مصادر قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل – دراسة تحليلية

سەرچاوەکانی یاسای باری کەسی عێراقی ژمارە ١٨٨ی ساڵی ١٩٥٩ هەمواركراو/ لێکۆڵینەوەیەکی شیکاریە

Sources of the Iraqi Personal Status Law No. 188 of 1959 (as amended) / An Analytical Study

أ.م.د. بۆکان ابوبکر کریم

كلية القانون – جامعة السليمانية

Bokan.kareem@univsul.edu.iq

تاريخ استلام البحث: ٢٠٢٥/٧/١٠ تاريخ قبول النشر: ٢٠٢٥/١٠/٢٧

الملخص:

تحظى المواضيع المتعلقة بأحكام الأحوال الشخصية بأهمية متزايدة ومستمرة، ويرجع السبب الى صلتها الوثيقة بحياة الإنسان وتنظيمه لشؤون الأسرة، الى جانب ظهور العديد من القضايا والمسائل المستحدثة في هذا المجال ويحتاج الى الخوض فيها، ليس من الجانب النظري فقط كما هو الحال في الدراسات والبحوث السابقة وانما يجب تناول هذه الأحكام من الجانب العملي التطبيقي ودمج الفقه القانوني مع الفقه الإسلامي لأنه لا نستطيع ان نخفي تأثير الشريعة الإسلامية على احكام الأحوال الشخصية بإعتباره المصدر التأريخي والأصلي لأغلب النصوص الموجودة في هذا القانون فضلاً عن كونه المصدر الرسمي الإحتياطي كما نص عليه الفقرة الأولى من المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨لسنة١٩٥٩، إلا ذلك لا ينفي كون التشريع المصدر الرسمي الأول لحل النزاع أمام القضاء ولذلك ارتأينا البحث عن المصادر الرسمية للقانون الى جانب ضرورة التطرق الى المصادر التفسيرية لهذا القانون المتمثلة بالقضاء والفقه الإسلامي على سبيل الاسترشاد والإستئناس تحت عنوان مصادر قانون الأحوال الشخصية.

الكلمات المفتاحية: مصادر القانون، المصادر الرسمية لقانون الأحوال الشخصية، المصادر التفسيرية، السوابق القضائية.

پوختە:

بابەتەکانی پە یوەست بە بڕگەکانی باری کەسی تادێت گرنگییەکی زیاتر و بەردەوام پەیدا دەکات، بەهۆی وابەستەیی بە ژیانی مرۆڤ و ڕێکخستنی کاروباری خێزانییەوەیە، جگە لە سەرهەڵدانی چەندین بابەتی نوێ لەم بوارەدا کە پێویستی بە لێکۆڵینەوە هەیە، نەک تەنها لە لایەنی تیۆریەوە وەک ئەوەی لە لێکۆڵینەوە و سەرچاوەکانی پێشوودا هەیە، بەڵکو دەبێت ئەم بڕگانە لە لایەنی پراکتیکیشەوە باس بکرێت، وبە یەکخستنی فقهی یاسایی لەگەڵ فیقهی ئیسلامی چونکە ناتوانین کاریگەری شەریعەتی ئیسلامی لەسەر بڕگەکانی یاسای باری کەسی بشارینەوە، بگرە بە سەرچاوەی مێژوویی و ڕەسەنی زۆربەی

دەقەکانی ناو ئەم یاسایە دەزانین، جگە لەوەی سەرچاوەی یەدەگی فەرمییە، وەک لە بڕگەی یەکەمی مادەی یەکەمی یاسای باری کەسێتی عێراقی ژمارە ١٨٨ی ساڵی ١٩٥٩دا هاتووە، بەڵام ئەمە نکۆڵی کردن نیە لەوەی کە یاسادانان سەرچاوەی سەرەکی فەرمییە بۆ چارەسەرکردنی ناکۆکییەکانی بەردەم دەسەڵاتی دادوەری، هەربۆیە بڕیارماندا باس لە سەرچاوە فەرمییەکانی یاساکەدا بکەین، جگە لە سەرچاوە ڕاڤەکاریەکانی ئەم یاسایە، کە بە دەسەڵاتی دادوەری و فیقهی ئیسلامیی دانراون، وەک فۆرمێک لە ڕێنمایی و ئیلهامبەخشین لەژێر ناونیشانی سەرچاوەکانی یاسای باری کەسی.

کلیلە وشە: سەرچاوەی یاسا، سەرچاوە فەرمییەکانی یاسای باری کەسی، سەرچاوەی ڕاڤەکاری، پێشینەی دادوەری.

Abstract:

The issues related to personal status provisions are gaining increasing and continuous importance, due to their close connection to human life and the organization of family affairs, in addition to the emergence of many new issues and matters in this field that require delving into them, not only from the theoretical side as is the case in previous studies and research, but rather these provisions must be addressed from the practical, applied side and integrating legal jurisprudence with Islamic jurisprudence because we cannot hide the influence of Islamic law on personal status provisions, considering it the historical and original source of most of the texts contained in this law, in addition to being the official reserve source, as stipulated in the first paragraph of Article 1 of the Iraqi Personal Status Law No. 188 of 1959. However, this does not negate the fact that legislation is the primary official source for resolving disputes before the judiciary, and therefore we decided to search for the official sources of the law, in addition to the necessity of addressing the interpretative sources of this law, represented by the judiciary and Islamic jurisprudence, as a form of guidance and inspiration under the title of sources of personal status law.

Keyword: Sources of law, official sources of personal status law, interpretative sources, judicial precedents.

المقدمة

أولاً: التعريف بموضوع البحث: المسائل التي يعالجها قانون الأحوال الشخصية العراقي محددة تتمثل بـ(٩١) نصوص قانونية فقط، وبالتالي على المحكمة تطبيق هذه النصوص على القضايا التي تعرض عليها بلفظها وفحواها وعلى القاضي الاجتهاد في سبيل ذلك ولا سيما نجد بأن هذه النصوص مستمد من احكام الشريعة الإسلامية بمختلف مذاهبه، وعند عدم وجود نص يتعين على القاضي الرجوع الى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون وبذلك تعتبر التشريع وهذه المبادئ الشرعية المصدر الرسمي المعتمد عليه في القضاء، وفي غياب النص على القاضي استنباط حكم قانوني من خلال اطلاعه على

مبادئ الشريعة الإسلامية وفي سبيل ذلك يستقي القاضي حكمه من مذهب الزوجين أو المذهب السائد في مكان النزاع وعلى القاضي هنا أن يكون ملماً بأحكام واراء الفقهاء وفي سبيل ذلك و لتيسير عمل القضاء اجيز المشرع اعتماد على ما استقر عليه القضاء في العراق والبلاد الإسلامية الأخرى التي تتقارب قوانينها مع القانون العراقي، وهذا ما يسمى بالمصدر التفسيري للقانون تستهدي بها محاكم الأحوال الشخصية.

أهمية البحث: تكمن أهمية البحث في كونه يناقش:

١. مفهوم مصادر قانون الاحوال الشخصية العراقي المعدل في اقليم كوردستان، حيث لم نجد حسب علمنا المتواضع بحثاً أخر يتناول هذا الموضوع وخصوصاً من خلال دمج الجانب النظري مع الجانب العملي أو التطبيقي.

٢. بعد ان تم تقنين المسائل التي يعالجها قانون الأحوال الشخصية أصبحت نصوص القانون المصدر الرسمي والأول للقانون وعلى المحكمة تطبيقه على القضايا التي تعرض عليها وذلك بمقتضى الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون، الأمر الذي استلزم التطرق الى بيان مفهوم ومزايا التشريع، الى جانب تناول المصدر الرسمي الثاني المتمثل بمبادئ الشريعة الإسلامية ودوره في سد القصور التشريعي.

٣. نظراً لأهمية المبادئ القانونية أو السوابق القضائية التي يتهدى بها محاكم الأحوال الشخصية للوصول الى الحكم القانوني ونظراً لإرتباط مهمة القاضي بالبحث في اراء الفقهاء في الشريعة الإسلامية، أثرنا الحديث عن المصادر التفسيرية ودورها في إصدار الحكم القانوني السليم.

مشكلة البحث:

١. النصوص المقننة في القانون واعتباره كمصدر رسمي لقانون الأحوال الشخصية لم يجعله المصدر الوحيد والرسمي مما أدى الى ضرورة وجود مصادر أخرى وأولها مبادئ الشريعة الإسلامية دون التقيد بمذهب معين، والذي كان السبب في تعرض هذا القانون للعديد من التعديلات الى جانب المطالبة بإلغائه واعطاء الحرية لكل عراقي بتنظيم احوالهم الشخصية وفقا لمذاهبهم كما جاء في المادة(٤١) من الدستور العراقي٢٠٠٥.

٢. استرشاد القاضي بالأحكام التي اقرها القضاء والفقه الإسلامي في العراق والبلاد الإسلامية الأخرى معناه تحديد السوابق القضائية واراء الفقهاء الإسلامي بمختلف مذاهبه كمصدر تفسيري للقانون ما أدى الى التساؤل عن الزامية الأخذ بالسوابق القضائية وموقف المشرع العراقي من ذلك.

٣. النص على مبدأ الإحالة الى الفقه الإسلامي لسد الفراغ التشريعي الموجود في القانون تعتبر اعترافاً بعدم كفاية هذه النصوص المقننة في القانون لحل النزاعات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية، والفقه الإسلامي وبمذاهبه المتشعبة والأراء المختلفة ادت الى صدور قرارات مختلفة تتعلق بنفس الموضوع في محاكم العراق ما يستوجب دراسة تأثير هذه الاراء الفقهية على القضاء.

منهجية البحث: اعتمدنا في كتابة بحثنا على المنهج الوصفي والتحليلي من خلال قراءة وتحليل النصوص القانونية الموجودة في القانون الأحوال الشخصية العراقي المعدل بهدف التوصل الى تحديد ماهية مصادر القانون الأحوال الشخصية العراقي المعدل وبيان دور كل مصدر من هذه المصادر.

هيكلية البحث: يتكون البحث من مبحثين تحدثنا في المبحث الأول عن مفهوم المصادر الرسمية لقانون الأحوال الشخصية العراقي من خلال تقسيمه الى مطلبين، خصصنا المطلب الأول لبيان المصدر الأول وهو التسريع وفي المطلب الثاني تناولنا مبادئ الشريعة الإسلامية.

وفي المبحث الثاني قمنا ببيان المصادر التفسيرية للقانون فتحدثنا في المطلب الأول عن القضاء، وفي المطلب الثاني عن الفقه الإسلامي كما نصت عليها الفقرة الثالثة من المادة الأولى من القانون.

المبحث الأول: المصادر الرسمية لقانون الأحوال الشخصية

ان الإهتمام ببحث مصادر القانون يؤدي الى تحديد موقع هذا المصدر من حيث كونه يؤدي الى انشاء قاعدة قانونية أو تطبيق لهذه القاعدة، وعلى الرغم من وجود أربعة مصادر للقانون بشكل عام والتي تتمثل في المصدر التأريخي والمصدر المادي[١] والمصدر الرسمي ومن ثم المصدر التفسيري الا اننا نركز على المصدرين (الرسمي والتفسيري) التي اشارت اليها المادة (١) من القانون. ومن اجل ذلك نخصص هذا المبحث لبيان المصادر الرسمية ونقسمه الى مطلبين المطلب الأول نركز فيه على مفهوم المصادر الرسمية وتحديد المصدر الأول لقانون الأحوال الشخصية بالتشريع. المطلب الثاني نتطرق فيه لبيان مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي احتياطي للقانون وكالآتي:

المطلب الأول: التشريع كمصدر رسمي

ان نطاق عمل القاضي ينصب حول المواد الموجودة في قانون الأحوال الشخصية العراقي دون غيره، فلا يصح انتقاله الى اي مصدر اخر الا أذا توصل الى طريق مسدود وهذه المصادر هي التشريع ومن ثم مبادئ الشريعة الإسلامية وكالأتي:

الفرع الأول: مفهوم التشريع

المصدر الرسمي يأتي بمعنى الطريق الذي تنفذ منه القاعدة أو الوسيلة التي تخرج بها الى حيز الوجود لتصبح واجبة التطبيق، فهو يسمى مصدراً رسمياً لأنه يعني الطريق المعتمد الذي تكتسب مادة القاعدة شكلها الملزم بمرورها فتصبح واجبة الإتباع[٢] لذلك نقول بأن التشريع هو المصدر الرسمي لقانون الأحوال الشخصية.

أما التشريع فيعرف بأنه تلك القواعد القانونية المكتوبة التي تضعها السلطات المختصة في الدولة وفقاً للإجراءات المطلوبة لذلك، فنستطيع القول بأن معنى التشريع ينصرف إلى معنيين أحدهما هو وضع أو سن القواعد القانونية و الذي تضطلع به السلطة التشريعية بحسب الأصل و المعنى الأخر ينصرف الى ذات القواعد القانونية المكتوبة التي تضعها السلطة التشريعية، و التي تتميز بتعبير التشريع تمييزاً عن غيرها من القواعد القانونية الأخرى غير المكتوبة، والتشريع كمصدر رسمي لقانون الأحوال الشخصية تتعلق بالقواعد القانونية المكتوبة في القانون، أما التشريع كالعملية التشريعية التي تقوم بها السلطة المختصة بذلك فلا يدخل في مجال بحثنا[٣].

وبظهور التشريع احتل مكان الصدراة بالنسبة لباقي مصادر القانون في غالبية الدول، و لا ننسى بأنه غالباً التعبير بلفظ القانون هو المتعارف عليها فمثلاً نقول القانون المدني أو القانون الدولي أو قانون العمل، فكلمة القانون يقصد به عندئذ التشريع العادي، فكل قانون تشريع و لكن ليس كل تشريع قانون، فأهمية التشريع تظهر من أكثر من وجه و بصفة خاصة من اعتباره المصدر الأصلي للقواعد القانونية، كما أنه المصدر العام لهذه القواعد، و هي التي تنص على وجوب لجوء القاضي أولاً الى النصوص التشريعية و لا يلجأ الى غيرها من مصادر القانون، إلا في حالة عدم وجود النص، و من هنا أحتل التشريع الصدارة بالنسبة لباقي مصادر القانون التي تعد بالنسبة له مصادر احتياطية لا يتم اللجوء اليها إلا في حالة عدم وجوده أو بإحالة منه[٤].

ويرجع أهمية التشريع وتفوقه على المصادر الأخرى الى عدة أسباب منها:

١. هيمنة سلطة الدولة وترسيخها.

٢. انتشار مبدأ الديمقراطية التي ترمي الى الفصل بين السلطات مما جعل في الدولة هيئة معدة للتشريع.

٣. ترسيخ فكرة الإشتراكية وذلك بتدخل الدولة في شؤون أفرادها لتنظيمها فيما يعود على المجتمع بالفائدة[٥].

بالإضافة الى المزايا التي يتمتع بها التشريع وفي مقدمتها:

١. **يؤدي التشريع الى استقرار المعاملات في المجتمع:** فالقواعد التشريعية توضع في صياغة مكتوبة من قبل السلطة المختصة بذلك وبعد اجراء البحث والدراسة والمناقشات من ثم تأتي هذه القواعد في صياغة منظمة محكمة، وفي عبارات واضحة محددة من السهل اثباتها وتحديد مضمونها وهذا يؤدي الى استقرار المعاملات لقيامها على اسس واضحة ومحددة[٦].

٢. **سريانه على اقليم دولة برمته:** ذلك أن وضعه من قبل السلطة العامة وقدرة الدولة على ضمان تنفيذه، تجعل من السهل اصداره ليعم مفعوله الدولة في جميع أرجائها، وهذا يؤدي الى توحيد النظام وتوثيق الروابط بين فئات الشعب وعاملاً على تحقيق الوحدة القانونية[٧].

٣. **سرعة سنه وتعديله:** الوقت الذي يستغرق صنعه مما يؤدي الى سرعة في الإنتاج القانوني تلبي حاجة المجتمع في كافة ميادين الحياة، أو الى تعديل ما هو قائم منها كلما ادعت الحاجة لذلك، ناهيك عن دوره الفعال في تطور المجتمع[٨].

ولكن على الرغم من ذلك نسب الى التشريع بإعتباره مصدر للقانون بعض العيوب من أهمها:

١. قد يتم التسرع في وضع قواعده فتصاغ هذه القواعد صياغة نظرية لا تحسم ولا تكفي لحل المنازعات التي تنشأ في المجتمع، وقد تأتي هذه القواعد متعارضة مع غيرها من القواعد التشريعية، أو تأتي معيبة لا تحقق الغرض منها[٩]، وعندئذ يلاحق ما أصدره بالتعديل، وقد تتوالى التعديلات لقصور في أحكامها وهذا ما يؤدي الى المشاكل التي تنشأ عن تنازع فيما بينها من حيث الزمان ويزعزع الثقة القانون ويخل بإستقرار الواجب توافره للمعاملات، و مثال ذلك قانون الأحوال الشخصية العراقي إذ مر اكثر من نصف قرن على صدوره ولا يزال يعاني من كثرة التعديلات عليه التي وصلت إلى أكثر من ١٨ تعديل أكثر

بالإضافة الى العديد من القرارات و القوانين الأخرى المكملة له، و بوادر هذه التعديلات اشتدت بعد صدور الدستور العراقي ٢٠٠٥، و الذي اعطي بموجب المادة(٤١)[١٠] الحق للعراقيين في التعامل بحسب أحوالهم الشخصية وأحال تنظيم ذلك بقانون و الذي بدوره اضفى الطابع الديني أو المذهبي على القانون. ولعل كثرة التعديلات يرجع الى قصر حجم مواده وفقراته لكونه يتضمن ٩٤ مادة قانونية فقط، و لم يتناول كافة المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية و المطلع على القانون يجد أنه يتضمن الإحالة الى القوانين و التشريعات الأخرى لكي يستكمل القصور الوارد في مواده.

٢. ان السلطة التي تختص بوضعه قد لا توفق بين ظروف المجتمع وتقدير ما يحتاج اليه، فلا تلائم القواعد التي تسنها لتلك الظروف وقاصرة على الوفاء بالحاجات، بل انه إذا جاءت القواعد التشريعية حين وضعها ملائمة لظروف المجتمع فإن صبها في نصوص مكتوبة تحدد مدلولها وترسم حدودها يضفي عليها طابع من الجمود ما يقف بها عن مسايرة التطور والوفاء بما يجد من حاجات، فأذا ما تغيرت هذه الظروف أصبحت تلك القواعد غير ملائمة لها[١١].

وقد يصدر التشريع من مصالح ذاتية و أهواء شخصية أو كتمثيل لجانب معين أو مذهب محدد لا تتفق و الصالح العام، وهذا ما وجدناه عند تقديم مشروع لتعديل قانون الاحوال الشخصية العراقي سنة٢٠٢٤ و الذي اصبح بعد ذلك قانون رقم ١لسنة٢٠٢٥ قانون تعديل قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم١٨٨ لسنة١٩٥٩، ما أثارت الجدل في الشارع العراقي بين المؤيدين و الرافضين له، وأشارت الاسباب الموجبة لإصدار هذا القانون الى انه بالنظر إلى طلب مواطني وممثلي المكون الشيعي في مجلس النواب تعديل قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ بما يتيح للعراقيين المسلمين من أتباع المذهب الشيعي تطبيق أحكام المذهب الشيعي الجعفري في الأحوال الشخصية عليهم وعدم موافقة ممثلي المكون السني في مجلس النواب بعدم سريان هذا التعديل على العراقيين المسلمين من أتباع المذهب السني، شرع هذا القانون .

والحقيقة ان العيوب التي تؤخذ على التشريع لا تعتبر شيئاً مذكوراً الى جانب مزاياه العديدة، بل ان التشريع اصبح الأداة الضرورية التي لا غنى عنها ولابديل لها في تنظيم المجتمع الحديث، فيمكن تلافي العيوب بشتى الطرق، فالسلطة التشريعية التي من أختصاصه سن القوانين مكونة من ممثلين للشعب، ويجب ان يكونوا على دراية تامة بما يحتاج اليه المجتمع وان يؤدوا هذه الامانة على اكما الوجه دون الخضوع الى تأثير جهات أو ممثلي مذاهب معينة وبذلك يحال دون تحكم فئة أو مذهب أو السطة في وضعه، ويقلل من خطر وضع قواعد لا تتفق مع متطلبات المجتمع حتى وذا حصل ذلك فإن من اختصاص نفس السلطة ان تبادر الى تعديله وفقاً للإجراءات المطلوبة لكي يصبح متفقاً مع ظروف وتطور ومتطلبات المجتمع.

الفرع الثاني: التشريع كمصدر رسمي لقانون الاحوال الشخصية

أحكام الأحوال الشخصية كان مصدرها الشريعة الإسلامية منذ الفتح الإسلامي والتي كانت مرجع القضاة في فصل الحادثات والمنازعات التي تحدث بين الناس في أحوالهم الشخصية فيفصل فيها اولئك على هدى مصادر الأحكام من كتب وسنة واجماع و قياس ومصادر أخرى يرى قسم كبير من الفقهاء حجيتها، إلا انه رغم كل ما يتخذه القضاة من حيطة للوصول الى نتائج سليمة فقد كانت تصدر أحكام مختلفة في الحادثات المتماثلة ذات الأشباه والنظائر[١٢]، لذلك جرى البحث لإختيار أفضل السبل التي يمكن بسلوكها توحيد الأحكام القضائية، وبعد إقامة الدولة العثمانية حكمت القضاء في قضاياها المدنية والشرعية والعقابية وفقاً للفقه الحنفي لحين صدور مجلة الأحكام العدلية[١٣] الذي بدوره عينت وظائف المحاكم الشرعية. من هذا الواقع ظهر التوجه نحو توحيد الأحكام القضائية للأحوال الشخصية، إلا أن وجود المذاهب الإسلامية وكثرة المدارس في المذهب الواحد حال دون تحقيق ذلك الهدف، وامتد الأمر طيلة الحقب الإسلامية بما في ذلك الحقبة العثمانية، إلا ان الاخيرة وفي اواخر من عقود عمرها وتحت تأثير النهضة التشريعية الأوربية حاولت وصدرت بعض التشريعات، ولكن مسائل الأحوال الشخصية بقيت على حالها وتطبيقاتها تجري على وفق المذهب الذي اعتمدتها الدولة العثمانية اي المذهب الحنفي[١٤].

وبعد احتلال بغداد من قبل السلطة البريطانية صدر بيان سنة١٩١٧ أعيد فيه تشكيل المحاكم الشرعية وبموجب أحكامه أصبحت المحاكم الشرعية تنظر في القضايا المتعلقة بأهل السنة فقط، أما القضايا المتعلقة بالمذهب الجعفري فقد أنيطت بالمحاكم المدنية، وشكلت المحاكم الشرعية الجعفرية وفقاً لقانون المحاكم الشرعية لسنة ١٩٣٢ كما اسس مجلس تمييز شرعي جعفري[١٥] وهذا ما أيده ونص عليه القانون الاساسي الصادر سنة١٩٢٥.

وفي هذه الفترة ايضاً كان يدور بخلد الكثيرين من المعنيين بالقضاء الشرعي جمع الأحكام الشرعية المتعلقة بالأحوال الشخصية أو أحكامها العامة على الأقل بقانون واحد يرجع اليه ويكون سنداً لأصدار الأحكام، كما ونصت المادة(٧٧) من القانون الأساسي أي دستور سنة١٩٢٥ على أن: (يجري القضاء في المحاكم الشرعية وفقاً للأحكام الشرعية الخاصة بكل مذهب من المذاهب الإسلامية، بموجب أحكام قانون خاص، ويكون قاضي من مذهب أكثرية السكان في المحل الذي يعين له، مع بقاء القاضيين السنيين والجعفريين في مدينتي بغداد والبصرة). في ضوء ذلك وفي سنة١٩٤٨ أعدت لائحة قانون الأحوال الشخصية١٦ وقد جائت مزدوجة الحلول والاحكام وقد أخذت اللجنة الفقه الإسلامي كوحدتين أساسيتين هما الفقه السني والفقه الجعفري فدونت ما أمكن الإتفاق عليه من الأحكام بصورة مطلقة، وما لم يمكن الإتفاق عليه ذكرا الخلاف فيه بصراحة، وتضمنت العديد من المواضيع الواقعة تحت نطاق الأحوال الشخصية، إذ تضمنت احكاماً عامة أولاً، ثم عقد الزواج وتسجيله، ونفقة الزوجة، والشقاق بين الزوجين و الطلاق و فسخ النكاح و الفرق، العدة، والنسب فضلاً عن الرضاعة والحضانة، ونفقة الأقارب، والولاية

والوصاية والمواريث وسواها من الأحكام المشتركة بين السنة والشيعة، بغية اصدار قانون للأحوال الشخصية، ولكن هذا الازدواج في المحاكم الشرعية الذي قضى به القانون الأساسي العراقي انتقد، وأخل بوحدة القضاء العراقي في وقته١٧، وطالبوا بتلافيه من أجل المصلحة العامة للمجتمع واعتبار جميع المذاهب الاسلامية سنيها وشيعيها مورداً للتشريع كما نصت على ذلك المادة الأولى من القانون المدني العراقي، بعد الإنتهاء من كتابة اللائحة ورفعه الى مجلس النواب إلا أنه لم يحصل على الإهتمام المطلوب لتشريعه من قبل مجلس النواب.

وأصبح الحال هكذا حتى وافت سنة١٩٥٩ فألفت وزارة العدل لجنة إعادة النظر في المشروع وصاغت مواده مجدداً، ومن ثم صدر القانون في ضوء ذلك وفي الأسباب الموجبة لتشريعه جاء فيها (لم تكن الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية قد شرعت قانون واحد يجمع من أقوال الفقهاء ما هو المتفق عليه والأكثر ملائمة للمصلحة الزمنية وكان القضاء الشرعي يستند في إصدار أحكامه الى النصوص المدونة في الكتب الفقهية والى الفتاوي في المسائل المختلف عليها وإلى قضاء المحاكم في البلاد الإسلامية.

وقد وجد إن في تعدد مصادر القضاء وإختلاف الأحكام ما يجعل حياة العائلة غير مستقر وحقوق الفرد غير مضمونة فكان هذا دافعاً للتفكير بوضع قانون يجمع فيه أهم الأحكام الشرعية المتفق عليها.

وقد تألفت لهذا الغرض لجآن حاولت أن تجمع الأحكام الشرعية وتوحدها وتخرج منها بقانون يجمع فيه أهم الأحكام والمتفق عليه من الآراء إلا إن تلك اللجان لم تتوصل الى نتيجة مقبولة في تحقيق هذا الغرض.

وقد أوضحت الأسباب الموجبة بأن وتحقيقاً لهذه الغاية ألفت وزارة العدل بأمرها المرقم (٦٥٠) والمؤرخ في ١٩٥٩/٢/٧ لجنة لوضع لائحة الأحوال الشخصية إستمدت مبادئها مما هو متفق عليه من أحكام الشريعة الأسلامية وما هو مقبول من قوانين البلاد الإسلامية وما إستقر عليه القضاء الشرعي في العراق. فكان من نتيجة عمل اللجنة إخراج مشروع هذا القانون الذي إشتمل على أهم أبواب الفقه في الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية الجامعة لمسائل الزواج والطلاق والولادة والنسب والحضانة والنفقة والوصية والميراث).

ومن اولى المبادئ التي جاء بها القانون هو سيادة النص القانوني حيث جعلت المشرع العراقي في الفقرة الأولى من المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل التشريع المصدر الرسمي الأول الذي يلتزم به القضاء في فصله المنازعات التي تعرض عليه والتي تنص على أنه: (تسري النصوص التشريعية في هذا القانون على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو فحواها). وغاية المشرع هو الاحتكام الى النص القانوني بإعتبار المشمولين بإحكامه متساوون أمام القانون، و أن القضاة كما يأخذون الأحكام من الفاظ النصوص و عباراتها، فإن عليهم إستنباط الأحكام عن طريق النظر في فحوى هذه النصوص ومفاهيمها، ولا يصح انتقالهم الى مصدر اخر(غير النص) إلا بعد التأكد من خلو النص لفظاً وفحوى من إيجاد حل للقضية المعروضة امامهم[١٨].فمن الواضح ان النصوص قوالب الأحكام، والألفاظ أوعية المعاني، ومسؤولية اكتشاف الأحكام تقع على عاتق

الخبراء والمختصين في الشريعة والقانون من الفقهاء والقضاة، وكذلك من المعروف ان دلالة النصوص على الأحكام لا تجري على نمط واحد، بل من هذه الأحكام ما هو منطوق يؤخذ من الفاظ النصوص وعباراتها، ومنها ما هو مفهوم يستنبط من روحها ومغذاها وعللها، والمنطوق صريح وغير صريح، وغير صريح إشارة و إقتضاء وإيماء، والمفهوم موافق ومخالف[١٩] وبذلك يكون أمام القاضي ست قنوات لإستقاء الأحكام من ينابيعها، بينما يؤخذ على هذه الفقرة انه حدد وسيلتين فقط لإستنباط الأحكام من النصوص وهو ما يؤخذ من لفظها وهو المنطوق الصريح و ما يؤخذ من فحواها وهو المفهوم الموافقة[٢٠]. و يبدو ان المشرع اراد من ذلك محاكاة القانون المدني العراقي رقم ٤٠الصادر في سنة في نهجه ١٩٥١ وما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة الأولى منه.

إذن على القاضي ان يقوم بإجتهاده بتفسير النص القانوني بإزالة الغموض الذي قد يشوبه وذلك بالرجوع الى النص بحد ذاته، أي الى الفاظه وعباراته وتراكيبه، ومن هنا تبرز مكانة وأهمية اللفظ من جهة، وارادة المشرع من جهة أخرى في تفسير القاضي للقوانين الوضعية، والتي اعتمدت تقييد القاضي بلفظ النص وإرادة المشرع، فعليه الرجوع الى اللفظ كأول وسيلة للتفسير، ويتعين عليه ان يحلل الفاظ النص مستنداً في ذلك على المعاني اللغوية للكلمات وما جرى عليه عرف الإستعمال، وبعد ذلك يتعداه الى فحوى النص[٢١].

فجاءت هذه الفقرة من المادة الأولى صريحة بالعمل بعبارة النص أو بدلالته وأشارته فعندما تكون القضية المعروضة منضوية تحت نص من نصوص هذا القانون بلفظه وجب على القاضي ان يطبق النص حينئذ، فإن كانت القضية منضوية تحت دلالة نص من هذه النصوص فعلى القاضي ان يطبق عليها هذه النصوص أيضاً ويجب أن لا يجتهد برأيه[٢٢].

ولكن حتى وإذا كان التشريع المصدر الرسمي العام للقاعدة القانونية، بحيث يشمل إختصاصه جميع المسائل بحسب الأصل، لكن الشارع لا يسعه أن يحيط في التشريع بجميع الروابط والأوضاع الموجودة أو التي يمكن أن تستجد في المجتمع، فالنقص في التشريع فطري بحكم طبيعة الأشياء، ولذلك كان لابد من وجود مصادر أخرى احتياطية يلتمس فيها القاضي القاعدة التي ينشدها حين تعوزه قاعدة في التشريع[٢٣] والمصدر الإحتياطي في قانون الأحوال الشخصية العراقي هي الشريعة الإسلامية.

المطلب الثاني: مبادئ الشريعة الإسلامية

لاشك أن الشريعة الإسلامية تعتبر المصدر التأريخي للقواعد التشريعية التي نص عليها قانون الأحوال الشخصية العراقي، والتشريع هو المصدر الرسمي الأصلي، إذ عندما حدد المشرع المصادر لم يضعها على درجة واحدة من الأهمية في المجال العملي، وقد يرجع ذلك الى المزايا التي تتمتع بها التشريع و التي سبق و بيناها، فلذلك تعتبر مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الإحتياطي التي تقوم بدور مكمل للتشريع، فيجوز للقاضي الإنتقال اليه بعد القانون، إذن فالتشريع و مبادئ الشريعة الإسلامية هما المصدران الإلزاميين لقانون الأحوال الشخصية، الأول كمصدر رسمي و الثاني كمصدر احتياطي.

إذن مفهوم الشريعة الإسلامية في الإصطلاح الشرعي هي: الأحكام التي شرعها الله لعباده، سواء أكان تشريع هذه الأحكام بالقرآن أم بسنة النبي محمد صلى الله عليه وسلم من قول أو فعل أو تقرير، فهذه الأحكام الموجودة في القرآن الكريم وفي السنة النبوية هي وحي من الله الى النبي محمد صلى الله عليه وسلم ليبلغها الى الناس[٢٤].

فالشريعة الإسلامية تتناول ما يتعلق بالعقيدة أي الأحكام الإعتقادية وهي الأحكام المتعلقة بالعقيدة والإيمان، وما يتعلق بالأخلاق وتبحث فيما ينبغي أن يكون عليه الإنسان من الصفات لتحقيق الفضيلة ونفي الرذيلة، وما يتعلق بالمعاملات بين الأفراد فهي الاحكام العملية والأحكام المتعلقة بالأعمال والتصرفات الصادرة من الأنسان وهي تنقسم الى قسم العبادات التي تنظم علاقة الإنسان مع ربه، وقسم المعاملات المنظمة لعلاقة الإنسان مع غيره في المجتمع من حيث ما تتعلق بالأموال او الجنايات او في نطاق الأسرة. فالمقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية هنا هو هذا القسم من الشريعة، أي الجانب القانوني للشريعة الإسلامية كونه يتضمن القواعد المنظمة للعلاقات الإجتماعية، ولأن القوانين لا تعني بمسائل العبادات.

وعند النظر الى التشريعات العربية في الدول الإسلامية نجد بأن البعض منهم قد أخذت بالإحالة الى مذهب فقهي واحد عند غياب نص تشريعي علماً أن النصوص التشريعية الموجودة فيها صيغت من جميع المذاهب الفقهية كالقانون المصري والسوري[٢٥]والكويتي[٢٦].

واحالت البعض الاخر منها الى الراجح من مذهب معين ولكن أجاز للقاضي الأخذ بجميع احكام الفقه الإسلامي على اختلاف مذاهبه إذا وجد نقص في التشريع، كما جاء في القانون الأردني الذي أخذ بالراجح من المذهب الحنفي وعند وجود فراغ تشريعي يؤخذ بجميع أحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون[٢٧]. أما من التشريعات التي أحالت الى مبادئ الشريعة الإسلامية دون التقييد بمذهب معين القانون الجزائري والعماني[٢٨].

وهذا ما أخذ به القانون العراقي أيضاً عندما نصت الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون على ان: (إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون)، وما ذهب اليه المشرع في هذه الفقرة هو الإحالة على المذاهب الفقهية دون تمييز بينهم، وحسناً فعل المشرع العراقي فالقاضي يأخذ بأحكام الشريعة بمفهومها الواسع دون التقييد بمذهب معين، فيستطيع من خلالها اعمال السلطة التقديرية المطلقة في إختيار ما يراه ملائماً ومناسباً لتحقيق مصلحة الزوجين، ولكن هذا لا يمنعنا من القول ان التعامل مع الكم الهائل من العلوم الشرعية والفقهية المتشعبة يحتاج الى بذل مجهود أكثر من القضاة لكي يكون على دراية كاملة بمبادئ الشريعة الإسلامية، وتحديد الرأي الفقهي المناسب للقضية المعروضة امامه. لم يوضح المشرع العراقي القصد من هذه المبادئ، فلذلك يحمل أكثر من معنى واحد وهذا يصعب من عمل القاضي، إذ من الصعب على القاضي معرفة القواعد الكلية الموجودة في الشريعة الإسلامية إذا أسلمنا بأن معنى هذه المبادئ هي القواعد الكلية، بينما المشرع نصت أيضاً في الفقرة الثالثة من المادة الأولى على الاسترشاد بأراء الفقهاء في الشريعة الإسلامية.

ويقصد بعبارة الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون هنا أنه يرجع الى المادة المجملة ويتحرى الرأي الفقهي الذي صيغت المادة الأصلية منه ويؤخذ بأحكام التفريعات التي تتشعب وتتفرع من ذلك الأصل وإذا لم توجد مادة مجملة أو غامضة من هذا القبيل عندئذ يلجأ الى مبادئ الشريعة الو موائمتها مع الأحكام الفقهية والتفريعات في المذهب الذي يعتمدها طرفا الدعوى المتنازعان.

وهناك من ينتقد المشرع العراقي بأنه أخذ من الشريعة الإسلامية مصدراً لقانون الأحوال الشخصية وأنه آن الأوان للتغيير إلا انه يجب ان نشير الى انه الشريعة الإسلامية كانت المصدر الوحيد لمختلف القواعد التي طبقت منذ تأسيس الدولة الإسلامية، في العراق والدول الإسلامية الأخرى، وبقيت الحال كذلك الى ان عمد العثمانيين الى اصدار قوانين مقننة في فروع القانون المختلفة، وكان القانون الفرنسي هو الذي استقوا منه احكام القوانين التي اصدروها كالقانون التجاري وقانون تنظيم الأراضي، وقانون الجزاء العثماني و هكذا بات فترة جديدة اتسمت بثنائية مصادر القانون قسم من القوانين يستقي أحكامه من القوانين الغربية، وقسم أخر يستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية[٢٩]. وبدون أحكام الشريعة الإسلامية لا وجود لقانون الأحوال الشخصية.

وعلى الرغم من مرور سنوات على انعقاد المؤتمر الدولي للقانون المقارن في مدينة لاهاي في عقد الثلاثينات إلا انه اتفقوا على اراء مهمة وضرورية يجب علينا بيانه وتسليط الضوء عليها، حيث تؤكد على تأثير الشريعة الإسلامية على مختلف القوانين والمجتمعات وكان نتيجة من ذلك أن قرر المؤتمرون بإجماع الآراء على[٣٠] :

-اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً من مصادر التشريع العام.

-اعتبار الشريعة الإسلامية حية صالحة للتطور.

-اعتبار الشريعة الإسلامية قائمة بذاتها ليست مأخوذة من غيرها.

وفي مؤتمر اخر عقدت من قبل شعبة الحقوق الشرقية في المجمع الدولي للحقوق المقارنة في جامعة باريس تحت عنوان (اسبوع الفقه الإسلامي) في ختام المؤتمر استنتجوا بأنه:

١. مبادئ الفقه الإسلامي لها قيمة حقوقية تشريعية لا جدال فيها.

٢. اختلاف المذاهب الفقهية ينطوي على ثروة من المفاهيم والمعلومات من الأصول الحقوقية هي مناط الإعجاب، وبها يتمكن الفقه الإسلامي من أن يستجيب لجميع مطالب الحياة الحديثة، وحل القضايا المستجدة والتوفيق بين حاجيات المجتمع[٣١].

إذن أين الإشكالية ولماذا المطالبات المستمرة بإلغاء قانون الاحوال الشخصية أو تعديله؟! يرجع ذلك الى سببين وهما/

أولاً: القول بوجود نص قانوني معين مخالف للشريعة الإسلامية أو مخالف لثوابت أحكام الإسلام التي نصت عليها المادة(٢/أولاً-أ) من الدستور العراقي ٢٠٠٥ و جاءت فيها منع اصدار قانون يتعارض مع ثوابت الإسلام، و من أجل ذلك نظرت المحكمة الإتحادية العليا الى عشرات الدعاوى التي طعن

بموجبها بكون أحكام قانون الاحوال الشخصية رقم١٨٨ لسنة١٩٥٩ المعدل مخالفة لثوابت احكام الإسلام، و قد انصبت الطعون على معظم نصوص القانون الرئيسية كـ (تعدد الزوجات، الحضانة، التعويض عن الطلاق التعسفي، الوصية الواجبة، نفقة العدة، و غيرها..). وقد حددت المحكمة الاتحادية العليا في قرارها الرقم ١٣٦/اتحادية/٢٠٢٣[٣٢] مفهوم ثوابت احكام الإسلام تمثل من الشريعة الإسلامية ثوابتها بالنص، والتي لا تتحمل التأويل أو التبديل.... أما ما جاز الإجتهاد به، فأنه يخرج عن نطاق ثوابت الإسلام ويدخل في نطاق الأحكام الظنية في ثبوتها ودلالتها، التي تتسع مع التطور وتنهض بظهور وقائع جديدة توجب تنظيمها لتحقيق مصالح الناس....). لذا فالقول بأن قانون الأحوال الشخصية يخالف الشريعة الإسلامية انما ينبغي ان يكون بالنظر الى الاحكام القطعية الثبوت والدلالة وليس بالنظر الى اراء الفقهاء والتي تعد احكاماً ظنية واجتهادية وعليه نجد بأن المحكمة الاتحادية العليا حكمت بعدم مخالفة هذه النصوص لثوابت احكام الإسلام[٣٣].

ثانياً/القول بأن قانون الأحوال الشخصية يخالف الموجود في مذهب معين، فالإشكالية هنا حين يعتقد كل من يعتنق مذهب معين أن احكامه الشرعية هي التي تمثل مبادئ الشريعة، الى جانب إصرار المرجعيات الدينية المستمرة على تنظيم المسائل المتعلقة بالأسرة وفقاً للمذهب الذي ينتمي اليه الشخص، وهذا انعكس سلباً على مبدأ المساواة أمام القانون، و صدور قرارات متناقضة في المحاكم، وأدى بدوره الى صدور قانون رقم١ لسنة٢٠٢٥ قانون تعديل قانون الأحوال الشخصية استجابة لطلب مواطني و ممثلي المكون الشيعي في مجلس النواب العراقي بما يتيح للعراقيين المسلمين من اتباع المذهب الشيعي تطبيق المذهب الشيعي الجعفري في الأحوال الشخصية عليهم.

المبحث الثاني: المصادر التفسيرية لقانون الأحوال الشخصية

سبق وبينا بأن قاضي في محكمة الأحوال الشخصية عندما يعرض عليه نزاع فأنه ملزم بتطبيق نص القانون ويتعين عليه إيجاد حل للنزاع وفقا لنصوص الموجودة في قانون الأحوال الشخصية العراقي بلفظها وفحواها، إلا ان المشرع و في الفقرة التي عقب تحديد المصادر الرسمية والإحتياطية للقانون حدد القضاء و الفقه الإسلامي بالمصادر التفسيرية التي تسترشد بها المحاكم في تفسير قواعد القانون وايجاد حل قانوني للنزاع المعروض أمام القضاء، ولكن لا تتوافر لهما قوة الإلزام إلا انهما يلعبان دوراً مهماً في الحياة القانونية، ويتغير ذلك وفقاً للنظام القانوني المتبع في مجتمع ما، عليه و من أجل بيان ماهية المصادر التفسيرية نقسم هذا المبحث الى مطلبين نخصص لكل من القضاء و الفقه الإسلامي مطلباً وكالآتي :

المطلب الأول: القضاء ودوره في سد النقص التشريعي

باستقراء النصوص في قانون الاحوال الشخصية العراقي لا نجد ذكرا للمصادر التفسيرية إلا في الفقرة الثالثة من المادة الاولى منه والتي تنص على أنه: (تسترشد المحاكم في كل ذلك بالقضاء والفقه الإسلامي....) والذي يقصد منه المرجع الذي يساعد على تجلية ما في القاعدة القانونية من غموض وتوضيح ما فيها من إبهام[٣٤]، فهو مصدر للإستئناس والإسترشاد، يسترشد به القاضي من مصادرها

الرسمية دون أن يكون لها قوة الإلزام[٣٥].من أجل بيان مفهوم القضاء ودوره في سد النقص التشريعي نقسم هذا المطلب أولاً الى ذكر مفهوم القضاء ومن ثم نتطرق الى دور القضاء في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مفهوم القضاء

القضاء: يفيد مجموعة الأحكام التي تصدرها المحاكم، فهو يقوم على تطبيق الأحكام القانونية على القضايا التي ترفع الى المحاكم للفصل فيها[٣٦]، وقد يراد به مجموعة المحاكم الموجودة في دولة معينة، وقد يقصد به مجموع المبادئ القانونية المستخلصة من إستقرار المحاكم على اتباعها و الحكم بمقتضاها [٣٧]وما يعنيه لفظ القضاء كمصدر تفسيري هو هذا المعنى، فهذه المبادئ لا تنشأ إلا حيث يكون حكم القانون على قضية معينة تتعلق بمسألة معينة محل خلاف فتستخلص هذه المبادئ القانونية من استقرار المحاكم على حكم معين عند الفصل في هذا النوع من النزاع القانون، فعند خلو الحكم من خلاف بين القضاة فمعنى ذلك انهم طبقوا نص قانوني موجود في التشريع، ولا مجال للجوء الى المصادر التفسيرية للقانون.

فلا يمكن للقاضي الإمتناع عن الحكم وإلا عد ممتنعاً عن احقاق الحق، نصت المادة(٣٠) من قانون المرافعات المدنية العراقي[٣٨] على انه: (لا يجوز لأية محكمة ان تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقصه وإلا عد القاضي ممتنعاً عن احقاق الحق. ويعد التأخر غير المشروع عن اصدار الحكم امتناعاً عن احقاق الحق). فالدور والجهد الذي يبذله القاضي يلعب دوراً مهماً في حسم الدعاوي عند غياب النص القانوني. إلا انه على الرغم من ذلك تختلف أحكام القضاء في ناحية الإلزام تبعاً للنظام القانوني السائد في كل دولة فمثلاً في انكلترا و امريكا تكون للاحكام القضائية و التي يطلق عليها (السوابق القضائية) قوة ملزمة للمحاكم فهذه الدول تعطي للسوابق القضائية قوة ملزمة تقابل في اهميتها القواعد التشريعية وتعتبر مصدراً رسمياً للقانون، إذن دور القضاء يختلف من حيث الإلزام من نظام قانوني لآخر[٣٩]، والسابقة القضائية مفادها ان كل محكمة تلتزم بالمبدأ القانوني الذي بنت عليه حكمها السابق أو ما يسمى بحكمة القرار كما تلتزم بالمبادئ القانونية التي قررتها المحاكم التي تمثلها أو تعلوا عليها في المرتبة و يعزي التمسك بالسوابق القضائية في هذه الأنظمة الى أنه القانون يكون غير مقنن و القضاء يكون له الدور الرئيسي لإكمال بنائه، إلى جانب سمو المكانة التي يتمتع بها القاضي في هذه المجتمعات، و المحاكم تفصل في النزاع عن طريق الأعراف و العادات فأن لم يجد القاضي عرفاً أنشأ الحل القانوني الذي يحسم النزاع بموجبه و كل حكم جديد ينشئ سابقة قضائية و يجب التقيد بها في القضايا المماثلة من قبل المحكمة التي أصدرته و من قبل المحاكم التي هي أدنى منها أو تماثلها درجة[٤٠].

إلا أن القضاء أصبح مصدراً تفسيرياً في أغلب القوانين الحديثة كما هو الحال في العراق، ولكنهما يكونان عادة مصدرين رسميين في المراحل الأولى من نمو القانون، وأكثر القوانين تكون في أول أمرها من صنع الفقيه والقاضي حتى إذا كمل نضوج القانون واستقر نموه فأتى التشريع فشغل المكان الأول بين المصادر الرسمية، وانقلب القضاء والفقه مصدرين تفسيريين، فتصبح مهمة الفقيه والقاضي تفسير القانون لا صنعه ولكنهما في الواقع من الأمر اذ يفسران القانون وكثيراً ما يكون تفسيرهما صنعاً[٤١].

الفرع الثاني: دوره في سد النقص التشريعي

والسؤال الذي يطرح هنا ما هو دور القضاء في خلق قاعدة قانونية أو مبدأ قانوني في المسائل التي تتعلق الأسرة في قانون الأحوال الشخصية العراقي؟

النظام القانوني في العراق غير ملزمة بالأخذ بالسوابق القضائية و لمحكمة التمييز العدول عن اجتهادها، وقضاؤها غير ملزم لغيرها من المحاكم[٤٢]، فيمكن لأي منها مخالفته إذا رأت الصواب في ذلك، لكن الملحوظ ان تبني محكمة التمييز الإتحادية رأياً أو اتجاهاً معيناً، يتبعه التزاماً تطبيقياً به من قبل المحاكم المختصة، بتأثير من السلطة الرقابية و الأعلوية القضائية للأولى على الأخيرة و كأن المحاكم تدرك ان مخالفة الإجتهادات التي تصدر من محكمة التمييز خصوصاً المستقرة منها،لا طائل منها لأن مصيرها النقض، أو لأنها تشعر بالسطوة الأدبية لمحكمة التمييز بخبرة قضاتها، او اجتماع الخبراء منهم فيها، فيصبح ما تصدره من احكام تحرص على استقرارها العملي، مبادئ لا يصح مخالفتها، او انها تؤلف قواعد عمل تأخذ حكم القاعدة القانونية عملياً[٤٣]، فمنح القاضي سلطة سد النقص في حال غياب النص التشريعي بمثابة اعتراف صريح بدور القضاء في خلق القانون حتى وان كان في حالات معينة، إلا أن منح القاضي مثل هذا الدور لا يعني مزاحمة القضاء للسلطة التشريعية، لأن الحكم الذي أصدره القاضي وهو بصدد الفصل في نزاع ما لا يرقى الى مستوى القاعدة القانونية، لأنه ذو أثر نسبي لا يتمتع بالحجية إلا بالنسبة للنزاع المعروض عليه، و هذه الحجية النسبية تجعل إجتهاد القاضي لإيجاد الحل القضائي لا يرقى الى مستوى القانون لأنه من الممكن ان يلغي بقاعدة قضائية لاحقة بالعدول عن الإجتهاد الذي اوجدها[٤٤].

ولكن هذا لا يمنع من القول بأنه قد صدرت العديد من الأحكام المبنية على اجتهادات القضاء في مختلف المحاكم في العراق و اقليم كوردستان في المسائل المسكوت عنها في قانون الأحوال الشخصية العراقي مما أصبح كمبدأ قانوني يطبقه المحاكم و من هذه الحالات:

أولاً: استقرار القضاء على عدم قبول دعوى زيادة النفقة قبل مضي سنة من تأريخ الحكم بها، ففرض النفقة للزوجة من قبل المحكمة لا يمنع من زيادتها أو نقصها بتبدل حال الزوجين المالية و أسعار البلد، كما و تقبل دعوى الزيادة أو النقص في النفقة المفروضة عند حدوث طوارئ تقتضي ذلك[٤٥] وحتى فيما يتعلق بنفقة الأبناء لم يحدد المشرع الحالات التي بموجبها يجوز تغيير مقدار النفقة[٤٦] كالتقدم في العمر و تقدمهم في المراحل الدراسية سبباً لزيادة نفقة الأطفال[٤٧]كما و لم يشترط مضي المدة لقبول الدعوى، إلا أن القضاء استقر على عدم قبول الدعوى إلا بعد مرور سنة، حيث قضت المحكمة بأنه" ترد دعوى طلب زيادة أو انقاص النفقة.. لعدم مضي سنة على تأريخ فرض النفقة السابقة عند طلب إنقاص او زيادة النفقة السابقة. وحسب ما استقر عليه قضاء محكمة التمييز لذا قرر نقض الحكم المميز"[٤٨]، فالقضاء هنا لعبت دوراً بارزاً في سد النقص التشريعي الحاصل في موضوع النفقة كونها من الأمور المتجددة وذلك لإستقرار المعاملات.

ثانياً: ان قانون الأحوال الشخصية لا يتضمن أحكاماً للفسخ من جهة الزوج لأنه نصت ال فقرة٦ من المادة٤ على حق الزوجة فقط لطلب الفسخ ضمن الشروط المقترنة بعقد الزواج وجاءت فيها: (للزوجة طلب فسخ العقد عند عدم إيفاء الزوج ما اشترط ضمن الزواج). لذا فأنه جاء خالياً من نص يمنع فسخ عقد الزواج وأقر مبدأ الفسخ، وعقد الزواج بإعتباره من العقود الملزمة للجانبين مشمولاً بالأصل العام وقابلاً للفسخ عند تحقق موجبه، وليس للمحكمة رد الدعوى بحجة ان عقد الزواج لا يلحقه الفسخ لذلك قضت المحكمة بأنه" يجب ان تكون الزوجة المعقود عليها صالحة لحكم الزواج خالية من العيوب المانعة من المعاشرة الزوجية. فإذا لم تكن كذلك جاز للزوج طلب فسخ العقد، حيث أن كافة العقود الصحيحة الملزمة للجانبين قابلة للفسخ عند تحقق الموجب الشرعي أو القانوني"[٤٩] . وفي قرار أخر لمحكمة الأحوال الشخصية لم ينكر حق الزوج بفسخ عقد الزواج على الرغم من عدم وجود نص قانوني وإنما رد الدعوى يرجع الى انه ما يتمسك به المدعي الزوج لا يعد سبباً للفسخ[٥٠]، وذلك لأن عقد الزواج عقد معاوضة فيقتضي المساواة بين الجانبين وبالتالي يصبح قابلاً للفسخ بناءً على طلب من تتأثر مصلحته، فالأفضل أن ينظم هذه المسألة قانوناً من حيث تحديد الحالات التي تعطي الخيار للزوج بفسخ عقد الزواج.

ثالثاً: من الحالات التي يحق فيها لكل من الزوجين طلب التفريق نصت الفقرة ٣ من المادة٤٠ من القانون على انه :(إذا كان عقد الزواج قد تم قبل اكمال أحد الزوجين الثامنة عشرة دون موافقة القاضي)، وهذا ما يسمى بخيار البلوغ على أن يكون الزواج قد تمت خارج المحكمة أي بدون موافقة القضاء و لكن عند تطبيق النص نجد بأنه يشترط فيها ان تقام الدعوى خلال سنة من تأريخ البلوغ فقضت محكمة التمييز الاتحادية (ان دعوى طلب فسخ عقد الزواج لبلوغ الرشد يجب أن تقام خلال سنة من تأريخ بلوغ الزوجة لسن الرشد فإذا اقيمت بعد مضي المدة المذكورة، فأنه يقتضي من المحكمة الحكم رد الدعوى)[٥١].

فتحديد هذه المدة لم يذكر في قانون الأحوال الشخصية العراقي وبالتالي استقر عليه القضاء وأصبح قاعدة قضائية ملزمة وعدم مراعاته يؤدي الى رد الدعوى.

كما ويشترط ان يكون الدخول قبل البلوغ ففي هذه الحالة لا يعتبر مسقطاً للخيار كما قضت محكمة التمييز بقرار أخر لها" الدخول قبل البلوغ لا يعتبر مسقطاً لحق الصغيرة في اختيارها لنفسها وطلب فسخ عقد الزواج...لأن الإسقاط لأمر شرعي لا يكون الا بعد وجوده، وقبل البلوغ لم يوجد الخيار، فلا ترد عليه المسقطات فالدخول أو الرضا قبل البلوغ لا قيمة له، أما إذا كان بعد البلوغ فيعتبر الرضا دلالة مما يمنع عليها طلب الفسخ)[٥٢].

من خلال ما بيناه نجد بأنه القضاء يلعب دوراً مهماً في سد النقص وتكملة الفراغ التشريعي عن طريق الإجتهاد لإيجاد الحل المناسب للنزاع المعروض أمامه والذي أصبح بعد ذلك مبدأ قانونياً أو كسابقة قضائية يعتمد عليه لحل النزاعات المستقبلية التي تتضمن نفس الموضوع ويمتد دور القاضي هنا الى الأخذ بأراء الفقهاء في الشريعة الإسلامية واختيار الأنسب منهم وبما يتناشب مع روح هذا القانون.

المطلب الثاني: الفقه الإسلامي

أحال المشرع العراقي القاضي الى مبادئ الشريعة الإسلامية عند عدم وجود النص في الفقرة الثانية من المادة الأولى، ومن أجل تيسير الأمر على القضاء أكد في الفقرة الثالثة من المادة نفسها على الإسترشاد بالفقه الإسلامي في العراق والبلاد الإسلامية الأخرى بشرط أن تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية.

فالفقه: معناه الأحكام الشرعية العملية المستنبطة من أدلتها التفصيلية(الجزئية) و من قانون الإجتهاد و قواعد الإستنباط قاعدة(كل أمر للوجوب ما لم تقم قرينة على خلاف ذلك/ وكل نهي للتحريم ما لم تقم قرينة على خلاف ذلك) و يطلق علماء الأصول عادة على مثل هذه القواعد الطلية مصطلح (أدلة إجمالية) كما يطلقون على الأدلة الجزئية الخاصة مصطلح (أدلة تفصيلية)[٥٣]، أو قد يعرف بأنه مجموعة الأحكام التي يستنبطها الفقهاء بإجتهادهم من النصوص، فهو مجهود حر يبذل في سبيل استنباط االشرع أحكام من الأدلة الشرعية و يفتي به من يستفتي من الأفراد سواء من الشخص العادي الذي يجهل قواعد اللغة و اصول استنباط الأحكام و بين العالم بذلك[٥٤].

ولا نستطيع أن ننكر أهمية الفقه الإسلامي بالنسبة للقانونيين وصلته بقانون الأحوال الشخصية من أوجه كثيرة، فالنصوص القانونية قد يكون نصوص عامة ومطلقة ومنها نصوص مقيدة، أو غامضة ومنها واضحة، فالخاص يقيد النصوص العامة، والمطلق يجري على اطلاقه ما لم يقم دليل التقييد، والغامض يزال غموضه بالواضح إذا كان تشريع ما يرمي الى تحقيق غاية واحدة، إذن لابد من معرفة اوجه الإحالة الى الفقه الإسلامي وفقاً لوجود النص أو عدم وجوده وكل ذلك لا يتم إلا بالإستعانة بقواعد أصول الفقه[٥٥].

ولا ينكر أن الرجوع الى الفقه الاسلامي معناه الرجوع الى الشريعة الاسلامية وهذا ما أكد عليه المشرع العراقي في المادة الأولى من القانون ففي الفقرة الثانية نصت على الإحالة الى مبادئ الشريعة الإسلامية و في الفقرة التي تليه للقاضي الاسترشاد بأراء الفقهاء في الفقة الإسلامي بإعتبار هذا الفقه جزء من الشريعة الإسلامية، فالإجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي يعني استفراغ القاضي جهده لتنزيل الحكم الشرعي على القضية المعروضة أمامه عند عدم وجود النص الذي يستند اليه من الكتاب و السنة و ذلك بالإستدلال له القياس أو أحد الأدلة الإجتهادية الأخرى، كما يكون عند وجود النص الظني في الثبوت و الدلالة، لأن الإجتهاد لا وجود لة في النص قطعي الدلالة فيجتهد القاضي في فهم مراد النص و تحقيق مناطه وتختلف درجة الإجتهاد بإختلاف أهلية القاضي فيه، فقد يكون مجتهداً مطلقا فيكون بذلك اجتهاده إنشائياً، وذلك بإنشاء مبادئ قانونية جديدة، أو منتسباً لمذهب معين في أصوله مع قدرته على التخريج والإستنباط والحاق الفروع بالأصول التي قررها، فالقاضي ان لم يجد في أقوال الفقهاء القدامى رجع الى الفقه الإسلامي المعاصر، وقد يجمع بين اراء القدامى و المعاصرين ويرجح الأخذ برأي المعاصرين اذا وجد فيه حلاً للقضية محل النزاع[٥٦].

وهناك العديد من القضايا المستحدثة تتعلق بتكوين عقد الزواج واثاره وانحلاله لم يتطرق اليه القانون فلابد من الرجوع الى الفقه الإسلامي مثال ذلك ابرام عقد الزواج عن طريق الانترنت ووسائل الإتصالات

الحديثة، أو الطلاق عن طريق الانترنت من حيث وقوع الطلاق أو عدمه[٥٧]، أو موضوع تغيير الجنس وما يميزه عن تصحيح الجنس وفقاً لآراء الفقهاء. وحالات التفريق الشرعي كأحكام الإيلاء والظهار فكلاهما تهدفان الى حماية الزوجة ورفع الضرر عنها ولكن لم ينص على اي منهما في قانون الاحوال الشخصية العراقي ما يدفع بالقاضي للرجوع الى اراء الفقهاء التي تتعلق بهذا الشأن كما ولم يتطرق المشرع الى التفريق بسبب اللعان أيضاً. وغيرها من المسائل المسكوت عنها في قانون الاحوال الشخصية العراقي.

ولوحظ بأن القاضي عند الحكم يسأل عن المذهب الذي يتبعانه أطراف الدعوى حتى يرجع الى اقوال الفقهاء ويحكم وفقاً لذلك على الرغم من القول بعدم التقيد بمذهب معين الى أن عند النظر الى عقود الزواج المبرمة من قبل المحاكم نلاحظ اختلاف نماذج هذه العقود وفقاً للمذهب المتبع إذا كانوا سني المذهب أو على المذهب الإمامي.

ويجب أن نعرف أن الفقه يتميز بالطابع النظري خلافاً للطابع الواقعي الذي يتميز به القضاء، فآراء الفقهاء لا تخرج الى التطبيق العلمي إلا إذا أخذت بها المحاكم طوعاً فهو يتجرد من الصيغة الرسمية و لا يتمتع بقوة إلزام ذاتية تلزم القضاء بآراء الفقهاء[٥٨]، و رأي الفقيه لا يتمتع في ذاته بقوة ملزمة ولا يفرض نفسه على القضاء وإن كان لآراء بعض كبار الفقهاء في مختلف المجتمعات في تأثير الإجتهاد القضائي ما خلقوه من مبادئ و نظريات، كما وأنه كان و ما زال للفقه منزلة مهمة على مر العصور و المراحل، حيث اعترف للفقه بأنه مصدر رسمي للقانون الروماني، فقد جعل لبعض الفقهاء المشهورين حق إعطاء فتاوى قانونية تلزم القضاء في أحكامهم[٥٩]، بينما تضائل دورهم ليكون شبه معدوم في القانون الإنكليزي و ذلك لهيمنة القضاة عن طريق السوابق القضائية و اعتباره المصدر الرئيسي للقانون الإنكليزي، و كذلك الفقه في فرنسا ليست مهمته أن يشرع، ولا يكون فتاواهم ملزمة للقضاء، ولا تعتبر اقوالهم مصدراً رسمياً للقانون، و انما يستأنس القاضي برأي الفقيه، وله أن يأخذ به أو لا يأخذ به، فالفقيه في القانون الفرنسي يفسر القانون و لكنه لا يصنعه[٦٠].

ولأهمية دور الفقه الإسلامي و تأثيره على قرارات القضاء نصت المادة (٩٢) من الدستور العراقي لسنة٢٠٠٥ على أن تتكون المحكمة الاتحادية العليا من عدد من القضاة و خبراء في الفقه الإسلامي و لا يشترط فيه أن يكون رجل دين، على أن ينظم عددهم و طريقة اختيارهم بقانون يسن بأغلبية ثلثي اعضاء مجلس النواب، و بذلك أصبحت الفقه الإسلامي علماً ضرورياً يجب الإلمام به و ذو تأثير على العمل القضائي، و من جانب أخر نجد المحاكم يعتمدون على اراء الفقهاء السلاميين لحسم النزاع التي تتعلق بمسائل تدخل في نطاق الأسرة عن طريق الإعتماد على الفتاوى الدينية في المسائل التي يوجد نقص في التشريع فيها، ولكن يجب أن نعرف بأن ما يصدره لجنة الفتوى من فتاوى لا يصل الى مستوى القرار القانوني و لا يلزم القضاء الأخذ بها[٦١]. لذلك أفضل طريقة للعودة الى العمل بالفقه هو تقنينه أي صياغته في مواد مبسطة تيسيراً لرجوع القضاء اليه، وتوحيداً لأحكام القضاة وتسهيلاً لأمر المتقاضين بمعرفة الحكم الذي يتقاضى على أساسه[٦٢].

٣. الإجتهادات القضائية لها دور مهم في حسم القضايا التي لا يوجد نص قانوني لحلها، ما يستوجب اللجوء الى المصادر الاخرى للقانون، فتقترح وجود دورات وندوات مستمرة بين القضاة والباحثين والمختصين بأحكام الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي وأن يكون جسر التواصل بينهم مستمر.

الخاتمة

في ختام بحثنا توصلنا الى مجموعة من الاستنتاجات والتوصيات تتمثل بالآتي:

أولاً: الاستنتاجات

١. على الرغم من وجود أربعة مصادر للقانون (المصدر التأريخي والمصدر المادي والمصدر الرسمي ومن ثم المصدر التفسيري) الا ان المشرع العراقي نصت بشكل صريح على المصدران (الرسمي والتفسيري) والتي اشارت اليها المادة (١) من القانون الأحوال الشخصية.

٢. التشريع كمصدر رسمي لقانون الأحوال الشخصية تتعلق بالقواعد القانونية المكتوبة في القانون، وبظهوره احتل مكان الصدراة بالنسبة لباقي مصادر القانون في غالبية الدول.

٣. النقص في التشريع مسألة فطرية، ولذلك كان لابد من وجود مصادر أخرى احتياطية يلتمس فيها القاضي القاعدة التي ينشدها حين تعوزه قاعدة في التشريع والمصدر الإحتياطي في قانون الأحوال الشخصية العراقي هي الشريعة الإسلامية.

٤. يعتبر القضاء والفقه الإسلامي المصادر التفسيرية التي تسترشد بها المحاكم في تفسير قواعد القانون وايجاد حل قانوني للنزاع المعروض أمام القضاء، ولكن لا تتوافر لهما قوة الإلزام إلا انهما يلعبان دوراً مهماً في الحياة القانونية.

٥. ان غياب النص التشريعي بمثابة اعتراف صريح بدور القضاء في خلق القانون حتى وان كان في حالات معينة، إلا أن منح القاضي مثل هذا الدور لا يعني مزاحمة القضاء للسلطة التشريعية. لأن الحكم الذي يصدره القاضي لا يرقى الى مستوى القاعدة القانونية، لأنه ذو أثر نسبي لا يتمتع بالحجية إلا بالنسبة للنزاع المعروض عليه.

ثانياً: التوصيات

١. ان قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم١٨٨ لسنة ١٩٥٩ يحتاج الى تعديل، ولكن التعديل ان يكون بإضافة مواد ذو صياغة قانونية دقيقة وواضحة ولا يخالف احكام الدستور العراقي، حتى نكون أمام ثبات تشريعي، ولا نكون أمام التعديلات المستمرة لهذا القانون بما يؤثر على عدم استقرار المعاملات وزعزعة ثقة المواطن بالمحاكم في العراق واقليم كوردستان.

٢. لم يعتمد المشرع العراقي على مذهب معين ولم يقيد القضاء بمذهب محدد وفقاً للمادة الأولى من القانون، ولكن صدور القانون رقم ١ لسنة ٢٠٢٥ قانون تعديل قانون الأحوال الشخصية تخالف هذه المادة، إذ شرعنة فيها أحكام المذهب الشيعي الجعفري وتطبق على العراقيين المسلمين من اتباع المذهب الشيعي فقط، ما يستوجب تعديل هذه المادة.

الهوامش:

(١) المصدر التأريخي: يقصد به المرجع الذي اخذ منه المشرع أحكام تشريعه، كإعتبار الشريعة الإسلامية مصدر تأريخي لقانون المدني العراقي الى جانب القانون المدني المصري. المصدر المادي أو الحقيقي: يقصد به العوامل المختلفة التي يستمد منها القانون مادته ويتمثل في العوامل الطبيعية والأقتصادية والسياسية والدينية وغيرها. والتي يستلهم منها المشرع وضع القاعدة القانونية. د. محمد حسين منصور، المدخل الى القانون، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٩٥، ص٩٥. و سةركةوت سليمان عمر، الشريعة الإسلامية مصدر للتقنين المدني العراقي، دراسة تأصيلية منهجية مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون والسياسة جامعة صلاح الدين، ٢٠٠٩، ص١٤٤.

(٢) د. عبد الباقي بكري و د. زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، مكتبة يادكار، ٢٠٢١، ص٨٨.

(٣) نصت المادة(٦١/أولاً) من الدستور العراقي ل سنة٢٠٠٥ على أنه تشريع القوانين الاتحادية يكون من إختصاص السلطة التشريعية المتمثل بمجلس النواب. وذلك بعد تقديم مشروعات أو مقترحات القوانين لهم.

(٤) د. ابراهيم الدسوقي، اصول القانون، الجزء الأول، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ٢٠٠٦، ص١٣٠.

(٥) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، د. احمد حشمت ابوستيت، اصول القانون او المدخل لجراسة القانون، القاهرة، ١٩٥٠، ص ١٣٠.

(٦) د. ابراهيم الدسوقي، المصدر السابق، ص١٢٨.

(٧) د. عبد الباقي البكري، المصدر السابق، ص٩٧.

(٨) يحيى قاسم علي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ط١، كوميت للتوزيع، القاهرة، ص٨٨.

(٩) د. ابراهيم الدسوقي، المصدر السابق، ص١٢٩.

(١٠) المادة (٤١) من الدستور العراقي ل سنة٢٠٠٥ تنص على أن: (العراقيون أحرار في الالتزام بأحوالهم الشخصية حسب دياناتهم أو مذاهبهم أو معتقداتهم أو اختياراتهم، وينظم ذلك بقانون).

(١١) د. عبد المنعم فرج صده، المصدر السابق، ص٨٦.

(١٢) د. محمد شفيق العاني، أحكام الأحوال الشخصية في العراق، معهد البحوث والدراسات العربية، ١٩٧٠، ص ٢.

(١٣) في اواخر القرن ١٩ استمر عمل اللجنة المكلفة بالمجلة مدة بين ٧ ال ى٨ سنوات وانتهت بوضع ١٨٥١مادة ومواضيعها تتكون من ستة عشر كتاباً، وتعتبر المجلة اول نموذج فعلي للتقنين المستمد أحكامه من الفقه الإسلامي على مذهب الحنفي. عمارة عبد الرزاق، ومسعودي يوسف، الجذور التأريخية في تقنين الأحوال الشخصية ومصادرها الفقهية التكميلية، مجلة العلوم القانونية والإجتماعية، جامعة زيان عاشور، الجزائر، المجلد ٩، ال عدد٢، ٢٠٢٤، ص٥٨٠.

(١٤) هادي عزيز علي، قانون الاحوال الشخصية الواقع والطموح، ط١، جمعية الامل العراقية، بغداد، ٢٠١٩، ص٣٦.

(١٥) والغيت مجلس تمييز الشرعي الجعفري والسني وتم دمجهما بمحكمة تمييز العراق وفقا لقانون السلطة القضائية ل سنة١٩٦٣.

(١٦) جرت محاولة وضع اللائحة منذ ١٩٤٥ وبأمر من وزير العدل (السيد أحمد مختار بابان) فقد الفت لجنة من ٤ اشخاص لغرض وضع اللائحة من ذوات: ١-معالي الحاج محمد حسن كبة رئيس مجلس النواب ٢-الشيخ الشرقي

رئيس مجلس التمييز الجعفري٣-الحاج حمدي الأعظمي المدون القانوني٤-السيد محمد شفيق العاني العضو في مجلس التمييز الشرعي السني وكان السيد كاكل السامرائي ملاحظ التدوين القانوني. للتفصيل ينظر: د. محمد شفيق العاني، المصدر السابق، ص ١١ وما بعده، هادي عزيز علي، المصدر السابق، ص٣٧و ما بعده.

(١٧) د. محمد شفيق العاني، أحكام الأحوال الشخصية في العراق، معهد البحوث والدراسات العربية، ١٩٧٠، ص ٢.

(١٧) في اواخر القرن ١٩ استمر عمل اللجنة المكلفة بالمجلة مدة بين ٧ الى٨ سنوات وانتهت بوضع ١٨٥١مادة ومواضيعها تتكون من ستة عشر كتاباً، وتعتبر المجلة اول نموذج فعلي للتقنين المستمد أحكامه من الفقه الإسلامي على مذهب الحنفي. عمارة عبدالرزاق، و مسعودي يوسف، الجذور التأريخية في تقنين الأحوال الشخصية ومصادرها الفقهية التكميلية، مجلة العلوم القانونية والإجتماعية، جامعة زيان عاشور، الجزائر، المجلد ٩، العدد٢، ٢٠٢٤، ص٥٨٠.

(١٧) هادي عزيز علي، قانون الاحوال الشخصية الواقع والطموح، ط١، جمعية الامل العراقية، بغداد، ٢٠١٩، ص٣٦.

(١٨) د. فاروق عبدالله كريم، الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم١٨٨لسنة١٩٥٩ المعدل، ط٢٠٢٣، ٥، ص٢١.

(١٩) المنطوق الصريح: هو ما سيق له النص أصالة، المنطوق غير الصريح: هو ما دل عليه النص تبعاً وعقلاً، وتنقسم الى: إشارة النص: دلالة عقلية التزاميه للنص على حكم تابع لمنطوقه الصريح ولازم له. دلالة الإقتضاء: وهي دلالة عقلية التزاميه للنص على أن هناك كلمة او عارة تقتضي دلالة النص على معنى الحكم المراد مراعاتها. دلالة الإيماء: وهي دلالة عقلية اتزامية للنص على ان حكمه معلل بعلة يدور معها وجوداً وعدماً. أما مفهوم الموافقة: فهي حكم يؤخذ من روح النص لا من عبارته ومن الغاية المتوخاة من تشريعه دون التمسك بحرفيته. ومفهوم المخالفة: هو حكم مخالف لمنطوق النص. للمزيد من التفصيل ينظر: د. مصطفى ابراهيم الزلمي: أصول الفقه في نسيجه الجديد، دار احسان للنشرو التوزيع، ٢٠١٤، ص٤٦٥.

(٢٠) د. مصطفى ابراهيم الزلمي، المصدر نفسه، ص٤٦٦.

(٢١) محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٩، ص٤٧.

(٢٢) د. أحمد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، ج١، العاتط لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٧، ص٢٠.

(٢٣) عبدالمنعم فرج صدة، المصدر السابق، ص١١٠.

(٢٤) د. عبدالكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة الريالة، بيروت، ٢٠٠٥، ص٣٩.

(٢٥) ينظر المادة(٣) من قانون الأسرة المصري رقم١ لسنة٢٠٠٠، والمادة(٣٠٥) من قانون الأحوال الشخصية السوري رقم ٥٩ لسنة١٩٥٣ إلا أنه تم تعديل هذه المادة بقانون رقم٤ لسنة٢٠١٩ وحل محله: (يرجع في فروع كل مسألة قانونية ينص عليها في هذا القانون الى القول الأرجح في المذهب الفقهي الذي استمد منه هذه المسألة).

(٢٦) نصت المادة(٣٤٣) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم٦٧ لسنة١٩٨٠ على أنه: (كل ما لم يرد له حكم في هذا القانون يرجع فيه الى المشهور في مذهب الإمام مالك. . . .).

(٢٧) المادة(٣٢٥) من القانون رقم١٥ لسنة٢٠١٩.

(٢٨) المادة(٢٢٢) من قانون الأسرة الجزائري لسنة ٢٠٠٥، والمادة(٤/٢٨١) من قانون الأحوال الشخصية العماني رقم٩٧/٣٢.

(٢٩) د. عبدارحمن البزاز، مبادئ اصول القانون، بغدار، ١٩٥٨، ص١١٠

(٣٠) د. محمد سلام مدكور، المدخل للفقه الإسلامي، ط٢، دار الكتاب الحديث، القاهرة، ١٩٩٦، ص٢٤

(٣١) د. محمد سلام مدكور، المصدر نفسه، ص٢٥.

(٣٢) الدعوى كانت تتعلق بالطعن بعدم دستورية نص (الفقرة ٤/أوب، والفقرة٥) من المادة٣ من قانون الأحوال الشخصية التي تتعلق بتعدد الزوجات، وقرار المحكمة أوضحت فيها ان النص لا يخالف نصاً من نصوص الدستور وموافق لأحكام الشريعة الإسلامية. القرار متاح على الموقع الرسمي للمحكمة الإتحادية العليا العراقي.

(٣٣) للتفصيل ينظر: قرار رقم٥٤/اتحادية/٢٠١٩ رد دعوى الطعن بعدم دستورية مبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي المادة (٣٩ القرة٣). القرار رقم ١٢/اتحادية/٢٠١٩ رد دعوى الطعن بعدم دستورية احكام الحضانة. . . والعديد من القرارات الموجودة في الموقع الرسمي للمحكمة الإتحادية العليا https://www. iraqfsc. iq/index. php.

(٣٤) د. عبدالمنعم فرج صده، مصدر سابق، ص٧٨.

(٣٥) د. سعيد عبد الكريم مبارك، أصول القانون، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ١٩٨٢، ص١٩.

(٣٦) عبد المنعم فرج صدة، مصدر سابق، ص١٥٩.

(٣٧) د. عدالباقي البكري، د. زهير البشير، مصدر سابق، ص١٩٣.

(٣٨) رقم٨٣ لسنة١٩٦٩.

(٣٩) عباس فاضل عباس، الإجتهاد في الشريعة والقانون، المركز الديمقراطي العربي، المانيا، ٢٠٢٠، ص١٨٦.

(٤٠) للتفصيل ينظر: د. عبد الرزاق السنهوري و د. أحمد حشمت ابوستيت، مصدر سابق، ص١٣٢و ا بعده، د. عبد المنعم فرج صده، مصدر سابق، ص١٥٩. ود. عبد الباقي البكري وزهير البشير، مصدر سابق، ص١٩٦ وما بعده.

(٤١) د. عبدالرزاق احمد السنهوري، د. أحمد حشمت ابوستيت، المصدر السابق، ص١٢٥.

(٤٢) المادة(2/215) من قانون المرافعات المدنية العراقي وجاء فيها: (إذا كان الحكم المميز صادراً من محكمة الإستئناف أو البدائة يقتصرفي اتباع قرار النقض على ما تضمنه من اجراءات أصولية فقط إلا إذا كان قرار النقض صادراً من الهيئة العامة فأنه يكون واجب الإتباع في جميع الأحوال)، والفقرة الثالثة من نفس المادة نصت على أنه: (إذا أصرت محمكمة الإستئناف أو البداءة على حكمها بعد إعادة الدعوى اليها و خالفت في ذلك قرار الهيئة الخاصة لمحكمة التمييز وجب الظر في الطعنالثاني أمام الهيئة العامة لمحكمة التمييز في العراق).

(٤٣) محمد أحمد رمضان، دور القاضي في إنشاء القاعدة القانونية المدنية، رسالة ماجستير قدمت الى كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، ١٩٨٥، ص٣٣٥و ما بعده.

(٤٤) اسيل حامد شكران، دور السوابق القضائية في تحقيق الأمن القضائي، بحث منشور في مجلة بلاد الرافدين للعلوم الإنسانية والإجتماعية تصدر عن كلية بلاد الرافدين الجامعة، العدد ٤، ٢٠٢٢، ص٣٧.

(٤٥) المادة(٢٨) من القانون.

(٤٦) نصت المادة(٥٩) من القانون على الأحكام المتعلقة بنفقة الولد على الأب دون التطرق الى شروط أو الحالات التي بموجبه يجوز رفع الدعوى للمطالبة بزيادة أو نقص نفقة الأولاد.

(٤٧) قرار محكمة التمييز الإتحادية/هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية/بالعدد ١١٧١/٢٠٢٤، تأريخ ٢٠٢٤/١/١٧، قرار غير منشور.

(٤٨) ربيع محمد الزهاوي، انت تسأل والمبدأ التمييزي يجيب من قضاء محكمة الأحوال الشخصية، مكتبة الصباح القانونية، بغداد، ٢٠١٦، ص٢٣٨.

(٤٩) قرار رقم/٢٨٤/موسعة/١٩٨٢/في ١٩٨٤/٧/٣٠، نقلاً عن ربيع محمد الزهاوي، المصدر السابق، ص٢٨٥.

(٥٠) قرار العدد/١١٩٢/شخصية أولى/٢٠٠٨في ٢٠٠٨/٤/٧) نقلاً عن القاضي ربيع محمد الزهاوي، ص٢٨٦.

(٥١) وقرار رقم٥٣٥/شخصية اولى /٢٠٠٩ في ٢/٩/ ٢٠٠٩نقلاً عن عدنان مايح بدر، الإجراءات العملية لدعاوي الأحوال الشخصية، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٩، ص٣٠ وقرار رقم٤٣٣/شخصية٢٠١٠ في تأريخ٢٠١٠/٨/١٥ نقلاً عن القاضي جاسم جزاء جافر، المبادئ القانونية في قسم الأحوال الشخصية لمحكمة التمييز الكوردستانية، مكتبة يادكار، السليمانية، ٢٠١٨، ص٢٢٨ .

(٥٢)

(٥٣) د. مصطفى ابراهيم الزلمي، مصدر سابق، ٢٧.

(٥٤) د. صلاح الدين ناهي، المصدر السابق، ص١٦.

(٥٥) الزلمي، المصدر السابق، ص٣٣.

(٥٦) د. محفوظ بن صغير، اجتهاد القاضي في العصر الحديث وضرورة التقنين في مجال قانون الأحوال الشخصية، بحث منشور في مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد٢، العدد٤، سنة٢٠١٤، ص٩٣، متاح على العنوان الموقع الالكتروني https://asjp. cerist. dz/en/article/65080، تأريخ الزيارة٢٠٢٥/٨/٢٠.

(٥٧) ففي قرار صدر من محكمة الأحوال الشخصية بأربيل (رقم٤٢٩–شخصية٢٠١٠) جاءت فيها أن الطلاق بطريق الهاتف لا يقع حسبما استقر عليه قضاء هذه المحكمة لاحتمال تقليد الأصوات). بينما نجد تأثير المذهب على قرار المحكمة التمييز الإتحادية بصحة الطلاق الواقع عبر شبكة الانترنت إذا كان الزوجان يتبعان المذهب الحنفي، لعدم اشتراط وجود مجلس طلاق أو شاهدي عدل، بينما قضت بعدم وقوع الطلاق الواقع عبر مواقع التواصل الاجتماعي لمخالفته أحكام المذهب الإمامي. للتفصيل ينظر: قاسم حياوي سلمان حافظ، الإجتهاد القضائي المعاصر في مسائل الأحوال الشخصية، رسالة ماجستير قدمت لكلية القانون، جامعة كربلاء، ٢٠٢٤، ص٥٣.

(٥٨) د. عبد الباقي البكري، ود زهير البشير، مصدر سابق، ص١٩٩.

(٥٩) السنهوري، مصدر سابق، ص١٢١.

(٦٠) السنهوري، المصدر السابق، ص١٤٥.

(٦١) وهذا ما أكد عليه محكمة التمييز في كوردستان في القرار رقم٤٠١–شخصية–٢٠١٠، إذ قرر نقض الحكم الصادر من محكمة الأحوال الشخصية عقرة لكونها استندت في حكمها على قرار لجنة الفتوى كونها غير ملزمة للمحكمة وغير مخول بإصدار القرارات قانوناً. نقلاً عن: جاسم جزاء جافر، مصدر سابق، ص٢٢٦.

(٦٢) د. وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، ج١، ط٣، دار الفكر، دمشق، ٢٠١٢، ص٤١.

قائمة المصادر

اولا: الكتب

١) ابراهيم الدسوقي، اصول القانون، الجزء الأول، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت،٢٠٠٦.

٢) أحمد الكبيسي الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، ج١، العات لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٧

٣) جاسم جزاء جافر المبادئ القانونية في قسم الأحوال الشخصية لمحكمة التمييز الكوردستانية، مكتبة يادكار، السليمانية،٢٠١٨.

٤) ربيع محمد الزهاوي، انت تسأل والمبدأ التمييزي يجيب من قضاء محكمة الأحوال الشخصية، مكتبة الصباح

٥) سعيد عبد الكريم مبارك أصول القانون، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ١٩٨٢،

٦) عباس فاضل عباس، الإجتهاد في الشريعة والقانون، المركز الديمقراطي العربي، المانيا،٢٠٢٠.

٧) عبدارحمن البزاز، مبادئ اصول القانون، بغدار،١٩٥٨.

٨) عبدالرزاق احمد السنهوري، د. احمد حشمت ابوستيت، اصول القانون او المدخل لدراسة القانون، القاهرة، ١٩٥٠.

٩) عبدالكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة الريالة، بيروت، ٢٠٠٥،

١٠) فاروق عبدالله كريم، الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم١٨٨لسنة١٩٥٩ المعدل، ط٥،٢٠٢٣،

١١) محمد سلام مدكور، المدخل للفقه الإسلامي، ط٢، دار الكتاب الحديث، القاهرة،١٩٩٦.

١٢) محمد شفيق العاني، أحكام الأحوال الشخصية في العراق، معهد البحوث والدراسات العربية،١٩٧٠.

١٣) محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٩.

١٤) مصطفى ابراهيم الزلمي: أصول الفقه في نسيجه الجديد، نشر احسان للنشرو التوزيع،٢٠١٤.

١٥) هادي عزيز علي، قانون الاحوال الشخصية الواقع والطموح، ط١، جمعية الامل العراقية، بغداد،٢٠١٩.

١٦) وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، ج١، ط٣، دار الفكر، ديمشق،٢٠١٢.

١٧) يحيى قاسم علي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ط١، كوميت للتوزيع، القاهرة.

ثانياً: الرسائل والبحوث:

١) عمارة عبدالرزاق، ومسعودي يوسف، الجذور التأريخية في تقنين الأحوال الشخصية ومصادرها الفقهية التكميلية، مجلة العلوم القانونية والإجتماعية، جامعة زيان عاشور، الجزائر، المجلد ٩، العدد٢، ٢٠٢٤.

٢) قاسم حياوي سلمان حافظ، الإجتهاد القضائي المعاصر في مسائل الأحوال الشخصية، رسالة ماجستير قدمت لكلية القانون، جامعة كربلاء،٢٠٢٤.

٣) اسيل حامد شكران، دور السوابق القضائية في تحقيق الأمن القضائي، بحث منشور في مجلة بلاد الرافدين للعلوم الإنسانية والإجتماعية تصدر عن كلية بلاد الرافدين الجامعة، العدد ٤، ٢٠٢٢.

٤) محفوظ بن صغير، اجتهاد القاضي في العصر الحديث وضرورة التقنين في مجال قانون الأحوال الشخصية، بحث منشور في مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد٢، العدد٤، سنة٢٠١٤.

٥) محمد أحمد رمضان، دور القاضي في إنشاء القاعدة القانونية المدنية، رسالة ماجستير قدمت الى كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، ١٩٨٥.

ثالثاً: التشريعات:

١) قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم١٨٨لسنة١٩٥٩

٢) قانون المرافعات المدنية العراقي رقم٨٣لسنة١٩٦٩.

٣) قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم٦٧لسنة١٩٨٠

٤) قانون الأسرة المصري رقم١ لسنة ٢٠٠٠.

٥) قانون الأسرة الجزائري لسنة ٢٠٠٥.

٦) دستور العراق ٢٠٠٥.

٧) قانون الأحوال الشخصية السوري المعدل بقانون رقم٤لسنة٢٠١٩.

رابعاً: المواقع الالكترونية:

١) د. محفوظ بن صغير، اجتهاد القاضي في العصر الحديث وضرورة التقنين في مجال قانون الأحوال الشخصية، بحث منشور في مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد٢، العدد٤، سنة٢٠١٤، ص٩٣، متاح على العنوان الموقع الالكتروني https://asjp.cerist.dz/en/article/65080.

٢) قرار رقم٥٤/اتحادية/٢٠١٩، القرار رقم ١٢/اتحادية/٢٠١٩ متاح في الموقع الرسمي للمحكمة الإتحادية العليا https://www.iraqfsc.iq/index.php.