أثر الاستحسان في تغيير الأحكام بسبب جائحة كورونا، أحكام الديون (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون)

أ.د.عمر نجم الدين انجة
جامعة كركوك/عميد كلية الآداب
Dr_omer_1@uokirkk.edu.iq

THE EFFECT OF DESIRABILITY IN CHANGING PROVISIONS DUE TO THE CORONA PANDEMIC, DEBT PROVISIONS (A COMPARATIVE STUDY OF SHARIA AND LAW)

Prof. Dr. Omar Najmuddin Anja
University of Kirkuk
Dean of the College of Arts

الملخص:

إن البحث الموسوم (أثر الاستحسان في تغيير الأحكام بسبب جائحة كورونا) (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون) يسلط الضوء على أهمية المصادر التبعية، والتي منها (الاستحسان) في التأثير على بعض أحكام الشريعة الإسلامية لتغييرها وتعديلها بما يتلاءم وفق الظروف الزمان والمكان؛ لأن مصالح الناس لا تبقى ثابتة أبد الدهر؛ بل تتغير من بيئة إلى بيئة أخرى والزمان إلى زمان آخر، والأحكام لم تشرع إلا لحفظ هذه المصالح، لذلك نجد من الضروري على الفقيه والمفتي والقاضي يراعي تلك المصالح التي يحتاجها الإنسان في تطبيق الأحكام بالتي هي أحسن، وعليه أن يرجح حكم لمسألة استثنائية على أصل كلي لأنه يراه أحسن بمعيار الشرعي، كأن يقع فيضان أو بركان أو زلزال، أو انتشر وباء أو جائحة مثل فيروس كورونا أو بما يسمى (كوفيد ١٩) بحيث ليس من مقدور الإنسان ردها، ففي هذه الحوادث لابد أن تكون لها أحكام خاصة بحيث تلائم أحوال الناس، وكما سلط البحث على أن المشكلة والحادثة تتعرض للقضاء أيضا، فيقع القاضي بين تطبيق الحكم بالرجوع إلى النصوص القانونية، مما يلحق ضررا بالناس، وبين مراعاة ظروف الناس نتيجة للظرف الطارئ الذي يمر بالبلد والمدينة دون أن يكون للإنسان دخل فيه، فيحق للقاضي أيضا أن يتدخل لتخفيف بعض الأحكام والقوانين لرفع الضرر والغبن مراعاة لمبدأ الاستحسان؛ لأنه يراه أحسن بمعيار قانوني تحقيقا لمراعاة المصلحة، وفي البحث اشارة إلى أن تلك الأحكام في الظروف الاستثنائية لا تعد مخالفة للنصوص الأصلية سواء أكانت شرعية أم قانونية؛ بل تتفق مع مقاصدها وروح النص، وانها لا تبقى ثابتة أيضا؛ بل تتغير إلى الأحكام القوانين الأصلية في حال تغيير الأسباب الموجبة والداعية إلى تغيير الأحكام.

الكلمات المفتاحية: الاستحسان، الشريعة الإسلامية، الأحكام، جائحة، القانون .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على رسولنا الأمين سيدنا ونبينا محمد (صلى الله عليه وسلم) رحمة للعامين، وعلى أله وصحبه وسلم ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين وبعد ..

لا مرية أن الله سبحانه وتعالى خلق الإنسان في أحسن التقويم، وأوجب تكريمه واحترامه وحفظ حقوقه ومصالحه، في كل ظرف الزمان ومكان، بطرق مشروعة وقانونية، وعلى الإنسان أن يكون في موضع المسؤولية الشرعية والقانونية من حيث الالتزام بالواجبات والحقوق، لكن حين تنفيذ الحكم قد يستصحب معه ظرف طارئ خارج عن الارادة، كانتشار جائحة فايروس كورونا، أو ما يسمى ب (كوفيد ١٩) مثلا أو حريق عام أو تفجير أو زلازل أو فيضانات، بحيث يجعل تطبيق الحكم في بعض الأحيان يلحق ضررا بأحد أطراف العقد في ظل تلك الظروف، فلا بد من معالجة ومراعاة الحالة الاستثنائية التي يمر بمصالح الناس بطرق مشروعة وقانونية وفق مبدأ استحسان وهو من إحدى المصادر التبعية العقلية المعتمدة عند علماء الأصول واعتمده القانونيون، وأن يكون للقضاء دور رئيسي في ذلك، ويعد ذلك من أهداف البحث

سبب اختيار البحث//نظرا لانتشار فايروس كورونا في معظم البلدان وأدى إلى وفات مئات الاف من الناس واصابة ملايين منه سنة ٢٠٢٠ م، مما اضطرت الحكومات إلى اتخاذ الاجراءات الوقائية من منع انتشاره، ولتحجيم الفايروس والسيطرة عليه قررت الحكومات وبضمنها الحكومة العراقية إلى فرض حظر تجوال في المدن وتوقف الدوام الرسمي في المؤسسات الحكومية والجامعات والمدارس وغلق الأسواق والمحال التجارية والمعامل والشركات مختلفة، إلا محلات المواد الغذائية ولفترات محدودة، مما أدت إلى بطالة ووقع بعض شرائح المجتمع في حرج تام بسبب الجانب الاقتصادي، وبعد هذه المقدمة فإنني قسمت البحث إلى المبحثين:

المبحث الأول: مفهوم الاستحسان وما يتعلق به، ويشتمل على تمهيد ومطلبين:

المطلب الأول: مفهوم الاستحسان في اللغة والاصطلاح

المطلب الثاني: اساس العمل بمبدأ الاستحسان

المبحث الثاني: أثر الاستحسان في تعديل الأحكام القانونية بسبب جائحة كورونا، ويشتمل على تمهيد ومطلبين:

المطلب الأول: تعديل الأحكام والقوانين بسبب الظروف الطارئة (جائحة كورونا)

المطلب الثاني: الدروس والأحكام المستفادة من هذه المسألة وفق مبدأ الاستحسان

المبحث الأول

مفهوم الاستحسان وما يتعلق به

ويشتمل على تمهيد ومطلبين:

التمهيد:

رغم الاختلاف بين علماء الأصول حول العمل بمبدأ الاستحسان وجعله مصدرا من مصادر والرجوع اليه في بناء الأحكام، بين المؤيدين والرافضين العمل به، إلا أننا من خلال النظر

المنارة للاستشارات

www.manaraa.com

إلى مستجدات الأمور والحوادث التي تحدث في زمننا، كانتشار جائحة فايروس كورونا في بلدان العالم وأحدث خوفا لدى الشعوب والأمم والمجتمعات، وهدد الحياة البشرية، والتي أودت بحياة إلى أكثر من ١٥٠٠٠٠ مائة وخمسون الف شخص واصابة أكثر من ٣٠٠٠٠٠٠ ثلاثة ملايين (ونحو التزايد) مما ادى إلى تعطيل مصالح الإنسان ومنعهم من العمل والحجر بشكل إجباري، بقرار من الحكومات والسلطات، وأوجب العقوبات لكل من يخالف تلك القرارات، ولا شك أن تلك المصالح مربوطة بمصالح تتعلق بالآخرين: كبعض العقود التي تصاحبها الوقت كالدين، مما يجعل تنفيذ العقد يلحق ضررا بأحد طرفي العقد، ونجد لأن للاستحسان دور رئيسي في رفع الضرر قبل وقوعه استثناء من القاعدة القانونية المشهورة (العقد شريعة المتعاقدين) [١] .

ولا يمنع هذه القاعدة في الشريعة الإسلامية إذا كان العقد بشروط شرعية، ولم يخالف نصا أو اصلا شرعيا، فيعمل به إلا شرطا أحل حراما وحرم حلالا[٢]، استنادا إلى قوله تعالى ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ)) [٣] .

ولقوله (صلى الله عليه وسلم) (المسلمون على شروطهم) [٤]

المطلب الأول

مفهوم الاستحسان في اللغة والاصطلاح

الاستحسان لغة: من استحسن يستحسن استحسانا: الشيء: عدّه حسنا [٥] ، يقول الرجل: استحسنت كذا، أي – اعتقدته حسنا على ضد الاستقباح، أو معناه طلب الأحسن للإتباع الذي هو مأمور به، كما قال الله تعالى ((فبشر عبادي الَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ)) [٦] ، لأن الثواب بالأعمال الحسنة كما يقول تعالى قوله تعالى: ((لِيَجْزِيَهُمُ اللَّهُ أَحْسَنَ مَا عَمِلُوا وَيَزِيدَهُمْ مِنْ فَضْلِهِ)) [٧]

اصطلاحا:

من خلال بحثي وجدت تعاريف عديدة لمعنى الاستحسان بين المؤيدين والرافضين له، نظرا لاختلاف علماء الاصول في مختلف المذاهب الفقهية والاصولية الإسلامية على حجية العمل بالاستحسان وعدم الحجية، إلا أننا نختار آراء المؤيدين دون التطرق إلى آراء

---

١ - هذه قاعدة قانونية وردت في قانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ وتعديلاته المادة ١٤٧ منه: (العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون؛ ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة؛ جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك) .رابط المادة: http://iswy.co/ev8aj. وورد مفهوم هذه القاعدة في القانون المدني العراقي رقم (٤٠) سنة ١٩٥١ المادة (٢٥) ١ – يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها المواطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطنا، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف ان قانوناً آخر يراد تطبيقه.

٢ - ينظر: ابن حجر- فتح الباري شرح صحيح البخاري ٢٥/ ٤٠٠ .

٣ - المائدة ١

٤ - ينظر: صحيح البخاري ٩٢/٣ باب من انتظر حتى تدفن رقم الحديث (٢٢٧٤) .

٥- ينظر: الزبيدي- تاج العروس٨٠٠٨/١، الفيروز آبادي- القاموس المحيط١٥٣٥/١، المعجم العربي الأساسي ص٣١٨.

٦ - الزمر آية(١٨) .

٧ - النور ٣٨

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المخالفين لاقتضاء البحث، وهذا هو الراجح عند أكثر الأصوليين؛ لأنه عندما نبحث في كتب المخالفين للعمل بالاستحسان نجد فيها كثيراً من الافتاء واستنباط الأحكام والاقضية المبنية على مبدا الاستحسان معنى؛ وإنما أنكروا الاستحسان الذي يخالف الخبر؛ لأنهم يقولون: (والخبر من الكتاب والسنة عين يتآخى معناها المجتهد ليصيبه: وهذا يبين ان حراما على أحد أن يقول بالاستحسان اذا خالف الخبر) [١] . **وهو في لسان الفقهاء نوعان:**

النوع الأول: العمل بالاجتهاد وغالب الرأي في تقدير ما جعله الشرع موكولا إلى آرائنا نحو المتعة المذكورة في قوله تعالى: ((مَتَاعاً بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُحْسِنِينَ)) [٢] ، وقوله تعالى ((وَأْمُرْ قَوْمَكَ يَأْخُذُواْ بِأَحْسَنِهَا)) [٣] أوجب ذلك بحسب اليسار والعسرة، وشرط ان يكون بالمعروف، فعرفنا أن المراد ما يعرفه استحسانه بغالب الرأي.

والنوع الآخر: هو الدليل الذي يكون معارضاً للقياس الظاهر الذي تسبق إليه الأوهام، قبل انعام التأمل فيه، وبعد إنعام التأمل في حكم الحادثة، وأشباهها من الأصول يظهر أن الدليل الذي عارضه فوقه في القوة فإن العمل به هو الواجب، فسموا ذلك استحسانا؛ للتمييز بين هذا نوع من الدليل وبين الظاهر الذي تسبق إليه الأوهام قبل التأمل على معنى أنه يحال بالحكم عن ذلك الظاهر لكونه مستحسنا لقوة دليله[٤] .

ثم الاستحسان: العمل بأقوى الدليلين لا يكون من أتباع الهوى وشهوة النفس في شيء.

المطلب الثاني

اساس العمل بمبدأ الاستحسان

لاشك أن مبدأ وأساس فكرة الاستحسان مستنبطة من القرآن الكريم ومأخوذة منه، ومن هذه الآيات الدالة على ذلك:

١- قوله تعالى: ((فبشر عبادي الَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ)) [٥] .

وجه الاستدلال: أي – أن الله سبحانه وتعالى أثنى على اختيار الأحسن من بين الأمور المتعارضة.

– قال ابن عباس (رضي الله عنهما) : هو الرجل يسمع الحسن والقبيح فيتحدث بالحسن وينكف عن القبيح فلا يتحدث به[٦] .

ويقول ابن كثير[٧] : فيتبعون أحسنه: أي– أي– يفهمونه ويعملون بما فيه، كقوله تعالى لموسى عليه السلام حين أتاه التوراة: ((فَخُذْهَا بِقُوَّةٍ وَأْمُرْ قَوْمَكَ يَأْخُذُواْ بِأَحْسَنِهَا سَأُرِيكُمْ دَارَ الْفَاسِقِينَ)) [٨]، أي– المتصفون بهذه الصفة هم الذين هداهم الله في الدنيا والآخرة وأولئك هم

١ ـ ينظر: الشافعي- الرسالة ص٥٠٣ .
٢ ـ البقرة آية (٢٣٦) .
٣ ـ ينظر: الأعراف آية (١٤٥) .
٤- ينظر: شمس الدين السرخسي- أصول السرخسي ٢ / ٢٠٠ ـ ٢٠١، أبو إسحاق الشيرازي- اللمع في أصول الفقة ١/ ١٢١ .
٥ ـ الزمر آية (١٨)
٦ ينظر: تفسير القرطبي ١٥ / ٢٤٤.
٧ ـ ينظر: تفسير ابن كثير٤ / ٤٩.
٨ ـ الأعراف آية (١٤٥) .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أولوا الألباب: أي- ذو العقول الصحيحة والفطر السليمة ٠

٢- قوله تعالى:((إِنَّ اللّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالإِحْسَانِ)) [١] فالعدل الذي أمر الله به يشمل العدل في حقه وفي حق عباده، فالعدل في ذلك أداء الحقوق كاملة موفورة بأن يؤدي العبد ما أوجب الله عليه من الحقوق المالية والبدنية والمركبة منهما في حقه وحق عباده، ويعامل الخلق بالعدل التام.

والاحسان فضيلة مستحبة وذلك كنفع الناس بالمال والبدن والعلم، وغير ذلك من أنواع النفع حتى يدخل فيه الاحسان إلى الحيوان البهيم المأكول وغيره [٢] ٠

وقال الطبري في تفسيره[٣] : فإن الإحسان الذي أمر به تعالى ذكره مع العدل الذي وصفنا صفته الصبر لله على طاعته فيما أمر، ونهى عن الشدة والرخاء والمكره.

٣- قوله تعالى: ((وَأْمُرْ قَوْمَكَ يَأْخُذُواْ بِأَحْسَنِهَا)) [٤] .

أي- بأحسن ما فيها كالصبر والعفو بالإضافة إلى الانتصار والاقتصاص على طريقة الندب والحث على الأفضل[٥] .

بعدما تبين لنا ان فكرة الاستحسان مأخوذة من القرآن الكريم ويؤيده أحكامه؛ لاننا عندما نبحث في النصوص الشرعية نجد أحكاما كثيرة بينها الله سبحانه وتعالى في القرآن الكريم استحسانا، وفي ذلك ارشادنا إلى التمسك بمنهج القرآن في استنباط الأحكام، ومن هذه الأحكام:

١- قوله تعالى: ((إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنزِيرِ وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللّهِ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ فَلا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ)) ([٦]) ٠

كما أن لله سبحانه وتعالى في كل واقعة وتصرف من تصرفات الانسان حكما معينا، فإن وصل إليه مجتهد فهو مصيب فيكون له أجران: لاجتهاده ولإصابته، و إلا فهو مخطيء فله اجر واحد لاجتهاده، وكذلك في كثير من القضايا له حكمان:

أحدهما -(العزيمة) يطبق في حالات السعة والظروف الاعتيادية.

والآخر -(الرخصة) يطبق في الحالات الاستثنائية والظروف الطارئة والحالات الحرجة.

ولاشك أن الآيات التي تتضمن حكمين: احدهما أصلي والآخر استثنائي:

فالأولى- تدل على ان حكم أكل الميتة ولحم الخنزير وتناول الدم في حالات السعة هو الحرمة؛ لما في ذلك من المضرة الصحية، اما في ظروف عدم تيسر الطعام المباح فالحكم هو الإباحة؛ بل الوجوب ان توقف عليه انقاذ الحياة.

وتدل الثانية- على أن كل ما حرم على الإنسان في الحالات الاعتيادية يتحول إلى المباح في الحالات الاضطرارية.

وقال أبو محمد المقدسي تبعا للغزالي (رحمهما الله) : أكل الميتة له جهتان: فمن حيث

١ - النحل آية (٩٠) .
٢ - ينظر: تفسير السغدي ١/ ٤٤٧ .
٣ - ينظر: تفسير الطبري١٤ / ١٦٣.
٤ - الأعراف آية (١٤٥) .
٥ - ينظر: تفسير البيضاوي١/٥٨.
٦ - البقرة آية (١٧٣)

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أن المضطر لم يكلف بإهلاك جسمه بالجوع؛ بل أبيح له دفعه ضرورة بالمحرم واسقط عنه العتاب فهو رخصة، ومن حيث انه يجب عليه الاكل ويعاقب على تركه هو عزيمة[١] .

وقال الشاشي في أصوله[٢] :

وأما **الرخصة** – فعبارة عن اليسر والسهولة ٠

وفي الشرع: صرف الأمر من عسر إلى يسر بواسطة عذر في المكلف.

وأنواعها مختلفة لاختلاف اسبابها وهي اعذار العباد، وفي العاقبة تؤول إلى نوعين:

النوع الأول– رخصة الفعل مع بقاء الحرمة، بمنزلة العفو في باب الجناية، وذلك نحو اجراء كلمة الكفر على اللسان مع اطمئنان القلب.

وحكمه – انه لو صبر حتى قتل يكون مأجوراً لامتناعه عن الحرام تغطياً لنهي الشارع.

والنوع الثاني – تغيير صفة الفعل، بان يصير مباحا في حقه، قال الله تعالى ((فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِّإِثْمٍ فإن اللّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ)) [٣] ، وذلك نحو الإكراه على أكل الميتة وشرب الخمر.

وحكمه– انه لو امتنع عن تناوله حتى قتل يكون آثما بامتناعه عن المباح وصار كقاتل نفسه .

والحكم الشرعي إن تغير من حيث تعلقه من صعوبة له على المكلف إلى سهولة، كأن تغير من الحرمة للفعل أو الترك إلى الحل له لعذر مع قيام السبب للحكم الأصلي فرخصة، كأكل الميتة للمضطر، والقصر الذي هو ترك الإتمام للمسافر، والسَلم الذي هو بيع موصوف في الذمة، وفطر مسافر في رمضان لا يجهده الصوم [٤] .

وحكمها الأصلي: الحرمة .

فيتبين من هذه ان الانسان يجوز له ان يلجأ من الحكم الصعب إلى السهل، ومن الحكم الاصلي إلى الاستثنائي إذا كان بعذر؛ لرفع الحرج والمشقة عن نفسه، ولم يكن ذلك الا استحسانا.

ونرى أن الرسول (صلى الله عليه وسلم) يبين للناس ان الله سبحانه وتعالى يحب ان يؤتى برخصه فلم يكن الاتيان بالرخص الا استحسانا، قال النبي (صلى الله عليه وسلم) :((إن الله يحب ان يؤتى برخصه كما يحب ان يؤتى بعزائمه)) [٥]

وقال النبي (صلى الله عليه وسلم) لعمار بن ياسر (رضي الله عنه) حين اكرهه الكفار على اجراء كلمة الكفر فأجرى:(فإن عادوا فعد) [٦] ،

---

١ - ينظر: علي بن عباس البعلي الحنبلي- القواعد والفوائد الأصولية ص١١٦.

٢ - ينظر: الشاشي- أصول الشاشي ١/ ٣٨٥ .

٣ - لمائدة آية(٣)

٤ - وأتي بهذه الأحوال اللازمة لبيان أقسام الرخصة /ينظر: البناني على جمع الجوامع ١/ ١٣١.

٥ - ينظر: أبو القاسم سليمان بن أحمد الطبراني- المعجم المعجم الأوسط٦/ ٢٣٦ عن عائشة(رضي الله عنها) رقم الحديث:٦٢٨٢وقال: لم يرو هذا الحديث عن هشام بن عروة الا عمر بن عبيد تفرد به حفص بن عبدالله، أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني- مصنف عبد الرزاق٢٩١/١١عن عامر الشعبي رقم الحديث:٢٠٥٦٩، علي بن حسام الهندي- كنز العمال٣٩٧/٨عن أبي هريرة(رضي الله عنه) رقم الحديث:٢٢٧١٨وقال: ابن جرير صححه، قال أبو بكر الهيثمي في مجمع الزوائد ومنبع الفرائد٣٨٣/٣: رواه الطبراني في الأوسط وفيه عمر بن عبيد صاحب الحمر وهو ضعيف. والحديث له وجوه عدة وبطرق مختلفة.

٦ - ينظر: الحاكم النيسابوري- المستدرك على الصحيحين٢٠٦/٤ رقم الحديث:٣٣٦٢١- وقال الذهبي: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، سنن البيهقي الكبرى٢٠٨/٨ رقم

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فتبين أن رخصة رسول الله لعمار لرفع الحرج والمشقة والحفاظ على النفس استحسانا[١] ، وهذا من مناهج الرسول (صلى الله عليه وسلم) وأكد على ذلك في اقواله:

- منها: (بعثت بالحنفية السمحة ولم أبعث بالرهبانية البدعة) [٢] .
- ومنها: (ان الله شرع الدين فجعله سهلا سمحا ولم يجعله ضيقا) [٣] .
- منها: (ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن) [٤] .

ونرى أن الفقهاء والأصوليين استخرجوا من هذه الآيات والسنن قواعد كلية للاعتماد عليها في استنباط الأحكام، منها:

- المشقة تجلب التيسير.
- اذا ضاق الأمر اتسع.
- الضرورات تبيح المحظورات.

وإن القانونيين وجدوا ان النصوص القانونية وجدت في معالجة حوادث معينة بزمان ومكان خاص، وكانت ملائمة لتلك الظروف؛ تحقيقا للمصلحة ودفعا للمضرة، وكانوا يرون الأخذ بالعزيمة تطبيقا للنصوص، إلا انه باختلاف الزمن ونتيجة التطور الحاصل في العالم الامر الذي أدى إلى تطور الحوادث مما لا تتفق مع تلك النصوص الموضوعة لها، الأمر الذي يبرر للقضاء والقاضي أن يعدل بعض الالتزامات القانونية القائمة لإزالة أو تخفيف الضرر، أو يحقق مصلحة عامة استحسانا، وسنأتي إلى بيانها في موضعها ان شاء الله.

المبحث الثاني

أثر الاستحسان في تعديل الأحكام القانونية بسبب جائحة كورونا

ويشتمل على تمهيد ومطلبين:

التمهيد:

إذا ما نتتبع القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ وتعديلاته نجد التأكيد من المشرع في مواضع كثيرة بالرجوع إلى أحكام الشريعة

الحديث:١٦٦٧٣(باب المكره على الردة) ، أبو محمد الزيلعي- نصب الراية لأحاديث الهداية٤/٢٠٦.

١ - ينظر: السمرقندي- ميزان الأصول١/١٦٥.

٢ - ينظر: أبو القاسم الطبراني- المعجم الكبير٨/١٧٠ رقم الحديث:٧٧١٥ عن أبي أمامة(رضي الله عنه) ،علي بن حسام الدين المتقي الهندي- كنز العمال ٦٠١/١١: عن حبيب بن أبي ثابت مرسلا وقال أبو بكر الهيثمي في مجمع الزوائد٤/٥٥٥: الحديث رواه الطبراني وفيه غفير بن معدان وهو ضعيف، وقد تقدم له طريق في العلم . والحديث له وجوه عدة منها:(ان أحب الدين إلى الله الحنيفية السمحاء) رواه خلاد عن عبد العزيز عن محمد بن واسع مرسلا، ورواه جمال بن إبراهيم متصلا. ينظر: أبو نعيم أحمد بن عبد الله الاصبهاني- حلية الاولياء٨/٢٠٣.

٣ - ينظر: الطبراني- المعجم الكبير ٢١٣/١١ عن ابن عباس(رضي الله عنهما) قال: قال رسول الله(صلى الله عليه وسلم) : (إن الله عز وجل أعطى كل ذي حق حقه ... وشرع الدين فجعله سهلا سمحا واسعا ولم يجعله ضيقا ...) رقم الحديث:١١٥٣٢، أبو يعلى الموصلي التميمي- مسند أبي يعلى٤/٣٤٣ رقم الحديث:٢٤٥٨ وقال حسين بن سليم أسد: إسناده ضعيف.وقال أبو بكر الهيثمي في مجمع الزوائد١/٤١٧: الحديث رواه الطبراني وفيه حسين بن قيس الملقب بحنش وهو متروك الحديث.

٤ - ينظر: أبو عبد الله الشيباني أحمد بن حنبل- مسند أحمد بن حنبل١/٣٧٩ عن ابن مسعود(رضي الله عنه) رقم الحديث:٣٦٠٠ وقال شعيب الأرنوط: إسناده حسن، الحاكم النيسابوري- المستدرك على الصحيحين٣/٨٣ رقم الحديث: ٤٤٦٥ وقال: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه.
وفي كشف الخفاء٢/١٢١١ رقم الحديث: ٢٢١٤ قال الحافظ بن عبد الهادي بياض بن النسيج مرفوعا عن أنس بإسناد ساقط، والأصح وقفه على ابن مسعود(رضي الله عنه) .علما- انني استفدت من كتاب (أصول الفقه الإسلامي في نسيجه الجديد) للأستاذ الدكتور مصطفى الزلمي في جمع هذه الأدلة .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الإسلامية وقواعدها ومصادرها الأصلية والتبعية، في حالة عدم وجود النص، بل أن النصوص القانونية مبنية الفحوى النص والمقصود إضافة إلى اللفظ، وان الأحكام لا تبقى ثابتة بل تتغير حسب الزمان والمكان، لدرء المفاسد وجلب المنافع[1] ، وهذه المنهجية ثابتة لعلماء الأصول؛ لأن النصوص شرعت لمقاصد ومصالح، وتكمن الغاية في تطبيقها وحفظ تلك المصالح، والأحكام تدور معها وجودا وعدما، على هذا الأساس نجد أن القاضي يراعى الأحكام في الظروف الطارئة تحقيقا لتلك الغايات.

المطلب الأول

تعديل الأحكام والقوانين بسبب الظروف الطارئة (جائحة كورونا)

بما أن القوانين لم تشرع إلا لتحقيق المصالح والتي هي جلب منفعة ودرء مفسدة، لذلك من الإنصاف للقاضي أن يتدخل لرفع الضرر والغبن اذا لحق بأحد طرفي العقد نتيجة الظرف خارج عن ارادة الإنسان، كالزلازل والبركان وكالوباء عام وكجائحة كورونا.

لذلك نجد أن قانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ وتعديلاته راعى هذا الموضوع، كما جاء في المادة مادة (١٤٦) :

١ – اذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله الا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي.

٢ – على انه اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدي، وان لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان تنقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك.

يتبين من الفقرتين (١-٢) أن للمسألة حكمان: أحدهما يطبق في الحالات الطبيعية ويجب التزام بالعقد وفقا للقاعدة القانونية (العقد شريعة المتعاقدين) ، والحكم الآخر- يطبق في الحالات الاستثنائية والظروف الطارئة، مما يعطي الحق للمحكمة بالتدخل لتعديل حكم بنود العقد تحقيقا لمبدأ العدالة.فالقاضي والفقيه لابد أن يلجأ إلى ترجيح حكم لمسألة استثنائية على الأصل الكلي حسب العملية العقلية؛ لأن يراه أحسن بمعيار شرعي وفق مبدأ استحسان ، على سبيل المثال/ الشخص إذا كان مدينا بمبلغ من المال ووفق العقد بين الدائن والمدين، وكان على المدين أن يسدد دينه في وقت معين وفق العقد، إلا أن وقت السداد الدين حدث أمر طاريء خارج عن الإرادة كانتشار جائحة فايروس كورونا (كوفيد ١٩) سنة ٢٠٢٠ مما تسبب بموت واصابة ملايين من البشر، الأمر الذي دفع الحكومات إلى غلق المصانع والمعامل والمؤسسات الحكومية وغير الحكومية ومنع الناس من الخروج للعمل وغيره، مما دفع المدين إلى الحاق ضرر بمصالحه، كأن يكون صاحب

١ - راجع التفاصيل في قانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ وتعديلاته (المواد١- ١٠)

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

معمل أو عامل لا يستطيع العمل ،وبالتالي لا يستطيع أن يفي بالتزاماته وتسديد دينه المثبت ضمن العقد.

المطلب الثاني

الدروس والأحكام المستفادة من هذه المسألة وفق مبدأ الاستحسان

إذا ما نتمعن النظر إلى هذه المسألة ونريد أن نستنبط الأحكام بشأنها لكي يخفف الضرر الناشئ عن التزام العقد يجب الآتي:

- أن المدين لابد أن يبرهن أن يلحقه الضرر نتيجة الظرف الطارئ ؛ لأن علة الحكم هي منع الضرر في تلك الفترة، وإلا لا يتم النظر إلى طلبه[١] .

- أن يكون الظرف الطاريء خارج عن إرادة البشر ولا يمكن التصدي له.

- إذا يكون الدين مرهقا بحيث لا يستطيع المدين ايفاءه

ففي هذه الحالة بناء على طلب المدين يجوز للقاضي أن يتدخل لتعديل الالتزام بأن يعطي مدة كافية لكي يستطيع المدين من إيفاء دينه، وتكون المدة بعد الظرف الطارئ.

- وإذا تمكن الدائن أن يثبت أن المدين لا ترهقه الظرف الطارئ، ففي هذه الحالة يجب على المدين التزام الوفاء بالدين.

- أما إذا كان الدائن متضررا في عدم استيفاء دينه' فيجب على القاضي أن يرجح الذي أكثر ضررا؛ لأن درء المفاسد اولى من جلب المنافع[٢] ؛ لأن مطالبة الدائن بدينه وان كان مشروعا إلا أنه إذا أدى إلى تحقيق غاية غير مشروعة، يمنع من المطالبة، وهذا ما قرره المشرع[٣] ، وله ثوابت عند علماء الأصول.

---

١ - نوع الحكم: مدني /رقم الحكم::٣٦٢/ظروف طارئة/٢٠٠٧جهة الاصدار::محكمة التمييز الاتحادية /مبدء الحكم/ أحكام الظروف الطارئة التي تحدث اثناء تنفيذ العقد وفق المادة (١٤٦) من القانون المدني يجب ان يتمسك بها المتضرر اثناء فترة العقد فاذا استمر بتنفيذ العقد لحين انتهائه دون ان يطلب تنقيص الالتزام فليس له الحق للمطالبة بذلك بعد انتهاء مدة العقد نص الحكم// لدى التدقيق والمداولة، وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلاً وعند النظر في الحكم المميز وجد بانه غير صحيح ومخالف للقانون لأن المميز عليه /المستأنف/ المدعي يستند بدعواه إلى أحكام المادة(١٤٦) من القانون المدني المتعلقة بالظروف الطارئة التي تحدث اثناء تنفيذ الالتزام التعاقدي بحيث يصبح تنفيذ الالتزام وان لم يصبح مستحيلاً الا انه صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة وقد وجد من خلال وقائع الدعوى ان المميز عليه سبق وان استأجر من المميز علوة المخضرات للفترة من ٢٠٠٢/١٢/٢٨ ولغاية ٢٠٠٣/١٢/٢٧ بموجب عقد الايجار المرفق وانه استمر بتنفيذ العقد لحين تاريخ انتهائه دون ان يطلب تنقيص تاريخ الالتزام إلى الحد المعقول وبذلك ليس من حقه التمسك بأحكام المادة (٢/١٤٦) من القانون المذكور التي يتم التمسك بها خلال سريان العقد وليس بعده بالاضافة لذلك فإن المميز قد قام بتخفيض بدل الايجار السنوي لعقد الايجار بنسبة ٢٥% من البدل وبذلك تكون الدعوى فاقدة بسندها القانوني وحيث ان حكم المميز قد صدر خلاف وجهة النظر المتقدمة عليه قرر نقضه واعادة الاضبارة للسير فيها على ضوء ذلك على ان يبقى رسم التمييز تابعاً للنتيجة وصدر القرار بالاتفاق في ١٠/صفر /١٤٢٧ هـ الموافق ٢٠٠٧/٢/٢٨م .

٢ - المادة (٨) من قانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ .

٣ - مادة (٧) من قانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١

١ – من استعمل حقه استعمالاً غير جائز وجب عليه الضمان.

٢ – ويصبح استعمال الحق غير جائز في الاحوال الآتية:

أ – اذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الاضرار بالغير.

ب – اذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال إلى تحقيقها قليلة الاهمية بحيث لا تتناسب مطلقاً مع ما يصيب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

ج – اذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال إلى تحقيقها غير مشروعة.

المنارة للاستشارات

www.manaraa.com

وعلى هذا الأساس على القاضي أن يستخدم العملية العقلية في التمييز بين الحالات بحسب حالات اليسر والعسر، مثلا خطورة الظرف الطاريء بتهديده سلامة البلد والمواطنين، والسلطة قد أعلنت عن الحالة ومدى خطورتها وبيان الاجراءات لمواجهته، كما في جائحة كورونا، وهذه الممارسة منعا لمن تسول له نفسه بالمماطلة في سداد الديون، والرسول (صلى الله عليه وسلم) يقول (مطل الغني ظلم) [1] ، ففي هذه الحالة يكون الحكم وفق للقاعدة القانونية والشرعية (العقد شريعة المتقاعدين) .

الخاتمة

١- الاستحسان يعد مصدر كاشف للوصول إلى مقصود الشارع، وهي ممارسة عقلية تقوم بها القاضي والمفتي في ترجيح مسألة جزئية على أصل كلي لأنه يراه أحسن بمعيار شرعي.

٢- إن العمل بمبدأ الاستحسان لا يعد مخالفة شرعية ولا مخالفة قانونية؛ بل راجع إلى مقصود الشارع في بناء الأحكام، الذي هو جلب منفعة ودرء مفسدة .

٣- على القاضي في الظروف الاستثنائية والطارئة تعديل بعض الالتزامات القانونية إذا الحق الضرر بأحد طرفي العقد، وعدم اللجوء إلى القاعدة القانونية والشرعية (العقد شريعة المتقاعدين)

٤- المدين في ظل الظروف الاستثنائية والطارئة يحق له أن يطلب من القضاء للتدخل لرفع الضرر عنه إذا ما الزمه الدائن بتسديد دينه وفق العقد بينهما، والتدخل يكون وفق الضرورة، والضرورة تقدر بقدرها، إما تخفيف الدين، أو تمديد التسديد .

٥- المدين يسقط حقه بالمطالبة بعد زوال الظرف الطاريء إن لم يقدم الطلب خلال تلك الفترة، لأن عدم المطالبة دلالة على عدم الحاق الضرر به .

١ - ينظر: صحيح البخاري ٢/ ٧٩٩ باب في الحوالة رقم الحديث ٢١٦٦ ((مطل) المطل التسويف وعدم القضاء . (الغني) المتمكن من قضاء ما عليه . (ظلم) محرم ومذموم)

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفهارس والمراجع

١- القرآن الكريم

كتب التفسير

٢- تفسير البيضاوي: لأبي سعيد البيضاوي عبد الله بن عمر بن محمد (ت ٦٨٥هـ) دار الفكر للنشر في بيروت سنة١٤١٦هـ- ١٩٩٦م- تحقيق: عبد القادر عرفات العشا حسونة.

٣- تفسير القرطبي: الجامع لأحكام القرآن: لمحمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح القرطبي أبي عبد الله(ت٦٧١هـ) دار الشعب للنشر في القاهرة- ط (٢) سنة ١٣٧٢هـ- تحقيق: أحمد عبد العليم البردوني.

٤- تفسير القرآن العظيم: لإسماعيل بن عمر بن كثير الدمشقي أبي الفداء (ت٧٧٤هـ) – دار الفكر للنشر في بيروت سن ١٤٠١هـ .

٥- تفسير الطبري: جامع البيان عن تأويل آي القرآن: لمحمد بن جرير بن يزيد بن خالد الطبري أبي جعفر(ت ٣١٠هـ) – دار الفكر للنشر في بيروت سنة ١٤٠٥هـ .

كتب الأحاديث والتخريج

٦- الجامع الصحيح المختصر (صحيح البخاري) لمحمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي –الناشر: دار ابن كثير، اليمامة – بيروت–الطبعة الثالثة، ١٤٠٧ – ١٩٨٧- تحقيق: د. مصطفى ديب البغا أستاذ الحديث وعلومه في كلية الشريعة – جامعة دمشق

٧- فتح الباري: أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي ت٨٥٢هـ – دار المعرفة للنشر- بيروت- المحقق: محب الدين الخطيب.

٨- حلية الاولياء وطبقات الأصفياء: لأبي نعيم أحمد بن عبدالله الأصبهاني- دار الكتاب العربي

٩- كشف الخفاء ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس: لإسماعيل بن محمد العجلوني الجراحي(ت ١١٦٢هـ) .

١٠- كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال: لعلي بن حسام الدين التقي الهندي- مؤسسة الرسالة للنشر في بيروت سنة ١٩٨٩م .

١١- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد: لنور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي(ت ٨٠٧هـ) – دار الفكر للنشر في بيروت سنة ١٤١٢هـ .

١٢- المستدرك على الصحيحين: لمحمد بن عبد الله أبي عبد الله الحاكم النيسابوري(ت ٤٠٥هـ) – دار الكتب العلمية للنشر في بيروت- ط (١) سنة ١٤١١هـ- ١٩٩٠م- تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا مع تعليقات الذهبي في التلخيص.

١٣- مسند الأمام أحمد بن حنبل: للإمام أحمد بن حنبل أبي عبد الله الشيباني (ت٢٤١هـ) – مؤسسة قرطبة للنشر في القاهرة.

١٤- مسند أبي يعلى: لأحمد بن علي بن المثنى أبي يعلى الموصلي التميمي- دار المأمور للتراث للنشر في دمشق- ط (١) سنة ١٤٠٤هـ-١٩٨٤م- تحقيق: حسين سليم أسد.

١٥- مصنف عبد الرزاق: لأبي بكر عبد الرزاق بن الهمام الصنعاني (ت٢١١هـ) – المكتب الإسلامي للنشر في بيروت- ط(٢) سنة ١٤٠٣هـ- تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي.

١٦- المعجم الكبير: لسليمان بن أحمد بن أيوب أبي القاسم الطبراني (ت٣٦٠هـ) – مكتبة العلوم والحكم للنشر في الموصل- ط(٢) سنة١٤٠٤هـ- ١٩٨٣م- تحقيق: حمدي بن عبد المجيد السلفي.

١٧- نصب الراية لأحاديث الهداية: لعبد الله بن يوسف أبي محمد الحنفي الزيلعي (ت٧٦٢هـ) –دار الحديث للنشر بمصر سنة ١٣٥٧هـ- تحقيق:محمد يوسف النبوري مع حاشية بقية الألمعي في التخريج.

كتب الأصول والفقه

١٨- الأحكام في أصول الأحكام: لعلي بن محمد الآمدي أبي الحسن (ت٦٣١هـ) – دار الكتاب العربي للنشر في بيروت- ط (١) سنة ١٤٠٤هـ – المحقق: د- سيد الجميلي.

المنارة للاستشارات

www.manaraa.com

١٩- أصول السرخسي: للإمام شمس الأئمة أبي بكر محمد بن أبي سهل السرخسي(ت ٤٩٠هـ) – دار المعرفة للنشر في بيروت سنة ١٣٧٢هـ- تحقيق: أبي الوفاء الأفغاني .

٢٠- أصول الشاشي: لأحمد بن محمد بن إسحاق الشاشي أبي علي(ت٣٤٤هـ) – دار الكتاب العربي للنشر في بيروت سنة ١٤٠٢هـ .

٢١- أصول الفقه في نسيجه الجديد: للأستاذ المتمرس مصطفى إبراهيم الزلمي- ط(٥) طبعة منقحة ومزيدة- سنة ١٩٩٩م- شركة الخنساء للطباعة المحدودة- بغداد.

٢٢- جمع الجوامع مع حاشية العلامة البناني على شرح الجلال شمس الدين محمد بن أحمد المحلي: تأليف الإمام تاج الدين عبد الوهاب بن السبكي- مطبعة كتاب العلم في ديار بكر بتركيا.

٢٣- الرسالة: للإمام محمد بن إدريس الشافعي (ت ٢٠٤هـ) – مطبعة القاهرة للنشر سنة ١٣٥٨هـ- ١٩٣٩م- تحقيق: أحمد شاكر.

٢٤- القواعد والفوائد الأصولية: لعلي بن عباس البعلي الحنبلي(ت٨٠٣هـ) – مطبعة السنة المحمدية للنشر في القاهرة سنة ١٣٧٥هـ- ١٩٥٦م- المحقق: محمد حامد الفقي.

٢٥- اللمع في أصول الفقه: لأبي إسحاق إبراهيم علي الشيرازي- دار الكتب العلمية للنشر في بيروت- ط(١) سنة ١٤٠٥هـ- ١٩٣٩م.

كتب المعاجم اللغوية

٢٦- تاج العروس من جواهر القاموس: لأبي الفيض السيد محمد مرتضى الحسيني الزبيدي الحنفي- دار ليبيا للنشر والتوزيع- طبع على مطابع دار صادر ببيروت سنة ١٣٨٦هـ- ١٩٦٦م.

٢٧- التعريفات: للإمام أبي الحسن علي بن محمد بن علي الجرجاني المعروف بالسيد الشريف- طباعة والنشر: دار الشؤون الثقافية العامة- آفاق العربية- بغداد- العراق .

٢٨- القاموس المحيط: للعلامة الشيخ مجد الدين محمد بن يعقوب بن الفيروز آبادي الشيرازي- دار الفكر ببيروت سنة ١٣٩٨هـ- ١٩٧٨م .

٢٩- المعجم العربي الأساسي: تأليف وأعداد: جماعة من كبار اللغويين العرب بتكليف من المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم- جامعة الدول العربية سنة ١٩٨٩م – توزيع لاروس.

الكتب القانونية

٣٠- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ وتعديلاته

٣١- القانون المدني المصري المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ وتعديلاته

المنارة للاستشارات

www.manaraa.com

judge falls between the application of the ruling by referring to the legal texts, which harms people, and taking into account the conditions of people as a result of the emergency that passes through the country and the city without a person having any involvement in it, so the judge has the right to intervene to reduce Certain provisions and laws to eliminate harm and unfairness, in compliance with the principle of approval. Because it is considered better by a legal standard in order to take into account the interest.

In the research it is indicated that these provisions in exceptional circumstances are not considered to be in contravention of the original texts, whether they are legal or legal. Rather, it is consistent with its intentions and the spirit of the text, and it does not remain constant either. Rather, they change to the provisions of the original laws in the event that the reasons for changing the provisions change.

Key words: approval, Islamic law, provisions, regulation of law

ABSTRACT:

The research entitled (The Impact of Desirability in Changing Rulings Due to the Coronavirus Pandemic) (Comparative Study between Sharia and Law) highlights the importance of dependency sources, among which is (approval) in influencing some provisions of Islamic law to change and amend them to suit the circumstances of time and place. Because people's interests do not remain constant forever; Rather, it changes from one environment to another environment and time to another time, and rulings have not been legislated except to preserve these interests, so we find it necessary for the jurist, mufti, and judge to take into account those interests that a person needs in applying the rulings in a manner that is better, and he must favor a judgment for an exceptional issue on a total basis Because he thinks it is better according to the legal standard, such as if a flood, volcano or earthquake occurs, or an epidemic or pandemic like Corona virus or what is called (Covid 19) has spread so that a person is not able to respond, in these incidents must have special provisions to suit the conditions of people.

As the research highlighted that the problem and the incident are also subject to the judiciary, so the

المنارة للاستشارات

www.manaraa.com

Copyright of College of Law Journal for Legal & Political Sciences / Magallat Kulliyyat Al-Qanun Li-L-ulum Al-Qanuniyyat Wa-Al-Siyasiyyat is the property of Republic of Iraq Ministry of Higher Education & Scientific Research (MOHESR) and its content may not be copied or emailed to multiple sites or posted to a listserv without the copyright holder's express written permission. However, users may print, download, or email articles for individual use.

www.manaraa.com