إشكالية تحديد نطاق السريان الموضوعي
في القوانين المعاصرة
وفق فكرة المحكوم فيه في أصول الفقه الإسلامي

The Problem of Defining the Scope of Objective Application in
Contemporary Laws According to the
Concept of the Ruling in Islamic Jurisprudence

إعداد

أ. م. د. عمار عثمان جميل

Dr. Amar Othman Jameel

Assistant Professor

Aliraqia University – college of Islamic sciences

amar123@gmail.com

أ. م. د. عيسى خليل خير الله

Dr. Issa Khalil Khairallah

Professor

Aliraqia University – college of Islamic sciences

dr_issa1974@yahoo.com

ملخص البحث

يعتبر وضع النص القانوني نتيجة لسلسلة من العمليات العقلية والمنطقية , هذه العمليات غايتها الزام السلطة للافراد باتباع سلوك معين في تصرفات حياتهم فالقانون يصف مايجب ان يكون عليه السلوك لا ما هو كائن، هذه العمليات العقلية تعتمد على اسس لتحليل هذا الالزام الذي يسمى بـ (الخطاب القانوني).

هذه الاسس فصلها بشكل مميز علماء اصول الفقه الاسلامي حينما قاموا ببحث فكرة الحكم، فالحكم فيه حاكم وفيه محكوم عليه وفيه محكوم فيه، واخذت جميع القوانين بهذه الاسس التي فصلها بدقة علماء اصول الفقه الاسلامي ومن بينها الاساس الهام (المحكوم فيه) لغرض تحديد نطاق السريان الموضوعي والذي هو مدار الاهتمام في هذا البحث.

Summary :

The development of legal judgment is the result of a series of mental and logical processes, these processes are aimed at obliging the authority of individuals to follow a certain behavior in the actions of their lives, the law describes what the behavior should be and not what is an object, these mental processes depend on the basis for analyzing this obligation, which is called legal discourse. These foundations were separated in a distinctive way by the scholars of the origins of Islamic jurisprudence when they discussed the idea of governance, the judgment in which is a ruler and in which it is sentenced and in which it is sentenced, and all laws were taken with these foundations, which were carefully separated by the scholars of the origins of Islamic jurisprudence, including the important basis (the governed) which is the focus of attention in this research.

المقدمة

تقوم القوانين على فلسفة عقلية تتمثل في الزام السلطة للافراد باتباع سلوك معين في تصرفات حياتهم فالقانون يصف مايجب ان يكون عليه السلوك لا ما هو كائن، هذه الفلسفة تعتمد على اسس لتحليل هذا الالزام الذي يسمى بـ (الخطاب القانوني).

هذه الاسس فصلها بشكل مميز علماء اصول الفقه الاسلامي حينما قاموا ببحث فكرة الحكم، فالحكم فيه حاكم وفيه محكوم عليه وفيه محكوم فيه.

من المعلوم أن الحكم هو ثمرة علم أصول الفقه، ولذلك اعتاد الأصوليون الحديث عنه ضمن مقدمات كتبهم ومصنفاتهم حيث تحدثوا عن مفهومه وأقسامه والتمييز بين مصطلحاته.

من اركان فكرة الحكم الاصولية هو تحديد نطاق سريان الحكم اي تحديد ماهي افعال المكلف التي سيطبق عليها النص وماهو مستثنى من التطبيق، وهذا التطبيق و الاستثناء تناوله الاصوليين ضمن شرحهم للمحكوم فيه الذي هو فعل المكلف.

والقوانين ليست بدعاً في الاسس الفكرية، فلابد لها من قواعد لتحديد نطاق سريان النص وبالتالي تبرز فيها بوضوح فكرة المحكوم فيه وان لم تسم القوانين هذه الفكرة ب المحكوم فيه تبعا للاصوليين وانما استخدمت مصطلح نطاق السريان.

وفي تبيان فكرة المحكوم فيه في القوانين يبرز تساؤل جدير بالبحث و الاجابة وهو كيف يصل القاضي إلى القاعدة القانونية الواجبة الانطباق على واقع النزاع والوصول إلى القانون السليم المنطبق على تفاصيل وكليات النزاع؟

سنحاول في هذا البحث الموجز ان نسلط الضوء على قواعد استثمار فكرة المحكوم فيه الاصولية داخل القوانين المعاصرة كطريقة لتحديد نطاق السريان الموضوعي، وقد اتخذنا قانون الاحوال الشخصية العراقي كأنموذج تطبيقي لهذا القواعد الاستثمارية.

مشكلة البحث:

ما هي اشكالية تحديد نطاق السريان الموضوعي في القوانين المعاصرة وفق فكرة المحكوم فيه في اصول الفقه الإسلامي؟

ما القانون؟

ما هو الحكم الشرعي والقانوني؟

كيف تسري القوانين على الافراد؟

ما هو دور القاضي في تحديد القوانين المنطبقة على الوقائع؟

أهمية البحث:

تكمن أهمية البحث في ترتيب حياة الانسان التي هي مدار الاحكام والقوانين للوصول الى الحياة المستقرة.

سبب اختيار الموضوع:

قلة الكتابات المستفيضة التي تمكن القاضي من اختيار المناسب من القواعد الفقهية والقانونية للوصول الى الحكم المناسب وفق موضوع الحكم في الفقه الإسلامي.

الكلمات المفتاحية:

القانون - أصول الفقه- نطاق سريان القانون - المحكوم فيه -تأثر القانون بأصول الفقه

خطة البحث:

قمنا بتقسيم هذا البحث الى مطالب خصصنا الاول للحديث عن ماهية المحكوم فيه , وخصصنا المطلب الثاني للتكييف باعتباره آلية تحديد المحكوم فيه , ومن الله التوفيق.

المطلب الاول : ماهية المحكوم فيه في اصول الفقه و القانون

للتعرف على الماهية والاجابة عن السؤال ماهو , ينبغي علينا ان نتعرف على المحكوم فيه في علم أصول الفقه الاسلامي اولاً , وان نتعرف على المحكوم فيه في القانون ثانياً.

الفرع الاول : المحكوم فيه في دراسات اصول الفقه الاسلامي المحكوم فيه[١] في الحكم الشرعي هو متعلق خطاب الشارع ,وعلى هذا ذهب الاصوليون الى ان المحكوم فيه هو فعل المكلف , يعبر بعض العلماء عن المحكوم فيه بالمحكوم به، وذلك لأن فعل المكلف يوصف بأنه مأمور به أو منهي عنه، والتعبير في المحكوم فيه أقرب وأولى كما يقول الكمال بن الهمام، لأن الشارع لم يحكم به على المكلف، بل جعل الفعل محكومًا فيه بالوجوب أو بالمنع[٢].

قال الامدي في الاحكام (الاصل الثالث في المحكوم فيه وهو الافعال المكلف بها)[٣] وقال الغزالي في المستصفى (وللحكم حقيقة في نفسه وانقسام وله تعلق بالحاكم وهو الشارع والمحكوم عليه وهو المكلف وبالمحكوم فيه وهو فعل المكلف)[٤] وهذا يعني ان متعلق الحكم الشرعي لا بد ان يكون فعلا ولا بد ان يكون هذا الفعل فعلا للمكلف أي ما توافرت فيه شروط التكليف ولو استقرينا متعلقات الحكم لوجدنا ان ما يتعلق به الحكم الشرعي اعم من ان يكون فعلا مقيدا بكونه للمكلف فكما يتعلق الحكم الشرعي بفعل المكلف يتعلق بغيره فالحكم يتعلق بدلوك الشمس كونها سببا لوجوب الصلاة وليس الدلوك فعلا للمكلف والحكم يتعلق بموت المورث كونه شرطا للميراث وليس الموت فعلا للمكلف والحكم يتعلق بالجنون كونه مانعا من موانع المسؤولية الجنائية والجنون ليس فعلا

---

(١) يعبر البعض عن المحكوم فيه بالمحكوم به قال في التقرير والتحبير (المحكوم فيه مبتدأ وقوله وهو اقرب من المحكوم به اعتراض بينه وبين خبره وهو فعل المكلف يريد عن فعل المكلف بالمحكوم فيه اولى عنه بالمحكوم به كما ذكر صدر الشريعة والبيضاوي وغيرهما قال المصنف اذ لم يحكم الشارع به على المكلف بل حكم في الفعل بالوجوب بالمنع بالاطلاق والظاهر ان ليس في منعه حكم به على المكلف ولا في اطلاقه والاذن فيه وانما يخال ذلك في ايجابه وعند التحقيق يظهر ان ليس ايجابه أي ايجاب المكلف فعله حكما بنفس الفعل ولو سلم كان باعتبار قسم يخالفه اقسام ثم انما يكون المحكوم فيه فعل المكلف حال كون فعله متعلق الايجاب) محمد بن محمد بن محمد بن حسن بن علي بن سليمان بن عمر بن محمد، التقرير والتحبير في علم الأصول الجامع بين اصطلاحي الحنفية والشافعية، دار الفكر، ط١، ١٩٩٦، ١٥٢/٢.

(٢) محمد أمين بن محمود البخاري المعروف بأمير بادشاه الحنفي, تيسير التحرير مصطفى البابي الْحلَبِي - مصر ١٩٣٢ ٢ ص ١٨٤

(٣) الامدي ، الاحكام في اصول الاحكام، تحقيق د. سيد الجميلي. دار الكتاب العربي، ط١، ١٤٠٤ هـ ، ١٧٩/١.

(٤) الغزالي, المستصفى في اصول الفقه، تحقيق محمد عبد السلام.دار الكتب العلمية ط١، ١٤١٣هـ، ٨/١ قال الشوكاني في إرشاد الفحول في ما نصه (البحث الثالث في المحكوم به هو فعل المكلف فمتعلق الايجاب يسمى واجبا ومتعلق الندب يسمى مندوبا ومتعلق الاباحة يسمى مباحا ومتعلق الكراهة يسمى مكروها ومتعلق التحريم يسمى حراما) الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، ارشاد الفحول الى تحقيق علم الاصول، تحقيق محمد سعيد البدري.دار الفكر، ط١ ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م , ٢٩/١.

للمكلف وعلى هذا يمكن القول بان ما يتعلق به الحكم ليس هو فعل المكلف او ما يصطلح عليه بتصرف الانسان فقط بل يتعلق الحكم ايضا بالواقعة الشرعية او بعبارة اخرى ما كان فعلا لغير المكلف كاتلاف المجنون مال الغير كونه سببا للضمان او ما ليس بفعل للانسان اصلا كدلوك الشمس كونها سببا لوجوب صلاة الظهر وعلى هذا يمكن تعريف المحكوم فيه بانه (ما يتعلق به خطاب الشارع من تصرفات الانسان والوقائع الشرعية على وجه الاقتضاء او التخيير او الوضع)[١].

واذا كان الحكم يتعلق بالتصرفات والوقائع - وهذا وفق التقسيم الكلاسيكي في فقه القانون في الاخذ بهذا التقسيم - فهذا يدعونا الى الاشارة الى تعريف كل من التصرف والواقعة فما التصرف وما الواقعة؟.

عرف التصرف بانه كل ما صدر عن الانسان من قول او فعل بارادة حرة مدركة بحيث يرتب الشارع عليه اثرا.

اما الواقعة فقد عرفت بانها كل ما حدث رغم ارادة الانسان سواء كانت بفعله او بغير فعله[٢].

على ان الرأي الفقهي القانوني المقابل لهذا التقسيم الكلاسيكي الثنائي السالف الذكر يأخذ بفكرة أعمق وأدق وأكثر صواباً وهي ان مصدر الالتزام هي الواقعة فقط دون التصرف ثم ان الواقعة ستنقسم تفريعاً الى واقعة فعلية مستطاعة - تقابل التصرف في التقسيم الثنائي الكلاسيكي والى واقعة مادية. هذه الفكرة العميقة في توحيد مصادر الالتزام بمصدر واحد يتمثل ب الواقعة هو من المبتكرات القانونية التي اوردها الدكتور عبدالله مصطفى في كتابه علم أصول القانون.

الفرع الثاني : المحكوم فيه في دراسات القانون كحال المحكوم فيه في الحكم الشرعي فان المحكوم فيه في القاعدة القانونية هو أيضا ما يتعلق به خطاب المشرع.

فالواقعة القانونية[٣] هي ما يتعلق به خطاب المشرع تلك الواقعة التي تتالف من جملة من المقومات منها الاشياء والاعمال الاوصاف والاحوال ومنها الزمان احيانا وانها تنحل الى اربعة اقسام

---

(١) مصطفى ابراهيم الزلمي : اصول الفقه في نسيجه الجديد، شركة الخنساء للطباعة المحدودة، ط٥، ١٩٩٩.ص٣٠٥.

(٢) المرجع نفسه ص٢٤٦.

(٣) الواقعة عند القانونيين امراً ايجابياً أو سلبياً عملاً أو امتناعاً كأتيان فعل يضر الغير او امتناع المدين عن تنفيذ العقل فيتولد للدائن الحق في التعويض والوقائع القانونية أما من صنع الطبيعة كنزول صاعقة تحرق المبيع فينقضي التزام البائع بتسليم المبيع والتزام المشتري بدفع الثمن وأما من فعل الإنسان وفي هذه الحالة قد تكون عملاً مادياً او عملاً قانونياً والعمل المادي قد يكون فعلاً ضاراً فيلتزم مرتكبه بتعويض الضرر او فعلاً نافعاً فيرد من انتفع قيمة ما اثرى به، اما العمل القانوني فهو اتجاه الارادة نحو احداث اثر قانوني ويطلق عليه أيضاً التصرف القانوني. الدكتور عبد المجيد الحكيم والاستاذ عبد الباقي البكري والاستاذ محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، ١٩٨٦م، ١٥/١.

هي انواع الوقائع فالواقعة اما ان تكون فعلية مستطاعة اوفعلية مستعصية او مادية مستطاعة او فعلية مستعصية ويمثلون للاولى بعقد البيع وللثانية ببلوغ الشخص الطبيعي لسن الرشد وللثالثة بشيوع حصص الشركاء في عقار مشاع وللرابعة بنضج الثمر لجواز بيعه[1].

ويمكن القول بعبارة اخرى ادل على المطلوب ان المحكوم فيه هو عبارة عما يتعلق به خطاب المشرع - القاعدة القانونية - من تصرفات الانسان -القولية والفعلية المشروعة وغير المشروعة - والوقائع القانونية - ما كان من فعل الانسان او من غير فعله - على وجه الاقتضاء - الايجاب والتحريم - اوالتخيير اوالوضع.

فمثلا الفقرة ب من المادة السادسة والثلاثين من قانون الاحوال الشخصية والتي نصها (اسباب الارث اثنان هما القرابة والنكاح الصحيح) متعلق الخطاب فيها هو القرابة التي هي عبارة عن واقعة شرعية والنكاح الذي هو تصرف شرعي وصفة كل منهما السببية.

والمادة السابعة عشرة والتي نصها (يصح للمسلم ان يتزوج كتابية...) متعلق الخطاب فيهاهو التزوج من الكتابية وهو تصرف صفته الاباحة وهي اثر للاستباحة التي هي اثر الخطاب.

كذلك الفقرة الثالثة من المادة الثانية والخمسين من قانون الاحوال الشخصية العراقي والتي نصها (على المحكمة ان تتريث في اصدار الحكم بنشوز الزوجة حتى تقف على اسباب رفضها مطاوعة زوجها) متعلق الخطاب فيها هو تريث المحكمة في اصدار هذا الحكم وهو تصرف صفته الوجوب والاخير اثر للايجاب الذي هو صفة الخطاب.

والفقرة الاولى من المادة الرابعة عشرة من القانون نفسه والتي نصها (يحرم على الرجل ان يتزوج من النسب امه وجدته وان علت وبنته وبنت ابنه وبنت بنته وان نزلت...) متعلق الخطاب فيها هو التزوج بمن ذكر من النساء وهو تصرف صفته الحرمة التي هي اثر التحريم الذي هو صفة الخطاب.

وإذا عرفنا أن المحكوم فيه في الأحكام الشرعية والقانونية هو عبارة عما تتعلق به هذه الأحكام من التصرفات والوقائع وان قواعد قانون الأحوال الشخصية لا تخرج عن هذا الاطار فانه يمكن القول بان المحكوم فيه في القانون ما هو إلا مجموعة من التصرفات والوقائع تتعلق بها الاحكام القانونية في هذا القانون، فالاحكام التي ينتظمها قانون الاحوال الشخصية لها تعلقات لابد من بيانها كوسيلة لتطبيق حكم القانون عليها فكما هو معلوم انه إذا (طرحت الدعوى على القاضي طرحا صحيحا واستقامت أمامه تعين على قاضي هذه الدعوى أن يفصل فيها بحكم يرسي فيه رأيه القانوني على

(١) د. عبد الله مصطفى ، علم أصول القانون، طبع شركة الفكر للتصميم والطباعة المحدودة ، ص٢٠٧ -٢١٥.

مثار الخلف فيها بين الخصوم وهذه هي غاية المتقاضي الذي يسعى إلى المحكمة لتحققها كما أنها وظيفة القاضي أيضا التي لا يستطيع أن يتحلل أو يتعلل عن عدم أدائها والا كان منكرا (للعدالة) ووجبت مخاصمته فدائما عندما يلتجئ إلى القضاء نكون أمام قاضي ونزاع وناتج هو حكم استوعب النزاع وسيطر عليه وسطر في قرار قضائي معين. وإذا ما كان ذلك فانه مما لا شك فيه ومن المسلمات في علم القضاء ان القاضي ملتزم بالحكم عندما يلجأ إليه الخصوم، ولكن كيف يصل القاضي إلى الحكم في النزاع وكيف يستوعب القاضي الدعوى المطروحة عليه والاهم من كل هذا كيف يصل القاضي إلى القاعدة القانونية الواجبة الانطباق على واقع النزاع والوصول إلى القانون السليم المنطبق على تفاصيل وكليات النزاع؟)[1]

المطلب الثاني : آليات تطبيق النص على المحكوم فيه

إن مفتاح الوصول إلى القواعد الواجبة التطبيق هو التكييف فلا بد من تكييف التصرف أو الواقعة للوصول إلى مدى إمكانية حكم كل منهما بطائفة من القواعد القانونية وبعبارة أخرى إن أول مرحلة لتطبيق القانون هو تكييف التصرف او الواقعة والنظر في مدى دخول كل منهما تحت حكم هذا القانون أي في مدى دخول كل منهما في دائرة المحكوم فيه بالنسبة للأحكام التي تحكم ما يسمى بالأحوال الشخصية لما لهذا التحديد من أهمية تبرز في العديد من المسائل منها تعيين المحكمة المختصة بالنظر في المنازعات التي تقوم بين الافراد والفصل فيها[2]، وهذا يعني ان بحث سريان القانون على التصرفات والوقائع يقتضي منا بحث التكييف أولا ثم المسائل التي تدخل نطاق سريان قانون الأحوال الشخصية ثانيا وهذا بدوره يتطلب منا تقسيم هذا المطلب الى فرعين يكون الأول لبحث مسألة التكييف ويكون الثاني لبحث المسائل التي يسري عليها قانون الأحوال الشخصية.

(١) محمد محمود إبراهيم، النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى، دار الفكر العربي، ١٩٨٢، ص٣.

(٢) زكي الدين شعبان، الاحكام الشرعية للاحوال الشخصية، منشورات الجامعة الليبية، ط٢، ١٩٧١م ، ص٤٠.

الفرع الأول: التكييف[١]

إن التكييف هو طريق الوصول إلى حكم الواقعة وبالتالي تحديد نطاق السريان الموضوعي ، و هو المدخل الصحيح لاستجلاء الحكم الفقهي أو القانوني فيها، و أي خلل يقع في تكييف الواقعة يتبعه الخلل في الحكم عليها، لذلك ينبغي للناظر في الوقائع الفقهية أو القانونية بذل الجهد في التكييف الصحيح لها، التكييف في اللغة [٢]مشتق من الكيف، وهو الهيئة والماهية والشكل. والتكييف: حكاية كيفية الصفات وشكلها أو هيئتها، كطولها وعرضها وحجمها ونحو ذلك. والكيفية: اسم لما يجاب به عن السؤال بكيف. وكيفية الشيء: حاله وصفته. حتى يسهل عليه إيجاد الحكم المناسب. (المقصود بتكييف العلاقة هو اعطاؤها وصفا قانونيا تمهيدا لتحديد القواعد القانونية التي تحكمها)[٣] , **فتكييف** الواقعة تحريرها وبيان أنتمائها إلى أصل معين معتبر, فعندما (يرفع نزاع امام المحكمة بان علاقة قانونية معينة سواء كانت متعلقة بالاحوال الشخصية او بالاحوال العينية.. فان اول ما يثور بشانها من نزاع هو تحديد طبيعتها باعطائها الوصف القانوني الملائم لها واول ما يعرض هل ان العلاقة موضوعة النزاع متعلقة بالمعاملات المالية او بمسائل الاحوال الشخصية؟ فان كانت متعلقة بالمعاملات بحثنا عن الحل في القانون المدني وقانون التجارة وغيرها من القوانين الاخرى المنظمة لها وان كانت متعلقة بمسالة من مسائل الاحوال الشخصية بحثنا عن الحل في قانون الاحوال الشخصية والقوانين الاخرى المنظمة لهذه المسائل)[٤] ولتحديد ما اذا كانت هذه المسالة او تلك من مسائل الاحوال الشخصية لا بد من تتبع (الاوصاف التي وضعها القانون لكل علاقة من العلاقات القانونية) فاذا كان النزاع متعلقا بعقد زواج مثلا فقد حدد المشرع اوصاف عقد الزواج بتحديد اركانه وشروطه فاذا ما انطبقت هذه الاوصاف على علاقة من علاقات الاحوال الشخصية التي ثار النزاع بشانها دخلت هذه العلاقة في موضوع شروط صحة عقد الزواج واركانه ولا شان لها بالاثار وهكذا كل علاقة اخرى يثور بشانها أي نزاع اذ نحدد طبيعتها ونضفي عليها الوصف القانوني الملائم تمهيدا لنسبتها وادخالها في قانون او نظام قانوني معين)[٥]. وهذا يقتضي (جهدا قانونيا كما يقتضي جهدا منطقيا في ذات الوقت لانه يتطلب

---

(١) للتكييف اهمية كبيرة في اطار الأحكام الشرعية لما لهذا التكييف من نتائج عملية تترتب عليه فللاحكام الاعتقادية ضوابط غير تلك التي للاحكام العملية بل أن من الأحكام العملية ضوابط خاصة غير الضوابط التي تكون لغيرها من الأحكام العملية الاخرى فضوابط العبادات غير ضوابط المعاملات.

(٢) الزبيدي , تاج العروس طبعة الكويت (٣٤٩/٢٤)

(٣) احمد سلامة، الاحوال الشخصية للوطنين غير المسلمين والاجانب، دار الفكر العربي، ط٢، ١٩٦٢، ص٣٢.

(٤) محسن ناجي، شرح قانون الاحوال الشخصية، مطبعة الرابطة، بغداد، ط١, ١٩٦٢، ص٨٢.

(٥) المرجع السابق، ص٨٣-٨٤.

فهم القانون والشروط اللازمة لاعمال نصوصه المختلفة كما يتطلب البحث في طيات وقائع الدعوى الثابتة للتحقق من توافر الشروط او القيود او العناصر التي يتطلبها القانون مع بذل جهد منطقي في تفهم معاني الفاظ القانون حتى يردَ فهم الواقع في الدعوى الى فهم حكم القانون في هذا الواقع)[1].

خطوات التكييف القانوني:

لابد للتكييف من اتباع خطوات منهجية ليتم لنا البناء المعرفي بهذه العملية الفكرية الاجتهادية، لتتضح الصورة أكثر لدى المتصدي لها، وهي كما يلي:

١- التعرف على الواقعة المستجدة: وهي المسألة المستحدثة التي تعرض على القاضي ليحكم فيها.

٢- التعرف على الأصل الذي تكيف عليه الواقعة: وهو محل الحكم الذي يريد القاضي التسوية فيه بينه وبين الواقعة المعروضة.

٣- المطابقة بين الواقعة المستجدة والأصل: وهي جوهر عملية التكييف وهو ان يجمع بين الواقعة المستجدة والأصل في الحكم لإتحادهما في العلة.

بعبارة أخرى لابد لاعطاء الحكم من فهم للواقع وفهم للقانون, فهم للواقع من خلال فحص التصرف او الواقعة تمهيدا لاعطائها وصفا قانونيا , وفهم للقانون في حكمه للواقع فقاضي الاحوال الشخصية وهو بصدد تطبيق قانون الاحوال الشخصية على تصرف او واقعة لا بد له من فحص لهذا التصرف او لهذه الواقعة للنظر في مدى شمول كل منهما بحكم قانون الاحوال الشخصية فإذا تأكد له ذلك اجتهد في إيقاع الحكم القانوني الذي تتضمنه القاعدة القانونية على ذلك التصرف أو تلك الواقعة.

الفرع الثاني: تحديد المحكوم فيه تبعاً للتكييف

بعد ان انتهينا من الاشارة الى موضوع التكييف واهميته في تحديد نطاق سريان القانون على التصرفات والوقائع ناتي الى بيان المسائل التي يسري عليها قانون الاحوال الشخصية وبعبارة اخرى بيان التصرفات والوقائع التي يسري عليها قانون الاحوال الشخصية وهذا هو جوهر فكرة المحكوم فيه. ولكن وقبل بيان هذه التصرفات والوقائع من المهم الإشارة إلى أن كلمة الأحوال تعني مايكون عليه الإنسان وان فيها معنى التغير والانتقال وأن قانون الأحوال الشخصية هو ذلك القانون الذي يحوي

(١) محمد محمود ابراهيم، النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى،دار الفكر العربي،١٩٨٢.، ص٦٢.

مجموعة القواعد القانونية التي تحكم المتغيرات التي يكون عليه الإنسان والتي ترد على شخصيته، فهل استوعب قانون الأحوال الشخصية حكم جميع المتغيرات التي ترد على شخص الإنسان؟.

باجابة مركزة نستطيع القول ان هذا القانون لم يستوعب جميع الأحوال[1] الشخصية فقد أغفل القانون حكم الكثير منها كالوقف مثلاً منظماً أحكامها في قوانين خاصة وهو اتجاه منتقد فكان الأولى بالمشرع أن ينظم جميع ما يدخل إطار الأحوال الشخصية في قانون شامل يستوعب حكم هذه المسائل لما في هذا من مصلحة ظاهرة. فقد مر ما يقارب نصف قرن على صدور قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ، وهو لا يزال يعاني من النواقص والقصور في الكثير من المسائل الخاصة بالأحوال الشخصية. رغم من كثرة التعديلات عليه حتى وصلت الى (١٧) تعديلاً اضافة الى العديد من القرارات والقوانين الاخرى المكملة له.

وهنا يرد سؤال له اهميته العملية الكبيرة هو (ما الضابط لاعتبار هذا التصرف او هذه الواقعة مما يدخل اطار الاحوال الشخصية وبعبارة اخرى هل ان هذا المركب المؤلف من كلمة الاحوال وكلمة الشخصية بمفهومه اللغوي يصلح ضابطا لما يمكن وصفه بالاحوال الشخصية من التصرفات والوقائع او ان هذا المصطلح مصطلح وضعه اهل القانون ليكون علما على مجموعة معينة من التصرفات والوقائع ليس للقاضي الاجتهاد في ادخال غيرها من التصرفات والوقائع تحت حكم هذا القانون؟.

الحقيقة ان الاجابة على هذا السؤال تمثل أهمية عملية كبيرة في مجال تطبيق القانون فتبني الضابط الاول يفسح المجال للقاضي في الاجتهاد في ادخال طائفة من التصرفات والوقائع مما يدخل ضمن دائرة الاحوال الشخصية من حيث المفهوم اللغوي اما تبني الضابط الثاني فيسد الباب على القاضي في هذا الاجتهاد.

ان قانون الأحوال الشخصية لم يتضمن حكم جميع الأحوال التي يمكن وصفها بانها شخصية، فهذه الاحوال نظمها المشرع من خلال مجموعة من القوانين فقانون الاحوال الشخصية نظم بعض الاحوال يمكن تعدادها من خلال استقراء نصوص هذا القانون وفي ذلك يقول احد فقهاء القانون (لم يشذ القانون العراقي عن تشريعات الدول الاخرى في تجنب وضع تعريف لمواد الاحوال الشخصية فقد صدر قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ ولم نجد فيه تعريفا لهذه المواد بل تناول مسائلها واحدة واحدة عن طريق الحصر ولكن عيب هذا القانون انه لم يتناول جميع المسائل التي

(١) إذا أريد بأداة التعريف التي وردت على كلمة أحوال بأنها للجنس لا للاستغراق فيمكن القول بصحة ما ذهب اليه المشرع من تسمية القانون بقانون الأحوال الشخصية أما إذا كان المقصود من أداة التعريف أنها للاستغراق فيمكن توجيه النقد إلى القانون بأنه غير جامع لكل ما تشمله تسميته بقانون الأحوال الشخصية.

يعتبرها التشريع العراقي من مواد الاحوال الشخصية بل ترك قسما منها تنظمه الاحكام الفقهية في الشريعة الاسلامية كما كان في السابق مما يدعونا الى استعراض النصوص في القوانين العراقية المختلفة وبضمن ذلك قانون الاحوال الشخصية لمعرفة مفرداتها)[1] وقال في موضع اخر بعد تعداد ما يعتبر داخلا في مواد الاحوال الشخصية في التشريع العراقي (هذه هي مواد الاحوال الشخصية في التشريع العراقي فمنها يتضح ان المشرع العراقي في قانون الاحوال الشخصية لم يقم بتنظيمها جميعا بل ترك قسما منها تنظمها الاحكام الفقهية في الشريعة الاسلامية)[2].

فاذا علمنا ان قانون الاحوال الشخصية لم ينظم جميع مسائل الاحوال الشخصية وانما نظم بعض الاحوال فهل ان نصوص قانون الاحوال الشخصية تسري حصرا على المسائل التي تضمنها القانون ام ان القانون يمكن ان يسري على مسائل يدخلها القاضي عن طريق الاجتهاد في اطار قانون الاحوال الشخصية؟ الحقيقة ان نص المادة الاولى من قانون الاحوال الشخصية اعطت الاجابة بما لا يقبل الشك بان نصوص القانون يتحدد سريانها على المسائل التي انتظمها القانون حصرا وهذا يعني بان الضابط لاعتبار تصرف او واقعة ما من الاحوال الشخصية او لا هو نص القانون على هذا التصرف او هذه الواقعة فقد نصت المادة الاولى من قانون الاحوال الشخصية على ما ياتي: (١. تسري النصوص التشريعية في هذا القانون على جميع المسائل التي تناولتها هذه النصوص في لفظها او في فحواها). وعلى هذا فان المشرع قد حدد نطاق سريان نصوص قانون الأحوال الشخصية بمجموعة من التصرفات والوقائع ليس للقاضي الاجتهاد في ادخال غيرها نطاق احكام هذا القانون، اما عن نطاق سريان هذا القانون فقد نظم قانون الاحوال الشخصية خليطا من التصرفات والوقائع تنتظمها مسائل اربع رئيسية تتعلق بكل مسالة من هذه المسائل مسائل فرعية نظمها المشرع في فصول متعددة فقد نظم المشرع عقد الزواج وما يتعلق به من احكام كما نظم انحلال عقد الزوج وما يتعلق بهذا الانحلال من احكام ونظم الوصاية كما نظم احكام الميراث وذلك في تسع ابواب كما ياتي:

فقد تضمن الباب الأول الزواج في فصول أربع تضمن الأول منها تعريف كل من الزواج والخطبة وبعض ما يتعلق بكل منهما من احكام وذلك في مادة واحدة اما الفصل الثاني من هذا الباب فقد تضمن اركان عقد الزواج وشروطه وذلك في ثلاث مواد اما الفصل الثالث فقد تضمن بعض احكام الاهلية في الزواج وذلك في ثلاث مواد والفصل الرابع نظم المشرع فيه مسالة اثبات الزواج ووجوب

(١) محسن ناجي، شرح قانون الاحوال الشخصية،مطبعة الرابطة،بغداد،ط١, ١٩٦٢.، ص٢٤.

(٢) المرجع نفسه، ص٢٨.

تسجيله في مادتين.

اما الباب الثاني فقد تضمن فصلا واحدا فقط بين المشرع من خلاله المحرمات في الزواج وحكم زواج الكتابيات في سبع مواد.

اما الباب الثالث فقد بين المشرع فيه بعض الحقوق الزوجية وذلك في فصلين كان الاول منهما في المهر وذلك في اربع مواد والثاني في نفقة الزوجة في احدى عشر مادة.

اما الباب الرابع فقد نظم المشرع فيه انحلال عقد الزواج وذلك في فصول ثلاثة تضمن الفصل الاول منها تعريف الطلاق وبعض احكامه وذلك في ست مواد اما الفصل الثاني فقد نطم فيه المشرع التفريق القضائي وذلك في ست مواد اما الفصل الثالث فقد نظم المشرع فيه النتفريق الاختياري وذلك في مادة واحدة.

اما الباب الخامس فقد تظمن تنظيم العدة وذلك في اربع مواد.

اما الباب السادس فقد نظم فيه المشرع بعض نتائج الولادة وذلك في فصلين الاول لتنظيم مسالة النسب وذلك في اربع مواد والثاني في الرضاع والحضانة وذلك في ثلاث مواد.

اما الباب السابع فقد نظم فيه المشرع نفقة الفروع والاصول والاقارب وذلك في ست مواد.

اما الباب الثامن فقد نظم فيه المشرع الوصاية وذلك في فصول ثلاثة الاول في الوصية تعريفا واحكاما وذلك في احدى عشر مادة والثاني للايصاء تعريفا واحكاما وذلك في سبع مواد والثالث لانتهاء الوصاية وذلك في اربع مواد.

اما الباب التاسع فقد تضمن احكام الميراث وذلك في تسع مواد.

هذه هي التصرفات والوقائع التي يحكمها قانون الاحوال الشخصية ويظهر بصورة واضحة عدم استيعاب هذا القانون لما يوصف بانه من الاحوال الشخصية.

الخاتمة

ونحن هنا اذ نوشك ان نكمل بحثنا هذا فلا بد لنا ان نذكر أبرز النتائج التي خرجنا بها من البحث:

١- ان نطاق السريان الموضوعي للقانون مقتبس من فكرة المحكوم فيه في علم اصول الفقه الاسلامي.

٢- المحكوم فيه في الحكم الشرعي هو متعلق خطاب الشارع ,فالمحكوم فيه هو فعل المكلف

٣- كما هو الحال في المحكوم فيه في الحكم الشرعي فان المحكوم فيه في القاعدة القانونية هو أيضا ما يتعلق به خطاب المشرع.فالواقعة القانونية هي ما يتعلق به خطاب المشرع تلك الواقعة التي تتالف من جملة من المقومات منها الاشياء والاعمال الاوصاف والاحوال ومنها الزمان.

٤- ان المحكوم فيه ينقسم الى تصرف وواقعة , التصرف هو كل ما صدر عن الانسان من قول او فعل بارادة حرة مدركة بحيث يرتب الشارع عليه اثرا.اما الواقعة فقد عرفت بانها كل ما حدث رغم ارادة الانسان سواء كانت بفعله او بغير فعله.

٥- إن مفتاح الوصول إلى القواعد الواجبة التطبيق هو التكييف فلا بد من تكييف التصرف أو الواقعة للوصول إلى مدى إمكانية حكم كل منهما بطائفة من القواعد القانونية.

٦- المطابقة بين الواقعة المستجدة والأصل هي جوهر عملية التكييف وهو ان يجمع بين الواقعة المستجدة والأصل في الحكم لإتحادهما في العلة.

٧- وفق نص المادة الاولى من قانون الاحوال الشخصية فان نصوص القانون يتحدد سريانها على المسائل التي انتظمها القانون حصرا وهذا يعني بان الضابط لاعتبار تصرف او واقعة ما من الاحوال الشخصية او لا هو نص القانون على هذا التصرف او هذه الواقعة.

٨- ان قانون الاحوال الشخصية لم يستوعب جميع الأحوال الشخصية فقد أغفل القانون حكم الكثير منها كالوقف مثلاً منظماً أحكامها في قوانين خاصة وهو اتجاه منتقد فكان الأولى بالمشرع أن ينظم جميع ما يدخل إطار الأحوال الشخصية في قانون شامل يستوعب حكم هذه المسائل.

مراجع البحث

- احمد سلامة، الاحوال الشخصية للوطنين غير المسلمين والاجانب، دار الفكر العربي، ط٢، ١٩٦٢.

- الامدي، ابو الحسن علي بن محمد، الاحكام في اصول الاحكام، تحقيق د. سيد الجميلي. دار الكتاب العربي، ط١، ١٤٠٤ هـ.

- الزبيدي , تاج العروس طبعة الكويت.

- زكي الدين شعبان، الاحكام الشرعية للاحوال الشخصية، منشورات الجامعة الليبية، ط٢، ١٩٧١م.

- الزلمي، مصطفى ابراهيم: اصول الفقه في نسيجه الجديد، شركة الخنساء للطباعة المحدودة، ط٥، ١٩٩٩..

- الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، ارشاد الفحول الى تحقيق علم الاصول، تحقيق محمد سعيد البدري.دار الفكر، ط١ ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.

- عبد الله مصطفى ، علم أصول القانون، طبع شركة الفكر للتصميم والطباعة المحدودة.

- عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، دون أسم مطبعة، ١٩٨٦م.

- الغزالي، محمد بن محمد:المستصفى في اصول الفقه، تحقيق محمد عبد السلام.دار الكتب العلمية ط١، ١٤١٣هـ.

- محسن ناجي، شرح قانون الاحوال الشخصية، مطبعة الرابطة، بغداد، ط١, ١٩٦٢.

- محسن ناجي، شرح قانون الاحوال الشخصية،مطبعة الرابطة،بغداد،ط١, ١٩٦٢.

- محمد بن محمد بن محمد بن حسن بن علي بن سليمان بن عمر بن محمد، التقرير والتحبير في علم الأصول الجامع بين اصطلاحي الحنفية والشافعية، دار الفكر، ط١، ١٩٩٦.

- محمد محمود إبراهيم، النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى، دار الفكر العربي، ١٩٨٢.

- محمد محمود ابراهيم، النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى،دار الفكر العربي،١٩٨٢.

Introduction:

Laws are based on a rational philosophy that involves compelling individuals to adhere to specific behaviors in their life activities. The law describes what behavior should be for individuals, not what it inherently is. This philosophy relies on principles to analyze the compulsion, known as legal discourse. Scholars of Islamic jurisprudence have distinctively elaborated on these principles when examining the concept of judgment. In judgment, there is a ruler, one ruled upon, and one ruled within. It is known that judgment is the outcome of the science of the principles of jurisprudence. Therefore, jurists have traditionally discussed it in the introductions of their books, elucidating its concept, divisions, and distinctions between its terms.

A fundamental concept in the principles of judicial judgment is the determination of the scope of the applicability of the judgment, that is, defining the acts of the accountable person to which the legal text will be applied and specifying the exemptions from its application. Jurists have addressed this application and exception within their explanations of the ruled within, which is the act of the accountable person.

Laws are not arbitrary in their intellectual foundations; they must have rules to determine the scope of the text's applicability, thereby clearly highlighting the concept of the ruled within. If laws do not explicitly name this concept as the ruled within, according to jurists, they use the term "scope of applicability." Clarifying the concept of the ruled within in laws raises a significant research question: How does the judge reach the appropriate legal rule to apply to the reality of the conflict and arrive at the sound law applicable to the details and overallities of the conflict?

In this concise research, we will attempt to shed light on the investment rules of the principles of the ruled within in contemporary laws as a method for determining the objective scope of applicability. We have chosen the Iraqi Personal Status Law as an applied model for these investment rules.

Research Problem: What is the problem of determining the objective scope of applicability

in contemporary laws according to the concept of the ruled within in the principles of Islamic jurisprudence?

Research Questions:

1. What is the law?

2. What is the legal and Sharia judgment?

3. How do laws apply to individuals?

4. What is the role of the judge in determining the laws applicable to the facts?

Significance of the Research: The importance of the research lies in organizing human life, which revolves around judgments and laws to achieve a stable life.

Reason for Choosing the Topic: The scarcity of comprehensive writings enabling the judge to choose the appropriate jurisprudential and legal rules to reach the suitable judgment according to the subject of judgment in Islamic jurisprudence.

Keywords: Law – Principles of Jurisprudence – Scope of Legal Applicability – Ruled Within – Influence of Jurisprudential Principles on Law

Research Plan: We have divided this research into sections. The first is dedicated to discussing the concept of the ruled within, and the second section focuses on its adaptation as a mechanism for determining the ruled within. With the help of Allah, we proceed.

Conclusion:

As we approach the completion of our research, it is essential to highlight the key findings that have emerged:

1. The objective scope of legal applicability is derived from the concept of the ruled within in the field of Islamic jurisprudence.

2. The ruled within in legal and Sharia judgments is related to the discourse of the legislator, where the ruled within is the act of the accountable person.

3. Similar to the ruled within in Sharia judgments, the ruled within in legal rules is also related to the discourse of the legislator. The legal situation encompasses various elements,

including things, actions, descriptions, and conditions, as well as the element of time.

4. The ruled within is divided into action (tasharruf) and legal situation (waqi'ah). Action refers to everything that proceeds from a person's speech or action with free and conscious will, with legal consequences imposed by the legislator. On the other hand, the legal situation is defined as everything that occurs regardless of the person's will, whether by their action or otherwise.

5. The key to accessing the applicable rules is adaptation, where the adaptation of action or legal situation is necessary to reach the potential application of specific legal rules.

6. The essence of the adaptation process lies in the correspondence between the emerging legal situation and the legal principle, unifying them in the rationale.

7. According to the text of Article 1 of the Personal Status Law, the applicability of legal provisions is limited to the issues explicitly regulated by the law. This implies that the determinant for considering an action or situation as part of personal status is the legal text concerning that action or situation.

8. The Personal Status Law did not encompass all personal status issues, as it neglected the regulation of many aspects, such as endowments, organizing their provisions in separate laws. This criticized approach suggests that it would have been preferable for the legislator to regulate all matters falling within the realm of personal status in a comprehensive law covering the rulings on these issues.