تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ وَلَا تَنْهَرْهُمَا [40] ، فالنص حرم التأفف لعلة ايذاء الوالدين وسكت عن سائر الإيذاءات الاخرى كالضرب والشتم فيكون تحريمهما اولى لأن العلة فيهما اظهر ومثاله ايضا قياس شهادة الثلاثة على شهادة الاثنين فقبول شهادة الثلاثة اولى .

القسم الثاني : قياس الادنى : وهو ما كانت علة الحكم في الاصل اقوى واظهر منها في الفرع ، بان يكون ثبوت الحكم في الفرع اضعف من ثبوته في الاصل ، كالإسكار فهو علة واضحة لتحريم الخمر ، لكن هذه العلة اقل منها في النبيذ وان كان في الاثنين صفة الاسكار .

القسم الثالث : قياس المساواة : وهو ما كانت فيه علة الحكم في الفرع مساوية لعلته في الاصل ، ومثال ذلك قياس احراق مال اليتيم وسائر الاتلافات الاخرى على أكل ماله من حيث التحريم الثابت في قوله تعالى **إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا** [41] .

المقصد السادس : مراحل القياس

القياس بحسب الاجتهاد في علة الحكم يمر بأربع مراحل :

المرحلة الاولى : تخريج المناط : ويراد به وقوف المجتهد على علة الحكم واثباتها سواء اكانت هذه العلة منصوص عليها ام كانت تستنبط عن طريق الاجتهاد ، ومثال ذلك انه في تحريم الخمر يقول المجتهد ان علة التحريم هي الاسكار وعلة القصاص في القتل العمد هي حماية ارواح الناس ، وعلة الجلد في الزنى هي حماية اعراضهم وعلة القطع في السرقة هي حماية اموالهم ، فالوقوف على علة الحكم هي اولى مراحل القياس .

المرحلة الثانية : تحقيق المناط : وهي مرحلة التأكد من وجود علة الحكم في غير محله ، أي في الفرع ، ففي قوله تعالى **وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذًى فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ** [42] ، دل النص على

---

[40] سورة الاسراء / 23 .

[41] سورة النساء / 10 .

[42] سورة البقرة / 222 .

ان علة اجتناب النساء في المحيض هي الاذى ، فيبحث المجتهد عن وجود هذه العلة في غير المحيض كالنفاس مثلا فالعلة موجودة فيه ايضا فيتعدى الحكم وهو وجوب اعتزال النساء .

المرحلة الثالثة : تنقيح المناط : وهي المرحلة التي يحاول فيها المجتهد تهذيب العلة وتخليصها من كل الفروق التي يمكن ان تمنع تعدية حكم الاصل الى الفرع ، ففي مثال اعتزال النساء في المحيض عندما يقيس المجتهد النفاس على الحيض فانه يقوم بأثبات ان لا فارق يمنع من تعدية حكم تحريم اتيان المرأة في الحيض الى تحريم ذلك بالنسبة للنفاس لان العلة واحدة وهي الاذى المتصور من ذلك وهذا الاذى موجود في الحيض وفي النفاس ، فيثبت ان لا اشكال في تعدية الحكم من الاصل الى الفرع .

المرحلة الرابعة : تثبيت دوران الحكم مع علته وجودا وعدما : بعد ان يتأكد المجتهد من وجود علة الحكم في حكم الاصل ويتأكد من وجودها في الفرع ، وان لا مانع بمنع من تعدية حكم الاصل الى الفرع ، يقوم بأثبات حكم الاصل الى الفرع ، وهذه هي اخر مراحل القياس .

المقصد السابع : اهلية القياس

القياس عملية اجتهادية ، فهي لا تصح الا من المجتهد ، والمجتهد كما اشرنا هو من لديه القدرة على الاستنباط من الادلة ، وامكانية الاستنباط تتطلب علما وافيا بأحكام القران ، وما ورد فيه من عام وخاص ومطلق ومقيد وناسخ ومنسوخ ، كما تتطلب العلم الوافي بالسنة النبوية من حيث اسانيدها وقوة احاديثها والاحكام التي اشتملت عليها ، كما تتطلب من ناحية ثالثة العلم بأصول اللغة العربية من الصرف والنحو والبلاغة ، ويتطلب الاجتهاد من ناحية رابعة العلم بطرق ازالة التعارض بين النصوص بالتوفيق والجمع بينهما وتقديم بعضها على الاخر ، والعلم بمدلولات النصوص المتعارضة واسباب تعارضها ، وذلك لان القياس لا يكون الا على اصل ثابت حكمه بالنص من القران او السنة او الاجماع ، وانه لا يعتبر الا في موضع لا نص فيه ولا اجماع ، من هنا تطلب الامر العلم الكامل بأصول التشريع وفهم روح النصوص ، ولا يكون القياس الا ممن كان صحيح العقل حتى يمكنه التفريق بين المتشابه بين النصوص لكي يستطيع تمييز الاحكام فيها.

المقصد الثامن : القياس في النصوص القانونية

الحكم الثابت بنص قانوني يكون مصدر الحكم فيه هو النص القانوني ذاته ، وجميع الاحكام الموجودة في نصوص القانون يكون مصدرها القانون ذاته ، ولا يمكن القول بان حكما وارد في نص قانوني قد ثبت بطريق القياس ، لكن مع ذلك نجد ان المشرع عند اقراره لبعض الاحكام يلجا الى قياس بعض المسائل من حيث الحكم على مسائل اخرى لكن مع ذلك يبقى مصدر النص هو القانون .

ويلعب القياس دورا مهما في النصوص القانونية ، ويتمثل هذا الدور بالآتي :

اولا : يعد القياس وسيلة مهمة من وسائل القاضي لتفسير النصوص القانونية : فالنصوص التشريعية لا تطبق بصورة الية وانما يعمد القاضي لضمان سلامة تطبيق النصوص القانونية الى تفسيرها مهتديا على ذلك بمقاصد التشريع وروح القانون ، ولذلك قال الفقهاء ان النصوص القانونية لا تطبق بصورة حرفية دائما ، خصوصا تلك النصوص التي لم يكن مقصد المشرع منها واضحا وجليا ، ومن ثم يعد اعمال القياس صورة من صور تفسير النص القانوني ، فيعمد اليه القاضي لحل ما يعرض امامه من نزاعات عن طريق اعطائها حكم مثيلاتها متى ما كانت العلة وصولا الى مقصد المشرع وغايته من ايراد النصوص .

ثانيا : يعد القياس وسيلة من وسائل سد النقص التشريعي الذي يمكن ان يكتنف النصوص القانونية ، فقد ويقصد بالفراغ التشريعي الحالة التي يجد فيه القاضي نفسه امام مسألة لا يجد فيها نصا قانونيا يحكمها ، وبما ان القاضي ملزم بحكم وظيفته بالفصل في الدعاوى فانه لا يستطيع التذرع بعدم وجود نص قانوني يحكم المسألة المعروضة امامه فهو بفعله هذا يعد منكرا للعدالة ، وانما عليه ان يجتهد للوصول الى حكم القانون مسترشدا في ذلك بمقاصد التشريع وغاياته ، ويستطيع القاضي في حالة الفراغ التشريعي ان يعمد الى اعمال القياس لحكم تلك المسائل التي لم ينص عليها القانون .

ولم ينص المشرع العراقي في القانون المدني بصورة صريحة على عد القياس مصدرا من مصادر التشريع ، فقد جاء نص المادة 1 الفقرة 2 خاليا من الاشارة الى ذلك ، اذ نصت هذه الفقرة على انه " **فأذا لم يوجد نص تشريعي حكمت المحكمة بمقتضى العرف فأذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فأذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ العدالة** " .

كذلك لم ينص المشرع في قانون الاحوال الشخصية بصورة صريحة على عد القياس مصدرا من مصادر هذا القانون ، اذ نصت الفقرة 2 من المادة الاولى على انه " **اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون** " .

ان القول بان المشرع العراقي لم ينص على عد القياس مصدرا من مصادر التشريع في القانون المدني وقانون الاحوال الشخصية لايعني اهمال هذا المصدر من قبل هذه القوانين اذا ن المتتبع لنصوص هذه القوانين يلمس بوضوح انصراف ارادة المشرع فيها بصورة ضمنية الى عد القياس مصدرا من المصادر التي يستعين بها القاضي في حالة انعدام النص القانوني لدية ، ونسوق الامثلة الاتية لبيان ذلك :

فمن الامثلة على الحكم بموجب القياس في نصوص قانون الاحوال الشخصية نص المادة (16) والتي نص فيها المشرع على انه (**كل من تحرم بالقرابة والمصاهرة تحرم بالرضاع الا فيما استثني شرعا**) ، فبعد ان عدد المشرع المحرمات من النساء بسبب القرابة في نص المادة (14) جاء في نص المادة (16) ليقيس عليهن من حيث التحريم المحرمات بسبب الرضاع ، اذ يحرم على الرجل بموجب هذا النص الام من الرضاع والبنت التي ترضعها زوجة الرجل فيحرم عليه الزواج بها ، وكذلك الاخت من الرضاع (وهي اخت زوج المرضعة) ، فيحرم على ابن الزوج التزوج بها ، وكذلك الخالة من الرضاع.

ومثاله ايضا نص المادة (19) من قانون الاحوال الشخصية الفقرة (1) والتي نص فيها المشرع على انه (**تستحق الزوجة المهر المسمى بالعقد ، فان لم يسمِ او نفيَ اصلا فلها مهر المثل**) ، وفي هذا النص قاس المشرع مهر الزوجة التي لم يسم لها مهرا او التي اتفق معها زوجها على ان لا مهر لها ، على مهر مثيلاتها من النساء من حيث السن والنسب والجمال وغيرها من الصفات .

اما في القانون المدني فمن امثلة الاحكام التي راعاها فيها المشرع القياس نص المادة (108) ، والتي قاس فيها المشرع تصرفات المجنون جنونا مطبقا على تصرفات الصغير غير المميز واعطاها نفس الحكم ، وقاس تصرفات المجنون جنونا غير مطبق في حال افاقته على تصرفات العاقل ، اذ نصت هذه المادة على انه (**المجنون المطبق هو في حكم الصغير غير المميز ، اما المجنون غير المطبق فتصرفاته في حالة افاقته كتصرفات العاقل**) .

ومثالها ايضا نص المادة (109) ، والتي قاس فيها المشرع معاملات السفيه من حيث الحكم على تصرفات الصغير المميز واعطاها نفس الحكم ، اذ نصت هذه المادة على انه (**السفيه المحجور هو في المعاملات كالصغير المميز ...)** .

القياس في القانون الجنائي : من المسائل المتفق عليها في فقه القانون الجنائي ، ان القاضي الجزائي مقيد بقاعدة التفسير الضيق للنصوص الجزائية ، اذ يجب على القاضي ان يتقيد بالنص فلا يتوسع في تفسيره الى الحد الذي يمكنه من خلق جرائم جديدة ، اذ ان القاعدة هو عدم جواز استحداث جريمة او عقوبة الا تلك التي نص عليها المشرع وفقا لقاعدة (**لا جريمة ولا عقوبة الا بنص**) ، فالقاضي الجزائي مقيد بنصوص القانون من حيث التجريم والعقاب ، وذلك على خلاف القاضي المدني ، اذ يتمتع بحرية واسعة في تفسير النصوص المدنية فهو يلجا الى القياس ومفهوم المخالفة وقواعد العرف ليصل الى مراد المشرع من النص .

والقاعدة الاخرى الثابتة في فقه القانون الجنائي هي قاعدة حظر القياس في النصوص الجزائية ، فالقياس في النصوص الجزائية معناه خلق جرائم جديدة لم ينص عليها القانون ، وهذا يمثل خروجا على قاعدة المشروعية التي اشرنا اليها ، وهي قاعدة (**لا جريمة ولا عقوبة الا بنص**) ، فالقياس ممنوع في القانون الجنائي مهما كانت خطورة النشاط الاجرامي ، لان من شان الاخذ بالقياس تجريم افعال لم يجرمها المشرع ، او الحكم بعقوبات لم ينص عليها المشرع ، اذ ان اباحة القياس للقاضي الجنائي يؤدي الى انهيار مبدا الشرعية ، اذ سيصبح القضاء مصدر التجريم، وفي ذلك عود للقرون الوسطى .

هذا بالنسبة للقاضي الجزائي ، اما بالنسبة للمشرع فقد وجدنا ان المشرع يقيس عقوبات بعض الجرائم على بعضها الاخر ، ويعطيها ذات الحكم ، من ذلك مثلا نص المادة (223) التي نص فيها على انه (**1- يعاقب بالإعدام من قتل رئيس الجمهورية . 2- يعاقب بالسجن المؤقت كل من اعتدى على رئيس الجمهورية اعتداء لا يبلغ درجة القتل العمد او الشروع فيه . 3- يعاقب بالعقوبة ذاتها ، حسب الاحوال ، اذا وقعت الجريمة على رئيس دولة اجنبية اثناء وجوده في العراق في زيارة رسمية**) وفي هذا النص نجد ان المشرع قاس عقوبة الاعتداء على رئيس دولة اجنبية ، على عقوبة الاعتداء على رئيس الدولة ، واعطى الجريمتين ذات العقوبة .

ومن الامثلة على ذلك ايضا نص المادة (254) ، والتي جعل المشرع فيها عقوبة الاكراه على عدم الشهادة ، او الامتناع عنها نتيجة عطية او وعد او اغراء ، نفس عقوبة شهادة الزور ، اذ نصت هذه المادة على انه (**يعاقب بنفس عقوبة شاهد الزور : 1- من اكره او اغرى باي وسيلة شاهدا على عدم اداء الشهادة او الشهادة زورا ولو لم يبلغ مقصده . 2- من امتنع عن اداء الشهادة نتيجة لعطية او وعد او اغراء).**

الفرع الثاني

المـصـلـحـة

المقصد الاول : تعريف المصلحة واقسامها

المصلحة في اللغة : ضد المفسدة ، وهي ما يترتب على الفعل من منفعة وصلاح .

اما في الاصطلاح فهي : جلب المنافع ودفع المفاسد والمضار، وقد غلب القران الكريم استعمال لفظ الحسنات في المصالح والسيئات في المفاسد ، قال تعالى **مَنْ جَاءَ بِالْحَسَنَةِ فَلَهُ عَشْرُ أَمْثَالِهَا وَمَنْ جَاءَ بِالسَّيِّئَةِ فَلَا يُجْزَى إِلَّا مِثْلَهَا وَهُمْ لَا يُظْلَمُونَ** [43] .

ويقسم الفقهاء المصالح من حيث اعتبار الشارع لها الى ثلاثة اقسام وهي المصالح المعتبرة والمصالح الملغاة والمصالح المرسلة ، كما يقسمون المصلحة من حيث اهميتها الى ثلاثة اقسام ايضا ، هي المصالح الضرورية والمصالح الحاجية والمصالح التكميلية وبحسب التفصيل الاتي :

اولا : اقسام المصالح من حيث اعتبار الشارع لها : يقسم الفقهاء المصالح من حيث اعتبار الشارع لها الى ثلاثة اقسام :

القسم الاول : المصالح المعتبرة : وهي المصالح التي قام الدليل الشرعي على رعايتها واعتبارها واجاز الشارع بناء الاحكام عليها ، وهذا النوع يشمل جميع المصالح التي جاءت الشريعة الاسلامية لتحقيقها سواء اكانت مصالح ضرورية ام حاجية ام تحسينية ، ومثالها مصلحة حفظ الدين والمال والعقل والنسل والحياة ، وقد شرع

---

[43] سورة الانعام / 160 .