



جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة كربلاء - كلية القانون
قسم القانون الخاص

الاجتهاد القضائي المعاصر في مسائل الاحوال الشخصية

(دراسة مقارنة)

رسالة تقدم بها الطالب

قاسم حياوي سلمان حافظ

إلى مجلس كلية القانون في جامعة كربلاء
وهي جزء من متطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون الخاص

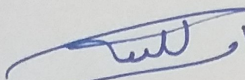
بإشراف

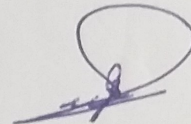
الأستاذ الدكتور

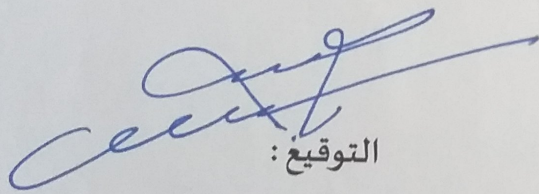
حيدر حسين كاظم الشمري

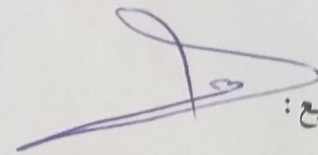
إقرار لجنة مناقشة

نشهد نحن أعضاء لجنة المناقشة إننا اطلعنا على هذه الرسالة الموسومة بـ (الاجتهاد القضائي المعاصر في مسائل الأحوال الشخصية "دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي")، وناقشنا الطالب (قاسم حياوي سلمان) على محتواها، وفيما له علاقة بها، ونعقد إنها جديرة بالقبول لنيل درجة الماجستير في القانون / فرع القانون الخاص وبدرجة (٨٥) .

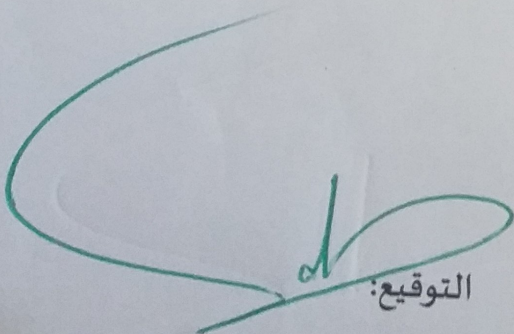
التوقيع: 
الاسم: أ.د. ام كلثوم صبيح محمد
(عضواً)
التاريخ: 2024 / /

التوقيع: 
الاسم: أ.م.د. عدنان هاشم جواد
(رئيساً)
التاريخ: 2024 / /

التوقيع: 
الاسم: أ.د. حيدر حسين كاظم
(عضواً ومشرفاً)
التاريخ: 2024 / /

التوقيع: 
الاسم: أ.م.د. وعود كاتب عبد
(عضواً)
التاريخ: 2024 / /

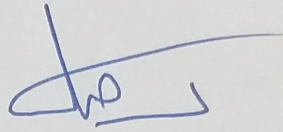
صادق مجلس كلية القانون / جامعة كربلاء على قرار لجنة المناقشة

التوقيع: 
أ.د. علاء إبراهيم محمود الحسيني
عميد كلية القانون / جامعة كربلاء
التاريخ: 2024 / /

اقرار المقوم اللغوي

اشهد اني قرأت رسالة الماجستير الموسومة ب (الاجتهاد القضائي المعاصر في مسائل الاحوال الشخصية دراسة مقارنة) المقدمة من قبل الطالب (قاسم حياوي سلمان حافظ العابدي) الى مجلس كلية القانون - جامعة كربلاء وقد وجدتها سالحة من الناحيتين اللغوية والتعبيرية بعد ان اخذ الطالب بالملاحظات المسجلة على متن الرسالة .

مع التقدير.....



التوقيع

الاسم : أ.د . محمد عبد الرسول جاسم

الاختصاص العام : لغة عربية

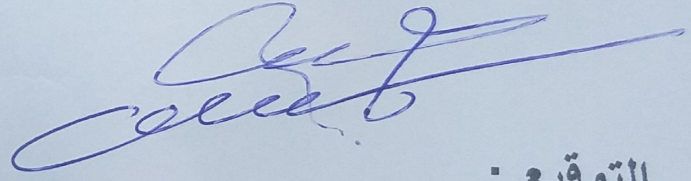
الاختصاص الدقيق : الادب الحديث ونقده

م/إقرار المشرف

تحية طيبة

أشهد ان رسالة الماجستير الموسومة ب(الاجتهاد القضائي المعاصر في مسائل الاحوال الشخصية "دراسة مقارنة") , المقدمة من الطالب (قاسم حياوي سلمان حافظ العابدي) الى مجلس كلية القانون - جامعة كربلاء بوصفها جزءاً من متطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون الخاص قد جرت تحت اشرافي ورشحت للمناقشة .

مع التقدير.....



التوقيع :

المشرف: الاستاذ الدكتور حيدر حسين كاظم الشمري

جامعة كربلاء - كلية القانون

التاريخ: 2025/1/9

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ ﴾.

صَدَقَ اللَّهُ الْعَلِيَّ الْعَظِيمَ

النساء/58

الاهداء

لله سبحانه وتعالى

الى : سيد الخلق والاكوان النبي محمد (صلى الله عليه وعلى اله
وسلم)

الى: علي المرتضى واولاد المعصومين (عليهم افضل الصلاة
والسلام)

الى :سيدة النساء الصديقة الطاهرة فاطمة الزهراء(عليها الصلاة
و السلام)

الى : جبل الصبر السيدة زينب بنت علي (عليها السلام)

والى :اساتذتي الاعزاء

والى : روح والدي واخي الاكبر (رحمهم الله تعالى)

والى : من سهرت الليالي من اجلي (والدي الغالية)

والى : كل من ساندني في اتمام رسالتي على اتم وجه

اهدي بتواضع هذا الجهد

ورجائي من الله تعالى القبول

الباحث

الشكر والعرفان

الشكر لله اولاً على نعمته وفضله والحمد لله والصلاة والسلام على خير خلق الله محمد وعلى اله الطيبين الطاهرين.

اما بعد:

لا يسعني الا ان اتوجه بالشكر والتقدير الى استاذي الفاضل الاستاذ الدكتور (حيدر حسين كاظم الشمري) الذي كان خير معين لي على اتمام هذه الرسالة لما قدم لي من ملحوظات علمية وعملية قيمة طيلة مدة كتابة هذه الرسالة فله مني وافر الشكر والامتنان والتقدير .

واتوجه بالشكر والتقدير الى استاذي الفاضل الدكتور (علاء ابراهيم الحسيني) .

كما واتوجه بالشكر والتقدير السيد عميد كلية القانون جامعة كربلاء الدكتور (نوري رشيد) واتوجه بالشكر الى رئيس الفرع الخاص الدكتور (اشراق صباح)

واتوجه بالشكر والتقدير الى جميع اساتذتي في كلية القانون جامعة كربلاء بفرعيها العام والخاص الذين كان لهم الفضل في تدريسهم لي في مرحلة دراسة البكالوريوس او الماجستير فجزاهم الله خير الجزاء .

واتوجه بالشكر والامتنان الى السادة اعضاء لجنة المناقشة لتفضلهم قبول مناقشة رسالتي واخص منهم من تجسم عناء السفر , وهو يحمل في قلبه النية الصادقة في تفويم عملي , فلهم مني جزيل الشكر والتقدير .

كما اتقدم بالشكر الجزيل الى موظفي مكتبة كلية القانون جامعة كربلاء لمساعدتهم لي في الحصول على المصادر التي انجزت بها هذه الرسالة .

كما واتقدم بالشكر والامتنان الى موظفي مكتبة العتبة الحسينية المقدسة ومكتبة العتبة العباسية المقدسة لمساعدتهم لي في الحصول على مصادر ساهمت في انجاز واكمال رسالتي فلهم مني جزيل الشكر والامتنان .

كما اشكر زملائي وزميلاتي كافة الذين ابدوا لي الدعم اللامحدود في مسيرتي العلمية .

الباحث

المخلص

يعد الاجتهاد القضائي المعاصر في مسائل الاحوال الشخصية من المواضيع المهمة والتي شغلت اهتمام فقهاء الشريعة الاسلامية ورجال القانون على حد سواء , إذ إنّ من الصعب على المشرع الاحاطة بجميع مسائل الاحوال الشخصية ؛ وذلك نظرا لما قد يستجد من حوادث ومستجدات لم تكن معرفة من قبل ؛ وذلك نتيجة للتطور الحاصل في مختلف الاصعدة .

وبالنظر الى ان القاضي ملزم بإصدار حكم في القضية التي ينظرها والا عد ممتنع عن احقاق الحق , لذا نجد ان القانون احال القاضي بموجب الفقرة الثانية من المادة الاولى من قانون الاحوال الشخصية النافذ الى احكام الشريعة الاسلامي ؛ وذلك من خلال اللجوء الى آراء وفتاوى فقهاء الشريعة المعاصرين الامر الذي فتح بابا واسعا للقضاة للاجتهاد من خلال اصدار الاحكام وسد النقص التشريعي الحاصل في قانون الاحوال الشخصية .

ونتيجة لذلك صدرت العديد من الاحكام القضائية المبنية على اجتهادات قضائية من مختلف المحاكم , سواء في مسائل انشاء الرابطة الزوجية ابتداء , كالاجتهاد في اهلية من لم يبلغ سن الرشد القانونية , او الاثار المالية المترتبة على انشاء الرابطة الزوجية كالاجتهاد في مسائل النفقة واثاث بيت الزوجية , او يكون في الاثار غير المالية كالاجتهاد في مكان بيت الطاعة الذي يعده الزوج ام الاجتهاد في الولاية الجبرية للاب .

او قد يكون الاجتهاد في انحلال الرابطة الزوجية كالطلاق عبر الانترنت او في مسائل الهجر , او قد يكون في الاثار المالية المترتبة على انحلال الرابطة الزوجية كاشتراط الكراهة لصحة البذل في الطلاق الخلعي , او قد يكون في الاثار غير المالية كالاجتهاد في احكام المشاهدة او في نفي النسب .

وعليه فان موضوع الاجتهاد القضائي المعاصر في مسائل الاحوال الشخصية له اهمية كبيرة من الناحية العملية ويستوجب البحث فيه ؛ وذلك للوقوف على مشروعية هذه الاجتهادات , ومدى موافقتها لمبادئ الشريعة الاسلامية , كذلك للوقوف على معرفة مدى مساهمة الاجتهاد في سد النقص التشريعي , وايضا الوقوف على مدى حاجة التشريع للتعديل لمسايرة ومواكبة التطور الحاصل في اطار مسائل الاحوال الشخصية .

قائمة المحتويات

رقم الصفحة	الموضوع
أ_ز	المقدمة:
1	الفصل الأول: مفهوم الاجتهاد القضائي المعاصر في مسائل الاحوال الشخصية
2	المبحث الأول: ماهية الاجتهاد القضائي المعاصر في مسائل الاحوال الشخصية
2	المطلب الأول: التعريف بالاجتهاد القضائي المعاصر
10-2	الفرع الأول: التعريف اللغوي والفقهي للاجتهاد القضائي
13-10	الفرع الثاني: مدلول المعاصرة في اطار مسائل الاحوال الشخصية
14	المطلب الثاني: اساس الاجتهاد القضائي المعاصر وتأصيله التاريخي
20-14	الفرع الاول : اساس الاجتهاد القضاء المعاصر
28 -20	الفرع الثاني : التأصيل التاريخي للاجتهاد القضائي المعاصر
29	المطلب الثالث : تمييز الاجتهاد القضائي المعاصر عما يشته به من اوضاع
32-29	الفرع الاول : تمييز الاجتهاد القضائي المعاصر عن التفسير المتطور للقانون
35-32	الفرع الثاني : تمييز الاجتهاد القضائي المعاصر عن الترجيح
38-35	الفرع الثالث : تمييز الاجتهاد القضائي المعاصر عن القياس
39	المبحث الثاني : ذاتية الاجتهاد القضائي المعاصر
39	المطلب الاول : ضوابط الاجتهاد القضائي المعاصر
44-40	الفرع الاول : انعدام النص القانوني او نقصه او غموضه او تعارضه
46-45	الفرع الثاني: وجود نص قانوني يقرر الاحالة على الفقه الاسلامي
54-47	الفرع الثالث : عدم التقيد بمذهب معين من المذاهب الاسلامية
59-54	الفرع الرابع : عدم مخالفة الاجتهاد القضائي المعاصر لثوابت الاسلام
60	المطلب الثاني : مقومات الاجتهاد القضائي المعاصر
64-60	الفرع الاول: اركان الاجتهاد القضائي المعاصر

70-64	الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها في القاضي
71	المطلب الثالث : نطاق الاجتهاد القضائي المعاصر
80-71	الفرع الاول : الاجتهاد القضائي المعاصر في النص السليم
86-80	الفرع الثاني: الاجتهاد القضائي المعاصر في النص غير الواضح او انعدامه
87	الفصل الثاني: تطبيقات الاجتهاد القضائي المعاصر في مسائل الاحوال الشخصية
88	المبحث الأول: الاجتهاد القضائي المعاصر في انشاء الرابطة الزوجية والاثار المترتبة عليها
88	المطلب الأول: الاجتهاد القضائي المعاصر في انشاء الرابطة الزوجية ابتداء
96-89	الفرع الأول: مدلول البلوغ والرشد ومدى تحققهما في الشريعة الاسلامية
102-96	الفرع الثاني : الموقف التشريعي والقضائي
103	المطلب الثاني: الاجتهاد القضائي المعاصر في الاثار المالية المترتبة على انشاء الرابطة الزوجية
116-103	الفرع الأول: مدى امكانية اعادة تقدير النفقة المفروضة للأبناء
123-116	الفرع الثاني: مدى قدرة الزوجة بالمطالبة بأثاث بيت الزوجية
124	المطلب الثالث: الاجتهاد القضائي المعاصر في الاثار غير المالية المترتبة على انشاء الرابطة الزوجية
133-124	الفرع الاول : اشتراط الزوجة سكن قريب عن محل عملها
140-133	الفرع الثاني: مشروعية سلب ولاية الاب لعدم الانفاق على اولاده
141	المبحث الثاني : الاجتهاد القضائي المعاصر في انحلال الرابطة الزوجية والاثار المترتبة عليها
142	المطلب الأول: الاجتهاد القضائي المعاصر في انحلال الرابطة الزوجية
151-142	الفرع الاول: الطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة
160-151	الفرع الثاني: الهجر الموجب للتفريق
161	المطلب الثاني : الاجتهاد القضائي المعاصر في الاثار المالية المترتبة على انحلال الرابطة الزوجية
165-161	الفرع الاول : مدلول الكراهية في الخلع

171-165	الفرع الثاني : الموقف الفقهي والتشريعي والقضائي
172	المطلب الثالث: الاجتهاد القضائي المعاصر في الاثار غير المالية المترتبة على انحلال الرابطة الزوجية
179-172	الفرع الاول : الاخلال في تنفيذ حكم مشاهدة المحضون
189-180	الفرع الثاني: نفي النسب الثابت بالفراش بالطرق العلمية الحديثة
203-200	الخاتمة:
221-204	المصادر:

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد الخلق والمرسلين محمد المبعوث
رحمة للعالمين وعلى آله الطيبين الطاهرين

أما بعد. يتركز موضوع البحث في بيان مفهوم الاجتهاد القضائي المعاصر في
مسائل الاحوال الشخصية .

ومن اجل اعطاء فكرة واضحة عن موضوع البحث لا بد ان نقسم مقدمة البحث
على النقاط الاتية :

أولا - موضوع البحث

إنّ موضوع البحث يتمثل في بيان معنى الاجتهاد القضائي المعاصر ومدى تأثيره
في مسائل الاحوال الشخصية , فمن المعلوم ان القاضي عندما يعرض عليه النزاع
فانه يلجأ الى النصوص التشريعية من اجل انزال حكم القانون على الوقائع
المعروضة أمامه , وفي حال انعدام النص او نقصه او غموضه , فانه يلجأ الى
الاجتهاد من اجل الوصول الى حكم حتى لا يعتبر منكرا للعدالة .

ويلاحظ ان هناك ارتباطا وثيقا بين قانون الاحوال الشخصية وبين الشريعة
الاسلامية الغراء , إذ عدّ المشرع العراقي مبادئ الشريعة الاسلامية المصدر الثاني
بعد التشريع ؛ وذلك بموجب الاحالة المقررة في الفقرة الثانية من المادة الاولى من
قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (88) النافذ والمعدل لسنة 1959 والتي
نصت على ما يلي : "اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ
الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون " .

وبالتالي فان المشرع العراقي فتح بابا واسعا للاجتهاد القضائي لحسم الكثير من
القضايا التي تعرض على المحاكم والتي لم يعالجها المشرع العراقي ؛ وذلك من
خلال اللجوء الى آراء وفتاوى فقهاء الشريعة الاسلامية من اجل استنباط الاحكام
وحسم النزاع .

وقد صدرت العديد من الاحكام المبنية على اجتهادات قضائية من مختلف المحاكم
العراقية والتي عالجت الكثير من المسائل التي لم يتطرق إليها المشرع العراقي ,
سواء في مسائل انشاء الرابطة الزوجية ام انحلالها , وسواء في الاثار المالية ام
غير المالية المترتبة عليها , الامر الذي يتطلب منا بيان دور الاجتهاد القضائي
المعاصر في حسم هذه القضايا .

ثانيا - اهمية البحث

تبرز اهمية البحث في معرفة مفهوم الاجتهاد القضائي المعاصر في مسائل الاحوال الشخصية والوقوف على اهم الاجتهادات المعاصرة التي صدرت مؤخرا , إذ إنَّ قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ عدَّ الشريعة الاسلامية المصدر الثاني بعد التشريع , وبالتالي فلا بد من معرفة مدى مساهمة الاجتهاد القضائي في سد النقص التشريعي الحاصل في قانون الاحوال الشخصية .

وكذلك تكمن اهمية البحث في معالجة العديد من القضايا المستجدة التي ظهرت مؤخرا والتي شغلت اهتمام فقهاء الشريعة الاسلامية والقانون على حد سواء , وايضا بيان مدى قدرة الاجتهاد القضائي في حل الاشكاليات المتعلقة بمسائل الاحوال الشخصية .

وايضا معرفة مدى قدرة الاجتهاد القضائي المعاصر في تطوير نصوص قانون الاحوال الشخصية , وايضا التعرف على مدلول الاجتهاد القضائي المعاصر في اطار مسائل الاحوال الشخصية .

ثالثا - اشكالية البحث

تبرز الاشكالية الاساسية التي يثيرها موضوع البحث ونحاول عن طريقه معالجتها في ان قانون الاحوال الشخصية جاء خاليا من تنظيم بعض المسائل واحالها على الفقه الاسلامي بموجب الفقرة الثانية من المادة الاولى من قانون الاحوال الشخصية العراقي , الامر الذي فتح بابا واسعا للقاضي للاجتهاد من اجل الوصول الى حكم لحسم النزاع , وبالتالي فلا بد من معرفة مدى امكانية الاجتهاد القضائي المعاصر في حل الكثير من الاشكاليات التي لم يتطرق اليها قانون الاحوال الشخصية والتي احالها الى الفقه الاسلامي .

وكذلك معرفة المعيار الذي يتبعه القاضي في تحديد مبادي الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص قانون الاحوال الشخصية .

وايضا معرفة مدى امكانية القاضي الاسترشاد بالأحكام التي اقرها القضاء والفقه الاسلامي في العراق والبلاد الاسلامية التي تتقارب قوانينها من القوانين العراقية , وكذلك مدى امكانية الاستعانة بالاجتهادات القضائية السابقة الصادرة من مختلف المحاكم العراقية , وهل ان القاضي ملزم بالأخذ بها بوصفها سوابق قضائية ام يجوز له ان يصدر اجتهادا مخالفا ينقض به الاجتهادات السابقة الصادرة من المحاكم الاخرى؟.

وايضا مدى ملائمة الخوض في اعماق الفقه الاسلامي لسد النقص التشريعي
الحاصل انطلاقا من مبدا الاحالة على الفقه الاسلامي مع بيان موقف المحكمة
الاتحادية العليا من مسألة مدى تعارض ثوابت الاسلام مع نصوص قانون الاحوال
الشخصية العراقي .

رابعا - منهجية البحث ونطاقه

سنتبع في موضوعنا الاجتهاد القضائي المعاصر في مسائل الاحوال الشخصية
ثلاثة مناهج يمكن بيانها من خلال الاتي :

١-**المنهج الاستقرائي** : وذلك لاستقراء النصوص القانونية والقرارات القضائية
الصادرة من المحاكم والمتعلقة بموضوع البحث للوصول الى احكام عامة .

٢-**المنهج التحليلي**: سنتطرق في هذا المنهج لكل جزئية من جزئيات البحث من
خلال تحليلها ومعرفة مدى امكانية معالجتها .

٣-**المنهج المقارن** : سنجري من خلال هذا المنهج مقارنة فقهية بين المذاهب
الاسلامية , ومن هذه المذاهب المذهب الامامي والمذهب الحنفي والمذهب الشافعي
والمذهب المالكي والمذهب الحنبلي من خلال بيان موقف المذاهب الاسلامية من
الاجتهاد القضائي في مسائل الاحوال الشخصية .

وكذلك التطرق للقوانين محل المقارنة وذلك من خلال اجراء مقارنة قانونية مع
بعض القوانين , ومن هذه القوانين القانون المصري رقم (100) لسنة 1985
الخاص بتعديل بعض احكام قوانين الاحوال الشخصية.

وايضا المقارنة مع القوانين الجزائرية ومنها قانون الاسرة الجزائري لعام 1984
النافذ والمعدل , ثم نعمل على مقارنتها بالقانون العراقي ومعرفة الرأي الراجح منها
, وعززت هذه الدراسة بمجموعة من الاحكام والاجتهادات القضائية الصادرة عندنا
في العراق وبعض الدول العربية.

مع ملاحظة ان اساس دراستنا هو بيان موقف القضاء من هذه المسائل , مع
المقارنة ومدى الاستئناس بالقضاء المقارن للقانون العراقي استنادا الى الفقرة
الثانية من المادة الاولى من قانون الاحوال الشخصية النافذ .

سادسا _ هيكلية الدراسة

نظرا لأهمية موضوع دراستنا سنقسم الرسالة على فصلين , نتطرق في الفصل
الاول الى مفهوم الاجتهاد القضائي المعاصر في مسائل الاحوال الشخصية من

خلال تقسيم الفصل على مبحثين , نتطرق في المبحث الاول الى ماهية الاجتهاد القضائي المعاصر , وسنقسم المبحث على ثلاثة مطالب , نتطرق في اولهما الى التعريف الاجتهاد القضائي المعاصر , في حين سنخصص المطلب الثاني لبيان اساس الاجتهاد القضائي المعاصر وتأصيله التاريخي , بينما نتطرق في المطلب الثالث لتمييز الاجتهاد القضائي عما يشته به من الاوضاع , اما المبحث الثاني فسننتقل الى ذاتية الاجتهاد القضائي المعاصر من خلال بيان ضوابط الاجتهاد القضائي المعاصر ومقوماته وكذلك نطاق الاجتهاد القضائي المعاصر .

اما الفصل الثاني فسننتقل لبيان تطبيقات الاجتهاد القضائي المعاصر في مسائل الاحوال الشخصية ؛ وذلك من خلال تقسيمه على مبحثين , نتطرق في اولهما الى الاجتهاد القضائي المعاصر في مسائل انشاء الرابطة الزوجية والاثار المترتبة عليها من خلال تقسيمه على ثلاثة مطالب , نتطرق في المطلب الاول الى الاجتهاد القضائي في انشاء الرابطة الزوجية ابتداء , ومن ثم نتطرق في المطلب الثاني الاجتهاد القضائي المعاصر في الاثار المالية المترتبة على انشاء الرابطة الزوجية , في حين نخصص المطلب الثالث للاجتهاد القضائي المعاصر في الآثار غير المالية المترتبة على انشاء الرابطة الزوجية , اما المبحث الثاني فسننتقل فيه الى تطبيقات الاجتهاد القضائي المعاصر في انحلال الرابطة الزوجية من خلال تقسيمه على ثلاثة مطالب , نتطرق في اولهما الى الاجتهاد القضائي المعاصر في انحلال الرابطة الزوجية , في حين سنتطرق في المطلب الثاني الى الاثار المالية المترتبة على انحلال الرابطة الزوجية , واخيرا سنبين في المطلب الثالث الاجتهاد القضائي المعاصر في الاثار غير المالية المترتبة على انحلال الرابطة الزوجية.

ومن ثم انتهينا في موضوع الرسالة الى نتائج وتوصيات توصلنا اليها من خلال البحث .

الفصل الاول

مفهوم الاجتهاد القضائي المعاصر في مسائل الاحوال الشخصية

تمهيد وتقسيم:

يعد الاجتهاد القضائي المعاصر من المسائل المهمة التي شغلت اهتمام فقهاء الشريعة الاسلامية والقانون على حد سواء ، حيث نجد ان البعض من مسائل الاحوال الشخصية تمت معالجتها من قبل المشرع والبعض الاخر لم تتم معالجتها بشكل دقيق ، الامر الذي سمح للقضاء ان يصدر احكاما مبنية على اجتهادات قضائية في مختلف مسائل الاحوال الشخصية ؛ متداركا في ذلك النقص التشريعي الحاصل ، ومن هذه الاجتهادات ما هو موافقا لأحكام الشريعة الاسلامية وبالتالي يلق قبولا حسنا من قبل المهتمين بأحكام الشريعة والقانون ، واخرى ما يكون مخالفا لأحكام الشريعة والتي تصدر بالاستناد الى اجتهاد القاضي دون ان تستند الى راي فقيه مجتهد من فقهاء الشريعة الاسلامية المعاصرين ، وبالتالي يكون مدعاة للنقض .

وتعد اغلب مسائل الاحوال الشخصية من المسائل المتعلقة بالحل والحرمة سواء كانت الحرمة متعلقة بأنشاء الزواج ام الاثار المترتبة عليه ام في انحلال الرابطة الزوجية ام في الاثار التي تترتب عليها ، لذا يتوجب على القاضي الرجوع الى احكام الشريعة الاسلامية الغراء حتى لا يكون حكمه مدعاة للنقض بحجة مخالفتها لمبادئ الشريعة الاسلامية وثوابت الاسلام الامر الذي يحتم على القاضي ان يجتهد من اجل اصدار الحكم .

إضافة الى ما تقدم ان مفهوم الاجتهاد القضائي المعاصر في مسائل الاحوال الشخصية لم يلق اهتمام ومعالجة كافية من قبل الباحثين في مسائل الاحوال الشخصية اذ لم يتم وضع مفهوم دقيق للاجتهاد القضائي المعاصر الامر الذي يحتم علينا ان نميزه عن باقي الاوضاع الاخرى التي تشته به وان نحدد نطاقه وشروطه ؛ وذلك من خلال الرجوع الى اراء فقهاء الشريعة الاسلامية من اجل اعطاء فكرة واضحة عن الاجتهاد القضائي المعاصر في مسائل الاحوال الشخصية.

وعليه فقد ارتأينا ايراد تعريف مانع جامع للاجتهاد القضائي المعاصر في مسائل الاحوال الشخصية وبناء على ذلك سنقسم هذا الفصل على مبحثين نتطرق في المبحث الاول الى ماهية الاجتهاد القضائي المعاصر في مسائل الاحوال الشخصية،

في حين سنخصص المبحث الثاني الى ذاتية الاجتهاد القضائي المعاصر وعلى النحو التالي:

المبحث الاول

ماهية الاجتهاد القضائي المعاصر في مسائل الاحوال الشخصية

لا يقتصر الاجتهاد القضائي على مسائل الاحوال الشخصية ، فحسب وانما يمتد الى قوانين اخرى كالقانون المدني والقوانين الاجرائية وغيرها من القوانين ، لذا يتعين علينا في هذا المبحث تعريف الاجتهاد القضائي المعاصر في مسائل الاحوال الشخصية وبيان مفهومه بشكل دقيق الامر الذي يقتضي بيان ذلك من الناحية اللغوية والاصطلاحية ولا نقف على ذلك الحد ، بل نتطرق الى تمييزه عن غيره من الانظمة الاخرى التي تشتهبه معه من خلال بيان اوجه الشبه والاختلاف حتى يتسنى لنا الوقوف على حقيقة الاجتهاد القضائي المعاصر .

ولكل ما تقدم ارتأينا تقسيم هذا المبحث على ثلاثة مطالب سنبيين في الاول تعريف الاجتهاد القضائي المعاصر ، وسنتطرق في المطلب الثاني الى مشروعية الاجتهاد القضائي المعاصر وتأصيله التاريخي ، بينما نخصص المطلب الثالث الى تمييز الاجتهاد القضائي عن غيره من الاوضاع المتشابهة معه وذلك على النحو التالي :

المطلب الاول

التعريف بالاجتهاد القضائي المعاصر

لبيان تعريف الاجتهاد القضائي المعاصر في مسائل الاحوال الشخصية يحتم علينا ايراد تعريف الاجتهاد القضائي المعاصر في الاصطلاح اللغوي والفقهي وكذلك بيان التعريف التشريعي والقضائي . وعليه سنقسم هذا المطلب على فرعين ، نتطرق في الفرع الاول الى تعريف الاجتهاد القضائي في الاصطلاح اللغوي والفقهي ، اما الفرع الثاني فسننتطرق الى بيان مدلول المعاصرة في اطار مسائل الاحوال الشخصية وذلك على النحو الاتي:

الفرع الاول

التعريف اللغوي والفقهي للاجتهاد القضائي

لغرض بيان مفهوم الاجتهاد القضائي المعاصر في الاصطلاح اللغوي والفقهي يتعين علينا ان نقسم هذا الفرع على فقرات ، نتطرق في الفقرة الاولى الى تعريف الاجتهاد في الاصطلاح اللغوي والفقهي ، بينما نخصص الفقرة الثانية الى تعريف

القضاء في الاصطلاح اللغوي والفقهي ومن ثم التطرق الى التعريف المركب للاجتهاد القضائي في الفقرة الثالثة وذلك على النحو الاتي :

اولا- الاجتهاد في الاصطلاح اللغوي والفقهي

لغرض بيان مفهوم الاجتهاد لغة وفقها يتعين علينا ان نقسم هذه الفقرة على قسمين يبين في القسم الاول الاجتهاد في الاصطلاح اللغوي اما القسم الثاني نتطرق الى الاجتهاد في الاصطلاح الفقهي وذلك على النحو الاتي :

1 - الاجتهاد في الاصطلاح اللغوي

الاجتهاد في اللغة : على وزن اَفْتَعَلَ ، وهو مصدر الفعل جَهَدَ، ويجتهد اجتهدا فهو مجتهد¹ ، وقد ورد لفظ الاجتهاد في معاجم اللغة بمعان عدة سنتطرق لها على النحو الاتي :

أ- **بذل الوسع**: نحو اجتهد في الشيء ، أي بذل ما في وسعة ولم يقعد عن السعي².

ب- **الغاية وايضا الطاقة والمشقة**³ في الامر، نحو اجهد جهدك أي ابلغ غايتك⁴.

ت- **ومنها النهاية**⁵.

ث- **المبالغة** : نحو جد الرجل أي بالغ⁶ . والجهد هو المبالغة وبذل المشقة وجهد الرجل في كذا أي جد فيه وبالع⁷ ، وجهد في الامر جهدا أي تعب فيه وبلغ جهده أي حمله فوق طاقته⁸ وجد الرجل في كذا أي جد فيه وبالع والاجتهاد والتجاهد هو بذل الوسع⁹.

1 د. جبران مسعود ، الرائد ، معجم لغوي معاصر ، المجلد 1 ، ط6 ، مطبعة دار العلم للملايين ، بيروت ، لبنان 1992، ص410.

2 د. جبران مسعود ، الرائد ، معجم لغوي معاصر ، المصدر السابق ، ص410

3 ابن منظور ، محمد بن مكرم ، لسان العرب ، ج 3، ط4 ، دار صادر ، بيروت ، بلا سنة طبع ، ص133

4 مجمع اللغة العربية في القاهرة ، المعجم الوجيز ، المجلد 1، باب ج، ط2 ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، ص122.

5 د. جبران مسعود ، الرائد ، معجم لغوي معاصر ، مصدر سابق ، ص 410

6 الفيروز ابادي ، مجد الدين محمد بن يعقوب ، القاموس المحيط ، باب ج ، المجلد 1 ، ط 8 ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان ، 2005 ، ص 304

7 الهنائي ، ابي الحسن علي بن الحسن ، المنجد في اللغة ، ط 2 ، عالم الكتب ، القاهرة ، 1988 ، ص

106

8 احمد ابو حاققة ، معجم النفائس الكبير ، المجلد 2، ط 1، دار النفائس ، 2007، ص304

9 الرازي ، زيد الدين ابو عبد الله محمد بن ابكر ، معجم مختار الصحاح ، باب ج ، ط 1 ، مكتبة لبنان ، لبنان ، 1986 ، ص 48 ،

ج- الغاية : نحو جهد في الامر أي جهد فيه وطلب حتى وصل الى غايته¹.
ح- الوصول الى الغاية وبذل المشقة والصعوبة , واجهد أي وقع في الجهد والمشقة².

والاجتهاد بذل غاية ما في الوسع ليحصل بضمن بحكم شرعي³ , والمجتهد هو الفقيه المستفرغ لوسعه⁴.

ولم يرد لفظ الاجتهاد في القران الكريم وانما ورد مادته كما في قوله تعالى " وَالَّذِينَ لَا يَجِدُونَ إِلَّا جُهْدَهُمْ"⁵. أي بالجهد وبالكاد وصعوبة , كذلك في قوله تعالى : " وَأَقْسَمُوا بِاللَّهِ جَهْدَ أَيْمَانِهِمْ"⁶.

ويرى الباحث ان مصطلحي (بذل الوسع والمشقة) هو الاقرب ؛ وذلك لان الاجتهاد يحتاج الى قدر من الجهد والوقت من اجل التوصل الى حكم , إذ إن الاجتهاد يعتمد على الاستنباط الذي بدوره يعتمد على فهم دلالات ومعاني الالفاظ وبيان الخاص والعام والمطلق والمقيد وغيرها من الوسائل التي يعتمدها المجتهد من اجل استنباط الاحكام الشرعية من ادلتها التفصيلية .

2- الاجتهاد في الاصطلاح الفقهي

اختلف فقهاء الشريعة الاسلامية في تحديد مفهوم الاجتهاد , فذهب الحنفية الى تعريفه بانه:" بذل الطاقة من الفقيه في تحصيل حكم شرعي"⁷. ويلاحظ على هذا التعريف انه لم يحدد نطاق الاجتهاد بالاحكام الظنية دون القطعية بالإضافة الى ذلك انه اخرج العامي او المقلد من دائرة الاجتهاد بقوله (الفقيه) , حيث قصر الاجتهاد على الفقهاء فقط.

¹ مجمع اللغة العربية في القاهرة , المعجم الوجيز , مصدر سابق , ص122
² مجمع اللغة العربية في القاهرة , المعجم الوسيط , باب ج , ط4 , مكتبة الشروق الدولية , مصر, 2004 , ص

142

³ مجمع اللغة العربية في القاهرة , المعجم الوجيز , مصدر سابق , ص122

⁴ مجمع اللغة العربية في القاهرة , المعجم الوجيز , المصدر سابق , ص122

⁵ التوبة /79.

⁶ النحل/35

⁷ الحنفي , كمال الدين بن محمد بن عبد الواحد , تيسير التحرير , تحقيق محمد امين (امير بادشاه) , ج4, دار الباز , مكة المكرمة , بلا سنة طبع , ص179.

وعُرّف خر منهم على انه: "بذل الطاقة من الفقيه في تحصيل حكم شرعي عقليا كان ام نقليا قطعيا كان ام ظنيا" ¹. ويتميز هذا التعريف بالعمومية اذ يشمل ما كان قطعي وظني الدلالة .

وعرفه الشافعية بانه: "استفراغ الفقيه الوسع لتحصيل ظن بحكم شرعي" ². ويفهم من هذا التعريف انه مقتصر على الاحكام الظنية دون القطعية .

وعرفه اخر منهم على انه: "بذل الوسع في نيل حكم شرعي عملي بطريق الاستنباط" ³. ويتضح من هذا التعريف ان الاجتهاد لا يكون في النصوص التي يكون الحكم فيها واضحا وظاهرا , بل لا بد من ان يكون النص خفي وغير واضح في دلالاته على الحكم المراد , وبالتالي لا بد من الاستنباط حتى يعد اجتهادا .

وعرفه المالكية الاخر بانه: "استفراغ الوسع لتحصيل العلم او الظن بالعلم" ⁴ او هو "استفراغ الفقيه الوسع لتحصيل ظن بحكم شرعي" ⁵.

في حين عرفه فقهاء الحنابلة الاجتهاد على انه البعض الاخر بانه: "استفراغ الوسع في طلب الظن بشيء من الاحكام الشرعية على وجه يحس من النفس المزيد من العجز" ⁶. او: "هو بذل المجهود في طلب العلم باحكام الشريعة" ⁷.

ويفهم من ذلك ان التعاريف اعلاه تتفق في ان الاجتهاد هو بذل الوسع والجهد من اجل التوصل الى حكم .

اما فقهاء الامامية فمنهم من عرف الاجتهاد بانه: "بذل الجهد في استخراج الاحكام الشرعية" ⁸.

1 البخاري ،علاء الدين بن عبد العزيز بن احمد ، كشف الاسرار، ج4، دار الكتب العربي ، بيروت ، لبنان ، بلا سنة طبع ، ص14.

2 ابن سبكي، تاج الدين بن عبد الوهاب بن علي ، جامع الجوامع في اصول الفقه ، تحقيق عبد المنعم خليل ابراهيم ، ط2 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، بلا سنة ، ص228

3 الزركشي ، بدر الدين محمد بن بهادر، البحر المحيط في اصول الفقه ، المجلد 8 ، ط1 ، دار الكتب ، ص 227

4 الشاطبي، ابي اسحاق بن ابراهيم بن موسى بن محمد ، الموافقات ، تحقيق ابي بكر بن عبد الله ان ابو زيد ، المجلد 5 ، دار ابن عفان ، ط1 ، 1997 ، ص51.

5 ابن الحاجب، محمود بن عبد الرحمن بن احمد ، مختصر ابن الحاجب ، تحقيق محمد مظهر حقا ، ج3 ، دار المدني السعودي ، ط1، 286.

6 الامدي ،علي بن محمد بن سالم ، الاحكام في اصول الاحكام ، المجلد 2، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ص179.

7 ابن قدامة ،موفق الدين عبد الله بن احمد ، روضة الناظر، تحقيق د .شعبان محمد اسماعيل ، ج2 ، ط1 ، المكتبة الملكية ، ص1998 ، ص333.

وعرفه اخر منهم بانه : " بذل الجهد الفكري لاستخراج الاحكام الشرعية واستنباطها نفيًا او اثباتًا "1.

وعرفه البعض بانه : " استفراغ الوسع في النظر فيما هو من المسائل الظنية على وجه لا زيادة فيه"2. ويفهم من ذلك ان استفراغ الوسع وبذل الجهد في النصوص الظنية دون القطعية .

ويعرف الباحث الاجتهاد بانه : (قيام المجتهد باستنباط حكم شرعي في مسألة من مسائل الاحوال الشخصية الظنية الدلالة من اجل التوصل الى حكم شرعي مستندا في ذلك على الادلة الشرعية).

ويفهم من هذا التعريف ان الاجتهاد مقتصر على من هو فقيه , وبالتالي لا يحق للمقلد استنباط الاحكام , وكذلك بيان طريقة الاجتهاد وهي الاستنباط التي بدورها تعتمد على عدة قواعد وضوابط تتمثل بالعلم بالقران الكريم والسنة النبوية الشريفة ودلالات الالفاظ ومعاني النحو والصرف وغيرها من الادوات التي تمكن المجتهد من عملية الاستنباط , وكذلك قصر الاجتهاد على ما كان ظني الدلالة , وبالتالي اخراج ما كان قطعيا من دائرة الاجتهاد .

ثانيا - القضاء في الاصطلاح اللغوي والفقهي

لغرض تعريف القضاء في اللغة والاصطلاح يتعين علينا ان نعرف القضاء في اللغة ومن ثم تعريف القضاء في الاصطلاح الفقهي وكالاتي :

1 - القضاء في اللغة

القضاء في اللغة : من الفعل قضى يقضي فهو قاض ، وهو مصدر الفعل يقضي ، وقد ورد لفظ القضاء في معاجم اللغة بمعان عدة :

- أ- الحكم 3 ، او هو الفصل في الحكم 4, كما في قوله تعالى "وَقَضَى رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا"⁵.
- ب- وقيل انه الحتم والبيان⁶.

8- الحلي ، نجم الدين جعفر بن الحسن ، معارج الاصول ، تحقيق السيد محمد حسن رضوي ، بدون دار ، بلا سنة ، ص179.

1 السيستاني ، علي الحسيني ، الاجتهاد والتقليد والاحتياط ، تحقيق محمد علي الرباني ، دار العلم ، ص8
2 الحلي ، ابو منصور جمال الدين، مبادئ علم الاصول ، تحقيق عبد الحسين محمد علي البقال ، ط2، دار الاضواء ، بيروت ، لبنان ، 1986، ص 240.

3 ابن منظور، محمد بن مكرم ، لسان العرب ، مصدر سابق ، ص186

4 مجمع اللغة العربية في القاهرة ، المعجم الوسيط ، مصدر سابق ، ص122

5 الاسراء/23

- ت- وقيل الفراغ¹ والانتهاء² كما في قوله تعالى: "فَإِذَا قَضَيْتُمُ الصَّلَاةَ فَادْكُرُوا اللَّهَ قِيَمًا وَقُودًا"³ , وفي قوله تعالى: "وَقَضَيْنَا إِلَيْهِ ذَلِكَ الْأَمْرَ أَنَّ دَابِرَ هَوَاءٍ مَقْطُوعٌ مُصْبِحِينَ"⁴.
- ث- وقيل انه الامر⁵ كما في قوله تعالى: " وَقَضَى رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِأَلْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا"⁶.
- ج- وقيل انه بلوغ الشيء⁷: كقوله تعالى: "فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِّنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا"⁸.
- ح- وكذلك قيل انه الاداء⁹: كما في قوله تعالى: "فَإِذَا قَضَيْتُمْ مَنَسِكَكُمْ فَادْكُرُوا اللَّهَ كَذِكْرِكُمْ آبَاءَكُمْ أَوْ أَشَدَّ ذِكْرًا"¹⁰.

ويتضح من خلال بيان التعريف اللغوي للقضاء , ان القضاء ورد في اكثر من معنى في متون اللغة , وفي اطار بحثنا فأنا نرى ان المصطلح الاقرب هو (الفصل في الحكم والبيان) من بين تلك المعاني ؛ وذلك لان وظيفة القضاء تتركز على فصل الخصومات وقطع النزاعات بين الافراد وبيان الحقوق والالتزامات التي تترتب على عاتق اطراف الدعوى .

2- القضاء في الاصطلاح الفقهي .

اختلف فقهاء الشريعة الاسلامية في وضع تعريف محدد لمفهوم القضاء وتعددت آراؤهم في هذا الصدد

فذهب الحنفية الى تعريف القضاء بانه: "فصل الخصومات وقطع المنازعات على وجه خاص"¹¹.

⁶ الفيروز ابادي , القاموس المحيط , مصدر سابق , ص 1336

¹ د. جبران مسعود , الرائد , معجم لغوي معاصر , مصدر سابق , ص 1829

² الرازي , معجم مختار الصحاح , مصدر سابق , ص 217

³ النساء/103

⁴ الحجر /66

⁵ مجمع اللغة العربية في القاهرة , المعجم الوجيز , مصدر سابق , ص 506

⁶ الاسراء/23

⁷ ابو نصير اسماعيل بن حماد الجواهري , تاج اللغة وصحاح العربية , تحقيق محمد محمد تامر , دار الحديث

, القاهرة , مصر , 2009 , ص 949

⁸ الاحزاب /37

⁹ عبد الله البستاني اللبناني , معجم البستان , ج 2 , مطبعة الامير كانية , بيروت لبنان , 1927 , ص 1960

¹⁰ البقرة/200

¹¹ ابن عابدين , رد المحتار على الدر المختار , مصدر سابق , (352/5).

ويؤخذ على هذا التعريف انه غير مانع ؛ كونه قد يدخل الصلح ولا يقتصر على القضاء في فصل الخصومات .

وعرفه اخر منهم على انه : " الحكم بين الناس بالحق والحكم بما انزل الله تعالى"1 . ويفهم من ذلك بطلان كل حكم مخالف الشريعة الاسلامية .

وعرفه الشافعية بانه : " الزام من له الزام بحكم الله تعالى"2 . ويفهم من هذا التعريف الزامية الحكم الذي يصدر من القاضي حيث يلتزم به الخصوم بخلاف الحكم الفقهي الذي يصدره الفقيه فلا يكون ملزما للخصوم .

كما عرفه المالكية بانه:" الاخبار عن حكم شرعي على سبيل الالزام"3 . ويتميز هذا التعريف بالدقة حيث ان وظيفة القضاء هي الاخبار بالأحكام الشرعية والزام الاطراف بها , فالقضاء هو اخبار وليس انشاء للأحكام الشرعية ما لم يكن القاضي مجتهدا حينئذ تكون وظيفته منشأ للأحكام .

وعرفه الحنابلة بانه : "الالزام بالحكم الشرعي وفصل الخصومات"4 . ويفهم من هذا التعريف ان القاضي يلزم الخصوم بالحكم الذي يصدره في القضية المطروحة امامه اما الامامية فقد عرفوا القضاء بانه : " فصل الخصومة بين المتخاصمين والحكم بثبوت دعوى المدعي او بعدم الحق له على المدعى عليه"5 .

وعرفه اخر منهم بانه : "ولاية الحكم شرعا لمن له اهلية الفتوى بجزئيات القوانين الشرعية على اشخاص معينة من البرية بأثبات الحقوق واستيفائها للمستحق"6 .

ويؤخذ على هذا التعريف انه جعل من القضاء ولاية في حين ان القضاء ليس ولاية انما هو فرع من فروع الولاية7

1 الكاساني، علاء الدين بن ابي بكر بن مسعود ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، تحقيق الشيخ علي محمد عوض والشيخ عادل احمد عبد الموجود ، ج9، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ص83.

2 شمس الدين ، محمد بن ابي العباس احمد بن حمزة ، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، ج8 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ص235

3 ابن فرحون المالكي ، تبصرة الاحكام في اصول الاقضية ومنهاج الاحكام ، ج1، دار عالم الكتب للنشر والتوزيع ، الرياض ، 2003 ، ص12.

4 البهوتي ، منصور بن يونس بن ادريس ، كشاف القناع عن متن الاقناع ، تحقيق محمد امين ، ج6 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، بلا سنة ، ص285

5 الخوئي ، ابو القاسم الموسوي ، مباني تكملة المنهاج ، القضاء والحدود ، ج1، ط4 ، مؤسسة الخوئي الاسلامية ، بلا مكان ، 2009 ، ص5

6 السيد الكلبايكاني ، كتاب القضاء ، تحقيق علي الحسيني الميلاني ، بلا دار نشر ، بلا سنة ، ص10

7 والولاية العامة : هي السلطة التي بها تحل ارادة محل ارادة حاضرة كانت ام غائبة ، ينظر الى : الشيخ محسن الأراكي ، كتاب القضاء، مجمع الفكر الاسلامي ، ص12.

ويميل الباحث الى تعريف الحنابلة في ان القضاء هو: (الالزام بالحكم الشرعي وفصل الخصومات) , حيث ركز على صفة الالزام في القضاء , وبالتالي فان صفة الالزام هي التي تميز القضاء عن الصلح .

ثالثا - التعريف المركب للاجتهاد القضائي

عرف فقهاء القانون الاجتهاد القضائي بانه: " المسلك الذي يتبعه القضاة في احكامهم سواء منها ما يتعلق بنصوص القانون ام باستنباط الحكم الواجب تطبيقه عند عدم النص"¹.

وعرفه اخر بانه: "المسلك الذي يتبعه القضاة في استنباط الاحكام الشرعية في النوازل المعروضة عليهم"² ويفهم من التعريفين ان الاجتهاد القضائي يكون في اطار المسائل التي لم يتم وضع تنظيم قانوني لها من قبل المشرع او ما يسميه الفقه بالفراغ التشريعي .

بينما ذهب البعض الى تعريفه بانه: " الرأي الذي يتوصل اليه القاضي في حل مسألة قانونية والذي يقضي به"³ . ويتميز هذا التعريف بالعمومية إذ يشمل احكام المحاكم التي تصدر تطبيقا للنص القانوني وتلك الاحكام التي تصدر نتيجة الاجتهاد عند انعدام النص الذي يحكم الواقعة محل النزاع .

وعرفه البعض الاخر بانه: " استفراغ القاضي جهده لتنزيل الحكم الشرعي على القضية المطروحة امامه عند عدم وجود النص الذي يستند اليه من الكتاب والسنة وذلك بالاستدلال بالقياس او بأحد الادلة الاجتهادية الاخرى كما يكون عند وجود النص ظني الثبوت والدلالة فيجتهد القاضي في فهم مراد النص وتحقيق مناطه"⁴.

بينما عرفه اخرون بانه: " بذل القاضي جهده في استنباط الاحكام القانونية من مصادرها الرسمية"⁵ . يلاحظ على هذا التعريف خص الاستنباط بالاحكام القانونية دون الشرعية في حين ان الاجتهاد في اطار مسائل الاحوال الشخصية يكون من احكام الشريعة الاسلامية عند انعدام النص القانوني .

¹ اثر العدول في الاجتهاد القضائي على استقرار الامن القانوني ، رسالة ماجستير تقدمت بها الطالبة اسيل حامد شاكر الى مجلس كلية القانون جامعة المستنصرية، 2021 ، ص10

² اثر العدول في الاجتهاد القضائي على استقرار الامن القانوني ، المصدر السابق ، ص10

³ الاجتهاد القضائي فيما لا نص فيه وتطبيقاته في الشريعة والقانون ، اطروحة دكتوراه تقدم بها صالح خالد صالح الشقيرات الى كلية الدراسات العليا الجامعة الاردنية ، 2007 ، ص 43 - 44

⁴ محفوظ بن صغير، اجتهاد القاضي في العصر الحديث وضرورة التقنين في مجال الاحوال الشخصية ، مجلة الدراسات والبحوث القانونية ، العدد السادس ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة ، ص90

⁵ محفوظ بن صغير، اجتهاد القاضي في العصر الحديث وضرورة التقنين في مجال الاحوال الشخصية ، المصدر السابق ، ص90

وعُرّف ايضا بانه "المسلك الذي يتبعه القضاة في استنباط الاحكام الشرعية في النوازل المعروضة عليهم وتطبيق النصوص الشرعية والقانونية على الوقائع والاحداث وتفسير نصوص القانون والوقائع وتفريعها على اصولها , والسير بإجراءات التقاضي حتى صدور الحكم"¹.

ويلاحظ على هذا التعريف انه عدّ تطبيق النصوص القانونية على الوقائع التي تعرض على القضاء اجتهادا وهذا لا يصلح لان مجرد تطبيق النصوص القانونية على الوقائع لا يعتبر اجتهادا بالمعنى الذي بيناه سابقا .

ولغرض اعطاء تعريف مانع جامع للاجتهاد القضائي المعاصر في مسائل الاحوال الشخصية يتعين علينا ان نبين مدلول المعاصرة في اطار مسائل الاحوال² .

الفرع الثاني

مدلول المعاصرة في اطار مسائل الاحوال الشخصية

لغرض بيان مدلول المعاصرة يتعين علينا ان نبين مدلول المعاصرة في اللغة والاصطلاح وعليه يتعين علينا ان نقسم هذا الفرع الى فقرتين نتناول في الفقرة الاولى مدلول المعاصرة في اللغة اما الفقرة الثانية فسنخصصها لبيان مدلول المعاصرة في الاصطلاح الفقهي وكالاتي :

اولا - مدلول اللغوي للمعاصرة

المعاصرة لغة من الفعل .عاصر، يُعاصر فهو مُعاصر³ واصل الكلمة من عصر بمعنى الدَّهر⁴ والعصر هو الزمن وينسب الى تطورات طبيعية واجتماعية⁵ ، كما يقال العصر العباسي او العصر الحجري ،وعاصر ومعاصر أي كان في عصره ، وعاصر فلانا أي عاش معه في عصر واحد⁶، وشاعر معاصر أي يعيش في

¹ صفية حسين , ضوابط الاجتهاد القضائي في الأحوال الشخصية على ضوء مقاصد الشريعة الإسلامية, اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية العلم الاسلامية , جامعة الجزائر , 2019, ص10
² واما عن التعريف التشريعي والقضائي للاجتهاد القضائي المعاصر , فبعد الاطلاع على النصوص التشريعية لم نجد من القوانين من عرف الاجتهاد القضائي المعاصر في مسائل الاحوال الشخصية , ولا يعد ذلك نقصا او قصورا تشريعيًا , اذ ليس من مهمة المشرع وضع التعريفات للمصطلحات التي يوردها , وكذلك الامر بالنسبة الى القضاء فهو الاخر لم يعرف الاجتهاد القضائي المعاصر على الرغم من التطبيقات التي وردت في اطار مسائل الاحوال الشخصية .

³ الفيروز ابادي , القاموس المحيط , مصدر سابق , ص 1098

⁴ البستاني , معجم البستان , مصدر سابق , ص 1586

⁵ مجمع اللغة العربية في القاهرة , المعجم الوسيط , مصدر سابق , ص 604

⁶ مجمع اللغة العربية في القاهرة , المعجم الوجيز , مصدر سابق , ص ٤٢١

عصرنا الحالي ، وتعاصرا أي جمعا في عصر واحد¹ ، وعاصره أي عاش معه في عصر واحد أي في زمن واحد² ، وفي القرآن الكريم لم يرد لفظ معاصر وانما وردت مادته في قوله تعالى "وَالْعَصْرِ ، إِنَّ الْإِنْسَانَ لَفِي خُسْرٍ"³

ويتضح لنا من خلال ما تقدم ان المعاصرة لغة هو: "الزمان الحالي الذي نعيشه الان في الوقت الحاضر".

ثانيا - مدلول المعاصرة اصطلاحا

لم نجد تعريفا للمعاصرة الا ان البعض⁴ ذهب الى تعريف المعاصرة على انها : "موائمة ومسايرة بين الماضي والحاضر بحيث لا يطغى احدهما على الاخر"⁵ ، وعرفه البعض الاخر بانه: "الوقت الحاضر او العصر الحديث"⁶ والمقصود بالوقت الحاضر هو الزمان الذي نعيشه الان في الوقت الحالي⁷.

او "هو مواكبة العصر ومعايشته"⁸.

والمسائل المعاصرة هي المسائل المنسوبة لذلك العصر والذي تضاف اليه ، أي فان كل اجتهادات تحدث في زمن معاصر فتكون مضافة للزمن الذي حدث به ذلك الاجتهاد⁹ ، والمعاصرة مصطلح مختلف فيه بين اوساط المؤرخين اذ اختلفوا عن لحظة بدء او انطلاق التاريخ المعاصر¹⁰ .

ويطلق البعض على المسائل المستحدثة والمعاصرة التي لم يكن لها وجود من قبل باسم المستجدات او النوازل وسميت بالمعاصرة ؛ لأنها تتعرض لمسائل الوقت

1 د. احمد ابو حاقه ، معجم النفايس الكبير ، مصدر سابق ، ص 1272

2 د. جبران مسعود ، الرائد ، معجم لغوي معاصر ، مصدر سابق ، (1507/4).

3 العصر / 1

4 وحيث ان المعاصرة مصطلح تاريخي لذا فقد تولى المؤرخون وضع تعريفات عدة لها كما بينا

5 د. علاء عزمي الشربيني، القول بين التحديث والحداثة والمعاصرة ، بحث منشور على موقع الانترنت

<http://mad.joarnals.ekb.eglartical>

6 د. محمد عثمان شبير ، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الاسلامي ، ط 1 ، بلا مكان طبع ، 2007 ،

ص 13

7 طارق البشري ، الملامح العامة للفكر السياسي في التاريخ المعاصر ، ط 1 ، بلا مكان ، 1996 ، ص 5

8 بحث منشور على الموقع الالكتروني <http://omferas.com/vb/t38038>

تاريخ الزيارة 2023/3/5

9 عبد الرزاق عبد الله صالح بن غالب ، كتاب المفطرات الطبية المعاصرة ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية

معارف الوحي والعلوم الانسانية الجامعة الاسلامية بماليزيا ، بلا سنة ، 29

10 ذهب بعض المؤرخين الى ان التاريخ المعاصر يبدأ منذ اوائل القرن العشرين ميلادي امثال الدكتور عبد

العزیز نوار في كتابه التاريخ المعاصر والدكتور عبد الرحمن عبد الرحيم في كتابه تاريخ العرب المعاصر

بينما ذهب البعض الاخر الى ان التاريخ المعاصر يبدأ منذ بداية القرن التاسع عشر ميلادي نظر الى كتاب

ملاحم الفكر السياسي الاسلامي في التاريخ المعاصر طارق بشير ، ط 1 ، ص 5

الحاضر¹ وتعرف النوازل بانها: "هي الحادثة الجديدة التي تحتاج الى حكم شرعي" او: "هي المسألة او المستجدات الطارئة على المجتمع بسبب توسع الاعمال وتعقيد المعاملات والتي لا يوجد نص تشريعي مباشر او اجتهاد فقهي سابق ينص عليها"²

اما المستجدات فتعرف بانها: "هي القضايا الجديدة التي يحدثها الناس والتي لم يسبق فيها نص و اجتهاد"³.

ويرى البعض ضرورة معرفة العصر , إذ جوهر المعاصرة هو معايشة الأحياء لا الأموات والواقع المائل لا الماضي الزائل، ولهذا مظاهره ودلائله التي تقتضيها المعاصرة.. ويرى أنه لا تتم معرفة الواقع على ما هو عليه حقيقة إلا بمعرفة العناصر الفاعلة فيه والموجهة له والمؤثرة في تكوينه من خلال الموازنة بين الماضي والحاضر والمستقبل والجمع بين الثبات والمرونة في احكام الدين وتعاليم الشريعة⁴

ومن خلال ما تقدم يتضح لنا ان مفهوم المعاصرة في مسائل الاحوال الشخصية يعني: "تزامن الحكم او الاجتهاد الذي يصدره القاضي مع الزمان الذي نعيشه الان في الوقت الحاضر".

وبعد ان بينا تعريف الاجتهاد القضائي المعاصر في نطاق معاجم اللغة العربية وكذلك بيان المقصود منه اصطلاحا من ناحية الفقه والتشريع والقضاء يتبين لنا ان الفقه لم يعط تعريف مانعا جامعا للاجتهاد القضائي المعاصر كذلك المشرع لم يعط تعريفا له ولا يعد ذلك نقصا او عيبا ؛ لان ليس من وظيفة المشرع وضع تعريف للمصطلحات القانونية .

وبعد كل ما تقدم يمكن للباحث ان يعرف الاجتهاد القضائي المعاصر في مسائل الاحوال الشخصية على انه : " الحكم الذي يصدره القاضي في المسائل المستحدثة للأحوال الشخصية عند انعدام النص او نقصه او غموضه او تعارضه او عند

¹ القضايا الفقهية المعاصرة ، بحث منشور على شبكة الانترنت :

² ينظر د. كتاب خالد بن علي المشيخ ، النوازل في الاوقاف ، مكتبة الملك فهد ، الرياض ، 2012 ،

ص23

³ د. ابراهيم بن حسين بن سلمان البلوشي ، التقاسيم الفقهية واثرها في الخلاف الفقهي وتأثرها بالمستجدات المعاصرة ، ط 1 ، 2010 ، ص 297

⁴ ينظر اكثر: د. سعيد شبار ، الاجتهاد والتجديد في الفكر المعاصر ، ط 1 ، بلا مكان ، بلا دار، 2016، ص163

تفسيره للنص الظني الدلالة او القابل للتأويل مستندا في ذلك على مبادئ الشريعة الاسلامية "

والاسباب التي تكمن وراء اختيارنا لهذا التعريف تكمن في الآتي:

اولا- إنّ الاجتهاد القضائي يكون في المسائل العصرية والمستحدثة التي لم يتم معالجتها بشكل دقيق من قبل فقهاء الشريعة الاسلامية والقانون وهي القضايا التي تتبع نتيجة تطور الحياة على مختلف الاصعدة سواء الطبية ام التكنولوجية كالطلاق عبر شبكة الانترنت واثبات النسب عن طريق الوسائل العلمية الحديثة .

ثانيا - ايراد حالات الاجتهاد القضائي المعاصر والمتمثلة بانعدام النص او نقصه او غموضه او تعارضه مع قانون اخر او تفسيره المتطور الذي اشار له قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل والنافذ.

ثالثا - اقتصار الاجتهاد القضائي المعاصر على النصوص ظنية الدلالة , وبالتالي يستبعد من كل ذلك كل نص قطعي الدلالة فالمبدأ يقضي بان لا اجتهاد مع النص .

رابعا- أن يعزز الاجتهاد القضائي المعاصر بدليل من مصادر التشريع الالهي المتمثلة بالقران الكريم والسنة المطهرة .

المطلب الثاني

اساس الاجتهاد القضائي المعاصر وتأصيله التاريخي

بعد أن بينا مفهوم الاجتهاد القضائي المعاصر يتعين علينا في هذا المطلب ان نبين الاساس الشرعي والتشريعي الذي يقوم عليه الاجتهاد القضائي المعاصر وكذلك اعطاء نظرة تاريخية عنه وبيان المراحل التي مرَّ بها الاجتهاد القضائي على مر العصور.

وعليه سنقسم هذا المطلب على فرعين , نتطرق الى الاساس الذي يبنى عليه الاجتهاد القضائي المعاصر في الفرع الاول , في حين نتطرق في الفرع الثاني الى التأصيل التاريخي للاجتهاد القضائي المعاصر وكالاتي .

الفرع الاول

اساس الاجتهاد القضائي المعاصر

يستند الاجتهاد القضائي المعاصر على اساس شرعي و اخر تشريعي , فأما الاساس الشرعي فيتمثل بالقران الكريم والسنة الشريفة والاجماع وغيرها من مصادر التشريع الاخرى , واما الاساس التشريعي فيتمثل في النصوص القانونية التي يستند اليها القاضي عند اجتهاده في مسألة لم يتطرق لها القانون بالمعالجة ولم يضع لها حولا مناسبة , وعليه سنقسم هذا الفرع على فقرتين , نتطرق الى الاساس الشرعي للاجتهاد القضائي المعاصر في الفقرة الاولى , بينما نخصص الفقرة الثانية لبيان الاساس التشريعي وذلك على النحو الاتي :

اولا- الاساس الشرعي للاجتهاد القضائي المعاصر

ان الاجتهاد القضائي المعاصر في مسائل الاحوال الشخصية يجد اساسه في الادلة النقلية والادلة العقلية وهذه الادلة تتمثل بالاتي :

1- **الادلة النقلية** : تتمثل هذه الادلة في النصوص الشرعية سواء من القران الكريم ام السنة المطهرة ام الآراء والاجتهادات التي افتى بها كبار فقهاء الشريعة الاسلامية ورجال الدين وعليه سنتطرق لكل ذلك وعلى النحو الاتي :

أ- القران الكريم

1- قال تعالى : "إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ وَلَا تَكُنْ لِلْخَائِنِينَ خَصِيمًا"¹. اي لتقضي بين الناس وتفصل بينهم بما أنزل الله إليك من كتابه².

¹ النساء/105

2- قال تعالى: " مَا فَرَطْنَا فِي الْكِتَابِ مِنْ شَيْءٍ"¹. ووجه الاستدلال: ان القرآن الذي انزله الله تعالى على النبي الاكرم (محمد صل الله عليه واله) كامل وفيه تبيان لكل شيء ففيه الحلال والحرام والحدود والاحكام وجميع ما يحتاج اليه الناس².

ب- السنة النبوية

1- ما رواه عمر بن العاص عن النبي الاكرم محمد (صلى الله عليه واله وسلم): " ان رجلين اختصما الى النبي فقال لي: اقض بين هذين, فقال يا رسول الله اقضي بينهم وانت حاضر قال: نعم فان اجتهدت فلك عشر حسنات وان أخطأت فلك حسنة"³.

2- اقر الرسول الاكرم محمد(صلى الله عليه واله وسلم) اجتهاد معاذ بن جبل حينما بعثه الى اليمن وقال:" كيف تقضي اذا عرض لك القضاء فقلت اقضي بكتاب الله تعالى فقال فان لم تجد في كتاب الله تعالى قلت بسنة نبيه قال فان لم تجد في سنة رسول الله قلت اجتهد رايي"⁴.

3- عن الامام الصادق والامام الرضا (عليهما السلام): " انما علينا ان نلقي عليكم الاصول وعليكم ان تفرعوا"⁵.

ت- الآراء الفقهية والاجتهادات التي اُفتى فيها كبار فقهاء الشريعة الاسلامية . إذ تعد هذه الآراء والفتاوى مرجعا فقهيا يلجأ اليه القاضي عند النظر في النزاعات عند غياب النص أو نقصه أو غموضه , وقد جرت العادة ان يقوم قضاة الاحوال الشخصية بطلب الفتوى من المرجع الديني أو وكيله في القضية المعروضة امامه فيصدر حكما استنادا الى هذه الفتوى , مع مراعاة المذهب الذي يتبعه المتداعين .

2- الادلة العقلية

وهذه الادلة تنقسم على قسمين منها ما هو متفق عليها كالأجماع والمعقول والعرف ومنها ما هو مختلف فيها كالقياس والاستحسان والمصالح المرسلة :

أ) الادلة المتفق عليها

وتشمل هذه الادلة الاجماع والمعقول والعرف

² ابو جعفر محمد بن جرير الطبري , جامع البيان , ج9, ط1, دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان , 2001, ص175

¹ الانعام/38

² البحراني , هاشم بن سليمان , البرهان في تفسير القرآن , ج2 , ط2, مؤسسة الاعلى للمطبوعات , بيروت , لبنان, 2006, ص417

³ البخاري . أبو عبد الله ، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم ، صحيح البخاري ، مجلد4 ، المكتبة العصرية ، صيدا ، لبنان ، 2002 ، رقم الحديث (7352) ، باب اجر الحاكم اذا اجتهد فأصاب او اخطأ ، ص2292

⁴ ابن حنبل ، أبو عبد الله/أحمد بن محمد بن حنبل، مسند الامام احمد ابن حنبل، ج36 ، ط1 ، مؤسسة الرسالة ، بلا مكان ، 2001 ، رقم الحديث (22052) ، ص376

⁵ العاملي. ابو جعفر محمد بن الحسن بن علي ، وسائل الشيعة ومستدرکها ، ج18، ط1، مؤسسة النشر الاسلامي ، قم ، رقم الحديث (33185) ، ص41

1- **الاجماع** : إنَّ الاجتهاد القضائي المعاصر من المسائل المجمع عليها بين فقهاء الامة الاسلامية على جميع مذاهبهم في المسائل الحادثة التي لم يرد بشأنها نص في القرآن الكريم والسنة المطهرة¹.

2- **المعقول**: دل العقل على مشروعية الاجتهاد القضائي في كل عصر من العصور؛ وذلك لان الوقائع والحوادث غير متناهية وبالتالي فان كل حادثة تحتاج الى حكم شرعي².

3- **العرف** : يعد العرف مصدرا ضروريا لا بد منه لقوله تعالى : " وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ"³. والمقصود بالعرف هنا : " هو ما اعتاده الناس في معاملاتهم واستقامت عليه امورهم او هو ما اعتاده الناس وساروا عليه من كل فعل شاع بينهم ..."⁴. فالقاضي يستند الى العرف في العديد من مسائل الاحوال الشخصية منها القضاء بصحة عقد الزواج المبرم بالألفاظ العامة⁵ , وكذلك تعجيل المهر وتأجيله⁶ , وايضا يحكم القاضي وفقا للعرف في مسائل تجهيز بيت الزوجية بالأثاث كذلك مسألة عمل الزوجة في بيت زوجها⁷ .. الخ .

ب) الادلة المختلف فيها

وهذه الادلة تتمثل بالقياس والاستحسان والمصالح المرسلة :

1- **القياس** : المقصود بالقياس هو : " الحاق امر غير منصوص على حكمة بأمر اخر منصوص على حكمه للاشتراك بينهما في علة الحكم"⁸. ويعد القياس دليل من ادلة الحكم الشرعي الذي يستند اليه القاضي عند اصدار الحكم عند عرض النزاعات عليه , ومن تطبيقات القياس ما ذهب اليه البعض في صحة وقوع الطلاق الصوري⁹ واستدلوا بالقياس على نكاح التحليل¹⁰ , فيعامل كلاهما

1 د. محمد مصطفى الزحيلي , الوجيز في اصول الفقه الاسلامي , ج 2 , ط2, دار الخير , بيروت , لبنان , 2006 , ص279

2 د. محمد مصطفى الزحيلي , الوجيز في اصول الفقه الاسلامي وادلته , المصدر السابق , (279/2).

3 الاعراف /199

4 د. احمد بن علي المباركي , العرف واثره في الشريعة والقانون , ط1 , الرياض , المملكة العربية السعودية , 1992 , ص34

5 استاذنا , د. حيدر حسين كاظم الشمري , م. فراس جبار كريم الروازق , دور العرف في مسائل الاحوال الشخصية , بحث مقدم الى المؤتمر العلمي السنوي السادس عشر لكلية القانون جامعة اهل البيت (عليهم السلام) , ص3

6 استاذنا الدكتور حيدر حسين كاظم الشمري , المختصر في احكام الزواج والطلاق واثارهما في التشريع العراقي والفقه الاسلامي , ط1 , مطابع دار وارث , كربلاء المقدسة , 2020 , ص72

7 ينظر : ابن عابدين , محمد بن عابدين , حاشية ابن عابدين , مكتبة مصطفى الحلبي , القاهرة , 1966 , ص681 , و خليل بن اسحاق المالكي الجندي , المختصر , ط1 , دار الكتب العلمية , بيروت , لبنان , 1995 , ص112

8 محمد ابو زهرة , اصول الفقه الاسلامي , مصدر سابق , ص218

9 والمقصود بالطلاق الصوري : "هو احد الإطلاقات الدالة على اظهار الطلاق مع عدم قصده او هو حل عقد النكاح او بعضه ظاهرا وابقاؤه باطنا". ينظر د. هيلة بنت عبد الرحمن اليابس , الطلاق الصوري حقيقته وحكمه في الفقه الاسلامي , بحث منشور في جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية , مركز التميز في فقه القضايا المعاصرة , الرياض , المملكة العربية السعودية , 1437 , ص16

بخلاف قصده , فتبقى الزوجة محرمة على زوجها , و في الطلاق الصوري تصبح الزوجة محرمة على زوجها¹ , وكذلك ما ذهب اليه البعض الاخر في عدم جواز اثبات النسب بالبصمة الوراثية قياسا على عدم ثبوته بالقيافة² ..

2- الاستحسان : الاستحسان: " هو ما يستحسنه المجتهد بعقله"³. او : "هو العدول عن موجب القياس الى قياس اقوى منه ..."⁴. وقضى بعض قضاة المالكية بالاستحسان في قضائهم في المسائل التي لم يرد بها نص في القرآن الكريم او السنة الشريفة⁵ .. واستدلوا بقوله تعالى: " انما يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر"⁶. وقوله تعالى: " وما جعل عليكم في الدين من حرج"⁷.

3- المصالح المرسلّة : إن المسائل التي لم يرد بشأنها نص في القرآن الكريم او السنة الشريفة او لم يأتي بها اجماع , ينظر فيها بحسب ما ينتج عنها من مصالح ومفاسد ويعطى لها الحكم الشرعي بناء على هذا النظر , وان غياب الدليل التفصيلي الدال على الحكم المبني على جلب المفسدة ودرء المصلحة ليس شرعا , اذ له دليل قد يكون اقوى من الدليل التفصيلي وهو الدليل الكلي المستنبط بالاستقراء⁸ .

ثانيا - الاساس التشريعي للاجتهاد القضائي المعاصر

إن الاجتهاد القضائي المعاصر يجد اساسه في نصوص الاحالة على الفقه الاسلامي والذي تتمثل في النصوص القانونية التي يستند اليها القاضي عند اصدار الحكم , وهذه النصوص قد تكون في القوانين الموضوعية او قد تكون في القوانين الاجرائية , وعليه سنتطرق لتلك النصوص وذلك على النحو الاتي :

1- القوانين الموضوعية

من الصعب جدا على المشرع ان يحيط بكل المسائل في القوانين التي يصدرها ؛ وذلك لان الحوادث متجددة والحياة في تطور مستمر وباستمرارها قد تجد

10 والمقصود بنكاح التحليل: " هو ان يتزوج المطلقة ثلاثا على انه اذا احلها لمطلقها طلقها , او على انه اذا احلها فلا نكاح بينهما , او بنويه دون ذكر للشرط". ينظر الى : د. عبد الفتاح عبد الصابر حسن , نكاح التحليل وأثر النية فيه , الهوتي , منصور بن يونس بن ادريس , شرح منتهى الارادات , مصدر سابق , (667/2).

1 وهو ما ذهب اليه الشيخ محمد حسان , حكم طلاق الزوج على الورق فقط ويعيش معها , نقلا عن الموقع الالكتروني : <https://www.youtube.com/watch?v=Coa4cRo-Xe> , تاريخ الزيارة 2023/12/10

2 د. احمد عبد الجيد حسني , مدى مشروعية اثبات النسب او نفيه بالبصمة الوراثية في الفقه الاسلامي , بحث منشور في كلية الحقوق , جامعة الازهر , العدد35 , ص90

3 الغزالي , ابو حامد بن محمد , المستصفي , ج1, دار الكتب العلمية , ط1 , 1993 , ص274

4 البخاري , علاء الدين عبد العزيز بن احمد , كشف الاسرار عن اصول فخر الاسلام , ج3, شركة الصحافة العثمانية , اسطنبول , 1890 , ص1132

5 الزركشي , ابو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله , البحر المحيط في اصول الفقه , ج8 , ط1 , دار الكتبي , بلا مكان , 1994 , ص98

6 البقرة/185

7 الحج/78

8 محمود عبد الكريم حسن , المصالح المرسلّة (دراسة تحليلية ومناقشة فقهية واصولية) , دار النهضة , بيروت , لبنان , بلا سنة , ص61

حوادث ومستجدات من المستحيل على المشرع ان يحيط بها , وعليه فان اغلب المشرعين قد فتحوا باب الاجتهاد القضائي عند انعدام النص , او عدم مسابته لما قد يستجد , ومن ذلك ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة الاولى من قانون الاحوال الشخصية النافذ على انه : " اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون ."

اشارت هذه المادة الى المصدر الثاني بعد التشريع الذي يمكن للقاضي اللجوء اليه عند عدم وجود نص ينطبق على القضية المعروضة امامه , فيأخذ بالراي الذي يتلاءم مع نصوص هذا القانون , وبالتالي عليه ان يجتهد من اجل الوصول الى الحكم فالملاءمة مسألة خاضعة لاجتهاد القاضي¹ , اما عمليا فالأمر مختلف تماما , اذ ان قاضي الاحوال الشخصية عند عرض النزاع عليه يأخذ بالراي الذي يتلاءم مع مذهب المتداعين متى ما تعددت الآراء الفقهية في المذهب الواحد , في المسألة ذات الصلة بموضوع الدعوى².

وايضا اكدت الفقرة الثانية من المادة الاولى من القانون المدني العراقي النافذ رقم (40) لسنة 1951 على جواز اللجوء الى مبادئ الشريعة الاسلامية عند انعدام النص دون التقيد بمذهب معين من مذاهب الفقه الاسلامي , حيث نصت على ما يلي : "فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين ..."

اما في التشريع المصري فنجد ان المادة (280) لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بقانون رقم (78) لسنة 1931 تنص على : "تصدر الأحكام طبقاً للمدوّن في هذه اللائحة ولأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة ما عدا الأحوال التي ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب فيها أن تصدر الأحكام طبقاً لتلك القواعد"³. وبالتالي فالمشرع المصري فتح الباب للقاضي بالاجتهاد على الرغم من تقييده وفق مذهب ابي حنيفة .

1 د. فاروق عبد الله كريم , الواضح في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ , ط1 , مكتبة يادكار , بلا مكان , 2020 , ص20

2 ينظر اكثر : القاضي , قاسم فخري الربيعي , مبادئ محكمة التمييز الاتحادية في القرارات الصادرة من محكمة الاحوال الشخصية بالحلة , ج2, ط2, الحمرا , بيروت , لبنان, 2017, ص252

3 ينظر اكثر : المادة (280) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والاجراءات المتعلقة بها الصادرة بقانون رقم 78 لسنة 1931 النافذ .

كذلك ما اكدته المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري والتي جاء فيها " الزام القاضي ان يجتهد راية حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء"¹.

وكذلك ما اشار اليه المشرع الجزائري في المادة (222) من قانون الاسرة على "كل ما لم يرد بشأنه نص يرجع فيه الى مبادئ الشريعة الاسلامية". وبالرجوع الى القواعد العامة في القانون المدني الجزائري نجد ان الفقرة الاولى من المادة الاولى حددت نطاق المنصوص عليه حيث نصت على "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها وفحواها"².

ويفهم من ذلك ان القوانين الموضوعية عالجت مسألة انعدام النص واحالت القاضي للفقهاء الاسلامي , وحسب المذهب الذي يعتنقه الزوجان , فيجتهد من اجل التوصل الى حكم يتناسب مع النزاع المعروض .

2- القوانين الاجرائية

الزمت القوانين الاجرائية القضاة بإصدار الاحكام في القضايا التي تعرض عليهم حتى مع فقد النص او نقصه او غموضه او عدم مسابرتة للوقائع المعاصرة ومن ذلك ما نصت المادة (30) من قانون المرافعات العراقي النافذ رقم (83) لسنة 1969 النافذ على انه : " لا يجوز لأي محكمة ان تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون او فقدان النص او نقصه والا عد الحاكم ممتنعا عن احقاق الحق , ويعد ايضا عد التأخير غير المشروع عن اصدار الحكم امتناعا عن احقاق الحق"³.

وفقا لهذا النص فان المشرع فتح بابا واسعا للقاضي في ان يجد حلا ينطبق على الواقعة واصدار حكما موافقا لأحكام القانون استنادا الى التسلسل الوارد في التشريعات العراقية⁴ ومنها المادة الاولى من قانون الاحوال الشخصية العراقي سابقة الذكر .

كذلك ما ذهبت اليه المادة (104) من قانون الاثبات العراقي النافذ رقم (107) لسنة 1979 إذ نصت على ما يلي " للقاضي ان يستفيد من وسائل التقدم العلمي في استنباط القرائن القضائية "

¹ ينظر مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري , ج 1 , ص188, نقلا عن اسيل حامد شاكر , اثر العدول في الاجتهاد القضائي على استقرار الامن القانوني , رسالة ماجستير قدمت الى مجلس كلية القانون الجامعة المستنصرية , 2021 , ص13

² ينظر المادة الاولى من القانون المدني الجزائري رقم لسنة 75_58 لسنة 1975 النافذ

³ ينظر المادة (30) من قانون المرافعات النافذ رقم 83 لسنة 1969

⁴ القاضي , مدحت المحمود , شرح قانون المرافعات المدنية رقم 83 وتطبيقاته العملية , المكتبة القانونية , بغداد , بلا سنة , ص48 ,

كذلك الزمت المادة الثالثة من قانون الاثبات العراقي النافذ القاضي باتباع التفسير المتطور للقانون ومراعاة الحكمة من التشريع عند تطبيقه¹.

أي يجب ان يكون تفسير النصوص موافقاً لما طرأ من تغيرات على ظروف الحياة التي وضعت من اجلها تلك النصوص , وحيث يكون النص قائماً يتعين على المحكمة ان توائم بينه وبين ظروف الحياة الجديدة , اذ يمكن ان يكون للنص القانوني مضمون اوسع مما هو في ذهن المشرع عند وضع القانون².

أما المشرع المصري فقد اكد في المادة الثالثة من قانون رقم (1) لسنة 2000 الخاص بتنظيم بعض اوضاع واجراءات التقاضي على ما يلي : " تصدر الأحكام طبقاً لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها، ويعمل فيما لم يرد بشأنه نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة"³ . إذ احال ما لم يرد بشأنه نص قانوني الى الشريعة الاسلامية ويحكم وفق ارجح الاقوال وفق المذهب الحنفي .

أما التشريع الجزائري فلم نجد في قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري ولا في غيره من القوانين الاجرائية نص يلزم القاضي بالاجتهاد او الرجوع الى الفقه الاسلامي⁴.

ويتضح من خلال كل ما تقدم ان القاضي يستند عند انعدام النص او نقصه او غموضه على نصوص الاحالة على الفقه الاسلامي فيجتهد من اجل الوصول الى حكم .

الفرع الثاني

التأصيل التاريخي للاجتهاد القضائي المعاصر

بعد ان بينا اساس الاجتهاد القضائي المعاصر في الشريعة والقانون , فأنا في هذا الفرع سنتطرق الى اعطاء فكرة موجزة عن المراحل التي مرّ بها الاجتهاد القضائي على مر التاريخ منذ عصر النبوة الى عصر الصحابة والتابعين وتابعيهم الى العصور التي تلت تدوين السنة النبوية وظهور المذاهب الفقهية , وعلية سنقسم هذا الفرع على ثلاث فقرات , نتطرق في الفقرة الاولى الى تطور الاجتهاد

¹ ينظر المادة (3) من قانون الاثبات العراقي النافذ رقم (107) لسنة 1979

² د. عصمت عبد المجيد البكر , شرح قانون الاثبات , المكتبة القانونية وبغداد , بلا سنة , ص40

³ ينظر المادة (3) من قانون رقم 1 لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض اوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المصري

⁴ ينظر اكثر الى نصوص قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري رقم 8_9 لسنة 2008 النافذ

القضائي المعاصر لدى الجمهور ، اما في الفقرة الثانية فسنبين مراحل ظهور الاجتهاد القضائي لدى فقهاء الامامية في حين سنخصص الفقرة الثالثة للاجتهاد القضائي في العصر الحديث على النحو التالي :

اولا- الاجتهاد القضائي المعاصر لدى جمهور الفقهاء

إنَّ الاجتهاد عند الجمهور مرّ بمراحل عدة ، أذ بدأ بعصر النبوة ومن ثم في زمن الصحابة والتابعين وتابعيهم ثم الى ظهور المذاهب الاربعة وحتى امتد الى ما بعدها ، فبالنسبة الى المرحلة الاولى فهو الاجتهاد في عصر النبي الاكرم (محمد صلى الله عليه واله وسلم) ، فيرى جمهور الفقهاء جواز الاجتهاد في زمن النبي (صلى الله عليه واله وسلم) حيث اجتهد الصحابة فمنهم من اجتهد في حضرة النبي¹ (صلى الله عليه واله وسلم) كما روي عن عمر بن العاص: " ان رجلين اختصما الى النبي فقال لي اقض بين هذين فقال يا رسول الله اقضي بينهم وانت حاضر قال نعم فان اجتهدت فلك عشر حسنات وان أخطأت فلك حسنة"². ومنهم من اجتهد في غيبة النبي واقره الرسول (صلى الله عليه واله وسلم) إذ اقرَّ اجتهاد معاذ بن جبل حينما بعثه الى اليمن وقال: " كيف تقضي اذا عرض لك القضاء فقلت : اقضي بكتاب الله تعالى فقال فان لم تجد في كتاب الله تعالى قلت بسنة نبيه , قال فان لم تجد في سنة رسول الله قلت اجتهد رايي ... "³.

وبعد رحلة النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) الى الرفيق الاعلى كان الصحابة اذا عرضت لهم مسألة يحاولون ان يجدوا حلها من الكتاب والسنة فان لم يجدوا حلها فانهم يعملون بما وصل اليهم رايبهم في المسألة .

ومن تعاليم الصحابة حين توليتهم للقضاة فقد كان يأمرهم بالحكم بالكتاب فان لم يجدوا فبالسنة فان لم يجد فلهم ان يجتهدوا برايبهم .

فعن الخليفة الثاني انه قال لشريح القاضي: " ان جاءك بما ليس في كتاب الله ولم يكن فيه سنة رسول الله ولم يتكلم فيه احد قبلك فاختر الامرين ان شئت تجتهد برايبك ... "⁴.

1 د. محمد احمد شحاته ، الاجتهاد بين المفهوم والتصور والتطبيق في عصر الرسالة والصحابة والمعاصرة،

المجلد الرابع ، كلية الدراسات الاسلامية والعربية ، ص 674

2 النووي .ابو زكريا محبي الدين بن شرف ، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج ، ج2، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، ص13

3 د. عبد المحسن بن حمد بن عبد المحسن العباد ، مصدر سابق ، ص 13

4 الشيخ اغا بزرك الطهراني ، تحقيق محمد علي الانصاري ، تاريخ حصر الاجتهاد ، مطبعة الخيام ، قم ،

ص 20 ، ص 21

وعن ابن مسعود انه قال: "من عرض له منكم قضاء فليقض بما في كتاب الله فان لم يكن في كتاب الله فليقض بما قضى به نبيه فان جاء امر ليس في كتاب الله ولم يقض فيه نبيه ولم يقض به الصالحون فليجتهد برأيه"¹.

وكان الاجتهاد القضائي في عصر الخلفاء قائما على أصول عدة لعل من ابرزها ما يلي :

- (1) عدم حكم القاضي بعلمه الشخصي إلا اذا كان معه شاهد آخر يعزز هذا العلم .
 - (2) التقيد بما جاء في القضاء النبوي , فقد كانوا يلتزمون بقضاء رسول الله (صلى الله عليه واله) في المسائل المماثلة ويعتمدون منهجه في القضاء .
 - (3) لا اجتهاد في مورد النص .
 - (4) الاخذ بمبدأ الشورى في القضاء , إذ كانوا يرون الشورى ملزمة في القضاء فاذا اجتمع رأي مستشارين على امر قضوا به .
 - (5) فهم القضية فهما دقيقا , وذلك بدراستها دراسة واعية قبل النطق بالحكم ولا يجوز للقاضي النطق بالحكم قبل ان يتبين له الحق وقد جاء في كتاب الخليفة الثاني لابي موسى الاشعري : "فافهم اذا ادلي اليك بحجة".
 - (6) الثبات في احكام القضاء الاسلامي , فاذا صدر حكم بعد استيفاء الشروط المطلوبة فيه وكان موافقا لما في كتاب الله تعالى ولسنة النبي الاكرم (صلى الله عليه واله وسلم) فلا يجوز للقاضي الرجوع عنه او نقضه وان استجدت فيه بعد زمن أمور اخرى يلتزم الخصوم فيه_ وذلك لتكتسب احكام القضاء صفة الاستقرار والثبات ويقوم هذا المبدأ على أصلين , الاول يتمثل بوجود نقض الحكم اذا خالف نص , فلا اجتهاد مع النص , اما الاصل الثاني فان الحكم الصادر بناء على اجتهاد لا ينقض باجتهاد مثله² .
- وفي عصر التابعين وتابعيهم توسعت دائرة الاجتهاد اكثر فاكثر؛ وذلك لدخول امم اخرى من غير العرب في الاسلام وما تعترضهم من حوادث ومستجدات ومشكلات تستدعي اهل الاجتهاد ان يجدوا حولا واحكاما تتناسب معها³.

ومن ثم ظهور المذاهب الاسلامية , وظهور المذاهب الاربعة في اوائل القرن الثاني الى منتصف القرن الرابع للهجرة ؛ حيث اتسع الفقه في هذه المرحلة الى مدرستين مدرسة الرأي ومدرسة الحديث , وقد كان القضاة امتدادا لعصر الصحابة والتابعين وبقيت اسسه على ما كانت عليه واتسعت دائرته بتغيير الزمان , ويتميز القضاء في

¹ الشيخ اغا بزرك الطهراني ، تاريخ حصر الاجتهاد ، المصدر السابق ، ص 20-21

² صفية حسين ، ضوابط الاجتهاد القضائي في الاحوال الشخصية على ضوء مقاصد الشريعة ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية العلوم الاسلامية ، قسم الشريعة الاسلامية والقانون ، جامعة الجزائر ، 2018 ، ص 42 وما بعدها

³ الشوكاني ، محمد بن علي، ارشاد الفحول الى تحقيق الحق من علم الاصول ، ط 3 ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، 1992 ، ص 818

عصر التابعين والمذاهب الاربعة بظهور منصب قاضي القضاة وايضا اتساع سلطة القاضي , وكذلك استحداث مناصب جديدة , وكان منهج القضاة في عصر المذاهب يعتمد على التوسع في الاجتهاد , فارتكز القضاة ابتداء على الاجتهاد مما ادى الى وجود احكام كثيرة وثروة فقهية ضخمة ما زالت تعد حتى عصرنا الحاضر من المصادر التي يرجع اليها فيما يستجد من الاحكام , وايضا امتاز بالاستشارة في القضاة وكذلك التقيد بالمذاهب الفقهية , فمع استكمال المذاهب وانتشارها تقيدت احكام القضاة بدرجة كبيرة , فاصبح قاضي العراق يحكم وفق مذهب ابي حنيفة وقاضي مصر يحكم وفق المذهب الشافعي¹ , وقد تأثر اجتهاد التابعين باجتهاد من تفقهوا عليه من الصحابة² .

وفي العصر الحاضر برز جمع من الفقهاء³ نادى بالتجديد والاجتهاد ؛ وذلك لمواكبة التطور الحاصل في مختلف الاصعدة نتيجة لحدوث مستجدات ووقائع لم تكن معروفة من قبل اذ لم يضع لها السابقون احكاما خاصا⁴ .

ثانيا - الاجتهاد القضائي المعاصر لدى فقهاء الامامية

الاجتهاد عند فقهاء الامامية ايضا مر بمراحل عدة فالاجتهاد في عصر النبي الاكرم (صلى الله عليه واله سلم) لم يكن له وجود⁵؛ وذلك لتمكن الوصول الى الاحكام الشرعية بسبب وجود الرسول الاكرم (صلى الله عليه واله وسلم) بينهم وهو مصدر التشريع بعد الله تعالى فكلما واجهوا مشكلة سارعوا اليه لحلها بالإضافة الى عدم اتساع الدولة الاسلامية فالرسول(صلى الله عليه واله) هو مصدر الاحكام لم يكن يجتهد رأيه وانما يعتمد في اعطاء الحكم الشرعي على ما يوحى اليه من الله⁶ كما في قوله تعالى: "وَمَا يَنْطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ اِنْ هُوَ اِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ".⁷

¹ صفية حسين , ضوابط الاجتهاد القضائي في الاحوال الشخصية على ضوء مقاصد الشريعة , مصدر سابق , ص49 وما بعدها

² عياض نامي السلمي , اصول الفقه , ط1, دار التدمرية , الرياض, المملكة العربية السعودية , 2005 , ص449

³ ومن هؤلاء محمد مصطفى الزحيلي , مصطفى الزحيلي .

⁴ حملات سعية , اشكالية الاجتهاد في الفكر الاسلامي المعاصر, بحث منشور في مجلة الحكمة للدراسات الاسلامية , المجلد 1, العدد 2, 2014, ص54

⁵ عدنان فرحان ال قاسم , الاجتهاد عند الشيعة الامامية ادوار واطوار, ط1, دار السلام للطباعة والنشر, بيروت , لبنان 2008, ص71

⁶ الشيخ اغا بزرك الطهراني, تاريخ حصر الاجتهاد , مصدر سابق , ص31 , 32 .

⁷ النجم/3

وقد اوصى الرسول الاكرم (صلى الله عليه واله وسلم) باتباع القران الكريم وعترته الطاهرة في حديث الثقلين المشهور فحث المسلمون على اتباع هذين الثقلين وجعلهما في عرض واحد.

اما الاجتهاد بعد وفاة النبي الاكرم (صلى الله عليه واله وسلم) فقد مر بمراحل فالمرحلة الاولى تبدأ من زمن استشهاد النبي (صل اله عليه واله وسلم) حتى انتهاء القرن الاول وتشمل حياة اربع ائمة من ائمة اهل البيت (عليهم السلام) وهم الامام علي بن ابي طالب والامام الحسن والامام الحسين والامام علي بن الحسين (عليهم السلام) ويلاحظ عدم اتساع الاجتهاد في هذه المرحلة فكان للائمة (عليهم السلام) دور هام في بيان الاحكام في هذه المرحلة لا سيما في عصر الامام علي بن ابي طالب (عليه السلام) فكان الصحابة يرجعون إليه في كل مشكلة تواجههم ولم يتوصلوا لحلها .

فلم يكن هنالك حاجة للاجتهاد والاستنباط الفقهي في هذه العصر ؛ وذلك لعدم انقطاع التشريع الواقعي بوفاة الرسول الاكرم (صلى الله عليه واله) حيث ان منصب الامامة بعد رسول الله (صلى الله عليه واله وسلم) يتمثل بالائمة المعصومين (عليهم السلام) وبالتالي لم يواجه الامامية فراغا تشريعيا في هذا العصر في مجال الاحكام الشرعية¹ فعن الامام الصادق (عليه السلام) انا قال : "حديثي حديث أبي، وحديث أبي حديث جدي، وحديث جدي حديث الحسين، وحديث الحسين حديث الحسن ، وحديث الحسن حديث أمير المؤمنين ، و حديث أمير المؤمنين حديث رسول الله صلى الله عليه وآله وحديث رسول الله صلى الله عليه وآله قول الله عز وجل"².

اما المرحلة الثانية فتبدأ من اوائل القرن الثاني حتى اواخر القرن الثالث أي من بداية الامام الباقر (عليه السلام) حتى نهاية الغيبة الصغرى وقد كان الائمة (عليهم السلام) يأمرون اتباعهم بالإفتاء واستنباط الاحكام بالاستناد الى القران الكريم والسنة المأخوذة عن اهل البيت (عليهم السلام) ، ومن ذلك ما امر به الامام الباقر (عليه السلام) ابان بن تغلب ان يجلس في مسجد المدينة ويفتي الناس حيث قال له : "اجلس في مسجد المدينة وافت الناس فاني احب ان ارى في شيعتي من امثالك"³ .

¹ الشيخ اغا بزرك الطهراني ، تاريخ حصر الاجتهاد ، مصدر سابق ، ص40

² الكليني ، ابو جعفر محمد بن يعقوب ، الكافي ، حديث رقم (14) ، مصدر سابق ، (53/1) .

³ الشيخ اغا بزرك الطهراني ، تاريخ حصر الاجتهاد ، مصدر سابق ، ص41

اذ ان ائمة اهل البيت (عليهم السلام) كانوا يمهدون للاجتهاد ويضعوا له الاسس والقواعد فعن الامام الصادق والامام الرضا (عليهم السلام): "انما علينا ان نلقي عليكم الاصول وعليكم ان تفرعوا"¹.

اما في مجال القضاء فقد جاز الائمة (عليهم السلام) استنباط الحكم الشرعي من الاحاديث في عصرهم حيث اوجبوا الترافع في الخصومات الى الفقهاء ونفوذ حكمهم , ولا شك ان القضاء والخصومة فرع من الفتوى فلا يقضي فيه الفقيه الا بعد معرفة حكمهما من الشريعة فلا يجوز للعاجز عن ذلك التصدي للقضاء , ومن ذلك ما رواه عمر بن حنظلة عن الامام الصادق (عليه السلام) في الرجلين المتخاصمين ينظر ان من كان منكم ممن قد روى حديثنا ونظر في حلالنا وحرامنا وعرف حكمنا فاني قد جعلته عليكم , وفي حديث سالم بن مكرم عن الامام الصادق (عليه السلام) انه قال انظروا الى الرجل منكم يعلم شيئا من قضايانا فاجعلوه بينكم فاني قد جعلته قاضيا فاحتكموا اليه² .

وقد ضمت مدرسة الامام الصادق (عليه السلام) حوالي اربعة الاف من حملة العلم وقد الف اربعة منهم اصولا يعتمد عليها في الفقه الجعفري وتسمى بالاصول الاربعة وهي الكافي للشيخ محمد بن يعقوب بن اسحاق الكليني المتوفي سنة 329 هجرية , ومن لا يحضره الفقيه للشيخ ابي جعفر محمد بن علي الصدوق المتوفي سنة 381 هجرية , والتهذيب والاستبصار للشيخ ابي جعفر بن محمد بن الحسن الطوسي , وتعتبر هذه الكتب من اهم المصادر التي يرجع اليها الفقهاء والمجتهدون عند استنباط الحكم الشرعي³ .

اما المرحلة الثالثة فتبدأ من عصر انتهاء الغيبة الصغرى , وقد حث الامام المهدي (عجل الله تعالى فرجه الشريف) الى الرجوع الى العلماء ورواة الحديث في جميع المسائل والوقائع فقال (عجل الله فرجه): "اما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها الى رواة حديثنا فانهم حجتي عليكم وانا حجة الله عليكم"⁴.

فالعلماء هم المرجع الوحيد لحل المشاكل التي كانت تواجه الامامية من عصر الغيبة الكبرى الى يومنا هذا , فالاجتهاد عند الامامية هو عبارة عن استقصاء طرق كشف الاحكام من القران الكريم والسنة النبوية فهو استنباط الفروع من الاصول ,

¹ العاملي , وسائل الشيعة ومستدرکها , مصدر سابق , (40/18) .

² الغريفي , مهيب الدين الموسوي , الاجتهاد والفتوى في عصر المعصوم وغيبته , دار المعارف للمطبوعات , بيروت , لبنان , ص 38

³ السيد منذر الحكيم , مراحل تطور الاجتهاد في الفقه الامامي , بلا دار , بلا مكان , بلا سنة , ص 177

⁴ الشيخ اغا بزرك الطهراني , تاريخ حصر الاجتهاد , مصدر سابق , ص 42

فالاتجاه مبني على قاعدتين اساسيتين هما القران الكريم والسنة الشريفة ، السنة محكية بواسطة الائمة الاطهار (عليهم السلام) ، إذ عرّف الفقه الامامي بفقه النص حيث كان الاجتهاد عند الامامية هو اجتهاد في فهم النص وتطبيقه على موارد ومصادقه¹ .

اما المصادر التي يرجع اليها الفقهاء في استنباط الاحكام الشرعية من ادلتها التفصيلية فتتمثل بالقران الكريم والسنة المطهرة والاجماع الكاشف عن رأي المعصوم (عليه السلام) والعقل ، ويرى البعض قدرة الفقه الامامي على مسايرة الزمن ومواكبته في كل العصور وذلك لإمكان الافتاء على اساس اجتهاد النص لان التصور السائد لدى اصحاب الراي كان يرتكز على قلة النصوص لا تنسجم مع خلود الشريعة وتطور الزمن².

ويميل الباحث الى هذا الراي ؛ لانّ الشريعة الاسلامية خالدة وصالحة لكل زمان ومكان وهي كاملة لقوله تعالى: "الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيْتُ لَكُمْ الْإِسْلَامَ دِينًا.." ³.

وانّ الشريعة المتمثلة بالقران الكريم والسنة المطهرة تحتوي على جميع الاحكام وهذا ما اشار اليه ائمة اهل البيت (عليهم السلام) ، ومن ثم فان شمول الشريعة على جميع الاحكام يجعل من الاجتهاد بالراي هو اجتهاد مع وجود النص⁴. بعبارة ادق ان كل حكم شرعي يصدر عن فقيه انما يستمد اصله من نص شرعي سواء من القران الكريم او السنة المطهرة ، لقوله تعالى: "مَا فَرَطْنَا فِي الْكِتَابِ مِنْ شَيْءٍ"⁵.

وقد تصدى بعض الفقهاء المعاصرين لمهمة تطوير الابحاث الاسلامية بما ينسجم ويتناسب مع مستجدات ووقائع الحياة المعاصرة⁶.

1 عدنان فرحان ال قاسم ، الاجتهاد عند الشيعة الامامية ادوار واطوار ، مصدر سابق ، ص75

2 فالعقل مصدر تشريع عند الامامية والكاشف عن التشريع الالهي ، فعن الامام الصادق (عليه السلام) انه قال "حجة الله على العباد النبي والحجة فيما بين العباد وبين الله العقل" . وعن الامام الكاظم (عليه السلام) مخاطباً هشام قال: " يا هشام ان الله على الناس حجتين حجة ظاهرة وحجة باطنة فأما الحجة الظاهرة هي الرسل والانبياء واما الحجة الباطنة هي العقول " . ينظر : الكليني ، محمد بن يعقوب ، الكافي ، حديث رقم (16/1) ، مصدر سابق ، (35/1) .

3 المائدة/3 .

4 عن الامام الصادق (عليه السلام) انه قال: حينما سئل عما في كتاب الله فقال : " والله ما يحتاج إليه ولد آدم منذ خلق الله آدم إلى أن تفتى الدنيا. والله إن فيه الحدود، حتى أن فيه أرش الخدش" . ينظر الى شرح اصول الكافي ، مولي محمد صالح المازندراني ، ج6 ، ط1 ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، 2008 ، ص 168 .

5 الانعام /38

6 ومنهم السيد محمد باقر الصدر ، والسيد الخميني ، والشيخ محمد السند البحراني ، كتاب فقه الطب ، مكتبة فذك ، ايران ، قم .

وبعد استعراض الاجتهاد عند فقهاء الامة الاسلامية نرى ان الاجتهاد ضرورة من ضروريات كل عصر مضى ؛ وذلك نظرا لتغيير الحياة عما كانت عليه في الازمنة الماضية ، وتطور المجتمعات المعاصرة ، وبالتالي ظهور مستجدات ووقائع على مختلف الاصعدة ، سواء على المستوى الاجتماعي ام على المستوى الاقتصادي ام على المستوى التكنولوجي ام على المستوى الطبي ، كل ذلك يحتاج الى فقه واجتهاد واحكام تواكب وتتلاءم وتنسجم مع مقتضيات وروح العصر.

ثالثا- الاجتهاد القضائي في العصر الحديث

في العصر الحديث بعد انتقال الخلافة الى الدولة العثمانية ، اخذ القضاء منحى جديدا فتعددت جهات التقاضي الى شرعية وقانونية وقننت الاحكام الفقهية والزم القضاة بالرجوع اليها ، وامتاز القضاء في هذه الفترة بضعف روح الاجتهاد وغلب التقليد ، فاصبح القاضي يصدر احكاما وفق احد هذه المذاهب وكان يعتمد غالبا ما تقرر في مذهبه دون سواه وكذلك حسب الراي السائد في كل منطقة ، وايضا تعدد القضاة من المذاهب بتوزع المذاهب الفقهية واستقرارها جغرافيا في الامصار ، واصبح القضاة بالقول الراجح المعتمد في مذهبهم ، وكذلك تقنين الاحكام الفقهية وتدوينها على شكل مدونات قانونية وهذا ما فعلته الحكومة العثمانية في اواخر القرن الثالث عشر الهجري ، إذ دونت الاحكام وفق مذهب ابي حنيفة النعمان والزمتم القضاة بالرجوع اليها حرصا على تطابق الاحكام في القضايا المماثلة ومراقبة احكامهم¹ .

وفي عام 1925 صدر القانون الاساسي والذي نص في المادة (77) منه على ما يلي : " يجري القضاء في المحاكم الشرعية وفقا للاحكام الشرعية الخاصة بكل مذهب من المذاهب الاسلامية بموجب احكام خاصة ويكون القاضي من مذهب اكثرية السكان في المحل الذي يعين مع بقاء القاضيين السني والجعفري في مدينتي بغداد والبصرة"².

وفي عام 1923 صدر قانون المحاكم الشرعية وانشئت بموجبه محاكم خاصة في المذهب الامامي واخرى لباقي مذاهب الجمهور ، كما انشئ بموجبه مجلس التمييز الشرعي يتألف من غرفتين سنوية واخرى امامية لتأييد الدعاوى المحسومة وفقا للمذهب .

¹ صفية حسين ، ضوابط الاجتهاد القضائي في الاحوال الشخصية على ضوء مقاصد الشريعة ، مصدر سابق ، ص53

² عبد الحميد كبة ، التنظيمات القضائية والحركة التشريعية في العراق ، ط1 ، دار التضامن ، بغداد ، 1973 ، ص213

وفي 1959/12/30 صدر قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ متضمنا احكاما عامة ومستمدا احكامه من المذاهب الخمسة _ الامامي والحنفي والمالكي والشافعي والحنبلي _ حيث جاء خاليا من تنظيم العديد من المسائل والاحكام واحالها الى الفقه الاسلامي بموجب المادة الاولى منه , واجاز اصدار الاجتهادات والاحكام القضائية دون التقيد بمذهب معين من المذاهب الاسلامية .

وصدر عام 1963 قانون السلطة القضائية رقم (26) والذي الغى مجلس التمييز السني والامامي واستعاض عنها بهيئة جديدة استحدثت في محكمة تمييز العراق للنظر في مواد الاحوال الشخصية والمواد الشخصية¹.

وصدر في عام 1978 قانون التنظيم القضائي رقم (160) الذي انشأ هيئة الاحوال الشخصية التي تختص بالنظر في الاحكام والقرارات الصادرة من محاكم الاحوال الشخصية طبقا لاحكام القانون وذلك بموجب احكام الفقرة (اولا) من المادة (12)².

ويفهم من خلال ما تقدم على الرغم من حركة التقنين التي شهدتها العراق الا ان الاجتهاد القضائي ضل مستمرا ؛ والسبب يعود الى ان القوانين التي عنت بمسائل الاحوال الشخصية شابها الغموض والقصور التشريعي في كثير من المسائل , إذ لا يمكن للمشرع الاحاطة بجميع المسائل بالنسبة لكل مذهب الامر الذي دعا المشرع الى السماح للقضاة في اللجوء الى مبادئ الشريعة الاسلامية واصدار الاحكام ؛ وذلك بالرجوع الى آراء وفتاوى كبار رجال الدين مع مراعاة مذهب اطراف الدعوى , وفي حال انعدام الحكم الشرعي للقضية المطروحة فيجب على القاضي اللجوء الى طلب الافتاء من المرجع الديني او وكيله ما لم يكن القاضي فقيها عند من يرى ضرورة توفر شرط الاجتهاد في القاضي , ويلاحظ ايضا عدم اطلاق العنان للقضاة في الاجتهاد , بل إن احكامهم تخضع لرقابة محكمة اعلى , وتكون احكامهم عرضة للنقض متى ما خالفت احكام الشريعة الاسلامية والقانون .

¹ ينظر اكثر : المادة (6/11) قانون السلطة القضائية رقم (26) لسنة 1963 النافذ وايضا الملحق رقم (1) الخاص بهذا القانون .

² ينظر اكثر : المادة (12) قانون التنظيم القضائي رقم (160) لسنة 1978 النافذ

المطلب الثالث

تمييز الاجتهاد القضائي المعاصر عما يشته به من اوضاع

بعد ان بينا مفهوم الاجتهاد القضائي المعاصر واعطاء نظرة تاريخية له ارتأينا في هذا المطلب ان نتطرق الى تمييز الاجتهاد القضائي المعاصر عن غيره من الاوضاع المتشابهة معه , اذ يقترب الاجتهاد القضائي المعاصر الى حد ما من الترجيح والتفسير والقياس , إذ أنّ كثيرا من الباحثين لم يتطرقوا الى تمييز الاجتهاد القضائي المعاصر عن هذه المصطلحات , لذا كان لزاما علينا ان نوضح مفهوم هذه المصطلحات وتمييزها عن الاجتهاد القضائي المعاصر ليتسنى لنا الوقوف على اهم اوجه الشبه والاختلاف بين هذه المفاهيم , وعليه سوف نقسم هذا المطلب على ثلاثة فروع , نتطرق في الفرع الاول الى تمييز الاجتهاد القضائي المعاصر عن التفسير المتطور , ثم نتطرق في الفرع الثاني الى تمييز الاجتهاد القضائي المعاصر عن الترجيح , اما الفرع الثالث فسوف نتطرق الى تمييز الاجتهاد القضائي المعاصر عن القياس وذلك على النحو الاتي :

الفرع الاول

تمييز الاجتهاد القضائي المعاصر عن التفسير المتطور للقانون

التفسير في اللغة من الفعل فَسَّرَ يفسر فهو مفسر والمصدر استفسار بمعنى استيضاح واستفسر استوضح¹ ويأتي لفظ التفسير في اللغة بمعان عدة منها الابانة الكشف² نحو فسر الشئ أي ابانه وكشف معناه³ ويأتي بمعنى البيان والتوضيح⁴ نحو فسر القران أي وضح معانيه⁵ وفسر الامر أي اوضحه وأبانه ويأتي الشرح⁶ نحو فسر آيات القران وشرحها ووضح ما تنطوي عليه من معان واسرار واحكام⁷

وقد ورد لفظ التفسير في القران الكريم في قوله تعالى : " وَلَا يَأْتُوكَ بِمَثَلٍ إِلَّا جِئْنَاكَ بِالْحَقِّ وَأَحْسَنَ تَفْسِيرًا"⁸ .

1 د. جبران مسعود ، الرائد ، معجم لغوي معاصر ، مصدر سابق ، (1707/4)

2 الفيروز ابادي ، القاموس المحيط ، مصدر سابق ، ص 1246

3 الجوهري ، ابو نصير اسماعيل بن حماد ، تاج اللغة وصحاح العربية ، مصدر سابق ، ص 888

4 الرازي ، زيد الدين ابو عبد الله محمد بن ابكر ، معجم مختار الصحاح ، مصدر سابق ، ص 212

5 احمد ابو حاقه ، معجم النفائس الكبير ، مصدر سابق ، (1467 /2) .

6 مجمع اللغة العربية في القاهرة ، المعجم الوسيط ، مصدر سابق ، ص 688

7 مجمع اللغة العربية في القاهرة ، المعجم الوجيز ، مصدر سابق ، ص 472

8 الفرقان/33

اما في الاصطلاح الشرعي فقد عرف التفسير بانه: "بيان معنى الآيات القرآنية وشانها وظروفها بلفظ يدل دلالة ظاهرة"¹. او هو: "بيان معنى اللفظ حقيقة ام مجاز"².

واما في الاصطلاح القانوني فقد عرف بانه: "بيان او توضيح لمعنى النص الغامض أيا كان سبب هذا الغموض سواء كان مرده الى النقص او عدم تناسب الالفاظ او غرابتها ام كان راجعا الى وجود تناقض عقلي بسبب طابع اسلوب اللغة المستعمل في التعبير ام بسبب وجود اخطاء مطبعية"³.

او "هو العملية الذهنية التي يقصد بها تحديد معنى القاعدة القانونية ومداه"⁴. وعرفه اخرون بانه "البحث والتحري بهدف ايجاد المعنى الصحيح للقاعدة لتطبيقها بعد ذلك على الحالة الواقعة"⁵.

وعرفه اخر بانه: "بيان ما غمض من الفاظ التشريع بالتوفيق بين نصوصه المتعارضة او بتكميل ما نقص من احكام او هو توضيح ما نقص من الفاظ التشريع وتكميل ما نقص من نصوصه وتخريج ما نقص من احكام والتوفيق بين اجزائه المتناقضة"⁶.

ويلاحظ على هذا التعريف انه وسع من حالات التفسير ؛ اذ شمل غموض النص بالإضافة الى النقص والتعارض .

ويفهم من خلال ما تقدم ان التفسير هو عملية يتم من خلالها ازالة الغموض الذي يعترض النص من خلال اللجوء الى دلالات النص من اجل فهم النص وايضاح معناه وبعد أن بيّنا مفهوم التفسير لغة واصطلاحا يمكننا أن نبيّن أهم أوجه الشبه و الاختلاف بينه وبين الاجتهاد القضائي المعاصر

اولا - اوجه الشبه

¹ الشيرازي .محمد الحسيني ، تقريب القران الى الاذهان ، المجلد 1 ، دار العلوم للتحقيق والطباعة والنشر، ص 43

² د. محمد حسين الذهبي ، التفسير والمفسرون ، ج1، مكتبة وهبة ، بلا مكان ، بلا سنة ، ص 17

³ د .خالد جمال احمد حسن ، تفسير النص القانوني بين الحرفية والتطبيق ، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق جامعة البحرين ، العدد الثاني ، ص 20

⁴ د .خالد جمال احمد حسن ، تفسير النص القانوني بين الحرفية والتطبيق ، المصدر السابق ، ص20

⁵ د . سليمان مرقص ، المدخل للعلوم القانونية ، الطبعة الرابعة ، بلا دار ، بلا مكان نشر ، بلا سنة طبع ، ص 236

⁶ د. سرهنك حميد البرزنجي ، تفسير الدستور في ضوء احكام الدستور العراقي النافذ وتطبيقات المحكمة الاتحادية العليا ، بحث منشور في مجلة جامعة دهوك ، المجلد ، 14، العدد2 ، 2011 ، ص 3

1. كلاهما عبارة عن عملية اجتهادية¹ , باستثناء التفسير التشريعي الذي يقوم به المشرع والتفسير الفقهي الذي يقوم به الفقيه.
2. يشتركان في الهدف وهو الوصول الى حكم في القضية المعروضة أمام القاضي².
3. كلاهما إلزام يقع عبئه على القاضي , فالقاضي ملزم بالتفسير عندما يجد ان النص يتصف بالغموض فليس له اهماله بحجة غموض النص , والا عُدَّ ناكرا للعدالة , كذلك الاجتهاد القضائي المعاصر فالقاضي ملزم بالاجتهاد في حالة نقص النص أو غموضه أو تعارضه وإلا عُدَّ ناكرا للعدالة³.

ثانيا - اوجه الاختلاف

1. إن نطاق الاجتهاد القضائي المعاصر اوسع من نطاق التفسير , فالاجتهاد القضائي المعاصر يكون عند غياب النص أو نقصه أو غموضه أو تعارضه بينما ينحصر التفسير في الغموض , فلا تفسير مع انعدام النص لاستحالته⁴.
2. إن التفسير قد يصدر من المشرع فيكون تفسيرا تشريعا , أو يصدر من الفقيه فيسمى تفسيرا فقهيًا , أو من القاضي فيسمى تفسيرا قضائيا , بخلاف الاجتهاد القضائي المعاصر فلا يكون الا قضائيا⁵.
3. محل التفسير نص غامض , فالتفسير لا يتصور وجوده الا مع غموض النص فيعتمد القاضي الى التفسير من خلال استجلاء الغموض الموجود بالنص⁶ . أما محل الاجتهاد القضائي المعاصر فهو ما يصطلح عليه بالمستجدات أو الفراغ التشريعي و النقص والغموض والتعارض⁷.
4. ان عملية التفسير تتطلب وجود نص , أما الحالات التي لا يوجد لحكمها نص صريح فلا تدخل ضمن نطاق التفسير , حيث يتم الاستعانة بالنص لفهم دلالات

1 د. رجب فارس الزهراني , دلالة العام عند الاصوليين , مجلة البحوث الفقهية والقانونية , العدد 41 , 2023 , ص 999

2 د. مصطفى ابراهيم الزلمي , اصول الفقه القانوني في نسيجه الجديد , ج 1 , المكتبة القانونية , بغداد , ص 453

3 المادة (30) من قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969النافذ فقد نصت على : " لا يجوز لأية محكمة أن تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقصه وإلا عد القاضي ممتنعاً عن إحقاق الحق , ويعد أيضا التأخير غير المشروع عن إصدار الحكم امتناعاً".

4 د. عصمت عبد المجيد البكر , مشكلات التشريع , دار الكتب العلمية , بيروت , لبنان , 2013 , ص 103

5 حسن ضعيف حمود المعموري , التفسير المتطور للقانون , اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون , جامعة بابل , 2022 , ص 11

6 د. خالد جمال احمد حسن , المدخل في دراسة الشريعة والقانون , مصدر سابق , ص 21

7 د. عصمت عبد المجيد البكر , مشكلات التشريع , مصدر سابق , ص 62

الالفاظ والمعاني التي قصدتها المشرع¹ , بخلاف الاجتهاد القضائي المعاصر فيتم الاستعانة بمصادر اخرى غير النص القانوني يتم تحديدها من قبل المشرع نفسه , سواء في ذات القانون ام في قانون اخر , فالقاضي في مسائل الاحوال الشخصية يلجا الى الشريعة الاسلامية الغراء من أجل استنباط الاحكام مستندا في ذلك على المادة الاولى من قانون الاحوال الشخصية العراقي² .

ويرى الباحث ان الاجتهاد القضائي المعاصر هو انشاء حكم من خلال عملية الاستنباط التي يقوم بها القاضي في القضية المطروحة امامه في حين ان التفسير هو الكشف عن الحكم من خلال استجلاء الغموض الموجود في النص فيعمد الى توضيحه وبيان ما التبس من الفاظه وعباراته .

الفرع الثاني

تمييز الاجتهاد القضائي المعاصر عن الترجيح

الترجيح في الاصطلاح اللغوي من الفعل رَجَحَ يُرَجِّحُ ترجيحا فهو مُرَجِّحٌ وراجِحًا³ , ويأتي لفظ الترجيح في اللغة بمعان عدة منها الميل والتفضيل⁴ نحو رجح احد الرأيين أي فضله ومال اليه , ورجح الشيء بيده أي وزنه , ورجح الميزان أي اثقله حتى مال , وقيل انه التقوية والتقديم , وكذلك يأتي التغليب واعطاء الاهمية⁵ نحو رجح الشخص فلانا أي زاد عليه في الرزانة , ورجحت كفته أي فاق غيره في الاهمية والقيمة , وقيل أيضا التذبذب⁶ .

ومما تقدم يرى الباحث ان المعنى الاقرب للترجيح هو: (التقوية والتقديم) ؛ ففي الترجيح هنالك ادلة متعارضة احدهما اقوى من الاخر , فيقدم الاقوى ويطرح الاخر اما اصطلاحا فقد اورد فقهاء الشريعة الاسلامية عدة تعريفات للترجيح , حيث عرفه الحنفية على انه : "عبارة عن فضل احد المثلين على الاخر وصفا"⁷ .

1 د . محمد شريف احمد ، نظرية تفسير النصوص المدنية ، مطبعة وزارة الاوقاف والشؤون الدينية ، بدون سنة طبع ، ص12

2 ينظر المادة (1) من قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ .

3 ابن منظور ، محمد بن مكرم ، لسان العرب ، مصدر سابق ، (6 / 103).

4 الجوهري ، تاج اللغة وصحاح العربية ، مصدر سابق ، ص 427

5 د . جبران مسعود ، الرائد ، معجم لغوي معاصر ، مصدر سابق ، ص 808

6 الفيروز ابادي ، القاموس المحيط ، مصدر سابق ، ص 620

7 البخاري ، علاء الدين عبد العزيز احمد ، كشف الاسرار عن اصول فخر الاسلام ، مجلد4 ، دار الكتب

العربية بيروت ، لبنان ، بلا سنة ، ص 77

وعرفه الشافعية بانه: "تقوية احد الطريقتين على الاخر فيعلم الاقوى فيعمل به
ويطرح الاخر"¹ او هو "تقوية احد الامارتين على الاخرى بما ليس ظاهرا "

وعرفه المالكية على انه: "اقتران الامارة بما تقوى به على معارضتها فيجب
تقديمها..."² .

وعرفه الحنابلة بانه: "عبارة عن اقتران احد الصالحين للدلالة على المطلوب مع
تعارضهما بما يوجب العمل به واهمال الاخر"³. وعرفه اخر منهم بانه "تقديم احد
طريقي الحكم لاختصاصه بقوة في الدلالة"⁴ .

اما الامامية فقد عرّفوا الترجيح بانه: "تقوية احد الامارتين على الامارة الاخرى
لمزية لها على الاخرى في وجه من الوجوه"⁵ . وعرفه اخر منهم بانه "هو عبارة
عن تقديم احد المتعارضين بقوة دلالاته كما لو كان أحدهما عاما والآخر خاصا او
احدهما دلالة المنطوق والآخر دلالة بالمفهوم..⁶" .

ويفهم من التعاريف المتقدمة ان الترجيح يكون بين نصين ظنيين ومتعارضين في
الحكم , تكون دلالة احدهما على الحكم اقوى من الاخرى فيعمل به ويطرح الاخر
, وبالتالي يمكن نعرف الترجيح بانه: "قيام المجتهد بتقديم احد الادلة ظنية
الدلالة لتعارضها , مستندا في ذلك بدليل من الادلة الشرعية".

وتكمن اسباب اختيارنا للتعريف المتقدم عدة امور منها انّ الترجيح أمر يقوم به
المجتهد والحاصل على مرتبة الاجتهاد , وانه يقع في المسائل الظنية الدلالة ,
واخيرا لا بد من وجود دليل يستند اليه القاضي عند الترجيح بين تلك النصوص .

وبعد الوقوف على مفهوم الترجيح وبيان ماهيته يمكننا ان نبين اهم اوجه الشبه
والاختلاف بينه وبين الاجتهاد القضائي المعاصر :

اولا - اوجه الشبه

¹ الزركشي ، بدر الدين بن بهادر بن عبد الله الشافعي ، البحر المحيط في اصول الفقه ، ج6، تحقيق د . عبد
الستار ابو غره وعبد القادر بن عبد الله العاني ، دار الصفوة ، الكويت ، ط2 ، ص130
² ابن الحاجب .ابي عمرو جمال الدين عثمان بن عمر بن ابي بكر المالكي ، شرح العضيد المختصر، تحقيق
طارق يحيى ، دار الكتب العلمية بيروت لبنان ، ط1، ص200
³ الامدي ، علي بن محمد ، الاحكام في اصول الاحكام ، مصدر سابق ، (4 / 239).
⁴ ابن اللحام. ابي الحسن بن علي بن محمد بن علي البعلي الحنبلي ، المختصر في اصول الفقه ، تحقيق د .
سعد بن ناصر بن عبد العزيز الشثري ، ط1 ، 2007 ، ص 757
⁵ القوجاني .محمد رضا الناصري ، جواهر العقول في شرح فوائد الاصول ، مبحث في التعادل والترجيح ،
ط1 ، الدار الاسلامية ، 1993 ، ص 118.
⁶ القوجاني .محمد رضا الناصري ، جواهر العقول في شرح فوائد الاصول ، المصدر السابق ، ص118

1. يتشابه الاجتهاد القضائي المعاصر مع الترجيح من حيث الغاية , إذ إنّ الهدف من الاجتهاد القضائي هو الوصول الى حكم لحسم النزاع بين الاطراف كذلك الامر بالنسبة للترجيح .
2. إنّ الترجيح يكون بين الظنيات ؛ لان الظنيات متساوية في القوة ، فلا يتصور التعارض بين القطعيات , وكذلك لا يتعارض دليل قطعي مع دليل ظني¹ . وكذلك الامر في الاجتهاد القضائي المعاصر , حيث يكون في المسائل ظنية الدلالة وليس القطعية , فالقاعدة العامة في هذه المسئلة (لا اجتهاد مع النص) , فاذا وجد النص بطل الاجتهاد.
3. إنّ كلاً من الترجيح والاجتهاد القضائي المعاصر² عمل يقوم به شخص مجتهد حاصل على مرتبة الاجتهاد , فكلاهما عملية اجتهادية تتم من خلال المعرفة بأصول الفقه وقواعد النحو وغيرها من العلوم الاخرى التي تساعد على عملية الاستنباط .
4. كلاهما يتم الاعتماد على قواعد و ضوابط محددة يتم من خلالها التوصل الى الحكم الشرعي³ , فالترجيح يتم بالاعتماد على قواعد يتم من خلالها التوصل الى معرفة الراجح , ومن ثم العمل به , ومعرفة المرجوح ومن ثم اهماله , وكذلك الامر بالنسبة للاجتهاد القضائي يتم اعتماد قواعد معينة يتم من خلالها استنباط الاحكام الشرعية من ادلتها التفصيلية .
5. كلاهما يجب أن يستند الى دليل , فالقاضي يسند اجتهاده على ادلة وليس للقاضي أن يحكم بعلمه الشخصي , بل يتوجب عليه ان يسند اجتهاده الى دليل , وكذلك الامر بالنسبة للترجيح فعندما يتم تقوية دليل على اخر فلا بد ان يكون بالاستناد على مصادر التشريع , وبالتالي لا بد ان يرتبط الترجيح بالأدلة الشرعية , فلا ترجيح بدون دليل⁴.

ثانيا - اوجه الاختلاف

1. من حيث المفهوم

يختلف الاجتهاد القضائي عن الترجيح من حيث المفهوم فالاجتهاد القضائي المعاصر : (هو الحكم الذي يصدره القاضي في المسائل المستحدثة عند انعدام

¹ الامدي , علي بن محمد , الاحكام في اصول الاحكام , مصدر سابق , (241/4).

² ان المقصود بالاجتهاد القضائي انما هو الشرعي الذي يقوم به شخص حاصل على درجة من الاجتهاد و العلم بالأحكام الشرعية , اما الاجتهاد القضائي المعاصر فنجد ان اغلب القوانين لم تشترط الاجتهاد فيمن يتولى منصب القضاء , ينظر اكثر : المادة (7) من قانون المعهد القضائي رقم (33) لسنة 1976 النافذ .

³ حسين بن علي بن حسين الحربي , قواعد الترجيحات عند المفسرين , ج1 , ط1 , 1996 , ص71

⁴ رايح مراحي , التعارض والترجيح , اطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة منتوري قسنطينة , 2008 ,

النقص او نقصه او غموضه او تعارضه او عند تفسيره للنص المتطور للنص الظني الدلالة او القابل للتأويل مستندا في ذلك على مبادي الشريعة الاسلامية) . اما الترجيح: (قيام المجتهد بتقديم احد الادلة ظنية الدلالة لتعارضها , مستندا في ذلك بدليل من الادلة الشرعية).

2. من حيث المحل

إنّ الترجيح يكون بين ادلة متعارضة احدهما اقوى من الاخر¹ بينما في الاجتهاد القضائي المعاصر يكون عند انعدام النص , او نقصه او غموضه او تعارضه .

3. في الترجيح لا ينعدم الدليل , بل يوجد دليلان أو اكثر يتعذر العمل بهما معا ؛ ومن ثم لا بد من الترجيح بينهما من خلال تقوية احدهما على الاخر , بينما في الاجتهاد القضائي قد ينعدم الدليل او يشوبه نقص او يعتريه غموض².

الفرع الثالث

تمييز الاجتهاد القضائي المعاصر عن القياس

القياس في اللغة من الفعل قاسَ ، يقيس ، وهو مفرد وجمعه اقيسه ، ويقال قاسَ يقيس وقياسا والمفعول مقيس³ . وقد ورد للقياس عدة معاني فقليل هو التقدير⁴ نحو قاس الشيء بالشيء أي قدره على امثاله⁵ ، وقاس الشيء بغيره او على غيره أي قدره على امثاله ، وتقاس الشيءان أي تساويا في القياس فكان كل منهما على مثال الاخر⁶ ، وقيل انه رد الشيء الى نظيره ، والمقياس هو المقدار⁷ وما قيس به من اداة او آلة⁸ ، ويقال ايضا هذا قياس ذلك أي بينهما مشابهة⁹ .

اما اصطلاحا فقد عرّف فقهاء الشريعة القياس بانه: " بيان حكم غير منصوص على حكمه والحاقه بامر معلوم بحكمه بالنص عليه في الكتاب والسنة"¹⁰.

1 د. محمد كمال الدين امام ، اصول الفقه الاسلامي ، دار المطبوعات الجامعية ، بيروت ، لبنان ، بلا سنة ، ص 353

2 د. محمد ابراهيم محمد الحنفاوي ، التعارض والترجيح عند الاصوليين واثرها في الفقه الاسلامي ، دار الوفاء ، 1987 ، ص 298

3 د. جبران مسعود ، الرائد ، معجم لغوي معاصر ، مصدر سابق ، ص 1883

4 الفيروز ابادي ، القاموس المحيط ، مصدر سابق ، ص 1385

5 الرازي ، زيد الدين ابو عبد الله محمد بن بكر ، معجم مختار الصحاح ، مصدر سابق ، ص 233

6 د. جبران مسعود ، الرائد ، معجم لغوي معاصر ، مصدر سابق ، ص 1883

7 مجمع اللغة العربية في القاهرة ، المعجم الوسيط ، مصدر سابق ، ص 770

8 مجمع اللغة العربية في القاهرة ، المعجم الوجيز ، مصدر سابق ، ص 523

9 الهنائي ، ابي الحسن علي بن الحسين ، المنجد في اللغة ، مصدر سابق ، ص 665

10 محمد ابو زهرة ، اصول الفقه الاسلامي ، مصدر سابق ، ص 218

وعرفه اخر بانه : " الحاق امر غير منصوص على حكمة بأمر اخر منصوص على حكمة للاشتراك بينهما في علة الحكم"¹.

وعرفه البعض بانه : " الحاق صورة مجهولة الحكم بصورة معلومة الحكم لأمر جامع بينهما"². وعرفه البعض الاخر بانه : "رد فرع بأصله لعللة جامعة"³.

كما عرفه بانه : "حمل غير معلوم على معلوم في اثبات حكم لهما او نفيه عنهما بأمر جامع بينهما"⁴.

اما فقهاء القانون فقد عرفوا القياس بانه : "الحاق واقعة لم يرد نص يحكمها بحكم واقعة ورد نص يحكمها لتساوي الواقعتين في علة الحكم"⁵.

وبعد أن بيّنا مفهوم القياس لغة واصطلاحاً يمكن ان نبين اهم اوجه الشبه والاختلاف بين القياس والاجتهاد القضائي المعاصر وذلك على النحو الاتي :

اولا - اوجه الشبه

1. يشترك الاجتهاد القضائي المعاصر مع القياس في الهدف في ان كلاهما يهدف الوصول الى حكم شرعي في المسألة محل النزاع .
2. يشتركان في ان كلاهما يتم اللجوء اليه عند انعدام الحكم في المسألة محل النزاع⁶ .
3. كلاهما يكون في النصوص الظنية الدلالة , فالاجتهاد لا يجوز إلا في النصوص الظنية اما النصوص القطعية الدلالة فلا يجوز الاجتهاد فيها , كذلك القياس لا يجوز مع وجود النصوص الصريحة⁷.

ثانيا - اوجه الاختلاف

¹ محمد ابو زهرة ، اصول الفقه الاسلامي ، المصدر سابق ، ص 218
² التلمساني ، ابي عبد الله محمد بن احمد الحنبلي، مفتاح الاصول الى بناء الفروع على الاصول ، تحقيق. محمد علي فروكس ، مؤسسة الريان للطباعة والنشر، ص 272
³ الحنبلي. محمد بن احمد بن عبد العزيز بن علي ، شرح الكوكب المنير مختصر التحرير، ط2 ، مكتبة العبيكان ، 1997 ، ص 5
⁴ الامدي سيف الدين ، الاحكام في اصول الاحكام ، مصدر سابق ، (266/3).
⁵ د. خالد رشيد الجميلي ، المدخل في دراسة الشريعة والقانون ، دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد ، 1998 ، ص 14
⁶ د. حامد شاكر ، العدول في الاجتهاد القضائي ، ط1، المركز العربي للتوزيع والنشر ، مصر ، 2018 ، ص36
⁷ عبد القادر شبيه الحمد ، اثبات القياس في الشريعة الاسلامية والرد على منكريه ، ط3 ، مكتبة الملك فهد ، بلا سنة ، ص18

1. من حيث المفهوم

إنّ الاجتهاد القضائي المعاصر : " هو الحكم الذي يصدره القاضي في المسائل المستحدثة للأحوال الشخصية , عند انعدام النص او نقصه او غموضه او تعارضه او عند تفسيره للنص الظني الدلالة او القابل للتأويل مستندا في ذلك على مبادئ الشريعة الإسلامية " .

اما القياس فهو: " الحاق واقعة لم يرد نص يحكمها بحكم واقعة ورد نص يحكمها لتساوي الواقعتين في علة الحكم"¹.

2. من حيث الاساس

فالاجتهاد القضائي المعاصر يجد اساسه في الشريعة والقانون , فأما الاساس الشرعي فقد وردت احاديث كثيرة في القران الكريم والسنة النبوية الشريفة دلت على مشروعيتها , واما الاساس القانوني فقد اوجبت المادة (30) من قانون المرافعات المدنية على القاضي ان يجتهد من اجل الوصول الى حكم حتى لا يعتبر ناكرا للعدالة , كذلك نجد ان المادة الاولى من قانون الاحوال الشخصية اشارت الى الاحالة على الفقه الاسلامي وما فيها من اشارات تدل على جواز الاجتهاد في مسائل الاحوال الشخصية , بينما نجد ان القياس في اغلب الاحيان يفقد الاساس الشرعي والقانوني في اطار مسائل الاحوال الشخصية , فبالنسبة الى الشريعة فقد اختلف الفقه في مشروعية الاخذ بالقياس , فهو غير جائز عند من يرى عدم جوازه² , واما الاساس القانوني للقياس , فلم يتطرق قانون الاحوال الشخصية النافذ الى جواز الاخذ به او عدّه مصدرا رسميا للقانون على الرغم من النص عليه في القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1952 النافذ , حيث نص صراحة على جواز الاخذ به في المادة (3) والتي نصت على ما يلي : "ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه".

3. القياس يعتمد على تمثيل الشيء بغيره واجراء حكمه عليه والتسوية بينهما في الحكم بالنظر الى علة الحكم , بينما الاجتهاد القضائي يعتمد على استنباط الحكم الشرعي من ادلته من خلال بذل الجهد من اجل الوصول الى حكم³.

¹ د. خالد رشيد الجميلي ، المدخل في دراسة الشريعة والقانون ، مصدر سابق ، ص141

² ذهب الامامية و الظاهرية الى نفي القياس فلم يأخذوا الا بالنصوص بينما ذهب الحنفية الى الحكم فيما لم يرد بشأنه نص عن طريق القياس ينظر: الشيخ يوسف البحراني ، الحقائق الناظرة في احكام العترة الطاهرة ، ج11، ط1، دار الاضواء ، بيروت ، لبنان ، 1993 ، ص130

³ محمد ابو زهره ، اصول الفقه الاسلامي ، مصدر سابق ، ص 219

ويرى الباحث انّ الوصول الى حكم في القياس هو أمر نسبي وليس مطلقا , فالأمور المستجدة قد لا تكون فيها واقعة مماثلة وقعت في الماضي يمكن تطبيق حكمها عليها , فكثير من المستجدات يصعب الوصول الى حكم شرعي فيها ؛ وذلك لعدم وجود واقعة مماثلة فيها من قبل يمكن تطبيق حكمها عليها , بخلاف الاجتهاد القضائي المعاصر الذي يكون فيه الوصول الى حكم أمرا حتميا في جميع الحالات ، فالقاضي من شأنه البحث عن الحكم للحالة محل النزاع من خلال عملية الاستنباط التي يجريها بالاعتماد على النصوص .

المبحث الثاني

ذاتية الاجتهاد القضائي المعاصر

بعد ان بينا في المبحث الاول مفهوم الاجتهاد القضائي المعاصر في مسائل الاحوال الشخصية وتوصلنا الى تعريف له , يتعين علينا في هذا المبحث ان نبين ذاتية الاجتهاد القضائي المعاصر من , خلال بيان ضوابطه , ومقوماته , وحدوده في اطار مسائل الاحوال الشخصية , فالحكم وفق اجتهاد القاضي لا بد من ان تتوفر له ادوات لكي يعد صحيحا , فاذا عرض النزاع على القاضي فعليه اولا ان يبحث في النصوص القانونية للتوصل الى الحكم , فاذا انعدم النص أو شابه نقص أو غموض فانه يلجأ الى الاجتهاد والحكم وفق مبادئ الشريعة الاسلامية , ولا يمكن للقاضي ان يحكم وفق مبادئ الشريعة الاسلامية ما لم يوجد نص قانوني يقرر الاحالة على الفقه الاسلامي , كذلك يجب على القاضي ان لا يتقيد بالحكم وفق مذهب معين , وان لا يخالف في اجتهاده مبادئ الشريعة الاسلامية , ولكي يعتبر الاجتهاد القضائي صحيحا ومشروعا لا بد ان تتوفر فيه مقومات , وعليه لا بد ان نبين الاركان والشروط التي يبنى عليها الاجتهاد القضائي المعاصر , وكذلك يجب علينا ان نحدد مجال الاجتهاد القضائي المعاصر ونبين نطاقه في اطار مسائل الاحوال الشخصية , وهل يقتصر على انعدام النص ام يشمل النص ذاته ؟.

وعليه من خلال ما تقدم سنقسم خطة المبحث على ثلاثة مطالب , نتطرق الى ضوابط الاجتهاد القضائي المعاصر في المطلب الاول , في حين سنخصص المطلب الثاني لمقومات الاجتهاد القضائي المعاصر , اما المطلب الثالث فسيكون لنطاق الاجتهاد القضائي المعاصر وذلك على النحو الاتي :

المطلب الاول

ضوابط الاجتهاد القضائي المعاصر

إنّ الاجتهاد القضائي المعاصر يتحدد بضوابط ينبغي على القضاة التقيد بها عند استنباط الاحكام , فالقضاء لما كان في جانب منه يعتمد على الاجتهاد في استنباط الاحكام كان لزاما أن يرتكز على قواعد وضوابط تعين القاضي على التطبيق الصحيح للأحكام الشرعية على الوقائع القضائية المعروضة أمامه , فعند عرض النزاع على القاضي عليه اولا ان يتأكد من عدم وجود نص قانوني يحكم الحالة المعروضة امامه , فالقاعدة تقضي في هذا المقام لا مساغ للاجتهاد في مورد النص , حيث يكون الحكم عرضة للنقض ؛ لأنه اجتهاد مع النص , وكذلك يقتضي وجود نص

يقرر الاحالة على الفقه الاسلامي , وكذلك الزم القانون القضاة بعدم التقيد بمذهب معين من مذاهب الفقه الاسلامي عند اللجوء الى احكام الشريعة الاسلامية , فيحكم القاضي بمبادئ الشريعة الاسلامية ؛ وذلك باللجوء الى اراء وفتاوى فقهاء الشريعة الاسلامية , فيحكم بالرأي الذي يتلاءم مع مذهب اطراف الدعوى , واخيرا لا بد من عدم مخالفة الاجتهاد القضائي المعاصر لمبادئ الشريعة الاسلامية , وعليه سنقسم هذا المطلب على اربعة فروع , نتطرق الى انعدام النص القانوني في الفرع الاول , اما الفرع الثاني فسوف نتطرق فيه الى وجود نص قانوني يقرر الاحالة على الفقه الاسلامي , في حين سنخصص الفرع الثالث الى عدم التقيد بمذهب معين من مذاهب الفقه الاسلامي , واخيرا نتطرق في الفرع الرابع الى عدم مخالفة الاجتهاد القضائي المعاصر لمبادئ الشريعة الاسلامية وذلك على النحو التالي :

الفرع الاول

انعدام النص القانوني او نقصه او غموضه او تعارضه

ان القاضي عندما يعرض عليه النزاع فانه يذهب الى تطبيق النص القانوني على الواقعة المعروضة أمامه , فان وجد نص فانه ملزم بتطبيقه , اذ يتعين عليه التقيد بما اورده المشرع لفظا وفحوا , فلا يجوز له ان يجتهد مع وجود النص القانوني استنادا لقاعدة (لا اجتهاد مع النص) , اما اذا لم يجد نصا قانونيا او اعترى النص نقصا , او شابه الغموض او تعارض , فانه يلجأ الى الاجتهاد , وعليه ان يبذل جهده من اجل الوصول الى الحكم ؛ حتى لا يعد ناكرا للعدالة , وعليه لا بد من بيان مفهوم النص في اللغة والاصطلاح ثم بعد ذلك نتطرق الى بيان موقف الشريعة الاسلامية كذلك بيان موقف التشريع والقضاء وذلك على النحو الاتي :

اولا - مفهوم النص

1- النص لغة :

النص لغة من الفعل نَصَّ , يَنْصُ وتَنَصَّ فهو ناص والمفعول منصوصا¹ وقد ورد للنص معان في اللغة العربية , فقول هو الرفع نحو نص الحديث اليه أي رفعه² , وانتص الشيء أي ارتفع واستوى واستقام , والمنصوص هو المبين والمعين³ ,

1 د. جبران مسعود , الرائد , معجم لغوي معاصر , مصدر سابق , ص221

2 الفيروز ابادي , مجد الدين محمد بن يعقوب , القاموس المحيط , مصدر سابق , ص 1615

3 مجمع اللغة العربية في القاهرة , المعجم الوسيط , مصدر سابق , ص926

ونص على الشيء أي عينه وحدده بموجب نص¹ , ويأتي أيضا الاظهار والبيان , ونص كل شيء منتهاه² , والنص هو صيغة الكلام الاصلية أي مالا يحتمل الا معنى واحد , ويرى الباحث ان المعنى الاقرب هو (التعيين والبيان) ؛ فالنص هو اللفظ الذي لا يحتمل اكثر من معنى .

2- النص اصطلاحا :

اختلف فقهاء الشريعة والقانون في اعطاء مفهوم محدد للنص , فعرف الحنفية³ النص بانه : "كل ما يتناوله عينا مخصوصه او غير مخصوصة بحكم ظاهر⁴ بين المراد ". ويتضح من هذا التعريف ان الحكم الورد في النص لا يحتاج الى تأويل , بل يكون واضح , أي يكون قطعي الدلالة على الحكم .

وعرف الشافعية⁵ النص بأنه : " كل ما دل على معنى لا يحتمل غيره".

وعرفه الحنابلة⁶ بانه : "هو الذي لا يحتمل التأويل" او "هو الذي لا يتطرق اليه الاحتمال لا على قرب ولا على بعد".

ويفهم من التعريفات أنها تصب في نفس المعنى , فالنص هو ما دل على معنى واحد لا أكثر , لا يحتمل في دلالاته على اكثر من معناه , ومن ثم فهو يخرج ما كان ظنيا في دلالاته على الحكم المراد .

وعرفه البعض من الحنابلة⁷ بانه : "ما كان صريحا في حكم من الاحكام". ويخرج هذا التعريف كل كلام او لفظ تكون دلالاته على المعنى المراد ضمنية غير واضحة في بيان المقصود منه .

1 مجمع اللغة العربية في القاهرة , المعجم الوجيز , مصدر سابق , ص247

2 الجوهري , ابو نصير اسماعيل بن حماد , تاج اللغة وصحاح العربية , مصدر سابق , ص1142

3 الجصاص , احمد بن علي ابو بكر الرازي الحنفي , الاصول في الفصول , ج1 , ط2, مطبعة وزارة الاوقاف الكويتية , 1994, ص59

4 والظاهر هو لفظ او كلام يعرف المراد به من صيغته فيدل على حكم غير مقصود بالذات دلالة واضحة مع قبوله للتأويل والتخصيص . ينظر : د. مصطفى ابراهيم الزلمي , اصول الفقه في نسيجه الجديد , مصدر سابق , ص432

5 الاسنوي , ابو محمد جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن , نهاية السؤل في شرح منهاج الاصول , ج1, ط1, دار الكتب العلمية , بيروت , لبنان , 1999, ص91

6 الغزالي , ابو حامد محمد بن محمد , المستصفي من علم الاصول , تحقيق حمزة بن زهير حافظ , ج3 , بلا سنة , ص84-85

7 ابي يعلى, محمد بن الحسن الفراء, العدة في اصول الفقه , تحقيق د. احمد بن علي المبارك , ج1 , ط1, 1993 , ص138

وعرف الامامية النص بانه: "ما لم يحتمل غير ما فهم منه"¹. فان فهم من اللفظ معنى اخر غير المعنى المراد فلا يكون نصا .

وعرفه اخر من الامامية بانه: "هو الكلام الذي يظهر افادته لمعناه , ولا يتناول اكثر مما هو فيه "².

ونحن نرجح هذا التعريف على غيره ؛ لأنه قصر معنى النص على ما كان قطعيا في دلالاته على المعنى المراد , وبالتالي فان النص الذي يحتمل التأويل يخرج من نطاق النص ؛ لأنه يحتمل في دلالاته على اكثر من معنى .

ثانيا - موقف الفقه الاسلامي

عالج الفقه الاسلامي مسألة الاجتهاد في مورد النص تحت قاعدة : (لا مساع لاجتهاد في مورد النص) , فالاجتهاد هو بذل الفقيه جهده من اجل الوصول الى حكم , والمقصود بالقاعدة ان الاجتهاد يكون في القضايا التي لم يرد في الشريعة الاسلامية نص صريح يحكمها , اما اذا ورد نص صريح يحكمها فلا يجوز الاجتهاد فيه ؛ لان الغرض من الاجتهاد تحصيل الحكم الشرعي , فاذا كان حاصله في النص فلا حاجة للاجتهاد ؛ ولان الاجتهاد اذا اوصلنا الى ذات الحكم الوارد في النص , فالمعول عليه هو النص وما ورد فيه من حكم وليس الاجتهاد³.

ويفهم من خلال ما تقدم اذا عرض النزاع على القاضي , فالقاضي يبحث عن الحكم في النص , ولا يجوز له ان يجتهد طالما ان النص واضحا في دلالاته على الحكم , اما اذا انعدم النص القانوني او شابه شيء من الغموض والابهام فالقاضي يجتهد في فهم النص للوصول الى الحكم , حيث يكون هنا اجتهاد في النص وليس اجتهاد مع النص , وهو نوع من انواع الاجتهاد و يعد جائزا باجماع فقهاء الشريعة الاسلامية .

ثالثا - موقف التشريع والقضاء

1 - موقف التشريع

¹ الحلبي , ابي منصور جمال الدين الحسن بن يوسف , مباهي الاصول الى علم الاصول , تحقيق عبد الحسين محمد علي البقال , ط2, دار الاضواء , بيروت , لبنان , ص64

² الحلبي , نجم الدين ابي القاسم جعفر بن الحسن , معارج الاصول , تحقيق محمد حسين الرضوي , ط1, مطبعة ال البيت للطباعة والنشر , بلا سنة طبع , ص105

³ د. عبد الكريم زيدان , الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الاسلامية , ط1, مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر , بلا مكان , 2000, ص 31

إنّ المشرع العراقي بين في المادة الاولى من قانون الاحوال الشخصية النافذ على ما يلي : "تسري النصوص التشريعية في هذا القانون على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها وفحواها " . وهذا يعني ان نصوص قانون الاحوال الشخصية هي المرجع التي يستقي منها القاضي احكامه , فالقاضي يتقيد بالألفاظ التي اوردها المشرع في النص , وعليه استنباط الحكم من لفظ النص وفحواه , ولا يصح له الانتقال الى مصدر اخر , إلا بعد التأكد من خلو النص لفظا او فحوى من ايجاد حل للقضية المعروضة امامه¹ .

اما المشرع المصري فقد اكدت المادة الثالثة من قانون رقم (1) لسنة 2000 الخاص بتنظيم بعض اوضاع واجراءات التقاضي في مسائل الاحوال الشخصية : "تصدر الأحكام طبقا لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها ، ويعمل فيما لم يرد بشأنه نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة" .

إذ شار الى التزام القاضي عند اصدار الاحكام طبقا لأحكام قوانين الاحوال الشخصية التي نظمها المشرع² .

اما المشرع الجزائري فقد نص في المادة (222) من قانون الاسرة على ما يلي : "كل ما لم يرد بشأنه نص يرجع فيه الى مبادئ الشريعة الاسلامية " . وبالرجوع الى القواعد العامة في القانون المدني الجزائري نجد ان الفقرة الاولى من المادة الاولى حددت نطاق المنصوص عليه حيث نصت على انه : "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها وفحواها"³ .

2 - موقف القضاء

لقد اكد القضاء في كثير من أحكامه على ضرورة الاجتهاد عند غياب النص التشريعي أو نقصه أو غموضه , ويفهم ذلك ضمنا من خلال الاحكام التي ارساها القضاء في المسائل التي لم يرد نص يحكمها او ما تسمى بالفراغ التشريعي الناتج عن النقص او القصور الناتج عن عدم وضوح النص او عدم معالجته للحالة محل النزاع , ومن ذلك ما اكدته محكمة التمييز الاتحادية في مسألة جواز اثبات النسب بالطرق العلمية الحديثة حيث قضت: " ان الفحص الطبي (البصمة الوراثية)

¹ د. فاروق عبد الكريم , الواضح في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ , مصدر سابق , ص19
² ومن هذه القوانين قانون الاحوال الشخصية رقم (25) لسنة 1920 المعدل بقانون رقم (25) لسنة 1925 المتعلق بأحكام النفقة وبعض مسائل الاحوال الشخصية وكذلك قانون رقم (1) لسنة 2000 المتعلق بتنظيم بعض اوضاع واجراءات التقاضي في مسائل الاحوال الشخصية وغيرها من القوانين .
³ المادة الاولى من القانون المدني الجزائري رقم لسنة 75_58 لسنة 1975 النافذ

(DNA) والوسائل العلمية في اثبات النسب لا تتعارض مع احكام الشرع والقانون طالما توصل الى الحقيقة في المسائل الشرعية"¹.

كذلك اكدت المحكمة العليا المصرية على ارجاع ما لم يرد بشأنه نص الى احكام الشريعة الاسلامية , حيث اكدت ان قانون رقم (1) لسنة 2000 لم يتطرق لمسألة خيار الزوج فسخ عقد الزواج للعيب المستحکم في الزوجة او للغش والتدليس والاثار المترتبة على ذلك حيث قضت "يكون المرجع في هذا الشأن , وقد سكت (المشرع) الى ارجح الاقوال في مذهب ابي حنيفة , طبقا للمادة الثالثة من قانون رقم (1) لسنة 2000 الخاص بتنظيم بعض اوضاع اجراءات التقاضي في مسائل الاحوال الشخصية والذي ينص على ما يلي : يعمل فيما لم يرد بشأنه نص .. بأرجح الاقوال في مذهب الامام ابي حنيفة"².

اما في القضاء الجزائري فنجد ان هناك العديد من المسائل التي لم تعالج بنص من قبل المشرع وكان للاجتهاد القضائي دور في حسمها , ومن ذلك مسألة اثبات نشوز الزوجة , إذ استقر قضاء المحكمة العليا على ان الزوجة لا تعتبر ناشزا إلا بعد ثبوت امتناعها عن تنفيذ الحكم القضائي النهائي الذي يلزمها بالرجوع الى مسكن الزوجية , حيث قضت : " ان المبدأ المستقر عليه هو اعتبار الزوجة ناشزا اذا صدر في حقها حكم بالرجوع ونفذ عليها قانونا بعد ما اصبح نهائيا ولم تمتثل لذلك"³.

ويفهم من خلال ما تقدم ان للاجتهاد القضائي المعاصر دورا مهما في معالجة المسائل غير المنصوص عليها قانونا , وذلك من خلال ارساء قواعد ومبادئ قضائية تستمد احكامها من الشريعة الاسلامية الغراء , وبذلك يكون للاجتهاد دور في سد النقص والقصور الحاصل في النصوص التشريعية .

¹ قرار محكمة التمييز الاتحادية الذي اصدرته يوم ٢٨ - ١- ٢٠١٨ منشور على موقع التواصل <https://www.iraqfsc.iq/news> تاريخ الزيارة 2023/7/ 17

² قرار المحكمة العليا المصرية الصادر بتاريخ 2016/4/9. قرار منشور على الموقع الالكتروني <https://manshurat.org/node/65510> تاريخ الزيارة 2023/6/7

³ قرار المحكمة العليا الجزائرية الصادر بتاريخ 2006/2/13, نقلا عن علي غريبي . فوزية بجاج , مدى اعتماد المشرع الجزائري على احكام الاجتهاد القضائي , مجلة النوازل الفقهية والقانونية , المجلد 6, عدد3, 2022, ص137

الفرع الثاني

وجود نص قانوني يقرر الاحالة على الفقه الاسلامي

اذا تبين للقاضي انعدام النص القانوني للحالة المعروضة امامه , فانه يلجأ للاجتهاد من اجل التوصل الى حكم , بَيِّدَ انَّ القاضي لا يمكن له الحكم وفق مبادئ الشريعة الاسلامية ما لم يوجد نص يجيز له اللجوء الى الفقه الاسلامي , وعليه لا بد ان نبين مفهوم الاحالة على الفقه الاسلامي وشروطا وذلك على النحو الاتي :

اولا - مفهوم الاحالة على الفقه الاسلامي

1- تعريف الاحالة

لم يرد تعريف المقصود بالاحالة لا في متون تشريعات الاسرة ولا في غيرها من القوانين , لكن المقصود لغة بالاحالة انها مشتقة من المحال وهو الكلام لغير الشيء , والمحال هو ما يحول بين شيئين اثنين , وحال الرجل أي تحول الى موضع اخر¹ , واحال الشيء رفعه عليه² , والاحالة المقصود بها هي الانتقال والتحول من شيء الى شيء اخر³ .

2- تعريف الفقه الاسلامي

اختلفت تعريفات الاصوليين بشأن معنى الفقه الاسلامي الى تعريفات متعددة , فهناك من قال ان الفقه الاسلامي : "هو ذلك الفقه المرادف للشريعة"⁴ . وذهب رأي اخر في قوله ان المراد بالفقه الاسلامي : "هو العلم بالأحكام المستفادة عن طريق الاجتهاد والاستنباط"⁵ . او : "هو العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسبة عن طريق الادلة التفصيلية"⁶ .

ونحن نرجح هذا التعريف على غيره من التعريفات ؛ وذلك لان الفقه انما هو العلم بالأحكام , والفقيه هو العالم بهذه الاحكام العملية المستنبطة من ادلتها التفصيلية المتمثلة بالقران الكريم والسنة النبوية الشريفة .

¹ د. جبران مسعود , الرائد , معجم لغوي معاصر , مصدر سابق , ص586

² الفيروز ابادي , مجد الدين محمد بن يعقوب , القاموس المحيط , مصدر سابق , ص425

³ ابن منظور, محمد بن مكرم , لسان العرب , مصدر سابق , (1055/9).

⁴ ينظر : الشيخ عبد الله بن الشيخ المحفوظ بن بيه , الفقه الاسلامي تعريفه وتطوره ومكانته , بحث منشور في مجلة البحوث الفقهية المعاصرة , العدد11, ص117 , نقلا عن مبدأ الاحالة على الفقه الاسلامي , استاذنا , د.

حيدر حسين الشمري واخرون , مصدر سابق , ص13

⁵ ينظر : الشيخ عبد الله بن الشيخ المحفوظ بن بيه , الفقه الاسلامي تعريفه وتطوره ومكانته , المصدر السابق , ص117

⁶ استاذنا , د. حيدر حسين الشمري واخرون , مبدأ الاحالة على الفقه الاسلامي , مصدر سابق , ص13

ثانيا - شروط اعمال مبدأ الاحالة على الفقه الاسلامي

لكي يتم اعمال مبدأ الاحالة على الفقه الاسلامي لا بد من ان تتوفر شروط معينة , لكي يستطيع القاضي ان يذهب ويستكشف عن الحلول في آراء ومذاهب فقهاء المسلمين , وهذه الشروط هي :

1. وجود نص قانوني يقرر الاحالة على الفقه الاسلامي

إنّ مبدأ الاحالة يعد من المبادئ المهمة والخطيرة في ذات الوقت ؛ لأنه يحيل القاضي الى آراء فقهية اسلامية مستندة على التحليل الشخصي للفقهاء حسب اجتهاده بعيدا عن النصوص القانونية التي يضعها المشرع , لذا- يجب - لكي يتمكن القاضي من الانتقال الى الفقه الاسلامي والبحث فيه ان ينص القانون على جواز لجوء القاضي الى مبدأ الاحالة والبحث عن الحلول من بين ثنايا آراء فقهاء المسلمين , وهذا المبدأ اقره التشريع العراقي في المادة الاولى منه " اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية" .

كذلك اكدت المادة الثالثة من قانون رقم (1) لسنة 2000 المصري .. ويعمل فيما لم يرد بشأنه نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة" .

وايضا ما نصت عليه المادة (222) من قانون الاسرة الجزائري " :كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه الى احكام الشريعة الاسلامية".

2. عدم وجود نص قانوني ينظم مسألة معينه

لا يكفي ان ينص المشرع على جواز تطبيق مبدأ الاحالة على الفقه الاسلامي , بل لا بد ان تتوفر شرط اخر للقول بصحة مبدأ الاحالة على الفقه الاسلامي , وهو عدم وجود نص قانوني ينظم المسألة¹ كما بينا سابقا في الفرع الاول من هذا المطلب .

ويتضح لنا من خلال ما تقدم انّ الاحالة على الفقه الاسلامي أمر لا بد منه للوصول الى حكم ؛ وذلك لان الشريعة الاسلامية هي المصدر الاساسي الذي يستقي منه قانون الاحوال الشخصية احكامه , فاذا انعدم النص أو شابهه نقص أو غموض فالقاضي يرجع اليها , فيجتهد من اجل الوصول الى حكم وحتى الحكم وفقا للعرف , إذ ان القاضي لا يمكن ان يقرر ان هذا العرف موافقا لمبادئ الشريعة الاسلامية بدون الرجوع الى آراء الفقهاء .

¹ استاذنا د. حيدر حسين كاظم الشمري واخرون , مبدأ الاحالة على الفقه الاسلامي , مصدر سابق , ص13

الفرع الثالث

عدم التقيد بمذهب معين من المذاهب الاسلامية

أوجب المشرع على القاضي ان يجتهد عند انعدام النص القانوني للواقعة التي تعرض عليه , والقاضي عندما يلجأ الى مبادئ الشريعة الاسلامية يجب عليه ان لا يتقيد بمذهب معين من المذاهب الاسلامية المعروفة , بل يصدر اجتهاده وفق المذهب الذي يتلاءم مع مذهب اطراف الدعوى , وعليه لا بد من بيان مفهوم المذاهب الاسلامية واستعراض موقف الشريعة الاسلامية من تقيد القاضي بالحكم وفق مذهب من المذاهب , وايضا استعراض موقف التشريع والقضاء من هذه المسألة , وعليه سنقسم هذا الفرع على فقرات عدة , نتطرق في الفقرة الاولى الى بيان مفهوم المذاهب الاسلامية , بينما نخصص الفقرة الثانية الى موقف الشريعة الاسلامية من تقيد القاضي بالحكم وفق مذهب معين , اما الفقرة الثالثة سوف نتطرق فيها الى بيان موقف التشريع والقضاء من ذلك على النحو الاتي :

اولا - مفهوم المذاهب الاسلامية

لغرض بيان مفهوم المذهب لا بد من اعطاء التعريف اللغوي والاصطلاحي

1 - المذهب في الاصطلاح اللغوي

المذهب لغة من الفعل ذَهَبَ , وذَهَابًا , وذَهوبًا , ومَذَّهَب , فهو ذَاهِبًا وذَهوبًا , والمذهب مفرد وجمعه مذاهب¹ , وقد ورد للمذهب في اللغة معان عدة منها الطريقة او المعتقد الذي يذهب اليه نحو ذهب مذهبًا حسنًا² , وقيل هو الرأي³ نحو ذهب في الدين مذهب أي رأى فيه رأيا , وايضا قيل هو الاصل⁴ , وكذلك ورد انه القصد نحو ذهب مع فلان مذهب , أي قصد قصده وسلك طريقة⁵ .

ويرى الباحث ان مصطلح (الرأي) هو الاقرب من بين تلك المعاني ؛ وذلك لان المذهب عبارة عن آراء افتى بها كبار فقهاء الشريعة الاسلامية .

2 - المذهب في الاصطلاح الفقهي

¹ الفيروز ابادي , مجد الدين محمد بن يعقوب , القاموس المحيط , مصدر سابق , ص 598

² مجمع اللغة العربية في القاهرة , المعجم الوسيط , مصدر سابق , ص 317

³ د. جبران مسعود , الرائد , معجم لغوي معاصر , مصدر سابق , ص 825

⁴ الفيروز ابادي , مجد الدين محمد بن يعقوب , القاموس المحيط , مصدر سابق , ص 598

⁵ مجمع اللغة العربية في القاهرة , المعجم الوجيز , مصدر سابق , ص 247

أورد الفقهاء تعريفات عدة للمذهب فقد عرّفه الحنفية بأنه: " ما اختص به المجتهد من الاحكام الشرعية الاجتهادية المستفادة من الادلة الظنية"¹. يخرج هذا التعريف الاحكام القطعية الثبوت والدلالة من نطاق المذهب .

وعرّفه الشافعية بأنه: " هو ما ذهب اليه الامام واصحابه من الاحكام في المسائل المتداولة مقتصرًا فيما على ما به فتوى"².

وعرّف المالكية المذهب بأنه: "اجتهادات المجتهد واصوله التي اعتمد عليها في اجتهاده او هي ما اختص به من الاحكام الشرعية الفرعية والاجتهادية وما اختص به من اسباب الاحكام والشروط والموانع والحجج المثبتة لها"³.

وعرّفه الحنابلة بأنه: "ما قاله المجتهد او دل عليه بما يجري مجرى القول"⁴. ويتميز هذا التعريف بتوسيعه لدائرة المذهب اذ يشمل القول وما يجري مجرى القول

وعرّفه البعض الاخر بأنه: " الطريقة التي اختطها شخص او مجموعة , سواء كان في مجال الاعتقاد او السلوك او الاحكام او غيرها , ولا يكون الامر مذهباً لشخص ما الا اذا كان طريقه اختص بها دون غيره , ولا يطلق المذهب عند اصحاب العلم والمعرفة الا على منهج تكون بعد تأمل ونظر , واختط صاحبه خطة واضحة المعالم بينة الابعاد تقوم على اصول وقواعد , وقسب أيضا بأنه عبارة عما ذهب اليه من الاحكام الاجتهادية التي بذل وسعه في تحصيلها"⁵.

قصر هذا التعريف المذهب بالاحكام الاجتهادية فقط , وخرج من ذلك الاحكام التي اوردها الله تعالى في القرآن الكريم والسنة الشريفة .

وعرّفه اخر منهم بأنه: " المنهج الفقهي الذي سلكه فقيه مجتهد اختص به من بين الفقهاء ادى به اختيار جملة من الاحكام في مجال علم الفروع"⁶. ونستنتج من هذا

¹ الحموي , احمد بن محمد الحسيني الحنفي , غمز بصائر العيون , ج 1 , ط 1 , دار الكتب العلمية , بيروت , لبنان , 1998 , ص 30

² الرملي , شمس الدين محمد بن ابي العباس , نهاية المحتاج الى شرح المنهاج , ج 1 , ط 1 , دار الكتب العلمية , بيروت , لبنان , 2003 , 42

³ القرافي , شهاب الدين ابو العباس احمد بن ادريس , الاحكام في تمييز الفتاوى عن الاحكام وتصرفات القاضي والامام , تحقيق عبد الفتاح ابو غدة , ط 2 , مطبعة دار البائر الاسلامية , بيروت لبنان , بلا سنة طبع , ص 195

⁴ شمس الدين محمد بن مفلح الحنبلي , التمهيد في اصول الفقه , تحقيق د. فهد ن محمد السدحان , ج 4 , مكتبة العبيكان , بلا سنة طبع , ص 368

⁵ د. عمر سليمان الاشقر , المدخل الى دراسة المدارس والمذاهب الفقهية , ط 2 , دار النفائس الاردن , 1998 , ص 44 ,

⁶ د. عمر سليمان الاشقر , المدخل الى دراسة المدارس والمذاهب الفقهية , المصدر السابق , ص 44

التعريف ان المذهب هو مجموعة الآراء الفقهية المختارة من قبل الفقيه المجتهد التي توصل اليها وفق اجتهاده .

ويطلق على المذهب ايضا : "اقوال المجتهد في القواعد الاصولية التي ينطلق منها في فهمه للأدلة"¹.

وفي ضوء ما تقدم يمكن تعريف المذهب على انه : "مجموع الاحكام الشرعية و الآراء الفقهية التي بذل الفقهاء جهدا في تبيانها وتوضيحها المستمدة من مصادر التشريع الالهي المتمثلة بالقران الكريم والسنة المطهرة وغيرها من المصادر الاخرى". ويفهم من هذا التعريف ان المذهب لا يقتصر على الآراء الفقهية والاجتهادية الصادرة من فقهاء الشريعة الاسلامية فحسب , بل يشمل الاحكام الشرعية القطعية التي وردت في القران الكريم والسنة النبوية , بالإضافة الى ان مصدر هذه الآراء هو القران الكريم والسنة النبوية والاجماع والعقل والعرف والقياس والمصالح المرسله وسد الذرائع والاستحسان وغيرها من مصادر التشريع المعتمدة لدى جمهور الفقهاء.

ثانيا - موقف الفقه الاسلامي من تقييد القاضي الحكم وفق مذهب معين

اختلف الفقهاء في مسألة جواز تقييد القاضي الحكم وفق مذهب من المذاهب وتعددت اراءهم في هذا الصدد , فذهب الامامية² والحنفية³ الى ان القاضي يحكم بمذهبه لا بمذهب غيره , اذ يشترط لصحة القضاء ان يكون موافقا لمذهب القاضي , سواء كان مقلدا أو مجتهدا , فلو قضى بخلاف ذلك لا ينفذ حكمه.

بينما ذهب الشافعية⁴ والبعض من الحنفية⁵ الى التمييز بين القاضي المجتهد والقاضي المقلد , فاذا كان القاضي مجتهدا جاز له الاجتهاد والحكم وفق مذهب آخر غير مذهبه , ويسمى الاجتهاد عند الجمهور بالاجتهاد في المذهب , وهو نوع من انواع الاجتهاد , اما اذا كان مقلدا فلا يجوز له الاجتهاد , بل يتقيد بمذهبه .

¹ علي الصعيدي العدوي , حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني , تحقيق يوسف محمد البقاعي , ج1, دار الفكر , بيروت , لبنان , بلا سنة طبع , ص40

² وهو ما ذهب اليه الامامية ينظر الى : مستدرک الوسائل ومستنبط المسائل , ميرزا حسين الطبرسي , ج 17 مؤسسة ال البيت , بيروت لبنان , ط 2 , 1992, ص 325 .

³ ابن عابدين , رد المحتار على الدر المختار , مصدر سابق , (99/8) .

⁴ ابي اسحاق الشيرازي , المهذب في فقه الامام الشافعي , تحقيق د. محمد الزحلي , ج 5 , ط1, دار القلم دمشق 1996, ص 474

⁵ الكاساني , بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع , مصدر سابق , (3/7) .

وذهب المالكية¹ الى انّ الامام اذا ولى قاضيا واشترط عليه التقييد وفق مذهبه فقد فصل البعض في هذه المسألة , فان كان الشرط عاما في جميع الاحكام , فعقد التولية باطل والشرط باطل , اما اذا كان الشرط خاصا في حكم بعينه فالشرط لا يخلو ان يكون أمرا أو نهيا , فان كان الشرط امرا فانه يفسد العقد والشرط , وان كان نهيا فتنبت ولايته ويحكم فيه بما نهى عنه بمقتضى اجتهاده .

بينما ذهب البعض من الشافعية² الى انّ الشرط إن كان عاما في جميع الاحكام فالشرط باطل , وان كان الشرط خاصا فتصح الولاية في كلا الامرين , سواء كان أمرا أو نهيا ويفسد الشرط ويجوز للقاضي ان يحكم بما أداه اجتهاده.

في حين ذهب الحنابلة³ الى عدم جواز تقييد القاضي الحكم وفق مذهب معين لقوله تعالى: " يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ "4. فالحق ما دلّ عليه دليل , وهو لا يتعين في مذهب فقد يظهر الحق في مذهب آخر غير مذهب القاضي .

ونحن نميل مع هذا الرأي ؛ وذلك لعدم وجود تقسيم للمحاكم في الوقت الحاضر كأن تكون هنالك محكمة امامية واخرى حنفية او شافعية او غيرها من المذاهب المعروفة , بل ان مهمة القضاة هي تنزيل الاحكام القانونية على الوقائع التي تعرض عليهم , ومن ثم فعند انعدام النص , فالقاضي يلجأ الى المذهب الفقهي الذي يعتنقه اطراف الدعوى , ولو قيدنا القضاء الحكم وفق مذهب معين فستكون هنالك مصادرة لحقوق اطراف الدعوى في حرية المعتقد .

ثالثا - موقف التشريع والقضاء من جواز تقييد القاضي بالحكم وفق مذهب معين

1 - موقف التشريع

من خلال استقراء النصوص القانونية فنجد ان التشريعات قد تباينت في الاخذ بالتقييد من عدمه , فبالنسبة للمشرع العراقي نجد ان قانون الاحوال الشخصية لم ينص على تقييد القاضي الحكم وفق مذهب معين , إذ نصت الفقرة الثانية من المادة

¹ ابن فرحون المالكي , برهان الدين بن ابي الوفاء , تبصرة الاحكام في اصول الاقضية ومنهاج الاحكام , ج1, دار الكتب العلمية للطباعة , الرياض , 2003, ص20

² الماوردي , ابي الحسن علي بن محمد , الاحكام السلطانية والولايات الدينية , تحقيق د. احمد مبارك البغدادي , ط1, مكتبة دار ابن قتيبة , الكويت , 2003, ص20

³ البهوتي , منصور بن يونس بن ادريس , كشف القناع عن متن الاقناع , ج6, عالم الكتب , بيروت , لبنان , 1983, ص291

⁴ ص26/

الاولى من قانون الاحوال الشخصية العراقي على مايلي : "اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون"¹.

فعند عدم وجود نص يمكن تطبيقه في المسألة المعروضة , فان القاضي ينتقل الى مبادئ الشريعة الاسلامية... وبالتالي فان القاضي لا يتقيد في الاخذ بمذهب معين من المذاهب² , اذ يأخذ بنظر الاعتبار مذهب اطراف الدعوى عند اللجوء الى مبادئ الشريعة الاسلامية .

وبالرجوع الى نصوص القانون المدني نجد انه نص صراحة على هذا المسألة , اذ نصت الفقرة الثانية من المادة الاولى منه على ما يلي : "فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين ...".

بينما نجد ان المشرع المصري اخذ بالمذهب الحنفي في وجوب تقييد القاضي الحكم وفق مذهب معين , حيث اوجب على القاضي الحكم وفق المذهب الحنفي , إذ تنص المادة السادسة من قانون رقم (462) الخاص بإلغاء المحاكم الشرعية والملية لسنة 1955 على ما يلي : "تصدر الاحكام في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية والوقف والتي كانت اصلا من اختصاص المحاكم الشرعية طبقا لما هو مقرر في المادة (280) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية , وبالرجوع الى المادة (280) لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بقانون رقم (78) لسنة 1931 نجده اخذ بمذهب ابي حنيفة , اذ تنص المادة سالفة الذكر على انه : "تصدر الأحكام طبقاً للمدوّن في هذه اللائحة ولأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة ما عدا الأحوال التي ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب فيها أن تصدر الأحكام طبقاً لتلك القواعد". وبالتالي نجد ان المشرع المصري قيد القاضي الحكم وفق مذهب ابي حنيفة النعمان³ .

أمّا المشرع الجزائري فقد نحا منحى المشرع العراقي في عدم جواز تقييد القاضي الحكم وفق مذهب معين , اذ تنص المادة (222) من قانون الاسرة الجزائري على انه : "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه الى احكام الشريعة الاسلامية". ويفهم من هذا النص ان المشرع الجزائري منح القاضي الحق في

¹ ينظر المادة (1) من قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ

² د. فاروق عبد الكريم , الواضح في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ , مصدر سابق , ص20

الاجتهاد في كل مسألة لم ينص عليها قانون الاسرة , وكذلك عدم تقييد المشرع للقاضي في ما لم يرد نص بشأنه نص بالرجوع الى مذهب معين , بل وسع دائرة الاجتهاد في اطار الاحكام الشرعية الاسلامية.

2 - موقف القضاء

بعد الاطلاع على موقف القضاء العراقي والقضاء المقارن نجد انها تقيدت بما امرها المشرع , فالقضاء العراقي اكد مبدأ عدم تقييد القاضي بالحكم وفق مذهب معين والحكم وفق اكثر من مذهب في العديد من القرارات والاحكام سواء على المذهب الامامي او الحنفي او الحنبلي او غيرها من المذاهب الاسلامية المعروفة استنادا الى المادة الاولى من قانون الاحوال الشخصية , اذ قضت محكمة التمييز الاتحادية على ما يلي : "على المحكمة مراعاة الاحكام الشرعية والفقهية التي يقلدها اطراف الدعوى..."¹.

وايضا ما قضت به محكمة استئناف بابل الاتحادية في : "عدم استحقاق الزوجة للمهر المؤجل وذلك لعدم حصول الدخول الحقيقي بين الزوجين"². اذ قضت المحكمة وفقا للمذهب الامامي الذي يشترط لاستحقاق الزوجة المهر المؤجل الدخول الحقيقي بين الزوجين اما الخلوة الحكيمة او الدخول الحكي فلا يترتب عليه استحقاق المرأة شيء من مهرها المؤجل³.

كذلك ما قضت به محكمة التمييز الاتحادية بصحة الطلاق الواقع عبر شبكة الانترنت , فيقع صحيحا وفقا للمذهب الذي يتبعه الزوجان , فلا يشترط وفق المذهب الذي يتبعه الزوجان وجود مجلس طلاق او شاهدي عدل لصحة ايقاع الطلاق⁴, وهي بذلك قضت وفق المذهب الحنفي الذي لا يشترط لصحة الطلاق وجود مجلس عقد او شاهدي عدل.

وايضا ما قضت به محكمة التمييز الاتحادية بعدم وقوع الطلاق الواقع عبر مواقع التواصل الاجتماعي (الواتساب) لمخالفته احكام الفقه الذي يتبعه الزوجان والذي

1 القاضي , قاسم فخري الربيعي , مبادي محكمة التمييز الاتحادية في القرارات الصادرة من محكمة الاحوال الشخصية في الحلة , ج2, ط2, الحمرا , بيروت, لبنان , 2017 , 252

2 قرار محكمة استئناف بابل الاتحادية , العدد 40/ش/2023 بتاريخ 2023/1/19 قرار غير منشور

3 السيد محمود الهاشمي , منهاج الصالحين , ج2, مؤسسة الفقه ومعارف اهل البيت , 2012, ص390

4 قرار محكمة التمييز الاتحادية بتاريخ 2013/5/23, هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية , العدد 7707/ 2023 , تسلسل 7607 , غير منشور

يشترط وجود شاهدي عدل مع الزوج في مجلس واحد عند ايقاع الطلاق¹ , وهي بذلك فقد قضت وفقا للمذهب الامامي الذي يشترط وجود شاهدي عدل مع الزوج لصحة وقوع الطلاق² .

اما القضاء المصري فانه مقيد في الحكم وفقا للمذهب الحنفي , حيث ورد دعوى المدعية في المطالبة بعدم دستورية المادة (280) والتي قيدت القاضي الحكم وفق مذهب ابي حنيفة في المسائل التي لم يرد بشأنها نص , فقضت المحكمة العليا المصرية: " ان تخيير المشرع مذهباً من المذاهب او ارجح الاقوال في مذهب من المذاهب والزام القاضي التقيد به _ هو من المسائل التي يترخص فيها بسلطة تقديرية وفقا لما يراه ملائم لظروف المجتمع بلا معقب عليه في تقديره , وليس صحيحاً ما تقوله المدعية من انّ ولي الامر لا يملك تقبيد القضاء بمذهب دون سواه , اذ يسوغ للشارع ان يجمع الناس على رأي واحد يرفع به الخلاف ويقيد به القاضي ... وذلك تحقيقاً لاستقرار التعاملات وارساء العدل"³.

اما القضاء الجزائري فقد نحا منحى القضاء العراقي في عدم التقيد في مذهب معين ومن ذلك ما قضت به المحكمة العليا الجزائرية في عدم اشتراط الولي في انعقاد الزواج وبالتالي جواز انعقاد الزواج بدون ولي الزوجة حيث جاء القرار الى ان انعدام الولي لا يؤدي الى انعدام الزواج⁴ , إذ صدر القرار وفقاً للمذهب الحنفي⁵.

وكذلك ما ذهب اليه القضاء الجزائري باستحقاق الزوجة المهر كامل بمجرد الدخول او اختلاء الزوج بزوجته حيث قضت المحكمة العليا بان: " من المقرر شرعاً ان الزوجة تستحق الصداق كاملاً بمجرد الدخول او اختلاء الزوج بها " وايضا قضت بالخلوة الصحيحة بعد توفر اركان الزواج تجعل من الدخول قد تم

¹ قرار محكمة التمييز الاتحادية الصادر بتاريخ 2021/6/28, رقم الحكم 8891, هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية قرار منشور على الموقع الالكتروني [/https://www.sjc.iq/qview.2619](https://www.sjc.iq/qview.2619)

² السبزواري , عبد الاعلى الموسوي , منهاج الصالحين , ج2, ط4, منشورات دار التفسير , بلا سنة طبع , ص294

³ قرار المحكمة العليا المصرية , رقم الدعوى 10, قرار منشور على موقع المكتبة العربية لحقوق الانسان <http://hrlibrary.umn.edu/arabic/Egypt-SCC-SC/Egypt-SC5-Y10.html>

⁴ قرار المحكمة العليا الجزائرية الصادر بتاريخ 1999/6/29, نقلا عن قاعدة مراعاة الخلاف واثرها في الاجتهاد القضائي , د. سلام فواز , د. موفق نبيل, بحث منشور في مجلة الاجتهاد القضائي , المجلد 12 , العدد22, 2020, ص579

⁵ الموصلي , عبد الله بن محمود بن مورود الحنفي , الاختيار لتعليل المختار , ج3 , تحقيق الشيخ محمود ابو دقفة , دار الكتب العلمية بيروت لبنان , بلا سنة طبع , ص 90

شرعا¹. حيث صدر القرار وفقا للمذهب الحنفي والحنبلي الذي لا يشترط الدخول الحقيقي لاستحقاق الزوجة للمهر المؤجل , إذ إنّ خلوة الرجل بالمرأة وان لم يتم الدخول.

وكذلك قضت المحكمة ايضا بان " الطلاق المتعدد والمتتابع في المجلس طلاق واحدا"². وبالرجوع الى آراء فقهاء الامامية نجد انهم ذهبوا الى ان الطلاق المقترن بعدد عند الامامية يقع واحدا ويلغى الاخران³.

الفرع الرابع

عدم مخالفة الاجتهاد القضائي المعاصر لثوابت الاسلام

إنّ القاضي عندما لا يجد نصا في القانون فانه يلجأ الى الاجتهاد , من خلال اللجوء الى احكام الشريعة الاسلامية وآراء الفقهاء , فيجتهد من اجل الوصول الى حكم , ويلاحظ ان القاضي في اغلب المحاكم هو ليس بمجتهد بالمعنى الفقهي , إذ إنّ تنصيب القضاة يكون من اختصاص مجلس القضاء الاعلى , من خلال اجراء اختبار في المعهد القضائي ؛ الامر الذي يستحيل معه على القاضي الالمام بجميع الآراء الواردة في المذاهب الاسلامية , والسؤال الذي يطرح في هذا الصدد ما هو الضابط الذي يمكن معه معرفة ان الاجتهاد القضائي قد خالف مبادئ الشريعة الاسلامية ثوابت الاسلام ومن ثم يكون الحكم الصادر مدعاة للنقض ؟. وللإجابة على هذا السؤال يتعين علينا الوقوف على ثوابت الاسلام في اللغة والاصطلاح ومن ثم بيان موقف التشريع والقضاء وذلك على النحو الاتي :

اولا- مفهوم ثوابت الاسلام

لغرض الوقوف على معنى ثوابت الاسلام يتعين علينا ايراد التعريف اللغوي والاصطلاحي وذلك على النحو التالي:

1 - الثوابت لغة

1 قرار المحكمة العليا الجزائرية الصادر بتاريخ 1988/5/9 والقرار الصادر بتاريخ 2002/5/8م, نقلا عن قاعدة مراعاة الخلاف واثرها في الاجتهاد القضائي , مصدر سابق , ص580

2 قرار المحكمة العليا الجزائرية بتاريخ 1984/10/17 نقلا عن : قاعدة مراعاة الخلاف واثرها في الاجتهاد القضائي , مصدر سابق , ص581

3 السيد علي الحسيني السيستاني , منهاج الصالحين , ج3 , الطبعة 19, دار المؤرخ العربي , بيروت لبنان , 2013, ص154

الثوابت في اللغة مشتقة من الفعل ثَبَّتَ , ويثبت, وثباتا , وثبوتا , فهو ثابت¹ وقد ورد للثوابت في اللغة معان عدة منها الاستقرار, نحو ثبتت الشي أي جعله راسخا ومستقرا² , وايضا الدوام³ , واثبتت الشي أي ابقاه واقره وثبته , وتثبتت من الامر أي تأكد وتحقق منه وعلمه علما يقينيا , والثابت هو ما لا يتغير⁴ , ووردت مادة الثابت في القرآن الكريم في قوله تعالى: "يُثَبِّتُ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا بِالْقَوْلِ الثَّابِتِ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَفِي الْآخِرَةِ"⁵.

2 - الثوابت اصطلاحا

إنَّ مصطلح ثوابت الاسلام من الامور التي اثارته اهتمام فقهاء الشريعة الاسلامية والقانون على حد سواء , وقد تعددت التعريفات التي اوردها الفقهاء لهذا المصطلح فعرف فقهاء الشريعة الاسلامية الاحكام الثابتة بانها: "الحكم المجعول من قبل الشارع بعنوان كونه جزءا من الدين الاسلامي"⁶.

أو: "هو ما كان في التشريع الاسلامي غير قابل لذاته لتصرف المجتهد فيه بما يخرج عن كيفية المقصود شرعا"⁷ . ويفهم من ذلك ان الثوابت هو ما ورد بالنصوص القطعية الدلالة التي لا تقبل الاجتهاد فيها.

وعرف البعض الاحكام الثابتة بانها: "ما ثبت بقواطع الادلة ومواضع الاجماع"⁸. والمراد بقواطع الادلة هي الادلة القطعية الثبوت والدلالة كقوله تعالى: "يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ"⁹.

وعُرِّفت الاحكام الثابتة بانها هي: " الاحكام والاصول الاساسية التي قررتها الشريعة الاسلامية بنصوص مفصلة كأحكام المواريث واحكام الاسرة واحكام الحدود"¹⁰.

¹ الفيروز ابادي , مجد الدين محمد بن يعقوب , القاموس المحيط , مصدر سابق , ص207

² د. جبران مسعود , الرائد , معجم لغوي معاصر, مصدر سابق , ص310

³ الهنائي , ابي الحسن علي بن الحسن , المنجد في اللغة , مصدر سابق , ص68

⁴ احمد ابو حاقه , معجم النفائس الكبير , مصدر سابق , ص889

⁵ ابراهيم 27/

⁶ ناصر كريم , الثوابت والمتغيرات في احكام الاسرة واثرها على الاجتهاد القضائي , بحث منشور في مجلة

القانون الدولي والتنمية , جامعة ابن خلدون , المجلد 9, العدد2, 2021 , ص 532

⁷ ناصر كريم , الثوابت والمتغيرات في احكام الاسرة واثرها على الاجتهاد القضائي , المصدر السابق ,

ص532

⁸ د. عدلان مطروح , الثابت والمتغير من احكام الرابطة الزوجية وتطبيقاتها , جامعة العربي التيس تبسة ,

المجلد 25 , العدد 61, 2021, ص 532

⁹ النساء/11

اما فقهاء القانون فقد عرف البعض منهم ثوابت الاسلام بانه " النصوص القطعية الدلالة في القران والسنة والتي لا تحمل الا معنى واحد يراد فهمه من النص "1.

ويميل الباحث الى هذا التعريف ؛ لأنه اخرج النصوص ظنية الدلالة من نطاق الاحكام الثابتة وجعلها في اطار الاحكام المتغيرة التي تقبل التغيير والتعديل بمرور الزمان , وايضا بين مصدر الاحكام الثابتة فجعلها مقتصرة على القران الكريم والسنة الشريفة الامر الذي يفهم منه ان الآراء الاجتهادية المتعددة في المسألة الواحدة لا تعد من الثوابت .

ثانيا - موقف التشريع والقضاء

1 - موقف التشريع

اوردت التشريعات قيودا يجب التقيد بها لمنع كل ما من شأنه ان يخالف احكام الشريعة الاسلامية وثوابت الاسلام , وهذه القيود منها ما يرد على السلطة التشريعية , ومنها ما يرد على السلطة القضائية , فأما القيود التي ترد على السلطة التشريعية , فتتمثل بعد الشريعة الاسلامية اساسا للتشريع ولا يجوز سن أي قانون يتعارض مع ثوابت الاسلام , ومن ذلك ما نص عليه قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية العراقي الملغى لعام 2004 , إذ نصت المادة السابعة منه على انه : "لا يجوز سن قانون خلال المرحلة الانتقالية يتعارض مع ثوابت الاسلام المجمع عليها". وكذلك ما نصت عليه المادة الثانية من دستور العراق النافذ 2005 : " لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت الاسلام".

أما الدستور المصري فقد نصت المادة (2) من الدستور النافذ لعام 2014 المعدل 2019 على انه : "...ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع".

كذلك الدستور الجزائري لعام 1996 ايضا عد الشريعة الاسلامية مصدر للتشريع اذا نصت المادة الثانية : "الاسلام دين الدولة ...".

اما القيود التي ترد على السلطة القضائية , فتتمثل بعدم جواز اصدار احكام تتعارض مع مبادئ الشريعة الاسلامية , والحكم الذي يصدر يكون مدعاة للنقض حتى مع فوات مدد الطعن القانونية .

10 د. اسراء فهمي ناجي , ثوابت الاسلام في نطاق احكام المعاملات , بحث منشور على الموقع الالكتروني

<https://abu.edu.iq/research/articles/83422> تاريخ الزيارة 2023/7/24, ص8

1 د. اسراء فهمي ناجي , ثوابت الاسلام في نطاق احكام المعاملات , المصدر السابق , ص8

فالأصل في هذه الامر هو ما نصت عليه المادة (171) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ والتي نصت صراحة على ان مدد الطعن بالأحكام من النظام العام بقولها: "المدد المعينة لمراجعة طرق الطعن بالقرارات حتمية يترتب على عدم مراعاتها وتجاوزها سقوط الحق في الطعن , وتقضي المحكمة من تلقاء نفسها برد عريضة الطعن اذا حصل بعد انقضاء المدد القانونية"¹. إذ جعل القانون مدد الطعن بالأحكام من النظام العام ؛ وذلك استقرارا للمراكز القانونية التي قضى الحكم بثبوتها².

بيد ان الامر مختلف في مسائل الاحوال الشخصية ؛ إذ ورد استثناء يقضي بجواز الطعن بالأحكام الصادرة من محاكم الاحوال الشخصية حتى بعد مضي المدة التي نص عليها القانون ؛ متى ما تعلق الامر بمسائل الحل والحرمة , وهذا ما قضت به محكمة التمييز الاتحادية بقولها : "يحق لأي من اطراف الدعوى ...الطعن تمييزا في الدعوى التي تتعلق بالحل والحرمة ولو انقضت مدد الطعن القانونية"³.

ويتضح من خلال ما تقدم ان هنالك اجراءات علاجية ووقائية لمنع كل ما من شأنه أن يخالف مبادي الشريعة الاسلامية وثوابت الاسلام , سواء الاحكام التي تصدر بالاستناد الى نص مخالف لأحكام الشريعة الاسلامية ام تلك التي تصدر بموجب الاحالة المقررة في المادة الاولى من قانون الاحوال الشخصية والتي احوالها الى الفقه الاسلامي , فأما الاجراءات العلاجية فتتمثل بعدم السماح بإصدار أي تشريع مخالف لأحكام الشريعة الاسلامية وثوابت الاسلام اي انها حظيت بمعالجة واهتمام من قبل المشرع وذلك بموجب المادة الاولى من الدستور .

واما الاجراءات الوقائية , فلم تحظ باهتمام ومعالجة من قبل المشرع , بل ان القضاء كان له دور بارز فيها , وتتمثل هذه الاجراءات في السماح بالطعن بكل قرار مخالف لأحكام الشريعة الاسلامية , إذ اجاز القضاء بالطعن بهذه القرارات حتى بعد مضي المدة المقررة قانونا كما اشرنا سابقا .

أمّا المشرع المصري فقد رفض الطعن بقرارات محاكم الاسرة , إذ نصت المادة (14) من قانون محاكم علي الأسرة علي أنه: "مع عدم الإخلال بأحكام المادة

¹ المادة (171) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ

² القاضي , مدحت المحمود , شرح قانون المرافعات المدنية , مصدر سابق , ص234

³ قرار محكمة التمييز الاتحادية , رقم القرار 147, بتاريخ 2017/8/23 منشور على الموقع الالكتروني

<https://www.sjc.iq/qview.2361> تاريخ الزيارة 2023/7/15

(250) من قانون المرافعات المدنية والتجارية تكون الأحكام والقرارات الصادرة من الدوائر الاستئنافية غير قابلة للطعن فيها بطريق النقض".

أمّا المشرع الجزائري فقد سمح بالطعن ببعض القرارات الصادرة من محاكم الاحوال الشخصية ومن ذلك ما قضت به المادة (435) من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد على انه: "يجوز الطعن بالنقض في الطلاق بالتراضي".

من خلال ما تقدم لم نجد في التشريعين المصري والجزائري نص قانوني او قرار قضائي يقابل القرار الذي اصدرته محكمة التمييز بشأن جواز الطعن بمسائل الاحوال الشخصية المتعلقة بالحل والحرمة حتى بعد فوات مدد الطعن المشار اليها قانونا .

2 - موقف القضاء

من خلال استقراء احكام القضاء يتضح لنا ان لمحكمة التمييز الاتحادية دورا مهما وبارز في التحقق من مطابقة الاجتهاد القضائي لمبادي الشريعة الاسلامية من عدمه , فتقضي بقبول الحكم ان كان موافقا لأحكام الشرع والقانون , ونقضه ان كان مخالفا لأحكام الشرع والقانون وأن تجاوز مدة الطعن المقررة قانونا , ومن ذلك ما قضت به محكمة التمييز الاتحادية بنقض الحكم الصادر بدعوى تصديق الطلاق الصادر من الزوج ؛ لان الزوج ارجع زوجته الى عصمته في اليوم الثاني من تاريخ ايقاع الطلاق بعد ان عجز عن اثبات الرجعة امام محكمة الموضوع , إذ قضت محكمة التمييز ما يلي " لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون ...لذا قرر نقضه"¹.

وايضا ما قضت به محكمة التمييز الاتحادية بنقض القرار الصادر من محكمة الاحوال الشخصية في الكوفة كونها خالفت احكام الشرع في كون العدة الشرعية للمرأة الأيسة من الحيض ثلاث اشهر وليس ثلاث قروء².

اما المحكمة العليا المصرية , فبعد ان منع القانون الطعن بأحكام الاسرة بموجب المادة (14) من قانون انشاء محاكم الاسرة اجاز القضاء الطعن بالأحكام الصادرة

¹ القاضي , رزاق جبار علوان , المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية , قسم الاحوال الشخصية , ج1,

مكتبة صباح , بغداد الكرادة , 2011 , ص261

² المحامي , رحيم حرجان عودة العتابي , المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية , احوال شخصية , مكتبة

صباح , بغداد الكرادة , 2007 , ص 15

من محاكم الاحوال الشخصية في حالات محددة ولم يكن من بينها مخالفة الاجتهاد القضائي لأحكام الشريعة الاسلامية¹.

كذلك قضت المحكمة العليا الجزائرية بنقض الحكم الصادر من محكمة (بلوكر) لمخالفته احكام الشريعة الاسلامية الخاصة بأحكام اللعان , حيث قضت "ويأخذ على القرار مخالفته المادة (222) من قانون الاسرة التي تحيل على تطبيق احكام الشريعة الاسلامية عند عدم النص على النزاع فالطاعن طلب ان يلعن زوجته , وذلك بنفي الولد الذي اتت به وانه لم يلمسها ابدا , وكان على القضاة ان يستجيبوا لطلبه ويحكموا له يمين اللعان طبقا للآلية الكريمة المتعلقة بهذا الموضوع ولكن رفضوه له مستبعدين بعملهم هذا تطبيق نص قراني"².

ومما تقدم نستنتج انه متى ما توفرت تلك الضوابط التي اشرنا اليها جاز للقاضي ان يجتهد من اجل التوصل الى حكم في النزاع المطروح امامه , وان أي خلل او قصور في تلك الضوابط يجعل الحكم عرضة للنقض .

¹ قرار محكمة النقض المصرية - <https://www.youm7.com/story/2023/2/27/%D8%A7> تاريخ

الزيارة 2023/8/10

² قرار المحكمة العليا الجزائرية الصادر بتاريخ 1990/7/16 بالرقم 343. 76 نقلا عن المجلة القضائية , ص

المطلب الثاني

مقومات الاجتهاد القضائي المعاصر

يرتكز الاجتهاد القضائي المعاصر على اركان لا بد من توفرها لكي يعد صحيحا ومشروعا , ويعد اصدار حكم من القاضي ركن من اركان الاجتهاد , الامر الذي لا بد منه ان نبين الشروط الواجب توافرها في من يتولى منصب القضاء , وعليه سنقسم هذا المطلب على فرعين , نتطرق في الفرع الاول الى اركان الاجتهاد القضائي المعاصر, اما الفرع الثاني فسنخصصه لبيان الشروط الواجب توافرها في القاضي وذلك على النحو الاتي :

الفرع الاول

اركان الاجتهاد القضائي المعاصر

إنّ الاجتهاد القضائي يركز على اركان لا بد من تواجدها , فلكي يعد الاجتهاد القضائي صحيحا ومشروعا , لا بد ان يصدر من قاض مجتهد حاصل على درجة من العلم والاجتهاد لكي يقضي بين الناس بالحق , وكذلك لا بد للاجتهاد من محل وهو المجتهد فيه , حيث لا بد من ان يكون الاجتهاد في المسائل ظنية الدلالة , اما المسائل القطعية فلا اجتهاد فيها , اما الركن الثالث فيتمثل في عملية الاجتهاد ذاتها وهي الجهد الذي يبذله القاضي من اجل الوصول الى حكم , اما الركن الرابع فيتمثل بالأدلة التي تعضد الاجتهاد القضائي المعاصر , اذ لا بد من ان يستند الاجتهاد القضائي المعاصر على دليل شرعي , وعليه سنقسم الفرع الى فقرات عدة , نتطرق الى القاضي المجتهد في الفقرة الاولى , اما الفقرة الثانية فسننتظر فيها الى محل الاجتهاد القضائي , بينما نتطرق في الفقرة الثالثة الى عملية الاجتهاد ذاتها , واخيرا سنخصص الفقرة الرابعة للدليل وذلك على النحو الاتي :

اولا - الركن الاول : القاضي المجتهد

الركن الاول من اركان الاجتهاد القضائي هو القاضي المجتهد , وعليه فمن لم يتوفر فيه شرط الاجتهاد فلا يجوز له ان يتولى منصب القضاء في الاسلام , وهذا الركن محل اختلاف بين فقهاء المسلمين فمنهم من اشترط الاجتهاد في القاضي¹

¹ الحلبي , ابو القاسم نجم الدين جعفر , شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام , تحقيق السيد صادق الحسيني الشيرازي , ج 4 , ط 12 , 2004 , ص 315

ومنهم من لم يشترط واجاز للمقلد ان يقضي بين الناس¹ , ويشترط في القاضي البلوغ , والعقل , والحرية , والاسلام , والعدالة , والذكورة , والضبط , وغيرها من الشروط التي سنتطرق اليها فيما بعد² .

اما قانونا فيلاحظ ان التشريع العراقي والتشريعات المقارنة لم تتطرق لشروط الاجتهاد فيمن يتولى منصب القضاء , واجازت لغير المجتهد ان يتصدى لمنصب القضاء³ .

ويرى الباحث ان السبب الذي يعزى إليه عدم اشتراط التشريعات الاجتهاد فيمن يتولى منصب القضاء ؛ في ان المحاكم في الوقت الحاضر تختلف عنه سابقا , فسابقا كان القاضي يقضي بأحكام الشريعة الاسلامية , وكانت احكام الشريعة الاسلامية متناثرة وغير مجموعة بمدونه واحدة , اما الان فنجد ان هنالك تقنيناً للقوانين والزام القاضي بعدم الخروج عن هذه الاحكام , بالإضافة الى ذلك سهولة الوصول الى الحكم الشرعي ؛ ذلك من خلال اللجوء الى آراء وفتاوى فقهاء الشريعة الاسلامية المعاصرين وما توصل إليه اجتهادهم في كل مسألة تعرض على المحاكم وحسب مذهب المتداعين .

ثانيا - الركن الثاني : محل الاجتهاد القضائي المعاصر .

هو الحكم المجتهد فيه ويعرف بانه: " كل حكم شرعي ليس فيه دليل قطعي"⁴ . ويطلق البعض على هذا الركن بالواقعة⁵ , فالاجتهاد القضائي في الشريعة الاسلامية يكون فيما لم يرد بشأنه نص قطعي في القران الكريم والسنة المطهرة , كذلك ما ورد فيه نص لكنه ظني الدلالة , اما ما ورد فيه نص قطعي الدلالة , فلا يجوز الاجتهاد فيه⁶ ؛ لان الغرض من الاجتهاد هو الوصول الى حكم , فاذا كان الحكم موجود اصلا فلا فائدة من الاجتهاد⁷ .

1 ابن فرحون , تبصرة الاحكام في اصول الاقضية ومنهاج الاحكام , مصدر سابق , (21/1) .

2 العملي , وسائل الشيعة ومستدرکها , مصدر سابق , (18/29) .

3 فالمادة السابعة من قانون المعهد القضائي رقم (33) لسنة 1976 وضعت شروط قانونية ولم يكن من بينها شرط الاجتهاد الفقهي بل اكتفت ان يكون متخرجاً من احدى كليات القانون المعترف بها في العراق وان يجتاز اختبار في القوانين الوضعية محددة مسبقاً من قبل مجلس القضاء الاعلى بالإضافة الى باقي الشروط الاخرى وكذلك الامر في التشريع المصري والجزائري

4 الغزالي , المستصفي من علم الاصول , مصدر سابق , (4/18) .

5 د. نادية شريف العمري , الاجتهاد في الاسلام , ط2 , مؤسسة الرسالة , بيروت , لبنان , 1984 , ص50

6 د. مصطفى ابراهيم الزلمي , اصول الفقه في نسيجه الجديد , مصدر سابق , ص437

7 د. عبد الكريم زيدان , الوجيز في اصول الفقه , مؤسسة الرسالة , بيروت , لبنان , 1998 , ص31

اما قانونا فمن خلال استقراء النصوص القانونية يتبين لنا ان الاجتهاد القضائي المعاصر يتمثل بالاتي :

1. المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية والتي ليس لها حكم قانوني _ وهي تلك المسائل التي لم ينظمها المشرع اطلاقا في اجزائها وعمومها , او نظم منها الاجزاء العامة وترك الجزئيات ليتم حلها من خلال الاحالة على الفقه الاسلامي _ فيجوز للقاضي اللجوء فيها الى آراء فقهاء المسلمين تطبيقا لمبدأ الاحالة , فيجتهد من اجل الوصول الى حكم .

اما المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية والتي لها حكم قانوني وهي تلك الاحكام التي نظمها المشرع ووضع حكما قانونيا لها فلا يمكن للقاضي ان يطبق غير الحكم المذكور في النص¹ .

2. المسائل التي ورد بشأنها نص قانوني لكنه نص يشوبه الغموض أو الابهام أو التعارض , فالقاضي يجتهد من اجل ازالة الغموض وفك التعارض والبحث عن المعنى الذي اراده المشرع² .

3. المسائل التي ورد بشأنها نص لكنه نص يتسم بالمرونة ويقبل التأويل والتفسير تبعا لتطور الزمان وتبعا لتطور ظروف الحياة ومستجداتها , فالقاضي يجتهد من اجل اتباع التفسير المتطور للنص³ .

4. المسائل التي ورد فيها نص قانوني لكنه نص خالف فيه المشرع مبادئ الشريعة الاسلامية وثوابت الاسلام⁴ .

ثالثا - الركن الثالث: بذل الجهد من اجل الوصول الى حكم .

في الشريعة الاسلامية ان عملية الاجتهاد القضائي تتطلب بذل جهدا وفيرا من قبل القاضي من اجل الوصول الى حكم في المسألة محل النزاع , ويفهم ذلك من خلال التعريفات التي اوردناها سابقا , اذ عرفنا الاجتهاد بأنه " بذل القاضي جهده من اجل الوصول الى حكم " . ويمر الاجتهاد القضائي المعاصر في الشريعة الاسلامية بمراحل عدة , فالقاضي عليه أولا الرجوع الى النصوص قطعية الدلالة , فإن وجد حكم المسألة بدلالة قطعية , فإنه يلتزم به ولا يجوز له مخالفته او الخروج عنه , وعليه ايضا الرجوع الى النصوص ظنية الدلالة , وعند عدم النص فعليه ان يرجع

¹ استاذنا الدكتور حيدر حسين الشمري واخرون , مبدأ الاحالة على الفقه الاسلامي , مجلة القادسية للقانون

والعلوم السياسية , العدد 2, المجلد 11, 2020, ص 13

² ينظر المادة (30) من قانون المرافعات المدنية النافذ

³ ينظر المادة (3) من قانون الاثبات العراقي النافذ

⁴ ينظر المادة (1/2) من دستور العراق الدائم لسنة 2005

الى اجتهادات السابقون , فان اجمعوا على رأي فله ان يحكم بهذا الاجماع , والا فعليه ان يبذل جهده من اجل الوصول الى حكم¹.

أما في الواقع العملي , فان القاضي يرجع الى الفتاوى والاحكام الفقيه التي افتى فيها كبار فقهاء الشريعة الاسلامية , فيأخذ بالرأي الذي يتلاءم مع مذهب اطراف الدعوى , وفي حال غموض الحكم الشرعي فإن القاضي يعمد الى طلب الافتاء ؛ وذلك من خلال طلب مكتوب من قبل المرجع الديني او وكيله , وفي حال تعدد الآراء في المذهب الواحد فيعمل على ترجيح احد هذه الآراء وفقا لسلطته التقديرية .

رابعا - الركن الرابع: الدليل

هو النص الذي يتوصل المجتهد من خلاله الى استنباط الحكم للواقعة المراد اصدار الحكم فيها² , وركن الدليل محل اجماع بين فقهاء الشريعة الاسلامية على اختلاف مذاهبهم , حيث لا بد للاجتهاد من ان يرجع الى دليل , فالاجتهاد لا يكون إلا على اصول يضاف اليها التحليل والتحرير³ , وهذا الاصل محل خلاف , فأما عند الامامية يتمثل كالقران الكريم والسنة المطهرة والاجماع الكاشف عن رأي الامام المعصوم (عليه السلام) والعقل⁴ , واما عند الجمهور فيكون القران الكريم والسنة النبوية الشريفة والاجماع وقول الصحابي والاستحسان والاستصحاب وسد الذرائع والمصالح المرسله والعرف والعادة⁵ .

اما قانوننا فيلاحظ ان القانون العراقي والقوانين المقارنة لم تنص على الدليل كركن من اركان الاجتهاد القضائي المعاصر , بل اعتبرت التشريعات الشريعة الاسلامية مصدرا اساسيا بعد التشريع دون الزام القاضي بذكر الدليل .

أما قضاء فمن خلال استقراء الاحكام القضائية الصادرة من المحاكم العراقية وكذلك احكام محكمة النقض المصرية والمحكمة العليا الجزائرية فنجد ان القضاء عند اصدار الاحكام فانه يذكر الدليل الذي استند اليه حكمه ولا بد ان نميز بين حالتين في هذه المسألة الاولى الاحكام التي تصدر بالاستناد الى النصوص القانونية دون

1 د. محمد مصطفى الزحلي , الوجيز في اصول الفقه الاسلامي , ج2, ط1, دار الخير للطباعة والنشر , دمشق , سوريا , 2006 , ص33

2 صالح خالد صالح الشقيرات , الاجتهاد القضائي فيما لا نص فيه وتطبيقاته في الشريعة والقانون , اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الدراسات العليا الجامعة الاردنية , 2007 , ص 57

3 فهد بن خالد بن جزاء العتيبي , الاجتهاد في الشريعة الاسلامية حقيقته وشروطه , المجلد 1, العدد6, مجلة كلية الدراسات الاسلامية والعربية , الاسكندرية , بلا سنة , ص661

4 د. عدنان فرحان , الاجتهاد عند الشيعة الامامية ادوار واطوار , مصدر سابق , ص65

5 د. عبد الودود مصطفى , د. احمد محمد حسني , احمد عبود علوان , الادلة المتبعة لفقه المستجدات العصرية , المجلد 7, العدد2/14, مجلة كلية العلوم الاسلامية, 2013, ص 6

ان تستند الى اجتهاد من القاضي والآخرى الاحكام التي تصدر عند انعدام النص القانوني او نقصه او غموضه او تعارضه :

1. فأما الحالة الاولى أي الاحكام التي تصدر بالاستناد الى نص قانوني , ففي هذه الحالة يكون الدليل هو النص القانوني والفقرة التي استند اليها القاضي عند اصدار الحكم .

2. اما في حالة انعدام النص القانوني او نقصه او غموضه , فيلاحظ ان القضاء اكتفى بذكر النص القانوني الذي اباح له الاحالة على الفقه الاسلامي إضافة الى ذلك ذكر المذهب الفقهي الذي يعتنقه المدعيان .

ويرى الباحث ان التشريعات , سواء العراقية ام المقارنة قيدت القضاة بالالتزام بالنصوص التشريعية , فان لم يوجد حكم مناسب للحالة المعروضة , فيتم اللجوء الى الفقه الاسلامي بوصفه المصدر الثاني بعد التشريع , فيأخذ بالرأي الذي يتلاءم مع مذهب اطراف الدعوى , والقاضي في الوقت الحاضر سبق وان بينا لا يكون فقيها مجتهدا , إذ إنَّ اغلب التشريعات عند وضعها لشروط تولي منصب القضاء تكتف بان يكون دارسا للقانون الوضعي متغافلة مسألة الاجتهاد الفقهي , وعلية فعندما يلجأ القاضي الى الفقه الاسلامي فانه لا يمارس الاجتهاد الفقهي الذي يعتمد على استنباط الاحكام الشرعية من ادلتها التفصيلية , بل يذهب الى الاحكام والآراء الفقهية التي افتى فيها كبار الفقهاء وفصلوا فيها كل حسب مذهبه , وعند عدم وضوح الحكم , جاز للقاضي اللجوء الى فقهاء الشريعة الاسلامية , فيطلب منهم الافاء في المسألة محل النزاع حتى لا يكون حكمه مدعاة للنقض بحجة مخالفته لأحكام الشريعة الاسلامية .

الفرع الثاني

الشروط الواجب توافرها في القاضي

إنَّ الاجتهاد القضائي المعاصر لكي يعد صحيحا ومشروعا لا بد ان تتوفر عدة شروط فيمن يتولى منصب القضاء , إذ اشترط الفقهاء عدة شروط فيمن يتولى منصب القضاء منها ما هو متفق عليها كالإسلام والبلوغ والعقل العدالة , ومنها ما هو مختلف فيها كلاجتهاد والذكورة , وعليه سنقسم هذا الفرع على فقرتين , نتطرق في الفقرة الاولى الى الشروط المتفق عليها للاجتهاد القضائي المعاصر, بينما سنخصص الفقرة الثانية الى الشروط المختلف فيها للاجتهاد القضائي وذلك على النحو التالي :

اولا- الشروط المتفق عليها للاجتهاد القضائي المعاصر

هنالك شروط هي محل اجماع بين فقهاء الشريعة الاسلامية لا بد من توفرها فيمن يلي منصب القضاء في الاسلام ومن هذه الشروط ما يلي :

1. البلوغ

يشترط فيمن يتولى منصب القضاء أن يكون بالغاً , فلا يعقد القضاء للصبي¹.

2. العقل

كذلك يشترط العقل² , فلا يصح تولية القضاء للمجنون او المعتوه ؛ لأنه لا يملك الولاية على نفسه , فلا يجوز ان يتصدى للولاية العامة وهي القضاء.

3. الاسلام

يشترط في القاضي ان يكون مسلماً , فلا يجوز ولاية الكافر على المسلم³ لقوله تعالى "وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا"⁴ ؛ لان الهدف من القضاء هو تطبيق احكام الشريعة الاسلامية , وغير المسلم قد يحيد عن التطبيق السليم لأحكام الشريعة الاسلامية , وغير المسلم قد يحمل كفره بالإسلام على تعمدته على مخالفة احكامه.

اما قضاء غير المسلم على غير المسلم فقد اختلف الفقه فيه , فالجمهور لم يجز قضاء غير المسلم على غير المسلم , إذ لا يجوز ان يتولى سلطة القضاء في دار الاسلام إلا المسلم , اما البعض الاخر فقد اجازه بالقياس على الشهادة و أن اهلية القضاء كأهلية الشهادة فغير المسلم تجوز شهادته على المسلم كذلك قضاؤه⁵.

4. العدالة

اتفق فقهاء الشريعة الاسلامية على شرط العدالة فيمن يتولى منصب القضاء , فلا يجوز قضاء الفاسق واستدلوا بعدة ادله⁶.

أ- القرآن الكريم: قال تعالى: "وَلَا تَرْكَنُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا فَتَمَسَّكُمُ النَّارُ"⁷. ووجه الاستدلال ان الفاسق ظالم و التحاكم اليه يكون ركونا الى الظلم .

1 العاملي , وسائل الشيعة ومستدرکها , مصدر سابق , (29/18).

2 الحلبي , ابو القاسم نجم الدين جعفر , شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام , مصدر سابق , ص315

3 محمد رأفت عثمان , النظام القضائي في الفقه الاسلامي , دار البيان , ط2 , 1994, ص76

4 النساء /141

5 الماوردي , الاحكام السلطانية , مصدر سابق , ص 89

6 الشيخ , مرتضى الانصاري , القضاء والشهادات , تحقيق لجنة تراث الشيخ الاعظم , ط1 , 1415, ص34

7 هود/113

ب- السنة النبوية : عن ابي عبد الله (عليه السلام) : " إياكم أن يحاكم بعضكم بعضا إلى أهل الجور"¹.

5. الكفاءة

يقصد بشرط الكفاءة هو ان يكون عنده القدرة على النهوض للقيام بأمر القضاء , بان تتوفر عنده اليقظة التامة والقوة التي تعينه على تنفيذ الحق , وبالتالي فلا يصح تولية المغفل , وهو الذي لا يستعمل القوة المنبهة مع وجودها فيه².

6. العلم بالأحكام الشرعية

اتفق القضاء على هذا الشرط اذ يشترط في القاضي ان يكون عالما بالأحكام الشرعية وعارفا لما يقضي به , حتى لا يقضي بغير ما انزل الله تعالى .

7. سلامة الحواس

المقصود بالحواس السمع والبصر والكلام , فلا يجوز تولية الاصم ؛ لأنه لا يسمع كلام الخصمين , ولا يجوز تولية الاعمى ؛ لأنه لا يميز بين المدعي من المدعى عليه³, ولا يجوز تولية الاخرس ؛ لأنه لا يمكنه النطق بالحكم⁴.

8. طهارة المولد

يشترط في القاضي طهارة المولد , فلا يعقد القضاء لابن الزنا وهو شرط متفق عليه بين فقهاء الشريعة الاسلامية⁵.

ثانيا - الشروط المختلف فيها

إنّ من الشروط التي اختلف الفقهاء في وجوب توافرها فيمن يتولى منصب القضاء هو شرط الاجتهاد وشرط الذكورة , وعليه سنتطرق الى ذلك بشي من التفصيل وذلك على النحو الاتي :

1- الاجتهاد

يقصد بشرط الاجتهاد هو تحقق الكفاءة العلمية الكاملة في القاضي التي تؤهله لمعرفة الاحكام الشرعية في القضايا التي تعرض عليه⁶, واختلف فقهاء الشريعة الاسلامية في اشتراط الاجتهاد في القاضي وانقسم الفقه الى قولين : الاول يقضي

1 الكليني , الكافي في الاصول والفروع , مصدر سابق , (412/7).

2 محمد رأفت عثمان , النظام القضائي في الفقه الاسلامي , مصدر سابق , ص 82

3 الحلبي , ابو القاسم نجم الدين , شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام , مصدر سابق , ص 315

4 ابن فرحون المالكي , تبصرة الاحكام في اصول الاقضية ومنهاج الاحكام , مصر سابق , (27/1).

5 العاملي , وسائل الشريعة ومستدرکها , مصدر سابق , (29/18).

6 محمد رأفت عثمان , النظام القضائي في الفقه الاسلامي , مصدر سابق , ص 83

باشترط الاجتهاد في من يتولى القضاء , اما القول الثاني فيقضي بعدم اشتراط شرط الاجتهاد في القاضي , وعليه سوف نبين هذا الشرط بشي من التفصيل وذلك على النحو التالي :

أ - **الراي الاول** : يرى اصحاب هذا الراي اشتراط الاجتهاد في القاضي , وهو قول جمهور الفقهاء من الامامية¹ والحنفية² والحنابلة³ وبعض المالكية⁴ , إذ يرى اصحاب هذا الراي ان الاجتهاد شرط ضروري فيمن يتولى القضاء , فلا ينعقد القضاء لغير المجتهد العالم المستقل بأهلية الفتوى , فلا يكفي فتوى العلماء , بل لا بد ان يكون عالما بجميع ما عليه , ويدخل في هذا الشرط ان يكون ضابطا , فلو غلب عليه النسيان لم يجز نصبه.

وبالتالي لا يتولى القضاء من كان جاهلا بالأحكام الشرعية ولا المقلد , وهو من حفظ مذهب امامه الذي ينتمي إليه لكنه غير عارف بغوامضه وقاصرا عن تقدير ادلته , فلا تتوفر عنده القدرة العلمية على تقدير الادلة التي تستدل بها هذه المذاهب الفقهية⁵.

واستدل اصحاب هذا الراي بالأدلة من القران الكريم والسنة المطهرة:

- 1- **القران الكريم** . قوله تعالى: "وَأَنْ أَحْكَمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ"⁶ ووجه الاستدلال ان الحاكم مأمور ان يحكم بما انزل الله تعالى والمقلد انما يحكم بنقل غيره
- 2- **السنة النبوية** . عن الرسول الاكرم محمد (صل الله عليه واله وسلم) : " القضاة ثلاثة , اثنان في النار وواحد في الجنة , رجل علم الحق وقضى به , فهو في الجنة , ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار , ورجل جار في الحكم , فهو في النار"⁷.

ب - **الرأي الثاني**: يرى اصحاب هذا الراي عدم اشتراط الاجتهاد في القاضي , وهو ما ذهب اليه الحنفية⁸ وبعض المالكية⁹ , وبالتالي يثبت القضاء للمقلد بشرط ان

1 الحلبي, ابو القاسم نجد الدين , شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام , مصدر سابق , ص315
2 البيهقي , احمد بن محمد , تحفة المحتاج في شرح المنهاج , ج10 , المكتبة التجارية الكبرى بمصر , بدون طبعة , 1983, ص107
3 اليهودي , منصور بن يونس بن ادريس , كشاف القناع عن متن الاقناع , مصدر سابق , (296/6).
4 الخطاب , مواهب الجليل في شرح مختصر خليل , مصدر سابق , (295/6).
5 الخطاب , مواهب الجليل في شرح مختصر خليل , المصدر السابق , (295/6).
6 المائدة /49
7 ابي داود , سليمان بن الاشعث السجستاني , سنن ابي داود , تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد , ج3, المكتبة العصرية , صيدا بيروت , بلا سنة طبع , ص 299
8 الكاساني , علاء الدين بن ابي بكر , بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع , مصدر سابق , (3/7).

لا يخرج عن قول علمائه , إذ ذهب بعض الفقهاء الى صحة اجتهاد المقلد في اصول الدين¹ , ويقصد بالتقليد هنا : "هو تلقي الاحكام من مجتهد معين واعتبار اقواله كأنها نصوص من الشرع يلتزم المقلد باتباعها"².

واستدل اصحاب هذا الرأي بالأدلة التالية :

أ- البراءة الاصلية : وهي أن الشروط تقييد وتكليف، والأصل براءة الذمة من التكاليف حتى ورود ما ينقلها إليه ، وعليه لا يشترط من الشروط شرط إلا بدليل يدل عليه ، وحيث كان الأصل عدم الدليل فعليه لا يصح اشتراط الاجتهاد للقاضي حتى ورود الدليل³.

ب- ما روي عن الامام علي (عليه السلام) عندما بعثه رسول الله (صل الله عليه واله وسلم) الى اليمن : قال أنفذني رسول الله (صل الله عليه واله وسلم) الى اليمن وانا حديث السن فقلت تنفذني الى قوم يكون بينهم احداث ولا علم لي بالقضاء ؟ قال ان الله سيهدي لسانك , ويثبت قلبك , فما شككت في قضاء بين اثنين بعد ذلك "⁴.

2 - الذكورة

يشترط فيمن يتولى القضاء ان يكون ذكرا , فلا يجوز للمرأة ان تتولى القضاء وقد اختلف الفقه في جواز تولي المرأة منصب القضاة في الاسلام وانقسم فقهاء الشريعة الاسلامية الى آراء عدة سنوضحها بالتفصيل وذلك على النحو الاتي :

أ - الرأي الاول : عدم جواز تولي المرأة منصب القضاء في الاسلام مطلقا , وهو ما ذهب اليه جمهور الفقهاء من الامامية⁵ والحنابلة⁶ والشافعية⁷ والمالكية⁸ واستدلوا بالأدلة من القران الكريم والسنة النبوية :

1- القران الكريم

أ- قوله تعالى: "الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ"⁹.

⁹ الخطاب , مواهب الجليل في شرح مختصر خليل , مصدر سابق , (301/6) .
¹ المرادوي , علاء الدين ابي الحسن علي بن سلمان , التحبير شرح التحرير , ج8 , ط1 , مكتبة الرشد , الرياض , بلا سنة طبع , ص3878

² د. مصطفى ابراهيم الزلمي , اصول الفقه في نسيجه الجديد , مصدر سابق , ص477

³ احمد بن صالح بن احمد الغزالي , شرط الاجتهاد للقاضي , مصدر سابق , ص965

⁴ محمد رأفت عثمان , النظام القضائي في الفقه الاسلامي , مصدر سابق , ص90

⁵ الحلبي , ابو القاسم نجم الدين , شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام , مصدر سابق , (315/4) .

⁶ ابن قدامي , المغني , مصدر سابق , (41/9) .

⁷ الرملي , نهاية المحتاج الى شرح المنهاج , مصدر سابق , (238/8).

⁸ ابن فرحون المالكي , تبصرة الاحكام في اصول الاقضية ومنهاج الاحكام , مصدر سابق , (26/1) .

ووجه الاستدلال انّ القوامة بيد الرجال فهم يقومون عليهن قيام الولاية على الرعية بسبب تفضيل الرجال على النساء بكمال العقل وحسن التدبير¹ .
 ب- قوله تعالى : " **وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رَجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى**"² .

2- السنة الشريفة

أ- عن الرسول الاكرم محمد (صل الله عليه واله) : " لا يفلح قوم ولو امرهم امرأة"³ .

ب- ما روي عن علي بن ابي طالب (عليه السلام) انه قال لشريح القاضي عند تنصيبه : "يا شريح , لقد جلست مجلسا لا يجلسه الا نبي او وصي نبي او شقي"⁴ .

ت- ما روي عن الامام الصادق (عليه السلام) : " انظروا إلى رجل منكم يعلم شيئا من قضائنا فاجعلوه بينكم فإني قد جعلته قاضيا فتحاكموا إليه". كذلك قوله (عليه السلام) : "نظروا الى من كان منكم قدر روى حديثنا ونظر في حلالنا وحرماننا ..فإني قد جعلته عليكم حاكما"⁵ .

حيث ورد لفظ الرجل دون المرأة في الحديثين الشريفين بشكل صريح وهذا يعني اختصاص منصب القضاء بالرجل فقط .

ث- عن الرسول الاكرم محمد (صل الله عليه واله وسلم) انه قال : "ولا تولى المرأة القضاء" . وما روي عن الامام الباقر عليه السلام انه قال : " لا تولى المرأة القضاء ولا الامارة"⁶ .

ويتبين لنا من خلال تبين موقف السنة المطهرة ورود النهي المطلق من تولى المرأة منصب القضاء في الشريعة الاسلامية .

ب - **الرأي الثاني** : عدم اشتراط الذكورية في القاضي , وبالتالي يجوز للمرأة ان تتولى منصب القضاء وانقسموا على فريقين :

⁹ النساء /34

¹ الكاشاني , محمد بن مرتضى, الصافي في تفسير القرآن , ج1, ط1, دار الكتب الاسلامية , ايران , طهران , بلا سنه , ص 448

² البقرة /282

³ البخاري , ابو عبد الله بن محمد بن اسماعيل , صحيح البخاري , كتاب المغازي , رقم الحديث (4425) , مصدر سابق , (6/8) .

⁴ الكليني , محمد بن يعقوب , فروع الكافي , ج 7 , ط1, منشورات الفجر بيروت لبنان , 2007, ص260

⁵ الكليني , محمد بن يعقوب , فروع الكافي , (263/7) , المصدر سابق .

⁶ النراقي , احمد بن محمد مهدي , مستند الشيعة في احكام الشريعة , ج17, ط1, مؤسسة ال البيت , بيروت , لبنان , 2008, ص36

1- الفريق الاول: يجوز قضاء المرأة في كلّ شيء إلا في الحدود والقصاص واستدلوا بالقياس على شهادتها , فالمرأة من اهل الشهادات إلا أنّها لا تقضي في الحدود والقصاص ؛ لأنها لا شهادة لها في ذلك¹ .

2- الفريق الثاني: يجوز ان تكون المرأة قاضية مطلقا واستدلوا بالأدلة من القياس والعقل.

أ- القياس: قياسا على الافتاء , فالمرأة يجوز ان تكون مفتية فيجوز ان تكون قاضية² .

ب- العقل: لم يرد نص في القران الكريم أو السنة الشريفة يمنع المرأة من تولي منصب القضاء في الاسلام³ .

ومن خلال ما تقدم فان للاجتهاد القضائي المعاصر مقومات تتمثل بالأركان والشروط لا بد توفرها في القاضي ؛ لكي يكون الحكم صحيحا وناظدا من الناحية الشرعية عند من يرى ضرورة توفر كامل الشروط التي اوردناها ، اما من الناحية القانونية , فان اغلب القوانين خالفت ما جاءت به الشريعة الاسلامية في بعض شروط القاضي كالاختصاص والذكورة , وبالتالي فان الحكم وان صح من الناحية القانونية فنرى عدم صحته من الناحية الشرعية ؛ لمخالفته لأحكام الشريعة الاسلامية

1 الكاساني , بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع , مصدر سابق , (84/9).

2 الحطاب , مواهب الجليل في شرح مختصر خليل , مصدر سابق , (87/7).

3 الماوردي , ابي الحسن علي بن محمد , الحاوي الكبير في فقه مذهب الامام الشافعي , تحقيق الشيخ محمد علي معوض والشيخ عادل احمد عبد الموجود , ج16 , مكتبة الكتب العلمية بيروت لبنان , بلا سنة , ص156

المطلب الثالث

نطاق الاجتهاد القضائي المعاصر

يتحدد نطاق الاجتهاد القضائي المعاصر بانتفاء النص التشريعي او نقصه او غموضه او عدم تعارضه وعدم امكانية الوصول الى حكم , ولا يمكن للقاضي ان يقرر انتفاء النص التشريعي ما لم يبذل قصارى جهده ويستنفذ كل طاقته ومسايعه من اجل الوصول الى المعنى المراد من النص , فيبحث عن الحكم اولا في مفهوم النص الذي اورده المشرع , سواء كان النص صريحا ام ضمنيا , فان لم يتوصل الى حكم فيلجأ الى مفهوم النص , ولا يقف القاضي على هذا الحد , بل عليه ان يجتهد من اجل البحث عن مدى تعارض النص مع نص اخر او نقصه او غموضه فيجتهد من اجل ازالة الغموض وفك التعارض واكمال النقص .

وعليه من خلال ما تقدم سنقسم هذا المطلب على فرعين رئيسيين نتطرق في اولهما الاجتهاد القضائي المعاصر في النص السليم , في حين سنتطرق في ثانيهما الى الاجتهاد القضائي المعاصر في النص غير الواضح او انعدامه وكالاتي:

الفرع الاول

الاجتهاد القضائي المعاصر في النص السليم

عندما يعرض النزاع على القاضي فانه يلجأ للنصوص التشريعية التي اوردها المشرع فيبحث في لفظ النص الذي اورده المشرع من اجل التوصل الى حكم وحسم النزاع في القضية المعروضة امامه , وهذا النصوص قد يكون الحكم فيها منطوقا والذي بدوره ينقسم الى صريحا او ضمنيا , او قد يكون مفهوما فيعمد للوصول الى حكم من خلال بيان مفهوم النص , سواء أكان المفهوم مخالفا للنص ام موافقا له , وعليه ان يستنبط الحكم من منطوق النص ومفهومه , ولا يصح الانتقال الى مصدر اخر غير النص إلا بعد التأكد من خلو النص من ايجاد حل للقضية المعروضة¹ , وعليه سنقسم الفرع على فقرتين نتطرق في الفقرة الاولى الى منطوق النص بينما نخصص الفقرة الثانية الى مفهوم النص وذلك على النحو الاتي²:

1 د. فاروق عبد الكريم , الواضح في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ , مصدر سابق , ص19
2 ونظرا لاختلاف فقهاء الشريعة الاسلامية في تقسيم دلالات اللفظ على المعنى فسنعتمد على منهج البعض من فقهاء الحنفية في تقسيم هذه الدلالات ينظر: ابن الحاجب , بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب , مصدر سابق , (432/2) وما بعدها.

اولا- منطوق النص

المنطوق في اللغة من نطق , ينطق , نطقا , وهو دلالة اللفظ على المعنى دون النظر الى ما يستنبط منه¹ .

اما اصطلاحا فقد عرّفه فقهاء الشريعة الاسلامية المنطوق على انه : " المعنى الذي يفهم من اللفظ صريحا ولا يحتاج الى جهد او تعب لفهمه , وما يفهم من غير ظاهر اللفظ فليس منطوقا"².

وعرّفه البعض بانه : " المعنى الذي قصده المتكلم باللفظ اصالة "³ . ويخرج من الصريح المعنى المأخوذ من النص اشارة او اقتضاء او ايماء ؛ لأنه لم يذكر اصالة بل تبعا.

وعرفه البعض الاخر بانه : " ما دل عليه اللفظ في محل النطق "⁴ , ويطلق عليه البعض المعنى المستفاد من مفردات الكلام وجمله⁵.

والمنطوق اما ان يكون صريحا او ان يكون غير صريح او ضمنيا :

1. المنطوق الصريح

عرف الفقهاء المنطوق الصريح بانه : " دلالة اللفظ على ما وضع له بالمطابقة او التضمن "⁶ . وعرفه البعض بانه : " ما دل عليه اللفظ في محل النطق ". وعرفه البعض الاخر على انه : " ما فهم من دلالة اللفظ قطعيا في محل النطق ". أي ان المعنى يؤخذ من مفردات النص التي ذكرها المشرع ولا يحتاج الى البحث عن المعنى بالجوء الى دلالات المعاني .

وقد استعمل البعض من فقهاء الحنفية عبارة النص بدلا من منطوق النص وعرفوه على انه : " ما كان السياق لأجله ويعلم قبل التأمل ان ظاهر النص متناول له "⁷.

وعرف ايضا بانه : " المعنى الذي يتبادر فهمه من الصيغة ويكون مقصودا اصالة وتبعا ويطلق عليه المعنى الحرفي للنص "⁸ .

1 د. جبران مسعود , الرائد , معجم لغوي معاصر , مصدر سابق , (2230/4) .

2 الامدي , علي بن محمد , الاحكام في اصول الاحكام , مصدر سابق , (66/3) .

3 السيناوي , حسن بن عمر بن عبد الله المالكي , الاصل الجامع لايضاح الدرر المنظومة في سلك جمع الجوامع , ج1, ط1 , مطبعة النهضة , بلا مكان , 1928 , ص51

4 الأصفهاني , محمود بن عبد الرحمن ابن أحمد بن محمد , مختصر ابن الحاجب , مصدر سابق , (924/2).

5 د. عبد الكريم زيدان , الوجيز في اصول الفقه , مصدر سابق , ص454

6 السرخسي , أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل , اصول السرخسي , مصدر سابق , (236/1).

7 السرخسي , أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل , اصول السرخسي , المصدر السابق , (236/1).

وعرفه البعض بانها: " دلالة النص على المعنى او الحكم من سوقه او تشريعه اصالة او تبعاً"¹ . فعبارة النص تكون واضحة الدلالة المعنى ولا تحتاج الى اجتهاد واستنباط للوصول الى الحكم بل يفهم من سياق اللفظ .

وعرفه البعض منهم بانه: "هو العمل بظاهر ما سيق الكلام له او هو ما سيق الكلام لأجله واريد به قصدا"² .

وعرفه اخر بانه : "ما كان السياق لأجله ويعلم قبل التأمل ان ظاهر النص متناول له"³.

وسار على هذا النهج فقهاء القانون حيث استخدم الفقهاء هذا المصطلح وعرفوه بانه: " مفرداته والفاظه التي تتكون منها الجملة , والمعنى المستفاد من هذه العبارات والالفاظ هو المعنى الذي يتبادر الى الذهن بمجرد قراءة النص وفهم معاني الفاظه "⁴.

ومن الامثلة الواردة في النصوص القانونية على المنطوق الصريح كثيرة ومتعددة ومنها ما قضت محكمة التمييز الاتحادية بالتفريق بين الزوجين وذلك للحكم على الزوجة بالنشوز ؛ لان الزوجة لم تطاوع زوجها في دار الزوجية وعليه فمن حق الزوج طلب التفريق⁵. واستندت المحكمة في حكمها على احكام المادة (5/25) من قانون الاحوال الشخصية والتي نصت على : "5_ يعتبر النشوز سببا من اسباب التفريق وذلك على الوجه ...ب_ للزوج طلب التفريق بعد اكتساب حكم النشوز الدرجة القطعية , وعلى المحكمة ان تقضي بالتفريق "⁶.

وقضت محكمة النقض المصرية: "بعدم وقوع طلاق السكران والمكره"⁷ واستندت المحكمة في حكمها على نص المادة الاولى من قانون رقم (25) لسنة 1929

⁸ د. محمد مصطفى الزحلي , الوجيز في اصول الفقه الاسلامي , ج2, 2, دار الخير , دمشق , سوريا , 2006 , ص138

¹ حافظ ثناء الله الزاهدي , تلخيص الاصول , ط1 , مركز المخطوطات والتراث والوثائق , الكويت , 1994 , ص25

² الشاشي , نظام الدين ابو علي احمد , اصول الشاشي , دار الكتب العربية , بيروت , لبنان , 1984 , ص99

³ السرخسي , أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل , اصول السرخسي , مصدر سابق , (1/236) .

⁴ د. همام محمد محمود , المدخل لدراسة القانون , مصدر سابق , ص454

⁵ القاضي , رزاق جبار علوان , المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية , ج1 , مصدر سابق , ص306

⁶ ينظر المادة (25) من قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ

⁷ قرار محكمة النقض المصرية 1981/12/8_ طعن رقم 31 لسنة 50 ق_س32 , نقلا عن المستشار اشرف مصطفى كمال , موسوعة الاحوال الشخصية , ج1, طبعة خاصة بنقابة المحامين في الجيزة , بلا سنة ,

ص127

المعدل بقانون رقم (100) لسنة 1985 الخاص بتعديل بعض احكام قوانين الاحوال الشخصية والتي نصت على " لا يقع طلاق السكران والمكره "1 . ويفهم من ذلك ان القاضي ملزم عند اصدار الحكم بالنص القانوني فيطبقه على الواقعة محل النزاع , ولا يجوز له ان يجتهد طالما ان الفاظ النص صريحة وواضحة ولا تحتاج الى تأويل او تفسير .

كذلك اكد القضاء الجزائري على ترتيب اصحاب الحق في حضانة الابناء بناء على النص القانوني إذ قضت المحكمة العليا " من المقرر شرعا ان حضانة الابناء تسند الى امهم ولا يسقط عنها هذا الحق الا بموجب شرعي... "2. إذ إن المحكمة قد اصدرت حكمها استنادا الى احكام المادة (64) من قانون الاسرة التي تنص على ما يلي : "الام اولى بحضانة ولدها ثم امها ثم الخالة ثم الاب ثم ام الاب... مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك"3.

ويتضح لنا ان القاضي لا يبذل جهدا من اجل التوصل الى حكم ؛ وذلك لان المعنى المراد واضح ولا يتطلب للوصول الى معناه البحث في دلالات الالفاظ ومعانيها , فيتوصل الى الحكم من الفاظ النص التي اوردها المشرع .

2. المنطوق غير الصريح او الضمني

عرف فقهاء الشريعة الاسلامية المنطوق غير الصريح على انه : " هو ما لم يوضع اللفظ له بل يلزم مما وضع له أي ان دلالة اللفظ على الحكم بطريق الالتزام , اذ ان اللفظ مستعمل لذلك المعنى او الحكم , فاللفظ لم يوضع للمعنى ولكن الحكم فيه لازم للمعنى الذي وضع له"4 .

وعرفه البعض بانه : " هو المعنى الذي يلزم من اللفظ , بان يدل اللفظ على ذلك المعنى في غير ما وضع له "5 .

وعرفه اخر بانه : " هو ما تناوله اللفظ اشارة او اقتضاء او ايماء "6 .

1 ينظر المادة الاولى من قانون رقم (25) لسنة 1929 المصري النافذ

2 قرار المحكمة العليا الجزائرية بتاريخ 1983/4/2, غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم : 32594 ، المجلة القضائية ، 1989 ، عدد 1، ص 77

3 ينظر المادة (64) من قانون الاسرة الجزائري

4 د. عبد الكريم بن علي بن محمد بن النملة ، المهذب في علم اصول الفقه المقارن ، ج 4 ، مكتبة الرشد ، الرياض ، 1999 ، ص 1722

5 د. محمد مصطفى الزحيلي ، الوجيز في اصول الفقه الاسلامي ، مصدر سابق ، (150/2).

6 د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، اصول الفقه الاسلامي في نسيجة الجديد ، ص 398

أي انه لم يتضمن الفاظا تدل عليه في سياق الكلام بل يتوصل الى المعنى منه بطريق التأمل والنظر والاستنتاج فيدل على المعنى المراد.

فالمنطوق غير الصريح يكون دلالاته على النص اما اشارة او اقتضاء او ايماء , ويستند هذا التقسيم في ان المدلول عليه بالالتزام اما ان يكون مقصودا للمتكلم او غير مقصودا له , فاذا كان مقصودا للمتكلم وتوقف عليه صدق الكلام او صحته العقلية او الشرعية فدلالته عليه تسمى دلالة اقتضاء , اما اذا كان مقصودا له ولم يتوقف عليه صدق الكلام ولا صحته العقلية او الشرعية فدلالته عليه تسمى دلالة ايماء , وان لم يكن مقصودا للمتكلم فدلالته عليه تسمى دلالة اشارة¹ , وعليه سنبين كلاً من هذه الدلالات بشكل موجز وكالاتي :

أ- اشارة النص

عرف الفقهاء اشارة النص بانها: " هي دلالة عقلية التزامية للنص على حكم تابع لمنطوقه"².

وعرفها البعض الاخر بانها: " ما ثبت بنظم النص من غير زيادة , وهو غير ظاهر من كل وجه , ولا سيق الكلام لأجله"³.

وعرف اخر اشارة النص بانها: " المعنى الذي لا يتبادر فهمه من الفاظه , ولا يقصد من سياقه اصالة ولا تبعا ولكنه معنى لازم للمعنى المتبادر من الفاظه " فالدلالة بالإشارة تثبت من اللفظ او النص لغة ولكنها بطريقة الالتزام للمعنى المتبادر من جهة وانها لم يسق الكلام لأجلها من جهة ثانية , وهذا التلازم او الاستدلال قد يكون ظاهرا يفهم بأدنى تأمل وقد يكون خفيا يحتاج الى دقة ونظر وتأمل⁴ .

أي ان الحكم يفهم من سياق المعنى ومعناه ولا يقدر تقدير كما في الاقتضاء كما سنبين لاحقا.

ومن الامثلة عليها في الشريعة الاسلامية في قوله تعالى: " وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ

¹ محمد اديب صالح , تفسير النصوص في الفقه الاسلامي , المكتبة الاسلامية , ج1 , ط4 , بلا سنة , ص595

² د. مصطفى الزلمي , اصول الفقه في نسيجه الجديد , مصدر سابق , 396

³ الشاشي , نظام الدين ابو علي احمد , اصول الشاشي , مصدر سابق , ص99

⁴ د. محمد مصطفى الزحيلي , الوجيز في اصول الفقه الاسلامي , مصدر سابق , (140/2) .

وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ"¹ . ويفهم من إشارة النص أن الأب لا يشاركه أحد في الإنفاق على أولاده ؛ لأن الولد له لا لغيره².

ومن تطبيقاته في النصوص القانونية ما ورد في المادة (35) من قانون الاحوال الشخصية العراقي : " لا يقع طلاق الاشخاص الاتية بيانهم..2- المريض في مرض الموت او حالة يغلب في مثلها الهلاك اذا مات في ذلك المرض او تلك الحالة وترثه زوجته". والحكم الذي يؤخذ من اشارة النص هو وقوع طلاق الزوجة المريضة مرض الموت .

وايضا ما ورد في المادة (3) من قانون حق الزوجة المطلقة بالسكنى رقم (77) لسنة 1983 النافذ والتي نصت على ما يلي : " تحرم الزوجة من حق السكنى في الحالات الاتية.. اذا رضيت بالطلاق او التفريق " فمنطوق النص يقضي بحرمان الزوجة من حق السكنى اذا رضيت بالطلاق او التفريق اما اشارته فيقتضي ان يكون رضا الزوجة سابق على الطلاق لا بعده .

ب- اقتضاء النص

عرف فقهاء الشريعة الاسلامية اقتضاء النص على انه : " ان يتضمن الكلام اضمارا ضروريا لا بد من تقديره , لان الكلام لا يستقيم بدونه .."³.

وعرفه البعض منهم بانه : " اذا توقف الصدق او الصحة العقلية او الشرعية عليه مع كون ذلك مقصود للمتكلم ..اي دلالة اللفظ على المعنى لازما له وغير مذكور فيه لكنه مقصود , لتوقف صدق ذلك الكلام او صحته عليه.."⁴ .

وعرفه اخر بانه : " ما كان المدلول فيه مضمرا اما لضرورة صدق المتكلم او لصحة وقوع الملفوظ به "⁵ .

وعرف اخرون دلالة الاقتضاء على انها : " هي دلالة الكلام على مسكوت عنه ويتوقف صدق الكلام او صحته شرعا على تقديره , فالمعنى من النص لا يستقيم الا

1 البقرة/233

2 د. محمد مصطفى الزحيلي , الوجيز في اصول الفقه الاسلامي , مصدر سابق , (142/2).

3 الزركشي , أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله , البحر المحيط في اصول الفقه , مصدر سابق , (122/5).

4 الشوكاني محمد بن علي , ارشاد الفحول الى تحقيق الحق في علم الاصول , دار ابن كثير , بلا مكان , 2003 , ص588

5 د. عبد الكريم بن علي بن محمد بن النملة , المهذب في علم اصول الفقه المقارن , مصدر سابق , (1728/4).

بتقديره ؛ لان صحة الكلام او استقامة معناه يقتضي التقدير فيه ، وكذلك صدق الكلام او مطابقته للواقع يقتضي التقدير فيه بما هو خارج عنه"¹.

ويفهم من ذلك ان هنالك لفظا بالنص لم ينطق به لكن سياق الكلام ومعناه لا يحتمل إلا بتقديره بمعنى اخر ان النص لا يفهم منه المعنى إلا بتقدير لفظ معين لم يرد في ذات النص تقدير النص ولا يكتمل للنص معنى من دون تقديره .

ويسمى اقتضاء الكلام ؛ لان استقامة الكلام تقتضيه وتستدعيه ، والباعث على التقدير والزيادة هو المقتضي ، والشئ المقدر والمزيد هو الاقتضاء وما يثبت بالتقدير والزيادة هو الحكم المقتضى ، وسمي كذلك لاقتضائه شيئا زائدا على اللفظ ، وهو على انواع منها ما يتوقف عليه صدق الكلام او ما يتوقف عليه صحة الكلام شرعا او ما يتوقف عليه صحة الكلام عقلا².

ومن الامثلة عليه في النصوص القانونية ما نصت عليه المادة (95) من قانون رعاية القاصرين النافذ : " يعتبر صدور حكم بموت المفقود تاريخا لوفاته " فهي تقتضي اضافة عبارة (ما لم يستند الى تاريخ سابق).

وايضا ما نصت عليه المادة (76) من قانون الاسرة الجزائري النافذ على ما يلي : " في حال عجز الاب تجب نفقة الاولاد على الام اذا كانت قادرة على ذلك " فالمادة تقتضي اضافة عبارة (في حال عجز الاب عن العمل و التكسب) .

ويتضح من خلال ما تقدم ان هنالك كلاما يقدر تقديرا ولا يستقيم للكلام معنى بدون تقديره .

ثانيا- مفهوم النص

المفهوم في اللغة اسم مفعول وهو من فهم يفهم فهما³ ، وفهم الشئ أي علمه وعقله وعرفه⁴ ، والمفهوم المعلوم والمعروف ، ومفهوم الشئ هو شئ يفهم من خلال العقل⁵.

1 د. محمد مصطفى الزحيلي ، الوجيز في اصول الفقه الاسلامي ، مصدر سابق ، (145/2) .

2 د. عبد الكريم محمد بن علي بن النملة ، المهذب في علم اصول الفقه المقارن ، مصدر سابق ، (1728/4) ،

د. محمد مصطفى الزحيلي ، الوجيز في اصول الفقه الاسلامي ، مصدر سابق ، (145/2) .

3 ابن منظور، محمد بن مكرم ، لسان العرب ، مصدر سابق ، (412/12) .

4 الرازي ، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي ، مختار الصحاح ، مصدر سابق ، (244/1) .

5 د. جبران مسعود ، الرائد ، معجم لغوي معاصر، مصدر سابق ، (1749/3) .

اما المفهوم في الاصطلاح الفقهي فقد عرف البعض من الفقهاء بانه: " ما فهم من اللفظ في غير محل النطق"¹ , وعرفه البعض الاخر بانه: " ما دل عليه اللفظ لا في محل النطق "².

وعرفه البعض من الامامية بانه: " كل معنى يفهم من اللفظ فحسب , سواء كان من المفاهيم الافرادية ام التركيبية , وقد يطلق على مطلق ما يفهم من الشيء , سواء كان ذلك الشيء لفظا ام كان غيره كالإشارة او الكتابة او نحو ذلك... "³.

وعموما فان المفهوم ينقسم الى مفهوم موافق للنص او مفهوم الموافقة ومفهوم مخالف للنص او مفهوم المخالفة وعليه سنبين كلا النوعين بشكل موجز وكالاتي :

أ- مفهوم الموافقة

عرف فقهاء الشريعة الاسلامية مفهوم الموافقة بانه: " دلالة اللفظ على ثبوت حكم المنطوق به للمسكوت عنه نفيا واثباتا , لاشتراكهما في معنى يدرك من اللفظ بمجرد معرفة اللغة , دون الحاجة الى بحث واجتهاد ويسمى مفهوم الموافقة , لان المسكوت عنه موافق للمنطوق به"⁴ . ويؤخذ على هذا التعريف انه لم يميز بين المفهوم موافق للنص وبين المفهوم المخالف للنص .

وعرفه البعض الاخر منهم: " ما كان الحكم في المفهوم موافقا في النسخ للحكم الموجود في المنطوق , فان كان الحكم في المنطوق وجوب _ كان في المفهوم وجوب... "⁵ .

وعرفه اخر بانه : " هو ما يدل على ان الحكم في المسكوت عنه موافقا للحكم في المنطوق به من جهة الاولى"⁶.

وعرف ايضا: " ان يعلم ان حكم المسكوت عنه اولى بالحكم من المنطوق به"⁷.

¹ الامدي , علي بن محمد الأمدي , الاحكام في اصول الاحكام , مصدر سابق , (66/3) .
² السبكي , تاج الدين عبد الوهاب بن علي , جمع الجوامع في اصول الفقه , ط2 , دار الكتب العلمية , بيروت , لبنان , 1424 هجري , ص 22
³ محاضرات في اصول الفقه , تقارير لبحث السيد ابي القاسم الخوئي , محمد اسحاق الفيض , ج 5 , مؤسسة انصار بان , ص 54
⁴ د. محمد مصطفى الزحيلي , الوجيز في اصول الفقه الاسلامي , مصدر سابق , (154/2) .
⁵ الشيخ , محمد رضا المظفر , اصول الفقه , ج 3 , مؤسسة النشر الاسلامي , قم , 1434 هجري , ص 204
⁶ عبد المهدي محمد سعيد , قواعد تفسير النصوص وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي , مصدر سابق , ص 215
⁷ التلمساني , ابو عبد الله محمد بن احمد , مفتاح الاصول الى بناء علم الاصول , ط1 , مؤسسة الريان , بلا مكان , 2003 , ص 552

تتشترك التعريفات المتقدمة من حيث موافقة الحكم المسكوت عنه للحكم المنطوق به من باب اولى , وبذلك يقترب من القياس شكل كبير الا انه يختلف عنه من حيث ان الاولوية في هنا لا تستند الى نفس علة الحكم بل تستند الى الفاظ النص .

اما فقهاء القانون فقد عرفوه على انه : "هو حكم يؤخذ من روح النص لا من عباراته , ومن الغاية المتوخاة من تشريعه دون التمسك بحرفيته ¹ .

ويسمى البعض مفهوم الموافقة بفحوى الخطاب أي ان المعنى يفهم من فحوى الخطاب , اذ يكون للكلام ظهور بالفحوى في ثبوت الحكم فيما هو اولى في علة الحكم , اما اذا لم يكن مفهوما من فحوى الخطاب فلا يسمى مفهوما ... ² .

ومن تطبيقات مفهوم الموافقة في النصوص القانونية ما نصت عليه المادة (2) من قانون حق الزوجة المطلقة بالسكنى العراقي : "يسقط حق الزوجة المطلقة بالسكنى اذا اجرت الدار او الشقة كلا او جزءا". ويسقط حقها في السكنى ايضا اذا اباحت للغير سكنى الدار او الشقة السكنية كلا او جزءا من مفهوم الموافقة .

وكذلك ما نصت عليه المادة (11) من قانون رقم (25) لعام 1929 المعدل بقانون رقم (100) لسنة 1985 الخاص ببعض احكام الاحوال الشخصية المصري : "اذا امتنعت الزوجة عن طاعة الزوج دون حق توقف نفقة الزوجة من تاريخ الامتناع... ويثبت للزوجة الحق في النفقة متى كان امتناعها عن مطاوعة زوجها مشروعا.

ب- مفهوم المخالفة

عرف فقهاء الشريعة الاسلامية مفهوم المخالفة بانه: "هو حكم مخالف لمنطوق النص يؤخذ من تخلف قيد واراد فيه ومعتبر في الحكم ³ .

وعرفه البعض منهم الى انه " ان يشعر المنطوق بان حكم المسكوت عنه مخالفة لحكمه ⁴ .

وعرفه اخر بانها : "دلالة اللفظ على ثبوت نقيض حكم المنطوق للمسكوت عنه , أي ان يكون المسكوت عنه مخالفا للمنطوق به في الحكم ⁵ .

¹ د. مصطفى الزلمي , اصول الفقه في نسيجه الجديد , مصدر سابق , ص 397

² الشيخ , محمد رضا المظفر , اصول الفقه , مصدر سابق , (205/3) .

³ د. مصطفى الزلمي , اصول الفقه في نسيجه الجدد , ص 397

⁴ التلمساني , ابو عبد الله محمد بن احمد , مفتاح الاصول الى بناء علم الاصول , مصدر سابق , ص 555

⁵ د. عبد الكريم زيدان , الوجيز في اصول الفقه , ص 340

وعرفه فقهاء الامامية بانه : " ما كان الحكم فيه مخالفا في النسخ للحكم الموجود في المنطوق .. وله موارد عديدة منها مفهوم الشرط ومفهوم الوصف ومفهوم الغاية ومفهوم الحصر ومفهوم العدد ومفهوم اللقب.. " ¹.

ولا خلاف بين الفقهاء في ان يعطى للمسكوت عنه حكم مخالف ومغاير للواقعة المنطوق بها ؛ لاختلاف قيود وشروط متوفرة في الحكم المنطوق به ومتخلفة في المسكوت عنه .

ومن تطبيقاته في النصوص القانونية ما نصت عليه المادة (18) من قانون رقم (25) لعام 1929 المعدل بقانون رقم (100) لسنة 1985 الخاص ببعض احكام الاحوال الشخصية المصري : " للزوجة المدخول بها في زواج صحيح اذا طلقها دون رضاها ولا بسبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة سنتين على الاقل.. " والمفهوم المخالف للنص عدم استحقاق الزوجة نفقة متعة قبل الدخول .

وكذلك ما نصت به المادة (12) من القانون نفسه على ما يلي : " اذا غاب الزوج سنة فاكثر بلا عذر مقبول جاز للزوجة ان تطلب الى القاضي تطليقها تطليقة بائنة.. " والمفهوم المخالف للنص ان غيبة الزوج لعذر مشروع لا تملك الزوجة الحق في طلب التفريق.

ويتضح من خلال ما تقدم ان الاجتهاد القضائي المعاصر يتضاءل في حال وجود نص سليم , فالقاضي بمجرد عرض النزاع عليه يلجأ الى تطبيق ذلك النص , فيبحث عن الحكم في منطوق النص ومفهومه , وبالتالي فان الوصول الى حكم يكون من النص ذاته .

الفرع الثاني

الاجتهاد القضائي المعاصر في النص غير الواضح او في انعدامه

إنّ النصوص ليست على درجة واحدة من الدقة والوضوح , فقد يعترى النص غموضا وعدم وضوح عباراته أو قد يشوب النص نقصا وعدم استيعابه لجميع الوقائع المعروضة على القاضي , وينشأ هذا النقص اما لان المشرع لم يتطرق الى ايراد ذكر حكم للواقعة المعروضة امام القاضي أو عدم مواكبة التشريع للتطور الحاصل نتيجة لظهور مستجدات لم تكن معروفة من قبل , وقد تتعارض احكام

¹ الشيخ , محمد رضا المظفر , اصول الفقه , مصدر سابق , (1/ 157) .

النصوص مع بعضها البعض , سواء تعارض التشريع العادي مع تشريع عادي او تشريع عادي مع دستور او تشريع عادي مع تشريع فرعي .

وبالتالي فان الاجتهاد قد يكون في حال وجود النص غير واضح , وفي هذه الحالة يكون الاجتهاد القضائي المعاصر , اما ان يكون في نص غامض فحينئذ يكون الاجتهاد مفسرا للنص او قد يكون الاجتهاد في نص شابه النقص فعندئذ يكون الاجتهاد مكملا للنص او قد يكون الاجتهاد في نص متعارض مع نص اخر فحينها يكون الاجتهاد مرجحا للنص .

او قد يكون الاجتهاد القضائي المعاصر عند انعدام النص , ويحصل ذلك اما لإغفال المشرع عن ايراد نص او انها من المسائل المستجدة او المستحدثة التي من المستحيل على المشرع ان يحيط بها وعليه سنتطرق لكل ذلك بشكل موجز وذلك على النحو الاتي :

اولا- الاجتهاد القضائي المعاصر مع وجود النص غير السليم

في هذه الحالة يوجد نص لكن من غير الممكن الوصول الى حكم من خلاله اما لغموض هذا النص او نقصه او لتعارضه مع نص اخر وكالاتي :

1- تفسير النص القانوني

وفي هذه الحالة يكون الاجتهاد مفسرا للنص القانوني , يكون الاجتهاد القضائي مفسرا للنص وموضحا له متى ما كان النقص مشوبا بالغموض وعدم وضوح عباراته , ويكون النص مشوبا بالغموض اذا كانت عباراته غير واضحة بحيث تحتمل التفسير والتأويل , ويمكن ان يستنتج منها اكثر من معنى واحد¹ , حيث يكون النص غامضا في حال خلو عباراته من بعض الالفاظ التي لا يستقيم الحكم إلا بها² , ويقصد بالغموض هنا هو : " ابهام اللفظ أي خفاء النص وعدم وضوحه على نحو يقتضي جهدا , اذ يحتمل النص اكثر من معنى واحد "³.

¹ علي غريبي , بعاج فوزية , مدى اعتماد المشرع الجزائري على أحكام الاجتهاد القضائي في تعديل قانون الأسرة الجزائري , مجلة النوازل الفقهية , المجلد6 , العدد3 , 2022, ص134

² رتيبة عياش , الاجتهاد القضائي في شؤون الاسرة , كلية الحقوق والعلوم السياسية , جامعة البليدة , 2021 , ص8

³ عواطف عبد المجيد طاهر , القصور في التشريع , كلية دجلة الجامعة الاهلية , العدد61, بلا سنة , ص67

او: " هو خفاء معنى النص وعدم فهم قصده , أي لا يكون النص واضحاً , اما من حيث استعمال المشرع للفظ غير واضح الدلالة او ان تكون العبارة التي يضعها المشرع لا تؤدي الى المعنى المطلوب او تؤدي الى اكثر من معنى"¹.

ويقع الغموض عندما يستخدم المشرع مجموعة من الالفاظ والعبارات التي تحتمل اكثر من معنى واحد او انه استخدم مفردات لغوية بطريقة غير صحيحة بحيث لا تعطي المعنى الحقيقي الذي قصده المشرع.

ويظهر الغموض عند صياغة النصوص بصور عدة وهي اما استخدام اللفظ الخفي والذي يظهر عندما يستخدم المشرع النص التشريعي بطريقة تدل على معناه دلالة ظاهرة لكن يوجد في ثناياه فروض متعددة قد تثير نوع من اللبس كنص المادة (68)ف2 من قانون الاحوال الشخصية العراقي التي تنص على شروط الوصية ومنها (ان لا يكون قاتلاً للموصي) والقتل قد يكون عمداً او قد يكون خطأً فهل يسري الحرمان على النوعين .

او غموض النص بسبب اضطراب صياغته , اذ ينشأ هذا النوع من الغموض بسبب عدم وجود التماسك بين قصد المشرع والتعبير عنه كالمادة (91) ف2 من قانون الاحوال الشخصية التي تقضي " تستحق البنت او البنات , في حال عدم وجود ابن للمتوفى , ما تبقى من التركة , بعد اخذ الابوين والزوج الآخر فرضهم منها وتستحق جميع التركة في حالة عدم وجود اي منهم" . اذ جعل المشرع البنت وفق هذا النص اقوى من الاب فمن مات عن جد وجدته وبنت تكون التركة كلها للبنت عند من يرى ذلك² .

ونستنتج من خلال ما تقدم ان القاضي يبذل جهده من اجل ازالة الغموض الذي يعترض النص القانوني , ومن خلال استقراء الاحكام القضائية نجد ان ازالة الغموض في اطار مسائل الاحوال الشخصية يكون بالرجوع الى الاصل الذي استقى منه القانون احكامه وهو احكام الشريعة الاسلامية بوصفها مصدر نصوص قانون الاحوال الشخصية .

2- نقص النص القانوني

¹ ايمان بن محمد , اشكالية الغموض في النص القانوني الجزائري , ص104 , بحث منشور على الموقع <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/57339> , تاريخ الزيارة 14 / 8 / 2023

² م. احمد حسن كاظم المسعودي , مبدأ وضوح القانون , بحث منشور على الموقع <https://mjhr.uowa.edu.iq/index.php/meras/article/view/32> تاريخ الزيارة 15 / 8 / 2023

وفي هذه الحالة يكون الاجتهاد القضائي مكملًا للنقص الحاصل في النص القانوني , ويكون النص ناقصًا في حال خلو عباراته من بعض الالفاظ التي لا يستقيم الحكم الا بها¹ , فقد لا يجد قاضي الموضوع في القانون قاعدة قانونية يمكن تطبيقها على الوقائع المطروحة امامه ؛ لان النقص التشريعي من الامور المسلم بها في القانون بوجه عام , ومن هنا كان للاجتهاد القضائي دور في غاية الاهمية لا يقل عن اهمية التشريع ذاته , وهو الذي يضيف على القانون طابعه العملي الحي والذي يحدد مداه وابعاده².

وعليه فان تطلعات الانسان المتجددة والتقدم العلمي الهائل والمستمر بما يثيره من مسائل ومنازعات قانونية وحقوق لا يمكن للمشرع مهما كان حريصا ان يتنبأ بها إلا على سبيل الافتراض , ولما كان التشريع بحكم صياغته ما هو إلا معنى مفرغ في لفظ معين فقصوره بالنسبة للمستقبل امر لا مفر منه³.

ويلاحظ ان التشريع العراقي والتشريعات المقارنة عالجت مسألة النقص الحاصل في التشريع فأحالت مالم يرد بشأنه نص الى مبادئ الشريعة الاسلامية من خلال نصوص الاحالة التي اشرنا لها سابقا⁴.

أمّا عن طرق معالجة النقص في التشريع فان مما لا بد من بيانه ان المشرع لا يعفي القاضي من البحث في أي مسألة من المسائل الداخلة في اختصاصه بحجة عدم عثوره على نص يبين الحكم فيها , فاذا عرضت الواقعة امام القاضي فلا بد من بيان الحكم فيها سواء وجد نص يبين حكم هذه الواقعة بمنطوقه ام بمفهومه يعالج المسألة ام لم يوجد⁵ , وهذا ما اكدته المادة (30) من قانون المرافعات المدنية النافذ: "لا يجوز لأي محكمة ان تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون او فقدان النص او نقصه والا عد الحاكم ممتنعا عن احقاق الحق , ويعد ايضا عد التأخير غير المشروع عن اصدار الحكم امتناعا عن احقاق الحق"

1 مطروح عدلان , الاجتهاد القضائي لغرف الاحوال الشخصية بالمحكمة العليا من خلال مقاصد الشريعة , مصدر سابق , ص31

2 اسيل حامد شاكر , اثر العدول في الاجتهاد القضائي على استقرار الامن القانوني , مصدر سابق , ص13

3 بحث منشور على الموقع الالكتروني <http://www.alnoor.se/article.asp?id=42776>

تاريخ الزيارة 20/8/2023

4 ينظر نص المادة (1) من قانون الاحوال الشخصية العراقي والمادة (3) من قانون رقم 1 لسنة 2000 المصري و المادة (222) من قانون الارة الجزائري

5 عبد المهدي محمد سعيد , قواعد تفسير النصوص وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي , مصدر سابق , ص143

كذلك ما اكدته المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري والتي جاء فيها " الزام القاضي ان يجتهد راية حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء"¹.

اما في التشريع الجزائري فلم نجد ما يقابل نص المادة (30) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ.

أمّا عن القضاء فنجد في ضوء استقرار احكام القضاء العراقي والقضاء المقارن ان للقضاء دورا بارزا وفعالا في سد النقص التشريعي الحاصل في اطار مسائل الاحول الشخصية , اذ صدرت العديد من القرارات القضائية من مختلف المحاكم متداركة ما اغفل عنه المشرع كمسائل انشاء الزواج عن طريق وسائل الاتصال الحديثة او انحلاله كذلك مسائل اثبات النسب او نفيه باستخدام البصمة الوراثية ما تعرف ب(DNA) كذلك المسائل المستجدة على شروط عقد الزواج كاشتراط الزوجة التعليم او العمل او التوظف , وايضا في مسائل الحقوق المتولدة عن الزواج كالمهر المقوم بالذهب وغيرها في المسائل التي لا يكون بالسهولة حصرها وغيرها من المسائل التي سنتطرق اليها في الفصل الثاني .

ونفهم في ضوء ما تقدم انّ للقاضي دورا في ازالة التعارض واكمال النقص وايضاح الغموض الذي يعتري النصوص القانونية , وعليه ان يجتهد من اجل ذلك , والمرجع الحاكم في ذلك هو الشريعة الاسلامية , فيرجع القاضي الى مبادئ الشريعة الاسلامية وارااء الفقهاء من اجل ازالة النقص وفك التعارض وتوضيح الابهام الذي اعترى النص القانوني ؛ والسبب وراء ذلك يكمن في ان الشريعة الاسلامية تعد المرجع والاصل الذي استقى منه قانون الاحوال الشخصية احكامه ومن ثم كان لزاما على القاضي العودة الى الاصل من اجل حسم النزاع واصدار الاحكام .

3- ترجيح النص القانوني على غيره من النصوص المتعارضة .

يكون الاجتهاد مرجحا للنص متى ما تعارضت احكامه مع نص قانوني آخر , ويقصد بالتعارض هنا هو تناقض وتصادم النصوص بصورة لا يمكن معها تطبيق جميع تلك النصوص دون حدوث تعارض بينها² , يكون التعارض بين نصين اذا

¹ ينظر مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري , ج1, ص188 , نقلا عن اسيل حامد شاکر , اثر العدول في الاجتهاد القضائي على استقرار الامن القانوني , مصدر سابق , ص13

² اسيل حامد شاکر , اثر العدول في الاجتهاد القضائي على استقرار الامن القانوني , مصدر سابق , ص14

كان الحكم الذي يدل عليه احدهما يخالف تماما الحكم الذي يمكن ان يستنتج من الاخر¹.

فالقاضي يجتهد لإزالة التعارض بين النصوص المتعارضة ان وجدت , ويكون ذلك اما من خلال التوفيق بين النصوص المتعارضة بالجمع بين العام والخاص بتخصيص العام والجمع بين المطلق والمقيد بتقييد المطلق , او القول بالنسخ إذ إنَّ النسخ كما يرد بالنصوص الشرعية فانه يرد بالنصوص القانونية , حيث تتعرض النصوص القانونية لكثير من الالغاءات².

والتعارض قد يحصل بين تشريعات متساوية في الدرجة وقد يكون التعارض بين تشريعات متفاوتة في القوة كما لو وقع التعارض بين تشريع عادي وتشريع فرعي او تعارض التشريع العادي مع الدستور³.

ومن اوجه التعارض بين التشريع العادي مع الدستور , التعارض الحاصل بين نص المادة (3) الفقرة (4) من قانون الاحوال الشخصية : "لا يجوز الزواج بأكثر من واحدة إلاَّ بأذن القاضي" حيث ان المادة خالفت المادة الاولى من دستور العراق التي تقضي بان الاسلام دين الدولة الرسمي .

ثانيا- الاجتهاد القضائي المعاصر عند انعدام النص .

من خلال استقراء الاحكام القضائية الصادرة من المحاكم العراقية والبلدان محل المقارنة , يتضح ان انعدام النص القانوني يرجع الى عاملين اساسيين , فأما العامل الاول يرجع الى اغفال المشرع من ايراد نص تشريعي , ويحصل ذلك كثيرا في مسائل الاحوال الشخصية ومنها عيوب الارادة وبعض المسائل المتصلة بالحضانة كمكان المشاهدة وزمانها ..

واما العامل الثاني فيرجع الى ظهور المستجدات , والمقصود بالمستجدات : " القضايا الجديدة التي يحدثها الناس والتي لم يسبق فيها نص و اجتهاد"⁴ . ويطلق البعض عليها بالنوازل والتي تعرف بانها : "هي الحادثة الجديدة التي تحتاج الى

1 مطروح عدلان , الاجتهاد القضائي لغرف الاحوال الشخصية بالمحكمة العليا من خلال مقاصد الشريعة , مصدر سابق , ص31

2 صفية حسين , ضوابط الاجتهاد القضائي في الأحوال الشخصية على ضوء مقاصد الشريعة الإسلامية , مصدر سابق , ص74

3 م . احمد حسن كاظم المسعودي , مبدأ وضوح القانون , مصدر سابق .

4 د. ابراهيم بن حسين بن سلمان البلوشي , التقاسيم الفقهية واثرها في الخلاف الفقهي وتأثيرها بالمستجدات المعاصرة , ط 1 , 2010 , ص 297.

حكم شرعي". او هي: "المسألة او المستجدات الطارئة على المجتمع بسبب توسع الاعمال وتعقيد المعاملات والتي لا يوجد نص تشريعي مباشر او اجتهاد فقهي سابق ينص عليها"¹ .

والمستجدات في مسائل الاحوال الشخصية عديدة , سواء على المستوى التكنولوجي كقيام الزوج بمراجعة زوجته عن طريق الهاتف² , او ايقاع الطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة³ , ام على المستوى الثقافي كتوظيف الزوجة في بلد غير الذي يسكنه الزوج ومطالبته اياه بتهيئة دار شرعية في محل عمل سكنها الجديد⁴ , ام على المستوى الطبي كأثبات النسب او نفيه بالطرق العلمية الحديثة , وكذلك مسألة رؤية الطفل المحضون عبر الانترنت⁵ .

ومن خلال ما تقدم فان القاضي اذا وجد بان النص القانوني سليم فيلجأ الى تطبيقه وانزاله على الواقعة المعروضة , فيطبق النص من خلال البحث عن معنى الحكم في منطوقه ومفهومه ولا يلجأ الى مصدر غير النص إلا اذا ثبت له ان النص شابه الغموض أو النقص أو التعارض , وكذلك الامر في حالة انعدام النص , فيلجأ الى ازالة ذلك الغموض أو النقص أو التعارض أو اكمال النقص من خلال اللجوء الى آراء فقهاء الشريعة الاسلامية ؛ وذلك من اجل التوصل الى حكم وحسم النزاع .

¹ ينظر د. كتاب خالد بن علي المشيقح ، النوازل في الاوقاف ، مكتبة الملك فهد ، الرياض ، 2012 ، ص23

² قرار محكمة استئناف الاسكندرية ، رقم الطعن (10674) لسنة 76 ، بتاريخ 2021/6/22 قرار غير منشور .

³ قرار محكمة التمييز الاتحادية / هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية /العدد 3540/ت3518/ 2019/ قرار غير منشور

⁴ قرار محكمة التمييز الاتحادية ، قسم الاحوال الشخصية والمواد الشخصية ، بالعدد 845 / 2024 ، تسلسل 713 ، تاريخ 2024/1/14 ، قرار غير منشور

⁵ قرار محكمة التمييز الاتحادية ، هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية ، قسم الاحوال الشخصية بالعدد 5316 ، 2022 ، تسلسل 5221 ، لسنة 2022/3/30 ، قرار غير منشور

الفصل الثاني

تطبيقات الاجتهاد القضائي المعاصر في مسائل الاحوال الشخصية

تمهيد وتقسيم:

بعد ان بينا مفهوم الاجتهاد القضائي المعاصر وتوصلنا الى تعريف جامع مانع له ارتأينا في هذا الفصل ان نتطرق الى تطبيقات الاجتهاد القضائي المعاصر في مسائل الاحوال الشخصية.

سبق وان قلنا ان القاضي عندما يعرض عليه النزاع فانه يلجأ الى النصوص التشريعية فيأخذ الحكم من تلك النصوص , ومما لا شك فيه ان النصوص التشريعية لا تسلم من النقص والقصور , اذ لا يمكن للمشرع الاحاطة بجميع المسائل التي تعرض على القضاء , الامر الذي دفع بالمشرع ان يحيل القاضي على الفقه الاسلامي في حال لم يوجد نص تشريعي او في حال نقصه او غموضه او تعارضه , فيجتهد القاضي من اجل حسم النزاع ؛ وذلك من خلال اللجوء الى اراء وفتاوى فقهاء الشريعة الاسلامية .

والاجتهاد القضائي المعاصر قد يكون في اطار مسائل انشاء الرابطة الزوجية والاثار المترتبة عليها , ومن تلك الامور مسألة عد من لم يبلغ السن القانوني وتزوج بأذن المحكمة كامل الاهلية في مسائل الاحوال الشخصية دون المالية , وكذلك الاجتهاد في الاثار المالية المترتبة على انشاء الرابطة الزوجية كتقدير النفقة والتنازع في ملكية اثاث بيت الزوجية , وكذلك الاجتهاد في الاثار غير المالية كالاجتهاد في المطاوعة كما لو كانت الزوجة موظفة وطالبت ببيت جديد في بلد غير الذي يسكنه الزوج وما يترتب عليها اشكالات في الواقع التطبيقي العملي وكذلك الاجتهاد في مسائل الولاية الجبرية للأب .

او قد يكون الاجتهاد في اطار مسائل انحلال الرابطة الزوجية والاثار المترتبة عليها كالطلاق الواقع عبر الوسائل الالكترونية الحديثة او في بيان الهجر الموجب للتفريق بين الزوجين , وكذلك الاجتهاد في الاثار المالية المترتبة على انحلال الرابطة الزوجية كاشتراط الكراهة لصحة استحقاق الزوج البذل من الزوجة , وايضا الاجتهاد في الاثار غير المالية كالاجتهاد في مسائل رؤية الطفل او في بيان مشروعية نفي نسبه عن طريق الوسائل العلمية الحديثة كالبصمة الوراثية .

ومن كل ما تقدم ارتأينا ان نقسم هذا الفصل على مبحثين سنبيين في اولهما الاجتهاد القضائي المعاصر في مسائل انشاء الرابطة الزوجية والاثار المترتبة عليها في حين

نتطرق في ثانيهما الى الاجتهاد القضائي المعاصر في مسائل انحلال الرابطة الزوجية والاثار المترتبة عليها وذلك حسب الاتي:

المبحث الاول

الاجتهاد القضائي المعاصر في مسائل انشاء الرابطة الزوجية والاثار المترتبة عليها

إنَّ الرابطة الزوجية لها بداية ونهاية , ومن المعلوم قد تجد حالات على انشاء الرابطة الزوجية وعلى الاثار المالية وغير المالية المترتبة على انشاء الرابطة الزوجية , ومن تلك المسائل المعاصرة التي قد تجد على انشاء الرابطة الزوجية ابتداء هي مسألة عد من لم يبلغ السن القانونية وتزوج بأذن المحكمة كامل الاهلية , كذلك قد يكون الاجتهاد في الاثار المالية المترتبة على انشاء الرابطة الزوجية , كالاجتهاد في المسائل تقدير النفقة المفروضة للأبناء , وكذلك الاجتهاد في نزاعات ملكية اثار بيت الزوجية وما يترتب عليها اشكالات في الواقع التطبيقي , وقد يكون الاجتهاد القضائي المعاصر في المسائل غير المالية المترتبة على انشاء الرابطة الزوجية , كالاجتهاد في قضايا المطاوعة كما لو كانت الزوجة موظفة في بلد غير الذي يسكنه الزوج , فهل الزوج يتبع زوجته ام يهيئ لها بيتا في ذات البلد الذي يسكن فيه الزوجان بعد الزواج ؟ . وكذلك في مسائل ولاية الاب الجبرية وما ذهب اليه القضاء في سلب ولاية الاب على ابنه لعدم الانفاق عليه.

ومن كل ما تقدم ارتأينا تقسيم هذا المبحث على ثلاثة مطالب سنبيين في المطلب الاول مسائل انشاء الرابطة الزوجية ابتداء , ونتطرق في المطلب الثاني الى الاثار المالية المترتبة على انشاء الرابطة الزوجية , في حين سنخصص المطلب الثالث الى الاثار غير المالية المترتبة على انشاء الرابطة الزوجية وذلك حسب الترتيب الاتي:

المطلب الاول

الاجتهاد القضائي المعاصر في مسائل انشاء الرابطة الزوجية ابتداء

إنَّ مسائل انشاء الرابطة الزوجية كثيرة ومتعددة , سواء منها ما تعلق بالأركان ام الشروط , ومن هذه المسائل الاهلية , إذ تعد الاهلية الركيزة الاساسية التي يبنى عليها عقد الزواج , وبالتالي فقد صدرت العديد من الاجتهادات القضائية التي تتصل بمسائل الاهلية , ومن تلك الاجتهادات ما ذهبت اليه محكمة التمييز الاتحادية بعد من لم يبلغ السن القانونية وتزوج بأذن المحكمة كامل الاهلية وقصرت كمال الاهلية على مسائل

الاحوال الشخصية دون المسائل المالية والتجارية , وبالنظر لتعدد الاجتهادات القضائية الصادرة في اطار مسائل انشاء الرابطة الزوجية سوف نقتصر دراستنا على الاهلية المترتبة على الزواج قبل بلوغ السن القانونية .

ومن خلال ما تقدم ارتأينا ان نقسم هذا المطلب على فرعين , نتطرق في الفرع الاول الى مدلول البلوغ والرشد ومدى تحققهما في الشريعة الاسلامية , في حين نخصص الفرع الثاني لبيان موقف الفقه والاجتهاد القضائي المعاصر وذلك على النحو الاتي :

الفرع الاول

مدلول البلوغ والرشد ومدى تحققهما في الشريعة الاسلامية

لغرض لبيان مدلول البلوغ والرشد ومعرفة وقت تحققهما في الشخص القاصر لا بد ان نبين مدلول البلوغ وتحققه ومن ثم التعرض الى بيان مدلول الرشد وبيان وقت تحققه في الشريعة الاسلامية وذلك كالآتي :

اولا- مدلول البلوغ ومدى تحققه في الشريعة الاسلامية

لغرض بيان مدلول البلوغ ومعرفة مدى تحققه في الشريعة الاسلامية لا بد ان نتطرق الى مدلول البلوغ في اللغة والاصطلاح ومن ثم التطرق الى تحقق البلوغ في الشريعة الاسلامية وكالاتي :

1- مدلول البلوغ في اللغة والاصطلاح

ان لمصطلح البلوغ معان عدة في اللغة العربية وكذلك في اورد فقهاء الشريعة الاسلامية تعريفات للبلوغ وعليه سنتطرق الى البلوغ في اللغة ومن ثم اصطلاحا وذلك على النحو الاتي :

أ- البلوغ في اللغة

البلوغ في اللغة من مادة بَلَّغَ , يَبْلُغُ , بُلُوغًا , وَبَلَاغًا , فهو بالغ¹ , وللبلوغ معان عدة في اللغة العربية منها الوصول² , نحو بلغ المكان بلوغا أي وصل اليه او شارف عليه³ , وبلغ الامر أي وصل الى غايته⁴ , وبلغ الشيء أي وصل وانتهى , وبلغ الغلام أي احتلم

¹ د. جبران مسعود , معجم لغوي معاصر , مصدر سابق , (242/2).

² الفيروز ابادي , مجد الدين محمد بن يعقوب , القاموس المحيط , مصدر سابق , ص 157

³ ابن منظور , محمد بن مكرم , لسان العرب , مصدر سابق , (42/8).

⁴ مجمع اللغة العربية في القاهرة , المعجم الوجيز , مصدر سابق , ص 61

ووصل الى سن التكليف , وقيل البلوغ بمعنى الادراك¹ نحو بلغ الغلام أي ادرك سن الرشد والتكليف والادراك وقوي نضجه وعقله , وبلغ اشده أي وصل مرحلة الاكتمال والقوة² , وقيل الكفاية أي بمعنى الوصول الى نهاية الشيء والاكتمال به³ , وقد ورد لفظ البلوغ في القران الكريم في مواضع عدة ومنها قوله تعالى : " **وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ** " ⁴. أي يكون ذلك اذا احتلم فتجب عليه الحدود واقامة الفرائض⁵ , وايضا في قوله تعالى : " **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِيَسْتَأْذِنَكُمْ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ** " ⁶. ويرى الباحث ان مصطلح الوصول هو الاقرب من بين تلك المعاني ؛ وذلك لان البلوغ هو مرحلة عمرية يصل اليها الانسان تتولد لديه القدرة الجسدية لتحمل اعباء الزواج .

ب- البلوغ اصطلاحا

اورد فقهاء الشريعة الاسلامية تعريفات عدة للبلوغ حيث عرف فقهاء الحنفية البلوغ بانه : " عبارة عن بلوغ المرء كمال الحال ؛ وذلك بكمال القدرة والقوة"⁷. ويلاحظ على هذا التعريف الغموض فلم يحدد المقصود بالقدرة والقوة , وعرفه البعض بانه : " هو انتهاء حد الصغر "⁸. وعرفه البعض بانه : " قوة تحدث في الصبي يخرج بها عن حالة الطفولية الى حالة الرجولية , وتلك القوة لا يكاد يعرفها احد , فجعل الشارع علامات يستدل بها على حصوله"⁹. هذا التعريف قصر البلوغ على الذكر دون الانثى في حين ان البلوغ يحصل للجنسين معا . وعرفه البعض الاخر بانه : " هو مبلغ الرجل الذي يجري على صاحبه القلم ويلزمه الحدود والاحكام "¹⁰. او " هو بلوغ الصغير الى حد التكليف "¹¹. وعرفه اخرون بانه : "انتهاء الصغر وبلغ ما يصير به رجلا "¹². ويمكن تعريف البلوغ بانه : " هو اكتمال القدرة الجسدية للصغير الامر الذي يستطيع معه

1 الزبيدي , محمد مرتضى الحسيني , تاج العروس من جواهر القاموس , مصدر سابق , (444/2).

2 د. جبران مسعود , معجم لغوي معاصر , مصدر سابق , (242/2).

3 ابن منظور , محمد بن مكرم , لسان العرب , مصدر سابق , (42/8) .

4 النساء/6

5 القمي , علي بن ابراهيم , تفسير القمي , مصدر سابق , (131/1).

6 النور /58

7 الكاساني , بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع , مصدر سابق , (469/7).

8 العيني , ابو محمد بن محمود بن احمد البدر العيني , البناءة في شرح الهداية , ج10, دار الكتب العلمية , بيروت , لبنان , 2000 , 125

9 الكشناوي , ابو بكر بن حسن , اسهل المدارك في شرح ارشاد المسالك , ج2, بيروت , لبنان , 1995, ص153

10 تفسير فخر الدين الرازي , 153/9, مصدر سابق .

11 النووي , ابو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف , تحرير الفاظ التنبيه , ط1 , دار القلم , بيروت ودمشق , 1990, ص56

12 البعلي , محمد بن ابي الفتح بن ابي الفضل , المطلع على الفاظ المقنع , ج2, ط1, 2003, بلا مكان , مكتبة السوادي, ص170

تحمل ما يترتب على الزواج من اثار سواء تحقق ذلك بالسن ام العلامات ". أي ان البلوغ يتحقق باكتمال القدرة على الزواج سواء للذكر ام الانثى وتحمل ما ينتج عن هذا الزواج من اثار سواء مادية كالنفقة والمهر ام الاثار المعنوية كالقدرة على القيام بالواجبات الزوجية

2- تحقق البلوغ في الشريعة الاسلامية

إنَّ البلوغ في الشريعة الاسلامية قد يتحقق بالعلامات او قد يتحقق بالسن , فأما البلوغ بالعلامات فتتمثل بعلامات متفق عليها بين الفقهاء وتتمثل بالاحتلام للذكر والحيض عند الانثى¹ واخرى مختلف فيها بين الفقهاء كالانبات , حيث اختلف فيه فقهاء الشريعة الاسلامية فذهب البعض² الى ان الانبات لا يعد علامة من علامات البلوغ في حين ذهب البعض الاخر الى ان الانبات علامة من علامات البلوغ³ .

واما البلوغ بالسن فانه يتحقق بدخول الصغير بسن معين وهو مختلف فيه بين جمهور الفقهاء الشريعة الاسلامية , فنجد ان البعض منهم⁴ ذهب الى ان سن البلوغ يتحقق للذكر بسن ثمانية عشر سنة وللأنثى بسبعة عشر سنة واستدلوا بقوله تعالى : " وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ"⁵ . في حين ذهب البعض الاخر الى ان سن البلوغ يكون بتمام خمسة عشر سنة قمرية للذكر والانثى⁶ , وذهب اخرون الى ان سن البلوغ للذكر والانثى هو ثمانية عشر سنة⁷ . اما الامامية فقد حددوا سن البلوغ للذكر باكمال خمسة عشر سنة قمرية⁸ وذهب البعض منهم الى دخوله الخامسة عشرة سنة⁹ اما بلوغ الانثى فقد اختلف فيه الامامية فقول تسع سنين قمرية¹⁰ وقيل عشر

¹ وهو ما ذهب اليه البعض من جمهور الفقهاء حيث اعتبروا ان الاحتلام والحيض علامة من علامات البلوغ , ينظر الى العملي , وسائل الشيعة ومستدرکها , مصدر سابق , (42/2) .

² ابن عابدين , رد المحتار على الدر المختار , مصدر سابق , (226/9) .

³ ينظر : المالكي , محمد بن احمد بن عرفة الدسوقي , حاشية الدسوقي على الشرح الكبير , ج3 , دار احياء الكتب العلمية , بلا مكان , بلا سنة , ص293 , ابن قدامى , مغني المحتاج 597/6 , الطوسي , ابو جعفر محمد بن الحسن , المبسوط في فقه الامامية , ج2 , المكتبة المرتضوية لأحياء الاثار الجعفرية , بلا سنة , ص282

⁴ وهو رأي الحنفية ينظر: الموصلي , عبد الله بن محمود بن مودود , الاختيار لتعليل المختار , ج1 , دار الكتب العلمية , بيروت , بلا سنة , ص95

⁵ الانعام /152

⁶ وهو رأي الشافعية والحنابلة ينظر الى: الرملي , نهاية المحتاج (357/4) , البهوتي , كشاف القناع , (146/3) , مصدر سابق .

⁷ وهذا الرأي ذهب اليه الشافعية ينظر الى : الخطاب , مواهب الجليل في شرح مختصر خليل , مصدر سابق , (428/3) .

⁸ المحقق الحلي , شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام , (85/20) , مصدر سابق .

⁹ البحراني , ابو يوسف بن احمد , الحدائق الناضرة في احكام العترة الطاهرة , ج20 , مؤسسة النشر الاسلامي , ايران , بلا سنة , ص350 .

¹⁰ الطوسي , المبسوط في فقه الامامية , مصدر سابق , (283/2) .

سنين او ثلاث عشرة سنة وهذا الاختلاف متأتي من تعدد الروايات التي وردت بالسنة المطهرة¹.

في حين ذهب البعض من فقهاء الامامية المعاصرين الى ان سن البلوغ للفتاة هو اكمال تسع سنين هلالية (وهو ما يعادل ثمان سنين ميلادية وثمانية اشهر وعشرون يوماً تقريباً) اما الذكر فيكون اكمال خمسة عشر سنة هلالية (وهو ما يعادل اربع عشر سنة وستة اشهر وخمسة عشر يوماً تقريباً²)

ونستنتج في ضوء ما تقدم ان الفقهاء اشاروا الى وقت تحقق البلوغ سواء من جهة السن او من جهة العلامات , فاجمعوا الى ان من تحققت فيه هذه العلامات يصبح قادراً على الزواج من الناحية الجسدية أي من الناحية التي اكد عليها الشارع المقدس من حيث القدرة على القيام بالواجبات الزوجية من حيث الفراش بالنسبة للزوج والقدرة على الحمل بالنسبة للزوجة , والسؤال الذي يثار في هذا الصدد حول مدى قدرة من بلغ سن الزواج تحمل اعباء ما ينتج عن هذا الزواج من مهر ونفقة ومسكن وما يترتب على هذا الزواج من اثار مالية , فهل يمكن عد من بلغ سن الزواج راشداً بمجرد هذا الزواج , وبالتالي يحق له القيام بجميع التصرفات المالية ؟ . للإجابة على هذا التساؤل يتعين علينا ان نبين مدلول الرشد .

ثانياً- مدلول الرشد ومدى تحققه في الشريعة الاسلامية

ليبين مدلول الرشد ومعرفة مدى تحققه في الشريعة الاسلامية يتوجب علينا ان نتطرق لمدلول الرشد ومن ثم بيان مدى تحقق الرشد في الشريعة الاسلامية وذلك كالآتي :

1- مدلول الرشد في اللغة والاصطلاح

لغرض بيان مدلول الرشد لا بد ان نتطرق الى معنى الرشد في اللغة وكذلك في الاصطلاح وذلك على النحو الآتي:

أ- مدلول الرشد في الاصطلاح اللغوي

الرشد في اللغة من رَشَدَ يَرشِدُ رُشْدًا فهو رَاشِدٌ والمفعول مرشود³ , والرشد لغة هو العقل⁴ , وقيل الصواب نحو ثاب فلان الى رشده , أي رجع الى طبيعته وعاد الى

¹ العاملي , وسائل الشيعة ومستدرکها , مصدر سابق , (42/1) .

² موقع سماحة المرجع الاعلى السيد علي الحسيني السيستاني <https://www.sistani.org/arabic/qa/0363>

تاريخ الزيارة 2023/10/10

³ د. جبران مسعود , معجم لغوي معاصر , مصدر سابق , ص 895

⁴ د. احمد فتح الله , معجم الفاظ الفقه الجعفري , ط1, مطابع المدوخل , الدمام , 1995, ص 208

صوابه¹ , وقيل اهتدى² نحو ارشد فلانا الى الشيء , ارشد فلانا على الشيء , أي هداه ودله اليه³ , وارشد فلانا أي بلغ سن الرشد وهو سن التكليف في الشريعة⁴ , والترشيد حكم القاضي ببلوغ الشاب الرشد , ورشد القاضي الصبي أي حكم بلوغه سن الرشد⁵ . ويرى الباحث ان المصطلح الاقرب هو العقل ؛ وذلك لان من لم تكتمل قواه العقلية لصغره او لعارض او مانع فلا يكون راشدا , وبالتالي لا يحسن التصرف بأمواله او ادارتها .

ب- مدلول الرشد في الاصطلاح الفقهي

عرف فقهاء الشريعة الاسلامية الرشد بانه : " الاستقامة والاهتداء في حفظ المال واصلاحه"⁶ . وعرفه البعض بانه: " تمييز المال واصلاحه فقط.." ⁷ . وعرفه البعض الاخر بانه : " هو اصلاح المال والدين"⁸ . او : " هو اصلاح المال وتدبيره"⁹ . اما الامامية فقد عرفوا الرشد على انه : " هو ان يكون الفرد مصلحا لماله"¹⁰ . وعرفوه ايضا بانه : " كيفية نفسانية تمنع من افساد المال وصرفه في غير الوجوه اللائقة بأفعال العقلاء"¹¹ . وعرف ايضا بانه : " هو ان يكون الفرد مصلحا لماله , عدلا في دينه , فأما اذا كان مصلحا لماله غير عدلا في دينه , او كان مصلحا في دينه غير عدلا في ماله , فلا يدفع اليه ماله"¹² . ويميل الباحث الى هذا التعريف ؛ وذلك لان الرشد هو اكتمال العقل , وعليه فمن يكون راشدا فلا بد ان يكون محافظا لماله ودينه على حد سواء ؛ وذلك لخطورة تسليم المال اليه فقد يعمد على اسرافها او تبذيرها في غير وجوه الخير .

2- تحقق الرشد في الشريعة الاسلامية

لم تحدد الشريعة الاسلامية سنا معينة للرشد خلافا للبلوغ الذي حدد بالسن وبالعلامات كما مرّ بنا سابقا , وعليه فنجد ان فقهاء الشريعة الاسلامية اتفقوا على ان من بلغ سن

1 د. جبران مسعود , معجم لغوي معاصر , مصدر سابق , ص 895

2 الفيروز ابادي , مجد الدين محمد بن يعقوب , القاموس المحيط , ص 641 , مصدر سابق .

3 مجمع اللغة العربية في القاهرة , المعجم الوجيز , مصدر سابق , ص 346

4 د. جبران مسعود , معجم لغوي معاصر , مصدر سابق , ص 895

5 مجمع اللغة العربية في القاهرة , المعجم الوجيز , مصدر سابق , ص 346

6 الكاساني , بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع , مصدر سابق , (170/7) .

7 ابن رشد , محمد بن احمد بن محمد القرطبي الاندلسي , بداية المجتهد ونهاية المقتصد , ج 2 , ط 1 , دار الكتب العلمية , بلا مكان , 1983 , ص 278

8 الشيرازي , المهذب في فقه الامام الشافعي , ص 278 , مصدر سابق .

9 ابن قدامي , المغني , مصدر سابق , (418/4) .

10 المحقق الحلبي , شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام , مصدر سابق , (100/2) .

11 العلامة الحلبي , مفتاح الكرامة في شرح قواعد , مصدر سابق , (246/5) .

12 الشيخ الطوسي , المبسوط , مصدر سابق , (284/2) .

النكاح لا يكون راشداً وبالتالي لا يدفع اليه ماله الا اذا استؤنس منه رشداً لقوله تعالى: "وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ"¹. والابتلاء هو الاختبار , فاذا كان راشداً جاز له التصرف في امواله , اما اذا لم يكن راشداً فلا يدفع اليه ماله وان تقدم في العمر بل يحجر عليه² , واختلف الفقهاء في كيفية تحقق الرشد وانقسموا في ذلك على اراء عدة :

أ- القول الاول : ذهب البعض من فقهاء الامامية³ والحنفية⁴ والى ان الرشد يتحقق بإصلاح المال فقط , واستدل اصحاب هذا الرأي بالأدلة الآتية :

1- قوله تعالى: "وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ". ووجه الاستدلال ان الابتلاء أي الاختبار يكون بالمعاملة بالأموال فيكون مصلحا لماله ويتحفظ من الانخداع والتغابن في المعاملات⁵.

2- قوله تعالى: "وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا"⁶. ووجه الاستدلال ان السفه هو التبذير وعدم حسن التصرف في المال وبالتالي فان المناط في الحجر من يسيء استخدام امور المعاش لا المعاد⁷.

3- الاجماع : حيث اجمع كل المفسرين على ان الرشد هو اصلاح المال.

4- استدلال الحنفية في عدم جواز الحجر على الفاسق اذا كان مصلحا في ماله⁸.

ب- القول الثاني : ذهب البعض من جمهور الفقهاء الى ان الرشد يتحقق في اصلاح الدين فقط⁹ , واستدلوا بالأدلة التالية:

1 النساء/6

2 الشيخ الطوسي , المبسوط , مصدر سابق , (281/2).

3 ينظر الى : الحلبي , الارشاد الاذهان , مصدر سابق , (395/1) , السيد محسن الحكيم , مستمسك العروة الوثقى , ج 14 , ط 1 , دار الهلال , بلا مكان , 2016 , ص 385

4 الميرغاني , علي بن ابي بكر بن عبد الجليل الفرغاني , الهداية في شرح بداية المبتدي , ج 3 , دار احياء التراث العربي , بيروت , بلا سنة , ص 2285

5 ينظر الى : الحلبي , الارشاد الاذهان , مصدر سابق , (395/1) , السيد محسن الحكيم , مستمسك العروة الوثقى , مصدر سابق , ص 385

6 النساء/5

7 عبد الرحمن بن محمد بن عوض الجزيري , الفقه على المذاهب الاربعية , ج 2 , ط 3 , دار الكتب العلمية , بيروت , لبنان , 2003 , ص 329

8 الميرغاني , علي بن ابي بكر بن عبد الجليل الفرغاني , الهداية في شرح بداية المبتدي , مصدر سابق , (2285/3)

9 وهو مذهب البعض من الامامية ينظر الى: الحلبي , الارشاد , (395/1) , والحنفية , ينظر : الجصاص , ابو بكر الرازي , شرح مختصر طحاوي , ج 3 , ط 1 , دار البشائر الاسلامية , 2010 , ص 183 , والمالكية ينظر الى : ابن رشد , بداية المجتهد ونهاية المقتصد , (278/2) , والحنابلة ينظر الى : ابن قدامي , الكافي في فقه الامام احمد (110/2) , مصدر سابق

1- قوله تعالى: "وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ"¹. ووجه الاستدلال في هذه الآية الكريمة ان الفاسق موصوف بالغبي لا بالرشد لقوله تعالى: "فَاتَّبِعُوا أَمْرَ فِرْعَوْنَ وَمَا أَمْرُ فِرْعَوْنَ بِرَشِيدٍ"².

2- قوله تعالى: "لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ"³. ووجه الاستدلال في هذه الآية الكريمة ان القران الكريم قابل مصطلح الضلال بالرشد فمن كان فاسقا في دينه كان موصوفا بالغبي , ومن وصف به وصف به لا يوصف بالرشد ؛ لانهما صفتان متنافيتان لا يجوز اجتماعهما⁴.

3- عن علي بن ابي طالب (عليهما السلام) انه قال: "يا معشر التجار الفقه ثم المتجر ، الفقه ثم المتجر ، الفقه ثم المتجر ، والله للربا في هذه الامة أخفى من دبيب النمل على الصفا ، شوبوا أيمانكم بالصدق ، التاجر فاجر والفاجر في النار إلا من أخذ الحق وأعطى الحق"⁵. ووجه الاستدلال هو منع غير المتفقه المتاجرة في الاسواق.

ت- القول الثالث : وذهب الشافعية⁶ والبعض من الامامية⁷ الى ان الرشد يتحقق في اصلاح المال والدين معا⁸ , واستدلوا بأدلة من السنة المطهرة , فعن الامام الباقر (عليه السلام) انه قال : "من كان في يده مال بعض اليتامى فلا يجوز له أن يعطيه حتى يبلغ النكاح ويحتلم ، فإذا احتلم وجب عليه الحدود و إقامة الفرائض ، ولا يكون مضيعاً ولا شارب خمر ولا زانياً ، وإذا آنس منه الرشد دفع إليه المال وأشهد عليه..."⁹.

ث- القول الرابع: ذهب البعض من فقهاء المالكية¹⁰ والامامية¹¹ الى ان الرشد يتحقق بالعقل واصلاح المال واستدلوا بالاجماع , حيث اجمع الجميع على انه اذا كان ذا عقل ومصالحا لماله لم يكن ممن يستحق الحجر عليه في ماله ..وان كان فاجرا في دينه.

1 النساء/6

2 هود/97

3 البقرة /256

4 ابن زهرة الحلبي , غنية النزوع , ط1 , مطبعة التوحيد , قم, ايران, مؤسسة الامام الصادق (عليه السلام) للنشر, 1996 , ص252

5 الكليني محمد بن يعقوب , الكافي , مصدر سابق , (150/5) .

6 ينظر الى : الشيرازي , المهذب في فقه الامام الشافعي , (328/1) ,

7 الطوسي , المبسوط في فقه الامامية , (284/2).

8 ينظر الى : الشيرازي , المهذب في فقه الامام الشافعي , (328/1) , الطوسي , المبسوط في فقه الامامية , (284/2).

9 القمي , علي بن ابراهيم , تفسير القمي, مصدر سابق , (131/1).

10 ينظر الى : القرطبي , جامع البيان عن تأويل القران , مصدر سابق , (577/7).

11 ينظر الى : الطوسي , المبسوط في فقه الامامية , مصدر سابق , (117/3) .

ويرجح الباحث الراي القائل بتحقق الرشد في اصلاح المال والدين معا مع ضرورة اشتراط العقل ؛ فاذا بلغ الصغير فلا يسلم اليه ماله اذا لم يكن مصلحا لماله او حافظا لدينه ؛ وذلك لخطورة تسليم المال اليه فقد يقوم بتبذير امواله واسرافها في غير وجوه الخير .

ويمكن القول من خلال ما تقدم عدم وجود تلازم بين البلوغ والرشد في الشريعة الاسلامية , فقد يكون الشخص بالغاً لسن الزواج الا انه غير راشد والعكس غير صحيح فقد يكون الشخص غير بالغ سن الزواج ويحسن التصرف في امواله فلا يمكن اعتباره راشدا ؛ لمخالفة ذلك لنص صريح في القران الكريم لقوله تعالى : " **وَإِبْتُلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ** " . وعليه فان من اكمل سن الخامسة عشر وتزوج بأذن المحكمة ليس بالضرورة ان يكون راشدا , وبالتالي فان قصر اهليته على المسائل الشخصية دون المالية فيه فائدة كبيرة وامر ضروري لا بد منه سيما وان الانسان في هذه المرحلة العمرية لم يخبر الحياة بعد فقد يعرض الى التغيرير والانخداع , وبالتالي يكون عرضة للاستغلال من قبل الشريك الاخر او ذويه وخصوصا انتشار هذه الظاهرة في الآونة الاخيرة .

الفرع الثاني

الموقف التشريعي والقضائي

ان لبيان موقف التشريع والقضاء يتعين علينا ان نبين موقف القانون اولا ومن ثم بيان موقف القضاء وعلى النحو الاتي :

اولا – الموقف التشريعي

اختلفت التشريعات في تنظيم مسألة الزواج قبل سن بلوغ الرشد القانوني فبعض التشريعات وضعت حدا ادنى للزواج كما فعل المشرع العراقي والمصري والبعض الاخر لم يضع حد بل ترك سلطة تقديرية للقاضي كما فعل المشرع والجزائري وايضا اختلفت في مدى تمتعه بالأهلية فنجد ان التشريع المصري قصر الاهلية على المهر و النفقة اما المشرع الجزائري حسم الامر واعطى للشخص الذي تزوج بأذن المحكمة اهلية فيما ينتج على هذا الزواج من اثار بينما نجد ان المشرع العراقي اطلق النص في قانون رعاية القاصرين وجعل المتزوج بأذن المحكمة كامل الاهلية في مسائل الاحوال الشخصية والمالية على حد سواء , وعليه سنتطرق لموقف التشريعات لمعرفة ما مدى معالجة مسألة الاهلية المترتبة على الزواج قبل بلوغ السن القانونية وذلك كالاتي :

أ- موقف المشرع العراقي

الاصل انّ المشرع العراقي حدد سن الاهلية في القانون المدني بثمان عشرة سنة كاملة حيث نصت المادة (106) على ما يلي: " سن الرشد هي ثمان عشرة سنة كاملة" وحدد سن الزواج في قانون الاحوال الشخصية النافذ بثمانية عشر سنة في المادة (7) حيث نصت على ما يلي: " يشترط في تمام أهلية الزواج العقل وإكمال الثامنة عشرة" غير ان هذا الاصل يرد عليه استثناء , حيث اجاز القانون زواج من لم يبلغ هذا السن في حالات معينة في الفقرة الاولى والثانية من المادة (8) اذ نصت على ما يلي: "1_ إذا طلب من أكمل الخامسة عشرة من العمر الزواج فللقاضي أن يأذن به إذا ثبت له أهليته وقابليته البدنية بعد موافقة وليه الشرعي فإذا امتنع الولي طلب القاضي منه موافقته خلال مدة يحددها له فإن لم يعترض أو كان اعتراضه غير جدير بالاعتبار أذن القاضي بالزواج

2_ للقاضي أن يأذن بزواج من بلغ الخامسة عشرة من العمر إذا وجد ضرورة قصوى تدعو إلى ذلك ويشترط لإعطاء الإذن تحقق البلوغ الشرعي والقابلية البدنية".

ويفهم من هذا النص ان المشرع اجاز زواج من لم يبلغ سن الرشد القانوني وهي ثمان عشرة سنة كاملة استثناء والسؤال الذي يطرح هل يعتبر من تزوج باذن المحكمة كامل الاهلية , وبالتالي تصح جميع تصرفاته ام انه يعتبر قاصرا , وبالتالي يحتاج الى من ينوب عنه لممارسة حقوقه ؟.

بالرجوع الى قانون رعاية القاصرين نجد ان الفقرة الاولى من المادة (3) من قانون رعاية القاصرين انها حسمت الامر , إذ عدّت من تزوج بأذن المحكمة كامل الاهلية إذ نصت على ما يلي: " كل شخص اكمل الخامسة عشر وتمتعا بقواه العقلية وتزوج بأذن المحكمة يصبح كامل الاهلية " .

ومن خلال استقراء المادة اعلاه نجد ان هنالك العديد من الملاحظات ترد عليها ومن اهمها ما يلي :

1_ إنّها قصرت كمال الاهلية على ما ورد في الفقرة الاولى من المادة (8) إذ عدّت من اكمل الخامسة عشر من العمر كامل الاهلية , وبالتالي اخرجت الفقرة الثانية من المادة (8) من نطاق النص , إذ ان من بلغ الخامسة عشرة ولم يكمل الخامسة عشرة لا يعد كامل الاهلية حتى لو اذن له بالزواج والمعروف ان (البلوغ) هو اكمال عمر

الرابعة عشر والدخول في اليوم الاول من الخامسة عشر في حين (الاكمال) يعني الدخول في اليوم الاول من السنة السادسة عشر¹.

2- إنَّ النص جاء مطلقاً ؛ وذلك لأنه عدّ من اكمل الخامسة عشرة وتزوج بأذن المحكمة كامل الاهلية ، وبالتالي يحق له ممارسة كل التصرفات سواء ما تعلق منها بالأحوال الشخصية ام تلك التي تتعلق بالأحوال المالية ؛ لان النص جاء مطلقاً والمطلق يجري على اطلاقه .

3_ لم تبين المادة (3) اثر انحلال الرابطة الزوجية سواء بالفرقة او الوفاة على الاهلية المكتسبة بالزواج فهل يبقى من تزوج بأذن المحكمة كامل الاهلية ام انه يعود ناقص الاهلية وبالتالي لا تصح تصرفاته الا بعد بلوغ سن الرشد وهي اكمال الثامنة عشر سنة كاملة²؟ يلاحظ ان فقهاء القانون في هذا الشأن انقسم على اتجاهين :

أ) **الاتجاه الاول** : يرى اصحاب هذا الاتجاه اذا حصلت الفرقة قبل اكمال الثامنة عشر بين الزوجين الذين اكتسبا اهلية الاداء بالزواج ، فلا يرجعان الى ما كانا عليه قبل الزواج ، سواء كانت الفرقة بالوفاة ام الطلاق ام بالتفريق القضائي للأسباب ومن هذه الاسباب هو ان هذا الحكم ليس جديداً ؛ لان كل انسان اكمل الخامسة عشرة سنة ولم يصب بعارض من عوارض الاهلية او مانع من موانعها يعد كامل الاهلية في المعاملات المالية عند جمهور فقهاء الشريعة الاسلامية كذلك ان هذا المركز القانوني يعد حقا مكتسبا لا يزول بزوال سببه³.....

ب) **الاتجاه الثاني** : يرى اصحاب هذا الاتجاه ان انتهاء الرابطة الزوجية تؤدي الى رجوع الطرفين الى اهليتهما قبل الزواج ؛ وذلك لان اهلية المتزوج هي اهلية مقررة بنص استثنائي ، وان النص الاستثنائي يكون على وجه التضييق فالضرورة تقدر بقدرها وان ثمة قواعد كلية تنص على ان (ما جاز بعذر بطل بزواله) وان (المسبب يزول بزوال السبب) وعليه فان المتزوج يعود الى اهليته الناقصة اذا ما انتهى عقد الزواج⁴.

1 استاذنا الدكتور حيدر حسين الشمري ، المختصر في احكام الزواج والطلاق ، مصدر سابق ، ص48

2 كمال الاهلية قبل البلوغ القانوني ، بيريك فارس حسين الجبوري ، فارس هاشم حسين الجبوري ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية ، العدد1، المجلد2019، 8 ، ص46

3 ذهب الى هذا الرأي الدكتور مصطفى الزلمي ، ينظر اصول الفقه ، مطبعة الخنساء ، بغداد ، ط11، 2002 ، ص367 ، نقلا عن كمال الاهلية قبل البلوغ القانوني ، د. بيريك فارس حسين الجبوري ، المصدر السابق ، ص47

4 ذهب الى هذا الرأي الدكتور عدنان احمد ولي العزاوي ، ينظر مفهوم التجارة في ظل قانون التجارة العراقي ، بحث منشور في مجلة القانون المقارن ، صدرت عن جمعية القانون المقارن العراقية ، 1989 ، العدد21 ، ص340 ، نقلا كمال الاهلية قبل البلوغ القانوني ، د. بيريك فارس حسين الجبوري ، المصدر السابق ، ص48

ويرجح الباحث الاتجاه القائل ببقاء اهلية من اكمل الخامسة عشرة من العمر وتزوج بأذن المحكمة حتى بعد انحلال الرابطة الزوجية , اي يظل كامل الاهلية ؛ وذلك لاستقرار المعاملات من جهة , ومن جهة اخرى ان اكتساب الاهلية يعد من النظام العام , وبالتالي فان من اكتسب الاهلية لا يفقدها الا بتحقيق عارض يؤثر على اهليته .

ب- موقف المشرع المصري

حدد المشرع المصري الاهلية اللازمة لمباشرة التصرفات بإحدى وعشرين سنة كاملة إذ نصت المادة (44) من القانون المدني على ان : " سن الرشد هي احدى وعشرين سنة كاملة" . اما عن الاهلية في مسائل الاحوال الشخصية فأنها تختلف عنه في مسائل الاحوال المالية , فسابقا نجد ان المشرع المصري قد حظر مباشرة عقد الزواج اذا كان سن الزوجة دون سن الست عشرة سنة او كان سن الزوج دون ثماني عشرة سنة إذ نصت المادة 1/33 من لائحة المأذونين الصادرة بقرار وزير العدل في 10/1/1955 على ما يلي : "لا يجوز مباشرة عقد الزواج ولا المصادقة على الزواج ما لم يكن سن الزوجة ست عشرة سنة وسن الزوج ثماني عشرة سنة وقت العقد" . وكذلك ما اشار اليه قانون رقم (1) لعام 2000 الخاص بتنظيم بعض اوضاع واجراءات التقاضي في مسائل الاحوال الشخصية في المادة (17) منه على ان : "لا تقبل الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج اذا كان سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة ميلادية او كان سن الزوج يقل عن ثماني عشر سنة ميلادية وقت رفع الدعوى ..".

غير ان المشرع المصري عدل عن موقفه فيما يخص بتحديد سن الزواج فجعل سن الزواج بتمام الثامنة عشرة سنة كاملة لكلا الزوجين وذلك بموجب قانون الاحوال المدنية رقم (143) لسنة 1994 إذ نصت المادة (31) منه على ان : "لا يجوز توثيق عقد الزواج لمن لم يبلغ من الجنسين ثمانية عشر سنة ميلادية كاملة ... ويعاقب تأديبيا كل من وثق زواجا بالمخالفة لأحكام هذه المادة" .

وفي ضوء ما تقدم نجد ان النصوص القانونية المنظمة للأهلية لم تخول القاضي سلطة تقديرية في السماح بالزواج دون السن المحددة قانونا للزواج وهي ثمانية عشر للزوجين كليهما , بالإضافة الى ذلك ان سن الرشد في مصر هي احدى وعشرون سنة بخلاف السن المحددة للزواج وهي الثامنة عشرة سنة فالفارق بين سن الرشد وسن الزواج هي ثلاث سنوات وعليه لو ابرم القاصر عقد الزواج قبل بلوغ سن الرشد فما هي الاهلية المترتبة على هذا الزواج ؟.

بالرجوع الى قانون الولاية على المال المصري رقم (119) لسنة 1952 نجد ان القاصر يكون كامل الاهلية فيما يتعلق بالمهر والنفقة فقط , إذ نصت المادة (60) على ما يلي : " اذا اذنت المحكمة في زواج القاصر الذي له مال كان ذلك اذنا له في التصرف في المهر والنفقة ما لم تأمر المحكمة بغير ذلك عند الاذن او في قرار لاحق ". كذلك يكون للقاصر اهلية التقاضي فيما اذن له به حيث نصت المادة (64) من قانون الولاية على المال على ان : "يعتبر القاصر المأذون من قبل وليه او من المحكمة او نص القانون كامل الاهلية فيما اذن له فيه وفي التقاضي فيه".

ونستنتج من خلال ما تقدم ان المشرع المصري قصر كمال الاهلية بالزواج على المهر والنفقة فقط , اما اثار الزواج والتي لا تتصل بالمهر والنفقة فانه يبقى قاصرا لعدم بلوغه سن الرشد القانوني بخلاف المشرع العراقي الذي جعل لمن اكمل الخامسة عشرة سنة وتزوج باذن المحكمة اهلية كاملة .

ت- موقف المشرع الجزائري

اشترط المشرع الجزائري الاهلية لمباشرة عقد الزواج حيث نصت المادة (9) من قانون الاسرة على ان : " يجب ان تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية :اهلية الزواج". وبالرجوع الى المادة (7) نجد انها حددت اهلية الزواج للزوج والزوجة بتسع عشرة سنة , إذ نصت على : " تكتمل اهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة". غير ان المشرع الجزائري اعطى للقاضي الحق والسلطة التقديرية للترخيص بالزواج عند ضرورة وتحقق المصلحة , إذ نصت الفقرة الثانية من المادة (7) من قانون الاسرة على ما يلي : " للقاضي ان يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة او ضرورة متى تأكد قدرة الطرفين على الزواج ".

ويلاحظ على المشرع الجزائري انه قام بتحديد سن عالية للزواج ؛ والعلة في ذلك تكمن في انه راعى مدى قدرة الزوج على تحمل المسؤولية , وكذلك تكاليف ومطالب الحياة الزوجية... اضافة لذلك ان المشرع الجزائري ساوى بين سن الرشد واهلية الزواج فجعلها بتمام تسع عشرة سنة¹ , كذلك انه لم يحدد للقاضي حدا ادنى للزواج بل اطلق النص بخلاف المشرع العراقي الذي حدده بموجب المادة (8) سالف الذكر , والسؤال الذي يطرح حول مدى تنظيم المشرع الجزائري للأهلية المترتبة على هذا الاذن بالزواج ؟. بالرجوع الى نص الفقرة الثانية من المادة (7) نجد انها حسمت الامر

¹ يوسف كهيبة , لامي ليلي , عقد الزواج وفقا للأحكام الجديدة لقانون الاسرة الجزائري , رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عبد الرحمن ميره _ بجاية , 2013, ص28

, إذ نصت على ما يلي: " يكتسب الزوج القاصر اهلية التقاضي فيما يتعلق بأثار الزواج من حقوق والتزامات".

يلاحظ ان المشرع الجزائري جعل المتزوج باذن المحكمة كامل الاهلية في مسائل الاحوال الشخصية غير انه جعل كمال الاهلية للزوج دون الزوجة ولكن بالرجوع الى نص المادة الاولى من القانون المدني الجزائري نجد انها تنص على ان: "تسري النصوص على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها وفحواها", فاذا طبق القاضي نص المادة (7) من قانون الاسرة في لفظها سوف لن يقبل إلاّ الدعاوى التي يرفعها الزوج ولكن اذا طبق فحواها فإنه سوف يقبل دعاوى الزوج والزوجة على حد سواء¹.

ثانيا - موقف القضاء العراقي والمقارن

ان القضاء العراقي متحفظ , فتارة جعل القاصر المتزوج بأذن المحكمة بالغاً في القضايا المتعلقة بالأحوال الشخصية دون المالية , ويؤكد ذلك ما ذهبت اليه المحكمة في القرار رقم (1609 / هـ) لسنة 2000 والذي قضى على ما يلي: "...ان المميز(أ) في الخامسة عشر من عمره يعتبر بالغاً فيما يتعلق بالأحوال الشخصية , اما فيما يتعلق بالقضايا المالية والتجارية فانه يعتبر ما يزال قاصراً". وايضا ما ذهبت اليه المحكمة الى انه: "من اتم سن الخامسة عشر من العمر وتزوج بأذن المحكمة اعتبر كامل الاهلية في المسائل الشخصية دون المالية بدلالة المادة 3/اولا /1 من قانون رعاية القاصرين النافذ.."².

في حين ذهبت المحكمة بقرارها التمييزي رقم (2924) بتاريخ 26 /7 /2022 الى ان زواج القاصر بأذن من المحكمة يجعلها كاملة الاهلية ويحق لها الخصومة ويسلم لها مهرها .

ويلاحظ ان القاصر اذا ابرم زواجه خارج المحكمة او لم يكمل الخامسة عشر سنة فلا يمكن اعتباره كامل الاهلية , وهذا ما اكدته محكمة التمييز الاتحادية بقلها: "الملاحظ ان الزوجة ... تزوجت خارج المحكمة وبدون اذنها ... وبذلك لا يصح بذلها الحاصل بتاريخ 9/9 /2021 كونها لم تبلغ سن الرشد اضافة الى انها لا تعتبر كاملة الاهلية بموجب احكام المادة (3/اولا /1) من قانون رعاية القاصرين ؛ لأنها لم تتزوج بأذن

¹ قلعي سميرة , اهلية التقاضي لدى الأزواج القصر, جامعة وهران , ص106, بحث منشور على الموقع الالكتروني

<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/96907> تاريخ الزيارة 2023/11/10

² مؤيد حميد الاسدي , المنتقى من المبادئ القانونية , مصدر سابق , ص10

المحكمة بعد اكمالها الخامسة عشر من عمرها ويترتب على عدم صحة بذلها عدم صحة الطلاق الخلعي...¹.

وايضا ما ذهبت اليه المحكمة في الحكم الاتي : "... حيث تبين للمحكمة بأن الزوجة قاصرا عند المخالعة , وذلك لعدم اهليتها البذل أي حق من حقوقها , كما ان ليس لوالدها ان يبذل شيئا من حقوقها ؛ لعدم جواز التبرع من مال القاصر وفي هذه الحالة يعتبر الطلاق رجعيا.."².

ويتضح لنا من خلال ما تقدم ان القضاء العراقي عد القاصر المتزوج بأذن المحكمة كامل الاهلية في مسائل الاحوال الشخصية دون المسائل المالية والتجارية , وعليه يمكننا من خلال ما تقدم تقسيم الاثار المترتبة على الزواج الى اثار مالية واخرى غير مالية :

أ- **الاثار المالية** : أي الاثار ذات الطابع المالي , كالمهر والنفقة , سواء النفقة الزوجية كنفقة الطبيب والمأكل والملبس ام نفقة العدة , وكذلك البذل في الخلع وحتى التعويض عن الطلاق التعسفي ومتعة الطلاق .

ب- **الاثار الشخصية** : فهي اثار ذات طابع شخصي او شخصية بحتة , كالحق في طلب الطلاق او التفريق , او حق الزوج بالزام زوجته بالطاعة , او الحق في مشاهدة الابناء او حضانتهم او ممارسة الولاية عليهم .

فالقاصر المتزوج بأذن المحكمة يمكنه مباشرة جميع هذه التصرفات ؛ لكونها تعد من مسائل الاحوال الشخصية , وبالتالي يعد كامل الاهلية فيها , فيحق للزوج الانفاق على زوجته من ماله الخاص , وايقاع الطلاق ويلتزم بكامل المهر , وكذلك الزوجة اذ يثبت لها البذل في الخلع وايضا المباراة , حيث يصبح كلا الزوجين اهلا لتوجيه الخصومة ما لم يعتريهما عارضا .

اما عن موقف القضاء المقارن فلم نجد لمحكمة النقض المصرية او للمحكمة العليا الجزائرية حكما على غرار ما ذهب اليه القضاء العراقي .

¹ قرار محكمة التمييز الاتحادية , قسم الاحوال الشخصية والمواد الشخصية , العدد 5048 , تسلسل 5091 , بتاريخ 2022/3/27 قرار غير منشور .

² قرار محكمة التمييز الاتحادية , قسم الاحوال الشخصية والمواد الشخصية , العدد 11406 , تسلسل 11403 , بتاريخ 2019/3/18 قرار غير منشور .

المطلب الثاني

الاجتهاد القضائي المعاصر في الاثار المالية المترتبة على انشاء الرابطة الزوجية

يترتب على انشاء الرابطة الزوجية اثار مالية عديدة , وهذه الاثار منها ما هو متصل بالمهر ابتداء , ومنها ما هو متصل بالنفقة , فأما الاثار المتصلة بالنفقة فنجد من خلال استقراء الاحكام القضائية والنصوص التشريعية ان البعض من المسائل المتعلقة بالنفقة لم تحظ بمعالجة وافية , وبناء على ذلك فان القضاء العراقي قد تعددت احكامه بشأن تجديد دعوى النفقة المفروضة للأبناء , سواء من حيث مقدار النفقة زيادة او نقصانا او من حيث المدة التي يتم من خلالها تجديد الدعوى او من حيث الاسباب التي يستند اليها القاضي عند النظر بدعوى النفقة سواء زيادة او نقصانا او حتى الغاء.

واما الاثار المتصلة بالمهر فنجد ان القضاء اختلف في امكانية الزوجة المطالبة بأثاث بيت الزوجية , وبالتالي فلا بد من معرفة ما يحق للزوجة المطالبة به من اثاث عند حصول نزاع , وهل يحق للزوجة المطالبة بكل اثاث بيت الزوجية ؟. وفي ضوء ما تقدم يتعين علينا بيان موقف الفقه الاسلامي وموقف العرف السائد , وكذلك بيان والتشريع و الاجتهاد القضائي المعاصر في الدول محل المقارنة .

ومن خلال ما تقدم يتعين علينا ان نقسم هذا المطلب على فرعين نتطرق في الفرع الاول الى مدى امكانية اعادة تقدير النفقة المفروضة للأبناء , في حين سنخصص الفرع الثاني الى مدى قدرة الزوجة بالمطالبة بأثاث بيت الزوجية وذلك على النحو الاتي :

الفرع الاول

مدى امكانية اعادة تقدير النفقة المفروضة للأبناء

إنّ دعوى النفقة من الدعاوى المتجددة ؛ وذلك لأنها قابلة للزيادة والنقص والالغاء بحسب ما يستجد من ظروف تتعلق بالأب المنفق او الابن المنفق عليه او الظروف الاقتصادية السائدة في البلد , وعليه فإن مسألة اعادة تقدير النفقة المفروضة للأبناء سابقا ترد عليها عدة اشكاليات , وهذه الاشكاليات منها ما اتصل بالمدة التي يتم فيها تجديد دعوى النفقة , حيث نجد ان القضاء استقر على وجوب مضي مدة سنة على قرار فرض النفقة السابق لغرض اعادة تقدير النفقة مجددا , وكذلك اقتصر في اقامة الدعوى على زيادة النفقة دون انقاصها , واخيرا الاسباب التي يستند عليها القضاء عند

فرض النفقة , وعليه يتعين علينا ان نبين ما مدى مشروعية كل ذلك من خلال بيان الموقف الفقهي والتشريعي والقضائي .

ومن خلال ما تقدم سنقسم في هذا الفرع على فقرتين , نتطرق في الاولى الى الاساس الشرعي والتشريعي لتقدير النفقة المفروضة للأبناء , في حين سنخصص الفقرة الثانية الى تجديد دعوى النفقة وعلى النحو الاتي:

اولا- الاساس الشرعي والتشريعي

لغرض بيان الاساس الذي تستند عليه دعوى النفقة يتعين علينا ان نبين الاساس الشرعي ومن ثم الاساس التشريعي , وذلك على النحو الاتي :

1. الاساس الشرعي

إنَّ مقدار النفقة التي تفرض للأبناء تستند على ادلة من القران الكريم والسنة النبوية ومن هذه الادلة :

أ- قوله تعالى : " لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ ۗ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ ۗ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا ۗ سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا"¹. ووجه الدلالة في هذه الآية الكريمة بان لا يكلف الله تعالى احدا من النفقة على من تلزمه نفقته بالقرابة والرحم الا ما اعطاه , إن كان ذا سعة فمن سعته , و إن كان مقدورا عليه رزقه فمما رزقه الله على قدر طاقته , ولا يكلف الفقير نفقة الغني لقوله تعالى : " لا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا ۗ سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا"².

ب- عن محمد بن المثنى عن يحيى عن عائشة انها قالت : " ان هند بنت عتبة قالت : يا رسول الله , ان ابا سفيان رجل شحيح , وليس يعطيني ما يكفيني وولدي الا ما اخذت منه وهو لا يعلم فقال: خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"³. ووجه الدلالة في هذا الحديث ان تأخذ كفايتها على قدر الحاجة فلا يكون فيه تقتير ولا تبذير ولا اسراف وبالقدر المعتاد بين اهل العرف أي بالمتعارف في عرف الشرع..⁴

1 الطلاق/7

2 ابي جعفر محمد بن جرير الطبري , تفسير الطبري لجامع البيان عن تفسير القران, ج23 , ط3, دار هجر للطباعة والنشر , القاهرة , 001 , ص70

3 البخاري , ابو عبد الله محمد بن اسماعيل , صحيح البخاري , رقم الحديث (5364) باب اذا لم ينفق الرجل على المرأة , كتاب النفقات , مصدر سابق , (1728/4).

4 التتوي , محمد بن عبد الهادي , حاشية السندي على سنن النسائي , ج2, ط2, مكتبة المطبوعات الاسلامية, حلب , 1986 , ص246

ت- عن ابي الحسن (عليه السلام) انه قال¹ : في قوله تعالى : " وَالَّذِينَ إِذَا أَنْفَقُوا لَمْ يُسْرِفُوا وَلَمْ يَقْتُرُوا وَكَانَ بَيْنَ ذَلِكَ قَوَامًا"². قال القوام هو المعروف لقوله: " عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ"³ وعلى قدر عياله ومؤونته والتي هي صلاح له ولهم لقوله تعالى : " لا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا"⁴.

ث- وعن ابي عبد الله (عليه السلام) انه قال : قال رسول الله (صل الله عليه وعلى اله وسلم) : " ان المؤمن يأخذ بأدب الله اذا وسع عليه اتسع واذا امسك عنه امسك"⁵.

ويفهم من خلال ما تقدم ان مقدار النفقة المفروضة للأبناء غير ثابت , فهو يقبل الزيادة والنقص بحسب يسار الاب واعساره , فاذا ايسر الاب جاز المطالبة بزيادة النفقة وان اعسر جاز انقاصها ؛ وذلك تبعا لظروف الاب المنفق.

2. الاساس التشريعي

نظم المشرع العراقي احكام نفقة الابناء اذ نصت المادة (58) على ما يلي : "نفقة كل انسان في ماله الا الزوجة فنفتها على زوجها". وايضا ما نصت عليه المادة (59): "1- اذا لم يكن للولد مال فنفتته على ابيه ما لم يكن فقيرا عاجزا عن النفقة والكسب 2- تستمر نفقة الاولاد الى ان تتزوج الانثى ويصل الغلام الى الحد الذي يتكسب فيه امثاله ما لم يكن طالب علم 3- الابن الاكبر العاجز عن الكسب بحكم الابن الصغير". وكذلك نصت المادة (60) (1- اذا كان الاب عاجزا عن النفقة فيكلف بنفقة الولد من تجب عليه عند عدم الاب ...".

ويفهم من ذلك ان المشرع العراقي اجاز اقامة دعوى النفقة , سواء زيادة او انقاصا او حتى الغاء ؛ وذلك مراعاة لمصلحة الاب المنفق كفقره او عجزه عن التكسب هذا من جهة , ومن جهة اخرى راعى المشرع مصلحة الابن المنفق عليه , فالولد ان كان عاجزا عن الكسب او كان طالبا للعلم فتبقى نفقته مستمرة , وكذلك البنت ان كانت غير متزوجة .

وبالرجوع الى قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (1000) والصادر بتاريخ في 1983/9/10 نجد انه نص على جواز زيادة النفقة صراحة , اذ نص القرار على ما يلي : " تجوز زيادة نفقة الاولاد , كما تجوز زيادة نفقة العدة مادامت المطلقة في عدتها

¹ العاملي , الشيعة ومستدرکها , مصدر سابق , (18/349).

² الفرقان 67/

³ البقرة 236/

⁴ الطلاق 7/

⁵ العاملي , وسائل الشيعة ومستدرکها , مصدر سابق , (18/334) .

؛ وذلك تبعا لتغيير الاحوال ، وتعتبر زيادة موارد المكلف بالنفقة سببا من اسباب زيادتها ". ووفقا لهذا القرار نجد ان المشرع اجاز زيادة النفقة فقط ولم يجز انقاصها ؛ وذلك لصراحة النص ، بالإضافة الى انه حدد حالات الزيادة كما سنبينها لاحقا .

بينما نجد المشرع المصري قد نص في المادة (18) مكرر من القانون رقم (25) لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم (100) لسنة 1985 على انه : " اذا لم يكن للصغير مال فنفقته على ابيه وتستمر نفقة الاولاد على ابيهم الى ان تتزوج البنت او تكسب ما يكفي نفقتها والى ان يتم الابن الخامسة عشرة من عمره قادرا على الكسب المناسب ، فان اتمها عاجزا لآفة بدنية او عقلية او بسبب طلب العلم الملائم لأمثاله ولاستعداده او بسبب عدم تيسير هذا الكسب استمرت نفقة ابيه ويلتزم الاب بنفقة اولاده وتوفير المسكن لهم بقدر يساره وبما يكفل للأولاد العيش الكريم في المستوى اللائق بأمثالهم ، وتستحق نفقة الأولاد على ابيهم من تاريخ امتناعه عن الانفاق عليهم".

اما المشرع الجزائري فقد نصت المادة (75) على ان: "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال ، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول ، وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة ، وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب". وكذلك نصت المادة (76) : " في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك ". وايضا ما اشارت اليه المادة (79) من قانون الاسرة الجزائري على : " يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة " .

ونستنتج من خلال النصوص المتقدمة ان التشريعات تباينت في مسألة تقدير النفقة من حيث المدة التي يتم من خلالها تجديد دعوى النفقة ، فالتشريع الجزائري حدد هذه المدة وهي سنة وبالتالي فان اقامة دعوى قبل مضي مدة سنة على قرار فرض النفقة السابق لا يجوز سواء زيادة النفقة او انقاصها ، وكذلك اختلفت التشريعات في مدى امكانية جواز الزيادة والنقص ، فالمشرع العراقي اجاز الزيادة فقط ولم يجز انقاصها بخلاف التشريعات المقارنة التي جعلت للقاضي سلطة تقديرية في ذلك فيقبل الزيادة اذا تحققت اسباب الزيادة ويقضي بانقاصها اذا تحققت اسباب النقص ، وكذلك اختلفت التشريعات في الاسباب او الدواعي التي تجيز اقامة دعوى لتغيير مقدار النفقة المفروضة للأبناء وعليه سنتطرق لكل ذلك بشيء من التفصيل .

ثانيا- تجديد دعوى النفقة المفروضة للأبناء

إنّ دعوى النفقة من الدعاوى المتجددة كما بينا سابقا , والتي لا تخضع فيها الاحكام لحجية الامر المقضي فيه ؛ وذلك لما قد يطرأ من اسباب قد تؤدي الى زيادة النفقة او نقصها او حتى الغاؤها , وهذا الاسباب منها ما هو راجع الى الاب الملتزم بدفع النفقة كعجزه عن الكسب او إعساره فيلجأ الى اقامة دعوى يطالب فيها بانقاص النفقة المفروضة لأبنائه , ومنها ما يرجع الى الابناء كعجزهم عن التكسب او زيادة تكاليف المعيشة او الدخول في المدارس مما يدفعهم الى اقامة دعوى للمطالبة بزيادة النفقة الامر الذي يحتم علينا ان نبين المدة التي بمقتضاها يتم من خلالها تجديد هذه الدعوى , وكذلك بيان مدى جواز الزيادة والنقص في النفقة المفروضة , وايضا بيان الاسباب التي يتم اعتمادها لقبول دعوى الزيادة او النقص وذلك على النحو الاتي :

1. من حيث المدة

قد تجد بعد تاريخ الحكم بفرض النفقة المفروضة للأبناء ظروفًا , وهذه الظروف منها ما هو متعلق بالأب المنفق كإعساره وزيادة تكاليف المعيشة وعدم تمكنه من دفع النفقة كما لو رزق بمولود من زوجته الثانية , ومنها هو متعلق بالأبناء كالتسجيل في المدارس او غيرها من اعباء المعيشة , ومنها ما يرجع للظروف الاقتصادية السائدة في البلد , فهل يمكن اللجوء الى دعوى النفقة زيادة او نقصانا بعد تاريخ فرض النفقة سيما وان هذه المدة قد تكون قصيرة نسبيا من تاريخ الحكم السابق لفرض النفقة كمرور شهر او شهرين على فرضها؟.

اختلفت التشريعات في هذه المسألة , فبالنسبة الى التشريعات العراقية فلم نجد نصا يشير الى المدة التي يتم من خلالها اللجوء الى دعوى النفقة زيادة او نقصانا بعد تاريخ فرض النفقة إلا ان قضاء محكمة التمييز الاتحادية استقر على وجوب مضي مدة سنة على النفقة السابقة عند طلب الانقاص او الزيادة¹ , ويؤكد ذلك ما ذهبت اليه محكمة التمييز الاتحادية والتي قضت على ما يلي : " لدى عطف النظر وجد ان الحكم غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون ؛ لان محكمة الموضوع سارت بالدعوى دون ملاحظة ان النفقة المطلوب زيادتها صدرت بالحكم 1346/ش/2009 وتاريخ 2009/9/17 واقامت الدعوى في 18/3/2010 أي بعد مضي ستة اشهر من التاريخ المذكور وحيث ان قضاء هذه المحكمة استقر على عدم قبول زيادة النفقة التي لم يمضي على صدورها سنة , لذا قرر نقض الحكم"². وكذلك ما قضت به محكمة التمييز على : "... ان المدعي اقام الدعوى بعد اقل من شهرين من تاريخ صدور الحكم بالنفقة التي

¹ قرار محكمة التمييز الاتحادية / قسم الاحوال الشخصية والمواد الشخصية , العدد 2011/4746 , وتاريخ 2011/9/21 , قرار غير منشور .

² القاضي رزاق جبار علوان , المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية , ج 2 , مصدر سابق , ص 36

يطالب بانقاصها ولم تجد محكمة الموضوع من خلال التحقيقات التي اجرتها ما يستوجب انقاص النفقة للمدعية وابنتها...¹ وايضا ما قضت به المحكمة: "ان المدعية كانت قد استحصلت على حكم بالنفقة لأبنتها (ز) بتاريخ 2009/6/8 واقامت دعوى للمطالبة بزيادة النفقة بتاريخ 2010/2/36 ولم تمض سنة على تاريخ فرض النفقة لها ..."².

ويلاحظ ان القضاء العراقي اشترط مضي مدة سنة على القرار السابق لفرض النفقة من اجل اقامة الدعوى مجددا , سواء لغرض زيادة النفقة ام من اجل انقاصها ؛ وذلك مراعاة لاستقرار المعاملات .

اما التشريع المصري فقد نحا منحى المشرع العراقي ولم يشر الى مدة تجديد دعوى النفقة غير اننا من خلال استقراء الاحكام التي أرستها محكمة النقض المصرية نجد ان القضاء المصري اكد على ان هذه المدة تخضع للسلطة التقديرية للقاضي , اذ قضت على ما يلي : " يشترط للقضاء بزيادة ونقصان المفروض به كنفقة صغار... ان يكون قد انقضت مدة معقولة بعد تاريخ الحكم بالفرض الاصلي وتاريخ المطالبة بالزيادة وهذه المدة تخضع لتقدير قاضي الموضوع..."³.

وبخلاف التشريع العراقي والمصري نجد ان التشريع الجزائري قد حدد في المادة (79) من قانون الاسرة على المدة التي بموجبها يمكن اقامة دعوى النفقة مجددا , إذ نصت على ما يلي : " يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة " . ويؤيده قضاء المحكمة العليا والتي قضت على ما يلي : " من المقرر ان يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي مدة سنة من الحكم ومن ثم فان القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقا لأحكام الشريعة..."⁴.

ويتضح لنا ان تقييد اعادة تجديد دعوى النفقة بهذه المدة , سواء بناء على نص كما فعل المشرع الجزائري او بناء على السوابق القضائية كما في العراق ومصر امر فيه اضرار للاب المنفق والابن المنفق عليه ؛ وذلك لما يطرأ بعد الحكم صادر بالنفقة ظروف , وهذه الظروف قد تستوجب اعادة تقدير النفقة كيسر الاب وزيادة موارد او

¹ قرار محكمة التمييز الاتحادية , قسم الاحوال الشخصية والمواد الشخصية , بالعدد 3963 / 2010 , بتاريخ 2010/11/2 , قرار غير منشور .

² قرار محكمة التمييز الاتحادية , قسم الاحوال الشخصية والمواد الشخصية , بالعدد 3874 / 2010 , بتاريخ 2010/11/7 , قرار غير منشور .

³ قرار محكمة النقض المصرية , الطعن رقم 60/100 ق , جلسة 13/5/94 / احوال شخصية

⁴ قرار المحكمة العليا الجزائرية , قسم شؤون الاسرة والمواريث , ملف رقم 51715, بتاريخ 1989/1/16

اعساره او زيادة التزامات الابن او تغير الظروف السائدة في البلد , وبالتالي نؤيد موقف القضاء المصري بترك مدة معقولة تخضع لسلطة القاضي التقديرية من اجل النظر بدعوى النفقة مجددا سواء زيادة النفقة ام انقاصها .

2. من حيث الزيادة او النقص

إنَّ بعض التشريعات قصرت تجديد دعوى النفقة على الزيادة فقط كما هو الحال بالنسبة للمشرع العراقي في حين نجد ان التشريع المصري والجزائري سكت ولم ينظم المسألة , فبالنسبة الى التشريع العراقي فنجد ان قرار رقم (1000) لسنة 1983 لمجلس قيادة الثورة المنحل نص على زيادة النفقة المفروضة للأبناء ولم يجز انقاصها , إذ نص على ما يلي : " تجوز زيادة نفقة الاولاد كما تجوز زيادة نفقة العدة مادامت المطلقة في عدتها ؛ وذلك تبعا لتغيير الاحوال , وتعتبر زيادة موارد المكلف بالنفقة سببا من اسباب زيادتها " . ولكن بالرجوع الى القضاء العراقي نجد ان له رأيا اخر , فسابقا اجاز زيادة النفقة ولم يجز انقاصها غير انه عدل عن رأيه واجاز مؤخرا قبول دعوى انقاص النفقة المفروضة للأبناء وكالاتي :

أ- **التوجه السابق:** وفقا لهذا الاتجاه فان القضاء اجاز زيادة النفقة ولم يجز انقاصها مطلقا وبذلك قضت محكمة التمييز الاتحادية على ان : " ان القرار رقم (1000) لسنة 1983 اجاز زيادة نفقة الاولاد دون الاشارة الى انقاصها مما يجعل من دعوى المميز في طلب انقاص نفقة المحضون فاقدة لسندها القانوني وواجبة الرد.. " ¹ . وكذلك قضت محكمة التمييز : " ولأسباب التي استند اليها اذ اجاز القرار رقم (1000) لسنة 1983 زيادة النفقة ولم يجز انقاصها مما يقتضي التقيد بأحكام القرار المذكور ... " ² . وايضا ما قضت به المحكمة : " وحيث ان القرار رقم (1000) لسنة 1983 اجاز زيادة النفقة ولم يجز انقاصها بأي حال من الاحوال لذي تكون دعوى المدعي واجبة الرد.. " ³ . وكذلك ردت المحكمة دعوى المدعي التي يطلب فيها تقليل النفقة الشهرية الملزم بها لزوجته وابنته ؛ لان المحكمة لم تجد ما يبرر انقاص النفقة.. " ⁴ .

¹ مؤيد حميد الاسدي , المنتقى من المبادئ القانونية , مصدر سابق , ص 28-29
² القاضي قاسم فخري الربيعي , مبادئ محكمة التمييز الاتحادية - قسم الاحوال الشخصية , ج 2 , مصدر سابق ,

158

³ قرار محكمة التمييز الاتحادية , قسم الاحوال الشخصية والمواد الشخصية , بالعدد 2018/555 , تسلسل 2738 , قرار غير منشور .

⁴ قرار محكمة التمييز الاتحادية , قسم الاحوال الشخصية والمواد الشخصية , بالعدد 2010/1251 , بتاريخ 4/25/2010 , قرار غير منشور .

ب- **التوجه الحديث:** هذا الاتجاه سارت عليه المحكمة الاتحادية العليا عند الطعن بدستورية القرار رقم (1000) لسنة 1983 بحجة مخالفته نص المادة (2/اولا/ا) من دستور العراق الدائم لسنة 2005 والتي تقضي بأن: "الاسلام دين الدولة الرسمي , وهو مصدر التشريع , ولا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت الاسلام". حيث قضت المحكمة برد الدعوى واكدت على جواز انقاص نفقة الاولاد مثلما تجوز زيادتها , حيث قضت على ما يلي: "... ومن كل ما تقدم فان هذه المحكمة لم تجد ما يمنع من انقاص النفقة عند توفر الشروط الشرعية والقانونية لذلك , وبالتالي فان النص المذكور لم يكن مخالفا لأحكام الشريعة الاسلامية ولم يكن يتعارض مع ثوابت احكامه وفقا لما ورد في المادة (2/اولا/ا) من دستور جمهورية العراق الدائم لسنة 2005.... فالمحكمة عند تفسير القرار المطعون بدستوريته وجدت بأن لا مانع من انقاص النفقة المحكوم بها سابقا معلة ذلك ؛ مراعاة لمصلحة المخاطبين بنص القرار المطعون فيه من جهة , ومن جهة اخرى ان المحكمة بعد ان اطلعت على قانون الاحوال الشخصية رأت ان القرار المطعون فيه هو النص الوحيد الذي يجيز الحكم بزيادة نفقة الاولاد عند تحسن الحالة المالية للأب او تبدل الحالة الاقتصادية للبلد او زيادة متطلبات انفاق الاولاد بتقدمهم في العمر والدراسة ... بالتالي فان النص المطعون فيه لا يمنع من انقاص نفقة الاولاد عند اقامة دعوى بذلك , ويعتبر التغيير السلبي بمراد المكلف بها سببا لانقاصها مثلما يكون التغيير الايجابي في تلك الموارد سببا في زيادتها , بالإضافة الى ذلك استندت المحكمة في حكمها الى نصوص من الدستور العراقي ومنها المادة (14) والتي نصت على ان العراقيون متساوون امام القانون , وكذلك المادة (29/اولا) التي اعتبرت ان الاسرة اساس المجتمع , وايضا البند (ثانيا) من المادة السابقة الذي وازن بين حقوق الاولاد على والديهم في التربية والرعاية والتعليم لا سيما في حالات العوز والعجز والشيخوخة , كما اعتبرت المحكمة ان هذا التفسير ينسجم مع الفقرة الثانية من المادة الاولى من قانون الاحوال الشخصية النافذ التي احالت ما لم يرد بشأنه نص الى مبادئ الشريعة الاسلامية معلة ذلك ؛ في عدم وجود نص يعالج حالة اعسار الاب او فقدان مقدرته على الكسب بعد الحكم عليه بالنفقة لأولاده على خلاف ما هو عليه الحال بالنسبة لنفقة الزوجة على زوجها والتي اجازت المادة (28) زيادتها وانقاصها بتبدل حال الزوجين المالية واسعار البلد , وحيث اكدت المحكمة على جواز انقاص نفقة الاولاد واستدلت بقوله تعالى: " لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ ۗ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ ۗ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا ۗ سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا "1.

¹ قرار المحكمة الاتحادية العليا , العدد33/اتحادية/2022/ بتاريخ 2022/2/19

اما المشرع المصري فقد سكت ولم يُشر الى الزيادة او النقص في مقدار النفقة , فالنص ورد مطلقا والمطلق يجري على اطلاقه , وبالتالي تجوز الزيادة والنقص في مقدار النفقة المفروضة للأبناء بحسب حالة الاب المادية وهذا يفهم من دلالة نص المادة (18) مكرر من القانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم (100) لسنة 1985 الخاص بتعديل بعض احكام قوانين الاحوال الشخصية والتي نصت على : "ويلتزم الاب بنفقة اولاده وتوفير المسكن لهم بقدر يساره". ويؤيد قولنا ما ذهب اليه محكمة النقض والتي قضت بجواز الزيادة والنقص في النفقة اذ قضت على ما يلي : " من المقرر ان الاصل في الاحكام الصادرة بالنفقات انها ذات حجية مؤقتة ؛ لأنها تقبل التغيير والتبديل ويرد عليها الزيادة والنقصان بسبب تغير الظروف كما يرد عليها الاسقاط... "1.

وسار على هذا الاتجاه المشرع الجزائري , إذ لم ينص الى الزيادة والنقص في النفقة صراحة , بل اشار لها ضمنا اذ جعل المشرع سلطة تقديرية واسعة للقاضي ؛ وذلك تبعا لحال الاب المنفق والابن المنفق عليه وظروف المعاش².

3. من حيث الاسباب

إنَّ اسباب اعادة تقدير النفقة متعددة ويمكن اجمالها بثلاثة اسباب , وهذه الاسباب , اما ان تكون راجعة الى الاب المنفق كيساره وزيادة موارده او العكس اعساره وقلة موارده , او ان تكون راجعة الى الظروف الاقتصادية السائدة في البلد , او ان تكون راجعة للأبن كارتفاع تكاليف المعيشة وعدم قدرته على سد احتياجاته الضرورية من مأكلا وملبس وتعليم وعلاج وغيرها من ضروريات الحياة , وعليه سنتطرق الى كل سبب من هذه الاسباب بشكل موجز وعلى النحو التالي :

(أ) زيادة موارد المكلف بالنفقة للمطالبة بالزيادة او العكس للمطالبة بالانقاص : اختلفت التشريعات في مدى اعتبار زيادة موارد المكلف سببا موجب لزيادة النفقة المفروضة للأبناء فذهب المشرع العراقي الى ان زيادة موارد الاب يعتبر سببا موجبا لزيادة النفقة حيث نص قرار مجلس الوزراء رقم (1000) لسنة 1983 على : "وتعتبر زيادة موارد المكلف بالنفقة سببا من اسباب زيادتها". وبهذا الاتجاه سار القضاء العراقي حيث اكد على ما يلي: "حيث ان زيادة نفقة الاولاد تكون عند كبر سنهم وزيادة موارد المكلف وتغيير الظروف الاقتصادية"³. وكذلك ما قضت به

¹ قرار صادر من محكمة استئناف القاهرة , رقم 2781, 138 ف, بتاريخ 2021/1/26 , قرار غير منشور

² ينظر : المادة (75) من قانون الاسرة الجزائري النافذ

³ القاضي قاسم فخري الربيعي , مبادئ محكمة التمييز الاتحادية , مصدر سابق , (147/2).

محكمة التمييز : " حيث ثبت مقدرة المدعى عليه المالية... فيكون قرار المحكمة بزيادة النفقة المستمرة للمحضون صحيح وموافق للقانون"¹.

وعليه فاذا لم تحصل زيادة في موارد المدين بالنفقة فلا يحكم القاضي بزيادة النفقة , وبذلك قضت محكمة التمييز على انه: " .. فقد ثبت للمحكمة ان موارد المدعى عليه لم تتحسن ولم تحصل زيادة فيها والتي هي احد اسباب زيادة النفقة..."². وكذلك اذا ما زادت تكاليف المعيشة على الاب فلا يحكم بالزيادة حيث قضت محكمة التمييز على ما يلي : " ان دعوى المميزة في زيادة النفقة للمحضون واجبة الرد ؛ لان الالتزامات المالية للمميز عليه قد ازدادت بعد زواجه من اخرى وانجابه طفلين , وتحقق ذلك بعد فرض النفقة الاول سيما وان النفقة المحكوم بها متوازنة مع موارد المميز عليه واسعار البلد"³.

اما المشرع المصري فقد اكد على ان الاب يلتزم بنفقة اولاده بقدر يساره اذ نصت المادة (18) مكرر من القانون رقم (25) لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم (100) لسنة 1985 على انه: " ويلتزم الاب بنفقة اولاده وتوفير مسكن لهم بقدر يساره"⁴.

وعليه في حال يسار الاب وزيادة موارد فيجوز للقاضي ان يحكم بزيادة النفقة المفروضة للأبن بشرط ان لا يكون يسار الاب مؤقتا وان يكون اليسار قد طرأ بعد الحكم السابق بفرض النفقة وهذا ما قضت به محكمة النقض في القاهرة بقولها: " ويشترط للقضاء بزيادة او نقصان المفروض به كنفقة صغار ان لا يكون اليسار الذي طرأ بعد الحكم بالفرض الاصيلي مؤقتا..."⁵.

اما المشرع الجزائري فنجد انه يراعي حال الطرفين⁶ فيراعي حال الاب المنفق والابن المنفق عليه , وعليه يجب على القاضي ان يراعي ظروف الاب كونه الملزم بدفع النفقة حال يساره وبذلك قضت المحكمة العليا : " من المقرر شرعا وقانونا ان تقدير النفقة يكون حسب وسع الزوج ... ومن المقرر ايضا ان يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم ... ولما كان من الثابت ان المجلس قضى بتحديد النفقة للبتت اعتبارا من تاريخ الدعوى القضائية دون ان يقدر ظروف الزوج ومدخوله ووسعه والمدة

¹ قرار محكمة التمييز الاتحادية , قسم الاحوال الشخصية والمواد الشخصية , بالعدد 3687 / 2018 , ت 5185 بتاريخ 2018/7/26 , قرار غير منشور

² القاضي قاسم فخري الربيعي , مبادئ محكمة التمييز الاتحادية , مصدر سابق , (157/2).

³ مؤيد حميد الاسدي , المنتقى من المبادئ القانونية , مصدر سابق , ص 24

⁴ ينظر: (18) مكرر من القانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985

⁵ قرار صادر من محكمة استئناف القاهرة, رقم 138 , 2781 , ف, بتاريخ 2021/1/26 , قرار غير منشور

⁶ ينظر المادة (79) من قانون الاسرة الجزائري النافذ

الزمنية التي مرت بها القضية وطوال المرافعات يكون قد خالف القانون واحكام الشريعة"¹.

ب) تغير الظروف الاقتصادية واسعار البلد : إن تغير الظروف الاقتصادية وتقلب اسعار البلد يعتبر سببا اخر من الاسباب التي تجيز اعادة النظر في تقدير النفقة المفروضة للأبناء , ويلاحظ ان المشرع العراقي ذهب الى النص على هذا الشرط صراحة للحكم بزيادة النفقة المفروضة للزوجة ولم ينص على ذلك للنظر بدعوى نفقة الابناء وذلك بموجب المادة (28) اذ نصت على ما يلي : " 1- تجوز زيادة النفقة ونقصها بتبدل حال الزوجين المالية واسعار البلد". الا ان القضاء تدارك هذا الاغفال التشريعي واكد على ان تغير الظروف الاقتصادية واسعار البلد يعد سببا موجبا للنظر بدعوى النفقة² , حيث يمكن للام الحاضنة ان تقيمها على الاب المنفق لغرض زيادة النفقة للأبن ؛ وذلك بدلالة نص المادة (306/ف4) من قانون المرافعات النافذ التي نصت على ان : "تعتبر الحاضنة خصما في دعوى النفقة لمحضونها". ويؤيد قولنا ما ذهبت اليه محكمة التمييز اذ قضت على : "ان النفقة المحكوم بها سابقا لابن المتداعين لم تعد تفي لسد متطلبات العيش الكريم ولتغير الظروف الاقتصادية والاجتماعية وزيادة عمر المحضون فيكون قرار المحكمة بزيادة النفقة المستمرة للمحضون صحيح وموافق للقانون"³. وكذلك ما قضت به محكمة التمييز : "على المحكمة توجيه الخبراء بضرورة ملاحظة عند زيادة نفقة الاولاد هل ان هناك تغيير في الاسعار السائدة للبلد من تاريخ الحكم السابق على اقامة هذه الدعوى.."⁴. وتقضي المحكمة برد الدعوى في حال عدم حصول تغيير في الظروف الاقتصادية حيث قضت على ان : "لا تستحق المحضونه زيادة النفقة ؛ كون ان النفقة المحكوم بها سابقا لازالت مناسبة مع الظروف الاقتصادية واسعار البلد .."⁵.

اما المشرع المصري فنجد انه لم ينص صراحة على هذا السبب من اجل اعادة تقدير النفقة ولكن بالرجوع الى المادة (18) مكرر من القانون رقم(25) لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم (100) لسنة 1985 على انه : "... وبما يكفل العيش الكريم في المستوى اللائق بأمثالهم". ويفهم من ذلك في حال ان النفقة لم تعد تكفي لسد ضروريات الحياة من مأكّل وملبس وتعليم فيجوز عندئذ زيادة النفقة وبذلك قضت

¹ قرار المحكمة العليا الجزائرية , قسم شؤون الاسرة والمواريث , ملف رقم51715, بتاريخ 1989/1/16

² قرار المحكمة الاتحادية العليا , العدد33/اتحادية/2022/ بتاريخ 2022/2/19

³ قرار محكمة التمييز الاتحادية, قسم الاحوال الشخصية والمواد الشخصية , العدد3687/ 2018/ , ت5185 , بتاريخ 2018/7/26, قرار غير منشور.

⁴ مؤيد حميد الاسدي, المنتقى من المبادئ القانونية , مصدر سابق , ص27

⁵ مؤيد حميد الاسدي , المنتقى من المبادئ القانونية , مصدر سابق , ص23

محكمة النقص في القاهرة : " من المقرر ان الاصل في احكام النفقات انما ذات حجية مؤقتة ؛ لأنها مما يقبل التغيير والتبديل ويرد عليها الزيادة والنقصان بسبب الظروف ... " ¹.

في حين نجد المشرع الجزائري اكد على ان تقدير النفقة يخضع للسلطة التقديرية للقاضي وحتى يتمكن من اعمال هذه السلطة يجب ان يراعي الحالة الاجتماعية والاقتصادية وظروف المعيشة للطرفين وبذلك قضت المادة (75) من قانون الاسرة على : " يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش " ويؤيد ذلك موقف المحكمة العليا الجزائرية حيث قضت على ما يلي : " ... ولما كان ثابتا في قضية الحال ان الطاعنة رفعت دعواها في سنة 1993 وتطلب فيها تعديل حكم صادر بتاريخ 1988/9/27 ومراجعة مبالغ النفقة التي اصبحت لا تكفي لسد حاجة اولادها بما فيها مصاريف المعيشة .. " ².

ج) زيادة التزامات الابن المنفق عليه : ان ارتفاع تكاليف المعيشة للابن المنفق عليه موجبا لإعادة تقدير النفقة المفروضة سابقا ويحصل ذلك لأسباب عدة لعل من ابرزها ما يلي :

1- تبدل احوال الابناء : إن تبدل حال الابناء موجب لإعادة تقدير النفقة المفروضة لهم كزيادة مصاريف الدراسة واجور النقل او الدخول في الجامعة ³ , وكذلك حالة مرضهم وما يستوجب من زيادة نفقة العلاج , وهذا ما نص عليه المشرع العراقي في قرار مجلس الوزراء رقم (1000) لسنة 1983 : " تجوز زيادة النفقة ... وذلك تبعا لتغيير الاحوال .. ". اما قضاء فنجد ان محكمة التمييز الاتحادية اكدت على ان تبدل احوال الابناء يعد سببا من اسباب زيادة النفقة اذ قضت محكمة التمييز على ما يلي: " تعد النفقة من الدعاوى المعتبرة ومتجددة ؛ تبعا لتغيير حال المحكوم له والمحكوم عليه بها , ويجب ان تكون بالمقدار الذي يمكن العيش به , فاذا كانت دون ذلك لا تعتبر نفقة بالمعنى المقصود شرعا وهي سد حاجة المنفق عليه من مأكلا وملبس ومسكن " ⁴. وبناء على ذلك ردت محكمة الموضوع دعوى زيادة النفقة الطالب بها للبنت ؛ وذلك لعدم تبدل احوال البنت المطالب بالنفقة لها ⁵.

¹ قرار صادر من محكمة استئناف القاهرة , رقم 2781, 138 ف , بتاريخ 2021/1/26 , قرار غير منشور

² قرار المحكمة العليا الجزائرية , غرفة شؤون الاسرة والمواريث , رقم القرار (1234) , بتاريخ 2006/4/23

³ ولا يدخل في عناصر النفقة مصاريف الدراسة الاهلية ومصاريف النقل لها , حيث ردت محكمة التمييز دعوى

المدعية للمطالبة بهذه النفقات ؛ كون التعليم في العراق مجاني , ينظر قرار محكمة التمييز الاتحادية , غرفة

الاحوال الشخصية والمواد الشخصية , بالعدد 2024/2223, تسلسل 2213 , بتاريخ 2024/2/4 , قرار غير

منشور .

⁴ مؤيد حميد الاسدي, المنتقى من المبادئ القانونية , مصدر سابق , ص38

⁵ القاضي رزاق جبار علوان , المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية , مصدر سابق , (49/2)

اما عن موقف القوانين محل المقارنة فنجد ان المشرع المصري سار خلاف المشرع العراقي ولم ينص على اسباب اعادة تقدير النفقة . في حين نجد المشرع الجزائري اكد على ان تبدل احوال الابن يعد سببا موجبا لزيادة النفقة ونقصها ؛ وذلك تبعا للسلطة التقديرية للقاضي حيث نصت المادة (75) من قانون الاسرة على ما يلي : " يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين.." وبذلك قضت المحكمة العليا على ما يلي : " من المقرر ان يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم ومن ثم فان القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقا لأحكام الشريعة".

2- تقدم عمر المحضون ومضي مدة على القرار السابق بفرض النفقة : إنَّ المشرع

العراقي لم ينص صراحة على اعتبار تقدم عمر المحضون سببا موجبا لزيادة النفقة لكن يفهم من خلال مقتضى نص قرار مجلس الوزراء رقم (1000) لسنة 1983 "تبعا لتغير الاحوال " . أي تبعا لتغير احوال الاب المنفق والابن المنفق عليه , ويؤيد قولنا ما ذهبت اليه محكمة التمييز الاتحادية , إذ عدت تقدم عمر الاولاد سببا موجبا لزيادة النفقة اذ قضت : " لان تقدم سن الاولاد وارتفاع تكاليف المعيشة موجبة لزيادة النفقة وان ذلك غير مرتبط بزيادة موارد المدعى عليه.."1. وكذلك قضت : " ..وحيث ان احوال الطفل (ع) قد تغيرت كونه تقدم بالعمر وايضا مضي على قرار النفقة السابقة مدة طويلة لذا فان الطفل المذكور يستحق زيادة النفقة "2.

كذلك الامر بالنسبة للمشرع المصري فلم ينص صراحة على ذلك , إذ إنَّ اسباب زيادة النفقة ونقصها تخضع لسلطة القاضي التقديرية , في حين نجد ان محكمة النقض المصرية اكدت على ان مضي مدة من تاريخ السابق للحكم بالنفقة يعتبر سببا موجب لزيادة النفقة او نقصها حيث قضت : " كما من المقرر انه يشترط للقضاء بزيادة انقاص المفروض نفقته زوجة او صغار ان يكون هناك موجب للزيادة او النقص قد طرأ بعد صيرورة الحكم الصادر بالنفقة النهائية او قد تكون قد مضت مدة معقولة بيد تاريخ الحكم النهائي بالنفقة وتاريخ المطالبة بالزيادة او النقصان وهو ما يخضع لتقدير قاضي الموضوع.."3.

اما المشرع الجزائري فقد عد تبدل حال الابن سببا موجبا لزيادة النفقة وانقاصها وهذا ما اشارت اليه المادة (79) من قانون الاسرة والتي نصت على : " ..تبدل حال الطرفين". ويؤيد ذلك قرار المحكمة العليا الجزائرية اذ حكمت بزيادة النفقة وذلك

1 قرار محكمة التمييز الاتحادية , قسم الاحوال الشخصية والمواد الشخصية , بالعدد 6283 / 2021 , تاريخ

2021/4/28 , قرار غير منشور

2 القاضي قاسم فخري الربيعي , مبادئ محكمة التمييز الاتحادية , مصدر سابق , (149/2)

3 قرار محكمة النقض المصرية , الطعن رقم 60/100 ق , جلسة 94 / 13/5 / احوال شخصية

لمرور مدة زمنية طويلة على القرار السابق بفرض النفقة حيث قضت على ما يلي : " ولما كان ثابتا ان الطاعنة رفعت دعواها في سنة 1993 تطلب فيها تعديل حكم صادر بتاريخ 1988/9/27 ومراجعة مبالغ النفقة التي اصبحت لا تكفي لحاجة اولادها بما في ذلك مصاريف المعيشة والمدرسة واجرة السكن , فالقضاء بقضائهم بتعديل النفقة طبقوا صحيح القانون"¹.

ويتضح لنا من خلال ما تقدم ان للاجتهاد القضائي المعاصر دورا بارزا في سد النقص التشريعي الحاصل في قانون الاحوال الشخصية , سيما وان النفقة من الامور المتجددة ؛ وذلك لارتباطها بحاجة الفرد ومتطلباته المتجددة من تعليم وعناية صحية ومعيشية .

الفرع الثاني

مدى قدرة الزوجة بالمطالبة بأثاث بيت الزوجية

من المعلوم إن ملكية اثاث بيت الزوجية تعد من الاثار المهمة التي تترتب على انشاء الرابطة الزوجية , فالذي يقدم على الزواج يجب عليه ان يهيئ لزوجته بيتا مجهزا بأثاث يصلح للعيش وحسب مكانتهما الاجتماعية , الامر الذي يتوجب علينا ان نبين ملكية هذه الاثاث المعدة في بيت الزوجية ومدى امكانية المطالبة به في حال حصول خلاف بين الزوجين , وذلك من خلال بيان موقف فقهاء الشريعة الاسلامية , وكذلك موقف التشريع والعرف السائد في العراق والبلدان محل المقارنة وايضا التطرق لموقف القضاء العراقي والمقارن , وفي ضوء ما تقدم سنقسم هذا الفرع على فقرات , نتطرق الى موقف الفقه الاسلامي في الفقرة الاولى , اما الفقرة الثانية فسنبين موقف التشريع والقضاء وذلك على النحو الاتي :

اولا - موقف الفقه الاسلامي

إن للبحث في ملكية اثاث بيت الزوجية ومدى قدرة الزوجة في المطالبة به وبيان موقف الفقه الاسلامي منه يتعين علينا نبين حالتين , الاولى هي حالة كون الزوجة هي من جهزت بيت الزوجية بالأثاث من مالها الخاص , اما الحالة الثانية هي كون الزوج هو من هيا هذه الاثاث من ماله الخاص , وعليه سنتطرق لذلك وعلى النحو الاتي:

¹ قرار المحكمة العليا الجزائرية , غرفة شؤون الاسرة والمواريث , رقم القرار (136604) , المجلة القضائية , العدد 2 , بتاريخ 1996/4/23 , ص 170

1- الحالة الاولى : أن تكون الزوجة هي من جهزت بيت الزوجية بالأثاث اللازمة , سواء أكان مصدر هذه الاثاث من مالها الخاص او من مهرها الذي حصلت عليه من زوجها او قد اهديت اليها او حصل عليها عن طريق الارث .

ومن البديهي ان اثاث بيت الزوجية اذا كان من مال الزوجة الخاص او اهديت اليها او حصلت عليها عن طريق الارث فلها المطالبة به متى شاءت ؛ لأنه ملك لها , ولكن الاختلاف وقع فيما لو كانت الزوجة قد جهزت هذه الاثاث من مهرها الذي حصلت عليه من زوجها وانقسم الفقه في ذلك على قولين :

أ- القول الاول : ذهب اصحاب هذا الرأي الى ملكية المرأة لمهرها الذي قبضته من زوجها , حيث قالوا ان الزوجة لو تجهزت من مالها , سواء من مهرها الذي قبضته من زوجها ام من النفقة التي يعطيها لها زوجها , فهو ملكها , ويعتبر الزوج ضامنا اذا تصرف فيه دون اذن زوجته , اما اذا جهز الزوج متاع بيت الزوجية من ماله فهو ملكه , ويجوز له التصرف فيه ما شاء¹, واستدلوا بقوله تعالى : **" وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً"**². إذ إنَّ المرأة تملك المهر المسمى بالعقد ملكية خاصة , وحيث ان المهر بعد وجوبه يعتبر حقا خالصا للزوجة , فلها التصرف فيه بهبة او معاوضة³.

ب- القول الثاني : ذهب اصحاب هذا الرأي الى عدم ملكية المرأة للمهر الذي قبضته من زوجها ملكية خاصة , وقالوا ان المرأة تشارك زوجها في ملكية اثاث بيت الزوجية , واستدلوا في ذلك الى ان المرأة لا تملك المهر الذي تقبضه من زوجها ملكية خاصة , بل يقع عليها مشاركة زوجها بتأثير منزل الزوجية , وذهبوا الى ان المرأة اذا قبضت مهرها قبل الدخول فأنها يلزمها ان تتجهز به على العادة , واما اذا قبضت مهرها بعد الدخول فلا يلزمها التجهيز الا اذا كان هناك عرف او شرط⁴ .

2- الحالة الثانية : ان يكون الزوج هو من جهز بيت الزوجية بالأثاث اللازمة من ماله الخاص , اختلف الفقه الاسلامي في ملكيته وانقسموا على قولين :

¹ السبزواري , مهذب الاحكام في بيان الحلال والحرام , ج25 , ص192_194, مصدر سابق .

² النساء /4

³ ينظر السيد السيستاني , منهاج الصالحين , مصدر سابق , (96/3) , ابن عابدين , وحاشية ابن عابدين , مصدر سابق , (505/2).

⁴ ينظر : القرطبي , ابي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد , الكافي في فقه اهل المدينة , مجلد1 , ط1 , مكتبة الرياض الحديثة , الرياض , 1978 , ص 5555 . التونسي , عبد العزيز بن ابراهيم بن بزيمة , روضة المنتسبين في شرح كتاب التلقين , مجلد1 , ط1 , دار ابن حزم , بيروت , لبنان , 2010 , ص748 , المالكي , حاشية الدسوقي على الشرح الكبير, مصدر سابق , (321/2) , الصاوي , ابو العباس احمد بن محمد الخلوتي المالكي , بلغة المسالك , ج1 , دار المعارف , بلا سنة , ص421

أ- **القول الاول** : ذهب البعض من فقهاء الامامية¹ والحنفية² والشافعية³ والحنابلة⁴ الى عدّ اثاث بيت الزوجية من قبيل النفقة الواجبة على الزوج , وبالتالي هو ملكاً خاصاً بالزوجة , ولها المطالبة به متى شاءت , فلو وقع خلاف فلا يحق للزوج اخذ شيء منه , واستدلوا في قوله تعالى : " **لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ** "5. وفي قوله تعالى : " **وعاشروهن بالمعروف** "6. ووجه الدلالة ان النفقة واجبة على الزوج شرعاً , وان اثاث منزل الزوجية يعد من قبيل الانفاق الواجب على الزوج ؛ وذلك لان السكنى واجبة عليه , ولا تتحقق السكنى الا بأعداد كل ما يلزم البيت من فراش وادوات , وان اثاث منزل الزوجية يعد من قبيل الانفاق , فيقع على الزوج القيام بما تحتاج اليه الزوجة في معيشتها ... من الفراش والغطاء والمسكن والخدم والاث التدفئة والتبريد واثاث المنزل وغيرها مما يليق بشأنها بالقياس مع زوجها , عليه فليس من الواجب على الزوجة ان تقوم او ان يقوم وليها بتجهيز بيت الزوجية وليس لاحد ان يجبرها على ذلك⁷.

ب- **القول الثاني** : ذهب البعض من جمهور فقهاء الامامية⁸ والحنفية⁹ والحنابلة¹⁰ الى ان الزوج اذا جهز متاع بيت الزوجية من ماله فهو ملكه , ويجوز له التصرف فيه ما شاء¹¹ , وبالتالي لا يحق للزوجة المطالبة به , حيث قالوا ان مهر المرأة ملك لها تحتفظ به , اما تأثيث البيت فهو على الزوج , ولا بأس اذا سمحت وشاركته في التأثيث من مهرها.

وفي ضوء ما تقدم يرى الباحث بضرورة النظر الى وقت تهيئة بيت الزوجية بهذه الاثاث , فاذا هيا الزوج بيت الزوجية بهذه الاثاث قبل الزواج فهو ملكه ولا يحق للزوجة المطالبة به , اما اذا كان تهيئة البيت بالاثاث بعد الزواج فيعد من قبيل النفقات

1 السيد علي الحسيني السيستاني , , منهاج الصالحين , مصدر سابق , (96/3)

2 ابن عابدين , حاشية ابن عابدين , مصدر سابق , (505/2).

3 الشوكاني , محمد بن علي بن محمد , فتح القدير , مصدر سابق , (397/4)

4 ابن قدامى , مغني المحتاج , مصدر سابق , (355/11).

5 الطلاق/7

6 النساء/19

7 ينظر: البحراني , يوسف بن احمد , الحدائق الناظرة في احكام العترة الطاهرة , مصدر سابق , (109/25) , الرازي , عبد الله بن محمد بن عمر , تفسير الرازي , مصدر سابق , (142/6) , الشوكاني , محمد بن علي بن محمد , فتح القدير , مصدر سابق , (397/4) , المقدسي , موسى بن احمد بن موسى , الاقناع لطالب الانتفاع , مصدر سابق , (45/4) , ابن قدامى , مغني المحتاج , مصدر سابق , (355/11).

8 ينظر السيستاني , منهاج الصالحين , (96/3) , مصدر سابق

9 ينظر : ابن عابدين , وحاشية ابن عابدين , مصدر سابق , (505/2).

10 ينظر راي ابن باز , منشور على الموقع : <https://binbaz.org.sa/fatwas/9293> , تاريخ الزيارة 2024/3/2

11 السيزواري , مهذب الاحكام في بيان الحلال والحرام , ج 25 , ص 192_194 , مصدر سابق .

, وبالتالي للزوجة الحق في المطالبة بها ما لم يصرح الزوج انها تعود له ولكن اباح للزوجة استعماله .

ثانيا- موقف التشريع والقضاء

1. موقف التشريع

عدّ المشرع العراقي اثاث بيت الزوجية من قبيل النفقات الضرورية التي يلتزم بها الزوج , وبالتالي يحق للزوجة مطالبة زوجها بالأثاث الموجود في بيت الزوجية , إذ نصت المادة (2/24) من قانون الاحوال الشخصية النافذ على ما يلي : " تشمل النفقة الطعام والكسوة والسكن ولوازمها..". ويؤكد قولنا ما نصت عليه المادة (2/25) من قانون الاحوال الشخصية النافذ والمعدل والتي نصت صراحة على ان السكن ولوازمه من اثاث البيت وغيرها يكون الزوج ملزما به واشترطت ان يكون من ماله الخاص اذ نصت على ما يلي : " لا تلزم الزوجة بمطواعة زوجها ولا تعتبر ناشزا اذا كان الزوج متعسفا في طلب المطواعة قاصدا الاضرار بها والتضييق عليها ويعتبر من قبيل الاضرار بوجه خاص ما يلي .. أ- عدم تهيئة الزوج لزوجته بيتاً شرعياً يتناسب مع حالة الزوجين الاجتماعية والاقتصادية .. ج - إذا كانت الأثاث المجهزة للبيت الشرعي لا تعود للزوج..".

اما عن موقف القوانين محل المقارنة فنجد ان المشرع المصري نحا منحى المشرع العراقي وعدّ اثاث بيت الزوجية من قبيل النفقة والتي يلتزم بها الزوج , إذ نصت المادة (1) من قانون رقم (25) لسنة 1920 المعدل بقانون 1929 والصادر بقانون (100) لسنة 1985 الخاص بتعديل بعض احكام قوانين الاحوال الشخصية على ما يلي : "تجب النفقة للزوجة على زوجها من تاريخ العقد الصحيح ..وتشمل النفقة الغذاء والكسوة والسكن .. وغيرها مما يقتضي به الشرع".

وكذلك الامر بالنسبة الى المشرع الجزائري , إذ نص صراحة على ان المهر ملك خاص للزوجة تتصرف به كما تشاء , اذ نصت المادة (14) من قانون الاسرة النافذ على ان: "الصداق هو ما يدفع نحله للزوجة من نقود او غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف به كما تشاء". وكذلك عد السكن من قبيل النفقة التي يلتزم بها الزوج , إذ نصت المادة (78) من قانون الاسرة على ما يلي : " تشمل النفقة الغذاء و الكسوة والعلاج والسكن واجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة".

وفي ضوء ما تقدم يتضح لنا ان الزوجة لا تلتزم بتجهيز دار الزوجية بالأثاث من معجل مهرها الذي قبضته من زوجها ؛ وذلك لان المهر ملكا لها , اضافة الى ان اثاث

دار الزوجية يعد من قبيل النفقات الضرورية التي يلتزم بها الزوج , وفي حال حصول خلاف في ملكية هذه الاثاث , فان للزوجة الحق في المطالبة بهذه الاثاث ؛ وذلك لان هذه الأثاث تعد عنصر من عناصر النفقة الواجبة على الزوج , وبالتالي للزوجة الحق في تملكها.

2. موقف القضاء

أكد القضاء العراقي على احقية الزوجة في المطالبة بأثاث بيت الزوجية اذا كان مصدر تملك هذه الاثاث من معجل مهرها او من مالها الخاص او اهديت اليها او حصلت عليها عن طريق الهبة هذا من جهة , ومن جهة اخرى عدم امكانية الزوجة بالمطالبة به اذا كان هذه الاثاث تعود ملكيتها الى الزوج وسنوضح كل توجه كالآتي:

أ- **التوجه الاول :** احقية الزوجة بالمطالبة بأثاث بيت الزوجية اذا كان مصدر تلك الاثاث من مهرها المعجل , إذ قضت محكمة التمييز على ما يلي : "...لان المدعية طلبت بموجب عريضة دعواها الزام المدعي عليه بتسليمها اثاثها بموجب القائمة المرقمة مع عريضة الدعوى والبالغة اقيامها احد عشر مليون وتسعمائة وخمس وعشرين الف دينار واثبتت البينة الشخصية للمدعية بان جميع الاثاث المطالب بها والتي تم غصبها من قبل المدعي عليه جميعها من المهر المعجل.." ¹.

ولا يقتصر حق الزوجة في تملك الاثاث على معجل المهر , بل يشمل مالها الخاص او الاموال المتحصلة من هبة او ارث وبذلك قضت : " لان المدعية لم توضح للمحكمة مصادر تملكها للأثاث الزوجية المطالب بها ومع ذلك فان المحكمة قضت لها بمعجل مهرها البالغ خمس (ملايين دينار) وكذلك الزام المدعي عليه بتسليم اثاث زوجية اخرى او اقيامها البالغة (مليون وسبعمائة وخمسة عشر الف دينار) فكان على المحكمة ان تكلف المدعية بذكر مصادر تملك المدعية للأثاث الزوجية حتى لا يكون الزام المدعي عليه بتسليم الاثاث الزوجية الاخرى له ما يبرره قانونا ؛ لان مصادر التملك هي المهر والارث والهدايا والاموال الخاصة العائدة للمدعية لأهمية ذلك في دعواها بالمطالبة بالمهر المعجل وحيث ان المحكمة حسمت الدعوى دون ملاحظة ما تقدم الامر الذي اخل بصحة حكمها². " وقضت ايضا على انه : "لان المحكمة اعتبرت استعمال بعض الاثاث المدعى بها من قبل التداعيين في دار الزوجية دليلا على عانديتها للمدعية وان التوجه المذكور من المحكمة لا سند له من

¹ قرار محكمة التمييز الاتحادية , العدد 2023/9071 , تسلسل 9074 , تاريخ 2023/6/26 , قرار غير منشور
² قرار محكمة التمييز الاتحادية , العدد 2023/3467 , تسلسل 3518 , بتاريخ 2023/2/21 , قرار غير منشور

القانون ؛ لان الاثاث التي تستحقها المدعية هي ما يثبت عائدتها لها لسبب من الاسباب الثلاثة وهي ان تكون الاثاث من مهرها المعجل او من مالها الخاص او اهديت اليها وان مجرد استعمال الاثاث من قبلها اثناء الحياة الزوجية لا يثبت ملكيتها لها مما يقتضي بالمحكمة اجراء التحقيقات اللازمة بشأنها ، وحيث ان المحكمة اصدرت حكمها دون مراعاة ما تقدم مما اخل بصحة حكمها لذا قرر نقضه "1.

ومن الملاحظ ان المحكمة توجه اطراف الدعوى ببيان مصدر تملك هذه الاثاث ؛ وذلك لأهمية ذلك في حسم الدعوى ، إذ قضت على ما يلي : "...ان وكيل المدعى عليه اقر بلائحته المؤرخة 2006/1/26 بعائدية قسم من الاثاث المطالب بها للمدعية واستمعت الى البينة الشخصية المقدمة من الطرفين ، حيث ان المتعين على المحكمة تكليف المدعين ببيان مصادر التملك لبقية الاثاث التي انكرها المدعى عليه واثباتها ، وهذا لا يمنع من الاستفسار عن ذلك من الطرفين "2.

ويتبين في ضوء ما تقدم ان حالات حق الزوجة في المطالبة بالاثاث الموجودة في بيت الزوجية تكمن في الآتي :

- 1- اذا كانت الاثاث قد حصلت عليها بالإرث ، فالإرث يعد سببا من اسباب كسب الملكية .
- 2- اذا كانت اثاث بيت الزوجية قد اهديت اليها سواء من الزوج او ذويه او من اهلها اذ تعد الهبة احد اسباب كسب ملكية اثاث بيت الزوجية
- 3- اذا كان اثاث بيت الزوجية مجهزة من مال الزوجة الخاص فلها ان تطالب به سواء من اموالها التي كانت قد تحصلت عليها قبل الزواج او من الاموال التي تحصلت عليها من معجل المهر الذي تقبضه من زوجها .

ب- التوجه الثاني : لا يمكن للزوجة مطالبة زوجها بالاثاث الموجودة في بيت الزوجية اذا كانت ملكيتها تعود للزوج ، إذ قضت على ما يلي : " لان وكيلتا المدعية اقرتا في جلسة المرافعة المؤرخة 2024/2/6 بان غرفة النوم المطالب بها كأثاث زوجية هي ليست من معجل المهر وانما هي من اموال المدعى عليه الخاصة ، وان الاستعمال لا يعتبر سببا من اسباب كسب الملكية ، وان مجرد استعمال المدعية (الزوجة) لغرفة النوم لا يمنحها الحق في تملك الاثاث المطالب بها ، وبذلك تكون دعواها فاقدة للسند القانوني وواجبة الرد"3.

1 قرار محكمة التمييز الاتحادية ، العدد 6836 ، تسلسل 6782 ، تاريخ 12 /6/ 2019 ، قرار غير منشور

2 قرار محكمة التمييز الاتحادية ، العدد 1983 / 2006 ، تاريخ 24/5/ 2006 ، قرار غير منشور

3 قرار محكمة التمييز الاتحادية ، العدد 621 / 2024 ، تسلسل 6193 ، تاريخ 25/4/ 2024 ، قرار غير منشور

ويلاحظ ان القضاء العراقي عدّ الاثاث الموجودة في بيت الزوجية ملكاً للزوج في حين نجد ان المشرع العراقي عدّ هذه الاثاث عنصراً من عناصر النفقة , وبالتالي فان ملكيتها تعود للزوجة ومن ثم يثبت لها الحق في المطالبة به , ويؤكد ذلك ما ذهبت اليه محكمة التمييز الاتحادية بعد ما زاد من قيمة هذه الاثاث عن معجل المهر ملكاً للزوج ما لم تثبت الزوجة انه من معجل مهرها الذي قبضته من مهرها , إذ قضت على ما يلي : " .. وجد ان الحكم غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون ؛ لان المدعية طلبت بموجب عريضة دعواها الزام المدعى عليه بتسليمها اثاثها بموجب القائمة المرفقة مع عريضة الدعوى والبالغة اقيامها (احد عشر مليون وتسعمائة وعشرين الف دينار) واثبتت البيئة الشخصية للمدعية إنّ جميع الاثاث المطالب بها والتي تم غصبها من المدعى عليه جميعها من مهرها المعجل , وبالرجوع لعقد زواج الطرفين يتبين ان المهر المعجل هو(ثلاث ملايين دينار) , ويوجد فرق كبير بين قيمة الاثاث الزوجية المطالب بها ومقدار المهر المعجل , و إنّ المحكمة قضت بالزام المدعي عليه بتسليم اثاث الزوجية الوارد في حكمها الصادر , وفي حالة تعذر التسليم الحكم بأقيامها البالغة (س) , وكان على المحكمة والحالة هذه استدعاء الخبير القضائي للاستفسار منه فيما اذا زادت قيمة الاثاث المحكوم بها الى الحد الذي تمت الاشارة اليه في الحكم من عدمه وبخلاف ذلك على المحكمة استكمال تحقيقاتها القضائية للتوصل الى رفع التناقض بين قيمة الاثاث المحكوم بها ومقدار المهر المعجل , وحيث ان المحكمة حسمت الدعوى دون مراعاة ما تقدم الامر الذي اخل بصحة حكمها المميز لذا قرر نقضه"¹.

أما عن موقف القضاء المقارن فنجد ان محكمة الاحوال الشخصية في (شمال اسويط الابتدائية) لمصر اكدت على ان اثاث بيت الزوجية ملك للزوجة لها ان تطالب به متى شاءت , سواء حال قيام الزوجية ام بعدها , إذ قضت على ما يلي : "...كما من المقرر فقها انه يقصد بأعيان الجهاز ما يعد به من مسكن الزوجية من اثاث او فراش او ادوات منزلية عند زفاف الزوجة الى زوجها سواء كانت الزوجة هي التي اعدت الجهاز من مالها او من المهر الذي قبضته من الزوج , او ان الاب هو الذي اعد لها من ماله ثم وهبها لها بالقبض , فالجهاز يكون ملكاً للزوجة وحدها وللزوج استعمال هذا الجهاز بأذن الزوجة , ويكون تسليم الجهاز الى الزوج على سبيل عارية الاستعمال , ويلزم الزوج بالمحافظة عليه ورده الى الزوجة عند المطالبة به ولو حال قيام الزوجية لقول الرسول (صلى الله عليه وعلى اله) : " المنحة مردودة والعارية مؤداه " وقوله (صلى الله عليه واله وسلم) : " على اليد ما اخذت حتى ترده " صدق رسول الله (صلى

¹ قرار محكمة التمييز الاتحادية , قسم الاحوال الشخصية والمواد الشخصية , العدد 90710 / 2023 , تسلسل 9074 بتاريخ 2023/6/26 , قرار غير منشور .

الله عليه واله وسلم) واذا طالبت الزوجة زوجها في أي وقت ولو حال قيام الزوجية , برد اعيان جهازها فامتنع , انتقلت يده من يد امانه الى يد ضمان وصار في حكم الغاصب شرعا وقانونا , ويرد المغصوب ان كان قائما , فان تعذر رده لكونه هالكا او مستهلكا تعين رد قيمته ... "1 .

وكذلك قضت محكمة النقض المصرية على ان مسكن الزوجية هو من نفقة الزوجة على زوجها وان الزوج هو الملزم بتهيئة اثاث بيت الزوجية , إذ قضت على ما يلي : " على الزوج سائر ادوات البيت من فراش وانية وادوات تليق بالزوجة بحسب عرف زمانه ومكانة "2 .

ويتضح لنا في ضوء ما تقدم ان القضاء العراقي يختلف عن القضاء المصري ؛ والسبب في ذلك يعود لاختلاف الاعراف , فالأعراف في مصر تقتضي بان يقوم الزوج بتهيئة الشقة او السكن , في حين تلتزم الزوجة بأثاث الزوجية , ولذا تستطيع المطالبة به متى شاءت وللزوج الحق في استعماله , بينما الاعراف في العراق تقتضي بان يقوم الزوج بتهيئة البيت او السكن إضافة الى تجهيز هذا السكن بالأثاث الضرورية بما يصلح للعيش وبحسب مكانتهما الاجتماعية ومن ثم ليس لها المطالبة به في حال حصول خلاف بينهما.

اما القضاء الجزائري فقد اكد على ان ملكية اثاث البيت المخصص للاستعمال المشترك يكون ملكا للزوج , إذ قضت المحكمة العليا على ما يلي : " من المستقر عليه قضاء وشرعا إن اثاث البيت المخصص للاستعمال الثنائي بين الزوجين يعتبر ملكا للزوج مالم تثبت الزوجة ان ذلك ملكا لها اشترته او هو من جملة صداقها عنده فإنه استثنى منها اشياء ادعاها لنفسه , فان المجلس القضائي الذي اعتبرها استثناء الزوج داخلا في اتمعة زوجته وحكم له بها دون ان يطالبها بإقامه البيئة على اشياء هي للرجل يأخذ بعد حلفه , يكون بقضائه كما فعل خالف القواعد الشرعية , ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار.. "3 .

1 القرار الصادر من محكمة شمال اسيوط الابتدائية لمصر , احوال شخصية , رقم الحكم (2644) لسنة 2023 ,

بتاريخ 13/3/2024 الموافق 3 رمضان 1445 هجري , قرار غير منشور .

2 القاضي محمد جمال ابو سنيينة , الطاعة الزوجية في الفقه الاسلامي , ط1 , دار الثقافة , عمان , 2004 , ص99

3 قرار المحكمة العليا الجزائرية , رقم 522/2 , تاريخ 1989/1/6 , المجلة القضائية , العدد 3, ص199

المطلب الثالث

الاجتهاد القضائي المعاصر في الاثار غير المالية المترتبة على انشاء الرابطة الزوجية

فكما يترتب على انشاء الرابطة الزوجية اثار مادية فأنها يترتب عليها اثار اخرى غير مادية او معنوية , سواء ما تعلق منها بحق الطاعة ام القوامة ام رعاية حقوق الزوج ام الولاية على الاولاد ام النسب ام غيرها من الحقوق الاخرى .

فأما الاجتهاد في الاثار غير المالية المتصلة بحق الطاعة فنجد ان لتطور الحياة والانفتاح الذي حصل مؤخرا عكس واقعا جديدا , إذ بات لعمل المرأة او توظيفها في دوائر الدولة امر ضروري لا سيما في المجالات الطبية والتعليمية والتربوية , وعليه فقد ساير المشرع هذا التطور من خلال الزام الزوج بتهيئة بيت قريب عن محل عمل زوجته بحيث تستطيع من خلاله التوفيق بين التزاماتها البيئية والوظيفية , ونتيجة لذلك فقد صدرت العديد من الاحكام المبنية على اجتهادات قضائية تتعلق بطاعة الزوجة لزوجها , كاشتراط الزوجة سكن قريب عن محل عملها حتى وان كان العمل في غير البلد الذي يسكن فيه الزوجان بعد الزواج.

واما الاثار غير المالية المتصلة بالولاية , فالأصل ان الاب هو الولي الجبري على اولاده القاصرين ولا يجوز سلب هذه الولاية بدون سبب باي شكل من الاشكال الا في الاحوال التي اجاز فيها الشرع ذلك , الا ان الامر مختلف في مسائل الاحوال الشخصية إذ نجد ان قضاء محكمة التمييز الاتحادية اجازت اسقاط ولاية الاب في حال تخلفه عن الانفاق عليهم وعدم القيام بشؤونهم الضرورية من مأكّل وملبس وتعليم وصحة , وعليه يتعين علينا بيان الموقف الفقهي من ذلك ومدى مسابرتة ومواكبته للتطور, وكذلك بيان موقف التشريعات وموقف الاجتهاد القضائي المعاصر في البلدان محل المقارنة .

وفي ضوء ما تقدم سنقسم هذا المطلب على فرعين , نتطرق الى اشتراط الزوجة سكن قريب عن محل عملها في الاول , اما في الفرع الثاني فسننتظرق لبيان مدى مشروعية سلب ولاية الاب لعدم الانفاق على اولاده وكالاتي :

الفرع الاول

اشتراط الزوجة سكن قريب عن محل عملها

إنّ خروج المرأة للعمل وتنسيبها للوظائف , سواء في المؤسسات الحكومية ام الاهلية يعد من قبيل المسائل المعاصرة والمستحدثة التي نشأت نتيجة للتطور والانفتاح على

الثقافات الاخرى , ونتيجة لحاجة المرأة للعمل في مختلف الميادين , سواء اكانت الصحية ام التعليمية ام التربوية ام غيرها من الوظائف , وعليه نجد ان اغلب المشرعين قد سايروا ذلك ومن ذلك المشرع العراقي الذي لزم الزوج بتهيئة بيت شرعي قريب عن محل عمل زوجته , بحيث تستطيع معه التوفيق بين التزاماتها البيئية والوظيفة , وبالتالي لا تعد الزوجة ناشزا اذا كان البيت المهياً بعيداً عن محل عملها , إلا انه قد يحصل بعد انشاء الرابطة الزوجية ان تتوظف الزوجة او قد تنتسب الى عمل في محل بعيد عن سكن الزوج واستقراره , فهل يمكن الزام الزوج بتهيئة بيت جديد قريب عن محل عمل الزوجة , وهل تعتبر الزوجة ناشزا اذا طالبت زوجها بتهيئة بيت جديد سيما وان الزوج قد هياً بيتاً شرعياً مستوفي كل شروط بيت الطاعة التي نص عليها القانون في منطقة سكنه , وايضا ما مدى تعارض تغيير محل سكنى الزوج مع القوامة الزوجية ؟. وكذلك لا بد من بيان موقف المشرع من ذلك وموقف رأي فقهاء الشريعة الاسلامية المعاصرين ومدى مواكبتهم للأحكام المستجدة لبيت الطاعة , وكذلك بيان موقف الاجتهاد القضائي المعاصر , وعليه سنقسم هذا الفرع على فقرتين نتطرق في الاولى لبيان الموقف الفقهي , في حين سنتطرق في الفقرة الثانية الى موقف التشريع والقضاء وذلك على النحو الاتي :

اولا _ موقف الفقه الاسلامي

اختلف فقهاء الشريعة الاسلامية القدامى في ما يجب على الزوجة من طاعة زوجها وانقسموا في ذلك على قولين :

(أ) الرأي الاول : ذهب الامامية¹ والحنفية² والشافعية³ الى ان وجوب طاعة الزوجة لزوجها عام في كل ما هو مباح , واستدلوا بالأدلة الاتية :

1. قوله تعالى : "الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ"⁴. ووجه الاستدلال ان على الزوج تأديب زوجته وامساكها في بيتها ومنعها البروز وانّ عليها طاعته وقبول امره مالم تكن معصية⁵.

1 حيث ذهب الامامية الى ان الزوجة اذا قصرت فيما لم يرد فيه نهي شرعي ولا يكون مخالف لما هو متعارف عليه فتعتبر ناشزا , اما ما ورد فيه نهي شرعي فلا يجوز للزوجة طاعة زوجها فيه , ينظر الى السيد علي الحسيني السيستاني , منهاج الصالحين , مصدر سابق , (106/3) , السيد عبد الاعلى السبزواري , مهذب الاحكام في بيان الحلال والحرام , مصدر سابق (219/25) .

2 ابن عابدين , رد المحتار على الدر المختار , مصدر سابق , (564/6) .

3 القرطبي , الجامع لأحكام القران , مصدر سابق , (169/5) .

4 النساء / 34

5 القرطبي , الجامع لأحكام القران , مصدر سابق , (169/5) .

2. قوله تعالى: " فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ"¹. أي مطيعات لأزواجهن واصل القنوت دوام الطاعة².

3. عن ابي هريرة انه قال : قيل لرسول الله (صلى الله عليه واله وسلم) أي النساء خيرا ؟ قال: التي تسره اذا نظر , وتطيعه اذا امر , ولا تخالفه في نفسها ولا في مالها وبما يكره"³.

4. عن الامام محمد الباقر (عليه السلام) انه قال : قال رسول الله (صلى الله عليه واله) : " إذا أردت أن أجمع للمسلم خير الدنيا والآخرة جعلت له قلبا خاشعا ولسانا ذاكرا وجسدا على البلاء صابرا وزوجة مؤمنة تسره إذا نظر إليها وتحفظه إذا غاب عنها في نفسها و ماله"⁴.

(ب) الرأي الثاني: ذهب البعض من الحنفية⁵ والحنابلة⁶ الى ان وجوب طاعة الزوجة لزوجها مقيد بأمر النكاح وتوابعه , أي ان الزوجة لا يجب عليها طاعة زوجها في كل ما يأمر به بل يكون ذلك النكاح وتوابعه , كالاستمتاع والقرار في البيت وان لا تدخل احدا في بيته إلا بأذنه , واستدلوا بان المعقود عليه في عقد الزواج من جهة الزوجة هو الاستمتاع وليس عين الزوجة ولا منفعتها فلا يلزمه ما سواها... .

والسؤال الذي يثار في هذا الصدد هل يحق للزوجة ان تختار محل سكنها في بلد غير الذي يسكنه الزوج ؟ .

اتفق فقهاء الشريعة الاسلامية على انه لا يجوز للزوجة الامتناع عن العيش في بلد وسكن زوجها بدون مبرر شرعي وبامتناعها تعتبر ناشزا⁷ , إذ قالو ان للزوج ان يسكن بزوجه حيث اراد سواء رضيت ام لا⁸.

1 النساء /34

2 الجصاص , تفسير الاحكام , مصدر سابق , (469/4) .

3 النسائي , ابو عبد الرحمن احمد بن شعيب , سنن النسائي , ج6 , ط1 , المكتبة التجارية الكبرى , القاهرة , 1930 , ص68

4 الكليني , الكافي , مصدر سابق , (327/5).

5 عبد الله بن احمد بن محمد , البحر الرائق شرح كنز الدقائق , ج5 , ط1 , دار الكتب العلمية , بيروت , لبنان , 1997 , ص77

6 البهوتي , شرح منتهى الارادات , مصدر سابق , (232/3) .

7 ينظر السرخسي , المبسوط , مصدر سابق , (186/5) , القيرواني , التهذيب في اختصار المدونة , مصدر سابق , (134/2). اما فقهاء الحنفية المعاصرين فذهبوا الى ان حدود طاعة الزوجة لزوجها تكون في غير معصية فلا طاعة لمخلوق في معصية الخالق , وان تكون الطاعة فيما تزوجها من اجله وهو المتعة الجنسية , وهو ما ذهب اليه عطية صقر , فتاوى واحكام المرأة المسلمة , ط3, مكتبة وهبة , القاهرة , مصر , 2006 , ص140 , وهذا ما اكده المشرع العراقي صراحة , حيث نص في المادة (33) من قانون الاحوال الشخصية على انه : " لا طاعة للزوج على زوجته في كل امر مخالف لأحكام الشريعة الاسلامية " .

8 التونسي , ابي محمد عبد العزيز بن ابراهيم , روضة المنتسبين , المجلد الاول , ط1 , دار ابن حزم , بيروت , لبنان , 2010 , ص748

لكنهم اختلفوا في ما بينهم فيما لو وجد شرط قبل الزواج او بعده يقضي بسكن الزوجة او عدم سكنها في بلد معين وانقسموا على قولين :

(أ) القول الاول: ذهب اصحاب هذا القول الى انه اذا وجد شرط يقضي بسكنى الزوجة في بلد معين فيجب الوفاء بهذا الشرط¹ واستدلوا بالأدلة التالية :

1- قوله تعالى: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ "2. ووجه الدلالة ان الزوج ملزم بالوفاء بالشرط .

2- عن النبي الاكرم محمد (صلى الله عليه واله وسلم) انه قال: " احق الشروط ما استحللتم به الفروج"³.

3- استدلوا بما رواه الاثر من ان رجلا تزوج امرأة واشترط لها دارا ثم اراد نقلها فخاصموه الى عمر فقال : لها شرطها , مقاطع الحقوق عند الشروط⁴.

(ب) القول الثاني: لا يجب الوفاء بالشرط⁵ واستدلوا بالأدلة الاتية :

1. ما روي عن الخليفة الثاني في ان رجلا تزوج امرأة فشرط ان لا يخرجها من دارها , فارتفعوا الى عمر , فوضعوا الشرط وقال: المرأة مع زوجها⁶.

2. عن النبي الاكرم محمد (صلى الله عليه واله وسلم) انه قال : " كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل "⁷.

اما عن موقف الفقه الاسلامي المعاصر فقد افتى البعض من الفقهاء المعاصرين في حكم توظيف الزوجة او انتسابها الى عمل في بلد اخر غير البلد الذي يقيم فيه الزوج ومطالبتها اياه بتهيئة مسكن جديد بداعي التوفيق بين التزاماتها البيئية والوظيفية , إذ ذهب البعض من فقهاء الحنابلة الى ان الزوجة اذا تركت بلدتها لغرض العمل في بلد اخر من دون موافقة زوجها , فان الواجب على الزوجة طاعة زوجها وترك العمل ؛ لأن بقاءها في البيت فيه مصالح كثيرة للزوج والأولاد ، ومصالح أخرى في حفظها

1 ابن قدامى , مغني المحتاج , مصدر سابق , (448/7).

2 المائدة/1

3 ابو عبد الله البخاري , صحيح البخاري , رقم الحديث (2721) , مصدر سابق , (191/3) .

4 النيسابوري , أبو الحسين مسلم بن الحجاج , صحيح مسلم , مصدر سابق , (140/4) , والكوفي , ابو بكر بن محمد بن ابي شيبة , المصنف في الأحاديث والآثار , ج3 , مكتبة الرشد - الرياض , الطبعة الأولى , 1409 , رقم الحديث (16449) , ص499

5 ابن مفلح , برهان الدين ابي اسحاق ابراهيم بن محمد , المبدع في شرح المقنع , ج6 , دار عالم الكتب , الرياض , المملكة العربية السعودية , 2003 , ص 148

6 ينظر الى : البهوتي , كشف القناع , مصدر سابق , (190/5) , الخرخشي , شرح مختصر خليل , مصدر سابق , (196/3) .

7 البخاري ابو عبد الله , صحيح البخاري , حديث رقم (2526) , مصدر سابق , (219/5).

وسلامتها من الأخطار، فالواجب طاعة زوجها في هذا ، وأن تبقى في بيتها ، إلا إذا كانت قد شرطت عليه عند العقد أنها تبقى في عملها من تدريس ، أو تمريض، ونحو ذلك ، فالمسلمون على شروطهم ، إلا أن تسمح هي ، وتترك العمل بنفسها، وأما إذا كانت لم تشرط هذا، فلا حق لها في العمل إلا بإذنه¹.

وذهب البعض من فقهاء الامامية المعاصرين الى ان على الزوجة مطاوعة زوجها في محل سكنه ، ولا يلزم الزوج بتهيئة مسكن جديد للزوجة في محل عملها الجديد ، وتعتبر ناشزا الامر الذي يستوجب قطع نفقتها².

وذهبوا الى القول بان الزوجة لا يحق لها الخروج من الدار من دونه اذنه الا اذا اشترطت عليه الاستمرار في وظيفتها خارج الدار في ضمن عقد الزواج ، او كان العقد مبنياً على ذلك فلها الزامه بالوفاء بالشروط ، فالشروط الاساس لعمل المرأة خارج البيت هو ان لا يتناف العمل مع تكاليفها الدينية ، ومنها الستر والحجاب و رعاية حقوق الزوج اذا كانت متزوجة...كما ان خروج الزوجة من بيتها للعمل او لأي غرض آخر اذا لم يكن بموافقة الزوج فهو حرام وان لم يكن منافياً لأداء واجباتها البيئية - كحضانة طفلها³ ...

وذهب البعض الاخر الى ان من المسؤوليات الاساسية للزوجة رعاية الاسرة وتربية الاولاد والعناية بجيل المستقبل ، ويحق لها عند الحاجة العمل خارج البيت في الاعمال التي تتناسب مع وضعيتها واختصاصها بمقتضى الاعراف لمقبولة شرعا مع طبيعتها واختصاصها ، بشرط الالتزام بالأحكام الدينية والآداب الشرعية ومراعاة مسؤوليتها الاساسية ، وان خروج المرأة للعمل لا يسقط نفقتها الواجبة على الزوج المقررة شرعا وفق الضوابط الشرعية ما لم يتحقق في ذلك الخروج معنى النشوز⁴.

في حين ذهب البعض الاخر الى ان من حق الزوجة على زوجها أن يسكنها في مسكن مستقل ، ولا حق لها في إجبارها على مساكنة أحد من أهله إلا أن ترضى بذلك ، والمقصود بالمسكن المستقل أن يكون للزوجة جزء من الدار مناسب لها منفصل بمرافقه

1 وهو ما ذهب اليه ابن باز ، ابو عبد الله بن عبد العزيز ، منشور على الموقع الالكتروني : <https://binbaz.org.sa/fatwas/11012> تاريخ الزيارة 2024/6/3

2 وهو ما ذهب اليه فقهاء الامامية ، فتاوى شفهوية صادرة عن وكيل المرجع السيد علي السيستاني في كربلاء المقدسة ، بتاريخ 2024/6/15

3 هذا الرأي لسماحة المرجع الديني السيد علي الحسيني السيستاني ، منشور على الموقع الالكتروني : <https://www.sistani.org/arabic/qa/02076>

4 القرار رقم (144) لمجمع الفقه الاسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الاسلامي المنعقد في دورته السادسة عشر بدبي ، الامارات العربية المتحدة ، بتاريخ 2005/9/14 .

، فإن كان لها مسكن مستقل فلا حق لها في مطالبة زوجها بمسكن بعيد عن أهله لا يجوز للزوجة أن تخرج من بيت زوجها – لغير ضرورة - إلا بإذنه¹ .

ويمكن القول من خلال ما تقدم ان الزوجة اذا اشترطت على زوجها في عقد الزوج او بعده ان يكون لها احق في تغيير بلد سكنها نتيجة للعمل او الدراسة في بلد اخر غير الذي يقيم فيه الزوجان بعد عقد الزواج فيجب على الزوج الوفاء بالشرط , ويلتزم بتهيئة سكن جديد للزوجة في محل عملها الجديد , بحيث تستطيع التوفيق بين الالتزامات البيئية والوظيفية ؛ وذلك لان الزوج الزم نفسه بالشرط فلا بد من الوفاء به , ويعتبر امتناعها عن مطاوعة زوجها مشروعاً ما دام لم يهين لها بيتاً جديداً مستوفي شروطه الشرعية في محل عملها .

اما اذا لم تشترط الزوجة ان يكون لها هذا الحق , فلا يثبت لها وعليها مطاوعة زوجها في البلد الذي يقيم فيه واذا امتنعت اعتبرت ناشراً الامر الذي يوجب قطع نفقتها .

ثانياً _ موقف التشريع والقضاء

1_ موقف التشريع

لم يتطرق المشرع العراقي لذلك صراحة ولكن من خلال استقراء النصوص القانونية يتضح لنا ان المشرع العراقي الزم الزوج بتجهيز بيت للزوجة وعده من قبيل النفقات الضرورية التي يلتزم بها الزوج وذلك بموجب المادة (2/24) من قانون الاحوال الشخصية النافذ والتي نصت على ما يلي : " تشمل النفقة الطعام والكسوة والسكن ولوازمها". وكذلك اوجب المشرع العراقي ان يكون البيت قريباً عن محل عملها بحيث تستطيع التوفيق بين التزاماتها البيئية والوظيفية , إذ نصت المادة (2/25) من قانون الاحوال الشخصية النافذ على ما يلي : " لا تلزم الزوجة بمطاوعة زوجها ولا تعتبر ناشراً اذا كان الزوج متعسفاً في طلب المطاوعة قاصداً الإضرار بها أو التضيق عليها , ويعتبر من قبيل التعسف والإضرار بوجه خاص ما يلي: ... ب – إذا كان البيت الشرعي المهياً بعيداً عن محل عمل الزوجة , بحيث يتعذر معه التوفيق بين التزاماتها البيئية والوظيفية".

ومن جهة اخرى اجاز المشرع العراقي للزوج ان يسكن مع زوجته اشخاصاً نصت عليهم المادة (26) بقولها : "1- ليس للزوج ان يسكن مع زوجته بغير رضاها ضررتها في دار واحدة 2- للزوج ان يسكن مع زوجته في دار الزوجية ولده من غيرها حتى

¹ وهو ما ذهب اليه البعض من الفقهاء المعاصرين , منشور على الموقع الالكتروني : <https://www.islamweb.net/ar/fatwa/173813> تاريخ الزيارة 2024/6/3

سن البلوغ 3- على الزوج ان سكان ابويه او احدهما مع زوجته في دار الزوجية وليس للزوجة الاعتراض على ذلك 4- وللزوج ان يسكن مع زوجته في دار واحدة من يكون مسؤولا عن اعالتهم شرعا , بشرط ان لا يلحقها ضرر من ذلك ."

وفي ضوء ما تقدم يمكن القول ان الزوجة لا تنفرد بمسكن الزوجية في القانون العراقي , بل ان على الزوج اسكان اشخاصا مع زوجته , وبالتالي لا تستطيع مطالبة الزوج بمسكن جديد في بلد اخر غير الذي يقيم فيه بعد الزواج , ومن ثم فان اعطاء الزوجة هذا الحق سيولد مصالح متعارضة , مصلحة الزوجة من جهة , ومصلحة الزوج وذويه الملزم باسكانهم مع الزوجة من جهة اخرى .

اما في القوانين محل المقارنة نجد ان المادة (11) مكرر من قانون رقم (25) لسنة 1925 المعدل بقانون رقم (100) لسنة 1985 الخاص ببعض احكام الاحوال الشخصية نصت على ما يلي " إذا امتنعت الزوجة عن طاعة الزوج دون حق توقف نفقة الزوجة من تاريخ الامتناع. وتعتبر ممتنعة دون حق إذا لم تعد لمنزل الزوجية بعد دعوة الزوج إياها للعودة بإعلان على يد محضر لشخصها او من يناوب عنها وعليه أن يبين في هذا الإعلان المسكن. وللزوجة الاعتراض على هذا أمام المحكمة الابتدائية خلال الثلاثين يوما من تاريخ هذا الإعلان وعليها أن تبين في صحيفة الاعتراض الأوجه الشرعية التي تستند إليها في امتناعها عن طاعته وإلا حكم بعدم قبول اعتراضها ...".

اما المشرع الجزائري فلم ينظم احكام بيت الطاعة , إذ لم نجد نصا في قانون الاسرة يشير الى ذلك مما يعني احوالها الى احكام الفقه الاسلامي بموجب المادة (222) من قانون الاسرة النافذ فيجتهد القاضي في سبيل الوصول الى حكم .

ويتضح لنا من خلال ما تقدم ان الزوج هو الملزم بتهيئة البيت الشرعي ؛ وذلك لان النفقة واجبة عليه , وبالتالي فانه هو الذي يختار محل سكنه¹ , ان اختيار الزوج لمحل سكنه ليس مطلقا , بل مقيد بان يكون قريبا عن محل عمل الزوجة , وان تكون الزوجة قادرة على التوفيق بين التزاماتها البيئية والوظيفية , اما اذا كان البيت بعيد عن محل عمل الزوجة فلا يحق للزوج مطالبة زوجته بالمطواعة , وبالتالي يحق للزوجة عدم مطواعة زوجها , ومن ثم لا تعد ناشز .

2_ موقف القضاء

¹ وذهب البعض الى أن حق اختيار المسكن هو حق خالص للزوج وليس للزوجة فمتى هيا الزوج المسكن المحتوى على اللوازم الشرعية وقام بتسليم الزوجة لمهرها المعجل وجبت على الزوجة طاعتها لزوجها والإقامة معه في مسكنه الشرعي والانتقال معه إلى أية جهة أرادها الزوج ينظر : وهو رأي المحامي فاضل بشناق , ينظر طاعة الزوج , منشور على الموقع : <http://saaid.org/mktarat/alzawaj/121.htm>

أكد القضاء العراقي ان الزوجة تكون ملزمة بمطواعة زوجها بذات البلدة التي يسكن فيها المدعي , وان تنسيب الزوجة للعمل في بلد اخر لا يلزم الزوج بتهيئة سكن قريب عن محل عمل الزوجة , إذ قضت محكمة التمييز على ما يلي : " لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون , إذ كان على المحكمة التحقق من المدينة التي كان المدعي يسكن المدعي عليها فيها بعد ابرام عقد زواجهما وقبل تركها دار الزوجية ؛ لأنها تكون ملزمة بمطواعة زوجها اذا كان قد هياً داراً مستوفية للشروط الشرعية والقانونية بذات المدينة , وان تنسيبها لاحقاً للعمل في مدينة اخرى لا يلزم الزوج بتهيئة دار مطواعة قريباً من محل عمل الزوجة , وحيث ان المحكمة اصدرت حكمها دون مراعاة ما تقدم الامر الذي اخل بصحته لذا قرر نقضه .." 1.

وايضاً ما اكدته محكمة التمييز في الحكم الآتي , إذ قضت على ما يلي : " ان المتداعيان كانا يسكنان بدار مستقلة في محافظة النجف وان المدعي عليها كانت تعمل موظفة بصفة معاون صيدلي على ملاك دائرة صحة النجف الشمالي وبعد تركها دار الزوجية عادت الى زوجها في قضاء (الطوز) وقامت بتغيير محل عملها وتم تنسيبها للعمل على ملاك صحة صلاح الدين ثم استحصل المدعي قرار الحكم .. المتضمن الزام المدعي عليها بمطواعته في الدار الشرعية المهيأة من قبله والكائن في مدينة النجف .. وحيث ان المدعي عليها رفضت مطواعة زوجها رغم تنفيذ القرار امام مديرية تنفيذ طوز .. وان حضورها امام هذه الجلسة وابداء استعدادها لمطواعة زوجها في حال تهيئة دار شرعية مستقلة في قضاء (طوز) لا يمكن القبول به , كون زوجها وسكنها بدار مستقلة كان في مدينة النجف , كما ان محل عملها على ملاك صحة العمل الشمالي وقد تم الزامها بمطواعة زوجها في مدينة النجف حسب قرار هذه المحكمة والمصدق تمييزاً , وان مجرد تغيير محل عملها وتنسيبها للعمل في قضاء (الطوز) لا يمكن اعتباره سبباً لإلزام الزوج في تهيأت دار مستقلة ثانية لها في قضاء (الطوز) , وعليه لاستئناف المحكمة كافة مساعيها لإزالة الاسباب التي تمنع المدعي عليها من مطواعة زوجها , وبما ان الدار المهيأة للمطواعة والكائنة في محافظة النجف (حي الميلاد) لازالت قائمة وجاهزة للسكن حسب محضر الكشف الجاري بالإنابة , ولامتناع المدعي عليها من مطواعة زوجها المدعي في تلك الدار ولوجود السند الشرعي والقانوني في دعوى المدعي قررت المحكمة الحكم بنشوز المدعي عليها... " 2.

1 قرار محكمة التمييز الاتحادية , قسم الاحوال الشخصية والمواد الشخصية , بالعدد 845 / 2024 , تسلسل 713 , تاريخ 2024/1/14 , قرار غير منشور

2 قرار محكمة التمييز الاتحادية , قسم الاحوال الشخصية والمواد الشخصية , العدد 330 / ش/ 2023 , بتاريخ 2024/3/3

ومن خلال بيان موقف القضاء العراقي يتبين لنا انه كان موفقا في عدم الزام الزوج بتهيئة سكن جديد لزوجته الموظفة في غير بلد سكناه , وعليه فان القضاء عند اقراره لهذا المبدأ فانه قد راعى مصلحة الزوج في عدم تغيير محل سكناه الذي قد تولد ونشأ فيه سيما وان الزوج قد يكون له مصالح في منطقة محل سكناه , سواء اكانت هذه المصالح مادية تتمثل بارتباطه بعمل او وظيفة او احترافه مهنة في ذات بلد الذي يقيم فيه , او قد تكون مصالح معنوية تتمثل بارتباطه بعلاقات اجتماعية او قد تربطه رابطة معنوية في المحل الذي تولد ونشأ فيه وقضى فيه طفولته علاوة على ذلك ان القضاء سبق وان راعى حق الزوجة وعد الزوج متعسفا اذا دارا للمطووعة في محافظة دون ان يكون له سكن سابقا فيها او مصدر كسب , إذ قضت محكمة التمييز على ما يلي : "ان قاعدة الزوجة والاولاد يتبعون الاب تكون في الظروف الاعتيادية وليس في حالات الخلاف فاذا كانت المميز عليها موظفة والاولاد مستمرين في الدراسة فان طلب المميز عليه لزوجته في الدار المهيأة منه في منطقة لم تكن سكنهم قبل الخلاف يعد من قبيل التعسف" ¹ .

اما موقف القضاء المقارن فلا يختلف عن موقف القضاء العراقي , إذ اكدت محكمة النقض المصرية على ان الزوجة لا ينبغي لها ان تتعسف في مطووعة زوجها , حيث قضت محكمة النقض على ما يلي : "وحيث إن المادة الأولى من القانون رقم (25) لسنة 1920 الخاص بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية - والمعدل بالقانون رقم (100) سنة 1985 - تقضي بما يأتي: "تجب النفقة للزوجة على زوجها من تاريخ العقد الصحيح إذا سلمت نفسها إليه ولو حكما حتى لو كانت موسرة أو مختلفة معه في الدين ولا يمنع مرض الزوجة من استحقاقها النفقة وتشمل النفقة الغذاء والكسوة والمسكن ومصاريف العلاج وغير ذلك مما يقضي به الشرع ولا تجب النفقة للزوجة إذا ارتدت، أو امتنعت مختارة عن تسليم نفسها دون حق أو اضطرت إلى ذلك لسبب ليس من قبل الزوج أو خرجت دون إذن زوجها ولا يعتبر سببا لسقوط نفقة الزوجة، خروجها من مسكن الزوجية - دون إذن زوجها - في الأحوال التي يباح فيها ذلك بحكم الشرع مما ورد به نص أو جرى به عرف أو قضت به ضرورة ولا خروجها للعمل المشروع ما لم يظهر أن استعمالها لهذا الحق المشروط مشوب بإساءة استعمال الحق، أو مناف لمصلحة الأسرة، وطلب منها الزوج الامتناع عنه" ² .

¹ ينظر قرار محكمة التمييز الاتحادية , قسم الاحوال الشخصية والمواد الشخصية , بالعدد 6357 / 2016 , نقلا عن مؤيد حميد الاسدي , المنتقى من المبادئ القانونية , مصدر سابق , ص 89

² قرار المحكمة العليا الدستورية العليا , قضية رقم 18 لسنة 14 , بتاريخ 3 مايو / 1997

اما القضاء الجزائري فقد اكد على ان الزوجة تتبع زوجها وتسكن حيث يسكن , إذ قضت المحكمة العليا على ما يلي : " ان القاعدة العامة ان الزوجة تتبع زوجها وتقيم حيث يقيم ويمكن له ايجاد مسكن للزوجة , وحيث ان للطاعة الحق في اشتراط تحديد مكان الإقامة الزوجية عند او اثناء او بعد ابرام عقد الزواج بينهما وتقديم البينة على ذلك , وحيث ان في دعوى الحال تدعي الطاعة انها اشترطت على المطعون ضدها ان يكون مقر الزوجية بفرنسا , غير انها عجزت عن تقديم البينة على ذلك خاصة وان الطاعن ينكر ادعائها وتمسكه بالحق الشرعي والقانوني المتمثل في وجوب اقامة الزوجة حيث يقيم .. ولما قضى قضاة الموضوع بالزام الزوجة حيث يقيم زوجها فان قضائهم غير مشوب بالقصور او انعدام الاساس القانوني بل جاء متطابق واحكام الشريعة الاسلامية¹ ."

ويتضح لنا من خلال ما تقدم ان القضاء العراقي او المقارن قد اقر صراحة ان الزوجة تتبع زوجها اينما حل ؛ وذلك لأنه الملزم بتهيئة دار السكن ؛ لان النفقة واجبة عليه , وبالتالي فان اعطاء الزوجة الحق في اختيارها لمسكن الزوجية في البلد الذي تختاره بدون اشتراط سابق على العقد او لاحق له فيه مصادره لحق الزوج سيما وان القوامة للزوج .

الفرع الثاني

مشروعية سلب ولاية الاب لعدم عدم الانفاق

الاصل انّ الأب هو الولي الجبري على اولاده ولا يجوز سلب هذه الولاية إلا في الاحوال التي نص عليها الشرع والقانون , ويلاحظ في الآونة الاخيرة ان القضاء العراقي اجاز سلب ولاية الأب عن ابنائه بسبب عدم قيامه بواجبه الشرعي المتمثل بالنفقة عليهم² , وعليه يتعين علينا ان نبين ما مشروعية ذلك , وهل المقصود بالولاية رعاية الاولاد وتعليمهم والاشراف عليهم ام ولاية التزويج وولاية التصرف بالأموال , وهل بالإمكان ارجاع الولاية الى الاب اذا تعهد بالأنفاق على ابنائه؟ .

ومن كل ما تقدم يتعين علينا ان نبين مدلول الولاية وموقف الفقه الاسلامي وبيان موقف التشريع والقضاء , وعليه سنقسم هذا الفرع على فقرات , نتطرق الى موقف

¹ قرار المحكمة العليا الجزائرية , تاريخ 2006/4/12 , ملف رقم 358665 , منشور في المجلة القضائية للمحكمة العليا , العدد 1, 2006 , ص 491

² قرار محكمة التمييز الاتحادية , قسم الاحوال الشخصية والمواد الشخصية , بالعدد 7335 / 2022 , تسلسل , 7250 , تاريخ 2022/5/18 , قرار غير منشور .

الفقه الاسلامي في الفقرة الاولى , اما الفقرة الثانية فسنبين موقف التشريع والقضاء وذلك على النحو الاتي :

اولا - موقف الفقه الاسلامي

إنَّ لبيان موقف الفقه الاسلامي من مشروعية سلب ولاية الاب لعدم الانفاق على اولاده يتعين علينا اولاً ان نبين الحكم الذي يترتب على عدم قيام الاب في الأنفاق على ابنائه ابتداء .

بالرجوع الى آراء فقهاء الشريعة الاسلامية نجد انهم اختلفوا في ذلك , فذهب البعض من فقهاء الامامية الى انَّ الاب اذا امتنع عن الانفاق مع يساره , كان لمن تجب له النفقة ..المطالبة بالأنفاق عليه , فان امتنع رفعه للحاكم الشرعي فيجبره على الانفاق , فان تعذر اجباره انفق عليه من ماله , فان تعذر انفق عليه من مال اخر بقصد الرجوع عليه وتكون النفقة دينا عليه¹.

وذهب البعض من الفقهاء الحنفية الى ان الاب اذا كان مؤسراً وامتنع عن الانفاق على اولاده , فيحبس في نفقتهم , ولا يحبس الوالد في دين ولده الا دين النفقة , اما اذا كان معسراً فانه يكلف بالتكسب والانفاق , فان عجز عن التكسب والانفاق , وجب الانفاق على اقارب اولاده , واقربهم اليهم اهم , فان كانت مؤسره امرت بالأنفاق عليهم على ان تكون ما تنفقه دينا على الاب²....

وذهب البعض من فقهاء الشافعية الى ان الاب اذا منع الابن من النفقة فيأذن له القاضي بالاقتراض وتصير دينا على الاب ؛ وذلك لتأكد ذلك بفرض القاضي واذنه فيه³..

وذهب فقهاء الحنابلة المتأخرين الى ان الاب اذا كان قادراً على نفقة ولده في التعليم والعلاج وغيرها مما يحتاجه الابن فلا يجوز له التقصير فيها .. فأن تعذر واصر الاب على موقفه فلا بأس في هذه الحال من رفع امره الى القاضي ليقوم بالزام الاب بما يجب عليه شرعاً⁴ .

¹ وهو ما ذهب اليه فقهاء الامامية , ينظر : السيد عبد الاعلى السيزواري , مهذب الاحكام في بيان الحلال والحرام , مصدر سابق , (322/25) , والسيد محمد سعيد الحكيم , الاحكام الفقهية , مصدر سابق , ص 447

² ينظر : عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري , الفقه على المذاهب الاربعة , مصدر سابق , (512/4) .

³ ينظر : الشافعي , بدر الدين ابي الفضل محمد بن ابي بكر , بداية المحتاج في شرح المنهاج , مصدر سابق , (424/3) , الاسنوي , جمال الدين عبد الرحيم , المهمات في شرح الروضة , مصدر سابق , (140/8) .

⁴ الشيخ صالح بن فوزان , المنتقى من فتاوى الشيخ الفوزان , ج3, طبعة دار الامام احمد , القاهرة , بلا سنة , ص 239

وذهب البعض الاخر منهم الى ان الابن اذا عجز عن التكسب وليس له مال فله ان يطالب اباة بالنفقة , فاذا امتنع الاب جاز للحاكم ان يحكم بحبسه حتى يسلم النفقة¹ .

ونتساءل عن حكم سلب ولاية الاب في حال عدم قيامه بالانفاق على اولاده والقيام بشؤونهم من مأكّل وملبس وغيرها من النفقات الضرورية فهل يجوز سلب الولاية عنهم ؟.

بالرجوع الى آراء فقهاء الشريعة الاسلامية القدامى لم نجد ما يشير الى جواه سلب ولاية الاب لعدم الانفاق على اولاده , بينما نجد ان البعض من الفقهاء المتأخرين تطرقوا لذلك ولم نجد من اجاز اسقاط ولاية الاب على ابنائه .

أ- ذهب البعض من الفقهاء الى عدم سقوط حق الاب في ولايته على بناته لعدم الانفاق عليهن , فالأب اما ان يكون مؤسرا قادرا على الانفاق ويمتنع عن الانفاق , فيحكم عليه بالانفاق وتؤخذ النفقة منه كرها , او ان يكون معسرا فلا حرج عليه² واستدلوا في قوله تعالى : " وَإِنْ كَانَ نُوَ عُسْرَةً فَنُظْرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ³ " .

ب- وذهب البعض الاخر منهم الى ان ولاية الاب لا تنتقل من الولي إلا في حالات معينة ذكرها الفقهاء ومنها فقد الولي الاقرب , وكذلك اذا اسر او حبس , وايضا غيبة الولي غيبة منقطعة , وكذلك العضل , فاذا وجد احد هذه الاسباب فتنتقل الولاية من الولي الاقرب الى الولي الابعد او الى الحاكم ... وكونه قطع نفقة بناته لا يسقط حق ولايته ؛ لان منع النفقة لا يسقط حق الولاية⁴ .

ت- ذهب الامامية الى ان الولاية لا تسلب من الاب لعدم الانفاق على اولاده , فاذا عجز الاب عن اداء الانفاق على اولاده من مأكّل وملبس وتعليم , فتكون النفقة واجبة على جده لأبيه وان علا فالأقرب والاقرب , فان فقد او أعسر فتجب النفقة على الام فان فقدت او اعسرت فتجب نفقة الاولاد على ابيها وامها وهكذا فالأقرب والاقرب , واما

¹ ابن عثيمين , محمد بن صالح بن محمد بن عثيمين , الشرح الممتع على زاد المستقنع , ج 11 , ط 1 , دار ابن الجوزي , 1428 هجري , ص 100

² المجلس الاعلى للفتوى والمظالم , رقم الفتوى (2021/432) , اسقاط الولاية , نقلا عن الموقع الالكتروني : <http://fatwamadhalim.gov.mr/spip.php?article1376> تاريخ الزيارة 2024/6/15

³ البقرة/ 280

⁴ ينظر فتوى ولاية الأب في حال امتناعه على النفقة على بناته , رقم الفتوى (10804) , بتاريخ 2005/1/10 , منشور على الموقع الالكتروني :

<https://www.islamweb.net/ar/fatwa/57916> تاريخ الزيارة 2024/6/15

الولاية في الفقه الامامي فلا تسقط لعدم الانفاق , بل تسقط في الاحوال التي اقرتها الشريعة¹ .

ومن خلال ما تقدم يتضح لنا ان فقهاء الشريعة الاسلامية لم يجيزوا سلب ولاية الاب لعدم الانفاق على اولاده , اذ اتفقوا على ان الولاية لا تسلب الا في الاحوال التي اقرتها الشريعة الاسلامية

ثانيا - موقف التشريع والقضاء

لبيان موقف التشريع والقضاء يتعين علينا ان نقسم هذه الفقرة على قسمين , نتطرق الى موقف التشريع في الفقرة الاولى , في حين نتطرق في الفقرة الثانية لموقف القضاء وذلك على النحو الاتي :

1_ موقف التشريع

لم ينص المشرع العراقي صراحة على ان عدم انفاق الاب على ابنائه يعد سببا موجبا لأسقاط ولايته عنهم , الا اننا من خلال تتبعنا للنصوص القانونية نجد ان المشرع عالج حالة عجز الاب عن الانفاق في المادة (60) من قانون الاحوال الشخصية , إذ نصت على ما يلي: "1_ اذا كان الاب عاجزا عن النفقة يكلف بنفقة الولد من تجب عليه عند عدم الاب 2_ تكون هذه النفقة دينا على الاب للمنفق يرجع بها عليه اذا يسر" . ويلاحظ على هذه المادة انها لم تتطرق لحالة تعمد الاب عدم الانفاق على اولاده , ولكن بالرجوع الى احكام المادة (384) من قانون العقوبات العراقي النافذ نجد انها تؤكد على ان الاب اذا تخلف عن الانفاق على ابنائه فيعاقب بالحبس , حيث نصت على ما يلي: "اولا_ من صدر عليه حكم قضائي واجب النفاذ بأداء نفقة لزوجته او احد اصوله او فروعه او لأي شخص اخر بأدائه اجرة حضانة او رضاعة او سكن وفق ما يقرره القانون , وامتنع عن الاداء مع القدرة على ذلك خلال الشهر التالي لأخباره بالتنفيذ , يعاقب بالحبس مدة سنة , وتكون العقوبة في حال العود الحبس مدة سنتين ولا يجوز تحريك الدعوى إلا بناء على شكوى من صاحب الشأن او الادعاء العام , وتنقضي الدعوى بتنازل من حرك الشكوى او بأداء المشكو منه ما تجمد بذمته , فاذا كان التنازل او الاداء قد حصل بعد صدور الحكم في الدعوى اوقف تنفيذ العقوبة"² . وبالرجوع ايضا الى قانون رعاية القاصرين النافذ نجد انه نص صراحة على ايقاف

¹ وهو ما ذهب اليه فقهاء الامامية , فتاوى شفهوية صادرة عن وكيل المرجع السيد علي السيستاني في كربلاء المقدسة , بتاريخ 2024/6/15

² ينظر اكثر نص تعديل المادة (384) من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 النافذ , منشور في العدد (4776) من جريدة الوقائع العراقية

ولاية الاب في حال الحكم عليه بعقوبة مقيدة للحرية مدة تزيد عن سنة , إذ نصت المادة (33) على ما يلي: " تقرر المحكمة ايقاف الولاية متى اعتبرت الولي غائبا او كان قد حكم عليه بعقوبة مقيدة للحرية لمدة تزيد على سنة". وعند التأمل بالنصوص المتقدمة نجد ان المشرع في قانون العقوبات رتب على عدم انفاق الاب عقوبة الحبس في حين رتب قانون رعاية القاصرين على عقوبة الحبس ايقاف ولاية الاب , وبالتالي فان ولاية الاب اوقفت لا لسبب عدم الانفاق , بل نتيجة للحكم بالعقوبة المقيدة للحرية وهي الحبس مدة تزيد عن سنة .

ونص المشرع العراقي في المادة (32) من قانون رعاية القاصرين على ما يلي: " للمحكمة ان تسلب ولاية الولي متى ثبت لها سوء تصرفه". وعليه فان النص ورد مطلق ولم يحدد المقصود من سوء تصرف الاب , وبالتالي يمكن اعتبار ان الاب اذا اهمل عن رعاية ابنائه وعدم قيامه بالانفاق عليهم يعد من قبيل سوء تصرف مما يستوجب سلب ولايته عنهم .

أمّا المشرع المصري فقد نصت في المادة (5/3) من قانون رقم 118 لسنة 1952 الخاص بأحكام سلب الولاية على النفس على ما يلي: " يجوز ان تسلب او توقف كل او بعض حقوق الولاية بالنسبة الى كل او بعض من تشملهم الولاية في الاحوال الاتية ..5_ اذا عرض الولي للخطر صحة احد ممن تشملهم الولاية او سلامته او اخلاقه او تربيته او سوء المعاملة ... او بسبب عدم العناية او التوجيه , ولا يشترط في هذه الحالة ان يصدر ضد الولي حكم بسبب تلك الافعال".

أمّا المشرع الجزائري فمن خلال استقراء النصوص نجد انه اجاز اسقاط ولاية الاب بسبب عجزه عن الانفاق ويفهم ذلك من خلال مقتضى نص المادة (91) من قانون الاسرة النافذ على ما يلي: " تنتهي وظيفة الولي 1- بعجزه 2- موته 3- بالحجر عليه 4- او بأسقاط الولاية عنه .." وبالرجوع الى احكام المادة (76) من القانون نفسه نجد انه ينص على ما يلي: " في حال عجز الاب تجب نفقة الاولاد على الام اذا كانت قادرة على ذلك".

وبالرجوع الى احكام قانون العقوبات الجزائري نجد رتب على امتناع الاب عن الانفاق على اولاده عقوبات مادية تتمثل بالحبس والغرامة وذلك في المادة (331) والتي تنص على ما يلي: " يعاقب بالحبس وبغرامة مالية ..كل من امتنع عمدا لمدة تتجاوز الشهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء الاعالة اسرته". ونص على عقوبات معنوية ومن بينها اسقاط ولايته كلها او بعضها حيث ونصت المادة (332) من قانون العقوبات على ما يلي: " يجوز الحكم علاوة على ذلك على كل من قضي عليه لأحدى الجرح

المنصوص عليها في المادتين (330) و(331) بالحرمان من الحقوق الواردة في المادة (14) من هذا القانون من سنه على الاقل الى خمس سنوات على الاكثر ". وبالرجوع الى المادة (14) نجد انها تنص على ما يلي: " يجوز للمحكمة على قضائها في جنحة وفي الحالات التي يحددها القانون , ان تحضر على المحكوم عليه ممارسة حق او اكثر من الحقوق الوظيفية المذكورة في المادة (9) والتي تنص على ما يلي ..يتمثل الحرمان ...سقوط حق الولاية كلها او بعضها ..".

ويتضح لنا ان التشريع العراقي والمقارن عني بالاهتمام في النفقة ووضع عقوبات معنوية كجزاء لتخلف الاب عن الانفاق ويتمثل هذا الجزاء بسلب ولايته عنهم واسناد الولاية وادارة شؤون الاولاد الى غير الاب بالإضافة الى عقوبات مادية تتمثل بالحبس والغرامة .

2_ موقف القضاء

إنَّ للقضاء العراقي توجهين في هذا الصدد التوجه السابق يقضي بعدم جواز سلب ولاية الاب , اما التوجه الحديث فنجد ان القضاء العراقي قضى بجواز سلب ولاية الاب بسبب عدم الانفاق وكالاتي:

أ- **التوجه الاول :** لا يجوز سلب ولاية الاب عن ابنائه بسبب عدم الانفاق عليهم , اذ قضت محكمة التمييز على ما يلي: " لدى التدقيق والمداولة وجد ان الحكم المراد تمييزه وفق المادة (309) من قانون المرافعات المدنية غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون ؛ لان ما ساقته المدعية في عريضة دعواها من اسباب لسلب ولاية زوجها المدعي عليه عن اولاده والمتعلقة بعدم تسديد النفقات المحكوم بها بموجب اقامته الاضبارة التنفيذية ... وعدم اقامته دعوى بهذا الشأن لا يعتبر من قبيل سوء التصرف الوارد في المادة (32) من قانون رعاية القاصرين سيما وان سلب الولاية بموجب احكام المادة المذكورة يترتب عليه اسقاط ولايته نهائيا ونصب وصي دائمي مما كان يقتضي بالمحكمة رد دعواها بهذا الشأن , وحيث ان المحكمة اصدرت حكمها المميز دون مراعاة ما تقدم مما اخل بصحته لذا قرر نقضه "1.

ب- **التوجه الثاني :** جواز سلب ولاية الاب عن ابنه بسبب عدم قيامه بالانفاق عليهم , إذ قضت محكمة التمييز على ما يلي: " لان صدور حكم بالعدد ..بالزام المدعى عليه بتأدية نفقة لأبنته , ورغم ايداع الحكم المذكور في التنفيذ بتاريخ 2019/1/28 الا انه لم يتم بتسديد النفقة لحد الان , وان عدم تأدية الولي لنفقة ابنته التي تحت

1 قرار محكمة التمييز الاتحادية , قسم الاحوال الشخصية والمواد الشخصية , بالعدد 7335 / 2022, تسلسل , 7250 , تاريخ 2022/5/18 , قرار غير منشور .

ولايته طيلة هذه الفترة يعد من قبيل سوء التصرف الذي يجيز سلب الولاية استناداً لأحكام المادة (32) من قانون رعاية القاصرين رقم (78) لسنة 1980 المعدل , وحيث ان المحكمة اصدرت حكمها المميز دون مراعاة ما تقدم , مما اخل بصحة حكمها لذا قرر نقضه...¹ وايضا ما ذهبت اليه محكمة التمييز بتصديق الحكم الصادر من محكمة الاحوال الشخصية في البصرة القاضي بجواز سلب ولاية الاب كونه يتهرب من دفع النفقة وتنصيب المدعية (والدة الطفل) قيمة مؤقته عليه لحين بلوغه سن الرشد².

ومن خلال التأمل في القرارات الصادرة من المحاكم العراقية في هذا الجانب فأنا يمكننا ان نلاحظ انها اجازت سلب ولاية الاب عن اولاده الصغار وخص بالذكر ما يلي : " ادارة شؤونهم ومراجعة الدوائر الرسمية وشبه الرسمية بخصوص المعاملات المتعلقة بها ومنها مديرية الجوازات العامة والدوائر التابعة لها لغرض اصدار جواز سفر والسفر خارج البلاد .. كما ان تعيين الام وصية عن الاولاد ليس بشكل دائم بل مؤقت لحين عودة الاب الى البلد "³.

ونرى ان حق ادارة شؤون المحضون والسفر به انما تتفرع عن الولاية في حال حياة الاب , ويؤيد قولنا ما ذهبت اليه محكمة التمييز الاتحادية في القرار سالف الذكر بالنص صراحة في حكمها على منع الام من ادارة أموال الصغير او التصرف بها الا بموافقة دائرة رعاية القاصرين .

ويرى الباحث ضرورة النظر الى نية الاب والسبب الذي دفعه الى عدم قيامه بالإنفاق على ابنائه , فاذا كان ذلك بسبب عجزه لفقره او عدم قدرته على التكسب والعمل , لمرض او لظرف اخر , فلا يجوز سلب ولايته عن اولاده , بل يكلف غيره بالإنفاق عليهم وتبقى ديناً على الاب وحسب درجة القرابة , اما اذا تعمد الاب عدم الإنفاق على اولاده رغم يساره وقدرته فلا بد من اجباره على الإنفاق ويعطى للزوجة الحق في الإنفاق عليهم وتبقى ديناً على الاب اذا كانت مؤسره , اما اذا كانت معسرة جاز لها الاستدانة باسم الزوج , بالإضافة الى نقل الحضانة الى غير الاب ؛ وذلك لأنه اخل بشروطها , وحيث انها تدور مع مصلحة المحضون وجودا وعدما , وبالتالي فان تعمد الاب قصدا في اضرارهم والحاق الاذى بهم يستوجب نقل الحضانة الى الام او أي

¹ قرار محكمة التمييز الاتحادية , قسم الاحوال الشخصية والمواد الشخصية , العدد 2023/2055 , تسلسل 2589 , بتاريخ 2023/2/12 , قرار غير منشور .

² ينظر قرار محكمة التمييز الاتحادية , قسم الاحوال الشخصية والمواد الشخصية , بالعدد 2024/30 , تسلسل 98 , تاريخ 2024/1/2 , قرار غير منشور

³ قرار محكمة التمييز الاتحادية , قسم الاحوال الشخصية والمواد الشخصية , بالعدد 2041/2019 , بتاريخ 2019/2/10 , قرار غير منشور

شخص اخر قادرا على رعاية المحضون , واما فيما يتعلق في التزويج والتصرف في الاموال , فيبقى الاب متمتعا بهذا الحق ما لم يخشى على الابن من ضياع ماله اذا كان له مال او يخشى على الفتاة من العضل فحينئذ يجوز سلب الولاية عنه.

اما عن موقف القضاء محل المقارنة , فلم نجد لمحكمة النقض المصرية حكما يقضي بسقوط ولاية الاب على ابنائه بسبب عدم الانفاق عليهم , وكذلك الامر بالنسبة لموقف المحكمة العليا في الجزائر على الرغم من جواز سلب ولاية الاب بسبب الحكم عليه بالعقوبة .

ومن خلال ما تقدم نجد ان للاجتهاد القضائي المعاصر دورا مهما في حسم القضايا المتعلقة بالاثار غير المالية المترتبة على انشاء الرابطة الزوجية ومساهمة في سد الفراغ التشريعي الحاصل في هذا الامر , خاصة ان دور التشريع في هذا المجال يكاد ان يكون ضئيلا ومحدودا , فلم يعتني المشرع العراقي في هذه الاثار بشكل كبير مما حدا بالقضاء ان يجتهد من اجل حسم النزاعات المتصلة بهذا الجانب .

المبحث الثاني

الاجتهاد القضائي المعاصر في مسائل انحلال الرابطة الزوجية والاثار المترتبة عليها

من المعلوم ان الاجتهاد القضائي المعاصر لا يقتصر على انشاء الرابطة الزوجية والاثار المترتبة عليها , بل يشمل انحلال الرابطة الزوجية والاثار المترتبة عليها ايضا , فالكثير من مسائل الاحوال الشخصية المتعلقة بانحلال الرابطة الزوجية والاثار المترتبة عليها لم تتم معالجتها تشريعيًا , لذا كان للاجتهاد القضائي المعاصر دورا بارزا في حسمها , وبناء على ذلك فقد صدرت العديد من الاحكام القضائية من مختلف المحاكم , ومن هذه الاحكام ما هو متعلق بانحلال الرابطة الزوجية ابتداء كالطلاق الواقع عبر وسائل الاتصال الحديثة او الهجر الموجب للتفريق , حيث نجد تعدد الاجتهادات القضائية الصادرة في القضية الواحدة , واما الاجتهادات الصادرة في الاثار المترتبة على انحلال الرابطة الزوجية فيمكن تقسيمها الى اثار مالية واخرى غير مالية , فأما الآثار المالية المترتبة على انحلال الرابطة الزوجية فنجد ان القضاء اشترط لصحة استحقاق الزوج للبدل من زوجته , وبالتالي صحة الخلع هو ان تكون الزوجة كارهة لزوجها حين وقوع الخلع , واما الاثار غير المالية المترتبة على انحلال الرابطة الزوجية فمنها ما هو متعلق بالمشاهدة كما لو منع من ثبت له الحق في الحضانة الطرف الاخر من مشاهدة ابنه فما هو الجزاء المترتب على ذلك في ضوء الفقه والتشريع , ومنها ما تعلق بالنسب حيث نجد توجه القضاء الى نفي النسب الثابت بالفراش بالطرق العلمية الحديثة , وعليه يتعين علينا ان نبين الموقف الفقهي والتشريعي من ذلك وكذلك بيان موقف القضاء العراقي والمقارن من ذلك .

ومن كل ما تقدم ارتأينا ان نقسم هذا المبحث على ثلاثة مطالب نتطرق في المطلب الاول الى الاجتهاد القضائي المعاصر في انحلال الرابطة الزوجية ابتداء في حين سنخصص المطلب الثاني الى الاثار المالية المترتبة على انحلال الرابطة الزوجية , اما المطلب الثالث فسنطرق فيه الى الاثار غير المالية التي تترتب على انحلال الرابطة الزوجية وذلك كالآتي :

المطلب الاول

الاجتهاد القضائي المعاصر في انحلال الرابطة الزوجية ابتداء

تتعدد مسائل انحلال الرابطة الزوجية التي لم تحظى باهتمام ومعالجة من قبل المشرع وكان للقضاء دور في حسمها ومن تلك المسائل الطلاق الواقع عبر وسائل الاتصال الحديثة , فقد يتصل الزوج بزوجه اتصالا هاتفيا عبر برنامج (السكايب) او (التليجرام) او (الواتساب) او (الماسنجر) ويوقع بحقها طلاقا عبر هذه الوسائل , او قد يرسل لها الطلاق برسالة نصية عبر هذه الوسائل فما حكم الطلاق الواقع عبر هذه الوسائل , وايضا ما اقره القضاء في مسألة التفريق القضائي حيث نجد ان القضاء قد تباينت احكامه في مسألة التفريق للهجر حيث اشترط القضاء بقاء الزوج في دار الزوجية وان يهجرها الزوج في الفراش وعليه لا بد من معرفة موقف فقهاء الشريعة الاسلامية المعاصرين من هذا الشرط وكذلك بيان موقف التشريعات من كل ذلك.

ومن كل ما تقدم سنقسم هذا المطلب على فرعين , نتطرق في الفرع الاول الطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة في حين نتطرق في الفرع الثاني الى الهجر الموجب للتفريق وذلك على النحو الاتي :

الفرع الاول

الطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة

إنَّ انحلال الرابطة الزوجية عن طريق وسائل الاتصال الالكترونية الحديثة من المسائل المستجدة والمعاصرة التي لم يكن لها وجود من قبل ؛ اذ ظهرت نتيجة للتقدم التكنولوجي في مجال الاتصالات الحديثة ؛ فنتيجة للتقدم العلمي في مجال الاتصالات الحديثة اصبح بإمكان الزوجين فك الرابطة الزوجية عن طريق وسائل الاتصال الحديثة كالأنترنترنت والمكالمات الهاتفية , اذ شهدت الآونة الاخيرة حالات عديدة عرضت على القضاء تتعلق بالطلاق عن طريق وسائل الاتصال الحديثة الامر الذي يستدعي البحث في هذه المسألة والبحث في مدى معالجة القانون ومسايرته للتقدم العلمي الحاصل وبيان موقف الاجتهاد القضائي المعاصر لهذه المسألة , وعليه سنقسم هذا الفرع على فقرتين نتطرق في الفقرة الاولى الى صور الطلاق عبر الوسائل الحديثة وبيان مشروعيتها كل صورة في حين سنخصص الفقرة الثانية لبيان موقف التشريع والقضاء وكالاتي :

اولا - صور ايقاع الطلاق عن طريق الوسائل الحديثة وبيان مشروعيتها كل منها:

تتعدد صور ايقاع الطلاق عبر الانترنت بتعدد الوسائل المتاحة , فقد تكون تلك الوسيلة كتابة الكترونية , او قد تكون اتصالا صوتيا , او اتصالا مرئيا او كليهما , وعليه سنتطرق الى كل صورة من هذه الصور ونبين مدى مشروعيتها كل منها كالآتي:

1 - الصورة الاولى : ايقاع الطلاق عن طريق الكتابة الالكترونية

اتفق فقهاء الشريعة الاسلامية ان الاصل في صيغة الطلاق ان يكون باللفظ , اما ايقاع الطلاق كتابة عن طريق المراسلة فقد اختلف الفقهاء القدامى في مشروعيتها وانقسمت آراؤهم على قولين :

- أ- **القول الاول :** وهو ما ذهب اليه الحنفية¹ والمالكية² والشافعية³ والحنابلة⁴ الى ان الطلاق يصح بالكتابة , فعندهم يعد طلاقا بالكناية ... واشترطوا ان تكون الكتابة مستبينة , وهي الكتابة التي يمكن قراءتها والتي تبقى بعد كتابتها , اما الكتابة غير المرسومة فتعد من الكنايات وبالتالي لا يقع بها الطلاق الا مع النية⁵ ...
- ب- **القول الثاني :** وهو ما ذهب اليه فقهاء الامامية⁶ والظاهرية⁷ في عدم وقوع الطلاق بالكتابة مع القدرة على النطق .

ومن خلال تتبعنا لوسائل الاتصال الحديثة اصبح بالإمكان ايقاع الطلاق عن طريق الكتابة الالكترونية , وذلك باستخدام برامج التواصل المعروفة كالتواتساب والفايبر والتلجرام وغيرها من البرامج , وبناء على ذلك فقد تصدى فقهاء الشريعة الاسلامية المعاصرين الى مسألة ايقاع الطلاق كتابة عبر وسائل الاتصال الحديثة غير انهم اختلفوا في وقوعه او عدم وقوعه فصدرت بذلك آراء عدة ومن تلك الآراء ما يلي :

أ- **الراي الاول :** يرى اصحاب هذا الراي بصحة الطلاق بالكتابة الصادر عبر وسائل الاتصال الحديثة , وهو راي البعض من جمهور الفقهاء المعاصرين , حيث ذهبوا الى ان الطلاق عن طريق الرسائل المكتوبة عن طريق مواقع التواصل الاجتماعي دون تلفظ الطلاق يتوقف الحكم فيه على نية المطلق وقصده اللفظ وهل تلفظ بالطلاق ام لا ؟

¹ ابن عابدين , رد المحتار على الدر المختار, مصدر سابق , (246/3).

² الخرخشي , محمد بن عبد الله , شرح مختصر خليل , ج 4 , دار الفكر , بيروت , لبنان , بلا سنة , ص 49

³ الشيرازي , المهذب في فقه الامام الشافعي , مصدر سابق , (13/3).

⁴ ابن قدامي , مغني المحتاج , مصدر سابق , (283/8).

⁵ ابن عابدين , رد المحتار على الدر المختار, مصدر سابق , (246/3).

⁶ السيد علي الحسيني السيستاني , منهاج الصالحين , مصدر سابق , (152/3).

⁷ الظاهري , ابو محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم الاندلسي , المحلى بالآثار , ج 9 , دار الفكر , بيروت , لبنان

, بلا سنة طبع , ص 438

فاذا تلفظ بالطلاق يقع طلاقه وان لم يتلفظ بالطلاق يتوقف الحكم على قصده من كتابة الرسالة , حيث لا بد من حضور الزوج وسؤاله عن قصده ونيته , فاذا كان قاصدا الطلاق فيقع الطلاق صحيحا وان لم يكن قد قصد الطلاق فلا يقع طلاقه¹.

وذهب البعض الاخر الى ان كتابة الزوج لفظ الطلاق في رسالة الكترونية عبر (SMS) او الواتساب او البريد الالكتروني (email) او نحوها يكون صحيحا متى ما توافرت بعض الشروط والضوابط ومنها ما يلي :

1. أن يكون الزوج هو صاحب الرسالة المكتوبة بالفعل .
2. أن تكون الرسالة موجهة من الزوج لمعلوم قاصدا ايصال مضمونها الى زوجته سواء ارسلها لزوجته او لغيرها .
3. أن يكون اللفظ المكتوب في الرسالة هو ما يستعمل في الطلاق.
4. أن يتوفر لدى الزوج قصد ايقاع طلاق زوجته وقت كتابة الرسالة اما اذا لم يكن نوايا الطلاق لم يقع طلاقه.
5. ان يقصد الزوج انشاء الطلاق في الحال , لا الاخبار بطلاق سابق يعتقد وقوعه او اراد شيئا اخر غير الطلاق.....
6. مراعاة قواعد الاثبات والاعتداد بالمراسلات عبر البرامج المذكورة واستيفاء الشروط والضوابط الفنية والتقنية المنصوص عليها في قانون تنظيم التوقيع الالكتروني ولائحة التنفيذ رقم (109) لسنة 2005.
7. إضافة الى كل ما تقدم لا بد من توفر الشروط الشرعية الاخرى بأن لا يكون في حالة غضب او هزل او مكرها و غيرها من الشروط الشرعية الاخرى².

وذهب البعض الاخر الى ان الطلاق بالرسالة القصيرة عبر الهاتف الخليوي او البريد الالكتروني يأخذ حكم الطلاق بالكتابة , وهو يقع عند جمهور الفقهاء ولو مع القدرة على اللفظ بشرط ان تكون الكتابة مستبينة ومرسومة وان لا يكون الزوج مدهوشا او مكرها حال الكتابة³

وذهب اخرون الى ان الطلاق بالكتابة عبر الفاكس او الحاسب الالى المرتبط بشبكة الانترنت او الكتابة عبر الجوال فانه يتوقف على نية الزوج , فان نوى الطلاق فانه يقع

¹ وهذا ما ذهبت اليه دار الافتاء المصرية , منشور على الموقع الالكتروني

<https://www.dar-alifta.org/ar/Articles/8200> تاريخ الزيارة 2023/11/16

² فتاوى دار الافتاء , مدى وقوع الطلاق عن طريق الكتابة في الرسائل الالكترونية , <https://www.dar->

[alifta.org/ar/fatawa/19475](https://www.dar-alifta.org/ar/fatawa/19475) تاريخ الزيارة 2023/11/16

³ فتوى لجنة دار الافتاء , دار الافتاء الاردنية بالعدد 961 الصادرة في 2010/11/28 , منشور على الموقع

الالكتروني http://www.bab.com/articles/full-article_cfm?id=7035 تاريخ الزيارة

2023/11/15

صحيحاً ؛ لان الكتابة حروف يفهم منها الطلاق ؛ ولان الكتابة تقوم مقام القول...., اما اذا لم ينو , فلا يقع الطلاق¹ .

ب_ الرأي الثاني : وهو ما ذهب اليه البعض من فقهاء الامامية في عدم صحة الطلاق بالكتابة عن طريق وسائل الاتصال الحديثة² , إذ إنّ الطلاق بالكتابة لا يقع مع القدرة على النطق³, فاذا تم الطلاق عبر رسالة عبر فيها عن ارادته بتطليق زوجته , فلا يقع اذا اراد الزوج انشاء الطلاق بمجرد الكتابة , اما اذا اخبرها بوقوع الطلاق فهو حجة لها ويجوز لها الزواج من اخر بعد انتهاء العدة اما انشاءه ابتداء فلا يصح⁴ , حيث يشترط لصحة الطلاق اجراء صيغة الطلاق تلفظا اضافة الى الشروط الاخرى⁵ كالإشهاد على الزواج , بمعنى ايقاع الطلاق مع حضور شاهدين عدلين يسمعان الانشاء ويشترط اجتماعهما في حين سماع الطلاق , بالإضافة الى ذلك يشترط ان تكون الزوجة في حالة طهر⁶ , والسؤال الذي يثار في هذا الصدد هل ان عدم مشروعية ايقاع الطلاق كتابة عبر وسائل الاتصال الالكترونية يسري على العاجز عن الكلام , او بعبارة اخرى هل ان الاخرس يحق له ايقاع الطلاق كتابة عبر هذه الوسائل الحديثة ؟ .

من خلال التأمل في الحكم الذي اورده فقهاء الامامية , يرى الباحث ان عدم امكانية ايقاع الطلاق كتابة عبر وسائل الاتصال الحديثة يسري على القادر على النطق وغير القادر على النطق على حد سواء .

ويرجح الباحث قول الامامية في عدم وقوع الطلاق بالكتابة عبر وسائل الاتصال الحديثة ؛ وذلك لان الطلاق بالكتابة عبر الوسائل الحديثة لا يمكن ان يستوفي الشروط الشرعية التي امر الله تعالى بها كتحقق الصيغة التي يقع بها الطلاق والاشهاد والتحقق من الحالة النسائية للزوجة , اضافة الى ما يترتب على الطلاق من اثار شرعية , سواء اكانت هذه الاثار مالية او غير مالية , وكذلك ان هذه الوسيلة غير امنة فقد تتعرض للتزوير والتحريف .

¹ الشيخ محمد النجدي , حكم الطلاق عبر وسائل التواصل , منشور على الموقع الالكتروني :

<https://alolfa.com/play/id/4178> تاريخ الزيارة 2023/22/18

² السيد صادق الحسيني الشيرازي , هداية السائل الى اجوبة المسائل , مصدر سابق , ص244

³ السيد علي الحسيني السيستاني , منهاج الصالحين , مصدر سابق , (152/3).

⁴ فتوى سماحة السيد علي الحسيني السيستاني , منشور على الموقع الالكتروني <https://alseraj.net/fitwa>

تاريخ الزيارة 2023/11/15

⁵ فتاوى سماحة السيد صادق الحسيني الشيرازي, مؤسسة الرسول الاكرم الثقافية , نقلا عن الموقع الالكتروني

<http://s-alshirazi.com/masae/subject/talagh/etter5.htm>. تاريخ الزيارة 2023/11/16

⁶ السيد علي الحسيني السيستاني , منهاج الصالحين , مصدر سابق , (152/3).

2_ الصورة الثانية: ايقاع الطلاق عن طريق المحادثة الالكترونية

في هذه الصورة يتم ايقاع الطلاق عبر الصوت او الصوت والصورة معا من خلال برامج التواصل المعروفة (كالواتساب) و (التلجرام) و(المانجر) وغيرها من الوسائل المعروفة , ويلاحظ ان هنالك اجماعا بين فقهاء الشريعة الاسلامية المعاصرين على مشروعية هذا الطلاق الواقع عبر هذه الوسائل لكن الاختلاف وقع في مدى ضرورة توفر الاشهاد على هذا الطلاق , فذهب البعض من الفقهاء المعاصرين الى صحة وقوع الطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة , حيث ان الطلاق عبر مواقع التواصل (كالفيس بوك والواتساب) سواء كان بالصوت او الصوت والصورة يأخذ حكم التواصل الطبيعي ويأخذ نفس احكامه , فوجود شخصين على نفس الوسيلة (الواتساب) يأخذ حكم الوجود الفعلي¹ . وذهب البعض الاخر الى ان الطلاق الواقع عبر (الواتساب) يرجع فيه الى نية الزوج وقصده فيقع الطلاق ان نوى اما اذا لم ينو الطلاق فلا يقع² ...

في حين ذهب البعض من الفقهاء المعاصرين الى ان الزوج اذا طلق زوجته مشافهة او عن طريق الهاتف او نحوه فان الطلاق واقع شرعا , فلا يشترط الاشهاد فالطلاق يقع مجرد تلفظ الزوج به وعرفت الزوجة ان الذي يخاطبها هو الزوج وليس هنالك تزوير³

وذهب فقهاء الامامية الى صحة الطلاق تلفظا عبر الهاتف كأن يقول الزوج لزوجته (انت طالق) ويشترط حضور شاهدين عدلين يسمعان تلفظ الزوج صيغة الطلاق بالإضافة الى توفر الشروط الشرعية الاخرى⁴ وذهب البعض من الامامية الى اشتراط ان يكون هنالك مجلس طلاق , أي مجلس يجمع الزوج او وكيله مع شاهدين عدلين يسمعان صيغة الطلاق تلفظا , اما اذا لم يكن هنالك مجلس بأن يكون الشاهدان يسمعان الطلاق عبر الهاتف فلا يقع الطلاق⁵ , في حين ذهب البعض الاخر من فقهاء الامامية الى عدم اشتراط اجتماع الزوج مع الشهود في مجلس طلاق , فيقع صحيحا اذا

¹ فتوى دار الافتاء المصرية , منشور على الموقع الالكتروني <https://arabic.rt.com/society/1318552> تاريخ الزيارة 2023/11/18

² طلاق الزوج زوجته عن طريق الهاتف , موقع الاسلام ويب الالكتروني :

<https://www.islamweb.net/ar/fatwa/418453> تاريخ الزيارة 2023/11/19

³ الشيخ محمد النجدي , حكم الطلاق عبر وسائل التواصل , منشور على الموقع الالكتروني :

<https://alolfa.com/play/id/4178> تاريخ الزيارة 2023/22/18

⁴ السيد , صادق الحسيني الشيرازي , هداية السائل الى اجوبة المسائل , مصدر سابق , ص 244

⁵ محاضرات للسيد خضير المدني , منشور على الموقع الالكتروني

https://www.youtube.com/watch?v=N-nH0del_wU تاريخ الزيارة 2023/11/18

انشأ الزوج الطلاق بحضور احد الشاهدين والآخر يسمع صيغة الطلاق بجهاز الهاتف ويشترط لصحة الطلاق عدم الشك بالزوج المطلق وبالمرأة المقصودة بالطلاق¹.

ويميل الباحث الى رأي الامامية في وجوب ان يقع الطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة في مجلس يضم الزوج مع شاهدين عدلين يسمعان تلفظ الزوج صيغة الطلاق ؛ وذلك حتى يستوفي هذا الطلاق الشروط الشرعية التي امرت بها الشريعة الاسلامية من جهة و لخطورة الآثار المترتبة على انحلال الرابطة الزوجية من جهة اخرى .

ثالثا- موقف التشريع والقضاء من ايقاع الطلاق عبر الوسائل الالكترونية الحديثة.

1_ موقف التشريعات

إنّ الطلاق عبر الوسائل الالكترونية الحديثة من السائل المعاصرة والمستجدة لذا فان اغلب الدول لم تضع له تنظيما معين ولم تشرع له احكاما وعليه سنتطرق الى تلك القوانين كالاتي:

أ- موقف التشريع العراقي

لم يعالج قانون الاحوال الشخصية العراقي مسألة ايقاع الطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة إلاّ اننا من خلال استقراء النصوص القانونية نجد انه يقتضي ان يقع الطلاق في الصيغة المخصصة له شرعا وذلك في الفقرة الاولى من المادة (34) من قانون الاحوال الشخصية على انه : " رفع قيد الزواج بإيقاع من الزوج او الزوجة ان وكلت به او فوضت او من القاضي , ولا يقع الطلاق الا بالصيغة المخصصة له شرعا". وكذلك اجاز في الفقرة الاولى من المادة (39) من قانون الاحوال الشخصية ايقاع الطلاق خارج المحكمة في حال تعذر على الزوجين ايقاعه امام المحكمة اذ نص على ان : " على من اراد الطلاق ان يقيم دعوى في المحكمة الشرعية يطلب ايقاعه واستحصال الحكم به , فاذا تعذر عليه مراجعة المحكمة وجب عليه تسجيل الطلاق في المحكمة خلال مدة العدة".

ونستنتج من خلال المادتين ان الطلاق الواقع خارج المحكمة متى ما وقع في الصيغة المخصصة له شرعا فانه وجب تسجيله سواء وقع بمجلس طلاق حقيقي بحضور الزوج والزوجة وشاهدي عدل عند من يشترط الاشهاد على الطلاق ام وقع بمجلس طلاق حكمي من خلال وسائل الاتصال الحديثة , فيحق للزوجين اللجوء الى المحكمة

¹ الشيخ محمد امين زيد الدين , مسائل كتاب الطلاق عند الشيعة الامامية , المسئلة رقم 42,

تاريخ الزيارة 2023/11/18 <https://www.aqaedalshia.com/ahkam/talaq/masaeil/index.htm>

لتوثيق الطلاق الصادر عبر الوسائل الالكترونية الحديثة , فاذا اعترف الزوجان بإيقاع الطلاق الصادر عبر هذه الوسائل يقوم القاضي بسؤال الزوجين عن تحقق الشروط الشرعية المطلوبة كالسؤال عن الصيغة التي وقع بها الطلاق و حضور الشهود وعن الحالة النسائية للزوجة وغيرها من المسائل الشرعية .

اما اذا انكر احد الزوجين هذا الزواج , فنجد ان المشرع عالج هذا الامر , حيث نص في الفقرة الثانية من المادة (39) على ما يلي : " تبقى حجة الزواج معتبرة الى حين ابطالها من المحكمة ". فالطلاق هنا يتم عن طريق وسائل الكترونية كالتسجيلات الصوتية والمرئية , وعليه وجب على القاضي هنا ان يلجأ الى الاستفادة من وسائل التقدم العلمي لغرض اثبات الطلاق وهذا ما نصت عليه المادة (104) من قانون الاثبات والتي تنص على ما يلي : " للقاضي ان يستفيد من وسائل التقدم العلمي في استنباط القرائن القضائية ". بالإضافة الى وسائل الاثبات الاخرى كاليمين والاشهاد على الزواج وغيرها من القرائن.

ب- موقف التشريع المصري

لم نجد في قوانين الاحوال الشخصية المصري نصا ينظم مسألة الطلاق عن طريق وسائل الاتصال الحديثة , إذ سكت المشرع المصري عن تنظيم الطلاق عن طريق هذه الوسائل المستحدثة . غير انه بالرجوع الى نص المادة (3) من قانون رقم 91 لسنة 2000 نجد انها تحيل ما لم يرد بشأنه نص الى ارجح الاقوال في مذهب الامام ابي حنيفة .

وبالرجوع الى اقوال فقهاء الحنفية المعاصرين نجد انهم اجازوا ايقاع الطلاق عبر هذه الوسائل فاذا تم الطلاق فعلى الزوج ان يوثق الطلاق خلال مدة محددة وهذا ما نصت عليه المادة (5) من قانون رقم 100 لسنة 1985 والتي تنص على ما يلي : " على المطلق ان يوثق اشهاد طلاقه لدى الموثق خلال ثلاثين يوما من ايقاع الطلاق ". وايضا فرضت المادة (23) عقوبة على المطلق بالحبس مدة لا تتجاوز عن (6) اشهر او بغرامة مالية متى ما خالف الاحكام التي نصت عليها المادة 5 من قانون الاحوال الشخصية سابقة الذكر.

ت- موقف المشرع الجزائري

لم يعالج المشرع الجزائري الطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة , إلا اننا بالرجوع الى نص المادة (48) من قانون الاسرة الجزائري نجد انها تنص على انه : "ينحل عقدة

الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج او بتراضي الزوجين او بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين (53) و(54) من هذا القانون".

ومن المعلوم ان التعبير عن الارادة قد يكون باللفظ او بالكتابة او بالإشارة المتداولة عرفا او قد يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه وهذا ما نصت عليه الفقرة الاولى من المادة (60) من القانون المدني الجزائري.

وبالرجوع الى المادة (323) من القانون المدني نجد انها اجازت التعبير عن الارادة الكترونيا متى تحققت شروط صحة الارادة والتعبير عنها عبر الاجهزة الالكترونية المحمية والامنة من الغش والخداع , وقد نظم المشرع الجزائري مسألة التوقيع الالكتروني للتأكد من صحة الرسالة الالكترونية ودقتها أي انها جاءت من مصدرها , دون ان تتعرض لأي تغيير او تعديل او تحريف او تزوير او قرصنة في بياناتها اثناء عملية التبادل الالكتروني للبيانات .

ومن المعلوم ان الطلاق يقع خارج المحكمة , لذا يتوجب على الزوجة ان تلجأ الى المحكمة لتوثيق واقعة الطلاق لا سيما وان المشرع الجزائري اعترف بحجة الكتابة الالكترونية في الاثبات في نص المادة (232) من القانون المدني والتي تنص على ان : " يعتبر الاثبات بالكتابة في الشكل الالكتروني كالاثبات بالكتابة على الورق , بشرط التأكد من هوية الشخص الذي اصدرها وان تكون معدة ومحفوظة في ظرف تضمن سلامتها"¹.

ويتبين لنا ان المشرع الجزائري عني بالاهتمام في الارادة والتعبير عنها عبر وسائل الاتصال الالكترونية الحديثة غير انه لم ينظم مسألة الطلاق عبر هذه الوسائل والسبب يعود الى ان مصدر نصوص قانون الاسرة تتمثل بالشريعة الاسلامية وبالتالي بالرجوع الى اراء فقهاء الشريعة بموجب الاحالة المقررة بموجب المادة (222) من قانون الاسرة نجد ان فقهاء الشريعة اجازوا الطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة سواء كان قد صدر كتابة او بالصوت او بالصوت والصورة معا وبالتالي صحة الطلاق الواقع عبر هذه الوسائل في التشريع الجزائري.

2_ موقف القضاء

اكّد القضاء العراقي على صحة الطلاق الواقع عبر وسائل الاتصال الحديثة في العديد من احكامه , حيث ذهبت محكمة التمييز الاتحادية الى قبول الدعوى وتصديق الطلاق

¹ بوعزة امينيه , الطلاق بالكتابة بالتقنيات الحديثة , مجلة القانون العام في الجزائر , جامعة مولاي طاهر _سعيدة , المجلد9, العدد1, 2023, ص350

الواقع عبر وسائل الاتصال الحديثة متى ما كان موافقا للمذهب الذي يتبعه الزوجان ونقضه اذا خالف الطلاق احكام المذهب الذي يتبعه الزوجان , فالخلاف في تلك الاحكام يرجع الى توافر بعض شروط الطلاق التي اقرها كل مذهب , فالأمامية اشترطوا لصحة الطلاق وقوعه امام شاهدين عدلين يسمعان تلفظ الزوج صيغة الطلاق بالإضافة الى توفر الشروط الشرعية الاخرى , وهذا ما ذهبت اليه محكمة التمييز الاتحادية في عدم صحة الطلاق الواقع عبر برنامج (الواتساب) لمخالفة الطلاق احكام الفقه الذي يتبعه المتداعيان والذي يشترط وجود شاهدين عدلين مع الزوج في مجلس واحد عند ايقاع الطلاق¹. إذ صدر القرار وفقا للفقه الامامي الذي يشترط لصحة ايقاع الطلاق ان يقع بحضور شاهدين عدلين يسمعان تلفظ الزوج لصيغة الطلاق , وكذلك ما قضت به محكمة التمييز الاتحادية: " ان شاهدي الاثبات لم يكونا حاضرين مجلس الطلاق , وان قضاء هذه المحكمة استقر على عدم الاعتداد بالشهادة المستمعة عن طريق شبكة التواصل الاجتماعي"².

وفي قرار اخر لمحكمة التمييز الاتحادية نجد انها اشترطت اقرار الزوج على الطلاق بالإضافة الى اشتراط الاشهاد حيث قضت : " لعدم توفر شروط الطلاق الذي تدعي المدعية وقوعه بينها وبين المدعي عليه عن طريق برنامج سكايب , لان الطلاق عن طريق الهاتف يجوز الاعتماد عليه بشرط اقرار الزوج بصدوره منه , فاذا انكره ولم يوجد شاهدان في مجلس الطلاق يؤيدان وقوعه فلا يحكم به لاستناده الى خبر يحمل التصديق والتكذيب ولتشابه الاصوات".

بينما نجد ان راي جمهور الفقهاء لا يشترط الاشهاد لصحة الطلاق وبناء على ذلك قضت محكمة التمييز على ان : " الثابت من وقائع الدعوى بأن المدعي على المذهب الشافعي الذي يجوز الطلاق بدون حضور شهود فكان على المحكمة وامام اقرار المدعي تصديق الطلاق الواقع"³

ويرى الباحث ان القضاء العراقي كان موفقا في وجوب اتباع المذهب الذي يتبعه الزوجان لصحة الطلاق الواقع عبر وسائل الاتصال الحديثة ؛ وذلك للتحقق من صحة وقوع الطلاق من حيث توفر الاشهاد وحالة الطهر عند من يرى ضرورة توافرها , وكذلك نجد انه اضاف قيودا لصحة الطلاق وهو اقرار الزوج بصدور الطلاق منه ويذهب الباحث الى انه اذا كان الطلاق قد وقع امام شاهدين فلا داعي من اضافة هذا

1 قرار محكمة التمييز الاتحادية / هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية / العدد 8819 / ت 8811 / 2021 / قرار غير منشور

2 قرار محكمة التمييز الاتحادية / هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية / العدد 3540 / ت 3518 / 2019 / قرار غير منشور

3 قرار محكمة التمييز الاتحادية / هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية / العدد 124 / 2004 / قرار غير منشور

القيد ؛ وذلك لان الشهادة تعتبر دليلا من ادلة الاثبات ، اما اذا وقع الطلاق بدون حضور الشهود فيقرر القاضي حينئذ اما بطلان الطلاق اذا كان اطراف الدعوى من المذهب الامامي ؛ وذلك لتخلف شرط الاشهاد ، اما اذا لم يكن المتداعيان من المذهب الامامي فيقرر القاضي تكليف الزوجة بأثبات واقعة الطلاق من زوجها بطرق الاثبات المقررة في الشريعة الاسلامية .

اما عن موقف القضاء المقارن فعلى الرغم من مرور مدة زمنية على ظهور وسائل الاتصال الحديثة الا اننا لم نجد حكما قضائيا يقضي بوقوع الطلاق عبر هذه الوسائل الحديثة ولا يعني ذلك عدم الاعتداد بهذه الوسائل بل ان محكمة استئناف الاسكندرية في مصر اخذت بها اجازت قبول الرجعة الواقعة عبر برامج الاتصال الحديثة (الواتساب) وعليه فمن باب اولى قبول الطلاق الواقع عبر هذه الوسائل الحديثة وذلك وفقا للراي الراجح في المذهب الحنفي¹ .

اما بالنسبة لموقف القضاء الجزائري فقد ذهبت المحكمة العليا الى صحة الطلاق متى ما وقع بصيغة صريحة وواضحة حيث قضت على ان : " من المقرر شرعا ان الطلاق هو حل عقد الزواج ويتم بإرادة الزوج الذي يملك وحده فك عصمة النكاح ولا ينوب عنه في ذلك الا من فوض لهم امره ولا يتم ذلك الا بصيغة صريحة وواضحة"².

ويتضح لنا مواكبة ومسايرة القضاء العراقي للتقدم الحاصل في مجال الاتصالات الحديثة في مسائل انحلال الرابطة الزوجية ، معتمدا في ذلك على اراء فقهاء الشريعة الاسلامية المعاصرين في جواز الاخذ او عدم الاخذ بهذه الوسيلة وهو ما يعكس دورا ايجابيا في حسم مثل هكذا قضايا مستحدثة .

الفرع الثاني

الهجر الموجب للتفريق القضائي

إنّ عقد الزواج يترتب عليه حقوق ، وهذه الحقوق منها ما يكون للزوج ، ومنها ما يكون للزوجة ، ومنها ما يكون مشترك بين الزوجين ، ومن هذه الحقوق المشتركة حق الاستمتاع او المعاشرة الزوجية ، وعليه فقد يحصل ان يتعمد الزوج حرمانها من هذا الحق ، سواء نتيجة لممارسته لحق شرعي كحق التأديب ، حيث اجازت الشريعة

¹ قرار محكمة استئناف الاسكندرية ، رقم الطعن (10674) لسنة 76 ، بتاريخ 2021/6/22 قرار غير منشور .

² قرار المحكمة العليا الجزائرية ، العدد 32786 ، صادر في 1984/3/14 ، نقلا عن : جعلاب فضيلة ، الزواج والطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة بين الفقه والقانون ، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور ، 2017 ، ص63

الاسلامية للزوج ان يهجر زوجته الناشز مدة من الزمن لغرض تأديبها وارجاعها لطاعته , ام بقصد الاضرار ها والتضييق عليها .

ومن الملاحظ ان القضاء العراقي والمقارن قد تباينت احكامه في كيفية وقوع هذا الهجر , فتارة اشترط لتحقق الهجر ان يهجر الزوج زوجته في فراش الزوجية , وتارة اخرى عدّ الهجر متحققا بترك الزوج بيت الزوجية , سواء كانت الزوجة تسكن مع زوجها في دار الزوجية ام كان الزوج يساكن زوجته في بيتها , وعليه يتعين علينا ان نبين مدلول الهجر الموجب للتفريق , وهل ان الهجر يتحقق بترك فراش الزوجية ام بيت الزوجية ؟ وكذلك وضع معيارا للتمييز بين هجر بيت الزوجية وبين الغيبة , ومتى يعتبر هجر بيت الزوجية غيبة وليس هجرا ؟ وايضا الوقوف على احكام الهجر , وفي ضوء ذلك يتعين علينا ان نبين مدلول الهجر وبيان الفقه الاسلامي والتشريع والقضاء .

وفي ضوء ما تقدم يتعين علينا ان نقسم هذا الفرع على فقرات نتطرق في الفقرة الاولى الى مدلول التفريق الموجب للتفريق , اما الفقرة الثانية فسنطرق لبيان موقف الفقه الاسلامي , في حين سنخصص الفقرة لثالثة لبيان موقف التشريع والقضاء وذلك كالآتي

اولا- مدلول الهجر الموجب للتفريق

لبيان مدلول الهجر يتعين علينا ان نبين الهجر في اللغة وكذلك في الاصطلاح وذلك على النحو الآتي :

1_ المدلول اللغوي للهجر

الهجر في اللغة من الفعل هَجَرَ, يَهْجُرُ , هَجْرًا , فهو هَاجِرٌ والمفعول هو مَهْجُورٌ وَهَجِيرٌ¹ , فالهجر الاعراض و التقاطع نحو هجر فلانا أي قاطعه و اعرض عنه² , وقيل هو الابتعاد نحو هجر زوجته أي ابتعد عنها ولم يخالطها بدون طلاق³ , وقيل هو الترك نحو هجر المكان أي تركه وخرج منه الى غيره , وهجر بيته أي تركه و اعرض عنه , وهاجر أي ترك موطنه⁴ لقوله تعالى: " وَالَّذِينَ تَبَوَّءُوا الدَّارَ وَالْاِيْمَانَ مِنْ قَبْلِهِمْ يُحِبُّونَ مَنْ هَاجَرَ اِلَيْهِمْ"⁵ . , ويميل الباحث الى مصطلح الترك والابتعاد ؛ حيث يتحقق الهجر بترك الزوج معاشرة زوجته والابتعاد عنها سواء في فراش الزوجية ام في بيت الزوجية .

1 د. جبران مسعود , الرائد , معجم لغوي معاصر, مصدر سابق , (2325/3).

2 الفيروز ابادي , القاموس المحيط , مصدر سابق , ص1675

3 د. جبران مسعود , الرائد , معجم لغوي معاصر , مصدر سابق , (2325/3).

4 مجمع اللغة العربية في القاهرة , المعجم الوسيط , مصدر سابق , ص973

5 الحشر/9

2_ المدلول الاصطلاحي للهجر

اما الهجر اصطلاحا فنجد ان فقهاء الشريعة الاسلامية والقانون عرفوا الهجر بتعريفات متباينة فيما بينها وهذا التباين يرجع الى اختلاف الكيفية التي يتحقق فيها الهجر حيث عرفه البعض على انه: "ترك الجماع والمضاجعة في الفراش"¹. ركز هذا التعريف على ما يتحقق به الهجر وهو ترك المعاشرة الزوجية . وعرفه البعض الاخر على انه: " هو بعد الزوج عن زوجته او متاركتها لها او الغيبة عنها بعيدا عن مسكن الزوجية , بلا موجب شرعي ويستوي ان يكون الزوج معروف الاقامة او مجهول الاقامة"² لم يميز هذا التعريف بين الهجر الموجب للتفريق والغيبة على الرغم من الاحكام الشرعية المترتبة على كل منهما . وعرفه اخرون بانه: "هو ان يوليها الزوج ظهره في الفراش ولا يلتفت اليها وفي ضمنها ترك كلامها وجماعها"³. ان هذا التعريف حدد حالات الهجر بهجر الفراش وهجر الكلام ولم يتطرق لهجر بيت الزوجية . وعرف الهجر ايضا بانه: "الهجر في الفراش والهجر بعدم تفقد الزوج لزوجته او معاشرتها معاشرة الأزواج او الابتعاد عنها بدون عذر شرعي"⁴.

وفي ضوء ما تقدم يمكن تعريف الهجر الموجب للتفريق على انه: "ترك الزوج وطء زوجته عمدا ودون موافقتها لمدة تزيد عن اربعة اشهر وتضررها من ذلك , سواء وقع في ذات الغرفة ام في غرفة اخرى ام في ذات البلدة التي تقيم فيها الزوجة". فالعبرة في الهجر هو حرمانها من حقها الشرعي المتمثل بالمعاشرة الزوجية , والمدة التي يتحقق بها الهجر هي اربعة اشهر وهي مدة موافقة لما جاءت به الشريعة الاسلامية , وكذلك لا بد من تضررها جراء ذلك الهجر , ويعد الضرر متحققا بمجرد اثبات حالة الهجر , ويتحقق الهجر بترك الزوج وطء زوجته عمدا , أي لا بد من توفر قصد الاضرار بالزوجة بحيث يكون الزوج قاصدا الاضرار بها ومن دون موافقتها , اما الهجر بأذن الزوجة فلا يعد موجبا للتفريق , سواء في الفراش ام في الغرفة ام في ذات البلدة التي تسكن فيها الزوجة , اما السفر خارج البلدة التي تقيم فيها الزوجة او السفر خارج العراق لعذر فلا يعد هجرا بل غيبة .

ثانيا- موقف الفقه الاسلامي

1 الكاساني , بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع , مصدر سابق , (334/2).
 2 د. مصطفى سباعي , شرح قانون الاحوال الشخصية , ج1, طبعة 5 , مطبعة جامعة دمشق , سوريا , ص 258
 3 عايد بن عبد الله الحربي , النشور بين الزوجين , طبعة 128 , الجامعة الاسلامية بالمدينة المنورة , المملكة العربية السعودية , 2004 , ص30
 4 محمد حسن كشكول , عباس السعدي , شرح قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 وتعديلاته , ط2 , المكتبة القانونية , بغداد , 2011 , ص155

أكد فقهاء الشريعة الإسلامية على أن الزوج إذا هجر زوجته مدة من الزمن جاز لها طلب التفريق ؛ وذلك نتيجة حرمانها من حق شرع الزواج من أجله وهو حق الاستمتاع والمعايشة الزوجية لقوله تعالى : " هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لِهِنَّ"¹. إلا أن الفقهاء لم يفصلوا في ذلك ولكن بالرجوع إلى الأحكام الفقهية التي عالجت الهجر لنشوز الزوجة نجد أن الشريعة حددت كيفية الهجر وكذلك مدته وعليه سنتطرق لبيان أحكام ذلك الهجر وبيان مدته ؛ وذلك لارتباطه بموضوع دراستنا .

فالأصل أن الشريعة الإسلامية أجازت للزوج أن يهجر زوجته الناشز مدة من الزمن بشرط أن يكون الغرض من هذا الهجر هو تأديبها وارجاعها إلى طاعته فيما يرضي الله تعالى وهو ما يعرف بحق التأديب فلا يكون الهجر بقصد الإضرار بها إلا أن الفقهاء اختلفوا في كيفية تحقق الهجر ابتداء وتعددت آراءهم وانقسموا إلى أقوال عدة :

1- القول الأول : ذهب البعض من فقهاء الحنفية² والحنابلة³ إلى أن الهجر يكون في الكلام دون الجماع ، واستدلوا في قولهم بأن الجماع حق له كما هو حق عليه لقوله تعالى : "ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف"⁴.

2- القول الثاني : وذهب الإمامية⁵ الشافعية⁶ والبعض من الحنابلة⁷ إلى أن الهجر يكون بترك جماع الزوجة فقط ولا يهجرها في الفراش ، حيث يوليها الزوج ظهره في الفراش ، واستدلوا في قوله تعالى : " وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ"⁸.

3- القول الثالث : وذهب المالكية⁹ إلى أن الهجر يكون بترك الجماع وهجر الفراش معا ، ووجه الاستدلال أن الله تعالى أضاف الهجر إلى المضاجع أي لا يقرب فراشها¹⁰.

4- القول الرابع : في حين ذهب البعض من الفقهاء الشافعية إلى أن الهجر يكون خارج البيت ، واستدلوا بفعل النبي (صل الله عليه وعلى اله) حينما هجر نساءه شهرا ، حيث هجرهن خارج بيوتهن¹¹.

¹ البقرة/187

² ينظر : الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، مصدر سابق ، (334/2).

³ ينظر : ابن قدامي ، المغني ، مصدر سابق ، (242/7).

⁴ البقرة/228

⁵ ينظر : السيستاني ، علي الحسيني ، منهاج الصالحين ، مصدر سابق ، (107/3) ، السبزواري ، عبد الأعلى ، مهذب الأحكام في بيان الحلال والحرام ، مصدر سابق ، (220/25).

⁶ ينظر : الخطاب ، مواهب الجليل ، مصدر سابق ، (15/4) .

⁷ ينظر : النووي ، روضة الطالبين ، مصدر سابق ، (369/7) ، ابن قدامة ، المغني ، مصدر سابق ، (242/7) .

⁸ النساء/34

⁹ ينظر : المالكي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، مصدر سابق ، (210/2).

¹⁰ الطبري ، جامع البيان في تفسير القرآن ، مصدر سابق ، (305/3).

¹¹ ينظر : العمراني ، البيان في مذهب الإمام الشافعي ، مصدر سابق ، (529/9).

اختلفوا وكذلك في المدة التي يجوز للزوج ان يهجر زوجته فيها وانقسموا بذلك على قولين :

1- القول الاول : وهو ما ذهب اليه البعض من فقهاء الحنفية¹ والشافعية² والحنابلة³ الى ان الزوج يستطيع ان يهجر زوجته ما شاء من الوقت , واستدلوا بقوله تعالى : " **وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ**"⁴. ووجه الاستدلال ان النص ورد مطلقا ولا يجوز تقييده بدون دليل .

2- القول الثاني : ذهب الامامية والبعض من فقهاء الشافعية الى ان الاولى بالزوج ان يهجر زوجته شهرا واحدا على ان لا يتجاوز اربعة اشهر واستدلوا بفعل النبي محمد (صل الله عليه وعلى اله) عندما هجر ازواجه شهرا⁵ , اما الامامية فقد استدلوا برواية عن الامام الرضا (عليه السلام) حين سئل عن الرجل يكون عنده المرأة الشابة فيمسك عنها الأشهر والسنة لا يقربها ليس يريد الاضرار بها يكون لهم مصيبة يكون في ذلك آثما؟ قال: إذا تركها أربعة أشهر كان آثما بعد ذلك إلا أن يكون بأذنها⁶. ونحن نميل الى هذا الرأي ؛ وذلك لان تحديد مدة فيه مصلحة للزوجة المتضررة جراء الهجر , فمن المعلوم ان للزوج الحق بالزواج بأكثر من واحدة الامر الذي يستطيع مع اشباع رغباته الجنسية بخلاف المرأة وبالتالي فتحديد مدة للهجر سيفسح لها المجال برفع امرها للقضاء وفك الرابطة الزوجية وبالتالي الزواج من اخر على العكس فيما لو لم تحدد مدة فأنها تبقى معلقة وهذا ما نهى عنه الشارع المقدس لقوله تعالى : " **فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ فَتَدْرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ**"⁷.

إلا ان الزوج قد يقصد من وراء هجر زوجته الاضرار بها والتضييق عليها فيهجرها مدة اطول فهل يمكن للزوجة عندئذ اللجوء الى القضاء طالبة التفريق نتيجة لهذا الهجر؟ للإجابة على هذا التساؤل يتعين علينا ان نبين اراء الفقهاء الشريعة الاسلامية اذ انقسموا على عدة اتجاهات ومن هذه الاتجاهات ما يلي :

أ- الاتجاه الاول : ذهب البعض من الفقهاء الامامية⁸ والمالكية⁹ الى ان الزوج اذا هجر زوجته كلياً فصارت كالمعلقة لا هي ذات زوج ولا هي مطلقة جاز لها رفع امرها

¹ ذهب الى هذا الرأي الحنفية ينظر الشوكاني , فتح القدير , مصدر سابق , (345/5)

² وهو مذهب الشافعية ينظر: الشافعي , التهذيب في فقه الامام الشافعي , مصدر سابق , (547/5)

³ وهو مذهب الحنابلة , المرادوي , الانصاف , مصدر سابق , (376/8).

⁴ النساء/34

⁵ الخطاب , مواهب الجليل , مصدر سابق , (15/4).

⁶ الطوسي , تهذيب الاحكام , مصدر سابق , (419/7).

⁷ النساء/129

⁸ ينظر : السيد علي الحسيني السيستاني , منهاج الصالحين , مصدر سابق , (109/3).

الى الحاكم الشرعي فيلزم الزوج بأحد الامرين : اما العدول عن هجرها وجعلها كالمعلقة او تسريحها لتتمكن من الزواج من رجل اخر فاذا امتنع منهما جميعا جاز للحاكم الشرعي بعد استنفاد كل الوسائل المشروعة لإجباره ان يطلقها بطلب منها واستدلوا بالأدلة التالية :

1- السنة المطهرة: استدلوا بعدم جواز ترك وطء الزوجة اكثر من اربعة اشهر فعن الامام الرضا (عليه السلام) حين سئل عن الرجل يكون عنده المرأة الشابة فيمسك عنها الأشهر والسنة لا يقربها ليس يريد الاضرار بها يكون لهم مصيبة يكون في ذلك آثما؟ قال: إذا تركها أربعة أشهر كان آثما بعد ذلك إلا أن يكون بأذنها¹.

2- قاعدة " لا ضرر ولا ضرار"² " وحيث ان ترك معاشرة الزوجة اكثر من اربعة اشهر قد يلحق ضررا بها وبالتالي يجب رفع هذا الضرر بالاستجابة لطلبها بالفريق .

ب- الاتجاه الثاني : وذهب البعض الاخر اذا هجر الزوج زوجته اكثر من اربعة اشهر اضرارها بها من غير تقصير منها في حقوق زوجها وان لم يحلف بذلك , تضرب له مدة الايلاء , فاذا مضت اربعة اشهر ولم يرجع الى زوجته .. فانه يؤمر بالطلاق , فان ابي الرجوع لزوجته وابي الطلاق طلقها القاضي³, واستدل اصحاب هذا الراي بالقياس على الايلاء ؛ وذلك لاشتراكهما في المعنى الذي من اجله ضرب الاجل وهو ترك الوطء وتحقق الضرر⁴.

ويميل الباحث الى الاتجاه الاول القائل بفورية ايقاع الطلاق وعدم امهال الزوجة مدة ايلاء ؛ وذلك لان امهال الزوج مدة الايلاء البالغة اربعة اشهر فيه ضرر اضافي للزوجة فلولا تضررها من حرمانها من حقها الشرعي في المعاشرة الزوجية لما رفعت امرها للقضاء طالبة التفريق من زوجها وفقا لقاعدة: "الضرر يزال" وبالتالي يخير الزوج اما الرجوع الى زوجته او التطلق فان رفض طلقها القاضي بأمر منها .

ثالثا- موقف التشريع والقضاء

⁹ ينظر : الكشناوي , ابو بكر بن حسن , اسهل المدارك في شرح ارشاد المسالك , ج2, بيروت , لبنان , 1995, ص22

¹ الصدوق , ابو جعفر محمد بن علي بن الحسن , من لا يحضره الفقيه , رقم الحديث (4415) , باب حد المدة التي يجوز فيها ترك الجماع لمن عنده المرأة الشابة الحرة , ج3 , ط1 , مؤسسة الاعلى للمطبوعات , بيروت , لبنان , 1986 , ص265 , والعملية , وسائل الشيعة ومستدركها , مصدر سابق , (140/20).

² الصدوق , ابو جعفر محمد بن علي بن الحسن , من لا يحضره الفقيه , رقم الحديث (5718) , مصدر سابق , (334/4).

³ احمد عبد الرزاق درويش , فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث والافتاء , المجموعة الاولى , ج20, الادارة العامة للطبع , الرياض , المملكة العربية السعودية , بلا سنة , ص262

⁴ الكشناوي , ابو بكر بن الحسن , اسهل المدارك , مصدر سابق , (22/2)

لغرض بيان موقف التشريع العراقي والمقارن من الهجر الموجب للتفريق وكذلك بيان موقف القضاء يتعين علينا ان نقسم هذه الفقرة على قسمين , نتطرق في الاولى لبيان موقف التشريع , اما الفقرة الثانية فسنطرق لبيان موقف القضاء وذلك كالآتي:

1- موقف التشريع

إنَّ المشرع العراقي نص صراحة في المادة (43- اولا) من قانون الاحوال الشخصية العراقي على ما يلي: " للزوجة طلب التفريق عند توفر احد الاسباب الآتية : ..2- اذا هجر الزوج زوجته مدة سنتين فأكثر بلا عذر مشروع وان كان الزوج معروف الإقامة وله مال تستطيع الانفاق منه" .

اما عن موقف القوانين محل المقارنة فنجد المشرع المصري نص في المادة (6) من قانون رقم (25) لسنة 1929 المعدل بقانون رقم (100) لسنة 1985 الخاص ببعض احكام الاحوال الشخصية على اعتبار الهجر ضررا موجب للتفريق إذ نصت على ما يلي: " اذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالها يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق وحينئذ يطلقها القاضي طلاقه بانة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما..".

اما المشرع الجزائري فنجد ان المادة (53) من قانون الاسرة نصت صراحة على ما يلي: " يجوز للزوجة ان تطلب التطلق لأسباب الآتية ..الهجر في المضجع فوق الاربعة اشهر".

ويلاحظ ان هنالك اختلافا بين التشريعات في تنظيم الهجر الموجب للتفريق سواء من حيث الكيفية ام من حيث المدة ام من حيث مشروعية الهجر ام الضرر الذي يترتب عليه:

أ- **من حيث الكيفية التي يتحقق بها الهجر** : ان المشرع الجزائري حدد كيفية الهجر وذلك بهجر المضجع¹ , بخلاف المشرع العراقي الذي لم يحدد ذلك صراحة لكن عند التمعن بالنص نجد ان الهجر يتحقق بترك الزوج لبيت الزوجية او فراش الزوجية ويفهم ذلك ضمنا من خلال النص " وان كان الزوج معروف الإقامة" وهنا قد وقع المشرع في اشكالية من حيث انه لم يميز بين الهجر والغيبة ويظهر ذلك جليا عند استقراء الاحكام القضائية الصادرة .

ب- **من حيث مدة الهجر** : حدد المشرع الجزائري مدة الهجر الموجب للتفريق بأربعة اشهر وهي مدة موافقة لما ذهب اليه الشريعة الاسلامية بخلاف المشرع العراقي

¹ ينظر : المادة (53) من قانون الاسرة الجزائري النافذ

الذي حددها بسنتين وهي مدة طويلة نسبيا اما المشرع المصري فقد اطلق النص ولم يحدد مدة معينة.

ت- **من حيث مشروعية الهجر** : إنَّ المشرع العراقي اشترط للتفريق للهجر ان يكون هجر الزوج لزوجته غير مشروعاً اما اذا كان الهجر مشروعاً كان تكون الزوجة هي من تسببت بالهجر فلا يقضي بالتفريق بخلاف المشرع المصري والجزائري الذي لم ينص على هذا الشرط¹.

ث- **من حيث الضرر المترتب على الهجر** : إنَّ المشرع العراقي و الجزائرى افترض ان الضرر متحقق بمجرد مضي المدة بخلاف المشرع المصري الذي اكد صراحة على انَّ الزوجة لا يحق لها طلب التفريق إلا اذا ادعت تضررها نتيجة حرمانها من المعاشرة الزوجية².

2- موقف القضاء

اكد القضاء العراقي على ان النوعين من الهجر سواء دار الزوجية ام فراش الزوجية يعد سببا موجبا للتفريق , فالعبرة هو حرمانها من المعاشرة الزوجية عمدا وبدون رضاها ولمحكمة التمييز الاتحادية عدة اتجاهات في هذه المسألة يمكن تفصيلهما وكالاتي:

1_الاتجاه الاول : إنَّ هجر الزوج لزوجته يتحقق بترك دار الزوجية وتوجد صورتان يمكن ان يتحقق فيهما الهجر وكالاتي :

الصورة الاولى: اذا كان الزوج يسكن مع زوجته بدار اهلها فيتحقق الهجر بترك الزوج دار زوجته حيث قضت محكمة التمييز على ما يلي :".لان البيئة الشخصية المقدمة من المدعية وكذلك وكيلتها كانوا قد ذكروا ان المدعي عليه كان يسكن المدعية في دار اهلها وانه هو من ترك دار الزوجية مما يقتضي استجواب المدعية مفصلا بهذا الشأن والتحقق ان كانت هناك دعوى مطوعة اقيمت بحقها , فاذا ثبت ان المدعي عليه كان يسكن المدعية بدار اهلها وانه هو من ترك دار الزوجية ولم يقيم دعوى مطوعة فانه يقتضي اجابة دعواه , وحيث ان المحكمة اصدرت حكمها المميز دون مراعاة ما تقدم مما اخل بصحة حكمها لذا قرر نقضه"³

الصورة الثانية :اذا كانت الزوجة هي التي تسكن مع زوجها بداره , فان الهجر يتحقق بإرسالها الى بيت اهلها وهذا ما قضت به محكمة التمييز : " ولدى عطف النظر وجد

¹ ينظر اكثر : المادة (43- اولا) من قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ والمعدل

² ينظر: المادة (6) من قانون رقم (25) لسنة 1929 المعدل بقانون رقم (100) لسنة 1985 الخاص ببعض احكام الاحوال الشخصية المصري.

³ قرار محكمة التمييز الاتحادية , قسم الاحوال الشخصية والمواد الشخصية , العدد 1121 / 2022, تسلسل 1071 , بتاريخ 2022/1/19, قرار غير منشور .

ان الحكم غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون؛ لان المدعية ثبتت دعواها بالبينة الشخصية والتي اثبتت ان المدعى عليه هجرها مدة سنتين وانه هو من ارسلها الى اهلها بعد الاعتداء عليها بالضرب ولم يفسح لها الاقامة في دار الزوجية , وحيث ان المحكمة قضت برد الدعوى خلافا لوجهة النظر المتقدمة الامر الذي اخل بصحة حكمها المميز لذا قرر نقضه¹ .

2_ الاتجاه الثاني : إنَّ الهجر يتحقق بترك الزوج لفراش الزوجية ؛ وذلك من خلال حرمانها من حقها الشرعي في المعاشرة الزوجية , ويشترط لتحقيق هذه الحالة ان تكون الزوجة مقيمة في دار الزوجية وان يهجرها في الفراش وبذلك قضت محكمة التمييز على ما يلي "... لان الثابت من تحقيقات المحكمة ان المدعية (المميز عليها) موجوده بدار اهلها وملاحظة انه يقتضي للتفريق للهجر ان تكون الزوجة مقيمة بدار الزوجية وان يهجرها الزوج بالفراش لمدة سنتين فأكثر بدون عذر شرعي² ...". وكذلك ما اكدته محكمة التمييز حيث قضت على ما يلي : " يعتبر الهجر متحققا حتى وان ساكن المميز عليه زوجته في دار واحده اذا ما ثبت حرمانها من المعاشرة الزوجية دون موافقتها³ ".

3_الاتجاه الثالث : عدَّ القضاء العراقي ان مغادرة الزوج الى خارج العراق هجرا محققا يستوجب طلب التفريق القضائي⁴ .

اما عن موقف القضاء المصري فنجد انه اكد صراحة على ان هجر بيت الزوجية نوع من انواع الهجر الموجب للتفريق بشرط ان يكون الهجر في ذات البلد الذي تقيم فيه الزوجة والا عد غيبة وليس هجرا حيث قضت محكمة (كفر الزيات)على ما يلي : "من المقرر قضاء ان المقصود بالغيبة هو ترك الزوج لزوجته والسفر الى بلد غير الذي يقيم فيه , لأنه اذا ترك الزوج منزل الزوجية وظل مقيما في ذات البلد الذي تقيم فيه الزوجة دون ان يعاشرها اعتبر ذلك هجرا منه وليس غيابا يستند الى المادة (6) لا الى المادة (12)⁵ ...".

اما عن موقف المحكمة العليا الجزائرية , فلم يفرق بين هجر الفراش وهجر بيت الزوجية إذ عدَّ الضرر متحققا في كلتا الحالتين حيث قضت على ما يلي : "ان غياب

¹ قرار محكمة التمييز الاتحادية , قسم الاحوال الشخصية والمواد الشخصية , بالعدد 2023/7012 , تسلسل 6939 , بتاريخ 2023/5/10 , قرار غير منشور .

² قرار محكمة التمييز الاتحادية , قسم الاحوال الشخصية والمواد الشخصية , العدد 2021/14341 , تسلسل 14303 , تاريخ 2021/11/7 , قرار غير منشور

³ مؤيد حميد الاسدي , المنتقى , مصدر سابق , ص 248

⁴ مؤيد حميد الاسدي , المنتقى , المصدر سابق , ص 254

⁵ قرار محكمة كفر الزيات , مصر , 2022/3251 , بتاريخ 2023/1/28 , قرار غير منشور.

الطاعن عن زوجته وهجرها في المضجع كونه عاملا بفرنسا يعتبر ضررا لاحقا بها وخذشا لكرامتها..¹.

ويؤيد الباحث ما ذهبت اليه المحاكم المصرية بجعل هجر منزل الزوجية يكون في ذات البلدة التي تقيم فيها الزوجة , اما التنقل خارج البلدة فانه يعد غيابا وهو معيار لا بد للقضاء من اعتماده عند عرض قضايا تتعلق بالهجر , وايضا ندعوا الى ضرورة التفرقة بين هجر الفراش وهجر دار الزوجية ؛ وذلك لاختلافهما من حيث جسامة الضرر الذي يترتب على كل منهما وكذلك اختلافهما من حيث الاثبات وكالاتي :

- 1- من حيث جسامة الضرر: إنَّ هجر فراش الزوجية اخف وطأً من هجر بيت الزوجية ؛ وذلك لان هجر الزوج لبيت الزوجية سوف يجتمع على الزوجة هجر الفراش وما يترتب عليه من حرمانها من حقها الشرعي في المعاشرة الزوجية فضلا عن غيبة الزوج عنها وما يترتب عليه من اضرار فقد تكون الزوجة مريضة او حاملا وقد تتعرض حياتها للخطر في حال هجر الزوج لها بدار الزوجية وبعده عنها.
- 2- من حيث الاثبات : إنَّ اثبات هجر فراش الزوجية يختلف عن اثبات هجر بيت الزوجية فالأول لا يمكن اثباته الا بتحليف الزوجة اليمين الحاسمة ؛ بخلاف هجر بيت الزوجية الذي يمكن اثباته بكل طرق الاثبات المقررة شرعا وقانونا.

وفي ضوء ما تقدم يرى الباحث ان الهجر يعتبر متحققا متى ما تعمد الزوج من حرمان زوجته من حقها الشرعي في المعاشرة الزوجية لمدة تزيد عن اربعة اشهر سواء وقع الهجر في الفراش في ذات الغرفة ام في غرفة اخرى داخل البيت وسواء وقع الهجر بترك الزوج لبيت الزوجية في ذات البلدة التي يسكن بها الزوجان .

¹ قرار المحكمة العليا الجزائرية , ملف رقم 237187 . بتاريخ 2002/2/22 , نقلا عن : مدلول التفريق لهجر الزوج او غيبته (دراسة في الفقه الاسلامي والتشريع المقارن) , استاذنا الدكتور حيدر حسين الشمري , م . محمد عبد الرزاق محمد الشوك , جامعة اهل (البيت عليهم السلام) , العدد 16 , بلا سنة , ص 82

المطلب الثاني

الاجتهاد القضائي المعاصر في الآثار المالية المترتبة على انحلال الرابطة الزوجية

يترتب على انحلال الرابطة الزوجية اثار مالية عديدة , وهذه الاثار منها ما يكون للزوج كالبذل في الخلع , ومنها ما يكون للزوجة كاستحقاق كامل المهر عند من يرى باستحقاقه عند اقرب الاجلين ونفقة العدة وحق السكنى وغيرها من الاثار المالية الاخرى .

وهذه الاثار منها ما هو مترتب على الطلاق , ومنها ما يترتب على التفريق القضائي , ومنها ما يترتب على الخلع , فأما الاثار المترتبة على الطلاق ما هو متعلق بحق السكنى وكذلك التعويض عن الطلاق التعسفي , واما الاثر الذي يترتب على الخلع فنجد ان القضاء قد اشترط لصحة استحقاق الزوج البذل من زوجته ان تكون الزوجة كارهة لزوجها حين وقوع الخلع , ولتعدد الاجتهادات القضائية المعاصرة في الاثار المالية المترتبة على انحلال الرابطة الزوجية سوف نقتصر دراستنا حول اشتراط الكراهة لصحة البذل في الخلع .

حيث نجد في الأونة الاخيرة اشتراط القضاء لصحة استحقاق الزوج البذل من زوجته في الخلع هو ان تكون الزوجة كارهة لزوجها حين وقوعه , بالإضافة الى توافر الشروط الشرعية الاخرى التي لا بد من توافرها كالأهلية , والاشهاد , والصيغة وغيرها من الشروط , ومن خلال ما تقدم لا بد ان نبين موقف الفقه الاسلامي من ذلك , وكذلك بيان موقف التشريع والقضاء , وعليه سنقسم هذا المطلب على فرعين نتطرق في الفرع الاول الى مدلول الكراهة في الخلع , في حين نتطرق في الفرع الثاني الى موقف الفقه الاسلامي وكذلك بيان موقف التشريع والقضاء وذلك كالآتي :

الفرع الاول

مدلول الكراهة في الخلع

لغرض بيان مدلول الكراهة في الخلع يتعين علينا ان نبين مدلول الكراهة في اللغة والاصطلاح ومن ثم بيان مدلول الخلع في اللغة والاصطلاح وذلك على النحو الآتي :

اولا- المدلول اللغوي والفقه للكرهة

لغرض بيان مدلول الكراهة لغة واصطلاحاً يتعين علينا ان نقسم هذه الفقرة على قسمين , نتطرق الى المدلول اللغوي للكراهة في الاول , اما الثاني فسنخصصه لبيان المدلول الاصطلاحي وكالاتي :

1_ المدلول اللغوي للكراهة :

الكراهة في اللغة من الفعل كَرِهَ , يَكْرَهُ , كُرْهًا و كَرَاهَةً و كَرَاهَةً والمفعول مَكْرُوه¹ وللكرهة معاني عدة منها : البغض : نحو كره الشيء أي ابغضه , والكره نقيض الحب², وقيل هو النفور نحو كره الشخص فعل السوء أي مقته ولم يحبه ونفر منه³ وايضا المشقة⁴ نحو قمت على كره أي على مشقة وايضا المقت , وكره الشيء أي مقته فهو لا يريد ولا يرضاه⁵ . ويرى الباحث مصطلحي البغض والنفور هم الاقرب من غيرهما من المعاني ؛ فالزوجة في الخلع تبغض زوجها , فيحملها البغض على النفور منه , ويظهر ذلك من خلال التصرفات القولية والفعلية تجاه زوجها والتي تدل على عدم رغبتها في الاستمرار في الحياة الزوجية معه .

2_ المدلول الاصطلاحي للكراهة

تناول فقهاء الشريعة الاسلامية مصطلح الكراهة على انها حكم شرعي تكليفي ورتبوا عليها احكاما , وعليه فان الكراهة كمصطلح مرتبط بعلم النفس الانساني يمكن تعريفها على انها : " نفرة الطبع من الشيء " ⁶. او : " النفور من فعل الشيء وعدم تقبله ورفض الاستجابة له " ⁷. أي بمعنى ان الكراهة انما هي امر قلبي يظهر من خلال سلوك الزوجة ويعبر عنه اما قولاً كالتلفظ بالفاظ صريحة تدل على عدم رغبتها بزوجها , او فعلاً من خلال القيام بتصرفات فعلية تنم عن بغضها لزوجها وعدم تقبلها اياه .

وعرف البعض الكراهة بأنها : "هي حالة سلوكية مرضية تتمكن من نفس الانسان لأسباب فكرية او قهرية او صدامية تؤثر على الانسان في ارادته فينشأ عنها سلوك الكراهية الذي يؤثر على تصرفات المكلف و ارادته في الاختيار " ⁸. وصف هذا التعريف

1 د. جبران مسعود , الرائد , معجم لغوي معاصر , مصدر سابق , ص 1924

2 الجوهري , تاج اللغة وصحاح العربية , مصدر سابق , ص 997

3 د. جبران مسعود , الرائد , معجم لغوي معاصر , مصدر سابق , ص 1924

4 الفيروز ابادي , مجد الدين محمد بن يعقوب القاموس المحيط , مصدر سابق , ص 1412

5 مجمع اللغة العربية في القاهرة , المعجم الوسيط , مصدر سابق , ص 785

6 ابن عاشور , التنوير والتحرير , مصدر سابق , (320/2).

7 علي محمد العطر , الكراهية مفهومها واحكامها في ضوء الفقه الاسلامي , بحث منشور في جامعة الشارقة

الاسلامية , المجلد 11, العدد 2, 2019 , ص 250

8 علي محمد العطر , الكراهية مفهومها واحكامها في ضوء الفقه الاسلامي , المصدر السابق , ص 259

الكراهة بانها حالة سلوكية مرضية وهذا الامر لا يمكن القول به مطلقا ؛ وذلك لان الكراهة في مفهومها العام لا تشمل فقط ما في نفس الانسان من مشاعر بل يتعداها الى ابعد من ذلك لقوله تعالى: " وَلَوْ أَرَادُوا الْخُرُوجَ لَأَعَدُّوا لَهُ عُدَّةً وَلَكِنْ كَرِهَ اللَّهُ انْبِعَاثَهُمْ فَثَبَّطَهُمْ وَقِيلَ اقْعُدُوا مَعَ الْقَاعِدِينَ" ¹ .

اما الفقهاء المعاصرون فقد عرفوا الكراهة على انها: " كره المرأة زوجها بسبب من قبلها او من احدهما او بغض من الزوجة له طبعاً لا تعرف باعته" ². لم يبين هذا التعريف معنى الكراهة بشكل واضح اذ عرف الشيء بنفسه كذلك عمومية سبب الكراهة بقوله من قبلها او من احدهما حيث ان الكراهة في الخلع من الزوجة لزوجها حصراً وليس من الزوج تجاه زوجته .

وعليه فان المتأمل في النصوص الفقهية التي عالجت الكراهة يجد انها تدور حول نشوز الزوجة وعدم طاعتها لزوجها وعصيانها له , سواء كان ذلك قولاً او حكماً يعرف ذلك من حالها ³.

ثانياً_ المدلول اللغوي والفقهي للخلع

سنقسم هذه الفقرة الى قسمين نتطرق في اولهما المدلول اللغوي للخلع اما الثانية فسنبين فيها المدلول الفقهي للخلع وكالاتي :

1_ المدلول اللغوي للخلع

الخلع في اللغة من مادة خَلَعَ , يَخْلَعُ , خَلَعاً , والمفعول مخلوع وخليع ⁴ , وللخلع في اللغة معان عدة منها العزل نحو خلع الوالي العامل أي عزله عن منصبه ⁵ , وقيل هو النزح نحو خلع الشيء خلعاً أي نزعه ⁶ وخلع ثوبه أي تجرد منه لقوله تعالى: " واخلع نعليك" . وقيل هو العزل ⁷ نحو خلع الشعب الملك أي عزله عن منصبه , وقيل هو الانفصال نحو تخلع معظم الاثاث القديم اي انفصلت اجزائه عن بعضها ⁸ , وتخالع القوم

¹ التوبة /46

² عبد الله بن محمد بن سعد , الخلع بطلب الزوجة لعدم الوثام مع زوجها , ط1, دار ابن فرحون , المملكة العربية السعودية , الرياض , 2010 , ص32

³ الطبرسي , ميرزا حسين النوري , مستدرك الوسائل ومستنبط المسائل , ج15 , ط3 , مؤسسة البيت لأحياء التراث , بيروت , لبنان , 1991 , ص 379

⁴ د. جبران مسعود , الرائد , معجم لغوي معاصر , مصدر سابق , ص682

⁵ الرازي , زيد الدين ابو عبد الله محمد بن ابكر مختار الصحاح , مصدر سابق , ص89

⁶ مجمع اللغة العربية في القاهرة , المعجم الوجيز , مصدر سابق , ص208

⁷ الرازي , زيد الدين ابو عبد الله محمد بن ابكر , مختار الصحاح , مصدر سابق , ص89

⁸ د. جبران مسعود , الرائد , معجم لغوي معاصر , مصدر سابق , ص682

أي نقضوا الحلف بينهم¹ وخالعت المرأة زوجها اذا افتدت منه وطلقها على فدية² , ونحن نرجح الانفصال ؛ لان في الخلع تنفصل المرأة عن زوجها مقابل مال تدفعه اليه من مال.

2_ الخلع في الاصطلاح الفقهي

عرف فقهاء الشريعة الخلع بتعريفات عدة اذ عرفه الحنفية على انه : " ازالة ملك النكاح المتوقفة على قبول الزوجة بلفظ الخلع او ما في معناه , وهو يمين من جانب الزوج ومعاوضة من جانب الزوجة"³.

وعرفه الشافعية بانه : " الفرقة على عوض يأخذه الزوج"⁴ او " هو فرقة بعوض مقصود بلفظ الطلاق او الخلع راجع لجهة الزوج"⁵ .

اما المالكية فقد عرفوا الخلع بانه : "هو الطلاق الواقع على عوض , يبذل للزوج من زوجته او وليها"⁶.

ويلاحظ على التعريفات المتقدمة انها اشارت الى ان الخلع يكون في مقابل عوض تدفعه الزوجة لزوجها غير انها لم تتطرق لشرط الكراهة في الخلع وهذا يعني جواز وقوع الخلع حتى مع استقامة الحال .

اما الحنابلة فقد عرفوه على انه : "هو فراق الزوج لزوجته بعوض , بالفاظ مخصوصة ويباح لسوء العشرة , ولمبغضة تخشى ان لا تقيم حدود الله تعالى"⁷. اشار هذه التعريف الى اسباب الخلع وهي سوء العشرة والبغض .

في حين عرفه الامامية بانه : "هو الطلاق بفدية من الزوجة الكارهة لزوجها"⁸. ويميل الباحث الى هذا التعريف ؛ وذلك لان الخلع لا يقع الا مع كراهة الزوجة لزوجها , ويقع بمقابل تعطيها الزوجة لزوجها , وبالتالي فاذا توفرت الكراهية فانه يقع متى ما توفرت الشروط الاخرى , كالإشهاد والصيغة والاتفاق على مقدار العوض الذي يستحقه الزوج مقابل الخلع .

¹ الفيروز ابادي , مجد الدين محمد بن يعقوب , القاموس المحيط , مصدر سابق , ص491

² الفيومي , احمد بن محمد بن علي , المصباح المنير في غريب الشرح الكبير , مصدر سابق , ص 68

³ ابن همام , كمال الدين محمد بن عبد الواحد , شرح فتح القدير , مصدر سابق , (211/4) .

⁴ الاسنوي , جمال الدين عبد الرحيم , المهمات في شرح الروضة , ج7 , ط1 , دار ابن حزم , بيروت , لبنان , 2009 , ص253

⁵ الرملي , نهاية المحتاج الى شرح المنهاج , مصدر سابق , (393/2) .

⁶ محمد سكمال المجاجي , المهذب في الفقه المالكي وادلته , ج2, ط1, دار الفلم , دمشق , 2010 , ص88

⁷ الحنبلي , منتهى الارادات , مصدر سابق , (197/4).

⁸ السيد علي الحسيني السيستاني , منهاج الصالحين , مصدر سابق , (191/3) , الحلي , قواعد الاحكام , مصدر سابق , (156/3) .

ومما تقدم يمكن للباحث ان يعرف الكراهة في الخلع على انها: " النفور القلبي الصادر من الزوجة تجاه زوجها وعدم تقبلها اياه , لسبب لا دخل للزوج فيه , ويعبر عنه من خلال تلفظ الزوجة بعبارات صريحة تدل على عدم رغبتها في الاستمرار بالحياة الزوجية معه مما يستوجب وقوع الخلع وصحة اخذ العوض ".¹

ويتضح لنا من خلال تعريف الكراهة في الخلع الملاحظات الاتية :

- أ- إنَّ الكراهة يجب ان تكون من جانب الزوجة فقط تجاه زوجها ؛ لكي يستحق العوض في الخلع , اما اذا كانت الكراهة من الزوج تجاه زوجته , أي يكون سبب الكراهة صادرا من الزوج , كأن يعمد على التضييق عليها والاضرار بها بقصد التنازل عن حقها من خلال اللجوء الى الخلع¹, فلا يحل له اخذ العوض ؛ لان الزوج بيده عصمة الطلاق , واما اذا كانت الكراهة من كلا الزوجين للأخر , فالحل يكون بالمباراة وليس الخلع ؛ وذلك لعدم جواز اخذ الزوج العوض من زوجته إلا اذا كانت الكراهة من قبلها فقط².
- ب- أنْ تبلغ الكراهة حدا تخشى الزوجة فيه من ان لا تقيم حدود الله تعالى³ , حيث يعبر عن هذه الكراهة بالألفاظ تدل على عدم رغبتها في الاستمرار في الحياة الزوجية مع زوجها , ومن قبيل هذه الالفاظ ما يلي: " لا اقيم حدود الله فيك , لا اطيع لك امرا , لا اغتسل لك من جنابة , و لأَدْخُلَنَّ بيتك من تكره .. الخ "⁴.
- ت- أنْ تكون الزوجة هي من تتلفظ بهذه العبارات من غير ان يعلم احد بذلك⁵.

الفرع الثاني

الموقف الفقهي والتشريعي والقضائي

لغرض بيان الموقف فقهاء الشريعة الاسلامية وكذلك بيان موقف التشريع والقضاء يتعين علينا تقسيم هذا الفرع الى فترتين نتطرق في الفقرة الاولى الى موقف الفقه الاسلامي , اما الفقرة الثانية فسننتطرق لبيان موقف التشريع والقضاء وذلك على النحو الاتي :

اولا- موقف الفقه الاسلامي

¹ الطبرسي , ميرزا حسين النوري , مستدرك الوسائل ومستنبط المسائل , ج15 , ط3 , مؤسسة البيت لأحياء التراث , بيروت , لبنان , 1991 , ص380
² السيد علي الطباطبائي , رياض المسائل في بيان احكام الشرع بالدلائل , ج11, ط1 , مؤسسة النشر الاسلامي , قم , ايران , 1420 هجري , ص169
³ الشيخ يوسف البحراني , الحقائق الناظرة في احكام العترة الطاهرة , مصدر سابق , (577/25).
⁴ ينظر اكثر , الطوسي , تهذيب الاحكام في شرح المقنعة , مصدر سابق , (166/8).
⁵ الكليني , محمد بن يعقوب , فروع الكافي , ج6 , ط1 , منشورات الفجر , بيروت , لبنان , 2007 , ص90

اختلف فقهاء الشريعة الاسلامية في اشتراط كراهة الزوجة لزوجها لصحة البذل الذي يستحقه الزوج في الخلع وانقسم الفقهاء على اتجاهين , الاول يرى ان كراهة الزوجة لزوجها شرطا لصحة البذل الذي يستحقه في الخلع , اما الاتجاه الاخر فلم يشترط لصحة البذل تحقق الكراهة من جانب الزوجة , وعليه سنتطرق لكل اتجاه بشكل مفصل وذلك كالآتي :

1- الاتجاه الاول : ذهب الى هذا الاتجاه فقهاء الامامية , إذ اشترط فقهاء الامامية كراهة الزوجة لزوجها لصحة العوض الذي يأخذه الزوج من زوجته في الخلع , وعليه فاذا كانت الكراهة متحققة فيعتبر الخلع صحيحا ومن ثم صح العوض الذي يأخذه الزوج لقاء الخلع اما اذا لم تكن الزوجة كارهة لزوجها حين وقوع الخلع فلا يصح الخلع ولم يصح العوض¹ واستدلوا بأدلة من القران الكريم ومن السنة النبوية المطهرة :

أ- القران الكريم

قال تعالى : **"..وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ"**².

فالآية الكريمة وردت في الخلع³ والتي اكدت بنص صريح وواضح على ان كراهة الزوجة لزوجها شرطا لصحة البذل في الخلع حيث وردت عدة روايات عن ائمة اهل البيت عليهم السلام في تفسير الآية المباركة.

ب- السنة المطهرة

ورد في السنة المطهرة روايات عدة عن الرسول الاكرم محمد (صل الله عليه واله وسلم) وعن ائمة اهل البيت (عليهم الصلاة والسلام) تؤكد اشتراط كراهة الزوجة لزوجها لصحة البذل في الخلع :

1. روي عن الامام جعفر الصادق (عليه السلام) انه قال : **"المختلعة التي تقول لزوجها : اخلعني وانا اعطيك ما اخذت منك , فقال : لا يحل له اخذ شيء منها حتى تقول : والله لا ابر لك قسما , ولا اطيع لك امرا , و لأدَّئِنَّ في بيتك بغير اذنك , و لأوطئن فراشك غيرك , فان فعلت ذلك من غير ان يعلمها حل له ما اخذ منها"**⁴.
2. وروي عن الامام جعفر الصادق (عليه السلام) انه قال : **"اذا خلع الرجل امرأته فهي واحدة بائنة ...ولا يحل له ان يخلعها حتى تكون هي التي تطلب ذلك منه من غير ان يضر بها وحتى تقول : لا ابر لك قسما , ولا اغتسل لك من جنابة , و**

¹ ينظر العاملي , وسائل الشيعة , مصدر سابق , (487/15) .

² البقرة/229

³ القمي , علي بن ابراهيم , تفسير القمي , مصدر سابق , (75/1) .

⁴ الكليني , محمد بن يعقوب , الكافي , رقم الحديث (10992) , مصدر السابق , (684/11) .

لأَدْخَلَنَّ بَيْتَكَ مِنْ تَكَرِهٍ , وَ لِأَطْنَنَّ فِرَاشَكَ , وَ لَا أُقِيمُ حُدُودَ اللَّهِ , فَإِذَا كَانَ هَذَا مِنْهَا طَابَ لَهُ مَا أَخَذَ مِنْهَا"¹.

3. وروى عن الإمام جعفر الصادق (عليه السلام) انه قال : " لا يحل خلعه حتى تقول لزوجها: والله لا ابر لك قسما ولا اطيع لك امرا ولا اغتسل لك من جنابة , و لأُوْطِنَنَّ فِرَاشَكَ وَ لِأَذْنَنَنَّ عَلَيْكَ بِغَيْرِ إِذْنِكَ .. فَإِذَا قَالَتِ الْمَرْأَةُ ذَلِكَ لِزَوْجِهَا حَلَّ لَهُ مَا أَخَذَ مِنْهَا"².

4. وعن الامام محمد الباقر (عليه السلام) انه قال: " اذا قالت المرأة : والله لا اطيع لك امرا مفسرا او غير مفسر حل له ما اخذ منها وليس له عليها رجعة"³.

ت- **الاجماع:** اجمع فقهاء الامامية على ان الزوج اذا خالغ زوجته والاخلاق ملتئمة لم يصح الخلع , والمراد بالتئام الاخلاق عدم كراهتها له , فلا يحل للزوج ان يأخذ شيئا من زوجته الا ان تعتدي عليه بالكلام⁴.

ويتبين لنا من خلال بيان موقف الامامية ان البذل لا يحل الا اذا صدرت من الزوجة تصرفات قولية او فعلية تبدي فيها رغبتها بعدم امكانية الاستمرار في الحياة الزوجية مع زوجها مما يدفعها الى التنازل عن حقوقها من اجل حل تلك الرابطة ومن غير ان يكون للزوج دخل في ذلك .

2- **الاتجاه الثاني :** ذهب البعض من جمهور فقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة الى جواز الخلع مع التراضي بين الزوجين وان كانت الحال مستقيمة ويحل العوض لقوله تعالى : " فَإِنْ طِبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا"⁵. وبالتالي صحة العوض الذي يستحقه الزوج من زوجته لقاء الخلع سواء اكانت الزوجة كارهة لزوجها حين الخلع ام لم تكن كارهة لزوجها , وبالتالي لا تأثير للكراهة على العوض في الخلع⁶ .

فذهب البعض⁷ الى ان الخلع لا يباح الا عند الغضب والخوف من ان لا يقيما حدود الله تعالى واستدلوا في ان الزوج لا يجوز له ان يأخذ من المرأة عند طلاقها شيئا , ثم استثنى حالة مخصوصة فقال: "إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ".

1 الكليني , محمد بن يعقوب , الكافي , رقم الحديث (10993) , المصدر السابق , (685/11) .

2 الكليني , محمد بن يعقوب , الكافي , رقم الحديث (10990) , المصدر السابق , (682/11) .

3 الكليني , محمد بن يعقوب , الكافي , رقم الحديث (10995) , المصدر السابق , (686/11) .

4 وهذا الاجماع انما يكشف عن اقوال الأئمة المعصومين (عليهم الصلاة والسلام) وليس منشأ للحكم : ينظر العاملي , وسائل الشيعة , مصدر سابق , (487/15) , الهندي , كشف اللثام , مصدر سابق , (188/8) , العاملي , نهاية المرام , مصدر سابق , (136/2) .

5 النساء/4

6 الشيخ علي احمد عبد عال الطهطاوي , تنبيه الابرار بأحكام الخلع والطلاق والظهار , ط1 , دار الكتب العلمية , بيروت , لبنان , 2003 , ص25

7 الرازي , تفسير الفخر الرازي , مصدر سابق , (107/6) .

وذهب البعض الاخر الى ان الفدية تحل ويكون الخلع مباحا اما لكرهه او لعجز , فأما الكراهة فهو ان تكره منه اما سوء خلقه او سوء فعله واما قلة دينه واما قبح منظره .. واما العجز فيكون تارة لعجز عن الاستمتاع او المال او العجز عن كثرة الاستمتاع .¹

وذهب البعض الاخر² الى انه اذا كان النشوز والبغض والظلم من قبل الزوجة فيحل للزوج ان يأخذ منها ما اقتدت به.

في حين ذهب البعض منهم³ الى ان الخلع المباح هو ان تكره المرأة صحبة الزوج ولا يمكنها القيام بإداء حقوقه فتخرج فتخلع نفسها لقوله تعالى : " إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ " . واستدلوا بتقرير النبي الاكرم (صلى الله عليه وعلى اله وسلم) خلع حبيبة بنت سهل حيث ذكرت الشقاق , ولو اختلعت نفسها بلا سبب جائز مع الكراهية ؛ لان النبي (صلى الله عليه وعلى اله) واصحابه لم يفتشوا سبب الاختلاع من جانبها .

بينما ذهب البعض الى وقوع الخلع وجواز اخذ العوض حتى لو كان الشقاق منهما معا , حيث قال لا يحل للرجل اخذ الفدية من امراته على فراقها اياه حتى يكون الخوف من معصية الله تعالى من كل واحد منهما على نفسه⁴ ..

وذهب منهم الى ان المخافة لعدم اقامة حدود الله من طريقها كافية في جواز الاختلاع⁵ .

في حين قال البعض الاخر الى ان اسباب اقرار حق المرأة في الخلع هو ان تمتنع المرأة من اداء الحق فتخاف على الزوج ان لا يؤدي الحق اذا منعتة حقها فتحل الفدية وكذلك اذا كرهت صحبتته حتى خافت ان تمنعه كراهته صحبتته ببعض الحق فأعطته الفدية طاعة له حلت له⁶ ..

وقسم جمهور الفقهاء الخلع من حيث مشروعيته على ثلاثة اقسام :

أ- **مباح** : فيكون الخلع مباحا في حال ما اذا كرهت المرأة زوجها لخلقه او خلقه او دينه او كبره او ضعفه او نحو ذلك وخشيت ان لا تؤدي حق الله تعالى في طاعته

¹ وهو ما ذهب اليه فقهاء الشافعية , ينظر: الماوردي , الحاوي الكبير , مصدر سابق , (10/6) .

² ينظر: ابن كثير , تفسير القرآن الكريم , مصدر سابق , (274/1) .

³ محمد ناصر الدين الالباني , التعليقات الرضية على الروضة الندية , ج2, دار ابن عفان , القاهرة , مصر , بلا سنة , ص269

⁴ الطبري , جامع البيان عن تأويل القرآن , مصدر سابق , (478/2) .

⁵ الشوكاني , محمد بن علي بن محمد , السيل الجرار المتدفق على حدائق الازهار , ج2, ط1 , دار الكتب العلمية , بيروت , لبنان , 1405 هجري , ص364

⁶ الشافعي , محمد بن ادريس , الام , دار الوفاء , المنصورة , مصر , 2001 , ص501

فيجوز لها عندئذ ان تخالعه بعوض تفندي به نفسها واستدلوا بادلة من القران الكريم والسنة المطهرة¹:

(1) القران الكريم : قال تعالى : **"..وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافًا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ"**². قالوا ان هذه الآية منسوخة في قوله تعالى : **" فَإِنْ طِبَّنْ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا"**³.

(2) السنة النبوية : **"أَنَّ جَمِيلَةَ بِنْتَ سَلُولَ ، أَنْتِ النَّبِيَّةُ (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ) فَقَالَتْ : وَاللَّهِ مَا أُعْتِبْتُ عَلَى ثَابِتٍ فِي دِينٍ ، وَلَا خُلِقِ ، وَلَكِنِّي أَكْرَهُ الْكُفْرَ فِي الْإِسْلَامِ ، لَا أَطِيقُهُ بُغْضًا ، فَقَالَ لَهَا النَّبِيُّ (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ) : أترددين عليه حديقته ؟ قالت : نعم ، فأمره رسول الله (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ) أَنْ يَأْخُذَ مِنْهَا حديقته ، ولا يزداد"**⁴.

ب- الكراهية : اذا كانت المخالعة من دون سبب مع استقامة الحال بين الزوجين أي رغبة الزوجة في حل الرابطة الزوجية من دون ان تستند في دعواها لأسباب شرعية⁵....

ت- التحريم : اذا ابغض الرجل زوجته فقام بإيذائها ومنعها حقها لتفندي نفسها منه واستدلوا بقوله تعالى : **" وَلَا تَعْضَلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُّبِينَةٍ"**⁶. فاذا طلقها في هذه الحالة بعوض لم يستحقه ؛ لأنه عوض اكرهت على بذله بغير حق⁷ ، فاذا ثبت النشوز منه فلا يحق له اخذ شيء من زوجته⁸.

ويتضح من خلال ما تقدم ان فقهاء الامامية اشترطوا كراهة الزوجة لزوجها لصحة العوض الذي يأخذه الزوج لقاء الخلع ، وهذه الكراهة لا تقع الا اذا تلفت الزوجة بالفاظ مخصوصة شرعا ، وبالتالي فان العوض يدور وجودا وعدما مع تحقق الكراهة ، بينما نجد ان جمهور الفقهاء قالو بوقوع الخلع ، وبالتالي صحة العوض سواء كان سبب الخلع الكراهة ام العجز ام الخوف من ان لا تقيم حدود الله تعالى ، كذلك نشوز الزوجة او الشقاق سواء وقع الشقاق منها ام منها معا .

ثانيا- موقف التشريع والقضاء

¹ ابن قدامى ، المغني ، مصدر سابق ، (267/10) .

² البقرة /229

³ النساء/4

⁴ البخاري ، ابو عبد الله محمد بن اسماعيل ، صحيح البخاري ، رقم الحديث (5273) ، باب الطلاق ، مصدر سابق ، (1698/3) .

⁵ ابن قدامة المقدسي ، الكافي في فقه الامام احمد بن حنبل ، مصدر سابق ، (95/3) .

⁶ النساء /19

⁷ ابن قدامة المقدسي ، الكافي في فقه الامام احمد بن حنبل ، مصدر سابق ، (95/3) .

⁸ ابن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار ، مصدر سابق ، (93/5) .

لا بد ان نتطرق الى موقف التشريع من شرط الكراهة لصحة البذل ومن بعدها التطرق لبيان موقف الاجتهاد القضائي المعاصر وذلك كالآتي :

1_ موقف التشريع

إنّ المشرع العراقي اشار الى شروط صحة الخلع في قانون الاحوال الشخصية صراحة ولم يكن من بينها شرط كراهة الزوجة لزوجها , حيث نصت المادة (46) على ان : " يشترط لصحة الخلع ان يكون الزوج اهلا لإيقاع الطلاق وان تكون الزوجة محلا له". وهذا يعني ان المشرع احالها الى احكام الشريعة الاسلامية بموجب المادة الاولى من قانون الاحوال الشخصية .

بينما نجد ان المشرع المصري اشار صراحة على ان المحكمة لا تحكم بالخلع الا بعد ان تقرر الزوجة صراحة انها تبغض الحياة مع زوجها حيث نصت المادة (20) من قانون تنظيم بعض اوضاع واجراءات التقاضي رقم (1) لسنة 2000 : " للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع ، فإن لم يتراضيا عليه وأقامت الزوجة دعواها بطلبه وافتدت نفسها وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية وردت عليه الصداق الذي أعطاه لها ، حكمت المحكمة بتطليقها عليه , ولا تحكم المحكمة بالتطليق للخلع إلا بعد محاولة الصلح بين الزوجين وندبها لحكمين لموالاته مساعي الصلح بينهما ، وبعد أن تقرر الزوجة صراحة أنها تبغض الحياة من زوجها وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما وتخشى ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض ، ويقع بالخلع في جميع الأحوال طلاقاً بائناً". ونستنتج من خلال النص المتقدم ان المشرع المصري بخلاف المشرع العراقي في انه تطرق لشرط الكراهة في الخلع غير انه لم يبين اثر الكراهة في صحة العوض الذي يستحقه الزوج من زوجته لقاء الخلع .

أمّا المشرع الجزائري فلم ينص على شروط الخلع في قانون الاسرة , فمن الملاحظ ان المشرع الجزائري لم يفرد للخلع احكاما , بل اكتفى بعد الخلع نوع من انواع الطلاق على مال وذلك بموجب المادة (54) من قانون الاسرة النافذ .

ونستنتج من خلال ما تقدم ان التشريع العراقي والتشريعات المقارنة لم تتطرق لشرط الكراهية لصحة البذل في الخلع مما يعني احالتها لأحكام الشريعة الاسلامية بموجب نص الاحالة المقررة في تلك القوانين .

2_ موقف القضاء

أكد القضاء العراقي أنّ كراهة الزوجة لزوجها هو شرط لا بد منه لصحة البذل في الخلع حيث قضت محكمة التمييز الاتحادية على ان : " الملاحظ ان المدعى عليها ذكرت

انها لم تكن كارهة لزوجها المدعي وكانت على علاقة طيبة به , وان المطلق الديني ذكر انها كانت كارهة لزوجها حين ايقاع الطلاق الخلعي , مما كان يقتضي بالمحكمة سؤال رجل الدين عن كيفية علمه بكونها كارهة لزوجها حين بذلها , وهل سألها واجابته بذلك ؟ واستماع لأقوال باقي شهود مجلس الطلاق عن ذلك , وكيفية ثبوت كراهة وعدم كراهة الزوجة لزوجها حين ووقوع الخلع ؛ لأهمية ذلك باعتبار ان الكراهة شرط لصحة البذل "1.

ويتضح لنا ان القضاء العراقي اخذ بموقف الامامية في عدم صحة البذل , وبالتالي عدم صحة الخلع الواقع ما لم تكن الزوجة كارهة لزوجها حين وقوع الخلع .

بينما نجد ان القضاء المصري قد اشار الى وجوب كراهة الزوجة لزوجها لصحة الخلع غير انه لم يشر الى ضرورة توفره لصحة البذل , حيث قضت محكمة النقض المصرية ما يلي : " ان المدعى عليه كان قد تزوجها بصحيح العقد الشرعي المؤرخ 1997/7/25 , وقد دب الخلاف بينها الى حد لم تعد تطيق الحياة معه واصبحت تخشى من ان تغضب الله ازاء كراهيتها لزوجها وعدم رغبتها في معاشرته... "2.

أمّا المحكمة العليا الجزائرية فقد قضت : "ان الخلع رخصة شرعية منحتها الشريعة الاسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية من جانبها عند الاقتضاء , وذلك بقدية تفتدي بها نفسها من زوجها بمقابل مالي تعرضه عليه وفقا لما جاء في المادة (54) من قانون الاسرة ... كما تقرر للزوجة التي سئمت العيش مع زوجها مع استحالة استمرارها في معاشرته وخوفا من ان لا تقيم حدود الله عز وجل ؛ ومن ثم مادام ان مبرر الخلع شرعا هو كراهية الزوجة للزوج ونفورها منه فانه مقرر للزوجة المدخول بها... "3.

ونستنتج من خلال بيان موقف الاجتهاد القضائي المعاصر يتبين لنا ان القضاء المصري والجزائري اشار الى كراهة الزوجة لزوجها الا انه لم يجعل الكراهة شرطا لصحة العوض في الخلع , بخلاف القضاء العراقي الذي أكد ان الكراهة شرطا لصحة العوض , وبالتالي اذا لم تتحقق الكراهة , فلا يقع الخلع ولا يصح العوض متأثرا بالفقه الامامي .

1 قرار محكمة التمييز الاتحادية / هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية / العدد 2022/15079 / قرار غير منشور

2 قرار محكمة النقض المصرية , منشور على الموقع الالكتروني <https://manshurat.org/node/63907> تاريخ الزيارة 2023/11/22

3 قرار المحكمة العليا الجزائرية , رقم القرار 258613 , بالعدد2 , منشور في المجلة القضائية, 6/14 / 2006

المطلب الثالث

الاجتهاد القضائي المعاصر في الاثار غير المالية المترتبة على انحلال
الرابطة الزوجية

فكما يترتب على انحلال الرابطة الزوجية اثار مالية فانه يترتب عليها اثار غير مالية او معنوية , ومن المعلوم ان هذه الاثار لا يقتصر اثرها على الزوج والزوجة فحسب بل تمتد الى ابنائهم , وهذه الاثار منها ما هو متصل بالحضانة وما يتعلق بها من مشاهدة واصطحاب والاشراف على المحضون وزيارته وغيرها من الامور , ومنها ما هو متصل بنسب الابناء سواء منها ما تعلق بنفي النسب او اثباته , فأما الاثار المتصلة بالحضانة فنجد في الغالب ان من يثبت له الحق في حضانة الاطفال قد يمنع الطرف الاخر من مشاهدتهم والاشراف عليهم , واما الاثار المتصلة بالنسب فنجد ان القضاء قد اجاز نفي النسب الثابت بالفراش بالطرق العلمية الحديثة , وعليه يتعين علينا ان نبين ما هو الموقف الشرعي من كل ذلك ومن ثم بيان الموقف الفقهي والقضائي .

ومن خلال ما تقدم سوف نقسم هذا المطلب على فرعين , نتطرق في الفرع الاول الى الامتناع عن تنفيذ حكم مشاهدة المحضون , اما الفرع الثاني فسنخصصه لنفي النسب الثابت بالفراش بالطرق العلمية الحديثة وذلك كالآتي :

الفرع الاول

الاخلال في تنفيذ حكم مشاهدة المحضون

الأصل أنّ الحضانة تكون للام متى ما توافرت فيها شروط الام الحاضنة وبحسب مصلحة المحضون , او قد تكون للاب وبحسب مصلحة المحضون ايضا , وعليه فمن ثبت له الحق في الحضانة يثبت للأخر الحق في المشاهدة , سواء كان الام او الاب , وتقرر المشاهدة اما اتفاقا او بحكم من القاضي يحدد ايام المشاهدة , ومكانها , وزمانها , والسؤال الذي يثار ما هو الجزاء المترتب لو تخلف الحاضن من تمكين الطرف الاخر من مشاهدة المحضون والاشراف عليه , فهل يمكننا ان نتطبق احكام المسؤولية المدنية ام يمكننا الاستعانة بإحكام المسؤولية الجنائية ام ان لمسائل الاحوال الشخصية خصوصية ؟. للإجابة على هذه التساؤلات يتعين علينا ان نبين الموقف الفقهي من ذلك وكذلك بيان موقف التشريع والقضاء , وعليه سنقسم هذا الفرع على فقرتين نتطرق في الفقرة الاولى الموقف الفقهي من امتناع الحاضن من تنفيذ حكم المشاهدة اما الفقرة الثانية سوف نستعرض موقف القانون العراقي والمقارن وكذلك بيان موقف القضاء وذلك على النحو الآتي :

اولا _ موقف الفقه الاسلامي

اتفق فقهاء الشريعة الاسلامية على ان من يثبت له الحق في حضانة الاطفال بعد انحلال الرابطة الزوجية فليس له الحق في ان يمنع الاخر من مشاهدتهم والاشراف على تعليمهم ورعايتهم , وفصل الفقهاء في مسألة مشاهدة المحضون , فنجد ان البعض من الفقهاء الحنفية¹ ذهبوا الى ان الولد اذا كان عند احد الابوين , فلا يحق للآخر منعه من رؤيته .. ولا يجبر احد الابوين من ارساله الى مكان اخر , بل يحق له اخراجه كل يوم الى مكان بحيث يمكن للآخر ان يراه فيه .

وذهب البعض من فقهاء المالكية² الى ان المحضون اذا كان عند امه , فلا يحق لها منعه من الذهاب الى ابيه من اجل تعهده وتعليمه , ثم يرجع الى بيت امه كي يبني عندها , وان كان المحضون عند ابيه فلألم الحق في رؤيته , فلا يمنعها زوجها من دخول ولدها في بيتها , ويقضى لها في ذلك في ذلك ان منعها .

وقد ميز البعض من فقهاء الشافعية³ والحنابلة⁴ بين كون المحضون ذكرا او انثى , فان كان المحضون انثى فأنها تكون عند الحاضن , اما كان ام ابا , ليلا ونهارا ؛ لان تأديبها وتعليمها يكون داخل البيت , فلا يمنع احد الابوين من زيارتها عند الآخر ؛ لان المنع من ذلك قطيعة للرحم , اما اذا كان المحضون ذكرا , فان كان عند ابيه كان عنده ليلا ونهارا ولا يمنع من زيارة امه ؛ لان المنع من ذلك اغراء للعقوق وقطع الرحم , ولا تكلف الام بالخروج لزيارته والولد اولى منه بالخروج , ولو ارادت الام زيارته فلا يمنعها الاب من ذلك ؛ لا في ذلك قطع للرحم.

اما فقهاء الامامية فقد اكدوا على ان الام لا ينبغي ان تمنع الولد من زيارة والده ؛ لما في ذلك من قطيعة رحم , وفصلوا في ذلك , فان كان ذكرا فيترك للذهاب لوالده , وان كانت انثى فالأم هي التي تأتيها زيارة⁵

ونستنتج من خلال ما تقدم ان فقهاء الشريعة الاسلامية تطرقوا الى مسألة المشاهدة فجعلوا لمن يثبت له حق الحضانة السماح للطرف الاخر بمشاهدة ابنائه والحفاظ على مصالحة المتمثلة بالتربية الحسنة والتعليم وغيرها , والسؤال الذي يطرح في هذا الصدد عن الجزاء المترتب في حال منع الحاضن الطرف الاخر من مشاهدة ابنائه ؟.

¹ وهم الحنفية , ينظر الى : السمرقندي , تحفة الفقهاء , مصدر سابق , (234/2).

² ينظر: الخرشى , شرح مختصر خليل , مصدر سابق , (208/4) , القيرواني , التهذيب في اختصار المدونة , مصدر سابق , (403/2) .

³ الماوردي , الحاوي الكبير في فقه الامام الشافعي , مصدر سابق , (507/11) .

⁴ ينظر الى : ابن قدامي , الكافي في فقه الامام احمد , مصدر سابق , (241/3) , البهوتي , كشف القناع عن متن الاقناع , مصدر سابق , (502/5) .

⁵ العاملي , مسالك الافهام في تنقيح شرائع الاسلام , مصدر سابق , (423/8) .

اختلف فقهاء الشريعة الاسلامية في بيان الجزاء المترتب على منع الحاضن الطرف الاخر من مشاهدة ابنائه وانقسمت آراؤهم على قسمين :

1. **الرأي الاول** : وهو رأي فقهاء الامامية الذين قالوا إنّ الام اذا منعت الولد من زيارة والده والاجتماع به فيعتبر سببا في اسقاط الحضانة عنها ؛ وذلك لما في ذلك من قطيعة رحم¹.
2. **الرأي الثاني** : ان الام لا تملك منع والد الصغير من رؤيته , واذا امتنعت امرها القاضي بتمكينه من رؤيته في المكان والزمان الذي يتفقان عليه او المكان الذي يحدده القاضي².

ويرجح الباحث رأي الامامية وذلك بإسقاط الحضانة عنها ؛ والسبب في ذلك لأنها منعته من حق ثابت في الشريعة الاسلامية , وهو صلة الرحم التي اوصى بها الله تعالى ونبيه الاكرم محمد (صل الله عليه واله وسلم) , بالإضافة الى ذلك انّ الام اذا علمت ان الجزاء سيكون بسحب الحضانة فأنها لن تحاول منع المحضون من رؤية والده ؛ خوفا من اسقاط الحضانة , وبالتالي ستتحقق مصلحة كل من الام والاب والطفل المحضون وهو ما تسعى الشريعة اليه.

ثانيا _ الموقف التشريعي والقضائي

لغرض بيان الموقف التشريعي والقضائي يتعين علينا نتطرق أولا الى موقف التشريعات من امتناع الام من تنفيذ حكم المشاهدة وكذلك بيان موقف القضاء العراقي والمقارن وذلك كالآتي :

1. موقف التشريع العراقي والمقارن

لم نجد في قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ نصا يحسم المسألة ولكن من خلال استقراء الاحكام القضائية التي اصدرتها المحاكم العراقية يتبين ان القضاء عند عرض النزاع عليه قد استعان بنصوص قانون الاحوال الشخصية وقواعد المسؤولية المدنية والجزائية لحكم المسألة المعروضة ومن هذه النصوص ما يلي :

أ- الاخذ بقواعد قانون الاحوال الشخصية في اصدار الحكم , إذ اشترطت المادة (57/2) الامانة في الام الحاضنة , وبالتالي فان تخلفها عن احضار المحضون لتنفيذ

1 العملي , مسالك الافهام في تنقيح شرائع الاسلام , مصدر سابق , (423/8) .

2 ذهب الى هذا الرأي الشيخ احمد محمد عبد عال هريدي , حكم رؤية الاب لولده المحضون , فتوى رقم (3613) , منشور في موقع دار الافتاء المصرية , منشور على الموقع :

<https://www.dar-alifta.org/ar/fatawa/13014> تاريخ الزيارة 2024/2/3

حكم المشاهدة تعتبر مخلة بهذا الشرط الامر الذي يستوجب اسقاط حضانتها عن المحضون ؛ وذلك لقطعها صلة الرحم بينها وبين والده.

ب- الاخذ بقواعد قانون التنفيذ , وذلك من خلال اللجوء الى دائرة التنفيذ المختصة وهو ما يعترف بالتنفيذ الجبري الذي نصت عليه المادة (1/22) من قانون التنفيذ النافذ والمعدل رقم (45) لسنة 1980 والتي قضت على ما يلي : " اذا لم ينفذ المدين الحكم او المحرر التنفيذي رضاء , قامت مديرية التنفيذ بالتنفيذ الجبري وفق احكام هذا القانون"¹.

ت- الحق في المطالبة بالتعويض طبقا لقواعد المسؤولية المدنية , إذ نصت المادة (204) من القانون المدني على ان : " كل تعد يصيب الغير بأي ضرر... يستوجب التعويض ". وبالتالي يلتزم الممتنع من تنفيذ حكم المشاهدة بالتعويض عن الضرر . ويمكن القول ان هذا التعويض يشمل الضرر المادي والادبي معا .

ث- الحكم بالحبس او بالغرامة بالاستناد الى احكام المسؤولية الجنائية , حيث نص المشرع العراقي في قانون العقوبات النافذ على ما يلي : " يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة اشهر وبغرامة لا تزيد على مائة دينار او بإحدى هاتين العقوبتين كل من كان مكلفا قانونا بالحضور بنفسه او بوكيل عنه في زمان ومكان معينين بمقتضى تبليغ او امر او بيان صادر من محكمة او سلطة قضائية او من موظف او مكلف بخدمة عامة مختص قانونا بإصداره فامتنع عمدا عن الحضور في الزمان والمكان المعينين او ترك المكان المعين قبل الوقت الجائز فيه تركه"².

ويميل الباحث الى الابتعاد عن الجزاء الجنائي المتمثل بالغرامة او الحبس في تنفيذ حكم المشاهدة , والاتجاه الى حل وسط يتمثل بتبليغ الطرف الممتنع بتنفيذ حكم المشاهدة وفي حال امتناعه مرة اخرى فيتم اللجوء الى سحب الحضانة منه مؤقتا كما هو الحال في التشريع المصري كما سنبينه لاحقا , وفي حال ما اراد استرداد حقه في حضانة الطفل فعليه تقديم تعهد يتمثل بالتزامه بتنفيذ حكم المشاهدة في الزمان والمكان المقرر بموجب الاتفاق او حكم القاضي .

بينما نجد ان المشرع المصري عالج احكام مشاهدة المحضون , حيث نص في المادة (20) على ما يلي : " لكل من الابوين الحق في رؤية الصغير او الصغيرة وللأجداد مثل ذلك عند عدم وجود الابوين واذا تعذر تنظيم الرؤيا اتفاقا نظمها القاضي على ان تتم في مكان لا يضر بالصغير او الصغيرة نفسيا ولا ينفذ حكم الرؤية قهرا ولكن اذا امتنع من بيده الصغير عن تنفيذ الحكم بغير عذر انذره القاضي فأن تكرر منه ذلك جاز

¹ ونصت الفقرة (2) من المادة (22) سالفه الذكر على ما يلي : "المنفذ العدل احضار المدين عند الاقتضاء جبرا بمذكرة يصدرها لهذا الغرض " .

² ينظر : المادة (238) من قانون العقوبات العراقي النافذ

للقاضي بحكم واجب النفاذ نقل الحضانة مؤقتاً الى من يليه من اصحاب الحق فيها لمدة يقدرها "1".

ويلاحظ ان المشرع المصري اعطى للأجداد الحق في رؤية المحضون عند عدم وجود الابوين سواء كانت الغيبة بسبب السفر ام وفاة ؛ لان النص ورد مطلقا وكذلك جعل الجزاء المترتب على منع الطرف الاخر من تنفيذ اتفاق المشاهدة او حكم المشاهدة ان لم يتفقا على تنظيم رؤية المحضون هو سقوط الحضانة مؤقتا ، بالإضافة الى ذلك منع المشرع المصري من تنفيذ حكم المشاهدة قهرا أي لا يجوز اللجوء الى التنفيذ الجبري لتنفيذ حكم المشاهدة حفاظا على مصلحة المحضون وحماية له من الاضرار النفسية التي قد يتعرض لها جراء تنفيذ الحكم جبرا .

اما المشرع الجزائري فقد عدَّ امتناع الحاضن من احضار المحضون لتنفيذ حكم المشاهدة جريمة يعاقب عليها وفق احكام المسؤولية الجنائية استنادا الى احكام قانون العقوبات الجزائري حيث نصت (327) منه على ما يلي : " كل من لم يسلم طفلا موضوعا تحت رعايته الى الاشخاص الذين لهم الحق في المطالبة به ، يعاقب بالحبس من سنتين الى خمس سنوات". وكذلك نص على ان : " يعاقب بالحبس من شهر الى ستة او بغرامة ... الاب او الام او أي شخص اخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي بشأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل او بحكم نهائي الى من له الحق في المطالبة به ، وكذلك كل من خطفه ممكن وكلت اليه حضانته او من الاماكن التي وضع فيها او ابعده عنه او عن تلك الاماكن او حمل الغير على خطفه او ابعاده ولو وقع ذلك بدون تحايل او عنف "2. ونستنتج من خلال ما تقدم ان المشرع الجزائري اعتبر الامتناع عن مشاهدة المحضون جريمة يعاقب عليها وفق احكام المسؤولية الجنائية والمتمثلة بالحبس او الغرامة .

ومن خلال ما تقدم فنحن نميل الى موقف المشرع المصري الذي جعل الجزاء المترتب على الامتناع عن تنفيذ حكم المشاهدة هو سحب الحضانة مؤقتا ؛ وذلك تجنباً من اللجوء الى احكام المسؤولية المدنية والجنائية وما يترتب عليها من اثار مادية وجسدية تمثل بالتعويض او الغرامة والحبس بالإضافة الى ذلك ان سحب الحضانة مؤقتا يعرض الام الحاضنة الى الشعور بالذنب وبالتالي تأنيب الضمير لأخلاله بالتزام شرعي وهو قطع صلة الرحم .

2. موقف القضاء العراقي والمقارن

¹ ينظر اكثر : المادة (20) من قانون رقم (25) لسنة 1920 المعدل بقانون رقم (100) لسنة 1985 المتعلق بأحكام النفقة وبعض مسائل الاحوال الشخصية
² ينظر اكثر المادة (328) من قانون العقوبات الجزائري النافذ

تباينت توجهات القضاء العراقي في مسألة امتناع الام الحاضنة عن تنفيذ حكم المشاهدة , فتارة يرتب على امتناع الام الممتنعة مسؤولية جزائية تتمثل في الحبس او الغرامة , وتارة اخرى يرتب عليها مسؤولية مدنية كالحكم بالتعويض او التنفيذ الجبري , وعليه سنتطرق الى توجهات القضاء العراقي وكالاتي :

أ- **التوجه الاول :** يتمثل هذا الاتجاه بعد امتناع الام الحاضنة عن تنفيذ حكم المشاهدة سببا موجب لأسقاط حضانتها عن ابنائها ؛ وذلك لتخلف شرط من شروط الحضانة وهو شرط الامانة التي اشارت اليه المادة (57/2) من قانون الاحوال الشخصية النافذ¹ وبذلك قضت محكمة التمييز الاتحادية على ان: " ان امتناع الممينة (الام الحاضنة) من تمكين المميز عليه من مشاهدة المحضون يجعلها غير امينة ؛ لتعمدها قطع صلة الرحم بينه وبين ولده...² " . وكذلك ما ذهبت اليه محكمة التمييز : " ان امتناع الام عمدا عن تمكين الاب من مشاهدة اولاده ولمرات متكررة يشكل سببا لأسقاط حضانتها ؛ لأنها بذلك تحرمه من حق شرعي وقانوني ...³ " .

ب- **التوجه الثاني :** يتمثل هذا التوجه في العدول عن اعتبار الام الحاضنة غير امينة , وبالتالي لا تسقط عنها حضانة الاطفال في حال امتناعها عن احضارهم لتنفيذ حكم المشاهدة , بل ان القضاء اعطى للاب الحق في المطالبة بالتنفيذ الجبري ؛ وذلك من خلال مراجعة مديرية التنفيذ المختصة ؛ لتنفيذ حكم المشاهدة جبرا على الام الحاضنة وبذلك قضت محكمة التمييز الاتحادية حيث اكدت على ان : " ان عدم احضار الام الحاضنة لأبنائها الحضونين تنفيذا لحكم المشاهدة لا يعتبر سبب من اسباب اسقاط حضانتها لهم وان بإمكان الاب المطالبة من مديرية التنفيذ المختصة بتنفيذ حكم المشاهدة جبرا او مراجعة محكمة التحقيق بغية اتخاذ الاجراءات القانونية بحق الام المتخلفة عن احضار الحضونين للمشاهدة ... وبذلك تكون دعوى المدعي بأسقاط حضانة المدعى عليها لولديه المحضونين حرية بالرد , وحيث ان المحكمة اصدرت حكمها المميز دون مراعاة ما تقدم مما اخل بصحة حكمها لذا قرر نقضه...⁴ " .

ت- **التوجه الثالث :** الحكم على الام الممتنعة عن احضار اطفالها لغرض تنفيذ حكم المشاهدة بغرامة قدرها (مليون دينار) واعطاء الحق للزوج بمراجعة المحاكم المدنية للمطالبة بالتعويض اذا كان له مقتضى , اذ قضت محكمة التمييز على ما

1 نصت المادة (57/2) من قانون الاحوال الشخصية النافذ على ان : " يشترط ان تكون الحاضنة بالغة عاقلة امينة قادرة على تربية المحضون وصيانتهم... " .

2 مؤيد حميد الاسدي , المنتقى من المبادئ القانونية , مصدر سابق , ص119

3 مؤيد حميد الاسدي , المصدر السابق , ص119

4 قرار محكمة التمييز الاتحادية / هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية , العدد 12399, تسلسل 12710 , بتاريخ 20/9/2021 , قرار غير منشور .

يلي : " .. ان المتهمة طليقته ولهما من فراش الزوجية ابنتها (س) وهي في حضانة الام وقد استحصل على قرار من محكمة الاحوال الشخصية ... يلزمها من تمكينه من مشاهدة الطفلة واصطحابها وقد امتنعت عن تنفيذ القرار لعدة مرات .. وعليه حكمت المحكمة على المدان بدفع غرامة مالية قدرها مليون دينار استنادا الى المادة (238) من قانون العقوبات العراقي وكذلك منح الزوج الحق في المطالبة بالتعويض امام المحاكم المدنية .. "1.

ث- **التوجه الرابع** : اعتبرت محكمة التمييز ان امتناع الام الحاضنة من تمكين الزوج المطلق من مشاهدة اطفاله جريمة يعاقب عليها القانون وفق احكام المادة (238) من قانون العقوبات العراقي , حيث قضت على ما يلي : " ان امتناع الحاضنة من تمكين الزوج المطلق من مشاهدة اطفاله المحضونين بعد استحصاله لقرار حكم من محكمة الاحوال الشخصية يقتضي بتمكينه من مشاهدة الاطفال وعدم تنفيذها لما ورد في قرار الحكم يشكل جريمة يعاقب عليها القانون وفق احكام المادة (238) من قانون العقوبات العراقي .. "2. وهذا التوجه ما استقر عليه قضاء محكمة التمييز الاتحادية في الآونة الاخيرة .

ويلاحظ ان موقف القضاء العراقي متباين في ايجاد حل للمسألة الواحدة , ويرجح الباحث هذا الاختلاف الى القصور التشريعي الذي يعتري المادة (57) من قانون الاحوال الشخصية النافذ والتي لم تتطرق لحكم امتناع الحاضن عن تنفيذ اتفاق او حكم المشاهدة , وعليه يذهب الباحث ضرورة الابتعاد عن الجزاء الجنائي المتمثل بالحبس او الغرامة , وكذلك ضرورة الابتعاد عن تنفيذ حكم المشاهدة جبرا ؛ وذلك لان الغرض من المشاهدة هو متابعة الصغير ورعايته والاشراف على تعليمه , فاذا نفذ حكم المشاهدة جبرا فسينتفي الغرض المنشود ؛ لما يترتب عليه من اثار قد تعكس سلبا على مصلحة الصغير وجعل الحكم اسقاط الحضانة الممتنع عن التنفيذ فقط مع الزام الممتنع تكاليف ما تكبده طالب المشاهدة من نفقات اقامة الدعوى وغيرها من المصاريف.

اما عن موقف القضاء المصري فنجد انه حسم الامر بعد امتناع الام الحاضنة عن تنفيذ حكم المشاهدة يعد ضررا ماديا ومعنوي يستوجب التعويض وفقا لأحكام المسؤولية المدنية , حيث قضت على ما يلي : " ... ولما كان قد ثبت للمحكمة من مطالعة الاوراق ثبوت اعلان المدعي عليها بالصيغة التنفيذية لحكم الرؤية وامتناعها عن تنفيذه , ولما لحق المدعي من اضرار مادية تمثلت فيما تكبده من مصاريف انتقال ومصاريف

1 قرار محكمة استئناف بابل الاتحادية , محكمة جنح الحلة , بالعدد 60/ج/2023, بتاريخ 2023/1/16 قرار غير منشور .

2 وهذا ما ذهبت اليه محكمة استئناف كربلاء الاتحادية وايدتها بذلك محكمة التمييز الاتحادية , قرار صادر بالعدد 163 ت جزائية 2024 , 2024/2/8 قرار غير منشور .

انذارات والتوجه لأقسام الشرطة لأثبات الحالة , وتترى المحكمة على ضوء ذلك تقدير مبلغ (عشرة الاف جنيه) تعويض مادي ... ومن المقرر في قضاء النقض انه ليس هناك معيار لحصر احوال التعويض عن الضرر الادبي , اذ ان كل ضرر يؤدي للانسان في شرفه واعتباره او يصيب عاطفته واحساسه ومشاعره يصح ان يكون محلا للتعويض ... "1. بالإضافة الى ذلك سقوط الحضانة مؤقتا عن الممتنع عن تنفيذ حكم المشاهدة حيث قضت محكمة النقض المصرية على ان : " امتناع من بيده الصغير عن تنفيذ حكم الرؤية بغير عذر وتكرار ذلك منه بعد انذاره , يجوز للقاضي الحكم بنقل الحضانة مؤقتا الى من يلي الممتنع عن التنفيذ من اصحاب الحق فيه لمدة يقدرها "2.

اما القضاء الجزائي فقد اكد على ان امتناع الام الحاضنة عن احضار ابنائها لتنفيذ حكم المشاهدة جريمة يعاقب عليها بالحبس او بالغرامة حيث قضت المحكمة العليا على ما يلي: " .. كل من لم يسلم طفلا موضوعا تحت رعايته الى الاشخاص الذين لهم الحق في المطالبة به يعاقب بالحبس من سنتين الى خمس سنوات ... ولما ثبت من حال القضية ان الطاعن لم يعلن صراحة عن رفضه تسليم البننتين ولم يلجأ الى أي مناوره لمنع الوالدة من حقوقها في الزيارة بل ان البنتان هما التان رفضتا الذهاب الى والدتهما .. ومتى كان ذلك فان ادانة المتهم بجنحة عدم تسليم الطفل يعد خرقا للقانون ؛ لعدم توافر اركان الجريمة ... "3.

وكذلك ما قضت به المحكمة العليا على ما يلي: " .. ومتى كان مؤدى نص المادة (328) من قانون العقوبات هو انه يعاقب بالحبس وبالغرامة الاب او الام او أي شخص اخر لا يقوم بتسليم قاصر في شأن حضانته بموجب حكم , الى من له الحق في المطالبة به , ومن ثم فان اب القاصر الذي تحصل بطلب منه على امر من رئيس المحكمة يسمح له بمقتضاه ان يحتفظ بابنه لمدة 15 يوم لا يعد مرتكبا لهذه الجريمة وان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون .. "4.

1 قرار محكمة الجيزة الابتدائية, الطعن رقم 304 , 85ق , تاريخ الجلسة 15/3/1990 , قرار غير منشور
2 ينظر الطعن رقم 215 بتاريخ 17/5/1994 , الموسوعة الشاملة في الاحوال الشخصية , 2001 , ص 541 , نقلا عن الموقع الالكتروني <https://almerja.net/reading.php?i=0&ida=1310&id=973&idm=37336>
3 قرار المحكمة العليا الجزائرية _ غرفة جنابات , العدد 1 , 14 قرار صادر بتاريخ 7/1996 , المجلة القضائية , ص 153
4 قرار المحكمة العليا الجزائرية _ غرفة جنابات , العدد 4 , 1983 , قرار صادر بتاريخ 12/10/1982 , منشور في المجلة القضائية , ص 39

الفرع الثاني

نفي النسب الثابت بالفراش بالطرق العلمية الحديث

إنَّ التطور التكنولوجي الحاصل في المجال الطبي وظهور ما يعرف بالبصمة الوراثية او ما تعرف ب(DNA) والتي تتميز بدقة نتائجها وبنسبة قد تصل الى (100/99) ادى الى اهتمام الفقه الاسلامي المعاصر في مدى جواز الاعتماد على هذه الوسيلة او الاستعانة بها في نفي النسب , والاصل والذي لا خلاف فيه بين فقهاء الشريعة الاسلامية المعاصرين في عدم جواز استخدام البصمة الوراثية للتحقق من صحة النسب الثابت بالفراش , ولكن ماذا لو شك الاب بنسبة اولاده اليه او شك بزنا زوجته فهل يمكنه اللجوء الى هذه الطريقة في نفي النسب والاستغناء عن اللعان الذي يعتبر الطريق الشرعي في نفي النسب سيما وانه يدعي خلاف الاصل , فالأصل الولد للفراش والقاعدة لا يجوز الادعاء خلاف هذا الاصل , وحيث ان مسائل النسب من المسائل الخطرة ؛ لما يترتب عليها من اثار , سواء اكانت هذه الاثار مادية كالميراث ام كانت اثار غير مادية تتعلق بالسمعة والاعتبار الاجتماعي , فان اغلب فقهاء الشريعة الاسلامية المعاصرون تجنبوا الخوض في مسائل نفي النسب بخلاف البعض الذي حاول مسايرة التطور التكنولوجي الحاصل من خلال الاعتراف بنتائج البصمة الوراثية في نفي النسب الثابت .

وفي ضوء ما تقدم يتعين علينا ان نبين الموقف الفقهي والتشريعي والقضائي , وعليه سنقسم الفرع على فقرتين , نتطرق الى موقف الفقه الاسلامي في الفقرة الاولى في حين سنخصص الفقرة الثانية لبيان موقف التشريع والقضاء وكالاتي

اولا - موقف الفقه الاسلامي من نفي النسب الثابت بالفراش بالطرق العلمية الحديثة

اختلف فقهاء الشريعة الاسلامية المعاصرين في مدى جواز الاستعانة بالطرق العلمية الحديثة كالبصمة الوراثية في نفي النسب الثابت بالفراش وانقسموا على آراء عدة , فالبعض يرى عدم جواز الاعتماد على الوسائل العلمية في نفي نسب ثابت شرعا بالفراش , في حين ذهب البعض الاخر الى ضرورة الاعتماد على نتائج البصمة الوراثية لأجراء اللعان من عدمه بينما ذهب اخرون الى جواز نفي النسب الثابت بالفراش اذا دلت ادلة معينة على ان هذا الطفل ليس ابنا للزوج وعليه سنتطرق الى راي كل فريق وبيان ادلته وذلك على النحو الاتي :

1. الاتجاه الاول: ذهب اصحاب هذا الاتجاه الى عدم جواز نفي النسب الثابت بالفراش بالطرق العلمية الحديثة والاعتماد على الطرق التي اقرتها الشريعة الاسلامية كاللعان.

إذ ذهب البعض من فقهاء الشريعة الاسلامية الى انه لا يجوز شرعا الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب ولا يجوز تقديمها على اللعان كما لا يجوز ايضا استخدام البصمة الوراثية للتأكد من صحة الانتساب الثابت شرعا , ويجب على الجهات المختصة منعه وفرض العقوبات الزاجرة ؛ لان في ذلك المنع حماية لأعراض الناس وصونا لأنسابهم وحدد اصحاب¹ هذا الاتجاه حالات يجوز فيها نفي النسب وهذه الحالات كالآتي :

- أ- حالات التنازع على مجهول النسب بمختلف صور التنازع التي ذكرها الفقهاء , سواء كان التنازع على مجهول النسب بسبب انتفاء الادلة او تساويها ام كان بسبب الاشتراك في وطئ الشبهة او نحوها
- ب- حالات الاشتباه في المواليد في المستشفيات ومراكز رعاية الاطفال ونحوها كذلك الاشتباه في اطفال الانابيب
- ت- حالات ضياع الاطفال واختلاطهم , بسبب الحوادث والحروب او تعذر معرفة اهلهم او وجود جنث لم يمكن التعرف عليها او بقصد التحقق من هويات اسرى الحرب او المفقودين² .

وذهب البعض منهم الى انه لا يجوز استخدام البصمة الوراثية في نسب ثابت , كما لا يجوز الاكتفاء بالبصمة الوراثية عن اللعان في نفي نسب بمقتضى نتائجها الدالة على انتفاء النسب بين الزوج والمولود على فراشه ؛ وذلك لان اللعان حكم شرعي ثابت بالكتاب والسنة والاجماع وله صفة تعبدية في اقامته , فلا يجوز الغاؤه واحلال غيره محله او قياس غيره عليه مهما بلغت من الدقة والصحة في نظر المختصين بها³ .

وذهب البعض الاخر الى ان نفي النسب كنفى ولد من زوجته بأيمان اللعان الخمسة المعروفة فيقدم شرعا على غيره من كالقافة والبصمة الوراثية ؛ لان هاتين الطريقتين لا يلجأ اليهما الا عند الحيرة او جهالة النسب , فان حسم الامر بطريق شرعي فلا حاجة لغيره⁴ ...

في حين ذهب اخرون الى ان الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب غير معتد به شرعا , إذ إنّ التحاليل يعترئها الخطأ البشري المحتمل وحتى لو دلت البصمة

¹ سعد الدين الهلالي , البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها , من اعمال وبحوث الدورة السادسة عشر لمجمع الفقه الاسلامي بمكة المكرمة , 2002/2422 , المجلد 3 , ص3 وما بعدها

² سعد الدين الهلالي , البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها , المصدر السابق .

³ بلبشير يعقوب , البصمة الوراثية كوسيلة لأثبات ونفي النسب , ص187-188, نقلا عن عمر بن محمد السبيل , البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجنابة , الرياض , دار الفضيلة , ط1 , 2002, ص41

⁴ بلبشير يعقوب , البصمة الوراثية كوسيلة لأثبات ونفي النسب , ص188 , نقلا عن وهبة مصطفى الزحلي , البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها , بحث منشور في مجمع الفقه الاسلامي , مكة المكرمة , 2002, ص 28

الوراثية في نفسها على نفي النسب او اثباته يقينا , فان ذلك اليقين يقع الظن في طريقة اثباته مما يجعل تقرير البصمة الوراثية غير قادر على نفي النسب" 1.

وقال اخرون انه " لن يكون مقبولا شرعا استخدام الهندسة الوراثية والبصمة الوراثية لأبطال الابوة التي ثبتت بطريق شرعي صحيح ... " 2.

واستدل اصحاب هذا الاتجاه الى ادلة من القران الكريم والسنة النبوية الشريفة وتتمثل بالاتي :

أ- عن عائشة انها قالت : كان عتبة عهد الى اخيه سعد ان ابن وليدة زمعة مني فاقبضه اليك , فلما كان عام الفتح اخذه سعد فقال ابن اخي عهد الى فيه فقام عبد بن زمعة فقال اخي وابن وليدة ابي ولد على فرشه فتساوقا (ذهبا اليه يسوق كل منهما ليترفعا عنده) الى النبي (صلى الله عليه واله وسلم) فقال سعد : يا رسول الله ابن اخي وقد كان عهد الي فيه , فقال عبد بن زمعة اخي وابن وليدة ولد على فراشه فقال النبي (صلى الله عليه واله وسلم) هو لك يا عبد بن زمعة للولد الفراش وللعاهر الحجر ثم قال لسودة بنت زمعة: احتجبي منه لما رأى من شبهه فما راها حتى لقي الله " 3.

وجه الدلالة ان الرسول (صلى الله عليه واله وسلم) اهدر الشبه الواضح الذي يعتمد على الصفات الوراثية وابقى الحكم الاصلي وهو الولد للفراش , فلا ينفى النسب الا باللعان 4 .

ب- ان اللعان هو الطريق الشرعي الوحيد لنفي النسب ولو ان الزوجة اقرت بصدق زوجها فيما رماها من الفاحشة فان النسب يلحق بالزوج لقول الرسول (صلى الله عليه واله وسلم) : "الولد للفراش وللعاهر الحجر". ولا ينتفي عنه الا باللعان , ثم كيف يجوز الغاء حكم شرعي بناء على نظريات طبية مظنونة , فان المشرع قد جعل اللعان سبيلا للزوج اذا قذف زوجته بالزنا او نفي نسب ولدها عنه , وهذا ثابت بالكتاب والسنة والاجماع فأثبت نفي النسب عن الزوج بالحقائق العلمية فيه ابطال لحكم اللعان وهذا باطل , فيبطل العمل بتلك الحقائق العلمية في نفي النسب 5

1 وهو رأي فقهاء الازهر في مصر , منشور على الموقع الالكتروني:

<https://www.dar-alifta.org/ar/fatawa/13255> تاريخ الزيارة 2024/3/12

2 استاذنا الدكتور حيدر حسين كاظم الشمري , مدى مشروعية البصمة الوراثية وحجيتها في نفي النسب , بحث منشور في جامعة اهل البيت عليهم السلام , العدد 16 , ص 69 , نقلا عن د. منير جمعة, عضو الاتحاد العالمي لعلماء المسلمين , منشور على الموقع : <http://www.lahamag.com> .

3 الحافظ احمد بن علي بن حجر العسقلاني , فتح الباري بشرح صحيح البخاري , ج 12 , مطبعة مصطفى الحلبي , القاهرة , 1951 , ص 42

4 حكم البصمة الوراثية في اثبات ونفي النسب بالفقه الاسلامي والقوانين المعاصرة , اطروحة دكتوراه تقدم الطالب احمد محمد انس حجازي الى كلية الحقوق _ قسم الشريعة الاسلامية , جامعة المنصورة , 2021 , ص 33

5 د. حيدر حسين كاظم الشمري , مدى مشروعية البصمة الوراثية وحجيتها في نفي النسب , مصدر سابق , ص 68

ت- اعتبار البصمة انما هو بالقياس على القيافة , ولا دخل للقيافة في نفي النسب , وذلك ان الولد اذا ثبت نسبه للزوج بحكم الفراش فلا يلتفت الى قول القافة ان الولد ليس من الزوج ؛ لان ذلك يعارض حكما شرعيا وهو اجراء اللعان بين الزوجين والرسول (صلى الله عليه واله وسلم) الغى دليل الشبه بين الزاني والولد الملاعن عليه , ودليل الشبه الذي اهدره رسول الله (صلى الله عليه وعلى اله) هنا يعتمد على الصفات الوراثية فهو اشبه بالبصمة الوراثية¹

2. الاتجاه الثاني : ذهب اصحاب هذا الاتجاه الى جواز نفي النسب الثابت بالفراش بالطرق العلمية الحديثة كالبصمة الوراثية وعدم اقتصار نفي النسب على اللعان اما الحالات التي يجوز بموجبها اللجوء الى هذه الطريقة فيلاحظ انها تدور حول الشك وعدم التيقن من نسب الولد لأبيه وهو ما ذهب اليه فقهاء الشريعة الاسلامية المعاصرين

حيث ذهب البعض من فقهاء الامامية الى ان الاب اذا شك بنسبة ابنائه اليه وادعى بأن الزوجة لها علاقة غير شرعية برجل اخر فيجوز نفي نسبه منهم , اذا كان فحص الحامض النووي من الطرق العلمية التي لا تتخللها الاجتهادات شخصية فيعتد بها في نفي النسب² . فوفقا لهذا الراي اذا شك الاب بنسبة اولاده اليه وثبت ان زوجته لديها علاقة غير شرعية برجل اخر فيجوز له ان ينفي نسبة اولاده منه واضاف البعض من الفقهاء المعاصرون الى ذلك ان الاب اذا كان عقيما وفوجئ بان الزوجة تنجب , فمن حقه هنا اقامة دعوى قضائية لنفي النسب , وهنا على القاضي اتخاذ الوسائل التي من خلالها يمكن الحكم في القضية ؛ وذلك باللجوء الى التحاليل الدقيقة³

وذهب البعض الاخر من الفقهاء المعاصرين في حال اذا ثبت يقينا بالبصمة الوراثية ان الحمل او الولد ليس من الزوج ففي هذه الحالة لا حاجة الى اللعان وينفى النسب بدلالة البصمة الوراثية⁴ .

وقال اخرون ان الطفل لا ينفي نسبه باللعان اذا جاءت البصمة الوراثية تؤكد صحة نسبه للزوج ولو لاعن , وينفى النسب باللعان فقط اذا جاءت البصمة الوراثية تؤكد قوله ويعتبر دليلا تكميليا⁵ , واستدل اصحاب الاتجاه بالأدلة الاتية :

1 د. احمد محمد سعيد السعدي , اثبات النسب ونفيه بالبصمة الوراثية , 2014 , ص79 , منشور على الموقع

<https://www.asjp.cerist.dz/en/downArticle/173/6/1/96910> تاريخ الزيارة 2024/3/12

2 ينظر موقف المرجع الاعلى السيد علي الحسيني السيستاني (دام ظلّه)

<https://www.sistani.org/arabic/qa/0630> تاريخ الزيارة 2024/3/10

3 د. منير جمعة , عضو الاتحاد العالمي لعلماء المسلمين , نقلا عن الموقع <http://www.lahamag.com>

4 فتوى لجنة الفتوى بوزارة الاوقاف الكويتية برقم (10هـ 95) الصادرة بتاريخ 1416هـ / 24/9/1995

1. في قوله تعالى: " وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ , وَالْخَامِسَةَ أَنْ لَعْنَةَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ , وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ , وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ , وَلَوْلَا فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُ وَأَنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ حَكِيمٌ"¹. ووجه الدلالة في هذه الآية ان اللعان لا يكون الا مع انعدام الشهود وليس ثمة شاهد الا الزوج فقط حينئذ يكون اللعان , فان كان مع الزوج بينة كالبصمة الوراثية تشهد لقوله او تنفيه فليس هناك موجب للعان اصلا لانتفاء القيد الوارد في الآية اعلاه , أي ان البصمة الوراثية تكون بمثابة الشهود التي تدل على صدق الزوج فيما يدعيه على زوجته عندما يثبت نفي النسب بين الزوج والمولود على فراشه من خلال نتائج البصمة الوراثية² ...
2. قوله تعالى: " ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ "³. ووجه الدلالة في هذه الآية بان الحاق النسب من المقاصد العظيمة للتشريع الاسلامي , فاذا ما اراد الاباء لأمر من الامور التملص من الابناء فان مقتضى العدل ان يتم الحاق المولود بابيه دون تمكين الاب من اللعان حفظا عليهم من الضياع⁴ .
3. قوله تعالى: "وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدًّا مِنْ قَبْلِ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ , وَإِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدًّا مِنْ ذِبْرِ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ , فَلَمَّا رَأَى قَمِيصَهُ قُدًّا مِنْ ذِبْرِ قَالَ إِنَّهُ مِنْ كَيْدِكُنَّ إِنَّ كَيْدَكُنَّ عَظِيمٌ "⁵. ووجه دلالة الآية اعلاه ان شق القميص من جهة معينة يعد نوعا من الشهادة والبصمة تقوم مقام الشهادة , ومن ثم القول بجواز نفي النسب بالبصمة الوراثية⁶ .
4. ما رواه انس بن مالك انه قال: "ان هلال بن اميه قذف امرأته بشريك بن سمحاء , وكان اخ البراء بن مالك لأمه , وكان اول رجل لاعن في الاسلام , قال فلاعنها , فقال النبي (صلى الله عليه واله وسلم) : ابصرها , فان جاءت به ابيض سبطا فهو

⁵ د. نصير فريد واصل , البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها , اعمال وبحوث الدورة السادسة عشر للمجمع الفقهي الاسلامي في مكة المكرمة , المجلد 13, ص30 , نقلا عن : د. حيدر حسين كاظم الشمري مدى مشروعية البصمة الوراثية وحجيتها في نفي النسب , مصدر سابق , ص68

¹ النور /6-10

² د. حيدر حسين كاظم الشمري , مدى مشروعية البصمة الوراثية وحجيتها في نفي النسب , مصدر سابق , ص63

³ الاحزاب /5

⁴ د. حيدر حسين كاظم الشمري , مدى مشروعية البصمة الوراثية وحجيتها في نفي النسب , مصدر سابق , ص 64 , نقلا عن د. عبد الرشيد محمد امين بن قاسم , البصمة الوراثية واثبات النسب , مجلة العدل- وزارة العدل , العدد23, رجب 1425, السنة السادسة , ص8

⁵ سورة يوسف /26_28

⁶ د. حيدر حسين كاظم الشمري , مدى مشروعية البصمة الوراثية وحجيتها في نفي النسب , مصدر سابق , ص64 , نقلا عن د. حسن محمود عبد الدايم , البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الاثبات , ط2, دار الفكر الجامعة , الاسكندرية , 2006, ص808

لزوجها , وان جاءت به اكله اجد فهو للذي رماها به¹ . وجه الدلالة ان النبي جعل عدم مشابهة الولد للزوج دليلاً على نفيه عنه بدليل قوله " ان جاءت به سبطاً ابيض سبطاً فهو لزوجها , وان جاءت به اكله اجد فهو للذي رماها به" وهذا يدل صراحة على اعتبار الشبه –والصفات الجينية – في اثبات النسب او نفيه , وهذا الذي لجأ اليه النبي (صل الله عليه واله وسلم) للدلالة على نفي النسب من الزوج في هذه الواقعة"² .

5. إنَّ الاخذ بالبصمة الوراثية خاصة تحليل (DNA) بوصفها شهادة قاطعة للنزاعة ومنصفة للأبناء , ومحققة لمصلحتهم , وواضحة للعدالة موضعها الصحيح , حيث ترد المتطاولين على الشرف وحفظ الانساب , والايامن التي يحلف بها الزوجان في اللعان كانت رادعة للناس في عصور كان الخوف فيها من الله يردع الناس عن ارتكاب المظالم وظلم النساء والاولاد , اما اليوم فأصبح لا يعبأ الكثيرون بحدود الله ولا الايمان المغموس³ .

اما موقف الفقه القانوني فنجد انهم قالوا بوجود تحقيق التوازن بين مسابرة التقدم العلمي مع ضرورة الالتزام بثوابت الشريعة الاسلامية , حيث ذهبوا الى القول بالجمع بين البصمة الوراثية كقرينة لنفي النسب وبين اللعان كطريق شرعي لنفي النسب , حيث يمكن اعمال اللعان مع الاخذ بنتائج البصمة الوراثية اذا كانت مثبتة للنسب وتعطيل اثر اللعان في هذا الجانب ؛ مراعاة لمصلحة الطفل في اثبات نسبه وعدم ضياعه⁴ وذهب اخرون الى انه لا يمكن الركون الى البصمة الوراثية في نفي النسب مطلقاً ولا يمكن الاستغناء عنه مطلقاً ؛ وذلك لان نتائجها قطعية لا يمكن تصور خطأ النتائج ولكن في الوقت نفسه لا يمكن تجاهل قاعدة فراش الزوجية ...وعليه جواز الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب مادامت نتائجها قطعية , مع ضرورة توافر شروط الفراش الشرعي , كما يرد دعوى النسب اذا اثبتت نتائج البصمة الوراثية القطعية لحوق الطفل به⁵....

ونحن نميل الى هذا الرأي ونؤيده فالقاضي عندما يعرض عليه النزاع المتعلق بنفي النسب الثابت بالفراش فعليه اولا احالة الاب طالب نفي النسب والابن المطلوب نفي

¹ البخاري ابو عبد الله بن محمد بن اسماعيل , صحيح البخاري , مصدر سابق , (1133/2)

² العسقلاني , فتح الباري بشرح صحيح البخاري , مصدر سابق , (42/2) .

³ د. احمد عبد الجيد حسيني , مدى مشروعية اثبات النسب ونفيه بالبصمة الوراثية في الفقه الاسلامي , العدد 35 ج1/2 , كلية الشريعة والقانون , جامعة الازهر , ص76

⁴ بلبشير يعقوب , البصمة الوراثية كوسيلة لاثبات ونفي النسب , مصدر سابق , ص188.

⁵ وهو رأي استاذنا الدكتور حيدر حسين كاظم الشمري , مدى مشروعية البصمة الوراثية وحجيتها في نفي النسب , مصدر سابق , ص 70

نسبه لأجراء تحليل البصمة الوراثية فاذا ظهرت نتائج الفحص تؤيد ادعاء الزوج فيتوجب عليه اجراء اللعان وبالتالي ينفي النسب باللعان واعتبار البصمة الوراثية قرينة على نفي النسب , اما اذا كانت نتائج البصمة مطابقة وتؤيد نسبة الولد الى ابيه فالقاضي يرفض اجراء اللعان والاكتفاء بنتيجة البصمة الوراثية ؛ وذلك لقطعية النتائج الناتجة عن اجراء البصمة الوراثية من جهة وحفظا على الانساب من جهة اخرى .

ثانيا _ موقف التشريع والقضاء

لغرض بيان موقف التشريع العراقي والمقارن وكذلك بيان موقف القضاء من نفي النسب الثابت بالفراش بالطرق العلمية يتعين علينا ان نبين موقف التشريع اولا ومن ثم بيان موقف القضاء وذلك على النحو الاتي :

1. موقف التشريع العراقي والمقارن

لم نجد في التشريعات العراقية نصا يشير صراحة الى جواز نفي النسب الثابت بالفراش بالطرق العلمية الحديثة فبالنسبة الى قانون الاحوال الشخصية نجد انه اشار الى وسائل اثبات النسب وهي الفراش والاقرار والبينة غير انه لم يشر الى وسائل نفيه سواء كانت الوسائل التقليدية كاللعان او الوسائل الحديثة كالبصمة الوراثية وغيرها , ولكن بالرجوع الى قانون الاثبات الذي يمثل الاطار العام في مجال الاثبات المدني او التجاري او المسائل المتعلقة بالاحوال الشخصية ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك نجد ان المشرع العراقي فتح المجال واسعا امام القاضي للاستعانة بوسائل الاثبات الحديثة والوسائل العلمية في اثبات الوقائع القانونية المختلفة¹ , حيث نجده نص على جواز الاستعانة بالخبرة في المواد من (132_146) حيث نصت المادة (132) على ان: " تتناول الخبرة الامور الفنية والعلمية وغيرها من الامور اللازمة للفصل في الدعوى دون المسائل القانونية " وايضا نص في المادة (104) على جواز الاستعانة بوسائل التقدم العلمي في استنباط القرائن القضائية ويمكن للباحث القول بان القاضي يمكنه الاستعانة في وسائل التقدم العلمي كالبصمة الوراثية والحمض النووي في نفي النسب الثابت بالفراش متى ما عرض عليه النزاع , فيعمل على احالة الطفل المراد نفي نسبه والاب طالب نفي النسب الى الطب العدلي لغرض اكمال الاجراءات

¹ استاذنا الدكتور حيدر حسين الشمري , مدى مشروعية البصمة الوراثية وحجيتها في نفي النسب , مصدر سابق ,

القانونية كما هو مبين المادة (5/ اولا /د) من قانون الطب العدلي رقم (37) لسنة 2013النافذ¹.

اما المشرع المصري فقد عدَّ اللعان هو الطريق الوحيد لنفي النسب الثابت بالفراش وذلك بموجب المادة (15) من قانون رقم (25) لسنة 1925 الخاص ببعض مسائل الاحوال الشخصية والتي حددت الحالات التي يجوز بموجبها اللجوء الى اللعان لنفي النسب اذ نصت على ان: " لا تسمع عند الانكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد ولا لولد زوجة اتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها ولا لولد المطلقة او المتوفى عنها زوجها اذا اتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق او الموت ". ولكن بالرجوع الى المادة (4) من قانون الطفل المصري رقم 126 لسنة 2008 والذي اجاز اثبات النسب بالطرق العلمية حيث نصت على ان: " للطفل الحق في نسبه الى والديه الشرعيين والتمتع برعايتهم وله الحق في اثبات نسبه الشرعي اليهما بكافة وسائل الاثبات بما في ذلك الوسائل العلمية المشروعة ".

ونستنتج من خلال ما تقدم ان المشرع المصري اجاز اثبات النسب بالطرق العلمية الحديثة كالبصمة الوراثية ولم يشير الى نفيه ولا يعني ذلك جواز نفي النسب بالقياس على اثباته ؛ لان المشرع المصري لو اراد نفي النسب لنص على ذلك صراحة غير انه لم يجيز النفي ويفهم ذلك من خلال الاحكام القضائية التي ارساها والتي اكد فيها على ان النسب ينفي باللعان فقط كما سنبين لاحقا .

اما المشرع الجزائري فنجد عند اصدار قانون الاسرة عام 1984 لم يعتمد على الطرق العلمية كوسيلة لأثبات النسب او نفيه , حيث نصت المادة (40) على الطرق الشرعية او ما يسميها البعض بالطرق التقليدية في ثبات النسب وتتمثل بالزواج الصحيح او الاقرار او البينة او بنكاح الشبهة او بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32, 33, 34 من قانون الاسرة النافذ , بيد ان المشرع تدارك هذا القصور بالتعديل الصادر في 05-02-2005 بتاريخ 27 فبراير 2005 واجاز للقاضي اللجوء الى الطرق العلمية في اثبات النسب .

ويفهم من ذلك ان المشرع الجزائري لم ينص على هذه الوسيلة المتمثلة بالبصمة الوراثية لنفي النسب ولكن يمكن ان يفهم من عموم عبارة " بالطرق المشروعة " الواردة في المادة (41) من قانون الاسرة والتي تقضي على انه: " ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وامكان الاتصال ولم ينفه الطرق الشرعية ". اذ ان استعمال

¹ حيث نصت المادة 5_اولا - تتولى الطبابة العدلية ما يأتي ..د- ابداء الرأي الفني في الوقعات الطبية المعروضة امام القضاء .

الجمع في هذه العبارة يقتضي ان المشرع لم يقتصر على نفي النسب على اللعان فقط بل اخذ بجميع الوسائل الاخرى ومن بينها الطرق العلمية¹.

ويرى الباحث ان القاضي الجزائري في حال عرض القضايا المتعلقة بنفي النسب الثابت بالفراش فانه يلجا الى تطبيق الاحالة المقررة في المادة (222) من قانون الاسرة لمعرفة مدى مشروعية الاخذ بالطرق العلمية في الفقه الاسلامي المعاصر , فاذا وجد انه مشروع وجائز من منظور الشرع فيقضي بالأخذ بالطرق العلمية في نفي النسب وذلك تطبيقا لنص المادتين (222) و (41) من قانون الاسرة بوصفها طريقة مشروع.

2. موقف القضاء العراقي والمقارن

اكّد القضاء العراقي على جواز نفي النسب الثابت بالفراش بالطرق العلمية الحديثة , إذ قضت محكمة التمييز الاتحادية على ما يلي : "ولدى عطف النظر وجد ان الحكم المميز غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون ؛ لان تقرير فحص البصمة الوراثية الصادر من الطب العدلي بالعدد 4068 في 2021 /11/8 يشير الى تعاكس العلامات الوراثية للمدعي ونفى التقرير بنوتهم له مما كان يقتضي بالمحكمة اجابة دعوى المدعي بنفي نسب اولاده المذكورين للمدعي ورد دعواه بهذا الشأن بالنسبة للولد (س) حيث ثبت التقرير الطبي نسبته اليه , وحيث ان المحكمة اصدرت حكمها دون مراعاة ما تقدم مما اخل بصحته لذا قرر نقضه..."².

ويؤيد الباحث ما ذهب اليه المحكمة في جواز نفي النسب الثابت بالفراش من خلال اللجوء الى البصمة الوراثية , مع ضرورة الحكم وفقا للمذهب الذي يتبعه اطراف الدعوى حتى لا تكون قرارات المحاكم عرضة للنقض بحجة مخالفتها لأحكام الشرع من جهة ومن جهة اخرى لخطورة الوصول الى حكم في مثل هكذا قضايا ؛ وذلك لأنها ترتب اثار كبيرة سواء كانت اثارا مالية كالميراث ام كانت اثارا غير مالية تتعلق بالاعتبار والسمعة .

اما القضاء المصري فنجد انه على الرغم من انه اجاز اثبات النسب بالطرق العلمية الحديثة (DNA) غير انه لم يجر نفيه , حيث قضت محكمة استئناف القاهرة على ما يلي : " ما استقر عليه قضاء النقض في ذلك ان الحالات التي يتم فيها نفي النسب عدم ثبوت التلاقي بين الزوجين وان تكون ولادة الصغير في مدة اقل من ستة اشهر من

¹ بلبشير يعقوب , البصمة الوراثية كوسيلة لأثبات ونفي النسب , مصدر سابق , ص190

² قرار محكمة التمييز الاتحادية , هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية , قسم الاحوال الشخصية بالعدد 5316 2022 , تسلسل 5221 , لسنة 2022/3/30 , قرار غير منشور .

الدخول في الزواج وان تكون الولادة بعد سنة من تاريخ الطلاق او الوفاة او الملاعن' بين الزوج وزوجته , ولا يجوز استخدام الحامض النووي في نفي النسب وان كان جائز استخدامه في اثبات النسب فقد دون نفيه...¹.

بينما نجد ان القضاء الجزائري نحا منحى القضاء المصري واكد على ان النسب الثابت بالفراش لا ينفى الا باللعان حيث قضت المحكمة العليا على ما يلي: " ان النسب الثابت بالفراش لا ينفى الا باللعان المقصود في المادة (41) من قانون الاسرة ولا يجوز تقديم البصمة الوراثية على اللعان بطلب من الزوج.."² وقضت المحكمة العليا ايضا على انه: " يثبت النسب بالإقرار بالبنوة ويكون حجة على المقر حال حياته وبعد وفاته , ولا يحتمل الاقرار النفي , لا بشهادة الشهود ولا بالخبرة العلمية..."³.

ومما تقدم نستنتج ان القضاء المصري والجزائري لم يجيزا نفي النسب الثابت بالفراش بالطرق العلمية الحديثة بخلاف القضاء العراقي الذي اجاز نفيه وهو ما يثبت مسايرته ومواكبته للتقدم العلمي من جهة والتزامه بفتاوى وراء الفقه الاسلامي المعاصر من جهة اخرى .

¹ قرار محكمة استئناف القاهرة بالعدد 7972 , نقلا عن اثبات النسب بالوسائل العلمية المشروعة بين القانون واحكام القضاء , احمد ابو المجد , منشور على الموقع الالكتروني <https://manshurat.org/node/64897> تاريخ الزيارة 2024/3/15

² قرار المحكمة العليا الجزائرية _ غرفة شؤون الاسرة والمواريث , العدد 828820. 2012/12/13 , قرار منشور في المجلة , ص 323

³ قرار المحكمة العليا الجزائرية _ غرفة شؤون الاسرة والمواريث , العدد 761943 , بتاريخ 2012/11/14 , العدد الثاني , ص 213

الخاتمة

بعد ان انتهينا من البحث في موضوع الاجتهاد القضائي المعاصر في مسائل الاحوال الشخصية توصلنا الى عدة استنتاجات ومقترحات وكالاتي:

اولا- الاستنتاجات

- 1- توصل الباحث الى ان الاجتهاد القضائي المعاصر في اطار مسائل الاحوال الشخصية يعني الاحكام الصادرة من محاكم الاحوال الشخصية فيما لم يرد بشأنها نص او ما ورد فيه نص لكنه مشوب بالنقص او الغموض او التعارض , وكذلك الاحكام الصادرة في المسائل المستجدة التي لم تكن موجودة قبل صدور القانون ولم يتنبه لها المشرع .
- 2- اتضح من خلال الرسالة الى ان الاجتهاد القضائي المعاصر يجد اساسه القانوني في نصوص الاحالة على مبادئ الشريعة الاسلامية.
- 3- تبين لنا ان قضاة الاحوال الشخصية لا يمارسون الاجتهاد الفقهي , بل يقتصر عملهم - عند انعدام النص او نقصه او غموضه - على تطبيق النصوص الشرعية الواردة في القران الكريم او السنة الشريفة او الآراء والاجتهادات التي افقها فقهاء الشريعة الاسلامية .
- 4- اتضح من خلال الرسالة ان الخوض في آراء فقهاء الشريعة الاسلامية ادى الى ظهور اجتهادات قضائية متباينة ومختلفة ؛ وذلك نظرا لتعدد المذاهب الفقهية واختلافها في تنظيم المسائل المستجدة.
- 5- خلص الباحث الى ان مخالفة القاضي لأي من ضوابط الاجتهاد القضائي المعاصر يعرض الحكم الصادر للنقض تمييزا من قبل محكمة التمييز الاتحادية.
- 6- تبين للباحث ان دعوى النفقة من الدعاوى المتجددة والتي يستلزم اقامتها متى ما تحققت اسباب اقامتها , وان منع تجديدها الا بعد مضي مدة سنة على القرار السابق بفرض النفقة فيه اجحاف الابن المفروض له النفقة سيما وقد يكون محتاجا لها ؛ نظرا للظروف التي قد تستجد بعد فرضها بمدة من الزمن قد تكون قصيرة نسبيا .
- 7- تبين لنا من خلال الخوض في آراء الفقه الاسلامي عدم مشروعية قرار محكمة التمييز الاتحادية الخاص بسلب ولاية الاب عن اولاده لعدم الانفاق , فعلى الرغم ان القضاء لم يجز سلب الولاية بشكل مطلق , بل قصر الحكم على ادارة شؤون الصغير وهي تتفرع عن حق الحضانة , لذا كان على المحكمة فرض نفقة للأولاد على نفقة الجد للاب ثم الاقرب فالأقرب وحسب الميراث .
- 8- اتضح للباحث من خلال الرسالة ان القضاء العراقي خالف مبادئ الشريعة الاسلامية عند اشتراطه اقرار الزوج على واقعة الطلاق الواقع عبر وسائل

- الاتصال الحديثة ؛ وذلك لان الطلاق من مسائل الحل والحرمة ويجوز اثباته بوسائل الاثبات المقررة شرعا , فليس من المعقول رفض تصديق الطلاق الواقع عبر وسائل التواصل بمجرد عدم اقرار الزوج به امام المحكمة.
- 9- يتميز القضاء العراقي في مواكبة ومسايرة التطور الحاصل ؛ وذلك من خلال الاحكام التي ارساها في مسألة الطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة بخلاف القضاء محل المقارنة , فعلى الرغم من مشروعية وصحة هذه الوسيلة في ايقاع الطلاق الا اننا لم نجد حكما قضائيا يقضي بإيقاع الطلاق عبر هذه الوسيلة .
- 10- تبين لنا عدم مشروعية مدة الهجر التي نص عليها المشرع العراقي في المادة (43) في قانون الاحوال الشخصية .
- 11- اتضح للباحث انفراد الفقه الامامي عن باقي المذاهب في الاخذ بشرط الكراهة لصحة العوض , وبالتالي ان الخلع يدور وجودا وعدما مع الكراهة , فان كرهت الزوجة زوجها جاز لها طلب الخلع والا فالخلع باطل والعوض باطل .
- 12- ان القضاء بتطبيقه للمبادئ العامة الواردة في القانون المدني على احكام الاخلال بتنفيذ حكم المشاهدة قد خالف مبادئ الشريعة الاسلامية , حيث اوجبت الشريعة اسقاط الحضانة متى ما اخلت الام في تنفيذ حكم المشاهدة .
- 13- اتضح من خلال الرسالة عدم اقتصار الاجتهاد القضائي المعاصر على مبادئ الشريعة الاسلامية فحسب بل ان القضاء استمد بعض احكامه من العرف والمبادئ العامة في القانون المدني وكذلك القوانين الجنائية .
- 14- توصل الباحث الى تعدد وتباين الاجتهاد القضائي المعاصر في القضية الواحدة , سواء في مسائل الزواج واثاره ام انحلال الرابطة الزوجية واثارها .

ثانيا- المقترحات

- 1- نظرا لصعوبة تعيين قاض حاصل على مرتبة من العلم والاجتهاد الفقهي لذا نقترح على مجلس القضاء الاعلى انشاء دورات للقضاة لمدة من 4 اشهر _6 اشهر لغرض الوصول الى معرفة كيفية التعامل مع النصوص الشرعية والاجتهادات الفقهية التي يستند عليها القضاة في احكامهم .
- 2- نقترح على مجلس القضاء الاعلى تعيين (مجتهد او وكيل مرجع) في محاكم الاحوال الشخصية للبت في قضايا التفريق القضائي ؛ وذلك لتعلقه بالحل والحرمة ومراعاة لتطبيق احكام الشريعة الاسلامية في هذا الجانب .
- 3- ندعوا السلطة التشريعية بالموافقة على مشروع قانون الاحوال الشخصية الجعفري .

4- نوصي المختصين بدراسة الاجتهادات القضائية الصادرة في اطار مسائل الاحوال الشخصية والبحث في مدى مشروعيتها ومطابقتها لمبادئ الشريعة الاسلامية .

5- نقترح على المشرع العراقي ايراد نص في قانون الاحوال الشخصية يكون مضمونه الاتي : (يشترط للحكم بزيادة النفقة المفروضة للأبناء ما يلي:1- ان لا يكن يسار الاب مؤقتا 2- ان يكون اليسار قد طرأ بعد الحكم السابق بفرض النفقة 3- تخضع المدة للنظر بدعوى النفقة مجددا لسلطة القاضي التقديرية) .

6- نقترح على المشرع العراقي بالتأكيد على ضرورة ان يكون البيت الشرعي الذي يلتزم الزوج بتهيئته لزوجته الموظفة في ذات البلدة التي يسكن فيها الزوجان بعد انشاء الرابطة الزوجية ما لم يوجد شرط او اتفاق يقضي بخلاف ذلك .

7- نقترح على المشرع العراقي فرض تعويض مادي للزوجة على زوجها في حال تعمده حرمانها من المعاشرة الزوجية ؛ وذلك جبرا للضرر الذي تعرضت له الزوجة من جهة , ومن جهة اخرى مساهمة هذا التعويض بالحد من هذه الظاهرة .

8- ندعوا المشرع العراقي تعديل احكام المادة (43) من قانون الاحوال الشخصية النافذ بحيث يصبح النص كالاتي : " اولا- للزوجة الحق في طلب التفريق .. اذا هجر الزوج زوجته في الفراش مدة تزيد عن اربعة اشهر بدون عذر مشروع" .

9- نقترح على المشرع العراقي بإيراد نص في قانون الاحوال الشخصية يقضي باشتراط كراهة الزوجة لزوجها لصحة العوض الذي يأخذه الزوج من زوجته .

10- نقترح على القضاء العراقي عند نفي النسب الثابت شرعا باللعان احالة اطراف الدعوى (الاب الملاحن _ والابن المطلوب نفي نسبه) الى اجراء فحص البصمة الوراثية والاعتماد على نتيجة الفحص فاذا كانت سلبية فيجب رد دعوى اللعان ؛ وذلك لقطعية نتائج الفحص .

11- نقترح على القضاء العراقي الابتعاد عن الجزاء الجنائي المتمثل بالحبس والغرامة وقصر عقوبة الامتناع عن تنفيذ حكم المشاهدة على اسقاط الحضانة عن الممتنع عن تنفيذها ؛ وذلك نظرا لما قد يترتب على الجزاء الجنائي من اضرار قد تؤثر سلبا على نفسية الطفل المحضون ومشاعره .

12- ندعوا المشرع العراقي بإيراد فقرة في المادة (57) من قانون الاحوال الشخصية يكون مضمونه الاتي : " تسقط الحضانة اذا منع الحاضن الطرف الاخر من مشاهدة المحضون والاشراف عليه " .

13- ندعوا المشرع العراقي بفرض تعويض مادي لطالب المشاهدة وفقا للقواعد العامة ، متى ما امتنع الطرف الاخر من تنفيذ اتفاق او حكم المشاهدة على ان يشمل التعويض ما تكبده طالب المشاهدة من نفقات رفع الدعوى وغيرها.

قائمة المصادر

من بعد القرآن الكريم

اولا - معاجم اللغة العربية

- 1- ابن منظور , محمد بن مكرم , لسان العرب , ط4 , دار صادر , بيروت , بلا سنة طبع
 - 2- احمد ابو حاقه , معجم النفائس الكبير , المجلد 2, ط1 , دار النفائس , 2007
 - 3- البستاني , عبد الله اللبناني , معجم البستان , مطبعة الامير كانية , بيروت لبنان , 1927 .
 - 4- الجوهري , ابو نصير اسماعيل بن حماد, تاج اللغة وصحاح العربية , تحقيق محمد محمد تامر , دار الحديث , القاهرة , مصر , 2009
 - 5- د. جبران مسعود , الرائد , معجم لغوي معاصر , المجلد 1 , ط6 , مطبعة دار العلم للملايين , بيروت , لبنان 1992.
 - 6- الرازي , زيد الدين ابو عبد الله محمد بن ابكر , معجم مختار الصحاح , ط1 , مكتبة لبنان , لبنان , 1986 .
 - 7- الفيروز ابادي , مجد الدين محمد بن يعقوب , القاموس المحيط , المجلد 1, ط8 , مؤسسة الرسالة , بيروت لبنان , 2005
 - 8- الفيومي , احمد بن محمد بن علي , المصباح المنير في غريب الشرح الكبير , المكتبة العلمية , بيروت , لبنان , بلا سنة .
 - 9- مجمع اللغة العربية في القاهرة , المعجم الوجيز , المجلد 1, ط2, دار الفكر , بيروت , لبنان
 - 10- مجمع اللغة العربية في القاهرة , المعجم الوسيط , ط4 , مكتبة الشروق الدولية , مصر , 2004
 - 11- الهنائي , ابي الحسن علي بن الحسن , المنجد في اللغة , ط2 , عالم الكتب , القاهرة , 1988 ,
- ثانيا - كتب التفسير

- 1- ابن كثير , ابو فداء اسماعيل بن عمر بن كثير الدمشقي , تفسير القرآن العظيم , ط1 , دار الكتب العلمية , بيروت , لبنان , 1419
- 2- البحراني , هاشم بن سليمان , البرهان في تفسير القرآن , ط2, مؤسسة الاعلى للمطبوعات , بيروت , لبنان , 2006 .
- 3- الجصاص , احمد بن علي بن ابو بكر الرازي , احكام القرآن , ط1 , دار الكتب العلمية , بيروت , لبنان , 1994
- 4- الطبري , ابي جعفر محمد بن جرير , تفسير الطبري لجامع البيان عن تفسير القرآن , ط3, دار هجر للطباعة والنشر , القاهرة , 2001
- 5- العياشي , ابي النظر محمد بن مسعود , تفسير العياشي , ط1 , مؤسسة البعثة , قم , بلا سنة

6- القمي , ابي الحسن علي بن ابراهيم , تفسير القمي , مؤسسة الامام المهدي (عج) , قم المقدسة , بلا سنة .

ثالثا - كتب الحديث

1- ابن حنبل , ابو عبد الله احمد بن محمد , مسند الامام احمد ابن حنبل , ط 1 , مؤسسة الرسالة , بلا مكان , 2001

2- البخاري . أبو عبد الله ، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة. صحيح البخاري ، مجلد4 ، المكتبة العصرية ، صيدا ، لبنان ، 2002 .

3- العسقلاني .الحافظ احمد بن علي بن حجر , فتح الباري بشرح صحيح البخاري , مطبعة مصطفى الحلبي , القاهرة , 1951 .

4- الكليني , ابو جعفر محمد بن يعقوب , اصول الكافي , ط 1 , منشورات الفجر , بيروت , لبنان , 2007

5- المجلسي , محمد باقر , بحار الانوار الجامع لدرر اخبار الائمة الاطهار , ط 2 , مؤسسة الوفاء , بيروت , لبنان , بلا سنة .

6- النسائي , ابو عبد الرحمن احمد بن شعيب , سنن النسائي , ط 1 , المكتبة التجارية الكبرى , القاهرة , 1930 .

7- النووي , ابو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف , تحرير الفاظ التنبيه , ط 1 , دار القلم , بيروت ودمشق , 1990 .

رابعا - الكتب الاصولية

1- التلمساني , ابو عبد الله محمد بن احمد , مفتاح الاصول الى بناء علم الاصول , ط 1 , مؤسسة الريان , بلا مكان , 2003 .

2- حافظ ثناء الله الزاهدي , تلخيص الاصول , ط 1 , مركز المخطوطات والتراث والوثائق , الكويت , 1994 .

3- حسين بن علي بن حسين الحربي , قواعد الترجمات عند المفسرين , ط 1 , 1996 .

4- د .محمد ابراهيم محمد الحنفاوي , التعارض والترجيح عند الاصوليين واثريهما في الفقه الاسلامي , دار الوفاء , بلا مكان , 1987 .

5- د. محمد احمد شحاته , الاجتهاد بين المفهوم والتصور والتطبيق في عصر الرسالة والصحابة والمعاصرة , المجلد الرابع , كلية الدراسات الاسلامية والعربية .

6- د. محمد كمال الدين امام , اصول الفقه الاسلامي , دار المطبوعات الجامعية , بيروت , بلا سنة .

7- د. محمد مصطفى الزحلي , الوجيز في اصول الفقه الاسلامي , ط 2 , دار الخير , دمشق , سوريا , 2006 .

8- د. مصطفى محمد الزحلي , الوجيز في اصول الفقه الاسلامي , ط 2 , 2000

9- د. مصطفى ابراهيم الزلمي , اصول الفقه القانوني في نسيجه الجديد , المكتبة القانونية بغداد .

- 10- السبكي , تاج الدين عبد الوهاب بن علي , جمع الجوامع في اصول الفقه , ط 2 , دار الكتب العلمية , بيروت , لبنان , 1424 هجري .
- 11- السيناوي , حسن بن عمر بن عبد الله المالكي , الاصل الجامع لايضاح الدرر المنظومة في سلك جمع الجوامع , ط 1 , مطبعة النهضة , بلا مكان , 1928
- 12- الشاشي , نظام الدين ابو علي احمد , اصول الشاشي , دار الكتب العربية , بيروت , لبنان , 1984 .
- 13- الشوكاني محمد بن علي , ارشاد الفحول الى تحقيق الحق في علم الاصول , دار ابن كثير , بلا مكان , 2003 .
- 14- الشيخ , محمد رضا المظفر , اصول الفقه , مؤسسة النشر الاسلامي , قم , 1434 .
- 15- عبد القادر شبويه الحمد , اثبات القياس في الشريعة الاسلامية والرد على منكريه , ط 3 , مكتبة الملك فهد , بلا سنة .
- 16- عبد الكريم بن علي بن محمد بن النملة , المهذب في علم اصول الفقه المقارن , مكتبة الرشد , الرياض , 1999
- 17- عبد الكريم زيدان , الوجيز في اصول الفقه , مؤسسة الرسالة , بيروت , لبنان , 1998
- 18- عياض نامي السلمي , اصول الفقه , ط 1 , دار التدمرية , الرياض , المملكة العربية السعودية , 2005 .
- 19- القوجاني , محمد رضا الناصري , جواهر العقول في شرح فوائد الاصول , مبحث في التعادل والترجيح , ط 1 , الدار الاسلامية , 1993 .
- 20- محاضرات في اصول الفقه , تقارير لبحث السيد ابي القاسم الخوئي , محمد اسحاق الفياض , مؤسسة انصار بان .
- 21- محمد اديب صالح , تفسير النصوص في الفقه الاسلامي , المكتبة الاسلامية , ط 4 , بلا سنة .
- 22- محمد مصطفى الزحيلي , الوجيز في اصول الفقه الاسلامي , ط 2 , دار الخير , بيروت , لبنان , 2006 .
- 23- محمود عبد الكريم حسن , المصالح المرسله (دراسة تحليلية ومناقشة فقهية واصولية) , دار النهضة , بيروت , لبنان , بلا سنة .

خامسا - كتب الفقه الاسلامي

أ- الفقه الامامي

- 1- البحراني , يوسف بن احمد بن ابراهيم , الحدائق الناظرة في احكام العترة الطاهرة , ط 1 , دار الاضواء , بيروت , لبنان , 1993 .
- 2- الحكيم , السيد محسن الطبطبائي , مستمسك العروة الوثقى , ط 1 , دار الهلال , بلا مكان , 2016 ,
- 3- الحلبي , ابو منصور جمال الدين , مبادئ علم الاصول , تحقيق عبد الحسين محمد علي البقال , ط 2 , دار الاضواء , بيروت , لبنان , 1986
- 4- الحلبي , ابو القاسم نجم الدين جعفر , شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام , تحقيق السيد صادق الحسيني الشيرازي , ط 12 , 2004 .

- 5- الحلي ، نجم الدين جعفر بن الحسن ، معارج الاصول ، تحقيق السيد محمد حسن رضوي، بدون دار ، بلا سنة
- 6- الخوئي ، السيد ابو القاسم الموسوي ، مباني تكملة المنهاج ، القضاء والحدود ، ط4 ، مؤسسة الخوئي الاسلامية ، بلا مكان ، 2009
- 7- السبزواري ، السيد عبد الاعلى الموسوي ، منهاج الصالحين ، ط4، منشورات دار التفسير ، بلا سنة طبع .
- 8- السبزواري ، السيد عبد الاعلى الموسوي ، مهذب الاحكام في بيان الحلال والحرام ، ط1 ، دار التفسير ، بلا مكان ، 2009 .
- 9- السيستاني ، السيد علي الحسيني ، منهاج الصالحين ، ط19، دار المؤرخ العربي ، بيروت لبنان ، 2013
- 10- السيستاني ، السيد علي الحسيني، الاجتهاد والتقليد والاحتياط ، تحقيق محمد علي الرباني ، دار العلم .
- 11- الشيرازي ، السيد صادق الحسيني ، هداية السائل الى اجوبة المسائل ، ط1 ، دار الاثر ، بيروت ، لبنان ، 2011
- 12- الطبرسي ، ميرزا حسين ، مستدرک الوسائل ومستنبط المسائل ، مؤسسة ال البيت ، بيروت لبنان ، ط2 ، 1992.
- 13- الطبرسي ، ميرزا حسين النوري ، مستدرک الوسائل ومستنبط المسائل ، ط3 ، مؤسسة البيت لأحياء التراث ، بيروت ، لبنان ، 1991
- 14- الطبطبائي ، السيد علي بن محمد علي، رياض المسائل في بيان احكام الشرع بالدلائل ، ط1 ، مؤسسة النشر الاسلامي ، قم ، ايران ، 1420 هجري
- 15- الطوسي ، ابو جعفر محمد بن الحسن ، المبسوط في فقه الامامية ، المكتبة المرتضوية لأحياء الاثار الجعفرية ، بلا سنة .
- 16- العاملي ، ابو جعفر محمد بن الحسن بن علي ، وسائل الشيعة ومستدرکها ، ط1، مؤسسة النشر الاسلامي ، قم .
- 17- العاملي ، محمد جواد ، مفتاح الكرامة ، ط1 ، مؤسسة النشر الاسلامي ، قم ، 1419 هجري .
- 18- الكلبيكاني ، كتاب القضاء، تحقيق علي الحسيني الميلاني ، بلا دار نشر ، بلا سنة.
- 19- الكليني ، محمد بن يعقوب ، فروع الكافي ، ط1 ، منشورات الفجر بيروت لبنان ، 2007.
- 20- المازندراني ، مولي محمد صالح، شرح اصول الكافي ، ط1 ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، 2008 .
- 21- محمد جواد مغنية ، تفسير الكاشف ، ط4 ، دار الانوار ، بيروت ، لبنان ، بلا سنة
- 22- النراقي ، احمد بن محمد مهدي ، مستند الشيعة في احكام الشريعة ، ط1، مؤسسة ال البيت ، بيروت ، لبنان ، 2008.

23- الهاشمي , السيد محمود الشاهرودي , منهاج الصالحين , مؤسسة الفقه ومعارف اهل البيت , 2012.

ب- الفقه الحنفي

1- ابن عابدين , محمد بن عابدين , حاشية ابن عابدين , مكتبة مصطفى الحلبي , القاهرة , 1966 .

2- ابن نجيم عبد الله بن احمد بن محمد , البحر الرائق شرح كنز الدقائق , ط1 , دار الكتب العلمية , بيروت , لبنان , 1997 .

3- البخاري , علاء الدين عبد العزيز احمد , كشف الاسرار عن اصول فخر الاسلام , مجلد4 , دار الكتب العربية بيروت , لبنان , بلا سنة .

4- البخاري , علاء الدين عبد العزيز بن احمد , كشف الاسرار عن اصول فخر الاسلام , ج3 , شركة الصحافة العثمانية , اسطنبول , 1890

5- التتوي , محمد بن عبد الهادي , حاشية السندي على سنن النسائي , ط2 , مكتبة المطبوعات الاسلامية , حلب , 1986 .

6- الجصاص , ابو بكر الرازي , شرح مختصر طحاوي , ط1 , دار البشائر الاسلامية , 2010 .

7- الحنفي , كمال الدين بن محمد بن عبد الواحد , تيسير التحرير , تحقيق محمد امين , ج4 , دار الباز , مكة المكرمة , بلا سنة طبع .

8- السرخسي , شمس الدين , المبسوط , دار المعرفة , بيروت , بلا سنة

9- السمرقندي , علاء الدين , تحفة الفقهاء , دار الكتب العلمية , بيروت , لبنان , 1984

10- العيني , ابو محمد بن محمود بن احمد البدر العيني , البداية في شرح الهداية , دار الكتب العلمية , بيروت , لبنان , 2000 .

11- الكاساني , علاء الدين بن ابي بكر بن مسعود , بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع , تحقيق الشيخ علي محمد عوض والشيخ عادل احمد عبد الموجود , دار الكتب العلمية بيروت , لبنان .

12- الموصلي , عبد الله بن محمود بن مودود , الاختيار لتعليل المختار , دار الكتب العلمية , بيروت , بلا سنة .

13- الميرغاني , علي بن ابي بكر بن عبد الجليل الفرغاني , الهداية في شرح بداية المبتدي , دار احياء التراث العربي , بيروت , بلا سنة .

ت- الفقه الشافعي

1- ابن حجر البهيمي , احمد بن محمد , تحفة المحتاج في شرح المنهاج , المكتبة التجارية الكبرى بمصر , بدون طبعة , 1983.

2- ابن سبكي , تاج الدين بن عبد الوهاب بن علي , جامع الجوامع في اصول الفقه , تحقيق عبد المنعم خليل ابراهيم , ط2 , دار الكتب العلمية بيروت لبنان , بلا سنة

3- الاسنوي , جمال الدين عبد الرحيم , المهمات في شرح الروضة , ط1 , دار ابن حزم , بيروت , لبنان , 2009 .

- 4- الرملي ، شمس الدين محمد بن ابي العباس ، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، ط1، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، 2004
- 5- الزركشي ، بدر الدين محمد بن بهادر، البحر المحيط في اصول الفقه ، المجلد 8 ، ط 1 ، دار الكتب.
- 6- الشاطبي ، ابي اسحاق بن ابراهيم بن موسى بن محمد ، الموافقات ، تحقيق ابي بكر بن عبد الله ان ابو زيد ، المجلد 5 ، دار ابن عفان ، ط1، 1997
- 7- الشافعي ، بدر الدين ابي الفضل بن ابي بكر الاسدي ، بداية المحتاج في شرح المنهاج ، ط1 ، دار عالم الكتب ، بلا مكان ، 2011.
- 8- الشافعي ، محمد بن ادريس ، الام ، دار الوفاء ، المنصورة ، مصر ، 2001
- 9- شمس الدين، محمد بن ابي العباس احمد بن حمزة ، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان .
- 10- الشوكاني ، محمد بن علي ، ارشاد الفحول الى تحقيق الحق من علم الاصول ، ط3 ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، 1992 .
- 11- الشوكاني ، محمد بن علي بن محمد ، السيل الجرار المتدفق على حدائق الازهار ، ط1 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، 1405 هجري .
- 12- الشيرازي ، ابي اسحاق، المذهب في فقه الامام الشافعي ، تحقيق د. محمد الزحلي ، ط1، دار القلم دمشق ، 1996 .
- 13- الشيرازي ، محمد الحسيني ، تقريب القران الى الازهان ، المجلد 1 ، دار العلوم للتحقيق والطباعة والنشر.
- 14- الماوردي ، ابي الحسن علي بن محمد ، الحاوي الكبير في فقه مذهب الامام الشافعي ، تحقيق الشيخ محمد علي معوض والشيخ عادل احمد عبد الموجود ، مكتبة الكتب العلمية بيروت لبنان ، بلا سنة .
- 15- النووي ، ابو زكريا محيي الدين بن شرف ، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان.
- ث- الفقه المالكي**
- 1- ابن الحاجب ، ابي عمرو جمال الدين عثمان بن عمر بن ابي بكر المالكي ، شرح العضيد المختصر، تحقيق طارق يحيى ، دار الكتب العلمية بيروت لبنان ، ط 1، 2010
- 2- ابن الحاجب ، محمود بن عبد الرحمن بن احمد ، مختصر ابن الحاجب ، ط 1 ، تحقيق محمد مظهر حقا ، دار المدني السعودي
- 3- ابن رشد ، محمد بن احمد بن محمد القرطبي الاندلسي ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ط1 ، دار الكتب العلمية ، بلا مكان ، 1983 .
- 4- التونسي ، ابي محمد عبد العزيز بن ابراهيم ، روضة المنتسبين ، المجلد 1 ، ط1 ، دار ابن حزم ، بيروت ، لبنان ، 2010 .
- 5- الخرشبي ، محمد بن عبد الله ، شرح مختصر خليل ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان، بلا سنة
- 6- الصاوي ، ابو العباس احمد بن محمد الخلوئي المالكي ، بلغة المسالك ، دار المعارف ، بلا سنة .

- 7- القرطبي ، ابي عمر يوسف بن عبد اله بن محمد ، الكافي في فقه اهل المدينة ، مجلد 1 ، ط 1 ، مكتبة الرياض الحديثة ، الرياض ، 1978 .
- 8- الكشناوي ، ابو بكر بن حسن ، اسهل المدارك في شرح ارشاد المسالك ، بيروت ، لبنان ، 1995
- 9- الكوفي ، ابو بكر بن محمد بن ابي شيبه ، المصنف في الأحاديث والآثار ، مكتبة الرشد – الرياض ، ط1، 1409.
- 10- المالكي ، محمد بن احمد بن عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، دار احياء الكتب العلمية ، بلا مكان ، بلا سنة .
- 11- المالكي . ابن فرحون ، تبصرة الاحكام في اصول الاقضية ومنهاج الاحكام ، دار عالم الكتب للنشر والتوزيع ، الرياض ، 2003.
- 12- المالكي . خليل بن اسحاق الجندي ، المختصر ، ط 1 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، 1995 .
- 13- المجاجي . محمد سكمال ، المهذب في الفقه المالكي وادلته ، ط 1، دار القلم ، دمشق ، 2010 .

ج- الفقه الحنبلي

- 1- ابن اللحام ، ابي الحسن بن علي بن محمد بن علي البعلي الحنبلي .المختصر في اصول الفقه ، تحقيق د .سعد بن ناصر بن عبد العزيز الشثري ، ط 1 ، 2007
- 2- ابن قدامة ، موفق الدين عبد الله بن احمد ، روضة الناظر، تحقيق د .شعبان محمد اسماعيل، ط 1، المكتبة الملكية، ص1998
- 3- ابن مفلح ، برهان الدين ابي اسحاق ابراهيم بن محمد ، المبدع في شرح المقنع ، دار عالم الكتب ، الرياض ، المملكة العربية السعودية ، 2003
- 4- الامدي ، علي بن محمد بن سالم ، الاحكام في اصول الاحكام ، المجلد 2، دار الكتب العلمية، بيروت ، بلا سنة طبع.
- 5- البعلي ، محمد بن ابي الفتح بن ابي الفضل ، المطلع على الفاظ المقنع ، ط 1، 2003، بلا مكان ، مكتبة السوادي .
- 6- البهوتي ، منصور بن يونس بن ادريس ، كشاف القناع عن متن الاقناع ، تحقيق محمد امين ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، بلا سنة
- 7- التلمساني ، ابي عبد الله محمد بن احمد الحنبلي، مفتاح الاصول الى بناء الفروع على الاصول ، تحقيق . محمد علي فروكس ، مؤسسة الريان للطباعة والنشر.
- 8- الحنبلي ، محمد بن احمد بن عبد العزيز بن علي ، شرح الكوكب المنير مختصر التحرير، ط 2 ، مكتبة العبيكان ، 1997
- 9- المرادوي ، علاء الدين ابي الحسن علي بن سلمان ، التحرير شرح التحرير، ط 1 ، مكتبة الرشد ، الرياض ، بلا سنة طبع .
- 10- المقدسي ، موفق الدين عبد الله بن احمد ابن قدامة ، الكافي في فقه الامام احمد بن حنبل ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط 1 ، 1994 .

ح- الفقه الظاهري

الظاهري , ابو محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم الاندلسي , المحلى بالأثار , دار الفكر , بيروت , لبنان , بلا سنة طبع .

سادسا - الفقه المعاصر

- 1- ابن زهرة الحلبي , غنية النزوع , ط1 , مطبعة التوحيد , قم , ايران , مؤسسة الامام الصادق (عليه السلام) للنشر, 1996 . .
- 2- ابن عثيمين , محمد بن صالح بن محمد بن عثيمين , الشرح الممتع على زاد المستقنع , , ط1 , دار ابن الجوزي , 1428 هجري .
- 3- احمد عبد الرزاق درويش , فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث والافتاء , المجموعة الاولى , الادارة العامة للطبع , الرياض , المملكة العربية السعودية , بلا سنة
- 4- اغا بزرك الطهراني , تاريخ حصر الاجتهاد , تحقيق محمد علي الانصاري , مطبعة الخيام , قم , بلا سنة .
- 5- د. ابراهيم بن حسين بن سلمان البلوشي , التقاسيم الفقهية واثرها في الخلاف الفقهي وتأثرها بالمستجدات المعاصرة , ط1 , 2010 .
- 6- د. احمد فتح الله , معجم الفاظ الفقه الجعفري , ط1, مطابع المدوخل , الدمام , 1995.
- 7- د. خالد بن علي المشيقح , النوازل في الاوقاف , مكتبة الملك فهد , الرياض, 2012 .
- 8- د. سعيد شبار , الاجتهاد والتجديد في الفكر المعاصر , ط1, 2016 .
- 9- د. محمد عثمان شبير , المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الاسلامي , ط1 , بلا مكان طبع , 2007 .
- 10- د. هيلة بنت عبد الرحمن اليابس , الطلاق الصوري حقيقته وحكمه في الفقه الاسلامي , بحث منشور في جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية , مركز التميز في فقه القضايا المعاصرة , الرياض , المملكة العربية السعودية , 1437 , ص16
- 11- السيد. منذر الحكيم , مراحل تطور الاجتهاد في الفقه الامامي, بلا دار , بلا مكان , بلا سنة.
- 12- الشيخ صالح بن فوزان , المنتقى من فتاوى الشيخ الفوزان , طبعة دار الامام احمد , القاهرة , بلا سنة.
- 13- الشيخ علي احمد عبد عال الطهطاوي , تنبيه الابرار بأحكام الخلع والطلاق والظهار , ط1 , دار الكتب العلمية , بيروت , لبنان , 2003
- 14- طارق البشري , الملامح العامة للفكر السياسي في التاريخ المعاصر, ط1 , بلا مكان , 1996, .
- 15- عبد الرحمن بن محمد بن عوض الجزيري , النفقة على المذاهب الاربعة , ط3 , دار الكتب العلمية , بيروت , لبنان , 2003 .
- 16- عبد الله بن محمد بن سعد , الخلع بطلب الزوجة لعدم الوئام مع زوجها , ط1, دار ابن فرحون , المملكة العربية السعودية , الرياض , 2010

- 17-** عدنان فرحان ال قاسم ، الاجتهاد عند الشيعة الامامية ادوار واطوار، ط1، دار السلام للطباعة والنشر ، بيروت ، لبنان 2008.
- 18-** عطية صقر ، فتاوى واحكام المرأة المسلمة ، ط3، مكتبة وهبة ، القاهرة ، مصر ، 2006 .
- 19-** الغريفي .مهيب الدين الموسوي ، الاجتهاد والفتوى في عصر المعصوم وغيبته ، دار المعارف للمطبوعات ، بيروت ، لبنان ، بلا سنة
- 20-** القرار رقم (144) لمجمع الفقه الاسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الاسلامي المنعقد في دورته السادسة عشر بدبي ، الامارات العربية المتحدة ، بتاريخ 2005/9/14
- 21-** محمد السند البحراني ، كتاب فقه الطب ، مكتبة فذك ، ايران ، قم ، بلا سنة طبع .
- 22-** محمد ناصر الدين الالباني ، التعليقات الرضية على الروضة الندية ، دار ابن عفان ، القاهرة ، مصر ، بلا سنة
- 23-** مرتضى الانصاري ، القضاء والشهادات ، تحقيق لجنة تراث الشيخ الاعظم ، ط1، 1415.
- سابعا - كتب القانون**
- 1-** اشرف مصطفى كمال المستشار ، موسوعة الاحوال الشخصية ، طبعة خاصة بنقابة المحامين في الجيزة ، بلا سنة
- 2-** د. احمد بن علي المباركي ، العرف واثره في الشريعة والقانون ، ط1 ، الرياض ، المملكة العربية السعودية ، 1992
- 3-** د. حيدر حسين كاظم الشمري ، المختصر في احكام الزواج والطلاق واثارهما في التشريع العراقي والفقه الاسلامي ، ط1 ، مطابع دار وارث ، كربلاء المقدسة ، 2020 .
- 4-** د. خالد رشيد الجميلي ، المدخل في دراسة الشريعة والقانون ، دار الكتب للطباعة والنشر ، بغداد، 1998.
- 5-** د. سليمان مرقص ، المدخل للعلوم القانونية ، الطبعة الرابعة ، بلا دار ، بلا مكان نشر ، بلا سنة طبع .
- 6-** د. عصمت عبد المجيد البكر ، شرح قانون الاثبات .المكتبة القانونية وبغداد ، بلا سنة .
- 7-** د. عصمت عبد المجيد البكر، مشكلات التشريع ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، 2013 .
- 8-** د. فاروق عبد الله كريم ، الواضح في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ ، ط1 ، مكتبة يادكار ، بلا مكان ، 2020
- 9-** د. محمد شريف احمد ، نظرية تفسير النصوص المدنية ، مطبعة وزارة الاوقاف والشؤون الدينية ، بدون سنة طبع .

- 10-** د. مصطفى سباعي , شرح قانون الاحوال الشخصية , طبعة 5 , مطبعة جامعة دمشق , سوريا .
- 11-** عايد بن عبد الله الحربي , النشوز بين الزوجين , طبعة 128 , الجامعة الاسلامية بالمدينة المنورة , المملكة العربية السعودية , 2004.
- 12-** عبد الحميد كبة , التنظيمات القضائية والحركة التشريعية في العراق , ط1 , دار التضامن , بغداد , 1973 .
- 13-** القاضي رحيم حرجان عودة العنابي , المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية , مكتبة صباح , بغداد , 2011
- 14-** القاضي سلمان عبيد عبد الله الزبيدي , المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية , مكتبة القانون والقضاء , بلا مكان , 2015
- 15-** القاضي قاسم فخري الربيعي , مبادئ محكمة التمييز الاتحادية , ط1 , مطبعة الكتاب , المتنبي , بغداد , 2019
- 16-** القاضي محمد جمال ابو سنينة , الطاعة الزوجية في الفقه الاسلامي , ط1 , دار الثقافة , عمان , 2004
- 17-** القاضي مدحت المحمود , شرح قانون المرافعات المدنية رقم 83 وتطبيقاته العملية , المكتبة القانونية , بغداد , بلا سنة .
- 18-** المحامي , مؤيد حميد الاسدي , المنتقى من المبادئ القانونية , ط1 , المكتبة القانونية , بغداد , 2019
- 19-** محمد حسن كشكول , عباس السعدي , شرح قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 وتعديلاته , ط2 , المكتبة القانونية , بغداد , 2011 .

ثامنا – الاطاريح والرسائل الجامعية

- 1-** احمد محمد انس حجازي , حكم البصمة الوراثية في اثبات ونفي النسب بالفقه الاسلامي والقوانين المعاصرة , اطروحة دكتوراه قدمت الى كلية الحقوق _ قسم الشريعة الاسلامية , جامعة المنصورة , 2021
- 2-** اسيل حامد شاكر , اثر العدول في الاجتهاد القضائي على استقرار الامن القانوني , رسالة ماجستير قدمت الى مجلس كلية القانون , الجامعة المستنصرية , 2021 .
- 3-** جعلاب فضيلة , الزواج والطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة بين الفقه والقانون , رسالة ماجستير قدمت الى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية , جامعة زيان عاشور , 2017 .
- 4-** حسن ضعيف حمود المعموري , التفسير المتطور للقانون , اطروحة دكتوراه قدمت الى مجلس كلية القانون , جامعة بابل , 2022 .
- 5-** رابح مراحي , التعارض والترجيح , اطروحة دكتوراه قدمت الى جامعة منتوري قسنطينة , الجزائر , 2008

- 6- صالح خالد صالح الشقيرات الاجتهاد القضائي فيما لا نص فيه وتطبيقاته في الشريعة والقانون ، اطروحة دكتوراه قدمت الى كلية الدراسات العليا الجامعة الاردنية ، 2007.
- 7- صفية حسين ، ضوابط الاجتهاد القضائي في الأحوال الشخصية على ضوء مقاصد الشريعة الإسلامية ، اطروحة دكتوراه قدمت الى كلية العلم الإسلامية ، جامعة الجزائر ، 2019.
- 8- عبد الرزاق عبد الله صالح بن غالب ، كتاب المفطرات الطبية المعاصرة ، اطروحة دكتوراه قدمت الى كلية معارف الوحي والعلوم الانسانية الجامعة الإسلامية بماليزيا ، بلا سنة
- 9- عبد الرزاق عبد الله صالح بن غالب ، كتاب المفطرات الطبية المعاصرة ، اطروحة دكتوراه قدمت الى كلية معارف الوحي والعلوم الانسانية الجامعة الإسلامية بماليزيا ، بلا سنة
- 10- يوسف كهيبة ، لامي ليلي ، عقد الزواج وفقا للأحكام الجديدة لقانون الاسرة الجزائري ، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عبد الرحمن ميره _بجاية ، 2013
- تاسعا - البحوث

- 1- احمد عبد الجيد حسيني ، مدى مشروعية اثبات النسب ونفيه بالبصمة الوراثية في الفقه الاسلامي ، العدد 35 ، ج1/2 ، كلية الشريعة والقانون ، جامعة الازهر .
- 2- بوعزة امني ، الطلاق بالكتابة بالتقنيات الحديثة ، مجلة القانون العام في الجزائر ، جامعة مولايا طاهر _سعيدة ، المجلد9، العدد1، 2023.
- 3- بريك فارس حسين الجبوري ، فارس هاشم حسين الجبوري ، كمال الاهلية قبل البلوغ القانوني ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية ، العدد1، المجلد 2019
- 4- حملات سعيدية ، اشكالية الاجتهاد في الفكر الاسلامي المعاصر، بحث منشور في مجلة الحكمة للدراسات الإسلامية ، المجلد 1، العدد 2 ، 2014
- 5- د. احمد عبد الجيد حسني ، مدى مشروعية اثبات النسب او نفيه بالبصمة الوراثية في الفقه الاسلامي ، بحث منشور في كلية الحقوق ، جامعة الازهر ، العدد35 .
- 6- د. حيدر حسين كاظم الشمري ، م. فراس جبار كريم الروازق ، دور العرف في مسائل الاحوال الشخصية ، بحث مقدم الى المؤتمر العلمي السنوي السادس عشر لكلية القانون جامعة اهل البيت (عليهم السلام) .
- 7- د. حيدر حسين كاظم الشمري ، مدى مشروعية البصمة الوراثية وحجبتها في نفي النسب ، بحث منشور في جامعة اهل البيت عليهم السلام ، العدد 16 .
- 8- د. حيدر حسين كاظم الشمري م ، محمد عبد الرزاق محمد الشوك ، مدلول التفريق لهجر الزوج او غيبته (دراسة في الفقه الاسلامي والتشريع المقارن) ، جامعة اهل (البيت عليهم السلام) ، العدد16 ، بلا سنة .
- 9- د. خالد جمال احمد حسن ، تفسير النص القانوني بين الحرفية والتطبيق ، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق جامعة البحرين ، العدد الثاني .

- 10- د. سرهنك حميد البرزنجي ، تفسير الدستور في ضوء احكام الدستور العراقي النافذ وتطبيقات المحكمة الاتحادية العليا ، ، بحث منشور في مجلة جامعة دهوك ، المجلد ،14 العدد2 ، 2011.
- 11- د. عبد الرشيد محمد امين بن قاسم ، البصمة الوراثية وااثبات النسب ، مجلة العدل- وزارة العدل ، العدد23، رجب 1425، السنة السادسة .
- 12- د. محمد حسين الذهبي ، التفسير والمفسرون ، ج1، مكتبة وهبة ، بلا مكان ، بلا سنة .
- 13- د. نصير فريد واصل ، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها ، اعمال وبحوث الدورة السادسة عشر للمجمع الفقهي الاسلامي في مكة المكرمة ، المجلد 13
- 14- د. وهبة مصطفى الزحلي ، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها ، بحث منشور في مجمع الفقه الاسلامي ، مكة المكرمة، 2002.
- 15- سعد الدين الهلالي ، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها ، من اعمال وبحوث الدورة السادسة عشر لمجمع الفقه الاسلامي بمكة المكرمة ، 2002/2422 ، المجلد 3.
- 16- علي غريبي ، بعاج فوزية ، مدى اعتماد المشرع الجزائري ، مدى اعتماد المشرع الجزائرية ، على أحكام الاجتهاد القضائي في تعديل قانون الأسرة الجزائري ، مجلة النوازل الفقهية ، المجلد6، العدد3، 2022
- 17- علي محمد العطر ، الكراهية مفهومها واحكامها في ضوء الفقه الاسلامي ، بحث منشور في جامعة الشارقة الاسلامية ، المجلد 11، العدد2 ، 2019 .
- 18- عمر بن محمد السبيل ، البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النسب والجنائية ، الرياض ، دار الفضيلة ، ط1، 2002.
- 19- محفوظ بن صغير، اجتهاد القاضي في العصر الحديث وضرورة التقنين في مجال الاحوال الشخصية ، مجلة الدراسات والبحوث القانونية ، العدد السادس ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة.
- 20- محمد المختار السلامي ، التحليل البيولوجي للجينات البشرية وحجيتها في الاثبات ، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون ، جامعة الامارات العربية المتحدة في 22- 24 صفر 1423 الموافق 2002/7/5 المجلد1 .

عاشرا - القرارات

أ- القرارات الصادرة من المحاكم العراقية

1. قرار محكمة التمييز الاتحادية / هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية /العدد2004/124/ قرار غير منشور
2. قرار محكمة التمييز الاتحادية ، العدد 1983 / 2006 ، تاريخ 2006/5/24 ، قرار غير منشور
3. قرار محكمة التمييز الاتحادية ، قسم الاحوال الشخصية والمواد الشخصية ، بالعدد 2010/1251 ، بتاريخ 2010 /4/25 ، قرار غير منشور .
4. قرار محكمة التمييز الاتحادية ، قسم الاحوال الشخصية والمواد الشخصية ، بالعدد 3963 2010/ ، بتاريخ 2010/11/2 ، قرار غير منشور .

5. قرار محكمة التمييز الاتحادية , قسم الاحوال الشخصية والمواد الشخصية , بالعدد 3874 /2010/ , بتاريخ 2010/11/7 , قرار غير منشور
6. قرار محكمة التمييز الاتحادية / قسم الاحوال الشخصية والمواد الشخصية , العدد 2011/4746 , وبتاريخ 2011/9/21 , قرار غير منشور .
7. قرار محكمة التمييز الاتحادية , قسم الاحوال الشخصية والمواد الشخصية , بالعدد 6357 /2016/
8. قرار محكمة التمييز الاتحادية , قسم الاحوال الشخصية والمواد الشخصية , بالعدد 2018/555 , تسلسل 2738 , قرار غير منشور .
9. قرار محكمة التمييز الاتحادية , قسم الاحوال الشخصية والمواد الشخصية , بالعدد 3687 /2018/ , ت 5185 بتاريخ 2018/7/26 , قرار غير منشور
10. قرار محكمة التمييز الاتحادية , قسم الاحوال الشخصية والمواد الشخصية , العدد 1140 , تسلسل 11403 , بتاريخ 2019/3/18 , قرار غير منشور
11. قرار محكمة التمييز الاتحادية / هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية /العدد 3540/ت/3518/2019/ قرار غير منشور
12. قرار محكمة التمييز الاتحادية , العدد 6836 , تسلسل 6782 , تاريخ 12 /6/ 2019 , قرار غير منشور
13. قرار محكمة التمييز الاتحادية , قسم الاحوال الشخصية والمواد الشخصية , بالعدد 2021/ 6283 , تاريخ 2021/4/28 , قرار غير منشور
14. قرار محكمة التمييز الاتحادية / هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية /العدد 8819/ت/8811 / 2021/ قرار غير منشور
15. قرار محكمة التمييز الاتحادية / هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية , العدد 12399 , تسلسل 12710 , بتاريخ 2021/9/20 , قرار غير منشور .
16. قرار محكمة التمييز الاتحادية , قسم الاحوال الشخصية والمواد الشخصية , العدد 2021/14341 , تسلسل 14303 , تاريخ 2021/11/7 , قرار غير منشور
17. قرار محكمة التمييز الاتحادية , قسم الاحوال الشخصية والمواد الشخصية , العدد 2022/ 1121 , تسلسل 1071 , بتاريخ 2022/1/19 , قرار غير منشور .
18. قرار المحكمة الاتحادية العليا , العدد 33/اتحادية/2022/ بتاريخ 2022/2/19 , غير منشور
19. قرار محكمة التمييز الاتحادية , قسم الاحوال الشخصية والمواد الشخصية , بالعدد 5048 , تسلسل 5091 , بتاريخ 2022/3/27 , قرار غير منشور .
20. قرار محكمة التمييز الاتحادية , هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية , قسم الاحوال الشخصية بالعدد 5316 /2022 , تسلسل 5221 , لسنة 2022/3/30 , قرار غير منشور
21. قرار محكمة التمييز الاتحادية , قسم الاحوال الشخصية والمواد الشخصية , بالعدد 7335 /2022/ , تسلسل 7250 , تاريخ 2022/5/18 , قرار غير منشور .

22. قرار محكمة التمييز الاتحادية / هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية / العدد 2022/15079/ قرار غير منشور
23. قرار محكمة استئناف بابل الاتحادية , محكمة جنح الحلة , بالعدد 60/ج/2023, بتاريخ 2023/1/16 قرار غير منشور .
24. قرار محكمة التمييز الاتحادية , قسم الاحوال الشخصية والمواد الشخصية , العدد 2023/2055 , تسلسل 2589 , بتاريخ 12 /2/ 2023 , قرار غير منشور .
25. قرار محكمة التمييز الاتحادية , العدد 2023/3467 , تسلسل , 3518 , بتاريخ 21 /2/ 2023 , قرار غير منشور
26. قرار محكمة التمييز الاتحادية , قسم الاحوال الشخصية والمواد الشخصية , بالعدد 2023/7012 , تسلسل 6939 , بتاريخ 10/5/ 2023 , قرار غير منشور
27. قرار محكمة التمييز الاتحادية , قسم الاحوال الشخصية والمواد الشخصية , العدد 2023/ 90710 , تسلسل 9074 , بتاريخ 26/6/ 2023 , قرار غير منشور .
28. قرار محكمة التمييز الاتحادية , قسم الاحوال الشخصية والمواد الشخصية , بالعدد 2024/30 , تسلسل 98 , تاريخ 2/1/ 2024 , قرار غير منشور
29. قرار محكمة التمييز الاتحادية , قسم الاحوال الشخصية والمواد الشخصية , بالعدد 2024/ 845 , تسلسل 713 , تاريخ 14/1/ 2024 , قرار غير منشور
30. قرار محكمة التمييز الاتحادية , غرفة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية , بالعدد 2024/2223 , تسلسل 2213 , بتاريخ 4/2/ 2024 , قرار غير منشور .
31. قرار محكمة استئناف كربلاء الاتحادية وايدتها بذلك محكمة التمييز الاتحادية , قرار صادر بالعدد 163 ت جزائية 2024 , 2024/2/8 قرار غير منشور
32. قرار محكمة التمييز الاتحادية , قسم الاحوال الشخصية والمواد الشخصية , العدد 330 ش/ 2023 , بتاريخ 3/3/ 2024
33. قرار محكمة التمييز الاتحادية , العدد 621 / 2024 , تسلسل 6193 , تاريخ 25/4/ 2024 , قرار غير منشور
34. قرار محكمة التمييز الاتحادية , قسم الاحوال الشخصية والمواد الشخصية , بالعدد 14/ الهيئة العامة 2024 , بتاريخ 31/8/ 2024
- ب- القرارات الصادرة من المحاكم المصرية**
1. قرار محكمة النقض المصرية 1981/12/8_ طعن رقم 31 لسنة 50 ق_س32
2. قرار محكمة النقض المصرية , الطعن رقم 60/100 ق , جلسة 94 /5/ 13/ احوال شخصية
3. قرار محكمة الجيزة الابتدائية , الطعن رقم 304 , 85 ق , تاريخ الجلسة 15/3/ 1990 , قرار غير منشور
4. قرار صادر من محكمة استئناف القاهرة , رقم 2781 , 138 ف , بتاريخ 26/1/ 2021 , قرار غير منشور

5. قرار محكمة استئناف الاسكندرية , رقم الطعن (10674) لسنة 76 , بتاريخ 2021/6/22 قرار غير منشور .

6. قرار محكمة كفر الزيات , مصر , 2022/3251 , بتاريخ 2023/1/28 , قرار غير منشور.

7. القرار الصادر من محكمة شمال اسيوط الابتدائية , احوال شخصية , رقم الحكم (2644) لسنة 2023 , بتاريخ 13 /3 /2024 الموافق 3 رمضان 1445 هجري , قرار غير منشور

ت- القرارات الصادرة من المحاكم الجزائرية

1- قرار المحكمة العليا الجزائرية _ غرفة جنابات , العدد 4 , 1982 , قرار صادر بتاريخ 1982/10/12 , منشور في المجلة القضائية .

2- قرار المحكمة العليا الجزائرية بتاريخ 1983/4/2 , غرفة الأحوال الشخصية , ملف رقم: 32594 , المجلة القضائية , 1983

3- قرار المحكمة العليا الجزائرية , قسم شؤون الاسرة والمواريث , ملف رقم 51715 , بتاريخ 1989/1/16

4- قرار المحكمة العليا الجزائرية , غرفة شؤون الاسرة والمواريث , رقم القرار (136604) , المجلة القضائية , العدد 2 , بتاريخ 1996/4/23 .

5- قرار المحكمة العليا الجزائرية _ غرفة جنابات , العدد 1 , قرار صادر بتاريخ 1996/7/14 , المجلة القضائية .

6- قرار المحكمة العليا الدستورية العليا , قضية رقم 18 لسنة 14 , بتاريخ 3 مايو /1997

7- قرار المحكمة العليا الجزائرية , تاريخ 2006/4/12 , ملف رقم 358665 , منشور في المجلة القضائية للمحكمة العليا , العدد 1, 2006 .

8- قرار المحكمة العليا الجزائرية , رقم القرار 258613 , بالعدد 2 , منشور في المجلة القضائية , 2006 / 6/14

9- قرار المحكمة العليا الجزائرية _ غرفة شؤون الاسرة والمواريث , العدد 761943 , بتاريخ 2012/11/14 , العدد الثاني .

10- قرار المحكمة العليا الجزائرية _ غرفة شؤون الاسرة والمواريث , العدد 828820 , بتاريخ 2012/12/13 , قرار منشور في المجلة .

احد عشر - المواقع الالكترونية

1- <http://omferas.com/vb/t38038>

2- <https://www.iasj.net/iasj/pdf/36b1f250c7cdb06c>

3- <https://www.youtube.com/watch?v=Coa4cRo-X>

4- <https://binbaz.org.sa/fatwas/1101>

5- <http://saaid.org/mktarat/alzawaj/121.htm>

6- <https://www.islamweb.net/ar/fatwa/173813>

7- <https://www.sistani.org/arabic/qa/02076>

- <http://fatwamadhalim.gov.mr/spip.php?article1376> -8
- <https://www.al-garadawi.net/node/3601> -9
- <https://www.islamweb.net/ar/fatwa/57916> -10
- <https://www.sistani.org/arabic/qa/03> -11
- <https://binbaz.org.sa/fatwas/9293> -12
- <https://www.dar-alifta.org/ar/Articles/8200> -13
- <https://www.dar-alifta.org/ar/fatawa/19475> -14
- http://www.bab.com/articles/full-article_cfm?id=7035 -15
- <https://alolfa.com/play/id/4178> : -16
- <https://alseraj.net/fitwa> -17
- [.http://s-alshirazi.com/masaeil/subject/talagh/etter5.htm](http://s-alshirazi.com/masaeil/subject/talagh/etter5.htm) -18
- <https://arabic.rt.com/society/1318552> -19
- <https://www.islamweb.net/ar/fatwa/418453> -20
- <https://alolfa.com/play/id/4178> -21
- https://www.youtube.com/watch?v=N-nHOdel_wU -22
- <https://www.aqaedalshia.com/ahkam/talaq/masaeil/index>. -23
- <https://manshurat.org/node/63907> -24
- [/ https://www.dar-alifta.org/ar/fatawa/13014:](https://www.dar-alifta.org/ar/fatawa/13014) -25
- https://almerja.net/reading.php?i=0&ida=1310&id=973&id_m=37336 -26
- <https://www.dar-alifta.org/ar/fatawa/13255> -27
- <https://www.asjp.cerist.dz/en/downArticle/173/6/1/96910> -28
- <https://www.sistani.org/arabic/qa/0630> -29
- <http://www.lahamag.com> -30
- <https://manshurat.org/node/64897> -31

اثنا عشر - التشريعات

أ- التشريعات العراقية

1. القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 النافذ
2. قانون الاحوال الشخصية النافذ رقم (188) لسنة 1959 النافذ والمعدل

3. قانون السلطة القضائية رقم (26) لسنة 1963
4. قانون المرافعات رقم (83) لسنة 1969 النافذ
5. قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 النافذ والمعدل
6. قانون المعهد القضائي رقم (33) لسنة 1976
7. قانون التنظيم القضائي رقم (160) لسنة 1979 النافذ
8. قانون الاثبات العراقي النافذ رقم (107) لسنة 1979 النافذ
9. قانون رعاية القاصرين رقم (78) لسنة 1980 النافذ
10. قانون حق الزوجة المطلقة بالسكنى رقم (77) لعام 1983
11. قرار مجلس الوزراء النافذ رقم (1000) لسنة 1983 الخاص بزيادة النفقة وانقاصها
12. قانون المرحلة الانتقالية الملغي لعام 2004
13. دستور العراق الدائم لعام 2005
14. قانون الطب العدلي رقم (37) لسنة 2013 النافذ
15. تعديل المادة (384) من قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969 النافذ منشور في العدد (4776) من جريدة الوقائع العراقية الصادرة لعام 2024

ب- التشريعات المصرية

- 1- القانون رقم (25) لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم (100) لسنة 1985 النافذ
- 2- لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والاجراءات المتعلقة بها الصادرة بقانون رقم (78) لسنة 1931 النافذ
- 3- القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 النافذ
- 4- قانون الولاية على المال المصري رقم (119) لسنة 1952
- 5- قانون رقم (118) لسنة 1952 الخاص بأحكام سلب الولاية على النفس
- 6- قانون رقم (462) الخاص بالغاء المحاكم الشرعية والمالية لسنة 1955
- 7- القانون رقم (100) لسنة 1985 الخاص بتعديل بعض احكام قوانين الاحوال الشخصية
- 8- قانون الاحوال المدنية رقم (143) لسنة 1994
- 9- قانون الاحوال المدنية المصري رقم (143) لسنة 1994
- 10- قانون رقم (1) لعام 2000 الخاص بتنظيم بعض اوضاع واجراءات التقاضي في مسائل الاحوال الشخصية
- 11- قانون الطفل المصري رقم (126) لسنة 2008
- 12- الدستور المصري لعام 2014 المعدل 2019

ت- التشريعات الجزائرية

- 1- قانون العقوبات الجزائري الصادر بالأمر (66_156) المؤرخ يوم 8 يونيو 1966 المعدل

- 2- القانون المدني الجزائري رقم (٧٥-٥٨) لسنة ١٩٧٥ النافذ والمعدل
- 3- قانون الاسرة الجزائري لعام 1984 النافذ والمعدل
- 4- الدستور الجزائري النافذ لعام 1996
- 5- قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري رقم (8_9) لسنة 2008 النافذ

Samary

It is considered contemporary jurisprudence in personal status matters. It is an important matter for Islamic jurists and jurists alike. Because the legislator in many countries is unable to cover all personal status issues. The reason for this is due to two important things. The first matter lies in the legislator's neglect of including a text that addresses the issue in dispute. Or he cited a text, but it was tainted by ambiguity, deficiency, or contradiction.

The second issue lies in the failure of the legislator to keep pace with the development taking place. Whether on the medical, technological or cultural level.

Given that the judge is obligated to issue a ruling on the case before him. Otherwise, he will be considered abstaining from realizing the right. Therefore, we find that the legislator referred the judge to the principles and opinions of Islamic Sharia jurists in accordance with Article 1 of the applicable law. Thus, the door is opened for the judge to reach a ruling and fill the legislative gap. As a result, many judicial jurisprudences have been issued which contributed to filling the gaps in legislation.

Accordingly, contemporary jurisprudence may focus on establishing the marital bond. Such as diligence regarding the eligibility of a person who married with court permission when he was young. As well as the financial implications of marriage. Such as reassessing child support or ownership of the furniture in the marital home. Or it may be in the moral effects resulting from marriage, such as guardianship over children and obedience to the wife. Or it may be the effort to dissolve the

marital bond. Such as divorce through electronic means or abandonment requiring judicial separation. Also, consider the financial consequences resulting from the dissolution of the marital bond. Such as the requirement of the judiciary that the wife hate her husband when he requests divorce from him .

Finally, diligence may come about the non-financial effects that result from the dissolution of the marital bond. Such as diligence in denying the lineage of a son that is legally established by modern scientific methods. As well as a violation of the implementation of the provisions regarding the supervision of a child in custody.

The Republic of Iraq

Ministry of Higher Education and Scientific F

University of Karbala - College of Law



Contemporary jurisprudence in personal status matters

(Legal Study Comparative with Islamic Law)

Submitted to the Council of the College of Law, University
of Karbala

As part of the requirements for obtaining a master's degree
in private law

by
Qasim Hayawy Salman

Supervised by

Dr . Hayder Hussein Kkadhim Al- shammari

1445 A. H.

2024 A. D.