

الشروط المتعلقة بطبيعة المشقة الموجبة للتيسير - دراسة مقارنة Conditions Related to the Nature of Hardship Necessitating Facilitation - Comparative Study

أستاذ دكتور
حميد سلطان علي الخالدي
جامعة بغداد – كلية القانون

طالبة – ماجستير
غفران عباس سرحان
جامعة بغداد – كلية القانون

dr.hameedsultan@colaw.uobaghdad.edu.iq ghofran.abbas1201@colw.uobaghdad.edu.iq

الملخص

إن إعمال قاعدة المشقة تجلب التيسير تتطلب عدة شروط لا بد من مراعاتها لكي تتحول الأحكام من الصعوبة إلى السهولة للمكلف وسواء كانت تلك الشروط تتعلق بالمشقة الموجبة للتيسير أو الشروط المتعلقة بشخص المكلف بالمشقة، والمقصود بضوابط إعمال هذه القاعدة إن هناك أحكام راعت فيها أسباب التخفيف والتيسير وإن هذه المسألة معرفتها من الأهمية البالغة خاصة بالنسبة للمشاق التي لم يرد ذكرها من ناحية الضبط أو التحديد.
الكلمات المفتاحية: الشروط، المشقة، التخفيف، التيسير.

Abstract

The implementation of the rule of hardship brings facilitation requires several conditions that must be observed in order for the provisions to turn from difficulty to ease for the taxpayer, whether those conditions are related to hardship necessitating facilitation or conditions related to the person charged with hardship. Knowing this issue is extremely important, especially with regard to hardships that were not mentioned in terms of control or specification.

Keywords: Conditions, Hardship, Mitigation, Facilitation.

المقدمة

قاعدة التيسير اشار لها الفقهاء بمختلف المذاهب وبتعاريف مختلفة منها ان قاعدة التيسير تعني (ان المشقة قد علق بها التخفيف ما يناسبها فان كان المشقة مرض وألم يضر به جاز معها الفطر والصلاة قاعدة او على جنب وذلك نظير قصر العدد, وان كانت المشقة تعب فمصالح الدنيا منوطة بالتعب ولا راحة لمن لا تعب له بل على قدر التعب تكون الراحة) حيث تسعى الشريعة لدفع المشقة عن الناس ولا يوجد في احكامها ما يتجاوز قوى الانسان الضعيف فالمشقة المتحققة بسبب السفر او المرض او لصعوبة اداء الصلاة فان هذه الحالة تجيز التخفيف عن المكلف بإباحة الفطر والصلاة على جنب او قاعدة او قصر الصلاة لدفع الحرج عن المكلف على نحو لا يجد فيه تعب او عناء, فالقاعدة مبنية على السهولة واليسر واصلها قوله تعالى (وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ), والمشقة الموجبة للتيسير ليست كل مشقة انما المشقة المقيدة بشرط هو تجاوز الحدود العادية كمشقة الخوف على النفس والاعضاء والأطراف فهي موجبة للتخفيف اما المشقة التي لا تتفك عنها العبادات وفي الحدود العادية فان اداء الواجب مشروط فيه فلا اثر لها في اسقاط الواجبات في اغلب الاوقات كمشقة قتل الجناة ومشقة الصوم لطول النهار وشدة الحر, لهذا فان القاعدة تمثل استثناء من الأصل تطبق على بعض المكلفين دون غيرهم وتتطلب مراعاة ظروف خاصة بالمكلف وبالمشقة نفسها مما يتطلب مراعاة الشروط الخاصة بها لكي تتحول الاحكام من الصعوبة الى السهولة للمكلف.

أولاً: موضوع البحث

ان إعمال الشروط المتعلقة بطبيعة المشقة الموجبة للتيسير تمثل ضوابطاً وشروطاً تضمن استقرار المعاملات بالتيسير ويلزم التقيد بها لكي لا تكون الأحكام الفقهية او القانونية مدعاة للأخذ بتيسير القاعدة بحجة وجود قاعدة التيسير ولكي لا تكون حسب أهواء المكلفين ورغباتهم لذلك جاءت تلك الشروط كضوابط فقهية او قانونية تضمن التيسير للمكلفين من خلال تخفيف الاحكام سواء في العبادات او في المعاملات.

ثانياً: مشكلة البحث

لا يمكن الخروج عن الأحكام الواردة في النصوص الفقهية او القانونية والذي بدوره يمثل خروجاً عن القواعد العامة الا ان إعمال قاعدة التيسير مع مراعاة شروط اعمال تلك المشقة يمثل استثناءً على تلك الأحكام بالتخفيف وحلا لمشكلة انعدام النص القانوني بشأن مسألة ما بغية تحقيق استقرار المعاملات نتيجة وجود مشقة في أداءها وتحقيق الهدف المنشود منها.

ثالثاً: أهمية البحث

تبرز أهمية الموضوع من الناحيتين الفقهية والقانونية، فمن الناحية الفقهية فالأمر معروف بشأن ما تقوم عليه الشريعة الإسلامية من اليسر والسهولة في تخفيف الأحكام للمكفين بهدف التيسير في الأحكام من دون عناء ومشقة، أما من الناحية القانونية فقد لا تتسع النصوص القانونية لمعالجة الحالات الاستثنائية التي تلحق بالشخص المشقة والضيق فيتطلب الأمر الخروج عن القواعد العامة التي تبنتها تلك النصوص لأجل التيسير في الأحكام القانونية على الناس عامة وهو ما يتطلب من المشرع الركون الى قاعدة التيسير باعتبارها قاعدة يبني عليها تخفيف الأحكام.

رابعاً: منهجية البحث

اعتمدنا في هذا البحث على المنهج التحليلي القائم على تحليل النصوص القانونية (القانون المدني وقانون الأحوال الشخصية) وكذلك النصوص الفقهية المخففة للأحكام بالتيسير، فضلا عن اعتمادنا للمنهج المقارن مع القوانين الوضعية في كل من القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي فضلا عن قانون الأحوال الشخصية العراقي وقانون الأحوال المصري، كما اعتمدنا المنهج التطبيقي من خلال تضمين البحث الأحكام والقرارات القضائية الصادرة من المحاكم المختصة والتي لها صلة بموضوع تيسير الأحكام بالتخفيف.

خامساً: هيكلية البحث

من أجل ان يأخذ موضوع البحث بعده العلمي تناولنا اهم الشروط المتعلقة بطبيعة المشقة الموجبة للتيسير، فعمدنا الى تقسيم البحث على ثلاثة مباحث نخصص المبحث الأول فيه الى شرط ان لا تكون المشقة قليلة بطبيعتها وسنتناول بالمطلب الاول شرط ان لا تكون المشقة قليلة من وجهة نظر فقهية اما المطلب الثاني فسنخصصه الى شرط ان لا تكون المشقة قليلة من وجهة نظر قانونية فيما نخصص المبحث الثاني لشرط كون المشقة حقيقية لا وهمية وسنخصص المطلب الاول لشرط كون المشقة حقيقية لا وهمية من وجهة نظر فقهية اما المطلب الثاني فسنتناول به شرط كون المشقة حقيقية لا وهمية من وجهة نظر قانونية، اما المبحث الثالث فسيكون لشرط ان تكون المشقة داخلة في استطاعة الشخص مع تحقق الضرر مقسمين هذا المبحث الى مطلبين سيكون المطلب الاول لشرط ان تكون المشقة داخلة في استطاعة الشخص مع تحقق الضرر من وجهة نظر فقهية اما المطلب الثاني فسنتناول به شرط ان تكون المشقة داخلة في استطاعة الشخص مع تحقق الضرر من وجهة نظر قانونية.

المبحث الأول

The First Topic ان لا تكون المشقة قليلة

The Hardship Should not be small

سنتناول شرط ان لا تكون المشقة قليلة من وجهة نظر فقهية وقانونية مقسمين هذا المبحث على مطلبين وهو ما سندرسه تباعا.

المطلب الأول

The First Requirement

ان لا تكون المشقة قليلة في الفقه الإسلامي

The Hardship Should not be a small in Islamic Jurisprudence

اليسير يستعمل للتعبير عن الشيء القليل بسبب قربه منه، لا انه هو والشاذ، ومثيله النادر أي أقل القليل⁽¹⁾، فإذا كان الفعل المكلف به قليل جدا بحيث القيام به يؤدي للمشقة اليسيرة وبعبارة أخرى لو كان هناك تكليف من قبل الشارع يحمل بطبيعته القلة بحيث العمل عليه يشكل مشقة لصاحب التكليف، فالقلة معفو منها دائما ومنها ما اتفق عليه فقهاء الإسلام على انه إذا وقع روث الحيوان في ماء فإنه ينجسه بمجرد الوقوع إلا أنهم استثنوا مياه الآبار استحسانا للضرورة ورفعاً للحرص ودفعاً للمشقة إذا كان الروث الواقع قليلا⁽²⁾.

فالمتفق عليه بين الفقهاء ضرورة مراعاة قيود المشقة واعتبارها حتى يتحقق التيسير بها فعند الحنفية لو ان شخصا مريضا نوى الصوم في رمضان عن واجب اخر فانه يقع عما نوى اذا كان مرضه لا يضر مع الصوم لأن المرض هنا يتمثل بالقلة وليس له تأثير على صوم المريض فلا يرخص له بالفطر ولا يشمل التيسير والتخفيف بخلاف المرض الذي يعيق حياة الشخص مما يكون مدعاة للفطر في شهر رمضان لدفع مشقة الصوم عنه⁽³⁾.

ففي حديث رواه البخاري (يا سليمان أيما طعام أو شراب ماتت فيه دابة ليست لها نفس سائلة فهو الحلال أكله وشربه ووضوؤه) فإنه لا ينجس بالموت ولا ينجس إذا مات في الماء اليسير من ليس له دم سائل مثل العقرب والخفساء والذباب فإنه لا ينجس الماء تيسيرا للناس ولدفع الحرج عنهم كون هذه الأنواع من الحيوانات ليس لها دم سائل ما يعني ممكن اعتبارها إنها تحتل القلة استحساناً للضرورة بخلاف الحيوان الذي له دم سائل مثل الحمار والبغل فينجس قليل الماء بالموت، وفي قول النبي صلى الله عليه وسلم (إذا وقع الذباب في إناء أحدكم فليقله فإن في أحد جناحيه داء وفي الآخر شفاء)⁽⁴⁾، فقول النبي واضح فيه التيسير على الناس لرفع الحرج والضيق

عنهم بالقول ببقاء طهارة الماء لأجل الأكل أو الشرب أو الوضوء، فإن وقع الذباب في الطعام أو الشراب فيلزم غمسه فيه ثم طرحه منه ونزعه لأن في احد جناحيه شفاء وفي الآخر داء والداء بمنزلة السلاح فإذا وقع في الشراب اتقاه بسلاحه فقدم جناح الداء ويجب غمسه ليزيل هذا الدواء الداء، والحديث يظهر فيه بجلاء مدى يسر ورحمة الشريعة على المكلفين بدفع كل ما من شأنه ان يجلب العنت والضيق⁽⁵⁾.

المطلب الثاني

The Second Requirement

ان لا تكون المشقة قليلة في القانون

The Hardship Should not be small in the Law

في القانون المدني العراقي نجد لهذا الضابط حضور في ساحة التشريعات الوضعية فالمعروف ان الغبن هو (عدم التعادل بين ما يعطيه المتعاقد وبين ما يأخذه) والغبن اما ان يكون غبن يسير يحصل فيه التفاوت بالمقدار الذي يجري فيه التسامح بين الناس في معاملاتهم بخلاف الغبن فاحش بخلاف⁽⁶⁾.

ففي القانون المدني فان الغبن اليسير الذي لا تخلو منه معاملة والذي يحدث في التعامل بين الأفراد هو أمر شائع الحدوث ولا يمكن التتره عنه إلا بشق الأنفس لذلك جرى العرف على التسامح فيه كأثر طبيعي لخضوع التعامل بين الأفراد لما تسفر عنه مساوماتهم، أما الغبن الفاحش فهو الذي تدخل المشرع لتنظيمه لأنه خطر من الناحيتين الاجتماعية والاقتصادية⁽⁷⁾.

فقد نصت الفقرة الأولى من المادة (103) من القانون المدني العراقي حيث جاء فيها إن (الأب أو الجد إذا تصرفا في مال الصغير وكان تصرفهما بمثل القيمة أو بغبن يسير صح العقد ونفذ) بالإضافة إلى ما جاءت به المادة (124) من القانون نفسه والتي أكدت على إن مجرد الغبن لا يمنع نفاذ العقد إذ جاء فيها انه (مجرد الغبن في التعامل لا يمنع من نفاذ العقد) ويرجع ذلك إلى إن الضرر الذي أصاب الصغير نتيجة الغبن اليسير في ماله بسبب تصرف الأب أو الجد ان السعي في إزالته يؤدي إلى المشقة كون الغبن اليسير في المعاملات اليومية أمر متعارف عليه، فالمادة أعلاه في القانون المدني العراقي لم تحاسب على الغبن اليسير الذي يحدث في المعاملات اليومية بكثرة بهدف التخفيف وتجاوز مثل هكذا مشقة يسيرة لا تؤثر في العقد لذلك أجاز القانون فسخ العقد في كل مرة يحدث فيها غبن فاحش إلا إن الغبن اليسير لا يؤثر على العقد⁽⁸⁾.

والأمثلة على قاعدة التيسير في الحياة القانونية والواقعية كثيرة ومتنوعة ولم يقتصر الأمر على المسائل المترتبة في القانون المدني وإنما تطرق إليها قانون الأحوال

الشخصية، ومنها ما جاء بنص الفقرة الأولى من المادة (40) من قانون الأحوال الشخصية العراقي على أنه (لكل من الزوجين طلب التفريق عند توافر أحد الأسباب الآتية : 1. إذا أضر أحد الزوجين بالزوج الآخر أو بأولادهما ضرراً يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية) إذ إن الضرر القليل الذي ينال أحد الزوجين لا ينطوي على ضرر أو مشقة تستدعي دفعها من باب التيسير بقصد التغاضي عن المشاق التي تحدثم القلة ولا تؤثر على الحياة الزوجية، ففي دعاوى التفريق المقامة من قبل احد الزوجين ترد الدعوى إذا كانت المشقة قليلة ولا تحكم المحكمة بالتفريق كون رابطة الزوجية هي رابطة مقدسة وان الضرر وان كان يحتوي بطبيعته القلة بحيث لا يصل إلى درجة تعذر استمرار الحياة الزوجية (9).

أما في القانون المصري فقد أشار المشرع إلى عدة نصوص قانونية بين فيها تيسير المشرع على المتعاقد منها النص الذي بين فيه التغاضي عن المشقة القليلة في الالتزام وهو ما سار عليه المشرع العراقي فيما يتعلق بالغبن اليسير وعلى وفق ما أشارت إليه أحكام القانون المدني المصري ومنها نص المادة (130) على انه (يراعي في تطبيق المادة السابقة عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود أو بسعر الفائدة) (10).

فالعقد المقترن بغبن يسير يعتبر سبباً موجباً للتيسير إذ إنه متفق على عدم بطلانه ومغتفر في كل العقود لأن الغبن غير متحقق فيه ووجود الشيء على سبيل الظن أو الاحتمال لا يعتبر سبباً في إبطال أمر محقق الوجود أو إيجاد خلل فيه فقد جرت العادة على إغفاله من باب التسهيل لصعوبة الاحتراز منه على الرغم من تحقق مشقة الغبن إلا إنها تحمل القلة بطبيعتها والمشقة القليلة معفو منها فالغبن لا يؤثر على صحة العقد لذلك إلا في الحالات الاستثنائية المنصوص عليها وتبقى للقاضي السلطة التقديرية في تقدير فداحة الغبن وحسب ظروف أطراف العقد والملابسات الأخرى لان المسألة مسألة واقع لا قانون (11).

يتضح من خلال النصوص السابقة إن الغبن اليسير لا يؤثر على العقود لكونه لا يشكل مشقة كبيرة وبالتالي يصعب التحرز منه إلا إنه لا اعتبارات خاصة هناك عقوداً استثنائية يستوثق فيها الغبن (12).

أما في القانون المدني الفرنسي فأشار إلى القلة تكون سبباً موجباً للتيسير فغاياته حماية مصلحة الشخص من إبطال العقد في حالة الغبن البسيط بالنظر للمعيار المادي لذا من الصعب إدراج هذا الغبن تحت عنوان عيوب الرضا إذ لا توجد في قضايا الغبن أي إشارة لعيوب الرضا (13).

قاعدة التيسير كرسها المشرع الفرنسي عند تحقق الغبن اليسير في العقود إذا اعتبر الغبن البسيط في القانون الفرنسي نظرية أصيلة هدفها حماية المصلحة الاقتصادية لشخص يفترض انعدام الرضا لديه ولكن دون اللجوء لنظرية عيوب الرضا، وهو ما يحتم إعادة التوازن العقدي لا ابطال العقد تيسيراً بقصد دفع ابطال العقد وما يبرر ذلك المادة (1136) من القانون المدني الفرنسي المعدل على أن (الغلط في القيمة ليس سبباً للبطلان، لو كان يتمثل في خطأ المتعاقد في تقدير القيمة الاقتصادية للالتزام العقدي دون أن يتعلق الخطأ بالخصائص الجوهرية للالتزام) فتحقق الغبن في القيمة يؤثر حتماً على الطرف المغبون ما يشكل مشقة له نتيجة الغبن إلا انها مشقة لا تبرر بطلان العقد وما قرره المشرع من إعادة التوازن العقدي للطرفين كان من باب رفع الغبن وتحقيق التوازن العقدي وحماية مصلحة الطرف المغبون⁽¹⁴⁾.

المبحث الثاني

The Second Topic

أن تكون المشقة حقيقية لا وهمية

The Hardship is real, not Imaginary

سنتناول هذا المبحث في مطلبين سنخصص المطلب الأول لشرط ان تكون المشقة حقيقية لا وهمية من وجهة نظر فقهية بينما سنخصص المطلب الثاني لشرط ان تكون المشقة حقيقية لا وهمية من وجهة نظر قانونية.

المطلب الأول

The First Requirement

ان تكون المشقة حقيقية لا وهمية في الفقه الاسلامي

The Hardship must be real and not Imaginary in Islamic Jurisprudence

المشقة الحقيقية هي المشقة المتحققة فعلاً لا المستقبلية ولا يغلب الظن إنها لا تقع، وقانوناً يشترط في الضرر أن يكون محققاً أي الضرر الواقع فعلاً أو سيقع مستقبلاً لا محالة من انه واقع بخلاف الضرر المحتمل الوقوع فلا يصلح أساساً للتعويض⁽¹⁵⁾، كأن شخص مريض يغلب عند صياحه إن حالته الصحية تزداد سوءاً أو إن طريق السفر غير آمن كأن يتوقع أن تهب عاصفة أو تتساقط أمطار أو حدوث زلازل⁽¹⁶⁾. والمشقة الحقيقية هي خطر حال يصيب النفس أو المال والتي تنفك عنها العبادات فلا تخلو أحكام الشارع من المشقة فإذا جاء نص شرعي بتكليف عبادة وهذه العبادة يترتب على القيام بها الوقوع في حرج أو ضيق من أجل ذلك لا يجوز أن تجعل مجرد

المصلحة وجلب التيسير ورفع المشقة سببا لتغير الحكم الشرعي ومن القواعد المقيدة للقاعدة (الرخص لا تناط بأمر موهوم)⁽¹⁷⁾.

والآيات الدالة على رفع الحرج عند تحقق المشقة الفعلية كثيرة منها ما جاء في قوله تعالى (لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا)⁽¹⁸⁾.

ومن قبيل المشقة الحقيقية الإكراه الملجئ لكونه يمثل مشقة حقيقية تنال المكره وتعدم إرادته وتفسد اختياره فيصبح كالآلة بيد المستكره مما يوقعه في ضيق إلا إن هذا الضيق الواقع على المكره رفعته الشريعة الإسلامية من خلال النص على عدم ترتب الحكم والإثم على تصرف المكره وتقع المسؤولية بشكل كامل على المكره من قبيل الإكراه على الإقرار والإكراه على الزنا والإكراه على الطلاق⁽¹⁹⁾.

فالمتفق عليه عند جمهور الفقهاء إن الإكراه الملجئ يعد سببا موجبا للتيسير لأنه يعدم القصد والاختيار ولا يترتب عليه أي أثر لأنه يفسد الإرادة ويعدم الرضا ويرهق الشخص المكره مما يمنع التكليف بالاتفاق، والشخص المكره عندهم أشبه بمن يُحمل ويُلقى من أعلى شاهق على شخص آخر ويموت، فما جزاء هذا الإكراه إلا الدفع وعدم الاعتراف به لكونه امرا يتنافى مع الحرية تسيرا للمكره وعملا بقاعدة التيسير⁽²⁰⁾.

إلا إن الحنفية عندهم الإكراه الملجئ (بأنه فعل يفعله المرء بغيره، فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره من غير أن تتعدم به الأهلية في حق المكره أو يسقط عنه الخطأ) فهو إكراه يعدم فيه الرضا إلا أنه لا يفسد الاختيار وهو مجرد تهديد كأن يهدده بقطع أحد أعضائه كرجله أو يده أو يهدده بالقتل أو بضرب مبرح يؤدي إلى هلاكه أو حبسه لمدة طويلة والمكره لا يستطيع الصبر على ذلك⁽²¹⁾.

وعليه نرى عدم دقة الرأي الأخير بأن الإكراه لا يفسد الاختيار كيف لا يفسد اختياره وهو تحت ضغط التعذيب ورهبة التهديد الذي يجبره على فعل شيء في الوقت ذلك لذا نتفق مع رأي جمهور الفقهاء بأن الإكراه يفسد رضا واختيار المكره ويمكن دفع هذا الإكراه بعدم الاعتراف بتصرفاته التي قام بها تحت ضغط الإكراه تيسيرا للشخص المكره لكي لا يناله ضرر من حكم التصرفات التي اجراها لان الضرر يجب ان يزال .

المطلب الثاني

The Second Requirement

ان تكون المشقة حقيقية لا وهمية في القانون

The Hardship be real and not Imaginary in the Law

وفي النصوص القانونية الوضعية نجد إن للمشقة الحقيقية أحكاماً متنوعة ومتناثرة ضمن مختلف القوانين (22).

ففي القانون المدني العراقي فإن مضمون المواد (212-213-214) يعد تحليلاً لقاعدة التيسير فجميعها يتمثل فيها تحقق المشقة الحقيقية فجاء في نص المادة (1/214) على أنه (1. يتحمل الضرر الخاص لدرء الضرر العام) حيث اخذ المشرع العراقي بالمشقة الحقيقية في النص أعلاه فحالة تحقق الضرر العام يمثل مشقة حقيقية تتطلب التخفيف والتيسير له فكان توجه المشرع بمعالجة هذا الضرر من خلال النص على تحمل وقوع الضرر الخاص لأجل درء مشقة الضرر العام والتي من الممكن أن تضر أكبر عدد من الأفراد لأن الهدف من وضع القواعد القانونية ما هو إلا لأجل تنظيم حياة الأفراد المدنية، وهو ما ذهبت إليه محكمة التمييز في قرار لها يتضح فيه الضرر الحقيقي الذي نال من النازحين اثناء عدوان عصابات داعش الارهابية مما اجبر بعضهم على التجاوز لبناء مخيم لهم في قضاء الشرقاط (23).

ومن نصوص قانون الأحوال الشخصية التي عالجت تحقق المشقة الفعلية هو نص المادة (43/ ف2) التي اجازت طلب التفريق للزوجة بسبب هجر الزوج لها اذ جاء فيها بانه (إذا هجر الزوج زوجته مدة سنتين فاكثر بلا عذر مشروع وان كان الزوج معروف الإقامة وله مال تستطيع الانفاق منه) اذا ان المادة سهلت على الزوجة حيث أجاز فيها المشرع العراقي للزوجة طلب التفريق دفعا لمشقة الضرر بسبب الهجر وما يشكله من مشقة حقيقية تنالها فالزوجة تجد نفسها في حرج إكمال الحياة الزوجية، كما ان مسألة التيسير على الزوجة في مسألة التفريق تختلف بين العذر المبيح للتفريق وهو العذر غير المشروع وهو ما يجب دفعه وبين ما يعتبر عذراً مشروعاً والذي يمنع الزوجة من تقديم طلب التفريق للهجر، كما إن مراعاة التيسير وتقدير مسألة مشروعية العذر من عدمه تكون خاضعة لسلطة القاضي قبل الحكم بالتفريق (24).

ومن الطبيعي ان نجد هذا التخفيف في قانون الاحوال الشخصية لان هدفه الحفاظ على كيان الاسرة من كل تفتت وبكل الوسائل التي من شأنها الحفاظ على بقاء الاسرة لذلك نجد لنظرة الميسرة دوراً كبيراً في تحقيق التوازن بين الزوجين وبما تتطلبه مبادئ العدالة كما في تقدير النفقة تيسيراً بحسب حالة الزوج المادية وهو ما اشارت اليه المادة (27) من قانون الاحوال الشخصية على انه (تقدر النفقة للزوجة على زوجها بحسب حالتها يسراً وعسر) (25).

أما في القانون المدني المصري ففيه عدة نصوص تبين المشقة الفعلية ومنها نص المادة (221) والتي تقضي بأنه (إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام، أو للتأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول) إذ إن الكسب الفائت والخسارة اللاحقة يمثلان مشقة حقيقية تنال الدائن لكون تفويت الفرصة للكسب يعد ضرر محققاً لا محتملاً نتيجة لتأخر المدين في تنفيذ الالتزام أو بسبب عدم التنفيذ، فوجه التيسير يتمثل بالتعويض المقدر من قبل القاضي من مجموع ما فات الدائن من كسب وما أصابه من ضرر يكون مقدار التعويض⁽²⁶⁾.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في الأول من يناير عام 2008م على انه (وحيث إن الطعن أقيم على سببين تنعى الطاعنة بثانيتها على الحكم المطعون فيه القصور في التسبب والإخلال بحق الدفاع، إذ اغفل الرد على دفاعها الجوهري برفض طلب التعويض عن الضرر المادي المبني على تفويت الفرصة لعدم بيان الأسباب المقبولة التي من شأنها طبق للمجرى العادي للأمر ترجيح كسب فوته العمل الضار على المطعون ضده الأول، سيما وان نجله المتوفى صغير السن وله جمع من الإخوة بوسعه ان يستظل برعاية أي منهم عند كبره، مما يعيب الحكم ويستوجب نقضه، وحيث ان هذا النعي غير سديد، ذلك إن المقرر في قضاء هذه المحكمة إن التعويض في المسؤولية التقصيرية يشمل كل ضرر مباشر متوقفاً كان أم غير متوقع وان الضرر بدوره يقوم على عنصرين هما الخسارة التي لحقت بالمضروب والكسب الذي فاته، وأنه إذا كانت الفرصة أمراً محتملاً فإن تفويتها أمر محقق، وليس في القانون ما يمنع من أن يحسب في الكسب الفائت ما كان المضروب يأمل الحصول عليه من كسب مادام لهذا الأمل أسباب معقولة، كما إن القانون لم يشترط سن معينة للابن المتوفى في حادث للحكم للوالدين بتعويض مادي عن فوات فرصة أملهما في رعايته لهما في شيخوختهما، وكانت محكمة الاستئناف غير ملزمة إن هي اقتصرت على تعديل مبلغ التعويض المحكوم به من محكمة أول درجة بأن تورد بأسباب حكمها بيان للضرر الذي أصاب المضروب متى كان الحكم المستأنف قد تضمن هذا البيان ولو خلا الحكم الاستئنافي من إحالة صريحة إليه لما كان ما تقدم وكان الحكم المطعون فيه قد اعتمد في قضائه للمطعون ضده الأول بالتعويض عن الضرر المادي على ما أبان عنه حكم أول درجة في شأن بيان عناصر

هذا الضرر والكسب الفائت نتيجة وفاة المجني عليه نجل المطعون ضده الأول فإن تعييبه بما تضمنه هذا السبب يكون على غير أساس (27).

ومن النصوص القانوني الفرنسية التي يظهر فيها تيسير المشرع بسبب الاضطراب والمشقة الحقيقية هو نص المادة (1961) بفقرتها الثانية والتي أشارت إلى أنه (يمكن للقضاء ان يأمر بالحراسة :1. للأموال المنقولة المحجوزة على دين . 2. لمال غير منقول او شيء منقول يتنازع على ملكيته او حيازته شخصان او عدة اشخاص. 3. لأشياء يقدمها المدين لإبرائه من الدين...) النص يبين التيسير الذي وضعه المشرع مبررا لحماية الاموال فالضرورة تتطلب وضع المال تحت الحراسة لدفع مشقة هلاك المال محل الحراسة بقصد حمايته ولقاضي الامور المستعجلة تقدير ذلك فلا مجال للحكم بالحراسة إلا إذا وجدت اسباب معقولة تستدعي ذلك من قبيل تعرض المال للخطر عندما يبقى تحت يد حائزه وإن النزاع الجدي ايضا مبرر لإمكان الحكم بالحراسة لأنه يعتبر من الأسباب التي تشكل خطر على المال ولقطع دابر هذا النزاع فإن للقضاء السلطة في تقدير اللجوء للحراسة كسبيل ميسر للحفاظ على المال (28).

المبحث الثالث

Third Topic

ان لا تكون المشقة داخلية في استطاعة الشخص مع تحقق الضرر

**The Hardship is not within the Person's Ability,
with the Damage being Achieved**

سنقسم هذا المبحث على مطلبين سنخصص المطلب الأول لشرط ان لا تكون المشقة داخلية في استطاعة الشخص مع تحقق الضرر من وجهة نظر فقهية بينما سنخصص المطلب الثاني لشرط ان لا تكون المشقة داخلية في استطاعة الشخص مع تحقق الضرر من وجهة نظر قانونية.

المطلب الأول

The First Requirement

ان لا تكون المشقة داخلية في استطاعة الشخص مع تحقق الضرر في

الفقه الاسلامي

**The Hardship is not within the Person's Ability, with the
Realization of Harm in Islamic Jurisprudence**

قد يباح أحيانا ترك الفعل المكلف فيه باعتباره سببا موجبا للتيسير نتيجة أسباب سماوية محددة كالخوف أو الغرق أو الموت أو الجوع المهلك ونحوها من الأسباب

الطبيعية وان هذه الأسباب تؤدي حتما إلى ضرر كبير لا يبرح إزالته بالطرق العادية ما لم يشكل خسائر فادحة بالنفس أو المال مما يدفع المكلف بالفعل إلى تركه عملا بالترخيص الذي أقرته قاعدة التيسير، ويلاحظ انه على الرغم من اختلاف العلماء في تحديد أسباب المشقة الجالبة للتيسير إلا إن القاسم المشترك بينها هو حفظ كيانات الإنسان الخمس (الدين، النسل، العقل، النفس، المال)⁽²⁹⁾.

على أن المراد بالمشقة هي المشقة الفاحشة التي يظهر أثرها في هلاك النفس أو قطع الأطراف ومنافع الأعضاء فهذه المشقة معتبرة و واجبة التخفيف والتيسير كما لم يتيسر الحج إلا عن طريق البحر وغلب على الطريق عدم السلامة فعندها لا يجب الحج لعدم أمن الطريق لتتحقق لعذر الموجب للتيسير⁽³⁰⁾.

وبعبارة أخرى إن الشارع العظيم لم يقصد بالتكليف بالشيء حينما يحتوي على مشقة مبالغة فيها إذ انه ساق عدد من الآيات منها قوله تعالى (يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ وَخُلِقَ الْإِنْسَانُ ضَعِيفًا)⁽³¹⁾.

ويمكن إرجاع الفرق بين الفعل الذي يعد مشقة وبين الفعل الذي لا يعد مشقة عادة هو إذا كان العمل يؤدي الدوام عليه إلى الانقطاع عنه أو وقوع الخلل في صاحبه أو في نفسه أو في ماله أو أي حال من الأحوال فالمشقة هنا خارجة عن الوضع المعتاد وفي حال تحقق هذه المشقة فإنها تؤدي إلى التخفيف من أمور التكليف والتخفيف يكون بزوال الأمر المكلف به كزوال العبادات عند تحقق أعذارها، وقد يكون التخفيف إنقاص كالقصر في الصلاة أو تخفيف بإبدال الأمر كإبدال الوضوء والغسل والتيمم وقد يكون التخفيف تغيير أمر التكليف مثل شرب الخمر للعطشان واكل الميتة للمضطر⁽³²⁾.

المطلب الثاني

The Second Requirement

ان لا تكون المشقة داخلية في استطاعة الشخص مع تحقق الضرر في القانون

The Hardship is not within the Person's Ability, with the Harm being Achieved in the Law

في القانون الوضعي وعند الرجوع لنصوص القانون المدني نجد انه لم ينص على قاعدة التيسير ضمن نصوصه بشكل واضح وصريح إلا إننا يمكن استنباطها من خلال نصوصه القانونية المتفرقة التي اخذ المشرع بها في العديد من الحالات من قبيل التعويض النقدي.

ففي القانون المدني إن من مقتضيات مبدأ التعويض النقدي تحقيق التناسب أو التعادل بين التعويض النقدي والضرر الحاصل نتيجة للفعل غير المشروع لان الضرر الحاصل يعد تفسيراً لتحقيق المشقة التي تستدعي التيسير من باب دفع الحرج وجبر الضرر إذ يقدر التعويض بقدر النطاق الحقيقي للضرر ولا توجد صعوبة إذا كان الضرر الذي أصاب المضرور قد ظل ثابتاً من حيث قيمته أو مقداره على ما هو عليه من وقت وقوعه إلى صدور الحكم إذ يسهل تحديد التعويض المساوي له، وقد استقر الرأي في الفقه على ضرورة الاعتداد بقيمة الضرر وقت حصوله فتقدير التعويض يجب أن يتم وفقاً للعناصر التي كانت موجودة وقت نشوء الحق في التعويض وهذا الاتجاه التقليدي، إذ انه ليس من العدل بقاء المشقة دون دفع فكانت الشريعة الملجأ الذي يمكن الرجوع إليه لدفع كل ما هو شاق ولعل الحكم بالتعويض عن الضرر يعد تماشياً لما جاء في قاعدة التيسير من احكام لجلب التيسير ودفع المشقة⁽³³⁾.

أما موقف القانون المدني العراقي فلم يرد فيه نص صريح يحدد الوقت الذي ينبغي مراعاته عند تحديد مقدار التعويض تيسيراً للمتضرر ولكن يمكن أن يفهم من مضمون المادة (208) منه (إذا لم يتيسر للمحكمة أن تحدد مقدار التعويض تحديداً كافياً فلها أن تحتفظ للمتضمن بالحق في أن يطالب خلال مدة معقولة بإعادة النظر في التقدير) فالمادة يسرت على المتضرر في حصوله على حقه إذ إن المشرع العراقي أراد الاعتداد بيوم صدور الحكم فعدم تيسير تحديد مقدار التعويض تحديداً كافياً لا يقصد به سوى عدم تمكن القاضي من تحديد قدر الضرر وقيمه وقت الحكم فلو كان المراد به هو يوم حصول الضرر لما يحتاج الأمر إلى تشريع هذه المادة، فكان دفع مشقة الحصول على مقدار التعويض بإعطاء صاحب الحق مدة معقولة لإعادة النظر فيه لتقدير التعويض المناسب للضرر⁽³⁴⁾.

أما القضاء العراقي فيميل إلى وجهة النظر القائلة بمراعاة وقت حصول الضرر لا في وقت آخر، فقد ورد في قرارات حديثة لمحكمة التمييز تشير إلى المعنى المتقدم إذ ورد في قرار لها (إن التعويض عن الضرر في المسؤولية التقصيرية يقدر بتاريخ حصول الضرر وليس بتاريخ إقامة الدعوى بشأنه، ولما كان الحادث قد وقع في عام 1991 فان تقدير التعويض بالتاريخ المذكور منسجماً وحكم القانون⁽³⁵⁾).

وفي مسائل الأحوال الشخصية فإنه دفع العديد من المشاق من خلال النص عليها في عدة مواد إذ عرف المشرع العراقي الطلاق في المادة الرابعة والثلاثين من قانون الأحوال الشخصية⁽³⁶⁾.

ويمكن تعريفه باعتباره سبباً موجباً للتيسير على الزوجة بأنه (تطبيق القاضي للزوجة من زوجها ولو كان ذلك بدون رضاه بناءً على أسباب معينة نص عليها القانون

لتضررها من استمرار الحياة الزوجية)، وذلك لأن القانون أعطى للزوجة الحق في طلب التفريق من القاضي في حالة قيام أسباب معينة تجعل الحياة الزوجية مستحيلة بين الطرفين ودفع كل أذى أو ضرر عملاً بقاعدة التيسير إذ إن القاضي ينظر في طلب الزوجة وهو ليس مجبراً للحكم بالطلاق وقد يمنح الزوج فرصة أخرى من أجل إزالة الضرر فالقاضي تكون سلطته تقديرية فقد يبزر الزوج ما وقع منه كسوء معاملة أو عدم إنفاق أو غيبة أو هجر.... الخ ويظهر رغبته في تحسين العلاقة مع زوجته فلا يحكم القاضي هنا بالتطليق متى زال الضرر⁽³⁷⁾.

إن الحكمة من مشروعية الطلاق تتأتى من مبدأ دفع الضرر عن الزوجة فالضرر قد يؤدي الى مشقة اكبر من قبيل ارتكاب الكبائر وبالتالي يكون الطلاق هو دفعا للمشقة ودرءً للكبائر وإنقاصاً للفتن التي قد تقع فيها الزوجة من جراء تقصير زوجها بحقها⁽³⁸⁾.

وإن أسباب الطلاق القائم على الضرر والعنف والتي تتطلب تيسيراً من المشرع عديدة والمشرع العراقي لم يوردها على سبيل الحصر وإنما أوردها على سبيل المثال بقصد دفع كل ما هو ضار وإن تعددت الأسباب باختلاف الأزمنة فالضرر قد يندرج تحت مفهوم العيوب الجسمانية التي ربما تؤثر على استمرار حياة الزوجة مع زوجها، وقد يندرج تحت مفهوم الهجر والغيبة من قبل الزوج التي تجعل الحياة الزوجية مستحيلة، أو يندرج تحت مفهوم العنف الأسري وما قد يصيب الزوجة من ضرر جراء هذا العنف الذي قد ينصب عليها أو على أولادها ولذلك فقد عالج المشرع العراقي بعض هذه الحالات دفعا لمشقة تلك الحالات بالتخفيف والتيسير في قانون الأحوال الشخصية المرقم 188 لسنة 1959 في المادة (40) بجميع فقراتها وكذلك المادة (43) بفقراتها وغيرها من المواد⁽³⁹⁾.

وبذلك يعد تطبيق القاضي لعدم الانفاق رجعيًا وهذا هو المراد بالتيسير على الزوج والزوجة من وجهين:

الاول: ان يكون الطلاق رجعيًا فاذا انفق الزوج خلال العدة جاز له ارجاع زوجته وبذلك يكون دفعا للمشقة كما لو كان بائنا.

الثاني: حصول الزوجة على النفقة وامكانية التفريق دفعا للمشقة.
وبالرجوع إلى القانون المصري نجد إن القانون رقم 25 المادة 4 لسنة 1920 المعدل بقانون رقم 100 لسنة 1985 في المادة الرابعة منه نصت على انه (إذا كان الزوج غائبا غيبة قريبة فإذا كان له مال ظاهر نفذ الحكم بالنفقة من ماله فإذا لم يكن له مال ظاهر اعذر إليه القاضي بالطرق المعروفة وضرب له الأجل فإذا لم يرسل ما تنفق منه الزوجة على نفسها أو لم يحضر للإنفاق عليها طلق عليه القاضي بعد مدة الأجل فإذا كان بعيد الغيبة لا يسهل الوصول إليه أو كان مجهول الإقامة أو كان مفقودا

وثبت انه لا مال له تنفق الزوجة منه طلق القاضي عليه وتسري الأحكام إذا كان المدين بالنفقة مسجوناً .

وكذلك نص المادة السادسة من نفس القانون (تطبيق القاضي لعدم الإنفاق يقع رجعياً وللزوج أن يراجع زودته إذا ثبت يساره واستعد إلى الإنفاق في أثناء العدة فإذا لم يثبت يساره ولم يستعد إلى الإنفاق لم تصلح الرجعة) فتضرر الزوجة من الزوج بسبب غيبة الزوج أو عدم الإنفاق وغيرها من الأسباب التي تمثل مشقة وخرج على الزوجة يصعب عليها الاستمرار بالحياة الزوجية بمفردها خاصة مع زيادة متطلبات الحياة فكان دفع هذه المشقة بإجازة طلب التفريق من جانب الزوجة تيسيراً لها لدفع مشقة عدم الإنفاق أو غيبة الزوج ودفع ضرر الزوج عنها⁽⁴⁰⁾.

أما القانون المدني الفرنسي فإنه نص المادة (2/489) المعدلة بموجب قانون 3 يناير 1968م إذ جاء فيها إن (كل من تسبب في إحداث الضرر بالغير وهو في حالة اضطراب عقلي يكون ملزماً بتعويض هذا الضرر) يلاحظ على النص فيه تفسير للقاعدة من خلال تقرير مسؤولية الأشخاص المختلين عقلياً عن أفعالهم الضارة والتي تؤدي إلى مشقة حقيقية للشخص المضرور نتيجة تصرف المجنون الخاطئ فالمشرع الفرنسي دفع المشقة والضرر المتحقق بتقرير مسؤولية المختل عقلياً عن فعله الضار وإمكان رجوع المضرور عليه عندما لا يمكن له الرجوع على من يسأل عن رقابته وملاحظته مع مراعاة القاضي لظروف الطرفين عند الحكم بالتعويض⁽⁴¹⁾.

استناداً إلى ما سبق فإنه لا بد من مراعاة الشروط السابقة في المشقة سواء في الشريعة الإسلامية أو في القوانين الوضعية حتى يتحقق بها التيسير ويبنى عليها تخفيف الأحكام وبخلاف ذلك لا يترتب الترخيص وتخرج من نطاق المشقة التي تستدعي التيسير مع ملاحظة أن قيود المشقة منها ما هو متفق عليه عند أهل العلم ومنها ما هو مختلف فيه ومنها ما هو عام ومنها ما هو خاص.

الخاتمة

Conclusion

في خاتمة بحثنا توصلنا الى مجموعة من النتائج والمقترحات وكما يلي:

أولاً: النتائج

1. ان المشقة الموجبة للتيسير لا تشمل كل مشقة انما المشقة المقيدة بشرط هو تجاوز الحدود العادية والتي تنال النفس او المال أما المشقة العادية التي تتطلبها الأحكام فلا تشملها أحكام التيسير وبذلك تخرج من نطاق التيسير.
2. اذا كان الفعل المكلف به قليل جدا بحيث القيام به يؤدي لمشقة يسيرة لصاحب التكليف فالقلة معفو منها دائما وبذلك لا تشملها احكام التخفيف.
3. المشقة الموجبة للتيسير هي المشقة الحقيقية التي يظهر اثرها في هلاك النفس و قطع الأطراف ومنافع الأعضاء فهي مشقة معتبرة وواجبة التخفيف والتيسير.
4. لمشقة الموجبة للتيسير هي المشقة التي لا تدخل في استطاعة الانسان مع تحقق الضرر او الاذى ما يعني ان الشارع العظيم لم يقصد بالتكليف بالشيء حينما يحتوي على مشقة مبالغة فيها .
5. هناك مجموعة من الضوابط والمعايير الملزمة والتي يمكن اعتمادها لتطبيق التخفيف والتيسير سواء في مجال العبادات أو المعاملات لكي لا تتخذ ذريعة لتيسير الحكم او رفعه أو تخفيفه من قبل أصحاب النفوس الضعيفة وحسب اهواءهم، وبذلك تعد النصوص القانونية في حد ذاتها ضوابط تحول دون تجاوزها او مخالفتها ما لم يكن هناك امر يستوجب فعلا التيسير ورفع الحرج.

ثانياً: المقترحات

نأمل من المشرع العراقي الاشارة لشروط اعمال قاعدة التيسير في القانون ولو بالإشارة لها من خلال النصوص القانونية لكونها تمثل في حد ذاتها ضوابط يلزم مراعاتها والتقيد بها في القوانين الوضعية لكي يتحقق من خلالها التيسير للمكلفين وتخفيف الأحكام لهم والمضي فيها دون ابطالها.

الهوامش

Footnotes

1. وليد بن إبراهيم بن علي العجاعي، الكثرة والقلة وأثرهما في مسائل أصول الفقه، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الشريعة بالرياض التابعة لجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، 1428هـ - 1429هـ، ص 6.
2. د. محمد عبد المنان النجار، ضابط المشقة المغيرة للأحكام عن الحنفية وتطبيقاتها في باب الطهارة، بحث منشور في مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الشرعية والقانونية، العدد الثالث، المجلد 28، 2020، ص 87.
3. الأشباه والنظائر على مذهب الحنيفة ابن النعمان: ابن نجيم، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، 1999، بيروت - لبنان، ص 70- 71.
4. أخرجه البخاري (بشرح فتح الباري)، كتاب الطب، باب: إذا وقع الذباب في الإناء، 10/ 260-261، رقم 5782.
5. المغني: موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المتوفى: 620هـ، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، الجزء الأول، ص 39.
6. د. عباس زبون العبودي وكاظم حمادي يوسف، النظرية العامة للإرادة الضمنية "دراسة مقارنة"، مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، العدد الخاص الخامس (بحوث التدريسيين مع طلبة الدراسات)، 2019م، ص 21.
7. المحامية مروة أبو العلا، الغبن في التعاقد حسب الشرع والقانون، بحث منشور على موقع الإلكتروني <https://www.mohamah.net>، تاريخ آخر زيارة في 18 / 2 / 2022 الساعة العاشرة صباحاً.
8. ينظر عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي بكري، مصادر الالتزام الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني، مصادر الالتزام، الجزء الأول، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، 1980، ص 174 وما بعدها.
9. ففي قرار لمحكمة التمييز الاتحادية قضت به (ادعت المدعية أمام محكمة الأحوال الشخصية بأن المدعى عليها زوجها وللتقصير في الإنفاق وللضرر الذي أصابها لذا طلبت دعوته للمرافعة والحكم بالتفريق للضرر صدرت محكمة الأحوال الشخصية حكماً حضورياً يقضي برد الدعوى لعدم ثبوت الضرر الذي أصاب المدعية الذي يستحيل معه استمرار الحياة الزوجية طعنت وكيلة المدعية بالحكم الصادر من المحكمة باللائحة التمييزية ولدى التدقيق والمداولة وجد إن الطعن التمييزي مقدم ضمن مدته القانونية قررت قبوله شكلاً ولدى عطف النظر على الحكم وجد أنه صحيح موافق للشرع وللقانون لذا قرر تصديقه ورد الطعون التمييزية لكون الضرر قليل في مقابل إنهاء الحياة الزوجية، قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد 12302، هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية، 2021م، (غير منشور).
10. تراجع المادة السابقة رقم (129) بفقراتها من القانون المدني المصري رقم 133 لسنة 1948م، منشور في مجلة الوقائع المصرية، عدد رقم 108 مكرر (أ) صادر في 29-7-1948.
11. بن غريب رابع، أحكام الغبن في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، منشور في مجلة أبحاث قانونية وسياسية، المجلد 06، العدد 01، (2021)، ص 481.
12. فمن الاستثناءات ما جاءت به المادة (124) بفقراتها الثانية والثالثة من القانون المدني العراقي على أنه (2- إذا كان الغبن فاحشاً وكان المغبون محجوراً أ، كان المال الذي حصل فيه الغبن مال الدولة أو الوقف فإن العقد يكون باطلاً، 3- لا يجوز الطعن بالغبن في عقد تم بطريقة المزايدة)، أما المشرع المصري فقد ذكر الاستثناءات بنص المادة (130) التي نصت على أن (1- العقد الذي

- بيرمه المدين المحجور عليه بسبب دينه المستغرق لماله، 2- العقد الذي يبرمه المريض مرض الموت إذا كان مديناً بدين مستغرق لماله).
13. من الناحية القانونية لا يعتبر الغبن عيباً من عيوب الإرادة بقدر ما هو خلل في التوازن الاقتصادي للعقد من جهة عدم تعادل الالتزامات المتقابلة في العقد، فالغبن هو عيب في العقد لا في الإرادة، فلا يوجب إبطال العقد إنما يحتم إعادة التوازن إليه .
14. أحمد الحراكي، الغبن في القانون الفرنسي والقانون الألماني، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 21، العدد الأول، 2005م، ص119- 120 .
15. د صالح بن غانم السدلان، القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها، الطبعة الأولى، دار بالنسية للنشر والتوزيع - الرياض - السعودية، 1995، ص 220 .
16. نور الدين قطيش محمد السكارنه، الطبيعة القانونية للضرر المرتد، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2012م، ص30.
17. د. يعقوب بن عبد الوهاب الباحثين، قاعدة المشقة تجلب التيسير "دراسة نظرية- تأصيلية - تطبيقية، الطبعة الأولى، مكتبة الرشد، المملكة العربية السعودية، 1424هـ- 2003م، ص 183 وما بعدها.
18. سورة الطلاق آية (7).
19. د. صالح بن عبد الله بن حميد، رفع الحرج في الشريعة الإسلامية ضوابطه وتطبيقاته، الطبعة الأولى، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، 1403هـ، ص246.
20. شرح مختصر الروضة، سليمان عبد القوي بن الكريم، المتوفى: 716هـ، تحقيق، عبد الله بن عبد المحسن التركي، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، 1407هـ، الجزء الأول، ص194. البحر المحيط في أصول الفقه، ابو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي، المتوفى: 794هـ، الطبعة الأولى، دار الكتبي، 1414هـ، الجزء الثاني، ص73.
21. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ابن نجيم المصري، المتوفى: 970هـ، الطبعة الثانية، دار الكتاب الإسلامي، الجزء الثامن، ص80.
22. نصت المادة 42 من قانون العقوبات العراقي على (انه لا جريمة إذا وقع الفعل استعمالاً لحق الدفاع الشرعي) ويوجد هذا الحق إذا توفرت الشروط الآتية :
أ. إذا وجد المدافع خطر حال من جريمة على النفس أو المال أو اعتقد قيام هذا الخطر وكان اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة.
ب. أن يتعذر عليه الالتجاء إلى السلطات العامة لاتقاء هذا الخطر.
ج. أن لا يكون أمامه وسيلة أخرى لدفع هذا الخطر. مما يعني إن المشرع الجزائي اخذ بالمشقة الحقيقية هي مشقة وقوع الضرر على المال أو النفس أو نفس الغير أو ماله، وكذلك نص المادة (13) من قانون الإثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979 المعدل (أولاً: يسري في شأن أدلة الإثبات قانون الدولة التي تم فيها التصرف القانوني ومع ذلك يجوز للمحكمة أن تطبق القانون العراقي إذا كان الدليل فيه أيسر من الدليل الذي يشترطه القانون الأجنبي)، من الملاحظ في هذا النص إن المشرع العراقي أراد من هذا النص هو تيسير التقاضي أمام المحاكم العراقي فجنبه مشقة البحث عن وسائل الإثبات في الدولة التي وقع بها التصرف و خاصة إن الدول الأخرى تختلف قوانينها عن القوانين العراقية فأراد بهذا النص دفع الحرج والضيق وتسهيل التقاضي عن المتداعيين إذا كان دليل الإثبات في القوانين العراقية أيسر.
23. وهذا ما ذهبت إليه محكمة التمييز الاتحادية في قرارها المرقم 5238/ الهيئة المدنية 2019 في تاريخ، 28- 8- 2019 وخلاصة الحكم لدى التدقيق والمداولة وجد إن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية لذا قرر قبوله شكلاً وعند عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف للقانون ذلك إن المدعين (المميز عليهم) طلبوا إلزام المدعى عليه (....) برفع التجاوز الحاصل من قبله والمتمثل بإنشاء مخيم للنازحين في قضاء الشراف على القطعة المرقمة 88م 14

بعاجه وان محكمة الموضوع وفي حكمها المميز قد ألزمت المميز برفع التجاوز الحاصل من قبله وإزالة المخيم وفق التفصيل الوارد فيه خلافا لأحكام القانون وان التحقيقات الجارية من قبل محكمة الموضوع وان المدعين (المميز عليهم) هم أصحاب الحقوق التصرفية فيها وحيث إن المدعين طلبوا إلزام المدعى عليه برفع التجاوز باعتباره إن وضع يد المدعى عليه على العقارات العائدة لهم تمت بصورة غير مشروعة وتحت فعل الغصب وان أحكام المادة (197 مدني) قد ألزمت الغاصب برد المغصوب إلى صاحبه مع اجر مثله وإذا تلف العقار أو طرا على قيمته نقض ولو بدون تعد من الغاصب لزمه الضمان إلا إن القانون المدني العراقي قد نص في المواد من (214/212) على أحكام مشتركة للأعمال غير المشروعة وهي إن الضرورات تبيح المحظورات ولكنها تقدر بقدرها (المادة 1/212 مدني) وان المادة (213) قد نصت إلى انه يختار أهون الشرين فإذا تعارضت مفسدتان روي أعظمها ضررا ويزال الضرر الأشد بالضرر الأخف ولكن الاضطرار لا يبطل حق الغير إبطالا كليا فمن سبب ضررا للغير وقاية لنفسه أو لغيره من ضرر محقق يزيد كثيرا على الضرر الذي سببه لأي كونه ملزما إلا بالتعويض الذي تراه المحكمة مناسبة وان المادة (1/214 مدني) قد نصت على انه يتحمل الضرر الخاص لدرء الضرر العام وحيث إن معاناة النازحين جراء فقد ديارهم وممتلكاتهم لازالت مستمرة وهذه من الأمور العامة التي يجب علم الكافة بها وان التحقيقات التي انتهت إليها المحكمة أثبتت بما لا يقبل الشك بان المخيم لا يزال مشغولا من قبل النازحين وان القول بإلزام دائرة المدعى عليه (المميز) برفع التجاوز وإلغاء المخيم ورفعته يعني تعريض أرواح الساكنين من النازحين إلى خطر حقيقي محقق يلحق بهم سيما وان هدف دائرة (المدعى عليه) (المميز) وهي منظمة أجنبية هو إنساني محض وحيث إن المواد المتقدمة والمشار إليها قد غلبت حالة الاضطرار ومنها حالة النزوح التي مر بها أبناء المناطق المشار إليها قد قيدت حق الفرد ومنها الملكية مقابل درء الأخطار المحدقة المنصوص عليها ومنها حالة النازحين في المناطق التي تعرضت إلى عدوان عصابات داعش الإرهابية من كل ما تقدم كان المتعين على محكمة الموضوع أن تقضي وللأسباب المشار إليها أنفا برد دعوى المدعين (المميز عليهم) مع الاحتفاظ لهم بحق إقامة دعوى المطالبة بالتعويض طبقا لنص المادة (2/213 مدني) العجز الأخير إن كان لذلك مقتضى قانوني وبما إنها سارت خلافا لما تقدم لذا قرر نقض الحكم المميز وإعادة اضبارة الدعوى إلى محكمتها لإتباع ما تقدم على أن يبقى الرسم التمييزي تابعا للنتيجة وصدر القرار بالاتفاق في 2019/8/28م.

24. د. حارث علي إبراهيم و سليمان محمد هلال, سلطة القاضي في فض منازعات التفريق القضائي, كلية القانون - جامعة بغداد, المجلد 36, عدد خاص لبحوث التدريسيين مع طلبة الدراسات العليا/الجزء الرابع, 2021م, ص442.

25. د. حميد سلطان علي الخالدي ولؤي سطاتم حمود, السلطة التقديرية للقاضي في منح الأجل القضائي في دعوى الفسخ "دراسة مقارنة", مجلة كلية الحقوق – جامعة النهريين, المجلد (22), العدد (4), لسنة 2020, ص 12.

26. د. عبد الفتاح محمد أبو أليزيد الشرقاوي, التعويض عن الربح الفائت في النظام الإداري السعودي وتطبيقاته القضائية "دراسة مقارنة بالأنظمة الوضعية والفقهاء الإسلامي, كلية الشريعة والدراسات الإسلامية "جامعة القصيم", العدد الحادي والثلاثون, الجزء الأول, بدون سنة نشر, ص306 وما بعدها.

27. حكم محكمة النقض المصرية, الدائرة المدنية, الصادر في 1-1-2008م, طعن رقم 17459 لسنة 76 ق, مجموعة القوانين والمبادئ القانونية, (35), مجموعة أحكام النقض 2007-2008, ج1, 2010م, ص142. نقلا عن عبد الفتاح محمد أبو اليزيد الشرقاوي ص314 وما بعدها.

28. د. حيدر فليح حسن ونسرین غانم حنون, الادارة المؤقتة للأموال الموضوعة تحت الحراسة, مجلة العلوم القانونية, مجلد 32 عدد 5, 2017, ص185

29. الأستاذ إسماعيل كوشي، الضرورة الشرعية مفهومها، أسسها، ضوابطها ونماذج من تطبيقاتها، مجلة التراث، المجلد الأول، العدد 30، نيسان 2019، ص 25-26.
30. محمد عبد المنان النجار، مصدر سابق، ص 88.
31. سورة النساء آية (28).
32. د. عبد القادر بن خليفة مهوات، القواعد الفقهية الخمس الكبرى، الطبعة الثانية، مطبعة الرمال، الجزائر، 2017، ص 72-73.
33. د. عبد الكريم زيدان، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، لبنان -بيروت، 2001، ص 63.
34. نقلا عن حسن حنتوش رشيد، الضرر المتغير تعويضه في المسؤولية التقصيرية دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، كلية القانون، 2004، ص 85.
35. قرار محكمة التمييز 5177/م 1 منقول/ 998 في 1999/4/7 (غير منشور). وبنفس المعنى: القرار 3/م 3/ 2001 في 2001/1/14 (غير منشور). نقلا عن حسن حنتوش رشيد، مصدر سابق، ص 88.
36. نصت المادة الرابعة والثلاثون من قانون الأحوال الشخصية العراقي على أنه (أولاً: الطلاق رفع قيد الزواج بإيقاع من الزوج أو من الزوجة وإن وكلت به أو فوضت أو من القاضي، ولا يقع الطلاق إلا بالصيغة المخصصة له شرعاً، ثانياً: لا يعتد بالوكالة في إجراءات البحث الاجتماعي والتحكيم وفي إيقاع الطلاق).
37. ما حمادو الاسان، أسباب الطلاق في قانون الأسرة المالي مقارنةً بالشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية العلوم الإسلامية، 2007، ص 26.
38. أن فسخ عقد الزواج بدل التطلق لا يعطي للزوجة المفسوخ عقدها الحقوق التي ستحصل عليها في الطلاق.
39. رُسل فيصل دلول حُمادي، حماية الزوجة من العنف الأسري دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، 2016، ص 145-146.
40. القانون المصري رقم 25 المادة 4 لسنة 1920 المعدل بقانون رقم 100 لسنة 1985.
41. د. احمد محمد عبد الرحيم، الاساس القانوني لمسؤولية عديم التمييز دراسة مقارنة بين التشريع المدني الفرنسي والتشريع المصري، المجلد السادس من العدد الثاني والثلاثين لحولية كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بالإسكندرية، بدون سنة نشر، ص 241-243.

المصادر

References

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً: الكتب الفقهية

- i. ابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المتوفى: 970هـ، الطبعة الثانية، دار الكتاب الإسلامي، الجزء الثامن.
- ii. ابن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب الحنيفة ابن النعمان، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، 1999، بيروت – لبنان .
- iii. ابو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي، البحر المحيط في اصول الفقه، المتوفى: 794هـ، الطبعة الأولى، دار الكتبي، 1414هـ، الجزء الثاني.
- iv. البخاري (بشرح فتح الباري)، كتاب الطب، باب: إذا وقع الذباب في الإناء، 10/ 260-261، رقم 5782.
- v. موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، المتوفى: 620هـ، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، الجزء الأول.

ثالثاً: الكتب القانونية

- i. صالح بن عبد الله بن حميد، رفع الحرج في الشريعة الإسلامية ضوابطه وتطبيقاته، الطبعة الأولى، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، 1403هـ.
- ii. صالح بن غانم السدلان، القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها، الطبعة الأولى، دار بالنسية للنشر والتوزيع، الرياض - السعودية، 1995.
- iii. عبد القادر بن خليفة مهاوات، القواعد الفقهية الخمس الكبرى، الطبعة الثانية، مطبعة الرمال، الجزائر، 2017.
- iv. عبد الكريم زيدان، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، لبنان - بيروت، 2001.
- v. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي بكري، مصادر الالتزام الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني، مصادر الالتزام، الجزء الأول، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، 1980.
- vi. يعقوب بن عبد الوهاب الباحثين، قاعدة المشقة تجلب التيسير "دراسة نظرية- تأصيلية- تطبيقية، الطبعة الأولى، مكتبة الرشد، المملكة العربية السعودية، 1424هـ- 2003م.

رابعاً: الرسائل والاطاريح

- i. حسن حنتوش رشيد، الضرر المتغير تعويضه في المسؤولية التقصيرية دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، كلية القانون، 2004.
- ii. رسل فيصل دلول حُمادي، حماية الزوجة من العنف الأسري دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، 2016.
- iii. ما حمادو الاسان، أسباب الطلاق في قانون الأسرة المالي مقارنةً بالشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية العلوم الإسلامية، 2007.
- iv. نور الدين قطيش محمد السكارنه، الطبيعة القانونية للضرر المرتد، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2012م.
- v. وليد بن إبراهيم بن علي العجاجي، الكثرة والقلة وأثرهما في مسائل أصول الفقه، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الشريعة بالرياض التابعة لجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، 1428هـ - 1429هـ.

خامساً: البحوث والمجلات

- i. أحمد الحراكي، الغين في القانون الفرنسي والقانون الألماني، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 21، العدد الأول، 2005م.

- ii. احمد محمد عبد الرحيم، الاساس القانوني لمسؤولية عديم التمييز دراسة مقارنة بين التشريع المدني الفرنسي والتشريع المصري، المجلد السادس من العدد الثاني والثلاثين لحولية كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بالإسكندرية، بدون سنة نشر.
- iii. إسماعيل كوشي، الضرورة الشرعية مفهومها، أسسها، ضوابطها ونماذج من تطبيقاتها، مجلة التراث، المجلد الأول، العدد 30، نيسان 2019.
- iv. حارث علي إبراهيم و سليمان محمد هلال، سلطة القاضي في فض منازعات التفريق القضائي، كلية القانون - جامعة بغداد، المجلد 36، عدد خاص لبحوث التدريسيين مع طلبة الدراسات العليا/الجزء الرابع، 2021م.
- v. حميد سلطان علي الخالدي ولؤي سطات حمود، السلطة التقديرية للقاضي في منح الأجل القضائي في دعوى الفسخ "دراسة مقارنة"، مجلة كلية الحقوق – جامعة النهرين، المجلد (22)، العدد (4)، لسنة 2020.
- vi. حيدر فليح حسن ونسرين غانم حنون، الادارة المؤقتة للأموال الموضوعة تحت الحراسة، مجلة العلوم القانونية، مجلد 32 عدد 5، 2017.
- vii. رابع بن غريب، أحكام الغبن في القانون الوضعي والفقہ الإسلامي، منشور في مجلة أبحاث قانونية وسياسية، المجلد 06، العدد 01، (2021).
- viii. عباس زبون العبودي وكاظم حمادي يوسف، النظرية العامة للإرادة الضمنية "دراسة مقارنة"، مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، العدد الخاص الخامس (بحوث التدريسيين مع طلبة الدراسات)، 2019م.
- ix. عبد الفتاح محمد أبو أليزيد الشرفاوي، التعويض عن الربح الفائت في النظام الإداري السعودي وتطبيقاته القضائية "دراسة مقارنة بالأنظمة الوضعية والفقہ الإسلامي، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية "جامعة القصيم"، العدد الحادي والثلاثون، الجزء الأول، بدون سنة نشر.
- x. محمد عبد المنان النجار، ضابط المشقة المغيرة للأحكام عن الحنفية وتطبيقاتها في باب الطهارة، بحث منشور في مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الشرعية والقانونية، العدد الثالث، المجلد 28، 2020.

سادسا: القوانين

- i. القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.
- ii. قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959.
- iii. القانون المصري رقم 25 المادة 4 لسنة 1920 المعدل بقانون رقم 100 لسنة 1985.
- iv. القانون المدني الفرنسي 1804 المعدل.

سابعا: القرارات والأحكام القضائية

- i. حكم محكمة النقض المصرية، الدائرة المدنية، الصادر في 1-1-2008م، طعن رقم 17459 لسنة 76 ق، مجموعة القوانين والمبادئ القانونية، (35)، مجموعة أحكام النقض 2007-2008، ج1، 2010م، ص142.
- ii. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد 12302، هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية، 2021م، (غير منشور).
- iii. قرار محكمة التمييز الاتحادية في قرارها المرقم 5238/ الهيئة المدنية 2019 في تاريخ، 28-8-2019.
- iv. قرار محكمة التمييز الاتحادية 3/ م3/ 2001 في 14/1/2001 (غير منشور).
- v. قرار محكمة التمييز الاتحادية 5177/ م1 منقول/ 998 في 7/4/1999 (غير منشور).

ثامنا: المواقع الالكترونية

- i. المحامية مروة أبو العلا، الغبن في التعاقد حسب الشرع والقانون، بحث منشور على موقع الالكتروني <https://www.mohamah.net> :