

٢

الأحوال الشخصية، وإنما أضحت، في الدول الإسلامية التي سنت تشريعات تحكم مسائلها، مصدراً تاريخياً لما ورد به النص، وإن بقيت المصدر الرسمي لما فات التشريع حكمه.

٤- يتجلى أثر الشريعة الإسلامية في الحياة القانونية في العراق على حقلين من حقول القانون؛ هما الأحوال الشخصية، والأحوال العينية أو المعاملات المالية.

١- ويقصد بالأحوال الشخصية "مجموعة القواعد التي تحكم روابط الفرد بأسرته من زواج وما يتفرع عنه كالحضانة والرضاعة والنسب والطلاق والتفريق والعدة والنفقة وما يتصل به كالميراث والوصية والوقف والقواعد التي تحدد الشخصية والتي تنظم نشاطها كقواعد الأهلية، والتي تحكم مميزاتها من اسم وموطن وحالة، سواء كانت حالة سياسية وهي الجنسية أو عائلية وهي القرابة أو حالة دينية".^(١)

٢- أما الأحوال العينية أو المعاملات المالية، فيراد بها القواعد التي تنظم الروابط المتعلقة بالنشاط المالي للشخص، فتحدد معنى المال وأنواعه، وتعين الحقوق التي ترد عليه من عينية وشخصية ومعنوية، ومصادر هذه الحقوق وطرق انتقالها وانقضاءها.

والإمام بدور الشريعة الإسلامية في هذين الحقلين، يقتضي منا التفصيل الآتي:

ألف: دور الشريعة الإسلامية في قانون الأحوال الشخصية:

نصت المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩، الذي نشر في العدد ٢٨٠ من الوقائع العراقية في ٣٠/١٢/١٩٥٩، على ما يأتي:

^{١١} - عبد القادر إبراهيم علي: ص ٦.

١- تسري النصوص التشريعية في هذا القانون على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها.

٢- إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون . ٣ -^(١) وقضت الفقرة الأولى من مادته الثانية بما يأتي:

"تسري أحكام هذا القانون على العراقيين إلا من استثنى منهم بقانون خاص".

وبصدور هذا القانون أصاب وضع الشريعة الإسلامية في دائرة الأحوال الشخصية بعض التعديل، ذلك لان دورها انقلب من مصدر رسمي أصلي لجميع قواعد الأحوال الشخصية المتعلقة بالعراقيين المسلمين والأجانب المسلمين الذين لا يخضعون لقانون شخصي، ولبعض مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة لغير المسلمين، إلى مصدر تاريخي تارة ومصدر رسمي احتياطي تارة أخرى، على النحو الذي نوجز بيانه فيما يأتي:

أولاً- تعتبر الشريعة الإسلامية المصدر التاريخي للفرد لما تضمنه قانون الأحوال الشخصية من قواعد، غير أن أهمية الفقه الحنفي لم تظل على ما كانت

١- أما بالنسبة للأجانب المقيمين في العراق، من مسلمين وغيرهم، فقد قضى القانون العراقي للأحوال الشخصية للأجانب رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ في مادته الأولى، باختصاص المحاكم الشرعية في النظر في المواد الشخصية المتعلقة بالمسلمين الأجانب إذا كانوا يخضعون في أحوالهم الشخصية إلى الأحكام الفقهية الشرعية لا إلى قانون مدني، كالمبعودين والكويتيين وباختصاص محاكم المواد الشخصية في النظر في دعاوى المواد الشخصية لغير المسلمين من الأجانب والمسلمين منهم إذا كان القانون المدني هو القانون الشخصي المقتضى تطبيقه. والمحكمة المختصة وفقاً لحكم المادة الثالثة، أن تستعين في التحقيق عن قانون بلد أجنبي بإفادة الأخصائيين في القوانين شفهية أو تحريرية وبالأوثاق الرسمية المعطاة من ممثلية قنصلية أو سياسية أو التي استحصلت بواسطتها، ولها أن تدعوا قنصل الدولة ذات الشأن أو نائبه إلى الحضور في المحاكمة للاسترشاد بمعلوماته عن قوانين دولته.

عليه من قبل. فلم يعد القانون العمومي الذي تطبق أحكامه على جميع العراقيين، عدا الشيعة من المسلمين، وإنما أصبح احد المصادر التاريخية للقواعد التي تحكم هذه المسائل في القانون النافذ؛ ذلك لان المشرع استقى قواعده من مذاهب المسلمين كافة دون التقيّد بمذهب معين، فاقْتَبَسَ بعض المبادئ المهمة التي لا يقرها الفقه الحنفي من المذاهب الإسلامية الأخرى، مما قدر المشرع صلاحه من مختلف المذاهب الفقهية .

ثانياً - تعتبر مصدراً رسمياً احتياطياً لقواعد الأحوال الشخصية بالنسبة لما قات المشرع النص عليه؛ ذلك لان على القاضي الحكم بمقتضى النصوص التشريعية الواردة في قانون الأحوال الشخصية، فان لم يجد نصاً وجب عليه الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدراً رسمياً تكميلياً للتشريع، وتعتبر مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر المكمل الوحيد للتشريع بمقتضى نص الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون، من قانون الاحوال الشخصية النافذ رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩.

باء: دور الشريعة الإسلامية في القانون المدني العراقي:

الواقع ان بروز الطابع الشرعي في التقنين المدني العراقي يبدو جلياً وان صلته بالفقه الإسلامي تبدو على قدر كبير من المتانة تبرر القول إن الشريعة الإسلامية هي أبرز مصادره التاريخية.^(١)

لا تقف أهمية الشريعة الإسلامية في دائرة القانون المدني عند حدود اعتبارها أهم مصدرية التاريخيين، وإنما تنفذ إلى دائرة المصادر الرسمية للقواعد المدنية، فتعتبر مصدراً مكماً للتقنين وثالث المصادر الرسمية للأحكام، وذلك بمقتضى نص الفقرة الثانية من المادة الأولى من التقنين التي قضت بما يأتي:

"فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقييد بمذهب معين، فإذا لم توجد فبمقتضى قواعد العدالة". ¹

عليه ينبغي على القاضي أن يرجع إلى العرف إذا افتقد النص التشريعي، فإن لم يعثر على قاعدة عرفية وجب عليه استنباط الحكم من مبادئ الشريعة الإسلامية إن وجدها؛ على أن تأخر مرتبة مبادئ الشريعة الإسلامية عن العرف في دائرة المصادر الرسمية للقواعد المدنية لا يعني استهانة المشرع بمكانتها وإنما هو دليل على علو مقامها في حياتنا القانونية؛ فقد كان منطق الاقتباس يجيز للمشرع، بعد أن اقتبس أكثر قواعد تقنينه من الشريعة الإسلامية أن لا يعتبرها من المصادر الرسمية بل يعدها مصدراً تفسيرياً لما استقاه من النصوص منها، إلا أنه لم يفعل ذلك بل تمسك بها كمصدر احتياطي،^(١) وإمعان النظر في نص الفقرة الثانية من المادة الأولى من التقنين، يقتضينا القول إن رجوع القاضي إلى الشريعة الإسلامية عند غياب النص وافتقاد العرف يتطلب مراعاة ما يأتي مما تضمنه نص الفقرة الثانية.

ومما يترتب على التصورات المتقدمة مايلي:

أولاً— إن رجوع القاضي يقتصر على المبادئ العامة للشريعة الإسلامية دون أن يتعداها إلى أحكامها التفصيلية. والمبادئ العامة هي الأصول الكلية والقواعد الأساسية التي لا خلاف بين مذاهب المسلمين بشأنها، أما الأحكام التفصيلية فتعني الحلول والأحكام الجزئية التي تختلف بتفاوت المذاهب الفقهية الإسلامية وقد تتباين في المذهب الواحد. وقد قصر المشرع رجوع القاضي على مبادئ الشريعة المسلم بها من الجميع تقديراً منه لعدم جدوى الرجوع إلى حلول تفصيلية تتعدد بشأنها آراء فقهاء المسلمين ويحتدم الخلاف حيالها.

^١— طارق كاظم عجيل: ص ١١٠.

ثانياً - لا يتقيد القاضي في رجوعه إلى مبادئ الشريعة بمذهب فقهي معين، وإنما له أن يأخذ ما يراه ملائماً ليحكم بمقتضاه مما يشاء من المذاهب الإسلامية، وإذا قيل إن عدم التقيد بمذهب معين قد يفضي إلى اضطراب واختلاف أحكام القضاء الصادرة في قضايا متماثلة لتباين المذاهب في حلولها، أمكن الرد على ذلك بأن رجوع القاضي يقتصر على المبادئ التي لم تكن محل خلاف بين المذاهب دون تجاوزها إلى الأحكام الجزئية المختلف فيها. ومع ذلك فإننا نرى أن هذا الشرط من النص (دون التقيد بمذهب معين) كان تزييداً لا مبرر له، وأنه كان يحسن بالمشروع العراقي إغفاله ذلك لأن رجوع القاضي يقتصر على المبادئ العامة في الشريعة الإسلامية، وهذه المبادئ مسلم بها دون خلاف بين مذاهب المسلمين، ولا فرق بين أن يرجع القاضي إلى هذا المذهب أو ذاك، لأنه يرجع إلى أمر اتفقت المذاهب بشأنه وأجمعت على إقراره.^(١)

تاء: موقع الشريعة الإسلامية في الدستور العراقي النافذ لسنة ٢٠٠٥: X

صرح نص المادة الثانية من الدستور العراقي النافذ لسنة ٢٠٠٥، بما

يلي:-

أولاً:- الإسلام دين الدولة الرسمي، وهو مصدر أساس التشريع:-

أ- لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام.

ب- لا يجوز سن قانون يتعارض مع مبادئ الديمقراطية.

ت- لا يجوز سن قانون يتعارض مع الحقوق والحريات الأساسية الواردة

في هذا الدستور.

في ظلال النص يتضح ما يلي:-

١- للموضوع تفصيل أكثر سنقف عليه في الاسطر المقبلة من البحث.