مجلة الاجتهاد القضائي -المجلد 13-العدد 02 (العدد التسلسلي 27) أكتوبر 2021 (ص ص: 1073 - 1086)
مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع - جامعة محمد خيضر بسكرة

الإحالة إلى أحكام الشريعة الإسلامية في قانون الأسرة الجزائري بين الإطلاق والتقييد

أي نجاعة في إيجاد الحلول لقضايا الأسرة المستجدة؟

Referral to the provisions of Islamic law in the Algerian family law between release and restriction : Any efficacy in finding solutions to emerging family issues?

د. علي سنوسي [1]
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة عبد الرحمان ابن خلدون - تيارت (الجزائر)
Ali.snouci@univ-tiaret.dz

تاريخ الارسال:	تاريخ القبول:	تاريخ النشر
12 أفريل 2021	01 أكتوبر 2021	31 أكتوبر 2021

الملخص:

نعالج في هذا البحث إشكالية إختيار المشرع الأسري الجزائري إحالة الأحكام الأسرية التي لم يرد فيها نص قانوني إلى أحكام الشريعة الإسلامية ومدى فاعلية ذلك في إيجاد الحلول الملائمة لنوازل الأسرة ومستجداتها، ومن ثم الوقوف على مدى إمكانية تأسيس مبدأ عام مشتق من الفقه الإسلامي من جهة ويراعي ضوابط ومستجدات الأحوال الشخصية في الجزائر، كما يهدف البحث إلى بيان الطرق والآليات التي يرجع فيها القاضي إلى أحكام الفقه الإسلامي. وما مدى نجاعة القيمة القانونية لمبدأ الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية؟ وما المقصود بعموم لفظ الشريعة الإسلامية؟ وهل يؤثر ذلك على إطلاق أو تقييد مبدأ الإحالة الوارد في نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري النافذ؟.

الكلمات المفتاحية: الإحالة، الشريعة الإسلامية، قانون الأسرة، مستجدات الأسرة.

Abstract :

In this research we discuss the problem of choosing the Algerian family legislator to refer family rulings in which there is no legal text to the provisions of Islamic Sharia and the extent of its effectiveness in finding appropriate solutions to family problems and developments, and then determining the possibility of establishing a general principle derived from Islamic jurisprudence on the one hand and that takes into account the controls And developments of personal status in Algeria, the research also aims to explain the methods and mechanisms by which the judge refers to the provisions of Islamic jurisprudence. How effective is the legal value of the principle of referral to the provisions of Islamic law? What is meant by the general term Islamic law? Does this affect the launch or restriction of the referral principle contained in the text of Article 222 of the Algerian Family Code in force?

Key words: *referral, Islamic law, family law, family developments.*

[1] المؤلف المرسل: د. سنوسي علي ـــــــــــ *Email: ali.snouci@univ-tiaret.dz*

IJDL

مقدمة:

لا شك أن مهمة المشرع الأسري تتمثل في إيجاد الحلول القانونية للمشكلات والمستجدات ذات الصلة بمواضيع الأحوال الشخصية، ولا يمكن لأي مشرع مهما كانت قدرته أن يضع الحلول لجميع مسائل الأسرة، لذلك فهو يحاول اختصار الطريق من خلال إحالة القاضي المختص إلى أحكام الشريعة الإسلامية في القضايا التي لم يرد فيها نص.

ومن هنا تظهر أهمية هذا البحث سواء على المستوى النظري أو العملي، فبخصوص الجانب النظري نجد أنه وبالرغم من قلة الدراسات التي تطرقت إلى فكرة الإحالة على الشريعة الإسلامية إلا أن أغلب تشريعات الأسرة العربية قد اعتمدت هذا المبدأ باعتباره أهم حل قد يسهم في إيجاد حلول لنوازل ومستجدات الأسرة في العالم العربي، أما بخصوص الجانب العملي نجد أن هذا المبدأ قد يخفف من عيوب القصور التشريعي عندما يطبق القاضي رأي مذهب معين في مسألة لم يرد فيها نص قانوني يحكمها، الأمر الذي يترتب عليه سرعة ونجاعة الحلول للعديد من المسائل المعروضة على القضاء، والتقليل من حالات رد الدعوى بسبب عدم وجود الحل القانوني.

وعليه سيثير هذا الموضوع إشكالية رئيسة تتمثل في: ما مدى نجاعة أو مدى القيمة القانونية لمبدأ الإحالة على الشريعة الإسلامية في القضايا الأسرية المستجدة التي لا يتوفر لها نص قانوني في التقنين الأسري ؟

ويتفرع من هذا تساؤلات فرعية أهمها: ما هي الشروط التي يجب توافرها حتى يتمكن القاضي الأسري من العمل بمبدأ الإحالة على أحكام الفقه الإسلامي، فضلا عن ضرورة الوقوف على استقصاء إيديولوجية المشرع من حيث إطلاق يد القاضي في اللجوء لمبدأ الإحالة أو تقييده.

وقد ارتأينا اتباع المنهج الوصفي والمقارن الذي يمكننا من وصف بعض المسائل التي يلجأ فيها القاضي الأسري إلى إعمال الإحالة لمحاولة إيجاد حلول لما يعرض أمامه من مسائل أسرية لا يتوفر لها نص قانوني يحكمها في التقنين الأسري 11/84 المعدل والمتمم بالقانون 09/05. أما المنهج المقارن فلأجل مقارنة بعض التشريعات الأسرية العربية.

وللإجابة على الإشكال المطروح لجأنا إلى تقسيم البحث إلى مبحثين رئيسين: نتناول في المبحث الأول مفهوم مبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي. أما المبحث الثاني فنخصصه إلى أحكام مبدأ الإحالة على الشريعة الإسلامية.

المنارة للاستشارات

المبحث الأول: مفهوم مبدأ الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية.

بسبب الأهمية الكبيرة التي يحققها مبدأ الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية من خلال تحقيق الحلول القانونية في مسائل الأحوال الشخصية، نجد أن تشريعات الأسرة العربية لا تخلو من النص على هذا المبدأ بحيث يتمكن القاضي من اللجوء إليه عند توافر شروطه.

المطلب الأول: ماهية مبدأ الإحالة على الشريعة الإسلامية.

بسبب مبررات كثيرة أقرت أغلب تشريعات الأسرة العربية مبدأ الإحالة على الشريعة الإسلامية لأجل إيجاد حلول للمسائل القانونية المستجدة في مجال الأحوال الشخصية.

الفرع الأول: تعريف مبدأ الإحالة على الشريعة الإسلامية.

بالنظر للتعريف التشريعي لمبدأ الإحالة إلى الشريعة الإسلامية في تشريعات الأسرة العربية، نجد أن جميع هذه التشريعات لم تتطرق إلى بيان المراد بالإحالة على الشريعة الإسلامية، حيث اقتصر منطوق وفحوى تلك التشريعات على جواز الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية مراعاة لضوابط معينة، دون التطرق إلى تعريف هذا المبدأ [1]، أما المشرع الجزائري فقد نص صراحة على الإحالة لأحكام الشريعة الإسلامية بنص المادة 222 من القانون 11/84 المعدل والمتمم بالقانون 09/05 بقوله: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"[2] رغم عموم لفظ الشريعة الإسلامية وما يخلقه من تذبذب لدى القضاة بسبب الاختلاف في تقديم مذهب على الآخر، أما المشرع الإماراتي فقد كان أكثر وضوحا وحسما بنص المادة 2 / ف 3 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي [3].

وبهذا يظهر لنا أن اقتصار دور المشرع على تقرير مبدأ الإحالة دون بيان تعريف له هو مسلك غير منتقد،ذلك لأن ليس من مهمة المشرع وضع تعاريف للمصطلحات القانونية التي تذكر في التشريع.

وهذا بسبب خشية جمود النص وعدم مواكبته للحالات المستقبلية من جهة، فضلا عن ذكر تعاريف كثيرة في القانون قد يشغل القاضي في البحث عن مضمون كل تعريف، وقد يسهو عن الدخول في المحور الأساس للنص وهو الحكم القانوني [4].

أولا - تعريف المبدأ: هو أساس الشيء ومرتكزه وأصله الأول، يفيد الرسوخ والثبات، والمبادئ هي الضوابط والقواعد الأخلاقية والمعتقدات التي تميز الصواب عن الخطأ [5].

ثانيا - تعريف الإحالة: لم يرد تعريف للمقصود بالإحالة لا في متون تشريعات الأسرة ولا في غيرها من القوانين، لكن المقصود لغة أن الإحالة مشتقة من المحال وهو الكلام لغير شيء، والمحال ما يحول بين شيئين اثنين، وحال الرجل بمعنى تحول من موضع لآخر..." [6].

لذلك يمكننا استنباط معنى الإحالة بأنه: الانتقال والتحول من شيء إلى شيء آخر.

المنارة للاستشارات

ثالثا - تعريف الفقه الإسلامي: يتفق علماء الشريعة الإسلامية على أن التعريف المعتمد للفقه الإسلامي هو: "العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسبة عن طريق الأدلة التفصيلية"[7]. وبهذا يتبادر تساؤل جوهري هو: هل يوجد فرق بين مصطلح الفقه الإسلامي ومصطلح الشريعة الإسلامية، وهل أخذت تشريعات الأسرة العربية بمصطلح الفقه الإسلامي أم الشريعة الإسلامية؟ وبالتدقيق والمقارنة اتضح لدينا أن أغلب تلك التشريعات فقد استعملت مصطلح الإحالة على الفقه الإسلامي وليس على الشريعة الإسلامية، ولعل السبب الراجع لذلك هو وجود اختلاف بين المصطلحين من حيث العموم الخصوص[8].

بناء على ما تقدم يمكن لنا وضع تعريف لمبدأ الإحالة إلى الشريعة الإسلامية أنه: انتقال القاضي إلى حكم شرعي بناء على رغبة المشرع وفق ضوابط معينة من أجل التوصل إلى حل معين لمسألة لم يضع لها المشرع حكما قانونيا.

الفرع الثاني: أهمية مبدأ الإحالة على الشريعة الإسلامية.

إن مبدأ الإحالة على الشريعة الإسلامية لم يأت من فراغ، بل جاء نتيجة مشاكل علمية في قصور نصوص تشريعات الأسرة العربية لحكم وتنظيم جميع مسائل الأحوال الشخصية، لذلك نجد أن مبدأ الإحالة على الشريعة الإسلامية يحقق اهمية كبيرة في مجالات متعددة، وهذه الأهمية هي:

أولا - استكمال الحلول التشريعية في مسائل الأحوال الشخصية:

من أهم مبررات مبدأ الإحالة على الشريعة الإسلامية أن هذا المبدأ يشكل مصدر احتياطي ناجع وفعال للتشريع الذي يضعه المشرع، فكما هو معلوم أن أي تشريع خاص بالأحوال الشخصية قد لا يوفر جميع الحلول التي تعرض على مختلف الجهات القضائية، لذلك نجد أنفسنا أمام نقص تشريعي، ترجع أسبابه إلى أكثر من مسبب، فمثلا هناك أسباب فنية ترتبط بمدى مقدرة المشرع الذي يصيغ القوانين على الإحاطة بجميع المسائل المتعلقة بطبيعة الروابط التي يراد تنظيمها من خلال التشريع المذكور[9]، وهناك أسباب عملية نحو قصور مستوى النضج التشريعي. ومدى مقدرة المشرع على معرفة حقائق الواقع ومستجدات مستقبلية في مسائل أسرية معينة[10].

لقد أصبحت مشكلة النقص التشريعي مسألة تفرض نفسها، على وجه الخصوص في مسائل الأحوال الشخصية، فالمشرع مهما كان متمكنا فلا يقدر الإحاطة بكل الأحكام المرتبطة بمسائل الأحوال الشخصية، فلا يمكن له التنبؤ بأنواع التحولات الأسرية في المستقبل، لهذا كان من الأنسب تحويل وإحالته إلى أحكام أكثر شمولية ونضوج وهي أحكام الشريعة الإسلامية، لذلك فمبدأ الإحالة قد يسد النقص التشريعي المشار إليه أنفا، كما أنه – مبدأ الإحالة- يجنب

المنارة للاستشارات

المشرع الانتقادات التي من الممكن أن تثار بشأن النقص التشريعي، كما وفر للقضاء الحلول السليمة والمنطقية في أغلب جزئيات الأحوال الشخصية المختلف فيها[11].

ثانيا - توفير الحلول وفق مذهب أغلبية الشعب:

كما هو معلوم أن الدين الإسلامي لا ينحصر في مذهب واحد، بل تتعدد المذاهب الفقيهة في البلاد العربية والإسلامية، وقد يتعدد المذهب داخل البلاد الواحدة نفسها، وهذا الاختلاف في المذاهب له تأثير كبير بشأن تطبيق مسائل الأحوال الشخصية، فقد تختلف أحكام المسألة الواحدة بين باختلاف المذاهب الفقهية تبعا لاختلاف وجهات نظر فقهاء المذاهب مما يوفر للفقه الإسلامي مرونة في التعامل مع مختلف المستجدات والنوازل الواقعة في حياة الأفراد، ويجعل أحكامه مستصاغة تلقى القبول في مختلف أنحاء البلاد العربية، كما يجعل الأمة غنية في تشريعها ولا تضيق أحوالها[12].

وهذا الاختلاف يرجع إلى عدة أسباب أهمها:

01- الاختلاف في بعض ما تم استنباطه من القرآن الكريم والسنة النبوية بسبب الخلاف في فهم نصوص هذه المصادر، مثلا الاختلاف بسبب لفظ مشترك بين معان متعددة، أو الاختلاف في فهم التخصيص لنص عام.

02- الاختلاف في مدى ثبوت حديث معين للرسول- صلى الله عليه وسلم- إذ قد يكون الحديث ثابتا متواترا لدى مذهب معين فيرتبون عليه حكما معينا، بينما ذات الحديث يعد غير ثابت عند مذهب آخر فيرتبون عليه حكما مغايرا، أو لا يرتبون عليه حكما من الأساس.

03- اختلاف الفقهاء في فهم أساليب النصوص وفي تراكيبها مثلا دلالة عبارة النص على المفهوم المخالف، أو على الفحوى، أو على المقتضى...[13]

لذلك كل ما ذكر من اختلاف في الحكم بشأن مسائل الأحوال الشخصية له أثر كبير في نفوس الأشخاص وحسب مذهبهم، فبالتأكيد أن كل شخص يرغب في تطبيق الحكم الذي يقرره مذهبه الذي يتمذهب به في بلاده، خاصة في قضايا الأسرة والأحوال الشخصية، وتجنب الأحكام المستوردة من مذاهب أخرى، وكأنه نوع من التشدد المذهبي بلا قصد، ربما هذا ما دفع المشرع إلى التصريح بمذهب معين دون غيره، ولم يلزم القاضي باتباع مذهب معين في المسائل التي لم يرد بشأنها نص قانوني، ففي هذه الحالة يجد القاضي نفسه ملزم باتباع المذهب المذكور تمشيا مع رغبات المشرع.

ونورد مثالا على هذا النص السابق من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي (المادة 2 / ف 3) والذي رتب فيه حصرا المذاهب التي يجب على القاضي الرجوع إليها، فمثل هذا النص لا يحقق ميزة التطبيق السليم للقانون، لكونه سيطبق حكم مذهب واحد على جميع الأشخاص ولو

المنارة للاستشارات

لم يكونوا متمذهبين به، كما لا يترك للقاضي حرية تطبيق المذهب الذي يراه أكثر ملاءمة ومقبولية لدى المتقاضين.

في المقابل قد يسمح المشرع للقاضي بتطبيق المذهب الأكثر ملاءمة مع نصوص القانون دون التقيد بمذهب معين، هذا ما يوفر الغاية المرجوة من مبدأ الإحالة كما هو منصوص عليه في التقنين المدني الجزائري المادة 01: "...وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف..."[14].

أما في البلاد ذات الطوائف المذهبية فإنه من الأحسن للمشرع أن يحيل القاضي إلى اختيار المذهب الذي يراه مناسبا للشخص صاحب القضية بما يحقق الاستقرار القانوني للحلول القانونية للوقائع المعروضة على القضاء.

ثالثا - مبدأ الإحالة على الشريعة الإسلامية يعالج المسائل والنوازل الحادثة:

هناك الكثير من المسائل المستجدة في مجال الأحوال الشخصية والتي يكون لها تأثير كبير على العديد من أحكام قانون الأسرة، على سبيل المثال من المسائل المستجدة مسألة التلقيح الاصطناعي،وتأجير الأرحام(الأم البديلة)...، حيث تباينت آراء متعددة بشأن كل جزئية من جزئيات هاته النوازل المستجدة، وكذلك مسألة تغيير الجنس من ذكر إلى أنثى أو العكس[15].

فمثل هذه المسائل المستحدثة لو لم يتم اللجوء إلى الإحالة إلى أحكام الشريعة الإسلامية فبالتأكيد لن يتمكن القاضي من الوصول إلى الحكم المناسب- خاصة مع افتقاره إلى التكوين الشرعي والملكة الفقهية - من خلال تطبيق النصوص القانونية فقط، لكونها لا تتضمن حلولا لهذه المسائل العلمية المستحدثة، لذلك ومن أجل وضع الحلول الآنية والمستقبلية في مسائل الأسرة قدر الإمكان فقد لجأ أغلب المشرعين العرب في تشريعات الأسرة إلى إقرار مبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي، لكونه يحقق الحلول للمسائل المستحدثة مهما كان نوعها.[16]

رابعا - مبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي يشكل حافزا للفقهاء:

في الحقيقة أن أهمية مبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي لا تقتصر فقط على التشريعات التي تنظم مسائل الأسرة، إذ أن هذه الأهمية تمتد وينال الفقهاء نصيب منها، حيث نجد أن معرفة الفقهاء بوجود مبدأ الإحالة على الشريعة الإسلامية في تشريع ينظم مسائل الأسرة والأحوال الشخصية يعد أمرا من الأمور التي تعمل على تحريك الطاقات الفاعلة لدى الفقهاء المسلمين، وفتح باب الاجتهاد والغوص في ثنايا المسائل والتراث الفقهي والاستنارة به، من أجل وضع الحلول الفقهية في أي مسألة من المسائل التي لم ينظمها التشريع وإحالتها على الفقه الإسلامي وأحكام الشريعة مباشرة[17].

المنارة للاستشارات

المطلب الثاني: شروط مبدأ الإحالة على الشريعة الإسلامية وضوابطه

إن مبدأ الإحالة على الشريعة الإسلامية لا يكون إلا بشروط دقيقة، وضوابط أصولية محددة.

الفرع الأول: شروط مبدأ الإحالة على الشريعة الإسلامية

من خلال استقراء تقنينات الأسرة في البلاد العربية التي قررت مبدأ الإحالة على الشريعة الإسلامية يظهر لنا وجوب توافر عدة شروط تساعد القاضي على استنباط الحلول من آراء ومذاهب فقهاء الشريعة الإسلامية، وأهم هذه الشروط هي:

أولا - وجود نص قانوني يقرر مبدأ الإحالة:

إن مبدأ الإحالة يعد مهما وخطيرا في نفس الوقت، لأنه يحيل القاضي إلى آراء فقهية إسلامية مستندة على التحليل الشخصي للفقيه حسب درجة اجتهاده، بعيدا عن النصوص القانونية التي يضعها المشرع، لذلك يجب ولكي يتمكن القاضي من الانتقال إلى الفقه الإسلامي والبحث فيه أن ينص القانون على جواز لجوء القاضي إلى مبدأ الإحالة والبحث عن الحلول مضامين وآراء فقهاء الشريعة.

لهذا نجد المشرع الأسري الجزائري ينص صراحة على: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية "[18]، وكذلك فعل المشرع الأردني في قانون الأحوال الشخصية: "ما لا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة" [19].

أما المشرع الكويتي فقد نص على: "كل ما لم يرد له حكم في هذا القانون يرجع فيه إلى المشهور في مذهب مالك، فإن لم يوجد المشهور طبق غيره، فإن لم يوجد حكم أصلا طبقت المبادئ العامة في المذهب"[20].

بناء على ما ذكرنا تبين لنا أن تطبيق مبدأ الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي يعتمد وبشكل كبير على التصريح من قبل المشرع بجواز اللجوء إليه في المسائل التي لم يرد فيها نص قانوني، وهذا التصريح ليس من باب التوثيق بل شرط للتطبيق[21].

ثانيا - عدم وجود نص قانوني ينظم المسالة:

لا يكفي أن ينص المشرع على جواز تطبيق مبدأ الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية، بل يجب أن يتوفر شرط آخر للقول بصحة إعمال مبدأ الإحالة على الشريعة الإسلامية، وهو عدم التنظيم القانوني لقضية معينة لم يخصصها المشرع بنص قانوني لقلة إحاطة المشرع بكل المسائل التي ينظمها القانون، وخاصة تقنين الأسرة الذي هو مجال خصب للكثير من النوازل والمستجدات الأسرية، وعلى هذا يلجأ المشرع إلى تنظيم كل مسائل وقضايا الأسرة الموجودة

المنارة للاستشارات

ساعة سن التشريع إضافة إلى المسائل المتنبأ بها لاحقا، كمسائل الزواج والطلاق وتوابعهما والوصية والميراث و...، أما المسائل الجزئية المستحدثة فيمكن أن تطلق يد القاضي في مجال الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية التي تحتوي حلولا واجتهادات ثرية يمكن اغتنامها والاستعانة بها.[22]

أما المسائل التي رصد لها المشرع نصوصا قانونية لا يمكن للقاضي اجتهاد فيها أو الخروج عن النص القانوني إلى غيره من النصوص مهما كانت، وبالتالي فلا مجال للتفكير في مبدأ الإحالة، ولكن المسائل التي ليس لها حكم قانوني ولم ينظمها المشرع لا صراحة وضمنيا هي التي يمكن أن تكون مجالا لتطبيق الإحالة عليها.

الفرع الثاني: ضوابط العمل بالإحالة على الشريعة الإسلامية.

بعد ثبوت مبدأ الإحالة على الشريعة الإسلامية يلجأ القاضي إلى إعمال مبدأ الإحالة والبحث عن الحل المناسب وفق المنهج الذي قرره المشرع.

لهذا هناك ضوابط يلزم القاضي بإتباعها عند إعمال مبدأ الإحالة وهي:

أولا - التقيد بالمذهب الفقهي الذي حدده المشرع:

باستقراء تشريعات الأسرة العربية التي أخذت بمدأ الإحالة على الشريعة الإسلامية، نجد أنها قد رسمت طريقا معينا وفق ضوابط معينه يجب على القاضي التقيد به، فإذا نص المشرع على ضرورة التزام مذهب فقهي محدد، فيلزم القاضي التقيد باختيار المشرع وتطبيق الحكم الوارد في ذلك المذهب، ولا يسمح للقاضي اختيار مذهب آخر البتة. ومثال ذلك ما ذهب إليه المشرع الأردني بإلزام القاضي بالرجوع إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة دون غيره.[23].

بالمقابل نجد بعض التشريعات العربية لا تقيد القاضي بمذهب معين بل تسمح له بالرجوع إلى أي مذهب يراه أصلح لحل المسألة محل النظر[24]،

ثانيا - وجوب اتباع الحكم المشهور في المذهب الواحد:

وهذا في حالة ورود آراء متعددة في نفس المذهب لمسألة واحدة هنا يلتزم القاضي باختيار الرأي المشهور لاتباعه، ومثال ذلك ما ذهب إليه المشرع الإماراتي [25] حين افترض تعدد الآراء في المذهب الواحد فقرر إلزام القاضي بالمشهور من مذهب الإمام مالك.

المبحث الثاني: أحكام مبدأ الإحالة على الشريعة الإسلامية.

بعد أن أثبتنا مبدأ الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية في بعض التشريعات الأسرية العربية، فلا شك أن هناك جملة من الأحكام التي تترتب على ها المبدأ بالرغم من اختلاف وتباين توجهات المشرع العربي من الإحالة بين التقييد والإطلاق.

المنارة للاستشارات

المطلب الأول: آثار الإحالة على الشريعة الإسلامية بين التقييد والإطلاق

يعد مبدأ الإحالة من أهم مبادئ قانوني مشترك بين التشريعات الأسرية العربية، لكن تختلف هذه الآثار بين ما إذا كانت هذه الإحالة مطلقة أو مقيدة.

الفرع الأول: الإحالة المقيدة وآثارها

يراد بالإحالة المقيدة لما يقوم المشرع بإحالة القاضي إلى مذهب محدد دون غيره، وهو ما أخذ به المشرع الأردني والإماراتي والسوري والبحريني والقطري[26].

ويترتب غلى الإحالة المقيدة جملة من الآثار أهمها:

أولا – وجوب التقيد بالمذهب المحدد من طرف المشرع: وهنا يجب تطبيق القيد ومراعاة اختيار المشرع سواء من حيث حصر المذهب الواحد أو ترتيب الأخذ بالمذاهب المتعددة، وهذا عملا بالقاعدة الأصولية: "المطلق يجري على إطلاقه ما لم يقم دليل التقييد نصا أو دلالة".[27]

ثانيا – رغم اتباع التسلسل المذهبي المحال عليه من طرف المشرع إلا أن القاضي في بعض الأحيان قد لا يجد حلا للقضية المعروضة أمامه في كل تلك المذاهب، وهنا يكون القاضي أمام وضع الساكن المتأمل، فهنا لابد له من تطبيق المبادئ العامة للشريعة الإسلامية أو العرف أو قواعد العدالة[28] مع ضرورة بيان أسباب لجوئه إلى هذا المخرج. وإلا اعتبرت المحكمة ناكرة للعدالة[29].

الفرع الثاني: الإحالة غير المقيدة وآثارها

وهي تلك الإحالة التي لا يشير فيها المشرع بالتقيد بمذهب محدد، بل يترك للقاضي حرية الاختيار بين المذاهب حسبما يراه مناسبا مع نصوص القانون بمجملها، ومثال ذلك المشرع الجزائري والعراقي والعماني[30].

ويترتب على هذا النوع من الإحالة جملة من الآثار أهمها: وجوب اتباع المذهب الأكثر ملاءمة لنصوص القانون. بمعنى أن يكون المذهب الذي تختاره المحكمة هو أكثر الآراء ملاءمة وتجانسا وتقاربا مع نصوص القانون بمجملها، لذلك فإن منهج الإحالة غير المقيدة يشير إلى عدم الجمود على مذهب محدد لأن ما قيد يضيق في مذهب قد يتسع أمره في مذهب آخر[31] وكلهم من الشريعة الإسلامية يلتمس ويغترف، وإنما تختلف الفهوم والاستنباط فقط.

وبهذا يتبين أن مقتضى الإحالة غير المقيدة هو ترك الخيار للقاضي في تحديد المذهب الذي يتلاءم مع نصوص القانون، مع ضرورة التسبيب وبيان مدى الملاءمة بين رأي هذا المذهب وبين النصوص القانونية التي أشارت إلى الإحالة.

المنارة للاستشارات

المطلب الثاني: أمثلة تطبيقية على الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية

لا يمكن حصر تطبيقات مبدأ الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية في تشريعات الأسرة في الدول العربية، ويمكن القول إن التطبيق يظهر في كل مسألة لم ينظمها المشرع، لذلك سنقتصر على ذكر بعض المواقع على سبيل المثال لا الحصر.

الفرع الأول: أثر عمل المرأة على نفقتها من طرف زوجها

لم يفصل المشرع الجزائري إلى مسألة تأثير عمل الزوجة على نفقتها من طرف زوجها كما أشار إلى ذلك في مسألة عدم سقوط الحضانة عن الأم بسبب عملها في المادة 60 من التقنين الأسري ساري المفعول[32]، وهذا ما يفهم منه أنه أحال المسألة إلى أحكام الشريعة الإسلامية بموجب نص المادة 222 ق أ ج، ففي هذا الحال تقوم الزوجة بأداء عملها والبقاء في وظيفتها بموافقة صريحة أو ضمنية من زوجها، وهذا إعمال للمذهب المالكي والحنبلي الذين يرون أن نفقة الزوجة لا تسقط بخروجها للعمل بناء على موافقة الزوج، مستدلين بأن الاحتباس من حق الزوج وله أن يتنازل عنه متى شاء، كما أن المرأة أصبحت مسؤولة عن الأسرة فهي تشارك الزوج المسؤولية، وعند تطبيق الإحالة على المذهب المالكي وفقا لتقنين الأسرة 05-09 نجد أن القاضي يجب عليه تحرى المسألة وإعمال المذهب المالكي لأنه الأنسب والأكثر ملاءمة لنصوص القانون والواقع المعيش.

وبالرجوع لنصوص قانون الأسرة 05-09 نلاحظ أن المشرع أشار إلى أن الزوجة يحق لها الاشتراط في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق لعقد الزواج، وأهم ما تشترطه على زوجها عدم التعدد وبقاؤها في عملها، فإن رضي بذلك لزمه الوفاء به مطلقا. فمن باب أولى أن لا تسقط نفقتها على زوجها إن خرجت للعمل وكان شرطا لها في عقد الزواج أو بموافقة لاحقة من زوجها صراحة أو ضمنا.

الفرع الثاني: تطبيق الإحالة على الوصية والميراث

بالنظر للتقنين الأسري الجزائري نجد الكثير من المواقع التي يحيل فيها المشرع إلى إعمال مبدأ الإحالة، ومنها مسائل الوصية والميراث.

أولا - موانع الإرث والاستفادة من الوصية:

01- القتل العمد:

نلاحظ أن المشرع اعتبر القتل العمد مانعا من موانع الإرث بموجب نص المادة 135 من قانون الأسرة النافذ: "يمنع من الميراث الآتية أوصافهم: 1- قتل المورث عمدا وعدوانا، سواء كان القاتل فاعلا أصليا أو شريكا..." وهذا إعمالا لحكم شرعي متفق عليه لدى أغلب فقهاء الشريعة الإسلامية[33]، رغم وجود اختلاف بين الفقهاء في تحديد نوع القتل الموجب للمنع من

المنارة للاستشارات

الميراث هل هو مطلق القتل خطأ أو عمدا كما قال به الشافعية والحنابلة، أم هو القتل المباشر مع توافر نية العمد والعدوان الموجب للقصاص والدية كما قال به الأحناف، أم هو القتل العمد العدوان لا الخطأ كما قال به المالكية والجعفرية [34].

وعليه فإن المشرع الجزائري كان أكثر وضوحا من غيره وحسنا فعل لما بين نوع القتل المانع من الميراث والوصية بنص المادة 188 من قانون الأسرة: "لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمدا". وهذين حكمين مستنبطين من الفقه المالكي مباشرة الذي هو أقرب لتحقيق العدالة من حيث أنه لا يحرم القاتل من الميراث إلا إذا تعمد واعتدى على مورثه، أما القتل الخطأ فلا يعاتب صاحبه ويستفيد من الميراث والوصية بعد استيفاء الدية منه.

02- ميراث ابن الزنا:

باتفاق فقهاء الإسلام أن ابن الزنا مقطوع النسب إلى الرجل الذي تولد من مائه، ولا ينسب إليه شرعا، وعليه فلا توارث بينهما شرعا لانعدام سبب الإرث المتمثل في القرابة، بل يرث من أمه وينسب إليها،مع هذا اختلف الفقهاء في ميراث ابن الزنا من أمه وميراثها منه، حيث ذهب الجمهور(المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية)[35] إلى أن ولد الزنا يرث من جهة أمه فقط لأنه ثابت البنوة لها ونسبه إليها، وهذا سبب كاف للتوارث، ويرى آخرون أنه لا توارث بين ابن الزنا وأمه، لأن الزنا جريمة فلا يثاب عليها بالإرث[36].

وبالنظر في التشريع الأسري الجزائري نجده لم يتطرق لمسالة ميراث بن الزنا، مما يوحي أنه يحيل المسألة إلى أحكام الشريعة الإسلامية والمذهب المالكي خصوصا.

ثانيا - ميراث الغائب والمفقود:

تطرق المشرع الجزائري لمسائل ميراث الغائب والمفقود في الفصل السادس من الكتاب الثاني في التقنين الأسري من المواد 109 إلى 115، حيث صرح في المادة 111 بمايلي: "على القاضي عندما يحكم بالفقد أن يحصر أموال المفقود وأن يعين في حكمه مقدما من الأقارب أو غيرهم لتسيير أموال المفقود ويتسلم ما يستحقه من ميراث أو تبرع مع مراعاة المادة 99 من هدا القانون".

أما المادة 115 فقد أشارت مباشرة إلى ميراث المفقود: "لا يورث المفقود ولا تقسم أمواله إلا بعد صدور الحكم بموته، وفي حالة رجوعه أو ظهوره حيا يسترجع ما بقي عينا من أمواله أو قيمة ما بيع منها." وفي هذا إحالة مباشرة وتطبيق حرفي للمذهب المالكي.

خاتمة:

توصلنا من خلال هذا البحث إلى أن الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية تعد من أهم المبادئ القانونية المشتركة بين التشريعات الأسرية العربية، وقد اعتمدها المشرع الجزائري

المنارة للاستشارات

صراحة بنص المادة 222 من قانون الأسرة ساري المفعول، وبهذا استطاع المشرع إبعاد كل نقص تشريعي في النصوص القانونية الخاصة بالأسرة، وحسنا فعل المشرع الجزائري لما أخذ بمبدأ الإحالة غير المقيدة وترك للقاضي حرية أن يختار المذهب الأنسب للواقعة المعروضة أمامه من جهة، والأكثر ملاءمة للنصوص القانونية في بلده من جهة أخرى.

وإن كنا نقترح أنه من الأنسب إضافة المذاهب الإسلامية السنية مرتبة على سبيل الإلزام مع مصطلح أحكام الشريعة الإسلامية الوارد في نص المادة 222، ليسهل على القاضي الأسري التوجه مباشرة للمذهب الأول ثم الثاني وهكذا، وهذا توحيدا للاجتهاد القضائي واستقرارا للأحكام القضائية مما يزيد في مسألة الأمن القانوني والقضائي لدى الأفراد.

الهوامش:

[1]- نص المشرع العراقي على ما يلي: " إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون" المادة 01 / ف1 من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 المعدل.

[2]- المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري رقم 84-11 المعدل والمتمم بالقانون 05-09.

[3]- "إذا لم يوجد نص في هذا القانون يحكم بمقتضى المشهور من مذهب مالك، ثم مذهب أحمد، ثم مذهب الشافعي، ثم مذهب أبي حنيفة " المادة2/ف3 من قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 28 لسنة 2005 المعدل.

[4]- حيدر حسين الشمري، صفاء متعب فجة، وليد طارق عزيز، مبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي – دراسة مقارنة في تشريعات الأسرة العربية- مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، العدد 2، مجلد 11 ديسمبر 2020، ص 4.

[5]- لسان العرب، محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل المعروف بابن منظور، ج 9، دار المعارف، القاهرة، (ب س ط)، ص 155.

[6]- لسان العرب المرجع نفسه، ص 155.

[7]- أصول الفقه الإسلامي، عبد الوهاب خلاف، دار الكتاب العربي، ط 05، دار الكتاب العربي، بيروت لبنان، 2000، ص 57

[8]- الشريعة الإسلامية هي مجموع العقائد والأخلاق والأحكام العملية (العبادات والمعاملات)، أما الفقه فهو أضيق من ذلك لأنه لا يشمل مسائل العقائد والأخلاق. كذلك أن الشريعة الإسلامية تتضمن النصوص الشرعية وهي القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة سواء القولية أو الفعلية أو التقريرية، أما الفقه الإسلامي فهو ما يفهمه ويستخرجه ويستنبطه العلماء من تلك النصوص وفق أدلة استنباط معينة. أصول الفقه الإسلامي، عبد الوهاب خلاف،المرجع نفسه، ص 59.

[9]- حيدر حسين الشمري، صفاء متعب فجة، وليد طارق عزيز، المرجع السابق، ص 08.

[10]- عصمت عبد المجيد، مشكلات التشريع دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة طبع، ص 207 وما بعدها.

[11]- حيدر حسين الشمري، صفاء متعب فجة، وليد طارق عزيز، المرجع نفسه، ص 10.

المنارة للاستشارات

[12]- مصطفى الزرقا، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، المدخل الفقهي العام، ط 1 ، دار القلم، دمشق، 1998، ص 2 (بتصرف).

[13]- مصطفى الزرقا، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، المدخل الفقهي العام، المرجع السابق، ص 04.

[14]- المادة 01 من القانون المدني الجزائري الصادر بموجب الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975 المعدل المتمم.

ويلاحظ أن المشرع الجزائري أستعمل مصطلح الشريعة الإسلامية في قانون الأسرة 84-11، أما وفي القانون المدني فاستعمل مصطلح مبادئ الشريعة الإسلامية وهذا ما يؤكد أنه قد وقع في خطأ تشريعي بشأن الفرق بين مبادئ الشريعة الإسلامية وبين أحكام الشريعة الإسلامية،، إذ نجد انه أحال القاضي عند غياب النص إلى مبادئ الشريعة الإسلامية (في القانون المدني)، وليس لأحكام الشريعة الإسلامية، وكما هو معروف ان مبادئ الشريعة الإسلامية تختلف عن أحكام الشريعة الإسلامية فهذه المبادئ في حقيقتها مبادئ قليلة ولا تسعف القاضي في الوصول إلى الحكم المناسب، لذلك كان من الأفضل على المشرع ان يحيل القاضي إلى الفقه الإسلامي(الأحكام التفصيلية) بدلاً من مصطلح مبادئ الشريعة الإسلامية.

[15]- حاتم احمد عباس، تغيير الجنس البشري وموقف الشريعة الإسلامية منه، بحث منشور في مجلة ديالى، العدد الثاني والخمسون،2011 ، ص 8 وما بعدها.

[16]- حيدر حسين الشمري، صفاء متعب فجة، وليد طارق عزيز، المرجع السابق، ص 12.

[17]- نبيل موفق، التلفيق التشريعي في قانون الأسرة الجزائري وأثره في معالجة المستجدات الفقهية الأسرية، بحث منشور في مجلة معهد العلوم الإسلامية، جامعة الوادي، العدد الخاص بمؤتمر الملتقى الدولي الثاني، 2018، ص 11 .

[18]- المادة 222 من القانون 84-11 المعدل والمتمم بالقانون 05-09 مرجع سابق.

[19]- المادة 183من قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة1976 .

[20]- المادة343 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 51 لسنة 1984 المعدل.بالقوانين أرقام 61 لسنة 1996 و29 لسنة 2004 و66 لسنة 2007 وقانون إجراءات دعاوى النسب وتصحيح الأخطاء. ط1، فبراير 2011

[21]- حيدر حسين الشمري، صفاء متعب فجة، وليد طارق عزيز، المرجع السابق، ص 12.

[22]- المرجع نفسه، ص 14.

[23]- المادة183 من قانون الأحوال الشخصية الأردني المعدل، مرجع سابق.

[24]- كالمشرع العراقي مثلا: في نص المدة 01/ف1 من قانون الأحوال الشخصية سابقة الذكر. رغم أن عبارة "الأكثر ملاءمة" يبقى فضفاضا حمال لعدة وجوه. يخضع للسلطة التقديرية للقاضي.

[25]- المادة2 ف3 من قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة المعدل، مرجع سابق.

[26]- نص المشرع الأردني في المادة 183 من قانون الأحوال الشخصية الأردني عل " ما لا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة" ، كما نص المشرع الاماراتي في المادة 2 ف 3 من قانون الأحوال الشخصية لدولة الامارات العربية المتحدة على "اذا لم يوجد نص في هذا القانون يحكم بمقتضى المشهور من مذهب مالك، ثم مذهب احمد، ثم مذهب الشافعي، ثم مذهب أبي حنيفة".

كما نص المشرع السوري في المادة 305 من قانون الأحوال الشخصية السوري رقم 59 لسنة 1953 على "كل ما لم يرد عليه نص في هذا القانون يرجع فيه الى القول الأرجح في المذهب الحنفي.

المنارة للاستشارات

كذلك نصت المادة 3 من قانون الاسرة البحريني رقم 19 لسنة 2017 على " فيما يم يرد بشأنه نص في هذا القانون يحكم القاضي بالنسبة لمن يطبق عليهم الفقه السني بالمشهور في المذهب المالكي، فإن لم يوجد اخذ بغيره من المذاهب الأربعة في الفقه السني، ويحكم بالمشهور في الفقه الجعفري بشأن من يطبق عليهم الفقه الجعفري، وإذا تعذر ذلك حكم القاضي بالنصوص والقواعد الفقهية العامة في الشريعة الإسلامية لأسباب يبينها في حكمه".

كما نصت المادة 3 من قانون الاسرة القطري رقم 22 لسنة 2006 على " فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون، يعمل بالرأي الراجح في المذهب الحنبلي، ما لم تر الحكمة الاخذ بغيره لأسباب تبينها في حكمها، وإذا لم يوجد رأي راجح في المذهب الحنبلي لواقعة لم يرد بشأها نص خاص في هذا القانون، طبق القاضي ما يراه ملائماً من أراء المذاهب الأربعة، وإذا تعذر ذلك طبق القواعد الفقهية العامة في الشريعة الإسلامية."

[27]- إعداد جماعي بإشراف: أحمد بن عبد السالم الريسوني: التجديد الاصولي نحو صياغة جديدة، ط3،المعهد العالمي للفكر الإسالمي، فرجينيا (و م أ (2134،) ص ص 33- 34.

[28]- أنظر مثلا المادة الأولى من القانون المدني الجزائري.

[29]- حيدر حسين الشمري، صفاء متعب فجة، وليد طارق عزيز، المرجع السابق، ص 17.

[30]- حيث نصت المادة 222 من قانون الاسرة الجزائري على " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه الى احكام الشريعة الإسلامية" كما نصت المادة 1 ف2 من قانون الأحوال الشخصية العراقي على" اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون" كذلك نصت المادة 281 من قانون الأحوال الشخصية في سلطنة عمان الصادر بالمرسوم رقم 32 لسنة 1997 على " اذا لم يوجد نص في هذا القانون يحكم بمقتضى قواعد الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون"

[31]- ياسر محمد سعيد قدو، أثر الحالات النفسية في قضايا الأحوال الشخصية، المركز العربي للنشر والتوزيع، ط1 ، ص 33.

[32]- المادة 6 من قانون الأسرة الجزائري: "... ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة..."

[33]: حيدر حسين كاظم الشمري، المختصر في أحكام الوصايا والميراث في التشريع العراقي والفقه الإسلامي، ط2 ، دار الوارث للطباعة، بدون مكان طبع،2019 ، ص 107 وما بعدها.

[34]- حيدر حسين الشمري، صفاء متعب فجة، وليد طارق عزيز، المرجع السابق، ص 19.

[35]- زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم، البحر الرائق، ج8 ، دار المعرفة، بيروت، بدون سنة طبع، ص .547 . مالك بن انس، المدونة الكبرى، ط1 ، ج 2 ، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994 م، ص595 . يحيى بن شرف النووي، المجموع، ج9 ، مكتبة الارشاد، جدة، بدون سنة طبع، ص .169 ابن قدامةج9 ، ص .114 أبو محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم الظاهري، ج9 ، ص 30 .

[36]- الحر العاملي، الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية، ج 26 ، مطبعة امير، قم، 1417 ه، ص275 .

المنارة للاستشارات