



جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة القادسية - كلية القانون
قسم القانون الخاص

الحجية القانونية للرأي الفقهي في إنهاء

الرابطة الزوجية

(دراسة مقارنة)

رسالة تقدمت بها الطالبة

أنوار علي هادي حمزة

إلى مجلس كلية القانون جامعة القادسية كجزء من متطلبات

نيل درجة الماجستير في القانون الخاص

إشراف

أ.م. د. هدى سعدون لفته

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾

صَدَقَ اللَّهُ الْعَلِيُّ الْعَظِيمُ

النحل : الآية ﴿٤٣﴾

الإهداء

إلى كل من دعمني وآمن بقدرتي على إتمام هذه المسيرة العلمية الى
والدي العزيزين الى اخوتي واختي العزيزة الى خالاتي العزيزات ، الى من
رحلت عنا جسدا وبقيت حكمة واثرا الى جدتي الحبيبة التي كان دعاؤها
حصني ووجودها امانني أهدي هذا الجهد الى روحها الزكية داعية الله ان
يجعل هذا العمل في ميزان حسناتها ...

عائتي الكريمة

إلى من غمروني بعلمهم ونصحهم، وكان لتوجيههم السديد الأثر البالغ في
تقويم هذا العمل وسداده...

أساتذتي الأفاضل

أهديكم جميعاً ثمرة هذا العناء .

الشكر والعرفان

الحمدُ لله حمداً كثيراً طيباً مباركاً فيه، مِلءَ السماوات ومِلءَ الأرض، وأشكره :عز وجل: على ما أكرمني به من إتمام هذه الدراسة. وأفضل الصلاة وأتم التسليم على المبعوث رحمة للعالمين، النبي محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

يسرني ويشرفني أن أتقدم بخالص شكري وعظيم امتناني وعرفاني إلى الأستاذ المساعد الدكتور هدى سعدون لفته ، التي غمرتني بعلمها الوافر وتوجيهاتها السديدة، ولم تبخل عليّ بنصحٍ أو وقت، فكان لجهدهما الأثر البالغ في تقويم هذا العمل وإظهاره بالشكل الأكاديمي المطلوب.

ويسمو العرفان بذكر جناب الأستاذ المساعد الدكتور صفاء متعب فجة فجزاه الله عني خير الجزاء الذي لم يبخل علي بالنصح والإرشاد.

كما اتقدم بأسمى عبارات الشكر والعرفان والامتنان الى اخي دكتور حسنين علي ، لدعمه المستمر و وقوفه بجانبي ، وتشجيعه الدائم لي طوال مسيرتي العلمية حتى اتمام هذه الدراسة. كما أتقدم بالشكر والتقدير إلى عمادة كلية القانون في جامعة القادسية المتمثلة بالاستاذ الدكتور نظام جبار طالب المحترم والى السيد رئيس قسم القانون الخاص جناب الأستاذ الدكتور حسين عبيد شعواط ، وإلى أعضاء الهيئة التدريسية الأفاضل لما قدموه لنا من علم ومعرفة طوال مسيرتنا الدراسية.

وأخيراً، أتوجه بالشكر لكل من مدّ لي يد العون والمساعدة من الباحثين والقانونيين، وسهّل عليّ الوصول إلى المصادر والمراجع لإتمام هذه الدراسة.



الباحثة

الملخص

ان ما يميز قانون الأحوال الشخصية عن غيره من القوانين هو انه يعتمد على احكام الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي يستقي احكامه منه، والاحكام الشرعية في اغلب الأحيان تحتاج الى تفسير او بيان ماهيتها ومعانيها بسبب غموضها اوحتى عدم وجود حكم خاص يرد على القضاء ، ومن هنا يبرز دور الرأي الفقهي بوصفه الوسيلة المثلى التي تعالج هذه الاشكالية . وتتمثل الجدلية المستمرة في الفكر القانوني والقضائي في مفهوم "الرأي الفقهي"؛ وهو ذلك الجهد الإستنباطي المعمق الذي يضعه فقهاء الشريعة والقانون من أجل معالجة النوازل والوقائع المستجدة وفق أطر ضابطة وأساس شرعي وقانوني متين. ولما كانت مسائل انتهاء الرابطة الزوجية من طلاق وخلع وتفريق تقف في طليعة المسائل الحيوية التي تمس بنيان المجتمع، فإن القيمة القانونية للرأي الفقهي وطبيعتها تظل مسألة جوهرية تتأثر بالتحولات التشريعية المعاصرة، وتتعكس مباشرة على استقرار الأحكام القضائية وحماية الحقوق الزوجية والمراكز القانونية المترتبة عليها.

وستنبع المنهج التحليلي المقارن بين قانون الأحوال الشخصية ومدونة الاحكام الجعفرية وتكتسب دراسة القيمة القانونية للرأي الفقهي في انتهاء الرابطة الزوجية أهمية استثنائية بالنظر إلى التحول الجذري والتطور التشريعي المعاصر الذي طرأ على تكيف هذا الرأي؛ حيث أحدثت التعديلات في قانون الأحوال الشخصية وعلى رأسها مدونة الأحكام الجعفرية رقم (١) لسنة ٢٠٢٥ - منطلقاً مغايراً تماماً لما استقر عليه العمل في ظل قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩. فقد تحول الرأي الفقهي في التوجه التشريعي الحديث من كونه عنصراً استرشادياً غير ملزم للقاضي، يستأنس به من أجل وضع الحلول عند غياب النص أو غموضه مع منحه حرية كاملة وسلطة تقديرية واسعة ومرونة في اختيار ما يراه مناسباً ومتوافقاً مع واقع المجتمع ومتطلبات العدالة، إلى نص ملزم وقاعدة تشريعية واجبة التطبيق يتعين على القاضي النزول عندها والالتزام بمقتضاها من دون أن تترك له المدونة أي سلطة تقديرية في القبول أو الرفض، وهو ما أكدته صراحة التوجهات الفقهية الصادرة عن إجابة المجلس العلمي.

وتظهر اشكالية الدراسة بسبب التحول البنيوي من السمة الاسترشادية إلى السمة الإلزامية المطلقة يثير حزمة من الإشكاليات القانونية والعملية المعقدة، وتبرز المشكلة بشكل جلي عند تفكيك أطر اعتماد الرأي الفقهي وشروطه وطبيعته؛ فبينما كان القانون رقم ١٨٨ يمنح القاضي مجالاً واسعاً لتقدير الآراء المتعددة واختيار المذهب الأنسب من دون حصر، جاءت مدونة الأحكام

الجعفرية رقم (١) لسنة ٢٠٢٥ لتقيد هذا النطاق بشكل صارم؛ فلم يعد هناك تعدد في الآراء الفقهية التي يجوز اللجوء إليها، بل نصت صراحة على وجوب الرجوع والالتزام بالرأي الفقهي "المشهور" في النجف الأشرف حصراً. وبذلك حظرت المدونة على القاضي الانتقال إلى أي رأي فقهي جعفري آخر في حواضر علمية ومحافظات أخرى مثل كربلاء أو قم، وهو تحديد استثنائي يستدعي البحث والتأصيل لبيان شروطه القانونية والشرعية، ومدى تأثيره على اتجاهات القضاء وسلطة القاضي التقديرية في فض منازعات إنهاء العلاقة الزوجية.

وتبرز خطورة هذا الواقع الجديد عند إسقاطه على التطبيقات القضائية العملية والقرارات الصادرة في قضايا إنهاء الرابطة الزوجية، ولا سيما في المسائل المالية والآثار المترتبة عليها، ومن أبرزها قضايا "تقويم المهر بالذهب". فقد شهدت المنظومة القضائية تذبذباً واضحاً وإرباكاً في القرارات والأحكام؛ فبينما اتجهت بعض المحاكم والقرارات التمييزية سابقاً إلى الحكم بتقويم المهر بالذهب وإجازته كضمانة لحقوق المرأة، جاءت المراكز الفقهية المستحدثة في مدونة الأحكام الجعفرية رقم (١) لسنة ٢٠٢٥ لتلغي هذه الفقرة تماماً معلنة عدم وجود تقويم بالذهب. هذا التذبذب القضائي المستمر -بين الإبقاء والحذف والتعديل- يعكس حالة عدم الاستقرار في المراكز القانونية للمتقاضين، ويؤثر على وجود فجوة حقيقية بين النص الفقهي حيث أن الرأي الفقهي أوسع من الفتوى حيث أن الفتوى هي صورة من صور الرأي الفقهي حيث تصدر في جواب للسؤال أو ضمن مؤلف أو بحث ، حيث أن كل فتوى هي رأي فقهي ولكن ليس كل رأي فقهي هو فتوى والرأي الفقهي إذا تبناه المشرع فإن أُلزام القاضي يصبح ناشئ من القوة القانونية لاجمرد رأي فقهي والواقع القضائي المتغير.

المحتويات

الموضوع	رقم الصفحة
المقدمة	٤-١
الفصل الأول الإطار المفاهيمي للرأي الفقهي	٦٢-٥
المبحث الأول: التعريف بالرأي الفقهي	٣٤-٥
المطلب الأول: ماهية الرأي الفقهي	١٩-٦
الفرع الأول: تعريف الرأي الفقهي	١٣-٦
الفرع الثاني: شروط الرأي الفقهي	١٩-١٣
المطلب الثاني: أساس الرأي الفقهي	٣٤-١٩
الفرع الأول: الأساس القانوني للرأي الفقهي	٢٦-٢٠
الفرع الثاني: الأساس الشرعي للرأي الفقهي	٣٤-٢٧
المبحث الثاني: طبيعة الرأي الفقهي	٦٢-٣٤
المطلب الأول: حجية الرأي الفقهي	٤٩-٣٥
الفرع الأول: الرأي الفقهي بوصفه من النظام العام والإلزام	٤٤-٣٥
الفرع الثاني: الرأي الفقهي بوصفه قاعدة مفسرة واسترشادية	٤٩-٤٤
المطلب الثاني: ضوابط التزام القضاء بالرأي الفقهي	٦٢-٥٠
الفرع الأول: حدود سلطة القاضي في تبني الرأي الفقهي	٥٦-٥٠
الفرع الثاني: أثر تعدد الآراء الفقهية في توجيه القضاء	٦٢-٥٦
الفصل الثاني الإطار العملي لحجية الرأي الفقهي في إنهاء الرابطة الزوجية	١٣٤-٦٣
المبحث الأول: إجراءات الرأي الفقهي في إنهاء الرابطة الزوجية	٩٣-٦٣
المطلب الأول: السلطة التقديرية لقاضي الموضوع في اللجوء إلى الرأي الفقهي	٧٩-٦٤

٧٢ - ٦٤	الفرع الأول: مدى لجوء القاضي الى الرأي الفقهي في حالة وجود النص
٧٩-٧٢	الفرع الثاني: مدى لجوء القاضي إلى الرأي الفقهي في حالة عدم وجود النص
٩٣ - ٧٩	المطلب الثاني: آليات المحكمة في مخاطبة دور الإفتاء لتقديم الفتوى
٨٥-٨٠	الفرع الأول: الإجراءات القانونية لمخاطبة دور الإفتاء
٩٣ - ٨٥	الفرع الثاني: اثر الفتوى الصادرة عن دور الإفتاء في تكوين قناعة القاضي
١٣٤ - ٩٣	المبحث الثاني: التطبيقات القضائية لحجية الرأي الفقهي في إنهاء الرابطة الزوجية
١١١-٩٣	المطلب الأول: تطبيقات الارادة في انتهاء الرابطة الزوجية
١٠٦ - ٩٤	الفرع الأول: الطلاق
١١١ - ١٠٦	الفرع الثاني: الخلع
١٣٤ - ١١٢	المطلب الثاني: التطبيقات غير الإرادية في إنهاء الرابطة الزوجية
١٢٤-١١٢	الفرع الأول: التفريق بين الزوجين بحكم القضاء
١٣١-١٢٤	الفرع الثاني: التفريق بين الزوجين بحكم الشرع
١٣٤ - ١٣٢	الخاتمة
١٥٠-١٣٥	المصادر
A-B	الملخص باللغة الإنكليزية

المقدمة

المقدمة

لغرض البحث في موضوع الحجية القانونية للرأي الفقهي في إنهاء الرابطة الزوجية دراسة تحليلية مقارنة بين التشريع العراقي لقانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ ومدونة الأحكام الجعفرية رقم (١) لسنة ٢٠٢٥ ، يتوجب علينا أولاً تحديد أهميته ، وأسباب اختياره ، والمشكلة التي دعت الى دراسته ، كذلك يقتضي رسم هيكلي ومنهج لبحثه ، لذا سنقسم المقدمة الى اقسام عدة:

أولاً: التعريف بالموضوع

تعد الأسرة اللبنة الأساس في بناء المجتمع ، وصلاحيها صلاح الى الأمة بأسرها ، وعلى هذا الأساس أولت الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية أهمية كبيرة في تنظيم الروابط الأسرية وما ينشأ عنها من آثار. وفي القانون العراقي، لدينا قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل الذي تطبق احكامه على كل شخص عراقي بغض النظر عن مذهب ، هذا بالإضافة الى مدونة الاحكام الجعفرية رقم (١) لسنة ٢٠٢٥ كإطار فقهي وقانوني يستند بخصوصية كاملة الى الفقه الأمامي الجعفري في تنظيم مسائل الأحوال الشخصية العراقي.

إن سبب اللجوء الى الرأي الفقهي يكون يتمثل بأن النصوص القانونية مهما بلغت دقتها تكون عاجزة عن استيعاب النوازل والوقائع المتجددة كافة وبسبب هذا القصور يبرز الرأي الفقهي بوصفه أداة حيوية لا غنى عنه لرفد المنظومة القضائية بالأحكام التي تتناسب مع المجتمع في حالة غياب النص بوصفه إستنباطاً لجهد فكري يستند الى الادلة الشرعية المتمثلة في القرآن والسنة النبوية المطهرة و الاجماع ويعتبر الرأي الفقهي وفق قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) الرأي الفقهي فيه ملزم الى القاضي في اغلب احواله فعندما لا يجد القاضي نصاً في القانون فيذهب الى احكام الشريعة واذا وجد حكماً فيها لا يستطيع تركه والأ كان منكراً للعدالة ، وعلى خلاف ذلك نجد أن مدونة الأحكام الجعفرية قد جعلت الرأي الفقهي ملزم الى القاضي ويجب أن يمثل له من دون أن يكون له حرية اختيار الرأي الفقهي فهو ملزم له في حالة وجود أو عدم وجود النص القانوني.

إن هذا الرأي الفقهي لكي يتم اعتماده واعتباره ملزم للقاضي لابد أن يستند الى جملة من الشروط الواجب توافرها لكي يكون ملزم ويجب أن يصدر ضمن جملة من الأطر القانونية لكي يناسب الواقع المجتمعي ، والسلطة التقديرية للقاضي من الموضوعات المهمة في قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) إذ تمثل أداة حيوية تمكن القاضي من تحقيق العدالة وفق ظروف كل قضية

على حدة خاصة في مسائل انتهاء الرابطة الزوجية لأنه يعمل على تحقيق التوازن بين النصوص القانونية والواقع الاجتماعي ، في مدونة الأحكام الجعفرية فقد تم تقييد هذه السلطة التقديرية من القاضي كونه لا يتمتع بالشروط الواجب توافرها في الفقيه ولذلك لا يمكن أن يوصف القاضي على أنه حاكم شرعي.

ثانياً: أهمية الموضوع

تتجلى أهمية الموضوع في الجوانب العلمية والعملية والتشريعية على النحو الآتي :

١. الأهمية العلمية (النظرية) : تكمن في تسليط الضوء على النظام القانوني والفقه الذي ينظم مسائل الأحوال الشخصية في العراق ، من خلال إيجاد المقاربة المنهجية والتحليلية بين القواعد العامة في قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ وتطبيقاته ، وبين الأحكام التفصيلية المستمدة من الفقه الجعفري وفق مدونة الأحكام الجعفرية رقم (١) لسنة ٢٠٢٥ ، مما يرفد المكتبة القانونية بدراسة تأصيلية تكشف عن أوجه التداخل والتباين في الأساس القانوني والشرعي للأحكام القضائية وتسليط الضوء على طبيعة الرأي الفقهي ومدى انسجامه مع المقاصد الشرعية والقانونية.

٢. الأهمية العملية (التطبيقية) : تظهر الأهمية في رفق العمل القضائي برؤية قانونية واضحة حول طرق تطبيق النصوص التشريعية والبدائل الفقهية عند غياب النص أو غموضه ، بما يساعد القضاة على الفصل في المنازعات المعروضة عليهم في قضايا انتهاء الرابطة الزوجية وضبط السلطة التقديرية للقاضي من أجل تحقيق العدالة والحد من التعسف.

٣. الأهمية التشريعية : المساعدة في كشف أوجه القصور أو الغموض في النصوص القانونية المتعلقة في إنهاء الرابطة الزوجية ، واقتراح الحلول.

ثالثاً: إشكالية البحث :

تتركز إشكالية البحث بصورة أساس حول سؤال رئيس يتمثل ، بـ (ما هي القيمة القانونية واثرها في الاعتماد على الرأي الفقهي في أحكام محاكم الأحوال الشخصية وفق قانون رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ ، وكيف يتكامل أو يتعارض مع مدونة الأحكام الجعفرية رقم (١) لسنة ٢٠٢٥؟) وينبثق من هذا السؤال الرئيس مجموعة من التساؤلات الفرعية الآتية :

١. ما الطبيعة القانونية والشرعية للقواعد والآراء الفقهية التي يستند إليها القضاء العراقي في حالة عدم وجود نص قانوني يحكم الواقعة المعروضة ؟

٢. هل يؤدي تعدد المصادر الفقهية واختلاف الآراء الاجتهادية الى تباين في المراكز القانونية لأطراف العلاقة الزوجية امام القضاء ، وكيف يمكن توحيد التكييف القانوني بما يضمن انسجام الأحكام القضائية كون أن القاضي ملزم برئي فقهي واحد ولا يوجد هنالك تعدد في الآراء الفقهية من أجل أن يقوم في اختيار الانسب ؟

٣. هل منحت مدونة الأحكام القضائية سلطة تقديرية للقاضي واعتبرته حاكم شرعي أم لا في مسائل انتهاء الرابطة الزوجية ؟

٤. هل أن القاضي ملزم في الرأي الفقهي الصادر من المجلس العلمي أو يتمتع بسلطة تقديرية في أن يختار رأياً فقهياً آخر من المذهب الجعفري يتناسب مع ما معروض امامه؟

٥. هل يعد القاضي في محاكم الأحوال الشخصية حاكم شرعي بحيث أنه يتمتع بذات السلطة التي يتمتع بها الحاكم الشرعي وفق المذهب الجعفري ؟

٦. كيف يمكن للقاضي أن يمثل الى قرار المجلس العلمي وهل يعد هذا خرق لمبدأ أساس وهو استقلال القضاء أو لا؟

وعليه ، فإن البحث يتناول هذه الاشكالية بالتحليل والتفصيل ، للكشف عن مدى دقة وعمق مدونة الأحكام الجعفرية رقم (١)، وبيان اتساع نظامها ومرونته من أجل مواكبة تطورات المجتمع. رابعاً: تتمثل أسباب اختيار الموضوع بالاتي

١. تحديد المرجعية الفقهية عند غياب النص والحاجة الملحة الى بيان اعتماد الرأي الفقهي المناسب في مسائل انتهاء الرابطة الزوجية من أجل سد الفراغ التشريعي.

٢. مواكبة الحراك التشريعي والفقهي المعاصر في وقت تشهد فيه الساحة القانونية العراقية نقاش حيوي ومستمر حول التكييف القانونية للخصوصية المذهبية (لاسيما أحكام الفقه الجعفري) لذا فإن دراسة هذا الموضوع تهدف الى تقديم قراءة قانونية موضوعية ومقارنة متوازنة نبتعد عن الأحكام العامة وتستند الى الدليل الفقهي والتشريعي المعتمد.

٣. انطلاقاً من واقع القضاء العراقي ، وما يواجهه القضاة من اشكالات عملية عند عدم وجود نص قانوني يطبق على المسألة المعروضة امامه، سواء في قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ أم مدونة الأحكام الجعفرية رقم (١) لسنة ٢٠٢٥.

٤. لبيان كيفية ممارسة القاضي سلطته التقديرية في قضايا انتهاء الرابطة الزوجية.

٥. خدمة للقضاة والمحامين من خلال توضيح نطاق وضوابط السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي في قضايا إنهاء الرابطة الزوجية ، وبيان كيفية تنزيل الأحكام على الوقائع العملية بماضمن التوازن بين الحقوق.

٦. خدمة للبحث العلمي والفقه من خلال إبراز مدى دقة وعمق نصوص قانون الأحوال الشخصية ونظامه القانوني ، وبيان اثر السلطة التقديرية للقاضي في حماية الطرف الاضعف في العلاقة الزوجية.

٧. سد النقص في المكتبة من خلال رد الفقه القانوني بدراسة اكايدمية متخصصة تجمع بين اصالة الموروث الفقهي الجعفري وبين حداثة الصياغة التشريعية ، بما يمنح الباحثين والقضاة مرجع تحليلي دقيق.

خامساً: منهجية البحث

تقوم الدراسة على اتباع المنهج التحليلي المقارن من أجل تحليل النصوص القانونية المتعلقة في اختيار الرأي الفقهي الملائم وبيان السلطة التقديرية للقاضي في اعتماد الرأي الفقهي وفق قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩، ومدونة الأحكام الجعفرية رقم (١) لسنة ٢٠٢٥.

سادساً: هيكلية البحث

نظرا الى أهمية موضوع الدراسة سنقسم البحث على فصلين تسبقهما مقدمة ، نتناول في الفصل الأول الإطار المفاهيمي للرأي الفقهي وسنوضح ذلك من خلال مبحثين ، نتناول في المبحث الأول ماهية الرأي الفقهي الذي يتضمن مطلبين ،المطلب الأول التعريف بالرأي الفقهي، والمطلب الثاني أساس الرأي الفقهي أما المبحث الثاني فسنتناول فيه طبيعة وحجية الرأي الفقهي يتضمن مطلبين، المطلب الأول حجية الرأي الفقهي أما المطلب الثاني مدى التزام القاضي بالرأي الفقهي.

والفصل الثاني فسنتناول فيه الإطار العملي لحجية الرأي الفقهي في إنهاء الرابطة الزوجية سنوضح ذلك من خلال مبحثين ايضا، نتناول في المبحث الأول اجراءات الرأي الفقهي في إنهاء الرابطة الزوجية الذي يتضمن مطلبين، المطلب الأول السلطة التقديرية لقاضي الموضوع في اللجوء الى الرأي الفقهي ، والمطلب الثاني نتناول اليات المحكمة في مخاطبة دور الافتاء لتقديم الفتوى أما المبحث الثاني فسنتناول التطبيقات القضائية لحجية الرأي الفقهي في إنهاء الرابطة الزوجية الذي يتضمن مطلبين ، فسنتناول في المطلب الأول تطبيقات الإرادة في إنهاء الرابطة الزوجية والمطلب الثاني نتناول التطبيقات غير الإرادية في إنهاء الرابطة الزوجية.

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي للرأي الفقهي

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي للرأي الفقهي

من حيث المبدأ الأحكام الشرعية أما أن تكون نصوصاً قطعية الثبوت والدلالة وإما أن تكون نتائج إستنباطية يجتهد الفقهاء في الوصول إليها عبر أدواتهم العلمية وهنا تظهر قيمة الرأي الفقهي لا بوصفه بديلاً عن النص بل بوصفه مُكمِّلاً له في المجالات المسكوت عنه والمتغير والمستجد وفي المسائل الظنية التي لم يُجمع الفقهاء على حكم لها ويحظى الرأي الفقهي بمكانة عميقة في البناء العلمي للشريعة الإسلامية فهو يشكل إحدى الأدوات المركزية التي بها يُعبّر الفقيه عن اجتهاده حول مسألة واقعية أو نظرية قد لا يرد بشأنها نصٌ صريحٌ أو قطعي ومن هنا فإن دراسة الإطار المفاهيمي للرأي الفقهي تُعدّ ضرورة علمية لفهم طبيعة الأحكام التي تتشكل خارج دائرة النصوص الثابتة التي تستند إلى اجتهاد بشري منضبط بقواعد الأصول قاطع فيها أن الرأي الفقهي بما يمثله من صيغة اجتهادية يتكوّن من عناصر معرفية وأصولية وعقلية فهو لا ينبني على الظن المطلق ولا على المزاج الشخصي بل على أسس عقلية ونصوص شرعية وقرائن واقعية وعليه سيقسم هذا الفصل على مبحثين في المبحث الأول نتناول تعريف الري الفقهي وشروطه وفي المبحث الثاني نتناول أساسه الشرعي والقانوني.

المبحث الأول

التعريف بالرأي الفقهي

إن التأسيس العلمي لفهم الرأي الفقهي يقتضي التوقف عند ماهيته بوصفه مصطلحاً اجتهادياً أصيلاً في الفكر الإسلامي فالرأي الفقهي لا يعد حكماً تشريعياً قائماً بذاته بل هو نتيجة عملية عقلية- شرعية يجتهد فيها الفقيه ضمن إطار القواعد الأصولية لإستنباط حكم شرعي ظني لمسألة غير منصوص عليها أو وردت بشأنها دلالة غير قطعية، ويمثل هذا الرأي أحد أبرز وجوه الفقه الإسلامي، وقد استعمله الصحابة والتابعون والأئمة المجتهدون في مواجهة القضايا المتجددة التي لم تكن النصوص صريحة فيها وقبل أن تتكامل الرؤى في المذاهب الفقهية الإسلامية (الجعفري، والحنفي والمالكي والشافعي والحنبلي) ويتميز الرأي الفقهي عن بقية المفاهيم الاجتهادية في أنه أكثر مرونة وأقل إلزاماً مما يجعله مناسباً للتفاعل مع الواقع المتغير والنوازل المستجدة، وعليه

سيقسم هذا المبحث على مطلبين في المطلب الأول سنتناول التعريف بالرأي الفقهي، وفي المطلب الثاني سنبين أساس الرأي الفقهي.

المطلب الأول

مفهوم الرأي الفقهي

يعد الرأي الفقهي المنطلق الأساسي لفهم آلية إنتاجه وضوابط اعتماده وموقعه ضمن البناء المعرفي للشريعة الإسلامية، وتحرير المقصود بالرأي الفقهي أمر لا غنى عنه في عملية الاستنباط في المسائل الظنية التي لا نص فيها، أو فيها نص لكنه غير قطعي الثبوت أو الدلالة يصدر من فقيه، وأن الرأي الفقهي ليس بديلاً عن النص بل وسيلة لفهمه وتطبيقه والرأي الفقهي قد يكون أكاديمياً أو -نظرياً- وعليه سيقسم هذا المطلب إلى فرعين سنتناول في الفرع الأول تعريف الرأي الفقهي وتميزه عما يشبهه به، والفرع الثاني إلى شروط الرأي الفقهي.

الفرع الأول

تعريف الرأي الفقهي

يقصد بالرأي الفقهي (اجتهد يصدر عن فقيه في مسألة لم يرد بشأنها نص قطعي)، والرأي الفقهي إذا وافق الأصول، فهو رأي، وإذا خالف الأصول الفقهية، فيعتبر هوى، إذ إن الرأي الفقهي يجب أن يستند إلى الكتاب والسنة والإجماع والعقل حتى يكون رأياً معتمداً إذ إن الرأي الفقهي يستهدف استخراج حكم شرعي ظني من الأدلة القطعية، ويجب أن يكون هذا الفقيه مؤهلاً إلى استخراج هذا النص، وسنتطرق إلى تعريفه في القانون المدني، وقانون الأحوال الشخصية وتعريفه في المذاهب الخمسة (الجعفري، والحنفي والمالكي والحنبلي والشافعي)^(١).

ونبتدأ في تعريفه بالقانون حيث وجدنا أن شراح القانون المدني عرفوا الرأي الفقهي (هو استنباط حكم لمسألة لم ينص القانون على حكمها بالاستناد إلى النصوص الموجودة وروح التشريع وأهدافه) بمعنى مجموعة الشروح والآراء التي يصدرها علماء القانون فيما يقومون به من تفسير التشريعات وإبداء الرأي في مطابقة أحكامها للحاجات الاجتماعية أو عدم مطابقتها لها وما يقومون

(١) عبد الملك بن عبد الله الجويني، البرهان في أصول الفقه، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٩٩٧، ص ٩٩.

به من تقصى قواعد العرف في الأحوال التي يلزم فيها استمداد قواعد القانون من العرف، وما يحاولون من إستنباط القواعد التي تؤخذ من مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة^(١).

كذلك عرفه شراح القانون بأنه (مجموع الآراء أو النظريات ووجهات النظر المقدمة أو المعطاة من الأساتذة، الدارسين و الباحثين في القانون، القضاة، المحامين، المستشارون، خبراء القانونيين، أو من غيرهم من المختصين في القانون) فهو رأي يقوم على دراسة القانون أو تدريسه، ويكون حول موقف القانون من مسألة معينة مطروحة عليه أو الآراء التي يقول بها فقهاء القانون بصدد شروحه له وتفسيره ونقده في مؤلفاتهم أو كتبهم أو أبحاثهم أو محاضراتهم أو المجلات القانونية أو التقارير أو المذكرات أو الموسوعات الفقهية أو مداخلات في مؤتمرات أو ندوات أو ورش عمل أو طلب استشارة قانونية منه كما أن القضاء قد يتأثر برأي الفقه في أحكامه، فهو دائماً يعبر عن فن القانون^(٢).

ان المأخذ على هذا التعريف انه غير دقيق حيث ان القاضي يحتاج الى الرأي الفقهي من اجل حسم المسألة التي لم يوجد بها نص ولا يذهب الى اراء الباحثين والقضاة والدارسين وانما يبحث عن الحل في اراء الفقه الاسلامي في المذاهب المعتمدة حتى يصل الى الرأي الفقهي المشهور فيها. وكذلك عرف بأنه (مجموع آراء وأفكار الأشخاص الذين كرسوا أوقاتهم لدراسة القانون وشرحه وتفسيره وتحليله والتعليق عليه، وتقييمه، وهم من يسمون بالفقهاء)^(٣).

وكما يقصد به أيضا (مجموع الآراء التي يقول بها فقهاء القانون وشراحه عند شرحهم للقانون وتحليله وتأصيله وتفسيره ونقده في مؤلفاتهم وأبحاثهم أو فتاويهم ومحاضراتهم، وبالتالي، فهم يحددون مضمون القانون ونطاق تطبيقه من حيث الزمان والمكان والموضوع والأشخاص المخاطبون به وكذلك الوقائع التي تنطبق عليه، وموانع تطبيق القانون)^(٤).

لكن لم نلاحظ قاضي قد ذهب الى رسائل الماجستير او اطاريح الدكتوراه حيث ان الاساتذة يكتبون ويصوبون القانون لكن لم يستأنس اي قاضي بأراهم.

(١) احمد محمد الرفاعي، المدخل للعلوم القانونية، دار نشر جامعة بنها، مصر، ٢٠٠٧، ص ١٧٨.

(٢) سيد احمد محمود، احكام الفقه في ظل القانون الخاص، جملة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، ٢٠٢٥، ص ٨.

(٣) عبد الحميد عثمان الحفني، المدخل في دراسة العلوم القانونية، نظرية الحق، ٢٠٠٣، بلا مكان نشر، ص ١٦٥.

(٤) عوض احمد الزغبى، المدخل لعلم القانون، دار إثراء للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠، ص ١٤٩.

إذ حددت المادة (١/٣) من القانون المدني العراقي رقما ٤٠ لسنة ١٩٥١ إذ نصت "وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقه القانوني في العراق كما في البلاد الأخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية". ويظهر من خلال قراءة النص أعلاه أن التشريع هو المصدر الأساس، والأول للقانون، ثم يأتي من بعده العرف ثم مبادئ الشريعة الإسلامية والمصدر الرابع هو قواعد العدالة.^(١) أي رسمت للقاضي الطريق القويم للرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية إذ إن الرجوع يكون باسترشاده بمبادئ وأحكام أقرها الفقه والقضاء الشرعي سواء كان ذلك في العراق أم في البلاد الإسلامية الأخرى على أن تكون المبادئ والأحكام في البلاد الإسلامية القريبة قوانينها من القوانين العراقية^(٢).

أما عن تعريفه في قانون الأحوال الشخصية فيقصد به: مجموعة من الأحكام التي استمدت مبادئها مما هو متفق عليه من أحكام الشريعة الإسلامية، وما هو مقبول من قوانين البلاد الإسلامية، وما استقر عليه القضاء الشرعي في العراق حيث اشتمل على أهم أبواب الفقه في الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية الجامعة لمسائل الزواج والطلاق والولادة والنسب والحضانة والنفقة والوصية والميراث من أجل سد النقص عند غياب النص القانوني والمشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية العراقي في قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) ألزم القاضي في الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية وتطبيقها عند غياب النص القانوني^(٣).

استناد إلى المادة (٢١١) من قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل "وتنص المادة: إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون" المشرع هنا استعمل لغته الخاصة في تشريعه معتمدا في ذلك بالدرجة الأساس على لغة اصطلاحية فقهية، وأن القول: بأن المشرع كان يقصد الرجوع إلى أحد المذاهب بجانب الصواب، ويوصلنا إلى نتيجة مفادها أن القاضي ملزم بأحد المذاهب الفقهية التي يراها تتناسب مع ما معروض امامه، فتكاد لا تخلو أي مسألة فقهية إلا وهنالك مخالف أو مجموعة مخالفون من فقهاء لذات المذهب لمذهبهم، أو هناك الرأي الراجح لدى المذهب والمشرع لم يرد

(١) القاضي جعفر كاظم المالكي، المصدر الرابع للقانون، مجلس القضاء الأعلى في العراق، ٢٠١٦، ص ٣١.

(٢) عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج ١، المكتبة القانونية، ط ١، ٢٠٠٧، ص ٣٢.

(٣) مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون العراقي، شركة الخنساء للطباعة والنشر، بغداد، ٢٠٠٠، ص ٤٤.

الإحالة إلى أحد المذاهب الفقهية بل كان قصده أن الرأي الذي يحقق المصلحة في الدعوى المنظورة سواء كان هذا الرأي لمذهب معين متفق عليه أو الراجح عندهم أو رأياً لأحد الفقهاء وسواء كان هذا الفقيه صاحب مذهب أو لا المهم أن يتناسب مع مبادئ الشريعة مع ملاحظة ان القضاة لا يولون أهمية الى الراي الفقهي القانوني^(١).

أما عن تعريف الرأي الفقهي في المذاهب الجعفري : (يقصد منه ما يقابل الأخذ من الكتاب والسنة) كما في معتبرة زرارة قال: سألت أبا جعفر عن فريضة الجدّ فقال: ما أعلم أحداً من الناس قال فيها إلّا بالرأي، إلّا عليّ فإنّه قال فيها بقول رسول الله. فكلّ ما يقابل قول رسول الله هو قول بالرأي والوجه في المناسبة اللغوية واضح باعتبار أن عدم الاستناد إلى قول رسول الله فيه استناد إلى الذات فما يراه المفتي مناسباً يفتي به بغض النظر عن مدركه في ذلك^(٢).

وقد عرفه الحلّي أنه (تبين الحكم الشرعي للسائل عنه والذي يتضمن السؤال في الوقائع وغيرها) أي أنه اخبار المستفتي في الحكم الشرعي بخصوص مسألته وهذا هو التعريف المختار في المذهب الجعفري^(٣) ويعد هذا المذهب من اقدم المذاهب الإسلامية بسبب انتمائه الى ائمة اهل البيت عليهم السلام ومصادره الفقهية هي الكتاب والسنة فقط ، ويكون مجال الاجتهاد داخل حدود النص فقط^(٤) ومن هذا القبيل ما جاء في معتبرة عبيد الله الحلبي قال: سأل رجلُ أبا عبد الله وأنا حاضرٌ فقال: إنّي اعتمدت في الحرم، وقدمت الآن متمتعاً فسمعت أبا عبد الله يقول: نِعَم ما صنعتَ إنّنا لا نعدل بكتاب الله وسنة رسول الله فإذا بعثنا ربّنا أو وردنا على ربّنا قلنا: يا ربّ أخذنا بكتابك وسنة نبيّك وقال الناس: رأينا فصنع الله بنا وبهم ما شاء فقول بين كتاب الله وسنة رسوله وبين الرأي^(٥).

(١) القاضي جاسم جزاء جافر، قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ وتعديلاته، دراسة مقارنة مع الفقه الاسلامي، مكتبة التفسير للطباعة والنشر، ط١، ٢٠١٣، ص١٢٢.

(٢) ابو جعفر محمد بن يعقوب الكليني، الكافي ج٧، دار الكتب الاسلامية، طهران، ١٩٨٤، ص١٠٩.

(٣) القاضي، ياسر محمد، مدى الزام المشرع للقاضي في التقييد بمذهب معين، مجلس القضاء الاعلى، العراق، ٢٠١٧، ص ٢٢.

(٤) محمد سراج، اصول الفقه، دار الجامعة الجديدة للنشر، منشأة المعارف، ١٩٩٨، ص ٢٢.

(٥) ابو جعفر محمد بن يعقوب الكليني، الكافي ج٤، دار الكتب الاسلامية، طهران، ١٩٧١، ص٢٩٣.

ولم يظهر لنا من النصوص اعتبار الظنّ في صدق مفهوم الرأي وقوله: من أفتى الناس برأيه فقد دان الله بما لا يعلم ومن دان الله بما لا يعلم فقد ضادّ الله حيث أحلّ وحرّم فيما لا يعلم فإنّه لا يقصد منه عدم العلم من حيث اعتقاده بل من حيث عدم العلم من حيث المدرك وأنّه مدرك لا صلاح فيه وإلّا فقد ورد في معتبرة أبي بصير قال: قلت لأبي عبد الله: ترد علينا أشياء ليس نعرفها في كتاب الله ولا سنّة فننظر فيها؟ فقال: لا أما إنك أن أصبت لم تؤجر وإن أخطأت كذبت على الله فهو غير مأجور وإن كان مصيباً^(١).

أما في المذهب الحنفي (فيقصد به هو كلّ ما يفتي فيه الفقيه في الأمور التي لا يجد فيها نصاً ويعتمد في فتواه على ما عرف من الدين بروحه العامة أو ما يتفق مع أحكامه في جملتها في نظر المفتي أو ما يكون مشابهاً لأمر منصوص عليه فيها فيلحق الشبيه بالشبيه وعلى ذلك يكون الرأي شاملاً للقياس والاستحسان والمصالح المرسلة والعرف)^(٢).

وقد عرف كبري زادة الفتوى على أنها (علم تروي فيه الأحكام الشرعية الصادرة عن الفقهاء في الوقائع الجزئية ليسهل الأمر على القاصرين من بعدهم في تبين الأحكام الشرعية)^(٣). وقد عرف أبو حنيفة باتجاهه إلى الفرض والتقدير فكان يقدر مسائل لم تقع ويبين حكمها ويوضح أدلتها ويقول في ذلك: "إننا نستعد للبلاء قبل نزوله فإذا ما وقع عرفنا الدخول فيه والخروج منه"^(٤).

فكان فقهاء المذهب الحنفي يكثرّون في الإفتاء بالرأي ما دام لم يصح لديهم حديث في ذلك الموضوع الذي يجتهدون فيه ولا يكتفون باستخراج أحكام المسائل الواقعة بل يفرضون مسائلًا غير واقعة ويضعون لها أحكاماً بآرائهم^(٥).

(١) أبو جعفر محمد بن يعقوب الكليني، الكافي، ج ١، دار الكتب الإسلامية، طهران، ١٩٦٨، ص ٥٨.

(٢) نجاح الحلبي، فقه العبادات على المذهب الحنفي، مطبعة الصباح، ١٩٨٦، ص ١٠.

(٣) أحمد بن مصطفى طاش كبري زادة، مفتاح السعادة ومصباح السيادة في موضوعات العلوم، ج ٢، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط ١، ١٩٨٥، ص ٥٥٧.

(٤) محمد بن عبد الله الهبدان، التصنيف الموضوعي لتاريخ بغداد، دار ابن الجوزي، الجزء الأول، ١٤٣٠ هـ، ص ٥٥٠.

(٥) نجاح الحلبي، مصدر سابق، ص ١٠.

و في المذهب المالكي: عرف بأنه (الاخبار بالحكم الشرعي لاعلى وجه الألزام سواء كانت بكتب أو اخبار عن الله تعالى في الزام أو اباحة في انتزاعه من القرآن والسنة والاجماع والقياس) أن الإمام مالك عندما يطلق الرأي يعني به فقهه الذي يكون بعضه رأياً اختاره من مجموع آراء التابعين، وبعضه رأياً قد قاسه على ما علم، ومن ثم فإن باب أصول فقه الرأي عنده هو ما عليه أهل المدينة وعلم الصحابة والتابعون فهذا هو أساس الرأي عنده مهما تعددت ضروبه واختلفت أسماؤه أو كما قال أبو زهرة، فالرأي سواء كان بالقياس أم كان بغيره من الاستحسان أم المصالح المرسلة أم سد الذرائع قوامه جلب المصالح ودرء المفاصل^(١).

فقد كان فقهاء المذهب المالكي لا يأخذون بالرأي إلا اضطراراً ولا يفرغون المسائل فلا يستخرجون أحكاماً لمسائل لم تقع، بل لا يفتنون إلا فيما يقع من الوقائع^(٢).

أما في المذهب الشافعي: فيعرف بأنه (العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية والمقصود بالعلم هنا: هو الإدراك مطلقاً الذي يتناول اليقين والظن لأن الأحكام العملية قد تثبت بدليل قطعي يقيني كما تثبت غالباً بدليل ظني)^(٣).

والمقصود في الأحكام: جمع حكم وهو مطلوب الشارع الحكيم أو هو خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين اقتضاء أو تخييراً أو وضعاً والمراد بالخطاب عند الفقهاء: هو الأثر المترتب عليه كإيجاب الصلاة وتحريم القتل وإباحة الأكل واشتراط الوضوء للصلاة أي هي تبين المشكل من الأحكام وهي توقيع عن الله تعالى أي أنها الاخبار بالحكم الشرعي من غير الزام^(٤).

وتتجسد الأدلة التفصيلية التي يركز عليها التعريف فيما جاء في القرآن والسنة والاجماع واحترز بها عن علم المقلد لأئمة الاجتهاد فإن المقلد لم يستدل على كل مسألة يعملها بدليل تفصيلي بل بدليل واحد يعم جميع أعماله وهو مطالبته بسؤال أهل الذكر والعلم فيجب عليه العمل بناء على

(١) محمد نصيف العسري، الفكر المقاصدي عند الإمام مالك، دار الحديث، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ٤٠٥.

(٢) نجاح الحلبي، مصدر سابق، ص ٣٣.

(٣) عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، (مؤسسة قرطبة)، (مؤسسة الرسالة)، ط ٦، ١٩٧٦، ص ٣.

(٤) جمال الدين أبو الفرج عبد الرحمان بن علي بن محمد الجوزي، زاد المسير في علم التفسير، ج ١، دار الكتاب

العربي، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩، ص ٤٨٠.

استفتاء منه هذا وقد أصبح الفقه أخيراً كما في قواعد الزركشي: هو معرفة أحكام الحوادث نصاً وإستنباطاً، على مذهب من المذاهب^(١).

قال الشافعي: الأصل قرآن أو سنة فإن لم يكن فقياس عليهما وإذا صح الحديث فهو سنة والإجماع أكبر من الحديث المنفرد والحديث على ظاهره وإذا احتمل الحديث معاني فما أشبه ظاهره وليس المنقطع بشيء ما عدا منقطع ابن المسيب وكلا رأيته استعمل الحديث المنفرد استعمل أهل المدينة وأخذ بالقياس فيما لم يكن فيه نصّ فريح غنيمة المعركتين معاً واستمال كثيراً من أهل الفئات الثلاث، ويؤكد الشافعي أن الشريعة الإسلامية وتفسيرها في السنة اشتملت على القواعد اللازمة لإقامة المسلم حياته وعلاقاته وكل ما يحتاج إليه المسلم في حياته الاجتماعية^(٢).

وفي المذهب الحنبلي: عرف بأنه (تبين الحكم للسائل بدون الزام)^(٣) ، أي هو البعد عن الإغراق في الرأي لأن من يعتمد على النصوص يقل اعتماده على القياس والرأي لأن النصوص دالة على عامة الفروع الواقعة وأهل النصوص دائماً أقدر على الإفتاء وأنفع للمسلمين في ذلك من أهل الرأي وحده كما أن الإمام كان شديد الكراهة والمنع للإفتاء بمسألة ليس فيها أثر عن السلف كما قال لبعض أصحابه: إياك أن تتكلم في مسألة ليس لك فيها إمام^(٤).

وإذا نظرت إلى رأي الإمام في مسألة تجد أنه تجمع له في المسألة ثلاثة آراء فإذا بحثت في أقوال الفقهاء في الفقه المقارن وجدت الآراء الثلاثة في مذاهب ثلاثة فكأن المذاهب الثلاثة قد اجتمعت في المذهب الحنبلي^(٥).

مما تقدم نستنتج أن الرأي الفقهي ليس مجرد وجهة نظر عابرة ، بل هي عملية إستنباطية تركز على ادلة معتبرة لسد الفراغ التشريعي بما يحقق مصلحة الافراد واستقرار المجتمع وحتى يكون الرأي الفقهي معتمد لابد أن تتوفر فيه شروط من أجل أن يكون ملزم الى الافراد ومنظم

(١) عبدالكريم زيدان ، مصدر سابق، ص ٣.

(٢) ابو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب، ج ١، دار الفكر، بيروت، لبنان، ٢٠٠٠، ص ٦٩.

(٣) منصور بن يونس بن صلاح الدين البهوتي، شرح منتهى الارادات، ج ٣، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٩٣، ص ٤٨٣.

(٤) أبو عياشة محمد البيومي، العقد المفرد في الفقه على مذهب الإمام أحمد، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ٢٠١٤، ص ٤٠.

(٥) إبراهيم بن عبدالغفار الطاهري، مميزات المذهب الحنبلي،، الملتقى الفقهي، ٢٠٠٩.

حقيقي في حياتهم صادر من اصحاب اختصاص دقيق في اصدار الفتوى أو الرأي الفقهي وكان الاجدر ان يعرف الراي الفقهي هو (اخبار المفتي او الفقيه عن الحكم الشرعي الظني في وقائع وحوادث جزئية غير منصوص عليها قطعاً استنباطاً من الأدلة الشرعية التفصيلية وهي الكتاب والسنة والاجماع دون ان يتضمن هذا الاخبار صفة الإلزام القانوني الذاتي ، مالم يتبناه التشريع او يلزم به القضاء.

الفرع الثاني

شروط الرأي الفقهي

لما كان الرأي الفقهي نتاجاً لإجتهاد بشري في ضوء النصوص الشرعية فإن قبوله أو رده لا يتوقف على مجرد صدوره من شخص يُدعى فقيهاً بل يتطلب تحقق مجموعة من الشروط والضوابط التي تضبط صحته وتُميّزه عن الآراء غير العلمية أو المتساهلة أو الخارجة عن مناهج الاستدلال المعتمدة وتكمن أهمية هذه الشروط في أنها تُمكن من التمييز بين الرأي المعتمد في الشريعة، والرأي المجرد من الشرعية فليس كلّ من كتب أو تكلم في الفقه صار فقيهاً ولا كلّ رأي ظاهره الاجتهاد يُعتد به حيث قال الإمام مالك (من قال في الدين برأيه وهو لا يُحسن أدواته أدخل في زمرة أهل الأهواء لا العلماء) ^(١) وهناك جملة من الشروط الواجب توافرها حتى يكون الرأي الفقهي ملزم ومعتمد في قانون الأحوال الشخصية.

أولاً: الشروط المتعلقة بالفقيه: هنالك جملة من الشروط التي يجب أن تتوفر في الفقيه وهي بلوغ رتبة الاجتهاد بمعنى بذل الفقيه قصارى جهده وطاقته في استنباط الأحكام الشرعية من ادلتها التفصيلية حتى يعتد بالرأي الفقهي يجب أن يكون الفقيه عالماً بالقرآن الكريم لأن احكامه ثابتة لا تغير ولا تبدل ، وخاصة آيات الأحكام وخبيراً بكتب السنة، وتمييز الصحيح من الضعيف ومُلمّاً بأقوال الصحابة والتابعين ومتمكناً من قواعد اللغة العربية و متقناً لعلم أصول الفقه على دراية بمقاصد الشريعة وكل هذه الشروط عبّر عنها في كتب الأصول بقولهم: الاجتهاد المطلق أو التام. ^(٢) والعدالة والتقوى يشترط أن يكون الفقيه عدلاً، أي مستقيم السيرة ظاهراً وباطناً، لأن الفسق يُسقط

(١) يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي، الجامع لبيان العلم وفضله وما ينبغي في روايته وحمله، ج٢، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، ط١، ١٩٩٤، ص ١٤٠.

(٢) عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، البرهان في اصول الفقه، ج١، دار الوفاء، مصر، ١، ١٩٩٧، ص١٤٢.

المروءة والثقة^(١) والتحرر من الهوى والتقليد إذ لا يُعتمد بالرأي الفقهي إذا كان صادرًا عن هوى أو انتصار لمذهب من دون دليل، أو تقليد غير مدعوم بحجة يستند عليها ويجب أن يكون الفقيه معروف بالفقاهة والعدالة^(٢).

ثانيًا: الشروط المتعلقة بالمنهج: الرأي الفقهي لا يُبنى على الذوق أو الانطباع، بل يجب أن يستند إلى دليل شرعي من الأدلة المتفق عليها وهي الكتاب إذ يعد القرآن الكريم المصدر الأساسي الذي يستخرج منه الرأي الفقهي لأن القرآن الكريم جاء منظم لكل أمور الحياة العلمية والعملية لأن يعد اعجاز بحد ذاته والشافعي اعطى وصف مميز للقران الكريم فقال إن القرآن المنزل على صدر النبي محمد في ليلة القدر علمه من علم وجهله من جهل لا يجهل من علمه ولا يعلم من جهله وانه يعدّ حجه بلا شك ويجب الاستدلال منه^(٣).

السنة: بقصد بها هي (الطريقة التي يتحراها المرء ومعناها هنا الطريقة التي يتحراها الرسول) أي هي كلّ قول أو فعل أو تقرير تصدر من النبي محمد هذه عند جمهور الاصوليين أما اصولي الإمامية هي كلّ قول أو فعل أو تقرير صدر من الائمة عليهم السلام وان دليل الإمامية في عصمة ائمتهم ما جاء به القرآن (انما يريد الله ليذهب عنكم الرجس اهل البيت ويطهركم تطهيرا)^(٤).

الإجماع: هو مصدر تبعي متفق عليه في كلّ المذاهب لكن اختلفوا في نطاقه وسعته وحجتيه حيث نلاحظ أن الإمامية ضيقوا فيه واستخدموه في الكشف عن قول المعصوم وان هذا المصدر بالنسبة للسنة تحقق بعد فقد الرسول الاعظم أما الإمامية بعد وقوع الغيبة الكبرى للإمام الثاني عشر المهدي عليه السلام ويقصد بالاجماع بصورة عامة هو (اتفاق جميع المجتهدين من المسلمين بعد فقد النبي محمد عليه افضل الصلاة و السلام) و الإمامية عرفوه باناه (اتفاق عدد من العلماء ممن يعتبر قوله

(١) ابو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، المستصفى في علم الاصول، ج٢، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط١، ١٩٩٧، ص ٣٥٥.

(٢) ابراهيم بن موسى بن محمد الشاطبي اللخمي الغرناطي، الموافقات في اصول الشريعة، ج٤، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٥، ص ٩١.

(٣) ابو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، مصدر سابق، ص ٢٠٥.

(٤) السيد محمد باقر الصدر، المعالم الجديدة في اصول الفقه، ط٣، دار النجف للنشر والتوزيع، النجف الاشرف، ٢٠٠٤، ص ١٧٢.

في الفتاوي قل أو كثر في حكم يكشف عن قول المعصوم وتعد حجته حجية مطلقة إذ إنه يقرر وجود دليل منشأ في مقابل القرآن الكريم والسنة المطهرة^(١).

والقياس يعد مصدر من المصادر التبعية وهو داخل في عملية الإستنباط إذ نقيس من خلاله واقعة لا يوجد بها نص من واقعة منصوص عليها كونها تماثلها في العلة أي الحاق واقعة بواقعة أخرى^(٢).

و العقل (عند الامامية) يعد مصدر مهم عند الإمامية في تحري قول الائمة ، أما المذاهب الأخرى تأخذ بالقياس والاستحسان وسد الذرائع والمصلحة وهذه المصادر كلها من نتاج العقل بمعنى انهم توسعوا به ويقصد بالعقل أنه القوة المستعدة للقيام بعملية التفكير والاستنتاج ويقسم الى ادراك عقلي قائم على الحدس والبداهة أو التجربة ويقابله بالقانون الوضعي قواعد العدالة^(٣). الرأي الصحيح يجب أن يُحقق أحد مقاصد الشريعة الخمسة وهي حفظ الدين وحفظ النفس وحفظ العقل و حفظ النسل وحفظ المال وإلا عُدَّ رأياً مخالفاً للمقاصد التي تهدف إليه الشريعة الإسلامية وان جميع الآراء الفقهية في كل المذاهب تسعى الى حفظ المقاصد التي تسعى لها الشريعة الإسلامية لا يكفي أن يكون الفقيه مؤهلاً، ولا أن يستخدم أدوات صحيحة، بل يجب أن يكون موضوع المسألة التي يُفتي أو يُبدي فيها رأيه مما يقبل الاجتهاد فيه قال الإمام الأمدي: لا اجتهاد في مورد النص القاطع ، ولا في مورد الإجماع، لأن الرأي هنا يُعدّ معارضةً للقطع، وليس تأويلاً^(٤).

ثالثاً: الشروط المرتبطة بالواقع والسياق: في العصر الحديث، أصبح من الضروري أن يُراعي الفقيه في رأيه السياق الزماني والمكاني، خاصة مع تعدد الأحوال واختلاف البيئات والأنظمة، ولهذا أُضيفت شروط تتعلق بما يُسمى بـ فقه الواقع، وهي: فهم طبيعة المسألة المُستفتى عنها: كأن يفرّق الفقيه بين بيع العقارات والمنقولات، أو بين الزواج في بلد مسلم وبلد غير مسلم، أو بين علاج

(١) بدران ابو العينين بدران، اصول الفقه، ط١، مؤسسة شباب الجامعة، بلا مكان، ١٩٩٨، ص ٦٥

(٢) كمال الدين الدميري، حياة الحيوان الكبرى، ج٢، دار الآثار، لبنان، ط١، بلا سنة، ص٦٥٥

(٣) رشدي محمد عرسان عليان، دليل العقل عند الشيعة الامامية، ط١، مركز الحضارة لتنمية الفكر الاسلامي، بيروت، ٢٠٠٨، ص ٨٩

(٤) سيف الدين علي بن محمد التغلبي الامدي، الاحكام في اصول الاحكام، ج٣، المكتب الاسلامي، بيروت، ط٢، ١٩٨٢، ص ٢٨٩.

بمواد محرّمة في حال الضرورة أو غيرها^(١). والعلم بالواقع الاجتماعي والاقتصادي والسياسي يُلَقِّدُ المصلحة والمفسدة بدقة، ويُقارب المسألة بما يحقق مقاصد الشريعة^(٢). ومراعاة تغير الزمان والمكان كذلك أفْتَى ابن عابدين الحنفي بقاعدة مشهورة: (لا يُنكر تغير الأحكام بتغير الزمان والمكان والعرف والحال)^(٣).

وقد اُضْاف الإمامية جملة من الشروط المهمة التي أشار إليها وأيدها كثير من المعاصرين: منها عدم إلغاء دور العقل في بناء الرأي الفقهي، بل اعتباره أداة استدلال معتبرة إلى جانب النص و الفقه الأمامي يعتمد على العقل كمصدر مستقل للتشريع، كأصالة الإباحة، أو البراءة، أو التخيير، وهو ما أكدّه السيد محمد باقر الصدر في موسوعته دروس في علم الأصول^(٤)، ويجب أن يكون الرأي الفقهي محيط وشامل من أجل بيان مجتمع متحضر ينشد التقدم والرفق والقضاء يقومون في الفصل في النزاع المعروف أمامهم على أساس القواعد المتضمنة من القرآن الكريم والسنة ولم ينقل التاريخ اعتذار أي من القضاء عن الفصل في قضية من القضايا بعدم وجود قاعدة شرعية تحكم النزاع^(٥).

هذا ومن أهم ما يميز الرأي الفقهي أنه ظني لا قطعي، وأن الفتوى تتغير بتغير الزمان والمكان ولذلك قابلة للنقاش، والمراجعة، والتعديل، بحسب تطور المعرفة، وتغيّر الواقع، وتجدد الاجتهادات. وهذا ما يجعل الرأي الفقهي مختلفاً عن الحكم الشرعي القطعي (الفتوى تتغير بتغير الزمان والمكان والعرف، لأنها مبنية على اجتهاد بشري لا على نص قاطع) ولهذا لا يُعدّ تغيير الفقيه لرايه بعد مدة، أو اختلاف فقيهين في المسألة نفسها، خلاً في المنظومة الفقهية، بل هو دليل على الحيوية الاجتهادية، وشاهد على مرونة الفقه الإسلامي^(٦).

(١) سيف الدين علي بن محمد التغلبي الامدي، مصدر سابق، ص ٢٨٣.

(٢) ابو العباس شهاب الدين احمد بن ادريس المالكي الشهير بالقرافي، الذخيرة، ج٥، دار الغرب الاسلامية، بيروت، ط١، ١٩٩٤، ص ٣٤٨.

(٣) محمد امين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، رد المحتار على الدر المختار، ج١، دار الكتب العلمية، بيروت، ط٢، ٢٠١١ ص ٤٠.

(٤) محمد باقر الصدر، دروس في علم الاصول، دار الكتاب اللبناني، بيروت، لبنان، ط ٢، ١٩٨٦، ص ١١٣.

(٥) محمد احمد سراج، المدخل لدراسة تاريخ الفقه الاسلامي، سعد سمك للطباعة والنشر، مصر، ١٩٩٥، ص ٢٠.

(٦) محمد امين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، مصدر سابق، ص ٤٠.

رابعاً: العلم بأصول الفقه: في الزمن المعاصر، مع توسع دائرة الفتوى، وتنوع المرجعيات، صار من المهم أن تعتمد الآراء الفقهية ضمن أطر مؤسسية تحفظ التوازن بين الفقهاء، وتمنع الفوضى الاجتهادية وتعمل على حماية الشروط العلمية ويحولها من مجرد مجهود فردي الى منظومة عمل متكاملة قادرة على مواجهة التحديات التي تحصل في العصر ويعمل بها القاضي ومن هذه الأطر: أن يكون الرأي الفقهي موافقاً للمصالح الشرعية من الشروط التي يؤليها العلماء عناية في بناء الرأي الفقهي هو أن لا يُصادم المصالح المعتبرة شرعاً، بل أن يُحقّقها أو يُقوِّبها.

وهذا لا يعني تحكيم المصلحة على حساب النص، بل يعني أن الاجتهاد السليم يُراعي تحقيق مصالح العباد من دون الخروج عن أصول الشريعة وقد توسّع المالكية في هذا الباب، وعدوا المصلحة المرسلّة دليلاً مستقلاً إذا لم تخالف نصاً، أو تعارض قاعدة قطعية، يقول الإمام القرافي: (كل تصرف من وليّ الأمر راجع إلى المصلحة، فإن خالفها فباطل، وكذلك رأي الفقيه يجب أن يُراعي مصلحة الأمة لا مجرد الصورة الفقهية)^(١). وكذلك، توافق الرأي الفقهي مع قواعد الاستدلال الأصولي، الرأي الفقهي لا يكون معتبراً إلا إذا وافق القواعد المنهجية في علم أصول الفقه، مثل: قاعدة لا اجتهاد في مورد النص وقاعدة اليقين لا يزول بالشك وقاعدة الضرورات تبيح المحظورات وقاعدة المشقة تجلب التيسير وقاعدة العادة محكمة فكل رأي فقهي يخالف هذه القواعد بلا دليل راجح يُعدّ رأياً غير منضبط، ويفتقد إلى الاعتبار العلمي.^(٢) وقد ذكر الأمدي أن: (من أهم شروط المجتهد، ضبط قواعد الأصول، لأن من لم يعرف موارد القواعد، ضلّ في تفرعاته، وخطب في رأيه) ولهذا يُطلب من طالب العلم إتقان أصول الفقه قبل الإقدام على إبداء الرأي، حتى لا يبني أحكامه على تصورات شخصية^(٣). كذلك يشترط أيضاً أن لا يؤدي إلى تعطيل النصوص أو تجاوزها من الأخطاء الشائعة التي يقع فيها بعض المتساهلين من المعاصرين هو إطلاق الرأي الفقهي بشكل يُهمّش النصوص القطعية، أو يضربها بالتأويلات البعيدة، أو يفسرها بمعزل عن السياق الشرعي العام^(٤).

(١) ابو الوليد محمد بن احمد ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج ١، دار الحديث، القاهرة، ٢٠٠٤ ص ٤٥.

(٢) ابو بكر محمد بن احمد بن ابي سهل السرخسي، اصول السرخسي، ج ١، دار المعرفة، بيروت، ص ٣٠١.

(٣) الامدي، مصدر سابق، ص ٢٩٠.

(٤) محي الدين بن شرف النووي، مصدر سابق، ص ١٣٩.

وقد حذر العلماء من ذلك ومنهم السيد محمد باقر الصدر وبينوا أن الرأي إذا أدى إلى تعطيل حكم شرعي ثابت أو أدى إلى تحريف دلالة النصوص أو مخالفة مقاصد الشريعة فهو رأي لا يعتد به ولا يتم العمل بموجبه^(١). اضم إلى ذلك وضوح العبارة وصحة التكييف الفقهي إذ إن من الشروط الدقيقة في الرأي الفقهي أن يكون واضح العبارة، دقيق الصياغة، سليم التكييف، لأن الغموض في ألفاظ الرأي قد يؤدي إلى سوء الفهم أو التطبيق الخاطئ، أن الخطأ في التكييف (أي توصيف الواقعة من حيث نوعها) يُفضي إلى نتائج غير شرعية وقد أكد الإمام القرافي على أن: (التمييز بين صور المسائل، وتحديد أوصافها، أصل في صحة الحكم، فمن أخطأ في التكييف، أخطأ في الرأي)^(٢)

إذ إن الرأي الفقهي يجب أن لا يخالف القواعد الأخلاقية في الشريعة الرأي الفقهي جزء من منظومة الشريعة التي تهدف إلى تزكية النفس، وحفظ الأخلاق، والارتقاء بالإنسان، ولهذا لا يجوز أن يكون الرأي داعماً للفساد، أو مبرراً لانتهاك الكرامة، أو وسيلة لظلم المرأة أو الطفل أو الضعيف، بحجة الفقه أو النصوص قال الطاهر ابن عاشور: (الاجتهاد الذي يؤدي إلى مخالفة أخلاق الإسلام كالمروءة والرحمة والعدل، يُردُّ، ولو بني على ظاهر نص) هذا الشرط يبرز دور القيم الأخلاقية في ضبط الاجتهاد وتوجيه الرأي الفقهي نحو مقاصد التشريع الكبرى^(٣). ويشترط به كذلك أن لا يُعارض المصلحة العامة في الدولة الإسلامية في النظام العام للدولة الإسلامية، تُراعى المصالح العامة، كاستقرار المجتمع، وصون الحقوق، ومنع الفوضى. فإذا صدر رأي فقهي يُهدد هذا الاستقرار، ويُحدث البلبلة، أو يُخل بالأمن القانوني، كان مردوداً، ولو وُجد له وجه في كتب الفقه ولهذا يُشترط في الرأي الفقهي الذي يُراد له التطبيق أو الإفتاء به علناً أن لا يُخل بالنظام

(١) محمد باقر الصدر، مصدر سابق، ص ١٩٩.

(٢) ينظر: أبو الفضل شهاب الدين أحمد بن علي بن محمد ابن حجر العسقلاني، النكت على ابن الصلاح، ج ١، ط ١، جدة، السعودية، ١٩٨٠ ص ٣٧٠.

(٣) أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، مجموع الفتاوى، ج ١١، نشر عن مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، السعودية، ٢٠٠٤، ٢٣٠.

القضائي القائم ولا يُسقط الالتزامات القانونية في العقود ولا يُثير الشكوك في فتاوى سابقة مستقرة ولا يُخالف المصالح المعتبرة في الدولة^(١).

ومن خلال ما تقدم يمكننا القول أن الرأي الفقهي في المنظور الإسلامي هو صناعة علمية دقيقة تقوم على الأهلية الذاتية والمنهجية للفقهاء والانضباط بالأطر المقاصدية لكي يكون الرأي الفقهي معتمد عليه في المسائل التي يغيب فيها النص المكتوب لكونه يقوم بعملية سد الفراغ التشريعي ويكون ملزم للقاضي أن يطبقه لا بد أن تتوفر هذه الشروط وصادرة من صاحب اختصاص في اصدار الفتوى كون أن القاضي لا يتمتع بهذه الشروط فلا يطلق عليه لفظ حاكم شرعي لذلك سلبت منه السلطة التقديرية ومنحت الى المجلس العلمي أو المرجع الديني الذي تتوفر فيه هذه الشروط وفقا الى مدونة الأحكام الجعفرية حتى يلتزم بها القاضي.

المطلب الثاني

أساس الرأي الفقهي

بعدما استعرضنا مفهوم الرأي الفقهي وشروطه التفصيلية، يتوجب علينا الآن الانتقال إلى الأسس التي يقوم عليها هذا الرأي، أي ما يجعله معتبرا داخل المنظومة القانونية والشرعية، لا مجرد رأي شخصي أو ثقافي أو تراثي فالرأي الفقهي المعتمد لا يُولد في الفراغ، بل يستند إلى أرضية صلبة تشمل الأساس القانوني المتعلق بالوظيفة التي يؤديها الرأي الفقهي في التنظيم القانوني للدولة أو المجتمع الإسلامي، من خلال الفتوى أو القضاء أو التشريع و الأساس الشرعي المتعلق بالمصادر التشريعية الأصلية التي يُستنبط منها الرأي، مثل الكتاب والسنة والعقل والإجماع والقياس، حسب كلّ مذهب وأن الرأي الفقهي ليس رأيا عاديا، بل يُعد أداة شرعية وقانونية فاعلة لها ضوابطها وأثرها الاجتماعي والمؤسسي، وسندها في الشريعة الإسلامي وعليه سيقسم هذا المطلب على فرعين نتناول في الفرع الأول الأساس القانوني للرأي الفقهي وفي الفرع الثاني الأساس الشرعي للرأي الفقهي.

(١) احمد كاظم البهادلي، مفتاح الوصول الى علم الاصول، ج١، دار المؤرخ العربي، بيروت، ط٢، ٢٠٠٨، ص

الفرع الأول

الأساس القانوني للرأي الفقهي

إن الأساس القانوني في الرجوع الى الشريعة الإسلامية بعدها هي المصدر الثاني لقانون الأحوال الشخصية في حالة غياب النص وهذا ما نصت عليه المادة (٢١١) من قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ التي نصت على أنه (إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون) ^(١).

إذ إن القاضي يقوم بعملية الاجتهاد من دون التقيد بمذهب معين لذلك فإن القاضي يتخير بين المذاهب الإسلامية ويوافق بين الاجتهادات الفقهية والفتاوى ويختار ما يراه محقق للمصلحة ولكن هذه الحرية ليست حرية مطلقة وانما يرد عليها قيد واحد وهو أن تكون هذه الأحكام ملائمة لنصوص هذا القانون وهذه عملية اجتهادية على القاضي يبذل فيها جهد قائم على العلم والفقه والفهم ^(٢).

هذا وأن الرأي الفقهي لم يكن على مرّ التاريخ الإسلامي مجرد نتاج معرفي أو اجتهادي داخل إطار فردي، بل كان جزءاً من البناء القانوني للدولة الإسلامية، ووسيلةً من وسائلها في ضبط النظام الاجتماعي والديني ^(٣).

وقد تغير، من كون الرأي الفقهي اجتهاداً فردياً يُبنى على معرفة بالنصوص، إلى كونه مرجعية قانونية استشارية أو إلزامية في قضايا الأحوال الشخصية، والمعاملات، وحتى السياسات العامة أحياناً. بل أن الدولة الإسلامية اعتمدت في تنظيماتها القانونية على ما يُعرف بالاجتهاد القضائي أو الاجتهاد المفتوح، الذي يُعبّر عنه بالرأي الفقهي، فكان يُقدّم للمحاكم، ويُرجع إليه الحكام، ويُستند إليه القضاة في الفصل بين الناس، أو الاستدلال في غياب النص ويُلاحظ أن كثيراً من الأنظمة في التاريخ الإسلامي - مثل الدولة العباسية، والدولة الفاطمية، والعثمانية- اعتمدت

(١) قانون الاحوال الشخصية، رقم ١٨٨، لسنة ١٩٥٩، المادة الاولى، الفقرة الثانية .

(٢) عبد الرزاق مجبل الجبوري و عواد حسين ياسين، اثبات النسب او نفيه بالوسائل التقليدية والعلمية الحديثة في الشريعة والقانون العراقي، مكتبة القانون القضاء، ٢٠١٧، ص ٣٨.

(٣) بدران ابو العنين بدران، اصول الفقه، ط١، مؤسسة شباب الجامعة، بلا مكان، ١٩٩٨، ص ٧٣.

الرأي الفقهي كأداة لإنتاج القانون الإسلامي العملي، ما يجعل من هذا الرأي عنصراً قانونياً في جوهره لا مجرد فتوى دينية^(١).

حيث لم يكتفِ النظام القانوني في اعتماد الرأي الفقهي كمادة موضوعية فحسب بل اوجد له كيانا مؤسسيا موازي تمثل في منصب المفتي كسلطة قانونية موازية في البنية التقليدية للدولة الإسلامية، كانت سلطة المفتي تقابل السلطة القضائية من دون أن تتقاطع معها بالضرورة. فالقاضي يُصدر الأحكام بناءً على الوقائع المعروضة، بينما المفتي يُصدر الآراء بناءً على الأسئلة العامة أو القضايا المستجدة ومع ذلك، كان كثير من القضاة لا يحكمون إلا بعد الرجوع إلى المفتي، خاصة في المسائل الدقيقة، أو في غياب السوابق القضائية ويُلاحظ أن بعض المناصب الرسمية كانت تُعطى للمفتين ضمن هيكل الدولة، مثل: مفتي دار العدل في العهد العباسي وشيخ الإسلام في الدولة العثمانية، وهو أعلى مرجعية دينية وقانونية والمفتي المالكي أو الحنفي في كل قطر إسلامي، بحسب المذهب المعتمد وكان هؤلاء يُصدرون الآراء الفقهية التي تُدرج لاحقاً في كتب القانون القضائي، أو يتم اعتمادها في تنظيم الوثائق الشرعية والعقود والوصايا وبداءوا في تقنين الفقه وتحويله الى قانون^(٢).

هذا وقد بدأت الأنظمة القانونية تعتمد على تقنين الأحكام الفقهية وتحويلها إلى قوانين مكتوبة وكان المصدر الأساسي لهذه القوانين هو الرأي الفقهي المعتمد عند المدارس الرسمية مثال: قانون الأحوال الشخصية العراقي (١٩٥٩م)، جميعه مبني على آراء فقهية من المذهب الجعفري أو الحنفي أو الشافعي أو المالكي، ومُستخلصة من كتب الفقه المعتمدة ولذلك فإن الرأي الفقهي يُعدّ "مصدراً من مصادر التشريع القانوني"، حتى لو لم يُصاغ بلفظ القانون، ما دام يعبر عن فهم شرعي معتبر والرأي الفقهي في النظم القضائية^(٣).

أما مدونة الأحكام الجعفرية فقد وضعت جميعها وفق الفقه الجعفري وأصبح الرأي الفقهي الصادر ملزم للقاضي أن يطبقه كما صدر من المجلس الفقهي كون أن الرأي لفقهي الصادر منهم مستوفياً للشروط الفقهية الذي يفتقر اليها القاضي وهذه الالزامية مستوحاة من نص

(١) وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته، ج١، دار الفكر، سوريا، ط٤، ١٩٨٤، ص٩٥.

(٢) عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ج١، ط١، ١٩٨١، ص١٥٠.

(٣) محمد باقر الصدر، المعالم الجديدة في اصول الفقه، ط٣، دار النجف الاشرف للنشر والتوزيع، النجف الاشرف، ٢٠٠٤، ص١٧٧.

المادة (١٧٣ب) الذي نصت على أنه "يشترط موافقة المرجع الديني على ايقاع الطلاق في الحالات الثلاث المتقدمة " بمعنى أنه حتى في الحالات التي تم تنظيمها في المواد (٧٠-٧١-٧٢) إذ نص بوضوح على الحالات التي يجوز فيها التفريق وهي في حالة عدم الانفاق والهجر وإذا كان يعتدي على زوجته ومع أن النص واضح إلا أنه عاد في المادة (١٧٢ب) وقال يشترط موافقة المرجع في الحالات المتقدمة كونه يتوقع أن القاضي لا يتمتع بسلطة تقديرية ولا تتوفر فيه الشروط التي تتوفر في المرجع الشرعي لذلك سلب منه السلطة التقديرية لكن الحقيقة أنه ليس من وظيفة مرجع الدين الموافقة على احكام المحاكم.

وكانت المحاكم تُقسم إلى: محاكم شرعية (تحكم بالرأي الفقهي) في مسائل الأحوال الشخصية ومحاكم نظامية (تحكم بالقوانين الوضعية) أداة ضبط قانوني في البناء الفقهي للدولة الإسلامية، كذلك هو في قانون العقوبات وتعد الفتوى وسيلة رسمية لتنظيم سلوك الأفراد والمؤسسات لم تكن مجرد رأي غير ملزم، بل كانت تُعتمد في: إعداد الأنظمة والقوانين وتوجيه القضاء في القضايا المستجدة وضبط المعاملات اليومية للأفراد، خصوصاً في البيوع، الوقف، الإرث، والوصايا^(١).

ولهذا نلاحظ أن الفتوى في التاريخ الإسلامي لم تكن منعزلة عن النظام الحاكم، بل كان للمفتي وظيفة رقابية واستشارية توازي أحياناً منصب القاضي، بل تسبقه من حيث استكشاف الأحكام الشرعية غير المنصوص عليها صراحة^(٢).

وكان الخلفاء والولاطين يستشيرون المفتين في القضايا السياسية والعسكرية والاجتماعية، وهذا يُضفي على الرأي الفقهي طابعاً شبه تشريعي، يُمارس داخل أجهزة الدولة، وليس فقط في المساجد أو المجالس العلمية والمدارس الفقهية كمصدر لقوننة الرأي الفقهي إذ إن الرأي الفقهي لم يكن يُصدر فقط عن أفراد، بل عن مدارس فقهية كاملة، مثل: المذهب الأمامي الجعفري والمذهب الحنفي والمذهب المالكي والمذهب الشافعي والمذهب الحنبلي وقد تطورت هذه المذاهب لتكون

(١) عبد الباقي البكري، مبادئ العدالة ومفهومها ووسائل ادراكها، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية،

كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، الدار العربية، بغداد، العدد ٧٥، مايس، ١٩٨٤.

(٢) وهبة الزحيلي، مصدر سابق، ص ٢٢٠.

أنظمة قانونية متكاملة، تحتوي على قواعد وضوابط وأحكام يمكن الرجوع إليها في أي نازلة وبهذا، تحول الرأي الفقهي من كونه اجتهاداً فردياً إلى مرجعية جماعية مؤسسية، يتم اعتمادها^(١).

وقانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ في المادة الأولى الفقرة الثالثة نص على أنه (تسترشد المحاكم في كل ذلك التي اقرها القضاء والفقهاء الإسلاميين في العراق وفي البلاد الإسلامية الأخرى التي تتقارب قوانينها من القوانين العراقية) إذ نجد أن المشرع العراقي لم يقيدهم بمذهب معين في حل المسائل التي تعرض عليهم ولم يجد لها نص قانوني يحكمها والقاضي له مطلق الحرية في اختيار الرأي الذي يراه متناسب مع ماعروض عليه^(٢).

وكذلك أساسه في مدونة الأحكام الجعفرية نلاحظ في المادة (٧٤) من قانون التعديل الجعفري رقم ١ لسنة ٢٠٢٥ أنه في الفقرة أولاً (المقصود بالمرجع الديني هو من يقلده أكثر الشيعة في العراق أن وجد والا فلا شهر المعروف باللقاها والعدالة في النجف الاشرف) وثانياً (يقوم المجلس العلمي في ديوان الوقف الشيعي وفقاً لطلب محاكم الأحوال الشخصية بالتواصل مع المرجع الديني لاستحصال موافقته فيما يشترط ذا القانون) وثالثاً (اذا تصدى المرجع الديني لممارسة شيء من صلاحيات الممنوحة للقاضي وفق هذا القانون وهي له في الأساس بحسب الفقه الجعفري ووثق ذلك بكتاب صادر منه أو من مكتبه يلتزم بمقتضاه من قبل قاضي محكمة الأحوال الشخصية) لكن لم يتم تحديد الأشهر من المراجع ولا تحديد الشروط اللازم توفرها من أجل تحديده بدقة وهذا اثار ارباك في ساحات القضاء بسبب تعدد المراجع في المذهب الواحد.

ويفهم من هذه المادة أن الشهرة نوعين شهرة عملية تقوم مقام الفتوى وشهرة فتوائية أي لا يعلم مستنداً أي شيء وفي حالة عدم تحقق الشهرة عند فقهاء المذهب الجعفري الذي يريد هذا القانون تنظيمها فيتوجب اعتماد الرأي الذي يذهب اليه اغلب مراجع التقليد المعروفين في النجف الاشرف ولم يضع معيار لتحديد معنى مراجع التقليد المعروفين فالمرجعية الدينية هي من بلغ رتبة الاجتهاد وإستتباط الأحكام من مصادرها الشرعية ويجب أن لا يترك رأي فقيه في النجف الاشرف لصالح فقيه آخر في كربلاء أو قم والمجلس العلمي هو صاحب القول في تحديد المرجع التقليدي

(١) عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ١، ١٩٥٩، ص ٨٩.

(٢) قانون الاحوال الشخصية العراقي، رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ الفقرة الثالثة في المادة رقم ١

المعروف ويجب أن لا يترك هذا التحديد سرياً بل كان الاجدر أن يكون معلن للجمهور وهذا هو عمل المجلس العلمي ولا يقوم بعملية التدخل في تفسير نصوص قانون التعديل لأن التفسير من اختصاص المحاكم ولا يحق لغير القضاء القيام بعملية تفسير القانون فاذا تدخل المجلس العلمي واورد نصوص تتعلق بالتفسير في حق اختيار المذهب فانه يكون خرج عن المهام التي حددت له وتدخل فيما لا يعتبر من اختصاصه وان هذا الموضوع سيواجه اشكاليات كثيرة لأن الجعفرية ليس جميعهم من مقلدين مرجع واحد فبالتالي اذا تم تحديد رأي فقهي مشهور غير الذي يتبعه اطراف النزاع فلم يكن مبرراً للذمة.

وهذا يُبين أن الرأي الفقهي المعتمد في مذهب ما، يتحوّل إلى سابقة قضائية واجبة لأن التفسير الاتباع في الدولة التي تتبنى ذلك المذهب ووفق هذا فان هذا القانون يوضع على الشيعة فقط ولا يجوز أخذ أي رأي وفق مذهب آخر مهما كان ذا درجة وقيمة عقلية ومنطقية ولم يضع معيار محدد حتى يتم تحديد المشهور وبالتالي فان المشهور عند الشيعة وبالتالي ففان الفقيه عندهم بلغ رتبة الاجتهاد ويكون قادر على إستنباط الأحكام الشرعية من مصادرها وان الخطاب يوجه من قاضي محكمة الأحوال الشخصية عن طريق المجلس العلمي من أجل أن يقوم المجلس بمخاطبة المرجع المشهور بالنجف من أجل بيان رائيه في الموضوع المعروض وبهذه الالة يكون رأي المرجع ملزم للقاضي أن يطبقه^(١).

وكذلك نص المادة (٣٣٥) من مدونة الأحكام الجعفرية نص على " يرجع في كلّ مالم يرد فيه في هذه المدونة الى المجلس العلمي في ديوان الوقف الشيعي لإجابة المحاكم المختصة على أي استفسار يتعلق بأحكام الأحوال الشخصية وفق المذهب الجعفري " أي أنه يتم الرجوع الى المجلس العلمي من أجل بيان الرأي في المسائل الذي لا يوجد بها نص والاجابة تكون ملزمة للقاضي أن يطبقها على الافراد حتى يكون الحكم الصادر من القاضي مبرراً للذمة بالنسبة الى الجعفرية لانهم يؤمنون أن القاضي لا تتوفر فيه الشروط الواجب توافرها في الفقيه لذلك سلبت السلطة التقديرية من القاضي ومنحت الى المرجع أو المجلس العلمي، ومن الجوانب المهمة في فهم الأساس القانوني للرأي الفقهي هو التمييز بين الفتوى والقضاء.

(١) رحيم حسن العكيلي، شرح احكام تعديل قانون الاحوال الشخصية رقم واحد لسنة ٢٠٢٥، ط١، ٢٠٢٥، ص١٦٧.

يراد بالفتوى: بأنها رأي فقهي يُعطى للسائل، ولا يلزم إلا من قبله، ويُبنى على الظن والورع، أما القضاء: حكم شرعي ملزم يُصدره القاضي بعد المرافعة، ويُنفذ بالقوة عند الحاجة^(١)، لكن رغم هذا الفرق، فإن الفتوى تُستخدم مرجعاً من قبل القاضي، خاصة إذا كانت صادرة من هيئة معتبرة أو مذهب رسمي القاضي إذا استشكل أمراً في الحكم، رجع إلى المفتي ليسأله عن الرأي الشرعي الرأي الفقهي والتنظيم القانوني في الدولة الإسلامية وفي النماذج التاريخية للدول الإسلامية، اتضح بجلاء أن الرأي الفقهي كان يُستخدم في تنظيم شؤون الدولة بشكل قانوني واضح ولم يكن هذا التنظيم يتم من خلال سنّ قوانين مكتوبة فقط كما هو الحال في الدول الحديثة، بل كان يتم عبر تدوين فتاوى تُعلّق في أبواب المحاكم وإصدار سجلات فتوى تُرجع لها جهات الدولة عند الحاجة واعتماد الرأي الفقهي في صياغة مراسيم وقوانين سلطانية وقد أشار الإمام الطرطوشي إلى أن الحكام كانوا لا يُقدّمون على إجراء كبير، إلا بعد استشارة الفقهاء، لأنهم يُمثّلون «العقل المؤسسي» للدولة الإسلامية، ويُشرّعون للفعل السياسي والاجتماعي ضمن إطار الشريعة^(٢) لا فتوى موجهة إلى الفرد أما القانون المدني فينظم الأمور المالية من بيع وشراء وإيجار ومقاولات بينما قانون الأحوال الشخصية ينظم المسائل المتعلقة في بناء الأسرة ولان الأسرة هي النواة في بناء المجتمع نجد أن قانون الأحوال الشخصية نظم كلّ المسائل المتعلقة بها من زواج وطلاق وميراث ونفقة^(٣).

حيث يعتبر الرأي الفقهي في بعض الأنظمة القانونية مثل قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ أحد مصادر القانون الثانوي، يُرجع إليه في حال سكوت القانون، أو في تفسير النصوص القانونية الغامضة يُكون الرجوع إليه في تفسير الغاية التشريعية، خصوصاً إذا كان النص القانوني مستمداً من الفقه الإسلامي، أما وفق مدونة الأحكام الجعفرية فيتم الرجوع إلى المرجع أو المجلس العلمي سواء كان هنالك نص أم لا يوجد نص والاجابة ملزمة للقاضي اذا كان الفقيه الذي صدرت عنه الفتوى مستوفي للشروط يتم العمل بها بشكل ملزم ومن ثم، فإن الرأي الفقهي لا يلغى أو يُهمّش في المنظومات الحديثة، بل يُستعمل كأداة تفسير وتأصيل قانوني، مما

(١) يحيى بن شرف النووي، الروضة في الفقه الشافعي، ج١، المكتب الاسلامي، بيروت، ١٩٨٥، ص ١٨٩.

(٢) ابو بكر محمد بن الوليد الطرطوشي، سراج الملوك، دار الافاق العربية، مصر، ١٩٩٤، ص ٩١.

(٣) وهبة بن مصطفى الزحيلي، مصدر سابق، ج٧، ص ١٣٠.

يُعزّز شرعيته ومكانته داخل النسق القانوني ومن التحديات القانونية أمام تفعيل الرأي الفقهي رغم الأهمية الكبيرة للرأي الفقهي كأداة قانونية، إلا أنه يواجه عدة تحديات في تفعيله داخل الأنظمة القانونية الحديثة، منها: تعدد المذاهب: مما يؤدي إلى اختلاف الآراء وعدم توحيد المرجعية والفوضى الفتوائية: بسبب انتشار فتاوى غير مؤسسية من أشخاص غير مؤهلين وعدم وجود إطار دستوري ملزم للأخذ بالرأي الفقهي في بعض الدول والخوف من تسييس الفتوى وربطها بالسلطة السياسية بدلاً من المرجعية الشرعية وقد أوصى مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الأخيرة (جدة، ٢٠٢٣م)، بضرورة توحيد المرجعية الفقهية للدول الإسلامية، وتنظيم دور الفتوى بحيث تكون مؤثرة في التشريع والقضاء، لا مجرد رأي اختياري^(١).

من خلال هذا يتبين أن الرأي الفقهي ليس اجتهاداً منعزلاً عن النظام السياسي أو القانوني، بل هو مكون أساسي في البنية القانونية للدولة الإسلامية ويكون مستند إلى أدلة أساسية مثل القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة والعقل والاجماع مما يجعل هذا الرأي الذي قدم يتفق مع القانون والوضع السياسي في المجتمع الذي ينتمي إليه الفقيه^(٢).

ونستخلص أن القانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ هو الأدق من حيث الاستقرار القضائي وانضباط النص كونه يوحد المرجعية القانونية أمام الجميع في حين أن المدونة قد تتفوق في جانب المحاكاة للواقع الفقهي وتحقيق الملائمة الشرعية ويجب أن تتبنى نصوص مقننة واضحة بدلاً من الاحالات المفتوحة على الآراء الفقهية من أجل جمع الدقة الشرعية والقانونية في أن واحد إذ إن القاضي يكون أكثر اتصال بالواقعة المعروضة أمامه ويختار الانسب منها وفق ما يتلائم مع الحالة المعروضة أمامه ويكون رجوعه إلى المجلس العلمي من أجل إيضاح بعض الأمور ويكون حر في الأخذ بهذا الإيضاح أو عدم الأخذ به.

(١) قرارات الدورة ٢٥ لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، جدة، مارس ٢٠٢٣، القرار رقم ٢٤٠.

(٢) عبد العزيز بن محمد بن عبد الله، الاستعانة بأهل الخبرة في القضاء والفقه ونظام المرافعات الشرعية في المملكة السعودية، ط ١، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، ٢٠٠٧، ص ٢٩.

الفرع الثاني

الأساس الشرعي والاصولي للرأي الفقهي

الشريعة الإسلامية هي ما شرعه الله على لسان نبيه محمد صلي الله عليه واله وسلم أن الأحكام التي سنّها الله تعالى على السنة الانبياء جميعهم فالشريعة تمثل الأحكام الالهية التي تنظم حياة الانسان بينما الفقه يعد ثمرة الفهم البشري لهذه الأحكام وإستنباطها من الادلة التفصيلية أي من القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة وان هذه العلاقة هي علاقة ترابط وتكامل وان الأحكام التي جاءت في الشريعة الإسلامية حتى يتم تطبيقها على الواقع والحياة اليومية تحتاج الى فهم وهنا يبرز دور الفقه وان الرأي الفقهي يعني اخراج الأحكام الشرعية من القرآن الكريم والسنة النبوية والاجماع والقياس والعقل^(١).

وأساس الرأي الفقهي يتمثل بهذه المصادر إذ جاء في قوله تعالى (وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ ۚ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ وَمَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ فِي الْكِتَابِ فِي يَتِمَّى النِّسَاءِ اللَّاتِي لَا تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَتَرْغَبُونَ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ وَالْمُسْتَضْعَفِينَ مِنَ الْوِلْدَانِ وَأَنْ تَقُومُوا لِلْيَتَامَىٰ بِالْقِسْطِ ۚ وَمَا تَفْعَلُوا مِنْ خَيْرٍ فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِهِ عَلِيمًا)^(٢)، والفقيه يقوم بعملية فهم والاجتهاد من أجل تطبيقها على النوازل والاحداث وان هذا الاجتهاد لابد أن يكون مقترن بدليل وهنالك جانب سلبي يوجد لدى بعض الفقهاء في فهم بعض النصوص بسبب التعصب المذهبي أو الفلسفي وكذلك بسبب قلة الاطلاع على اراء الفقهاء وائمة المذاهب الفقهية أو أنه يقوم بعملية القياس في مسألة سكت عنها القانون قياساً بمسألة يوجد فيها حكم بسبب اجتماعهم في العلة^(٣).

وإن المذاهب الفقهية اختلفت في ترتيب المصادر فنجد أن المذهب الحنفي رتبها في الكتاب الكريم والسنة المطهرة سواء كانت متواترة أو مشهورة وبعدها الاجتهاد أما المذهب المالكي فرتبها بالكتاب الكريم والسنة والقياس والاجماع والاجتهاد أما المذهب الشافعي رتبها في القرآن الكريم والسنة والإجماع والقياس وتعتبر الفتوى باطلة اذا خالفت احدهم أما المذهب الجعفري رتبها القرآن الكريم والسنة النبوية والاجماع والعقل أي الادراكات العقلية القطعية التي لا مجال للشك في

(١) محمد كمال الدين احمد الراشدي، المصباح في رسم المفتي ومناهج الافتاء، ط ١، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ٢٠٠٥، ص ٧٧.

(٢) الآية (١٢٧) من سورة النساء.

(٣) محمد حسن النجفي، جواهر الكلام، ج ٨، مؤسسة النشر الاسلامية، قم، ايران، بدون سنة نشر، ص ١٣١.

صحتها و يمثل الأساس الشرعي للرأي الفقهي الإطار المرجعي الذي يُستمد منه هذا الرأي قوته وشرعيته، إذ لا يُعد الرأي الفقهي معتبراً إلا إذا استند إلى مصادر التشريع الإسلامي المعتمدة. والرأي الصادر من دون أصل شرعي أو قاعدة أصولية يُعتبر رأياً ساقطاً لا يُعتد به، مهما بلغت منزلة قائله^(١).

هذا وأن الفقيه لا يكون فقيهاً بحق حتى يستند إلى الأدلة الشرعية، ويمارس الاجتهاد ضمن قواعد علم الأصول، ويُراعي مقاصد الشريعة ولذلك، فإن الأساس الشرعي هو ما يضيف على الرأي الفقهي طابع الشرعية ويميّزه عن الرأي الثقافي أو الاجتماعي أو السياسي. وبالنسبة لمصادر التشريع التي يُستمد منها الرأي الفقهي فيجب أن نبين أن الرأي الفقهي ينبني على مجموعة من المصادر الشرعية، التي اختلفت في المجمل تنقسم إلى:

أولاً: المصادر الأصلية: إذ يعد القرآن الكريم هو المصدر الأول وهو أصل الأصول، ومنه تُشتق القواعد الفقهية العامة والجزئية. ويجب على الفقيه أن يبدأ بالقرآن عند البحث عن الحكم، فإن لم يجد، ينتقل إلى السنة، ثم إلى بقية الأدلة. قال الإمام الشافعي: كل ما حكم به الله في كتابه، فليس لأحد أن يخالفه^(٢). وتعد السنة النبوية المصدر الثاني وهي بيان للقرآن، وتوضيح لمجمله، وتفصيل لأحكامه. وتعد المصدر الثاني للتشريع، ويُستنبط منها الرأي الفقهي في حال وجود نص صريح أو منطوق أو مفهوم، حيث قال ابن حزم: (السنة قاضية على القرآن، وتبين ما فيه، وتُخصّص عامه، وتُقيّد مطلقه)^(٣). والمصدر الثالث هو الاجماع ويقصد به هو اتفاق مجتهدي الأمة في عصر معين على حكم شرعي وقد اعتبره جمهور الفقهاء دليلاً قطعياً يُستند إليه في بناء الرأي الفقهي، خصوصاً في النوازل العامة أو المسائل غير المنصوص عليها مباشرة^(٤). و المصدر الرابع هو القياس وهو إلحاق مسألة لا نص فيها بمسألة منصوص عليها لاشتراكهما في العلة. ويُعدّ من أهم مصادر الرأي

(١) الشيخ محمد الخضري، اصول الفقه، ط٦، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، ١٩٦٩، ص ٢٣٣.

(٢) محمد بن ادريس بن العباس بن عثمان بن شافع الشافعي، الرسالة، دار التراث، القاهرة، ط١، ١٩٤٠، ص ٢٠.

(٣) ابو محمد علي بن احمد بن سعيد ابن حزم الاندلسي، الأحكام في اصول الاحكام، ج١، دار ابن حزم، بيروت، ٢٠٠٣، ص ١٥٦.

(٤) محسن الطباطبائي الحكيم، حقائق الاصول، تحقيق الشيخ الخرساني، ج٢، ط٢، مطبعة بصيرتي، قم، لا يوجد سنة، ص ٨٩.

الفقهي في القضايا المستجدة قال الإمام أبو حنيفة: (أقيس الأمور على كتاب الله، فإن لم أجد، فعلى سنة رسول الله، فإن لم أجد، فعلى أقوال الصحابة، فإن اختلفوا، اخترت من بينهم، فإن لم أجد، اجتهدت برأيي)^(١).

ثانياً: المصادر الاجتهادية المكملّة: إلى جانب الأدلة المتفق عليها، هناك أدلة اجتهادية فرعية تختلف حولها المذاهب، مثل: الاستحسان عند الحنفية والمصالح المرسلة عند المالكية وسد الذرائع عند المالكية والحنابلة ولعرف عند معظم المذاهب والعقل عند الإمامية وهذه المصادر تُستخدم لتقوية الرأي الفقهي وتوسيع دائرته، خصوصاً في النوازل الجديدة، أو الحالات التي لا يوجد فيها نص صريح أو إجماع^(٢).

ما دور العقل في تأسيس الرأي الفقهي عند الإمامية هل هو ملزم بالنسبة للقضاء أو استرشادي؟

العقل يُعد أداة لا غنى عنها في فهم النصوص الشرعية وتطبيقها على الواقع، بل أن كثيراً من الأصوليين عدوا العقل مصدراً من مصادر الاستدلال، خاصة عند عدم وجود نص مباشر وقد أشار الغزالي إلى ذلك بقوله: (العقل أصل في إدراك المصلحة، وبه يعرف مناط الحكم، فيبنى عليه القياس والاستنباط)^(٣).

فالعقل هو الذي يُفرّق بين العلة وغير العلة، ويُحدّد مدى انطباق النص على الواقعة، ويراعي المقاصد العامة للشرعية والإدراك العقلي على درجتين ادراك قطعي وادراك ظني ويتجسد العقل بالقانون الوضعي في قواعد العدالة ويقصد بقواعد العدالة هي المبادئ التي تستخدم في توجيه النظام العام من حيث طبيعته ومرونته وتطبيقه ولم تكن لها دقة القواعد المكتوبة ويسترشد بها المشرع عند وضعه للقواعد القانونية والعقل تكون له مقدمات وهذه المقدمات تكون على نوعين مقدمات عقلية أي أن العقل يكون مستقل عن الحكم الشرعي وإن وجد العقل يكون دوره الاسترشاد أما في المستقلات غير العقلية يوجد فيه مقدمتان واحدة عقلية والأخرى شرعية وتسمى بالدليل المختلط ومن خلال هذا يتبين أن كلّ حكم للعقل يوجب القطع بالحكم الشرعي يكون ملزم لأن العقل له دور

(١) أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم بن حبيب، بن حنيفة الانصاري الكوفي، الآثار، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٧٦، ص ٧٥.

(٢) صفاء متعب الخزاعي، أصول الفقه الاسلامي، ط١، دار الكتب والوثائق، بغداد، ٢٠٢٠، ٩٨.

(٣) بدران أبو العينين بدران، أصول الفقه، ط١، مؤسسة شباب الجامعة، بلا مكان، ١٩٩٨، ص ٦٦.

كبير في الكشف عن الأحكام وإزالة غموضها من خلال مجموعة قواعد استنتاجها من العقل القطعي وليس الظني^(١).

ولا يقتصر بناء الرأي الفقهي على النصوص فقط، بل يجب أن يُراعى مقاصد الشريعة الخمسة وهي حفظ الدين وحفظ النفس وحفظ العقل وحفظ النسل وحفظ المال وكل رأي فقهي لا يُحقّق هذه المقاصد يُعتبر فاسدًا أو ناقصًا، حتى لو استند إلى ظاهر نص ولهذا كان يُقال: (ليس كلّ ما قاله الفقيه يُعدّ فتوى، ما لم يُحقّق مصلحة معتبرة)^(٢).

ويقصد في الاجتهاد الوسيلة التي يُستخرج بها الرأي الفقهي من مصادره الشرعية، وهو جهد علمي يقوم به الفقيه المؤهل لإستنباط حكم شرعي في مسألة لم يرد فيها نص صريح وقد أُجمع على أن من لا يملك أدوات الاجتهاد لا يُعتمد برأيه، بل يُعدّ تقليدًا لا اجتهادًا قال الإمام النووي (لا يجوز أن يُفتي إلا من كان عالمًا بالقرآن، عارفًا بالناسخ والمنسوخ، وبالحديث الصحيح والضعيف، وبأقوال العلماء، وأدلة الأحكام)^(٣).

ويقسّم الاجتهاد إلى نوعين هما الاجتهاد المطلق وهو خاص بأئمة المذاهب ومن بلغ رتبته. والاجتهاد المقيد أو المنتسب وهو الاجتهاد داخل إطار مذهب معين. والاجتهاد هو أن يجتهد الفقيه في استخدام العقل لفهم ما وراء النص من أجل وضع قواعد قانونية مبنية على الرأي الذي قدمه الفقيه وفق صياغة قانونية من قبل متخصص في القانون^(٤).

ويمكن القول أن الرأي الفقهي المشروع هو الذي يصدر عن مجتهد بالمعنى الأصولي بحيث يكون قادرًا على استخراج الحكم من النصوص وليس فقط ناقلًا لأقوال غيره لا يُقبل أي رأي يُنسب للفقه إلا إذا صدر من شخص تتوافر فيه شروط الاجتهاد الفقهي وهي كذلك أوردتها الأصوليون: العلم بالقرآن الكريم وخاصة آيات الأحكام (نحو ٥٠٠ آية) والعلم بالسنة النبوية حفظًا أو معرفة بمطائنها وتمييز الصحيح من الضعيف والإحاطة بعلم أصول الفقه لفهم أدوات الاستدلال كالعلة والقياس والمفهوم والمطلق والمقيد والتمكّن في اللغة العربي من نحوًا وبلاغة ومعاني ومعرفة

(١) رشدي محمد عرسان عليان، دليل العقل عند الشيعة الإمامية، ط١، مركز الحضارة لتنمية الفكر الاسلامي، بيروت، ٢٠٠٨، ص ٩٠.

(٢) ابو القاسم عمر بن محمد بن عمر السرخسي، المبسوط، ج٤، دار الفكر، لبنان، ط١، ١٩٨٤، ص ٣٤.

(٣) ابو زكريا يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب، ج١، دار الفكر، بيروت، ط٢، ١٩٩٠، ص ٥٨.

(٤) احمد البهادلي، مفتاح الوصول الى علم الاصول، ج٢، مطبعة الغدير، النجف الاشرف، ص ٢٩٠.

مقاصد الشريعة للربط بين النص والمصلحة والإحاطة بالخلاف الفقهي وتمييز المعتمد من الشاذ وقد ذكر الشاطبي أن الجاهل بهذه الأدوات: (كمن يأخذ السيف وهو لا يُحسن القتال، فيُهْلِك نفسه وغيره) ^(١).

هذا وإن من أهم أسس الرأي الفقهي أن يكون صادراً عن أهلية علمية معتبرة لأن الحكم في الشريعة لا يُؤخذ إلا من الثقات العلماء الذين وصلوا درجة من الاجتهاد في استنباط النصوص من مصادرها الرسمية باستعمال العقل ^(٢).

لا يكفي أن يملك الفقيه الأدوات، بل عليه أن يسلك منهجية علمية متزنة في إصدار الرأي، وتتمثل في الخطوات الآتية: جمع النصوص ذات العلاقة بالمسألة وفهم دلالات النصوص ضمن السياق واللغة والجمع بين الأدلة وعدم إهمال شيء منها و الترويج عند التعارض الظاهري وإعمال القواعد الأصولية والمقاصدية وتطبيق الحكم على الواقع بعد التحقق من مناطه ويُشترط في كل مرحلة التجرد من الهوى، والبعد عن التعصب، لأن الرأي الفقهي لا يُقصد به الدفاع عن وجهة نظر، بل الوصول إلى حكم الله تعالى في الواقعة محل البحث ^(٣).

وإن الاجتهادات لها دور مهم من أجل تحقيق التوازن بين المقاصد الشرعية إذ تُعدّ ميزاناً ضابطاً لصحة الرأي الفقهي، فإن وافق الرأي مقاصد الشريعة كان صحيحاً، وإن خالفها كان مردوداً. ولذلك، فإن كثيراً من الآراء الفقهية التي ظاهرها موافقة للنص، رُدّت لكونها تُفضي إلى مفسدة، أو تُهدر مصلحة معتبرة ^(٤).

من أمثلة ذلك: بعض الآراء في الطلاق أو الحضانة التي يُعاد النظر فيها اليوم استناداً للمقصد من حفظ الأسرة وبعض الفتاوى في التعاملات المالية التي عُدلت لتوافق مقصد حفظ المال ومنع الضرر قال القرافي: (كل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى القسوة،

(١) إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، ج ٤، دار المعرفة، بيروت ٢٠١٦، ص ٣١٠.

(٢) الشيخ السعيد جمال الدين، معالم الدين وملاذ المجتهدين، مؤسسة النشر الاسلامي، قم، ١٩٨٦، ص ٢٢٠.

(٣) العلامة الحلي، نهاية الوصول الى علم الاصول، تحقيق ابراهيم البهادري، ج ٢، ط ١، مؤسسة الامام الصادق عليه السلام، قم، ٢٠٠٥، ص ٣٧٧.

(٤) ابو محمد عبد الله ابن عبد البر القرطبي، جامع بيان العلم وفضله، ج ٢، دار الفكر، بيروت، ط ١، ١٩٨٤، ص ١٩٣.

وعن المصلحة إلى المفسدة، فليست من الشريعة، وإن أدخلت فيها بالتأويل^(١). وفي تنظيم النسل، الذي استند إلى قاعدة لا ضرر ولا ضرار، ومقصد حفظ النفس وهذه كلها آراء فقهية لم يُنص عليها صراحة، لكنها استنبطت من أدلة وأصول معتبرة مما يُبرهن على مرونة الفقه وقدرته على مواكبة التطورات ضمن أطره الشرعية^(٢).

ومن المسائل الجوهرية في الفقه الإسلامي أن الرأي الفقهي يُصبح مصدرًا رئيسيًا للحكم عند غياب النص الصريح سواء من القرآن أو السنة أو عند وجود نص ظني الدلالة لا يرقى إلى مستوى القطع في مثل هذه الحالات، يلجأ الفقيه إلى القياس على حكم منصوص وتحقيق المناط في الواقع والاستدلال بالمصالح المرسلة أو الاستحسان والبناء على فتاوى سابقة معتمدة وقد أكد الإمام ابن تيمية على أهمية الاجتهاد الرأي في هذا السياق، فقال: (كثير من مسائل الشريعة لا نص فيها، وإنما يُعرف حكمها بالاجتهاد، وهو من أعظم ما تحتاج إليه الأمة)^(٣).

بالتالي، فإن الرأي الفقهي هنا لا يُعد رأيًا ظنيًا فقط، بل هو في الواقع بديل عن النص ضمن الضوابط في حالة عدم وجود نص، وهو ما يجعل له حجية معتبرة في الشريعة ويمكن أن يغير الفقيه رأيه إذا كانت هناك قضية اجتهادية تستلزم ذلك حيث تظهر مرونة الدين وانه مناسب لكل زمان ومكان وبالتالي يصدر رأي فقهي بناء على المتغيرات التي تحدث في المجتمع ولكنه إذا قام بأنكار رأي فقهي مستند إلى الشريعة الإسلامية أي القرآن والسنة وجب انكار هذا الرأي ونقل عن العز ابن عبد السلام رحمه الله تعالى قال (يحدث للناس في كل زمان ومكان ما يناسبهم) ومن هذا نلاحظ أن الأحكام قسمين مبني على نص صريح لا يتغير وقسم تم اثباته بالاجتهاد بالنظر للمصالح والاعراف وهذا قابل للتغير والتطور^(٤).

وقد عاملت المذاهب الفقهية الرأي الفقهي بمنزلة عالية إذا توفرت فيه شروط الاستدلال ومن مظاهر هذه المنزلة: تدوين الآراء الفقهية في المتون المعتمدة والرجوع إليها عند غياب النص في

(١) مصطفى إبراهيم الزلمي، دلالات النصوص وطرق استنباط الأحكام في ضوء أصول الفقه الإسلامي، جامعة بغداد، بغداد ١٩٨٣، ص ٢٠١.

(٢) علال الفاسي، مدخل الفقه الإسلامي، مؤسسة علال الفاسي، ١٩٨٥، ص ١٢١.

(٣) صدام الزبيدي، المدخل إلى الأصول، دار المعرفة، بيروت، ط ١، ١٩٧٣، ص ٢٢.

(٤) أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي، البحر المحيط، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ٢٠٠٠، ص ٣١١.

كتب الفروع واعتمادها في القضاء والإفتاء وترجيحها على غيرها من الآراء أن وافقت أصول المذهب وقد ذهب العلامة ابن عبد البر إلى القول: (إن آراء الأئمة إذا بنيت على الدليل وكانت منضبطة بالأصول، فلا يقال عنها ظنية محضة، بل لها قوة في إثبات الحكم)^(١).

و الرأي الفقهي كونه ملزم يُثير نقاشاً طويلاً بين العلماء، فإذا كان الرأي صادراً عن اجتهاد معتبر في نازلة عامة، وتم اعتماده من جهة رسمية، فإنه يُعد ملزماً (كالرأي الذي يُدون في القوانين)^(٢) إذا كان رأياً اجتهادياً خاصاً بفتيّه معين، فهو غير ملزم شرعاً، لكنه معتبر من حيث الدلالة والإرشاد أما في القضاء: يلتزم القاضي برأي مذهبه ما لم ينقضه نص أرجح أما في الإفتاء: يُخَيَّر المستفتي بين الآراء إذا اختلف المفتون وبذلك، فالرأي الفقهي يُعد حجة عملية ما دام مستنداً إلى أصول معتبرة، ولا يُعارض نصاً قطعياً أو مقصداً شرعياً^(٣).

هذا وأن من أهم المعايير المعاصرة لقبول الرأي الفقهي المؤسسات الفقهية المعاصرة مثل مجامع الفقه ومجالس الإفتاء وضعت معايير دقيقة لقبول الرأي الفقهي ومن أهم هذه المعايير هي أن يكون الرأي موافقاً لنص أو أصل شرعي ويجب أن يُراعي ما يحدث في المجتمع ويُحقق المصلحة الشرعية العامة ويجب أن يكون صادراً عن جهة علمية أو فقيه مؤهل ويجب أن يخلو من التأثير بالهوى أو السياسة وأن يكون قابلاً للتقنين أو الإفتاء، لا مجرد رأي نظري وهذه المعايير جعلت الرأي الفقهي في العصر الحديث أكثر انضباطاً وتأثيراً، وسمحت له بأن يؤدي دوراً في التشريع والقضاء والتنظيم الاجتماعي^(٤).

إذ إن التكامل بين الدليل الشرعي والعقل المقاصدي، هو ما يُنتج رأياً فقهياً متيناً وصالحاً للتطبيق أن الرأي الفقه لا يستمد شرعيته إلا من القرآن، والسنة، والإجماع، والقياس، والمصادر الاجتهادية الأخرى تتطلب أهلية علمية، ومنهجية استدلالية، واستحضاراً للمقاصد يُمثل امتداداً تشريعياً معاصراً لأصول الشريعة الإسلامية ويؤدي دوراً حيويّاً في الفتوى، والقضاء، والتشريع، والتنظيم الاجتماعي وبهذا فإن الأساس الشرعي للرأي الفقهي يجب أن يكون متفق مع أحكام

(١) عزيز كاظم جبر الخفاجي، مدخل لدراسة العلوم القانونية، ط١، جامعة الكوفة، ٢٠١٢، ص ٧٧.

(٢) عبد الجبار الرفاعي، محاضرات في اصول الفقه، ج١، ط٤، مطبعة سرور، بغداد، ٢٠٠٧، ص ١٥.

(٣) صادق الحسيني الشيرازي، لا ضرر ولا ضرار في الاسلام، بلا عدد للطبعة، دار الصادق للطباعة والنشر، لا توجد سنة، ص ٦٧.

(٤) ابو بكر احمد بن علي، الفقيه والمتفقه، ط٣، ج٢، دار ابن الجوزي، السعودية، ٢٠١٠، ص ٣٣٠.

الشريعة ونجد أن الرأي الفقهي يتمحور حول جانب سلبي وإيجابي ولا بد أن يكون الفقيه لديه اهلية الاجتهاد وان يكون ذات فهم وتفكير عميق ومدرّك ادراك شامل للشريعة الإسلامية وبالتالي عندما يكون ملم في أحكام الشريعة الإسلامية كلما كان قادر على معالجة المستجدات من أجل أن يكون القانون مواكب للواقع وان الفقيه يقدم حل الى المسائل الذي تحدث في الحياة اليومية ويكون هذا الرأي مبني على العقل وغير مخالف لمصدر من مصادر الشريعة الإسلامية^(١).

نستنتج من خلال ذلك أن هذا العمل يقوم به الفقيه حصراً أي لا يجوز لغير الفقيه أن يقوم بعملية الاجتهاد واستخراج الرأي من المصادر الذي تم ايرادها وفق المذاهب وان الفقيه يكون من اهل الدين والنزاهة والكفاية كم تم توضيحه في الشروط خاصة وان العراقيين الذين هم من اتباع البيت هو مجتمع ديني منقاد الى الحوزة وبالتالي فان الحوزة تغير الكثير من المسارات الحياتية أي الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والحوزة جزء لا يتجزأ عن المجتمع حيث قال الامام علي عليه السلام قوام الدنيا بأربعة (بعالم مستعلم لعلمه) وان المرجعية لها دور مهم في التصدي للفساد واصبح رأي المرجعية رأي مهم في حل الكثير من المسائل حتى في قانون الأحوال الشخصية وفق تعديلاته الجديدة إذ إن القاضي يقدم طلب الى المجلس العلمي من أجل بيان رأي الفقيه المشهور في المسائل المعروضة امامهم واصدار حكم يتوافق مع قرار الفقيه ولا يجوز للقاضي أن يخالفه^(٢).

المبحث الثاني

طبيعة الرأي الفقهي

تتلخص طبيعة الرأي الفقهي في مرونته وقدرته على استنتاج الدلائل والبراهين وإستنباطها من القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة والعقل مع حفاظه على دلالة النص ومقاصده الاصلية وهذه الذاتية هي التي جعلت الرأي الفقهي قاعدة شرعية ومنطقية يعتمد عليها في استخراج الدلائل من النصوص الدينية التي تعتمد على ملكة الفقيه الاجتهادية وان الرأي الفقهي في الحياة يلبي رغبة أو حاجة في المجتمع أي أنه يقدم الحلول في الازمات والمواقف التي تحصل في المجتمع والتي تستوجب حلاً لا فقهيها ناجعة لمواجهة التحديات المعاصرة.

(١) قطب الريسوني، صناعة الفتوى في القضايا المعاصرة معالم وضوابط وتصحيحات، ط ١، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ٢٠١٤، ص ٣٣.

(٢) الشيخ باقر الايرواني، دروس تمهيدية في القواعد الفقهية، ج ٢، بلا عدد طبعة، بلامكان، ٢٠١٠، ص ١٢٢.

وهنا يبرز دور الفقيه ويقدم الحلول بالرجوع الى الأحكام السماوية المتمثلة بكتاب الله والسنة النبوية المطهرة لكي يتمكن الفقيه من تكوين رأي فقهي راجح يتم الاعتماد عليه وعليه سيقسم هذا الى المبحث الى مطلبين نتناول في المطلب الأول حجية الرأي الفقهي بوصفه من النظام العام أو قاعدة مفسرة وفي المطلب الثاني نتناول مدى التزام القاضي بالرأي الفقهي أي نتناول مدى حدود سلطة القاضي واثار تعدد الآراء الفقيه في توجيه القضاء.

المطلب الأول

حجية الرأي الفقهي

القواعد الفقهية لها أهمية قصوى في تكوين الملكة الفقهية لدى الفقيه فهي تجمع الفروع والجزئيات المتناثرة تحت القاعدة في معظم ابواب الفقه المختلفة فيسهل الرجوع اليها والاحاطة بها ، والفقيه تقع على عاتقه مسؤولية سد الثغرات ولغرض بيان حجية الرأي الفقهي سيقسم هذا المطلب الى فرعين نتناول في الفرع الأول الرأي الفقهي بوصفه من النظام العام والالزامي وفي الفرع الثاني الرأي الفقهي بوصفه قاعدة مفسرة واسترشادية

الفرع الأول

الرأي الفقهي بوصفه من النظام العام

يعد التمييز بين القواعد الامرة والمكملة أحد المداخل الجوهرية لفهم موقع الرأي الفقهي في النظام القانوني فالقواعد الامرة هي القواعد التي تفرض على الجميع اطاعتها ولا يجوز لهم الاتفاق على مخالفتها ويقع باطل كل اتفاق على خلافها ويجوز للقاضي أن يحكم ببطلان هكذا تصرف حتى لو لم يطالبه احد الاطراف وهذه القواعد تقسم الى امرة أو ناهية وهذا النوع من القواعد لا يجوز الاتفاق على استبعاده بمحض ارادة الاطراف فهي تفرض على الاشخاص والمحاكم^(١).

أما القواعد المكملة فهي القواعد التي يجوز الى الأفراد الاتفاق على مخالفتها بمحض ارادة الافراد لأنها لا تحمل صفة الالزام وعند النظر الى الرأي الفقهي نجد أن الرأي الفقهي نجد أنه في بعض الاحيان يحمل صفة الالزام الصريح وفقاً الى نص المادة (٢١١٣٠) من القانون المدني العراقي " يعتبر من النظام العام بوجه خاص الاحكام المتعلقة بالاحوال الشخصية كالاهلية والميراث....) حيث جعل الأحكام المتعلقة بالزواج والميراث والنفقة والعدة هذه الأحكام تعتبر من

(١) عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة القانون، دار السياسة، الكويت، ١٩٧٠، ص ٢١٣.

النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفتها لأنها تمس النظام العام في المجتمع احيان اخرى نجد أن الرأي الفقهي يكون مكمل الى ارادة الافراد كونه يتعلق بمسائل تفصيلية قد يغفل الافراد الاتفاق عليها فتتظمها القواعد المكملة ويجوز الاتفاق على مخالفتها بشرط أن لا يخالف الشريعة في جوهرها^(١).

لكن نلاحظ ان المشرع العراقي لم يكن موفقاً في هذه المادة لان المسائل المتعلقة بالزواج والنفقة والعدة ليست جميعها من النظام العام.

وبمجموعة التطورات القانونية الحديثة، برز التساؤل حول مدى اعتبار الرأي الفقهي من قبيل القواعد التي تدخل ضمن نطاق النظام العام ؟ وبالتالي تلزم القاضي وتُقيد إرادة المتعاقدين، أم أنه مجرد توجيه يُسترشد به ولا يلزم أحداً إلا باختياره وللإجابة عن هذا التساؤل لا بد من تحليل مفهوم النظام العام في القانون، ثم الوقوف على الصلة بينه وبين الرأي الفقهي، وتحديد متى يكون الأخير ملزماً بوصفه من النظام العام، ومتى يظل خياراً اجتهادياً لا يكون ملزم وانما يتم اللجوء اليه للاستئناس به فقط ^(٢) إذ يمكن أن نعرف النظام العام أنه (مجموعة من المبادئ القانونية التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها، ولو برضاهم)، وتعد هذه المبادئ أساساً لتنظيم المجتمع والحفاظ على قيمه العليا، كالعدالة والآداب العامة والاستقرار الاجتماعي وهو يُعبّر عن إرادة الدولة وتوجهها في حماية مصالح الجماعة، لذلك يُعتبر مخالفة قاعدة من قواعد النظام العام سبباً لبطلان أي تصرف قانوني لأن النظام يمس امن المجتمع بأكمله ^(٣).

القواعد الامرة موجودة في القران الكريم وبنصوص واضحة على وجه الحتم والالزام سواء كانت هذه الحتمية واضحة من صيغة الطلب نفسه أو من قرينة خارجية مثل قوله تعالى {وَأَتُوا النِّسَاءَ صِدْقَاتِهِنَّ نِحْلَةً ۚ فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُنَّ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا} ^(٤) وهنا جاء بصيغة امر بمعنى اعطوا النساء مهورهن عطية واجبة أو يأتي بصيغة مضارع مجزوم مثل قوله تعالى {وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا ۚ وَلَا يَضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلَىٰ جُيُوبِهِنَّ ۚ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ أَوْ آبَائِهِنَّ أَوْ آبَاءَ بُعُولَتِهِنَّ أَوْ

(١) عبد الواحد عبد الرحمان، اصول الفقه، دار المسيرة، عمان، الاردن، ط ٤، ٢٠٠٤، ص ٥٥.

(٢) عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ٢٠٠٤، ص ٦٧.

(٣) محمود عبد الرحمان، مصدر سابق، ص ١١٠.

(٤) الآية (٤) من سورة النساء.

أَبْنَائِهِمْ أَوْ أِبْنَاءَ بُعُولَتِهِمْ أَوْ إِخْوَانِهِمْ أَوْ بَنِي إِخْوَانِهِمْ أَوْ بَنِي أَخَوَاتِهِمْ أَوْ نِسَائِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ أَوْ التَّابِعِينَ غَيْرِ أُولِي الْإِرْبَةِ مِنَ الرِّجَالِ أَوْ الطِّفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَى عَوْرَاتِ النِّسَاءِ ۖ وَلَا يَضْرِبْنَ بِأَرْجُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ مَا يُخْفِينَ مِنْ زِينَتِهِنَّ ۚ وَتُوبُوا إِلَى اللَّهِ جَمِيعًا أَيُّهُ الْمُؤْمِنُونَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ } وهذه الآية تدل على وجوب اسدال الخمار على الجيب أي تدل بوضوح على حرمة الزينة إلا لبعولتهن لأن الدين الإسلامي امر بهذا بصيغة واضحة من أجل الحفاظ على المجتمع الإسلامي^(٢).

حيث يتفاوت تحديد ما يُعتبر من النظام العام باختلاف المجتمعات والأنظمة القانونية، لكن التشريعات ذات المرجعية الإسلامية مثل تشريعات قانون الأحوال الشخصية المتعلقة بالزواج والطلاق والميراث والوصية التي تضيف بُعداً دينياً لهذا المفهوم، إذ ترى في أحكام الشريعة - خاصة القطعية منها مكونات أصيلة للنظام العام لا يجوز مخالفتها في هذا الإطار، فإن العديد من الآراء الفقهية قد اكتسبت طابع الإلزام نتيجة تبنيها من قبل المشرّع في نصوص قانونية صريحة، أو بسبب إحالة القوانين إليها في حال غياب النص، إذ نصت المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩، والتي أجازت الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون عند عدم وجود نص قانوني وبذلك، يصبح الرأي الفقهي، في هذه الحالة، مصدراً إلزامياً للقضاء، ويُعامل كجزء من النظام العام الذي لا يجوز الاتفاق على خلافه^(٣).

هذا وأن الآراء الفقهية الملائمة لظروف العصر والمستندة إلى مقاصد الشريعة، قواعد أمر، تُطبق حتى من دون إرادة الأطراف ومن الأمثلة على ذلك، أحكام النفقة، والمهر، والميراث، إذ لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، و أي تصرف من هذا النوع، ولو تم بموجب عقد صحيح، لأن تلك الأحكام تمثل إرادة المشرّع الإسلامي الملزمة، وليست محض اجتهادات نظرية أن اعتبار الرأي الفقهي جزءاً من النظام العام يرتبط أساساً بدوره في الحفاظ على استقرار النظام القانوني والعدالة الاجتماعية ففي مسائل الأحوال الشخصية، مثل النفقة والطلاق والميراث، نجد أن مدونة الأحكام

(١) الآية (٣١) من سورة النور.

(٢) تقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي، الابهاج في شرح المنهاج، ج١، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٥، ص ٤٢١.

(٣) وهبة الزحيلي، أصول الفقه الاسلامي، دار الفكر الاسلامي، دمشق، ٢٠٠٢ - ص ٤٤٣.

الجعفرية رقم (١) لسنة ٢٠٢٥ قد اعتمدت على الآراء الفقهية باعتبارها قواعد قانونية أمرة، لا يجوز مخالفتها حتى لو اتفق الطرفان على غيرها فمثلاً، لا يجوز الاتفاق على حرمان الزوجة من نفقتها، ولو تم العقد برضا الطرفين، لأن النفقة ترتبط بالمصلحة العامة واستمرار كيان الأسرة، وهي بذلك تدخل ضمن النظام العام^(١).

هذا وأن القانون المدني العراقي في المادة (١٣٠) في الفقرة الثانية نصت على أنه يعد من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث وهذا الإحالة لا تجعل الرأي الفقهي مجرد وسيلة تفسيرية، بل تمنحه صفة المصدر الرسمي للتشريع، وهو ما يُضفي عليه طابع الإلزام ولذلك، فإن الرأي الفقهي متى ما تم تبنيه تشريعياً، ينتقل من كونه اجتهاداً فقهيّاً إلى قاعدة قانونية أمرة تُعامل باعتبارها من النظام العام والرأي الفقهي في قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ كان استرشادي القاضي يتمتع بسلطة اختيار الرأي الفقهي الذي يلائم هذا القانون ونصت على ذلك المادة ٢ من قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ في الفقرة الثانية والثالثة من هذه المادة^(٢).

هذا وأن بعض الأحكام الفقهية يُعتد بها قانوناً حتى لو لم تُذكر في القانون، لأنها تشكل امتداداً تشريعياً مكملًا، وعدم جواز التنازل عن الحقوق المقررة شرعاً في الإرث أو النفقة، وهي أحكام تستند إلى آراء فقهية تم تبنيها قضائياً هذا يعني أن القضاء لا يتعامل مع الرأي الفقهي كمجرد اجتهاد، بل يضيف عليه صفة الإلزام عند استقراره وتوافقه مع مقاصد الشريعة الإسلامية^(٣).

جاء في القانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ حيث جاء في المادة ٤١ التي نصت على أن (يكون تقدير النفقة للزوجة على زوجها بحسب حالتيهما يسرا وعسرا على أن لا تقل النفقة عن الحد الأدنى الذي يكفل المعيشة اللائقة) وكذلك نص المادة (٥٧) التي جاء فيها أن القاضي يقرر من الاحق المحضون نجد هنا أن القاضي في نص هذين المادتين على أن القاضي يتمتع بسلطة تقديرية في الحالات التي تعرض امامه في حالة عدم وجود نص يحكم هذه الحالة^(٤).

(١) عبد المجيد الشرقي، الفكر الاسلامي في تطوره، دار الطليعة، بيروت، ١٩٩٧، ص ٢٢٣

(٢) مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج ١، دار الفكر، دمشق، ١٩٨٦، ص ٣٨٧

(٣) رحيم حسن العكيلي، مصدر سابق، ص ١٢٢

(٤) احمد عبيد الكبيسي، الاحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، مطبعة الارشاد، بغداد، ط ٢، ١٩٧٢، ص

أما في القانون رقم (١) لسنة ٢٠٢٥ الرأي الفقهي ملزم إذ إن القاضي هنا لا يتمتع بالسلطة التقديرية الذي تخوله اختيار المذهب الذي يريده ويكون ملائم للقانون وان القاضي يكون ملزم بقرار المجلس العلمي أي أنه يجب عليه أن يمثل لقرار المجلس العلمي لأن الفقيه أو المرجع المشهور هنا بمثابة نائب عن الامام عجل الله فرجه.

ونلاحظ أن قرار المجلس العلمي لا يكون سرياً بل يكون معلناً الى الجمهور فمثلاً جاء في المادة ٧٣ من التعديل رقم ١ لسنة ٢٠٢٥ في الفقرة (ب) بأنه يشترط موافقة المرجع الديني على ايقاع الطلاق في الحالات التي اجازت للقاضي التفريق فيها حسب الفقرة (الف) من نفس المادة وكذلك نص المادة ٧٤ فقرة (ب) من التعديل الذي نصت على أنه يقوم المجلس العلمي في ديوان الوقف الشيعي وفق طلب محاكم الأحوال الشخصية بالتواصل مع المرجع الديني لا استحصال موافقته وان جواب المرجع يكون ملزم للقاضي في محكمة الأحوال الشخصية.

هذا ويعد من النظام العام إذا كانت مخالفته تمثل إخلالاً جسيماً بالمصلحة العامة، كالاتفاق على التحايل على أحكام المواريث أو الزواج بغير الشروط الشرعية، وهو ما يُعد باطلاً شرعاً وقانوناً كما أن وجود نصوص قانونية تحيل إلى مبادئ الشريعة الإسلامية بشكل عام، من دون تحديد مذهب فقهي معين يفتح المجال للقاضي لاختيار الرأي الفقهي الذي يُحقق العدالة ويحقق المصلحة العامة وهذا يعني أن الرأي الفقهي ليس ثابتاً في تطبيقه، وإنما مرّن وخاضع لاجتهاد القاضي، لكنه يظل ملزماً متى ما استقر القضاء على تطبيقه في سياق معين، مثل إلزام الزوج بالنفقة اليومية أو تنظيم الحضانة^(١).

وقد أشار الفقيه مصطفى الزرقا إلى أن النظام العام في الفقه الإسلامي يقوم على خمسة أسس: حماية الدين، النفس، العقل، النسل، والمال وكل قاعدة شرعية تحمي هذه المقاصد تُعد من النظام العام ولا يجوز مخالفتها وبهذا المعنى، فإن الرأي الفقهي الذي يُحقق واحدة من هذه المقاصد يُعتبر ملزماً، ولو لم يكن هناك نص قانوني مباشر يُشير إليه وعلى سبيل المثال، تُعد القواعد المتعلقة بمنع الضرر، والعدالة في المعاملات، من المبادئ التي لا يجوز التنازل عنها في العقود أو الإجراءات القضائية كما أن الآراء الفقهية المتفق عليها بين الفقهاء الأربعة – أو الغالبة في الفقه

(١) الامام علي بن محمد الامدي، الاحكام في اصول الاحكام، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط ١، بدون سنة

المعتمد للدولة - تأخذ صفة القوة القانونية متى ما تم اعتمادها قضاءً أو تنظيمًا. ففي السعودية، مثلاً، يُستند إلى الفقه الحنبلي في أغلب القضايا، ويُعامل كتشريع نافذ، ما يجعل الرأي الفقهي ملزماً بقوة النظام العام في البلاد، لا مجرد اجتهاد فردي^(١).

إذ إن الرأي الفقهي له صفة الإلزام في عدد من القضايا التي تتعلق بالعلاقات الأسرية والأحوال الشخصية، وذلك بوصفها تمس كيان الأسرة والمجتمع، مما يُكسبها طابع النظام العام فمثلاً، في قضايا الحضانة، غالباً ما يُرجع القضاة إلى الرأي الفقهي لتحديد أولويات الحضانة ومددها وشروطها، باعتبار أن هذه الأحكام قد استقرت فقهاً، وإن لم تُنظم بنصوص قانونية تفصيلية وقد كان القاضي يتمتع بسلطة تقديرية في اختيار المذهب الذي يتناسب مع القضية المعروضة امامه ولا يتقيد بمذهب معين وان اعتمد الرأي الراجح في المذهب الأمامي أو المذهب الحنفي أو الشافعي عند غياب النص القانوني، ليتم العمل به كقاعدة قانونية ملزمة^(٢).

كذلك فإن بعض التشريعات ومنها المشرع العراقي التي اعتمدت صراحة على الرأي الفقهي كمصدر للتشريع والمادة (٢) من الدستور العراقي، التي تنص على أن الإسلام دين الدولة، ويُعد مصدراً أساساً للتشريع هذه الإحالات الدستورية والتشريعية تُكسب الرأي الفقهي منزلة خاصة، وتجعله قابلاً لأن يُعامل معاملة القواعد الآمرة إذا استوفى شروط الاعتماد القضائي. والقاعدة الفقهية التي تقول: لا اجتهاد مع النص تُشير إلى أن القاضي يجب أن يطبق النص الشرعي أو الفقهي المستقر، لا أن يجتهد من جديد إذا كان هناك رأي فقهي معتمد ومأخوذ به في القضاء وقد يتحول الرأي الفقهي إلى إلزام قانوني نتيجة استقرار القضاء عليه وتواتر المحاكم في تطبيقه، وهو ما يُعرف في القانون بنظرية السوابق القضائية الملزمة المعروف في الدول ذات النظام الانكلسوني، التي تجعل من اجتهاد المحكمة قاعدة يحتكم إليها لاحقاً، خصوصاً إذا تعلقت بمسائل شرعية لم ينظمها القانون نصاً وتُعد هذه الآلية نوعاً من التبني غير المباشر للرأي الفقهي، بحيث يُصبح جزءاً من النظام القضائي الملزم من دون الحاجة إلى تقنينه رسمياً، ما دام يطبق بانتظام ولا يُخالف نصاً تشريعياً^(٣).

(١) عبد الله بن بيه، نظرية المقاصد في الشريعة الإسلامية، دار التجديد، أبو ظبي، ٢٠٠٩، ص ٩٨.

(٢) محمد يوسف موسى، المدخل لدراسة الفقه الاسلامي، دار الفكر، بيروت، ٢٠٠٤، ص ٩٥.

(٣) عبد المجيد النجار، مقاصد الشريعة با بعاد جديدة، المعهد العالمي للفكر الاسلامي، ٢٠٠٦، ص ١٤٤.

هذا وقد أشار الفقهاء المعاصرون منهم الفقيه مصطفى الزرقا إلى أن الرأي الفقهي يُكتسب طابع الإلزام القانوني إذا توافرت فيه ثلاثة شروط: الأول هو أن يكون مستنداً إلى أصل شرعي مقبول (كالقرآن، السنة، أو القياس الصحيح). والثاني أن يكون مستقراً في التطبيق القضائي أو معتمداً من المشرع. والثالث - ألا يتعارض مع المصلحة العامة أو مقاصد الشريعة. فإذا تحققت هذه الشروط، جاز اعتباره من النظام العام، ويترتب على مخالفته البطلان أو عدم القبول وفي السياق التطبيقي^(١).

هذا ونجد أن المحاكم الدستورية العليا في بعض الدول الإسلامية، مثل المحكمة الاتحادية العليا في العراق، قد فسرت النصوص الدستورية التي تشير إلى الشريعة الإسلامية على أنها تلزم المشرع بعدم سن قوانين تخالف أصول الفقه الإسلامي المعتمد، مما يعكس تحول الرأي الفقهي من اجتهاد إلى قاعدة عليا وهذا النوع من التفسير الدستوري يمنح الرأي الفقهي مكانة تساوي النص القانوني أو تتجاوزه في بعض الأحيان خاصة عندما يُستند إلى أصول قطعية لا تقبل الاجتهاد أو التأويل^(٢).

حيث تبرز أهمية الرأي الفقهي بوصفه من النظام العام أيضاً في مدى تأثيره على تفسير النصوص القانونية، حيث يُستخدم كأداة لفهم الإرادة التشريعية في السياقات الغامضة أو المسكوت عنها وقد اعتمد على الفقه كمرجع رسمي لتفسير نصوص قانون الأحوال الشخصية، خصوصاً في مسائل مثل العضل^٣، وتحديد أسباب الطلاق، والوصية الواجبة وهذا الاستخدام للرأي الفقهي يُضفي عليه سلطة تفسيرية إلزامية، قد تصل حد التقيد الكامل لسلطة القاضي^(٤).

ولا شك أن هذا التوجه يعكس وعياً قانونياً بأن الرأي الفقهي ليس مجرد خطاب وعظي، بل نظام قانوني بديل، يتميز بالمرونة والاستجابة للواقع، لكنه يحتفظ بأسس ثابتة لا تقبل المساومة. ومن هنا فإن الإلزام بالرأي الفقهي لا يُعد قيداً على حرية القضاء، بل هو تجسيد للمرجعية الشرعية العليا التي تُنظم النظام القانوني من داخله، وتمنعه من الانزلاق نحو التشريع المتناقض مع القيم

(١) محمد بن عبد الواحد الكمال ابن الهمام، فتح القدير، ج ٧، دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٩٩٦، ط ٢، ص ١٢١.

(٢) مصدق عادل، قانون الاحوال الشخصية رقم (١) لسنة ٢٠٢٥ من المنظورين الدستوري والشرعي، دار

السنهوري، بيروت، ٢٠٢٥، ص ١١٠

(٣) العضل، بمعنى المنع من الزواج

(٤) محمد رافت عثمان، اثر الفقه الاسلامي في القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ٧١

الإسلامية ومن أهم ما يُثبت أن الرأي الفقهي قد يدخل ضمن النظام العام هو تصدي القضاء لأي محاولة لمخالفته في مجالات محددة، واعتبار تلك المخالفات باطلة بطلاناً مطلقاً، كما في حالات التنازل عن النفقة، أو الاتفاق على مواريث مخالفة لما أقره الشرع، أو تحديد مهر صورياً يخالف مقتضى الكفاءة والعدل وصدر قرار من محكمة الأحوال الشخصية في كربلاء من رئاسة استئناف كربلاء (حيث طلبت المحكمة من المرجع الديني الأعلى سماحة آية الله العظمى السيد علي الحسيني السيستاني دام ظلّه بيان رأيه في دعوى اقامتها المدعية على طليقها تطلب فيها الحكم بتقويم مهرها المؤجل البالغ عشرة آلاف دينار المذكور في عقد زواجها المؤرخ في ٢٢-١٠-١٩٩٠ بالذهب إذ إن الطرفين من مقلدي سماحتكم لبيان مدى جواز تقويم مهرها بالذهب بتاريخ عقد الزواج من الناحية الشرعية ، مع العرض بأن المدعية تستند في دعواها هذه الى أن المدعى عليه المذكور اعلاه قد طلقها طلاقاً رجعيّاً بتاريخ ٢٨ - ٢ - ٢٠٢٢ ، حيث وردت اجابة المرجع كالاتي بما أن المبلغ المذكور عشرة آلاف دينار قد نقصت ماليته فعلاً بحيث صارت غير معتد بها بالقياس الى ماليته في ذلك الحين فأن مقتضى الاحتياط هو تقويمه بسعر الذهب انذاك والتصالح بين الطرفين على نصف ذلك ، والله موفق)^(١) ومثل هذه الأمور لا تُمثل فقط خرقاً لاتفاق بين طرفين، بل مساساً بمصلحة اجتماعية عامة هي محل حماية من الدولة، ما يجعلها من قواعد النظام العام التي يجب على الجميع أن يعملوا من أجل الحفاظ على امن المجتمع^(٢).

ولا يمكن في هذا السياق إغفال دور الفتوى كمصدر فقهي منظم يُرجع إليه القضاء في كثير من الأحوال، خاصة في غياب نص قانوني صريح. وقد درجت المحاكم العراقية على الرجوع إلى دار الإفتاء أو مجالس العلماء للحصول على رأي فقهي يُبنى عليه الحكم في حالة عدم وجود نص يمكن تطبيقه. وإذا ثبت أن هذه الفتوى قد استقرت في التطبيق القضائي أو كانت مبنية على اجتهاد جماعي فإنها تُعامل في الغالب كقاعدة ملزمة وليست مجرد رأي اختياري وهو ما يُعدّ شكلاً من أشكال إدخال الفقه في بنية النظام القانوني وتكريسه كجزء من النظام العام وقد يطرح البعض تساؤلاً حول كيف يمكن لرأي فقيه - بطبيعته اجتهادي وظني - أن يكون من النظام العام الملزم،

(١) قرار صادر من محكمة الاحوال الشخصية في كربلاء، المرقم ١٥٣ ١٦١ ش ٢٠٢٥١، بتاريخ ١١، ١٣، ٢٠٢٥، قرار غير منشور.

(٢) محمد سامر عاشور، مدخل الى علم القانون، الجامعة الافتراضية السورية، سوريا، ٢٠١٨، ص ٣٣.

والجواب هو أن هذا التحول لا يحصل إلا عندما يُصبح هذا الرأي مرجعاً مُعتمداً في القضاء أو التشريع أو ينسجم مع مبدأ من مبادئ الشريعة القطعية فليست كل الآراء الفقهية ملزمة، ولكن ما توافق مع الأصول أو جرى عليه عمل القضاء يرتقي ليُعامل كقاعدة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها تماماً كالقواعد القانونية المكتوبة^(١).

وعند استكمال هذا التصور تبرز حقيقة جوهرية، هي أن الرأي الفقهي عندما يتحول إلى أداة في يد القاضي لتحقيق مقاصد الشريعة وتطبيق القانون وفق قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨، لا يُعد حينئذٍ اجتهاداً شخصياً، بل يصبح جزءاً من السلطة التنظيمية للقانون فالقاضي حين يختار رأياً فقهياً من دون غيره فإنه لا يتصرف بمحض إرادته، بل يُمارس سلطة مقيدة بالمبادئ العامة وبما استقر عليه العمل القضائي، مما يُضفي طابع الإلزام المؤسسي على الرأي المختار^(٢).

وبذلك، يكون الرأي الفقهي قد تجاوز مرحلته الأولى كمصدر معرفي تشريعي وتحول إلى عنصر من عناصر الضبط القانوني يعادل من حيث الأثر النصوص المكتوبة في القانون الأحوال الشخصية ولا يُنافي هذا التصور الطابع المتعدد للفقهاء، فالمحاكم غالباً ما تنتقي من بين الآراء ما يُحقق التوازن بين المصالح ويُراعي تطورات الواقع، لكنها حين تثبت اختياراً فقهياً معيناً تلزم به أطراف النزاع، ويُصبح ملزماً في الحالات المماثلة بل ويُشكّل مرجعاً لبقية المحاكم وهذا ما يحصل فعلياً في كثير من المحاكم الشرعية، التي لا تتضمن قوانينها تفاصيل دقيقة لبعض المسائل وتتركها للاجتهاد القضائي^(٣).

إن الرأي الفقهي يُصبح من النظام العام إذا تحقق أحد أمرين: الأول أن يتم النص عليه صراحة في قانون نافذ؛ والثاني أن يتم اعتماده في القضاء بشكل مستقر ويُعامل كأصل قانوني واجب التطبيق وفي الحالتين يُصبح القاضي مُقيّداً به ولا يجوز له الخروج عنه إلا بوجود سبب مشروع ومبرر قانوني معتبر وهذا الالتزام لا ينبع من النص فقط بل من الاعتراف الجمعي بأن هذا الرأي يُمثّل الإرادة العليا للمجتمع والدولة، ويحفظ التوازن الشرعي بين الحقوق والواجبات^(٤).

(١) عبد الله بن عبد المحسن التركي، الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، دار القلم، دمشق، ٢٠١٢، ص ٢٠٣

(٢) عبد الفتاح عمرو، دور الفقه الإسلامي في تطوير القانون، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٩، ص ٢٢٢

(٣) عبد العزيز عامر، القانون المدني المقارن، دار النهضة، القاهرة، ١٩٨٧، ص ١٧٩

(٤) محمد سلام مدكور، الفقه الإسلامي في القضاء المعاصر، دار الفكر، عمان، ٢٠١١، ص ١١١

وفي ختام الفرع نجد أن الرأي الفقهي في قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ كان دوره استرشادي وفق ما جاء في نص المادة الأولى الفقرة الثالثة من أنه (تسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي اقرها القضاء والفقهاء الإسلامي في العراق وفي البلاد الإسلامية الاخر التي تتقارب قوانينها من القوانين العراقية) من أجل تحقيق الاستقرار القضائي أما بالنسبة للتعديل رقم ١ لسنة ٢٠٢٥ حيث جاء في مقدمتها أنه تم وضع مدونة الأحكام الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية وفق المذهب الشيعي الجعفري وهذا يدل أنه تم الاعتماد على الرأي الفقهي وأنه يتمتع بصفة الالتزام ، وكذلك المادة ٧٤ التي بينت المقصود بالمرجع الديني أنه من يقلده اكثر الشيعة في العراق وان قرار المرجع يكون ملزم للقاضي وان الرأي الفقهي يعتبر صمام امان للنظام العام لأنه يسد الثغرات التشريعية بما يضمن عدم خروج الأحكام القضائية عن المقاصد الشرعية التي ابتغاها المشرع وكذلك المادة ٣٣٥ نصت على أنه "يرجع في كل مالم يرد فيه نص في هذه المدونة الى المجلس العلمي في ديوان الوقف الشيعي لا جابة المحاكم المختصة على أي استفسار يتعلق في أحكام الأحوال الشخصية وفق المذهب الجعفري "

الفرع الثاني

الرأي الفقهي بوصفه قاعدة مفسرة واسترشادية

يُعد الرأي الفقهي في النظام القانوني الحديث، في كثير من الأحيان، مصدرًا مفسرًا لا ملزمًا وخاصة في الأنظمة المختلطة التي تجمع بين القانون المدني والشريعة الإسلامية مثل القانون العراقي في القانون المدني العراقي المادة الأولى الفقرة الثالثة الذي جاء فيها (تسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي اقرها القضاء والفقهاء في العراق ثم في البلاد الاخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية) ووفق هذه القواعد بانها قواعد عامة (١).

فهي تمنح الافراد حرية الاخذ بها أو الاتيان بغيرها من القواعد وهي لا تفرض على الافراد مسلك معين بل أنها قواعد تستهدف معاونة الافراد فيما تتجه اليه ارادتهم بقصد ترتيب آثار قانونية وهذا النوع من القواعد يسد النقص في ارادة الاطراف وهي بمثابة نموذج يجوز للأفراد أن يقتبسوا منه ما ينظمون به اتفاقاتهم أن اختاروا ذلك وان الزامية هذا النوع من القواعد تكون نسبية أو

(١) ناجي محسن، شرح قانون الأحوال الشخصية، منشورات مطبعة الرابطة، بغداد، ١٩٦٢، ص ٩٨.

احتياطية ويجوز الى الافراد الاتفاق على مخالفتها ولكن اذا لم يتفقوا على مخالفتها تكون ملزمة لهم (١).

ففي الحالات التي لا يتضمن فيها القانون نصاً صريحاً أو تكون النصوص غامضة، يلجأ القاضي إلى الفقه الإسلامي كمصدر للاستئناس والاسترشاد يساعده في تفسير النص أو سد النقص التشريعي من دون أن يكون مُقَيِّداً بالأخذ به وهذا الدور التفسيري للرأي الفقهي يجعله من القواعد المكملة لا الأمرة مما يخرجها في هذه الحالة من نطاق النظام العام (٢).

إن اعتبار الرأي الفقهي مرجعاً مفسراً ينبع من الطبيعة الاجتهادية للفقه فهو لا يتمتع دائماً بدرجة الإلزام التشريعي مثل نص المادة الأولى في القانون المدني وكذلك المادة الأولى الفقرة الثالثة من قانون الأحوال الشخصية خصوصاً في المسائل التي لم يرد فيها نص قطعي أو لم يتم تبنيها رسمياً من المشرع ولهذا فإن القاضي في مثل هذه الحالات يملك حرية الاجتهاد ويجوز له أن يأخذ من الفقه ما يُحقّق العدالة أو أن يبتكر حلاً قانونياً لا يتعارض مع الروح العامة للشرعية من دون أن يكون ملزماً بتطبيق مذهب معين أو رأي فقيه بعينه (٣).

ويُستخدم الرأي الفقهي في هذه الصيغة كمصدر تفسيري في العديد من المسائل مثل تحديد معنى مصطلح قانوني غير معرف أو عند تفسير إرادة المتعاقدين وفق الأعراف الشرعية أو عند وجود تعارض بين قاعدة قانونية وقيم اجتماعية نابعة من الشريعة ويلاحظ هنا أن الفقه لا يُفرض على القاضي بل يُعرض عليه كأداة معرفية يأخذ منها ما يتماشى مع التوازن المطلوب بين النص والمصلحة يُقر الفقه القانوني بأن للقاضي حرية واسعة في التفسير ما دام هذا التفسير لا يخالف النصوص الأمرة أو النظام العام ولهذا فإن استخدام الرأي الفقهي كمرجع تفسيري لا يُلزم القاضي إلا أخلاقياً أو علمياً ولا يترتب على مخالفته بطلان الحكم بل يُعد اجتهاداً محترماً ما دام مبنياً على أسباب منطقية. وفي هذا الإطار، فإن مكانة الرأي الفقهي كمصدر تفسيري تتقاطع مع قواعد التأويل

(١) عبد القادر الفار، المدخل لدراسة العلوم القانونية النظرية العامة للحق، ط١، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٨، ص ٥٣.

(٢) محمد يوسف موسى، الفقه الاسلامي وادلته، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠١، ص ٩٦.

(٣) عبد الله بن بيه، اصول الفتوى ومناهج الافتاء في الاسلام، دار التجديد، ابو ظبي، ٢٠١٤، ص ١٦٣.

في القانون وتفتح أمام القاضي آفاقاً متعددة للاجتهاد في ضوء المبادئ الإسلامية من دون إلزام محدد^(١).

غالباً ما يُوظف الفقه لا لتقييد سلطة القاضي بل لتوسيع خياراته فمثلاً في حالات تقدير النفقة أو تحديد مدة العدة أو ترتيب أولويات الحضانة لا يرد نص قانوني تفصيلي، ويُترك الأمر لتقدير القاضي وفق ما يراه محققاً للمصلحة وهنا يلعب الرأي الفقهي دور المرشد القضائي أي أنه لا يُفرض وإنما يُسترشد به ضمن معايير الاجتهاد المفتوح.

والجدير بالذكر أن بعض المحاكم أصدرت أحكاماً صريحة تُفرّق بين الرأي الفقهي الملزم الذي تم تبنيه تشريعياً أو دُستورياً وبين الرأي الفقهي الاسترشادي كما في قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ الذي لا يُعد أكثر من مرجعية ثقافية أو علمية يُمكن العدول عنها وهذه التفرقة تؤكد أن الرأي الفقهي لا يحمل طابع الإلزام دائماً وأن حجّيته تعتمد على السياق الذي يُستدعى فيه. فإذا كان السياق تشريعياً، فله صفة الإلزام وإذا كان تفسيرياً فهو أقرب إلى الاجتهاد أو الرأي العلمي^(٢).

و يجوز أن يتم الطلاق عبر مواقع التواصل بشرط أن يكون هنالك شهود واستندت في ذلك الى تفسير المجلس العلمي لأنه لا يوجد نص يدل على ذلك صراحة بمعنى أن الفقه يُستخدم كأداة شرح وتفسير لا كقاعدة ملزمة على سبيل المثال في قضايا الخلع أو التفريق للضرر لا يوجد دائماً تحديد دقيق قانونياً لما يُعد ضرراً موجباً للطلاق فيُرجع القاضي إلى اجتهادات الفقهاء لتقدير نوع الضرر وحدوده وهذه الاجتهادات تختلف من مذهب إلى آخر ويُسمح للقاضي باختيار ما يناسب ظروف الحالة من دون أن يُعد هذا الاختيار مقيداً له أو للمحكمة من المظاهر الأخرى التي تؤكد على الوظيفة الإرشادية للرأي الفقهي^(٣).

أن المحاكم تُجيز للأطراف التوافق على مخالفة بعض الأحكام الفقهية في العقود متى ما لم تتعارض مع نصوص القانون أو النظام العام ففي عقد الزواج مثلاً، يمكن للزوجين الاتفاق على شروط خاصة لم ينص عليها الفقه كاشتراط الزوجة عدم الزواج عليها أو تحديد النفقة بمقدار معين

(١) عبد الحي حجازي، مصدر سابق، ص ٢٤٥.

(٢) الشيخ عبد الله نعمة، دليل القضاء الجعفري، ط ٣، دار البلاغة، ٢٠١٠، ص ١٢١.

(٣) عبد الباقي البكري، طه البشير، المدخل لدراسة القانون، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٥، ص ١٩٩.

ومادامت هذه الشروط لا تُخالف قاعده امره فان المحكمة تجيزها حتى لو خالفت رأيا فقهيًا تقليديا أي أن الفقه يستخدم كمرجع في حالة عدم وجود نص قانوني^(١).

وفي الأنظمة القضائية التي تتبنى التعدد الفقهي، كالعراق، نجد أن قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ لا يُقيّد القاضي بمذهب محدد، بل يُجيز له اختيار ما يراه مناسبًا من مختلف المذاهب وهذه الصيغة تُترجم عمليًا أن الرأي الفقهي يُعامل كمرجع، لا كقاعدة إلزامية إذ لا يُمكن اعتبار رأيين مختلفين من النظام العام في آن واحد، ومن ثم فإن التعدد يعني الاسترشاد لا الالتزام في الرأي الفقهي ذاته لكون القاضي متمتع بسلطة تقديرية واسعة من أجل حل النزاع المعروض امامه واختيار الرأي الفقهي الذي يراه مناسب من دون أن يكون مقيد بمذهب معين^(٢).

ان الاطراف لا تُلزم بالتقيد بالأراء الفقهية في مسائل مثل تحديد سن الزواج، أو عدد شهود العقد، متى ما قرر القانون معيارًا مختلفًا فالرأي الفقهي لا يُلغي سلطة المشرع، بل يكملها عندما تكون هناك فجوة أو حاجة تفسيرية وهذا يؤكد أن الفقه يُستخدم لإضفاء الطابع الشرعي على الحكم القضائي لكنه لا يُشكّل - بذاته - قاعدة قانونية أمره في كلّ الأحوال يشكل استخدام الرأي الفقهي كقاعدة مفسرة أمام القضاء إحدى أهم أدوات الربط بين التاريخ التشريعي الإسلامي والواقع القانوني الحديث إذ يُمكن القاضي من سد الفجوات التشريعية، وتقديم حلول نابعة من البيئة الثقافية والدينية غير أن هذا الاستخدام لا يترتب عليه إلزام قانوني، بل يُعامل كمصدر تفسيري يمكن الاستغناء عنه أو تجاوزه إذا اقتضت المصلحة أو النص القانوني الصريح^(٣).

هذا وقد ساعدت الهيئات القضائية المختصة في تنظيم العلاقة بين الرأي الفقهي والنص القانوني، من خلال توجيه القضاة لاعتماد الفقه كمرجعية تفسيرية من دون أن يُمثل قيدًا ملزمًا ففي دليل الإجراءات القضائية الصادر عن مجلس القضاء الأعلى في العراق، تُذكر مبادئ فقهية كأدوات

(١) محمد يوسف موسى، الأحوال الشخصية، دار الكتاب، القاهرة، بدون سنة طبع، ص ٢١١.

(٢) عواد حسين ياسين العبيدي، تفسير النصوص القانونية باتباع الحكمة التشريعية من النصوص دراسة موازنة بالفقه الاسلامي، المناهل، ٢٠١٩، ص ٣١١.

(٣) عماد طارق البشري، فكرة النظام العام في النظرية والتطبيق دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقه الاسلامي، ط١، المكتب الاسلامي، ٢٠٠٥، ص ٧٠.

مساعدة عند تفسير قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ ، ولكن يُترك للقاضي تقدير ملاءمة هذا الرأي مع الوقائع، مما يؤكد على الطبيعة التفسيرية غير الملزمة للفقهاء (١).

وفي حالات التحكيم أو القضاء العرفي، يظهر دور الفقه بوضوح كمصدر إرشادي، إذ يستأنس به المحكمون عند تسوية النزاعات وفق المبادئ الإسلامية ورغم أن هذه القرارات قد تُنفذ برضى الأطراف، إلا أن الرأي الفقهي لا يكون فيها ملزماً بمفرده، بل هو أحد المكونات التي تُبنى عليها التسوية، مما يُعزز صورته كأداة توجيهية تتناسب مع تعدد الخلفيات الثقافية والدينية للأطراف (٢).

إذ إن القاضي يكون حراً في اختيار الرأي الفقهي لأنه يتمتع بسلطة تقديرية وواسعة لا تُحدده بمذهب أو رأي معيناً، مما يترك المجال واسعاً للاجتهاد القضائي في اختيار الرأي الفقهي الذي يراه الأقرب لتحقيق العدالة وهذا التوجه المقارن يؤكد مرونة الفقه وقدرته على التطور، ولكنه في الوقت ذاته يُقلل من درجة إلزاميته، ويضعه ضمن خانة التفسير والدعم التحليلي أكثر من كونه قاعدة ملزمة بحد ذاتها أن الرأي الفقهي يُشكّل عنصراً تفسيرياً مهماً في المنظومة القانونية والقضائية، خصوصاً في الأنظمة التي تستند إلى الشريعة الإسلامية (٣).

غير أن هذا الرأي لا يكتسب صفة الإلزام القانوني ما لم يتم تبنيه تشريعياً أو قضائياً على نحو صريح وفي غياب هذا التبني، يبقى الرأي الفقهي في إطار الاسترشاد، ويُعامل كمصدر معرفي وثقافي يساعد القاضي على الوصول إلى الحكم العادل من دون أن يُقيد حريته في الاجتهاد وهذه الطبيعة التفسيرية للرأي الفقهي تمنحه ميزة إضافية، وهي قدرته على الاستجابة السريعة للمتغيرات الاجتماعية، إذ يُمكن للقضاة والمجتهدين أن ينتقوا من بين الآراء الفقهية المختلفة ما يُناسب واقعهم، من دون أن يتقيدوا بمذهب محدد كما أن اعتماد الفقه كمصدر إرشادي يُساعد على تجسير الفجوة بين القانون والشريعة، ويُوفر قاعدة تأصيلية لحلول قضائية تتسم بالعدالة والمرونة،

(١) عبد الله بن عبد المحسن التركي، الاجتهاد ومجالاته، دار عالم الكتب، الرياض، ٢٠٠٧، ص ٩٧.

(٢) طارق البشري، الشريعة والسلطة، دار الهلال، القاهرة، ١٩٩٨، ص ١٤٢.

(٣) محمود عرفات مصطفى، شرح قانون الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين، ج ٣، ط ١، المركز الدستوري للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، بدون سنة، ص ١٣٧.

ما يُعزز ثقة الجمهور في النظام القانوني والرأي الفقهي كقاعدة مفسرة ليس بلا تأثير، بل هو من الأدوات الفاعلة في يد القاضي^(١).

هذا وغير أن طبيعته لا تُوجب الالتزام به إلا إذا اكتملت شروط اعتماده القانوني أو القضائي وبهذا المعنى، يُعد الفقه الإسلامي ثروة تفسيرية ومصدراً للتوازن القانوني، لا مجرد موروث جامد، ما دام يُستخدم بما يتوافق مع الدستور، ومبادئ العدالة، ومتطلبات المجتمع المتغيرة ولكنه يعد الزامي فقط في الحالات المتعلقة بالنظام العام وامن المجتمع أما في المسائل التفصيلية الاخر يجوز الى الاطراف ذات العلاقة اكمال النقص ويجوز مخالفته بإرادة الافراد ويعد في هذه الحالة مصدر استرشادي كذلك جاء في القانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ في المادة الأولى لفقرة الثالثة وكذلك القانون المدني في المادة الأولى الفقرة الثالثة رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١^(٢).

أما في مدونة الأحكام الجعفرية فكونها جميعها صادرة وفق الفقه الجعفري فقد كانت اجابة الفقه ذات طبيعة ملزمة للقاضي سواء في حالة وجود نص قانوني أو عدم وجود نص قانوني فالقاضي ملزم أن يطبق الرأي الفقهي كما جاء في اجابته ولا يتم العمل بالقرار الذي يخالف الفقه الجعفري وفقاً لنص المادة (٣٣٧) من مدونة الأحكام الجعفرية الذي نصت على أنه " لا يعمل باي نص يتعارض وأحكام هذه المدونة ".

نخلص من هذا الفرع أن الرأي الفقهي في منظومة الأحوال الشخصية ليس مجرد رأي حبيس في الكتب بل هو قاعدة قانونية تستمد قوتها من القانون وفق المادة (٢١١) من قانون الأحوال الشخصية بمجرد اتصاله بالنظام العام فيصبح قاعدة ملزمة في المسائل المسكوت عنها ويختار الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون لذلك كان الاجدر ترك سلطة تقديرية للقاضي في اختيار ما يراه مناسب من الفقه الجعفري.

(١) ابو العباس شهاب الدين القرافي، الاحكام، ج٢، مكتب المطبوعات الاسلامية، حلب، سوريا، بدون سنة نشر، ص ٦٧ .

(٢) يوسف القرضاوي، الاجتهاد في الشريعة الاسلامية، مكتبة وهبة، القاهرة، ٢٠١١، ص ١١٥.

المطلب الثاني

ضوابط التزام القضاء بالرأي الفقهي

يعد الرأي الفقهي من أهم المواضيع التي تجمع بين الطابعين القانوني والفقهي لأن الرأي الفقهي لم يعد مجرد اجتهاد وإنما أصبح أحد المراجع التي يلجأ إليها القاضي حين تواجهه واقعة غير منصوص عليها أو نص يحتاج إلى تفسير ويتوقف مقدار التزام القضاء بهذا الرأي على طبيعة النظام القانوني ذاته والعلاقة بين القانون أي التشريع الوضعي والقاضي عندما ينظر في دعوى معروضة أمامه فإنه ينظر في نصوص القانون المكتوبة الصادرة عن السلطة التشريعية وهذه النصوص القانونية تمثل قاعدة قانونية ملزمة لا يجوز تجاوزها إذ إن الواقع يكشف أن القانون مهما كان شاملاً يظل قاصر عن الإحاطة بكل المستجدات وإن بعض النصوص تكون عامة شاملة تحتل أكثر من معنى مما يفرض على القاضي البحث عن مصادر مساعدة تساعد في فهم واستكمال النقص وهنا يظهر الرأي الفقهي بوصفه أحد أهم المصادر لغرض بيان مدى الزام القاضي بالرأي الفقهي وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الفرع الأول حدود سلطة القاضي في تبني الرأي الفقهي أما في الفرع الثاني نتناول أثر تعدد الآراء الفقهية في توجيه القضاء.

الفرع الأول

حدود سلطة القاضي في تبني الرأي الفقهي

تُعد سلطة القاضي في تبني الرأي الفقهي من المسائل المعقدة في الأنظمة القضائية ذات الطابع المختلط والتي تعتمد على مصادر قانونية متعددة تشمل التشريع المكتوب والاجتهاد القضائي والرأي الفقهي فالقاضي في مثل هذه الأنظمة لا يمارس سلطته بصورة مطلقة بل يقيد بها القانون من جهة ، والمبادئ العامة للنظام القضائي من جهة أخرى وهنا تُطرح إشكالية محورية: هل للقاضي حرية تبني أي رأي فقهي يراه مناسباً، أم أن هناك حدوداً يُمنع عليه تجاوزها في اختيار الرأي الفقهي؟

تتعدد الإجابات بحسب طبيعة النظام القانوني ففي الدول التي ينص دستورها على أن الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي أو أساسي للتشريع كما في العراق ، يكون القاضي مُطالباً بالرجوع إلى الفقه الإسلامي عند غياب النص فيعمل بالمصدر الاحتياطي ، أما في حالة الغموض فيعمل بالتفسير حتى لا تكون أمام فراغ تشريعي لكن من دون إلزامه بمذهب معين مثل الذي ورد في القانون المدني العراقي في المادة الأولى وكذلك المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية العراقي وهذا

يعني أن سلطته تشمل اختيار الرأي الفقهي الذي يراه أقرب إلى تحقيق العدالة والانسجام مع مقاصد الشريعة ومع ذلك، فإن هذه السلطة ليست مطلقة وأنا مقيدة ، إذ يجب أن يكون الرأي الفقهي المختار متوافقاً مع النصوص القانونية النافذة، ومحققاً للمصلحة العامة، وغير متعارض مع النظام العام أو القواعد الدستورية^(١).

إذ إن سلطة القاضي في تبني الرأي الفقهي مشروطة بعدة ضوابط، منها: عدم وجود نص قانوني صريح، وتحقيق الانسجام بين الرأي المختار ومبادئ العدالة، وأن لا يُسبب تبني الرأي إضراراً بحقوق أطراف النزاع. وهذه الضوابط تُحوّل سلطة القاضي من حرية مطلقة إلى سلطة تقديرية مقيدة، ما يضمن تحقيق التوازن بين مرونة الاجتهاد وضبط القضاء. أن من أبرز المعايير التي تُقيد سلطة القاضي في تبني الرأي الفقهي هو مبدأ عدم جواز الاجتهاد مع النص^(٢)، والذي يعني أن وجود نص قانوني صريح يمنع القاضي من الرجوع إلى الفقه أو اختيار رأي اجتهادي^(٣). حتى لو كان الرأي أكثر انسجاماً مع مقتضيات العدالة فالقانون يُعتبر أعلى مرجعية في النظام القضائي، ولا يجوز تجاوزه إلا إذا سمح بذلك صراحة، وهذا المبدأ يحفظ الاستقرار القانوني، ويمنع الاضطراب في الأحكام القضائية، لكنه في الوقت ذاته يُقلل من مرونة القاضي في توظيف الرأي الفقهي^(٤).

هذا وترتبط سلطة القاضي في تبني الرأي الفقهي كذلك بمدى وضوح النصوص التشريعية ومجال تطبيقها فإذا كان النص القانوني عاماً أو غامضاً، فإنه يفتح باب الاجتهاد للقاضي لتفسيره، وفي هذه الحالة يُمكن للقاضي الاستعانة بالفقه كمصدر استرشادي غير أن هذا الاجتهاد يجب أن يُراعي الضوابط الدستورية ويُسند إلى رأي فقهي معتمد ومنسجم مع روح النظام القانوني وهنا تتضح العلاقة الجدلية بين النص والاجتهاد، وبين القانون والفقه ، إذ يكون القاضي بمثابة جسر يربط بين النص التشريعي والثقافة الفقهية ويُعد عنصر الضرورة الواقعية من العوامل المؤثرة في

(١) محمد سلام مذكور، مبادئ القضاء الإداري والشريعة الإسلامية، دار الفكر، عمان، ٢٠٠٥، ص ١٤٨

(٢) القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، المادة (٢) الذي نصت على أنه " لا مسأغ للاجتهاد في مورد النص "

(٣) رعد عبد الفتاح الخفاف ، السياسة الشرعية في قانون الاحوال الشخصية، ط ١، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ١٩٩٨، ص ٥٧.

(٤) احمد فتحي بهنسي، المدخل الى الفقه الاسلامي والقانون، دار الشروق، القاهرة، ١٩٨٩، ص ٧٧.

سلطة القاضي أيضاً ففي الحالات التي تواجه المحكمة مسائل مستجدة لم تُتناول في التشريعات المعمول بها، تكون أمام القاضي فرصة أكبر للاستعانة بالرأي الفقهي^(١).

أما في الحالات التي تتعدد فيها الآراء الفقهية حول مسألة واحدة وفق قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨، فإن سلطة القاضي تتسع لاختيار الأنسب منها ، بشرط بيان الأسباب والمبررات التي جعلت هذا الرأي هو الأقرب للعدالة أو من أجل رفع الضرر فقد يختار القاضي الرأي الثاني إذا اقتضت مصلحة الأسرة، أو إذا انسجم مع روح التشريع المعاصر وهكذا تتضح حدود السلطة في مدى التزام القاضي بالضوابط الموضوعية والواقعية، لا برأي فقيه بعينه ومن القواعد المعتمدة في ضبط اجتهاد القاضي في المسائل الفقهية، قاعدة تحقيق المناط، وهي تعني بقدرة القاضي على تكييف الوقائع بما يتلاءم مع النصوص أو المبادئ الفقهية فإذا كان الرأي الفقهي يتحدث عن حالة افتراضية معينة، فعلى القاضي أن يُحدد ما إذا كانت الحالة المعروضة أمامه تنطبق عليها تلك القاعدة أم لا فهنا لا يكون القاضي مُقيداً بالرأي، بل هو من يقرر مدى انطباقه، ما يُضفي بُعداً من المسؤولية الاجتهادية على تبنيه للرأي الفقهي^(٢).

و يجوز للقاضي الرجوع إلى الفقه، كقانون الأحوال الشخصية العراقي في المادة (٣١١) الذي يُشير إلى الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية عند عدم وجود نص غير أن هذه العبارة العامة تُخفي في طياتها صلاحيات واسعة للقاضي، لأن مبادئ الشريعة مفهوم مرن يضم آراء متعددة ومذاهب متباينة لذا فإن القاضي يُمنح سلطة تقديرية واسعة، ولكن هذه السلطة ليست مُطلقة، إذ يُفترض به أن يختار ما ينسجم مع الدستور والعدالة والظروف الاجتماعية تُقيد بعض النظم القضائية سلطة القاضي أكثر من غيرها، كذلك جاء في مدونة الأحكام الجعفرية حيث بالمذهب الجعفري بحكم كونه المذهب الرسمي بالنسبة للجعفرين ما يجعل القاضي في هذه الحالة مقيداً بمذهب فقهي معين، ولا يملك حرية اختيار رأي من مذهب آخر إلا بإذن خاص في المقابل^(٣).

(١) احمد الريسوني، نظرية المقاصد عند الشاطبي، دار الكلم الطيب، بيروت، ١٩٩٢، ص ١٦٦.

(٢) عبد العزيز الفوزان، المرجعية الفقهية في القضاء السعودي، مركز التاصيل، الرياض، ٢٠١٥، ص ٢٠١.

(٣) يحيى بن شرف النووي، ادا ب الفتوى والمفتي والمستفتي، دار الفكر للنشر والطباعة، دمشق، سوريا، ط١، ١٩٨٨، ص ٧٢.

نجد أن النظام القضائي في العراق أكثر مرونة، ويُجيز للقاضي تبني أي رأي فقهي معقول إذا كان يؤدي إلى حكم عادل وهذا التباين بين الأنظمة يؤكد أن حدود سلطة القاضي الفقهي تتأثر بالبنية الدستورية والقانونية لكل دولة^(١).

هذا وتعد الرقابة القضائية على الأحكام أحد أوجه ضبط سلطة القاضي في تبني الرأي الفقهي فمحكمة التمييز أو المحكمة الاتحادية العليا تملك إلغاء حكم صدر استناداً إلى رأي فقهي إذا رأت أنه لا يستند إلى أساس قانوني أو يخالف المصلحة العامة وفق قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩، وهذا يُحجّم من السلطة الفردية للقاضي، ويجعل التوجه الفقهي المتبع خاضعاً لتقييم لاحق من السلطة القضائية الأعلى لذا فإن القاضي لا يستطيع اعتماد رأي فقيه لمجرد قناعته به، بل عليه أن يُبرر اختياره قانونياً وفقهياً ومجتمعياً وبما أن سلطة القاضي في اختيار الرأي الفقهي ترتبط ارتباطاً مباشراً بمبدأ العدالة، فإن عليه أن يوازن بين قوة الرأي المختار من حيث دليله الفقهي، وبين تأثيره الاجتماعي فإذا كان الرأي الفقهي يحدث خللاً في التوازن بين الأطراف أو يؤدي إلى ظلم أحدهم، فإنه يصبح من غير الجائز تبنيه حتى لو كان صائباً فقهياً هذا المنهج في التقدير يُحول السلطة القضائية إلى سلطة اجتهادية ذات مسؤولية مزدوجة: أمام النص، وأمام الواقع^(٢). لكنها في الوقت نفسه تفرض عليه ضوابط أخلاقية واجتماعية في تبني الرأي فليس كل رأي فقيه يُعتد به تلقائياً، بل ينبغي أن يكون منسجماً مع هذه المبادئ الحاكمة للفقه، وإلا خرج عن المعقولية القضائية وأصبح اجتهاداً شخصياً مرفوضاً.

تثير مسألة تأثير الانتماء المذهبي أو التكوين الفقهي للقاضي على اختياراته إشكالاً دقيقاً، إذ من الطبيعي أن يتأثر القاضي بتكوينه العلمي أو المرجعية التي تلقى منها علومه، خصوصاً إذا لم يُقيد بمذهب فقهي رسمي وهذا التأثير يُشكّل أحد أبعاد السلطة التقديرية، لكنه في الوقت ذاته يحمل مخاطر الانحياز أو التضييق في الاجتهاد، إذا لم يُضبط بالمعايير القضائية العليا ومن هنا، شددت بعض الأنظمة القضائية على ضرورة عدم مخالفة الأحكام الثابتة في الفقه والقانون^(٣).

(١) عبد المجيد النجار، الفقه والقضاء التمايز والتفاعل، دار النفائس، عمان، ٢٠١٣، ص ١٥٧.

(٢) محمود شلتوت، الاسلام عقيدة وشرعية، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠١، ص ٢٠٨.

(٣) عبد الفتاح عمرو، السلطة القضائية في النظم الاسلامية، دار النهضة، القاهرة، ٢٠١٠، ص ٩١.

وقد أدت التكوينات الفقهية المختلفة بين القضاة إلى تنوع كبير في الأحكام، خاصة في قضايا الأحوال الشخصية ففي العراق، على سبيل المثال، نجد أن قاضياً قد يختار رأياً حنفياً في مسألة، بينما يختار قاضٍ آخر رأياً جعفرياً في ذات المسألة، مما يؤدي إلى تفاوت في النتائج القانونية هذا التعدد يُعد في ذاته مقبولاً في الفقه، لكنه إذا لم يُضبط فقد يحدث تناقضاً في الاجتهاد القضائي، مما يُفقد الأحكام استقرارها ويُضعف ثقة الناس في النظام القضائي وقد حاول المشرع التخفيف من هذه الإشكالية بوضع معايير واضحة تُنظم الاجتهاد الفقهي داخل القضاء، مثل اشتراط أن يكون الرأي المختار من الآراء الراجحة، أو أن لا يُعارض المبادئ الدستورية أو مبدأ المساواة كما فرض على القاضي أن يُبين أسباب اختياره لرأي فقهي من دون غيره، خصوصاً إذا كان هذا الاختيار يؤثر في مصير النزاع بشكل جوهري وهذا يُحمل القاضي مسؤولية مزدوجة: مسؤولية قانونية في ضبط حكمه، ومسؤولية أخلاقية في ترجيح ما يُحقق المصلحة والعدالة^(١)

وتبرز التجربة القضائية أهمية التكيف القضائي كأداة لحماية القاضي من الانغلاق على رأي فقهي واحد، حيث يُمكن للقاضي تكيف الوقائع المعروضة عليه بطريقة تُخرجه من الرأي الضيق إلى رأي أكثر شمولاً فبدلاً من حصر النزاع في دائرة فقهية مغلقة، يُمكنه الاستفادة من قواعد عامة في الفقه، كدرء الضرر أو تحقيق المصلحة، ليصل إلى نتيجة أكثر عدلاً من دون أن يُخالف جوهر الشريعة وهذا الأسلوب يسمح له بالتحرك ضمن نطاق واسع من الرأي الفقهي من دون التفريط بمبادئ القانون وقد ساندت المحاكم العليا هذا التوجه من خلال تأكيدها في عدة قرارات على أن الاجتهاد يجب أن يُحقق التوازن بين النص والمصلحة، وأن يتجنب الانغلاق في ظاهر النصوص أو ضيق المذهب وقد ظهر ذلك في قضايا مثل منع تعسف الزوج في استعمال حق الطلاق، أو تحديد الحضانة وفقاً لمصلحة الطفل وليس وفقاً للرأي التقليدي الذي يُقيدها بسن معينة هذه الأحكام كانت ترجمة عملية لاجتهاد قضائي راشد ضمن حدود السلطة الفقهية للقاضي^(٢).

هذا و أن النظم القضائية التي تمنح القاضي صلاحية واسعة في تفسير النصوص وتطبيق المبادئ القانونية شريطة بيان الأسباب وتوفير الحماية القانونية للطرف الأضعف وهذا ما يُمكن تطبيقه في قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ حيث لا يكون القاضي مجرد ناقل

(١) مركز البحوث القضائية، تقرير حول الاجتهاد القضائي والفقه المقارن، بغداد، ٢٠٢١، ص ٥٧

(٢) علي جمعة، الفقه الاسلامي في مساره التاريخي، دار السلام، القاهرة، ٢٠١٦، ص ١٦٤

للرأي الفقهي بل مفكر قانوني يُعيد قراءة النصوص والاجتهادات بما يُحقق مقاصد العدالة ويُحافظ على وحدة النظام القانوني ويُشترط لتحقيق ذلك أن يكون القاضي متضلّعاً في أصول الفقه وملماً بالمذاهب المختلفة ومُتمكناً من أدوات الترجيح الفقهي وإن سلطة القاضي في تبني الرأي الفقهي ليست مطلقة ولا معدومة، بل هي سلطة مرنة مشروطة بقيود قانونية وأخلاقية وفقهية^(١).

إن القاضي لا يجوز له تجاهل النصوص القانونية الصريحة بحجة تبني رأي فقهي، كما لا يجوز له اختيار رأي شاذ أو ضعيف من دون تبرير علمي، ولا أن يُخالف ما استقر عليه القضاء الأعلى وهذه الضوابط تضمن أن يبقى الاجتهاد القضائي منضبطاً، ويحقق غايته في تطوير القانون من دون المساس باستقراره ويُعد التكوين العلمي للقاضي، وتدريبه المستمر في مجالات الفقه وأصوله، من أبرز ما يُمكن أن يُعزز من جودة اختياراته الفقهية فالقاضي الذي يملك أدوات الترجيح وقواعد الفهم المقاصدي، يستطيع أن يُميز بين الرأي الذي يُحقق العدالة وبين الرأي الذي قد يؤدي إلى ظلم أحد الأطراف أو إرباك النظام القضائي ولهذا، فإن بعض الدول اعتمدت مراكز بحث قضائي تُساند القاضي في الاجتهاد الفقهي وتزوده بآراء فقهية متوازنة، ما يُقلل من عشوائية الاجتهاد الفردي ومن ثم، فإن سلطة القاضي في تبني الرأي الفقهي لا تُقاس باتساعها أو تضيقها فقط، بل تُقاس بقدرة القاضي على استعمالها بطريقة منهجية مسؤولة. فهو مُلزم بمراعاة روح النصوص ومقاصد الشريعة، ومبادئ العدالة، وواقع المجتمع، من دون أن يتحول إلى مشروع بديل وتلك هي روح القضاء الإسلامي: اجتهاد منضبط، وتطبيق متزن، لا يخضع للأهواء، ولا يتقيد بالجمود^(٢).

إذ إن الرأي الفقهي في مدونة الأحكام الجعفرية لم يكن القاضي متمتع في السلطة التقديرية في اختيار الرأي الفقهي الذي يراه مناسباً وإنما أصبح مجرد ناقل إلى اجابة المرجع عن طريق مخاطبة المجلس العلمي فلم بعد القاضي مفكر ولا متضلع بالأحكام الفقهية ففي حالة عدم وجود نص يلتزم بمخاطبة المجلس العلمي ونصت على ذلك المادة (ج ١ ٧٤) من مدونة الأحكام الجعفرية إذ نصت "إذا تصدى المرجع الديني لممارسة شيء من الصلاحية الممنوحة للقاضي في

(١) احمد الريسوني، فقه المقاصد خصائصه ومجالاته، دار الكلم الطيب، بيروت، ٢٠٠٢، ص ١١٢

(٢) سامي الصلاحيات، تأثير التعدد الفقهي على وحدة الاجتهاد القضائي، دار الحامد، عمان، ٢٠١٦، ص ١٤٢.

مواد هذه المدونة - وهي له في الأساس بحسب الفقه الجعفري - ووثق ذلك بكتاب صادر منه أو من مكتبه يلتزم بمقتضاه من قبل قاضي محكمة الأحوال الشخصية .

نخلص من دراسة هذا الفرع الى أن حجية الرأي الفقهي يقوم على موثوقية النص والمصلحة وأنه يعتبر العماد الساند في استقرار الأحكام القضائية وضمان عدم تعارضها مع ثوابت الشريعة الإسلامية ولا توجد مرونة في اعتماد أو عدم اعتماد الرأي الفقهي وفق المدونة الجعفرية لأنه أصبح ملزم للقاضي أن يطبقه.

الفرع الثاني

أثر تعدد الآراء الفقهية في توجيه القضاء

يُعدّ التعدد الفقهي سمة بارزة في التراث الإسلامي، إذ نجد أن الآراء الفقهية تكون متعددة ومختلفة في قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ لكونه غير محدد بمذهب معين وإنما يتم اختيار الرأي الفقهي الذي يراه القاضي مناسب للدعوى المعروضة امامه وكذلك يكون الاختلاف في الآراء الفقهية التابعة الى مذهب محدد ، أما في مدونة الأحكام الجعفرية رقم (١) لسنة ٢٠٢٥ فيكون التعدد داخل المذهب الجعفري وهو انعكاس طبيعي لاختلاف مناهج العلماء في فهم النصوص الشرعية وتطبيقها ، وقد نشأ عن هذا التعدد وجود مدارس فقهية متعددة كالجعفرية والحنفية والمالكية والشافعية والحنبلية وكل منها قدّم آراءً اجتهادية في شتى المسائل ورغم ما قد يبدو من تعارض بين هذه الآراء، إلا أن التعدد في حقيقته يعد مصدر يتمتع بالمرونة من أجل مواكبة التطورات في المجتمع^(١).

خصوصاً عند استثماره في المجال القضائي وتكمن الإشكالية هنا في مدى تأثير هذا التعدد على توجيه القاضي ويظهر هذا التعدد وفق قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ والقاضي حر في اختيار الانسب ، وهل يُعد هذا التنوع عامل تيسير أم مصدر اضطراب في الأحكام؟ يُواجه القاضي عند غياب النص القانوني تحدياً يتمثل في وجود أكثر من رأي فقهي حول ذات المسألة وفي هذه الحالة، لا يكون القاضي مقيّداً برأي محدد وفق مذهب معين وإنما يكون امام تعدد مذهبي ، ويملك حرية اختيار الرأي الذي يراه أكثر انسجاماً مع وقائع النزاع ومصلحة

(١) خالد بن علي، الجامع لاحكام الوقف والهبات والوصايا، ج١، الناشر وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية، قطر، ص ١٥٣.

الأطراف في قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) ، وهذه الحرية تُعد من أبرز صور التوجيه القضائي الفقهي، إذ تمنح القاضي قدرة على التكيف والاجتهاد، لكنها في الوقت ذاته تضعه أمام مسؤولية علمية وأخلاقية في الاختيار فالرأي الذي يُفضله لا يجب أن يُنتقى عشوائياً أو بدافع التحيز، بل بناءً على معيار موضوعي، يتفق مع مقاصد الشريعة و العدالة الاجتماعية^(١).

من الأمثلة الواقعية على ذلك، مسألة إثبات الطلاق، ويوجد في الفقه آراء متعددة حول عدد الشهود، وطبيعة الإقرار، وحالات الرجعة وفي غياب نص قانوني حاسم، يلجأ القاضي لاختيار أحد هذه الآراء، وقد تختلف المحاكم في تبني الرأي من قضية لأخرى هذا التعدد لا يُعد خللاً، بل يُعبر عن قدرة الفقه على التعامل مع تنوع الحالات، إلا أنه قد يُسبب إشكالات في توحيد الاجتهاد القضائي ما لم توجد آلية للترجيح بين الآراء من أبرز نتائج تعدد الآراء الفقهية على القضاء وفق قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩، هو منح القاضي مساحة واسعة من المرونة في الموازنة بين أحكام الشريعة الإسلامية ومتغيرات الواقع ، غير أن هذه المرونة لا تخلو من التحديات إذ قد تؤدي إلى تباين الأحكام القضائية في ذات المسألة ما يُربك العمل القضائي ويُضعف الثقة لدى المتقاضين خاصة إذا لم تكن هناك جهة عليا توجه عملية اختيار الرأي ولهذا، لجأت مدونة الأحكام الجعفرية رقم (١) لسنة ٢٠٢٥ إلى توحيد الرأي القضائي من خلال المبادئ القانونية أو قرارات المحكمة العليا التي تُلزم القضاة باتباع رأي معين عند تعارض الفتاوى وذلك لضمان الاستقرار القانوني وتوحيد الاجتهاد^(٢).

هذا ويلحظ أن بعض القوانين الحديثة، كمدونة الأحكام الجعفرية رقم ١ لسنة ٢٠٢٥، اعتمد صراحة على المذهب الجعفري، ما يُقيد القاضي في بعض المسائل ويُقلل من أثر التعدد الفقهي في المقابل لكونه يرجع الى الرأي الفقهي المشهور في النجف الاشرف ، لكن المشرع اغفل نقطة جوهرية وهي ان تعدد يكون داخل المذهب الجعفري الواحد ، ونجد أن القانون العراقي يُجيز الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية من دون تقييد بمذهب وفق قانون الأحوال الشخصية رقم

(١) محمد رافت عثمان، الاجتهاد الفقهي في العصر الحديث، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٢٢١.

(٢) محمد سليمان الاشقر، الفتيا ومناهج الافتاء، مكتبة منار الاسلامية، الكويت، ط١، ١٩٧٦، ص ٢٧.

١٨٨، ما يجعل القاضي أكثر حرية في اختيار الرأي الفقهي، لكنه يفرض عليه في المقابل مسؤولية أكبر في تبرير اختياره، وتجنب التناقض مع قرارات المحاكم الأخرى^(١).

يُتيح تعدد الآراء الفقهية للقاضي الفرصة لاختيار الرأي الذي يُحقق أكبر قدر من العدالة في القضية المعروضة عليه، شريطة أن يكون هذا الرأي مستنداً إلى قواعد أصولية صحيحة، ولا يُخالف نصاً قانونياً نافذاً أو قاعدة دستورية وتُعرف هذه العملية بـ فقه الترجيح القضائي، أي أن القاضي لا يختار الرأي بناءً على ميوله الشخصية أو خلفيته المذهبية فقط بل وفق منهجية علمية ترجيحية وهذه العملية اتاحها له القانون العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ في المادة الأولى الفقرة الثالثة وهذه العملية قائمة على قوة الدليل ومراعاة المقاصد وتقدير المصلحة وهكذا يُسهم التعدد الفقهي في إثراء الاجتهاد القضائي بدلاً من إرباكه وفي بعض الحالات قد يُوظف القاضي الرأي الفقهي الأقل شيوعاً أو غير المعتمد في القانون إذا كان يُحقق مصلحة واضحة، أو يتمشى مع تطورات الواقع مثال على ذلك مسألة التفريق للغيبة أو الإعسار إذ قد يُطبق القاضي رأياً فقهياً غير تقليدي يُجيز للزوجة طلب الطلاق، رغم أن المذهب الرسمي لا يُجيز ذلك بسهولة وهنا يُظهر كيف يكون التعدد الفقهي آلية لتجاوز الجمود وإنتاج عدالة نوعية لكن بشرط بيان المبررات الفقهية والاجتماعية للاختيار وتوثيقها بشكل يحفظ هيبة الحكم القضائي^(٢).

ورغم هذه المزايا، إلا أن التعدد الفقهي قد يُستغل أحياناً من بعض القضاة أو المحامين لتبرير أحكام تتعارض مع روح القانون أو مصلحة المجتمع بحجة أن هناك رأياً فقهياً يُجيز ذلك وهذا يُحتم على السلطة القضائية وضع ضوابط واضحة وتقديم دورات تدريبية مستمرة للقضاة في مجال الفقه المقارن، حتى يتم توظيف التعدد الفقهي بطريقة مسؤولة ومضبوطة وليس عشوائية أو انتقائية لقد نتج عن تعدد الآراء الفقهية نشوء تقليد قضائي يُعرف بـ الاجتهاد القضائي المنقّي، أي أن المحكمة تلتزم رأياً فقهياً معيناً في موضوع ما وتستمر في تطبيقه في كلّ الحالات المشابهة، حتى وإن اختلفت الاجتهادات الفقهية في المسألة ذاتها. وتستند هذه المنهجية إلى مبدأ استقرار الأحكام، الذي يُعد ركيزة من ركائز القضاء ومع ذلك، يُجيز هذا التقليد للقاضي الخروج عن هذا الاجتهاد

(١) محمد سلام مذكور، نظرية المرونة في القضاء الاسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٨٧.

(٢) يوسف القرضاوي، السياسة الشرعية في ضوء مقاصد الشريعة، مكتبة وهبة، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ١١٩.

المنتقى، إذا تبين له أن هناك رأياً آخر أكثر ملاءمة للعدالة أو للوقائع المستجدة، شرط بيان الأسباب في الحيثيات^(١).

حيث يلحظ أن مدونة الأحكام الجعفرية وضعت جميعها وفق الفقه الجعفري وهو ما يخفف من آثار التعدد ويوجه القضاء نحو وحدة اجتهادية نسبية، و القاضي غير مسؤولاً عن ترجيح الرأي بنفسه، وليس من الضروري أن يكون القاضي متمرساً في الفقه المقارن، ومدرّباً على أدوات الترجيح^(٢) يعد التعدد الفقهي أحد أوجه المرونة التشريعية في قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ إذ لا يوجد دائماً رأي واحد ملزم، بل يُحتكم إلى الفقه والمبادئ العامة وهنا يمكن اعتبار الفقه الإسلامي بمذاهبه المتعددة خزاناً قانونياً غنياً، يُمكن القاضي من الوصول إلى حكم متوازن لكنه يتطلب في المقابل رقابة قضائية عليا تُقنن هذا الاجتهاد وتُوحّده عند الحاجة، للحفاظ على وحدة التفسير القضائي وتُساعد في ضبط حركة القضاء ضمن إطار اجتهادي موحد نسبياً كذلك تُسهم في تقليل التعارض بين الأحكام، وتحفظ ثقة المتقاضين في النظام القضائي، من دون أن تُلغي حرية القاضي في الاجتهاد عند الضرورة^(٣).

ومن الضوابط الأساس التي تُوجه القاضي في اختيار الرأي الفقهي عند تعدده، معيار تحقيق المقاصد، إذ يجب أن يكون الرأي الذي يختاره محققاً لمقاصد الشريعة، مثل العدالة، والرحمة، ورفع الحرج، وحفظ النظام العام. فإن اختار رأياً يُخالف هذه المقاصد، حتى لو كان قائماً على دليل ظاهري، فقد يكون حكمه غير مقبول شرعاً، وإن بدا صحيحاً من الناحية الشكلية. ولهذا يُطالب القاضي، عند وجود آراء متعددة، أن يُجري نوعاً من المقارنة المقاصدية بين الآراء لاختيار الأصلح^(٤). لكن التعدد الفقهي ليس دائماً سهل التوظيف في الواقع القضائي، فهناك حالات تكون فيها الآراء متقاربة جداً من حيث الدليل، أو متعارضة من حيث النتائج، مما يُضعف القاضي في موقف صعب في هذه الحالات، قد يحتاج القاضي إلى استشارة فقهية من هيئة علمية مختصة، أو الرجوع إلى عمل فقهي جماعي مثل قرارات المجامع الفقهية، التي تُوفر اجتهاداً جماعياً مدعوماً

(١) عبد المجيد البحار، التجديد الفقهي والواقع القضائي، المعهد العالمي للفكر الاسلامي، ٢٠١٢، ص ١٦١.

(٢) تقرير قسم التدريب القضائي، اقتراح تطوير مناهج تاهيل القضاة، مجلس القضاء الاعلى، بغداد، ٢٠٢٠، ص ٢٩.

(٣) احمد الريسوني، مقاصد الشريعة وواقعنا المعاصر، دار الكلم الطيب، بيروت، ٢٠٠٥، ص ٢٠٣.

(٤) سامي الصلاحيات، مصدر سابق، ص ١٣٣.

بالتأصيل المقاصدي، ما يُخفف من عبء الاختيار الفردي على القاضي وفي هذا السياق، يُطرح دور المجالس القضائية العليا كجهاز تنظيمي قادر على توجيه القضاء في حال تعدد الآراء الفقهية. فهذه المجالس يُمكن أن تصدر نشرات دورية تُحدّد فيها الرأي الفقهي الذي يُفضل اعتماده في حالات معينة، خاصة في المسائل التي تُثير خلافاً واسعاً أو تتكرر في المحاكم. وهذا لا يُلغي حرية القاضي في الاختيار، لكنه يُنظّمها ويُقيدها بمنهجية مؤسسية لتجنب الفوضى الاجتهادية^(١).

نرى ان تعدد الآراء الفقهية من اصعب المسائل التي تواجه القاضي ولذلك تعد مادة الاحالة في قانون الاحوال الشخصية من المواد التي لاتقدم حلاً مناسباً للقاضي وذلك بتقديمها مبادئ الشريعة الاسلامية على العرف ونعتقد انه من الافضل ان يقدم العرف على مبادئ الشريعة ، فمبادئ الشريعة مصطلح واسع والعرف مصطلح دقيق والناس في مسائل الاحوال لاتتعارف الا على مايسهل امرها.

هذا وتُظهر التجربة أن المحاكم التي تُوظف التعدد الفقهي بشكل مدروس، تحقق قدراً أكبر من الرضى الاجتماعي والعدالة الفعلية، لأنها لا تُجبر الناس على تطبيق مذهب معين، بل تراعي خصوصياتهم الثقافية والدينية فمثلاً، في المجتمعات ذات التنوع المذهبي، يُمكن للقاضي أن يُراعي مذهب المدعي أو المدعى عليه عند اختيار الرأي الفقهي، ما دام لا يُخالف النظام العام وهذا ينسجم مع فقه الأقليات، ويُعزز الثقة في المؤسسة القضائية، ويُجنب النظام القانوني الاتهام بالإقصاء أو التمييز^(٢).

في ضوء ما سبق، يتبين لنا أن القيمة القانونية للرأي الفقهي تختلف في القانون رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ ومدونة الأحكام الجعفرية رقم (١) لسنة ٢٠٢٥ ، وهذا الاختلاف ناتج عن اختلاف الأساس الشرعي والقانوني الذي يقوم عليه القانونين فبالنسبة الى القانون رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ نجد أن الرأي الفقهي ذو طابع استرشادي وغير ملزم بالنسبة للقاضي كما أنه مخير في الرجوع الى أي مذهب أو رأي فقهي من دون الزامه في الرجوع الى مذهب أو رأي محدد. أما بالنسبة الى قانون رقم (١) لسنة ٢٠٢٥ فهو على خلاف قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) إذ يجب على القاضي أن يرجع الى المذهب الجعفري حصراً والى الفقيه الاعلم والاشهر من الفقهاء وهذا بدوره

(١) عبد الفتاح عمرو، مصدر سابق، ص ٧٧

(٢) علي جمعة، مصدر سابق، ص ١٢١.

يسحبنا الى عدة مسائل سأتكلم عنها تباعاً أولها أن القاضي ملزم في الرجوع الى الرأي الفقهي الأعلّم والحالات التي اعطى فيها القانون السلطة الى القاضي في تقدير الامور ومنها نصوص المواد (٧٠-٧١-٧٢) التي منحت القاضي سلطة تقديرية في ايقاع الطلاق في حالات الهجر والاعتداء بالضرب وعدم الانفاق لكن رجع في المادة (٧٣ب) على أنه يجب أن يحصل على موافقة المرجع الديني ، هذا يجبرنا الى مسألة في غاية الأهمية الأ وهي اين استقلال القضاء في هذا الجانب ، وهو من أهم المبادئ الأساسية التي يقوم عليها القانون العراقي ، اذا كان الجواب في ذلك هو عدم توفر شروط الحاكم الشرعي في القاضي فهذا يستدعي من الجهات القائمة الى اتخاذ التدابير اللازمة من أجل أن تتوفر هذه الشروط في القاضي وعلى وجه الخصوص قاضي الأحوال الشخصية وذلك بأن يكون في المعهد القضائي اختصاص يخرج قضاة مختصين في الأحوال الشخصية تتوفر فيهم شروط الحاكم الشرعي. وثانياً بموجب مدونة الأحكام الجعفرية حسب نص المادة (١٧٤أ) الذي نصت على " المقصود بالمرجع الديني في الفقرة (ب) من المادة (٧٣) وفي جميع المواد الآتية في هذه المدونة - هو المرجع الديني الاعلى - أي من يقلده أكثر الشيعة في العراق - أن وجد ، والا فأشهر المراجع المعروفين بالفقاهة والعدالة في النجف الاشرف " هذا يعيق مسألة اختيار الفقيه ، إذ إن التقليد من المسائل العقائدية التي تمس الارادة ، والمشرع في هذه المادة قد صادر حرية اختيار الفقيه الذي يقلده وهذا ينجم عنه مسائل خطيرة على صعيد التقليد الديني.

في ضوء ماسبق يتضح أن تعدد الآراء الفقهية لا يُمثل عائقاً أمام القضاء، بل هو فرصة غنية لتكييف الأحكام بما يُحقق العدالة والمصلحة غير أن هذه الفرصة تُصبح تهديداً إذا استُخدمت من دون ضوابط أو مرجعية ، إذ قد تؤدي إلى ازدواجية الأحكام، أو التلاعب بها ، أو الإضرار في استقرار النظام القانوني ولذلك، فإن أهم ما يُحقق الاستفادة من التعدد الفقهي هو وجود قضاة مؤهلين، قادرين على الاجتهاد ضمن المنهج الفقهي السليم، وإطار قانوني مرّن يضبط حركتهم من دون أن يُقيده ومن أهم التوصيات في هذا السياق، أن تُدرج مادة الفقه القضائي المقارن في مناهج تأهيل القضاة، بحيث يُدرّب القاضي على فنّ اختيار الرأي الفقهي، وآليات الترجيح، ومقاصد الشريعة، إضافة إلى تدريبه على التقنيات الحديثة في توحيد الاجتهاد كما يُنصح بإنشاء لجان دائمة داخل المحاكم العليا لمتابعة أثر التعدد الفقهي في أحكام المحاكم الأدنى، وتقديم التوصيات اللازمة لتوحيد أو ترجيح الآراء في المسائل ذات الخلاف المتكرر وإن التعدد الفقهي يُوجّه القضاء نحو

المرونة والتكيف، لا نحو التشتت أو الاضطراب، إذا أحسن القضاة توظيفه فهو لا يُمثل تضارباً في الحقيقة، بل هو ثراء معرفي ومنهجي يُمكن النظام القضائي من مواكبة متغيرات الواقع من دون التفريط في الثوابت ولذلك فإن استثمار التعدد الفقهي يتطلب عقلاً قضائياً ناضجاً، ومرجعية تشريعية مرنة، ونظاماً قضائياً واعياً يُدرك أن الشريعة الإسلامية ما وُضعت إلا لتحقيق مصلحة العباد في كلّ زمان ومكان.

الفصل الثاني

الإطار العملي لحجية الرأي الفقهي
في إنهاء الرابطة الزوجية

الفصل الثاني

الإطار العملي لحجية الرأي الفقهي في إنهاء الرابطة الزوجية

ولاية القضاء من اسمى الوظائف القانونية و مسؤولية عظيمة، ولا يمكن للقاضي أن يلم بكل المعارف والعلوم بكل مجالاتها حتى وان بذل أقصى جهد، لذلك نجد أن المشرع العراقي منح القاضي سلطة تقديرية من أجل الوصول الى حكم سليم وهذه السلطة تمثلت بالمادة الأولى من قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩، وتكون هذه السلطة واسعة في الحالات المفترقة للنص وبشكل خاص في قانون الأحوال الشخصية، لأنها تتصل بأحوال الناس وحقوقهم وان أكثر نصوص قانون الأحوال الشخصية مستوحاة من الفقه الإسلامي، وان القاضي من خلال السلطة الممنوحة له يقوم بايجاد حلول مناسبة للحالات التي تعرض عليه ولا يوجد بها نص صريح، لأن القاضي لا يجوز له أن يمتنع عن الحكم بحجة عدم وجود نص قانوني يحكم هذه المسألة، لأن الشريعة الإسلامية هي المصدر الاحتياطي الأول بعد النص التشريعي التي يلجأ اليها لقاضي لحسم الدعاوى الشرعية من خلال مخاطبة المرجع الديني للمسلمين وان ساحات القضاء حافلة بالاجتهادات والتطبيقات العملية للأفتاء الديني من أجل الوصول الى حلول سليمة في القضايا التي لا يحكمها نص، ولكن هذه الحلول التي يقدمها الفقه قد تكون مختلفة وبالتالي يحدث تناقض في الأحكام القضائية فيما بينها وعليه سيقسم هذا الفصل على مبحثين، نتناول في المبحث الأول اجراءات الرأي الفقهي في إنهاء الرابطة الزوجية والمبحث الثاني التطبيقات القضائية لحجية الرأي الفقهي في إنهاء الرابطة الزوجية

المبحث الأول

إجراءات الرأي الفقهي في إنهاء الرابطة الزوجية

يُعد إنهاء الرابطة الزوجية في المنظورين الفقهي والقانوني بمثابة النهاية القانونية لعقد الزواج وما يترتب عليه من آثار نتيجة اسباب نظامية فيجب أن يكون هذا الاجراء صحيح وغير مخالف للقانون، وان هذه الاجراءات تتطلب نص قانوني يخول القاضي الرجوع اليه والكتب المرسلة من المحكمة الى المجلس العلمي يجب أن تتضمن المعلومات الأساسية حتى لا تكون الحالة مجهولة بشكل يتعذر معه الافتاء في الدعوى المطلوب ابداء الرأي فيها ويتم الرد بكتاب وبصيغة واضحة للقضاء بعيدا عن الالتباس مما يقتضي التعرف على الاجراءات التي تقوم بها المحكمة

ويستند قاضي الموضوع في ممارسة ولايته التقديرية إلى الفقه وعليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين المطلب الأول السلطة التقديرية لقاضي الموضوع في اللجوء إلى الرأي الفقهي والمطلب الثاني اليات المحكمة في مخاطبة دور الافتاء لتقديم الفتوى.

المطلب الأول

السلطة التقديرية لقاضي الموضوع في اللجوء إلى الرأي الفقهي

تعد الرابطة الزوجية في المنظور الإسلامي المسار الرباني الأساسي للتواصل بين الذكر والأنثى، وقد أسست شرعاً لتكون قائمة على الدوام والاستمرار، إذ استهدفت الأحكام الشرعية المنظمة لهذه العلاقة تعزيز بقائها، وإن المحكمة تحكم وفق المذهب الشخصي للمتداعين، وتصدر انطلاقاً من حرص الإسلام على استمرار هذه الرابطة وتتجلى أهمية السلطة التقديرية لقاضي الموضوع عند اللجوء إلى الرأي الفقهي في قضايا إنهاء الرابطة الزوجية، إذ لا يقتصر الأمر دائماً على مجرد اكتمال الشروط الشكلية للطلاق أو الخلع، بل تمتد سلطة القاضي لإثبات هذا الانفكاك وتنظيم آثاره وتداعياته ونظراً لأن آثار الزواج لا تقف عند حدود الزوجين بل تتعداهما إلى الغير، ولأنها علاقة بالغة الحساسية، كان لازماً أن تُضبط هذه السلطة التقديرية بحدود تمنع النتائج العكسية، وتضمن تحقيق المرونة المطلوبة لرفع الحرج في معالجة هذه القضايا الاجتماعية المعقدة، لغرض بيان سلطة القاضي التقديرية ولغرض بيان السلطة التقديرية لقاضي الموضوع في اللجوء إلى الرأي الفقهي، سنقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الفرع الأول مدى لجوء القاضي إلى الرأي الفقهي في حالة وجود النص والفرع الثاني مدى لجوء القاضي إلى الرأي الفقهي في حالة عدم وجود نص.

الفرع الأول

مدى لجوء القاضي إلى الرأي الفقهي في حالة وجود النص

لجوء القاضي إلى الرأي الفقهي في حالة وجود نص مكتوب يحكم الدعوى المعروضة أمامه يختلف بين قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) ومدونة الأحكام الجعفرية رقم (١) لسنة ٢٠٢٥ ويتمثل هذا الاختلاف في مدى اللجوء إلى الرأي الفقهي حيث لا يجوز للمحكمة الرجوع إلى الافتاء في وجود التشريع المكتوب حيث أنه لا مكان للفتوى في ظل وجود التشريع استناداً إلى نص المادة

(١١١) من قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) الذي نصت على (تسري النصوص التشريعية في هذا القانون على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها وفحواها) ^(١).

إما وفق مدونة الأحكام الجعفرية رقم (١) لسنة ٢٠٢٥ فجعلت من الرجوع الى الرأي الفقهي رجوع ملزم بمعنى أن الرأي الفقهي أصبح مصدراً ملزماً وليس استرشادي وحددت الفقه الذي يتم الرجوع اليه في الفقه الجعفري فقط ولا يجوز أن يتنازل عن الرأي الفقهي الجعفري لصالح رأي فقهي آخر في غير المذهب الجعفري حتى وإن كان ذلك الرأي هو الأنسب لحكم الدعوى المعروضة امامه ونصت على ذلك المادة (١٧٤أ) وحددت الرأي الفقهي المشهور في النجف فقط لا غير ولا يجوز التنازل عن الرأي الفقهي في النجف لصالح رأي فقهي جعفري آخر في كربلاء أو قم وهذا خطأ وقع فيه المشرع وفق مدونة الاحكام الجعفرية لان هنالك تعدد في داخل المذهب الجعفري .

هذا وفي إطار السلطة التقديرية لقاضي الموضوع يُعدّ مبدأ لجوء القاضي إلى الرأي الفقهي في حالة وجود النص من المسائل المركزية التي تكشف عن طبيعة العلاقة بين الفقه والقانون في مجال الأحوال الشخصية ولا سيّما في قضايا إنهاء الرابطة الزوجية والتشريع الوضعي في هذا المجال لم ينشأ بمعزل عن الفقه الإسلامي بل استمدّ كثيراً من قواعده ومفاهيمه من المدونة الفقهية بمذاهبها المختلفة الأمر الذي يجعل النص القانوني في جوهره امتداداً لصياغة فقهية جرى تقنينها في قالب تشريعي ملزم ومن ثمّ فإن وجود النص لا يعني انقطاع الصلة بالفقه وإنما يفرض إعادة تحديد وظيفة الرأي الفقهي وحدود الاستعانة به داخل العملية القضائية لأن القضاء يعتمد في اغلب احكامه على الفقه من أجل اصدار حكم يتفق مع الشريعة الإسلامية وطبيعة المجتمع. ^(٢) وإن هذا المبدأ ينطلق من قاعدة أساسية مؤداها أن النص القانوني هو المرجع الأول والملزم للقاضي بحكم مبدأ المشروعية وسيادة القانون غير أن هذا الإلزام لا يفهم بمعزل عن ضرورة فهم النص وتفسيره وإنزاله على الواقعة المعروضة للقاضي لا يواجه النص بوصفه عبارة لغوية مجردة بل يتعامل معه في سياق نزاع واقعيّ معقّد يستلزم التكييف والتفسير والترجيح وهي وظائف لا يمكن أدائها

(١) المادة (١) فقرة ١ من قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل.

(٢) علي بن محمد الماوردي، أدب القاضي، تحقيق: محيي هلال السرحان، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٦، ص ٣١، ٣٤.

على نحوٍ سليم من دون الاستعانة بالمصادر التي تُبيّن مقاصد النص وأبعاده وفي مقدمتها الرأي الفقهي الذي شكّل الأساس التاريخي والمعياري لتلك النصوص^(١).

وكذلك يلجأ القاضي الى الرأي الفقهي في حالة غموض الحالة المعروضة أمامه وأن كان منصوص عليها خاصة في دعاوي الحل والحرمة لأن هذا النوع من الدعاوي له قدسية تتطلب ابداء الرأي الفقهي فالقاضي يجب أن يكون ملم بمعرفة الشريعة الإسلامية و يجب أن يكون هنالك اجتهاد من القاضي من أجل حسم الدعوى المعروضة امامه والا عد ممتنع عن احقاق الحق^(٢).

وتتجلى أهمية ذلك بوضوح في قضايا إنهاء الرابطة الزوجية في قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ لأن النصوص المنظمة لها غالباً ما تتسم بطابع عام أو مرّن وتستخدم مصطلحات ذات حمولة شرعية وأخلاقية مثل المعروف والإحسان والضرر والتعسف والعدل وهذه المفاهيم لا يمكن الوقوف على مضمونها التطبيقي الدقيق بالاعتماد على النص وحده بل تحتاج إلى الرجوع إلى الفقه الذي تولّى بيان معانيها وضبط حدودها ووضع معاييرها عبر اجتهادات ممتدة في الزمان والمكان ومن ثمّ لجوء القاضي إلى الرأي الفقهي في هذه الحالة يُعدّ وسيلة تفسيرية مشروعة تملئها طبيعة النص لا خياراً تقديراً مطلقاً للقاضي^(٣).

وبما أن القاضي يهدف الى أن يصدر حكم مناسب للحالة المعروضة أمامه ويكون مبرراً للذمة وفضلاً عن ذلك يسهم هذا المبدأ في تحقيق الانسجام بين النص القانوني ومقاصد الشريعة إذ لا يقتصر دور القاضي على تطبيق النص تطبيق حرفي وانما يمتد لتحقيق الغاية التي استهدفها المشرع من وضعه في قضايا الزواج والطلاق وتتمثل هذه الغاية في تحقيق التوازن بين الحفاظ على كيان الاسرة من جهة ورفع الضرر عن احد الزوجين أو كليهما من جهة أخرى لأن الزواج والطلاق تترتب عليه آثار كثيرة تمتد الى الغير وبسبب الحساسية في المواضيع التي ينظمها قانون الأحوال الشخصية وان آثار هذه العلاقة تمتد الى كلّ المجتمع^(٤) والرأي الفقهي بما يحمله من بناء

(١) عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ٢٠٠٢، ص ٨٠، ٧٧.

(٢) محمد كمال الدين احمد الراشدي، المصباح في رسم المفتي ومناهج الافتاء، ١، دار احياء التراث العربي، لبنان، ٢٠٠٥، ص ٥٧.

(٣) عبد الكريم بن محمد ابو القاسم الرافعي، العزيز في شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، ج١٢، دار الكتب العلمية، لبنان، ١٩٩٧، ص ٣٢٣.

(٤) محمد بن أحمد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج٣، دار الكتب المصرية، القاهرة، ١٩٦٤، ص ١٢٥، ١٢٣.

مقاصديّ متراكم يُساعد القاضي على إدراك هذا التوازن ويمنع التطبيق الجامد للنص الذي قد يؤدي إلى نتائج تتعارض مع روح التشريع أو مقاصده^(١).

والمرجع العراقي في قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لم يقيد القاضي بالرجوع الى رأي معين وإنما فقط قيده بان يكون الرأي الذي يختاره من أجل تطبيقه يكون ملائماً لنصوص قانون الأحوال الشخصية وهذه الصفة هي التي منحت القاضي سلطة تقديرية وانه اذا حصل تعارض بين نصوص هذا القانون والرأي الفقهي المختار فإن الحكم يكون للقانون الذي يحكم كلّ العراقيين الا ما استثنى منهم بقانون خاص غير أن هذا اللجوء إلى الرأي الفقهي في ظل وجود النص ليس لجوءاً مفتوحاً أو غير منضبط بل تحكمه جملة من القيود المنهجية وأهم هذه القيود أن يظل الرأي الفقهي في إطار التفسير والتوضيح لا في إطار إنشاء حكم جديد أو تعطيل حكم قائم فالقاضي لا يملك أن يقدّم رأياً فقهياً على نص صريح ولا أن يستبدل القاعدة القانونية الملزمة بحكم فقهي مغاير لأن في ذلك إخلالاً بمبدأ المشروعية وتجاوزاً لإرادة المشرّع وإنما يقتصر دور الفقه هنا على كشف مراد النص وتحديد وجه تطبيقه وترجيح أحد الاحتمالات التي يحتملها النص إذا تعددت دلالاته^(٢).

أما في حالة تحديد الرأي الفقهي الذي يتم اللجوء اليه وفق مدونة الأحكام الجعفرية رقم (١) لسنة ٢٠٢٥ الحالات التي تعرض ولا يوجد بها نص يحكمها فإن هذا المبدأ يسهم في تحقيق وحدة التفسير القضائي والحدّ من التباين في الأحكام متى ما استعمل الرأي الفقهي بوصفه مرجعاً علمياً منضبطاً لا اختياراً انتقائياً فالقاضي وهو يلجأ إلى الفقه عند وجود النص إنما يفعل ذلك في إطار من المسؤولية العلمية تفرض عليه بيان وجه الاستدلال وتسبيب الحكم تسبيباً واضحاً يُمكن من مراقبته عند الطعن ويحول من دون تحوّل السلطة التقديرية إلى وسيلة للتحكم أو عدم الاستقرار^(٣). وبذلك يتضح أن مبدأ لجوء القاضي إلى الرأي الفقهي في حالة وجود النص لا يُمثل خروجاً على النص القانوني ولا انتقاصاً من إلزاميته وإنما يُجسّد صورةً من صور التكامل الوظيفي بين

(١) محمد الطاهر ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، دار السلام، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٤٠٤، ٤٠٦.

(٢) ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج ١ دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩١، ص ٨٧، ٩٠.

(٣) الشهيد الثاني (زين الدين العاملي)، مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، ج ٨، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، ١٩٩٣، ص ٧، ١٠.

الفقه والقانون حيث يؤدي النص دور الإلزام ويؤدي الفقه دور الإيضاح والتوجيه بما يحقق عدالة التطبيق ويحفظ استقرار النظام القانوني في قضايا إنهاء الرابطة الزوجية^(١)

إن لجوء القاضي إلى الرأي الفقهي في ظل وجود النص النظامي ليس على نحو مطلق بل تحكمه جملة من الضوابط والقيود القانونية والمنهجية التي تهدف إلى تحقيق التوازن بين مقتضيات المشروعية من جهة ومتطلبات العدالة والتفسير السليم من جهة أخرى فالرأي الفقهي مهما بلغت قيمته العلمية يظل في مرتبة أدنى من النص القانوني الملزم القطعي ولا يوجد مجال إلى الاجتهاد ولا يجوز أن يوظف بطريقة تؤدي إلى تعطيل النص أو إفراغه من محتواه أو الخروج عن إرادة المشرع^(٢).

ويعدّ عدم مخالفة النص الصريح أول وأهم هذه الضوابط إذ لا يجوز للقاضي أن يستند إلى رأي فقهي لمعارضة حكم قانوني واضح الدلالة قطعي التطبيق فوجود النص الصريح ينهي مجال الاجتهاد التفسيري ويجعل دور الرأي الفقهي مقتصرًا أن وجد على بيان الحكمة التشريعية أو توضيح الخلفية الفقهية من دون أن يكون له أثر مباشر في تغيير نتيجة الحكم ويعدّ أي تجاوز لهذا الحد إخلالًا بمبدأ المشروعية وتجاوزًا لوظيفة القضاء إلى مجال التشريع^(٣).

هذا و يندرج ضمن هذه الضوابط وجوب احترام إرادة المشرع ولا سيما عندما يتبين من الأعمال التحضيرية أو من الصياغة القانونية أن المشرع قد اختار رأيا فقهيًا معيّنًا من دون غيره ففي هذه الحالة لا يكون للقاضي أن يرجع إلى آراء فقهية أخرى لم يأخذ بها المشرع حتى لو كانت معتبرة فقهيًا لأن العبرة في التطبيق القضائي ليست بترجيح القول الأفقه وإنما بتطبيق القول الذي حوّل إلى قاعدة قانونية ملزمة^(٤).

يجب على القاضي أن يلتزم بتسبيب الحكم تسبيبا قانونيا واضحا عند الاستعانة بالرأي الفقهي وفق قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) فالتسبيب لا يعدّ مجرد إجراء شكلي بل يمثّل ضماناً أساسية للخصوم ووسيلة لرقابة الحكم من قبل محاكم الطعن ويقتضي هذا التسبيب أن يبيّن القاضي

(١) فخر الدين الرازي أبو عبد الله محمد بن عمر التميمي، المحصول، ج٣، ط٣، مؤسسة الرسالة، ٢٠١٠، ص

١٢٢

(٢) عبد الكريم زيدان، مصدر سابق، ٢٠٠٢، ص ٨٣-٨٦.

(٣) علي بن محمد الماوردي، مصدر سابق، ص ٥٢-٥٤.

(٤) محمد الطاهر ابن عاشور، مصدر سابق، ص ٤٠٩-٤١٢.

سبب الرجوع إلى الرأي الفقهي وطبيعة هذا الرجوع (تفسيري/استثنائي) وفق قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ ووجه انسجامه مع النص القانوني من دون الاكتفاء بإيراد الرأي الفقهي على نحو مجرد أو غير مرتبط بالواقعة محل النزاع^(١).

و يوجد ضابط آخر في هذا المبدأ وفق قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) يتمثل في عدم الانتقاء التعسفي بين الآراء الفقهية فالتعدد الفقهي سنياً وشيعياً لا يبيح للقاضي اختيار الرأي الذي يراه ملائماً من دون ضابط وإنما يقتضي الالتزام بمعايير علمية وقانونية من بينها ملائمة الرأي للواقعة أي يجب أن يكون الرأي الفقهي المختار ملائم للدعوى المعروضة امامه ، انسجامه مع النص، قدرته على تحقيق العدالة، وعدم تعارضه مع النظام العام أو مع المبادئ الدستورية وإلا تحولت السلطة التقديرية إلى وسيلة لزعة استقرار الأحكام واختلافها باختلاف القضاة^(٢).

ويُضاف إلى هذه الضوابط كذلك ضابط مهم يتمثل في مراعاة وحدة الاجتهاد القضائي بقدر الإمكان ولا سيما في القضايا المتكررة كقضايا الطلاق والتفريق فاللجوء المنضبط إلى الرأي الفقهي عند وجود النص يُفترض أن يُسهم في توحيد التفسير لا في تعميق التباين ومن ثم يُنتظر من القاضي أن يراعي ما استقرّ عليه القضاء الأعلى أو المبادئ القضائية المستقرة وأن يبتعد عن تبني تفسيرات فقهية شاذة أو نادرة تؤدي إلى اضطراب العمل القضائي^(٣).

أما عن مدونة الأحكام الجعفرية رقم ١ لسنة ٢٠٢٥ فلم يعد القاضي متمتع بسلطة تقديرية في اختيار الرأي المناسب من المذاهب للفصل في الدعوى وإنما قيد في فصل الدعوى المعروضة امامه وفق المذهب الجعفري فقط والاشهر في النجف الاشرف المعروف في الفقاهاة والعدالة ولهذا لم يعد على القاضي أن يسبب اختياره هذا الرأي الفقهي لأن هذا نص قانوني يلتزم بمقتضاه أن يرجع الى الرأي الفقهي في النجف لا غير وهذا يمثل احترام الى رغبة المشرع وفق مدونة الأحكام الجعفرية ، والقاضي لم يعد له سلطة في تقدير الرأي الفقهي من ناحية أنه ينسجم مع الدعوى المعروضة امامه أو لا ينسجم. و أن لجوء القاضي إلى الرأي الفقهي في حالة وجود النص ليس خروجاً عن النص بل هو ممارسة داخل بيئة ضابطة توازن بين حرية التفسير وانضباط الالتزام

(١) ابن قيم الجوزية، مصدر سابق ، ص ٩٠-٩٣.

(٢) الشهيد الثاني (زين الدين العاملي)، مصدر سابق، ص ١١-١٤.

(٣) قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته، مع الإشارة إلى المبادئ القضائية المستقرة في تطبيقه، ص ٢-٣.

في النص وتمنع انزلاق القضاء إلى الاجتهاد غير المنضبط وهذه الضوابط تُعدّ ضرورةً خاصة في قضايا إنهاء الرابطة الزوجية لما لها من آثار عميقة على استقرار الأسرة والحقوق المالية والشخصية للأطراف الأمر الذي يجعل الانضباط المنهجي في استعمال الرأي الفقهي شرطاً لتحقيق العدالة القضائية واستقرار الأحكام^(١).

و يترتب على إعمال مبدأ لجوء القاضي إلى الرأي الفقهي في حالة وجود النص آثار عملية بالغة الأهمية في مجال القضاء الأسري تتجلى في تعزيز استقرار الأحكام القضائية وتحقيق قدر أعلى من العدالة الموضوعية عند الفصل في منازعات إنهاء الرابطة الزوجية فالقاضي عندما يستعين بالرأي الفقهي بوصفه أداة منضبطة لا يُغيّر من إلزامية النص بل يُحسن إنزاله على الواقعة المعروضة بما يقلل من احتمالات التعارض بين الأحكام الصادرة في الوقائع المتشابهة ويُسهّم هذا المبدأ في ترشيد السلطة التقديرية الممنوحة لقاضي الموضوع إذ يُقدر له إطاراً مرجعياً علمياً يُعينه على فهم النصوص ذات الصياغة المرنة ويمنع انزلاق التفسير إلى الاعتبارات الشخصية أو الانطباعات الذاتية فبدلاً من أن تكون السلطة التقديرية مجالاً للتفاوت الواسع في النتائج تصبح سلطةً مقيدةً بمعايير فقهية وقانونية واضحة تُسهّم في توحيد منهج التطبيق ولا سيما في المسائل التي تتكرر أمام القضاء كالتفريق للضرر أو تقدير مدى التعسف في استعمال حق الطلاق^(٢).

كذلك ينعكس هذا المبدأ إيجاباً على حماية حقوق الخصوم وضمانات التقاضي ذلك أن الرجوع المنضبط إلى الرأي الفقهي يُساعد القاضي على تحقيق التوازن بين مصلحة الزوجين وعدم تغليب أحدهما على الآخر من دون مسوّغ ففي قضايا إنهاء الرابطة الزوجية كثيراً ما تتداخل الاعتبارات القانونية بالاعتبارات الاجتماعية والأخلاقية ويُسهّم الفقه بما يحمله من مقاصد وقواعد عامة في توجيه التطبيق نحو رفع الضرر وتحقيق العدل وصيانة الكرامة الإنسانية للطرفين مع الحفاظ على كيان الأسرة ما أمكن^(٣).

و هذا المبدأ لا يعزز قابلية الأحكام القضائية للرقابة والطعن لأن اعتماد الرأي الفقهي بوصفه عنصراً ملزماً لا يفرض على القاضي تسبب حكمه تسيباً مفصلاً يوضح فيه كيفية فهم النص

(١) حمدي رجب، القضاء والجهاد في الفقه الاسلامي، بدون مكان وسنة نشر، ص ٤١.

(٢) محمود محمد ناصر بركات، مصدر سابق، ص ١٥٦.

(٣) محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام: دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، دار النهضة العربية، بيروت، ط٤، ١٩٨٣، ص ٥٥-٥٨.

وتطبيقه ومدى التزامه بالنص القانوني ويسهم في بناء اجتهاد قضائي مستقر ومتراكم يُهتدى به في القضايا اللاحقة^(١).

أن لجوء القاضي إلى الرأي الفقهي عند وجود النص يُساعد على تحقيق الانسجام بين القضاء والتشريع إذ يُبرز الخلفية الفقهية للنصوص القانونية ويُعيد ربطها بمقاصدها الأصلية الأمر الذي يمنع الانفصال بين القانون بوصفه قواعد مكتوبة والفقه بوصفه نظاماً قيمياً وأخلاقياً ويكتسب هذا الانسجام أهمية خاصة في الأنظمة القانونية التي نصّت صراحةً أو ضمناً على استلزام الشريعة الإسلامية مصدرًا للتشريع في مسائل الأحوال الشخصية و يتم الرجوع الى الرأي الفقهي في حالة وجود النص الذي يخول المحكمة الرجوع اليه إذ إن القاضي عندما ينظر في المسألة المعروضة امامه لا يمكن له أن يجتهد في حالة وجود النص وان سلطة القاضي في الرجوع الى الرأي الفقهي في المسائل التي تعرض عليه مقيدة في حالة عدم وجود نص قانوني ونصت على ذلك المادة (٢١١) من قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) التي نصت (اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون) وهنا نجد أن المشرع العراقي لم يقيد القاضي بالرجوع الى مذهب معين وإنما جعل له الحرية في اختيار المذهب المناسب لحل الموضوع المعروض امامه ، وكذلك نص القانون المدني العراقي في المادة (١١ ف٣) على " وتسترشد المحاكم في كلّ ذلك بالأحكام التي اقرها القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد الاخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية " وبالتالي فان الشريعة الإسلامية هي المصدر الاحتياطي الأول في قانون الأحوال الشخصية العراقي والمصدر الثاني بالنسبة للتشريع العراقي.

ونصت مدونة الأحكام الجعفرية رقم ١ لسنة ٢٠٢٥ نص على أنه في حالة عدم وجود نص يحكم الحالة فيتم اللجوء الى المرجع المشهور في النجف الاشرف بحسب نص المادة ٧٤ في الفقرة الأولى إذ نصت على أنه (المقصود بالمرجع الديني في جميع مواد هذا التعديل هو المرجع الديني الاعلى أي من يقلده اكثر الشيعة في العراق أن وجد والا فاشهر المراجع المعروفين بالفقاهة والعدالة في النجف الاشرف) وبذلك فإن الأثر العملي لمبدأ لجوء القاضي إلى الرأي الفقهي في حالة وجود النص لا يقتصر على تحسين جودة الأحكام القضائية فحسب بل يمتد إلى تعزيز الثقة بالقضاء

(١) ابن قيم الجوزية، مصدر سابق، ص ٩٤-٩٧.

الأسري وتحقيق الاستقرار القانوني وضمان العدالة في قضايا تمسّ البنية الأساسية للمجتمع ويُشكّل هذا المبدأ في مجموعه ركيزةً أساسية في ضبط العلاقة بين الفقه والقانون عند معالجة مسألة إنهاء الرابطة الزوجية بما يحقق التوازن بين النص الملزم والتفسير المنضبط ويصون الحقوق ويُراعي المقاصد^(١).

وفي محصلة الفرع نصل الى نتيجة وهي أن لجوء القاضي الى الرأي الفقهي في حالة وجود نص وفق مدونة الأحكام الجعفرية رقم (١) ذات طبيعة ملزمة للقاضي بموجب النص التشريعي الذي فرضه القانون كونه يحقق مقاصد الشريعة الإسلامية ويوافق التطورات التي تحصل في المجتمع.

الفرع الثاني

مدى لجوء القاضي إلى الرأي الفقهي في حالة عدم وجود النص

المشرع العراقي عندما منح القاضي سلطة تقديرية في قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ في المادة (٢١١) الذي نصت "إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون " في الرجوع الى الرأي الفقهي في حالة عدم وجود نص يحكم النزاع المعروض امامه من دون التقيد بمذهب معين قصد المشرع في تنظيم العموميات وترك تفصيلاتها الى الفقه الإسلامي وذلك بسبب الصعوبة في الاحاطة بكل المسائل التي تحصل في قانون الأحوال الشخصية خاصتا في المسائل المستجدة من أجل ايجاد الحلول السليمة في مبادئ الشريعة الإسلامية بتفاصيلها أما في مدونة الأحكام الجعفرية فان القاضي لا يتمتع بسلطة تقديرية في حل المسائل التي لا يوجد بها نص بل يقوم بمخاطبة المجلس العلمي في النجف ويحكم بمقتضى هذه الاجابة وفق المادة (٧٤) من مدونة الأحكام الجعفرية رقم ١ لسنة ٢٠٢٥ تعد مسألة صعبة على القضاة بشكل خاص ونجد مثلاً أن المشرع العراقي لم يحدد الصيغة التي يقع بها الطلاق من حيث الالفاظ وانما اكتفى بالنص عليها في المادة (١١٣٤) من قانون الأحوال الشخصية رقم ٨٨ لسنة ١٩٥٩ (لا يقع الطلاق الا بالصيغة المخصوصة له شرعاً).

(١) احمد الافراح ولد سيدي عال، الاحكام الشرعية بين الفتوى والقضاء، بحث منشور في المجلة العلمية للنشر العلمي، عدد ١٤٤، ٢٠١٩، ص ١٠٩

تاركا للمحكمة أن ترجع الى الأحكام لصيغة الطلاق ولكنه وضع قيد لهذه الصيغة في المادة ٣٦ من قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ (لا يقع الطلاق غير المنجز أو المشروط أو المستعمل بصيغة اليمين) والمشرع العراقي اخذ بالرأي الفقهي في الحالات التي تمنع الطلاق وفق المادة ٣٦ وان القاضي يتمتع بسلطة واسعة ففي قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ في الاخذ بالرأي الفقهي الذي يراه مناسب وفق الحالة المعروضة امامه وتحقق المصلحة المقصودة أو أنه يلجا للرأي الفقهي في حالة عدم وجود نص في التشريع فيلجا الى الرأي الفقهي الذي ينتمي اليه المتقاضيان إذ إن كل شخص يطمح أن يطبق الرأي الفقهي وفق مذهبه الشخصي ويحقق المصلحة المقصودة^(١).

هذا و أن رجوع القاضي في دعاوي الأحوال الشخصية متعلقة بمسائل الحل والحرمة التي لا تخضع للاجراءات المنصوص عليها في قانون المرافعات رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ بحسب نص المادة (١١٣٠٩)^(٢)) منه لكونها دعاوي لها خصوصية مقدسة لذلك اعطى المشرع سلطة تقديرية واسعة للقاضي لحل المسائل المتعلقة بها وفق قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) وان هذا النوع من الدعاوي لا يخضع الى قانون خاص من حيث الاجراءات وتعد من دعاوي الحل والحرمة ما يتعلق في فسخ عقد الزواج والتفريق والطلاق وهذا النوع من الدعاوي يخضع الى التمييز الوجوبي حتى وان قضت المدة المحددة للتمييز إذ ذهبت محكمة الأحوال الشخصية في الديوانية في قرارها بان المدعية بسبب الضرر يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية وقدمت طلب للمحكمة من أجل التفريق للضرر لكن المحكمة اصدرت حكم ببرد الدعوى ولكن عند التدقيق وجد أن الطعن مقدم ضمن المدة المحددة لذا قرر قبوله والحكم بالتفريق^(٣).

(١) عبد المنعم البدر اوي، المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، ١٩٦٦، ص ١٣٧.
(٢) قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩، المادة (١١٣٠٩) الذي نصت (الاحكام الصادرة على بيتت المال او الاوقاف او الصغار او الغائبين او المجانين او المعتوهين او غيرهم من ناقصي الاهلية والاحكام المتضمنة فسخ عقد الزواج وكذلك الحجج المعتبرة بمثابة الاحكام كالحجج المتعلقة باستبدال الاوقاف والاذن بالقسمة الرضائية اذا لم تميز من قبل ذوي العلاقة فعلى القاضي ارسال الاضبارة في اقرب وقت ممكن الى محكمة التمييز لاجراء التدقيقات التمييزية عليها ونصت الفقرة الثانية انه لا تنفذ هذه الاحكام الحجج المذكورة في الفقرة السابقة مالم تتصدق من قبل محكمة التمييز.

(٣) قرار محكمة الاحوال الشخصية في الديوانية، غير منشور، و الذي عدده ١٧٩٥٩، ٢٠٢٥، التسلسل، ١٧٩٨٢.

وتأسيساً على هذا القرار يستند هذا المبدأ إلى قاعدة عامة مفادها "أن القاضي لا يعمل في فراغ معياري وأن سكوت التشريع لا يعني انتفاء الحكم بل يعني الانتقال إلى مصادر تكميلية تُعين على إستنباط الحل المناسب" وقد اعترف الفقه الإسلامي شيعياً وسنيا بهذه الحقيقة منذ وقت مبكر حين قرّر أن الوقائع لا تنتهي وأن النصوص محدودة وأن الاجتهاد ضرورة لازمة لاستمرار فاعلية النظام الشرعي في مواجهة المستجدات ومن ثمّ فإن الرجوع إلى الرأي الفقهي عند غياب النص يُعدّ امتداداً منطقيّاً لوظيفة القضاء لا خروجاً عنها^(١).

أما على المستوى القانوني الوضعي في قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) يتجسد هذا المبدأ في اعتبار الفقه الإسلامي مصدراً احتياطياً أو مكملاً للتشريع في مسائل الأحوال الشخصية ولا سيّما في الأنظمة القانونية التي نصّت صراحةً أو ضمناً على استلزام الشريعة الإسلامية فالقاضي في هذه الحالة لا يبتدع حكماً من عنده وإنما يستند إلى منظومة فقهية قائمة على أصول الإستدلال وقواعد الترجيح بما يضمن مشروعية الحكم واتساقه مع الإطار العام للنظام القانوني^(٢).

إذ يتسع نطاق لجوء القاضي إلى الرأي الفقهي عند غياب النص، ليشمل حالات متعددة من أبرزها سكوت التشريع عن تنظيم حالة معينة من حالات التفريق، أو قصور النص عن بيان شروط تطبيقه أو عدم معالجة المشرّع لوقائع مستجدة أفرزها التطور الاجتماعي، مثل مواقع التواصل الاجتماعي واثراها على الشقاق والنزاع بين الأزواج والذي تسبب ضرر يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية وكذلك حالة اثبات الطلاق في الرسائل وفي جميع هذه الحالات يصبح الرأي الفقهي أداةً أساسية في تكيف الواقعة وتحديد الإطار القانوني المناسب لها ولا سيّما في القضايا التي تمسّ جوهر العلاقة الزوجية وآثارها^(٣).

ويظهر الأمر بوضوح في قضايا التفريق للضرر أو التفريق للشقاق أو التفريق بسبب الغيبة إذ قد لا يرد نص قانوني تفصيلي يبيّن جميع الصور الممكنة للضرر أو يحدد معياراً جامعاً له، وهنا يلجأ القاضي إلى ما قرّره الفقهاء من ضوابط ومعايير سواء في الفقه الشيعي أو السني لتحديد

(١) ابن قيم الجوزية، مصدر سابق، ص ١٧٨، ١٧٦.

(٢) عبد الكريم زيدان، المصدر السابق، ص ٩٤، ٩١.

(٣) محمد الطاهر ابن عاشور، مصدر سابق، ص ٤١٧، ٤٢٠.

ما إذا كانت الواقعة المعروضة تُشكّل سبباً مشروعاً لانتهاء الرابطة الزوجية أو لا وفق قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨)^(١).

ولا يفهم من ذلك أن القاضي يتحول إلى مفتٍ أو مجتهدٍ مطلق بل يظل ملتزماً بوظيفته القضائية وأنه يصدر حكم قضائي من أجل حل النزاع الذي يعرض أمامه وأن يصدر الأحكام التي تتلائم مع عادات المجتمع وتتفق مع النظام العام يقوم على وزن الأدلة وتقدير الوقائع وتطبيق القواعد العامة التي تتفق مع المجتمع الذي يصدر فيه الحكم أن الرأي الفقهي يوفر له الإطار النظري والمعياري الذي يُمكنه من ملء الفراغ التشريعي بصورة منضبطة ويحول من دون إصدار أحكام متناقضة أو غير مؤسسة على أساس علمي.^(٢)

هذا وقد أسهم الفقه الأمامي على وجه الخصوص في تطوير نظريات دقيقة حول نفي الضرر ونفي الحرج وعدها من الأسس التي يُبنى عليها الحكم عند غياب النص التفصيلي كذلك أسهم الفقه السني بدوره في وضع معايير متنوعة لتقدير الضرر واستحكام الشقاق مما يوفر للقاضي ثراءً فقهيًا يُمكنه من اختيار الحل الأكثر ملاءمةً للواقعة المعروضة في إطارٍ منضبط لا يخلّ بمبدأ المشروعية.^(٣) وبذلك فإن الرأي الفقهي عند غياب النص لا يعمل بوصفه بديلاً عن التشريع وإنما بوصفه مكملًا له يهدف إلى ضمان واستمرارية النظام القانوني وقدرته على الاستجابة للوقائع المتجددة ولا سيّما في مجال الأسرة الذي يتأثر بسرعة بالتغيرات الاجتماعية والثقافية التي تحصل في المجتمع وان الرأي الفقهي كان استرشادي يستأنس به القاضي عند النظر في القضية المعروضة أمامه وهذا ما نصت عليه المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ في الفقرة الثالثة الذي نصت على أنه (تسترشد المحاكم في كلّ ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقه الإسلامي في العراق وفي البلاد الإسلامية الأخرى التي تتقارب قوانينها من القوانين العراقية) وهنا لم يقيد سلطة القاضي في مذهب معين بل القاضي يقوم باختيار أي مذهب يراه مناسب في حل المسألة المعروضة أمامه من أجل تحقيق المصلحة المقصودة^(٤).

(١) محمد بن أحمد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج٥، دار الكتب المصرية، القاهرة، ١٩٦٤، ص ١٦٥، ١٦٠.

(٢) الشهيد الثاني (زين الدين العاملي)، مصدر سابق، ص ٢٤، ٢١.

(٣) شاكر ناصر القيسي، شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٠، ص ٢٥.

(٤) محمد لبيب شنب، المدخل لدراسة القانون، بدون مكان نشر، ١٩٩٥، ص ١٦٠.

وموقف مدونة الأحكام الجعفرية في حالة عدم وجود نص قانوني يحكم الحالة المعروضة فيرجع الى المجلس الشيعي من أجل الاستفسار وفق المادة (٣٣٥) من مدونة الأحكام الجعفرية رقم ١ لسنة ٢٠٢٥ الذي نصت "يرجع في كلّ مالم يرد فيه نص في هذه المدونة الى المجلس العلمي في ديوان الوقف الشيعي لاجابة المحاكم المختصة على أي استفسار يتعلق بأحكام الأحوال الشخصية وفق المذهب الجعفري " حيث وضحت هذه المادة أن القاضي لا يعد فقيه ولا يمكن أن يحسم الدعوى المعروضة امامه دون الرجوع الى المجلس العلمي من أجل بيان رأي المرجع والامتنال الى اجابة المجلس وحسم الدعوى وفق إجابة المجلس لا يكون لجوء القاضي إلى الرأي الفقهي لجوءاً اعتباطياً بل تحكمه ضوابط علمية وقانونية تضمن سلامة الحكم واستقراره ولا سيما في مسائل إنهاء الرابطة الزوجية يفرض على القاضي واجب الامتنال الى اجابة المرجع لكونها تلبى مقتضيات العدالة وطبيعة النزاع ومصلحة الأطراف^(١).

هذا يرفع الحاجة إلى الحسم وأن المرجع المختص عند الاختلاف في الآراء الفقهية وفق المذهب الجعفري هو المرجع المشهور في النجف الاشرف هو الذي يحقق مقاصد الشريعة ويدراً المفاصد لا مجرد تتبع الرخص أو الآراء الأخف ومن ثم فإن القاضي عند امتثاله الى الرأي فقهي في غياب النص لكونه الرأي الذي يلائم الواقعة، وقدرته على رفع الضرر، انسجامه مع القواعد العامة للنظام القانوني، وعدم تعارضه مع النظام العام أو القيم الدستورية^(٢).

و يُراعى في هذا السياق العمل القضائي المستقر، إذ لا يُستحسن أن يتبنى القاضي رأياً فقهيّاً شاذاً أو نادراً يؤدي إلى اضطراب الأحكام وفق مدونة الأحكام الجعفرية ، أما في قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) يمكن للقاضي أن يختار الرأي الفقهي الملائم وفي استطاعته أن يختار رأي فقهي مناسب، وقد أكدّ الفقه أن توحيد التفسير في مسائل الأسرة يُعدّ عنصراً أساسياً في تحقيق الأمن القانوني ولا سيما عندما يكون النص غائباً أو قاصراً^(٣).

و يقتضي لجوء القاضي إلى الرأي الفقهي في حالة عدم وجود النص التمييز بدقة بين الفتوى والاجتهاد القضائي فالفتوى بطبيعتها رأي شرعيّ عام موجّه إلى المكلف يقوم على تصوير

(١) أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، ج٤، دار المعرفة، بيروت، ص ١٩٤، ١٩٦.

(٢) مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ١٩٩٨، ج ١، ص ٣٦٧، ٣٧٠.

(٣) نفس المصدر، ص ٢٣٨، ٢٣٥.

افتراضي أو ناقص للوقائع بينما يقوم الحكم القضائي على وقائع ثابتة بأدلة وإجراءات ويترتب عليه أثر ملزم ومن ثم لا يجوز للقاضي أن يتعامل مع الرأي الفقهي بوصفه فتوى ملزمة بل بوصفه مادة علمية يُعاد بناؤها داخل منطق الحكم القضائي^(١).

هذا وقد ميّز الفقه الأمامي بوضوح بين حجية الفتوى وحجية الحكم معتبراً أن الحكم القضائي يستمد إلزامه من الولاية القضائية لا من مجرد الرأي الفقهي حتى وإن استند إليه وهذا التمييز يُعدّ أساساً نظرياً مهماً في ضبط وظيفة الرأي الفقهي عند سدّ الفراغ التشريعي ويحول من دون الخلط بين وظيفة المفتي ووظيفة القاضي^(٢).

و جاء في مدونة الأحكام الجعفرية رقم ١ لسنة ٢٠٢٥ في المادة (٣٣٥) إذ نصت "يرجع في كلّ مالم يرد فيه نص في هذه المدونة الى المجلس العلمي في ديوان الوقف الشيعي لإجابة المحاكم المختصة على أي استفسار يتعلق بأحكام الأحوال الشخصية وفق المذهب الشيعي الجعفري" وكذلك نصت المادة (٣٣٦) على أنه "للمجلس العلمي اصدار مذكرة ايضاحية لهذه المدونة بالتنسيق مع مجلس القضاء الاعلى " بمعنى أن القاضي عندما تعرض عليه مسألة غير واضحة ولا يوجد بها نص قانوني يقوم بمخاطبة المجلس العلمي من أجل الاجابة والحكم بمقتضى هذه الاجابة ويجوز أن يكون هناك تنسيق بين مجلس القضاء والمجلس العلمي من أجل ايضاح أي غموض في مدونة الأحكام الجعفرية و من الناحية القانونية يستند لجوء القاضي إلى الرأي الفقهي عند غياب النص إلى مبدأ عام مفاده أن القاضي لا يجوز له الامتناع عن الفصل بحجة سكوت القانون و القاضي ملزم بالرجوع إلى مصادر أخرى كالمبادئ العامة والعدالة والعرف والفقه عند غياب النص ويُعدّ هذا المبدأ من صميم الوظيفة القضائية في النظم القانونية الحديثة^(٣).

وفي مجال الأحوال الشخصية يتخذ هذا المبدأ بعداً خاصاً لأن الفقه الإسلامي يُمثّل الإطار المرجعي الطبيعي لسدّ الفراغ التشريعي، وقد اعترف القضاء في عدد من الدول ذات المرجعية

(١) ابن القيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج٤، دار الكتب العلمية، بيروت، ص ١٤٥، ١٤٧.

(٢) السيد أبو القاسم الخوئي، مصباح الأصول، ج٢، مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئي، قم، ص ٢٨٥، ٢٨٢.

(٣) رمضان أبو السعود، المدخل إلى القانون: النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص

الإسلامية ومنها العراق بهذه الحقيقة سواء من خلال النصوص التشريعية أو من خلال الاتجاهات القضائية التي تستأنس بالفقه عند غياب النص الصريح^(١).

ويُسهم لجوء القاضي إلى الرأي الفقهي عند غياب النص في منع إنكار العدالة وضمن استمرار فاعلية النظام القانوني في مواجهة الوقائع المستجدة كما يُساعد على تحقيق العدالة الموضوعية في قضايا إنهاء الرابطة الزوجية، من خلال تمكين القاضي من معالجة حالات لم يتنبّه لها المشرّع ، أو لم تكن شائعة وقت وضع التشريع لأن المشرع عند وضعه للقواعد مهما كان حازماً لا يستطيع أن يكون ملم بكل التغيرات التي تحصل في المجتمع لأن المجتمع في حالة حركة وتطور مستمر، بالتالي ينعكس هذا التطور على ظهور حالات جديدة فمن أجل أن لا تعم الفوضى في المجتمع كون أن هذه الحالات لا يحكمها نص فظهر دور الفقه من أجل سد هذا النقص غير أن هذا الأثر الإيجابي مشروطٌ بحسن استعمال الرأي الفقهي وضبطه بضوابط الترجيح والتسبيب حتى لا يتحول سدّ الفراغ التشريعي إلى مصدرٍ لعدم الاستقرار أو التضارب في الأحكام، ومن ثمّ فإن نجاح هذا المبدأ يتوقف على وعي القاضي بدوره وتمكّنه من أدوات الفقه والقانون معاً^(٢).

من أبرز الإشكاليات التي تواجه القاضي عند غياب النص هي الموازنة بين مبدأ استقرار الأسرة ومبدأ رفع الضرر، فالأصل في الزواج الدوام والاستقرار غير أن هذا الأصل لا يُقدّم على حساب إلحاق الضرر الجسيم بأحد الزوجين ، وهنا يلعب الرأي الفقهي دوراً حاسماً في تزويد القاضي بالمعايير التي تُحدّد متى يُقدّم الاستقرار ومتى يُرجّح الانفكاك بوصفه الحلّ الأقلّ ضرراً وقد عالج الفقه الحنفي هذه الموازنة من خلال نظريات التفريق للضرر وللشقاق، بينما طوّر الفقه الأمامي نظريات نفي الضرر ونفي الحرج بوصفها أساساً لإنهاء العلاقة الزوجية عند تعذر استمرارها واستحضار هذه الرؤى المتنوعة يُمكن القاضي من بناء حكمٍ متوازن يُراعي واقع النزاع ونتائجه المستقبلية^(٣). يسهم لجوء القاضي إلى الرأي الفقهي عند غياب النص متى ما كان منضبطاً في توحيد الاجتهاد القضائي بدلاً من تفتيته فالرجوع إلى أصول فقهية معروفة وقواعد عامة مستقرة يُساعد على بناء اتجاهات قضائية واضحة يمكن لمحاكم الدرجة العليا أن تُرسّخها مما يُعزّز الأمن

(١) قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩، المادة (١/ثالثاً).

(٢) حسن علي الذنون، شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، دار الثقافة، بغداد، ٢٠١٠، ص ٨٨، ٩٢.

(٣) محمد بن الحسن الحر العاملي، وسائل الشيعة، ج ٢١، مؤسسة آل البيت، قم، ص ٢٤٤، ٢٤٥.

القانوني ويحدّ من التناقض في الأحكام غير أن هذا الأثر الإيجابي مشروط بتجنّب الانتقاء الفردي غير المبرر^(١) وبالالتزام بالتسبيب القضائي الدقيق فالرأي الفقهي لا يؤدي وظيفته التوحيدية إلا إذا استعمل في إطار مؤسسي واضح يُراعي السوابق القضائية ويستأنس بالاجتهادات المستقرة^(٢). وفي هذا السياق يُعدّ سدّ الفراغ التشريعي من أهم وظائف الرأي الفقهي عند غياب النص إذ يُقدّم الفقه منظومة متكاملة من القواعد العامة والمبادئ الكلية التي يمكن للقاضي أن يسترشد بها في بناء الحكم ومن أبرز هذه القواعد قاعدة نفي الضرر، وقاعدة رفع الحرج، وقاعدة تحقيق العدل، وهي قواعد ذات حضور قوي في مسائل الأحوال الشخصية ولا سيّما في قضايا إنهاء الرابطة الزوجية^(٣).

المطلب الثاني

آليات المحكمة في مخاطبة دور الإفتاء لتقديم الفتوى

تعدّ آلية التواصل بين المحاكم ودور الإفتاء ركيزة جوهرية في منازعات القضاء الأسري وتحديداً في القضايا المتعلقة بإنهاء العلاقة الزوجية نظراً للتداخل العميق بين النصوص القانونية والأحكام الفقهية في هذا المجال مما يولد حاجة ماسة للاستعانة بالخبرة الشرعية المتخصصة لضمان سلامة التكيف القانوني وتحقيق العدالة.

فالمحكمة بصفتها الجهة المعنية بالفصل في الخصومات قد تواجه وقائع مركبة أو مسائل دقيقة تتجاوز حدود المعرفة القانونية البحتة مما يستدعي الرجوع إلى أهل الاختصاص لبيان الحكم الشرعي وفق المناهج المعتمدة، وتمثل الفتوى في هذا السياق جسراً مؤسسياً ينقل الرأي الفقهي من حيز التنظير العلمي إلى واقع التطبيق القضائي من دون أن يمس ذلك باستقلال القضاء أو مبدأ المشروعية فالفتوى لا تُقدّم كحكم قضائي ملزم بذاته في قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ بل هي رأي استشاري فني يساهم في بناء قناعة القاضي ويوضع الأبعاد الشرعية للنزاع خصوصاً عندما تكون النصوص القانونية عامة أو تحتل التأويل أو في حالات

(١) مصطفى الديداموني، المشورة الادارية، مجلة العلوم الادارية، العدد الاول، القاهرة، ١٩٩٤، ص ٣١١

(٢) عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٦٦، ٦٣.

(٣) السيد محمد باقر الصدر، دروس في علم الأصول (الحلقة الثالثة)، ج ١، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، ص

الفراغ التشريعي وتكتسب هذه الآلية أهمية في مدونة الأحكام الجعفرية رقم ١ لسنة ٢٠٢٥ التي تعتمد على الفقه ويكون الرأي الفقهي فيها ملزم و مصدرًا لها وفي حالة غياب النص فيقوم القاضي بمخاطبة المجلس العلمي وتكون الإجابة ملزمة إذ تضمن الفتوى الإتساق بين النص ومقاصده الشرعية وتمنع الانفصال بين القانون وأصوله الفقهية ولغرض بيان اليات المحكمة في مخاطبة دور الافتاء لتقديم الفتوى ، سيقسم هذا المطلب على فرعين الفرع الأول الاجراءات القانونية لمخاطبة دور الافتاء والفرع الثاني أثر الفتوى الصادرة عن دور الافتاء في تكوين قناعة القاضي.

الفرع الأول

الإجراءات القانونية لمخاطبة دور الإفتاء

تعدّ مخاطبة دور الإفتاء من قبل المحكمة إجراءً قانونيًا ذا طبيعة خاصة، إذ إن المحكمة تتبع شكل معين لمخاطبة دار الإفتاء أو المرجع الديني و يندرج ضمن وسائل الاستعانة التي يجيزها القانون للقاضي عند نظره في نزاع يثير مسائل تتجاوز حدود المعرفة القانونية المجردة فالفتوى في هذا السياق لا تُستدعى بوصفها مصدرًا ملزمًا للحكم ، وإنما بعدها رأيًا تخصصيًا يُعين المحكمة على فهم الحكم الشرعي للمسألة المعروضة ولا سيما في قضايا الأحوال الشخصية التي تتصل مباشرة بمبادئ الشريعة الإسلامية ومقاصدها^(١).

هذا ويستند هذا الإجراء إلى قاعدة قانونية عامة مفادها أن القاضي لا يُمنع من الاستعانة بذوي الاختصاص متى كان ذلك لازمًا لتحقيق العدالة وحسن تطبيق القانون شريطة ألا يؤدي ذلك إلى التنازل عن ولايته في الفصل في الخصومة ، ومن ثمّ فإن مخاطبة دور الإفتاء تُكيّف قانونيًا بوصفها إجراءً مساعدًا يُمارَس في إطار السلطة التقديرية للمحكمة ، ويخضع لضوابط تضمن عدم المساس باستقلال القضاء أو بمبدأ الفصل بين السلطات^(٢).

و يتميز طلب الفتوى الصادر عن المحكمة عن غيره من صور طلبات الإفتاء بطبيعته القضائية ، إذ لا يُوجّه إلى دار الإفتاء بوصفها جهة دينية فحسب وإنما بوصفها جهة علمية مختصة يُراد منها بيان الحكم الشرعي لمسألة محددة ذات صلة مباشرة بنزاع معروض أمام القضاء ولذلك

(١) علي بن محمد الماوردي، مصدر سابق ، ص ٩٤، ٩١.

(٢) محمد حسنين منصور، نظرية القضاء في الفقه والقانون، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٥، ص

فإن هذا الطلب لا يندرج ضمن الفتوى العامة وإنما يُعدّ فتوى خاصة مرتبطة بوقائع معينة وإن كانت لا تتضمن الفصل في الخصومة أو تقرير آثارها القانونية^(١).

هذا وقد تترتب على هذه الطبيعة الخاصة جملة من النتائج القانونية أهمها أن الفتوى لا تكتسب حجية الحكم القضائي، ولا تُعدّ دليلاً مستقلاً من أدلة الإثبات، وإنما تدخل ضمن عناصر تكوين القناعة القضائية شأنها في ذلك شأن تقارير الخبرة الفنية ومن ثمّ يظل القاضي حرّاً في الأخذ بمضمونها أو طرحه في قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ بشرط تسبب قراره تسبباً واضحاً يبيّن فيه سبب الأخذ أو عدم الأخذ بالرأي الوارد في الفتوى^(٢).

أما موقف مدونة الأحكام الجعفرية من الرأي الفقهي فهو ملزم حسب نص المادة (١٧٤ج) الذي نصت على أنه "إذا تصدى المرجع الديني لممارسة شيء من الصلاحيات الممنوحة للقاضي في مواد هذه المدونة - وهي له في الأساس بحسب الفقه الجعفري - ووثق ذلك بكتاب صادر منه أو من مكتبه يلتزم بمقتضاه من قبل قاضي محكمة الأحوال الشخصية " ويتضح من خلال هذا النص أن الرأي الفقهي الذي يصدر من المجلس العلمي في حالة غياب النص تكون اجابة المجلس العلمي ملزمة للقاضي ولا يجوز له مخالفتها بمعنى أن سلطة القاضي مقيدة بما يراه المرجع شرعاً من أجل حسم الدعوى وهذا النص يجعل من رجل الدين يأخذ وصف القاضي ويقلل من حالات اللجوء الى القضاء إذ يستطيع الزوجان اللجوء مباشرة الى المرجع الديني لأخذ المشورة في مسألة معينة . إذ يُشترط في مخاطبة دور الإفتاء أن تصدر عن الجهة القضائية المختصة بنظر النزاع سواء كانت محكمة الموضوع أو محكمة أعلى درجة إذا اقتضت طبيعة النزاع ذلك ولا يجوز كأصل عام للخصوم مخاطبة دور الإفتاء مباشرة بقصد التأثير في سير الدعوى أو تقديم فتوى إلى المحكمة خارج الإطار الإجرائي المقرر لما في ذلك من إخلال بمبدأ المواجهة والمساواة بين الخصوم^(٣).

وتختلف الجهة الإفتائية المختصة باختلاف التنظيم القانوني للدولة فقد تكون دار إفتاء رسمية أو مجلساً علمياً معتمداً أو هيئة شرعية منصوصاً عليها قانوناً ويُشترط في جميع الأحوال أن تكون

(١) ابن القيم الجوزية، مصدر سابق، ص ١٢، ٧.

(٢) محمد الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، مكتبة دار البيان، دمشق، ط ١، ١٩٨٢، ص ٤١٥.

(٣) عبد الكريم زيدان، مصدر سابق، ص ١٠٩، ١٠٦.

الجهة المخاطبة معترفاً بها رسمياً وأن تتوافر فيها الكفاءة العلمية والحياد المؤسسي ضماناً لسلامة الرأي الصادر عنها وإمكان الاعتماد عليه قضائياً^(١).

ونجد أن المشرع العراقي في تعديل قانون الأحوال الشخصية رقم ١ لسنة ٢٠٢٥ حدد الجهة الاقتائية في المادة (١٧٤ب) التي نصت على أنه (يقوم المجلس العلمي في ديوان الوقف الشيعي وفقاً لطلب محاكم الأحوال الشخصية بالتواصل مع المرجع الديني لاستحصال موافقته فيما تشترط به مواد هذا التعديل) بموجب هذا النص جعل حتى المجلس العلمي قاضياً لأن القاضي لا يستطيع مخالفة الرأي الصادر منه وهو خلط واضح بين سلطة الدين وسلطة القضاة إذ تُعد صياغة طلب الفتوى من أهم مراحل هذا الإجراء إذ يتوقف على دقتها ووضوحها ومدى فائدة الفتوى في العمل القضائي ويتعين على المحكمة عند توجيه الطلب أن تُحدد المسألة المطلوب بيان حكمها تحديداً دقيقاً وأن تقتصر على عرض الوقائع ذات الصلة المباشرة بالسؤال من دون إقحام وقائع ثانوية أو توجيه الأسئلة بصيغة عامة أو افتراضية^(٢).

كما يُشترط أن يخلو طلب الفتوى من أي صياغة تُوحي بترجيح رأي معين أو توجيه الجهة المُفتية نحو نتيجة بعينها حفاظاً على حياد الفتوى واستقلالها العلمي وتتبع المحكمة اجراءات معينة لمخاطبة دار الافتاء أو المرجع الديني لبيان الحكم الشرعي في الدعوى المطلوب بيان الرأي فيها لذلك لا بد أن تكون هناك نماذج معدة من قبل المحكمة ويجب أن تتضمن كل المعلومات الأساسية عن المتداعيان وتعين المرجع المطلوب مخاطبته حيث تقوم المحكمة بمخاطبة المرجع الذي يتفق عليه الخصوم وإذا لم يوجد مرجع متفق عليه فتتم مخاطبة المرجع الأكثر شهرة في النجف الاشرف حسب ما جاء في نص المادة (١٧٤أ) من تعديل قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١ لسنة ٢٠٢٥ إذ نصت على أنه (المقصود بالمرجع الديني الأعلى هو من يقلده أكثر الشيعة في العراق أن وجد والا فاشهر المراجع المعروفين بالفقاهة والعدالة في النجف الاشرف) ومن خلال هذا فان القاضي مقيد بتطبيق الحكم الشرعي الصادر عن المرجعية الدينية المحددة قانوناً أو قد يختار حكم وفق مذهب مشهور في النجف الاشرف ومتحققة فيه الشروط المطلوبة من لفقاهة والعدالة^(٣).

(١) حسن علي الذنون، شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، دار الثقافة، بغداد، ٢٠١٠، ص ١١٥، ١١٢.

(٢) محمد الطاهر ابن عاشور، مصدر سابق، ص ٤٢١-٤٢٣.

(٣) محمد بن عبد الرحمن، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج ٦، مكتبة النجاح، ليبيا - دون سنة طبع،

ولكن ذات المذهب المختار يكون هناك معارضين ومؤيدين له الا أن الواقع القانوني الجديد يفرض على القاضي أن يمثل الى اجابة المجلس العلمي أما في قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ القاضي بسبب الملكة التي يملكها القاضي واطلاعه على الآراء الفقهية يتوجب عليه بيان الاسباب الذي على أساسها اختار هذا المذهب من دون غيره وهذا الذي نسميه تسبب الحكم ومن خلال هذه تبين أن الرأي الفقهي اصبح ملزم للقاضي في الدعوى المعروضة امامها وان القضاء العراقي له تطبيقات كثيرة ومتميزة في اعتماده على الرأي الفقهي في حسم الدعاوى الغير منصوص عليها أو الذي يوجد بها غموض لذلك تلجا المحاكم لمخاطبة المرجع الديني لاصدار حكم يتناغم مع الشريعة الإسلامية ويحقق العدل والانصاف خاصة أن مسائل الأحوال الشخصية لها أهمية كبيرة إذ إن آثارها لا تقتصر على طرفي العلاقة فقط بل تمتد الى الغير ويترتب على هذا الامتداد حقوق ويُعدّ هذا الضابط من أهم الضمانات التي تحول من دون تحول الفتوى إلى وسيلة غير مباشرة للتأثير في الحكم القضائي^(١).

حيث أن القاضي يلتزم عند مخاطبة دور الإفتاء بعرض الوقائع الثابتة في الدعوى فقط أي تلك التي ثبتت بإجراءات الإثبات القانونية من دون التعرض لتقدير مصداقية الأدلة أو ترجيح أحد أقوال الخصوم فدور الإفتاء لا تنتظر في النزاع بوصفه خصومة وإنما تُبين الحكم الشرعي للمسألة على ضوء الوقائع كما عُرِضت عليها ويترتب على ذلك أن أي خطأ أو نقص في عرض الوقائع قد يؤدي إلى صدور فتوى غير منطبقة على حقيقة النزاع مما يُضعف قيمتها القضائية ومن ثم يُعدّ حسن عرض الوقائع شرطاً جوهرياً لسلامة هذا الإجراء وتحقيق الغاية منه^(٢).

حيث يصنف طلب الفتوى في العمل القضائي بوصفه إجراءً مساعدًا من إجراءات التحقيق في الدعوى، ولا يرتقى إلى مرتبة الدليل الملزم ولا يُعدّ بديلاً عن وسائل الإثبات المقررة قانوناً في قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ فالفتوى من حيث طبيعتها لا تُنشئ حقاً ولا تُقرر التزاماً وإنما تُقدّم للمحكمة رؤيةً فقهيةً علميةً حول مسألة شرعية ذات صلة بالنزاع تُستأنس بها عند تكوين القناعة القضائية ويُعدّ هذا التكييف متفقاً مع المبادئ العامة في الفقه والقانون التي تُميز بين

(١) شهاب الدين القرافي، الفروق، ج٢، عالم الكتب، بيروت، ص ٣٣-٣٦.

(٢) الشهيد الثاني (زين الدين العاملي)، مصدر سابق، ص ٣٠-٣٣.

مصادر الحكم الملزمة وبين وسائل الإيضاح والتفسير.^(١) على عكس مدونة الأحكام الجعفرية إذ نصت على أن الرأي الفقهي ملزم للقاضي في حسم الدعوى لا يجوز له مخالفة الرأي الفقهي وإنما يجب أن يمثل له كما ورد في اجابة المجلس العلمي و لا يعد هذا الامتثال الى الاجابة تنازلاً عن ولاية القضاء بل هي مظهر من مظاهر حسن استعمال السلطة القضائية متى ما بقي القرار النهائي بيد المحكمة ومتى ما التزمت الأخيرة بتسييب حكمها على نحو مستقل^(٢).

هذا وقد يخضع توقيت مخاطبة دور الإفتاء لتقدير المحكمة بحسب مرحلة الدعوى وطبيعة النزاع فقد يكون طلب الفتوى لازماً في مرحلة التحقيق إذا تبين للمحكمة أن الفصل في الدعوى يتوقف على فهم حكم شرعي دقيق وقد يكون اللجوء إليها ممكناً في مرحلة المداولة إذا ثار غموض في تطبيق القاعدة القانونية غير أن الأصل هو أن يتم طلب الفتوى قبل حجز الدعوى للحكم ضمناً لتمكين الخصوم من الاطلاع عليها ومناقشتها^(٣).

ويترتب على ذلك أن طلب الفتوى بعد إقفال باب المرافعة من دون تمكين الخصوم من مناقشتها قد يُعدّ إخلالاً بحق الدفاع ومبدأ المواجهة وهو ما ينعكس سلباً على سلامة الحكم ولذلك يوجب الفقه الإجرائي أن تُعامل الفتوى معاملة الخبرة من حيث وجوب عرضها على الخصوم وتمكينهم من إبداء ملاحظاتهم بشأنها^(٤).

وقد أكد الفقه الأمامي بوضوح أن الحكم القضائي لا يُبنى على رأي لم يُتَح للخصوم الاطلاع عليه لأن العدالة لا تتحقق إلا بسماع الطرفين وتمكينهما من إبداء دفوعهما ويتلاقى هذا المبدأ مع ما استقر عليه القضاء الحديث من أن احترام حقوق الدفاع شرطٌ جوهري لصحة الحكم^(٥). حيث تلتزم المحكمة بمضمون الفتوى التزاماً مطلقاً حتى وإذا كانت صادرة من جهة إفتائية رسمية بعد مخاطبتها من قبل المحكمة إذ إن الفتوى بحكم طبيعتها رأي ملزم وفق مدونة الأحكام

(١) عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٦٣-٦٦.

(٢) محمد حسنين منصور، مصدر سابق، ص ١٤١-١٤٥.

(٣) أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٥١٢-٥١٥.

(٤) عبد المنعم البدرأوي، أصول المرافعات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة، ص ٢٠١-٢٠٤.

(٥) السيد محمد باقر الصدر، دروس في علم الأصول (الحلقة الثالثة)، ج ١، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، ص ٥٢-٥٥.

الجعفرية والمحكمة عندما تأخذ به أو تكيفه بناءً على معايير الملائمة بشرط أن تُبين في تسبيب حكمها أسباب ذلك ويُعدّ هذا المبدأ من مقتضيات استقلال القضاء ومنع تغول أي جهة أخرى على وظيفته^(١).

أما في قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ قد تواجه المحكمة في بعض القضايا تعددًا في الآراء الفقهية أو صدور فتاوى متباينة حول المسألة ذاتها ولا سيما في ظل تعدد المدارس الفقهية الشيعية والسنية وفي هذه الحالة لا يجوز للمحكمة أن تتعامل مع هذا التعدد بوصفه عائقًا عن الفصل في الدعوى بل يتعين عليها ممارسة سلطتها التقديرية في الترجيح وفق معايير موضوعية وقانونية^(٢).

ومن هذه المعايير وضوح الدليل، وملاءمة الرأي للواقعة، وقدرته على تحقيق العدالة ورفع الضرر، وانسجامه مع مقاصد التشريع والنظام العام ويُعدّ هذا الترجيح عملًا قضائيًا خالصًا، لا إفتائيًا حتى وإن استند في مادته إلى الرأي الفقهي^(٣).

وفي نهاية الفرع نرى أن الرأي الفقهي لكي يكون ملزمًا للقاضي يجب أن يكون متفقًا مع مذهب اطراف الدعوى حتى يكون مبررًا للزمة لذلك كان الاجدر بالمشروع في نص المادة (١٧٤) أن ينص على أنه (المرجع الديني الأعلى - أي من يقلده أكثر الشيعة في العراق ومن ضمنهم اطراف الدعوى - أن وجد والا فأشهر المراجع المعروفين بالفقاهة والعدالة وفق ما يقلد اطراف الدعوى في النجف الأشرف).

الفرع الثاني

اثر الفتوى الصادرة عن دور الإفتاء في تكوين قناعة القاضي

تُعدّ القناعة القضائية الركن الجوهرية الذي يقوم عليه الحكم القضائي إذ تمثل الحالة الذهنية التي يصل إليها القاضي بعد فحص الأدلة وتمحيص الوقائع وتطبيق القواعد القانونية ذات الصلة بما يتيح له إصدار حكمٍ معللٍ يعكس اقتناعه الشخصي المبني على أسباب موضوعية وقانونية ولا تفهم

(١) ابن القيم الجوزية، مصدر سابق، ص ١٠-١٤.

(٢) أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، ج ٤، دار المعرفة، بيروت، ص ٢٠١، ١٩٨.

(٣) عبد الناصر توفيق العطار، مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٢، ص ٢١٨، ٢١٥.

هذه القناعة بوصفها شعورًا ذاتيًا مجردًا بل هي ثمرة عملية عقلية مركبة تُمارَس في إطار ضوابط قانونية وإجرائية تضمن حياد القاضي وخضوعه للقانون^(١).

وفي هذا الإطار تبرز الفتوى الصادرة عن دور الإفتاء بوصفها أحد العناصر التي قد تُسهم في تكوين القناعة القضائية ولا سيما في القضايا التي تتداخل فيها الأحكام القانونية مع الأحكام الشرعية كما هو الحال في منازعات الأحوال الشخصية وانتهاء الرابطة الزوجية فالفتوى لا تنشئ القناعة بذاتها لكنها قد تُوجّه مسار التفكير القضائي وتُساعد القاضي على فهم الأبعاد الشرعية للمسألة محل النزاع ضمن منظومة الأدلة والاعتبارات التي يُقيم عليها حكمه في قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨^(٢).

ومن هذا المنطلق تتحدد قيمة الفتوى في العمل القضائي من خلال طبيعتها القانونية إذ لا تُعدّ الفتوى حكمًا قضائيًا ، ولا ترقى إلى مرتبة الدليل الملزم، في قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ وإنما تُكيّف بوصفها رأيًا فنيًا شرعيًا صادرًا عن جهة علمية مختصة وهذا التكييف يضع الفتوى في منزلة وسطى بين الرأي الفقهي المجرد وبين الحكم القضائي الملزم ويجعل أثرها مرتبطًا بمدى انسجامها مع النصوص القانونية ومبادئ العدالة^(٣).

وقد فرّق الفقه الإسلامي سنيًا وشيعيًا تفريقًا واضحًا بين وظيفة المفتي ووظيفة القاضي فالمفتي يُخبر عن الحكم الشرعي على سبيل الإرشاد بينما القاضي يُلزم الخصوم بحكم مُعيّن بناءً على وقائع ثابتة ومن ثمّ فإن اعتماد القاضي على الفتوى لا يُعدّ تفويضًا لسلطته بل استعمالًا مشروعًا لأداة استشارية تُعينه على أداء وظيفته القضائية^(٤).

تدخل الفتوى ضمن منظومة تكوين القناعة القضائية باعتبارها عنصرًا مساعدًا لا مستقلًا، إذ يتعيّن على القاضي أن يوازن بينها وبين باقي عناصر الدعوى من وقائع وأدلة ونصوص قانونية

(١) أحمد فتحي سرور، مصدر سابق، ص ٤٢٥، ٤٢١.

(٢) محمد حسنين منصور، نظرية القضاء في الفقه والقانون، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٥، ص ١٤٩-١٥٢.

(٣) عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج١، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٦٠-٦٣.

(٤) ابن القيم الجوزية، مصدر سابق، ص ٧-١٢.

فالفتوى لا تُقدّم للقاضي باعتبارها حقيقة نهائية وإنما باعتبارها اجتهادًا علميًا قابلاً للأخذ والرد يخضع لرقابة القاضي وتقديره^(١).

هذا ويلاحظ أن أثر الفتوى في تكوين القناعة القضائية يزداد كلما كانت المسألة المعروضة ذات طابع فقهي دقيق أو كلما خلا التشريع من نصٍ صريح يحكم الواقعة وفي المقابل يتراجع هذا الأثر كلما كان النص القانوني واضحًا ومحددًا أو كلما تعارضت الفتوى مع قاعدة قانونية أمرة أو مع النظام العام^(٢).

من أبرز أوجه تأثير الفتوى في تكوين قناعة القاضي دورها التفسيري إذ تسهم في توضيح المفاهيم الشرعية التي يتضمنها النص القانوني مثل الضرر، والحرَج، والمعروف، والتعسف، وهي مفاهيم يصعب ضبطها من دون الرجوع إلى الفقه الإسلامي وفي هذه الحالة لا تُستخدم الفتوى لتغيير مضمون النص وإنما لتحديد معناه المقصود وتوجيه تطبيقه^(٣).

هذا ويُعدّ هذا الدور التفسيري منسجمًا مع المبادئ العامة في الفقه والقانون التي تجيز للقاضي الاستعانة بالمصادر التفسيرية لفهم النصوص الغامضة أو العامة كما يُسهم هذا الدور في منع التطبيق الجامد للنص وتحقيق العدالة في القضايا الأسرية التي تتطلب قدرًا من المرونة والتقدير^(٤).

حيث يتجلى أثر الفتوى بوضوح في قضايا إنهاء الرابطة الزوجية لما تنطوي عليه هذه القضايا من اعتبارات شرعية واجتماعية وأخلاقية متشابكة فالفتوى قد تُعين القاضي على تحديد ما إذا كانت الوقائع المعروضة تُشكّل ضررًا معتبرًا شرعًا يبرّر التفريق أو ما إذا كان استمرار العلاقة الزوجية يُفضي إلى حرج لا تحتمل معه العشرة^(٥).

(١) محمد عبيد الكبيسي، العلاقة بين الفتوى والقضاء: دراسة تأصيلية تطبيقية، دار البحوث للدراسات الإسلامية، دبي، ط١، ٢٠٠٠، ص ١٤٥.

(٢) حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص ١٢٤-١٢٧.

(٣) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج٧، دار الفكر، دمشق، ص ٥٣٤-٥٣٨.

(٤) محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٥٨، ص ١٣٥-١٣٨.

(٥) أبو إسحاق الشاطبي، مصدر سابق، ص ٢٠٤-٢٠٧.

غير أن هذا الأثر يظل مشروطاً بحسن استعمال الفتوى وعدم تحويلها إلى أساس وحيد للحكم إذ يتعين على القاضي أن يخضعها لمنطق الموازنة بين المصالح والمفاسد وأن يُراعي آثار الحكم على الأسرة والمجتمع في إطار القواعد القانونية النافذة^(١).

أما في مدونة الأحكام الجعفرية رقم ١ لسنة ٢٠٢٥ تُعد الفتوى ذات أثر مباشر في حسم الدعوى في حالة غياب النص حيث يقوم القاضي بطلب اجابة من المجلس العلمي في حالة انعدام النص القانوني وفق المدونة ويجب أن يكون هذا الرأي متحققة فيه الشروط المطلوبة وفق المدونة ولا يعمل بالرأي الفقهي اذا لم تتوفر فيه هذه الشروط أو يكون مخالف لما ورد في المدونة، وان نطاق العمل القضائي ومسألة حجيته الفتوى وحدود تأثيرها في تكوين قناعة القاضي فالأصل أن الفتوى لا تتمتع بحجية الإلزام لأنها لا تصدر عن جهة تملك سلطة الفصل في الخصومات و تنشئ أثراً قانونياً مباشراً و تقتصر وظيفتها على بيان الحكم الشرعي من زاوية علمية ، وان قيمتها العملية تُشكّل عنصراً مرجحاً في ذهن القاضي ينسجم مع النصوص القانونية ومبادئ العدالة^(٢).

ويُميّز الفقه القانوني بين الحجية الإلزامية والقوة الإقناعية فالفتوى تندرج ضمن الفئة الثانية وفق قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ أي أنها تؤثر في القاضي بقدر ما تحمله من وجهة علمية وسلامة استدلال وملاءمة للوقائع المعروضة ومن ثم فإن أثر الفتوى في القناعة القضائية يتحدد بمدى قدرتها على الإقناع لا بكونها مصدراً ملزماً على عكس مدونة الأحكام الجعفرية^(٣).

من الضروري التمييز بين القناعة القضائية والاعتناع الفقهي حتى لا يُساء فهم دور الفتوى في العمل القضائي فالقناعة القضائية هي نتاج عملية قانونية مركبة تشمل فحص الأدلة وتطبيق النصوص ومراعاة القواعد الإجرائية بينما يقتصر الاعتناع الفقهي على ترجيح رأي شرعي بناءً على قواعد الإستنباط الفقهي وعليه فإن القاضي حتى وإن اقتنع فقهيًا بمضمون فتوى معينة لا يجوز له أن يبني حكمه عليها ما لم تتكامل مع باقي عناصر الدعوى وتنسجم مع القواعد القانونية

(١) السيد محمد باقر الصدر، مصدر سابق، ص ٥٦-٥٩.

(٢) يعقوب بن عبد الوهاب، الفتوى: نشأتها وتطورها وأصولها وتطبيقاتها، ج١، مكتبة الرشد، الرياض، ط٢، ٢٠١٠، ص ٥٥، ٥٨.

(٣) أحمد فتحي سرور، مصدر سابق، ص ٤٣٠، ٤٢٦.

النافذة، أما في مدونة الأحكام الجعفرية والفقهاء الأمامي فقد اعتمدوا بوضوح وفق نصوص قانونية معتبراً أن الحكم القضائي يستمد إزماءه من مطابقة الحكم إلى الرأي الفقهي^(١).

يتعاطف أثر الفتوى في تكوين قناعة القاضي في الحالات التي يغيب فيها النص القانوني أو يكون قاصراً عن معالجة الواقعة محل النزاع ففي هذه الحالات تصبح الفتوى مصدراً أساسياً لسد الفراغ التشريعي وتوجيه القاضي نحو الحل الأقرب إلى روح التشريع ومقاصده وفي قضايا إنهاء الرابطة الزوجية يظهر هذا الأثر بوضوح في المسائل التي تتعلق بتقدير الضرر المعنوي أو استحكام الشقاق أو الحرج غير المحتمل وهي مسائل يصعب ضبطها بنصوص جامدة وتحتاج إلى اجتهد فقهي يبين معاييرها وضوابطها وهذا يرفع الفتوى إلى مرتبة التشريع بل يجعلها أداة ملزمة وتكميلية ضمن إطار السلطة التقديرية للقاضي^(٢).

قد تواجه المحكمة تعدداً في الفتاوى الصادرة عن جهات مختلفة أو عن مدارس فقهية متباينة وهو ما يثير إشكالية اختلاف الفتاوى وأثره في تكوين قناعة القاضي وفي هذه الحالة لا يكون القاضي ملزماً باتباع فتوى بعينها في قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ بل يتعين عليه ممارسة سلطته في الترجيح وفق معايير موضوعية وقانونية ومن هذه المعايير وضوح الدليل، وقوة التعليل، وملاءمة الرأي للواقعة، وانسجامه مع مقاصد التشريع، وعدم تعارضه مع النظام العام ويُعدّ هذا الترجيح عملاً قضائياً خالصاً حتى وإن استند في مادته إلى اجتهادات فقهية متعددة^(٣).

يُعدّ التسبب القضائي الضمانة الأساسية لضبط أثر الفتوى في تكوين قناعة القاضي إذ يلزم القاضي ببيان الأساس الذي اعتمد عليه في الأخذ بالفتوى أو طرحها ولا يكفي الإشارة إلى وجود فتوى أو نقل مضمونها بل يتعين بيان مدى انسجامها مع النصوص القانونية والوقائع الثابتة في الدعوى ويسهم هذا التسبب في تمكين محاكم الطعن من ممارسة رقابتها على سلامة الحكم ويحول دون تحول الفتوى إلى عنصر خفي أو غير مُعلن في بناء القناعة القضائية كما يُعزّز مبدأ الشفافية ويضمن احترام حقوق الخصوم في معرفة الأسس التي بُني عليها الحكم يساعد توظيف الفتوى بصورة منضبطة في تحقيق توازن دقيق بين مقتضيات العدالة الموضوعية ومتطلبات اليقين

(١) السيد أبو القاسم الخوئي، مصباح الأصول، ج٢، مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئي، قم، ص ٢٩٤، ٢٩٠.

(٢) وهبة الزحيلي، مصدر سابق، ص ٥٤٥، ٥٤٠.

(٣) أبو إسحاق الشاطبي، مصدر سابق، ص ٢١٤، ٢١٠.

القانوني فمن جهة تُمكن الفتوى القاضي من مراعاة الخصوصيات الشرعية والإنسانية للنزاع ومن جهة أخرى يمنع إخضاع الحكم لتقلبات الآراء الفقهية غير المنضبطة ويتحقق هذا التوازن حين تُستخدم الفتوى بوصفها عنصراً مساعداً لا حاكماً وحين تُربط دائماً بالتسبيب القانوني وبالقواعد العامة للنظام القضائي وبذلك تُسهم الفتوى في تعزيز جودة الأحكام من دون المساس باستقرارها^(١). ويؤكد الفقه القانوني أن القاضي عندما يستعين بالخبرة أياً كان نوعها لا يتخلى عن ولايته في التقدير بل يستفيد من المعرفة المتخصصة لتكوين رأيه وعلى هذا القياس فإن الفتوى تُسهم في توسيع المدارك التفسيرية للقاضي في المسائل الشرعية من دون أن تُقيّد حريته في وزن الأدلة أو في الوصول إلى النتيجة التي يراها محققة للعدالة^(٢).

أما في مدونة الأحكام الجعفرية فقد يترتب الأثر العملي للفتوى بوضوح في القضايا التطبيقية المتعلقة بإنهاء الرابطة الزوجية ولا سيما في مسائل التفريق للضرر، والخلع، والفسخ، واستحكام الشقاق ففي هذه القضايا كثيراً ما تتطلب المحكمة فهماً دقيقاً لمعاني الضرر والحرَج والتعسف وهي مفاهيم تختلف حدودها باختلاف السياق الفقهي والاجتماعي وتُسهم الفتوى في هذه الحالات في تزويد القاضي بمعايير فقهية تُعينه على تقدير ما إذا كانت الوقائع المعروضة تُشكّل سبباً مشروعاً للانفصال أو ما إذا كان بالإمكان معالجة الخلل بوسائل أقل حدة من إنهاء الرابطة الزوجية، وأن هذا الدور يكون ملزم من أجل اصدار القرار النهائي الذي يُراعي الآثار الاجتماعية والنفسية للحكم^(٣).

يُعدّ تقدير الضرر والحرَج من أكثر المسائل التي يظهر فيها أثر الفتوى في تكوين قناعة القاضي لكونهما مفهومين مرنين يتطلبان ضبطاً فقهياً دقيقاً وقد أسهم الفقه الإسلامي الأمامي في تطوير نظريات واضحة حول نفي الضرر ونفي الحرَج وجعلها أساساً لتقرير كثير من الأحكام المتعلقة بإنهاء العلاقة الزوجية وفي هذا الإطار تُقدّم الفتوى للقاضي إطاراً نظرياً يُعينه على التمييز بين الضرر العارض والضرر الجسيم وبين الحرَج المحتمل والحرَج غير المحتمل شرعاً ويُسهم

(١) محمد سلام مذكور، القضاء في الإسلام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٤، ص ٨٨، ٩١.

(٢) أحمد فتحي سرور، مصدر سابق، ص ٤٣٥، ٤٣١.

(٣) وهبة الزحيلي، مصدر سابق، ص ٥٤٦-٥٥٢.

هذا التمييز في ترشيد القناعة القضائية ومنع التسرع في إصدار أحكام التفريق أو الفسخ من دون مبرر معتبر.^(١)

والرأي الفقهي الصادر من المجلس العلمي يكون ملزماً للقاضي لأنه يكون قناعة القاضي وهناك قرار صادر من محكمة النيل نص (ادعى المدعي بواسطة وكيله لدى محكمة الأحوال الشخصية في النيل ببيان المدعى عليها زوجته قد تركت دار الزوجية بدون اذنه لذا طلب دعوتها للمرافعة والحكم عليها بالنشوز وصدرت المحكمة حكم عليها بترك النشوز واداء الحقوق الزوجية لكن الزوجة طعنت بالقرار ووجدت محكمة التمييز أن القرار غير صحيح ومخالف الى أحكام الشرع والقانون إذ كان على المحكمة اجراء الكشف على دار الزوجية للتحقق من صلاحيتها من الناحية الشرعية والاخذ بنظر الاعتبار أن المدعى عليها ذكرت أنها كانت تسكنها مع زوجها اضافة الى عوائل اخرى عديدة ووالديه مما يقتضي على المحكمة مفاتحة المجلس العلمي في ديوان الوقف الشيعي استنادا الى نص المادة (٣٣٥) من المدونة لبيان الرأي الشرعي بشأن دار الزوجية وهل يقتضي أن يكون مستقلا من عدمه والشروط الاخرى التي يقتضي توافرها فيه واصدار حكمها في ضوء ذلك وبما أن المحكمة اصدرت حكمها من دون مراعاة ماتقدم مما اخل بصحة القرار ونقضه وصدر القرار^(٢) ومن خلال هذا القرار نلاحظ أن الرأي الفقهي ملزم للحكمة أن تخاطب المجلس العلمي ومن ثم اصدار القرار على وفق اجابة المجلس العلمي حتى لايتعرض قرارها الى النقض بسبب الزامية الرأي الفقهي في مدونة الأحكام الجعفرية وتكتسب الفتوى أهمية خاصة في القضايا التي يغلب عليها الطابع القيمي والأخلاقي حيث يصعب إخضاع النزاع لمعايير قانونية جامدة ففي مسائل مثل إساءة المعاشرة أو الإيذاء المعنوي أو الإخلال بواجبات الزوجية تسهم الفتوى في توضيح المعايير الشرعية للسلوك المقبول وغير المقبول داخل الأسرة مما يُعين القاضي على تقييم الوقائع في ضوء مرجعية أخلاقية منضبطة غير أن هذا الدور يظل محكوماً بضرورة عدم تحويل القيم الأخلاقية إلى أدوات عقابية غير منصوص عليها قانوناً وهو ما يفرض على القاضي التزام الحذر في توظيف الفتوى وربطها دائماً بالقواعد القانونية السارية وبمبدأ التناسب في الجزاء.^(٣)

(١) السيد محمد باقر الصدر، مصدر سابق، ص ٦٠-٦٤.

(٢) قرار محكمة الاحوال الشخصية في النيل، بالعدد ٢٠٢٦١٩٧٠٩، بتاريخ ١٢،٥، ٢٠٢٦، غير منشور

(٣) شهاب الدين القرافي، الفروق، مصدر سابق، ص ٤٥-٤٨.

يسهم الاعتماد المنضبط على الفتوى في توحيد الاتجاهات القضائية ولا سيما في القضايا المتكررة أمام القضاء الأسري فالرجوع إلى آراء فقهية مستقرة صادرة عن جهات إفتائية رسمية يُساعد على تقليل التفاوت في الأحكام ويُعزّز الأمن القانوني غير أن هذا الأثر التوحيدي يظل مرهوناً بحسن اختيار الفتوى وتجنب الاعتماد على آراء شاذة أو غير مستقرة^(١).

كما يتطلب الأمر وجود تنسيق مؤسسي بين القضاء والجهات الإفتائية بما يضمن وضوح المرجعية وعدم تضارب الآراء المقدّمة للمحاكم حيث جاء في تعديل قانون الأحوال الشخصية رقم ١ لسنة ٢٠٢٥ في المادة ٣٣٥ (يرجع في كلّ مالم يرد فيه نص في هذه المدونة الى المجلس العلمي في ديوان الوقف الشيعي لاجابة المحاكم المختصة على أي استفسار يتعلق بأحكام الأحوال الشخصية ووفق المذهب الشيعي الجعفري)^(٢).

ان الفتوى تلعب دوراً مهماً في تكوين قناعة القاضي وفق المذهب الشيعي الجعفري و إلزام القاضي بمضمونها سواء اقتنع ام لا وفق مدونة الاحكام الجعفرية ، ففي بعض الأنظمة تُعدّ الفتوى وسيلة استئناسية تُذكر في أسباب الحكم هذا في القانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ في المادة الأولى التي نصت على أنه (تسترشد المحاكم في كلّ ذلك بالأحكام التي اقرها القضاء والفقهاء الإسلامي في العراق والبلاد الإسلامية التي تتقارب قوانينها من القوانين العراقية) نلاحظ أن المشرع العراقي يعامل الفتوى معاملة الخبرة الفنية مع أنه لم ينص صراحة على معاملة الفتوى كخبرة الا أن المحاكم التي تنتظر في مسائل إنهاء الرابطة الزوجية تتبع اجراءات تجعلها تقترب من الخبرة ، ولكن هنالك فرق مهم بين الخبرة والفتوى اذ ان الخبرة تخضع الى السلطة التقديرية للقاضي دائماً بخلاف الفتوى فهي في المدونة لا تخضع الى خبرة القاضي وفي قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ اذا تعلقت بمسائل الحل والحرمة تخرج من اطار السلطة التقديرية ويميل إلى تعزيز دور الفتوى في القضايا الأسرية مع الإبقاء على استقلال القاضي في التقدير وهو اتجاه ينسجم مع متطلبات العدالة وخصوصية هذه القضايا التي هي الأساس في بناء المجتمع لذلك نجد أن المشرع قد نظمها تنظيم دقيق وبما أن المجتمع في تطور نرى أن المشرع بسبب خصوصية مسائل قانون الأحوال الشخصية قام بتشريع قانون الأحوال الشخصية بالنسبة للجعفرين من أجل أن يكون مبرر

(١) محمد حسين ال كاشف الغطاء، تحرير المجلة، المطبعة الحيدرية، النجف، ١٩٤١، ص ٤٧

(٢) حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص ١٣٤-١٣٩.

للذمة ولكن هنالك خلل بسيط في صياغة المادة (٧٤) فكان من الاجدر بالمشروع أن يحدد الرأي الفقهي المشهور الذي يتم اللجوء اليه في حالة غياب النص أو لم يتفق الاطراف على مرجع معين يتم اللجوء اليه^(١).

المبحث الثاني

التطبيقات القضائية لحجية الرأي الفقهي في إنهاء الرابطة الزوجية

تعد الرابطة الزوجية من الروابط المقدسة التي أولاها الشرع الإسلامي والقانون الوضعي أهمية كبيرة لأن الاسرة هي النقطة الأساسية في بناء المجتمع الا أن هذه الرابطة قد تتعرض الى بعض المشكلات التي يتعذر معا استمرار الحياة الزوجية مما يستوجب إنهاءها بطرق شرعية وقانونية تضمن الى اطراف العلاقة حقوقهم ونجد أن قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ ومدونة الأحكام الجعفرية رقم ١ لسنة ٢٠٢٥ قد قاموا بتحديد طرق إنهاء الرابطة الزوجية ويكون أما بطريقة الارادة المنفردة وهو الطلاق أو الخلع أو يكون تفريق تحد فيه ارادة الاطراف مثل الفسخ أو التفريق القضائي وعليه يقسم هذا المبحث الى مطلبين نتناول في المطلب الأول تطبيقات الارادة في إنهاء الرابطة الزوجية وفي المطلب الثاني نتناول التطبيقات غير الارادية في إنهاء الرابطة الزوجية.

المطلب الأول

تطبيقات الارادة في إنهاء الرابطة الزوجية

تعد الارادة هي النقطة الأساسية في كل العقود ونجد أن الارادة تلعب دور مهم في إنهاء الرابطة الزوجية ويكون هذا الانهاء بإرادة واحدة وهي ارادة الزوج في إنهاء الرابطة الزوجية لسبب يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية أو قد يكون بإرادة الزوجة في ايقاع الطلاق في حالة اذا فوضت أو وكلت به أو يكون بإرادة الزوجين وهو الخلع وعليه سنقسم هذا المطلب الى فرعين الفرع الأول الطلاق والفرع الثاني نتناول الخلع.

(١) عامر عبد العزيز، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقهاً وقضاءً، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٨، ص ٣٠-٣٣.

الفرع الأول

الطلاق

الطلاق من المواضيع المهمة في قانون الأحوال الشخصية وعرف بأنه هو رفع قيد الطلاق في الحال أو المال بلفظ مشتق من مادة الطلاق وان المشرع العراقي عرفه في المادة (١١٣٤) من قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ على أنه (رفع قيد الزواج بإيقاع من الزوج أو من الزوجة أن وكلت أو فوضت به أو من القاضي ونلاحظ أن التعريف اُشار الى أنه بالطلاق ترفع كل القيود المفروضة على الزوجة بموجب هذا العقد وان هذا الطلاق واقع بإرادة منفردة^(١)).

والمدونة رقم ١ لسنة ٢٠٢٥ في المادة ١٠٨ عرفت الطلاق على أنه (هو انشاء الفرقة وقطع العلاقة الزوجية وهو من الايقاعات فيكفي فيه الانشاء من الزوج ولا يحتاج الى قبول الزوجة) وهذا التعريف يحتاج الى تعديل فقله انشاء الفرقة تعريف غير صائب لأنه بالخلع والتفريق والانفساخ لكن لايعني طلاقا بالمعنى المقصود هنا لذا كان الاصح على المشرع ان يقول (انشاء للفرقة بلفظ الطلاق...) لأن المادة ١١٩ من المدونة تشترط وجود لفظ الطلاق في وقوعه وان مشروعية الطلاق مستمدة من القرآن الكريم وفق قوله تعالى (الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ ۖ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ۗ) وكذلك من السنة النبوية المطهرة وفق ما روئ عن ابن عمر قول الرسول أن (ابغض الحلال عند الله الطلاق) أو الاجماع حيث اجمع جميع الفقهاء المسلمون على مشروعية الطلاق الذي يشمل شروط وقوعه^(٢).

أما بخصوص جهة وقوع الطلاق ، فقد يقع من قبل الزوج، أو من قبل الزوجة في حالة التفويض أو التوكيل وفق القانون رقم ١٨٨ وفق قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ حسب نص المادة (١١٣٤) الذي نصت " الطلاق رفع قيد الزواج بإيقاع من الزوج أو من الزوجة أن وكلت به أو فوضت أو من قبل القاضي ولا يقع الطلاق إلا بالصيغة المخصوصة شرعا" في حين نجد أن موقف مدونه الأحكام الجعفرية من الطلاق فهي نظمت حالة الطلاق بالتوكيل واجازت للزوجة أن تشترط على زوجها توكيلها في الطلاق منه حسب ما نصت عليه المادة (١٨٨)

(١) احمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي، مقاييس اللغة، دار الفكر، بيروت، ١٩٧٩، ص ٤٢٠.

(٢) عبد الناصر توفيق العطار، الوسيط في احكام الاسرة في الاسلام، الكتاب الرابع، المكتبة الازهرية للتراث، ٢٠٠٨، ص ١٧.

من المدونة رقم ١ لسنة ٢٠٢٥ الذي نصت على أنه "يجوز أن تشترط الزوجة المرأة أن تكون هي - مثلاً - وكيلة عن الزوج في طلاق نفسها مطلقاً أو في حالات معينة كتعسر الحياة الزوجية بينهما نهائياً بتشخيص قاضي محكمة الأحوال الشخصية مثلاً ، أو وجود بعض العيوب في الزوج غير ما يثبت به لها حق الفسخ كما سيأتي في المادة (٨٥) أو عند فقد الزوج وعدم العثور على اثر منه بالرغم من الفحص عنه ستة اشهر مثلاً أو مع ادمانه للمواد المخدرة وعدم اقلاعه عنها و إذا كانت الوكالة في ضمن عقد الزواج أو في عقد لازم اخر لم يكن للزوج عزلها عن الوكالة مطلقاً" ما مشروط في العقد سواء كان هذا التوكيل لنفسها أو للغير ^(١). أما موقفها من التفويض فهي لم تنظم التفويض بالطلاق وذلك لأسباب ترجع الى اصل فقهي ثابت في الفقه الجعفري حسب رأيهم أن الطلاق ايقاع وليس عقد ، والايقاع يقع من قبل الزوج فقط ولا يدخلها التفويض مطلقاً لأن التفويض معناه نقل حق الطلاق الى الزوجة لتطلق نفسها وفق رغبتها وارادتها لهذا لم تجز التفويض بالطلاق من أجل التضييق التشريعي الى حالات الطلاق وحصر الطلاق بيد الزوج أو الحاكم الشرعي وللزوجة في حالة التوكيل فقط إذ إن المذهب الجعفري يجيز أن تشترط الزوجة في عقد الزوج أن توكل في طلاق نفسها.

الشروط المتعلقة بالمطلق (الزوج) هي أن يكون بالغ عاقل هو شرط أساسي في ايقاع الطلاق إذ إن المشرع العراقي لديه قاعدة ثابتة وهي أن سن الزواج وفق قانون الأحوال الشخصية العراقي هو بلوغ سن الرشد أي تمام الثامنة عشر من العمر، والعقل أي يجب أن يكون عاقل فاهم بما يقوم به وما يترتب على الطلاق من آثار ، أن يكون مختار وتكون ارادته حرة خالية من عيوب الارادة أو سكران ^(٢) وهذه الشروط مستوحاة من نص المادة ٣٥ من قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ حيث أنه حدد بموجب هذه المادة من لا يقع طلاقهم.

اما شروط المطلق وفق مدونة الأحكام الجعفرية نجد أنها ذات الشروط في قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) ولكنه يختلف عنه في تحديد سن الرشد إذ إن المدونة اغفلت شرط تحديد سن الرشد مما يعني الرجوع الى المجلس العلمي من أجل بيان الرأي أما الشرط الثاني وهو العقل إذ إن

(١) مجد الدين ابن يعقوب، فيروز ابادي، القاموس المحيط، ط١، شركة الاعلامي للمطبوعات، بيروت، لبنان، ٢٠١٢، ص ١٣٣٠.

(٢) حمد بن محمد بن جعفر القدوري، مختصر القدوري، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩١، ص ١٥٥.

لابد من أن يكون المطلق عاقل لأنه لا يقع الطلاق اذا كان المطلق مجنون أو معتوه أو سكران وكذلك لا يصح طلاق من كان فاقدا للتمييز أما الشرط الثالث وهو الارادة أو الاختيار أي يجب أن يكون الزوج متمتع في ارادة حرة خالية من كل عيوب الارادة لأنه اذا فقد الارادة أو قام بالطلاق على خلاف ارادته وليس لديه نية في ايقاع الطلاق فلا يصح طلاقه^(١) وهذا ما اكدته المادة (١٠٩) في مدونه الأحكام الجعفرية إذ نصت واكدت على هذه الشروط (يشترط في المطلق العقل والقصد والاختيار فلا يصح طلاق المجنون ولا الساهي ولا الهازل ولا طلاق السكران ونحوه ممن لا قصد له معتد به كما لا يصح طلاق المكره وان تعقب برضاه)^(٢).

اما بالنسبة للشروط المتعلقة بالمطلقة نجد أن قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لم يشترط شروط يجب أن تتوفر في المطلقة وفق نص مادة وانما اشترط فقط أن تكون زوجة من زواج صحيح وهذا يفهم من نص المادة (٣٤أولا) إذ نصت " الطلاق رفع قيد الزواج بإيقاع من الزوج أو من الزوجة أن فوضت أو وكلت به أو من القاضي. ولا يقع الطلاق الا بالصيغة المخصوصة له شرعا". أما في مدونة الأحكام الجعفرية فقد نصت على جملة من الشروط يجب أن تتوفر في المطلقة وهي يجب أن تكون زوجة من زواج صحيح لا نه لا يقع الطلاق اذا كانت زوجه بموجب عقد زواج باطل أو فاسد وكذلك يشترط فيها أن تكون في حالة طهر من الحيض والنفاس أي في مرحلة طهر لم يجامعها فيه وكذلك يجب أن تعين المطلقة بالاسم أو الاشارة الصريحة وهذه الشروط نظمها مدونة الأحكام الجعفرية في المادة ١١٦ إذ نصت على أنه (يجب أن تكون الزوجة طاهرة من دم الحيض أو النفاس ولم تغتسل بعد الطهر ويكون الطلاق الصادر حال الحيض أو النفاس باطل حتى وان لم يكن الزوج عالما بحالها)، حيث جاء في استفتاء من مكتب المرجع الديني اية الله العظمى السيد علي السيستاني دام ظلّه بعد مفاتحة المحكمة الى مكتبه لغرض بيان صحة الطلاق بموجب دعوى تطليق الزوج زوجته بغيابها طلاق رجعي بتاريخ ٢٠٢٦/٢/٩ امام المطلق الديني (....) وقد ذكرت الزوجة اثناء استجوابها امام المحكمة بانها في تاريخ الطلاق لم تكن في حالة طهر وان الزوج لم يستعلم منها عن الحالة النسائية في حين ذكر الزوج أنه لم

(١) محمد جعفر شمس الدين، النكاح والطلاق وتوابعه في الفقه الاسلامي ، ط١، دار الهادي، بيروت، ٢٠٠٨، ص ٢٤٩.

(٢) احمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، مطبعة دار الفكر، الرياض، ١٩٩٥، ص ٤٦٠.

يستطيع التواصل معها بغية الاستعلام عن حالتها حيث جاء جواب المكتب (انه بعد الاتصال بالزوج وانه على اطلاع بوقت الدورة الشهرية لزوجته وانه طلقها في حالة طهر بحسب مايعرفه وايضا ذكر أنه لم يكن في استطاعته الاستعلام عن حالها بسبب خلافات وعدم التواصل لذلك جاء قرار المكتب بصحة الطلاق حتى لو تبين أن وقوعه في حالة الحيض لعدم تيسر الاستعلام وكون المفارقة اكثر من شهر قبل الطلاق)^(١)

ويستثني من هذه الشروط (أولا اذا كانت غير مدخول بها للزوج أي لم يجامعها زوجها وثانيا أن لا يتيسر للزوج الاستعلام عن حالها من حيث الطهر والحيض بسبب الغيبة أو الخوف أو لتكتمها عنه حالها لو غير ذلك بشرط أن يمضي على ذلك شهر)

اما عن الصيغة التي يقع بها الطلاق فقد نص قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ في المادة (٣٤) إذ نصت على أن "لا يقع الطلاق إلا بالصيغة المخصوصة له شرعا" ويقصد بذلك أن الطلاق حتى يقع صحيح يجب أن يكون بلفظ انت طالق أو نحوها ومستوفي للشروط القانونية وغير معلق على شرط من أجل أن يكون طلاق صحيح. أما عن موقف مدونة الأحكام الجعفرية في المادة (١١٩) اشترطت لصحة الطلاق "أولا: الصيغة الخاصة وهي قوله (انت طالق) أو (فلانه طالق) أو (هذه طالق) أو ما اشبه ذلك من الألفاظ الدالة على تعيين المطلقة والمشملة على لفظة طالق فلا يقع الطلاق بقوله : (فلانة مطلقة) أو (طلقت فلانة) أو (طلقتك) ونحو ذلك " استخدام الصيغة الخاصة والتتجيز اذا علق الطلاق على امر مستقبلي بطل الطلاق والاشهاد يجب أن يكون هنالك رجلين عدلين يسمعان ايقاع الطلاق أو الإشارة أو الكتابة عند ايقاع الطلاق ونلاحظ أن الطلاق لا يصح في الإشارة أو الكتابة اذا كان المطلق قادر على النطق وتصح اذا كان المطلق عاجز اخرس فيصح طلاقه في الإشارة ونرى أن الطلاق يقع حتى وان كانت الزوجة لا تعلم به فيكفي أن يقول الزوج امام الشهود زوجتي فلانه طالق حسب نص المادة (١١٢٣) إذ نصت " لا يعتبر في الشاهدين معرفة المرأة بعينها ، فلو قال الزوج (زوجتي فلانة طالق) بمسمع الشاهدين كفى وإن لم يعرفا أن من هي بل وإن اعتقدا غيرها) وفق هذا النص القانوني يشترط في الشهود أن يكونوا عدلين لا يفعلوا حراما أو يتركوا واجب عمدا ويكفي حسن الظاهر في سلوكه وهذا معيار فقهي لضمان شهادة

(١) قرار محكمة الاحوال الشخصية في النجف، بالعدد ١٧٥٣ ش ١١٢٦١، بتاريخ ٢٠٢٦، ٢، ٣، قرار غير منشور .

عادلة في إيقاع الطلاق بصورة صحيحة ونصت المادة ١٢٥ من مدونة الأحكام الجعفرية على "العدل بانه هو الشخص الملتزم عمليا بأحكام الشريعة الإسلامية لا يعتمد ترك واجب أو يفعل حراما ويكفي للكشف عن ذلك حسن الظاهر أي حسن المعاشرة والسلوك الديني " وإذا وقع الطلاق غير مستوفي هذه الشروط فيكون باطل شرعا وتبقى المرأة في عصمة زوجها وتثبت لها جميع أحكام الزوجة وان الطلاق ينقسم الى قسمين من حيث الصيغة المستعملة فيه الى صريح وهو أن يستخدم اللفظ الدال عليه وكنائي أي لم يستخدم اللفظ الدال عليه وان الاثر الذي يترتب عليه في الحالتين سواء صريح أو كنائي هو طلاق رجعي وبائن ، والبائن يكون أما بائن بينونة كبرى أو صغرى والطلاق الرجعي هو الذي يقع الزوج على زوجته التي دخل بها حقيقة من دون أن يكون مقابل مال أو ما زاد عن طلقين وقد عرفه قانون الأحوال الشخصية العراقي بانه هو ما جاز للزوج مراجعة زوجته في فترة العدة من دون عقد جديد وان الزوج يستطيع أن يراجع زوجته خلال فترة العدة سواء قبلت أم لم تقبل من غير مهر أو عقد جديد لانها تعتبر زوجته في فترة العدة أما الطلاق البائن هو أن الزوج يستطيع مراجعة مطلقته بعقد ومهر جديد سواء اثناء العدة أو بعد العدة هذا في حالة الطلاق البائن بينونة صغرى^(١).

اما اذا كان الطلاق بائناً بينونة كبرى والمشرع العراقي عرف هذا النوع من الطلاق بانه هو ما حرم على الزوج التزوج من مطلقته التي طلقها ثلاث طلاقات متفرقات ومضت عدتها فلا يستطيع أن يرجعها الى ذمته الا اذا تزوجت من شخص اخر وانهاء هذا الزواج بالطلاق أو الوفاة ويجب أن تنقضي عدتها بعد هذا الانهاء وكذلك مدونة الأحكام الجعفرية في المادة ١٣٦ نصت على أنه (اذا طلق الرجل زوجته ثلاثا حرمت عليه في الثالثة حتى تنكح زوجا غيره سواء كان رجوعه اليها المتخلل بين الطلاقات الثلاث رجوعا من طلاق رجعي أم زواجا يعقد جديد بعد الخروج من العدة أو بعد طلاق بائن) وان عدد الطلاقات لتي يملكها الزوج على زوجته هي ثلاث طلاقات تكون باللفظ أو الإشارة أو الكتابة ولا يوجد اختلاف بينها وبين القانون رقم ١٨٨ بخصوص عدد الطلاقات التي يملكها الزوج على زوجته لكن في قانون ١٨٨ القاضي يصدر حكم بانها محرمة عليه ولا يجوز له مراجعتها الا بعد أن ينكحها زوج اخر وينتهي هذا الزوج بالموت أو الطلاق فيحق له مراجعتها أما

(١) السيد علي السيستاني، منهاج الصالحين، ج٣، المسألة ٤٩٧.

مدونة الأحكام الجعفرية اذا وقع ثلاث مرات وبعد مخاطبتهم المجلس العلمي وتقديم ادلة على أن احد الطلاقات باطل فيجوز له مراجعتها.

أما عن اتجاه المحاكم بخصوص عدد الطلاقات التي يمتلكها الزوج فقد ذهبت محكمة الأحوال الشخصية في السنية(حيث ادعى وكيل المدعية بأن المدعى عليه زوج موكلته قد طلقها طلاق خلعي ف٢٠١٩٦١٦٢٠١ خارجي وبحضور شاهدي مجلس الطلاق وفي ٢٠٢٠١١٢١١١ قد طلقها طلاق رجعي وبحضور شاهدي ووقع الطلاق للمرة الثانية وفي تاريخ ٢٠٢٢١١١٥ طلاق ثالث وان الطلاق يعتبر بائن بينونه كبرى لايحق للزوج الرجوع بزوجه حتى تنكح زوجا غيره وتنفرد عنه في احدى الفرقتين ولأعدة للمدعية في انقضاء مدتها ولايحق لها الاقتران برجل اخر الا بعد اكتساب الحكم الدرجة القطعية وعند مخاطبة المجلس العلمي واطلاع المجلس العلمي على ادلة الطلاق الثاني فتبين أنه باطل لأنه وقع في طهر قد واقعها فيه وهذا باطل وفق المذهب الجعفري وحتى الطلاق الثالث عند الاطلاع على ادلته تبين للمجلس أنه واقع تحت التهديد الذي يضر بحال الزوج بحسب ادعائه وشهادة الشهود وهذا الطلاق يعتبر باطل وبالتالي فان الاجابة التي جاءت من المجلس العلمي أنه يجوز العقد عليها مرة اخرى^(١).

وايضا هنالك قرار قضائي صادر من محكمة الأحوال الشخصية في بغداد الجديدة (ادعى المدعي بواسطة وكيله بأن المدعى عليها زوجته وقد تم الطلاق الرجعي الخارجي بتاريخ ٢٠٢٥١١٠١١١ لذا طلب دعوتها للمرافعة وتصديق حكم الطلاق الرجعي الخارجي واصدرت المحكمة قرارها بتصديق بالطلاق واعتباره طلاق رجعي واقع للمرة الأولى ويجوز مراجعتها اثناء عدتها من دون عقد ومهر جديد وعند الطعن بالقرار وجد أنه غير صحيح ومخالف الى أحكام الشرع والقانون لأن المدعى عليها لم تحضر اجراءات المرافعة لغرض استجوابها بشأن حالتها النسائية إذ إن المدعى عند استجوابه أنها متروكة الفراش لمدة تزيد على سبعة اشهر وان ورقة الطلاق الخارجي تضمنت مثل ذلك ولتمسك المدعي بصحة الطلاق في دعواه مما كان بالمحكمة تحليله اليمين على اعتبار أن قوله يؤخذ مع يمينه استنادا الى المادة ١٢٧ من مدونة الأحكام الجعفرية كونه مدعي صحة الطلاق وان ذلك لا يمنع من حضور المدعى عليها واستجوابها عن

(١) قرار محكمة الاحوال الشخصية في السنية ، بالعدد ١٨٦٩٧ ش ١٢٠٢٢١ بتاريخ ٢٠٢٣١١٢٠، غير

حالتها النسائية وانها كانت متروكة لمدة تزيد على الشهر لأنها أن صادقت على ذلك فلا موجب لتحليفه اليمين وبما أن المحكمة اصدرت حكمها من دون مراعاة ما تقدم مما اخل بصحة الحكم لذا قرر نقضه واعادته^(١).

ومن خلال هذا يتبين أن الرأي الفقهي ملزم للقاضي أن يطبقه أما بالنسبة الى الطلاق الالكتروني الذي يقع عبر مواقع التواصل الاجتماعية فلم يتم تنظيمه لافي قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ ولا في مدونة الأحكام الجعفرية رقم ١ وانه يجب أن يقيم دعوى في المحكمة المختصة من أجل استحصال حكم بذلك واذا تعذر عليه مراجعة المحكمة فيجب عليه أن يسجل الطلاق في فترة العدة^(٢).

اما عن تصديق الطلاق فقد بينت المادة ٣٩ من قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ على أنه الطلاق قد يكون خارجيا أي عن طريق رجل الدين ومن ثم يصدق امام المحكمة سواء في فترة العدة أو بعدها ولم يضع عقوبة على الزوج في حالة عدم تصديقه وهذا يعني أن الامر مفتوح لمدة غير محددة وكان الاجدر بالمشرع أن يحدد مدة من أجل تصديق هذا الطلاق وفرض عقوبة في حالة مخالفة هذه المدة وان سلطة القاضي مقيدة في التأكد من الشروط بعد استدعاء رجل الدين والشاهدين اذا امكن او يقوم بعرض الزوجين على الباحث الاجتماعي من أجل معرفة الطرف المتعسف فاذا تبين أن الطرف المتعسف هو الزوج فتحكم المحكمة بتعويض يتناسب مع حالته المالية ودرجة تعسفه بشرط أن لا تتجاوز نفقتها مدة سنتين علاوة على حقوقها الثابتة الاخرى^(٣).

اما عن تسجيل الطلاق فمدونة الأحكام الجعفرية لا يوجد فيها نص يلزم بتسجيل الطلاق أو اخبار المحكمة بوقوعه لأن حالات الطلاق باتت بيد المرجع الديني بخصوص الطلاق وهذا لا يمنع من ايقاع الطلاق اذا كانت الشروط متوفرة حسب المذهب الجعفري وهذا خلل في نصوص المدونة يجب تداوله لأن التسجيل ليس عملية كمالية وانما هو اساس لأثبات الحقوق الزوجية بعد الفرقة وكذلك الحقوق التي نظمها قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ من تعويض عن الطلاق التعسفي أو سكنى الزوجية أو مهر مقوم بالذهب إذ إن هذه الحالة تقع في حالة الطلاق فقط استنادا

(١) قرار محكمة الاحوال الشخصية في بغداد الجديدة ، بالعدد ٢٠٢٦ / ١١٠١ ، التسلسل ١٠٦٢ ، بتاريخ ١٢٢ / ٢٠٢٦ - غير منشور

(٢) عثمان التكروري، شرح قانون الاحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٧، ص ١٩٧.

(٣)، اياد احمد سعيد الساري، شرح قانون الاحوال الشخصية، ط١، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٢١، ص ١٣٣.

الى قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١٢٧ لسنة ١٩٩٩ والذي نص على أنه (تستوفي المرأة مهرها المؤجل في حالة الطلاق مقوما بالذهب بتاريخ عقد الزواج وثانيا ينفذ هذا القرار من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية)^(١).

اما بالنسبة الى التعسف في ايقاع الطلاق فقد اكدت المادة ٣٩ الفقرة الثالثة من قانون الأحوال الشخصية العراقي من أنه اذا طلق الزوج زوجته بإرادته الحرة طلاق صحيح شرعا وقانونا ومتعسف في ايقاع الطلاق من دون سبب مبرر بالتالي فان الزوجة المطلقة يصيبها ضرر من جراء ايقاع هذا الطلاق من نظرة اجتماعية من دونية وتدني فرص حصولها على زواج لاحق وتحمل مسؤولية اطفالها من توفير نفقات سكن ودراسة واذا تعذر عليها الحصول على نفقتهم بسبب تهرب الزوج فيحكم لها بهذا التعويض^(٢) وهذا قرار قضائي صادر من هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية (ادعت المدعية بواسطة وكيلها لدى محكمة الأحوال الشخصية في مدينة الصدر بأن المدعى عليه مطلقها قد طلقها خارج المحكمة بتاريخ ٢٠٢٤\١١\٨ ولها من فراش الزوجية طفلة وطلبت دعوته للمرافعة والحكم بتقييم مهرها المؤجل بالذهب ومبلغ تعويض عن الطلاق التعسفي ونفقة العدة واجرة الحضانة واصدرت المحكمة قرارها في الزام المدعى عليه بتأدية مبلغ مقداره احدى عشر مليون وخمسمائة وثمانية وخمسون الف دينار عن قيمة المهر مقوم بالذهب.... وعند التدقيق وجد أنه غير صحيح حيث جاءت اجابات المجلس العلمي أنه غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون بسبب ابراز المدعى عليه حجة تطبيق أحكام المذهب الجعفري في محضر جلسة ٢٠٢٦\١٢\٢٣ فكان على المحكمة أن تطبق أحكام المدونة إذ إن اجابات المجلس في دعاوى مماثلة تنص على عدم تقييم المهر المؤجل بالذهب وعدم استحقاق تعويض عن الطلاق التعسفي واجرة الحضانة فقط في سن الرضاعة حولين كاملين بتالي دعوى المدعية تفتقد الى السند القانوني لذا قرر نقضه)^(٣) وايضا هنالك قرار اخر صادر من هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية في تاريخ ٢٠٢٦-٥-١٢ (حيث ادعت المدعية بواسطة وكيلها أن لها على زوجها المدعى عليه مهرها المؤجل البالغ الفين دينار بموجب عقد الزواج المؤرخ في تاريخ ١٢-٨-١٩٨٦ وطلبت

(١)، رحيم حسن العكيلي، مصدر سابق، ص ٢٢.

(٢)، رحيم حسن العكيلي، مصدر سابق، ص ٢٤٠.

(٣) قرار هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية في مدينة الصدر - العدد ٣٦٦\ش\٢٠٢٦ - تاريخ ٤، ٢

٢٠٢٦، غير منشور.

تقويم مهرها بالذهب واصدرت المحكمة حكم ببرد الدعوى لكن في التمييز وجد أن الحكم غير صحيح ومخالف الى أحكام الشرع والقانون اذا كان على المحكمة أن تستكمل تحقيقاتها وفق أحكام القرار ١٢٧ لسنة ١٩٩٩ وتكون لدى المدعية سند في طلب مهرها المقوم بالذهب^(١) وكذلك قرار صادر من محكمة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية (حيث ادعت المدعية لدى محكمة الأحوال الشخصية بان المدعى عليه طلقها ولها بذمته مهر مؤجل قدره ثلاثون مليون دينار وطلبت دعوته للمرافعة وتسديد المهر مقوم بالذهب واصدرت المحكمة حكم يقتضي بتأدية المهر مقوم بالذهب وحكمت بمبلغ مقداره اثنان وتسعون مليون ومائة وخمسة الاف ومائتان وثلاثة وستون دينار وفق القرار ١٢٧ لسنة ١٩٩٩)^(٢).

اما موقف مدونة الأحكام الجعفرية تجد أنه هذا محرم شرعا أي أن الزوجة المطلقة وفق قانون ١٨٨ تستحق التعويض عن الطلاق التعسفي أما اذا كانت خاضعة الى أحكام المذهب الجعفري فانها لا تستحق أي تعويض عن طلاقها التعسفي مهما كانت درجة الضرر الذي اصابها من جراء هذا التعسف^(٣).

ان مسألة تقويم المهر بالذهب من المسائل المختلف فيها بين القانونين وكذلك مختلف فيها في مدونة الأحكام الجعفرية رقم (١) لسنة ٢٠٢٥ ففي بداية صدور المدونة جاء في محضر اجتماع المجلس العلمي ان لايقوم المهر بالذهب ولكن جاء اتجاه جديد وفق المدونة ان يقوم المهر بالذهب ، و الحكم الى المرأة بمهر مقوم بالذهب هو من أجل حمايتها من التلاعب والاستخفاف بحقوقها من قبل الزوج والسبب الأساسي من هذا التشريع هو أنه قد تمر فترة طويلة بين عقد هذا الزواج وإيقاع الطلاق وتحصل بين هذه الفترة تقلبات اقتصادية تجعل المهر المثلث في العقد لا يساوي قيمة حقيقية وهذا السبب يدفع الأزواج الى الاستخفاف بالمهر المؤجل بسبب تهامة قيمته ولعدم تنظيم الشريعة الإسلامية لهذه المسألة دفع الى القول بعدم شرعية هذه المسألة ، اما مدونة الأحكام الجعفرية فقد الغت كل هذه الحقوق حسب نص المادة ٣٣٧ من المدونة التي نصت (لا يعمل وفق أي نص يتعارض مع أحكام هذه المدونة) أي أنها تستحق فقط المهر المسمى من دون تعويض عن الطلاق

(١) قرار هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية، في تاريخ ١٢،٥، ٢٠٢٦، غير منشور.

(٢) قرار محكمة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية، في تاريخ ١٣، ٥، ٢٠٢٦، غير منشور .

(٣) محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط٢، دار الفكر، بيروت، ٢٠٠٧، ص ١٧٧.

التعسفي أو مهر مقوم بذهب وهذا ما ذهبت اليه محكمة التمييز الاتحادية بعدم جواز تقويم المهر المؤخر بالذهب اذا كان العقد مثبت وفق المذهب الجعفري فيحكم في المبلغ المحدد بالعقد وان مسألة تقويم المهر بالذهب مختلف فيها وفق القرارات القضائية الذي صدرت بموجب مدونة الأحكام الجعفرية حيث صدر قرار من محكمة الأحوال الشخصية في الناصرية وهو (ادعت المدعية بواسطة وكيلتها بان المدعى عليه مطلقها ولها بذمتها مهرها المؤجل والبالغ اربعة الاف دينار لذا طلبت دعوته للمرافعة وتسديد مهرها مقوم بالذهب ولكن المدعى عليه قدم طعن كونه حاصل على حجة تطبيق المذهب الجعفري وعند مفاتحة المجلس العلمي في الوقف الشيعي استنادا الى نص المادة (٣٣٥) من المدونة لذلك يحكم بالمهر المثلث في العقد) حيث جاء في محضر اجتماع المجلس العلمي رقم (١٢٠) لسنة ٢٠٢٥ (تستحق المطلقة مهرها المؤجل المسمى في عقد الزواج من دون أن يكون مقوم بالذهب)^(١) وكذلك هنالك قرار قضائي صادر من محكمة الأحوال الشخصية في كربلاء بتاريخ ١٣-١١-٢٠٢٥ (ادعت المدعية بواسطة وكيلها بان لها بذمة مطلقها المهر المؤجل الذي قيمته عشرة الاف دينار المذكور في عقد زواجها المؤرخ في ٢٢-١٠-١٩٩٠ حيث طلبت من المحكمة تقويم مهرها بالذهب والطرفين من مقلدي المذهب الجعفري فطلبت المحكمة من المجلس العلمي بيان رأيه علما أنه المدعية تستند في دعواها الى أن المدعى عليه قد طلقها طلاق رجعي بتاريخ ٢٨-٢-٢٠٢٢ ، فجاءت الاجابة عن طلب المحكمة كالاتي بما أن المبلغ المذكور عشرة الاف دينار قد نقصت ماليته فعلا بحيث صارت غير معتد بها بالقياس الى ماليته في ذلك الحين ٢٢-١٠-١٩٩٠ فان مقتضى الاحتياط هو تقويمه بسعر الذهب آنذاك والتصالح بين الطرفين على نصف ذلك)^(٢). من خلال هذين القرارين نلاحظ أن القرارات القضائية غير مستقرة وفقا الى اجابة المجلس العلمي فنجد أن الاجابة في بعض الاحيان تنص على عدم تقويم المهر المؤجل بالذهب وفي احيان اخرى يقوم مما ادى الى ارباك العمل القضائي وعدم استقرار الأحكام فكان الاجدر بالمشرع في مدونة الأحكام الجعفرية أن ينص صراحة وفق نص مادة معين على تقويم أو عدم تقويم المهر بالذهب.

(١) حيدر حسين كاظم الشمري، المختصر في احكام الزواج والطلاق واثارهما في التشريع العراقي والفقاه الاسلامي، دار المدسلة، بغداد، ٢٠٢٦، ص ٢١٩.

(٢) قرار محكمة الاحوال الشخصية في كربلاء، العدد ١٥٣ /١٦١ ش /٢٠٢٥، بتاريخ ١١، ١٣، ٢٠٢٥، قرار غير منشور .

وهنا تثار مسألة حول النشوز ومدى الاعتماد عليه كسبب من اسباب الطلاق فقد تم تعريفه بانه خروج الزوجة من منزل زوجها من دون موافقته أو أن تقوم بمنع نفسها عنه من دون أن يكون لها بذلك عذر مشروع ونجد أن قانون الأول الشخصية العراقي رقم ١٨٨ المادة ٢٥ أولاً الذي نصت أنه لا نفقة للزوجة (إذا تركت بيت زوجها بدون اذن وبغير وجه حق أو امتنعت عن السفر.....) بالتالي فإن النشوز يعد سبباً من اسباب التفريق وان الزوج يقوم بطلب التفريق بعد الحصول على حكم بات بالنشوز والمحكمة تتريث في اصدار حكم بنشوز الزوجة حتى تمكن من الوقوف على اسباب النشوز ورفضها مطاوعة زوجها وتقوم باحالتهم الى الباحثة الاجتماعية من أجل محاولة الاصلاح بينهم^(١).

اما موقف مدونة الأحكام الجعفرية من النشوز فقد نظمت بطريقه تختلف عن قانون الأحوال الشخصية حيث نصت المادة (٦٨) من مدونة الأحكام على " اذا نشزت الزوجة بتركها بيت الزوجية من دون اذن الزوج لم تستحق النفقة عنه ، وهكذا مع عدم تمكينه مطلقاً من الجماع ونحوه من دون عذر وان لم تخرج من عنده. وللزوج رفع امره الى القاضي من أجل الزامها بترك النشوز واداء الحقوق الزوجية " وهذا النص ايضا بحاجة الى تعديل لأن النشوز معناه التعالي وعدم الطاعة ، فقد تمتنع الزوجة عن القيام بالواجبات الزوجية وهذا نشوز او قد تؤذي زوجها بالقول او الفعل كالضرب وغيرها من الاسباب ، و الزوجة الناشز لا تستحق النفقة والناشز هي من تركت بيت الزوجية من دون اذان زوجها وكذلك تعتبر ناشز اذا لم تمكن زوجها من حقوقه الشرعية من دون أن يكون لها عذر مشروع او اذا تعالت الزوجة على زوجها في المسائل التي يلزمها الشرع والقانون بالطاعة في هذه الحالة يجوز للزوج أن يقدم امرها الى القاضي حتى يلزمها القاضي في احد الامور وهي الرجوع والطاعة واداء الحقوق الزوجية^(٢).

وقد استقر (قضاء محكمة الأحوال الشخصية العراقي في الكرخ على أن خروج الزوجة من بيت الزوجية من دون موافقة زوجها وامتناعها عن العودة اليه رغم دعوتها مع عدم تمكينه من الاستمتاع بها من دون عذر شرعي يعد موجبا للحكم بالنشوز ويترتب على هذا الحكم سقوط حق

(١) محمد بن الحسن الطوسي، النهاية، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٧٠، ص ٥٢٠.

(٢) مصدق عادل، قانون الاحوال الشخصية من المنظورين الدستوري والشرعي قانون رقم ١ لسنة ٢٠٢٥، دار

السنهوري، بيروت، ٢٠٢٥، ص ١٨٣.

الزوجة في النفقة من تاريخ تركها المنزل عملاً في أحكام مدونة الأحكام الجعفرية طالما أن الزوج قام في اثبات الوفاء في التزاماته من تهيئة بيت الزوجية ودفع المهر المعجل^(١) وان النشوز وفق مدونة الأحكام الجعفرية لكي يتحقق لابد من توفر الاسباب المبينة في المادة (٦٨) من مدونة الأحكام الجعفرية ، ولا يجوز رفع دعوى النشوز اذا كانت مجردة من الحالات المبينة في المادة (٦٨) حيث صدر قرار من محكمة التمييز الاتحادية في العدد (٢٠٢٦/٩٧٠٦) بتاريخ (٢٠٢٦/٥/١٢) حيث ادعى المدعي لدى محكمة الأحوال الشخصية في الهاشمية بان المدعى عليها زوجته ولكونه حاصل على حجة تطبيق المذهب الجعفري وطلب الحكم في اثبات النشوز وعدم استحقاق النفقة من تاريخ خروجها من دار الزوجية من دون اذن شرعي واصدرت المحكمة حكمها وهو الزام المدعى عليها بترك النشوز واداء الحقوق الزوجية ولكنها طعنت بالحكم ولدى عطف النظر وجد أن القرار غير صحيح حيث أنه لا يجوز اقامة دعوى النشوز المجردة عن الحالات المشار اليها في المادة (٦٨) من مدونة الأحكام الجعفرية كما أن قطع النفقة يستوجب صدور حكم بترك النشوز فتكون الدعوى واجبة الرد^(٢)

وكذلك (قرار محكمة الأحوال الشخصية في قلعة صالح ذهبت الى أن الزوجة الذي تمتنع فيه عن العودة الى الحياة الزوجية رغم امهالها من قبل المحكمة يعد تأكيد لحالة النشوز وقضت المحكمة في قلعة صالح بان خروج الزوجة من دار الزوجية من دون عذر مشروع يمنع استحقاقها للنفقة مطلقاً استناداً الى نص المادة ٦٨ من المدونة معززة بالحكم بقرارات محكمة التمييز)^(٣).

وكذلك هنالك قرار صادر من محكمة الأحوال الشخصية في السماوة (ادعى المدعي لدى محكمة الأحوال الشخصية في السماوة بأن المدعى عليها تركت دار الزوجية من دون عذر شرعي لذا طلب دعوتها للمرافعة والحكم بإلزامها في المطاوعة واصدرت المحكمة حكمها بتاريخ ٢٠٢٦/٢/١٥ يقضي بإلزام المدعى عليها ترك النشوز واداء الحقوق الزوجية وعند الطعن وجد أن الحكم غير صحيح ومخالف الى أحكام الشرع والقانون إذ كان على المحكمة استكمال تحقيقاتها القضائية واجراء الكشف الموقعي على الدار الذي يدعي المدعي أنه هيئها للمدعى عليها والتأكد من

(١) قرار محكمة الاحوال الشخصية في الكرخ، رقم القرار، بتاريخ ٢٥، ١، ٢٠٢٦، غير منشور .

(٢) قرار محكمة الاحوال الشخصية في الهاشمية، العدد ٢٠٢٦/٩٧٠٦، بتاريخ، ٢٠٢٦/٥/١٢، قرار غير منشور.

(٣) محكمة الاحوال الشخصية في قلعة صالح، قرار رقم ٤٠١/ش٢٥، بتاريخ ٢٠٢٦، ٢، ٢٦، قرار غير منشور.

أنها لازالت قائمة ومؤثثة بأثاث صالحة لكلا الطرفين لأن طلب ترك النشوز يرافقه تهيئة دار شرعية متوفرة فيها جميع الشروط من أجل العيش والسكن والمحكمة اصدرت قرارها من دون مراعاة ما تقدم لذا قرر نقض القرار واعادة الدعوى في تاريخ (٢٠٢٦/٤/١٣)^(١) وايضا هنالك قرار صادر من محكمة الأحوال الشخصية في النجف (ادعى المدعي في محكمة الأحوال الشخصية في النجف بأن المدعى عليها زوجته قد تركت دار الزوجية بدون علمه وموافقته لذا طلب دعوتها للمرافعة والحكم بإلزامها بالمطواعة واصدرت المحكمة حكمها بتاريخ ٢٤ ٢٠٢٦/٢/٢١ يقضي بإلزام المدعى عليها ترك النشوز واداء الحقوق الزوجية لزوجها في الدار المهيأ من قبله وعند الطعن وجد أن القرار غير صحيح ومخالف الى أحكام الشرع والقانون لأن المدعي قد اقام دعواه للمطالبة بالمطواعة وان وكيلته في جلسة المرافعة المؤرخة ٢٠٢٥/١١/٢٤ ذكرت أن موكلها بصرف النظر عن اتباع مدونة الأحكام الجعفرية فتكون دعواه واجبة الرد لتمسكه في أحكام قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل رغم أن زواجهما تضمن تطبيق أحكام المذهب الجعفري وان قرار المحكمة في الزام المدعى عليها بترك النشوز لا سند له من القانون لذا قرر نقضه واعادة الدعوى بتاريخ ١١٢ ١٥ ٢٠٢٦)^(٢).

في ختام هذا الفرع نجد أن قرارات المحكمة متذبذبة في ذات الموضوع في مدونة الأحكام الجعفرية مما ادى الى ارباك العمل القضائي فلا بد من أن يتم تنظيم كل المسائل بشكل قطعي وليس تتركه الى اجتهاد الفقهاء أو يجب توحيد اجابات المجلس العلمي.

الفرع الثاني

الخلع

قد يتفق الطرفان بإرادتهم أو بالتراضي على ايقاع الطلاق الاتفاقي أو ما يعرف بالخلع (ويعرف بأنه ازالة ملك النكاح المتوقفة على قبول الزوجة ببذل بلفظ الخلع أو ما في معناه)^(٣) أو

(١) قرار محكمة الاحوال الشخصية في السماوة ، بالعدد ١٧١٠٨ / ٢٠٢٦ ، التسلسل ٧١٩٠ ، بتاريخ ٢٠٢٦/٤/١٣ ، غير منشور

(٢) قرار محكمة الاحوال الشخصية في النجف ، بالعدد ١٩٤٦٤ / ٢٠٢٦ ، التسلسل ٩٧٧٧ ، بتاريخ ١٥ / ١٢ / ٢٠٢٦ ، غير منشور .

(٣) رمضان علي السيد، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، احكام الاسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الاولاد في الفقه الاسلامي والقانون والقضاء، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط١، ٢٠٠٦، ص ١٠٧ .

هو ازالة قيد النكاح بفدية من لزوجة وكراهة له منها^(١) وقد تم تكيف الخلع هو يمين من جانب الزوج لأنه علق طلاق زوجته على قبول المال والتعلق يميناً أما من جانب الزوجة هو معاوضة من جانب الزوجة لأنها التزمت بالمال مقابل خلاصها من الزوج لكنها ليست معاوضة محضة بل فيها معنى التبرع^(٢).

اما في مدونة الأحكام الجعفرية عرفت الخلع في المادة ١٥٤ بأنه (هو الطلاق بفدية من الزوجة الكارهة لزوجها اذا كانت الكراهة من الطرفين كانت مباراة) ومن خلال هذا فان الخلع هو طلاق تطلبه الزوجة الكارهة لزوجها مقابل فدية أو عوض مالي تدفعه الزوجة للزوج إذ قال الإمامية أن الخلع يصح اذا اجتمعت شرائطه وهي الكره وان يكون للزوجة مال تفتدي به ويكون طلاق رجعي في هذه الحالة واستدلوا على ذلك من سورة البقرة (فأن خفتم أن لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به) إذ نصت الآية على جواز الفدية بسبب الخوف من الوقوع في المعصية اذا استمرت الزوجية وان الفدية التي تقدمها الزوجة للزوج وفق المذهب الأمامي لا تصح من الاجنبي ولا يلتزم بدفع شيء ، ولكن الاجنبي يستطيع أن يضمن الفدية بأذنها فيقول للزوج طلقها بكذا ، وعليه ضمان المبلغ بعد أن تأذن هي بذلك ، فاذا طلق على هذا الشرط وجب على الضامن أن يدفع المبلغ للمطلق ، ويرجع به على المطلقة وكل شيء يصح به المهر يصح به الخلع بالاتفاق^(٣).

أما المبارة هي شكل من اشكال الطلاق ويشترك فيها كراهة الزوجين لبعضهما واشارت المادة (١٥٥) من مدونة الأحكام الجعفرية الى أن (الخلع والمباراة نوعان من الطلاق فاذا انضم الى احدهما تطليقتان حرمت المطلقة على المطلق حتى تتكح غيره) أما اذا كان معاوضة من جانب الزوجة يترتب عليه جواز رجوع الزوجة في الخلع اذا كان الايجاب صادرا منها قبل قبول الزوج ويبطل ايجابها بقيامها من المجلس ويجب قبول الزوجة اذا كانت حاضرة في المجلس أما اذا كانت غائبة أي أن المجلس ليس متحد فان القبول يكون في المجلس الذي تعلم فيه بالخلع فان قامت من

(١) محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، الناشر دار الرسالة، الكويت، ١٩٨٣، ص ١٨٨.

(٢) المستشار احمد نصر الجندي، الاحوال الشخصية في قانون الامارات العربية المتحدة، الناشر دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٧، ص ٢٩٢.

(٣) الشيخ عبد الكريم رضا الحلبي، الاحكام الجعفرية في الاحوال الشخصية، مطبعة حجازي، القاهرة، ١٩٤٧، ص ١٥٧.

المجلس بعد علمها فيبطل الايجاب واذا قبلت بعدها فلا يقع الخلع لأن المعاوضات تبطل بتفريق المتعاقدين بعد الايجاب والقبول ويجوز لها أن تشترط الخيار لنفسها في مدة معلومة اذا كان الايجاب صادر منها ويجوز لها الرجوع عن هذا الايجاب قبل قبول الزوج ولا يجوز لها تعليق الخلع على شرط أو اضافته الى زمن مستقبل اذا كان الايجاب صادر منها^(١).

اما طبيعة الخلع في مدونة الأحكام الجعفرية نصت عليها المادة (١٦٣) إذ نصت على " الخلع وان كان قسما من الطلاق وهو من الايقاعات الأ أنه يشبه العقود في الاحتياج الى طرفين وانشائين : بذل شيء من طرف الزوجة ليطلقها الزوج، وانشاء الطلاق من طرف الزوج بما بذلت ، ويقع ذلك بأحد نحوين : الأول : أن يقدم البذل من طرفها على أن يطلقها ، فيطلقها على ما بذلت. ثانيا : أن يبتدئ الزوج بالطلاق مصرحا بذكر العوض فتقبل الزوجة بعده " وفق هذه المادة نرى أنها قدمت تصور دقيق عن طبيعة الخلع من حيث كونه ايقاع من جهة ومعاملة ذات طرفين من جهة أخرى فهو من حيث الاصل طلاق والطلاق من الايقاعات التي تقع بأرادة منفردة لكنه في الوقت نفسه يشترك مع العقود بوجود طرفين وانشائين متقابلين انشاء من الزوجة ببذل الفداء وانشاء من الزوج بإيقاع الطلاق على ما بذلته وهذه الطبيعة المزدوجة هي التي اعطت للخلع خصوصية في النظام الفقهي والقانوني وهو مشروع في القران الكريم والسنة النبوية المطهرة والاجماع.

أما عن اركان الطلاق الخلعي وفق تعريف قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ هما الايجاب والقبول ويجب أن يقع امام القاضي وفي ذات الوقت أن المادة (١١٤٦) اشارت الى وجوب مراعاة أحكام نص المادة ٣٩ أي وجوب تصديق الخلع الواقع خارج المحكمة^(٢).

اما اركان الخلع وفق مدونة الأحكام الجعفرية هي الزوج المخال الذي اشترطته المادة ١٥٨ من أنه يجب أن يكون الزوج المخال عاقل بالغ وقاصد ايقاع الخلع ويجب أن يكون مختار لأن لا يقع الخلع اذا كان مكره والركن الثاني ي الزوجة الذي اشترطتها المادة ١٥٩ من المدونة ويجب أن تتوفر فيها كل شروط المطلقة واطافة الى ذلك يجب أن تكون كارهه لزوجها كرها شديداً يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية والشرط الثاني أن تبذل الفداء من أنه لا خلع بدون فدية والفدية هي

(١) محمد محي الدين عبد الحميد، الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية، المكتبة العلمية، بيروت، ص ٣٣٢ وما بعدها.

(٢) احمد سالم ملحم، الشرح التطبيقي لقانون الاحوال الشخصية الاردني، مكتبة الرسالة الحديثة، عمان، ١٩٩٨، ص ١٧٠ .

عوض مالي تقدمه الزوجة للزوج مقابل الطلاق وحددت المادة ١٦٢ من المدونة شروط الفداء من أن يكون البذل باختيار الزوجة وأن يكون هذا البذل مملوك للمختلعة وأن يكون البذل ذا قيمة مالية أو منفعة وكذلك يجب أن يكون البذل بالعد في النقود ونحوها من المعدودات^(١)، وأن شروط صحة الطلاق الخلعي اشارت لها المادة ٤٦ الفقرة الثانية الذي نصت (يشترط لصحة الخلع أن يكون الزوج اهلا لإيقاع الطلاق وأن تكون الزوجة محلا له).

اي يجب أن تتوفر شروط الطلاق من عقل وبلوغ وقصد وأن تكون الزوجة محلا لإيقاع الطلاق الخلعي ويجب أن تكون صيغة الطلاق الخلعي بلفظ الخلع ويجب أن يكون الطلاق الخلعي مقابل عوض وهذا العوض قد يكون المهر كله كما لو قالت الزوجة لزوجها اخلعني على المهر الذي قبضته منك أو عل المهر المؤجل أو غير مهر ويكون شيء يقوم بالمال شرعا أو كل مال متقوم أو منفعة ونصت على ذلك المادة (٤٦/ثالثا) (للزوج أن يخالغ زوجته على عوض أكثر أو أقل من مهرها)^(٢)

اما عن شروط الخلع في مدونة الأحكام الجعفرية حسب نص المادة ١٥٦ هي الصيغة الشرعية أي يجب أن تكون بلفظ صريح يدل على الطلاق أو الخلع والمادة ١٥٧ من المدونة حددت الصيغ الصحيحة لانشاء الخلع و التجيز أي لا يصح التعليق على شرط بل لايجب أن يكون منجز غير معلق على امر مستقبلي والاشهاد أي حضور شاهدين عدلين عند الانشاء والمقصود بالعدلين قد تم ايضاحه في الطلاق والموالاة اشترطته المادة ١٦٤ من المدونة أنه لصحة الخلع يشترط الموالاة بين انشاء البذل والطلاق أي الترابط الزمني والوظيفي وتشترط كذلك مدونة الأحكام الجعفرية الكراهة المعتبرة في الخلع ما هو اعم من أن تكون ذاتية ناشئة عن خصوصيات الزوج كقبح منظره وسوء خلقه وفقره وغير ذلك وأن تكون عرضية من جهة عدم ايفائه بعض حقوقها المستحبة أو قيامه ببعض الاعمال التي تخالف ذوقها مثل التزوج عليها فهذه تعتبر من الشروط المعتبرة الداعية الى الكره والتي يصح بها الخلع أما اذا كانت الزوجة تتعرض الى شتم وضرب وسب وارادت أن تخلص نفسها من ذلك فلجاءت الى الخلع وقدمت بذل من أجل التخلص من هذا

(١) حيدر حسين كاظم الشمري، مصدر سابق، ص ٢٩٣.

(٢) المرجع السابق، الفقرة الثالثة.

الزواج فهنا يكون البذل الذي قدمته باطل ولا يكون خلع بل يكون طلاق وطلاق الخلع بائن لا يقع فيه الرجوع لدى جميع المذاهب الإسلامية^(١).

ويجوز الرجوع فيه اذا رجعت المرأة عن ما بذلت فيجوز لها الرجوع مادامت في فترة العدة واذا رجعت ولو في بعض ما بذلته كان للزوج الرجوع اليها ويشترط جواز رجوعها في المبذول بامكان رجوعه بعد رجوعها واذا لم يكن له الرجوع بان كان الخلع بائنا كونه طلاق ثالث أو كانت الزوجة مما لا عدة لها مثل اليائسة أو غير المدخول بها أو اذا كان الزوج قد تزوج اختها أو تزوج الزوجة الرابعة قبل رجوعها في هذه الحالة لا يجوز لها الرجوع عما بذلت وهذا ما يعمل به في المحاكم طبقا لقانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ في المادة ٤٦ حيث أنه اذا بطل البذل وقع الطلاق رجعي حسب نص المادة ١٠٢ من قانون الأحوال الشخصية ، أما في مدونة الأحكام الجعفرية بخصوص جواز رجوع المختلعة في البذل وتحول الطلاق من بائن الى رجعي فور رجوعها في البذل وهذا طبقه المحاكم وفقا للمادة الأولى الفقرة الثانية من قانون الأحوال الشخصية من أنه في حالة عدم وجود نص خاص يحكم الحالة المعروضة امام القاضي فيكون القاضي ملزم في أن يطبق مبادئ الشريعة الإسلامية وقد اخذت المحاكم بتطبيق مذهب الزوج في هذه الحالات وفعلت حق المطلقة في الرجوع بالبذل وفق المذهب الجعفري^(٢).

واذا وقع الخلع وانقضت العدة وبعدها تزوجها ولما كان المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية لم ينص على هذا الموضوع لذا يلزم القاضي بالرجوع الى أحكام المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية ولا يحق لها الرجوع عن بذلها لحقوقها قبل الدخول لأن لا عدة لها ، وفي مقابل هذه الأحكام الواردة في قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ نجد أن مدونة الأحكام الجعفرية فقد ذهبت الى أن الخلع الواقع هو طلاق بائن حسب نص المادة ١٦٩ التي ذهبت الى أنه طلاق الخلع بائن لاقع فيه الرجوع مالم ترجع المرأة اثناء العدة فيما اقتدت فاذا رجعت بالمبذول اصبح طلاق رجعي وجاز للمطلق الرجوع ، حيث صدر قرار من محكمة الأحوال الشخصية في الشعب (ادعى المدعي بواسطة وكيله بأن المدعى عليه مطلقة وقد تم الاتفاق على بذل المدعى عليها مهرها

(١) السيد علي الحسيني السيستاني، منهاج الصالحين، ج٣، الطبعة المصححة، ٢٠٢٤، كتاب الخلع والمباراة، طلاق الخلع، مسألة ٦١٦

(٢) رحيم حسن العكيلي، مصدر سابق، ص ٢٤٧.

المؤجل وإبراء ذمة المدعي منه لذا طلب دعوتها للمرافعة والحكم بإبراء ذمته من المهر المؤجل وأصدرت المحكمة حكمها في رد الدعوى بتاريخ ١٤/٢١/٢٠٢٦ وعند الطعن وجد أنه غير صحيح ومخالف الى أحكام الشرع والقانون كون المدعى عليها قد اقرت باستلامها مهرها المؤجل فلا مانع قانوني من اجابة دعوى المدعى كون لديه مصلحة محتملة لحصول نزاع مستقبلي في حالة مطالبتها بالمهر المؤجل مما كان على المحكمة اجابة دعوى المدعي وان المحكمة حسمت الدعوى بخلاف ما تقدم لذا قرر نقضه واعادته^(١) وكيهله أما بالنسبة الى المباراة نظمته المدونة في المادة ١٧٢ و ١٧٣ وقد اشارت المادة ١٧٢ من أن المباراة تقع بلفظ الطلاق وبصيغته البسيطة^(٢)، أما المادة ١٧٣ فقد تطرقت الى اثر رد الفدية على نوع الطلاق حيث اشارت الى نوع الطلاق في المباراة هو بائن في الاصل أي لا يجوز للزوج الرجوع عنه أما في الاستثناء اذا ردت الزوجة الفدية خلال العدة يصبح الطلاق رجعي ويجوز للزوج الرجوع اليها كما في الخلع^(٣).

حيث جاء في افتاء من مكتب السيد علي السيستاني من أجل حسم الدعوى حيث احوالت المحكمة الزوجين الى مكتب المرجع من أجل بيان صحة الطلاق الخلعي الحاصل بينهم قبل الدخول من عدمه إذ إن الزوجة افادت أنها بقيت في دار الزوجية لمدة شهرين ومكنته من نفسها الى أنه لم يدخل بها املين بيان فيما اذا كانت الخلوة الشرعية ترتبت عليها آثار الدخول الشرعي فمن عدمه املين ورود الاجابة قبل موعد المرافعة في ٢٠٢٦/٥/١٢ حيث جاءت الاجابة كالتالي (لا تترتب أحكام الدخول على مجرد الخلوة والتمكين، وعليه: فأن الطلاق الخلعي هو طلاق بائن قبل الدخول وليس خلعي فتستحق الزوجة نصف المهر ، والله العالم) وفق هذه الاجابة يتضح أن المذهب الجعفري لا يرتب اثر الزواج على مجرد الخلوة الشرعية ، وان المخالعة حسب أحكام المذهب الجعفري يجب أن تتم امام شاهدي عدل والمقصود بشاهدي عدل أن يكون الشهود ممن لم يتركوا امر واجب ظاهر، ومن خلال ذلك نجد أنه لا يوجد فرق كبير في التطبيق العملي عند تطبيق أحكام الطلاق الخلعي الذي سماه القانون التفريق الاختياري بين الخاضعين للمذهب الشيعي الجعفري والخاضعين لقانون الأحوال الشخصية.

(١) قرار محكمة الاحوال الشخصية في الشعب ، بالعدد ٩٦٢٣ - ٢٠٢٦ ، التسلسل ٩٨٥٨ ، بتاريخ ٢٠٢٦/٥/١٢ ، غير منشور .

(٢) مصدق عادل، مصدر سابق، ص ٣٣٣.

(٣) مدونة الاحكام الجعفرية، رقم ١ لسنة ٢٠٢٥، المادة ١٧٢ و ١٧٣ .

المطلب الثاني

التطبيقات غير الإرادية في إنهاء الرابطة الزوجية

التطبيقات غير الإرادية في إنهاء الرابطة الزوجية تظهر بصورة مباشرة في حالات التفريق القضائي الذي يتم من خلاله إنهاء الرابطة الزوجية ونص قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ ومدونة الأحكام الجعفرية على الحالات التي يجوز فيها اللجوء الى القضاء من أجل إنهاء الرابطة الزوجية وفق قانون ١٨٨ أما في مدونة الأحكام الجعفرية فيشترط بها موافقة المرجع الديني أو يكون هذا التفريق بموجب أحكام الشرع ولا يعتمد على ارادة الاطراف وانما يكون الحكم الصادر في إنهاء العلاقة الزوجية بموجب القانون أو الشرع وعليه سنقسم هذا المطلب الى فرعين نتناول في الفرع الأول التفريق بين الزوجين بحكم القضاء والفرع الثاني نتناول التفريق بين الزوجين بحكم الشرع.

الفرع الأول

التفريق بين الزوجين بحكم القضاء

الطلاق الذي يصدر بقرار من القاضي بناء على طلب احد الزوجين في الحالات التي حددها القانون عندما تصبح الحياة الزوجية متعذرة الاستمرار وفي حالة استمرارها تسبب ضرر اكثر من أنهاءها وان سلطة القاضي في تقدير الموقف المعروض امامه مقيدة في بعض الحالات وتكون لديه سلطة في حالات اخرى بغير تقييد. أما موقف المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ ذكر حالات التفريق التي تكون لكلا الطرفين وهي التفريق للضرر الذي نصت عليه المادة ٤٠ من قانون الأحوال الشخصية وكذلك التفريق للشقاق في المادة ٤١ و ٤٢ حيث نص القانون على الحالات التي يكون للطرفين طلب التفريق في حالة الضرر المادي أو المعنوي أي حق الزوجين في طلب التفريق للضرر الجسيم الصادر من احد الطرفين والذي يستحيل معه استمرار الحياة الزوجية مثل الاعتداء على النفس أو المال أو الاعتداء الاثم على الأولاد^(١).

وهذا هو تطبيق لقاعدة فقهية لا ضرر ولا ضرار المنبثقة عن حديث الرسول (لا ضرر ولا ضرار) وان الزوج الذي يمسك زوجته مع الضرر فيكون امساك بغير المعروف ومخالف لما جاء في القران الكريم (فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان) والمشرع العراقي اعطى الحق لكلا

(١) السيد علي السيستاني، منهاج الصالحين، مسألة ٣٥٩.

الزوجين في طلب التفريق في المادة ٤٠ إذ نصت على أنه إذا اضر احد الزوجين بالأخر بالفعل أو الضرب أو السب أو الشتم أو الاحتقار أو بأولادهم ضرر كبير^(١).

وان الضرر المعنوي شرطه أن يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية حتى يكون سبب للتفريق ويعتبر من قبيل الضرر المعنوي ما ذهب اليه القضاء العراقي في (قرار صادر من محكمة التمييز الاتحادية بتاريخ (٢٩-١٢-٢٠٢١) الى استقرار المحاكم والقضاء العراقي على اعتبار المراسلات والاتصالات التي تجريها الزوجة عبر مواقع التواصل الاجتماعي مع شخص غريب سبب موجب للتفريق القضائي لأنها تسبب ضرر معنوي واجتماعي يصيب الزوج استنادا الى نص المادة ٤٠ أولا من قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) فيقع التفريق ويعتبر طلاق بائن بينونة صغرى^(٢). وشرط الضرر هو أن يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية وان معيار قياس الضرر هو معيار شخصي يتبع الشخص نفسه من حيث ثقافته وبيئته ويخضع الى السلطة التقديرية للقاضي إذ إن القاضي يقوم بدراسة هذا الضرر ويعمل على اصلاحهم ويحاول تقريب وجهات النظر للمتخاصمين من أجل اصلاحهم^(٣).

من أجل الرجوع عن التفريق وهذا كله يخضع لرقابة محكمة التمييز الاتحادية ويعتبر من قبيل الاضرار تناول المخدرات ويجب أن يثبت هذا بتقرير طبي من لجنة مختصة وكذلك لعب القمار في بيت الزوجية يعتبر من قبيل الاضرار أو اذا ارتكب احد الزوجين الخيانة الزوجية ونجد أن المشرع استخدم عبارة خيانة زوجية اراد به أن يضيف معنى اوسع من معنى الزنا أي كل حالة عشق وغرام حتى وان لم يكونوا في حالة زنا وبشرط أن لا يعلم بها الطرف الاخر لأن اذا علم بها فيعتبر قابل ولا يجوز له طلب التفريق^(٤) إذا كان عقد الزواج قد تم قبل اكمال احد الزوجين ١٨ سنة ومن دون موافقة القاضي وبالتالي يجب أن يكون كلا الزوجين غير بالغين ١٨ سنة لأن اذا كان اكثر من ١٨ فلا يحوز له طلب التفريق وان المحكمة تتأكد من العمر ومتى ما تبين أنه لم يبلغ

(١) محمود عباس صالح ابو عيسى، التفريق بين الزوجين بسبب حبس الزوج في الفقه الاسلامي، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، ٢٠٠٥، ص ٤٦ .

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية، هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية، العدد ١٧٠٥٨، هيئة الاحوال الشخصية ٢٠٢١، بتاريخ، ٢٩، ١٢، ٢٠٢١، غير منشور.

(٣) السيد محمد صادق الصدر، مصدر سابق، ص ٢٣٣.

(٤) ابو عبد الله محمد القزويني، سنن ابن ماجة، دار احياء الكتب العربية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص ٦٧٠.

عمر ١٨ سنة فيجوز له طلب التفريق سواء كانت الزوجة مدخول بها أو لا وجعل المشرع المدة مفتوحة من أنه يجوز له طلب التفريق في أي وقت مادام لم يبلغ العمر المحدد وهذا يهدد استقرار الحياة الزوجية وانما كان الاجدر بالمشرع أن يحدد طلب التفريق بما لا يتجاوز السنة من تاريخ ١٨ سنة أو اذا كان الزواج حصل خارج المحكمة وبالإكراه ويجب أن لا يكون هنالك دخول حيث اذا كان هنالك دخول فالزواج صحيح ويجب أن يكون واقع خارج المحكمة من أجل طلب التفريق لأن اذا كان امام القاضي فلا يكون هنالك اكراه لأن الطرفين يكون في استطاعتهم أن يوضحوا هذا الاكراه ال القاضي^(١)

وذهبت محكمة الأحوال الشخصية في الديوانية وفق قرار صادر منها في تاريخ (٣٠-١٠-٢٠٢٥) بخصوص التفريق القضائي بين الزوجين بسبب دخول الزوج السجن لمدة طويلة بموجب حكم جزائي مكتسب الدرجة القطعية وبسبب هذا الحكم يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية واعتمدت على تقارير البحث الاجتماعي والوقائع الثابتة في الدعوى حيث اعتبر بقاء الزوجة من دون معيل ولفترة خمس سنوات هذا يلحق ضرر بالزوجة ولذلك قضت بالتفريق القضائي بينهم مع الالتزام بالعدة الشرعية^(٢).

اما اذا تعذر اثبات الضرر الجسيم الذي يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية فان المحكمة لا تقضي بالتفريق لأن للتفريق شرط أساسي فيه الضرر الذي يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية حيث أنها قضت برد دعوى التفريق المقامة من قبل الزوجة بسبب عدم ثبوت الضرر الموجب للتفريق حسب تقارير البحث الاجتماعي والوقائع في الدعوى حيث جاء بتقرير البحث أن الخلافات لا ترقى الى مستوى الضرر الذي يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية وكذلك لم يوجد هجر أو اساءة جسيمة من قبل الزوج واخذت بنظر الاعتبار محاولات الاصلاح بين الطرفين ولذلك قررت المحكمة رد الدعوى وعدم الحكم بالتفريق^(٣).

(١) السيد محسن الحكيم، منهاج الصالحين، مؤسسة الصادق للطباعة والنشر، طهران، ١٩٩٨، ص ٤١٩.

(٢) قرار محكمة الاحوال الشخصية في الديوانية، بالعدد ٤٥٩٠/ش ٢٠٢٤، بتاريخ ١٧٢١/٢٠٢٤ قرار غير منشور.

(٣) قرار محكمة الاحوال الشخصية في الديوانية، العدد ٦٤٦٢/ش ٢٠٢٥، بتاريخ ٣٠، ١٠، ٢٠٢٥، قرار غير منشور.

وكذلك في حالة التعدد إذ إن المشرع اباح التعدد وفق شروط فان خالف هذه الشروط يجوز للزوجة الأولى طلب التفريق للضرر للزواج من زوجة ثانية أي يكون العقد خارج المحكمة إذ إن العقود التي تكون في اذن المحكمة لا يجوز طلب التفريق لأنها مستوفية للشروط ويجب أن يرفع دعوى التفريق للضرر ^(١).

وفي مدونة الأحكام الجعفرية فقد اشارت الى حالات الحكم بالتفريق وفق المواد (٧٠-٧١-٧٢) الى حالات الحكم بالتفريق وهي التفريق للهجر ولعدم الانفاق واذا كان يعتدي على زوجته بالضرب بشرط أن يحكم بالتفريق بعد موافقة المرجع ولا يجوز الحكم بالتفريق قبل موافقة المرجع، في المادة (٧٢) من المدونة الى حالة التطلاق لأذى الزوجة فنصت (اذا كان الزوج يعتدي على زوجته بالضرب أو غيره بلا مبرر ولا يكف عن ذلك جاز لها رفع امرها الى القاضي لإلزامه بالمعاشر بالمعروف أن امتنع ورفض في الوقت نفسه طلاقها جاز للقاضي أن يطلقها استجابة لطلبها) لكن نرى ان المدونة لم تعالج موضوع التفريق للخلاف لكن كثر المشاكل يمكن ان تقام الدعوى لأن كثر المشاكل تسبب ضرراً للزوج والزوجة والاطفال ، وان القاضي حين يطبق هذا النص يجب أن تتوافر لديه الشروط الاتية أولاً يجب أن تكون هنالك دعوى تقييمها الزوجة على زوجها تطلب فيها التطلاق للضرر وعدم رغبتها في استمرار الحياة الزوجية معه وان الزوج لا يستطيع طلب التفريق وفق المدونة الجعفرية لأن بيده الطلاق والشرط الثاني هو أن يقوم الزوج في اذاء زوجته بالضرب أي أن الاعتداء وفق المدونة الجعفرية مختصر على الايذاء المادي وهو فعل الضرب سواء كان مبرح أو غير مبرح من دون التطرق الى الايذاء المعنوي المتمثل بالسب والشتم والتنمر ^(٢).

ولكن القاضي لكونه لا يتمتع بسلطة تقديرية فاذا وجد أن هذا الضرر المعنوي يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية و مستمر فيقوم بمخاطبة المجلس العلمي من أجل الموافقة على ذلك و النص تطلب الاستمرار في الاذى أما الشرط الثالث يجب على القاضي قبل أن يقوم بتطبيقهم يلزم بمخاطبة المرجع الديني وفق نص المادة ٧٢ب) الذي نصت على أنه " يشترط موافقة المرجع الديني في الحالات الثلاثة المتقدمة في المواد (٧٠-٧١-٧٢)" ويحكم القاضي على الزوج بمعاشرة

(١) احمد بن غانم بن سالم بن مهنا، الفواكه الدواني، دار الفكر، بيروت، ١٩٩٥، ص ٤٤.

(٢) ابو الحسن علي بن عمر البغدادي، سنن الدار قطني، كتاب النكاح، دار المعرفة، بيروت، ١٩٦٦، ص ٢٧٤.

زوجته معاشرة بالمعروف ونجد أن النص لم يحدد طريقه في الزام القاضي وانما ترك ذلك لتقديره وفق السلطة المتمتع بها القاضي ولا يجوز له أن يحكم بتفريق قبل موافقة المرجع والشرط الرابع هو يجب على القاضي أن يقوم بالتأكد من صحة ادعاءات الزوجة قبل أن يطلب موافقة المرجع ويكون هذا التأكد من خلال شهادات موثقة تؤيد حقيقة ما تدعيه الزوجة من تقصير الزوج في الوفاء بحقوقها التي منحتها لها مدونة الأحكام الجعفرية حسب ما ورد في نص المادة ٧٣ من المدونة^(١).

وايضا هنالك قرار صادر من محكمة الأحوال الشخصية في دار السلام حيث (ادعت المدعية بأن المدعى عليه زوجها وبسبب كثرة الخلافات والمشاكل بينهم طلبت دعوته للمرافعة والحكم بالتفريق واصدرت المحكمة حكمها برد دعوى المدعية بتاريخ ٢٠٢٥/١١/٢١٣ وعند الطعن في القرار وجد أن الحكم صحيح كون أن مدونة الأحكام الجعفرية لم تتضمن احكامها اشارة الى التفريق للخلافات حسب المواد (٧٢١٧١٧٠) لذا قرر تصديقه من حيث النتيجة ورد الطعون)^(٢).

وكذلك يجب على القاضي أن يتأكد من تقصير الزوج وعدم الالتزام بحقوق زوجته ويرفض تطبيقها في ذات الوقت أو تطلب الزوجة التفريق لأنها تكره الزوج ولا تستطيع الاستمرار بالحياة الزوجية والشرط الخامس هو موافقة المرجع الديني على ايقاع الطلاق وهو المرجع الديني الاعلى أي من يقلده اكثر الشيعة في العراق أن وجد والا فاشهر المراجع المعروفين في الفقه والعادلة في النجف الاشرف حسب نص المادة ٧٣ من مدونة الأحكام الجعفرية^(٣).

كذلك اذا هجر الزوج زوجته وترتب على هذا الهجر ضرر يلحق بها لحرمانها من المعاشرة الزوجية لذلك اعطى المشرع الحق لها في طلب التفريق للهجر حسب نص المادة ٤٣ من قانون الأحوال الشخصية أولا (اذا هجر الزوج زوجته مدة سنتين أو اكثر بدون عذر مشروع وان كان الزوج معروف الإقامة وله مال تستطيع الانفاق منه)^(٤) ونجد أن المشرع استعاض عن الغيبة

(١) مصطفى ابراهيم الزلمي، مدى سلطان الارادة في الطلاق في الشرائع والقوانين والاعراف خلال اربعة الاف سنة، ط١، بدون مكان وسنة نشر، ص ٣٦٦.

(٢) قرار محكمة الاحوال الشخصية في دار السلام ، بالعدد ٢٠٢٦ ١٣٣٨٥ ، التسلسل ٣٥٢٢ ، بتاريخ ٢٢-٢-٢٠٢٦ ، غير منشور .

(٣) حيدر الشمري، مصدر سابق، ص ٢٦٠.

(٤) قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ ، المادة (٤٣/ اولاً) .

بالهجر أي يشترط لطلب التفريق للهجر أن يهجر الزوج زوجته وعدم معاشرتها وعدم التقرب منها وان يكون هذا الهجر لسبب غير مشروع والمشرع لم يحدد الاعذار المشروعة أو غير المشروعة وانما تركها للقاضي ويشترط أن يلحق هذا الهجر ضرر بالزوجة^(١).

ومدونة الأحكام الجعفرية فنصت المادة (٧١) (إذا هجر الزوج زوجته هجر تام وان لم يترك الانفاق عليها فصارت كالمعلقة لاهي ذات زوج ولا هي مطلقة جاز لها رفع امرها الى القاضي فيقوم القاضي بطلب احد الامرين أما العدول عن هجرها اوو تسريحها بالطلاق) ويشترط أن تقيم الزوجة دعوى تطلب فيها التطليق للهجر وان يكون هجر تام أي تترك بيت الزوجية حتى وان كان هنالك ما تنفقه الزوجة على نفسها ويقوم القاضي بالتأكد من صحة ادعاءها ويتحقق من ثبوت التقصير من جانب الزوج وان الزوجة رفعت هذه الدعوى بسبب تعسر الحياة الزوجية ويشترط بهذا التطليق موافقة المرجع الديني في النجف الاشرف^(٢).

حيث جاء في (قرار صادر من محكمة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية حيث قامت الزوجة برفع دعوى امام محكمة الأحوال الشخصية في الديوانية تطلب فيها التفريق للضرر مدعية تعذر استمرار الحياة الزوجية ولكن المحكمة اصدرت قرار برد المدعية وتحميلها المصاريف والرسوم ولم ترض بالحكم لذلك بادرت بالطعن عن طريق وكيلها حيث تبين عند الطعن وجود حجة رسمية للمدعى عليه باختيار المذهب الجعفري مرجع الى أحواله الشخصية وان قرار المحكمة مخالف الى أحكام المذهب المختار أي مخالف الى الشرع والقانون لذلك قررت محكمة التمييز اعادة الدعوى الى المحكمة من أجل اعادة النظر بالقرار على أساس هذه الحجة ويجب أن تقوم بتكليف الضرر في ضوء المواد (٧٠- ٧١- ٧٣)^(٣).

(واستقرت أحكام القضاء العراقي أي يجب أن يكون الهجر من جانب الزوج أما اذا كان الهجر من جانب الزوجة بسبب امتناعها عن العودة لدار الزوجية رغم سعي الزوج من أجل الاصلاح بينهم وهذا ما أكدته محكمة الأحوال الشخصية في الديوانية اذا قضت برد دعوى المدعية بطلب التفريق للهجر استنادا الى أحكام المادة ٧١ من مدونة الأحكام الجعفرية إذ نصت ا الهجر

(١) عبد الكريم زيدان، المفصل في احكام المرأة والبيت المسلم، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٩٧، ص ٨٨.

(٢) حيدر الشمري، مصدر سابق، ص ٢٤٦- ٢٤٧.

(٣) قرار هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية، في العدد ١١٧٩٥٩ / ٢٠٢٥، في التسلسل ١٧٩٨٢، بتاريخ، ٢٠٢٥، ١٢، ٢٤، قرار غير منشور .

الموجب للتفريق هو الهجر الذي يترك الزوجة معلقة أي هجرها هجر تام والزوج اكد أن الهجر يعود الى الزوجة حيث ارسل وساطات عشائرية واقام دعوى المطاوعة وهذا نفي الهجر من جانبه واثبت أن الامتناع صادر من جانب الزوجة^(١).

وايضا هنالك قرار صادر من محكمة الأحوال الشخصية في الدجيل حيث (ادعت المدعية بأن المدعى عليه زوجها قد هجرها لأكثر من سنتين لذا طلبت دعوته للمرافعة والحكم بالتفريق للهجر بتاريخ ٢٠٢٦/١٣/٢٥ واعتباره طلاق بائن بينونة صغرى واقع للمرة الأولى ولا تحل له الا بعقد ومهر جديد والزام المدعية بالعدة الشرعية البالغة ثلاثة قروء من تاريخ الحكم ولايجوز لها الزواج من رجل اخر الا بعد انتهاء العدة واكتساب الحكم الدرجة القطعية وعند الطعن بالقرار وجد أنه غير صحيح ومخالف الى أحكام الشرع والقانون حيث ثبت أن المدعية مقيمة في دار اهلها وليس في دار الزوجية وإذ إن الهجر الموجب للتفريق استنادا الى أحكام المادة (٢١٤٣أولاً) من قانون الأحوال الشخصية أن يكون الهجر من جانب الزوج بدون عذر مشروع ومقيمة في دار الزوجية وتمكن نفسها وعدم تحقق ذلك والمحكمة لم تتبع ذلك فتكون دعواها واجبة الرد)^(٢).

وكذلك اذا لم يطلب الزوج زوجته للزفاف غير المدخول بها خلال سنتين من تاريخ العقد ولا يعتد بطلب الزفاف اذا لم يتم في ايفاء حقوقها، وفي المادة (١١٤٣) من قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) الذي نصت على أنه " للزوجة طلب التفريق اذا حكم على زوجها بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات أو اكثر ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه " وفق هذه المادة أن الزوجة تستطيع طلب التفريق اذا حكم على زوجها ثلاث سنوات أو اكثر لكون أن الزوجة لديها امور معنوية تحتاج الى تليينها حتى وان ترك لها مال تستطيع أن تنفق منه ، ولكن نلاحظ في قرار صادر من محكمة الأحوال الشخصية في البصرة على (ادعت المدعية في محكمة الأحوال الشخصية في البصرة بان المدعى عليه زوجها ولكونه محكوم بعقوبة مقيدة للحرية لمدة عشر سنوات لذا طلبت دعوته للمرافعة والحكم بالتفريق استنادا الى نص المادة (١١٤٣) والمحكمة اصدرت قرار برد دعوى المدعية ولكن طعن بالقرار ووجد أنه صحيح وموافق الى أحكام الشرع

(١) قرار محكمة الاحوال الشخصية في الديوانية، العدد ١٧٣٩٥ ش، ٢٠٢٥، بتاريخ ٢٣، ١٢، ٢٠٢٥، غير منشور .

(٢) قرار محكمة الاحوال الشخصية في الخالدية ، بالعدد ١٩٣٦٩ ٢٠٢٦ ، بالتسلسل ٩٤٢٧ ، بتاريخ ٢٠٢٦/١٥/١٧ ، غير منشور .

والقانون للأسباب التي استند إليها لأن مدونة الأحكام الجعفرية التي تسري على المتداعين لم تتضمن احكاما خاصة للتفريق وانما حددت حالات خاصة تجيز للزوجة الطلب في المحكمة ايقاع الطلاق وليس منها الحالة موضوع الدعوى لذا قرر تصديق الحكم^(١).

ومن خلال هذا يتبين أن شروط المطلوبة لحصول التفريق القضائي هي أن يكون هنالك عقد زواج صحيح صادر من محكمة مختصة أما اذا كان عقد شرعي فلا بد من مصادقته من المحكمة وتكون زوجة غير مدخول بها من قبل الزوج لأن اذا كانت مدخول بها سقط حقها في طلب التفريق^(٢)

ولابد أن تمضي سنتين على العقد ولم يطلب الزوج زوجته للزفاف بدون عذر مشروع أما مدونة الأحكام الجعفرية لم تعالج هذه المسألة وهذا يعني الرجوع الى المجلس العلمي في النجف الاشرف وكذلك التفريق للعيوب الجنسية نجد ان المشرع العراقي اعطى لكلا الزوجين طلب التفريق في العيوب في المادة (٤٣) أولا في الفقرة الرابعة الذي نص (اذا وجدت الزوجة زوجها عينا أو مبتلى بما لا يستطيع معه القيام بالواجبات الزوجية سواء لا سباب عضوية أو نفسية أو اذا اصيب بذلك بعد الدخول بها وثبت عدم شفائه بتقرير طبي من لجنة مختصة أما اذا وجدت المحكمة أن السبب نفسي فتؤجل التفريق لمدة سنة شرط أن تمكن زوجها من نفسها خلال السنة)^(٣).

اما المدونة فقد اشارت للعيوب والعلل الجنسية ونظمتها في المادة ٥٧ (العيوب التي توجب خيار الفسخ قد تكون في الزوج وقد تكون في الزوجة) وقد اشارت المادة ٥٨ الى عيوب الزوج وهي اربعة عيوب وهي الجنون والعن والخصاء والجب^(٤) أما المادة ٥٩ اشارت الى عيوب الزوجة وهي سبعة الجنون والجدام والبرص والقرن والافضاء والعمى والعرج البين^(٥).

فهذه امور تبيح لهم طلب الفسخ واشارة المدونة في المادة (٦٠) من المدونة الى سقوط حق الفسخ في تأخير صاحب الحق عن ممارسة الخيار اكثر من المدة المعروفة والمتعارف عليها بعد

(١) قرار محكمة الاحوال الشخصية في البصرة، العدد ١٩٩٣٣ ٢٠٢٦، بتاريخ ١٧،٥، ٢٠٢٦، غير منشور

(٢) ابراهيم عبد الرحمن ابراهيم، الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية، دار العلم والثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٩، ص ٢٤٤

(٣) قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩، المادة ٤٣ أولا الفقرة ٤.

(٤) مدونة الاحكام الجعفرية رقم ١ لسنة ٢٠٢٥، المادة ٥٨.

(٥) المرجع السابق المادة ٥٩ .

علمه بالعيب وثبوت حق الخيار والمدونة اعطت خيار الفسخ اذا كان التأخير بسبب مشروع مثل انتظار مشورة اهل أو فقيه أما بدون عذر فيسقط حق الفسخ^(١).

أما في حالة عقم الزوج في المادة ٤٣ الفقرة الخامسة نص (اذا كان الزوج عقيماً أو ابتلى بالعقم بعد الزواج ولم يكن لها ولد منه على قيد الحياة) يجوز لها طلب التفريق لكن المشرع اغفل أن اذا كانت الزوجة تعلم في العقم قبل الزواج ووافقت على ذلك برضاها أو أن يستمر العقم مدة من الزمن وتكون هي قادرة على الانجاب^(٢) ما مدونة الأحكام الجعفرية نصت في المادة (٦١) (العقم ليس من العيوب الموجبة للخيار في طرف الرجل ولا في طرف المرأة)^(٣) مما يعني لا يجوز طلب الفسخ بسبب العقم سواء الزوج أو الزوجة أما التفريق للعيوب المرضية فنصت عليها المادة ٤٣ سادساً من قانون الأحوال الشخصية (اذا وجدت بعد العقد أن زوجها مبتلى بعلّة لا تستطيع معاشرته بلا ضرر مثل الجذام... ووجدت المحكمة زوال العلة بعد الكشف الطبي فتؤجل التفريق حتى زوال العلة ويجوز لها أن تمتنع عن معاشرته خلال مدة التأجيل أما اذا وجدت أن العلة لا تزول وامتنع الزوج عن الطلاق واصرت الزوجة على طلبها فيحكم لها القاضي بالتفريق)^(٤) وهذا ماذهبت اليه محكمة الأحوال الشخصية في الخالدية (حيث ادعت المدعية في محكمة الأحوال الشخصية في الخالدية بأن المدعى عليه زوجها وللضرر يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية لذا طلبت دعوته للمرافعة والحكم بالتفريق للضرر واصدرت المحكمة حكماً برد دعوى المدعية في ٢٠٢٥/١١/٢١ وعند الطعن وجد أنه غير صحيح ومخالف الى أحكام الشرع والقانون إذ كان على المحكمة اجراء تحقيقاتها وفق المادة (٤٣ أو ٤١) لأن المدعى عليه مصاب بعنه نفسية فكان عليها تأجيل التفريق لمدة سنة والايضاح للمدعية أن تمارس دورها الايجابي بصدد تمكين نفسها لزوجها

(١) محمد سلام مذكور، التعقيم والاجهاض من وجهة نظر الاسلام، بحث منشور في كتاب الاسلام وتنظيم الاسرة، ضمن ابحاث المؤتمر الاسلامي المنعقد في الرياض ٢٩، ٢٤، في شهر ١٢، ١٩٧١، ص ٢٨٨.

(٢) سعيد عبد المالك عبد القادر، التفريق بين الزوجين للعيوب، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، الجامعة الاردنية، ١٩٩٣، ص ١١٥.

(٣) مدونة الاحكام الجعفرية، رقم ١ لسنة ٢٠٢٥، المادة ٦١ .

(٤) قانون الاحوال الشخصية، رقم ١٨٨، لسنة ٢٠٢٥، ٤٣ سادساً .

خلال المدة المذكورة لأن التقرير الطبي يشير الى أن الزوج مصاب بعنة نفسية لذا قرر نقض القرار واعادته الى المحكمة^(١).

و المدونة قد دمجت العيوب بالعلل التناسلية واجازت لكلا الزوجين خيار الفسخ وفق المواد من ٥٧ الى ٦٣ المار ذكرها سابقا أما التفريق لعدم الانفاق على الزوجة والمشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية في المادة ٤٣ أولا الفقرة السابعة نص على أنه (اذا امتنع الزوج عن الانفاق عليها من دون عذر مشروع بعد امهاله مدة اقصاها ستون يوم) يجوز لها طلب التفريق بشرط أن تحصل على قرار يلزم زوجها في تأدية النفقة لها ويودع هذا الكم لدى دائرة التنفيذ وهذا الحكم مشمول بالنفذ المعجل ويمتنع الزوج عن تنفيذ قرار الحكم وفي هذه الحالة يمهل المنفذ عدل الزوج الممتنع مدة اقصاها ستون يوم وتحسب من تاريخ القرار في الامهال وهي مدة سقوط^(٢).

(وقد قضت محكمة الأحوال الشخصية في الديوانية بالتفريق القضائي بين الزوجين بسبب امتناع الزوج عن الانفاق على زوجته رغم يسره وبعد اكمال المهلة المحددة قانونيا فو ٦٠ يوم المحددة في قانون الأحوال الشخصية فوقع الطلاق واعتبر واقع وهو طلاق بائن بينونة صغرى^(٣)) وفي مدونة الأحكام الجعفرية فنصت المادة ٧٠ من المدونة (اذا امتنع الزوج عن الانفاق على زوجته فطالبتة في الطلاق وامتنع فيجوز لها أن ترفع امرها الى القاضي فيطلب منه القيام في احد الامرين أما الانفاق أو الطلاق واذا لم يستجيب ولم يمكن الزامه يجوز للقاضي أن يطلقها استجابة لطلبها فينشئ في الصيغة الشرعية بقوله (فلانة زوجة فلان طالق)^(٤).

ومن شروطها أولا أن تقيم دعوى تطلب فيها التطلق لعدم الانفاق وثانيا أن يقوم الزوج بعدم الانفاق وعلى القاضي أن يتأكد من صحة ادعاءات الزوجة بما تدعيه من تقصير الزوج من

(١) قرار محكمة الاحوال الشخصية في الخالدية ، بالعدد ٢٠٢٦١٣٤١ ، بالتسلسل ٤٥٩ ، بتاريخ ٢٠٢٦١١١٢ ، غير منشور

(٢) ابو الوليد محمد بن احمد بن محمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الكتب العلمية، بيروت، ص ١٠٠.

(٣) قرار محكمة الاحوال الشخصية في الديوانية، العدد ١٨٢٢١ ش ٢٠٢٥ ١، بتاريخ ١٢، ٢٠٢٥، غير منشور

(٤) مدونة الاحكام الجعفرية، رقم ١ لسنة ٢٠٢٥، المادة ٧٠

دون تقصير منها في اداء الحقوق الثابتة التي اشارت لها المادة ٧٣ من المدونة والقاضي يتحقق من ثبوت التقصير ويوقع الطلاق بالصيغة الشرعية وثالثا موافقة المرجع الديني على ايقاع الطلاق^(١).

وقد ذهبت محكمة التمييز الاتحادية في العراق في تقييد حق الزوجة في طلب التفريق القضائي لعدم الانفاق اذا كان زوجها موظف لانها يجب أن تستنفد كل الطرق في الحصول على النفقة من خلال ايداع قرار الحكم لدى دائرة التنفيذ من أجل استقطاعه من الراتب مما جعل الدعوى فاقدة لسندها وعدم الحكم لها بالتفريق لانها لم تقوم في ايداع القرار لدى دائرة التنفيذ^(٢)، وفي قرار صادر من محكمة الأحوال الشخصية في البياح في مسألة عدم الانفاق ونص القرار (ادعت المدعية في محكمة الأحوال الشخصية في البياح بان المدعى عليه زوجها وسبق وان اصدرت المحكمة حكما يقتضي الزامه بدفع النفقة وانه لم يقوم بدفع النفقة الملزم بها لذا طلبت دعوته للمرافعة والحكم بالتفريق لعدم الانفاق والمحكمة صدرت قرار يقضي بالحكم بالتفريق لعدم الانفاق واعتباره طلاق بائن بينونة صغرى بحيث لا يجوز مراجعتها الا بعقد ومهر جديد ويجب عليها لزم العدة الشرعية البالغة ثلاثة قروء وعليها عدم التزوج الا بعد انقضاء العدة واكتساب الحكم الدرجة القطعية ، ولكن المدعى عليه طعن بالقرار وعند النظر في القرار من قبل محكمة التمييز وجد أنه غير صحيح ومخالف الى أحكام الشرع والقانون لأن المدعية اقامت دعواها للمطالبة بالتفريق لعدم الانفاق وان مدونة الأحكام الجعفرية لم يرد فيها اشارة للتفريق مما كان يقتضي على المحكمة تكليف المدعية بتوضيح طلباتها الواردة في عريضة الدعوى والمادة القانونية من مدونة الأحكام الجعفرية التي تستند اليها في ذلك لكي يتسنى اتخاذ الاجراءات والتحقيقات اللازمة بشأنها وان ذهب المحكمة الى تطبيق أحكام قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل لا سند له من القانون بعد ثبوت اختيار المتداعيين تطبيق أحكام المذهب الجعفري والمحكمة صدرت قرارها من دون مراعاة ما تقدم لذلك نقض القرار واعادته الى المحكمة^(٣)

وكذلك حالة التفريق لعدم الدخول بالزوجة نصت عليها المادة ٤٣ ثانيا (للزوجة طلب التفريق قبل الدخول وعلى المحكمة أن تقضي في التفريق بعد أن ترد الزوجة بها الى الزوج ما

(١) حيدر حسين كاظم الشمري، مصدر سابق، ص ٢٦٩

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية، هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية، العدد ٢٤٥٧، هيئة الاحوال الشخصية ٢٠٢٦، التسلسل ٢٦٥٨، بتاريخ ٢٠٢٦، ٢٠١، غير منشور

(٣) قرار محكمة الاحوال الشخصية في البياح، بالتسلسل ١٠٦٨، بتاريخ ٢٠٢٥، ٣٠، ١١، غير منشور .

قبضته من مهر وجميع ما تكبده من اموال ونفقات ثابتة صرفها لغرض الزواج) والقانون اعطى الزوجة حق طلب التفريق في هذه الحالة حتى وان لم يكن هناك سبب للتفريق^(١) أما المدونة فلم تتطرق الى هذه الحالة وهي ليست ضمن حالات التفريق التي اشارت اليها مما يعني الرجوع الى المجلس العلمي

أما التفريق لفقدان الزوج فنصت عليه المادة ٤٣ رابعا من قانون الأحوال الشخصية نصت (الزوجه المفقود زوجها بصورة رسمية يحق لها أن تطلب من المحكمة طلب التفريق بعد مرور اربع سنوات وعلى المحكمة أن تتثبت من استمرار فقدانه بنفس طريقة التي ثبت بها فقدانه ثم تصدر قرار التفريق ويجب أن تعتد الزوجة بعد الحكم اربعة اشهر وعشرة ايام) أما اذا عاد زوجها وهي في فترة العدة فتستمر الزوجية بينهم وكذلك اذا عاد وهي غير مدخول بها من الزوج الثاني غير عالم بحياة المفقود فيفرق بينهم وتعود الى زوجها الأول^(٢).

وايضا يجوز للزوجة طلب التفريق للضرر بسبب الامراض وهذا ماذهبت اليه محكمة الأحوال الشخصية في البياع (ادعت المدعية في محكمة الأحوال الشخصية في البياع بأن المدعى عليه زوجها مصاب بمرض يصعب معه استمرار الحياة الزوجية لذا طلبت دعوته للمرافعة والحكم بالتفريق وفق أحكام المادة (٤٣) من قانون الأحوال الشخصية واصدرت المحكمة قرار برد الدعوى وعند الطعن وجد أن القرار غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون إذ كان على المحكمة بعد ثبوت اصابة المدعى عليه بمرض السفسلس من خلال اجابة مديرية صحة بغداد الاستفسار من الجهة الصحية المذكورة اذا كان المرض من الامراض الخطيرة والمعدية والمحتمل انتقالها الى الزوجة إذ إن المحكمة اصدرت حكمها من دون مراعاة ما تقدم لذا قرر نقضه و اعادته الى المحكمة)^(٣).

أما في مدونة الأحكام الجعفرية فتعد هذه الحالة من اكثر الأحوال المعقدة وعالجتها في التفصيل في المادتين ١٥٢ و ١٥٣ والمدونة اشترطت موافقة المرجع الديني من أجل حماية الاسرة وفق نص المادة (١٧٣ب) كون أن القاضي لا يعتبر حاكم شرعي ولا تنطبق عليه الشروط الواجب

(١) محمد بن احمد بن مصطفى ابو زهرة، عقد الزواج واثاره، دار الفكر العربي، القاهرة، بدون سنة طبع، ص ٢٨٠.

(٢) ينظر: شمس الدين محمد بن احمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، دار الفكر، بيروت، ١٩٩٤، ص ٤٤٥.

(٣) ينظر - قرار محكمة الاحوال الشخصية في البياع ، بالعدد ٢٠٢٦١١٥٦ ، التسلسل ١٢٠ ، بتاريخ ٢٦/١١/٢٠٢٦ - غير منشور.

توفرها أي بمعنى حجت من دور القاضي أما الآثار الذي نصت عليها المادة ١٥٣ الآثار الشرعية من أن الزوج اذا ظهر في فترة العدة فيحق له أن يراجع زوجته أما اذا بعد العدة فلا بد أن يكون هنالك عقد جديد لأن بعد انتهاء العدة تنتهي الرابطة الزوجية أما اذا لم يكن البحث عنه بطريقة كافية من أجل التحقق من فقدانه فيبطل الطلاق ^(١) وكذلك حالة التفريق بسبب تبعية الزوج لدولة اخرى ونصت على هذا المادة (٣١٤٣) أما المدونة لم تنص على ذلك والقاضي ممكن أن يقوم بالتفريق اذا اثبتت الزوجة أنه لحقها ضرر بسبب هذه التبعية ولكن بشرط موافقة المرجع الديني.

الفرع الثاني

التفريق بين الزوجين بحكم الشرع

التفريق بين الزوجين بحكم الشرع يستند الى مبادئ أساسية في الشريعة الإسلامية منها قاعدة لا ضرر ولا ضرر وهناك حالات كثيرة يتم بموجبها التفريق منها (اللعان ، والايلاء ، والظهار) وبموجبها يفسخ العقد تلقائياً ثم يأتي قرار القاضي بالفرقة كاشفاً لا منشئاً في الشريعة الإسلامية يقصد به الطرد والابعاد عن الخير وهي شهادة مؤكدة بالأيمان بين الزوجين مقرونة باللعن والغضب من الله تعالى وان مشروعية اللعان مؤكدة في القرآن وفق قوله تعالى (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ ۖ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ، وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ، وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ ۖ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ، وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ) وكذلك جاءت مشروعية اللعان في السنة النبوية^(٢)

فما ثبت في الصحيحين من حديث سهل بن سعد أن عويمرا العجلاني قال لعاصم بن عدي :أ رأيت لو أن رجلا وجد مع امراته رجلا يقتله فتقتلونه ،ام كيف يفعل ؟ فسل لي رسول الله فسال رسول الله صلي الله عليه وعلى اله وسلم فكره الرسول هذه المسائل وعابها حتى كبر على عاصم ما يسمع من رسول الله ثم أن عويمرا سال الرسول عن ذلك فقال :قد نزل فيك وفي صاحبك فاذهب فات بها فتلاعنا عند رسول الله فلما فرغا قال : كذبت عليها يا رسول الله أن امسكتها فطلقها ثلاثا قبل أن يامر به رسول الله فقال الزهري فكانت هذه سنة المتلاعنين وان صيغة اللعان هي أن

(١) مدونة الاحكام الجعفرية، رقم ١ لسنة ٢٠٢٥، المادة ١٥٢ و ١٥٣.

(٢) يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الاسلامي، بيروت، ١٩٨٥، ١٧٨.

يبدأ الزوج بقول أربع مرات (أشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميت به فلانه من الزنا أو من نفي ولدها) ثم يقول في الخامسة (ان لعنة الله علي أن كنت من الكاذبين فيما رميتها به من الزنا أو من نفي الولد) ثم تقول الزوجة (أشهد بالله أنه من الكاذبين فيما رماني به من الزنا أو من نفي الولد) ثم تقول في الخامسة (ان غضب الله علي أن كان من الصادقين فيما رماني به)^(١).

ونلاحظ أن الفقهاء اختلفوا في الفاظ اللعان هل هي شهادات أو ايمان على قولين حيث ذهب المالكية ووالشافعية والحنابلة والاباضية وابن حزم على أنها ايمان أما الحنفية واهل الرأي الى أنها شهادات مؤكدة بالايمان وهو رواية عن احمد إذ إن جماعة القول الأول استدلوا من قول الرسول حيث سمي الفاظ اللعان ايمانا في قوله (لولا الايمان لكان لي ولها شأن) وكذلك قالوا لو كانت شهادة لوجب على المراه أن تشهد ثمان مرات وتلتعن مرتين لأن شهادة المرأة نصف شهادة الرجل وفي اللعان يستوي الرجل والمرأة فهذا دليل على أنها ايمان وليس شهادة وكذلك قالوا أنه لا تقبل شهادة المرء لنفسه وفي اللعان يدرا في الفاظ اللعان الزوج حد القذف عن نفسه وتدرا الزوجة بها حد الزنا وكذلك لو كانت الفاظ اللعان شهادة لما تكررت أربع مرات لأن ليس هناك حاجة للتكرار في الشهادات أما الايمان فقد يشرع فيه التكرار كايمن القسامة^(٢)

اما ادلة اصحاب الرأي الاخر الذين ذهبوا الى أنها شهادة استدلوا على ذلك أنه الله سبحانه وتعالى سمي الزوجين شهداء في قوله تعالى (وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ) وان الله سبحانه وتعالى جعل هذه الالفاظ بدلا من الشهود وقائمة مقامهم عند عدم وجود الشهود وفق قوله تعالى (وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ) واما قولهم أن القاعدة استقرت على أن الشهادة في جانب المدعي واليمين في جانب المدعى عليه فليس صحيحا ففي القسامة يبدأ في ايمان المدعين لقوة من جانبهم باللوث وكذلك هنا فان جانب الزوج اقوى من جانبها لأنها لا غرض لها في هتك عرضها وافساد فرشه^(٣)

ان اسباب اللعان ترجع الى سببين ههما قذف الزوج لزوجته المدخول بها في فعل الزنا وادعاء المشاهدة وعدم البينة والثاني هو انكار من ولد على فراشه منها في حالة اذا ولد لستة اشهر

(١) كمال الدين محمد بن عبد الواحد، شرح فتح القدير، دار الفكر، بيروت، بدون سنة نشر، ص ١٢٩.

(٢) شمس الدين ابو عبد الله محمد بن ابي بكر الزرعي الدمشقي، زاد المعاد في هدى العباد، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٩٨، ٣٥٩.

(٣) محمد بن يوسف اطفيش، شرح النيل وشفاء العليل، ج٧، دار الفتاح، بيروت، ١٩٧٢، ص ٣٦٦.

فاكثر ولم يمضي على حملها اقل مدة للحمل وفي هذه الحالة يقوم الزوج برفع دعوى من أجل التفريق وبعد التأكد من صحة الادعاء يحكم القاضي بالتفريق بينهما وينفي نسب الولد عنه ويكون ولد اللعان مثل ولد الزنا وان من أهم الآثار الذي تترتب على اللعان هي سقوط حد الرجم عن الزوجة الملاعنة وكذلك يحكم بالفرقة بينهم ويكون التحريم بعد اللعان هو حرمة مؤبدة واذا كان هنالك ولد فينفي نسبه من الزوج الملعان ويلحق بالمرأة في الاتفاق وان المرأة المفسوخة في اللعان ليس لها سكن ولا نفقة في مدة العدة^(١).

ونجد أن قانون الأحوال الشخصية لم يذكر اللعان كنص مستقل أو مادة خاصة وترك للقاضي سلطة تقديرية مستند في ذلك الى أحكام الشريعة الإسلامية حسب نص المادة الأولى الفقرة الثانية الذي نصت على أنه (اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون)^(٢).

اما مدونة الأحكام الجعفرية فقد نظمت اللعان في المادة ٤٣ إذ نصت على أنه (اللعان مباهلة خاصة بين الزوجين فيما رمى الزوج زوجته بالزنى أو نفى أن ينتسب اليه من ولده مع لحوقه به ظاهرا واذا تم اللعان بشروطه يفسخ عقد الزواج بين الطرفين وتحرم المرأة على الرجل حرمة مؤبدة) وان من الآثار الذي تترتب على اللعان وفق المدونة هي انفساخ عقد الزواج فورا أي أن العلاقة الزوجية تتحل بمجرد تمام اللعان ولا تحتاج طلاق لأن اللعان اقوى من الطلاق وتحرم عليه حرمة مؤبدة حتى لو اعترف بخطاه فيما بعد ويسقط عن الزوج حد القذف لأن اللعان شرع لرفع هذا الحد عنه ونفي الولد^(٣).

حيث أنه باللعان لا ينسب الولد اليه أما اذا كانت الزوجة خرساء وصماء فنصت المدونة في المادة (٤٤) أنه (اذا قذف الزوج امراته الخرساء والصماء بالزنى حرمت عليه مؤبدا) لان لا يمكن اجراء اللعان بين الطرفين ووفق الشروط الشرعية وبمجرد أن الزوج يرمي زوجته الصماء والخرساء بالزنى تحرم عليه مباشرة حرمة مؤبدة من دون اجراء اللعان لأن الشرع يمنع استمرار العلاقة بعد القذف الذي لا يمكن دفعه^(٤).

(١) ابو محمد عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل الدرعي، سنن الدرعي، ط١، دار القلم، دمشق، ١٩٩١، ص ٨٢٠

(٢)، قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨، لسنة ١٩٥٩، المادة ١ الفقرة الثانية

(٣) حيدر الشمري، مصدر سابق، ٣٠٨

(٤) حيدر الشمري، مصدر سابق، ص ٣٠٨

الايلاء ايضاً يعتبر سبب من اسباب التفريق بحكم الشرع وهو أن يحلف الرجل على امراته أن لا يجامعها أو هو ترك وطء الزوجة اربعة اشهر أي أن الزوج يعد ولياً بمجرد انتهاء الاربعة اشهر وقد يستند في مشروعيته الى القران الكريم وفق قوله تعالى (لَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ۖ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ، وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ) وان الغرض من ذلك أن الجاهلية كانوا يستعملون الايلاء من أجل ايداء المرأة حيث يجعلونها كالمعلقة لاهي ذات زوج ولاهي مطلقة^(١).

فوضع الإسلام حدا لا يجوز للزوج أن يتجاوزه وهو مدة اربعة اشهر وإذا كان أكثر فهو حرام أما إذا كان أقل فهو لغرض التأديب ويجب أن يتم الايلاء بالألفاظ الصريحة مثل والله لا اتيتك ولا اجامعك وغيرها من الالفاظ وايضاً يتم بالكتابة إذا قصد به عدم الجماع وان الايلاء يكون على صورتين وهما الايلاء في حالة الرضا وهو الذي يصدر من الزوج وهو ليس في حالة غضب ولا تتوفر لديه نية الاضرار بزوجه حيث لا يؤخذ بالايلاء وفق هذه الحالة ولا يترتب عليه اثر أو حكم شرعي والحالة الثانية هي الايلاء في حالة الغضب بمعنى أن يصدر الايلاء من الزوج وهو في حالة غضب فيحلف على ايلاء زوجته لمدة اربعة اشهر أو أكثر ومن وجه نظري الحالة الثانية هي الاقرب كون أن القصد أو النية ركن أساسي في كل التصرفات وان مقومات الايلاء هي حالف ومحلوف عليها ومحلوف عليه ومحلوف به^(٢).

ولكل من هذه المقومات شروطها الخاصة فالحالف يجب أن يكون زوجاً لمن حلف على ترك وطئها ويجب أن يكون بالغ عاقل مختار غير مكره حيث أنه لا يصح الايلاء من الصغير أو الصبي أما بالنسبة للمحلوف عليها وهي الزوجة أي يجب أن تكون زوجة له أو معتدة من طلاق رجعي سواء كانت مدخول بها أو لا وان تكون قادرة ومطيعه للوطء حيث أنه لا يصح الايلاء من الصغيرة أو القرناء لأن القصد من الايلاء هو الحاق ضرر بها وهذا لا يتحقق إذا كانت الزوجة صغيرة أو من الرتقاء والقرناء^(٣).

(١) محمد تقي المدرسي، احكام الطلاق ومعالجة تفكك الاسرة، دار لاستقلال، ط ١، بدون مكان طبع، ٢٠٠٤، ص ٨٠.

(٢) عبد القادر بن عمر التغلبي الشيباني، نيل المارب بشرح دليل الطالب، ط ١، مكتبة الفلاح، الكويت، ١٩٨٣، ص ٢٥٦.

(٣) مالك بن انس بن مالك الاصبحي المدني، المؤطا، دار التراث العربي، بيروت، ١٩٨٥، ص ٧٧.

أما المحلوف عليه يشترط به أن يكون قاصد ترك الجماع في غير زمن الحيض والنفاس مما تزيد عن أربعة أشهر بكل لفظ يفيد معنى ترك الجماع أما المحلوف به أي أنه من حلف بالله أو أي صفة من صفاته على عدم قربان زوجته المدة المذكورة في القران وهي أربعة أشهر أو أكثر أو يطلق المدة فيكون موليا (١).

أما في حالة الحلف في الطلاق على صوم أو حج فهنا اختلف الفقهاء فذهب جمهور الفقهاء أنه يكون موليا بذلك لأن الإيلاء معناه الحلف سواء كان بالله تعالى أو بغيره فانه يكون موليا ولأن قصده الاضرار بالزوجة أما ذهب احمد في رواية ثانية وابن حزم على أنه لا يعتبر موليا لأن اليمين لا يكون الا بالله تعالى اوصفة من صفاته (٢).

وان الآثار الذي تترتب على ذلك أنه اذا عاد الزوج وعاشر زوجته قبل مضي مدة الأربعة أشهر فقد حنث عن يمينه وعليه كفارة اليمين أما اذا انقضت المدة ولم يعاشر زوجته هنا اختلف الفقهاء في الاثر المترتب حيث ذهب الحنفية الى أنه يقع الطلاق بمضي المدة ولا يحتاج الى قضاء القاضي ويكون طلاق بائن أما المالكية والشافعية والحنابلة الى أنه لا يقع الطلاق بمجرد انتهاء العدة بل يخير بعدها أما أن يطلق أو يفى فان لم يفى رفعت امرها الى القاضي فيطلق عليه طلاق رجعي وروى عن احمد أن وقع بطريق القاضي فيكون بائن واستدل الجمهور بما روى عن سهل بن ابي صالح عن ابيه قال : سألت اثني عشر نفسا من الصحابة عن الرجل يولي فقالوا كلهم : ليس عليه شيء حتى تمضي عليه أربعة أشهر فان فاء والا طلق وهذا ما أشارت اليه الآية القرآنية الكريمة وتدل على أن وقوع الطلاق يكون باللفظ لا في انقضاء المدة (٣).

ونجد أن قانون الأحوال الشخصية لم ينظم الإيلاء في نص مادة محدد وانما نظمها كجزء من الأحكام المتعلقة بالتفريق والتحريم أما بالنسبة الى مدونة الأحكام الجعفرية فقد نصت على الإيلاء من ضمن اسباب التحريم بعنوان اللعان وما في حكمه في المادة (٤٣) من مدونة الأحكام الجعفرية

(١) محمد بن محمد الخطاب الرعيني، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، ١٩٩٢، ص ١٠٨

(٢) محمد بن الحسن الحر العاملي، وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة، مؤسسة ال البيت لاهياء التراث، قم، ايران، ١٩٨٩، ص ٥٤٤

(٣) عثمان بن علي الزبيلي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الكبرى الاميرية، القاهرة، مصر، ١٨٩٦، ص ٢٦٣

ويؤدي الى نفس آثار اللعان اذا لم يتم تداركه في المدة المحددة ودفع كفارة اليمين أما بالنسبة للظهار كسبب من اسباب التفريق بمقتضى الشرع ويعرف على أنه تشبيه الرجل امراته أو جزءا منها يعبر به عن الكل بامرأة محرمة عليه على التأييد أو بعضو منها لا يحل له النظر اليه والظهار يكون مثلا أن يقول الزوج لزوجته انت علي كظهر امي وسابقا كان الجاهلية يعتبرونه صيغة من صيغ الطلاق^(١) (حيث حدث أن اوس بن الصامت ظاهر من زوجته خولة بنت مالك ببن ثعلبة وهي التي جادلت فيه رسول الله صلى الله عليه واله وسلم واشتكت الى الله تعالى وسمع الله شكاها من فوق سبع سموات فقالت يا رسول الله أن اوس بن الصامت تزوجني وانا شابة مرغوب في فلما خلا سني ونثرت له بطني جعلني كامه عنده فقال لها الرسول (ماعندي في امرك شيء) فقالت اللهم اشكو اليك وروي أنها قالت : أن لي صبييه صغارا أن ضممتهم اليه ضاعوا وان ضممتهم الي جاوعا)^(٢).

فنزل قوله تعالى (قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا وَتَشْتَكِي إِلَى اللَّهِ وَاللَّهُ يَسْمَعُ تَحَاوُرَكُمَا ۚ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ بَصِيرٌ) (١) الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مِنْ نِسَائِهِمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتُهُمْ ۚ إِنَّ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ ۚ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَزُورًا ۚ وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُوءٌ غَفُورٌ (٢) وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ۚ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا ۚ ذَلِكَ مِنْكُمْ تُوَعِّظُونَ بِهِ ۚ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ (٣) فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا ۚ فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ۚ ذَلِكَ لِتُؤْمِنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ ۚ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ ۚ وَلِلْكَافِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ (٤))^(٣) ووفق هذه الآية بينت أن الظهار ليس طلاقا ومن فعل ذلك فوجب عليه أن يكفر عن ذلك قبل أن يوطأ زوجته وان الظهار حرام ويعتبر من الكبائر لأن فيه اعتداء على

(١) علاء الدين ابو بكر بن مسعود بن احمد، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٨٦، ص ١٨٠.

(٢) تقي الدين ابو بكر بن محمد بن عبد المؤمن الدمشقي، كفاية الاخيار في حل غاية الاختصار، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٩٤، ص ١١٦.

(٣) الآية (١-٤) من سورة المجادلة.

حق الشارع في التحليل والتحريم وتغيير حكم الله تعالى ويجب على من اتى الظهار أن يكفر عن ذلك بالكفارة قبل أن يطأ زوجته^(١).

وان الصيغة المحددة للظهار يجب أن تكون في الالفاظ الصريحة أو الكناية والصريح هو ما لا يحتمل الإظهار مثل قوله انت علي كظهر امي وفي هذه الحالة تحرم عليه زوجته لمظاهرتها منها من دون التوقف على النية أما الكناية مثلا يقول الرجل انت علي كأمي وفي هذه الحالة اذا كان يقصد أنها مثل امه في التحريم أي بمعنى لابد من أن يكون لديه قصد الظهار فيكون ذلك طلاق وكان الجاهلية يعتبرون الظهار حرمة مؤبدة ولكن الإسلام جعلها حرمة مؤقتة يجوز الرجوع عنها عندما يدفع كفارة عن ذلك^(٢).

اما بالنسبة الى اركان الظهار فهي اربعة اركان وهي المظاهر وهو الزوج يجب أن يكون عاقل بالغ مسلم ويجب أن يكون مختارا غير مكره على ايقاع الظهار حيث أنه لا يقع الظهار من الصبي والمجنون والمعتوه ويجب أن يكون قاصدا للظهار غير غضبان أما الركن الثاني فهي الزوجة المظاهر منها فيجب أن تكون زوجة حقيقية أو حكما أي تكون معتدة من طلاق رجعي أما اذا كانت معتدة من طلاق بائن أو فرقة اعتبرت فسحا فلا يصح الظهار منها لانها محرمة بدون مظاهره حيث أنه يشترط بها أن تكون زوجة مدخول بها ويجب أن تكون في حالة طهر لم يواقعها فيه أي لا تكون في حالة حيض أو نفاس^(٣).

اما الركن الثالث هو المشبه به وهي الام وكل من هي محرمة حرمة دائمة على الرجل أو عضوا من انثى محرم عليه تحريما مؤبدا لا يحل النظر اليه أما بالنسبة الى الركن الرابع فهو اللفظ ويشمل لفظ الظهار سواء يشكل صريح أو كناية ويشترط عند وقوع الظهار أن يكون هنالك شاهدي عدل يسمعان قول المظاهر^(٤).

(١) مجد الدين عبد الله بن محمود بن مودود، الاختيار لتعليل المختار، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٩٨، ص ١٦٠.

(٢) احمد بن محمد بن احمد العدوي، الشرح الكبير عل مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، بدون سنة نشر، ص ١٧٦.

(٣) السيد الخميني، تحرير الوسيلة، ج٢، ط٢، مؤسسة تنظيم ونشر تراث الامام الخميني، طهران، ١٩٩٠، ص ٣٥٦.

(٤) محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني، شرح الزرقاني على مؤطا الامام مالك، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٠، ص ١٩٣.

وحكم الظهار هو حرام ويجب على المظاهر الامتناع عن وطء زوجته حتى يكفر والكفارة لا تجب بالظهار نفسه وانما تجب الكفارة في العودة والكفارة حددها الله في محكم كتابه الشريف أما تحرير رقبه أو الصيام شهرين متتابعين أو اطعام ستين مسكين وفي حالة اذا لم تستطيع الزوجة على عدم وطئها من قبل الزوج^(١).

فترفع امرها الى القاضي فيقوم القاضي بإحضار الزوج ويخيره فيخيره القاضي بين هذه الامور فان لم يوافق عل ذلك فيمنحه القاضي ثلاثة اشهر من أجل التفكير واختيار احد الامور واذا لم يتخير احد الامور فيقوم بحبسه ويضيق عليه المأكل والمشرب من أجل الاختيار ولا يجوز للقاضي أن يضغط عليه في اختيار احد الامور من دون غيرها بل لابد أن يقوم في الاختيار وفق ارادته^(٢).

ونجد أن قانون الأحوال الشخصية لم ينص عليه في مادة مستقلة بل تناولته ضمن اسباب التحريم وكذلك المدونة لم تنص صراحة على الظهار بل تناولته في المادة ٤٣ ضمن اللعان. ومن خلال هذا يتبين أن القانون الافضل الذي قام بتنظيم هذه المسائل بالتفصيل هي مدونة الأحكام الجعفرية حيث نظمت في المواد ٤٣ و ٤٤ لتنظيم أحكام اللعان والآثار المترتبة عليه وتناولت الايلاء والظهار كأسباب للتحريم أو التفريق أما قانون الأحوال الشخصية لم ينظمهن بطريقة مستقلة وانما تركه الى سلطة القاضي التقديرية.

(١) السيد ابو القاسم بن علي اكبر الخوئي، منهاج الصالحين، ج ٢، ص ٣٠٩، مسألة ١٥٠٢.

(٢) محمد بن ابي بكر بن عبد القادر، مختار الصحاح، دار الفكر، بيروت، ١٩٨١، ص ٢٣

الخاتمة

الخاتمة

في النهاية نأمل أن تكون هذه الرسالة قد حققت الغرض المرجو منها ومن الرائع أن تستذكر مقولة الى المرحوم (عماد الدين الاصفهاني) التي تقول "لا يكتب انسانا في يومه الا وقال في غده لو غير هذا لكان احسن ولو زيد هذا لكان يستحسن ولو قدم هذا لكان افضل ولو ترك هذا لكان اجمل وهذا من اعظم العبر، وهو دليل على استيلاء النقص على جملة التعبير (وفيما يلي سوف نستعرض أهم الاستنتاجات التي توصلنا اليها من خلال الرسالة ، ثم يليها بعض المقترحات التي نطمح أن تكون ذات فائدة علمية وعملية في مجال القانون الخاص.

أولاً : تتمثل النتائج التي توصلنا اليها بالآتي

١. توصلنا أن الرأي الفقهي وفق المذاهب يعرف أنه عملية إستنباطية ترتكز الى ادلة معتبرة من أجل سد الفراغ التشريعي بما يحقق مصلحة الافراد واستقرار المجتمع ويجب أن يكون هذا الرأي مستخرج من ادلة معتبرة حتى يكون هو المنظم الحقيقي الى حياة الافراد.
٢. توصلنا أن الرأي الفقهي من أجل أن يعتمد في عملية سد الفراغ التشريعي لابد أن تتوفر فيه جملة من الشروط ، سواء كانت متعلقة بالفقيه أو بالمنهج المستخرج منه الرأي الفقهي أو شروط تتعلق في واقع المجتمع حتى يتم اعتماده من قبل القاضي وصادر ضمن جملة من الاطر الذي يجب أن يكون الرأي الفقهي مستوفيه حتى يكون معتمد في المجتمع ومنظم فعلي الى حياة الافراد.
٣. ان حجية الرأي الفقهي وفق مدونة الأحكام الجعفرية رقم ١ لسنة ٢٠٢٥ تكون ملزمة للمحاكم وعليها أن تطبقه كما هو وفق اجابة المجلس العلمي من دون أن تغيره على عكس قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ إذ إن الرأي الفقهي لا يتمتع بالحجية ويكون استرشادي.
٤. القاضي لا يتمتع في سلطة تقديرية في النزاع المعروض امامه مطلقا بل ملزم في مخاطبة المجلس العلمي من أجل الاجابة في الدعوى والفصل بها وفق اجابة المجلس العلمي كون أن القاضي لا يتمتع بالشروط الذي يمتلكها الفقيه لذلك سلبت منه السلطة التقديرية على عكس قانون ١٨٨ إذ إن القاضي يتمتع بسلطة تقديرية مطلقة.
٥. الحالات التي نصت على التفريق بين الزوجين وفق المواد (٧٠-٧١-٧٢) من مدونة الأحكام الجعفرية لكنها اشترطت موافقة المرجع الديني على عكس ١٨٨ للقاضي أن يحكم وفق القانون بالتفريق بين الزوجين من دون الالتزام في موافقة أو عدم موافقة المرجع.

٦. ان تعدد الآراء الفقهية وفق قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ وارد جدا والقاضي يختار الرأي الانسب للدعوى من أجل استقرار المجتمع أما في مدونة الأحكام الجعفرية فلا يوجد تعدد وانما يتم الرجوع الى المرجع المشهور في النجف الاشرف ولايجوز التنازل عن هذا الرأي لصالح رأي اخر مشهور في غير النجف الاشرف.

٧. لجوء القاضي الى الرأي الفقهي يعزز من الانسجام بين القضاء والفقه.

٨. الطلاق يقع من قبل الزوج أو الزوجة أن فوضت أو وكلت به وفق قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ أما مدونة الأحكام الجعفرية اجازت ايقاع الطلاق من قبل الزوجة في حالة التوكيل ، أما التفويض فلم تنظمه مدونة الأحكام الجعفرية وكذلك الطلاق التعسفي لم تنظمه.

٩. النشوز وفق مدونة الأحكام الجعفرية أن الزوجة الناشز لا تستحق النفقة والناشز هي من تركت بيت الزوجية من دون اذن زوجها أو لم تمكنه من حقوقه الشرعية من دون أن يكون لها عذر مشروع جاز للزوج أن يقدم امرها الى القاضي حتى يلزم/ها في احد الامرين أما الرجوع والطاعة واداء الحقوق الشرعية.

ثانياً: نقترح على المشرع العراقي النظر في المقترحات الاتية :

١. نقترح تعديل نص المادة (١٧٤أ) وتصبح كالآتي "المقصود بالمرجع الديني في الفقرة (ب) من المادة ٧٣ وفي جميع المواد الاتية في هذه المدونة ، هو المرجع الديني الأعلى - أي من يقلده اكثر الشيعة في العراق - أن وجد والا فاشهر المراجع المعروفين بالفقاهة والعدالة في النجف الاشرف وفق ما يقلده اطراف الدعوى، ليكون الحكم مبرء للذمة".

٢. ضرورة تمتع القاضي بسلطة تقديرية الكاملة في دعاوى المعروضة امامه من دون تقييدها بشرط الحصول على موافقة جهات خارجة عن المنظومة القضائية وذلك لان ذلك يعني المساس بمبدأ استقلال السلطة القضائية ، وفي حالة وجود النص فلا حاجة الى الرجوع الى المرجع أو المجلس العلمي ووفق المواد (٧٢، ٧١، ٧٠) لذلك نقترح أن تحذف الفقرة (ب) من المادة (٧٣) حتى يكون للقاضي سلطة تقديرية.

٣. ان المجلس العلمي الذي يتم اللجوء اليه في حالة عدم وجود نص قانوني ملزم للقاضي يجب أن تكون اجابته غير ملزمة للقاضي لأن المجلس العلمي تابع الى ديوان الوقف الشيعي والديوان يعتبر جزء من مؤسسات الدولة التابعة الى مجلس رئاسة الوزراء بالتالي فأن المجلس العلمي لا يعتبر جهة افتائية ولا جهة قضائية.

٤. نقترح ان يتم تعديل النظام العام في المعهد القضائي وذلك بإنشاء معهد بشرعية القانون لكي يتم تخريج قضاة متخصصين في الأحوال الشخصية تتوفر فيهم الشروط العامة في الحاكم الشرعي وذلك لكي تكون له سلطة تقديرية ومبرئة للذمة في الوقت نفسه.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

❖ القرآن الكريم

أولاً: معاجمُ وكتبُ اللغة:

١. احمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، مطبعة دار الفكر، الرياض، ١٩٩٥.
٢. مجد الدين ابن يعقوب، فيروز ابادي، القاموس المحيط، ط١، شركة الاعلمي للمطبوعات، بيروت، لبنان، ٢٠١٢.

٣. محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، الناشر دار الرسالة، الكويت، ١٩٨٣.

ثانياً: مراجعُ الفقه الإسلامي:

١. ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج ١ دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩١.
٢. أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، ج٤، دار المعرفة، بيروت.
٣. ابو الحسن علي بن عمر البغدادي، سنن الدار قطني، كتاب النكاح، دار المعرفة، بيروت، ١٩٦٦.

٤. ابو العباس شهاب الدين احمد بن ادريس المالكي الشهير بالقرافي، الذخيرة، ج٥، دار الغرب الإسلامية، بيروت، ط١، ١٩٩٤.

٥. ابو العباس شهاب الدين القرافي، الاحكام، ج٢، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، سوريا، بدون سنة نشر.

٦. ابو الفضل شهاب الدين احمد بن علي بن محمد ابن حجر العسقلاني، النكت على ابن الصلاح، ج ١، ط١، جدة، السعودية، ١٩٨٠.

٧. ابو القاسم عمر بن محمد بن عمر السرخسي، المبسوط، ج٤، دار الفكر، لبنان، ط١، ١٩٨٤.

٨. ابو الوليد محمد بن احمد ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج ١، دار الحديث، القاهرة، ٢٠٠٤.

٩. ابو بكر احمد بن علي، الفقيه والمتفقه، ط٣، ج٢، دار ابن الجوزي، السعودية، ٢٠١٠.

١٠. ابو بكر محمد بن احمد بن ابي سهل السرخسي، اصول السرخسي، ج١، دار المعرفة، بيروت.

١١. ابو بكر محمد بن الوليد الطرطوشي، سراج الملوك، دار الافاق العربية، مصر، ١٩٩٤.

١٢. ابو جعفر محمد بن يعقوب الكليني، الكافي، ج١، دار الكتب الإسلامية، طهران، ١٩٦٨.

١٣. أبو جعفر محمد بن يعقوب الكليني، الكافي، ج٤، دار الكتب الإسلامية، طهران، ١٩٧١.
١٤. أبو جعفر محمد بن يعقوب الكليني، الكافي، ج٧، دار الكتب الإسلامية، طهران، ١٩٨٤.
١٥. أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، المستصفى في علم الاصول، ج٢، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط١، ١٩٩٧.
١٦. أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب، ج١، دار الفكر، بيروت، لبنان، ٢٠٠٠.
١٧. أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي، البحر المحيط، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ٢٠٠٠.
١٨. أبو عبد الله محمد القزويني، سنن ابن ماجه، دار احياء الكتب العربية، القاهرة، بدون سنة نشر.
١٩. أبو عياشة محمد البيهقي، العقد المفرد في الفقه على مذهب الإمام أحمد، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ٢٠١٤.
٢٠. أبو محمد عبد الله ابن عبد البر القرطبي، جامع بيان العلم وفضله، ج٢، دار الفكر، بيروت، ط١، ١٩٨٤.
٢١. أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد ابن حزم الاندلسي، الأحكام في اصول الاحكام، ج١، دار ابن حزم، بيروت، ٢٠٠٣.
٢٢. أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم بن حبيب، بن حنتمة الانصاري الكوفي، الآثار، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٧٦.
٢٣. أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، مجموع الفتاوى، ج١١، نشر عن مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، السعودية، ٢٠٠٤.
٢٤. أحمد بن محمد بن أحمد العدوي، الشرح الكبير عل مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، بدون سنة نشر.
٢٥. أحمد بن مصطفى طاش كبري زادة، مفتاح السعادة ومصباح السيادة في موضوعات العلوم، ج٢، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط١، ١٩٨٥.
٢٦. أحمد كاظم البهادلي، مفتاح الوصول الى علم الاصول، ج١، دار المؤرخ العربي، بيروت، ط٢، ٢٠٠٨.

٢٧. بدران أبو العينين بدران، أصول الفقه، ط١، مؤسسة شباب الجامعة، بلا مكان، ١٩٩٨.
٢٨. أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل الدرمني، سنن الدرمني، ط١، دار القلم، دمشق، ١٩٩١.
٢٩. تقي الدين أبو بكر بن محمد بن عبد المؤمن الدمشقي، كفاية الاخيار في حل غاية الاختصار، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٩٤.
٣٠. تقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي، الابهاج في شرح المنهاج، ج١، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٥.
٣١. جمال الدين أبو الفرج عبد الرحمان بن علي بن محمد الجوزي، زاد المسير في علم التفسير، ج١، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩.
٣٢. حمد بن محمد بن جعفر القدوري، مختصر القدوري، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩١.
٣٣. السيد أبو القاسم الخوئي، مصباح الأصول، ج٢، مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئي، قم.
٣٤. السيد أبو القاسم بن علي أكبر الخوئي، منهاج الصالحين، ج٢.
٣٥. السيد الخميني، تحرير الوسيلة، ج٢، ط٢، مؤسسة تنظيم ونشر تراث الامام الخميني، طهران، ١٩٩٠.
٣٦. السيد علي الحسيني السيستاني، منهاج الصالحين، ج٣، الطبعة المصححة، ٢٠٢٤.
٣٧. السيد محسن الحكيم، منهاج الصالحين، مؤسسة الصادق للطباعة والنشر، طهران، ١٩٩٨.
٣٨. السيد محمد باقر الصدر، المعالم الجديدة في اصول الفقه، ط٣، دار النجف للنشر والتوزيع، النجف الاشرف، ٢٠٠٤.
٣٩. السيد محمد باقر الصدر، دروس في علم الأصول (الحلقة الثالثة)، ج١، مؤسسة النشر الإسلامي، قم.
٤٠. سيف الدين علي بن محمد التغلبي الامدي، الأحكام في اصول الاحكام، ج٣، المكتب الإسلامي، بيروت، ط٢، ١٩٨٢.
٤١. شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي، زاد المعاد في هدى العباد، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٩٨.
٤٢. شمس الدين محمد بن احمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، دار الفكر، بيروت، ١٩٩٤.

٤٣. صادق الحسيني الشيرازي، لا ضرر ولا ضرار في الإسلام، بلا عدد للطبعة، دار الصادق للطباعة والنشر، لا توجد سنة.
٤٤. شهاب الدين القرافي، الفروق، ج٢، عالم الكتب، بيروت.
٤٥. زين الدين العاملي الشهيد الثاني، مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، ج٨، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، ١٩٩٣.
٤٦. العلامة الحلي، نهاية الوصول إلى علم الأصول، تحقيق ابراهيم البهادري، ج٢، ط١، مؤسسة الامام الصادق عليه السلام، قم، ٢٠٠٥.
٤٧. عبد الملك بن عبد الله الجويني، البرهان في اصول الفقه، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٩٩٧.
٤٨. فخر الدين الرازي ابو عبد الله محمد بن عمر التميمي، المحصول، ج٣، ط٣، مؤسسة الرسالة، ٢٠١٠.
٤٩. قطب الريسوني، صناعة الفتوى في القضايا المعاصرة معالم وضوابط وتصحيحات، ط ١، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ٢٠١٤.
٥٠. كمال الدين الدميري، حياة الحيوان الكبرى، ج٢، دار الآثار، لبنان، ط١، بلا سنة.
٥١. كمال الدين محمد بن عبد الواحد، شرح فتح القدير، دار الفكر، بيروت، بدون سنة نشر.
٥٢. مالك بن انس بن مالك الاصبحي المدني، المؤطا، دار التراث العربي، بيروت، ١٩٨٥.
٥٣. مجد الدين عبد الله بن محمود بن مودود، الاختيار لتعليل المختار، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٩٨.
٥٤. محسن الطباطبائي الحكيم، حقائق الأصول، تحقيق الشيخ الخرساني، ج٢، ط٢، مطبعة بصيرتي، قم، لا يوجد سنة.
٥٥. محمد امين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، رد المحتار على الدر المختار، ج١، دار الكتب العلمية، بيروت، ط٢، ٢٠١١.
٥٦. محمد باقر الصدر، المعالم الجديدة في اصول الفقه، ط ٣، دار النجف الاشرف للنشر والتوزيع، النجف الاشرف، ٢٠٠٤.
٥٧. محمد باقر الصدر، دروس في علم الأصول، دار الكتاب اللبناني، بيروت، لبنان، ط ٢، ١٩٨٦.

٥٨. محمد بن أحمد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج٥، دار الكتب المصرية، القاهرة، ١٩٦٤.
 ٥٩. محمد بن أحمد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج٣، دار الكتب المصرية، القاهرة، ١٩٦٤.
 ٦٠. محمد بن ادريس بن العباس بن عثمان بن شافع الشافعي، الرسالة، دار التراث، القاهرة، ط١، ١٩٤٠.
 ٦١. محمد بن الحسن الحر العاملي، وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة، مؤسسة آل البيت لأحياء التراث، قم، إيران، ١٩٨٩.
 ٦٢. محمد بن الحسن الحر العاملي، وسائل الشيعة، ج٢١، مؤسسة آل البيت، قم، ص ٢٤٤، ٢٤٠.
 ٦٣. محمد بن الحسن الطوسي، النهاية، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٧٠.
 ٦٤. محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني، شرح الزرقاني على مؤطا الامام مالك، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٠.
 ٦٥. محمد بن عبد الرحمن ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، ج٦ ، مكتبة النجاح، ليبيا - دون سنة طبع.
 ٦٦. محمد بن عبد الله الهدان، التصنيف الموضوعي لتاريخ بغداد، دار ابن الجوزي، الجزء الأول، ١٤٣٠ هـ.
 ٦٧. محمد بن عبد الواحد الكمال ابن الهمام، فتح القدير، ج٧، دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٩٩٦.
 ٦٨. محمد بن محمد الخطاب الرعيني، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، ١٩٩٢.
 ٦٩. محمد بن يوسف اطفيش، شرح النيل وشفاء العليل، ج٧، دار الفتح، بيروت، ١٩٧٢.
 ٧٠. محمد حسن النجفي، جواهر الكلام، ج٨، مؤسسة النشر الإسلامية، قم، إيران، بدون سنة نشر.
 ٧١. محمد حسين آل كاشف الغطاء، تحرير المجلة، المطبعة الحيدرية، النجف، ١٩٤١.
 ٧٢. نجاح الحلبي، فقه العبادات على المذهب الحنفي، مطبعة الصباح، ١٩٨٦.
 ٧٣. وهبة الزحيلي، اصول الفقه الإسلامي، دار الفكر الإسلامي، دمشق، ٢٠٠٢.
 ٧٤. يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٩٨٥.
- ثالثاً: مراجعُ الفقه الإسلاميِّ المعاصر**

١. إبراهيم بن عبدالغفار الطاهري، مميزات المذهب الحنبلي،، الملتقى الفقهي، ٢٠٠٩.

٢. ابراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي، الموافقات في اصول الشريعة، ج ٤، دار المعرفة، بيروت، ٢٠١٦.
٣. احمد البهادلي، مفتاح الوصول الى علم الاصول، ج ٢، مطبعة الغدير، النجف الاشرف.
٤. احمد الريسوني، نظرية المقاصد عند الشاطبي، دار الكلم الطيب، بيروت، ١٩٩٢.
٥. احمد الريسوني، فقه المقاصد خصائصه ومجالاته، دار الكلم الطيب، بيروت، ٢٠٠٢.
٦. احمد الريسوني، مقاصد الشريعة وواقعنا المعاصر، دار الكلم الطيب، بيروت، ٢٠٠٥.
٧. احمد بن غانم بن سالم بن مهنا، الفواكه الدواني، دار الفكر، بيروت، ١٩٩٥.
٨. باقر الايرواني، دروس تمهيدية في القواعد الفقهية، ج ٢، بلا عدد طبعة، بلامكان، ٢٠١٠.
٩. جمال الدين، معالم الدين وملاذ المجتهدين، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، ١٩٨٦.
١٠. خالد بن علي، الجامع لأحكام الوقف والهبات والوصايا، ج ١، الناشر وزارة الاوقاف والشؤون الإسلامية، قطر.
١١. رشدي محمد عرسان عليان، دليل العقل عند الشيعة الامامية، ط ١، مركز الحضارة لتنمية الفكر الإسلامي، بيروت، ٢٠٠٨.
١٢. سامي الصلاحيات، تأثير التعدد الفقهي على وحدة الاجتهاد القضائي، دار الحامد، عمان، ٢٠١٦.
١٣. صدام الزيايدي، المدخل الى الاصول، دار المعرفة، بيروت، ط ١، ١٩٧٣.
١٤. عبد العزيز الفوزان، المرجعية الفقهية في القضاء السعودي، مركز التاصيل، الرياض، ٢٠١٥.
١٥. عبد القادر بن عمر التغلبي الشيباني، نيل المارب بشرح دليل الطالب، ط ١، مكتبة الفلاح، الكويت، ١٩٨٣.
١٦. عبد الكريم بن محمد ابو القاسم الرافعي، العزيز في شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، ج ١٢، دار الكتب العلمية، لبنان، ١٩٩٧.
١٧. عبد الكريم رضا الحلبي، الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية، مطبعة حجازي، القاهرة، ١٩٤٧.
١٨. عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، (مؤسسة قرطبة)، (مؤسسة الرسالة)، ط ٦، ١٩٧٦.

١٩. عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ٢٠٠٤.
٢٠. عبد الله بن بيه، نظرية المقاصد في الشريعة الإسلامية، دار التجديد، ابو ظبي، ٢٠٠٩.
٢١. عبد الله بن بيه، اصول الفتوى ومناهج الافتاء في الإسلام، دار التجديد، ابو ظبي، ٢٠١٤.
٢٢. عبد الله بن عبد المحسن التركي، الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، دار القلم، دمشق، ٢٠١٢.
٢٣. عبد الله بن عبد المحسن التركي، الاجتهاد ومجالاته، دار عالم الكتب، الرياض، ٢٠٠٧.
٢٤. عبد الله نعمة، دليل القضاء الجعفري، ط ٣، دار البلاغة، ٢٠١٠.
٢٥. عبد المجيد البحار، التجديد الفقهي والواقع القضائي، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ٢٠١٢.
٢٦. عبد المجيد الشرقي، الفكر الإسلامي في تطوره، دار الطليعة، بيروت، ١٩٩٧.
٢٧. عبد المجيد النجار، مقاصد الشريعة بابعاد جديدة، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ٢٠٠٦.
٢٨. عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، البرهان في اصول الفقه، ج ١، دار الوفاء، مصر، ١، ١٩٩٧.
٢٩. عبد الواحد عبد الرحمان، اصول الفقه، دار المسيرة، عمان، الاردن، ط ٤، ٢٠٠٤.
٣٠. عثمان بن علي الزيعلي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الكبرى الاميرية، القاهرة، مصر، ١٨٩٦.
٣١. علاء الدين ابو بكر بن مسعود بن احمد، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٩٨٦.
٣٢. علال الفاسي، مدخل الفقه الإسلامي، مؤسسة علال الفاسي، ١٩٨٥.
٣٣. علي جمعة، الفقه الإسلامي في مساره التاريخي، دار السلام، القاهرة، ٢٠١٦.
٣٤. محمد ابو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٥٨.
٣٥. محمد احمد سراج، المدخل لدراسة تاريخ الفقه الإسلامي، سعد سمك للطباعة والنشر، مصر، ١٩٩٥.
٣٦. محمد الخضري، اصول الفقه، ط ٦، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، ١٩٦٩.
٣٧. محمد الطاهر ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، دار السلام، القاهرة، ٢٠٠٦.
٣٨. محمد رافت عثمان، الاجتهاد الفقهي في العصر الحديث، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٦.
٣٩. محمد سراج، اصول الفقه، دار الجامعة الجديدة للنشر، منشأة المعارف، ١٩٩٨.
٤٠. محمد سلام مذكور، القضاء في الإسلام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٤.

٤١. محمد سليمان الاشقر، الفتيا ومناهج الافتاء، مكتبة منار الإسلامية، الكويت، ط١، ١٩٧٦.
 ٤٢. محمد كمال الدين احمد الراشدي، المصباح في رسم المفتي ومناهج الافتاء، ط ١، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ٢٠٠٥.
 ٤٣. محمد كمال الدين احمد الراشدي، المصباح في رسم المفتي ومناهج الافتاء، ط ١، دار احياء التراث العربي، لبنان، ٢٠٠٥.
 ٤٤. محمد نصيف العسري، الفكر المقاصدي عند الإمام مالك، دار الحديث، القاهرة، ٢٠٠٨.
 ٤٥. محمد يوسف موسى، الفقه الإسلامي وادلته، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠١.
 ٤٦. محمد يوسف موسى، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، دار الفكر، بيروت، ٢٠٠٤.
 ٤٧. مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ١٩٩٨، ج ١.
 ٤٨. مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج ١، دار الفكر، دمشق، ١٩٨٦.
 ٤٩. منصور بن يونس بن صلاح الدين البهوتي، شرح منتهى الارادات، ج ٣، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٩٣.
 ٥٠. وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وادلته، ج ١، دار الفكر، سوريا، ط ٤، ١٩٨٤.
 ٥١. يحيى بن شرف النووي، اداب الفتوى والمفتي والمستفتي، دار الفكر للنشر والطباعة، دمشق، سوريا، ط ١، ١٩٨٨.
 ٥٢. يوسف القرضاوي، الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، مكتبة وهبة، القاهرة، ٢٠١١.
 ٥٣. يوسف القرضاوي، السياسة الشرعية في ضوء مقاصد الشريعة، مكتبة وهبة، القاهرة، ٢٠٠٥.
 ٥٤. يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي، الجامع لبيان العلم وفضله وما ينبغي في روايته وحمله، ج ٢، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، ط ١، ١٩٩٤.
- رابعاً: المصادر القانونية:**
١. ابراهيم عبد الرحمن ابراهيم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، دار العلم والثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٩.
 ٢. احمد سالم ملحم، الشرح التطبيقي لقانون الأحوال الشخصية الاردني، مكتبة الرسالة الحديثة، عمان، ١٩٩٨.

٣. احمد عبيد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، مطبعة الارشاد، بغداد، ط٢، ١٩٧٢.
٤. احمد فتحي بهنسي، المدخل الى الفقه الإسلامي والقانون، دار الشروق، القاهرة، ١٩٨٩.
٥. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة.
٦. احمد محمد الرفاعي، المدخل للعلوم القانونية، دار نشر جامعة بنها، مصر، ٢٠٠٧.
٧. احمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في قانون الامارات العربية المتحدة، الناشر دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٧.
٨. اياد احمد سعيد الساري، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط١، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٢١.
٩. جاسم جزاء جافر، قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ وتعديلاته، دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي، مكتبة التفسير للطباعة والنشر، ط١، ٢٠١٣.
١٠. جعفر كاظم المالكي، المصدر الرابع للقانون، مجلس القضاء الأعلى في العراق، ٢٠١٦.
١١. حسن علي الذنون، شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، دار الثقافة، بغداد، ٢٠١٠.
١٢. حمدي رجب، القضاء والجهاد في الفقه الإسلامي، بدون مكان وسنة نشر.
١٣. حيدر حسين كاظم الشمري، المختصر في أحكام الزواج والطلاق وآثارهما في التشريع العراقي والفقه الإسلامي، دار المسلة، بغداد، ٢٠٢٦.
١٤. رحيم حسن العكيلي، شرح أحكام تعديل قانون الأحوال الشخصية رقم واحد لسنة ٢٠٢٥، ط١، ٢٠٢٥.
١٥. رمضان أبو السعود، المدخل إلى القانون: النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤.
١٦. رمضان علي السيد، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الاسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط١، ٢٠٠٦.
١٧. سعيد عبد المالك عبد القادر، التفريق بين الزوجين للعيوب، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، الجامعة الاردنية، ١٩٩٣.

١٨. شاكِر ناصر القيسي، شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٠.
١٩. صفاء متعب الخزاعي، اصول الفقه الإسلامي، ط١، دار الكتب والوثائق، بغداد، ٢٠٢٠.
٢٠. طارق البشري، الشريعة والسلطة، دار الهلال، القاهرة، ١٩٩٨.
٢١. عامر عبد العزيز، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقهاً وقضاءً، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٨.
٢٢. عبد الباقي البكري، طه البشير، المدخل لدراسة القانون، مكتبة السنهاوري، بيروت، ٢٠١٥.
٢٣. عبد الجبار الرفاعي، محاضرات في اصول الفقه، ج١، ط٤، مطبعة سرور، بغداد، ٢٠٠٧.
٢٤. عبد الحميد عثمان الحفني، المدخل في دراسة العلوم القانونية، نظرية الحق، ٢٠٠٣، بلا مكان نشر.
٢٥. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة القانون، دار السياسة، الكويت، ١٩٧٠.
٢٦. عبد الرزاق احمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ١٩٥٩.
٢٧. عبد الرزاق السنهاوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج ١، دار النهضة العربية، القاهرة.
٢٨. عبد الرزاق مجبل الجبوري و عواد حسين ياسين، اثبات النسب أو نفيه بالوسائل التقليدية والعلمية الحديثة في الشريعة والقانون العراقي، مكتبة القانون القضاء، ٢٠١٧.
٢٩. عبد العزيز بن محمد بن عبد الله، الاستعانة باهل الخبرة في القضاء والفقه ونظام المرافعات الشرعية في المملكة السعودية، ط١، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، ٢٠٠٧.
٣٠. عبد العزيز عامر، القانون المدني المقارن، دار النهضة، القاهرة، ١٩٨٧.
٣١. عبد الفتاح عمرو، السلطة القضائية في النظم الإسلامية، دار النهضة، القاهرة، ٢٠١٠.
٣٢. عبد الفتاح عمرو، دور الفقه الإسلامي في تطوير القانون، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٩.
٣٣. عبد الفتاح، السياسة الشرعية في قانون الأحوال الشخصية، ط١، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ١٩٩٨.
٣٤. عبد القادر الفار، المدخل لدراسة العلوم القانونية النظرية العامة للحق، ط١، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٨.

٣٥. عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٩٧.
٣٦. عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ٢٠٠٢.
٣٧. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج ١، المكتبة القانونية، ط ١، ٢٠٠٧.
٣٨. عبد المجيد النجار، الفقه والقضاء التمايز والتفاعل، دار النفائس، عمان، ٢٠١٣.
٣٩. عبد المنعم البدر اوي، أصول المرافعات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة.
٤٠. عبد المنعم البدر اوي، المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، ١٩٦٦.
٤١. عبد الناصر توفيق العطار، الوسيط في أحكام الاسرة في الإسلام، الكتاب الرابع، المكتبة الازهرية للتراث، ٢٠٠٨.
٤٢. عبد الناصر توفيق العطار، مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٢.
٤٣. عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٧.
٤٤. عزيز كاظم جبر الخفاجي، مدخل لدراسة العلوم القانونية، ط ١، جامعة الكوفة، ٢٠١٢.
٤٥. علي بن محمد الماوردي، أدب القاضي، تحقيق: محيي هلال السرحان، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٦.
٤٦. عماد طارق البشري، فكرة النظام العام في النظرية والتطبيق دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقه الإسلامي، ط ١، المكتب الإسلامي، ٢٠٠٥.
٤٧. عواد حسين ياسين العبيدي، تفسير النصوص القانونية باتباع الحكمة التشريعية من النصوص دراسة موازنة بالفقه الإسلامي، المناهل، ٢٠١٩.
٤٨. عوض احمد الزغبى، المدخل لعلم القانون، دار إثراء للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠.
٤٩. محمد الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، مكتبة دار البيان، دمشق، ط ١، ١٩٨٢.
٥٠. محمد بن احمد بن مصطفى ابو زهرة، عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، القاهرة، بدون سنة طبع.
٥١. محمد تقى المدرسي، أحكام الطلاق ومعالجة تفكك الاسرة، دار لاستقلال، ط ١ ، بدون مكان طبع، ٢٠٠٤.

٥٢. محمد جعفر شمس الدين، النكاح والطلاق وتوابعه في الفقه الإسلامي، ط١، دار الهادي، بيروت، ٢٠٠٨.
٥٣. محمد حسنين منصور، نظرية القضاء في الفقه والقانون، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٥.
٥٤. محمد رافت عثمان، اثر الفقه الإسلامي في القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.
٥٥. محمد سامر عاشور، مدخل الى علم القانون، الجامعة الافتراضية السورية، سوريا، ٢٠١٨.
٥٦. محمد سلام مدكور، الفقه الإسلامي في القضاء المعاصر، دار الفكر، عمان، ٢٠١١.
٥٧. محمد سلام مدكور، نظرية المرونة في القضاء الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.
٥٨. محمد سلام مدكور، مبادئ القضاء الاداري والشرعية الإسلامية، دار الفكر، عمان، ٢٠٠٥.
٥٩. محمد عبيد الكبيسي، العلاقة بين الفتوى والقضاء: دراسة تأصيلية تطبيقية، دار البحوث للدراسات الإسلامية، دبي، ط١، ٢٠٠٠.
٦٠. محمد لييب شنب، المدخل لدراسة القانون، بدون مكان نشر، ١٩٩٥.
٦١. محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، المكتبة العلمية، بيروت.
٦٢. محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام: دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، دار النهضة العربية، بيروت، ط٤، ١٩٨٣.
٦٣. محمد يوسف موسى، الأحوال الشخصية، دار الكتاب، القاهرة، بدون سنة طبع.
٦٤. محمود شلتوت، الإسلام عقيدة وشرعية، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠١.
٦٥. محمود عرفات مصطفى، شرح قانون الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين، ج٣، ط١، المركز الدستوري للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، بدون سنة.
٦٦. محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط٢، دار الفكر، بيروت، ٢٠٠٧.
٦٧. مصدق عادل، قانون الأحوال الشخصية رقم (١) لسنة ٢٠٢٥ من المنظورين الدستوري والشرعي، دار السنهوري، بيروت، ٢٠٢٥.

٦٨. مصطفى ابراهيم الزلمي، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون العراقي، شركة الخنساء للطباعة والنشر، بغداد، ٢٠٠٠.
٦٩. مصطفى ابراهيم الزلمي، دلالات النصوص وطرق إستنباط الأحكام في ضوء اصول الفقه الإسلامي، جامعة بغداد، بغداد ١٩٨٣.
٧٠. مصطفى ابراهيم الزلمي، مدى سلطان الارادة في الطلاق في الشرائع والقوانين والاعراف خلال اربعة الاف سنة، ط١، بدون مكان وسنة نشر.
٧١. ناجي محسن، شرح قانون الأحوال الشخصية، منشورات مطبعة الرابطة، بغداد، ١٩٦٢.
٧٢. ياسر محمد، مدى الزام المشرع للقاضي في التقييد بمذهب معين، مجلس القضاء الاعلى، العراق، ٢٠١٧.
٧٣. يعقوب بن عبد الوهاب، الفتوى: نشأتها وتطورها وأصولها وتطبيقاتها، ج١، مكتبة الرشد، الرياض، ط٢، ٢٠١٠.
- ثالثاً: رسائل الماجستير
١. محمود عباس صالح ابو عيسى، التفريق بين الزوجين بسبب حبس الزوج في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، ٢٠٠٥.
- رابعاً: البحوث القانونية
١. احمد الافراح ولد سيدي عال، الأحكام الشرعية بين الفتوى والقضاء، بحث منشور في المجلة العلمية للنشر العلمي، عدد ١٤، ٢٠١٩.
٢. سيد احمد محمود، أحكام الفقه في ظل القانون الخاص، جملة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، ٢٠٢٥.
٣. عبد الباقي البكري، مبادئ العدالة ومفهومها ووسائل ادراكها، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، الدار العربية، بغداد، العدد ٧٥، مايس، ١٩٨٤.
٤. محمد سلام مذكور، التعقيم والاجهاض من وجهة نظر الإسلام، بحث منشور في كتاب الإسلام وتنظيم الاسرة، ضمن ابحاث المؤتمر الإسلامي المنعقد في الرياض ٢٩، ٢٤، في شهر ١٢/١٩٧١.
٥. مصطفى الديداموني، المشورة الادارية، مجلة العلوم الادارية، العدد الأول، القاهرة، ١٩٩٤.

خامساً: القوانين

١. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١
٢. قانون الأحوال الشخصية ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل
٣. قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل
٤. مدونة الأحكام الشرعية رقم ١ لسنة ٢٠٢٥.

سادساً: القرارات القضائية

• القرارات القضائية غير المنشورة

١. قرار محكمة التمييز الاتحادية، هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية، العدد ١٧٠٥٨، هيئة الأحوال الشخصية ٢٠٢١، بتاريخ ١٢/٢١/٢٠٢١.
٢. قرار صادر من محكمة الأحوال الشخصية في الديوانية، رقم الاضبارة ٨٦٩٧، ش، ٢٠٢٢، صادر في ٢٠/٨/٢٠٢٣.
٣. قرار محكمة الأحوال الشخصية في الديوانية، بالعدد ٤٥٩٠ ش/١، ٢٠٢٤، بتاريخ ١٧/٢١/٢٠٢٤.
٤. قرار محكمة الأحوال الشخصية في البيع، بالتسلسل ١٠٦٨، بتاريخ ٣٠/١١/٢٠٢٥.
٥. قرار محكمة الأحوال الشخصية في الديوانية، العدد ١٨٢٢١ ش ١، ٢٠٢٥، بتاريخ ٣٠/١٢/٢٠٢٥.
٦. قرار محكمة الأحوال الشخصية في الديوانية، العدد ١٧٣٩٥ ش، ٢٠٢٥، بتاريخ ٢٣/١٢/٢٠٢٥.
٧. قرار محكمة الأحوال الشخصية في الديوانية، في العدد ١٧٩٥٩ ش ١، ٢٠٢٥، في التسلسل ١٧٩٨٢، بتاريخ ٢٤/١٢/٢٠٢٥.
٨. قرار محكمة الأحوال الشخصية في الديوانية، العدد ١٦٤٦٢ ش ١، ٢٠٢٥، بتاريخ ٣٠/١٠/٢٠٢٥.
٩. قرار محكمة الأحوال الشخصية في كربلاء، العدد ١٥٣ ١٦١ ش ١، ٢٠٢٥، بتاريخ ١٣/١١/٢٠٢٥.
١٠. قرار محكمة الأحوال الشخصية في الكرخ، رقم القرار...، بتاريخ ٢٥/١/٢٠٢٥.
١١. قرار محكمة التمييز الاتحادية، هيئة الأحوال الشخصية، القرار رقم ١٤٧، في ١٣/١/٢٠٢٥.

١٢. قرار محكمة التمييز الاتحادية، هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية، العدد ٢٤٥٧، هيئة الأحوال الشخصية ٢٠٢٦، التسلسل ٢٦٥٨، بتاريخ ٢/١/٢٠٢٦.
١٣. محكمة الأحوال الشخصية في قلعة صالح، قرار رقم ٤٠١/ش ٢٠٢٥، بتاريخ ٢٦/٢/٢٠٢٦.
١٤. قرار محكمة الأحوال الشخصية في البصرة، العدد ١٩٩٣٣، بتاريخ ١٧/٥/٢٠٢٦.
١٥. قرار محكمة الأحوال الشخصية في الهاشمية، العدد ٢٠٢٦/١٩٧٠٦، بتاريخ ١٢/١٥/٢٠٢٦.
١٦. قرار محكمة الأحوال الشخصية في النجف، بالعدد ١٧٥٣ ش ١، بتاريخ ١/١/٢٠٢٦، بتاريخ ٢/٣/٢٠٢٦.
١٧. قرار محكمة الأحوال الشخصية في النيل، بالعدد ٢٠٢٦/١٩٧٠٩، بتاريخ ٥/١٢/٢٠٢٦.
١٨. قرار هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية، في تاريخ ٥/١٢/٢٠٢٦.
١٩. قرار محكمة الأحوال الشخصية في البياع، العدد ٢٠٢٦/١٥٦ ش ١، التسلسل ١٢٠، بتاريخ ١١/٢٦/٢٠٢٦.
٢٠. قرار محكمة الأحوال الشخصية في الخالدية، العدد ٢٠٢٦/١٣٤١ - التسلسل ٤٥٩، بتاريخ ١١/٢٦/٢٠٢٦.
٢١. قرار محكمة الأحوال الشخصية في الدجيل، العدد ٢٠٢٦/٩٣٦٩، التسلسل ٩٤٢٧، بتاريخ ١٧/٥/٢٠٢٦.
٢٢. قرار محكمة الأحوال الشخصية في الشعب، العدد ٢٠٢٦/٩٦٢٣ ش ١، التسلسل ٩٨٥٨، بتاريخ ١٢/٥/٢٠٢٦.
٢٣. قرار محكمة الأحوال الشخصية في دار السلام، العدد ٢٠٢٦/٣٣٨٥ ش ١، التسلسل ٣٥٢٢، بتاريخ ٢٢/١٢/٢٠٢٦.
٢٤. قرار محكمة الأحوال الشخصية في السماوة، العدد ٢٠٢٦/١٧١٠٨ ش ١، التسلسل ٧١٩٠، بتاريخ ١٣/٤/٢٠٢٦.
٢٥. قرار محكمة الأحوال الشخصية في بغداد الجديدة، بالعدد ٢٠٢٦/١١٠١ ش ١، التسلسل ١٠٢٦، بتاريخ ٢٢/١١/٢٠٢٦.
٢٦. قرار محكمة الأحوال الشخصية في الناصرية، بالعدد ٢٠٢٦/١٥١٣ ش ١، التسلسل ٥٤٥، بتاريخ ٣/١١/٢٠٢٦.

٢٧. قرار محكمة الأحوال الشخصية في مدينة الصدر ، العدد ٣٦٦ ش ٢٠٢٦ ، التسلسل... ،
بتاريخ ٢٠٢٦ / ٤ / ١٥ .

سابعاً: القرارات و التقارير

١. تقرير قسم التدريب القضائي، اقتراح تطوير مناهج تأهيل القضاة، مجلس القضاء الاعلى، بغداد،
٢٠٢٠.

٢. مركز البحوث القضائية، تقرير حول الاجتهاد القضائي والفقہ المقارن، بغداد، ٢٠٢١.

٣. قرارات الدورة ٢٥ لمجمع الفقہ الإسلامي الدولي، جدة، مارس ٢٠٢٣، القرار رقم ٢٤٠.

Abstract

Islamic jurisprudence, with its various schools of thought, is one of the most important objective and interpretive sources from which positive laws in the Arab and Islamic world have derived their rulings and legislative philosophy, particularly in the realm of personal status and the regulation of family relations. The ongoing debate in legal and judicial thought revolves around the concept of "jurisprudential opinion"—the in-depth deductive effort undertaken by jurists of Islamic law and jurisprudence to address emerging issues and new situations within a framework of established principles and a sound legal and religious foundation. Given that matters of marital dissolution, such as divorce, *khul'* (divorce initiated by the wife), and separation, are among the most vital issues affecting the structure of society, the legal value and nature of jurisprudential opinion remain a fundamental question influenced by contemporary legislative developments. This directly impacts the stability of judicial rulings and the protection of marital rights and the resulting legal positions.

The study of the legal value of jurisprudential opinion in matters of marital dissolution is of exceptional importance in light of the radical transformation and contemporary legislative developments that have affected the interpretation of this opinion. The amendments to the Personal Status Law, most notably the Jaafari Rulings Code No. (1) of 2025, introduced a completely different starting point from the established practice under the existing Iraqi Personal Status Law No. 188 of 1959. In this modern legislative approach, the jurisprudential opinion has shifted from being a non-binding, guiding element for the judge—used to find solutions when the text was absent or ambiguous, granting the judge complete freedom, broad discretion, and flexibility in choosing what he deemed appropriate and compatible with the realities of society and the requirements of justice—to a binding text and an applicable legislative rule. The judge is now obligated to adhere to it without any discretionary power to accept or reject it, a fact explicitly confirmed by the jurisprudential opinions issued in the Scientific Council's response.

This structural shift from a guiding to an absolutely binding characteristic raises a host of complex legal and practical issues. The problem becomes particularly evident when analyzing the frameworks, conditions, and nature of the adoption of jurisprudential opinion. While Law No. 188 granted judges broad discretion to consider multiple opinions and choose the most

suitable school of thought without restriction, the Jaafari Judgments Code No. (1) of 2025 strictly limited this scope. There is no longer a plurality of legal opinions that can be consulted; rather, it explicitly stipulates the obligation to refer to and adhere to the "well-known" legal opinion in Najaf exclusively. Thus, the code prohibits judges from adopting any other Jaafari legal opinion in other scholarly centers and provinces such as Karbala or Qom. This exceptional restriction necessitates research and analysis to clarify its legal and religious conditions and its impact on judicial trends and the judge's discretionary power in resolving marital dissolution disputes.

The seriousness of this new reality becomes apparent when applied to practical judicial applications and decisions issued in cases of marital dissolution, particularly in financial matters and their consequences, most notably cases concerning the "valuation of the dowry in gold." The judicial system has witnessed clear inconsistency and confusion in decisions and rulings. While some courts and previous rulings had ruled that the dowry should be valued in gold and permitted as a guarantee of women's rights, the newly introduced jurisprudential principles in the Ja'fari Judgments Code No. (1) of 2025 completely abolished this provision, declaring that there is no such valuation in gold. This ongoing judicial fluctuation—between maintaining, deleting, and amending the law—reflects the instability in the legal positions of litigants and indicates a real gap between rigid jurisprudential texts and evolving judicial realities.

**Republic of Iraq
Ministry of Higher Education
and Scientific Research
Al-Qadisiyah University - College of Law
Department of Private Law**



The Legal Force of Jurisprudential Opinion on the Termination of the Marital Relationship

(A Comparative Study)

A Thesis Submitted By The Student

Anwar Ali Hadi Hamza

**A thesis submitted by Anwar Ali Hadi Hamza to the
Council of the College of Law, Al-Qadisiyah University, as
partial fulfillment of the requirements for the Master of Laws
degree in Private Law**

Supervised By

Dr. Huda Saadoun Lafteh

1448 A.H

2026 A.D