ISSN: 1812-0512 (Print) 2790-346X (online)

Wasit Journal For Human Sciences

Available online at: https://wjfh.uowasit.edu.iq

1- Inst. Dr. Rawa Salman Khlef*
2- Asst. Lec. Dina Nadhum Shamkhi

1&2 College of Basic Education, University of Wasit, Wasit, Iraq

---

*** Corresponding Author**
Email:
rkhlef@uowasit.edu.iq

Keywords:
The science of law, Islamic jurisprudence, integration, law facts

---

Article history:
Received: 1 March, 2024
Accepted: 25 Dec, 2023
Available online: 30 Aug. 2024

CC BY

Integration Between the Science of Islamic Jurisprudence and the Science of law

A B S T R A C T

Islamic Sharia is considered one of the most complete laws in terms of its rulings. The most important of them is a source of the legal legislative system. This system is subject to the fluctuations of events, changes, and economic and social developments at different times. Since the tolerant Sharia, in its perfection and suitability for the benefit of human societies, is sufficient to bring about interests and prevent evils in religion and man-made laws, it was subject for disapproval and refutation. The most important thing directed to Islamic sharia is its stagnation and failure to keep pace with developments and facts in various nations. To demonstrate the strength of Islamic law and to respond to these allegations, we decided to research the extent to which the science of law, general principles, and legal rules agree with the science of Islamic jurisprudence, and to demonstrate the crucial need for people who works in the field of law must know the principles of Islamic jurisprudence.

DOI: https://doi.org/10.31185/wjfh.Vol20.Iss3.584

التكامل بين علم الاصول وعلم القانون

م . د. روى سلمان الشمري **م.م. دينا ناظم شمخي**
جامعة واسط / كلية التربية الاساسية

الملخص
تعد الشريعة الإسلامية من أكمل الشرائع إحكاماً وأهمها مصدراً للنظام التشريعي القانوني وأوسعها حاجة لمتقلبات الأحداث و المتغيرات والتطورات الاقتصادية و الاجتماعية على مختلف الأزمان ، ولما كانت الشريعة السمحاء بكمالها وملاءمتها لصالح المجتمعات البشرية كفيلة بجلب المصالح ودرء المفاسد في الدين و القوانين الوضعية، فإنها كانت عرضه للنقض والطعن، وأهم ما وجه إليها هو الجمود وعدم مواكبتها للتطورات والوقائع في مختلف الأمم ولبيان مدى قوة شريعتنا للرد على هذه الدحوض ارتأينا البحث في مدى اتفاق علم القانون والمبادئ العامة و القواعد القانونية مع علم الأصول وبيان مدى أهمية معرفة أشخاص القانون لهذا العلم .

المقدمة

إن البحث في موضوع التكامل بين علم الأصول و علم القانون يتطلب منا أن نسلط الضوء على ماهية هذه العلوم و خصائصها و مصادرها، ومن ثم بيان مدى أهمية هذه العلوم لأشخاص القانون، لأن كل مرحلة من مراحل المضي في الدعوى يتحدد مسارها الصحيح منذ التكييف الأولي لها، والذي بدوره يحدد الحكم الشرعي و القانوني الصحيح ، إذ ان التعامل مع النصوص الشرعية و القانونية بالتفسير والاستنباط و التكييف الصحيح يضع القضية وأشخاص القانون بالمسار الصحيح.

أهمية البحث

تكمن أهمية البحث في معرفة أن العدالة المرجوة في التقاضي في الأحكام الشرعية و القانونية لا يمكن أن تطبق باعتماد المنطق القانوني أو القضائي مالم يفهم روح النصوص من خلال قدرة أشخاص القانون على التفسير والتكييف و الاستدلال الصحيح بتكييف الوقائع وتطبيق الحكم الصحيح .

مشكلة البحث

تدور إشكالية البحث في التساؤلات الآتية: ما هي علاقة علم الأصول بعلم القانون ؟ والعلاقة بين هذه العلوم هي علاقة فقهية منطقية أم علاقة تكاملية أحدهما يكمل الآخر في التوظيف ؟ وهل من الممكن لأشخاص القانون ممارسة هذا العلم و التعامل فيه دون دراية وفهم كافٍ لعلم الأصول .

منهجية البحث وخطته

سنتبع في البحث منهجاً تحليلياً للنصوص القانونية والقرارات القضائية من أجل استعراض الفكرة الخاصة بالبحث ، أما خطته فستنصب دراستنا بحثاً حول بيان المفاهيم الخاصة بعلم الأصول و علم القانون والتكامل بينهما ، ولغرض الإلمام بالبحث لابد من تناول الموضوع في مطلبين: نتطرق في الأول لمفاهيم علم الأصول وعلم القانون، ونخصص ثانيهما لبيان مدى التكامل مع بيان أهمية معرفة العلمين لأشخاص القانون، وصولاً إلى خاتمة نحدد فيها ما نستنتجه من نتائج وما نوصي به من توصيات تكون ثمرة بحثنا في هذا الموضوع ومن الله التوفيق .

المبحث الأول

مفهوم علم الأصول وعلم القانون

أن أيمان الانسان بالشرائع والقوانين و إيلاءها أهمية ساعد على سمو حضارته وتحقق العدالة الاجتماعية والحرية والمساواة، وأمن له الاستقرار، وعلى العكس من هذا فإن ابتعادهِ يؤدي إلى انحطاط حضارته وعدم استقرار معاملاته والانحراف عن مسالك التنظيم والتوجيه التي تبنى عليه العلاقات الاجتماعية؛ لهذا نجد إجماع البشر على اختلاف اتجاهاتهم الفكرية والثقافية والسياسية على أهمية سن القوانين و فرض الشرائع لاستقامة المجتمع وإقرار العدالة وضمان الحقوق والملاءمة بين المصالح الاجتماعية و الاقتصادية و السياسية و السياسية .

لهذا سنحاول في هذا الموضع بيان مفهوم علم الأصول وعلم القانون من خلال بيان ماهية العلمين في المطلبين التاليين.

المطلب الأول

ماهية علم أصول الفقه

علم أصول الفقه وهو من العلوم القائمة بذاتها التي تكون دقيقة المباحث، والتي تبحث فيه قواعد الاستنباط و أسس الاستدلال ودلالات الألفاظ و التعارض و الترجيح وأسباب الخلاف في تفسير النصوص، وقد عرف علم أصول الفقه تعريفات عديدة منها: أنه عبارة عن قواعد عامة يتوصل بها إلى استنباط الأحكام الشرعية العملية الفرعية من أدلتها التفصيلية (مسعود، ب.ت ، صفحة ١/٥٧) و عرف أصول الفقه دلائل الفقه الإجمالية (السبكي، ب . ت ، صفحة ٣١) ، وقيل بأنه

العلم بالقواعد الممهدة لاستنباط الأحكام الشرعية الفرعية (الزلمي، ب. ت، صفحة ٦)، ويعد علم أصول الفقه من العلوم المركبة، و للوقوف عليه لا بد من تعريف المضاف والمضاف إليه و الإضافة، و تعريفه باعتباره أيضا لقبا لعلم خاص على التوالي في الفرع الأول، و نخصص الثاني لخصائص علم أصول الفقه .

الفرع الأول

التعريف بعلم أصول الفقه

العلم لغة هو الإدراك بالشيء بحقيقته وقيل علمت شفته أعلمها علماً (منظور، ب .ت ، صفحة ٤١٦) ويخصص العلم بالذي يأتي بعده؛ لأنه قيد عام يراد به إخراج كل معلوم بطريق الأثر ، وعرف اصطلاحاً بالاعتقاد الجازم المطابق للواقع (الجبار، صفحة ٢٠٢) فهو مجموعة من القواعد و المبادئ للمسائل المتعلقة بقضية أو مجالٍ ما .

أما الأصول، فمفردها أصل، وهو ما يتفرع عنه غيره (الله، ١٩٩٥، صفحة ٨٠) حسيا أم معنويا ، أما الاصطلاح فهي كلمة تطلق لإرادة معان محددة كالدليل أو القاعدة أو القياس أو الاستصحاب والفقه في اللغة هو الفهم والفطنة ، واصطلاحاً هو الفهم الدقيق ، ويلاحظ التشابه في كلا الموضعين، إذ يحمل اللفظ على القدر المشترك بينهما وهو المعرفة والعلم ، وعليه يكون المعنى أن معرفة الأحكام المتعلقة بالمدلول من الأدلة التفصيلية (الجبار، صفحة ٢٠٢) ، فعرف شرعا بناءً على هذا القول بأنه القواعد الكلية التي يتوصل بها إلى الأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية (الجرجاني، ب . ت) مما يعني إطلاق القواعد الكلية للتميز عن القواعد الفقهية، إذ إن القاعدة الكلية تمثل الوسط بين الأدلة و الأحكام؛ حيث يستنبط بها الحكم من خلال الدليل التفصيلي ، بينما القاعدة الفقهية قضية كلية، وإن كانت تبحث جزئيات بعض المسائل لأفعال المكلفين والمقصود بالأحكام الشرعية العملية هي للتمييز عن الأحكام الشرعية الاعتقادية التي محلها التوحيد، وكذلك لتمييزها عن الأحكام الأخلاقية التي محلها علم الأخلاق، وعبارة المكتسبة للتمييز عن الأحكام المنصوصة و المستخرجة بطريق البحث و النظر و الاستدلال والأدلة التفصيلية هي الجزئية المتعلقة بالمسائل الخاصة التي تنص على أحكام معينة (الجبار، صفحة ٢٠٣) .

أما التعريف بعلم أصول الفقه كعلم خاص فإنه عرفَ العلم بالقواعد التي يتوصل بها إلى مسائل الفقه على وجه التحقيق (الجبار، صفحة ٢٠٣) ، ويقصد بالفقه هو العلم بالأحكام من الأدلة، أما على وجه التحقيق فهو للتحرز عن علم الجدل و الخلاف ، وعرفَ ايضا بأنه مجموع طرق الفقه على سبيل الإجمال وكيفية الاستدلال بها وكيفية حال المستدل بها.

الفرع الثاني

خصائص علم أصول الفقه

لما كان علم أصول الفقه علما جامعاً مستقلاً لهذا فهو يتصف بجملة من المواصفات و الخصائص تميزه عن غيره من العلوم ومن أبرز هذه الخصائص:

١- إن علم أصول الفقه هو علم معياري يبين فيه الصواب من الخطأ في استنباط الأحكام الشرعية باعتباره ميزان توزن به الاستدلالات الشرعية.

٢- إنه علم استقرائي يقوم على تتبع طرائق و كيفيات دلالة النصوص و الأدلة الشرعية على الأحكام عن طريق استقراء الدلالة اللغوية لألفاظ النصوص الشرعية (الحارثي، ٢٠١٠، صفحة ٣٢) .

٣- ارتباطه بالنصوص الشرعية باعتبار نطاق البحث يدور حولها مما يلزم الانضباط بلغة النص الشرعي وهي اللغة العربية وبالحدود الفكرية للنص ، إذ إن البحث في النصوص عموماً حدوده أضيق من البحث التجريدي في المطلق .

٤- الخصوصية اللغوية : فمن أكبر المصادر الممولة للمادة الأصولية هي اللغة العربية التي تمثل ما يربو على الثلث من المصادر (الحارثي، ٢٠١٠، صفحة ٣٥) .

المطلب الثاني

ماهية علم القانون

لبحث ماهية علم القانون لابد من التطرق إلى تعريف علم القانون في الفرع الأول و نخصص الثاني لمصادر القانون .

الفرع الأول

التعريف بعلم القانون

وهو نظام من القواعد التي يتم إنشاؤها و تطبيقها من خلال المؤسسات الاجتماعية أو الحكومية لتنظيم السلوك ، وعلى الرغم من أن التعريف بالقانون هو مسألة نقاش طويلة الأمد ، فالقانون يعني في اللغة مقياس كل شيء وطريقه (مصطفى، ١٩٨٥، صفحة ٧٩٣) والقانون جمعه قوانين، وتفيد النظام، وتعني الأصول، ويقصد به تكرار أمر معين على وتيرة واحدة بحيث يعد خاضعاً لنظام ثابت ، لهذا أطلق لفظ القانون على النظم التي تحكم الظواهر الطبيعية و الاقتصادية و الاجتماعية (مرقس، ١٩٨٧، صفحة ٦) ، ويعود أصل كلمة القانون Kanon إلى اللغة اليونانية، وقد انتقلت

إلى لغتنا العربية والتي تفيد مجازاً القاعدة والقدوة والمبدأ، وتعني العصا المستقيمة، وفي اللغة الفرنسية يقال Droit وتقابلها في الإيطالية Diritto وفي اللغة الألمانية Recht .

الفرع الثاني

مصادر القانون

إن القاعدة السلوكية لا تتسم بالقانونية مالم يكن هناك مصدر تستمد منه هذه السمة القانونية، ومن دونها لا تكون سوى تنظيماً لوضع عام يخص جماعة معينة ، فالمصدر هو المنبع أو الجوهر الذي أسهم في تكوين القاعدة القانونية الملزمة ، وعليه لابد من بيان المصادر التي تستند عليها القاعدة القانونية في انشائها سواء كانت مصادر رسمية أو غير رسمية، كأن تكون مصادر تفسيرية و ذلك بالتعاقب وكالآتي :

أولاً : المصادر الرسمية أو الشكلية:

إن سبب إلزامية القاعدة القانونية للإفراد هو مصدرها الذي نشأت منه ، ومن هذه المصادر الرسمية حسب المادة ١ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ (١- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها او في فحواها .

2- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف، وإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين، فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة .

أ – التشريع

يحتل التشريع المرتبة الأولى في المصادر الرسمية للقانون ، لأن أغلب القواعد القانونية التي تنظم الحياة العملية للأفراد ترجع في وجودها الى التشريع، وهذا يعد تراجعاً لدور العرف الذي كان مصدراً للقانون في العصور القديمة (الدوادي، ٢٠٠٤، صفحة ٩٩) التي تتميز بالبساطة على مستوى أوضاعها العملية والواقعية على العكس من عصرنا الحالي الذي يتميز بالسرعة والتعقيد التي تتطلب سرعة في تشريع القواعد القانونية التي تنظم الأوضاع القانونية الطارئة بين روابط الأشخاص والمتغيرة في وقت قصير ، وأيضاً كون التشريع يعد المصدر الأصلي للقانون، هذا على خلاف ما معمول به في كل من الدول انكلترا و استراليا وغيرها .

والتشريع ليس على شكل واحد وإنما تختلف صور التشريع بحسب الجهة المختصة التي تصدره ، فإنه يكون على ثلاثة أشكال :

١. التشريع الدستوري : وهذا التشريع يكون في أعلى رأس الهرم ، بحيث تسود أحكامه على بقية التشريعات الأخرى كونه في القمة بالنسبة لبقية التشريعات .

٢. التشريع العادي أو القانون : وهو القانون الذي تصدره السلطة التشريعية في البلاد .
٣. اللوائح أو التشريع الفرعي: هو التشريع الذي يتضمن أحكاماً تفصيلية، وتقوم بسنه السلطة التنفيذية استناداً لمهامها في تنفيذ الأحكام القانونية التي صدرت من السلطة التشريعية .

ب – العرف

إن القاعدة العامة التي أوردها المشرع العراقي في القانون المدني العراقي رقم(٤٠ لسنة ١٩٥١ في المادة ١ / ٢) منه التي تنص على الآتي: "إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف .." ، وهذه المادة تعطي العرف المرتبة الثانية بين مصادر القانون على خلاف بعض الدول العربية كل من المشرع المصري واللبناني اللذين يجعلان من مبادئ الشريعة الإسلامية مصدرا ثانيا للقانون .

وتعددت التعريفات التي أوردها الفقهاء فميا يخص العرف، لكنها تتفق على أنه سلوك متكرر من الأفراد في حياتهم العملية ومعاملاتهم، إذ عرفه بعضهم بأنه " ما اعتاده الناس وساروا عليه في معاملاتهم من قول أو فعل والتزموا به (الزلمي، ب. ت، صفحة ٧٨) ، و إن " اعتياد الناس على سلوك معين في العمل مع الاعتقاد بلزوم هذا السلوك كقاعدة قانونية (منصور، ٢٠١٠، صفحة ٢٠٨)

ومن خلال ما تقدم فإن للعرف ركنين يقوم عليهما، وهما: الركن المادي، والركن المعنوي ، والركن المادي يتمثل بتكرار سلوك معين (فعل او قول) بشرط أن يكون هذا السلوك يتفق مع النظام العام و الآداب، أي لا يخالفهما (منصور، ٢٠١٠، صفحة ٢٠٩)، أما الركن المعنوي فيتحدد في الشعور الكامن في نفس الأفراد بأن هذا السلوك واجب الاحترام وعدم الالتزام به يحقق المساءلة القانونية .

وللعرف أنواع تختلف باختلاف تقسيماته (الزلمي، ب. ت، صفحة ٧٨) فمن حيث المظهر هناك عرف قول وعمل، ومن حيث مدى شموله هناك عرف عام وعرف خاص، أما من حيث صحته فهو عرف صحيح وعرف فاسد .

وجدير بالذكر أن أغلب القواعد العرفية قد تم تحويلها إلى نصوص تشريعية، وهذا أدى إلى تراجع أهميته (كيرة، ١٩٧٤، صفحة ٩٦) في الوقت الحالي إلا أنه يبقى مصدراً احتياطياً بالنسبة للقانون المدني العراقي الذي يلجأ إليه المشرع عند عدم وجود نص تشريعي أو لتفسير النص (الحلفي، صفحة ٧٥) في حالة غموضه إذ لجأ المشرع المدني العراقي في الكثير من النصوص المدنية إلى العرف وذلك في المادة (١٠٥) التي تنص على الآتي: " ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول ايضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون، والعرف، والعدالة بحسب طبيعة الالتزام " وكذلك المادة (٥٨٣) من القانون المدني العراقي، التي تنص على أن « نفقات عقد البيع

ورسوم التسجيل وغيرها من الرسوم وأجرة كتابة السندات والصكوك وغير ذلك من المصروفات التي يقتضيها البيع تكون على المشتري، ما لم يوجد اتفاق، أو عرف يقضي بغير ذلك"

ج – مبادئ الشريعة الإسلامية

إن دور النصوص الشرعية في استنباط الحكم القانوني باعتبارها مصدراً من مصادر القانون التاريخية (البكري ،عبد الباقي ، البشير ، زهير ،ص ١٥٢)

والرسمية يكون في المرتبة الثالثة كما جاء في نص المادة (١) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ ، إذ يظهر جلياً هذا الدور في المسائل التي تربط الفرد بأسرته حسب ما أشارت إليه المادة الثانية أولاً من قانون الأحوال الشخصية العراقي، التي تعد مصدراً أصلياً بعد التشريع، وأيضاً في مسائل الأحوال العينية (البشير، د. ت ، صفحة ١٥١).

ولم يكن هناك اتفاق بين الفقهاء على تحديد ما المقصود بمبادئ الشريعة الاسلامية التي تعد مصدراً من مصادر القانون من حيث هل هي الأحكام العامة غير المختلف فيها بين المذاهب ؟ (الرحمن، ٢٠٠٩، صفحة ١٥٧) .

وأيضاً عرفت مبادئ الشريعة الإسلامية بأنها " مجموعة من المبادئ والأحكام التي شرعها الله سبحانه وتعالى وفرض على المسلمين الامتثال لأوامرها واجتناب نواهيها " (العويدي، ٢٠٢٣، صفحة ٥٢) ، وهناك من عرفها من عرفها بأنها أعم من الفقه الإسلامي كونها تتضمن جميع الأحكام العقائدية والأصولية العامة ، وأضاف بعضهم معرفا إياه بأنها " مجموعة الأحكام العامة المستخلصة من قبل الفقه الاسلامي والتي وضعت ضمن موضوعات محددة بعد تشذيب المتشابه منها وبالتالي تكون مرجعاً عند غياب النص التشريعي " (الحمامي، ٢٠٢٠، صفحة ١٥١) ، وأيضاً وصفها البعض بأنها الأحكام الكلية وليست الجزئية (البكري، ب .ت ، صفحة ١٥٢) كون هذه الأخيرة تتضمن آراء مختلفة للمذاهب، وهذا مستبعد في النص التشريعي العراقي كونه نص في المادة (٢/١) منه " فإذا لم يوجد نص تشريعي .. فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامي الاكثر ملائمة لنصوص القانون دون التقيد بمذهب معين .." ، وهذا برأينا دليل واضح على أن المقصود من مبادئ الشريعة الإسلامية الواردة في نص المادة (١) هو الأحكام الكلية التي لا اختلاف فيها بين المذاهب .

ولأهمية مبادئ الشريعة الاسلامية في بحثنا هذا لابد من أن نبين أن اعتماد القاضي على مبادئ الشريعة الإسلامية يحتاج إلى علم ودراية كافية في القواعد الفقهية التي يقيس عليها والتي يقوم بتوظيفها لمعالجة الواقعة المطروحة أمامه ومدى تطابق هذه الواقعة القانونية في الموارد التي تتضمنها أو تتناولها القاعدة الفقهية في معالجاتها مستعيناً بخبراته العلمية والعملية" (الحمامي،

٢٠٢٠، صفحة ١٥٥) ، وهذا الرجوع إلى القواعد الفقهية الملائمة للنص القانوني يمثل نوعاً من التكامل بين القواعد القانونية والقواعد الفقهية .

د – قواعد العدالة

من بين الأسس التي يحكم بها القاضي عند غياب النص التشريعي اولاً ومن ثم القاعدة العرفية ومبادئ الشريعة الإسلامية هي قواعد العدالة كونها من مصادر القانونية الاحتياطية التي يمكن التعويل عليها في حالة العدالة وذلك ما أشار إليه المشرع العراقي في قانون المرافعات العراقي المعدل رقم (٨٣ لسنة ١٩٦٩) بتعبير (الامتناع عن إحقاق حق) وذلك في المادة (٣٠)

وتعددت التعريفات التي وضعت لتحديد فكرة قواعد العدالة كونها فكرة مرنة وغير محددة الأطر متروكا أمرها للقاضي ، إذ عرفها البعض بأنها قواعد شعورية يحكمها العقل السليم والضمير الحي وروح العدل من أجل إحقاق الحق (الدوادي، ٢٠٠٤، صفحة ١٧٧) ، كما عرفت بأنها قواعد قانونية جوهرية يكتشفها القاضي من خلال البحث عن حل عادل للنزاع المعروض أمامه (كاظم، صفحة ٥٢٠) ، فضلا عن أنها قد عرفت قواعد العدالة بأنها القواعد الاجتهادية التي يجتهدها القاضي عند غياب مصادر القانون الثلاث، ويعتمد عليها في استنباط الحكم الملائم للواقعة المعروضة أمامه" (الحمامي، ٢٠٢٠، صفحة ١٦٠) ، وهناك من عرفها بأنها قواعد تكميلية تفسيرية يلجأ اليها القاضي للوصول إلى القصد الحقيقي للمشرع وذلك في تفسير غموض بعض عبارات العقود الغامضة من أجل بيان إرادة المتعاقدين (الغفور، ٢٠٢٠، صفحة ٤٣٤) .

ثانياً : المصادر التفسيريةإ

أشار القانون إلى مصادر تفسيرية يتم الرجوع اليها عند غياب النص التشريعي والمصادر الاحتياطية أو في حالة عدم معالجة واقعة ما في هذه المصادر غير أن الفقهاء قد اختلفوا في مدى اعتبار هذه المصادر التفسيرية ملزمة للمشرع و القاضي في الاعتماد عليها في وضع قاعدة قانونية لحل واقعة مادية معروضة ، وهذا الأمر جعل البعض متردداً في الرجوع على هذه المصادر باعتبارها منشئة للقاعدة القانونية ، والمصادر التفسيرية هما الفقه والقضاء، وسنبين كل منها كما يلي :

أ–الفقه

يذهب البعض إلى تحديد المقصود بالفقه في هذا الخصوص بأنه مجموعة الآراء المختارة والشروح التحليلية التي يطرحها الفقه القانوني بخصوص موضوع ما (الرفاعي، د.ت، صفحة ١٨٣) .

يتميز الدور الذي يقوم به الفقه القانوني بعدم إلزاميته، إذ يعد مصدراً إرشادياً للقاضي يستأنس بما يطرحه الفقهاء من نظريات تحليلية لقاعدة عامة أو لنص معين (الدوادي، ٢٠٠٤، صفحة ١٨٥) ،

مبينين معنى هذه القاعدة أو شروط تحقيقها وكذلك عناصرها، بالإضافة إلى ما يشوب هذه القاعدة من إشكاليات أو عقبات تحول دون تطبيقها .

أما بالنسبة للفقه الاسلامي فإن الأحكام التي يضعها هذا الفقه أحكامٌ تفصيلية للأحكام الشرعية العامة وذلك عن طريق الإجماع الذي يعد مصدراً للأحكام الشرعية أو عن طريق الاجتهاد (منصور، ٢٠١٠، صفحة ٢٣٩)

ب – القضاء

والقضاء يتمثل بدور السلطة القضائية فيما تصدره من أحكام في المنازعات المعروضة عليها ، ولا يكفي إصدار الحكم من قبل السلطة القضائية لكي يعد مصدراً تفسيرياً يسترشد المشرع أو القاضي به وإنما لابد من اطراد المحكمة على إصدار ذات الحكم في مسألة ما ، ويمكن التعبير عن هذا المصدر التفسيري بأنه مجموعة الأحكام التي استقرت المحاكم على إصدارها في المنازعات المعروضة عليها التي كانت سابقاً يشوبها التضارب في الآراء (منصور، ٢٠١٠، صفحة ٢٤٠)

المبحث الثاني

مدى التكامل بين أصول الفقه وعلم القانون

وضع علماء أصول الفقه الإسلامي قواعد ذات طابع لغوي مستوحاة من أساليب اللغة العربية ومقتضياتها ، لعبت دوراً مهماً في صياغة القاعدة القانونية، وأصبحت أدوات رئيسة لاستنباط الأحكام وبيان قصد القانون في القاعدة القانونية ؛ لذا لابد من تسليط الضوء على أهمية معرفة أشخاص القانون لعلم الأصول، وبيان مدى استفادتهم من قواعده في المطلب الأول، ونخصص الثاني للوقوف على أوجه التشابه والاختلاف .

المطلب الأول

أهمية معرفة اشخاص القانون لعلم الأصول

إن للقواعد الأصولية أهمية كبيرة لكل نص لغوي مكتوب أو منطوق ، لأن الوظيفة الأساسية لها هو فهم ألفاظ الخطاب ، و تبرز هذه الوظيفة في عملية الاستدلال القانوني التي يحتاج إليها المتعاملون بالقواعد القانونية من الفقهاء و القضاة و المحامين في فهم و استخراج الأحكام القانونية وإن فهم العلاقة بين القواعد القانونية و الموروث الأصولي تقضي تصورا لقوة العلاقة أو ضعفها ، وهل هي ذات ضرورة حتمية أم كمالية ؟ بمعنى إمكانية قيام القانون و تفسيره بنفسه دون الاستناد للقواعد الأصولية ، وقد وجدنا عدم قدرة القانون الوضعي الحديث من الاستغناء عن الفكر التشريعي للفقه الاسلامي فقد بقي ارتباط القانون بالفقه الاسلامي و العلوم المساعدة له ارتباطاً مؤثراً وخصوصاً علم أصول الفقه الاسلامي لدوره المهم في فهم و تفسير النصوص القانونية

(خزعل، ٢٠٢٠، صفحة ٤) ، بالرغم من دخول القواعد القانونية الغربية وحلولها محل النصوص الفقهية الإسلامية وأهمها مجلة الأحكام العدلية التي تعد المدونة الفقهية الأخيرة و المشتملة على مجموعة أحكام المعاملات و الدعاوى و البينات ،هذا وقد أكدت المادة الاولى من القانون المدني العراقي النافذ و المعدل الى سريان النصوص التشريعية جميعَ المسائل التي تناولها القانون في اللفظ و الفحوى حسب ما أشار إليه القانون المدني في المادة الأولى منه ، فالقواعد القانونية تمت صياغتها بنصوص لفظية في غاية الدقة لهذا هي تتشابه مع النصوص الشرعية من حيث البنية اللغوية ، لذا توجب الاستعانة بقواعد مباحث الألفاظ الأصولية في تفسير غموض النصوص القانونية و الوصول للحكم القانوني كاستعانة الفقهاء و القضاة والقانونيين بهذه القواعد لاستنباط الأحكام الشرعية (خزعل، ٢٠٢٠، صفحة ١٣) ، وهذا ما أكدته المادة (١٥٥– فقرة ١–٢) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل التي أشارت إلى أن الاصل في الكلام الحقيقة، أما إذا ما تعذرت الحقيقة فيصار إلى المجاز حسب المواد (١٥٦ – ١٥٧ – ١٦٠) ، ومن الجدير بالذكر أن الفقه و القضاء استعان بهذه القواعد في أهمية البحث عن المشتق و الجذر اللغوي للكلمة و دلالة الحضر و النهي في الأحكام القضائية.

لذا فإن العلاقة بين القانون و الموروث الأصولي هي علاقة ذاتية ضرورية لا علاقة كمالية و الدليل على ذلك أن القانون اكد في أكثر مورد اعتمادَ مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون في المادة الأولى من القانون المدني العراقي النافذ مما يستوجب رجوع القاضي و القانوني إلى الشريعة الإسلامية في تفسيره للأحكام و استنباطها .

المطلب الثاني

دور أصول الفقه في تكييف الوقائع القانونية

يعتمد القاضي في تكييف الوقائع القانونية على أصول الفقه و القانون ضمن المراحل المتعددة للدعوى ، لذا لابد من الوقوف بالبحث على مفهوم التكييف القانوني و الوقائع القانونية و تسليط الضوء على الدور المهم لأصول الفقه في تكييف الوقائع القانونية .

يعرف التكييف الفقهي (بولوز، ٢٠٠٦، صفحة ٨٥٤) بأنه تحرير المسألة و بيان انتمائها إلى أصل معتبر؛ لأن التكييف الفقهي لأي مسألة تنبني معرفة شرعية تلك المسألة (قلعجي، ١٩٨٨، صفحة ١٤٣)، ويمكن أن نضع تعريف للتكيف الفقهي بأنه إلحاق الوقائع بأصلها الفقهي حسب الوصف الفقهي الإسلامي عند تحقق التشابه و التجانس بين الأصل و الواقعة المستجدة .

إن التكييف القانوني للوقائع من أهم التحديات التي تواجه القانوني ، وهو تحديد للوصف القانوني الصحيح للوقائع ، أو التصرف لربطه بمسألة قانونية معينة تمهيداً لتحديد القانون الذي يخضع له

النزاع ، فتحديد الواقعة أو الظاهرة إلى فكرة قانونية معينة هو عمل يبدأ به كل شخص يهتم بالقانون.

يلتقي التكييف القانوني مع التكييف الفقهي في الهدف و الغاية؛ لأن كلاهما يهدف الى وصف الواقعة المعروضة بوصف واقعة أو فقهية حكم بها .

ويمر التكييف الفقهي و القانوني بعدة مراحل أهمها تحديد طبيعة القضية المعروضة و حقيقتها ، عن طريق تحديد عناصرها و آثارها المترتبة عليها و القصد في تنفيذها ، ومن ثم البحث عن الأصل الذي يمكن أن توصف به القضية المعروضة لإلحاقها بأصلها وبعدها ترد إلى الأصل الفقهي أو القانوني لإعطائها حكم الأصل الذي وصفه العلماء أو نص عليه المشرع في القانون، و لاشك أيضا أن الخطأ قد يلحق الوصف أو الحكم (الجميلي، ٢٠٢٠، صفحة ٨٤) ، وأن تتبع الطريقة الصحيحة في التكييف الفقهي و القانوني بما في ذلك علم مقاصد الأحكام وتطبيق روح النص وغيرها هي التي تعين المجتهد و القاضي على حسن تطبيق النص و سلامة التكييف ، إذ إن اعتماد الأوليات من جلب المصالح ودرء المفاسد والتوازن المطلوب في إصدار الحكم لهذه الوقائع و يساعد أيضاً على معرفة الثوابت و الكليات لبيان ثباتها .

فالتكييف القانوني و الفقهي يعتمد على توخي المقاصد من التشريع وذلك باختيار الوسائل المناسبة لتحقق المقاصد المشروعة و الاستدلال بها على إصدار الحكم بناء على ذلك التكييف لأي واقعة قد تستجد (بولوز، ٢٠٠٦، صفحة ٨٥٤).

عليه فإن التكييف الفقهي يستند إلى نصوص الشريعة الاسلامية والاجتهادات المعتبرة للفقهاء وكذلك قواعد الاستنباط و الاجتهاد الفقهي ، في حين يستند التكييف القانوني إلى نصوص و قواعد القانون المدونة في التشريعات النافذة (شبير، ٢٠٠٤، صفحة ٢٥) .

الخاتمة

في ختام بحثنا الموسوم (التكامل بين علم الأصول و علم القانون) نؤكد أهمية معرفة علم أصول الفقه إلى العاملين بالقوانين ، وبعد أن سلطنا الضوء على المفاهيم العامة لعلم الأصول وعلم القانون وخصائصها ومصادرها و الوقوف على العلاقة بينهما ، وقد توصلنا الى النتائج و التوصيات التالية :

النتائج

١- لتطبيق الأحكام القانونية على الوقائع القانونية المعروضة لابد من معرفة التكييف القانوني بالاستناد إلى الأحكام الأصولية الفقهية كونها مصدراً رئيساً احتياطيا وإن كان في المرتبة الثالثة .

٢- يلزم العاملين بالقوانين من القضاة و المحامين من الرجوع إلى القواعد الأصولية في تفسير و تطبيق النصوص القانونية على الرغم من وضوح القاعدة القانونية المعالجة للواقعة مع الاستعانة قدر الإمكان بأصحاب الخبرة و الاختصاص في التكييف الفقهي للواقعة على الرغم من تجدد الوقائع وملاءمتها للتطور الحالي .

٣- اعتماد القواعد الفقهية ذات الشمولية في التطبيق التي نصت عليها أيضا مواد القانون المدني العراقي النافذ و التي عالجت الوقائع المعاصرة وخاصة المادة (١٥٥).

التوصيات

٤- ضرورة تتبع الطرق الصحيحة في التكييف القانوني بالاعتماد على القواعد العامة في التكييف الفقهي.

٥- الاستعانة بالقواعد الفقهية و مصادر القانون الأخرى كالعرف و قواعد العدالة في تفسير الوقائع القانونية ومعرفة الثوابت لإصدار الحكم القانوني الصحيح .

٦- الرجوع إلى القواعد الأصولية و معرفتها في تكييف الوقائع القانونية باعتبارها من أولى مهام العاملين في القانون .

المصادر :

المصادر القانونية

١- د.احمد محمد الرفاعي ، برنامج الدراسات القانونية ، المدخل لدراسة القانون (نظرية القانون).

٢- د.حسن كيرة – المدخل الى القانون – مؤسسة المعارف للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٧٤.

٣- د.سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ،١، المدخل للعلوم القانونية ، ط،١٩٨٧.

٤- د.صفاء متعب خزعل ، أصول الفقه الاسلامي ، ط١ ، دار الذاكرة ، بغداد ، ٢٠٢٠.

٥- د.عبد الباقي البكري ، أ.زهير البشير ، المدخل لدراسة القانون .

٦- د.غالب علي الداودي ، المدخل الى علم القانون ، دار وائل للطباعة والنشر ، عمان ، ٢٠٠٤.

٧- د.محمد حسين منصور ، المدخل الى القانون ٠ القاعدة القانونية ، ط١ ، ٢٠١٠ ، منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت –لبنان .

٨- د.محمد شريف عبد الرحمن أحمد عبد الرحمن، مقدم القانون المدني مبادئ القانون، دار النهضة العربية ،القاهرة، ٢٠٠٩ .

مصادر اللغة و الفقه

١- أبي القاسم علي بن الحسن بن هبه الله ، تاريخ دمشق ، تحقيق عمرو بن غرامة العمروي ،دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع ، ١٤١٥ هـ – ١٩٩٥ م ، ج٨٠.

٢- احمد عبد المجيد عبد الجبار، مدخل الى علم أصول الفقه ،دراسة استقرائية منشورة في مجلة الجامعة العراقية العدد (٥٩ ج٢) .

٣- الجرجاني ،علي بن محمد بن علي ، التعريفات، ، دار الكتاب العربي ،بيروت ،ط١.

٤- الجواهر المضيئة في طبقات الحنفية لعبد القادر بن محمد بن نصر الله القرشي محي الدين الحنفي (٧٧٥ هـ) مير محمد كتب خانه – كراتشي ،ج٢.

٥- مصطفى ابراهيم الزلمي ، أصول الفقه في نسيجه الجديد ، ج١ ، ط١٠، شركة الخنساء للطباعة المحدودة ، بغداد .

٦- السبكي (تاج الدين عبد الوهاب)، جمع الجوامع .

٧- الشيخ حسن بن زين الدين العاملي ،شرح معالم الدين في الأصول .

٨- عبيد الله بن مسعود ، التنقيح مع التلويح .

٩- لسان العرب ، محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري ،دار صادر ، بيروت ط١ ، ج١٥.

١٠-محمد بن عثمان شبير ، التكييف الفقهي للوقائع المستجدة و تطبيقاتها الفقهية ، دار القلم ، دمشق ، ٢٠٠٤ .

١١-المعجم الوسيط ، طبعة ١٩٨٥ ،ج٢،ص٧٩٣.

١٢-مصطفى الزلمي ، أصول الفقه في نسيجه الجديد ، الخنساء للطباعة والنشر ،الطبعة الخامسة ، بغداد .

١٣-محمد رواس قلعجي ، حامد صادق قني ، معجم لغة الفقهاء ، ط٢ ، بدون مكان نشر ، دار النفائس ، (١٤٠٨ هـ-/١٩٨٨م).

١٤-مسلم بن الحجاج ابو الحسين القشيري النيسابوري ، الجامع الصحيح ، ، دار احياء التراث العربي ، بيروت .

الرسائل و الاطاريح

١- حسين نعمة كاظم العويدي ، دور القاضي في تحديد مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصو القانون المدني ، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون / جامعة كربلاء ، في ٢٠٢٣ .

٢- د.طارق عبد الرزاق شهيد الحمامي ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون / جامعة كربلاء ، في ٢٠٢٠ ، الاستنباط القضائي في الدعوى المدنية (دراسة مقارنة بالقواعد الاولية).

٣- محمد بولوز ، كتاب بداية المجتهد و كفاية المقصد ، لابن رشد و دوره في تربية ملكة الاجتهاد ، اطروحة دكتوراه ، جامعة محمد بن عبد الله ، فاس ، ٢٠٠٦ .

٤- وائل بن سلطان بن حمزة الحارثي، علاقة علم أصول الفقه بعلم المنطق ، دراسة تاريخية تحليلية ، رسالة ماجستير ، المملكة العربية السعودية ،٢٠١٠.

البحوث

١- د.رياض احمد عبد الغفور ، ا.د شروق عباس فاضل ، دور العدالة في تفسير العقود المدنية ، بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية ، المجلد العاشر ، العدد الثاني ، ٢٠٢٠ .

٢- د.صفاء متعب خزعل ، دور الموروث الأصولي في الاستدلال القانوني ، بحث منشور في مجلة كلية القانون والسياسة ،جامعة القادسية (المجلد ١١، العدد ٤١ ، العام ٢٠٢٣).

٣- د.عدنان ابراهيم الجميلي وآخرون ، مراعاة فقه الواقع في التكييف الفقهي و القانوني ، بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية و السياسية ، المجلد العاشر ،العدد الثاني ، ٢٠٢٠.

٤- د.كاظم حمادي يوسف الحلفي ، م.د صدام بدن رحيمة ، العرف وأثره في استنباط الحكم القانوني ،بحث منشور في مجلة القانون والعلوم السياسية في العدد ١١.

٥- د.مريم محمد احمد ، عامر عاشور عبد الله، دور الشريعة الاسلامية كمصدر للتشريع دراسة في ضوء مشروع دستور اقليم كوردستان العراق ، بحث منشور في مؤتمر العلمي الدولي نحو دستور معاصر لأقليم كوردستان – العراق .

المواقع الالكترونية

١-خير الله كاظم ، دور القضاء في العلاقات الخاصة الدولية ،مقالة منشورة على الموقع الالكتروني :

https://www.uobabylon.edu.iq/publications/law_edition1/article_ed1_8.doc

، تمت الزيارة في ١٢:٢٥ م .

القوانين

١- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١النافذ و المعدل.

٢- قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨)لسنة ١٩٥٩.

٣- قانون التجارة العراقي رقم (١٣) لسنة ١٩٨٤.

References

Law References

1- Dr. Ahmed Muhammad Al-Rifai, Legal Studies Program, Introduction to the Study of Law (Theory of Law).

2- Dr. Hassan Kira. (1974). Introduction to Law. Beirut: Al-Ma'arif Foundation for Printing and Publishing.

3- Dr. Suleiman Markus, Al-Wafi Explanation of Civil Law, 1, Introduction to Legal Sciences, ed., 1987.

4- Dr. Abdel-Baqi Al-Bakri, Prof. Zuhair Al-Bashir, Introduction to the Study of Law.

5- Dr. Ghaleb Ali Al-Daoudi, Introduction to the Science of Law, Dar Wael for Printing and Publishing, Amman, 2004.

6- Dr. Muhammad Hussein Mansour, Introduction to Law, The Legal Rule, 1st edition, 2010, Al-Halabi Legal Publications, Beirut - Lebanon.

7- Dr. Muhammad Sharif Abdel Rahman Ahmed Abdel Rahman, Introduction to Civil Law, Principles of Law, Dar Al Nahda Al Arabiya, Cairo, 2009.

Sources of Language and Jurisprudence

1- Abu al-Qasim Ali bin al-Hasan bin Hibatullah, History of Damascus, edited by Amr bin Gharamah al-Amrawi, Dar al-Fikr for Printing, Publishing and Distribution, 1415 AH - 1995 AD, vol. 80.
2- Ahmed Abdel Majeed Abdel Jabbar, Introduction to the Fundamentals of Jurisprudence, an inductive study published in the Iraqi University Journal, Issue (59, Part 2).
3- Al-Jurjani, Ali bin Muhammad bin Ali, Definitions, Dar Al-Kitab Al-Arabi, Beirut, 1st edition.
4- The Luminous Jewels in the Tabaqat al-Hanafiyyah by Abdul Qadir bin Muhammad bin Nasrallah al-Qurashi Muhyi al-Din al-Hanafi (775 AH), Mir Muhammad Kutub Khana - Karachi, vol. 2.
5- Mustafa Ibrahim Al-Zalami, The Principles of Jurisprudence in its New Text, vol. 1, 10th edition, Al-Khansaa Printing Company Limited, Baghdad.
6- Al-Subki (Taj al-Din Abd al-Wahhab), JAME AL JAWAMIE.
7- Sheikh Hassan bin Zain al-Din al-Amili, Explanation of the Features of Religion in Usul.
8- Ubaid Allah bin Masoud, Al-Tanqih with Al-Talwih.
9- Lisan al-Arab, Muhammad bin Makram bin Manzur al-Afriqi al-Misri, Dar Sader, Beirut, 1st edition, vol. 15.
10- Muhammad bin Othman Shabeer, Jurisprudential Adaptation of New Facts and their Jurisprudential Applications, Dar Al-Qalam, Damascus, 2004.
11- Muhammad Boulouz, The Book of the Beginning of the Diligent and the Sufficiency of the Purpose, by Ibn Rushd and his role in raising the faculty of diligence, doctoral thesis, Muhammad bin Abdullah University, Fez, 2006.
12- Al-Mu'jam Al-Waseet, 1985 edition, vol. 2, p. 793.
13- Mustafa Al-Zalami, The Principles of Jurisprudence in its New Text, Al-Khansaa Printing and Publishing, fifth edition, Baghdad.
14- Muhammad Rawas Qalaji, Hamid Sadiq Qani, Dictionary of the Language of Jurists, 2nd edition, without place of publication, Dar Al-Nafais, (1408 AH - 1988 AD).
15- Muslim bin Al-Hajjaj Abu Al-Hussein Al-Qushayri Al-Naysaburi, Al-Jami' Al-Sahih, Arab Heritage Revival House, Beirut.

Thesis and Dissertation

1- Hussein Nimah Kazem Al-Awaidi, The role of the judge in determining the principles of Islamic Sharia that are most appropriate to the texts of civil law, a master's thesis submitted to the Council of the College of Law / University of Karbala, in 2023.
2- Dr. Tariq Abdel-Razzaq Shahid Al-Hamami, doctoral thesis submitted to the Council of the College of Law / University of Karbala, in 2020, judicial deduction in civil cases (a comparative study with the preliminary rules).
3- Wael bin Sultan bin Hamza Al-Harithi, the relationship of the science of jurisprudence to the science of logic, a historical and analytical study, master's thesis, Kingdom of Saudi Arabia, 2010.

Articles

1- Dr. Riyad Ahmed Abdel Ghafour, Prof. Dr. Shorouk Abbas Fadel, the role of justice in interpreting civil contracts, research published in the Anbar University Journal of Legal and Political Sciences, Volume Ten, Issue Two, 2020.
2- Dr. Safaa Miteb Khazal, Fundamentals of Islamic Jurisprudence, 1st edition, Dar Al-Dhakra, Baghdad, 2020.
3- Dr. Safaa Mutaib Khazal, The Role of Fundamentalist Heritage in Legal Reasoning, research published in the Journal of the College of Law and Politics, Al-Qadisiyah University (Volume 11, Issue 41, year 2023).
4- Dr. Adnan Ibrahim Al-Jumaili and others, Taking into account the jurisprudence of reality in jurisprudential and legal adaptation, research published in the Anbar University Journal of Legal and Political Sciences, Volume Ten, Issue Two, 2020.
5- Dr. Kazem Hammadi Youssef Al-Halafi, M.D. Saddam Badn Rahima, custom and its impact on deriving legal rulings, research published in the Journal of Law and Political Science, issue 11.
6- Dr. Maryam Muhammad Ahmed, Amer Ashour Abdullah, the role of Islamic law as a source of legislation, a study in light of the draft constitution of the Kurdistan Region of Iraq, research published in the International Scientific Conference Towards a Contemporary Constitution for the Kurdistan Region - Iraq.

Electronic Websites

1- Khairallah Kazem, The Role of the Judiciary in International Private Relations, an article published on the website: https://www.uobabylon.edu.iq/publications/law_edition1/article_ed1_8.doc, visited at 12:25 PM.

Laws

1- Iraqi Civil Law No. (40) of 1951 in force and amended.
2- Iraqi Personal Status Law No. (188) of 1959.
3- Iraqi Trade Law No. (13) of 1984.