

مقاربة بين الفقه والقضاء و التشريع

أ.د. عزيز كاظم جبر الخفاجي
كلية القانون – جامعة الكوفة

المقدمة :-

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 أنحاء البلاد) لقدرتها على وضع برامج محددة وفق جداول زمنية تتناول ما يجب إن يكون عليه القانون لاستيعاب التحولات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية التي شهدتها المجتمع مؤخرا. وإذا قيل بان ذلك يتطلب إمكانيات قد تفتقر لها كل أو بعض كليات القانون قلنا. وعلى فرض صحة ما تقدم إن علينا ان نعود أنفسنا وزملاءنا 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 (والسلطة

القضائية تمتلك من الإمكانيات ما يؤهلها ان تكون من ابرز المساهمين في تحقيق الأهداف المشار إليها والفقه لا يستغني 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 .لأنه من استيلاء النقص على جملة البشر .ولكن تكفي المحاولة الجادة المستندة إلى نية خالصة صادقة (ومن الله سبحانه التوفيق والسداد). [ربنا عليك توكلنا واليك أنبنا واليك المصير]

ومن اجل إن تتضح صورة الموضوع الذي نتناوله بما يحقق الغاية منه (سنحدث في ثلاث نقاط هي:-

أولاً:- التشريع

ثانياً:- الفقه

ثالثاً:- القضاء

أولاً :- 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 كثيراً 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 يعني جميع القواعد القانونية التي تنظم سلوك الأشخاص في المجتمع أياً كان مصدرها .والآخر (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 مثلاً ان يعدل في قواعد الدين او ان يضيف إليها ما ليس منها. كما ان ليس بإمكانه ان يحذف منها وصولاً الى ما يبتغيه. ولكن بإمكانه ان يستند اليها في تصحيح مساره بما يتلائم مع هذا الموروث الحضاري المهم. اما الاعراف- فهذه تتبع من المجتمع نفسه، فهي عادات وتقاليد اكتسبت بمرور الزمن صفة الإلزام حتى أضحت قواعد قانونية واجبة الإلتباع عند خلو التشريع من نص يحكم الحالة المعروضة على قاضي الموضوع. والعرف لا يتكون الا بسلوك مادي يشترط فيه ان يكون ثابتاً مطرداً غير مخالف للقانون ولا للنظام العام والآداب العامة وشعور بالزامية 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. خصوصاً 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 (0) فالقاضي لا يستطيع ان يرفض النظر في ما هو معروض إمامه بحجة غياب النص -وإلا عد ناكلاً 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 أولاً إلى العرف. ثانياً إلى مبادئ الشريعة الإسلامية (0) ثالثاً إلى مبادئ العدالة. وهو ما نصت عليه المادة (1) فقرة (2) من القانون المدني العراقي ولذلك سميت هذه بالمصادر الاحتياطية. اما اذا أخذنا بالمفهوم الضيق للقانون (المفهوم الثاني) فإننا سنكون إمام التشريع باعتباره المصدر الرسمي الأصلي الوحيد للقانون. اي ان على القاضي ان يحكم وفقاً لما جاء به -فان لم يجد عليه ان يبحث في المصادر الاحتياطية التي اشرنا لها أنفاً. والقانون بهذا المعنى (التشريع) هو المقصود بكلامنا عن القصور التشريعي وضرورة معالجته من قبل المشرع وصولاً 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 الآن .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 بذلك الا اننا وإنصافا منا 0نعترف إن المشرع في كل بلدان العالم لا يستطيع ان يعالج ما هو بحاجة إلى معالجة إلا إذا ساندته في ذلك جهتان لا غنى له عنهما وهما الفقه والقضاء .

ثانيا:- الفقه

يعد الفقه مصدرا تفسيرا من مصادر القانون .ويتكون من آراء علماء القانون في مختلف تخصصاتهم .ويدخل ضمن ذلك آراء أستاذة القانون التي يعلنون عنها في كتبهم وأبحاثهم وفي تعليقاتهم على أحكام المحاكم . وكل ما يصدر عنهم بما في ذلك محاضراتهم على طلبة كلية القانون .وباعتقادي فان الفقه القانوني يمتد الى كل رأي 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 أبحاثا في مختلف المجالات 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 آراء الفقه غير ملزمة لا للقاضي ولا للمشرع . وهذا ليس مثلبة .فتلك

الآراء يجب ان تكون غير ملزمة . لان الفقه متعدد الاتجاهات ومختلف الآراء . فاذا ألزمتنا القاضي والمشرع بالأخذ بها . فبمن يأخذ ولماذا؟ ثم إن آراء الفقهاء غير ملزمة حتى للفقهاء أنفسهم . إذ ان بإمكانهم ان يعدلوا عنها إلى غير ها . وهذه هي طبيعة البشر . وبالذات الفقهاء . فهم يبحثون دائما عن الأفضل والأكمل والأجمل . ولكن رغم ذلك . فان القاضي يستعين بآراء الفقهاء ويسترشد بها للوصول إلى الحكم الصحيح . لا بل ان القاضي لا يمكن ان يتجاهل آراء الفقهاء فهو يأخذ بها رغم انه لا يصرح بذلك في الغالب الاعم0 فالقاضي الذي لا يركن إلى رأي الفقه هو قاضي غير كفوء تعوزه الكثير من جوانب اكتمال شخصيته بما يمكنه من الجلوس على كرسي القضاء . ثم ان القاضي نفسه قد تخرج من مدرسة الفقه القانوني فهو قد استمع خلال دراسته 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 آراء الفقهاء وهو يضع تشريعه لا يمكن ان يعالج معالجة موضوعية ناجحة المشاكل التي أراد معالجتها في المجتمع0 ثم 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 عنه0 فكتب 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 آراء 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 للقاضي إلا إن دوره لا يمكن إغفاله — لما سبق ان قلناه من ان القاضي يستأنس بآراء الفقهاء بل ويأخذ بها دون ان يصرح بذلك فهو يسترشد بتلك الآراء وصولا إلى

تحقيق العدل الذي ينشده في إحكامه. وهذا ما ذهبت إليه المادة (1) من القانون المدني العراقي والمشرع لا يمكن ان يتجاهل تلك الآراء لان 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 .اي 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 الأحكام القضائية التي تصدرها المحاكم في النزاعات التي تعرض عليها .وقد يراد بها المبادئ التي يضعها القضاء ليسيير 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 الرأي .ولاشك إن المقصود في هذه المعالجة هو هذا المعنى .لأننا عندما نتحدث عن دور القضاء في سد نواقص التشريع وتطويره مستقبلاً بما يلبي حاجة الناس. فاننا نقصد الاستفادة من المبادئ التي يضعها القضاء بالدرجة الأولى :ولكن هل يعد ذلك مصدراً من مصادر القانون يتعين على القاضي إن يأخذ به؟ وللإجابة على ذلك :نقول إن الأمر محسوم في قانوننا المدني .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 باقي القوانين عدا الانكلوسكونية . فاحكام الحاكم هي مصدر يستأنس به القاضي عند إصداره لإحكام مستقبلية في قضايا مشابهة للقضايا التي صدر فيها الحكم المستأنس به . ولذا فان 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 تفيد المحكمة التي أصدرته والمحاكم الأدنى منها درجة .فما يصدر عن مجلس اللوردات مثلاً-وهو أعلى سلطة قضائية في انكلترا -يلزمه ويلزم جميع المحاكم الانكليزية .فتعد الأحكام التي تصدر عن ذلك المجلس بمثابة قانون واجب التطبيق في القضايا المماثلة .ويعد قضاء محكمة الاستئناف ملزماً لها

ولجميع المحاكم الأدنى منها-وهكذا- 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. أي إن القضاء هنا ينشئ القانون كما يقول بعض الفرنسيين (0) فالقضاء إذا اتخذ قرارا في مثل هذه الحالات وتواترت المحاكم على العمل به حتى استقرت القاعدة التي اتبعتها فان القضاء يعد مصدرا للقانون في حدود تلك القاعدة. وهذا الاتجاه مرفوض لان القاضي ليس مشرعا اذا ما بحث عن حل لنزاع معروض إمامه (0) وهو في بحثه هذا لا يخرج عن نطاق تطبيق القانون لان القانون لا ينحصر بالتشريع -كما قلنا- وإنما 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 الأعلى (0) فالأولى وان كانت غير ملزمة من الناحية القانونية بتطبيق أحكام 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.