اختلاف الفقهاء وأثره على الأحكام القضائية (دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة)

Doi:10.23918/ilic8.04

أ. م. د. احمد محمد صديق
جامعة كركوك / كلية القانون والعلوم السياسية
ahmed.siddiq@uokirkuk.edu.iq

The difference of jurists and its impact on judicial rulings (a comparative analytical study)

Asst. Prof. Dr. Ahmed Mohammed Siddiq
Iraq / University of Kirkuk / College of Law and Political Science

الملخص

يعد الاختلاف بين الفقهاء سواء كانوا قانونيين او من فقهاء الفقه الاسلامي المتأخرين او المتقدمين السمة الغالبة فيما يتم طرحة من المسائل، ولكل فقيه او فئة منهم رأيه وادلته الذي يستند عليه في بيان آرائه واحكامه في الموضوع المثار، وطبعا المجال الحيوي للخلاف بين الفقهاء هي الامور الذي تحتمل الاختلاف فيما بينهم بأن لا يكون هناك نص قانوني او شرعي قطعي في بيان الحكم القانوني او الشرعي في الموضوع، ومن ثم قد يؤدي ان يكون القاضي امام خلاف فقهي تعدد في الآراء عندما ترفع دعوى قضائية في الموضوع الحاصل فيها نزاع، لذلك فإن البحث يتطرق الى دراسة الاثار المترتبة للاختلاف بين الفقهاء على الاحكام القضائية، وكيف يكون موقف القاضي في المسائل الخلافية بخصوص الموضوع المعروض امامه.

بالرجوع الى التشريعات العراقية والتشريعات العربية المقارنة من القوانين المدنية او قوانين الاحوال الشخصية نجد ان هذه القوانين عد الفقه او الشريعة الاسلامية احد المصادر الاساسية او التفسيرية لهذه القوانين، كما في القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ في المادة (١/ ثانيا وثالثا) ،وكذلك قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ في المادة (١/ ثانيا وثالثا)، ومن مجمل النصوص القانونية هذه نجد ان المشرع العراقي قد عد الفقه (القانوني والشرعي) من مصادر الاصلية بنصها ان مبادئ الشريعة الاسلامية مصدرا للقانون وللقضاء ايضا، او التفسيرية للقانون وللقضاء ويستطيع القاضي اللجوء اليه في اصدار الاحكام القضائية، لكن النقطة الاساسية هنا ان اغلب الفقهاء لا يتفقون على رأي واحد فيما بينهم في موضوع معين بل يوجد اختلاف في بيان الحكم حسب الادلة والقناعة الذي يستندون عليها في بيان رأيهم الفقهي، فكيف يستطيع القاضي ان يرجح او يطرح رأي على رأي آخر في القضية المنظورة امامه، فلابد اذن ان يكون هناك اسس وقواعد على ضوئها يتم ترجيح رأي على رأي آخر.

الكلمات المفتاحية:- القضاء ، الفقهاء ، القانون ، الغامض، الخفاء ، الاراء.

Abstract

The difference between jurists, whether they are jurists or late or advanced Islamic jurists, is the dominant feature in the issues that are raised, and each jurist or group of them has his own opinion and evidence upon which he relies in stating his opinions and rulings on the subject raised.

Of course, the vital area of disagreement between jurists is the matters that are subject to disagreement among them, such that there is no definitive legal or Sharia text in stating the legal or Sharia ruling on the subject, and thus it may lead to the judge being faced with a jurisprudential dispute and a multiplicity of opinions when a lawsuit is filed on the subject. What happened is a dispute, so the research addresses the study of the effects of the disagreement between jurists on judicial rulings.What is the judge's position on controversial issues regarding the subject before him?By referring to Iraqi legislation and comparative Arab legislation, such as civil laws or personal status laws, we find that these laws consider jurisprudence or Islamic law as one of the basic or explanatory sources for these laws.As in the Iraqi Civil Law No. 40 of 1951 in Article (1/Second and Third), as well as the Iraqi Personal Status Law No. 188 of 1959 in Article (1/Second and Third),Among all these legal texts, we find that the Iraqi legislator has counted jurisprudence (legal and Sharia) from the original sources by stating that the principles of Islamic law are a source of law and the judiciary as well, or the interpretation of the law and the judiciary, and the judge can resort to it in issuing judicial rulings, but the main point here is that most of the jurists do not They agree on one opinion among themselves on a specific subject, but there is a difference in the statement of the ruling according to the evidence and the conviction on which they rely in the statement of their jurisprudential opinion, so how can the judge outweigh or put forward an opinion over another opinion in the case before him?Therefore, there must be foundations and rules based on which one opinion is given weight over another.

Keywords: judiciary, jurists, law, ambiguous, secret, opinions

المقدمة

اولا: موضوع البحث:- يعد الخلاف بين الفقهاء سواء كان الفقهاء قانونيين او من فقهاء الفقه الاسلامي المتأخرين او المتقدمين السمة الغالبة فيهم اثناء تطرقهم لموضوع معين، ولكل فقيه او فئة منهم رأيهم وادلتهم الذي يستندون عليها في بيان آرائهم واحكامهم في الموضوع المثار، وطبعا المجال الحيوي للخلاف بين الفقهاء هو الامور الذي يحتمل الخلاف بينهم بأن لا يكون هناك نص قانوني او شرعي قطعي في بيان الحكم القانوني او الشرعي في الموضوع، ومن ثم قد يؤدي ان يكون القاضي امام خلاف فقهي ومتعدد الاراء عندما ترفع دعوى قضائية في الموضوع الحاصل فيها نزاع، لذلك فإن البحث يتطرق الى دراسة الاثار المترتبة للخلاف الفقهي على الاحكام القضائية سواء كان الفقهاء فقهاء قانونيين او شرعيين في نطاق الفقه الاسلامي، وكيف يكون موقف القاضي في المسائل الخلافية بخصوص الموضوع المعروض امامه اثناء اصدار الحكم القضائي.

ثانيا: اهمية الموضوع:- بالرجوع الى التشريعات العراقية والتشريعات المقارنة من القوانين المدنية او قوانين الاحوال الشخصية نجد ان هذه القوانين عد الفقه او الشريعة الاسلامية احد المصادر الاساسية او التفسيرية لهذه القوانين، اذ نص القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ في المادة (١/ ثانيا) على انه«... فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين...»، اما الفقرة الثالثة فقد بين المصادر التفسيرية لقانون المدني في اصدار الاحكام القضائية فنصت على أنه «وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي اقرها القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد الاخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية»، ولو راجعنا قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ لنجد ان المادة (١/ ثانيا) نصت على أنه «إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون»، مما يتبين ان الشريعة الاسلامية يعتبر من المصادر الاصلية لقانون الاحوال الشخصية، وفي نفس الوقت نصت المادة (١/ ثالثا) في قانون الاحوال الشخصية على انه «تسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقه الإسلامي في العراق وفي البلاد الإسلامية الأخرى التي تتقارب قوانينها من القوانين العراقية»، ومن مجمل النصوص القانونية اعلاه نجد ان المشرع العراقي قد عد الفقه سواء كان الفقه القانوني او الاسلامي من مصادر الاصلية بنصها ان مبادئ الشريعة الاسلامية مصدرا للقانون وللقضاء ايضا، او التفسيرية للقانون وللقضاء ويستطيع القاضي اللجوء اليه في اصدار الاحكام القضائية، لكن النقطة الاساسية هنا ان اغلب الفقهاء سواء القانونين او الشرعيين في الفقه الاسلامي لا يتفقون على رأي واحد فيما بينهم في موضوع معين بل يوجد اختلاف في بيان الحكم حسب الادلة والقناعة الذي يستندون عليها في بيان رأيهم الفقهي، فكيف يستطيع القاضي ان يرجح او يطرح رأي على رأي آخر في القضية المنظورة امامه، فلابد اذن ان يكون هناك اسس وقواعد على ضوئها يتم ترجيح رأي على رأي آخر.

ثالثاً: مشكلة البحث: النصوص القانونية الذي بينت ان الفقه يعد مصادر اصلية او تفسيرية للقانون والقضاء والمحاكم لم يعالج مسألة الخلاف الفقهي بين الفقهاء والمعايير والاسس الذي يأخذ بها القاضي في ترجيح رأي فقهي على رأي فقهي آخر، فبينت النصوص القانونية بصورة مطلقة دون معالجة الاسس المنطقية والقانونية والشرعية في ترجيح رأي على آخر خاصة في ما اذا كان هناك خلاف بين الفقهاء في معالجة الموضوع المرفوع عنها الدعوى امام القاضي، وهذا يعد نقص تشريعي يحتاج معالجة تفصيلية ولا يعتبر النصوص القانونية الحالية ملاءمة لحل اشكالية الخلاف الفقهي ومدى اثره على الحكم القضائي.

رابعا: نطاق البحث:- سيكون نطاق بحثنا في نطاق القوانين المدنية وقوانين الاحوال الشخصية لورود نصوص صريحة في هذه القوانين باعتبار الفقه مصدرا اساسيا او تفسيريا للقانون وللمحاكم في اصدار احكامها، ولا يتم التقييد فقط بالآراء الفقهية القانونية وانما يتم التطرق للآراء الفقهية الشرعية فيما اذا وجد خلاف بخصوص موضوع معين واثرها على الاحكام القضائية.

خامسا: تساؤلات البحث : نطرح مجموعة من التساؤلات منها :-

١- متى يلجأ القاضي للآراء الفقهية في اصدار الاحكام القضائية؟
٢- ما المقصود بالخلاف الفقهي وخصائصه؟
٣- ماهي الاسس والقواعد الذي يتم الاخذ بها من قبل القاضي فيما اذا كان هناك خلاف فقهي في الموضوع المرفوع عنها الدعوى؟
٤- هل النصوص القانونية كافية في بيان مدى اثر الخلاف الفقهي على الاحكام القضائية؟ ام ان هناك حاجة ماسة من قبل المشرع في بيان الاسس والقواعد الخاصة بخصوص ترجيح رأي على رأي آخر لدى القاضي اذا وجد خلاف بين الفقهاء؟
٥- هل الحكم القضائي الصادر في حالة تبني رأي معين كان محل خلاف يؤدي الى الخروج من الخلاف؟

سادسا: منهجية البحث:- نحاول ان نتبع المنهج التحليلي والتأصيلي المقارن في نطاق الفقه الاسلامي والقانون الوضعي وبيان الاراء الذي قيلت في الفقه الاسلامي بخصوص الاراء المخالفة واثرها في اصدار القاضي الحكم القضائي ونحاول قدر الامكان انطباق الاراء الشرعية في كتب اصول الفقه بخصوص الرأي المخالف على القانون الوضعي، ونتطرق الى القانون المدني العراقي وقانون الاحوال الشخصية ايضا باعتباره المجال الخصب لصدور الاراء المتعددة والمخالفة بخصوص تفسير نصوصها او غموضها او نقصها ومدى تاثيرها على الحكم القضائي سواء في المحاكم المدنية أو الشرعية.

سابعا: خطة البحث:- يكون بحثنا مقسمة الى مبحثين وعدة مطالب وكالاتي :-

المبحث الأول:- مفهوم الخلاف الفقهي
المطلب الأول:- تعريف الخلاف الفقهي
الفرع الاول:- تعريف اللغوي والاصطلاحي
الفرع الثاني:- خصائص الخلاف الفقهي
المطلب الثاني:- اسباب لجوء القاضي للآراء الفقهية
الفرع الاول :- عدم وجود نص قانوني
الفرع الثاني :- غموض النصوص القانونية

المبحث الثاني:- اسس اخذ القاضي بآراء الفقهية المخالفة في الاحكام القضائية
المطلب الأول :-مراعاة خلاف الفقهاء
الفرع الاول:- اسس مراعاة خلاف الفقهاء

الفرع الثاني :- شروط مراعاة الخلاف
المطلب الثاني:- ضوابط الاخذ برأي من الآراء المخالفة
الفرع الاول:- مراعاة قواعد الترجيح
الفرع الثاني:- مراعاة اسس اختيار الآراء
١- مراعاة اعراف المجتمع
٢- مراعاة المصلحة

المبحث الأول
مفهوم الخلاف الفقهي

قبل بيان اثر الخلاف الفقهي على الاحكام القضائية والقاضي يستوجب بيان تعريف عن معنى الخلاف الفقهي وما المقصود منه سواء في الجانب القانوني او الشرعي وايضا يستوجب بيان انواع الخلاف والاجابة على السؤال المهم هل أن أية الخلاف بين فقهاء القانون أو فقهاء الفقه الاسلامي له اعتبار لدى القاضي ام يستوجب ان يكون الخلاف مبني بموجب خصائص محددة؟، وايضا يستوجب ذكر متى يكون للقاضي الحق بترك مهمة الاجتهاد واللجوء الى الآراء الفقهية، نحاول ان نبين النقاط اعلاه من خلال مطلبين نبين في المطلب الأول تعريف وانواع الخلاف الفقهي، ومن ثم نبين في المطلب الثاني اسباب لجوء القاضي للآراء الفقهية وتكون الخطة كألاتي:-

المطلب الأول/ تعريف وخصائص الخلاف الفقهي
المطلب الثاني/ اسباب لجوء القاضي للآراء الفقهية

المطلب الأول
تعريف وخصائص الخلاف الفقهي

نبين في هذا المطلب ومن خلال فرعين تعريف اللغوي والاصطلاحي للخلاف الفقهي ومن ثم نبين في الفرع الثاني خصائص الخلاف الفقهي وكألاتي:-

الفرع الاول
تعريف اللغوي والاصطلاحي

لغوياً الخِلاف مصدر خالف يخالف ومعناه في اللغة: المضادة ضد الوفاق، ومنه قوله تعالى (فَرِحَ الْمُخَلَّفُونَ بِمَقْعَدِهِمْ خِلَافَ رَسُولِ اللَّهِ)[١] أي مخالفة رسول (الله صلى الله علية وسلم)، واشتقاقه من مادة (خلف) وهي أصل في اللغة لمعان كثيرة[٢]، ولو رجعنا الى مصادر اللسان العربي نجد ان أحد معاني الخلاف ان يكون لكل واحدا طريقا او مسلكا غير طريق ومسلك الشخص الأخر في الاحوال أو الأقوال، والخلاف أعم من الضد لأن كل ضدين مختلفان وليس كل مختلفين ضدين[٣].

لم نجد على حد علمنا من خلال اطلاعنا لبعض المؤلفات المتخصصة في بيان اسباب اختلاف الفقهاء تعريفا واضحا ومباشرا للخلاف الفقهي وانما ذكروا فقط اسبابها بأن السبب هو اما اختلافهم في دلالة من قطعي وظني النصوص او اختلافهم في فهم اساليب النصوص بما يعرفونه من قواعد اللغة واختلافها في دلالة واستعمالا بحسب ما يتم التخاطب بها كمفهوم المخالفة او اختلافهم في ثبوت النصوص والعلم بها[٤].

لكن ومن خلال ادراجنا للتعريف اللغوي لا يوجد اختلاف في اعراف الفقهاء اثناء خلافهم الفقهي عن هذا المعنى اللغوي، لذلك فأنه وفي نطاق الفقه الإسلامي نستطيع أن نبين أن الخلاف الفقهي هو الأقوال المختلفة والمتباينة في الأحكام والمسائل الشرعية العملية مما يكون الآراء مبنية بالاستناد على الدليل والحجة.

أما في نطاق القانون فمن الممكن ان نستنتج معنى الخلاف الفقهي من خلال بيان معنى الفقه كمصدر من مصادر القانون ووظيفة الفقيه، فالفقه هو مجموعة آراء علماء القانون الذين يعرضون بها لشرح القانون وتفسيرها وتحليلها ونقدها وبيان نقائص القانون وعيوبه سواء كان ذلك في مؤلفاتهم أو فتاواهم أو تعاليمهم[٥]، او هو استنباط الاحكام القانونية من مصادرها بالطرق العلمية[٦].

لذلك من الممكن أن يكون للفقهاء منزلة كبيرة لدى الناس قد يستندون اليها في مرافعاتهم امام القضاء خاصة اذا كان آرائهم اجمعت على امر معين عن طريق الاستخلاص للمعنى من النصوص او اصلاح ما يعتور النص من عيب او عن طريق القياس بمسألة معينة وقد يصل للفقهاء ان يقوموا باستنباط نظرية عامة على اساس الأصول التي يتضمنها النصوص، وقد يكون في بعض الحالات رأيهم ثابت باطراد وقد يكون رأيهم مختلف[٧]، لذلك ذهب احد الآراء الى للفقه دور عظيم الاثر والخطر، اذ يوجه القضاء والمشرع ايضا بتنبيههم الى الاحكام القانونية والقضائية التي تحتاج الى الترفع من الفساد والى الناقص منها ليكمله[٨]،خصوصا ان التعاون ما بين الفقه والقضاء ضرورة مهمة لاستفادة القاضي من اراء الفقهاء اذ ان الفقيه يرسم الطريق للقاضي باعتباره الجانب النظري للقانون والقضاء الجانب العملي[٩].

لذلك وبما أن مهمة الفقه هو بيان النقص في القانون او تفسيرها فمن الطبيعي ان يكون هناك اختلاف في التفسير او بيان النقص او العيب في القانون او بيان رأيهم الفقهي في أمر معين ومن ثم يؤدي بنا الى ان نجد خلاف فيما بينهم وهذا مما يؤثر على القاضي في حكمه

---

[١] سورة التوبة، اية: ٨١.
[٢] اسماعيل الجوهري، تاج اللغة وصحاح اللغة،ج٤، ط٢، دار العلم للملايين، بيروت، ١٣٩٩هجرية، ص١٣٥٧؛ جمال الدين محمد بن مكرم الأنصاري أبن منظور، لسان العرب، ج٩، دار صادر، بيروت، ص٨٢-٨٧ ؛ احمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير، ج١، المكتبة العلمية، بدون مكان وسنة طبع، ص١٧٨.
[٣] الحسين بن محمد الأصفهاني، المفردات في غريب القران، تحقيق محمد سيد كيلاني، دار المعرفة، بيروت، بدون سنة طبع، ص١٥٦ ، احمد الفيومي، المصباح المنير، المصدر السابق، ص١٧٩.
[٤] علي الخفيف، أسباب اختلاف الفقهاء، دار الفكر العرب، مصر، ص١٠٦؛ ويراجع ايضا :- د.مصطفى ابراهيم الزلمي، اسباب اختلاف الفقهاء في الاحكام الشرعية، ج٣، ط١ ، احسان للنشر والتوزيع، ٢٠١٤، ص٣٠ ومابعدها.
[٥] عبد الباقي البكري وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون، المكتبة القانونية، بغداد، ص١٥٨. د.محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص المدنية (دراسة مقارنة بين الفقهين المدني الإسلامي)، ط١، التفسير للنشر والاعلان، اربيل، ٢٠١٥، ص٢٢.
[٦] د.عبدالرزاق السنهوري؛ د.احمد حشمن ابوستيت، اصول القانون(أو المدخل لدراسة القانون)، مطبعة التأليف والترجمة، القاهرة، ١٩٣٨، ص١٠٦.
[٧] د. سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، المدخل للعلوم القانونية، ج١، ط٦، صادر للمنشورات الحقوقية، بيروت لبنان، ١٩٩٨، ص٤٧٩.
[٨] د.حسن كيرة، اصول القانون، ط٢، دار المعارف، مصر، ١٩٥٨، ص٢٦٤.
[٩] د.عبدالرزاق السنهوري؛ د.احمد حشمن ابوستيت، المصدر السابق، ص١٠٨.

القضائي، إذ ان من طبيعة الفقهاء اختلاف مداركهم وفهم لمضامين النصوص وفحواها بناء على الاسس العلمية التي يتبنوها اثناء تفسيرهم لنص او بيان وجود نقص او عيب فيها وهذا ما يؤدي الى وجود اختلاف فيما بينهم في الاراء.

لذا نلخص بتعريفنا للخلاف الفقهي بعد بيان المفاهيم الاساسية اعلاه بأن الخلاف الفقهي هو:- هي الآراء والاتجاهات الفقهية المختلفة ما بين الفقهاء القانونين او الشرعيين ونتيجة اختلافهم ناشئ عن اختلافهم في تبني الاسس العلمية في الأخذ بالأدلة والمصادر العلمية لتدعيم وجه نظرهم.

الفرع الثاني
خصائص الخلاف الفقهي

ليس كل خلاف ما بين الفقهاء هو خلاف معتمد ويؤخذ بها وانما الخلاف المعتمد والذي يجب ان يكون محل تدارس القاضي اثناء اصداره للحكم القضائي ومن ثم يكون مؤثرا على القاضي في عملية الاصدار للحكم القضائي يستوجب ان يكون متوافرا فيها خصائص معينة نجملها من خلال النقاط الأتية ويجب الملاحظة ان هذه الخصائص برأينا ينطبق سواء كان الرأي رأيا قانونيا أم رايا صادرا من فقهاء الفقه الاسلامي:-

١- يجب ان يكون الآراء المخالفة صدرت بمناسبة النصوص التشريعية غير الواضحة ويحتمل أكثر من معنى، او بمناسبة وجود نقص او وجود عيب او الخطأ او الغموض في التشريع فيستعين الفقهاء بعدة ادوات لإزالة هذا العيوب والغموض منها حكمة التشريع وتقريب النصوص والاعمال التحضيرية والمصادر التاريخية ونظرا لاختلاف الفقهاء في الاخذ بأي من هذه الادوات ينتج عنها خلاف بينهم أما اذا كان النص واضحا فمن الافضل ان يطبق القاضي النص القانوني وتفسيره من قبله بموجب مهامه الاساسية في تطبيق القانون دون الدخول في الخلافات الفقهية المطروحة بخصوص هذه النصوص هذا في الجانب القانوني[١]، اما في النصوص الشرعية فأن الخلاف الفقهي يكون معتبرا ومعتدا بها اذا كان بمناسبة وجود نصوص ظنية غير قطعية الثبوت او الدلالة فلا مجال للنصوص القطعية الدلالة ان يكون محلا للخلاف بين الفقهاء[٢].

٢- ان يكون هناك اختلاف في تبني المصادر العلمية في عملية الاستنباط القانوني أو الشرعي بأن يكون هناك تضارب ما بين الأدلة ومن ثم يتضارب الانظار اليها ويكون وجه الصحة والخطأ متلبسا ما بين الفقهاء سواء كانوا شرعيين او قانونين، وبالتالي يكون محلا لنشوء الاجتهاد المعتبر بين الفقهاء كل حسب فقهه او علمه وبالرجوع الى المقاصد والاسباب الموجبة للتشريع ومالات الاحكام[٣].

٣- يستوجب ان يكون الفقهاء الذين يتبنون آرائهم الفقهية في اجتهاداتهم القانونية او الشرعية اصولهم وادلتهم واضحة ومعروفة وبالتالي يستطيع القاضي الوقوف على حقيقة الخلاف ومن ثم يصل الى حقيقة الامر ومصدر الخلاف، فاذا كان الرأي الظاهر غير مبني على دليل علمي وقانوني وخالف ما اتفق علية الفقهاء القانونيين والشرعيين فلا يؤخذ به ولا يعتد بها.

٤- ان يكون الرأي الصادر من قبل شخص اكتسب صفة الفقهاء فاذا كان الرأي الصادر ممن ليس بعارف بأمور الفقه ويفتقر صفات المجتهد فيعد من الآراء المخالفة الملغية غير المعتبرة.

٥- ونظرا للتطور الحاصل في الوقت الحالي في المجال النشر الالكتروني وسرعة الاتصال ما بين الافراد والمجتمعات نرى ان يكون الآراء الفقهية للفقهاء القانونيين والشرعيين المعاصرين مكتوبة بشكل مراجع فقهية او مجموعات قضائية وذلك بأن ينشر الفقهاء آراءهم في شرح القانون في كتب تعد مراجع للمشتغلين بالقانون عاما او في مجال الشريعة، وعادة ما يعتمد الفقه في شرحه للقانون على استقراء أحكام المحاكم وتطبيقها للقانون.

فاذا توافر هي الآراء الفقهية الخصائص اعلاه فبرأينا من حق القاضي ان يتطلع على هذه الاراء واعمال دوره في الاخذ بالرأي الذي يؤدي بالحكم القضائي الى تحقيق العدالة وذلك بعد اعمال الاسس الذي سوف نبينها لاحقا بخصوص اخذ بأحد الآراء بين عدة أراء مخالفة.

المطلب الثاني
اسباب لجوء القاضي للآراء الفقهية

نبين في هذا المطلب ومن خلال فرعين اسباب لجوء القاضي للخلافات الفقيهة والاستناد عليها في الحكم القضائي فقط يكون اللجوء للآراء الفقهية سببه عدم وجود نص قانوني او بسبب الغموض في النصوص القانونية او الشرعية نبينها وكآلاتي:-

الفرع الاول
عدم وجود نص قانوني

قد يواجه القاضي مسالة ان الموضوع المثار امامه لا يجد نصوص قانونية مباشرة تعالج المسالة وبحسب قواعد قانون المرافعات العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ [٤] بانه لا يجوز للقاضي ان يمتنع عن الحكم بحجة عدم تشريع قانون خاص او نصوص قانونية تعالج الموضوع والا عد القاضي او المحكمة ممتنعا عن احقاق الحق.

ويواجه القاضي حالة وجود نقص تشريعي او قانوني في حالة قيامه بمهام تطبيق القانون على النزاع المعروض عليه يجد انه يوجد نقص تشريعي قد يكون النقص التشريعي بسبب الصياغة الغير المحتملة للتفسير بان يكون ضيقا في معناه، او قد يكون هناك سكون تشريعي ونصي عن الحالة المعروضة امامه.

لذلك يكون القاضي مضطرا باللجوء الى الوسائل الاخرى لإيجاد حل للنقص الحاصل في النصوص القانونية، فمن الممكن ان يلتجأ اما الى العرف او الآراء الفقهية في حال خلو الاعراف من قواعد عرفية عن موضوع النزاع.

---

[١] د.توفيق حسن فرج، الاصول العامة للقانون (المدخل للعلوم القانونية/ النظرية العامة للالتزام)، دار المصرية للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٧٣، ص٢٢٥.

[٢] د. محمد اديب الصالح، تفسير النصوص في الفقه الاسلامي، ج١، ط٥، المكتب الاسلامي، بيروت، ص٧٧.

[٣] إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي الغرناطي أبو إسحاق، الموافقات، ج٥، المحقق مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، ص٢١٨.

[٤] المادة (٣٠) من قانون المرافعات العراقي نصت على : لا يجوز لأية محكمة أن تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقصه وإلا عد الحاكم ممتنعا عن إحقاق الحق . ويعد أيضا التأخر غير المشروع عن إصدار الحكم امتناعا عن إحقاق الحق.

وهناك حالة وجود نص قانوني ولكن النص القانوني من غير ممكن تطبيقه من قبل القاضي لكون هناك تغيير في فلسفة النص القانوني فيحاول القاضي ان يجتهد لتحقيق العدالة وبالتالي يصطنع النص القانوني ويطبقه على الحالة المعروضة عليه النزاع، لذلك من الممكن ان نعد هذه الحالة من حالات النقص التشريعي ايضا[١] .

ولكن قد يواجه القاضي هنا بانه يرجع للآراء الفقهية المختلفة ويطلع عليها في سبيل الاستئناس والاستفادة منها باعتباره مصدر مساعد حسب القواعد القانونية السارية لذلك يعد هذه الحالة من اسباب لجوء القاضي للآراء الفقهية.

الفرع الثاني

غموض النصوص القانونية

قد يكون النصوص القانونية الموجودة في التشريعات النافذة غامضة أي بمعنى فيها خفاء واستتار في المعنى[٢] وعدم وضوح وبالتالي ارباك في معرفة معنى المقصود من النص القانوني[٣]، هذه النصوص القانونية تحتاج الى اجتهاد وبذل جهد في البحث عن المعاني المقصودة في النص القانوني وبالتالي تقتضي التفسير هنا[٤]، فلكي يكون النص واضحا يجب ان تكون بلغة[٥] فهنا النص القانوني موجود ولكن تحتاج الى تفسير وتوضيح من قبل القاضي[٦] .

ولذلك يكون دور القاضي واسع هنا في حالة وجود نص قانوني غامض[٧] ولكن كيف يزيل هذا الغموض؟ بالتاكيد يلتجأ الى تفسير النصوص فيحاول ان يوضح معاني النصوص من الناحية اللغوية والمنطقية وكذلك العرفية وبالتالي يقوم بتقويم النص واكتمال كافة نواقصه بهذا التفسير، ويحدد نطاق النص وفي سبيل هذا الامر يحاول ان يلتجأ الى التفسير المتطور وبالتالي يجاري ويواكب التطورات الحاصلة في المجتمع [٨] .

ونظرا لكون مهمة القاضي مهمة وخطيرة في تفسيرها للنصوص نرى ان الرجوع الى الآراء الفقهية جدا ضرورية لكي يتوصل الى الفهم الصحيح للنصوص القانونية الغامضة ، ومعايير الرجوع الى الآراء الفقهية يجب ان يكون الآراء معتمدة لدى مراجع أكاديمية وعلمية مرموقة، فلا يجوز ان يؤخذ من أي كان الآراء الفقهية، لذلك نقترح ان يكون هناك تنظيم قانوني يبين معايير رجوع القاضي للآراء الفقهية في كافة المجالات بان يكون صادر من شخص ذات خبرة علمية وقانونية وفقيهة كبيرة ويملك اعلى شهادة اكاديمية في الجامعات المعترفة بها وان يكون الرأي الفقهي المطروح قد وصل الى القاضي اما بناء على اطلاعه للرأي المنشور في المنصات العلمية المعتمدة او من الممكن ان يكون بواسطة خطاب مباشر للفقيه من قبل القاضي، واذا وجد خلافات بين الآراء الفقهية يجب ان يكون الاخذ بالخلافات المبنية على اسس منطقية بان يكون الخلاف في محلة ويجب ان تحترم، لذلك نقترح النص القانوني التالي للمشرع ان يدرجه في القانون المدني او قانون المرافعات ايضا وهي :-

(يجب على القاضي عندما يعتمد في تفسيره للآراء الفقهية ان يكون الآراء صادرة من فقهاء يملكون شهادات عليا ولقب علمي لا يقل عن الاستاذ (برفسور) ، والراي الفقهي اما ان ينشر في منصات اكاديمية معتمدة او يخاطب الفقيه مباشرة من قبل القاضي للاستفسار عن مسالة معينة)

فهذا النص القانوني يضع معالم واضحة لكيفية رجوع القاضي للفقيه ، تقترح ايضا النص القانوني بخصوص الاختلاف في الآراء بان يتم ادراج النص التالي:- (اذا تعددت الاراء الفقهية في الموضوع المستفسر عنها فيجب القاضي ان يتأكد من الادلة والحجج الذي تم الاعتماد عليها من قبل الفقيه)

المبحث الثاني

اسس اخذ القاضي بآراء الفقهية المخالفة في الاحكام القضائية

نبين في هذا المبحث الاسس الذي يجب على القاضي ان يعتمد عليها عندما يقوم بالاطلاع والرجوع الى الآراء الفقهية والاخذ برأي فقهي معين دون راي اخر اذ يجب على القاضي ان يراعي سبب الخلاف والمغزى من الخلاف بأن يكون بناء على اسس وادلة علمية معتمدة لدى الفقهاء جعلهم في حالة خلاف ، وكذلك يجب ان يكون الاخذ برأي معين دون راي اخر يجب ان يكون بناء على ضوابط علمية دقيقة، هذه الامور نحاول ان بينها من خلال مطلبين ، نبين في المطلب الاول مراعاة خلاف الفقهاء اما في المطلب الثاني فسنبين ضوابط الاخذ برأي من الآراء المخالفة وكالاتي:-

المطلب الأول

مراعاة خلاف الفقهاء

لابد في هذا المطلب ان نبين وجوب مراعاة القاضي الآراء الفقهية المطروحة في الموضوع المقدم امامه كدعوى قضائية لذلك نبيين اسس مراعاة خلاف الفقهاء ومن ثم بين شروط مراعاة الخلاف بين الفقهاء ونبين كل هذه الامور على فرعيين وكالاتي:-

---

[١] للتفصيل يراجع البحث:- عبد الحسين القطيفي، القصور في القانون، مجلة الأحكام القضائية، عدد٥، ١٩٧٦ ، ص٣٠. عواطف عبد المجيد الطاهر، القصور في التشريع، مجلة دجلة، ٢٠١٩، المجلد ٢.، العدد ١، ص ٦٨.

[٢] د. مصطفى إبراهيم الزلمي، دلالات النصوص وطرق استنباط الاحكام في ضوء أصول الفقه الإسلامي (دراسة تحقيقية وتطبيقية)، ط١، نشر احسان للنشر والتوزيع، بدون مكان نشر، ٢٠١٤، ص١٢٥.

[٣] د. عصمت عبد المجيد بكر، **مجلس الدولة**، بدون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١١، ص١٥٤.

[٤] ينظر للتفصيل :- عبد الباقي البكري وزهير البشير، المصدر السابق ، ص١١٩. م.م. احمد حسن كاظم المسعودي، مبدأ وضوح القانون (دراسة في النظرية العامة للقانون)، مجلة مراس مجلة مُحكمة نصف سنوية تعنى بالدراسات الانسانية. تصدر عن جامعة وارث الانبياء / كلية العلوم الاسلامية ، مجلد ٢ عدد ١ (٢٠٢٢)، ص ١٧٢.

[٥] م.م مروان عبدالله عبود، م.م اميرة عبدالرحمن علي، دور القضاء الدستوري في تحقيق الاستقرار القانوني، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية ٢٠٢٢، المجلد ١١، العدد ٤٠ / ج٢، ص٣٣٦.

[٦] د. عادل شمران حميد، طارق عبد الرزاق شهيد، دور الاجتهاد القضائي في استنباط الاحكام (دراسة قانونية مقارنة)، بحث منشور في مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، المجلد (١)، العدد (٤٩)، ٢٠٢١، ص ٧٣ وما بعدها.

[٧] والا فمن الممكن ان يتعرض للعقوبات الانضباطية. للتفصيل يراجع :- أ.م.د.علاء الدين محمد حمدان، المسؤولية الأنضباطية للقضاة، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، ٢٠٢١، المجلد ١٠، العدد ٣٩ / ج١، ص ٧١.

[٨] ينظر للتفصيل :- عبد الباقي البكري وزهير البشير، المصدر السابق ، ص ١١٨.

الفرع الاول
اسس مراعاة خلاف الفقهاء

لابد من ملاحظة ان الخلاف بين الآراء من طبيعة البشر خاصة في الامور الفقهية وحتى القانونية فلكل اسان فهمه وطريقته للوصول الى المقصود من الفهم القانون والفقهي للنصوص ولكن يجب مراعاة انه لا يكون كل خلاف يعتمد عليه القاضي فيجب على القاضي ان يراعي اسس معينة للاطلاع على الخلافات الفقهية المنظورة امامه، وهذه الاسس من الصعوبة ان يتم حصرها ولكن من الممكن ان ندرج بعضها على سبيل المثال لا الحصر منها:-

١- يجب ان يظهر للقاضي ان الخلاف بين الفقهاء ناتج عن فهم الفقهاء للنصوص التي من الممكن ان يكون نصوص قانونية او مسائل شرعية في نطاق قانون الاحوال الشخصية، فطبيعي ان يختلف الخلفية العلمية وطريق التفكير من فقيه لأخر مما يسبب لنا اختلاف في الآراء الفقهية ، وكذلك تفاوتهم في المدارك العقلية والعلمية يكون ناتجة للخلاف[١]، وكذلك اختلافهم في الاخذ بأدوات التصور الفقهي[٢]

٢- قد يكون الاختلاف ناتج عن بعض المسائل المتعلقة بأصول اللغة [٣] وطريقة الاستنباط في الاحكام ومسائل المشكل والواضح في النصوص القانونية او الشرعية لذلك اذا كان الخلاف لهذا السبب فيجب على القاضي ان يعتد بها.

٣- يجب ان لا يكون الخلاف ناتج بين الفقهاء لأسباب غير واضحة فاذا كانت الآراء المخالفة شاذة وبعيدة عن الاسس العلمية والقانونية الصحيحة فلا يعتد بها ولا يعير القاضي لها اهتمام، وتكون كذلك في حالة ما اذا كان الراي بدون دليل علمي ومنطقي

الفرع الثاني
شروط مراعاة الخلاف

من خلال اطلاعنا لمسائل الخلاف الفقهي بين الفقهاء وخطورته نرى وبحسب رأينا المتواضع انه يجب على القاضي ان يراعي الشروط التالية للأخذ والاطلاع للآراء المختلفة والتي تكون مخالفة بعضها لبعض وهي :-

١- يجب ان يكون الآراء الفقهية والقانونية صادر من اشخاص يملكون مؤهلات صدور اراء الفقهية منهم كأن يكون حاملي لشهادات عليا من جامعات رصينة في التخصص المطلوب الاخذ الراي منها

٢- يجب ان يكون هذا الفقيه او القانوني يملك اعلى لقب علمي بحسب المفهوم المعاصر وهو لقب الاستاذ (برفسور)

٣- القاضي يلجأ الى الآراء الفقهية القانونية او الشرعية حصرا والمختلفة لا مسائل علمية او طبية فهذا المجال لا يتحمل ان يكون فيها اختلاف في الآراء بل يجب ان يكون الراي المتخذ هي راي واحد وقطعي وصحيح ودائما يلجأ القاضي الى الخبير لأخذ الراي العلمي او الاستشارة العلمية

٤- يجب ان يكون الآراء الفقهية او القانونية منشورة في منصات علمية معتمدة لدى الجهات المختصة كان يكون وزارة التعليم العالي او المجلات العلمية المعتمدة او الآراء المنشورة في وقائع المؤتمرات العلمية التي يدرج فيها بحوث مختصة في كافة المجالات الفقهية والقانونية، بمعنى يجب ان يكون الآراء الفقهية مكتوبة ولا يعتد بالآراء الشفهية.

٥- اذا كانت الاراء الفقهية منشورة في دور نشر فيجب التأكد بأن يكون الدور النشر معترفة ومسجلة لدى الجهات المختصة بانها دار نشر علمي رصين ويقوم بنشر الكتب بناء على اتفاق عقدي صحيح بين الناشر والمؤلف

٦- في حالة اذا كانت الآراء غير مكتوبة وشعر القاضي حسب علمه ان الموضوع المطروح فيها خلاف شرعي او فقهي خاصة في مسائل الاحوال الشخصية ان يخاطب الجهات المختصة والمجاميع العلمية بالراي الصحيح او اسباب الخلاف بين الفقهاء وبيان ادلتهم وبالأخير القاضي هو الذي يحسم الامر ويأخذ الراي الذي يحقق المصالح في حكمه القضائي

٧- في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية يجب على القاضي ان يستفسر من مذهب اطراف الدعوى لكي يأخذ بالراي الموجود في مذهب اطراف الدعوى واذا لاحظ اختلاف المذهب او معرفتهم بالضبط تابعين لأي مذهب من الممكن ان يأخذ القاضي بالمذهب المنتشر في الرقعة الجغرافية التي يسكن فيها اطراف الدعوى ومن ثم يبحث عن الآراء واذا كانت هناك اراء متعددة فيجب ان يتبع ضوابط معينة لترجيح راي على راي اخر بان يحقق مصالح لهم ولا يسبب اضرار لا طراف الدعوى وهذا ما سنبينه في المطلب التالي

المطلب الثاني
ضوابط الاخذ برأي من الآراء المخالفة

يستوجب في هذا المطلب ان يتم الكلام عن نقطة جدا مهمة وهي مسالة كيفية ترجيح راي على راي اخر او ماهي ضوابط الاخذ برأي من الآراء المخالفة، فيجب ان يكون الترجيح بناء على اسس علمية وموضوعية محايدة دون ان يتأثر القاضي بالأهواء او العاطفة ، لذلك يجب ان نبين ماهي قواعد الترجيح وماهي اسس اختيار راي من الآراء المختلفة وذلك على فرعين وكالاتي:-

الفرع الاول
مراعاة قواعد الترجيح

يتم البحث في قواعد الترجيح عندما يكون هناك اضطراب في الآراء ومن غير ممكن ترجيح راي على راي اخر اي بمعنى يكون هناك تعارض الذي يعرف بانه :- ان يتقابل الآراء بحيث يمنع مقتضى رأي صاحب الرأي الاخر[٤].

---

[١] د. حمد بن حمدي الصاعدي ، أسباب اختلاف الفقهاء في الفروع الفقهية، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة ، ط ١ ، ١٤٣٢ هـ/ ٢٠١١ م ، ص ٩٦.

[٢] ادوات التصور الفقهي هي استفصال المستفتي وتأمل المكتوب وسؤال اهل الفن وسؤال اهل الخبرة واستقراء العرف . للتفصيل يراجع ، د.محمد سالم بحيري ، صناعة التصور الفقهي، تحرير مشاري بن سعد الشثري في كتاب صناعة التفكير الفقهي ، دار التكوين ، ط١، السعودية ، ٢٠١٩، ص٣٧.

[٣] عبد الوهاب عبد السلام طويلة، اثر اللغة في اختلاف المجتهدين ، دار السلام، ٢٠٠٠، ص ٨٣

[٤] بهذا المعنى يراجع:- الأسنوي، نهاية السول شرح منهاج الوصول، دار الكتب العلمية، لبنان ، ط١ ، ١٩٩٩، ص ٢٥٤

والترجيح عند الفقهاء هو: «تقديم أحد المتعارضين على الآخر في العمل، لمزية له عليه، بوجه من الوجوه، بحيث لو لم تكن تلك المزية ملغاة؛ ألغاها الشارع، ولم تبلغ درجة الاعتبار، ولم تكن موهنًا للطرف الآخر»[١]، وهذا التعريف في نطاق النصوص الشرعية التي من الممكن ان ينطبق ايضا في النصوص القانونية بمناسبة طرح الآراء الفقهية وكيفية ترجيحها ، والترجيح يقوم بها القاضي في حال صدوره حكم قضائي.

وهناك قواعد فقهية اسلامية ذكرت بمناسبة التعارض بين النصوص الشرعية التي من الممكن الاستفادة منها في جانب النصوص القانونية اذا وجدت اراء مخالفة واراد القاضي ان يأخذ ويرجع للراي الفقهية ومن هذه القواعد الفقهية منها:-

١- يتم ترجيح الرأي المذكور دليل عنها من قبل الفقيه على الرأي الصادر بناء على اجتهاد شخصي[٢]، فاذا كان هناك راي لفقيه مبني على دليل علمي واضح كتفسير نص قانوني او شرعي بناء على ادلة واضحة فهنا يجب على القاضي ان يأخذ بها ويرجحها.

٢- يجب التأكد من الدليل المعتمد من قبل الفقيه ، ودرجات الدليل من حيث قوتها تختلف حجيتها ، وعلى ضوئها هناك قواعد فقهية يقرر ترجيح دليل على اخر ، فاذا كان الدليل المعتمد للرأي نص واضح والاخر اخذ بها ظاهرا فيرجح النص على الظاهر، ويرجح الراي المعتمد على دليل ظاهر على الدليل المؤول ، واذا كان الراي معتمد على دليل خاص يرجح على الراي الذي يعتمد على الدليل العام، واذا كان الدليل المعتمد للراي الفقهي هي دليل مقيد بان يكون خاص لفرد او جنس وراي اخر مطلق فيرجح الراي المعتمد على دليل مقيد، وقد يكون الدليل منطوق او مفهوم فأكيد الراي المعتمد على الدليل المنطوق يرجح على المفهوم[٣].

بمعنى ان هذه القواعد المذكورة لرفض التعارض بين الاراء وترجيح احدهما من قبل القاضي هي قواعد اصولية في نطاق تفسير النصوص الشرعية والقانونية وعلى ضوئها يستطيع القاضي ترجيح راي على رأي اخر.

ونتساءل هل اخذ براي من قبل القاضي يرجع الخلاف الفقهي في الموضوع بمجرد صدور الحكم القضائي؟

باعتقادنا ان الجواب بالنفي اذ من غير ممكن ان يصل الخلاف الى مرحلة القطع واليقين في المضوع بمجرد صدور الحكم القضائي وخرج الحكم من ولاية القاضي[٤] الذي تضمن اخذ براي وترجيحه على بقية الآراء، لأنه من الممكن ان يكون الراي المخالف الاخر التي لم يؤخذ من قبل القاضي صحيح في موضوع اخر لهذا لا نستطيع ان نحكم بحتمية الاخذ بهذا الراي مطلقا بصدور حكم قضائي مأخوذ براي فقهي في حكمه.

الفرع الثاني

مراعاة اسس اختيار الآراء

نبين في هذا الفرع مسالة وجوب اعتماد لبعض الاسس العامة خارج قواعد الفقهية بخصوص الترجيح والتعارض في النصوص بانه يتم الولوج في مسائل تحقيق مصالح اطراف الدعوى وعدم ايقاع الضرر بهم وتطبيق قاعدة لا ضرر ولا ضرار في الحكم لذلك نرى وجوبا من القاضي ان يراعي الاسس العامة التالية في اختياره لراي مفضلا على رايه اخر مخالف لها وهي كالاتي:-

١- مراعاة اعراف المجتمع:- قد يكون هناك اعراف مجتمعية مختلفة ولكن هذه الاعراف تتعدد باختلاف الرقعة الجغرافية من مكان لأخر لذلك عندما ياخذ القاضي براي يجب ان يراعي هذه الاعراف خاصة في مسائل الزواج والنفقة والبيت الزوجية وهذه الامر وحتى مسائل القانون المدني بخصوص المعاملات المالية في حال قيام القاضي بالأخذ براي من ضمن الآراء المخالفة ان يراعي هذه الاعراف كمسالة تحمل مصاريف عقد البيع ونفقات النقل المحل في العقود من يتحملها.

٢- مراعاة المصلحة:- في مسائل الاحوال الشخصية تبرز مسالة المصالح بقوة لكون الامر خاصة في مسائل الزواج والطلاق تمس مصالح الناس في جوانب النسب والنسل والمال ، لذلك القاضي عندما يرجح راي على راي اخر مخالف يجب الرجوع الى القواعد الخاصة بالمصالح وتقسيماتها من حيث الضرورية والحاجيه والكمالية والتحسينية وبشكل يحقق مصالح الافراد ولا يضر بمصالحكم خاصة ان المصالح المرسلة من احد مصادر الاحكان الشرعية وكذلك من الممكن ان يكون كذلك في نطاق القانون والاحكام القضائية [٥] .

وحتى في مسائل القانون المدني من الممكن ان نجد مسالة ضرورة مراعاة مصلحة الاطراف في الحكم القضائي ، كما في حالة صدور حكم قضائي يعطي مهلة القضائية او ما يطلق عليه بنظرة الميسرة فالقاضي وبموجب سلطته التقديرية يعطي المدين المعسر اجلاً معيناً لكي يقوم بتنفيذ التزامه الذي حل اجله ويمنح المدة المعقولة[٦]، فالقاضي يجب ان يراعي مصلحة الدائن ايضا هنا في حال الحكم بنظره الميسرة للمدين ومنح المدة المعقولة[٧]، وبما ان معيار (المدة المعقولة) غامضة فقط يرجع القاضي للآراء الفقهية الذي يبين كيفية تحديد المدة المعقولة في حالة نظرة ميسرة وكيفية منح الاجل فاذا رجع للاراء الفقهية يجب لا يغيب عن ترجيحه لراي على راي اخر مصلحة اطراف والخصوم والدائن في الدعوى بان لا يسبب اضرار لهم، وبالتالي الحكم القضائي ينشأ حق شخصي[٨] واخذ بالاراء الفقهية في تحديد معيار المعقولية.

---

(١) أبو عبد الله محمد بن عبد الله الخطيب التبريزي، مشكاة المصابيح، تحقيق: محمد ناصر الدين الألباني، بيروت ـ لبنان: المكتب الإسلامي، ط٣، ١٤٠٥هـ، ص ٧٣-٧٤.

(٢) بهذا المعنى يراجع:- علي بن محمد الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، المكتب الإسلامي، ج٤ ، (دمشق - بيروت)، ط٢، ١٤٠٢، ص ٢٥٦

(٣) للتفصيل يراجع:- د. خالد الجهني ، قواعد الترجيح بين النصوص الشرعية التي ظاهرها التعارض ، دار التقوى ،بدون سنة ومكان الطبع ، ص ٤٧

(٤) حسام عبد محمد ظاهر، النطق بالحكم القضائي في قانون المرافعات المدنية العراقي (دراسة تأصيلية تحليلية)، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، ٢٠٢١، المجلد ١٠، العدد ٣٦ / ج٢، ص٣٣٥.

(٥) ابن عاشور محمد الطاهر مقاصد الشريعة ، دار النفائس الطبعة الثانية ١٤٢١هـ- ٢٠٠١م ، ص ٢٧٩. يوسف حامد المقاصد العامة للشريعة، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، الطبعة الأولي، ١٤١٢هـ- ١٩٩١م ، ص ١٤٩. عبد الكريم بن علي بن محمد ، المهذب علم أصول الفقه المقارن ج٣ ،مكتبة الرشد الطبعة الخامسة ١٤٣٠هـ ، ٢٠٠٩م، ص ١٠٠٤.

(٦) د. عبدالمجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الاول، مصادر الالتزام، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، ١٩٦٣، ص٣٧١.

(٧) نورية طرطاق، سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة، بحث منشور في مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، تصدر عن المركز الجامعي لتلمنغست، الجزائر، المجلد (٣)، العدد (١)، ٢٠١٤، ص١٣٠.

(٨) د. محمد سليمان الاحمد، م. زياد خلف عليوي، دور الحكم القضائي في كسب الحق الشخصي ، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية ٢٠٢١، المجلد ١٠، العدد ٣٧ / ج١، ص٥٦٢.

الخاتمة

بعد الانتهاء من كتابة البحث نحاول ان بين اهم النتائج والمقترحات وكالاتي:-

النتائج:-

١- لم نجد من خلال اطلاعنا لبعض المؤلفات المتخصصة في بيان اسباب اختلاف الفقهاء تعريفا واضحا ومباشرا للخلاف الفقهي وانما ذكروا فقط اسبابها بأن السبب هو اما اختلافهم في دلالة من قطعي وظني النصوص او اختلافهم في فهم اساليب النصوص واختلافها في دلالة التخاطب بها كمفهوم المخالفة

٢- في نطاق القانون من الممكن ان نستنتج معنى الخلاف الفقهي من خلال بيان معنى الفقه كمصدر من مصادر القانون ووظيفة الفقيه، فالفقه هو مجموعة آراء علماء القانون الذين يعرضون بها لشرح القانون وتفسيرها وتحليلها ونقدها وبيان نقائص القانون وعيوبه سواء كان ذلك في مؤلفاتهم أو فتاواهم أو تعاليمهم، او هو استنباط الاحكام القانونية من مصادرها بالطرق العلمية.

٣- ليس كل خلاف ما بين الفقهاء هو خلاف معتمد ويؤخذ بها وانما الخلاف المعتمد والذي يجب ان يكون محل تدارس القاضي ان يكون متوافرا فيها خصائص معينة.

٤- يجب على القاضي ان يراعي اسس معينة للاطلاع على الخلافات الفقهية المنظورة امامه، وهذه الاسس من الصعوبة ان يتم حصرها وانما هي على سبيل المثال.

٥- كذلك يجب على القاضي ان يراعي شروط معينة للأخذ والاطلاع للآراء المختلفة والتي تكون مخالفة بعضها لبعض.

٦- يجب الرجوع لقواعد الترجيح عندما يكون هناك اضطراب في الآراء ومن غير ممكن ترجيح راي على راي اخر اي بمعنى يكون هناك تعارض.

٧- وجوب اعتماد لبعض الاسس العامة خارج قواعد الفقهية بخصوص الترجيح والتعارض في النصوص بانه يتم الولوج في مسائل تحقيق مصالح اطراف الدعوى وعدم ايقاع الضرر بهم وتطبيق قاعدة لا ضرر ولا ضرار في الحكم.

٨- في مسائل الاحوال الشخصية تبرز مسالة المصالح بقوة ، وحتى في مسائل القانون المدني من الممكن ان نجد مسالة ضرورة مراعاة مصلحة الاطراف في الحكم القضائي.

المقترحات:-

١- نقترح على المشرع العراقي في القانون المدني باعتباره القانون الذي بين مصادر القانون من الفقه بان يعرف الاختلاف الفقهي بانه:- (هي الآراء والاتجاهات الفقهية المختلفة ما بين الفقهاء القانونين او الشرعيين ونتيجة اختلافهم ناشئ عن اختلافهم في تبني الاسس العلمية في الأخذ بالأدلة والمصادر العلمية لتدعيم وجه نظرهم)

٢- نقترح النص القانوني التالي للمشرع وان يدرجه في القانون المدني او قانون المرافعات الذي يضع معالم واضحة لكيفية رجوع القاضي للفقيه والنص هي:- (يجب على القاضي عندما يعتمد في تفسيره للآراء الفقهية ان يكون الآراء صادرة من فقهاء يملكون شهادات عليا ولقب علمي لا يقل عن الاستاذ (برفسور) ، والراي الفقهي اما ان ينشر في منصات اكاديمية معتمدة او يخاطب الفقيه مباشرة من قبل القاضي للاستفسار عن مسالة معينة)

٣- وتقترح ايضا النص القانوني بخصوص الاختلاف في الآراء بان يتم ادراج النص التالي:- (اذا تعددت الآراء الفقهية في الموضوع المستفسر عنها فيجب القاضي ان يتأكد من الادلة والحجج الذي تم الاعتماد عليها من قبل الفقيه)

٤- بخصوص مراعاة مصالح الاطراف يجب على القاضي ان لا ياخذ بالراي المسبب للضرر لاحد الاطراف او كلامها ، لذلك نقترح على المشرع النص التالي :- (يجب على القاضي ان يراعي مبادئ تحقيق المصلحة للأطراف في حال تبنيه وترجيحه لراي على راي اخر من الآراء المخالفة)

المصادر

اولا :- معاجم اللغة:-

١- احمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير، ج١، المكتبة العلمية، بدون مكان وسنة طبع

٢- اسماعيل الجوهري، تاج اللغة وصحاح اللغة، ط٢، دار العلم للملايين، بيروت، ١٣٩٩هجرية

٣- جمال الدين محمد بن مكرم الأنصاري أبن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت

ثانيا:- كتب الفقه الاسلامي:-

١- إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي الغرناطي أبو إسحاق، الموافقات، المحقق مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان

٢- ابن عاشور محمد الطاهر مقاصد الشريعة ، دار النفائس الطبعة الثانية ١٤٢١هـ- ٢٠٠١م

٣- الآسنوي، نهاية السول شرح منهاج الوصول، دار الكتب العلمية، لبنان ، ط١ ، ١٩٩٩

٤- الحسين بن محمد الأصفهاني، المفردات في غريب القران، تحقيق محمد سيد كيلاني، دار المعرفة، بيروت، بدون سنة طبع،

٥- د. حمد بن حمدي الصاعدي ، أسباب اختلاف الفقهاء في الفروع الفقهية، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة ، ط ١ ، ١٤٣٢ هـ / ٢٠١١ م

٦- د. خالد الجهني ، قواعد الترجيح بين النصوص الشرعية التي ظاهرها التعارض ، دار التقوى ،بدون سنة ومكان الطبع.

٧- د. محمد اديب الصالح، تفسير النصوص في الفقه الاسلامي، ط٥، المكتب الاسلامي، بيروت

٨- د.محمد سالم بحيري ، صناعة التصور الفقهي، تحرير مشاري بن سعد الشثري في كتاب صناعة التفكير الفقهي ، دار التكوين ، ط١، السعودية ، ٢٠١٩

٩- د.مصطفى ابراهيم الزلمي، اسباب اختلاف الفقهاء في الاحكام الشرعية، ط١ ، احسان للنشر والتوزيع، ٢٠١٤

١٠-د.مصطفى إبراهيم الزلمي، دلالات النصوص وطرق استنباط الاحكام في ضوء أصول الفقه الإسلامي(دراسة تحقيقية وتطبيقية)،ط١، نشر احسان للنشر والتوزيع، بدون مكان نشر، ٢٠١٤

١١-عبد الكريم بن علي بن محمد ، المهذب علم أصول الفقه المقارن ،مكتبة الرشد الطبعة الخامسة ١٤٣٠هـ ، ٢٠٠٩م

١٢-عبد الوهاب عبد السلام طويلة، اثر اللغة في اختلاف المجتهدين ، دار السلام، ٢٠٠٠

١٣- علي الخفيف، أسباب اختلاف الفقهاء، دار الفكر العرب، مصر
١٤- علي بن محمد الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، المكتب الإسلامي، ج٤ ، (دمشق - بيروت)، ط٢، ١٤٠٢
١٥- يوسف حامد المقاصد العامة للشريعة، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، الطبعة الأولي، ١٤١٢هـ- ١٩٩١م

ثالثا:- الكتب القانونية

١- د. سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، المدخل للعلوم القانونية، ج١، ط٦، صادر للمنشورات الحقوقية، بيروت لبنان، ١٩٩٨
٢- د. عبدالمجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الاول، مصادر الالتزام، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، ١٩٦٣.
٣- د.توفيق حسن فرج، الاصول العامة للقانون (المدخل للعلوم القانونية/ النظرية العامة للالتزام)، دار المصرية للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٧٣
٤- د.حسن كيرة، اصول القانون، ط٢، دار المعارف، مصر، ١٩٥٨
٥- د.عبدالرزاق السنهوري؛ د.احمد حشمن ابوستيت، اصول القانون(أو المدخل لدراسة القانون)، مطبعة التأليف والترجمة، القاهرة، ١٩٣٨
٦- د.عصمت عبد المجيد بكر، مجلس الدولة، بدون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١١
٧- د.محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص المدنية (دراسة مقارنة بين الفقهين المدني الإسلامي)، ط١، التفسير للنشر والاعلان، اربيل، ٢٠١٥
٨- عبد الباقي البكري وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون، المكتبة القانونية، بغداد

رابعا:- بحوث المنشورة في المجلات العلمية

١- احمد حسن كاظم المسعودي، مبدأ وضوح القانون (دراسة في النظرية العامة للقانون)، مجلة مراس مجلة مُحكمة نصف سنوية تعنى بالدراسات الانسانية. تصدر عن جامعة وارث الانبياء / كلية العلوم الاسلامية ، مجلد ٢ عدد ١ (٢٠٢٢)
٢- حسام عبد محمد ظاهر، النطق بالحكم القضائي في قانون المرافعات المدنية العراقي (دراسة تأصيلية تحليلية)، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، ٢٠٢١، المجلد ١٠، العدد ٣٦ / ج٢
٣- د. عادل شمران حميد، طارق عبد الرزاق شهيد، دور الاجتهاد القضائي في استنباط الاحكام (دراسة قانونية مقارنة)، بحث منشور في مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، المجلد (١)، العدد (٤٩)، ٢٠٢١
٤- د. محمد سليمان الاحمد، م. زياد خلف عليوي، دور الحكم القضائي في كسب الحق الشخصي ، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية ٢٠٢١، المجلد ١٠، العدد ٣٧ / ج١
٥- عبد الحسين القطيفي، القصور في القانون، مجلة الأحكام القضائية، عدد٥، ١٩٧٦
٦- أ.م.د.علاء الدين محمد حمدان، المسؤولية الأنضباطية للقضاة، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، ٢٠٢١، المجلد ١٠، العدد ٣٩ / ج١
٧- عواطف عبد المجيد الطاهر،القصور في التشريع، مجلة دجلة، ٢٠١٩، المجلد٢، العدد١
٨- نورية طرطاق، سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة، بحث منشور في مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، تصدر عن المركز الجامعي لتلمنغست، الجزائر، المجلد (٣)، العدد (١)، ٢٠١٤
٩- م.م مروان عبدالله عبود، م.م اميرة عبدالرحمن علي، دور القضاء الدستوري في تحقيق الاستقرار القانوني، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية ٢٠٢٢، المجلد ١١، العدد ٤٠ / ج٢

خامسا:- القوانين

١- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل
٢- قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل
٣- قانون المرافعات العراقي المعدل رقم لسنة ١٩٦٩ المعدل