قاعدة العرف وسلطة المجتهد في مسائل الاجتهاد والفراغ التشريعي

القاعدة الخامسة : قاعدة العرف

تعريف قاعدة العرف : هو الاعتياد على سلوك معين في تنظيم ناحية من نواحي حياة الافراد

تطبيقات قاعدة العرف في النصوص القانونية

: هناك العديد من التطبيقات القانونية التي راعى فيها المشرع العرف ومن هذه التطبيقات

1- بيع الاشياء والحقوق المستقبلية

2- عقد الايجار

3- عقد المقاولة والاستصناع

4- خيار العيب وخيار الرؤية

5- رعاية العرف التجاري في النصوص القانوني

سلطة المجتهد في مسائل الاجتهاد والفراغ التشريعي

أولا : تعريف الاجتهاد : هو بذل الفقيه وسعه في استنباط الحكم الشرعي العملي من دليل تفصيلي

ثانيا : الشروط الواجب توافرها في المجتهد فتتمثل بالاتي

1- العلم بالقران الكريم والسنة النبوية

2- العلم باللغة العربية

3- العلم بأصول الفقه ومقاصد الشريعة الاسلامية

نطاق الاجتهاد

1- الاحكام التي لا يجوز فيه الاجتهاد : وهي الاحكام التي وردت فيها اداة قطعية من حيث الدلالة والثبوت مثل تجريم عقوبة الزنا

2- الاحكام التي يجوز فيها الاجتهاد : وهي الاحكام التي تحمل أكثر من معنى مثل معنى القرء والاحكام الظنية الثبوت وظنية الدلالة والاحكام التي لم يرد فيها نص ولا اجماع مثل الاستنساخ البشري واجارة الرحم

الفراغ التشريعي

الفراغ التشريعي قانونا : هي الحالة التي لا يجد فيها القاضي في نصوص القانون المكتوب نصا ليطبقه على النزاع المعروض عليه

وللقاضي في حالة غياب النص التشريعي ان يسترشد بقواعد العرف فاذا لم يجد فمبادى الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين ثم قواعد العدالة (فقرة 2/المادة 1) من القانون المدني العراقي

كذلك منح المشرع القاضي سلطة في الاسترشاد بأحكام الفقه والقضاء في العراق وفي البلاد التي تتقارب قوانينها مع القانون العراقي (فقرة 3/المادة 1) من قانون الاحوال الشخصية العراقي

ويجب التنويه إلى ان سلطة القاضي في الاجتهاد تقتصر في حالة غياب النص القانوني أو غموضه فلا اجتهاد في النصوص الصريحة الدلالة استنادا لا حكام المادة (2) من القانون المدني العراقي التي تنص (لا مساغ للاجتهاد في مورد النص)