

العنوان:	القياس فى القانون المدنى والفقہ الاسلامى
المصدر:	مجلة الراڤدين للحقوق
الناشر:	جامعة الموصل - كلية الحقوق
المؤلف الرئيسى:	عبدالله، عامر عاشور
المجلد/العدد:	ع 52
محكمة:	نعم
التاريخ الميلادى:	2012
الصفحات:	53 - 78
رقم MD:	424205
نوع المحتوى:	بحوث ومقالات
اللغة:	Arabic
قواعد المعلومات:	IslamicInfo
مواضيع:	القانون المقارن، الفقہ الاسلامى، القانون المدنى، القياس فى القانون، التشريعات القانونية، العلاقات الاجتماعية، العراق، مصر
رابط:	http://search.mandumah.com/Record/424205

القياس في القانون المدني والفقہ الإسلامي

د. عامر عاشور عبد الله

مدرس القانون المدني

كلية الحقوق / جامعة كركوك

المستخلص

القياس هو اعطاء حالة غير منصوص على حكمها حكم حالة اخرى ورد نص بحكمها لتمثيل العلة بين الحالتين، وترجع أهمية الأخذ بالقياس إلى أن أي تشريع مهما علت منزلته لا يمكن ان يعرض للحالات والاضاع جميعها التي تنشأ عن العلاقات بين الناس، سواء ما كان منها قائماً عند وضع التشريع او تلك التي تستجد بعد صدوره، فقد لا تستدعي الأوضاع القائمة ان تحكمها النصوص في القانون، وان المشرع لا يستطيع ان يتوقع في كثير من الاحيان الاوضاع التي قد تستجد في المستقبل.

Abstract

Measurement is to give the case is not provided on the same ruling as another case contained the text of the judgment of similar illness between the two cases, and returns the importance of taking in relation to any legislation whatever it raised his status can not be offered for situations and conditions, all arising from relationships between people, of either of them exists in the development of legislation or those that arise after its release, it was Atstdei existing conditions that are governed by provisions in the law, and that the legislator could not be expected in many cases, the situations that may arise in the future.

(●) أستلم البحث في 24/2/2011 *** قبل للنشر في 2011/4/11.

المقدمة

القياس هو اعطاء حالة غير منصوص على حكمها حكم حالة اخرى ورد نص بحكمها لتمثيل العلة بين الحالتين، وترجع أهمية الأخذ بالقياس إلى أن أي تشريع مهما علت منزلته لا يمكن ان يعرض للحالات والاضاع جميعها التي تنشأ عن العلاقات بين الناس، سواء ما كان منها قائماً عند وضع التشريع او تلك التي تستجد بعد صدوره، فقد لا تستدعي الأوضاع القائمة ان تحكمها النصوص في القانون، وان المشرع لا يستطيع ان يتوقع في كثير من الاحيان الاوضاع التي قد تستجد في المستقبل، فالسؤال الذي يثار بهذا الصدد هل بإمكان القاضي في هذه الحالة ان يستعين بالقياس؟

للإجابة عن هذا التساؤل يقتضي بيان موقف التشريعات المدنية المقارنة من القياس إذ اختلفت هذه التشريعات فيما بينها حول الأخذ بالقياس من خلال النص عليه، وأن حجية القياس كان موضع خلاف بين فقهاء المسلمين، وقد اختلف أيضاً الفقهاء القانونيون حول الدور الذي يؤديه القياس في القانون المدني فضلاً عن اختلافه حول الموقع الذي يحتله القياس بين مصادر القانون المدني، هذا ما دفعنا إلى البحث في هذا الموضوع، فضلاً عن ان موضوع القياس لم ينل الا قدراً قليلاً من العناية من الفقهاء المصري وقدراً أقل من الفقهاء العراقي على حد تعبير رأي من الفقهاء العراقي (1).

لذا جاءت هذه الدراسة بثلاثة مباحث، إذ تناولنا في المبحث الاول ماهية القياس، وفي المبحث الثاني بينا موقف الفقهاء الإسلامي من القياس في حين خصصنا المبحث الثالث للكلام عن موقف القانون المدني من القياس وأخيراً أوردنا في نهاية البحث خاتمة أوجزنا فيها أهم النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها.

(1) د. محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، مطبعة وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، بغداد، 1982، ص 335.

المبحث الأول

ماهية القياس

البحث في ماهية القياس يتطلب تعريف القياس وبيان صورته وهذا يتطلب تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين إذ سنبين في المطلب الأول تعريف القياس في حين سنخصص المطلب الثاني للكلام عن صور القياس وعلى وفق الآتي: -

المطلب الأول

تعريف القياس

القياس لغةً: - مصدر قاس، بمعنى قدر، وتقول العرب قست الشيء بالشيء: قدرته على مثاله وهو يتعدى بالباء يقال قست الثوب بالذراع، كما اطلق القياس على المساواة لأن تقدير الشيء بما يمثله تسوية بينهما فيقال فلأن لا يقاس بفلان أي لا يساويه، وبصورة عامة القياس في اللغة هو التقدير والتسوية بين الشيئين فأكثر (1).

أما القياس اصطلاحاً فهو الحاق واقعة لم يرد نص بحكمها واقعة ورد النص بحكمها لتساوي الواقعتين في علة الحكم (2) أي ان القياس وسيلة لإظهار حكم في مسألة يسكت عنها القانون قياساً على مسألة ورد فيها حكم، لأن العلة في الحالتين واحدة (3).

من هذا التعريف يتضح بأن القياس يتكون من الأركان الآتية: -

1. المقيس عليه (أو الأصل أو المشبه به أو الملحق به) وهو المحل الذي يثبت الحكم فيه بنص.
2. المقيس (أو الفرع أو المشبه أو الملحق) وهو المحل الذي لا نص فيه.

(1) محمد بن بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الطباعة والنشر كويت، 1983، ص 559؛ أبو الفضل جمال الدين بن المنطور، لسان العرب، دار بيروت للطباعة والنشر، بيروت، 1955، مادة القياس ص 559.

(2) د. خالد رشيد الجميلي، المدخل في دراسة الشريعة الإسلامية والقانون، دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد، 1989، ص 141.

(3) د. حسن حرب اللصاصمة، دراسات في المدخل إلى العلوم القانونية، دار الخليج، عمان، 2004، ص 104.

3. حكم الأصل وهو الحكم الثابت في الأصل ويُراد إثبات مثله للفرع.
4. العلة هي المصلحة التي شرع الحكم لرعايتها أو بعبارة أخرى هي المصلحة المعتبرة في تشريع الحكم والغاية المتوخاة من العمل به (1) ومعنى آخر الغرض الذي هدف إليه المشرع من وضع النص أو العلة التي اقتضت الحكم القانوني (2).

أما شروط القياس فقد اشترط الأصوليون للقياس شروطاً بعضها يرجع إلى حكم الأصل ومنها ما يشترط في الفرع ومنها ما يشترط في العلة وعلى وفق الآتي: -

أ- شروط حكم الأصل: -

1. أن يكون حكم الأصل شرعياً إذا كان الملحق به حكماً شرعياً فلا يلحق الحكم الشرعي بالحكم باللغوي ولا بالعقلي.
2. أن يكون حكم الأصل معللاً بعلّة يدركها العقل، فإذا كان تعبدياً لا يقاس عليه غيره.
3. ألا يكون حكم الأصل منسوخاً لأن المفروض أن الحكم يتعدى من الأصل إلى الفرع ويخضع الفرع لنص الأصل فإذا كان منسوخاً يكون القياس باطلاً، لأن ما يبنى على الباطل باطل.
4. أن يكون حكم الأصل ثابتاً بالنص أو الإجماع، فلا يجوز القياس على ما يثبت حكمه بغير هذين المصدرين.
5. ألا يكون حكم الأصل مما يثبت إستثناءً عن الأصل والقواعد العامة لأن القياس للتوسيع ولا يجوز التوسيع فيما جاء على سبيل الإستثناء وغالباً إن الإستثناءات من الأصول تكون للضرورة والضرورات تقدر بقدرها (3).

ب- شروط حكم الفرع:-

1. أن تتوفر في الفرع علة حكم الأصل.
2. ألا يرد في الفرع نص أو إجماع يدل على حكم يخالف القياس.

(1) د. مصطفى إبراهيم الزلي، أصول الفقه في نسجه الجديد، الجزء الأول، الطبعة الخامسة، شركة العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، 2009، ص 114-115.

(2) د. رياض القيسي، علم أصول القانون، مطبعة الفرات، بغداد، 2002، ص 330.

(3) د. عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مطبعة سلمان الأعظمي، بغداد، 1964، ص 163 وبعدها، د. مصطفى الزلي، المصدر السابق، ص 115-116.

3. أن لا يتقدم حكم الفرع في الثبوت على حكم الأصل.
4. عدم وجود فارق أو مانع يحول من دون تعدي حكم الأصل إلى الفرع.

ج- شروط العلة: -

1. أن تكون موجودة بحسب الظن الغالب للمجتهد في كل من المقيس والمقيس عليه بدرجة متساوية أو متفاوتة
2. ألا تكون العلة ملغاة في الفرع بنص صريح.
3. ألا تكون للعلة مانع يمنعها من التأثير على حكم المقيس.
4. أن تكون وصفاً ظاهراً أي واضحاً محسوساً وألا تكون وصفاً قاصراً على الأصل⁽¹⁾.

اما بالنسبة للفقهاء القانونيين فإنه يشترط للقياس عدة شروط هي:-

1. ألا يكون للفرع ((المقيس)) نص خاص به، إذ لو كان له حكم فلا فائدة من القياس ان تطابقا الحكمان، وان اختلفا كان القياس باطلا إذ لا قياس في مواجهة النص.
2. ان يكون الأصل ((المقيس عليه)) قد ورد بشأنه نص ((حكم)) والا يكون هذا الحكم قد جاء على وجه الاختصاص، فهنا يقال ان الأصل قد تفرد بحكم خاص به، فيجب ان يقتصر عليه ولا يقاس غيره عليه.
3. ان يكون للأصل ((المقيس عليه)) علة يمكن ادراكها بالعقل حتى يتسنى القول بوجود وصف يجمع بين المقيس عليه والمقيس بحيث تستند إليه في مد حكم الأول إلى الثاني، اما اذا كان الحكم المنصوص عليه قد جاء تحكيما بغير علة واضحة فلا يمكن بداهة القياس عليه.
4. ان تكون العلة الموجودة في الفرع مساوية على الأقل لعللة الأصل، فإن تفاوتت العلة فلا يصح القياس لأن القياس مع الفارق لا يجوز⁽²⁾.

(1) د. مصطفى الزلي، مصدر سابق، ص 121-122؛ الأستاذ بدران أبو العينين بدران، بيان النصوص التشريعية، طرقة وأنواعه، دار المعارف الأسكندرية، 1982، ص 147-150.

(2) د. حسن حرب اللصامة، مصدر سابق، ص 104-105.

المطلب الثاني

صور القياس

للقياس صور عديدة إذ يقسم باعتبار العلة إلى:-

اولاً:- القياس الأولى ((الجلي او القطعي))

هو القياس الذي تكون علة الحكم في الفرع أكثر وضوحاً منها في الأصل، فيطبق حكم الأصل على الفرع من باب أولى وبعبارة أخرى، هناك حالة منصوص على حكمها في القانون، وتكون علة هذا الحكم أكثر توفراً في حالة أخرى غير منصوص على حكمها في القانون، فينسحب الحكم في الحالة المنصوص عليها في الحالة غير المنصوص عليها من باب أولى⁽¹⁾، وسمي القياس القطعي أيضاً لأن ثبوت علة الحكم في المقيس امر قطعي، مثال ذلك ما نصت عليه المادة (62) من القانون المدني العراقي التي تنص على انه: - ((أيّاً كان المأجور يجب على المستأجر ان يستعمله على النحو المبين في عقد الايجار، فان سكت العقد وجب عليه ان يستعمله بحسب ما أعده له وفقاً مما يقتضيه العرف)) يفهم من هذا النص انه يجوز اعطاء هذا الحكم لحالة أحداث المستأجر هدم للمأجور، اذ ان علة الحكم اشد تحققاً في هذه الحالة من حالة الاستعمال غير العادي⁽²⁾.

ثانياً:- قياس المساواة ((القياس المساوي))

هو القياس الذي تكون العلة فيه مساوية الظهور في الفرع والأصل، وبعبارة اخرى التسوية بين الأصل والفرع في الحكم لمساواتهما في العلة قوة وضعفاً فاذا كانت هناك قاعدة مقررّة لحالة معينة وكانت هناك حالة لم ينص على حكم لها ولكن تتوفر فيها العلة ذاتها التي أدت إلى وضع النص للحالة الأولى، فيطبق حكم الحالة الأولى على الحال الثانية⁽³⁾، ومثال ذلك نص المادة (210) من القانون المدني العراقي⁽⁴⁾ الذي أجاز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض الذي يحكم به على المدين

(1) د. عبدالمنعم فرج صدة، أصول القانون، دار النهضة العربية، بيروت، بدون سنة طبع، ص 302

(2) د. رياض القيسي، مصدر سابق، ص.

(3) د. عوض أحمد محسن، المدخل إلى علم القانون، دار وائل للنشر، عمان، ص 287.

(4) وتقابلها المادة (216) من القانون المدني المصري.

إذا كان الدائن قد اشترك بخطئه في إحداث الضرر، إلا أنه لم ينص على حكم حالة ما إذا كان هناك سبباً أجنبياً قد اشترك مع خطأ المدين في إحداث الضرر، وبما أن العلة في الحالة الأولى هي عدم جواز الحكم بالتعويض على المسؤول إلا في حدود مساهمته في إحداث الضرر، وهذه العلة متحققة في الحالة الثانية فيطبق حكم الحالة الأولى على الحالة الثانية.

ثالثاً: - القياس الأدنى

هو القياس الذي يكون الأصل أولى بالحكم من الفرع لأن العلة فيه أقوى، وبعبارة أخرى، أن تكون العلة في المقيس أدنى قوة من المقيس عليه.

رابعاً: - قياس العكس

هو القياس الذي بموجبه يتم إعطاء حالة غير منصوص على حكمها في القانون حكماً مخالفاً (عكسياً) لحالة أخرى منصوص عليه في القانون لاختلاف العلة في الحالتين، فهنا يفترض وجود نص في القانون يقرر حكماً لحالة خاصة ولعلة معينة ووجود حالة أخرى لم ينص على حكمها وتختلف عن الحالة الأولى في العلة، فيطبق بشأنها المفهوم المخالف لحكم الحالة الأولى لاختلاف العلة في الحالتين ومثال ذلك ما نصت عليه المادة (547/ف 1) من القانون المدني العراقي على أنه ((إذا هلك المبيع في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يهلك على البائع ولا شيء على المشتري.....)) فيستنتج من مفهوم المخالفة من هذا النص أن هلاك المبيع بعد التسليم يكون على المشتري ولا شيء على البائع وكذلك نص المادة

(7/1) من القانون المدني العراقي على أنه ((من استعمل حقه استعمالاً غير جائز وجب عليه الضمان)) فمفهوم المخالفة لهذا النص، أنه من استعمل حقه استعمالاً جائزاً فلا ضمان عليه⁽¹⁾.

(1) د. غالب علي الداودي، المدخل إلى علم القانون، ط 7 دار وائل للطباعة والنشر، عمان، 2004، ص 219؛ د. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة طبع، ص 405-406.

المبحث الثاني

موقف الفقه الإسلامي من القياس

أختلف الفقهاء المسلمون في الاخذ بالقياس، فذهب جمهور الفقهاء إلى أن القياس حجة شرعية على الأحكام وانه في المرتبة الرابعة من الحجج الشرعية اذا لم يوجد نص في القرآن والسنة والإجماع، وهؤلاء يطلق عليهم مثبتو القياس، في حين ذهب الظاهرية والشيعة ان القياس ليس حجة شرعية على الأحكام ويطلق عليهم نفاة القياس، وهذا يتطلب تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين على وفق الآتي: -

المطلب الأول

مثبتوا القياس

القياس حجة شرعية ومصدر تشريعي ويستدل بها على ثبوت الأحكام الشرعية، وقد استدل جمهور الفقهاء على حججه بالقرآن والسنة النبوية، وإجماع الصحابة بالأدلة العقلية⁽¹⁾ وفقاً للآتي:

القرآن الكريم: - أرشد الله سبحانه وتعالى عباده إلى القياس في آيات متعددة منها قياس النشأة الثانية ((الإعادة بعد الموت)) على النشأة الأولى ((الأيجاد بعد العدم)) في قوله تعالى (أَو لَمْ يَرِ الْإِنْسَانُ أَنَّا خَلَقْنَاهُ مِنْ نُطْفَةٍ فَإِذَا هُوَ خَصِيمٌ مُّبِينٌ وَضَرَبْنَا لَنَا مَثَلًا وَنَسِيَ خَلْقَهُ قَالَ مَنْ يُحْيِي الْعِظَامَ وَهِيَ رَمِيمٌ قُلْ يُحْيِيهَا الَّذِي أَنشَأَهَا أَوَّلَ مَرَّةٍ وَهُوَ بِكُلِّ خَلْقٍ عَلِيمٌ)⁽²⁾، وقوله تعالى (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ

(1) لمزيد من التفصيل بخصوص آراء جمهور الفقهاء ينظر إبي زيد عبيد الله ابن عمر الدبوسي، تقويم الأدلة في أصول الفقه، المكتبة العصرية، بيروت، 2006، ص 275 وبعدها؛ محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار آراء الفكر العربي، القاهرة 1958. ص 207.

(2) سورة يس، الآيات 77، 78، 79.

وأحسنُ تأويلًا⁽¹⁾. وهذا يعني ان الله أمرنا إن تنازعنا واختلفنا في شيء ليس فيه حكم من الله ورسوله أو أولي الأمر أن نرده إلى الله والرسول، ورد ما نص فيه إلى الله ورسوله لا يعني إلا الحاق ما لا نص فيه بما فيه نص متى كانا مشتركين في علة الحكم وهذا هو القياس بعينه⁽²⁾.

2- السنة النبوية:- يفهم من كثير من أقوال الرسول (صلى الله عليه وسلم) حجية القياس منها ثبت عن ابن عباس أن امرأة من خثعم جاءت إلى النبي (صلى الله عليه وسلم) تستغيثه ف ما قالت: يا رسول ادركت أبي شيخا كبيرا لا يستطيع ان يثبت على الراحلة فأحج عنه أينفعه ذلك؟ فقال (صلى الله عليه وسلم) لها: (أرأيت لو كان على أبيك دين فقضيتها، أكان ينفعه ذلك، فقالت: نعم، قال (صلى الله عليه وسلم):- فدين الله أحق بالقضاء))⁽³⁾، ومن سننه التقديرية (صلى الله عليه وسلم) الدالة على حجية القياس حينما ارسل معاذ بن جبل إلى اليمن، سأله بم تقضي؟ قال: أقضي بكتاب الله، قال فإن لم تجد، قال: أقضي بسنة رسول الله، قال فإن لم تجد قال: إجتهد برأيي، قال: الحمد لله الذي وفق رسول رسوله بما يرضي رسوله، فلو لم يكن القياس حجة لما أقره الرسول (صلى الله عليه وسلم) لأن القياس نوع من الأجتهد او بعبارة أخرى الأجتهد يحتاج إلى قياس⁽⁴⁾.

3. الإجماع:- وقد أجمع الفقهاء على مسائل شتى ثبت مشروعيتها بالقياس فقد أقرها ما جاء في كتاب عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) إلى أبي موسى الأشعري من أنه قال: ((الفهم الفهم فيما أدلى البعض مما ورد عليك مما ليس في قرآن ولا سنة ثم قايس الأمر عند ذلك وأعرف الأمثال ثم أعمد فيما ترى إلى أحبها إلى الله واشبهها بالحق))، وهذا الأمر من عمر (رضي الله عنه) باستخدام القياس علم به الصحابة كافة ولم ينكر واحد منهم فكان ذلك إجماعاً سكوتياً، فضلاً عن استخدام الصحابة القياس في إجتهداتهم من دون إنكار من أحد⁽⁵⁾، فأجمعوا على توريث البنين الثلثين قياساً على الأختين، فدخل في معنى ((يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم

(1) سورة النساء، الآية 59.

(2) د. غسان رباح، الوجيز في القانون الروماني والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007 ص 254.

(3) أخرجه مسلم في كتاب الحج، باب الحج عن العاجر، صحيح مسلم بشرح النووي 105/9.

(4) أخرجه الامام أحمد في المسند (233/8) مسند الانصار حديث رقم 22068.

(5) د. مصطفى الزلي، مصدر سابق، ص 135.

بِدِينٍ إِلَى أَجْلِ مُسَمِّيٍّ)) (1) قياساً
المواريث والودائع (2).

4. القياس ثابت عقلاً، وأدلة ذلك كثيرة، أظهرها أن الله سبحانه وتعالى لم يشرع الأحكام إلا لمصلحة العباد، فإذا ساوت الحادثة المسكوت عنها الحادثة المنصوص عليها في علة الحكم التي هي مظنة المصلحة قضت الحكمة و العدالة أن تساويها في حكمها تحقيقاً للمصلحة التي هي مقصود الشارع مما قرره من التشريع، فلا يتفق وعدل الله وحكمته ان يحرم الخمر لإسكارها محافظة على عقول عباده ويبيح نبيذاً آخر فيه تأثير الخمر وهو الإسكار، وأن نصوص القرآن والسنة النبوية الشريفة محددة ومحدودة ومتناهية وواقع الناس وقضاياهم لا تنتهي ولا حدود لها، بل تتنوع هذه الوقائع بحكم التطور، فلا يمكن ان تكون النصوص المحدودة وحدها المصدر التشريعي للوقائع غير المحدودة، فالقياس هو المصدر الذي يتمشى مع الحوادث المتجددة (3).

المطلب الثاني

نفاة القياس

إذا كان الرأي السابق هو رأي الجمهور، فإن أصحاب المذهب الظاهري رفضوا أن يكون القياس دليلاً من أدلة الأحكام الشرعية وقد ذكروا على عدم حجية القياس أدلة من الكتاب والسنة وأقوال الصحابة وأدلة عقلية يعارضون بها

حجج القائلين بالقياس وهي:-

1. أدلتهم من الكتاب: وأظهرها قوله تعالى: ((فَرَطْنَا فِي الْكِتَابِ مِنْ شَيْءٍ)) (4) اذن لا قياس لأن مؤدى القياس ان يكون سبحانه وتعالى فرط في شيء من الشريعة فلم يبينه في الكتاب، وقوله: ((ولا رطبٍ ولا يابسٍ إلا في كتابٍ مبينٍ)) (5) وقوله: ((نَزَّلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ تِبْيَانًا لِّكُلِّ شَيْءٍ)) (1)

(1) سورة البقرة الآية 282.

(2) د. خالد رشيد الجميلي، مصدر سابق، ص 147.

(3) د. إبراهيم عبدالرحمن ابراهيم، علم أصول الفقہ الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999، ص 81-82.

(4) سورة الأنعام الآية 38.

(5) سورة الانعام الآية 59.

ان الله (سبحانه وتعالى) قد قرر كمال الشريعة، وفرض القياس ينافي كمال البيان، ومعنى عدم كمال ان النبي (صلى الله عليه وسلم) لم يبلغ رسالة ربه، وذلك فرض باطل لأنه بلغها، وقرر ذلك في حجة الوداع⁽²⁾.

2. أدلتهم من السنة: وأظهرها حديث رواه أبو هريرة وهو: ((تعمل هذه الأمة مرة بالكتاب اذا وجد، ومرة بالسنة إذا لم يوجد كتاب، ومرة بالقياس اذا لم يوجد كتاب ولا سنة، فإذا فعلوا ذلك أي عملوا بالقياس حيث لا كتاب ولا سنة فقد ضلوا واضلوا))⁽³⁾.

3. أدلتهم من أقوال الصحابة: وأظهرها قول أبي بكر الصديق ((رضي الله عنه)) إذ قال: ((أي سماء تظللني وأي أرض تقلني اذا قلت في كتاب الله برأيي)) وقول عمر بن الخطاب ((رضي الله عنه)) ((إياكم واصحاب الرأي فإنهم أعداء السنن أعيتهم الأحاديث ان يحفظوها فقالوا بالرأي فضلوا وأضلوا)) وقوله أيضاً: ((إياكم والمكايلة أي المقايسة))، وقول الأمام علي بن أبي طالب (عليه السلام) ((وكان الدين يؤخذ بالرأي لكان باطن الخف أولى بالمسح من ظاهره)) وقول ابن عباس: ((ان الله قال لنبيه وان احكم بما أنزل الله ولم يفل بما رأيت)).

4. أدلتهم العقلية: وأظهرها أن القياس يستند إلى الرأي والاجتهاد وكل ما كان كذلك فهو يؤدي بلا ريب إلى الخلاف والمنازعة والتناقض في الأحكام لأن مناطه استنباط علة الحكم من الأصل وهذا مما تختلف فيه الأنظار وتتفاوت في فهمه العقول فهو لا محالة سبيل الاختلاف والتناقض⁽⁴⁾. وبهذا الرأي قال الشيعة الإمامية أيضاً وفي ذلك يقول العلامة محمد تقي الحكيم: ((ان جميع ما ذكره مثبتوا القياس من الأدلة لا تنهض بإثبات الحجية له، فنبقى نحن والشك في حجيته، والشك في

(1) سورة النحل الآية 89

(2) محمد ابو زهرة، مصدر سابق، ص 210.

(3) اخرج ابن ماجة في السنن (1/ 21)، المقدمة، 8- باب اجتناب الرأي رقم 56.

(4) د. غسان رباح، مصدر سابق، ص 252-253.

الحجية كاف للقطع بعدمها))⁽¹⁾ و((أن أحكام الله لا يصح ان يكون مرجعها الرأي، والقياس لا يعدو ان يكون عملاً" بالرأي، وقد تواتر القول عن الأئمة ان الشريعة اذا قيست بحق الدين))⁽²⁾.

المبحث الثالث

موقف القانون المدني من القياس

يقتضي بيان موقف القانون المدني من القياس تحديد دور القياس في القانون المدني وموقف التشريعات المدنية المقارنة من القياس بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين وفق الآتي -:

المطلب الأول

دور القياس في القانون المدني

إذا كان القياس في القانون يعني إعطاء حالة غير منصوص على حكمها في القانون حكم حالة أخرى نفسها ورد نص بحكمها لتمثيل العلة بين الحالتين كما بينا سابقاً، الا ان الفقه قد اختلف في الدور الذي يؤديه القياس في القانون المدني، إذ هناك ثلاثة آراء بهذا الصدد وهي على وفق الآتي-:

أولاً: - القياس وسيلة من وسائل التفسير، إذ أن المشرع حين يصوغ قاعدة قانونية بناءً على سبب قانوني أي بناء على حكمة التشريع، فإنما يقصد ان يقرر النتائج جميعها على هذا السبب ذاته في حالات أخرى غير الحالة المنصوص عليها، فغاية المشرع لا يمكن ان تحدد بالمعنى الحرفي للنصوص، فأعمال القياس هو تفسير لإرادة المشرع وإن كان يتم افتراضها، ويسلم معظم فقهاء مدرسة الشرح على المتون في فرنسا بهذا الرأي⁽³⁾ وبهذا الرأي قال أيضاً جانب من الفقه

(1) العلامة محمد تقي الحكيم، الأصول العامة للفقهاء المقارن، ط 3، دار الأندلس للطباعة والنشر، النجف الأشرف، 1983، ص 375.

(2) د. علي محمد جعفر، تاريخ القوانين ومراحل التشريع الإسلامي، المؤسسة الجامعية، بيروت، 1986، ص 226.

(3) الأستاذ س.ف. كاناريز، سد الفراغ في القانون وموقف النظام القانوني الألماني منه، ترجمة د. عبد الرسول الجصاني، بحث منشور في مجلة القضاء العراقية، سنة 28، العدد الأول، 1973، ص 72.

المصري (1)

بأن القياس ليس مصدراً للتشريع كما في الشريعة الإسلامية بل هو أخصب وسائل الاستنتاج، وهذا ما ذهب إليه رأي من الفقه العراقي (2) بأن القياس يُعد من طرائق التفسير الداخلية للتشريع.

ثانياً: - القياس مصدراً رسمياً للقانون إلى جانب المصادر الأخرى كالعرف مبادئ الشريعة الإسلامية (3)، وبهذا المعنى يذهب آخر (4) إلى القول اذا أمكن استظهار الحكم بالقياس كان مصدر ما تم التوصل إليه هو التشريع وليس القياس.

ثالثاً: - القياس ليس مصدراً تفسيريّاً ولا مصدراً رسمياً للقانون، بل هو يمثل مكاناً وسطاً بينهما، فالقياس يشمل على تجاوز المعنى الحرفي للنصوص إلى اكتشاف الإرادة المفترضة للمشرع لذا فإنه يعد وسيلة إجتهادية أية وسيلة من وسائل ما

يسميه الفقيه الفرنسي ((فرانسو جيني)) ((البحث العلمي الحر)) والتي تؤدي إلى سد النقص في التشريع وتكاملته لا تفسيراً (5)، ((وقد نسب الأستاذ جيني إلى الفقيه الألماني ويند شديد الرأي القائل: - ان القياس يقف في الوسط بين التفسير المجرد وبين خلق القانون، وان له طبيعة مزدوجة لسببين، أولهما، إنه يعتمد على القانون المكتوب فهو أساسه الجوهرى وثانيهما، إن القياس المنبثق عن الروح العامة للنظام القانوني يرتفع من دون شك فوق مستوى النصوص، أي ان القياس يدخل في نطاق عملية سد الفراغ في القانون، لأنه ينطوي على تجاوز المعنى الحرفي للنص، ويقوم بسد الفراغ في القانون في اللحظة التي يضطر فيها

(1) د. منصور مصطفى منصور، مبادئ القانون، طبعة دار النهضة العربية، القاهرة، 1972، ص 303؛ عبد المنعم فرج الصدة، مصدر سابق، ص 300.

(2) الأستاذ عبد الباقر البكري والأستاذ زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ص 126.

(3) د. سليمان مرقس، الواقي في شرح القانون المدني، ج 1، المدخل للعلوم القانونية، ط 6، مطبعة السلام، القاهرة، 1987، ص 382 وبعدها.

(4) د. أحمد سلامة، المدخل لدراسة القانون، بدون مكان طبع، 1974، ص 201.

(5) أشار إليه د. عصمت عبدالمجيد بكر، أصول تفسير القانون، بدون مكان طبع، ط 2، 2009، ص 143.

القاضي وهو يبحث عن العدالة والحق، إلى الركون بعيداً وراء المعنى الحرفي للنص القانوني)) (1) وهذا ما انتهى إليه جانباً من الفقهاء المصري (2) أيضاً إذ يرى بأن القياس ليس وسيلة من وسائل التفسير بالمعنى الاصطلاحي الحقيقي لهذه الكلمة بل وسيلة من وسائل سد النقص في التشريع.

وبهذا الرأي قال أيضاً جانباً من الفقهاء العراقي (3) بأن القياس لا يعدو أن يكون وسيلة للرأي والاجتهاد.

وبعبارة أخرى يعتبر القياس من طرائق إكمال القانون (4) وهذا ما انتهى إليه أيضاً رأي في الفقه الأردني (5).

أما بخصوص رأينا المتواضع بهذا الصدد فنؤيد هذا الرأي الأخير الذي قال بأن القياس وسيلة من وسائل سد النقص في التشريع ويستعين به القاضي في الحالات التي ينعدم فيها النص، كما نعتقد بأن ما يقال من ضرورة التفسير في حالة عدم وجود نص يعتبر خلط بين التفسير وبين الالتجاء إلى المصادر الاحتياطية الأخرى، حيث إن مجال التفسير هو النص، أما غياب النص فإنما يُعد سبباً للبحث عن مصادر أخرى إذ أن معظم التشريعات المدنية المقارنة (6) تنص على المصادر التي يستقي منها القاضي الحل عند عدم وجود النص، فتبين له طريق سد هذا النقص، وهو ملزم بإتباع هذا الطريق ولا يملك مخالفته، فإذا افتقد القاضي العراقي الحل في التشريع والعرف ومبادئ الشريعة عليه أن يلجأ إلى قواعد العدالة للبت في النزاع المعروض

(1) نقلاً عن د. محمد شريف أحمد، مصدر سابق، ص 312.

(2) د. محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية، القاهرة، 1977، ص 259.

(3) د. محمد شريف أحمد، مصدر سابق، ص 340.

(4) د. منذر الفضل، أصول القانون الفرنسي والبريطاني، دراسة مقارنة مع القانون الإسلامي، مطبعة وزارة التربية، اربيل، 2004، ص 232.

(5) د. خالد الزغي، د. منذر الفضل، المدخل إلى علم القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998، ص 119.

(6) تنص المادة (1/ف 2) من القانون المدني العراقي على أنه: - ((فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين، فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة)) وتقابلها: - المادة الأولى من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 والمادة الأولى من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

عليه، فلا يجوز له أن يمتنع عن الحكم بحجة عدم وجود نص في القانون وإلا يُعد القاضي ممتنعاً عن إحقاق الحق ومن ثم سبباً لمسؤوليته المدنية⁽¹⁾.

وأن الفقه القانوني قد اختلف أيضاً حول الموقع الذي يحتله القياس بين المصادر الرسمية للقانون المدني وعلى وفق الآتي: -

1. هناك من⁽²⁾ يرى بأن استخدام القاضي للقياس يأتي بعد التشريع والعرف و قبل مبادئ الشريعة الإسلامية ويسوغ ذلك بقوله: ((ان المشرع لم يقصد بإضافة مبادئ الشريعة الإسلامية إلى مصادر القانون الرسمية وبإيجاب الرجوع إليها قبل القانون الطبيعي وقواعد العدالة، تقديمها على القياس بنوعيه المحدود والمبسوط لأنه كان أما واقعاً تحت تأثير الاعتقاد بأن القياس يدخل في تفسير التشريع ويُعد متمماً له ويأتي بهذه الصفة معه في الترتيب، أي قبل مبادئ الشريعة الإسلامية، واما انه بعد ان يُعد القياس بنوعيه اي بما في ذلك الاستنباط من القواعد العامة للقانون الوضعي مصدراً متميزاً عن التشريع وادخله ضمن عبارة القانون الطبيعي وقواعد العدالة قد سهى عليه انه عندما اضف مبادئ الشريعة الإسلامية إلى المصادر الرسمية للقانون انه سبق ان يُعد القياس بنوعيه داخلاً ضمن مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة فلم يتحفظ في تقديم مبادئ الشريعة الإسلامية على القانون الطبيعي وقواعد العدالة. وعلى كل حال فإن قصد المشرع يمكن الاستدلال عليه من تقديمه التشريع والعرف على ما عدهما على أساس ان أحكامهما ثابتة محدودة، ومن تقديم مبادئ الشريعة الإسلامية على القانون الطبيعي وقواعد العدالة على أساس ان الأولى لها أسس ثابتة في كتب الفقه الإسلامي فيمكن الركون إليها أكثر من القانون الطبيعي او قواعد العدالة الذي كثر الخلاف في مضمونه حتى رسخ في الأذهان انه فكرة مائعة غير واضحة ولا محددة، وعندما يُعد القياس مصدراً متميزاً عن التشريع، تعين القول

(1) تنص المادة (30) من القانون المرافعات العراقي النافذ على انه (لا يجوز لأية محكمة ان تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون او فقدان النص أو نقصه وإلا يُعد القاضي ممتنعاً عن إحقاق الحق، ويعد التأخير غير المشروع عن إصدار القرار إمتناعاً عن إحقاق الحق) في شرح هذا المادة بالتفصيل ينظر استاذنا الدكتور عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية، دار آراء لكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، 2000، ص 83-84.

(2) د. سليمان مرقس، مصدر السابق، ص 382-383.

بتقديمه على مبادئ الشريعة الإسلامية، لأنه يرتكز على أساس ثابت من التشريع كما ترتكز هذه المبادئ على أساس ثابت من الفقہ الإسلامي ويمتاز عليها بأنه اقرب إليها من القانون الوضعي المصري)).

2. يأتي القياس ضمن الشريعة الإسلامية بعد التشريع والعرف، فالرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية يتضمن الرجوع إلى ذلك لأن القياس يُعد من صميم مبادئ الشريعة الإسلامية⁽¹⁾.

3. يأتي القياس ضمن التشريع وقبل المصادر الأخرى كالعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية، ولأنه ان القياس الصق بالتشريع وأكثر اتصالاً به، ويلجأ إلى القياس بعد فقدان الحكم القانوني وعدم إسعاف لفظ النص أو فحواه للوصول إلى حل معين فيلجأ عند ذلك إلى تطبيق حكم حالة منصوص عليها في التشريع على حالة مشابهة لها في العلة ولكن غير منصوص عليها في التشريع، ولأنه في حالة أن يعد القياس يلي العرف بالترتيب، كما ذهب إلى ذلك الرأي الثاني، فإنه من الممكن ان تحدث حالة لم ينص عليها التشريع ولكن هناك حالة مشابهة لها في العلة منصوص عليها في ذلك التشريع الا انه سيصار، على وفق الثاني، إلى تطبيق العرف لأنه يسبق القياس في الترتيب، فإذا كان للعرف حكم في تلك الحالة يختلف عن حكم الحالة المشابهة لها والمنصوص عليها في التشريع فسنكون حينئذٍ امام حالتين متشابهتين في العلة الا ان حكم كل منهما يختلف عن الآخر بحسب ما سيطبق عليها من تشريع أو عرف، لذا يتوجب ان يصار إلى القياس قبل الرجوع إلى مصادر القانون الأخرى اولا لدفع التناقض الذي قد يحصل، وثانياً لأن الرجوع إليه نوعاً من اعمال إرادة المشرع، والتي تتضمنها العلة المشتركة أو حكمة التشريع التي يسعى إلى تحقيقها وتفضيلها على إرادة الجماعة المتمثلة بالعرف⁽²⁾ وبعبارة أخرى لا يجوز

(1) د. محمد شريف أحمد، مصدر سابق، ص 340.

(2) محمد أحمد رمضان، دور القاضي في إنشاء القاعدة القانونية المدنية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، 1985، ص 146.

للقاضي ان يلجأ إلى المصادر الأخرى للقاعدة القانونية إلا إذا استنفذ سبيل الوصول إلى الحكم من المصدر الأول ((التشريع)) بوسائل التفسير كلها بما فيها القياس⁽¹⁾.

وفي رأينا المتواضع نعتقد بأن القياس يأتي ضمن قواعد العدالة، فكما ذكرنا سابقاً وبحسب الرأي الراجح بأن القياس يعتبر وسيلة لسد النقص في التشريع، ففي حالة عدم وجود التشريع على القاضي أن يلجأ إلى العرف ثم مبادئ الشريعة الإسلامية ومن ثم قواعد العدالة وعند اللجوء إلى قواعد العدالة عليه ان يجتهد في رأيه للاهتداء إلى حكم القانون، وأن يعتمد في إجهاده هذا على إعتبرات موضوعية عامة، لا عن تفكير ذاتي خاص، وأن يسترشد بالقواعد والمبادئ الأساسية في القانون والشريعة الإسلامية ومن هذه القواعد والمبادئ القياس.

وبهذا الصدد هناك من⁽²⁾ يذهب إلى القول ((ونحن نميل إلى الأخذ بالقياس مع الاحتياط القائم على توخي فهم مقاصد المشرع واهدافه الحقيقية من النصوص التي وضعها وفي النظر إلى المصالح المعتبرة بغية تحقيق العدالة بين الناس))، ولوضع حد لهذا الخلاف الفقهي نجد انه من الضروري ان يبين المشرع العراقي موقع القياس وذلك من خلال تعديل المادة الأولى من القانون المدني العراقي، واطافة فقرة جديدة إليها مضمونها بأن القياس يأتي ضمن قواعد العدالة.

(1) د. حسن حرب اللصاصمة، مصدر سابق، ص 104.

(2) د. عباس الصراف ود. جورج حزبون، المدخل إلى علم القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2003، ص 761.

المطلب الثاني

موقف التشريعات المدنية المقارنة من القياس

لم يتبع المشرع العراقي مسلك بعض التشريعات من الأخذ بالقياس بالنص الصريح في المواضع التي أشار فيها إلى مصادر القانون مبيناً في الوقت نفسه موقعه في سلم التدرج بين المصادر عند التطبيق⁽¹⁾.

ولم يقف المشرع العراقي عند حد إغفال النص على الأخذ بالقياس إنما كان موقفه مرتبكاً، فقد نصت المادة (3) من القانون المدني العراقي على أنه: ((ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه)) وهذه المادة نقلها المشرع العراقي من المادة (15) من مجلة الأحكام العدلية⁽²⁾ وإن المقصود بهذا المادة هو عند اعطاء واقعة معينة حكماً استثنائياً على خلاف مقتضى الأحكام العامة السارية على أمثاله، لحكمة خاصة به، فمثل هذا لا يقاس عليه غيره، بعبارة أخرى، ان القاعدة الاستثنائية التي تشذ عن المبادئ العامة لا يجوز التوسع في تطبيقها على الحالات المشابهة للحالة التي وردت لشأنها هذه القاعدة الاستثنائية⁽³⁾ فالشفعة تثبت على خلاف القياس، لأنها تؤدي إلى تملك الشفيع للعقار المشفوع جبراً على المشتري، وتملك ملك الغير من دون رضاه غير جائز في الأصل، لأن الأصل هو الرضائية في عقد البيع، لذا لا يقاس على الشفعة صورة أخرى من صور التملك بدون التراضي⁽⁴⁾.

(1) ومن أمثلة هذه التشريعات القانون المدني النمساوي الصادر سنة 181 الذي نصت الفقرة (7) من المادة الأولى منه على انه: او تعذر الفصل في واقعة خاصة طبقاً للنص او للمفهوم الطبيعي للتشريع، وجب حينئذ الرجوع إلى الحالات المشابهة التي اورد القانون بشأنها حكماً واضحاً) وتنص المادة (3) من القانون المدني الإيطالي لسنة 1942 على انه ((إذا لم يجد القاضي حكماً دقيقاً في القانون للمسألة المتنازع عليها فعليه ان يحكم فيها بما نص عليها في نظائرها، فإذا خفي القياس فعليه ان يقضي بمقتضى المبادئ القانونية العامة)) نقلاً عن د. محمد شريف أحمد، مصدر سابق، ص 334.

(2) في شرح هذه المادة انظر سليم رستم باز، شرح المجلة ج أ، ط 3، دار أحياء التراث العربي، بيروت، ص 26.

(3) د. محي هلال السرحان، القواعد الفقهية ودورها في إثراء التشريعات الحديثة، بدون مكان طبع، 1987، ص 65.

(4) عرفت المادة (1128) من القانون المدني العراقي الشفعة بأنها ((حق تملك العقار المبيع ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات المعتادة)).

وإن موقف المشرع العراقي من القياس غير واضح، فهو لم يسكت حيال القياس ويدع امره إلى الفقه، ولم يأت بقاعدة إيجابية تبيح الأخذ به، وإنما صاغ قاعدة سلبية وسكت عن الأصل، ولو أراد المشرع أن يُعد القياس مصدراً للأحكام يجب العمل بما دلّ عليه، لكان قد نص على ذلك صراحة في المادة الأولى من القانون المدني التي خصصها لتعداد المصادر التي ترجع إليها المحاكم في استنباط أحكامها، أم ان المشرع العراقي أراد الأخذ بالقياس بدلالة نهيهِ عن الأخذ به في حالة معينة فقط عندما تشد القاعدة الاستثنائية عن المبادئ العامة فلا يجوز القياس عليها في الحالات المشابهة الأخرى⁽¹⁾.

وإنطلاقاً من مفهوم المخالفة لنص المادة الثالثة من القانون المدني العراقي نعتقد بأن المشرع العراقي عامة أجاز الأخذ بالقياس بوصفه قاعدة خاصة و عند تطبيق حكم حالة منصوص عليها في التشريع على حالة أخرى مشابهة لها في العلة ولكن غير منصوص عليها في التشريع اي قياس حاله ورد بشأنها نص على حالة لم يرد بشأنها نص لإشتراك الحالتين في العلة، واستثناء لا يجوز الأخذ بالقياس وعندما تكون هناك قاعدة استثنائية واردة على خلاف الأصل ((المبادئ العامة)) فلا يجوز القياس عليها والتوسع في تطبيقها على الحالات المشابهة.

اما بالنسبة لموقف القانون المدني المصري من القياس فلا يوجد نظير للمادة الثالثة من القانون المدني العراقي في القانون المدني المصري في حين نصت المادة (221) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 على انه:

((ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه)) لذا فقد ذهب شراح القانون المدني الأردني⁽¹⁾ إلى القول بأن القانون المدني الأردني اجاز القياس إنطلاقاً من مفهوم المخالفة لهذه المادة، وأن القانون المدني الأردني اوجب الرجوع للفقه الإسلامي في تفسير القانون، وطالما ان الفقه الإسلامي قد أجاز القياس، فإن للقاضي الأردني القياس في المسائل المدنية، ما عدا القياس على المستثنى، فلا يقاس عليه لأنه لا يجوز التوسع في تفسيره، ولأن ما جاء خلافاً للأصل العام هو بمثابة منحة يقتصر

(1) د. محمد شريف أحمد، مصدر سابق، ص 335.

بما على مواضع منحها، ولكن المشكلة في هذه الحالة هي كيفية التعرف عما إذا كان الحكم المنصوص عليه حكماً خاصاً مقصوداً بذاته على هذا النحو من التخصيص والتفريد فلا يجوز فيه القياس (2).

الخاتمة

بعد الانتهاء من بحثنا المتواضع هذا لا بد من بيان أهم النتائج التي توصلنا إليها وفضلاً عن

المقترحات التي نعتقد بأنها ضرورية وفق الآتي: -

أولاً: - النتائج.

1. القياس هو تطبيق نص يتناول حالة معينة على حالة أخرى غير منصوص عليها لوجود تشابه في الحكمة بين الحالتين.

2. للقياس أربعة أركان هي:-

أ. الأصل ((المقيس عليه)).

ب. الفرع ((المقيس)).

ج. حكم الأصل.

د. العلة.

(1) د. سهيل حسين الفتلاوي، المدخل لدراسة علم القانون، ط 2، مكتبة الذاكرة، بغداد، 2009، ص 252، د. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، ج 1، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول، نظرية العقد، ط 1، دار وائل للطباعة والنشر، الأردن، 2002، ص 231.

(2) د. عباس الصراف ود. جورج حزبون، مصدر سابق، ص 75.

3. للقياس أربع صور هي:-

أ. القياس الأولي.

ب. القياس المساواة.

ج. القياس الأدنى.

د. قياس العكسي.

4. اختلف فقهاء المسلمين حول حجية القياس فذهب جمهور الفقهاء أن القياس حجة شرعية على الأحكام، وأنه يمثل المرتبة الرابعة بعد القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة والإجماع في سلم المصادر الشرعية، في حين ذهب الظاهرية والشيعة الإمامية بأن القياس ليس حجة شرعية على الأحكام.

5. اختلف الفقه القانوني حول الدور الذي يلعبه القياس في القانون المدني بثلاثة آراء، رأي يُعد القياس وسيلة من وسائل التفسير ورأي آخر يُعد القياس مصدراً رسمياً للقانون ورأي ثالث يُعد القياس ليس مصدراً تفسيرياً ولا مصدراً رسمياً للقانون وإنما يحل مكاناً وسطاً بينهما.

6. اختلف الفقه القانوني حول الموقع الذي يحتله القياس بين المصادر الرسمية للقانون المدني.

7. نصت المادة (3) من القانون المدني العراقي على انه: ((ما لثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه)) وقد اورد المشرع الأردني في المادة (221) من القانون المدني مثل هذا النص في حين جاء القانون المدني المصري خالياً من هذا النص.

ثانياً: - المقترحات.

بما أن موقف الشرع العراقي من القياس كان ليس واضحاً وان صياغته للمادة الثالثة من القانون المدني كانت صياغة غامضة، فهو لم يأتي بنص إيجابي صريح يميز الأخذ بالقياس، عليه ولأجل وضع حد للخلاف الفقهي الذي يثار بصدد الموقع الذي يحتله القياس بين مصادر القانون المدني نقترح على المشرع العراقي الآتي: -

1. اضافة فقرة جديدة إلى المادة الأولى من القانون المدني العراقي وايرادها بالصيغة الآتية:-

(يأتي القياس ضمن قواعد العدالة، الا ان ما يثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه)

2. إلغاء المادة الثالثة من القانون المدني العراقي لأن تم اضافتها إلى الفقرة الجديدة من المادة الأولى

المذكورة آنفاً

المصادر

القرآن الكريم

أولاً:- المعاجم

1. أبو الفضل جمال الدين بن منظور، لسان العرب، دار بيروت للطباعة والنشر، 1955.
 2. محمد بن أبي بكر عبدالقادر الرازي، مختار الصحاح، دار الطباعة والنشر، الكويت، 1983.
- ثانياً:- الكتب.

1. ابراهيم عبد الرحمن ابراهيم، علم أصول الفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999.
2. أبو زيد عبيد الله ابن عمر الدبوسي، تقويم الادلة في أصول الفقه، المكتبة العصرية، بيروت، 2006.
3. أحمد سلامة، مدخل لدراسة القانون، بدون مكان طبع 1974.
4. بدران أبو العينين، بيان النصوص التشريعية، طرقه وأنواعه، دار المعارف، الإسكندرية، 1982.
5. حسن حرب اللصاصمة، دراسات في المدخل إلى العلوم القانونية، دار الخليج، عمان، 2004.
6. حسن كيرة مدخل إلى القانون، دار المعارف، الإسكندرية، بدون سنة طبع.
7. خالد الزغبي، د. منذر الفضل، المدخل إلى علم القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998.

8. خالد رشيد الجميلي، المدخل في دراسة الشريعة الإسلامية والقانون، دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد، 1989
9. رياض القيسي، علم أصول القانون، مطبعة الفرات، بغداد، 2002.
10. سليم رستم باز، شرح المجلة ج 1، ط 3، دار أحياء التراث العربي، بيروت، بدون سنة طبع.
11. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج أ، ط 6، مطبعة السلام، القاهرة، 1987.
12. سهيل حسين الفتلاوي، المدخل لدراسة علم القانون، ط 2، مكتبة الذاكرة، بغداد، 2009.
13. عباس الصراف ود. جورج حزبون، المدخل إلى علم القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2003
14. عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية، ادار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، 2000
15. عبد الباقر البكري والأستاذ زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، بدون سنة طبع.
16. عبدالكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مطبعة سلمان الأعظمي، بغداد، 1964.
17. عبدالمنعم فرج صدة، أصول القانون، دار النهضة العربية، بيروت، بدون سنة طبع.
18. عصمت عبدالمجيد بكر، أصول تفسير القانون، ط 2، بدون مكان طبع، 2009.
19. عوض أحمد محسن، المدخل إلى علم القانون، ط 3، دار وائل للنشر، عمان، 2007.

20. غالب علي الداودي، المدخل إلى علم القانون، ط 7، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، 2004.
21. غسان رباح، الوجيز في القانون الروماني والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007.
22. محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، القاهرة، 1958.
23. محمد تقي الحكيم، الأصول العامة للفقه المقارن، ط 3، دار الأندلس للطباعة والنشر، النجف الأشرف، 1983.
24. محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، مطبعة وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، بغداد، 1982.
25. محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية، القاهرة، 1977.
26. محي هلال السرحان، القواعد الفقهية ودورها في إثراء التشريعات الحديثة، بدون مكان طبع، 1987.
27. مصطفى ابراهيم الزلي، أصول الفقه في نسيجه الجديد، الجزء الأول، الطبعة الخامسة، شركة العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، 2009.
28. منذر الفضل، أصول القانون الفرنسي والبريطاني، دراسة مقارنة مع القانون الإسلامي، مطبعة وزارة التربية، اربيل، 2004.
29. منصور مصطفى منصور، مبادئ القانون، طبعة دار النهضة العربية، القاهرة، 1972.
30. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني. ج1، مصادر الحقوق الشخصية،

المجلد الاول، نظرية العقد، ط أ، دار وائل للطباعة والنشر، الاردن، 2002.

ثالثاً: - البحوث والرسائل

1. الأستاذ س.ف. كاناريز، سد الفراغ في القانون وموقف النظام القانوني الألماني منه، ترجمة د. عبد الرسول الجصاني، بحث منشور في مجلة القضاء العراقية، سنة 8 2، العدد الأول، 1973
2. محمد أحمد رمضان، دور القاضي في إنشاء القاعدة القانونية المدنية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، 1985.

رابعاً: - القوانين

1. القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.
2. القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.
3. القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.