القواعد الفقهية: صلاحية استخدامها مع تطور القوانين الوضعية

م.م. ليث حيدر عجه

وزارة التربية-المديرية العامة للتربية في محافظة القادسية

layth.hayder@qu.edu.iq

المستخلص

تبحث الدراسة في موضوع تأثير الشريعة الاسلامية تحديداً قواعد الفقه الإسلامي على القاعدة القانونية وفيما اذا كان الاخذ من تلك القواعد يلائم المعالجة القانونية لمختلف المسائل مهما تعددت وتطورت، مع الاشارة الى ضرورة التفريق بين الفقه والشريعة، هذه الأخيرة تضم ما يتقرر في القرآن الكريم والسنة النبوية من عقائد دينية وتعاليم أخلاقية وقواعد علمية وملية، أرشد فيها الشارع الحكيم إلى كثير من مسائلها عن طريق كليات مُحكَمة وأصول راسخة ومقاصد دائمة تدل عليها دلائل خاصة وقرائن بَينة وإمارات معقولة، بينما يقتصر الفقه على القواعد العملية في قسم أو جزء واحد منها فقط، فيبحث عن الوقائع والأحكام ويحدد ويصور ويفترض ويقيم الحجج ويبث بمقتضى الشرع، أما الشريعة فهي أعم من الفقه، إلا أن هذا -الفقه- يستمد قواعده منها وفق أصول شرعية عقلية ونقلية، مما يجعل قواعده كذلك مرنة ومتطورة.

الكلمات المفتاحية: القواعد الفقهية، القاعدة القانونية، القانون المدني، الاحوال الشخصية.

Abstract

The study examines the issue of the impact of Islamic law, specifically the rules of Islamic jurisprudence, on the legal rule and whether taking from those rules is appropriate for the legal treatment of various issues, no matter how numerous and developed they are, with reference to the necessity of distinguishing between jurisprudence and law, the latter of which includes what is determined in the Holy Qur'an and the Sunnah of the Prophet. Religious beliefs, moral teachings, and scientific and religious rules, in which the wise legislator guided many of their issues through solid universals, established principles, and permanent goals indicated by special evidence, clear evidence, and reasonable indications, while jurisprudence is limited to practical rules in one section or part of them only, so it searches for facts. The rulings are defined, depicted, assumed, arguments are established, and they are communicated in accordance with Sharia law. As for Sharia law, it is more general than jurisprudence, but this - jurisprudence - derives its rules from it according to rational and traditional legal principles, which also makes its rules flexible and developed.

Keywords: jurisprudential rules, legal rule, civil law, personal status.

المقدمة

من ابرز الشرائع السماوية التي اهتمت بتأسيس نظام قواعدي متكامل هي الشريعة الاسلامية الغراء، والتي تمتاز بمرونتها وقدرتها على التجاوب مع الحياة البشرية مر العصور، علاوة على ما تتصف به من روح سمحة تراعي الظروف الانسانية التي قد يمر بها كل فرد، وفق ضوابط شرعية محكمة. فتعتبر القواعد الفقهية من أبرز الدلائل على الطاقات الهائلة التي يختزنها الفقه الإسلامي؛ لأنها تمثل التطور والتقدم الهائل في الصياغة التقعيدية للأحكام الشرعية، إذ استطاعت هذه القواعد بعبارتها الموجزة وألفاظها القليلة أن تستوعب جزئيات كثيرةً وفروعاً متعددة مختلفة في موضوعاتها متحدة في معانيها، مما ينم عن الوحدة المنطقية والاتساق الكامل الذي يسود الفقه الإسلامي، والروح الواحدة التي تسري بين جنباته، ويدل على العبقرية البارزة التي يتصف بها الفقهاء الأعلام ممن اجتهدوا بإيجاد هذه

القواعد وصياغتها الصياغة المحكمة، ونظراً للقيمة العلمية، والصياغة المحكمة لتلك القواعد فقد استفادت منها كثير من التشريعات المعاصرة، و على الرغم مما يبدو ظاهرِيا أن القانون العراقي لا سيما المدني يندرج تحت لواء العائلة اللاتينية، إلا أن البحث في ثنايا هذه القوانين يُظهر لنا عكس ذلك.

أهمية البحث:

تتجسد أهمية البحث بإظهار تأثير قواعد الفقه الاسلامي على القانون العراقي، فالدراسة تبين بجلاء تأثر القانون العراقي - إلى حد كبير - بالشريعة الإسلامية. عبر البحث في صلاحية القواعد الفقهية وتأثريها على ازدهار ورقي القواعد والاحكام القانونية، فالقواعد الفقهية الواردة في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة جاءت لسد حاجة المستحقين والاخيرة هي غاية التشريع، لذا تنبع اهمية هذه الدراسة عبر عملية رصد بعض هذه القواعد الفقهية والكشف عن تأثيرها على القانون، لا سيما وان هناك تطورات اجتماعية متسارعة بالعصر الحديث، الذي ابتعد بجوانب متعددة عن بعض هذه القواعدبداعي عدم ملاءمتها.

إشكالية البحث:

تتمثل مشكلة البحث في بيان مدى تأثير قواعد الفقه الاسلامي على القانون العراقي، وما ينبغي حيال هذا التأثير، وأثره على المشرع والقاضي في ظل النصوص القانونية النافذة.

منهجية البحث:

وتنتهج الدراسة منهج الدراسة التحليلية للنصوص القانونية العراقية. حيث تناولت الدراسة هذا التأثير من خلال النص القانوني والذي يجعل الشريعة الإسلامية مصدر له مكانة مهمة، ومدى تأثير هذا النص على القانون المدني او قانون الاحوال الشخصية. حيث تم تحليل هذا النص ودراسته مع عرض الاراء الفقهية ذات الصلة. وانتهت الدراسة إلى عدة نتائج وتوصيات ابرزها ضرورة الأخذ بتقنين الفقه الإسلامي بضوابط معينة.

هيكلية البحث:

تماشياً مع موضوع البحث اعتمدنا التقسيم الثنائي له، إذ ذهبنا الى تقسيم الدراسة على مبحثين، نخصص الاول لبحث ذاتية القاعدة الفقهية، اما المبحث الثاني فهو مخصص لبحث تأثير القاعدة الفقهية على القانون العراقي.

المبحث الاول

ذاتية القاعدة الفقهية

الفقه الاسلامي هو العلم بالاحكام الشرعيه العمليه التي تستنبط من الادله التفصيليه وهي القران والسنه النبويه، وان البحث في القواعد الفقهيه انما يستلزم ان نعرج على نشاه تلك القواعد وتمييزها عما يشتبه بها ويثير اللبس والغموض الا وهي القواعد الاصوليه وذلك بتقسيم المبحث على مطلبين.

المطلب الاول

نشأة قواعد الفقه الاسلامي

لم تقنن قواعد الفقه الاسلامي دفعه واحده او على نحو متكامل بل مرت بمراحل حتى بلغت النضج والكمال الذي هي عليه اليوم حيث لم ينشا الفقه الاسلامي عموما دفعه واحده بل مره بمراحل بدات من عصر النبوه الذي جاء فيه التشريع الالهي وهو العصر الذي يعتبر اساس الفقه في جميع ادواره وعصوره، ثم ظهرت الحاجه بعد وفاه الرسول الاعظم الى معرفه احكام المسائل والوقائع الجديده والاجتهاد في ضوء قواعد الشريعه ومبادئها العامه سواء في عهد الخلفاء او عهد التابعين وما لحقها من مراحل وقد تاثرت تلك المراحل بالحياه السياسيه المضطربه في تلك العصور وبعيدا عن الجدل التاريخي والسياسي لتلك المراحل ما يهمنا الاشاره الى ان قواعد الفقه الاسلامي التي استسقى منها القانون المدني العراقي نصوصه وردت اغلبها ضمن مجله الاحكام العدليه وهو التشريع الخاص بالعهد العثماني هي فقه وما يعرف اليوم بالقانون المدني الجديد للدوله العثمانيه والبلدان التابعه لها انذاك وهي العراق وسوريا والاردن

ولبنان[١]، وقد وضعت المجله مواد قانونيه بلغت ١٨٥١ مادة، وعرفت هذه المواد باسم مجله الاحكام العدليه وهي اول تدويل للفقه الاسلامي في المجال المدني[٢] ، وقد اخذت من الفقه الحنفي تحديداً، لذا جاء المشرع العراقي متاثرا بهذا المذهب، وقد ورد ضمن الاسباب الموجبه لتدوين المجله ما جاء في تقرير اللجنه الذي رفعته الى الصدر الاعظم علي باشا في محرم سنه ١٢٨٦ هجريه جاء فيه: " ان علم الفقه بحر لا ساحل له واستنباط درر المسائل اللازمه فيه لحل المشكلات يتوقف على مهاره علميه وملكه كليه وعلى الخصوص مذهب الحنفيه لانه قام فيه مجتهدون كثيرون متفاوتون في الطبقه ووقع فيه اختلافات كثيره..."[٣]، وقد كان هدف اللجنه كما ورد بالتقرير تاليف كتاب في المعاملات الفقهيه يكون مضبوطا سهل الاستعمال والمطابقه على كل احد[٤]، وقد صدر الامر بالعمل بهذا القانون في ٢٦ شعبان من العام ١٢٩٣م وطبقه في تركيا والبلاد التابعه لها ومنها العراق الذي ظل يستخدم المجله كتشريع رسمي حتى تشريع القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنه ١٩٥١.

وعليه يعتبر صدور المجله نقطه تحول مهمه في تاريخ تدوين قواعد الفقه الاسلامي وخطوه متقدمه في التقنين والتشريع وهي الخطوه التي تاثر بها المشرع العراقي واصدر لنا القانون النافذ اليوم.

المطلب الثاني

تمييز القاعدة الفقهية عن القاعدة الاصولية

عرفت القاعدة بتعريفات عدة، فقيل انها:" حكم كلي ينطبق على جميع جزيئاته لتعرف أحكام الجزيئات التي تندرج تحته"(٥)، كما عرفت بانها: "حكم أغلبي ينطبق على معظم جزيئاته لتعرف أحكامها منه"(٦)، كما عرفت بانها: " هي قضايا كلية ينطق حكمها على الجزيئات التي تتدرج تحتها فيعرف بها حكم هذه الجزيئات"(٧). وان وجود الاستثناءات على اي قاعدة لا يخل بكليتها وعموميتها، وعمومها ، كما أن بعضها يخصص والبعض الاخر يقيد ، لذلك يقال فيها حكم أغلبي لا حكم كلي.

ويوجد هناك قواعد أصولية كما أن هناك قواعد فقهية ، مع ذلك هناك بعض الفقهاء يلتبس عليهم القاعدة الفقهية والاصولية، ولم يفرقوا بينها، مع ان هناك فرق كبير بين الاثنين، ويمكن ان نبين تلك الفروقات على النحو الآتي:

اولاً: من حيث النشأة

تعود نشأة أحكام الفقه لنشأة الاسلام، على اعتبار ان الاسلام هو مجموعة من العقائد والاخلاق والاحكام العمليه. مثال ذلك أنما الاعمال بالنيات . في حين ان نشأة علم الاصول تعود الى القرن الثامن الهجري فلم تعد له حاجة في القرن الهجري الاول. والرسول صلى الله علية واله وسلم كان يفتي و يقضي بما يوحي إليه ربه . والقواعد الاصولية نشأ

---

(١) عبد الكريم زيدان، الدخل لدراسة الشريعة الاسلامية، دار عمر بن الخطاب، الاسكندرية، ١٩٨٢، ص١٥٢.

(٢) لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية: مجلة الاحكام العدلية، تحقيق نجيب هواويني، نشر: نور محمد، كارخانة تجارتِ كتب، آرام باغ، كراتشي، ص١.

(٣) عمر عبد الله، احكام الشريعة الاسلامية في الاحوال الشخصية، ط٢، دار المعارف، القاهرة، ١٩٨٥، ص١٣.

(٤) لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية: مجلة الاحكام العدلية، تحقيق نجيب هواويني، الناشر: نور محمد كارخانة، دون سنة نشر، ص١٦.

(٥) ابو سعيد الخادمي، خاتمة مجامع الحقائق، مطبعة محمود بك، ، ١٣١٨ هـ، ص٣٠٥.

(٦) صالح بن غانم السدلان، القواعد الفقهية الكبري وما تفرع منها، ط١ ، مجلد١، ١٩٩٧، ص١٤.

(٧) د. مصطفى احمد الزرقا، المدخل الفقهي العام ، ج٢ ، ط١، دار القلم للطباعة والنشر، ٢٠١٢، ص٤٦١.

معظمها من الالفاظ العربية وما يعرض لها من نسخ وترجيح. ومن امثلة القواعد الاصولية الامر للوجوب ، والكلام يحمل علي عمومه، ولم يبدأ حصر القواعد الفقهية وتقنين عملها حتى مرحلة استقراء المذاهب(٨).

ثانياً: من حيث الهدف

تهدف القواعد الفقهية الى تنظيم شؤون الافراد، فعلم قواعد الفقه الهدف منه تطبيق الاحكام الشرعية على أفعال الناس واقوالهم، حيث ان الفقه هو مرجع القاضي في قضاياه والمفتي بالنسبة لفتواه، و مرجع كل مكلف الى معرفة الحكم الشرعي وما يصدر عنه من أقوال وأفعال . في حين ان علم أصول الفقه غايتة تطبيق قواعده ونظرياته على الادلة التفصيلية، بالتوصل للاحكام الشرعية التي تدل عليه، و تطبيق قواعده ونصوصه، وبه تفهم النصوص الشرعية و يعرف ما تدل عليه من احكام(٩).

ثالثاً: من حيث الالية

لا تبحث القواعد الفقهية بالادلة الكلية او في ما تدل عليه من أحكام، بل تبحث بالدليل الجزئي، وما يشير له من دليل جزئي، ويأخذ الفقيه القواعد الكلية التي هدي إليها الاصوليين، فيجتهد بموضوعها للوصول للاحكام الجزئية، مثال حرمة الزنا يصل اليها من قاعدة النهي المطلق يفيد التحريم(١٠). في حين ان القواعد الاصولية لا تبحث بالادلة الجزئية او ما تدل عليه من احكام جزئية، بل تبحث بالدليل الكلي وما يدل عليه من حكم كلي، ليضع قواعد كلية . ويبحث بالادلة الكلية بإستقراء الجزيئات التفصيلية، ويستعين بها على إستنباط الاحكام الفرعية من أدلتها التفصيلية، مثال ذلك ان الامر المطلق يفيد الوجوب[١١].

رابعا: من حيث المضمون

علم قواعد الفقه مضمونه يكون المكلف، بالنسبة لما يثبت له من الاحكام الشرعية لقضية فقهية من عبارات، ومعاملات وغيرها لمعرفة كل فعل من الافعال مثال ذلك (قاعدة المشقة تجلب التيسير)، اما علم أصول الفقه موضوعه الدليل الشرعي الكلي، من ناحية ما يثبت به من الاحكام الكلية، فكل اصولي يبحث في القياس وحجتة والعام، مثال القرآن هو الدليل الشرعي الاول وفية كل الاحكام من أمر ونهي وعام وخاص وغيرها[١٢].وما يجدر الاشارة له ان هناك بعض القواعد تشمل الموضوعين مثل العرف وسد الذرائع، ان نظر الي العرف على أنه فعل صادر من المكلف كان قاعدة فقهية وعلى أنه إجماع عملي كان قاعدة أصولية، وسد الذرائع إذا نظر على إنه فعل مباح أدي الي محرم كان قاعد فقهية، وان نظر إليه على أنه دليل تحريم فهي قاعدة أصولية. [١٣]

---

(٨) الموسوعه الكويته صادره من وزارة الشؤون والاوقاف، ج١، دون سنة نشر، ص٢.

(٩) احمد محمود الشافعي، أصول الفقه الاسلامي ، مؤسسة الثقافة الجامعية، ١٩٨٣، ص ١٤.

(١٠) المصدر نفسه، ص٩.

(١١) عبد الكريم زيدان، الوجيز في اصول الفقه، مؤسسة الرسالة الاولى، ٢٠٢٠، ص١٣.

(١٢) د. عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه ، ط٨ دار القلم، القاهرة، ٢٠٠٩ ، ص ١٢.

(١٣) محمد هشام البرهاني، سد الذرائع في الشريعة الاسلامية، مجلد١، دون دار ومكان نشر، ١٩٩٥، ص١٦٠ . د. يعقوب الباحسين، القواعد الفقهية، تقديم: د. عبد الرحمن بن عبد العزيز السديس، ط٢، دار التدمرية، الرياض، ٢٠١١، ص١٣٨.

خامساً: من حيث النطاق

يعني محتوي كل علم من العلوم بحسب القضايا التي يتضمنها كلية كانت أم أغلبية . القواعد الفقهية في الغالب أغلبية قد تختلف عنها بعض الجزيئات فلا تندرج تحتها كقاعدة (إطلاق البصر) فإن أكثر النظر يكون بشهوه ، وقليل منه دون شهوه فحرم النظر وعمل الكل معاملة الاغلبية والاكثرية، في حين ان القواعد الاصولية كلية تضم جميع جزيئاتها مثال قاعدة (الامر المطلق يفيد الوجوب) فهي تضم جميع جزيئاتها كل أمر مطلق يفيد الوجوب ولا يختلف أمر مطلق عن الوجوب ابدا(١٤).

سادساً: من حيث حقيقة كلاً منهما

لقواعد الفقهية تعبر عن حكم شرعي كلي كالامور بمقاصدها تتضمن حكم شرعي كلي تندرج تحته كثير من الجزيئات . في حين ان القواعد الاصولية حقيقتها قواعد إستدالية يلتزمها الفقيه ليعتصم بها عن الخطأ بالاستنباط ، مثال النهي المطلق يفيد التحريم لتعين الفقيه في إستنباط الحكم الشرعي(١٥).

المبحث الثاني

تأثير القاعدة الفقهية على القانون العراقي

كانت القواعد الفقهية ولا تزال تلعب دوراً بارزاً في المجال القانوني، ويبرز هذا الدور من الناحية التكميلية للقاعدة القانونية او التفسيرية، وسنبحث في هذا الدور عبر مطلبين.

المطلب الاول

مكانة القاعدة الفقهية

قبل العام ١٩٥١ كانت المجلة هي التشريع المتخصص بتنظيم المعاملات المدنية المالية في العراق وهو التشريع المدني الخاص بالدولة العثمانية، وما ان تم تشريع القانون المدني العراقي في العام ١٩٥١ واصبح ساري المفعول حتى تبين للجميع ان العديد من احكامه مستسقاة من الفقه الاسلامي ولا سيما الفقه الحنفي، حيث تم نقل الكثير من القواعد الفقهية لهذا التشريع(١٦)، فضم بين طياته احكام فقهيه كلية في تطبيقات عدة، كنظرية بطلان العقد، واحكام الغصب، والاتلاف، ونظرية التعسف في استعمال الحق، ونظرية الظروف الطارئة وحوالة الدين، والدين المشترك، حيث تعود اصولها الى الفقه الاسلامي وان كانت تفصيلاتها مستمدة من مصادر اخرى.

وان كان المشرع العراقي واستناداً للمادة الاولى في القانون المدني العراقي والمشار لها فيما سبق اشارت الى مصادر هذا القانون وبحسب التسلسل: التشريع والعرف ومبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد

---

(١٤) عبد الكريم بن علي بن محمد النملة، جامع مسائل اصول الفقه وتطبيقاتها، مكتبة الرشد، ٢٠٠٨، ص١٢.

(١٥) محمد ابو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، القاهرة، دون سنة نشر، ص١٠ .

(١٦) عبد الرحمن عبد الله الصراف، الفقه والقضاء الاسلامي، دراسة تاريخية قانونية مقارنة، ط١، دار ومكتب الكون، الموصل-العراق، ٢٠٠٩، ص١٨١.

بمذهب معين، واخيراً بموجب مبادئ العدالة، وبالتالي هو فضل العمل بالعرف على الشريعه الاسلامية كما عبر عن ذلك الدكتور مصطفى الزلمي، كما انه وبحسب راي الاخير قد قيد مبادئ الشريعة الاسلامية بالملائمة على الرغم من ان لا يوجد في هذه الشريعة مبادئ غير ملائمة، وبالتالي كان من المفترض ان يذكر الفقه الاسلامي عوضا عن الشريعة الاسلامية ، كما انتقد الدكتور الزلمي موقف المشرع العراقي بالقول:" قرات رساله لدى الاستاذ الفاضل ضياء شيت خطاب رحمه الله بخط المرحوم السنهوري الذي ساهم باعداد مشروع القانون المدني العراقي النافذ، وهو ما يعاتب من معه في لجنة الاعداد عن تقديمهم العرف على الشريعة الاسلامية"(١٧).

يتجه رجال القانون في العراق كلما سمحت لهم الفرصة الى الاخذ بالفقه الاسلامي وهو ما نجم عنه قانون مدني جامع بين قواعد ونظريات تم نقلها عن الفقه الاسلامي، فهو من التشريعات الاكثر صله بالقوانين ليس على مستوى القانون المدني فحسب، بل حتى فيما يتعلق بقانون الاحوال الشخصية العراقي، حيث يوجد العديد من النصوص القانونية المستوحاة او المقتبسة من فقه الشريعة الغراء، فهي تؤثر في الجانب القانوني تاثيراً كبيراً، ومتى ما وجد القاضي نفسه امام مهمة استكمال او تفسير احكام القانون فانه دون شك يجد ضالته في احكام الفقه الاسلامي، لا سيما وان هذه الاخيرة هي ادق تحديدا واكثر انطباقا من مبادئ القانون وقواعد العدالة، فقواعد الفقه الاسلامي من جانب هي مصدر تاريخي لكثير من قواعد القانون المدني العراقي، ومن جانب اخر هو مصدر رسمي للقانون المدني العراقي بموجب احكام المادة الاولى منه(١٨).

وما تجدر الاشارة له، ان المشرع العراقي كان موفقاً بعدم تقييد المحكمة بمذهب معين بل سمح باستخراج الحل المناسب من سائر المذاهب، وبالتالي منح القضاة السلطة التقديرية في الرجوع الى تلك القواعد واختيار المناسب للحالة المعروضة، هذا وقد استخدم المرحوم منير القاضي في شرحه للموجز للقانون المدني العراقي بعبارة (ملتقى البحرين) والذي يعني الجمع بين الفقه الشرقي والفقه الغربي، حيث يرى بان هناك تلاقي بين الفقه الاسلامي بالتشريع المدني الوضعي في المعاملات المدنية التقاء ايجابي وان المشرع العراقي قد فعل حسناً عندما وفق بين الاحكام المستوحاة من القواعد الفقهيه والمستوحاة من القانون الغربي(١٩). وعبر الدكتور صلاح الدين الناهي بالقول: " ان صلة التشريع الوضعي في العراق بفقه الشريعة الاسلامية صلة مزدوجة..."(٢٠).

ولعل ذلك ما يظهر لنا ان القواعد الفقهيه هي قواعد ملائمة ولا تعارض فيها مع الجوانب القانونية لاي تنظيم، وما هو الا دليل على تاثير هذه القواعد واصالتها وامكانية الرجوع لها في الكثير من الحالات.

المطلب الثاني

---

(١٧) د. احمد حميد سعيد. د. بشير سلطان شهاب، تأثير الفقه الاسلامي في اثراء القانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة كلية التربية الاساسية، مجلد١٦، عدد١، ٢٠١٩، ص١١٤٥.

(١٨) حسن علي ذنون، محاضرات في القانون المدني العراقي، جامعة الدول العربية معهد الدراسات العربية العالية، ٢٠١٦ ، ص٣.

(١٩) منير القاضي، ملتقى البحرين، الشرح الموجز للقانون المدني العراقي، دون دار نشر، بغداد، ١٩٥١، ص٤.

(٢٠) د. صلاح الدين الناهي، نصوص قانونية وشرعية، ط٢، المكتبة القانونية، بغداد، ١٩٧٦، ص١٤.

مظاهر تأثير القاعدة الفقهية على القانون العراقي

تـ أثر القانون العراقي بالقواعد الفقهية تأثراً كبيرا ظهر في مجال المعاملات المالية او الاحوال الشخصية، ولعل التطبيقات عديدة نذكر منها في مجال القانون المدني نظرية التعسف في استعمال الحق وهي من النظريات الراسخة في الفقه الاسلامي تطبيقاً للقواعد الفقهية (الضرر الاشد يزال بالضرر الاخف) [٢١]، وقاعدة (درء المفاسد اولى من جلب المصالح) [٢٢]، وهي قواعد فقهيه مستنده لقول الرسول عليه افضل الصلاه والسلام: (لا ضرر ولا ضرار)[٢٣] والتي تنهي عن التعسف والحاق الضرر بالاخرين، لذلك حرص المشرع العراقي على الاخذ بها ضمن القانون المدني، وجاء النص التشريعي على نحو يتوافق مع القاعدة الفقهية توافقا كلياً ، حيث نصت المادة (٦) من القانون المدني العراقي للقاعدة العامة في استعمال الحقوق وعدم ضمان ما ينشأ عن ذلك من ضرر اذا كان استعمال ا لحق جائزاً بالقول: "الجواز الشرعي ينافي الضمان فمن استعمل حقه استعمالاً جائزاً لم يضمن ما ينشا عن ذلك من ضرر"، كما نصت الفقرة الاولى المادة (٧) من القانون ذاته على ان: " من استعمل حقه استعمالاً غير جائز وجب عليه الضمان"،

كما ان القواعد الفقهية هي الاساس الذي تبنى عليه الكثير من الافكار القانونية، فعلى سبيل المثال ان الاحالة الى العرف من قبل المشرع العراقي جاءت بالاستناد الى القواعد الفقهية، ومن ابرز تلك القواعد ما يتعلق بمسائل الاحوال الشخصية كالنفقة، والذي تحكمه قواعد فقهية عدة، كقاعدة العادة المحكمة، والتي يراد بها ان العاده عامه كانت ام خاصه تجعل حكما لاثبات حكم شرعي وهي عباره عن ما يستقر بنفوس الاشخاص من امور متكرره معقوله عند الطبائع البشريه السليمه فتجعل العاده حكما في الامور التي لا نص فيها فيصار الى اثبات تلك الاحكام على ما تقضي به العاده او العرف متى ما لم يكن هناك نص شرعي يخالفها وهي واحده من القواعد الفقهيه الكليه في الفقه الاسلامي والتي ابرزت لنا دور العرف ومكانته ولا يخلو حكم فقهي بمختلف ابوابه من التعويل عليها، متى ما توافرت شروط اعمالها وذلك لما يحتله العرف من مكانة بين الافراد، والعودة الى هذه القاعدة يحقق التيسير للناس في المعاملات اليومية والتي نوضح ما يتعلق بها عبر اهم الادلة الخاصة بتلك القاعدة بعدها الاصل الشرعي لها من ناحية، وما تمثله من دليل على التعويل على العرف لأهميته من ناحية اخرى، ويعود التأصيل الشرعي للقاعدة ما ورد في قوله تعالى: (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفسا الا وسعها)، (البقرة/ الآية ٢٣٣)، وهو ما فيه دلالة واضحة على الاحالة للعمل بالعرف، وهو ما جاء في بيان تفسيرها بان لفظ المعروف الوارد بقوله تعالى هو لفظ مشتق من العرف والمتمثل بمراعاة حاله الاب من يسر وعسر في مقدار ما ينفق وليس من معروف الزام المعسر اكثر مما يقدر عليه ويمكنه، كما ورد ضمن السنة النبوية الشريفة قول الرسول محمد (صلى الله عليه واله وسلم) لهند زوجه ابي سفيان عندما جاءت تشتكي شح زوجها: (خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف) [٢٤]، فيلاحظ ان الاحالة صريحة من الرسول عليه افضل الصلاة والسلام للعمل بالعرف واعتباره الاساس في تقدير النفقة، يؤيده ما جاء عن القرطبي من تفسير المقصود بالمعروف وانه: (القدر الذي عرف بالعادة انه الكفاية) [٢٥].

---

(٢١) زين الدين بن ابراهيم بن محمد المعروف بأبن نجيم المصري، ت:٩٧٠هـ، الاشباه والنظائر، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٩، ص٧٥.

(٢٢) عبد الرحمن بن ابي بكر، جلال الدين السيوطي، ت:٩١١هـ، الاشباه والنظائر، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٠، ص٧٨.

(٢٣) ابو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجة (ت:٢٧٣هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار احياء الكتب العربية، مصر، باب من بني في حقه ما يضر في جاره، ٢٣٤٠: ٧٤٨/٢.

(٢٤) اخرجه البخاري، ينظر: عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري ، تحقيق وتخريج (احمد زهوة،احمد عناية)، طبعة جديدة مقابلة ومخرجة على كتب السنة الستة،ط١،دار الكتاب العربي ،٢٠٠٤، ص١٤٥١.

(٢٥) تفسير القرطبي ورد في: العسقلاني ، فتح الباري، ج٩، ص٦٣٠.

فيلاحظ ان القاعدة هي اساس او اصل الذي تتبناه نصوص القوانين في الاحالة للعرف في تقدير مشتملات النفقة، ومنها قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ بالنص الخاص بمشتملات النفقة، وكذلك مراعاه حاله الزوجين وغيرها من النصوص، وهي مستنده للقاعدة الفقهية المشار لها والتي تحيلنا الى العرف ومراعاة حالة اليسر والاعسار بناء على ما يمتلك الزوج من اموال، وهو ما اشارت له المادة ٥٨ من قانون الاحوال الشخصيه العراقي والتي تنص على ان: " نفقة كل انسان في ماله الا الزوجة فنفقتها على زوجها"، كذلك الماده ٢٤ في الفقره الثالثه من نفس القانون والتي تنص على: " تشتمل النفقة الطعام والكسوة والسكن ولوازمها واجرة التطبيب بالقدر المعروف وخدمة الزوجة التي يكون لأمثالها معين".

الخاتمة

اولاً: النتائج

١- إن تأثير الشريعة الإسلامية على القانون العراقي تأثير واضح، حيث ظهر ذلك من خلال النص في نصوص القانون المدني والتي تجعل من الشريعة مصدر احتياطي يتعين على القاضي أن يلجأ إليه في حالة عدم وجود نص تشريعي.
٢- في ضوء بيان التفرقة بين الشريعة والفقه تبين لنا ان المشرع العراق اكد على عدم التقيد بمذهب معين، بل ينبغي البحث عن الحكم في جميع المذاهب وان يتخير القاضي منها ما يتوافق ومصالح الناس ويدفع الحرج عنه، وعلى هذا الاساس يمكن القاضي إيجاد النظم الضرورية التي تحقق الخير والمصلحة للناس.
٣- تأثر القانون المدني العراقي وقانون الاحوال الشخصية بشكل خاص بشكل كبير وواضح بقواعد الفقه الاسلامي.
٤- اتضح لنا ان قواعد الفقه الاسلامي تشكل بمجموعها نظام شامل يستوعب مستلزمات الحياة العامة والخاصة للافراد، وهي كفيلة بتحقيق العدالة، فمرونتها –القواعد الفقهية- تجعلها قابلة للبقاء والفعالية في حل مشاكل الافراد على الدوام.

ثانياً: التوصيات

١- دعوة اصحاب القرار العودة والاستفادة من القواعد الفقهية عند سن التشريعات او تعديلها، وذلك لاثبات مرونتها وقدرتها على استيعاب المستجدات القانونية في المجتمع.
٢- دعوة القضاة إلى الاهتمام بإبراز دور القواعد الفقهية وكذا الضوابط ،من خلال تضمين القرارات القضائية وعند تسبيبها الاستدلال بهذه القواعد أسوة ببقية المحاكم في الدول العربية المتأثرة بقواعد الفقه الاسلامي. وكذا في إكمال النقص وخاصة بالنسبة للمسائل التي ترك المشرع حل المسالة لسلطة القاضي وتقديره فيها وأيضا لما لم يعالجه المشرع من مسائل.

قائمة المصادر

أولاً/ الكتب:

١- ابو سعيد الخادمي، خاتمة مجامع الحقائق، مطبعة محمود بك، ، ١٣١٨ هـ.
٢- ابو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجة (ت:٢٧٣هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار احياء الكتب العربية، مصر، باب من بني في حقه ما يضر في جاره، ٢٣٤٠.
٣- د. احمد حميد سعيد. د. بشير سلطان شهاب، تأثير الفقه الاسلامي في اثراء القانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة كلية التربية الاساسية، مجلد١٦، عدد١، ٢٠١٩.
٤- احمد محمود الشافعي، أصول الفقه الاسلامي ، مؤسسة الثقافة الجامعية، ١٩٨٣.
٥- الموسوعه الكويته صادره من وزارة الشؤون والاوقاف، ج١، دون سنة نشر.
٦- حسن علي ذنون، محاضرات في القانون المدني العراقي، جامعة الدول العربية معهد الدراسات العربية العالية، ٢٠١٦.
٧- زين الدين بن ابراهيم بن محمد المعروف بأبن نجيم المصري، ت:٩٧٠هـ، الاشباه والنظائر، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٩.

٨- صالح بن غانم السدلان، القواعد الفقهية الكبري وما تفرع منها، ط١ ، مجلد١، ١٩٩٧.
٩- د. صلاح الدين الناهي، نصوص قانونية وشرعية، ط٢، المكتبة القانونية، بغداد، ١٩٧٦.
١٠- عبد الرحمن بن ابي بكر، جلال الدين السيوطي، ت:٩١١هـ، الاشباه والنظائر، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٠.
١١- عبد الرحمن عبد الله الصراف، الفقه والقضاء الاسلامي، دراسة تاريخية قانونية مقارنة، ط١، دار ومكتب الكون، الموصل-العراق، ٢٠٠٩.
١٢- عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري ، تحقيق وتخريج (احمد زهوة،احمد عناية)، طبعة جديدة مقابلة ومخرجة على كتب السنة الستة،ط،١دار الكتاب العربي ،٢٠٠٤.
١٣- عبد الكريم بن علي بن محمد النملة، جامع مسائل اصول الفقه وتطبيقاتها، مكتبة الرشد، ٢٠٠٨.
١٤- عبد الكريم زيدان، الوجيز في اصول الفقه، مؤسسة الرسالة الاولى، ٢٠٢٠.
١٥- عبد الكريم زيدان، الدخل لدراسة الشريعة الاسلامية، دار عمر بن الخطاب، الاسكندرية، ١٩٨٢.
١٦- د. عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه ، ط٨، دار القلم، القاهرة، ٢٠٠٩.
١٧- محمد ابو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، القاهرة، دون سنة نشر.
١٨- محمد هشام البرهاني، سد الذرائع في الشريعة الاسلامية، مجلد١، دون دار ومكان نشر، ١٩٩٥.
١٩- د. مصطفى احمد الزرقا، المدخل الفقهي العام ، ج٢ ، ط١، دار القلم للطباعة والنشر، ٢٠١٢.
٢٠- منير القاضي، ملتقى البحرين، الشرح الموجز للقانون المدني العراقي، دون دار نشر، بغداد، ١٩٥١.
٢١- لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية: مجلة الاحكام العدلية، تحقيق نجيب هواويني، الناشر: نور محمد كارخانة، دون سنة نشر.
٢٢- د. يعقوب الباحسين، القواعد الفقهية، تقديم: د. عبد الرحمن بن عبد العزيز السديس، ط٢، دار التدمرية، الرياض، ٢٠١١.

ثانياً/ القوانين:

١- قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المُعدل
٢- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المُعدل