مبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي
دراسة مقارنة في تشريعات الاسرة العربية

ا.د. حيدر حسين الشمري م.د. صفاء متعب فجة م.م وليد طارق عزيز
جامعة كربلاء / كلية القانون جامعة القادسية / كلية القانون
Waledalazawy@gmail.com Safaafaja@gmail.com Hederhosan@qu.edu.iq

تاريخ استلام البحث: ٣٠/ ٧/ ٢٠٢٠ تاريخ قبول النشر: ٢٠/ ٩/ ٢٠٢٠

المستخلص

نبحث في هذا الموضوع نطاق الفقه الإسلامي وفاعليته في قوانين الاسرة في بعض البلدان العربية، ومن ثم ينبغي الوقوف على مدى إمكانية تأسيس مبدئاً عاماً مشتقاً من نصوص بعض تشريعات الاسرة العربية من جهة ومن جهة أخرى من طبيعة قوانين الأحوال الشخصية التي ترتكز بصورة مباشرة على الفقه الإسلامي، كما يهدف البحث في بيان الطرق او الوسائل او الالية التي يرجع فيها القاضي على احكام الفقه الإسلامي.

وإن الإشكالية التي يثيرها الموضوع مشكلة رئيسة تتجسد في مدى نجاعة او مدى القيمة القانونية لمبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي في تشريعات الاسرة العربية، وتتفرع من هذه الإشكالية مشكلات متعددة تصاغ على شكل تساؤلات أهمها: ما هي فكرة الاحالة والشروط التي لابد من توافرها حتى يتمكن القاضي من العمل بمبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي في التشريعات المذكورة ؟ وكذلك ما أنواع الإحالة في تشريعات الاسرة العربية؟ هل ان للفلسفة او الايديولوجية المعتمدة من قبل المشرع تؤثر على اطلاق او تقييد مبدأ الإحالة؟.

الكلمات المفتاحية: الفقه الإسلامي؛ المذاهب الأربعة، الإحالة ؛ قانون الأحوال الشخصية.

Abstract

The subject of the research: The task of the legislator is to find sound legal solutions to problems related to personal status issues, and no legislator, regardless of the ability, can develop solutions for all matters

related to personal status, so he tries to shorten the way by referring the judge to the ruling unless There is a text regarding the provisions of Islamic jurisprudence, and this is what the Iraqi and comparative personal status law did.

The importance of the topic: The topic is distinguished by its importance on the theoretical and practical level. Regarding the theoretical side, we find that despite the lack of studies that dealt with the idea of referring to Islamic jurisprudence, most Arab family legislations have adopted this principle as one of the most important solutions developed by the legislator according to As for a special philosophy, as for the practical side, we find that this principle may mitigate the defect of the legislative deficiency when the judge applies a certain doctrinal opinion in a matter for which no text has been received, which leads to the speed and efficacy of solutions to many of the issues presented to the judiciary, and reducing cases of dismissal of the case due to Lack of legal solution.

Key Words: The Four Doctrines, Referral; Personal Status Law

المقدمة

اولاً : التعريف بموضوع البحث

تتمثل مهمة المشرع في إيجاد الحلول القانونية السليمة للمشكلات الخاصة بمسائل الأحوال الشخصية، ولا يمكن لأي مشرع مهما كانت لديه القدرة ان يضع الحلول لجميع المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية، لذلك فهو يحاول ان يختصر الطريق من خلال إحالة القاضي الى الحكم فيما لم يرد بشأنه نص الى احكام الفقه الإسلامي.

ثانياً : أهمية الموضوع

يتميز الموضوع بأهمية على مستوى الجانب النظري والعملي، فبخصوص الجانب النظري نجد انه بالرغم من قلة الدراسات التي تطرقت الى فكرة الإحالة على الفقه الإسلامي الا ان اغلب تشريعات الاسرة العربية قد اخذت بهذا المبدأ باعتباره من اهم الحلول التي وضعها المشرع وفقاً لفلسفة خاصة، اما بخصوص الجانب العملي نجد ان هذا المبدأ قد يخفف من عيب القصور التشريعي عندما يطبق القاضي رأي مذهب معين في مسألة لم يرد بشأنها نص، الامر الذي يترتب عليه سرعة ونجاعة الحلول للعديد من المسائل المعروضة على القضاء، والتقليل من حالات رد

الدعوى بسبب عدم وجود الحل القانوني.

ثالثاً : إشكالية الموضوع

يثير الموضوع مشكلة رئيسة تتجسد في مدى نجاعة او مدى القيمة القانونية لمبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي في تشريعات الاسرة العربية، هذه الإشكالية ينبع منها مشكلات متعددة أهمها، ما هي الشروط التي لابد من توافرها حتى يتمكن القاضي من العمل بمبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي في التشريعات المذكورة ، فضلاً عن ضرورة الوقوف على أنواع الإحالة في تشريعات الاسرة العربية وبيان الفلسفة الخاصة بكل مشرع من حيث تقييد مبدأ الإحالة في بعض التشريعات واطلاق هذا المبدأ في تشريعات أخرى.

رابعاً : منهجية البحث ونطاقه

سنتبع في هذه الدراسة المنهج الوصفي والدراسة المقارنة، وذلك من خلال المقارنة بين اغلب تشريعات الاسرة العربية ، كما سنبين موقف الفقه الإسلامي من مسألة تطبيقات مبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي.

خامساً : خطة البحث

سنقسم البحث على مبحثين، في المبحث الأول نتناول مفهوم مبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي، ونكرس المبحث الثاني الى احكام مبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي.

المبحث الأول

مفهوم مبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي

بسبب الأهمية الكبيرة التي يحققها مبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي من خلال تحقيق الحلول القانونية في مسائل الأحوال الشخصية، نجد ان تشريعات الاسرة العربية لا تخلو من النص على هذا المبدأ، بحيث يتمكن القاضي من اللجوء اليه عند توافر شروطه، لذلك سنقسم هذا المبحث على مطلبين، في المطلب الأول نبين ماهية مبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي، ونكرس المطلب الثاني الى شروط مبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي وضوابطه.

المطلب الأول

ماهية مبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي

نتيجة لمبررات كثيرة قد اقرت اغلب تشريعات الاسرة العربية مبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي، هذا

المبدأ الذي يشكل الآن من اهم المصادر الناجعة في توفير الحلول للمشاكل القانونية في مجال الأحوال الشخصية، لذلك سنقسم هذا المطلب على فرعين، في الفرع الأول نبين تعريف مبدا الإحالة على الفقه الإسلامي، ونكرس الفرع الثاني الى أهمية مبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي.

الفرع الأول

تعريف مبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي

يعد مبدأ الإحالة الى الفقه الإسلامي من اهم الأفكار التي وجدت تطبيقاً لها في نصوص اغلب تشريعات الاسرة العربية، لمبررات عديدة سنبينها لاحقاً، هذا الامر يحتم علينا بيان المقصود بمبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي .

بخصوص التعريف التشريعي لمبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي في تشريعات الاسرة العربية، نجد ان جميع هذه التشريعات لم تبين ما هو تعريف الإحالة على الفقه الإسلامي، اذ اقتصر منطوق النص وفحواه على جواز الإحالة على الفقه الإسلامي مراعاة لضوابط معينة، بدون التطرق الى تعريف هذا المبدأ، فمثلاً نص المشرع العراقي على " ٢ ـ اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون " [١] ، كذلك نص المشرع الاماراتي على " ٣ ـ اذا لم يوجد نص في هذا القانون يحكم بمقتضى المشهور من مذهب مالك، ثم مذهب احمد، ثم مذهب الشافعي، ثم مذهب ابي حنيفة "[٢].

يبدو لنا ان اقتصار دور المشرع على تقرير مبدأ الإحالة دون بيان تعريف له هو مسلك غير منتقد؛ ذلك لأن ليس من مهمة المشرع وضع تعاريف للمصطلحات القانونية او المصطلحات التي تذكر في التشريع، خشية جمود النص وعدم مواكبته للحالات المستقبلية من جهة، فضلاً عن ذكر تعاريف كثير في القانون هو أمر قد يشغل القاضي في البحث عن مضمون كل تعريف، وقد يسهو عن الدخول في المحور الأساس للنص وهو الحكم القانوني.

لكن من جانبنا نرى ان تعريف مبدا الإحالة على الفقه الإسلامي يتطلب تحليل هذا التعريف الى عدة جزئيات، وهي المبدأ أولا، والإحالة ثانيًا، و الفقه الإسلامي ثالثاُ وكما يأتي:

اولاً ــ تعريف المبدأ ــ هو أساس الشيء ومرتكزه وأصله الأول ومن المعاني التي تشير لها كلمة مبدأ أنّها معتقد راسخ الثبات.

وتعرّف المبادئ: مجموعة الضوابط و القواعد الأخلاقية والمعتقدات التي يُميّز بها الصواب عن الخطأ، فالتزام الصدق يعتبر من المبادئ الشخصية التي تضبط أقوال الفرد وأفعاله، وللمجتمع أيضاً مبادئه الجماعية، التي يقرّ بمكانتها، ويحتكم اليها في تبيين مشروعية أفعال الأشخاص من عدمها، كما قيل عن المبدأ: بأنه عقيدة عقلية ينبثق عنها نظام، فنقول أفكاراً معينة من القانون تبنى عليها أفكاراً منبثقة عنها فتصبح مبادئ قانونية، تضبط فكر وسلوك من يؤمن بها ويتمسك بتطبيقها [٣]، لذلك يتبين لنا ان المبدأ هو ذلك الأصل او الأساس الذي تستمد منه أجزاء اركان وجودها .

ثانيـاً : تعريف الإحالة ــ لم يرد تعريف للمقصود بالإحالة لا في متون تشريعات الاسرة ولا في غيرها من القوانين، لكن المقصود شكل في اللغة وبشكل عام بالإحالة هي " المحال الكلام لغير شيء ، والحوال كل شيء حال بين اثنين ... حال الرجل يتحول من موضع الى موضع " [٤] ، لذلك يظهر لنا معنى مفيد للإحالة من اللغة، بأنها تحويل الكلام لغير شيء، بمعنى آخر الإحالة هي الانتقال او التحول من شيء الى شيء آخر.

ثالثـاً ــ تعريف الفقه الإسلامي ــ اختلفت تعريفات الأصوليين بشأن معنى الفقه الإسلامي الى تعاريف متعددة، فهنالك من قال ان الفقه الإسلامي هو " ذلك الفقه المرادف للشريعة"، ويعرف ايضاً بأنه " هو الثابت بالنصوص القطعية فقط" ، وذهب رأي آخر في قوله ان المراد بالفقه الإسلامي هو " العلم بالأحكام المستفادة عن طريق الاجتهاد والاستنباط" ، وذهب التعريف الراجح

الى ان الفقه الإسلامي هو " العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسبة عن طريق الأدلة التفصيلية " [٥].

وفي هذا السياق يبرز التساؤل الآتي هل يوجد فرق بين مصطلح الشريعة الإسلامية ومصطلح الفقه الإسلامي، وبيان هل ان تشريعات الاسرة العربية اخذت بمصطلح الإحالة على الشريعة الإسلامية ام الفقه الإسلامي، للإجابة نقول من خلال استقراء تشريعات الاسرة العربية نجد ان اغلب هذه التشريعات قد نصت على الإحالة على الى الفقه الإسلامي وليس على الشريعة الإسلامية، والسبب في ذلك يعود الى أوجه الاختلاف الكبيرة بين هذين المصطلحين (الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي)، اذا ان المقصود بالشريعة الإسلامية هي الأقسام الرئيسة لهذه الشريعة وهي العقائد ، والأخلاق، والاحكام العملية، وهذه الاحكام الأخيرة تشمل العبادات والمعاملات، وعليه تكون العبادات والمعاملات جزء من الشريعة فقط، وهي التي يتناولها مسمى الفقه، الذي يراد به العلم بالأحكام الشرعية العملية، لذلك ان مسائل العقيدة والأخلاق تدخل ضمن مصطلح الشريعة الإسلامية فقط، ولا تدخل في مصطلح او محتوى الفقه الإسلامي، لذلك يتبين لنا ان الشريعة الإسلامية أوسع مفهوماً من مصطلح الفقه الإسلامي.

كذلك ان الشريعة الإسلامية تتضمن النصوص الشرعية وهي القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة القولية والفعلية والتقريرية، سواء أكانت بشكل تفسير لهذه النصوص ام بياناً لنصوص القرآن الكريم، أما الفقه الإسلامي فهو ما يفهمه ويستخرجه العلماء من نصوص الشريعة الإسلامية، وكل ما يستنبطونه من هذه الشريعة وفق ادلة استنباط مقبولة، وان هذه الاحكام (احكام الفقه الإسلامي) تكون على نوعين هما [٦]:

اولاً ــ أحكام قررتها نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة وهي قطعية في دلالتها وثبوتها، وهي تلك الاحكام التي لا تترك لفهم عامة الناس واستنتاجاتهم المختلفة، ولا

يجوز مخالفتها بأي حال من الأحوال، هذه الاحكام الفقهية تعد جزءا لا يتجزأ من الشريعة الإسلامية، وهذا النوع من احكام الفقه الإسلامي يعد اقل مساحة مقارنة بغيره، لكنه الاوفر أهمية واكثر خطورة، لكونه يمثل الأساس المستنبط من الشريعة الإسلامية.

ثانيـاً : أحكام مسكوت عنها في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، او جاءت بها نصوص ظنية الثبوت او ظنية الدلالة، لذلك ظهرت الحاجة الى الاجتهاد في هذه الاحكام من اجل الوصول الى الحكم المراد من بين هذه المسائل والاحكام.

لذلك نجد ان النوع الثاني هو الذي يكون محل اجتهاد الفقيه في فهم معاني النصوص واستنباط المعنى المراد، هذا الفهم يختلف من فقيه الى آخر، اذ ان الاستنباط يعتمد على شخصية كل فقيه ومدى قدرته في تحليل النصوص وموائمتها مع الواقع، لذلك نجد الخلافات الفقهية الكبيرة في مسائل الأحوال الشخصية على مستوى الفقهاء المسلمين في ادق الجزئيات، اذ نجد ان ما ذهب اليه كل فقيه يكون قابلاً للصواب والخطأ من قبل فقيه آخر، الامر الذي يجعل رأي كل فقيه قابلاً للنقاش والتمحيص، مع ملاحظة ان الفقه الإسلامي بمجموعه يبقى مصبوغاً بصبغة دينية؛ لكونه فقه قائم على الشريعة الإسلامية واصولها وقواعدها ومستقى من نصوص هذه الشريعة [٧].

بناءً على ما تقدم يمكن لنا القول ان استخدام مصطلح الفقه الإسلامي بدلاً عن مصطلح الشريعة الإسلامية في تشريعات الاسرة العربية، هو استخدام سليم ومنطقي؛ بسبب الاختلاف بين هذين المفاهيم كما سبق ذكره [٨].

بناء على ما تقدم يمكن لنا ان نضع تعريفاً لمبدأ الإحالة الى الفقه الإسلامي بأنه (انتقال القاضي من النص القانوني الى الفقه الإسلامي بناءً على رغبة المشرع وفق ضوابط معينة، من اجل التوصل الى حل معين لمسألة لم يضع المشرع لها حكماً قانونياً) .

الفرع الثاني

أهمية مبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي

في الحقيقة ان مبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي لم يأتي عن فراغ، بل جاء بناءً على مشاكل عملية في مدى كفاية نصوص تشريعات الاسرة العربية لحكم وتنظيم جميع مسائل الأحوال الشخصية، لذلك نجد ان مبدا الإحالة على الفقه الإسلامي يحقق أهمية كبيرة في مجالات متعددة، وهذه الأهمية هي:

اولاً : استكمال الحلول التشريعية في مسائل الأحوال الشخصية

من اهم مبررات مبدأ الإحالة على الفقه هي ان هذا المبدأ يشكل مصدر احتياطي ناجع وفعال للتشريع الذي يضعه المشرع، فكما هو معلوم ان أي تشريع خاص بالأحوال الشخصية قد لا يوفر جميع الحلول للمسائل التي تعرض على المحاكم لذلك سنكون امام نقص تشريعي، هذا النقص التشريعي ترجع أسبابه الى اكثر من سبب، فمثلاً هنالك أسباب فنية ترتبط بمدى مقدرة المشرع (الصائغ القانوني) على الإحاطة بجميع المسائل المتعلقة بطبيعة الروابط التي يراد تنظيمها من خلال التشريع المذكور، وهنالك أسباب عملية نحو قصور مستوى النضج التشريعي، و مدى مقدرة المشرع على البصر بحقائق الواقع الحاضر ومدى ما يستجد من تطورات مستقبلية بشأن مسائل معينة [٩].

لقد أضحت فكرة النقص التشريعي مسألة مسلم بها، على وجه الخصوص في مسائل الأحوال الشخصية، فالمشرع مهما كان حاذقاً فلا يستطع الإحاطة بكافة الاحكام المرتبطة بمسائل الأحوال الشخصية، فلا يمكن له ان يتنبأ بأنواع التحولات المستقبلية، هذا الامر وفي مجال الأحوال الشخصية لا يمكن تفاديه الا من خلال إحالة القاضي الى احكام الفقه الإسلامي، وبحسب ما يتضمنه القانون من قيود، من اجل استنباط الاحكام من هذا الفقه ودراستها وبيان الحكم المناسب للقضية المعروضة، لذلك فمبدأ الإحالة قد سد النقص التشريعي المذكور، و جنب المشرع الانتقادات التي من الممكن ان تثار

بشأن النقص التشريعي، كما وفر للقضاء الحلول السليمة والمنطقية في اغلب جزئيات الأحوال الشخصية المختلف فيها.

ثانيـاً : توفير الحلول وفق مذاهب الأشخاص.

كما هو معلوم ان الدين الإسلامي لا يكون على مذهب واحد، بل تتعدد المذاهب في الدين الإسلامي الى مذاهب متعددة، سواء داخل البلد الواحد ام في بلدان متعددة، وهذا الاختلاف في المذاهب له تأثير كبير بشأن تطبيق مسائل الأحوال الشخصية، فقد يقرر مذهب معين حكم معين في مسألة من مسائل الأحوال الشخصية، بينما يقرر مذهب آخر حكماً مختلف في ذات المسألة.

ان الفقه الإسلامي لو لم يأتي بصورة مرنة لكانت جميع احكامه واحدة لا يظهر فيها اختلاف بين المذاهب المتعددة، لذلك اختلفت وجهات النظر حول العديد من مسائله تبعاً الى اختلاف فهم كل فقيه من فقهاء المذاهب المذكورة، و يرى البعض هذا الاختلاف يجعل الامة غنية في تشريعها ولا يضيق من حاجاتها [١٠]، وهذا الاختلاف في الآراء بين مذاهب الدين الإسلامي في مسائل الأحوال الشخصية يرجع الى عدة أسباب هي :

١. الاختلاف في بعض ما تم استنباطه من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة بسبب الخلاف في فهم نصوص هذه المصادر، مثلاً الاختلاف بسبب لفظ مشترك بين معان متعددة، او الاختلاف في فهم التخصيص للنص العام.
٢. الاختلاف في مدى ثبوت حديث معين للرسول (ص) اذ قد يكون حديث معين ثابت بالتواتر لدى مذهب معين فيرتبون عليه حكماً معيناً، بينما ذات الحديث يعد غير ثابت لدى مذهب آخر فيرتبون عليه حكماً مغاير او لا يرتبون عليه حكماً من الأساس.
٣. اختلاف الفقهاء في فهم أساليب النصوص في تراكيبها، مثلاً دلالة عبارة النص على المفهوم المخالف للنص، كذلك دلالتها على فحواها او مقتضاها.

لذلك كل ما ذكر من اختلاف في الحكم بشأن مسائل الأحوال الشخصية له أثر كبير في نفوس الأشخاص وحسب مذاهبهم، فبالتأكيد كل شخص يرغب بل ويطلب بشدة بتطبيق الحكم الذي يقرره مذهبه بشان مسألة معينة من مسائل الأحوال الشخصية، وتجنب الاحكام التي يقرها أي مذهب آخر، حتى ان هذا التشدد قد وصل الى ذهن المشرع، فقد ينص المشرع على وجوب اتباع مذهب معين في المسائل التي لم يرد بشأنها نص، ففي هذه الحالة يجد القاضي نفسه ملزم بإتباع المذهب المذكور جرياً مع رغبات المشرع، فقد نص المشرع الاماراتي على " ٣ ـ اذا لم يوجد نص في هذا القانون يحكم بمقتضى المشهور من مذهب مالك، ثم مذهب احمد، ثم مذهب الشافعي، ثم مذهب ابي حنيفة ."[١١]، مثل هذه النص وشبهه لا يحقق ميزة التطبيق السليم للقانون، لكونه سيطبق حكم لمذهب واحد على جميع الأشخاص مهما كانت مذاهبهم، ولا يترك للقاضي حرية تطبيق مذهب كل شخص.

في المقابل قد يسمح المشرع للقاضي بتطبيق المذهب الأكثر ملائمة مع نصوص القانون بدون التقيد بمذهب معين، هذا النص يوفر الغاية المذكورة من وجود مبدا الإحالة التي تتمثل بتوفير الحلول وفق مذاهب الأشخاص، فقد نص المشرع العراقي على " ٢ ـ اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون "[١٢]، كما أكد المشرع العراقي على هذه الغاية في نص آخر اذ نص على ".

لذلك فإن إحالة القاضي الى مذهب كل شخص في مسألة معينة يعد من الأمور الإيجابية التي توفر الحل السليم، بما يحقق الاستقرار القانوني للحلول القانونية للوقائع المعروضة على القضاء.

ثالثاً : مبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي يعالج المسائل المستحدثة.

في الحقيقة هنالك الكثير جداً من المسائل المستحدثة في مجال الأحوال

الشخصية، والتي يكون لها تأثير كبير على العديد من احكام قانون الأحوال الشخصية، على سبيل المثال من المسائل المستحدثة هي مسألة تغيير الجنس البشري، وهو تلك العملية التي يتم من خلالها تغيير الأعضاء الظاهرة واجراء تعديلات على الأعضاء التناسلية للشخص، هذه العملية تأخذ شكلين هما (الشكل الأول) تحويل الذكر الى انثى، والشكل الثاني تحويل الانثى الى ذكر، وقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في جواز هذه العملية من عدمه، ومدى تأثيرها على حقوق كل شخص على الآخر، فظهرت آراء متعددة بشان كل جزئية من جزئيات هذه المسألة [١٣].

تطبيقاً لذلك فهذه المسائل المستحدثة لو لم يتم الاخذ بمبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي فبالتأكيد لن يتمكن القاضي غالباً من الوصول الى الحكم المناسب من خلال تطبيق النصوص القانونية فقط؛ لكونها لا تتضمن حلولاً لهذه المسائل العلمية المستحدثة، لذلك ومن اجل وضع الحلول الآنية والمستقبلية في مسائل الأحوال الشخصية قدر الإمكان فقد لجأ اغلب المشرعين في تشريعات الاسرة العربية المختلفة الى إقرار مبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي، لكونه يحقق الحلول للمسائل المستحدثة مهما كان نوعها.

رابعاً : مبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي يشكل حافزاً للفقهاء

في الحقيقة ان أهمية مبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي لا تقتصر فقط على التشريعات التي تنظم مسائل الأحوال الشخصية، اذ ان هذه الأهمية تمتد وينال الفقهاء نصيب منها، اذ نجد ان معرفة الفقهاء بوجود مبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي في تشريع ينظم مسائل الأحوال الشخصية، يعد امراً من الأمور التي تعمل على تحريك الطاقات الفاعلة لدى الفقهاء المسلمين، وفتح باب الاجتهاد على مصراعيه، و الغوص في ثنايا المسائل والتراث الفقهي والاستنارة به، من اجل وضع الحلول الفقهية في أي مسألة من المسائل التي لم ينظمها التشريع واحالها على الفقه الإسلامي [١٤].

المطلب الثاني

شروط مبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي وضوابطه

ان مبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي لا يتقرر بدون شروط يستند عليها، وفي حال وجود هذه الشروط لابدّ لهذا المبدأ ضوابط أصولية معينة يجب ان يعمل وفقها، لذلك سنقسم هذا المطلب على فرعين، في الفرع الأول نبين شروط مبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي، ونكرس الفرع الثاني الى ضوابط مبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي.

الفرع الأول

شروط مبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي

من خلال استقراء نصوص تشريعات الاسرة العربية التي قررت مبدأ إحالة القاضي على الفقه الإسلامي، يتبين لنا وجود عدة شروط يجب ان تتوافر لكي يستطيع القاضي ان يذهب ويستكشف عن الحلول في اراء ومذاهب الفقهاء المسلمين، وهذه الشروط هي.

اولاً : وجود نص قانوني يقرر مبدأ الإحالة

ان مبدأ الإحالة يعد من المبادئ المهمة والخطيرة في ذات الوقت؛ لأنه يحيل القاضي الى اراء فقهية إسلامية مستندة على التحليل الشخصي للفقيه حسب درجة اجتهاده، بعيداً عن النصوص القانونية التي يضعها المشرع، لذلك يجب لكي يتمكن القاضي من الانتقال الى الفقه الإسلامي والبحث فيه ان ينص القانون على جواز لجوء القاضي الى مبدا الإحالة والبحث عن الحلول في ثنايا اراء الفقهاء المسلمين.

لذلك نجد نص المشرع الجزائري على " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه الى احكام الشريعة الإسلامية "[١٥] ، كما نص قانون الأحوال الشخصية الأردني على " ما لا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه الى الراجح من مذهب أبي حنيفة "[١٦] ، كذلك نص قانون الأحوال الشخصية الكويتي على " كل ما لم يرد له حكم في هذا القانون يرجع الى المشهور في مذهب الامام مالك، فإن لم يوجد المشهور طبق غيره، فإن

لـم يوجـد حكـم اصـلاً طبقـت المبـادئ العامة في المذهب " [١٧].

بنـاءً علـى مـا تقـدم يتبـين لنـا ان تطبيـق مبـدا الإحالـة علـى الفقـه الإسـلامي يعتمـد وبشـكل كبيـر علـى التصـريح مـن قبـل المشـرع بجـواز إعمالـه في المسـائل التـي لـم يـرد بشـأنها حكـم، وهـذا التصـريح لـيس مـن بـاب التوثيـق بل هو شرط لتطبيق النص.

ثانيـاً : عـدم وجـود نـص قـانوني ينظم مسألة معينة

لا يكفـي ان يـنص المشـرع علـى جـواز تطبيـق مبـدأ الإحالـة علـى الفقـه الإسـلامي، بـل يجـب ان يتـوافر شـرط آخـر للقـول بصـحة إعمـال مبـدأ الإحالـة على الفقـه الإسـلامي، وهـو عـدم التنظيـم القـانوني لمسـألة معينـة لـم يـرد بشـأنها نـص، فقـد بينـا مسـبقاً ان اي مشـرع مهمـا كـان علـى درجـة كبيـرة مـن النضـج العقلي والقـانوني، فـلا يمكنـه رغـم ذلـك ان يحـيط بجميـع المسـائل التـي ينظمهـا التشـريع و بـالأخص قـانون الأحـوال الشخصـية، الـذي يتعـرض الـى الكثيـر مـن المسـائل المسـتحدثة، ولهـذا السـبب يقـوم المشـرع بتنظـيم جميـع مسـائل الأحـوال الشخصـية الموجـودة لحظـة سـن التشـريع فضـلاً عـن المسـائل التـي يتنبأ بهـا في هـذا الوقـت، كمسـائل الـزواج والطـلاق والنفقـة والحضـانة والوصـية والميـراث وغيرهـا، أمـا المسـائل الجزئيـة او المسـائل المسـتحدثة فيـترك للقاضـي مجـال الإحالـة علـى الفقـه الإسـلامي الـذي بالتأكيـد وفي الاغلـب الاعـم يحتـوي علـى حلـولاً لأغلـب مسـائل الأحـوال الشخصـية، لكونـه فقـه يهتم بالجزئيات الدقيقة بشكل كبير.

تطبيقـاً لـذلك يبـدو لنـا انـه في أي تشـريع خـاص بمسـائل الأحـوال الشخصـية سـنكون أمـام نـوعين مـن المسائل هي :

١. مسـائل متعلقـة بـالأحوال الشخصـية لهـا حكـم قـانوني ـ هـي تلـك المسـائل التـي يبينهـا المشـرع ويضـع حكمـاً قانونيـاً لهـا، فـلا يمكـن للقاضـي ان يطبـق غيـر الحكـم المـذكور في الـنص، ولا ان يطبـق مبـدا الإحالـة علـى الفقـه الإسـلامي، لـذلك هـذا النـوع مـن المسـائل لا يـدخل ضـمن نطـاق عمـل مبـدأ الإحالـة علـى الفقـه الإسـلامي، ولا يجـوز للقاضـي

الرجوع فيها الى الفقه الإسلامي لكونها مسائل تحتوي على حلولاً تشريعية.

٢. مسائل متعلقة بالأحوال الشخصية ليس لها حكم قانوني ـ هي تلك المسائل التي لم ينظمها المشرع اطلاقاً في اجزائها وعمومها، ام نظم منها الأجزاء العامة وترك الجزئيات ليتم حلها من خلال الإحالة الى الفقه الإسلامي، هذه المسائل تمثل نطاق عمل مبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي، ويجوز للقاضي اللجوء فيها الى اراء الفقهاء المسلمين تطبيقاً لمبدأ الإحالة.

الفرع الثاني

ضوابط عمل مبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي

بعد ثبوت مبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي عندما توافرت شروطه وفق ما بيناه سلفاً، يلجأ القاضي الى وجوب إعمال مبدأ الإحالة والبحث عن الحل المناسب وفق الطريق الذي يرسمه المشرع، لذلك هنالك ضوابط يتعين على القاضي اتباعها عند إعمال مبدأ الإحالة وهذه الضوابط هي :

اولاً : التقيد بالمذهب الفقهي الذي حدده المشرع.

عند استقراء تشريعات الاسرة العربية التي اخذت بمبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي، نجد انها قد رسمت طريقاً معيناً وفق ضوابط معينة يجب على القاضي التقيد به، فاذا نص المشرع على ضرورة اتباع مذهب معين بالتحديد، فيجب على القاضي التقيد برغبة المشرع وتطبيق الحكم الذي يقره المذهب المذكور بالنص القانوني، ولا يجوز للقاضي البحث عن الحكم في مذهب اخر.

اذ نجد ان المشرع قانون الأحوال الشخصية الأردني نص على " ما لا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه الى الراجح من مذهب أبي حنيفة " [١٨]، تطبيقاً لمبدأ الإحالة يجب على القاضي وفق النص المبين سلفاً عند تطبيقه لمبدأ الإحالة ان يتقيد بالمذهب الحنفي ولا يسوغ للقاضي البحث عن الحل وفق مذهب آخر.

وفي المقابل نجد بعض التشريعات لا تقيد القاضي بمذهب معين بل تجيز له الرجوع الى مذهب

من المذاهب، لكن بشرط ان يكون هذا المذهب هو الأكثر ملائمة لنصوص القانون، ومن هذه التشريعات المشرع العراقي الذي نص على " ٢ ـ اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون " [١٩] ، نلاحظ ان المشرع العراقي لم يقيد القاضي بمذهب معين، وجل ما تطلبه هو ان يكون حكم المذهب في مسألة معينة هو الأكثر ملائمة مع نصوص القانون العراق، ولم يبين النص ما هو المقصود بالملائمة وما هو معيارها، فهذه الأمور تعد من المسائل المتروكة للسلطة التقديرية للقاضي .

ثانيـاً : وجوب اتباع الحكم المشهور في المذهب الواحد.

في بعض الأحيان يجد القاضي عند تطبيق مذهب معين ان المذهب بحد ذاته متعدد الآراء والاحكام، اذ ينقسم اتباع المذهب الواحد الى أفكار واراء مختلفة لكل منهم رأيه بشأن مسالة معينة حسب وجهة نظره، فما هو الحكم في هذه الحالة، للإجابة نقول ان بعض التشريعات قد بينت الحكم الواجب الاتباع وهو ضرورة اتباع الحكم المشهور في المذهب المذكور، وهو ما نص عليه المشرع الاماراتي اذ نص على " ٣ ـ اذا لم يوجد نص في هذا القانون يحكم بمقتضى المشهور من مذهب مالك، ثم مذهب احمد، ثم مذهب الشافعي، ثم مذهب ابي حنيفة." [٢٠] ، نجد ان المشرع الاماراتي افترض مسألة تعدد الآراء في المذهب الواحد، فقرر اتباع الرأي المشهور في مذهب الامام مالك كما مبين في النص المذكور سلفاً.

المبحث الثاني

احكام مبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي

بعد ثبوت مبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي هنالك مجموعة من الاحكام التي تترتب على هذا المبدأ المهم، على الرغم من اختلاف هذه الاثار حسب توجه المشرع في نوع الإحالة المنصوص عليها، فضلاً عن تعدد تطبيقات هذا المبدأ في الفقه الإسلامي، لذلك سنقسم هذا المبحث على مطلبين، في المطلب الأول نبين، آثار مبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي،

ونتناول في المطلب الثاني تطبيقات مبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي.

المطلب الأول

آثار مبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي

يعد مبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي من اهم المبادئ القانونية المشتركة بين اغلب تشريعات الاسرة العربية، لما يترتب على هذا المبدأ من آثار متعددة، هذه الآثار تختلف بين ما اذا كانت الإحالة مقيدة ام غير مقيدة، لذلك سنقسم هذا المطلب على فرعين، في الفرع الأول نبين آثار الإحالة المقيدة، ونكرس الفرع الثاني الى آثار الإحالة غير المقيدة.

الفرع الأول

آثار الإحالة المقيدة

يراد بالإحالة المقيدة هي ان المشرع يحيل القاضي الى مذهب معين دون غيره، او مذاهب محددة دون غيرها، واخذ بهذا النوع من الإحالة كل من المشرع الأردني والمشرع الاماراتي والمشرع السوري والمشرع البحريني والمشرع القطري[٢١]، ويترتب على هذه الإحالة الاثار الآتية :

اولاً : وجوب التقيد بالمذهب المحدد قانونًا

في الحقيقة ان القاعدة الأصولية تقول (المطلق يجري على اطلاقه ما لم يقم دليل التقييد نصا او دلالة) التي تعني اذا ورد النص مطلقاً لم يقيد بأي قيد فيجب الأخذ به على اطلاقه وعدم تقييده، الا اذا وجد القيد نصاً او دلالة[٢٢]، لكن اذا وجد القيد في نص معين يجب مراعاة القيد وتطبيق الحكم الوارد في القيد، هذا القول ينطبق على الإحالة المقيدة اذ يجب مراعاة القيد القانوني، المتمثل بالمذهب المبين في النص او بتسلسل المذاهب التي حددها القانون، لذلك نجد في هذا النوع من الإحالة ان المشرع قد رسم طريقاً للمحكمة يجب عليها اتباعه وتطبيق ما يراه المشرع من رؤيا خاصة لمذهب معين .

يبدو لنا ان تحديد المذهب المقيد بالإحالة هو امر يرتبط كل الارتباط بالمذهب الذي يتبعه غالبية سكان بلد معين، فكل تشريع حدد مذهب مقيد للإحالة قد راعى المذهب الأكثر اتباعاً في أوساط المجتمع.

ثانيًا : اتباع التسلسل القانوني للمذاهب

في مجال الإحالة المقيدة قد لا يتمكن القاضي من الوصول الى حل للقضية المعروضة امامه بعد اتباع المذهب المعين في النص القانوني، فما هو الحكم في هذه الحالة، في الحقيقة بعد استقراء نصوص التشريعات التي اخذت بالإحالة المقيدة نجد انها انقسمت الى قسمين بشأن مدى الحلول القانونية في الفرض المبين وكما يأتي:

١. تشريعات وضعت الحلول القانونية بنص صريح.

اغلب المشرعين في تشريعات الاسرة العربية قد تنبهوا الى مسألة غياب الحلول الفقهية في المذهب المعين بالنص، تبعاً لذلك لم يتركوا المحكمة في وضع السكون والتأمل، بل رسموا لها طريقاً آخر في الفرض المذكور يجب عليها اتباعه، على سبيل المثال نجد ان المشرع البحريني اوجب على المحكمة عند عدم وجود حكم في المذهب المالكي، تلجأ المحكمة الى المذاهب السنية الأخرى فيما يخص المذهب السني، اما فيما يخص غياب الحكم في المذهب الجعفري، فيجب على المحكمة ان تطبق النصوص والقواعد العامة في الشريعة الإسلامية مع ضرورة ان يبين القاضي أسباب اللجوء الى اتباع هذه القواعد.

٢. تشريعات لم تضع الحلول القانونية بنص صريح.

بعض التشريعات لم تضع الحلول التي يجب على المحكمة اتباعها في حال انعدام الحل في المذهب الفقهي المعين بالنص من قبل المشرع، اما بسبب اغفال المشرع لهذه المسألة، او ثقته في وجود كافة الحلول في المذهب الذي يحدده او لأسباب أخرى، ومن هذه التشريعات القانون السوري الذي نص على اتباع المشهور في المذهب الحنفي [٢٣] ، و لم يبين ما هو الذي يجب على المحكمة ان تقوم به في حالة انعدام الحكم في الفقه الحنفي، لكن يبدو لنا ان الحكمة ملزمة بالفصل في القضية والا اعتبرت ناكرة للعدالة، لذلك يبدو لنا ان القاضي مكلف بالرجوع الى العرف او قواعد العدالة حسب

الأحوال، اما اذا لم يتمكن من الوقوف على الحل المناسب من خلال كل ما سبق فيحكم برد الدعوى اذا توافرت شروط الرد.

ثالثاً : نقض الحكم المخالف للمذهب المقيد في حال لم تتبع الحكمة المذهب المقيد بالنص، كأن اتبع مذهب اخر غير المذهب المحدد، او ان النص قيد المحكمة بالحكم المشهور في مذهب معين، وقامت الحكمة بإتباع غير المشهور في المذهب المذكور و اصدر الحكم وفق ما تقدم، يبرز التساؤل الآتي ما هو مصير هذا الحكم و مدى صحته، ابتداءً نقول ان تحديد المشرع في مبدأ الإحالة لمذهب معين يوجب على المحكمة اتباعه وليس لها سلطة تقديرية في ذلك، فاذا لم تتقيد الحكمة بالمذهب المذكور او بالرأي المشهور، فيعد حكمها غير صحيح قانوناً مشوباً بخطأ قانوني هو (مخالفة القانون او خطأ في تطبيقه) لذلك يعد حكمها قابلاً للطعن تمييزاً و ترد القضية الى المحكمة للنظر فيها وفق ما بينته محكمة التمييز [٢٤].

الفرع الثاني
آثار الإحالة غير المقيدة

يقصد بالإحالة غير المقيدة هي ان المشرع لا يقيد المحكمة بوجوب اتباع مذهب معين، بل يترك لها حرية اختيار المذهب الذي تراه يتناسب مع نصوص القانون بمجملها، وهو ما نص عليه المشرع العراقي والمشرع الجزائري والمشرع العماني [٢٥] ، ويترتب على هذا النوع من الإحالة الاثار الآتية :

اولاً : وجوب اتباع المذهب الأكثر ملائمة لنصوص القانون

في حقيقة الامر ان ترك المجال للمحكمة في اختيار المذهب الذي تراه مناسباً وان كان هذا الامر لا يقيد المحكمة بمذهب معين، الا انه اطلاق يشتمل على نوع من التحديد القانوني للحكم الذي يجب ان توجده المحكمة، هذا التحديد يتمثل بضرورة ان يكون رأي المذهب التي ستختاره المحكمة هو اكثر الآراء من بين المذاهب الأُخرى ملاءمة وتجانس وتقارب مع نصوص القانون بمجملها، لذلك منهج الإحالة غير المقيدة يشير

الى عدم الجمود على مذهب معين بالذات، لأن ما يضيق عند مذهب معين ونظرياته، ففي المذهب الآخر السعة والعلاج [٢٦].

على سبيل المثال اذا قامت المحكمة بتطبيق مبدأ الإحالة في مسألة غير منظمة تشريعياً، وكانت هذه المسألة متعلقة بمدى جواز التفريق بين الزوجين من عدمه، ففي هذا الفرض يجب النظر الى نصوص القانون بمجملها ومن ثم تحليلها واستنتاج هل ان نصوص القانون تتشدد في إيقاع التفريق القضائي بين الزوجين ام لا، فاذا تبين للحكمة ان النصوص القانونية تتشدد في إيقاع التفريق بين الزوجين فيجب على المحكمة ان تطبق رأي المذهب الذي يقرر عدم إيقاع التفريق في المسألة المذكورة، اما اذا تبين للمحكمة ان نصوص القانون المذكور لا تتشدد في إيقاع التفريق بين الزوجين وان القانون يُجوز إيقاع التفريق في مناسبات كثيرة، ففي هذا الفرض يجب على المحكمة ان تطبق رأي المذهب الذي يقرر إيقاع التفريق بين الزوجين في المسألة **المذكورة** .

ثانياً : بيان سبب اختيار مذهب معين دون غيره

مقتضى الإحالة غير المقيدة هو ترك الخيار للمحكمة في تحديد المذهب الذي يتلاءم مع نصوص القانون، وبالتأكيد ان المحكمة لابد لها ان تبين في حكمها أسباب اختيار مذهب معين دون غيره، لذلك فهي ملزمة بان تبين أولاً رأي المذهب الفقهي الذي وقع عليه الاختيار، ثم تبين الحكم الذي سيصدر في القضية المعروضة عليها بناءً على رأي المذهب المشار اليه، ثم بعد ذلك يجب عليها ان تبين أسباب اختيار المذهب المذكور دون غيره، وان تبين مدى الملائمة بين رأي هذا المذهب وبين نصوص القانون الذي أشار الى الإحالة.

يتأكد لنا ان مسألة بيان الملائمة بين رأي مذهب معين وبين نصوص القانون هي مسألة غاية في الصعوبة، فهي تعتمد على تقدير القاضي ومدى ثقافته القانونية وقدرته على الاستنتاج

من المصادر الفقهية الإسلامية، لذلك يتعين عليه القاضي ان يكون على اطلاع بآراء الفقهاء المسلمين من مختلف المذاهب وفي شتى المسائل.

لذلك بما ان مسألة الملائمة تتعلق بتقدير القاضي، فيجب عليه ان يبين اسباب اختيار مذهب معين، وهذا ما يسمى بتسبيب الحكم الذي يراد به بين المحكمة الأسباب والحجج القانونية التي دعت المحكمة الى الاخذ برأي دون آخر وبيان أسباب الرفض والقبول للحجج القانونية التي ابداها الخصوم [٢٧]؛ وتتثمل الغاية من التسبيب ان يتسنى لمحاكم الطعن الوقوف على حيثيات الحكم واسبابه عند الطعن فيه، لكي تقرر صحته ومن ثم تصديقه، او تقرر عدم صحته ومن ثم إعادة الدعوى الى المحكمة للنظر فيها من جديد.

وفي نطاق الإحالة غير المقيدة نجد موقفاً متميزاً للمنظومة التشريعية في المملكة العربية السعودية، اذ لا يوجد نظام خاص بالأحوال الشخصية في المملكة العربية السعودية، بل يتم حل مسائل الأحوال الشخصية من خلال الفتاوى الصادرة من الهيئات الشرعية في المملكة السعودية، والاحكام والاجتهادات الفردية للقاضي، وغالباً ما يتم الاستناد الى مذهب الامام احمد بن حنبل [٢٨].

كما يتم اللجوء الى وثيقة مسقط للنظام (القانون) الموحد للأحوال الشخصية لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية كنظام استرشادي، اذ وضع هذا القانون او النظام جملة من المواد القانونية المفصلة التي تحكم مسائل الأحوال الشخصية، كالزواج والطلاق والحضانة وغيرها، الا انه يلاحظ بأن هذه الوثيقة ليس لها قوة الزامية كقوة أي نظام قانوني سعودي، بل هي وثيقة استرشادية صدرت عام (١٩٩٦ م) كقانون استرشادي نافذ لمدة اربع سنوات بعد ذلك تم تمديد العمل بها لمرات عديدة.

وقد نصت هذه الوثيقة على مبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي بالقول " ب ـ اذا لم يوجد نص في هذا القانون يحكم بمقتضى القواعد العامة في الشريعة الإسلامية " [٢٩] ، يلاحظ على هذا النص أمرين هما :

١. ان النص اخذ بمبدأ الإحالة غير المقيدة بمذهب معين، مما يعني انه يمنح المحكمة سلطة تقديرية في اختيار رأي المذهب الأكثر ملائمة لنصوص القانون .
٢. ان النص أشار الى تطبيق القواعد العامة في الشريعة الإسلامية، وهذه القواعد العامة لا تعني آراء الفقه الإسلامي بمذاهبه المختلفة، لذلك كان من الأفضل ان يشير النص الى الرجوع الى احكام الفقه الإسلامي بدلاً من تطبيق القواعد العامة في الشريعة الإسلامية.

المطلب الثاني

تطبيقات مبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي

في حقيقة الامر لا يمكن حصر تطبيقات مبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي في تشريعات الاسرة العربية، بل يمكن القول ان التطبيق يظهر في كل مسألة لم ينظمها المشرع، لذلك سنبين بعض تطبيقات مبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي في القانون العراقي، اذ سنبين في الفرع الأول تطبيقات مبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي في الزواج، ونكرس الفرع الثاني الى تطبيقات مبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي في الوصية والميراث .

الفرع الأول

تطبيقات مبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي في الزواج

تظهر تطبيقات الإحالة على الفقه الإسلامي في الزواج واثاره في مواضع كثيرة، وسنبين بعض هذه المواضع :

اولاً : الكفاءة في عقد الزواج.

ينصرف معنى الكفاءة في عقد الزواج الى ضرورة ان يكون الزوج مساوياً لحال الزوجة او اعلى منها في أمور مخصوصة ومحددة، وبالرجوع الى الفقهاء المسلمين نجد انهم اختلفوا بشأن اشتراط الكفاءة في عقد الزواج من عدمه الى اتجاهين هما :

الاتجاه الأول ــ ذهب أصحاب هذا الاتجاه وهو قول للحنابلة ورأي الظاهرية [٣٠]، الى ان الكفاءة ليست شرط في عقد الزواج، فيصح الزواج ويلزم سواء أكان الزوج كفء للزوجة ام لا، واستدلوا بعدة ادلة هي :

أ- **القران الكريم**: قوله تعالى : ﴿ **إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ** ﴾ [٣١]

ب- **السنة النبوية الشريفة:** قول الرسول ﷺ " الناس سواسية كأسنان المشط لا فضل لعربي على اعجمي، انما الفضل بالتقوى " [٣٢].

الاتجاه الثاني ـ هم جمهور الفقهاء من الامامية والأحناف والشافعية والمالكية والحنابلة [٣٣]، الذين اشترطوا الكفاءة مستدلين بأدلة أهمها :

أ- **السنة النبوية الشريفة** ـ قول الرسول ﷺ: " لا تزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجوهن الا من الاكفاء " [٣٤].

ب- **المعقول:** ان الزواج يحقق مصالح عديدة لا يمكن تحقيقها الا اذا وجد تقارب بين الزوجين، وفي حال انعدام التكافؤ سيمنع هذا التقارب.

وعند الرجوع الى قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ نجد انه لم يتطرق الى معنى او حكم الكفاءة في عقد الزواج، فلم ينص على انها شرط لصحة عقد الزواج او نفاذه او لزومه، هذا الامر يتطلب الى حل قانوني معين، وهذا الحل يكمن من خلال الرجوع الى اراء الفقه الإسلامي تطبيقاً لمبدأ الإحالة الوارد في القانون المذكور، من اجل استخراج الحكم الأكثر ملاءمة لنصوص القانون.

وعند التمعن في نص المادة الرابعة، والمادة التاسعة من هذا القانون [٣٥]، نجد ان فيها إشارة الى مراعاة جانب الكفاءة في بعض الجوانب، واعتبار ان الكفاءة هي حق للزوجة فقط ، لكن لم يبين المشرع مدى اشتراط الكفاء في عقد الزواج من عدمه، لذلك عند الرجوع الى اراء الفقهاء المسلمين تطبيقاً لمبدأ الإحالة يبدو من الافضل الاخذ برأي من يتشرط الكفاءة في عقد الزواج (جمهور الفقهاء) ، لكونه الرأي الأكثر ملاءمة لنصوص القانون.

ثانياً : طلاق السفيه

السفيه هو " الذي يبذر أمواله فيما لا مصلحة له فيه وفي غير مقتضى العقل والشرع " [٣٦] ، لقد اختلف الفقهاء في صحة طلاق السفيه من عدمه الى اتجاهين هما :

الاتجاه الأول: جمهور الفقهاء وهم الاحناف والمالكية والشافعية والحنابلة، ذهبوا الى صحة طلاق السفيه سواء محجوراً عليه ام لا. ودليلهم ويصح طلاق السفيه قياساً على صحة نكاحه، كما ان الطلاق هو من الأمور المتعلقة بشخصه لا بماله فيصح طلاقه اذن [٣٧].

الاتجاه الثاني: وهم كل من الامامية [٣٨]، وابن ابي ليلى، ذهبوا الى القول بعدم وقوع طلاق السفيه الا اذا اذن له وليه او وصيه. ودليلهم هو ان الطلاق اشبه بالتصرفات المالية لما يترتب عليه من آثار مهمة، كالمهر والعدة واجرة حضانة الأولاد والمتعة، لذلك لا يقع طلاق السفيه الا بإذن من يمثله.

وبخصوص المشرع العراقي نجد انه قد نص على الأشخاص الذين لا يقع طلاقهم ولم يكن السفيه من بينهم [٣٩] ، لذلك لابد من تطبيق مبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي وبيان الرأي الفقهي الأكثر ملائمه لنصوص القانون، اذ يجب النظر الى جميع ما يتعلق بطلاق السفيه من آثار مالية، اذ يترتب على صحة طلاقه تبعات مالية متعددة نحو استحقاق المهر ونفقة الحضانة وغير ذلك، وبالتالي نجد ان الرأي الأكثر ملائمة لنصوص القانون هو الرأي (الامامية وابن ابي ليلى) الذي يقرر عدم صحة طلاق السفيه، للأسباب المبنية سلفاً.

ثالثاً : أثر عمل المرأة بإذن زوجها على حق النفقة

لم يبين المشرع العراقي أثر عمل المرأة على حقوقها الزوجية بصورة عامة كالحضانة والنفقة وغيرها، هذا يعني انه أحال الامر الى الفقه الإسلامي، ففي هذا الفرض تقوم المرأة بالعمل بناءً على إذن زوجها وموافقته الصريحة أو الضمنية، فما هو أثر هذا العمل على نفقة الزوجة، في الحقيقة اختلف الفقهاء المسلمين بشأن نفقة الزوجة العاملة بإذن زوجها إلى اتجاهين هما:

الرأي الأول ـ ذهب اصحاب هذا الرأي إلى سقوط نفقة الزوجة العاملة مطلقًا، سواء أذن لها الزوج أم

لا، وهم الشافعية[٤٠] والأحناف[٤١]، ودليلهم هو من المعقول، إذ قالوا أن النفقة واجبة جزاء الاحتباس، فاذا خرجت للعمل ففي ذلك إضرارًا بالزوج، ويتمثل هذا الاضرار في انقاص حق الزوج في الاحتباس الكامل الواجب على الزوجة في العقد.

الرأي الثاني ـ ذهب اصحاب هذا الرأي إلى إن نفقة الزوجة لا تسقط بخروجها للعمل بناءً على إذن الزوج وموافقته، وهو قول المالكية [٤٢] والحنابلة [٤٣]، وادلتهم هي استدلالهم بالمعقول من وجهين هما:

أ- أن الزوج قد رضيّ بالاحتباس الناقص، فالاحتباس حقه ويحق له أن يتنازل عنه.

ب- إن العرف الجاري هو أن المرأة اصبحت مسؤولة عن الأسرة، لذلك فهي تشارك الزوج المسؤولية.

وعند تطبيق مبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي وفقاً لقانون الأحوال الشخصية العراقي يتحتم على المحكمة ان تتحرى على الرأي الأكثر ملائمة لنصوص القانون، ومن خلال الرجوع الى نصوص القانون العراقي نجد انه اقام أهمية للشروط المقترنة بعقد الزواج وألزم الوفاء بها اذ نص على " ٣ ــ الشروط المشروعة التي تشترط ضمن عقد الزواج معتبرة يجب الإيفاء بها . ٤ ــ للزوجة طلب فسخ العقد عند عدم ايفاء الزوج بما اشترط ضمن عقد الزواج " [٤٤]، هذا يعني ان المشرع العراقي قد اعترف بالقوة الملزمة للشرط المقترن بعقد الزواج، لذلك يجب احترام الشرط المشروع في هذا العقد، لذلك يتبين لنا ان الرأي الأكثر ملائمة لنصوص القانون هو رأي الاتجاه الثاني (المالكية والحنابلة) الذين يقررون عدم سقوط نفقة الزوجة العاملة اذا اشترطت في عقد الزواج ان يسمح لها الزوج بالعمل و وافق الزوج على ذلك .

الفرع الثاني

تطبيقات مبدأ الإحالة في الوصية والميراث

هنالك الكثير من تطبيقات مبدأ الإحالة في مجال الوصية والميراث في

قانون الأحوال الشخصية العراقي، لكن سنبين اهم هذه التطبيقات من اجل الوقوف على افضل تطبيق لمبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي .

أولا: نوع القتل المانع من الميراث او الوصية .

ان المشرع العراقي اعتبر القتل مانع من الوصية اذ نص على " يشترط في الموصى له ... ٢ ـ ان لا يكون قاتلاً للموصي" [٤٥] ، الا انه لم يبين ما هو نوع القتل المانع من الوصية هل هو القتل العمد العدوان ام مطبق القتل ام غير ذلك، كما ان المشرع العراقي قد حدد موانع الميراث ولم يكن من ضمنها القتل (قتل الوارث للمورث) على الرغم من الاهتمام الكبير الذي حظي به هذا الموضوع عند الفقهاء المسلمين [٤٦]، اذ اختلفوا في نوع القتل المانع من الوصية والميراث الى عدة اراء هي :

الرأي الأول: يرى أصحاب هذا الرأي وهم الشافعية والحنابلة، ان القتل المانع من الوصية والارث هو مطلق القتل، سواء أكان قتل عمد ام خطأ، قتل بحق ام بغير حق.

الرأي الثاني :ذهب أصحاب هذا القول وهم الاحناف، الى ان القتل المانع هو المباشر (العمد والخطأ) مع توافر العدوان الموجب للقصاص والدية .

الرأي الثالث: يرى أصحاب هذا الرأي وهم كل من الامامية والمالكية، ان القاتل المانع من الوصية والميراث هو القتل العمد العدوان، اذن القتل الخطأ لا يعد مانعًا.

بعد بيان موقف المذاهب الإسلامية من مسألة نوع القتل المانع من الوصية والميراث، وبما ان المشرع العراقي لم يبين نوع هذا القتل نجد ان الامر يحتم على المحكمة تطبيق مبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي لتحديد نوع القتل المانع من الميراث، لكن مع مراعاة ان يكون الرأي المختار هو الأكثر ملائمة لنصوص القانون، وعند التمعن في الآراء السابقة نجد ان بعضها يكون اقرب الى تحقيق العدالة اكثر من الآخر، اذ نجد ان الرأي الثالث (الامامية والمالكية) يكون اقرب الى تحقيق العدالة، من حيث انه لا يحرم

القاتل من الميراث الا اذا كان متعمد ومعتدي، اما القتل الخطأ فهو قتل بغير تعمد، فلا لا يؤاخذ عليه بشأن الوصية والميراث، تطبيقاً لذلك نجد ان الرأي الثالث هو الأقرب لنصوص القانون العراقي، على الرغم من اننا نرى ضرورة تعديل النص المبين سلفاً وبيان نوع القتل المانع من الميراث والوصية والاخذ بالرأي الذي رجحناه مسبقاً.

ثانياً : ميراث ابن الزنا

الزنا هو" كل وطء وقع من نكاح غير صحيح ولا شبهة نكاح ولا ملك يمين وهو محرم " [٤٧]، لقوله تعالى :" ولا تقربوا الزنا انه كان فاحشة وساء سبيلا " [٤٨]. اتفق فقهاء المذاهب الإسلامية على ان ابن الزنا مقطوع النسب الى ابيه ولا ينسب اليه شرعاً، فلا توارث بينهما لانعدام سبب الإرث، لذلك لا يرث من ابيه ولا من اقاربه ولا يرثه ابيه و لا اقاربه، بل ينحصر نسبه من امه فقط، لكن رغم ذلك اختلف الفقهاء المسلمون بشأن ارث ابن النا من امه وارث امه منه على رأيين هما :

الرأي الأول : ذهب أصحاب هذا الرأي وهم جمهور الفقهاء من الاحناف والمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية [٤٩]، الى القول ان ولد الزنا يرث من جهة امه فقط لأنه ولدها ومنسوب اليها، والنسب سبب للميراث.

الرأي الثاني: يرى أصحاب هذا الرأي وهم الامامية عدم جواز الإرث بين ابن زنا وامه مطلقاً، لأن الزنا جريمة فلا يثاب عليها بالإرث [٥٠]

وبخصوص المشرع العراقي نجد انه لم ينظم مسألة ميراث ابن الزنا، مما يعني إحالة هذه المسألة على الفقه الإسلامي، وبالرجوع الى اراء الفقهاء المسلمين يجب مراعاة الرأي الأكثر مراعاة لنصوص القانون، في الحقيقة لا يمكن انكار نسب ولد الزنا من امه، اذ ان صلته من امه مؤكدة، وبالتالي يتوافر فيه سبب من أسباب الإرث التي نص عليها القانون وهي القرابة، لذلك هو يرث من امه وترث منه، مما يعني ان الرأي الأقرب لنصوص القانون هو رأي جمهور الفقهاء المسلمين، الذين

يرون جواز ارث ابن الزنا من امه وارثه منها .

ثالثًا : اثر عودة المفقود على الميراث

نص المشرع العراقي على " تعاد أموال الغائب والمفقود اليه عند حضوره ... " [٥١] ، نلاحظ ان هذا النص يقرر احقية المفقود في استرداد أمواله عند عودته، لكنه لم يميز بين الأموال المستهلكة والأموال غير المستهلكة كما تقدم بيانه، بل أحال المسألة الى الفقه الإسلامي والاخذ بالرأي الأكثر ملائمة لنصوص القانون.

وعند الرجوع الى اراء الفقهاء المسلمين نجد ان الرأي الراجح يذهب الى ضرورة التمييز بين امرين هما [٥٢]:

١. **ارث المفقود من الغير** ــ اذا كان المفقود وارثا لغيره ففي هذا الفرض يحجز له نصيبه من تركة و يرد ذلك المال المحجوز إلى ورثة مورثه، كل حسب حصصهم فيما لو اذا كان مرثهم المفقود ميتاً ، لكن اذا ظهر المفقود بعد الحكم بموته، اذ اتفق الفقهاء على انه من مورثه غير مقسوم على الورثة، فهو أحق به لأنه ماله الشخصي، كما اتفق الفقهاء على أنّ نصيبه هذا إن قسم على ورثة مورثه ، وكان موجودا لم يستهلك أو يتلف فهو أحق به.

٢. **ارث الغير من المفقود** ــ في هذا الفرض يكون المفقود هو المورث، فإذا صدر حكم بوفاة المفقود

وتم تقسيم أمواله على ورثته ثم عاد المفقود ففي هذا الفرض ينبغي التمييز بين امرين هما [٥٣]:

أ- **الأموال المستهلكة من قبل الورثة** ــ هي تلك الأموال التي استهلكها الورثة، فاذ حصل وقسمت أموال المفقود على ورثته ثم عاد المفقود، ففي هذا الفرض ذهب الاحناف الى ان عدم جواز مطالبة الورثة بما استهلكوه من أموال، ذلك لأن القاضي قد ثبتت له ولاية الانفاق نيابة عن المفقود، بينما ذهب جمهور الفقهاء الى

جواز تضمين الورثة المال المستهلك .

ب- **الأموال غير المستهلكة من قبل الورثة** ـ اذا ظهر المفقود حيا ثم تبين أن تركته لو توزع بعد فتبقى تركته له ولا يتم الاستمرار بإجراءات تقسيم التركة، سواء أكان هذا المال في يد ورثته أو في يد غيرهم.

الخاتمة

بعد الانتهاء من هذه الدراسة سنبين اهم ما توصلنا اليه من نتائج ومقترحات.

اولاً : النتائج

١. يعد مبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي من اهم المبادئ القانونية المشتركة بين تشريعات الاسرة العربية؛ لما يحققه هذا المبدأ من حلول قانونية واسعة، يستطيع المشرع من خلاله ان يتلافى أي نقص تشريعي في النصوص القانونية الخاصة بالأحوال الشخصية .

٢. ان مبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي في تشريعات الاسرة العربية لم يرد بشكل واحد، اذ اختلف مسلك التشريعات بهذا الشأن، فبعض التشريعات قيدت الإحالة بمذهب او مذاهب معينة واصطلحنا على هذا النوع من الإحالة بالإحالة المقيدة، وفي المقابل بعض التشريعات لم تقيد المحكمة بمذهب معين، وجل ما تطلبه المشرع هو ان يكون رأي المذهب الفقهي هو الأكثر ملائمة لنصوص القانون، واصطلحنا على هذا النوع بالإحالة غير المقيدة.

٣. لا يمكن حصر تطبيقات مبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي بتطبيقات محددة على سبيل الحصر، اذ تتعدد هذه التطبيقات بشكل كبير لتشمل بعض المسائل القديمة والكثير من المسائل المستحدثة.

ثانياً : المقترحات

١. نص المشرع العراقي في المادة (١/ ف ١) على الإحالة الى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص القانون، وبينا ان مبادئ الشريعة الإسلامية لا ترادف

مصطلح الفقه الإسلامي، لذلك ندعو الى تعديل نص هذه الفقرة لتكون بالشكل الآتي " اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى الفقه الاسلامي الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين ".

٢. ان المشرع العراقي المادة (٦٨/ ف ٢) قد جعل قتل الموصى له للموصي مانعاً من استحقاق الموصى له للوصية، لكنه لم يبين نوع القتل المانع، واقترحنا الاخذ بمذهب المالكية والامامية الذي اعتبر القتل العمد العدوان هو المانع، لذلك نقترح تعديل نص المادة حسب الصياغة الاتية " " يشترط في الموصى له ... ٢ ـ ان لا يكون قاتلاً للموصي عمداً وعدواناً ".

٣. ان المشرع العراقي لم يعتبر القتل مانع من موانع الإرث، على الرغم من اتفاق اغلب المذاهب الإسلامية على اعتبار القتل مانع من موانع الميراث، لذلك نقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة واعتبار القتل العمد العدوان مانع من الميراث، ونقترح ان يكون النص بالشكل الاتي " يشترط في الوارث الا يكون قاتلاً للمورث عمداً وعدواناً".

٤. نقترح تعديل نص المادة (٢٨٢ / ب) من وثيقة مسقط الموحد للأحوال الشخصية لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربي، لكونه اخذ بمبدأ الإحالة ونص على الرجوع الى القواعد العامة في الشريعة الإسلامية وليس الى الفقه الإسلامي، لذلك نقترح تعديل النص المذكور ليكون بالشكل الآتي " اذا لم يوجد نص في هذا القانون يحكم بمقتضى الفقه الإسلامي الأكثر ملائمة لنصوص القانون ".

٥. ندعو الجهات المختصة في المملكة العربية السعودية الى ضرورة الإسراع في سن نظام خاص يحمل اسم (نظام الأحوال الشخصية للمملكة العربية السعودية) خاصة بعد تزايد الحاجة والدعوات الى سن مثل

هـذه النظـام، ونقـترح ان يتضـمن هـذه النظـام الـنص علـى مبـدأ الإحالـة على الفقـه الإسـلامي حسـب مـا يـراه المختصون .

الهوامش

(١) . (المادة الأولى / ف ١) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل.

(٢) . (المادة ٢/ ف ٣) من قانون الأحوال الشخصية لدولة الامارات العربية المتحدة رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥ المعدل.

(٣) . للمزيد ينظر د. مصطفى سالم بخيت، المبادئ العامة للقانون بوصفها مصدراً للقانون الدولي الجنائي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، المجلد ٣٢، الإصدار ١، ٢٠١٧، ص ٣٠٨ .

(٤) . محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين المعروف ابن منظور، لسان العرب، ج ٩، دار المعارف، القاهرة، بدون سنة طبع، ص ١٠٥٥.

(٥) . للمزيد حول هذه التعاريف ينظر الشيخ عبد الله بن الشيخ المحفوظ بن بيه، الفقه الإسلامي تعريف وتطوره ومكانته، بحث منشور في مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد ١، السنة ١، ص ١١٧.

(٦) . حمد بوجمعة، اثر احكام الفقه الإسلامي في القانون المدني الجزائري، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية العلوم الإسلامية جامعة لخضر . باتنة ، الجزائر، السنة الجامعية ٢٠١٧ . ٢٠١٨ ، ص ٢٠ .

(٧) . د. عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، دار عمر بن الخطاب، مصر، ١٩٦٩م، ص ٦٥ و ص٦٦.

(٨) . نصت (المادة ١ / ف ١) قانون الأحوال الشخصية العراقي على " ٢ . اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون" كما نصت المادة (١ / ف ٢) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ على " فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص القانون دون التقيد بمذهب معين ... " ، يلاحظ ان المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية و في القانون المدني ايضاً، قد وقع في ذات الخطأ التشريعي بشأن الفرق بين مبادئ الشريعة الإسلامية وبين احكام الفقه الإسلامي، اذ نجد انه أحال القاضي عند غياب النص الى العرف (في القانون المدني) فاذا لم يوجد عرف يطبق مبدأ الإحالة الى مبادئ الشريعة الإسلامية وليس الى الفقه الإسلامي، وكما هو معروف ان مبادئ الشريعة الإسلامية تختلف عن الفقه الإسلامي، فهذه المبادئ في حقيقتها مبادئ قليلة ولا تسعف القاضي في الوصول الى الحكم المناسب، لذلك كان من الأفضل على المشرع العراقي ان يحيل القاضي الى الفقه الإسلامي بدلاً من مصطلح مبادئ الشريعة الإسلامية .

(٩) . للمزيد ينظر د. عصمت عبد المجيد، مشكلات التشريع دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة طبع، ص ٢٠٧ وما بعدها.

(١٠) . د. مصطفى الزرقا، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، المدخل الفقهي العام، ط١، دار القلم، دمشق، ١٩٩٨، ص ٢٢٦.

(١١) . (المادة ٢/ ف ٣) من قانون الأحوال الشخصية لدولة الامارات العربية المتحدة المعدل.

(١٢) . (المادة الأولى / ف ١) من قانون الأحوال الشخصية العراقي .

(١٣) . للمزيد ينظر د. حاتم احمد عباس، تغيير الجنس البشري وموقف الشريعة الإسلامية منه، بحث منشور في مجلة ديالى، العدد الثاني والخمسون، ٢٠١١، ص ٨ وما بعدها.

(١٤) . د. نبيل موفق، التلفيق التشريعي في قانون الاسرة الجزائري واثره في معالجة المستجدات الفقهية الاسرية، بحث منشور في مجلة معهد العلوم الإسلامية، جامعة الوادي، العدد الخاص بمؤتمر الملتقى الدولي الثاني، ٢٠١٨، ص ١١١.

(١٥) . (المادة ٢٢٢) من قانون الاسرة الجزائري رقم ٨٤ لسنة ١٩٨٤ المعدل.

(١٦) . (المادة ١٨٣) من قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة ١٩٧٦.

(١٧) . (المادة ٣٤٣) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤ المعدل.

(١٨) . (المادة ١٨٣) من قانون الأحوال الشخصية الأردني المعدل .

(١٩) . (المادة الأولى / ف ١) من قانون الأحوال الشخصية العراقي المعدل .

(٢٠) . (المادة ٢/ ف ٣) من قانون الأحوال الشخصية لدولة الامارات العربية المتحدة المعدل.

(٢١) . نص المشرع الأردني في المادة (١٨٣) من قانون الأحوال الشخصية الأردني على " ما لا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه الى الراجح من مذهب أبي حنيفة " ، كما نص المشرع الاماراتي في المادة (٢ / ف ٣) من قانون الأحوال الشخصية لدولة الامارات العربية المتحدة على " ٣ . اذا لم يوجد نص في هذا القانون يحكم بمقتضى المشهور من مذهب مالك، ثم مذهب احمد، ثم مذهب الشافعي، ثم مذهب ابي حنيفة ."كما نص المشرع السوري في المادة (٣٠٥) من قانون الأحوال الشخصية السوري رقم ٥٩ لسنة ١٩٥٣ على "كل ما لم يرد عليه نص في هذا القانون يرجع فيه الى القول الأرجح في المذهب الحنفي " ، كذلك نصت المادة (٣) من قانون الاسرة البحريني رقم ١٩ لسنة ٢٠١٧ على " فيما يم يرد بشأنه نص في هذا القانون يحكم القاضي بالنسبة لمن يطبق عليهم الفقه السني بالمشهور في المذهب المالكي، فإن لم يوجد اخذ بغيره من المذاهب الأربعة في الفقه السني، ويحكم بالمشهور في الفقه الجعفري بشأن من يطبق عليهم الفقه الجعفري، واذا تعذر ذلك حكم القاضي بالنصوص والقواعد الفقهية العامة في الشريعة الإسلامية لأسباب يبينها في حكمه" ، كما نصت المادة (٣) من قانون الاسرة القطري رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٦ على " فيما لم

يرد بشأنه نص في هذا القانون، يعمل بالرأي الراجح في المذهب الحنبلي، ما لم تر الحكمة الاخذ بغيره لأسباب تبينها في حكمها، واذا لم يوجد رأي راجح في المذهب الحنبلي لواقعة لم يرد بشأنها نص خاص في هذا القانون، طبق القاضي ما يراه ملائماً من اراء المذاهب الأربعة، واذا تعذر ذلك طبق القواعد الفقهية العامة في الشريعة الإسلامية".

(٢٢) . د. عبد الكريم زيدان، الوجيز في شرح القواعد الفقهية، ط ١، مؤسسة الرسالة، بيروت، ٢٠٠١، ص ٢٨ وما بعدها.

(٢٣) . نصت المادة (٣٠٥) من قانون الأحوال الشخصية السوري "كل ما لم يرد عليه نص في هذا القانون يرجع فيه الى القول الأرجح في المذهب الحنفي ".

(٢٤) . نصت المادة (٢٠٣) من قانون المرافعات العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ على " للخصوم بطريق التمييز ... في الأحوال الآتية : ١. اذا كان الحكم قد بني على مخالفة للقانون او خطأ في تطبيقه او عيب في تأويله " .

(٢٥) . نصت المادة (١/ ف ٢) من قانون الأحوال الشخصية العراقي على " ٢ . اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون " ، كما نصت المادة (٢٢٢) من قانون الاسرة الجزائري على "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه الى احكام الشريعة الإسلامية " كذلك نصت المادة (٢٨١ / د) من قانون الأحوال الشخصية في سلطنة عمان الصادر بالمرسوم رقم ٣٢ لسنة ١٩٩٧ على " اذا لم يوجد نص في هذا القانون يحكم بمقتضى قواعد الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون" .

(٢٦) . القاضي ياسر محمد سعيد قدو، أثر الحالات النفسية في قضايا الأحوال الشخصية، المركز العربي للنشر والتوزيع، ط ١، مصر، ٢٠١٨ م، ص ٣٣.

(٢٧) . للمزيد ينظر د. اجياد ثامر نايف الدليمي و د. ياسر باسم ذنون، الحكم المدني وحالات التناقض فيه دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، المجلد ١٧، العدد ٩، ٢٠١٠، ص ٦٥٧.

(٢٨) . د. موسى محمود إغبارية، البلوغ والرشد في الشريعة الإسلامية، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة طبع، ص ٢٦٩.

(٢٩) . (المادة ٢٨٢ / ب) وثيقة مسقط للنظام (القانون) الموحد للأحوال الشخصية لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية لسنة ١٩٩٦ .

(٣٠) . ابن قدامة المقدسي، المغني مع الشرح الكبير، ج٣ ، دار الكتاب العربي، بيروت، بدون سنة طبع، ص ٣٣. أبو محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم الظاهري، المحلى بالآثار، ج ٩، دار الفكر، بيروت، بدون سنة طبع، ص ١٥١.

(٣١) . سورة الحجرات / الآية ١٣.

(٣٢) . اخرجه محمد بن إسماعيل الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، ج ٣، دار احياء التراث العربي، بدون مكان طبع، ١٩٦٠ م ، ص ١٢٩.

(٣٣) . الحر العاملي، وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة، ط ١، ج ١٨، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، ١٤٣١ هـ ، ص ٤٩ . كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بالكمال بن الهمام، شرح فتح القدير، ط ١، ج ٢، المطبعة الكبرى الاميرية ببولاق، بدون مكان طبع، ١٣٥١ هـ ، ص ٤١٧. محمد بن احمد الشربيني، مغني المحتاج لمعرفة الفاظ المنهاج، ج ٣، مطبعة مصطفى البابي، بدون مكان طبع، ١٩٣٣م، ص ١٦٤. محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج ٢، دار الفكر، بدون مكان وسنة طبع، ص ٢٤٨. ابن قدامة، مصدر سابق، ج ٦ ، ص ٤٨٠.

(٣٤) . اخرجه ابن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ج ٩، دار المعرفة، بيروت، بدون سنة طبع، ص ١٣٣.

(٣٥) . تنص (المادة ٤) من قانون الأحوال الشخصية العراقي على " ينعقد الزواج بإيجاب . يفيده لغة او عرفاً . من احد العاقدين وقبول من الآخر ويقوم الوكيل مقامه."، كما نصت (المادة ٩) من ذات القانون على " ١. لا يحق لأي من الأقارب او الاغيار اكراه أي شخص، ذكراً كان ام انثى على الزواج دون رضاه، ويعتبر عقد الزواج بالإكراه باطلاً، اذا لم يتم الدخول، كما لا يحق لأي من الأقارب او الاغيار منع من كان اهلاً للزواج، بموجب احكام هذا القانون ... " .

(٣٦) . د. عبد المجيد الحكيم و د. عبد الباقي البكري ود. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج١، مطبعة وزارة التعليم العالي العلمي، بغداد، ١٩٨٠، ص ٧٩.

(٣٧) . للمزيد ينظر د. محمد عبد الهادي عبد الستار و د. طارق جمعة السيد راشد، الوجيز في شرح قانون الاسرة القطري رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٦، ج١، دار لمار للنشر والتوزيع، الجيزة، ٢٠١٩، ص ١٧١.

(٣٨) . د. كاظم المصطفوي، الأحوال الشخصية الاطلاق، ط ١، مطبعة بقيع، بدون سنة طبع، ص ٣٦.

(٣٩) . نصت (المادة ٣٥) من قانون الأحوال الشخصية العراقي على " لا يقع طلاق الأشخاص الآتي بيانهم : ١. السكران والمجنون والمعتوه والمكره ومن كان فاقد التمييز من غضب او مصيبة مفاجئة او كبر او مرض. ٢. المريض في مرض الموت او في حالة يغلب في مثلها الهلاك اذا مات في ذلك المرض او تلك الحالة وترثه زوجته .

(٤٠) . زكريا الانصاري، أسنى المطالب في شرح روضة الطالب، ج٣، دار الكتب العلمية، بيروت،٢٠٠٠، ص٤٣٦.

(٤١) . أبو الفضل يحيى بن سلامة الحصكفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج٢، دار الفكر، بيروت، ١٣٨٢هـ، ص٥٧٧.

(٤٢) . محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، مصدر سابق، ج٢، ص٣٤٣.

(٤٣) . ابن قدامة ، مصدر سابق، ص ١٨٩.

(٤٤) . (المادة ٦) من قانون الأحوال الشخصية العراقي .

(٤٥) . (المادة ٦٨ / ف ٢) من قانون الأحوال الشخصية العراقي.

(٤٦) . للمزيد ينظر د. حيدر حسين كاظم الشمري، المختصر في احكام الوصايا والميراث في التشريع العراقي والفقه الإسلامي، ط ٢، دار الوارث للطباعة، بدون مكان طبع، ٢٠١٩، ص ١٠٧ وما بعدها.

(٤٧) . د. حيدر حسين كاظم الشمري، المصدر نفسه، ص ١٢٩.

(٤٨) . سورة الاسراء / الآية ٣٢.

(٤٩) . زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم، البحر الرائق، ج ٨، دار المعرفة، بيروت، بدون سنة طبع، ص ٥٤٧. مالك بن انس، المدونة الكبرى، ط ١، ج ٢، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٤م، ص ٥٩٥. يحيى بن شرف النووي، المجموع، ج ٩، مكتبة الارشاد، جدة، بدون سنة طبع، ص ١٦٩. ابن قدامة، مصدر سابق، ج ٩، ص ١١٤. أبو محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم الظاهري، مصدر سابق، ج ٩، ص ٣٠٢.

(٥٠) . الحر العاملي، الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية، ج ٢٦، مطبعة امير، قم، ١٤١٧ هـ ، ص ٢٧٥.

(٥١) . المادة ٩٧ من قانون رعاية القاصرين العراقي رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠.

(٥٢) . للمزيد ينظر د. عبد الله محمد ربابعة، الآثار المترتبة على عودة المفقود بعد الحكم باعتباره ميتاً في الفقه الإسلامي والقانون الأردني، بحث منشور في مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد ١٢، العدد ١، ٢٠١٥، ص ٣١٤ وما بعدها.

(٥٣) . القاضي ريزان محسن سمين، احكام موت المفقود حكماً في القانون العراقي وتطبيقاته القضائية، بحث مقدم الى مجلس القضاء لإقليم كردستان العراق ، ٢٠١٧، ص ٢٢.

قائمة المصادر

- بعد القرآن الكريم

اولاً : كتب الحديث الشريف

١. ابن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ج ٩، دار المعرفة، بيروت، بدون سنة طبع.

٢. محمد بن إسماعيل الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، ج ٣، دار احياء التراث العربي، بدون مكان طبع، ١٩٦٠ م.

ثانياً : معاجم اللغة العربية

١. محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين المعروف ابن منظور، لسان العرب، ج ٩، دار المعارف، القاهرة، بدون سنة طبع.

ثالثاً: كتب الفقه الإسلامي

١. الحر العاملي، الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية، ج ٢٦، مطبعة امير، قم، ١٤١٧ هـ.
٢. الحر العاملي، وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة، ط ١، ج ١٨ ، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، ١٤٣١ هـ.
٣. أبو محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم الظاهري، المحلى بالآثار، ج ٩، دار الفكر، بيروت، بدون سنة طبع.
٤. ٤يحيى بن شرف النووي، المجموع، ج ٩، مكتبة الارشاد، جدة، بدون سنة طبع.
٥. مالك بن انس، المدونة الكبرى، ط ١، ج ٢، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٤م.
٦. زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم، البحر الرائق، ج ٨، دار المعرفة، بيروت، بدون سنة طبع.
٧. كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بالكمال بن الهمام، شرح فتح القدير، ط١، ج٢، المطبعة الكبرى الاميرية ببولاق، بدون مكان طبع، ١٣٥١ هـ .
٨. محمد بن احمد الشربيني، مغني المحتاج لمعرفة الفاظ المنهاج، ج ٣، مطبعة مصطفى البابي، بدون مكان طبع، ١٩٣٣م.
٩. محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج ٢، دار الفكر، بدون مكان وسنة طبع.
١٠. ابن قدامة المقدسي، المغني مع الشرح الكبير، ج ٦، دار الكتاب العربي، بيروت، بدون سنة طبع.

١١. د. عبد الكريم زيدان، الوجيز في شرح القواعد الفقهية، ط ١، مؤسسة الرسالة، بيروت، ٢٠٠١.
١٢. د. مصطفى الزرقا، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، المدخل الفقهي العام، ط١، دار القلم، دمشق، ١٩٩٨.
١٣. ١٣ . د. عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، دار عمر بن الخطاب، مصر، ١٩٦٩م.
١٤. د. كاظم المصطفوي، الأحوال الشخصية الاطلاق، ط ١، مطبعة بقيع، بدون سنة طبع.
١٥. زكريا الانصاري، أسنى المطالب في شرح روضة الطالب، ج٣، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٠.
١٦. أبو الفضل يحيى بن سلامة الحصكفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج٢، دار الفكر، بيروت، ١٣٨٢هـ.

رابعاً : الكتب القانونية

١. د. حيدر حسين كاظم الشمري، المختصر في احكام الوصايا والميراث في التشريع العراقي والفقه الإسلامي، ط ٢، دار الوارث للطباعة، بدون مكان طبع، ٢٠١٩.
٢. د. محمد عبد الهادي عبد الستار و د. طارق جمعة السيد راشد، الوجيز في شرح قانون الاسرة القطري رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٦، ج١، دار لمار للنشر والتوزيع، الجيزة، ٢٠١٩.
٣. د. عصمت عبد المجيد، مشكلات التشريع دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة طبع.
٤. د. عبد المجيد الحكيم و د. عبد الباقي البكري ود. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج١، مطبعة وزارة التعليم العالي العلمي، بغداد، ١٩٨٠.
٥. د. موسى محمود إغبارية، البلوغ والرشد في الشريعة الإسلامية، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة طبع.
٦. القاضي ياسر محمد سعيد قدو، أثر الحالات النفسية في قضايا الأحوال الشخصية، المركز العربي للنشر والتوزيع، ط ١، مصر، ٢٠١٨ م .

خامساً: البحوث والرسائل والاطاريح

١. د. اجياد ثامر نايف الدليمي و د. ياسر باسم ذنون، الحكم المدني وحالات التناقض فيه دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، المجلد ١٧، العدد ٩، ٢٠١٠.

٢. د. نبيل موفق، التلفيق التشريعي في قانون الاسرة الجزائري واثره في معالجة المستجدات الفقهية الاسرية، بحث منشور في مجلة معهد العلوم الإسلامية، جامعة الوادي، العدد الخاص بمؤتمر الملتقى الدولي الثاني، ٢٠١٨.

٣. د. حاتم احمد عباس، تغيير الجنس البشري وموقف الشريعة الإسلامية منه، بحث منشور في مجلة ديالى، العدد الثاني والخمسون، ٢٠١١.

٤. الشيخ عبد الله بن الشيخ المحفوظ بن بيه، الفقه الإسلامي تعريف وتطوره ومكانته، بحث منشور في مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد ١، السنة ١.

٥. د. مصطفى سالم بخيت، المبادئ العامة للقانون بوصفها مصدراً للقانون الدولي الجنائي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، المجلد ٣٢، الإصدار ١، ٢٠١٧.

٦. القاضي ريزان محسن سمين، احكام موت المفقود حكماً في القانون العراقي وتطبيقاته القضائية، بحث مقدم الى مجلس القضاء لإقليم كردستان العراق ، ٢٠١٧.

٧. د. عبد الله محمد ربابعة، الآثار المترتبة على عودة المفقود بعد الحكم باعتباره ميتاً في الفقه الإسلامي والقانون الأردني، بحث منشور في مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد ١٢، العدد ١، ٢٠١٥.

٨. حمد بوجمعة ، اثر احكام الفقه الإسلامي في القانون المدني الجزائري، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية العلوم الإسلامية جامعة لخضر ـ باتنة ، الجزائر، السنة الجامعية ٢٠١٧ ـ ٢٠١٨.

سادساً: القوانين

١. قانون الأحوال الشخصية السوري رقم ٥٩ لسنة ١٩٥٣ .

٢. قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل.

٣. قانون المرافعات العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩.

٤. قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة ١٩٧٦.

٥. قانون رعاية القاصرين العراقي رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠.
٦. قانون الاسرة الجزائري رقم ٨٤ لسنة ١٩٨٤ المعدل.
٧. قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤ المعدل.
٨. وثيقة مسقط للنظام (القانون) الموحد للأحوال الشخصية لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية لسنة ١٩٩٦.
٩. ٩قانون الأحوال الشخصية في سلطنة عمان الصادر بالمرسوم رقم ٣٢ لسنة ١٩٩٧.
١٠. قانون الأحوال الشخصية لدولة الامارات العربية المتحدة رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥ المعدل.
١١. قانون الاسرة القطري رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٦.
١٢. قانون الاسرة البحريني رقم ١٩ لسنة ٢٠١٧ .