فعالية المرونة التشريعية في قواعد الزواج والطلاق

High legislative flexibility in marriage and divorce rules

الكلمات الافتتاحية:
المرونة، التشريعية، الثابت، المتغير، الشريعة، الاسلامية، الاحوال الشخصية.

Keywords:
Flexibility, legislative, fixed, variable, Sharia, Islamic, personal status.

Abstract

Legislative flexibility came as a result of changing the provisions, and Sharia is based on the balance between fixed and variable provisions, and because the provisions cannot be changed or adapted and made subservient to people's whims, but rather their interpretation is according to the ruling such as changing custom or interest, so taking legislative flexibility or change in light of the existence of circumstances changes in terms of time and place, and therefore the legal rules enacted by the legislator are affected by the changes and developments that occur over time, which affects the legislator's understanding of how to formulate legal texts in general and the texts of the Personal Status Law in particular.

أ.م.د صفاء متعب فجه

كلية القانون-جامعة القادسية

أ.م.د شذى مظفر حسين

كلية القانون-جامعة القادسية

الباحث رسول علي حمود

كلية القانون-جامعة القادسية

الملخص

المرونة التشريعية جاءت نتيجة تغيير الاحكام وما الشريعة إلا قائمة على التوازن بين الاحكام الثابتة والمتغيرة ، ولأن الاحكام لا يمكن تغيرها أو تكيفها وتطويعها لأهواء الناس بل تفسيرها يكون بمقتضى الحكم كتغير العرف أو المصلحة، فيكون الاخذ بالمرونة التشريعية أو التغيير في ظل وجود الظروف تتغير من حيث الزمان والمكان، وبالتالي فان القواعد القانونية التي يسنها المشرع تتأثر في التغيرات والمستجدات التي تطراء بمرور الوقت مما يأثر على فهم المشرع في كيفية صياغة النصوص القانونية عموما ونصوص قانون الاحوال الشخصية خصوصا.

المقدمة

أولاً: موضوع البحث: تعد المرونة التشريعية من الأفكار التي لها قدرة على مواكبة المتغيرات والمستجدات التي تجد في مسائل الأحوال الشخصية هي المساحة التي تعطى للمشرع التي تمكنه من اجراء تغيير في مسائل الأحوال الشخصية وخاصة عقد الزواج وتطبيقاته لذلك يعتبر عقد الزواج من مسائل الاحوال الشخصية التي تدخل في صميم حياة الناس اليومية، بهدف معالجة النقص أو الخطأ أو الغموض أو التعارض من خلال وجود نصوص متسلسلة متكاملة يكمل بعضها الاخر، وتكون منطقة المرونة التشريعية من احكام الثابت والمتغير هي الاحكام المتغيرة في الفقه الاسلامي وتحديداً عقد الزواج في ظل قانون الاحوال الشخصية.

ثانياً: أهمية البحث: تكمن اهمية دراسة المرونة التشريعية في تطبيقات قانون الاحوال الشخصية وتحديدا عقد الزواج وما لها من أثر في اعطاء القضاء المعرفة الكافية بالنسبة لتطبيقات عقد الزواج التي يمكن أن تتغير أحكامها من تشريع او اخر مثل شرط العمر، وبالتالي فان المرونة التشريعية جاءت نتيجة تغيير الاحكام وما الشريعة إلا قائمة على التوازن بين الاحكام الثابتة والمتغيرة .

ثالثاً: مشكلة الدراسة: تأتي مشكلة الدراسة في المساحة التي يستطيع المشرع التحرك فيها عند صياغة أي قاعدة تشريعية تتعلق بمسائل الاحوال الشخصية وتحديداً

عقد الزواج من حيث انعقاده وابرامه، ومن جانب اخر كون اغلب قواد الزواج والطلاق منظمة في الشريعة الاسلامية.

رابعاً: منهج البحث: سوف نعتمد المنهج التحليلي المقارن في هذه الدراسة، تحليل القواعد القانونية ذات الصلة في قواعد الزواج والطلاق في ظل قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل وبيان موقف احكام القضاء قدر تعلق الامر بالدراسة، ومقارنة احكام الشريعة الإسلامية الغراء مع احكام الأحوال الشخصية العراقي.

خامساً: هيكلية البحث: أن موضوع البحث يتطلب تقسميه على مبحثين، المبحث الأول: التعريف بالمرونة التشريعية في قواعد الزواج واثاره والمبحث الثاني هو اثر المرونة التشريعية في صياغة قواعد الزواج والطلاق، ثم انتهينا بخاتمة تضمنت أهم النتائج والتوصيات التي توصل اليه البحث.

المبحث الاول : التعريف بالمرونة التشريعية في قواعد الزواج واثارة : وعلية فان المرونة تعتبر المكنة التي تمكن النظام القانوني من الاستجابة للثغرات الاجتماعية والاقتصادية والثقافية بفعالية عالية من خلال سلسلة من الإجراءات القانونية والتشريعية في الصياغة التشريعية التي تهدف الى ضمان ان تكون القوانين عادلة وفعالة ومتوافقة مع التطورات مما يساعد في تحقيق العدالة والمساواة وحماية حقوق الافراد في المجتمع . أن دراسة مفهوم المرونة التشريعية، يقتضي تقسيم هذا المبحث على مطلبين، المطلب الاول سنتناول فيه التعريف القانوني من المرونة التشريعية بقواعد الزواج واثاره ، اما المطلب الثاني سنتطرق فيه الى الطبيعة الشرعية للمرونة التشريعية بقواعد الزواج واثاره.

المطلب الأول: التعريف القانوني من المرونة التشريعية بقواعد الزواج واثاره : وقد تعتبر المرونة في ضوء هذا المفهوم هي الحركة التي لا تسلب التماسك وهي الثبات الذي لا يمنع الحركة ويمكن ان يعرفها اخرون بانها هي الوسيلة المستخدمة لصياغة الافكار القانونية والنصوص التشريعية بطريقه سهلة ويسيره لغرض تطبيق القانون من الناحية العملية مما يحقق استيعاب اكثر لمتطلبات الحياة ومستجداتها

وفقا لقوالب تشريعية محكمه ومنظمه [١]. ومن خلال ما تقدم نقسم هذا المطلب الى فرعين الفرع الأول سيخصص الى دراسة تعريف المرونة بشكل عام والفرع الثاني ستناول فيه عناصر المرونة التشريعية.

الفرع الأول: التعريف الاصطلاحي للمرونة التشريعية: تعريف المرونة التشريعية يتطلب منا تناوله من وجهة نظر القانون وفي الفقه الاسلامي وهذ ما سنتناول في هذا الفرع من خلال 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 من خلال استيعاب وقائع الحياة في قوالب تشريعه لتحقيق الغرض الذي تتطلع اليه المرونة التشريعية والنصوص القانونية[٣] . ويمكن تعريف المرونة بانها السهولة في التعامل دون الصلابة مما يسهل على المتخاطبين تطبيق الحكم في الازمنة دون تغيير في الحكم لقابليتها على تطبيق[٤]. كما تعرف المرونة بانها الصياغة التي تساعد في صناعة النصوص التشريعية وإخراج مضامينها الى حيز العمل بشكل 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 اثار تنعكس على الرابطه الاسرية لدوامها واستمرارها وذلك لكونها 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[٥]. وقد تتسم المرونة التشريعية بأهمية كبيره والدور المهم الذي تلعبه في تنظيم الحقوق والحريات الاجتماعية لأفراد المجتمع والمنصوص عليها في الدساتير بشكل عام ومنها ما يتعلق بحقوق الاسرة بشكل خاص والتي تساهم بتثبيت الحقوق للطرفين في عقد الزواج والذي يضمن لهم حقوقهم الاخرى مثل التعليم والسلامة والبيئة والصحة وغيرها[٦]. ومن خلال

ماتقدم فان الباحث يرى ان المرونة التشريعية ماهي الا تكييف وتطويع للنصوص القانونية التي تتاثر بالمتغيرات على الساحة سواء كانت تغيرات اجتماعية او ثقافيه او سياسية او اقتصادية وماهي الا نتاج لذلك التحول والتبدل والتغير لذلك نجدها من اهم سمات الشريعة وخصائصها المميزه والتي تميز الشريعة عما سواها فهي تكون باقيه ودائمه لشموليتها وسعتها في استيعاب الحوادث والوقائع فهي صالحة لكل زمان ومكان وبالتالي تعتبر المرونة من اهم الوسائل والطرق في الصياغه القانونيه والتشريعية التي يمكن ان يستخدمها المشرع والصائغ القانوني في صياغته للنصوص القانونية لما تتمتع فيه من تكييف وانفتاح وقابلية على مواكبه وموائمه 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[٧]. فالمرونة هي الحركة التي لا تسلب التماسك والثبات الذي لا يمنع الحركة، ولذلك 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. او كما يعرفها البعض 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[٨] اوهي الحكم الذي يكون مدركة ومستنده العوائد والاعراف لا النصوص المحكمات[٩]. وتعرف المرونة بانها الطريقة في تطبيق الفروع الدينية او ما يتعلق بطريقة الدعوة الدينية العصرية اوهي الحكم المنتقل من كونه مشروعا فيصبح ممنوعا او ممنوعا فيصبح مشروعا باختلاف درجات المشروعية والمنع[١٠]. ومن خلال ما 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 والصلاح

للفرد من خلال 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 دور في استمراريه الشريعة ودوامها لكل زمان ومكان وحال وتعرف ايضاً بانها الرابط بين الاسباب والمسببات والاحكام والعلل وتفصيلات الاحكام واوقات تطبيقها وكيفية تطبيقها فالصلاة مثلا فيها مرونة من حيث انها صلاة مقيم او مسافر او خائف ومرونة في وقت ادائها عند النسيان او النوم وحتى حالة المرض كيف تؤدى الى غير ذلك[١١]. ويمكن ان تظهر المرونة في الجزئيات والفروع التي تستند الى دليل ظني مثال ذلك في عدد الرضعات التي يثبت فيها التحريم فبعظهم جعلها واحدة وبعضهم جعلها خمسا . ويرى الباحث من خلال ما تقدم ان المرونة التشريعية هي السعه والصلاحية والتي تميزت بها الشريعة الاسلامية فالمرونة هي الحل لكل الحاجات والمتطلبات والمشاكل التي تواجه المشرع والقاضي عل حد سواء وبذلك تساير تطور الزمان وما يطرا من تقلبات وتغيرات في المجتمع . وكذلك فهي لا تكون على حساب النظام العام وسيادة القانون ويجب التمسك بالنصوص الدستورية والقانونية التي شرعها المشرع في حينها اذ هي تنطوي على تنظيم شؤون اساس الدولة والمجتمع من الوجهة القانونية والذي عماده الاسرة من خلال المحافظة على النصوص التي جاءت لتدعم الاسرة والعلاقة الزوجية دون تعدي على حقوق الطرفين والتي اقرت بموجب قانون الاحوال الشخصية والمنبثقة نصوصه من الشريعة الاسلامية[١٢]. يمكن تعريف المرونة التشريعية بانها " أحد سمات القاعدة القانونية وديمومة الحكم في التطبيق على ما يستجد في المستقبل من المتغيرات أو الوقائع لا تكون في الحسبان عند وضع القاعدة القانونية مما يجهلها ناجعة لكافة الأزمنة والأمكان".

الفرع الثاني: عناصر 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 يهدف بها إلى مراعاة التغيير والتجديد في المسائل والمنازعات المعروضة امام القضاء، وان تكون عادلة في كافة

الأزمنة وتتصف بالعمومية والتجديد وهذا ما سنتناول في هذا الفرع من خلال ثلاثة نقاط وعلى النحو الآتي:

أولاً- التغيير 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 الحيطة وهو يتوافق مع كل تطور يحدث من حيث الزمان والمكان. وبذلك تجعل المرونة الصياغة التشريعية في نص قانون الأحوال الشخصية له قابلية التغيير والتجديد أي ذو طابع مرن يواكب التغيرات الآنية والمستقبلية[١٣]، اي تتغير وتتجدد بتغير الأحوال والأزمان فهو قريب من الواقع، لذلك يطلق على العبارة المرنة اصطلاح standard أي اصطلاح مأخوذ من اللغة القانونية الإنكليزية فالمرونة هي الوسيلة الفنية لصياغة القواعد القانونية[١٤] قابلة للتغيير والتجديد[١٥]. والمرونة 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 والتي تتطلبها ضرورات التوفيق بين القانون والواقع الاجتماعي[١٦]. ويتضح لنا مما سبق، 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 للنصوص التشريعية والذي سيكون للمرونة التشريعية الاثر الواضح في الصياغة التشريعية[١٧] لما لها من تأثير ايجابي في صياغة النص التشريعي، ويضاف إلى ذلك أن المرونة التشريعية تواكب كل التغيرات والتطورات.

ثانياً : تحقيق العدالة:- الهدف من وجود الصياغة التشريعية المرنة هو تحقيق العدالة لكن قبل الولوج في ذلك لا بد من التطرق إلى تعريف العدالة التي يراد بها النظام الأعلى الذي يضمن انتصار المصالح الأكثر احتراماً[١٨] . فالمشرع يهدف من جعل النص

التشريعي مرن إلى تحقيق العدالة كونها الغاية الأساسية التي يعتمد عليها في استخلاص الصيغ والقواعد، على ان يكون النص القانوني قابل للتطبيق على ما يستجد في المستقبل من المتغيرات وتطبيق هذه المرونة على كافة الوقائع وبدون ذلك فالقاعدة القانونية غير العادلة لا تصلح إن تكون قاعدة قانونية، بل تعد من قبيل الإعمال المادية غير المشروعة، إذ تعد غاية العدالة هي الغاية الأكثر عمومية التي يهدف القانون إلى تحقيقها في كافة الأنظمة القانونية[١٩]. عند صياغة القواعد التشريعية يتطلب ان تكون المرونة فيها عادلة من حيث نظر 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 ملتزم بكل المبادئ والقيم التي تقوم عليها ولا يستطيع الخروج عنها في صياغة التشريعات[٢٠].

ثالثاً- العمومية والتجريد:- إذا كان القانون يهدف بشكل أساسي إلى تحقيق العدل والمساواة بين الأفراد وهذه المساواة لا يمكن ان تحقق إلا على أساس الوضع الغالب في الحياة ألاجتماعية 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[٢١] لا يمكن إن يكون إلا بصفتي العموم والتجريد[٢٢]. لذا تكون المرونة في القاعدة القانونية مطبقه على جميع الناس 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 [٢٣]

المطلب الثاني : الطبيعة الشرعية للمرونة التشريعية بقواعد الزواج واثاره : أن احكام الشريعة الاسلامية فيها ثوابت وتنقسم إلى احكام تعبدية وثابتة وهي من الأحكام ما كان من مواضع الإجماع أو كان معلوم من الدين بالضرورة وما كان يمثل هوية الإسلام وحقيقته بحيث لا يتصور إسلام بدونه وما لا مجال فيه للاجتهاد من الاحكام

لا تنقبل التغيير وتدبيل حتى في عقد الزواج ولذا سنسقم هذا المطلب على فرعين، الفرع الأول سندرس فيه الطبيعة التعبدية وأما الفرع الثاني الطبيعة المعاملاتية.

الفرع الأول: الطبيعة التعبدية : التعبد لغة: مصدر تعبد، والتعبد في اللغة يطلق على عدة معان وهي: أولاً: يأتي بمعنى الاستعباد، وهو أن يتخذ عبداً، وعبده واعتبده واستعبده، اتخذه عبداً. يقال: تعبد الرجل وعبده وأعبده صيره كالعبد، وتعبد الله العبد بالطاعة: أي استعبده. ثانياً: التنسك، يقال: تعبد فلان الله تعالى: إذا أكثر من عبادته، وظهر فيه الخشوع والإجابات. ثالثاً: التذلل، ومنها التعبيد أي التذليل، يقال: طريق معبد: كثرة الوطء أي مذلل[٢٤]. التعبد اصطلاحاً: يطلق التعبد في اصطلاح الفقهاء والأصوليين على عدة معان باعتبارات مختلفة، وهي على النحو التالي: مقاصد الشريعة وإشكالية دورات الأحكام بين التعبد والتعليل : باعتبار ما هو صادر عن الشارع، وأطلق عليه المعنى العام للتعبد، ومن التعريفات التي تحقق هذا المعنى ما ذكره بعض الفقهاء في شرحه على الخطيب حيث قال: التعبد: أي الطلب على وجه التكليف[٢٥]. وقد أكثر الفقهاء والأصوليون من استخدام التعبد بهذا المعنى في مناسبات شتى، فاستخدموه خلال حديثهم عن حجية القياس، وخبر الواحد، وشرع من قبلنا، وغيرها من المواطن قال الرازي في المحصول عند حديثه عن القياس: القسم الأول: في إثبات أن القياس حجة اختلف الناس في القياس الشرعي فقالت طائفة العقل يقتضي جواز التعبد به في الجملة، وقالت طائفة العقل يقتضي المنع من التعبد به..." [٢٦]. باعتبار الحكم الموصوف بالتعبدي، 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 التعبدي حيث قال: هو ما لم يظهر لنا جلبه المصلحة أو درؤه المفسدة" إلى التفريق بين المتعبد الصادر من جهة الشارع والذي اصطلحا عليه بالمعنى العام للتعبدة وين الحكم الموصوف بالتعبدي والذي أطلقا عليه المعنى الخاص للعيد، 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 التعبدي فيعرف بعضها الحكم التعبدي هو الحكم الشرعي الذي لا تعلم حكمته[٢٧]. وبالتالي فانه مجرد علم الحكمة لا يخرجه عن كونه تعبديا فليراجع فإن فيه نظراً ظاهراً، أي لتصريح بعضهم بأن التعبدي هو الذي لم يدرك له معنى وقد يجاب عن الشارح بأنهم قد يطلقون التعبدي على ما لم يظهر له علة موجبة للحكم وإن ظهر له حكمة، فيلاحظ ذلك من التفريق ما بين الحكمة والعلة في معرفة الحكم التعبدي وهذا هو الأصل لما يبني على هذا التفريق من أثر في الفروع الفقهية وفي عملية القياس على وجه التحديد، حيث جرت عادة الأصوليين إناطة الحكم بالعلة لا بالحكمة، على عند من أجاز التعليل بالحكمة[٢٨] فهم فرضوا الكلام فيها افتراضاً مدعين أنه لم يقع وقاموا بإناطة الحكم بعلته لا بحكمته لعدة أسباب وعدة اعتبارات لا مجال لذكرها لذلك فأن التفصيل والتفريق بين الحكم التعبدي الذي لم تدرك حكمته وبين الذي لم تدرك علته. مقاصد الشريعة وإشكالية دورات الأحكام بين التعبد والتحليل[٢٩]. اما الخاص، وهو ما لا تدرك عليه الجزئية والتي هي بمعنى الوصف الظاهر المنضبط المناسب للحكم والمعرف له، ومن التعريفات التي تشير إلى هذا المعنى ما بينه البعض منهم على أن الحكم التعبدي هو: أن تكون العلة غير ظاهرة" والعلة المقصودة في هذا التعريف هي العلة القياسية التي هي مدار القياس وجماع أمره وادراكه الأعظم. وثما يحقق هذا المعنى من التعريفات ما أورده الإمام الزركشي حيث قال: التعبد ... أنه لا يهتدي إليه القياس، ومعلوم أن الركن الذي يقوم عليه القياس هو العلة الجزئية. وقد عرفه اخرون 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[٣٠]. والتعريفات للحكم التعبدي موضعه الخلط بين مفهومي الحكمة والعلة كما أشرنا سابقا، ولعل السبب في هذا الالتباس والخلط هو ما أورده العلماء من تعريفات للحكم التعبدي، عبروا عنه أحياناً صراحة بما لا تدرك حكمته، وفي مواضع أخرى بما لا تدرك علته، إلا أن بعض التعريفات جاءت غامضة لا يعرف المقصود منها على هو الحكمة أم العلة، كالتعريفات التي

اشتملت على لفظ "معنى"، أو أحد مشتقاتها؟ وهذا مثل تعريف ابن حجر الهيتمي للمتعبد حيث قال: التعبد ما لا يعقل معناه عبادة كان أو غيرها فهل المقصود من عبارة الهيتمي ما لا تعقل علته، أم ما لا تعقل حكمته حيث لا بد من تصريح منه يبين لنا مقصودة من هذا اللفظ، أو على الأقل وجود قرينة تدل على المعنى المراد[٣١].

الفرع الثاني : الطبيعة المعاملاتية : ان عقد الزواج يعد من اهم العقود التي تحكم الاسرة لذلك اخذ المشرع باهتمام في تشريع قواعد ليضعها في النصوص محددة واساسية لذا حدد القانون شروطه واحكامه و كون 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 وبالتالي لا يمكن تغيرها وتأثيرها بات شكل من الاشكال حيث نصت المادة (١/٣) من قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل على أن " الزواج بين رجل وأمراه تحل له شرعا غايته انشاء رابطة للحياة المِشتركة والنسل"[٣٢]. وان هذه المادة تعتبر من اهم مواد قانون الأحوال الشخصية لأنها بينت اركان عقد الزواج ، حيث اعتبرت ان الزواج عقد بين(رجل و امرأة) وهذا هو ما يعتبر من الثوابت وما سلمت بها المجتمعات وتعارفت عليه خلاف ما جاء بعض المجتمعات التي تحاو ل ان تضفي الشرعية على زواج المثلين التي لا تعترف به الشريعة الإسلامية والذي حرمه القانون العراقي و بالعودة الى التعريف نجد انها ذكرت (المرأة تحل له شرعاً) و هذه من الثوابت أيضا حيث بينت الشريعة المحرمات اللواتي لا يحل الزواج بهن سواء كان التحريم بسبب القرابة او المصاهرة او الرضاع[٣٣] وجميع المحرمات 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 الى يوم القيامة) وحيث يكون للمشرع ان يختار من اقوال الفقهاء في هذه المسائل ما يراه اقرب لتحقيق مصالح الناس في كل زمان و مكان[٣٤]، قال تعالى ((حرمت عليكم امهاتكم و بناتكم.....)) [٣٥] 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 بتحقق نوعين من الشروط شروط موضوعية او ما يسمى شروط شرعية وشروط قانونية (شكلية) نص عليها قانون الأحوال الشخصية في المادة (٥) (تتحقق الاهلية في عقد الزواج بتوفر الشروط القانونية والشرعية في العاقدين 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 هوه شرط صحيح و هذا ما جاءت به المادة (٦) فقرة (٣) أحوال المجتمع[٣٦]. و لكي تكون هذه الشروط معتبرة و ملزمة للوفاء بها يجب ان تذكر و تدرج ضمن عقد الزواج وبالتالي 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. اما إذا كانت الشروط غير مشروعة ولا تتلاءم مع مقتضيات العقد او اشترطت الزوجة في العقد ان يطلق ضرتها 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 باطلا ولا يترتب عليه أي إثر من الاثار 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 هوه العقد على المحارم بالنسب او الرضاع او المصاهرة مع العلم بالتحريم[٣٧].

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[٣٨].

١_ ان لا تكون الزوجة محرمة على الرجل تحريم مؤبداً كأن تكون اخته او خالته او نحوها . وان لا تكون الحرمة مؤقته كأن تكون اخت زوجته او خالتها او عمتها أي ان تكون المرأة محلا صالحة للزواج وهذا ما إشارة اليه المادة (١٢) بان (يشترط لصحة الزواج ان تكون

المرأة غير محرمة شرعاً على من يريد الزواج بها) [٣٩] وان لا تكون بين الرجل والمرأة حرمه 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 لزوجتة 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 وباذن من القاضي[٤٠].

استناداً لما تقدم يرى الباحث ان احكام الشريعة الاسلامية التعبدية لا تقبل التغيير أو التعديل كونها تتضمن احكام ثابتة في عقد الزواج وهو ما كان موضوع الإجماع أو من المعلوم من الدين بالضرورة وما كان من الاحكام يمثل هوية الإسلام وحقيقته بحيث لا يتصور إسلام بدونه وما كان من الأحكام ملازما لحالة واحدة وصورة واحدة لدى جميع أشخاص الأمة 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 وكذلك 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 بينهن، والشروط المطلوب توافرها في صيغة عقد الزواج حيث باقية ولا تتغير بمرور الزمان.

المبحث الثاني : اثر المرونة التشريعية في صياغة قواعد الزواج والطلاق : ان للمرونة التشريعية اثر واضح في قانون الاحوال الشخصية من خلال تأثيرها على الصياغة التشريعية سواء كانت صياغة مادية او صياغه معنويه على اعتبار ان طرق الصياغة التشريعية تكون اما طرق ماديه او طرق معنويه فأما الطرق المادية فهي التي تعبر عن جوهر القاعدة القانونية تعبيرا ماديا مجسما في مظهر خارجي يمكن الوقوف عليه

بسهوله ويمكن تقسيمها الى قسمين اولا الصياغة الكمية ثانياً الصياغة الشكلية لذلك نبحث في تعريف الكم وما هي تطبيقاتها في قانون الاحوال الشخصية باعتبار ان الكم هو اعطاء القاعدة القانونية تحديدا محكما بالتعبير عن مضمونها برقم معين بناء على ما تقدم سنقسم هذا المبحث على مطلبين، فأما المطلب سيخصص لدراسة اثر المرونة التشريعية على الصياغة المادية لأحكام الزواج والطلاق، أما المطلب الثاني سنتناول فيه اثر المرونة التشريعية على الصياغة المعنوية لاحكام الزواج والطلاق.

المطلب الاول : أثار المرونة التشريعية على الصياغة المادية لأحكام الزواج والطلاق

: الصياغة التي يتم التعبير عن جوهرها في مظهر مادي محسوس ، سواء تمثل في احلال الكم محل الكيف، أو 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 تعبيرا ماديا مجسما في مظهر خارجي يمكن الوقوف علية بسهولة هو احلال الكم محل الكيف وكذلك الشكلية[٤١] وبالتالي ما هو دور المرونة التشريعية في هذا النوع من الصياغة التشريعية وهذا ما سنتناوله بفرعين الفرع الاول سيكون الصياغة الكمية في الفقه واثرها اما الفرع الثاني سيكون لاثر المرونة بالصياغة الكمية وتطبيقاتها في قانون الاحوال الشخصية.

الفرع الاول : اثر المرونة التشريعية في الصياغة الكمية في الفقه واثارها : وبموجب هذا الأسلوب يتم التعبير 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 تستخدم أرقام معينة عند صياغة النصوص التشريعية فهو من طائفة المعايير الجامدة للصياغة التشريعية ومن ثم يضفي عليها صفة الجمود بما يقيد سلطة القاضي [٤٢]. وعليه فان الصياغة التشريعية المادية تمثل التعبير عن جوهر القاعدة القانونية تعبيرا ماديا 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 شكليه معينه كما ذكرنا وبالتالي فان هذا التعبير لا يحتاج الى جهد فكري لأدراك القاعدة القانونية لأنه يعبر عن جوهر القاعدة القانونية تعبيرا ماديا مجسما بمظهر خارجي باستخدام لغة الارقام او باستخدام طريقه الشكليات المعروفة بمعنى ان احلال الكم محل الكيف الذي يتضمنه جوهر القاعدة القانونية كيفا معنويا يصاغ بصياغة كمية او رقمية تحدده في العمل تحديدا ثابتا لا تأويل فيه ولا ابهام وبهذا لا يمكن الخلاف الذي بشأنه و ييسر امر فهمة وتطبيقه على السواء[٤٣].

وهذه الوسيلة او الطريقة هي تمثل الصياغة الحاسمة او الجامدة كما يسميها البعض كونها صياغة تعطي حلا ثابتا لا يتغير بتغير الظروف والملابسات الخاصة بكل حالة فردية تندرج تحت الفرض وبالتالي فهي تحقق ثبات القاعدة القانونية سواء بالنسبة الى الوقائع الخاضعة لها او الحل المطبق عليه[٤٤]. 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 علية او بالنسبة للقاضي عندما يريد تطبيق الحكم القانوني على ما يعرض امامة من وقائع واشخاص اذ يكون التعبير عن الحكم القانوني بألفاظ وعبارات لا تحتمل التفسير[٤٥]. وبالتالي فان هذا المعيار يأخذ بالجمود والتجرد من كل اعتبار شخصي او خاص كونه يتميز بطابع موضوعي لا يقبل التقدير[٤٦] ولذلك عبروا عنة بانة معيار يقوم على اساس فرض محدد تحديدا دقيقا ويكون الحل فيه ايضا محددا تحديدا دقيقا بحيث لا يملك من يقوم بتطبيق احكام القاعدة الجامدة ادنى سلطة تقديرية في توسيع نطاق هذه القاعدة سواء كان من حيث التطبيق او من حيث الحل الذي يترتب عند تطبيق هذه القاعدة [٤٧].

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 وبالتالي يعتبر من طائفة الصياغة الجامدة التي تضفي عليها صفة الجمود بما يقيد سلطة القاضي [٤٨].

وهذا لامجال للاجتهاد فيه من ناحية ثبوتة فهو ثابت قطعا من حيث دلالته لأنه يدل

دلالة قطعية على معناه وهذا مما لا يجوز الاجتهاد فيه وبالتالي ينطبق علية القاعدة المعروفة لامجال للاجتهاد في مورد النص ولا يحل الاجتهاد فيه للوصول الى حكم يخالف ما دل علية هذا النص القطعي وان الحكم المجتهد فيه هوكل حكم شرعي ليس فيه دليل قطعي وما لا يكون المخطئ فيه اثما كوجوب الصلوات الخمس والزكوات وما اتفقت علية الامة من جليات الشرع فيها ادلة قطعية يأثم فيها المخالف فليس ذلك محل الاجتهاد [٤٩]. واما ما كان الاجتهاد فيه من الاحكام الشرعية دليلة ظني كالعبادات الخمس ونحوها فأنها ليست محلا للاجتهاد فيها لان المخطئ فيها يعد اثما وان المسائل الاجتهادية مالا يعد المخطئ فيها باجتهاده اثما او ان النصوص القاطعة في الدلالة على معناها بحيث تصبح مفسره تتضح فيها ارادة الشارع 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 الاسلامية والمشتقة بنصوص قرآنية واضحة وصريحة وكذلك النصوص المتعلقة بأمهات الفضائل والقواعد العامة او اساسيات الشريعة وكل ما يثبت من الدين بضرورة [٥٠]. وان مما يعتبر من الثوابت التي لا يجوز مخالفتها ولامجال فيه للاجتهاد في مجال النصوص من حيث دلالتها 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 فانة يصبح قطعيا في دلالته على العموم واللفظ المجمل الذي يتبعه الشارع بنص يبينه واللفظ الخاص الذي يدل على معناه دلالة قطعية كقولة تعالى " تلك عشرة كاملة "[٥١]حيث لا تحتمل العشرة زيادة ولا نقصان [٥٢]. فان من الثوابت هو كل ما يتعلق بالنظام العام والآداب العامة فلا يجوز الاتفاق على مخالفتهما حيث يعتبر أي تصرف باطل وان الاحكام المتعلقة بقانون الاحوال الشخصية بوجه خاص تعتبر من النظام العام ولايجوز مخلفتها خصوصا في النصوص المتعلقة بعقد الزواج[٥٣] ومنها المادة ٣ فق ٤ [٥٤] لا يجوز الزواج بأكثر من واحدة الا بأذن القاضي ويشترط لإعطاء الاذن تحقق الشرطين... وبالنظر لهذه المادة

نلاحظ ان المشرع اشترط الزواج بزوجة واحدة وهذا هو من الأسلوب التعددي او الكمي والذي يلتزم فيه المشرع والقاضي ومن ينطبق عليه النص وبالتالي لا يمكن مخالفتها من هذا الجانب رغم ان الشريعة قد اجازت في نصوصها التعدد بالزواج بأكثر من واحدة وهذا هو خلاف لأحكام الشرعية 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 حيث الكيف وليس الكم[٥٥] لذلك فان الصياغة الكمية هي من طائفة الانواع الجامدة للصياغة التشريعية لأنها تقوم بتحديد القاعدة القانونية تحديدا محكما وذلك من خلال التعبير عن مضمونها بأرقام ثابتة والذي يجعل تطبيقها اليا وبالتالي لا يحق ولايملك للقاضي في مواجهتها سلطة تقديرية ولكنها من الناحية العملية تلعب دورا مهما في استقرار المعاملات حتى تجعل القاعدة القانونية صالحة للتطبيق العملي لما تمتاز به من دقة وضبط يمنعان التحايل على الاحكام وكذلك تقوم بدور تحقيق ضمانات اكثر للأفراد [٥٦] وعلية ولما 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 وبالتالي يعبر عنها بعبارة احلال الكم محل الكيف وهنا يكون التعبير عن مضمون القاعدة القانونية بالأرقام مما يسهل من تطبيقها بشكل تلقائي كونها لا تسمح عادتا بتحكم القاضي في سلطته التقديرية وهنا تقابل الصياغة الجامدة التي لا تأخذ بالاعتبار الشخصي لكل حالة وانما غايتها تحقيق العدل المجرد وبالتالي تتطابق مع الاحكام الشرعية التي لا تقبل التغيير والتبديل ولأتأثر بتغير الزمان والمكان كونها احكام قطعية الدلالة وبالتالي لا يمكن للمرونة ان تأخذ دورها في هذه الاساليب والطرق المادية الكميه.

الفرع الثاني : اثر المرونة التشريعية في قانون الاحوال الشخصية وتطبيقاتها : تعتبر المرونة التشريعية من الافكار المهمة التي لها اثر كبير في موضوعات الاحوال الشخصية وبالتالي اختلف الباحثين فيها كونها منبثقة من الشريعة الاسلامية والتي تعتبر 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 وبالتالي تكمن اهمية دراسة المرونة التشريعية في تطبيقات الاحوال الشخصية وتحديدا 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 حلال البحث بنصوص قانون الاحوال الشخصية حيث جاء في المادة ٦ فق ١/ د من قانون الاحوال الشخصية العراقي التي ((١- لا ينعقد عقد الزواج اذا فقد شرطا من شروط الانعقاد او الصحة المبينة فيما يلي : ... د- شهادة شاهدين متمتعين بالأهلية على الزواج ...)) وان هذه المادة بهذه الفقرة جاءت صريحة حيث تضمنت شروط عقد الزواج والتي لا يمكن لعقد الزواج ان ينعقد اذا فقد شرطا من شروط الانعقاد او الصحة حيث اعتبرت شهادة شاهدين متمتعين بالأهلية القانونية على عقد الزواج شرط مهم من شروط الصحة حيث اشترطت شروط معينه خاصه في الشهود وقد حددته بعدد شاهدين اثنين فلا ينعقد العقد اذا اختل هذا الشرط وهذا ما ذهب الية جمهور الفقهاء استدلال بقولة عليه الصلاة والسلام لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل [٥٧]. 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 والموافقة على عقد الزواج من قبل القاضي المختص رغم ان الفقهاء لم يشترطوا او يحددوا اهلية الزواج بسن معين وانما تركو الامر لمن يعنيهم ويتعلق بهم الأن 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 وبالتالي يعتبران من الشروط القانونية لا من الشروط الشرعية بمعنى من تزوج بغير هذين الشرطين لا يكون اثما شرعا وانما يكون مخالفا للقانون[٥٨]. وهذه تعتبر طريقة التحديد العددي مع ما فيها من تحكم في تحديد الاعداد في مجال الحياة الاجتماعية المليئة بالحركة والتنوع هي طريقه لازمة لتحقيق الطمأنينة والتبسيط[٥٩].

اما الصورة الثالثة في المادة الثامنة فق١ [٦٠] حيث 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 خلال مده يحددها له، فان لم يعترض او كان اعتراضه غير جدير بالاعتبار اذن القاضي بالزواج.)) وان الظاهر من نص هذه المادة هو لزواج من هو اقل من الثامنة عشرة أي بمعنى الاهلية الناقصة والتي حددت طلب من اكمل الخامسة عشرة من العمر الزواج فالقاضي ان يأذن له بالزواج وكذلك الفقرة ٢ من نفس المادة ايضا حددت بالترقيم حيث 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 عشره من العمر او اذا بلغ الخامسة عشره وهنا يتضح ان الأسلوب الارقام او الاسلوب العددي او الأسلوب الكمي لا يسمح للقاضي او من ينطبق القانون علية ان يغفل هذه الارقام وبالتالي يكون امام نصوص قانونية جامده تمثل نوع من الطرق المادية الكمية التي تكون معبرة عن جوهر القاعدة في صورة عددية وحاسمة في الدلالة علية وبالتالي 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[٦١]. وقد نرى الكثير من الصياغة الشكلية في نصوص قانون الاحوال الشخصية النافذ وفي اغلب فقراته التي جاءت لتنظم مسائل الاحوال الشخصية بصوره دقيقه ومحدده وبعبارات وارقام واضحه وصريحه مما يسهل على العاملين على تطبيقه بير وسهوله بعيدا عن استغلال النص او ترويضه وفق اهوائه او رغباته وهذه اهم ميزه من مميزات الصياغة الكمية حيث نرى ان نص المادة ال ٤٨ منه اولا و٢ و٣ جاءت واضحه وصريحه فقد جاء في الفقرة (اولا) منها بان ((عدة الطلاق والفسخ للمدخول بها ثلاثة قروء)). وان هذه الفقرة وحسب راينا فيها ثابته بنص القانون وبصريح العبارة الرقمية والمشتقة من احكام الشريعة الاسلامية التي تعتبر 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

وبالتالي تعتبر من الطرق المادية اسلوب الكم او التعددية بأسلوب التعبير عن جوهر القاعدة القانونية بأسلوب الارقام وهي ثابته فالمرونة لا توثر فيها ولا يمكن للسلطة التقديرية ان تكون حاضره وبالتالي لا يجوز مخالفتها ايضا كونها من نصوص قانون الاحوال الشخصية والذي يعتبرونه من النظام العام وكذلك كونها مستمده احكامها من الشريعة [٦٢]. وبالتمعن في نص المادة ٩٠ منه[٦٣] يجري توزيع الانصبة والاستحقاق على الوارثين بالقرابة على وفق الاحكام الشرعية التي كانت مرعية قبل تشريع قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨لسنة ١٩٥٩ كما تتبع فيما بقي من احكام المواريث وهذه المادة واضحة وصريحه بإحالة توزيع الانصبة في هذا القانون وفق احكام الشريعة والتي لا يجوز مخالفتها كونها ثابته بالثبوت القطعي وغير قابلة للاجتهاد فيها[٦٤] وبالتالي فلا مرونة تشريعه فيها وذلك لان كل ما ثبت حكمة بنصوص القران والسنة والتي لا يمكن تغييرة الا بتشريع اعلى او مساوي له لينسخه [٦٥] يعتبر ثابتا ثبوتا قطعيا او هو ما منصوص علية بدليل قطعي ثابت بما يجعله اساسا غير خاضع للتغيير[٦٦].

أما المادة [٦٧] 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[٦٨]. وبالتالي نرى ان هذا الاسلوب الرقمي في الصياغة القانونية في هذا القانون والمشتقة من احكام الشريعة الإسلامية والذي اظهر القاعدة القانونية هذه بصيغه كميه او عدديه او رقميه بأسلوب واضح وصريح لا يمكن التأويل فيه او الشك والاختلاف فيه خصوصه وهي نصوص ثابته تمثل الثابت من الاحكام الشرعية القطعية وكذلك هي نوع من الصياغة الجامدة المتبعة في الصياغة التشريعية وعليه لا يمكن ان توثر المرونة في هذا الاسلوب المحدد تحديدا كميا. وبالتالي يمنع من التحكم فيه من قبل القاضي او المشرع او أي شخص يسري عليه القانون بتطبيقه وبالتالي لا يدع المجال فيه للاختلاف وهو من وأوضح الصور التي تعبر عن الاسلوب الرقمي في الطرق المادية في الصياغة التشريعية [٦٩]. فعلية ولكل ما تقدم يرى الباحث ان الطرق المادية الكميه في للصياغة 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 وبالتالي 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 يقابل الثابت من نصوص الاحكام الشرعية او الاحكام التعبدية التي لا تتغير باي حال من الاحوال بمرور الزمان وتغيير المكان والذي 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 حيث مناط الاحكام نتيجة للتطورات المستجدة التي تحصل نتيجة لتقدم وتطور الحياة والانسان ومنها الزواج.

المطلب الثاني: اثار المرونة التشريعية على الصياغة المعنوية في قواعد الزواج والطلاق: يفترض ان يكون لدى الصائغ التشريعي المام بالطرق والوسائل الخاصة بالصياغة التشريعية ومن هذه الطرق هي الطرق المعنوية التي يمكن ان تكون للمرونة الاثر الكبير فيها خصوصا في صياغة الحيل القانونية او ما يسمى بالافتراض القانوني وكذلك في القرائن القانونية البسيطة ، لذا فان الصياغة التشريعية المعنوية تتكون من جهد فكري وتعميم بقصد تصوير الواقع في الذهن، وهذا العمل الذهني الغاية منه الحاق الواقع في الذهن، بهدف بناء القاعدة القانونية وتطبيقها على العمليات الذهنية وهو سعي مزدوج نحو تطبيق القانون وخلقه[٧٠].

لذا سنقسم هذا المطلب على فرعين، فأما الفرع الأول سيكون اثر القرائن القانونية للمرونة التشريعية على قواعد زواج والطلاق اما الفرع الثاني سيكون لدراسة اثر الحيل القانونية للمرونة تشريعية على قواعد الزواج والطلاق .

الفرع الأول: اثر القرائن القانونية للمرونة التشريعية على قواعد زواج والطلاق:

القرائن القانونية وسيلة تبنها المشرع في الإثبات وبيان ما يتعلق بها من أحكام وحجية تتفق وأهميتها فيها وما يرتبه من إعمالها من أثر سواء في التخفيف من عبء الإثبات أو اعفاء منها في حال الاعتماد على القرينة القانونية، وفضلا 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. يقتضي منا تعريف القرائن القانونية قبل دخول إلى نطاقها، فيراد بها بأنها اخذ أمر مشكوك فيه ولكنه محتمل تبعا للغالب المألوف في العمل على إنه أمر مؤكد إي بمعنى تحويل الشك في شأنه إلى يقين وإخراج القاعدة القانونية من قبل الصائغ التشريعي على هذا الأساس[٧١]، أو استخلاص أمر مجهول من أمر معلوم على أساس غلبة تحقق الأمر الأول، أذا تحقق الأمر الثاني[٧٢]. فهي وسيلة من الوسائل القانونية التي يستطيع الصائغ التشريعي من خلالها ألامساك بالواقع بشيء من اليقين والتحديد، على رغم من أنّ الواقع مشوب بالشك والاحتمال، وقد عرفت المادة ٩٨ف١ من قانون الإثبات العراقي القرينة القانونية بنصها هي استنباط المشرع امراً 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 مباشره في الإثبات، لأنه يمكن إثبات عكسها بتحقق الاحتمال الغالب الذي قامت عليه هذه القرينة القانونية وان أنحصر مجال إثبات عكس القرينة في حدود ضيقة، تقتصر على إقرار من تقررت القرينة القانونية لمصلحته، فهي وسيلة تساعد الصائغ التشريعي في تحقيق ما يهدف إليه، لذا تصبح القرائن القانونية المصاغة بصيغة عامة مجردة قاعدة عامة تطبق على جميع الحالات المماثلة[٧٣]، 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[٧٤]. 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[٧٥]. وتنقسم القرائن القانونية على نوعين قرائن قاطعة لا يجوز إثبات عكسها وغير قاطعة يجوز إثبات عكسها وهو الأصل الذي تقوم عليه القرائن القانونية، إذ تعد في حالات معينة دليلا لا يجوز نقضه إن كانت قاطعة وتلقي بعبء إثبات عكس ما تفرضه إن كانت غير قاطعة[٧٦].

اما نطاق اثر القرائن القانونية على الزواج حيث يمكن أن يثبت فيها القرائن القانونية بأحد انواعها ومنها كقرينة على الزوجية وما جاء في اعتبار 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 واشتهاره بين أهالي المنطقة بانه زوج المدعية ووالد أولادها يعد قرينة تدل على قيام الزوجية وعلى ابوة المدعى عليه لأولاده"[٧٧] . وبذلك يمكن إعمال القرينة القانونية كوسيلة في اثبات الزوجية والاعتداد بها وبهذا تكون مرونة تشريعية من قبل المشرع . وهذه المرونة التشريعية المتمثلة بالقرائن التشريعية التي تفيد اثبات عقد الزواج كإقرار الرجل أمام احدى الجهات الرسمية بالحالة الزوجية مع ذكر اسم الزوجة في البيانات المقدمة عن الحالة الزوجية فيما إذا كان موظفاً في احدى دوائر الدولة أو أية جهة رسمية مستخلصاً استنباطه للقرينة من الواردة في هذه البيانات[٧٨] . كذلك تعد 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 يعد سكوت البكر عند عرض الزواج عليها قرينة على قبولها به قرينة شرعية وهو ما تبناه جمهور الفقهاء بشرط تسمية الزوج والمهر، وايضاً طلب المرأة المهر قبل الدخول ثم دخول الزوج بها وهي راضية غير مكرهة بعد قرينة على رضاها بالعقد وسبباً لبطلان حقها لاحقاً في اختيار نفسها، وكذلك 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[٧٩].

اعتبرت 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 انه رفع إلى رسول الله ص امرأة ادعت على زوجها انه طلقها وجاءت بشاهد واحد عدل فاستحلف رسول الله ص الزوج وابطل شهادة الشاهد وقال إذا نكل الزوج فنكولة بمنزله شاهد آخر وجاز طلاقه[٨٠] .

تتعدد الوقائع التي يمكن الاستناد إليها في إثبات حصول الرجعة على ادعاءها أحد الزوجين وأنكرها الآخر ومن ضمنها سكوت المرأة عند ادعاء الرجل مراجعتها ثم إشهاده على الرجعة، وهو ما يعد قرينة على حصول المراجعة وسبباً لثبوتها ، وإن ادعت بعد ذلك انقضاء عدتها وعدم صحة الرجعة متذرعه بانقضاء العدة، اعتبار ولادة المطلقة الأقل من أقصى مدة الحمل - حددها الخلفية بسنتين - بعد الطلاق قرينة على مراجعة الزوج لزوجته وأن أذكر الدخول بعد أن خلا بها وهو ما أخذ به الحنفية كقرينة شرعية على المراجعة أكنها القضاء في القرار الآتي الصادر عن محكمة التمييز وما جاء فيه من "أن ولادة الطفل بعد تاريخ الطلاق لهو قرينة على رجوع الزوج بزوجته طلاقه لها" اعتبار تنفيذ الرجل لحكم المطاوعة خلال مدة العدة قرينة - قضائية - على مراجعة الزوج لزوجته أو رغبته في مراجعتها، وهو ما تبنته محكمة النقض السورية في أحد قراراتها[٨١] إقرار الزوج تحريريا 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 تمييز العراق قرينة على حصول المراجعة خلال مدة العدة وهي قرينة قضائية[٨٢].

نتيجة فحص الدم أشار العديد من شراح قوانين 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 ٤٠ ١ من قانون الإثبات العراقي، التي منحت القضاء الفرصة في

إمكانية الاستفادة من وسائل التقدم العلمي ومن ضمنها ما يترتب على نتيجة 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 المتعلقه بالنسب وبغض النظر عن اعتبارها مجرد قرينة قضائية كما هو الاتجاه الغالب، أم اعتبارها دليلاً مستقلاً في الإثبات كافي في تحديد نتيجة هذه القضايا وبما يتلاءم مع قواعد الشريعة الإسلامية في ذلك وفق اتجاه البعض الآخر [٨٣]، والاتجاه الغالب هو ما أكدته العديد من قرارات القضاء منها القرار الآتي الصادر عن محكمة تمييز العراق والذي أقر بأن اختلاف فصيلة الدم لا يعد 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 المدعي...[٨٤]

وكذلك الامر فيما يتعلق بالعدة باعتبارها واحدة من أهم الآثار غير المالية المترتبة على انحلال الزواج . كما يعد 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 رجعياً على الزواج ، إذا اعتبره الفقه قرينة على انقضاء العدة متى كانت المدة تحتملها ، حتى لو أنكرت المرأة انقضاءها بعد ذلك مقيمين من هذه القرينة دليلاً على انقضاءها غير قابل لإثبات العكس ولو بالإقرار اللاحق[٨٥] .

وبالتالي اتخذ فقهاء الشريعة الإسلامية 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 المدة تحتملها ، خلافاً لما إن كانت المدة لا تحتمل ذلك فيصدق الرجل في أنه له الحق بالرجعة لتصديق الظاهر له[٨٦].

الفرع الثاني: اثر الحيل القانونية للمرونة تشريعية على قواعد الزواج والطلاق: قبل دخول في اثر الحيل القانونية لابد من بيان تعريفها حيث، لا يوجد نص تشريعي في

القانون المدني العراقي أو باقي القوانين الأخرى تعرف الحيل القانونية ، إذ يعد التعريف من مهمة وعمل الفقه واجتهاد القضاء، لكن نجد القانون المدني العراقي استخدم لفظ في مواضع عدة في ثانيا نصوصه كالمادة ٢/١٣٢ التي نصت على ان " ويفترض في كل التزام ان له سبباً مشروعاً ولو لم يذكر هذا السبب في العقد ما لم يقم الدليل على غير ذلك" تتحقق الصياغة ألافتراضية بقيام الصائغ التشريعي بإيجاد وضعا من الأوضاع يخالف الحقيقة ليصل من وراء ذلك لترتيب أثار قانونية معينة لا يمكن الوصول إليها إلا عن طريق هذه المخالفة [٨٧]، فتعرف الحيل القانونية بأنها افتراض أمر مخالف للحقيقة والواقع للتوصل إلى تغير إحكام القانون دون التعرض إلى نصوصه[٨٨]. فالصائغ التشريعي يلجأ إلى هذا النوع من الصياغة التشريعية عندما يريد إن يلحق في الحكم شيئاً بشيء أخر مناقض له[٨٩]. لكن يجب على الصائغ التشريعي في هذ النوع من الصياغة أن يكون أكثر حذراً وإن لا يتوسع في مجال الصياغة الافتراضية ويقتصر استخدامها في حالات معينة وعند الضرورة وتحقيقاً لغاية معينة لا تتحقق إلا بهذا الأسلوب ألافتراضي عندما تعجز وسائل الصياغة التشريعية الأخرى عن إدراك هذه الهدف لما فيها من مخالفة للواقع، إذ لابد من أن تكون الغاية المصاغة واضحة من حيث الأسلوب والتعبير حتى يكون التفسير ضيقاً في مجال النص[٩٠]. وهناك من عرف الحيل القانونية بانها " وسيلة عقلية لازمة لتطور القانون يقوم على أساس افتراض أمر مخالف للواقع يترتب عليه التغيير في حكم القانون دون التغيير في نصه"[٩١]. اما اثر الحيل القانونية فهي تعني إن القواعد القانونية القائمة تعجز عن حكم العلاقات الجديدة واعطائها الحل المناسب وعندئذ تظهر الحاجة إلى ما يسمى بالاقتصاد القانوني فكما هو الحال في أن الاقتصاد السياسي يسد حاجاتنا المتعددة بموارد محدودة، فان 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[٩٢] ومن خلال ذلك الافتراض تنشأ قاعدة قانونية جديدة وبما إن الافتراض كما بينا سلفا هو إعطاء وضع من الأوضاع حكمًا يخالف حقيقة من حقائق الطبيعة للتوصل إلى إحداث أثر قانوني لا يمكن ترتبه لولا استعارة ذلك الوضع الغير حقيقي، من هذا فأن هناك من القواعد قد أسست على مخالفة الواقع وبذلك دخل الافتراض في مضمون هذه القواعد القانونية وفي مادتها 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 ودون أن يمس بشكلية هذه القواعد ، ومن ثم يرى ان الاقتراض هنا معناه يقوم بإنشاء قاعدة قانونية جديدة ولكنه يعتمد على قاعدة أخرى. موجودة من قبل وهذا يعني لابد من وجود مبنى من خلاله ينشأ قاعدة أخرى دون أن يتعدى إلى شكل القاعدة القانونية[٩٣]. 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 من ظروف الحياة الفعلية ، فالقواعد والمبادئ التي يضعها القضاء تتسم بالواقعية فهي قريبة من الحياة العملية[٩٤]. لذا فان القاضي حينما يطبق القاعدة المتضمنة للافتراض يتمتع بسلطته التقديرية ، فالقضاء يعد مصدرا من مصادر القاعدة القانونية لأن الواقع يكشف عن وجود الكثير من القواعد القضائية ، بمناسبة قيام القاضي بتفسير القانون[٩٥]، فعلى القاضي أن يلم بكل ظروف الواقعة، أو على الأقل الضرورية منها لاعطائها الحل المناسب، وان هذا الإلمام لا يكون الا عن طريق فهم المشرع للنص القانوني والسبب في ذلك ان فاعلية الفهم للنص القانوني الاجتماعي لها اثار قانونية تتمثل في الزام المشرع المحاكم في وجوب مراعاة الارتكاز الاجتماعي في قراءة النص القانوني والالتزام القانوني من قبل المشرع جاء بصورة صريحة وضمنية[٩٦] ومن ثم يجب إلا يكتفي بالظاهر من الأمور ولكن ينبغي عليه أن يتعمق ويدقق فيما يعرض عليه . وبالتالي فإن القاضي عند تطبيقه للقاعدة القانونية على هذه الواقعة المعروضة أمامه قد ينشأ قاعدة قانونية جديدة بطريق الافتراض

بمعنى ان يصبح للقضاء دورا انشائيا بافتراض وقوع بعض الحالات ، فالافتراض يعد بمثابة القاعدة القانونية ومضمونها ، 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 فأن الافتراض لا ينتهي دوره إلى هذه الحد بل هو يرافق القاعدة القانونية بكل مراحلها بكونه وسيلة صياغة معنوية، كما أن للافتراض أثر ايضا ، في تفسير القاعدة القانونية ، فالأخيرة موجودة لكنها تحتاج الى التفسير ومادامت تلك القاعدة عامة مجردة فانها بحاجة الى التفسير كي تصبح النصوص صالحة للتطبيق، اضافة الى ذلك أن التفسير يشمل جميع العمليات التي تلزم لجعل القوانين صالحة للتطبيق على الحالات الخاصة[٩٧].

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[٩٨].

وان 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 من خلال تفسيرها ، وعليه فأن توسيع القاعدة القانونية يدخل في التفسير كون 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 تضييق القاعدة وتوسيعها[٩٩].

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 استخدمها القائمون على تفسير القانون وتطبيقه من قبل الفقهاء والقضاة على حد سواء[١٠٠] .

ويشير بعض الفقه إلى أنه ينبغي أن يفسر الافتراض القانوني تفسيرا واسعا 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 من خلال الافتراض للحالات الأخرى كونها تصبح بنفس الطبيعة نتيجة مخالفة الحقيقة وطبيعة الاشياء وبالتالي ومن هذا يرى الفقه مصرحًا برأيه بالقول أننا مادمنا نؤمن بأهمية الاقتراض وضرورته العملية أن تتحقق الغاية منه بشكل كامل، وكل ما في الأمر أن المشرع قدم اليه ثوب الافتراض لتيسير تطبيقه العملي ففي هذه الحالة فانه يجب أن يفسر تفسيرا واسعا بحيث يؤدي إلى توسيع نطاق تطبيقه إلى أبعد حد أما إذا كانت الحالة تتمثل في حل تحكمي يفرضه المشرع ، فينبغي أن يفسر الافتراض تفسيرا 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[١٠١] .

الخاتمة

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

أولاً- النتائج:-

١- توصلنا في هذه الدراسة إلى أن المرونة التشريعية تعني الوسيلة الملائمة في تحقيق التواصل بين القانون وظروف المجتمع في التي شهدت الى توسيع سلطات القاضي في الحالات التي تفتضيها قواعد العدالة ولأنها قواعد متغيره لا توصف

بالثبات لأنها رده فعل لأحداث اجتماعيه تقبل التغير بطبيعتها بتغير الزمان والمكان وكذلك لانها لا تسترشد الى حلول قاطعه ثابته فهي لا تعطي للمشرع حكم قاطع وانما تعطي مساحه وتخفف من صرامه الاحكام بالنسبة للقاضي وبنفس الوقت تسد النافذة التي تعطى للقاضي، وتعرف المرونة التشريعية بانها احدى سمات القاعدة في تطبيق على ما يستجد في المستقبل من المتغيرات لا تكون في الحسبان عند وضع القاعدة القانونية مما يجهلها ناجعة لكافة الأزمنة والأمكان.

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 ذات الوقت على كل شخص تتوافر 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- تبين لنا في هذه الدراسة إلى أن احكام الشريعة الاسلامية فيها ثوابت وتنقسم إلى احكام تعبدية وثابتة من الأحكام ما كان من مواضع الإجماع أو كان معلوم من الدين بالضرورة وما كان يمثل هوية الإسلام وحقيقته بحيث لا يتصور إسلام بدونه وما لا مجال فيه للاجتهاد من الاحكام لا تنقبل التغيير والتدبيل حتى في عقد الزواج.

٤- توصلنا في هذه الدراسة إلى تتميز المعاملات 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 أو في مسائل الأحوال الشخصية وتحديداً عقد الزواج وما يتعلق بالولاية والخلع.

٥- تبين لنا في هذه الدراسة إلى القرائن القانونية وسيلة تبنها المشرع في الإثبات وبيان ما يتعلق بها من أحكام وحجية تتفق وأهميتها فيها وما يرتبه من إعمالها من أثر

سواء في التخفيف من عبء الإثبات أو اعفاء منها في حال الاعتماد على القرينة القانونية، وفضلا 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.

٦- توصلنا في هذه الدراسة إلى أن الحيل القانونية من المصلحات المهمة التي تلعب دوراً مهما في كافة فروع القانون، ولا سيما فرع القانون الخاص، وبتحد ما يتعلق بالأحوال الشخصية، لأت المشرع لجأ إليها لتطوير القاعة القانونية ، لذا يضن البعض أنه من المتيسر إدراك المقصود بالحيل القانونية نظراً لوضوح معلهما ظاهرياً وتجرده عن الغموض والشك مبدئياً، لكن هذا المفهوم يزول عند اعطاء مفهوم الحيل القانونية وبيان دوره في تطوير القاعدة القانونية باعتباره مرونة التشريعية من قبل 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- ندعو المشرع العراقي إلى الاخذ بصورة المرونة التشريعية المرنة من خلال اعطاء القاضي سلطة تقديرية كي يقوم بإنشاء افتراض من روح النص القانوني، وأن كانت عبارة النص لا تتضمن.

٣- 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.

المصادر

القرآن الكريم

أولاً: المعاجم اللغوية

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

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 (خلعَ)، بلا ط، دار صادر، بيروت، ١٩٩٩.

٤. محمد بن ابي بكر عبد القادر الرازي ، مختار الصحاح ، بلا طبعة ، مكتبة لبنان ، ١٩٨٩ .

ثانياً : كتب الفقه الاسلامي:-

١- ابو الحسن علي الشعراني، تعليقه على وسائل الشيعة، دار إحياء التراث، بيروت، دون سنة طبع.

٢- ابو القاسم القمي، قوانين الأصول ، المكتبة الإسلامية، ١٣٧٨هـ، دون طبعة، حجرية، قم.

٣- أبو القاسم سيلمان بن أحمد، معجم الطبراني، حمدي عبد المجيد السلفي، دار احياء التراث العربي، بيروت، دون سنة طبع.

٤- أحمد الأردبيلي، مجمع الفائدة والبرهان، مجتبى العراقي ، ج٥، ١٤٠٣هـ.

٥- أحمد بن علي بن حجر ، فتح الباري ، دار المعرفة ، بيروت ، سنة ١٩٧٩ء تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي - محب الدين الخطيب، ج ٩.

٦- احمد محمد الحنيطي ، الثبات والمرونة في الشريعة الاسلامية ، بحث منشور في مجلة كلية التربية ، جامعة بنها، مصر، العدد٢ ، ٢٠١٥ .

٧- الاندلسي أبو حيان، تفسير البحر المحيط، ، عادل أحمد عبد الموجود، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠١،.

٨- بدائع الضائع ٣٣٢\٢ ، البيان والتحصيل ٣٥١\٤ ، حاشية الدستوقي ٣٤\٢١ ، مغني المحتاج ٤\ ٤٢ ، الروض المربع ٥٤٩\١-٥٥١ ، كشاف القناع، ١٩٨٥،.

٩- جاد الحق ، مرونة الفقة الاسلامي ، دون طبعة ، دار الفاروق، دون مكان وتاريخ النشر، الحق.

١٠- جعفر السبحاني، أصول الفقه المقارن فيما لا نص فيه، ط١، دون دار طبع، ٢٠٠٥، بيروت.

١١- حمدان عبدالله الصوفي ، مفهوم الاصالة والمعاصرة وتطبيقاتها في الشريعة الاسلامية ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة ام القرى .

١٢- د. عبد الرحمن البزاز، مبادئ أصول القانون، ب ط، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٤.

١٣- د.منير جمعة، الجمع بين الثبات والمرونة ،المكتبة الالكترونية، دون مكان طبع، ٢٠٠٩.

١٤- رشدي محمد عليان وسعدون الساموك، الأديان دراسة تاريخية مقارنة، القسم الاول، الديانات القديمة، ط١، بغداد، ١٩٧٦م.

١٥- صحيح مسلم، كتاب النكاح، باب اسئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، ج٢.

١٦- ضياء الدين العراقي، مثالات الأصول، محسن العراقي، ومنذر الحيكم، ط٢، دون دار طبع ومكان طبع، ١٤٢٢هـ.

١٧- عايد السيفاني، الثبات والشمول، موقع الكاشف، الصيد والفوائد، بلا دار ومكان طبع ، بلا سنة طبعة.

١٨- علي أحمد غلام الندوي، القواعد الفقهية واثرها في الفقه الاسلامي، رسالة ماجستير جامعة ام القرى ، بلا سنة طبع.

١٩- فاضل عبد الرحمن عبد الواحد،، الانموذج في اصول الفقه، منشورات دار الحكمة، جامعة بغداد، ١٩٨٧م.

٢٠- كاظم الحائري، أساس الحكومة الإسلامية دراسة مقارنة بين الديمقراطية والشورة وولاية الفقيه، ط١، النيل، بيرت.

٢١- محمد أسحق الفياض ، محاضرات في اصول الفقه،، مركز الآداب، النجف الاشرف، ١٩٧٤.

٢٢- محمد الموسوي الشاهرودي، تحرير الأصول ، مطبعة النعمان، النجف الاشرف، ١٣٨٣هـ.

٢٣- محمد باقر محمودي، نهج السعادة في مستدرك نهج البلاغة، مؤسسة الاعلمي، بيروت،١٩٨٥.

٢٤- محمد بشير الشفقة، الفقه المالكي في ثوبه الجديد، دار القلم، دمشق، سوريا، الطبعة الاولى، ١٤٢٠هـ ٢٠٠٠م.

٢٥- محمد بن اسماعيل ، سبل السلام ، دار إحياء القوات العربي ، بيروت، الطبعة الرابعة ، التحقيق محمد عبد العزيز الكوني، ٣ .

٢٦- محمد جواد العاملي، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة، محمد باقر الخالصي، ط١، ١٤١٩هـ مؤسسة النشر الإسلامي.

٢٧- محمد جواد مغنية، الفقه على المذاهب الخمسة ،الناشر دار الغدير ، مطبعة كل وردي، ط ٤ ، ٢٠١٦ .

٢٨- محمد سرور الواعظ، مصباح الأصول، تقريراً لأبحاث السيد الخوئي، مطبعة الآداب، النجف الاشرف، ١٩٨٩م.

٢٩- محمد علي الكاظمي، فؤائد الاصول، تقريراً لأبحاث الشيخ النائيني، رحمة الله الأراكي، ط١،١٤٠٩هـ، مطبعة الادب، دون مكان طبع.

٣٠- محمد مصطفى الزحيلي ، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الاربعة، دار الفكر ، دمشق ، ٢٠٠٦ .

٣١- محمد حسن النجفي، جواهر الكلام، ط١، دار المؤرخ العربي، ، ١٩٩٢، بيروت، علي الاخوندي، ط٩، طهران.

٣٢- نور الله التستري، الصورام المهرقة، جلال الدين المحدث ، ١٣٦٧هـ ، طهران.

٣٣- هادي النجفي، موسوعة أحاديث أهل البيت، ط١، دار احياء التراث العربي، بيروت، ٢٠٠٢.

ثالثاً- الكتب القانونية:-

١- د.أمال عبد الحميد ود.عدلي السمري ود.محمد الجوهري، علم الاجتماع القانوني والضبط الاجتماعي، ط١، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، ٢٠١٢.

٢- أبو السعود، رمضان محمود زهران، همام محمد، المدخل للقانون، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ١٩٩٧.

٣- احمد الكبيسي ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، ط١، مكتبة السنهوري، دون مكان طبع، ٢٠١٥.

٤- جعفر الفضلي ود. منذر عبد الحسين الفضل ، المدخل للعلوم القانونية ، النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق، ط١ ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، الموصل ، ١٩٨٧.

٥- جواد احمد البهادلي، مدخل القانون لدراسة الشريعة الاسلامية، ط٢، جامعة الكوفة،٢٠٢١ .

٦- د. إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم ،الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية ، دار العلم للثقافة والنشر، الإسكندرية، ١٩٦٥.

٧- د. احمد الكبيسي ،الوجيز في شرح الاحوال الشخصية وتعديلاته الزواج والطلاق واثارهما ، ج١ ، المكتبة القانونية ، بغداد، ط ٢ ، ٢٠١٠.

٨- د. بكر عبد الفتاح السرحان، المدخل إلى علم القانون، ط١، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان،٢٠١٢.

٩- د. رياض القيسي، علم أصول القانون، ط١، بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٠٢، ص٢٥٤.
واسماعيل نامق حسين، العدالة وأثرها في القاعدة القانونية، دار شتان للطبع والبرمجيات، مصر،٢٠١١.

١٠- د. شمس الدين الوكيل، مبادئ القانون، ط١، منشاة المعارف، الإسكندرية،١٩٦٨.

١١- د. عصام انور سليم ، مبادى الثقافة القانونية ، ب ط،، دار الجامعين للطباعة،الاسكندرية،٢٠٠٧.

١٢- د. مالك دوهان الحسن، المدخل لدراسة القانون، النظرية العامة للقاعدة القانونية، ج١، مطبعة الجامعة، ١٩٧٢.

١٣- د. محمد حسين منصور، المدخل الى القانون (القاعدة القانونيةط١، منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت ،٢٠١٠.

١٤- د. منذر الفضل ، اصول القانون ، دراسة مقارنة مع الفقه الاسلامي ، ط٢،ئاراس للطباعة والنشر ، اربيل، ٢٠٠٤.

١٥- د.حسن كيره، المدخل إلى القانون (القانون بوجه عام)، الناشر، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨١.

١٦- د.سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية،١٩٧٣.

١٧- د.محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط٢ ، كلية الشريعة ، دار الفكر ، ١٤٢٨.

١٨- د.مصطفى العوجي، القاعدة القانونية في القانون المدني، ط٢، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٠.

١٩- د.منير محمود الوتري، المدخل لدراسة القانون، مطبعة حداد، البصرة، بدون سنة نشر.

٢٠- صلاح الدين عبد الوهاب، الاصول العامة للقانون ،نظرية القانون ، مكتبة عمان، الاردن ١٩٦٨ .

٢١- علاء الدين خروف، شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، ج٢، دار الكتب والوثائق العراقية، دون طبعة، بغداد، ١٩٦٤.

٢٢- ود . محمد رفعت الصباحي ، محاضرات في المبادئ العامة للقانون ، مكتبة عين شمس، القاهرة ، ٢٠٠٧ .

٢٣- ود. شمس الدين الوكيل ، مبادى القانون ، ط١، الناشر منشاة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٦٨.

٢٤- ود. علي محمد جعفر، نشأة القوانين وتطورها، ط١، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، ٢٠٠٢.

٢٥- ود. همام محمد محمود ود. محمد حسين منصور، مبادى القانون ،ب ط ، الناشر منشأ المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠١.

رابعاً- القوانين:-

١- القانون المدني الراقي ق رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل.

٢- قانون الاحول الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسن ١٩٥٩ وتعديلاته.

خامساً-القرارات القضائية:-

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

الهوامش

(١) احمد محمد الحنيطي ، الثبات والمرونة في الشريعة الاسلامية ، بحث منشور في مجلة كلية التربية ، جامعة بنها، مصر، العدد٢ ، ٢٠١٥ ، ص ٢٠ .

(٢) تعرف المرونة لغةً حسب ما قال ابن فارس مرن الميم والراء والنون أصل صحيح يدل على اللين الشيء وسهولته. ينظرُ: معجم مقايس اللغة ٣١٣/١ ابن فارس ، المحقق: عبد السلام محمد هارون النشر: دار الفكر ، عام النشر ١٩٧٩ م، ص١١٢٠. وجاء في لسان العرب مرن : مرن يمرن مرانه و مرونة وهو لين في صلابة ومرنة يد فلان على العمل أي صلبت واستمرت والمرونة اللين. ينظُر: لسان العرب ، محمد بن مكرم بن علي، أبي الفضل ، جمال الدين، ط٣،دار صادر، بيروت، ١٤١٤هـ، ص٤٠٤ .

(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، منشاة المعارف، الإسكندرية،١٩٦٨، ص١٤٧ .

(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 .

(٥) د.سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، مصدر سابق ، ص٣٦٤ وما بعدها. و د. شمس الدين الوكيل، مبادئ القانون، ط١، مصدر سابق، ص١٤٧ .

(٦) د. سمير عبد السيد تناغو ، مصدر سابق ، ص٣٩ ، ود . محمد رفعت الصباحي ، محاضرات في المبادئ العامة للقانون ، مكتبة عين شمس، القاهرة ، ٢٠٠٧ ، ص ١٩ .

(٧) حمدان عبدالله الصوفي، مفهوم الاصالة والمعاصرة وتطبيقاتها في الشريعة الإسلامية، مصدر سابق، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة ام القرى، ص١٤١ .

(٨) جواد احمد البهادلي، مدخل القانون لدراسة الشريعة الاسلامية، ط٢، جامعة الكوفة،٢٠٢١ ، ص٩٦ وما بعدها.

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

(١٠) جاد الحق ، مرونة الفقة الاسلامي ، دون طبعة ، دار الفاروق، دون مكان وتاريخ النشر، الحق ، ص ٣٧ ومابعدها.

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

(١٢) صلاح الدين عبد الوهاب، الاصول العامة للقانون ،نظرية القانون ، مكتبة عمان، الاردن ١٩٦٨ ، ص٣٤ .

(١٣) د. عصام انور سليم ، مبادى الثقافة القانونية ، ب ط،، دار الجامعين للطباعة،الاسكندرية،٢٠٠٧،ص٢٩ .

(١٤) د.سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، مصدر سابق ٣٦٦ . وما بعدها. و د. شمس الدين الوكيل، مبادئ القانون، مصدر سابق ص١٤٤ .

(١٥) د. مالك دوهان الحسن، المدخل لدراسة القانون، النظرية العامة للقاعدة القانونية، ج١، مطبعة الجامعة، ١٩٧٢، ص٧٣ .

(١٦) د. سمير عبد السيد تناغو، مصدر سابق نفسه، ص٣٦٦.

(١٧) د. صفاء متعب الخزاعي، الفهم الاجتماعي للنص القانوني، دراسة في ضوء علم الفقة وفلسفة القانون، مصدر سابق ، ٢٠١٥ ،ص٧ .

(١٨) د.مالك دوهان الحسن، المدخل لدراسة القانون، النظرية العامة للقاعدة القانونية، مصدر سابق، ج١، مطبعة الجامعة،١٩٧٢، ص٧٣.

(١٩) ود.أمال عبد الحميد ود.عدلي السمري ود.محمد الجوهري، علم الاجتماع القانوني والضبط الاجتماعي، ط١، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، ٢٠١٢، ص٢٩، ود. علي محمد جعفر، نشأة القوانين وتطورها، ط١، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، ٢٠٠٢، ص١٧٠.

(٢٠) د. عبد الرحمن البزاز، مبادئ أصول القانون، ب ط، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٤، ص١٢٩.

(٢١) انظر: د.حسن كيره، المدخل إلى القانون (القانون بوجه عام)، الناشر، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨١، ص٢٣.

(٢٢) د. مالك دوهان الحسن ، مصدر سابق ، ص٢٨٨ . ود. محمد حسين منصور، المدخل الى القانون (القاعدة القانونية ط١، منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت ،٢٠١٠ ،ص١٥٣ .

(٢٣) د. مالك دوهان الحسن ، مصدر سابق ، ص٢٨٨ . ود. محمد حسين منصور، المدخل الى القانون (القاعدة القانونية ط١، مصدر سابق ، ص ١٥٧ .

(٢٤) ابن منظور ، لسان العرب، ج٣١، المجموعة اللغة العربية، ط٢، ١٤٠٥هـ ، ص٢٧٧٦.
(٢٥) نور الله التستري، الصورام المهرقة، جلال الدين المحدث ، ١٣٦٧هـ ، طهران،ص٥١٧.
(٢٦) أحمد الأردبيلي، مجمع الفائدة والبرهان، مجتبى العراقي ، ج٥، ١٤٠٠هـ، ص٣١.
(٢٧) الاندلسي أبو حيان، تفسير البحر المحيط، ، عادل أحمد عبد الموجود، مصدر سابق ، ص٢٥.
(٢٨) أبو القاسم سيلمان بن أحمد، معجم الطبراني، حمدي عبد المجيد السلفي، دار احياء التراث العربي، بيروت، دون سنة طبع، ص٢٢٥.
(٢٩) أبو علي الفضل بين الحسن الطبري، مجمع البيان في تفسير القرآن، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٤٢٦هـ، قم، ص٤٠.
(٣٠) محمد جواد العاملي، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة، محمد باقر الخالصي، ط١، ١٤١٩هـ مؤسسة النشر الإسلامي، ص٤٠٠.
(٣١) ابو القاسم القمي، قوانين الأصول ، المكتبة الإسلامية، ١٣٧٨هـ، دون طبعة، حجرية، قم، ص٣٧٥.
(٣٢) ينظر المادة (١/٣) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته .
(٣٣) احمد الكبيسي ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، ط١، مكتبة السنهوري، دون مكان طبع، ٢٠١٥، ص٨٠.
(٣٤) د.محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط٢ ، كلية الشريعة ، دار الفكر ، ١٤٢٨ ،، ص ٥٩
(٣٥) سورة النساء الاية (٢٣).
(٣٦) انظر: قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ العراقي ١٩٥٩.
(٣٧) د. إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم ،الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية ، دار العلم للثقافة والنشر، الإسكندرية، ١٩٦٥، ص ٢٨ .
(٣٨) د. احمد الكبيسي ،الوجيز في شرح الاحوال الشخصية وتعديلاته الزواج والطلاق واثارهما ، ج١ ، المكتبة القانونية ، بغداد، ط ٢ ، ٢٠١٠ ، ص٤١ .
(٣٩) قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ ، لسنة ١٩٥٩ .
(٤٠) التعديل الثاني، لقانون الأحوال الشخصية، رقم ٢١ لسنة ١٩٧٨.
(٤١) د. مالك دوهان الحسن، مصدر سابق،ص٢٨٨ .و د. محمد حسين منصور،المدخل الى القانون(القاعدة القانونية)،ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت،٢٠١٠،ص١٥٣.
(٤٢) د.عصمت عبد المجيد، مشكلات التشريع ، دار الكتب العلمية، بيروت، مصدر سابق ، ط١، ٢٠٠٤ ، ص١٦٣-١٨٥ .
(٤٣) د. عليوة مصطفى فتح الباب ،الوسيط في سن وصياغة وتفسير التشريعات الكتاب الثاني، صياغة وتفسير التشريعات، دار الكتب القانونية ،دار شتات، القاهرة ،ط١،ص٤٥ ، ٤٣٥-٥٥٣.
(٤٤) عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية ،ج١ القانون جامعة الكويت، مصدر سابق ،١٩٧٢،ص٤١٣ .
(٤٥) د. ليث كمال نصراوين، متطلبات الصياغة التشريعية، بحث منشور بالمؤتمر السنوي الرابع للقانون اداة اصلاح وتطوير، العدد٢،ج١مايو ٢٠١٧،ص٣٩٣ .
(٤٦) نصراوين ،ليث كمال ،وابو عزام صدام ابراهيم ،مبادى الصياغة التشريعية (المفاهيم الاساليب المراحل) ، ط٢ ، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع،٢٠٢٠ ،ص ٣٢ .
(٤٧) الشيخلي عبد القادر ، الصياغة القانونية ،(تشريعا فقها قضاء محاماة) مصدر سابق ،ص ٨٦ .
(٤٨) فتح الباب، عليوة مصطفى ، مرجع سابق ،ص٤٥.

(٤٩) القرضاوي يوسف ، عوامل السعة والمرونة في الشريعة الاسلامية ، من منشورات اللجنة الاستشارية العليا للعمل على استكمال تطبيق احكام الشريعة الاسلامية ،الكويت ،٢٠٠٢.

(٥٠) محمد فتحي الدريني، (١٤٠٥ – ١٩٨٥)، المناهج الاصولية في الاجتهاد بالراي في التشريع الاسلامي ، ط٢، دمشق، الشركة المتحدة للتوزيع ، ص٢٣٦ .

(٥١) سورة البقرة ، الآية ١٩٦ .

(٥٢) عبد الرؤوف ، ضوابط الاجتهاد مع مورد النص ، ص ٢٠٣ ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، م ١٣ ،ع٢، ١٩٩٧، من ص٢٠٣—٢٠٥ .

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

(٥٤) قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته ، العاتك ، بيروت ، طبعة جديدة، ص٤٠.

(٥٥) احمد نصر الجندي، الاحوال الشخصية في الاسلام ، مصدر سابق ص٦.

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

(٥٧) د. احمد الكبيسي، الوجيز في شرح الاحوال الشخصية وتعديلاته ،ج١ الزواج والطلاق واثارهما المكتبة القانونية، بغداد ط٢٠١٠ ،ص٤١.

(٥٨) د. احمد الكبيسي، المصدر نفسة، ص ٤٩.

(٥٩) عبد الحي حجازي المدخل لدراسة العلوم القانونية الكويت، مصدر سابق، ج ١ ،١٩٧٢،فقره ١٠٢،ص ١٩٠ .

(٦٠) د. احمد الكبيسي، مصدر سابق ص ٥١.

(٦١) حسن خالد جمال احمد مبادى الصياغة التشريعية محلة القانونية هيئة التشريع والافتاء القانوني مملكة البحرين العدد الرابع شعبان ١٤٣٦،يونيو٢٠١٥،ص ٣٩ – ٤٠ .

(٦٢) الشيخلي عبد القادر، المصدر نفسه، ص٥٧-٥٨.

(٦٣) د.احمد الكبيسي، الاحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، المصدر السابق، ص١٧١.

(٦٤) د. مصطفى ابراهيم الزلمي، احكام الميراث والوصية في الفقه الاسلامي المقارن والقانون ، المكتبة القانونية ، بغداد ،بدون سنة، ص٥ .

(٦٥) سعيد الزهراني ، الاتجاة العقلاني لدى المفكرين الاسلاميين المعاصرين ، موقع الكاشف عن مجلة الادب ، عدد مايو،١٩٧٠ م ، بيروت ،ج٢، ص٦٤٠ .

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

(٦٧) د. احمد الكبيسي ، قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته ،العاتك ، بيروت ، مصدر سابق ، ص٤٦ .

(٦٨) د. مصطفى ابراهيم الزلمي، احكام الميراث والوصية في الفقة الاسلامي المقارن والقانون ، مصدر سابق ، ص٢٨ .

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

(٧٠) د. حسن كيره، المدخل الى القانون ، مصدر سابق،ص١٩٤ . وحسين منصور ،نظرية القانون، مصدر سابق ،ص٢٨٦ .وابو السعود محمود زهران ،المدخل الى القانون، مصدر سابق ، ص١٦٦.

(٧١) د. حسن كيره، مصدر سابق، ص١٩٤. د. حسن علي الذنوب، مصدر سابق، ص٢٥٣.

(٧٢) د. أنور سلطان، مصدر سابق، ص١٠١. ود. رمضان أبو السعود ود.همام محمد محمود، ، ص١١٩، المدخل إلى القانون، مصدر سابق ، ص١٦٩.

(٧٣) د. عصمت عبد المجيد بكر، مشكلات التشريع، مصدر سابق، ص١٨٧.

(٧٤) د. عليوة مصطفى فتح الباب، مصدر سابق، ص٤٩. ود. أنور سلطان، المصدر السابق، ص١٠٢.
(٧٥) د. أنور سلطان، مصدر سابق، ص١٠١.
(٧٦) د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص٢٥٣. ود. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص١٩٣.
(٧٧) قرار محكمة تمييز العراق/ هيئة عامة ثانية/٧٧ في ١٩٧٧/٤/١٦، منشور في مجموعة الأحكام العدلية، العدد الثاني، السنة الثانية، ١٩٧٧، ص٦٥.
(٧٨) د. جمعة سعدون العامري، المرشد إلى اقامة الدعاوى الشرعية وتطبيقاتها العملية، مطبعة الجاحظ، بغداد، ١٩٩٤، ص٢٩-٣٠.
(٧٩) السرخسي، نجيم، الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ص٣٠٠.
(٨٠) محمد بن ادريس الشافعي ، الأم، ج٥، ط١، شركة الطباعة الفنية المتحدة، ١٩٦١،ص٦٨.
(٨١) القرار ذو الرقم ٣٩١ صادر عن محكمة النقض السورية، الغرف الشرعية، في ١٩٨٣/٥/٢٩ ،للاطلاع علية انظر: الاستنابولي، ٣١٧/١ .
(٨٢) القرار ذو الرقم ٢٧٤ شخصية / ١٩٧٨ الصادر في ١٩٧٨/٧/٢٠، أنظر في ذلك مجموعة الأحكام العدلية ، العدد الثاني، السنة التاسعة ، ١٩٧٨، ص ٦٩.
(٨٣) القرار ذو الرقم ١٥١ / الهيئة الموسعة الأولى / ٨٥٪ في ٢٦/٦/٨٥ 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.
(٨٤) د. عباس العبودي ، شرح قانون الإثبات العراقي ، ص ٢٩٤ وبحثه القانوني الخاص بالحجية القانونية لفحص الدم في إثبات قضايا النسب ، والمنشور في مجلة العدالة ، العدد الثاني ، ١٩٩٩، ص ٥٥- ٥٦.
(٨٥) محمد امين أبن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الإبصار في فقه الامام الاعظم ابي حنيفة، ج٢، مطبعة السعادة، بلا سنة طبع، ص٤٢٠.
(٨٦) انور العمروسي، أصول المرافعات الشرعية، في مسائل الأحوال الشخصية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٣.ص٥٥٢-٥٥٣.
(٨٧) د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص٢٥٢. ود.رمضان ابو السعود، مصدر سابق، ص١٢١.
(٨٨) د.هاشم حافظ ود.ادم وهيب النداوي، تاريخ القانون، ط٢، الناشر العاتك، القاهرة،٢٠٠٧،ص٥٥.
(٨٩) د.عبد الرزاق السنهوري، احمد حشمت أبو ستيت، مصدر سابق، ص٧٨.
(٩٠) ود.عصمت عبد المجيد، مشكلات التشريع، مصدر سابق، ص١٩٠.
(٩١) د. عبد الناصر توفيق، الوجيز في تاريخ القانون، ج١، بلا مكان نشر، ١٩٧٠، ص١٧٨.
(٩٢) د. عكاشة محمد عبد العال، ود. طارق المجذوب، المصدر السابق، ص٦٤٨.
(٩٣) السيد عبد الحميدة فودة، الافتراض القانوني بين النظرية والتطبيق، دار افكر الجامي، الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص٤٤.
(٩٤) توفيق حسن فرج واخرون، نظرية القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٦، ص٢٣٣.
(٩٥) عصمت عبد المجيد، اصول تفسير القانون، مصدر سابق ، ط١، بلا مكان نشر، ٢٠٠٤، ص١٥.
(٩٦) د. صفاء متعب الخزاعي ،الفهم الاجتماعي للنص القانوني، دراسة في ضوء علم اصول الفقه وفلسفة القانون ، ٢٠١٥، ص٤ .
(٩٧) عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، القانون وفقاً للقانون الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، مصدر سابق ، بلا مكان نشر، ، ١٩٧٢. ص٥١١.
(٩٨) اسماعيل نامق حسين، العدالة واثرها في القاعدة القانونية، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١١، ص١٨٠

[٩٩] توفيق حسن فرج واخرون، نظرية القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصدر سابق ، ١٩٩٦، ص٢٨٢.

[١٠٠] د. عكاشة محمد عبد العال، ود. طارق المجذوب، مصدر سابق، ص٦٥٠.

[١٠١] ابو زيد عبد الباقي مصطفى، الافتراض ودوه في تطور القانون، مطبعة دار التأليف، بلا مكان نشر، ١٩٨٠، ص١١٦.