الإنكلوسكسوني 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 والتوسع في تفسيرها.

والقضاء العراقي لا يختلف من حيث منزلته عن كل من القضاء العادي في فرنسا ومصر لأنه لايأخذ بمبدأ السوابق القضائية أسوة بهما فالمحاكم العراقية لا تلتزم بسابق قراراتها ولا تتقيد بها غيرها من المحاكم في القضايا المماثله فمحكمة التمييز حرة في العدول عن المبادئ التي قامت عليها قرارتها السابقة. ولا تلتزم بقرراتها محاكم الدرجتين الأولى كمحاكم البدائة والثانية كمحاكم الاستئناف فيما يطرح أمامها من خصومات مشابهه ولا يلتزم قضاء محكمة التمييز غيرها من المحاكم إلا في حالة واحدة نصت عليها المادة (٢١٥) من قانون المرافعات رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ فجاء في فقرتها الثانية: (إذا كان الحكم المميز صادرًا من محكمة الاستئناف أو البدائة يقتصر في اتباع قرار النقض على ما تضمنه من إجراءات أصولية فقط إلا إذا كان قرار النقض صادرًا من الهيئة العامة فأنه 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 وجب النظر في الطعن الثاني أمام الهيئة العامة لمحكمة التمييز في العراق) ومفاد هاتين الفقرتين أنه إذا نقضت 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 المنقوض لتنظر فيها ثانية. ولا تلزم هذه المحكمة إلا بما تضمنه قرار النقض من إجراءات أصولية فقط. ولها كل الحق في الإصرار على حكمها السابق فإن أصرت وطعن في حكمها ثانية بطريق التمييز اجتمعت الهيئة العامة لمحكمة التمييز التي تعني جميع قضاتها في مختلف هيئاتها لتنظر في الطعن ولتصدر قرارها. فإذا نقضت الحكم ثانية وأعادت الدعوى إلى المحكمة فعلى هذه المحكمة أن تتقيد 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 والتفصيلات لا نجد مبررًا للخوض فيها في هذا الكتاب المنهجي.

Scanned by CamScanner

المبحث الثاني

الفقه

معنى الفقه: يفيد مصطلح الفقه معنيين أولهما: 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 نقائص القانون وعيوبه، وثانيهما: علماء القانون أنفسهم الذين تخصصوا في شرح القانون وتفسيره ونقده وما نعنى به في هذا البحث هو المعنى الأول.

مميزات الفقه: يتميز الفقه بالميزات الآتية:

١) أنه يمثل الجانب العلمي للقانون خلافًا 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 منسقًا بين حلولها.

٢) يتميز بالطابع النظري خلافًا للطابع الواقعي الذي يتميز به القضاء وهذا ما يبرز فيما يلجأ إليه الفقه من تصور وافتراض وتشبث بمثل وتنقيب عن اتجهات جديدة ابتغاء الأخذ بأسباب التطور ولكنه قد يبتعد فيما يراه عن واقع مجتمعه

٣) أن آراء الفقهاء لا تخرج إلى التطبيق العلمي إلا إذا أخذت بها المحاكم طوعًا فهو يتجرد من الصيغة الرسمية ولا يتمتع بقوة إلزام ذاتية تلزم القضاء بآراء الفقهاء.

منزلة الفقه في المجتمع الروماني:

مر الفقه الروماني في تطويره بأربع مراحل: أما الأولى: فتسمى المرحلة العملية وفيها عكف فريق من النابهين على دراسة القانون وتقديم الفتاوى والمرافعة في القضايا الهامة. وقد بدأت هذه المرحلة عقب نشؤ منصب البريتور الروماني أما المرحلة الثانية: فقد تميزت بظهور المدارس الفقهية وبدأت في مطلع العهد الإمبراطوري وفيها تجاوزت مهام الفقيه ما سبق ذكره إلى تعليم القانون الشغوفين بمعرفته وتلقينهم وبرز في هذه المرحلة الفقيهان كابتو ولبيو وتلميذاهما بروكولس وسابانلس اللذان أسسا مدرستين فقهيتين هما المدرسة البروكولية التي تميزت بروح المحافظة والتعلق بمبادئ العهد الجمهوري ونظمه القانونية والمدرسة الأسبانية التي اتصفت بروح التجديد ومسايرة العهد الإمبراطوري ونظمه وقد قام

Scanned by CamScanner

فقهاء هذه المرحلة فضلاً عن تعليم القانون وإعطاء الفتاوى بشرح القانون ومناقشته أحكامه وإبداء الرأي في تصوره وما ينبغي أن يكون عليه. أما المرحلة الثالثة: فقد بدأت ببداية العهد العلمي واستغرقت هذا العهد الذي امتد طوال القرنين الروماني الثاني والثالث بعد الميلاد. وهو العهد الذي وصف بالعهد الذهبي للقانون الروماني. وفيه ظهرت طائفة من الفقهاء النابهين يتقدمهم من يطلق عليهم اسم الفقهاء الخمس العظام وهم: كاييس وبابنيان والبيان وبول وديموستين ولقب بابنيان بالفقيه الأعظم لأن الغلبة كانت تنظم آرائهم والتي سميت بأجوبة الحكماء فأصبح الفقه مصدرًا رسميًا هامًا للقانون ينسب إليه إنشاء كثير من قواعد القانون الروماني. أما المرحلة الرابعة: فقد بدأت بنهاية العهد العلمي وفيها أخذت أهمية الفقه بالانكماش وتضائل شأن المنشورات الفقهية كمصدر للقانون وأخذ التقليد يحل محل الاجتهاد ثم صدر قانون إمبراطوري مشترك من قبل إمبراطوري الدولة الرومانية الشرقية والدولة الغربية سنة (٤٢٦م) ألزم الفقهاء بالاقتباس من آراء الفقهاء الخمسة العظام والتقيد برأي الأكثرية منهم عند الاختلاف وبدأت بصدور هذا القانون مرحلة قفل باب الاجتهاد وجمود القانون ثم جمعت آراء الفقهاء التي ضمتها مؤلفاتهم ومنشوراتهم ورتبت في عهد الإمبراطور جستنيان لتصبح جزء من موسوعته الشهيرة التي عرفت باسم تقنين جستنيان والتي صدرت في أوائل القرن السادس الميلادي.

منزلة الفقه في المجتمع الإسلامي:

مر الفقه الإسلامي في تطوره بأربعة أدوار كذلك. أولاها: دور النشوء هو الذي بدأ بنزول القرآن الكريم وانتهى بوفاه الرسول ﷺ وقد احتوى القرآن الكريم على تنظيم لشؤون العبادات والمعاملات عرف باسم فقه القرآن وتولى الرسول الكريم تفصيل مجمله وإضافة ما اقتضته وقائع الحياة من أحكام إليه. وثانيتها: مرحلة النمو التي بدأت بعهد الخلفاء الراشدين وانتهت بتدوين الفقه الإسلامي وفيها بدأ الاجتهاد يلعب دوره لمواجهه ماجد في المجتمع الجديد من تطور في الحاجات والاوضاع فأعمل بعض كبار الصحابة والمجتهدين من التابعين وتابعي التابعين الرأي لاستنباط الأحكام الشرعية من النصوص الكريمة عن طريق تفهمها وتفسيرها وفي هذه المرحلة ظهرت مدرسة أهل الرأي في العراق التي عولت على القياس ولم تعتمد كثيرًا على الحديث الشريف وقد نما الفقه في هذه المرحلة وأصبح الاجتهاد مرجعًا في استنباط الأحكام. أما المرحلة الثالثة: فقد بدأت بظهور مذاهب الفقه الإسلامي وتدوين الفقه

Scanned by CamScanner

في مطلع القرن الثاني للهجرة والتي امتدت حتى نهاية القرن الرابع الهجري تسمى مرحلة نضج الفقه وتوصف بأنها العهد الذهبي للفقه الإسلامي. وفيها تعاظم شأن الفقه وتوسع استنباط الأحكام وبرز الاجتهاد واستقرت كثير من المصادر التبعية للأحكام الشرعية فلعب الاجتهاد دورًا هامًا في تطوير الأحكام واتساع نطاق الشريعة الإسلامية ومع ذلك فإن دور الفقه الإسلامي مهما تعاظم فأنه لا يوصف بأنه دور المنشئ لقواعد القانون وإنما هو دور المتفهم للنصوص والمفسر لها عن طريق الغوص فيها لتفهم علل الأحكام وأسرار التشريع الإلهي ومقاصد الشارع من شرعه، أما منشأ الأحكام فليس غير الله تعالى. أما المرحلة الرابعة: فهي مرحلة التقليد التي بدأت بعد اتفاق أكثر أئمة المسلمين على قفل باب الاجتهاد في أواخر القرن الرابع للهجرة وبدأ منذئذ عهد جمود الفقه الإسلامي وكاد يزول الاجتهاد فيه لولا قيام عدد قليل من كبار الفقهاء باستنباط الأحكام كالإمامين ابن تيمية وابن قيم الجوزية في القرن الثامن للهجرة وما زال هذا العهد قائمًا في ظل قفل باب الاجتهاد الذي لا سند له في الشريعة الإسلامية.

منزلة الفقه في المجتمعات الأخرى:

لم يلعب الفقه في المجتمعات الأخرى دورًا كمصدر للقانون وإنما قنع بمهمة المصدر التفسيري ذلك لأن رأي الفقيه لا يتمتع في ذاته بقوة ملزمة ولا يفرض نفسه على القضاء وإن كان لآراء بعض كبار الفقهاء في مختلف المجتمعات تاثير في الاتجاه القضائي بما خلقوه من مبادئ ونظريات.

Scanned by CamScanner

وظيفة القانون

الفصل السادس: المذهب الفردي.

الفصل السابع: المذهب الاشتراكي.

الفصل الثامن: موقف التشريع العراقي في ظل ثورة (١٧- ٣٠ تموز) من المذهبين الفردي والاشتراكي.

وظيفة القانون

تمهيد:

تتحدد 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 بالنزعة التي يتشبع بها القانون في ممارسة نشاطاته فردية كانت أم اشتراكية وستناول كل ذلك بالبحث في فقرات متتالية.

أغراض القانون:

أما الأغراض التي يهدف القانون إلى بلوغها فغرضان نستخلصهما من بحثنا المتقدم في ضرورة القانون وفي الصفة الاجتماعية لقواعده أولهما: حماية حريات الأفراد ومصالحهم الخاصة ذلك لأن القانون إذ يحد من حريات الأفراد جميعهم إنما يهدي السبيل لكل فرد ليتمتع بحريته في حدود احترام حريات الآخرين وهو إذ يحدد حقوق وواجبات الأفراد ويرسم حدودها إنما يحول دون التعارض في الحقوق ويوفق بين المصالح ابتغاء تحقيقها جميعًا وإذا كان

Scanned by CamScanner

القانون ينقص من الحرية الطبيعية للفرد فإنه يكفل حرية اجتماعية يطمئن بها أفراد على نشاطهم ويحققون في حدودها مصالحهم وثانيها حفظ كيان المجتمع وكفالة تقدمه. فالقانون إذ يحدد الحريات ويعين الحقوق ويرسم حدودها ويكفل 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 وارتقائه أما ضمان بقائه فيتحقق عن طريق حفظ كيانه وحفظ كيان المجتمع يعني إقرار أمنه وإشاعة النظام فيه والحيلولة دون فرقة صفوفه ومنع التحلل الاجتماعي ودرء العدوان الخارجي وأما كفالة ارتقائه فتحقق عن طريق اعتبار القانون اداة لتحقيق المصلحة العامة والخير العام.

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

وسيلة القانون إلى بلوغ اغراضه:

ووسيلة القانون إلى بلوغ أغراضه هي التوفيق بين الحريات والمصالح المتعارضة توفيقًا يحفظ للمجتمع كيانه ويكفل ارتقاءه ولكي 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 وآمال وعندئذ يكون القانون قد ضمن تنظيمًا عادلًا للمجتمع قوامه صيانه حرية الفرد وتحقيق الخير العام وركيزته الانسجام بين مصالح الأفراد وبين المصلحة العامة وسنده ظروف المجتمع وإحساس أفراده.

غاية القانون في ممارسة وظيفته:

وغاية القانون في ممارسة وظيفته غاية نفعية تتحدد بتحقيق العدل من طريق إقرار النظام والأمن والاستقرار في الجماعة مما يضطره أحيانًا إلى التغاضي عن النواحي الخلقية المجردة

Scanned by CamScanner

التي ينظر فيها المصالح الفردية الخاصة. وقد عبر عن ذلك الفقيه الفرنسي بورتاليس[1] بقوله: (ليس كل ما هو ما مطابق للقانون دومًا شريفًا لأن القوانين تهتم بالمصلحة السياسية للمجتمع أكثر من اهتمامها بالكمال الخلقي للإنسان) فالقانون يجيز لمن حاز عقارًا بنية التملك أن يكسب ملكيته بالتقادم ولو كان غاصبًا ويبيح للإنسان أن يمتنع عن الوفاء بدينه بعد فترة يحددها القانون إذا لم يطالبه الدائن خلالها بالدين أما الأخلاق فلا تجيز ذلك.

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

تأثر وظيفة القانون بالنزعة 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 تملي علية 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 بتسلط أحد مذهبين متعارضين يتنازعان سيادة الفكر البشري والسلطان على تنظيم شؤون الجماعة أولهما المذهب الفردي أو المذهب الحر. وثانيهما المذهب الاشتراكي أو مذهب التدخل.

تقسم البحث:

يقتضينا التصدي لبيان مدى تأثر وظيفة القانون ومن ثم نطاقه بالتيار الفكري الذي يتسلط على الجماعة توزيع البحث على ثلاثة فصول نعقد أولها للبحث في المذهب الفردي ونفرد ثانيها للبحث في المذهب الاشتراكي أو الاجتماعي وأما الفصل الثالث فنخصصه لبيان موقف التشريع العراقي في ظل ثورة ١٧/ ٣٠ تموز الخالدة من المذهبين الفردي والاشتراكي دستورًا كان أم قانونًا.

---

(١) عبد الباقي البكري. نظرية القانون، ص٨٧.

Scanned by CamScanner

Scanned by CamScanner

الفصل السادس

المذهب الفردي

التعريف بالمذهب الفردي:

إن النزعة الفردية نزعة عريقة في وجودها آمن بها الرومان وبعض من سبقهم في المجتمع القديم ولكنها برزت وسيطرت بانتعاش فكرة الحقوق الطبيعية للإنسان في الفكر الفلسفي في القرنين السابع عشر والثامن عشر وبلغت ذروة سلطانها على يد رجال الثورة الفرنسية الذين آمنوا بها لتحرير الفرد من ظلم الحاكم وطغيان الدولة.

تستند هذه النزعة إلى مذهب القانون الطبيعي الذي نادى بوجود مبادئ عامة خالدة توحي بالحق وبالعدل وتكون مثلاً أعلى لكل مشرع ولوجب على المشرع أن يكشف عنها بعقله ليدرجها في قوانينه وكلما زاد ما يستلهمه منها من أحكام كلما بلغ بقوانينه مرتبة أسمى في مدارج الكمال.

ومذهب القانون الطبيعي جاء خلف الفكر الإغريقي واعتنقه كثير من رجال الفكر عبر العصور حتى بلغ قمة سلطانه في نهاية القرن الثامن عشر غير أنه اتخذ على ممر الزمن صورًا متعددة متنوعة منها الفلسفية والقانونية والدينية والسياسية إلا أن كل صوره من صورة كانت في حقيقتها انعكاسًا لروح العصر وقيم المجتمع.

وكانت صورته المسيطرة على الفكر الفلسفي في القرنين السابع عشر والثامن عشر. هي نظرية العقد الاجتماعي التي تناولها بالتحليل طائفة من كبار الكتاب منهم جان جاك روسو الفرنسي والتي اتخذت أساسًا لتفسير نشوء الدولة وتنظيم الروابط الدستورية فكانت في روحها مصدرًا لمضمون طائفة من الوثائق الدستورية منها الوثائق الدستورية التي صدرت في أمريكا في أواخر القرن الثامن عشر كوثيقة إعلان استقلال المستعمرات الثلاثة عشر عن انكلترا التي صدرت في الرابع من تموز سنة ١٧٧٦ والتي تصدرت بالعبارة الشهيرة. (خلق الناس سواسية متمتعين بحقوق خالدة لا تنتزع وقد نشأت الحكومات لتصون لهم هذه الحقوق) ومنها وثيقة إعلان حقوق الإنسان والمواطن التي صاغها رجال الثورة الفرنسية والتي أقرتها الجمعية الوطنية في ٢٧ آب سنة ١٧٨٩ واعتبرت جزءًا من الدستور المعلن في ٣ أيلول سنة ١٨٩١ وقد جاء في مادتها الأولى:

Scanned by CamScanner