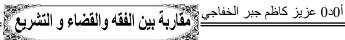


المقدمة: ـ

لاشك إن النظرة المستقبلية لما يجب إن يكون عليه التشريع لا تتضح معالمها ولا تتبين اتجاهاتها إلا بمساهمة جادة ومخلصة من كافة المؤسسات القانونية (وفي مقدمتها كليات القانون في جميع إنحاء البلاد لقدرتها على وضع برامج محددة وفق جداول زمنية تتناول ما يجب ان يكون عليه القانون لاستيعاب التحولات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية التي شهدها المجتمع مؤخرا واذا قيل بان ذلك يتطلب إمكانيات قد تقتقر لها كل أو بعض كليات القانون قلنا وعلى فرض صحة ما تقدم ان علينا ان نعود أنفسنا و زملاءنا على ذلك.

خصوصا بعد ان اخترنا وبمحض إرادتنا ان نمتهن القانون شرحا وتعليقا ودراسة وتدريسا. لذا فان علينا ان نؤسس لتحرك جاد وصولا إلى اقتراح قواعد قانونية تلبي حاجة الناس وتحقق استقرار البلد في ظل ظرف دولي وإقليمي غاية في التعقيد. وينبغي إن اشدد هنا على ضرورة العمل الأكاديمي المثمر في هذا المجال. فمن غير المقبول إن نرمي بهذه المهمة على كاهل غيرنا. حتى وان كان غيرنا هو المسؤول عن التشريع لان واجبنا يقتضي ان نضع إمامه الإشارات التي ترشده إلى معالجة صحيحة لما عسى ان يواجهه المجتمع من مشكلات.

على ان ذلك لا يقلل أبدا من دور الآخرين في المساهمة الفعالة في إنضاج سياسة تشريعية حكيمة ومن ابرز هؤلاء رجال الفقه والقضاء 0فالسلطة





القضائية تمتلك من الإمكانيات ما يؤهلها ان تكون من ابرز المساهمين في تحقيق الأهداف المشار إليها والفقه لا يستغنى عنه احد من العاملين في هذا المجال فالفقه والقضاء عاملان أساسيان مترابطان لا ينفصلان في نهضة تشريعية جذرية ورصينة

مع اعترافي بان الجهد الإنساني سواء على صعيد الفقه أو القضاء ليس ميسرا دائما كما انه قد لا يوصلنا إلى حالة مثالية متكاملة تجعلنا بعيدين عن أخطاء الإنسان وهفواته. فذلك موجود فينا أينما كنا وكيفما كنا الانه من استيلاء النقص على جملة البشر ولكن تكفينا المحاولة الجادة المستندة إلى نية خالصة صادقة 0ومن الله سبحانه التوفيق والسداد. [ربنا عليك توكلنا واليك أنبنا واليك المصير]

ومن اجل إن تتضح صورة الموضوع الذي نتناوله بما يحقق الغاية منه 0سنتحدث في ثلاث نقاط هي: ـ

أولا: - التشريع

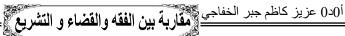
ثانيا: لفقه

ثالثا: - القضاء

أولا: -التشريع

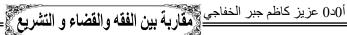
عندما نتحدث عن التشريع نكون قد حددنا نطاق بحثنا في القواعد القانونية التي تصدر عن السلطة المختصة بالتشريع في الدولة أياً كانت العلاقات التي تنظمها وأياً كان المجال الذي تعمل فيه (وبهذا تخرج عن نطاقه كافة القواعد القانونية التي لا تصدر عن المشرع اي إن كثيرا من القواعد القانونية لا تشمل بدعوتنا إلى تطوير الواقع التشريعي والسبب في ذلك يعود إلى نظرتنا إلى مفهوم القانون نفسه .

فنحن نعلم ان للقانون معنيان الأول-عام- وهذا يعنى جميع القواعد القانونية التي تنظم سلوك الأشخاص في المجتمع أياً كان مصدر ها والاخر (الثاني) خاص ونقصد به القواعد القانونية التي تصدر عن السلطة التشريعية. فإذا أخذنا بالمفهوم الأول نكون قد أدخلنا قواعد الدين-والأعراف ومبادئ العدالة في نطاق بحثنا إضافة الى التشريع وهذه في حقيقة الأمر خارجة عن اختصاص المشرع الوضعي فهذا لا يشرعها كما ليس بإمكانه ان يغير فيها او يعدل بها بما يتلائم مع رؤيته الى ما يجب ان





يكون عليه التشريع المستند الى الفلسفة التي يؤمن بها. فليس بإمكان المشرع مثلا ان يعدل في قواعد الدين او ان يضيف إليها ما ليس منها كما ان ليس بإمكانه ان يحذف منها وصولا الى ما يبتغيه. ولكن بإمكانه ان يستند اليها في تصحيح مساره بما يتلائم مع هذا الموروث الحضاري المهم اما الاعراف فهذه تنبع من المجتمع نفسه ،فهي عادات وتقاليد اكتسبت بمرور الزمن صفة الإلزام حتى أضحت قواعد قانونية واجبة الإتباع عند خلو التشريع من نص يحكم الحالة المعروضة على قاضى الموضوع والعرف لا يتكون الا بسلوك مادى يشترط فيه ان يكون ثابتا مطردا غير مخالف للقانون ولا للنظام العام والآداب العامة وشعور بإلزامية هذا السلوك وعدم الخروج عليه-وهذا لا يتحقق باجتماع يعقده صاحب الشأن ليقرر فيه ما يراه وانما يتكون عبر عشرات ان لم نقل مئات السنين خصوصا اذا كان عرفاً عاماً اما قواعد العدالة فهي مجموعة من القيم والمثل العليا المستقرة في ضمير القاضي وهذه غير واضحة المعالم وتختلف ليس باختلاف الأزمان فقط وإنما باختلاف الأشخاص كذلك وتسمى هذه المصادر (قواعد الدين والعرف ومبادئ العدالة) بالمصادر الاحتياطية للقانون أي المصادر التي يلجأ إليها القاضي لحسم النزاع المعروض إمامه ان لم يسعفه التشريع بحسمه 0فالقاضى لا يستطيع ان يرفض النظر في ما هو معروض إمامه بحجة غياب النص وإلا عد ناكلا للعدالة ولذا وضع له المشرع المصادر التي يبحث فيها عن حل مناسب اذا خلا التشريع من ذلك وهو (القاضي) ملزم بإتباع نفس التسلسل الذي ورد في القانون فهو ملزم بالرجوع أو لا إلى العرف بثانيا إلى مبادئ الشريعة الإسلامية 0ثالثا إلى مبادئ العدالة وهو ما نصت عليه المادة (1) فقرة (2)من القانون المدنى العراقى ولذلك سميت هذه بالمصادر الاحتياطية إما اذا أخذنا بالمفهوم الضيق للقانون (المفهوم الثاني)فإنا سنكون إمام التشريع باعتباره المصدر الرسمي الأصلى الوحيد للقانون إي ان على القاضي ان يحكم وفقا لما جاء به فان لم يجد عليه ان يبحث في المصادر الاحتياطية التي اشرنا لها أنفا والقانون بهذا المعنى (التشريع) هو المقصود بكلامنا عن القصور التشريعي وضرورة معالجته من قبل المشرع وصولا إلى الحالة الأمثل التي تحقق مصالح الناس وتضمن قيام مجتمع متوازن يؤمن فيه كل فرد

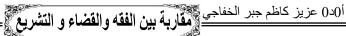




على ماله ونفسه وعياله ويحصل في الوقت عينه على جميع حقوقه المشروعة التي كفلها له القانون سواء كانت هذه الحقوق خاصة او عامة سياسية او غير سياسية وهي كثيرة وليس هنا مجال الحديث عنها فالسلطة المختصة بالتشريع في كل دول العالم (سواء كانت فردا او هيئة او جمعية او برلمانا....الخ)هي التي تسن القوانين (التشريعات) وفق إجراءات واليات كفلتها الدساتير وهذا ما موجود عندنا ألان فالبرلمان بموجب دستور العراق لعام 2005 هو الجهة المختصة بالتشريع وفق الإجراءات التي حددها . وهو الجهة القادرة على إلغاء او تعديل أي قانون بما في ذلك الدستور الذي يستند إليه وفق آليات خاصة أشار لها الدستور نفسه ولذلك عندما نتحدث عن ضرورة ان يستوعب المشرع حالات القصور التشريعي لكي يتخذ ما يراه لمعالجتها نقصد بذلك البرلمان في بلدنا لأنه السلطة المخولة بذلك0الا إننا وإنصافا منا 0نعترف إن المشرع في كل بلدان العالم لا يستطيع إن يعالج ما هو بحاجة إلى معالجة إلا إذا ساندته في ذلك جهتان لا غنى له عنهما وهما الفقه والقضاء

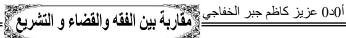
ثانبا: -الفقه

يعد الفقه مصدرا تفسيرا من مصادر القانون ويتكون من أراء علماء القانون في مختلف تخصصاتهم ويدخل ضمن ذلك أراء أستاذة القانون التي يعلنون عنها في كتبهم وأبحاثهم وفي تعليقاتهم على إحكام المحاكم وكل ما يصدر عنهم بما في ذلك محاضراتهم على طلبة كلية القانون وباعتقادي فان الفقه القانوني يمتد الى كل رأى ينشره أهل القانون حتى من خارج الوسط الاكاديمي. فهناك الكثير من المحامين والقضاة والموظفين الحقوقيين في دوائر الدولة الأخرى ممن كتبوا مؤلفات في بعض جوانب القانون .او نشروا أبحاثًا في مختلف المجلات العلمية .او علقوا على قرارات المحاكم المختلفة. وهؤلاء لهم رأيهم الذي لا يمكن تجاهله ومهمة الفقه هي شرح القانون وتفسيره بما يوضح غموضه ويزيل لبسه ويحدد متناقضاته ويؤشر نواقصه 0ويبرز ايجابياته مع اقتراح القواعد القانونية التي تعالج السلبيات في مختلف فروع القانون وبهذا فان الفقه يقدم خدمة كبيرة للقضاء من جهة وللمشرع من جهة أخرى رغم ان أراء الفقه غير ملزمة لا للقاضي ولا للمشرع وهذا ليس مثلبة فتلك





الأراء يجب ان تكون غير ملزمة لان الفقه متعدد الاتجاهات ومختلف الآراء فاذا ألزمنا القاضي والمشرع بالأخذ بها فبمن يأخذ ولماذا؟ ثم إن أراء الفقهاء غير ملزمة حتى للفقهاء أنفسهم اذ ان بإمكانهم ان يعدلوا عنها إلى غيرها . وهذه هي طبيعة البشر وبالذات الفقهاء فهم يبحثون دائما عن الأفضل والأكمل والاجمل ولكن رغم ذلك فان القاضي يستعين بآراء الفقهاء ويسترشد بها للوصول إلى الحكم الصحيح . لا بل ان القاضى لا يمكن ان يتجاهل أراء الفقهاء فهو يأخذ بها رغم أنه لا يصرح بذلك في الغالب الاعم (افالقاضي الذي لا يركن إلى رأى الفقه هو قاضي غير كفوء تعوزه الكثير من جوانب اكتمال شخصيته بما يمكنه من الجلوس على كرسى القضاء ثم ان القاضي نفسه قد تخرج من مدرسة الفقه القانوني فهو قد استمع خلال در استه الأولية للقانون الى الكثير من تلك الآراء من خلال المحاضرات وقراءة كم كبير من الكتب في مختلف فروع القانون. إما تأثيره على المشرع فواضح جدا ذلك ان أي مشرع لا يستحضر أراء الفقهاء وهو يضع تشريعه لا يمكن ان يعالج معالجة موضوعية ناجحة المشاكل التي أراد معالجتها في المجتمع 0ثم ان المشرع لابد ان يستعين بأهل القانون لوضع التشريع اذا ما أراد قواعد قانونية مستوفية لشروطها ومستقرة نسبيا اقول هذا رغم ان دور الفقه قد مر بمراحل كثيرة في مدى تأثيره سواء على القانون او على القضاء فقد احتل ذلك الفقه دورا هاما في الشريعة الإسلامية ، فأراء فقهاء المسلمين في مختلف مذاهبهم كانت حاضرة وفاعلة في توضيح ما يحتاج الى إيضاح وفي سد ما يفرزه تقدم المجتمع من معضلات فاعتبر الفقه مصدرا من مصادر الشريعة لا يمكن الاستغناء عنه 0فكتب الفقهاء وآراءهم وفتاواهم كانت منارا يهتدي به القاضي لحسم ما يعرض عليه وكان الفقه مصدرا رسميا من مصادر القانون الروماني إذ اعتمد تقنين جستنيان على الفقه في صياغة قواعده في القرن السادس بعد الميلاد. وكان القاضي يعتمد على أراء الفقهاء في حسم قضاياهم حتى وصلوا إلى درجة الاعتراف لبعض الفقهاء في إصدار فتاوى ملزمة للقضاء. وعلى الرغم من ان الفقه قد تراجع حاليا عن مكانته فلم يعد مصدرا رسميا للقانون كما لم يعد ملزما للقاضى إلا إن دوره لا يمكن إغفاله-لما سبق ان قلناه من ان القاضى يستأنس بآراء الفقهاء بل ويأخذ بها دون ان يصرح بذلك فهو يسترشد بتلك الأراء وصولا إلى





تحقيق العدل الذي ينشده في إحكامه وهذا ما ذهبت إليه المادة (1)من القانون المدني العراقي والمشرع لا يمكن ان يتجاهل تلك الأراء لأن من يصوغ القاعدة القانونية هم الفقهاء انفسهم.

ثالثاً: - القضاء

للقضاء معان تختلف باختلاف المقصود من إطلاق كلمة القضاء ()فقد يراد بها السلطة القضائية في بلد ما إي مجموعة المحاكم الموجودة في ذلك البلد فعندما نقول القضاء في العراق أو مصر أو فرنسا فاننا نقصد المحاكم الموجودة في تلك البلدان وقد يراد بها مجموعة الإحكام القضائية التي تصدر ها المحاكم في النزاعات التي تعرض عليها وقد يراد بها المبادئ التي يضعها القضاء ليسير عليها والتي تتكون من استقراره على اتجاه معين في إحكامه خاصة في المسائل التي لا يكون فيها حكم القانون واضح المعالم قاطع الدلالة بما يبعده عن الاختلاف في الرأى ولاشك إن المقصود في هذه المعالجة هو هذا المعنى الاننا عندما نتحدث عن دور القضاء في سد نواقص التشريع وتطويره مستقبلا بما يلبى حاجة الناس فاننا نقصد الاستفادة من المبادئ التي يضعها القضاء بالدرجة الأولى :ولكن هل يعد ذلك مصدر ا من مصادر القانون يتعين على القاضي إن يأخذ به؟ وللإجابة على ذلك :نقول إن الأمر محسوم في قانوننا المدنى فالقضاء مصدر تفسيري واحكام المحاكم وما تستقر عليه غير ملزمة للقضاء بما في ذلك القاضي الذي أصدرها فلا يلزم بالركون الى حكم مماثل فيما يعرض من نزاعات مشابهة في المستقبل وهذا هو الحال في باقى القوانين عدا الانكلوسكونية . فاحكام الحاكم هي مصدر يستأنس به القاضى عند إصداره لإحكام مستقبلية في قضايا مشابهة للقضايا التي صدر فيها الحكم المستأنس به ولذا فإن القاضي حر في الأخذ أو عدم الأخذ به. على خلاف النظام في الدول الانكلوسكونية التي تعتمد السوابق القضائية فكل حكم قضائي يصدر يعد سابقة قضائية تقيد المحكمة التي أصدرته والمحاكم الأدنى منها درجة فما يصدر عن مجلس اللوردات مثلا -و هو أعلى سلطة قضائية في انكلترا بلزمه ويلزم جميع المحاكم الانكليزية فتعد الإحكام التي تصدر عن ذلك المجلس بمثابة قانون واجب التطبيق في القضايا المماثلة ويعد قضاء محكمة الاستئناف ملزما لها

أ0د0 عزيز كاظم جبر الخفاجي مقاربة بين الفقه والقضاء و التشريع



ولجميع المحاكم الأدنى منها-و هكذا- إذن دور القضاء عندنا كما عند غيرنا هو تطبيق القانون ولا شك ان ذلك الدور واضح إذا وجد القضاء قواعد قانونية يمكن تطبيقها ولكن ماذا لو لم يجد القضاء قاعدة قانونية يمكن تطبيقها على النزاع المعروض إمامه؟

ذهب اتجاه إلى القول إن القاضي في هذه الحالة ملزم بإنشاء قاعدة قانونية جديدة اي إن القضاء هنا ينشئ القانون كما يقول بعض الفرنسيين 0فالقضاء اذا اتخذ قرارا في مثل هذه الحالات وتواترت المحاكم على العمل به حتى استقرت القاعدة التي اتبعتها فان القضاء يعد مصدراً للقانون في حدود تلك القاعدة وهذا الاتجاه مرفوض لان القاضي ليس مشرعا اذا ما بحث عن حل لنزاع معروض إمامه 0و هو في بحثه هذا لا يخرج عن نطاق تطبيق القانون لان القانون لا ينحصر بالتشريع كما قلنا-و إنما يتعداه إلى مصادر رسمية أخرى كالعرف-ومبادئ الشريعة الإسلامية ومبادئ العدالة كما ان استقرار المحاكم على أمر معين واطراد العمل به لا يجعله عرفاً فالقضاء لا يخلق العرف وإنما يطبقه بعد وجوده وإذا ما وجدت قاعدة عرفية فان القضاء يطبقها بوصفها قاعدة قانونية -لان العرف مصدر من مصادر القانون كما ذكرنا-على إن الكلام في عدم إلزامية قرار المحكمة للمحاكم الأخرى تخففه حالة الاحترام التي تكنها المحاكم الأدنى للمحاكم الاعلى0فالاولى وان كانت غير ملزمة من الناحية القانونية بتطبيق إحكام الثانية الا أنها تفعل ذلك من الناحية العملية بمحض إرادتها لان القضاء ينظر إلى المحاكم الأعلى منه (مثل محكمة التمييز) نظرة احترام وتقدير من ناحية ومن ناحية ثانية فانه يجاري تلك المحاكم حتى لا تتعرض قراراته للنقض. وهكذا يتضح إن الفقه والقضاء يلعبان دورا بارزا في رسم السياسات التشريعية في مختلف دول العالم ويسهمان بشكل فاعل في بلورة قواعد قانونية قادرة على مسايرة حركة المجتمع إلى الامام.