

المصادر التفسيرية أو المصادر غير الرسمية

نصت الفقرة الثالثة من المادة الأولى من القانون المدني العراقي على ما يأتي (وتسأل المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقه في العراق نم في البلاد الأخرى التي تقارب قوانينها مع القوانين العراقية) ومفاد هذا النص الذي أعقب بيان المصادر الرسمية للقانون في الفقرة الثانية من المادة نفسها.

أن القضاء والفقه يعتبران من العناصر التي تسترشد بها المحاكم في استخلاص قواعد القانون وتحديد مفهومها وأنها مصدران تفسيريان للقانون العراقي لاتتوافق لهما قوة إلزام تفرض اتباع أحکامها وقد سبق أن عرّفنا المصدر التفسيري بقولنا: إنه المرجع الذي يستعان به في إزالة غموض القاعدة القانونية واستكمال ناقصتها والذي يسترشد به القاضي من تقصي مفهوم القواعد التي يستخلصها من المصادر الرسمية دون أن تكون له قوة إلزام.

ويلاحظ أن هذين المصدرين القضاء والفقه مصدران متكملاً يكمل ويُسند أحدهما الآخر فيسترشد القاضي بأراء الفقيه التي تتعلق بالقانون الأمثل ويستعين الفقيه بتجارب القاضي في مساراته مقتضيات الحياة وواقعها وإذا كان كل من الفقه والقضاء يعتبر مصدرًا تفسيريًّا لقانوننا إلا أنها لعباً ويلعبان دوراً أهم من ذلك في الحياة القانونية في المجتمعات أخرى.

واقع أن متنزليهما في الحياة القانونية تأثرت وتتأثر بتناقض الأزمنة وتباین المجتمعات ولذلك يحسن بنا بعد تحديد معنى كل منها أن نعرض بالبيان دوريهما في الحياة القانونية في طائفة من المجتمعات القديمة والحديثة ذلك لأن دراسة كل من الفقه والقضاء في المجتمع القديم تعتبر من الموضوعات الرئيسية في كل من مادة تاريخ القانون والقانون الروماني ومادة المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية كما أن دور الفقه والقضاء يستقر في دائرة المصادر التفسيرية للقانون في المجتمع المعاصر باستثناء المجتمع الإنكلوسيوني الذي يرقى فيه القضاء إلى مرتبة المصادر الرسمية.

ولذلك يجمل بنا أن نوزع هذا البحث الوجيز على مبحثين ثالثين نفرد أحدهما للقضاء ونخصص ثالثهما للفقه.

القضاء

معنى القضاء: يفيد لفظ القضاء ثلاثة معانٍ فقد يعني مجموعة المحاكم الموجودة في دولة معينة وقد يراد به مجموعة الأحكام التي تصدرها المحاكم وقد يقصد به مجموع المبادئ القانونية المستخلصة من استقرار المحاكم على اتباعها والحكم بمقتضها وما يعنيه لفظ القضاء في بحثنا هذا هو المعنى الثالث فحسب.

إن هذه المبادئ التي يعنيها لفظ القضاء لا تنشأ إلا حيث يكون حكم القانون على واقعه معينة محل خلاف فتستخلص هذه المبادئ من استقرار أحكام المحاكم على اتجاه معين في الفصل في هذا الخلاف القانوني أما حيث يخلو حكم القانون على واقعة معينة من خلاف في شأنه فلا أهمية لهذا الحكم في دائرة مصادر القانون لأنه لا يهدى أن يكون تطبيقاً لقاعدة قانونية مسلمة بوجودها ومضمونها.

مميزات القضاء:

يتميز القضاء بالمميزات الآتية:

- ١) أنه يشمل الجانب العملي للقانون فيتولى تطبيق القواعد القانونية على ما يبت فيه من قضايا ويضع الحلول العملية للجذريات دون ضمان التنسق فيما بينها.
- ٢) إن القضاء يتميز بطابعه وروحه الواقعى فيتقييد بواقع الحياة ويقوم على ما يتبع من هذا الواقع من منازعات لجسمها ويجعل من القانون مادة حية تسابر واقع البيئة وتتجاري روح العصر.
- ٣) أن المحاكم أقدر على تطبيق ما تراه من تفسير للقانون من الفقهاء بحكم وظيفتها فهي التي تتولى تطبيق القانون على منازعات ومتخرج ماتراه إلى حيز الوجود والعمل.

منزلة القضاء في المجتمع المعاصر:

يعتبر القضاء الإداري مصدراً رسمياً للقانون التي تقر وجوده كفرنسا وجمهورية مصر العربية أما القضاء العادى فيستقر في دائرة المصادر التفسيرية وللقانون باستثناء المجتمع

الإنكلوسكوفي الذي يعتد بمبدأ السوابق القضائي ذلك لأن معظم الدول المعاصرة لا تأخذ بالسابقة القضائية وأقضية محاكمها لا تلزم المحكمة نفسها ولا تلزم المحاكم الأخرى في القضايا المماثلة ومع ذلك ينبغي التسليم بما للقضاء الفرنسي من أهمية في تطور القانون الفرنسي والقوانين التي تأثرت به بما خلفه من مبادئ ونظريات عن طريق تفسير النصوص والتتوسيع في تفسيرها.

والقضاء العراقي لا يختلف من حيث منزلته عن كل من القضاء العادي في فرنسا ومصر لأنه لا يأخذ بمبدأ السوابق القضائية أسوة بها فالمحاكم العراقية لا تلتزم بسابق قراراتها ولا تتقييد بها غيرها من المحاكم في القضايا المماثلة فمحكمة التمييز حرة في العدول عن المبادئ التي قامت عليها قرارتها السابقة. ولا تلتزم بقراراتها محاكم الدرجةين الأولى كمحاكم البداءة والثانية كمحاكم الاستئناف فيما يطرح أمامها من خصومات مشابهة ولا يتلزم قضاء محكمة التمييز غيرها من المحاكم إلا في حالة واحدة نصت عليها المادة (٢١٥) من قانون المرافعات رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ ف جاء في فقرتها الثانية: (إذا كان الحكم المميز صادرًا من محكمة الاستئناف أو البداءة يقتصر في اتباع قرار النقض على ما تضمنه من إجراءات أصولية فقط إلا إذا كان قرار النقض صادرًا من الهيئة العامة فإنه يكون واجب الاتباع في جميع الأحوال). وقضت فقرتها الثالثة بأنه (إذا أصرت محكمة الاستئناف أو البداءة على حكمها بعد إعادة الدعوى إليها وخالفت في ذلك قرار الهيئة الخاصة لمحكمة التمييز وجوب النظر في الطعن الثاني أمام الهيئة العامة لمحكمة التمييز في العراق) ومفاد هاتين الفقرتين أنه إذا تقضت محكمة التمييز حكمًا صادرًا من محكمة استئناف أو من محاكم الدرجة الأولى كمحاكم البداءة فإن عليها أن تعيد الدعوى إلى نفس المحكمة التي أصدرت الحكم المنقول لتنظر فيها ثانية. ولا تلزم هذه المحكمة إلا بما تضمنه قرار النقض من إجراءات أصولية فقط. وهذا كل الحق في الإصرار على حكمها السابق فإن أصرت وطعن في حكمها ثانية بطرق التمييز اجتمعـت الهيئة العامة لمحكمة التمييز التي تعنى جميع قضاياها في مختلف هيئاتها لتنظر في الطعن ولتصدر قرارها. فإذا تقضت المحكمة ثانية وأعادت الدعوى إلى المحكمة فعلـى هذه المحكمة أن تتقيـد برأي الهيئة العامة لمحكمة التمييز عند الفصل مجددًا في القضية المنظورة وهذا الحكم يشابه ما نص عليه كل من القانون الألماني والفرنسي والمصري مع اختلاف في المراحل والتفاصيل لا نجد مبررًا للدخولـ فيها في هذا الكتاب المنهجي.

الفقه

معنى الفقه: يفيد مصطلح الفقه معنيين أو هما: مجموع آراء علماء القانون القائمة على دراسة القانون دراسة تحليلية انتقادية والجامعة بين استخلاص الأحكام القانونية من مصادرها بالطرق العلمية ومناقشة هذه الأحكام للكشف عن نقصان القانون وعيوبه، وثانيهما: علماء القانون أنفسهم الذين تخصصوا في شرح القانون وتفسيره ونقده وما يعني به في هذا البحث هو المعنى الأول.

مميزات الفقه: يتميز الفقه بالمميزات الآتية:

- ١) أنه يمثل الجانب العلمي للقانون خلافاً للقضاء الذي يمثل الجانب العملي له لأنه يقوم على استخلاص الأحكام الجزئية من الأصول الكلية للقواعد القانونية بالطرق العلمية ومناقشة قواعد القانون مناقشة علمية للكشف عن عيوبها ومزاياها ووضع نظريات عامة تنطبق على جزئيات كثيرة منسقاً بين حلولها.
- ٢) يتميز بالطابع النظري خلافاً للطابع الواقعي الذي يتميز به القضاء وهذا ما يبرز فيما يلجم إلية الفقه من تصور وافتراض وتشبث بمثل وتنقيب عن اتجاهات جديدة ابتعاداً الأخذ بأسباب التطور ولكنه قد يتعد فيها يراه عن واقع مجتمعه
- ٣) أن آراء الفقهاء لا تخرج إلى التطبيق العلمي إلا إذا أخذت بها المحاكم طوعاً فهو يتجرد من الصبغة الرسمية ولا يتمتع بقوة إلزام ذاتية تلزم القضاء بأراء الفقهاء.

وظيفة القانون

تمهيد:

تحدد وظيفة القانون ببيان الأغراض التي يهدف إلى تحقيقها والوسائل التي يستعين بها للوصول إليها: ويتأثر تحديد هذه الوظيفة بالتيار الفكري الذي يتسلط على المجتمع أي بالترندة التي يتبني بها القانون في ممارسة نشاطاته فردية كانت أم اشتراكية وستتناول كل ذلك بالبحث في فقرات متالية.

أغراض القانون:

أما الأغراض التي يهدف القانون إلى بلوغها فعوضاً عن تخلصها من بحثنا المتقدم في ضرورة القانون وفي الصفة الاجتماعية لقواعدة أو هما: حماية حريات الأفراد ومصالحهم الخاصة ذلك لأن القانون إذ يحد من حريات الأفراد جميعهم إنما يهدى السبيل لكل فرد ليتمكن بحرية في حدود احترام حريات الآخرين وهو إذ يحدد حقوق وواجبات الأفراد ويرسم حدودها إنما يمكّن دون التعارض في الحقوق ويوفّق بين المصالح ابتناء تحقيقها جميعاً وإذا كان

القانون ينقص من الحرية الطبيعية للفرد فإنه يكفل حرية اجتماعية يطمئن بها أفراد على نشاطهم ويخفون في حدودها مصالحهم وثانيهما حفظ كيان المجتمع وكفالة تقدمه. فالقانون إذ يحدد الحريات ويعين الحقوق ويرسم حدودها ويكرّل حمايتها إنما يعمل على منع الاعتداء وعلى استقرار المعاملات وتحقيق الانسجام بين مختلف ضروب النشاط للمنتج في المجتمع وعلى خلق جو من التعاون بين أفراده للسير في طريق التقدم وفي كل ذلك إقرار للنظام الاجتماعي وحفظ لكيان المجتمع من كل تفسخ داخلي والقانون إلى جانب ذلك وسيلة إلى ضمان أمن المجتمع الخارجي وطريق للخدمة العامة وأداة لتحقيق مصالح المجتمع العليا فهو إذن يهدف إلى ضمان بقاء المجتمع وارتفاعه أما ضمان بقائه فيتحقق عن طريق حفظ كيانه وحفظ كيان المجتمع يعني إقرار أمنه وإشاعة النظام فيه والخلولة دون فرقة صفوفه ومنع التحلل الاجتماعي ودرء العدوان الخارجي وأما كفالة ارتفاعه فتحقق عن طريق اعتبار القانون أداة لتحقيق المصلحة العامة والخير العام.

وإذا كان من اليسير تحديد مفهوم حفظ المجتمع فإن من المتعذر إبراد تحديد دقيق لمدلول المصلحة العامة أو الخير العام وذلك لتباين مدلولها من مجتمع إلى آخر ومن زمن إلى زمن لاحق بتأثير ما تأثير الظروف الاجتماعية والسياسية والاقتصادية لكل مجتمع وما تقتضيه التيارات الفكرية السائدة.

وسيلة القانون إلى بلوغ أغراضه:

وسيلة القانون إلى بلوغ أغراضه هي التوفيق بين الحريات والمصالح المتعارضة توفيقاً يحفظ للمجتمع كيانه ويكرّل ارتفاعه ولذلك تؤدي هذه الوسيلة ثمرتها ينبغي أن يقوم التوفيق بين حريات الأفراد ومصالحهم على أساس من الحرية والمساواة وإن يستهدف تحقيق المصلحة العامة وإن يسترشد بالعوامل المادية والمعنوية التي تلم بالمجتمع من ظروف اقتصادية وعوامل جغرافية واعتبارات تاريخية ومعتقدات ومشاعر وأعمال وعندئذ يكون القانون قد ضمن تنظيماً عادلاً للمجتمع قوامه ضمانه حرية الفرد وتحقيق الخير العام وركيزة الانسجام بين مصالح الأفراد وبين المصلحة العامة وسنته ظروف المجتمع وإحساس أفراده.

غاية القانون في ممارسة وظيفته:

وغاية القانون في ممارسة وظيفته غاية نفعية تحدّد بتحقيق العدل من طريق إقرار النظام والأمن والاستقرار في الجماعة مما يضطره أحياناً إلى التناضي عن النواحي الخلقية المجردة

التي ينظر فيها المصالح الفردية الخاصة. وقد عبر عن ذلك الفقيه الفرنسي بورتاليس^(١) بقوله: (ليس كل ما هو مطابق للقانون دوماً شرifa لأن القوانين تهتم بالمصلحة السياسية للمجتمع أكثر من اهتمامها بالكمال الخلقي للإنسان) فالقانون يميز لمن حاز عقاراً بنية التملك أن يكسب ملكيته بالتقادم ولو كان غاصباً ويسعى للإنسان أن يتمتنع عن الوفاء بدينه بعد فترة يحددها القانون إذا لم يطالبه الدائن خلأها بالدين أما الأخلاق فلا تحيي ذلك.

لأن غاية القانون تتجاوز الحرص على تحقيق المثل الأخلاقية إلى مراعاة المصلحة العامة للمجموع. وقد قدر المشرع أن قيام النظام في المجتمع يقتضي استقرار المراكز الواقعية التي ظلت زمناً طويلاً فأجاز التقادم المكتسب ورأى أن استقرار المعاملات يقتضي أن لا تظل المطالبة بالحقوق وما ينجم عنها من منازعات قائمة دوماً ومستمرة فأجاز التقادم المقطوع.

تأثير وظيفة القانون بالنزعنة السائدة:

والحق أن فكرة المصلحة العامة أو الخير العام فكرة نسبية تختلف وجهات النظر في تحديدها ويتفاوت مداها بتفاوت الزمان واختلاف المكان كما أن حفظ التوازن بين المصالح الفردية وبين المصلحة العامة أمر يتأثر بظروف كل مجتمع اجتماعية واقتصادية وسياسية ومعنوية فهي التي تملّى عملية وسيلة حفظ التوازن ومدلوله ومداه. وهي التي تحدد أي الكفتين ينبغي أن يكون لها الرجحان عند التعارض أهي مصلحة الفرد أم صالح الجماعة وعلى العموم فإن تحديد فكرة الخير أو المصلحة العامة ومدلول التوازن ومداه ووسيلة حفظه يتأثران بسلط أحد مذهبين متعارضين يتنازعان سيادة الفكر البشري والسلطان على تنظيم شؤون الجماعة أو لهما المذهب الفردي أو المذهب الحر. وثانيهما المذهب الاشتراكي أو مذهب التدخل.