محاضرات الفصل الدراسي الثاني 2021/2020 إعداد / م.م زينب كاظم مطلك

المادة / مدخل قانون المحاضرة الخامسة/ المصادر التفسيرية (المصادر غير الرسمية)

تعريف المصدر التفسيري / هو المرجع الذي يستعان به في إزالة غموض القاعدة القانونية وإستكمال نقائصها والذي يسترشد به القاضي من تقصي مفهوم القواعد التي يستخلصها من المصادر الرسمية دون أن تكون له قوة إلزام .

والمصادر التفسيرية للقانون إستناداً إلى نص الفقرة (3) من المادة (1) من القانون المدني العراقي هي (القضاء , الفقه) .

المصدر الأول (القضاء) القضاء ويقصد به مجموعة المحاكم الموجودة في دولة معينة , أو هو مجموعة الأحكام التي تصدرها المحاكم , أو هو مجموع المبادئ القانونية المستخلصة من استقرار المحاكم على إتباعها والحكم بمقتضاها وما يعنيه لفظ .

مميزات القضاء /

1- **يشمل الجانب العملي للقانون فيتولى تطبيق القواعد القانونية ويبت في القضايا ويضع الحلول العملية للجزئيات دون ضمان التناسق فيما بينها .**
2- **يتميز بالطابع الواقعي ويقوم على ما ينبع من واقع الحياة من منازعات لحسمها ويجعل القانون مسايراً مع روح العصر .**
3- **إن المحاكم أقدر على تطبيق ما تراه من تفسير للقانون من الفقهاء بحكم وظيفتها فهي التي تتولى تطبيق القانون على المنازعات وتخرج ما تراه إلى حيز الوجود والعمل**

منزلة القضاء في المجتمع القديم /

1- في القانون الروماني كان البريتور يتولى شؤون القضاء إذ يُنتخب لمدة سنة يصدر في فاتحتها منشوراً يسمى بـ (المنشور البريتوري) يدرج فيه القواعد التي يلتزم بإتباعها في قضائه , وكان كل بريتور يضمن في منشوره ما أثبت العمل صلاحه في التطبيق مما اشتمل عليه منشور سلفه ويضيف إليه من القواعد ما يتناول منشور سلفه بالتغيير أو الإضافة , ولم يكن القاضي ملزماً بالتقيد بأحكام منشوره في بادئ الأمر ثم أصبح عدم التقيد يُشكل مخالفة قانونية , ثم ظهر ما يسمى بـ (المنشور الدائم) وتم تجميعه تجميعاً رسمياً عرف بأسم (القانون البريتوري) .

2- في المجتمع الإسلامي / 7مر القضاء بثلاثة مراحل الأولى في عهد الرسول (ص) وفيها لم يؤدي القضاء دوراً مهماً لأن الكتاب والسنة كانا وحدهما مصدري الشريعة , والمرحلة الثانية بدأت بعهد الخلفاء الراشدين وإنتهت بتدوين الفقه الإسلامي وفيها برز دور القضاء في استنباط الأحكام الشرعية لمواجهة التطورات في المجتمع الإسلامي والمرحلة الثالثة بدأت بتدوين الفقه الإسلامي وفيها تعاظمت أهمية الفقه وتضائل شأن القضاء .

3- في المجتمع الإنكليزي / أدى القضاء دوراً هاماً وكان وما يزال يعتبر مصدراً رسميا للقانون لأن النظام القانوني يقوم في جانب منه على مبدأ السوابق القضائية وتعني بأن كل محكمة تلتزم بالمبدأ القانوني الذي بنت عليه حكمها السابق أو ما يسمى بحكمة القرار كما تلتزم بالمبادئ القانونية التي قررتها المحاكم التي تماثلها أو تعلوا عليها في المرتبة , ويعود سبب التمسك بالسوابق القضائية إلى أن القانون الإنكليزي غير مقنن وقد تكامل كيانه وتم تطوره بفعل القضاء , بالإضافة إلى سمو المنزلة التي يحلها القاضي في المجتمع الإنكليزي .

منزلة القضاء في المجتمع المعاصر / القضاء العراقي لا يأخذ بمبدأ السوابق القضائية فمحكمة التمييز حرة في العدول عن المبادئ التي قامت عليها قراراتها السابقة , ولا تلتزم بقراراتها محاكم الدرجتين الأولى كمحاكم البداءة والثانية كمحاكم الإستئناف فيما يطرح أمامها من خصومات مشابهة ولا يلزم قضاء محكمة التمييز غيرها من المحاكم إلا في حالة واحدة نصت عليها المادة (215) من قانون المرافعات رقم (83) لسنة 1969 وهي في حالة إذا كان الحكم المميز صادراً من محكمة الإستئناف أو البداءة يقتصر في إتباع قرار النقض على ما تضمنه من إجراءات أصولية فقط إلا إذا كان قرار النقض صادراً من الهيئة العامة فأنه يكون واجب الاتباع في جميع الاحوال , كما قضت بأنه إذا أصرت محكمة الإستئناف أو البداءة على حكمها بعد إعادة الدعوى إليها وخالفت في ذلك قرار الهيئة الخاصة لمحكمة التمييز وجب النظر في الطعن الثاني أمام الهيئة العامة لمحمة التمييز في العراق .

المصدر الثاني (الفقه) / يفيد مصطلح الفقه معنيين أولهما : مجموع آراء علماء القانون القائمة على دراسة القانون دراسة تحليلية إنتقادية والجامعة بين استخلاص الأحكام القانونية من مصادرها بالطرق العلمية ومناقشة هذه الأحكام للكشف عن نقائض القانون وعيوبه , وثانيهما : علماء القانون أنفسهم الذين تخصصوا في شرح القانون وتفسيره ونقده .

مميزات الفقه /

1. **يمثل الجانب العلمي للقانون خلافاً للقضاء الذي يمثل الجانب العملي له لأنه يقوم بإستخلاص الأحكام الجزئية من الأصول الكلية للقواعد القانونية بالطرق العلمية ومناقشة قواعد القانون بالطرق العلمية للكشف عن عيوبها ومزاياها ووضع نظريات عامة تنطبق على جزيئات كثيرة منسقاً بين حلولها .**
2. **يتميز بالطابع النظري خلافا للطابع الواقعي الذي يتميز به القضاء وهذا يبرز فيما يلجأ إليه الفقه من تصور وافتراض والبحث عن إتجاهات جديدة إبتغاء الأخذ بأسباب التطور ولكنه قد يبتعد فيما يراه عن واقع مجتمعه .**
3. **إن آراء الفقهاء لا تخرج إلى التطبيق العلمي إلا إذا أخذت بها المحاكم طوعاً فهو يتجرد من الصيغة الرسمية ولا يتمتع بقوة إلزام ذاتية تلزم القضاء بآراء الفقهاء .**

منزلة الفقه في المجتمع الرومانى / مرَّ الفقه الرومانى بأربعة مراحل هى

1. **المرحلة الأولى هي المرحلة العملية وفيها عكف فريق من النابهين على دراسة القانون وتقديم الفتاوى والمرافعة في القضايا الهامة .**

2- المرحلة الثانية تميزت بظهور المدارس الفقهية وتجاوزت مهام الفقيه إلى تعليم القانون للشغوفين بمعرفته وتلقينهم وأسست مدرستين فقهيتين هما المدرسة البروكولية والمدرسة الأسبانية .
3- المرحلة الثالثة سميت بالعهد الذهبي للقانون الروماني وظهرت طائفة من القهاء سموا بالفقهاء الخمس العظام (كاييس , بابنيان , البيان , بول , ديموستين) , وفي هذا العهد أصبح الفقه مصدراً رسميا للقانون ينسب إليه إنشاء كثير من قواعد القانون الروماني .
4- المرحلة الرابعة تضائل فيها شأن المنشورات الفقهية كمصدر للقانون وأخذ التقليد يحل محل الإجتهاد ثم صدر قانون إمبراطوري ألزم الفقهاء بالإقتباس من آراء الفقهاء الخمسة العظام والتقيد برأي الأكثرية منهم عند الإختلاف , ثن جمعت آراء الفقهاء ورتبت في عهد الإمبراطور جستنيان لتصبح جزء من موسوعته الشهيرة التي عرفت بإسم تقنين جستنيان .

منزلة الفقه في المجتمع الإسلامي / مرَّ الفقه الإسلامي بأربعة مراحل هي

1- دور النشوء الذي بدأ بنزول القرآن الكريم وإنتهى بوفاة الرسول (ص) , وقد احتوى القرآن الكريم على تنظيم لشؤون العبادات والمعاملات عرف بإسم فقه القرآن وتولى الرسول الكريم تفصيل مجمله وإضافة ما اقتضته وقائع الحياة من أحكام إليه
2- مرحلة النمو بدأت بعهد الخلفاء الراشدين وإنتهت بتدوين الفقه الإسلامي وفيها بدأ الإجتهاد يلعب دوره لمواجهة مستجدات المجتمع وتطوراته .
3- مرحلة نضج الفقه بدأت بظهور مذاهب الفقه الإسلامي وتدوين الفقه ووصفت بالعهد الذهبي للفقه الإسلامي
4- مرحلة التقليد بدأت بإتفاق أكثر أئمة المسلمين على قفل باب الإجتهاد لولا قيام عدد قليل من كبار الفقهاء بإستنباط الأحكام وما زال هذا العهد قائما في ظل قفل باب الإجتهاد الذي لا سند له في الشريعة الإسلامية .

منزلة الفقه في المجتمعات الأخرى / لم يؤدي الفقه المجتمعات الأخرى دوراً 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 تأثير في الإتجاه القضائي بما خلقوه من مبادئ ونظريات .