المبحث الثالث

مبادئ الشريعة الإسلامية

دور الشريعة الإسلامية في الحياة القانونية في المجتمع الإسلامي عبر التاريخ:

ظلت الشريعة الإسلامية القانون المعمول به في البلاد الإسلامية كافة منذ فجر الإسلام حتى الربع الثالث من القرن التاسع عشر فكانت تفي بحكم جميع العلاقات القانونية لأنها نظام قانوني كامل جمع بين مبادئ الدين والأخلاق واسس النظام والقانون وضم إلى جانب التشريع الإلهي من كتاب كريم وسنة شريفه ما استنبطه المجتهدون من أحكام من نصوص الشريعة وروحها مما شهدت له بالحجة فأضحى تشريعًا إلهيا من حيث مصدره وتشريعًا وضعيًا من حيث ما بذل من جهد في استنباطه من أصوله.

ثم بدأت فترة تميزت بانكماش نفوذ الشريعة الإسلامية في حقل القانون بدأها الاحتلال الفرنسي لأجزاء من المجتمع الإسلامي في شمال أفريقيًا وأعقبها أقدام محمد علي باشا في مصر على اقتباس كثير من أحكام القانون الفرنسي لا سيما ما يتعلق منها بالتجارة والعقوبات وأصدرها في تشريعات خاصة وتلاها لجوء الدولة العثمانية إلى سن طائفة من القوانين الوضعية استمدت أحكامها من قوانين الغرب وفي مقدمتها القانون الفرنسي بتأثير من دوافع شتى منها ضعفها وضغط الدول الأجنبية عليها ومنها كثره الجاليات الأجنبية فيها ومنها تقديرها بأن الشريعة الإسلامية لم تعد وفيه بالأحكام في المجتمع المعاصر. فوضعت قانون التجارة وقانون الجزاء وقانون تنظيم أحكام الأراضي وقانون أصول المحاكمات الحقوقية وغيرها.

ومع ذلك فقد بقيت الشريعة القانون المعمول به في حقل العلاقات المدنية روابط أسرة كانت أو معاملات مالية والمصدر الرسمي الفرد لقواعدها غير أن نفوذ الشريعة ما لبث أن زاد انكماشًا وأخذ دورها يتقلص في دائرة القانون المدني فأقدمت الدولة العثمانية بدافع من حرصها على الحفاظ على مقام الشريعة في نطاق القانون المدني وعلى تجنب ما قد تتعرض له من ضغط أجنبي قد يؤدي إلى إرغمها على سن قانون تقتبس أحكامه من قوانين الغرب على سن قانون وضعي يحكم المعاملات المالية استمدت أحكامه من الفقه الإسلامي وحده بصورة عامة ومن الفقه الحنفي بصورة خاصة فوضعت مجلة الأحكام العدلية عام ١٨٧٦م (١٢٩٣هـ) لتكون القانون المدني الذي ينظم هذه المعاملات تاركة مسائل الأحوال

الشخصية لتحكمها الشريعة الإسلامية مباشرة كما كانت من قبل. وبذلك أضحت المجلة القانون المدني المعمول به في أرجاء الدولة العثمانية عدا مصر التي سنت تقنينين في أواخر القرن التاسع عشر هما القانون المدني الأهلي والقانون المدني المختلط واقتبست كثير من أحكامهما من القانون المدني الفرنسي ونسخت ما يقبلها من أحكام الشريعة الإسلامية ولكن الشريعة الإسلامية بقيت المصدر الرسمي الفرد للأحوال الشخصية غير أن هذا الوضع لم يدم طويلا إذ عمدت كثير من الدول الإسلامية إلى سن قوانين وضعية للأحوال الشخصية أو إلى سن طائفة من التشريعات تحكم بعض مسائلها كقانون الأحوال الشخصية السوري الصادر سنة ١٩٥٣ وقانون الأحوال الشخصية العراقي المعدل الصادر سنة ١٩٥٩ وكبعض التشريعات التي صدرت في مصر لتحكم كثيرًا من مسائل الأحوال الشخصية.

وبذلك ازداد دور الشريعة الإسلامية تقلصًا إذ أضحت المصدر التاريخي للقانون المدني كما أضحت المصدر التاريخي في كثير من البلاد الإسلامية للأحوال الشخصية وإن ظلت المصدر الرسمي لمسائل الأحوال الشخصية التي فات التشريع حكمها ولكنها بقيت مصدرا رسمي للقانون المدني روابط اسرية أو معاملات مالية في بعض الدول الإسلامية كالمملكة العربية السعودية التي لم تصدر بعد تقنينات في هذا المجال.

دور الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون العراقي في الوقت الحاضر:

يقتصر أثر الشريعة الإسلامية في الحياة القانونية في العراق على حقلين من حقول القانون هما الأحوال الشخصية والأحوال العينية أو المعاملات المالية.

ويقصد بالأحوال الشخصية مجموعة القواعد التي تحكم روابط الفرد بأسرته من زواج وما يتفرع عنه كالحضانه والرضاعة والنسب والطلاق والتفريق والعدة والنفقة وما يتصل به كالميراث والوصية والوقف والقواعد التي تحدد الشخصية تنظم نشاطها كقواعد الأهلية تحكم مميزاتها من اسم ومواطن وحالة سواء كانت حالة سياسية وهي الجنسية أو عائلية وهي القرابة أو حالة دينية وتعتبر الشريعة الإسلامية المصدر التاريخي الفرد لقانون الأحوال الشخصية والمصدر الرسمي لما فات المشرع من أحكام وذلك طبقا لما نص عليه قانون الأحوال الشخصية المعدل سنة ١٩٥٩ فقد نصت مادته الأولى على ما يأتي.

١) تسري النصوص التشريعية في هذا القنون على جميع المسائل التي تتناولها الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون.

٢) إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون.

وما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة الثانية بقولها (تسري أحكام هذا القانون على العراقيين إلا من استثني منهم بقانون خاص).

أما الأحوال العينية أو المعاملات المالية فيراد بها القواعد التي تنظم الروابط المتعلقة بالنشاط المالي للشخص فتحدد معنى المال وأنواعه وتعني بحكم الحقوق التي ترد عليه من حقوق عينية وشخصية ومعونيه وتخضع الأحوال العينية في العراق لحكم القانون المدني دون الأحوال الشخصية أسوة بالقوانين المدنية في البلاد العربية وخلافا للقوانين المدنية الغربية التي تحكم الأحوال الشخصية والأحوال العينية معا.

وتعتبر الشريعة الإسلامية أهم مصدرين تاريخيين للتقنين المدني العراقي وثانيهما هو القانون المدني المصري كما تعتبر المصدر الرسمي الثالث لقواعد القانون المدني طبقًا لنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من التقنين والتي جاء فيه فيها ما يلي:

(فإذا لم يوجد نص يمكن تطبيقه حكمت المحكمه بمقتضى العرف. فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة).

وأرى ان من المستحسن توضيحًا للنص سوق الملاحظات الآتيه:

أولا: ذكر المشرع في نصه مصطلح مبادئ الشريعة الإسلامية وقد أراد من ذلك المبادئ المستقرة في الفقه الإسلامي. لأن الشريعة الإسلامية تضم أحكامًا اعتقادية وأحكاما وجدانية وأحكاما عملية والمقصود بالأحكام العملية الأحكام المنظمة للروابط الاجتماعية ويعتبر الفقه الإسلامي وهو علم من علوم الشريعة الإسلامية العلم المتوافر على تنظيم الروابط الاجتماعية وهو لذلك يقابل القانون الوضعي في وظيفته ونطاقه ولما كان الفقه الإسلامي يحكم العبادات كما يحكم المعاملات فإن المراد بمبادئ الشريعة الإسلامية في النص المبادئ التي تحكم المعاملات وذلك لأن القانون المدني لا يعبأ بحكم العبادات. وإذا كان الفقه الإسلامي يضم ما استقر عليه الفقه من قواعد كلية وأحكامًا جزئية فإن المراد بمبادئ الشريعة الإسلامية هي القواعد الكلية التي أقرها الفقه الإسلامي أو الرأي الغالب فيه.

أما الأحكام الجزئية فقد اختلفت مذاهب الفقه الإسلامي حيالها وبالتالي فإن المشرع العراقي لم يقصد في نصه الرجوع إلى الأحكام الجزئية أو الفرعية في الفقه الإسلامي وانما

نصد الرجوع إلى المبادئ العامة أو القواعد الكلية التي لا نجد خلافا ملحوظًا في الفقه الإسلامي بشأنها.

ثانيًا: اعتبر المشرع قواعد الشريعة الإسلامية مصدرًا رسميًا للقانون يلي العرف في الترتيب وقد خيل للبعض أن هذا الترتيب يمس مكانه الشريعة الإسلامية ويغض من قيمتها في الحياة القانونية والواقع أن هذا الظن بعيد عن جادة الصواب. فقد جعل المشرع من قواعد الشريعة المصدر التاريخي الأول والأهم لتقنينه وتلقف منها كثيرًا من أحكامه وقد كان في مقدوره وهو ما يقتضيه منطق الاقتباس أن يبقى على ما لم يقتبسه منها في عداد المصادر التفسيرية غير أنه لم يشأ إلا التأكيد على قيمتها فصاغ كثيرًا من أحكامها في تقنينه واعتبر ما لم يدرجه في قواعده الوضعية من أحكامها العملية مصدرًا رسميًا احتياطيًا.

ثالثًا: حددت الفقرة الثانية قواعد الشريعة الإسلامية التي تعتبر مصدرًا رسميًا ثالثًا للقانون بأنها مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين. وقد كان الدافع إلى تقيدها (بالأكثر ملاءمة) الرغبة في تحقيق التنسيق في الأحكام لاحتمال تعارض بعض مبادئ الشريعة الإسلامية مع القانون كما أن عدم تقيدها بمذهب معين ينطوي على التأكيد بأن المبادئ الشرعية العامة وهي ما يحيل إليها النص العراقي ليست محل خلاف بين مذاهب المسلمين وهذا ما يؤكد ملاحظتنا الأولى.

والواقع أن تأثير الشريعة الإسلامية يقتصر على الأحوال الشخصية والعينية وينحصر في دائرتي قانون الأحوال الشخصية والقانون المدني الذي يحكم الأحوال العينية أو المعاملات المالية. ولا نجد تأثيرًا للشريعة الإسلامية في نطاق القوانين الأخرى لأن قواعدها مستمدة من مصادر أخرى وروابطها يحكمها التشريع ومصادر مكملة له ليس من بينها مبادئ الشريعة.

المبحث الرابع
قواعد العدالة

تمهيد:
سبق وإن حددنا معنى قواعد العدالة وتبينا خصائصها ووجوه الاختلاف بينها وبين قواعد القانون وحسبنا في هذا المبحث أن نكشف مدى أهمية قواعد العدالة في الحياة القانونية في المجتمعين القديم والمعاصر وإن نتبين مكانها بين مصادر القانون في وقتنا الحاضر.

أهمية قواعد العدالة ففي الحياة القانونية في المجتمع القديم:

لعبت قواعد العدالة دورًا هامًا في تطوير القانون فقد هذبت قواعد القانون الروماني القديم بالتخفيف من صرامة أحكامه وتجريده من كثير من شكلياته واقترنت بفكرتي القانون الطبيعي وقانون الشعوب عند الرومان. وكانت مصدرًا للأحكام التي تضمنتها المنشورات القضائية كما أثمرت في خمس جملة من المبادئ التي عملت على تطور القانون الروماني منها مبدأ حسن النية في العقود ومنع الإثراء غير المشروع وتغليب فكرة القرابة الطبيعية القائمة على النسب على فكرة القرابة الاصطناعية القائمة على الخضوع لسيادة رب الأسرة.

وقد أقام عليها فقهاء المسلمين بعض المبادئ التي اعتبرت من الأدلة الشرعية وشهدت لها الشرعية الإسلامية بالحجية وفي مقدمتها مبدأ الاستحسان كما أثرت في القانون الكنسي فأشاعت في ثناياه روح الإنصاف وأثرها في القانون الإنكليزي تجلى في بروز مبادئ العدالة كند للقانون العمومي وفي نشوء محاكم العدالة التي تولت تطبيقها وكان من نتاج مبادئ العدالة في القانون الإنكليزي ظهور نظام الترست الشبيه بنظام أوقاف الخيري في الإسلام والتأكيد على مبدأ حسن النية والتوسع في مفهوم الغش وفكره شبه العقد والتخفيف من سيطرة الزوج على الزوجة والتلطيف من شدة أحكام القانون العمومي وقد ظلت مبادئ العدالة في صراع مع مبادئ القانون العمومي الانكليزي في التطبيق.

حتى كتبت لها الغلبة بمقتضى قانون التقاضي الذي صدر سنة ١٨٧٣ قبل أن يتم توحيد القانون والقضاء الإنكليزيين في أواخر القرن التاسع عشر.

اهمية قواعد العدالة في القوانين المعاصرة:

يبدو أثر قواعد العدالة في اتجاهين سبقت الإشارة إليهما أولهما: أنها تلهم المشرع طائفه من أحكام ما يسنه من قواعد ذلك لأن على المشرع باعتباره الأخذ بيد مجتمعه في طريق الصلاح والتقدم والعامل على إشاعة روح الخير والعدل في الحياة القانونية أن يتشبع بروح الإنصاف في وضعه الأحكام وإن يهدف إلى السمو بالتنظيم الاجتماعي فيما يشرعه وهو إذا ما التفت صوب قواعد العدالة فستلهمه ما ينبغي أن يفعل وستحثه على السير بقانونه قدمًا في طريق الكمال.

وثانيهما: أن المشرع غالبًا ما يحيل القاضي إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة أو إلى قواعد العدالة فقط إذا افتقد القاعدة القانونية في المصادر الرسمية المعروفة للقانون للبت في النزاع المطروح أمامه. كي يحول دون نكوله عن القضاء بحجة عدم وجود قاعدة يستنبط منها حكمه. وقد نص على ذلك كل من المشرع العراقي والمشرع المصري في الفقرة الثانية من المادة الأولى من تقنينهما المدنيين.

ومع أن هذه القواعد ليست واضحة المعالم بينة المدلول إلا أن على القاضي أن يجتهد برأيه لحسم النزاع وفق ما يقتضيه الشعور بالإنصاف من تقرير العدل بين الناس وعلى القاضي في رجوعه إليها واجتهاده أن يصدر عن اعتبارات موضوعية لا عن اعتقاده الذاتي فلا يحق له أن يبني حكمه على أفكاره الخاصة أو أن يطبق ما كان يضعه من القواعد لو أنيط به تشريعها وإلا أصبح مشرعًا ومع ذلك فإن هذا الرأي وإن كان هو السائد إلا أنه ينطوي في نظرنا على مغالاة لأن القاضي إذا أقام حكمه على رأيه الخص لن يضع عندئذ قاعدة عامة كي يوصف بأنه أضحى مشرعًا وهذا مالا يجوز وإنما يقتصر في اجتهاده على وضع حل خاص لنزاع خاص معروض عليه دون أن يخرج عن حدود وظيفته وعلى العموم فإن على القاضي أن يتأثر في حكمه بالاعتبارات الموضوعية التي تحيط بمجتمعه وإن يسترشد بالمبادئ الأساس للقانون التي تستنبط منها القواعد التفصيلية سواء كانت المبادئ العامة التي ترتكز عليها تشريعات بلاده أو المبادئ المشتركة بين قوانين الأمم المختلفة التي يسهل التعرف عليها عن طريق الإلمام بأحكام القانون المقارن والاتفاقات الدولية.

وقد كان لتأثير قواعد العدالة في حقل القضاء يد طولى في تطور القانون المعاصر فقد عمل القضاء عن طريق الاجتهاد وغياب المصادر الرسمية للقانون على تلافي قصور التشريع وسد نقائصه بتقرير عدد من النظريات والأحكام العادلة كنظرية تحمل التبعة وأحكام المسئولية التقصيرية المبنية على خطأ مفروض قابل لإثبات العكس أو غير قابل له وأحكام الملكية الأدبية والفنية والصناعية قبل أن يتولى المشرعون أغلب هذه النظريات والأحكام بالإقرار والحماية وصوغها في نصوص تشريعية.