



Journal of

# STEPS

for Humanities and Social Sciences

Volume 1 | Issue 3

Article 18

## The effect of the legal referendum on the adaptation of the civil case

Aqeel Majeed Taha  
*University of Tikrit, Iraq*

Abdullah Mowafaq Ali  
*University of Tikrit, Iraq, [abdullamofek@gmail.com](mailto:abdullamofek@gmail.com)*

Follow this and additional works at: <https://www.steps-journal.com/jshss>



Part of the Arts and Humanities Commons, Business Commons, Education Commons, Law Commons, and the Political Science Commons



This work is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial-No Derivative Works 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

### Recommended Citation

Taha, Aqeel Majeed and Ali, Abdullah Mowafaq (2022) "The effect of the legal referendum on the adaptation of the civil case," *Journal of STEPS for Humanities and Social Sciences*: Vol. 1 : Iss. 3 , Article 18.

Available at: <https://doi.org/10.55384/2790-4237.1080>

This Original Study is brought to you for free and open access by Journal of STEPS for Humanities and Social Sciences (STEPS). It has been accepted for inclusion in Journal of STEPS for Humanities and Social Sciences by an authorized editor of Journal of STEPS for Humanities and Social Sciences (STEPS).

## اثر الاستفتاء الشرعي في تكييف الدعوى المدنية

عبدالله موفق علي \*

عقيل مجيد طه

تاريخ القبول: 2022/08/12

تاريخ الاستلام: 2022/04/25

### المستخلص

ان الاستفتاء الشرعي في دين الله تعالى مقام رفيع السناء وأهله قد تبوؤوا في الامة منصب ورثة الأنبياء، والاستفتاء الشرعي الاخبار بالحكم الشرعي مقروناً بالدليل من قبل المفتي لواقعة او مسألة معينة ، وان الحكم الشرعي الذي يكون نتيجة الاستفتاء الشرعي يختلف عن القوانين الوضعية في مصدرها وفي مدى التزام القاضي في تطبيقها ، فالقاضي ابتداءً ملزم بتطبيق القوانين التي يضعها المشرع ، ولكن المشرع اوجب عليه اللجوء الى الاستفتاء الشرعي في بعض مسائل الاحوال الشخصية التي لم يعالجها المشرع وتركها الى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملاءمة لقانون الاحوال الشخصية العراقي وبهذا فإن سلطة القاضي ليست مطلقة في اللجوء الى الاستفتاء الشرعي وانما تكون على سبيل التدرج وبهذا فإن للاستفتاء الشرعي اثر في تكييف الدعوى المدنية ويبدو ذلك واضحاً من خلال الرجوع الى قرارات محكمة التمييز الاتحادية حيث ان قضاء هذه المحكمة قد استقر على وجوب لجوء القاضي الى الاستفتاء الشرعي في المسائل التي لا يوجد لها نص في قانون الاحوال الشخصية العراقي .

**الكلمات المفتاحية :** استفتاء، تكييف، دعوى، شرعي، سلطة .

طالب ماجستير، كلية الحقوق ، جامعة تكريت ، العراق .  
[abdullamofek@gmail.com](mailto:abdullamofek@gmail.com)

2790-4237/© 2022 Golden STEPS Ltd. This is an open access article under the CC-BY-NC-ND license. (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>)

## **The effect of the legal referendum on the adaptation of the civil case**

**Aqeel Majeed Taha**, *University of Tikrit – College of Rights, Iraq.*

**Abdullah Mowafaq Ali**, *University of Tikrit – College of Rights, Iraq.*

---

Received: 25/04/2022

Accepted: 12/08/2022

---

### **Abstract**

The legal referendum in the religion of God Almighty has a high status and his family have assumed the position of the heirs of the prophets in the nation, and the legal referendum is news of the legal ruling coupled with evidence by the mufti of a specific fact or issue, and that the legal ruling that is the result of a legal referendum differs from man-made laws in its source and extent. The judge's obligation to implement them, for the judge is initially obligated to implement the laws set by the legislator, but the legislator obliged him to resort to a legal referendum in some personal status issues that the legislator did not address and left them to the principles of Islamic law that are more appropriate to the Iraqi personal status law. Thus, the judge's authority is not absolute in resorting to To the legal referendum, but only by way of gradualness. Thus, the legal referendum has an impact on the adaptation of the civil case. This seems clear by referring to the decisions of the Federal Court of Cassation, as the judiciary of this court has established that the judge must resort to the legal referendum in issues that have no text in the Iraqi Personal Status Law.

**Keywords:** referendum, conditioning, Lawsuit, Lawful, authority.

## المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين الصادق الأمين محمد صلى الله عليه وسلم .

ان الاستفتاء الشرعي في دين الله تعالى مقام رفيع السناء وأهله قد تبوّءوا في الامة منصب ورثة الأنبياء ، فقد جاء في القران الكريم في وجوب رد التنازع الى الكتاب والسنة قوله تعالى **فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا** [سورة النساء، الآية 59] والرد الى الله والرسول يعني الرد الى الكتاب والسنة واخذ الاحكام منهما نصاً و استنباطاً ، واذا كان الامر ما ذكره فان الانسان في حاجة الى معرفة احكام الكتاب والسنة في جميع احواله وتصرفاته في العقيدة والعبادة والمعاملات المالية والانكحة والمسائل الجزائية وغيرها ، ومرجع ذلك الى المفتي حينما يلجأ اليه الناس فيما أشكل وخفي عليهم أمره .

ان مسائل الاحوال الشخصية وبالخصوص ما يتعلق بالحل والحرمة فان القانون قد ترك مجال واسع للرجوع فيها الى احكام الشريعة الاسلامية ، لذا فان قاضي الموضوع قد يلجأ الى الاستفتاء الشرعي لمعرفة الحكم الشرعي للقضية المعروضة امامه .

تمثل العلاقة بين الاستفتاء الشرعي وتكييف الدعوى الشرعية على الخصوص قضية جوهرية في هذا الاطار ، وهي قضية ذات خطر ، لأنها تتصل بشكل او بأخر بسيادة التشريع الالهي ، على اعتبار ان الفتوى الشرعية لها صفة دينية ولكنها في الوقت نفسه مرتبطة في الوقائع الجزئية ، فيجب على المفتي الموازنة بين المرونة اللازمة للتكيف مع ظروف الحياة ومتغيراتها ، وبين المحافظة على المبادئ الثابتة في الشريعة الاسلامية الغراء .

## مشكلة البحث :

يثير الموضوع مشكلة رئيسية في كون القانون العراقي لم يحدد جهة محددة ورسمية للاستفتاء الشرعي ، أي انه لم يحدد من له حق الافتاء ، كذلك لم يحدد مدى التزام القاضي بالاستفتاء الشرعي ، هل هو حرام ملزم بالاخذ بالفتوى ؟

## اهداف البحث :

تهدف الدراسة الى تسليط الضوء على واقع عملي موجود في المحاكم العراقية والذي يتمثل في وقوع حالات من الزواج والطلاق خارج المحكمة وما يتبع ذلك من اجراءات في مسألة اثبات مثل هذا النوع من العلاقات القانونية .

## منهجية البحث:

ان المنهج المتبع في دراستنا هو المنهج التحليلي ، من خلال تحليل النصوص الخاصة التي يلجأ قاضي الموضوع على اساسها الى الاستفتاء الشرعي ، وكذلك تحليل التطبيقات العملية من خلال استقراء الاحكام القضائية التي اعتمد عليها قاضي الموضوع على الاستفتاء الشرعي في اصدار الحكم .

## خطة البحث:

سنقسم هذا البحث الى مبحثين ، في المبحث الاول نتناول مفهوم الاستفتاء الشرعي وذلك في مطلبين نتناول في المطلب الاول تعريف الاستفتاء الشرعي وفي المطلب الثاني نتناول تمييز الاستفتاء الشرعي عن القوانين الوضعية ، اما في المبحث الثاني فننتاول احكام لجوء محكمة الموضوع الى الاستفتاء الشرعي وذلك في مطلبين ، نتناول في المطلب الاول شروط لجوء القاضي الى الاستفتاء الشرعي اما المطلب الثاني فننتاول تطبيقات لجوء القاضي الى الاستفتاء الشرعي .

## المبحث الاول

### مفهوم الاستفتاء الشرعي

ان الاستفتاء الشرعي محل اهتمام كبير من قبل العلماء والباحثين قديماً وحديثاً ولمعرفة مدى تأثير الاستفتاء الشرعي على تكييف الدعوى الشرعية ، لذا سنقسم هذا المبحث الى مطلبين نتناول في المطلب الاول تعريف الاستفتاء الشرعي لغة واصطلاحاً وقانوناً ، ونتناول في المطلب الثاني الشروط التي يجب توافرها في المفتي وكالاتي:

### المطلب الاول

#### تعريف الاستفتاء الشرعي

لتوضيح مفهوم الاستفتاء الشرعي بالشكل العام والشامل اذ يتحدد المقصود منه لابد ان نتعرض الى تعريفه من الناحية اللغوية ومن ثم في الاصطلاح الفقهي والاصطلاح القانوني ونبين ذلك في الفقرات الآتية :

### الفرع الاول

#### تعريف مصطلح الاستفتاء الشرعي لغة

بالنظر الى مصطلح الاستفتاء الشرعي نرى بأنه مصطلح مركب من كلمتين ، وهذا يوجب علينا بيان كل كلمة بشكل مستقل وكالاتي :

**اولاً: تعريف مصطلح الاستفتاء لغة**

طلب الفتوى ، يقال: استفتيت فلاناً اذا طلبت منه الفتوى في أمر ما ، والفتوى تبين الشيء تفسيره ، ويقال: افتاه في الامر يفتيه فتوى وفتياً أي ابانه وفسره له ، واصل الاستفتاء من الفتوة وهي القوة ، والفتى الشاب الذي شب وقوي ، وسمي استفتاء لأنه يقوي ما أشكل بيانه وتفسيره ، ومن معاني الاستفتاء ايضاً : الاستفسار والسؤال والاستشارة والاستطلاع<sup>1</sup>.

#### ثانياً : تعريف مصطلح شرعي لغة

شرعي اسم منسوب الى الشرع ، أي ما كان ضمن حدود الشرع ، وشرع الدين يشرعه شرعاً سنه والشارع الرباني هو العالم المعلم ، وشرع فلان اذا أظهر الحق وقمع الباطل ، وحكم شرعي : حكم خاضع لاحكام الشرع ، أي ما كان مطابقاً لمقتضيات الشرع<sup>2</sup>.

مما تقدم يتبين لنا بأن الاستفتاء الشرعي طلب معرفة الحكم الشرعي في مسألة معينة .

### الفرع الثاني

#### تعريف الاستفتاء الشرعي في الاصطلاح الفقهي

عُرف رأي من الفقه الاستفتاء الشرعي بأنه تبين الحكم الشرعي لمن سأل عنه<sup>3</sup> ، ومن هذا التعريف يتبين بأن الاستفتاء الشرعي هو بيان حكم الشرع في مسألة معينة ولا يكون ذلك الا بطلب أي اذا لم يكن هناك طلب معرفة الحكم الشرعي فليس هناك استفتاء شرعي .

وعُرف الاستفتاء الشرعي كذلك بأنه الاخبار بحكم الله تعالى في الوقائع بدليله<sup>4</sup> ، وان هذا التعريف يختلف عن التعريف الذي سبقه في انه لا يشترط ان يكون هناك طلب او سؤال وكذلك فإن الاستفتاء أي بيان الحكم الشرعي يكون مقروناً بالدليل الذي استند عليه المفتي في بيان الحكم ، وهذا الدليل يكون اما من القرآن الكريم او السنة النبوية الشريفة او من الاجماع او غيرها .

وعُرف أيضاً بأنه ما يخبر به المفتي جواباً لسؤال أو بياناً لحكم من الأحكام وان لم يكن سؤالاً خاصاً<sup>5</sup> ، ان هذا التعريف يتفق مع التعريف الثاني في عدم اشتراط الطلب او السؤال كما في التعريف الاول ويختلف مع التعريفين السابقين في كونه خص الاستفتاء الشرعي بصوره من المفتي فقط .

مما تقدم ومن خلال استعراض التعريفات السابقة يتبين لنا تركيز كل تعريف على جانب معين واغفال الجوانب الاخرى لذا سنحاول تعريف الاستفتاء الشرعي بتعريف يشمل جميع هذه الجوانب فنعرّفه بأنه الاخبار بالحكم الشرعي مقروناً بالدليل من قبل المفتي لواقعة او مسألة معينة .

### الفرع الثالث

#### تعريف الاستفتاء الشرعي في الاصطلاح القانوني

على حد تتبعنا لم نجد تعريفاً للاستفتاء الشرعي في القانون العراقي ، وهذا امر جدير بالتأييد لان صياغة التعريفات ليس مهمه المشرع وانما مهمه القضاء والفقهاء لكي يقوموا بدراسة أي موضوع ومن كافة الجوانب والاخذ بما طرأ من تطورات في المجتمع لوضع تعريف يشمل جميع افراد وأركان المعرف .

ولكن تجدر الإشارة الى ان الفقهاء القانوني لم يخلو من الاستفتاء ، فنجد الاستفتاء وخصوصاً في الفقه الدستوري والذي يقصد به عرض موضوع عام على الشعب لأخذ رأيه فيه بالموافقة او الرفض وهو ما يسمى بالاستفتاء الشعبي<sup>6</sup> ، والاستفتاء الشعبي او طلب الفتوى او الرأي من الشعب ليس نظاماً حديثاً بل هو امر قديم في الأمم فمن قصص القران الكريم ما يخبرنا به الله تعالى قالت يا أيها الملأ أفتوني في أمري ما كنت قاطعة أمرا حتى تشهدون . قالوا نحن أولو قوة وأولو بأس شديد والأمر إليك فانظري ماذا تأمرين . قالت إن الملوك إذا دخلوا قرية أفسدوها وجعلوا أعزة أهلها أذلة وكذلك يفعلون . واني مرسله إليهم بهدية فناظرة بم يرجع المرسلون 7 ففي هذه الآية دلالة على الاستفتاء الشعبي بين الملكة وقومها ، ثم فوضوا اليها اتخاذ ما تراه ، فرأت ان ترسل الى سليمان عليه السلام بهدية لتتظر ما يكون جوابه .... الى آخر القصة القرآنية المعروفة 8 .

مما تقدم يتبين لنا اختلاف الاستفتاء الشرعي عن الاستفتاء الشعبي المعروف في الفقه القانوني كون الاخير يكون بطلب الفتوى او الرأي من الشعب في موضوع عام ، اما الاستفتاء الشرعي والذي هو موضوع بحثنا فيتم من خلال بيان الحكم الشرعي من قبل المفتي في مسألة او واقعة معينة ولهذا الاستفتاء الاخير دور كبير في تكييف الدعوى الشرعية .

### المطلب الثاني

#### تمييز الاستفتاء الشرعي عن القوانين الوضعية

ان القوانين الوضعية تكون صادرة من اشخاص عاديين يقومون بتشريع هذه القوانين وذلك لتنظيم علاقات الافراد فيما بينهم وتنظيم علاقاتهم مع الدولة ، اما الاستفتاء الشرعي فإنه بالاضافة الى تنظيم الامور التي تنظمها القوانين الوضعية فإنه يدخل في العبادات وعلاقة الانسان بربه ، وللأهمية الكبيرة للاستفتاء الشرعي فهل القاضي ملزم بتطبيق الحكم الشرعي الصادر نتيجة الاستفتاء أم انه ملزم بالقوانين الوضعية فقط ، ولما تقدم ارتأينا تقسم هذا المطلب الى التفرعات الآتية :

## الفرع الاول

### الفرق بين الاستفتاء الشرعي والقوانين الوضعية

لبيان الفرق بين الحل او الحكم الذي يقدمه الاستفتاء الشرعي لحل النزاع المعروف امام القاضي والحل او الحكم الذي تقدمه القوانين الوضعية، سوف نقتصر على بيان ابرز الملامح الجوهرية التي يختلف فيها الاستفتاء الشرعي عن القوانين الوضعية كل على حدة وكالاتي :

#### اولاً: الملامح الجوهرية للاستفتاء الشرعي

ان ابرز الملامح المميزة للاستفتاء الشرعي والتي سوف نقتصر في بحثنا عليها لكي نبين الوجة التي يختلف فيها الاستفتاء الشرعي عن القوانين الوضعية وهي :

أ. **الاستفتاء الشرعي له صفة دينية** : الاستفتاء الشرعي مؤسس على الاخبار بحكم شرعي كما ذكرنا ذلك في تعريف الاستفتاء الشرعي ، مما يعني أن له صفة دينية ، فالمستفتي انما يتوجه الى الامام المفتي ليسأل عن احكام دينه ويتعرف المقبول والمردود من العبادات والحلال والحرام من المعاملات وما دام الامر كذلك فأن للجواب اطار خاص هو الفقه والتشريع الاسلامي ومصدر سماوي هو الوحي الالهي المتمثل اساساً في القران الكريم والسنة النبوية الشريفة فأن لم يوجد نص يرجع الى الادلة الباقية كالأجماع والقياس وغيرها من الادلة 9 .

ومما تقدم يتبين لنا بأن الاستفتاء الشرعي يكون ذو صفة دينية لانه اخبار للحكم الشرعي في واقعة او مسألة معينة ويكون هذا الحكم مستمد من القران الكريم او السنة النبوية او بقية الادلة الاخرى .

ب. **الاستفتاء الشرعي يختص بالوقائع الجزئية** : عرفنا بأن الاستفتاء الشرعي مؤسس على الاخبار بالاحكام الشرعية ، ومما هو معلوم ان احكام الشرع مرتبة على وجود اسبابها وتوافر شروطها وانتفاء موانعها أي تحقق مناط الحكم فيها والنظر في تحقق مناط الاحكام يقتضي النظر في الزمان والمكان والنظر في الاشخاص والاحوال حتى يتطابق الحكم على الواقعة ويأتي الاستفتاء منسجم مع قواعد الشرع ومقاصده وهذا ما يجعل العلم بالاستفتاء الشرعي أخص وأشق من العلم بالفقه لأن متعلق الفقه كلي يصدق على جزئيات كثيرة ، بينما متعلق الاستفتاء الشرعي هو الوقائع الجزئية وهي مبنية على النظر في آحاد الصور وادراك ما اشتملت عليه من الاوصاف الكامنة فيه والاعتماد على ما له من تأثير في العلة التي شرع الحكم لأجلها 10 .

مما تقدم يتبين بأن الاستفتاء الشرعي يختص بالجزئيات ويتطلب من المفتي النظر في الزمان والمكان والاشخاص والاحوال لكي يتطابق الحكم على الواقعة ، وذلك من خلال البحث عن العلة التي شرع الحكم من اجلها .

#### ثانياً: الملامح الجوهرية للقوانين الوضعية

سنقتصر في بحثنا هذا على الملامح الجوهرية للقوانين الوضعية والتي تختلف فيها عن الاستفتاء الشرعي وكالاتي :

أ. **القوانين الوضعية ليس لها صفة دينية** : من المعروف بأن القوانين الوضعية من وضع البشر وصنعهم على الوجه الذي يسد حاجاتهم وينظم حياتهم ويحقق مصالحهم

وليس من وراء هذه القوانين مصدر وحيد وثابت تستقي منه دائماً وابدأ ، كما انها لم تولد متكاملة ولم تزل في تغير وتطول مستمر كلما شوهد فيها نقص أو ظهر فيها عوج ومع ان بعض نصوصها تتبع من مصادر الهيئة الا انها لا تعتمد في مرجعيتها على أي تشريع سماوي ولا تعول على مصدر غيبي بل تعتمد اعتماداً كاملاً على العقل البشري مما يعني أنه ليس لها صفة دينية <sup>11</sup> .

مما تقدم يتبين لنا بأن القوانين الوضعية ليس لها صفة دينية وذلك لكونها من صنع البشر وكثيراً ما تشوبها الأخطاء لذلك فهي بتغيير مستمر .

**ب. القوانين الوضعية لها وظيفة مصلحة في الاساس :** أن القوانين أيا كانت ومهما اختلفت لها فلسفة مصلحة تنشأ على اساسها نصوصها وتدور عليها اغراضها وهي تتمثل بخدمة الجماعة وتلبية حاجاتها وحماية مصالحها ودفع الضرر عنها وحفظ النظام والاستقرار داخلها وتحديد الحقوق وبيان الواجبات والالتزامات المنوطة بكل فرد من افرادها وتحقيق التوازن بين المصالح المتضاربة <sup>12</sup> .

ومثال ذلك المواد القانونية التي تنظم المعاملات المالية بجميع اشكالها وظيفتها خدمة الجماعة عن طريق تسهيل المعاملات ، فهي بذلك وجدت لتحقيق وظيفة مصلحة

## الفرع الثاني

### مدى التزام المحكمة بتطبيق القوانين الوضعية والاستفتاء الشرعي

ان اقامة العدل بين الافراد في المجتمع ، تعد من اهم وظائف الدولة في المجتمعات المعاصرة وذلك عن طريق اقامة أجهزة السلطة القضائية وممارستها للقضاء بوصفها وظيفة عامة من وظائف الدولة تميزها عن وظائف السلطات الاخرى <sup>13</sup> ، وتعرف السلطة القضائية بأنها السلطة التي تتولى تطبيق القانون عند الفصل في المنازعات بين الافراد وبعضهم او بينهم وبين احد جهات السلطة العامة في الدولة <sup>14</sup> ، فالمحكمة هي المسؤولة عن تطبيق القوانين الوضعية وهذه هي وظيفتها الاساسية ، وقد جاء في قانون المرافعات المدنية العراقي <sup>15</sup> في المادة 30 منه لا يجوز لأية محكمة ان تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون او فقدان النص او نقصه والا عد القاضي ممتنعاً عن احقاق الحق ..... واستناداً لهذا النص لا يجوز للقاضي ان يمتنع عن الحكم في النزاع المعروف امامه بحجة غموض القانون او فقدان النص او نقصه والا عد ممتنعاً عن احقاق الحق ، ففي حالة كان هناك غموض في النص او نقص او حتى عدم وجود نص فيجب على القاضي ان يجتهد في الاهتداء الى احكام القانون الاخرى كالعرف ومبادئ الفقه الاسلامي وقواعد العدالة <sup>16</sup> . مما تقدم يتبين لنا بأن السلطة القضائية هي المسؤولة عن تطبيق القوانين الوضعية وملزمة بها كون تطبيق هذه القوانين يعتبر وظيفتها الاساسية ولا يجوز للمحكمة والقاضي الامتناع عن تطبيق هذه القوانين والا اعتبر ممتنعاً عن احقاق الحق ويعرض نفسه للمسألة القانونية .

عرفنا بأن المحكمة ملتزمة بتطبيق القوانين الوضعية ، ولكن ما مدى التزام المحكمة بتطبيق الحكم او الحل الذي يقدمه الاستفتاء الشرعي ؟

ان المحكمة تطبق النصوص القانونية على النزاع المعروف امامها ، ولكن في بعض الاحيان وخصوصاً في المسائل الخاصة بالاحوال الشخصية قد لا يوجد نص ينطبق على الحالة المعروضة امام القاضي ، ولكن لم يترك المشرع هذه المسألة بدون



حل فقد نصت المادة الاولى/ الفقرة 2 من قانون الاحوال الشخصية العراقي 17 اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون فهذه الفقرة تحيل القاضي الى مبادئ الشريعة الاسلامية عن خلو القانون من نص ملائم ، أي ان القاضي في هذه الحالة ملزم باللجوء الى الاستفتاء الشرعي لحكم النزاع المعروض امامه

ولم تقيد هذه الفقرة القاضي الا بقاء واحد وهو ان تكون تلك المبادئ والاحكام اكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون ، وهذه الملاءمة قضية اجتهادية على القاضي ان يبذل من اجلها جهداً قائماً على العلم والفهم والفقہ ، وان هذه المادة تشير الى عدم الجمود على مذهب معين بل تفرض على القاضي أن يتخير بين المذاهب الاسلامية ويوازن بين اجتهادات الفقهاء ويختار منها ما يراه محققاً للمصلحة 18 .

وان العمل في المحاكم المختصة في مسائل الاحوال الشخصية في الوقت الحالي قد استقر على انه في حالة عدم وجود نص في القانون يحكم المسألة المعروضة فإن القاضي يلجأ الى الاستفتاء الشرعي وذلك بمخاطبة المرجع الذي يتبعه اطراف الدعوى ، فمثلاً اذا كان احد اطراف الدعوى من المذهب الجعفري ولم يكن هناك نص في القانون يحكم المسألة المعروضة فيتم مفاتحة مكتب السيد السستاني بكتاب رسمي لمعرفة الحكم الشرعي في المسألة المعروضة ، وكذلك الحال لو كان احد الاطراف سني وعلى أي من المذاهب الاربعة الحنفي، المالكي، الشافعي ، الحنبلي فيتم مفاتحة المجمع الفقهي بكتاب رسمي لمعرفة الحكم الشرعي في المسألة .

اما اذا تعارضت احكام القانون مع بعض المذاهب الاسلامية الاستفتاء الشرعي فإن الحكم يكون بالقانون ما دام فيه نص ، كما جاء ذلك بقرار مجلس التمييز 4 المرقم 227 المؤرخ في 1962/5/20 19 .

مما تقدم يتبين لنا بأن المحكمة ملزمة بتطبيق القوانين الوضعية وهي وظيفتها الاساسية ، اما بالنسبة للاستفتاء الشرعي فإنها لا تلجأ اليه الا في حالة عدم وجود نص في القانون ، وليس معنى ذلك ان المحكمة ليست ملزمة بتطبيق الحكم او الحل الذي يقدمه الاستفتاء الشرعي على العكس من ذلك فإن القاضي ملزم بنص القانون باللجوء الى مبادئ الشريعة الاكثر ملاءمة لهذا القانون ، ويمكننا ان نقول ان المشرع قد الزم القاضي والمحكمة على سبيل التدرج في تطبيق القوانين والاستفتاء الشرعي فيأتي القانون اولاً ويأتي بعده الاستفتاء الشرعي وذلك محصور بخلو القانون من النص .

## المبحث الثاني

### شروط لجوء المحكمة للاستفتاء الشرعي وتطبيقاته

ان للجوء المحكمة الى الاستفتاء الشرعي شروط لا بد من توافرها ، فاذا لم تتحقق هذه الشروط لا يمكن للمحكمة اللجوء الى الاستفتاء الشرعي ، وكما ان هناك شروط فهناك ضوابط ايضاً يجب الاخذ بها عند اللجوء الى الاستفتاء الشرعي ، لذا سنقسم هذا المبحث الى مطلبين نتناول في المطلب الأول شروط لجوء المحكمة الى الاستفتاء الشرعي ، اما المطلب الثاني فننتاول ضوابط لجوء المحكمة الى الاستفتاء الشرعي وكالاتي :

### المطلب الأول

## شروط لجوء المحكمة للاستفتاء الشرعي

ان للقاضي سلطة تقديرية في تكيف الدعوى وتعرف هذه السلطة بأنها النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي في فهم الواقع المطروح عليه واستنباط العناصر التي تدخل هذا الواقع نطاق قاعدة قانونية معينة يقدر انها هي التي تحكم النزاع المطروح عليه هذا النشاط وعلاقته بالواقع والقانون<sup>20</sup> ، بالرغم ما للقاضي من سلطة تقديرية في تكيف الدعوى المنظورة امامه ولا سيما دعاوى الأحوال الشخصية وعند عرض نزاع عليه ولا يسعفه نص في قانون الأحوال الشخصية فهنا يجب عليه اللجوء الى الاستفتاء الشرعي ولكن بشرطين نتناول كل شرط على حدة في الفرعين التاليين :

### الفرع الأول

#### وجود نص قانوني يقرر لجوء القاضي للاستفتاء الشرعي

ان سلطة القاضي في اللجوء الى الاستفتاء الشرعي ليست مطلقة ولا تكون حسب اهواءه لذا لا بد من وجود نص قانوني يبرر لجوء القاضي الى الاستفتاء الشرعي ، وبالرجوع الى قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 نجد انه أشار الى إمكانية لجوء القاضي الى الاستفتاء الشرعي في المادة الأولى/الفقرة 2 والتي تنص اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون فقاضي الاحوال الشخصية يجد السند او الاساس الذي يبرر له اللجوء الى الاستفتاء الشرعي في هذه الفقرة من المادة الاولى .

ومما تجدر الاشارة اليه انه ليس فقط قاضي الاحوال الشخصية يستطيع اللجوء الى الاستفتاء الشرعي و كذلك قاضي البداء فقد نص القانون المدني العراقي<sup>21</sup> في المادة الاولى/ 2 فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فاذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة ومن هذه المادة يتبين لنا ان المشرع قد او الزم المحكمة باللجوء الى الاستفتاء الشرعي ولكن بعد خلو القانون والعرف من حكم للنزاع المعروف أي جعل لجوء القاضي في ايجاد كم للنزاع المعروف امامه على سبيل التدرج فاولاً يجب ان يخلو القانون من نص ومن ثم العرف وبعدها يلجأ القاضي الى الاستفتاء الشرعي ، أي ان مشرع القانون المدني قد قدم القانون والعرف على الاستفتاء الشرعي على العكس من مشرع الاحوال الشخصية الذي قدم القانون فقط .

وان مبدأ احالة القاضي الى مبادئ الشريعة الاسلامية للاستفتاء الشرعي يعد من المبادئ المهمة والخطيرة في نفس الوقت لأنه يحيل القاضي الى اراء فقهية اسلامية مستندة على التحليل الشخصي للفقيه حسب درجة اجتهاده بعيداً عن النصوص القانونية التي يضعها المشرع ، وان هذا المبدأ يعتمد وبشكل كبير على التصريح من قبل المشرع بجواز اعماله في المسائل التي لم يرد بشأنها حكم وهذا التصريح ليس من باب التوثيق بل هو شرط لتطبيق النص<sup>22</sup> .

مما تقدم يتبين لنا بأن المحكمة لا تستطيع اللجوء الى الاستفتاء الشرعي الا بوجود نص قد وضعه المشرع يبيح لها ذلك .

### الفرع الثاني

## عدم وجود نص قانوني يحكم المسألة المعروضة امام القاضي

ان القاضي لا يستطيع اللجوء الى الاستفتاء الشرعي بمجرد وجود نص يبيح له ذلك ، فلا بد من توافر شرط اخر لكي يستطيع القاضي اللجوء الى الاستفتاء الشرعي وهذا الشرط يمكن استخلاصه من نص المادة الاولى /الفقرة 2 من قانون الاحوال الشخصية العراقي والتي جاء فيها فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ..... فمن هذه الفقرة يتحدد وينحصر اللجوء الى الاستفتاء الشرعي في حالة عدم وجود نص يمكن تطبيقه فقط ، فالمشرع مهما كان على درجة من العلم والفهم والدراية في الامور القانونية فلا يستطيع ان يحيط بجميع ما قد يطرأ في المستقبل من احداث .

وان قانون الاحوال الشخصية يتعرض الى الكثير من المسائل المستحدثة ولهذا السبب يقوم المشرع بتنظيم جميع مسائل الاحوال الشخصية الموجودة لحظة سن التشريع فضلاً عن المسائل التي يتنبأ بها في هذا الوقت كمسائل الزواج والطلاق والنفقة والحضانة والوصية والميراث وغيرها ، اما المسائل الجزئية او المسائل المستحدثة فيترك للقاضي مجال الاحالة على الفقه الاسلامي والذي بالتاكيد وفي الاغلب الاعم يحتوي على حلولاً لأغلب مسائل الاحوال الشخصية لكونه فقه يهتم بالجزئيات الدقيقة بشكل كبير<sup>23</sup> .

يتبين ان قانون الاحوال الشخصية يتضمن مسائل قد وضع لها المشرع حلاً وذلك بنص صريح أي انه نظمها ، وهناك مسائل لم ينظمها وانما احالها الى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لهذا القانون وهذه الاخيرة هي التي تلزم القاضي باللجوء الى الاستفتاء الشرعي .

وكذلك الامر في القانون المدني العراقي فالقاضي ايضاً ملزم بعدم اللجوء الى الاستفتاء الشرعي الا في حالة خلو القانون وكذلك العرف من نص يمكن تطبيقه على النزاع المعروض امامه وهذا ما جاءت به المادة الاولى /الفقرة 2 من القانون المدني العراقي<sup>24</sup> والتي تنص فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فاذا لم يوجد بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقييد بمذهب معين فاذا لم يوجد بمقتضى قواعد العدالة فقاضي البداء هنا مقيد اكثر من قاضي الاحوال الشخصية في اللجوء الى الاستفتاء الشرعي فقاضي البداء يجب ان يتأكد اولاً من عدم وجود نص في القانون يحكم النزاع المعروض وكذلك خلو العرف ومن بعدها يستطيع اللجوء الى الاستفتاء الشرعي ، اما قاضي الاحوال الشخصية غير ملزم بالبحث عن حكم للمسألة المعروضة في العرف وانما يلتزم باللجوء الى الاستفتاء الشرعي مباشرة عند خلو القانون .

## المطلب الثاني

### تطبيقات لجوء القاضي الى الاستفتاء الشرعي

كما بينا سابقاً فإنه يشترط للجوء القاضي الى الاستفتاء الشرعي ان يوجد نص في القانون يوجب على القاضي ذلك وكذلك عدم وجود نص في القانون يحكم المسألة المعروضة امام القاضي ومن المسائل التي لم ينص عليها قانون الاحوال الشخصية

وتركها الى الاستفتاء الشرعي هي طلاق السفية وهو من يبذر امواله فيما لا مصلحة له فيه وعلى غير مقتضى العقل والشرع ولو كان ذلك على سبيل الخير<sup>25</sup> فقد حددت المادة 35 من قانون الاحوال الشخصية العراقي من لا يقع طلاقهم<sup>26</sup> ولقد اختلف الفقهاء في صحة طلاق السفية وعلى القاضي في هذه الحالة ان يبحث ويختار رأي او قول المذهب الاكثر ملائمة لنصوص قانون الاحوال الشخصية العراقي.

كذلك لم يحدد المشرع نوع القتل المانع من الميراث والوصية لذا في هذه الحالة يكون على القاضي تطبيق الرأي الفقهي الاكثر ملائمة لنصوص قانون الاحوال الشخصية .

ومن التطبيقات القضائية للجوء المحكمة الى الاستفتاء الشرعي ما جاء في قرار محكمة التمييز الاتحادية لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلاً. ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف لاحكام الشرع و القانون للأسباب التالية :

(1) ورد في اقوال المميز / المدعي انه اوقع الطلاق على المميز عليها لثلاث مرات تسبق التاريخ الذي اوقع فيه الطلاق موضوع الدعوى الا ان احد الشيوخ افتى له بالرجوع بزوجته بعد الطلاق الثالث كونه عصياً . مما كان الواجب التحقق من ذلك وتدوين اقوال الشهود لكل مجلس وتدوين اقوال الشيخ المذكور باقوال المميز ومن ثم تحديد مدى صحة حالات الطلاق الثلاثة السابقة وعلى ضوء الاحكام الفقهية التي جرى بها واستجواب المميز عليها عن ذلك.....لذا قرر نقضه واعادة الاضبارة الى محكمتها للسير فيها وفق ما تقدم.<sup>27</sup> من خلال استعراض قرار محكمة التمييز الاتحادية يتبين لنا مدى تأثير موضوع الاستفتاء الشرعي على قرار محكمة التمييز فقد اعتبرت عدم اعتماد محكمة الموضوع على الاستفتاء الشرعي سبب من اسباب النقض، بل ذهبت الى ابعد من ذلك في قرارها حيث يفهم من فحوى القرار بأنه كان من الواجب على محكمة الموضوع التحقق من اقوال الشيخ المذكور وتحديد مدى صحة حالات الطلاق الثلاثة السابقة وعلى ضوء الاحكام الفقهية .

وكذلك جاء ذلك في اخر لمحكمة التمييز الاتحادية لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف لاحكام الشرع والقانون اذ كان على المحكمة مفاتحة المرجع الديني الذي يتبع المتداعيان لمعرفة ان كانت تجب العدة..... لذا قرر نقضه واعادة الاضبارة الى محكمتها للسير فيها وفق ما تقدم.<sup>28</sup> من هذا القرار يبدو تأثير الاستفتاء الشرعي على الاحكام القضائية واضحاً اذ ان محكمة التمييز اعتبرت عدم مفاتحة المرجع الديني الذي يتبعه المتداعيان سبب من اسباب نقض القرار ، و من مفهوم قرار محكمة التمييز الاتحادية يتبين لنا بأن محكمة الموضوع ملزمة في اللجوء الى الاستفتاء الشرعي .

وفي قرار اخر صدر من محكمة التمييز جاء فيه.....وحيث ان المحكمة اصدرت حكمها المميز دون مراعاة ما تقدم رغم اهميته وتأثيره بصحة الطلاق من عدمه وفق الفقه الذي يتبعه المتداعيان..... لذا قرر نقضه واعادة الاضبارة الى محكمتها للسير فيها وفق ما تقدم....<sup>29</sup> كذلك في هذا القرار فقد نقضت محكمة التمييز قرار محكمة الموضوع وذلك لكونها لم تلجأ الى الاستفتاء الشرعي .

نرى بأن قضاء محكمة التمييز الاتحادية قد استقر على وجوب لجوء المحكمة الى الاستفتاء الشرعي وذلك في القضايا المعروضة امام محكمة الموضوع ولم يوجد لها نص في قانون الاحوال الشخصية .

## الخاتمة

وبعد التعرف على الاستفتاء الشرعي في الفقه الاسلامي والقانون وما له من تأثير في صدور الاحكام القضائية ، تتضمن الخاتمة ابرز الاستنتاجات التي توصل اليها البحث وأهم المقترحات وكالاتي :

### اولاً: الاستنتاجات

1. ان الاستفتاء الشرعي الاخبار بالحكم الشرعي مقروناً بالدليل من قبل المفتي لواقعة او مسألة معينة .
2. ان الاستفتاء الشرعي ذو صفة دينية ويهتم بالوقائع الجزئية على العكس من القوانين الوضعية .
3. ان القاضي ملزم باللجوء الى الاستفتاء الشرعي في حالة عدم وجود نص في قانون الاحوال الشخصية .
4. استقرار قضاء محكمة التمييز على وجوب لجوء المحكمة الى الاستفتاء الشرعي .

### ثانياً: المقترحات

1. نقترح على المشرع العراقي تحديد جهات رسمية كأن يكون ديوان الأوقاف وحسب المذاهب الدينية الموجودة في الدولة ، تلجأ اليها المحكمة لمعرفة الحكم الشرعي في المسألة المعروضة .
2. ندعو المشرع العراقي في القوانين الاجرائية ان يلزم القاضي بأخذ رأي المرجع الديني وحسب كل مذهب وذلك في المسائل المتعلقة بالحل والحرمة .

## المصادر

- 1 محمد بن مكرم بن ابي الحسن بن احمد الانصاري : ابن منظور ، لسان العرب ، ج15 ، دار المعارف ، القاهرة ، بدون سنة نشر ، ص147 .
- 2 محمد بن مكرم بن ابي الحسن بن احمد الانصاري ، المصدر السابق ، ج10 ، ص176 .
- 3 منصور بن يونس بن ادريس البهوتي ، شرح منتهى الارادات ، ط1 ، ج3 ، عالم الكتب ، الرياض ، 1993 ، ص456 .
- 4 احمد بن حمدان بن شبيب بن حمدان الحراني ، صفة الفتوى والمفتي والمستفتي ، ط1 ، المكتبة الإسلامية ، بيروت ، 1960 ، ص4 .

- 5 د. عبدالله عبدالمحسن التركي ، أصول مذهب الامام احمد بن حنبل ، ط1 ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، 2012 ، ص654 .
- 6 د. ماجد راغب الحلو ، الاستفتاء الشعبي بين الأنظمة الوضعية والشريعة الإسلامية ، ط1 ، مكتبة المار الإسلامية ، الكويت ، 1980 ، ص11 .
- 7 سورة النمل : الآيات 32 - 33-34-35 .
- 8 إسماعيل بن عمرو بن كثير القرشي الدمشقي ، تفسير القرآن العظيم ، ط1 ، دار ابن حزم ، بيروت ، ص261
- 9 فتحي لعطاوي ، أثر القوانين الوضعية في تغير الفتوى الشرعية ، بحث منشور ، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية ، المجلد 9 ، العدد2 ، السنة 2018 ، ص339 .
- 10 إبراهيم بن موسى بن محمد الشاطبي ، الموافقات ، ط1 ، ج1 ، دار ابن عفان للنشر والتوزيع ، السعودية ، 2008 ، ص14 .
- 11 فتحي لعطاوي ، المصدر السابق ، ص340 .
- 12 فتحي لعطاوي ، المصدر نفسه ، ص341 .
- 13 د. احمد أبو الوفا ، المرافعات المدنية والتجارية ، ط1 ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1986 ، ص50 .
- 14 د. رجب عبدالحميد ، النظم السياسية المعاصرة ، ط1 ، دار الكتاب الجامعي ، الرياض ، 2014 ، ص65 .
- 15 قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969 .
- 16 د. عباس العبودي ، قانون المرافعات المدنية ، ط1 ، دار السنهوري لبنان ، بيروت ، 2016 ، ص93 .
- 17 قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 .
- 18 د. احمد الكبيسي ، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية ، ط2 ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ص9 .
- 19 د. احمد الكبيسي ، المصدر نفسه ، ص10 .
- 20 د. نبيل إسماعيل عمر ، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية ، دار الجامعة الجديد ، مصر ، 2002 ، ص11 .
- 21 القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 .
- 22 د. حيدر حسين الشمري ، د.صفاء متعب فجة ، وليد طارق عزيز ، مبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي ، بحث منشور بمجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية ، عدد2 ، مجلد 11 ، 2020 ، ص13 .
- 23 د. حيدر حسين الشمري ، د.صفاء متعب فجة ، وليد طارق عزيز ، المصدر نفسه ، ص14 .
- 24 القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 .
- 25 د. عبدالمجيد الحكيم والأستاذ عبدالباقي البكري والأستاذ محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، ج1 ، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، بغداد ، 1980 ، ص79 .
- 26 نصت المادة 35 من قانون الأحوال الشخصية العراقي لا يقع طلاق الأشخاص الاتي بيانهم : 1. السكران والمجنون والمعته والمكره ومن كان فاقد التمييز من غضب او مصيبة مفاجئة او كبر او مرض 2. المريض في مرض الموت او في حالة يغلب في مثلها الهلاك اذا مات في ذلك المرض او تلك الحالة وترثه زوجته
- 27 قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 3001/شخصية/2008 في 2008/9/28 ، غير منشور
- 28 قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 522 /شخصية/ 2020 في 2020/1/14 غير منشور
- 29 قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 6985 /شخصية/ 2021 في 2021/5/26 .