AL-NAHRAIN JOURNAL OF LEGAL SCIENCE Vol.26 2024, pp. 88-101

AL-NAHRAIN UNIVERSITY
COLLEGE OF LAW

ISSN:3006- 0605 DOI:10.58255

مجلة النهرين للعلوم القانونية العدد: خاص المجلد: ٢٦ تموز ٢٠٢٤

Received:6/1/2024 Accepted: 3/6/2024 Published: 1/7/2024

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0)

The role of Islamic Sharia principles in filling the legislative vacuum
Challenges and contemporary realities
(A study in light of Iraqi civil law and personal status law)

Dr.Abbas Ali Salman **Maryam Abd Tarish**

abbas.a@law.nahrainuniv.edu.iq dr.maryam abd@law.nahrainuniv.edu.iq

College of Law, Al-Nahrain University

Abstract:

Islamic law in Iraq is an official, backup source for legislating laws and referring to it in the absence of a legal text, especially in the Civil Code and the Personal Status Law. Under this source, the judge is obligated to refer to them in the absence of a legal text, especially in modern and contemporary realities of technical, intellectual and technological development. The necessary strategic challenges are great, and the judiciary is trying to maintain the spirit of the legal text in its inclusion of new issues, but it faces great challenges in the absence of the legal text, and the judiciary cannot

apologize for finding the necessary solutions to the issue before it. The judge had to find the most appropriate and correct solution in Confronting modern realities, the most important ways and means to rely on are the general principles of Islamic law and its rules that remain eternal in application, such as the rule of companionship, innocence, and guarantee, and the principles of Islamic public order and other rules, which can assist the judiciary in confronting the absence of a legal text in contemporary cases, and despite all this, it remains The concept of these principles among legal scholars is a matter of disagreement among them. Some of them are of the view that what is meant by the principles are only the rules of general principles, and some of them are of the opinion that the application of the principles is comprehensive of the rules of fundamentals and jurisprudence, as the judge is referred to the general principles that are recognized without addressing Detailed solutions that may be the subject of disagreement among sectarian jurists, and in order to shed light on those opinions and know the extent to which legislation takes them and the role of principles in resorting to them in the absence of a text, we decided to write about this important topic..

Keywords:

The principles of Islamic Sharia, Islamic legislation, the legislative vacuum, Contemporary reality

دور مبادئ الشريعة الإسلامية في سدّ الفراغ التشريعيّ التحديات والوقائع المعاصرة

(دراسة في ضوء القانون المدني وقانون الاحوال الشخصية العراقيَّين)

م. د مريم عبد طارش م.د عباس علي سلمان
كلية الحقوق/جامعة النهرين

الملخّص:
تُعد الشريعة الاسلامية في العراق مصدراً رسمياً احتياطياً في تشريع القوانين والرجوع إليه في حال غياب النص القانوني، ولاسيَّما في القانون المدني وقانون الاحوال الشخصية، وبموجب هذا المصدر يُلزم القاضي بالرجوع إليهما في حال عدم وجود النص القانوني، ولاسيما في الوقائع الحديثة والمعاصرة للتطور التقني والفكري والتكنلوجي وما يلزم من تحديات استراتيجية كبيرة، ويحاول القضاء المحافظة على روح النص القانوني في شموله للقضايا المستحدثة، إلّا أنه يواجه تحدياً كبيراً بغياب النص القانوني، ولا يمكن للقضاء الاعتذار عن ايجاد الحلول اللازمة للقضية المعروضة امامه، وكان لا بدَّ للقاضي من إيجاد الحل الأنسب والصحيح في مواجهة الوقائع الحديثة، واهم السبل والطرق التي الاستناد اليها هو المبادئ العامة في الشريعة الاسلامية وقواعدها التي تبقى خالدة التطبيق، كقاعدة الاستصحاب، والبراءة، والضمان، ومبادئ النظام العام الإسلامي وقواعد اخرى بمجملها تستطيع إسعاف القضاء في مواجهة غياب النص القانوني في القضايا المعاصرة، ومع كل هذا يظل مفهوم هذه المبادئ عند فقهاء القانون موضعَ خلافٍ بينهم، فمنهم من ذهب الى أن المقصود من المبادئ هي قواعد الاصول الكلية فحسب، ومنهم من ذهب إلى أن تطبيق المبادئ يكون شاملاً للقواعد الاصولية والفقهية، إذ يتم إرجاع القاضي إلى المبادئ العامة المُسَلَّم بها من دون التطرق الى الحلول التفصيلية التي قد تكون موضع اختلاف آراء فقهاء المذاهب فيها، وبغية إلقاء الضوء على تلك الآراء ومعرفة مدى أخذ التشريعات بها ودور المبادئ في اللجوء اليها في غياب النص ارتأينا ان نكتب عن هذا الموضوع المهم.

الكلمات المفتاحية: مبادئ الشريعة الإسلامية، القانون المدني العراقي، التشريع الإسلامي، الواقع المعاصر، الفراغ التشريعي.

مقدمة

تعد دولة العراق أهم البلدان الإسلامية على امتداد التأريخ الإسلامي، وغالبية الشعب العراقي الكرام يعتنقون الدين الإسلامي، وبدا تأثير قواعد الشريعة الإسلامية واضحاً في انشاء القواعد القانونية في العراق على الرغم التنوع الديني في هذا البلد، فهنالك العديد من معتنقي الأديان الأخرى كالمسيحية والصابئة واليزيدين وغيرهم، إلّا أنهم كانوا وما زالوا يتعايشون مع شركاء البلد والتاريخ والثقافة واللغة مع المسلمين، ولعل استحضار التاريخ العراقي في هذا الموطن يأخذ بأيدينا إلى ماضي البلد العريق منذ بدء الخليقة الى فتح العراق على أيدي المسلمين وتحوله إلى حاضرة إسلامية متميزة ومركزاً للفكر والتحضُّر، إذ إنَّ نشأة القانون كانت ولاتزال بيد أبنائه مسلمة منهم جيلاً بعد جيل، وبما أنَّ الشريعة الإسلامية هي القانون المطبق فيه منذ تاريخ فتح العراق إسلامياً، كانت الشريعة الغرَّاء مصدراً رئيساً ومؤثراً في سنّ وصياغة التشريعات على اختلاف أنواعها ونذكر في هذا الشأن ما ورد في أول وثيقة دستورية صدرت في العراق وهي القانون الأساسي العراقي للعام ١٩٢٥ الذي جاء النص في المادة (١٣) منه بالقول: (إنَّ الإسلام دين الدولة الرسمي وحرية القيام بشعائره المألوفة في العراق على اختلاف مذاهبه محترمة، لا تمس وتضمن لجميع ساكني البلاد حرية الاعتقاد التامة، وحرية القيام بشعائر العبادة وفقاً لعاداتهم، ما لم تكن مخلة بالأمن والنظام، وما لم تنافِ الآداب العامة)، وورد في الدستور الجمهوري الأول في العراق عام ١٩٥٨ نصت المادة الرابعة التي تقضي بأن (الإسلام دين الدولة)، وتوالت الدساتير في الحرص على هذا المبدأ، ومنها دستور العراق لعام ١٩٧٠ الذي جاء النص في المادة الرابعة منه مماثلاً لدستور ١٩٥٨، وأما في قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية للعام ٢٠٠٤ ذكر نص المادة (٧) من القانون المذكور آنفاً القول: (الإسلام دين الدولة الرسمي، ويعد مصدراً للتشريع ولا يجوز سنّ قانون خلال المرحلة الانتقالية يتعارض مع ثوابت الإسلام المجمع عليها ولا مع مبادئ الديمقراطية والحقوق الواردة في الباب الثاني من هذا القانون ويحترم هذا القانون الهوية الإسلامية لغالبية الشعب العراقي ويضمن كامل الحقوق الدينية لجميع الأفراد في حرية العقيدة والممارسات الدينية)، وفي المعنى نفسه تم التأكيد عليه في دستور العراق النافذ ٢٠٠٥ المادة الثانية التي جاء نصها على النحو الآتي:

(أولاً/ الإسلام دين الدولة الرسمي وهو مصدر أساس للتشريع، أ- لا يجوز سنّ قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام ...).

ويظهر مما تقدم أنَّ المكانة السامية للشريعة الإسلامية في نظر المشرع العراقي في دساتيره المذكورة آنفاً؛ جعل في القوانين العادية عند تشريعها تثبيت المبادئ الاسلامية تماشياً في عدم المخافة للدستور، وهذا ما تم تأكيده في النصوص القانونية الأخرى، ومنها ما جاء في القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل، وكذلك ما في جاء قانون الاحوال الشخصية بالرقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل[٥]، وثوابت أحكام الإسلام التي أشارت إليها دساتير جمهورية العراق ٢٠٠٥ هي مجموعة الأحكام ذات المدلول القطعي التي لا تختلف باختلاف الزمان والمكان، وتتميز بالاستقرار، والافادة، الشمولية، فهي تمثل مجموعة أحكام متكاملة وملزمة تنظم حياة وسلوك الفرد المسلم وغير المسلم في شؤون الحياة كافة الاقتصادية، والتنظيمية، والاجتماعية، والثقافية، والروحية والى ما شابه ذلك.

[٥] نصت المادة الأولى من القانون المدني العراقي بالرقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل على: (فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة)، وجاء النص في المادة الاولى من قانون الاحوال الشخصية العراقي بالرقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل بالقول: (١- تسري النصوص التشريعية في هذا القانون على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها٢- إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون 3- تسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقه الإسلامي في العراق وفي البلاد الإسلامية الأخرى التي تتقارب قوانينها من القوانين العراقية).

ومن الجدير بالذكر أنَّ الشريعة الإسلامية تتميز بأنها نظام قانوني متكامل محيط بدقائق الأمور ومرن في الوقت نفسه؛ كونه يقوم على أصول كلية أو عمومية تصلح للتطبيق في كل زمان ومكان لإمكانية استيعاب المستجدات الحياتية المختلفة وعلى وفق ما ذكر، ومن أجل معرفة التدخل الشرعي لنصوص الشريعة الإسلامية الغرّاء ودورها في سدّ الفراغ التشريعي في مواجهة التحديات المعاصرة سنتناول البحث على النحو الآتي:

اولاً: تساؤلات البحث : تهدف الدراسة أن تجيب عن عدد من التساؤلات التي تثار بمناسبة موضوع البحث وهي على النحو الآتي:

١- ما موقف الفقه القانوني والقضاء من مبادئ الشريعة الإسلامية ؟
٢- ما مدى تقييد القاضي بالنص القانوني والشرعي في مواجهة الوقائع المعاصرة؟
٣- كيف يكون لمبادئ الشريعة الإسلامية دورٌ في سدّ الفراغ التشريعي في الوقائع والتحديات المعاصرة؟

ثانياً: منهجية البحث :

سيكون المنهج التحليلي الوصفي المنهج المتبع في البحث؛ ومن أجل معرفة دلالة النصوص القانونية الحالية وبيان أبعادها ومضمونها وشروط تطبيقها.

خطة البحث : قسمت الدراسة على مبحثين، تسبقها مقدمة عن موضوع البحث، وتناولنا في المبحث الاول مفهوم مبادئ الشريعة الاسلامية، في حين خصصنا المبحث الثاني لموقف القضاء من مبادئ الشريعة الإسلامية، ومن ثم نعرج بخاتمة الدراسة المتضمنة النتائج والتوصيات.

المبحث الأول
مفهوم مبادئ الشريعة الإسلامية

تعد مبادئ الشريعة مبادئ عامة وخالدة، تشكلت قواعدها بثبات؛ لكونها صادرة من مشرع حكيم لا يغفل ولا يسهو، وتصلح لجميع الأزمنة والأمكنة، بيد أنَّ موارد تطبيقها يختلف فيه بحسب الوقائع، ومن أجل بيان مفهوم المبادئ الشرعية الإسلامية؛ لا بد من التطرق الى معرفة تعريفها ومن ثم تمييزها عمن سواها، وسنفصل ذلك عبر مطلبين وعلى النحو الآتي[0]:

المطلب الأول
تعريف مبادئ الشريعة الإسلامية

ينصب اهتمام علماء الفقه على تعريف الشيء؛ بهدف الكشف عن السمات التي تميزه عن سائر المفاهيم الأخرى؛ ولأجل هذه الاعتبارات، سنتعرف إلى مفهوم مبادئ الشريعة الإسلامية على الرغم من أنَّ المصطلحَ مصطلحٌ قانونيٌّ اكثر مما هو شرعي، وعلى النحو الآتي:

الفرع الاول: تعريف مبادئ الشريعة الإسلامية

ذهب بعض فقهاء القانون الى تعريف مبادئ الشريعة الإسلامية بقولهم: (انها الادلة والقواعد الاصولية الكلية التي تكون قطعية الثبوت والدلالة، وما هو معلوم من الدين بالضرورة، ولا تتغير بتغير الزمان والمكان، ولا يجوز الاجتهاد فيها بما يخالفها، أو ايقافها، ولكن يجوز الاجتهاد في نطاقها()[٢].

() د. حسن سالم مقبل أحمد ، نظرية الحكم الشرعي والقاعدة القانونية (الأساس والخصائص)- دراسة مقارنة، جامعة عين شمس، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م، ص ٢٨٢ - ٢٨٣.
(٢) د. عبد الحميد متولي، الشريعة الاسلامية كمصدر اساسي للدستور، منشأة المعارف بالإسكندرية، بلا سنه نشر، مقدمة الدكتور عبد الحليم محمود ص: ٧ - ٨.

ونرى في التعريف المذكور آنفا الملاحظات الآتية:

١- إنَّ التعريف اكتنفه الغموض في المصطلحات الواردة فيه.

٢- تحتاج الادلة الى صلاحية كونها دليلاً حتى تصبح مبدأً.

٣- عدم جواز الاجتهاد فيها مبنية على فرض أنها قطعية الثبوت والدلالة، وهذا الفرض من الصعوبة إيجاده في الشريعة الإسلامية، لا في الأصول ولا في الفروع.

في حين ذهب آخر الى أنَّ مبادئ الشريعة الإسلامية بأنها: (تمثل في مجموعها الاصول والثوابت، والعقائد، والمبادئ، والانظمة السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي شرعها الله لتنظيم بعض جوانب حياة الفرد والمجتمع على الارض)[١].

والملاحظات التي تسجل على التعريف المذكور آنفاً تكون على النحو الآتي:

١- إنَّ في العقائد الإسلامية تختلف باختلاف المذاهب الإسلامية، لاسيما في تفصيلات إثباتها الدائر بين النفي والإثبات.

٢- لا دخل للأنظمة السياسية في المبادئ الإسلامية، إلّا اللهم أن يقال المقصود بها طاعة ولي الامر، وهذا المقصود لم يبقَ له وجود في الوقت الحاضر؛ بحكم تبدل الأنظمة السياسية ومجاراة النظام الإسلامي تلك الأنظمة، ولاسيما الأنظمة المدنية في بناء الدولة، فضلاً عن الأمور الاجتماعية التي هي الاخرى عبارة عن أعراف قابلة للتبدل بخلاف المبادئ التي تكون ثابتة زماناً ومكاناً.

وعلى غرار الرأيين المذكورين آنفاً وما حملاه من انتقادات[٢]، ذهبت المحكمة الدستورية العليا في مصر في قرار لها جاء فيه القول على النحو الآتي: (لا يجوز لنص تشريعي، أن يناقض الأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها ودلالتها، باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هي التي يكون الاجتهاد فيها ممتنعاً؛ لأنها تمثل من الشريعة الإسلامية مبادئها الكلية، وأصولها الثابتة التي لا تحتمل تأويلاً أو تبديلاً، ومن غير المتصور بالتالي أن يتغير مفهومها تبعاً لتغير الزمان والمكان، إذ هي عصية على التعديل ولا يجوز الخروج عليها، أو الالتواء بها عن معناها)[٣].

في حين يرى آخر بأن الاسم العلمي لمبادئ الشريعة وكلياتها وأهدافها هو مقاصد الشريعة، ومقاصد الشريعة: هي الغايات والمصالح والمعاني والأهداف التي أتت الشريعة لتحقيقها في دنيا الناس. والمقاصد والمبادئ بهذا المعنى هي من الفقه والفهم للشريعة وليست هي الشريعة في ذاتها، وإنما هي نظريات وفهم عميق ومهم لهذه الشريعة، ومن هذا المنطلق تقسم مبادئ ومقاصد الشريعة إلى الضرورات وهي (حفظ الدين-النفس-النسل-العقل-المال)، والحاجيات، والتحسينيات.

والقول المذكور آنفاً غريب بعض الشيء، بحكم أنه لا يوجد حكم إلّا وله مصلحة ومقصد في تشريعه حتى الاحكام المختلف فيها اجتهاداً.

وبرأينا أنَّ المعنى لمبادئ الشريعة الإسلامية لا يمكن تشخيصه بالدقة، ولكن يمكن رفع الإبهام عنه بالقول: هي العقائد والأحكام الشرعية المبرهن في قطعية مصدرها ودلالتها، والمتفق عليها بين المذاهب الإسلامية والواردة من القرآن والسنة دون غيرها من مصادر التشريع الإسلامي.

والمصادر الأخرى غير القرآن والسنة، هي مصدر خصب للاجتهاد في المسائل الاختلافية التي لا يجوز أن تكون أحكامها جامدة، بما ينقص كمال الشريعة ومرونتها، وكما قضت المحكمة الدستورية بحق فإن الآراء الاجتهادية في المسائل المختلف عليها ليس لها في ذاتها قوة متعدية لغير

---

(١) د. فؤاد النادي والدكتور احمد السنتريسي، النظم السياسية والقانون الدستوري، سنة ٢٠١٩، ص: ٢٦٣.

(٢) د. احمد السنتريسي، الاشكاليات القانونية للنص على مبادئ الشريعة الاسلامية في الدستور المصري، دار النهضة العربية الطبعة الاولى، ٢٠١٦، ص: ١٣.

(٣) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٧ لسنه ٨ قضائية (دستورية) ١٥ مايو ١٩٩٣، الجزء ٥ ص: ٢٦.

القائلين بها، ومن ثَمَّ لا يجوز اعتبارها شرعاً ثابتاً مقرراً لا يجوز أن ينقض وإلّا كان ذلك نهياً عن التأمل والتبصر في دين الله تعالى، وإنكاراً للحقيقة؛ بحكم أنَّ الخطأ محتمل في كل اجتهاد.

المطلب الثاني

موقف الفقه القانوني من مبادئ الشريعة الاسلامية

تتفق القوانين المدنية على أنَّ الشريعة الإسلامية مصدرٌ احتياطيٌّ من مصادر القانون، وينعكس أثرها في التطبيق القضائي في حال خلو او غموض القانون في نصه التشريعي[١].

بيد أنَّ تلك القوانين اختلفت في تفاصيل الرجوع الى ذلك المصدر، وبعبارة اخرى اختلفت في أيّ موضع يمكن الرجوع إليها وما لا يجوز.

فالقانون المدني العراقي يوجب الرجوع الى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص القانون ودون التقييد بمذهب معين، في حال عدم وجود النص بلفظه او معناه في القانون نفسه او عدم ادراج العرف على الواقعة او التصرف القانون[٢].

أما القانون المدني المصري فهو الآخر نصّ على ما نص عليه المشرع العراقي في قانونه المدني في الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية عند فقدان النصّ التشريعيّ بعد استنفاذ طرق العرف واحكامه[٣].

في حين ذهب القانون المدني الأردني بوجوب الرجوع الى احكام الفقه الإسلامي اولاً عند فقدان النص التشريعي، وعند عدم ظفر القاضي بالحكم الفقهي عليه الرجوع الى مبادئ الشريعة الإسلامية[٤].

ويظهر مما ذكر آنفاً، أنَّ مبادئ الشريعة الإسلامية تكون مصدراً احتياطياً، لكن اختلف في ترتيبها القانوني في حال الرجوع اليها.

وذهبت في الاتجاه نفسه بعض القوانين العربية التي أوجبت الرجوع لمبادئ الشريعة الإسلامية مع ضرورة التقييد بمذهب، او مذاهب معينة في الفقه الإسلامي مثلما فعل المشرع الإماراتي في قانونه المدني الإماراتي[٥].

والملاحظ في الرجوع فقهاً يتم بحسب الآراء الفقهية في كل تشريع، فيرى جانب من الفقه المصري متأثراً بآراء واضعي القانون المدني المصري الى أنَّ المقصود من مبادئ الشريعة الإسلامية هو الأصول والقواعد الكلية التي هي موضع اتفاق بين المذاهب الإسلامية، دون الأحكام الفرعية والتفصيلية التي تختلف بين المذاهب الإسلامية دون الأحكام الفرعية والتفصيلية التي تختلف بطبيعتها من مذهب إلى آخر بل حتى داخل المذهب الواحد نفسه[٦].

---

(١) محمد احمد رمضان دور القاضي في انشاء القاعدة القانونية المدنية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٨٥، ص٩٣.

(٢) تنص المادة (٢/١) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ على (فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون ودون التقييد بمذهب معين).

(٣) تنص المادة (٢/١) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ (فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية).

(٤) تنص المادة (٢/٢) من القانوني المدني الاردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ على ما يأتي (فإذا لم تجد المحكمة نصا في هذا القانون حكمت بأحكام الفقه الاسلامي الاكثر موافقة لنصوص هذا القانون فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية).

(٥) تنص المادة (١) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥ على (فاذا لم يجد القاضي نصاً في القانون حكم بمقتضى الشريعة الاسلامية على ان يراعي تخيير انسب الحلول في مذهب الامام مالك والامام احمد ابن حنبل فاذا لم يجد فمن مذهب الامام الشافعي والامام ابي حنيفة حسب ما تقتضيه المصلحة).

(٦) د. صلاح الدين الناهي معضلات التفسير القضائي، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة بغداد، مجلد الاول، العدد الثالث، ١٩٧٧، ص٢٨ – ٢٩.

وتأثر فقهاء القانون المدني العراقي بهذا القول إلى حدٍ ما، مما دعا أحدهم الى القول: (ان رجوع القاضي للشريعة الاسلامية ينبغي ان يقتصر على مبادئ الشريعة الاسلامية دون ان يتعداها الى احكامها التفصيلية والمبادئ العامة وهي الاصول الكلية والقواعد الاساسية التي لا خلاف بين مذاهب المسلمين بشأنها)[1].

ورجوع القاضي الى مبادئ الشريعة الإسلامية المسلم بها من الجميع تقديراً منه لعدم جدوى الرجوع الى الحلول التفصيلية بسبب تعدد الآراء الفقهية بشأنها مما يحتدم الخلاف حيالها[2].

إلّا أنَّ الرأي المذكور قد لا يصمد أمام النقد والتحليل، إذ يمكن الرد عليه بأنَّ الاختلاف بين المذاهب الإسلامية ليس عيباً في الشريعة الإسلامية، بل هو من عوامل القوة؛ وذلك أنَّ القاضي غير مقيد بالرجوع إلى رأي فقهي معين في مذهبٍ ما، بل هو حرٌّ في تكوين رأيه عبر الرجوع إلى آراء الفقهاء في مسألة معينة؛ ليجد الحل المناسب، ولا يحتج بفقدان الحل فما كان موافقاً من تلك الآراء لروح التشريع وملائماً لنصوصه أخذ به وإلّا هو حر في اتخاذ رأي آخر[3].

ونرى في الحل الذي رسمه المشرع القانوني في الترخيص الممنوح للقاضي بالرجوع، هو اعتراف من المشرع للقاضي بالتخيير في الحلول الاجتهادية، بيد أنَّ صيغة النص النهائي لا تعني إلزام القاضي باستبعاد الحلول الجزئية التفصيلية والوقوف عند المبادئ الأساسية الكلية التي لم تختلف فيها المذاهب ولا فقهاء المذاهب الواحد بل إيجاد أكثر من حلّ ولا يجعله متحيراً في فقدان النص القانوني.

والتقييد في الرجوع اليها بشرط عدم الخلاف يسد باب الرجوع ويناقض مبدأ الاجتهاد، من حيث كونه عملاً ناجعاً في التحري عن القاعدة القانونية بالأساليب التي يقرها العلم والعقل سواء حصل إجماع المجتهدين واطراد القضاء ام لم يحصل[4].

---

(١) عبد الباقي البكري، المدخل لدراسة الشريعة والقانون، مطبعة الآداب، ١٩٧٢، ص٤٥٦.

(٢) د. صلاح الدين الناهي، مصدر سابق، ص١٦.

(٣) د. عباس قاسم مهدي الداقوقي، الاجتهاد القضائي، المركز القومي للاصدارات القانونية، ط١، ٢٠١٥، ص٢٨٧.

(٤) صلاح الدين الناهي، مرجع سابق، ص١٥.

المبحث الثاني

موقف القضاء من مبادئ الشريعة الإسلامية

تعد مبادئ الشريعة الإسلامية مصدراً من مصادر الحكم القضائي فيما لا نص فيه، ولاسيما في البلدان التي تأثرت بالشريعة الإسلامية، والسبب في اتخاذها مصدراً، هو الطابع العملي الذي يغلب التفسير القضائي والذي تتجه إليه محاكم الموضوع بمناسبة النزاع المعروض والذي يحتم على القاضي أن يصدر حكماً لحسم النزاع فيستعين بالمبادئ التي وضعها المشرع الإسلامي، ولا يقتصر تفسيره على القواعد الاصولية دون القواعد الفقهية والأحكام التفصيلية بل عليه الاستعانة بهما في إصدار الحكم، وإلّا عُدَّ ممتنعاً عن إحقاق الحق[1]، ونرى في العراق ومصر اتجاه القانون في إرشاد القاضي إلى المبادئ أولا إذا ما أراد الاتجاه إلى الشريعة الإسلامية ومن ثم يستأنس بالتفسير الفقهي؛ بحكم أنَّ التفسير الفقهي يغلب عليه الطابع النظري الذي يتجه نحو الفرضيات الفقهية، فضلاً عن أنَّ الفقيه لا يواجه الصعوبات والتحديات القانونية التي يواجهها القاضي في سبيل إصدار الحكم القضائي.

ومن أجل بيان مدى استعانة القاضي بمبادئ الشريعة الإسلامية المتمثلة بالقواعد الأصولية والفقهية سنبحث دور كل منهما في عملية إصدار الحكم القضائي عند فقدان النص التشريعي في ثلاثة مطالب، المطلب الاول خصصناه في دور الاستعانة بالقواعد الاصولية، والمطلب الثاني في دور القواعد الفقهية في إصدار الحكم القضائي، ومن ثم دور التفسير الفقهي في إصدار الحكم القضائي.

المطلب الاول

دور الاستعانة بالقواعد الأصولية في إصدار الحكم القضائي

تعرف القواعد الاصولية: (قواعد الاستنباط التي يستعين بها المجتهد او القاضي في استخراج الاحكام الشرعية العملية من ادلتها التفصيلية الجزئية)[2]،فيما ذهب آخرون الى تعريفها على انها: (العلم بالعناصر المشتركة في استنباط الحكم الشرعي)[3]، واشترط الفقهاء شروطاً للقواعد الاصولية اوصلوها الى ثمانية شروط منها: أن تكون القاعدة الاصولية ذات صياغة موجزة، ومنها أن تكون قضية عامة، وأن يكون موضوعها كلياً لا جزئياً، وأن يكون موضوعها مجرداً عن التشخيص، وأن لا تتعارض مع أحكام الشرع ومقاصده، وأن لا تعارض بمثلها، او أقوى منها من القواعد الاصولية،[4].

واهم هذه الشروط المشار إليهما آنفاً هما العمومية والتجريد، فهما شرطان ملازمان للقاعدة الاصولية فالقاعدة الاصولية في هذا الجانب تشابه القاعدة القانونية التي يجب أن تكون عامة مجردة لكي تكون مستوعبة للحالات التي تدخل تحتها، لاستنباط الاحكام منها سواء الشرعية ام القضائية[5].

وللقواعد الاصولية أهمية في إصدار الحكم القضائي عند فقدان النص التشريعي، فأن فهم النصوص وتفسيرها، و تطبيق القاعدة الاصولية على الواقعة القانونية ذات النص القانوني المفقود وطرق الترجيح بين الأدلة المتعارضة، تكون في صلب وأساس حلّ كثيرٍ من الاختلافات بين القضايا، ودور البراءة والاستصحاب والتخيير والاحتياط والقياس يكثر استخدامها في تفسير القواعد القانونية؛ بحكم أنَّ ألفاظ القواعد القانونية وانطباقها لم تشتمل جميع التصرفات والوقائع، فيلجأ القاضي إلى استعمال القواعد الاصولية المذكورة آنفاً على الوقائع المتشابهة، مراعياً في الوقت نفسه الواقع العملي والتكييف المناسب والعلة التي من أجلها استعمل واستخدم تلك القواعد، بحيث يبذل ما في وسعه في ملاءمة القانون ومصالح الناس.

---

(1) محمد احمد رمضان، دور القاضي الوطني في انشاء القاعدة المدنية، مرجع سابق، ص٣٢٤.
(2) د. مصطفى الزلمي، اصول الفقه في نسيجه الجديد، دار الحكم، بغداد، ١٩٩١، ص١٢.
(3) محمد باقر الصدر(قدس)، المعالم الجديدة في الاصول، دار التعارف للمطبوعات، بيروت –لبنان، ٢٠١٥، ص: ٢٠.
(4) د. صلاح حميد عبد، القواعد الاصولية، الجامعة العراقية، كلية العلوم الاسلامية. ص١٢.
(5) المرجع نفسه، ص١٣.

وعليه، فإنَّ هذه القواعد ليست قواعد شرعية أو دينية خاصة، ومتعلقة بموضوع واحد، وإنما هي تجسد نصاً وروحاً جميع الحالات التي تنطبق عليها؛ لذلك هي تستعمل في فهم النصوص القانونية، بالإضافة الى سدّ ما اعترى من نقص التشريع.

ومن امثلة القواعد الاصولية ذات التطبيق الواسع والتي لها دور مهم على مستوى العمل القضائي هي قاعدة (الجمع بين النصين المتعارضين مهما كان اولى من الطرح)، إذ إنَّ قاضي المحكمة إذا ما بدا له أن هنالك نصين متعارضين بحيث يستطيع الجمع بينهما يبذل جهده في جمعهما، فيكون الجمع اولى من الطرح[١].

ويتم الجمع عبر عدة طرق اهمها طريق التنويع في مجال عمل النصين المتعارضين بأن يجعل القاضي عمل احد النصين مقتصراً على مجال معين، والآخر في مجال غير المجال الأول الذي يحكمه النص، وخير مثال في ذلك ما نصت عليه المادة (٩٧) من القانون المدني العراقي التي حددت سنّ التمييز بسبع سنوات كاملة[٢]،في حين ذهبت المادة الثالثة من قانون رعاية الأحداث رقم ٧٦ لسنة ١٩٨٣ في الفقرة اولاً على أن سنّ التمييز يكون تسع سنوات كاملة[٣]، فيتم الجمع بين النصين المذكورين عن طريق التوزيع النوعي للواقعة وشمول النص للحالة التي فيها الواقعة في مجالها بالقول بأن نطاقها في القانون المدني هو التعاملات المالية الخالية من العنصر الجزائي، فيما يكون المادة الثالثة من قانون رعاية الأحداث من حيث النطاق هو المسؤولية الجزائية؛ ونتيجة لذلك استعمل القاضي قاعدة اصولية في ايجاد الحكم القضائي المناسب لكلا الحالتين، أو كاستعمال قاضي الاحوال الشخصية قاعد الاستصحاب في تناول احكام المفقود، إذ لا يمكن لأحد أن يجزم بأن المفقود ميت حقيقة ولا يمكن في الوقت نفسه الحكم عليه حياً، وعند رفع الدعوى في المحكمة من أجل ترتيب الآثار في حالة الفقد كونه ميتاً فان الحكم في بقاء حياته يستصحب، وهذا يؤدي الى عدم انتقال امواله إلى كتركة(ميراث) لتقسم أمواله، ولا يحق لزوجته أن تعتد عدة الوفاة، فضلاً عن الزواج من غيره، بحكم أنَّ قاعدة الاستصحاب الاصولية تحكمت في إصدار القاضي للحكم القاضي بوفاته أو حياته[٤].

المطلب الثاني

دور القواعد الفقهية في إصدار الحكم القضائي عند فقدان النص القانوني

تعرف القواعد الفقهية بأنها مبادئ وأسس فقهية ثابتة يتضمن كلٌّ منهما حكماً عاماً[٥]، وعرفت ايضاً بانها: (هي قواعد تقع في طريق استفادة الأحكام الشرعية الإلهية، ولا يكون ذلك من باب الاستنباط والتوسيط؛ بل من باب التطبيق)[٦].

وعليه فالقاعدة الفقهية تتضمن حكماً شرعياً كلياً تندرج تحته جزئيات متعددة يتحقق فيها مناط هذه القاعدة غالباً في الانطباق على الجزئيات مباشرة دون توسط على خلاف القاعدة الاصولية التي تكون غير مباشرة في التطبيق، وامثلتها كثيرة ومنها: (الضرورات تبيح المحظورات)، وقاعدة (المشقة تجلب التيسير) وهذه القواعد تندرج تحتها الكثير من الفروع الفقهية مثل أكل الميتة للمضطر عند غلبة الجوع المفضي الى الموت[٧].

(١ د. عباس قاسم مهدي الداقوقي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص٢٨١.
(٢تنص المادة (٢/٩٧) من القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ على (سن التمييز سبع سنوات كاملة).
(٣ تنص المادة (٢/٣) من قانون رعاية الاحداث على (يعتبر صغيراً من لم يتم التاسعة من عمره).
(٤ د. عبد الرافع جاسم، شرح قانون الأحوال الشخصية في ضوء معطيات الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة : أحكام الوصايا والمواريث، دار المناهل،٢٠١٧، ص:٣٣٤.
(٥نور الدين مختار الخادمي، القواعد الفقهية، جامعة الزيتونة، تونس، ٢٠٠٧، ص: ٦.
(٦آية الله العظمى الشيخ محمد اسحاق الفياض، محاضرات في اصول الفقه، ج١، ص ١١.
(٧ د. سمر سمير صادق، الاضطرار في القواعد الفقهية بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني، دار الفكر والقانون، ٢٠١٨، ص١٢١.

ومن القواعد الفقهية المهمة في صعيد العمل القضائي قاعدة أصالة الصحة، والبراءة، والمقصود بأصالة الصحة بأنَّ الشخص إذا صدر منه فعل وشك في كونه صحيحاً او باطلاً حمل على كونه صحيحاً، وما يوجد لدى المسلمين يبنى على الصحة، و البراءة نطاقها بأنَّ المتهم بريء حتى يثبت اتهامه(١).

والتطبيق العملي في استعمال القواعد الفقهية في أروقة القضاء العراقي كثيرة، إذ سار القضاء على تطبيق جملة من القرارات فيها، منها قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٤٨١٥/ مدنية عقار/ ٢٠١٢ في ٢٠١٢/١٢/٣ والذي جاء فيه (لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية ومشتملاً على اسبابه فقرر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر على الحكم المطعون به تبين انه غير صحيح لمخالفته أحكام القانون وذلك لان الحكم بإلغاء استملاك العقار موضوع الدعوى يقتضي ثبوت استملاكه بدون بدل او خلافاً للإجراءات القانونية إذ إن الاصل في المعاملات الصحة وعلى من يدعي البطلان اثبات عكس ذلك...).

وايضاً قرار محكمة النقض المصرية بالعدد ١٠٨٨ لسنة ١٩٨٤ في ١٩٨٤/٥/٢٤ والذي جاء فيه (الاصل في الاجراءات أن تكون قد روعي فيها، وعلى من يدعي أنها خولفت أن يقيم الدليل على ما يدعيه).

ويظهر مما تقدم أنَّ القواعد الفقهية لها صداها المؤثر في تبني القضاء لها في الأحكام القضائية ومن ثَمَّ فأن مبادئ الشريعة الإسلامية تكون حاضرة في متون وأروقة القضاء الفعال.

المطلب الثالث

دور الأحكام الفقهية في إصدار الحكم القضائي عند فقدان النص القانوني

الحكم الفقهي هو الحكم الذي يستنبطه الفقيه عبر الاستعانة بالأدلة الاصولية والقواعد الفقهية المسندة من القرآن الكريم والسنة النبوية، وتبوب على شكل مسائل فرعية(٢)، يستفيد منها المكلف، إذ يتولى العلماء المسلمون في سائر المذاهب الإسلامية استنباط الاحكام الشرعية المنظمة للعلاقات الشخصية والمالية عبر استعمال القواعد الكلية المنصوص عليها والعلم الذي يتكفل ببيان وإثبات حجية القواعد الكلية في الاستنباط هو علم الفقه واصوله(٣).

ويبدو تأثير الأحكام الفقهية واضحاً في اروقة القضاء؛ بحكم أنَّ الحكم الفقهي يعبر عن الرأي المستنبط للفقيه، او أنَّه خلاصة الحكم على وقائع كلية يمكن للجزئيات الانطواء تحت كنفها، والمتتبع بالاستقراء للأحكام القضائية الصادرة يرى أنَّ هنالك الكثير من الأحكام مبنية على الحكم الفقهي لأحد المتصدين للاستنباط الشرعي.

وإحالة المشرع العراقي والمصري الى آراء الفقهاء واجتهاداتهم في قوانينهم لا تحتاج إلى استدلال في الأخذ بها عند فقدان النص، بيد أنَّ إثراء البحث يتطلب سرد بعض الوقائع القضائية للاستفادة منها(٤).

ومثال ذلك ما جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية القول: (من المقرر إن الشهادة ذات حجية متعدية؛ لان ما يثبت بها لأحد الخصوم يعد ثابتاً للخصم الآخر؛ وذلك باعتبار أن من صدرت منه الشهادة شخص عدل، ولا يقصد بها تحقيق مصلحة لأحد او مضارته؛ ولهذا الاثر الذي يترتب على الشهادة؛ ولاعتبارات العدالة فإنه يجب أن لا يقوم بالشاهد مانع من موانعها من شأنه أن يدع الميل بشهادته لخصم فقد ورد في الحديث الشريف (لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين ولا ذي أحفة)،

---

(١) فاضل الصفار، اصالة الصحة، دار العلوم للطباعة والنشر والتوزيع، السعودية، ط١، ٢٠٠٨، ص٢٦.

(٢) د. عباس قاسم مهدي الداقوقي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص٢٩٠.

(٣) د. وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، دمشق، ط٢، ١٩٨٥، ص١٧.

(٤) نصت المادة الاولى الفقرة الثالثة من القانون المدني العراقي على ذلك بقولها: (تسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقه الإسلامي في العراق وفي البلاد الإسلامية الأخرى التي تتقارب قوانينها من القوانين العراقية)

واذا خلت مواد قانون الإثبات المنظمة لشهادة الشهود من نصّ يعالج أثر وجود خصومة بين الشاهد والخصم المشهود عليه فليس أمام القاضي سبيل إلّا أن يلتجأ الى مبادئ الشريعة الإسلامية التي تقضي بأنَّ قيام هذه الخصومة يعد مانعاً للشهادة باعتبار هذه المبادئ المصدر الرئيس للتشريع بنص المادة الثانية من الدستور، والمرجع الاصيل للقضاء عند غياب النص وعدم وجود العرف، طبقاً لنص المادة الاولى من القانون المدني وينبني على ذلك إنه إذا ما طعن الخصم على أقوال الشاهد بوجود خصومة بينهما مانعة من الإدلاء بأقواله دونما ميل، وأقام الدليل على ذلك تعين على المحكمة أن تمحص دفاعه وتحققه قبل أن تحكم في النزاع، فإن هي لم تفعل واستندت الى اقوال هذا الشاهد رغم الطعن بفسادها وقع الكلام باطلاً)[1].

كما رجع القضاء العراقي الى أحكام الفقه الإسلامي فيما يتعلق بالنزاع الذي يقع بين الوكيل والموكل بخصوص الأموال التي يقبضها الوكيل نيابة عن موكله، فلو أنكر الموكل استلام المال الذي قبضه الوكيل نيابة عنه، ودفع الوكيل بالتسديد، في هذه الحالة يجب الرجوع إلى إحكام الشريعة الإسلامية مثلما نصت على ذلك الفقرة (٢) من المادة الاولى من القانون المدني العراقي في حال خلو القانون المدني من حكم هذه الحالة قضت بالرجوع الى الشريعة الإسلامية وفقهائها على وفق الفقه بأن الأمين مصدق في براءة الذمة أي في المال الذي في يده فيتوجب على المحكمة في هذه الحالة أن تحلف الوكيل اليمين بطلب من الموكل على براءة ذمة الوكيل[2].

وتخوم أروقة القضاء مليئة في الرجوع إلى فقهاء الشريعة الإسلامية، ولاسيما إذا كانت الوقائع والتصرفات من ضمن الأحوال الشخصية؛ لأنها الأرض الخصبة في الرجوع عند فقدان النص القانوني

الخاتمة

من نافلة القول أن نختم بحثنا بما توصلنا إليه عبر هذه الدراسة الى جملة من النتائج والتوصيات وهي على النحو الآتي:

اولاً: النتائج

١. الشريعة الإسلامية هي جملة من الأحكام والأوامر والنواهي التي شرعها الله عزَّ وجلَّ إلى عباده ليقدم لهم منهجاً واضحاً لكل ما أحله وما حرمه.
٢. مبادئ الشريعة الإسلامية ملزمة للقاضي بموجب النص في القواعد القانونية، وعلى الكافة احترامها واللجوء إليها عند فقدان النص القانوني.
٣. إنَّ القاضي غير مقيد بالرجوع إلى رأي فقهي معين في مذهبٍ ما، بل هو حرٌّ في تكوين عقيدته لحلّ مسألة معروضة عليه عبر الرجوع الى آراء الفقهاء في مسألة معينة فيما كان موافقاً من تلك الآراء لروح العصر وملائماً لنصوص التشريع يأخذه.
٤. فسر القضاء مبادئ الشريعة الإسلامية بوصفها مصدراً من مصادر الحكم القضائي تفسيراً واسعاً والسبب في ذلك هو الطابع العملي الذي يغلب التفسير القضائي والذي تتجه إليه محكمة الموضوع بمناسبة النزاع المعروض والذي يوجب على القاضي أن يصدر حكماً لحسم ذلك النزاع ويتوجب عليه عندئذ أن يفسر الشريعة الإسلامية بوصفها مصدراً للحكم القضائي تفسيراً واسعاً بحيث لا يقتصر تفسيره لذلك المصدر على القواعد الأصولية دون القواعد الفقهية والأحكام التفصيلية.
٥. الواجب القانوني والأخلاقي للقضاء أن لا يقف مكتوف الأيدي معتذراً بغياب النص فيما لو عُرِضَت عليه مسألة مستحدثة ومتطورة لمواجهتها ، ولاسيما في التطور التكنلوجي المعاصر

---

(١) احمد محمد عبد الصادق، المرجع القضائي في شرح احكام القانون المدني، نادي مستشاري هيأة قضايا الدولة، ٢٠١٠، ج١، ص٨.

(٢) محمد احمد رمضان، دور القاضي في انشاء القاعدة القانونية المدنية، مرجع سابق، ص٩٥.

ثانيا: التوصيات

١. دراسة إمكانية إعادة ترتيب مصادر القانون التي وردت في المادة (١) من القانون المدني العراقي وجعل الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي في مقدمة المصادر، وهذا يتماشى مع المادة (٢) من دستور العراق لسنة ٢٠٠٥ على اعتبار إنَّ الإسلام دين الدولة ولا يجوز سنّ قانون يتعارض وثوابت أحكام الإسلام.

٢. إقامة الندوات والورش التعليمية والتثقيفية للقضاة في مجال اختصاص كلّ واحدٍ منهم في عرض مبادئ الشريعة في القواعد الأصولية والفقهية، وبيان الأحكام الشرعية التي تهم ابتلاءات المواطن العراقي التي لا يوجد نص فيها في القانون، ولاسيما تلك التي تكون محل التطور الفكري والتكنلوجي المعاصر.

قائمة المراجع

اولا: قائمة الكتب

١- احكام المحكمة الدستورية العليا ١٩٩٣، الجزء ٥، مصر، ١٩٩٣.

٢- اية الله العظمى الشيخ محمد اسحاق الفياض، محاضرات في اصول الفقه، ج١.

٣- د. احمد السنتريسي، الاشكاليات القانونية للنص على مبادئ الشريعة الاسلامية في الدستور المصري، دار النهضة العربية الطبعة الاولى، ٢٠١٦

٤- د. احمد محمد عبد الصادق، المرجع القضائي في شرح احكام القانون المدني، نادي مستشاري هيأة قضايا الدولة، ٢٠١٠، ج١، بلا سنة طبع.

٥- د. حسن سالم مقبل أحمد ، نظرية الحكم الشرعي والقاعدة القانونية " الأساس والخصائص "- دراسة مقارنة ، جامعة عين شمس ، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م.

٦- د. سمر سمير صادق، الاضطرار في القواعد الفقهية بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني، دار الفكر والقانون، ٢٠١٨.

٧- د. صلاح الدين الناهي معضلات التفسير القضائي، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة بغداد، مجلد الاول، العدد الثالث، ١٩٧٧.

٨- د. صلاح حميد عبد، القواعد الاصولية، الجامعة العراقية، كلية العلوم الاسلامية.

٩-د. عباس قاسم مهدي الداقوقي، الاجتهاد القضائي، المركز القومي للاصدارات القانونية، ط١، ٢٠١٥.

١٠- د. عبد الحميد متولي، الشريعة الاسلامية كمصدر اساسي للدستور، منشأة المعارف بالإسكندرية، بلا سنة نشر، مقدمة الدكتور عبد الحليم محمود.

١١- د. عبد الرافع جاسم، شرح قانون الأحوال الشخصية في ضوء معطيات الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة : أحكام الوصايا والمواريث، دار المناهل،٢٠١٧.

١٢- د. فؤاد النادي والدكتور احمد السنتريسي، النظم السياسية والقانون الدستوري، سنة ٢٠١٩.

١٣- د. مصطفى الزلمي، اصول الفقه في نسيجه الجديد، دار الحكم، بغداد، ١٩٩١.

١٤- د. وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، دمشق، ط٢، ١٩٨٥.

١٥- عبد الباقي البكري، المدخل لدراسة الشريعة والقانون، مطبعة الآداب، ١٩٧٢.

١٦- فاضل الصفار، اصالة الصحة، دار العلوم للطباعة والنشر والتوزيع، السعودية، ط١، ٢٠٠٨.

١٧-محمد احمد رمضان دور القاضي في انشاء القاعدة القانونية المدنية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٨٥.

١٨- محمد باقر الصدر(قدس)، المعالم الجديدة في الاصول، دار التعارف للمطبوعات، لبنان، ٢٠١٥.
١٩- نور الدين مختار الخادمي، القواعد الفقهية، جامعة الزيتونة، تونس، ٢٠٠٧.

ثانياً: القوانين

١- القانون المدني العراقي بالرقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل
٢- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.
٣- القانوني المدني الاردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦
٤- قانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥.