بحوث مستقبلية (١) ٢٠٠٠
ص ص (٢٩٥-٣٢٧)

فكرة التطور القانوني بين تبدّل القانون وتغيّر الواقع
دراسة تحليلية استخلاصية، لعنصر (المستقبل!) في القاعدة القانونية*

محمد سليمان الأحمد**

الملخص

يتطلع القانون -في العادة- الى مواكبة الواقع، والا أصبح ليس بذي فائدة، ونظراً لما كانت تحمله فكرة القانون من تقديس واحترام في نفوس الناس، كان من الصعوبة بمكان التجرء بتعديل احكامه وتطوير مداركه، فلجأ القائمون بتطبيق القانون والمفسرون له الى الأفتراض، فغيروا من جانب الواقع ما جعله موافقاً لأحكام القانون. وعندما ضعفت الصبغة الدينية للقوانين القديمة تم الأعتماد على مبادئ العدالة في التوصل الى روح القانون وعدم الألتزام الحرفي بنصوصه، ولما كانت هذه الطريقة تؤدي الى اعطاء دور انشائي للقضاء في ملف القاعدة القانونية، سلك المشرعون الى الأتكال على سن التشريعات المعدلة للتشريعات غير المواكبة للتطور.

ولعل الناظر في الطريقة الأخيرة، سيأخذ على التشريعات عدم هيبتها فكلما طال عمر التشريع كلما زادت هيبته بين الناس، فهو يعبر عن رصانة واضعيه، وهذه نتيجة قد تتعارض مع حقيقة ان التشريع العتيق غير مواكب للوقائع الجديدة والمتحدة، وللتوفيق بين المتعارضين لابد للمشرع من ان يدرك عنصراً هاماً في القاعدة القانونية، الا وهو عنصر (المستقبل) الذي يتوافر في القواعد المرنة دون الجامدة، وبه تكمن، وتكمل، فكرة التطور القانوني، بمنطقها السليم وغاياتها المستغرقة للتطورات الحادثة في المجتمع.

مقدمة

١. لقد قيل من قبل، ان عجلة التطور تدور دون توقف، وهي في كل نقطة تدور بها، يختلف فيها عنصرا الزمان والمكان عن سابق عهدهما، وتغير هذين العنصرين يؤدي

---

* نظراً لخصوصية كتابة البحث القانوني، خرجت المجلة عن السياق المعتمد في الأشارة الى المصادر والمراجع.

** مدرس مساعد- قسم القانون، كلية الحدباء الجامعة.

قبل للنشر في ١٩٩٩/١٢/١٣

حتماً الى تغير الحالة التي كان عليها (الشيء!) ايما كان، ليصبح بحالة جديدة، بل ومتجددة. وهنا بات لزاماً على من يتوقف امره على وجود ذلك (الشيء) بحالته المتجددة، ان يزامن تطوره، والا وصف بانه (متخلف) عن مواكبته.

والتطور لايقتصر على حالة بعينها، بل انه يصيب جميع الظواهر في المجتمع، ولعل اهم هذه الظواهر، الظاهرة التي تحكم المجتمع وتقيّم سلوك افراده، وتمثل صمام امانه، الا وهي (القانون). فما كان عليه القانون في زمان ما، هو غير ما عليه الآن، وهو بالتأكيد غير ما سيكون عليه في المستقبل.

٢. وعلى الرغم من ان التطور اضحى امراً بديهياً، لكنه لايحدث عبثاً، بل تحركه ادوات ووسائل، فالأدوات التي تحرك عملية التطور القانوني، وان كانت تختلف باختلاف المجتمعات زماناً ومكاناً، لكنها قد لاتخرج عن اتصالها بامرين هما: القانون والواقع.

٢-١- الواقع: تغير الواقع يؤدي الى التطور القانوني، إما بهجر القديم او استبداله، واداة الواقع تتصل بعمل (القاضي)، فهو الذي يغير فيه بحيث يجعل (القانون الوضعي) غير ساري المفعول عليه.وهذه الأداة خطرة كما يبدو لأول وهلة، كما انها (عتيقة) في صورتها الأفتراضية، و(شبه حديثة) في حالتها الحقيقية الضيقة.

٢-٢- القانون : لماذا يُبقي المشرع على القانون، مادام غير مواكب للتطور الأجتماعي والأقتصادي والسياسي في المجتمع ؟! انه في معرض الأستجابة لهذا المطلب، ينبغي له استخدام (اداة) التعديل وهذه الأداة، كما واضح من عمل (المشرع)، وهي اداة – وان لم تكن خطرة خطورة سابقتها- الا انها، قد تكون معقدة بحيث تكون بطيئة المواكبة لتغيير الواقع- وهذا هو الحد الأول لسلاح هذه الأداة-، او انها تكون يسيرة بحيث تفقد احترام العامة لهيبة القانون- وهذا هو الحد الثاني لسلاح هذه الأداة -،لذا فان هذه الأداة انما هي (سلاح ذو حدين) ينبغي توقي الحذر في استخدامه.

٣- لانستطيع ان نقول ان عنصري (الواقع) و(القانون) منفصلان عن بعضهما تماماً، بل اننا نراهما متحدين ليكونا معاً (الهيكل الجسمي) للقاعدة القانونية، فالأخيرة تحتوي على عنصرين مهمين هما: الفرضية والحكم.

٣-١- الفرضية : وهي عبارة عن واقعة يفترض المشرع وقوعها في المستقبل، لكي يرتب عليها الحكم الوارد في القاعدة القانونية، مما يعني ان (الفرضية) ترتبط (بالواقع)

وتتصل به.

٣-٢- الحكم : وهو الحل الذي يضعه القانون، من خلال القاعدة القانونية، للواقعة التي احتوتها الفرضية، مما يعني ان (الحكم) انما يبين موقف (القانون).

٤- والأمثلة على هذين العنصرين متعددة بتعدد القواعد القانونية، لكن لاغنى من ضرب احدها، وهو ما نصت عليه الفقرة (١) من المادة (٢١٧) من القانون المدني العراقي، اذ جاء فيها:((اذا تعدد المسؤولون عن عمل غير مشروع، كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر دون تمييز بين الفاعل الأصلي والشريك والمتسبب)). فهذه القاعدة القانونية تضمنت (فرضية) متمثلة بعبارة (اذا تعدد المسؤولون عن عمل غير مشروع)، كما تضمنت (حكما) متمثلا بعبارة (كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر..... الخ).

٥- وازاء المثال الذي سقناه في الفقرة المنصرفة، يتبادر الى اذهاننا سؤال عن كيفية تطور هذه القاعدة محل المثال اعلاه؟!. ليسمح لي القارئ بان اجيب عن هذا التساؤل، بعبارة مجملة هي، ان التطور يتم بتغير احد عنصري القاعدة.

٥-١- فقد لايقتنع القاضي بتوفر شرط (التعدد) في الواقعة، او يكيفها على خلاف ما تصورها الشارع، فينسف بذلك (المحل) الذي تنصب عليه القاعدة بحكمها الموضوع. وهذا ما يسمى بـ(تغير الواقع)، وهو متعلق بعنصر الفرضية.

٥-٢- وقد لايتحقق شرط (التضامن) الذي قصده الشارع في الحكم، او يعدله المشرع بتعديل قانون بأخر لاحق عليه. وهذا ما نطلق عليه بـ(تبدل القانون)، وهو متعلق بعنصر الحكم.[1]

٦- وناهيك عن هذا وذاك، فان (الفرضية والحكم) انما يمثلان عنصري (الهيكل الجسمي)

---

(١) ويمكن توضيح ذلك اكثر، من خلال الشكل الآتي:

الفرضية / تصور الواقع/ + الحكم / موقف القانون/ = النتيجة (القاعدة القانونية) فأي تغير في احد جانبي اشارة (+)، يؤدي الى تغير النتيجة. وهذا ما يؤكده المنطق الرياضي. فعلى سبيل المثال :

٣+٢ = ٥

فان أي تغيير في الرقم (٣)، او في الرقم (٢)، يؤدي الى تغير النتيجة.

(المادي)، للقاعدة القانونية، فهذا الهيكل يبقى معبرا عن اسمه، مالم تدخله (روح) تحركه وتساعد على تحقيق وظائف اعضائه. و(عنصر الروح) يتمثل باتجاه القاعدة القانونية نحو (المستقبل)، وهذا واضح من مخاطبتها واسلوب صياغتها. لكن كيف لنا ان ندرك هذا (العنصر) ؟ هذا ما سنعرفه من خلال بحثنا هذا، الذي ارتأينا تقسيمه على النحو المبين في الفقرة المقبلة.

٧- هيكلية البحث: سنوزع بحثنا على المباحث الثلاثة الآتية :

٧-١- المبحث الأول الطرائق القديمة في التطور القانوني(تغيير الواقع).

٧-٢- المبحث الثاني الطرائق الحديثة في التطور القانوني (تبدل القانون).

٧-٣- المبحث الثالث الطريقة المثلى في مواكبة التطور (ادراك عنصر المستقبل).

٧-٤- ونختم بحثنا بأهم الأستنتاجات.

المبحث الاول
الطرائق القديمة في التطور القانوني
(تغيير الواقع)

٨- لعل السبب الرئيس الذي دفع بالشعوب القديمة الى اتباع هذه الطرائق في تطوير قوانينها، يكمن في الصفة الجامدة التي كانت تتسم بها القوانين القديمة. وربما يكون هذا النظر مخالفا لما اتجه اليه كتاب (تاريخ القانون) في تقسيمهم للشرائع الى جامدة ومتطورة[٢]. فالشرائع الجامدة -عندهم- هي الشرائع التي لا تقبل التطور بطبيعتها، بعكس الشرائع المتطورة، التي تقبل بطبيعتها التطور. والبعض يرجع علة التطور واسباب الجمود الى مدى الوصول الى مرحلة التقنين[٣]، ومنهم من يعزو ذلك الى اصطباغ او

---

(٢) لاحظ : الأستاذ عبد الرحمن البزاز، الموجز في تاريخ القانون، مطبعة الرشيد، بغداد، ١٩٤٩، ص٦٦ وما بعدها . د. صبيح مسكوني، محاضرات في تاريخ القانون العراقي، مطبعة شفيق، بغداد، ١٩٧٠ ، ص٤٥. د.هاشم الحافظ، تاريخ القانون، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٢، ص٤٩.

(٣) لاحظ : د. هاشم الحافظ، المرجع السابق، ص٤٩.

عدم اصطباغ الشرائع بالصبغة الدينية ذات النظرة المقدسة التي لاتنسجم مع فكرة التطور[٤] . فالشرائع الهندية والصينية[٥]-مثلا- قد صنفت ضمن مجموعة الشرائع الجامدة، اما الشرائع الرومانية والأنكلوسكسونية والأسلامية والأسكندنافية[٦]، فقد صنفت ضمن الشرائع المتطورة[٧] .

٩- لكن ينبغي القول هنا، اننا قصدنا اعلاه، جمود القوانين لاجمود الشرائع، فالشريعة غير القانون الوضعي، فالأولى تعني: مجموعة القواعد التشريعية والقواعد القانونية غير المشرعة والنظريات والمبادئ القانونية العامة في مجتمع متجانس مترابط، سواء اقتصر على دولة ام ضم عدد من الدول[٨]. اما الثاني فنقصد به: مجموعة القواعد القانونية التي تلزم الدولة الأشخاص باتباعها في مكان معين ووقت معين[٩]. فلما كنا قد سلمنا ان الشريعة الرومانية شريعة متطورة، فان ذلك يعود لظهور مبادئ ونظريات فيها حالات دون اتصاف هذه الشريعة بالجمود الذي اتصف به قانون (الألواح الأثني عشر الروماني) آنذاك، فجمود هذا القانون هو الذي ادى بالفقه الروماني وانضاءه الى الألتجاء الى وسائل لتطوير شريعتهم. على حين ان قانون (مانو الهندي) يتسم بانه قانون جامد، وان الفقه والقضاء في الهند لم يحاولا صد امتداد صفة الجمود الى شريعتهم، مما ادى الى اتسامها

---

(٤). لاحظ في المعنى نفسه، الأستاذ عبد الرحمن البزاز، مرجع سبق ذكره، ص٦٨. د. عباس العبودي، تاريخ القانون، دار الكتب، الموصل، ١٩٩٧، ط٢، ص٦١.

(٥). للتعرف على هذه الشرائع، لاحظ: د.صلاح الدين الناهي، النظرية العامة في القانون الموازن وعلم الخلاف، مطبعة اسعد، بغداد، ١٩٦٨، ص١٣٢-١٤٦.

(٦). للتعرف على هذه الشرائع، لاحظ: د.الناهي، المرجع السابق، ص١٤٧ ومابعدها.

(٧). لاحظ: د.آدم وهيب النداوي، د.هاشم الحافظ، تاريخ القانون، بيت الحكمة، بغداد، ١٩٨٩، ص٥٢ ومابعدها. د. عباس العبودي، مرجع سبق ذكره، ص٦١.

(٨). لاحظ : الأستاذين عبد الباقي البكري وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون، مطبعة التعليم العالي، الموصل، ١٩٨٩، ص٢٤.

(٩). لاحظ في المعنى نفسه: المرجع السابق، ص٢٥. ولاحظ التفاصيل: اللورد دينيس لوبد، فكرة القانون، ترجمة : سليم الصويص، عالم المعرفة، الكويت، ١٩٨١، ص١٣٢ ومابعدها.

بالجمود ايضا(١٠).

١٠- ولما كانت القوانين جامدة، ولما كان كل من الفقه والقضاء يسعى الى كبح جماح هذا الجمود، من دون المساس بالنظرة التقديسية لنصوص هذه القوانين او اعرافها الثابتة في النفوس، لجأت الشعوب القديمة الى استخدام وسيلتين هما: الحيلة والعدالة، وفيما يأتي نعالج هاتين الوسيلتين في المطلبين الآتيين:

المطلب الاول: اللجوء الى استخدام الحيلة

١١- الحيلة القانونية، هي افتراض امر مخالف للحقيقة والواقع، يترتب عليه تغيير حكم القانون دون المساس بأصل القاعدة القانونية او نصها(١١). (وتعد الحيلة، وسيلة شائعة في الشرائع القديمة، استعان بها الحكام والقضاة لمواجهة قسوة النصوص وضيق نطاق استيعابها للحاجات المتطورة، وكانت نشأتها نتيجة طبيعية لما كانت تتمتع به هذه النصوص من قدسية في النفوس بسبب ظروف نشأتها الدينية، اذ اصطبغت القواعد القانونية بنوع من القدسية والأحترام، فعندما صعب على الأفراد المساس بهذه القواعد، على الرغم من التبدلات الأجتماعية والأقتصادية التي اقتضت تطوير القوانين، كان لابد من ايجاد حل وسط يوفق بين التمسك بمثل هذه القواعد الواجبة الأحترام من جهة، وبين الضرورة والحاجة الملحة لتطويرها من جهة اخرى، وهذا الحل هو عن طريق الأستعانة بالحيلة)(١٢).

١٢- اذن فاللجوء الى الحيلة كان للضرورة ليس الا، وهذا ما دعا البعض الى تعريفها بانها:(إكذوبة محبوكة املتها الضرورة)(١٣)، وهذه (الأكذوبة) كان قد استخدمها البريتور

---

(١٠). وهذا ما دعا البعض الى استبدال مصطلح (الشرائع المتطورة) بمصطلح (الأمم المتطورة) لأنها هي التي تقوم بتطوير قوانينها الجامدة لكي لاتوصف شرائعها بالجمود (لاحظ: الأستاذ عبد الرحمن البزاز، مرجع سبق ذكره، ص٦٨).

(١١). لاحظ: د. محمود عبد المجيد مغربي، الوجيز في تاريخ القوانين، بيروت، ١٩٧٩، ص٢٢٢. د.علي محمد جعفر، تاريخ القوانين والشرائع، بيروت، ١٩٨٢، ص١٢٧. د.صبيح مسكوني، مرجع سبق ذكره، ص٤٧.

(١٢). نقلا عن: د. عباس العبودي، مرجع سبق ذكره، ص٦٣.

(١٣). لاحظ: د. صوفي حسن ابو طالب، مبادئ تاريخ القانون، القاهرة، ١٩٦٣، ص٢٩٢.

(الحاكم القضائي) في روما بشكل واسع، لدرجة انها عرفت باسم (الحيلة البريتورية)، ومن ابرز الأمثلة على استخدام الحيلة لدى الرومان، هو استحداث نظام (النيابة في التعاقد)، وقصة هذا الأستحداث تكمن في، ان القاعدة القانونية الجامدة التي كانت سائدة لدى الرومان هي:(ان اثر العقد ينصرف الى المتعاقدين فحسب)، مما يعني ان الشخص الذي يوكل عنه غيره في ابرام العقد مع شخص ثالث، لاينصرف اليه اثر هذا العقد، لأنه ليس طرفا فيه، بل ينصرف الى نائبه والشخص الذي تعاقد معه، فهنا لجأ البريتور الى استخدام الحيلة عن طريق افتراض امر مخالف للواقع وهو ان الذي تعاقد مع الطرف الآخر، هو الأصيل وليس النائب، وبما ان (اثر العقد ينصرف الى المتعاقدين فحسب)، فان هذا الأثر سينصرف الى الأصيل وليس الى النائب، بفضل استخدام الحيلة[١٤]. فهذه الطريقة ادت الى تغيير حكم القانون على الواقع دون ان تغير القاعدة في ذاتها.

١٣- كما استخدم القضاء الأنكليزي الحيلة القانونية عن طريق توسيع صلاحيات احدى المحاكم على حساب غيرها، ففي السابق[١٥] كانت هناك ثلاث محاكم في انكلترا.

١٣-١- المحكمة الملكية: وهي تختص بفض المنازعات القائمة بين النبلاء، وكل مايخل بأمن الملك وسلامته والإعتداء على افراد عائلته.

١٣-٢- المحكمة الأقطاعية، وتختص بالفصل في المنازعات القائمة بين اتباع النبلاء وصاحب الأقطاع.

١٣-٣- المحكمة الكنسية، وتختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بأمور الأحوال الشخصية، كما تفصل في المنازعات التي يكون فيها احد الخصوم من رجال الدين[١٦].

١٤- فكل من هذه المحاكم كان لها اختصاصها المعين لها وفقا للقانون غير المكتوب السائد في انكلترا، الا ان المحكمة الملكية كانت تسعى الى توسيع صلاحياتها على حساب

---

(١٤) لاحظ: د. محمود عبد المجيد مغربي، مرجع سبق ذكره، ص٢٤٠.

(١٥) ويعود ذلك الى ما بعد الفتح النورميدي، أي مابعد عام (١٠٦٦) ميلادية.(لاحظ: د. مجيد حميد العنكبي، المدخل الى دراسة النظام القانوني الأنكليزي، وزارة العدل، بغداد، ١٩٩٠، ص٩. وايضا لاحظ:د.عباس العبودي، مرجع سبق ذكره، ص٦٦).

(١٦) لاحظ: المرجعين السابقين، نفس الموضع. ولاحظ: د. صبيح مسكوني، مرجع سبق ذكره، ص١٣٨.

المحاكم الأخرى، عن طريق استخدام (الحيلة)، فقد افترضت عدة امور منها:

١٤-١- ان المتهم الماثل امام المحكمة الأقطاعية او المحكمة الكنسية قد اخل بأمن الملك، وهذا الأمر كان يقتضي وضع المتهم في (حراسة امين الملك)، وان يحاكم امام المحكمة الملكية، فاذا حضر امام هذه المحكمة امكنت مقاضاته عن أي امر آخر.

١٤-٢- ان المدعي مدين بالضرائب لمصلحة الملك، وانه عاجز عن الدفع بسبب امتناع المدعى عليه الذي يحاكم امام احدى المحكمتين الأخريين، وبذلك يصبح المدعى عليه هذا مقصرا بحق الملك، فيجب حضوره امام المحكمة الملكية لأستجوابه عن ذلك.

١٤-٣- كانت المحكمة الملكية تفترض في دعاوى الأراضي، التي هي من اختصاص المحاكم الأقطاعية، ان السيد الأقطاعي قد تنازل عن حقه في المطالبة القضائية امام المحاكم الأقطاعية لمصلحة المحكمة الملكية[١٧].

١٥- كما ان الفقهاء المسلمين قد لجؤوا الى استخدام (الحيلة)، وان كان بعضهم قد انكر على هذه الطريقة فاعليتها في الشريعة الأسلامية [١٨] ، ومن الأمثلة البارزة عليها، افتراض موت المفقود (الموت الحكمي)، وتوريث الجنين، وافتراض حياة المورث المدين الى ان تسدد جميع ديونه او تنتهي اموال تركته[١٩].

١٦- مما تقدم يتبين لنا ان (الحيلة) هي طريقة فطرية لجأت اليها الشعوب القديمة، ولاينبغي اتباعها في الوقت الحاضر[٢٠] ، لأن العلة من استخدامها قد انتفت.

---

(١٧) لاحظ: د. صوفي حسن ابو طالب، المرجع السابق، ص٣٠٨. د.محمود مغربي، مرجع سبق ذكره، ص٢٤٦. د. صبيح مسكوني، المرجع السابق، ص٥٣. د. آدم وهيب النداوي ود.هاشم الحافظ، مرجع سبق ذكره، ص٥٨.

(١٨) لاحظ هذا الإتجاه وحججه لدى: د. محمد بن ابراهيم، الحيل الفقهية في المعاملات المالية، الدار العربي، بيروت، ١٩٨٣، ص٢١ ومابعدها.

(١٩) لاحظ تفاصيل ذلك: د. عباس العبودي، مرجع سبق ذكره، ص٧٥.

(٢٠) لاحظ: د.صوفي ابو طالب، مرجع سبق ذكره، ص٢٩٢، د.هاشم الحافظ، مرجع سبق ذكره، ص٦٥. د.عباس العبودي، مرجع سبق ذكره، ص٧٦.

المطلب الثاني: الالتجاء الى العدالة

١٧- تعرف العدالة بانها: شعور كامن في النفس يكشف عنه العقل السليم ويوحي به الضمير المستنير والذي يهدف الى اعطاء كل ذي حق حقه [٢١] . فالعدالة هي التعبير الصادق عن الشعور بالمساواة الحقيقية والسعي الى تأكيدها في واقع الحياة. وهي في ذلك تختلف عن فكرة (العدل) التي تقوم على اساس المساواة المجردة، أي المساواة التي تعتد بالوضع الغالب دون ان تعبأ باختلاف الظروف وتباين التفاصيل في الحالات المتشابهة، وهي تعتد ايضا بالجوهر من الأعتبارات دون اكتراث بالمسائل التفصيلية والمسائل الجزئية، فإذا عوقب سارق، كان العقاب عادلا، لأن الوضع الغالب في المجتمع يؤكد ان السرقة تنطوي على عدوان[٢٢] .

١٨- ان التمييز بين مفهومي العدل والعدالة هو الذي يبرر القول: ان القانون يهدف الى تحقيق العدل، ولكنه يعجز -في الغالب- عن تحقيق العدالة[٢٣] ، وذلك لثلاثة اسباب[٢٤]:-

١٨-١- ان القواعد القانونية توضع مقدما لتسري على جميع الحالات القائمة والمستقبلية، ومن المستحيل ان تستوعب، قواعده العامة المجردة، جميع احكام الفروض والأحتمالات المقبلة، او التنبؤ بما يستجد من ظروف خاصة او مسائل جزئية، بل ان الفرضية، بوصفها عنصرا في القاعدة القانونية، تواجه افتراض الوقائع الأكثر حصولا في المستقبل، اعتبارا للغالب الشائع للامور[٢٥] .

---

(٢١) لاحظ: المراجع المذكورة في الهامش السابق: ص٣٢٢ وص٦٧ وص٧٨ على التوالي.

(٢٢) لاحظ: الأستاذ عبد الباقي البكري، بحثه: مبادئ العدالة:مفهومها ومنزلتها ووسائل ادراكها، مجلة العلوم القانونية والسياسية، تصدرها كلية القانون، جامعة بغداد، عدد خاص، مايس، ١٩٨٤، ص٥٨.

(٢٣) لاحظ: الأستاذين عبد الباقي البكري وزهير البشير، مرجع سبق ذكره، ص٤٠.

(٢٤) لاحظ: الأستاذ عبد الباقي البكري،بحثه سبق ذكره، ص٤٠.

(٢٥) لاحظ في المعنى نفسه: محمد سليمان الأحمد، بحثه: عناصر القاعدة القانونية (الفرضية والحكم)، مجلة الرافدين للحقوق، تصدرها كلية القانون، جامعة الموصل، العدد ٥، ايلول ١٩٩٨، ص١٠٩.

١٨-٢- ان الأكتراث بالظروف الخاصة والأعتبارات التفصيلية والثانوية، امر يتعارض مع ما يرمي القانون الى تحقيقه من نظام وتجانس في المجتمع، ذلك لأن اشاعة النظام واقرار التجانس يتحققان عن طريق الموازنة بين المصالح المتضاربة والحريات المتعارضة والأعتداد بالوضع الغالب في المجتمع، وهذه الموازنة تفترض وجود ظروف خاصة ومسائل جزئية تشذ عن الوضع الغالب، فيقوم القانون بالتوفيق بينها.

١٨-٣- ان القواعد القانونية تتميز بالعمومية والتجريد، فان تجردت من هذه الصفة انتفت عنها صفة القاعدة، فهي: اذن، لاتعني بالظروف الجزئية.

١٩- وأدل مثال على توضيح الفرق بين العدل والعدالة، هو ماقضى به الخليفة الثاني، امير المؤمنين (عمر بن الخطاب) رضي الله عنه، في اعرابي سرق كمية من الدقيق، فلما اجتمع حوله رهط من الصحابة، سألهم عمر: ماذا تريدون ان نفعل به؟ وطبعا فان الصحابة (رضي الله عنهم)، اشاروا بتطبيق الحد الشرعي، أي قطع يد السارق، كما يقضي بذلك النص القرآني،وكان خليفة المسلمين يعلم ان العام عام مجاعة، اخذت بخناق العباد بسبب القحط، حتى سمي ذلك العام "عام الرمادة "، فسأل الأعرابي: لم سرقت؟ فأجابه الأعرابي بانه لم يقدم على فعلته الا بعد ان رأى اولاده يتضورون جوعا، وبعد ان ادرك ان الجوع سوف يقضي عليهم، اضطر الى السرقة، وإغتنم عمر المناسبة، ليعطي امثولة في الفهم الديني الصحيح، فمال الى الصحابة يسألهم رأيهم بعد ما سمعوا مبررات الأعرابي ودوافعه. ولكن الصحابة كانوا متمسكين بحرفية النص القرآني، وبالرغم من تأثرهم بما رواه الأعرابي، وتأكدهم من صدق الوقائع التي ادلى بها، فأنهم اصروا على وجوب انزال الحد بالسارق. ولكن عبقرية عمر التشريعية الهمته الحل، لقد انطلق (رضي الله عنه) الى الجذور، ةالقى بصره المديد على خلفيات القضية، فهذا الأعرابي ما كان ليقدم على السرقة، لولا ان العام عام قحط ومجاعة، وما كان ليقدم لولا خوفه على اطفاله ان يموتوا جوعا، فكيف يمكن ان نساوي بينه في العقوبة، وبين الذي يسرق امتهانا للسرقة؟!. والتفت عمرالى خازن بيت مال المسلمين، قائلا له: اعطوا لهذا الأعرابي ما يكفيه ويكفي عائلته، وانت يا اخا العرب اذهب ولاتعد الى مثلها[٢٦] .منحه البراءة تطبيقا

---

(٢٦) نقلا عن: احمد سويد، هكذا كان القضاء عند العرب، مؤسسة المعارف، بيروت، ١٩٨٦، ص١١ ومابعدها.

للعدالة، التي من خلالها، وضع سابقه لتطور الشرائع، منطلقا من العبارة التي خاطب بها الصحابة-وكأنه يخاطب الأجيال من بعده- ، وهي:((تتغير الأحكام بتغير الأزمان))[٢٧] .

٢٠- هكذا طبق المسلمون العدالة في تطوير شريعتهم التي سمحت لهم بتطويرها، مستندين في ذلك الى العقل والمصلحة وحكمة التشريع[٢٨] .

٢١- كما استخدم اليونان، ومن بعدهم الرومان، العدالة في تطوير شرائعهم عن طريق ابتكارهم لفكرة القانون الطبيعي، الذي توحي به الطبيعة ويكشفه العقل ويتحسس به الوجدان، فهو لايقف عند الحد الذي تقف عنده القوانين الوضعية، بل يجاوزها الى ابعد من ذلك[٢٩]، شأنه شأن العدالة التي قد تتعارض مع التشريع في مواضع عديدة، منها على سبيل المثال: المبدأ التشريعي القائل بـ:(ان الجهل بالقانون ليس عذرا) فهذا المبدأ يخالف العدالة التي تقتضي بان يكون الشخص عالما بالقانون الذي يسري حكمه عليه[٣٠] .

٢٢- ولعل اكثر الشعوب ابداعا في استخدام العدالة في شرائعها، هي الشعوب الأنكلوسكسونية، وذلك لأن الشرائع السائدة فيها، غير مدونة، بل ان التطور الذي اصاب الشريعة الأنكليزية، قد وصل الى درجة انشاء محكمة تسمى بـ(محكمة العدالة) بجانب (المحكمة العادية)[٣١] ، فالأخيرة تطبق القانون العمومي(The Common Law)، في حين ان

---

(٢٧) اصبحت هذه المقولة قاعدة قانونية منصوصا عليها في قوانين عدة، فقد نقلتها مجلة الأحكام العدلية العثمانية في المادة (٢٩) منها، ونص عليها القانون المدني العراقي في المادة (٥) منه بقوله:((لاينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان))، الا ان المشرع الأردني، الذي اعتاد ان ينقل بعض احكام القانون المدني من القانون العراقي، قد نص على ما قد يفسر بانه مغاير لأصله القانون العراقي، اذ جاء في المادة (٤) مدني اردني بانه: ((ما ثبت بزمان يحكم ببقائه مالم يوجد دليل على ماينافيه)).

(٢٨) لاحظ: د.صبيح مسكوني، مرجع سبق ذكره، ص٦٣. وللتفاصيل لاحظ: د.آدم وهيب النداوي ود.هاشم الحافظ، مرجع سبق ذكره، ص٧٩.

(٢٩) لاحظ: دينيس لويد، مرجع سبق ذكره، ص٨٧ وما بعدها.

(٣٠) لاحظ: د.علي محمد جعفر، مرجع سبق ذكره، ص١٤٠.

(٣١) وهذه المحكمة هي في الأصل (المحكمة الملكية) بعد ان استفردت في الساحة القضائية نتيجة توسعها في استخدام الحيلة على حسب ما مر بنا في الفقرة (١٤) آنفا.

الأولى كانت تطبق (العدالة)[٣٢] بل وصل الأمر الى تفضيل تطبيق قواعد العدالة على قواعد القانون العمومي عند التنازع[٣٣].وسنرى لاحقا ان العدالة لم تكن فحسب، من الطرق القديمة في تطوير الشريعة الأنكليزية، بل انها مازالت مستخدمة الى وقتنا الحاضر عن طريق الأعتماد على (الضوابط القانونية)[٣٤] وليس الأعتماد على (القواعد القانونية).

٢٣- وقد استند الفرنسيون الى العدالة في تطوير القانون المدني الفرنسي الصادر عام ١٨٠٤ (قانون نابليون)، لكن بحذر شديد استمر الى مطلع القرن الحالي، نظرا لنظرتهم التقديسية الى هذا القانون بحيث انه يجب ان تراعى الأعتبارات الآتية عند تفسير النصوص التي يحتويها هذا القانون:[٣٥]

٢٣-١- عبادة النص القانوني، أي استبدال الحق بالقانون.

٢٣-٢- التفسير يجب ان يتفق مع نية الشارع.

٢٣-٣- تغليب ارادة الدولة على كل ارادة اخرى.

٢٣-٤- الأعتراف بوجود العنصر العقلي في فكرة الحق[٣٦].

---

(٣٢) لاحظ: الأستاذ عبد الرحمن البزاز، مرجع سبق ذكره، ص٢٨٢. د.مجيد حميد العنبكي، مرجع سبق ذكره، ص١٥.

(٣٣) لاحظ: د.هاشم الحافظ، مرجع سبق ذكره،ص٧٥، ود.مجيد العنبكي، المرجع السابق، ص١٩.

(٣٤) يعرف الضابط القانوني بانه عبارة عن (مقياس متوسط لنهج اجتماعي سليم)، وقد استند اليه القضاء الأنكلوسكسوني في فض المنازعات المعروضة امامه، بدلا من القواعد القانونية، نظرا لكون القانون غير مدون في هذه البلاد عموما.(لاحظ: د.حامد زكي، بحثه: التوفيق بين القانون والواقع، دراسة في فلسفة القانون الخاص، مجلة القانون والأقتصاد، تصدرها كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد الأول، السنة ٢، ١٩٣٢، ص٢٥٢).

(٣٥) لاحظ التفاصيل: د.حامد زكي، بحثه السابق، القسم الأول منه، المجلة نفسها، العدد الأول السنة الأولى، ١٩٣١، ص٧٥٧ ومابعدها.

(٣٦) فالحق يحتوي على عنصرين هما: العنصر العملي الذي مبناه الحقيقة والمشاهدة، والعنصر العقلي الذي مبناه التفكير والخيال وتقدير الأفراد النسبي الذي يتغير مع كر الأيام (لاحظ: البحث السابق، ص٧٥٣ وما بعدها).

٢٣-٥- الأعتماد، بصفة جدية، على اقوال السلف، دون تمحيص ارائهم.

٢٤- اخذت المحاكم الفرنسية بهذه الطريقة لما فيها من المحافظة على المزايا الفنية للقانون المكتوب، الا ان الجري عليها بدأ يشعر بانه محفوف بالمصاعب، وذلك لأن ظروف الحياة عرفت التغيير والتبديل، فظهرت وقائع واحوال جديدة لم يكن من المعقول ان تخطر ببال احد واضعي القانون المدني الفرنسي قبيل صدوره في عام ١٨٠٤، وطبعا لم يكن من المصلحة ان تترك هذه المسائل بغير حل، فارادت المحاكم ان ترجع الى مفاهيم النصوص، فوجدت ان ما قالت به ليس منطبقا على الأحوال الجديدة، ويؤدي الأخذ به احيانا الى نتائج عكسية، او الى تأييد ظلم تأنف الأنفس نسبته الى (العدالة) في الجماعة، وبعد تردد رأت المحاكم ان تقرر حلولا عادلة، ولكنها لتمسكها بأصول النظرية القديمة، ردتها للنصوص الموجودة، مدعية في آخر الأمر ان تلك هي (ارادة الشارع)، وهكذا اصبحت تلك الأرادة ستارا اتخذته المحاكم الفرنسية للقضاء بما تملي به (قواعد العدالة)، ولاشك ان النسج على هذا المنوال ليس الا وسيلة من وسائل التوفيق بين القانون والواقع وان كان مبناه (الحيلة)[٣٧] . ولاشك ان هذه الطريقة تجعل من التطور القانوني مراوحا في محله، فلم تفعل شيئا، فلم تبدل القانون ولم تغير الواقع، وان كانت قد اشارت الى الأمر الأخير، لكنها اشارت اليه بخجل، ذلك لأن استخدام (الحيلة) امر لايحبذه القانون الفرنسي بعكس القانون الروماني[٣٨] .

٢٥- واخيرا فان الطرق القديمة لاتصلح اداة لدحرجة عجلة التطور القانوني في الوقت الحاضر، فالحيلة -باعتراف الكثير[٣٩]- تعد اسلوبا غير متحضر لاينبغي بالمشرع او القاضي او حتى الفقيه، الألتجاء اليه في تفسير وتطوير القانون، فضلا عن ان العلة من استخدامها، وهي جمود القانون، قد انتفقت، اذ ان معظم القوانين الحديثة غير جامدة لعدم اصطباغها بالصبغة الدينية. اما العدالة فهي امر نسبي يختلف من شخص الى آخر، فضلا عن ان استخدامها في ظل عصور القوانين القديمة كان بدون (ضوابط)، وهذا ما جعلها طريقة غير مجدية -عموما- في معظم الشرائع المعاصرة، باستثناء الشريعة

---

(٣٧) لاحظ: د.حامد زكي، بحثه السابق الذكر، ص٧٥٨،٧٥٩.

(٣٨) لاحظ في المعنى نفسه: البحث السابق، الموضوع نفسه.

(٣٩) لاحظ: المراجع المشار اليها في الهامش (٢٠) من هذا البحث.

الأنكلوسكسونية، التي حافظت عليها من خلال استخدامها لضوابط قانونية تحكمها، وتمنع القاضي من التحكم بها على وفق ما يراه شخصه وليس على وفق ماتراه موضوعيته التي يحافظ فيها على مركزه المرموق في المجتمع.

المبحث الثاني
الطرائق الحديثة في التطور القانوني
(تبدل القانون)

٢٦- هذه الطرائق لاتعمل على تغيير الواقع بافتراض ما يخالفه حقيقة، كما في الحيلة، ولاتتأثر -كثيرا- بتغير ذلك الواقع بحيث تندفع الى تغير حكم القاعدة القانونية دونما مبرر يبيح هذا الخرق للقانون، كما في العدالة. بل ان هذه الطرائق تترك جانبا فلك الواقع، لتدور في فلك القانون فتحاول ان تبدله وفقا لمتطلبات التقدم والتطور الأجتماعي، اما بتعديل التشريع المكتوب، او بالأعتماد على غيره لسد النقص الموجود فيه، وهذا ما سنعالجه في المطلبين الآتيين:

المطلب الاول: تعديل التشريع

٢٧- لم تكن الشعوب القديمة تعرف التشريع، الا بعد ان مرت قوانينها بمرحلتين: هما الأحكام الالهية (الدينية)، ثم العادات والتقاليد والأعراف، ومن ثم وصلت هذه الشعوب الى التشريع(٤٠) وذلك بعد تطور طويل. ويلاحظ ان دور التشريع كان محدودا في تطوير القواعد القانونية في المجتمعات القديمة، وهذا امر طبيعي، لأن نشأة القواعد القانونية كانت لصيقة بالعنصر الديني، وهذا ما منحها نوعا من القدسية في النفوس، جعل من الصعب تعديلها او الغائها بشكل صحيح(٤١) .

---

(٤٠) لاحظ في المراحل التي مرت بها القوانين القديمة: د.صبيح مسكوني، مرجع سبق ذكره، ص٢٧ ومابعدها. د.آدم وهيب النداوي و د.هاشم الحافظ، مرجع سبق ذكره، ص٣٥ ومابعدها.

(٤١) لاحظ: د.عباس العبودي، مرجع سبق ذكره، ص٨٩.

٢٨- غير ان دور التشريع ازداد اهمية في العصور الحديثة حيث اصبح المصدر الأساسي للقواعد القانونية وتطويرها، بل كاد يكون الوسيلة الوحيدة لتطوير القوانين في العصر الحديث، وقد وصف عصرنا الحالي بانه عصر التشريع خلافا للعصور القديمة التي تعرف بانها عصور الدين والعرف(٤٢) ، ويرجع السبب في ذلك الى ما يتسم به التشريع من مزايا تجعله مفضلا على غيره من مصادر القانون، فهو يتصف بسهوله التعرف على احكامه وسرعة سنه وتعديله، كما انه مظهر من مظاهر توحيد الدولة، فضلا عن انه يسهم في تطوير المجتمع(٤٣) ، مادامت مسألة تعديله مقدور عليها، بصورة - اسرع- من تطور العرف لعدم وضوح (٤٤)الأخير. وعلى الرغم من المميزات الخاصة بالتشريع، الا انه قد لا يتماشى مع حاجة الأمة ورغباتها، ذلك لأن السلطة السياسية هي التي تضع التشريع، فيكون من المحتمل ان تسن هذه السلطة تشريعا يتضمن قواعد تخالف حاجة الأمة ورغباتها، ثم ان تطور القانون قد يكون منسجما مع تطور المجتمع، وقد يكون تطوره بطيئا بالنسبة الى تطور المجتمع، فالمشرع هو المسؤول عن اخذ التطورات الأجتماعية بنظر الأعتبار عن طريق سن قواعد تشريعية جديدة والغاء القديمة منها او تعديلها، وهو قد يفعل ذلك وقد لايفعله(٤٥). كما ان للمشرع قد يتعجل في سن التشريع فيأتي تشريعه معيبا او قاصرا او متعارضا مع غيره من التشريعات، فيضطر عندئذ الى تعديل ما سنه من تشريع، وقد تتلاحق هذه التعديلات، الأمر الذي قد يؤدي الى زعزعة الثقة بين الناس بالقانون من جهة، والأخلال بالأستقرار الواجب توافره للمعاملات من جهة اخرى(٤٦) .

---

(٤٢) لاحظ: د.محمود عبد المجيد مغربي، مرجع سبق ذكره، ص٢٦٦.

(٤٣) لاحظ: لمزيد من التفصيل حول مزايا التشريع: د.حسن كيرة، المدخل الى القانون، منشأة المعارف، الأسكندرية، ١٩٧٤، ط٥، ص٢٣٠. د.سعيد عبد الكريم مبارك، اصول القانون، دار الكتب، الموصل، ١٩٨٢، ص١٢٠.

(٤٤) لاحظ في التميز بين التشريع والعرف: د.عبد المنعم البدراوي، المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٦٦، ص١٦٣.

(٤٥) لاحظ: د.سعيد عبد الكريم مبارك، مرجع سبق ذكره، ص١٢١.

(٤٦) لاحظ: د.سعيد عبد الكريم مبارك، المرجع السابق، ص١٢٢. الأستاذين عبد الباقي البكري وزهير البشير، مرجع سبق ذكره، ص٨٦.

٢٩- اذن فعملية تعديل التشريع، وان كانت سهلة عمليا، لكن عواقبها غير مستحبة، فقد تنعدم ثقة الأفراد (بقانون عقوبات) -مثلا- نقدر عدد صفحات تعديله بضعفي عدد صفحات المتن الأصلي. فضلا عن ان التشريع هو تعبير عن ارادة الأمة، لذا فأن تعديله -وهو بالطبع تشريع- فالتشريع لايعدل الا بتشريع-، يجب ان يكون كذلك. ويلجأ المشرع -عادة- الى التعديل، عندما يكون تشريعه يحتوي على قواعد قانونية جامدة، تتحدد فيها الفرضية او الحكم او كليهما، تحديدا دقيقا ومنضبطا، بحيث لايملك من يقوم بتطبيق القاعدة ادنى سلطة تقديرية سواء فيما يتعلق بمدى انطباق القاعدة او نوع الحل(الحكم) الذي يترتب على انطباقها(٤٧).

المطلب الثاني : سد النقص التشريعي بالرجوع الى المصادر الأخرى للقانون.

٣٠- فرضية هذه الطريقة، تتمثل بان التطور الأقتصادي او السياسي او الأجتماعي، قد يقرر وقائع لانجد في التشريع نص ينطبق عليها، مما يعني ان المشرع -ابتداء- يجب ان يضع للنصوص احتياطات اخرى لسد النقص التشريعي. وهنا ظهرت مسألة تعدد مصادر القانون عند تطبيقه، وعدم اقتصار القانون على (معناه الخاص) المتمثل بالتشريع. فظهرت مصادر اخرى للقانون تضاف الى التشريع، هي: العرف، الدين، قواعد العدالة، احكام القضاء، وآراء الفقه(٤٨) . وان اختلفت نوعية هذه المصادر بين قانون وآخر، ومن دولة لاخرى، بحسب ترتيبها وتقدم بعضها على الآخر في الأولوية بالتطبيق، كما ان منها مايعد رسميا ومنها مايعد تفسيريا. ولسنا هنا بصدد تبيين تسلسلها ونوعيتها، فهذا شأن مراجع (المدخل لدراسة القانون)، بل اننا ازاء مدى جدوى استخدام طريقة الأستعانة بهذه المصادر في مواكبة التطور القانوني.

٣١- فالرجوع الى العرف ليس بالأمر اليسير على القاضي، وذلك لما يتسم به العرف من غموض، وذلك يرجع الى الكيفية التي ينشأ بها، اذ لاينشأ العرف فجأة، وانما يتكون تدريجيا في الجماعة ومرور مدة على صيرورته ملزما في نظر الجماعة ،وهذا ما يؤدي

---

(٤٧). لاحظ: د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الأسكندرية، ١٩٧٣، ص٤٤-٤٧.محمد سليمان الأحمد، بحثه سبق ذكره، ص١١٢-١٢٢.

(٤٨). لاحظ: المادة الأولى مدني عراقي، والمادة الثانية مدني اردني، والمادة الأولى مدني مصري.

الى صعوبة التأكد من وجوده، وسهولة التباسه بالعادات والتقاليد التي تختلف عنه في عنصر الألزام المتوفر فيه دونها[٤٩] . كما انه -على فرض اصطياد احكامه من قبل القاضي- يؤدي الى تعدد النظم القانونية في الجماعة الواحدة، لأن القواعد العرفية قد تكون محلية تختلف من اقليم الى آخر في الدولة الواحدة، وهذا يؤدي الى تعدد النظم القانونية فيها، الأمر الذي يتعارض مع مصالح الدولة التي تستلزم الوحدة القانونية في كل اقليمها. فضلا عما تقدم، العرف بطيء التطور بطبيعته، ويحتاج استقراره وثباته في اذهان الناس الى وقت طويل، وهو بهذا يعجز عن مسايرة التطورات الأجتماعية[٥٠] . وظني اني عاجز عن الأتيان بمثال على العرف ضمن نطاق المعاملات المالية،بل اني لم ار أي مثال يذكر للعرف في الكتب التي رجعت اليها والخاصة بدراسة مصادر القانون بل ان كل الأمثلة المذكورة في هذه المراجع، انما تخص العادات والتقاليد ليس الا[٥١] . فالعرف غير مدرك المعالم، ليس عند القضاء فحسب، بل لدى الفقه ايضا.

٣٢- اما الرجوع الى الدين، فهي طريقة باتت اليوم، اكثر من الأمس، غير مجدية، نظرا لأختلاف الأديان في الوطن الواحد، بل اختلاف المذاهب في الدين الواحد، فهذا الدين المسيحي الذي يحتوي على مذاهب عديدة، كالكاثوليك والبروتستانت والأرثوذكس، فكل من هذه المذاهب يختلف عن الآخر في الأحكام. وهاك الدين الأسلامي ذو المذهبين السني والشيعي، واللذين ينقسمان الى طوائف متعددة. ولايمكن للمشرع ضبط مسألة الرجوع الى

---

(٤٩). لاحظ: د. سعيد عبد الكريم مبارك، مرجع سبق ذكره، ص١٨٣.

(٥٠). لمزيد من التفصيل لاحظ: د. رمضان ابو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، (القاعدة القانونية)، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٥، ص٤٩١. عبد الباقي البكري وزهير البشير، مرجع سبق ذكره، ص١٤٢.

(٥١). لاحظ: الأمثلة التي اوردها د.رمضان ابو السعود (المرجع السابق ص٤٨٥) على العادات. وقد مثل د.خالد الزعبي (كتابه المشترك مع د.منذر الفضل، المدخل الى علم القانون، مكتبة دار الثقافة، عمان، ١٩٩٨، ص٨١) من د.مرقس(كتابه: الوافي، ج١، المدخل للعلوم القانونية، ١٩٨٧، ط٦، ص٣٨٦)، مثالا على (العرف المقرر غير الآمر) وهو اعتبار آثاث المنزل في الأسرة المسلمة مملوكا للزوجة.

الدين ابدا، فهو وان نص على عدم التقيد بمذهب معين(٥٢) . فأنه سيعطي للقاضي سلطة واسعة في اختيار تطبيق المذهب المناسب، وغالبا ما يكون القاضي جاهلا بأحكام (الدين)، فكيف يمكن له تطبيقه!؟ فضلا عن ان عملية الرجوع الى حقيقة المذهب الملائم للقانون، عملية صعبة ومرهقة للقاضي الذي لايجد له موفور الوقت. كما انه لايسوغ بالمشرع تقييد القاضي في الرجوع الى مذهب دون آخر، لاسيما اذا كان شعب الدولة، تتعدد في افراده مذاهب متنوعة. فضلا عن كل ماسبق، فان الدين، كالعرف، اسبق في الظهور من التشريع، فكيف يمكن له ان يسد النقص التشريعي، فيواكب التطور القانوني الذي عجز عن مواكبته ما هو اكثر تقدما منه، ولو من حيث التاريخ، كحد ادنى!؟.

٣٣- ونرجع الى تطبيق (قواعد العدالة)، هذه الطريقة القديمة التي رجع المشرع الحديث الى الأعتماد عليها، كما هي، دون ان يطورها ويضع لها ضوابط تحدد بها معالمها، وهو وان فعل ذلك، فانه انما انجز الشيء القليل، مادامت هذه القواعد تأخذ المركز الأخير ضمن المصادر الرسمية للقانون في معظم التشريعات(٥٣) .

٣٤- وعلى الرغم مما قد يكون لكل من القضاء والفقه من دور رشيد في التطور القانوني، لكنهما يبقيان مصدرين تفسيريين للقانون، يستأنس بهما، وهذا ما سيجعل من دورهما ثانويا. بل انه حتى اذا ما أريد لهذين المصدرين الدخول ضمن نطاق المصادر الرسمية لتطبيق القانون، فأن تطبيقها لايخلو من مخاطر، نظرا لأختلاف آراء الفقه وتعدد احكام القضاء، فالفقه والقضاء قد يكونان سببا في تطور القانون، مثلما قد يكونان سببا في تخلفه، كما حصل في ظهور مدرسة الشرح على المتون، وحريات الآراء التي قالت بها هذه المدرسة على تخلف القانون المدني الفرنسي طوال قرن كامل(٥٤). كما ان النظر الى (السوابق القضائية) بانها قواعد قانونية ملزمة لايجدر بالقضاء اللاحق التفكير -اصلا-

---

(٥٢). كالقانون المدني العراقي وقانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ.(لاحظ: د.صلاح الدين الناجي، نصوص قانونية وشرعية، مطبعة الأيمان، بغداد، ١٩٧١، ص١٥) .

(٥٣). لاحظ:المادة الأولى من القانونين المدني العراقي والمدني المصري، والمادة الثانية من القانون المدني الأردني.

(٥٤). لاحظ: الأستاذ عبد الرحمن البزاز،مبادئ اصول القانون، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٨، ط٢، ص١٦٥.

في مخالفتها، بجعلها اشبه بتلك المنصوص عليها في تشريعات الدول ذات القانون المكتوب(٥٥) .

٣٥- فضلاً عن كل ما سبق، فان طريقة الأستناد الى المصادر الأخرى لتطبيق القانون لسد النقص التشريعي، هي طريقة معيبة لسببين مهمين هما:

٣٥-١- ان هذه الطريقة يقتصر دورها على سد النقص التشريعي فحسب، فلا دور لها يذكر في تعديل احكام التشريع وحذف القديم غير اللائق وجوده منها في مجتمع متحضر، اذ ان مصادر القانون الأخرى لاينبغي لها ان تخالف قاعدة قانونية واردة في/تشريع، اللهم الا اذا كانت القاعدة مكملة او مفسرة، فان للمصادر الأخرى مخالفتها -ابتداء- وليس انتهاء، لأن هذه القواعد تعد ملزمة في النهاية شأنها شأن القواعد الآمرة(٥٦) .

٣٥-٢- ان هذه الطريقة يقتصر دورها في انطقة قوانين معينة دون غيرها، فهذه الطريقة ليس لها دور في القوانين التي لها مصدر واحد هو (التشريع)، كقانون العقوبات وقانون الضرائب وقانون المرافعات المدنية وقانون اصول المحاكمات الجزائية، بعكس القوانين التي تتعدد فيها مصادر تطبيقها، كالقانون المدني وقانون الأحوال الشخصية والقانون التجاري والقانون الأداري والقانونين الدوليين الخاص والعام(٥٧).

٣٦- عليه فان الطرائق الحديثة لاتصلح في جعل القانون مواكبا للتطورات الأجتماعية وبات على القائمين بامور التشريع الأنصراف الى طرائق اخرى تبدو اكثر فاعلية في جعل تشريعاتهم ملائمة لمستقبل متنوع غير مدرك المعالم بالضبط، والتعامل على هذا الأساس بحذر شديد.

---

(٥٥). لاحظ في المعنى نفسه: المرجع السابق، ص١٥٢.

(٥٦). لاحظ:د.رمضان ابو السعود، مرجع سبق ذكره، ص١٩٧. د.عبدالله مصطفى، علم اصول القانون، شركة الفكر، بغداد، ١٩٩٥، ص١٤١-١٤٥. ومحمد سليمان الأحمد، بحثه سبق ذكره، ص١١٤.

(٥٧). لاحظ التفاصيل: د.عبد المنعم البدراوي، مرجع سبق ذكره، ص٣٣٦. د.حسن كيرة، مرجع سبق ذكره، ص٢٩٥.

المبحث الثالث
الطريقة المثلى في مواكبة التطور
(ادراك عنصر (المستقبل))

٣٧- يبقى التشريع المصدر المفضل للقانون، وذلك لكثرة مزاياه قياسا على عيوبه، بل قياسا على مزايا وعيوب المصادر الأخرى(٥٨) ، وهذا ما دفع المشرعين في غالبية الدول، الى تفضيله على غيره واعطائه الدرجة الأولى ضمن مصادر تطبيق القوانين كافة- تقريبا-، بل انه حتى في الدول ذات القانون غير المكتوب (الدول الأنكلوسكسونية)، بدأ اللجوء الى التشريع -مصدرا لايقل شأنا عن غيره في هذه البلاد-. اذن فاننا -اولا- نوحي بالأبقاء على هذه الطريقة لتطوير القانون، بوصفها من الطرائق الحديثة للتطور القانوني(٥٩).

٣٨- كما ان تطبيق العدالة، بجانب التشريع، ولاسيما في البلاد الإنكلوسكونية قد اثبت نجاحا في مواكبة التطور القانوني، فالعدالة لاغنى عنها، فالقاضي لايطبق التشريع فحسب، بل يسعى من خلال تطبيقه له، تحقيق قدر عال من العدالة، لايتعارض مع مقصد المشرع في تحقيق العدل. اذن فاننا -ثانيا- نوصي بالأبقاء على هذه الطريقة الأخرى لتطوير القانون، بوصفها طريقة ناجحة التطبيق في بعض الدول، على ان تطبق جنبا الى جنب مع التشريع، وضمن آلية معينة.

---

(٥٨). لاحظ: د.سعيد مبارك، مرجع سبق ذكره، ص١٢٢. عبد الباقي البكري وزهير البشير، مرجع سبق ذكره، ص٨٦.

(٥٩). يذكر د.صلاح الدين الناهي (في كتابه(نصوص قانونية وشرعية) سبق ذكره، ص٢٠ ومابعدها)، ان الأخذ بالتشريع -كفكرة- ترجع الى زمن العباسيين، واول من اقترح على العباسيين بالقيام بتشريع يلزم القضاء بتطبيقه، هو (ابن المقفع)، كما ان ابا جعفر المنصور كان قد طلب من مالك، وضع كتاب يقره الخليفة كأمر (تشريع) يطبق على اقاليم الدولة الأسلامية كافة، الا ان مالكا رفض ذلك، محتجا على ان اهل العراق يتعدون طورهم في الرأي، ونتيجة لألحاح الخليفة العباسي، اخرج (مالك) موطأه الشهير، والذي قام الخليفة المهدي باستنساخه عدة نسخ، لكن الفكر المتطور لفقه اهل العراق قد حال دون امكان تعميمها امرا على القضاة في الأمصار كافة.

٣٩- فلا بأس من الركون على التشريع، تعاونه عدالة القاضي، في انطباق القانون على الواقع المتغير، لكن الركون لايكون على ايما تشريع، بل يجب ان يتسم هذا التشريع باحتواء قواعده على (عنصر الروح) الذي تجعلها مواكبة للتطور، وهذا هو عنصر (المستقبل)، وهو يضاف الى عنصري القاعدة اللذين يمثلان الهيكل الجسمي لها، وهما: الفرضية والحكم(٦٠) .

٤٠- ويمكن ادراك عنصر المستقبل في نصوص التشريع من خلال امرين:

٤٠-١- ان صياغة النص تتجه دوما نحو التطبيق على الوقائع الحاضرة، والمستقبلية، اذ غالبا ما يستخدم المشرع اداة الشرط (اذا) وهي تدل على الحاضر والمستقبل دون الماضي.

٤٠-٢- ان المبدأ السائد في التشريع هو عدم سريانه على الماضي، بل انه يسري على الوقائع التي تلي صدوره ونفاذه(٦١) . لذا فان سريان التشريع على المستقبل لن تكون له قيمة اذا كانت نصوصه لاتقبل بطبيعتها التطبيق، نظرا للتغيرات الناجمة عن التطور الحاصل في المجتمع.

٤١- عليه لابد من ان يراعي المشرع عنصر (المستقبل) في صياغة نصوصه، فضلا عن ان هذه المراعاة هي خصيصة اساسية في وسائل الفن التشريعي(٦٢) .

---

(٦٠). لمزيد من التفصيل في هذين العنصرين، لاحظ: محمد سليمان الأحمد، بحثه سبق ذكره، ص١٠٤ وما بعدها.

(٦١). لاحظ: هذا المبدأ: د.رمضان ابو السعود، مرجع سبق ذكره، ص٣٤٤. د.عبد المنعم البدراوي، مرجع سبق ذكره، ص٢٥٠. د.خالد الزعبي ود.منذر الفضل، مرجع سبق ذكره، ص١٠٧.

(٦٢). يذكر د.حامد زكي، بحثه سبق ذكره، القسم الثاني، ص٢٤٨، انه:(يجب ان تحوي وسائل الفن التشريعي صفات خاصة حتى يمكن ان تساعد على الوصول الى النتائج التي ينشدها الشارع والتي توصيها فلسفة القانون، واهم تلك الصفات: (١) ان يكون مؤداها شاملا لكل مايراه تنظيمه حالا من العلاقات القانونية، والى ما ينتظر وقوعه في المستقبل، وبهذا التنبؤ، يتميز التشريع الحديث عن القديم. (٢) ان تكون عباراتها دقيقة تقرر حلولا ثابتة غير متغيرة، وهذه الصفة الثانية تقوم في الواقع على الصفة الأولى، اذ اساسها التنبؤ، وفي=

٤٢- لكن ماهي وسائل الفن التشريعي؟ ان وسائل الفن التشريعي اربعة هي: المبادئ القانونية والقواعد القانونية والأوضاع القانونية والضوابط القانونية.

٤٢-١- فالقاعدة القانونية، وهي الوسيلة المعتاد العمل بها في معظم التشريعات، تعني ومن وجهة نظر التشريع، ايراد نص يحتوي على فرضية عامة مجردة، يترتب على وقوعها في المستقبل ترتب الحكم الوارد في النص عليها. والأمثلة عليها عديدة ومتنوعة، منها: مانصت عليه المادة (٨٤) مدني عراقي، اذ جاء فيها: ((اذا حدد الموجب ميعادا للقبول، التزم بايجابه الى ان ينقضي هذا الميعاد))[٦٣] .

٤٢-٢- اما المبدأ القانوني، فقد عرفه البعض[٦٤] ، بانه (فكرة عامة مستخلصة بطريق الأستقراء من جملة قواعد قانونية متقاربة، فهو لايرمي الى ايراد حل معين، بل تستعان به فقط عند تطبيقه بطريق الأستنتاج، على الأحوال التي لم يتعرض لها الشارع عن طريق القاعدة القانونية، والتي قد يصعب ادخالها تحت حكمها لعدم توافر كل الأركان)، ولست على اتفاق مع ما ذهب اليه صاحب هذا التعريف، فالقواعد القانونية هي التي تنبع من المبادئ، فالأخيرة اسمى منها شأنا، ولذا افضل التعريف الذي ذكره البعض[٦٥] للمبادئ العامة، تعريفا للمبادئ القانونية بصورة عامة، وهي عبارة عن (الموجهات التي تنساب منها مجموعة الحلول الوضعية التي ترد في نصوص القانون، وهي بهذه المثابة، تتميز باستقلال ذاتي يرتفع بها عن مرتبة القواعد القانونية بالمعنى المألوف). والمبدأ القانوني يختلف عن القاعدة القانونية، في انه يحتوي على حكم فحسب، ولايطرأ عليه وجودها ضمان الثبات والأستقرار المرغوب في المراكز القانونية المكتسبة. (٣) وفي النهاية يجب ان تكون سهلة التطور في المراد منها، بان تتوقف مع المراكز المادية التي يمكن ان تظهر في الجماعة، والا وقعنا في محظور تنازع القانون مع الواقع)، واني لاتفق مع د.حامد زكي في تقديره للصفة الثانية على حسب ما سيجيء بيانه في الفقرة(٥٣) وما بعدها.

(٦٣). لاحظ: لمزيد من التفصيل: محمد سليمان الأحمد، بحثه سبق ذكره، ص١٠٨ وما بعدها.

(٦٤). د.حامد زكي، بحثه سبق ذكره، ص٢٥٦.

(٦٥). د.شمس الدين الوكيل، بحثه: اثر الغش على الأسبقية في التسجيل عند تزاحم المشترين لعقار واحد، مجلة حقوق الأسكندرية، العددان ١،٢، ١٩٥٨، ١٩٥٩، ص١٠٨. وقد نقلنا التعريف عن مؤلف :د.هشام علي صادق تنازع القوانين، منشأة المعارف، الأسكندرية، ١٩٧٤، ط٣، ص٣٦٢.

يختلف عن القاعدة القانونية، في انه يحتوي على حكم فحسب، ولايطرأ عليه الإستثناء، ومن الأمثلة عليه في التشريع، ما نصت عليه المادة (٨) مدني عراقي بقولها:((درء المفاسد أولى من جلب المنافع))[٦٦].

٤٢-٣- اما الوضع القانوني، فيراد به: الشكل العام الذي يقوم على طائفة من المبادئ والقواعد، ترمي كلها في مجموعها، الى تحقيق اغراض معينة متجانسة، وهو يعد(هيكل عظمي) تكسوه القواعد والمبادئ القانونية فتعطيه شكله الخاص به، فالعقد او المسؤولية والذمة المالية والحق والحق العيني والحق الشخصي، كلها اوضاع قانونية معترف بها[٦٧].

٤٢-٤- واما الضابط القانوني، فقد تم تعريفه سابقا[٦٨]، وهو الذي استندت اليه دول القانون غير المكتوب، طريقة لمواكبة القانون لتغيرات الواقع.

٤٣- لكن ماهو الحل الأمثل في دول ذات القانون المكتوب؟ هذا ماسوف نبينه في المطلب الثاني من هذا المبحث، بعد ان نلقي الضوء على طريقة الضابط القانوني في البلاد الأنكلوسكسونية، في المطلب الأول.

المطلب الاول: طريقة (الضابط القانوني) في البلاد النكلوسكونية

٤٤- على الرغم من ان البلاد الأنكلوسكونية مازالت معروفة ببلاد القانون غير المكتوب، الا أن الحقيقة غير ذلك تماما، فالتشريع اخذ يبرز دوره في ظل النظام القانوني السائد في هذه البلاد، لاسيما في انكلترا[٦٩] ، وابتداء من القرن التاسع عشر. الا ان تلك التسمية اصبحت الأن شائعة، نظرا لما تلعبه السوابق القضائية في الشريعة المطبقة في تلك البلاد.

٤٥- لقد واكب النظام القانوني في البلاد الأنكلوسكسونية، التطورات الحاصلة في المجتمع عن طريق اعتماده على الضوابط القانونية التي يهتدي بها القاضي الى الوصول الى الحكم وتعطيه فكرة عن غرض القانون وغايته، وليس بالأستناد الى قواعد قانونية،

---

(٦٦). لاحظ: محمد سليمان الأحمد، بحثه سبق ذكره، ص١١١.

(٦٧). لاحظ: د.حامد زكي، بحثه سبق ذكره، ص٢٥٧.

(٦٨). لاحظ: الهامش (٣٤) من البحث.

(٦٩). لاحظ: د.مجيد العنبكي، مرجع سبق ذكره، ص٣٠ وما بعدها.

كما هو متبع -عادة- في البلاد الأخرى. ومن امثلة الضوابط القانونية، (ضوابط المعقولية) الذي يعتمد على العقل في ترجيح المصالح عند التعارض، و(ضابط الملاءمة) ومداره الحكمة والأعتدال اللازمان عند استعمال شخص سلطة يباشرها من تصرف قانوني معين(٧٠).

٤٦- وللضوابط القانونية خصائص هي(٧١):

٤٦-١- انها تحوي جانبا كبيرا من الحكم الأدبي على سلوك الشخص ونهجه، فتراها- تارة- تستلزم ان يكون معقولا في تصرفه، وتارة- ان يكون حكيما حذرا، واخرى ان يكون مدبرا، وفي النهاية ان يكون حي الضمير، ومخلصا. هذه الصفات الأدبية تتصل بحسب الأحوال بالضوابط القانونية المختلفة، وفقا لتنوع موضوعات المنازعات المعروضة.

٤٦-٢- ان تطبيق هذه الضوابط لايستلزم معرفة واسعة بالقانون، بل ان للتجربة والأدراك الشخصي والذوق السليم، دورا كبيرا في الوصول الى الحلول الملائمة.

٤٦-٣- ان الضوابط القانونية ليست مطلقة، بل انها نسبية، تتغير من واقعة الى اخرى بحسب تغير ظروف المكان والزمان وظروف كل حالة على حدة. ولهذا قبل ان استخدم اسلوب (الضابط القانوني) انما يؤدي الى (تفريد العدالة)(٧٢).

٤٧- والضوابط القانونية تختلف عن القواعد القانونية في الآتي(٧٣) :

٤٧-١- ان القاعدة القانونية عامة ومجردة، واما الضابط القانوني فهو خاص باحوال حقيقية.

---

(٧٠). لاحظ: د.حامد زكي، بحثه سبق ذكره، ص٢٦١.

(٧١). لاحظ: البحث السابق، ص٢٥٤.

(٧٢). لاحظ: البحث السابق، ص٢٦٦.

(٧٣). للمزيد من التفاصيل لاحظ: البحث السابق، ص٢٥٧ وما بعدها.

٤٧-٢- ان القاعدة القانونية ملزمة للقاضي، فهو مضطر للحكم بها، بخلاف الضابط فهو يكتفي بارشاد القاضي الى الأتجاه الذي يلزمه اتباعه[٧٤] .

٤٧-٢- القاعدة القانونية تكون جامدة في اغلب الأحوال[٧٥] ، لايمكنها ان تتطور بسهولة مع الوقائع الجديدة التي يمكنها ان تنشأ في الجماعة، بخلاف الضابط فهو يمتاز بمرونة وبسهولة انطباقه على ما يمكن ان يستجد من وقائع.

٤٨- وعلى الرغم من المزايا الكثيرة (للضابط القانوني)، الا ان فيه عيوبا لايمكن غض النظر عنها[٧٦] ، من ابرزها، احتمال تحكم القضاة، الا ان البعض قد يبرر الأخذ بها في

---

(٧٤). بل ان مجلس اللوردات في انكلترا، بوصفه محكمة استئناف عليا في البلاد، قد حرر نفسه في عمله، واصبح غير ملزم بالسوابق القضائية التي اصدرها، وذلك بموجب الأعلان الذي صدر سنة ١٩٦٦، والذي سمي بـ(اعلان طريقة العمل) اذ جاء في هذا الأعلان:((يعتبر اللوردات استخدام السابقة اساسا لايستغنى عنه في تقرير القانون وتطبيقه على القضايا الفردية. ان هذه الطريقة، تعطي، على الأقل، قدرا من اليقين يمكن ان يعتمد عليه الأفراد في ادارة شؤونهم، بالأضافة الى كونها اساسا لتطور منتظم للقواعد القانونية. ومع ذلك فان اللوردات يعترفون بان التطبيق الجامد للسابقة قد يؤدي الى حالة اللاعدل في قضايا معينة، وتقييد التطور الأعتيادي للقانون. لذلك فانهم يقترحون تعديل طريقة عملهم الحالية بالعدول عن قرار سابق عندما يبدو ذلك صحيحا، معتبرين، في غضون ذلك، القرارات السابقة ملزمة عادة. وبهذا الخصوص، فان اللوردات سيضعون نصب اعينهم خطورة ان يضطرب، وبأثر رجعي، الأساس الذي بالأستناد اليه تم ابرام العقود والتسويات والترتيبات المالية، اضافة الى الحاجة الخاصة لليقين فيما يتعلق بالقانون الجنائي. ان هذا الأعلان لايقصد به التأثير على الألتزام بالسابقة في اية جهة اخرى غير هذا المجلس)). (نقلا عن: د.مجيد العنبكي، مرجع سبق ذكره، ص٤٦،٤٧).

(٧٥). لاحظ: د.حسن كيرة، مرجع سبق ذكره، ص١٨٨.

(٧٦). وهذه العيوب هي: (أ). الأعتداء على مبدأ الفصل بين السلطات. (ب). الخوف من تحكم القضاة.

(جـ). تركيز الثوابت القانونية في العمل واخذها في النهاية صفات القواعد القانونية. (د). عدم الأنتظام والأنسجام اللازمين في الحياة القانونية. (تفاصيل ذلك لدى: د.حامد زكي، بحثه سبق ذكره، ص٢٦٧ وما بعدها).

الدول الأنكلوسكسونية، نظرا لطبيعة النظام القانوني السائد فيها والقائم على السوابق القضائية[٧٧] . لكن يبقى لنا هنا ان نقول، ان بعض المكترثين بهذه الطريقة، قد فضلوا عدم الأخذ بها في بلاد القانون المكتوب، والتي تعد بلادنا واحدة منها[٧٨].

المطلب الثاني: طريقة تقرير المبادئ، وتلبية القواعد، بالنظر الى المستقبل.

٤٩- من الأفرازات التي تنتجها مسألة تخلف القانون عن مجاراة الواقع المتغير، هو وجود التعارض بين امرين مهمين جدا هما: (تطبيق القانون) و(تحقيق العدالة). وهذا التعارض لم يكن وليد اليوم، بل انه له جذورا موغلة في القدم، وقد كانت الأمم القديمة، بعدما ظهر التدوين القانوني، تتمسك بتطبيق القانون ذي النزعة الجامعة، لما يحتويه من احكام مقدسة في النفوس، لكن اول امتين دأبتا على ترجيح كفة العدالة على القانون غير المكتوب بظروف الناس، هي: الأمة الأسلامية، والأمة الأنكلوسكسونية، فالأولى راعت تحقيق العدالة بفضل اضافة مصادر تبعية اخرى الى مدوناتها المقدسة المتمثلة بـ(القرآن) و(السنة)، فهناك: القياس والأستحسان والعرف والمصالح، ومالدراك ما المصالح؟ هذا المصدر -تحديدا- هو الذي تنهض عليه فكرة تطور الشريعة الأسلامية ومرونتها[٧٩] . ولم يكن الأنكلوسكسون باقل شأنا من المسلمين-الا في تأخرهم في التاريخ-، فهم لم يكترثوا بالتدوين ابتداء الا لانهم حرصوا على تحقيق العدالة.

٥٠- ان الصراع الذي تتحدث عنه الفقرة السابقة، لم يكن -أصلا- موجودا لدى شعوب الرومان، اذ ان غرورهم، قد ادى الى الأستهانة بغيرهم، مما دعاهم -ابتداء- الى معاملة الأجانب على انهم اشياء تباع وتشترى[٨٠] . الى ان تغيرت نظرتهم، بفضل جهود البريتور (بريتور الأجانب)، التي ادت الى ضرورة اصدار قانون يحكمهم هو(قانون

---

(٧٧). لاحظ: د.مجيد العنبكي، مرجع سبق ذكره، ص٤٤.

(٧٨). لاحظ: د.حامد زكي، نهاية بحثه الرائع في (التوفيق بين القانون والواقع)، سبق ذكره، ص٢٧٧ .

(٧٩). لاحظ في المعنى نفسه: د.عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الأسلامية، مطبعة العاني، بغداد،١٩٦٧، ط٣، ص٦٧.

(٨٠). لاحظ: د.آدم وهيب النداوي ود.هاشم الحافظ، مرجع سبق ذكره، ص٥٧، ١١٩.

البريتور (بريتور الأجانب)، التي ادت الى ضرورة اصدار قانون يحكمهم هو (قانون الشعوب)[٨١]. ثم اخذوا يقرون شيئاً فشيئاً بمبادئ الفلسفة اليونانية، الى ان اعترفوا بوجود (مبادئ للعدالة) تطبق استقلالاً عن القانون الوضعي، اطلق عليها بمبادئ (القانون الطبيعي[٨٢]).

٥١-وتأخر الفرنسيون كذلك في اخذهم بمبادئ العدالة، حتى القرن التاسع عشر في العقود الأخيرة منه، نظراً لتقديسهم التشريع النابع عن تقديسهم لواضعيه[٨٣]. ثم تجرأ القضاء الفرنسي، يأخذ يحكم بالأجتهاد النابع من العدالة في تفسيره لروح التشريع.

٥٢- ان الأعتماد على تطبيق العدالة، وسيلة للتطور القانوني، امر محفوف بعواقب غير مستحبة، فالعدالة امر نسبي نفسي، فما قد اراه عادلاً قد لايراه غيري كذلك ومادام هذا هو المحذور الوحيد -او الرئيس- لأستخدام اداة العدالة[٨٤] ، فلما لانضبطه بقيود وشروط. على اننا يجب الا ننسى ما للتشريع من دور بارز في استقرار المعاملات لما يتسم به من وضوح المعالم امام الأشخاص المطبق عليهم. وهنا نرجعنقول -عود على بدء- ان المشكلة هي مشكلة التعارض بين (تطبيق القانون) و(تحقيق العدالة).

٥٣- لكن ما هو الحل؟ الحل -في - رايي المتواضع- يكمن في تقرير المبادئ وتليينة القواعد بالنظر الى المستقبل، اذ ان على المشرع ان يقرر في تشريعه، مبادئ عامة تدخل فيها تطبيقات متنوعة، كما ان عليه ان يختار الصياغة المرنة، بل (اللّينة)، للقواعد القانونية، بحيث تجعلها اشمل في استيعابها لمتغيرات الواقع، وهو اذ يقوم بذلك، انما يجب عليه ان يجعل في اعتباره المستقبل محل نظره، وليس فحسب الحاضر الذي وضعت في اثناءه تلك المبادئ والقواعد.

٥٤-لكن: قد يحتج البعض بالقول: بان هذه المرونة واللين، قد يؤديان الى تحكم القضاة، الذي يسعى المشرع-في الوقت الحاضر- الحيلولة دون حدوثه، عن طريق اقرار القواعد

---

(٨١). لاحظ: المرجع السابق، ص٧٢،١١٩.

(٨٢). لاحظ: د.عباس العبودي، مرجع سبق ذكره، ص٨٠.

(٨٣). لاحظ: بحث د.حامد زكي، سبق ذكره، القسم الأول، ص٧٥٧.

(٨٤). فضلاً عن وجود محاذير اخرى، كتحكم القضاة، وعدم استقرار المعاملات، والمحذور الأخير ناتج عن كون العدالة امر نسبي.

الجامدة غير القابلة للتأويل، واحلال الكم محل الكيف في صياغة هذه القواعد(٨٥) . لكننا نقول ان الأمر لا يقف عند ذلك الحد؛ بل يجب ان يتدخل المشرع في تفسير المبادئ العامة والقواعد اللينة التي قام بوضعها للمستقبل بين فترة واخرى؛ ويتم ذلك من خلال تشكيل لجنة قانونية موسعة في البرلمان، يكون اختصاصها متابعة الجانبين النظري والتطبيقي للقانون، اذ ان عليها ان تأخذ بعين الأعتبار المقترحات التي يقدمها الفقهاء القانونيون في مؤلفاتهم وبحوثهم المتنوعة، بل عن طريق الرسائل الجامعية التي يشرفون عليها ، نظرا لكون هذه الرسائل تختص بدراسة الجديد في القانون عادة. وعليها ان تصدر (تفسيرات تشريعية) بين اونة واخرى، تكون اشبه (بالسوابق القضائية) المعمول بها في بلاد الأنكلوسكسون؛ وعلى القضاء ان يلتزم بها عند نظره في المنازعات المعروضة امامه. ولهذا تتظافر جهود المشرع مع جهود الفقه والقضاء والباحثين في القانون لمواكبة التطورات الحاصلة في المجتمع. وهنا لابد لي من تسجيل بعض الملاحظات على طريق استخدام هذه الأداة في التطور القانوني:

٥٥-١- على المشرع في الدولة ان يبدأ -أولا- بأصدار تشريعات متنوعة تحكم كل فروع القانون المختلفة، تحتوي هذه التشريعات بالدرجة الأساسية على مبادئ عامة يمكن ان تنطوي تحتها وقائع كثيرة؛ كالأستعانة بالقواعد الكلية المقررة بالفقه الأسلامي.

٥٥-٢- يستعين المشرع في مواجهة العوارض المختلفة، بأحكام تتضمنها قواعد قانونية مرنة ولينة، قابلة للتأويل والتفسير غير المؤدي للحكم بالهوى.

٥٥-٣- على المشرع الا يكتفي بتصور الوقائع الحاضرة عند تقديره للقواعد القانونية، بل عليه ان يتصور -كذلك- ما قد يحدث في المستقبل؛ لأن القانون انما وضع للمستقبل اكثر من الحاضر.

٥٥-٤- على المشرع الذي يعد مسوده القانون، أن يعد معها مذكرة ايضاحية ، تفسيرية، تكون ملزمة للقضاء وتحول دون امكان استغلالهم لمرونة القانون(٨٦).

---

(٨٥). لاحظ: د.حسن علي الذنون، فلسفة القانون، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٥،ص٢٤٩. ود.حسن كيرة، مرجع سبق ذكره، ص١٩٠.

(٨٦). مع ضرورة الأعتناء بفن اعداد وصياغة التشريع، وبهذه المناسبة يجدر من المفيد -هنا- ان أحيل هذا الموضوع المهم الى المرجعين المهمين الآتيين:-

٥٥-٥- تنظر لجنة قانونية موسعة ومنتخبة في البرلمان، مؤلفة من خيرة الأساتذة والقضاة الذين لهم باع طويل في تدريس القانون والبحث فيه والقضاء به، بين فترة واخرى، في الدراسات النظرية التحليلية المقارنة التي تتضمن مقترحات وتوصيات موجهة للمشرع بضرورة تنظيم امر معين، او العدول عن امر اخر، او تعديله او تغييره، استجابة للتطورات الحاصلة في المجتمع، كما عليها ان تنظر فيما يستجد من تطورات في مجال التطبيق القضائي، بل حتى الأداري، للقانون؛ وتصدر تعليماتها بصيغة (تفسيرات تشريعية) معدلة للمذكرة الإيضاحية الأصلية وليس لأصل القانون، تخصص بموجبها عموم لفظ مذكور في التشريع، او تقيد مطلقا واردا فيه، او تفسر تفسيرا واسعا لبعض المبادئ والقواعد المقررة في التشريع وفقا للأوضاع المستجدة، وللتوصيات التي اثمرتها الدراسات المستفيضة في مختلف فروع القانون. وهذا ما سيؤدي الى ادخال الروح الى هذه الدراسات والرسائل الجامعية وجعلها ذات فائدة قيمة. وعلى القضاء في النهاية الألتزام بتلك التفسيرات، لأنها موجهة اليه، وهي اداة تحول دون تحكم بعض افراده في تطبيق القانون.

٥٦- وبهذا يكون (المشرع) قد ادرك عنصر (المستقبل) في قواعد القانون ومبادئه واوضاعه المختلفة، ليكون_اي هذا العنصر_ وبحق_ (الروح) التي تجعل من القانون مواكبا لتغيرات الواقع، وبهذا ستستقر فكرة التطور القانوني التي تفرض علينا ان تكون امام تبدل القانون. نتيجة لتغيير الواقع، حتى نكسب لتشريعنا طول العمر الذي تنجم عنه هيبة احترامه دون تقديسه تقديسا مخلا بالعدالة.

== - د.اكرم الوتري، بحثه: فن اعداد وصياغة القوانين، مجلة القضاء، تصدرها نقابة المحامين في العراق، ع٣، السنة٢٦، ١٩٧١، ص٣٩ وما بعدها.

- د.عبد القادر الشيخلي، فن الصياغة القانونية، مكتبة دار الثقافة، عمان، ١٩٩٥، ص١٧-٦٥.

الخاتمة

٥٧- هكذا يتبين لنا من خلال البحث، ان ادوات التطور القانوني، قد تعددت عبر ممر العصور، ففي البداية كانت تعتمد على تغير الواقع بافتراض امور مغايرة له دون ان تعمد الى تبديل القانون، فكانت (الحيلة) التي من خلالها تم الألتفاف على احكام القوانين الجامدة المقدسة التي كانت سائدة في عصور استخدامها، ثم ظهرت اداة (العدالة)، التي تجعل من تغير الواقع سببا لتغير علة الحكم التي تضمنتها قواعد القانون.

٥٨- تم تطور الأمر، واخذ التيار ينحرف عن مجراه القديم، تاركا (وادي الواقع) متجها الى (وادي القانون)، اذ اخذت الطرائق الحديثة في التطور القانوني تسعى الى تبديل القانون، وليس الى تغيير الواقع، وذلك من خلال تعديل التشريع، او سد النقص الذي يعتريه. وقد لاحظنا ان هذه الطرائق، كما في سابقتها، تعجز عن مواكبة التطور من دون عيوب، لذا كان ينبغي بنا ان نبحث عن طرائق مثلى للتطور القانوني.

٥٩- والحقيقة ان البلاد الأنكلوسكسونية كانت السباقة في ادراك عنصر المستقبل في القاعدة القانونية، فاخذت انظمتها القانونية بفكرة (الضوابط القانونية) لكي تواكب بها التطورات الحاصلة في المجتمع، وهي بهذا الأتجاه قد فضلت تحقيق العدالة على تطبيق القانون غير المواكب للتطور عند التعارض.

٦٠- ولخصوصية النظام القانوني السائد في هذه البلاد، وجد البعض-بحق- ان طريقة (الضوابط القانونية) لاينسجم الأخذ بها وترك (القواعد القانونية) جانبا، الا في تلك البلاد فحسب، اما في البلاد التي تتسم بتفوق دور التشريع على غيره من مصادر تطبيق القانون، فانه لابد من احترام ماللتشريع من دور مهم في استقرار المعاملات نظرا لوضوحه وامكان معرفة احكامه من قبل الأشخاص الخاضعين لأحكامه، لكن يجب الأيكون هذا الأحترام تقديسا له، بل يجب ان نجعله -مع دوره الأصلي- اداة لتطور القانون، وهذا لايحصل بداهة الا بجعله يتسم بسمات تجعله لايتعارض مع المبدأ السامي في القانون، وهو (تحقيق العدالة)، وهو -غالبا- ما لايتعارض وهذا المبدأ، اذا ما كان مسايرا ومواكبا لتطورات المجتمع، وهو لايكون كذلك الا اذا احتوى على: مبادئ عامة، وقواعد قانونية مرنة، ينظر واضعها الى المستقبل، من دون ان يقتصر تصوره على الواقع الحاضر فحسب. لكن يجب ان يتم ذلك على وفق آلية تحول دون تحكم القضاة،

وتعلية ارادة القاضي على ارادة المشرع، لذا يجب مراعاة الملاحظات التي ذكرناها في الفقرة (٥٥) وما بعدها. وهذه هي توصيات البحث، التي تمثل الحلول التي وضعناها لفكرة التطور القانوني، فمن كان له غيرها، كنا له اول الشاكرين، فالمهم ان نجعل تشريعاتنا متقدمة ومتطورة. ويكفي لي ان اكون قد اثرت في الأذهان موضوعا خطيرا، فان وفقت في معالجته، فما توفيقي الا بالله، والا فان الكمال لله وحده.(ربنا آتنا من لدنك رحمة وهيء لنا من امرنا رشدا).

المصادر

- احمد سويد، هكذا كان القضاء عند العرب، مؤسسة المعارف، بيروت، ١٩٨٦.
- د.آدم وهيب النداوي ود.هاشم الحافظ، تاريخ القانون، بيت الحكمة، بغداد، ١٩٨٩.
- د.اكرم الوتري، فن اعداد وصياغة القوانين، بحث منشور في مجلة القضاء، تصدرها نقابة المحامين في العراق، ع٣، السنة٢٦، ١٩٧١.
- د.حامد زكي، التوفيق بين القانون والواقع، بحث منشور على قسمين في مجلة القانون والأقتصاد، تصدرها كلية الحقوق بجامعة القاهرة، العدد الأول، من السنتين الأولى والثانية على التوالي، ١٩٣١،١٩٣٢.
- د.حسن علي الذنون، فلسفة القانون، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٥.
- د.حسن كيرة، المدخل الى القانون، منشأة المعارف، الأسكندرية، ١٩٧٤، ط٥.
- د.خالد الزعبي ود.منذر الفضل، المدخل الى علم القانون، مكتبة دار الثقافة، عمان، ١٩٩٨.
- دينيس لويد، فكرة القانون، ترجمة: سليم الصويص، عالم المعرفة، الكويت،١٩٨١.
- د.رمضان ابو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، (القاعدة القانونية)، الدار الجامعية، بيروت،١٩٨٥.
- د.سعيد عبد الكريم مبارك، اصول القانون، دار الكتب، الموصل، ١٩٨٢.
- د.سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الأسكندرية، ١٩٧٣.
- د. صبيح مسكوني، محاضرات في تاريخ القانون العراقي، مطبعة شفيق، بغداد، ١٩٧٠.
- د.صلاح الدين الناهي نصوص قانونية وشرعية، مطبعة الأيمان، بغداد،١٩٧١.
- د.صلاح الدين الناهي، النظرية العامة في القانون الموازن وعلم الخلاف، مطبعة اسعد، بغداد،١٩٦٨.
- د.صوفي حسن ابو طالب، مبادئ تاريخ القانون، القاهرة، ١٩٦٣.
- د.عباس العبودي، تاريخ القانون، دار الكتب،الموصل، ١٩٩٧،ط٢.
- د.عبد الله مصطفى، علم اصول القانون، شركة الفكر، بغداد، ١٩٩٥.

- عبد الباقي البكري، مبادئ العدالة، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، تصدرها كلية القانون، جامعة بغداد، عدد خاص، مايس١٩٨٤.
- عبد الباقي البكري وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون، مطابع التعليم العالي، الموصل، ١٩٨٩.
- عبد الرحمن البزاز، مبادئ اصول القانون، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٨،ط٢.
- عبد الرحمن البزاز، الموجز في تاريخ القانون، مطبعة الرشيد، بغداد، ١٩٤٩.
- د.عبد القادر الشيخلي، فن الصياغة القانونية، مكتبة دار الثقافة، عمان، ١٩٩٥.
- د.عبد المنعم البدراوي، المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، بيروت،١٩٦٦.
- د.علي محمد جعفر، تاريخ القوانين والشرائع، بيروت، ١٩٨٢.
- د.مجيد حميد العنبكي، المدخل الى دراسة النظام القانوني الأنكليزي، وزارة العدل، بغداد، ١٩٩٠.
- د.محمد بن ابراهيم، الحيل الفقهية في المعاملات المالية، الدار العربي، بيروت،١٩٨٣.
- محمد سليمان الأحمد، عناصر القاعدة القانونية (الفرضية والحكم)، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، تصدرها كلية القانون، جامعة الموصل، ع٥، ايلول،١٩٩٨.
- د.محمود عبد المجيد مغربي، الوجيز في تاريخ القانون، بيروت، ١٩٧٩.
- د.هاشم الحافظ، تاريخ القانون، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٢.
- د.هشام علي الصادق، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٤،ط٣.