

**قانون الاحوال الشخصية
الواقع والطموح**

قانون الاحوال الشخصية

الواقع والطموح

(لمناسبة الذكرى الستين لصدور قانون الاحوال الشخصية)

إخراج وتصميم

cmyk | 

الطبعة الأولى 2019

Arabic edition © 2018 by Iraqi Al-Amal Association

All rights reserved, international copyright secured

اصدار جمعية الأمل العراقية

جميع حقوق الطبع أو إعادة النشر محفوظة لجمعية الأمل العراقية


Iraqi Al-Amal Association
منظمة غير حكومية NGO

قانون الاحوال الشخصية الواقع والطموح

(لمناسبة الذكرى الستين لصدور قانون الاحوال الشخصية)

هادي عزيز علي

مدخل

هذا الكتاب ليس شرحا لقانون الاحوال الشخصية على وفق الطريقة التقليدية، التي يعتمد عليها اغلب شراح القانون والتي تستغرق - لحد الملل - في التفاصيل المتعلقة بالاركان والشروط والاسباب مبنية على تكرار ما قيل من خلال تدوير الافكار ذاتها. واذ ما أتينا على البعض من تلك الاركان والشروط والاسباب ضمن السياق فبسبب متطلبات بناء الموضوع التي توجب ذلك وليس من باب تكرار مقاله السلف.

قناعتنا ان العالم متغير، وكل تغير له احكام، لسنا مع تأييد النص وأزليته، لأن: (التشريعات النصية تمتلك امكانية البقاء في المجتمعات المعاصرة بقدر ما بقيت هذه المجتمعات منتمة بهياكلها الاقتصادية والاجتماعية واطرها الثقافية والعقلية، الى المناخ التشريعي ذاته الذي وضع فيه النص). وبكلمة اخرى ان المجتمعات عندما تغادر هياكلها الاقتصادية والاجتماعية وموروثها الثقافي على وفق احكام التغيير التي يفرضها الزمن، فلا مناص والحالة هذه من وجود تشريع يتماهى والتحويلات الحاصلة.

ما نقوم به هنا محاولة لاستجلاء النص قراءة على وفق احكام المتغيرات التي شهدتها المجتمع ومستلزمات التطور لقناعتنا: (بتغيير

الاحكام بتغير الازمان)، فضلا عن ان للقوانين الوضعية أعماراً يلازمها التقادم مع مرور الزمن، او ان القوانين تلك وضعت من اجل وظيفة معينة وبتحقق تلك الوظيفة والانتهاء من انجازها، لم يعد للنص من لزوم لان وجوده كان مقرونا بتحقيق الهدف، وهذا التوصيف ينطبق على التشريعات الاكثر علوية من القانون ما دام وجودها قد بني على التوقيت وتحققت الغاية من ذلك التشريع على التوقيت ذاته.

والامر ذاته ينطبق على النصوص التشريعية التي تبلى بالتقادم على الرغم من عدم توقيت احكامها ولكن التطور وحركة المجتمع تجعلها حالة في الخلف لان ما يستجد من وقائع وبتغيرات تتجاوز النص النافذ الذي تعجز احكامه عن ملاحقة الوقائع المستحدثة وتنهض الحاجة الى قاعدة قانونية تضبط حركة الوقائع الجديدة وتنسجم مع حركة التطور النازعة نحو التغيير والتقدم بسبب التغيير الحاصل في انماط السلوك.

ليس هذا فحسب فان القواعد القانونية النافذة وضعت في ازمان سابقة لصدور دستور 2005 التي تضمنها الباب الثاني منه والمختص بالحقوق والحريات المستتلة احكامه من العهد الدولي المختص بالحقوق المدنية والسياسية والعهد الدولي المختص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية فضلا عن اتفاقية القضاء المختصة بجميع اشكال التمييز ضد المرأة (سيداو) وسواها من النصوص الدولية المختصة بحقوق الانسان، ومعنى ذلك فان الدستور يرتقي بهذه النصوص ليضفي عليها مسحة دستورية ويمنحها العلوية التي تتمتع بها نصوصه الاخرى.

وإذا اخذنا باعتبار ان العديد من تلك القوانين النافذة لم تعد متوافقة

والقواعد الدستورية الجديدة وغير متلائمة معها، الامر الذي يفتح الباب واسعا امام الطعن بعدم دستوريته امام المحكمة الاتحادية العليا فيما لو رفعت بشأنها الدعوى المطلوبة. لذا يكون المشرع والحالة هذه ملزماً بتشريع القوانين التي تنسجم واحكام الدستور باعتباره وثيقة العقد الاجتماعي التي انصرفت اليها الارادة العامة التي هي الحاكمة والضابطة لحقوق الانسان. ولما كان قانون الاحوال الشخصية يندرج تحت احكام حقوق الاسرة فهو اذن معني بالدرجة الاولى بالحقوق والحريات التي سطرها الدستور.

وضمن هذا الغرض انصب عملنا هذا في تناول قانون الاحوال الشخصية في الذكرى الستين لصدوره. مع الاقرار بايجابياته وعلو شأن نصوصه في العديد من المواقع، وادراكا منا بان القبعات قد رفعت لهذا المنجز التشريعي، الا ان ذلك لا يمنع من اعادة النظر في هذا النص او ذلك للأسباب المذكورة في اعلاه واستكمال المسيرة التشريعية للوصول به الى البناء الاسري المنشود بغية الوصول الى ضفاف الطموح الذي هو رائد الجميع.

مخلص تنفيذي

لا شك ان قانون الاحوال الشخصية يعد منجزا كبيرا على صعيد التشريعات الوطنية وهذا ما شهد به محيطنا العربي والاقليمي، اللذين تمنيا على نفسيهما اللحاق به والنهل من احكامه. اضافة الى انه نقلة نوعية محسوبة في الاقتراب من الشرعة الدولية لحقوق الانسان، فضلا عن ان احكامه تدخله ضمن القوانين المؤسسة لبناء الدولة واعلاء شأن المواطنة على حساب الهويات الجزئية وقد تم ذلك في وقت مبكر جدا من انبثاق ثورة 14/تموز/1958، ولم يبق لنا حيتنذ من التشريعات المناظرة سوى مجلة الاحوال الشخصية التونسية الصادر سنة 1956، فللقانون ومن خلفه الهيئة المكلفة بالعملية التشريعية والصياغة القانونية يعود الفضل لهذا المنجز.

اعتمدت الهيئة المكلفة بالعملية التشريعية على وضع صياغاتها القانونية المستمدة من احكام الشريعة الاسلامية واحكام الفقهاء المسلمين ومن دون التقييد بمذهب معين، اذ تمكنت بان تصيغ القاعدة الشرعية او الرأي الفقهي على شكل قاعدة قانونية بعد استيفاء الاسباب والمعايير الخاصة بالتشريع فكانت محلا لقبول مع تحقيق الهدف الذي يتغيه القانون وهو التغيير في انماط السلوك المشرعة للتمييز وعدم

المساواة بين الرجل والمرأة. فكان لها ذلك في العديد من نصوص القانون، وبوضع القانون موضع التطبيق يكون العراق قد هجر حقبة القرون العديدة من الزمن الفقهي التي كانت تعتمد على الاحكام القضائية من خلال الاستناد على المطولات في كتب الفقه للوصول الى الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية التي كان ينشدها القضاة المسلمون في حينه.

جاء القانون بمبادئ مهمة لم تألفها احكام الفقه الاسلامي أو ان بعض المذاهب قد ألفتها دون الاخرى الاكثر حضورا. وقد عدت احكاما جديدة ولدت مع ولادة القانون او التعديلات اللاحقة له بعد ان اضاف القانون عليها نكهته التحديثية التي كان لها الاثر الايجابي في التطبيقات القضائية وعلى اهتمامات المواطنين وحقوقهم في الوقت نفسه. وبذلك تخطى القانون الموروث الفقهي ليؤسس مبدأ سيادة القانون، بأعباره الاعلى ولا يمكن لأي رأي ان يعلو على النص القانوني مهما علا شأن قائله. لذا اثرنا الاشارة الى المبادئ الجديدة التي جاء بها قانون الاحوال الشخصية وهي كالآتي:-

- القانون اولا - سيادة النص القانوني الوارد في هذا القانون في مفهومه وفحواه، وفي جميع المسائل التي تناولها القانون المذكور هي الحاكمة ولا يصار الى غيرها من الاحكام ما دام النص قائما. وان لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيصار الى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملاءمة لنصوص القانون.
- هجر القانون التعريف الفقهي لعقد الزواج القائل: (الزواج هو عقد استمتاع)، اذ حرر المرأة من هذا التوصيف المذل، وعرف

عقد الزواج: (عقد بين رجل وأمرأة تحل له شرعا غايته انشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل، واملنا ان نصل الى تعريف يقول بان الزواج هو ميثاقا وليس عقدا. لنخرجه من دائرة العقود وندخله حقوق الانسان.

- رسخ القانون الرضائية في الزواج أي انه (عقد رضائي) بالنسبة للبالغين الراشدين وبذلك قيد سلطة الولاية في عقد الزواج.
- الاكراه على الزواج او منع الراغب فيه كرها، يعد جريمة اذا وقعت من قبل الاهل او الاقارب او الاغيار، فهو فعل مخالف للقانون، خلافا للغالب من الاراء الفقهية التي تعد الاكراه من قبلهم على الزواج فعلا مباحا.
- لزوم تسجيل عقد الزواج في المحكمة المختصة ومن ثم دوائر الاحوال المدنية كمسالة تنظيمية واحصائية تؤرشف للعائلة من باب الاثبات والتوثيق الذي تحتاجه الانشطة العائلية بدلا من بعثرة العقود في دفاتر رجال الدين المعرضة للتلف والضياع ومن ثم ضياع الحقوق.
- الزواج خارج المحكمة، أي (الزواج الذي يبرمه رجل الدين) يعد بموجب هذا القانون جريمة معاقب عليها. فالراغب في تجنب العقوبة يلزم ابرام عقده لدى محكمة الاحوال الشخصية.
- تجب نفقة الزوجة على زوجها من حين العقد الصحيح ولو كانت مقيمة في بيت اهلها، خلافا لما ذهب اليه الفقهاء المسلمون بأن الزوجة لا تستحق النفقة اذا امتنعت عن فراش الزوجية.
- التفريق القضائي انشأ مساحة واسعة لانحلال عقد الزواج متى ما

اصبحت الحياة الزوجية لا تطاق وان الخلافات مستحكمة ولا يرجى حلها وسواها من الاسباب الاخرى، اذ تستفيد الزوجة من هذه النصوص بغية المساواة مع حق الزوج في الطلاق.

- الحضانة للام اولا، مع الاخذ بالاعتبار انها تدور وجودا وعدما مع مصلحة المحضون بدلا من التشطي في المنازعات الفقهية في هذا الموضوع وضحيتهما الاولى الطفل نفسه.
- الطلاق المقترن بعدد لفظا او اشارة لا يقع الاطلاق واحدة. هذا النص انحاز للعدل، لان الطلاق المتعدد لفظا لدى بعض المذاهب قد يفضي الى البيونة الكبرى وبذلك لا تحل الزوجة لزوجها الا بعد ان تتزوج غيره ويطلقها وتنتهي عدتها.
- اصبحت البنت كما الابن في الحجب، فلو توفي شخص عن بنت او بنات فأنهن يحجبن الاعمام والعمات وبذلك جرت المساواة بين الابن والبنت في الحجب.
- تستحق البنت او البنات في حالة عدم وجود ابن للمتوفى ما تبقى من التركة خلافا لبعض المذاهب التي تعبت بالمتبقي من التركة وتمنحها لحواشي العائلة.
- نص قانوني يضاف ينحاز لصالح الاحوال الشخصية وهو اذا كان الزوج الاخر هو الوارث الوحيد لزوجته فله كامل الدار الوحيدة التي تركها مورثه بدلا من مشاركته من قبل بيت المال كما يذهب الفقهاء المسلمون.
- متى ما كان الزوج متعسفا في ايقاع الطلاق، لزمه تعويض الضرر الذي يصيب مطلقة جراء التعسف، خلافا لما يذهب اليه الغالب من

الفقه باعتبار الطلاق جوازا للزوج، وحيث انه كذلك فإن: (الجواز الشرعي ينافي الضمان).

• للزوجة المطلقة ان تسكن في دار الزوجية هي واطفالها للمدة التي حددها القانون، واذا كانت الوحدة السكنية مستاجرة انتقل اليها عقد الايجار.

• الوصية الواجبة: (اذا مات الولد ذكرا كان ام انثى قبل وفاة ابيه او امه، فانه يعتبر بحكم الحي عند وفاة أي منهما ويتنقل استحقاقه من الارث الى اولاده ذكورا واناثا حسب الاحكام الشرعية، بأعباره وصية واجبة).

هذا المنجز التشريعي مع اهميته الكبيرة يجب ان لا ينسينا انه وفي الظروف التي شرع بها والاحداث اللاحقة لم تمكن المشرع من سد بعض النواقص التي اعترته، فضلا عن ان الستين سنة الماضية كانت من ضمن احكام التطورات والتحويلات التي شهدتها المشهد العراقي والتي تركت بصمتها في موضوع تقادم البعض من النصوص، يضاف الى ذلك ان العراق انضم وصادق على العديد من الاتفاقيات الشارعة المتعلقة بحقوق الانسان بعد تشريع القانون منها على سبيل المثال العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي انضم اليهما العراق بتاريخ 1970 / 1 / 25 المصادق عليهما بالقانون رقم 193 لسنة 1970 المنشورين في جريدة الوقائع العراقية بالعدد 1927. واتفاقية القضاء على جميع اشكال التمييز ضد المرأة (سيداو) التي صادق عليها العراق بالقانون رقم 66 لسنة 1986 ونشرت في الوقائع العراقية بالعدد 3107 في 21/

تموز/1987، فضلا عن اتفاقية حقوق الطفل المصادق عليها بالقانون رقم 3 لسنة 1994. هذا النصوص الدولية تلزمننا بوجوب اعادة النظر في انماط السلوك السائدة في المجتمع سواء كانت موروثا ثقافيا ام نصوصا تشريعية التي تخالف احكام النصوص الدولية تلك.

هذه الاتفاقيات وسواها المتعلقة بحقوق الانسان تمكنت من ان تجد مستقر لها في احكام الباب الثاني من الدستور وتحت عنوان (الحقوق والحريات)، وهذا يعني ان النصوص الواردة في الاتفاقيات والعهود تلك والتي تم تبنيها من قبل الدستور ودخلت ضمن نصوصه يعني ان المشرع الدستوري قد رفع من شأن النصوص الواردة فيها ورفعها الى مستوى النص الدستوري. باضفاء المسحة الدستورية عليها. وبذلك فهي نصوص واجبة التطبيق وتعد نصوصها آمرة، ويلزم المشرع باتخاذ ما يلزم تشريعا لوضعها موضع التنفيذ.

واذا كانت تلك النصوص الدولية تطلب من العراق ادماج مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في التشريعات بما في ذلك التشريعات بالدستورية، فقد استجاب المشرع الدستوري لهذا الطلب وسطره ضمن احكام المادة 14 من الدستور التي نصت على المساواة امام الدستور ومن دون تمييز بسبب الجنس. او طلبها تغيير الانماط الاجتماعية والثقافية لسلوك الرجل والمرأة بهدف القضاء على التحيزات والعادات العرفية القائمة على الاعتقاد بان أي من الجنسين اعلى او ادنى من الاخر بخاصة العشائرية منها. فقد استجاب المشرع الدستوري لذلك عندما نص على: (... يساهم في تطوير المجتمع وتمنع الاعراف العشائرية التي تتنافى مع حقوق الانسان) المادة 45/ ثانيا من الدستور.

ان الاستجابة الدستورية لاحكام العهود والمواثيق الدولية، وتجليسها في هذا الموقع الدستوري الرفيع، تعني ان ارادة المشرع الدستوري انصرفت الى وضع الاحوال الشخصية ضمن هذا التوجه الذي قصده النصوص الدستورية، الامر الذي يلزم السلطة التشريعية اتباع ارادة المشرع الدستوري بحيث تكون النصوص الذي يتضمنها قانون الاحوال الشخصية ملبيا ومن دون تراجع للقواعد الدستورية المتعلقة بهذا الجانب.

وفي ضوء هذا الفهم - ومن جانبنا - وجدنا ان المواضيع التي يوجب معالجتها في قانون الاحوال الشخصية لكي تكون منسجمة مع الاحكام الدستورية اولا ومتطلبات التغيير في الحراك الاجتماعي طيلة العقود الماضية هي:

مبادئ احكام الشريعة الاسلامية

(اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون) المادة الاولى / 2
احوال شخصية.

هذا النص سبب ارباكا في التطبيقات القضائية بما في ذلك احكام محكمة التمييز وهو الاختلاف في قراءة وفهم موضوع (مبادئ الشريعة الاسلامية)، فكل مذهب يعتقد ان احكامه الشرعية هي التي تمثل مبادئ الشريعة، وهذه القراءات اخرجت محكمة التمييز فطبقت النص القانوني على اساس المذاهب وليس على اساس مبادئ الشريعة الاسلامية مما انتج احكاما مخالفة للنص المذكور فضلا عن تناقضها مما انعكس سلبا على مبدأ المساواة امام القانون.

وحلا لهذا الاشكال نجد ان يستمر المشرع على نهجه السابق في تحويل مبادئ الشريعة - الاكثر ملاءمة لنصوص القانون - الى قواعد قانونية وردم الهوة التي تركها نهبا للاجتهادات والاحكام المتناقضة وبذلك تضيق الهوة قدر الامكان وتحول دون لجوء لجوء القاضي الى الاحكام الشريعة الاسلامية، ما دام النص القانوني موجودا. وتعد التشريعات القانونية مرجعيته بدلا من التيه في المذاهب الاسلامية ومدارسها.

الزواج والخطبة

الخطبة

(الوعد بالزواج وقراءة الفاتحة والخطبة لا تعتبر عقدا) المادة الثالثة/ 3 هذا النص مستل من احكام الفقه الاسلامي. ولكن الوعد بالزواج من الوجهة القانونية هو وعد بالتعاقد، ولما كان الامر كذلك فان السنهوري يقول: (الوعد بالتعاقد، وكذلك الاتفاق الابتدائي، عقد كامل، لا مجرد ايجاب، ولكنه عقد تمهيدي...). أي ان الوعد بالزواج عقدا من العقود غير المسماة يستوفي اسباب وشروط واركاز العقد، محله وموضوعه التعهد - حصرا - بابرام عقد الزواج، وليس عقد الزواج. لذا فهو يندرج تحت احكام المسؤولية المدنية بشقها العقدي وليس التقصيري، لانه اذا لم يوف احد طرفيه بما وجب عليه بالعقد جاز للطرف الاخر بعد الاعذار ان يطلب الفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى (المادة 177 مدني).

فالخطيب الذي يعدل عن الخطبة بعد ان تم اشهارها بين الناس وعلم الجميع من الاهل والاقارب والاصدقاء موضوعها، يجعل المخطوبة في حالة انكسار بعد العدول فضلا عن البصمة السلبية للمخطوبة المفسوخة

خطبتها بالنسبة للخطاب الآتين ولغيرهم من الناس . وهذا الوضع يسبب ضررا حالا ومباشرا يوجب الجبر . ومع العوز التشريعي المرافق لهذه الحالة واستقرار الاحكام القضائية ان العدول حق للعادل عن الخطبة ، فلا ضير من ان يتجه القضاء الى جبر الضرر - مادام حدوثة قد ثبت فعلا - واذ يذهب احكام المسؤولية المدنية بشقها التقصيري ، اذا لم يجد مسوّغا بتحقق المسؤولية المدنية بشقها العقدي .

ومعلوم ان القضاء الفرنسي لا يعطي للخطبة اثارا كالتى تنتج عن العقد ولكنه عدها من قبيل الوقائع التى يمكن ان تاتي اثارها ضمن احكام المسؤولية المدنية بشقها التقصيري باعتبارها صورة من صور الخطأ . (التعليق على مجلة الاحوال الشخصية - القاضية فاطمة الزهراء بن محمود والقاضية سامية دولة - مجمع الاطرش - تونس - 2015 - ص 28).

وكحد ادنى لهذا الموضوع نرى لزوم الاستعانة بالنص الوارد في المادة 7 من مدونة الاسرة المغربية حول الخطبة الذي ينص على: (... غير انه اذا صدر عن احد الطرفين فعل سبب ضرر للآخر، يمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض).

الزواج

يجمع الفقهاء المسلمون على تعريف عقد الزواج بأنه: (عقد استمتاع). ويضفي فريق اخر منهم: (بأنه عقد يرد على ملك المتعة قصدا). ويضيف آخر الى ان المهر هو بدل امتلاك البضع. ان قانون الاحوال الشخصية اهمل كل التعاريف المروية فقها عن عقد الزواج وكان مهذبا ومعاصرا عندما عرف عقد الزواج: (عقد بين رجل وامراة

تحل له شرعا غايته انشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل) (المادة الثالثة) من القانون. في حين ان المشرع في اقليم كردستان كان اكثر توفيقا عندما عرف عقد الزواج: (عقد تراضي بين رجل وامرأة يحل به كل منهما للآخر شرعا غايته تكوين اسرة على اسس المودة والرحمة والمسؤولية المشتركة طبقا لاحكام هذا القانون) المادة الثالثة من القانون المعدلة من قبل السلطة التشريعية في اقليم كردستان بالقانون رقم 15 لسنة 2008.

الرأي لدينا عدم جواز الهبوط بالعلاقة الزوجية بين الرجل والمرأة الى مجرد عقد من العقود التي اوردها المشرع في الفصل الاول من الباب الاول/ الكتاب الاول من القانون المدني تحت عنوان العقد والذي يكون محله اما سلعة او منفعة او قوة عمل، لكون العلاقة بين الرجل والمرأة في هذا الموضوع أسمى من ذلك بكثير من موضوع العقود.

وما كان الزواج عقدا الا بمفهوم الفقهاء المسلمون النازعين نحو اعتبار جسد المرأة سلعة يجوز امتلاكها ببدل وبالطريقة المبسوطة في تنفيذ العقود حسب اقوالهم.

هؤلاء يغضون الطرف عن الاحكام الواردة في القرآن الكريم الذي يعرف الزواج بانه ميثاقا وليس عقدا، والميثاق يختلف عن العقد لغة واصطلاحا وهو ما تبينه الاية الكريمة ﴿ وَأَخَذْنَا مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا ﴾ النساء 21، اذ يقول الطبري في تفسيره لهذه الاية: (أي ما وثقتم به لهن على انفسكم من عهد، وقرار منكم بما أقررتك به على انفسكم، من امساكن بمعروف او تسريحهن بأحسان) (تفسير الطبري - جامع البيان في تأويل القرآن - دار الحديث - القاهرة - المجلد الثالث - ط 2010 - ص 712).

لذا المقترح لدينا ان يتم تعريف الزواج بتعريف قريب من التعريف الوارد في المادة 4 من مدونة الاسرة المغربية: (ميثاق تراض وترباط شرعي بين رجل وأمرأة على وجه الدوام، غايته الاحصان والعفاف وانشاء اسرة مستقرة برعاية الزوجين طبقا لاحكام هذه المدونة).

أي يشترط النص على كلمة ميثاق بدلا من كلمة عقد، بغية الانسجام مع النص القرآني اولا والشرعة الدولية لحقوق الانسان ثانيا.

الزواج بثانية

﴿ولن تستطيعوا ان تعدلوا بين النساء ولو حرصتم﴾

(ان تعدد النساء من العادات المنتشرة في الجاهلية، وهي جزء من تحقير المرأة أُنذاك، وأراد الله ان يرفع من شأن المرأة رحمة بها وأعلى لحقوقها. فجاء النص مشروطا بنص حازم، الشرط الذي لا يمكن للبشر وما لهم من سعة وطاقة على تحمله ومن ثم تنفيذه مهما اتوا من جلد وصبر وحرص، المتمثل بالاية 129 من سورة النساء: ﴿ولن تستطيعوا ان تعدلوا بين النساء ولو حرصتم﴾. أي انكم مع الحرص الذي هو وعائكم لتدبر هذا الامر فأن ذلك الوعاء غير قادر على تحقيق العدل ولا يستطيع ان يحتويه، وهذا هو شرط المشرع الكريم لأجازة الفعل الذي ترغبون، واذا ما ارتكبتم الفعل فانكم تتحدون الثواب التي سنها المشرع الكريم وهي عدم العدل).

ويضيف ايضا: (وعن تعدد الزوجات يقول انه يمكن الغيرة والحدق في افئدتهم وتزرع كل واحدة في ضمير ولدها ما يجعله من ألد الاعداء

لأخوته اولاد النسوة الاخريات فأنها دائما تمقتهم وتذكره بالسوء عنده
ويترسخ النفور من اخيه عدوا له لا نصيرا ولا ظهيرا له) (محمد رشيد
رضا - محمد عبدة - الهيئة المصرية للكتاب - القاهرة - الجزء الثاني - 2012
صفحة 115).

ويقول الشيخ الطاهر حداد: (ليس لي ان اقول بتعدد الزوجات. لم ار
للاسلام اثر فيه وإنما هو سيئة من سيئات الجاهلية).

ويضيف: (ان احكام الزواج الوارد في الاية: ﴿ ومن آياته ان خلق لكم
من أنفسكم أزواجا لتسكنوا اليها وجعل بينكم مودة ورحمة ﴾ الروم 21
فسرت على ان الزواج يقوم على المودة والرحمة وسكون النفس للنفس
كما هو منطوقها، ادركنا تعذر انقسام هذا الشعور وأثاره في حياة سوية
بين الرجل ونسائه. فكما ان يشعر الرجل ويرى ان امرأته له وحده، كذلك
تشعر المرأة وترى مثله ان زوجها لها وحدها). (الطاهر حداد - امرأتنا في
الشريعة والمجتمع - دار محمد علي للنشر - صفاقس / تونس - ص 64).

ان النص ﴿ ولن تستطيعوا ان تعدلوا بين النساء ولو حرصتم ﴾ هي
آية حاسمة في هذا الموضوع لانعدام العدل مع الحرص، لكون العدل
في هذا الموضوع خارج طاقة الانسان ولا يمكن تحقيقه، وهذه رؤية
المشرع الكريم، لأن المشنى والثلاث والرابع هي ليست رخصة للذهاب
الى ذلك بل ان المشرع الكريم قصد التضييق على المخاطبين، لأن
الدين الاسلامي عالج نقائص العرب تدريجيا مع الاناة والصبر والتلطف
والابتعاد عن كل ما ينفرهم من الدين الجديد بلا مقتضى. (الفقيه عبد
العزیز فهمي باشا - اول رئيس لمحكمة النقض والابرام المصرية 1930 -

ووزير العدل سابقا - عضو المجمع العلمي في القاهرة - وعضو الجمعية التشريعية حينذاك).

ويرى الراحل نصر حامد ابو زيد ان هناك فئة ترى ان تعدد الزوجات افضل اخلاقيا واكل ضررا من الوجة الاجتماعية اذا ما قورنت بفوضى العلاقات الجنسية في الغرب. والقياس بالغرب لديه يتكون من فرع واصل. فاذا كان القياس قياس (اضطراد) فان حكم الاصل ينتقل الى الفرع، واذا كان القياس قياس (مخالفة) استقل حكم الفرع عن حكم الاصل وفي كلتا الحالتين تظل علاقة التشابه بين الاصل والفرع علاقة مضمرة في عملية القياس، والدفاع عن تعدد الزوجات في سياق هذا الجدال يقوم على افتراض ضمنى فحواه ان الغرب هو المقياس الذي تقاس عليه الامور وهو منطق معاكس تمام المعاكسة لمشروع النهضة على اساس حضاري مستقل ومتميز، لابل هو نقيض له. (د نصر حامد ابو زيد - دوائر الخوف - قراءة في خطاب المرأة - المركز الثقافي العربي - بيروت - الدار البيضاء - الطبعة الرابعة - 2007 - ص 226).

مما تقدم فان هذا الجانب من الفقه يرى ان الزواج بثنائية محرم شرعا بموجب احكام 129 من سورة النساء وهو ما اخذ به المشرع التونسي.

الشهادة في عقد الزواج

بعض المذاهب الاسلامية لا تشترط الشهادة في عقد الزواج، في حين ان البعض الاخر يراها شرطا له وبالاخير اخذ قانون الاحوال الشخصية العراقي بذلك، اذ عد ذلك شرطا من شروط عقد الزواج: (شهادة شاهدين متمتعين بالاهلية القانونية على عقد الزواج)، هذا الشرط الذي وضعه

البعض من المذاهب الاسلامية كان له ما يبرره في وقت وضعه لانه يعني الاشهار والتوثيق حينئذ عندما لم تكن هناك محاكم للاحوال الشخصية بالمفهوم المعاصر، ولم تكن هناك نصوص تلزم بتسجيل عقد الزواج، وحيث ان بتوثيق عقد الزواج يتم من قبل القاضي وما منحه القانون من سلطات في هذا الموضوع، ولما كان قانون الاثبات رقم 107 لسنة 1979 المعدل يعد السندات الرسمية: (هي تلك التي يثبت فيها موظف عام او شخص مكلف بخدمة عامة طبقا للاوضاع القانونية وفي حدود اختصاصه ما تم على يديه او ما ادلى به ذوو الشأن في حضوره). المادة 21/ او لا من القانون، يضاف الى ما تقدم ان السندات الرسمية حجة على الناس بما دون فيها من امور...). المادة 22 من القانون المذكور، عليه فان الموظف البسيط في اية دائرة رسمية وعلى وفق الوصف القانوني المذكور في اعلاه ان يصدر سندات رسمية بحجيتها القانونية ومن دون شهود فيكون من باب اولى للقاضي ان يصدر عقود الزواج باعتباره سندا رسميا من دون شهود - كونه مصدق على اقواله - وتسهيلا لامر العاقدين ومن دون القاء الاعباء على الشهود.

وإذا ما تمسك البعض بموضوع الشهود خلافا لرأينا هذا، فنرى ان يصار الى شهادة شاهدين متمتعين بالاهلية القانونية ويستوي في ذلك الرجل والمرأة استنادا لحكم المادة 14 من الدستور وهو ما ذهب اليه المشرع في اقليم كردستان عندما عدل احكام المادة من قانون الاحوال الشخصية ونص على: (شهادة شاهدين متمتعين بالاهلية القانونية على عقد الزواج ويستوي في ذلك الرجل والمرأة) التعديل رقم 15 لسنة 2008 الصادر عن السلطة التشريعية في اقليم كردستان.

شروط عقد الزواج

الشروط المشروعة في عقد الزواج (مغبية) من قبل محاكم الاحوال الشخصية فلم نسمع ان قاضيا طلب من طرفي العقد وقبل ابرامه فيما اذا كانا راغبين بوضع شروطهما، على الرغم من صراحة النص الوارد في الفقرة 3 من المادة السادسة، لذا نرى وجوب تفعيل هذا النص ويذكر على سبيل المثال في النص ذاته كاشتراط الزوجة ان لا يتزوج عليها اثناء سريان عقد زواجهما، وان يكون حل الرابطة الزوجية تفوض به الزوجة وسواهما من الشروط الاخرى لان الشروط تلك معتبرة قانونا وشرعا فضلا عن انها تعبير واضح عن حرية الاختيار يرسم حدودا معلومة للحياة المشتركة.

زواج القاصرات

سن الرشد هي ثماني عشرة سنة كاملة، وهو ما تجمع عليه التشريعات العراقية سواء ما نص عليه القانون المدني ام قانون رعاية القاصرين ام قانون رعاية الاحداث، فضلا عما تضمنته اتفاقية حقوق الطفل المصادق عليها من قبل العراق بالقانون رقم 3 لسنة 1994 التي عرفت الطفل في المادة (1) منها: (كل انسان لم يتجاوز الثامنة عشرة).

ولما كان القانون العراقي قد عرف الزواج بأنه: (عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعا غايته انشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل). فهل تتمكن الطفلة غير مكتملة البناء الفسلجي ان تساهم في بناء الحياة المشتركة وتحقق الغاية التي ارادها المشرع.

اوهل يتحقق مقصد الشريعة الاسلامية الواردة في الاية 21 الروم:
﴿ومن آياته ان خلق لكم من انفسكم ازواجا لتسكنوا اليها وجعل بينكم
مودة ورحمة﴾، عند الزواج من طفلة.

الاحصاءات تثبت ان الزواج بطفلة يترك اثاره السلبية على جسدها
بين التسبب بضرر او عاهة او الوفاة في حالات عدة، فضلا عن ان
الاحصاءات تشير الى ان اكثر حالات الطلاق من نصيب القاصرات
المتزوجات.

لذا فالمقترح لدينا هو عدم جواز زواج ممن لم تبلغ سن الرشد.

الزواج خارج المحكمة

ثبت ان الزواج خارج المحكمة له العديد من المثالب فضلا عن كونه
جريمة يعاقب عليها القانون فالزواج الذي يتم عن طريق رجل الدين لم
يمر بالشروط التي اوجبها القانون. فمثلا ان يبرم عقد الزواج من دون
اجراء الفحص الطبي المطلوب قانونا للوقوف على مدى صلاحية
المتعاقدين للحياة الزوجية او مدى انعكاس هذا الزواج على نسلهما من
حيث السلامة والخلقة.

ويتم الزواج لدى رجل الدين من دون معرفته الحالة الاجتماعية
للمتعاقدين، لكونه ممنوع قانونا من طلب صورة قيديهما لدى مديريات
الاحوال المدنية، فقد يكون الزوج متزوج مما يوجب اذن المحكمة او ان
تكون الزوجة معتدة من طلاق رجعي، او قد تكون محرمة عليه حرمة
مؤقتة او مؤبدة، هذه الامور يجهلها رجل الدين ولا يمت لها بصلة، لذا

فأن الغلو في استمرارهم في هذا النهج يدخلهم في المعاصي فضلا عن العقوبات التي يوجبها القانون.

ثبت من التطبيقات القضائية ان العديد من عقود الزواج المبرمة من قبل رجال الدين هي عقود باطلة من الوجهة الشرعية لمحدودية علم هؤلاء بالاحكام الشرعية فلا يتم تصديقها لعدم استيفائها الشروط الشرعية المطلوبة، فضلا عن ان محاكم الاحوال الشخصية لا تتعامل مع هؤلاء باعتبارهم رجال دين لعدم معرفة موقعهم في المؤسسة الدينية اولا ولكونهم غير مخولين قانونا بابرام عقود الزواج وكل ماتملكه محاكم الاحوال الشخصية عن موقعهم القانوني كونهم مجرد شهود ليس الا، وحيث انهم كذلك ولما تستدعيهم المحاكم بغية تصديق عقد الزواج الخارجي المبرم من قبلهم، فانما بصفتهم شهود على عقد الزواج الذي ابرم من قبلهم الامر الذي يتطلب تحليفهم اليمين القانونية احتكاما لذمتهم من انهم يقولون الصدق.

عليه لما كان عقد الزواج قد نظمت احكامه النصوص القانونية (شروطه واركانه وأهلية الزواج وتسجيله) وبشكل تفصيلي (الباب الاول) من القانون، فلا يصار والحالة هذه الى رجل الدين لكون ذلك يشكل جريمة يعاقب عليها القانون فضلا عن حضور النص القانوني وصراحته.

نفقة الزوجة

الطرف التي مر بها العراق للعقود الاربعة الماضية وظروفه الحالية ايضا فرضت على المكلفين بالانفاق ان ينتشروا في الغربية وفي كل بقاع الارض وبكل الاتجاهات طلبا للعيش الآمن، فمنهم معلومة اخباره

عن اهله وذويه وهو في غربته ومنهم منقطعة اخباره. الضحية الاولى لهذا الوضع الاطفال والزوجة ومما يزيد الوضع ضنكا ولوعة ان تكون الزوجة من دون مصدر للرزق. وفي حالة كهذه تكون الاحكام القضائية التي تقضي بالنفقة وتلزم المكلفين بها قانونا لا جدوى منها لغياب المكلف بدفعها او انتقاله الى جهة مجهولة وتعيش الزوجة والاطفال في مواجهة مباشرة امام العوز والفقر ولم تطرح الدولة حلولا لمعوزيها لهذه الحالة لانشغالها بهمومها المتناسلة.

الا ان المادة الثلاثون من القانون الزمت الدولة بالانفاق على الزوجة اذا لم تجد من يقرضها لذا فالمقترح لدينا هو انشاء صندوق للنفقات يدرج في الميزانية العامة للدولة تدفع بموجبة النفقات لمستحقيها في حالة عدم امكان استحصالها من المكلف بها. ولاي سبب كان، ولوزارة المالية الحق بالرجوع على المكلف بدعوى قضائية.

عدم المساواة وحكم النشوز

مع التحفظ الذي نملكه على موضوع النشوز بشكل عام سواء ما ورد في النص التشريعي او التطبيقات القضائية. والشرعنة للتمييز ضد المرأة، والاخذ من جرفها لصالح الزوج أمعانا في التمييز ضدها ضمن رؤية ذكورية طاغية. ولم نجد من يلتفت لنشوز الزوج لا تشريعا ولا قضاء على الرغم من صراحة الاية 128 من سورة النساء التي تنص: ﴿وأن امرأة خافت من بعلها نشوزا﴾ لذا فالمقترح لدينا وتيمنا بهذه الاية:

1- ازالة التمييز في موضوع الزواج لكلا الزوجين، اذ للرجل الزواج باخرى بعد اكتساب حكم النشوز درجة البتات، في حين ان الزوجة

لا يحق لها ذلك اذ اعطاها القانون حق رفع دعوى التفريق بعد مرور سنتين على اكتساب حكم النشوز درجة البتات. وهذا النص بحاجة لمعالجة من اجل المساواة امام القانون.

2- ان ينص القانون على نشوز الزوج متى ما تحققت اسبابه وشروطه استنادا للاية المذكورة وأسوة بما شرعه اقليم كردستان عندما عدل القانون بالتعديل المرقم 15 لسنة 2008

الطلاق

الطلاق هو حل عقد الزواج وليس رفع قيد الزواج كما ورد في القانون لان نصوصه لم تتضمن كون الزواج قيذا. وحل عقد الزواج يجب ان يتم في محكمة الاحوال الشخصية حصرا وهذا ما ذهبت اليه النصوص القانونية. اذ ان قاضي الاحوال الشخصية وحده الذي خصه القانون في هذا الموضوع، وبذلك يعد كل طلاق يقع امام رجل الدين باطلا من الوجهة القانونية ولا يعتد به ونرى ان يكون ذلك فعلا مخالفا للقانون ويلزم مرتكبه الجزاء، وذلك للآثار السلبية التي سببها الطلاق الواقع خارج المحكمة.

وعدم الاعتداد بصيغ الطلاق التي اوجبتها المذاهب الاسلامية، ويكون الطلاق بأية صيغة انصرفت اليها الارادة تدل على الطلاق ويعتد بها وان كانت بالاشارة ممن لا يجيد النطق او الكتابة او بأية وسيلة معبرة عنها، وحسبما ذهب الى ذلك التعديل الذي اجراه المشرع في اقليم كردستان بالرقم 15 لسنة 2008 الذي نص على: (... بصيغة صريحة تدل عليه شرعا وقانونا او اية لغة معينة بايقاع من الزوج او الزوجة ان وكلت او فوضت بها او من القاضي).

نقترح- واسوة على ما نص عليه القانون التونسي- ان ينص في القانون على حرمة الزوج من الزواج بمطلقة في الطلاق الثالث (البينونة الكبرى) حرمة مؤبدة وذلك تلافيا للزواج من اخر وطلاقه منه، وما يلاقيه ذلك من حرج للمرأة والزوجين على حد سواء. ثم ان أي حياة هذه يمكن لها الديمومة والاستقرار والسكينة والمودة والرحمة مع الطلاق المتكرر والمتعدد.

التفريق

تعد احكام التفريق من المنجزات التشريعية المطلوبة التي جاء بها قانون الاحوال الشخصية التي تدرج تحت عنوان التسريح بأحسان في حالة الخلاف المستحكم او الضرر الذي يحول دون استمرار الحياة الزوجية وسواها من الاسباب الاخرى الواردة في القانون، الا انه يلاحظ من خلاف التطبيقات القضائية وبعد الاحتلال سنة 2003 وسيطرت الاحزاب ذات الخطاب السياسي الديني ان ثمة فتور في تطبيق تلك النصوص على اعتبار ان احد المذاهب لا يقر باحكام التفريق ويكتفي باحكام الطلاق، والراي لدينا ان القانون في مفهومه وفحواه هو الواجب التطبيق وذلك اتباعا لنص المادة (5) من الدستور التي تنص على سيادة القانون، وان القضاة ملزمون بتطبيق القانون على وفق ذلك الفهم ولا يصار لاي رأي فقهي مهما علا شأنه ما دام النص القانوني يحكم تلك الحالة. وعلى السلطة القضائية مسؤولية اعادة الاحكام القضائية الى سندها القانوني.

الخلع

المادة السادسة والاربعون: (الخلع ازالة قيد الزواج بلفظ الخلع او ما في معناه وينعقد بأيجاب وقبول امام القاضي...).

نص القانون هذا، مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية وعلى وجه الخصوص الآية 229 من سورة البقرة: ﴿الطلاق مرتان فأمسك بمعروف أو تسريح بأحسان...﴾. فيما افتدت به تلك حدود الله فلا تعتدوها... ﴿﴾. المقترنة بالتطبيق القضائي لها من قبل الرسول الكريم في قضية ليلى بنت عبد الله بن أبيّ إذا قبل منها الخلع وبارادتها المنفردة على ان ترد الى زوجها حديقته التي كانت مهرها.

والخلع كما يقول ابن رشد: (والفقه ان الفداء انما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من طلاق، فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل اذا فرك المرأة، جعل الخلع بيد المرأة اذا فركت الرجل) *

* فرك تعني ابغض. (ابن رشد - بداية المجتهد ونهاية المقتصد - الجزء 3 - دار ابن حزم - بيروت - 1995 - ص 1057)

وبهذا اخذ القانون المصري رقم 1 لسنة 2000 وفي مادته 20 التي نصت على: (للزوجين ان يتراضيا فيما بينهما على الخلع، فأن لم يتراضيا عليه وأقامت الزوجة دعواها بطلبه وأفتدت نفسها وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية والشرعية وردت عليه الصداق الذي اعطاها لها، حكمت المحكمة بتطليقها عليه.

والامر ذاته في اقليم كردستان عندما عدلت المادة السادسة والاربعين من القانون واصبحت صياغتها بالشكل الاتي:

(الخلع ازالة قيد الزواج بلفظ الخلع او ما في معناه مقابل عوض لا يزيد عما قبضته من المهر المسمى ولا يشترط رضا الزوج في الخلع اذا تبين للقاضي عن طريق التحكيم ان الزوجة لا تطيق العيش معه).

مقترحنا ان يعدل نص المادة السادسة والاربعين اسوة بالنص الوارد في اقليم كردستان. أي ان الخلع يرد بارادة الزوجة المنفردة ومن دون موافقة الزوج اذا كانت لا تطيق العيش معه وتفتدي حريتها باعادة المهر.

النسب

النسب البايولوجي هو ما نصرفت اليه ارادة الزوجين النازعين نحو النسل، ولكن في جانب اخر تنصرف ارادة الزوجين للاقرار بنسب مجهول النسب وهنا يكون النسب حكمي وفي كلتا الحالتين نحن امام ارادة الزوجين وما انصرفت اليه وهي الارادة الجديرة بالاعتبار قانونا، وفي هذا الجانب جاءت نصوص قانون الاحوال الشخصية صريحة وواضحة، اذ نصت المادة الثانية والخمسون على: (1 - الاقرار بالبنة - ولو في مرض الموت - لمجهول النسب يثبت به نسب المقر له اذا كان يولد مثله لمثله). ولكي يكون المقر له بالنسب ابنا للمقرين الزوجين يجب تحقق شروطه الاربعة - اولهما ان يكون مجهول النسب والثاني ان يولد مثله لمثله والثالث ان يقبل المقر له اذا كان بالغ سن الرشد والرابع ان يبقى المقران على اقرارهما حتى الموت.

وبهذا التوصيف القانوني الذي انصرفت اليه ارادة الزوجين اوجب ان يكون للمقر له ذات الحقوق القانونية والشرعية للابن الصلبي بعد تسجيله ابنا في سجلات الاحوال المدنية. وان لا تسمع دعوى نفى النسب من الاغيار بعد وفاة احد المقرين

الا ان قانون رعاية الاحداث قم 76 لسنة 1983 الغى قانون الاحداث رقم 64 لسنة 1972 الذي كان ينص على احكام لصالح المقر له بنسب.

ووضع نص تمييزي لا يتفق وحقوق الانسان عندما لم يعتبره وارثا بل انه مجرد مضموم له وصية واجبة لا تزيد عن حصة اقل وارث، وهذا يعني تركه لعوادي الزمن ونهباً للبطش من قبل اقارب الزوجين بعد وفاتهما او احدهما.

وبدلاً من ان يكون قرار الضم الصادر عن محكمة الاحداث سرىا في دوائر الاحوال المدنية فانه يصبح محلاً للأشهار عند رفع دعوى نفي النسب وكثير ما يصاحب ذلك اقاويل عن ان المضموم تم ضمه من دون ان يعرف نسبه مما ينعكس سلبا على سلوكه وشخصيته بعد ان كان يعيش حالة آمنة في كنف والديه.

لذا فالرأي لدينا هو احترام ارادة الزوجين بعد وفاتهما فهو ابنهما حكماً وهذا ما انصرفت اليه ارادتهما وان تعامله النصوص القانونية معاملة الابن الصلبي ولا تسمع دعوى نفي النسب مطلقاً بعد وفاة احدهما بخاصة اذا اخنا بنظر الاعتبار ان مجهول النسب هذا عراقي وبكامل حقوق المواطنة حسبما ينص على ذلك الدستور.

الايصاء

ورد الايصاء في قانون الاحوال الشخصية ضمن احكام الفصل الثاني من الباب الثامن المواد من المادة الخامسة والسبعين الى نهاية المادة الحادية والثمانين. وقد عرف القانون: (الايصاء بانه اقامة شخص غيره لينظر فيما اوصى به بعد وفاته). والذي يهمننا في هذا الفصل كله هو المادة الحادية والثمانين التي تنص على: (اذا توفي شخص ولم ينصب وصياً فللقاضي ان يصبه في الاحوال التالية:

4- اذا كان احد الورثة صغيرا ولا ولي له).

من خلال هذا النص تتمكن الامهات من حيازة الوصاية لاطفالهن في حالة وفاة الاب ومنحهن الصلاحيات القانونية لتلك المهمة.

الا ان الاحداث التي تعصف بالعراق واهله منذ عدة عقود دفعت العديد من الازواج او اصحاب الولاية على قاصريهم الى الالتجاء الى الخارج وكثير منهم اختفوا في جهات مجهولة وتعذر على الامهات القيام بالتصرفات او الاعمال التي تمكنهن من ادارة شؤون القاصرين كاستخراج جواز السفر او السفر بهم.

لذا فالمقترح لدينا ان الحاضنة للاطفال يجب تتمتع بذات الصلاحيات التي يتمتع بها الاب صاحب الولاية.

المواريث

وردت احكام المواريث ضمن احكام الباب التاسع من قانون الاحوال الشخصية. المواد من السادسة والثمانين الى نهاية الرابعة والتسعين.

ان ارادة مشرع قانون الاحوال الشخصية انصرفت ابتداءً الى تطبيق احكام الانتقال على المواريث الواردة ضمن احكام الفرع الثاني من الفصل الاول الواردة احكامه في الباب الثاني من الكتاب الثالث من القانون المدني. فقد نصت المادة الثالثة والسبعون حين صدور القانون على: (تسري الاحكام الواردة في المواد من 1187 الى 1199 من القانون المدني في تعيين الورثة وتحديد انصبتهم في التركة من عقارات ومنقولات).

وبموجب هذا النص اصبح للذكر مثل حظ الانثى على اعتبار انهما من الدرجة الاولى من اصحاب حق الانتقال. (المادة 1/1188) من القانون المدني.

الغي هذا النص بموجب القانون رقم 11 لسنة 1963 وحل الباب التاسع محل النص الملغى، وكتب البعض من شراح قانون الاحوال الشخصية حول هذا التعديل ان المشرع اراد احتساب الارث حسب الطبقات، أي حسب ترتيب المواد، الا ان التطبيقات القضائية فسرت تلك النصوص على وفق احكام المذاهب الاسلامية، وهكذا جرت التطبيقات القضائية كل ضمن احكام مذهبه، وكأثر من اثار تلك التطبيقات هو حصول الاختلاف في الارث وبسببه انعدمت المساواة امام القانون، فما يعد وارثا في هذا المذهب، يكون محجوبا في المذهب الاخر ولم يعد نص القانون رائدا وهو الواجب التطبيق بل ان التطبيقات ذهبت الى خلاف ذلك. الامر الذي انعكس سلبا على حقوق الورثة.

الرأي لدينا ابتداء وفي هذه المرحلة هو وجوب وجود نصوص قانونية تؤدي الى تفعيل سيادة القانون التي اشترطتها المادة 5 من الدستور لكي يصار الى القانون في لفظه وفحواه هذا اولا، اما ثانيا فيجب اعمال المادة 14 من الدستور المتضمنة المساواة امام القانون. وذلك بان يصار الى نص قانوني لا يتغلب فيه شخص على اخر وفي الدرجة نفسها ولا يحرم اخر بالمستوى نفسه. مع لزوم الاحتفاظ بالفروض الواردة في الاية (11) من سورة النساء وما لا بعدها المتضمنة احكام الموارث من سورة النساء.

الجنين

لم يؤسس المشرع العراقي احكاما تتعلق بالجنين، واكتفى بارث الجنين عند وفاة والده المعتمد من قبل الفقهاء المسلمون وعلى اختلاف مذاهبهم. ونرى لزوم التنصيص على ان الجنين كائن بشري وليس مجرد عضوا ملحقا بجسد المرأة بايولوجيا. والعمل لما اشارت اليه الشريعة الدولية لحقوق الانسان كما في البروتوكول المتعلق بالجانب الطبي والبايولوجي، ون تتم المعالجة التشريعية لموضوع الاجنة المجمدة الاجنة المخصبة وتاجير الارحام وحرمة الاستنساخ البشري وسواها من المواضيع الاخرى التي يحفل بها موضوع الجنين. وان خلو القانون واحكام الشريعة الاسلامية من هذه المواضيع المهمة والتي انتجها التطور والتقدم العلمي واحكام التغيير توجب تقنينها لكي تكون مرجعا قانونيا للقاضي والطبيب والمجتمع ولكل ذي علاقة.

هذه بأختصار اهم الافكار التي تناولها هذا الكتاب بغية تجديد الدم في نصوصه وحتى يمكنه التماهي مع حالات التطور التي شهدتها ويشهدها المجتمع، ولكي تكون احكامه منسجمة مع الاتفاقات والعهود الدولية التي صادق عليها العراق واصبحت جزءاً من النسيج الوطني التشريعي بخاصة اذا اخذنا بنظر الاعتبار ان العديد من نصوص تلك العهود والمواثيق اصبحت نصوصاً دستورية واجبة الاتباع.

مدخل

تعد الشريعة الاسلامية مرجعا للقضاة للفصل في الخصومات المتعلقة بالاحوال الشخصية منذ خضوع العراق لجيوش المسلمين وما حملوه من الاحكام الشرعية المنصوص عليها في القران والسنة النبوية وما دبجه الفقهاء في مطولاتهم خلال الحقب الزمنية المتلاحقة. ولما كان المسلمون موزعين في فرق وشيع ومذاهب، لذا كانت الاحكام المتعلقة بهذا الموضوع متباينة ومختلفة عن بعضها ان لم تكن متناقضة. هذا الوضع المرتبك القى بكاهله على القضاة الذين كانوا يطيلون النظر في النزاعات المطروحة امامهم تدقيقا وتحقيقا مع البحث عن المبدأ الشرعي الذي يحكم هذه القضية او تلك مستعينين باصحاب اهل الخبرة الشرعية في تبادل الرأي والنقاش من اجل الوصول الى التطبيق الافضل للاحكام الشرعية لمواضيع المنازعات المتعلقة بموضوعها بالاحوال الشخصية.

ففي هذا الوضع المبني على اختلاف الاراء الشرعية الناتجة عن اختلاف القراءات للنص الشرعي والمنتج للاحكام المتضاربة التي اشرنا اليها، ينعكس الامر سلبا على المتداعين وعلى وجه الخصوص المرأة، اذ ان الاجتهادات الفقهية كانت احدى الاسباب التي انعكست

سلبا على حقوق المتداعين وحریاتهم وربما فقدان حیاتهم، واستمرار الاختلاف الفقهي يعني استمرار صدور الاحكام المتناقضة النازعة نحو عدم المساواة امام القضاء. ولا يشفع سعة المعرفة الفقهية ورجحان العقل لدى القضاة في ازالة ذلك او الحد منه.

من هذا الواقع ظهر التوجه نحو توحيد الاحكام القضائية للاحوال الشخصية وفي وقت مبكر من مسيرة القضاء الشرعي للمسلمين، والمبادرة التي قام بها ابو يوسف (احد اركان الحنفية) بعد اختياره لهذه المهمة زمن الرشيد الى اختيار مجموعة من القضاة الذين تثقفوا في فقه الامام ابي حنيفة من اجل الوصول الى احكام متماثلة في النظائر من الوقائع، الا ان وجود المذاهب الاسلامية وكثرة المدارس في المذهب الواحد حال دون تحقيق ذلك الهدف، وامتد الامر طيلة الحقب الاسلامية بما في ذلك الحقبة العثمانية، الا ان الاخيرة وفي الاخير من عقود عمرها وتحت تاثير النهضة التشريعية الاوربية حاولت ان تصدر بعض التشريعات القانونية المعاصرة حينئذ تمثلا بالمنجز التشريعي الاوربي وعلى وجه الخصوص الفرنسي كالقانون الجزائي وقانون المرافعات، الا ان الاحوال الشخصية بقيت على حالها في تلك البلاد، وان تطبيقاتها تجري على وفق المذهب الحنفي الذي تعتمده الدولة العثمانية.

وعند غروب عصر العثمانيين من خلال الحرب العالمية الاولى وجثوم الاحتلال البريطاني على العراق لم تجر اية محاولة لتقنين الاحوال الشخصية اوية معالجة لهذا الموضوع. فبدلا من ان ينظر لابناء العراق باعتبارهم شعبا واحدا، عمد المحتل البريطاني على اذكاء المذهبية عند اصداره بيان المحاكم 1917 والذي بموجبه شكلت

المحاكم الشرعية التي تنظر في الاحوال الشخصية المتعلقة بمذهب اهل السنة فقط، اما الاحوال الشرعية المتعلقة بالمذهب الجعفري فقد عهد للمحاكم المدنية بنظرها. وفي عام 1923 شكلت المحاكم الشرعية الجعفرية مع مجلس تمييزي شرعي جعفري، وعند صدور القانون الاساسي (الدستور) 1925 ابقى على تشكيلات المحاكم تلك، فضلا عما رسمه بيان المحاكم الصادر 1917 الذي جعل الاحوال الشخصية لغير المسلمين من اختصاص محاكم البداءة. والمفارقة ان البعض من نصوص بيان المحاكم 1917 ما زالت سارية بحق غير المسلمين الى يومنا هذا.

استمرت الاحكام الشرعية الماثورة في الكتب الفقهية هي المعتمدة للفصل في نزاعات الاحوال الشخصية منذ تاسيس الدولة العراقية، ومن دون وجود نص قانوني يحكم المواضيع تلك. الا ان ذلك لا يعني السكوت على هذا الوضع فقد بدأ التفكير الفعلي بايجاد مدونة قانونية تحمل شتات تلك الاحكام والوصول الى تدوينها على شكل قواعد قانونية بخاصة وان القانون الاساس في مادته الـ (77) قد نص على ان المحاكم الشرعية تجري احكامها الشرعية المختصة بكل مذهب وقد افضى القانون الاساس بمادته هذه الى ازدواج المحاكم الشرعية وهو امر منتقد ومحل بوحد القضاء العراقي. (د صلاح الدين الناهي - الاسرة والمرأة - بغداد - شركة الطبع والنشر الاهلية - 1958 - ص 11).

وتحمس لهذا الموضوع معالي وزير العدالة حيثذ السيد احمد مختار بابان فضلا عن ان خلفه معالي وزير العدل السيد عمر نظمي الذي تمنى ان يصدر القانون في عهده. وفي سنة 1945 جرت محاولة للخروج من

هذا الوضع، فقد الفت لجنة من اربعة اشخاص بموجب الامر الصادر عن وزارة العدلية بالعدد 135 في 29/1/1945 المذيل بتوقيع معالي وزير العدلية السيد احمد مختار بابان، لغرض وضع لائحة قانون الاحوال الشخصية ومن الذوات:

- 1 - معالي الحاج محمد حسن كبة رئيس مجلس النواب.
 - 2 - الشيخ علي الشرقي رئيس مجلس التمييز الشرعي الجعفري.
 - 3 - الحاج حمدي الاعظمي المدون القانوني.
 - 4 - السيد محمد شفيق العاني العضو في مجلس التمييز الشرعي السني.
- وانيطت سكرتارية اللجنة بالسيد كامل السامرائي ملاحظ التدوين القانوني.
- وقد تم انجاز اللائحة من قبل اللجنة المذكورة سنة 1948. وتضمنت فعلا العديد من المواضيع الواقعة تحت نطاق الاحوال الشخصية، اذ تضمنت احكاما عامة اولا، ثم عقد الزواج وتسجيله، ونفقة الزوجة، والشقاق بين الزوجين والطلاق وفسخ النكاح والفرقة، والعدة، والنسب، فضلا عن الرضاعة والحضانة، ونفقة الاقارب، والولاية والوصاية والمواريث وسواها من الاحكام الاخرى التي تضمنتها المذكورة الايضاحية الملحقة بالمشروع.

وتضمنت اللائحة ايضا الاحكام المشتركة بين السنة والشيعة بغية اصدرا قانون للاحوال الشخصية، وبعد الانتهاء من كتابة اللائحة رفعت اللجنة مشروعها حينئذ الى مجلس النواب بغية اقراره، اذ لم يحصل المشروع المذكور على الحماس المطلوب لتشريعته لاعتراض البعض على هكذا قانون ولاسباب اختلقوها لذلك. ولم ينله الاهتمام المطلوب

ووضع في ادراج مجلس النواب، وقد تحمس لهذا الموضوع معالي وزير العدالة عمر نظمي وتمنى ان يصدر القانون في زمن ولايته للوزارة. الا ان الظروف كانت قاسية في هذا الموضوع ولن تستطيع النوايا النبيلة ايصاله الى مبتغاه. وبذلك لم تمتد للمشروع يد التشريع طيلة الحكم الملكي.

بعد ثورة 14/ تموز/ 1958، اصبح التفكير جديا من اجل تشريع قانون للاحوال الشخصية ينتقي المبادئ والقواعد الشرعية الانسب لفلسفة الثورة ومنهجها وبرامجها ومن دون التقييد بأي مذهب معين، وكان الامر كذلك، اذ الفت لجنة في وزارة العدل مشهود لاعضائها بسعة الاطلاع على الشريعة واحاطتهم بالشرعة الدولية لحقوق الانسان فضلا عن ثقافتهم العالية، عهد اليهم وضع مشروع قانون للاحوال الشخصية وبعد مناقشات ومداولات والاطلاع على اللائحة الموضوعة في العهد السابق والاستعانة بفصولها وموادها فقد تم انتقاء العديد من احكامها المنسجم مع العهد الجديد وبعد اكمال المشروع تم عرضه على السلطة التشريعية لحكومة الثورة حيثئذ التي وافقت عليه واصدرته تحت اسم قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (280) وتاريخ 30/12/1959.

وقد جاء في اسبابه الموجبة: (لم تكن الاحكام الشرعية للاحوال الشخصية قد شرعت في قانون واحد يجمع من اقوال الفقهاء ما هو المتفق عليه والاكثر ملاءمة للمصلحة الزمنية، ولما كان القضاء الشرعي يستند في اصدار احكامه الى النصوص المدونة في الكتب الفقهية والى الفتاوى في المسائل المختلف عليها والى قضاء المحاكم في البلاد الاسلامية).

فقد وجد ان في تعدد مصادر القضاء واختلاف الاحكام ما يجعل حياة العائلة غير مستقرة وحقوق الفرد غير مضمونة فكان هذا دافعا للتفكير بوضع قانون يجمع فيه اهم الاحكام الشرعية المتفق عليها.

وتحقيقا لهذه الغاية الفت وزارة العدل بأمرها المرقم 560 المؤرخ 7/2/1959 لجنة لوضع لائحة الاحوال الشخصية استمدت مبادئها مما هو متفق عليه من احكام الشريعة وما هو مقبول من قوانين البلاد الاسلامية وما استقر عليه القضاء الشرعي في العراق...).

اهم المبادئ التي جاء بها القانون وتعديلاته

.1.

حكم القانون يسود عما سواه من الاحكام الاخرى

لعل اول المبادئ التي جاء بها القانون هو سيادة النص القانوني على جميع الاحكام والمبادئ الاخرى التي اوردها الفقهاء المسلمون ومهما علا شأنها، اذ لا يصار الى الاحكام الفقهية ما دام النص القانوني موجودا، وغاية المشرع هو الاحتكام الى النص القانوني باعتبار المشمولين باحكامه متساوين امام القانون، ومثال ذلك ان اكمال الثامنة عشرة من العمر تطبق على كل من يطلب الزواج ولا يصار والحالة هذه الى احكام المذاهب التي يصل فيها سن الزواج للبت لدي البعض منها الى تسع سنوات، اذ يعد عقد الزواج باطلا في هذه السن المتدنية. فقد نص القانون على: (1- تسري النصوص التشريعية في هذا القانون على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها او في فحواها. 2- اذا لم يوجد نص

تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون). (المادة الاولى من القانون).

.2.

تعريف عقد الزواج

عرف القانون الزواج بأنه: عقد بين رجل وأمرأة تحل له شرعا غايته انشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل). (المادة الثالثة من القانون)، هذا التعريف الغى التعريف الفقهي لعقد الزواج المجمع عليه من قبل المذاهب الاسلامية وعلى اختلافها، والذي كان ينص على ان عقد الزواج هو: (عقد استمتاع) وبذلك حصروا الزواج بنشاط احادي الجانب وضمن رؤية ذكورية طاغية مخالفة بذلك صريح الاية 21 من سورة الروم المشرعنة للزواج واهدافه: (ومن آياته أن خلق لكم من انفسكم ازواجا لتسكنوا اليها وجعل بينكم مودة ورحمة). وبذلك نزع القانون الحالة الحصرية لعقد الزواج الموضوع من قبل الفقهاء باعتبارها الهدف الوحيد منه حسبما يفصح تعريفهم عنها واقترب من تحقيق الغاية من الزواج الواردة احكامها في الآية 21 الروم.

وقد كان المشرع في اقليم كردستان اكثر توفيقا في وضع تعريف جديد للزواج بموجب تعديله للقانون عندما نص على: (الزواج عقد تراضي بين رجل وامرأة يحل به كل منهما للاخر شرعا غايته تكوين اسرة على اسس المودة والرحمة والمسؤولية المشتركة طبقا لاحكام هذا القانون). التعديل (رقم 15 لسنة 2008).

.3.

الزواج عقد رضائي

ينعقد الزواج بموجب القانون: (بأيجاب - يفيد لغة او عرفا - من احد العاقدين وقبول من الاخر ويقوم الوكيل مقامه). (المادة الرابعة من القانون). ويضاف الى ذلك ان اتحاد مجلس الايجاب والقبول يشترط سماع كل من العاقدين كلام الاخر واستيعابهما بانه المقصود منه عقد الزواج. (المادة السابعة من القانون). وبموجب هذا النص يكون عقد الزواج عقدا رضائيا تنصرف بموجبه ارادة الطرفين الى انشاء الرابطة المشتركة التي توخاها عقد الزواج ومن دون تدخل اي طرف من الاطراف سواء كان من الاهل والاقارب والاختيار. اي حرية اختيار الزوج. وبموجب هذا المبدأ الغي موضوع الولاية على الزواج بالنسبة للبالغين المفروض من بعض المذاهب - التي تعج بها كتب الفقه - وليس لهم التدخل في موضوع الزواج واختيارات طرفيه.

.4.

الاكراه على الزواج يعد جريمة

كان الاهل والاقارب وغيرهم وعلى وجه الخصوص الاولياء فهم من يتحكم بحياة الابناء وبخاصة الزواج، ومن دون الاخذ بنظر الاعتبار رغبتهم من عدمها في هذا الموضوع. لكون الموروث المترسخ في الازهان يميز ذلك. لذا يمكن تصور حجم الضرر الذي يصيب الفرد جراء الاكراه على الزواج او منع زواج رغب به الابن او البنت لذا فان قانون الاحوال الشخصية هذا عد الاكراه جريمة يعاقب عليها القانون سواء

صدر ذلك الاكراه من الاهل او الاقارب او الاغيار. وعقوبة هذه الجريمة هي الحبس الذي لا يزيد على ثلاث سنوات وبالغرامة او باحدى هاتين العقوبتين اذا كان قريبا من الدرجة الاولى اما اذا كان المخالف من غير هؤلاء فتكون العقوبة بالسجن مدة لا تزيد على عشر سنوات او الحبس مدة لا تقل على ثلاث سنوات. (المادة التاسعة من القانون).

.5.

تسجيل عقد الزواج

مما لا شك فيه ان لتسجيل الزواج لدى محاكم الاحوال الشخصية ومن ثم دوائر الاحوال المدنية فوائد كثيرة لتعلق الامر بثبوت الزواج بدليل كتابي رسمي وما ينسحب اثره على الاطفال وتسجيلهم وضمنان تدرجهم الدراسي او الاثار الاخرى التي يرتبها التسجيل. بدلا من بعثرة عقود الزواج لدى رجال الدين والخشية من تعرضها للتلف والفقدان مما ينعكس سلبا على امكانية اثباتها بخاصة بعد غياب رجل الدين او وفاته. ومعلوم ان القانون اشترط شروط عدة لتسجيل عقد الزواج اهمها: تقرير طبي يضمن سلامة الزوجين من الامراض السارية والموانع الصحية وبالوثائق التي يشترطها القانون فيها عدم وجود مانع شرعي من الزواج، تقديم بيان موقع من العاقدين موثق من المختار او شخصين معتبرين بمعرفتهما لهما مبين فيه عمرهما ومقدار المهر ومرفق بهما الهويات التعريفية الرسمية لهما، ثم يدون مايتضمنه البيان في سجلات المحكمة ويوقع بامضائهما، بعد ذلك تعطى حجة الزواج لكل واحد من الزوجين. (المادة العاشرة من القانون).

.6.

الزواج خارج المحكمة جريمة

ولما كان القانون قد نص على الزامية تسجيل عقد الزواج لدى المحكمة المختصة، فان كل من يخالف هذه الالزامية يعد فعلا مخالفا للقانون يتطلب فرض الجزاء على مرتكبه، وبعبارة اخرى ان كل عقد زواج يبرم من قبل رجل الدين يعد جريمة. (الفقرة 5 من المادة العاشرة). كما يعد جريمة كذلك من تزوج بزوجة ثانية مع قيام الزوجية الاولى اذا تم الزواج الثاني من دون الحصول على اذن من قاضي محكمة الاحوال الشخصية. (الفقرة 6 من المادة الثالثة من القانون).

.7.

نفقة الزوجة

الاحكام الفقهية تقضي ان لا نفقة للزوجة اذا حالت الزوجة دون تمكين زوجها منها، لذا فهم يشترطون دفع النفقة مقترنا بالاستجابة للفراش، ولديهم ان النفرة من الفراش تستدعي غضب الرب والملائكة، لكون الرجل قد اشترى المرأة. وقد وردت في الغالب من كتب التفاسير ان امتناع الزوجة عن الاستجابة للفراش يعد نشوزا تخرج منخرج المعصية. لذا فهي لا تستحق النفقة للسبب المذكور، خلافا لما هو ثابت في احكام القران الكريم: كآلاية: (ولهن مثل الذي عليهن) والسنة النبوية التي تقضي بالمعاملة بالمعروف، وقد جاء قانون الاحوال الشخصية لينقذ الزوجة من تلك القيود الفقهية لينص على:

(تجب النفقة للزوجة على الزوج من حين العقد الصحيح ولو كانت مقيمة في بيت اهلها الا اذا طلبها الزوج بالانتقال الى بيته وامتنعت بغير حق) اذ ان القانون لا يقرن النفقة بفراش الزوجية بل هو الزام قانوني بالانفاق عليها من تاريخ العقد الصحيح.

. 8 .

التفريق القضائي

الطلاق حكر على الزوج يستعمله متى شاء ويستخدمه ضد زوجته مع علمه انه متعسف باستعماله. ولا تتمتع الزوجة بما يتمتع به الزوج في هذا الموضوع. اذ كثيرا ما يسبب الزوج لزوجته الكثير من الحرج والضرر وقد يتعسف الزوج في معاملة زوجته مما يشكل اسبابا للخلافات بينهما تصبح في كثير من الاحيان خلافات مستحكمة، لا رجاء فيها يمكن الوصول الى حلول بينهما لدرجة التعذر معها استمرار الحياة الزوجية، او انه يضيق عليها في عيشها وفي حريتها، ولا تمسك من سبيل لشراء حريتها بخاصة وان الغالب من الفقهاء المسلمين يقيد الاحكام النازعة نحو حرية الزوجة فهم لا يمسكوهن بأحسان ولا يسرحوهن بمعروف وتبقى الزوجة تحت هذا القهر والاضطهاد والعنت الزوجي، فجاء قانون الاحوال الشخصية ليفرد الفصل الثاني من الباب الرابع من القانون لاحكام التفريق القضائي. اذ اجاز للزوجة طلب التفريق اذا اضر بها الزوج، او ان الزواج تم قبل اكمالها الثامنة عشرة من العمر، او اذا كان الزواج قد تم كرها، او اذا تزوج زوجها بزوجة ثانية من دون اذن المحكمة، او اذا نشب بينهما خلافاً مستحكماً، او اذا

هجرها لمدة سنتين فاكثر، او اذا وجدته عينا او مبتلى بما لا يستطيع معه القيام بالواجبات الزوجية، او اذا كان عقيما، او اذا امتنع عن تسديد النفقة المحكوموم بها. وهذه الاحكام بمجملها وردت لصالح الزوجة واذا ما رفعت الدعوى لطلب التفريق من زوجها فتكون قد استعملت حقها بموجب احكام القانون.

.9.

الرضاعة والحضانة

فالرضاعة تعرف فقها هي: هي تناول الطفل لبنا ثاب عن حمل وشربه بالاستناد الى الاية: ﴿والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين...﴾ (البقرة 233). اي ان الطفل يبقى لدى امه فترة الرضاعة مدة سنتين، ولا يجوز فصله عن امه خلال فترة الرضاعة لأن ذلك مخالف للآية 14 من سورة لقمان ﴿وفصاله في عامين﴾. وبهذا الاتجاه استقرت احكام محكمة التمييز المستندة الى احكام القانون. ففي حكم لها قضت:-

970/ شرعية/ 1973

27/12/1973

(لا يجوز فصل الطفل عن امه في دور الرضاع ودفعه لأبيه وان تزوجت الام بأجنبي).

اما الحضانة - المبدأ الجدير بالاعتبار الذي ثبته القانون هو ان: (الحضانة تدور وجودا وعندما مع مصلحة المحضون) اي ان احكام الحضانة تنهض عندما تتحقق مصلحة المحضون مادام الجهد منصرفا

الى رعايته وتربيته وصيانيته في المدة التي يحتاج فيها المحضون للام. وهي حق للأم بالاتفاق كما يقول الامام الشيخ محمد جواد مغنية في كتابة الاحوال الشخصية على المذاهب الخمسة وكذلك الامام محمد ابو زهرة في كتابه الاحوال الشخصية لانها تندرج تحت عنوان الولاية على التربية وهذا المبدأ الشرعي اخذ به قانون الاحوال الشخصية عندما نص على: (الام أحق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة ما لم يتضرر المحضون من ذلك) المادة 57/ اولاً من القانون.

ولاية الاب - تقر الاحكام الشرعية ولاية الأب على ابنائه (الولاية الجبرية) وولاية الاب تبدأ من حيث تبدأ الحضانة وهي الحفظ والصون حتى مرحلة البلوغ وتذهب البعض من المذاهب الى ما بعد البلوغ المقصود بها الولاية على النفس من الذكور كما يقول الصحابين. ومن مستلزمات الولاية رعاية شؤون الطفل ونفقاته وتعليمه حتى ولو كان في مدارس خاصة اذا كان قادراً على ذلك وتطبيبه وعلاجه في اماكن خاصة او ارساله الى خارج العراق اذا كان قادراً على ذلك. ولم يخرج قانون الاحوال الشخصية عن هذه الاحكام، اذ الزم الاب بالاتفاق على ولده (الباب السابع - نفقة الفروع) وألزمته النصوص التشريعية في المادة 57 بلزوم تربيته وتعليمه باعتباره ولياً عليه بموجب احكام القانون ما دام المحضون عند حاضنته. اي ان النصوص القانونية اقرت ولاية الاب والزمته باحكامها على وفق التفاصيل الواردة فيها. اذن القانون يقر ولاية الاب على ابنائه ولا يتجاوزها مع بقاء المحضون لدى حاضنته.

. 10 .

الطلاق

ما يحسب لصالح المشرع العراقي هو تمكنه من من صياغة القاعدة الشرعية على شكل قاعدة قانونية تحقق مبدأ المساواة امام القانون، اذ اختلف الفقهاء المسلمون في صيغته ولفظه وشروطه بحيث ما يعده طلاقا صحيحا في هذا المذهب يعده المذهب الاخر باطلا، ومعلوم على سبيل المثال ان اللفظ ثلاثا في احد المذاهب يصبح الطلاق بموجبه باثنا بينونة كبرى. اما نص القانون فقد نص على: (الطلاق المقترن بعدد لفظا او اشارة لا يقع الا طلقه واحده). (الفقرة 2 من المادة السابعة والثلاثين من القانون). وازداد اقليم كردستان تشديدا مهما لهذا الموضوع عندما نص على: (رفع قيد الزواج بصيغة صريحة دون التحدد بصيغة محددة). (القانون رقم 15 لسنة 2008).

. 11 .

ميراث البنات

(تستحق البنات او البنات في حالة عدم وجود ابن للمتوفى ما تبقى من التركة، بعد اخذ الابوين والزوج الاخر فروضهم منها، وتستحق جميع التركة في حالة عدم وجود اي منهم). المادة الواحدة والتسعون) اذ اصبح النص بهذه الصيغة بموجب التعديل الوارد بالقانون رقم 34 لسنة 1983. كما ان القانون اعطى صلاحية الحجب للبنات اسوة بالابن، اي المساواة بينهما في الحجب. وقد عد القانون المذكور منجزا تشريعا لصالح المرأة يضاف الى مكاسبها المنصوص عليها في قانون الاحوال الشخصية.

كان النص قبل التعديل هو ان يشارك بنت المتوفى اعمامها وعماتها أي اخوة المتوفى في الميراث وذلك حسب الاحكام الشرعية لدى المذاهب الاربعة، عدا المذهب الجعفري الذي ساوى بينها واخيها في حجب الاعمام والعمات من الميراث وبها اخذ المشرع العراقي، وقبل هذا التشريع كان العديد من العراقيين ممن لهم بنت او بنات ولم يرزقوا بأبناء - ممن هم على غير المذهب الجعفري - يعلنون تشيعهم حماية لبناتهم من بطش الاخوة والاخوات.

وبذلك يكون المشرع قد سار على ذات النهج الذي سار عليه سلفه من المشرعين، وهو انتقاء القواعد الشرعية الاكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون وصياغتها على شكل قاعدة قانونية ومن دون التقييد بمذهب على حساب مذهب اخر.

. 12 .

ميراث الزوجة بصفتها الوريثة الوحيدة

عندما يتوفى احد الزوجين ولم يترك من الورثة سوى زوجه الاخر اي بدون عقب وارث او اي وارث آخر، فان الاحكام الشرعية المطبقة في هذا الشأن كانت تعطي للزوج الاخر الفرض الذي يستحقه بموجب آيات الموارث الواردة في سورة النساء، والباقي يذهب إلى بيت المال والذي هو وزارة المالية متمثلة في مجلس المحافظة او امانة بغداد، (وقد وجد ان الكثير من الزوجات كبيرات السن بعد وفاة ازواجهن وليس لديهن مورد رزق الا ان الحكومة تراحمهن على دارالسكن الوحيدة وتطالبهن بدعاوى عن اجر مثل حصة بيت المال، وتتركهن

في معاناة مريرة وهنّ في خريف العمر، وهنّ لا يجدن ما يسد رمقهن
لقصر ذات اليد.

وامام هذا الوضع اصدرمجلس قيادة الثورة في حينه القرار (1170)
لسنة 1977الذي مكن الزوج الاخرمن نقل ملكية دارالسكن باسمه اذا
كانت تلك الدار هي الوحيدة التي خلفها المتوفى، ومن دون مزاحمة
بيت المال لها، وهذا القرار يحسب لقانون الاحوال الشخصية لانه متعلق
بالارث، وفيه من العدالة الكثير.

. 13 .

التعويض عن الطلاق التعسفي

يعدّ اغلب الازواج ان حقهم في الطلاق مطلق تؤيدهم العديد من
المبادئ الفقهية للفقهاء المسلمين. وبما انه حق لهم فلا ضمان عليهم
باستعماله ولوتسبب بضرر للزوجة مستندين الى القاعدة الشرعية التي
تقضي: (الجواز الشرعي ينافي الضمان)، ومن دون ان يضع هؤلاء
الازواج وفقهائهم النص القرآني نصب اعينهم: ﴿الطلاق مرتان امسك
بمعروف او تسريح بأحسان﴾، على الرغم من صراحته وألزاميته. الا
انهم يوقعون الطلاق بشكل متعسف ويتركون الزوجة وحيدة امام قدرها
بخاصة اذا كانت من دون مصدر للرزق.

وامام حالة التعسف هذه المقترنة بالضرر الذي يصيب الزوجات
جرائه فقد صدرالقانون رقم (51) لسنة 1985 المعدل لقانون الاحوال
الشخصية الذي نص على: (اذا طلق الزوج زوجته وتبين للمحكمة ان

الزوج متعسف في طلاقها وان الزوجة اصابها ضرر من جراء ذلك، تحكم المحكمة بطلب منها على مطلقها بتعويض مناسب) وبهذا استقرت الاحكام القضائية على هذا المبدأ منذ زمن ليس بالقريب، ففي حكم لمحكمة التمييز الاتحادية قضى:

(للزوجة المطلقة تعسفا ان تطلب من محكمة الاحوال الشخصية الحكم لها بالتعويض عن طلاقها الواقع تعسفا دون ان يقيد هذا ذلك لزوم تقديم الطلب ضمن دعوى بالطلاق او باقامة دعوى مستقلة به) رقم القرار - 3269/ موسعة اولى/ 1986 في 28/2/1987

.وهذا المبدأ، وما صاحبه من احكام قضائية يعد منسجما مع الاحكام العامة المتعلقة بحقوق الانسان خاصة الواردة منها في اتفاقية سيداو وعلى وجه الخصوص الديباجة منها.

. 14 .

سكن الزوجة المطلقة

تشرذ الزوجة عادة بعد الطلاق او التفريق هي واطفالها وتكون محظوظة لو وجدت مستقرا لها في دار اهلها. ولا تسعفها الاحكام الفقهية الشرعية من انتشارها من الحالة تلك، الا ان المشرع وفي الاسباب الموجبة لصدور قانون حق المطلقة في السكن بالمرقم (77) لسنة 1983 المعدل قد بين: ((ان الزوجات يبقين بلا ماوى بعد طلاقهن او تفريقهن لذلك فان العدالة تقتضي بان تمنح الزوجة التي يصدر حكمب طلاقها او تفريقها حق البقاء في الدار او الشقة التي تسكنها وزوجها مدة تكفيها

لتهيئة مسكن يؤيها، لان الزوج اقدر على تهيئة مسكن له، وقد وجد ان مدة ثلاث سنوات كافية لها، واجيز لها ان تسكن معها احد محارمها، وقد وضعت النصوص احكاما تحول دون تلاعب الزوج بملكية العقار، او ان يقوم بتصرف ينقص من استيفاء المطلقة المنفعة كاملة.

والامر ذاته بالنسبة للدار اذا كانت مستاجرة فان عقد الايجار ينتقل الى المطلقة. هذه النصوص وسواها، تحفظ للمطلقة كرامتها وتحول دون تشردها، وتستطيع ان تلتقط انفاسها حتى تتمكن من ان تجد مستقرا لها بعدئذ.

. 15 .

الوصية الواجبة

ان الاحكام العامة لدى المذاهب الاسلامية باختلاف افكارها ومشاربها وتنوعها وهي (الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والجعفرية) تحرم ابناء وبنات الشخص الذي يتوفى قبل وفاة امه وابيه من ارث جدهم وحجتهم على اعتبار لا أرث لمتوفى، على الرغم من كونهم ذوي قربي يتصلون بالمتوفى بواسطة ابائهم او امهاتهم المتوفين قبل المورث، ولا يصح والحالة هذه ترك هؤلاء الاحفاد نهبا لعاديات الزمن في الوقت الذي يرفل فيه اعمامهم وعماتهم بتركة المتوفى. وامام هذا الوضع ومع خلو المذاهب الخمسة على احكام تسعف حالة الاحفاد. وبأجتهد من المشرع العراقي - بعد رجوعه الى الاحكام الفقهية - فقد وجد ضالته في مذهب مندثر هو مذهب ابن حزم الظاهري وكذلك الاحكام الواردة لدى سعيد بن المسيب، المنصرف الى توريث هؤلاء

الاحفاد والاسباط واستنادا للاحكام الواردة فيهما، فقد صدر القانون رقم (72) لسنة 1979 معدلا لاحكام قانون الاحوال الشخصية الذي جاء نصا: (اذا مات الولد ذكرا كان ام انثى قبل وفاة ابيه او امه، فانه يعتبر بحكم الحي عند وفاة اي منهما، وينتقل استحقاقه من الارث إلى اولاده ذكورا واناثا حسب الاحكام الشرعية، باعتباره وصية واجبة). وفي هذا النص عدالة استحقاقها الاحفاد ذكورا كانوا ام اناثا. وهو منجز تشريعي جدير بالاعتبار يضاف للمشرع العراقي في هذا الجانب.

هذه اهم المبادئ التي جاء بها المنجز التشريعي في قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959. مما لاشك فيه فأن قانون الاحوال الشخصية يعد منجزا تشريعا مهما ومنعطفنا نحو البناء التشريعي للدولة، وأن المبادئ التي جاء بها تجعله منحازا للاسرة والمرأة على وجه الخصوص، وان الظروف التي شرع بها جعلت احكامه بالصياغات تلك محسوبة للجهد النبيل لكل من ساهم فيه وانجزه ليرى النور، ومع حرصهم المشهود على ان يكون القانون مدونة للاحوال الشخصية جديرة بالاعتبار.

ومع الايجابيات التي جاء بها، الا ان ثمة نواقص اعترتها، او ان المشرعين ابقوها لأعتبارات عدة معروفة طبعا فضلا عن ان هذا النص او ذلك اصابته في بعض جوانبه الهنات او الفراغات التي لم يتسن لهم ردمها حيث ان الستين سنة من عمر القانون اصابته بعض نصوصه بالتقادم وان حركة المجتمع والتطور اوجب اعادة النظر او التفكير في

اضافة احكام جديدة تنسجم ومتطلبات التطور والتغيرات التي يشهدها المجتمع، فضلا عن ان الاتفاقات الدولية المتعلقة بحقوق الانسان وما خص المرأة منها والمصادق عليها من قبل العراق يوجب ان يكون لها محل في نصوصه. لذا نحاول في السطور القادمة تناول ذلك عند شرحنا لمواده وتثبيت ما تتطلبه احكام التطور ومرور السنين.

الاحكام العامة

المادة الاولى

- 1- تسري النصوص التشريعية في هذا القانون على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها او في فحواها.
- 2- اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون.
- 3- تسترشد المحاكم في كل ذلك بالاحكام التي اقرها القضاء والفقهاء الاسلاميين في العراق وفي البلاد الاسلامية الاخرى التي تتقارب قوانينها من القوانين العراقية.

ان المنهج الذي وضعه المشرع عند مباشرته في وضع مسودة هذا القانون يتمثل في انتقائه القاعدة الشرعية دون التقييد بأي مذهب من المذاهب الاسلامية، وصياغتها على شكل قاعدة قانونية لكي تكون نصابا ينظم حياة الافراد في المجتمع وتصبح قانونا. والقانون كما يعرفه فقهاء القانون هو: (مجموعة القواعد الملزمة التي تنظم علاقات الاشخاص في المجتمع تنظيميا عادلا يكفل حريات الافراد ويحقق الخير العام). (الدكتور سليمان مرقس- الوافي في شرح القانون المدني- دار الكتب القانونية- مصر- 1998- ص 9) وتطبيقا لاحكام هذا المنهج، تراه قد وضع العديد من النصوص

القانونية المستمدة احكامها من الشريعة الاسلامية من دون التقييد بمذهب معين، اذ ان العبرة لديه ان يكون ذلك النص حائزا على شروط تعريف القانون اولا وان يكون المشمولون باحكامه متساوين امام نصح.

الا ان القانون وضمن ظروف تشريعه لم يتمكن من صياغة القواعد الشرعية كافة على شكل نصوص قانونية بل اعتمد البعض منها وعدّ سريانها بموجب هذه المادة على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها او في فحواها، اما في حالة عدم وجود نص تشريعي يمكن تطبيقها فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص قانون الاحوال الشخصية

وهنا تكمن المشكلة. أي مشكلة تطبيق هذا النص. فالغالب من القضاة - وبمختلف درجات التقاضي - يعتمد احكام المذاهب الاسلامية في حالة غياب النص وليس مبادئ الشريعة الاسلامية ومعلوم بالطبع اختلاف وجهات نظر المذاهب في مفهوم مبادئ الشريعة الاسلامية لتلك المذاهب، فما يعد من مبادئ الشريعة الاسلامية في هذا المذهب لم يكن كذلك في مذهب اخر، لابل ان هذا الاختلاف ينتقل الى المدارس الفقهية في المذهب الواحد، لذا فعند الرجوع الى ادبيات المذاهب الاسلامية تصدمك الاراء المختلفة والمتناقضة والمتناشزة. ومما يؤسف له ان هذا الوضع المذهبي تبنته محكمة التمييز في تطبيقاتها القضائية طيلة العقود المنصرمة معتبرة ان احكام المذاهب الاسلامية مرادفة لمبادئ الشريعة الاسلامية. ووجهة النظر هذه انتجت احكاما متناقضة فضلا عن انها لم تجعل المشمولين باحكامه متساوين امام القضاء.

ونورد الان بعض الاحكام لمحكمة التمييز التي طبقت احكام
المذاهب الاسلامية باعتبارها مبادئ الشريعة الاسلامية:

الحكم المرقم 113 / موسعة اولى / 86 - 1987
في 31 / 3 / 1987

(ان زيادة المهر المؤجل للزوجة وفقا لاحكام الفقه الجعفري يعتبر
بمثابة الوصية فلا ينفذ الا في ثلث التركة) والمأخذ على هذا الحكم
ذهابه الى تطبيق الاحكام الفقهية لاحد المذاهب وليس مبادئ الشريعة
الاسلامية الاكثر ملاءمة لنص القانون النازع نحو المساواة. هذا اولا اما
ثانيا - فان زيادة المهر جاء بنص قانوني واضح وملزم فلا يصار الى مبادئ
الشريعة الاسلامية مع وجود النص).

الحكم المرقم 3491 / احوال شخصية 1 / 2007
في 18 / 1 / 2008

(... ان الطرفين من مقلدي المذهب الجعفري الذي يشترط لصحة
وقوع الطلاق حضور شاهدين عدلين من الذكور، ولا تقبل شهادة النساء
سواء منفردات او منضمات الى بعضهن او مع شاهد من الذكور، وحيث ان
المدعية احضرت شاهدا واحدا من الذكور واربع نساء فأن نصاب الشهادة
في هذه الحالة غير مكتمل وفقد الطلاق احدا ركانه وهو نصاب الشهادة...).

الحكم المرقم 136 / هيئة عامة / 86 / 85
15 / شباط / 1986

(لقد جوز قسم من فقهاء المسلمين توريث المسلم من غير المسلم

ولا عكس. ونظرا لعدم وجود نص في قانون الاحوال الشخصية يحكم هذه المسألة....).

ان التطبيقات القضائية بالاستناد الى احكام المذاهب الاسلامية وليس احكام مبادئ الشريعة الاسلامية انتج العديد من الاحكام المتناقضة كما اسلفا. ولعل شرط البكارة في عقد الزواج من اوضح صور التناقض تلك. اذ ان بعض المذاهب قالت بأن البكارة ليست ركنا من اركان عقد الزواج ولا شرطا من شروطه. واستنادا لهذا الرأي الفقهي وحسب المذهب الذي تبناه فقد قضت محكمة التمييز في حكمها المرقم

1176/ شخصية/ 1976

10/ تموز/ 1976

(البكارة ليست ركنا من اركان عقد الزواج ولا شرطا من شروطه. وتعتبر معاشرة الزوج لزوجته لعدة اشهر قبولا منه...).

في حين انها وفي حكم اخر تقضي بشرط البكارة في عقد الزواج لان احد المذاهب يعدها من شروط عقد الزواج:

2503/ شرعية/ 1971

24/ شباط/ 1971

(شرط البكارة في عقد الزواج من الشروط المشروعة عند الجعفرية وللزوج الخيار في فسخ النكاح اذا ثبت سبق الثبوبة على العقد...).

ولا زالت هذه التوجهات في التطبيقات القضائية والمخالفة لوحدة الاحكام القضائية مستمرة الى يومنا هذا، وأزداد التمسك بها بعد حكم

العراق من قبل الاحزاب ذات الخطاب السياسي الديني ومنذ الاحتلال في 2003.

وهكذا ترفع محكمة التمييز احكام المذاهب وأراء قسم من فقهاء المسلمين الى مصاف مبادئ الشريعة الاسلامية في تطبيقاتها القضائية بدلا تطبيق احكامها التي اوجبها القانون، مع علمها ان احكام تلك المذاهب مبنية على الجهد الفقهي لفقهاءها وهذا الجهد لا يعدو كونه مجرد جهد بشري لا يرتقي الى مستوى الاحكام القطعية ومهما علا شأن هؤلاء الفقهاء، هذا او لا، اما ثانيا فان هذه التطبيقات لا تجعل العراقيين متساويين امام القضاء فضلا عن عدم المساواة امام القانون خلافا لما نصت عليه المادة 14 من الدستور التي تنص على: (العراقيون متساوون امام القانون دون تمييز بسبب الجنس او العرق او القومية او الاصل او اللون او الدين او المذهب او المعتقد او الرأي او الوضع الاقتصادي او الاجتماعي). هذا هو الواقع التطبيقي القضائي السائد حاليا.

كل ما ذهب اليه محكمة التمييز فيما تقدم يندرج تحت مفهوم المختلف في التفسير، على الرغم من انه يضمن في سطورهِ المخالفة الضمنية لنص القانون، وهنا قد يجدوا العذر لذلك التوجه ولكن الادهي والامر ان تذهب التطبيقات القضائية الى المخالفة الصريحة لنص القانون، وعلى سبيل المثال في تطبيقات استحقاق المهر حيث نجد ان النص جاء بالشكل الاتي: (يسقط الاجل المعين في العقد لاستحقاق المهر بالوفاة او الطلاق) (المادة التاسعة عشرة/ 2) احوال شخصية، الا ان محكمة التمييز نأت بالنفس عن تطبيق النص القانوني الملزمة بتطبيقه وطبقت احكام المذهب الجعفري على استحقاق المهر خلافا للنص القانوني اعلاه في حكمها المرقم:

17 / 12 / 2008

(للمدعية المطالبة بمهرها المؤجل المثبت في عقد زواجها والذي يستحق عند المطالبة والميسرة).

وقبل ان نغادر هذا الموضوع نتساءل عن قصد المشرع بتعبير (مبادئ الشريعة الاسلامية). اي ما المقصود بمبادئ الشريعة الاسلامية المطلوب تطبيقها من قبل القضاة؟ وهل ان احكامها تختلف عن احكام المذاهب الاسلامية؟ واذا كانت احكامها تختلف عن احكام المذاهب فلماذا يصار الى تطبيق احكام المذاهب دون تطبيقها؟ او هل للقضاة دراية ومعرفة بتفاصيلها وتمكنوا منها عن طريق التدريب المؤسسي او التدريب المستمر؟ ام انهم يحكمون بما تسنى لهم من تراكم معرفي شخصي؟ هذه اسئلة بحاجة الى اجوبة حاسمة بغية الوصول الى حكم عادل في مجمل النزاعات المطروحة امام القضاء.

ولكي لا يبقى السؤال قائما او معلقا من دون اجابة، ومن دون البحث عنها في المطولات الفقهية او الدخول في مجادلاتها ومن اجل الوصول الى اجابة تروي ضمناً من السائل مقرونة بجواب حازم، أثرنا الرجوع الى حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية عندما قضت في طعن يتعلق بعدم الدستورية قانون بزعم مخالفته لأحكام الشريعة الاسلامية. آخذين بالاعتبار القامات الباسقة لاعضاء المحكمة الدستورية المصرية ولما لهم علم واسع في القانون واحكامه، فضلا عن علو شأنهم في الاحاطة

باحكام الشريعة الاسلامية والفقهاء الاسلامي، مما يجعل المتلقي يطمئن الى ما يطر حونه من احكام قضائية جديدة بالاعتبار.

مبادئ الشريعة الاسلامية

في حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية

القضية المرقمة 23/201 وتاريخ 15/ديسمبر/2002

(في القضية المرقمة 532/2000 المرفوعة امام محكمة الاسكندرية الابتدائية للاحوال الشخصية فأن المدعي يعنى على القانون رقم 1 لسنة 2000 (قانون الخلع) لمخالفته احكام المادتين 194 و195 من الدستور ويطلب الحكم بعدم دستوريته لمخالفته الشريعة الاسلامية.

بالرجوع الى حكم المحكمة الاتحادية العليا المصرية الصادر بتاريخ 15/ديسمبر/2002 حول الطعن بقانون الخلع رقم 1 لسنة 2000 لعدم دستوريته ولمناقضتها لاحكام الشريعة الاسلامية وباعتبار ان الشريعة الاسلامية المصدر الرئيس للتشريع. ومن دون الدخول في تفاصيل الحكم المذكور رغم رصانته وقوة حجته والعلم الواسع لمصدره، الا اننا نكتفي بالفقرة المتعلقة بمبادئ الشريعة الاسلامية حيث نقصد.

(فقد ورد فيه ان المقصود بالنص التشريعي الذي يناقض مبادئ الشريعة الاسلامية والذي يحكم بعدم دستوريته هو ذلك النص الذي يناقض الاحكام الشرعية القطعية في ثبوتها ودلالاتها، باعتبار ان هذه الاحكام وحدها هي التي يمنع الاجتهاد فيها لأنها تمثل من الشريعة الاسلامية ثوابتها التي لا تحتمل تاويلا او تبديلا. وهذا بخلاف الاحكام

الظنية في ثبوتها ودالاتها وفيهما معا، فهذه تتسع دائرة الاجتهاد فيها تنظيما لشؤون العباد وضمانا لمصالحهم التي تتغير وتتعدد مع تطور الحياة وتغير الزمان والمكان، وهو اجتهاد وان كان جائزا او مندوبا من اهل الفقه... يبذل جهد في استنباط الحكم الشرعي من الدليل التفصيلي ويعمل حكم العقل فيما لا نص فيه... تسعه الشريعة الاسلامية التي لا تضي قدسية على آراء احد من الفقهاء في شأن من شؤونها، ولا تحول دون مراجعتها وتقييمها وابدال غيرها بها بمراعاة مصلحة الجماعة التي لا تناقض المقاصد العليا للشريعة). انتهى نص هذه الفقرة من الحكم.

ويفهم من هذا النص القضائي ان مبادئ الشريعة الاسلامية (ثوابت احكام الاسلام) هي الاحكام القطعية التي لا يجوز الاجتهاد بها ولا يمكن تأويلها او تبديلها، كالقول ان الصلوات خمس فأنها خمس قطعاً لا يمكن ان تكون اربع او ست، وعندما نقول الحج فهو فرض على المسلم مرة واحدة فهو من الثوابت الذي لا يجوز الاجتهاد به. فان قام المكلف به سقط عنه هذا الفرض، اما من يرغب بتكرار الحج مرة اخرى فهو ليس من العبادات وربما تدخل تحت عنوان السياحة.

من كل ما تقدم فان مبادئ الشريعة الاسلامية هي مرادفة لثوابت احكام الاسلام وهي الاحكام القطعية التي لا يجوز الاجتهاد بها. لان كل الاجتهاد يفضي ويندرج تحت مفهوم الاحكام الضنية وهو منتج بشري يقبل النقص والتغيير والتبديل، ويتغير بتغير الزمان والمكان، وما الارتقاء بالاحكام الضنية الى مستوى الاحكام القطعية - كما يقوم به القضاء العراقي - الا تجني على الاحكام القطعية ترفضه مبادئ الشريعة الاسلامية.

وواقع الحال ان كل مذهب من المذاهب الاسلامية يعد احكامه هي التي تحوز صفة مبادئ الشريعة الاسلامية دون سواه كما ذكرنا، وبهذا استمكن المختلف بين المذاهب تلك، والسبب في ذلك هو القراءات المختلفة لنص القرآن الكريم التي انتجت المذاهب. ومحكمة التمييز الجليلة بدلا من اعتماد الاحكام القطعية التي لا يجوز الاجتهاد بها لتقترب من مبادئ الشريعة الاسلامية في تطبيقاتها القضائية نجدها تطبق احكام المذاهب على الحالات المعروضة امامها فتتج عن ذلك اختلاف في الاحكام خضع لها اطراف الدعوى وساهمت تلك الاحكام بعدم المساواة امام القانون، ونأت بالنفس عن وحدة الاحكام القضائية، والمساواة امام القضاء وهكذا استقرت احكامها طيلة الفترات اللاحقة لصدور قانون الاحوال الشخصية مما يشكل مخالفة للقواعد الدستورية الآمرة.

واستناد لما تقدم وحيث ان تطبيق هذه النص ادى الى الاحكام المختلفة حيناً والمتناقضة حيناً آخر، فضلا عن بعدها عن مبادئ الشريعة الاسلامية التي قصدتها القانون، يضاف الى مخالفتها لحكم المادة 14 من الدستور. فيكون الحل والحالة هذه هو وجوب ردم الهوية العميقة الموحلة التي سقطت فيها التطبيقات القضائية، وذلك بتقنين الاحكام المشتركة بين المذاهب التي تناولتها التطبيقات القضائية طيلة العقود الستة المنصرمة لكي يكون للناس مرجعيتهم القانونية بدلا من توزيعهم في الهويات الجزئية التي انتهكت موضوع وحدة الاحكام والمواطنة. وردم الهوية التي الجأت المشرع والقضاء للوقوع في هذا المأزق فلا مناص والحالة هذه من تحويل القواعد الشرعية الضابطة لهذا الموضوع الى قواعد قانونية لكي تكون المرجعية الوحيدة لذلك ولكي يكون القانون في لفظها وفحواها هو

الواجب التطبيق، شرط ان تكون للقاعدة القانونية شروطها المنسجمة مع سيادة القانون الذي تضمنته المادة 5 من الدستور.

المادة الثانية

- 1- تسري احكام هذا القانون على العراقيين الا ما استثني منهم بقانون خاص.
- 2- تطبق احكام المواد 19 و 20 و 21 و 22 و 23 و 24 من القانون المدني في حالة تنازع القوانين من حيث المكان.

من خلال تطبيق قواعد الاختصاص وجد ان هناك الكثير من الاحكام القضائية لا تنسجم مع متطلبات الناس، اذ تركهم تلك الاحكام في حيرة من امرهم ان لم تمنعهم من الوصول لحقوقهم بخاصة عند تطبيق قانون تنفيذ الاحكام للمحاكم الاجنبية رقم 30 لسنة 1928، او اتفاقية الرياض، مما يوجب اعادة النظر في تلك النصوص بخاصة ونحن في زمن العولمة التي تمكنت من ان تقضم العديد من الاحكام المتعلقة بالسيادة بمفهومها التقليدي.

الزواج والخطبة

المادة الثالثة

- 1- الزواج عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعا غايته انشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل.
- 2- اذا تحقق انعقاد الزوجية لزم الطرفان احكامها المترتبة عليه حين انعقاده.

- 3- الوعد بالزواج وقراءة الفاتحة والخطبة لا تعد عقدا.
 - 4- لا يجوز الزواج بأكثر من واحدة الا بأذن القاضي ويشترط لاعطاء الاذن تحقق الشرطين التاليين:
 أ- ان يكون للزوج كفاية مالية لأعالة اكثر من زوجة واحدة.
 ب- ان تكون هناك مصلحة مشروعة.
 - 5- اذا خيف عدم العدل بين الزوجات فلا يجوز التعدد ويترك تقدير ذلك للقاضي.
 - 6- كل من اجرى عقدا بالزواج باكثر من واحدة خلافا لما ذكر في الفقرتين 4 و5 يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة او بالغرامة بما لا يزيد على مائة دينار او بهما.
 - 7- استثناء من احكام الفقرتين 4 و5 من هذه المادة يجوز الزواج باكثر من واحدة اذا كان المراد الزواج بها ارملة.
- ملاحظة: - اذا طلق الزوج زوجته وتزوج باخرى، فلا يعد اعادة المطلقة الى عصمته زواجا باكثر من واحدة (قرار مجلس قيادة الثورة 147 لسنة 1982).

الخطبة

الخطبة لغة: خطب - خطبا وخطبة وخطيبي الفتاة: دعاها او طلبها للزوج فهو خاطب. يقال « خطب الفتاة على فلان » اي جعلها خطيبته واختب الفتاة خطبها، واختبب القوم فلانا: دعوة الى تزوج فتاة منهم. والخطب جمع اخطاب: الرجل الذي يخطب المرأة ﴿ المرأة المخطوبة ﴾، يقال هو خطبها وهي خطبة - والخطبة مصدر طلب المرأة

للزواج. الخطاب جمع خطابة: المتصرف في الخطبة. المنجد ط 38 ص 186.

وهي اصطلاحاً في الفقه: مقدمات عقد الزواج، أو طلب رجل يد امرأة للزواج بها والتقدم إليها أو إلى ذويها ببيان حاله ومفاوضتهم في أمر العقد ومطالبه ومطالبهم بشأن الموضوع، وفي هذه المرحلة يفترض أن يعرف كل طرف خصائص الطرف الآخر الشخصية والاجتماعية والمالية وسواها من الخصائص الأخرى.

ويجيز جانب كبير من الفقه الرؤية عند الخطبة، واختلفوا في الأجزاء الخاضعة للرؤية، ولا يشكل ذلك حرجاً للمخطوبة أو أسرتها، على أن تتم الرؤية من غير خلوة، في حين أن الجانب الآخر لا يسمح بالرؤية عند المتشددين مكفين بالمعلومات التي تصل إلى الخاطب من اللائي وصفن المخطوبة عند مشاهدتهن لها.

ورغم سماح جانب من الفقه بالرؤية إلا أن ذلك لم يكن مدعاة لتمكين الطرفين من معرفة الطرف الآخر على وجه اليقين، فعادة ما تكون الرؤية قصيرة نسبياً مصحوبة بالتكلف والحرج والخجل الذي يحول دون إظهار أي منهما على الواقع الفعلي الذي يتسم فيه وتكون طابع كل منهما خافية عن الآخر لاختلاف القيم والسلوك العائلية التي تربوا فيها.

إلا أن التطور الذي شهدته المجتمعات العربية والإسلامية ودخول البنت إلى المدرسة والجامعة وولوجها مجالات العمل بصفة موظفة أو عاملة أو في أي مجال عمل آخر الذي حتم عليها وجودها مع الرجل، فإن رؤية المخطوبة لم تعد موجودة بالشكل الذي وصفه أولئك الفقهاء فضلاً

عن ان بنت الريف المتوافر وجودها في الحقل اصلا وبنت البادية التي تربت ابتداء مع الرجل مكن الخاطب من ان يرى خطيبته بشكل افضل، علما بان ذلك لا يحول دون سلوك بعض العوائل التي تتحفظ على بناتها ولا تسمح لها بالخروج او تمكين الخاطب من رؤيتها الا ضمن الوصف الذي بينه الفقهاء المشار اليه في اعلاه.

ومن شروط الخطبة عدم جواز وقوعها على المحرمة على الخاطب حرمة مؤبدة، وان لا تكون محرمة عليه حرمة مؤقتة اثناء التقدم لخطبتها كخطبة المتزوجة لانها محرمة عليه ما دامت كذلك، لان ذلك يشكل اعتداء على حقوق الزوج من الناحية الشرعية والقانونية، وتحرم عليه كذلك المعتدة من طلاق رجعي لانها قد تحل عليها الرجعة ما دامت في العدة لكونها قائمة.

والمعتدة من وفاة تجوز خطبتها تعريضا لا تصريحاً، استنادا للآية ﴿ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء﴾ وظاهر الآية انها للمتوفى عنها زوجها لانها جاءت عقب الآية ﴿والذين يتوفون منكم، ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا﴾ فان التعريض جائز بهذا النص والتصريح على اصل المنع. كما لا تجوز خطبة المعتدة من طلاق بائن لا تعريضا ولا تصريحاً، لكون التعريض جاء في المتوفى عنها زوجها دون سواها. الشيخ محمد ابو زهرة - الاحوال الشخصية - دار الفكر العربي - القاهرة 2008 ص 30.

يذهب الفقه كذلك الى حرمة التقدم الى امراة مخطوبة اذا كان يعلم انها كذلك استنادا الى الحديث النبوي الشريف الذي ينص على: (لا يخطب احدكم على خطبة اخيه). ولكن السؤال الذي يمكن ان يثار وهو

ما الحكم فيما لو خطب شخص المخطوبة من قبل اخر وتم عقد زواجه منها؟ الجواب من الوجة الدينية يعد آثما استنادا لنص الحديث الشريف اعلاه، ولكن قدر تعلق الامر بعقد الزواج من الوجة القانونية فانه يعد عقدا صحيحا مستوف لاسبابه وشروطه، وأثمه لا يقدر في صحة عقد الزواج، لكون الاثم لم يصاحب عقد الزواج بل هو سابق له ولم يتصل بشروطه واركانه.

العدول عن الخطبة

ولكن قد يعدل الواعد عن وعده، ويسبب العدول ضررا وأذى للطرف الاخر، فهل ان هذا الضرر يلزم الجبر؟ يذهب الغالب من الفقهاء الى ان العادل يسترد هداياه لذا يكون من باب اولى غير ملزم بجبر الضرر، لان مرحلة الخطبة هي تلمس الطرفين ملامح الاخر ومزاياه وعيوبه قبل الدخول في عقد الزواج فان لم ترق له شخصية الاخر جاز له العدول قبل التعاقد، والعدول هذا هو حق لطرفي الخطبة، وهذا يعني ان الجواز الشرعي ينافي الضمان. وبخلافه يعني الاكراه على الزواج.

وأراء فقهية اخرى تقول ان الضرر قد يحدث فعلا ومستوف لاسبابه جراء العدول باعتباره تصرفا قام به الاخر سبب ذلك الضرر، ولا بد من ازالته شرعا استنادا للحديث النبوي الشريف: (لا ضرر ولا ضرار)، وهم يرون ان لا تعارض بين العدول باعتباره حقا وبين الضرر ما دام الاخير قد وقع فعلا، لذا يلزم الجبر في هذه الحالة لا باعتباره عدولا عن الوعد ولكن لانه تصرف استعمله العادل في وقت يلحق الضرر بالاخر.

قد يتبادل الخاطب والمخطوبة الهديا تعبيرا عن التودد والتقرب من

الطرف الاخر، ولا يمكن عد هذه الهدايا جزءا من المهر لان الاخير من مستلزمات الزواج. واختلف الفقهاء في الوصف الشرعي للهدية وفيما اذا جاءت منطبقه واحكام الهبة حسبما يذهب الى ذلك المذهب الحنفي وحيث انها كذلك فان ذلك يعني جواز الرجوع عن الهبة الا اذا تحقق مانع شرعي من موانع الرجوع، الا ان الارجح من اقوال المالكية رفضوا اسباغ وصف الهبة على الهدايا ولهم اراء في استرداد الهدية. ويذهب الشوافع الى استرداد الهدايا اي كان العادل عن الخطبة. (الشيخ ابو زهرة - المصدر السابق ص 38. هذه باختصار شديد ما تناوله الفقه في احكام الخطبة والعدول عنها والموقف من الهدايا. وفي حكم لمحكمة التمييز حول هذا الموضوع قضت به

رقم 324/مدنية 1/1992 وتاريخ 29/4/1992 قضت

(يشترط عند رد الهدايا والهبات التي تقدم في الخطبة من احد الخطيبين للاخراو من اجنبي عنها ان يكون الموهوب قائما وممكنا رده بالذات المادة 612 مدني).

وفي حكم لها بالموضوع ذاته يحمل الرقم

293/مدنية اولى/ 1989

13/1/1990

(اذا سلم الخاطب الى مخطوبته قبل العقد مالا محسوبا على المهر ثم عدل احد الطرفين عن اجراء العقد او مات احدهما فيمكن استرداد ما سلم عينا وان استهلك فبدلا).

الوعد بالزواج وقراءة الفاتحة والخطبة لا تعد عقدا. هذه هي اذن ارادة المشرع من دون اية اضافات او اثار في حالة عدول أي طرف من طرفيها، وهذا يعني ضمن التوصيف القانوني للعدول انه حق يخرج مخرج الجواز الشرعي فقها، ولما كان هذا الخروج يعد جوازا شرعيا فهذا يعني انه مستوف لشروط المبدأ الشرعي القائل: (الجواز الشرعي ينافي الضمان)، أي ان مجرد العدول لا يندرج ضمن احكام المسؤولية المدنية.

ولكن اذا كان العدول القصد منه الاضرار بالطرف الاخر، فيلزمه الضمان حتما لأنه (لا ضرر ولا ضرار)، وهذا ما ذهب اليه المشرع المغربي في مدونة الاسرة عندما نص على: (مجرد العدول عن الخطبة لا يترتب عنه ضرر. غير انه اذا صدر عن احد الطرفين فعل سبب ضرر للآخر، يمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض). وقد تخلف المشرع العراقي من ايراد نص يناظر النص المغربي وهو ما يعد عوزا تشريعيًا، اذ ان الوقائع تشير الى ان العديد من حالات النكول عن الخطبة يصحبها ضررا مشهودا للطرف الاخر.

ذهب البعض وصف الخطبة بالشكل المبسوط في اعلاه بانها واقعة قانونية. وحيث انها واقعة قانونية فيجب ان تكون لها اثار قانونية، ولكن عند النظر في النص الوارد في قانون الاحوال الشخصية، فان الواقعة القانونية لا تنطبق على النص العراقي لعدم تضمينه احكاما تتعلق بالعدول عن الخطبة او عدم تلبية وعد الخاطب من قبل المخطوبة ولم يرسم اثارا لقراءة الفاتحة او يعطي قيمة قانونية لقراءة الفاتحة اذ كان سكوت المشرع مطبقا في هذا النص.

فمن حيث المبدأ يمكن القول بان عرض الوعد بالزواج من قبل رجل وقبوله ذلك الوعد من قبل امرأة فان هذا يعني بالمقاييس الشرعية والقانونية (اتفاقا)، الغرض منه السير في اتمام الزواج، وهذا الاتفاق لا يرقى الى مستوى العقد وحيث انه كذلك فان ذلك يعني ان لا يخلف اثارا عقدية، وعلى الرغم من ذلك فان الخطبة الواردة بنص قانوني والتاركة لاثار اجتماعية عند العدول وغير المكتسبة لصفة القاعدة القانونية، فان التعسف يحقق المسؤولية المدنية بشقها التقصيري في حالة حصول الضرر فعلا جراء النكول التعسفي وهذا ما ذهب اليه القضاء الفرنسي التي عدتها من قبيل الوقائع التي تنتج عن المسؤولية التقصيرية في صورة اثبات الخطأ رغم تشدد المحاكم الفرنسية في تقدير وجود الخطأ، اذ يرى الفقيه جوسران ان الخطبة تتضمن اركان العقد من ايجاب وقبول والتقاء ارادتين حرتين مؤهلتين للالتزام على محل العقد وهو: التزام بعمل » (التعليق على مجلة الاحوال الشخصية - قراءة في فقه القضاء - مصدر سابق ص 28).

فالخطيب الذي يفقد خطيبته بحادث سير يتعرض الى الالم والمعاناة واللوعة ويلحق به ضررا معنويا حالا ومباشرا فضلا عن فقدانه الامل في تاسيس اسرة، اذ اقر القضاء الفرنسي مبدا التعويض في مثل هذا الحادث لثبوت العلاقة بين الخطيب ومخطوبته على اعتبار ان الخطبة عقد مبتغاه القيام بعمل فضلا عن صلة المودة والتراحم الواقع بين الخطيب والضحية وهو معيار عده الفقه الفرنسي اكثر عدلا وانصافا.

وخلاصة القول نرى ان العدول المتعسف يوجب التعويض ما دام الضرر قد حصل بفعل ذلك التعسف وعلى وفق احكام المسؤولية

التقصيرية، وبذلك يكون من باب اولى ان يتصدى المشرع لهذا الموضوع اسوة بالمشرع المغربي من اجل عد النكول واقعة قانونية على الاقل.

لكن مع العوز التشريعي هذا فأن لقاضي الموضوع سلطة تقديرية لاجراء التحقيقات القضائية لتلمس وجود الضرر من عدمه في الدعوى المرفوعة امامه للمطالبة بالتعويض عن الضرر بسبب العدول. وعلى سبيل المثال فالبنت التي خطبت من شخص ما وانتشر امرخطبتها بين الناس وتحت مفهوم الاشهار بين الاهل والاقارب والاصدقاء والآخرين ثم حدث العدول واصيبت البنت بحالة انكسار نفسي، مع الوصمة التي تلاحقها فيما بعد والمؤدية الى عزوف الخطاب عنها بسبب ذلك النكول والاقاويل المصاحبة لحالة العدول والمعروفة شعبيا بأنها (مفسوخة الخطبة).

ولكن حتى مع غياب النص الذي يجبر الضرر للطرف المنكسر في قانون الاحوال الشخصية، فان ثمة مساعا قانونيا فصلت احكامه نصوص القانون المدني بموجبها يمكن اصفاء الوصف القانوني لحالة العدول المضر نبينها على الاتي: - الوعد بالزواج الذي لا يعده قانون الاحوال الشخصية عقدا، ولكنه وعدا. وهذا يعني ان الاحكام العامة في القانون المدني تنطبق عليه وأن النصوص تسميه: (الاتفاق الابتدائي) الواردة احكامه في المادة 91 من القانون التي تنص على: (الاتفاق الابتدائي الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين او احدهما بابرام عقد معين في المستقبل لا يكون صحيحا الا اذا حددت المسائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه والمدة التي يجب ان يبرم فيها).

وفي هذا الصدد يقول السنهوري: (الوعد بالتعاقد، وكذلك الاتفاق الابتدائي، عقد كامل، لا مجرد أيجاب، ولكنه عقد تمهيدي لا عقد نهائي). (السنهوري - الوسيط - المجلد الاول/ 1 - منشورات دار الحلبي - بيروت - 2000 - ص 267).، ويفهم من رأي السنهوري هذا ان الاتفاق الابتدائي ليس بعقد زواج وهو ما يتفق مع المشرع العراقي الذي لا يعده عقداً، ولكنه عقداً آخر بوصف قانوني مختلف بمقتضاه تتم التهيئة لأبرام العقد النهائي، اي انه عقد من العقود غير المسماة محله (التعهد) وهذا العقد مستوف لاركان وشروط وأسباب العقد، وحيث انه عقد حسبما يقول السنهوري فان اي من طرفيه المخل بتنفيذه المسبب ضرراً للطرف الاخر يلزمه الضمان لجبر الضرر.

وبعيداً عن الاجتهادات الفقهية او الاراء المختلفة لشراح القانون. لذا فالمقترح لدينا ان تضاف فقرة اضافية بعد الفقرة 3 من هذه المادة او تكون 3 مكررة وضمن النص الاتي: (غير ان الفعل الصادر عن احد الطرفين المسبب ضرراً للطرف الاخر جاز للاخير المطالبة بالتعويض).

اولاً: الزواج

.1.

الطبيعة القانونية لعقد الزواج

الفقهاء المسلمون يعرفون الزواج بأنه: عقداً وعلى وجه التحديد: (عقد استمتاع)، وتأكيداً لعقدية الزواج لدى المسلمين فان محمد زيد

الايباني يقول: (لا يجوز للرجل ان يجمع في عصمته من المحللات ما شاء من العدد بل يقتصر على اربع نسوة في عصمته سواء تزوجهن في عقود متفرقة كما تزوج كل شهر مثلا واحدة او في عقد واحد بأن وكل اربع نسوة رجلا ان يزوجهن لفلان...). (محمد زيد الايباني - شرح الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية - مكتبة النهضة - بغداد/ بيروت - الجزء الاول - ص 39) - وسنعود لبدعة اربع نسوة في عقد واحد في موقع اخر من هذا الكتاب - ولكن الذي يهمنا الان وحسب اتفاق الفقهاء المسلمون ان طبيعة الزواج هي طبيعة عقدية لكونه ينشأ من خلال انصراف ارادة طرفيه الى ابرامه. واتباعا لهذا الراي الفقهي نجد ان العديد من قوانين الاحوال الشخصية في الدول العربية قد بينت ان الطبيعة القانونية للزواج هي طبيعة عقدية من خلال تعريف الزواج بأعتبره عقدا كالقانون الجزائري والقانون العراقي وسواهما من القوانين الاخرى، اي اقرارا بطبيعته العقدية.

وهذا الموضوع كان محلا للنقاش والجدل في الغرب، فالفريق الاول منهم يقول ان الطبيعة القانونية للزواج هي طبيعة عقدية لكونه ينشأ من تلاقي ارادتي طرفيه وما الاجراءات القانونية لابرامه امام الجهات المختصة الا اجراءات تنظيمية لا تنزع منه الصفة العقدية. لذا فهم يخلصون الى طبيعته العقدية.

في جانب اخر من الاراء ترى ان الطبيعة القانونية للزواج هي طبيعة مؤسساتية، لان انصراف ارادة طرفية تفضي الى وجود قانوني وهو البناء المؤسسي للأسرة وليس مجرد عقد باعتباره شريعة المتعاقدين كما تذهب الى ذلك احكام القانون المدني، وتاكيدا على المؤسساتية في

الزواج نجد ان العديد من القوانين العربية قد المحت الى هذا البناء، رغم الاقرار بطبيعته العقدية الا انها فيما بعد عرجت الى البناء المؤسسي كالنص العراقي المتضمن الغاية من الزواج: انشاء رابطة للحياة المشتركة وفي (المغربي) غايته الاحصان والعفاف وأنشاء اسرة مستقرة بين الزوجين، او كما نص القانون الجزائري ان الهدف من الزواج تكوين اسرة اساسها المودة والرحمة والتعاون واحصان الزوجين والمحافظة على الانساب. لذا يخلصون الى ان للزواج طبيعة مؤسسية وليس مجرد عقدية.

وبهذا الاستنتاج تكون القوانين العربية المشار اليها في اعلاه تنحو نحو الفريق الثالث الذي مزج بين الطبيعة العقدية والطبيعة المؤسسية بعد ان قرأ الجدل بين الفريقين انبرى بطرح حل يوفق بين الرأيين بالقول: (ان الزواج مؤسسة تقوم على عقد). ومعلوم ان الفقه الاسلامي متمسك بالزواج عقدا لانه لا يعرف هذا الجدل الدائر في الغرب حول الطبيعة القانونية المؤسسية لعقد الزواج. (فاطمة الزهراء بن محمود وسامية دولة - مصدر سابق - ص 40).

. 2 .

الزواج في القانون العراقي

يذهب الغالب من الفقهاء المسلمين وعلى اختلاف مذاهبهم - كما اسلفنا - الى تعريف عقد الزواج بانه عقد استمتاع، اذ يعرفه صاحب الكنز بانه عقد يرد على ملك المتعة قصدا، او بمعنى اخر امتلاك المتعة على الوجه المشروع اي جعل المتعة حلالا. (الامام ابو زهرة - الاحوال الشخصية ص 19 - مصدر سابق).

ويقول بعض الفقهاء ان المهر يسمى اجرا، وذلك باعتباره دليلا في مقابل امتلاك البضع، لان ما يقابل المنفعة يسمى اجرا، وقد اختلف الفقهاء في المعقود عليه في النكاح هل هو بدن المرأة او منفعة البضع او كليهما، واختلاف الفقهاء حسبما ينقل القرطبي يدور اذن على محل الاستمتاع من المرأة، هل هو البدن عموما، ام البضع، ام الوطاء تحديدًا؟ (الدين والتدين - عبد الجواد ياسين - التنوير للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت - 2012 ص 267).

هكذا ينظر هذا النوع من الفقه الى المرأة ليس باعتبارها انسانا، بل انها مجرد جسد يوظف للاستمتاع، مبتعدين كثيرا عن احكام القرآن الكريم وعلى وجه الخصوص الآية 21 من سورة الروم التي تبين قصد المشرع الكريم من الزواج: (ومن آياته ان خلق لكم من انفسكم ازواجا لتسكنوا اليها وجعل بينكم مودة ورحمة)، فوصف عقد الزواج - حسبما اورده الفقهاء - يخلو من الحكمة من ابرامه ويخلوا من السكينة والرحمة والمودة التي قصدها النصوص الشرعية.

وفي ضوء ذلك التعريف الفقهي لعقد الزواج المهين والمذل للمرأة، وجد المشرع العراقي من الضروري ان يورد تعريف ينسجم مع الاهداف النبيلة المطلوبة لعقد الزواج مبتعدا عن التعريف الفقهي اذ عرفه بانه: (عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعا غايته انشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل)، ويلاحظ ان المشرع في كردستان قد اقترب اكثر من غاية عقد الزواج عندما عرف عقد الزواج بانه: (الزواج عقد تراضي بين رجل وامرأة يحل به كل منهما للاخر شرعا غايته تكوين اسرة على اسس المودة والرحمة والمسؤولية المشتركة طبقا لاحكام هذا القانون).

وبدينك التعريفين يكون المشرع العراقي قد هجر تماما التعريف الفقهي لعقد الزواج وجعله حالة في الخلف.

ان التعريف الوارد لعقد الزواج في قانون الاحوال الشخصية اخرج عقد الزواج من تعريفه الفقهي المذل المتمثل في حالة الجسد واعطاه الطبيعة المؤسسية التي ينشدها المجتمع والتي يستحقها طرفيه. ورغم ايجابية هذا التعريف نرى واستنادا لاحكام التطور وما استجد به المجتمع من علاقات وما نصت عليه الاحكام الدولية لحقوق الانسان ان يصار الى تعريف اخر للزواج يقترب من انسانية طرفيه ونزعتها المؤسسية ويتعد عن مفهوم العقد شرعية المتعاقدين.

والرأي لدينا ان الزواج ليس بعقد، اذ لا يصح وصف علاقة الزواج النبيلة بين رجل وامرأة بالعقد التي غايتها السكينة والمودة والحياة المشتركة، ولا نريد ان تنسحب عليه احكام العقود مسماة كانت ام غير مسماة، فهو ليس من عقود المعاوضة الواردة على عقد البيع او الايجار وسواهما من العقود، بسبب العلاقة الانسانية التي يرتبطان بها.

لذا فالأرجح لدينا- ان تسمى العلاقة الزوجية بـ (الميثاق) وهي المفردة التي تحفظ لاطرافه انسانيتهما، والابتعاد على ان يكون احدهما او كليهما سلعة تتناولها العقود. فضلا عن ان كلمة (ميثاق) مفردة ارادها ارادها القران الكريم في فصيح آياته استنادا لنص الاية: ﴿ وَأَخَذْنَا مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا ﴾ النساء 21. ويذهب الطبري في تفسيره لهذه الاية ويقول: (أي ما وثقتم به لهم على انفسكم من عهد، وأقرار منكم بما أقررتم به على انفسكم، من أمساكن بمعروف، او تسريحهن بأحسن). (تفسير

الطبري - جامع البيان عن تأويل القرآن - المجلد الثالث - دار الحديث - القاهرة - 2010 - ص 712).

وضمن هذا التوجه فقد عرفت مدونة الاسرة المغربية الزواج في المادة 4 بأنه: - (ميثاق تراض وترابط شرعي بين رجل وأمرأة على وجه الدوام، غايته الاحصان والعفاف وانشاء أسرة مستقرة، برعاية الزوجين طبقا لاحكام هذه المدونة).

وضمن هذا الطموح النازع نحو اعادة تعريف الزواج لشعورنا بان التعريف الحالي ولو انه يشكل نقلة نوعية في فهم العلاقة الزوجية وذلك بابداله تعريف عقد الزواج من عقد استمتاع الذي اراده الفقهاء المسلمون الى عقد بمقتضاه انشاء رابطة للحياة المشتركة. الا ان التعريف المذكور الذي اشترط النسل سجل لدينا موقفا سلبيا من هذه الكلمة. فهل يعني عدم الانجاب سببا لانهاء العلاقة الزوجية حسبما يفهم من النص، فكثير من العلاقات الزوجية يملؤها الحب والاحترام والديمومة مع غياب النسل. ولهذا السبب فقد انتبه المشرع في كردستان وحذف كلمة (النسل) واستعاض عنها بالتعريف التالي القريب من التعريف المغربي ب: (غايته تكوين الاسرة على اسس المودة والرحمة والمسئولية المشتركة طبقا لاحكام هذا القانون). (التعديل الصادر بالقانون رقم 15 لسنة 2008 في كردستان).

لذا نقترح ان يعرف الزواج بتعريف يتضمن المضامين الواردة في التعريف المغربي الوارد في مدونة الاسرة الصادرة بالقانون (70.03) من اجل ان نلقي خلفنا كل الموروث الثقافي المشرعن للتمييز ضد

المرأة ونعود الى الاحكام الشرعية النقية المتماهية مع الشريعة الدولية لحقوق الانسان في عهودها ومواثيقها وأتفاقياتها المصادق عليها من قبل العراق والتي اوضحت قانونا وطنيا عراقيا بعد التصديق والنشر في الجريدة الرسمية.

ومن اجل مساواة المرأة بالرجل والتاكيد على ان اتفاق الزواج هو اتفاق رضائي وبكامل الرضا بينهما، ومن دون التدخل من اي طرف كان ولكي ينسجم الميثاق مع نبل العلاقة الانسانية المتوخاة منه لذا نقترح ان يعرف الزواج بالتعريف الاتي:

(الزواج ميثاق تراض بين رجل وأمرأة يحل كل منهما للآخر شرعا غايته انشاء اسرة مبنية على السكينة والمودة والرحمة والمسؤولية المشتركة على وفق احكام هذا القانون).

.3.

الزواج عقد رضائي

يوجب القانون تحقق الرضا المتبادل في عقد الزواج، اذ انه لا ينعقد الا بايجاب من احد العاقدين وقبول من الطرف الاخر. ويتم من خلال التصريح الواعي الذي انصرفت اليه ارادة الطرفين وسماع كل من العاقدين كلام الاخر واستيعابهما بأن المقصود منه عقد الزواج (المادة السادسة/ب) من القانون. وبموجب هذا النص ازيحت احكام الولاية في الزواج التي اتخذها الغالب من الفقه الاسلامي، فضلا عن ان الجزم برضائية عقد الزواج يعني الغاء قيد الاكراه المفروض من قبل الاهل والاقارب والاعيان. وبهذه الفهم الذي تناولته النصوص القانونية

يكون الزواج متماهيا مع احكام الشريعة الدولية لحقوق الانسان وخاصة حكم الفقرة 1 من المادة 9 من العهد الدولي المختص بالحقوق المدنية والسياسية التي تعد الاسرة الوحدة الجماعية الطبيعية والاساسية في المجتمع المستمدة وجودها من عقد الزواج باعتباره رضائيا لا اكراه فيه، واحكام المادة 16 من اتفاقية القضاء على كافة اشكال التمييز ضد المرأة (سيداو) المتعلقة باحكام الزواج في الرضا وحرية الاختيار والمساواة ورعاية الاطفال.

ويشترط في الرضا بموجب القانون العراقي، الرشد والاهلية، وسن الرشد هي ثماني عشرة سنة كاملة، المادة 106 من القانون المدني، والمادة السابعة من قانون الاحوال الشخصية فضلا عما نص عليه قانوني رعاية الاحداث ورعاية القاصرين واتفاقية حقوق الطفل. ويلازم البلوغ الاهلية، اي يجب ان تكون اهلية البالغ غير معرضة لواحد من عوارضها كالاختلال العقلي: الجنون والعتة والسفه، فالاهلية السليمة هي وحدها التي يمكن ان تنصرف الى احداث الاثر القانوني وهذا ما تقرره الاحكام العامة في القانون والقضاء والفقه، وضمن هذا المبدأ فان زواج القاصرات يعد محظور قانونا. اما الاذن بزواج المريض عقليا الذي نص عليه القانون - الواقع اصلا خارج دائرة الرضا - فيعيدنا الى المعتكك الفقهية المتناول لهذا الموضوع ومسألة الولي وقدرته على الاكراه على الزواج لفاقد الاهلية المصنف تحت عنوان الجبر. والرضا هنا يعني ان يكون صادرا ممن ادرك البلوغ والاهلية والاختيار، وهو بذلك لا ينعقد اذا فقد شرطا من شروط الصحة او الانعقاد المبيته قانونا وهي اتحاد مجلس الايجاب والقبول، وسماع كل من العاقدين لكلام الاخر واستيعابهما بانه

المقصود منع عقد الزواج، مع شهادة شاهدين متمتعين بالاهلية القانونية على عقد الزواج.

الا ان هناك نصوصا قانونية نص عليها قانون الاحوال الشخصية والقانون المدني وقانون رعاية القاصرين جاءت خلافا لمفهوم الرضا، وجوزت زواج القاصرات والمختل عقليا باعتبارها استثناء من الاصل شرط الرضا المقصود قانونا. فهذا الاستثناء مبط لمفهوم الرضا ومتناقض معه لكونه يخل بأهم شرط من الشروط المطلوبة للزواج والذي لا ينسجم مع حكم المادة 94 من القانون المدني التي حددت الاشخاص المؤهلين للتعاقد.

اذ بقي هذا الاستثناء يشكل خلافا في منظومتنا التشريعية. يهدر حقوق القاصرين ويصيبهم باضرار بالغة ويدفعهم الى واقع غير مؤهلين له، مما انعكس سلبا على وضعهم النفسي وسلوكهم العام، فبدلا من ان يكون القانون حاميا لطفولتهم مقدرًا وضعهم العمري، نراه منتهكا لطفولتهم وعابثا بحياتهم ومصيبهم بالاضرار.

تطابق الايجاب والقبول يجب ان يتم في محكمة الاحوال الشخصية وامام قاضيهها، وبذلك فان القانون رسم طريقا قانونيا لتسجيل عقد الزواج، وهذا يعني ان الزواج خارج المحكمة محظور قانونا اي تلك العقود التي تبرم من قبل المرتزقة من رجال الدين التي عدها القانون جريمة يعاقب عليها القانون، المادة العاشرة/5 من قانون الاحوال الشخصية. ثم ان الكثير من عقود الزواج المبرمة خارج المحكمة سببت الارباك لاعمال المحاكم لعدم تمتع منظميها بالمعرفة الكافية باحكام القانون واحكام الشريعة الاسلامية.

.4.

شهادة شاهدين

الغالب من المذاهب الاسلامية تشترط الشهادة في عقد الزواج سواء اعتبروها من شروط الصحة لدى البعض منهم او شرط انعقاد عند البعض الاخر. في حين ان المذهب الجعفري لم يشترط الشهادة لعقد الزواج. اما المشرع العراقي فقد اخذ بشرط الشهادة على عقد الزواج اذ نص على: (شهادة شاهدين متمتعين بالاهلية القانونية على عقد الزواج)، (المادة السادسة/د) من القانون. وقد كان النص محل قبول من قبل كافة المذاهب حتى لمن لم يؤخذ به اذ تم اعتباره من باب التوثيق والاشهار.

شرط الزواج هذا كان له ما يبرره وقت اشتراطه حينئذ، اذ لم تكن في ذلك الوقت مؤسسات تعني بعقد الزواج وتوثيقه، وما من دليل لاثباته في تلك الازمنة في حالة الطعن بعدم صحته او فقدانه، سوى الشهود الحاضرين مجلس العقد. اذ ان وجودهم يعد امرا ضروريا سواء كان لصحة العقد او لانعقاده او نفاذه او من باب الاشهار او التوثيق، وبالاشهاد هذا ما استقرت عليه احكام عقود الزواج في وقتها وامثالها للنص القانوني. وهذا ما استقرت عليه الاحكام القضائية ومنها على سبيل المثال الحكم المرقم:

255/ شخصية / 86 - 87

11 / 10 / 1986

(على المحكمة الاستماع الى شهادات شاهدي العقد والعالم الديني الموقعين على عقد الزواج العرفي).

الآن وقد ألزمت النصوص القانونية تسجيل عقد الزواج في محاكم الاحوال الشخصية وتحت الولاية القضائية لقاضي المحكمة المختص وضمن الشروط التي وضعها المشرع لعقد الزواج في نص القانون (المادة العاشرة) منه، فان للمحكمة ولقاضيها ضمن سلطته التقديرية التي منحها القانون له لأنشاء عقد الزواج وتسجيله وبموجب هذا الاجراء يكون التسجيل هنا شاملا لصحته ولنفاذه ولاشهاره وتوثيقه، وبذلك تنتفي الحاجة والحالة هذه الى اشتراط الشهود لانشاء عقد الزواج.

ولما كان قانون الاثبات رقم 107 لسنة 1979 المعدل يعد: (السندات الرسمية حجة على الناس بما دون فيها من امور قام بها موظف عام او شخص مكلف بخدمة عامة في حدود اختصاصه او وقعت من ذوي الشأن في حضوره...). (المادة 22) منه، فالموظف البسيط وضمن صلاحياته المحدودة عهد اليه القانون مهمة السندات الرسمية بما في ذلك العقود ومن دون الاستعانة بشهود لاستكمال الصحة والنفاذ، فيكون من باب اولي للقاضي ان يصدر عقود الزواج بعده سنداً رسمياً من دون شهود تسهيلاً لامر العاقدين ومن دون القاء الاعباء على الشهود.

وأذا كان لا مناص من وجود الشهود في عقد الزواج، حسبما يتمسك به البعض باعتباره مسألة شرعية فلا ضير في ذلك شريطة مساواة المرأة بالرجل في الشهادة استناداً لنص المادة 14 من الدستور التي تقضي بالمساواة امام القانون، وهو ما ذهب اليه المشرع في اقليم كردستان عندما عدل احكام المادة المذكورة من قانون الاحوال الشخصية ونص على: (شهادة شاهدين متمتعين بالاهلية القانونية على عقد الزواج

ويستوي في ذلك الرجل والمرأة) التعديل رقم 15 لسنة 2008 الصادر عن السلطة التشريعية في إقليم كردستان.

الاشتراط في عقد الزواج

الشروط المشروعة في عقد الزواج (مغيبية) من قبل محاكم الاحوال الشخصية فلم نسمع ان قاضيا طلب من طرفي العقد وقبل ابرامه فيما اذا كانا راغبين بوضع شروطهما، رغم صراحة النص الوارد في الفقرة 3 من المادة السادسة التي تنص على: (الشروط المشروعة التي تشترط ضمن عقد الزواج معتبرة ويجب الايفاء بها). لذا نرى وجوب تفعيل هذا النص وان يذكر على سبيل المثال في ذات النص القانوني كاشتراط الزوجة على ان لا يتزوج عليها اثناء سريان عقد زواجهما، او ان يكون حل الرابطة الزوجية بيد الزوجة وسواهما من الشروط الاخرى لان الشروط تلك معتبرة قانونا وشرعا فضلا عن انها تعبير واضح عن حرية الاختيار يرسم حدودا معلومة للحياة المشتركة فالناس عند شروطهم.

الملاحظات حول تطبيقات عقد الزواج

اولا - صحيح ان القانون قد لا يأخذ بالتعريف الفقهي لعقد الزواج باعتباره عقد استمتاع، ووضع تعريفا لذلك العقد يقرب الزواج من المؤسسة اكثر من كونه مجرد عقد باعتباره رابطة مشتركة، الا انه قيده بالنسل. فهل يعني ان عقد الزواج غير ذي جدوى عندما يكون احد الزوجين او كليهما عقيما، هل يعد عقد الزواج غير مستوفي لشروطه مع حالة العقم؟ الم تكن هناك حالات عديدة من استمرار الحياة الزوجية

مع عدم تحقق النسل. هذا النص المتعلق بالنسل كان محلا لاعتراضات الكثير من المعنيين بهذا الشأن. وقد شخص المشرع في كردستان هذا الخلل، واوجد تعريفا جديدا سد به النقص في التعريف المذكور فضلا عن كونه تعريفا مجزيا: - (الزواج عقد تراضي بين رجل وامرأة يحل به كل منهما للاخر شرعا غايته تكوين الاسرة على اسس المودة والرحمة والمسؤولية المشتركة طبقا لاحكام هذا القانون)، ويبدو ان المشرع في كردستان كان متأثرا بالمشرع في المملكة المغربية، اذ ان مدونة الاسرة المغربية عرفت عقد الزواج: (الزواج ميثاق تراض وترابط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام، غايته الاحصان والعفاف وانشاء اسرة مستقرة، برعاية الزوجين طبقا لاحكام هذه المدونة).

ثانيا - وقد بين القانون الطريقة التي بموجبها يتم زواج من اكمل الخامسة عشرة او الاذن لمن بلغ الخامسة عشرة اذا استحقت ضرورة قصوى، وقد عدل اقليم كردستان سن الزواج الوارد في الفقرة 1 من المادة الثامنة من القانون ورفعها الى سن السادسة عشرة من العمر بموجب التعديل الوارد في الاقليم بالرقم 15 لسنة 2008. اي ان المشرع في كردستان رجع الى النص الاصلي لقانون الاحوال الشخصية الصادر سنة 1959. ولنا في هذا الموضوع رأي نبينه بعدئذ.

.5.

الزواج بثانية

استقرت الاحكام في الجاهلية بان تعدد الزوجات والجمع بينهما - فعمل مباح للرجل - مهما بلغ العدد ومن دون حد، فضلا عن امتلاكه ما يشاء من

الاماء. والامتلاك يرد على الأمة بسبب الشراء بذات يمينه، فهو سيدها، وحيث ان الامر كذلك فهي لا تتمتع بحقوق الزوجة ولا تعد كذلك، الا اذا خلصها من العبودية عن طريق العتق، واذا تزوجها بعد العتق تكون حينئذ زوجة وذلك بسبب انصراف ارادة الرجل الى هذا التوصيف..

وتورد كتب التفاسير ان رجال قريش يسمح لهم التزوج بعشر نساء الاكثر او الاقل، فضلا عن عشرة من الأيامى، فجاء النهي لهذا الوضع في سورة النساء، وقيد تعدد الزوجات بربع كحد اعلى. وهذا النهى يعد تبديلا لسنن الزواج التي كانت سائدة في الجاهلية، الامر الذي دفع الأزواج الى تطليق الزائد من الزوجات والابقاء على الاربع مكتفين بالحد المقرر شرعا. ويروى ان (غيلان بن سلمة الثقفي) كان قد تزوج في الجاهلية بعشر نساء، فلما اسلم امره الرسول بتطليق الزائد من النساء وبالتقيد بما جاء في حكم القرآن. (د. جواد علي - المفصل في تاريخ العرب قبل الاسلام - دار احياء التراث العربي - مكتبة جرير - الجزء الخامس - ص 428).

جاء الاسلام ليجد نفسه في مواجهة الموروث الكبير الذي سبقه من عادات واعراف وتقاليد وقيم، فلا يمكنه والحالة هذه من الغاء كل ما كان الناس عليه وابداله فجأة باحكام الشريعة الاسلامية، لان ذلك سيكون سببا للنفرة من الاسلام، وقد يترد البعض عن الاسلام عندما تنتزع من موروثه الذي يصل في احيان عدة الى مستوى التقديس وليس من مناص والحالة هذه سوى اللجوء للتدرج في نقض الموروث. والتدرج في طرح الاحكام الاسلامية غير المسبب للصدمة لما يعتقد لغاية حصول القناعة لديه بالدين الجديد واحكامه. فالاسلام لم يفرض مبادئه على

الناس فجأة ولكن على مراحل وخير مثال تطبيقي على ذلك التدرج في موضوع تعاطي الخمر.

جاء الاسلام ووجد ان لا حد لهن كزوجات لرجل واحد. فضلا عن الاماء والمحضيات والسبايا وسواهن من النساء الاخريات. وعندما نزلت الآية 3 من سورة: ﴿ وان خفتن ألا تقسطوا في اليتامى فأنكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتن الا تعدلوا فواحدة... ﴾ النساء 3. وذهب الغالب من الفقهاء المسلمون الى ان فهم هذه الاية باعتبارها حقا للرجل للزواج بأربع ومن دون المرور على كون الاية موجهة لرجال قريش حديثي العهد في الاسلام اولا وعدم الاعتداد بالاية المنع: ﴿ ولن تستطيعوا ان تعدلوا بين النساء ولو حرصتم ﴾ ثانيا وجرى توظيف الغالب من الفقه الى ان الزواج بأربع من الحقوق الشرعية للرجل واقتفى القضاء الاثار التي سار عليها هذا الفقه اذ انهم يمنحون الاذن بالزواج من ثانية لسببين الاول هو ان تكون للزوج كفاءة مالية لأعالة اكثر من زوجة والشرط الثاني هو المصلحة المشروعة من الزواج، وفي كثير من الاحيان لم يرد ذكر العدل الذي اشترطه القران الكريم في حجة الاذن، ففي حكم لمحكمة التمييز صدر بالعدد:

2793/ شرعية/ 2005

تاريخ 14 / 11 / 2005

(ان عدم انجاب الزوجة للفترة اللاحقة لعقد الزواج والدخول، يكفي كسبب مشروع ومصلحة مشروعة للزواج من ثانية شرط الثبت من المقدرة المالية لطالب الاذن بالزواج).

الحكم هذا لم يأت من قريب او بعيد على الشرط الذي اشترطه القران الكريم وهو العدل ومنح قاضي الاحوال الشخصية الاذن بالزواج وها هي محكمة التمييز تقرر تصديقه من دون الالتفات الى الاية الكريمة بصيغتها الآمرة، اذ ان مفهوم العدل لدى الفقهاء ومن خلفهم القضاء هو العدل بالنفقة فقط، ويهدرون شرط العدل.

وبالرجوع الى الاية (3) من سورة النساء و(عدم العدل بين النساء مع الحرص) وبعيدا عن الرؤية الذكورية التي تبنتها كتب التفاسير والغالب من الفقهاء نيين الاتي:

الموضوع الاول - على وفق احكام هذه الاية نجد موضوع اليتامى المقترن بالزواج بأكثر من واحدة التي اسهبت في شرحه كتب التفاسير ولكنها لم تذكره باعتباره مقترنا للزواج. اذ ان كل الزوجات التي تمت بعد نزول هذه الاية وحتى يومنا هذا لا ترد فيها اشارة الى اليتامى التي اقترنها النص بالزواج بثنائية، فضلا عن كل قضاة الاحوال الشخصية حاليا وفي جميع المحاكم يعطون الاذن بالزواج بثنائية من دون الاشارة الى اليتامى الواردة في النص المذكور، وهذا القيد الاول الذي وضعته احكام الشريعة الاسلامية وأهمله الفقهاء المسلمون والقضاة.

الموضوع الثاني - هو الخطاب الموجه لرجال قريش حديثي العهد بالاسلام ممن كانت لديهم عشر نساء واكثر، ان ابقوا على مثنى وثلاث ورباع، وقيد تعدد الزوجات باربع كحد اعلى. وهذا النهى يعد تبديلا لسنن الزواج التي كانت سائدة قبل الاسلام، الامر الذي دفع الأزواج الى تطبيق الزائد من الزوجات والابقاء على الاربع مكتفين بالحد المقرر

شرعا. فقد جاء احدهم الى الرسول الكريم ولديه العديد من النساء فقال له ما افعل فقال الرسول: (امسك اربع وفرق الزائد من النساء).اي هذا الخطاب موجه لهؤلاء الرجال سليلي الارث الجاهلي في الزواج والحديثي العهد بالاسلام، وبانتهاء هذا الجيل المخاطب بالنص القراني لمتعدي الزوجات لم يعد هناك اكثر من زوجة واحدة للرجل الواحد.

الموضوع الثالث (المنع). ﴿ولن تستطيعوا ان تعدلوا بين النساء ولو حرصتم﴾. وفي هذا القيد اورد بعض الراء الحديثة في هذا الموضوع. هو ان الانسان ومهما كان قادرا على الامساك بالحرص فهو بجانب للعدل، لان العدل في هذا الموضوع هو خارج طاقة الرجل وهذا ما تفضي اليه الاية وهي قول الشارع الكريم. اذن الخشية من عدم تحقيق العدل هي الشرط الوحيد الصارم في هذا الموضوع وتحقيق العدل امر يتعلق بالجانب النفسي للرجل وهو شعور ذاتي لا يمكن ان يستوعبه نص قانوني، اي لا يمكن حشر الشعور الذاتي بالعدل في نص قانوني كما فعل المشرع العراقي في نص المادة.

فيما يلي البعض من الراء الفقهية الحديثة في موضوع الزواج بثانية، ولمزيد من التفاصيل يمكن الرجوع الى كتابنا: (قراءة في القراءات الحديثة لفقه المرأة).

﴿ولن تستطيعوا ان تعدلوا بين النساء ولو حرصتم﴾

الظاهر حداد

(ليس لي ان اقول بتعدد الزوجات في الاسلام، لم ار للاسلام أثر فيه وإنما هو سيئة من سيئات الجاهلية). ويضيف ان احكام الزواج الواردة

في آية الزواج: ﴿ ومن آياته ان خلق لكم من انفسكم ازواجا لتسكنوا اليها وجعل بينكم مودة ورحمة ﴾ الروم 21 فسرت على ان الزواج يقوم على المودة والرحمة وسكون النفس للنفس كما هو منطوقها، ادر كنا تعذر انقسام هذا الشعور وأثاره في حياة سوية بين الرجل ونسائه. فكما يشعر الرجل ويرى ان أمراته له وحدة، كذلك تشعر المرأة وترى مثله أن زوجها لها وحدها. (الشيخ الطاهر حداد - أمراتنا في الشريعة والمجتمع - دار محمد علي للنشر - صفاقس - تونس - ص 64).

والطاهر حداد شيخ جليل من شيوخ جامع الزيتونة / تونس، في النصف الاول من القرن العشرين ويعده التونسيون الاب الفعلي لمجلة الاحوال الشخصية التونسية، فألى افكاره تعود نصوصها والى طروحاته لجأ الراحل الحبيب بو رقية في تشريعها، اذ تحتل نصوصها المرتبة الافضل بين التشريعات العربية.

الامام محمد عبدة

(ان تعدد الزوجات من العادات المنتشرة في الجاهلية وهي جزء من تحقير المرأة انذاك، وأراد الله ان يرفع من شأن المرأة رحمة بها وأعلى لحقوقها. فجاء النص مشروطا بنص حازم، ذلك الشرط الذي لا يمكن للبشر وما لهم من سعة وطاقة على تحمله ومن ثم تنفيذه مهما أتوا من جلد وصبر وحرص المتمثل بالآية 129 من سورة النساء: ﴿ ولن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم ﴾. أي انكم مع الحرص الذي هو وعائكم لتدبر هذا الامر فإن ذلك الوعاء غير قادر على تحقيق العدل ولا يستطيع ان يحتويه، وهذا هو شرط المشرع الكريم لاجازة الفعل الذي ترغبون. وأذا

ما ارتكبتم الفعل فأنكم تتحدون الثوابت التي سنها المشرع الكريم وهي عدم العدل.

وعن تعدد الزوجات يقول انه يمكن الغيرة والحقد في افئدتهم وتزرع كل واحدة في ضمير ولدها ما يجعله من الدالاعداء لآخوته اولاد النسوة الاخرى فأنها دائما تمقتهم وتذكرهم بالسوء عنده ويترسخ النفور من اخيه عدو له لانصيرا وظهره له. (محمد عبده - محمد رشيد رضا الجزء 2 - الهيئة المصرية للكتاب - 2012 - ص 115).

محمد عبده شيخ الجامع الازهر في القاهرة ومرجعها الديني الاعلى في بدايات القرن العشرين ساهم وعاصر مع مجاليه للعمل في البدء بنهضة للامة المصرية وفي جميع الانشطة. زار باريس حيثئذ ووقف على تطورها ورقبها. عمل على تشذيب الاحكام الفقهية التي عقلت بالشرعية الاسلامية ووثق دعوته النازعة نحو عصنة الاحكام الفقهية.

الدكتور نصر حامد ابو زيد

لم يذهب نصر حامد ابو زيد بعيدا عن المواقع التي وقف فيها سلفه الشيخ محمد عبده، فالآخير هو ذخيرته ومرجعته الفقهية، فهو يكتب ان تعدد الزوجات من العوائد القديمة وكانت مالوفة عند ظهور الاسلام يوم كانت المرأة نوعا خاصا معتبرة بين الانسان والحيوان، ولديه ان تعدد الزوجات احتقارا شديدا للمرأة، عليه فان اباحة تعدد الزوجات في الاسلام امر مضيق عليه اشد التضييق، كأنه ضرورة من الضرورات التي تباح لمحتاجيها بشرط الثقة في اقامة العدل وامن من الجور. واذا تأمل المتأمل مع هذا التضييق ما يترتب على التعدد في

هذا الزمان من المفاسد جزم بانه لا يمكن لاحد ان يرقى بأمة فشا فيها تعدد الزوجات.

نصر حامد ابو زيد استاذ جامعي متخصص في قضايا الفقه الاسلامي تم تكفيره وتطليق زوجته منه وهي استاذة جامعية ايضا وتلقى صنوف من المعاملة السيئة والمهنية من اجل افكاره وليس من ذنب اقترفه سوى المطالبة بالعودة الى المصادر النقية للشريعة الاسلامية.

تعدد الزوجات في فكر فاطمة المرنيسي

(للرجل الحق بأربع نساء وعلى المرأة الاكتفاء بربع رجل)

تقول المرنيسي ان المشرع المغربي اضفى على قضية تعدد الزوجات بعدا قانونيا مستندا الى الاية 3 من سورة النساء: (فأنكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم الا تعدلوا فواحدة) فالآية المذكورة وضعت شرطا وحيدا صارما يقيد حق الرجل في تعدد الزوجات وهو الخشية من عدم تحقيق العدل بين الزوجات، وتحقيق العدل هذا امر يتعلق بشعور ذاتي يصعب حصره على المستوى القانوني، اذ تؤكد المرنيسي ادراك المشرعين المغاربة ما في تعدد الزوجات من تجاوز فمنحوا الآية تأويلا قانونيا ورد فيه المنع بعد لفظة «التعدد» فجاء نص الفصل 30 من مدونة الاسرة (اذا خيف عدم العدل بين الزوجات، لم يجز التعدد).

وتذكر الآية 129 من سورة النساء: (ولن تستطيعوا ان تعدلوا بين النساء ولو حرصتم)، معرجة على ما يعطيه الغزالي تبريرا لتعدد الزوجات

في كتابه احياء علوم الدين الذي اعتمده المرينسي مصدرا لاطروحته الموسومة: (ماوراء الحجاب - الجنس كهندسة اجتماعية)، اذ ان الغزالي يرى: (مهما كان الباعث معلوما، فينبغي ان يكون العلاج بقدر العلة، فالمراد تسكين العلة.. ومن الطباع ما تغلب عليها الشهوة بحيث لا تحصنه المرأة الواحدة، « يعني التحصين لدى الانسان المتزوج عدم ارتكابه الزنى ». فيستجيب لصاحبها الزيادة على الواحدة الى الاربع).

وتعلق المرينسي على نص الغزالي: (يعني التعدد فيما يعنيه ان اندفاع الرجل الجنسي قد يفرض مضاجعة لاكثر من شريكة واحدة حتى يخفف توتره الجنسي الروحي والجسدي على السواء).

وتضيف - الاعتقاد مبدئيا حسب تأويل الفقهاء ان للرجال والنساء ميول غريزية متشابهة، غير ان للرجال الحق في اربع شريكات شرعيات لارضاء لارضاء تلك الميول في حين ان على المرأة الاكتفاء برجل واحدة في افضل الاحوال وحيانا باقل من ربع رجل. وحسب طرحها هذا المستنبط من نص الغزالي ان تعدد الزوجات ضروري لارضاء اندفاع الرجل الجنسي. وتتساءل عما اذا كان الخوف من الوضعية المعاكسة - امرأة باربعة ازواج - هو اساس الافتراض الذي توصف المرأة بموجبه بالنهم الجنسي والذي يشكل محور البنية العائلية.

وهذا لايعني - بالنسبة لها - ان الهندسة الاجتماعية تعد الفرد المكبوت جنسيا شخصا اشكاليا وعنصرا مشوشا على الامة، فان التوجس من النساء سيكون اكبر بما ان المؤسسات هي التي تسهر على كبتهن الجنسي. وتضيف كذلك - ان الاثار النفسية الناتجة عن تعدد الزوجات هو

الاحساس بالكرامة للرجال والنساء، اذ يرسخ التصور لدى الرجل عن ذاته ككائن جنسي قبل كل شيء، فضلا عن كونه وسيلة يمارس فيها الرجل اذلال المرأة ككائن جنسي ودليلا عن عجز هذه المرأة في ارضائه، ومعلوم ان اكثر انواع الاذلال قسوة على المرأة هو استخدام امرأة اخرى. وترى ايضا ان النتيجة الفعلية لتعدد الزوجات هي ان الزوجة لا تملك زوجها بل تقسمه مع الزوجة او الزوجات الاخرى، وهذا يعني تشتت الارتباط العاطفي للزوج، اذ لم يقتصر ذلك الارتباط بزوجة واحدة وبتعبير اخر تذكره وهو: (لا يضع بيضاته في سلة واحدة)، وهذا الامر مدعاة لتراخي الارتباط الزوجية بزوجها وربما تراخي الارتباط هذا يدفعها للبحث عن علاقات اخرى. (فاطمة المرينسي - ماوراء الحجاب - الجنس كهندسة اجتماعية - ترجمة فاطمة الزهراء ازرويل - المركز الثقافي العربي - الدار البيضاء - المغرب - الطبعة الخامسة 2009 - ص 38 وما بعدها و119 - 121).

الفقيه عبد العزيز فهمي باشا

اما عبد العزيز فهمي باشا* فيقول ان الاية 129 من سورة النساء تعني ان الاقتصار على زوجة واحدة لكونه يحقق العدل المقصود بالآية المذكورة، لان الانسان مهما كان حريصا فهو مجانب للعدل، لان العدل في هذا الموضوع خارج طاقة البشر، وما هذا الحكم الذي جاء به الدين الاسلامي ما هو الا علاج لنقائص العرب تدريجيا مع الاناة والتلطف والابتعاد عن كل ما ينفرهم بلا مقتضى).

* (اول رئيس لمحكمة النقض والابرام المصرية عند انشائها 1930،

وقبلها كان وزيرا للعدل وعضوا بالجمعية التشريعية، وعضوا بالمجمع اللغوي ويملك اطلاعا واسعا باحكام الفقه الاسلامي والشريعة الاسلامية).

مما تقدم نستنتج ان الزواج بثانية يتطلب العدل، اذ ان كلمة العدل جاءت بشكل مطلق، اي ان العدل بكافة جوانبه في المشاعر والعواطف والفراش والالفة والانسجام وليس كما يذهب الفقهاء المسلمون بحصر العدل في النفقة فقط. وان التركيب البايولوجي للرجل والوضع النفسي الذي هو فيه وتركيبته بشكل عام يستحيل عليه تحقيق العدل بين زوجاته وهذا ما جاءت به صريح الاية. فانت يارجل مع ما تبذله من الحرص فان تكوينك كرجل يمنعك من تحقيق العدل بين الزوجات لذا فالزواج بثانية للسبب المذكور محرم عليك لعدم قدرته على تحقيق شرطه.

لذا نقترح ايراد نص في قانون الاحوال الشخصية مناظر للنص التونسي، بخاصة وان القانون التونسي يعاقب من يتزوج بثانية مع قيام الزوجية الاولى.

.6.

اركان عقد الزواج وشروطه

المادة الرابعة - ينعقد عقد الزواج بايجاب - يفيد لغة او عرفا - من احد العاقدين وقبول من الاخر ويقوم الوكيل مقامه

المادة الخامسة .

تتحقق الاهلية في عقد الزواج بتوافر الشروط القانونية والشرعية في العاقدين او من يقوم مقامهما.

المادة السادسة .

- 1 - لا ينعقد عقد الزواج اذا فقد شرطا من شروط الانعقاد او الصحة المبينة فيما يأتي :-
 - أ - اتحاد مجلس الايجاب والقبول.
 - ب - سماع كل من العاقدين كلام الاخر واستيعابهما بأن المقصود منه عقد الزواج.
 - ج - موافقة القبول للايجاب.
 - د - شهادة شاهدين متمتعين بالاهلية القانونية على عقد الزواج.
 - هـ - ان يكون العقد غير معلق على شرط او حادثة غير محققة.
 - 2 - ينعقد الزواج بالكتابة من الغائب لمن يريد أن يتزوجها بشرط ان تقرأ الكتاب او تقرأه على الشاهدين وتسمعهما عباراته وتشهدهما على انها قبلت الزواج منه.
 - 3 - الشروط المشروعة التي تشترط ضمن عقد الزواج معتبرة يجب الايفاء بها.
 - 4 - للزوجة طلب فسخ العقد عند عدم ايفاء الزوج بما اشترط ضمن الزواج. من احكام المادة الرابعة يتضح جليا ان الزواج عقد رضائي، ويتم التعبير عن الرضا عن طريق التصريح الجلي المعتبر قانونا، المؤكد لا نصرف طرفيه الى ابرامه وبما يحمله من اثار قانونية وشرعية. وان اي قيد او تصرف يقيد ذلك الرضا وبأي شكل من اشكال التقييد او يمنعه يجعله باطلا.
- مما تقدم يلاحظ ان للرضا احكامه :-
- أ - ان الرضا يقتضي وجود الارادة، ولما كانت الارادة تنشأ داخل

النفس وتبقى خارج المحسوس ولا يمكن الاستدلال عليها الا بظهورها الى العلن، والظهور الى العلن هذا ما هو الا الوسيلة لاجراجها من مكنون النفس الى العالم الخارجي والذي يقال له (التعبير) اي التعبير عن الارادة، اذ يتم التعبير عنها بالقول او بالكتابة او بالعمل او بالاشارة.

ولا نريد في هذا المجال المعين للرضا ان نتوسع في موضوع التعبير الصريح والضمني او السكوت في معرض الحاجة او الارادة الحقيقية او الارادة الباطنة وما قيل فيه شرحا وفقها ونظريات، لأن ما يهمننا هنا هو الارادة الحرة النازعة نحو ميثاق الزواج.

ولكن ما يدخل في موضوعنا هنا عيوب الارادة التي تسعى دون سلامة الرضا وتجعله غير صحيح ولعل اهم عيب من عيوب الرضا هو الاكراه والذي هو ضغط مادي او معنوي يقع على الشخص فيبيعث في نفسه خوف او رهبة يعطل ارادته تعطيلًا كاملا ويدفعه على القيام بفعل يخالف ما تنزع اليه ارادته.

ب- الاهلية - اشترط القانون للاهلية اكمال الثامنة عشرة من العمر، وهو ما تضمنه التشريع العراقي في القانون المدني وقانون رعاية الاحداث وقانون رعاية القاصرين وسواه من التشريعات الاخرى التي تتناول موضوع الاهلية وسوف نتناول هذا الموضوع ضمن احكام الفصل الثالث المتعلق بالاهلية.

ج- اتحاد مجلس الايجاب والقبول للعاقدين، ويقول الفقهاء ان الايجاب هو اول كلام يصدر من احد العاقدين، اما القبول فهو ثاني كلام يصدر من الطرف الاخر. وقد اختلف الفقهاء المسلمون

في شرائط الايجاب والقبول وما اذا كانت ترد بصيغة الماضي او المضارع او بلفظة التزويج او النكاح او التمتع. وللأحناف والشوافع والجعفرية اقوال واحكام في هذا الموضوع. لان اختلاف الصيغة فيه يجعل عقد الزواج باطلا في هذا المذهب في الوقت الذي تكون فيه صحيحة في المذهب الاخر.

لذا فالرأي لدينا: هو قراءة الصياغات في المذاهب المختلفة ومبادئ الشريعة الاسلامية، ولزوم الخروج بصياغة موحدة ينص عليها القانون وتعتمد في كل عقود الزواج منعا للاجتهادات المختلفة والاحكام القضائية المتناقضة وتمشيا مع فلسفة قانون الاحوال الشخصية المبني على مبادئ الشريعة الاسلامية من دون التقيد بمذهب معين. وان تكون الصيغة منجزة وغير معلقة على شرط.

د - يلزم ان يسمع كل واحد من العاقدين ما قاله الاخر ويستوعبه ويفهم ان المقصود منه انشاء عقد الزواج وبذلك تتم موافقة الايجاب للقبول. كذلك ينعقد الزواج من الغائب كتابة لمن يريد ان يتزوجها شرط ان تقرأ الكتاب وتفهمه وتعي ان المقصود منه عقد الزواج او تقرأه على الشاهدين وتسمع عباراته وتشهدهما على انها قبلت الزواج. كما اشترط القانون ان يكون احد طرفيه امرأة والطرف الثاني رجل وان يحل كل منهما للاخر شرعا.

هـ - شهادة شاهدين - حسم المشرع العراقي هذا الموضوع، اذ نص على شهادة شاهدين متمتعين بالاهلية القانونية. وبذلك فقد انهى الجدل الفقهي حول لزوم الشهادة من عدمها لان المذهب الجعفري لا يشترط شاهدين على عقد الزواج، وعندما وضع هذا النص لم نجد

اي من المذهب الجعفري قد اعترض على ذلك وتكونت القناعة بأن الشهادة في هذا الباب تندرج تحت مفهومي التوثيق والاشهار وان كلا المفهومين لا يشكل مخالفة شرعية. مع ملاحظة ما بيناه سابقا في موضوع الشهادة كمقترح، الا ان تعليقنا هو شرح للمتون. والرأي لدينا - اذا اصر المشرع على ابقاء شرط الشهادة - ان يكون النص المتعلق بالشهادة بالشكل الآتي: (شهادة شاهدين متمتعين بالاهلية القانونية على عقد الزواج ويستوي في ذلك الرجل والمرأة). وذلك استنادا للمادة 14 من الدستور التي تنص على: (العراقيون متساوون امام القانون دون تمييز بسبب الجنس...)، هذا اولا اما ثانيا فهو السعي لتوحيد القوانين في العراق كله اذ تعديل قانون الاحوال الشخصية في كردستان المرقم 15 لسنة 2008 كان بهذا المعنى.

و- قد يتضمن عقد الزواج شروطا مشروعة، وبذلك فان الشروط المشروعة تكون معتبرة قانونا وفي حالة اخلال الزوج او عدم الايفاء بها، يكون للزوجة حق فسخ العقد.

يذهب البعض الى ان عقد الزواج منجز ولا يجوز تعليقه على شرط. في حين ان الشروط المشروعة في عقد الزواج جائزة ويوجب الايفاء بها لان الكثير من الفقهاء المسلمين يجيزون الشرط ويأخذون به، كأشترط المرأة على الزوج ان لا يتزوج عليها، او ان تفوض الطلاق، او ان تشتترط زيادة مهرها، او ان لا يتعسف في حقها في حضانة الاطفال. او ان يشترط الرجل ان تكون الزوجة باكر، او ان تفوق قريناتها في الجمال. فهذه الشروط معتبرة وملزمة والاخلال بها يفضي الى الفسخ.

الا ان الملاحظ شحة التطبيقات القضائية للشروط الواردة في الفقرة (3) من هذه المادة، لا بل ان بعض التطبيقات تذهب الى حرمة الشرط لأنه يعد الزواج عقدا منجزا. وكثيرا ما نرى في بعض الاحكام تغليب الاحكام الفقهية على نص القانون وصراحته، بسبب تدني المستوى التدريبي للقضاة وعدم الحماس لدى البعض منهم للاستزادة من المعرفة لزحمة الاعمال وكثرتها التي لا تفسح المجال لذلك.

عليه نرى لزوم تفعيل هذا النص ولو بسؤال من القاضي عما اذا كان طرفي العقد يرغبان في ادراج شروطهما في نص العقد لان ذلك يجسد الحرية المطلوبة لهذا النشاط. وخيرا فعل المشرع في كردستان بوضع تفويض الزوجة بالتطبيق في تعديله لقانون الاحوال الشخصية. لان عدم تفعيل النص يترك الامر نهبا للاجتهادات والاحكام القضائية المتناقضة.

.7.

الاهلية

المادة السابعة .

- 1 - يشترط في تمام اهلية الزوج العقل واكمال الثامنة عشرة.
- 2 - للقاضي ان يأذن بزواج احد الزوجين المريض عقليا اذا ثبت بتقرير طبي على ان زواجه لا يضر بالمجتمع وانه في مصلحته الشخصية اذا قبل الزوج الاخر بالزواج قبولا صريحا.

المادة الثامنة .

- 1 - اذا طلب من اكمل الخامسة عشرة من العمر الزواج، فللقاضي ان

يأذن به، اذا ثبت له اهليته وقابليته البدنية، بعد موافقة وليه الشرعي، فأذا امتنع الولي طلب منه القاضي موافقته خلال مدة يحددها له فأن لم يعترض او كان اعتراضه غير جدير بالاعتبار اذن القاضي بالزواج.

2- للقاضي ان يأذن بزواج من بلغ الخامسة عشرة من العمر اذا وجد ضرورة قصوى تدعو الى ذلك، ويشترط لاعطاء الاذن تحقيق البلوغ الشرعي والقابلية البدنية.

المادة التاسعة.

- 1- لا يحق لاي من الاقارب او الاغيار اكراه اي شخص ذكرا كان ام انثى، على الزواج دون رضاه، ويعد عقد الزواج بالاكراه باطلا اذا لم يتم الدخول، كما لا يحق لأي من الاقارب والاغيار، منع من كان اهلا للزواج بموجب احكام هذا القانون من الزواج.
- 2- يعاقب من خالف احكام الفقرة (1) من هذه المادة بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات وبالغرامة او احدى هاتين العقوبتين، اذا كان قريبا من الدرجة الاولى، اما اذا كان المخالف من غير هؤلاء، فتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على العشر سنوات، او الحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات.
- 3- على المحكمة الشرعية ومحكمة الاحوال الشخصية الاشعار الى سلطات التحقيق لاتخاذ التعقيبات القانونية بحق المخالف لاحكام الفقرة (1) من هذه المادة، ولها توقيفه لضمان خضوره امام السلطات المذكورة ويحق لمن تعرض للاكراه او المنع مراجعة سلطات التحقيق مباشرة بهذا الخصوص.

سن الزواج

اختلفت المذاهب الاسلامية في سن الزواج للذكر والانثى وتراوحت حسب احكامها من الثامنة عشرة بالنسبة للذكر لتهبط الى سن التاسعة من العمر للبنات وفي بعض الاراء دون التاسعة. وان المشرع العراقي نأى بالنفس عن المختلف من الاراء المذهبية ونص على اكمال الثامنة عشرة من العمر، لابل اكمال الثامنة عشرة يجب ان يكون مقرونا بالاهلية وأكمال العقل.

الاهلية

ينظر القانون الى الشخص الطبيعي من جهة كونه صالح لأن تكون له حقوق وعليه واجبات، فكل انسان هو شخص قانوني تتوافر فيه الاهلية وهي على نوعين الاول هو اهلية الوجوب وهي كما ذكرنا وجوب الحقوق المشروعة له وعليه. والنوع الثاني هو اهلية الاداء وهي صلاحية الشخص لاستعمال الحق.

وتتأثر الاهلية بعوامل عدة، وواحدا من هذه العوامل هو السن الذي يمر بمراحل ثلاث. الاولى - سن عدم التمييز - تبدأ من وقت الولادة الى سن التمييز التي تمام السابعة من العمر. والمرحلة الثانية - سن التمييز - التي تبدأ من تمام السابعة الى سن البلوغ. المرحلة الثالثة - سن البلوغ التي من تمام الثامنة عشرة من العمر الى الممات، (المادة 106 من القانون المدني).

ولكن قد يكمل الانسان الثامنة عشرة من العمر، لكنه يقع ما يؤثر على

قدرته على التمييز، كالجنون وهو الذي يفقد القدرة على التمييز، وتقع تصرفاته باطلة لانعدام الارادة الحرة. والامر ذاته بالنسبة لعتته اذ ان كل تصرفاته باطلة بعد الحجر عليه، وبذلك فان حالتي الجنون والعتة توجب الحجر وتعيين قيم عليه وصلاحيه القيم هنا كصلاحيه الوصي.

والنص الذي اورده المشرع هو عن الاهلية بشرطها البلوغ والعقل، ولم يضع شروط لانعقاد العقد ولا شروط عن صحة العقد على اعتبار انهما مفترضان بتحقق البلوغ والعقل، وباعتبارهما شرط نفاذ كما بذهب جانب من الفقه.

ومن ذلك يتبين ان الثابت في هذا النص ان الشخص الذي يروم الزواج يحب ان يكمل الثامنة عشرة من عمره وغير مصاب بعوارض الاهلية وهي الجنون والعتة. الا ان الفقرة (2) من هذه المادة اجازت للقاضي الاذن بزواج احد الزوجين المريض عقليا وبالشروط الذي وضعها المشرع، وهي الاتي:

- 1- التقرير الطبي الصادر عن جهة طبية معتمدة بأن هذا الزواج لا يضر بالمجتمع.
- 2- ان يكون الزواج في مصلحة المريض.
- 3- ان يقبل الزوج الاخر بالزواج قبولا صريحا مع معرفته بمرض الزوج ويتقبل تضحيته هذه.
- 4- صدور الاذن من القاضي وضمن سلطته التقديرية بوصفه ذا ولاية عامة. ويعد زواج المريض عقليا خروجا عن المبدأ الذي بدء فيه هذا الفصل وهو العقل واكمال الثامنة عشرة من العمر فضلا عن كون عقد الزواج

من العقود الرضائية، اي التعبير الحر الواعي المنصرف للارتباط بالآخر.
وكما بيناه سابقا.

الا ان للمذاهب الاسلامية - التي استمد المشرع احكامه منها - اراء في هذا الموضوع، فأبي حنيفة يجهز تزويج المجنون والمعتوه وضعيف العقل بموافقة وليه فان امتنع كان الاذن للقاضي باعتباره صاحب الولاية العامة.

في حين تقول المالكية: تزويج فاقد الاهلية محصورة على الاب ووصيه ولا يجوز للغير ان يقوم بذلك ولو كان قاضيا.

اما الشوافع - فزواج المجنون لديهم غير جائز الا لحاجة ملحة لذلك الزواج مع تحقق المصلحة له وبموافقة الاب او الجد او القاضي. (الولاية على النفس - الامام ابو زهرة - دار الفكر العربي - القاهرة - طبعة 2010).

ونجد ان بعض التشريعات العربية غير متحمسة لزواج المجنون او المعتوه، فلم تورد نصوص بشأنهم، بل اكتفت بزواج المحجور لسفه. كما في مجلة الاحوال الشخصية التونسية اذ نص الفصل 7 منها على: (زواج المحجور عليه لسفه لا يكون صحيحا الا بعد موافقة المحجور له وللمحجور له اذن من الحاكم فسخه قبل البناء).

ويرى البعض من شراح مجلة الاحوال الشخصية التونسية ان المشرع التونسي اكتفى (بزواج المحجور عليه لسفه بعد موافقة وليه، لان فاقد الاهلية بسبب عارض من عوارض الاهلية كالاصابة باضطرابات عقلية او مقيد للاهلية بسبب ضعف العقل غير قادر على الزواج الا بواسطة وليه على ان ياخذ رضاه بعين الاعتبار حتى لا نفع في وضعية ولاية الجبر على الزواج الجديد). (القاضية فاطمة الزهراء بن محمود والقاضية سامية دولة -

التعليق على مجلة الاحوال الشخصية - قراءة في الفقه والقضاء - مجمع الاطرش للكتاب المتخصص - 2015 - ص 43). ومن ملاحظة احكام الفصل 7 من المجلة ان المشرع التونسي لم يأخذ بأي رأي من الاراء التي اوردها المذاهب الاسلامية بخصوص زواج المجنون او المعتوه.

وخيرا فعل المشرع التونسي، اذ كيف يمكن ان نفهم تربية الاطفال في بيئة عائلية تعج بالجنون والعتة، وكيف يمكن ان نجعل منهم ابناء اسوياء في مواجهة الحياة القادمة بتعقيداتها ومشاكلها وهم نتاج بيئة عائلية معطوب فيها الاهلية والرشد.

ومعلوم ان المشرع العراقي استمد زواج المجنون او المعتوه من قانون الاحوال الشخصية السوري وتحت تأثير اراء الفقه الاسلامي وعلى وجه الخصوص اراء ابو حنيفة في هذا الموضوع.

اماذي الغفلة والسفه فيذهب الفقه الى عدم اعتبارهم محجورين لذاتهما، بل وجوب الحجر عليهما، ويكونا بعد الحجر في حكم الصبي المميز.

ولكن يلاحظ ان الغالب من الفقهاء يعدون تصرفاتهما المالية غير نافذة الا اذا اجريت من قبل القيم عليهما، اما التصرفات الاخرى خارج المعاملات المالية فتقع صحيحة ومنها الزواج. وتعليقنا هنا على هذا الموضوع وهو: اذا كانا المحجورين غير قادرين على شراء حذاء الا عن طريق القيم، فلماذا يجيز لهما الزواج من دون القيم. هل ان العلاقة الزوجية بنظر هؤلاء الفقهاء ادنى من مستوى شراء الحذاء.

المقترح لدينا ان لا زواج لهما الا بأذن القاضي وضمن شروط صارمة بحيث لا يسبب ضررا للزوج الاخر او الاسرة او المجتمع. فضلا ان

زواج من هذا النوع يكون فيه رب الاسرة مغفلا او سفيها له اثار سلبية عديدة وبهذا لا يمنح الاذن الا بشروطه الصارمة.

زواج ممن لم يكمل الثامن عشرة من العمر

زواج القاصرات

حالتان اوردهما المشرع اجاز فيهما الزواج قبل اكمال الثامن عشرة من العمر وهو حكم المادة الثامنة المذكورة في اعلاه:

الاولى - طلب من اكمل الخامس عشرة الزواج وبأذن من قاضي محكمة الاحوال الشخصية.

الثانية - الاذن بزواج من بلغ الخامس عشرة (اي اليوم الاخير من الرابع عشرة من العمر) للضرورة القصوى.

الثابت عمليا ان زواج القاصرات، ونقصد هنا ممن لم يكملن الثامن عشرة من العمر، لازلن في مرحلة الطفولة ولم يكتمل لديهن البناء الفسيولوجي لاجسامهن، حسبما تفصل في ذلك الفحوص المختبرية والطبية. ولم تكتمل لديهن الرؤية والتدبير المطلوب لكي يكن زوجات بالمفهوم المطلوب للحياة الزوجية، فضلا عن ان المادة (1) من اتفاقية حقوق الطفل المصادق عليها من قبل العراق بالقانون رقم 3 لسنة 1994 واصبحت جزءا من نظامه التشريعي تنص على: (لاغراض هذه الاتفاقية، يعني الطفل كل انسان لم يتجاوز الثامنة عشرة...). هذا وللمطلع على احصائيات المحاكم يدرك فداحة الخطر الذي تعرضن لهن القاصرات والاثار السلبية التي نالت طفولتهن وقصمت ظهر المجتمع.

ويقصد بزواج القاصرات هو الزواج الذي يتم دون سن الرشد القانوني الذي حدده المشرع العراقي بأكمال الثامن عشر من العمر، وبموجبه يقع عليهن عبء الزواج المبكر وهن المتضررات منه (حسب احصاءات اليونسيف)، واسبابه معلومة اجتماعية واقتصادية، والاهم هو الموروث الفقهي المنظم لها والتقاليد الذكورية البالية المعتمدة من قبل العشيرة والقبيلة وسواهما من تشكيلات ما قبل الدولة.

الطفلة في هيأتها تلك غير قادرة فسلجيا على ممارسة الحياة الزوجية لعدم اكتمال البناء البيولوجي لها، فهي لم تتمكن من الارتواء من طفولتها بعد لأنها لم تنجز كل الالعب التي كانت تحلم بها. فكيف يمكن ان يطلب منها ان تكون اما وربة بيت، هل هي هذه الحياة التي كانت تنشدها الاية الكريمة النازعة نحو تحقيق السكينة والمودة والرحمة، هل الطفلة قادرة على المشاركة في هذا التكليف.

زواج القاصرات يؤثر سلبا على الوضع الصحي اذ ان كثيرا منهن فقدن حياتهن من جراء الدخول او الحمل. او كحد ادنى الاصابة بعاهة او مسهن ضرر كبير. وهو يؤثر سلبا على وضعهن التعليمي فالغالب منهن يتركن المدارس من جل التفرغ للحياة الزوجية او يجبرن على تركها من قبل الازواج. والامر ذاته على الوضع الاجتماعي. اذ اثبتت الاحصاءات ان اكثر حالات الطلاق والتفريق كان من نصيب القاصرات المتزوجات، ولكن حتى لو استمرت الحياة الزوجية فان وضعهن الاجتماعي يكون مربكا فاقدا للاستقرار والهدوء.

ليس الفقه الاسلامي وحده المشرعن لزواج القاصرات او عادات

القبيلة بل ان القضاء العراقي يعد صاحب البناء المؤسسي لزواج القاصرات على وفق احكام التكييف القانوني ولم يكن مؤهلا لفهم واقع الطفولة ومتطلباتها الضرورية التي هي مسؤولية المجتمع ايضا. نورد هنا بعض الاحكام القضائية التي اسست لهذا الموضوع:

رقم الحكم - 32 / 31 / 30 / شرعية / 1974 موحدة

تاريخ - 2 / تموز / 1974

(يصح بلوغ الانثى شرعا بعد اتمامها التاسعة من العمر فيما اذا ظهرت عليها علامات البلوغ).

رقم الحكم - 173 / هيئة عامة / 1978

تاريخ - 13 / ايار / 1978

(لا يعتد بعقد الزواج الذي ابرمه وكيل الزوجة البالغة سبع سنوات لعدم اهليتها على التوكيل ولا يغني حضور والدها مجلس العقد دون ان يجريه بنفسه او بواسطة وكيله).

والرأي لدينا عدم جواز ابرام عقد الزواج لمن لم يتم الثامن عشرة من العمر

1 - لذا فان مقترحنا في هذا الموضوع هو الغاء الفقرة 2 من المادة الثامنة المتعلقة بالزواج للضرورة القصوى لكون هذا الموضوع قد تم تناوله ضمن احكام الباب التاسع من قانون العقوبات رقم 111 لسنة 1969 المعدل المواد من 393 وما بعدها، وعلى وجه الخصوص المادة 398 والقانون رقم 90 لسنة 1987.

2- ايجاد معالجة بشأن الفقرة 1 من المادة ذاتها لانها في جميع الاحوال تندرج تحت عنوان زواج القاصرات والراجع لدينا الغائها ايضا. ومما يؤسف له حقا ان قضاء محكمة التمييز كان متماهيا مع زواج القاصرات، ويعد تاسيسا قضائيا لذلك الزواج ومنذ عدة عقود ومثال ذلك حكم محكمة التمييز المرقم والذي قضى

1970 /86 /24 /شرعية/

10 /10 /1970

(اذا كان المزوج للصغيرة غير الاب والجد كان زواجها موقوفا على اجازتها بعد البلوغ).

ومن هذا الحكم يعني ان محكمة التمييز تقر وتتبنى وتدفع الى زواج القاصرات وتباركه واصبح جزءا من الاحكام القضائية المستقرة وواجبة الاتباع من قبل المحاكم الادنى، فضلا عن انها تستكثر عليها حق اختيار الفسخ بعد البلوغ اذا كان المزوج لها هو الاب وهو ثابت بحكمها الذي قضى بالمرقم:

1970 /3178 /شرعية/

23 /2 /1971

(اذا زوج الاب ابنته الصغيرة صح الزواج ونفذ ولزم، وليس للزوجة خيار الفسخ بعد البلوغ).

ولما كان سن الرشد هي ثمانية عشر سنة كاملة، وهو ما تجمع عليه التشريعات العراقية سواء ما نص عليه القانون المدني ام قانون رعاية

القاصرين ام قانون رعاية الاحداث، فضلا عما تضمنته اتفاقية حقوق الطفل المصادق عليها من قبل العراق بالقانون رقم 3 لسنة 1994 التي عرفت الطفل في المادو (1) منها: (كل انسان لم يتجاوز الثامنة عشرة).

وحيث ان القانون العراقي قد عرف الزواج بأنه: (عقد بين رجل وأمرأة تحل له شرعا غايته انشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل). فهل تتمكن الطفلة غير مكتملة البناء الفسلجي ان تحقق الغاية التي ارادها المشرع من الدخول في الاسرة وادارتها وتربية الاطفال في هذا العمر.

اوهل يتحقق مقصد الشريعة الاسلامية الواردة في الاية 21 الروم: ﴿ومن آياته ان خلق لكم من انفسكم ازواجا لتسكنوا اليها وجعل بينكم مودة ورحمة﴾، عند الزواج من طفلة.

المقترح كما بينا هو عدم جواز زواج ممن لم تبلغ سن الرشد مع التمتع بالاهلية. ولكن لاسباب معتبرة واستثنائية وفي اضيق الحدود، ومع بقاء المشرع عند رأيه يصار الى تمكين القاضي من منح الاذن بزواج من اتمت السادس عشرة من العمر، متى ما ثبت بتقرر لجنة طبية متخصصة رسمية اهليتها للزواج. وتلغى جميع النصوص التي تتعارض وحكم هذا النص المقترح.

. 8 .

الزواج خارج المحكمة

عقود الزواج خارج المحكمة ليس لها سند من القانون، لان الكثير من رجال الدين الفارضين انفسهم على هذا الموضوع كثيرا ما يبرمون عقود زواج باطلة وعند مباشرة طرفي العقد بتصديقه لدى المحكمة المختصة

يكتشف قاضي الاحوال الشخصية ان رجل الدين هذا تعوزه المعرفة المطلوبة بالطرفين لكون المعلومات التي يتطلبها عقد الزواج غير متوافرة لديه، فقد يعقد زواجا على معتدة او يعقده على متزوجة لكونه غير مخول رسميا بمفاتحة دوائر الاحوال المدنية لارسال صورة قيد الطرفين او يعقده على زوجة مفقود قبل صدور حجة بوفاته او يعقده دون السن القانوني او يعقد زواجا لخامسة كما في الحكم الاتي لمحكمة التمييز المرقم:

القرار - 508/ شرعية/ 1963

التاريخ 4/12/1963

(اذا كان للزوج اربع زوجات معقود عليهن بالعقد الدائم وتزوج خامسة بالعقد الدائم فيكون العقد الاخير باطلا لانه ممنوع شرعا).

ليس لرجال الدين الذين يرمون عقود الزواج منزلة دينية بخاصة تقع ضمن صلاحيات المؤسسة الدينية بل ان الوصف القانوني لهم عندما يتعلق امرهم بمحاكم الاحوال الشخصية لا يتعدى كونهم مجرد شهود على عقود الزواج اي ان موقفهم من عقد الزواج ينحصر بالشهادة وتعامل معهم محاكم الاحوال الشخصية بهذا الوصف لكونهم غير مخولين قانونا بابرامها، وهذا ما ذهبت اليه محكمة التمييز فقد قضت في حكم لها بالرقم:

132/ هيئة موسعة اولى / 2010

التاريخ - 24/ نيسان/ 2010

(اذا استمعت المحكمة لأقوال العاقد الديني كشخص ثالث فأن عليه ان يؤدي اليمين القانونية، اذ ان مركزه كمركز الشاهد...).

وكثيرا ما تكون عقود الزواج المبرمة من قبل رجل الدين مخالفة لاحكام الشرع والقانون لمحدودية معرفته بالاحكام الشرعية فقد يزوج قاصرة خلافا لاحكام القانون. فتنقض محكمة التمييز الاحكام المصدقة لها للسبب المذكور ففي حكم لمحكمة التمييز برقم:

2709 شخصية اولى / 2008

تاريخ - 212 / كانون اول / 2008

(اذا ادعت المدعية ان المدعى عليه زوجها بموجب عقد الزواج المبرم خارج المحكمة وطلبت حضوره للمرافعة والحكم بتصديق زواجها المذكور، فأن الحكم الذي قضى بتصديق المدعية من المدعى عليه، غير صحيح ومخالف لاحكام الشرع والقانون ذلك لان المحكمة لم تستكمل تحقيقاتها الاصولية في الدعوى وصولا الى الحكم العادل... لأن المحكمة قبلت دعوى المدعية رغم عدم بلوغها سن الرشد... الواجب ادخال ولي امرها شخصا ثالثا اكمالا للخصومة).

لذا فالرأي لدينا هو: - لما كان الزواج خارج المحكمة بهذا الوصف وان العاقد الديني تعوزه المعرفة بالقانون والشرع فضلا عن كونه غير مخول قانونا بابرامه وحيث ان الزواج خارج المحكمة يعد فعلا يعاقب عليه القانون وفرض عقوبة على مرتكبه ولما كان المذكور شريكا في الفعل المخالف للقانون على وفق الاحكام وقواعد الاشتراك في قانون العقوبات 111 لسنة 1969 المعدل لذا نرى ان تمتد العقوبة اليه اسوة بالزوج لاشتراكه في الفعل المخالف للقانون.

تسجيل عقد الزواج وأثباته

المادة العاشرة

يسجل عقد الزواج في المحكمة المختصة بدون رسم في سجل خاص وفقا للشروط الآتية:

- 1 - تقديم بيان بلا طابع يتضمن هوية العاقدين وعمرهما ومقدار المهر وعدم وجود مانع شرعي من الزواج على ان يوقع هذا البيان من العاقدين ويوثق من مختار المحلة او القرية او شخصين معتبرين من سكانها.
- 2 - يرفق هذا البيان بتقرير طبي يؤكد سلامة الزوجين من الامراض السارية والموانع الصحية وبالوثائق الاخرى التي يشترطها القانون.
- 3 - يدون ماتضمنه البيان في السجل ويوقع بامضاء العاقدين او بصمة ابهامهما بحضور القاضي ويوثق من قبله، وتعطى للزوجين حجة بالزواج.
- 4 - يعمل بمضمون الحجج المسجلة على وفق اصولها بلا بينة وتكون قابلة للتنفيذ فيما يتعلق بالمهر، ما لم يعترض عليها لدى المحكمة المختصة.
- 5 - يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة اشهر ولا تزيد على سنة او بغرامة لا تقل عن ثلاثمئة دينار ولا تزيد على الف دينار كل رجل عقد زواجه خارج المحكمة وتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تزيد على الخمس سنوات اذا عقد خارج المحكمة زواجا اخر مع قيام الزوجية.

المادة الحادية عشرة .

- 1- اذا اقر احد لأمرأة انها زوجته، ولم يكن هناك مانع شرعي او قانوني وصدفته ثبتت زوجيتهما بأقراره.
- 2- اذا اقرت المرأة انها تزوجت فلانا وصدقها في حياتها ولم يكن هناك مانع شرعي او قانوني، ثبت الزواج بينهما، وان صدقها بعد موتها فلا يثبت الزواج.

تسجيل عقد الزواج

لم تعرف التشريعات الاسلامية ولا المذاهب الاسلامية على كثرتها موضوع تسجيل عقد الزواج على وفق المعايير الحالية للتسجيل لكون هذا العقد لديهم من العقود الرضائية ينعقد بالايجاب والقبول ولا يتطلب الشكلية في التسجيل. واستمر الامر طيلة العديد من القرون الاسلامية من دون توثيق، لغاية صدور قانون الاحوال الشخصية في الايام الاخيرة من العام 1959. اذ كانت عقود الزواج والحجج تتوزع في سجلات بدائية لدى رجال الدين المبرمين لها غير محصنة من التلف او العبث او الضياع. ولوقوف المشرع على هذا الوضع الذي تعانیه الحجج، فقد تعاملوا مع هذا الوضع المزري بجدية تامة.

من الاحكام التي جاء بها قانون الاحوال الشخصية المحسوبة لصالحه هو تسجيل عقد الزواج على وفق النصوص الواردة في هذا الفصل، لانصراف ارادة المشرع الى اعتبار الحجج المسجلة على وفق اصولها يلزم العمل بها بلا بيئة قابلة للتنفيذ، اي ان عقد الزواج المسجل لدى محكمة الاحوال الشخصية يعد دليلا رسميا لاغراض الاثبات

الواردة في قانون الاثبات قدر تعلق الامر باثبات الزوجية والبنوة والمهر والنفقة وسواهما من الحقوق الاخرى الواردة فيه. اي انه من المستندات القابلة للتنفيذ مباشرة للمطالبة للمهر على سبيل المثال، ولكن في حالة دفع الزوج بانه سبق تسديد المهر وان ذمته غير مشمولة بالمهر المطالب به وقدم ما يؤيد اعتراضه فيوقف التنفيذ لحين البت في الاعتراض من قبل المحكمة المختصة. ولاهمية التسجيل فقد وضع المشرع آلية لذلك التسجيل وشروطه هي:

- 1- استمارة طلب عقد الزواج يتضمن اسمي الخاطب والمخطوبة والعمر والديانة والحالة الزوجية والجنسية وعنوان السكن ومقدار المهر واستحقاقه، ويوقع من قبل طرفيه.
- 2- التقرير الطبي الذي يؤيد سلامة الزوجين من الامراض السارية والموانع الصحية، المطلوب في هذه الفقرة ان تكون ضمن لجنة طبية متخصصة، الا ان الواقع الطبيعي يجرى خلاف ذلك اذ كثيرا ما ترد التقارير الطبية غير مستوفية لشروطها ويفاجأ الزوجين بعد حين ان هناك موانع صحية تحول في اتمام عقد الزواج وهنا يقع المحذور.
- 3- تقديم هويات الاحوال المدنية وشهادة الجنسية، والان البطاقة الوطنية مع صور ضوئية لتلك الوثائق.
- 4- تطلب محاكم الاحوال الشخصية صورة قيد الاحوال المدنية للتأكد من الحالة الزوجية لهما، رغم عدم ورود هذا الامر ضمن احكام هذا الفصل الا ان المحاكم تلجأ اليه من باب التاكيد من الحالة الزوجية اذ ان هوية الاحوال المدنية قد لا تحتوي المعلومات المطلوبة.

لما كان القانون يعد الزواج خارج المحكمة جريمة يعاقب عليها القانون، وان هذا العقد الرغم من استيفائه الشروط المطلوبة لعقد الزواج من حيث الرضا والاهلية والحرمة، الا انه لا يمكن الاحتجاج به رسميا امام دوائر الدولة الا بتصديقه من قبل محكمة الاحوال الشخصية وتسجيله على وفق احكام هذا الفصل.

ولما كانت هذه الوثيقة هي للتوثيق فقط بحسب نصوص هذا الفصل اي انها ليست شرط انعقاد وليست شرط لصحة العقد. وعلى الرغم من ذلك فان مجرد التوثيق الذي اورده القانون لا يخلوا من الفائدة، اذ لا يمكن للزوج والحالة هذه ان ينكر عقد الزواج كما كان الامر سائدا قبل تشريع القانون او ما هو جاري التعامل به لدى رجال الدين المبرمين له اذ يصعب على الزوجة وفي كثير من الاحيان اثبات عقد الزوج المبرم خارج المحكمة بخاصة اذا وجد التواطؤ بين الزوج ورجل الدين، فاذا عجزت الزوجة عن اثبات عقد الزواج بالطريقة المبسوطه في اعلاه فان هذا يعني عدم امكانية اثبات نسب الاطفال من الزوج المنكر. لذا فان لزوم التسجيل لدى محكمة الاحوال الشخصية يحبط الانكار ويلغي اثره. وخيرا فعل المشرع لدينا عندما عد الزواج خارج المحكمة جريمة يعاقب عليها القانون.

الا ان الملاحظ من النصوص القانونية التي اوردها المشرع في هذا الفصل، والتطبيقات القضائية المنفذة لها، ومن خلفهم شراح قانون الاحوال الشخصية، ان تسجيل عقد الزواج من الامور التنظيمية فقط، وبالنظر لاهمية التسجيل هذا للاسباب المذكورة في اعلاه. الذي يهمننا في هذا الموضوع وبغية انتهاء حالة الارتزاق التي تمارسها مكاتب الزواج

ويديرها رجال دين مرتزقة ويبرمون زواجات - في الغالب - مخالفة لاحكام الشريعة الاسلامية وضحيتهما الزوجة بالطبع، فالراي لدينا هو ان يكون تسجيل عقد الزواج ركنا من اركان العقد، اي اضافة الشكلية على هذا على العقد على الرغم من ان الشكلية يعدها البعض تسير في دور الانحسار، ونحن اذ ندعو اليها فهي من باب حماية الزوجة وصيانة حقوقها الزوجية والتخلص من الزواج الذي يقع خارج المحكمة. يضاف الى ما تقدم فان طموحنا يدفعنا الى اعتبار التسجيل شرط من شروط صحة عقد الزواج اسوة لما سار عليه المشرع التونسي في مجلة الاحوال الشخصية، وبذلك تكون حجة الزواج تتضمن شرطين الاول هو شرط الاثبات والثاني هو شرط الصحة. وبذلك نصون الزوجة ونحمي الاطفال ونرعى الاسرة على اسس الثبات والاستقرار والطمأنينة.

. 11 .

المحرمات وزواج الكتابيات

المادة الثانية عشرة .

يشترط لصحة الزواج ان تكون المرأة غير محرمة شرعا على من يريد الزواج بها.

المادة الثالثة عشرة .

اسباب التحريم قسمان مؤبدة ومؤقتة، فالمؤبدة هي القرابة والمصاهرة والرضاع، والمؤقتة الجمع بين الزوجات يزدن على اربع وعدم الدين السماوي والتطليق ثلاثا وتعلق حق الغير بنكاح او عدة وزواج احدى المحرمين مع قيام الزوجة الاخرى.

المادة الرابعة عشرة .

يحرم على الرجل ان يتزوج من نسب امه وجدته وان علت وبنته و بنت
ابنه و بنت بنته وان نزلت . واخته و بنت اخته و بنت اخيه وان نزلت وعمته
وعمة اصوله وخالته وخالت اصوله .

ويحرم على المرأة التزوج بنظير ذلك من الرجال .

المادة الخامسة عشرة .

يحرم على الرجال ان يتزوج بنت زوجته التي دخل بها وام زوجته التي
عقد عليها وزوجة اصله وان علا وزوجة فرعه وان نزل .

المادة السادسة عشرة .

كل من تحرم بالقرابة والمصاهرة تحرم بالرضاع الا فيما استثني
شرعا .

المادة السابعة عشرة .

يصح للمسلم ان يتزوج من كتابية ولا يصح زواج المسلمة من غير
المسلم .

المادة الثامنة عشرة .

اسلام احد الزوجين قبل الاخر تابع لاحكام الشريعة الاسلامية في
بقاء الزوجية او التفريق بين الزوجين .

المحرمات

﴿ حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم واخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الاخ وبنات الاخت وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة وامهات نسائكم وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم التي دخلتم بهن فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم وحلائل ابنائكم الذين من اصلابكم وان تجمعوا بين الاختين الا ما قد سلف... ﴾ النساء 23.

من شروط عقد الزواج ان لا تكون المرأة محرمة على الرجل، سواء كان التحريم مؤبد او مؤقت، وهذا ما هو مثبت في تعريف عقد الزواج في القانون: (عقد بين رجل وأمرأة تحل له شرعا....) المادة الثالثة من القانون. في حين ان المشرع في كردستان جاء بتعريف افضل عندما عدل احكام هذه المادة ونص على: (الزواج عقد تراضي بين رجل وأمرأة يحل به كل منهما للاخر شرعا...). فضلا عما جاءت به احكام هذا الفصل من تفصيل.

الحرمة المؤبدة

فمن قراءة النصوص تلك نجد ان المشرع استقى احكامه من سورة النساء، مبينا على وجه التحديد اللاتي يحرم الزواج منهم حرمة مؤبدة وهن على الوجه الاتي:

اولا . المحرمات بسبب القرابة

وهن على اصناف اربعة - 1 - الام والجدة وان علون (اصوله). 2 - البنت وبنت الابن وبنت البنت وان نزلن (فروعه). 3 - الاخت الشقيقة

او الاخوت غير الشقيقة و بنت الاخ و بنت الاخوت وان نزلن. 4 - فروع
الجدات والاجداد اذا انفصلن بدرجة احدى (العمات والخالات) مها
تكن درجة الجدة والجد، ولكن بنات الاعمام والاحوال وبنات الخالات
والعمات حلال مهما بعد الجد او الجدة التي تفرعن منها، اذ المحرم من
فروع الاجداد والجدات من يفصل عن الاصل بدرجة واحدة (الامام
محمد ابو زهرة - الاحوال الشخصية - دار الفكر العربي - القاهرة - 2012
صفحة 64).

المحرمات بسبب المصاهرة

الحرمة بسبب المصاهرة اربعة اصناف، اذ يحرم على الرجل حرمة
مؤبدة اذا تزوج بامرأة بينه وبينها مصاهرة:-

الاول - اصول الزوجة (ام الزوجة وجدتها) وأن علون، تحرم على
الزوج، وتنشر الحرمة بمجرد العقد، اي سواء دخل بزوجه ام لم
يدخل. وهي حرمة مطلقة بسبب النص القراني الوارد في سورة النساء
(وأمهات نسائكم).

المحرمات بسبب الرضاعة

هذا هو النص المؤسسي للمحرمات من الزواج بسبب الرضاعة.
وهنا يقول الطبري في تفسيره: (فكل هؤلاء اللواتي سماهن الله
وبين تحريمهن في هذه الاية محرمات غير جائز نكاحهن لمن حرم
الله ذلك عليه من الرجال، وباجماع جميع الامة، لا اختلاف بينهم في
ذلك، الا في امهات نسائكم اللواتي لم يدخل بهن ازواجهن، فان في

نكاحهن اختلاف بين بعض المتقدمين من الصحابة اذا بانة الابنة قبل الدخول بها من زوجها، هل هن من المبهمات ام هن من المشروط فيهن الدخول بيناتهن). تفسير الطبري - دار الحديث - القاهرة - 2010 - المجلد الثالث - ص 719.

استمد المشرع العراقي الحرمة بسبب الرضاعة من احكام الشريعة الاسلامية، وعدت الاحكام الشرعية المرضعة اما، وانزلتها منزلة الام في النسب، وكأثر لذلك عد زوج المرضعة ابا للرضيع من الرضاعة لقوله: ﴿وأمهاتكم اللاتي ارضعنكم﴾. ولا نريد الخوض في اسباب الحرمة هذه لكون الكتب الفقهية التي تناولت هذا الموضوع تشكل فيضا للمعلومات يسهل الرجوع اليها.

اذن الحرمة من الرضاعة هي احدى مبادئ الشريعة الاسلامية وواحدة من احكامها القطعية، مشروحة بالحديث النبوي: (يحرم من الرضاع، ما يحرم من النسب)، عليه فأن اية امرأة حرمت من النسب تحرم مثلها من الرضاع فأى امراة تصبح بسبب الرضاع اما او اختا.

الحرمة من الرضاعة وعدد الرضعات

القراءات المختلفة لهذه الاية من قبل المسلمين المتوزعين في مذاهب شتى جاءت باحكام تطبيقية مختلفة وزعت المسلمين على الهويات الجزئية بحيث لم يعد المسلمين متساوين امام الاحكام الشرعية فهذا الحكم الشرعي ينطبق على الاحناف ولكنه لا ينطبق على الحنابلة، وذاك الحكم ينطبق على الامامية ولكنه لا ينطبق على الشوافع. نتناول الان المواضيع الاهم المختلف عليها في موضوع الحرمة هذه وبالشكل الاتي:-

من هي المرضعة موضوع الحرمة

الموضوع الاول - ان تكون المرضعة قد در لبنها من وطء شرعي، هذا ما تقول به الامامية، ولم يشترطوا بقاء المرضعة في عصمة صاحب اللبن، فلو طلقها او مات عنها وهي حامل منه او مرضع ثم ارضعت ولدا تنشر الحرمة. الا انه اذا در اللبن بسبب الزنا او من دون زواج فان الحرمة لم تنشر والحالة هذه لديهم.

اما الحنابلة - فاشترطوا ان يدر اللبن بسبب الحمل ولا فرق لديهم ان كانت المرأة ثيبا او بكرأ، كما انهم لم يشترطوا ان يكون الوطاء شرعيا. اما الاحناف والشوافع والمالكية فالمعيار لديهم لنشر الحرمة، اللبن الذي يرضعه الرضيع لا فرق لديهم ان تكون المرضعة ثيبا ام باكرامتزوجة كانت ام غير متزوجة.

الاختلاف في طريقة الرضاعة

تشرط الامامية ان يجري الرضاع من الثدي مباشرة حتى تنشر الحرمة. فلو شربه عن طريق القنينة بعد وضعه فيها فشرط الحرمة لم يتحقق لان لديهم طريق الامتصاص المباشر من الثدي هو المعول عليه. الا ان الاحناف والشوافع والمالكية والحنابلة تنشر الحرمة لديهم بمجرد وصول اللبن الى جوف الرضيع وبأية طريقة كانت، لا بل ان بعضهم نشر الحرمة عند وصول اللبن الى جوفه عن طريق الانف وليس الفم عدد الرضعات

الشوافع والحنابلة . خمس رضعات على الاقل.

الحنفية - اذا ماتت المرضعة ودب الرضيع اليها وارتضع من ثديها
تنشر الحرمة.

المالكية - تنشر الحرمة بمجرد حصول الرضاع قليله او كثيرة ولو
قطرة واحدة.

الامامية - خمس عشرة رضعة كاملة لا يفصل بينهما رضعة امراة
اخرى، او رضع الرضيع من المرضعة يوما وليلة على ان يكون غذاؤه
في هذه المدة منحصرًا بلبن المرأة فقط. (محمد جواد مغنية - الاحوال
الشخصية على المذاهب الخمسة - دار العلم للملايين - بيروت - ط 1 -
1964 - ص 34).

هل ان ما يحرم بالنسب يحرم بالرضاعة حسب الاطلاق في اعلاه؟

1 - اخت الابن من الرضاعة، فانه لا علاقة تربطها بالاب، بينما توجد هذه
العلاقة حتما في اخت الابن النسبي، لانها اما ان تكون ابنته او ابنة
زوجته المدخول فيها وكتاهما حرام عليه، ولذلك تحرم اخت
الابن او الاخت نسبا لهذه العلاقة، ولا تحرم اخت الابن او البنت
رضاعا لعدم وجود اي علاقة.

2 - ام اخته او اخيه رضاعا لا تربطهما به علاقة، لذلك لا تحرم، بينما
نظيرتها في النسب وهي ام اخيها واخته نسبا تكون حراما عليه لانها
زوجة ابيه او من دخل بها ابوه، فلا تحل له هذه العلاقة المحرمة.

3 - جدة ابنه او ابنته رضاعا لا تحرم عليه لعدم وجود علاقة تربطهما
به. بينما جدة ابنه او ابنته نسبا تحرم عليه لوجود هذه العلاقة لانها من

امهات زوجته فتحرم عليه لهذه العلاقة. (الامام محمد ابو زهرة - الاحوال الشخصية - مصدر سابق - ص76).

ملاحظاتنا حول النص

اذالم يبادر المشرع في سد النقص الذي يحيل القضايا من هذا النوع الى مبادئ الشريعة الاسلامية في حالة عدم وجود نص تشريعي (المادة الاولى / 2) من القانون ويترك للتطبيقات القضائية العبث بهذا النص من خلال تطبيق مبادئ المذاهب الاسلامية لا مبادئ الشريعة الاسلامية، فيكون من الصعب قطعاً تنفيذ النص الدستوري الذي يلزم ان يكون العراقيون متساوين امام القانون (المادة 14) من الدستور.

وامام هذا الفيض من الاختلاف في موضوع الحرمة من الرضاعة تبرز الحاجة الى نصوص تجعل العراقيين متساوين امام موضوع الحرمة من الرضاعة، اما الاحتجاج بالتمسك بثوابت المذهب كما تطرحه الاحزاب ذات الطابع السياسي الديني والتي تملك الغلبة في السلطة التشريعية، فالقول هنا ان في قانون الاحوال الشخصية الحالي نصوصاً تشريعية خالفت احكام هذا المذهب او ذاك الا انها كانت محل احترام المواطنين وجرت تطبيقها منذ عقود عدة كالنص الذي يجعل البنت تحجب الاخرين كما يحجبهم الابن. اخذين بنظر الاعتبار ان التشريعات تهدف عادة الى تغيير انماط السلوك النازعة نحو التأسيس لعدم المساواة.

زواج المسلم من كتابية

استقرت الاحكام التي بموجبها يتزوج المسلم من كتابية في المجتمع العراقي ومنذ زمن بعيد وجاءت احكام المادة 17 من القانون تعزيزا لهذا الاستقرار، فالعراقي المسلم تزوج اليهودية والمسيحية وعاشوا حياة مستقرة مع بقاء الزوجات على الدين الذي يعتنقن، الا انه منع زواج المسلمة من غير المسلم في المادة ذاتها وتبرير ذلك لديهم: ان حكمة التحريم هو ان الاسلام يحترم الاديان السماوية ووجود المسلمة في عصمة غير المسلم يجعلها عرضة لامتهان عقيدتها وأيذائها في شعورها الديني فتبقى الزوجة في ضيق يعكر صفو حياتها وسعادتها ويقطع التراحم والتعاطف بينهما. (د توفيق فرج الصدة - احكام الاحوال الشخصية لغير المسلمين - الدار الجامعية - بيروت - ط 1 - 1982 - ص 228.

وهذا التبرير متناقض مع بعضه فمن باب ان الدين الاسلامي يحترم الاديان ويقبل على الكتابية ان تتزوج من المسلم من دون ان تنهض لديه امتهان عقيدة الكتابية اسوة بالمسلمة ومن دون التطرق الى شعورها الديني او يقطع التراحم وبذلك يكون هذا التبرير غير مقنع وان من قاله يعي تماما ان تحريم زواج المسلمة من غير المسلم هو منتج فقهي اي انه منتج بشري لا وجود له في احكام القران الكريم ولتوضيح هذا الامر ندرج هنا قضية (ثريا) التي تناولها القضاء التونسي:

قضية ثريا

تتلخص وقائع الدعوى

نص الحكم .

وبعد المفاوضة القانونية بحجرة الشورى صرح بما يلي :

من حيث الشكل :

حيث استوفي مطلب جميع اوضاعه وصيغته القانونية (...).

من حيث الاصل :

حيث تفيد وقائع القضية كما اثبتها الحكم المطعون فيه والوثائق المظروفة بالملف قيام المدعين في الاصل المعقيين الان بقضية لدى المحكمة الابتدائية في تونس ضد بنتي شقيقهم المدعى عليهما في الاصل المعقب ضدتهما الآن لطلب حرمانهما من ارث والدهما بالاستناد الى الاختلاف في الدين المترتب عن زواج احدهما ومعاشرة الاخرى لغير مسلم.

وحيث قضت محكمة البداية بعدم سماع الدعوى بمقولة انه بقطع النظر عن مدى قيام الاختلاف في الدين مانعا من موانع الارث على معنى الفصل 88 م اش في غياب نص صريح يحدد هذه الحالة من ضمن موانع الارث فان الانتساب لملة او لاخرى هو مسالة عقائدية باطنية الامر الذي لا يمكن معه اعتبار ان مجرد زواج المرأة بشخص من غير دينها او معاشرتها له يترتب عنه حتما وبالضرورة خروجها عن دينها واعتناقها دينا اخر طالما لم يثبت ممارستها لشعائر دينية مغايرة لدينها.

وحيث استأنف المدعون في الاصل الحكم المذكور طالبن نقضه والقضاء من جديد لصالح الدعوى فاصدرت محكمة الدرجة الثانية حكمها باقرار الحكم الابتدائي معتبرة من جهة ان خلو مجلة الاحوال الشخصية من كل قاعدة مكرسة للدين كمانع للزواج او الارث يدل بوضوح على ارادة المشرع اقضاء هذا المانع مضيقة من جهة اخرى ان المستأنف ضدهما تمسكتا بانهما تدينان بالاسلام ولم يقدم المستأنفون حججا كافية لاثبات ارتدادهما عنه بشكل واضح لا يدع مجالاً للشك مما يجعل دعواهم في غير طريقها.

فتعقبه الطاعنون بواسطة محاميهم طالبن النقض والاحالة بناء على الاسباب الآتية:

*خرق الفصل 88 من م.أ.ش:

قولاً لئن تعرض الفصل 88 من م.أ.ش لصورة واحدة من صور موانع الارث الا انه لم يرد في صيغة الحصر مما يفتح بال التاويل اعتماداً على الصياغة اللغوية والنحوية للنص المبنية على عبارة « من » التي تفيد التبعض وبالتالي قبول موانع اخرى غير المانع الذي ذكره المشرع، وحيث ان الموانع يقع البحث عنها في المصادر التكميلية للقانون واهمها التشريع الاسلامي الذي يجعل من زواج المسلمة بغير المسلم مانعاً من موانع الارث.

*ضعف التعليل:

قولاً بان محكمة القرار المطعون فيه لم تلتفت الى ما تم تقديمه من حجج تثبت عدم انتساب المعقب ضدهما الى الدين الاسلامي ذلك ان

المعقب ضدها الاولى قد ارتبطت بشخص غير مسلم وانجبت منه ابنين
اما المعقب ضدها الثانية فقد تزوجت بغير مسلم ايضا وانجبت منه بنتين.

المحكمة

عن جملة المطاعن لاتحاد الرد عنها:

حيث اقتضى الفصل 88 من م.أ.ش ان «القتل العمد من موانع الارث». وحيث فضلا عن وضوح هذا الفصل في اضافة المشرع القتل العمد لموانع الارث المنصوص عليها صراحة صلب المجلة كالحجب: الفصل 122 من م.أ.ش « وانقطاع الولد من نسب ابيه (الفصل 72 من م.أ.ش) فانه يتعين قراءته بالرجوع الى المبادئ الاساسية التي يقوم عليها النظام القانوني التونسي كما وردت في الدستور وما تمت المصادقة عليه من اتفاقيات دولية.

وحيث ان حرية المعتقد المكرسة بالفصل 5 من الدستور والفصل 18 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية تقتضي الفصل بين مسألة تمتع بالحقوق المدنية والمعتقدات الدينية وذلك بمنع تعليق الفرد بحقوقه على معتقداته وهو ما ضمنه القانون التونسي سواء بالنسبة لانتقال الحقوق بموجب افعال قانونية وذلك في الفصل 4 من: (م.أ.ع) الذي اقتضى ان اختلاف الاديان لا يترتب عليه فرق في اهلية التعاقد وفي (الفصل 174 من م.أ.ش الذي جاء به انه « تصح الوصية مع اختلاف الدين بين الموصي والموصى له ») او بالنسبة ايضا لانتقال الحقوق بموجب وقائع قانونية وبخاصة واقعة الوفاة مما يفسر غياب التنصيص على المانع الديني للارث في الفصل 88 من م.أ.ش).

وحيث ان القول بان المشرع التونسي يكرس من جهة الحرية الدينية ويمنع من جهة اخرى التوارث بين ملتين هو قول يؤدي الى تناقض ينزه عنه المشرع طالما ان المنع من الارث هو جزاء يسلط على الوارث بحرمانه من انتقال ذمة موكله المالية اليه فلا يمكن بالتالي القول ان المشرع يضمن الحرية الدينية لكنه يعاقب ممارسها بحرمانه من ارث سلفه.

وحيث من ناحية اخرى فان ضمان مبدأ المساواة المنصوص عليه بالفصل 6 من الدستور والفصل 26 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية يوجب عدم التمييز بين الافراد لاعتبارات دينية مما يعني تعليق الحق في الارث على اعتبارات متعلقة بعقيدة الوارث.

وحيث ان ضمان حرية زواج المرأة على قدم المساواة مع الرجل المكرسة بالفقرة 1 من الفصل 16 من اتفاقية القضاء على جميع اشكال التمييز ضد المرأة المؤرخة 18 ديسمبر 1979 المصادق عليها من الجمهورية التونسية بموجب القانون 68 لسنة 1985 المؤرخ في 12 جويلية 1985 يمنع من القول بوجود اي تأثير لمعتقد المرأة على حريتها في الزواج وبالاثر على حقها في الميراث اعتبارا للزامية الاتفاقيات الدولية التي تفوق الزامية القوانين العادية طبقا لاحكام الفصل 32 من الدستور.

ولهذه الاسباب:

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا ورفضه اصلا (...)

وصدر هذا القرار بحجرة الشورى يوم الخميس 5 فيفري 2009 عن الدائرة الثامنة المترتبة من رئيستها السيدة فاطمة الزهراء بن محمود

والمستشارين السيدة ليلي الهمامي والسيد هشام الباجي وبحضور ممثلة الادعاء العمومي السيدة كوثر البراملي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة كريمة الغزواني

قراءة لهذا الحكم

في قراءة للمحامي التونسي الاستاذ مصطفى الشريف فقد وجد ان محكمة التعقيب التونسية وعند اصدارها هذا الحكم اعتمدت مبدأين:

الاول - مبدأ الفصل بين حقوق الفرد ومعتقده الشخصي -

ان المبادئ الاساسية التي يقوم عليها النظام القانوني التونسي تقضي « الفصل بين تمتع الشخص بحقوقه المدنية وبين معتقده الديني وذلك بمنع تعليق تمتع الفرد بحقوقه على معتقداته » مستندة الى جملة من النصوص منها الفصل الرابع من م ل ع (اختلاف الدين لا يترتب عليه فرق في اهلية التعاقد) والفصل 174 م ح ش (صح الوصية مع اختلاف الدين بين الموصي والموصى له) اضافة الى غياب التنصيص على المانع الديني للارث في الفصل 88 من ح ح ش ولتعزيم موقفها قائلة (لا يمكن القول... ان المشرع يضمن الحرية الدينية لكنه يعاقب ممارستها بحرمانه من ارث سلفه)

الثاني - مبدأ عدم التمييز بين الافراد على اساس معتقدهم الديني -

الدستور التونسي ينص على « (كل المواطنين التونسيين متساوين في الحقوق والواجبات وهم سواء امام القانون) الفصل السادس من الدستور. وهذا يعني ان عدم المساواة تؤدي الى انقسام التونسيين

الى صنفين غير متساويين امام القانون وهذا ما يخالف ارادة المشرع الدستوري و ارادة المشرع هذه انصرفت الى مستويين الاول مساواة الجميع امام القانون والثاني المرأة بالمساواة في القانون بين الجنسين .

ولما كان التونسيون متساوين امام القانون هلى وفق التوصيف في اعلاه فان هذا يعني ان اهلية التعاقد للمسلم مساوية لاهلية التعاقد للمسيحي ولما كان الزواج عقدا مع تساوي الاهلية فان ابرامه بالصيغة المبسوطه في ملف الدعوى تعني موافقه لاحكام الدستور. (المصدر - مجلة المحاماة التونسية - عدد افريل - 2012)

ثانيا: المهر

المادة التاسعة عشرة .

- 1 - تستحق الزوجة المهر المسمى بالعقد. فان لم يسم او نفي اصلا فلها مهر المثل.
- 2 - اذا سلم الخاطب الى المخطوبة قبل العقد مالا محسوبا على المهر ثم عدل احد الطرفين عن اجراء العقد او مات احدهما فيمكن استرداد ما سلم عينا وان استهلك فبدلا.
- 3 - تسري على الهدايا احكام الهبة.

المادة العشرون .

- 1 - يجوز تعديل المهر او تاجيله كلا او بعضا. وعند عدم النص على ذلك يتبع العرف.
- 2 - يسقط الاجل المعين في العقد لاستحقاق المهر بالوفاة او الطلاق.

المادة الحادية والعشرون .

تستحق الزوجة كل المهر المسمى بالدخول او بموت احد الزوجين
وتستحق نصف المهر المسمى بالطلاق قبل الدخول.

المادة الثانية والعشرون .

اذا وقعت الفرقة بعد الدخول في عقد غير صحيح، فان كان المهر مسمى
فيلزم اقل المهرين من المسمى والمثلي وان لم يسم فيلزم مهر المثل.

المهر مقوما بالذهب

عندما انخفضت القوة الشرائية للدينار جراء الحرب العراقية الايرانية
وسني الحصار المفروضة على العراق من قبل الامم المتحدة فقد
اصبحت المهور المثبتة في عقود الزواج متدنية القيمة جدا بحيث لم تعد
تلي السبب الذي من اجله شرعت النصوص المتعلقة بالمهر ولاجل
ذلك شرع قرار مجلس قيادة الثورة المرقم 127 في 24 / 7 / 1999 والذي
نص على ان: (تستوفي المرأة مهرها المؤجل في حالة الطلاق مقوما
بالذهب بتارخ عقد الزواج).

المهر (الصداق) فقها

المهر في الفقه التقليدي

محمد زيد الابياني

(المال الذي يجب على الزوج في مقابلة منافع البضع)

الفقه التقليدي لا ينفك عن اذلال المرأة واهانتها اينما ورد ذكرها لا لشيء الا لكونها امرأة مع التوظيف المطلوب للنصوص غير المسندة للوصول إلى ذلك الغرض. واعتبار الموقف منها في عداد الاحكام المطلقة التي لا يجوز المساس بها او تجاوزها والا عد المخالف خارجا عن الدين والملة ويتحمل نتائج ذلك السلوك.

ويذكر محمد زيد الابياني في كتابه شرح احكام الأحوال الشخصية المهر بالتفصيل. ويعرفه بأنه: (المال الذي يجب على الزوج في مقابلة منافع البضع) ويقول انه يرد بتعابير عدة: الصداق الاجر الفريضة العقر الصداق كما ان لديه ان عقد الزواج يعد صحيحا ولو لم يسم المهر مستندا للاية: ﴿ لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة ﴾ البقرة 236. ووجوب المهر مستمد من نص شرعي فهو ينهض بمجرد العقد الصحيح سواء دخل بها او لم يدخل وسواء اختلى بها خلوة صحيحة او لم يختل ويسقط نصفه بالفرقة اذا اتت قبل الدخول.

المهر واجب بمجرد العقد فأن سمي العقد بعشرة دراهم وقبلت الزوجة فقد صار مقضيا بالعشرة واما ما يرجع إلى حقها فقد رضيت

بالعشرة لرضاها بما دونها ولا عبرة بانعدام التسمية لانها قد رضيت بالتمليك من لاغير عوض واذا ان للمرأة ان تتمكن من اسقاطه واذا لم يسم المهر فللزوجة مهر المثل وقد يكون مهر المثل تعليم القرآن يعني اذا تزوج رجل امرأة وجعل مهرها ان يعلمها القرآن فالعقد صحيح فالعقد صحيح والتسمية غير صحيحة ووجب عليه مهر المثل ولكن البعض قال ان تعليم القرآن قد يكون باجر وهذا اجر يمكن ان يكون مقابل المهر وبالتالي يجوز ان يكون تعليم القرآن مهرا.

فاذا سمي المهر وكانت التسمية غير صحيحة لاي سبب من الاسباب او كانت مسكوتا عنه او منفيًا في العقد وجب مهر المثل فالمهر واجب بمجرد العقد وينبني عليه اذا تزوجت امرأة بلا مهر وتسمى المفوضة بكسر الواو لانها فوضت نفسها إلى الزوج بلا مهر وجب لها مهر المثل اما اذا سمي المهر وكانت التسمية صحيحة يلزم الزوج بدفع المسمى فان حصلت زيادة بعد العقد فالزوج ملزم بالزيادة ان هو يملكها لان له الولاية على ماله تطبيقا للآية: ﴿ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من الفريضة﴾.

اذن فالإباني يعد الزواج عقداً وعقد تمليك البضع والبدل في امتلاك البضع هو الصداق ويخرج بان عقد الزواج هو عقد لممارسة الجنس تمنح فيه الزوجة اللذة للزوج مقابل ذلك الصداق ومتفرغا لشرح هذه المهمة تاركا وراء ظهره كل الآيات القرآنية التي تبين وظيفة الزواج في السكينة والموودة والرحمة وغير عابئ باحكامها او ما اتجهت اليه مقاصد الشريعة الاسلامية من حكمة الزواج والاستمرار فيه.

تفسير الطبري للصدّاق

«وَأَتُوا لِلنِّسَاءِ صَدَقَاتَهُنَّ نَحْلَةً» النِّسَاءِ

يقول الطبري في تفسيره لكلمة (نحلة) يعني بذلك اعطوا النساء مهورهن عطية واجبة وفريضة لازمة يقال نحلة لغة: نحل فلان فلانا كذا فهو ينحله نحلة ونحلا كما ان ﴿ وَأَتُوا النِّسَاءِ صَدَقَاتَهُنَّ نَحْلَةً ﴾: فريضة ويعني بالنحلة المهر وهو فريضة مسماة والنحلة في كلام العرب: الواجب يقول لا ينكحها الا بشيء واجب لها صدقة يسميها لها واجبة. وليس ينبغي لأحد بعد النبي ان ينكح امرأة الا بصدّاق واجب ولا ينبغي ان يكون تسمية الصّدّاق كذبا بغير حق.

وقال اخرون بل هو عني بقوله: ﴿ وَأَتُوا النِّسَاءِ صَدَقَاتَهُنَّ نَحْلَةً ﴾ اولياء النساء وذلك انهم كانوا ياخذون صدقاتهن. كان الرجل اذا زوج أيمّة اخذ صداقها دونها فنهاهم الله عن ذلك ونزلت الآية. وقال اخرون... من أولياء النساء بأن يعطي الرجل اخته الرجل على ان يعطيه الاخر اخته على ان لا كثير مهر بينهما فنهوا عن ذلك. والنحلة هو صدّاق المرأة هدية لها لذا لا يجوز التصرف به من قبل الغير.

ان الله ابتداء ذكر هذه الآية بخطاب الناكحين للنساء ونهاهم عن ظلمهن والجور عليهن وعرفهم سبيل النجاة من ظلمهن ولا دلالة في الآية على ان الخطاب قد صرف عنهم إلى غيرهم فاذا كان ذلك كذلك فمعلوم ان الذين قيل لهم: ﴿ فَأَنكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرِبَاعًا ﴾ هم الذين قيل لهم: ﴿ وَأَتُوا النِّسَاءِ صَدَقَاتَهُنَّ نَحْلَةً ﴾.... وهذا امر من الله ازواج النساء المدخول بهن او المسمى لهن الصّدّاق بأتيانهن صدقاتهن.

يعني بذلك ان وهب لكم ايها الرجال نساؤكم شيئا من صدقاتهن طيبة
بذلك انفسهن.

ويذكر الطبري فيما قيل في الصداق: (... كان الرجل اذا زوج أيمه
اخذ صداقها دونها فنهاهم الله عن ذلك ونزلت الآية: ﴿وآتوا النساء
صدقاتهن نحلة﴾ وتشير كتب الفقه إلى ان العننة في هذا القول ضعيفة.
(تفسير الطبري - مصدر سابق - المجلد الثالث - تفسير سورة النساء
الآية 4 - ص 617 وما بعدها).

ويستخلص من تفسير الطبري لهذه الآية إلى: - ان الصداق عبارة عن
هبة من الزوج لزوجته الغرض منه اثبات المودة وتطييب انفس النساء.
رغم ما قيل عن اخذ الاب لذلك الصداق وان الرجل يعطي اخته لرجل
على ان يعطيه الاخر اخته.

جواد علي

ومفصله في تاريخ العرب قبل الاسلام

المهر

في الجاهلية يعد الصداق دليلا على صحة عقد الزواج وشرعيته فلا
شرعية للزواج لديهم في حالة تخلف الصداق ويذهبون إلى اكثر من ذلك
معتبرين الزواج من دون مهر بغيا وسفاحا وزنا فضلا عن كونه لديهم
علامة شرف للمرأة الحرة المحصنة الا انهم لم يشترطوا المهر للمرأة
التي وقعت في الاسر لكونها اسيرة وحيث انها كذلك فهي مملوكة له.

وخطبة المرأة تتم انذاك من ابيها او اخيها او عمها واذا ما قبلت الخطبة

فان الامور تسير نحو الزواج الذي يشترط المهر والاصل لديهم ان يدفع للمرأة ولكن العرف جرى حينئذ ان وليها هو الذي يأخذه لينفق منه على ما يشتري لتأخذ المرأة إلى بيت الزوجية او ان وليها يأخذ المهر لنفسه ولا يعطي للمرأة شيئا معتقدا ان مبلغ المهر من مستحقاته وبذلك فانه يعود اليه . وقد نهى الاسلام عن اخذ مهر المرأة بالطريقة المبسوطة اعلاه وبصريح النص القرآني: ﴿وآتوا النساء صدقاتهن نحلة﴾.

ان تحديد مبلغ المهر يخضع للاتفاق بين طرفيه أي انه ليس له حد معلوم وعلى العموم فان تحديده يعود إلى الحالة المالية التي يكون عليها الخاطب من يسر او خلافه فيدفع ما يتم الاتفاق عليه نقدا ويصح كذلك ان يكون عينا والاعيان القابلة كمهر قد تكون ارضا او من الابل او ذهابا او فضة ممن كانت معروفة في ذلك الزمان وحيث ان المهر كذلك فيجوز تأجيله كلا او بعضا ويكون والحالة هذه دينا في ذمة الزوج تستوفيه من تركته عند الوفاة ويجوز ايضا للزوج ان يسترد مهره من تركة زوجته المتوفاة عن طريق مطالبة اهلها به.

يستثنى المهر في زواج الشغار (كصة بكصة) لانه زواج مقايضة، وهو ان يتزوج الرجل وليته في مقابل تزويجه ولية من سيتزوج وليته فليس في هذا الزواج مهر بالمعنى المعروف.

ويذكر ن اهل الجاهلية كانوا لا يعطون النساء من مهورهن شيئا وان الرجل اذا زوج ابنته استعجل لنفسه جعلاً يسمى: (الحلوان) ويسمونه ايضا: (النافجة) ويقولون للرجل: (بارك الله لك في النافجة). ويروى ان العرب كانت تقول في الجاهلية للرجل اذا ولدت له بنت: هنيئا لك

النافجة أي المعظمة لماله وذلك انه يزوجها فيأخذ مهرها من الابل فيضمها إلى ابله فينفجها أي يرفعها ويكثرها. ولهذا نزلت الآية التي تنهى عن ذلك.

وخلاصة ذلك ان الجاهلية لم يكونوا على عرف واحد بالنسبة إلى حق الانتفاع بالمهر فمنهم من كان يعطيه كله للمرأة ومنهم من كان يعطيه كله ويزيد اكراما لابنته او من ولي امرها ومنهم من كان يأكله كله او بعض منه. (جواد علي - المفصل لافي تاريخ العرب قبل الاسلام - جزء 5 - ص 415 وما بعدها).

الامام محمد ابو زهرة

وتهذيب المهر

يعد الامام ابو زهرة المهر حق من حقوق الزوجة وهو اثر من اثار عقد الزواج وليس شرط لصحته اذ كثيرا ما ينعقد الزواج من دون ذكر المهر فيصار فيما بعد إلى مهر المثل.

يشذب ابو زهرة ويهذب الافكار التي الصقها الفقه التقليدي بالمهر القائل بان المهر: (المال الذي ينفقه الزوج مقابل منافع البضع) وبذلك يحصر المهر في الفعل الجنسي حصرا اذ يرد ابو زهرة على أوئلكم قائلا: ان المهر ليس عوضا كما يفهم بعض الناس وهو لم يشرع بدلا كالثمن والاجرة اذ سماه القرآن نحلة: ﴿ وآتوا النساء صدقاتهن نحلة ﴾ والنحلة هنا تأتي بمعنى العطاء وهو بمثابة هدية من الزوج لزوجته الا انها هدية ملزمة ولو تراخى تنفيذها.

والغرض من الهدية من غير عنت او شطط هو تقريب القلوب من بعضها والمهر على الزوج دون الزوجة لان نزول الآية جعل الرجل يعمل لكسب المال والمرأة تدير شؤون المنزل فكانت تكاليف البيت كلها يتحملها الزوج ومن تلك التكاليف الهدايا المالية التي يقدمها الزوج لزوجته والمهر منها وهذه الهدية الملزمة شرعت لكي تكون علامة من علامات المودة والاخلاص واذ تنتقل المرأة من بيت اهلها إلى بيت الزوجية فانه يلزمها بعض المصاريف والمطالب للبيت الجديد ويكون المهر سببا لذلك الانفاق. اذ جرى العرف ان الزوجة هي التي تعد اثاث البيت وما يحتاج اليه من لوازم كالأفرشة والاسرة والمستلزمات الأخرى التي تحتاجها البيت من اجل تسهيل الامور فيه لذا يلزم الزوج بمعاونتها على تلك المستلزمات في هذا الأمر، ويعد بالمهر سببا لتلك المستلزمات. (الامام محمد ابو زهرة - الاحوال الشخصية - دار الفكر العربي - القاهرة - 2012 - ص 172).

محمد رشيد رضا

﴿ وأتوا النساء صدقاتهن نحلة ﴾ النساء 4: ويقول محمد رشيد رضا ان النحلة في اللغة العطاء الذي لا يقابله عوض وبالنسبة لديه ان قول الفقهاء ان المهر في معنى ثمن الاستمتاع مخالف للغة فضلا عن ان شيخه محمد عبدة مفتي الديار المصرية حينئذ قال كلا ان الصلة بين الزوجين اعلى واشرف من الصلة بين الرجل وفرسه ف (النحلة) ينبغي ان يلاحظ ان هذا العطاء آية من آيات المحبة وصلة القربى وتوثيق عرى المودة والرحمة وانه واجب لا تخيير فيه كما يتخير المشتري والمستاجر

وجرى العرف بين الناس عدم الاكتفاء بهذا العطاء بل يضاف إلى ذلك ما تيسر من الهدايا والاعطيات والتحف اكراما لها

اذ كان المهر في الجاهلية يأخذه ولي البنت لنفسه فنهى الله الاولياء في الاسلام ان يفعلوا ذلك وتركوا المهر للزوجة وللاسباب الشرعية التي خصص لها (محمد رشيد رضا - مصدر سابق - صفحة 22 و23).

لكل ما تقدم يثبت لنا بطلان القول التقليدي من ان المهر هو ثمن شراء البضع وذلك لاسباب عدة تأتي على بعضها:-

اولا - اذا كان المهر ثمن الحصول على منافع البضع فكيف نفسر ان يكون المهر للمعسر لحفظ آيات من القرآن الكريم فضلا عن ان محاكم الأحوال الشخصية إلى يومنا هذا ونزولا على رغبة الزوجين في ان يكون المهر نسخة من القرآن الكريم فهل يصح والحالة هذه ان يكون القرآن الكريم ثمنا للممارسة الجنسية.

ثانيا - ان الاحكام الشرعية تلزم الزوج بنصف المهر قبل الدخول ان يدفع لها ما تستحق من مهر ولو لم يمسه لصريح الآية في هذا الموضوع: ﴿ لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة... على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ﴾. وهذه الآية مبطللة لكل ما قاله الفقه التقليدي من كون المهر ثمن البضع.

ثالثا - ان المهر فرض شرعي بصريح النص القرآني لذا يجب عدم الهبوط به إلى مستوى عقد البيع او عقد الايجار او عقد تقديم الخدمة لان في ذلك مس بقدسية النص القرآني ونبل العلاقة الزوجية.

رابعا - قد تتوفى الزوجة من دون ان يدفع لها زوجها المهر المطلوب.

ولكن حياتهما الزوجية كانت تسير بكل مودة وانسجام مع عدم دفع المهر وقد ينبري بعض الورثة للمطالبة بمهر المثل بعد الوفاة وهذا دليل اخر على عدم اشتراط المهر بالصيغة التي يقول بها الفقه التقليدي.

خامسا - لما كان المهر ليس شرطا من شروط الزواج بل اثرا من اثاره فتستطيع الزوجة ان تعفي الزوج منه وان تقوم بالانفاق على بيت الزوجية اذا كانت ميسورة الحال وهذا دليل اخر على بطلان ما يقوله الفقه التقليدي.

اننا عندما نورد تفصيلا لاراء الفقهاء في موضوع المهر الغرض من ذلك ارسال رسالة للتحذير من الدعاة الى تطبيق الاحوال الشخصية حسب المذاهب، ونذكر فقط ان العودة الى المذاهب تعني ان المهر هو بدل امتلاك جسد المرأة. لذا نقترح على المشرع تبيان الغاية من المهر بشرط عدم الخروج من كونه نحلة التي تخرج مخرج العطاء المؤدي الى صلة القرى وتوثيق عرى المودة المفضية الى الرحمة والسكينة.

ثالثا: النفقة

المادة الثالثة والعشرون -

- 1- تجب نفقة الزوجة على الزوج من حين العقد الصحيح ولو كانت مقيمة في بيت اهلها الا اذا طلبها الزوج بالانتقال الى بيته فامتنعت بغير حق.
- 2- يعتبر امتناعها بحق ما دام الزوج لم يدفع لها معجل مهرها او لم ينفق عليها.

المادة الرابعة والعشرون .

- 1 - تعتبر نفقة الزوجة غير الناشز دينا في ذمة زوجها عن المدة التي لا تزيد على سنة واحدة من وقت امتناعه على الانفاق عليها.
- 2 - تشمل النفقة الطعام والكسوة والسكن ولوازمهما واجرة التطيب بالقدر المعروف وخدمة الزوجة التي يكون لامثالها معين.

المادة الخامسة والعشرون .

- 1 - لا نفقة للزوجة في الاحوال الآتية:
 - أ - اذا تركت بيت زوجها بلا اذن، وبغير وجه شرعي.
 - ب - اذا حبست عن جريمة او دين.
 - ج - اذا امتنعت عن السفر مع زوجها بدون عذر شرعي.
- 2 - لا تلزم الزوجة بمطوعة وزجها، ولا تعتبر ناشزا، اذا كان الزوج متعسفا في طلب المطوعة قاصدا الاضرار بها او التضيق عليها، ويعد من قبيل التعسف والاضرار بوجه خاص ماياتي:
 - أ - عدم تهيئة الزوج لزوجته بيتا شرعيا يتناسب مع حالة الزوجين الاجتماعية والاقتصادية.
 - ب - اذا كان البيت الشرعي المهيا بعيدا عن محل عمل الزوجة، بحيث يتعذر معه التوفيق بين التزاماتها البيتية والوظيفية.
 - ج - اذا كانت الاثاث المجهزة للبيت الشرعي لا تعود للزوج.
 - د - اذا كانت الزوجة مريضة بمرض يمنهها من مطوعة الزوج.
- 3 - على المحكمة ان تترث في اصدار حكم بنشوز الزوجة حتى تقف على اسباب رفضها مطوعة زوجها.
- 4 - على المحكمة ان تقضي بنشوز الزوجة، بعد ان تستنفذ جميع مساعيها في ازالة الاسباب التي تحول دون المطوعة.

- 5- يعد النشوز سببا من اسباب التفريق، وذلك على الوجه الاتي:
- أ- للزوجة طلب التفريق، بعد مرور سنتين من تاريخ اكتساب حكم النشوز درجة البتات، وعلى المحكمة ان تقضي بالتفريق، وفي هذه الحالة يسقط المهر المؤجل، فأذا كانت الزوجة قد قبضت جميع المهر، الزمت برد نصف ما قبضته.
- ب- للزوج طلب التفريق بعد اكتساب حكم النشوز درجة البتات، وعلى المحكمة ان تقضي بالتفريق وتلزم الزوجة برد ما قبضته من مهرها المعجل، ويسقط مهرها المؤجل، اذا كان التفريق قبل الدخول، اما اذا كان التفريق بعد الدخول، فيسقط المهر المؤجل، وتلزم الزوجة برد نصف ما قبضته، اذا كانت قد قبضت جميع المهر.
- 6- يعد التفريق على وفق الفقرة (5) من هذه المادة طلاقا بائنا بينونة صغرى.

المادة السادسة والعشرون.

- 1- ليس للزوج ان يسكن مع زوجته بغير رضا ضررتها في دار واحدة.
 - 2- للزوج ان يسكن مع زوجته في الدار ولده من غيرها حتى سن البلوغ.
 - 3- على الزوج اسكان ابويه او احدهما مع زوجته في دار الزوجية، وليس للزوجة الاعتراض على ذلك.
 - 4- للزوج ان يسكن مع زوجته في دار واحدة من يكون مسؤولا عن اعالتهم شرعا، بشرط ان لا يلحقها ضرر من ذلك.
- (النص القديم للمادة 26: ليس للزوج ان يسكن مع زوجته ضررتها في دار واحدة بغير رضاها وليس له اسكان احد من اقاربه معها الا برضاها سوى ولده الصغير غير المميز). الغي هذا النص وحل محله النص الوارد

في اعلاه بموجب القانون رقم 19 لسنة 1999 قانون التعديل السادس عشر ثم اضيفت الفقرة 4 بموجب القانون رقم 22 لسنة 1999 التعديل السابع عشر.

المادة السابعة والعشرون .

تقدر نفقة للزوجة على زوجها بحسب حالتها يسرا او عسرا.

المادة الثامنة والعشرون .

- 1- تجوز زيادة النفقة ونقصها بتبدل حالة الزوجين المالية واسعار البلد.
- 2- تقبل دعوى الزيادة او النقص في النفقة المفروضة عند حدوث طوارئ تقتضي ذلك.

المادة التاسعة والعشرون .

اذا ترك الزوج زوجته بلا نفقة واختفى او تغيب او فقد حكم القاضي لها بالنفقة من تاريخ اقامة الدعوى بعد اقامة البينة على الزوجية وتحليف الزوجة بان الزوج لم يترك لها نفقة وانها ليست ناشزا ولا مطلقة انقضت عدتها، ويأذن القاضي لها بالاستدانة بأسم الزوج لدى الحاجة.

المادة الثلاثون .

اذا كانت الزوجة معسرة ومأذونة بالاستدانة حسب المادة السابقة فان وجد من تلزمه نفقتها (ولو كانت ليست بذات زوج) فيلزم باقراضها عند الطلب والمقدرة وله حق الرجوع على الزوج فقط واذا استدان من اجنبي فللدائن الخيار في مطالبة الزوجة او الزوج وان لم يوجد من يقرضها وكانت غير قادرة على عمل التزمت الدولة بالانفاق عليها.

المادة الحادية والثلاثون .

- 1- للقاضي اثناء النظر في دعوى النفقة ان يقرر تقدير نفقة مؤقتة للزوجة على زوجها ويكون هذا القرار قابلا للتنفيذ.
- 2- يكون القرار المذكور تابعا لنتيجة الحكم الاصيلي من حيث احتسابه او رده.

المادة الثانية والثلاثون .

لا يسقط المقدار المتراكم من النفقة بالطلاق او بوفاة احد الزوجين.

المادة الثالثة والثلاثون .

لا طاعة للزوج على زوجته في كل امر مخالف لاحكام الشريعة الاسلامية، وللقاضي ان يحكم لها بالنفقة.

احكام النفقة

الرؤية الذكورية للغالب من الفقهاء المسلمين واحكامهم عطلت النصوص القرانية المتعلقة بنفقة المرأة كآية: ﴿بما فضل الله بعضهم على بعض وبما انفقوا﴾ النساء 34، او الاية 7 من سورة السابقة: ﴿واسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن وأن كن اولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن﴾. فقد اشترطوا شروطا للنفقة تخالف ماتقصده الشريعة من الزواج ووظيفته وبخاصة الاية: ﴿ومن آياته ان خلق لكم من انفسكم ازواجا لتسكنوا اليها وجعلنا بينكم مودة ورحمة﴾.

اذ انهم وضعوا شروطهم لاستحقاق الزوجة للنفقة نوجزها بالاتي:

- 1 - تجب النفقة للزوجة مقابل حبسها وقصرها عليه.
- 2 - تجب النفقة للزوجة مقابل استعدادها وقابليتها للاستجابة للفراش.
- 3 - ان تسلم نفسها والا كانت ناشزا فلا تجب لها النفقة. (محمد شفيق العاني - احكام الاحوال الشخصية في العراق - معهد البحوث والدراسات العربية - جامعة الدول العربية - المطبعة الفنية الحديثة - 1970 - ص 63).

تمكنت الراحلة فاطمة المرنيسي ان تبين في كتابها (الجنس كهندسة اجتماعية) وهي رسالتها لنيل الدكتوراه التي انجزتها تحت اشراف المفكر الفرنسي جاك بيرك والمستندة على كتاب احياء علوم الدين للإمام الغزالي فتقول ان الغزالي قدم وصفا للطريقة التي ادمج فيها الاسلام الغريزة الجنسية في النظام الاسلامي لتسخيرها في خدمة الله، ويضيف ان الشهوة اذا غلبت ولم تقاومها قوة التقوى جرت الى اقتحام الفواحش، ولكن هذه الشهوة اذا ما سخرت حسبما تمليه الارادة الالهية تخدم الله والفرد في الدنيا والاخرة. (فاطمة المرنيسي - ما وراء الحجاب - الجنس كهندسة اجتماعية - المغرب - الدار البيضاء - المركز الثقافي العربي - نشر الفنك - 1988 - الطبعة الخامسة - ص 12 وما بعدها). ويفهم من هذا القول - عدم الربط بين الرغبة في الفراش والنفقة لان الشهوة مسخرة لما تمليه الارادة الالهية لخدمة الله والفرد في الدنيا والاخرة. فضلا عن المهمة الاخرى وهي حفظ النوع البشري.

لذا فان الشروط التي وضعها الفقهاء المسلمون لاستحقاق النفقة تخالف مقاصد الشريعة النازعة نحو ادماج الغريزة الجنسية في النظام الاسلامي وتسخيرها في خدمة الله، وبهذا يكون المشرع العراقي على

وعى تام بهذه المهمة التي تجاوزت كلما قاله هؤلاء الفقهاء عندما نص في المادة الثالثة والعشرين/1: (تجب نفقة الزوجة على الزوج من حين العقد الصحيح ولو كانت مقيمة في بيت أهلها....). وبهذا النص أصبحت الأحكام الفقهية المذكورة حالة في الخلف وجزء من الماضي ما دام النص القانوني حاضرا.

النشوز والنفقة

بالنظر لكون القانون ربط النفقة بالنشوز. ويكون المشرع هنا واقع تحت أسر الموروث الفقهي الذي يبدو انه لن يستطيع منه فكাকা في هذا الموضوع، خلافا للعديد من نصوصه التي تماهت مع احكام العدالة وحقوق الانسان والمرأة منها على وجه الخصوص. وبغية الوقوف على حقيقة هذا الامر فنكون والحالة هذه ملزمين من الوقوف على موضوع النشوز والاراء الواردة فيه قديمها وحديثها نوردها على الاوجه الاتية:

النشوز

النشوز لغة- النشز- مارتفع وظهر من الارض، ونشز ينشز نشزا نشز الشيء - خرج عن المعتاد، نشزت المرأة زوجها: تمردت عليه واستعصت، ابغضته. نشز الزوج على امرأته: اساء عشرتها، جفاها، آذاها. (المعجم الوسيط- نشز). نشز في او عن مكانه: ارتفع، امتنع. نشز الرجل: كان قاعدا فقام. نشز القوم في مجلسهم: قاموا عنه. ونشزت المرأة بزوجها ومنه وعليه: استعصت عليه، ابغضته فهي ناشز وناشزة. ونشز بعلها عليها ومنها: جفاها واضر بها. (المنجد- مصدر سابق ص 809).

المستهل في موضوع النشوز يبدأ بالآية: ﴿... والاي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فأن اطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا...﴾. النساء 34.

نشوز الزوجة

الموروث الاسلامي عن النشوز يقتصر على نشوز الزوجة وتعاليتها عن الزوج ورفضها الانضمام الى فراش الزوجية وهذا الموروث التي جاءت به كتب التفاسير والفقهاء الاسلامي - المبسوط في اعلاه - وجد له مستقرا في العقل الجمعي لعامة المسلمين بخاصة وان احكامه استمرت بتعبئتها ذلك العقل الجمعي طيلة القرون الطويلة المنصرمة

النشوز في تفسير الطبري

اذ يقول الطبري في تفسيره الآية: ﴿والاي تخافون نشوزهن فعظوهن﴾، اختلف فيه اهل التأويل فقال بعضهم معناه: والاي تعلمون نشوزهن. ووجه صرف الخوف في هذا الموضع الى العلم في قول هؤلاء نظير صرف الظن الى العلم لتقارب معنيهما اذا كان الظن شكا، وكان الخوف مقرونا برجاء.

وقالت جماعة من اهل التأويل معنى الخوف في هذا الموضع: الخوف الذي هو خلاف الرجاء ومعنى ذلك: اذا رأيتم منهن ما تخافون ان ينشزن عليكم من نظر الى ما لا ينبغي لهن ان ينظرن اليه ويدخلن ويخرجن واسترېتم بأمرهن، فعظوهن واهجروهن.

اما قوله ﴿نشوزهن﴾ فانه يعني استعلاءهن على ازواجهن وارتفاعهن

عن فرشهم والمعصية منهن، والخلاف عليهم فيما لزمهن طاعتهم فيه، بغضا منهن واعراضا عنهم. واصل النشوز الارتفاع، ومنه قيل للمكان المرتفع من الارض نشز ونشاز. وقيل النشوز: البغض معصية الزوج. المرأة تنشز وتستخف بحق بزوجها ولا تطيع امره، والنشوز يعني ان تحب فراقه والرجل كذلك. (تفسير الطبري - مصدر سابق - المجلد الثالث - ص 800 وما بعدها).

معلوم ان كتب التفاسير والفقهاء الاسلامي التقليدي لا يخرج عما اورده الطبري في تفسيره وهو اعتلاء الزوجة عن الزوج وعدم طاعته في الفراش. وامتد الامر مكررا في العديد من تلك الكتب من دون اضافة حرفا واحدا الى ذلك التوصيف على الرغم من القرون العديدة التي استغرقها التاريخ الاسلامي منذ الهجرة النبوية الى يومنا هذا، الا ان القراءات الحديثة لفقهاء المرأة كان لها كلام آخر يخرج عن الفقه التقليدي، نورد الان ماتيسر لنا من الاطلاع عليها وعلى الوجه الاتي:

ريتا فرج

والطبري هنا يرى ان هذه الاية تخص العلاقة بين الزوجين داخل المنزل، وشرعنة سلطة الزوج على زوجته التي تصل الى التاديب النازع نحو الطاعة، فما دام الزوج هو الذي يدفع المهر وهو الذي ينفق من امواله وهو المؤمن لمعيشة الزوجة فالرأي لدى اصحاب التاويل ان التاديب المفضي الى الطاعة ينبع عن نظام عادل، وبعكسه - حسب الطبري - فان المرأة الناشز هنا تستحوذ على السيادة من الزوج خاصة اذا اقترن ذلك في امتناعها عن الفراش الذي يرغب فيه الزوج والذي يندرج تحت عنوان

التحدي. ويرى في تفسيره قاعدة قدرة الأزواج الاقتصادية على اعادة الزوجات ترجع الى احكام الاية: ﴿بما فضل الله بعضهم على بعض﴾ ومن هنا جاء الامتياز على النساء.

يعد الفقهاء ان مبدأ الطاعة المفروض على الزوجة يستمد احكامه من موضوع القوامة وحتى قال البعض منهم ان طاعة الزوجة لزوجها من طاعة الله، وبخلافه ينالها التأثيم ووقيل في ذلك ان جهاد المرأة يستمد شرعيته من حسن طاعة الزوج مستندين في ذلك الى الحديث النبوي: (انهنّ عوان عندكم بمنزلة العبد الاسير) * .(ريتا فرج - امراة الفقهاء وامراة الحدائة - دار التنوير - بيروت - 2015ص) 188.

* يلاحظ ان هذا الحديث لا يندرج تحت عنوان الاحاديث المتواترة كونه من الاحاديث المشكوك بصحتها.

فنظرة الفقهاء الشوزية المتصلة بالتأثيم سببها الرئيس الاحجام عن الخلوة، ولديهم ان من منعت نفسها عن زوجها سقطت نفقتها، ويذهبون الى ابعد من ذلك بالقول ان النفرة من النكاح تستدعي غضب الرب ولعنة الملائكة، لكون الزوج قد اشترى المرأة حتى يتمتع بها مستندين الى الاية: ﴿نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم انى شئتم﴾، وبهذا الفهم لديهم فان الزوج غير مكلف في ايصال الزوجة الى متعتها لكونهم يستخفون بها لانها لا تملك حق نفسها. ونتيجة لذلك فانهم يلتمسون العذر للزوج سواء كان مجبوا ام عنينا بالقول ان عدم القدرة على الايلاج لا ينفي عنه فحولته. وخلافا للاحكام الشرعية النقية فان اولئك الفقهاء لم يتخذوا من الزوجة شريكا جنسيا بل هي وعاء للمتعة حسب.

رؤية سماحة السيد محمد حسين فضل الله

المرأة التي تمتنع عن اداء حق الزوج الجنسي أي نشوزها، مرده الى كون العلاقة الزوجية هي الوسيلة الشرعية من وجهة نظر الدين والقانون والمجتمع لاشباع الحاجة الجنسية للزوجين، واشباعها لا يلجأ أي منهما لطلبها خارج منزل الزوجية، واعراض الزوجة عن الزوج او هجره وباية صورة كانت تجعل الرجل عرضة للانحراف، ولحل هذا الاشكال ان يتبع معها أي من الاساليب التالية لحل المشكلة: اتباع اساليب الوعظ، التاديب النفسي أي الهجر في المضجع، او الزواج بثانية وهو اسلوب لا يحل المشكلة اذ قد تتكرر الحالة ذاتها مع الزوجة الثانية او الضرب موضوع الاية 34 من سورة النساء، والضرب لديه حلا واقعي لمشكلة خاصة وليس مبررا للعنف ضد الزوجة باعتبار ان الضرب التأديبي معلوله حماية الحياة الزوجية من السلوك السلبي الذي قد يدمر المؤسسة الزوجية مع الاخذ بنظر الاعتبار ان الضرب من الناحية العاطفية الصرفة عملا وحشيا وهمجيا وهو قد يكون كذلك عندما تظام المرأة فيضربها بحيوانية باعتباره مطلق اليد عليها اذا وجد خلافا للاحكام الشرعية. واخيرا الطلاق الذي يراه السيد يعد هروبا من المشكلة وليس حلا لها.

ان تلك الوسائل السابقة لايقع الطلاق الهدف منها منع الزوجة من الوصول الى مرحلة النشوز الذي يأتي على الحياة الزوجية ويشرد العائلة، والضرب المقصود وهو غير المبرح الخالي من القسوة يستند الى اسباب مقبولة من وجهة الهدف الذي قصده المشرع. (دنيا المرأة - حوار مع السيد محمد حسن فضل الله - حاورته سهام حمية - لبنان - دار الملاك للطباعة والنشر والتوزيع - الطبعة السادسة - 2005 - ص 95 وما بعده).

النشوز عند ألفت يوسف

الذي تلاحظه ألفت يوسف ان لا احد من المفسرين استطاع ان يقطع بمعنى النشوز، فهو بالنسبة لهم مجاز لغوي، في حين ان المعنى اللغوي أي الاصيلي للنشوز هو الارتفاع والقيام عن المكان، اذ ان المعنى المجازي لم يرد في المعاجم الا بشكل خاص يتعلق بعلاقة الزوجين ببعضهما البعض، ولديهم ان المرأة تنشر اذا استعصت على الزوج وبغضته. وان البغض والجفاء للزوجين اختلف في تاويلهما من مفسر الى اخر، بل من قاريء للقرآن الى آخر، اذ ان الشرط المحدود الذي اسبغ على الزوج الذي يهجر فراش الزوجية تنتابه الضباية والغموض، اذ تستفسر عن السبب في شيوع النشوز باعتباره الامتناع عن الزوج في الفراش وتم تطويقه بهذا الفراش حصرا، ولا مناص من الافلات من النشوز الا بالاطاعة في قسر الزوجة بمضاجعة الزوج. وترى هذا الشيوع للنشوز فاقد لمرجعيته اللغوية، واللغة هنا لا تخول الزوج معاقبة زوجته غير الراغبة في علاقة جنسية معه، واذفات ذلك على المفسرين فانها تلمح فطنة الطبري الى هذه المفارقة عندما يقول: (فاذا... كانت المرأة المخاف نشوزها انما امرها زوجها بوعظها لتتوب الى طاعته فيما يجب عليها له من موافاته عند دعائه اياها الى فراشه فغير جائز ان تكون عظته لذلك حتى تفيء المرأة الى امر الله وطاعة زوجها في ذلك، ثم يكون الزوج مأمورا بهجرها في الامر الذي كانت عظته اياها عليه).

فالزوجة وفق ذلك الفهم الفقهي، غير مالكة لنفسها لكون الزوج قد اشتراها بغية الاستمتاع بها، اذ ان الصداق المفروض على الزوج مغراه تملك المرأة، ويكون معها بمنزلة المالك من المملوك فيما بذل من

عوض فيه، وتقول ان الاحكام الشرعية القرآنية تنص على (الاحصان) للزوجين فيما يعتبره المفسرون منعاً للزنى وهو امر خاص للزوج وحده. وعلى العموم كيف يتمكن الزوج ان يحصن زوجته اذا كانت تمتعها الجنسية مشطوبة من قبله كونه يعتبرها مجرد بضع اشتراه، وبهذا الفهم فان المفسرين والفقهاء يستخفون بمفهوم الاحصان الوارد ذكره في القران والذي يشمل النساء باحكامه.

الاستخفاف بمتعة الزوجة يقابله الوضع الاحتفالي لاستمتاع الزوج. اذ يتفق الفقهاء والمفسرون على ان الزوجة التي تمتنع عن فراش زوجها بلا عذر ترتكب خطأ كبيراً يفضي الى نشوزها، اذ ليس للمرأة والحالة هذه الا تمكين الزوج من الوطء وليس لها من خيار الا الاستجابة لطلبه الجنسي متى شار وكيفما شاء.

عليه فالكاتبة تقف موقفاً سلبياً من هذا الفهم احادي الجانب خاصة وان الاحكام الشرعية بالنسبة لها تقرر وفي اكثر من موقع المقاصد الشرعية من الزواج والاثار المترتبة عليه والاهداف المتوخاة منه وعلى وجه التحديد اهداف مشتركة المبتغاة من الزواج الواجبة التطبيق والتي تزرخ بها النصوص القرآنية والاحاديث النبوية.

(د الفت يوسف - حيرة مسلمة - دار مصر المحروسة - القاهرة - ط 1 - 2011 - ص 55 وما بعدها).

النشوز عند فاطمة المرنيسي

تلقي المرنيسي بالآئمة على الأئمة المكرسين حياتهم لتفسير الارادة الالهية بشكل لا ينسجم والارادة تلك المنصرفه الى مبدأ التساوي بين

الجنسين، ولم يتمكنوا من تطوير احكاما شرعية تعزز التساوي من الآيات حسبما تقتضيه تلك الايات والمقاصد التي ابتغاها المشرع، وبدلا من ذكر تلك الايات، فقد اعتمدوا الاية 34 من سورة النساء: ﴿والاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فان اطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا﴾. موظفين خطاب عمر بن الخطاب الموجه للنبي المتضمن لزوم بسط الشرعية على ضرب النساء.

ضرب رجل من الانصار زوجته، فاسرعت الى النبي ملتمة منه القصاص على وفق احكام الشريعة. فوافق على القصاص، وأعد العدة لتنفيذ قراره. وهنا نزلت الاية 34 من سورة النساء، فاستدعى الرسول الزوج، مدركا ان قراره يخالف حكم الله، وتلى الاية على الزوج وقال له: (اردت شيئا والله اراد شيئا. الا ان النبي - وعلى الدوام - ينصح بعدم استعمال العنف ضد النساء، وهذا الاتجاه رافق النبي حتى اخر يوم في حياته، في مقابل اتجاه اخر يعارض الرسول في هذا الموضوع متبنى من قبل عمر بن الخطاب. هذا التناقض وبهذا المستوى يدفع المرئسي الى لزوم التفكير بضرورة اجراء تنقيحات منهجية في الادب الديني من خلال اغناء النظرة للنصوص القديمة وعدم تركها حكرا على رجال اللاهوت والقانون خاصة اذا كانا يتكلمان من منظور السلطة، ولا تعينهم بالضرورة المنظورات المساواتية.

لاحظت المرئسي - ان النبي متمسك برأيه اذ اطلق حديثه القائل: (لا تضربوا النساء)، وعندما امثل الناس لقول النبي، لم يرق هذا التوجه لعمر بن الخطاب وجاء له قائلا: (يا رسول الله لقد تمردت النساء ضد ازواجهن). فاجاز لهم النبي ضربهن، وبعد هذه الاجازة وفي الليل طاف

جمعا من النساء حول عائلة النبي وكان المقصود من ذلك ايصال رسالة الى النبي ان (70) امرأة جئن بالشكوى من ازواجهن.

من حيث المبدأ ان العنف محرم شرعا بين المسلمين، الا ان المفسرين حصروا الآية 34 من سورة النساء برفض طاعة الزوج عندما يتعلق الامر بالعمل الجنسي، اذ يحل النشوز الذي يترجم الى كونه عصيان او تمرد، وفي هذا الصدد يقول الطبري في تفسير الاية مؤكدا النشوز: (يعني ان المرأة تتعالى على زوجها، وترفض الانضمام اليه في فراش الزوجية، تعبيراً عن المعصية واردة ظاهرة بان لا تتم ما تفرضه الطاعة للزوج. انها وسيلة تشهد بغضها للزوج واعراضا عنه).

المفسرون اخذوا بالمعنى الحرفي للنص من اجل ممارسة العنف ضد النساء، فالآية: ﴿الرجال قوامون على النساء﴾، تعني بالنسبة لهم امكانية الازواج على تاديب زوجاتهم واعادتهن الى اماكنهن عندما يتعلق الامر بواجباتهن، وهذا الامتياز مرده الصداق الذي يدفعه الرجال لزوجاتهم اثناء عقد الزواج والنفقة والقيام باعباء معيشة الزوجة. فانفاق المال على الزوجات يمنحهم سلطة عليهن والتي تسمى (القيمومة) أي انهم قوامون على النساء بموجب سلطتهم المالية، والمعروف ان هذا الطرح لم يكن محل اجماع في كتب التفاسير، خاصة وان الطبري - على سبيل المثال - كان يعلم علم اليقين ان ضرب الزوجة لا يشكل جزءاً من التقليد النبوي. اذ لم يضرب النبي ابدا بيده واحدة من نسائه، ولا شخصا اخر، والمرأة الوحيدة التي وجد نفسه امام تمرد عائلي لعصيان زوجاته ليس فقط لم يضربهن ولكنه فضل ان يترك منزل الزوجية، واقام وحده خلال شهر تقريبا في غرفة تابعة للمسجد.

تخلص المرنيسي الى ان السيرة النبوية اعتمدت مبدأ مخالف لضرب النساء ووقفت بالضد منه، ولم يفهم قسم من الصحابة هذا المبدأ المبني على الرحمة، وردا على عدم الفهم هذا اوضح النبي قائلًا: (حسنا اضربوهن، ولكم اسوأكم هو من يلجأ الى هذه الطرائق). هذا المبدأ اورده ابن سعد الذي عاش قبل الطبري باربعة اجيال مؤكدا تمسك النبي بموقفه من مسألة العنف مصرا على مناهضة العنف ومعارضته ضرب النساء، وعندما جاءه بعض الرجال شاكيا قال لهم: (لا استطيع ان اتحمل رؤية رجل غاضب، تحت تاثير الغيظ وهو يهيم بضرب زوجته).

هذا البعض مما قيل وكتب عن موضوع نشوز الزوجة، فاعلب الأئمة وكتب التفاسير تجسد الرؤية الذكورية ضمن السلطة الممنوحة للرجال المستمدة مرجعيتها من الصداق الذي يؤدي بالزوج على فرض سطوته التي تصل الى الضرب لكل زوجة ممتنعة من تمكين زوجها مكن الاستمتاع بها، وعندما حوصر الطبري بالموقف النبوي الحازم من هذا الموضوع، وارتبكت اوضاعه ذهب الى تفسير غريب لم ينل استحسان مجايله ولا من خلفهم والمعاصرين في ايامنا هذه، عندما فسر كلمة (اهجروهن) بمعنى اربطوهن، لان الهجر لغويا بالنسبة له هو الحبيل الذي كانت تربط به العرب الجمال). أي شد وثاق الزوجة وربطها في فراش الزوجية، من اجل ان تلين وتنصاع لرغبة الزوج الجنسية. (فاطمة المرنيسي - الحريم السياسي « النبي والنساء» - دار الحصاد - سورية - دمشق - ط 2 - 2000 - ص 194 وما بعدها).

نشوز الزوج

الموروث الاسلامي عن النشوز يقتصر على نشوز الزوجة وتعاليتها عن الزوج ورفضها الانضمام الى فراش الزوجية وهذا الموروث التي جاءت به كتب التفاسير والفقهاء الاسلامي - المبسوط اعلاه - وجد له مستقرا في العقل الجمعي لعامة المسلمين خاصة وان احكامه استمرت بها تعبئة ذلك العقل الجمعي طيلة القرون الطويلة النصرمة والى يومنا هذا.

لم يكن منها موضوع (نشوز الزوج)، فالتغيب لنشوز الزوج جاء بالنتائج المقصودة منه، والكثير من العامة يعتقد وحسبما وصله من ذلك الموروث ان النشوز يلتصق بالزوجة فقط ولا يمكن ان يطال الزوج رغم صريح الاية القرآنية.

حكم نشوز الزوج عند محمد رشيد رضا

﴿وان امرأة خافت من بعلها نشوزا او اعراضا فلا جناح عليهما ان يصلحا بينهما صلحا والصلح خير..﴾. 128 النساء.

المبدأ الذي يضعه الباحث عن خوف المرأة من نشوز زوجها واعراضه التام عنها، وذكرهما بما يحول دون الوفاق من طباع النفس، وهو بخل كل منهما بأداء ما عليه من واجب وحرصا على استيفاء كل ما له من الحق. فان الاية تعالج ترفع البعل عن زوجته واعراضه وهذا النشوز والاعراض لم يكن من باب الظن او وسواسا عارضا عنها ولكن

ما تيقن لها أي في حالة ثبوت ذلك أي النشوز يعد واقعا في حالة الاعراض مهما كانت اسباب الاعرض، اذ ان انشغاله بعظائم الامور المالية او السياسية او المسائل العملية التي لا يجد لها حلا وغيرها من الاشكالات الدنيوية او الدينية كلها لا تعد عذرا مقبولا لحدوث الاعراض والنشوز من قبله، لذا عليها ان تثبت من ذلك، ولكن قد يكون السبب خارج ارادته فرض عليه ولا يدخل ضمن عدم الرغبة في معاشرتها بالمعروف او كراهتها، فعليها ان تعذره وتصبر على ما لا تحب من ذلك، حتى تزول غمته.

ولكن اذا كان من الثابت ان الاعراض والنشوز سببه في عدم معاشرتها وكراهته لها ورغبته عنها، لان الاصل ان لا يبخل احد الزوجين في سبيل مرضاة الاخر من خلال التسامح بينهما واحسان العشرة والتراحم والتعاطف بغية الحيلولة دون الاعراض والنشوز. وبخلاف ذلك فلا مناص والحالة هذه من السعي الى تطبيق النص التالي من الاية وهو الصلح، وهو ما يتفق عليه الطرفين، كأن تسمح له ببعض حقها عليه كالنفقة والمبيت معها او أي تصرف يحفظ لها حقوقها وكرامتها. واذا لم يوف بذلك ليطلقها استنادا لحكم الاية التي تنص على: ﴿فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾. لان حل ما تعطيه الزوجة لزوجها يجب ان يكون برضاها، كونها تعتقد ان هذا الرضا خيرا تتطلبه احكام هذه الاية. (محمد رشيد رضا - حقوق النساء في الاسلام - المكتب الاسلامي بيروت - 1975 - الصفحات 57 - 59).

والنص على ان ﴿الصلح خير﴾ يعني ان يتم التسريح والفراق باحسان بعد ان يؤدي الزوج ما عليه من حقوق للزوجة وبما يحفظ كرامتها، كون

الزواج من اعظم الروابط وميثاق غليظ وحيث انه كذلك فان الوفاء
باحكامه مفروض على الزوج.

رؤية محمد شحرور. نشوز الزوج

اذا كانت القوامة بيد الرجل، واساء استخدام هذه القوامة او استعمالها
بشكل متعسف، او وصل به الامر الى الاستبداد في فرضها، ونشز نعم
الرجل نشز. فما هو الحكم الشرعي لنشوز الرجل؟ الجواب جاء بحكم
الاية: ﴿وَأَنَّ امْرَأَةً خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا...﴾.

وقبل ان يدخل شحرور في موضوع نشوز الرجل، فإنه يستدرك
للقوف الى مفردة (البعل)، وهو يفرق بين البعل والزوج. فالبعل في
اللسان العربي هو المعيل والمؤاكل والمشارب والملاعب، فاذا اضيفت
الى هذه المهام الجنس والنكاح صار زوجا، ولديه ان الزوج يكون
بعلا، اما البعل فلا يكون زوجا، ويوضح هذا الامر قائلا: ان الزوج في
المناسبات الاجتماعية كالحفلات والنزهات فهو بعل اذ لا مكان لهذه
النشاطات للجنس، لذا فان الزوج في سن الشيخوخة وانقطاعه عن
الجنس فهو بعل، مستعينا بالاية: ﴿والذين هم لفروجهم حافظون. الا
على أزواجهم..﴾ المؤمنون 5، اما حينما ترد الزينة: ﴿ولا يبدين زينتهن
الا لبعولتهن..﴾ النور 31 فالزينة حالة اجتماعية تكون فيه المرأة مع
الاخرين. اما الاية: ﴿وبعولتهن احق بردهن﴾ البقرة 228 لان الزوج بعد
الطلاق - وخلال فترة العدة - لم يعد زوجا بل بعلا.

ويرى الرجل من خلال هذا المدخل اللغوي ان قوامة الرجل هنا
(البعل) يتعلق بحالة اسرية اجتماعية انسانية لا علاقة لها بالجنس من

قريب ولا من بعيد تخاف فيه الزوجة من بعلمها المنفق صاحب القوامة عليها، والاعراض بان يهمل شؤون بيته واولاده ويدير ظهره تاركا مركب الاسرة تتقاذفه رياح الايام فاذا وقع النشوز من قبل البعل ليس للمرأة سوى القبول بهذا الواقع، وان ترفض المرأة هذا الواقع حين تتعب من تسلط بعلمها ونشوزه وهنا تحدد الاية ما يجب فعله.

ويخلص الى ان النشوز يصبح بموجه متكبرا ومتعاليا يجمع السلطات كلها بيده بشكل لا تستطيع معه امراته ان تقوم باي عمل صغيرا كان ام كبيرا الا بموافقة المسبقة والصريحة، يضاف الى اعراضه عن شؤون بيته واولاده ويدير ظهره لكل شيء، وهو اذ يقوم بذلك بصفته بعلا وليس زوجا، ويرى محمد شحرور: ان النشوز لا علاقة له بالفراش والدعوة للجنس، كما يذهب الفقه وكتب التفاسير الذي يحصر النشوز بالدعوة للفراش، وحسب رأيه القائل اذا كان المقصود بالنشوز هو الاعراض عن الجنس لجاءت الاية بمفردة ازواجهن وليس بعولتهن. (محمد شحرور - فقه المرأة - نحو اصول جديدة للفقه الاسلامي - مصدر سابق - ص 308).

قراءة في حكم النشوز

البناء المؤسسي التقليدي لفكرة النشوز

يقول ابن الجوزي - بأن المرأة: (اذا نشزت على الرجل او خالفته فيما هو حق له فلتؤدب باذن الله عز وجل وهو ان يعضها، فان اصرت على الخلاف هجرها في المضجع، فان اصرت ضربها ضربا غير مبرح سوطا او سوطين او يزيد عددا قليلا). (احكام النساء لابن الجوزي - مكتبة الشرق الجديد - بغداد - 1989 - ص 82).

او مثلما يقول ابن تيمية عندما سئل: عن رجل له زوجة تصوم النهار، وتقوم الليل، وكلما دعاها الى فراشه تأبى عليه، وتقدم صلاة الليل وصيام النهار على طاعة الزوج: فهل يجوز ذلك؟ فاجاب: (لا يحل لها ذلك باتفاق المسلمين، بل يجب عليها ان تطيعه اذا طلبها الى الفراش وذلك فرض وواجب عليها، واما قيام الليل وصيام النهار فتطوع، فكيف تقدم مؤمنة النافلة على الفريضة؟). (فتاوى النساء - ابن تيمية - دار المنار - القاهرة - من دون سنة طبع - ص 222).

او حسبما يقول الطبري: (اذا نشزت المرأة عن فراش زوجها يقول لها: « اتقي الله وارجمي الى فراشك، فان اطاعته فلا سبيل له عليها). (الطبري - مصدر سابق - ص 802).

ويقول الطوسي في تبيانه: (تخافون نشوزهن... ومعنى النشوز ههنا.. انه معصية الزوج، واصله الترفع على الزوج بخلافه مأخوذاً من قولهم: « هو على نشز من الارض، أي ارتفع. فالنشوز يكون من قبل المرأة، والشقاق منها. وقوله فعظوهن أي خوفوهن بالله فان رجعن فاهجروهن في المضاجع. والهجر هو هجر المضاجعة، وقال بعضهم « اهجروهن » اربطوهن بالهजार.. وهجر الرجل البعير اذا ربطه بالهजार..). (الطوسي - تفسير البيان - مؤسسة الاعلمي - بيروت - طبع المطبعة العلمية في النجف - المجلد الثالث - ص 190).

ان هذا التوصيف الفقهي للنشوز المبني على لي عنق كلمة النشوز اصطلاحاً وحصرها في امتناع الزوجة عن تلبية طلب الزوج لدعوتها للفراش لا يتفق وحكم الاية 229 من سورة البقرة: (الطلاق مرتان

فأمسك بمعروف او تسريح باحسان ولا يحل لكم ان تأخذوا مما اتيتموهن شيئا الا ان يخافا الا يقيما حدود الله فان خفتم الا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به). فالمشرع هنا اوجد الحل في حالة اعراض الزوجة وعلى الوجه الاتي:

كتب التفاسير تقول في الاية: ﴿وَأَنْ خِفْتُمُ الْإِثْمَ الْإِثْمَ الْإِثْمَ﴾: (حالة نشوزها واظهارها له بغضته، حتى يخاف عليها ترك طاعة الله فيما الزمها لزوجها من الحق ويخاف على زوجها من بتقصيرها في اداء حقوقه التي الزمها الله له تركه اداء الواجب لها عليه، فذلك حين الخوف عليهما الا يقيما حدود الله فيطيعاه فيما الزم كل واحد منهما لصاحبه والحال... ما اتى زوجة ثابت بن قيس اذ نشزت عليه بغضا منها عليه). (الطبري - مصدر سابق - المجلد الثاني - ص 537).

وأول تطبيق عملي لهذه الاية في السيرة النبوية، جاء بالصورة التالية: (روي ان جميلة بنت عبد الله بن أبيّ كانت تحت ثابت بن قيس بن شماس، وكانت تبغضه وهو يحبها فأتت الرسول فقالت يا رسول الله، لا انا ولا ثابت، لا يجمع راسي ورأسه شيء، والله ما اعيب عليه في دين او خلق، ولكنني اكره الكفر في الاسلام، ما اطيعه بغضا، اني رفعت جانب الخباء فرايته اقبل في عدة، فاذا هو اشدهم سوادا، واقصرهم قامة، واقبحهم وجها، فنزلت، وكان قد اصدقها حديقة فأختلعت منه بها، وهو اول خلع كان في الاسلام).. الشيخ يوسف صانعي - مقاربات في التجديد الفقهي - مصدر سابق - ص 122).

جميلة بنت عبد الله هنا كارهة لزوجها لحد البغض، مصرة على عدم طاعته، وتريد التخلص منه لكي لا تقع في المعصية، فهي ناشز بكل ما تعني الكلمة حسب تفصيل الفقهاء للنشوز، وهذا ما بينه الطبري في تفسيره الوارد في اعلاه. ويعد فصل الرسول في هذا النزاع وأمرها برد الحديقة التي كانت مهرها هو اول حكم قضائي في الاسلام بموضوع كهذا. أي اللجوء الى حكم الفرقة بدلا من الضرب انطلاقا من حكم الاية: ﴿ولا تمسكوهن ضرارا تعتدوا﴾.

السؤال هنا وحيث ان جميلة ناشز على وفق رؤية الطبري، لماذا لم يكيف الرسول موضوعها شرعا تحت توصيف النشوز - الحائز على شروطه - الذاهب اليه الغالب من الفقهاء والمفسرين، لماذا احترم الرسول رغبة هذه المرأة واعتبر ارادتها في نبذها زوجها خيارا نافذا تحت احكام الشرع ولم يعده نشوزا وحكم لها بالتفريق من زوجها بعد رد الحديقة؟

نشوز الزوج

كل ما تداولته كتب التفاسير والفقهاء المسلمون - ضمن الرؤية الذكورية - بشأن النشوز انصب على الزوجة وحدها فهي المقصرة والمدانة والآثمة والرافضة لرغبات الزوج والخارجة عن الطاعة وخروجها هذا يشكل مخالفة شرعية. هذه الرؤية التقليدية لمفهوم نشوز المرأة وجدت مستقر لها في العديد من التشريعات في قوانين الاحوال الشخصية للدول العربية ومنها على سبيل المثال قانون الاحوال الشخصية العراقي المرقم 188 لسنة 1959 المادة (الخامسة والعشرون/4)، والمادة 41 من قانون

العقوبات رقم 111 لسنة 1969 المعدل وكذلك التطبيقات القضائية العديدة لمحاكم الاحوال الشخصية في العديد من الدول العربية بما في ذلك العراقية المعروفة بـ (بيت الطاعة) سيء الصيت.

الموروث الاسلامي عن النشوز يقتصر على نشوز الزوجة وتعاليتها عن الزوج ورفضها الانضمام الى فراش الزوجية وهذا الموروث التي جاءت به كتب التفاسير والفقهاء الاسلامي - المبسوط في اعلاه - وجد له مستقرا في العقل الجمعي لعامة المسلمين بخاصة وان احكامه استمرت بها تعبئة ذلك العقل الجمعي طيلة القرون الطويلة النصرمة.

لم يكن منها موضوع (نشوز الزوج)، فالتغيب لنشوز الزوج جاء بالنتائج المقصودة منه، والكثير من العامة يعتقد وحسبما وصله من ذلك الموروث ان النشوز يلتصق بالزوجة فقط ولا يمكن ان يطال الزوج رغم صريح الاية القرآنية.

هذا الفيض الذكوري الكبير وتاويل النشوز بالطريقة المبسطة في اعلاه، هذا الفيض غض الطرف عن نشوز الزوج، واقتصر الجهد على نشوز الزوجة، حسب، من دون اعطاء نشوز الزوج المساحة التي يستحقها على الرغم من صراحة وصرامة الاية القرآنية التي تنص على: ﴿وَأَنَّ امْرَأَةً خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا﴾ الآية 128 من سورة النساء. فقد غيبت هذه الاية، وتمت الحيلولة دون تداولها على صعيد الموروث الاجتماعي للمسلمين، واقتصر وجودها على الجوانب في الكتب المتخصصة، ككتب التفاسير وسواها، وما دونه أئمة الفقه في مدوناتهم العتيقة، حتى ان البعض من عموم الناس تلبسه المفاجأة عندما يعلم ان الزوج مشمول بالنشوز، او انه خصّ بخطاب موجه للزوج الناشز.

فالذي قاله الطبري في تفسيره لهذه الآية: (فتلك المرأة تكون عند الرجل لا يرى منها كبير ما يحب، وله امرأة غيرها أحب اليه منها، فيؤثرها عليها، فأمر الله اذا كان ذلك يقول لها: ياهذه ان شئت ان تقيمي على ماترين من الاثرة، فأواسيك وانفق عليك فأقيمي، وان كرهت خليت سبيلك، فان هي رضيت ان تقيم بعد ان يخيرها فلا جناح عليه وهو قوله الصلح خير وهو التخيير)، او قول آخر يقوله ايضا: (المرأة تكون مع زوجها، فيريد ان يتزوج عليها، فتصالحه من يومها على صلح. فقال فهما على ما اصطلحا عليه، فان انتقصت به فعليه ان يعدل عليها او يفارقها). وقول اخر: (تكون المرأة عند الرجل الزمان الكثير، فتخاف ان يطلقها، فتصالحه على صلح بما شاء وشاءت، يبني عندها في كذا وكذا ليلة، وعند الاخرى ما تراضيا عليه، وان تكون نفقتها دون ما كانت، وما صالحته عليه من شيء فهو جائز). وفي مكان اخر يروى عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار: ان رافع بن خديج كانت تحته امرأة قد خلا من سنها، فتزوج عليها شابة، فأثر الشابة عليها، فألت امرأته الاولى ان تقر على ذلك، فطلقها تطليقة، حتى اذا بقي من اجلها يسير قال: ان شئت راجعتك وصبرت على الاثرة، وان شئت تركتك حتى يخلوا اهلك، قالت: راجعني واصبر على الاثرة، فراجعها، ثم اثر عليها فلم تصبر على الاثرة فطلقها اخرى). (الطبري - مصدر سابق - 192 وما بعدها). هكذا اذن نشوز الزوج - حسب الرؤية الذكورية - مجرد صلح تدفع اليه الزوجة لكي يتزوج عليها، وبهذا لم يخرجنا هذا التاويل من دونية الزوجة والموقع الذي اجبرت ان تقيم فيه صاغرة راضية بعيدة البعد كله عن مضمون الاية القرآنية ومقاصدها.

ويقول الطوسي في تفسير البيان: (وان امرأة خافت ومعناه علمت) « من بعها » نشوزا يعني استعلاء بنفسه عنها الى غيرها. وارتفاعا بها عنها: اما لبغضة، واما لكراهة منه شيئا منها اما دمامتها، واما سنها وكبرها، او غير ذلك يعني انصرافا بوجهها وبععض منافعه التي كانت لها منه « فلا جناح عليهما » أي لا حرج عليهما ان يصلحا بينهما صلحا بان تترك المرأة له يومها او تضع عنه بعض ما يجب لها من نفقة او كسوة، وغير ذلك تستعطفه بذلك وتستديم المقام حياله والتمسك بالعقد الذي بينها وبينه من النكاح، ثم قال: و«: الصلح » يترك بعض الحق استدامة الخدمة، وتمسكا بعقد النكاح خير من طلب الفرقة وقال بعضهم: الصلح خير من النشوز والاعراض). (الطوسي - مصدر سابق - ص 346).

بيت الطاعة: اجتهاد خاطئ

الشيخ محمد الغزالي

هذا هو احد العناوين الذي وضعه الشيخ محمد الغزالي في كتابه الموسوم (قضايا المرأة بين التقاليد الراكدة والوافدة).

القوامة كمبدأ مفهوم جرى ترسيخه من قبل المنظومة الفقهية، ومن خلال الرؤية الذكورية النازعة نحو تأكيد حضوة الزوجة لزوجها وطاعتها له، وقد قرنوا تلك الطاعة بطاعة الله، محذرين بايقاع اشد العواقب في حالة عصيان الزوج، مستعينين ببعض الاحاديث التي لم تحوز صفة التواتر او الصحة المنسوبة للنبي كالحديث: (رحم الله عبدا علق في بيته سوطا يؤدب به اهله)، او الحديث: (لو كنت آمرا احدا ان يسجد لأحد لأمرت المرأة ان تسجد لزوجها من حقه عليها)، او:

(لايسأل الرجل فيم ضرب زوجته). و: (ما يقطع الصلاة الكلب والحمار والمرأة)، وسواها من فيض الاحاديث الموضوعية ضمن تلك الرؤية المهيمنة على المرأة والتي لا تنسجم مع الايات القرآنية الهادفة الى المساواة بين الرجل والمرأة.

وامام هذا الوضع المؤسسي لدونية المرأة ومنها الطاعة يرى الشيخ الغزالي ان الخلع ثبت في احكام الكتاب والسنة وهو اجراء يؤدي الى انحلال الرابطة الزوجية وبالاسباب والشروط المذكورة فيه، اذ رأى جملة من المشتغلين بالفقه يتجاهلون الخلع ويرفضون انهاء العلاقة الزوجية به او بالفسخ او الطلاق بحجة الضرر الذي يسببه الطلاق من دون الالتفات الى مشاعر البغضاء عند المرأة التي لا وزن لمشاعرها لديهم.

ومشهود للخلع الاول في الاسلام على يد الرسول: (عندما جاءته جميلة بنت عبدالله بن ابي، وهي كانت تحت ثابت بن قيس بن شماس وكانت تبغضه. فقالت يارسول الله لا انا ولا ثابت، لا يجمع رأسي ورأسه شيء. والله لا أعيب عليه في دين او خلق ولكن اكره الكفر في الاسلام، ما اطيعه بغضا.. فقال لها الرسول ردي عليه حديقته). وكانت الحديقة مهرها الذي طلب الرسول رده الى زوجها. وهذا حسبما تقول به الكتب اول حكم بالخلع تلبية لطلب الزوجة التي لا تطيق العيش مع زوجها، فاذا اجبرتها احكام الطاعة حسب مرويات بعض الفقهاء فأن هذا يعني دفعها للكفر بالاسلام لذا كان الخلع على وفق الوصف المذكور في اعلاه - وكما يراه الشيخ - هو دفعا للزومية الطاعة اولا وانصراف الارادة عن الكفر في الاسلام، استنادا لاحكام الاية: ﴿الطلاق مرتان امسك بمعروف او تسريح بأحسان....﴾ الى ان تنتهي بجملة: ﴿فيما افتدت به﴾.

ويضيف مشاهداته عند تنفيذ الاحكام الشرعية الصادرة عن المحاكم المتمثلة بارسال الشرطة الى اسرة الزوجة لأرغامها على الذهاب الى بيت الطاعة كي تعاشر زوجها، وكانت الاسرة تقوم بتهريب الزوجة الى مكان بعيد فرارا من تنفيذ حكم القضاء.

ويسأل نفسه باستغراب قائلاً: هل ان هذا الاجراء التنفيذي ينسجم واحكام الاية « ﴿امسكوهن بمعروف او سرحوهن بمعروف﴾ »، ؟ او يتفق مع حكم الآية: ﴿ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا﴾.؟ ان هذا التصرف لديه هو عبارة عن تعريض الاسلام للرد والجحد بسبب الاجتهاد الخاطئ النابع عن تعصب مذهبي ضيق.

لقد كان جانب من الفقهاء سببا اتاح للآخرين توجيه العيوب الى الدين الحنيف، من خلال القضاء على شخصية المرأة، والنيل من حقوقها المادية والادبية، بحيث يقبض عليها قضائيا تنفيذا لحكم المطاوعة لتساق بغضا الى دار الزوجية، في حين ان ذلك الجانب ذاته يستبعد حكم الخلع من الاحكام الشرعية الكافلة لكرامة الزوجة وحرمتها.

والخلع كما بينا في اعلاه له اسبابه وشروطه، اذ قد يرجئ القضاء العادل تلبية طلب المرأة للخلع اثارا لمصلحة الاسرة والاولاد انتظارا لاصلاح ذات البين من قبل الاهل، وهذا الارجاء لا يعني استخفافا بمشاعر الزوجة او الرغبة الخفية لطلبه. ففي امر عرض على الرسول لطلب الخلع من قبل امرأة تدعى (بريرة)، وعندما وجد ان زوجها متمسك بها ويحبها، وقد رق حال الرسول لمشاعر الزوج فذهب الى (بريرة) يحدثها في امر العودة الى زوجها، فسألته: جئت أمرا او شافعا؟

فقال الرسول: جئت شافعا. قالت: فلا أعود. ولم يتهمها الرسول في دينها ولا في طاعتها لله ولا في طاعة رسوله.

ويسأل الرجل: كيف يحكم الاسلام باستبقاء الزوجة في بيت تعده سجناء، وتعد صاحب البيت شخصا بغيضا، او كيف تقام حدود الله في جو بيتي خانق؟، واي شرف للرجل او سمو بهذه السيطرة المهينة للزوجة.

يستغرب الرجل ممن يتجاهلون الخلع، هل هم لا يفقهون قول الله: ﴿فَأَنْ خِفْتُمْ الْإِيقِيمَا حَدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدْتُمْ بِهِ، تِلْكَ حَدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا، وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾. ولما كان الاسلام دين العدالة والرحمة فلا يمكن والحالة هذه ان تكون احكامه سببا لاسترقاق الزوجة والاطاحة بكرامتها، اذ ان النازع لاسترقاق الزوجة والنيل من كرامتها فهو من دون شك يكذب على الله ورسوله.

ولما كان الخلع سببا للافتداء ونيل الحرية، فلا يجوز ان يوظف لغير القصد الشرعي، أي لا يجوز ان يكره الزوج الزوجة على ايقاع الخلع او يدفعها الى ذلك، كأن يسيء عشرتها كي تلجأ للخلع بغية الحصول على المال جراء الافتداء وفان هذا الخلع وعلى وفق الاحكام الشرعية المنظمة له يعد خلعا باطلا ولو حكم به قضاء. لكي لا يجتمع عليها فراق الزوج ودار الزوجية والغرامة المالية فضلا الى ان هذا التصرف يخالف احكام الاية: ﴿يَأْبَهُا الَّذِينَ اٰمَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ اَنْ تَرِثُوهُنَّ اِنْ كَرِهْنَ اَوْلَاهُنَّ وَلَا تَعْضِلُوهُنَّ لِتَذَهَبُوا بِبَعْضِ مِمَّا اٰتَيْتُمُوهُنَّ اِلَّا اَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُّبِيْنَةٍ﴾.

يلاحظ ان القضاء العراقي في تطبيقاته لاحكام الطاعة يختلف عما هو مطبق في مصر، اذ وجد متنفسا يمكن من خلاله ايقاف دعوى

المطauعة، وذلك بأن تبادر الزوجة المحكومة بالمطauعة برفع بدعوى تفريق ولأى سبب من اسباب التفريق القضائي الواردة في الفصل الثاني من الباب الرابع من قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل، ويرفع دعوى التفريق هذه تعد دعوى المطauعة مستأخرة لحين حسم دعوى التفريق.

يلاحظ ان دعوى الخلع يجب ان تكون مستوفية لاسبابها وشروطها الشرعية والقانونية، ولا يجوز ان تطلبها من غير العلة التي قصدها المشرع، او ان تطلبها من باب الاثرة او البطر، او من اجل مشاغلة الزوج، ومناكفته، فان هكذا دعوى تعد فاقدة لاسبابها وشروطها ويتوجب على المحكمة المرفوعة امامها ان تحكم بردها. ويطلق فقها على الزوجات الرافعات للمخالعة من هذا النوع بـ (المختلعات هن المناقات

الشيخ محمد الغزالي ان الخلع بمفهومه الشرعي - وليس الفقهي او القانوني عند بعض الدول - هو حكم شرعي خصت به النصوص الشرعية الزوجة لو حدها لطلب مفارقة الزوج اذا ابغضته، وهو بذلك بالنسبة للشيخ معطل لاحكام المطauعة، الا ان الجانب الفقهي او القانوني الذي يتطلب موافقة الزوج لايقاع الخلع وضمن الرؤية الذكورية عطل تلك الاحكام وجعل الطلاق والخلع كلاهما بيد الزوج، وهذا يعني مخالفة لتطبيقات السنة النبوية في هذا الموضوع وما قضى به في حالة (ليلى بنت عبد الله نموذجاً). وهذا يعني ان الزوجة التي تبغض زوجها ولا تطيق العيش معه في مفهوم الفقهاء ونظرتهم الذكورية تلزمها الطاعة للزوج، اما في نظر الشيخ الغزالي فانها تستعمل حقاً شرعياً يوقف احكام المطauعة.

يلاحظ ان التطبيقات القضائية لمحكمة التمييز الاتحادية لدينا

ومن زمن ليس بالقريب تقضي بان رفع دعوى التفريق من قبل الزوجة (تستأخر) دعوى المطاوعة، وبذلك قضت محكمة التمييز بحكمها المرقم 894/ شخصية/ 1983 - 1983 في 18/12/1982: (في حالة اقامة الزوجة دعوى التفريق على الزوج يجب على المحكمة استئخار دعوى المطاوعة لحين حسم دعوى التفريق واكتساب الحكم درجة البتات). ومعلوم ان هذا المبدأ القضائي الذي خطته محكمة التمييز ما زال ساري المفعول ومطبق في محاكم الاحوال الشخصية كافة.

- هذا الاتجاه القضائي لدينا يخالف ما استقر عليه القضاء المصري الذي ينفذ حكم المطاوعة جبرا وبالقوة، الامر الذي دفع الشيخ الجليل محمد الغزالي الى طرح رؤاه في موضوع المطاوعة وبالشكل المبسوط في اعلاه.
- كما يلاحظ لدينا من خلال التطبيقات القضائية ان دعاوى المطاوعة ترد في احيان عديدة منها على سبيل المثال ان عدم تسديد الزوج باقي المهر سببا لردها، او ان البيت الشرعي لم يستوف شروطه الشرعية، او ان البيت الشرعي المعد من قبل الزوج بعيدا عن مقر عمل الزوجة، او ان يساكن معها اولاده المميزين من زوجة اخرى وغيرهم، وسواها من الاحكام الاخرى.
- ان هذا المنجز التشريعي والتطبيقي العراقي الصادر لصالح الزوجة في موضوع المطاوعة مهدد بالالغاء بين الفترة والاخرى من خلال ما يطرح من مشاريع القوانين المختصة بالاحوال الشخصية وبصبغتها الطائفية والتي كثيرا ما تطل برأسها بين الفينة والاخرى مهددة هذا المنجز بالالغاء.

الخلاصة

فورة الفقهاء النشوزية المتصلة بالتأثيم سببها الرئيس الاحجام عن الخلوة، ولديهم ان من منعت نفسها عن زوجها سقطت نفقتها، ويذهبون الى ابعد من ذلك بالقول ان النفرة من النكاح تستدعي غضب الرب ولعنة الملائكة، لكون الزوج قد اشترى المرأة حتى يتمتع بها مستندين الى الاية: ﴿نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم﴾، وبهذا الفهم لديهم فان الزوج غير مكلف في اىصال الزوجة الى متعتها لكونهم يستخفون بها لانها لا تملك حق نفسها. ونتيجة لذلك فانهم يلتمسون العذر للزوج سواء كان مجبويا ام عنينا بالقول ان عدم القدرة على الايلاج لا ينفي عنه فحولته. وخلافا للاحكام الشرعية النقية فان اولئك الفقهاء لم يتخذوا من الزوجة شريكا جنسيا بل هي وعاء للمتعة حسب.

هذا الفهم لمعنى النشوز يخالف احكام الاية: ﴿وان امرأة خافت من بعلها نشوزا﴾ النساء 128 لان النص يقول البعل ولا يقول الزوج حسب الشرح المبين من قبل محمد شحرور، وحيث انه بعل فهذا يعني ان النشوز تعلق بالجانب الاجتماعي والاداري الاسري وليس بالجانب الجنسي حسبما تذهب اليه الرؤية التقليدية.

وعلى فرض صحة اعراض الزوجة عن الزوج وكراهتها لفراش الزوجية او له، وانطبق فعلها والتوصيف الشرعي للنشوز، فالحل التطبيقي جاء على يد الرسول في واقعة ليلى بنت عبدالله مستندا الى الاية المار ذكرها: ﴿الطلاق مرتان امساک بمعروف او تسريح باحسان...﴾، أي ان الحلول الشرعية متوافرة وفي ابهى النصوص لمعالجة هكذا اشكالات

ومشكلات تعتري مسيرة الاسرة وتكدر صفاء مسيرتها. انتقلت الرؤية الذكورية من الفقهاء وكتب التفاسير الى اغلب القوانين الوضعية في البلدان العربية ومحيطنا الاقليمي ومنها قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 المعدل، الذي اجاز الحكم بنشوز الزوجة وفي حالة اكتساب الحكم درجة البتات يسقط مهرها المؤجل وتسقط نفقتها، وعلى الرغم من ان القانون قد نص على اعتبار النشوز سببا من اسباب التفريق، الا ان الزوجة لا تتمتع بهذا الحق الا بعد مرور سنتين من تاريخ اكتساب الحكم درجة البتات، في حين ان الزوج يتمكن من الزواج باخرى بمجرد اكتساب الحكم درجة البتات

التغيب المتعمد من جانب الفقه لنشوز الزوج رغم صراحة النص القراني. واذا ما تم تناوله كرها فالاعذار متوافره له للقيام بذلك النشوز، والانحياز الواضح لسلوك الرجل على حساب المرأة وهذا مخالف لللاحكام الشرعية النازعة نحو المساواة بين الرجل والمرأة والمخالفة تلك تؤدي الى تعطيل مبدأ المساواة.

تكون المرأة ناشزا، حسبما تمليه التطبيقات القضائية المستمدة احكامها من النصوص القانونية. ولكن في المقابل الرجل يكون ناشزا ايضا، وما اكثر نشوزه المتعمد المستمد شرعيته من واقع الفكر الفقهي الاسلامي التقليدي، وما مطلوب والحالة هذا سوى المساواة في الحكم العادل للنشوز ليس الا وعلى وفق الاحكام الشرعية

انتقلت الرؤية الذكورية للنشوز من الفقهاء وكتب التفاسير الى اغلب

القوانين الوضعية في البلدان العربية ومحيطنا الاقليمي ومنها قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 المعدل، الذي اجاز الحكم بنشوز الزوجة وفي حالة اكتساب الحكم درجة البتات يسقط مهرها المؤجل وتسقط نفقتها، كما اعتبرت التطبيقات القضائية تأديب الزوجة في قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 المعدل يعني ضرب الزوج للزوجة تأديبا في هذا الموضوع فعلا مباحا وعلى الرغم من ان القانون قد نص على اعتبار النشوز سببا من اسباب التفريق، الا ان الزوجة لا تتمتع بهذا الحق الا بعد مرور سنتين من تاريخ اكتساب الحكم درجة البتات، في حين ان الزوج يتمكن من الزواج باخرى بمجرد اكتساب الحكم درجة البتات.

وهاجس المساواة هذا وجدت احكامه لدى السلطة التشريعية في كردستان العراق، فقد كانت لماحة ودقيقة عندما وضعت اصبعها على هذا الاشكال وتمكنت من الوصول الى المعالجة التشريعية له عندما عرف النشوز بانه: (تعالي احد الزوجين على الاخر) الزوجين وليس الزوجة وحدها كما هو مطبق في غير اقليم كردستان، وتعد الافعال الاتية نشوزا اذا وقعت من قبل الزوجين:

- 1 - هجر الزوج او ترك الزوجة بيت الزوجية بلا اذن وبغير وجه شرعي.
- 2 - تعسف أي من الزوجين في اداء الواجبات الزوجية او الاخلال بها قاصدا الاضرار بالزوج الاخر.
- 3 - عدم تهيئة الزوج لزوجته البيت الشرعي المناسب لحالتها الاجتماعية والاقتصادية.
- 4 - منع الزوج او الزوجة من الدخول الى البيت دون عذر شرعي.

(المادة العشرون/ اولا من القانون - التي عدلت في كردستان بالقانون
رقم 15 لسنة 2008)

نستنتج مما تقدم ان قضاء رسول الله في كره الزوجة لزوجها وعدم
الاستجابة له لا تدخل ضمن احكام النشوز المفصلة احكامه ضمن الرؤية
الذكورية للفقهاء المسلمين لأن كلمة ﴿ واضربوهن ﴾ في الاية الكريمة
تعني المباعدة خارج المنزل وهي مرحلة اخيرة تعقب مرحلة الهجر في
المضاجع لأن الضرب هنا لغة واصطلاحا تعني التباعد، وهذا ما قضى به
الرسول الكريم بالطلب منها ان ترد الحديقة لزوجها لانها كانت مهرها،
اي انه لم يأمرها بطاعة الزوج حسبما يذهب الى ذلك الفقه والتطبيقات
القضائية. (للتفصيل يراجع كتابنا - القراءات الحديثة لفقه المرأة - ضرب
الزوجة - ص 80 والنشوز - ص 164).

اما بيت الطاعة فلا وجود له في قضاء رسول الله المشار اليه في اعلاه لانه
بمجرد طلبها الى بيت الطاعة، فان بإمكانها اللجوء الى هذا القضاء الرسولي
المستند الى الاية: ﴿ الطلاق مرتان امساك بمعروف او تسريح باحسان ﴾.

عدم المساواة قانونا بين الزوجين

المادة 25

ان التمييز واضح في نص قانون الاحوال الشخصية بين الزوج
والزوجة، فالزوج يستطيع ان يتزوج بأخرى لمجرد اكتساب حكم النشوز
الدرجة القطعية في حين ان الزوجة لا يمكنها ذلك الا بعد مرور سنتين
على حكم النشوز.

النفقة والسنة

المادة 24

لما كان الزوج ملزم قانون بالانفاق على زوجته من تاريخ العقد الصحيح، فلا يجوز والحالة هذه اعفائه للسنوات الاخرى الممتنع فيها عن دفع نفقتها، ومقترحنا ان يصار الى النص السابق قبل تعديله الذي ينص على: (تعتبر نفقة الزوجة غير الناشز دينا في ذمة زوجها من وقت امتناع الزوج عن الانفاق).

التزام الدولة بالنفقة

المادة الثلاثون

الزوجة المعسرة والتي لا مصدر للرزق لها مع امتناع الزوج عن الانفاق وهو مجهول محل الإقامة او كان قد غادر العراق وليس له عنوان ان تلزم الدولة بالانفاق عليها ويدخل ذلك المبلغ ضمن ميزانية الدولة وبالامكان الرجوع على الزوج بدعوى لما تم صرفه من نفقات.

لا طاعة للزوج على زوجته

ترفع كلمة طاعة وتعاد الصياغة

المادة الثالثة والثلاثون

- 1- في امر مخالف لاحكام الشريعة.
- 2- في امر يخالف حقوق الانسان.

رابعاً: انحلال عقد لزواج الفصل الاول

الطلاق

المادة الرابعة والثلاثون .

- 1 - الطلاق - رفع قيد الزواج بايقاع من الزوج او من الزوجة ان وكلت به او فوضت من القاضي . ولا يقع الطلاق الا بالصيغة المخصوصة له شرعا .
(مقترحنا - الطلاق حل عقد الزواج بدلا من رفع قيد الزواج لان الزواج عقد وليس قيد كما ورد في النص القانوني).
- 2 - لا يعتد بالوكالة في اجراءات البحث الاجتماعي والتحكيم وفي ايقاع الطلاق.

المادة الخامسة والثلاثون .

لا يقع طلاق الاشخاص الاتي بيانهم:

- 1 - السكران والمجنون والمعتوه والمكره ومن كان فاقد التمييز من غضب او مصيبة مفاجئة او كبر او مرض .
- 2 - المريض مرض الموت في حالة يغلب في مثلها الهلاك اذا مات في ذلك المرض او تلك الحالة وترثه زوجته .

المادة السادسة والثلاثون .

لا يقع الطلاق غير المنجز او المشروط او المستعمل بصيغة اليمين .

المادة السابعة والثلاثون .

- 1 - يملك الزوج على زوجته ثلاث طلاقات .

- 2- الطلاق المقترن بالعدد لفظا او اشارة لايقع الا واحدة.
- 3- المطلقة ثلاثا متفرقات تبين من زوجها بينونة كبرى.

المادة الثامنة والثلاثون .

الطلاق قسمان:

- 1- رجعي: وهو ما جاز للزوج مراجعة زوجته اثناء عدتها منه دون عقد وتثبت الرجعة بما يشب به الطلاق.
- 2- بائن وهو قسمان:
 - أ- بينونة صغرى: وهي ما جاز فيه للزوج التزوج بمطلقة بعقد جديد.
 - ب- بينونة كبرى: وهي ما حرم فيه على الزوج التزوج من مطلقة التي طلقها ثلاثا متفرقات ومضت عدتها.

المادة التاسعة والثلاثون

- 1- على من اراد الطلاق ان يقيم الدعوى في محكمة الاحوال الشخصية بطلب ايقاعه واستحصال حكم به فاذا تعذر عليه مراجعة المحكمة وجب عليه تسجيل الطلاق في المحكمة خلال مدة العدة.
 - 2- تبقى حجة الزواج معتبرة الى حين ابطالها من المحكمة.
 - 3- اذا طلق الزوج زوجته وتبين للمحكمة ان الزوج متعسف في طلاقها وان الزوجة اصابها ضرر من جراء ذلك، تحكم المحكمة بطلب منها على مطلقها بتعويض يتناسب وحالته المالية ودرجة تعسفه يقدر جملة على ان لا يتجاوز نفقتها لمدة سنتين علاوة على حقوقها الثابتة الاخرى.
- هذه هي الاحكام التي جاء بها القانون المستمدة اصولها من احكام الشريعة الاسلامية وما اصفته الاجتهادات الفقهية من امور اخرى.

الطلاق

الزواج ينزع نحو بناء مؤسسي، والمؤسسة التي ينشأها الزواج هدفها البقاء الدائم لانها تعني الاسرة بما في ذلك الاطفال، وتحكمها الاحكام العامة في علاقتها من الاسر الاخرى، وهي واحدة من الخلايا التي يستند عليها المجتمع، لذا فإن هذا البناء المؤسسي يتجاوز في وجودها الحالة الانسانية الخاصة بين الزوج والزوجة باعتبارهما زوجين، هذه الحالة التي قد يعتربها الخلل او العطب بحيث تصبح العلاقة الانسانية بطبيعتها بينهما مستحيلة فيصير الى حل عقدها على وفق النصوص القانونية، صحيح ان لحل عقد الزواج اثارا سلبية على ذلك البناء المؤسسي الا انه لا يلغي كينونته.

الشريعة الاسلامية وفي العديد من النصوص القرآنية تهدف الى تأسيس اسرة عمادها الانسجام والود والتفاهم والسعي لحياة سعيدة: ﴿ومن آياته ان خلق لكم من انفسكم ازواجا لتسكنوا اليها وجعل بينكم مودة ورحمة﴾ الروم 21. وان يكون هنك تكافؤ بين الزوج والزوجة في الحقوق والواجبات قدر تعلق الامر بعقد الزواج، وان لا يكون احدهم اعلى او ادنى من الاخر: ﴿ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف﴾ البقرة 238. ولا يجوز للزوج اساءة معاملة الزوجة او الغلظة في السلوك معها لان ذلك منهي عنه بحكم الاية: ﴿وعاشروهن بالمعروف﴾ النساء 19. اما الجفاء الذي يسلكه الزوج تجاه زوجته او ان يعرض الاعراض عما تطلبه منه فللقران الكريم نص يتناول ذلك لقوله: ﴿وان امرأة خافت من بعلها نشوزا او اعراضا فلا جناح عليهما ان يصلحا بينهما والصلح خير..﴾ النساء 128.

ومن خلال الاطلاع على احكام السنة النبوية في موضوع المرأة يمكن القول ان الرسول الكريم كان منحازا لحقوقها كارها لا يذاتها معرضا عن اهانتها عازفا عن النيل منها لقوله: (من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يؤذي جاره واستوصوا بالنساء خيرا). وقوله كذلك: (وحقهن عليكم في ان تحسنوا اليهن في كسوتهن وطعامهن).

هذه بعض من فيض في لزوم حسن معاشره الزوجه والألفة سواء في احكام القران الكريم ام فيما تضمنته السنة النبوية. الا ان ما يحث بين الزوجين من عدم انسجام لاختلاف طبيعتهما او لاسباب اخرى تجعل الانسجام منعدم والخلاف مستحکم مما يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية على وفق ما رسمته النصوص تلك، فلا مناص والحالة هذه من ايجاد سبيل يمكن من خلاله احلال الرابطة الزوجية من غير قسر لقوله: ﴿امسكوهن بمعروف او سرحوهن بمعروف﴾ النساء 231. وعندما يصل الامر الى هذا المستوى من عدم التفاهم فلا يجوز للزوج ان يمسك زوجته كرها مع غياب الانسجام والمودة والرحمة وبهذا جاء النص: ﴿ولا تمسكوهن ضاررا تعتدوا﴾ الاية السابقة، وان هذا الوضع المأزوم الذي لا انفراج فيه جاءت احكام الطلاق المنظمة لهذا الموضوع: ﴿واذا طلقتم النساء...﴾ ذات الاية.

السنة النبوية النازعة نحو اسرة متماسكة وهادئة يعز عليها التفريط بهذا النسيج الذي اريد له الثبات والديمومة، ولكن استحالة الاستمرار في هذه التشكيلة وترسخ الصد النفسي لطرفي العقد اضفت على الحلال وصفا الذي هو البغض لقوله: (ابغض الحلال عند الله الطلاق).

اختلف الفقهاء المسلمون في الطلاق. فقال البعض انه مباح للزوج يأتيه متى شاء وقال البعض الاخر انه مكروه، واطاف ثالث انه مندوب. وخلصوا الى وصف الطلاق في رأيين، الاول جائز بحسب اصله وهذا راي ضعيف، والثاني هو الصحيح الذي عليه المحققون ان الاصل فيه الحظر وهو التحريم. (محمد شفيق العاني - مصدر سابق - ص 83).

والطلاق اما ان يكون رجعيًا وهو ما جاز للزوج مراجعة زوجته اثناء مدة العدة، وهو استئناف الحياة الزوجية وكأن الطلاق لم يقع، اما اذا انتهت مدة العدة من دون رجعة انحل عقد الزواج ولا يمكن استئناف حياتهما الا بعقد ومهر جديدين لكون الطلاق في الحالة هذه اصبح طلاقًا بائنًا.

وينقسم الطلاق البائن الى نوعين:

الاول - البائن بينونة صغرى - هو الطلاق الذي ينهي الحياة الزوجية بانحلال عقد الزواج ولا تحل له الا بعقد ومهر جديدين.

الثاني - البينونة الكبرى - وهو الذي لا يجوز للزوج الزواج بمطلقة الا بعد زواجها من اخر والطلاق منه.

صيغة الطلاق

والطلاق لا يقع الا بالصيغة المقررة له بموجب احكام الفقه الاسلامي، الصيغة المقررة شرعا هي منتج فقهي (منتج بشري) وحيث انها كذلك فقد اختلفت الصيغة تلك باختلاف المذاهب الاسلامية فالطلاق عند الاحناف يقع باي لفظ يدل عليه والالفاظ الدالة عليه اما

ان تكون صريحة: كلفظ طلقتك او انت حرام عليّ او هي عليّ حرام. او ان يقع الطلاق لديهم مجازا (الكناية) وهو ما يدل على الطلاق بصيغة الكناية اذ ان الفاظ الكناية لديه ثلاثة: اولها ما يصلح جوابا لطلب الطلاق، وثانيهما ما يصلح شتما وجوابا اما الثالث ما يصلح جوابا لطلبها الطلاق، ورفضاً لطلبها الطلاق مثل اخرجي اذهبي. (الامام محمد ابو زهرة - مصدر سابق - ص 296).

في حين ان المذهب الجعفري لا يقبل باية صيغة الا بصيغته الخاصة الموضوعية من قبل مراجعه وهي: (انت «طالق» او فلانة طالق او هي طالق فلو قال طلقت فان اللفظة الاخيرة لم تحز الشروط الشرعية للطلاق لديهم لان كلمة طالق لم تتحقق. (محمد جواد مغنية - الاحوال الشخصية - مصدر سابق - ص 129).

ولم يقتصر الاختلاف بين المذاهب على الصيغة بل انتهت ضمن اختلاف في لفظ الطلاق المتعدد والموقف من النية المصاحبة لصيغة الطلاق او فيما اذا كان الطلاق منجزا او معلقا على امر وطلاق السكران فيما شرب الخمر عمدا من عدمه وسواها الاختلافات الاخرى. وامام هذا المختلف ولتحقيق المساواة امام القانون فيجب ان تكون مرجعية هذا الموضوع الى القانون وذلك من دون التقييد بصيغة معينة ما دام القول يفصح عن ارادة الزوج بأيقاعه من خلال اعتماد الراي الفقهي الاقرب لهذا الطرح - بعد استشراف احكام المذاهب فيه - لكي يودي القانون وظيفته كونه: (مجموعة القواعد الملزمة التي تنظم علاقات الاشخاص في المجتمع تنظيما عادلا يكفل حريات الافراد ويحقق الخير العام)

فيلزم والحالة هذه ان لا تكون صيغة الطلاق محددة او لغة معينة حسبما تذهب اليها المذاهب بل باية صيغة تدل على انصراف ارادة قائلها الى الطلاق سواء كانت من الزوج او من الزوجة اذا فوضت به او من القاضي، وهذا ما ذهب اليه المشرع في كردستان عندما عدل المادة الرابعة والثلاثين من قانون الاحوال الشخصية رقم 15 لسنة 2008، اذ نص بموجب التعديل: (... بصيغة صريحة تدل عليه شرعا وقانونا دون التقييد بصيغة محددة او لغة معينة بأيقاع من الزوج او من الزوجة ان وكلت او فوضت بها من القاضي).

ان اطلاق يد الزوج في ايقاع الطلاق لسبب او من دون سبب يهدد كيان الاسرة ويؤذي الزوجة ويسيء لسلوك الاطفال ويخالف احكام الشريعة بخاصة وان الفقهاء المسلمون مختلفون في موضوعه فلا بد للقانون والحالة من وضع قواعد قانونية تضبط ايقاع الطلاق بحيث لا يمكن ايقاعه الا بعد توافر اسبابه وشروطه ودوافعه.

على ان يتم في محكمة الاحوال الشخصية وبرعاية قاضيها حصرا للحيلولة دون الاستهانة بالحياة الزوجية وازدراءها، بذلك نحد من هذا الانفلات في الطلاق الذي يساهم رجل الدين والمكاتب غير الرسمية المنتشرة على طول البلاد وعرضها. وبهذا ايضا نحد من الطلاق التعسفي الذي يشكل النسبة الاعلى في حالات تصديق الطلاق المنتشرة حاليا اذ لا تخلو اية محكمة للاحوال الشخصية من هذا النوع من الطلاق، ولنا في الرسول الكريم قدوة حسنة حيث كان اول قاض في الاسلام وقع الطلاق تحت حكمه في قضية ليلي بنت عبد الله بن أبي من زوجها ثابت.

مع الاخذ بالاعتبار وجوب بذل المحكمة مايلزم من الجهد لاصلاح ذات البين سعيا لايقاع الصلح ومن خلال التحكيم المعروف شرعا او سواهما من المحكمين المختارين من قبل المحكمة على ان تتكرر حالات الصلح لاكثر من مرة وبحجم عدد اطفالهما، وبالنسبة لهذا الطرح فان دعوى الطلاق لا تعد من الدعاوى الشخصية لتعلق حق الغير بها وهم الاطفال والمجتمع.

يحل النص الاتي محل البينونة الكبرى:

(تحرم الزوجة على زوجها حرمة مؤبدة بعد ايقاع الطلاق الثالث بحقها).

خامسا: التفريق القضائي

المادة الاربعون .

- لكل من الزوجين طلب التفريق عند توافر احد الاسباب الاتية:
- 1- اذا اضر احد الزوجين بالزوج الاخر او باولادهما ضررا يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية، ويعد من قبيل الاضرار، الادمان على تناول المسكرات او المخدرات، على ان يثبت ذلك الادمان بتقرير من لجنة طبية مختصة ويعد من قبيل الاضرار كذلك ممارسة القمار في بيت الزوجية.
 - 2- اذا ارتكب الزوج الاخر الخيانة الزوجية. ويكون من قبيل الخيانة الزوجية ممارسة الزوج فعل اللواط وبأي وجه من الوجوه.
 - 3- اذا كان عقد الزواج قد تم قبل اكمال احد الزوجين الثامنة عشرة دون موافقة القاضي.

4- اذا كان الزواج قد جرى خارج المحكمة عن طريق الاكراه وتم الدخول.

5- اذا تزوج الزوج بزوجة ثانية بدون اذن المحكمة وفي هذه الحالة لا يحق للزوجة تحريك الدعوى الجزائية بموجب الفقرة (1) من البند (أ) من المادة الثالثة من قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم 23 لسنة 1971 بدلالة الفقرة 6 من المادة الثالثة من هذا القانون

ملاحظة - الراي لدينا يجوز للزوجة تحريك الشكوى الجزائية استنادا للمادة المشار اليها في قانون اصول المحاكمات الجزائية في اعلاه، لان هذا يعد اعتداء عليها وعلى حريتها واسرتها والمقتضي ان يحميها القانون من هذا التصرف الضار. وما دام الفعل الذي قام به الزوج يعد جريمة يعاقب عليها قانون الاحوال الشخصية.

المادة الحادية والاربعون -

1- لكل من الزوجين طلب التفريق عند قيام خلاف بينهما سواء كان ذلك قبل الدخول او بعده.

2- على المحكمة اجراء التحقيق في اسباب الخلاف، فاذا ثبت وجوده تعين حكما من اهل الزوجة وحكما من اهل الزوج - ان وجدا - للنظر في اصلاح ذات البين، فان تعذر وجودهما كلفت المحكمة الزوجين بانتخاب حكمين، فان لم يتفقا انتخبتهما المحكمة.

3- على الحكمين ان يجتهدا في الاصلاح، فان تعذر ذلك، رفعوا الامر الى المحكمة موضحين لها الطرف الذي ثبت تقصيره، فان اختلفا ضمت المحكمة لهما حكما ثالثا.

4 - أ - اذا ثبت للمحكمة استمرار الخلاف بين الزوجين وعجزت عن
الاصلاح بينهما وامتنع الزوج عن التطلاق، فرقت المحكمة بينهما.
ب - اذا تم التفريق بعد الدخول، يسقط المهر المؤجل اذا كان التقصير من
قبل الزوجة سواء كانت مدعية ام مدعى عليها، فاذا كانت قد قبضت
جميع المهر، تلزم برد ما لا يزيد على نصفه، اما اذا ثبت ان التقصير
واقع من الطرفين، فيقسم المهر بينهما بنسبة التقصير المنسوب لكل
منهما.

ج - اذا تم التفريق قبل الدخول وثبت التقصير من جانب الزوجة تلزم برد
ما قبضته من مهر معجل.

المادة الثانية والاربعون -

اذا ردت دعوى التفريق لاحد الاسباب المذكورة في المادة الاربعين
من هذا القانون لعدم ثبوته واكتسب قرار الرد درجة البتات، ثم اقيمت
دعوى ثانية بالتفريق للسبب نفسه فعلى المحكمة ان تلجأ الى التحكيم،
وفقا لما ورد في المادة الحادية والاربعين.

المادة الثالثة والاربعون -

- اولا - للزوجة طلب التفريق عند توافر احدج الاسباب الاتية:
- 1 - اذا حكم على زوجها بعقوبة مقيدة للحرية لمدة ثلاث سنوات فاكثر،
ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه.
 - 2 - اذا هجر الزوج زوجته مدة سنتين فاكثر بلا عذر مشروع، وان كان
الزوج معروف الاقامة، وله مال تستطيع الانفاق منه.
 - 3 - اذا لم يطلب الزوج زوجته غير المدخول بها للزفاف خلال سنتين

على تاريخ العقد، ولا يعتد بطلب الزوج زفاف زوجته اذا لم يكن قد اوفى بحقوقها الزوجية.

4 - اذا وجدت زوجها عنيئا او مبتلى بما لا يستطيع معه القيام بالواجبات الزوجية، سواء كان ذلك لاسباب عضوية او نفسية، او اذا اصيب بذلك بعد الدخول بها، وثبت عدم امكان شفائه منها بتقرير صادر عن لجنة طبية رسمية مختصة على انه اذا وجدت المحكمة ان سبب ذلك نفسي، فتؤجل التفريق لمدة سنة واحدة شريطة ان تمكن زوجها من نفسها خلالها.

5 - اذا كان الزوج عقيما، او ابتلى بالعقم بعد الزواج ولم يكن لها ولد منه على قيد الحياة.

6 - اذا وجدت بعد العقد ان زوجها مبتلى بعلة لا يمكن معه معاشرته بلا ضرر، كالجدام والبرص او السل او الزهري او الجنون، او انه قد اصيب بعد ذلك بعلة من هذه العلل او ما يماثلها، على انه اذا وجدت المحكمة بعد الكشف الطبي ان العلة يؤمل زوالها، فتؤجل التفريق حتى زوال تلك العلة، وللزوجة ان تمتنع عن الاجتماع بالزوج طيلة مدة التاجيل، اما اذا وجدت المحكمة ان العلة لا يؤمل زوالها خلال مدة مناسبة وامتنع الزوج عن التطلق واصرت الزوجة على طلبها، فيحكم القاضي بالتفريق.

7 - اذا امتنع الزوج عن الانفاق عليها دون عذر مشروع بعد امهاله مدة اقصاها ستون يوما.

8 - اذا تعذر تحصيل النفقة من الزوج بسبب تغيبه او فقده او اختفائه او الحكم عليه بالحبس لمدة تزيد علة السنة.

9 - اذا امتنع الزوج عن تسديد النفقة المتركمة المحكوم بها بعد امهاله مدة اقصاها ستون يوما من قبل دائرة التنفيذ.

ثانيا -

للزوجة الحق في طلب التفريق قبل الدخول، وفي هذه الحالة على المحكمة ان تقضي بالتفريق، بعد ان ترد الزوجة الى الزوج ما قبضته من مهر وجميع ما تكبده من اموال ونفقات ثابتة صرفها لاغراض الزواج.

ثالثا -

أ - للزوجة العراقية طلب التفريق من زوجها المقيم خارج العراق بسبب تبعيته لدولة اجنبية اذا امضى على اقامته في الخارج مدة لا تقل عن ثلاث سنوات بسبب منعه او امتناعه دخول العراق.

ب - يعد تاييد الجهة الرسمية المختصة باقامة الزواج في الخارج لاغراض هذه الفقرة بديلا عن اجراءات تبليغه بلائحة الدعوى وموعد المرافعة، على ان يتم نشر الحكم الصادر على الزواج في احدي الصحف الحلية.

رابعا -

أ - لزوجة المفقود الثابت بصورة رسمية ان تطلب من المحكمة التفريق عن زوجها بعد مرور اربع سنوات، وعلى المحكمة ان تثبت من استمرار فقدان بالطريقة نفسها التي ثبت بها فقدانه ثم تصدر حكمها بالتفريق.

ب - تعتد زوجة المفقود بعد الحكم بالتفريق اربعة اشهر وعشرة ايام.

المادة الرابعة والاربعون .

يجوز اثبات التفريق بوسائل الاثبات كافة، بما في ذلك الشهادات الواردة على السماع، اذا كانت متوافرة، ويعود تقديرها الى المحكمة، وذلك باستثناء الحالات التي حدد القانون وسائل معينة لاثباتها.

المادة الخامسة والاربعون .

يعد التفريق في الحالات الواردة في المواد (الاربعون، الحادية والاربعون، الثانية والاربعون والثالثة والاربعون)، طلاقاً بائناً بينونة صغرى.

التفريق

ان المواضيع التي تضمنها الفصل الثاني من الباب الرابع موضوع الشرح والواردة مواد تحت عنوان (التفريق القضائي)، تلك المواضيع ان ثبتت حَكَمَت المحكمة بالتفريق وهي:

.1 .

الضرر

1- التفريق للضرر 2- الخيانة الزوجية 3- اذا ابرم عقد الزواج قبل اكمال الثامنة عشرة دون اذن القاضي 4 - اذا كان الزواج خارج المحكمة عن طريق الاكراه وتم الدخول 5- اذا تزوج بزوجة ثانية دون اذن المحكمة.

.2.

الخلافا

الخلافا بين الزوجين سبب من اسباب التفريق، ولكن قبل الدخول في التحقيق في هذا الموضوع يصار الى التحكيم، ومهمة التحكيم اولا اصلاح ذات البين فان تعذر رفعا الامر الى القاضي موضحين موضوع التقصير. فاذا كان الخلافا مستحكما وعجزت مساعي الصلح عنه وامتنع عن التطلاق حكمت المحكمة بالتفريق.

.3.

اسباب مسماة للتفريق

حسبما وردت في نصوص التفريق في القانون

احكام التفريق الواردة في قانون الاحوال الشخصية وردت نصا وعلى سبيل المثال حسبما اورده مواد هذا الفصل وهي:

الزوج والحكم عليه بعقوبة مقيدة للحرية 2 - هجر الزوجة 3 - عدم طلب الزوجة للزفاف 4 - اذا كان الزوج عينا او عقيما او مبتلى بعلة تقيد المعاشرة 5 - الامتناع عن دفع النفقة او تعذر تحصيلها او تسديد المتراكم منها 6 - تبعية الزوج لجنسية اجنبية مع منعه او امتناعه عن دخول العراق 7 - التفريق بسبب فقدان الزوج.

التفريق وأحكام الفقهاء

اختلف الفقهاء المسلمون في موضوع طلب التفريق من قبل الزوجة او الزوج الا بسبب حادث من قبل احدهما ضد الزوج الاخر. فمنهم من اجاز التفريق ومنهم من منعه. اذ ذهب البعض الى حق الزوجة في طلب التفريق لعدم الانفاق سواء كان الزوج موسرا ام معسرا حاضرا ام غائبا وهذا ما ذهبت اليه المالكية وقسم من الحنابلة مستندين الى النص القراني: ﴿فامسك بمعروف او تسريح باحسان﴾. اذ لا يجوز امسك المرأة في دارها مع الامسك عن الانفاق، فيتعين التسريح بأحسان اتباعا للاية المذكورة. (المغني لابن قدامة 7/573). وروي عن سعيد بن المسيب عن رجل لا يجد ما ينفق على امراته ايفرق بينهما؟ قال نعم، سنة رسول الله. (دمصطفى الزلمي - الطلاق - ج2 - مطبعة العاني - 1984 - ص 204).

التفريق للغيبة يذهب الزيدية الى القول: اذ اطالت مدة الغيبة وكانت الزوجة تتضرر بترك النكاح فيجوز والحالة هذه للزوجة الطلب من القاضي فسخ العقد، ولديهم اذا كان التفريق جائز للزوجة لعنة زوجها فيكون الفسخ للغيبة الطويلة من باب اولي. وخلافه يعني الامسك بها للضرر وهذا ما لا تبيحه احكام الشريعة الاسلامية. ومعروف ان هذا الراي الذي تقول به الزيدية مشروط بالسلطة التقديرية للقاضي، والتفريق المقترن هنا بسلطة القاضي التقديرية لا ينزع عن موضوع طلب الزوجة التفريق جوازه الشرعي. (الروضة الندية شرح الدرر البهية 2/56).

وفي الاتجاه نفسه ذهب الشوافع، اذ قال الشافعي: التفريق والفسخ لزوجة المفقود بعد التربص اربع سنوات لما روي عن امرأة مفقود جاءت للخليفة عمر بن الخطاب، فامرها ان تمكث اربع سنين ثم امرها ان تعتد ثم تتزوج، وأستند الشافعي الى هذا الحكم الى القياس في الفسخ لتعذر وطء العنين وتعذر النفقة للاعسار. فيكون من باب اولى طلب التفريق للغيبه، الا ان سعيد بن المسيب كان اكثر حزما عندما قال: اذا فقد في الصف تؤجل زوجته سنة ثم يفرق بينهما وفي غير هذه الظروف اي في حالة تعتقد بوجوده حيا فيؤجل طلب التفريق مدة اربع سنوات ثم يفرق بينهما. (كتاب المذهب الفقه الشافعي - 2/56).

الاحناف - قد يقول زوج لزوجته ان هذا الطفل ليس من فراش الزوجية، او ان يتهمها مباشرة بالخيانة الزوجية، وهذا ما يطلق عليه شرعا (اللعان)، وهذا ما تسري عليه احكام الاية 6 وما بعدها من سورة النور: ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا باربعة شهداء...﴾. فاللعان هذا اذا تحققت اسبابه وشروطه الشرعية. فان الاحناف - عدا زفر - عدوا اللعان الذي يتم بين الزوجين بصورة صحيحة سببا لطلب التفريق المروع الى القاضي. (فتح القدير 4/285). ويروى ان الرسول قام بالتفريق بين المتلاعنين وهو ما مروى عن نافع ابن عمر. (عمدة القاري بشرح صحيح البخاري للعييني - 301/30).

وذهبت المالكية والظاهرية وبعض الحنابلة والجعفرية الى جواز طلب التفريق عندما يتم اللعان بين الزوجين. (د مصطفى الزلمي - مصدر سابق - ص 225).

التفريق للشقاق

المالكية -

الفعل الموجب لطلب التفريق المرفوع امام القاضي، الصادر عن الاخر كالضرب والشم والشجار والاهانة والمفضي الى الشقاق، فيجب اصلاح ذات البين من قبل المحكمين فان تعذر عليهما ذلك حكما بالتفريق وينفذ حكمهما من القاضي.

الحنفية -

الحكمين عند ابو حنيفة واصحابه وكيلان احدهما عن الزوجة والاخر عن الزوج ومهمتهم هنا حسب الاحناف الاصلاح وليس الفرقة التي يترك موضوعها للقاضي.

الجعفرية -

ليس للحكمين سلطة التفريق. ان الحكمين وكيلان حسب، وتنحصر وظيفتهما في هذا الموضوع بالاصلاح، فأن تعذر الاصلاح رفعا توصية الى القاضي بهذا الخصوص، ما لم يكونا مخولين من الزوجين بالتفريق، (شرائع الاسلام 2/42).

احكام التفريق هذه تعد منجزا تشريعا منسجما مع الحقوق والحريات التي نص عليها الدستور، لكونها تغطي مساحة واسعة من الاسباب والشروط النازعة لحل العلاقة الزوجية وهي نصوص واجبة الاتباع بموجب احكام المادة الاولى من القانون، وان ما تذهب اليه بعض التطبيقات القضائية حاليا المنصرفة نحو تقليص احكام التفريق في

هذا القانون بزعم ان التفريق لا وجود له شرعا في هذا المذهب وكأثر من اثار هذا التوجه السلبي هو تنازل الزوجة على كل حقوقها المكتسبة بموجب عقد الزواج بما في ذلك حضانة الاطفال من اجل شراء حريتها وتجنب المزيد من الضرر والاذى، فضلا عن انه اتجه مخالف لنص القانون، والمطلوب والحالة هذه تفعيل احكام التفريق وحسبما نص عليها القانون وتغليب النص القانون على الرأي الفقهي.

سادسا: الخلع

التفريق الاختياري

المادة السادسة والاربعون .

- 1- الخلع ازالة قيد الزواج بلفظ الخلع او ما في معناه وينعقد بايجاب وقبول امام القاضي مع مراعاة احكام المادة التاسعة والثلاثين من هذا القانون.
 - 2- يشترط لصحة الخلع ان يكون الزوج اهلا لايقاع الطلاق وان تكون الزوجة محلا له، ويقع بالخلع طلاق بائن.
 - 3- للزوج ان يخلع زوجته على عوض اكثر او اقل من مهرها.
- هذا كل ما تضمنه قانون الاحوال الشخصية المتعلق بالخلع الذي اضفى عليه تسمية (التفريق القضائي)، والمشرع العراقي هنا عندما شرع هذا الموضوع فانه في واقع الحال لم يخرج عن عباءة الفقه التقليدي المستند الى الرؤية الذكورية، ولغرض اعطاء هذا الموضوع حقه نيين الاتي:

كلمة لا بد منها في الخلع

قبل ان ندخل في موضوع الخلع لا بد من تثبيت معلومة يتضمنها الفقه التقليدي ورجال دين عن الخلع، اذ انهم يرون هو ازالة قيد الزواج بايجاب وقبول من قبل الزوجين، أي ان الخلع لا يقع الا بتوافق الارادتين، فأذا ما طلبت الزوجة المخالعة فان هذا الطلب لا ينفذ الا بموافقة الزوج، وهو ما اخذ به القانون العراقي وهذا يعد مأخذاً وعيباً تشريعياً في قانون الاحوال الشخصية. لكونه مخالفة لاحكام الشرعية في النصوص القرآنية والسنة النبوية التي تذهب خلاف ذلك، اذ ان الخلع حق للزوجة ويكن ايقاعه بمفردها ومن دون موافقة الزوج متى ما تحققت اسبابه وشروطه الشرعية. وفي موضوعنا هذا نحاول الوقوف على ماتقرره احكام الشريعة.

الخلع لغة - الخلع: خلع - خلعاً الشيء نزعاً، وخالعه عليه ثوباً ألبسه اياه منحة، وخلع خلعاً امرأته ازالها عن نفسه على بذل منها فهي خالعة. تخالع: الزوج والزوجة خلع احدهما الاخر. انتزع: ازال من مكانه (المنجد في اللغة والاعلام - بيروت - طبعة 38 - 2000 - ص 192). الخلع: النزاع والقلع. الخلع كالقلع: - النزاع. وبالضم: - طلاق المرأة ببذل منها او من غيرها (القاموس المحيط - ص 642).

الخلع اصطلاحاً: هو انحلال الرابطة الزوجية بالافتداء، او انه ابانة على مال تفتدي به الزوجة نفسها من الزوج. او هو قطع العلاقة الزوجية وفصلها بفدية تقدمها الزوجة للزوج، ويشترط في الخلع ان تكون الزوجة تحمل الكره او البغض او النفرة من الزوج وان لا يكون لدى الزوج من ذلك أي شيء ويكون راغباً في بقاء العلاقة الزوجية. ويتم الافصاح عن

ذلك من قبل الزوجة بعدم اطاعة امر له، او لا تؤدي أي واجب تفرضه الاعترافات الزوجية، وتحدث كتب الفقه الى القول بان الزوجة تخاطب زوجها قائلة: (اني لا ابر لك وعدا، ولا اطيع لك امرا، ولا اغتسل من جنابة) وسواها من التعابير الاخرى، ولا يشترط ان تتلفظ الزوجة بتلك الالفاظ بل ان السلوك العام لها والذي يشعر الزوج من خلاله ان زوجته كارهة له فعلا، ولا تطبيقه يكفي لدى البعض لتوفر شرط الخلع.

يلاحظ في الخلع ان احكامه تتداخل مع احكام النشوز والقوامة حسبما تذهب بعض الدراسات الفقهية الحديثة، لذا رأينا ان نوردها كما هي مع بعض التعليقات ان كانت لها مقتضى، وهذه الطروحات تعد منحى حسنا للتوسع في احكام التفسير وزحزحة ما استقر عليه الفقه التقليدي، وجهد محمود لصالح واضعيه.

الخلع حق للزوجة حسب النص القراني

﴿الطلاق مرتان فأمسك بمعروف او تسريح باحسان ولا يحل لكم ان تأخذوا مما اتيتموهن شيئا الا ان يخافا الا يقيما حدود الله فان خفتم الا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فاولئك هم الظالمون﴾. الآية 229 من سورة البقرة.

الادلة الشرعية لاثبات الخلع

يذهب الفقهاء وبالاجماع الى ان الاية 229 من سورة البقرة هي الدليل الشرعي الاول لاثبات الخلع والتي تبدأ: ﴿الطلاق مرتان...﴾ وتنتهي ب: ﴿فيما افتدت به..﴾. وبهذا الصدد يقول الطبري في تفسيره: (واما

الآية التي في سورة البقرة فانها انما دلت على اباحة الله تعالى ذكره له اخذ الفدية منها في حال الخوف عليهما ان لا يقيما حدود الله بنشوز المرأة، وطلبها فراق الرجل، ورغبته فيها فالامر الذي اذن به للزوج في اخذ الفدية من المرأة في سورة البقرة.... ﴿ فلا جناح عليهما فيما افتدت به ﴾ قد علمت من ائمة الدين ان معنى ذلك: افتدت به من ملكها... وقد بينا الادلة بالشواهد على صحة قول من قال: للزوج ان ياخذ منها كل ما اعطته المفتدية التي اباح لها الله الافتداء. (الطبري - جامع البيان في تأويل آي القرآن - المجلد الثاني - دار الحديث - القاهرة - 2010 ص 552).

الخلع في السنة النبوية

الحادثة التي تتناولتها معظم الكتب الفقهية المعروفة لدى الغالب من المسلمين والتي تعد سببا في نزول الآية 229 من سورة البقرة والمعروفة برواية جميلة بنت عبد الله بن أبي - المذكورة في السطور السابقة - عند التطرق لموضوع النشوز والتي تروى بالشكل الاتي: (ان جميلة بنت عبد الله بن ابي كانت تحت ثابت بن قيس بن شماس، وكانت تبغضه وهو يحبها فاتت الى رسول الله فقالت يا رسول الله لا انا ولا ثابت، لا يجمع رأسي ورأسه شيء، والله ما اعيب عليه في دين ولا خلق، ولكن اكره الكفر في الاسلام، ما اطيعه بغضا، اني رفعت جانب الخباء فرأيته اقبل في عدة اشدهم سوادا، واقصرهم قامة، واقبحهم وجها، فنزلت، وكان قد اصدقها حديقة فاختلعت منه بها وهو اول خلع يقضى به في الاسلام). وفي رواية اخرى ان الرسول الكريم قال لها ردي عليه حديقته، والحديقة هي مهرها من زوجها ثابت.

وهذا اول حكم للرسول الكريم باعتباره قاضيا بت في موضوع الخلع .
ورد في تفسير الطبري: (واما الاية التي في سورة البقرة، فانها دلت
على اباحة الله تعالى ذكره على مال تفتدي به الزوجة نفسها وتقدمه
للزوج. ويقول له اخذ الفدية منها في حال الخوف عليهما ان لا يقيما
حدود الله بنشوز المرأة وطلبها فراق الرجل، ورغبته فيها)، (الطبري -
المصدر السابق - ص 274).

سئل ابن تيمية ما هو الخلع؟ فأجاب: (الخلع الذي جاء في الكتاب
والسنة ان تكون المرأة كارهة للزوج تريد فراقه فتعطيه الصداق او بعضه
فداء نفسها، كما يفتدى الاسير.... واذا كانت مبغضة له مختاره لفراقه
فانها تفتدي نفسها منه، فترد اليه ما اخذته من صداق، وتبريه مما في ذمته،
كما في الكتاب والسنة واتفق عليه الائمة والله اعلم). وابن تيمية يرجح
قول ابن عباس بان الفداء ليس بطلاق، ولكن الناس غلطوا في اسمه.
(ابن تيمية - فتاوى النساء - دار المنار القاهرة - ص 239).

الخلع في المذاهب الاسلامية

يذهب قسم كبير من الفقهاء الى ان الخلع ينعقد بايجاب من قبل
الزوجة وقبول من قبل الزوج، أي لا بد من موافقة الزوج على قبول
الخلع او الايجاب فيه، وفي هذا الصدد ذهب قسم من الفقهاء على
الايجاب والقبول:

الحنفية - هو يمين من قبل الزوج ومعاوضة من قبل الزوجة، ومن
حيث الوصف الشرعي فهو طلاق بائن كما يقول السرخسي.

المالكية - يقع الطلاق لديهم بموافقة الايجاب للقبول، والخلع لديهم طلاق بائن كما الحنفية.

الشافعية - لغرض وقوع الخلع يجب مطابقة الايجاب للقبول، وانقسموا في توصيفه الشرعي الى قسمين الاول يقول بانه طلاق والثاني يقول فانه فسخ لانه يدخل ضمن احكام المعاوضة على المعاوضة.

الحنابلة - يشترط لوقوع الخلع موافقة الايجاب للقبول، وانقسموا الى فريقين الاول يقول بانه طلاق بائن والثاني يقول بانه فسخ لعقد الزواج.

الجعفرية - الخلع لديهم ازالة قيد النكاح بفدية من الزوجة مع انفرادها بكراتها للزوج وان كانت الكراهة منه فهي (مبارأة)، وهو لديهم عقد لا يتم الا بمطابقة الايجاب للقبول، كما انه طلاق بائن لا رجعة فيه حسبما ورد مستدرك الوسائل للطوسي و (الروضة البهية) للعاملي.

الخلع والشيخ محمد ابو زهرة

ينعقد الخلع لديه بايجاب وقبول، فمن جانب الزوج طلاق معلق على قبول المال، ومن جانب الزوجة فهو معاوضة شبه التبرعات. وعلى وفق ذلك فاذا كان الايجاب صادر من الزوج وقال لها خالعتك على مائة، فسكتت ولم تقم من مجلسها واستمرت مترددة بين القبول والرد فليس له في هذه الفترة الرجوع عن ايجابه واذا قام من المجلس لا يبطل الايجاب. اما اذا كان الايجاب صادر من الزوجة كان تقول له لك مائة ان طلقتنني، فلها ان ترجع عن ايجابها قبل قبول زوجها، واذا قامت من مجلسها او قام هو بطل الايجاب ذلك لان عقود التمليكات لا يتم الالتزام فيها الا

بقبول الطرف الاخر وتفريق المجلس فيها يبطل الايجاب، لانه دليل عن الاعراض والرجوع عن القبول.

ويزيد ابو زهرة على ان للزوج دور حاسم في موضوع الخلع بقوله ان للزوج ان يعلق ايجابه على شرط. كان يقول لزوجه خالعتك على مائة بشرط ان يوافق ابوك على الخلع، لان التعليق لديه جائز في هذا الموضوع، ويحصر شرط التعليق بالزوج فقط دون الزوجة.

ويجوز للزوج ان يشترط الخيار لنفسه في الخلع. أي حق الفسخ انما يدخل في العقود لا في الاسقاطات، ويثبت لها خيار الشرط اذا كان لثلاثة ايام، أي ان لها حق الفسخ في هذه المدة عند ابي حنيفة. فاذا قال لها خالعتك على مائة فقالت قبلت على ان بالخيار ثلاثة ايام، لان الخلع حقيقة معناه تعليق الخلع على قبول المال، وحيث ان العقد بالنسبة لها معاوضة في معنى التبرع اشترط في الخلع بالنسبة لها ان تكون مع صلاحياتها لايقاع الطلاق عليها، أي ان تكون اهلا للتبرع، لذا يجب ان تكون بالغة عاقلة رشيدة.

موقف الشيخ يوسف صانعي من الخلع

اذا كان العقد من العقود اللازمة فان لزومه يشمل طرفي العقد وهو الاعتبار العقلائي للعقود الملزمة، كما انه اذا كان جائزا فان الجواز يطالهما معا. اما الاختلاف في لزوم العقد وجوازه اذا اقتصر على طرف دون الاخر فهو مخالف للارتكاز العقلائي. اذ لا مسوغ شرعي لاعطاء احد الطرفين قرار فسخ العقد مختارا ويحرم الطرف الاخر منه، اذ ان ذلك يعد تمييزا يهدر حقوق الافراد ويناقض المساواة امام القانون.

وفي موضوع الخلع لا يعقل ان يكون للزوج ان يفسخ او يلغي او يبطل عقد النكاح متى شاء فيما تحرم الزوجة التي هي الطرف الاخر في العقد من هذا الحق، وبناء عليه يقول العقلاء: حيث لا مجال لان تطلق الزوجة نفسها، وامام هذا الانغلاق، لا بد من ايجاد سبيل يمكن المرأة من الزام الزوج بالغاء العقد ولو لم يرغب الرجل في ذلك حتى تتم بذلك مراعاة البناء العقلاني في العقود، وهذا السبيل قائما، اذ لم يرد أي دليل لردعه عنه لا عموما ولا خصوصا.

ان هذا الارتكاز العقلاني في العقود م

يمضي بقوة النص الشرعي. لان القول بان للزوج ان يطلق زوجته متى اراد مع دفعه المهر لها، انما يقبل عقلا نيا ايضا وعلى وفق احكام العدل عندما تطالب الزوجة به وتدفع المهر او تهبه او تتنازل عنه فيكون الزوج ملزما بطلاق الزوجة وهذه الملازمة توافق الاصول والضوابط الاسلامية وكذلك عدالة الاحكام التشريعية التي تدل عليها نصوص الكتاب: ﴿وتمت كلمة ربك صدقا وعدلا...﴾ الانعام 115، اذ يذهب العقلاء الى ان من يخالف هذه الملازمة مخالف للعدل ويكون ظالما.

وبعبارة اخرى: يعد العقل من القبيح ان يكون هناك غير اختياري - وهو الرجولة او الانوثة - سببا لاعطاء تمام الصلاحيات لاحد طرفي العقد، ويكون هذا الامر غير الاختياري نفسه موجبا لفقد احد الطرفين المستعد لمراعاة تمام الحقوق...صلاحياته. لان الرجولة والانوثة ليست في يد الانسان لقوله تعالى: ﴿يهب لمن يشاء اناثا ويهب لمن يشاء الذكور﴾ الشورى 49. (الشيخ يوسف صانعي - مقاربات في التجديد

الفقهي - ترجمة حيدر حب الله - دار الانتشار العربي - بيروت - 2010 - ص 120 وما بعدها).

ويخلص الرجل الى انه وانطلاقاً من مبدأ التشريع الخلع في القرآن وعدم وجود دليل معتبر في الكتاب والسنة على المنع، مع وجود الارتكازات العقلانية في باب العقود، فان الزوجة اذا كرهت الحياة الزوجية مع زوجها وقدمت له المهر او المال الذي يترضى عليه الطرفان وامتنع الزوج حل الخلع بحكم قضائي بناء على ارادة الزوجة.

ابن رشد والخلع

اخترنا الفيلسوف ابن رشد لهذا الموضوع لموسوعيته واحاطته التامة بالاحكام الشرعية فضلاً على ترجيحه العقل على النقل في معالجة تلك الاحكام، اضافة الى الاطمئنان الى استنتاجاته لما تمتع به من كفاءة منهجية في تناول المواضيع وتقويمها، اضافة الى ذلك فان مصنفه (بداية المجتهد ونهاية المقتصد) يعد من المراجع المهمة للاحكام الشرعية ولا مندوحة من الرجوع اليه سواء تعلق الامر بالعبادات او المعاملات.

يقول ان الخلع والفدية والمبارأة تؤول الى معنى واحد هو بذل المرأة العوض، والامر ينحصر في اصول هذا النوع في اربعة فصول.

الاول في جواز وقوعه، والاصل في ذلك الكتاب والسنة، اما الكتاب فقوله تعالى ﴿ فلا جناح عليهما فيما افتدت به ﴾ البقرة 229. واما السنة النبوية فحديث ابن عباس عن امرأة ثابت بن قيس.

الثاني - في شروط وقوعه، وفيه اربع مسائل اولها الذي يجوز به الخلع

هو الفدية محل الرضا، والثانية صفة العوض، فمن وصفه بالبيوع اشترط فيه شروط البيوع، ومن وصفه بالهبة لم يشترط ذلك. والثالثة - صفة من يجوز له طلب الخلع - وهي ان الرشيدة تخالع نفسها، اما الرابعة - فهي الحال التي تجوز بها الخلع وهنا ينفرد ابن رشد عن كل ما قاله الفقهاء وفي مختلف مذاهبهم اذ قال: (والفقه ان الفداء انما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق، فانه لما جعل الطلاق بيد الرجل اذا فرك (ابغض) المرأة، جعل الخلع بيد المرأة اذا فركت الرجل) (ابن رشد- بداية المجتهد ونهاية المقتصد - الجزء الثالث - دار ابن حزم - بيروت - 1995 - ص 1057).

وهذا الترخيح الفقهي ينسجم تماما مع احكام الاية 229 من سورة البقرة وتطبيقا للسنة النبوية في حديث ابن عباس عن امرأة ثابت ابن قيس. فضلا عن ان هذا الرأي كان مصدرا للكثير من التشريعات التي تناولت الخلع كالقانون المصري على سبيل المثال وتعديل قانون الاحوال الشخصية لاقليم كردستان العراق.

الخلع في القانون المصري

اجتهد المصريون كثيرا. وبحثوا في بطون الكتب الفقهية كثيرا كالبخاري والنسائي وابن عباس وسند الامام ابو حنيفة والاستعانة بالازهر، واستنفذوا المزيد من الوقت يناهز الثلاثة عقود وبمساهمة الازهر الشريف. حتى كانت خلاصة ذلك الجهد المتواصل الفقرة الاتية: (جعل الله الخلع للمرأة وسيلة لتخليص نفسها من رجل لا تحبه ولا ترضيه زوجها بعد ان كشفت عيب في خلقه وذلك حين يأبى ان

يطلقها خوفا من ان يتحمل تبعات الطلاق وفوات ما دفعه لها من مال فمن العدل اذا أبت العيش في كنفه ان ترد عليه ما أخذته منه وهو المهر، فلا ضرر ولا ضرار. (المستشار الدكتور سعيد الجدار - شرح قانون الاحوال الشخصية - القانون رقم (1) لسنة 2000 - مطبعة الاشعاع الفينيس - الاسكندرية - 2010 - ص 123).

وفي ضوء هذا الفهم فقد وضع المشرع المصري القانون رقم (1) لسنة 2000 المسمى قانون الخلع وعلى وجه الخصوص منه المادة 20 لديهم الخاصة بالخلع. والتي كان لها اثار كبيرة على التشريع المتعلق بالاحوال الشخصية لا في مصر وحدها بل في محيطها العربي والا سلامي، ولقى استجابة كبيرة من فئات من المجتمع المصري والنسوية على وجه الخصوص، وكان للنشاط النسوي هناك ترحيبا ملحوظا باعتباره واحدا من الانجازات المحسوبة لصالح المرأة المصرية.

المادة 20 من القانون المصري

(للزوجين ان يتراضيا فيما بينهما على الخلع، فأن لم يتراضيا عليه واقامت الزوجة دعواها بطلبه وافتدت نفسها وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية والشرعية وردت عليه الصداق الذي اعطاه لها، حكمت المحكمة بتطبيقها عليه).

الخلع في الاحوال الشخصية في اقليم كردستان

ان اقليم كردستان يطبق القوانين الاتحادية ومنها قانون الاحوال الشخصية، الا ان الدستور اعطى صلاحية للاقاليم باجراء التعديلات

القانونية بما يتلائم و اوضاع الاقليم، لذا فقد شرع الاقليم باجراء تعديلات مهمة على بعض القوانين ومن ضمن تلك القوانين المشمولة بالتعديل قانون الاحوال الشخصية، والذي يهمننا فيه هو التعديل الجاري على الفصل الثالث من القانون المتعلق بالخلع والذي كان لنا شرف المساهمة في هذا الفصل بالذات اذ عدلت المادة 46 من القانون واصبحت صياغتها بالشكل الاتي: (1 - الخلع ازالة قيد الزواج بلفظ الخلع او ما في معناه مقابل عوض لا يزيد عما قبضته من المهر المسمى ولا يشترط رضی الزوج في الخلع اذا تبين للقاضي عن طريق التحكيم ان الزوجة لا تطيق العيش معه). وقد كان لنا شرف المساهمة في تعديل احكام الخلع هذا من خلال دراسة قدمت في حينها بناء على طلب لجنة المشروع.

مواقف حول الخلع

1 - ان طلب الخلع وبارادة الزوجة المنفردة ينسجم وحكم الاية: (ومن آياته ان خلق لكم من انفسكم ازواجا لتسكنوا اليها وجعل بينكم مودة ورحمة) الروم 21. عليه فالزواج الذي لا سكينة فيه ولا مودة تديمه ولا رحمة تقويه هو زواج معيب لا تصح ديموته ولا يمكن ان يكون سببا لمجتمع قويم كونه مبني على خلية معيبة.

ويقال ان السيدة عائشة اعتقت امرأة تدعى بريرة واصبحت حرة وكانت متزوجة من عبد اسمه مغيث، وعرض امرها على الرسول الكريم، فخيرها الرسول بين فسخ زواجها او الابقاء عليه، فاختارت الفسخ. وكان مغيث يمشي وراءها في المدينة متوسلا اليها وقد رق قلب الرسول له وقال لعنه العباس الا تعجب من حب مغيث

بريرة ومن بغض بريرة مغيثا؟ ثم قال راجعیه فهو ابو ولدك. فقالت
اتأمرني، فقال الرسول لا انما انا شافع.. (شيماء الصراف - احكام
المرأة بين الاجتهاد والتقليد - دار الانتشار العربي - بيروت - 2008 -
ص 150، وها يعني ان الزوج في هذا الموضوع ليس بصاحب قرار
يامرها، لانه لا يستطيع اجبارها عما تكره.

2- يذهب قسم من الفقهاء وبخاصة قسم من الشوافع على اعتبار
الخلع فسحا لانه يدخل على المعاوضة، وهو بهذا الوصف ليس
طلاقا لديهم، أي لا تحكمه احكام الطلاق التي وضعت الحق بيد
الزوج وحده، وبهذا الوصف الشافعي فالخلع لا يعد طلاقا من حيث
البينونة. اذ ان احكام الفسخ لديهم تعطي الحق لاي متضرر بالذهاب
الى انحلال العقد مع التعويض ان كان له مقتضى.

3- في حديث منسوب للرسول ان للمختلعة حيضة واحدة، فالخلع
ليس بطلاق لان للاخير ثلاثة قروء وليس حيضة واحدة (الدكتور
مصطفى الزلمي - مصدر سابق - ج 2 - ص 173).

4- الخلع ليس بطلاق، فقد روي عن ابن عباس ان رجلا اختلع زوجته
بعد تطليقتين هل يحل له زواجها بعقد جديد دون ان تتزوج زوجها
غيره؟، فقال (نعم ينكحها فان الخلع ليس بطلاق). (الزلمي - ذات
المصدر والصفحة)..

5- الطلاق لا ينهي عقد الزواج اذا كان رجعيا، في حين ان الفسخ ينهي
العلاقة الزوجية فورا.

6- عندما يوقع الزوج الطلاق على زوجته فانه ينهي العلاقة الزوجية
من تاريخ مجلس الطلاق الذي تم فيه ان لم يكن رجعيا، أي لا ينهي

عقد الزواج بأثر رجعي، خلافا للفسخ فانه يقرر الحقوق المترتبة على الفرقة كالمهر.

7- اذا قيل بان الخلع طلاق - بمفهومه الشرعي - أي انه حق من حقوق الزوج، فان امتناع الزوج عن قبول الخلع يعني تعطيل الاحكام الشرعية الواردة في الآية 299 وعلى وجه الخصوص ﴿... فان خفتم الا يقيما حدود الله...﴾، يعني دفع الزوجة للمعصية وهذا امر منهى عنه في الاية المذكورة.

8- قسم كبير من الفقهاء لا يعلق الطلاق على شرط بل انه عمل منجز لديهم، في حين ان الخلع يجوز ان يكون معلقا على شرط وحسبما هو مبسوط في اعلاه.

9- اذا كان الخلع طلاقا - حسبما يذهب البعض - لدخل في احكام الطلاق ولا حاجة لنصوص مكررة لواقعة الطلاق، وهذا الرأي يخالف صريح احكام الايات القرآنية والجانب التطبيقي لها من قبل الرسول.

10- ان قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل، اخذ بموافقة الزوج على ايقاع الخلع، أي لا خلع في حالة عدم قبول الزوج به وهذا المبدأ من المشرع يخالف الاحكام الشرعية المبحوثة في اعلاه وتطبيقات الرسول، ولم يتلقف المشرع الاتحادي المخالفة الشرعية تلك الى يومنا هذا خلافا للمشرع في اقليم كردستان الذي كان سابقا في الوعي واستلهاهم الاحكام الشرعية وافر الخلع من دون موافقة الزوج.

لما تقدم ولرأي لدينا بعد هذا الاستعراض واتجاه المشرع في مصر وكذلك اتجاه المشرع في كردستان نرى لزوم ان يكون النص القانوني

للخلع بالصيغة الآتية لكي يكون منسجما مع احكام القران الكريم
والشرعة الدولية لحقوق الانسان:

(انحلال عقد الزواج بلفظ الخلع او ما في معناه مقابل عوض لا يزيد
عما قبضته من المهر المسمى ولا يشترط رضا الزوج في الخلع اذا تبين
للقاضي عن طريق التحكيم ان الزوجة لا تطيق العيش معه).

سابعاً: العدة

المادة السابعة والاربعون .

تجب العدة على الزوجة في الحالتين الآتيتين:

- 1 - اذا وقعت الفرقة بينها وبين زوجها بعد الدخول، سواء كانت عن طلاق رجعي او بائن بينونة صغرى او كبرى او تفريق او متاركة او فسخ او خيار البلوغ.
- 2 - اذا توفى عنها زوجها ولو قبل الدخول بها.

المادة الثامنة والاربعون .

- 1 - عدة الطلاق والفسخ للمدخول بها ثلاثة قروء.
- 2 - اذا بلغت المرأة ولم تحض اصلا فعدة الطلاق او التفريق في حقها ثلاثة اشهر كاملة.
- 3 - عدة المتوفى عنها زوجها اربعة اشهر وعشرة ايام للحائل، اما الحامل فتعتد بابعد الاجلين من وضع الحمل والمدة المذكورة.
- 4 - اذا مات زوج المطلقة وهي في العدة فتعتد عدة الوفاة ولا تحسب المدة الماضية.

المادة التاسعة والاربعون .

تبتدي العدة فوراً بعد الطلاق او التفريق او الموت ولو لم تعلم المرأة بالطلاق او الموت .

المادة الخمسون .

تجب نفقة العدة للمطلقة على زوجها الحي ولو كانت ناشزا ولا نفقة لعدة الوفاة .

العدة لغة واصطلاحاً

العدة لغة - احصاء الشيء، عدّة: عدّه عدّاً وتعداد والاسم العدد والعديد، والعدد مقدار ما يعد، من النقود او الاعيان او الايام لقوله: ﴿... فعدة من ايام اخر﴾ البقرة 184.

العدة اصطلاحاً - شرعاً هي التربص الذي يلزم المرأة بزوال النكاح او شبهته، وهي المدة الموضوعة شرعاً للتعرف على براءة الرحم وهي على ثلاثة انواع - اذا لم تكن

1 - الحيض - وهو الذي يجب بالطلاق والفرقة في النكاح الفاسد والوطئ بشبهة النكاح .

2 - الشهر - فهو على ضربين:

أ - وهو ما يجب بدلاً من الحيض في الصغيرة والآيسة .

ب - هو الذي يلزم المتوفى عنها زوجها اذا لم تكن حاملاً ويستوي فيه المدخول بها اذا كان النكاح صحيحاً، اما الفاسد فعدتها فيها الحيض في الفرقة والموت .

3- وضع الحمل - فيقضي به كل عدة عندها. وهذا ما قال به الفقه الحنفي، اما عند الامامية فان التي لم تحض ومثلها لا تحيض والآيسة المحيض ومثلها لا تحيض لا عدة عليهما من طلاق وان كان مدخولا بها وخالف جميع الفقهاء في ذلك وقالوا يجب عليها العدة بالشهور وبه قال قوم من اصحاب الامامية (محمد شفيق العاني - مصدر سابق - ص 113).

غير المدخول بها والأياس والحامل فقد اخرج من الحيض لصريح النصوص القرآنية (سورة الطلاق 4).

في نص القانون

- 1- ثلاثة قروء عدة الطلاق وفسخ عقد الزواج اتباعا للنص القرآني: ﴿والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء...﴾. البقرة 228. والقروء هي الحيض او الاطهار.
- 2- ثلاثة اشهر عدة الطلاق او التفريق للتي لم تحض.
- 3- اربعة اشهر وعشرة ايام عدة المتوفى عنها زوجها.
- 4- ابعء الاجلين للحامل.

ولا عدة لغير المدخول بها لصريح الاية: ﴿وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها﴾ الاحزاب 19.

الاجماع منعقد على ان العلة الشرعية للعدة هي منع اختلاط الانساب خشية ان تكون الزوجة حاملا او التعرف على براءة الرحم. والسؤال هنا: اذا ما تمكنت اللجان الطبية المتخصصة الرسمية ان تجزم بوجود الحمل من عدمه فهل يصار التفكير في موضوع مدد العدة، واذا كان الجواب

بالايجاب، فهل للعدة وظيفة اخرى غير ثبوت النسب وهي بقاء عقد الزواج قائما طمعا في استئناف الحياة الزوجية؟ ام انها تشمل الاثنين معا؟

لهذا الموضوع عودة بعد الاخذ بالاعتبار موضوع التقدم العلمي الذي الغى - على سبيل المثال - القيافة وسواها من الاسباب الاخرى في ثبوت النسب واستعاض عنها بـ D N A وان فوق كل ذي علم عليم.

ثامنا: الولادة ونتائجها

الفصل الاول: النسب

المادة الحادية والخمسون .

ينسب ولد كل زوجة الى زوجها بالشرطين الاتيين:

- 1 - ان يمضي على عقد الزواج اقل من مدة الحمل .
- 2 - ان يكون التلاقي بين الزوجين ممكنا .

المادة الثانية والخمسون .

- 1 - الاقرار بالبنة - ولو في مرض الموت - لمجهول النسب يثبت به نسب المقر له اذا كان يولد مثله لمثله .
- 2 - اذا كان المقر امراة متزوجة او معتدة فلا يثبت نسب الولد من زوجها الا بتصديقه او بالبينة .

المادة الثالثة والخمسون .

اقرار مجهول النسب بالابوة او الامومة يثبت له النسب اذا صدق المقر له وكان يولد مثله لمثله .

المادة الرابعة والخمسون .

الاقرار بالنسب في غير البنوة والابوة والامومة لا يسري على غير المقر الا بتصديقه.

النسب في الاحكام الفقهية

قبل تشريع قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 كانت احكام النسب تتبع مبادئ الشريعة الاسلامية وحسب مذاهبها المتعددة والمختلفة احكامها وتلخص تلك المذاهب النسب بكونه الرابطة التي تربط الفرد بوالديه، وان الاطفال هم ثمرة الحياة الزوجية المستوفية شروطها الشرعية واحكام الشريعة تلك توجب ان يكون الولد للفراش والمعنى الاصطلاحي للفراش هو ان ينسب الولد الى ابيه الذي اتصل بامه اتصالا شرعيا عن طريق الزواج الصحيح، اذ المهمة الشرعية الاولى للنسب على وفق الشريعة الاسلامية هو ثبوت نسب الولد لابيّه بغية عدم اختلاط الانساب ولا يجوز التنازل عن ذلك النسب لانه يخالف احكام النظام العام التي لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها.

وعند الفقهاء المسلمين يثبت النسب بالاقرار، ولديهم في الاقرار شروط واسباب لا بد من تحققها لكي يصار الى الثبوت. وفضلا عما تقدم فان هناك وسيلة اخرى لثبوت النسب في حالة عدم حصول الاقرار وهي الثبوت بالبينة الشخصية اي شهادة الشهود وللشهادة شروطها واسبابها ونصابها، يضاف الى ذلك فان هناك وسيلة ثالثة لاثبات النسب وهي القيافة وذلك عند غياب الاقرار والبينة، والقائف هو الشخص الذي يعتقد ان له الفراسة والدراية لمعرفة ان هذا الطفل من هذا الرجل او من

عدمه. فضلا عما تقدم فان هناك احكاما اخرى تتعلق بالنسب كحرمة التبني والاقرار بالنسب لمجهولي النسب وسواهما من الاحكام الاخرى.

مدة الحمل الاقل فقها

قبل الدخول في تفاصيل موضوع النسب لا بد من المرور بمدة الحمل والمختلف في اراء الفقهاء في هذا الموضوع، ولكن رغم الاختلاف في مدته الا انهم متفقون على ان اقل مد حمل هي ستة اشهر لصريح الاية: ﴿وحمله وفصاله ثلاثون شهرا، ويقصد بالفصال مدة الرضاعة، وأذا وضعنا في الاعتبار الاية 14 من سورة لقمان: ﴿وفصاله في عامين﴾، وبطرح العامين من الثلاثين شهرا تبقى مدة الستة اشهر وهي مدة الحمل الموضوع المتفق عليه

الولادة قبل الستة اشهر - اذا وضعت زوجته ولدا مكتمل الصورة حيا قبل مضي الستة اشهر فهل يلحق الولد بالزوج في هذه الحالة؟ الاصل ان لا يلحق بالزوج. الا ان الشيخ الطوسي شيخ الطائفة الامامية قال ان الامر بيد الزوج فان اراد نفيه يكون له ذلك، وان اقر به يكون ولدا شرعيا للزوج له ما للاولاد الشرعيين وعليه ما عليهم.

فأذا اختلف الزوجان في زمن المقاربة وقالت لزوجها: (قاربتي منذ اكثر من ستة اشهر او اكثر) فالولد لك، وقال الزوج قاربتك لاقل من ستة اشهر، فالولد لغيري. وعندما سأل ابو حنيفة الرأي في هذا الموضوع، افتى بالقول: (تصدق هي، ويعمل بقولها بلا يمين). (الدرر شرح الغرر - الجزء / 1 - ص 307).

وقالت الامامية في هذا الموضوع - اذا كانت الوقائع والقرائن تدعم قولها عمل بقولها، وان فقدت الادلة وأشكل الامر على القاضي اخذ بقولها بعد ان يحلفها اليمين على انه قاربها منذ ستة اشهر، ولحق الولد بالزوج.

اقصى مدة للحمل

اما مدد الحمل غير الستة اشهر المذكورة في اعلاه، فامر مختلف عليه بين المذاهب الاسلامية وهي على الوجه الاتي:

مدة الحمل القصوى عند ابو حنيفة الى سنتين، مستندا لقول عائشة: (ما تزيد المرأة في الحمل على سنتين).

المالكية والشافعية والحنابلة: مدة الحمل اربع سنين مستندين الى امراة عجلان كان الحمل يمكث في بطنها اربع سنين، وأن نساء بني عجلان جميعهن يحملن اربع سنين. (المغني لأبن قدامة - ط 3 - جزء 7 - صر 477)

واقصى مدة للحمل خمس سنوات وهو ما قاله عباد بن عوام. سبع سنين وهو ما قال به الزهري.

ولا حد للحمل اذ قال ابو عبيد ليس لاقصى الحمل حد. (محمد جواد مغنية - مصدر سابق - صفحة 78).

الامامية - اختلف علماء هذا المذهب في اقصى مدة حمل. وانقسموا الى ثلاثة فرق. الاول وهم الاكثرية قالوا انها تسعة اشهر، والفريق الثاني قال عشرة اشهر، وثالثهم قال سنة كاملة الا ان الفرقاء اجمعوا على ان لا تزيد ساعة واحدة عن السنة (الجواهر الفقهية في شرح الروضة البيهية - فضل الله فحص الحسنی).

قواعد النسب

يثبت النسب على وفق احام الفقهاء المسلمين حسب قواعده الموضوعه من قبلهم ومن دون الخوض في التفاصيل والمختلف عليه، الا اننا يمكن اجمال ماتناولته كتبهم وما استقرت عليه احكامهم وما وصلوا اليه هي:

- 1- الفراش - يميل الفقهاء المسلمون الى القول ان من قواعد النسب تحقق الفراش، وقد كتبوا المطولات في الفراش وما اختلفوا فيه وتناقلت الاجيال تلك المطولات لمدة تناهز الاربعة عشر قرنا، والقصد الذي تخرج بها الاراء حول الفراش وبكلمة مرادفة له تعني العقد الصحيح. وبهذا يمكن اختصار جهد القرون بجملة واحدة: (ينسب الولد الى الام والاب المرتبطين بعقد زواج صحيح).
- 2- مضي المدة المطلوبة للحمل - وفي مدة الحمل اختلف الفقهاء المسلمون. المبينة احكامها فقها والواردة في اعلاه اي مدة الحمل ستة اشهر (المدة الاقل)، استنادا الى الاية 15 من سورة الاحقاف (وحمله وفصاله ثلاثون شهرا) الى المدة الاقصى.
- 3- يكون التلاقي بين الزوجين ممكنا - رغم عدم اشتراط البعض للتلاقي. فاذا كان الزوج في مراکش والزوجة في بغداد ولم يتلاقيا فان الولد الذي تحمل به الزوجة ينسب الى الاب اذا كان عقد الزواج بينهما صحيحا، وهذا ما قال به جانب من الفقه.

احكام اخرى في النسب

الوطء بشبهة

الشبهة هي - مقارنة رجل امرأة مع انه يجهل انها محرمة عليه شرعا.
وترد الشبهة في حالتين:

الاولى - شبهة العقد - كان يبرم الرجل عقد الزواج على امرأة ثم يتبين
يعدئذ ان العقد فاسد مما لاتصح ان تكون زوجته شرعا.

الثانية - شبهة الفعل - كأن يقارب الرجل امرأة من غير ان يكون بينهما
عقد ويتم ذلك من غير انتباه معتقدا انها تحل له.

الثالثة - شبهة الملك.

اختلف الفقهاء المسلمون في موضوع الشبهة بين من مد لها مديات
طويلة وبين من قصرها وبين من يثبت النسب او ينفيه والخالصة في
الوطء في الشبهة هو الاعتقاد انه يقوم بعمل مشروع وهذا الاعتقاد هو
ظن يرفع حرمة الزنا والطفل الذي يولد بوطء شبهة ينسب الى والده
البيولوجي.

ابن الزنا

لا تميل الاحكام الشرعية الى تعميم وصف ابن زنا متى ما تحقق
البعض من احكام الشبهة ويقول البعض من المفكرين الاسلاميين اذا
توافر للقاضي 99 حثية للحكم على انه ابن زنا وحيثية واحد على انه ابن
شبهة وجب ترجيح الحثية الواحدة وهدر الـ 99 تنفيذا للنص القرآني:

﴿وقولوا للناس حسنا.. اجتنبوا كثيرا من الظن ان بعض الظن اثم﴾
بخاصة وأن: ﴿الحدود تدرأ بالشبهات﴾. وموضوع كهذا لم يزل التعامل
معه خارج نصوص قانون الاحوال الشخصية.

زواج المتعة

مع تسيد الاحزاب ذات الخطاب السياسي الديني للمشهد السياسي
في السلطة التشريعية او السلطة التنفيذية وسواها من النشاطات الاخرى
في الدولة بعد الاحتلال الامريكي 2003، وان الغالب من هذه الاحزاب
لا تعترض على زواج المتعة لانها لا تعترض عقائديا على توقيت الزواج
دون تأييده. فقد انتشر هذا النوع من الزواج وكان لرجال الدين محدودي
المعرفة بالاحكام القانونية والفقهية دور فاعل في هذا الانتشار، وكاثر من
اثاره وجود ولد المتعة.

وامام من قال ان زواج المتعة حرمت بعد ان كانت حلالا لثبوت نسخها
(المغني لابن قدامة - مصدر سابق - ط 3 - ج 6 - ص 644)، والشيعه لم يثبت
لديهم النسخ وبالنسبة لهم كانت حلالا ولم تزل مستدلين بالاية: ﴿فما
استمتعتم به منهن فاتوهن اجورهن فريضة﴾ النساء 23، وما راه مسلم في
صحيحه: (استمتع الاصحاب في عهد الرسول وابي بكر وعمر).

هذا المختلف من الاحكام في مواضيع الاحوال الشخصية لا بد
للمشرع ان يرسم شروطها واستحقاقاتها لكي تحوز على سباب القاعدة
القانونية التي يخضع لها الجميع. بغية الوقوف تحت مظلة سيادة القانون
التي اشترطتها المادة 5 من الدستور ونتخلص من كل النصوص التي
كانت تتناول حاجات الناس في مرحلة ما قبل الدولة.

النسب في قانون الاحوال الشخصية

كان الولد ينسب لابييه قبل الاسلام سواء جاء من زواج او بالتبني، ويكون الاخير مرتبة الابن الصلبي، وعندما جاء الاسلام حرّم التبني بموجب احكام الاية 5 من سورة الاحزاب: ﴿ادعوهم لآبائهم هو اقسط عند الله فأن لم تعلموا ابائهم فأخوانكم في الدين ومواليكم﴾. وتنفيذا لهذا الحكم عتق الرسول الكريم ربييه زيد بن حارثة، وامعانا في حرمة التبني فقد تزوج الرسول مطلقة زيد. وقد اخذ القانون المدني بهذا الاتجاه عندما نص على: (اسرة الشخص تتكون من ذوي قرباه ويعتبر من ذوي القربى من يجمعهم اصل مشترك) المادة 38 من القانون المدني.

الا ان قانون الاحوال الشخصية نص على: (الاقرار بالبنة - ولوفي مرض الموت - لمجهول النسب يثبت به نسب المقر له اذا كان يولد مثله لمثله)، المادة (الثانية والخمسون/ 1) من القانون، ومعنى هذا النص ان اقرار شخص لولد ليس له نسب معروف يثبت نسبه منه ويمنح الحقوق المقررة للابن شرعا وقانونا. وبموجب الفصل الاول من الباب السادس من القانون فان النص الواردة فيه تشترط للنسب شروطه القانونية نيينها على الوجه الاتي:

اولا

1 - العقد الصحيح - ويقصد به عقد الزواج المبرم بين رجل وامرأة على وفق الاحكام الواردة في الفصل الاول من الباب الاول من القانون، وبموجب هذا العقد فان التلاقي بين الزوجين يكتسب مشروعيته

من المرجعية القانونية تلك، ما دام العقد قد ابرم بينهما على الوجه المبسوط في النصوص تلك.

2- ان يكون التلاقي بين الزوجين المعقود عقدهما صحيحا قد حصل فعلا (المادة الحادية والخمسون/2) من القانون. وان يكون ممكنا، وبموجب هذا النص يخرج من نطاق سريانه اذا كان الزوج في منطقة بعيدة يتعذر معها التلاقي مع زوجته، ويخرج ايضا من لم يبلغ الحلم والعنين والمصاب بعوق يمنعه من المعاشرة الزوجية او ان تكون الزوجة لم تبلغ مبلغ النساء، او انها بالغة مبلغ النساء ولكنها مرفوعة الرحم او انها عاقرا.

3- ان تمضي على عقد الزواج والتمكين اقل مدة للحمل وهي الستة اشهر الواردة احكامها في السطور المبينة في اعلاه.

ثانيا: الاقرار

ويشترط في المقر ان يكون متمتعا بالاهلية الكاملة. ويشترط ان يكون المقر له شخصا موجودا حقيقة او حكما ومعلوما وقت صدور الاقرار، فضلا عما تقدم فانه يصح الاقرار بالمعلوم كما يصح الاقرار بالمجهول والاقرار حجة على المقر. وعلى المقر ان يلتزم بأقراره وذلك لعدم صحة الرجوع عن الاقرار.

اشكالية

الاقرار بالنسب لمجهول النسب

الا ان قانون الاحوال الشخصية نص على: (الاقرار بالبنوة - ولوفي مرض الموت - لمجهول النسب يثبت به نسب المقر له اذا كان يولد مثله لمثله)، المادة (الثانية والخمسون/ 1) من القانون، ومعنى هذا النص ان اقرار شخص لولد ليس له نسب معروف يثبت نسبه منه ويشارك الورثة في الميراث، وهذا يعني ان الاقرار بالبنوة لولد معلوم النسب لا يمكن والحالة هذه شموله باحكام هذا النص القانوني.

الاقرار لمجهول النسب فقها

الولد ينسب لايه قبل الاسلام سواء جاء من زواج او بالتبني، ويكون الاخير مرتبة الابن الصلبي وعندما جاء الاسلام حرّم التبني بموجب احكام الاية 5 من سورة الاحزاب: ﴿ادعوهم لأبائهم هو اقسط عند الله فأن لم تعلموا ابائهم فأخوانكم في الدين ومواليكم﴾. وتنفيذا لهذا الحكم عتق الرسول الكريم ربيبه زيد بن حارثة، وامعانا في حرمة التبني فقد تزوج الرسول مطلقة زيد. وقد اخذ القانون المدني بهذا الاتجاه عندما نص على: (اسرة الشخص تتكون من ذوي قرياه ويعتبر من ذوي القربى من يجمعهم اصل مشترك) المادة 38 من القانون المدني.

ومعلوم ان الاقرار بالنسب لمجهول النسب له مرجعيته لدى المذاهب الاسلامية المبينة تفاصيلها في مصنفات الفقهاء المسلمين ومما قيل في

هذا الموضوع: (واما الاقرار بالنسب فهو الاقرار بالوارث وهو نوعان احدهما اقرار الرجل بوارث والثاني اقرار الوارث بوارثه ويتعلق بكل واحد منهما حكمان حكم النسب وحكم الميراث)، ويضيفون لذلك شروطا للاقرار لعل اهمها: (ان لا يكون المقر بنسبه معروف النسب من غيره فأن كان لم يصح لانه اذا ثبت نسبه من غيره لا يحتمل ثبوته له بعده... ولا يشترط صحة المقر لصحة اقراره بالنسب حتى يصح من الصحيح والمريض جميعا لان المرض ليس بمانع لعينه بل لتعلق حق الغير او التهمة فكل ذلك منعدم اما التعلق فظاهرالعدم لانه لا يعرف التعلق في مجهول النسب... لأن الارث ليس من لوازم النسب فان لحرمان الارث اسبابا لا تقدح في النسب من القتل والرق واختلاف الدين والدار... ومنها ان يكون فيه حمل النسب على الغير سواء كذبه المقر بنسبه او صدقه لان اقرار الانسان حجة على نفسه لا على غيره). (بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - الامام علاء الدين ابو بكر الكاساني الحنفي - الجزء السابع - مطبعة الجمالية - مصر - 1910 - ط 1 - ص 228).

وفي هذا الموضوع ايضا يقول الفقه: (ان الاقرار بالنسب لمجهول النسب يشترط في المقر بلوغه وعقله وامكان الحاق المقر به شرعا فلو اقر بنوة المعروف نسبه او من هو اعلى سنا منه او مساو له بطل الاقرار واشترطوا كذلك تصديق المقر به للمقر في دعواه النسب « فيما عدا الولد الصغير » والمجنون واطافوا شرطا اخر هو عدم المنازعة في النسب له في نسب المقر به). (الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية - الشهيد زين الدين العاملي - النجف الاشرف - الجزء 6 - ص 422).

وقيل في في موضوع الاقرار ايضا: (رجل يهلك ويترك ابنين ويترك

ستمائة دينار فيأخذ كل واحد منهما ثلثمائة ثم يشهد احدهما ان ابا الهالك اقر بان فلانا ابنه، لا يصدق على هذا النسب ولا يلحق به ولكنه يصدق على ماورث فيأخذ منه النصف ما في يديه) (الامام الشافعي - كتاب الام - دار المعرفة - بيروت - ج 2 - 1973 - 226. من هذا النص يتضح ان الابن المقر عجز عن اثبات اقرار والده الهالك ببنة ذلك الابن، ولما كان الاقرار حجة على المقر، فان اقراره هذا على ذلك الاخ مجهول النسب يلزمه اعطاء نصف حصته من الارث المتتية من والده، وهذا ما يفهم من حكم النص المذكور

النسب قانونا

وفي اراء الفقهاء تلك اخذ المشرع في قانون الاحوال الشخصية في الاقرار بالنسب لمجهول النسب وحسبما هو ثابت في المادة الثانية والخمسين ووضع شروطه المستتقة من النص القانوني وهي:

1- ان يكون المقر بالغاً سن الرشد ويتمتع بالاهلية القانونية التي تمكنه من ان يثبت اثر اقراره على المقر له. ولا عبرة بالرجوع عن الاقرار ولو تم فعلا، وهذا ما ذهبت اليه محكمة التمييز في حكمها المرقم:

372/ موسعة ثانية/ 1998

27/12/1999

(..لا ينتفى نسب الولد اذا نفاه بعد الاقرار صراحة او دلالة وحيث ان والد المدعى عليها قد توفي وانها لا زالت مسجلة باسمه في السجلات الرسمية ومن ثم توفيت والدتها بعد وفاة والدها فان نفي نسب المدعى

عليها من قبل المدعين لا يجد له السند الشرعي لان نفي نسب الولد الذي يقع من قبل من نسب اليه حتى وان صح النفي فان النسب لا ينتفى لانه يكون والحالة هذه ساعيا الى نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه فكيف الامراذنا وقع النفي من قبل الاخرين..لكل هذه الاسباب تكون الدعوى مفتقرة الى السند الشرعي والقانوني وان ردها تطبيق سليم لاحكام القواعد الشرعية والقانونية قرر تصديقه..).

2- ان يكون المقر له مجهول النسب، فان كان المقر له معلوم النسب فان اقراره لا ينتج اي اثر شرعي او قانوني. وضمن هذا المبدأ استقرت الاحكام القضائية لمحكمة التمييز ومنها على سبيل المثال حكمها المرقم:

/ موسعة اولى / 86 - 1987

28 / 2 / 187

(ان الاقرار بالنسب لا يرتب اثره الا اذا كان المقر له مجهول النسب وليس معلوم الابوين وهما على قيد الحياة).

3- ان يولد مثله لمثله اي ان يكون عمر المقر مثلاً ثلاثون سنة فيصح اقراره اذا كان المقر له عمره عشر سنوات ولا يصح اذا كان المقر له عمره خمس وعشرين سنة.

الارباك التشريعي للنسب

المادة الثانية والخمسون واضحة وصريحة (الاقرار بالبنوة..لمجهول النسب يثبت به نسب المقر له..). لا مرأى اذن من تطبيق هذا النص الذي انصرفت اليه ارادة المشرع وهو ان المقر له بالنسب يتمتع بذات الحقوق

الشرعية للابن الصليبي، ومرجعية ذلك الاقرار الثابت شرعا وقانونا وفي هذا الاتجاه ذهب المشرع العراقي عندما نص: (اذا اقر الزوج بنسب طفل مجهول النسب وقررت المحكمة ثبوت نسبه منه على الوجه المبين في الفقرة 1 من هذه المادة فأن هذا الاقرار يرتب نفي الاثار الشرعية والقانونية التي يرتبها الاقرار بالبنوة المنصوص عليها في قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل. ولا تسمع الدعوى بعد وفاة المقرلاثبات عدم صحة هذا النسب لاي سبب كان). (المادة الثامن والخمسون/3 من قانون الاحداث رقم 64 لسنة 1972. يعني ان هذا النص متفق مع ما اجمع عليه الفقهاء المسلمون من الاقرار بالنسب لمجهول النسب يرث الاثار الشرعية والقانونية نفسها للابن الصليبي.

الا ان القانون رقم 64 لسنة 1972 الغي بصدر قانون رعاية الاحداث رقم 76 لسنة 1983 الذي نص على: (يتم الاقرار بنسب مجهول النسب امام محكمة الاحداث وفق قانون الاحوال الشخصية). المادة 44 من القانون. كما ان المادة 46 منه نصت على: (على محكمة الاحداث ارسال نسخة من قرارها بالضم او الاقرار بالنسب الى مديرية الجنسية والاحوال المدنية العامة لقيده في سجلاتها).

الى هنا يبدو ان المشرع يتبع ذات المسار الذي كان عليه في القانون الملغي. الا ان حكم المادة 43/ثانيا من القانون الجديد تعد عدولا عن كون مجهول المنسب المقر له بالنسب يعامل معاملة الابن الصليبي وذلك بالنص: (الاىءاء للصغير بما يساوي حصة اقل وارث على ان لا تتجاوز ثلث التركة وتكون وصية واجبة لا يجوز الرجوع عنها).

بهذا النص فتح الباب على مصراعيه لذوي المقر بالنسب للطعن بنسب المقر له مع التلميح صراحة او اشارة للطعن في شرفه بشتى الصفات التي تصل احيانا بوصفه لقيطا بعد ان كان يرفل بالاجواء العائلية المليئة بالدفء والحنان ليجد نفسه بعد وفاة والده الذي اقر له بالنسب مرميا على اارصفة التهميش والاقصاء مسلوبا منه انسانيته وكرامته ووضعته الاجتماعي عن امر لا يد له فيه وذلك لقسوة المشرع الذي رسم له هذا المستقبل المظلم وحشره فيه خلافا لاحكام حقوق الانسان اولا وبصفتة عراقيا على وفق احكام الدستور المفترض تمتعه الحقوق والحريات، فضلا عن المشرع لم يحترم ارادة المقر التي انصرفت لهذا الاقرار وتبنته بكل ما تملك الارادة من طرق التعبير عنها وان المشرع ذاته يخالف الاحكام العامة للاقرار المعروفة شرعا وقانونا.

وان مقترحاتنا في هذا الموضوع تتمثل بالاتي:

اولا - العودة الى النص السابق وهو عدم جواز رفع دعوى نفي النسب عند وفاة احد الزوجين وذلك احتراما لارادتهما التي انصرفت الى هذا الوضع القانون، كما لا يجوز للزوج الباقي على قيد الحياة بالرجوع عن اقراره لان الرجوع بالاقرار ممنوع قانونا.

ثانيا - الاقرار بالنسب لمجهول النسب يجعله بحكم الابن الصلبي شرعا وقانونا وهذا وا استقرت عليه الاحكام الفقهية ومن بعده ايلقانون رقم 64 لسنة 1972، الذي بقي قيد التطبيق سنين عديدة.

ثالثا - اعتبار المقر له بنسب موصى له وصية واجبة مخالف لشرعة حقوق الانسان اولا فضلا عن مخالفتها لاحكام الدستور العراقي في الباب الثاني منه اضافة الى عدم احترامها لما انصرفت اليها ارادة المقرين.

رابعاً - ان تسجيل المقر له بالنسب لدى المحكمة المختصة ودوائر الاحوال المدنية يعني ثبوت النسب بدليل كتابي رسمي، ولا يجوز الطعن بهذا الدليل الا بالتزوير على وفق قانون الاثبات.

خامساً - عندما تنصرف ارادة الزوجين الى انجاب طفل بيولوجيا وتعد الاحكام القانونية والشريعة بهذه الارادة، فان الارادة ذاتها لهما هي التي انصرفت حكما الى الاقرار بالنسب لمجهول النسب لصراحة النص القانوني.

الجنين

.1.

الجنين في القانون العراقي

لا يوجد قانون ينظم احكام الجنين، بل ان احكامه تناثرت في اكثر من قانون فضلا عن احكام الشريعة الاسلامية التي يتم الركون اليها في حالة عدم وجود النص، وبالنظر للتطورات العلمية المتلاحقة في هذا الموضوع كالارحام المؤجرة او اطفال الانابيب او التحكم في جنس الجنين او موضوع ارث الجنين اذا مات والده وهو لم يزل في بطن امه وسواها من الاحكام الاخرى التي توجب على اية مدونة قانونية ان تفرد لهذا الموضوع فصلا خاصا به.

في القانون المدني رقم 40 لسنة 1951 اورد الفصل التمهيدي تحت عنوان (الاشخاص المعنوية) حيث نصت المادة 34 منه على:

- 1- تبدأ شخصية الانسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته.
- 2- ومع ذلك فحقوق الحمل يحددها قانون الاحوال الشخصية.

اذن هي المرة الاولى التي ترد فيه مفردة الحمل في القانون المدني، الا انه يعزف عن احكام هذه المفردة ويحيلها الى قانون الاحوال الشخصية. ومعلوم انه لا يوجد قانون للاحوال الشخصية في العراق عند صدور القانون المدني، وكانت الاحوال الشخصية تتنازعها المذاهب الاسلامية انذاك.

صدر اول قانون للاحوال الشخصية في العراق برقم 188 سنة 1959، الا انه جاء خاليا من النصوص التي تنظم موضوع الجنين. الا انه نص في المادة الاولى منه الفقرة 2 على: (اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون).

يعني ان قانون الاحوال الشخصية هو الاخر لم يحسم هذا الموضوع وتركها الى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون. الا ان التطبيقات القضائية - ومنذ صدور القانون - الى يومنا هذا كانت تطبق مبادئ المذاهب الاسلامية وليس مبادئ الشريعة الاسلامية، حيث كثرت الاجتهادات وصدر العديد من الاحكام القضائية المتناقضة وبقيت الامور كما هي عليه لحد الان.

كما ان قانون رعاية القاصرين رقم 78 لسنة 1980 نص على ان نطاق سريانه يشمل الجنين بموجب احكام المادة 3/ او لا/ ب منه.

الجنين وحكم الشريعة الاسلامية

الاصل في الفقه الاسلامي ان شخصية الانسان الطبيعية تبدأ بولادته حيا وتنتهي بموته، اي ان لا شخصية طبيعية للانسان قبل ولادته، او ولد ميتا، فالحياة شرط لتلك الشخصية. والطفل اذا ولد حيا تثبت له اهلية الوجوب اي تترتب عليه او له حقوق، لان اهلية الوجوب تحل من دون اعتبار للسن او الجنس او العقل او الرشد، ولما كانت اهلية الوجوب تثبت مع الذمة المالية ولان الاخيرة صنو اهلية الوجوب. وهذه الاهلية لا تنهض الا ببداية الحياة للمولود. وعلى وفق هذا المفهوم فمن المفترض ان لا اهلية وجوب للجنين لانه لم يولد بعد حيا.

الا ان الفقهاء المسلمون قالوا ان الجنين الذي ينمو ويكبر وتدب فيه الروح ويتحرك وهو في بطن امه، له حياة تقديرية اعتبارا بالانسان الحي، ويتمتع بأهلية وجوب ناقصة - استثناء من القاعدة - وهذا الرأي محل اجماع اولئك الفقهاء، وهو بذلك يعد الجنين نفسا مستقلة عن امه وليس عضوا من اعضائها، وحيث ان الذمة مستقرة للحقوق فيمكن للجنين اكتساب الارث والوصية والوقف والنسب وأية حقوق اخرى لا تتطلب القبول، اذ انها تنشأ بعقد الزواج او بصلة الدم او باقرار المقر وحده، اما الحقوق الاخرى التي تتطلب القبول فلا محل لتطبيقها على الجنين كالهبة مثلا التي تستوجب قبول الموهوب له، يبقى ان نذكر ان هذه الحقوق لا يستحقها الجنين الا اذا ولد حيا.

لقد استقرت التطبيقات القضائية في العراق على ان الجنين واستنادا لاحكام الفقه الاسلامي، يرث من ابيه المتوفى وهو لم يزل في بطن امه

لا احتمال ترجيح ولادته حيا مراعاة لمصلحة الجنين ويعطوه في القسام الشرعي او فر النصيين، اي ان الحصة التي تحجز له باعتباره ذكرا، فان ولد كذلك فالقسام الشرعي صحيح وان كان المولود بنتا صحح القسام حسب فرضها الشرعي.

(الدكتور علي الخطيب - حكمان خاصان بالجنين والميت - بحث في اهليتهما وذمتهما - 1972 - ص 8 وما بعدها).

.2.

نصت بعض الدساتير على الاحكام المتعلقة بالجنين والمتعلقة بالشخصية القانونية للجنين بغية ايجاد الحماية القانونية لهذا المخلوق، وبذلك تكون النصوص الدستورية تلك قد القت على المشرع العادي مسؤولية ترجمة تلك النصوص من خلال القوانين التي تهدف الى تنظيم هذا الموضوع وبنصوص تبين الارادة التي انصرف اليها المشرع الدستوري. ومن تلك الدول التي نصت دساتيرها على موضوع الجنين: الفلبين، ايرلندا، كولومبيا، المكسيك.

واختلفت احكام تلك الدساتير في فرض الحماية للجنين واختلفت في الاحداث العمرية له، كما ذهب الاخر الى التفريق بين حماية الاجنة المخصصة في الارحام ولم يتطرق الى الاجنة المجمدة اي خارج الرحم ومعلوم ان هذا الوضع كثيرا ما تعرض لعدم الرضا من قبل المؤسسات الدينية او الموروث الثقافي، على الرغم من ان العلم يسير بخطى حثيثة في هذا الموضوع ووصلت الابحاث الى الخلايا الجذعية الجنينية، وهذا الموضوع لم يجد له غطاء تشريعي في العديد من البلدان.

فضلا عن ان بعض الدول شرعت فعلا القوانين اللازمة لحماية الجنين وكقانون ضحايا العنف ضد الالجنة الامريكي 2004 والذي يعاقب العنف ضد الحوامل باعتبار ان العنف موجه ضد شخصين هما (المرأة والجنين). وتسعى بعض القوانين الى اقرار حق الحياة للجنين باعتباره شخصا قانونيا ينتمي الى النوع البشري، ففي القانون الكندي يعد الجنين كائنا حيا (المادة 223 من قانون العقوبات الكندي)، اما المشرع البريطاني فقد شرع عام 1990 قانون التخصيب والالجنة والذي تم تعديله عام 2008 مبينا فيه ان المقصود بالجنين هو الجنين الانساني ويشمل ذلك البيضة الواقع عليها عملية التخصيب. اما بعض القوانين فقد ذهبت الى تقنين المراحل الاولى من تشكيل الخلايا وقبل ان تكون جنينا كالقانون النمساوي 1992 ومثله القانون السويدي الذي نص على البيضة الانسانية المخصبة، وكذلك في الامر ذاته استعمل المشرع الدنماركي مصطلح البيضة الانسانية المخصبة. وفي المقابل فان تشريعات بعض الدول لا تمنح الشخصية القانونية للجنين لعدم اعترافها للجنين بتلك الشخصية.

ان الاتفاقيات والمعاهدات الدولية نظمت احكام الحماية للجنين، كالاتفاقية الامريكية لحقوق الانسان 1978 التي نصت في الفقرة 4 من المادة 1 منها على: (لكل شخص الحق في احترام حياته، وهذا الحق محمي بموجب القانون ويمنح له صفة عامة منذ لحظة الحمل، والبروتوكول الملحق باتفاقية حماية الحقوق الانسانية والكرامة للكائن الانساني. وعلى الرغم من ان هذا البروتوكول يختص بالجانب الطبي والبيولوجي الا ان ثمة اشارات فيه الى حماية الالجنة التي عدت من عداد البشر وبغض النظر عن المرحلة العمرية التي هو فيها.

الا ان هذا الاقرار يدفع البعض بعدم الاقرار بالتكاثر البشري عن طريق الاستناخ او زرع الاعضاء والانسجة، فقد عد الفيلسوف الالمانى يورغن هابرماس كتابه الموسوم التسالة الليبرالية بين فيه موقفه من كل ماتقدم .

امام هذا الوضع وللعوز في نظاما التشريعي لهذا الموضوع ابتداء من لحظة التخصيب ومرورا بمراحل التطور داخل الرحم وقبل لحظة الولادة لا بد للمشرع العراقي من وضع تشريع يضمن الحماية للجنين والاخذ بنظر الاعتبار الاحكام الواردة في الفصل الرابع من الباب الاول من الكتاب الثالث من قانون العقوبات المتعلقة بالاجهاض .

لما تقدم فالرأي لدينا وجوب افراد فصل خاص بالجنين يحمل رقم الفصل الثالث ضمن احكام الباب السادس يتضمن كل الاحكام المتعلقة بالجنين تشكيلا ووجودا وحقوقا وذلك بالاستعانة بمبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملاءمة لقانون الاحوال الشخصية، فضلا عن النصوص القانونية في الدول العربية المناظرة قوانينها لقانون الاحوال الاشخصية، يضاف الى ذلك ما استقرت عليه الاتفاقات الدولية في هذا الموضوع، بغية ان يكون هذا الفصل هو المرجعية القانونية لموضوع الجنين ولاضفاء المشروعية عليه بدلا من توزيعه في احكام المذاهب الاسلامية المختلفة من الوجهة الشرعية في هذا الموضوع .

تاسعا: في الرضاع والحضانة

المادة الخامسة والخمسون .

على الام ارضاع ولدها الآ في الحالات المرضية التي تمنعها من ذلك.

المادة السادسة والخمسون .

اجرة ارضاع الولد على المكلف بنفقته ويعد ذلك في مقابل غذائه.

المادة السابعة والخمسون .

- 1- الام احق بحضانة الولد وتربيته، حال قيام الزوجية وبعد الفرقة، ما لم يتضرر المحضون من ذلك.
- 2- يشترط ان تكون الحاضنة بالغة عاقلة امينة قادرة على تربية المحضون وصيانتهم، ولا تسقط حضانة الام المطلقة بزواجها. وتقرر المحكمة في هذه الحالة احقية الام او الاب في الحضانة في ضوء مصلحة المحضون.
- 3- اذا اختلفت الحاضنة مع من تجب عليه نفقة المحضون في اجرة الحضانة، قدرتها المحكمة. ولا يحكم باجرة الحضانة ما دامت الزوجية قائمة، او كانت الزوجة معتدة من طلاق رجعي.
- 4- للاب النظر في شؤون المحضون وتربيته وتعليمه حتى يتم العاشرة من العمر. وللمحكمة لن تاذن بتمديد حضانة الصغير حتى اكماله الخامسة عشرة، اذا ثبت لها بعد الرجوع الى اللجان المختصة الطبية منها والشعبية ان مصلحة الصغير تقتضي ذلك، على ان لا يبيت الا عند حاضنته

- 5- اذا اتم المحضون الخامسة عشر من العمر، يكون له حق الاختيار في الإقامة مع من يشاء من ابويه، او احد اقاربه لحين اكماله الثامنة عشرة من العمر، اذا أنست المحكمة منه الرشد في هذا الاختيار.
- 6- للحاضنة التي انهيت حضانتها بحكم، ان تطلب استرداد المحضون ممن حكم له باستلام المحضون منها، اذا ثبت تضرر المحضون خلال مدة وجوده معه.
- 7- في حالة فقدان ام الصغير احد شروط الحضانة او وفاتها، تنتقل الحضانة الى الاب، الا اذا اقتضت مصلحة المحضون خلاف ذلك، وعندها تنتقل الحضانة الى من تختاره المحكمة، مراعية في ذلك مصلحة المحضون.
- 8- اذا لم يوجد من هو اهل للحضانة من الابوين، تودع المحكمة المحضون بيد حاضنة او حاضن امين، كما يجوز لها ان تودعه الى دور الحضانة المعدة من قبل الدولة عند وجودها.
- 9- أ- اذا فقد ابو الصغير احد شروط الحضانة فيبقى الصغير لدى امه ما دامت محتفظة بشروط الحضانة، دون ان يكون لاقاربه من النساء او الرجال حق منازعتها لحين بلوغه سن الرشد.
- ب- اذا مات ابو الصغير فيبقى الصغير لدى امه وان تزوجت باجنبي عنه من العراقيين بشرط:

 - 1- ان تكون الام محتفظة ببقية شروط الحضانة.
 - 2- ان تقتنع المحكمة بعدم تضرر الصغير من بقاءه مع الام.
 - 3- ان يتعهد زوج الام حال عقد الزواج برعاية الصغير وعدم الاضرار به.

- ج- اذا اخل زوج الام بالتعهد المنصوص عليه في (4) من البند (ب) فيكون ذلك سببا لطلب التفريق من قبل الزوجة.

الرضاعة والحضانة في اقوال الفقهاء

﴿ومن فرق بين والدته وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيامة﴾
حديث نبوي رواه الترمذي.

المالكية - عند المالكية فريقين حول ارضاع الزوجة. ذهب الفريق الاول - وجوب الارضاع على الوجه المطلق، في حين قيد الفريق الثاني صفة الاطلاق هذه مفرقين الزوجات حسب الموقع الاجتماعي فلم يوجبوا ذلك على نساء الاسر الرفيعة الا اذا كان الطفل لا يقبل الاثدي امه.

كثير الحديث اخيرا عن - المادة (57) احوال شخصية - وتحدث البعض عن الحيف الذي لحق بالاب جراء حكم المادة المذكورة، وقدمت طلبات الى مجلس النواب لاجراء التعديل عليها وصل احدها الى اللجنة القانونية في المجلس، وبغية اعادة قراءة هذا الموضوع وتفكيكه وتلمس عناصره واسبابه فقد وجدنا ان هناك خلطا والتباسا شاب هذا الموضوع في جوانبه الفقهية والقانونية على حد السواء تتعلق بمفردات اربع تصيب هذه الحملية، وهي الرضاعة والحضانة والولاية والمشاهدة التي لكل واحدة توصيف قانوني وشرعي يبينه على الوجه الاتي:

فالرضاعة تعرف فقها على انها: هي تناول الطفل لبنا ثاب عن حمل وشربه بالاستناد الى الاية: ﴿والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين...﴾ (البقرة 233). اي ان الطفل يبقى لدى امه فترة الرضاعة مدة سنتين، ولا يجوز فصله عن امه خلال فترة الرضاعة لأن ذلك مخالف للآية 14 من سورة لقمان ﴿وفصاله في عامين﴾. وبهذا الاتجاه استقرت احكام محكمة التمييز المستندة الى احكام القانون. ففي حكم لها قضت بحكمها المرقم: -

(لا يجوز فصل الطفل عن امه في دور الرضاع ودفعه لأبيه وان تزوجت الام بأجنبي)

اما الحضانة - المبدأ الجدير بالاعتبار الذي ثبته القانون هو ان: (الحضانة تدور وجودا وعدما مع مصلحة المحضون) اي ان احكام الحضانة تنهض عندما تتحقق مصلحة المحضون مادام الجهد منصرفا الى رعايته وتربيته وصيانتته في المدة التي يحتاج فيها المحضون للام. وهي حق للأم بالاتفاق كما يقول الامام الشيخ محمد جواد مغنية في كتابة الاحوال الشخصية على المذاهب الخمسة وكذلك الامام محمد ابو زهرة في كتابه الاحوال الشخصية لانها تدرج تحت عنوان الولاية على التربية وهذا المبدأ الشرعي اخذ به قانون الاحوال الشخصية عندما نص على: (الام أحق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة ما لم يتضرر المحضون من ذلك) المادة 57/ اولاً من القانون، وبهذا تكون احكام الحضانة خارج موضوع المطالبة بالتعديل.

ولاية الاب - تقر الاحكام الشرعية ولاية الأب على ابنائه (الولاية الجبرية) وولاية الاب تبدأ من حيث تبدأ الحضانة وهي الحفظ والصون حتى مرحلة البلوغ وتذهب البعض من المذاهب الى ما بعد البلوغ المقصود بها الولاية على النفس من الذكور كما يقول الصاحبين. ومن مستلزمات الولاية رعاية شؤون الطفل ونفقته وتعليمه حتى ولو كان في مدارس خاصة اذا كان قادرا على ذلك وتطبيبه وعلاجه في اماكن

مختصة او ارساله الى خارج العراق اذا كان قادرا على ذلك. ولم يخرج قانون الاحوال الشخصية عن هذه الاحكام، اذ الزم الاب بالانفاق على ولده (الباب السابع - نفقة الفروع) وألزمته النصوص التشريعية في المادة 57 بلزوم تربيته وتعليمه باعتباره وليا عليه بموجب احكام القانون ما دام المحضون عند حاضنته. اي ان النصوص القانونية اقرت ولاية الاب والزمته باحكامها وعلى وفق التفاصيل الواردة فيها. اذن القانون يقر ولاية الاب على ابنائه ولا يتجاوزها. ولا حاجة والحالة هذه تعديل احكام الولاية مع وجود صريح النصوص المنظمة لها.

الاشكال في الموضوع الاخير - وهو المشاهدة وهو بيت القصيد في الحملة المتصدية للمادة (57) من القانون على الرغم من ان هذه المادة ليس من بين نصوصها احكام تتعلق بالمشاهدة. لكون احكام المشاهدة تضمنها قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم (6) الصادر بتاريخ 6/1/1992 الذي نص على: (تكون مشاهدة احد الوالدين ولده في المكان المناسب الذي يتفق عليه الطرفان، وفي حالة عدم اتفاهما او عدم النص في قرار المحكمة على تحديد مكان المشاهدة يكون اي فرع من فروع الاتحاد العام لنساء العراق او فرع الاتحاد في المكان الذي تقيم فيه الام هو المكان المناسب للمشاهدة ويسري اثره على الاحكام الصادرة قبل العمل به).

وقد اختزلت التطبيقات القضائية احكام هذا القرار وأستقرت احكامها بمشاهدتين شهريا وبزمن محدود جدا من الساعات وفي دوائر التنفيذ غير الصالحة للمشاهدة. وجده الكثير من الاء انه لا يكفي للجلوس مع الاء ولا يساهم في المشاركة في تربيتهم لقصر المدة الزمنية وللحالة

القسرية التي تتضمنها الاحكام القضائية فضلا عن ان هذا الحكم يشمل الام اذا كان الاب هو الحاضن بموجب حكم قضائي. عليه وانطلاقا من مبدأ المساواة امام القانون نجد من الضروري المبادرة الى اعادة قراءة القرار الوارد في اعلاه وبيان الاثار السلبية التي تركها في علاقة الالباء باولادهم، واذا ما ثبت ذلك يكون من الواجب البحث عن بديل للقرار المذكور يؤمن المشاركة بين الابوين في رعاية المحضون بما لا يفرط في مصلحة المحضون اولا ويحقق طموحاتها في الاشتراك في الرعاية والتعليم والتربية ضمن شروط وضوابط تتضمنها التعديل.

عاشرا: في الايحاء

المادة الخامسة والسبعون .

اقامة الشخص غيره لينظر فيما اوصى به بعد وفاته.

المادة السادسة والسبعون .

يشترط في الوصي توفر الاهلية القانونية والشرعية.

المادة السابعة والسبعون .

- 1 - اذا قبل الوصي الوصاية حال حياة الموصي لزمته ولا يخرج منها بعد موت الموصي الا اذا جعل له حق الاختيار.
- 2 - اذا رد الوصي الوصاية في حياة الموصي وبعلمه صح الرد.

المادة الثامنة والسبعون .

- 1 - اذا اقام الموصي اكثر من وصي واحد فلا يصح لاحدهم الانفراد بالتصرف، وان تصرف فلا ينفذ تصرفه الا باذن الاخر.

- 2- ينفذ تصرف احد الوصيين دون اذن الاخر فيما يلي:
 - أ- ما لا يختلف باختلاف الاراء.
 - ب- لا ما ليس فيه قبض او تسلم مال.
 - ج- ما كان في تاخيره ضرر.
- 3- اذ انص الموصي على انفراد الاوصياء او اجتماعهم فيتبع مانص عليه.
- 4- اذا تشاح الاوصياء اجبرهم القاضي على الاجتماع والا أستبدل غيرهم بهم.

المادة التاسعة والسبعون .

كل شرط اشترطه الموصي في وصيته لزم الوصي العمل به الا اذا كان الشرط مخالفا للشرع والقانون.

المادة الثمانون .

الوصي امين على الاموال التي تحت وصايته فلا يضمن الا بتعديه او تقصيره

المادة الحادية والثمانون .

اذا توفي شخص ولم ينصب وصيا فللقاضي ان ينصبه في الاحوال:

- 1- اذا كان للمتوفى دين ولا وارث له لأبناته واستيفائه.
 - 2- اذا كان عليه دين ولا وارث له لايفائه.
 - 3- اذا كانت له وصية ولا يوجد من ينفذها.
 - 4- اذا كان احد الورثة صغيرا ولا ولي له.
- الايصاء ويسمى بالوصية العهدية. وتقوم على امرين، الاول - هو ان

يقوم الموصي بإنشاء وصية يعهد بتوليها الى احد الاشخاص لتنفيذها بعد موته، اما الثاني - فهو تحري الوصية العهدية المتضمنة قيام الوصي بالولاية على اولاده والنظر في اموالهم والتصرف بها على وفق احكام الوصية ساعيا الى تنمية تلك الاموال وحفظها والحفاظ عليها والاشراف على شؤون القاصرين ومساعدتهم في القيام بواجباتهم واستعمال حقوقهم.

وقدر تعلق الامر في موضوعنا هذا فالذي يهمنا من موضوع الايضاء هو حكم الفقرة (4) من المادة الثمانين من القانون وهو نصب الوصي من قبل محكمة الاحوال الشخصية في حالة لا ولي للصغير، وتخصيصا عندما تكون ام الصغير هي الولية على اطفالها في حالة عدم وجود الولي الجبري، اذ كثيرا ما يزاحم الاغيار الام على هذه المهمة ويربك اوضاع القاصرين في ادارة شؤونهم مع منازعة الام لهم.

الموضوع الجدير بالاعتبار في هذا الموضوع وبعد مراجعة الاحكام المختصة بالحضانة وأحقية الام بها اذا توافرت فيها شروطها والاحكام المختصة بوصاية الام لاطفالها. فالرأي لدينا ان تكون احكام الولاية شاملة للاب والام على وجه التساوي، فما لا يتمتع به الاب من ولاية على اولاده يكون للام ذات الصلاحيات الممنوحة للاب، بغية الاستجابة لحكم المادة 14 من الدستور المتضمنة المساواة امام القانون ولكي لا ينازعها احد في هذه الولاية في حالة عدم وجود الاب او بنص صريح يتضمنه القانون.

حادي عشر: المواريث

التشريع المؤسسي للارث هو القران الكريم وعلى وجه التحديد الاية 11 من سورة النساء، فللارث اركانه الواجبة وشروط تحققها وهي :-

اركان الارث

- أ- المورث الثابتة وفاته.
- ب- الوارث- الذي ينتمي للمورث بسبب من اسباب الارث.
- ج- وهو ما لا يتركه المورث من تركة وهي الاموال المنقولة وغير المنقولة والحقوق المختلفة والمنافع على ان يخرج من التركة مصاريف تجهيزه وتسديد ديونه وتنفيذ وصاياه. (المادة السادسة والثمانون) من القانون.

شروط الارث

يشترط لاستحقاق الارث للورثة بعد ثبوت الشروط اللازمة له وهي ثلاثة شروط نبينها كما يأتي:

الشرط الاول - موت الوارث - يشترط موت الوارث فعلا (حقيقة) وبموجب شهادة وفاة صادرة عن جهة طبية رسمية مختصة، او ان تثبت الوفاة حكما وذلك باصدار حجة وفاة من قبل محكمة الاحوال الشخصية في حالة عدم التحقق من الموت حقيقة.

الشرط الثاني - حياة الوارث ساعة وفاة مورثه - يجب ان يثبت ان الوارث على قيد الحياة ساعة وفاة مورثه، لان وجود الوارث حقيقة تعني اهليته للتملك، ويلحق بحياة الوارث كذلك الجنين في بطن امه والمفقود بعد الحكم بموته.

الشرط الثالث - جهة الارث - ان ينتمي الوارث الى المورث قرابة او الزوجية، اذ لا يمكن الحصول على الارث مع الجهل بجهته، وحتى مع العلم بجهته يشترط ان لا يوجد من موانع الارث المعروفة شرعا وقانونا.

اسباب الارث

أ - الزواج - متى كان الزواج صحيحا - ولو قبل الدخول - كان احد اسباب الارث وقد بينت الاية 11 من سورة النساء استحقاق اي من الزوجين من التركة باعتباره فرض قدرت احكامه النص القراني الكريم.

ب - النسب - هي الصلة التي يرتبط بها الوارث بالمورث نسبا (القرابة) الاصول كالاب وان علا او الفروع كالابن وان نزل، والاعمام والاقوال واولادهما لصريح الاية ﴿ للرجال نصيب مما ترك الوالدان والاقربون).

ج - الاحفاد والاسباط - (اذا مات الولد ذكرا كان ام انثى قبل وفاة ابيه او امه فانه يعتبر بحكم الحي عند وفاة اي منهما، وينتقل استحقاقه من الارث الى اولاده ذكورا كانوا ام اناثا حسب الاحكام الشرعية...) نرى ان يتوقف هذا النص عند هذه الجملة واعتباره ارثا ليس وصية واجبة لانهم من ذوي القربى ويتصلون مباشرة بالجد بعد وفات الاب او الام.

وردت احكام الموارث ضمن احكام الباب التاسع من قانون الاحوال الشخصية. المواد من السادسة والثمانين الى نهاية الرابعة والتسعين.

ان ارادة مشرع قانون الاحوال الشخصية انصرفت ابتداءً الى تطبيق احكام الانتقال على الموارث الواردة ضمن احكام الفرع الثاني من

الفصل الاول الواردة احكامه في الباب الثاني من الكتاب الثالث من القانون المدني. فقد نصت المادة الثالثة والسبعون حين صدور القانون على: (تسري الاحكام الواردة في المواد من 1187 الى 1199 من القانون المدني في تعيين الورثة وتحديد انصبتهم في التركة من عقارات ومنقولات). وان تلك الاحكام ما زالت نافذة الى يومنا هذا، ومعلوم ان مرجعية هذه النصوص مستلة من مجلة الاحكام العدلية العثمانية المستندة لاحكام المذهب الحنفي المعتمد من قبل الدولة العثمانية حينذاك.

وبموجب هذا النص اصبح للذكر مثل حظ الانثى على اعتبار انهما من الدرجة الاولى من اصحاب حق الانتقال. (المادة 1/1188) من القانون المدني.

الغي هذا النص بموجب القانون رقم 11 لسنة 1963 وحل الباب التاسع محل النص الملغي، وكتب البعض من شراح قانون الاحوال الشخصية حول هذا التعديل ان المشرع اراد احتساب الارث حسب الطبقات، أي حسب ترتيب المواد، الا ان التطبيقات القضائية فسرت تلك النصوص على وفق احكام المذاهب الاسلامية، وهكذا جرت التطبيقات القضائية كل ضمن احكام مذهبه، وكأثر من اثار تلك التطبيقات هو حصول الاختلاف في الارث وبسببه انعدمت المساواة امام القانون، فما يعد وارثا في هذا المذهب، يكون محجوبا في المذهب الاخر ولم يعد نص القانون رائدا وهو الواجب التطبيق بل ان التطبيقات ذهبت الى خلاف ذلك. الامر الذي انعكس سلبا على حقوق الورثة.

الرأي لدينا ابتداء وفي هذه المرحلة هو وجوب وجود نصوص قانونية تؤدي الى تفعيل سيادة القانون التي اشترطتها المادة 5 من الدستور لكي يصار الى القانون في لفظه وفحواه هذا اولا، اما ثانيا فيجب اعمال المادة 14 من الدستور المتضمنة المساواة امام القانون. وذلك بان يصار الى نص قانوني لا يتغلب فيه شخص على اخر وفي الدرجة نفسها ولا يحرم اخر بالمستوى نفسه. اي التساوي في الحصاص الارثية بالدرجة والنوع ذاتها، مع لزوم الاحتفاظ بالفروض الواردة في الاية (11) وما بعدها المتضمنة احكام الموارد من سورة النساء.

الفهرس

5.....	مدخل
9.....	ملخص تنفيذي
15.....	مبادئ احكام الشريعة الاسلامية
16.....	الزواج والخطبة
19.....	الزواج بثانية
21.....	الشهادة في عقد الزواج
23.....	شروط عقد الزواج
23.....	زواج القاصرات
24.....	الزواج خارج المحكمة
25.....	نفقة الزوجة
26.....	عدم المساواة وحكم النشوز
27.....	الطلاق
28.....	التفريق
28.....	الخلع
30.....	النسب
31.....	الايصاء
32.....	الموارث
34.....	الجنين
35.....	مدخل

- 40.....اهم المبادئ التي جاء بها القانون وتعديلاته
- 40..... 1- حكم القانون يسود عما سواه من الاحكام الاخرى
- 41..... 2- تعريف عقد الزواج
- 42..... 3- الزواج عقد رضائي
- 42..... 4- الاكراه على الزواج يعد جريمة
- 43..... 5- تسجيل عقد الزواج
- 44..... 6- الزواج خارج المحكمة جريمة
- 44..... 7- نفقة الزوجة
- 45..... 8- التفريق القضائي
- 46..... 9- الرضاعة والحضانة
- 48..... 10- الطلاق
- 48..... 11- ميراث البنت
- 49..... 12- ميراث الزوجة بصفتها الورثة الوحيدة
- 50..... 13- التعويض عن الطلاق التعسفي
- 51..... 14- سكن الزوجة المطلقة
- 52..... 15- الوصية الواجبة
- 55..... الاحكام العامة
- 61..... مبادئ الشريعة الاسلامية في حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية
- 61..... القضية المرقمة 23/201 وتاريخ 15/ ديسمبر/ 2002
- 64..... الزواج والخطبة
- 65..... الخطبة
- 68..... العدول عن الخطبة
- 73..... اولاً: الزواج
- 73..... 1- الطبيعة القانونية لعقد الزواج

75	2- الزواج في القانون العراقي
79	3- الزواج عقد رضائي
82	4- شهادة شاهدين
84	الاشتراط في عقد الزواج
84	الملاحظات حول تطبيقات عقد الزواج
85	5- الزواج بثانية
89	الظاهر حداد
90	الامام محمد عبدة
91	الدكتور نصر حامد ابو زيد
92	تعدد الزوجات في فكر فاطمة المرنيسي
92	(للرجل الحق بأربع نساء وعلى المرأة الاكتفاء بربع رجل)
94	الفقيه عبد العزيز فهمي باشا
95	6- اركان عقد الزواج وشروطه
100	7- الاهلية
102	سن الزواج
102	الاهلية
106	زواج ممن لم يكمل الثامن عشرة من العمر
106	زواج القاصرات
110	8- الزواج خارج المحكمة
113	9- تسجيل عقد الزواج وأثباته
114	تسجيل عقد الزواج
117	11- المحرمات وزواج الكتائيات
119	المحرمات
119	الحرمة المؤبدة

119	اولا - المحرمات بسبب القرابة
120	المحرمات بسبب المصاهرة
120	المحرمات بسبب الرضاعة
121	الحرمة من الرضاعة وعدد الرضعات
122	من هي المرضعة موضوع الحرمة
122	الاختلاف في طريقة الرضاعة
123	الشوافع والحنابلة - خمس رضعات على الاقل
124	ملاحظتنا حول النص
125	- 12 - زواج المسلم من كتائية
126	قضية ثريا
126	نص الحكم -
128	المحكمة
130	قراءة لهذا الحكم
131	ثانيا: المهر
132	المهر مقوما بالذهب
133	المهر (الصداق) فقها
133	المهر في الفقه التقليدي
133	محمد زيد الابياني
133	(المال الذي يجب على الزوج في مقابلة منافع البضع)
135	تفسير الطبري للصداق [وآتوا للنساء صدقاتهن نحلة] النساء
136	جواد علي ومفصله في تاريخ العرب قبل الاسلام
136	المهر
138	الامام محمد ابو زهرة وتهذيب المهر
139	محمد رشيد رضا

141	ثالثا: النفقة
145	احكام النفقة
147	النشوز والنفقة
147	النشوز
148	نشوز الزوجة
148	النشوز في تفسير الطبري
149	ريتا فرج
151	رؤية سماحة السيد محمد حسين فضل الله
152	النشوز عند ألفت يوسف
153	النشوز عند فاطمة المرينسي
157	نشوز الزوج
157	حكم نشوز الزوج عند محمد رشيد رضا
159	رؤية محمد شحرور - نشوز الزوج
160	قراءة في حكم النشور
160	البناء المؤسسي التقليدي لفكرة النشوز
163	نشوز الزوج
166	بيت الطاعة: اجتهاد خاطئ
166	الشيخ محمد الغزالي
172	الخلاصة
175	عدم المساواة قانونا بين الزوجين
176	النفقة والسنة
176	التزام الدولة بالنفقة
176	لا طاعة للزوج على زوجته
176	ترفع كلمة طاعة وتعاد الصياغة

177	رابعاً: انحلال عقد لزواج الفصل الاول
179	الطلاق
181	صيغة الطلاق
184	خامساً: التفريق القضائي
189	التفريق
189	1- الضرر
190	2- الخلاف
190	3- اسباب مسماة للتفريق حسبما وردت في نصوص التفريق في القانون
191	4- التفريق وأحكام الفقهاء
193	التفريق للشقاق
194	سادساً: الخلع
194	التفريق الاختياري
195	كلمة لا بد منها في الخلع
196	الخلع حق للزوجة حسب النص القراني
196	الادلة الشرعية لاثبات الخلع
197	الخلع في السنة النبوية
198	الخلع في المذاهب الاسلامية
199	الخلع والشيخ محمد ابو زهرة
200	موقف الشيخ يوسف صانعي من الخلع
202	ابن رشد والخلع
203	الخلع في القانون المصري
204	المادة 20 من القانون المصري
204	الخلع في الاحوال الشخصية في اقليم كردستان
205	مواقف حول الخلع

208	سابعاً: العدة
209	العدة لغة واصطلاحاً
210	في نص القانون
211	ثامناً: الولادة ونتائجها
211	الفصل الاول: النسب
212	النسب في الاحكام الفقهية
213	مدة الحمل الاقل فقها
214	اقصى مدة للحمل
215	قواعد النسب
216	احكام اخرى في النسب
216	الوطء بشبهة
216	ابن الزنا
217	زواج المتعة
218	النسب في قانون الاحوال الشخصية
218	اولاً
219	ثانياً: الاقرار
220	3 اشكالية
220	الاقرار بالنسب لمجهول النسب
220	الاقرار لمجهول النسب فقها
222	النسب قانوناً
223	الارباك التشريعي للنسب
226	الجنين
226	1 - الجنين في القانون العراقي
228	الجنين وحكم الشريعة الاسلامية

232	2 - تاسعا: في الرضاع والحضانة
234	الرضاعة والحضانة في اقوال الفقهاء
237	عاشرا: في الايحاء
240	حادي عشر: المواريث
240	اركان الارث
240	شروط الارث
241	اسباب الارث

