني، والتقليل من إصدار الأحكام غير المتكافئة، ويدخل ضمن فهم الواقع (التقدير الفني)

---

(١) سورة النساء، الآية (٥٨).
(٢) سورة الحديد، الآية (٢٥).
(٣) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني / مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٤، ص ١٤٢.
(٤) د. أمال عبد الرحيم عثمان، النموذج القانوني للجريمة، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، تصدر عن كلية الحقوق - جامعة عين شمس، مصر، ع ١، س ١٤، ١٩٧٢، ص ٥ وما بعدها.
(٥) د. حفيظة السيد حداد، محل التكييف في القانون الدولي الخاص، بلا أسم مطبعة ومكان طبع، ١٩٦٦، ص ٢٥ وما بعدها.

وهو تأكيد على احترام الفصل بين الواقع والقانون[١].

وموقف القاضي تجاه الوقائع ينبغي أن يكون موضوعياً ومحايداً، (موضوعياً) بحيث لا تثبت عندها إلا الوقائع التي استقامت أمامها بدليل مقبول ومعقول، وبهذا يتم إبعاد الأدلة والبراهين التي ليس لها علاقة بفهم الواقعة أو إثباتها، أمّا (محايداً) فتعني المحايدة تجاه الوقائع بحيث يستقبل الوقائع متخلصاً من كل نزعات الاتهام أو العاطفة لاسيما وأن سلطة القاضي عند تأويله للنص الجزائي موضوعياً كان أم إجرائياً خاضعة لرقابة محكمة الطعن تمييزاً عند الطعن بالحكم الصادر منه من قبل اطراف الدعوى[٢].

ثانياً:- فهم فروض القانون:

إن القاضي لا يقوم بتأويل النصوص الجزائية إلا بعد تحديد عناصر النموذج القانوني من خلال فهم النص القانوني، وعملية تأويل النص الجزائي لا تتم بفهم الواقع فقط ولكن بفهم القانون أيضاً، وعلاقة الواقع بالقانون هو أن الوقائع لا يمكن فهمها إلا من خلال تفعيل نص القانون[٣].

والقانون يشمل جميع النصوص المكتوبة التي تحتوي قواعد عامة مجردة صادرة عن السلطة التشريعية ويلحق بها القرارات التي لها قوة القانون والنصوص التي تصدر عن السلطة التنفيذية وفقاً للقانون وكانت مضمونة بجزاءات جنائية[٤].

وبقدر تعلق الأمر بالنصوص الجزائية الموضوعية فإن هذه النصوص تمثل الأنمُوذج القانوني للجريمة، وبهذا ظهرت نظرية الأنموذج القانوني للجريمة ومضمون هذه النظرية[٥]، وهو أن نص التجريم يحتوي على جميع العناصر اللازمة لتكوين أنموذج الجريمة، وتقسم نصوص التجريم إلى نصوص أساسية ونصوص توجيهية، فالنصوص التوجيهية هي التي توجه القضاء إلى ممارسة سلطة الحكم مثل النصوص المنظمة لسلطة القضاء التقديرية في تحديد العقوبة. أمّا النصوص الأساسية فهي التي تحدد نماذج الجرائم وعقوبتها بحيث تضع أحكاماً آمرة وملزمة على الإفراد تحدد صور السلوك وتحرم مخالفتها، وذلك بتقريرها العقوبات الجزائية على من يرتكب الجريمة. أمّا النصوص الأساسية فهي التي تحدد نماذج الجرائم وعقوبتها بحيث تضع أحكاماً آمرة وملزمة على الإفراد تحدد صور السلوك وتحرم مخالفتها، وذلك بتقريرها العقوبات الجزائية على من يرتكب الجريمة، وتقسم النصوص الأساسية إلى شقين[٦]:-

الشق الأول:- شق التكليف وهو ذلك الجزء من النص الذي يقرر الأمر والنهي الذي أراده المشرع من المخاطبين.

الشق الثاني:- شق الجزاء وهو الأثر الذي يرتبه قانون العقوبات على مخالفة (شق التكليف) وهو يتضمن العقوبات الجزائية التي يطلق عليها البعض بـ (الحكم).

وهناك نصوص تلحق بالنص الأساسي يطلق عليها بالنصوص التبعية وهي تبين الحدود والنطاق الذي يمتد إليه الأمر والنهي، ولهذا سميت تبعية للنص الأساس مثل النصوص المنظمة لـ (أسباب

---

(1) Chistine, W. Criminal Procedure Systems in the European Community, London, 1993, p. 42.

(٢) ومن ذلك أستخدام هيئة المحلفين في إنكلترا لفهم الواقعة دليلين مقبولين:

- Johan, s. Baker Jr. "criminal trail procedur", Louisiana Law Review, Work of Appellate Courts, 1975 - 1976, P. 539 - 540.

وكذلك د. محمد زكي أبو عامر، شائبة الخطأ في الحكم الجنائي، دار المطبوعات الجامعية، مصر، ١٩٨٥، ص ٢٦٥.

(٣) د. حفيظة السيد حداد، مصدر سابق، ص ٤٠.

(٤) د. فخري عبد الرزاق الحديثي، شرح قانون العقوبات / القسم العام، مصدر سابق، ص ٤٠.

(٥) د. عبد العظيم وزير، مصدر سابق، ص ٣٤.

(٦) د. عبود السراج، الجريمة والقانون، بحث منشور في مجلة الحقوق والشريعة، تصدر عن كلية الحقوق والشريعة، الكويت، س ٢، ع ٢، ١٩٧٨، ص ٢٣٣. د. عادل عازر، النظرية العامة في ظروف الجريمة، المطبعة العالمية، مصر، ١٩٦٧، ص ٨ وما بعدها.

الإباحة)[١].

كما يلاحظ أن بعض النصوص الموضوعية تتضمن عناصر بديلة لقيام النموذج القانوني للجريمة، فلا يشترط من الناحية الواقعية توفر جميع العناصر في النموذج الإجرامي لقيامه وإنما يكفي أحدهما لتحقيق الجريمة، مثل نص المادة (٤١٠) من قانون العقوبات العراقي التي نصت على أنه ((من اعتدى عمداً على آخر بالضرب أو بالجرح أو بالعنف أو بإعطاء مادة ضارة أو بارتكاب أي فعل آخر مخالف للقانون ...))[٢]. فبوجود أي فعل من هذه الأفعال تتحقق الجريمة ولا يشترط اجتماعها، وأن التعدد في أوجه السلوك المكونّة لجريمة واحدة لا يعني وجود نماذج إجرامية متعددة في نص واحد وإنما نموذج إجرامي واحد يتحقق بوجود أحد أوجه السلوك مثل نص المادة (٤١١ / ١) من قانون العقوبات العراقي[٣]. وقد يقوم المشرع بتجزئة العناصر اللازمة للنموذج القانوني للجريمة الواحدة في أكثر من نص واحد، مثال ذلك فقد أشار قانون العقوبات العراقي إلى عناصر جريمة التزوير[٤]، ثم بين طرق التزوير المادية والمعنوية اللازمة لقيام الركن المادي في التزوير[٥]، ومع ذلك يبقى الأنموذج القانوني للجريمة واحداً.

ثالثاً:- فهم فروض العدل:

عُرف العدل بإنه الانصاف والقسط وإعطاء كل ذي حق حقه من غير جور أو ظلم أو إفراط أو تفريط[٦]، كما عرف بأنه وضع الأمور في مواضعه الصحيحة وتسويتها[٧]، كذلك فقد عرف بأنه الاستقامة عن طريق الحق بالاجتناب عما هو محظور[٨].

هناك خلط ملحوظ بين مصطلحي العدل (Justice) والعدالة (Equity) فالبعض من الفقه الذين كتبوا في هذا الموضوع، لم يميزوا بينهما، فتارة قد استعملوا العدل مريدين به العدالة وطوراً قد قصدوا العدل ولكنهم قد استعملوا العدالة[٩].

---

(١) أن مما يثير الانتباه إلى أن المشرع العراقي غالباً ما يجعل شق الجزاء في صدر المادة ثم يعقبه شق التجريم باستثناء بعض النصوص القانونية، بخلاف بعض القوانين العقابية العربية ومنها قانون العقوبات المصري الذي غالباً ما يجعل شق التجريم أو التكليف يسبق شق الجزاء أو العقوبة، إلا أن ذلك لا يعد قاعدة في قانون العقوبات المصري، فقد يرى أن يجعل شق العقاب في صدر المادة وشق التجريم يليه. كذلك الحال بالنسبة للمشرع الأردني الذي غالباً ما يجعل شق التجريم يسبق شق العقاب، إلا أنه يجعل شق العقاب يسبق شق التجريم إذا كانت الجريمة واحدة لعدد من الصيغ الإجرامية، مثال ذلك نصت المادة (٢٤٠) من قانون العقوبات الأردني على إنه ((يعاقب بالأشغال الشاقة مدة لا تنقص عن خمس سنوات ١- كل من زور ... ٢- كل من أدخل إلى البلد ... ٣- كل من حاز ...)).

(٢) تقابلها المادة (٢٣٦) من قانون العقوبات المصري، والمادة (٥٣٦) من قانون العقوبات السوري، والمادة (٣٣٠) من قانون العقوبات الأردني، والمادة (٥٥٠) من قانون العقوبات اللبناني، والفصل (٤٠٣) من القانون الجنائي المغربي، والفصل (٢٠٨) من المجلة الجزائية التونسية، والمادة (٣٧٤) من قانون العقوبات الليبي، والمادة (٣٣٦) من قانون العقوبات الإماراتي، والمادة (٢٩٦) من قانون العقوبات الفرنسي.

(٣) تقابلها المادة (٢٣٨) من قانون العقوبات المصري، والمادة (٥٥٠) من قانون العقوبات السوري، والمادة (٣٤٣) من قانون العقوبات الأردني، والمادة (٥٦٤) من قانون العقوبات اللبناني، والفصل (٤٣٢) من القانون الجنائي المغربي، والفصل (٢١٧) من المجلة الجزائية التونسية، والمادة (٣٧٧) من قانون العقوبات الليبي، والمادة (٣٤٢) من قانون العقوبات الإماراتي، والمادة (٣٢٠) من قانون العقوبات الفرنسي.

(٤) المادة (٢٨٦) من قانون العقوبات العراقي تقابلها المادة (٢٠٦) من قانون العقوبات المصري، والمادة (٤٤٣) من قانون العقوبات السوري، والمادة (٢٦٠) من قانون العقوبات الأردني، والمادة (٤٥٣) من قانون العقوبات اللبناني، والفصل (٣٥١) من القانون الجنائي المغربي، والفصل (١٧٢) من المجلة الجزائية التونسية، والمادة (٣٤١) من قانون العقوبات الليبي، والمادة (٢١٦) من قانون العقوبات الإماراتي، والمادة (٤٤١ / ١) من قانون العقوبات الفرنسي.

(٥) المادة (٢٨٧ / ١، ٢) من قانون العقوبات العراقي.

(٦) د. أحمد إبراهيم حسن، غاية القانون، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص ١٣٢ وما بعدها.

(٧) د. محمد سعيد العشماوي، روح العدالة، بلا اسم مطبعة ومكان وسنة طبع، ص ١١٧.

(٨) إسماعيل نامق حسين، مصدر سابق، ص ٨٧.

(٩) د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ١٩٧٢، ص ٢١٩. د. محمد سعيد العشماوي، مصدر سابق، ص ١١٨.

هناك فارق كبير بين العدل والعدالة يصح أن يكون معياراً للتمييز بينهما وإن قامت فكرتهما على أساس المساواة والتي يمكن إن تتلخص بالآتي[١]:-

١- إن فكرة العدل تقوم على أساس المساواة المجردة التي تعتد بالوضع العام، في حين فكرة العدالة تقوم على أساس المساواة الحقيقية التي تعبأ بالظروف الخاصة والجزئيات الواقعية.

٢- إن فكرة العدل تتسم بالتجريد والعمومية وبالصلابة والتشدد، أما فكرة العدالة فيبتغي دائماً نوعاً من العطف والإنسانية والرحمة من شدة القوانين في حالة معينة، فهي المنفذ الذي ينفذ منه القانون إلى مقتضيات الرحمة والإنسانية والغيرة[٢].

إن فكرة العدل والعدالة يمكن أن يلتقيان في مواطن، مثل المماثلة على قدر المناسبة، أي المساواة، أن كانت المساواة مرضية للقوة الكامنة الملزمة التي تدعو العقل لوضع حلول مرضية لها[٣].

إذاً فعندما يفتقد المؤول النص القانوني الذي ينطبق على الحالة المراد تأويلها، ينتقل المؤول إلى قواعد العدل مهتدياً بها من خلال فسح المجال للاجتهاد والبحث عن الحلول القانونية في الدعوى المعروضة أمامه[٤].

---

(١) د. عبد الباقي البكري، مصدر سابق، ص ٥٨. د. عبد الحي حجازي، مصدر سابق، ص ٢١٩.

(٢) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري و د. أحمد حشمت أبو ستيت، مصدر سابق، ص ١٣ وما بعدها.

(٣) أما بشأن الشريعة الإسلامية فيرى بعض الباحثين أنها لا تفرق بين العدل والعدالة في اللغة والاصطلاح، فكلاهما يؤدي معنى واحداً وهو أحقاق الحق، بتطبيق أحكام الشرع، غير أن الشريعة الإسلامية قد استعملت كلمة أخرى تؤدي معنى العدالة وتسمو عليها وهي (الإحسان). للمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع ينظر: د. عبد السلام الترمانيني، الوسيط في تأريخ القانون والنظم القانونية، ط ٣، بلا أسم مطبعة ومكان طبع، ١٩٨٢، ص ٦٥٨.

(٤) ومن أمثلة ذلك في القانون العراقي نص المادة (٢١٦) من القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل التي نصت على أنه ((١- لا ضرر ولا ضرار، والضرر لا يزال بمثله، وليس للمظلوم أن يظلم بما ظلم. ٢- فلو أتلف أحد مال غيره في مقابل إتلاف هذا لماله كان كل منهما ضامناً للأخر ما اتلف، ولو انخدع شخص فأخذ دراهم زائفة من شخص أخر فليس له أن يصرفها إلى غيره)).

المبحث الثاني

محل تأويل النصوص الجزائية

يتحتم دراسة محل تأويل النصوص الجزائية تحديد ما إذا كان يطبق في هذا الشأن نصوص جزائية موضوعية أم إجرائية، كما أن التأويل هو من المسائل الذي تعددت فيه الآراء، إذ ظهرت عدة مذاهب فيه تختلف في طرائقها تبعاً لأختلاف نظرتها للنص القانوني من حيث دلالته على معناه فيما اذا كان واضح ام مبهم اللفظ.

عليه يقتضي تقسيم هذا المبحث على ثلاثة مطالب، نتناول في المطلب الأول النصوص الجزائية (الموضوعية والإجرائية)، ونخصص المطلب الثاني لمذاهب تأويل النصوص الجزائية، وننتهي في المطلب الثالث إلى مجال تأويل النصوص الجزائية.

المطلب الأول

النصوص الجزائية (الموضوعية والإجرائية)

لأجل الاحاطة بموضوع النصوص الجزائية (الموضوعية والإجرائية) يقتضي الحال إن نقسم هذا المطلب على ثلاثة فروع، نفرد الفرع الأول لمدلول النصوص الجزائية (الموضوعية والإجرائية)، ونعرج في الفرع الثاني لتقسيمات النصوص الجزائية (الموضوعية والإجرائية)، ونكرس الفرع الثالث لمبادئ النصوص الجزائية (الموضوعية والإجرائية).

الفرع الأول

مدلول النصوص الجزائية (الموضوعية والإجرائية)

من أجل الوقوف على مدلول النصوص الجزائية يتطلب تحديد تعريف النصوص الجزائية أولاً، ثم بيان خصائص النصوص الجزائية ثانياً، وكذلك إيضاح طبيعة النصوص الجزائية ثالثاً، ولكل موضوع من هذه الموضوعات سنفرد فقرة مستقلة وكالآتي:-

أولاً:- تعريف النصوص الجزائية (الموضوعية والإجرائية):

تعرف النصوص الجزائية الموضوعية بأنها (تعبير يفرض به المشرع أرادته على أعضاء الجماعة ويحدد فيه أنواع السلوك - أرتكاباً كان أم أمتناعاً - التي يعدها جرائم كما يوضح الجزاءات القانونية التي يرتبها على مخالفة هذه الإرادة)[١]، كما عرفت بأنها (مجموعة القواعد التي تضم أوامر أو نواهي يترتب عليها عقوبة جزائية منصوص عليها في القانون الجنائي)[٢].

أما النصوص الجزائية الإجرائية فتعرف بأنها (مجموعة القواعد التي تبين الإجراءات التي يجب اتباعها للتحري عن الجرائم والتحقيق فيها ومحاكمة مرتكبها والحكم عليها وتنفيذ الحكم فيهم وبيان السلطات التي تكفل تنفيذ تلك الإجراءات)[٣]، كما عرفت بأنها (هي تلك القواعد التي تتضمن تنظيماً لحق الدولة في

---

(١) د. عصام عفيفي عبد البصير، تجزئة القاعدة الجنائية - دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقه الجنائي الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ١٩.

(٢) حيدر غازي فيصل، الأسناد في القاعدة الجنائية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة النهرين، ٢٠١٤، ص ٣٢٧ وما بعدها.

(٣) د. سعيد حسب الله عبد الله، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، دار الأثير للطباعة والنشر، الموصل، ٢٠٠٥، ص ٥.

التجريم والعقاب)[١].

يتضح من خلال ما ورد من تعاريف أن النصوص الجزائية الموضوعية تصف جريمة ما وتحدد عقوبة لها، وهذا التحديد بمعنى أنها تعبر في شق التكليف (التجريم) منها على التفاصيل المادية والمعنوية للسلوك المحظور، وتعيين في شق الجزاء (العقاب) المستحق عن هذا السلوك.

أما فيما يتعلق بالنصوص الجزائية الإجرائية فأن هذه النصوص تفترض أمرين: اولهما وجود قانون العقوبات وبخلاف ذلك ليس من المتصور وجود قانون أصول المحاكمات الجزائية، وثانيهما فهو قيام الحق العام والمجنى عليه عن حقهما في توقيع العقوبة بشكل مباشر على الجاني، وإلا فلا يمكن وجود ذلك النشاط الذي هو موضوع قانون أصول المحاكمات الجزائية[٢].

فالطبيعة الأمرة للنصوص الجزائية الموضوعية تتمثل في الشقين اللّذين تتكون منهما وهما شق التكليف (التجريم) وشق الجزاء (العقاب)، فالشق الأول فينهى عن سلوك ما أو يأمر به، وشق الجزاء الذي يحدد الجزاء الذي يفرض على كل من يخالف الأمر أو النهي الوارد في شق التكليف[٣].

ثانياً:- خصائص النصوص الجزائية (الموضوعية والإجرائية):

بعد إن أستعُرض تعريف النصوص الجزائية الموضوعية والإجرائية، أصبح من الضروري معرفة خصائص هذه النصوص وما يميزها عن بقية النصوص القانونية الأخرى.

فبالنسبة للنصوص الجزائية الموضوعية فأنها تتميز بالخصائص الأتية وهي:-

١- النصوص الجزائية الموضوعية من قواعد القانون العام[٤]:

تتميز النصوص الجزائية الموضوعية بأنها من قواعد القانون العام الذي يضطلع بتنظيم العلاقة التي تكون الدولة طرفاً فيها، فالعلاقة في هذه النصوص تنشأ بين الدولة وبين من يخالف حكم النصوص الجزائية[٥].

٢- النصوص الجزائية الموضوعية قواعد أمرة:

إن النصوص الجزائية الموضوعية هي قواعد آمرة وملزمة للأفراد فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها، فهي تحوي أمراً بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل صادراً من الدولة متمثلة بالسلطة التشريعية إلى الأفراد يهدف إلى تحديد ما يعد من الأفعال جرائم لتعارضها مع المصلحة العامة، ويكفل تنفيذ هذا الأمر جزاء جنائي[٦].

٣- النصوص الجزائية الموضوعية مقومة للسلوك:

القاعدة الجزائية مقوّمة لسلوك الأنسان، فهي تنظر إلى سلوك الأنسان فتقومه ويتحقق التقويم عندما تجد القاعدة أن هذا السلوك كان ينبغي أن يكون على نحو آخر أفضل، الأمر الذي يرتب عليه المساس بالحياة المشتركة بين من صدر عنه السلوك وبين الجماعة التي يكون الفرد من أعضائها، فلا تنظر القاعدة الجزائية لما هو كائن

---

(١) د. عصام عفيفي عبد البصير، أزمة الشرعية الجنائية ووسائل علاجها - دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقه الجنائي الإسلامي، ط ١، بلا أسم مطبعة ومكان طبع، ٢٠٠٧، ص ٢٢٧. د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات / القسم العام، مصدر سابق، ص ٣.

(٢) د. أسامة عبدالله قايد، الأحكام العامة للنظام الجنائي / النظرية العامة للجريمة، ط ٣، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧، ص ١٤ وما بعدها. كاظم عبد الله حسين الشمري، مصدر سابق، ص ٣٩٠.

(٣) باسم عبد الزمان مجيد الربيعي، نظرية البنيان القانوني للنص العقابي، أطروحة دكتوراه، كلية القانون - جامعة بغداد، ٢٠٠٠، ص ٢٨ - ٢٩ وما بعدها.

(٤) د. رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، ١٩٦٨، ص ١٦٠.

(٥) سيف صالح مهدي العكيلي، مصدر سابق، ص ٢٢.

(٦) د. عصام عفيفي عبد البصير، القاعدة الجنائية على بياض - دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقه الجنائي الإسلامي، دار أبو المجد للطباعة، مصر، ٢٠٠٧، ص ١٨.

فتسجله على علاقة مع ذكر اسبابه ولكنها تنظر إلى ما يجب أن يكون لهذا فهي قاعدة (تقويم)[١].

أما خصائص النصوص الجزائية الإجرائية فيمكن إجمالها بالآتي[٢]:-

١- بيان للسلطات والأجهزة التي تعهد إليها الدولة باتخاذ هذه الإجراءات وتحديد الأصول والقواعد التي تحكم عملها.

٢- تفصيل الإجراءات التي تنظم عمل كل سلطة من هذه السلطات، وهذه الإجراءات تختلف تبعاً لاختلاف المرحلة التي بلغتها الدعوى الجزائية[٣].

٣- ضمان تحقق المساواة وحماية البريء من إدانة ظالمه، وحماية المتهم من إجراءات تمتهن فيها كرامته الانسانية.

ثالثاً:- طبيعة النصوص الجزائية (الموضوعية والإجرائية):

سبق وأن تم بيان النصوص الجزائية الموضوعية بأنها من قواعد القانون العام وبأنها قاعدة أمرة وبأن لها قوة جزائية معززة لحكم نصوص أخرى غير جزائية نتيجة إلى فرع أخر من القانون غير قانون العقوبات. أما النصوص الجزائية الإجرائية فتميّز بالإضافة إلى ذلك بياناً للسلطات والأجهزة المختصة باتخاذ الإجراءات واختصاصاتها وكذلك تحديد الإجراءات التي تقوم بها هذه السلطات لتطبيق القواعد الموضوعية.

إن ما تقدم يعبر عنه بقوة القانون الجزائي، ولهذه القوة وجهان:-

الوجه الاول: أن كل سلوك محظور في نصوص جزائية موضوعية، لابد أن يكون كذلك صراحة أو ضمناً في نصوص أخرى من قانون أخر غير القانون الجزائي، وهذا ما يسمى بشائبة حكم النصوص الجزائية تشاطرها معها نصوص أخرى غير جزائية.

الوجه الثاني: أن حظر السلوك الإجرامي طبقاً للنصوص غير الجزائية يعتبر من الناحية المنطقية سابقاً على حظره في النصوص الجزائية، وهذه أسبقية منطقية ليس من اللازم أن تكون زمنية، بمعنى أن القانون الجزائي يعُد مدعماً ومعززاً بجزائه الخاص حكم الفروع الأخرى للقانون[٤].

والواقع أن هذه القوة الجزائية المعززة بنتيجة منطقية للدور الذي يؤديه القانون الجزائي في المجتمع فهو يتغلغل في كافة مجالات النشاط الإنساني ليدخل في مصاف الجرائم كل سلوك في أي مجال مهما يبلغ من الجسامة حد المساس بشرط يتعلق به كيان المجتمع وبقاؤه[٥].

ذلك هو المقصود بطبيعة النصوص الجزائية (الموضوعية والإجرائية) كقوة إجرائية للجزاء الذي تستحقه بعض صور السلوك المحظور طبقاً للقواعد الأخرى غير الجزائية.

---

(١) د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، ط ٢، دار الشروق، بيروت - لبنان، ٢٠٠٠، ص ٤٤٠. محمد علي سويلم، تكييف الواقعة الإجرامية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، ٢٠٠٠، ص ٩٨.

(٢) د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، ط ٧، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣، ص ٤٤. كاظم عبد الله حسين الشمري، مصدر سابق، ص ٣٩١.

(٣) لزاماً أن نذكر بأن الدعوى الجزائية تمر بالمراحل الآتية وهي:- مرحلة التحري وجمع الاستدلال، ومرحلة التحقيق الابتدائي، ومرحلة المحاكمة (ويدخل فيها الطعن بالحكم)، ومرحلة تنفيذ العقوبة أو التدبير الاحترازي.

(٤) د. عصام عفيفي عبد البصير، النصوص العقابية في القوانين غير الجنائية، دار الكتب المصرية، مصر، ٢٠٠٩، ص ٢٨. د. أحمد فتحي سرور، النقض الجنائي، ط ٢، دار الشروق، بيروت - لبنان، ٢٠٠٥، ص ٣٩١. د. رمسيس بهنام، الجريمة والمجرم والجزاء، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٧٣، ص ٧٨ وما بعدها.

(٥) د. عادل عازر، مصدر سابق، ص ٨ وما بعدها. د. رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، مصدر سابق، ص ١٦٧.

الفـرع الثانـي

تقسيمـات النصـوص الجزائيـة (الموضوعيـة والإجرائيـة)

يمكن تقسيم النصوص الجزائية الموضوعية إلى تقسيمات عديدة على وفق معايير متنوعة تختلف باختلاف الأساس الذي يقوم به عليه كل تقسيم، وهو ما سنتناوله ضمن فقرة مستقلة وكما يأتي:-

أولاً:- من حيث مضمون النصوص وتوجيهها لسلوك الفرد:

إن السلوك الإجرامي للفرد بوصفه عنصراً من عناصر الركن المادي في الجريمة يتميز بمدلوله الواسع الذي يتضمن سلوكاً إيجابياً وسلوكاً سلبياً، لذلك فالنصوص الجزائية الموضوعية تكون على نوعين وفق هذا المعيار[١] وهي كالآتي:-

١- النصوص الجزائية الموضوعية الإيجابية:

وهي تلك النصوص التي تأخذ صورة النهي أو الأمر في مضمونها، فتنهى عن إتيان سلوك معين أو عن تركه، وهي الصورة الغالبة أو تأمر بترك سلوك معين أو بإتيانه، كالنصوص التي تجرم القتل أو السرقة[٢].

٢- النصوص الجزائية الموضوعية السلبية:

وهي تلك النصوص التي لا تتضمن نهياً أو أمراً وإنما تعطل تطبيق النصوص الإيجابية في ظروف معينة، وسميت بهذه التسمية لأنها تزيل أثر النصوص الجزائية الموضوعية الإيجابية المعاقبة على السلوك خلافاً للأصل بمنجاة من العقاب[٣]، ومن أمثلتها النصوص التي تخص أسباب الإباحة كأداء الواجب واستعمال الحق وحق الدفاع الشرعي[٤].

ثانياً:- من حيث استقلال النصوص:

يعتمد هذا المعيار على استقلالية النصوص، إذ تكون النصوص الجزائية الموضوعية على وفق هذا المعيار نوعين وهما:-

١- النصوص الجزائية الموضوعية المستقلة:

وهي نصوص قانونية متكاملة يتوافر فيها عنصران، النصوص الأولية أو (التجريم) والنصوص الثانوية أو (الجزاء)، مثل النصوص التي ينظمها الكتاب الثاني من قانون العقوبات العراقي، وهي النصوص التي تجرم القتل والسرقة وخيانة الأمانة وغيرها من الجرائم[٥].

٢- النصوص الجزائية الموضوعية التابعة لنصوص جزائية غيرها:

وهي تلك النصوص التي لا تنطبق إلا إذا اتكأت على نصوص جزائية غيرها[٦]، ومن أمثلتها نصوص الكتاب الأول/ المبادئ العامة من قانون العقوبات العراقي، ومنها النصوص الخاصة بالمساهمة في الجريمة[٧].

---

(١) د. عصام عفيفي عبد البصير، تجزئة القاعدة الجنائية، مصدر سابق، ص ٥٩ وما بعدها.

(2) David, B. The problem of Punishment, University of Colorado Cambridge: Press, 2008, p. 11- 12.

(٣) سيف صالح مهدي العكيلي، مصدر سابق، ص ٢٤.

(٤) المواد (٣٩- ٤٥) من قانون العقوبات العراقي، المتعلقة بأسباب الإباحة.

(٥) د. يسر أنور علي، القاعدة الجنائية - دراسة في الأصول العامة للقانون الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٩، ص ٨١. د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي، القاعدة الجنائية، مصدر سابق، ٤٢.

(٦) ومن أمثلة ذلك فإذا ساهم شخصان في ارتكاب جريمة كالقتل مثلاً فأنهما يخضعان لقاعدتين جنائيتين، الأولى مستقلة وهي الخاصة بجريمة القتل والثانية تابعة وهي الخاصة بالمساهمة الجنائية. د. عصام عفيفي عبد البصير، تجزئة القاعدة الجنائية، مصدر سابق، ص ٧٢.

(٧) المواد (٤٧ - ٥٥) من قانون العقوبات العراقي.

ثالثاً:- من حيث توافر النموذج القانوني:

ويعتمد هذا المعيار على نظرية النموذج القانوني للجريمة[١]، التي هي (مجموعة من العناصر الجوهرية التي تكوّن مضمون الجريمة التي يترتب على تخلف أي منها عدم جواز اسباغ صفة الجريمة على الواقعة المسندة إلى الفرد)[٢].

وتبعاً للنموذج القانوني للجريمة فأن النصوص الجزائية الموضوعية تكون على ثلاثة أنواع وهي كالآتي:-

١- النصوص التجريمية:

فالنصوص التجريمية[٣] هي التي يراد بها تحديد نماذج الجرائم وعقوباتها مضاف إليها تلك القواعد التي تحتوي العناصر الإضافية التي تؤدي إلى تشديد أو تخفيف العقوبة الأفراد المخاطبين بأحكامها وتحديد قواعد سلوكهم[٤].

٢- النصوص التكميلية:

وهي تلك النصوص التي ترتبط بنصوص تجريمية أخرى تسهم في تأويلها أو تطبيقها أو تحديدها[٥]، فهي لا تحوي على العناصر الأساسية للجريمة، أي أنها لا تضم الأنموذج القانوني للجريمة وهي تخاطب القضاة لتوجيههم في ممارسة سلطة الحكم والقضاء[٦].

٣- النصوص التبعية:

وتكون هذه النصوص على أنواع متعددة هي:-

أ- نصوص موجهة:-

هي تلك النصوص التي تضم أحكاماً أو معايير عامة للجرائم والعقوبات وهي تطبق عند التصدي لمركز قانوني معين[٧]، ومثالها المادة الأولى من الفصل الأول من الباب الأول من قانون العقوبات العراقي التي تنص على أنه ((لا عقاب على فعل أو امتناع إلا بناء على قانون ينص على تجريمه وقت اقترافه، ولا يجوز توقيع عقوبات أو تدابير إحترازية لم ينص عليها القانون))، وهو مبدأ الشرعية[٨].

ب- نصوص مفسرة:-

هي تلك النصوص التي تحدد المقصود بعبارة معينة استخدمها المشرع في نصوص جزائية أخرى، أي هي القواعد التي تحدد المعنى الفني الذي يقصده المشرع من بعض الفقرات أو التعابير الواردة في القانون[٩]، ومن أمثلتها نص المادة (١٩) من قانون العقوبات العراقي التي تحدد معاني كلمات وتعابير مثل (المواطن، المكلف بخدمة عامة، العلانية، الفعل)[١٠].

---

(١) أن من أحد كبار مؤسسي هذه النظرية هو الفقيه الإيطالي (Delitala) حيث أكد أن نموذج الجريمة يتكون من جميع العناصر اللازمة المكونة لها وأنه يمكن التعرف على هذا النموذج بسهولة وتمييزه عن النماذج المختلفة وبحث نطاق النص المجرد الذي يحوي نص التجريم. د. طلال عبد حسين البدراني، الشرعية الجزائية، أطروحة دكتوراه، كلية القانون - جامعة الموصل، ٢٠٠٢، ص ٨٦ وما بعدها.

(٢) د. أمال عبد الرحيم عثمان، مصدر سابق، ص ٥.

(٣) وتسمى أيضاً بالقواعد الأم أو القواعد الأساسية، أشار إليها: طلال عبد حسين البدراني، مصدر سابق، ص ٨٧ وما بعدها. د. عصام عفيفي عبد البصير، تجزئة القاعدة الجنائية، مصدر سابق، ص ٧٤.

(٤) ومن أمثلها نصوص المواد (٢٧٥، ٤٠٥، ٤٠٩) من قانون العقوبات العراقي.

(٥) سيف صالح مهدي العكيلي، مصدر سابق، ص ٢٦.

(٦) د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي، القاعدة الجنائية، مصدر سابق، ص ٤٢.

(٧) سيف صالح مهدي العكيلي، مصدر سابق، ص ٢٦. طلال عبد حسين البدراني، مصدر سابق، ص ٨٧ وما بعدها.

(٨) سميت بهذه النصوص بالموجهة لأنها تنطوي على توجيه يجب أن يؤخذ به عند تطبيق أي نص جزائي يرتب لها المشرع عقوبة الحبس دون دون أن يحدد حديها الأدنى والأقصى أو أي منهما كأن تكون عقوبة الحبس مدة لا تزيد على ... أو الحبس مدة لا تقل عن ... .

(٩) محمد حميد عبد، الضرورة والتناسب في التجريم والعقاب، أطروحة دكتوراه، كلية القانون - جامعة بابل، ٢٠١٤، ص ١١٦.

(١٠) ومن أمثلة النصوص المفسرة الخاصة بالجرائم السياسية بأمن الدولة الخارجي الواردة في الباب الأول من الكتاب الثاني من قانون العقوبات العراقي وهي كلمات (العدو، حالة حرب، البلاد).

ج- نصوص موسعة من مجال تطبيقها:-

وهي النصوص تمد حكم نصوص أخرى إلى ما يتجاوز المجال الأصلي لها وحدها[١]، ومن أمثلتها القواعد التي تعالج المساهمة الجنائية[٢].

د- نصوص مضيقة من مجال تطبيقها:-

ومن امثلتها النصوص التي تبيح فعل القتل في حالات معينة مثل أسباب الاباحة[٣]، فهي تضيق من مجال القاعدة التي تعالج القتل فتحول دون ان تتناول هذه القواعد والنصوص القتل المباح[٤].

هـ- نصوص إحالة:-

وهي النصوص التي تحيل إلى نصوص قانون أخر غيرها[٥]، مثال ذلك المادة (١٠) من قانون العقوبات العراقي والتي تنص على أنه ((كل عراقي ارتكب وهو في الخارج فعلاً يجعله فاعلاً أو شريكاً في جريمة تعد جناية أو جنحة بمقتضى هذا القانون يعاقب طبقاً لأحكامه إذا وجد في الجمهورية وكان ما أرتكبه معاقباً عليه بمقتضى قانون البلد الذي وقع فيه ...)) والإحالة في هذا النص واضحة فهي تحيل إلى قانون البلد الذي وقع فيه الفعل[٦].

أما بالنسبة للنصوص الجزائية الإجرائية فأنها تقسم إلى تقسيمات متعددة على وفق أهداف متنوعة تختلف باختلاف الأسس الذي يقوم عليه كل تقسيم وكما هو أت:-

أولاً:- النصوص الجزائية الخاصة بقواعد التحري وجمع الأدلة:

يتحدد مضمون النصوص الجزائية الخاصة بقواعد التحري وجمع الأدلة بأنها النصوص التي تهدف إلى معرفة ظروف الجريمة وأسباب ارتكابها والأشخاص الذين ساهموا بها، وكل من شأنها التوصل إلى كشفها[٧].

حددت النصوص الجزائية الخاصة بقواعد التحري وجمع الأدلة أن من يتولى التحري عن الجرائم وجمع الأدلة فيها بشكل أساس هم اعضاء الضبط القضائي[٨]، بعد أن يتم الإبلاغ عن وقوع الجريمة الذي يتم نتيجة شكوى أو أخبار إلى الجهات المختصة حيث يبدأ دور عضو الضبط القضائي المكلف بواجبات الضبط القضائي في تلك الجريمة بجمع المعلومات التي تفيد التحقيق لمعرفة الظروف الاجتماعية والشخصية التي أدت إلى ارتكاب الجريمة ومعرفة مرتكبها[٩].

---

(١) د. رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، مصدر سابق، ص ٨٧ وما بعدها.

(٢) ومن أمثلة هذه النصوص في بعض قوانين الدول العربية ينظر: نصوص مواد الفصل الخامس من الباب الثالث من الكتاب الأول من قانون العقوبات العراقي، ونصوص مواد الباب السادس من الكتاب الأول من قانون العقوبات المصري، ونصوص مواد الفصل الثاني / القسم الأول / الباب الرابع من قانون العقوبات السوري.

(٣) سيف مهدي صالح، مصدر سابق، ص ٢٧.

(٤) المادة (٤٢) من قانون العقوبات العراقي، تقابلها المادة (٢٤٦) من قانون العقوبات المصري، والمادة (١٨٣) من قانون العقوبات السوري، والمادة (٦٠) من قانون العقوبات الأردني، والمادة (١٨٤) من قانون العقوبات اللبناني، والفصل (١٢٤) من القانون الجنائي المغربي، والفصل (٣٩) من المجلة الجزائية التونسية، والمادة (٧٠ / ب) من قانون العقوبات الليبي، والمادة (٥٧) من قانون العقوبات الإماراتي، والمادة (١٢٢) من قانون العقوبات الفرنسي.

(٥) حيدر غازي فيصل، مصدر سابق، ص ٣٨٩.

(٦) تقابلها المادة (٣) من قانون العقوبات المصري.

(٧) د. سعيد حسب الله عبد الله، مصدر سابق، ص ١١٩.

(٨) تنص المادة (٣٩) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي على أن ((أعضاء الضبط القضائي هم الأشخاص الآتي بيانهم في جهات أختصاصهم: ... في حدود ما خولوا به بمقتضى القوانين الخاصة)).

(٩) تجدر الإشارة إليه إلى أن قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي قد حدد النصوص الجزائية الخاصة بقواعد التحري وجمع الادلة في المواد (٣٩ - ٥٠). للمزيد من التفصيل ينظر: عبد الأمير العكيلي ود. سليم حربة، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، ط ١، شركة العاتك لصناعة الكتاب، مصر، ٢٠٠٨، ص ٩٥.

ثانياً:- النصوص الجزائية الخاصة بقواعد التحقيق الابتدائي:

يقصد بالنصوص الجزائية الخاصة بقواعد التحقيق الابتدائي بأنها تلك النصوص المتعلقة بالوسائل للوصول إلى الحقيقة أو البحث عن الحقيقة وإحقاق الحق(١)، والوقوف على مضمونها في أي أمر من الأمور(٢). كما عرفت بأنها الإجراءات التي تؤدي إلى اكتشاف الجريمة ومعرفة مرتكبها تمهيداً لتقديمه إلى المحكمة لتحديد التكييف القانوني للواقعة الإجرامية كي ينال عقابه(٣).

لاشك أن الغرض من التحقيق الابتدائي هو تمحيص الأدلة التي نسبتها إلى فاعلها مما يفيد في كشف الجريمة لغرض تحديد التكييف القانوني الواجب التطبيق للواقعة المرتكبة(٤).

وتتجلى أهمية النصوص الجزائية الخاصة بالتحقيق الابتدائي في كونه مرحلة تمهيدية للمحاكمة تؤدي إلى تهيئة الدعوى وتحديد مدى قابليتها للنظر أمام قضاء الحكم(٥)، وإنهاء إجراءاتها في فحص وتمحيص أدلة الإثبات ونسبتها إلى المتهم حتى لا تحال إلى المحاكم إلا الدعاوى التي تستند على أساس متين من الواقع والقانون(٦).

ثالثاً:- النصوص الجزائية الخاصة بقواعد التحقيق القضائي:

يقصد بالتحقيق القضائي بأنها مجموعة من الإجراءات تستهدف تمحيص وقائع وأدلة الدعوى جميعاً ما كان فيها ضد مصلحة المتهم وما كان في مصلحته للوصول إلى التكييف القانوني بشأنها ثم الفصل في موضوعها، أمّا في الإدانة إن كانت الأدلة جازمة بذلك، وأمّا البراءة إن لم تتوفر الأدلة الجازمة بالإدانة(٧)، كذلك فقد عرف بأنه التحقيق الذي تجريه محكمة الموضوع لغرض تقييم وقائع الدعوى وأدلتها لتحديد التكييف القانوني الصحيح بغية البت فيها نهائياً(٨).

إن النصوص الجزائية الخاصة بقواعد التحقيق القضائي حددت للقاضي أتخاذ جميع الإجراءات والوسائل اللازمة منذ دخول الدعوى الجزائية بحوزتها حتى صدور الحكم النهائي للتحقيق وإظهار الحقيقة لأجل تحديد التكييف القانوني الصحيح(٩).

إن النصوص الجزائية الخاصة بقواعد التحقيق القضائي تتميز بخصائص تنفرد بها، ففي هذه المرحلة يتحدد مصير المتهم وتقدير الوقائع والأدلة فيها بشكل نهائي، كما أن طابعها قضائي بحت، فالاختصاص بها للقضاء وحده دون سواه، وإجراءاتها شفوية وعلنية ويواجه الأطراف فيها بعضهم البعض(١٠).

إذاً أن هدف النصوص الجزائية الخاصة بالتحقيق القضائي هو تقصي كل الحقيقة الواقعية والقانونية بشأنها ثم الفصل في موضوعها، أمّا في الإدانة متى ما كانت الواقعة تكيّف على أنها جريمة وكانت الأدلة جازمة بذلك أو البراءة في حالة إذا كانت الواقعة لا تكيّف على أنها جريمة أو كانت الأدلة معدومة أو إلغاء التهمة والإفراج عن

---

(١) د. أحمد فؤاد عبد المجيد، التحقيق الجنائي / القسم العلمي، ط ٥، بلا أسم مطبعة ومكان وسنة طبع، ص ٥.
(٢) د. سليمان عبد المنعم، أصول الإجراءات الجنائية، ج ٢، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٥، ص ٦٢٧.
(٣) د. محمد الطراونة، ضمانات حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠٠٣، ص ٧٢.
(٤) جدير بالذكر أن قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي قد حدد النصوص الجزائية الخاصة بالتحقيق الابتدائي في المواد (٥١ - ١٣٦)، تقابله المواد (٦٤- ١٥٢) من قانون الإجراءات الجنائية المصري.
(٥) د. طه زكي صافي، القواعد الجزائية العامة فقهاً واجتهاداً، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس - لبنان، ١٩٩٧، ص ١١٨- ١١٩. جواد الرهيمي، أحكام البطلان في أصول قانون المحاكمات الجزائية، مكتب الباسم، بغداد، ٢٠٠٣، ص ١٥٧- ١٥٨.
(٦) د. مصطفى العوجي، القانون الجنائي العام، ج ١، النظرية العامة للجريمة، مؤسسة نوفل، بيروت، بلا سنة طبع، ص ٢٨٨ وما بعدها.
(٧) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مصدر سابق، ص ١٣٥.
(٨) د. عبد الوهاب حومد، الوسيط في الإجراءات الجزائية، ط ٢، مطبعة جامعة الكويت، الكويت، ١٩٨٢، ص ٢٧٣ وما بعدها.
(٩) د. حاتم حسن موسى، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير الاحترازية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٢، ص ١٠٥.
(١٠) تجدر الإشارة إليه أن قانون أصول المحاكمات الجزائية قد قام بتحديد النصوص الجزائية الخاصة بالتحقيق الابتدائي في المواد (١٣٧- ٢٤٢) منه. للمزيد من التفصيل ينظر: د. كمال عبد الواحد الجوهري، أصول مبدأ حرية القاضي الجنائي، ط ١، المركز القومي للإصدارات القانونية، الكويت، ٢٠١٠، ص ٥٤ - ٥٥.

المتهم إذا كانت الأدلة لا تكفي لإدانته[١].

رابعاً:- النصوص الجزائية الخاصة بطرق الطعن في الأحكام:

أن القاضي مهما اتسعت مداركه وثقافته ومهما أحيط بضمانات ترمي إلى تأمين حيادته ونزاهته، فهو ككل أنسان غير معصوم من الخطأ والزلل[٢]، وما دام الأمر كذلك فلابد من وجود ضمانة لمن حكم عليه ليواجه بها الخطأ الذي ربما يكون قد شاب الحكم[٣]، وتمثلت هذه الضمانة بإجازة الطعن في الأحكام.

والنصوص الجزائية الخاصة بقواعد الطعن في الأحكام عادة تقسم إلى قسمين:-

١- طرق الطعن العادية:

وتتميز بأنها جائزة لكل خصم في الدعوى، ولأي سبب من الأسباب الموضوعية والإجرائية أي إن القانون يسمح به للمحكوم عليه دون أن يعلق قبوله على ثبوت خطأ معين في الحكم[٤].

ويعد الاعتراض على الحكم الغيابي من طرق الطعن العادية، وهو يسمح للمحكوم عليه بالتظلم من الحكم الصادر في غيبته[٥]، عليه فهو يتميز عن طرق الطعن الأخرى بأنه لا يجوز إلا في الأحكام الغيابية. والحكمة من الاعتراض على الحكم الغيابي هي إتاحة الفرصة للمحكوم عليه لإبداء أقواله ودفاعه أمام المحكمة التي اصدرت الحكم[٦].

٢- طرق الطعن غير العادية:

وهذا النوع يفترض وقوع الحكم في نوع معين من الخطأ متعلق بتطبيق القانون أو تأويله أو بتقدير الوقائع، لذا لا يجوز سلوكه إلا في ظروف معينة وبناء على أسباب محصورة[٧].

وطرق الطعن غير العادية المعروفة في التشريعات الجزائية هي التمييز وإعادة المحاكمة، إلا أن قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي قد عرف طريقاً آخر من الطرق وهو تصحيح القرار التمييزي[٨].

وطرق الطعن غير العادية تشترك في أنها تهدف إلى الإصلاح والتعديل وأنها تطرح الدعوى أما على محكمة الاستئناف / بصفتها التمييزية أو على محكمة التمييز الاتحادية على الأقل في بادئ الأمر[٩]، إلا أنها تختلف في أن الهدف من التمييز هو لإصلاح الأخطاء القانونية في حين يكون هدف أعادة المحاكمة هو اصلاح الأخطاء الموضوعية، ويهدف تصحيح القرار التمييزي إلى اصلاح الأخطاء القانونية التي تقع فيها محكمة التمييز[١٠].

---

(١) المادة (١٨٢) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي.
للمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع ينظر:
Blder, R. History of Human Rights International in Statute of Human Right Stars, Study Session 26 th, July, 1995, p. 59.

(٢) د. محمد معروف عبد الله، رقابة الأدعاء العام على الشرعية، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٨١، ص ٥٠.

(٣) د. فاضل زيدان، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، مطبعة الشرطة، بغداد، ١٩٩٢، ص ٢٩٨.

(٤) رحيم حسن العكيلي، الاعتراضان، مكتبة صباح، بغداد، ٢٠٠٨، ص ٥٣.

(٥) وجدير بالذكر أن قوانين الأصول المحاكمات الجزائية السابقة التي طبقت في العراق قد أخذت بطريق أخر غير عادي وهو الطعن بالاستئناف إلى جانب طريق الطعن بالاعتراض على الحكم الغيابي، وهذا الطعن يقصد به هو طرح الدعوى على محكمة أعلى لمراجعة الحكم والمحاكمة. د. سعيد حسب الله عبد الله، مصدر سابق، ص ٤٢٣.

(٦) عبد الأمير العكيلي ود. سليم حربة، مصدر سابق، ص ١٩٣.

(٧) جمال محمد مصطفى، مصدر سابق، ص ١٦٤.

(٨) أوضحت المذكرة الإيضاحية لقانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي تبرير الأخذ بهذا الطريق من طرق الطعن في الأحكام الجزائية إلى أنه ((اقتضت الضرورة الأخذ به، فما دام القانون أجاز تصحيح الخطأ في القرارات التمييزية الصادرة في الدعاوى المدنية مهما ضؤلت قيمتها فمن باب أولى أن يقبل هذا التصحيح في القرارات الجزائية ...)).

(٩) د. سعيد حسب الله عبد الله، مصدر سابق، ص ٤٢٤. عبد الامير العكيلي ود. سليم حربة، مصدر سابق، ص ١٩٤.

(١٠) علي جبار صالح، محكمة التمييز ودورها في الرقابة على الأحكام الجزائية، أطروحة دكتوراه، كلية القانون - جامعة بغداد، ١٩٨٨، ص ١٠٤. د. محمد جمعة عبد القادر، الطعن الجنائي في التشريع المصري والمقارن، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٨٣، ص ٣٦٩.

خامساً:- النصوص الجزائية الخاصة بتنفيذ الأحكام:

ويقصد بذلك هو تنفيذ الحكم الصادر في الدعوى الجزائية[١]، ذلك لأن العقوبات والتدابير المقررة قانوناً ولأي جريمة لا يمكن تنفيذها إلا بمقتضى حكم صادر من محكمة مختصة[٢]، غير أن القوانين الجزائية ليست واحدة فبعض هذه القوانين ومنها العراق قد أخذ بتنفيذ الأحكام الصادرة حضورياً واعتبارها بمنزلة الحكم الوجاهي إن كانت الأحكام الصادرة هي أحكام غيابية واستثنى من ذلك الأحكام الصادرة بالإعدام وأحكام الحبس الصادرة في المخالفات إذ أنها لا تنفذ إلا بعد اكتسابها درجة البتات[٣].

الفـرع الثالـث

مبـادئ النصـوص الجزائيـة (الموضوعيـة والإجرائيـة)

إن النصوص الجزائية (الموضوعية والإجرائية) تحكمها ثلاث مبادئ هي مبدأ الضرورة والتناسب ومبدأ اليقين والثبات ومبدأ التمييز بين النصوص الجزائية الموضوعية والإجرائية، ولكل مبدأ من هذه المبادئ سنفرد له فقرة مستقلة وكالآتي:-

أولاً:- مبدأ الضرورة والتناسب:

إن هذا المبدأ يكمن في النصوص الجزائية الموضوعية والإجرائية، وأن الضرورة[٤] في التجريم تتخذ في ضوء الهدف منه، فلا يجوز المساس بالحقوق والحريات من خلال التجريم إلا إذا اقتضى ذلك تحقيق هدف معين هو حماية المصلحة العامة أو حماية الحقوق والحريات التي تتعرض للضرر أو الخطر وتكون في نظر المشرع جديرة بالحماية الجزائية[٥].

وأن التجريم المقرر للنصوص الجزائية الموضوعية مرده إلى الضرورة الاجتماعية، وإن هذه الضرورة التي تقرر الجزاء المنصوص عليه في هذه النصوص، تبلور في ملاءمة المصلحة محل الحماية مع القواعد الاخلاقية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية في المجتمع[٦].

أن النظام القانوني لا يمكن أن يتماسك إلا بعدم المبالغة في وزن أحد مكونات هذا النظام، ولذا فقد نشأ مبدأ التناسب[٧] لكي يكون معياراً لتحقيق التوازن وضماناً لوحدة النظام القانوني في حماية الحقوق والحريات

---

(١) تجدر الإشارة اليه إلى أن قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي قد حدد النصوص الجزائية الخاصة بتنفيذ الأحكام في المواد (٢٨٠ - ٢٩٩) منه، تقابلها المواد (٤٦٠ - ٥٥٣) من قانون الإجراءات الجنائية المصري، والمواد (٤٤٤ - ٤٦٨) من قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري، والمواد (٤٤٠ - ٤٢٧) من قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني، والمواد (٥٩٦ - ٦٥٣) من قانون المسطرة الجنائية المغربي، والفصول (٣٣٦ - ٣٦٠) من مجلة الإجراءات الجزائية التونسي، والمواد (٤٢٠ - ٤٩٢) من قانون الإجراءات الجنائية الليبي، والمواد (٢٧٢ - ٣١٩) من قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي.

(٢) عبد الأمير العكيلي ود. سليم حربة، مصدر سابق، ص ٧٦.

(٣) تنص المادة (٢٨٢) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي على أنه ((تنفذ الأحكام الجزائية فور صدورها وجاهاً أو اعتبارها بمنزلة الحكم الوجاهي، ويستثنى من ذلك أحكام الإعدام فلا تنفذ إلا وفق القواعد المنصوص عليها في الباب الخاص بها من هذا القانون، كذلك أحكام الحبس الصادرة في المخالفات فلا تنفذ إلا بعد اكتسابها درجة البتات ...)).

(٤) أن المعنى اللغوي للضرورة يأتي في معان عدة فهي مشتقة من أصل ضرر، وفيها يقال أن من أسماء الله سبحانه وتعالى، النافع الضار فهو الذي ينفع خلقه من يشاء منهم ويضره. والضرر ضد النفع، والضر المصدر والضر الاسم، فإذا جمعت بين الضرر والنفع فتحت الضاد وإذا أفردت الضر ضممت الضاد. جمال الدين أبي الفضل محمد بن مكرم بن منظور، ج ٤، مصدر سابق، ص ٥٥٦.

(٥) د. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، بيروت - لبنان، ٢٠٠٦، ص ١٣٧ وما بعدها. سيف مهدي صالح العكيلي، مصدر سابق، ص ١٠٥.

(٦) د. أحمد عبد الظاهر، القوانين الجنائية الخاصة - النظرية العامة، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠، ص ٥٤ وما بعدها.

(٧) أن المعنى اللغوي للتناسب يأتي من أصل كلمة (نسب)، والنسب يعني القرابة، وناسبه شركه في نسبه، ومن المجاز (المناسبة: المشاكلة، يقال بين الشيئيين مناسبة وتناسب أي مشاكلة وتشاكل، وكذا قولهم: لا نسبة بينهما، وبينهما نسبة قريبة). جمال الدين أبي الفضل محمد بن مكرم بن منظور، ج ١، مصدر سابق، ص ٨٩.

والمصلحة العامة، ويقتضي هذا التناسب وجود علاقة منطقية ومتماسكة بين مختلف العناصر التي تتكون النصوص الجزائية بقسميها الموضوعية والإجرائية[١].

ويُقصد بالتناسب في نطاق التشريع العلاقة بين سبب التشريع ومحله اي مدى التوافق والتقارب والتناسق بين الحالة الواقعية والقانونية التي جعلت السلطة المختصة تفكر في اصدار تشريع معين لتنظيم وحكم هذه الحالة وبين محل أو موضوع التشريع ذاته أي الأثر القانوني المراد تحقيقه من وراء إصدار هذا التشريع ألا وهو المصلحة العامة[٢].

ثانياً:- مبدأ اليقين والثبات:

يقصد باليقين[٣] بأنه (الحالة الذهنية والنفسية أو ذلك المظهر الذي يوضح وصول القاضي باقتناعه لدرجة اليقين لحقيقة واقعة لم تحدث تحت بصره بصورة عامة)[٤].

فاليقين في النصوص الجزائية الموضوعية والإجرائية يمثل حالة ذهنية أو عقلانية تتولد لدى القاضي محدثاً انطباعاً مؤكداً عن كيفية حدوث تلك الواقعة الإجرامية ويتمكن القاضي من الوصول إلى هذه الحالة عن طريق قدرة الأدلة المطروحة على توصيله إلى ذلك الانطباع لتلتقي الحقيقة باليقين[٥].

فاليقين القانوني يتطلب بالمقابل يقيناً قضائياً، فإذا كان للمشرع الجزائي حماية الأمن القانوني - يتطلب هذا اليقين في الصياغة الواضحة للنصوص الجزائية الموضوعية والإجرائية - فلا قيمة لليقين القانوني ما لم يكمل بيقين قضائي عند تطبيق هذه النصوص على المتهم[٦].

كذلك يجب ضرورة أتسام اليقين في النصوص الجزائية الموضوعية والإجرائية بالثبات (الاستقرار)، ومؤدى هذا المبدأ أن تلتزم سلطات الدولة بضمان قدر من الثبات للعلاقات القانونية وحد أدنى من الاستقرار للمراكز القانونية كي يمكن الاشخاص من التصرف باطمئنان على معرفة من القواعد والانظمة القانونية، وترتيب أوضاعهم في ضوئها، دون التعرض لتصرفات مباغتة تزعزع استقرار أوضاعهم القانونية[٧].

وأن ثبات واستقرار النصوص الجزائية الموضوعية والإجرائية يكمن من خلال نصوص قانونية واضحة، ويقصد بالوضوح أن يستطيع الفرد عند قراءته للنصوص الجزائية سواء في قانون العقوبات أو قانون أصول

---

(١) حسن محمد سليمان، مبدأ تناسب العقوبة مع الجريمة - دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا / قسم العدالة الجنائية، جامعة نايف للعلوم الأمنية، السعودية، ٢٠١٠، ص ٨.

Nicola, L. State Punishment Political and Community Values: International Library of Philosophy, Edited by Time, C. and Jonathan, W. University College London, Jailor and Francis Library, 2002, p.100.

(٢) وهذا ما بدأ عليه واضحاً نص المادة (٤١١) من قانون العقوبات العراقي التي جعل فيها المشرع العقاب المستحق من كان قد أخطأ في سلوكه وتسبب في وفاة شخص ما، مختلفاً ومتردداً بين التخفيض والتشديد، بمعنى إن المشرع قد جهد في تنظيم العقاب كي يقرر بصورة تتناسب ونوعية السلوك المرتكب ودرجة الخطأ الحاصل. محمد حميد عبد، مصدر سابق، ص ٥٥.

(٣) أن اليقين في اللغةً: هو العلم وإزاحة الشك وتحقيق الأمر، وهو مصدر من الفعل الثلاثي (يقن)، وأيقن، يوقن، إيقاناً، ويقنت الأمر، وأيقنت، واستيقنت، وتيقنت، كل ذلك له معنى واحد هو (أنا على يقين منه)، كما قيل إن اليقين يعنى العلم الذي ليس معه شك. جمال الدين أبي الفضل محمد بن مكرم بن منظور، ج ١٣، مصدر سابق، ص ٣٨١.

أما اليقين عند الأصوليين والمناطقة والذي اعتمدوه هو اعتقاد الشيء بأنه كذا مع اعتقاده بأنه لا يمكن أن يكون إلا كذا، اعتقادا مطابقاً لنفس الأمر، غير ممكن الزوال. د. يعقوب عبد الوهاب، قاعدة اليقين لا يزول بالشك - دراسة نظرية وتأصيلية وتطبيقية، مكتبة الرشد، الرياض - المملكة العربية السعودية، ٢٠٠٠، ص ٢٨.

(٤) د. فرج ابراهيم العدوي، سلطة القاضي في تقدير الأدلة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ١٩٩٥، ص ٢٥.

(٥) د. مجيد خضر أحمد، افتراض براءة المتهم، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، تصدر عن جامعة تكريت، م ١٤، ع ٩، ٢٠٠٧، ص ٤٤٤.

(٦) حسن محمد سليمان، مصدر سابق، ص ١١.

(٧) محمد منير حساني، آليات عمل المجلس الدستوري لتحقيق الأمن القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، ٢٠١٢، ص ١.

المحاكمات الجزائية أن يفهم ما يريده المشرع بالضبط حتى يستطيع أن يكيّف حياته وسلوكياته[١].

ثالثاً:- مبدأ التمييز بين النصوص الجزائية الموضوعية والإجرائية:

سبق وأن تبين أن العلاقة وثيقة وتبادلية بين النصوص الجزائية الموضوعية والنصوص الإجرائية فلا يتصور تطبيق أحدهما على الأخر دون وجود الأخرى.

فالنصوص الجزائية الإجرائية هي نصوص تابعة فلا يجوز أن تؤدي عملها التي شرعت لأجلها إلا بافتراض تواجد نوع أخر من النصوص القانونية تعد بالنسبة أليها نصوص أصلية محددة للموضوع[٢].

إن النصوص الأصلية المحددة للموضوع والتي تعد نصوص قانون اصول المحاكمات الجزائية (الإجراءات) (مكنة) أو وسيلة في تنظيمها هي نصوص قانون العقوبات، لذلك يطلق على نصوص قانون أصول المحاكمات الجزائية (نصوص الشكل) ونصوص قانون العقوبات (نصوص الموضوع)[٣].

ويتجلى في بعض الأحيان صعوبة التمييز بين النصوص التي تنتمي إلى قانون أصول المحاكمات الجزائية التي تحكم مبادئه والنصوص التي تنتمي إلى قانون العقوبات ويسري عليه حكمه.

ومما يزيد الأمر (تعقيدا) أن النصوص الموضوعية لا توجد مطلقاً في صلب قانون العقوبات فثمة هناك نصوص إجرائية توجد في صلب قانون العقوبات (الموضوع)[٤]. كما أن النصوص الإجرائية لا توجد مطلقا في قانون أصول المحاكمات الجزائية (الإجراءات) فثمة من النصوص الموضوعية توجد في صلب قانون أصول المحاكمات الجزائية[٥].

وبذلك لا يجوز أن نعتمد على هذا المعيار الذي يقضي على الامر الذي وضع المشرع النص الجزائي فيه، أي لا يصح الجزم بالقول بأن النصوص الموضوعية عندما ترد في صلب قانون العقوبات، وأن النصوص إجرائية عندما ترد في صلب قانون أصول المحاكمات الجزائية، ذلك أن هذا المعيار يعد شكليا لم يلتزم به المشرع، كذلك فأن ورود أو دس نص من قانون في قانون أخر هو من الامور محتملة الوقوع[٦].

---

(١) وأكدت ذلك المحكمة الدستورية العليا المصرية في الدعوى رقم ٤٤ لسنة ٣ قضائية دستورية في ٢١ / ٩ / ١٩٨٤وهي تصف هذه النصوص غير المنضبطة في مجموعة من أحكامها حيث تقول: ((غموض النصوص القانونية العقابية يعني انفلاتها من ضوابطها، وتعدد تأويلاتها، فلا تكون الأفعال التي منعها المشرع أو طلبها محددة بصورة يقينية، بل شباكاً أو شراكاً يلقيها المشرع متصيداً باتساعها أو إخفائها من يقعون تحتها أو يخطئون مواقعها))،وقد وضعت المحكمة ذاتها شروطا للنصوص القانونية العقابية تتمثل في الآتي:-

أولاً:- أن تكون محددة بصورة يقينية لا التباس ولا غموض فيها، بحيث تكون درجة اليقين القانوني الجزائي في أعلى مستوياتها، لأن النصوص العقابية تتعلق بحياة الناس وحرياتهم، لأن غموضها يجعل الناس يتيهون بين المسموح والممنوع، ويضع بين يدي محكمة الموضوع قواعد منضبطة في أحكامها القضائية الجزائية.

ثانياً:- أن تتضمن النصوص العقابية تحديداً جازماً لضوابط تطبيقها، سواءً من حيث الزمان، أم من حيث المكان.

ثالثاً:- صياغة النصوص الجزائية في حدود ضيقة. للمزيد من التفصيل ينظر: د. احمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، مصدر سابق، ص ٨٣ وما بعدها. ولنفس المؤلف، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مصدر سابق، ص٤٤٣ وما بعدها.

(٢) د. محمد صبحي نجم، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الاردن، ٢٠٠٠، ص ٣٥. د. حسن علام، قانون الإجراءات الجنائية، ط ٢، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٨، ص ٣٥.

(٣) وفي هذا الشأن قيل (أن الدعوى الجزائية - موضوع قانون أصول المحاكمات الجزائية، هي التتمة التي لا غنى عنها للجريمة وحلقة الوصل بين الدعامتين الرئيستين في القانون الجزائي ويقصد بهما الجريمة والعقوبة).

للمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع ينظر: كاظم عبد الله حسين الشمري، مصدر سابق، ص ٣٩٢.

Stffani, B. Droit Penal et Procedure Penal, Edition, France, 1992, P 4.

(٤) كالنصوص الخاصة بإيقاف تنفيذ العقوبة كما في المواد (١٤٤- ١٤٩) من قانون العقوبات العراقي، وكذلك المادة (٣٩٨) من القانون نفسه بشأن ارتكاب احدى الجرائم الواردة في الفصل الأول من الباب التاسع الخاصة بجرائم الاغتصاب واللواط وهتك العرض.

(٥) كالنصوص الخاصة بجرائم الشاهد الذي يمتنع من الحضور امام المحكمة أو الذي يمتنع عن أداء الشهادة في المواد (١٧٤، ١٧٦) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي، وعدم الامتثال لأمر رئيس المحكمة في المادة (١٥٣) من القانون ذاته.

(٦) فقد قيل بأن التفريق يجب أن يكون على أساس (طبوغرافي) جغرافي أي أن النص إذا وجد في قانون الإجراءات يكون إجرائي، وإذا وضع في قانون العقوبات يكون موضوعي. د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي، أصول الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٩، ص ١٨ وما بعدها. كاظم عبد الله حسين الشمري، مصدر سابق، ص ٣٩٣.

والمعيار الذي يرجح للتمييز بين صنفي النصوص الجزائية (الموضوعية والإجرائية) إنما يكمن على أساس الموضوع الذي يتناوله النص القانوني بالتنظيم وما يلحق به من صفات، فالنصوص الموضوعية تبين أركان الجرائم وعناصر كل ركن وتحدد العقوبات والتدابير الاحترازية وما يعرض لها من أسباب تشديد أو تخفيف، وكذلك تبين أسباب الإباحة وموانع المسؤولية الجزائية وموانع العقاب والمساهمة الجنائية (الاصلية والتبعية)[١].

أما النصوص الإجرائية فهي نصوص تنظم عمل السلطات العامة الذي يحركه وقوع جريمة معينة ومعاقبة فاعليها ويحدد تشكيل الهيئات القضائية التي تعهد إليها مباشرة السلطات العامة النشاط وتضع الخطوط التي تحدد لها عملها[٢].

المطلب الثاني

مذاهب تأويل النصوص الجزائية

يعد التأويل من المسائل التي تعددت فيها الآراء، فقد ظهرت عدة مذاهب في التأويل تختلف في طرائقها تبعاً لاختلاف نظرتها لأصل التأويل، ويدور الخلاف بين الفقهاء حول ما إذا كانت الإرادة التي يهدف المؤول استجلائها والوقوف عليها هي إرادة المشرع الذي وضع النص وهذا هو المذهب الشخصي في التأويل، أم أنها إرادة النص ذاته منفصلة ومستقلة عن إرادة واضعه هذا هو المذهب الموضوعي في التأويل أو البحث عن إرادة المشرع الحقيقية في ضوء متطلبات الواقع والنية المعاصرة وهذا هو مذهب البحث العلمي الحر.

عليه يستحق أن نبحث في كل مذهب من هذه المذاهب في فرع مستقل وكالآتي:-

الفرع الأول

المذهب الشخصي

إن الاحاطة بفلسفة المذهب الشخصي ورؤيته في تأويل النصوص الجزائية يوجب بحثه في ثلاث فقرات نتناول في الفقرة الأولى بيان منهج تأويل النصوص الجزائية في ظل المذهب الشخصي، في حين تستأثر الفقرة الثانية لتطبيق المذهب الشخصي في تأويل النصوص الجزائية، واخيراً تكمن الفقرة الثالثة في تقيم المذهب الشخصي في تأويل النصوص الجزائية.

أولاً:- منهج تأويل النصوص الجزائية في ظل المذهب الشخصي:

ذهب هذا المذهب إلى أن موضوع التأويل هو البحث عن إرادة المشرع الحقيقية التي يمكن الكشف عنها عن طريق معاني النصوص، إذ أن التأويل هو بيان إرادة المشرع التي صيغت في قالب الالفاظ والعبارات، وأن من واجب المؤول الكشف عن هذه الإرادة عند وضع النص، فالنصوص القانونية الجزائية ما هي ألا شكل يحتوي على فحوى ومضمون، هو أرادة المشرع وقصده التي عبر عنها وقت وضع النص[٣].

ويتقيد هذا المذهب بالنصوص التشريعية ويقدسها ويعد أن (التشريع الوضعي) هو المصدر الوحيد للقانون،

---

(١) كاظم عبد الله حسين الشمري، مصدر سابق، ص ٣٩٣.

(٢) المصدر نفسه، ص ٣٩٣.

(٣) يمثل هذا المذهب المنهج التقليدي للتأويل، والذي يقوم على البحث في أصل الكلمات وسبر اغوارها بغية اكتشاف مكنونها والتعرف على قصد المشرع الحقيقي، أشار إليه الفقيه (سالموند) بقوله ((أن من واجب القضاء هو اكتشاف النية الحقيقية للمشرع، ذلك أن جوهر القانون يكمن في روحه وليس حروفه)). د. حسن كيرة، مصدر سابق، ص ٤٠٢ وما بعدها. كاظم عبدالله حسين الشمري، مصدر سابق، ص ١٤٠.

ومن ثم تذهب إلى أن النصوص القانونية تتضمن حلولاً لجميع المنازعات، ويجد هذا المذهب أن المؤول عندما يعجز من أن يأتي حلاً لمسألة ما في النصوص القانونية، فأن ذلك لا يعد ذنباً لقصور النصوص وإنما ذنبه هو لأنه لم يحسن التأويل، من خلال نظره إلى القانون على أنه الجامع الشامل الذي أحاط بكل شيء[١].

ويراد بالإرادة الحقيقية هي تلك الارادة التي قصدها المشرع عند تشريع النصوص الجزائية، وعليه لا بد من البحث والتحري على هذه الإرادة وقت وضع النص[٢]، فالتأويل لدى هذا المذهب عملية استقرائية منطقية[٣].

ويجد أصحاب هذا المذهب أن القانون بكافة فروعه ومنه القانون الجزائي لا يتيسر فهم نصوصه إلا من خلال عملية التحليل والتركيب بالاستعانة بقواعد المنطق الذي يقود العمل الذهني لأجل الوصول إلى الحقيقة[٤].

فالتأويل عند انصار المذهب الشخصي هو البحث والوقوف على إرادة المشرع الحقيقية التي عبر عنها في نصوص التشريع لتطبيق هذه الإرادة على الفروض التي قد تحدث في العمل سواء تم الوقوف على إرادة المشرع الحقيقية عند وجود النص، أم تم البحث عن إرادته المفترضة عندما لا يتضمن التشريع حكماً للحالة المعروضة على المؤول، أي الالتزام بنية المشرع الحقيقية أو المفترضة، طالما أن القانون قد صدر عن إرادة المشرع فيجب إذاً في تأويل النصوص الجزائية الكشف عن نية المشرع وقت وضع التشريع بغض النظر عما ظهر من تغيير في الظروف والحوادث والحاجات التي اقتضاها تطور المجتمع في المّدة بين وضع النصوص وبين وقت التأويل[٥].

ظهرت هذه الدراسة عند المسلمين في أواخر القرن الأول الهجري[٦]، فكل مذهب من مذاهب القانون له نظير من مدارس التأويل عند فقهاء المسلمين تقاربها في الطريقة، الأمر الذي يحمل على الظن بأن المتأخرة اختارت من المتقدمة، أو على الأقل رسمت خطواتها على ضوئها[٧].

أما مسألة التأويل في صدر الاسلام فيلاحظ بداية المرحلة الاولى منها أنه يكن هناك قواعد واضحة المعالم والحدود بغية الاعتماد عليها، فمراجع الشريعة الإسلامية هي القرآن الكريم وحكم الرسول (صلى الله عليه وآله وسلم)[٨].

ونظير المذهب الشخصي في تأويل النصوص الجزائية في القانون الوضعي مدرسة الحديث (المدنية) في الفقه الإسلامي، وفقهاء هذه المدرسة يقفون عند النصوص الواردة في القرآن الكريم والسنة

---

(١) والحاقاً أن المذهب الشخصي قد مر بمراحل ثلاث شهدت المرحلة الأولى منها أجراء التأويل على وفق متابعة التشريع نصاً بعد أخر، أما المرحلة الثانية شهدت الدعوة إلى تأويل النصوص بحسب إرادة المشرع وقت وضع التشريع، فإن لم يتسنَ الكشف عنها أوجب افتراضها، أما المرحلة الثالثة فقد بدأ فيها دعاة هذه المدرسة وأنصارها بدراسة الأحكام التي أستقر عليها القضاء والقانون المقارن ويمكن عد هذه المرحلة بمثابة تنصل لهذا المذهب وهجره. ينظر: كاظم عبدالله حسين الشمري، مصدر سابق، ص ١٤٠.

(٢) ويقول الفقيه (Betti) في هذا المعنى: (أنقسم القضاء والفقه عند التطبيق العلمي لمعنى التأويل إلى قسمين: أحدهما يوحد بين المعنى الذاتي والحقيقي وبالمعنى الشخصي الذي يفهمه واضع النص موضوع التأويل، الذي يطلق عليه إرادة المشرع). ينظر: علي هادي عطية الهلالي، تفسير قوانين الضرائب المباشرة، مصدر سابق، ص ١٣٠.

(٣) ثروت أنيس الأسيوطي، المنهج القانوني بين الرأسمالية والاشتراكية، بحث منشور في مجلة مصر المعاصرة، مصر، ع ٣٣٣، س ٥٩، ١٩٦٨، ص ١٨٣. كاظم عبد الله حسين الشمري، مصدر سابق، ص ١٤١.

(٤) علي هادي عطية الهلالي، تفسير قوانين الضرائب المباشرة، مصدر سابق، ص ١٣٠.

(٥) د. عصمت عبد الله الشيخ، الدستور بين مقتضيات الثبات وموجبات التغيير في ضوء الفكرة القانونية السائدة لدى أفراد المجتمع السياسي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ١١٤ وما بعدها. كاظم عبد الله حسين الشمري، مصدر سابق، ص ١٤٢.

(٦) نتيجة لتباين الآراء في استنباط الحلول واتصال العرب بغيرهم من الشعوب أثناء الفتوحات الإسلامية وظهور مسائل جديدة وكان لا بد لها من حلول حاسمة. د. محمد سلام مدكور، مناهج الاجتهاد في الإسلام، مطبعة جامعة الكويت، الكويت، ١٩٧٤، ص ١٢٠ وما بعدها.

(٧) د. عباس عبد المجيد، أصول القانون، مطبعة المعارف، ١٩٤٧، ص ١٠٧. كاظم عبد الله حسين الشمري، مصدر سابق، ص ١٤٧.

(٨) أبن خلدون، مقدمة أبن خلدون، ط ١، دار القلم، بيروت - لبنان، ١٩٧٨، ص ٤٨٩. كاظم عبدالله حسين الشمري، مصدر سابق، ص ١٤٧.

النبوية المطهرة[١] ويرجعون عند اصدار احكامهم إلى ظاهر النص (أية أو حديث)، وكان فقهاء هذ المذهب لا يخرجون عن محتوى النص متى ما تغيرت العلة التي من أجلها شرع الحكم[٢].

ثانياً:- تطبيق المذهب الشخصي في تأويل النصوص الجزائية:

بعد بيان معنى تأويل النصوص الجزائية في ظل هذا المذهب واتضاح تقديسه للتشريع ليبين الكمال والدقة، على أساس أن المشرع عني كل ما قاله وقال كل ما عناه فليس بوسع المؤول سوى التقيد بتلك الإرادة[٣].

فعلى القاضي أن يطبق النصوص، ولو اتضح له عدم منطقية الحلول التي تقضي بها، لأن من واجبه أن يحكم بمقتضى القانون لا أن يحكم على القانون، حتى أن بعض الفقهاء يفخر بأنه يتابع النص خطوة بخطوة، وأنه يصل بذلك إلى تفكير المشرع بسهولة ويقول " أن شعاري وعقيدتي هي النصوص قبل كل شيء "[٤].

ويقوم المذهب الشخصي على أن تطبيق المذهب الشخصي في مجال النصوص الجزائية يعتمد أولاً على إرادة المشرع وعلى ما قصده من النصوص وقت وضعه لها، دون شيء أخر وراء ذلك[٥].

أما بالنسبة لتطبيق المذهب الشخصي في تأويل النصوص الشرعية في الفقه الإسلامي فأن المدارس الفقهية الإسلامية كافة تلتقي عند كتاب الله القرآن الكريم وتستمد منه طريقها بالتعرف على الأحكام الشرعية، فهو الكتاب المقدس الذي جاء تبياناً لكل شيء ووعد الله سبحانه بحفظه بدليل قوله تعالى ﴿ إِنَّا نَحْنُ نَزَّلْنَا الذِّكْرَ وَإِنَّا لَهُ لَحَافِظُونَ ﴾[٦]، وكذلك حكم الرسول (صلى الله عليه وآله وسلم) فهو القول الفصل، ومن ثم كان التمسك بالنص القرآني وحكم الرسول[٧].

أن الشريعة الإسلامية قوامها النصوص الشرعية، ومتى وجد النص أصبح الحكم الشرعي قاطعاً إذ ((لا مجال للاجتهاد في مورد النص))، فالراجح في اللفظ المستعمل إرادة معناه الحقيقي مهما أمكن لأن المعنى الحقيقي أصل اللفظ والمعنى المجازي خلاف الأصل[٨]. وإذا كان اللفظ صريحاً وواضحاً فيجب التقيد بالنية المقصودة منه ولا عبرة للدلالة في مقابل الصريح، أما إذا لم يكن النص صريحاً أو إذا تعذر استخلاص النية

---

(١) نشأت هذه المدرسة في مكة والمدينة بعد وفاة الرسول (صلى الله عليه وآله وسلم)، والتي عرفت بمدرسة المدينة وكان أبرز زعمائها في الحجاز سعيد بن المسيب، وقد أخذ عنه الكثير من الفقهاء والذين انتشروا في الأمصار مثل عامر الشعبي والليث بن سعد وداود الظاهري وغيرهم وكان دأب هؤلاء فقهاء هذه المدرسة إذا استفتوا في مسألة لم يرد فيها نص أن يقول أحدهم لا أدري وكانوا يعتبرون قول لا أدري نصف العلم حتى سخر منهم الامام أبو حنيفة قائلاً " ليقولوا لا أدري مرتين ليستكملوا العلم كله ".
للمزيد من التفصيل ينظر: العلامة شاة ولي الله الدهلوي، حجة الله البالغة، ج ١، المطبعة الاميرية، مصر، ١٢٨٤هـ، ص ٣٧٠ وما بعدها. كاظم عبدالله حسين الشمري، مصدر سابق، ص ١٤٨.

(٢) كاظم عبدالله حسين الشمري، مصدر سابق، ص ١٤٨.

(3) Betti, E. La Teorea Generale Della Interpretation, Milano: giuffre, 1955, p. 22.

(٤) ومن هؤلاء الفقيه (Demolombe). أشار إليه: د. منذر الشاوي، مذاهب القانون، ط ٣، دار الحكمة للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٩١، ص ١٩. كاظم عبد الله حسين الشمري، مصدر سابق، ص ١٤١.

(٥) كما يقترن هذا المذهب بأسم الفقيه الفرنسي (Geny) حيث أصدر مؤلفين يحتويان على مبادئ الدراسة العلمية ومنهجها في التأويل هي : (- M - ethodes d, interpretation et sources on droit prive positif) (طرق تأويل القانون الوضعي الخاص ومصادره) الذي صدر عام ١٨٩٩، وفي الفترة من عام ١٩١٤ إلى ١٩٢٤، صدر كتاب (العلم والفن في القانون الوضعي الخاص) (Science et technique en droit prive positif). أشار إليه: كاظم عبد الله حسين الشمري، مصدر سابق، ص ١٤٣.

(٦) سورة الحجر، الآية (٩).

(٧) وقد تبلور تطبيق منهج هذه المدرسة في فقه المذهب الظاهري الذي أسسه الامام داود الظاهري، وقد كان من أشد الناس تمسكاً بالنصوص وتركاً للقياس ولم يأخذ بالتعليل وكل ما يتصل بالرأي من قريب أو بعيد، لأنه يرى أن النصوص الشرعية تفي بأحكام الحوادث ولا حاجة إلى الأقيسة. للمزيد من التفصيل ينظر: د. محمد سلام مدكور، مصدر سابق، ص ٧٥.

(٨) منير القاضي، شرح المجلة، ج ١، مطبعة النجاح، بغداد، بلا سنة طبع، ص ٨٢.

الحقيقية منه لأي سبب فيجب البحث عن النية المفترضة التي يفترض أن المشرع قصدها عند وضع التشريع[١].

ثالثاً:- تقييم المذهب الشخصي في تأويل النصوص الجزائية:

تقتضي دراسة تقييم المذهب الشخصي في تأويل النصوص الجزائية البحث أولاً لمزايا هذا المذهب وثانياً لعيوبه.

١- المزايا:-

يمكن تلخيص مزايا المذهب الشخصي بالآتي[٢]:-

أ- أنه يضمن مبدأ الثبات والشرعية، ويمنع الاعتباط والتحكم في تأويل النصوص وتطبيقها.

ب- أنه يحقق مبدأ الاستقرار الذي يشترط توافره للروابط القانونية، ومن ثم احترام نصوص التشريع.

٢- العيوب:-

يؤخذ على المذهب الشخصي ما يأتي[٣]:-

أ- بالغ أنصار هذا المذهب في الذهاب على الأسلوب المنطقي في التأويل، من خلال اللجوء إلى التحليل والاستقراء وقواعد المنطق، وتحميل النصوص القانونية لأكثر من معنى، حتى أصبح التأويل محض تمرينات عقلية وذهنية، وأصبح هدف انصار هذا المذهب هو أن يردوا الحلول إلى لفظ نصوص التشريع وإلى روحه وفحواه، وتحميل النصوص عدة معاني تتنافر فحواها معها بحجة الإرادة المفترضة للمشرع[٤].

ب- أن عمل أنصار المذهب الشخصي وسعيهم وراء الإرادة الحقيقية لواضع النصوص التشريعي[٥]، إنما هو سعي يصعب تحقيقه، إذ أن من المحال العثور على إرادة واضع التشريع متى ما كان واضعه فرداً؟ فقد يختلق هناك شعوراً بأن الذي وضعه ناقص، وتبعاً لذلك بالإعلان عن إرادة جديدة، غير تلك التي قصدها المشرع وقت وضع النص، كما يعد مستحيلاً الوقوف على إرادته بعد وفاته[٦].

ج- أن الأخذ بمنطق المذهب الشخصي في التأويل، يؤدي إلى جمود التشريع بحيث يجعل نطاقه عاجزاً عن أن يمتد إلى ما يستجد من الظروف، وكثير ما تقتضي هذه الظروف والحالات تطبيق النص التشريعي على حالات لم ترد في ذهن واضع النص، وبذلك يفقد التشريع أهم خاصيه له وهو صلاحيته للتطبيق العملي بما ينسجم مع التطورات والظروف المستجدة[٧].

ونتيجة هذه الانتقادات التي وجهت إلى المذهب الشخصي، فقد هجرها الفقه منذ وقت ليس بقصير، وأتجه صوب المذهب الموضوعي في التأويل.

---

(١) د. عباس عبد المجيد، مصدر سابق، ص ١٠٧. منير القاضي، مصدر سابق، ص ٨٢.

(٢) كاظم عبدالله حسين الشمري، مصدر سابق، ص ١٤٤. د. محمد شريف أحمد، مصدر سابق، ص ١٧٩.

(٣) وجدير بالذكر أن أول من هاجم هذا المذهب هو الفقيه الألماني (اهرنج) في كتابه (روح القانون الروماني) فتناول من طريقة التأويل المنطقي التي كانت سائدة في هذا العهد ثم زادت فكرته وضوحاً عندما أصدر كتابه (الغاية والكفاح) سنة ١٨٩٣ وبيّن فيه أهمية الغرض الذي ترمي إليه القاعدة القانونية وأحل هذا الغرض محل المنطق البحت في توجيه النصوص القانونية. د. محمد شريف أحمد، مصدر سابق، ص ١٨١. كاظم عبدالله حسين الشمري، مصدر سابق، ص ١٤٤ وما بعدها.

(٤) د. حسن كيرة، مصدر سابق، ص ٢٠٩. كاظم عبدالله حسين الشمري، مصدر سابق، ص ١٤٤ وما بعدها.

(٥) وفي ذلك خلط واضح بين فكرة (واضع التشريع) وبين فكرة (التشريع) ذاته. د. ثروت أنيس الاسيوطي، نشأت المذاهب الفلسفية وتطورها، مطبعة جامعة عين شمس، ١٩٦٧، مصر، ص ٤٣٦ وما بعدها. كاظم عبدالله حسين الشمري، مصدر سابق، هامش ص ١٤٥.

(٦) د. مأمون محمد سلامة، حدود سلطة القاضي الجنائي في تطبيق القانون، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٥، ص ٣٤. كاظم عبدالله حسين الشمري، مصدر سابق، ص ١٤٥.

(٧) كاظم عبدالله حسين الشمري، مصدر سابق، ص ١٤٥.

وجدير بالذكر بأن (إثبت التأريخ أن القانون لا يمكن أن يكون ثمرة التفكير والاستنباط وإنما هو وليد البيئة الاجتماعية، على أنه من العبث الذي لا طائل منه أن تستخرج من مجرد التفكير مثالاً أعلى للقانون، يقصد تطبيقه على كل أمه وفي كل زمان إذ أن التفكير لا يمكن أن يؤدي بنا إلى نتيجة واحدة، بل إلى نتائج لا حصر لها). د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ود. أحمد حشمت أبو ستيت، مصدر سابق، ص ٤٢ وما بعدها.

الفـرع الثانـي

المذهـب الموضـوعـي

أثر الانتقادات التي وجهت إلى الأسس والنتائج التي قام عليها المذهب الشخصي، بدأت تظهر بوادر منهج تأويلي مختلف قائم على ارتباط التشريع بالواقع الذي يطبق عليه، كون أن التشريع ينفصل على إرادة واضعه بمجرد صدوره.

وللإحاطة بجوانب هذا المذهب يقتضي بحثه في ثلاث فقرات، أما الفقرة الأولى فتعنى لمنهج تأويل النصوص الجزائية في ظل المذهب الموضوعي، في حين تتناول الفقرة الثانية تطبيق المذهب الموضوعي في تأويل النصوص الجزائية، وأخيراً تستأثر الفقرة الثالثة لتقيم المذهب الموضوعي في تأويل النصوص الجزائية.

أولاً:- منهج تأويل النصوص الجزائية في ظل المذهب الموضوعي:

يرى أنصار هذا المذهب أن على المؤول عندما يقوم بالتأويل النظر إلى التشريع نظرة موضوعية، بحيث يجري تأويله في ذاته، على اعتبار أنه ينطوي على إرادة ذاتية لا على إرادة المشرع[١]. فالتأويل هنا لا يكون بالبحث بالمعنى التأريخي الذي أعطاه المشرع للنص القانوني، بل يتوجب أن يكون استجلاءه حالياً أي في الوقت الذي يعيش في النص، وهذا ما يطلق عليه الفقه الحديث بـ (الإرادة التشريعية)[٢].

إن العبرة بإرادة التشريع لا بإرادة المشرع، بل يفصل بين النص وبين واضعيه، ويعطيه استقلالاً ذاتياً بها عن حياة واضعيه، فإرادة التشريع لابد وأن تحمل على أسس موضوعية[٣].

وأن من مدارس التأويل في الفقه الإسلامي وفق المذهب الموضوعي هي مدرسة الرأي[٤]، والتي تميزت بعدم تعويلها على الأحاديث ألا بعد التثبت الدقيق من صحة سندها وبالإقلال من الرجوع إليها وبالتعويل على أعمال الرأي في الإفتاء لاستنباط الأحكام لوقائع لا نص يحكمها[٥].

ثانياً:- تطبيق المذهب الموضوعي في تأويل النصوص الجزائية:

ذهب المذهب الموضوعي في مجال تأويل النصوص الجزائية إلى أنَّ على المؤول أن يهجر الأمر المفترض الذي يقضي بكمال القانون والنظام القانوني، فالمشرع مهما توخى الدقة والحذر والتأمل في وضع النصوص فأنه لا يستطيع أن يحيط بكل الفروض المستجدة، فقانون العقوبات لا يمكن أن يؤول بالتقيد

---

(١) أن الفكرة الأساس في فقه هذا المذهب التي أنشأها في المانيا (سافيني) و (فيختا) هي أن المصدر الوحيد للقانون هو ضمير الشعب أو روح الأمة، أما التشريع فلا يعدوا أن يكن تعبيراً عن هذه الروح وليس عملاً إرادياً عن المشرع، تتحدد قيمته بالقدر الذي يعبر به الشعور العام. د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٤، ص ٧٥٣. كاظم عبد الله حسين الشمري، مصدر سابق، ص ١٥١.

(٢) ولا يقصد بالإرادة التشريعية أن النص له إرادة بالمعنى النفسي، بل يقصد فقط أن النص يشتمل على (مقصود) يستقل عن نية واضعيه، فيأخذ معناً ذاتياً، وقد أطلق الفقه على ذلك (بإرادة القانون) أو (الإرادة التشريعية) يستمد من ربط النصوص بعضها ببعض، أو من النظر إلى المصلحة المحمية أو الحق موضوع الحماية. د. مأمون محمد سلامة، حدود سلطة القاضي الجنائي في تطبيق القانون، مصدر سابق، ص ٤٨. كاظم عبد الله حسين الشمري، مصدر سابق، ص ١٥١.

(٣) ويقول الفقيه (Thol) في ذلك: (أن التشريع حيث ينشر، ينفصل عن إرادة المشرع، ويقف منه موقف المولود الجديد، وينبني على ذلك أن التشريع يمكن أن يكون أبعد نظراً من المشرع). كاظم عبدالله حسين الشمري، مصدر سابق، هامش ص ١٥١.

(٤) أن أهل الرأي في التأويل كان اكثرهم في العراق (وفي الكوفة تحديداً) الذي كان ملتقى أبرز الحضارات القديمة وموطن امتزاج العقليات المختلفة والوسط الطبيعي لظهور اتجاهات جديدة في التفكير، ومن اقطاب هذه الدراسة عبدالله بن مسعود. للمزيد من التفصيل د. محمد مصطفى شلبي، تعليل الأحكام ، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٢، ص ١٢٠.

(٥) د. عبد الباقي البكري، مصدر سابق، ص ١٧٧. كاظم عبد الله حسين الشمري، مصدر سابق، ص ١٥٦.

بالألفاظ التي يمكن أن يظهر عليها الفعل الضار بالمصالح ذات الحماية الجزائية، كما لا يجوز الإحاطة مثلاً بكل ظروف الخطورة الإجرامية التي تحيط الجاني[١].

وعلى هذا النحو فإن منهج تطبيق المذهب الموضوعي في مجال تأويل النصوص الجزائية لا يعتد بإرادة المشرع عند وضع النص، بل يجب أن يؤخذ بمعنى النص عند تطبيقه ويخضع في تأويله لكل الظروف التي تحدث داخل المجتمع، بأن يجعل سوُق معاني نصوص القانون متزامنة في الطريق الذي يهدف لخدمة المجتمع ذاته[٢]، إي بمعنى إن التأويل هنا يبدأ من النصوص إلا أنه لا يتقيد بها، بل يتجاوزها بما يتفق وحاجات المجتمع المتطورة[٣]. وإذا كان منهج المذهب الموضوعي في التأويل لا يعتد بإرادة المشرع وقت وضع النص بل يأخذ بمعنى النص عند التطبيق تلبية للظروف الاجتماعية المستجدة، فإذا كان المعنى لا يتطابق مع الإرادة التي كان للمشرع أن يتجه إليها لو أنه قام بوضع النص في الحالات الجديدة التي تحيط بالدعوى للقاضي وهو ما يطلق عليه بـ (الإرادة المحتملة) للمشرع[٤].

وهكذا يقيم هذا المذهب الإرادة المحتملة للمشرع في تأويله للقانون وهي الإرادة التي كان يتجه إليها المشرع فيما لو وجد في الظروف القانونية والاجتماعية والاقتصادية عينها التي يعيش فيها المؤول، حتى لو تعارضت هذه الإرادة مع القصد الحقيقي للمشرع فيجب أعمال هذه الإرادة وترك ذلك القصد[٥].

يظهر مما سبق أن المذهب الموضوعي يصور التشريع كقالب فارغ تعمل التطورات والمتغيرات والظروف المستجدة على تعبئته، لذا على المؤول أن لا يقف عند إرادة المشرع التي ابتغاها عند وضع التشريع، بل يجب أن يؤول القانون على أساس قصد المشرع التي كان يريدها عند تطبيق النص في هذا الوقت.

أما بالنسبة لتطبيق منهج المذهب الموضوعي في تأويل النصوص الشرعية في الفقه الإسلامي، حيث أعمل الفقهاء أحكام النصوص الشرعية على كل ما تتناوله في منطوقها أو مفهومها، الأمر الذي دعي إلى الحاجة بالاعتماد على المصالح المرسلة، والقياس، وتعليل الأحكام في الاستناد إلى العلة، والاستحسان، وظهور قواعد تأويلية تظهر مدى الحاجة بالعمل بأحكام النصوص مثل: (العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني) و (العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص اللفظ) و (الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً)[٦].

إذاً أن استنباط الأحكام للوقائع غير المنصوص عليها عند هذا المذهب يتم عن طريق القياس والتعليل العقلي باعتبار المصالح علة الأحكام، وعليه سرعان ما أنساق أهل الرأي وراء المنطق في استنباطهم فوسعوا بذلك من

---

(١) يقصد بالخطورة الإجرامية هي (احتمال ارتكاب المجرم جريمة تالية)، وقد عبر المشرع عن تطلبه هذا الشرط في المادة (١٠٣ / ١) من قانون العقوبات العراقي التي تنص على أنه ((... وأن حالته تعتبر خطرة على سلامة المجتمع ...))، أما إثبات الخطورة الإجرامية فقد نصت عليه كذلك المادة السابقة ذاتها على أنه ((... وتعتبر حالة المجرم خطرة على المجتمع إذا تبين من ماضيه وسلوكه ومن ظروف الجريمة وبواعثها أن هناك احتمالاً جدياً لإقدامه على اقتراف جريمة أخرى ...))، ويقصد بالاحتمال هنا خلاصة عملية ذهنية جوهرها تحقق القاضي من صفة هذه المقدمات كعوامل إجرامية لأن تنتج جريمة جديدة. د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات / القسم العام، مصدر سابق، ص ٩٤٢. كاظم عبد الله حسين الشمري، مصدر سابق، ص ١٥١.

(٢) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري وأحمد حشمت أبو ستيت، مصدر سابق، ص ٢٠٣. د. محمد شريف أحمد، مصدر سابق، ص ١٩١.

(٣) د. سمير عبد السيد تناغو، مصدر سابق، ص ٧٥٣. كاظم عبدالله حسين الشمري، مصدر سابق، ص ١٥٢.

(٤) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات / القسم العام، مصدر سابق، ص ٨٧. كاظم عبد الله حسين الشمري، مصدر سابق، ص ١٥٢.

(٥) ولعل أن المذهب الموضوعي وهو يمثل رد فعل عنيف لعقلية القرن الثامن عشر وايمانهم بالقانون الطبيعي، قد أظهر حقيقتين:
الأولى: إن القانون متصل مباشرة بالمضمون الاجتماعي (Social Context) وبذلك اصبح المجال الاجتماعي مفتوحاً للدراسة القانونية إذا أتصل الأمر بتأويل النصوص القانونية التي يضعها المشرع.
الثانية: فهو أن الاتجاه المنطقي المجرد والفروض التجريدية عن العدالة لا تكشف الحقائق الاجتماعية للقانون.
للمزيد من التفصيل ينظر: د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، المكتب المصري الحديث، القاهرة، ١٩٧٠، ص ٢١٥. كاظم عبدالله حسين الشمري، مصدر سابق، ص ١٥٣.

(٦) علي علي منصور، المدخل للعلوم القانونية والفقه الإسلامي، مطبعة مخيمر، بلا مكان طبع، ١٩٦٧، ص ١٥٨. كاظم عبدالله حسين الشمري، مصدر سابق، ص ١٥٥.

الأحكام الشرعية واكثروا من اجتهاد الحلول الجزئية[١].

ثالثاً:- تقييم المذهب الموضوعي في تأويل النصوص الجزائية:

يتطلب بحث تقسيم المذهب الموضوعي في تأويل النصوص الجزائية الدراسة أولاً لمزايا هذا المذهب، وثانياً لعيوبه.

١- المزايا:-

يمكن أجمال مزايا المذهب الموضوعي بالآتي:-

أ- يمتاز هذا المذهب بأنه يضفي على النصوص التشريعية مرونة، بحيث تجعلها تتماشى مع تطورات المجتمع وتتغير تبعاً لتغيير الظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية[٢].

ب- أنها تنفي عن التشريع كونه تعبيراً عن إرادة المشرع، إذ تذهب إلى أن نصوص القانون ما هي ألا تعبير عن روح المجتمع أو الضمير الجماعي[٣].

٢- العيوب:-

لقد وجهت إلى المذهب الموضوعي انتقادات كثيرة أهمها:-

أ- أن المذهب الموضوعي في تأويل النصوص الجزائية، تمثل الطرف الأخر من المبالغة الذي تردد فيه المذهب الشخصي، فبينما ذهب الأخير إلى أن نصوص القانون تعد تطبيقاً للمثل العليا في العدل ينظمه قانون ثابت، قرر المذهب الموضوعي بأن نصوص القانون هي التعبير الواقعي للحماية بكل ما ينظمه من مزايا وعيوب[٤].

ب- يسلب المذهب الموضوعي دور التفكير الإنساني في القيام بالإصلاح القانوني، لأنها تقرر أن القانون يوجد وينمو وفقاً لتطورات ظروف المجتمع، إذ لا يمكن الاعتقاد قيام القانون بإصلاح نفسه[٥].

ج- يترتب على هذا المذهب عدم وضوح واستقرار النصوص القانونية، ومن ثم يؤدي إلى تعدد التأويلات للنص الواحد ومن ثم اختلاف الحل القانوني للمسائل المتشابهة المتناظرة الأمر الذي يؤدي إلى حرمان المخاطبين بالنصوص القانونية من حقهم في تبيان النص الذي سيطبق على الدعوى الذي قد تقوم بينهم، وهذا الأمر أظهر في مجال القانون الجزائي، كونه يعد خطراً جسيماً ينطوي على المساس بأرواح الناس وأموالهم وحرياتهم عند مخالفته لأحكامه[٦].

ونجد أن النتيجة المنطقية لهذا النظر هو أن تخلق للنص القانوني إرادة جديدة (متغيرة) كلما وجدت فروض لم تكن موجودة وقت وضع النص لقصورها أو تعارضها أو لأجل تحقيق مصلحة معينة، ومن ثم فقدان القانون

---

(١) مما تجدر الإشارة إليه إلى أن أهل الرأي في هذه المدرسة لم يكتفوا باستنباط الأحكام للحوادث الواقعة وإنما ابتعدوا عن واقع الحياة في فهمهم لكثرة ما احدثوه من فروض وما رتبوا عليها من الأحكام، وما ساقوه من تعبيرات وتساؤل مما صبغ فقههم بصبغة نظرية إلى الحد الذي دعا غيرهم من فقهاء المسلمين إلى تسمية فقههم بـ (الفقه التقديري) أو فقه (الارأيتيين) لكثرت ترديدهم لفظ (أرأيت). د. عبد الباقي البكري، مصدر سابق، ص ١٧٧. كاظم عبدالله حسين الشمري، مصدر سابق، ص ١٥٦.

(٢) د. مالك دوهان الحسن، المدخل لدراسة القانون، مطبعة الجامعة، بغداد، ١٩٧٢، ص ١٩٥. كاظم عبدالله حسين الشمري، مصدر سابق، ص ١٥٣.

(٣) د. محمد شريف أحمد، مصدر سابق، ص ١٩٥. كاظم عبد الله حسين الشمري، مصدر سابق، ص ١٥٣.

(٤) ولذلك تعرضت هذا المذهب في اساسه لإدانة بالغة من لدن الاستاذ (Geny) الذي أوجز نقده بقوله: ((إذا كان المرء مخلصاً لعناصر الكياسة والفطنة فلا يمكن أن يجد أي أساس عقلي لمنهج تأويلي يبرر شيئاً مختلفاً تماماً مع إرادة المشرع من النص، صحيح أن النص حالما يشرع ينفصل عن شخص المشرع ولكننا نعلم إنه يتركه مشحوناً بفكرة ونيته، ولا نعتبر النص أناء فارغاً يستطيع أي شخص أن يملأه طبقاً لرغبته الشخصية، إذ أن هذه الحرية تقضي على الدقة والثبات الذي يعتبر الفضيلة الكبرى والميزة البارزة للقانون المكتوب، وأن الذين يضحون بالإرادة الشخصية التي صنعت النص يقتلون تماماً جوهر النص وسببه)). د. شمس الدين الوكيل، مبادئ القانون، ط ١، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٦٨، ص ٢٦٥. كاظم عبد الله حسين الشمري، مصدر سابق، ص ١٥٤.

(٥) كاظم عبدالله حسين الشمري، مصدر سابق، ص ١٥٤.

(٦) للمزيد من التفصيل بشأن الانتقادات الموجهة إلى المذهب الموضوعي ينظر: ضياء شيت خطاب، فن القضاء، معهد البحوث والدراسات العربية، بغداد، ١٩٨٤، ص ٦٥. د. صلاح الدين الناهي، أهم القرارات والاجتهادات القضائية، ج ١، بلا أسم مطبعة، بغداد، ١٩٧٩، ص ٤. كاظم عبدالله حسين الشمري، مصدر سابق، ص ١٥٤.

لثباته واستقراره وتحديده، ويفضي بالنتيجة إلى هدم مبدأ الشرعية في مجال التجريم والعقاب الذي يعد هو الأساس الذي يقوم عليه القانون الجزائي.

الفـرع الثالـث

المذهـب العلمـي

بعد البحث والدراسة التي رافقت المذهبين السابقين وما عصفت بهما من عيوب وانتقادات كشف أحد أنصار هذا المذهب[١] الستارَ عن مذهب جديد للتأويل، أسبغ عليه وصف العلمية مرتفعاً عن النزوات وتحكمات الأهواء الشخصية للقائم بالتأويل.

ولأجل الإحاطة بفلسفة هذا المذهب يقتضي تناوله على ثلاث فقرات، نتناول في الأولى منهج تأويل النصوص الجزائية في ظل المذهب العلمي، أما الثانية فنبحث في تطبيق هذا المذهب في تأويل النصوص الجزائية، ونحاول في الثالثة عرض تقييم شامل لهذا المذهب.

أولاً- منهج تأويل النصوص الجزائية في ظل المذهب العلمي:

ينطلق أحد فقهاء هذا المذهب من حقيقة عدم كفاية التشريع ونقصه الفطري، كون أن التشريع كغيره من النتاج الإرادي الإنساني يصيبه القصور طال الوقت به أم قصر[٢]، بيد أن في الوقت نفسه يحترم قصد المشرع الحقيقي وقت وضع التشريع، ويرى أن من غير الممكن تجاوزه إلا إذا عبر المشرع عن ذلك القصد بأسلوب الصياغة المرنة، كون المشرع عندما أختار هذا الأسلوب من الصياغة قد أقر ضمناً بالمفهوم النسبي للفكرة التي عبَر عنها بهذا الأسلوب[٣]، بمعنى إن لا يفتعل قصد المشرع أو يفترضه بل يدأب على تحريه بدقة، أما إذا لم يكن النص منطبقاً على النزاع أو الحالة المعروضة فإن ذلك لا يدعو إلى افتراض قصد المشرع كما هو الحال في المذهب الشخصي، أو إعمال نية المشرع المحتملة كما هو الحال في المذهب الموضوعي، بل يتعين التماس النص الجزائي بمصدر آخر، فإن تعذر ذلك وجب القيام بالبحث الحر في جوهر القانون[٤].

مما تقدم يتضح أن هذا المذهب يستند على ركائز ثلاث هي:-

١- عجز التشريع ونقصه، فالتشريع من أحد مصادر القانون، لذا فأن فقدانه لا يعني فقدان القانون، أي أن التشريع يمكن أن لا يوجد في حين أن القانون مستمر الوجود، مما يوجب في حالات فقدان التشريع اللجوء إلى مصادر القانون المادية[٥].

٢- إن التشريع ينفصل عن واضعه ليتصل بالبيئة الاجتماعية بعد نفاذه، أي أن نقص النصوص وتعارضها أو لأجل تحقيق المصلحة المتوخاة من النصوص يجب أن تكون وفق البيئة المعاصرة للمؤول[٦].

٣- إن التشريع قد يمر بمرحلة من الزمان لا يمكن للتأويل بمعناه التقليدي " البيان" أن يكون كافياً، لذا فعلى المؤول أن ينتقل عبر البحث العلمي الحر ليجد الحل العادل وذلك بالاستعانة بالمعطيات العلمية المطابقة

---

(١) ولد الفقيه (Geny) في عام ١٨٦١ وتوفي في عام ١٩٥٩، ويعتبر زعيم مدرسة البحث العلمي الحر وبعد أن درس الفقيه (Geny) أفكار المذهب الشخصي والموضوعي بما فيها من مساوئ ومحاسن وأدرك بثاقب بصيرته وواسع علمه أيهما لا يحققان المنهج المطلوب لافتقادهما إلى الضوابط التي تعصم القرار الإداري من التحكم والهوى. فقد وقف فعلاً في تحطيم المذهبين السابقين (البحث العلمي الحر) د. حسن الذنون، فلسفة القانون، ط ١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٥، هامش ص ٢١٢.

(2) Geny, F. Methode Interpretation, et Sources en Droit Prive Positif, Tom second: paris, p. 160.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري ود. أحمد حشمت ابو ستيت، مصدر سابق، ص ٢٠٣.

(٤) د. مالك دوهان الحسن، مصدر سابق، ص ٤٨٤ وما بعدها.

(٥) د. محمد علي عرفة، مبادئ العلوم القانونية، المدخل لدراسة القانون، مكتبة عبد الله وهبة، بلا مكان طبع، ١٩٤٢، ص ١٨١.

(٦) د. مالك دوهان الحسن، مصدر سابق، ص ٤٨٤.

للعقل، أي الرجوع لقواعد العدالة بوصف الرجوع إليها يعد بحثاً حراً[١].

أما بالنسبة لمنهج المدرسة العلمية في الفقه الإسلامي فقد ذهب الأمام (أبو حنيفة) من وجوب استنباط الأحكام الشرعية عن طريق البحث العلمي الحر، وذلك أنّ القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة لم يعالجا بصورة تفصيلية جميع الأمور المتعلقة بالعلاقات الاجتماعية، وإنما قدما الأسس العامة والخطوط العريضة التي نجد مراعاتها في كل قضية وكل زمان، ومن أمثلة ذلك قوله تعالى ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالإِحْسَانِ وَإِيتَاء ذِي الْقُرْبَى وَيَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاء وَالْمُنكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ ﴾[٢]، ومن ذلك أيضاً الحديث النبوي الشريف ((لا ضرر ولا ضرار))[٣].

ثانياً- تطبيق المذهب العلمي في تأويل النصوص الجزائية:

إن تطبيق المذهب العلمي في تأويل النصوص الجزائية أخذ بالجمع بين مزايا المذهبين السابقين، فقد أخذ من المذهب الشخصي مزية البحث عن إرادة المشرع الحقيقية وقت وضع النص، وبذلك تحصر النص التشريعي في نطاق محدد ولجميع المسائل المنطقية[٤]. كما أن المذهب العلمي يتجنب ما ذهب إليه المذهب الموضوعي التي تنادي بالبحث عن النية المحتملة للمشرع، عليه فقد ذهب هذا المذهب بالقول إلى أنه يجب على المؤول أو القاضي إذا لم يجد حكماً في التشريع ينطبق والحالة المعروضة عليه بعد تأويل النصوص في ضوء قصد المشرع منه، أن يعتبر الحالة مسكوتاً عن حكمها فيترك التشريع ودائرته ويلتمس حكم النص القانوني من مصادر القانون الأخرى[٥]، وبمعنىً آخر يقوم القاضي بالبحث العلمي الحر لكي يستخلص الحكم القانوني، وذلك بالرجوع إلى العناصر والعوامل المختلفة التي تساهم في خلق القانون والتي هي مادته وجوهره[٦]، وهذه هي الحقائق الطبيعية[٧] والتاريخية[٨] والعقلية[٩] والمثالية[١٠] وهي التي يستلهمها القاضي ليطبقها على الحالة المعروضة في حالة عدم وجود نص قانوني، كما أشار هذا المذهب إلى أن القاضي ليست سلطته مطلقة بل مقيدة بأصول فنية وعلمية[١١].

---

(١) لقد سمي (جني) هذا البحث حراً لأن المتضرر يتحرر من خلاله من الخضوع لأي سلطة وضعية يجب أن يستمد منها القاعدة التي يطبقها، ودعاه علمياً لأن المؤول يتحاشى كلياً أفكاره الذاتية وتصوراته الشخصية ويستوحي الحقائق من عوامل موضوعية يستقيمها من العلم وحده، فالمؤول لا يفتعل نية المشرع وإنما يستهدي في الوصول إليها بحقائق موضوعية ثابتة. د. محمد شريف أحمد، مصدر سابق، ص ٢٠٦.

(٢) سورة النحل، الآية (٩٠).

(٣) د. حسن الخطيب، المسائل المتعلقة بالتفسير القضائي، بحث منشور في مجلة القضاء، تصدر عن نقابة المحامين في جمهورية العراق، ع ١، س ٣٦، ١٩٨١، ص ٤٢٣.

(٤) د. عبد المنعم عبد العظيم جيرة، دور القاضي في صنع القواعد القانونية، بحث منشور في مجلة العدالة، الإمارات - أبو ضبي، ع ١٩، ١٩٧٩، ص ١١٠.

(٥) د. علي هادي عطية، المستنير من تفسير أحكام الدساتير، مصدر سابق، ص ٧٠.

(٦) د. عصمت عبد المجيد بكر، أصول تفسير القانون، مصدر سابق، ص ٢١ وما بعدها.

(٧) ويقصد بها الحقائق التي تتجسد بالظروف المحيطة بالقانون سواء أكانت المادية أم المعنوية أو النفسية والمتصلة بالناس كالمناخ والتربة والجنس ... الخ. د. محمد شريف أحمد، مصدر سابق، ص ٢١٨.

(٨) وهي تلك الحقائق التي تثبت على مر الزمان وترسخت حتى أصبحت تحمل قوة رهيبة، فهي حقائق علمية بالمعنى الصحيح كونها التجربة التي مرت بها الإنسانية ولا يمكن اغفالها في تكوين النص الجزائي. د. حسن الذنون، مصدر سابق، ص ٢٤١.

(٩) هي المبادئ التي يستخلصها العمق العقلي من حقائق الواقع والتأريخ في سبيل توجيه سلوك الأفراد في المجتمع. د. حسن كيرة، مصدر سابق، ص ١٤٥.

(١٠) هي مجموعة من المتطلبات والطموحات لقواعد سلوك جديدة لا تجد في العقل أو الواقع أو التأريخ مصدراً لهما، بل تطمح للارتقاء بالقانون والتقدم المطرد له. د. حسن الذنون، مصدر سابق، ص ٢٤٤.

(١١) د. حسن كيرة، مصدر سابق، ص ١٤٠.

قدر تعلق الأمر بتطبيق المذهب العلمي في الفقه الإسلامي فالشريعة الإسلامية تمتاز بالمرونة التي أدت إلى ظهور ثروة فقهية هائلة تسمح برعاية ما يخلقه التطور الاجتماعي من اعتبارات[١]. وبهذا فقد خلقت مذاهب الفقه الإسلامي حرية القاضي في حالة فقدان النص القاطع وخوله حق الاجتهاد والبحث في أطار موجهات تهيمن على الإرادة البشرية في وضع أحكام القانون[٢].

ويشهد لصحة هذا المذهب أن الرسول (صلى الله عليه وآله وسلم) حينما بعث معاذاً إلى اليمن، قال: آرأيت إن عُرِض لك قضاء كيف تقضي؟ قال: أقضي بكتاب الله، قال: فإن لم يكن في كتاب الله؟ قال فبسنة رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم)، قال: فإن لم يكن في سنة رسول الله؟ قال أجتهد رأيي، ولا ألو، فضرب صدره ثم قال: الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسول الله[٣].

ثالثاً:- تقييم المذهب العلمي في تأويل النصوص الجزائية:

يستوجب بحث تقييم المذهب العلمي في تأويل النصوص الجزائية دراسة أولاً لمزايا هذا المذهب وبيان عيوبه ثانياً.

١- المزايا:-

أ- نجح هذا المذهب في أخراج التأويل من نيل التحكمات والأهواء الشخصية للقائم بالتأويل إلى الحيز العلمي القائم على أصول علمية[٤].

ب- أن هذا المذهب قد نجح في أيقاف مخاوف القائمين بتحكم القضاء، وأحداث بنوداً علمية تقف حائلاً من دون صيرورة هذه المخاوف واقعاً ملموساً، مما حدا به بالفعل أن يرسم خطاً بين الاختصاص التشريعي الذي ينفرد به المشرع وحده والاختصاص الذي تباشره السلطات الأخرى[٥].

٢- العيوب:-

أ- أن هذا المذهب يعتمد على إرادة المشرع الحقيقية عند وضع التشريع فهي عودة إلى المذهب الشخصي، وأن اختلفت عنها بأنها لا تفترض تلك الإرادة عند عدم ظهورها[٦].

ب- كما أن هذا المذهب كونه يتخذ من التأويل وسيلة للبحث عن قواعد خارج نطاق التشريع يستسقي القاضي منها حكمه، وهذا يتعارض مع مبدأ وضعية القانون الذي يقضي بعدم وجود قانون خلاف الذي تسنه السلطة التشريعية في الدولة[٧].

من خلال ما تقدم من عرض موجز لمذاهب تأويل النصوص الجزائية وما رافقها من مزايا وعيوب فأننا نميل إلى ترجيح المذهب العلمي كونه يقوم على تأويل النصوص الجزائية بحيث يوائم مضمونها مع ما يطرأ من تغيرات على المجتمع، بهذا يكون للنص الجزائي عند تطبيقه مضمون أوسع مما هو في ذهن المشرع عند وضعه مع مراعاة الحكمة من القانون عند تطبيقه.

---

(١) د. محمد مصطفى شلبي، أصول الفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص ٦٥ وما بعدها.

(٢) د. محمد شريف أحمد، مصدر سابق، ص ٢١٨.

(٣) عبد المهدي محمد سعيد أحمد العجلوني، قواعد تفسير النصوص وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الأردني، اطروحة دكتوراه، كلية الدراسات العليا - الجامعة الاردنية، ٢٠٠٥، ص ١٢١.

(٤) د. حسن الخطيب، مصدر سابق، ص ٤٨٧. د. مالك دوهان الحسن، مصدر سابق، ص ٤٨٤.

(٥) د. محمد أديب صالح، مصدر سابق، ص ٧٥.

(٦) د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، مصدر سابق، ص ٢١٦.

(٧) د. عبد المنعم عبد العظيم جيرة، مصدر سابق، ص ١١١. د. علي هادي عطية، المستنير من تفسير أحكام الدساتير، مصدر سابق، ص ٧٠.

المطلب الثالث

مجال تأويل النصوص الجزائية

إن النصوص الجزائية من حيث دلالاتها تقسم إلى قسمين نصوص جزائية واضحة اللفظ، ونصوص جزائية مبهمة اللفظ، وحيث أن دراسة هذه النصوص يستوجب البحث في الصياغة القانونية لهما، عليه سيكون مجال بحث هذا المطلب في ثلاثة فروع، نفرد الفرع الأول للصياغة القانونية للنصوص الجزائية، ونكرس الفرع الثاني للنصوص الجزائية الواضحة اللفظ، وننتهي في الفرع الثالث للنصوص الجزائية المبهمة اللفظ.

الفرع الأول

الصياغة القانونية للنصوص الجزائية

تشمل النصوص الجزائية بشكل عام على عنصرين هما المادة القانونية التي يستخلصها العقل من طبيعة الروابط الاجتماعية المتطورة مستهدياً بمثل أعلى ينير سبيله، أما العنصر الثاني فهو الصياغة[١].

ولأجل إعطاء هذا العنصر الثاني حقه في الدراسة يتطلب بحث معنى الصياغة القانونية للنصوص الجزائية وأهميتها، وتحديد شروطها وبيان انواعها، ولكل مفردة من هذه المفردات سنفرد لها فقرة مستقلة وكالآتي:-

أولاً:- معنى الصياغة القانونية للنصوص الجزائية وأهميتها[٢]:

عَرَّفَ جانب من الفقه القانوني الصياغة القانونية بأنها (عملية صب للأفكار القانونية والاحكام القانونية في قوالب لفظية لتحقيق أهداف مقاصد السياسية التشريعية)[٣]، كما عرفت بأنها (عملية تحويل القيم التي تكّون مادة القانون إلى قواعد قانونية صالحة للتطبيق في العمل)[٤]، كذلك فقد عرفت بأنها (القالب الذي تصاغ فيه المادة القانونية حتى تصبح قابلة للتطبيق العملي أي المتن الذي تنعكس فيه المصلحة المحمية)[٥].

عليه وفقاً لما تقدم يتضح فإن الصياغة القانونية هي عملية ضبط الافكار لألفاظ النصوص القانونية في صور مكتوبة تصدر عن سلطة عامة مختصة في الدولة تملك صفة الإلزام وعن طريق سن تشريع معين على نحو صالح لترتيب الأثر المقصود من التشريع.

من خلال ما ورد من تعريفات للصياغة القانونية للنصوص الجزائية يتضح جلياً أن للصياغة القانونية أهمية بالغة تتمثل في أن الصياغة غير الدقيقة ينتج عنها نصوص متضاربة تؤدي إلى اختلاف بين مطبقيها في موقفهم أزاءها وفي تحديد معانيها فيؤدي هذا الأخلال بالمصالح التي جاءت النصوص لحمايتها ومن ثم فلا يكتب لهذه النصوص النجاح في التطبيق[٦].

إن من شأن الخطأ القضائي أن يقضي على الشعور بالعدالة وهذا الأمر يدفع الأفراد إلى الخروج عن طاعة القانون فيؤدي ذلك إلى زيادة في الإجرام[٧]. ولهذا فإن لحسن الصياغة والتعبير أهمية قصوى في سلامة الأداء

---

(١) ولتعلق هذا العنصر بموضوع البحث سيكون محور هذه الدراسة دون غيره.

(٢) الصياغة القانونية لغةً: تأتي بمعنى صاغ الشيء وهي مشتقة من الفعل الثلاثي (صاغ) ويقال صاغ الكلمة أي بناها من كلمة أخرى، والصيغة هي النوع والأصل. الأمام محمد بي أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مصدر سابق، ص ١٥٢.

(٣) د. حامد زكي، التوفيق بين القانون والواقع، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، تصدر عن كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ع ٢، س ٢، ١٩٣٢، ص ٢٤٦.

(٤) د. محمد شريف أحمد، مصدر سابق، ص ١٠٣.

(٥) د. منذر الشاوي، فلسفة القانون، مطبوعات المجمع العلمي العراقي، بغداد، ١٩٩٤، ص ٢٢١.

(٦) د. أحمد الكبيسي ود. محمد شلال حبيب، المختصر في الفقه الجنائي الإسلامي، بيت الحكمة، بغداد، ١٩٨٩، ص ٩٣. د. واثبة داود السعدي، الأسس النظرية لعلمي الأجرام والسياسة، مطبعة ديانا، بغداد، ١٩٩٠، ص ٤٠ وما بعدها.

(٧) باسم عبد الزمان مجيد الربيعي، مصدر سابق، ص ٥٢.

من قبل مطبقي النص الجزائي من جهة وفي ضمان الحقوق من جهة ثانية[١].

ثانياً:- شروط الصياغة القانونية للنصوص الجزائية:

لكي تصل الصياغة القانونية إلى هدفها في عكس غاية المشرع من النص فإنه لابد أن تتوافر الشروط الآتية:-

١- أن تكون الصياغة دقيقة:-

وتعني الدقة والضبط والإحكام[٢]، وضبط النص يتطلب أن تكون صياغته موجزة فلا اسهاب في النصوص القانونية، كما يجب أن تكون الصياغة بسيطة فالتعقيد يوجب على مطبق النص أن يبذل جهداً كبيراً للوصول إلى الحكم الذي جاء به النص. فمثلاً كان يفترض على المشرع العراقي أن يستغني عن عبارة ((... بأن كان ذلك ناشئاً من إهمال أو رعونة أو عدم أنتباه أو عدم احتياط أو عدم مراعاة القوانين والأنظمة والأوامر ...)) التي وردت في المادة (٤١١ / ١) من قانون العقوبات التي تعاقب على الخطأ، مكتفياً بما جاء في المادة (٣٥) من القانون نفسه التي حددت الجريمة غير العمدية والتي نصت على أنه ((تكون الجريمة غير عمدية إذا وقعت النتيجة الإجرامية بسبب خطأ الفاعل سواء كان هذا الخطأ إهمالاً أو رعونة أو عدم انتباه أو عدم احتياط أو عدم مراعاة القوانين والأنظمة والأوامر)).

ومما تجدر الإشارة انه كلما كانت الصياغة دقيقة كلما قل لجوء القاضي الى التأويل لأنه سبق وأن ذكر أن من بين اسباب قيام القاضي بتأويل النصوص الجزائية لا يكون الا في حالة نقص النصوص أو تعارضها متى ما كانت صياغة تلك النصوص غير دقيقة والعكس صحيح.

٢- أن تكون الصياغة منطقية:-

أي إن يقبلها العقل والفكر وهذا يعني أن تلقى الصياغة قبولاً لدى المخاطبين بها فلا يصار إلى استخدام ألفاظ تصطدم مع طبيعة الأمور فلا يقبلها ولا يطبقوها، وتوافر هذا الشرط يقتضي أن ينطلق النص من أساس يتلاءم وطبيعة الأفكار التي يحملها إرادة المجتمع فلا يثير النص الدهشة أو الضيق[٣]. ومن أمثلة ذلك نص المادة (٢٥) من قانون العقوبات العراقي التي تنص على أن ((الجناية هي الجريمة المعاقب عليها بإحدى العقوبات التالية: ١- الإعدام . ٢- السجن المؤبد. ٣- السجن أكثر من خمس سنوات إلى خمس عشرة سنة.)).

٣- أن تكون الصياغة ملائمة للواقع الذي ستطبق فيه:-

فالصياغة تتطلب أدراك الواقع الاقتصادي والاجتماعي والثقافي والسياسي في المجتمع ومن ثم تحديد الهدف ووضع الحل بما يتلاءم وهذا الواقع، ولهذا فأنها يجب أن تؤخذ بالحسبان عند الصياغة[٤].

ثالثاً:- أنواع الصياغة القانونية للنصوص الجزائية:

يختار المشرع وهو بصدد سبك القاعدة القانونية أسلوباً من ثلاثة أساليب، فهو أما يختار الصياغة المرنة أو يميل إلى الصياغة الجامدة أو يعمد إلى المواءمة بين الاسلوبين، وهو في اختباراته تلك لا يكون عفوي المزاج

---

(١) فمن خلال ما ورد من تعريفات للصياغة القانونية وبيان أهميته يتضح جلياً أن للصياغة التشريعية ثلاثة عناصر وهي:-
١- الصائغ:- وهو الشخص الذي يقوم بعملية الصياغة للنصوص القانونية.
٢- المصوغ:- وهي المادة أو المضمون أو الحكم.
٣- المصوغ به:- وهو اللفظ والقالب ويقصد به مجموعة الألفاظ فكما هو معلوم أن الألفاظ قوالب المعاني، فاللفظ من حيث إفادته للمعنى هو القالب المادي الذي يتجسد به المعنى. ينظر: عبد الرحمن فاضل الطائي، اجتهاد القضاء في النصوص غير قطعية الدلالة، بحث منشور في مجلة التشريع والقضاء، تصدر عن وزارة العدل - جمهورية العراق، ع ٢، س ٥، ٢٠١٣، ص ١١١. د. عبد القادر الشيخلي، فن الصياغة القانونية - تشريعاً وفقهاً وقضاءاً، دار الثقافة للنشر، عمان - الاردن، بلا سنة طبع، ص ١٤.

(٢) لويس معلوف، مصدر سابق، ص ٢١٩.

(٣) د. شمس الدين الوكيل، المدخل لدراسة القانون/ القاعدة القانونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٦٢، ص ١٥٢ وما بعدها.

(٤) عبد الرحمن فاضل الطائي، مصدر سابق، ص ١١٥ وما بعدها. د. شمس الدين الوكيل، المدخل لدراسة القانون، مصدر سابق، ص ١٥٢.

بل يكون متحرياً المصلحة العامة واستقرار المعاملات[١].

١- الصياغة الجامدة:-

فهو التعبير الجامد الذي يضع حكماً لا يقبل التغيير أو التقدير عند التطبيق في العمل وهذا النوع من الصياغة يواجه واقعاً معيناً ويعطيه حلاً معيناً لا يختلف مهما كانت الظروف[٢]، ومن أمثلة ذلك نص المادة (٤٠٦ / ١) من قانون العقوبات العراقي التي حددت العقوبة بالإعدام عن قتل النفس عمداً مع توافر سبق الإصرار أو الترصد، وفيها لا يملك القاضي سلطة تقديرية في تحديد العقاب فإذا ما ثبت توافر هذه الجريمة بأركانها وظروفها فيجب على القاضي أن يحكم بعقوبة الإعدام بحق الجاني.

٢- الصياغة المرنة:-

فتعني صياغة النص على معيار عام يتسم بالمرونة يمكّن من خلاله وضع حلول مختلفة تلائم كل حالة على حدة طبقاً لظروفها ويمتلك فيها القاضي سلطة تقدير ما ورد فيها، وأن النص الذي يصاغ بهذه الطريقة لا يبين حكماً بذاته ولا بد من الرجوع في تحديدها إلى المنهج الاجتماعي السائد وإلى روح القانون وهدفه والظروف المحيطة بالمخاطبين بها وليس إلى قواعد اللغة والمنطق فحسب. ومثالها تحديد ضابط (الظروف في الجريمة أو الظروف التي تستدعي الرأفة بالمجرم) في قانون العقوبات العراقي والمنصوص عليه في المادة (١٣٢) منه، فهو ضابط غير محدد للقاضي سلطة تقديرية في تحديده[٣].

٣- الجمع بين الجمود والمرونة:-

يختار المشرع بسبب ما يحيط كل من الصياغة الجامدة والصياغة المرنة من مزايا ومحاذير أن الجمع بين كلا الصياغتين، فهو يختار الأسلوب المرن تارة ويعتمد الأسلوب الجامد تارة أخرى، بيد أن اختياراته تلك ليست من قبيل التحكم بقدر ما هي كونها من قبيل فن الصياغة المطلوبة أتقانه في اختيار الصياغة الملائمة بحسب كل قاعدة قانونية[٤].

من خلال العرض السابق لأنواع الصياغة القانونية للنصوص الجزائية نجد أن أسلوب الجمع بين الجمود والمرونة هو أفضل أنواع الصياغة القانونية لما تتميز به من القدرة على مسايرة الظروف والمستجدات محققة في الوقت نفسه الغاية التي يتوخاها المشرع هو الحفاظ على المصلحة العامة واستقرار المعاملات، أي بمعنى أن هذا النوع من الصياغة القانونية يمنح المكلف بتطبيق القاعدة القانونية مجال محدد من الحرية والتقدير.

الفـرع الثانـي

النصـوص الجزائيـة الواضحـة اللفـظ

يتطلب البحث في النصوص الجزائية الواضحة اللفظ بيان معناها وتحديد اقسامها، وهو ما سنتناوله ضمن فقرة مستقلة لكل منهما وكالآتي:-

أولاً:- معنى النصوص الجزائية الواضحة اللفظ:

يقصد بالنص الجزائي الواضح اللفظ بأنه هو ذلك اللفظ الذي يدل بصيغته على المعنى المراد به، ولا يحتاج

---

(١) د. عباس العبودي، الدور الاجتهادي لأحكام محكمة التمييز الاتحادية في صياغة القاعدة للقانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، تصدر عن كلية القانون - جامعة بغداد، ٢٠١٥، ص ٥٢٨. د. محمد شريف أحمد، مصدر سابق، ص ١٠٦ وما بعدها.

(٢) علي هادي عطية الهلالي، تفسير قوانين الضرائب المباشرة في العراق، مصدر سابق، ص ٥٣.

(٣) د. محمد شريف أحمد، مصدر سابق، ص ١٠٧.

(٤) د. عباس العبودي، مصدر سابق، ص ٥٢٨.

لفهم مداركه إلى أمر خارج عنه[١]، وهذا يعني أن دلالة معنى النص قد تستبين من لفظ النص أو فحواه[٢].

أما لفظ النص فهو ما يفهم من المعاني التي تتبادر إلى الذهن من الصيغة[٣]، وإذا استعمل اللفظ وكان له معنى لغوي وأخر اصطلاحي، فالأصل أن المعنى الاصطلاحي هو المقصود، إلا إذا كان النص يدل دلالة واضحة على أن المعنى اللغوي هو الذي إراده المشرع[٤].

أما فحوى النص فيقصد به كل ما يتناوله النص من غير طريق عباراته وألفاظه، وإنما بالنظر إلى مضمون هذه النصوص ومفاهيمها[٥].

ثانياً:- أقسام النصوص الجزائية الواضحة اللفظ:

قسم الفقه الألفاظ من حيث وضوح ألفاظها إلى أربعة اقسام الظاهر والنص والمفسر والمحكم، وتتفاوت هذه الاقسام بحسب قوة ووضوح دلالاتها وضعفها، فأقلها وضوحاً الظاهر ثم يليه النص ثم يشتد الوضوح في المفسر ثم يبلغ ذروته في المحكم[٦]، وفيما يأتي نوجز الكلام عن بيان كل قسم وحكمه.

١- الظاهر:-

يقتضي دراسة الظاهر بيان مدلوله وحكمه، وحسب الآتي:-

أ- مدلوله:

يقصد بالظاهر بأنه (اللفظ الذي يعرف المراد منه، ولا يتوقف فهم معناه على قرينة خارجية)[٧]، كما يقصد به هو (اللفظ الذي يدل على معناه دلالة واضحة من صيغته دون توقف ذلك على أمر خارجي، ولم يكن الحكم المستفاد منه هو المقصود أصالة من السياق أي سياق الكلام ويحتمل التأويل)[٨].

ومن أمثلة الظاهر في الفقه الإسلامي ما جاء بقوله تعالى: ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾[٩]، ففي دلالته على حلية البيع وحرمة الربا، بنفس سماع الكلام، دون الحاجة إلى تأمل أو قرينة خارجية تدعمه[١٠].

ومن أمثلة الظاهر في القانون ما جاء في الفقرة (٢) من المادة (٥٠) من قانون العقوبات العراقي والتي تنص بأن ((يعاقب الشريك بالعقوبة المنصوص عليها قانوناً ولو كان فاعل الجريمة غير معاقب بسبب عدم توفر القصد الجرمي لديه أو لأحوال أخرى خاصة به))[١١].

---

(١) كاظم عبد الله حسين الشمري، مصدر سابق، ص ٢٠٣.

(٢) ما تجدر الإشارة إليه هو أن الفقرة (١) من المادة الأولى من القانون المدني العراقي قد نصت على أنه ((تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها))، تقابلها المادة (١ / ١) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ المعدل والمادة (٢ / ١) من القانون المدني الأردني.

(٣) د. فرات رستم أمين، الدور التفسيري والرقابي لمحكمة التمييز الاتحادية في نطاق الدعوى المدنية، ط ١، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، ٢٠١٤، ص ١٢٤.

(٤) د. رياض القيسي، مصدر سابق، ص ٣٢٤.

(٥) د. عباس الصراف، المدخل لدراسة القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، ٢٠٠٣، ص ٦٣.

(٦) وجدير بالذكر إلى أن أهمية تفاوت درجة الوضوح عند حدوث تعارض بين هذه الأقسام، فإذا تعارض المحكم مع أي من الأنواع السابقة قدم عليها جميعاً، ويقدم المفسر على كل من النص والظاهر عند حدوث التعارض بينهم، وايضاً إذا تعارض النص مع الظاهر يقدم النص عليه. د. عبد الكريم زيدان، مصدر سابق، ص ٣٣٨.

(٧) كاظم عبد الله حسين الشمري، مصدر سابق، ص ٢٠٣.

(٨) د. رفاعي سيد سعد، تفسير النصوص الجنائية، ط ٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ١٥٧.

(٩) سورة البقرة، الآية (٢٧٥).

(١٠) د. طاهر حمودة، دراسة المعنى عند الأصوليين، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت - لبنان، بلا سنة طبع، ص ٣٣٣ وما بعدها. كاظم عبدالله حسين الشمري، مصدر سابق، ص ٢٠٣.

(١١) تقابلها المادة (٤٣) من قانون العقوبات المصري، والمادة (٢١٢) من قانون العقوبات السوري، والمادة (٨١) من قانون العقوبات الأردني، والمادة (٢١٨) من قانون العقوبات اللبناني، والفصل (١٣٠) من القانون الجنائي المغربي، والفصل (٣٣) من المجلة الجزائية التونسية، والمادة (٤٨) من قانون العقوبات الإماراتي، والمواد (٥٩ - ٦٠) من قانون العقوبات الفرنسي.

فهذا النص يدل بظاهره على أن التحريض والاتفاق والمساعدة من وسائل الاشتراك في الجريمة دون أن يتوقف أمر ذلك على قرينة خارجية، وهذه الدلالة ليست هي فقط المقصودة من سياق النص، إذ أن النص سُوق لتقرير عقوبة الشريك، إما ألفاظ التحريض والاتفاق والمساعدة هي مما تقبل التأويل[١].

ب- حكمــه:

وجوب العمل بما ظهر منه مالم يوجد دليل يقتضي العمل بغير ظاهره، لأن الأصل عدم صرف اللفظ عن ظاهره إلا إذا اقتضى ذلك دليل، وأنه (إي الظاهر) يحتمل التأويل أي صرفه عن ظاهره وإرادة معنى أخر منه، فإن كان الظاهر عاماً يحتمل أن يخصص وأن كان مطلقاً يحتمل أن يقيد، وأن كان حقيقته يحتمل أن يراد به معنى أخر مجازي وغير ذلك من وجوه التأويل[٢].

٢- النــص:-

يتطلب بحث النص كشف مدلوله وحكمه، وعلى وفق الآتي:-

أ- مدلولـه:

يقصد بالنص بأنه (اللفظ الذي يدل بصيغته دلالة واضحة على المعنى المقصود أصالة من سياق الكلام دون توقف على أمر خارجي مع احتمال التأويل)[٣]، فمتى كان المراد يتبادر فهمه من اللفظ، ولا يتوقف فهمه على أمر خارجي وكان هو المقصود أصالة من السياق يعُد اللفظ نصاً عليه[٤].

ومن أمثلة النص في الفقه الإسلامي ما جاء بقوله تعالى ﴿فَانكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاء مَثْنَى وَثُلاَثَ وَرُبَاعَ﴾[٥]، فإنه مسوق لبيان العدد الحلال من النساء وقصره على أربع فقط، لأنه مقصود أصالة من سياق هذا النص[٦].

ومن أمثلة النص في القانون فيلاحظ أن غالبية مواد قانون العقوبات العراقي من قبيل النصوص طبقاً لمفهومها الوارد في قواعد أصول الفقه الإسلامي، ومن ذلك ما تقرره المادة (٢٥) من القانون المذكور في أعلاه حيث نصت على أن ((الجناية هي الجريمة المعاقب عليها بإحدى العقوبات التالية: ١- الإعدام. ٢- السجن المؤبد. ٣- السجن أكثر من خمس سنوات إلى خمس عشرة سنة))[٧].

ب- حكمــه:

إنه يجب العمل به بما نص عليه، ويحتمل أن يؤول أي يراد منه غير ما نص عليه، أي أن يؤول بكون المراد من النص غير ما وضحت دلالته عليه إذا ما وجد ما يقضي هذا التأويل[٨].

٣- المفســر:-

يستلزم دراسة المفسر ايضاح مدلوله وحكمه، طبقاً للآتي:-

أ- مدلولـه:

يقصد بالمفسر بأنه (اللفظ الذي يدل على الحكم دلالة واضحة، بشرط أن لا يبقى معه احتمال

---

(١) كاظم عبدالله حسين الشمري، مصدر سابق، ص ٢٠٣.
(٢) الشيخ أبو زهرة، أصول الفقه، بلا أسم مطبعة ومكان طبع، ١٩٥٧، ص ١١٥. د. رفاعي سيد سعد، مصدر سابق، ص ١٥٨.
(٣) د. محمد أديب صالح، مصدر سابق، ص ٩١.
(٤) د. عبد الكريم زيدان، مصدر سابق، ص ٣٤٠.
(٥) سورة النساء، الآية (٣).
(٦) كاظم عبدالله حسين الشمري، مصدر سابق، ص ٢٠٤.
(٧) تقابلها المادة (١٠) من قانون العقوبات المصري، والمادة (٣٧) من قانون العقوبات السوري، والمادة (١٤) من قانون العقوبات الأردني، والمادة (٣٧) من قانون العقوبات اللبناني، والفصل (١٦) من القانون الجنائي المغربي، والفصل (٥) من المجلة الجزائية التونسية، والمادة (٥٣) من قانون العقوبات الليبي، والمادة (٢٨) من قانون العقوبات الإماراتي، والمادة (١٣١) من قانون العقوبات الفرنسي.
(٨) د. عصمت عبد المجيد بكر، أصول تفسير القانون، مصدر سابق، ص ٧١.

التأويل)[١]، كما عرف بأنه (ما دل على معناه الفصل تفصيلاً لا يبقى معه احتمال للتأويل)[٢]. فمن ذلك أن تكون الصيغة دالة بنفسها دلالة واضحة على معنى مفصل وفيها ما ينفي احتمال إرادة غير معناها.

ومن أمثلة المفسر في الفقه الإسلامي ما جاء بقوله عز وجل: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ﴾[٣] وقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَداً وَأُوْلَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾[٤].

فلفظ (ثمانين) في الآية الأولى، ولفظ (مئة) في الآية الثانية عدد والعدد من الخاص الذي يفيد الدلالة على معناه دلالة قطعية والذي بدوره لا يحتمل الزيادة أو النقص[٥].

ومن أمثلة المفسر في قانون العقوبات العراقي ما جاء في المادة (٤٠٦ / ١) منه والتي نصت على أنه ((يعاقب بالإعدام من قتل نفساً عمداً في إحدى الحالات التالية: أ- إذا كان القتل مع سبق الإصرار أو الترصد ...))[٦]، وكذلك المادة (١٤٦) من القانون نفسه بقولها ((تكون مدة إيقاف التنفيذ ثلاث سنوات تبدأ من تأريخ الحكم)).

ب- حكمه:

وجوب العمل بما دل عليه قطعاً، إلا أنه يستبعد فيه التأويل لأنه قد تم تحديد اللفظ المراد منه ببيان تفسيري قطعي صادر من المشرع نفسه أو من يخوله[٧].

٤- المحكم:-

يستوجب بحث المحكم دراسة مدلوله وحكمه، وعلى وفق الآتي:-

أ- مدلوله:

يقصد بالمحكم بأنه (اللفظ الذي يدل بصيغته على المعنى الواضح المقصود أصالة، وسيق الكلام لأجله، دون أن يحتمل تأويلاً)[٨]، كما عرف بأنه (اللفظ الدال بصيغته على معناه دلالة واضحة قطعية والمقصود من سياق الكلام دون أن يحتمل تأويلاً)[٩]، ويرجع عدم احتماله للتأويل كونه متصلاً وواضحاً وقطعياً لا يشتمل معه أي احتمال[١٠].

ومن أمثلة المحكم في الفقه الإسلامي ما جاء بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَداً وَأُوْلَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾[١١]، فتقييد عدم قبول شهادة قاذفي المحصنات بالتأبيد يدل على أن هذا الحكم من القواعد الأساسية التي لا تتغير

---

(١) عباس قاسم مهدي الداقوقي، الاجتهاد القضائي، ط ١، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٥، ص ١٧٢ وما بعدها.

(٢) د. رفاعي سيد سعد، مصدر سابق، ص ١٦١.

(٣) سورة النور، الآية (٢).

(٤) السورة نفسها، الآية (٤).

(٥) د. محمد أديب صالح، مصدر سابق، ص ١٠٨. كاظم عبدالله حسين الشمري، مصدر سابق، ص ٢٠٥.

(٦) تقابلها المادة (٢٣٠) من قانون العقوبات المصري، والمادة (٥٣٤) من قانون العقوبات السوري، والمادة (٣٢٨) من قانون العقوبات الأردني، والمادة (٥٤٩) من قانون العقوبات اللبناني، والفصل (٣٩٣) من القانون الجنائي المغربي، والفصول (٢٠١ - ٢٠٣) من المجلة الجزائية التونسية، والمواد (٣٦٨ - ٣٧١) من قانون العقوبات الليبي، والمادة (٣٣٢ / ٢) من قانون العقوبات الإماراتي، والمادة (٢٩٦) من قانون العقوبات الفرنسي.

(٧) د. عصمت عبد المجيد بكر، أصول تفسير القانون، مصدر سابق، ص ٧٢.

(٨) عباس قاسم مهدي، مصدر سابق، ص ١٧٢. كاظم عبد الله حسين الشمري، مصدر سابق، ص ٢٠٥.

(٩) د. عصمت عبد المجيد بكر، أصول تفسير القانون، مصدر سابق، ص ٧٢.

(١٠) د. رفاعي سيد سعد، مصدر سابق، ص ١٦٤.

(١١) سورة النور، الآية (٤).

بتغير الأحوال[١]، وكذلك قوله عز وجل: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾[٢].

أما بخصوص القانون الجزائي فيلاحظ قيام المحكم في اغلب نصوص قانون العقوبات طبقاً لمبدأ الشرعية الجزائية وكذلك المدد القانونية المنصوص عليها في قانون اصول المحاكمات الجزائية.

ب- حكمه:

وجوب العمل به على نحو القطع، لكن يستبعد فيه التأويل لأن دلالاته على الحكم قطعية[٣].

الفرع الثالث

النصوص الجزائية المبهمة اللفظ

يقتضي دراسة النصوص الجزائية المبهمة اللفظ، بحث معناها وتحديد اقسامها، وهو ما سنتناوله ضمن فقرة مستقلة لكل منهما وكالآتي:-

أولاً:- مدلول النصوص الجزائية المبهمة اللفظ:

يقصد باللفظ المبهم هو (اللفظ الذي يحتاج إلى أمر خارجي لفهم المراد منه، إذ أن حقيقته لا تفصح بذاتها عن المقصود منه)[٤]. كما يقصد به (هو ما لا يدل على المراد منه بنفس حقيقته، بل توقف فهم المراد منه على أمر خارجي، إن كان يزال خفاءه بالبحث والاجتهاد)[٥].

والإبهام في النصوص الجزائية يرجع لعدة اعتبارات، منها فنية أو عملية تتعلق بطبيعة الأفكار التي يتصل مضمونها بتقدير ويختلف تحديدها باختلاف الزمان والمكان، وقد ينجم هذا الغموض عن عجز النصوص عن استيعاب التطورات الجديدة[٦].

ثانياً:- أقسام النصوص الجزائية المبهمة اللفظ:

قسم الفقه[٧] الألفاظ من حيث أبهام ألفاظها إلى أربعة اقسام هي: الخفي، والمشكل، والمجمل، والمتشابه، وهذا الترتيب في أقسام المبهم ترتيب تصاعدي، كما كان في أقسام الواضح أيضاً، فالمشكل أكثر ابهاماً من الخفي، والمجمل أكثر ابهاماً من المشكل، والمتشابه أشد ابهاماً من المجمل.

وكان ترتيبهم هذا في أقسام المبهم، ليقابلوا بها اقسام الواضح، فالخفي هنا وهو الأقل خفاء يقابل الظاهر هناك لأنه أقل وضوحاً في أقسام الواضح، والمشكل يقابل النص، والمجمل يقابل المفسر، والمتشابه يقابل المحكم.

ويمكن إزالة أبهام كل من الخفي والمشكل عن طريق البحث والاجتهاد، أما المجمل فلا سبيل إلى توضيحه إلا بواسطة الشارع أو المشرع - حسب الأحوال - نفسه وبالنسبة للمتشابه فأنه لا يمكن إزالة خفائه[٨].

---

(١) كاظم عبدالله حسين الشمري، مصدر سابق، ص ٢٠٥.
(٢) سورة الأسراء، الآية (٣٣).
(٣) د. محمد سلام مدكور، مصدر سابق، ص ٣٨٠.
(٤) د. فرات رستم أمين الجاف، مصدر سابق، ص ١٣٧. د. رفاعي سيد سعد، مصدر سابق، ص ١٦٧.
(٥) الشيخ عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، مصدر سابق، ١٩٦. د. محمد اديب صالح، مصدر سابق، ص ١٤٩.
(٦) د. باسم محمد صالح، القانون التجاري / القسم الأول، مطبعة جامعة بغداد، بغداد، ١٩٨٧، ص ٢١. د. مصطفى إبراهيم الزلمي، أصول الفقه في نسيجه الجديد، مصدر سابق، ص ٤٥٤. د. فرات رستم أمين الجاف، مصدر سابق، ص ١٤٠.
(٧) د. محمد صبري السعدي، مصدر سابق، ص ٢٠٦. د. رفاعي سيد سعد، مصدر سابق، ص ١٦٧.الشيخ عبد الوهاب خلاف، أصول الفقه، مصدر سابق، ص ١٩٧. كاظم عبد الله حسين الشمري، مصدر سابق، ص ٢٠٧.
(٨) كاظم عبد الله حسين الشمري، مصدر سابق، ص ٢٠٦.

١ - الخفـي:-

يقتضي دراسة الخفي بيان مدلوله وحكمه، وحسب الآتي:-

أ- مـدلـولـه:

يقصد بالخفي بأنه (اللفظ الذي خفي المعنى المراد منه لسبب عارض خارج عن لفظه، ولا يمكن إزالة هذا الخفاء إلا بالبحث والاجتهاد)[١]، كما يقصد به (هو ذلك النص الذي لا يشتمل على لفظ ظاهر في دلالاته على معناه وقد عرض له من خارج صيغته ما جعل في انطباقه على بعض أفراده نوعاً من الغموض والخفاء ولا يزول إلا بالطلب والاجتهاد)[٢].

ويمكن أساس البحث والاجتهاد من خلال الرجوع إلى مجموع النصوص الواردة في الموضوع والاخذ بالحسبان مراعاة الحكمة من التشريع وعلته، وتوخي ما قصده الشارع أو المشرع حسب الأحوال والظروف[٣].

ومن أمثلة الخفي في الفقه الإسلامي ما جاء بقوله تعالى: ﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا ﴾[٤]، فالسارق شرعاً يطلق على ما يأخذ المال المنقول المملوك للغير خفية من الحرز[٥]. ودلالة ظاهره في معناه، ولكن بعض الأصناف لما اختصت بأسم خاص كالطرار[٦] والنباش[٧]، حيث أن لعروض هذا الاسم تأثير في خفاء شمول معنى السارق لهما، مما يتطلب البحث والاجتهاد لإزالة هذا الخفاء من خلال إدخال ما أشتبه معناه في مفهوم السارق أو إخراجه عنه[٨].

ومن أمثلة الخفي في القانون لفظ المنقول الواردة في المادة (٣١١) من قانون العقوبات المصري التي تنص على أنه ((كل من اختلس منقولاً مملوكا لغيره فهو سارق))، ويثار التساؤل هنا بأنه هل ينطبق لفظ المنقول على التيار الكهربائي بحيث يعتبر من اختلسه بحكم السارق؟[٩].

ويلاحظ أن محكمة النقض المصرية قد عدّت التيار الكهربائي بحكم المنقول لتوافر خصائص وشروط المنقول فيه، ذلك أن له من القيمة المالية ويمكن ضبطه فضلاً عن امكانية نقله من مكان إلى أخر أضافة إلى الانتفاع به، لذلك قضت باعتبار مختلسه سارقاً[١٠].

ب- حكمـه:

عدم العمل به مطلقاً بل إزالة خفاءه، للوقوف على ما إذا كان سبب الإبهام راجعاً إلى زيادة في معنى الواقعة المراد تطبيق النص عليها أم راجعاً إلى نقص معناها، وتكون وسيلة المؤول في

---

(١) د. عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج ٢، ط ١، دار المعرفة، مصر، ١٩٦٠، ص ١٩١.

(٢) د. مصطفى إبراهيم الزلمي، أسباب اختلاف الفقهاء في الأحكام الشرعية، ط ١، الدار العربية للطباعة، بغداد، ١٩٧٦، ص ٢١٥.

(٣) كاظم عبد الله حسين الشمري، مصدر سابق، ص ٢٠٧.

(٤) سورة المائدة، الآية (٣٨).

(٥) د. أحمد الكبيسي، أحكام السرقة في الشريعة الإسلامية والقانون، مطبعة الإرشاد، بغداد، ١٩٧١، ص ١٩. كاظم عبدالله حسين الشمري، مصدر سابق، ص ٢٠٧.

(٦) الطرار : هو الذي يأخذ النقود وغيرها من الحوافظ والأكمام، ويسمى باللهجة العامية بـ (النشال). د. عصمت عبد المجيد بكر، أصول تفسير القانون، مصدر سابق، ص ٧٤.

(٧) النباش: هو الذي يأخذ أكفان الموتى والأشياء التي توضع معهم من قبورهم. الشيخ عبد الوهاب خلاف، مصدر سابق، ص ١٩٩.

(٨) الشيخ محمد رضا المظفر، أصول الفقه، ج ١، ط ٢، دار الغدير للطباعة والنشر، قم المقدسة، بلا سنة طبع، ص ١٤٧ وما بعدها. كاظم عبدالله حسين الشمري، مصدر سابق، ص ٢٠٧.

(٩) تجدر الإشارة إليه إلى أن المشرع العراقي قد تدارك هذا الإبهام في المادة (٤٣٩) من قانون العقوبات على أنه يعتبر مالاً منقولاً لتطبيق أحكام السرقة القوى الكهربائية والمائية وكل طاقة أو قوة محرزة أخرى.

(١٠) نقض ٢ / ٢ / ١٩٦١، مجموعة محكمة النقض، تصدر عن محكمة النقض المصرية، س ١١، ١٩٦١، ص ٧٨٨، د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات / القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١، ص ٨١٥ - ٨١٦. يقابلها قرار محكمة جنايات الكرخ في العراق المرقم ٣٥ / ج / ١٩٨١ في ١٢ / ٥ / ١٩٨١، عواد حسين ياسين العبيدي، تفسير النصوص القانونية بأتباع الحكمة التشريعية من النصوص، دار ومكتبة الإمام، بلا مكان وسنة طبع، ص ٦٦.

ذلك علة الحكم[١].

٢- المشكل:-

يتطلب بحث المشكل كشف مدلوله وحكمه، ووفق الآتي:-

أ- مدلوله:

يقصد بالمشكل بأنه (اللفظ الذي خفي معناه بسبب في ذات اللفظ، بحيث لا يدرك المعنى إلا بقرينة تمييزه عن غيره)[٢]، كما يقصد به (هو أسم لما يشبه المراد منه بدخوله في إشكاله على وجه لا يعرف المراد إلا بدليل يتميز به من بين سائر الأشكال)[٣].

والفرق بين المشكل والخفي، هو أن المشكل إبهامه ناشئ من اللفظ ذاته، وإبهام الخفي لعارض خارج من ذات اللفظ[٤].

ومن أمثلة المشكل في الفقه الإسلامي ما جاء بقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾[٥]، ولفظ (القرء) فقهاً مشترك بين الطهر والطمث[٦].

ومن أمثلة المشكل في القانون ما ورد في المادة (٣١٦) من قانون العقوبات المصري التي نصت على أنه ((يعاقب بالإشغال الشاقة المؤقتة التي تقع على السرقات التي تحصل ليلاً ...))، فلفظ الليل جعله المشرع ظرفاً مشدداً لعقوبة السرقة دون أن يرد في التشريع تعريف يحدد معنى (الليل) في النصوص التي ورد فيها هذا اللفظ أو ترك هذا الأمر للفقه والقضاء[٧]، لأنه قد يراد به الفترة التي يسود فيها الظلام فعلاً، وقد يكون المقصود به المعنى الفلكي للفظ (الليل) وهي المّدة بين غروب الشمس وشروقها[٨].

ب- حكمه:

عدم العمل باللفظ المشكل قبل إزالة أشكاله الذي يرجع في احتمال في اللفظ أو في الأسلوب، وهذا يتطلب البحث في الأدلة والقرائن لإزالة هذا الاحتمال، وذلك من خلال الاستعانة بحكمة التشريع والمصلحة المحمية منها مع الاخذ بالحسبان التوفيق بين المصالح المتعارضة[٩].

٣- المجمل:-

يستلزم دراسة المجمل ايضاح مدلوله وحكمه، طبقاً للآتي:-

أ- مدلوله:

يقصد بالمجمل بأنه (اللفظ الذي لا يدل بصيغته على المعنى المراد منه، ولا يعرف المراد منه إلا ببيان من أجمله لعدم وجود قرائن تبين هذا المراد)[١٠]، كما يقصد به (اللفظ الذي لا يتضح المعنى المراد منه لذاته سواء

---

(١) ويرى البعض أنه يجب على المؤول أن ينظر إلى معنى الواقعة محل البحث، وإذا كان به زيادة على النص كان عليه أن يطبق النص على الواقعة أما إذا كان معناها فيه نقص، فأن على المؤول أن يقرر عدم إلحاق الواقعة بحكم النص. د. محمد أديب صالح، مصدر سابق، ص ١٦٥.

(٢) د. رفاعي سيد سعد، مصدر سابق، ص ١٧٢. كاظم عبد الله حسين الشمري، مصدر سابق، ص ٢٠٨.

(٣) د. محمد شريف أحمد، مصدر سابق، ص ١٢٩.

(٤) د. عصمت عبد المجيد بكر، أصول تفسير القانون، مصدر سابق، ص ٧٥. كاظم عبدالله حسين الشمري، مصدر سابق، ص ٢٠٨.

(٥) سورة البقرة، الآية (٢٢٨).

(٦) تجدر الإشارة إليه إلى المادة (٤٨ / ١) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل قد نصت على أنه ((عدة الطلاق والفسخ للمدخول بها ثلاثة قروء))، تاركاً تأويل القرء وفق الآراء الفقهية وفق القرائن التي ترجح المراد منه.

(٧) حسناً فعل المشرع العراقي في قانون العقوبات عندما سد باب الاجتهاد عند استعماله تعبير ((بين غروب الشمس وشروقها)) في المواد (٤٤٠، ٤٤٢، ٤٤٣، ٤٤٧)، أي المعنى الفلكي لليل.

(٨) د. فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات / القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٢، ص ٧٥٢. كاظم عبدالله حسين الشمري، مصدر سابق، ص ٢٠٨.

(٩) د. عصمت عبد المجيد بكر، أصول تفسير القانون، مصدر سابق، ص ٧٥. كاظم عبد الله حسين الشمري، مصدر سابق، ص ٢٠٩.

(١٠) د. محمد سلام مدكور، مصدر سابق، ص ٢٨٧. كاظم عبد الله حسين الشمري، مصدر سابق، ص ٢٠٩.

لتعدد المعاني فيه أو لوضعه لغير معناه اللغوي أو لغرابة اللفظ ولا يزول خفاءه إلا ببيان المجمل نفسه)[١].

إذاً فسبب الخفاء في المجمل لفظي لا عارض ويعود ذلك أما لوضعه لغير معناه اللغوي أو لتعدد معانيه، أو لغرابة اللفظ لندرة استعماله[٢].

والفرق بين المجمل والمشكل والخفي يتبين أن المجمل أشدهم من حيث درجة الخفاء وبيانه لا يكون إلا بمعرفة المجمل ذاته، ولا يمكن التوصل إليه من ذات اللفظ أو عن طريق البحث والتأمل والاجتهاد كما هو الحال في كل من الخفي والمشكل والصفة المشتركة بين المجمل والمشكل أن الخفاء فيهما من ذات النص بينما الإبهام في الخفي يكون عارضاً[٣].

ومن أمثلة المجمل في الفقه الإسلامي ما جاء بقوله تعالى ﴿ إِنَّ الْإِنسَانَ خُلِقَ هَلُوعاً ﴾[٤] وقد بين الله عز وجل معنى الهلوع بقوله ﴿إِذَا مَسَّهُ الشَّرُّ جَزُوعاً ﴾[٥] وكذلك قوله تعالى ﴿ وَإِذَا مَسَّهُ الْخَيْرُ مَنُوعاً ﴾[٦].

ومن أمثلة المجمل في القانون لفظ (الإصرار) الواردة في المادة (٤٠٦ / ١ / أ) من قانون العقوبات العراقي بشأن عقوبة القتل العمد مع سبق الإصرار[٧] فقد أورد المشرع نفسه في المادة (٣٣ / ٣) من القانون نفسه تعريفاً لمعنى الإصرار[٨].

ب- حكمه:

التوقف عن العمل به، حتى يرد بيان ممن أجمله[٩]، والبيان الصادر عن الشارع أو المشرع - بحسب الأحوال - بصدد تأويل المجمل، أما أن يكون وافً وإما أن يكون غير وافً، وفي الحالة الأولى صار المجمل بهذا البيان مؤولاً، أما الحالة الثانية فيصير المجمل من المشكل، وحينئذ يفتح باب المعرفة المقصود منه[١٠].

٤- المتشابه:-

يستوجب بحث المتشابه دراسة مدلوله وحكمه، على وفق الآتي:-

أ- مدلوله:

يقصد بالمتشابه بأنه (اللفظ الذي لا تدل صيغته على المعنى المراد منه، ولا توجد قرائن خارجية تبينه، واستأثر الشارع بعلمه فلم يؤوله)[١١]، كما يقصد به (هو الذي خفي معناه المراد خفاء من ذاته، ولا توجد قرائن خارجية تبينه، ولم يبينه الشارع بكتاب أو سنة، فلا ترجى معرفته في الدنيا لأحد أو لا ترجى إلا للراسخين في العلم)[١٢].

---

(١) د. رفاعي سيد سعد، مصدر سابق، ص ١٧٦. د. عصمت عبد المجيد بكر، أصول تفسير القانون، مصدر سابق، ص ٧٦.

(٢) في هذا الموضع فقد قسم الفقه الإسلامي المجمل إلى ثلاثة أنواع تبعاً لأسبابه:-
١- الألفاظ التي نقلها الشارع من معانيها اللغوية ووضعها لمعان اصطلاحية شرعية خاصة كألفاظ الصلاة والزكاة.
٢- الألفاظ العربية كلفظ (هلوع).
٣- تزاحم المعاني المتساوية التي يؤديها اللفظ وانسداد باب الترجيح لواحد منها على غيره. د. محمد سلام مدكور، مصدر سابق، ص ٢٨٧.

(٣) د. رفاعي سيد سعد ، مصدر سابق، ص ١٧٦ - ١٧٧.

(٤) سورة المعارج، الآية (١٩).

(٥) السورة نفسها، الآية (٢٠).

(٦) السورة نفسها، الآية (٢١).

(٧) حيث نصت هذه المادة على أنه ((كل من قتل نفساً مع سبق الإصرار على ذلك أو الترصد يعاقب بالإعدام)).

(٨) حيث عرفت المادة أعلاه الإصرار بأنه ((هو التفكير المصمم في ارتكاب الجريمة قبل تنفيذها بعيداً عن ثورة الغضب الآني أو الهياج النفسي)). قدر تعلق الأمر بالمشرع المصري فقد أورد لفظ الإصرار في المادة (٢٣٠) من قانون العقوبات، أما تعريفه فقد اورده في المادة (٢٣١) من القانون نفسه.

(٩) د. عصمت عبد المجيد بكر، أصول تفسير القانون، مصدر سابق، ص ٧٧. د. رفاعي سيد سعد، مصدر سابق، ص ١٨٠ وما بعدها.

(١٠) عواد حسين ياسين العبيدي، تفسير النصوص القانونية بأتباع الحكمة التشريعية من النصوص، ص ٦٨.

(١١) د. محمد أديب صالح، مصدر سابق، ص ٢١٧. كاظم عبد الله حسين الشمري، مصدر سابق، ص ٢١٠.

(١٢) عواد حسين ياسين العبيدي، تفسير النصوص القانونية بأتباع الحكمة التشريعية من النصوص، مصدر سابق، ص ٦٩.

ومن أمثلة المتشابه في الفقه الإسلامي ما ورد في الحروف المتقطعة مثل: (ص) و (الم) و (حم) و (عسق) و (كهيعص)، وغيرها عما ورد في فواتح السور القرآنية[١]، وقوله عز وجل ﴿هُوَ الَّذِي أَنزَلَ عَلَيْكَ الْكِتَابَ مِنْهُ آيَاتٌ مُّحْكَمَاتٌ هُنَّ أُمُّ الْكِتَابِ وَأُخَرُ مُتَشَابِهَاتٌ فَأَمَّا الَّذِينَ فِي قُلُوبِهِمْ زَيْغٌ فَيَتَّبِعُونَ مَا تَشَابَهَ مِنْهُ ابْتِغَاءَ الْفِتْنَةِ وَابْتِغَاءَ تَأْوِيلِهِ وَمَا يَعْلَمُ تَأْوِيلَهُ إِلَّا اللَّهُ وَالرَّاسِخُونَ فِي الْعِلْمِ يَقُولُونَ آمَنَّا بِهِ كُلٌّ مِّنْ عِندِ رَبِّنَا وَمَا يَذَّكَّرُ إِلَّا أُولُوا الْأَلْبَابِ﴾[٢].

وجدير بالذكر أن المتشابه لا وجود له في نصوص القانون الجزائي، كون الأخير هو عبارة عن أوامر ونواه، ويستحيل أن يأمر المشرع الأفراد بعمل يخرج عن نطاق فهمهم بالنصوص، إذ لا تكليف بمستحيل[٣].

ب- حكمه:

لقد أختلف الفقه في حكم المتشابه وذلك على النحو الآتي:-

الرأي الأول:

وهم الذين قرأوا الآية القرآنية السابقة الذكر بالوقف على لفظ الجلالة كما في قوله تعالى ﴿وَمَا يَعْلَمُ تَأْوِيلَهُ إِلَّا اللَّهُ﴾[٤]، وعدّوا الواو بعده استئنافية، لذلك قصروا معرفة متشابه القرآن على الله سبحانه وحده فحسب[٥].

الرأي الثاني:

فهم الذين عدّوا الواو عاطفة وقرأوا الآية القرآنية السالفة الذكر في قوله عز وجل ﴿وَمَا يَعْلَمُ تَأْوِيلَهُ إِلَّا اللَّهُ وَالرَّاسِخُونَ فِي الْعِلْمِ﴾[٦]، فجوزوا لغير الله سبحانه وتعالى معرفة الآيات المتشابهة[٧].

وخلاصة القول: إختلف الفقه الإسلامي في مجال التأويل على ثلاثة مذاهب[٨]:-

الأول: مذهب الشبهة وهو عدم التأويل مطلقاً وإجراء الألفاظ على ظاهرها، ولا يؤول شيء منها، وشبهوا الخالق بالمخلوقين.

الثاني: مذهب السلف، وهو أن لها تأويلاً ولكن تمسك عنه مع تنزيه الله تعالى عن التشبيه والتعطيل.

الثالث: مذهب المؤولة أو الخلف فقد صرحوا بالتقديس لله تعالى والتنزيه، عن صفات المخلوقين والتبري من التحديد والتشبيه فأولوا مثلاً اليد بالقوة والعين بالعلم.

---

(١) كما وردت في سورة البقرة، والشورى، والقلم، والأعراف، وإبراهيم، والشعراء، والعنكبوت، والروم، ولقمان، والسجدة، والأحقاف، وأمثالها. ورغم أن لأسماء الحروف (الألف، الباء، التاء، الثاء، ... ألخ) معاني، إلا أن هذه المعاني لا تنطبق على ما ورد من حروف في القرآن الكريم، وللاطلاع على معاني أسماء الحروف ينظر: جواد أمين الورد، ألف باء اللغة العربية، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٨٨، ص ١٣- ١٤. كاظم عبدالله حسين الشمري، مصدر سابق، ص ٢١٠.

(٢) سورة أل عمران، الآية (٧).

(٣) كاظم عبدالله حسين الشمري، مصدر سابق، ص ٢١٠.

(٤) السورة والآية نفسها.

(٥) كاظم عبد الله حسين الشمري، مصدر سابق، ص ٢١٠.

(٦) سورة أل عمران، الآية (٧).

(٧) الفضل بن الحسن الطبرسي، مجمع البيان في تفسير القران، ج ٢، بلا أسم مطبعة ومكان وسنة طبع، ص ٤١٠. السيد محمد حسين الطباطبائي، مختصر تفسير الميزان، ط ٥، منشورات ذو القربى، قم المقدسة - إيران، ١٤٣٢ هـ، ص ٦٧- ٦٨. كاظم عبد الله حسين الشمري، مصدر سابق، ص ٢١٠.

(٨) وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص ١٠٢. عدنان إبراهيم عبد الجميلي، مصدر سابق، ص ١٠٢ - ١٠٣. د. عصمت عبد المجيد بكر، أصول تفسير القانون، مصدر سابق، ص ٧٧.