



جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة القادسية
كلية القانون

المرونة التشريعية بقواعد الزواج وآثاره في ظل ثبات وتغير الأحكام الشرعية دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي

رسالة تقدم بها الطالب

رسول علي حمود

إلى مجلس كلية القانون-جامعة القادسية

وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الخاص

بإشراف

أ.م.د. صفاء متعب فجه

أ.م.د. شذى مظفر حسين

٢٠٢٤م

١٤٤٦هـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ
مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾

صدق الله العلي العظيم

سورة الروم، الآية ٢١

الإهداء

إلى سيد السادات ونور الكائنات ... إمام الهدى
ونبي الرحمة المصطفى المُرسل (صلى الله عليه واله وسلم)
إلى أهل بيته الأطهار ... وإلى صحبه الميامين الأطهار...
إلى شهداء وطني العراق الجريح...
إلى والدتي ... التي زرعنتي بذرة وسقتني من حنانها قطرة بعد قطرة...
إلى روح والدي ... الذي أنار دربي بالأمل ... إلى مثلي الأعلى ...
إلى روح اخي الذي ارتقى إلى رحمة ربه في سبيل الواجب والوطن ...
إلى من شاركوني الأمل .. إخوتي وأخواتي .. إليكم أحبائي ...
أصدقائي...
إلى عائلتي ... زوجتي ... ابنائي وبناتي .. قلبي النابض بالحب
ومستقبلي الأجل ...
إليكم يا من كنتم خير عونٍ بعده تعالى
أهدي هذا البحث المتواضع

الباحث

شكر وثناء

اللهم لك الحمد والشكر كما ينبغي لجلال وجهك وعظيم سلطانك . يسرني بعد إن وصلت إلى نهاية رسالتي هذه، بعون من الله تعالى، أن اتوجه بخالص شكري وتقديري إلى الاساتذة الافاضل كل من الدكتور (صفاء متعب فجة الخزاعي) والدكتورة (شذى مظفر حسين) الذي تفضلا بالإشراف على هذه الرسالة على الرغم من مشاغلهم الكثيرة؛ و ما تحلوا به من روح علمية طيبة، وما قدموه من ملاحظات وتوجيهات كان لها الأثر العظيم في صيرورة رسالتي بشكلها النهائي ، وأثني أطيب الثناء على ما قدموه لي من توجيهات صائبة وآراء سديدة داعياً لهم بدوام الصحة و التوفيق سائلاً المولى القدير العزيز أن يحفظهم بعينه التي لا تنام.

وأقدم بالشكر والامتنان إلى عمادة كلية القانون ورئيس قسم القانون الخاص الدكتور الفاضل (عبد المهدي ناصر) على ما أبداه من مساعدة طيلة مدة دراسة الماجستير، ويسرني أن أتقدم بالشكر والعرفان إلى السادة أعضاء لجنة المناقشة الأفاضل وكلي يقين بأن ملاحظاتهم سيكون لها اثر كبير في هذا الجهد .

ولكي لا أكون منكراً للجميل فإنني اتقدم بالشكر الجزيل وكل الامتنان والتقدير إلى استاذتي ومثلي الأعلى في قسم القانون الخاص المحترمون ،لما قدّموه من معروف ليّ طيلة مدة الدراسة، وأتقدم بالشكر الجزيل إلى أصدقائي في السنة التحضيرية في الماجستير ، وأخيراً أقدم شكري لكل من أعانني بكلمة طيبة او ورقة وعجرت عن شكره بقلمي فإنني أحتفظ بشكره في قلبي .

الباحث

المخلص

تعد المرونة التشريعية من المواضيع المهمة التي لها أثر كبير في موضوعات الاحوال الشخصية التي اختلف الباحثين والفقهاء فيها، لانها منبثقة من الشريعة الاسلامية، بوصفها وسيلة مرنة قادرة على مواكبة المتغيرات والمستجدات، وذلك لأن الشريعة فيها قواعد و احكام مرنة وليس كل احكام الشريعة قوالب جامدة بل هناك احكام كلية تندرج تحتها جزئيات لامتناهية من الاحكام.

وتكمن دراسة المرونة التشريعية في قانون الاحوال الشخصية وتحديد عقد الزواج وما لها من أثر في اعطاء القضاء المعرفة الكافية بالنسبة لشروط عقد الزواج التي يمكن أن تتغير أحكامها من تشريع وآخر مثل شرط العمر وكذلك اثار عقد الزواج مثل النفقة والمهر وغيرها، ومن ثمة فان المرونة التشريعية جاءت نتيجة تغيير الاحكام وما الشريعة إلا قائمة على التوازن بين الاحكام الثابتة والمتغيرة ، ولأن الاحكام لا يمكن تغييرها أو تكيفها وتطويعها لأهواء الناس بل تفسيرها يكون بمقتضى الحكم كتغير العرف أو المصلحة، فيكون الاخذ بالمرونة التشريعية أو التغيير في ظل وجود الظروف التي تتغير من حيث الزمان والمكان، ومن ثمة فان القواعد القانونية التي يسنها المشرع تتأثر في التغيرات والمستجدات التي تطراء بمرور الوقت مما يآثر على فهم المشرع في كيفية صياغة النصوص القانونية عموما ونصوص قانون الاحوال الشخصية خصوصا.

لهذا نجد ان الصياغة التشريعية تتنوع من حيث الطرق والوسائل التي يستعملها المشرع في عملية صياغته للنصوص القانونية فهناك صياغة جامدة وصياغة مرنة وهناك صياغة مادية تشمل الصياغة الكمية كذلك تشمل الصياغة الشكلية وهناك ايضا صياغة معنوية متمثلة بالفرائض القانونية والافتراض القانوني.

وهذا الاخير الذي يعكس الصورة الواضحة للمرونة التشريعية واثرها في الصياغة التشريعية من إذ التطبيقات في قانون الاحوال الشخصية وبواسطة طرق الصياغة المعنوية يمكن ان تكون ذهنية وعقلية المشرع قادرة على صياغة نصوص قانونية تستوعب كل المتغيرات والفروض التي تستجد وهذه هي المرونة في الصياغة التشريعية.

ومن ثمة فأنها تعطي للمشرع المساحة الكافية أو الصلاحية التي تمكنه من اجراء تعديلات في مسائل الأحوال الشخصية وخاصة عقد الزواج وتطبيقاته توائم وتواكب التطورات التي تطراء على المجتمع.

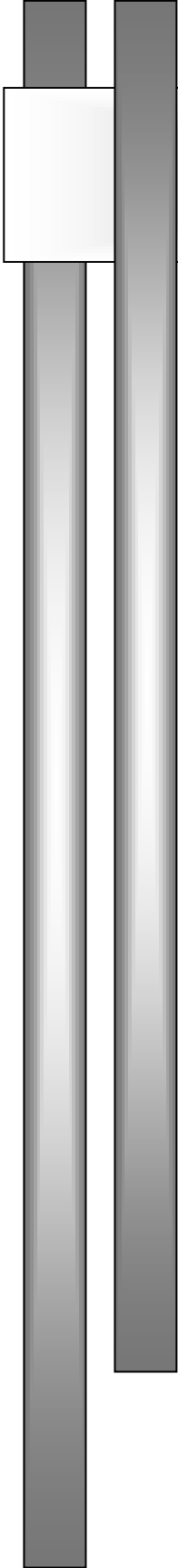
لذلك يعد عقد الزواج من اهم مسائل الاحوال الشخصية التي تدخل في صميم حياة الناس اليومية، لذا نجد من الضروري ان تكون هنالك صياغة تشريعية دقيقة وبلغة قانونية سليمة تسمح في معالجة النقص

أو الخطأ أو الغموض أو التعارض بوجود نصوص متسلسلة متكاملة يكمل بعضها الآخر. لذا نحاول دراسة المرونة التشريعية في ظل احكام الثابت والمتغير في الفقه الاسلامي ثم دراستها في عقد الزواج في ظل قانون الاحوال الشخصية.

المحتويات

ت	العنوان	الصفحة
١	المقدمة	٣-١
٢	الفصل الأول: ماهية المرونة التشريعية في ظل الثابت والمتغير في احكام الزواج واثاره	٤٦-٤
٣	المبحث الأول: مفهوم المرونة التشريعية في احكام الزواج واثاره	٣٠-٦
٤	المطلب الأول: تعريف المرونة التشريعية بوجه عام	١٦-٧
٥	الفرع الأول: التعريف الاصطلاحي للمرونة التشريعية	١٣-٨
٦	الفرع الثاني: خصائص المرونة التشريعية	١٨-١٣
٧	المطلب الثاني: صور الصياغة التشريعية ومسوغاتها	٣٠-١٨
٨	الفرع الأول: صور الصياغة التشريعية	٢٣-١٨
٩	الفرع الثاني : مسوغات الصياغة التشريعية المرنة	٣٠-٢٤
١٠	المبحث الثاني: إشكالية المرونة التشريعية في قواعد الزواج واثاره	٤٦-٣١
١١	المطلب الأول: الأحكام التعبدية التوقيفية بالشرعية والقانون	٤٠-٣١
١٢	الفرع الأول: الأحكام التعبدية التوقيفية في الشريعة	٣٥-٣٢
١٣	الفرع الثاني: الأحكام التعبدية في قانون الأحوال الشخصية	٤٠-٣٦
١٤	المطلب الثاني: الطبيعة المتغيرة لقواعد الزواج	٤٦-٤٠
١٥	الفرع الأول: الطبيعة المتغيرة للمعاملات	٤٣-٤٠
١٦	الفرع الثاني: التطبيقات المتغيرة في قانون الأحوال الشخصية	٤٦-٤٣
١٧	الفصل الثاني: الآثار المترتبة على المرونة التشريعية بقواعد الزواج والطلاق	١٠٤-٤٧
١٨	المبحث الأول: آثار المرونة التشريعية في الصياغة المادية على قواعد الزواج والطلاق	٧٨-٤٨
١٩	المطلب الأول: آثار المرونة التشريعية في الصياغة الكمية بقواعد الزواج والطلاق	٦١-٤٨
٢٠	الفرع الأول : اثر المرونة التشريعية في الصياغة الكمية في الفقه	٥٤-٤٩
٢١	الفرع الثاني: اثر المرونة التشريعية في قانون الاحوال الشخصية وتطبيقاتها	٦١-٥٤

٢٢	المطلب الثاني: آثار المرونة التشريعية في الصياغة الشكلية بقواعد الزواج	٧٨-٦٢
٢٣	الفرع الأول : الصياغة الشكلية في القانون والفقه الاسلامي	٦٩-٦٣
٢٤	الفرع الثاني: تطبيقات الصياغة الشكلية في قانون الأحوال الشخصية	٧٨-٧٠
٢٥	المبحث الثاني: آثار المرونة التشريعية في الصياغة المعنوية بقواعد الزواج والطلاق	١٠٣-٧٩
٢٦	المطلب الأول: آثار القرائن القانونية كمرونة تشريعية على قواعد الزواج والطلاق	٩١-٨٠
٢٧	الفرع الأول: أثر القرائن القانونية على قواعد الزواج والطلاق	٨٦-٨٠
٢٨	الفرع الثاني: حجية أثر القرائن القانونية على قواعد الزواج والطلاق	٩١-٨٦
٢٩	المطلب الثاني: آثار الافتراض القانوني كمرونة تشريعية على قواعد الزواج	١٠٣-٩١
٣٠	الفرع الأول: أثر الافتراض القانوني كمرونة تشريعية في تطوير القاعدة القانونية للزواج والطلاق	٩٦-٩١
٣١	الفرع الثاني: تطبيقات الافتراض القانوني في مسائل الأحوال الشخصية	١٠٣-٩٦
٣٢	الخاتمة	١٠٦-١٠٤
٣٣	المصادر	١٢٢-١٠٨
٣٤	الملخص باللغة الإنكليزية	A-B



المقدمة

المقدمة

أولاً: موضوع الدراسة:

المرونة التشريعية لها تأثير بارز في موضوعات الأحوال الشخصية، لأنها منبثقة من الشريعة الإسلامية، وقدرتها على مواكبة المتغيرات والمستجدات التي توجد في مسائل الأحوال الشخصية وذلك لأن الشريعة فيها احكام كلية تتدرج تحتها جزئيات لامتناهية من الاحكام.

ولان المرونة التشريعية هي المساحة التي تعطى للقاضي من قبل المشرع من اجل ملائمة الحكم القانوني للحكم الشرعي و التي تمكنه من اجراء تغيير في مسائل الأحوال الشخصية وخاصة عقد الزواج وتطبيقاته لذلك يعد عقد الزواج من مسائل الأحوال الشخصية التي تدخل في صميم حياة الناس اليومية، من اجل معالجة النقص أو الخطأ أو الغموض أو التعارض عن طريق وجود نصوص متسلسلة متكاملة يكمل بعضها الآخر، وتكون منطقة المرونة التشريعية من احكام الثابت والمتغير هي الاحكام المتغيرة في الفقه الاسلامي وتحديداً عقد الزواج في ظل قانون الأحوال الشخصية ، ويكون اثر المرونة التشريعية في قانون الأحوال الشخصية عن طريق تأثيرها على الصياغة التشريعية سواء كانت صياغة مادية ام صياغة معنوية، فأما الطرق المادية فهي التي تعبر عن جوهر القاعدة القانونية تعبيراً مادياً مجسماً في مظهر خارجي يمكن الوقوف عليه بسهولة ويمكن تقسيمها على قسمين اولاً الصياغة الكمية ثانياً الصياغة الشكلية لذلك نبحت في تعريف الصياغة الكمية وما هي تطبيقاتها في قانون الأحوال الشخصية بوصفها هو اعطاء القاعدة القانونية تحديداً محكماً بالتعبير عن مضمونها برقم معين ومن ثمة يكون تطبيقها تلقائي لا يعطي مجالاً واسعاً للقاضي بالتحكم بسلطته لان الصياغة هنا تكون صياغة كمية ورقمية محدده تحديداً ثابتاً لا تأويل فيه ولا ابهام ومن ثمة يمنع نشوب الخلاف فيها لانها تحددت تحديد رقمياً وهذا مما يمنع الشك فيه والتحكم وبالتالي تصبح القاعدة سهلة التطبيق العملي، والصياغة التشريعية المرنة قد تكون في صورة القرائن القانونية غير القاطعة أي بمعنى استنباط المشرع حكم واقع ليس لها حكم من حكم واقعة منصوص عليها ، مما تعطي حكم للمسألة ليس لها حكم من المسألة التي منصوص عليها في الحكم أو تأخذ الافتراض القانوني .

ثانياً : تكمن اهمية الدراسة من جانبين وهما الجانب النظري والجانب العملي، لذا ستكون الدراسة متخصصة وشاملة في هذا النوع من مسائل الأحوال الشخصية وتحديداً عقد الزواج هذا فيما يتعلق بالجانب النظري، أما من الجانب العملي، وتكمن اهمية دراسة المرونة التشريعية في تطبيقات قانون

الأحوال الشخصية وتحديدًا عقد الزواج وما لها من أثر في إعطاء القضاء المعرفة الكافية بالنسبة لتطبيقات عقد الزواج التي يمكن أن تتغير أحكامها من تشريع أو آخر مثل شرط العمر والنفقة والمهر وغيرها، وبالتالي فإن المرونة التشريعية جاءت نتيجة تغيير الأحكام وما الشريعة إلا قائمة على التوازن بين الأحكام الثابتة والمتغيرة، ولأن الأحكام لا يمكن تغييرها أو تكيفها وتطويعها لأهواء الناس بل تفسيرها يكون بمقتضى الحكم كتغير العرف أو المصلحة، فيكون الأخذ بالمرونة التشريعية أو التغيير في ظل وجود الظروف التي تتغير من حيث الزمان والمكان.

ثالثاً: اشكالية الدراسة:

تأتي اشكالية الدراسة من التعارض بين الواقع النظري والذي يمثله القانون والواقع العملي المتمثل بالقضاء، حيث نجد المشرع في مسائل الأحوال الشخصية أخذ يصاغ قواعد قانونية في مسائل الأحوال الشخصية ويدخلها في المرونة التشريعية، بالمقابل هي من أحكام الثوابت في الشريعة الإسلامية ومن ثمة نسعى في هذه الدراسة معرفة المساحة التي يستطيع المشرع التحرك فيها عند صياغة أي قاعدة تشريعية تتعلق بمسائل الأحوال الشخصية وتحديدًا عقد الزواج من حيث انعقاده وإبرامه، ومن جانب آخر تكمن اشكالية الدراسة في عدة تساؤلات ومنها:-

- لماذا المرونة التشريعية لها تأثير مهم في مسائل الأحوال الشخصية بالرغم من إن قواعد الزواج مستوحاة من الشريعة الإسلامية؟
- هل يمكن تطبيق المرونة التشريعية في الأحكام التعبدية التوقيفية؟
- هل يمكن أن تتعد صور المرونة التشريعية في قواعد الزواج؟
- هل يمكن افتراض أحكام لمسائل الزواج على صورة الحيل القانونية وتنسيبها للمرونة التشريعية المعنوية؟

رابعاً: نطاق الدراسة:

يتحدد نطاق الدراسة (المرونة التشريعية) في مسائل الأحوال الشخصية وتحديدًا قواعد الزواج ودراستها ما بين منظور قانون الأحوال الشخصية العراقي ومقارنتها بأحكام الشريعة الإسلامية والفقهاء الإسلامية، ومعرفة مسوغاتها في الشريعة الإسلامية والقانون، والتأثير المادي والمعنوي في مسائل قواعد الزواج والطلاق.

خامساً: منهج الدراسة:

ارتأينا في هذه الدراسة إلى اعتماد المنهج التحليلي المقارن، فمن خلال هذا المنهج يتسنى لنا تحليل القواعد القانونية ذات الصلة بقواعد الزواج والطلاق في ظل قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل وبيان موقف احكام القضاء قدر تعلق الامر بالدراسة، أما المنهج المقارن هو للمقارنه بين احكام الشريعة الإسلامية للمذاهب الاكثر شهرة مع احكام الأحوال الشخصية العراقي، بهدف الوصول إلى دراسة متكاملة في تحديد أثر المرونة التشريعية في قواعد الزواج والطلاق.

سادساً: هيكلية الدراسة:

ان موضوع الدراسة يتطلب تقسيمه على فصلين، تتقدمها مقدمة تتضمن موضوع الدراسة وأهميتها ومشكلتها ونطاقها وهيكلية الدراسة وكما يلي:

الفصل الأول: ماهية المرونة التشريعية في ظل الثابت والمتغير في احكام الزواج واثاره ويتكون من مبحثين، الأول مفهوم المرونة التشريعية في احكام الزواج واثاره واما المبحث الثاني هو إشكالية المرونة التشريعية في قواعد الزواج واثاره وأما الفصل الثاني فهو الآثار المترتبة على المرونة التشريعية بقواعد الزواج والطلاق ويتكون من مبحثين، الأول آثار المرونة التشريعية في الصياغة المادية على قواعد الزواج والطلاق وأما الثاني فهو آثار المرونة التشريعية في الصياغة المعنوية على قواعد الزواج والطلاق ثم انتهينا بخاتمة تضمنت أهم النتائج والتوصيات التي توصلت إليها الرسالة.

الفصل الاول

**ماهية المرونة التشريعية في ظل الثابت
والمتغير في احكام الزواج واثاره**

الفصل الاول

ماهية المرونة التشريعية في ظل الثابت والمتغير في احكام الزواج واثاره

تعد المرونة التشريعية من الوسائل المهمة التي لها أثر كبير في موضوعات الاحوال الشخصية التي اختلف الباحثين فيها، لانها منبثقة من الشريعة الاسلامية، بوصفها وسيلة مرنة قادرة على مواكبة المتغيرات والمستجدات، لأن الشريعة فيها قواعد و احكام مرنة وليس كل احكام الشريعة قوالب جامدة بل هناك احكام كلية تندرج تحتها جزئيات لامتناهية من الاحكام .لذلك فان المرونة التشريعية هي ان يسعى المشرع الى اضافة طابع الموائمة ما بين المتحرك وجمود النص بغية مواكبة التطورات الجديدة في اطار ما يفرضه واقع الحياة.

ومن ثمة فان المرونة التشريعية في تطبيقات قانون الاحوال الشخصية وتحديد عقد الزواج لها آثار مهمة ومهام كبيرة لذلك نجد ان هنالك مهام لكل من فقهاء الشريعة و فقهاء القانون في صياغة نصوص قانون الاحوال الشخصية وبما ينسجم ويتلاءم مع متغيرات وظروف كل الواقع والتصرفات المستجدة وما يطرا عليه من احداث خصوصا فيما يتعلق باثار عقد الزواج مثل الحضانة والنفقة والمهر وفي سن الرشد و شروط عقد الزواج التي حددت بواسطة النصوص.

ومن ثمة من الطبيعي ان نجد هنالك اختلاف وعدم توافق تام بين فقهاء الشريعة وفقهاء القانون الذين يحاولون جاهدين ان تكون صياغة المشرع للنصوص القانون صياغة تحمي حقوق الزوجين والاسرة والمجتمع من حيث اعطاء المساحة الكافية للمشرع في صياغة النصوص القانونية باستعمال الاساليب والوسائل والاجتهاد الذهني قدر الامكان عن طريق الفهم والالمام بفن الصياغة التشريعية وطرقها وانواعها ومنها ادخال المرونة التشريعية في صياغة احكام ونصوص عقد الزواج.

لانها قادرة على تعديل تلك الشروط والاحكام وفقا للظروف الاجتماعية والثقافية والاقتصادية السياسية والقانونية لكل مرحلة وعصر ومن ثم يستطيع المشرع وهو الصانع القانوني من ادخال التغيرات والتعديلات على مواد ونصوص عقد الزواج لتحسينها وتكييفها مع الظروف الجديدة عن طريق الصياغة التشريعية وبالتالي تصبح لدية المعرفة الكافية بالنسبة لتطبيقات عقد الزواج التي يمكن أن تتغير أحكامها ايضا من تشريع وآخر مثل شرط العمر وكذلك اثار عقد الزواج مثل المهر والنفقة والحقوق والواجبات

المتبادلة بين الزوجين وشروط الطلاق وحقوق الابناء بناء على مايراه المشرع مما هو مناسب لضمان عدالة اكبر وملائمة افضل للقوانين مع ما يشهده المجتمع من مستجدات وتطورات^(١).

وعليه فان المرونة التشريعية جاءت نتيجة تغيير الاحكام وما الشريعة إلا قائمة على التوازن بين الاحكام الثابتة والمتغيرة ، ولأن الاحكام لا يمكن تغييرها أو تكيفها وتطويعها لأهواء الناس بل تفسيرها يكون بمقتضى الحكم كتغير العرف أو المصلحة، فيكون الاخذ بالمرونة التشريعية أو التغيير في ظل وجود الظروف التي تتغير من حيث الزمان والمكان^(٢) ومن ثمة هي المساحة التي تعطى للمشرع أو الصلاحية التي تمكنه من اجراء تغيير في مسائل الأحوال الشخصية وخاصة عقد الزواج لذلك يُعدّ عقد الزواج من مسائل الاحوال الشخصية التي تدخل في صميم حياة الناس اليومية، لذا نجد من الضروري ان تكون هنالك صياغة تشريعية دقيقة وبلغة قانونية سليمة تسمح في معالجة النقص أو الخطأ أو الغموض أو التعارض بوجود نصوص متسلسلة متكاملة يكمل بعضها الآخر^(٣).

لذا نحاول دراسة المرونة التشريعية في ظل احكام الثابت والمتغير في الفقه الاسلامي ثم دراستها في عقد الزواج في ظل قانون الاحوال الشخصية. وبناءً على ما تقدم، سنقسم هذا الفصل على مبحثين، المبحث الأول سنبحث فيه مفهوم المرونة التشريعية في احكام الزواج وآثاره ، والمبحث الثاني، سيخصص لدراسة إشكالية المرونة التشريعية في عقد الزواج وآثاره.

(١) د. محمود محمد علي صبره، اصول الصياغة القانونية، ط٢، ص٣٣ وما بعدها ، ومحمد احمد شحاته حسين ، الصياغة القانونية لغة وفقها، ط١، الناشر المكتب الجامعي الحديث ، الاسكندرية ، ٢٠١٤، ص ٢٤٨ و. د. عبد القادر الشخلي ، فن الصياغة القانونية ، ط١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٥ ، ص٢٤ .

(٢) دكتور انور سلطان ، المبادئ القانونية العامة ، ط٤ ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٨٣، ص٩٤ .

(٣) د. رافد خلف هاشم البهادلي ود. عثمان سلمان غيلان العبودي ، التشريع بين الصناعة والصياغة ، ط١ ، بغداد ، ٢٠٠٩ ، ص ٣٤ وما بعدها . و د. حيدر ادهم الطائي ، محاضرات في المبادئ الاساسية للصياغة التشريعية ، ط١ ، دون ذكر مطبعة ، بغداد ، ٢٠١٥ ، ص ١١ .

المبحث الاول

مفهوم المرونة التشريعية في احكام الزواج واثاره

تخلق المرونة التشريعية مساحة مفتوحة ومشروعة من المتغيرات التي تتداخل فيها تصورات المفكر أو الاجتهادات والعوامل المتغيرة في فهم المفكر وشخصيته^(١)، وان وعاء الفهم والمعنى الذي يصلنا الى غاية التشريع هو النص القانوني وهو هيئة وصورة التشريع في ارض الواقع والوسيلة التي يصل فيها قصد المشرع للناس^(٢) التي يعمل في أطارها على تنظيم جوانب الحياة، ويسعى الى اخضاع الحياة الشرعية إلى تنظيم التقنينية التشريعية والتنفيذية، ومن ثمة فإن المرونة في الشريعة هي التي تحدد حالات ومجالات التجديد في الفكر الإسلامي وهذه الحالات تزداد وتضيق كلما ازدادت متغيرات العصر وضغوطاته وتحدياته^(٣).

لكن الشريعة لا تخضع في طبيعة الحال لعامل المرونة، فيما يخص الثابت بالمطلق، الذي لا يخضع للتغيير تحت أي ضغط مسمى، لكن نجد المرونة في المتغير وهو المساحة التي تجد فيه المرونة وتُعدّ مدخله في اساليب التشريع واساليب تطبيقه وسر بقاء الاسلام وخلوده وقابليته على مواجهة كافة ألوان التحدي والتطور^(٤).

اما المرونة في القانون فأنها الوسيلة الملائمة في تحقيق التواصل بين القانون وظروف المجتمع وهي القواعد والوسائل المستحدثة لصياغة الافكار القانونية في نصوص تشريعية تساعد على تطبيق القانون من النواحي العملية في استيعابها لوقائع الحياة في قوالب تشريعية محققة في ذلك الغرض الذي تتطلبه الية الصياغة التشريعية والنصوص القانونية^(٥).

(١) د. عبد الحي الحجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، ج ١ ، مطبوعات جامعه الكويت ، ١٩٧٢ ، ص ٤١٢ ومابعدها .

(٢) د. صفاء متعب الخزاعي ، الفهم الاجتماعي للنص القانوني ، دراسة في ضوء علم اصول الفقه وفلسفة القانون ، مطبعة ، ٢٠١٥ ، ص ٣ .

(٣) د. عبد الحي الحجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، مصدر سابق ، ص ٤١٢ ومابعدها .

(٤) د. عبد الرزاق السنهوري ، احمد حشمت ابو ستيت ، اصول القانون او المدخل لدراسة القانون ، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر ، القاهرة ، ١٩٣٨ ، ص ٧٣ .

(٥) د. عصمت عبد المجيد ، مشكلات التشريع ط ١ ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، ٢٠١٤ ، ص ٢٠٦ . و عبد القادر الشخلي ، فن الصياغة القانونية ، ط ١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٥ ، ص ٣٧ . و د. رافد خلف هاشم البهادلي ود. عثمان سلمان غيلان العبودي ، مصدر سابق ص ٥٨ .

ومن ثمة فان المرونة التشريعية في قانون الاحوال الشخصية هي تكيف النصوص القانونية مع التغيرات الاجتماعية والاقتصادية والثقافية في المجتمع مع احترامها لمبادئ الشريعة والاحكام الشرعية وان هذا التوازن بين الثبات والتكيف مهم لضمان ان تكون نصوص قانون الاحوال الشخصية عادلة وملائمة للواقع المعاصر مع الحفاظ على القيم الدينية والاخلاقية الاساسية^(١).

وعليه فان المرونة تُعدّ المكنة التي تمكن النظام القانوني من الاستجابة للثغرات الاجتماعية والاقتصادية والثقافية بفعالية عالية بواسطة سلسلة من الإجراءات القانونية والتشريعية في الصياغة التشريعية التي تسعى الى ضمان ان تكون القوانين عادلة وفعالة ومتوافقة مع التطورات مما يساعد في تحقيق العدالة والمساواة وحماية حقوق الافراد في المجتمع^(٢).

أن دراسة مفهوم المرونة التشريعية، يقتضي تقسيم هذا المبحث على مطلبين، المطلب الاول سنبحث فيه مفهوم المرونة التشريعية بوجه عام ، اما المطلب الثاني سنتطرق فيه الى صور الصياغة التشريعية واهم مسوغاتها.

المطلب الأول

تعريف المرونة التشريعية بوجه عام

بما ان المرونة التشريعية تُعدّ ميزة من مميزات الشريعة لانها تعمل في المتغيرات والوسائل والاساليب والفروع والجزئيات بوصفها تبنت الثوابت قاعدة ومرتكز لها لذا فهي حسيطة حركة في اطار ثابت بمعنى ليست حركة مطلقة وليست ثبات مطلق الذي يجعل المرونة تكون هي الحد الفاصل بين الثبات المطلق والحد الواصل لدرجة الجمود وبين الحركة المطلقة التي تخرج بالشئ عن حدوده وضوابطه^(٣).

وقد تُعدّ المرونة في ضوء هذا المفهوم الحركة التي لا تسلب التماسك وهي الثبات الذي لا يمنع الحركة ويمكن ان تكون الوسيلة المستعملة لصياغة الافكار القانونية والنصوص التشريعية بطريقة سهلة ويسيره

(١) د. احمد شرف الدين ، اصول الصياغة القانونية للعقود ، مطبعة ابناء وهبة حسان ، القاهرة ، ١٩٩٣ ، ص ٤٩ . و

د. عصمت عبد المجيد ، اصول تفسير القانون ، بغداد ، ٢٠٠٤ ، ص ٤٨ .

(٢) د. رافد خلف هاشم البهادلي ود. عثمان سلمان غيلان العبودي ، مصدر سابق ، ص ٥٧ .

(٣) حمدان عبدالله الصوفي ، مفهوم الاصلية والمعاصرة وتطبيقاتها في الشريعة الاسلامية ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة ام القرى ، ص ١٤١ .

لغرض تطبيق القانون من الناحية العملية مما يحقق استيعاب اكثر لمتطلبات الحياة ومستجداتها وفقا لقوالب تشريعية محكمه ومنظمه ^(١).

ومما تقدم يتبين ان للمرونة التشريعية مجموعه من التعاريف وفق اراء الفقهاء وكذلك لها مجموعه من الخصائص التي تبرز فيها و تحدد ملامحها وعليه نقسم هذا المطلب على فرعين الفرع الأول سيخصص الى دراسة التعريف الاصطلاحي للمرونة التشريعية والفرع الثاني سنبحث فيه خصائص المرونة التشريعية.

الفرع الاول

التعريف الاصطلاحي للمرونة التشريعية

تعريف المرونة التشريعية يتطلب منا دراسته من وجهة نظر القانون وفي الفقه الاسلامي وهذا ما نبجته في هذا الفرع في نقطتين على نحو الآتي:

أولاً- مصطلح المرونة التشريعية بالفقه القانوني :-

يمكن تعريف المرونة التشريعية^(٢) بانها مجموعة القواعد والوسائل المستحدثة لصياغة الأفكار القانونية في نصوص تشريعية تساعد على تطبيق القانون من النواحي العملية بواسطة استيعاب وقائع الحياة في قوالب تشريعه لتحقيق الغرض الذي تتطلع اليه المرونة التشريعية والنصوص القانونية^(٣) . ويمكن تعريف المرونة بانها السهولة في التعامل من دون الصلابة مما يسهل على المتخاطبين تطبيق الحكم في الازمنة من دون تغيير في الحكم لقابليتها على تطبيق^(٤).

(١) احمد محمد الحنيطي ، الثبات والمرونة في الشريعة الاسلامية ، بحث منشور في مجلة كلية التربية ، جامعة بنها، مصر، العدد ٢، ٢٠١٥، ص ٢٠ .

(٢) تعرف المرونة لغةً حسب ما قال ابن فارس مرن الميم والراء والنون أصل صحيح يدل على اللين الشيء وسهولته. ينظر: معجم مقاييس اللغة ٣١٣/١ ابن فارس ، المحقق: عبد السلام محمد هارون النشر: دار الفكر ، عام النشر ١٩٧٩ م، ص ١١٢٠. وجاء في لسان العرب مرن : مرن يمرن مرانه و مرونة وهو لين في صلابة ومرونة يد فلان على العمل أي صلبت واستمرت والمرونة اللين. ينظر: لسان العرب ، محمد بن مكرم بن علي، أبي الفضل ، جمال الدين، ط٣، دار صادر، بيروت، ١٤١٤هـ، ص ٤٠٤ .

(٣) د.سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٣، ص ٣٦٤ . وما بعدها. و د. شمس الدين الوكيل، مبادئ القانون، ط١، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٦٨، ص ١٤٧ .

(٤) د. عصمت عبد المجيد ، اصول التفسير ، مصدر سابق ، ص ٧٦ . و د. رافد خلف هاشم البهادلي ود. عثمان سلمان غيلان العبودي ، مصدر سابق ، ص ٥٩ .

وتعرف المرونة بانها الصياغة التي تساعد في صناعة النصوص التشريعية وإخراج مضامينها الى حيز العمل بصيغة قواعد قانونية تتجه لتحقيق مصالح المجتمع التي تصاغ فيه تلك القواعد بوسائل وأساليب فنية تتلاءم مع وقائعه وحاجاته السياسية والاقتصادية والاجتماعية والعلمية والثقافية لمعالجة الوقائع وظروفها وملابساتها وهذه هي المرونة بحد ذاتها تكون مهمه في قانون الاحوال الشخصية وعقد الزواج بالتحديد لما تترتب عليها من آثار تنعكس على الرابطة الاسرية لدوامها واستمرارها وذلك لانها تساعد على الاستجابة السريعة لمتطلبات الواقع عند التطبيق ليسترشد بها في إيجاد الحلول المناسبة لكل حالة وحسب الظروف المحيطة للحالة و الملابسات التي تحيط به^(١).

ويراد بالمرونة التشريعية الصلاحية في تمكين الفائدة القانونية وفق الحالات المعروضة عليه في نطاق ظروفها وملابساتها المتاحة لها مع مراعاته للظروف الخاصة التي تعتري كل حاله ومن ثمة تكون هنالك مساحه كبيره للقاضي بتكيف الحالة وفق الوقائع المستجدة والمصالح المتغيرة بناء على قواعد عامه ومبادئ كليه انيطت بتلك الاحكام عند سنها اصالة التي تمثلها قاعدة الضرورة التي تمنح للقاضي السلطة التقديرية في تحديدها في مختلف الوقائع طبقا للظروف القاهرة والملابسات الخاصة المناطة بها اثناء التطبيق^(٢).

لذا نعتقد ان المرونة التشريعية هي الوسيلة الملائمة في تحقيق التواصل بين القانون وظروف المجتمع التي تسعى لتوسيع سلطات المشرع والقاضي في الحالات التي تقتضيها قواعد العدالة ولأنها قواعد متغيره لا توصف بالثبات لأنها رده فعل لاحداث اجتماعيه تقبل التغير بطبيعتها بتغير الزمان والمكان كذلك لانها لا تسترشد الى حلول قاطعه ثابتة فهي لا تعطي للمشرع حكم قاطع وانما تعطي مساحه وتخفف من صرامه الاحكام بالنسبة للقاضي وبالوقت نفسه تسد النافذة التي تعطى للقاضي.

وقد تتسم المرونة التشريعية بأهمية كبيره والاثر المهم الذي تؤديه في تنظيم الحقوق والحريات الاجتماعية لأفراد المجتمع والمنصوص عليها في الدساتير عموما ومنها ما يتعلق بحقوق الاسرة بصفة خاصة التي

(١) د.سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، مصدر سابق ، ص ٣٦٤ وما بعدها. و د. شمس الدين الوكيل، مبادئ القانون، ط١، مصدر سابق، ص ١٤٧ .

(٢) أبو السعود، رمضان محمود زهران، همام محمد، المدخل للقانون، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ١٩٩٧ ص ١٦. وكتابهما مبادئ القانون، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ١٩٩٧ ص ١١٥ .

تساهم بتثبيت الحقوق للطرفين في عقد الزواج الذي يضمن لهم حقوقهم الاخرى مثل التعليم والسلامة والبيئة والصحة وغيرها^(١).

والمرونة التشريعية في النصوص القانونية تحكم الشؤون الاجتماعية ومنها الاسرة وبالأخص العلاقة والرابطة الزوجية المتمثلة بعقد الزواج بواسطة ما يستجد من اوضاع ومتغيرات اجتماعية فهنا تكون المرونة لتحقيق العدالة الاجتماعية محاولة في ذلك الابتعاد عن التمييز على اسس قانونية وبهذا يمكن ان تحقق التنمية الاجتماعية لأفراد الاسرة خصوصا والمجتمع عموما عن طريق تلبية حاجاتهم العامة وتحقيق الحياة الكريمة لهم والرفاهية وفق الثوابت الاسلامية والاطر الدستورية و القانونية^(٢).

وعليه فان المرونة التشريعية ماهي الا المساحة التي تعطى من قبل المشرع للقاضي من اجل ملائمة الحكم القانوني للحكم الشرعي والتي تتأثر بالمتغيرات على الساحة سواء كانت تغيرات اجتماعية ام ثقافية ام سياسية ام اقتصادية وماهي الا نتاج لذلك التحول والتبدل والتغير لذلك نجدها من اهم سمات الشريعة وخصائصها المميزة التي تميز الشريعة عما سواها فهي تكون باقية ودائمة لشموليتها وسعتها في استيعاب الحوادث والوقائع فهي صالحة لكل زمان ومكان لذا تُعدّ المرونة من اهم الوسائل والطرق في الصياغة القانونية والتشريعية التي يمكن ان يستعملها المشرع والصائغ القانوني في صياغته للنصوص القانونية لما تتمتع فيه من تكييف وانفتاح وقابلية على مواكبه وموائمة كل المتغيرات والمستجدات الاجتماعية لكل عصر.

ثانياً- تعريف المرونة في الفقه الاسلامي :-

يمكن تعريف المرونة بالفقه الاسلامي بانها حصيلة حركة في اطار ثابت فهي ليست حركة مطلقة وليست ثباتا مطلق وبذلك تكون المرونة وفق هذا الراي هي الحد الفاصل بين الثبات المطلق الذي يصل الى درجة الجمود والحركة المطلقة التي تخرج بالشيء عن حدوده وضوابطه^(٣). فالمرونة هي الحركة التي لا تسلب التماسك والثبات الذي لا يمنع الحركة، لذلك وضع الله تعالى واودع في هذه الشريعة من عوامل الحيوية والثراء والتجدد ما يجعله صالحة للنماء والتجدد الذاتي وكذلك جعلها قادرة على مواجهه مختلف التقلبات الزمانية والمكانية.

(١) د. سمير عبد السيد تناغو ، مصدر سابق ، ص ٣٩ ، ود . محمد رفعت الصباحي ، محاضرات في المبادئ العامة

للقانون ، مكتبة عين شمس، القاهرة ، ٢٠٠٧ ، ص ١٩ .

(٢) د. سمير عبد السيد تناغو، مصدر سابق، نفسة ص ٤٢ .

(٣) حمدان عبدالله الصوفي، مفهوم الاصاله والمعاصرة وتطبيقاتها في الشريعة الإسلامية، مصدر سابق، ، ص ١٤١ .

او كما يعرفها بعضهم بانها تحول الحكم من عنوان الى اخر مراعاة للطوارئ والحوادث المتغيرة للملاك ليكشف عن قدرة التشريع الاسلامي على مراعاة الواقع ومستجداته او هي ما يستجد من الحاجات في كل زمان ومكان^(١) اوهي الحكم الذي يكون مدركة ومستنده العوائد والاعراف لا النصوص المحكمات^(٢). وتعرف المرونة بانها الطريقة في تطبيق الفروع الدينية او ما يتعلق بطريقة الدعوة الدينية العصرية اوهي الحكم المنتقل من كونه مشروعاً فيصبح ممنوعاً او ممنوعاً فيصبح مشروعاً باختلاف درجات المشروعية والمنع^(٣).

ومما تقدم من اراء الفقهاء يتبين لنا بان المرونة التشريعية هي الوسطية والاعتدال الذي تميزت بها الشريعة الاسلامية من السعه والشمولية واللين والاستيعاب في الاحكام غايتها تحقيق الخير والصالح للفرد عن طريق المتغيرات التي تستجد في المجتمع ولسد الثغرات في تكيف الاحكام التي يمكن ان يحتاج اليها في ضبط تعاملاته والوقائع التي تعرض عليه نتيجة لتبدل الظروف والاوضاع لذلك فان للمرونة مهام في استمراره الشريعة ودوامها لكل زمان ومكان وحال وتعرف ايضاً بانها الرابط بين الاسباب والمسببات والاحكام والعلل وتفصيلات الاحكام واوقات تطبيقها وكيفية تطبيقها فالصلاة مثلاً فيها مرونة من حيث انها صلاة مقيم او مسافر او خائف ومرونة في وقت ادائها عند النسيان او النوم وحتى حالة المرض كيف تؤدي الى غير ذلك^(٤).

يمكن ان تظهر المرونة في الجزئيات والفروع التي تستند الى دليل ظني مثال ذلك في عدد الرضعات التي يثبت فيها التحريم فبعضهم جعلها واحدة وبعضهم جعلها خمساً . كذلك الاختلاف في الطلقات الثلاث لفظاً واحداً او لا والسبب في ذلك ان نظرة الفقيه نفسه من الممكن ان تتغير لتفسير اجتهاده من مكان الى اخر وذلك استنتاجاً من قاعدة لا ينكر تغير الاحكام بتغير الازمان^(٥).

وحسب راي البعض من الفقهاء الذين يرون ان المرونة لا تعني باي حال من الاحوال انها قابلة للتغيير والتبديل والتعديل والتطوير او تفسيرها وتأويلها بما تعارف الناس عليه والفوه من مفسد ومنكرات في اعرافهم وتشريعاتهم وتقنياتهم فهي صالحة لكل زمان ومكان بما خصها الله من خصائص ومميزات وفق

(١) جواد احمد البهادلي، مدخل القانون لدراسة الشريعة الاسلامية، ط٢، جامعة الكوفة، ٢٠٢١ ، ص ٩٦ وما بعدها.

(٢) د. جواد احمد البهادلي ، المصدر السابق نفسه ، ص ٩٦ .

(٣) جاد الحق ، مرونة الفقه الاسلامي ، دون طبعة ، دار الفاروق، دون مكان وتاريخ النشر، الحق ، ص ٣٧ وما بعدها.

(٤) د. منير جمعة، الجمع بين الثبات والمرونة ، المكتبة الالكترونية، دون مكان طبع، ٢٠٠٩، ص ٧٦.

(٥) د. منير جمعة، المصدر السابق نفسه ، ص ٧٦.

الحدود والضوابط الالهية والشرعية الاسلامية اما ما يختلف فيه من اراء ففقهية فبالإمكان تطويعها وملائمتها للضرورات التي تحفظ المصالح العامة وتحفظ العباد وتصورون كرامتهم^(١).

وبما ان المرونة عكس الثبات وحسب ما جاء بالتعاريف لذلك يمكن القول انها المتغير من الاحكام التي يهتم بها الفقيه او المجتهد في متابعتها بالاجتهادات الكفيلة بجلب ما كان منها مصلحة^(٢) ودفع ما اصبح اصبح منها مفسدة^(٣).

ويرى بعض من الفقهاء : ان الاحكام نوعان نوع لا يتغير عن حالة واحدة مر عليها لا بحسب الازمنة ولا الامكنة ولا اجتهاد الائمة كوجوب الواجبات وتحريم المحرمات والحدود المدركة بالشرع على الجرائم ونحو ذلك فهذا لا يتطرق اليه تغير ولا اجتهاد ويخالف ما وضع عليه اما النوع الثاني من الاحكام ما يتميز بحسب اقتضاء المصلحة له زمانا ومكانا وحالا كمقادير التعزيزات واجناسها وصفاتها لان الشارع ينوع فيها حسب المصلحة^(٤).

ويمكن ان تُعدَّ المرونة كما يعرفها بعضهم بانها ما يستجد من الحاجات في زمان ومكان او كما يعبر عنها بانها الحكم الذي يكون مدركه ومستنده العوائد والاعراف لا النصوص المحكمات او هي تحول الحكم من عنوان الى اخر مراعاة للطوارئ والحوادث المتغيرة للملاك ليكشف عن قدرة التشريع الاسلامي على مراعاة الامر الواقع ومستجداته^(٥).

ومما تقدم يرى الباحث ان المرونة التشريعية هي السعه والصلاحية التي تميزت بها الشريعة الاسلامية فالمرونة هي الحل لكل الحاجات والمتطلبات والمشكلات التي تواجه المشرع والقاضي عل حد سواء وبذلك تسير تطور الزمان وما يطرا من تقلبات وتغيرات في المجتمع . كذلك فهي لا تكون على حساب النظام العام وسيادة القانون ويجب التمسك بالنصوص الدستورية والقانونية التي شرعها المشرع في حينها إذ هي تنطوي على تنظيم شؤون اساس الدولة والمجتمع من الوجهة القانونية والذي عماده الاسرة

(١) محمد مصطفى الزحيلي ، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الاربعة، دار الفكر ، دمشق ، ٢٠٠٦ ، ص ٣٥٤ .

(٢) جاد الحق، مرونة الفقه الاسلامي، مصدر سابق ، ص ٣٧.

(٣) محمد مصطفى الزحيلي ، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الاربعة ، مصدر سابق ، ص ٣٥٥ .

(٤) جعفر السبحاني ، اصول الفقه المقارن فيما لا نص فيه، ط١، بيروت ، ٢٠٠٥، ص ٩ .

(٥) جعفر الفضلي ود. منذر عبد الحسين الفضل ، المدخل للعلوم القانونية ، النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق، ط١، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، الموصل ، ١٩٨٧، ص ٢١ ، ود. شمس الدين الوكيل ، مبادئ القانون ، ط١، الناشر منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٦٨، ص ١٧، د. منذر الفضل ، اصول القانون ، دراسة مقارنة مع الفقه الاسلامي ، ط٢، نارس للطباعة والنشر ، اربيل، ٢٠٠٤، ص ٥٤ .

بالمحافظة على النصوص التي جاءت لتدعم الاسرة والعلاقة الزوجية من دون تعدي على حقوق الطرفين والتي اقرت بموجب قانون الاحوال الشخصية والمنبثقة نصوصه من الشريعة الاسلامية^(١) يمكن تعريف المرونة التشريعية بانها " أحد سمات النصوص القانونية وديمومة الحكم في التطبيق على ما يستجد في المستقبل من المتغيرات أو الوقائع لا تكون في الحسبان عند وضع القاعدة القانونية مما يجعلها ناجعة لكافة الأزمنة والأمكن".

الفرع الثاني

خصائص المرونة التشريعية

المرونة التشريعية احد معايير الصياغة التشريعية، لكي تكون الصياغة الناجعة فلا بد من توافر المرونة في النص التشريعي أي كان نوعه، وهذه المرونة ما هي إلا رخصة من المشرع يسعى بها إلى مراعاة التغير والتجديد في المسائل والمنازعات المعروضة امام القضاء، وان تكون عادلة في الأزمنة كافة وتتصف بالعمومية والتجديد وهذا ما سنبحثه في هذا الفرع في ثلاثة نقاط وعلى النحو الآتي:

أولاً- التغير والتجديد:

المرونة التشريعية تعني إنها تعبير معياري يضع حكم واسع إي قواعد واسعة في التفسير والاستنباط مما يؤكد إن المعيار ذو طابع مرن ومتغير حسب الظروف المحيطة وهو يتوافق مع كل تطور من حيث الزمان والمكان. وبذلك تجعل المرونة الصياغة التشريعية في نص قانون الأحوال الشخصية لها قابلية التغير والتجديد أي ذو طابع مرن يواكب التغيرات الآنية والمستقبلية^(٢)، اي تتغير وتتجدد بتغير الأحوال والأزمان فهو قريب من الواقع، لذلك فالمرونة هي الوسيلة الفنية لصياغة القواعد القانونية^(٣) قابلة للتغير والتجديد^(٣).

وان عُدَّ المرونة التشريعية ذات طبيعة نسبية تتغير محتوياتها على حسب مقتضيات الزمان والمكان، و يراعي تطبيقها الواقعة المعروضة إمام القضاء، لكن هذا لا يعني إنه لا يمكن وضع نصوص تشريعية تتسم بالجمود لان للمرونة التشريعية طبيعة تسمح بالتحديد وفق حالات واستثناءات معينة تتطلب

(١) د. عصام انور سليم ، مبادئ الثقافة القانونية ، ب ط، دار الجامعين للطباعة، الاسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٢٩ .

(٢) د.سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، مصدر سابق ٣٦٦ . وما بعدها. و د. شمس الدين الوكيل، مبادئ القانون، مصدر سابق ص ١٤٤ .

(٣) د. مالك دوهان الحسن، المدخل لدراسة القانون، النظرية العامة للقاعدة القانونية، ج ١، مطبعة الجامعة، ١٩٧٢، ص ٧٣ .

تقييد صياغة النصوص التشريعية وجعلها جامدة لان طبيعة الظروف المحيطة تتطلب ذلك من اجل تحقيق الاستقرار والأمن الاجتماعي^(١) .

المرونة التشريعية تعطي للنص القانوني روحية متجددة ومتغيرة عكس الصياغة الجامدة إذا لا يمكن إن تكون النصوص التشريعية مواكبة للتطور والظروف الاجتماعية لان المرونة تقبل التقييد على عكس الجمود لا يقبل المرونة لأنه يؤدي إلى عدم الاستقرار وتحقيق المساواة بين المجتمع التي تتطلبها ضرورات التوفيق بين القانون والواقع الاجتماعي^(٢).

ومما سبق يتضح لنا، إن المرونة التشريعية هي احدى معايير الصياغة التشريعية متى ما توافرت يمكن القول هناك نصوص تشريعية صحيحة، وإذا تخلفت لا تتحقق الغاية المطلوبة من الصياغة التشريعية. وهذا الأمر يقودنا الى أن المرونة التشريعية تعتمد على صفات الصائغ التشريعي لما يتطلب فيه توافر فهم وعلم وإدراك بجوانب علمية أخرى تتعلق بالتفسير وفي فهمه للنص الاجتماعي في صياغة النصوص التشريعية الذي سيكون للمرونة التشريعية الاثر الواضح في الصياغة التشريعية^(٣) لما لها من تأثير ايجابي في صياغة النص التشريعي، ويضاف إلى ذلك أن المرونة التشريعية تواكب كل التغيرات والتطورات.

ثانياً : تحقيق العدالة:-

الغاية من وجود الصياغة التشريعية المرنة هو تحقيق العدالة لكن قبل الدخول في ذلك لا بد من التطرق إلى تعريف العدالة التي يراد بها النظام الأعلى الذي يضمن انتصار المصالح الأكثر احتراماً^(٤) . وتعرف أيضاً بأنها غاية كل القوانين والشرائع الإنسانية فهي إحساس أخلاقي موجود في الضمير الاجتماعي وظيفته الموائمة بين قاعدة قانونية وعلاقة معينة ابتغاء تنظيم هذه العلاقة^(٥).

(١) د. مالك دوهان الحسن، المدخل لدراسة القانون، النظرية العامة للقاعدة القانونية، مصدر سابق، ص ٧٨ .

(٢) د. سمير عبد السيد تناغو، مصدر سابق نفسه، ص ٣٦٦.

(٣) د. صفاء متعب الخزاعي، الفهم الاجتماعي للنص القانوني، دراسة في ضوء علم الفقه وفلسفة القانون، مصدر سابق، ص ٢٠١٥، ص ٧ .

(٤) د.مالك دوهان الحسن، المدخل لدراسة القانون، النظرية العامة للقاعدة القانونية، مصدر سابق، ص ٧٣.

(٥) د.عبد الحي الحجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مصدر سابق، ص ٢١٧ ومابعدھا.

فالمشرع يسعى لجعل النص التشريعي مرناً إلى تحقيق العدالة لأنها الغاية الأساسية التي يعتمد عليها في استخلاص الصيغ والقواعد، على أن يكون النص القانوني قابلاً للتطبيق على ما يستجد في المستقبل من المتغيرات وتطبيق هذه المرونة على الوقائع كافة ومن دون ذلك فالقاعدة القانونية غير العادلة لا تصلح أن تكون قاعدة قانونية، بل تُعدّ من قبيل الأعمال المادية غير المشروعة، إذ تُعدّ غاية العدالة هي الغاية الأكثر عمومية التي يسعى القانون إلى تحقيقها في الأنظمة القانونية كافة^(١).

عند صياغة القواعد التشريعية يتطلب أن يكون الحكم القانوني عادلاً من حيث النظر إلى العدالة في مضمونها ومفهومها نظرة مختلفة فيما بينها إلا أن العدالة تبقى من الأفكار التي لا يمكن استثنائها في صياغة النصوص التشريعية لأنها عنصر لا يتأثر بالزمان ولا المكان وتدعو للصواب دائماً ويكون الصائغ التشريعي ملتزماً بكل المبادئ والقيم التي تقوم عليها ولا يستطيع الخروج عنها في صياغة التشريعات^(٢).

فضلاً عن ذلك إن للعدالة^(٣) أثر مهم في تكميل القانون^(٤) عندما يكون التشريع ناقصاً، إذ أنها تلازم القانون عند الصياغة في حال أخذ بها الصائغ التشريعي^(٥)، وبعد صياغة التشريع لسد النقص التشريعي الموجود^(٦).

وما يميز المرونة التشريعية في تحقيق العدالة لا العدل عند صياغة القواعد القانونية لأن قواعد العدالة تنسم بطابع شخصي عاطفي فهي تمثل الإنسانية في القانون إذ تعمل على إزالة الفروقات والتخفيف من حدته وتشدّد مضمون القواعد القانونية، التي قد يسببها العدل داخل النصوص التشريعية وذلك لأن العدل

(١) د. أمال عبد الحميد ود. عدلي السمري ود. محمد الجوهري، علم الاجتماع القانوني والضبط الاجتماعي، ط١، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، ٢٠١٢، ص ٢٩، ود. علي محمد جعفر، نشأة القوانين وتطورها، ط١، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، ٢٠٠٢، ص ١٧٠.

(٢) د. عبد الرحمن اليزاز، مبادئ أصول القانون، ب ط، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٤، ص ١٢٩.

(٣) انظر: المادة ٢١٢ من القانون المدني العراقي التي نصت على انه: فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة .

(٤) د. سمير عبد السيد تناغو، مصدر سابق، ص ٤٨، ٤٧، وما بعدها . ود. همام محمد محمود ود. محمد حسين منصور، مبادئ القانون، ب ط، الناشر منشأ المعارف، الاسكندرية ٢٠٠١، ص ١٦٤. ود. مالك دوهان الحسن، مصدر سابق، ص ٢٨٨.

(٥) د. رياض القيسي، علم أصول القانون، ط١، بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٠٢، ص ٢٥٤. واسماعيل نامق حسين، العدالة وأثرها في القاعدة القانونية، دار شتان للطبع والبرمجيات، مصر، ٢٠١١، ص ١٨٧.

(٦) د. شمس الدين الوكيل، مصدر سابق، ص ١٥٤. ود. همام محمد محمود ود. محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص ٨٧، ود. همام محمد محمود، مصدر سابق، ص ١٦٧. ود. عبد الحي الحجازي، مصدر سابق، ص ٤١٨.

يتسم بالتجريد والعمومية لذا يُعدّ كل منهما مكمل للآخر في صياغة النصوص التشريعية وإضفاء الشدة والعطف الإنساني في الوقت ذاته، فهي تخفف من شدة القواعد القانونية المكتوبة لكن لا بد من الاعتدال في الأخذ بالمبادئ الأخلاقية التي تقوم عليها العدالة لان الأخذ بها وحدها من دون العدل قد يؤدي إلى الإخلال^(١) بالواجبات أكثر من الحقوق^(٢).

لذلك نرى أن وجود المرونة التشريعية له دور كبير عند صياغة النصوص التشريعية، لما لها من اثر مهم في النصوص التشريعية لذا لا يمكن للصائغ التشريعي الاستغناء عنها في صياغة النصوص التشريعية^(٣).

ثالثاً - العمومية والتجريد :-

إذا كان القانون يسعى بصورة أساسية إلى تحقيق العدل والمساواة بين الأفراد وهذه المساواة لا يمكن ان تحقق إلا على أساس الوضع الغالب في الحياة الاجتماعية وهذا ما يتطلب وجود المرونة التشريعية في قواعد القانون، لكن تكون هذه المرونة وفق معيار موضوعي لا شخصي إي إن يلجأ الصائغ التشريعي من أجل تحقيق ذلك إلى التجريد وتكون العبرة فيه بعموم الصفة لا بتخصيص الذات لان التكليف الذي يتضمنه القانون^(٤) لا يمكن إن يكون إلا بصفتي العموم والتجريد^(٥).

وبما ان القاعدة القانونية مطبقة على الناس جميعهم بشرط إن لا تكون معينة بأسمائهم إنما تتعين بالوصف كأن تقول القاضي أو التاجر إلا إن القانون عند وصفه يتجه بذلك إلى الوصف المجرد من ذات الموصوف وهذا ما يعبر عنه رجال القانون بالعمومية والتجريد^(٦)

مما يستلزم في تقنية الصياغة التشريعية^(٧) المرنة إضفاء صفة العمومية والتجريد على القاعدة لأنها قاعدة لا تتوجه إلى حالة فردية معينة بل إلى وضع عام فتتظمه و يجب إن ينظم في ذهن الصائغ

(١) د. عبد الحي الحجازي، مصدر سابق، ص ٢١٩، ٤٧٤.

(٢) د. عصمت عبد المجيد مشكلات التشريع ، مصدر سابق ، ص ١٦٦ .

(٣) د. عبد الحي الحجازي مصدر سابق، ص ٢٢٠.

(٤) انظر : د.حسن كيره، المدخل إلى القانون (القانون بوجه عام)، الناشر، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨١، ص ٢٣.

(٥) د. مالك دوهان الحسن، مصدر سابق، ص ٢٨٨ . ود. محمد حسين منصور، المدخل الى القانون القاعدة القانونية ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠، ص ١٥٣ .

(٦) د. مالك دوهان الحسن ،مصدر سابق، ص ٢٨٨ . ود. محمد حسين منصور، المدخل الى القانون ،مصدر سابق، ص ١٥٧ .

(٧) د.منير محمود الوتري، المدخل لدراسة القانون، مطبعة حداد، البصرة، بدون سنة نشر، ص ٥.

التشريعي بحيث يحيط بجوانبه كما يتصورها بصورة موضوعية^(١). لانه لا يكفي إن تكون القاعدة تحكم سلوكيات الأفراد بالمجتمع بمجرد جزاء مادي يلزم المخاطبين بها إنما يستلزم إن تكون هذه القاعدة متصفة بخاصية يطلق عليها الفقه بخاصية العمومية والتجريد^(٢).

لذا لا يمكن جعل المرونة متجدده ومتغيرة إذا لم تكون عامة للأشخاص ومجردة للإعمال والتصرفات إذ نجد إن صفة التجريد هي التي تضيفي على القاعدة صفة العموم إي تجعل من القاعدة القانونية تطبق على الأشخاص جميعهم وجردتهم من ذاتهم في الوقت ذاته ، لذلك لا يمكن الأخذ بأحدهما من دون الأخرى عند صياغة النصوص التشريعية^(٣) .

وعليه يمكننا القول: عندما تكون هناك قاعدة قانونية تتمتع بالمرونة واجبة التطبيق في الوقت ذاته على كل شخص تتوافر فيه الشروط والأوصاف المطلوبة في الفرض الذي تواجهه القاعدة، لابد من إن تكون القاعدة المرنة عامة ومجردة وبصرف النظر عن طبيعة القاعدة التي يصوغها الصانع التشريعي^(٤). إن وجود المرونة في القاعدة القانونية يتطلب مصاحبة التجريد والعموم عند صياغة الصانع التشريعي والعمومية لها هي الطريقة التي تتم بها صياغة القاعدة القانونية.

(١) د. مصطفى العوجي ، القاعدة القانونية في القانون المدني، ط٢، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٠، ص ١٥٤.

(٢) د. بكر عبد الفتاح السرحان، المدخل إلى علم القانون، ط١، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، ٢٠١٢ مصدر سابق ، ص ٣٩.

(٣) د. حسن كيره، مصدر سابق ، ص ٢٣. ود. مالك دوهان الحسن، مصدر سابق ، ص ٢٨.

(٤) د. عصام أنور سليم، مبادئ الثقافة القانونية، ب ط، دار الجامعيين للطباعة، الإسكندرية، مصدر سابق ، ٢٠٠٧، ص ٢٩.

المطلب الثاني

صور الصياغة التشريعية ومسوغاتها

تتعدد معايير وصور الصياغة التشريعية من تعدد التقسيمات الفقهية لكن ما يمهنا في نطاق بحثنا تقسيم الصياغة التشريعية من حيث الجمود والتغير هناك صورتان يجب على الصائغ التشريعي مراعاتها في القواعد القانونية وهي الصياغة التشريعية الجامدة والمرنة، فضلاً عن ذلك هناك مسوغات يسعى المشرع إلى تحقيقها عند صياغة النص التشريعي وجعله مرناً من أجل تسهيل مهمة القضاء لتطبيق النص القانوني على أكثر من حالة وعدم تقيده في زمان محدد.

وبناءً على ما تقدم سنقسم هذا المطلب على فرعين، فأما الفرع الأول سيخصص لدراسة صور الصياغة التشريعية، أما الفرع الثاني سنتناول فيه مسوغات الصياغة التشريعية المرونة.

الفرع الأول

صور الصياغة التشريعية

دراسة هذا الفرع تقتضي تقسيمه إلى نقطتين نبحث فيه صور الصياغة التشريعية على النحو

الآتي:

أولاً- الصياغة التشريعية الجامدة:-

تعرف الصياغة التشريعية الجامدة بأنها الصياغة التي تعطي حلاً ثابتاً لا يتغير بتغير الظروف والملابسات الخاصة بكل حالة فردية تندرج تحت الفرض، فهي تحقق ثبات القاعدة القانونية سواء بالنسبة إلى الوقائع الخاضعة لها أم الحل المطبق عليه^(١).

أو هي الصياغة التي تحقق التحديد الكامل للحكم القانوني أو ما يخضع له من أشخاص ووقائع على نحو لا يترك مجالاً للتفسير سواء بالنسبة للمخاطب بالقانون عندما يريد معرفة انطباق الحكم عليه،

(١) د. حسن كيره، مصدر سابق، ص ١٨٤. ود. عبد القادر الشخيلي، مصدر سابق، ص ٢٢، ود. انور سلطان، المبادئ القانونية العامة، ط ٤، مصدر سابق، ص ٩٥، ود. عليوة مصطفى فتح الباب، الوسيط في سن وصياغة تتفسير التشريعات، الكتاب الثاني تفسير وصياغة التشريعات، دار شتان للنشر والبرامجيات، مصر، ٢٠١٢، ص ٢٥.

أم بالنسبة للقاضي عندما يريد تطبيق الحكم القانوني على ما يعرض أمامه من وقائع وأشخاص، حيث يكون التعبير عن الحكم القانوني^(١) بألفاظ وعبارات لا تحتمل التفسير^(٢).

فالفكرة الجوهرية التي تتضمنها القاعدة القانونية وفق هذا المعيار تكون محددة تحديداً جامداً لا يترك للقاضي مجال للسلطة التقديرية عند تطبيقها، فهي صياغة لا تأخذ بالحسبان ما يميز كل حالة من الحالات التي تطبق عليها القاعدة من ظروف او ملائسات^(٣).

فهو معيار يتجرد من كل اعتبار شخصي أو خاص لأنه يتميز بطابع موضوعي لا يقبل التقدير، لذا يُعدّ هذا المعيار من مقتضيات الصياغة التشريعية لأنه يقوم على أساس فرض محدد تحديداً دقيقاً و يكون الحل فيها أيضاً محدد تحديداً دقيقاً بحيث لا يملك من يقوم بتطبيق أحكام القاعدة الجامدة أدنى سلطة تقديرية في توسيع نطاق هذه القاعدة سواء كان من حيث التطبيق أم من حيث الحل الذي يترتب عند تطبيق هذه القاعدة^(٤).

ومن الأمثلة الشائعة للصياغة الجامدة في قانون الأحوال الشخصية العراقي هي تحديد مدة لنفقة الزوجة غير الناشز سنة واحدة من وقت امتناعه^(٥) فالأرقام والحساب تُعدّ من أبرز أنواع الصياغة الجامدة التي يعتمد عليها الصائغ التشريعي. وترد الصياغة الجامدة بعدة أساليب :

أولاً :- التعبير العددي :-

وبموجب هذا الأسلوب يُعبر عن حكم القاعدة التشريعية برقم معين وهو ما يسميه الفقه بإحلال الكم محل الكيف أو هي الصياغة التي يعدل فيها عن وصف الشيء بكيفه إلى تقديره بكمه^(٦)، فهو من

(١) د. حسن كيره، مصدر سابق، ص ١٨٤، ود. عليوة فتح الباب، الوسيط في سن وصياغة وتفسير التشريعات، الكتاب الثاني تفسير وصياغة التشريعات، مصدر سابق ، ص ٢٥.

(٢) د. عبد القادر الشخلي ، فن الصياغة القانونية مصدر سابق ، ص ٢٦ .

(٣) د. أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، ط ٤، مصدر سابق، ص ٩٤ ومابعداها.

(٤) د. سمير عبد السيد تناغو، مصدر سابق، ص ٤٧، ٤٨ وما بعدها. ود. همام محمد محمود ود. محمد حسين منصور، مبادئ القانون، مصدر سابق ، ص ٨٣. ود. مالك دوهان الحسن، المدخل لدراسة القانون ، مصدر سابق، ص ٢٨٤.

(٥) نصت المادة ١/٢٤ من قانون الأحوال الشخصية العراقي على انه: تعتبر نفقة الزوجة غير الناشز دينا في ذمة زوجها عن مدة لا تزيد على سنة واحدة من وقت امتناعه عن الانفاق عليه...

(٦) د. مالك دوهان الحسن ، مصدر سابق ، ص ٢٨٨ . ود. محمد حسين منصور، المدخل الى القانون القاعدة القانونية، ط ١، مصدر سابق، ص ١٥٣ .

الأساليب التي تستعمل أرقام معينة عند صياغة النصوص التشريعية فهو من طائفة المعايير الجامدة للصياغة التشريعية ومن ثم يضيف عليها صفة الجمود بما يقيد سلطة القاضي^(١).

ثانياً: الحصر والتعبير بشروط:-

من المعلوم إن التشريع موحد الصياغة ونموذجي من حيث القالب وحبيس النصوص التشريعية، وأن قيام الصائغ التشريعي بحصر وقائع الحياة جميعها في نص تشريعي أمر في غاية الصعوبة ويتطلب نوع من الدقة في مواجهة الفروض والظروف الاجتماعية المتعددة والمستجدة لان النصوص التشريعية متناهية إما الواقع غير متناهي وهذا يستلزم البحث عن أسلوب لتحديد نطاق القاعدة القانونية ومن هذه الأساليب أسلوب الحصر مع فسخ المجال في إطار الشروط للقاضي للقياس على الحالات التي نصت عليها القاعدة القانونية وما يطرأ عليها أو يستجد من أحداث إي بمعنى هو من المعايير التي يتجمع بين عنصر التقيد والتقدير بالنسبة للقاضي عند تطبيق النص التشريعي^(٢).

ومن أمثلة الصياغة على سبيل الحصر المادة ٦/٤٣ من قانون الاحوال الشخصية العراقي التي نصت على انه: "إذا وجدت بعد العقد ان زوجها مبتلى بعلقة لا يمكن معاشرته بلا ضرر كالجذام أو البرص أو السل أو الزهري أو الجنون أو انه قد اصيب بعد ذلك بعلقة من هذه العلل". وهذا الأسلوب يجعل من القاعدة القانونية ميسورة التطبيق وتجرد القاضي من السلطة التقديرية إلا بقدر الشروط التي رسمها الصائغ التشريعي في صياغته للنصوص التشريعية، وهذا مايتعلق بالامراض التي ذكرت في النص ، فهي صياغة ذات طابع مادي لا تحتمل إدخال فروض أخرى أو القياس على فروض موجودة^(٣).

ثالثاً: الشكل:-

ويعد الشكل طريقة من طرق الصياغة الجامدة، فهو يمثل المظهر الخارجي الذي تظهر به القاعدة القانونية و به يترتب الأثر القانوني الوارد في حكم القاعدة القانونية المصاغة. وذلك لأن القاعدة القانونية ذات طبيعة معنوية يتوجب التعبير عنها بطريقة شكلية محسوسة تجعل منها ذات وجود خارجي ملموس في الحياة الاجتماعية من ناحية وتجنب الاختلافات في تطبيق القانون من

(١) د. حسن علي الذنون، فلسفة القانون، ط١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٥، ص ٢٤٩.

(٢) د. حسن علي الذنون، فلسفة القانون ، مصدر سابق، ص ٢٥٠.

(٣) د. شمس الدين الوكيل، مبادئ القانون، ط١، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٦٨، ص ١٥٤. ود. عبد الحي الحجازي، مصدر سابق، ص ٤١٥.

ناحية أخرى وهذا ما يعبر عنه بالشكل بمعناه العام، إما الشكل بمعناه الخاص أو بوصفه طريقة من طرق الصياغة التشريعية فقد يكون هناك عناصر خارجية تضاف إلى الوقائع القانونية لكي تنتج أثارها من حيث إنشاء الحقوق أو المراكز أو نقل الحقوق أو تعديلها^(١).

فهي وسيلة يستطيع الصائغ التشريعي بواسطتها تنبيه الأشخاص على خطورة عدم الالتزام و الأخذ بالشكلية التي نص عليها، وللشكلية أنواع مختلفة فقد يكون الشكل تسجيل التصرف مثل الطلاق فقد نصت المادة ٣٩ من قانون الاحوال الشخصية العراقي " ١ - على من اراد الطلاق ان يقيم الدعوى في محكمة الاحوال الشخصية يطلب ايقاعه واستحصال حكم به فإذا تعذر عليه مراجعة وجب عليه تسجيل الطلاق في المحكمة خلال مدة العدة....".

ثانياً - الصياغة التشريعية المرنة:-

تعرف الصياغة المرنة بأنها الصياغة التي يُعبر عنها في القاعدة القانونية فرضاً و حكماً أو احدهما، بطريقة معيارية تفسح المجال لسلطة القاضي التقديرية عند تطبيقها لمراعاة الفروق الفردية التي قد تعرض في الواقع عليه^(٢).

وبناءً على ما تقدم تتميز الصياغة المرنة بما يأتي:

١. إنها صياغة تترك مجالاً مفتوحاً لاستجابة القاعدة لظروف الواقع وملاساته، فهي لا تقيد القاضي مثل الصياغة الجامدة، إذ بموجبها يصدر أحكام مختلفة على وفق أية حالة وما يحيط بها من ظروف فهي تجعل من الصياغة القانونية ذات معيار عام يشمل وقائع معينة وحلول متعددة إي يجعل من القاعدة القانونية تتمتع بنوع من المرونة من حيث إنها قاعدة تستجيب لظروف العمل المختلفة عند التطبيق، لأنها تحاكي ظروف الواقع التي تتطلب غالباً المرونة حتى يكون لها حل معين^(٣).
- فهو معيار مطاط كما يصفه بعضهم، وتعد الصياغة المرنة ذات طابع معياري يعطي حكماً واسعاً عند تطبيق القاعدة القانونية^(٤).

(١) د. شمس الدين الوكيل، مصدر سابق، ص ١٥٤.

(٢) د. أبو السعود رمضان ود.همام محمد محمود، المدخل للقانون دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية ١٩٩٧ ، ص ١٦ وكتابهما مبادئ القانون ، منشأة المعارف الإسكندرية، ١٩٧٧ ص ١١٥.

(٣) د. سمير عبد السيد تناغو، مصدر سابق، ص ٤٣ . ود. شمس الدين الوكيل، مصدر سابق ، ص ١٤٩ . ود. مالك دوهان الحسن ، مصدر سابق ، ٢٨٧ ،

(٤) د. شمس الدين الوكيل، مصدر سابق، ص ١٤٧ . ود.مالك دوهان الحسن، مصدر سابق، ٢٨٤.

٢. تساهم أيضا على مسايرة التطور ومواجهة ما تكشف الحياة العملية عنه من فروض لم يكن للصائغ التشريعي توقعها عند صياغة النصوص التشريعية لأنها تقتصر على وضع فكره في النص التشريعي تاركة تحديد ما يدخل فيها لتقدير من يقوم بتطبيق القاعدة القانونية^(١).

لكن وإن كانت الصياغة المرنة تتسم بأنها صياغة تتسجم مع الواقع وتحقق العدالة فلا يستطيع الصائغ التشريعي إن يأخذ بالصياغة المرنة في كل الحالات فهناك حالات لا يمكن إن تصاغ وفق معيار الصياغة المرنة إنما على وفق معيار الصياغة الجامدة مثل ذلك المسائل المتعلقة بسن الرشد فيه من المسائل الحساسة التي لا يمكن أن تعطي السلطة التشريعية للقاضي إي مجال للتقدير أو التفسير، وعلى هذا الأساس فإن كلا الصياغتين لا يمكن التفصيل في ذاتها على الأخرى عند تنظيم وصياغة النصوص التشريعية وإنما يقوم الصائغ التشريعي بالمفاضلة بينهما مما يحقق غاية القاعدة القانونية بالطريقة الأمثل^(٢).

وتكون صياغة القاعدة القانونية وفق معيار الصياغة المرنة في أساليب ومنها :

أولاً: الأمثلة طريقة البيان على سبيل المثال

من هنا يتبع الصائغ التشريعي في هذا الطريقة أسلوب ضرب الأمثلة من أجل تحديد فرض القاعدة القانونية مع فسح المجال لإمام القاضي للاجتهاد والقياس عليها في إصدار الأحكام القضائية. ويمكن للصائغ التشريعي الاستدلال على هذا الأسلوب بوضع عبارات معينة مثل عبارة على الاخص التي تشير إلى التمثيل لا على الحصر والتقييد، ويمكن الاستعانة بطرق التفسير لمعرفة مدلول النص لأنه على سبيل المثال أو على سبيل الحصر وتعد هذا الطريقة من طرق المعيار المرن التي يلجا إليها الصائغ التشريعي من أجل إن يضع نصوص تقبل الاجتهاد وقادرة على مواكبة كل ما يحدث من تغيّر في الإحداث والوقائع^(٣).

(١) د. عصمت عبد المجيد، مشكلات التشريع، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، مصدر سابق، ط١، الناشر دار الكتب العلمية، ص١٦٦.

(٢) د. شمس الدين الوكيل، مصدر سابق، ص١٤٩. ود. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، ط٢، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨١، ص١٧١. ود. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون، ط١، دار المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص١٨٧.

(٣) د. عصمت عبد المجيد، مشكلات التشريع، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، مصدر سابق، ٢٠١٤، ص١٧٣.

ثانياً : التكميل أو التعديل:-

هو المعيار الذي يرجع إليه الصائغ التشريعي في حالات معينة وخاصة عندما يعطي بها للقاضي صلاحيات تعديل الاتفاق وفقاً لسلطته التقديرية لتحقيق نتائج معينة، بيد إن هذا المعيار وإن كان مرناً ويوسع من صلاحيات القاضي إلا إن الصائغ التشريعي لا بد إن يكون حذراً عند الأخذ بهذا المعيار وفي حالات خاصة جداً يمكن إن تجعل القاضي طرفاً في الموضوع حتى يحل النزاع^(١).

ثالثاً:- تعدد الخيارات:-

إن صياغة النصوص التشريعية تنقسم بوجه خاص الى صياغة مرنة وصياغة جامدة وهذا يمنح للصائغ التشريعي مجالاً واسعاً في صياغة النصوص التشريعية عند وضع النصوص بما ينسجم مع موضوعها إلا ان مقتضيات ضمان الدقة والمنطق والاستجابة لوقائع الحياة يستلزم في بعض الأحيان الجمع^(٢) بين معيار الجمود ومعيار المرونة لان طبيعة النص الذي يصوغه الصائغ التشريعي تستلزم أن يجمع بين كلا الصياغتين لتحقيق الغاية التي يرمي إليها^(٣).

ولتحقيق هذه الغاية يلجأ الصائغ التشريعي ليمنح بموجبه للقاضي مجالاً للاجتهاد في النصوص التشريعية ومقيداً لسلطة القاضي في الوقت ذاته حيث يأخذ به الصائغ التشريعي عند صياغة نصوص تشريعية معينة بحيث تكون صياغة النص على وفق معيار المرونة إلا إنه في الوقت ذاته يقيد سلطة القاضي على وفق معيار الجمود^(٤).

إي تتراوح النصوص بين التقدير والتقييد لسلطة القاضي، فهذا المعيار يتضمن خيارات متعددة للقاضي تجعل من النص التشريعي مرناً، ولكن في الوقت ذاته لا يتمكن القاضي من الخروج عما هو محدد من خيارات داخل النص التشريعي كتقدير التعويض أو تحديد العقوبة بقدر ثابت وحصرها بين حدين حد أقصى وحد أدنى^(٥).

(١) عبد الحي الحجازي، مصدر سابق ، ص ٢٥٦.

(٢) د.عبد القادر الشخيلي، فن الصياغة القانونية، مصدر سابق ، ص ٢٧.

(٣) د.أنور سلطان، مصدر سابق، ص ٩٦.

(٤) د.عبد القادر الشخيلي، فن الصياغة القانونية، مصدر سابق ، ص ٢٨ .

(٥) د.حسن كيره، مصدر سابق، ص ١٨٧.

الفرع الثاني

مسوغات الصياغة التشريعية المرنة

ان دراسة هذا الفرع يقتضي بنا تقسيمه على فقرتين وكالاتي :

أولاً- مسوغات الصياغة التشريعية المرنة في القانون:-

تتعدد مسوغات الصياغة التشريعية المرنة لأنها واحدة من صور الصياغة التشريعية بصورة عامة فتكون بذلك أداة لانشاء النصوص التشريعية الرصينة وظهورها إلى الحيز الخارجي لتكون قابلة للتطبيق العملي من المخاطبين بها، فتطبيق النصوص التشريعية لا يكون ممكناً إلا عن طريق أداة معينة تجعل منها ذات أثر ملموس على الواقع ويكون قابل للتطبيق والتفسير في ذات الوقت وهذا لا يتحقق إلا عن طريق الصياغة التشريعية حيث تعمل على اخذ المواد الأولية التي تُعدّ جوهر القاعدة القانونية وإنشائها في قوالب من ألفاظ ومصطلحات قانونية تشكل بنية النص التشريعي على وفق معايير معينة يساهم كل منها في إضفاء خاصية معينة على النص التشريعي الذي قد يكون مرناً حسب المقتضيات التي يرى الصانع التشريعي إن لها أثر واضح في تنظيم سلوك الأفراد في المجتمع^(١).

وتعد الصياغة التشريعية المرنة أداة وحلقة الوصل في بناء وتنسيق النصوص التشريعية فهي أداة وصل بين كل من الصانع التشريعي والأفكار التي يسعى إلى تضمينها في النصوص التشريعية حيث تمكن الصانع من نقل الأفكار وفق المعايير والمعطيات التي تتمتع بها، ومن جهة أخرى هي أداة وصل بين الصانع التشريعي والمخاطبين بحكمها مما يساهم بوضوح في فهم وإدراك قصد الصانع التشريعي ومن ثمة تجاوز المشكلات التي قد تظهر عند التطبيق على الوقائع القانونية، ومما لاشك فيه إن ذلك يجعل من الحكم متوافقاً مع حكمة التشريع عند تفسيره من ناحية وغير متعارض مع غيره من النصوص من ناحية أخرى^(٢).

ويمكن ان تكون أداة للتواصل بين ذات النصوص التشريعية حيث تربط بين نص وآخر في التشريع وتجعل من النصوص التشريعية بعيدة عن الانتقاد والعيوب التي تعثرها من إذ الخطأ أو الغموض والتكرار وهذا يتوقف على الأخذ بمعايير الصياغة التشريعية.

(١) د. سمير عبد السيد تناغو، مصدر سابق، ص ٣٦٢.

(٢) د. أحمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية للعقود، مطبعة أبناء وهبه حسان، القاهرة، مصدر سابق، ١٩٩٣، ص ٤٩. و د. عصمت عبد المجيد، أصول تفسير القانون، مصدر سابق، ص ٤٧.

تتميز المرونة التشريعية بان الصائغ يتبع نمط معياري معين في صياغة النصوص التشريعية ويجعل من النصوص التشريعية مميزة وذات طابع خاص يعبر عن إمكانيات الصائغ التشريعي، لذا تُعدّ أداة لخصوصية التشريعات وتمييزها من غيرها من التشريعات المقارنة، ويذهب جانب من الفقه إلى إن الأخذ بطرق الصياغة من الدول المقارنة يُعدّ من أهم طرق تطور النصوص التشريعية ويأتي دور الصياغة في إضفاء الخصوصية للتشريع وإن كان قد اقتبس بعض أحكامه من قانون آخر لجعله متوائماً مع الواقع الاجتماعي على وفق المعايير الخاصة بالصياغة التشريعية التي تحافظ على خصوصية التشريع الجديد وميزاته^(١).

قد يكون من مسوغات المرونة التشريعية هو الاستقرار القانوني، لأن القانون بوصفه الأداة الأساسية لتنظيم العلاقات بين الأفراد في المجتمع لذا يجب إن يكون هذا التنظيم محققاً للاستقرار والانضباط في المراكز القانونية، وهذه الاستقرار والانضباط يعتمد على الصياغة التشريعية التي عن طريقها يتحقق هذا الاستقرار القانوني المنشود بواسطه صياغة قواعد قانونية محددة وواضحة^(٢). فالصياغة التشريعية السليمة تُعدّ أهم أدوات الاستقرار القانوني التي بواسطتها يتحقق التوازن الاجتماعي بين أفراد المجتمع.

مثال ذلك ما نصت عليه المادة ٣/٣٩ من قانون الأحوال الشخصية العراقي إذ نصت على ان " اذا طلق الزوج زوجته وتبين للمحكمة ان الزوج متعسف في طلاقها وان الزوجة أصابها ضرر من جراء ذلك تحكم المحكمة بطلب منها على مطلقها بتعويض يتناسب وحالته المالية ودرجة تعسفه ويقدر جملة على ان لا يتجاوز نفقتها لمدة سنتين علاوة على حقوقها الثابتة الأخرى"^(٣).

فيكون المبرر من وجود الصياغة المرنة في هذا الغرض هو منح القاضي سلطة تقديرية في تحديد ما يمر عليه من المتغيرات والظروف وما يترتب عليها من حلول مناسبة لكل قضية على حدى فنجدد التعويض عن الطلاق التعسفي متغير ويختلف من حالة الى أخرى فيكون تقديره خاضع لسلطة القاضي التقديرية في الحكم بالتعويض يتناسب مع حالة الزوج المالية ودرجه تعسفه في إيقاع الطلاق

(١) د. محمد فايز سعيد، أثر مشروع السنهاوري في القوانين المدنية العربية، ص٧، بحث منشور على الانترنت www.mara.gov.om/nadwa_new/wp-content/uploads/2014/04/16_3.docx

(٢) د.أحمد ابراهيم حسن، غاية القانون، دراسة في فلسفة القانون، ب ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٠، ص١٧٩، ١٨٣.

(٣) ينظر : قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته .

وفي كل الأحوال لا يوجد هنا حد اعلى للتعويض محدد من المشرع في هذه المادة بالتحديد على ان لا يتجاوز نفقتها لمدة سنتين فضلا عن حقوقها الثابتة الاخرى ولعل الغاية من ذلك منع اثناء زواجه على حساب طليقها حتى لا يكون الزوج مشروع ربحي اكثر من كونه انساني^(١).

قد تكون الغاية من الصياغة المرنة التي يضعها الصائغ التشريعي هو منح القاضي مجال الاجتهاد في النصوص التشريعية وفي الوقت ذاته يقيد سلطة القاضي إذ انه يأخذ به الصائغ التشريعي بمعيار مختلط عند صياغة نصوص تشريعية معينة تكون بأسلوب مرن ولكن في الوقت ذاته يقيد سلطة القاضي على وفق معيار الجمود بحيث يكون النص التشريعي متعدد الخيارات بالنسبة للقاضي فهو من جهة مرن ومن جهة أخرى متقيد وفي الوقت ذاته لا يتمكن من الخروج عما هو محدد من خيارات داخل النص التشريعي^(٢).

مثال ذلك نص المادة ٦/٣ من قانون الأحوال الشخصية العراقي التي نصت على كل من (اجرى عقد للزواج بأكثر من واحدة خلافا لما ذكر في الفقرتين ٥ و٤ يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة او بالغرامة بما لا يزيد على خمسمائة الف دينار او بهما) فنجد هنا ان الصياغة المرنة من الصياغات التشريعية التي يمكن الاخذ بها في التشريعات الجنائية إذ يستطيع تحقيق التدرج في العقوبة وهو التدرج الكمي بين الحد الأدنى وبين الاحد الأعلى^(٣).

ويتضح لنا مما سبق ان المشرع عند صياغة النصوص التشريعية يعمل على انسجامها مع موضوعاتها لكن وقائع الحياة ومقتضيات المنطق والدقة تلتزم في بعض الأحيان الجمع بين الصياغة التشريعية المرنة والجامدة إذ يعطي للقاضي حرية الاختيارات لكن من دون ان يتجاوز ما هو محدد في النص التشريعي من حيث الخيارات محددة فيه فلا يجوز للقاضي ان يحكم خارج ما هو محدد بالنص ولكن في الوقت ذاته يكون له سلطة في اختيار محدد يتناسب مع فعل او حالة معروضة عليه.

ثانياً: مسوغات الصياغة المرنة في الفقه الإسلامي:

تمتاز الشريعة الإسلامية بالمرونة في احكامها وملاءمتها في كل زمان ومكان لحاجات الناس وان مبررات وجود مظاهر المرونة في الشريعة الإسلامية يمكن بيانها بما يأتي:

(١) د. احمد عبيد الكبيسي، الاحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، ج ٢، مطبعة الارشاد، بغداد، ١٩٧٠، ص ١٤٧.

(٢) د. حسن كير، مصدر سابق، ص ١٨٧.

(٣) د. احمد عبيد الكبيسي، الاحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، ج ٢، مصدر سابق ص ١٢٤.

١_ علماء أصول الفقه يقولون ان مقاصد الشريعة وقواعدها الفرعية على نوعين مقاصد عامة وخاصة^(١). فالعامة هي مقاصد الشريعة التي أتت بها وسعت الى تحقيقها التي من شان احكامها الكلية تحقيق مصالح الامة^(٢).

اما المقاصد الخاصة فهي المنافع التي يسعى اليها المكلف لتحقيقها التي قاموا بتصرفاتهم الإرادية بتحقيقها فهي ترتبط بغايات محدده من التشريعات التي فيها جزئية ترتبط بحكم شرعي معين وأنواع المقاصد العامة في الشريعة هي خمس حفظ الدين وحفظ النفس والعرض و حفظ النسل وحفظ المال وحفظ العقل، ومرتبطة حسب الأهمية فكل واحد مقدم على لاحقيه فتظهر مساحة المرونة في الشريعة عندما يتعلق الامر باجتهاد ولي الامر والية تحقيق مقصد الشريعة وتشخيصه للمصلحة عندما تقع ملاسبات في الظنون من الاحكام وتكون من عمل المجتهد فتكون هنالك المرونة وما عدا ذلك خارج نطاقها^(٣).

٢_ الاحكام التشريعية المبنية على العرف التي تتغير بتغير الزمان والمكان الذي يقصد بهذا التغير تغير العادات والأحوال للناس في زمن عنه في زمن اخر او في مكان عنه في مكان اخر مهما اختلفت المؤثرات التي أدت الى تغير الأعراف والعادات^(٤).

ونوعية التأثير هذه لها مدخلية في موضوع المرونة لان الحكم الشرعي يتحدد مضمونة وشكلية بتأثر الزمان والمكان في موضوع الحكم الشرعي لذلك فان شرط الاجتهاد لا بد فيه من معرفة عادات الناس فكثير من الاحكام تختلف باختلاف الزمان بتغير عرف اهله او لحدوث ضرره او لفساد اهل الزمان بحيث لو بقيت الحكم على مكان عليا ولا للزم منه المشقة والضرر بالناس ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف ودفع الضرر والفساد^(٥).

(١) الامام شهاب الدين أبو العباس احمد بن ادريس بن عبد الرحمن الاصفهاني القرافي ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، ط ١ ، ١٣٤٤ هـ ، ص ٣٣١٢

(٢) الشاطبي ، الامام ابي إسحاق إبراهيم موسى اللخمي ، الموافقات في أصول الشريعة ، تحقيق الشيخ عبدالله دارز ، دار المعرفة ، بيروت ، ١٩٧٥ ، ص ٤٤-٤٥

(٣) الامام شهاب الدين أبو العباس احمد بن ادريس بن عبد الرحمن الاصفهاني القرافي ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، ط ١ ، ١٣٤٤ هـ مصدر سابق، ص ٣٣١٢ .

(٤) د. عبد العزيز الخياط ، نظرية العرف، مكتبة الاقصى، عمان، ١٩٩٩ ، ص ٧٧ .

(٥) ابن عديدة ، مجموعة رسائل ابن عابدين ، دون طبعة، الدار الشامية، دون مكان وتاريخ طبع، ص ٢.

٣- فتح باب الاجتهاد كما هو معروف ان النصوص قد لا تستوجب المسائل المستجدة والتفصيلات الجيدة تكون فيه المساحة الأكثر مرونة في الشريعة نفسها. والعرف يساعد كثيرا في الاجتهاد ويعينه على تفهم الواقعة والتصرف وتطبيق الحكم الشرعي عليها حتى يصبح العرف المطبق صحيحاً وذريعة الى تبدل الاحكام وتغيرها باختلاف الناس اعرافهم في بيئاتهم وأماكنهم المختلفة والمتغيرة^(١).

لذلك نجد ان الاجتهاد عملية بالغة الدقة وبحاجة الى المكلف لتستطيع ان يعثر على دليل من مصادر التشريع فانه يرجع الى الاصول العلمية في إطار منهجية لصيقة بالشريعة ومثال ذلك المسائل المستحدثة والجوانب التنظيمية الجديدة سواء على مستوى فقه المرور والتعليم ام قضايا الفنون والادب وغيرها^(٢).

٤- المساحة التي ينفذ فيها حكم ولي الامر التي يطلق عليها الاحكام الولائية او الحكومية وتُعدّ مساحة خاصة بولي الامر الشرعي الذي يتولى في اطار ضوابط الشريعة امر المسلمين في استثمار هذه المساحة من الاحكام الشرعية وتنحصر في الولي إذ حددت الشريعة مباني ولايته بمعنى ان ولي الامر يصدر الاحكام الولائية في اطار الكليات ومقاصد الشريعة وليس له في هذا المجال ان يستبد بالامر بل عليه ان يستشير ذوي الخبرة والاختصاص^(٣).

ويرى بعض الفقهاء ان الاحكام والقوانين التي يجب تنفيذها في المجتمع تنقسم على نوعين^(٤) النوع الأول هي الاحكام والقوانين التي لها جذر تكويني ثابت كما في احتياجات الانسان الطبيعية التي تقضي الى مقتضيات ثابتة غير قابلة للتغيير بحكم ارتباطها بالبنية التكوينية الثابتة للإنسان نفسه فتبعاً لذلك يجب ان تكون هناك احكام ثابتة مثال ذلك احكام الزواج والطلاق والانساب واحكام الحدود والقصاص كذلك احكام العبادات. اما النوع الثاني فهي الاحكام والقوانين ذات الصلة بالحياة اليومية للناس التي تكون بالضرورة محكومة بالتغيير تبعاً للاختلاف الذي يطرا على طرق الحياة ووسائل عيش الناس من يوم الى اخر ومن عصر الى اخر ومثال ذلك وسائل النقل التي طرا عليها تغيير بعد تطور طرق النقل البرية والجوية والبحرية التي أدت الى انبثاق اوضاع جديدة تستدعي وجود سلسلة من النظم الجديدة التي لم يكن لها حاحه في العصور السابقة ويخلص القول للبعض من الفقهاء الى ان الاحكام من النوع الثاني

(١) علي احمد عباس الدليمي ، التأصيل الشرعي لقانون الأحوال الشخصية تشريعاً وتطبيقاً ، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون/ جامعة بغداد، ١٩٩٩، ص ١٢٣ .

(٢) محمد علي ، التجديد في الفكر الإسلامي وعنصر المرونة في الشريعة، دار ابن الجوزي، دون مكان نشر ، ١٤٢٤هـ، ص ٣٢٠ .

(٣) محمد علي، التجديد في الفكر الاسلامي وعنصر المرونة في الشريعة ، مصدر سابق ، ص ٣٢٥.

(٤) الطبطائي ، مقالات تأسيسية في الفكر الإسلامي ، دون طبعة، مؤسسة ام القرى للتحقيق والنشر، ١٤١٥هـ ص ٣٥١ .

هي التي يضعها ويسنها ولي الامر الحاكم الشرعي في الدولة الإسلامية في إطار الشريعة الإسلامية وتبعا لمقتضيات المصالح الطارئة والمستجدة وثم فان هذه الاحكام سوف ترتفع ومن ثم ستسقط بصورة طبيعية تلقائية مجرد انتفاء المصالح الموجبة لها^(١) .

ومما لا شك فيه ان الصياغة المرنة تعطي للقاضي عند تطبيق النص القانوني سلطة تقديرية واسعة بحيث تمكنه من مراعاة الملابسات المعاصرة او المتزامنة او لظروف كل حالة من الحالات التي تثار امام القاضي فأنها تساهم في تحقيق العدالة فضلاً عن انها تسمح باستيعاب النص حالات جديدة لم تكن في ذهن الصائغ عند وضع النص الامر الذي يسهم في مسايرة مستجدات ومواكبة التطورات لذلك فان هذا النص يعالج ما تفرزه مظاهر التطور في المجتمع من الفروض الجديدة^(٢) ولعل الغاية من وجود الصياغة المرنة للتشريع هي لصعوبة حصر وقائع الحياة فكيف ان الالمام بالظروف كافة عند الصياغة التشريعية فيكون من الأفضل لو تصاغ حالات على سبيل المثال لكي تقسح المجال للقاضي عند القياس^(٣).

بمعنى ان المشرع في الصياغة المرنة يراعي الحالات التي تستجد مثل الامراض التي يتعرض لها الزوج بحيث يمكن ان تكون مانع من استمرار العلاقة الزوجية فنجد ان الغاية من هذه الصياغة تقادي اجراء تعديلات لقانون الأحوال في كل حالة او واقعة يمكن ان تحدث في المجتمع .

قد تكون الغاية من هذه الصياغة المرنة للتشريع إعطاء القاضي سلطة تقديرية عند تطبيق النص بحيث يكون وفق الظروف معينة يمارس القاضي سلطته في تقدير التعويض وفقا لهذه الظروف بمعنى ان التعويض لا يضع له الصائغ التشريعي حد معين وانما يترك ذلك لسلطة القاضي التقديرية^(٤).

ومن ثمة فانه يعطي للقاضي في هذا المجال الاجتهاد والقياس في الحالات التي تعرض عليه في إصدار الاحكام القضائية وعادة ما تأتي الصياغة المرنة في أسلوب المثال لا الحصر والتقييد بحيث يمكن الاستعانة بطرق التفسير لمعرفة النص ومدلوله لا نها جاء على سبيل المثال او الحصر فتكون

(١) الطبطباي ، مقالات تأسيسية في الفكر الإسلامي مصدر سابق ، ص ٣٥٢ ومابعدا .

(٢) د.توفيق حسن فرج ، المدخل الى العلوم القانونية ، ط٢ ، مصدر سابق ، ص ١٦٧ .

(٣) محمد علي ، التجديد في الفكر الإسلامي وعنصر المرونة في الشريعة، مصدر سابق ، ص ٣٢٠ .

(٤) د. سمير عبد السيد تناغو، مصدر سابق ، ص ٤٤ . ود. شمس الدين الوكيل، مصدر سابق ، ص ١٤٦ . ود. مالك دوهان الحسن ، مصدر سابق ، ص ٢٨٤ .

هذه الصياغة من طرق المعيار المرنة الذي يضع نصوص تقبل الاجتهاد وقادرة على مواجهه المستجدات ومواكبة ما يحدث من تغييرات في الوقائع والاحداث^(١).

وعليه نعتقد بان على المشرع عند صياغته النصوص التشريعية ان يعمل على انسجامها مع موضوعاته من حيث الجمع بين الصياغة المرنة والصياغة الجامدة وبهذا يمكن ان يعطي للقاضي حرية الاختيارات من دون ان يتجاوز ماهو محدد في النص التشريعي من حيث الخيارات المحدده فيها وبالتالي لايجوز للقاضي ان يحكم خارج ماهو محدد بالنص ولكن في الوقت ذاته يكون له سلطه في اختيار محدد يتناسب مع فعل او حالة معروضه أمامه وهوما يطلق عليه في الفقه الاسلامي باب الاجتهاد .

(١) د. شمس الدين الوكيل ، مصدر سابق ، ص ١٤٩ . ، ود. توفيق فرج، المدخل للعلوم القانونية، ط٢، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، مصدر سابق ، ١٩٨١، ص ١٧١ . ود. همام محمد محمود، مصدر سابق ، ص ١٦٦ . ود. احمد شوقي محمد عبد الرحمن، المدخل للعلوم القانونية النظرية العامة للقانون، ط١، دار المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص ١٨٧ .

المبحث الثاني

إشكالية المرونة التشريعية في قواعد الزواج وآثاره

احكام الشريعة الإسلامية تنقسم على احكام التعبدية لا يمكن بأي حال من الأحوال ان تتغير بمرور الزمان وتغيير المكان، لكن المعروف ان كثير من الاحكام تتغير وتتأثر بمرور الزمان والمكان بمعنى مناط الاحكام قابلة للتعديل وهذا يُعدّ مرونة في الاحكام حتى تتناسب وتواكب المتغيرات والمستجدات التي تحصل نتيجة تقدم وتتطور الحياة والانسان ومنها الزواج . واما القسم الثاني من الاحكام فهي المعاملات وحسب تعريفات الفقهاء فهي مجموعة من العلاقات التي تبناها العقلاء وامضاها الشارع وان كل من الاحكام التعبدية والمعاملاتية عن طريق التعريفات يوجد فيها تسامحا فقد يكون هنالك بعض الاعمال غير مشروطه بنية القرية وهي العبادات فقها ، مثل الامر بالمعروف والنهي عن المنكر . أما القضاء والشهادات وبقية الاحكام مثل النفقات والمواريث فهي احكام تنظم علاقات تبناها العقلاء وليست معاملات اصطلاحا وعُدّ الفقه من المعاملات وصحته مشروطه بنية القرية وغير ذلك وهذا مما لا ينافي صحة التعريفات لكونها لفظية^(١)

أما الاحكام التعبدية تنقسم أما بموضوعات الدين أو ما يتعلق بالإنسان وتحديد الزواج وانعقاده لا يمكن ان يطرأ عليه تغيير أو تبديل في الاحكام واختلاف المعاملات عن العبادات في القواعد التي تحكم كل منهما، لكن هذا لا يمنع من جود تطبيقات متغيرة في الزواج (٢).

سنقسم هذا المبحث على مطلبين ندرس في المطلب الأول الأحكام التعبدية التوقيفية بالشريعة والقانون، أما المطلب الثاني سيخصص لدراسة الطبيعة الشرعية المتغيرة لقواعد الزواج .

(١) د جواد احمد البهادلي ، الثابت والمتغير في الشريعة الاسلامية ، مطبعة مجمع اهل البيت،العراق، ٢٠٠٩، ص ١٨٥.

(٢) د جواد احمد البهادلي ، مصدر سابق، ٢٠٠٩، ص ١٨٦.

المطلب الأول

الأحكام التعبدية التوقيفية بالشريعة والقانون

إن احكام الشريعة الاسلامية فيها ثوابت كثيرة وتتضمن هذه الثوابت على احكام تعبدية ثابتة وهي من الأحكام ما كان من مواضع الإجماع أو كان معلوم من الدين بالضرورة وما كان يمثل هوية الإسلام وحقيقته بحيث لا يتصور إسلام من دونه وما لا مجال فيه للاجتهاد من الاحكام لا تقبل التغيير والتبديل حتى في عقد الزواج ولذا سنسقم هذا المطلب على فرعين، الفرع الأول سندرس فيه الاحكام التعبدية التوقيفية في الشريعة وأما الفرع الثاني الأحكام التعبدية في قانون الأحوال الشخصية.

الفرع الأول

الأحكام التعبدية التوقيفية في الشريعة

التعبد لغة: مصدر تعبد، والتعبد في اللغة يطلق على عدة معان وهي: أولاً: يأتي بمعنى الاستعباد، وهو أن يتخذ عبداً، وعبدته واعتبدته واستعبده، اتخذه عبداً. يقال: تعبد الرجل وعبدته وأعبده صيره كالعبد، وتعبد الله العبد بالطاعة: أي استعبده. ثانياً: التمسك، يقال: تعبد فلان الله تعالى: إذا أكثر من عبادته، وظهر فيه الخشوع والإجابات. ثالثاً: التذلل، ومنها التعبد أي التذلل، يقال: طريق معبد: كثرة الوطء أي مذل^(١).

ومن الملاحظ أن هذه المعاني اللغوية جميعها ترجع إلى مدلول واحد وهو الخضوع والتذلل والاستسلام للمعبود، وتنفيذ أوامره على الوجه الذي يريد من دون سؤال...

التعبد اصطلاحاً: يطلق التعبد في اصطلاح الفقهاء والأصوليين على عدة معان باوصاف مختلفة، وهي على النحو التالي: مقاصد الشريعة وإشكالية دورات الأحكام بين التعبد والتعليل : بجعل ما هو صادر عن الشارع، وأطلق عليه المعنى العام للتعبد، ومن التعريفات التي تحقق هذا المعنى ما ذكره بعض الفقهاء في شرحه على الخطيب إذ قال: التعبد: أي الطلب على وجه التكليف^(٢).

وقد أكثر الفقهاء والأصوليون من استعمال التعبد بهذا المعنى في مناسبات شتى، فاستخدموه في حديثهم عن حجية القياس، وخبر الواحد، وشرع من قبلنا، وغيرها من المواطن قال الرازي في المحصول

(١) ابن منظور ، لسان العرب، ج٣١، المجموعة اللغة العربية، ط٢، ١٤٠٥هـ ، ص٢٧٧٦.

(٢) نور الله التستري، الصورام المهركة، جلال الدين المحدث ، ١٣٦٧هـ ، طهران، ص٥١٧.

عند حديثه عن القياس: القسم الأول: في إثبات أن القياس حجة تختلف الناس في القياس الشرعي فقالت طائفة العقل يقتضي جواز التعبد به في الجملة، وقالت طائفة العقل يقتضي المنع من التعبد به^(١). ومعنى التعبد بالقياس الأمر باتباع العلة وكأن الشرع يقول: الحكم يثبت بها فاتبعوها". كذلك في الخبر الواحد إذ بين صاحب قواطع الأدلة في الأصول أن مذاهب أكثر أهل العلم وجملة من الفقهاء أن الخبر الواحد يوجب العمل، فقد تعبد به الشرع وليس في العقل ما يمنع من التعبد به" ومثله ما ذكره الإسنوي عند حديثه عن تكليف النبي (ص) يشرع من قبله قبل النبوة وبين أن في المسألة ثلاثة مذاهب، ثم ذكر ما اختاره ابن الحاجب والمصنف وهو تكليف النبي يشرع من قبله إذ قال: "نعم ... وعبر بقوله: تعبد وهو بضم التاء والعين أي: "كلف"^(٢).

باعتبار الحكم الموصوف بالتعدي، وهو ما أطلق عليه المعنى الخاص للمتعبد، وهذا أيضاً ينقسم إلى قسمين: عام وخاص ذهب الشيخ رامي بن محمد جبرين العام، وهو ما لا تدرك الحكمة العامة من الشريعة، ومن التعريفات التي تحقق هذا المعنى ما ذكره العز بن عبد السلام في تعريف الحكم التعدي إذ قال: هو ما لم يظهر لنا جلبه المصلحة أو درؤه المفسدة" إلى التفريق بين المتعبد الصادر من جهة الشارع والذي اصطلاحاً عليه بالمعنى العام للتعبد وبين الحكم الموصوف بالتعدي والذي أطلقاً عليه المعنى الخاص للعبد، وهذا ما مررنا عليه ابتداءً إلا أنه يوجد في هذا التقسيم عند الشيخ رامي، وخاصة القسم الثاني الذي هو المعنى الخاص المحكم التعدي أنه لم يفرق فيه بين الحكمة والعلة فتلاحظ الدمج بينهما من خلال سرد مجموعة من التعريفات للحكم التعدي فيعرف بعضها الحكم التعدي هو الحكم الشرعي الذي لا تعلم حكمته^(٣).

وفي نفس الوقت يورد تعريفاً آخر للحكم التعدي بأنه عبارة عما لا يعلم عنه، والذي أراد أن يتم الفصل بين التعريفين المفروق ما بين الحكمة والعلة وهذا لان القسم الثاني وهو المعنى الخاص للحكم التعدي عندهما قسمين أحدهما عام وهو الذي تحقق معنى الحكمة واكتفيت بإيراد التعريف واحد لله، والآخر خاص وهو الذي يتحقق فيه معنى العلة التي هي الوصف الظاهر للنفط المناسب للمحكم والمعرف له،

(١) أحمد الأردبيلي، مجمع الفائدة والبرهان، مجتبی العراقي، ج ٥، ١٤٠٠هـ، ص ٣١.

(٢) الاندلسي أبو حيان، تفسير البحر المحيط، عادل أحمد عبد الموجود، ط ١، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠١، ص ٢٤.

(٣) الاندلسي أبو حيان، تفسير البحر المحيط، عادل أحمد عبد الموجود، مصدر سابق، ص ٢٥.

والتي هي مدار القياس وجماع أمره وإدراكه الأعظم، وذلك تحريماً للدقة في استعمال الألفاظ والذي يؤيد ما ذهب إليه^(١).

ومن ثمة فانه مجرد علم الحكمة لا يخرج عن كونه تعبدية فليراجع فإن فيه نظراً ظاهراً، أي لتصريح بعضهم بأن التعبدية هو الذي لم يدرك له معنى وقد يجاب عن الشارح بأنهم قد يطلقون التعبدية على ما لم يظهر له علة موجبة للحكم وإن ظهر له حكمة، فيلاحظ ذلك من التفريق ما بين الحكمة والعلة في معرفة الحكم التعبدية وهذا هو الأصل لما يبيّن على هذا التفريق من أثر في الفروع الفقهية وفي عملية القياس على وجه التحديد، إذ جرت عادة الأصوليين إناطة الحكم بالعلة لا بالحكمة، على عند من أجاز التعليل بالحكمة^(٢) فهم فرضوا الكلام فيها افتراضاً مدعين أنه لم يقع وقاموا بإناطة الحكم بعلمته لا بحكمته لعدة أسباب وعدة اعتبارات لا مجال لذكرها لذلك فإن التفصيل والتفريق بين الحكم التعبدية الذي لم تدرك حكمته وبين الذي لم تدرك علمته. مقاصد الشريعة وإشكالية دورات الأحكام بين التعبد والتحليل^(٣).

أما الخاص، وهو ما لا تدرك عليه الجزئية التي هي بمعنى الوصف الظاهر المنضبط المناسب للحكم والمعرف له، ومن التعريفات التي تشير إلى هذا المعنى ما بينه بعضهم على أن الحكم التعبدية هو: أن تكون العلة غير ظاهرة" والعلة المقصودة في هذا التعريف هي العلة القياسية التي هي مدار القياس وجماع أمره وإدراكه الأعظم. وثما يحقق هذا المعنى من التعريفات ما أورده الإمام الزركشي إذ قال: التعبد ... أنه لا يهتدي إليه القياس، ومعلوم أن الركن الذي يقوم عليه القياس هو العلة الجزئية. وقد عرفه آخرون بقولهم: "ما يثبت برسم الشارع ولم يكن معقول المعنى فلا يسوغ القياس فيه ولقد حصل التباس عند بعض من كتب في هذا المجال بين هذه المعاني^(٤).

والتعريفات للحكم التعبدية موضعه الخلط بين مفهومي الحكمة والعلة كما أشرنا سابقاً، ولعل السبب في هذا الالتباس والخلط هو ما أورده العلماء من تعريفات للحكم التعبدية، عبروا عنه أحياناً صراحة بما لا تدرك حكمته، وفي مواضع أخرى بما لا تدرك علمته، إلا أن بعض التعريفات جاءت غامضة لا يعرف

(١) أحمد الأرديلي، مجمع الفائدة والبرهان، مجتبى العراقي، ج ٥، ١٤٠٠هـ، مصدر سابق، ص ٣١.

(٢) أبو القاسم سليمان بن أحمد، معجم الطبراني، حمدي عبد المجيد السلفي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون سنة طبع، ص ٢٢٥.

(٣) أبو علي الفضل بين الحسن الطبري، مجمع البيان في تفسير القرآن، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٤٢٦هـ، ص ٤٠.

(٤) محمد جواد العاملي، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة، محمد باقر الخالصي، ط ١، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، ١٤١٩هـ، ص ٤٠٠.

المقصود منها على هو الحكمة أم العلة، كالتعريفات التي اشتملت على لفظ "معنى"، أو أحد مشتقاتها؟ وهذا مثل تعريف ابن حجر الهيتمي للمتعبّد إذ قال: التعبد ما لا يعقل معناه عبادة كان أو غيرها فهل المقصود من عبارة الهيتمي ما لا تعقل علته، أم ما لا تعقل حكمته إذ لا بد من تصريح منه يبين لنا مقصودة من هذا اللفظ، أو على الأقل وجود قرينة تدل على المعنى المراد^(١).

هذا وقد ذهب جلّ المتأخّرين إلى أنّ الأصل في الواجبات هو التوصلية إلّا أنّ يدلّ دليل خاصّ على التعبدية ولزوم قصد القرية وقد بحثوا ذلك في مقتضى الدليل اللفظي فهنا ذهبوا إلى أن مقتضى الدليل اللفظي هو التوصلية، واستدلّوا لذلك بعدّة وجوه:

الوجه الأول: مقتضى الدليل اللفظي لكلّ واجب هو التوصلية ما لم يقيد بالتعبد وقصد القرية؛ لأنّ الشارع لو أراد التعبدية لقيد ذلك في دليل الواجب، وبما أنّه أطلق ولم يقيد من هذه الناحية فيكون مقتضاه هو التوصلية^(٢).

ولكن هذا وقع موقع الإشكال عند المتأخّرين أنفسهم؛ لأن قصد القرية من القيود الثانوية للواجب، وهي التي تتحقّق بعد تعلّق الأمر بها، فإن قصد امتثال الأمر لا يمكن أخذه في دليل الأمر، لكن القصد إليه فرع وجوده، فكيف يمكن أخذه في دليل الأمر نفسه، وإذا كان التقييد مستحيلاً فالإطلاق مستحيل أيضاً؛ لأنّهما من قبيل الملكة والعدم فإذا استحال الإطلاق، فلا يمكن التمسك به لإثبات التوصلية^(٣).

الوجه الثاني: حكم العقل والعرف بحصول الامتثال لمن أتى بالمأمور به من دون نية وقصد القرية، وعدم وجوب الإتيان به ثانياً لو أخلّ بذلك، وعدم عدّه عاصياً للأمر^(٤).

الوجه الثالث: التمسك بالتوصلية ب الإطلاق المقامي بعد عدم إمكان الإطلاق اللفظي في نفس دليل الأمر، بيان ذلك: إنّ الشارع لو كان يريد قصد الأمر في كلّ مأمور به لكان عليه بيانه وإلّا لكان مخلاً بغرضه، وبما أنّه لا يمكنه بيان ذلك في دليل الأمر نفسه فلا بدّ من بيانه في دليل وخطاب آخر، ويبين

(١) ابو القاسم القمي، قوانين الأصول، المكتبة الإسلامية، قم، دون طبعة، حجرية، ١٣٧٨هـ، ص ٣٧٥.

(٢) محمد حسن النجفي، جواهر الكلام، ط ١، دار المؤرخ العربي، بيروت، علي الاخوندي، ط ٩، طهران، ١٩٩٢، ص ٤٥٦.

(٣) محمد حسن النجفي، جواهر الكلام، ط ١، دار المؤرخ العربي، بيروت، مصدر سابق، ص ٤٥٦.

(٤) ابو الحسن علي الشيرازي، تعليقه على وسائل الشيعة، دار إحياء التراث، بيروت، دون سنة طبع، ص ٤٦٩.

فيه ان غرضه من الأمر الأول لا يتحقق إلا بالإتيان به بقصد الأمر، وإذا لم يأت بهذا الدليل، فهذا معناه أن قصد الأمر غير دخيل في غرضه. وهذا ما يسمى بـ «الإطلاق المقامي»^(١).

الوجه الرابع: إن ظاهر الأمر يقتضي التوصيلية إذ ليس مدلوله إلا طلب إيجاد الفعل في الخارج، وبعد حصوله خارجا لا مناص من سقوط الطلب لامتناع طلب الحصول مرة أخرى^(٢).

الفرع الثاني

الأحكام التعبدية في قانون الأحوال الشخصية

ان عقد الزواج يُعدّ من اهم العقود التي تحكم الاسرة لذلك اخذ المشرع بالاهتمام في تشريع قواعده ليضعها في نصوص محددة واساسية لذا حدد القانون شروطه واحكامه و لان عقد الزواج يندرج تحته العديد من الاحكام التي يكون بعضها ثابت لا يتغير والتي نصت عليها نصوص قانونية في الأحوال الشخصية التي تأسست على الشريعة الإسلامية استندت عليها ومن ثمة لا يمكن تغييرها وتأثيرها بأي شكل من الاشكال إذ نصت المادة (١/٣) من قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل على أن " الزواج عقد بين رجل وأمرأه تحل له شرعا غايته انشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل"^(٣).

ان هذه المادة تُعدّ من اهم مواد قانون الأحوال الشخصية لأنها بينت اركان عقد الزواج ، إذ عدت الزواج عقد بين (رجل و امرأة) وهذا هو ما يُعدّ من الثوابت وما سلمت بها المجتمعات وتعارفت عليه خلاف ما جاء في بعض المجتمعات التي تحاول ان تضيفي الشرعية على زواج المثليين الذي لا تعترف به الشريعة الإسلامية وكذلك حرمه القانون العراقي و بالعودة الى التعريف نجد انها ذكرت (المرأة تحل له شرعاً) وهذه من الثوابت أيضا إذ بينت الشريعة المحرمات اللواتي لا يحل الزواج بهن سواء كان التحريم بسبب القرابة ام المصاهرة ام الرضاع^(٤) و المحرمات جميعها التي ذكرت في القانون هي محل اجماع بين المسلمين وهي من عهد النبي محمد صل الله عليه وسلم الى يومنا وانطلاقاً من قوله (حلا محمد حلال

(١) جعفر السبحاني، أصول الفقه المقارن فيما لا نص فيه، ط١، دون دار طبع، ٢٠٠٥، بيروت، ص٣٦٩.

(٢) رشدي محمد عليان وسعدون الساموك، الأديان دراسة تاريخية مقارنة، القسم الاول، الديانات القديمة، ط١، بغداد، ١٩٧٦م، ص٢٢٥.

(٣) ينظر المادة (١/٣) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته .

(٤) احمد الكبيسي ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، ط١، مكتبة السنهوري، دون مكان طبع، ٢٠١٥، ص٨٠.

الى يوم القيامة) إذ يكون للمشرع ان يختار من اقوال الفقهاء في هذه المسائل ما يراه اقرب لتحقيق مصالح الناس في كل زمان و مكان^(١)، قال تعالى ((حرمت عليكم امهاتكم و بناتكم.....))^(٢) كذلك كما جاء في نص المادة (٣) فق (٤) (لا يجوز الزوج بأكثر من واحدة الا بأذن القاضي ويشترط بإعطاء الاذن تحقق الشرطين الآتيين^(٣)):

- ان يكون للزوج كفاية مالية لإعانة أكثر من زوجة واحدة وان يكون هناك مصلحة مشروعة.
 - ان من الأحكام الثابتة في الفقه الاسلامي والاجتهاد القضائي لتعدد الزوجات وذلك لصريح النص لقوله تعالى (واذا خفتم الا تقسطوا في اليتامى)^(٤) وبما ان اصل الشريعة هي مع اباحة التعدد حسب النص الثابت والقطعي الا ان القانون قيد هذا الحق واشترط ان يكون الزوج من واحدة فقط و بموافقة القاضي وهذه الموافقة مشروطة بشرطي الكفاية المالية الى تثبيت ان الزوج له القدرة على اعانة اكثر من زوجة واحدة وإدارة شؤون بيته وان تكون هنالك مصلحة مشروعة من الزواج من الزوجة الثانية^(٥).
 - قيد الشارع المقدس الزوج بعدم الزواج بأكثر من واحدة بقيد الأول هو العدل بين الزوجات لقوله تعالى (فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة)^(٦) فأن لم يستطع الزوج العدل بين الزوجات حرم عليه ان يتزوج بأكثر من واحدة وقد يكون العدل هنا بأكثر من مورد فقط يكون المساواة بينهن في المعاملة والانفاق وليس في الضرورة ان تكون في المحبة التي يحملها القلب لعدم استطاعته عند الاغلب كما قال الرسول الأعظم (اللهم هذا فعلي فيما أملك، فلا تلمني فيما تملك ولا أملك)^(٧).
- اما القيد الثاني فهو الكفاية المالية والقدرة على الانفاق وسد حاجات الزوجه الضرورية .
- من الواضح ان المشرع العراقي قد تأثر بالشريعة الإسلامية نوعاً ما، وفيما يتعلق بالعدل والانفاق فقد اشترط ذلك في الفقرة الرابعة من المادة الثالثة واكد على ان تكون القدرة للزوج في الانفاق والمهر كافة

(١) د.محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط٢ ، كلية الشريعة ، دار الفكر ، ١٤٢٨ ، ص ٥٩

(٢) سورة النساء الآية (٢٣) .

(٣) ينظر الفقرة (٢) من المادة (٣) من قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته.

(٤) النساء ، الآية (٣) .

(٥) د.محمود السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط٣، دار الفكر، عمان، الأردن، مصدر سابق ، ١٤٣١ هـ ، ص ٧١.

(٦) النساء ، الآية، (٣) .

(٧) د.محمود السرطاوي، المصدر السابق، ص ٧١.

كذلك ان تكون هنالك مصلحة مشروعة في الزواج كأن يكون هنالك مرض او عله او أسباب جوهريّة قد تؤثر على الزوجة المستقبلية بين الطرفين مما يجعل الحاجة غير مستقرة وان اعلام الزوجة بأن الزوج متزوج من أخرى ففي هذا الاجراء قد تكون مصلحة مشروعة في تجنب المشكلات الاجتماعية التي تحصل^(١).

لذلك فإن اباحة التعدد للرجل للزواج بأمره ثانية هو من ثوابت الإسلام عند تحقيق العدل بين الزوجات وقد اتفق الفقهاء على وجوب العدل بين الزوجات في حقوقهن من النفقة والكسوة والسكن والعدل المطلوب تحقيقه في المأكل والمشرب والملبس وحسن العشرة اما الحب فلا يمكن التسوية فيه لأن ذلك ليس بمقدور الانفاق فلا يكلفه الشارع به^(٢).

لكي ينعقد الزواج صحيحا لابد من وجود شروط معينة فلا يكفي ان يتحقق الرضا بين الطرفين وموافقة من يلزم موافقتهم في الكثير من الحالات التي تحتاج موافقة فلا بد من عدم وجود مانع من الموانع القانونية والشرعية للزواج على اعتبار انه عقد الزواج هو تصرف شرعي قانوني ولا يمكن ان يكون العقد صحيحا الا بتحقيق نوعين من الشروط موضوعية او ما يسمى شروط شرعية وشروط قانونية (شكلية) نص عليها قانون الأحوال الشخصية في المادة (٥) (تتحقق الاهلية في عقد الزواج بتوافر الشروط القانونية والشرعية في العاقدین او من يقوم مقامهما) الشروط الملائمة للعقد وفي مقتضياته وقد جرى العرف على قبولها فلو قالت المرأة للرجل زوجتك نفسي بشرط عدم اخراجي من مدينتي او بلدي و قبل الرجل الزواج منها و كذلك مثال لو اشترطت في العقد عدم الزواج عليها كان العقد صحيحا و الشرط كذلك ايضا الشرط الذي يعطي للزوجة اختيار السكن الملائم لها هو شرط صحيح و هذا ما جاءت به المادة (٦) فقرة (٣) أحوال شخصية^(٣).

و لكي تكون هذه الشروط معتبرة و ملزمة للوفاء بها يجب ان تذكر و تدرج ضمن عقد الزواج ومن ثمة فان هذه الشروط هي متغيرة و غير ثابتة وهذا ما اجمع عليه الفقهاء لتأثرها في الزمان والمكان والعرف و حسب مصلحة الأطراف العاقدون والظروف المحيطة بهم.

(١) علاء الدين خروف، شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، ج ٢، دار الكتب والوثائق العراقية، دون طبعة، بغداد، ١٩٦٤، ص ١١٥ .

(٢) بدائع الضائع ٣٣٢١٢، البيان والتحصيل ٣٥١١٤، حاشية الدستوقي ٣٤١٢١، مغني المحتاج ٤٢١٤، الروض المربع ٥٤٩١١-٥٥١، كشف القناع، ١٩٨٥، ص ٢٠٣.

(٣) ينظر: قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ العراقي ١٩٥٩.

اما إذا كانت الشروط غير مشروعة ولا تتلاءم مع مقتضيات العقد او اشترطت الزوجة في العقد ان يطلق ضررتها او ان يتخلى عن واجبة في الانفاق على ابوية مستحقين للنفقة او ان يسكنها في بيت أهلها هنا العقد صحيح والشرط باطل ولا يجبر الزوج على الوفاء به. فإذا ما انعدم شرط من شروط الانعقاد وكان العقد باطلاً ولا يترتب عليه أي أثر من الآثار عقد الزواج الصحيح و يعامل كأنه معدوم فلا يحل به الدخول ولا المهر ولا النفقة ولا عدة ولا يثبت به نسب ولا توارث بين الزوجين ولا أي حق من حقوق الزوجية وواجباتها مثال ذلك هو العقد على المحارم بالنسب او الرضاع او المصاهرة مع العلم بالتحريم^(١).

وكذلك لكي ينعقد عقد الزواج صحيحاً ويثبت اثاره يجب ان تكون هناك فيه شروط وإذا تخلف فيه شرط او أكثر كان العقد فاسداً وهذه الشروط هي^(٢).

١_ ان لا تكون الزوجة محرمة على الرجل تحريم مؤبداً كأن تكون اخته او خالته او نحوها . ولا محرمة بتحريم مؤقت كأن تكون اخت زوجته او خالتها او عمتها أي ان تكون المرأة محلاً صالحة للزواج وهذا ما إشارة اليه المادة (١٢) بان (يشترط لصحة الزواج ان تكون المرأة غير محرمة شرعاً على من يريد الزواج بها)^(٣) وان لا تكون بين الرجل والمرأة حرمة فيها شبهة او خلاف بين العلماء كأن تكون المرأة في حالة العدة من الطلاق بان او ان تكون اخت المطلقة التي في عدتها او تكون عمه او خالة لزوجته أي ما زالت الزوجية قائمة بينهما.

بمعنى إذا كانت الحرمة بين الرجل والمرأة قطعية ومتفق عليها بين الفقهاء أدت الى بطلان العقد اما إذا كانت محل خلاف بين الفقهاء فانها تؤدي الى فساد العقد.

٢_ وجود الولي اشترط لصحة العقد موافقة الولي إذا كانت المرأة صغيرة او مجنونه اما اذا كانت كبيرة و عاقلة فهي احق بنفسها على وفق ما جاء بنص المادة (٢) من التعديل الثاني للقانون الأحوال الشخصية رقم (٢١) لسنة ١٩٧٨ حيث إجاز من اكمل الخامسة عشر من العمر الزواج بموافقة وليه الاب وبإذن من القاضي^(٤).

(١) د. إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم ، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية ، دار العلم للثقافة والنشر ، الإسكندرية ، ١٩٦٥ ، ص ٢٨ .

(٢) د. احمد الكبيسي ، الوجيز في شرح الأحوال الشخصية وتعديلاته الزواج والطلاق واثارهما ، ج ١ ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ط ٢ ، ٢٠١٠ ، ص ٤١ .

(٣) قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ ، لسنة ١٩٥٩ .

(٤) د. احمد الكبيسي ، الوجيز في شرح الأحوال الشخصية وتعديلاته الزواج والطلاق واثارهما ، مصدر سابق ، ص ٤٣ .

استناداً لما تقدم يرى الباحث ان احكام الشريعة الاسلامية التعبدية لا تقبل التغيير أو التعديل لانها ضمن احكام ثابتة في عقد الزواج وهو ما كان موضوع الإجماع أو من المعلوم من الدين بالضرورة وما كان من الاحكام يمثل هوية الإسلام وحقيقته إذ لا يتصور إسلام من دونه وما كان من الأحكام ملازماً لحالة واحدة وصورة واحدة لدى أشخاص الأمة جميعها في كل مكان وزمان وعلى كل حال، وما لا مجال فيه للاجتهاد من الاحكام، ومن الاحكام الثابتة في عقد الزواج هو اشتراط العقد ان يكون ما بين رجل والمرأة كذلك ما يخص التعدد بحيث لا يجوز زواج اكثر من الحد المحدد للشخص الواحد وهو اربع زوجات لكن بعد توافر مجموعة شروط من حيث القدرة المالية والانفاق والعدل ما بينهما، والشروط المطلوب توافرها في صيغة عقد الزواج حيث باقية ولا تتغير بمرور الزمان. اما الاحكام التعبدية في القانون فانها قابلة للتغيير والتكيف وحسب الظروف والاحوال التي تستجد ولكنها تبقى في مدار الاحكام الشرعية وان ما يتم تغييره هو المتغيرات منها اي بمعنى مناط الاحكام وموضوعاتها التي تتأثر بالعرف وبالزمان والمكان .

المطلب الثاني

الطبيعة المتغيرة لقواعد الزواج

وتتمثل بالمعاملات باعتبارها احكام قابلة للتغيير والتعديل بمرور الزمن وما يستجد من الوقائع تتطلب تغيير ما موجود في الحكم الشرعي سواء في المعاملات التي يجريها الإنسان في حياته اليومية أم في مسائل الأحوال الشخصية وتحديداً عقد الزواج وما يتعلق بالولاية والخلع، ولذا نقسم هذا المطلب على فرعين، فأما الفرع الأول سندرس فيه الطبيعة المتغيرة للمعاملات، أما الفرع الثاني سيخصص لدراسة التطبيقات المتغيرة في قانون الأحوال الشخصية.

الفرع الأول

الطبيعة المتغيرة للمعاملات

تعد المعاملات من الامور العرفية العقلانية التي اجرى الشارع عليها التعديل، فأمضى ما يصب في صالح الفرد والمجتمع وردع غيره الامر الذي يفسره قلة النصوص الشرعية في باب المعاملات. وهي ليست أمور تعبدية وانما هي مرتبطة بحياة الناس والمجتمع فيما يتعلق بأحكام النكاح احكام البيع والشراء هذا واضح إنها ليست امور تعبدية وانما هي لإدارة حياة الناس ولذلك نجد ان الاحكام التعبدية في الاعم الاغلب قد اسس لها الشارع المقدس وافترضوا بان هناك صلاة عند الديانات والمذاهب الأخرى بل عند الأديان بل عند الجميع بل عند كل نحلة لكن هذه الصلاة التي عندنا تختلف جوهرها من

عنوانها ففي المسيحية توجد صلاة لكنها تختلف عن صلاتنا كذلك في البوذية الصلاة تختلف ولهذا عبروا عنها في التعبدية وفي العبادات احكام تأسيسية من الشارع ولهذا لا يمكن لاحد ان يتدخل في الإضافة عليها او النقيصة منها هو أسسها بهذه الحدود ومن يتعد حدود الله الى اخره^(١).

اما الأصل والقاعدة في الاحكام الاجتماعية في الاحكام غير التعبدية الأصل فيها الامضاء لما كان عليه ذلك المجتمع نعم اذا كان عنده شيء اما يضيف قيذا جديدا او شرطا جديدا او مانعا جديدا والا بينك وبين الله في عصر الجاهلية هل ما كان نكاح لم يكن وهل كان بين الناس تجارة ما كانت موجودة تجارة بين الناس ما كان احكام معاملات أخرى ما كانت احكام المواريث موجودة احكام المواريث ومن قال ان هذه الاحكام تأسيسية^(٢).

ولكن هناك احكام ليست تأسيسية في الاعم الاغلب وهي احكام إمضاءيه يعني كانت موجودة في حياة الناس ولكن الشارع قال هذا نعم ولكن بشرط ان لا يكون ربويا والا يكون غريبا اذا الأصل لابد ان نبخته قبل ان ندخل الى احكام المعاملات وهي هل ان احكام المعاملات هي امضائية او تأسيسية فان جملة من اعلام الامامية قالوا بان المعاملات من أولها الى اخرها هي احكام امضائية وليست تأسيسية اذا كانت كذلك بمعنى ان احكام المعاملات احكام امضائية وليست تأسيسية كما في ذلك الزمان هناك احكام أمضاها الشارع والان هناك احكام في زماننا هذا أمضاها الشارع اذن الشارع يميزها وآمن بالشروط التي وضعها ولكن بالشروط التي وضعها كضوابط عامة المستقاة من القران والسنة الطاهرة ، فهي أمور عقلانية ابتكرها العقلاء طيلة حياتهم الاجتماعية فهي أمور عرفية قبل ان تكون شرعية فلا محيص للفقهاء وراء مطالعة الدروس عن الامعان في الارتكازات العرفية، وما هو المعتبر عند العرف وما ليس كذلك^(٣).

التفريق بين العبادات والمعاملات مهم في الفقه بأحكام الله، فأحكام العبادات كلها غايات لذاتها. في حين أحكام المعاملات فيها ما هو حكم وسيلة أو متعلق بذريعة، كالنهي عن الخلوة، وفيها ما هو حكم غاية

(١) فاضل عبد الرحمن عبد الواحد، الانموذج في اصول الفقه، منشورات دار الحكمة، جامعة بغداد، ١٩٨٧م، ص ١٥٦.

(٢) كاظم الحائري، أساس الحكومة الإسلامية دراسة مقارنة بين الديمقراطية والشورى وولاية الفقيه، ط ١، النيل، بيروت، ص ١٤٧.

(٣) محمد أسحق الفياض ، محاضرات في اصول الفقه، مركز الآداب، النجف الاشرف، ١٩٧٤، ص ٥٩٦.

كالنهي عن الخمر وأكل الخنزير. كذلك فإن أحكام العبادات لا علة لها فلا قياس علة يصح فيها مطلقاً^(١).

إنما يصح في العبادات قياس الشبه في الأداء لا في أصل الحكم. لإرشاده بوصفها ففي نيابة الحج، حين قال «نعم حجي عنها أريت لو كان على أمك دين أكنت قاضيته؟! اقضوا الله فالله أحق بالوفاء. والأحكام الشرعية إما أن تكون لها متعلق بغير المكلف وإما أنها لا تتعدى المسلم. فأحكام العبادات غالباً تتعلق بذات الإنسان نفسه، ليس لها متعلق آخر. في حين أحكام المعاملات غالباً ما يكون لها متعلق بآخر. وإقامة التوحيد هو ظاهر الحكمة في هذا الفرق. فالإنسان لا يحتاج لوجود شيء في تعبد لربه إلا انصراف قلبه ومهجته وفؤاده مخلصاً لخالقه. فالعبادة بين المخلوق وخالقه، وهي كذلك في الأداء. (وفي هذا مجال واسع، لنظر المؤمن في سر عظمة التوحيد وأهميته وهذه الشواهد تظهر للمسلم عند تأمله في سبر الأحكام والتأمل فيها)^(٢).

فمتى جمعنا المطرد اتفاقاً أو اختلافاً، نستطيع أن نضع قواعد تدل على الحكم إن كان من باب العبادات أو من باب المعاملات. ويمكن اختزالها بعد السبر والتأمل في قاعدتين بأربع أوجه هي: القاعدة الأولى: أمور ثلاثة، إذا اجتمعت في حكم، تأكد دخول الحكم في باب العبادات. وإذا انتقلت باجتماع الأمور الثلاثة ضدها، تأكد دخول الحكم في باب المعاملات. والأمور الثلاثة التي إذا اجتمعت يؤكد اجتماعها أن الحكم عبادة خالصة^(٣) هي:

- الحكم يأتي بصيغة الأمر ومحدد بزمان مخصوص وقوع الحكم على ذات المسلم وعدم تعلقه بآخر. أما إذا اجتمع انتفاء هذه الأمور الثلاثة بضدها، أي أنه جاء الحكم بصيغة نهي ومطلق غير محدد بزمان وكان له متعلق بآخرين تأكد أن الحكم من باب المعاملات فمن أمثلة تطبيق القاعدة الأولى في الوجه الأول: الصلاة والصيام والحج، جاء بها الأمر، وفي زمن مخصوص، وتؤدى بذات الإنسان، وتقع عليه لا على غيره. (والنيابة في الحج، لا تفسد القاعدة، لأن النيابة في الأداء لا في أصل الحكم)^(٤).

(١) محمد باقر محمودي، نهج السعادة في مستدرك نهج البلاغة، مؤسسة الاعلمي، بيروت، ١٩٨٥، ص ٣٦٩.

(٢) محمد سرور الواعظ، مصباح الأصول، تقريراً لأبحاث السيد الخوئي، مطبعة الآداب، النجف الاشرف، ١٩٨٩م، ص ٧٤١.

(٣) عايد السيفاني، الثبات والشمول، موقع الكاشف، الصيد والفوائد، بلا دار ومكان طبع، بلا سنة طبعة، ص ٤٦٣.

(٤) علي أحمد غلام الندوي، القواعد الفقهية واثرها في الفقه الاسلامي، رسالة ماجستير جامعة ام القرى، بلا سنة طبع، ص ٣٢١.

أما الوجه الثاني فمثاله كالنهي عن الربا وعن قتل النفس وعن الزنا وشهادة الزور والميسر وشرب الخمر والسرقة. فهي منهيات وليست محدودة بزمن، ولها متعلق بالغير. وشرب الخمر متعلق بالغير، بدليل قوله تعالى: {إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ} ويؤكد معنى المعاملة في الخمر هو مجيء الحكم بالأمر في الصيام لا في النهي عن الأكل والشرب. فالصيام عبادة فجاء بصيغة الأمر. والامتناع عن الخمر من باب المعاملات، والله أعلم، لذا جاء الحكم بصيغة النهي.

كذلك الميتة والدم ولحم الخنزير، أشياء منهي عنها، وهي خارجة عن ذات الإنسان وتقع على غيره، وليست محدودة بزمن، بل هي حرام أبداً^(١).

القاعدة الثانية: إذا اجتمع أمران فقط في الحكم الشرعي من الأمور الثلاثة السابقة، كان الحكم عبادة فيه جانب في باب المعاملات. وإن تحقق في الحكم أمر واحد فقط من الأمور الثلاثة فالحكم من باب المعاملات فيه جانب تعبدية^(٢).

ومن أمثلة تطبيق القاعدة الثانية في وجهها الأول: التوحيد عبادة فيها جانب معاملات. فقد جاء به الأمر ويقع على ذات الإنسان ولكنه غير محدد بزمن. والزمن وإن كان شاهداً ظنياً مجرداً، إلا أنه بهذه القاعدة نستطيع أن نعرف أن في التوحيد جانب تعاملي. وهذا صحيح، فالتوحيد يدخل في أفعال العبد كلها. وغلب عليه التعبد لأنه متعلق بالإيمان بالغيب^(٣).

الفرع الثاني

التطبيقات المتغيرة في قانون الأحوال الشخصية.

الأحكام المتغيرة في الشريعة لا تكاد تحضر توسيعاً على الناس ورفعاً للحرَج عنهم، وملائمة للأحوال والمتغيرات والمستجدات التي يمرون بها، وسنقتصر على ذكر أهمها في الولاية على الراشدة وكذلك الخلع من الأحكام المتغيرة لوجود الخلاف فيها بين الفقهاء لاختلافهم في فهم النصوص الواردة والمحتملة للتأويل والتفسير وذلك حسب الفهم الاجتماعي للنصوص فهو يُعدّ عاملاً أساسياً في اكتساب

(١) محمد علي الكاظمي، فؤائد الأصول، تقريراً لأبحاث الشيخ النائيني، رحمة الله الأراكي، ط ١٤٠٩هـ، مطبعة الادب، دون مكان طبع، ص ٤٥٦.

(٢) محمد الموسوي الشاهرودي، تحرير الأصول، مطبعة النعمان، النجف الاشرف، ١٣٨٣هـ، ص ٢٤٥.

(٣) هادي النجفي، موسوعة أحاديث أهل البيت، ط ١، دار احياء التراث العربي، بيروت، ٢٠٠٢، ص ٢٣٦.

النص مرونة ليشمل كل الوقائع والتصرفات المستجدة ذلك لان فعاليته لا تنحصر بالنصوص الغامضة بوصفها قاعدة تفسيرية بل حتى النصوص القطعية الصريحة إذ يكون ركن من اركان معانيها^(١).

فذهب جمهورهم وهم المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن الولي الحق في تزويج ابنته البكر البالغة ولو لم تأذن إذا زوجها من كفؤه، ولو من دون مهر المثل عند المالكية اما الامامية فقالوا ان البالغة الرشيدة تملك ببلوغها ورشدها التصرفات من العقود وغيرها جميعها حتى الزواج بكرا كانت او ثيبا فيصح ان تعقد لنفسها ولغيرها مباشرة وتوكيلا ايجابا وقبولا سواء كان لها اب ام جد ام غيرها من العصبيات او لم يكن وسواء رضي الاب او كره^(٢). واستدلوا على ذلك بالقران ((ولا تعضلوهن ان ينكحن ازواجهن))^(٣).

الرواية الثانية الحديث ابن عباس عند مسلم : " الأيم أحق بنفسها من ونيتها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها " فيه دلالة على أن البكر البالغة لا يجوز أن تحير لأنها أولى بنفسها من وليها كما أخبر التي صلى الله عليه وسلم (والأيم اسم لكل امرأة لا زوج لها بكرا كانت أو ليبيا وهذا هو الصحيح عند أهل اللغة وهو اختبار الكرخي قال : "الأيم من النساء كالأعزب من الرجال"^(٤) .

وأما التشريع العراقي فأخذ بالولاية على المرأة في قانون الاحوال الشخصية في المادة (٨) إذا طلب من أكمل الخامسة عشرة من العمر الزواج فللقاضي أن يأذن به إذا ثبت له أهليته وقابليته البدنية بعد موافقة وليه الشرعي ، فإذا امتنع الولي طلب القاضي منه موافقته في مدة يحددها له فإذا لم يعترض أو كان إعتراضه غير جدير بالاعتبار أذن القاضي بالزواج) ، ولما كان حكم الولاية ليس ثابتا عند المشرع إلى تغيير موقفه منها فأجاز للمرأة أن تزوج نفسها بعبارتها واشترط حضور الولي في العقد وهو الأب أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره، وجعل من وجوده إجراء شكليا ولا يستطيع أن يمنعها من الزواج بمن تريد و نصت فق الاولى من المادة التاسعة من القانون المذكور انفا (لا يحق لأي من الاقارب او الاغيار اكراه اي شخص ذكرًا كان ام انثى على الزواج دون رضاه ويعتبر عقد الزواج بالاكراه باطلا اذا لم يتم الدخول كما لا يحق لأي من الاقارب او الاغيار منع من كان اهلا للزواج بموجب احكام هذا القانون من الزواج)^(٥).

(١) د . صفاء متعب الخزاعي ، الفهم الاجتماعي للنص القانوني ، مصدر سابق، ٢٠١٥ ، ص ٣.

(٢) محمد جواد مغنية، الفقه على المذاهب الخمسة ، الناشر دار الغدير ، مطبعة وردي، ط ٤ ، ٢٠١٦ ، ص ٣٣٥ .

(٣) سورة البقرة، الآية ٢٣٢ .

(٤) صحيح مسلم، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، ج ٢، ص ١٠٣٧.

(٥) ينظر: المادة (٩) من قانون الاحوال الشخصية العراقي، رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ .

وان من الأحكام المتغيرة الخلع وهو عدم ورود نص صريح في المسألة، وما كان طريقه الاجتهاد لا يكون قطعياً ولذا ذهب الجمهور إلى أن الخلع عقد معاوضة وهم الحنفية والمالكية وفي روايتين للشافعية والحنابلة، لأن المرأة تقتدي نفسها بعوض مالي تدفعه للزوج قال ابن عرفة: هو عقد معاوضة على البضع تملك به المرأة نفسها ويملك به الزوج العوض وقال ابن قدامة: لأن (الخلع) معاوضة فلم يقتصر إلى السلطان كالبيع والنكاح^(١).

وقال آخرون لما جاز أن يملك الزوج الانتفاع بالبدن بعوض جاز له أن يزيل ذلك بعوض كالشراء والبيع، فالنكاح كالشراء والخلع كالبيع، وذهب الشافعية والحنابلة إلى أن عقد النكاح بالتراضي فكان كالإقالة^(٢).

ومنهم من قال من طرفي العقد لا نفعاده والمخالعة فلا يصح الخلع إذا كان بطلب من الزوجة من دون رضا الزوج، بل لا بد فيه من الرضائية بين طرفيه لقوله تعالى: (فإن خفتم إلا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به)^(٣).

أن رضا الزوج فلائنه يسقط ما له من حق من الحقوق، وأنا رضا الزوجة فلائنها يلزمها عوض فيشروط رضاها لأدائه، ولا بد للزوجة أن تكون عالمة بمعناه لأن شرط صحة المعاوضات التراضي والعلم بعيار الهم، وهي إما رضيت بدفع البدل إلى الزوج تتقدي نفسها وتشتري عصمتها^(٤).

وذلك لما رواه ابن عباس رضي الله عنهما: أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وعلى اله وسلم فقالت: يا رسول الله ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله صلى الله عليه وعلى اله وسلم: أتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم فقال رسول الله صلى الله عليه وعلى اله وسلم قبل الحديقة وطلقها تطليقة. أمره عليه السلام الثابت بالطلاق هو أمر إرشاد وتذب وإصلاح لا إيجاب، كما ذكره ابن حجر في الفتح "و قال الصنعاني: "و أما أمره صلى الله عليه وعلى اله وسلم بتطليقها أي لامرأة ثابت هو أمر إرشاد وإصلاح لا إنجاب^(٥).

(١) محمد بشير الشففة، الفقه المالكي في ثوبه الجديد، دار القلم، دمشق، سوريا، الطبعة الأولى، ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م، ص ٢٦١.

(٢) أحمد بن علي بن حجر، فتح الباري، دار المعرفة، بيروت، سنة ١٩٧٩ م تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي - محب الدين الخطيب، ج ٩ ص ٤٠٠.

(٣) سورة البقرة الآية (٢٢٩) .

(٤) أحمد بن علي بن حجر، فتح الباري، مصدر سابق، ص ٤٠١ .

(٥) محمد بن اسماعيل، سبل السلام، دار احياء القواات العربي، بيروت، ط ٤، التحقيق محمد عبد العزيز الكوني، ٢٠٠٣، ص ١٦٩ .

أما المشرع العراقي فقد نص على طبيعة الخلع في المادة (٤٦) منه التي نصت على ان (١) - الخلع إزالة قيد الزواج بلفظ الخلع أو ما في معناه وينعقد بإيجاب وقبول أمام القاضي مع مراعاة أحكام المادة التاسعة والثلاثين من هذا القانون. ٢- يشترط لصحة الخلع أن يكون الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق وأن تكون الزوجة محلاً له ويقع بالخلع طلاق بائن. ٣- للزوج أن يخالع زوجته على عوض أكثر أو أقل من مهرها. وهذا ما أكدته محكمة التمييز العراقية في قرار لها جاء فيه ((ولأن المدعية أقامت دعواها في مدة عدتها وادعت أنها رجعت في البذل في المخالعة التي تمت بينها وبين زوجها المدعى عليه قرر عد الطلاق الخلعي الذي أوقعه المدعى عليه على زوجته بأنه طلاق بائن بينونة صغرى إلى طلاق رجعي ومن حقه مراجعتها أثناء مدة العدة والاحتفاظ للمدعية بمهرها المؤجل الوارد بعقد الزواج وتستحق حقوقها الزوجية في المهر ونفقة العدة ولا يسقط شيء لأنها رجعت بالبذل في مدة العدة))^(١).

استناداً لما تقدم نرى ان هناك تطبيقات للمرونة التشريعية في عقد الزواج بما يخص الولاية والخلع وتغير هذه الاحكام بمرور الزمان ومن حكم إلى اخر يُعدّ ذلك رخصة تمنع للشخص الذي يريد ان ينهي الرابطة الزوجية في الاتفاق فيما بينهما على الية ازالة الرابطة الزوجية وهذا الأمر ليس ثابت للأشخاص كافة انما متغير من زمن إلى اخر.

^(١) رقم القرار ٢١٣٢ / شخصية في ٢٣/١٢/٢٠٠١ ، منشور في مجلة القضاء ، العددان الثالث والرابع ، السنة السادسة والخمسون ، شركة الأنعام للطباعة المحدودة ، بغداد ، ٢٠٠٢ م ، ص ٢٨٥ .

الفصل الثاني

**الآثار المترتبة على المرونة التشريعية
بقواعد الزواج والطلاق**

الفصل الثاني

الآثار المترتبة على المرونة التشريعية بقواعد الزواج والطلاق

ان للمرونة التشريعية اثر واضح في قانون الاحوال الشخصية وذلك بتأثيرها على الصياغة التشريعية سواء كانت صياغة مادية ام صياغة معنوية بوصف طرق الصياغة التشريعية تكون اما طرق مادية او طرق معنوية فأما الطرق المادية فهي التي تعبر عن جوهر القاعدة القانونية تعبيرا ماديا مجسما في مظهر خارجي يمكن الوقوف عليه بسهولة ويمكن تقسيمها على قسمين اولا الصياغة الكمية ثانياً الصياغة الشكلية لذلك نبحث في تعريف الصياغة الكمية وما هي تطبيقاتها في قانون الاحوال الشخصية بوصفها للقاعدة القانونية تحديدا محكما بالتعبير عن مضمونها برقم معين ومن ثمة يكون تطبيقها تلقائي لا يعطي مجال واسعا للقاضي بالتحكم بسلطته لان الصياغة هنا تكون صياغة كمية ورقمية محدده تحديدا ثابتا لا تأويل فيه ولا ابهام ومن ثمة يمنع نشوب الخلاف فيه لانها تحددت تحديد رقميا وهذا مما يمنع الشك فيه والتحكم ومن ثمة تصبح القاعدة سهلة التطبيق العملي.

اما الشكلية وهي النوع الثاني من طرق المادية والمقصود منها المظهر الخارجي الذي يفرض على الافراد اتباعها في تصرفاتهم لترتيب آثار قانونية معينة لضمان تفعيل القانون وبالوقت نفسه لإمكانية الاحتجاج بها على غيرهم وكذلك لجلب الانتباه لخطورة التصرف المراد لذلك فان المرونة التشريعية في هذه النصوص قد لا تؤثر لانها من الثوابت.

بناء على ما تقدم سنقسم هذا الفصل على مبحثين، فأما المبحث سيخصص لدراسة آثار المرونة التشريعية في الصياغة المادية على قواعد الزواج والطلاق، أما المطلب الثاني سندرس فيه آثار المرونة التشريعية في الصياغة المعنوية على قواعد الزواج والطلاق.

المبحث الاول

آثار المرونة التشريعية في الصياغة المادية بقواعد الزواج والطلاق

قد يعبر عن مضمون القاعدة القانونية تعبيراً مادياً له مظهر خارجي مجسماً بحيث يسهل الوقوف عليه ويقسم الى الطرق المادية مثل إحلال الكم محل الكيف والشكل والتقسيم والطوائف، عكس الصياغة المعنوية والتي تتضمن صياغة منطقية بحتة من صناعة الذهن التي يلجأ اليها المشرع في استخراج القاعدة القانونية علمياً بحيث يحقق الغاية التي يفصح عنها جوهرها وهي متعددة ومنها القرينة القانونية والافتراض القانوني^(١).

ومن ثمة فان المرونة تؤثر فيه عند صياغة النص القانون بمعنى انها تؤثر اذا كانت مرنة واذا كانت جامدة فأنها لا تؤثر. لذا سنقسم هذا المبحث على مطلبين، فأما المطلب الأول سيكون آثار المرونة التشريعية في الصياغة الكمية بقواعد الزواج والطلاق اما المطلب الثاني سيكون لدراسة آثار المرونة التشريعية في الصياغة الشكلية بقواعد الزواج والطلاق.

المطلب الاول

آثار المرونة التشريعية في الصياغة الكمية بقواعد الزواج والطلاق

بما ان القواعد القانونية هي التي تُعبر عن جوهرها في مظهر مادي محسوس ، سواء تمثل في احلال الكم محل الكيف، أم اشتراط شكلية معينة في بعض التصرفات التي تنظمها تلك القاعدة لترتيب اثرها القانوني عليها ،وهي بدورها نوعان صياغة كمية وأخرى شكلية. وهما من انواع الطرق المادية المهمة التي تعبر عن جوهر القواعد القانونية تعبيراً مادياً مجسماً في مظهر خارجي يمكن الوقوف عليه بسهولة هو احلال الكم محل الكيف وكذلك الشكلية^(٢) ومن ثمة ما هو دور المرونة التشريعية في هذا النوع من الصياغة التشريعية وهذا ما سندرسه بفرعين الفرع الاول سيكون اثر المرونة في الصياغة الكمية في الفقه اما الفرع الثاني سيكون لأثر المرونة بالصياغة الكمية وتطبيقاتها في قانون الاحوال الشخصية.

(١) د. عصمت عبد المجيد ، مشكلات التشريع، مصدر سابق، ص ١٨٧.

(٢) د. مالك دوهان الحسن، مصدر سابق، ص ٢٨٨. و د. محمد حسين منصور، المدخل الى القانون (القاعدة القانونية)، ط ١ ، مصدر سابق، ص ١٥٣.

الفرع الاول

اثر المرونة التشريعية على الصياغة الكمية في الفقه

وبموجب هذا الأسلوب يُعبر عن حكم القاعدة التشريعية برقم معين وهو ما يسميه الفقه بإحلال الكم محل الكيف أو هي الصياغة التي يعدل فيها عن وصف الشيء بكيفه إلى تقديره بكمه، فهو من الأساليب التي تستعمل أرقام معينة عند صياغة النصوص التشريعية فهو من طائفة المعايير الجامدة للصياغة التشريعية ومن ثم يضيف عليها صفة الجمود بما يقيد سلطة القاضي^(١).

وعليه فإن الصياغة التشريعية المادية تمثل التعبير عن جوهر القاعدة القانونية تعبيراً مادياً يتجسم في مظهر خارجي معين ويكون تجسيد فكره القاعدة القانونية اما بطريق احلال الكم محل الكيف وهو محل البحث او عن طريق بعض التصرفات التي تتمثل في شكله معينه كما ذكرنا ومن ثمة فإن هذا التعبير لا يحتاج الى جهد فكري لأدراك القاعدة القانونية لأنه يعبر عن جوهر القاعدة القانونية تعبيراً مادياً مجسماً بمظهر خارجي باستعمال لغة الأرقام او باستعمال طريقه الشكليات المعروفة بمعنى ان احلال الكم محل الكيف الذي يتضمنه جوهر القاعدة القانونية كيفاً معنوياً يصاغ بصياغة كمية او رقمية تحدده في العمل تحديداً ثابتاً لا تأويل فيه ولا ابهام وبهذا لا يمكن الخلاف الذي بشأنه و ييسر امر فهمة وتطبيقه على السواء^(٢).

وبهذا يمكن ان يحدد المشرع الفكرة التي يتضمنها جوهر القاعدة القانونية تحديداً عددياً رقمياً بحيث لا يدع مجالاً للخلاف او الشك او التحكم ومن ثمة تصبح القاعدة القانونية هذه سهلة التطبيق في الحياة العملية^(٣) وعليه عرفت الصياغة الكمية بانها اعطاء القاعدة القانونية تحديداً محكماً بالتعبير عن مضمونها برقم معين ومن ثمة سيكون تطبيقها تلقائي ولا يعطي مجالاً واسعاً للقاضي بالتحكم بسلطته لان الصياغة هنا تكون صياغة كمية ورقمية محددة تحيداً ثابت لا تأويل فيه ولا ابهام^(٤).

(١) د. عصمت عبد المجيد، مشكلات التشريع، دار الكتب العلمية، بيروت، مصدر سابق، ص ١٦٣-١٨٥.

(٢) د. عليوة مصطفى فتح الباب، الوسيط في سن وصياغة وتفسير التشريعات الكتاب الثاني، صياغة وتفسير التشريعات، دار الكتب القانونية، مصدر سابق، ط ١، ص ٤٥، .

(٣) د. عصمت عبد المجيد، مشكلات التشريع، مصدر سابق، ص ١٨٢.

(٤) د. عليوة مصطفى فتح الباب، مصدر سابق، ص ٤٣ .

وهذه الوسيلة او الطريقة هي تمثل الصياغة الحاسمة او الجامدة كما يسميها بعضهم لانها صياغة تعطي حلا ثابتا لا يتغير بتغير الظروف والملابسات الخاصة بكل حالة فردية تتدرج تحت الفرض ومن ثمة فهي تحقق ثبات القاعدة القانونية سواء بالنسبة الى الوقائع الخاضعة لها او الحل المطبق عليه^(١).

وهنا تكون قد حددت تحديد كامل للحكم القانوني او ما يخضع له من اشخاص ووقائع على نحو لا يترك مجالا للتفسير سواء بالنسبة للمخاطب بالقانون عندما يريد معرفة انطباق الحكم عليه ام بالنسبة للقاضي عندما يريد تطبيق الحكم القانوني على ما يعرض امامه من وقائع واشخاص إذ يكون التعبير عن الحكم القانوني بألفاظ وعبارات لا تحتل التفسير^(٢).

فالفكرة الجوهرية التي تتضمنها القاعدة القانونية وفق هذا المعيار تكون محددة تحديدا جامدا لا يترك للقاضي مجال للسلطة التقديرية عند تطبيقها ومن ثمة فهي صياغة لا تأخذ بالحسبان كل حالة من الحالات التي تطبق عليها القاعدة القانونية من ظروف او ملابسات^(٣).

ومن ثمة فان هذا المعيار يأخذ بالجمود والتجرد من كل اعتبار شخصي او خاص لانه يتميز بطابع موضوعي لا يقبل التقدير^(٤) اذلك عبروا عنة بانه معيار يقوم على اساس فرض محدد تحديدا دقيقا ويكون الحل فيه ايضا محددًا تحديدا دقيقا بحيث لا يملك من يقوم بتطبيق احكام القاعدة الجامدة ادنى سلطة تقديرية في توسيع نطاق هذه القاعدة سواء كان من إذ التطبيق ام من إذ الحل الذي يترتب عند تطبيق هذه القاعدة^(٥).

وعليه يمكن التعبير عن هذه الطريقة بطريقه الارقام او ما يسمى بإحلال الكم محل الكيف او هي الصياغة التي يعدل فيها عن وصف الشي بكيفية الى تقديره بكمة فهو اسلوب يستخدم ارقام معينة عند صياغة النصوص التشريعية ومن ثمة يُعدّ من طائفة الصياغة الجامدة التي تضيف عليها صفة الجمود بما يقيد سلطة القاضي^(٦).

(١) عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ج ١، مصدر سابق، ص ٤١٣.

(٢) د. ليث كمال نصرولين، متطلبات الصياغة التشريعية، بحث منشور بالمؤتمر السنوي الرابع للقانون اداة اصلاح وتطوير، العدد ٢، ج ١ مايو ٢٠١٧، ص ٣٩٣.

(٣) حسن كيرة، المدخل الى القانون، مصدر سابق، فقرة ١٠٢، ص ١٩٠.

(٤) نصرولين، ليث كمال، وابو عزام صدام ابراهيم، مبادئ الصياغة التشريعية (المفاهيم الاساليب المراحل)، ط ٢، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٢٠، ص ٣٢.

(٥) الشخلي عبد القادر، الصياغة القانونية، (تشريعا فقها قضاء محاماة) مصدر سابق، ص ٨٦.

(٦) فتح الباب، عليوة مصطفى، مصدر سابق، ص ٤٥.

لذلك فان لا اثر للمرونة التشريعية في هذا الاسلوب الكمي لانه حدد ذلك بتعابير وعبارات والفاظ وارقام واضحة الدلالة ومثال ذلك ما جاء في قانون الاحوال الشخصية العراقي فق (١) المادة (٢٤) هو تحديد مدة لنفقة الزوجة غير الناشز سنة واحدة من وقت امتناعه فهنا الارقام والحساب تُعدّ من ابرز انواع الصياغة الجامدة التي يعتمد عليها الصائغ التشريعي ^(١) وقبل ذلك نجد ان الفقهاء الشريعة قد بينوا ذلك في تعريفات كثيرة إذ اكدوا على ان الأحكام الثابتة بدليل قطعي هي من ثوابت الشريعة الإسلامية لانها ثابتة بنص قرآني قطعي في دلالتها او حديث متواتر قطعي الدلالة ^(٢).

وهذا لامجال للاجتهاد فيه من ناحية ثبوتة فهو ثابت قطعاً من إذ دلالتة لأنه يدل دلالة قطعية على معناه وهذا مما لا يجوز الاجتهاد فيه ومن ثمة ينطبق عليه القاعدة المعروفة لامجال للاجتهاد في مورد النص ولا يحل الاجتهاد فيه للوصول الى حكم يخالف ما دل عليه هذا النص القطعي وان الحكم المجتهد فيه هو كل حكم شرعي ليس فيه دليل قطعي وما لا يكون المخطئ فيه اثماً كوجوب الصلوات الخمس والزكوات وما اتفقت عليه الامة من جليات الشرع فيها ادلة قطعية يأثم فيها المخالف فليس ذلك محل الاجتهاد ^(٣).

أما ما كان الاجتهاد فيه من الاحكام الشرعية دليلة ظني كالعبادات الخمس ونحوها فأنها ليست محلاً للاجتهاد فيها لان المخطئ فيها يُعدّ اثماً وان المسائل الاجتهادية مالا يُعدّ المخطئ فيها باجتهاده اثماً او ان النصوص القاطعة في الدلالة على معناها إذ تصبح مفسره تتضح فيها ارادة الشارع من دون لبس او غموض لا يجوز الاجتهاد فيها بل يحرم ومثالها النصوص المتعلقة بالعقائد والعبادات والمقدرات من الكفارات والحدود وغيرها من المسائل وان ما يمثل ذلك في قانون الاحوال الشخصية هي فرائض الارث التي وضعت فيه مستنده في ذلك على الشريعة الإسلامية والمشتقة بنصوص قرآنية واضحة وصريحة وكذلك النصوص المتعلقة بأهميات الفضائل والقواعد العامة او اساسيات الشريعة وكل ما يثبت من الدين بضرورة ^(٤).

(١) حسن كيرة، المصدر السابق، ص ٥ .

(٢) الطحان محمود تيسير، مصطلح الحديث، ط٨، الرياض، مكتبة المعارف، ١٩٧٤، ص ٢٠-١٩ .

(٣) القرضاوي يوسف، عوامل السعة والمرونة في الشريعة الإسلامية، من منشورات اللجنة الاستشارية العليا للعمل على استكمال تطبيق احكام الشريعة الإسلامية، الكويت، ٣٠٠٢ .

(٤) محمد فتحي الدريني، المناهج الاصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الاسلامي، ط٢، دمشق، الشركة المتحدة للتوزيع، (١٤٠٥ - ١٩٨٥)، ص ٢٣٦ .

وان مما يُعدّ من الثوابت التي لا يجوز مخالفتها ولا مجال فيه للاجتهاد في مجال النصوص من حيث دلالة العام الذي لحقة ما يمنع احتمال التخصيص وذلك ان دلالة العام على العموم ظنية لان العام يحتمل التخصيص فاذا اقترن بالنص ما ينفي احتمال التخصيص فانه يصبح قطعياً في دلالاته على العموم واللفظ المجمل الذي يتبعه الشارع بنص يبينه واللفظ الخاص الذي يدل على معناه دلالة قطعية كقوله تعالى " ٠٠٠ " تلك عشرة كاملة "(١) ٠٠٠ إذ لا تحتمل العشرة زيادة ولا نقصان (٢).

او كما يعرفه بعضهم بانه المعلوم من الدين بالضرورة أي من الثوابت وقطعيات الشريعة التي لا يجوز مخالفتها ما علم من دين الله تعالى بالضرورة مثل وجوب الصلاة وغيرها من اركان الاسلام كالزكاة والصوم والحج وما حرمه الاسلام تحريماً قاطعاً مثل تحريم الزنا وتحريم اللواط فمن حالف في شيء من ذلك بعد العلم به فهو كافر لان ذلك معلوم من دين الله ضرورة فمن خالف فيه فقد كذب الله تعالى ورسوله في خبرهما فيحكم بكفره (٣) ومن الثوابت في النظم المعاصرة ما يتعلق بالقيم الاساسية للمجتمع التي لا يجوز تجاوزها كالعدل والمساواة (٤) وكذلك فان البعد العقائدي المتمثل بالوحد والرازية والكمالات الموجودة غير قابلة للنفي باي وقت من الاوقات ومن ثمة فهي ثابتة (٥).

ومن المعلوم ان الحياة الانسانية لا تستقيم من دون تشريع قانون يحدد للناس وظائفهم ويبين حقوق كل فرد منهم بحيث لا يلزم تصادم وتضارب في المصالح والمبدأ المذكور انفاً يستدعي ان يشرع الله سبحانه وتعالى للناس مثل هذا القانون وهذا الامر الذي تعهد الباري عز اسمه عن طريق ارسال الرسل والانبياء بالرسالات السماوية التي اهتمت بتحقيق هذا الامر (٦) وقد جزم بعض الباحثين بان الثابت الوحيد في الشريعة هو العبادات ، واما خلاف الفقهاء فهو في تفصيلات بعض الشروط والهيئات

(١) سورة البقرة ، الآية ١٩٦ .

(٢) عبد الرؤوف ، ضوابط الاجتهاد مع مورد النص ، ص ٢٠٣ ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، م ١٣ ، ٢٤ ، ١٩٩٧ ، من ص ٢٠٣ — ٢٠٥ .

(٣) ابو اسحاق ابراهيم بن علي الشيرازي ، (ت) ٤٧٦ ، للمع في اصول الفقه ، ط ١ ، المحقق : محي الدين مستو ويوسف علي بدوي ، دار الطيب ، ابن كثير ، دمشق ، ١٤١٦ - ١٩٩٥ ، ص ٢٥٩ .

(٤) عبد الله ابراهيم زيد الكيلاني ، السلطة العامة وقيودها في الدولة الاسلامية ، رسالة دكتوراه ، الجامعة الاردنية ، عمان ، الاردن ، ص ٥٣ .

(٥) جواد احمد البهادلي ، ط ١ ، الثابت والمتغير في الشريعة الاسلامية ، ١٤٣٠ هـ - ٢٠٠٩ م ، العراق ، النجف ، مطبعة مجمع اهل البيت ، ص ١٤٢ .

(٦) كامل الهاشمي ، الثابت والمتغير في الفكر الديني ، المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الاسلامية ، رسالة التقريب ، العدد ١٠ ، ص ٣ .

والاجزاء^(١) ومن ثمة فان الشروط تتعلق بالاحكام التي يجب ان تتوفر لصحة العبادة مثل الطهارة واستقبال القبلة في الصلاة اما الهيئات تتعلق بالكيفيات الموصوفة للاداء مثل الركوع والسجود في الصلاة وفيما يتعلق بالاجزاء تشتمل على المكونات الاساسية للعبادة مثل اركان الصلاة التكبير والقراءة وغيرها اما تطبيقات الشروط والهيئات والاجزاء في قانون الاحوال الشخصية نجدها تحكم مختلف الجوانب المتعلقة بالزواج والطلاق والوصايا والنسب والنفقة وغيرها فنلاحظ بالشروط في عقد الزواج هو رضا الزوجين والشهود والمهر واما الهيئات فانها تتعلق باطراف عقد الزواج مثل ولي الامر والقاضي وبالنسبة للاجزاء نجدها في الالتزامات المتبادلة بين الزوجين^(٢) لذلك يجب ان تكون العملية الاجتهادية منصبة فيها على تحقيق هذه القيم الاساسية سواء كان اجتهادا في استنباط الاحكام من النصوص في الافتاء او القضاء ام يكون في عملية صياغة النصوص التشريعية وسن القوانين او حتى في تطبيق هذه القوانين فالدول الاسلامية تتميز بقيمها ومعاييرها المستمدة من النصوص القاطعة وبكل تأكيد ان هذه القيم تمثل المشروعية العليا في الدولة بحيث يكون الاجتهاد الجزئي من ذوي الاجتهاد غير متعارض مع القيم العليا للدولة والا يكون هذا الاجتهاد الجزئي غير موافق لمراد الشارع وهذه اية بطلانه^(٣).

ومقابل ذلك فان من الثوابت هو كل ما يتعلق بالنظام العام والآداب العامة فلا يجوز الاتفاق على مخالفتها إذ يُعدّ أي تصرف باطل وان الاحكام المتعلقة بقانون الاحوال الشخصية بوجه خاص يُعدّ من النظام العام ولايجوز مخالفتها خصوصا في النصوص المتعلقة بعقد الزواج^(٤) ومنها المادة ٣ فق ٤^(٥) لا يجوز الزواج بأكثر من واحدة الا بأذن القاضي ويشترط لإعطاء الاذن تحقق الشرطين المذكورين أنفأ: وبالنظر لهذه المادة نلاحظ ان المشرع اشترط الزواج بزوجة واحدة وهذا هو من الأسلوب التعددي او الكمي الذي يلتزم فيه المشرع والقاضي ومن ينطبق عليه النص ومن ثمة لا يمكن مخالفتها من هذا على الرغم من ان الشريعة قد اجازت في نصوصها التعدد بالزواج بأكثر من واحدة وهذا هو خلاف لأحكام الشريعة وبالرغم من ذلك ان المشرع قد وضع مساحة من المرونة في ان الزواج بأكثر من واحدة والموافقة الشرطية عليه هو بتوفر شرطين هما الكفاية المالية والمصلحة المشروعة وهذه هي المرونة من

(١) محمد مهدي شمس الدين ، الاجتهاد والتجديد في الفقه الاسلامي ، ط١ ، ١٩٩٠ ، بيروت ، ص ١٢٦ .

(٢) د. احمد نصر الجندي ، الاحوال الشخصية في الاسلام ، دار المعارف ، القاهرة ، ٢٠٠١ ص ٣٠ .

(٣) د. محمد الزحيلي، الثوابت والمتغيرات في الشريعة الاسلامية ، بحث مقدم لمؤتمر مكة المكرمة الثالث عشر، المجتمع

المسلم بين الثوابت والمتغيرات رابطة العالم الاسلامي ، ١٤٣٢ - ٢٠١٢ ، ص ٧ .

(٤) احمد نصر الجندي ، الاحوال الشخصية في الاسلام ، مصدر سابق ، ص ٣٣ .

(٥) قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ .

حيث الكيف وليس الكم^(١) لذلك فإن الصياغة الكمية هي من طائفة الانواع الجامدة للصياغة التشريعية لأنها تقوم بتحديد القاعدة القانونية تحديداً محكماً وذلك بواسطة التعبير عن مضمونها بأرقام ثابتة الذي يجعل تطبيقها اليماً ومن ثمة لا يحق ولا يملك للقاضي في مواجهتها سلطة تقديرية ولكنها من الناحية العملية تؤدي عملاً مهماً في استقرار المعاملات حتى تجعل القاعدة القانونية صالحة للتطبيق العملي لما تمتاز به من دقة وضبط يمنعان التحايل على الاحكام كذلك تقوم بدور تحقيق ضمانات اكثر للأفراد^(٢).

ومما تقدم يرى الباحث ان المرونة لا اثر لها في الاسلوب الرقمي او الكمي بالصياغة المادية والتي تحول دون الخلاف على ما يتبع لها من فروض ومن ثمة يعبر عنها بعبارة احلال الكم محل الكيف وهنا يكون التعبير عن مضمون القاعدة القانونية بالأرقام مما يسهل من تطبيقها بشكل تلقائياً لأنها لا تسمح عادة بتحكم القاضي في سلطته التقديرية وهنا تقابل الصياغة الجامدة التي لا تأخذ بالاعتبار الشخصي لكل حالة وانما غايتها تحقيق العدل المجرد لذا تتطابق مع الاحكام الشرعية التي لا تقبل التغيير والتبديل ولتأثر بتغير الزمان والمكان لأنها احكام قطعية الدلالة ومن ثمة لا يمكن للمرونة ان تأخذ دورها في هذه الاساليب والطرق المادية الكمية.

الفرع الثاني

اثر المرونة التشريعية في قانون الاحوال الشخصية وتطبيقاتها

تعتبر المرونة التشريعية من الوسائل المهمة التي لها اثر كبير في موضوعات الاحوال الشخصية ومن ثمة اختلف الباحثين فيها لأنها منبثقة من الشريعة الاسلامية التي تُعد من اهم ما يميز الشريعة بملائمتها للظروف في كل زمان ومكان وهي التي تضفي طابع الاستمرارية والدوام والثبات على الشريعة الإسلامية وبقائها وديمومتها ولاعتبارها وسيلة مرنة قادرة على مواكبة المتغيرات والمستجدات وذلك لان الشريعة الاسلامية فيها قواعد واحكام مرنة وليس كل احكامها جامدة ومن ثمة تكمن اهمية دراسة المرونة التشريعية في تطبيقات الاحوال الشخصية وتحديد عقد الزواج وما لها من اثر يمكن ان يتغير من تشريع الى اخر وعليه فان البحث عن اثر المرونة في الطرق المادية الكمية للصياغة التشريعية من خلال البحث بنصوص قانون الاحوال الشخصية إذ جاء في المادة ٦ فق ١/ د من قانون

(١) احمد نصر الجندي، الاحوال الشخصية في الاسلام ، مصدر سابق ص ٦.

(٢) د.حسن علي الذنون ، فلسفة القانون ، ط ١ ، مصدر سابق ، ص ٢٤٩ .

الاحوال الشخصية العراقي التي ((١- لا ينعقد عقد الزواج اذا فقد شرطاً من شروط الانعقاد او الصحة المبينة فيما يأتي : د- شهادة شاهدين متمتعين بالأهلية القانونية على الزواج ...)) وان هذه المادة بهذه الفقرة جاءت صريحة إذ تضمنت شروط عقد الزواج التي لا يمكن لعقد الزواج ان ينعقد اذا فقد شرطاً من شروط الانعقاد او الصحة إذ تُعد شهادة شاهدين متمتعين بالأهلية القانونية على عقد الزواج شرط مهم من شروط الصحة إذ اشترطت شروط معينه خاصه في الشهود وقد حددته بعدد شاهدين اثنين فلا ينعقد العقد اذا اختل هذا الشرط وهذا ما ذهب اليه جمهور الفقهاء استدلال بقوله عليه الصلاة والسلام (لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل)^(١).

كذلك الصورة الثانية من صور الطرق المادية الكمية التي تضمنها قانون الاحوال الشخصية فقد جاء بالفصل الثالث الاهلية في المادة السابعة فق ١ منه (يشترط في تمام اهلية الزوج العقل واكمال الثامنة عشرة) وهنا شرطت اكمال الثامنة عشرة الزوج او الزوجة لغرض اجراء التصرف وموافقة القاضي المختص على عقد الزواج على الرغم من ان الفقهاء لم يشترطوا او يحددوا اهلية الزوج بسن معين وانما تركوا الامر لمن يعينهم ويتعلق بهم الآن المشرع العراقي ومن باب المصلحة حد من هذا الاطلاق الذي وضعوه الفقهاء فقسم اهلية الزواج الى قسمين هي اهلية كاملة هي العقل واكمال الثامنة عشرة من العمر والبلوغ وبالتالي يُعدان من الشروط القانونية لا من الشروط الشرعية بمعنى من تزوج بغير هذين الشرطين لا يكون اثماً شرعاً وانما يكون مخالفاً للقانون^(٢).

وتُعد هذه طريقة التحديد العددي مع ما فيها من تحكم في تحديد الاعداد في مجال الحياة الاجتماعية المليئة بالحركة والتنوع هي طريقه لازمة لتحقيق الطمأنينة والتبسيط^(٣).

أما الصورة الثالثة في المادة الثامنة فق ١^(٤) إذ جاء فيها ((اذا طلب من اكمل الخامسة عشرة من العمر الزواج ، فللقاضي ان يأذن به، اذا ثبت له اهليته وقابليته البدنية، بعد موافقة وليه الشرعي، فاذا امتنع الولي طلب القاضي منه موافقته في مدة يحددها له، فان لم يعترض او كان اعتراضه غير جدير بالاعتبار اذن القاضي بالزواج.)) ان الظاهر من نص هذه المادة هو لزواج من هو اقل من

(١) د. احمد الكبيسي، الوجيز في شرح الاحوال الشخصية وتعديلاته، ج ١ الزواج والطلاق واثارهما ، مصدر سابق ، ص ٤١.

(٢) د. احمد الكبيسي، المصدر نفسه، ص ٤٩.

(٣) عبد الحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، مصدر سابق ، ص ١٩٠ .

(٤) د. احمد الكبيسي، مصدر سابق ص ٥١.

الثامنة عشرة أي بمعنى الاهلية الناقصة التي حددت طلب من اكمل الخامسة عشرة من العمر الزواج فالقاضي ان يأذن له بالزواج وكذلك الفقرة ٢ من المادة نفسها ايضا حددت بالترقيم إذ اذنت للقاضي ان يأذن بزواج من بلغ الخامسة عشرة من العمر اذا وجدت ضرورة قصوى وبهذه المادة يتبين ان القاضي ملزم بالموافقة من عدمها اذا اكمل الخامسة عشرة من العمر او اذا بلغ الخامسة عشرة وهنا يتضح ان الأسلوب الارقام او الاسلوب العددي او الأسلوب الكمي لا يسمح للقاضي او من ينطبق القانون عليه ان يغفل هذه الارقام ومن ثمة يكون امام نصوص قانونية جامده تمثل نوع من الطرق المادية الكمية التي تكون معبرة عن جوهر القاعدة في صورة عددية وحاسمة في الدلالة عليه ومن ثمة فان هذه الحالة قد حددت القانون المعني فيها والتي تضمنتها جوهر القاعدة القانونية تحديدا عدديا لا يدع مجال للخلاف والتحكم لكي تصبح ميسرة التطبيق من الناحية العملية^(١).

واما الصورة الرابعة فقد حددتها المادة التاسعة^(٢) من قانون الاحوال الشخصية الفقرة (٢) إذ جاء فيها ((يعاقب من خالف احكام الفقرة (١) من هذه المادة، بالحبس مدة لاتزيد على ثلاث سنوات وبالعقوبة او بإحدى هاتين العقوبتين، اذا كان قريبا من الدرجة الاولى، اما اذا كان المخالف من غير هؤلاء، فتكون العقوبة السجن مدة لاتزيد على عشر سنوات ، او الحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات)) وهذا النص في هذه المادة حدد العقوبة والجزاء مقدما تحديدا عددا رقميا و يعاقب من خالف احكام الفقرة الاولى من هذه المادة التي لم تعطي الحق للأقارب او الاغيار باكره أي شخص ذكرا كان ام انثى على الزواج دون رضاه ومن ثمة يعاقب من يخالف الفقرة اولى من هذه المادة بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات وبالعقوبة او بإحدى هاتين العقوبتين اذا كان قريبا من الدرجة الاولى.

أما من غير هؤلاء فتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على عشر سنوات او الحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات ففي هذه المادة نجد المرونة التشريعية من حيث الحد الاقصى والادنى للعقوبات بأسلوب الطرق المادية الكمية لأن القاضي ملزم باتباعها لأنها نصوص قانونية صريحة وواضحة كما هي في قانون

(١) حسن خالد جمال احمد مبادئ الصياغة التشريعية محلة القانونية هيئة التشريع والافتاء القانوني مملكة البحرين العدد

الرابع شعبان ١٤٣٦، يونيو ٢٠١٥، ص ٣٩ - ٤٠ .

(٢) د. احمد الكبيسي، الاحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون - الزواج والطلاق واثارهما، مصدر سابق ، ص ٤٠ .

العقوبات او غيرها من القوانين ومن ثمة يكون من يريد تطبيق هذه النصوص ملتزم حرفيا بما فيها ولكن من ناحية المرونة التشريع باستعمال سلطات القاضي التقديرية ^(١).

فهنا يمكن ان تكون مرونة بحدود ما يمنحه القانون بالحد الأدنى او الأعلى ولذا تكون مساحه مفتوحة للقاضي حسب ظروف كل واقعه تعرض امامه ولكن تبقى ايضا وفق ما منصوص عليها في القانون او بحدوده وبما ان التعبير عن جوهر القاعدة القانونية بالأرقام لا يتفق مع واقع الامر في جميع الحالات الا انه يعبر عن اغلبها كتحديد سن الاهلية لمباشرة الحقوق المدنية وكذلك مدة التقادم وايضا مثل تحديد الانصبه بالميراث وتحديد مقدار العقوبات على الجرائم بمدة معينة او بمبلغ معين ^(٢).

الصورة الخامسة ما جاء بالفصل الرابع في تسجيل عقد الزواج وإثباته في المادة العاشرة منه فق(٥) إذ جاء فيها ((يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة اشهر ولا تزيد على سنة، و بغرامة لا تقل عن مئتان وخمسون الف دينار ولا تزيد على ثلاثمائة الف دينار، كل من عقد زواجه خارج المحكمة ، وتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تزيد على خمس سنوات، اذا عقد خارج المحكمة زواجا اخر مع قيام الزوجية.)) وان هذه المادة قد حددت طريقة العقوبة تحديد عددي ورقمي محدد بوضوح فلا مجال لمخالفتها او الاجتهاد في العقوبة إذ اشترطت هذه المادة لأجراء عقد الزواج يجب ان يسجل العقد في المحكمة المختصة بدون رسم في سجل خاص وفقا للشروط المذكورة فيه وبهذا يكون القانون قد فرض وحدد عقوبة لمن يخالف نص هذه المادة ومن ثمة فان هذا التحديد العددي هو ملزم للقاضي ومن يسري عليه تطبيق القانون وبالرغم من المزايا الكثيرة للصياغة الكمية الا ان تقييد سلطه القاضي والزامه قد يجعل اقتناعه الوجداني في واد ونص القاعدة القانونية في واد اخر ^(٣).

اما الصورة السادسة جاءت في الحقوق الزوجية واحكامها الفصل الاول المهر إذ حددت المادة ٢١ منه ^(٤) ونصت على ((تستحق الزوجة كل المهر المسمى بالدخول او بموت احد الزوجين، وتستحق نصف المهر بالطلاق قبل الدخول)). وهنا نلاحظ ان نص المادة قد اشترط للزوجة كل المهر المسمى بالدخول حقيقة او حكما بالخلوة الصحيحة مقتضى الشريعة او بموت احد الزوجين وتستحق نصف المهر المسمى بالطلاق قبل الدخول ففي هذه الصورة نجد ان المشرع ذكر كل ونصف المهر وهذه تعد من

(١) د.حسن علي الذنون ، فلسفة القانون، مصدر سابق ص ٢٥٢ .

(٢) د. انور سلطان، المبادئ القانونية العامة، دار الجامعة الجديد للنشر، الإسكندرية، مصدر سابق، ص ٩٤ .

(٣) الشخيلي عبد القادر الصياغة القانونية (تشريعا فقها قضاء محاماة) مصدر سابق ص ٧٥ .

(٤) د.احمد الكبيسي، الاحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، مصدر سابق، ص ١٩١ .

التحديد التعددي او الوسائل الرقمية ايضا التي عبرت عن جوهر القاعدة القانونية بالأرقام فان عبارة نصف او كل هي من اسلوب الصياغة الكمية والتي يكون القاضي ملزم فيها لذلك لا يمكن للمرونة ان تكون مؤثره فيها من حيث الاسلوب الكمي وقد يكون هذا عيب لا تختص به الصياغة الكمية بل يشمل الصياغة الجامدة للقاعدة التشريعية بصورة عامه (١).

كذلك ومن خلال البحث في الباب الثالث من احكام الحقوق الزوجية (٢) في الفصل الثاني منه وبالتحديد في موضوعة النفقة الزوجية إذ ورد في المادة ٢٤ فق ٢ منه (٣) والتي نصت ((تعتبر نفقة الزوجة غير الناشئ دينا في ذمة زوجها عن المدة التي لا تزيد على سنة واحدة من وقت امتناعه عن الانفاق عليها)).

وبالتالي ومن خلال ما تقدم فان تحديد نفقة الزوجة بمدة لا تزيد على سنة هو تحديد عددي لا يجوز تجاوزه او مخالفته من القاضي اذا لا يمكننا التصور بان يكون للمرونة التشريعية آثار واضحة في هذه الفقرة من المادة اعلاه . وكذلك ما نصت عليه المادة ٢٥ فقرة (٥) / أ منه (٤) إذ جاءت بالنص على ان ((للزوجة طلب التفريق بعد مرور سنتين من تاريخ اكتساب حكم النشوز درجة البتات ، وعلى المحكمة ان تقضي بالتفريق)) ونرى ان ما جاء بنص المادة والفقرة اعلاه ان هذا الزام واضح بالمدة وشرط مهم إذ تعتبر السنتين من الشروط المعتبرة في حكم النشوز ومن ثمة لا يجوز مخالفة هذه المدة ولأمكن للمرونة أن تكون متاحة فيها مادام حددت تحديد عددي وبوقت السنتين،

اما في موضوعة الطلاق فمن خلال البحث في فصل الطلاق نجد ان المادة ٣٧ منه فق ١ نصت على انه ((يملك الزوج على زوجته ثلاث طلاقات))... وكذلك الفقرة ٢ منه ((الطلاق المقترن بعدد لفظا او اشارة لا يقع الا واحدة)) وايضا الفقرة ٣ منه ((المطلقة ثلاثا متفرقات تبين من زوجها بينونة كبرى)).

ومما تقدم في هذه المادة بفقراتها الثلاثة نجد ان التحديد العددي بأسلوب الارقام والتعبير عن جوهر القاعدة القانونية بالكمية محل الكيفية واضح ومن ثمة لا يمكن للمرونة التشريعية او للسلطة التقديرية للقاضي ان تؤثر فيها بأي صورة من الصور لانها منصوص عليها بنصوص صريحة وهذا مسلم به

(١) الشيخلي عبد القادر الصياغة القانونية (تشريعا فقها قضاء محاماة) مصدر سابق ص ٧٦ .

(٢) احمد الكبيسي ، قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته ، العاتك ، بيروت ، مصدر سابق، ص ١٧ .

(٣) ينظر: قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ .

(٤) ينظر: قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ .

لأنها متأثرة قطعاً بالشريعة الإسلامية فهي نصوص قطعية الدلالة وتمثل القواعد القانونية الجامدة التي لا تتيح التحكم أو الشك أو الخلاف أن يثور فيها كونها حدد تحديد عددي رقمي ثابت^(١).

كذلك نشاهد الصياغة الكمية واضحة في المادة ٤٣ الفقرة الأولى ١ و ٢ و ٣ و ٤ و ٨ و ٩ و ٧ منه قد أعطت للزوجة الحق بطلب التفريق إذا توفر أحد الأسباب أن النقطة (٧) من المادة أعلاه حددت صراحة إذا امتنع الزوج عن الانفاق عليها من دون عذر مشروع بعد إمهاله مدة أقصاها ستون يوم فهنا يحق لها طلب التفريق ولكن شرط مضي ستون يوم لأنها مدة محددة بنص القانون تحديد عددي رقمي كمي لإظهار القاعدة القانونية كمياً ورقمياً تحديداً ثابتاً لا تأويل فيه ولإبهام والذي يمنع الخلاف بشأنه وبصراحة هذا النص لا يحق للقاضي استعمال السلطة التقديرية ولأيمكن للمرونة التشريعية أن تؤثر فيها لأنها منصوصه بنص القانون ولا يجوز الاجتهاد في مورد النص^(٢).

أما نص المادة ٤٣ رابعاً أ و ب تعتد زوجة المفقود بعد الحكم بالتفريق أربعة أشهر وعشرة أيام^(٣) أن هذه الفقرة جاءت محددة تحديداً عددياً لا غموض فيه ولا تأويل وهي بأربعة أشهر وعشرة أيام ولا يجوز للقاضي أو من يسري عليه القانون مخالفتها لصرحتها العددية والمحددة سلفاً من المشرع و أنها مأخوذة من الشريعة الإسلامية التي لا يجوز مخالفتها لأنها أحكام قطعية ثابتة ومن ثمة تعد من الصياغة الجامدة أو الحاسمة التي لا تعطي مجالاً للمرونة التشريع للاجتهاد فيها أو مخالفتها كذلك لأنها من النظام العام وتتعلق بالمجتمع خصوصاً بأن قانون الأحوال الشخصية يعد من النظام العام الذي لا يجوز الاتفاق على مخالفته نصوصه فالأفراد مجبورين على احترام قواعده^(٤).

كذلك ما جاء بنص المادة الأربعون في الفصل الثاني التفريق القضائي^(٥) إذ جاء في الفقرة ٣ مئة ((لكل من الزوجين طلب التفريق عند توفر أحد الأسباب ... منه ٣ إذا كان عقد الزواج قد تم قبل اكتمال أحد الزوجين الثامنة عشرة دون موافقة القاضي وهذه التعدد أو العدد أو الرقم لا يجوز مخالفته ولا يجوز الزيادة عليه بأي صورة من الصور. ونرى أن لا أثر للمرونة التشريعية فيه كونها محددة سلفاً

(١) السنهاوري عبد الرزاق وأحمد حشمت أبو ستيت، علم أصول القانون، مطبعة فتح الله الياس نوري وأولاده، مصر، ١٩٣٦، ص ٤٩.

(٢) السنهاوري عبد الرزاق وأحمد أبو ستيت، علم أصول القانون، مصدر سابق، ص ٣٤.

(٣) ينظر: قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته.

(٤) الشخيلي عبد القادر، الصياغة القانونية (تشريعاً فقها قضاء محاماة)، مصدر سابق، ص ٥٧-٥٨.

(٥) د. أحمد الكبيسي، قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩، مصدر سابق، ص ٢٤.

بأرقام وكميات عديدة لا يجوز مخالفة النص فيها انطلاقاً من القاعدة الفقهية (لا اجتهاد في مورد النص) خصوصاً وان هذا النص يتعلق بقانون الاحوال الشخصية والمستمد نصوصه من الشريعة الإسلامية . وقد نرى الكثير من الصياغة الشكلية في نصوص قانون الاحوال الشخصية النافذ وفي اغلب فقراته التي جاءت لتنظم مسائل الاحوال الشخصية بصورة دقيقة ومحددة وبعبارات وارقام واضحة وصريحة مما يسهل على العاملين على تطبيقه بير وسهولة بعيداً عن استغلال النص او ترويضه وفق اهوائه او رغباته وهذه اهم ميزه من مميزات الصياغة الكمية إذ نرى ان نص المادة ال ٤٨ منه اولا و ٢ و ٣ جاءت واضحة وصريحة فقد جاء في الفقرة (اولاً) منها بان ((عدة الطلاق والفسخ للمدخل بها ثلاثة قروء)) . ان هذه الفقرة وحسب راينا فيها ثابته بنص القانون وبصريح العبارة الرقمية والمشتقة من احكام الشريعة الاسلامية التي تعد من الاحكام التي لا يجوز الاجتهاد فيها ولا مخالفته لا نها لغاية حفظ الانساب وللعلل التي جاءت من اجل مقاصد الشريعة ولتحقيق مصالح العباد واستقرار المجتمع ومن ثمة تعد من الطرق المادية الكمية او التعددية بالتعبير عن جوهر القاعدة القانونية باستعمال أسلوب الارقام وهي ثابته فالمرونة لا تؤثر فيها ولا يمكن للسلطة التقديرية ان تكون حاضره ومن ثمة لا يجوز مخالفتها ايضاً لأنها من نصوص قانون الاحوال الشخصية التي يعدونها من النظام العام كذلك لانها مستمدة احكامها من الشريعة^(١).

وبالتمعن في نص المادة ٩٠ منه^(٢) يجري توزيع الانصبه والاستحقاق على الوارثين بالقرابة على وفق الاحكام الشرعية التي كانت مرعية قبل تشريع قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ و تتبع فيما بقي من احكام الموارث وهذه المادة واضحة وصريحة بإحالة توزيع الانصبه في هذا القانون حيث جاء في المادة (٧٤) الوصية الواجبة في قانون الاحوال الشخصية والتي افترضت الافتراض القانوني مخالفة لشروط استحقاق الميراث وتحديدده بما لا يتجاوز ثلث التركة وفق احكام الشريعة التي لا يجوز مخالفتها لا نها ثابته بالثبوت القطعي وغير قابلة للاجتهاد فيها^(٣) ومن ثمة فلا مرونة تشريعه فيها وذلك لان كل ما ثبت حكمة بنصوص القران والسنة والتي لا يمكن تغييره الا

(١) الشخيلي عبد القادر، المصدر نفسه، ص ٥٧-٥٨.

(٢) د. احمد الكبيسي، الاحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، مصدر سابق، ص ١٧١.

(٣) د. مصطفى ابراهيم الزلمي، احكام الميراث والوصية في الفقه الاسلامي المقارن والقانون، المكتبة القانونية، بغداد، بدون سنة، ص ٥.

بتشريع اعلى او مساوي له لينسخه ^(١) يعد ثابتا ثبوتا قطعيا او هو ما منصوص عليه بدليل قطعي ثابت بما يجعله اساسا غير خاضع للتغيير ^(٢).

أما المادة ^(٣) الفقرة ٩١ منه فقد حددت فقره الاولى منه يستحق الزوج مع الفرع الوارث لزوجته الربع ويستحق النصف عند عدمه اما الزوجة فتستحق الثمن عند وجود الفرع الوارث والربع عند عدمه ^(٤).

ومن ثمة نرى ان هذا الاسلوب الرقمي في الصياغة القانونية في هذا القانون والمشتقة من احكام الشريعة الإسلامية والذي اظهر القاعدة القانونية هذه بصيغته كميّة او عدديه او رقميه بأسلوب واضح وصريح لا يمكن التأويل فيه او الشك والاختلاف فيه خصوصه وهي نصوص ثابتة تمثل الثابت من الاحكام الشرعية القطعية وكذلك هي نوع من الصياغة الجامدة المتبعة في الصياغة التشريعية وعليه لا يمكن ان تؤثر المرونة في هذا الاسلوب المحدد تحديدا كميّا.

ومن ثمة يمنع القاضي او المشرع او أي شخص يسري عليه القانون بتطبيقه من التحكم فيه لذى لا يدع المجال فيه للاختلاف وهو من أوضح الصور التي تعبر عن الاسلوب الرقمي في الطرق المادية في الصياغة التشريعية ^(٥).

فعليه ولكل ما تقدم يرى الباحث ان الطرق المادية الكميّة في الصياغة التشريعية هي التي تعطي للقاعدة القانونية التحديد المحكم بالتعبير عن مضمونها بأرقام معينة مما يجعل من تطبيقها السهولة واليسر ويكون تلقائيا بحيث لا يسمح وليعطي المجال للقاضي او من يسري عليه هذا القانون او النص ان يتحكم او يخالف او يقوم بالتأويل بل على العكس سيكون هنالك حلا ثابتا لا ابهام فيه ولا شك ولا اختلاف فالأمر واضح ومفهوم وقابل للتطبيق بكل سهولة ويسر وهذا الاسلوب يقابله الصياغة التشريعية الجامدة التي تعطي حلا ثابتا لا يتغير بتغير الظروف والملابسات الخاصة لكل حالة فردية ومن ثمة تكون محددة تحديدا جامدا لا يترك للقاضي مجال للسلطة التقديرية عند تطبيقها فهي تتجرد من كل اعتبار شخصي او خاص لا نها تتميز بالطابع الموضوعي لا يقبل التقدير كذلك فان هذا الاسلوب هو

(١) سعيد الزهراني ، الاتجاه العقلاني لدى المفكرين الاسلاميين المعاصرين ، موقع الكاشف عن مجلة الادب ، عدد مايو، ١٩٧٠ م ، بيروت ، ج٢، ص ٦٤٠ .

(٢) جواد احمد البهادلي، ط١، الثابت والمتغير في الشريعة الاسلامية ، العراق، النجف، مطبعة مجمع اهل البيت، ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩ م ، ص ١١٣ .

(٣) ينظر: قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ .

(٤) د. مصطفى ابراهيم الزلمي، احكام الميراث والوصية في الفقه الاسلامي المقارن والقانون ، مصدر سابق ، ص ٢٨ .

(٥) د.عبد القادر الشخيلي، الصياغة القانونية (تشريعا وفقها وقضاء محاماة) مصدر سابق ص ٨٠ .

يقابل الثابت من نصوص الاحكام الشرعية او الاحكام التعبدية التي لا تتغير باي حال من الاحوال بمرور الزمان وتغيير المكان الذي لا نتصور ان للمرونة اثر فيها لا نها غير قابلة على التأثر او التبدل او التغير وهي عكس الاحكام التي تتأثر وتتغير بتأثر وتغيير الزمان والمكان من إذ مناط الاحكام نتيجة للتطورات المستجدة التي تحصل نتيجة لتقدم وتطور الحياة والانسان ومنها الزواج.

المطلب الثاني

اثار المرونة التشريعية في الصياغة الشكلية بقواعد الزواج

أوضحنا سابقاً إن الصياغة التشريعية هي التي تعمل على تنظيم القاعدة القانونية بإخراجها إلى الحيز الخارجي بصورة منظمة ودقيق لتصبح قابلة للتطبيق العملي، فهي الأداة التي يعبر الصانع التشريعي بواسطتها عن الافكار وما يسعى إليه من غايات معينة على وفق قواعد منضبطة تلبي حاجات الأفراد والمجتمع^(١)، ولأن انواع الصياغة التشريعية هي صياغة جامدة والصياغة مرنة فكانت من الوسائل او طرق الصياغة تشريعية هي الطرق المعنوية والطرق المادية وان الاخيرة تضمنت وسيلتين للتعبير عن الصياغة التشريعية وهما الكمية او الرقمية كما يسميها الفقه او ما تسمى بإحلال الكم محل الكيف واما الوسيلة الثانية من الطرق المادية تمثلت في الشكلية او الشكل ومن ثمة هل ان للمرونة التشريعية دور في الصياغة التشريعية سواء كانت صياغة مادية او صياغة معنوية ؟ بالاستفادة من البحث نعتقد ان اثر المرونة التشريعية يكون واضح وبشكل كبير في الصياغة المعنوية وخصوصا في القرائن القانونية والافتراض القانوني الذي يعبر فيه الصانع التشريعي عما يدور في ذهنية ومن ثمة فانه يمتلك من المساحة الكافية لصياغة نصوص قانونية تتناسب مع الظروف الواقعية التي تستجد لكل عصر وهذا يعتمد على الصانع او المشرع في فهمه الاجتماعي للنص القانوني لانه عامل مهم في اكتساب النص مرونة تشريعية تتناسب مع كل الوقائع والتصرفات المستجدة^(٢) ومن ثمة الوصول الى نصوص قانونية اقرب الى تحقيق العدالة اذا ما كانت صياغتها مبنية على فهم الواقع الاجتماعي الذي تمر فيه مرحلة التشريع للنصوص^(٣) وهذا ما ينعكس ايجابا على نصوص قانون الاحوال الشخصية ومدى تأثرها في المرونة التشريعية سواء كانت شكلية ام كميّة او اي نوع من انواع الصياغة التشريعية وهذا ما سنبحثه في

(١) د. محمد شريف احمد، مصدر سابق، ص ٣١، د. همام محمد محمود، مصدر سابق، ص ٤٤٦. و ميشيل تروبير،

فلسفة القانون، ترجمة جورج سعد، ط ١، دار الأنوار للطباعة والنشر، ٢٠٠٤، ص ١٠٢.

(٢) د. صفاء متعب الخزاعي، الفهم الاجتماعي للنص القانوني، مصدر سابق، ص ٣.

(٣) د. صفاء متعب الخزاعي، الفهم الاجتماعي للنص القانوني، مصدر سابق، ص ٥.

هذا المطلب على فرعين الفرع الاول سيكون لتعريف الصياغة الشكلية في القانون والفقهاء الاسلامي واما الفرع الثاني سنخصصه لتطبيقات الصياغة الشكلية في قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ .

الفرع الاول

الصياغة الشكلية في القانون والفقهاء الاسلامي

قبل التعرف على المرونة التشريعية واثرها في الصياغة الشكلية في القانون يمكننا ان نعرف ماهي الشكلية او الشكل وكيف عرفها الفقهاء فمنهم من عرفها بانها العنصر الخارجي يشترط القانون فضلا عن الظاهرة الاصلية التي من شأنها انشاء او نقل او تعديل او انقضاء حق او مركز قانوني بحيث لا تنتج الظاهرة الاصلية وهي في المادة التصرف القانوني الاثر المشار اليه بغير اضافة هذا العنصر الخارجي اليها^(١) او ما يشترطه المشرع شكلا معيناً للفرض الذي تتضمنه القاعدة التشريعية حتى يتحقق الاثر القانوني الوارد في حكمها ومن ثمة يقال ان المشرع عبر عن افكاره عن طريق الشكل لغايات متنوعة.

قد تتمثل الصياغة المادية الشكلية في مظهر خارجي للقاعدة القانونية تفرض على الافراد اتباعها في تصرفاتهم لكي تترتب عليها آثار قانونية معينة بمعنى اخر هي افرار للتصرفات في الاشكال التي حددها القانون وبينها^(٢) وتعد الشكلية من طرق الصياغة الجامدة لانها تمثل المظهر الخارجي للقاعدة القانونية وبها ترتب الاثر القانوني لحكم القاعدة القانونية التي تم صياغتها بوصف القاعدة القانونية ذات طبيعة معنوية ومن ثمة يجب التعبير عنها بالطريقة الشكلية المحسوسة والتي تجعل منها ذات وجود خارجي ملموس ومن ثمة لاتدع مجال للاختلاف في تطبيق احكام القاعدة القانونية المصاغة وهذا هو المعنى العام للشكل ، اما المعنى الخاص له فهو وجود عناصر خارجية فضلا عن الوقائع القانونية لكي تنتج اثارها^(٣).

وقد يعتمد المشرع في تحقيق ما ينبغي من سن تشريعات الى اتباع اسلوب شكلية معينة لغرض تحقيق ضمانات معينة مثل اشتراط استطلاع رأي جهة معينة قبل اتخاذ الاجراء او للتنبيه والتذكير بخطورة التصرف حتى يتمهل صاحب الشأن جيد قبل الاقدام على التصرف مثل اشتراط القانون ان تكون هبة

(١) د. سمير عبد السيد تناغو، مصدر سابق، ص ٣٧٨ .

(٢) عبد الرزاق احمد السنهوري، علم اصول القانون ، مصدر سابق، ص ٥٠ .

(٣) سلام عبد الزهرة الفتلاوي، المعايير العامة للصياغة التشريعية ، مجلة المحقق الحلي للعلوم والسياسية ، العدد الرابع ، السنة التاسعة، ٢٠١٧، ص ١١٣ .

العقار بورقة رسمية او لتحقيق العلانية كما في العقارات لانقال ملكيتها او لا ثبات كتابة درءاً لكثرة الادعاءات والمنازعات التي قد تثار بين اطراف العقد مثل اثبات التصرف الذي تزيد قيمته على مبلغ معين^(١).

وبما ان المرونة التشريعية تعني قدرة القوانين على التكيف مع التغيرات والمستجدات التي تطرأ في المجتمع والتغيرات الاجتماعية من دون الحاجة الى تعديلات كبيرة في قانون الاحوال الشخصية بالاستفادة من الصياغة العامة للقوانين والتفسيرات القضائية التي تسمح بمعالجة الحالات التي تستجد بمرونة وتكيف القوانين وفقاً لتلك المتغيرات باستعمال عدة طرق^(٢) لكن لا يمكن ان نجد مساحة كافية وكبيرة للمرونة التشريعية في الصياغة الشكلية لانها من الطرق المادية ولكون القاعدة القانونية قد اكتسبت تحديد وثبات لا يمكن بسهوله ومرونة معالجته الا بممارسة سلسلة من الإجراءات كذلك فان الشكلية لا تعطي للقاضي او المشرع او من يسري عليه القانون المرونة والحرية في ممارسته للسلطة التقديرية لانه ملزم بما نص عليه القانون من شكلية محددة لكل نص قانوني ولذا يكون محدد بتطبيق ذلك النص بمهنية وحرفية بعيدا عن الاجتهاد والتأويل او التفسير^(٣).

ومن ثمة فان الشكلية هي من الادلة الكتابية التي يمكن ان يستند اليها احد الطرفين في اثبات الحق او نفية^(٤) ولذا تعد واحده من اهم طرق الاثبات القانونية شيوعا واكثرها اعتمادا في اثبات بعض الوقائع القانونية والتصرفات القانونية^(٥) والذي لم تختلف عليه اي من التشريعات القانونية للأثبات في النص عليه وتقديمه في الكثير من المسائل على بقية الادلة الاخرى^(٦) لما يتمتع به من مزايا نابعة من طبيعته في امكانية أعدداده مقدما واستعماله لاحقا في الاثبات مع ما تحققه الكتابة من وظيفة في حفظ الحق وحمايته من الضياع ولكونها السبب لاتفاق التشريعات القانونية على تقديمه على الادلة الاخرى هو ما تنبه اليه الفقهاء المسلمين ابتداءً وأشاروا اليه والى الدعوة على إعماله في نطاق توثيق العديد من المسائل المتعلقة في قانون الاحوال الشخصية منها المالية وغير المالية مستدلين على ذلك بما ورد في قوله تعالى

(١) عليوة مصطفى فتح الباب، مصدر سابق، ص ٤٦-٤٠ .

(٢) عصمت عبد المجيد بكر ، مشكلات التشريع ، مصدر سابق، ١٧٦ .

(٣) د سمير عبد السيد تناغو، مصدر سابق، ص ٣٧٨.

(٤) د. عباس العبودي ، شرح قانون الاثبات ، ط ١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ٢٠٠٦ ، ص ١٠١ .

(٥) محمود محمد هاشم ، القضاء ونظام الاثبات في الفقه الاسلامي والانظمة الوضعية ، ط ١ ، مطابع جامعة الملك سعود،

١٩٨٨ ، ص ١٩١ .

(٦) رضا المزغني ، مصدر سابق ، ص ١٦٨ ، احمد ابراهيم ، طرق القضاء ، مصدر سابق، ص ٧٦.

" يأيها الذين امنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل ولاياب كاتب ان يكتب كما علمه الله فليكتب وليملل الذي عليه الحق وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيئا" ^(١) حفظا للحق الوارد فيها وصيانة له من الضياع ^(٢) وهذا دليل على تقرير الفقه لأهمية الكتابة ولما تحققه من وظيفة من ناحية ودليل داحض لمن ينكر على الفقه الاسلامي إعماله لهذا الدليل في هذه المسائل من ناحية اخرى .

وعلى الرغم من تباين الاتجاهات الفقهية بالاتجاه العام لعدم اعتماد هذا الدليل باستثناء بعض المسائل المالية استدلالنا بما ورد في النص القرآني لا اية المداينه المذكورة انفا وبين الاتجاه الاخر للعديد من الفقهاء وامكانية أعماله ^(٣) لذلك وجدت الكثير من الاشارات التي عدت اهمية لهذا الدليل في نطاق المسائل غير المالية شرعا وان كانت مجرد دعوة الى الاخذ به وبيان اهميته لاتصل في نطاقها الى ما تتمتع به الكتابة الان في هذه المواضيع الا انها تمثل اللبنة الاساسية للدعوة الى الاخذ به في مسائل الاحوال الشخصية وفي المسائل غير المالية التي اخذ نطاق تبني الكتابة كدليل من ادلة اثباتها ووسيلة في توثيقها والدعوة الى ذلك تزداد شيئا فشيئا ^(٤) وبما يتلاءم مع أهميته من دون ان يتعارض مع خصوصية.

وقد تكون الشكلية هي الجوهر الاساس للصياغة القانونية والتشريعية ومن ثمة تعد العمود الفقري واللبنة الأساسية في صياغة النصوص القانونية وفي جميع فروع القانون وما نبخته هنا الشكلية في قانون الاحوال الشخصية وعقد الزواج الذي تضمن مجموعه من الشكليات في فقراته التي يمكن اثباتها بالكتابة عن نشوء النزاع بين الزوجين بالرجوع الى بيان اهم ادوات هذا الدليل من سندات رسمية وغير رسمية يمكن الرجوع اليها في اثبات الزواج وبقية مسائل المتعلقة بشروطه او أركانه التي نشاهدها في النص على وجوب تسجيل عقد الزواج لما يحققه التسجيل من وظيفه في حفظ الحق وصيانة عن الجحود مع امكانية اثباته لاحقا وانطلاقا من ان الكتابة هي الوسيلة القانونية المتبعة لا ثبات الزواج الى جانب الوسائل الشرعية : الاقرار، اليمين، البينة عند تحقق شروط الاثبات بها ولذا فان الزواج يمكن ان يثبت

(١) سورة البقرة ، الآية ٢٨٢ .

(٢) ابن عابدين ٢/٣ ، نظام الدين والكمال ابن همام ٣/٣ ما جاء في الفتاوى لنظام الدين في تأجيل العنين وتوثيق تاريخ التأجيل ج ١٤ ، ط ١٩٨٨ ، ص ١٣٥ وما بعدها .

(٣) السرخسي ١٨/١٧٢ ، الغزالي ١٤/٢ ، الحلي ، الشرائع ٢/٢١٧ .

(٤) ابراهيم نجيب محمد ، ص ٢١٣ ، و علي حيدر ، شرح المجلة ، الباب الرابع ، ص ١٣٧ . د. أحمد الكبيسي ، الوجيز في شرح قوانين الاحوال الشخصية وتعديلاته ، الزواج والطلاق ، واثارهما ، ج ١ ، مصدر سابق ، ص ٦٧ و ٦٨ .

حجة الزواج بوصفها سنداً رسمياً يمكن أن يثبت بغيره من السندات العادية مثل عقد الزواج الخارجي أو الرسالة المقر بها بالزواج أو الإيجاب بالزواج وجميعها يمكن الإثبات فيها ولكن تبقى الكتابة والشكلية دليل قوي ومهم في عقد الزواج ومن ثمة يكتسب القوه عن طريق الالتزام بما جاءت به الشكلية التي تقيد سلطة القاضي بالالتزام بنص القانون وحسب ما جاء بنصه وبذلك فإن حجة الزواج أيضاً تعد من الشكلية كونها سند صادر من جهة مختصة بإصداره سواء كان عند تسجيل عقد الزواج أو تثبيته بعد أبرامه خارج المحكمة بناء على طلب تصديق عقد الزواج الخارجي، والتي تعد من أهم السندات الرسمية التي يمكن اعتماد عليها كدليل من أدلة اثبات الزواج^(١).

وكذلك تعد دليل رسمي متى ما توفرت الشروط المطلوبة ومن هذه الشروط هي صدور حجة الزواج من موظف مختص بإصدارها أو مكلف بذلك وفي العراق يعد القاضي الشرعي هو الموظف المختص بإصدار حجة عقد الزواج كحجة رسمية خاصة بالزواج دون غيره وهو ما تضمنته نص المادة ٣/١٠ من قانون الأحوال الشخصية العراقي وهذا تقيد وتحديد حصري للقاضي لا يجوز لغيره إصدار حجة الزواج في حين بعض الدول تكون أكثر مرونة في تعدد من لهم الحق في إصدار حجة الزواج مثل الجزائر ومصر والأردن وسوريا التي أخذت في المأذون الشرعي وبذلك يسمح لتخفيف الضغط عن القضاة وفي نفس الوقت يسهل الإجراءات على العاقدین وعدم السماح لرجال الدين غير المجازين وغير الموكلين وعدم معرفتهم بمهامهم من إصدارها وبذلك تظهر المشكلات والملازمات التي يكون القضاء في غنى عنها فيما لو عين مأذونين مختصين لهم اتصال مستمر بالقضاء يقومون بعد إجراء العقود بتوثيقها وتسجيلها في المحكمة تلافياً من زيادة حالات الزواج الخارجي والقابل للجحود والانكار وسد هذا الباب وآثاره التي لا مازالت مستمرة ولذا فإن تبني المأذونين الشرعيين في كل منطقة وفق ضوابط وشروط معينة تؤهلهم بأداء مهمتهم وبالزام العاقدین بمراعاتها وأما الشرط الثاني في حجة الزواج هو أن

(١) أحمد نصر الجندي، المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ المصري التي عرفت وثيقه الزواج، و بلحاح العربي، ص ١٤٠-١٤١، في إدراج هذا المستند من ضمن المستندات الرسمية، بدرية، ص ١١٢، مفلح القضاة، ص ٥٩.

يكون وفق شروط قانونية وشرعية وفق مطلوبة القانون من إجراءات لتسجيله من ناحية أخرى^(١) فمتى جاءت حجة الزواج مستوفية للشروط السابقة عدت سنداً رسمياً من حيث حجية وقوة الاثبات^(٢).

أما ورقة العقد الخارجي المبرمة خارج المحكمة من رجال الدين غير المكلفين رسمياً بأبرام مثل هذه العقود فهي الدليل الكتابي والرسمي الشكلي الآخر الذي يمكن الاستناد عليه كسند عادي في اثبات وقوع الزواج الخارجي متى توافرت فيه الشروط اللازمة لصحة السند العادي كدليل في الاثبات والمتمثلة^(٣) بوجود الكتابة المطلوبة تثبيتها بعقد الزواج وإن تكون الورقة المقدمة موقعه من الطرفين وإن لا ينكر من وقع على هذه الورقة توقيعه أو خطه أو بصمته وإن يكون الاستماع إلى شهادات شاهدي العقد الموقعين^(٤) كذلك الرسالة الصادرة بالإيجاب من الغائب تعد واحدة من الأدلة الكتابية الشكلية التي يمكن الرجوع إليها في اثبات الزواج في ظل التشريعات القانونية التي اعتمدت على الكتابة كوسيلة من وسائل انعقاد العقد بين الغائبين وهذا ترجيحاً منها لاتجاه الحنفية^(٥).

كذلك ما جاء فيه القضاء العراقي في العديد من قراراته التي جاءت مؤكدة لا هميه السند الرسمي في بيان الولادة وحجتيه في اثبات الولادة ونسب الأولاد للام ومن ذلك ما ورد في القرار الاتي : الصادر عن محكمته تمييز العراق إذ جاء فيه إذا ثبت للمحكمة أن البيئة التي استمعت لها قد أثبتت العلاقة الزوجية بين الطرفين وأن الأولاد الذين أنجبهم المدعية مسجلون بموجب بيانات الولادة الرسمية فتثبت العلاقة الزوجية بين الطرفين وبنوتها لأولادها^(٦) كما جاء عنها وفي قرار آخر وضحت فيه أهميه هذا الدليل كسند رسمي وعدت عدم الاعتداد به سبباً لنقض القرار الذي جاء فيه لدى التدقيق والمداولة وجد أن

(١) نص المادة (١٠/١) من قانون الأحوال الشخصية العراقي، نصت على "ما يجب مراعاته من إجراءات عند تسجيل عقد الزواج واستصدار حجته"

(٢) نص المادة (١٠/٤) من قانون الأحوال الشخصية العراقي في بيانها لحجية عقد الزواج سواء في الاثبات أم في قابلية حجة هذا العقد على التنفيذ في دوائر التنفيذ وبما يخص المهر الوارد فيها .

(٣) آدم وهيب الندائي، شرح قانون الاثبات، ص ١١١-١١٤ و د. عباس العبودي، شرح احكام الاثبات، مصدر سابق، ص ١١٢-١١٨. محمود هاشم، مصدر سابق، ص ٢٣٩-٢٣٢ .

(٤) قرار ذو الرقم ٢٥٥/شخصية/٨٦-٨٧ صادر عن محكمة التمييز العراقية في ١١/١٠/٨٦ انظر: المشاهدين المبادئ القانونية لسنة ١٩٨٩، ص ١٦٤ .

(٥) ابن عابدين، ٣٦٤/٢، ابن نجيم، ٨٧/٣ وعن المحدثين في ذلك راجع: الصابوني، شرح قانون الأحوال، أحمد الكبيسي، ص ٣٠، خروقة، ١٦٢/١، أبو زهرة، ص ٤٨ .

(٦) القرار ذو الرقم ٤٤٩٢٥ / ٧٩ في ١٠/٣/١٩٧٩، مجله القضاء العدان ٤، ٣، السنة ٣٤، تموز، كانون الاول، ١٩٧٩، صفحه ١٩٥ .

الحكم المميز غير صحيح ومخالف للشرع والقانون ذلك ان المحكمة ردت اعتراض المعارض من دون ان تلاحظ ان تسجيل المتوفى تم بناء على بيان ولادة صادر بتاريخ الولادة وبناء على اخبار المولده كما ان المتوفى سجل باعتباره ابن س وش في قيود الاحوال المدنية وفي مديرية الجنسية العامة وكل هذه وثائق رسمية لا تنقض بإقرار المدعى عليه والشخص الثالث ولذا كان على المحكمة التوسع في التحقيق وملاحظه كيفيه التسجيل المذكور انفا في السجلات الرسمية^(١) مؤكدا في الوقت ذاته على مدى ما تتمتع به هذه السندات من حجية بوصفها سندات رسمية وبهذا يمكن عد الرسمية او الشكلية هي ما يعتد به في المحاكم ولذا الصائغ التشريعي و اعتمد هذا السند في اثبات نسب المولود اثناء قيام الزوجية واستنادا الى عقد الزواج بين الزوجين والمؤكد لصحة علاقتهم ولقيام الفراش بينهما اعمالا للمادة ٥٢ | احوال عراقي والمادة ٢٢ اثبات عراقي وهو ما تضمنته احدى القرارات الصادرة عن محكمه الاحوال الشخصية في الأعظمية^(٢).

ومن ثمة فان اغلب التشريعات القانونية الخاصة ومنها القضاء في العراق وبقية الدول قد اخذت بالاعتداد بالأدلة الكتابية الشكلية لا ثبات هكذا وقائع التي يكون مضمونها بل الاساس فيها هي شهاده الميلاد التي يستند اليها في اثبات النسب اثناء قيام الزوجية وحصول الولادة وجنس المولود و ايضا يستند اليها في معرفه البلوغ عند الزوجين ومما تقدم نجد ان الشكلية في الاحوال الشخصية خصوصا مهمه ومطلوبة كونها تحقق الاستقرار والثبات في المعاملات ناهيك من انها حافظه للحقوق وعدم الانكار فيه وتعد من الادلة الاساسية في صياغة النصوص القانونية ومنها المادية المتمثلة بالشكلية التي تعد من القواعد الجامدة لانها لا تحقق المرونة الكافية لمن يريد تطبيقها وتحد من صلاحية القاضي في سلطته التقديرية.

وبالرغم من كل هذه المزايا التي تتمتع فيها الصياغة الشكلية ولكن هنالك عيوب تشوب الشكلية باعتبارها هي من طرق الصياغة المادية الجامدة فان هذا الجمود يتبعه تخلف عن مسايرة التطورات الاجتماعية والاقتصادية في المجتمع فقد تكون المستجدات والتطورات التي يشهدها المجتمع سريعة ومتلاحقة ومن ثم يصعب على الصياغة التشريعية ان تلاحق تلك التطورات لان عملية صياغة النصوص التشريعية تمر بمراحل تشريعية عديدة ابتداء بالتفكير والاقتناع بفكرة التشريع وتعديله واستحصال موافقه العديد من الجهات المعنية بذلك وتدقيق وموافقة السلطة التشريعية وبعد ذلك المصادقة

(١) القرار ذو الرقم ٣١١٧ / شخصيه / ١٩١ في ٤/١٢/١٩٩١ ، ص ١٣٦ .

(٢) القرار ذو الرقم ٩٨/١٣٦٢ صادر عن محكمه الاحوال الشخصية في الأعظمية في ٢/٤/١٩٩٨ غير منشور .

والاقرار والنشر والنفاذ وعند ذلك قد يكون الطرف قد تغير وتبدل وقد لا يأتي التشريع الجديد ملبياً للحاجة التي كانت مطروحة في البداية^(١) ويمكن ان نعبر عن الشكلية بانها افرغ ارادة المشرع في كلمات مكتوبة^(٢).

لذلك يرى بعض من الفقهاء عندما يسعى الصائغ التشريعي إلى استقرار المجتمع و استقرار المعاملات وضبطها وتقيد سلطة القاضي بصورة مباشرة على وفق أوضاع معينة سيلجأ إلى أسلوب الصياغة الجامدة، التي تُعدّ معياراً ثابتاً غير قابل للاجتهاد والتفسير من قبل القاضي^(٣) وعندما يسعى الصائغ التشريعي إلى مواكبة التطور في الحياة الاجتماعية يلجأ إلى أسلوب الصياغة المرنة ليعطي فرصة للتوسع في مجال السلطة التقديرية للقاضي عند تطبيقها وتفسيرها حسب مقتضيات العدالة والحاجات الاجتماعية^(٤).

وعليه فان الباحث يرى ان الصياغة الشكلية من الطرق المادية للصياغة الجامدة التي يعتمد فيها الصائغ التشريعي على مقاييس وقواعد معينة يمكن بواسطتها صياغة نصوص تشريعية رصينة تتضمن حلاً ثابتاً ومحدد لا يختلف مهما كانت الظروف ويتقيد بها القاضي ولأترك مجالاً للسلطة التقديرية للقاضي ومن ثمة فان الصياغة الشكلية تكون للدلالة على انعقاد التصرف او من اجل تنبيه الافراد الى خطورة التصرف القانوني لكي لا يقع تصرفهم باطلا او يلجا اليه من اجل تيسير الاثبات او لا مكانية الرجوع اليه والاحتجاج بها في مواجهة غيرهم عند نشوب خلاف ومن ثمة تكون بصورة خارجية ملموسة وبطريقه محسوسة متمثلة بمظهرها الخارجي للقاعدة القانونية المصاغة وعليه فان المرونة التشريعية لا تجد لها طريق في هذه الوسيلة لا نها تحتاج الى مساحة كافية وحرية في تشريع النصوص واعطاء السلطة التقديرية للقاضي في تطبيق القانون او من تسري عليه وبما ان هذه الصياغة نوع من الصياغة الجامدة ولذا لا يمكن تأثير المرونة فيها لانها مصاغة بصورة محددة وثابتة وغير قابل للتغير.

(١) د. عصمت عبد المجيد بكر مشكلات التشريع ، مصدر سابق ، ص ٦٢ .

(٢) السنهاوري عبد الرزاق احمد ، علم اصول القانون ، مصدر سابق ص ٥٦ .

(٣) د. عبد القادر الشخيلي، الصياغة القانونية تشريعياً فقها قضاء محاماة ، مصدر سابق ، ص ٥٨ .

(٤) عبد الرزاق احمد السنهاوري، علم اصول القانون، مصدر سابق ص ٥٧ .

الفرع الثاني

تطبيقات الصياغة الشكلية في قانون الاحوال الشخصية

ان الشكلية من الاساليب التي يلجأ اليها المشرع للتعبير عن الطريقة المادية للصياغة التشريعية الجامدة وذلك بما يفرضه من نصوص شكلية خاصة مصاغة بأسلوب محدد في بعض التصرفات اما للتنبيه الى خطورة مثل هذه التصرفات واما للتيسير في اثباتها او لإمكان الاحتجاج بها على الغير^(١) كذلك قانون الاحوال الشخصية فان الشكلية فيه تشير الى الإجراءات والشكليات التي يجب ان تتبع لضمان صحة وفعالية العقد والإجراءات القانونية الاخرى ومن ثمة فان هذه الشكلية يجب ان تهدف الى ضمان الوضوح والدقة والامتثال للقوانين والذي يساهم في تحقيق العدالة والانصاف في التعاملات الاسرية والشخصية وهذا ما سنبحثه في هذا الفرع على سبيل المثال في بعض صور الشكلية في قانون الاحوال الشخصية مثل تسجيل عقد الزواج والطلاق وحصر الارث وغيرها .

اولاً: تسجيل عقد الزواج:- نصت المادة العاشرة من قانون الاحوال الشخصية (يسجل عقد الزواج في المحكمة بدون رسم في سجل خاص وفقاً للشروط الاتية ٠٠٠) : ولان عقد الزواج من العقود التي يتطلب تسجيله في السجلات الرسمية لضمان اعتراف القانون بالزواج ولضمان حقوق الزوجين عند حدوث نزاع لانه يتضمن مجموعه من البيانات وشكلية محددة ومعينه سلفاً مثل طلب هوية العاقدين وعمرهما ومقدار المهر وعدم وجود مانع شرعي من الزواج كذلك يرفق البيان بتقرير طبي يؤكد سلامة الزوجين من الامراض السارية والموانع الصحية الاخرى التي يشترطها القانون^(٢).

ان هذه الشروط الشكلية التي حددها القانون هي واجبة التنفيذ على اطراف العقد كذلك يجب تطبيق القاضي لها فلا سلطة تقديرية له في اهمال أي من هذه الشروط لانه يعرضه للمسائلة كذلك الزوجين فاذا لم تكتمل هذه الاجراءات لا تصادق على العقد المحكمة المختصة لذا يتعرض لمن يجري عقد الزواج خارج المحكمة لعقوبة الحبس مدة لا تقل عن ستة اشهر ولا تزيد على سنة او بغرامه لا تقل عن مئتان وخمسون الف دينار ولا تزيد على ثلاثمائة الف دينار^(٣) .

(١) حسين منصور، نظرية القانون، مصدر سابق ، ص ٢٨٣-٢٨٤، و الشخلي ، فن الصياغة القانونية، مصدر سابق ، ص ٣٠.

(٢) عبد الرزاق احمد السنهاوري، علم اصول القانون، مصدر سابق، ص ٥٧ .

(٣) ينظر: قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ .

ومن ثمة فإن التشريعات الإسلامية والمذاهب الإسلامية على كثرتها لم تعرف موضوع تسجيل عقد الزواج على وفق المعايير الحالية للتسجيل لأن هذا العقد لديهم من العقود الرضائية ينعقد بالإيجاب والقبول ولا يتطلب الشكلية في التسجيل. واستمر الأمر طيلة العديد من القرون الإسلامية من دون توثيق، لغاية صدور قانون الأحوال الشخصية في الأيام الأخيرة من العام ١٩٥٩^(١).

اذ كانت عقود الزواج والحجج تتوزع في سجلات بدائية لدى رجال الدين المبرمين لها غير محصنة من التلف أو العبث أو الضياع ولوقوف المشرع على هذا الوضع الذي تعانيه الحجج، فقد تعاملوا مع هذا الوضع المزرى بجدية تامة من الأحكام التي جاء بها قانون الأحوال الشخصية المحسوبة لصالحه هو تسجيل عقد الزواج على وفق النصوص الواردة في هذا الفصل، لانصراف إرادة المشرع بوصف الحجج المسجلة على وفق أصولها يلزم العمل بها بلا بينة قابلة للتنفيذ، أي أن عقد الزواج المسجل لدى محكمة الأحوال الشخصية يُعدّ دليلاً رسمياً لأغراض الإثبات الواردة في قانون الإثبات قدر تعلق الأمر بأثبات الزوجية والبنوة والمهر والنفقة وسواهما من الحقوق الأخرى الواردة فيه. أي أنه من المستندات القابلة للتنفيذ مباشرة للمطالبة بالمهر على سبيل المثال، لكن في حالة دفع الزوج بانه سبق تسديد المهر وإن ذمته غير مشمولة بالمهر المطالب به وقدم ما يؤيد اعتراضه فيوقف التنفيذ لحين البت من قبل المحكمة المختصة في الاعتراض.

إذ أشار الفقهاء إلى ما لا يمكن أن يقوم عقد الزواج إلا به وهي ثلاثة أمور أولها^(٢) هو: الإيجاب والقبول وهي الصيغة التي تعد ركن من أركان عقد الزواج ولا يمكن تصور العقد بدونها كونها تدخل في الحل والحرمة وما يترتب عليها من آثار دينية وأخروية لأنها أحكام تعبدية وسنن نبوية متواترة وإن الشريعة الإسلامية أكدت عليها كثيراً كذلك الفقه الإسلامي لما لها من استقرار أسري ومجتمعي • أما النقطة الثانية وهي: العاقدان وشروطهما التي لا ينعقد الزواج إلا بها فإذا تخلف أحدهم فإن العقد لا يكون له وجود شرعي وهذه الشروط منها ما يجب توافره في العاقدين وفي المعقود عليه فأما الشروط الواجب توافرها في العاقدين أن يكون كل من المتعاقدين مميزاً أي بمعنى أهلية أداء وإن كانت ناقصة كذلك أن يتحد مجلس الإيجاب والقبول وأيضاً سماع كل من المتعاقدين كلام الآخر وتفهم إرادته وأخيراً موافقة

(١) حسين خلف الجبوري ، مصدر سابق ، ص ٣٣ وما بعدها ، د. زكي الدين شعبان ، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية ، منشورات جامعة قاز يونس بنگازي، ط١٩٩٣، ص ٩٠ .

(٢) عمرو عيسى الفقى ، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية ، ج ١ ، ط ١ ، المكتب الجامعي الحديث ، ٢٠٠٥ ، ص ٣٣ .

القبول للإيجاب و مما ذكر نلاحظ ان الشريعة لم تشترط الشكلية بتاتا في عقد الزواج ولم تتطرق لها في أي مورد الا اذا ما عد عقد الزواج من العقود السائرة في التعاملات ومن باب الايفاء بالعقود اما في عقد الزواج فلم تذكر شكلية معينه ولم تنص الشريعة على ذلك وبالتالي فان الشكلية في القانون تكون اقرب الى ضمان حقوق الطرفين عند تسجيل العقد ووضع الشروط المعتبره فيه. اما النقطة الثالثة فهي محل العقد : وهو استمتاع كل من الرجل والمرأة بالأخر والحكم الذي يفيد العقد هو حل استمتاع كل منهما بالأخر وشرطة عدم قيام مانع يمنع من حل الاستمتاع سواء كان مؤبدا ام مؤقتا^(١).

وبهذا يرى الباحث انه لم يشترط الفقه تسجيل العقد او شكلية معينه فاذا تم العقد وانعقد بدون ذلك لم يحكم في بطلانه لان عقد الزواج يعد من العقود الرضائية عند البعض من الفقهاء ومن ثمة مجرد تحقق الارادتين والشروط المشروعة مثل المهر والصيغة وعدم الحرمة ينعقد العقد ويرتب اثاره الزوجية الحقوق والواجبات للعاقدين.

وقد اشترط قانون الاحوال الشخصية الايجاب والقبول ان يكون بالألفاظ الصريحة والمفهوم منه انه لا يصح بالكتابة وهذا الرأي مستحسن من استبعاد العقد بالكتابة لأنها توقع في اشكالات اهمها انكار التوقيع على الرسالة وامكان تزويرها ومن ثمة ستحدث هنالك فوضى مع عدم الحاجة الى انعقاده بهذا الاسلوب ولذا فان تطابق الايجاب والقبول يجب ان يتم في محكمة الاحوال الشخصية وامام قاضيه، وعليه فان القانون رسم طريقا قانونيا وشكلية محددة لتسجيل عقد الزواج، وهذا يعني ان الزواج خارج المحكمة محظور قانونا ومن ثمة فان العقود التي يبرمها رجال الدين غير المخولين عدها القانون جريمة يعاقب عليها القانون، المادة العاشرة /فق ٥ منه من قانون الاحوال الشخصية^(٢) وعليه فان الشكلية الزمت الذين يسري عليهم القانون في النصوص القانونية كافة بتسجيل عقد الزواج في محاكم الاحوال الشخصية وتحت الولاية القضائية لقاضي المحكمة المختص وضمن الشروط التي وضعها المشرع لعقد الزواج في نص القانون المادة العاشرة منه، فان للمحكمة ولقاضيها ضمن سلطته التقديرية التي منحها القانون له

(١) عز الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ، كتاب بدائع الصنائع في التشريع ، ج٢، ط١ بيروت لبنان، ١٩٩٦، ص٣٤٤. ود. احمد الغندور، الاحوال الشخصية في التشريع الاسلامي، ط٣، مكتبة الفلاح ، الكويت ١٩٨٢، ص٦١، محمد حسين الذهبي، الاحوال الشخصية، بين مذاهب اهل السنة ومذهب الجعفرية، ط١ ، جامعة بغداد، ١٩٥٨، ص٤٣ .

(٢) ينظر: قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ .

أنشاء عقد الزواج وتسجيله وبموجب هذا الاجراء يكون التسجيل هنا شاملا لصحته ولنفاذة ولإشهاره وتوثيقه،^(١).

ثانياً-الطلاق:- يجب تسجيل الطلاق وتوثيقه رسميا في المحكمة لضمان الاعتراف به قانونيا وهذا يتم عن طريق إجراءات قانونية معينة مثل تقديم طلب الطلاق والحضور امام القاضي وغيرها من الإجراءات التي يتم اتخاذها قبل البت فيه إذ جاء بنص المادة التاسعة والثلاثون من قانون الاحوال الشخصية^(٢).

على من اراد الطلاق ان يقيم الدعوى في المحكمة الشرعية يطلب ايقاعه واستحصال حكم به فاذا تعذر عليه مراجعة المحكمة وجب عليه تسجيل الطلاق في المحكمة خلال مدة العدة ومن ثمة يشترط القانون تقديم طلب لمن يريد الطلاق من الزوجين لتتظر به المحكمة وفق لإجراءات قضائية وإدارية شكلية تكون ملزمة للجميع ولا يمكن مخالفتها باي صورة وهو بذاته ضمان لحقوق الطرفين وما يترتب عليه من آثار قانونية واجتماعية وغيرها مما يحسب لصالح المشرع العراقي هو تمكنه من صياغة القاعدة الشرعية على شكل قاعدة قانونية تحقق مبدأ المساواة امام القانون إذ اختلف الفقهاء المسلمون في صيغته ولفظه وشروطه بحيث ما يعده طلاقا صحيحا في هذا المذهب يعده المذهب الاخر باطلا ومعلوم على سبيل المثال ان اللفظ ثلاثا في احد المذاهب يصبح الطلاق بموجبه بائنا بينونة كبرى. اما نص القانون فقد نص على ان الطلاق المقترن بعدد لفظا او اشارة لا يقع الا طلاقة واحدة^(٣) الفقرة ٢ من المادة السابعة والثلاثين من القانون.

ان اثبات الطلاق واثاره يعد من المسائل المهمة جدا لانها تتعلق بالحل والحرمة والتي تقتضي وجوب اثباته بكل طرق الاثبات الشرعية منها كالإقرار والشهادة واليمين وكذلك الطرق القانونية المتمثلة بالكتابة او ما يسمى بالشكلية بغض النظر عن نوعها وصورها وهذا ما يعد بالسندات الكتابية الخاص بأثبات الطلاق واثاره فقد يثبت الطلاق قانونا بحجه الطلاق كسند رسمي شكلي كما قد يثبت شرعا وقانونا وبعض السندات العادية كالرسالة المقر بها بالطلاق والورقة العادية المقر بها بالطلاق وهو ما سنبحثه في السندات الكتابية الشكلية إذ تُعدّ حجه الطلاق الوسيلة القانونية لا ثبات وقوع الطلاق بوصفها واحدة من اهم الأدلة الرسمية والشكلية التي تثبت وقوعه وبغض النظر عن الصور التي قد ترد بها قد تكون من ضمن حكم صادر عن دعوه لأثبات وقوع الطلاق وتصديق كما في القرار الصادر عن محكمه التمييز

(١) منذر عبد العزيز الشمالي، الاحوال الشخصية في الفقه الجعفري ، ط١، منشأة المصرف الاسكندرية، ٢٠٠٦، ص ١٧ .

(٢) ينظر: قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ الفقرة الاولى المادة ٣٩ منه .

(٣) د. احمد الكبيسي، الوجيز في شرح الاحوال الشخصية وتعديلاته ، مصدر سابق، ص ١٤٠ .

العراقية إذ ادعت المدعية لدى المحكمة الشرعية بأن المدعي عليه كان زوجها طلقها ثلاث طلاقات لهذا طلبت دعوته للمرافعة والحكم بأثبات الطلاق وإصدار الحجة بذلك^(١).

وبذلك قد وردت في التشريعات القانونية من اتجاهات تؤكد على ضرورة تسجيل وقوع الطلاق في مدة العدة عند إيقاعه خارج المحكمة وهو ما كان له الأثر الكبير في اتساع نطاق الإثبات بالكتابة وهو يعد من الشكلية وذلك بالاعتماد على هذه الحجة بوصفها دليلاً شكلياً كتابياً عند قيام النزاع بشأن وقوعه أو عند ظهور الحاجة إلى إثباته أو إثبات وقوع الطلاق في الدعاوي الأخرى التي يتوقف الحكم فيها على إثبات وقوعه مثل الحضانة والمهر وغيرها وتدرج بذلك حجة الطلاق من ضمن الأدلة الرسمية الخاصة بأثبات وقوع الطلاق التي قد تتمتع بما يتمتع به السند الرسمي من حجية وقوة في الإثبات وهذا ما نصت عليه بعض التشريعات القانونية^(٢) وقد أكدته القضاء في العديد من التطبيقات القضائية التي جاءت تؤكد مدى ما تتمتع به حجة الطلاق من قوة الإثبات بوصفها واحدة من أهم الأدلة الرسمية والشكلية التي بالإمكان أن ينطبق عليها حكم المستندات الرسمية الواردة في قوانين الإثبات^(٣).

أما الرسالة الواردة من الزوج لزوجته بالطلاق وهي الرسالة الموجهة من الزوج بالطلاق إلى زوجته والمعنونة إليها التي تتضمن صيغته طلاقه لها منجزه كانت الصيغة أنت طالقاً أم معلق على وصول الرسالة إليها والمذيلة بتوقيعه عليها التي اتفق كل من الفقه والقانون في عدها إحدى وسائل إثبات وقوع الطلاق متى ما توفرت فيها الشروط اللازمة لذلك وفق ما ورد في الشريعة والقانون وبما يتفق مع كونها أحد السندات العادية التي يمكن الاستناد إليها في إثبات وقوع الطلاق ومن هذه الشروط أيضاً أن تكون الرسالة موجهة إلى المرأة ومعنونة إليها مرسومه على حد تعبير الفقهاء المسلمين أن تكون الكتابة واضحة وهي متى جاءت واضحة وقع الطلاق بها وإن ادعى عدم القصد. وهذا ما أخذ فيه غالبية المذاهب الفقهية باستثناء المذهب الجعفري الذي لم يعتد به إلا من الأخرس غير القادر على الكلام حاضر كان أم غائباً^(٤).

(١) القرار ذو الرقم ٢٥٠٨/شخصيه / ٧٩ في ١٩٨٠/٣/١ ، فريد فتیان مصدر سابق، صفحه ١٢٨ وهو ما ورد أيضاً في القرار ذو الرقم ٩٨/٢٠٠٩ عن محكمة الأحوال الشخصية في الموصل في ١٩٩٨/٧/٢٠ غير منشور .
(٢) نص المادة ٧٥ من قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردنية، ونص المادة ١٨ من لائحة المأذنين المصريين .
(٣) راجع ما ورد في شرح قوانين الإثبات وإدراجهم حجة الطلاق ضمن السندات الرسمية : ، مفلح القضاة ، مصدر سابق ص ٦٥ .
(٤) السرخسي، ٥/٥، ابن نجيم، ١١٩/٣، الشربيني، مغني المحتاج، ١٥٠/٣، ابن رشد، ٤/٢-٥، الخوئي، ص ٣٠٠.

وان يقر بصدور الرسالة منه سواء كانت بخطه ام بخط غيره وتمت كتابتها بناء على طلب مع توقيعه عليها ولم يعتد الحنفية بالنية لمجرد ورود الرسالة واضحه وورود الطلاق فيها كافي للحكم بوقوع وان ادعى عدم القصد او انه يجرب الخط فقط خلافا للحنابلة وابي حنيفة ومالك والشافعي وانه لا يقع الا بالنية ^(١) وهذا ما اعتد به الحنفية من قاعده وان كل كتاب لم يكتبه بخطه ولم يمله بنفسه لا يقع الطلاق ما لم يقر انه كتابه ^(٢) وان لا ينكر هذه الرسالة وان لا يدعي احد الحالات منافية لوقوع الطلاق اثناء كتابته لها كما في حاله الغضب او الدهشة والا كلفه بأثبات ذلك ^(٣).

وبالنتيجة نقول متى توفرت الشروط السابقة كما جاءت في الغالب عن الفقه الحنفي واعتد بها القانون حكم بالاعتداد بهذه الرسالة كسند عادي يمكن الاخذ به في اثبات وقوع الطلاق وتطبق عليه الاحكام التي تضمنها قانون الاثبات والخاص بالرسائل كنوع من انواع السندات العادية واحده من الادلة الكتابية الخاصة بأثبات هذه المسألة وهي مساله وقوع الطلاق ^(٤) عليه وهو ما تتضمنه في العديد من قرارات القضاة التي جاءت مؤكدة الاستناد الى الرسالة في الطلاق وشروطها التي اكدها فقها الشريعة وفقهاء والقانون اما ورقة الطلاق العرفية التي تصدر من رجل الدين بوقوع الطلاق مع انها لا تعد مستندا رسميا مثلا لموضوع الطلاق المدع به بل لابد من اتباع الاصول الشرعية في اثباته وهي الورقة التي تصدر من احد رجال الدين بوقوع الطلاق من الرجل لزوجته قبل تسجيله امام المحكمة والواردة فيها توقيعه وتوقيع شهود الطلاق عليه وهو ما قامت العديد من محاكم الشرعية الرجوع اليها كسند عادي في اثبات وقوع الطلاق سواء عند قيام الدعوى بشأن وقوعه من عدمه والخلاف بين الزوجين في ذلك ام عند تصديق الزوج لوقوع الطلاق عنه وفق ما اشترطه القانون في تسجيل الطلاق ^(٥). وعليه لا يمكن للقاضي من ابقاع الطلاق من دون ورقة الطلاق امام رجل الدين .

(١) محمد ابن عابدين ، ٨٥٩/٢، رد المختار على الدر المختار، شرح تنوير الابصار، تحقيق الشيخ عادل احمد عبد الموجود - والشيخ علي محمد معوض، ج٨، بلا ط، دار عالم الكتب، الرياض، ٢٠٠٣ ص ٤١٣ .

(٢) محمد بن عابدين ٢ / ٥٨٩، نظام الدين ، الفتاوى، ٣٧٩/١ ، وراجع في التطرق لوقوع الطلاق بالكتاب وشروطها، الشلبي ، ص ٤٩٨ - ٤٩٩ ، والابيانى، ٣١١/١ ، حسن خالد عدنان نجا، صفحه ١٧٨ .

(٣) نص المادة (٢٢) / اولاً قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ وتعديلاته .

(٤) نص المادة (٢٧) / قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ وتعديلاته .

(٥) هذا ما اكده القرار ذو الرقم ٧٦٤ / شخصيه / ٢٠٠١ والصادر عن محكمه التمييز العراقية في ٢٠٠١/٥/١٤ غير منشور .

وبالتالي يمكن تصديق وقوع الطلاق الخارجي بالاستناد الى ورقه الطلاق العرفية الصادره عن احد رجال الدين المخول وبهذا يتم ايقاع الطلاق ويثبت بورقه الطلاق العرفية التي صدرت من رجل الدين سواء كانت خارج المحكمة ام صادره من المحكمة لذا لا يمكن المصادقة عليه الا وفق مارسم لها القانون وبالشروط التي تتم مع طبيعة السند العادي وبما يتلاءم مع اثبات هذه الورقة من وجود الشهود وقبول الطرفين على الوارد فيها واقرارهم عليها بالتوقيع الوارد فيها وانه صادر عنه في حاله ادعا الزوجة عليه وقوع الطلاق وتقديم هذه الورقة العرفية وهي الشروط المستندة بما ورد في العديد من القرارات الأتية الصادرة عن محكمه التمييز العراق وانها الورقة المصدقة من العالم لا تصلح دليلا من ثبوت الطلاق على الوجه الشرعي بعد انكار الزوج للطلاق بل يقتضي اجتماع البيئة على وقوعه^(١).

ومما تقدم نرى ان في كل الاحوال يجب ان تتصرف اليه اثبات وقوع الطلاق بالطرق المرسومة قانونا التي تتم في القضاء وبالشكلية التي رسمها القانون لانها تدخل في الحل و الحرمة والاتجاه في الاخذ بهذا السند واعمال اثباته واتجاه غالبية الدول المقارنة ومنها القضاء في العراق باستثناء بعض الدول التي رفضت الاعتراف الا بالطلاق الواقع امام القضاء مثل سوريا وعمان وغيرها ونستخلص من ان سعه نطاق الاسناد الى الكتابة في اثبات الطلاق ما جاء فيها بصورة دليل رسمي او عادي بصورة المتعددة من ناحيه وخضوعها في شروطها لاغلب الاحكام التي تخضع لها من ناحية اخرى وفق الأدلة الكتابية الواردة في قوانين الاثبات بما لا يتعارض مع ما تقتضيه اثبات هذه المسائل من خصوصيه في بعض شروطها وفق ما ورد عن فقهاء الشريعة وبما يدل على سريان نطاق بعض احكام هذا القانون على الأدلة المعتمدة في اثبات المسائل غير المالية من ناحيه اخرى.

كذلك حجه الرجعة او القرار الصادر بحصوله وتعد مساله اثبات الرجعة من المسائل المهمة جدا بوصفها احد اهم الآثار المترتبة على الطلاق الرجعي لانها تتعلق بحق الله تعالى التي يتعين تثبيتها ولو من دون طلب ولما ذلك من اثر في قطع ما يمكن ان ينشا بشأنها لاحقا من نزاع مع ما يترتب على ثبوتها من اثر في ترتيب هذا الحق او ذاك مثل نسب الطفل الناجم عن الحمل في مدة المراجعة التي تُعدّ الكتاب الوسيلة الأساسية في تحقيقه سواء عن طريق تسجيلها امام المحكمة واستصدار حجه بذلك ام امام رجل الدين ثم تثبيتها لاحقا امام المحكمة وخاصة عند حصول النزاع فيما بين الاطراف او عن طريق اقامه الدعوة لتصديق الرجعة او الطلاق ليعد ذلك كله من الأدلة الكتابية الشكلية التي يمكن

(١) جمعه سعدون العامري، المرشد الى اقامة الدعاوى الشرعية وتطبيقاتها العملية، مطبعة الجاحظ، بغداد ، ١٩٩٤ ،

الرجوع اليها في التثبت واثبات الطلاق سواء ما كانت مستندات عادية كحجه الرجعة الموثقة امام رجل الدين غير المكلف رسميا بالتوفيق ام الرسمية والمتمثلة بحجه الرجعة التي هي عبارة عن الحجه المتضمنة لتصادق الزوجين على حصول الرجعة اثناء العدة وهي ما تستحصل عاده بعد تقديم الطلب لتسجيل حصول الرجعة وتثبيتها امام القضاء سواء كان الطلب مقدما من الزوجة وصادقها الزوج عليه ام بالعكس^(١).

كذلك الحجه المستحصلة بحصول الرجعة بناء على طلب الزوج فقط بما له من حق في مراجعه زوجته في اثناء مدة العدة وهو المستدل من نص المادة ١/٣٨ من قانون الاحوال الشخصية العراقي وتطبيقا لها وما جاء فيها من انه تثبت الرجعة بما يثبت به انطلاق سواء بهذه الوسيلة المتمثلة بهذا السند ام بغيرها من الوسائل التي يثبت بها الطلاق و تستحصل ايضا من قبل المأذون الشرعي المكلف رسميا بتوثيق هذه المسائل وهو ما ورد واضحا في نص المادة ١٨ من ناحيه الشرعيين في مصر^(٢) وهو ما يمكن الاستناد اليها كدليل رسمي في اثبات حصول الرجعة عند قيام النزاع بشأن حصولها والذي اكدته العديد من القرارات القضائية

ومن ثمة فان الشكلية تعد من الامور المهمة والتي يعتد بها وترتب اثارها في الكتب الرسمية في نصوص قانون الاحوال الشخصية ولها الاثر الكبير في اثبات الحق واستقرار المعاملات وان الاهتمام فيها منطلق من الخوف وخطورة الموضوع لانه يتعلق بالحل والحرمة من جهة ومن استقرار الحياة الاسرية والمجتمع من جهة اخرى ومن ثمة لا يمكن للمرونة التشريعية ان تؤثر بها لتغيرها الا باتباع إجراءات شكلية مطولة تحتاج الى وقت وجهد حسب الظروف التي تكون في حينها وعليه لا يمكن للطرق المادية الشكلية ان تسمح للقاضي عند تطبيقه للنص التشريعي باستعمال السلطة التقديرية الممنوحة له فهي ثابتة الوجود في كل نص تشريعي^(٣).

ومما تقدم فان الباحث يرى ان كل هذه الاجراءات الشكلية والاثباتات تعد من الأدلة او من الصياغة التشريعية الجامدة ومن الطرق المادية او الصياغة الشكلية التي لا تسمح للقاضي بان يستعمل سلطته التقديرية او للصائغ القانوني او المشرع او لأي شخص يسري عليه هذا القانون.

(١) جمعه سعدون العامري، المرشد الى اقامه الدعاوى الشرعية وتطبيقاتها العملية، مصدر سابق، ص ١٤٢ .

(٢) نصت المادة (٩٨/د) من المشروع العربي الموحد على وجوب تسجيل الرجعة وتوثق الرجعة وتعلم بها الزوجة في الحال ، ينظر مجلة الفقه والقضاء ، العدد الثاني ، السنة الثانية ، ١٩٨٥، ص ١١٨ .

(٣) د. شمس الدين الوكيل، مصدر سابق، ص ١٥٤ . د. همام محمد محمود ود. محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص ٨٧ . د. همام محمد محمود، مصدر سابق، ص ١٧٠ . د. عبد الحي الحجازي، مصدر سابق، ص ٤١٥ .

لانه مفروض عليهم وواجب الالتزام بهذه الشكلية وهذه الاجراءات لانها منصوص عليها بالقانون والتي توفر الاستقرار في المعاملات داخل المجتمع ومن ثمة فان هذه الصياغة لا يمكن ان تكون للمرونة اثرا فيها بالرغم من كل الاجراءات المتخذة فهي تعتبر من الصياغة الجامدة التي تقيد القاضي ومن يشمله النص القانوني بما ورد فيها لانها منصوص عليها في نصوص قانونيه وهي تشبه الى حد كبير الصياغة الجامدة او الثبات في الصياغة لانها لا تعطي حلا مرنا او انها تعطي حل ولكنه حل ثابتا لا مجال للمرونة فيه او التغيير مهما تبدلت الظروف وحدثت مستجدات متغيرة.

المبحث الثاني

آثار المرونة التشريعية في الصياغة المعنوية بقواعد الزواج والطلاق

عند سن المشرع القواعد القانونية فقد يتطلع إلى تحقيق غايات معينة لا يمكن تحقيقها فقط بطرق مادية للتشريع، كون الأخيرة لا تجدي نفعاً ولا تعينه في تحقيق ما يرموا إليه، ولذا يسعى المشرع في ذهابه إلى طرق أخرى يعتمد فيها على العقل والذهن، وهذه الطرق تسمى بالطرق المنطقية لأنها من صنع الذهن ويلجأ إليها المشرع في سبيل استخراج القاعدة القانونية بصورة عملية يحقق الغاية منها وإن أهم غاية واثراً للصفة الاجتماعية للنص القانوني هو استجابته لظروف المجتمع وحاجاته ويعكس أوضاعه وإن لا يقتصر على زمن نشوؤه أو صدوره هذا من جانب أما من الجانب الآخر فإن غاية التشريع وتطبيق القانون هو تحقيق العدالة الاجتماعية ولا يمكن تحقيق هذه العدالة وهذه الغاية إلا بمعرفة حكمة التشريع وفي فهم النص فهم اجتماعي يواكب التطورات والمستجدات^(١) التي تؤثر على حقوق والتزامات الأفراد بوصفها أن الوظيفة الأساسية للقانون هو حماية حقوق الناس وبما أن القانون عبارة عن قواعد قانونية يصيغها الصائغ القانوني ولذا يفترض أن تكون هذه الصياغة التشريعية فيها من المرونة والحركة الشيء الكثير لتواكب كل الوقائع والمستجدات في المجتمع وأهمها هي نصوص قانون الأحوال الشخصية التي تكون مستندة على الشريعة الإسلامية ، كذلك يفترض أن يكون لدى الصائغ التشريعي الملم بالطرق والوسائل الخاصة بالصياغة التشريعية ومن هذه الطرق هي الطرق المعنوية التي يمكن أن تكون للمرونة الأثر الكبير فيها خصوصاً في صياغة الحيل القانونية أو ما يسمى بالافتراض القانوني كذلك في القرائن القانونية البسيطة ، لذا فإن الصياغة التشريعية المعنوية تتكون من جهد فكري وتعميم بقصد تصوير الواقع في الذهن، وهذا العمل الذهني الغاية منه الحاق الواقع في الذهن، من أجل بناء القاعدة القانونية وتطبيقها على العمليات الذهنية وهو سعي مزدوج نحو تطبيق القانون وخلقه^(٢).

لذا سنقسم هذا المبحث على مطلبين، فأما المطلب الأول سيكون أثر القرائن القانونية للمرونة التشريعية على قواعد زواج والطلاق أما المطلب الثاني سيكون لدراسة أثر الافتراض القانوني للمرونة تشريعية على قواعد الزواج والطلاق.

(١) د. صفاء متعب الخزاعي، الفهم الاجتماعي للنص القانوني ، مصدر سابق ، ص ١٣ .

(٢) د. حسن كيره، المدخل إلى القانون ، مصدر سابق، ص ١٩٤ . وحسين منصور ، نظرية القانون، مصدر سابق

، ص ٢٨٦ . وأبو السعود محمود زهران ، المدخل إلى القانون، مصدر سابق ، ص ١٦٦ .

المطلب الاول

آثر القرائن القانونية كمرونة تشريعية بقواعد الزواج والطلاق

القرائن القانونية وسيلة تبناها المشرع في الإثبات وبيان ما يتعلق بها من أحكام وحجية تتفق وأهميتها فيها وما يترتب من إعمالها من أثر سواء في التخفيف من عبء الإثبات أو اعفاء منها في حال الاعتماد على القرينة القانونية، وفضلاً عما تعطيه عملية الاستنباط للقاضي، من سلطة وحرية في الاستدلال من هذا الدليل ، في سبيل الوصول إلى حسم النزاع بدلاً من تركه بسبب القصور في دليل الإثبات.

وعليه سنقسم هذا المطلب على فرعين، الفرع الأول سيخصص لدراسة نطاق اثر القرائن القانونية على قواعد الزواج والطلاق، أما الفرع الثاني سندرس فيه حجية اثر القرائن القانونية على قواعد الزواج والطلاق.

الفرع الأول

اثر القرائن القانونية على قواعد الزواج والطلاق

يقتضي منا تعريف القرائن القانونية قبل الدخول إلى نطاقها، فيراد بها بأنها اخذ أمر مشكوك فيه ولكنه محتمل تبعاً للغالب المألوف في العمل على إنه أمر مؤكد إي بمعنى تحويل الشك في شأنه إلى يقين وإخراج الصائغ التشريعي القاعدة القانونية على هذا الأساس^(١)، أو استخلاص أمر مجهول من أمر معلوم على أساس غلبة تحقق الأمر الأول، إذا تحقق الأمر الثاني^(٢).

فهي وسيلة من الوسائل القانونية التي يستطيع الصائغ التشريعي بواسطتها ألامساك بالواقع بشيء من اليقين والتحديد، على رغم من أنّ الواقع مشوب بالشك والاحتمال، وقد عرفت المادة ٩٨ ف١ من قانون الإثبات العراقي (القرينة القانونية بنصها هي استنباط المشرع أمراً غير ثابت من أمر ثابت) فالقرينة القانونية لا تؤسس على حقيقة ثابتة مستقرة، وإنما تنتزع من احتمال يغلب وقوعه، ويتميز هذا النوع من الصياغة بأنها صياغة غير مباشرة في الإثبات، لأنه يمكن إثبات عكسها بتحقيق الاحتمال الغالب الذي قامت عليه هذه القرينة القانونية وإن أنحصر مجال إثبات عكس القرينة في حدود ضيقة،

(١) د. حسن كيره، مصدر سابق، ص ١٩٤. د. حسن علي الذنوب، مصدر سابق، ص ٢٥٣.

(٢) د. أنور سلطان، مصدر سابق، ص ١٠١. ود. رمضان أبو السعود ود. همام محمد محمود، ص ١١٩، المدخل إلى القانون، مصدر سابق، ص ١٦٩.

تقتصر على إقرار من تقررت القرينة القانونية لمصلحته، فهي وسيلة تساعد الصائغ التشريعي في تحقيق ما يسعى إليه، لذا تصبح القرائن القانونية المصاغة بصيغة عامة مجردة قاعدة عامة تطبق على الحالات المماثلة جميعها ^(١)، وهي بهذا تختلف عن القرائن القضائية التي يستخلصها القاضي لدى فصله فيما يعرض عليه من نزاعات فالأولى من صياغة الصائغ التشريعي عند صياغة القاعدة القانونية والثانية من صياغة القاضي عند تطبيق القاعدة القانونية ^(٢).

ويلجأ الصائغ التشريعي إلى هذا النوع من الصياغة في حالات معينة يرى إنه يتعذر أو يستحيل فيها المطالبة بدليل مادي، فيعمل على قطع الشك بشأنها بما يوافق المألوف والغالب في العمل ويصوغ نصوصاً تشريعية تقوم وفق القرائن التي احتمل وجودها الصائغ التشريعي عند صياغة النص التشريعي ^(٣).

ويكون للقرينة القانونية دور في مجال الإثبات و في صياغة القواعد القانونية الموضوعية، ففي مجال الإثبات يتعلق الأمر بإثبات مراكز واقعية تمهيداً لتطبيق حكم القانون عليها في حال كان الإثبات مستعصي فيعدل القانون عن التكليف بإثباته، وفي مجال القواعد القانونية الموضوعية يقوم الصائغ التشريعي بصياغتها عن طريق إحلال فكرة محل فكرة أخرى، إذ يستبدل الصائغ فكرة الإدراك السليم وهي الفكرة الأصلية بفكرة أخرى كما في بلوغ الشخص سناً معين، فهي تؤدي دوراً مهماً في تحديد المبررات أو العلة التي من أجلها وضع حكم القاعدة القانونية مثل تحديد سن الرشد بتمام الثامنة عشر في القانون المدني العراقي على أساس إن هذه السن قرينة على كمال الإرادة ونضوج العقل ^(٤).

وتتقسم القرائن القانونية على نوعين قرائن قاطعة لا يجوز إثبات عكسها وغير قاطعة يجوز إثبات عكسها وهو الأصل الذي تقوم عليه القرائن القانونية، إذ تُعدّ في حالات معينة دليلاً لا يجوز نقضه إن كانت قاطعة وتلقي بعبء إثبات عكس ما تفرضه إن كانت غير قاطعة ^(٥).

ومن أمثلة القرائن القانونية: قرينة الزوجية على ثبوت نسب المولود من زوج الوالدة: فإثبات نسب المولود من الزوج أمر عسير، وإذا ما تطلبنا من كل من يدعي أن الولد ابن من كان زوجاً

(١) د. عصمت عبد المجيد بكر، مشكلات التشريع، مصدر سابق، ص ١٨٧.

(٢) د. عليوة مصطفى فتح الباب، مصدر سابق، ص ٤٩. ود. أنور سلطان، المصدر السابق، ص ١٠٢.

(٣) د. أنور سلطان، مصدر سابق، ص ١٠١.

(٤) د. حسن كيره، مصدر سابق، ص ٢٠٠. ود. رمضان أبو السعود و د. همام محمد محمود، مصدر سابق، ص ١٩٠ وما بعدها. ود. عصمت عبد المجيد، مشكلات التشريع، مصدر السابق، ص ١٨٨.

(٥) د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص ٢٥٣. ود. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص ١٩٣.

في مدة الحمل لتعذر الإثبات، ولكن لما كان الغالب في العمل هو أن تكون الزوجة مقصورة على زوجها لا تتصل اتصالاً جنسياً إلا به أثناء قيام الزوجية، فإن هذا يستتبع أن يكون الحمل منه لأن القانون يفترض أن الحمل الذي يحدث أثناء قيام الزوجية يكون نتيجة الاتصال بالزوج، فالولد إذاً ثمرة زوجية أو كما جاء في الحديث النبوي الشريف: "الولد للفراش" فقد حدثنا قتيبة بن سعيد حدثنا الليث عن ابن شهاب عن عروة عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: اختصم سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة في غلام فقال سعد هذا يا رسول الله ابن أخي عتبة بن أبي وقاص عهد إلي أنه ابنه انظر إلى شبهه وقال عبد بن زمعة هذا أخي يا رسول الله ولد على فراش أبي من وليدته فنظر رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى شبهه فرأى شبهها بينا بعتبة فقال: "هولك يا عبد بن زمعة الولد للفراش وللعاهر الحجر واحتجبي منه يا سودة بنت زمعة قالت فلم ير سودة قط".^(١) وهذا الافتراض الذي يقرره القانون يعفي من يريد إثبات الولد للزوج من إقامة الدليل على ذلك نظراً لصعوبته، ويكفي أن يقيم من يريد إثبات هذا النسب الدليل على واقعة أخرى سهلة الإثبات، هي حدوث الحمل حال قيام الزوجية ؛ وإذا كان ما تقدم يتعلق باستعمال القرينة القانونية عند صياغة النص النظامي.

أما نطاق اثر القرائن القانونية على الزواج إذ يمكن أن يثبت فيها القرائن القانونية بأحد انواعها ومنها كقرينة على الزوجية وما جاء في عد شهادة الناس لمعاشرة الرجل والمرأة معاشرة الأزواج قرينة- قضائية- على الزواج وإن لم يحضروا العقد ويعاينوا وهذا ما اكده قرار محكمة تمييز العراق " ثبوت تردد المدعى عليه على دار المدعية ليلاً ونهاراً واشتহারه بين أهالي المنطقة بأنه زوج المدعية ووالد أولادها يُعدّ قرينة تدل على قيام الزوجية وعلى ابوة المدعى عليه لأولاده"^(٢) . وبذلك يمكن إعمال القرينة القانونية كوسيلة في اثبات الزوجية والاعتداد بها وبهذا تكون مرونة تشريعية من المشرع .

وهذه المرونة التشريعية المتمثلة بالقرائن التشريعية التي تقيد اثبات عقد الزواج كإقرار الرجل أمام إحدى الجهات الرسمية بالحالة الزوجية مع ذكر اسم الزوجة في البيانات المقدمة عن الحالة الزوجية فيما

(١) صحيح البخاري، باب من ادعى أخاً وابن أخ، الجزء ٢١، حديث رقم ٦٢٦٨، ص ١٠. نقلاً عن د. عبد القادر الشخلي، الصياغة القانونية، مصدر سابق، ص ٨٠ هامش رقم ٢.

(٢) قرار محكمة التمييز العراقيه/ هيئة عامة ثانية/ ٧٧ في ١٦/٤/١٩٧٧، منشور في مجموعة الأحكام العدلية، العدد الثاني، السنة الثانية، ١٩٧٧، ص ٦٥.

إذا كان موظفاً في إحدى دوائر الدولة أو أية جهة رسمية مستخلصاً استنباطه للقرينة من الواردة في هذه البيانات^(١).

كذلك تُعدّ مسألة إثبات الرضا من المسائل المهمة جداً بوصفه أساس الزواج وأحد أركانه التي يتوقف على وجودها من عدمه العديد من الآثار - كصحة انعقاد الزواج أو بطلانه - وهو إما أن يأتي صريحاً كقول المرأة قبلت أو دلالة يستدل عليه من قرائن عدة كالسكوت وغيرها من القرائن وعليه يُعدّ سكوت البكر عند عرض الزواج عليها قرينة على قبولها به قرينة شرعية وهو ما تنبأه جمهور الفقهاء بشرط تسمية الزوج والمهر، وإيضاً طلب المرأة المهر قبل الدخول ثم دخول الزوج بها وهي راضية غير مكرهة يعد قرينة على رضاها بالعقد وسبباً لبطلان حقها لاحقاً في اختيار نفسها، كذلك طلب المرأة النفقة من الزوج دليل على قبولها بالزوجية في حال أن ادعت عدم رضاها بالزواج، مما يسقط حقها لاحقاً في اختيار نفسها والمطالبة بفسخ الزواج، إلا إذا ادعت أنها مكرهة عند الدخول فيقبل قولها^(٢).

عدت بعض المذاهب الفقهية من نكول الشاهد عن حلف اليمين، مع وجود شاهد واحد على وقوع الطلاق قرينة شرعية على صحة ادعاء المدعي على وقوعه استدلالاً بما روي عن ابن عباس عن الرسول ص أنه رفع إلى رسول الله ص امرأة ادعت على زوجها أنه طلقها وجاءت بشاهد واحد عدل فاستحلف رسول الله ص الزوج وأبطل شهادة الشاهد وقال إذا نكل الزوج فنكولة بمنزله شاهد آخر وجاز طلاقه^(٣).

تتعدد الوقائع التي يمكن الاستناد إليها في إثبات حصول الرجعة على ادعاء أحد الزوجين وأنكرها الآخر ومن ضمنها سكوت المرأة عند ادعاء الرجل مراجعتها ثم إشهاده على الرجعة، وهو ما يُعدّ قرينة على حصول المراجعة وسبباً لثبوتها، وإن ادعت بعد ذلك انقضاء عدتها وعدم صحة الرجعة متذرعه بانقضاء العدة، تعد ولادة المطلقة الأقل من أقصى مدة الحمل - حددها الخلفية بسنتين - بعد الطلاق قرينة على مراجعة الزوج لزوجته وأن أنكر الدخول بعد أن خلا بها وهو ما أخذ به الحنفية كقرينة شرعية على المراجعة اكدها القضاء في القرار الآتي الصادر عن محكمة التمييز العراقية وما جاء فيه من "أن ولادة الطفل بعد تاريخ الطلاق هو قرينة على رجوع الزوج بزوجته طلاقه لها" اعتبار تنفيذ الرجل

(١) د. جمعة سعدون العامري، المرشد إلى إقامة الدعاوى الشرعية وتطبيقاتها العملية، مطبعة الجاحظ، بغداد، ١٩٩٤، ص ٢٩-٣٠.

(٢) السرخسي، نجيم، الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ص ٣٠٠.

(٣) محمد بن إدريس الشافعي، الأم، ج ٥، ط ١، شركة الطباعة الفنية المتحدة، ١٩٦١، ص ٦٨.

لحكم المطاوعة في مدة العدة قرينة - قضائية - على مراجعة الزوج لزوجته أو رغبته في مراجعتها، وهو ما تبنته محكمة النقض السورية في أحد قراراتها^(١) إقرار الزوج تحريراً بعد بضعة أيام من وقوع الطلاق الرجعي بالزوجية وبأبوة الأولاد وبتعهده بالاتفاق على زوجته وأولاده، نفقة مستمرة وغير محددة بوقت معين هو ما اعتبرته محكمة التمييز العراقية قرينة على حصول المراجعة في مدة العدة وهي قرينة قضائية^(٢).

ان الشبه بين الرجل والولد المدعى أنه أبنه إذ عدت غالبية المذاهب الفقهية الشبه بين الرجل والولد المدعى ببنوته قرينة شرعية على ثبوت نسبه من هذا الرجل، متى أقر القائف بذلك اعتماداً على فراسته وخبرته في معرفة الشبه بينهما من اطلاعه على أعضاء كل منهما وتقصي الشبه في ذلك بينهما، وهو ما تبنته غالبية المذاهب الفقهية استناداً إلى ما ورد عن رسول الله في اعتماده عليها، على الرغم من الدليل على اعتماد الفقه عليها لم تجد لها مكاناً الآن في القانون وفي عصر أخذ يزخر بالأدلة والوسائل العلمية، والاستناد فيه إلى الأدلة الأكثر دقة وتطور من الاعتماد على الشبه بالفراصة، كتحليل الدم وسواء من الأدلة^(٣).

عد الفقه سكوت الوالد بعد تهنئة الناس له بولادة الولد، قرينة على إقراره بثبوت نسبة منه ، وهو ما اعتد به القضاء أيضاً تطبيقاً لما ورد عن الفقه في ذلك، وعد قضاء محكمة النقض المصرية إبداء الرجل رغبته في تسمية الجنين عند الولادة باسم معين وإقراره بذلك قرينة على كون الزوجة حاملاً في المولود منه والذي ليس له إنكاره بعد ذلك استناداً إلى هذه القرينة^(٤).

نتيجة فحص الدم أشار العديد من شراح قانون الإثبات إلى إدراج نتيجة فحص الدم ضمن القرائن القضائية في إثبات النسب، واخضاعها لسلطة القضاء التقديرية في الاعتداد بها من عدمه، وفق ما منحه القانون القضاء من سلطة في ذلك من ناحية وتطبيقاً لنص المادة ١٠٤ من قانون الإثبات العراقي، التي منحت القضاء الفرصة في إمكانية الاستفادة من وسائل التقدم العلمي ومن ضمنها ما يترتب على نتيجة

(١) القرار ذو الرقم ٣٩١ صادر عن محكمة النقض السورية، الغرفة الشرعية، في ١٩٨٣/٥/٢٩ ، ٣١٧/١ .

(٢) القرار ذو الرقم ٢٧٤ شخصية / ١٩٧٨ الصادر في ١٩٧٨/٧/٢٠، أنظر في ذلك مجموعة الأحكام العدلية ، العدد الثاني، السنة التاسعة ، ١٩٧٨، ص ٦٩.

(٣) راجع في بيان موقف جمهور الفقهاء والقائفة من الاعتماد على الثقافة ابن القيم، الطرق الحكيمة، ص ٢٥٤ في بيان الاعتماد عليها بن فرحون - ٢٢/١٣٦ وما بعدها.

(٤) الطعن ذو الرقم ٥ سنة ٤٢ الصادر عن محكمة النقض المصرية في ١٩٧/١/١١ ، للاطلاع عليه راجع، معوض عبد التواب الدعوى الشرعية ، ص ١٤٥.

فحص الدم من ناحية أخرى - وهي ما تميز المشرع العراقي بالنص عليها عن بقية مشرعي التشريعات المقارنة لتدرج بذلك نتيجة الفحص واحدة من أدلة الإثبات الجديدة للقضايا المتعلقة بالنسب وبغض النظر عن عددها مجرد قرينة قضائية كما هو الاتجاه الغالب، أم عددها دليلاً مستقلاً في الإثبات كافي في تحديد نتيجة هذه القضايا وبما يتلاءم مع قواعد الشريعة الإسلامية في ذلك وفق اتجاه بعضهم^(١)، والاتجاه الغالب هو ما أكدته العديد من قرارات القضاء منها القرار الآتي الصادر عن محكمة تمييز العراق والذي أقر بأن اختلاف فصيلة الدم لا يُعدّ دليلاً في إثبات أو نفي النسب شرعاً وقانوناً على الرغم مما جاء في تقرير فحص الدم من نتيجة عدم مطابقة فصيلة دم الطفلة عن دم المدعى وتشابه دمها مع دم رجل كان قد عاشر مطلقة المدعى...^(٢)

كذلك الأمر فيما يتعلق بالعدة بجعلها واحدة من أهم الآثار غير المالية المترتبة على انحلال الزواج . ويُعدّ معرفة انقضائها من عدمه وإثبات ذلك ، واحداً من المسائل التي لا تقل في الأهمية عنها - التوقف وترتب العديد من الآثار عليها كالنفقة ، والرجعة ، وغير ذلك من الآثار - التي تتعدد وبالمقابل الوسائل المعتمدة لإثباتها من إقرار ويمين ، فضلاً عما يمكن أن يستخلص من وقائع دالة على انقضائها من عدمه ، متى قام النزاع بين الزوجين بحقها، ومن ذلك إقدام المطلقة رجعيّاً على الزواج ، إذا جعلها الفقه قرينة على انقضاء العدة متى كانت المدة تحتملها ، حتى لو أنكرت المرأة انقضاءها بعد ذلك مقيمين من هذه القرينة دليلاً على انقضائها غير قابل لإثبات العكس ولو بالإقرار اللاحق^(٣) .

ومن ثمة اتخذ البعض من الفقهاء من مدة العدة القرينة الشرعية - الأكثر أهمية من غيرها - للحكم بصحة العديد من المسائل كسقوط حق الرجل في الرجعة، إذا ما ادعت المرأة انقضاءها وكانت

(١) القرار ذو الرقم ١٥١ / الهيئة الموسعة الأولى / ٨٥/٦/٢٦ للاطلاع عليه انظر ، القاضي العاني - البحث القانوني في النسب ، ص ٦٣ هامش رقم ١ والاتجاه نفسه هو ما وجدناه في القرار ذو الرقم ٩٦ / موسعة ثانية / ٢٠٠٠ والصادر في ٢٩/٧/٢٠٠٠ غير منشور .

(٢) د. عباس العبودي ، شرح قانون الإثبات العراقي ، وبجته القانوني الخاص بالحجية القانونية لفحص الدم في إثبات قضايا النسب ، والمنشور في مجلة العدالة ، العدد الثاني ، ١٩٩٩ ، ص ٥٥ - ٥٦ .

(٣) محمد امين أبين عابدين ، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الإبصار في فقه الامام الاعظم ابي حنيفة، ج ٢، مطبعة السعادة، بلا سنة طبع، ص ٤٢٠ .

المدة تحتملها ، خلافاً لما إن كانت المدة لا تحتمل ذلك فيصدق الرجل في أنه له الحق بالرجعة لتصدق الظاهر له^(١).

الفرع الثاني

حجية اثر القرائن القانونية على قواعد الزواج والطلاق.

لم يغفل كل من الفقه والقانون التطرق إلى بيان مدى ما تتمتع به القرائن من حجية على الرغم من الاختلاف بينهما في صورة بيان ذلك وتنظيمه بين ما يمكن استخلاصه وكيان لموقف الفقه من التطبيقات الواردة فيه عن هذه الحجية التي تختلف باختلاف أنواع القرائن المعتمدة في الفقه والمتمثلة بالقرائن القانونية والقضائية واختلاف تقسيماتها من ناحية ، وما جاء منضماً كنصوص قانونية متضمنة لما يتعلق بالقرائن وأنواعها - القانونية وهي المقابلة للقرينة الشرعية والقضائية - وأحكامها التي تتباين بتباين نوعيها من ناحية أخرى.

فما تتمتع به القرينة الشرعية من حجية في إلزام القضاء بالعمل بها عند التحقق شروط الاستناد إليها والمستمدة من المصدر المستقاه والمستنبطة منه سواء من الكتاب أم السنة أم اجتهاد الفقهاء وما كان له الأثر في إدراجها المرتبة الأولى من بين القرائن المعتمد عليها في الشريعة ، بل وفي القانون أيضاً عند إعمالها في المسائل المتعلقة بالزواج والطلاق ، تختلف فيه عن تلك التي تتمتع بها القرائن القضائية من حجية غير ملزمة القضاء بسبب ما منحه القانون له من سلطة واسعة في تقدير حجيتها، وفي الأخذ بهذا الدليل أو ذلك لاستنباطها حسب قناعاته به واجتهاده الذي يختلف من قاض لآخر، وما كان له الأثر في تحديد حجيتها من ناحية وسعة نطاق إعمالها وعدم إمكانية حصر المسائل التي تعتمد عليها من الناحية الأخرى، فهي غير كافية لوحدها كدليل يحكم بمقتضاه مقرأ بحق أو مسقطاً إياه بل يجب أن يعزز بخيره من الأدلة كاليمين أو الإقرار والشهادة وغيرها^(٢)، وبما لا خلاف فيه من حكم خاص بهذا النوع بين المسائل المدنية^(٣)، والمسائل الشرعية المتعلقة بدعاوى الأحوال الشخصية وهو المستدل عليه من نص المادة ١١/٣ إثبات عراقي والمؤكد و تضمن الدليل على بيان حجية هذا النوع من أنواع القرائن وبما

(١) انور العمروسي، أصول المرافعات الشرعية، في مسائل الأحوال الشخصية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٣. ص ٥٥٢-٥٥٣.

(٢) محمد صادق بحر العلوم، دليل القضاء الشرعي، أصوله وفروعه، ج ٢ من القسم الأول في المرافعات الشرعية، مطبعة النجف، النجف، ١٩٥٧، ص ٣٩٥-٣٩٦.

(٣) احمد إبراهيم، طرق القضاء في الشريعة الإسلامية، المطبعة السلفية ومكتبتها، القاهرة، ١٣٤٧هـ، ص ٤٢٧.

يخص المسائل المتعلقة بدعوى الأحوال الشخصية القرار الآتي الصادر عن محكمة النقض المصرية حيث جاء فيه أنه "إذا كانت محكمة الموضوع قد عرضت المستندات المقدمة من الطاعنين وأحاطت بها ولم تر فيها دليلاً كاملاً على صحة الدعوى وكانت هذه المستندات لا تعدو أن تكون مجرد قرينة من القرائن القضائية التي يخضع تقديرها المطلق السلطان قاضي الموضوع لا تتريب على الحكم إذا هو طرحها لقصور دلالتها عن إفادة ثبوت النسب"^(١).

الذي نستخلص منه عدم كفاية هذا الدليل لوحده للحكم مهما بلغت قوته من ناحية وعلى سلطة القضاء التقديرية في الأخذ به من عدمه من الناحية الأخرى ، وهو ما نجده وكأفضل دليل على ذلك في القرينة التي يمكن استخلاصها من نتيجة فحص الدم ، على الرغم من انه لا يعتبر دليل كافي في الإثبات ولكنه يعتبر قرينة وبالتالي فإن تطابق الأنسجة عند النزاع بشأن صحة النسب فهي ومع كونها إحدى الوسائل الحديثة لإثبات النسب فضلاً عما تتمتع به نتائجها من قوة يكاد يشك بعدم صحتها فإنها لم تخرج وفي الوقت ذاته عن كونها قرينة قضائية خاضعة لتقدير القضاء في الأخذ بها من ناحية وبعدم كفايتها لوحدها في الإثبات كدليل مستقل من ناحية أخرى وفق ما أكدته القضاء في العديد من قراراتها منها القرار الآتي الصادر عن محكمة التمييز إن الاختلاف في فصيلة الدم لا يُعدّ دليلاً كافياً في إثبات النسب شرعاً وقانوناً^(٢) وأيضاً ما يستخلص من القرار الآتي وأن "على المحكمة إرسال المميز وأطراف الدعوى إلى مستشفى الكرامة ببغداد شعبة تطابق الأنسجة لإجراء الفحص وبيان الرأي بشأن فصيلة الدم وفحص التطابق النسيجي واعطاء الرأي بالبنوة ومن ثم إصدار حكمها في ضوء نتيجة الفحص الطبي وأدلة الإثبات الأخرى"^(٣) مقرأً باعتداده بأدلة الإثبات الأخرى.

فضلاً عن نتيجة الفحص وبموقفه من هذه القرينة التي أدرجوها وعلى الرغم من دقتها ضمن مصاف القرائن القضائية واعتدوا بها في إثبات النسب بفحص الدم لا في نفيه -على الرغم مما جاء من تأكيد على مدى دقة هذا الفحص في بيانه للاختلاف بين فصائل الدم وعدم تطابق الأنسجة - وهو ما أكدته القرار الآتي الصادر من محكمته التمييز العراقيه حيث جاء فيه " إذا كان التقرير الطبي الصادر من شعبة تطابق الأنسجة في المستشفى يشير إلى أن الصفات الوراثية للمدعية تشابه الصفات الوراثية للمدعى

(١) د. عصمت عبد المجيد ، علم أصول التفسير، مصدر السابق، ص ٢٥٥، ادم الندوي ، شرح قانون الإثبات، ص ٢١٣، مصدر سابق، ص ١٠٥.

(٢) القرار المرقم ٤٢١/٤٧/٩٧ في ١٩٩٩/٢/٢٢، ينظر القاضي العاني، البحث القانوني في النسب، ص ٦٩.

(٣) احمد إبراهيم، مصدر سابق، ص ٤٧٤-٤٧٥ د. د.

عليه ويمكن أن تكون باناً له وعززت ذلك بالبيئة الشخصية فيتعين القضاء بثبوت نسبها منه دون حاجة لتحليلها^(١).

أما نفي علة النسب وظهور النتيجة السلبية للفحص ومع أنها الأكثر دقة من النتيجة الإيجابية وأثرها في ثبوت النسب فلم نجد لها المكان في الأعمال والاعتداد تدرعاً بعدم وجوب مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية المتعلقة بالقاعدة الفقهية الخاصة بالنسب وأن الولد للفراش وللعاهر الحجر ورعاية للأنساب ومراعاة لمصلحة الولد أولاً وأخيراً وتطبيقاً. وفي الوقت ذاته لما منحه القانون للقضاء من سلطة واسعة في تقدير حجية القرينة القضائية والاعتداد بها من عدمه، لتتقدم بذلك أحكام الشريعة الإسلامية على ما في الحقائق العلمية من حقيقة وإن كانت أن تكون قاطعة^(٢).

أما موقف القضاء العراقي وحكمه بثبوت نسب الولد على الرغم من ظهور النتيجة السلبية سواء لفحص الدم أو تطابق الأنسجة ونفية لوجود العلاقة بينهما، وذلك لولادته لأكثر من مدة الحمل من طلاق الزوج لها لمدة أكثر من سنة من تاريخ الطلاق بالرغم من استعانة المحكمة بإحدى الطبيبات الاختصاصيات التي أوضحت أن أقصى مدة للحمل هي عشرة أشهر ويوم واحد فقط^(٣).

ومع كل هذه الأدلة على عدم ثبوت نسب هذا الطفل إلى الزوج فقد حكمت المحكمة بثبوت نسبة إلى المطلق متذرعة بتطبيق أحكام الشريعة في ذلك، وهو ما ينتقد من قيام العديد من القرائن المؤكدة على عدم صحة ثبوت النسب أهمها تحليل الدم وتطابق الأنسجة وما جاء في مدى دقته في إثبات النسب، فضلاً عن ما جاء بتقرير الطبيبة المختصة وبيانها لأقصى مدة الحمل وتجاوز ولادة الطفل لهذه المدة على الرغم من عدم اقرار المشرع العراقي لها ولبيانها فقد رجحت معظم التشريعات هذه المدة بمدة السنة أو التسعة أشهر لا أكثر والا فيجب الحكم بثبوت النسب أن يدعيه ويبدو أن المحكمة اعتمدت على ما جاء عن الطبيبة في أقصى مدة للحمل والمتمثلة بمدة السنتين داحضة لأي وسيلة تطور، والمراجع من الآراء وما يتفق مع المعقول في هذه المسألة متذرعه بعدم مخالفة أحكام الشريعة التي لا تجد فيها ومتى قامت العديد من القرائن القوية المخالفة التي تقتضي بعض ما يدل على عدم ثبوت نسب الطفل إلى الزوج وإلى

(١) حسن كيره ، المدخل الى القانون ، مصدر سابق ، ص ١٩٤ وحسين منصور ، نظرية القانون مصدر سابق ، ص ٢٨٨ ،

أبو السعود محمود زهران ، المدخل الى القانون ، مصدر سابق ، ص ١٦٦ .

(٢) البخاري، كتاب الفرائض، باب الولد للفراش، رقم ٦٧٤٩، مسلم كتاب الرضاع ،باب الولد للفراش، رقم ٣٦٨٦ ، ص ٦٩ .

(٣) د. جمعة سعدون العامري، المرشد الى اقامة الدعاوى الشرعية وتطبيقاتها العملية، مطبعة

الجاحظ، بغداد، ١٩٩٤، ص ١٤٢ .

تنسب العديد من الأولاد الرجال ليسوا بأبائهم، وهو وأن يبدو فيه التحقيق المصلحة الولد في ثبوت نسبه فهو يذكر وفي الوقت ذاته حق الرجل في عدم تنسب من هو ليس من صلبه وهو ما يجب أن يؤخذ أيضاً بعين الاعتبار وخاصة عندما تأتي الدلائل والقرائن المؤكدة عليه اما رأي السيد السستاني في اثبات النسب انه "لا عبره في اختبار الحمض النووي (DNA) في اثبات النسب البعيد فإن أقصى ما يمكن ان يدعي اثباته به هو النسب القريب من قبيل انتساب الولد الى والديه فيما اذا عُد طريقة علمية بينه لانتخلها الاجتهادات الشخصية مؤكدا بأنه لا يبلغ هذا المستوى في اثبات الانساب البعيدة".

هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فالشريعة الإسلامية ذاتها اعتمدت على العديد من الوسائل التي كانت تجد فيها. السبيل لما يرسلها إلى الحقيقة ، وما القرينه وغيرها من الوسائل إلا الدليل على ذلك ، ونقول وكما جاء عن بعضهم من أنه لا يبدو بعيداً عن أهل الشريعة إمكانية اعتمادهم على إجراء فحص الدم ، أو تطابق الأنسجة لو كان موجوداً في تلك المدة وفق ما أشار إليه بعضهم أيضاً وأخذ الفقهاء بالاعتماد على الفحص القريب من هذه الفحوصات وإن لم يسموها بهذا الاسم^(١) كدليل على عدم إغفالهم أو إمكانية إغفالهم الاستعانة بمثل هذه الوسائل هذا من جانب، ومن جانب آخر ولما يدعم هذه الدعوة هو اتجاه محكمة التمييز ذاتها في وجوب إعمال هذه الوسائل ونقض كل قرار لم يأخذ بها ومثاله في القرار الآتي الذي حكمت فيه بنقض القرار وإعادة الأوراق الى محكمة الموضوع لأنها لم تنتظر في الطلب المقدم إليها من وكيل المدعية الخاص بإجراء فحص الدم إنما اقتصر في حكمها على البيئة الشخصية ... إذ كان يجب إحالة المدعية والمدعى عليه إلى أحد المؤسسات الصحية لفحص الدم وغيرها من الفحوص المتعلقة بهذا الموضوع^(٢).

ومن كل ما تقدم يتبين في ان الحجة بين القرينة الشرعية وما تقابلها القرينة القانونية وبين القرينة القضائية التي ومهما بلغت الوقائع المستمدة منها لم تبلغ إلى الحد الذي يجعل منها دليلاً مستقلاً كافياً للحكم بموجبه خلافاً للقرائن الشرعية وحجيتها في الإلزام - بغض النظر عما اذا كانت قابلة لإثبات العكس كما في قرينة سكوت البكر أو قطعية غير قابلة لإثبات ذلك كقرينة الزوجية واعتبارها الأساس للحكم بثبوت نسب الولد إلى أبيه عند توافر شروط ذلك - مع ما جاء في الدليل على مدى ما تتمتع به هذه المسائل وأحكام الشريعة فيها من خصوصية مقيدة للقضاء في تطبيق بعض نصوص القانون عليها

(١) بديرة عبد المنعم حسونة، شرح قانون الإثبات السوداني وتطبيقاته القضائية، ط١، الرياض، ٢٠٠٠، ص ١٥٣.

(٢) القرار المرقم ٤٩٤٠ / شخصية/٨٧-٨٨ / محكمة التمييز في ٩/٦/١٩٨٨، منشور في مجموعة الاحكام العدلية، العدد الثاني، ١٩٨٨، ص ٧٩.

كنصوص قانون الإثبات كما بينا والتي لم يقتصر تقييد القضاء بها فقط وتجاه نصوص قانون الإثبات عند العمل على تطبيقها عليها ، بل تعداه أيضاً وبما يمثل إحدى نقاط التمييز والخصوصية بين المسائل المتعلقة بدعوى الأحوال الشخصية والمسائل المالية إلى ما يتعلق بالآثار المترتب على تطبيق نص المادة ١٠٢/ ثانياً إثبات عراقي والخاصة بتحديد نطاق أعمال القرائن القضائية بما يمكن - والحكم عام - إثباته بالشهادة وهي وإن كانت تجد لها في المسائل المالية المجال الأمثل لبيان ضعف حجية هذا الدليل القرائن القضائية بمساواته بالشهادة وبتحديد نطاق أعماله بالمسائل التي تثبت بها الشهادة إلا أن الأمر مختلف عند تطبيقها على السائل غير المالية لا في حدود نطاق الشهادة الواسع في هذه المسائل بوصفها إحدى أهم الوسائل المستند إليها في إثبات أغلب مسائلها خلافاً لما هو عليه في القانون فقط ، بل في الحجية أيضاً التي تتمتع بها الشهادة في إثبات المسائل غير المالية، خلافاً لحجية القرائن القضائية، ويعد ما أوردناه بشأن القرينة على الزوجية والمتمثلة بالمعاشرة خير دليل على ذلك في عدم المساواة بين القرينة القضائية والشهادة في هذه المسائل وما يعد الدليل الواضح على تباين الأثر المترتب على تطبيق أحكام قانون الإثبات في هذه النقطة وعند إعمال القرائن بين المسائل المالية وغير المالية ، وعلى كونه إحدى نقاط التمييز بينهما.

وعليه فالقرائن إما أن تأتي أقل قوة من الشهادة وسواها من طرق الإثبات أو أن تأتي أقوى منهما في هذه المسائل كقرينة بلوغ الفتاة أو الصبي، فمتى تأكدت هذه القرينة لا يمكن دحضها ولو أقر بعد ذلك بعدم بلوغها لظهور علاماته واضحة لا يمكن إنكارها وأيضاً ما جاء في اعتبار ولادة المطلقة المقررة بالقضاء عدتها الولد الأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار قرينة على كتبها في الإقرار، وعلى تقديم القرينة على الإقرار^(١) كدليل على أن من القرائن ما هو أكثر قوة من الإقرار والشهادة، وهو ما أكدته محكمة النقض المصرية في العديد من قراراتها. كما في القرار الآتي "القرائن منها ما هو أقوى من البيئة والإقرار وهما خبران يتطرق إليهما الكتب والصدق لأنه لما كانت القرينة القاطعة هي ما يستخلصه المشرع أو القاضي من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول، وهي إمارة ظاهرة تفيد العلم عن طريق الاستنتاج بما لا يقبل.

(١) احمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي مع بيان ما عليه العمل في محاكم الكويت، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٢، ص ٥٢٣.

شكا أو احتمالاً وهي بهذه المثابة تغني عن المشاهدة^(١)، مقراً بمدى حجية بعض القرائن التي قد تفوق الإقرار والشهادة .

استخلص مما تقدم ان القرينة لها أثر كبير في إثبات العديد من المسائل التي قد لا يكفي في إثباتها حتى أقوى الطرق ما لم تقم القرينة على صحة ذلك وأيضاً سعة نطاق أعمالها التي لا تكاد تخلو منه مسألة من المسائل ابتداء من المسائل المتعلقة بالزواج وإلى ما يتعلق بالحالة والآثار المترتبة على ذلك.

المطلب الثاني

آثار الافتراض القانوني كمرونة تشريعية على قواعد الزواج

الافتراض القانوني من المصطلحات المهمة التي تؤدي دوراً مهماً في فروع القانون كافة، ولا سيما فرع القانون الخاص، وبالتحديد ما يتعلق بالأحوال الشخصية، لأن المشرع لجأ إليها لتطوير القاعدة القانونية، لذا يضمن بعضهم أنه من المتيسر إدراك المقصود بالحيل القانونية نظراً لوضوح معالمها ظاهرياً وتجرده عن الغموض والشك مبدئياً، لكن هذا المفهوم يزول عند اعطاء مفهوم الحيل القانونية وبيان دوره في تطوير القاعدة القانونية بعدة مرونة التشريعية من المشرع في مثل هذه الحالات، ولا سيما في حالة انعدام النصوص التشريعية في إيضاح معناه، وإيراد تطبيقات للحيل القانونية في مسائل الأحوال الشخصية.

بناءً على ما تقدم، سنقسم هذا المطلب على فرعين، فأما الفرع الأول سيكون لدراسة أثر الافتراض القانوني كمرونة تشريعية في تطوير القاعدة القانونية، أما الفرع الثاني، سيخصص لدراسة تطبيقات الافتراض القانوني في مسائل الأحوال الشخصية.

الفرع الأول

أثر الافتراض القانوني كمرونة تشريعية في تطوير القاعدة القانونية للزواج وإثاره

قبل الدخول في اثر الحيل القانونية لابد من بيان تعريفها إذ، لا يوجد نص تشريعي في القانون المدني العراقي أو باقي القوانين الأخرى تعرف الحيل القانونية، إذ يُعدّ التعريف من مهمة وعمل الفقه واجتهاد القضاء، لكن نجد القانون المدني العراقي استعمل لفظ في مواضع عدة في غالبية نصوصه

(١) نقض صادر في ١٠/٥/١٩٧٨ محكمة النقض المصرية، انور طلبه، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية في ١٩٣١ حتى ١٩٨١، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، بلا سنة طبع، ص ٧٩.

كالمادة ٢/١٣٢ التي نصت على أن " ويفترض في كل التزام أن له سبباً مشروعاً ولو لم يذكر هذا السبب في العقد ما لم يقدّم الدليل على غير ذلك " تتحقق الصياغة الافتراضية بقيام الصائغ التشريعي بإيجاد وضعاً من الأوضاع يخالف الحقيقة ليصل من وراء ذلك لترتيب آثار قانونية معينة لا يمكن الوصول إليها إلا عن طريق هذه المخالفة^(١)، فتعرف الحيل القانونية بأنها افتراض أمر مخالف للحقيقة والواقع للتوصل إلى تغيير أحكام القانون من دون التعرض إلى نصوصه^(٢). فالصائغ التشريعي يلجأ إلى هذا النوع من الصياغة التشريعية عندما يريد أن يلحق في الحكم شيئاً بشيء آخر مناقض له^(٣).

لكن يجب على الصائغ التشريعي في هذا النوع من الصياغة أن يكون أكثر حذراً وإن لا يتوسع في مجال الصياغة الافتراضية ويقتصر استعمالها في حالات معينة وعند الضرورة وتحقيقاً لغاية معينة لا تتحقق إلا بهذا الأسلوب الافتراضي عندما تعجز وسائل الصياغة التشريعية الأخرى عن إدراك هذه الغاية لما فيها من مخالفة للواقع، إذ لا بد من أن تكون الغاية المصاغة واضحة من الأسلوب والتعبير حتى يكون التفسير ضيقاً في مجال النص^(٤). وهناك من عرف الحيل القانونية بأنها " وسيلة عقلية لازمة لتطور القانون يقوم على أساس افتراض أمر مخالف للواقع يترتب عليه التغيير في حكم القانون من دون التغيير في نصه"^(٥).

وعرفت أيضاً بأنها " الاستناد إلى واقعة قانونية حتى ينطبق القانون على حالة لا ينطبق عليها القانون من قبل"^(٦) وعرفها آخر بأنها " الباس الخيال ثوب الحقيقة والواقع لتحقيق أثر قانوني معين ما كان ليتحقق لو لا هذا الافتراض الكاذب"^(٧).

فالافتراض كأنه يقوم على تشوية الحقائق، ويجعل النتائج مترتبة على مقدمات لا شيء وإنما المشرع إرادة له لذلك^(٨) ويمكن تعريف الحيل القانونية بأنها " وسيلة قانونية تسعى إلى توسيع القاعدة القانونية أو انشائها أو تبريرها التي تكمن في روح النصوص القانونية من دون أن تمس الفاظها".

(١) د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص ٢٥٢. ود. رمضان أبو السعود، مصدر سابق، ص ١٢١.

(٢) د. هاشم حافظ ود. آدم وهيب النداوي، تاريخ القانون، ط ٢، الناشر العاتك، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ٥٥.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، أحمد حشمت أبو ستيت، مصدر سابق، ص ٧٨.

(٤) د. عصمت عبد المجيد، مشكلات التشريع، مصدر سابق، ص ١٩٠.

(٥) د. عبد الناصر توفيق، الوجيز في تاريخ القانون، ج ١، بلا مكان نشر، ١٩٧٠، ص ١٧٨.

(٦) د. عكاشة محمد عبد العال، ود. طارق المجذوب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ٢٠٠٦، ص ٦٥٠.

(٧) د. منصور مصطفى منصور، المدخل للعلوم القانونية، ط ٤، بلا مكان نشر، ١٩٧٠، ص ٢٢.

(٨) د. ياسر باسم ذنون، نظرية الرجحان وتطبيقاتها في إدالة الإثبات المدني، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١٣، ص ١٣٤.

اما اثر الافتراض القانوني فهو يعني إن القواعد القانونية القائمة تعجز عن حكم العلاقات الجديدة وإعطائها الحل المناسب وعندئذ تظهر الحاجة إلى ما يسمى بالاقتصاد القانوني فكما هو الحال في أن الاقتصاد السياسي يسد حاجتنا المتعددة بموارد محدودة، فإن الاقتصاد القانوني هو الآخر يمدنا بالوسائل التي تساعدنا على استنباط الاحكام القانونية الجديدة لحكم العلاقات الاجتماعية الجديدة من القواعد والمبادئ القانونية المحدودة والقائمة أصلاً، فعندما يقوم القاضي بتطبيق النص الذي افترض فيه المشرع الحل لواقعة معينة، أو قد يكون الحل ليس لوقائع معينة بحد ذاتها بل مفترضة من الممكن أن تقع تلبية للاقتصاد القانوني في القواعد القانونية، فالافتراض وسيلة يستعملها القاضي في إنشاء القاعدة القانونية^(١) ونتيجة لذلك الافتراض تنشأ قاعدة قانونية جديدة وبما إن الافتراض كما بينا انفا هو إعطاء وضع من الأوضاع حكماً يخالف حقيقة من حقائق الطبيعة للتوصل إلى إحداث أثر قانوني لا يمكن ترتيبه لولا استعارة ذلك الوضع غير الحقيقي، من هذا فأن هناك من القواعد قد أسست على مخالفة الواقع وبذلك دخل الافتراض في مضمون هذه القواعد القانونية وفي مادتها من دون المساس في صياغة القاعدة لذا فإن هناك قواعد قانونية انبثقت من الافتراض، فهنا الافتراض يؤدي إلى خلق قواعد قانونية جديدة تحت ستار القواعد القائمة من دون أن يمس بشكلية هذه القواعد ، ومن ثم يرى ان الافتراض هنا معناه يقوم بإنشاء قاعدة قانونية جديدة ولكنه يعتمد على قاعدة أخرى. موجودة من قبل وهذا يعني لابد من وجود مبنى بواسطة تنشأ قاعدة أخرى من دون أن يتعدى إلى شكل القاعدة القانونية^(٢).

وبذلك يكون الافتراض هو المنشأ للقاعدة القانونية الجديدة لولاها لما توصلنا إلى هذه القاعدة فدور الافتراض القانوني يساهم في بناء النظام القانوني فالافتراض يمكن ان نطلق عليه المنشأ للقاعدة القانونية الجديدة كما يسميه بعض الفقه ، ومن الفقه من يقول بأن الافتراض هو مجرد وسيلة بيد من يطبق القانون وهو القاضي يستعمله حينما يعوزه السند المنطقي بحكم المسألة الجديدة^(٣).

من هنا ينبغي لنا بالقول إن القاضي حينما يريد ان يطبق قاعدة قانونية على واقعة معينة مفترضة لم تكن بلحاظها من منطوق النص بالتأكيد أن هذه الواقعة قد تتصف بالمرونة إذا كانت نابعة

(١) د. عكاشة محمد عبد العال، ود. طارق المجذوب، المصدر السابق، ص ٦٤٨.

(٢) السيد عبد الحميدة فودة، الافتراض القانوني بين النظرية والتطبيق، دار افكر الجامي، الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص ٤٤.

(٣) ياسر باسم ذنون، وجوبتار عبدالله المصطفى، الافتراض القانوني في قانون المرافعات ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، تصدرها كلية الحقوق، جامعة الموصل، المجلد ١٢، العدد ٤٥، ٢٠١٠، ص ٣٣.

من ظروف الحياة الفعلية ، فالقواعد والمبادئ التي يضعها القضاء تتسم بالواقعية فهي قريبة من الحياة العملية^(١).

لذا فإن القاضي حينما يطبق القاعدة المتضمنة للافتراض يتمتع بسلطته التقديرية ، فالقضاء يُعدّ مصدرا من مصادر القاعدة القانونية لأن الواقع يكشف عن وجود الكثير من القواعد القضائية ، بمناسبة قيام القاضي بتفسير القانون^(٢)، فعلى القاضي أن يلم بكل ظروف الواقعة، أو على الأقل الضرورية منها لا عطائها الحل المناسب، وإن هذا الإلمام لا يكون إلا عن طريق فهم المشرع للنص القانوني والسبب في ذلك أن فاعلية الفهم للنص القانوني الاجتماعي لها آثار قانونية تتمثل في إلزام المشرع المحاكم في وجوب مراعاة الارتكاز الاجتماعي في قراءة النص القانوني والالتزام القانوني من المشرع جاء بصورة صريحة وضمنية^(٣) ومن ثم يجب إلا يكتفي بالظاهر من الأمور ولكن ينبغي عليه أن يتعمق ويدقق فيما يعرض عليه .

لذا فإن عمل القاضي ليس مجرد تطبيق حرفي لنصوص القانون بل إنه قضاء انشائي يبتدع الحلول العادلة لحسم النزاع ، أي يقوم بالبحث والتأصيل والملائمة بين النص والواقعة^(٤) .

ومن ثمة فإن القاضي عند تطبيقه للقاعدة القانونية على هذه الواقعة المعروضة أمامه قد ينشأ قاعدة قانونية جديدة بطريق الافتراض بمعنى أن يصبح للقضاء دورا انشائيا بافتراض وقوع بعض الحالات ، فالافتراض يُعدّ بمثابة القاعدة القانونية ومضمونها أي بمعنى أن المشرع هو الذي يقوم بالافتراض القانوني وليس القاضي فهو الذي يمنح الافتراض ، كذلك الحال عن طريق الافتراض تفسر القاعدة القانونية واعطائها مبرزا لوجودها واساسا تبنى عليها ، فيقوم الافتراض باكمال النقص التشريعي للقاعدة ويقوم بتوسيعها وهذا كله يكون عن طريق تفسير القاعدة القانونية.

بعد أن بينا دور الافتراض في إنشاء القاعدة القانونية فإن الافتراض لا ينتهي دوره إلى هذه الحد بل هو يرافق القاعدة القانونية بكل مراحلها بكونه وسيلة صياغة معنوية، كما أن للافتراض أثر أيضا ، في تفسير القاعدة القانونية ، فالأخيرة موجودة لكنها تحتاج الى التفسير ومادامت تلك القاعدة عامة مجردة

(١) توفيق حسن فرج وآخرون، نظرية القانون، مصدر سابق، ص ٢٣٣.

(٢) عصمت عبد المجيد، اصول تفسير القانون، مصدر سابق، ص ١٥.

(٣) د. صفاء متعب الخزاعي، الفهم الاجتماعي للنص القانوني، مصدر سابق ، ص ٤ .

(٤) حسن علي ذنون، مصدر سابق، ص ٢٥٤.

فانها بحاجة الى التفسير كي تصبح النصوص صالحة للتطبيق، فضلا عن ذلك أن التفسير يشمل العمليات جميعها التي تلزم لجعل القوانين صالحة للتطبيق على الحالات الخاصة^(١).

ذلك لان المشرع يستحيل عليه ان يضع حلا لكل مسألة تطرأ على ساحة المجتمع لانه لا يشرع طريقة الحلول الخاصة بل على طريق الحلول العامة وبما ان هذه الحلول العامة يكتنفها الغموض كما نوهنا لذا فانها بحاجة الى التفسير وهو أمر لا يمكن استبعاده^(٢).

ان دور الافتراض قد يتجسد في تفسير القاعدة القانونية فالافتراض المفسر للقاعدة القانونية يكون من صنع الفقهاء غالبا فالفقه لما يقوم به من ارجاع القاعدة الى اصولها فالنص وان كان سليما وغير غامضا او مبهما فان النص الواضح يحتاج الى تحديد معناه المعرفة مدى انطباقه وشروط تطبيقه وتحديد نطاقه فالافتراض يقوم بدور تفسيري للقاعدة القانونية لكنه قد يكون خلسة غير ظاهر للفن القانوني وهذا ما يفهم بما يقوم في توسيع القاعدة القانونية فهذا لا يكون الا عن طريق تفسيرها ، وعليه فأن توسيع القاعدة القانونية يدخل في التفسير لان التفسير له غرض ليس فقط يلحق النص الغامض بل الواضح أيضا فيقوم الافتراض التفسيري للقاعدة القانونية بالتوسيع واستكمال ما نقص منها من احكام كي تلملم الوقائع الجديدة ، فبطريق التفسير يمكن تضيق القاعدة وتوسيعها^(٣).

والحقيقة أن للافتراض القانوني دورا يذكر في تفسير القاعدة القانونية فعندما يعجز الفكر القانوني من اعطاء تبرير تقوم عليها القاعدة القانونية فتلجأ هنا إلى الافتراض فيفسر ذلك أن هذا ما هو الا افتراض افترضه المشرع ، وبالتأكيد ليس كل ذلك بل حينما تكون هذه القاعدة القانونية تخالف الحقيقة الطبيعية وعليه فقد استعملها الفقهاء والقضاة القائلون على تفسير القانون وتطبيقه على حد سواء^(٤) .

فبالافتراض تتعدل شروط تطبيق القاعدة القانونية ، مما يؤدي إلى توسيع نطاق تطبيقها أو قد يكون التوسيع في الآثار المترتبة على تطبيق القاعدة القانونية ، ومنه نتوصل إلى توسيع مفهوم القواعد والنظم القانونية الداخلة في صياغة القاعدة القانونية، ومن هنا فالافتراض القانوني وسيلة تستعمل في توسيع نطاق القاعدة القانونية وذلك بتوسيع الأرضية التي تطبق فيها القاعدة القانونية.

(١) عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، القانون وفقاً للقانون الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، مصدر سابق ، ص ٥١١.

(٢) اسماعيل نامق حسين، العدالة واثرها في القاعدة القانونية، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١١، ص ١٨٠.

(٣) توفيق حسن فرج واخرون، نظرية القانون، مصدر سابق ، ١٩٩٦، ص ٢٨٢.

(٤) د. عكاشة محمد عبد العال، ود. طارق المجنوب، مصدر سابق، ص ٦٥٠.

ويشير بعض الفقه إلى أنه ينبغي أن يفسر الافتراض القانوني تفسيراً واسعاً وبهذا المبدأ من التفسير ونقصد التفسير الواسع منها وسائله المستعملة هي القياس والاستقراء المقترن بالاستنتاج والتوسع في المفهوم، والتي تهمنا من هذه الوسائل في مدار بحثنا هو مدى توسيع مفهوم النص بأجراء الافتراض للحالات الأخرى لأنها تصبح بنفس الطبيعة نتيجة لمخالفة الحقيقة وطبيعة الأشياء ومن ثمة يرى الفقه مصرحاً برأيه بالقول أننا مادامنا نؤمن بأهمية الافتراض وضرورته العملية أن تتحقق الغاية منه بصورة كاملة، وكل ما في الأمر أن المشرع قدم إليه ثوب الافتراض لتيسير تطبيقه العملي ففي هذه الحالة فإنه يجب أن يفسر تفسيراً واسعاً بحيث يؤدي إلى توسيع نطاق تطبيقه إلى أبعد حد أما إذا كانت الحالة تتمثل في حل تحكيمي يفرضه المشرع ، فينبغي أن يفسر الافتراض تفسيراً ضيقاً ، ومع ذلك نلاحظ مع بعض الفقه أن هذا المعيار الذي استند إليه من الصعب الوقوف عليه في كثير من الحالات خاصة بعد أن اعتبرنا الافتراض بأنه وسيلة استثنائية دعت إليها الضرورة^(١) .

إلى جانب هذا الرأي فقد ذهب بعض الفقه بالقول ينبغي ضرورة تفسير الافتراض تفسيراً ضيقاً في كل الأحوال وفي حدود الغرض الذي انشأ من أجله فإذا كانت الضرورات العملية هي التي دعت إلى الأخذ به فإن الضرورة تقدر بقدرها وعليه فإنه يجب الوقوف على هذا الغرض ، وأما النتائج الأخرى التي يؤدي إليها الافتراض فلا يجوز الأخذ بها بل يجب الرجوع إلى الحقيقة في شأنها ، وقد نال هذا الرأي الغلبة من أقوال الفقه^(٢) .

الفرع الثاني

تطبيقات الافتراض القانوني في مسائل الأحوال الشخصية

في هذا الفرع سندرس تطبيقات الحيل القانونية في الأحوال الشخصية على النحو الآتي:

أولاً- الضم:-

ان عملية الضم وحسب القانون هي وضع طفل من دون نسب معين تحت رعاية وحضانة شخص أو عائلة من دون ان يترتب على ذلك تغيير في نسب الطفل او حقوقه القانونية و يحدث ذلك في التبني وبمعنى اخر ان ضم طفل لدى شخص معين يتولى رعايته وتربيته ولكن من دون المساس

(١) ابو زيد عبد الباقي مصطفى، الافتراض ودوره في تطور القانون، مطبعة دار التأليف، بلا مكان نشر، ١٩٨٠، ص ١١٦.

(٢) السيد عبد الحميد فودة، مصدر سابق، ص ١٥٧. ابو زيد عبد الباقي مصطفى، المصدر نفسه، ص ١١٧.

بنسبة الاصيلي اي يبقى الطفل محتفظا بنسبة الاصيلي وحقوقه الشرعية^(١) وهذا ما نبجته في اول تطبيق للحيل القانونية في قانون الاحوال الشخصية واثر المرونة التشريعية فيه بعدها من طرق الصياغة المعنوية التي تقوم على ذهنية المشرع وفهمه للنص الاجتماعي القانوني لكي يتناسب مع كل الوقائع المستجدة والمستحدثة عند صياغته للنصوص القانونية وقد نظم القانون العراقي وعد عملية ضم طفل الى عائلة نسبية واسماها (الكفالة) واهتم اهتمام دقيق فيها وذلك من اجل ضمان حقوق الطفل إذ نظمها في نصوص قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته في المواد التي تنظم الحضانة والولاية على القاصرين وكيفية تنظيم ورعاية الاطفال المكفولين وعدم المساس بنسبه الاصيلي ومن ثمة نجد ان المشرع العراقي فرق وميز بين (الكفالة) وبين (التبني) وعلى الرغم من ان القانون يعد التبني محرم شرعا ويترتب عليه تغيير النسب بينما الكفالة لا تغيير نسب الطفل وتنظم الكفالة وفق نصوص قانونية محددة ضمن قانون الاحوال الشخصية في المواد الخاصة التي تتعلق بالحضانة والرعاية فقد جاء في نص المادة (٢٧) من قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ فيما يتعلق بتنظيم موضوع الكفالة وتوضح واجبات الكفيل تجاه المكفول . حيث جاء فيها (ولي الصغير هو ابوه ثم المحكمه) ومن ثمة هناك قواعد قانونية اخرى أدى الافتراض فيها دورا في انشاءها التي منها القواعد الخاصة بالتبني^(٢)، وعلى الرغم من انه محرم ولم تأخذ به القوانين العراقية ولكن سنشير اليه للمقارنة بينه وبين الضم او (الكفالة) اشاره بسيطة لإيصال فكرة الحيل القانونية واثر المرونة التشريعية فيها بوجه ادق وواضح. فعن طريق التبني تنشأ قواعد قانونية هي مخالفة للحقيقة الطبيعية وتنشأ نسب افتراضي لا يُعدّ إلى الحقيقة بصلة كانت^(٣). ومع ذلك فهو يرتب آثار البنوة جميعها من حقوق وواجبات كحرمة الزواج

(١) د. محمود علي السرطاوي ، شرح قانون الاحوال الشخصية، مصدر سابق ، ص ٣٤٩ ومابعداها . ود. احمد

الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية ، ج٢، مصدر سابق، ص ١٣٦ ومابعداها .

(٢) لقد مقت الإسلام التبني بدلالة الآية القرآنية الكريمة ما كان محمد أبا أحد من رجالكم ولكن رسول الله وخاتم النبيين وكان الله كل شيء عليما سورة الاحزاب الآية ٤٠، ويجدر أن الإسلام عالج واقع اليتيم وكفالاته ولكن ليس هذا هو التبني ، لأن الأسرة التي تضم هؤلاء الأيتام لا تعتبرهم منها لحما ودماء ولا نسيا وقرابة، وليس لهم حقوق الأبناء في حكم الشرع كما قال تعالى " ويسألونك عن اليتامى قل إصلاح لهم خير وإن تخالطوهم فإخوانكم والله يعلم المفسد من المصلح " الآية ٢٢٠ / سورة البقرة.

(٣) أن التبني سلوك مخالف للفطرة والواقع، ذلك لأنه افتراء على الحقيقة، فالأبوة والأمومة ليست الفاظاً تردد، ولا عقداً يعقد، بل هي ارتباط لحم ودم، وحنان وجودة، وشفقة جبلية وعاطفة فطرية غير مكتسبة، وإن الارتباط الحقيقي العضوي الطبيعي لا يمكن أن يصنع، كما لا يمكن للارتباط الصناعي القائم على عرف وعادة أن يساوي الارتباط الطبيعي أو ينافسه أو يزاحمه لأن التبني ثمرة الأفواء والألفاظ لا ثمرة القلب واللحم والدم ، كما الإسلام خص أفراد الأسرة بحقوق أدبية

واستحقاق الميراث والنفقة ، كذلك الحال في التجنس^(١)، فهو يفترض أن الاجنبي يصبح وطنيا عند توفر شروط معينة^(٢)، كذلك قواعد الضم^(٣).

من هذا فأن للاقتراض دور في بناء القاعدة القانونية فهو يؤدي إلى إنشاء قواعد قانونية جديدة ويساهم في البناء القانوني للقاعدة القانونية . ذلك لان المشرع يقوم بملائمة المعطيات الاجتماعية التي تحدد أبعاد القواعد القانونية التي يريد أن يضعها وهذا ما يسمى بالسياسة القانونية ، التي تبين الغايات التي يريد التشريع أن يحققها ويكون ذلك في بعض الاحيان بطريق الافتراض . فالافتراض في جوهره حينما انطوى على مخالفة الحقيقة الطبيعية ومن هذا يقوم بتكوين قاعدة قانونية عند مخالفتها لهذه الحقيقة .

ومن هذا نجد أن القاعدة التي تقر تصحيح نسب الابن غير الشرعي وتجعله نسيا شرعيا وذلك عند زواج والديه زواجا لاحقا على حصول الولادة، أن هذه القاعدة تخالف الحقيقة الواقعية من حيث إنها تجعل الابن غير شرعي ابن شرعيا^(٤).

ومادية، ومن هذه الحقوق الحضانة والنفقة والميراث، وهذا الأخير لا يثبت بأنساب رائقة وأسباب مصطنعة هي في حقيقتها = ضد الطبيعة البشرية والمشاعر القطرية للتفصيل ينظر في ذلك .. حسن عبد الغني أبو عدة حكم التبني في الإسلام - مقال منشور ومتاح على شبكة الانترنت في موقع الملتقى الفقهي وعلى الموقع الالكتروني الآتي: <http://figh.islammessage.com> .

(١) ينظر المادة ٤ وما بعدها من قانون الجنسية العراقي رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ والخاصة بأحكام التجنس بالجنسية العراقية.

(٢) د. عباس العبودي - شرح احكام قانون الجنسية العراقية رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ والموطن ومركز الاجانب - مكتبة السنهوري - بغداد - ٢٠١٢ ، ص ٩٢.

(٣) نصت المادة ٣٩ من قانون رعاية الأحداث العراقي رقم ٧٦ لسنة ١٩٨٣م المعدل على انه " للزوجين أن يتقدما بطلب مشترك إلى محكمة الاحداث العم صغير يتيم الأبوين أو مجهول النسب اليهما، وعلى محكمة الاحداث قبل ان تصدر قرارها بالضم أن تتحقق من أن مطالبي الضم عراقيان ومعروفان بحسن السيرة وعاقلان وسالمان من الأمراض المعدية وقادران على اعالة الصغير وتربيته وأن يتوفر فيهما حسن النية " ، وينظر أيضا المواد التي تلي المادة من ٤٠ الى ٤٥ من نفس القانون والخاصة بضم الصغير، يتضح من نصوص هذه المواد ان يحصل ضم صغير إلى عائلة معينة بعد توفر الشروط، ويحدث نسب اقتراضي للطفل إلى هذه العائلة وبناء على هذا الضم تنشأ قواعد قانونية خاصة بنفقتة على هذه الأسرة والإيضاء له .

(٤) ان وجود طفل خارج نطاق الزوجية أمر موجود في كل مكان وزمان وفي كل المجتمعات الإسلامية وغير الإسلامية لان هذه الحالة كانت موجودة وستبقى ما بقي الانسان على وجه الأرض وذلك لضعف الانسان امام الغرائز وفساد الذم ، ومع ذلك لم نجد لها تنظيم على صعيد التشريع وقد تركت هذه الحالة بيان الرأي فيها إلى مذاهب الفقه الإسلامي وقد ظهرت هناك ثلاث اراء بهذا الصدد الأول : عنها وقد تبناه الفقه الشافعي والمالكي والحنفي إلى أن ابن الزنا لا ينسب إلى

كذلك تخالف الحقيقة الطبيعية التي تصرح بأن المقصود بالابن الشرعي هو الابن الذي ولد من زواج صحيح فالافتراض في هذا المثال بعد القاعدة ذاتها وتطبيق ذلك فانه لا يمكن إذن استبداله بوسيلة أخرى تحل محله وتعطي النتيجة نفسها لأن الافتراض هنا داخل في القاعدة نفسها، وبعبارة أخرى هو القاعدة القانونية بحد ذاتها بحيث إذا تخلف اختفت القاعدة، وعليه فإنه يتعلق بالمادة الأولية للقاعدة القانونية لا بمجرد الشكل الذي تظهر فيه فهنا الافتراض يتعلق بالسياسة التشريعية من دون الصياغة الفنية ، فالأولى تفترض دراسة الواقع الاقتصادي والاجتماعي والثقافي والسياسي في المجتمع ومن ثم تحديد غاية معينة يراد تحقيقها ، أو تقوم بتحديد ما يراد تغييره أو تنظيمه بواسطة القانون، فالسياسة التشريعية تتعلق بصلب القانون كذلك الافتراض فهو يكون القاعدة القانونية بحد ذاتها أو يدخل في تكوينها^(١).

ثانياً- ملكية التركة:-

من القواعد المقررة في الفقه الإسلامي أنه " لا تركه إلا بعد سداد الديون " . وتطبيق هذه القاعدة يؤدي إلى أن ملكية التركة لا تنتقل إلى الورثة إلا بعد سداد الديون . وبذلك يتمتع على الورثة التصرف في أموال التركة لحين سداد ديونها. وفي الوقت نفسه فقد زالت ملكية المالك للأموال التركة بوفاته ،

الزاني ولو ادعاء ابن رشد القرطبي المرجع السابق - ج ١ ص ٢٦٨. الام - الشافعي ج المصدر السابق من ١٩٨، ابن قدامة المغني - ج - المرجع السابق - ص ٢٢٨ هذا الرأي ذهب اليه جمهور فقهاء المسلمين استدلالاً بحديث الرسول صلى الله عليه وعلى آله وسلم " الولد للفراش وللغاهر الحجر صحيح مسلم - المصدر السابق باب الولد للفراش، وتوقى الشبهات - رقم الحديث ١٤٥٨ - من ٧٠٣، وأما دليلهم العقلي قولهم أن ماء الزنا هدر لا حرمة له فلا يترتب عليه أي اثر .

الرأي الثاني يذهب إلى أن نسب الطفل يلحق بالزاني اذا تزوج الزاني بالزانية وادعى أن الطفل منه وليس من الزني النشر الصلاح بين الناس وسترا الأعراض واستدلوا في ذلك على قياس ماء الزنا على الشبهة فأن يكون نسب الولد منه ، وهذا رأي ابو حنيفة وابن تيمية ، وأما الرأي الثالث يذهب إلى أن نسب الطفل يلحق بالزاني اذا ادعاء بشرط أن لا تكون فراشا الأحد وإقامة الحد على الزاني ، وقد رجح الرأي الثاني بأنه ينسب إلى الزاني اذا الدعاء ولم يقر انه من الزنا تسترا عليها فإن الحمل وإن كان من الزنا الا الله يعامل معاملة الحمل الشرعي فيما يتعلق بأحكام الدنيا وعملاً بالظاهر ابن قدامة - المغني - المصدر السابق - ج- ص ٢٢٨. وينظر ايضاً في تفصيل ذلك : سر كول مصطفى احمد البصمة الوراثية وحجيتها في اثبات النسب - دار الكتب القانونية - مصر - ٢٠١٠ - من ٦٥-٧٠، فهذا يتضح ان الافتراض في النسب افترض نسب الطفل الناتج من هذه العلاقة الغير شرعية بأنه ابن شرعي بالزواج اللاحق لوالديه ، فالنسب هذا افتراضي وليس حقيقي ويؤدي في نفس الوقت إلى انشاء قاعدة قانونية تتعلق بالنسب وترتب جميع الآثار المترتبة على البنوة من ميراث ونفقة وحضانة ورضاعة .

(١) منذر الشاوي، فلسفة القانون، مطبوعات المجمع العلمي العراقي، بغداد، ١٩٩٤، ص ٢١٩.

فلمن تكون ملكية التركة في المدة ما بين وفاة المورث وتسديد الديون ؟ والحقيقة انها ليس لدينا مالك في تلك المدة ويترتب على ذلك أنها تكون سائبة . ولتقادي تلك النتيجة لجا الفقهاء إلى الحيلة بفرض أن المورث حي حتى تسديد ديونه ، ويترتب على ذلك أنه يظل مالكا حكما الأموال التركة حتى تسديد ديونها ، ومن ثم لا تكون التركة سالبة ، وفي الوقت نفسه لا يستطيع الورثة التصرف في أموال التركة قبل الوفاء بدينها لأنها لم تصبح بعد مملوكة لهم ^(١).

فلم يبقى إلا القول بأشغال ذمة الورثة في حدود ما يتركه الميت، فإذا مات شخص ولم يترك مالا أو كفيلا سقط دينه، وليس لدائني التركة أن ينفذوا على أموال الوارث الشخصية، حتى يضار في ماله الخاص من غير التزام وأما اذا مات وترك مالا ، أو كفيلا فلا تسقط ديونه ، لان الورثة يرثون التركة وما تعلق بها من حقوق في حدود ماتقي به، فتظل الديون متعلقة بما ترك من مال ، أو متعلقة بذمة الكفيل ولهذا فإنها توفي من المال المتروك ، أو تطلب من الكفيل، وأما الديون وسائر الالتزامات التي تعهد بها الشخص حال حياته فأنها تبقى على تركته ان كان له تركة ^(٢).

يتضح مما تقدم إن الديون تظل معلقة بما يتركه الميت، ولا تتعلق بذمته لان بالموت تضعف ذمته و فلم يبقى إلا أن تتعلق بتركته ، الا ان ذمته تبقى مع ذلك افتراضا وبما تقتضيها الضرورة لافتراض الذمة ، أو وجودها في الشخص أمر لا مندوحة عنه وهو أمر تقتضيه استقامة الأحكام ويتطلبها تخريجها وتأصيلها، فبواسطة هذا الافتراض يستطيع الإنسان أن يوسع من دائرة معاملاته إلى ما لاحد له، إذ الذمة تقبل ان تشغل بالديون والحقوق الى ما لاحد له وتكون يد الإنسان حرة يتصرف فيها كيف يشاء على الرغم من ديونه لأنها شغلت ذمته ولم تتعلق بعين من أعيان ماله، ولولا افتراض الذمة لتعين أن نعد الديون متعلقة بعين أمواله و ثروته فتشل حركته ولا يكون حر التصرف في أمواله.

ثالثاً: توريث الحمل :-

القاعدة العامة في الفقه الإسلامي أن الشخصية القانونية تبدأ بولادة الإنسان حيا . ولعل تطبيق هذه القاعدة - على ما هي عليه في ظاهرها - من شأنه أن يرتب حرمان الجنين من الإرث لأنه لم يكن مولودا وقت وفاة مورثه ، وهي نتيجة سوف يترتب عليها الإجحاف بحقوق هذا الجنين حينما يولد . ومن

(١) د. صوفي ابو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار النهضة العربية، ١٩٩٢، ص ٢٣٤.

(٢) شامل رشيد الشخلي، احكام المفقود بين الشريعة والقانون، بحث منشور في مجلة القضاء ، تصدرها نقابة المحامين العراقيين، العددان الأول والثاني، السنة الواحد والثلاثون، ١٩٧٦، ص ١٤٥.

ثم قرر البعض من الفقهاء ، حتى يمكن تقادي هذه النتيجة ، حيلة مفادها عد الجنين شخصا حيا قبل ولادته إذا توفى المورث أثناء حملها ومن ثم يستحق نصيبه في التركة^(١).

رابعاً - ميراث المفقود :-

القاعدة في الشريعة الإسلامية - كما هو في القوانين الحديثة - هي أن الميراث خاص بتركة المتوفى. ولكن قد تحيط بالشخص ظروف معينة لا يعرف معها على وجه اليقين ما إذا كان حيا أو ميتا، ويسمى لذلك بالمفقود . فإذا انتظرنا إلى أن يتبين وضع هذا الشخص من الحياة أو الموت مهما طال الزمن فإن ذلك قد يضر بمصالح من لهم الحق في ميراثه ، لذلك لجأ الفقهاء إلى افتراض موته إذا مضت مدة زمنية معينة ، وتعد المفقود على هذا النحو مورثا حكما كالميت حقيقة ، ومن ثمة توزع أمواله على ورثته^(٢).

إذا حكم القاضي بموت المفقود افتراضا بمضي المدة، فإن وفاته تكون من حين حكم القاضي لا من حين فقدانه و تركته تقسم بين وارثيه الموجودين منهم وقت الحكم من دون من مات منهم قبل ذلك وإن كان موجودا قبل الفقدان، لأن شرط استحقاق الميراث يتحقق في الموجودين وليس من سبق موته على هذا التاريخ^(٣).

أما الأموال التي يمكن أن يرثها من غيره أو يستحقها بموجب وصية أو هبة فإن المفقود يعد ميتا من تاريخ فقدانه فلا يرث نصيبه الذي أوقف له من قبل تركة مورثه ولا ما يستحقه من وصية ، أو هبة ويتم ردها إلى مستحقيها من ورثة المورث الأصلي و ذلك لأن الشخص المحكوم بموته يعد بالنسبة لميراثه من غيره ميتا من تاريخ فقدانه فلا تدخل تلك الأموال ضمن التركة^(٤)، جدير بالذكر في هذا المقام أن نبين الآثار المترتبة على أموال المفقود إذا ظهر حيا بعد أن صدر الحكم بوفاته:

ف نجد إن الفقهاء المسلمين لم يكونوا على رأي واحد من هذه المسألة ، فقد ذهب فقهاء الحنفية والمالكية بالقول إنه إذا ظهر المفقود حيا بعد الحكم بموته فإن كان حضوره قبل تقسيم أمواله ونصيبه الموقوف ارثا

(١) د. هشام علي صادق، عكاشة محمد عبد العال، وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، الدار الجامعية، بلا مكان نشر، ١٩٨٧، ص ٢٥٤.

(٢) د. مصطفى سيد احمد صقر، فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٩٥، ص ٣٣٠.

(٣) شامل رشيد الشخيلي، احكام المفقود بين الشريعة والقانون، بحث منشور في مجلة القضاء ، تصدرها نقابة المحامين العراقيين، العددان الأول والثاني، السنة الواحد والثلاثون، مصدر سابق، ١٩٧٦، ص ١٠٧.

(٤) السرخسي، محمد بن احمد بن ابي سهل المبسوط، دار المعرفة، بلا مكان نشر، ١٩٨٩، ص ٥٤.

فيأخذ المفقود أمواله ونصيبه الموقوفة، وإن كان حضوره بعد تقسيم تركته فيأخذ ما بقي بأيدي الورثة من ماله الذي ورثوه منه^(١).

وعليه فإنه ليس للمفقود مطالبة الورثة بالعوض عما هلك، أو استهلاك من المال لأن تصرفهم كان بناء على حكم قضائي صحيح فلا ضمان عليهم فيبقى حكم موته سارياً على ما فقد من هذه الأموال ويبطل حكم الموت بالنسبة ما بقي في أيديهم منها من دون تصرف فيستردها عندئذ .

أما فقهاء الإمامية فيقولون إذا عاد المفقود حياً بعد الحكم بموته فالباقى من ماله في أيدي ورثته يكون له وللمفقود مطالبته بما ذهب منه ويكون مال المفقود الذي له وقت الفقدان^(٢).

أما ما نتج من نماء فيكون للورثة عند الحكم بموت المفقود كما إن المفقود لا يستفيد من مال موروث وقت الفقد . أما عند فقهاء الحنابلة فأن المشهور عندهم إن المفقود يأخذ ما وجد بعينه من المال ويرجع على من أخذ الباقي، بيد أن هذا القول مرجوح لأن تصرف الورثة كان بطريق شرعي فليس له حق الرجوع عليهم^(٣) .

أما فيما يتعلق بزواجه فاذا حكم القاضي بموت المفقود افتراضاً بمضي المدة التي ذكرناها أنها فأن وفاته تكون من حين الحكم لا من حين الفقد، فعند ذلك تُعدّ زوجته عدة الوفاة والبالغة أربعة أشهر وعشرة أيام من تاريخ الحكم ولها بعد ذلك أن تتزوج غيره. لكن الفقهاء اختلفوا في مسألة مهمة وهي إن الحكم بموت المفقود ثم ظهوره حياً بعد الحكم بوفاته بعد أن انقضت عدة زوجته وقامت بالزواج من رجل آخر فما هو الحكم عندنا ؟ تباينت آراء الفقهاء المسلمين لهذه المسألة فقد ذهب :

فقهاء الإمامية قالوا إذا جاء زوجها الأول وقد انتهت عدتها ونكحت فلا سبيل له عليها وإن جاء وهي في العدة فهو أملك بها ، وإن كانت قد انقضت عدتها ولم تتزوج فالأمر يكون بيدها إن شاعت رجعت وإن شاءت أبت^(٤).

(١) فاضل دولان، أحكام المفقود شرعاً وقانوناً وقضاءاً، ط١، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، ١٩٨٧، ص ٧٧-٨٧.

(٢) المحقق الحلي، أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن، شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام، ج ٢، ط ١، بلا مكان نشر، ٢٠٠٦، ص ٢٢٢.

(٣) البهوتي منصور بن يونس بن ادريس، كشف القناع عن متن الاقناع، ج ٤، دار الكتب العلمية، بيروت، بلا سنة نشر، ص ٤٤١.

(٤) المحقق الحلي، أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن، مصدر سابق، ص ٥٩٨.

ذهب فقهاء الحنفية انه اذا قدم زوجها الأول وقد تزوجت بعد التبرص فالعقد الثاني باطل فهي للزوج الأول، إلا أن إذا كان الزوج الثاني قد وطنها فعليه مهر المثل لا المسمى وتعتد من الثاني وترد إلى زوجها الأول^(١).

أما فقهاء المالكية فقد قالوا إن الزوج الثاني إذا كان لا يعلم بحياة الأول وقت العقد، أو قبل الدخول بها فهي زوجة الثاني، ويجب عليه دفع الصداق الذي اصدقها إلى الأول لأن الثاني تزوجها يعقد شرعي بناء على حكم قضائي فتكون له ولا يفسخ العقد أما لو علم بحياة المفقود قبل الدخول فهي تزوجها الأول^(٢).

في حين يرى فقهاء الشافعية أن هناك رايان في هذه المسألة القول الأول : بطلان نكاح الثاني بكل حال ، والثاني : بطلان نكاح الأول بكل حال. أما فقهاء الحنابلة فقد ذهبوا بالقول بأن الزوج^(٣) الثاني إذا كان لم يدخل بها فهي للزوج الأول وإن حصل الدخول فالزوج الأول بالخيار بين إمساكها ودفع صداقها للثاني، وبين تركها للثاني واخذ الصداق الذي اصدقها اياه^(٤).

لذلك يتبين مما تقدم أن الافتراض كمبرر لموت المفقود بعد مضي مدة يمكن بواسطة ضبط المسائل المتعلقة بالمفقود وحسم الخلاف فيها لأن ذلك يمس الكثير من الآثار منها ما يتعلق بزواجه ومنها بأمواله.

استناداً إلى ما تقدم نستخلص إلى أن موقف القانون العراقي هو حماية ممتلكات المفقود في غيابة لحين معرفة مصيرة عند وفاتهم ويتم تقسيم ممتلكاته على ورثته كذلك يحمي القانون المفقود من خلال تعيين وصي على ممتلكاته يتصرف وفقاً لمصالح المفقود في ادارة الاموال والعقارات والممتلكات اما الفقهاء المسلمين فانهم افترضوا موت المفقود وذلك لأن الشخص ينبغي أن لا يفترض أن يبقى مفقوداً إلى الأبد بل لابد من وقت يفترض فيه وفاته كما هو حال سنة الله في خلقه ثم الممات، ذلك لان المفقود هو من انقطعت اخباره ولا يعلم حياته من مماته وعرفنا أن القول بأنه حي أم ميت قول بلا دليل، لذا فإن تركته من دون حكم يترتب عليه اهمال مصالحه ويكون في المدة التي يكون فيها مفقوداً مركزه قلقاً لذلك لجأ الفقهاء المسلمين إلى افتراض موته اذا مضت مدة زمنية معينة على اختلاف في تقديرها فيما بينهم ويعد المفقود على هذا النحو مورثاً حكماً كالمت حقيقاً وهذا كله مبني على الافتراض ومن

(١) المبسوط، ج ١١، مصدر سابق، ص ٣٧-٣٨.

(٢) مالك ابو انس الاصبحي ، المدونة الكبرى، ج ٥، ط ١، دار الكتب العلمية، بلا مكان نشر، ١٩٩٤، ص ٤٤٩.

(٣) الشافعي، الام، مصدر سابق، ص ٣٣١.

(٤) البهوتي، ج ٥، مصدر سابق، ص ٤٢٢.

ثمة توزيع امواله على ورثته مثله كمثل من حكم بموته حقيقة لأن من شروط التوارث ثبوت حكم وفاة المورث.

الخاتمة

الخاتمة

بعد إن انتهينا من بحث موضوعنا أصبح ضرورياً بيان أهم النتائج التي تم توصلنا إليها ومن ثم طرح بعض التوصيات في ضوءها:

أولاً- النتائج:-

١- توصلنا في هذه الدراسة إلى أن المرونة التشريعية تعني الوسيلة الملائمة في تحقيق التواصل بين القانون وظروف المجتمع التي شهدت الى توسيع سلطات القاضي في الحالات التي تقتضيها قواعد العدالة ولأنها قواعد متغيره لا توصف بالثبات لأنها رده فعل لأحداث اجتماعيه تقبل التغير بطبيعتها بتغير الزمان والمكان كذلك لأنها لا تسترشد الى حلول قاطعه ثابتة فهي لا تعطي للقاضي حكم قاطع وانما تعطي مساحه وتخفف من صرامه الاحكام بالنسبة للقاضي و بالوقت نفسة تسد النافذة التي تعطى للقاضي، وتعرف المرونة التشريعية بأنها احدى سمات القاعدة في تطبيق على ما يستجد في المستقبل من المتغيرات لا تكون في الحسبان عند وضع القاعدة القانونية مما يجعلها ناجعة الأزمنة والأمكنة كافة .

٢- تبين لنا في هذه الدراسة ان عناصر المرونة التشريعية تتكون من عدة عناصر ومنها التغير والتجديد وقواعد العدالة والعمومية والتجريد، لذا عندما تكون هناك قاعدة قانونية تتمتع بالمرونة واجبة التطبيق في الوقت ذاته على كل شخص تتوفر فيه الشروط والأوصاف المتطلبة في الفرض الذي تواجهه القاعدة، لابد من إن تكون القاعدة المرنة عامة ومجردة وبصرف النظر عن طبيعة القاعدة التي يصوغها الصائغ التشريعي.

٣- توصلنا في هذه الدراسة إلى أن تعدد معايير وصور الصياغة التشريعية من إذ الجمود والتغير هناك صورتان يجب على الصائغ التشريعي مراعاتها في القواعد القانونية وهي الصياغة التشريعية الجامدة والمرنة، فضلا عن مبررات يسعى المشرع إلى تحقيقها عند صياغة النص التشريعي وجعله مرن من اجل تسهيل مهمة القضاء لتطبيق النص القانوني على اكثر من حالة وعدم تقيده في زمان محدد، تتعدد مبررات الصياغة التشريعية المرنة لأنها احد معايير الصياغة التشريعية بصورة عامة فتكون بذلك اداة للانشاء النصوص التشريعية الرصينة وظهورها إلى الحيز الخارجي لتكون قابلة للتطبيق العملي من المخاطبين بها، فتطبيق النصوص التشريعية لا

يكون ممكناً إلا عن طريق أداة معينة تجعل منها ذات أثر ملموس على الواقع ويكون قابل للتطبيق والتفسير في الوقت وذاته.

٤- وجد في ان هذه تتميز المعاملات متماز بانها تخضع لإحكام قابلة للتغير والتعديل بمرور الزمان وما يستجد من الوقائع تتطلب تغير ما موجود في الحكم الشرعي سواء في المعاملات التي يجريها الإنسان في حياته اليومية أم في مسائل الأحوال الشخصية وتحديداً عقد الزواج وما يتعلق بالولاية والخلع.

٥- تبين لنا في هذه الدراسة ان مضمون القاعدة القانونية يعد تعبيراً مادياً له مظهر خارجي مجسماً بحيث يسهل الوقوف عليه ويقسم إلى الطرق المادية مثل إحلال الكم محل الكيف والشكل والتقسيم والطوائف، عكس الصياغة المعنوية تكون صياغة منطقية بحتة من صناعة الذهن ويلجأ إليها المشرع في استخراج القاعدة القانونية بصورة عملية بحيث يحقق الغاية التي يفصح عنها جوهرها وهي متعددة ومنها القرينة القانونية والحيل القانونية..، لذا فان المرونة تؤثر فيه عند الصياغة النص القانون بمعنى انها تؤثر اذا كانت مرنة واذا كانت جامدة فأنها لا تؤثر

٦- ان القرائن القانونية وسيلة تبناها المشرع في الإثبات وبيان ما يتعلق بها من أحكام وحجية تنقق وأهميتها فيها وما يترتب من إعمالها من أثر سواء في التخفيف من عبء الإثبات أو اعفاء منها في حال الاعتماد على القرينة القانونية، فضلاً عما تعطيه عملية الاستنباط للقاضي، من سلطة وحرية في الاستدلال من هذا الدليل ، في سبيل الوصول إلى حسم النزاع بدلاً من تركه بسبب القصور في دليل الإثبات.

٧- وجدنا أن الافتراض القانوني من المصطلحات المهمة التي تؤدي دوراً مهماً في فروع القانون كافة ، ولا سيما فرع القانون الخاص، ويتحد ما يتعلق بالأحوال الشخصية، لأن المشرع لجأ إليها لتطوير القاعدة القانونية ، لذا يظن بعضهم أنه من المتيسر إدراك المقصود بالافتراض القانوني نظراً لوضوح معلها ظاهرياً وتجرده عن الغموض والشك مبدئياً، لكن هذا المفهوم يزول عند اعطاء مفهوم الافتراض القانوني وبيان دوره في تطوير القاعدة القانونية بوصفه مرونة تشريعية من المشرع في مثل هذه الحالات ، ولا سيما في حالة انعدام النصوص التشريعية في إيضاح معناه، وإيراد تطبيقات للحيل القانونية في مسائل الأحوال الشخصية.

ثانياً - المقترحات :-

١- نقترح تدريس مادة الصياغة التشريعية في الجامعات العراقية، وعلى وجه الخصوص بما يتعلق بالمرونة التشريعية لما لها من أثر في إنشاء كوادر متخصصة في مجال الصياغة التشريعية، في ظل وجود تخمة قانونية من تشريعات قد تتعارض مع بعضها التي يمكن تطويرها في المستقبل.

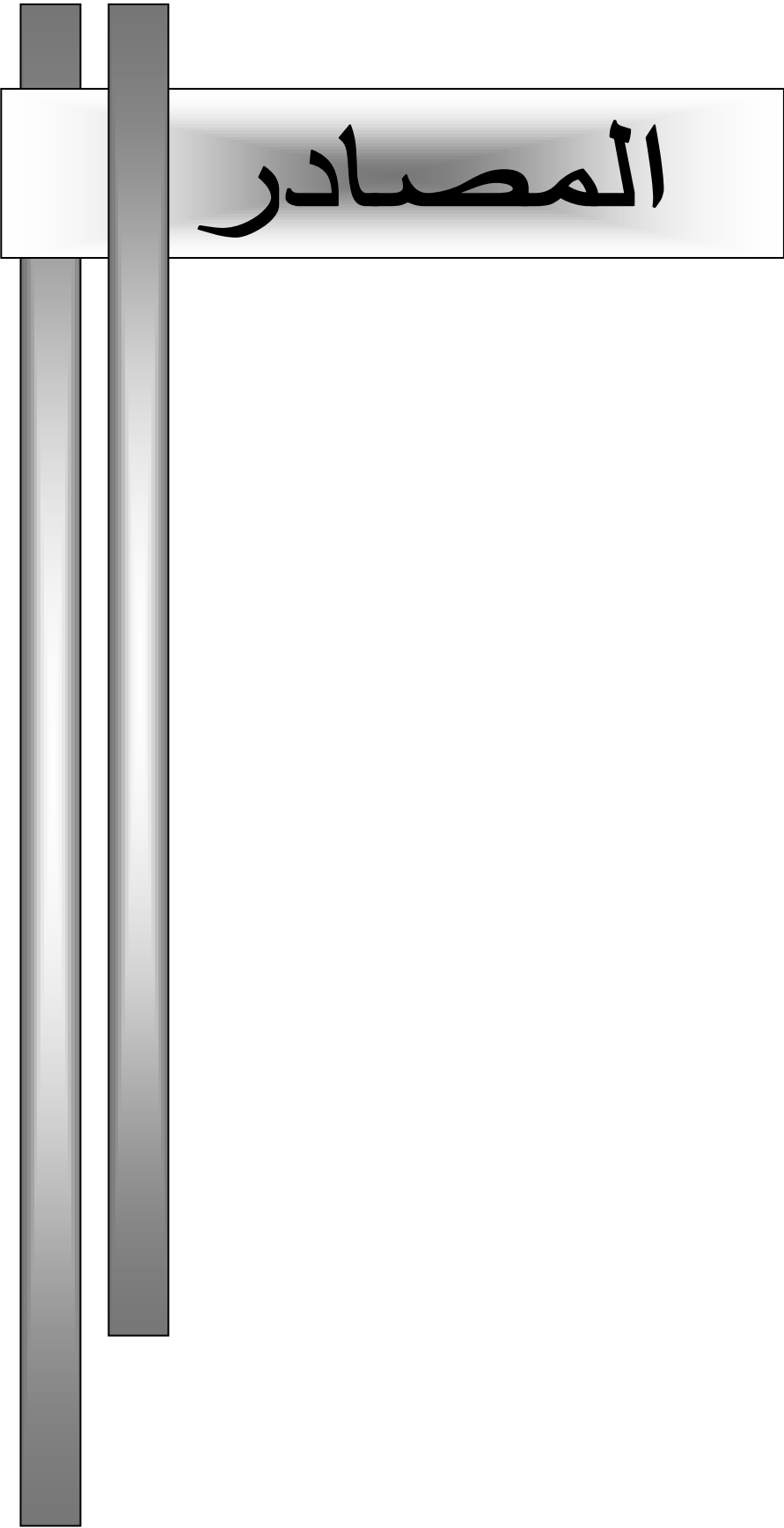
٢- نقترح على المشرع العراقي ان يصيغ القاعدة القانونية التي تتعلق بمسائل عقد الزواج بصورة اكثر مرونة واعمق كي تتفق مع الظروف المستجدة من الوقائع وما يطرأ عليها من التغيير.

٣- ندعو المشرع العراقي إلى الاخذ بصورة المرونة التشريعية المرنة باعطاء القاضي سلطة تقديرية كي يقوم بإنشاء افتراض من روح النص القانوني، وأن كانت عبارة النص لا تتضمن.

٤- نقترح على المشرع التقيد بمعايير الصياغة التشريعية ومراعاة عناصر المرونة التشريعية في قواعد الاحوال الشخصية وأن يكون أكثر دقة في انتقاء الألفاظ والصيغ عند صياغة النصوص التشريعية والتميز بينها بشكل لغوي دقيق.

٥- نتمنى من المشرع وضع سياسة تشريعية رصينة لأنها تمد التشريع بأحكامه الرئيسية وعلى وجه الخصوص قانون الاحوال الشخصية لانه ينظم العلاقات الشخصية اكثر من المالية وما يترتب عليها من الآثار وعلى ان يضع الخطوط العريضة له كما إن الصياغة التشريعية تجد أوصولها وتنظيمها بصورة سليمة تبعا للسياسة التشريعية للدولة.

٦- نقترح على المشرع العراقي تحديد تطبيقات المرونة التشريعية في قواعد الزواج ومعرفة طبيعتها المتغيرة وترك ما هو ثابت ويعد من ثواب الشريعة الإسلامية هي الانصبه والمواريث والمحرمات من النساء وعدم التعرض له بالتغير أو التجديد لانها منصوص عليه بنصوص ثابتة وقطعية الدلالة اما الشروط المعتبره في عقد الزواج ومقدار النفقه والمهر وسن الرشد فهي متغيره وبامكان المرونة ان تاتر فيها .



المصادر

المصادر

- القرآن الكريم

أولاً: المعاجم اللغوية

١. ابن منظور ، لسان العرب، ج٣١، المجموعة اللغة العربية، ط٢، ١٤٠٥ هـ .
٢. معجم مقاييس اللغة ابن فارس المحقق عبدالسلام محمد هارون، نشر دار الفكر ١٩٧٩.
٣. ابي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب ، ج٨، مادة (خلع)، بلا ط، دار صادر، بيروت، ١٩٩٩.
٤. محمد بن ابي بكر عبد القادر الرازي ، مختار الصحاح ، بلا طبعة ، مكتبة لبنان ، ١٩٨٩ .

ثانياً : مراجع الحديث الشريف

١. البخاري، كتاب الفرائض، باب الولد للفراش، رقم ٦٧٤٩، مسلم كتاب الرضاع ،باب الولد للفراش، رقم ٣٦٨٦
٢. ابو عبد الله بن اسماعيل البخاري ،صحيح البخاري ، ط١، دار ابن كثير ، دمشق، ٢٠٠٢ .
٣. ابو عيسى محمد بن عيسى الترمذي ، سنن الترمذي ، ج٢، ط٢، دار الفكر، بيروت، ١٩٨٣.
٤. ابو جعفر محمد بن يعقوب بن اسحاق الشيخ الكليني ، الكافي ، ج٧ ، ط٣ ، دار الكتب الإسلامية ، طهران ، ١٣٦٧ هـ.

رابعاً: مراجع الفقه الإسلامي

١. ابن عينية ، مجموعة رسائل ابن عابدين ، دون طبعة، الدار الشامية، دون مكان وتاريخ طبع.
٢. ابو اسحاق ابراهيم بن علي الفيروز ابادي للشيرازي الشافعي، المهذب ، ج٤، ط١، دار القلم، دمشق، ١٩٩٧ .
٣. ابو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي الشافعي، الاقناع في الفقه الشافعي، تحقيق خضر محمد خضر ، ج٤، ط١، دار إحسان للنشر ، ايران، ٢٠٠٠.
٤. ابو القاسم القمي، قوانين الأصول ، المكتبة الإسلامية، ١٣٧٨ هـ، دون طبعة، حجرية، قم.
٥. أبو القاسم سليمان بن أحمد، معجم الطبراني، حمدي عبد المجيد السلفي، دار احياء التراث العربي، بيروت، دون سنة.

٦. ابو بكر بن علي بن محمد الحداد البغدادي الزبيدي، الجوهرة النيرة ، ج ٢، ط ١، المطبعة الخيرية، مصر ، بلا تاريخ نشر.
٧. أبو علي الفضل بين الحسن الطبري، مجمع البيان في تفسير القرآن، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٤٢٦هـ، قم.
٨. ابي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي ،ادب القضاء ، ج ١، بلا ط ، مطبعة الرشاد ، بغداد ، بلا تاريخ نشر.
٩. ابي جعفر محمد بن الحسن الطوسي ،الخلاف ، ج ٦ ، بلا ط ، مؤسسة النشر الاسلامي ، قم المقدسة ، ١٤٠٧.
١٠. ابي جعفر محمد بن الحسن الطوسي ،المبسوط في فقه الامامية، ط ١، دار الكتاب الإسلامي، بيروت، ١٩٩٢.
١١. ابي عبد الله محمد بن ادريس الشافعي ، الام ، ج ٦، ط ١ ، دار الفكر للطباعة والنشر ، بيروت ، ٢٠٠٢.
١٢. أحمد الأردبيلي، مجمع الفائدة والبرهان، مجتبی العراقي ، ج ٥، ١٤٠٠هـ.
١٣. أحمد بن محمد الأردبيلي ، زبدة البيان، ج ٦ ، تحقيق محمد الباقر البهبودي، بلا ط ، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية ، طهران ، بلا تاريخ نشر.
١٤. احمد محمد الحنيطي ، الثبات والمرونة في الشريعة الاسلامية ، بحث منشور في مجلة كلية التربية، جامعة بنها، مصر ، العدد ٢ ، ٢٠١٥.
١٥. الامام شهاب الدين أبو العباس احمد بن ادريس بن عبد الرحمن الاصفهاني القرافي ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، ط ١ ، ١٣٤٤ هـ.
١٦. الاندلسي أبو حيان، تفسير البحر المحيط، ، عادل أحمد عبد الموجود، ط ١، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠١.
١٧. برهان الدين ابي الوفاء ابراهيم بن شمس الدين محمد بن فرحون المالكي، تبصرة الحكام في اصول الأقضية ومناهج الحكام ، ج ١ ، ط ١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٥
١٨. جاد الحق ، مرونة الفقه الاسلامي ، دون طبعة ، دار الفاروق ، دون مكان وتاريخ النشر ، الحق.
١٩. جعفر السبحاني ، اصول الفقه المقارن فيما لا نص فيه، ط ١، بيروت ، ٢٠٠٥.

٢٠. جعفر السبحاني، نظام القضاء والشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء ، ط ١ ، مؤسسة الصادق للطباعة ، قم ، بلا تاريخ نشر .
٢١. الشاطبي ، الامام ابي إسحاق إبراهيم موسى اللخمي ، الموافقات في أصول الشريعة ، تحقيق الشيخ عبدالله دارز ، دار المعرفة ، بيروت ، ١٩٧٥ .
٢٢. شمس الدين السرخسي الحنفي ، المبسوط ، ج ٥ ، ط ١ ، دار المعرفة ، بيروت ، ١٩٨٩ .
٢٣. شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني الشافعي ، مغني المحتاج إلى معرفة الفاظ المنهاج ، تحقيق الشيخ علي معوض . الشيخ أحمد عبد الموجود ، ج ٣ ، ط ١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٤ .
٢٤. شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي المالكي ، كتاب الذخيرة ، تحقيق الاستاذ محمد بو خبزة ، ج ١٠ ، ط ١ ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، ١٩٩٤ .
٢٥. شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي المالكي ، الفروق ، بلا ط ، دار النوادر ، الكويت ، ٢٠١٠ .
٢٦. الطبطبائي ، مقالات تأسيسية في الفكر الإسلامي ، دون طبعة ، مؤسسة ام القرى للتحقيق والنشر ، ١٤١٥ هـ .
٢٧. الطبطبائي ، الشيعة ونص الحوار مع المشرق ، دون طبعة ، المكتبة الشاملة ، دون مكان وتاريخ النشر .
٢٨. عبد الكريم الحلي ، الاحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية ، بلا ط ، مطبعة الفرات ، بغداد ، ١٣٤٣ هـ .
٢٩. عبد الكريم الموسوي الأردبيلي ، فقه القضاء ، ط ١ ، مركز النشر . مكتب الاعلام الاسلامي ، قم المقدسة ، ١٤٠٨ هـ .
٣٠. عفيف النابلسي ، القضاء في الاسلام ، ط ١ ، دار ومكتبة البصائر ، بغداد ، ٢٠١٤ .
٣١. علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج ٧ ، ط ٢ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٨٦ .
٣٢. علي بن محمد الآمدي ، الإحكام في أصول الأحكام ، ج ٤ ، بلا ط ، دار الصميعي ، الرياض ، ٢٠٠٣ .
٣٣. المحقق الحلي ، أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن ، شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام ، ج ٢ ، ط ١ ، بلا مكان نشر ، ٢٠٠٦ .

٣٤. محمد امين الشهير بابن عابدين الحنفي ، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، تحقيق الشيخ عادل احمد عبد الموجود - الشيخ علي محمد معوض ، ج ٨ ، بلا ط ، دار عالم الكتب ، الرياض ، ٢٠٠٣ .

٣٥. محمد بن عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، بلا ط ، دار احياء الكتب العربية ، بيروت ، لبنان ، بلا تاريخ نشر .

٣٦. محمد جواد العاملي ، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة ، محمد باقر الخالسي ، ط ١ ، ١٤١٩ هـ مؤسسة النشر الإسلامي .

٣٧. محمد جواد مغنية ، الفقه على المذاهب الخمسة ، ط ٣ ، دار الغدير للنشر ، بلا مكان نشر ، ٢٠١٣ .

٣٨. محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام ، تحقيق الشيخ عباس القوجاني ، ج ٣١ ، ط ٤ ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، بلا تاريخ نشر .

٣٩. محمد علي ، التجديد في الفكر الإسلامي وعنصر المرونة في الشريعة ، دار ابن الجوزي ، دون مكان نشر ، ١٤٢٤ هـ .

٤٠. محمد مصطفى الزحيلي ، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الاربعية ، دار الفكر ، دمشق ، ٢٠٠٦ .

٤١. محمود علي السرطاوي ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، ط ٣ ، دار الفكر ، الأردن ، ٢٠١٠ .

٤٢. منصور بن يونس بن ادريس البهوتي الحنبلي ، عمدة الطالب لنيل المآرب ، ط ١ ، مطبعة جدوي بن ضاوي العتيبي ، دولة الكويت ، ٢٠١٠ .

٤٣. منصور بن يونس بن صلاح الدين بن ادريس البهوتي الحنبلي ، كشف القناع ، تحقيق كمال عبد العظيم العاني - ابو عبد الله محمد حسن الشافعي ، ج ٦ ، ط ١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، ١٩٩٧ .

٤٤. منير الجمعة ، الجمع بين الثبات والمرونة ، المكتبة الالكترونية ، دون مكان طبع ، ٢٠٠٩ .

٤٥. موفق الدين ابي محمد عبدالله بن احمد بن محمد بن قدامة المقدسي ، المغني ، تحقيق الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي - الدكتور عبد الفتاح محمد الحلو ، ج ١٤ ، ط ٣ ، دار عالم الكتب ، الرياض ، ١٩٩٧ .

٤٦. نجم الدين ابي القاسم جعفر بن الحسن المحقق الحلي، شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام ، شرح السيد عبد الزهراء الحسيني ، ج ٢ ، ط ١ ، دار ذوي القربى ، بيروت ، بلا تاريخ نشر .
٤٧. نور الله التستري، الصورام المهركة، جلال الدين المحدث ، ١٣٦٧ هـ ، طهران .

سادساً: مصادر الفقه الحديث

١. احمد محمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية، ط ٢ ، دار القلم للطباعة والنشر، دمشق، ١٩٨٩
٢. البهوتي، منصور بن يونس بن ادريس، كشاف القناع عن متن الاقناع، ج ٤ ، دار الكتب العلمية، بيروت، بلا سنة نشر .
٣. عايد السيفاني، الثبات والشمول، موقع الكاشف، الصيد والفوائد، بلا دار ومكان طبع ، بلا سنة طبعة،
٤. عبد الوهاب خالف ، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق مذهب ابي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم ، ط ٢ ، دار القلم ، الكويت ، ١٩٩٠
٥. محمد ابو زهرة ، الأحوال الشخصية ، ط ٣ ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٥٠ .
٦. محمد الزحيلي ، تاريخ القضاء في الاسلام ، ط ١ ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٩٥ .
٧. محمد مصطفى شلبي ، أحكام الأسرة في الاسلام ، بلا ط ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٨ .
٨. محمد مهدي شمس الدين الاجتهاد والتجديد في الفقه الإسلامي ، ط ١ ، المؤسسة الدولية للنشر ، بيروت ، ١٩٩٩ .
٩. محمود ناصر بركات ، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، ط ١ ، دار النفائس ، الأردن ، ٢٠٠٧ .

سابعاً : المصادر القانونية

١. د. إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم ، الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية ، دار العلم للثقافة والنشر، الإسكندرية، ١٩٦٥ .
٢. أحمد ابراهيم بك ، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون معلقاً عليها بأحكام المحكمة الدستورية ومحكمة النقض المصرية ، بلا ط ، دار الجمهورية، مصر، ٢٠٠٣ .

٣. د. أحمد ابراهيم حسن، غاية القانون، دراسة في فلسفة القانون، ب ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٠،
٤. أحمد ابو الوفا ، التعليق على نصوص قانون الاثبات ، بلا ط، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٠.
٥. أحمد الكبيسي ، شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي ، ج ٢ ، بلا دار نشر ، بغداد ، ١٩٨٠.
٦. احمد الكبيسي ،الوجيز في شرح الاحوال الشخصية وتعديلاته الزواج والطلاق واثارهما ، ج ١ ، المكتبة القانونية ، بغداد، ط ٢ ، ٢٠١٠ .
٧. د. احمد شرف الدين، اصول الصياغة القانونية للعقود ، مطبعة ابناء وهبة حسان ، القاهرة ، ١٩٩٣ .
٨. د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون، ط١، دار المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٥.
٩. د. احمد عبيد الكبيسي ،الاحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، ج٢، ب ط ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة، ٢٠٠٩،
١٠. أحمد محمد علي داوود ، القضايا والأحكام في المحاكم الشرعية ، بلا ط ، ج ٢، دار الثقافة للنشر ، عمان ، ٢٠٠٦ .
١١. أحمد نصر الجندي ، مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية ، بلا ط، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠٠٤.
١٢. آدم وهيب النداوي ، مدى سلطة المحكمة المدنية ، ط١، دار الرسالة للطباعة ، بغداد ، ١٩٧٩.
١٣. اسماعيل نامق حسين ، العدالة واثرها في القاعدة القانونية ، بلا ط ، دار شتات للنشر والبرمجيات ، المحلة الكبرى . مصر ، ٢٠١١.
١٤. أمال عبد الحميد ود. عدلي السمري ود. محمد الجوهري، علم الاجتماع القانوني والضبط الاجتماعي، ط١، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، ٢٠١٢ .
١٥. أنور العمروسي ، شرح قانون الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥، بلا ط، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ١٩٨٩.
١٦. د. انور سلطان ، المبادئ القانونية العامة ، بلا ط ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، ٢٠٠٥.

- ١٧.د. أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، ط٤، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٨٣.
- ١٨.د. بكر عبد الفتاح السرحان، المدخل إلى علم القانون، ط١، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، ٢٠١٢.
- ١٩.د. توفيق حسن فرج ، المدخل الى العلوم القانونية، ط٢، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨١
- ٢٠.جمعة سعدون الربيعي ، احكام النفقة شرعاً وقانوناً وقضاءً ، بلا دار نشر ، بغداد، بلا تاريخ نشر .
- ٢١.جواد احمد البهادلي ، مدخل القانون لدراسة الشريعة الاسلامية ،ط٢، مطبعة اهل البيت، ٢٠١٧ .
- ٢٢.جواد احمد البهادلي، الثابت والمتغير في الشريعة الاسلامية ،مطبعة مجمع اهل البيت ، العراق، ٢٠٠٩،
- ٢٣.حامد ابراهيم عبد الكريم الجبوري ، ضمانات القاضي في الشريعة الاسلامية والقانون ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت - لبنان ، ٢٠٠٩.
- ٢٤.د. حسن علي الذنون، فلسفة القانون، ط١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٥ .
- ٢٥.د. حسن كيره، ود. عبد القادر الشخيلي، ود. انور سلطان ، المبادئ القانونية العامة ،ط٤، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٨٣،
- ٢٦.د. حسن كيره، ود. عليوة فتح الباب، الوسيط في سن وصياغة وتفسير التشريعات، الكتاب الثاني تفسير وصياغة التشريعات، دار شتان للنشر والبرمجيات ، مصر، ٢٠١٢.
- ٢٧.د. حيدر ادهم الطائي ، محاضرات في المبادئ الاساسية للصياغة التشريعية ، ط١ ، دون ذكر مطبعة ، بغداد ، ٢٠١٥ .
- ٢٨.د. رافد خلف هاشم البهادلي ود. عثمان سلمان غيلان العبودي ، التشريع بين الصناعة والصياغة ، ط١ ، بغداد ، ٢٠٠٩ ، .
- ٢٩.د. رمضان أبو السعود، ود.محمود زهران، ود. همام محمد، المدخل لقانون دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ١٩٩٧، وكتابهما مبادئ القانون، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ١٩٩٧.
- ٣٠.د. رياض القيسي، علم أصول القانون، ط١، بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٠٢ .

٣١. د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي، المعايير العامة للصياغة التشريعية، مجلة المحقق الحلبي للعلوم والسياسية، العدد الرابع، السنة التاسعة، ٢٠١٧
٣٢. د. سلطان الشاوي، اصول التحقيق الاجرامي، بلا ط، شركة ايداد للطباعة الفنية، بغداد، ١٩٨٢م
٣٣. د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٣.
٣٤. د. سمير عبد السيد تناغو، ود. همام محمد محمود ود. محمد حسين منصور، مبادئ القانون، ب ط، الناشر منشأة المعارف، الاسكندرية ٢٠٠١ .
٣٥. د. شمس الدين الوكيل، مبادئ القانون، ط١، الناشر منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٦٨.
٣٦. د. شمس الدين الوكيل، ود. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، ط٢، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨١.
٣٧. د. شوان محي الدين، الحيثية القضائية، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٢.
٣٨. د. صفاء متعب الخزاعي، الفهم الاجتماعي للنص القانوني، دراسة في ضوء علم الفقه وفلسفة القانون، ٢٠١٥
٣٩. د. صلاح الدين عبد الوهاب، الاصول العامة للقانون، نظرية القانون، مكتبة عمان، الاردن ١٩٦٨.
٤٠. د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الاثبات، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٦.
٤١. د. عبد الباقي البكري، المدخل لدراسة القانون، واخرون نظريه القانون، ط١، القاهرة درب الاتراك.
٤٢. د. عبد الحي الحجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ج ١، مطبوعات جامعه الكويت، ١٩٧٢ .
٤٣. د. عبد الرحمن البزاز، مبادئ أصول القانون، ب ط، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٤ .
٤٤. د. عبد الرزاق السنهوري، احمد حشمت ابو ستيت، اصول القانون او(المدخل لدراسة القانون)، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، ١٩٣٨
٤٥. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٢، بلا ط، دار احياء التراث، بيروت، بلا تاريخ نشر.

- ٤٦.د. عبد العزيز الخياط ، نظرية العرف، مكتبة الاقصى، عمان، ١٩٩٩ ،
- ٤٧.د. عبد القادر الشخيلي، فن الصياغة القانونية، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٥
- ٤٨.د. عصام انور سليم ، مبادئ الثقافة القانونية ، ب ط، دار الجامعيين للطباعة، الاسكندرية، ٢٠٠٧ دراسة مقارنة مع الفقه الاسلامي ، ط٢، تاراس للطباعة والنشر ، اربيل، ٢٠٠٤ .
- ٤٩.د. عصام أنور سليم، مبادئ الثقافة القانونية، ب ط، دار الجامعيين للطباعة، الإسكندرية، ٢٠٠٧
- ٥٠.د. عصمت عبد المجيد : شرح قانون الاثبات مع ملحق متن قانون الاثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩، ط٢، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٧ م .
- ٥١.د. عصمت عبد المجيد ، اصول تفسير القانون ، بغداد ، ٢٠٠٤ .
- ٥٢.د. عصمت عبد المجيد، مشكلات التشريع، مشكلات التشريع، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، ط١، الناشر دار الكتب العلمية، لبنان، ٢٠١٤
- ٥٣.د. علاء الدين خروف، شرح الاحوال الشخصية العراقي، دار الكتب والوثائق العراقية، دون طبعة، بغداد، ١٩٦٤ .
- ٥٤.د. علي محمد جعفر، نشأة القوانين وتطورها، ط١، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، ٢٠٠٢ .
- ٥٥.د. عليوة مصطفى فتح الباب ، الوسيط في سن وصياغة تفسير التشريعات ،الكتاب الثاني تفسير وصياغة التشريعات، دار شتان للنشر والبرمجيات، مصر، ٢٠١٢ .
- ٥٦.د. كيلان سيد احمد - المبادئ القانونية في قضاء محكمة تمييز اقليم كردستان العراق - مقررات الهيئة - الأحوال الشخصية للسنوات ١٩٩٩-٢٠٠٩ الطبعة الأولى، بلا دار نشر، ٢٠١٠
- ٥٧.د. مالك دوهان الحسن ود. محمد حسين منصور، المدخل الى القانون (القاعدة القانونية) ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، ٢٠١٠ ،
- ٥٨.د. مالك دوهان الحسن، المدخل لدراسة القانون، النظرية العامة للقاعدة القانونية، ج١، مطبعة الجامعة، ١٩٧٢
- ٥٩.د. محمد احمد شحاته حسين ،الصياغة القانونية لغة وفقها، ط١، الناشر المكتب الجامعي الحديث ، الاسكندرية ، ٢٠١٤ .

٦٠. د. محمد حسين منصور، النظام القانوني للأسرة في الشرائع غير الإسلامية ، بلا ط ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، بلا ت نشر.
٦١. د. محمد رفعت الصباحي ، محاضرات في المبادئ العامة للقانون ، مكتبة عين الشمس، القاهرة ، ٢٠٠٧ .
٦٢. د. محمد مصطفى شلبي ، أحكام الأسرة في الإسلام ، القاهرة ، ط٢ ، ١٩٧٧ مصرية ، ٢٠٠٤ .
٦٣. د. محمد عبد القادر محمد ، المدخل لدراسة القانون . دراسة مقارنة في القانون المصري والأنظمة السعودية ، ج ١ ، ط ١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٢ .
٦٤. د. محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية ، ط٣، دار الفكر، الأردن، ٢٠١٠ .
٦٥. د. محمود محمد علي صبره، اصول الصياغة القانونية ، ط٢، الجيزة، بدون مطبعة، بدون تاريخ نشر.
٦٦. د. مصطفى العوجي، القاعدة القانونية في القانون المدني، ط٢، منشورات الحلبي بيروت ، الحقوقية، ٢٠١٠ .
٦٧. د. منذر الشاوي، فلسفة القانون ، الطبعة الثانية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، الاردن ، ٢٠٠٩ .
٦٨. د. منير محمود الوتري ، القانون ، ط٢، مطبعة الجاحظ ، بغداد ، ١٩٨٩ .
٦٩. د. منير محمود الوتري، المدخل لدراسة القانون، مطبعة الحداد، البصرة، بدون سنة نشر.
٧٠. د. نادرة محمود سالم ، الوجيز في المدخل لدراسة العلوم القانونية ، بلا ط ، شركة ناس للطباعة، عابدين . القاهرة ، بلا تاريخ نشر .
٧١. د. نبيل اسماعيل عمر ، امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي ، بلا ط ، دار الجامعة الجديدة ،

ثامناً: الرسائل

١. فارس حامد عبد الكريم ، فكرة المعيار القانوني وتطبيقاتها في القانون المدني دراسة مقارنة ، رساله ماجستير، جامعه بغداد ، ٢٠٠١ .

٢. علي أحمد غلام الندوي، القواعد الفقهية واثرها في الفقه الاسلامي، رسالة ماجستير جامعة ام القرى ١٩٩٨.

تاسعاً: الأطاريح

١. عبد الرحمن محمد عبد الرحمن، سلطة القاضي التقديرية في الفقه الإسلامي . دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة الخرطوم . كلية القانون، ٢٠٠٨.
٢. حمدان عبدالله الصوفي ، مفهوم الاصاله والمعاصرة وتطبيقاتها في الشريعة الاسلامية ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة ام القرى.
٣. عبد الله ابراهيم زيد الكيلاني، السلطة العامة وقيودها في الدولة الاسلامية، رسالة دكتوراه ، الجامعة الاردنية ، عمان ، الأردن.

عاشراً: البحوث والمقالات

١. حسين رجب محمد مخلف الزبيدي ، الحضانة في قانون الأحوال الشخصية العراقي، بحث منشور في مجلة التقني ، المجلد ٢٤، العدد العاشر ، ٢٠١١.
٢. عبدالرحمن سليمان احمد، أحكام الحضانة في قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل، بحث مقدم إلى مجلس القضاء الأعلى في اقليم كردستان العراق، ٢٠١١.
٣. مجلة العدالة، وثائق، سبل تغيير التشريع، ع٣، س٤، ص٤٨٢. ود. حسن علي الذنون، مصدر سابق.
٤. د.محمد فايز سعيد، أثر مشروع السنهاوري في القوانين المدنية العربية، ص٧، بحث منشور على الانترنت www.mara.gov.om/nadwa_new/wp-content/uploads/2014/04/16_3.docx
٥. د. ليث كمال نصرأوين، متطلبات الصياغة التشريعية، بحث منشور بالمؤتمر السنوي الرابع للقانون اداة اصلاح وتطوير، العدد٢، ج١مايو ٢٠١٧.

حادي عشر: مصادر القرارات القضائية

١. القرار المرقم ٤٩٤٠ / شخصية/٨٧-٨٨ / محكمة التمييز في ٩/٦/١٩٨٨، منشور في مجموعة الاحكام العدلية، العدد الثاني، ١٩٨٨ ، ص٧٩ .

٢. القرار المرقم ٢٥٥/شخصية/٨٦-٨٧، صادر عن محكمة التمييز العراقية في ١١/١٠/٨٦،
المبادئ القانونية لسنة ١٩٨٩، ص ١٦٤.
٣. القرار المرقم ٤٤٩٢٥ / ٧٩ في ١٠/٣/١٩٧٩، مجله القضاء، العددان، الثالث والرابع السنة
٣٤، تموز، كانون الاول، ١٩٧٩، ص ١٩٥.
٤. القرار المرقم ٣١١٧ / شخصيه / ١٩١ في ٤/١٢/١٩٩١، ص ١٣٦.
٥. القرار المرقم ٩٨/١٣٦٢ صادر عن محكمه الاحوال الشخصية في الأعظمية في ٢/٤/١٩٩٨
غير منشور.
٦. القرار المرقم ٢٥٠٨/شخصيه / ٧٩ في ١/٣/١٩٨٠، فريد فتیان، مصدر سابق، وهو ما
ورد ايضا في القرار ذو الرقم ٩٨/٢٠٠٩ عن محكمه الاحوال الشخصية في الموصل في
١٩٩٨/٧/٢٠ غير منشور.
٧. قرار محكمة التمييز العراقيه/ هيئة عامة ثانية/٧٧ في ١٦/٤/١٩٧٧، منشور في مجموعة
الأحكام العدلية، العدد الثاني، السنة الثانية، ١٩٧٧.
٨. القرار المرقم ٧٦٤/شخصيه / ٢٠٠١ والصادر عن محكمه التمييز العراقيه في ١٤/٥/٢٠٠١
غير منشور.
٩. القرار ذو الرقم ٣٩١ صادر عن محكمة النقض السورية، الغرف الشرعية، في ٢٩/٥/١٩٨٣
،للاطلاع عليه انظر: الاستنبولي، ٣١٧/١.
١٠. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٣٥٤٥/ش/١ الصادر في ١٦/١١/٢٠٠٥، النشرة القضائية
،العدد التاسع، ٢٠٠٧.
١١. القرار التمييزي المرقم ٦٣/الشخصية/٢٠١١ في ٢٠/٢/٢٠١١ والصادر من محكمة تمييز اقليم
كوردستان العراق قرار غير منشور.
١٢. قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ٣٤٧٤ / ش الصادر في ٢٠٠٥ المنشور في النشرة القضائية
، العدد ٤، ٢٠٠٧.
١٣. قرار محكمة التمييز العراقية المرقم - ٢٣٧٤ / شخصية / ١٩٨٧ بتاريخ ٢١ / ٢ / ١٩٨٧،
قرار منشور في مجموعة الأحكام العدلية، العدد الأول، ١٩٨٧ م.
١٤. قرار محكمة التمييز المرقم ٣١ / شرعية / بتاريخ ٣١/١٢/١٩٩١ (قرار غير منشور).

١٥. نقض صادر في ١٠/٥/١٩٧٨ محكمة النقض المصرية، انور طلبه، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية في ١٩٣١ حتى ١٩٨١، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، بلا سنة طبع.

١٦. القرار المرقم ٢٧٤ شخصية / ١٩٧٨ الصادر في ٢٠/٧/١٩٧٨، أنظر في ذلك مجموعة الأحكام العدلية ، العدد الثاني، السنة التاسعة ، ١٩٧٨.

أثنا عشر: القوانين

١. قانون الأحوال الشخصية المصري رقم ٢٠ لسنة ١٩٢٥.

٢. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل.

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

٤. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل.

٥. قانون السلطة القضائية المصري رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ المعدل.

٦. قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل.

٧. قانون رعاية القاصرين العراقي رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠.

٨. قانون رعاية الاحداث العراقي رقم ٧٦ لسنة ١٩٨٣ .

٩. قانون محكمة الأسرة المصري رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤.

١٠. قانون الجنسية العراقية رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ .

١١. قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم ٣٦ لسنة ٢٠١٠.

Abstract

Legislative flexibility is one of the important ideas that have a great impact on personal status issues, which researchers and jurists disagreed about, as it emanates from Islamic law, as a flexible means capable of Keeping Up with changes and developments, because Sharia has flexible rules and provisions, and not all Sharia provisions are rigid templates, but there are total provisions under which infinite parts of the provisions.

The importance of studying legislative flexibility lies in the applications of the Personal Status Law, specifically the marriage contract, and its impact on giving the judiciary sufficient knowledge regarding the applications of the marriage contract, the provisions of which can change from one legislation to another, such as the requirement of age and alimony, and therefore the legislative flexibility came as a result of changing the provisions, and the Sharia is only based on a balance between fixed and changing provisions, and because the provisions cannot be changed or adapted and adapted to the whims of people, but their interpretation is according to the ruling as a change of custom or interest, so the introduction of legislative flexibility or change in the presence of circumstances changing in terms of time and space, and thus, the legal norms enacted by the legislator It is influenced by the changes and developments that take place over time, which affects the mood of the legislator in how to formulate legal texts in general and Personal Status Law texts in particular.

Therefore, we find that the legislative wording varies in terms of the ways and means used by the legislator in the process of drafting legal texts, there is a rigid wording and flexible wording, there is a material wording that includes quantitative wording as well as formal wording, and there is also a moral wording represented by legal evidence and legal presumption.

The latter, which reflects the clear picture of legislative flexibility and its impact on legislative drafting in terms of applications in Personal Status Law, and through moral drafting methods, the legislator's mind and mentality can be able

to formulate legal texts that accommodate all the variables and assumptions that are emerging, and this is the flexibility in legislative drafting.

Thus, it gives the legislator sufficient space or authority to enable him to make amendments in matters of personal status, especially the marriage contract and its applications, to keep pace with developments that benefit society.

Therefore, a marriage contract is one of the personal status issues that enter into the core of people's daily lives, so we find it necessary to have an accurate legislative wording and a sound legal language that allows addressing the shortage, error, ambiguity or inconsistency through the presence of integrated sequential texts that complement each other. Therefore, we are trying to study legislative flexibility under the fixed and variable provisions of Islamic jurisprudence, and then study it in the marriage contract under the Personal Status Law. Based on the above, we will divide the structure of our research into two research chapters.

Republic of Iraq
Ministry of higher education and scientific research
University of Qadisiyah
College of law



**Legislative flexibility in the rules of marriage and its effects
in light of the constancy and change of Sharia provisions
Comparative study of Islamic jurisprudence**

A thesis submitted by the student

Rasul Ali Hmoud

To the Council of the college of law-University of Qadisiyah

It is part of the requirements for obtaining a master's degree in
private law

Supervision

Assist. Pof. Dr. Safaa Mteb Faja

Assist. Pof. Dr. Shatha Muzaffar Hussain

2024 A.D

1446 A.H