

الفصل التمهيدي

مدخل إلى أصول الفقه وعلاقته بالقانون

إن دراسة أصول الفقه تقتضي في مستهلها الوقوف على طبيعة هذا العلم وموقعه من المنظومة القانونية والفكرية الإسلامية، ذلك أن أي محاولة لفهم مصادر التشريع أو قواعد الاستنباط لا يمكن أن تكون دقيقة ما لم يُدرك الطالب طبيعة العلاقة بين أصول الفقه وبين القانون، ومن هنا جاء هذا الفصل التمهيدي ليكون مدخلاً تأسيسياً يمهد لبقية الفصول، فيعرض المفاهيم الرئيسة لهذا العلم، ونشأته، وخصائصه، وصلته بمناهج الاستنباط الحديثة.

ويكتسب هذا التمهيدي أهميته من كونه يربط بين ميدانين متكاملين هما **الفقه الإسلامي والقانون الوضعي**، إذ أن الأول هو الجذر التاريخي والفكري للثاني في البيئة التشريعية العراقية، حيث لا تزال النصوص القانونية في الأحوال الشخصية، والمدني، والجزائي، والدستوري تتضمن أصولاً وقواعد استمدتها المشرع من الفكر الأصولي الإسلامي، لذلك فإن إدراك الأساس الأصولي لهذه النصوص يُعدّ شرطاً لفهمها وتأويلها تأويلاً صحيحاً.

إن هذا الفصل يهدف إلى تعريف الطالب بعلم أصول الفقه من حيث مفهومه، وتطوره، ومدارسه الفكرية، ومصادره، ثم يوضح كيفية اتصال هذا العلم بالقانون من حيث **منهج التفسير، وبناء القاعدة القانونية، وتحديد المقاصد العامة للتشريع**، كما يُمهد لدراسة مصادر التشريع التي يتناولها الفصل الأول، وطرق دلالة النصوص التي تُعالج في الفصل الثاني.

فمن خلال هذا التمهيدي، سيقف الطالب على العلاقة العضوية بين **أصول الفقه بوصفه علماً يبحث في الدليل وطريقة الاستدلال، وبين القانون بوصفه الإطار المنظم لحياة المجتمع**، لتتضح له كيفية استثمار قواعد الأصول في تطوير الفقه القانوني العراقي وإثرائه بالمنهج الإسلامي الرصين.

أولاً: تعريف أصول الفقه.

أصول الفقه هو: العلم الذي يبحث في القواعد الكلية التي يُتوصل بها إلى استنباط الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية.

وقد عرّفه الغزالي بقوله: "هو أدلة الفقه الإجمالية، وكيفية الاستفادة منها، وحال المستفيد"⁽¹⁾.

وعرّفه الشيخ المظفر بقوله: "هو العلم بالقواعد الممهدة لاستنباط الحكم الشرعي"⁽²⁾.

أما الأمدي فقد عرّفه بقوله: "هو معرفة دلائل الفقه إجمالاً، وكيفية الاستفادة منها، وحال المستفيد"⁽³⁾.

(1) ينظر: أبو حامد الغزالي (ت 505هـ)، المستصفى في علم الأصول، تحقيق محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط1، 1993م، ج1، ص4.

(2) ينظر: محمد رضا المظفر (ت 1383هـ)، أصول الفقه، جماعة المدرسين في الحوزة العلمية، قم - إيران، ط2، 1407هـ، ج1، ص11.

(3) ينظر: سيف الدين الأمدي (ت 631هـ)، الإحكام في أصول الأحكام، دار الكتاب العربي، بيروت - لبنان، ط1، 1402هـ، ج1، ص6.

مما تقدم من تعاريف يتضح لنا جلياً، أن أصول الفقه ليس بحثاً في الأحكام نفسها، بل في المناهج التي بها تُستنبط تلك الأحكام منها، مما يجعله الرابط الطبيعي بين النصوص الشرعية والقوانين الوضعية.

فمثلاً: عندما يقول الله تعالى في القرآن الكريم: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾⁽¹⁾، فإن هذا النص لا يبيّن حكماً تفصيلاً لعقد بعينه، وإنما يضع قاعدة كلية هي وجوب الوفاء بالعهود والعقود، وقد أخذ المشرّع العراقي بهذه القاعدة العامة التي استند إليها المشرّع العراقي في القانون المدني والتي نصّت على أن «العقد شريعة المتعاقدين»⁽²⁾، فجعل الوفاء بالعقد التزاماً قانونياً واجب النفاذ.

وهكذا، فإن أصول الفقه لا يدرس حكم الوفاء بالعقد نفسه، بل يبحث في المنهج الذي نُقل به هذا الحكم من النص الشرعي إلى النص القانوني، أي في دلالة الأمر في الآية الكريمة: هل يفيد الوجوب أو الندب؟ وما القرائن التي تصرفه؟ وكيف يُفهم عمومه وشموله لجميع أنواع العقود؟ وبهذا المثال يتضح أن علم الأصول هو الذي يوفّر الأدوات التي تمكّن المشرّع والقاضي من الانتقال من النصوص الكلية إلى الأحكام التفصيلية التطبيقية.

ومثال آخر من المجال الجزائي قوله تعالى: ﴿وَكُنْتُمْ عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْفُسَ بِلنَّفْسٍ وَأَلْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ﴾⁽³⁾، فهذا النص يُقرّر قاعدة عامة في العدالة الجنائية تقوم على مبدأ الجزاء بالمثل⁽⁴⁾.

ومن خلال هذين المثالين، يتّضح أن علم أصول الفقه لا يقتصر على معرفة الأحكام، بل يُعنى بدراسة أدوات الاستنباط، وكيفية الانتقال من النص الكلي إلى التطبيق الجزئي، سواء في المجال المدني أو الجزائي، وهو بذلك يمثل المنهج العلمي الذي يربط بين الشريعة والقانون، ويمنح القاضي والمشرّع القدرة على فهم النصوص وتحقيق العدالة في ضوء مقاصدها الأصلية.

ثانياً: موضوع علم أصول الفقه

إن لكل علم موضوعاً يتمحور حوله البحث، ويدور عليه الاستقصاء والتحليل، وبه يتميز علمٌ عن آخر. فموضوع الطب هو البدن الإنساني، وموضوع النحو هو اللفظ من جهة إعرابه، وموضوع القانون هو القاعدة القانونية التي تنظّم العلاقات الاجتماعية.

(1) سورة المائدة: الآية (1).

(2) ينظر: المادة 147 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل.

(3) سورة المائدة: الآية 45.

(4) وقد ترجم المشرّع العراقي هذا المبدأ في أحكام القصاص والدفاع الشرعي المنصوص عليها في المواد (128-131) من قانون

العقوبات رقم (111) لسنة 1969، التي تُجيز للمتهم الدفاع عن نفسه ضمن حدود الضرورة دون تجاوز.

أما موضوع علم أصول الفقه، فهو الأدلة الشرعية الكلية وطرق الاستفادة منها في استنباط الأحكام الشرعية العملية⁽¹⁾.

1. المقصود بالأدلة الشرعية الكلية

الأدلة الشرعية الكلية هي المصادر العامة التي تُستقى منها الأحكام، دون النظر إلى المسائل الجزئية. فهي تبحث في القاعدة العامة المجردة التي يُبنى عليها حكمٌ فرعيٌّ في أي واقعةٍ لاحقة.

ومثال ذلك: القاعدة الأصولية القائلة بأن الأمر للوجوب، هي قاعدة كلية، يُستفاد منها عند ورود أي أمر في النصوص، كقوله تعالى: ﴿أَقِيمُوا الصَّلَاةَ﴾⁽²⁾، فيُستفاد منه وجوب الصلاة لا استحبابها.

وكذلك قاعدة النهي للتحريم، كقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزَّيْنَى﴾⁽³⁾، فالأصل فيه التحريم ما لم تقم قرينة على الكراهة. فهذه القواعد لا تختص بواقعة معينة، وإنما تُطبَّق على كل ما يرد فيه أمر أو نهى في النصوص الشرعية.

2. مدخل في بيان الأدلة الكلية.

أ. الأمر والنهي:

يبحث الأصوليون في صيغة الأمر والنهي ودلالاتهما: هل تفيد الوجوب أو الندب، والتحريم أو الكراهة؟ ومثاله في القانون المدني العراقي على أن «العقد شريعة المتعاقدين»⁽⁴⁾، فهذه الصيغة أمرٌ بالإلزام، يقابلها في الأصول قاعدة الأمر للوجوب.

ب. العام والخاص:

يبحث الأصوليون في مدى شمول النص لجميع أفرادهِ أو تخصيصه، ومثاله قوله تعالى ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ﴾⁽⁵⁾، عامٌ يشمل كل سارق، ثم خُصِّصَ بأحاديث استثنى من لا تتوافر فيه شروط الحد. ومثاله في قانون الأحوال الشخصية التي تمنح الحضانة للأم⁽⁶⁾، ثم خُصِّصت بحالات تسقط فيها الحضانة لعدم الصلاحية.

ت. المطلق والمقيد:

يبحث الأصوليون في اللفظ الذي يرد مطلقاً في قيد، وهل يُقيد أو يُترك على إطلاقه، مثاله قوله تعالى ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾⁽⁷⁾، والذي قيّد في آية أخرى بـ ﴿رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ﴾⁽⁸⁾، مثال على تقييد العقد بالقانون هو عقد العمل الذي يتضمن شرطاً يخالف النظام العام أو الآداب العامة، فعلى الرغم من أن النص القانوني قد يوجب تنفيذ العقد،

(1) ينظر: عبد الكريم زيدان، *الوجيز في أصول الفقه*، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، ط3، 2004م، ص11.

(2) سورة البقرة: جزء من الآية 47.

(3) سورة الإسراء: الآية 32.

(4) ينظر: نص المادة 147 من القانون المدني العراقي رقم رقم 140 لسنة 1951 المعدل.

(5) سورة المائدة: الآية 38.

(6) ينظر: قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم رقم 188 لسنة 1959 المعدل.

(7) سورة النساء: الآية 29.

(8) سورة المجادلة: الآية 3.

إلا أن هذا الشرط يُعتبر باطلاً ولا يُنفذ إذا كان مخالفاً للنظام العام. فمثلاً، عقد يتفق فيه صاحب العمل على دفع أجر أقل من الحد الأدنى المقرر قانوناً يُعتبر باطلاً في هذا الجزء المخالف للقانون (1).

ث. الإجماع:

وهو اتفاق المجتهدين في عصرٍ من العصور على حكمٍ شرعيٍّ، مثاله إجماع الصحابة على جمع المصحف في مصحفٍ واحد زمن الخليفة الأول أبي بكر الصديق رضي الله عنه. ومثاله في القانون: اتفاق الهيئة العامة لمحكمة التمييز العراقية على تفسيرٍ موحدٍ للنصوص، وهو صورةٌ معاصرةٌ من الإجماع المهني في الفقه القانوني.

ج. القياس:

وهو إلحاق فرعٍ بأصلٍ لعلّةٍ جامعةٍ بينهما، كتحريم المخدرات قياساً على الخمر لعلّة الإسكار. ويقابل في القانون مبدأ القياس القانوني في تفسير النصوص، كإلحاق الجريمة الإلكترونية بجريمة الاحتيال لعلّة الإضرار المالي غير المشروع.

3. العلاقة بين الدليل الكلي والدليل الجزئي.

الدليل الكلي يُشبه في طبيعته القاعدة الدستورية العامة، بينما الدليل الجزئي يُمثّل النص القانوني التفصيلي، فالأصولي يستنبط القاعدة الكلية من النصوص، ثم يطبقها على الجزئيات، كما يطبق القاضي القاعدة القانونية على الوقائع الواقعية. مثلاً:

- قاعدة "اليقين لا يزول بالشك" أصلٌ كلي، تُستنبط منها أحكام في القضاء الجنائي (قرينة البراءة)، وفي المعاملات المدنية (استمرار الالتزام حتى يثبت العكس)، وفي الأحوال الشخصية (بقاء الزوجية حتى يثبت الطلاق).
- قاعدة "الضرر يزال" تُستعمل في القانون المدني عند فسخ العقد بسبب الضرر، وفي الأحوال الشخصية في التفريق للضرر، وفي القانون الإداري في التعويض عن القرارات التعسفية.

وبذلك يصبح علم الأصول علماً تأسيسياً يُزوّد القانون بالمنهج الذي به تُفهم النصوص وتُفسّر الأحكام، لا بمجرد النتائج النهائية.

(1) ينظر: السنهوري، عبد الرزاق أحمد 1952، شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي ص 150.

4. كيفية الاستفادة من الأدلة في استخراج الحكم.

تتم عملية الاستنباط عبر ثلاث مراحل:

أ. مرحلة الفهم اللغوي للنص:

وفيها يدرس الأصولي دلالة اللفظ من جهة اللغة والنحو والبلاغة.

مثاله: فهم الفرق بين "لا تقتلوا النفس" (نهى) و"كتب عليكم القصاص" (إلزام).

ب. مرحلة التحليل الدلالي الأصولي:

حيث تُدرس القرائن التي تصرف اللفظ عن ظاهره، ويُحدّد هل الحكم للوجوب أم الندب، للحرمة أم الكراهة. مثال: قوله تعالى ﴿وَأْتُوا الزَّكَاةَ﴾ أمرٌ للوجوب، لأن النبي ﷺ بيّن عقوبة مانعها.

ت. مرحلة التطبيق الواقعي:

وفيها يُنزل الفقيه أو القاضي الحكم على الواقعة المعاصرة، مثاله حين نق القانون على منع بيع الأشياء المملوكة للغير، يُستنبط من قاعدة "النهي يقتضي الفساد" أن العقد باطل، وهي قاعدة أصولية استمدّت من قوله تعالى ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾⁽¹⁾.

5. أهمية تحديد موضوع علم الأصول لطلبة القانون.

تحديد موضوع العلم لا يُقصد به التعريف فقط، بل بيان مجال الإفادة منه، فالأدلة الكلية التي يبحثها الأصوليون هي ذاتها التي يعتمد عليها القانونيون في تفسير النصوص وصياغة القواعد العامة.

ففي كلّ من أصول الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، هناك انتقال من النص إلى الحكم، ومن القاعدة إلى التطبيق، غير أن الأصوليين وضعوا لذلك منهجاً أدقّ وأعمق، يوازن بين النص والمصلحة والعدالة.

ولهذا، فإن دراسة موضوع أصول الفقه تمكّن طالب القانون من:

1. فهم طبيعة العلاقة بين النص والواقع.
2. إدراك منهج الاجتهاد القانوني.
3. تفسير النصوص وفق مقاصدها لا ألفاظها فقط.

(1) سورة البقرة: الآية 188.

4. استثمار الأدلة الكلية في إيجاد حلولٍ تشريعية للقضايا المستحدثة.

6. أمثلة: في القواعد الكلية الأصولية والقواعد القانونية.

1. قوله تعالى ﴿فَمَنْ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾⁽¹⁾ ، القاعدة الكلية "الجزاء بالمثل" التطبيق القانوني: مبدأ المعاملة بالمثل في القانون الدولي والعقوبات العراقية.
2. قوله تعالى ﴿وَلَا تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ﴾⁽²⁾، القاعدة الكلية "تحريم الغش والغبن" التطبيق القانوني: مبدأ الغبن الفاحش سبب لفسخ العقد⁽³⁾.
3. قوله تعالى ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ﴾⁽⁴⁾، القاعدة الكلية: "الإثبات بالبيينة". التطبيق القانوني: قواعد الإثبات في قانون المرافعات المدنية العراقي.
4. قوله تعالى ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ﴾⁽⁵⁾ ، القاعدة الكلية : "تحقيق العدالة أساس الحكم" ، التطبيق القانوني: مجاء في الدستور العراقي من مبدأ المساواة أمام القانون.

مما يتقدم من أمثلة يتضح أن القواعد الكلية الأصولية وكذلك القواعد القانونية وحتى النصوص الدستورية كثيرًا ما تكون نصوصًا مبدئية لا تحدد الحكم التفصيلي، بل تحيل إلى منهجية الاستدلال التي تضبط عملية التشريع.

ومن هنا تتجلى أهمية علم أصول الفقه؛ إذ يقدم للمشرع والقاضي الأدوات العقلية والمنهجية التي تمكنه من تحويل النص العام إلى حكم خاص، وتحقيق التوازن بين النصوص الشرعية ومتطلبات القانون المعاصر.

حيث جاء في الدستور العراقي أن: "الإسلام دين الدولة الرسمي، وهو مصدرٌ أساسٌ للتشريع، ولا يجوز سنّ قانون يتعارض مع ثوابته وأحكامه"⁽⁶⁾ ، هذا النصّ الدستوري لا يتضمّن حكمًا شرعيًا أو قانونيًا مباشرًا، لكنه يُعدّ منهجًا تشريعيًا موجّهًا يُحيل إلى علم أصول الفقه في تحديد كيفية استنباط الأحكام الشرعية لتكون مصدرًا للتشريع القانوني، فهو نصّ دستوريّ يضع الإطار الأعلى للتقنين، لكنه يترك تحديد الأحكام وآليات الاستدلال إلى القواعد الأصولية والاجتهادية التي تنظّم عملية استنباط الحكم من النصوص الشرعية.

(1) سورة البقرة: الآية 194.

(2) سورة الأعراف: الآية 85.

(3) ينظر المواد 121-125 من القانون المدني العراقي رقم 140 لسنة 1951 المعدل.

(4) سورة الطلاق: الآية 2.

(5) سورة النحل: الآية 90.

(6) ينظر: المادة 2 من الدستور العراقي لسنة 2005 النافذ.

والقول بأن الإسلام مصدر أساس للتشريع، يعني في جوهره أن أصول الفقه هي الأداة القانونية لتحويل هذا النص إلى واقع تشريعي ملزم، فهي التي تُحدّد متى يكون الحكم شرعياً قطعياً، ومتى يكون اجتهادياً، ومتى يجوز التوسّع فيه بالمصلحة أو العرف أو الضرورة.

وبتطبيق القواعد الأصولية على ما جاء به الدستور العراقي، نلاحظ ما يأتي:

1. من حيث الدلالة:

- اللفظ «مصدر أساس للتشريع» يدل على الوجوب الاعتباري، أي أن المشرّع مُلزم بأن يجعل الشريعة الإسلامية مرجعاً أصيلاً عند وضع القوانين.
- هذه الدلالة تُستنبط بطريق الاقتضاء الأصولي؛ إذ لا يتحقق وصف الإسلام بأنه مصدر للتشريع إلا إذا كانت أحكامه ومقاصده معتمدة فعلاً في سنّ القوانين.

2. من حيث القاعدة الأصولية المطبقة:

- تُطبّق قاعدة: "الأمر للوجوب"، فكون الإسلام «مصدراً أساساً» يقتضي وجوب الرجوع إلى أحكامه عند سنّ القوانين لا مجرد استحسان ذلك.
- كما تُطبّق قاعدة: "النص العام يُحمل على إطلاقه"، لأن الدستور لم يقصر المصدرية على فرع من فروع التشريع (كالأحوال الشخصية)، بل أطلقها لتشمل جميع القوانين.

3. من حيث العلاقة بالمذاهب الفقهية:

- هذا النص يفتح باب الاجتهاد المؤسسي في الدولة، بحيث يُرجع المشرّع إلى أصول الفقه في فهم النصوص الإسلامية، مع مراعاة تعدد المذاهب (الحنفي، الإمامي الجعفري، المالكي، الشافعي، والحنبلي) لاختيار ما يحقق المصلحة العامة.

4. من حيث الأثر القانوني العملي:

- إن هذه المادة تُعدّ مرجعاً تفسيريّاً للقاضي الدستوري عند نظره في تعارض القوانين مع الشريعة، إذ يستخدم القاضي منهج أصول الفقه لتحديد ما إذا كان النص القانوني مخالفاً لـ"الثوابت الإسلامية" أم لا.
- من ذلك، أن المحكمة الاتحادية العليا يمكن أن تستعين بقاعدة أصولية مثل "الضرر يزال" أو "درء المفسد مقدم على جلب المصالح" لتقرير مدى انسجام قانون ما مع روح التشريع الإسلامي.

5. الربط بالقاعدة الاصولية:

- قوله تعالى: ﴿إِنَّ الْحُكْمَ لِلَّهِ﴾⁽¹⁾، هو الأصل القرآني الذي استمدّت منه هذه المادة الدستورية، لأنه يقرّر أن التشريع المطلق حقٌّ لله، وأن مهمة المشرّع هي تنزيل أحكام الله على الواقع وفق منهج أصولي منضبط.

(1) سورة الانعام: الآية 57.

ثالثاً: الفرق بين الفقه وأصول الفقه

1. الفقه: علم الأحكام التفصيلية.

الفقه هو العلم الذي يبحث في الأحكام الشرعية العملية المستنبطة من الأدلة التفصيلية، كأحكام الطهارة والعبادات، والعقود، والحدود، وسائر المعاملات.

وقد عرفه الغزالي بقوله: العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية⁽¹⁾، فالفقه يعتني بما يجب فعله أو تركه أو جوازه أو بطلانه، وهو بذلك يشبه القانون التطبيقي الذي يتناول الأحكام في صورتها النهائية:

- حكم الطلاق: جائز بشروطه.
- حكم البيع: جائز إذا استوفى الأركان.
- حكم السرقة: محرّم وتترتب عليه العقوبة الحديّة.

أي أن الفقه يصف الحكم ويوجّهه إلى المكلف أو القاضي أو المشرّع.

2. أصول الفقه: المنهج الكاشف عن طريق الحكم.

أما علم أصول الفقه، فهو العلم الذي يبحث في الأدلة الكلية، وفي الكيفية التي تُستنبط بها الأحكام من النصوص. أي أنه لا يعالج الحكم ذاته، بل الطريق المؤدي إليه.

وعرفه الأمدي: هو معرفة دلائل الفقه إجمالاً، وكيفية الاستفادة منها، وحال المستفيد.⁽²⁾

فإذا كان الفقه يجيب عن سؤال "ما الحكم؟"، فإن أصول الفقه يجيب عن سؤال "كيف نصل إلى هذا الحكم؟"

ومن ثم، يكون الأصولي كالمهندس الذي يضع خريطة البناء، بينما الفقيه كالبنّاء الذي يُنفذ تلك الخطة.

3. العلاقة بين الفقه وأصول الفقه

العلاقة بينهما علاقة أداة ونتيجة، أو منهج وتطبيق.

- فأصول الفقه يضع القواعد التي يهتدي بها الفقيه في استنباط الحكم.
- والفقه يترجم تلك القواعد إلى أحكام عملية تطبّق على الواقع.

(1) ينظر: أبو حامد الغزالي، المستصفى من علم الأصول، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط2، 1993م، ج1، ص8.

(2) ينظر: سيف الدين الأمدي، الإحكام في أصول الأحكام، دار الفكر، بيروت - لبنان، ط1، 1982م، ج1، ص9.

ولهذا، يمكن القول إن أصول الفقه يمثل العقل التشريعي التحليلي، بينما الفقه هو النتيجة التطبيقية القانونية لذلك العقل.

في القانون الوضعي، يقابل أصول الفقه علم تفسير النصوص والقواعد العامة للتشريع، بينما يقابل الفقه القوانين المدنية والجزائية والأحوال الشخصية في مضمونها التطبيقي.

4. مثال فقهي توضيحي

• **المسألة الفقهية:** حكم الوضوء بماء البحر.

○ الفقيه يقول: جائز لأن النبي ﷺ قال: "هو الطهور ماؤه، الحل ميتته"⁽¹⁾.

○ أما الأصولي فيبحث: كيف استنبط الحكم؟ من خلال قاعدة؛ النص العام يُعمل به ما لم يرد تخصيص، فلفظ

"ماؤه" عام يشمل جميع مياه البحر، فالفقه هو نتيجة التحليل، والأصول هو منهج التحليل.

5. مثال قانوني موسّع:

جاء في قانون الأحوال الشخصية العراقي على أن: "الأم أحق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة، ما لم يتضرر الصغير من ذلك"⁽²⁾.

وهذا النص يتضمّن الحكم الفقهي التطبيقي القائل بحقّ الأم في الحضانة ما لم يثبت الضرر على الصغير، وهو مستمدّ من القاعدة الأصولية العامة:

الضرر يُزال، المأخوذة من قوله تعالى: ﴿لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ﴾⁽³⁾.

فالمشرّع العراقي لم يُنشئ هذا الحكم من فراغ، بل استند إلى أصلٍ أصوليّ فقهيّ عام يهدف إلى رعاية مصلحة الطفل ودرء الضرر عنه.

ومن هنا يظهر الفرق بين الفقه وأصول الفقه:

- الفقه قدّم الحكم العملي: الأم أحق بالحضانة.
- أصول الفقه قدّم المنهج الذي دلّ على هذا الحكم من خلال قاعدة إزالة الضرر.

(1) ينظر: سنن أبي داود، كتاب الطهارة، رقم الحديث: 83.

(2) تجدر الإشارة إلى أن هذه المادة جاءت معدّلة في مدوّنة الأحوال الشخصية الجعفرية (المدونة الخاصة بالمذهب الإمامي الجعفري)، حيث نُقل حق الحضانة إلى الأب بعد بلوغ الطفل سن السابعة، وذلك استناداً إلى الفقه الجعفري الذي يرى أن الحضانة للأم في السنوات الأولى من عمر الطفل، ثم تنتقل للأب بعد السابعة، تحقيقاً لمصلحة الصغير في التربية والتأديب الشرعي، ينظر: قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 المعدل، مدونة الأحوال الشخصية للمذهب الجعفري، وزارة العدل العراقية، بغداد، 2016، المادة (125) وما بعدها.

(3) سورة البقرة: الآية 233.