

القواعد والضوابط الفقهية وحجيتها في قانون الأحوال الشخصية (*)

د. نادية خير الدين

مدرس قانون الأحوال الشخصية

كلية الحقوق / جامعة الموصل

المستخلص

تناول البحث ما يتعلق بالقواعد والضوابط الفقهية من خلال بيان التأصيل الفقهي لها . وبيان نصوص قانون الأحوال الشخصية التي يمكن ان تندرج تحتها العديد من هذه القواعد والضوابط . وذلك لأهميتها للدارس والباحث بوصفها احد العلوم الشرعية التي ينبغي احياء ما يتعلق بها .

Abstract

The present research tackles the juristic rules and principles concerning their details , and explains their counterparts of personal status texts act for their importance to researchers and to illustrate the concerning authenticity as one of the rightful Islamic sciences which should be revived .

(*) أستلم البحث في ٢٠١٠/٤/١٢ *** قبل للنشر في ٢٠١٠/٥/١٣ .

القدمة

الحمد لله أولاً وأخيراً، له الحمد بالإسلام شريعة للبشر، وله الحمد بالقرآن بما فيه من أمر وزجر، والصلاة والسلام على من أتاه ربه جوامع الكلم وجواهر الحكم وجعل أمته خير أمة أخرجت من بين الأمم، سيدنا محمد (ﷺ) وعلى آله وصحبه أما بعد:

فانه ولما تحتله القواعد والضوابط الفقهية من أهمية في الفقه الإسلامي دل عليها منظمو هذا العلم، الدليل على أهميته، ومن ذلك ماجاء عن ابن رجب (رحمه الله) في المقدمة لقواعده وأنها: "قواعد مهمة، وفوائد جمة، تضبط للفقيه أصول المذهب، وتطلعه من مأخذ الفقه على ماكان عنه قد تغيب. وتنظم له منثور المسائل في سلك واحد وتفيد له الشوارد وتقرب عليه كل متباعد، فليمعن الناظر فيه النظر، وليوسع العذر إن اللبيب من عذر" ^(١)، من هذه الأهمية التي وجدناها واضحة، والإشارة إلى مايمكن أن تحققة هذه القواعد والضوابط من فائدة للباحث جاء الدافع للمحاولات العديدة للكثير من الباحثين في هذا المجال في بيانها وتنظيمها ومحاولة تجميعها وتمييزها عما قد يشتهب بها من علوم، وما تحققة دراستها والبحث فيها وتنظيمها من اثر، وكان الدافع لنا أيضا لكتابة هذا البحث، في محاولة بيان مدى مايمكن أن تتمتع به هذه القواعد والضوابط الخاصة بالمسائل المتعلقة بحقوق الزوجة والأولاد من حجية في هذا الفرع من القانون، ألا وهو قانون الأحوال الشخصية، من خلال بيان تأصيل أكثر النصوص القانونية المتعلقة بها، وما ينطبق على كل نص من قاعدة اوضابط وفق مايتيسر لنا منها موافقا للنص القانوني، خاصة أن الفقه الإسلامي هو احد أهم مصادره الأساسية، والذي أصله الكتاب والسنة وقول الصحابة وأراء الفقهاء المستدلة بهذه الأدلة، وهي كلها تعد المصادر الأصلية لأكثرية القواعد والضوابط كما سنوضح في هذا البحث، فكل منهما مرتبطا بالآخر، إذ ترتبط هذه القواعد التي تمثل التقعيد وباللفظ الموجز والمختصر أكثرية الأحكام المستدلة من هذه الأدلة بهذه المصادر باعتبارها أصلا لها وكذا الأمر بالنسبة للعديد من الضوابط الأخرى.

(١) عبد الرحمن بن رجب الحنبلي، القواعد في الفقه الإسلامي، مراجعة وتعليق (طه عبد الرؤوف سعد) ط١، مكتبة الكليات الأزهرية

الدافع لاختيار الكتابة في هذا البحث:

فضلا عن الدافع الذي بيناه في هذا الموضوع نورد الآتي:

١- بيان القاعدة الفقهية والضابط الفقهي الذي يقابل كل نص واصلها دون إغفال لبيان أصل هذا النص اوداك ، وما له من دور في إمكانية إعانة القضاء على اعتماده في تسبيب ما يصدره من قرارات، إذ أن معرفة هذه القواعد والضوابط والإلمام بهما له دور بالغ في الإعانة على تكوين ملكة فقهية يمكن أن تسهم في التعرف على أحكام المسائل المعروضة أمامه كمسائل شرعية وتعديل ما يحتاج منها إلى تعديل.

٢- بيان ما تتمتع به القواعد والضوابط التي سنوردها من حجية استمدتها في الغالب كما سنوضح _ من نطاق التطبيق لهذه القواعد والضوابط ، والتي حظي ببيانها وترتيبها بالأهمية التي بدأت تتزايد في الآونة الأخيرة ، وفي شتى المجالات، فلم تعد تقتصر في نطاقها على الدراسات الشرعية بوصفها احد مشتقات الشريعة الإسلامية إلى جانب أصول الفقه ، إنما تعداه إلى مجالات شتى كمجال الطب والاقتصاد...، ولأجل تنظيم ما يتعلق بها بدأت تعقد العديد من الندوات حيث اقترحت في العديد من المشاريع لجمع وتنظيم اغلب ما يتعلق بشتى المجالات وفروعها من أحكام من خلال ما يقابلها من قواعد وضوابط^(١) مما يدفع إلى بحث بيان كيفية معالجة ماتخصصنا بدراسته من فرع في القانون الخاص ، ألا وهو قانون الأحوال الشخصية ، من خلال بحثنا الذي اخترنا له عنوان : (القواعد والضوابط الفقهية وحجيتها في نصوص قانون الأحوال الشخصية) في أهم المسائل المتعلقة ب(الحقوق الزوجية وأحكامها والولادة ونتائجها).

٣- إعانة المشرع على البدء في الاعتماد بالقواعد والضوابط الفقهية والاستفادة منها ومن تفرعاتها بعد فهمها لإكمال النواقص في العديد من المسائل المسكوت عنها وهي عديدة من خلال ما يقدم من دراسات في ذلك..

٤- إعانة القاضي في أكثر المسائل التي أعطاه المشرع فيها سلطة تقديرية خاصة التي يستند الحكم فيها إلى العرف كالمسائل المتعلقة بالنفقة والمهر، وأجرة الحضانة والرضاع والإلزام به، وذلك إعمالا للقاعدة الفقهية: (لاينكر تغير

(١) من ذلك .مشروع مجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي والذي يتمثل بإعداد موسوعة للقواعد الفقهية والفروق والأشباه والنظائر .

الأحكام بتغيير الزمان)^(١) فضلا عما صرح به مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في أحد قراراته الصادرة عنه ومافيه من دليل على وجوب مراعاة القاعدة أعلاه وهي أكثر ما يتعلق بمسائل هذا البحث ألا وهي مسألة الإحالة للعرف جاء فيه : (ليس للفقيه مفتيا كان أو قاضيا الجمود على المنقول في كتب الفقه من غير مراعاة تبدل الأعراف)^(٢) .

٥- إن للضابط الفقهي دورا لا يقل عن القاعدة الفقهية في إمكانية صياغة الملكة الفقهية للباحث إن لم يكن أكثر تحديدا وتخصيصا للمسألة التي يعالجها النص. إذ أننا من خلاله نورد المذهب الذي اعتد به المشرع تحديدا وما يعتد به أو ما يمكن أن نصيغه من ضابط يمثل ماتم اعتماده من رأي.

منهجية البحث:

١- اتبعنا في بحثنا هذا المنهج التحليلي وذلك بإيراد النص القانوني وبيان ما يقابله من قاعدة فقهية، وما ينطبق عليه من ضابط فقهي يمثل أصلا له، مع بيان أصل القاعدة والضابط وإيراد القواعد الفقهية والضوابط الواردة في المذهب الحنفي_ وهذا في الغالب_ كما جاء في الأشباه والنظائر لابن نجيم، وأيضا ما ورد من قواعد وضوابط في الأشباه والنظائر للسيوطي والتي تمثل توجه المذهب الشافعي، والإشارة إلى القواعد لابن رجب (رحمه الله) في الهامش، وإن لم نجد النص عليها ضمن كتب القواعد السابقة نرجع إلى أصل الرأي الفقهي الوارد في نص القانون وندرجه كضابط ومن ذلك: ضابط الأم أولى بحضانة ولدها الصغير وإن تزوجت، وغيرها من الضوابط.

(١) نصت على ذلك المادة (٣٩) من مجلة الأحكام العدلية، ويقصد بهذه القاعدة أن الأحكام المبنية على العرف والعادة يمكن أن تتغير لا التي بنيت على النص والدليل لان العادات والأعراف تتغير بتغيير الزمان وبتغيير الزمان تتغير احتياجات الناس فتتغير تبعاً لها الأحكام المبنية عليها. راجع: عماد علي جمعة، القواعد الفقهية الميسرة، ط ١، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٦، ص ٦٨.

(٢) جاء هذا في الفقرة رابعا من القرار الصادر في دورة المؤتمر الخامس بالكويت من ١_٦ جمادي الأولى ١٤٠٩ هجرية، ١٠_١٥ كانون الأول (ديسمبر) ١٩٨٨، يراجع: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٩، ط ٤ معدلة، دار الفكر، دمشق، سوريا، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، ص ٥١٦٥.

٢- اخترنا أن يكون منهاج الكتابة على النسق الذي أورده المشرع العراقي في ترتيب المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية في متن القانون ، وحددناها بالمسائل المتعلقة بالحقوق الزوجية والولادة ونتائجها .

٣- حصرنا البيان على قانون الأحوال الشخصية العراقي إذ اخترنا البحث في نطاقه فقط مع الإشارة إلى الأحكام الشرعية للمذهب الحنفي لما يمثله من تقنين للمذهب يحتوي اغلب ضوابطه ، والمشروع الموحد للإقليمين السوري والمصري (في عهد الوحدة بينهما) ، لما يتصف به من تطور يرجع الباحث له وللإحكام الشرعية غالباً. وكذا مجلة الأحكام العدلية وشرحها لعلي حيدر (رحمه الله) ، وشرحها لسليم رستم باز أيضاً ، من خلال بيان القاعدة وما يقابلها بالنص في هذه المجلة التي تعد خير دافع للبحث من ناحية وخير دليل على أهمية هذه القواعد وصورتها المقننة بمواد هذه المجلة التي لولا أهميتها لما توالى الشروح على ماورد فيها ولا الإشارة إليها في أكثر البحوث إن لم نقل جميعها، مع بيان ماقد يقابل النص من ضابط فقهي وذلك من خلال تقسيم هذا البحث إلى الآتي :

التمهيد: مفهوم القاعدة الفقهية والضابط الفقهي .

المبحث الأول: القواعد والضوابط الفقهية التي تحكم الحقوق الزوجية وأحكامها.

المبحث الثاني: القواعد والضوابط الفقهية التي تحكم مسائل الولادة ونتائجها.

المبحث الثالث: حجية القواعد والضوابط الفقهية ومدى إعمالها في مسائل

الأحوال الشخصية.

تمهيد

مفهوم الفقهية والضابط الفقهي

أولاً: تعريف القاعدة الفقهية والضابط الفقهي لغة واصطلاحاً.

القواعد في اللغة جمع قاعدة، والقاعدة مؤنث القاعد وهي من قعد، يقعد، قعوداً قعد من باب دخل و مفعداً أيضاً بالفتح أي جلس و القعدة بالفتح المرة وبالكسر نوع منه والقاعد من النساء التي قعدت عن الولد والحيض الجمع القواعد و قواعد البيت أساسه، وهي من البيت أساسه فهي: أساس الشيء وأصوله^(١) ومنها قوله تعالى: ((وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ رَبَّنَا تَقَبَّلْ مِنَّا إِنَّكَ أَنْتَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ)) [سورة البقرة: ١٢٧] ، وقوله تعالى: ((فَأَتَى اللَّهُ بُنْيَانَهُمْ مِنَ الْقَوَاعِدِ)) [سورة النحل: ٢٦] أي من الأساس. هذا في المقصود منها لغة .

أما اصطلاحاً فقد تعددت التعاريف الخاصة بالقاعدة ومنها تعريف الجرجاني لها إنها: (قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها)^(٢) ، وهذا الانطباق للقاعدة على جميع الجزئيات_ أو أكثرها_ الوارد في هذا التعريف الاصطلاحي للقاعدة نراه يتفق والمقصود من القواعد الفقهية كعلم فضلا عن بقية العلوم، فكما أن هناك قواعد قانونية وقواعد أصولية ونحوية، هناك أيضا قواعد فقهية تمثل أصلا فقهيًا كليًا_ أو اغلبي_ كثيرًا ما تتضمن أحكامًا تشريعية عامة من أبواب متعددة في القضايا التي تدخل تحت موضوعها^(٣) ، وهو ما يتفق وإعمال القواعد الفقهية وتطبيقها على ما يندرج تحتها من مسائل تضمنتها نصوص قانون الأحوال الشخصية والتي يمثل كلا منها بابا من أبواب الفقه كالمهر والنفقة

(١) يراجع في ذلك: لويس معلوف اليسوعي، المنجد في اللغة والأدب والعلوم، ط ١٩، المطبعة الكاثوليكية، بيروت، طبعة جديدة، ١٩٦٦، ص ٦٤٣. محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، تحقيق (محمود خاطر)، ط جديدة، مكتبة لبنان ناشرون - بيروت، ١٤١٥ - ١٩٩٥، ص ٥٦٠.

(٢) يراجع: علي بن محمد بن علي الجرجاني، التعريفات، ط ١، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ٢٠٠٧، ص ١٥٧؛ معلوف، المرجع السابق، ص ٦٤٣.

(٣) يراجع: علي احمد الندوي، القواعد الفقهية (تقديم العلامة الجليل مصطفى الزرقا)، ط ١، دار القلم، دمشق، ١٩٨٦، ص ٤٥.

والحضانة. وغيرها. وان كان ماتقدم هو المقصود بالقاعدة الفقهية كعلم، فان مايقصد بمصطلح الضابط لغة: من ضَبَطَ الشيء: " حفظه بالحزم وبابه ضرب ورجل ضابط أي حازم"^(١). أما في المقصود به كعلم فمن ضمن ما عرف به انه: " ما يبحث في الفروع الفقهية المتشابهة في الصورة والحكم ، في باب واحد من أبواب الفقه."^(٢)، ومن ذلك مثلا ضابط: الأم أحق بالطفل مالم يوجد منها النكاح، فهو محصور بباب الحضانة دون غيره من أبواب الفقه.^(٣)

ثانيا : ابرز نقاط التمييز بين القاعدة الفقهية والضابط الفقهي:

إن ابرز نقاط التمييز القاعدة الفقهية والضابط الفقهي عند من اعتد بذلك، ومنهم ابن نجيم (رحمه الله)، وما جاء عنه في الأشباه والنظائر^(٤) وان، "الفرق بين الضابط والقاعدة: أن القاعدة تجمع فروعاً من أبواب شتى، والضابط يجمعها من باب واحد، هذا هو الأصل"، وبذلك يعد مجال تطبيق القواعد الفقهية أكثر سعة من نطاق تطبيق الضوابط الفقهية التي تختص بباب معين من أبواب الفقه دون غيره. كما تمتاز صياغة كل منهما عن الأخرى إذ تصاغ القاعدة الفقهية بعبارات موجزة وألفاظ تدل على العموم والاستغراق كما في قاعدة (لا ضرر ولا ضرار)، في حين لا يشترط ذلك في الضوابط الفقهية فقد تصاغ في جملة أو فقرة ومن ذلك: كل ماصح من المال أن يكون مهراً صلح أن يكون بدلاً للخلع^(٥). والاتجاه نحو هذا التمييز هو مانراه واضحاً الآن في العديد من المؤلفات التي أخذت تميز بينهما، وهو ما سنتناوله في هذا البحث متى تيسر ذلك، وفي كل مسألة سنتطرق إليها من المسائل المتعلقة بالحقوق الزوجية والولادة ونتائجها . وبيان ذلك هو ما سنوضحه في ثلاث مباحث كما سيأتي:

(١) يراجع: الرازي، مرجع سابق، ص ٤٠٣ .

(٢) يراجع: جمعة، مرجع سابق، ص ٨ .

(٣) يراجع: السيوطي، مرجع سابق، ص ٥١١ .

(٤) يراجع: زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، مؤسسة الحلبي وشركاه، القاهرة، ١٩٦٨، ص ١٦٩، وللتفصيل حول بيان الفرق بين القاعدة الفقهية والضابط الفقهي يراجع: محمد عثمان شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية، ط ٢، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٧، ص ٢٣، وأيضاً: الندوي، مرجع سابق، ص ٤٦، ٤٧ .

(٥) يراجع: شبير، المرجع أعلاه، جمعة، مرجع سابق، ص ٤٣ .

المبحث الأول

القواعد والضوابط الفقهية التي تحكم الحقوق الزوجية وأحكامها

تتعدد الحقوق الزوجية ما بين الحقوق غير المالية كالطاعة والمعاشرة بالمعروف .. وغيرها، والحقوق المالية كالمهر والنفقة وهي ما ركز عليها المشرع العراقي في بيان اغلب أحكامها^(١)، وتتعدد في الوقت ذاته القواعد الفقهية والضوابط التي يمكن أن تحكم المسائل المتعلقة بهذه النصوص، وهي ما سنبحثها في المطلبين الآتيين :

المطلب الأول

القواعد والضوابط الفقهية التي تحكم المسائل المتعلقة بالمهر.

تضمنت المواد: (١٩_٢٢) من قانون الأحوال الشخصية العراقي العديد من الأحكام المتعلقة بالمهر بوصفه احد أهم الحقوق المالية التي قررتها الشريعة الإسلامية كحق للمرأة على الزوج، واعتد بها القانون، وسنتناول مسائل هذا الحق والقواعد والضوابط التي تحكمه وكالاتي:
أولاً: المسألة الأولى: وجوب المهر بالعقد الصحيح.

نصت المادة (١/١٩) من قانون الأحوال الشخصية العراقي على انه: (تستحق الزوجة المهر المسمى بالعقد فان لم يسم أو نفي أصلاً فلها مهر المثل). من ملاحظتنا على هذا النص نجد الآتي:

(١) وذلك في المواد (١٩_٣١) في الباب الثالث من قانون الأحوال الشخصية العراقي في الفصلين الأول والثاني.

١_ بيان المشرع العراقي لنوعي المهر (المسمى والمثل)، دون أن ينص على أن استحقاق الزوجة للمسمى منهما إنما في العقد الصحيح، إذ كان على المشرع تحديد ذلك بالنص خاصة وأنه يتناول الإشارة إلى العقد غير الصحيح في المادة (٢٢) من القانون .

٢_ اقتصر المشرع وإثناء بيانه لحالات وجوب مهر المثل وفي هذا النص بالذات على حالتين من حالات وجوب هذا النوع من أنواع المهر دون غيرهما، في حين أن هناك العديد من الحالات التي يجب فيها مهر المثل أيضا مثل بطلان التسمية أو اقترانها بشرط من الشروط كشرط إبقائها في بلدها وغيرها من الحالات^(١) .

٣_ في القواعد والضوابط التي تحكم هذا النص والأصل الشرعي لها:
أ_ ضابط: جواز إخلاء النكاح عن تسمية المهر.^(٢)

هو المستدل الوارد في النص وبصورة غير مباشرة في الوارد من الشطر الأخير للفقرة أعلاه، واتفاقا مع ما قام عليه اتجاه أكثرية المذاهب الفقهية، واعتبار المهر حكم من أحكام العقد لا شرطا من شروط صحته^(١). ودليلهم فيه ما جاء في :

(١)يراجع: السيوطي، مرجع سابق، ص ٣٩٥ وإيضاً: محمود السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، القسم الأول، عقد الزواج وأثاره، ط١، دار العدوي للطباعة والنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ١٩٨١، ص ٤٨ وما بعدها.

(٢) هي ما أوردها السيوطي بلفظ: قاعدة في باب الصداق، انظر: السيوطي، مرجع سابق، ص ٥٠٥. وبالمقابل للمرأة أن لاتسلم نفسها الا بعد أن تستوفيه تطبيقاً لما جاء عن ابن رجب (رحمه الله): (القاعدة الثامنة والأربعون): (كُلُّ مَنْ مَلَكَ شَيْئًا بَعِوضَ مَلَكَ عَلَيْهِ عِوَضُهُ فِي أَنْ وَاحِدٍ وَيَطْرُدُ هَذَا فِي الْبَيْعِ وَالسَّلْمِ وَالْقَرْضِ وَالْإِجَارَةِ فَيَمْلِكُ الْمُسْتَأْجِرُ الْمَنَافِعَ وَالْمُؤَجَّرُ الْأَجْرَةَ بِنَفْسِ الْعَقْدِ ، وَكَذَلِكَ فِي النِّكَاحِ فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ فَيَمْلِكُ الزَّوْجُ مَنَفَعَةَ الْبُضْعِ بِالْعَقْدِ وَتَمْلِكُ الْمَرْأَةُ بِهِ الصَّدَاقُ كُلَّهُ . . وَأَمَّا النِّكَاحُ فَتَسْتَحِقُّ الْمَرْأَةُ فِيهِ الْمَهْرَ بِالْعَقْدِ وَلَهَا الْاِمْتِنَاعُ مِنَ التَّسْلِيمِ حَتَّى تَقْبِضَهُ فِي الْمَذْهَبِ ذِكْرَهُ الْخَرَقِيُّ وَالْأَصْحَابُ ، وَتَقْلُهُ ابْنُ الْمُنْذِرِ اتِّفَاقًا مِنَ الْعُلَمَاءِ وَعَلَلَهُ الْأَصْحَابُ بِأَنَّ الْمَنَفَعَةَ الْمَعْقُودَ عَلَيْهَا تَنْتَفِئُ بِالِاسْتِيفَاءِ فَإِذَا تَعَدَّرَ اسْتِيفَاءُ الْمَهْرِ عَلَيْهَا لَمْ يُمَكِّنْهُمَا اسْتِرْجَاعُ عِوَضِهَا بِخِلَافِ الْمَبِيعِ فَلِذَلِكَ مَلَكَتِ الْاِمْتِنَاعُ مِنَ التَّسْلِيمِ حَتَّى تَقْبِضَهُ) . ينظر: ابن رجب (رحمه الله)، مرجع سابق، ص ٦٩، وما يفهم منها أن المهر حق الزوجة تستحقه بمجرد العقد ولها الامتناع عن تسليم نفسها حتى تستوفيه. وراجع أيضاً: زين الدين بن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج٣، ط٢، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، بلا سنة طبع. ص ١٥٢ جاء عنه وأنه: (صح النكاح بلا ذكره). راجع: محمد الخطيب الشريني، معني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج٣، دار الفكر، بيروت، ص ٢٢٠.

١_ القرآن الكريم: قوله تعالى: ((لاجْنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرَضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرَهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ)) [سورة البقرة: ٢٣٦].

٢_ في السنة: ماروي عن النبي (ﷺ) وقضائه لبروع بنت واشق التي مات عنها زوجها ولم

يسم لها مهرا قبل دخوله بها، وقضاء الرسول (ﷺ) لها بمهر المثل وقضى عبد الله ابن مسعود (رضي الله عنه) بنفس ما قضى به رسول الله (ﷺ)، إذ أتى عبد الله في رجل تزوج امرأة ولم يفرض لها فتوفي قبل أن يدخل بها فقال عبد الله سلوا هل تجدون فيها أثرا قالوا يا أبا عبد الرحمن ما نجد فيها يعني أثرا قال أقول برأيي فإن كان صوابا فمن الله لها كمهر نسائها لا وكس ولا شطط ولها الميراث وعليها العدة فقام رجل من أشجع فقال في مثل هذا قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم فينا في امرأة يقال لها بروع بنت واشق تزوجت رجلا فمات قبل أن يدخل بها فقضى لها رسول الله صلى الله عليه وسلم بمثل صداق نسائها ولها الميراث وعليها العدة فرفع عبد الله يديه وكبر قال أبو عبد الرحمن لا أعلم أحدا قال في هذا الحديث الأسود غير زائدة)، كتاب النكاح، باب الصداق^(١). وعليه يحكم بصحة العقد وان خلا من ذكر المهر فيه، وهو ما أكدته محكمة التمييز وقضت به في العديد من القرارات الصادرة عنها، وان عدم ذكر المهر في العقد. المهر، وهو ما أخذ به القضاء العراقي في العديد من قراراته ومنها المستدل عليه مما جاء في حيثيات القرار الآتي: (.لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق لأحكام الشرع والقانون ذلك أن المهر المعجل يكون مستحقا وبتاريخ

(١) يراجع: عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، ج٨، ط١، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٥، ص٨.

(٢) أخرجه النسائي في سننه من كتاب النكاح، باب الصداق، حديث رقم (٥٥١٥) يراجع: احمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي، سنن النسائي الكبرى، ج٣، تحقيق: (د. عبد الغفار سليمان البنداري، سيد كسروي حسن)، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١١ - ١٩٩١، ص٣١٦.

المطالبة مادام لم يعجل عند إبرام العقد. لذا قرر تصديقه...^(١)، وما يفهم منه أن المهر تستحقه الزوجة بمجرد العقد الصحيح ولها أن تطالب به إذا لم يوفه الزوج لها. كما أن لها أن تمنع نفسها عن الزوج حتى تستوفيه.^(٢)

ثانياً: المسألة الثانية: أثر العدول عن الخطبة على المال المحسوب من المهر.

نصت المادة (٢/١٩) على أنه: (إذا سلم الخاطب إلى مخطوبته قبل العقد مالا محسوباً على المهر ثم عدل أحد الطرفين عن إجراء العقد أو مات أحدهما فيمكن استرداد ما سلم عينا وان استهلك فبدلاً). يلاحظ على هذا النص الآتي:

١_ أعمال المشرع العراقي لما قام عليه اتفاق جميع الفقهاء من رأي في وجوب رد المال المحسوب على المهر للخطيب بغض النظر عن كون العدول تم من جانبه هو أم من جانبها.^(٣)

٢_ الحكم برد المال عينا وان استهلك فبدلاً.

٣_ هناك بعض القواعد والضوابط تحكم هذا النص منها:
أ_ القاعدة الأولى: إذا بطل الأصل يصار إلى البديل.^(٤)

يقصد بهذه القاعدة أنه متى تعذر على الإنسان ما يجب عليه أداءه يصار إلى بدله^(٥)، وعليه إن تعذر على الخطيبة رد عين المال الذي دفعه الخاطب لها بسبب استهلاكه فإن لها أن ترد بدله. فإن كان مثلياً ردت مثله وان قيمياً ردت قيمته ذلك أن المهر اثر من آثار عقد الزواج وحيث لم يتم العقد فلا اثر^(٦).

ب_ ضابط: ما يعد من المهر يلزم برده عند العدول عن الخطبة بغض النظر عن العادل.

(١) القرار رقم ٣٩٨/الهيئة الشخصية الأولى/٢٠٠٩ والصادرة عن محكمة التمييز الاتحادية في ٢٠٠٩/٢/١٥. غير منشور.

(٢) أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامه المقدسي، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، ج ٨، ط ١، دار الفكر - بيروت، ص ٨١.

(٣) يراجع: محمد بن أحمد بن محمد ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج ٢، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ص ١٥.

(٤) نصت على هذه القاعدة المادة (٥٣) من مجلة الأحكام العدلية.

(٥) يراجع: جمعة، مرجع سابق، ص ٧٢.

(٦) يراجع: فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته (عقد الزواج وأثاره، والفرقة وأثارها)، ٢٠٠٣، ص ٢٧.

هذا ما قام الاتفاق عليه بين المذاهب الفقهية^(١)، وما اعتد به المشرع العراقي في النص المار الذكر، وهو ضابط يتفق والقاعدة أعلاه من حيث وجوب الرد للخاطب بغض النظر عن إن كان العدول من جهته أم من جهةها.

ثالثاً: المسألة الثالثة: تحديد ما يعد من الهدايا أو المهر.

تعتبر هذه المسألة من مسائل الأحوال الشخصية المهمة والتي تثار عادة عند قيام النزاع بين الزوجين أو الخطيبين حول ما قدمه الزوج للزوجة من حلي وملبس ونقود وهل هو على سبيل الهدية؟ أم المهر فيأخذ عندها كلا منهما حكمه الذي يختلف فيه عن الآخر ويخضع تحديد ذلك للقاعدتين الآتيتين:

١_ القاعدة الأولى: المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.^(٢)

ومعناها: أن ما تعارف عليه الناس في حياتهم العملية من بيع وشراء وما إلى ذلك لا يحتاج إلى ذكر صريح في العقد، وهو يقوم مقام الشرط في الالتزام والتقييد إذا توافرت فيه شروط اعتبار العرف، ومن ذلك إلا يكون مخالفاً لنص من نصوص الشريعة الإسلامية^(٣)، وعليه يعد العرف مصدر من مصادر الأحكام التي يرجع إليها في تحديد ما يعد هدية وما لا يعد عند النزاع بين الطرفين وإن كان ما قدمه لها على سبيل الهدية وفق ما يدعيه أحدهما أو مهر وفق ما يدعيه الآخر. وماله من اثر في إعادته أو قيمته عند تلفه أو استهلاكه، خاصة وإن المشرع العراقي اقتصر بالنص على انه: (تسري على الهدايا أحكام الهبة)، في المادة التاسعة عشرة، الفقرة الثالثة، دون أن يبين بقية ما يتعلق

(١) يراجع: السرطاوي، القسم الأول، ص ٣٠.

(٢) نصت على هذه القاعدة المادة (٤٣) من مجلة الأحكام العدلية. وهي متفرعة عن احد أهم القواعد الفقهية ألا وهي: (العادة محكمة).

(٣) يراجع: شبير، مرجع سابق، ص ٢٥١؛ مصطفى احمد الزرقا، مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للإقليمين المصري والسوري في عهد الوحدة بينهما، ط ١، دار القلم، دمشق، دار الشامية، بيروت، ١٩٩٦ ص ٧٦ والإشارة إلى الاعتداد بهذه القاعدة. وراجع المادة (٤٥) من مجلة الأحكام العدلية التي نصت على أن: (التعيين بالعرف كالتعيين بالنص).

بهذه المسألة من أحكام وبالتالي فإن الاعتداد بالعرف هو ما ينبغي إعماله لتحديد إن كان ما قدم هدية أم انه جزء من المهر^(١)، ودليلها: **أ_ قوله تعالى: ((خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنْ الْجَاهِلِينَ))** [الأعراف: ١٩٩] وجاء في تفسير البيضاوي للعرف في هذه الآية انه: (المستحسن من الأفعال)^(٢)، وهو يتفق مع ما يجب أن يتوافق في العرف من شرط وانه ما اطمأنت إليه نفوس الناس واعتادوه وعليه منها يستدل بالقول لمن شهدت له العادة في أن ما قدم جاء على سبيل الهدية أم المهر.

ب_ في السنة النبوية الشريفة ماجاء عن رسول الله (ﷺ): (ماراه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن)^(٣).

٢_ القاعدة الثانية: البيئة لإثبات خلاف الظاهر واليمين لإبقاء الأصل.^(٤)

(١) يراجع في بيان موقف الحنفية والرجوع للعرف في تحديد ما يعد من المهر أو من الهدايا ما جاء في المادة (١١١) من الأحكام الشرعية وان الحكم للعرف الجاري، انظر: قدري باشا، مرجع سابق، ص ٥٤، ولم يقتصر اعتداد الفقه في الرجوع إلى العرف لتحديد نوع المال إن كان هدية أم مهر، ولا على تأجيل المهر وتعجيله فقط إنما تعدها لتحديد المتعة الخاصة بالزوجة وهو ما ورد في المادة (٩٠) من الأحكام الشرعية وان: (المعتبر في المتعة عرف كل بلدة لأهلها فيما تكتسي به المرأة عند الخروج واعتبارها على حسب حال الزوجين): المرجع نفسه، ص ٤٨، وهو ما لم يتطرق إليه المشرع العراقي.

(٢) راجع: انظر: البيضاوي، تفسير البيضاوي، ج ٣، دار الفكر، بيروت، لبنان، ص ٨٤.

(٣) يراجع: أحمد بن حنبل أبو عبد الله الشيباني، مسند الإمام أحمد بن حنبل، ج ١، مؤسسة قرطبة، القاهرة، حديث رقم ٣٦٠٠، ص ٣٧٩. ورد عن بن نجيم في الأشباه والنظائر أن ما جاء عن ابن مسعود (رضي الله عنه) من قول مثل أصلا لهذه القاعدة هو قول للرسول (ﷺ) وكذا القاضي في الأشباه للسيوطي، ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص ٩٣؛ السيوطي، مرجع سابق، ص ٩٩.

(٤) نصت على ذلك المادة (٧٧) من مجلة الأحكام العدلية. للاطلاع على الشرح راجع: تسليم رستم باز، شرح المجلة، ط ٣، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ١٣٠٥، ص ٥١ وما بعدها.

يقصد بها أن المراد بالظاهر الأصل، فالبينة تقام لإثبات خلافه، واليمين لإبقاء الأصل على ما كان عليه، وفي هذه المسألة اليمين مع من يتمسك بأصل أن هذا المال وحسب العرف هدية أم انه مهر. فالقول قول من يتمسك بالأصل بيمينه، وذلك لأن من يدعي خلاف الظاهر لا يصدق بدون بيينة تشهد له، وأما الذي يتمسك بالظاهر فإنما يتمسك بأصل مشهود له بالاعتبار فيصدق بيمينه لإبقاء هذا الأصل^(١)، فلو قال الزوج هو من المهر، وقالت: هو هدية، فالقول له بيمينه فيما لم يجر عرف أهل البلد بإرساله هدية، ولها فيما جرى به^(٢).

رابعا: المسألة الرابعة: تعجيل المهر وتأجيله.

نصت المادة (٢٠) من قانون الأحوال الشخصية العراقي على ماياتي: (١_ يجوز تعجيل المهر أو تأجيله كلا أو بعضا. وعن عدم النص على ذلك يتبع العرف.) يلاحظ على النص الآتي:

١_ إحالته للعرف لما لا اتفاق عليه بين العاقدين أو من ينوب عنهما بخصوص المهر.

٢_ جواز تأجيل المهر وتعجيله وهو ما ذهب إليه الفقهاء وعلل الحنابلة ذلك بأنه عوض في معاوضة قياسا على الثمن^(٣).

٣_ في القواعد التي تحكم هذا النص:

أ_ القاعدة الأولى: (التعيين بالعرف كالتعيين بالنص)^(٤).

(١)يراجع: عبد الكريم زيدان، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية، ط١، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ١٩٩٧، ص ١٤٤؛ جمعة، مرجع سابق، ص ٧٧.

(٢) نص المادة (١١١) من الأحكام الشرعية، للاطلاع على النص كاملا راجع: قدري باشا، مرجع سابق، ص ٥٤.

(٣) يراجع: ابن قدامة، المغني، ج ٨، ص ٢٢؛ ابن نجيم، البحر الرائق، ج ٣، ص ١٩٠ و جواز التعجيل والتأجيل تقابل ذلك المادة (٧٣) من الأحكام الشرعية، للاطلاع راجع: قدري باشا، مرجع سابق، ص ٤٣.

(٤) نصت على ذلك المادة (٤٥) من مجلة الأحكام العدلية.

معناها أن مايقضي العرف بتعيينه يكون كالمعين بالنص الصريح^(١)، وعليه يتم الرجوع إلى العرف حين عدم الاتفاق أو عدم وجود النص على تأجيل المهر ككل أم تعجيل بعضه وتأجيل البعض الآخر ، ويعد ذلك كأنه قد تم تعيينه من قبل المشرع بالنص . وهو ما اعتد به المشرع العراقي في نص الفقرة (١/٢٠)^(٢)، التي نصت بصراحة على الاعتداد بالعرف واعتباره المرجع عند عدم وجود النص على تعجيل المهر أو تأجيله ، وهي خير تطبيق للقاعدة الفقهية أنفاً ، فإن لم يتم الاتفاق على تأجيل المهر أو تأجيله ، يلجأ للعرف ، وما تعارف عليه الناس في تقسيم المهر هل هو مؤجل كله أم معجل كله ؟ ، أم انه معجل ومؤجل كما هو الحال في العراق .

ب_ القاعدة الثانية: يحمل المطلق على العرف والعادة^(٣) .

أن العرف والعادة هو مايرجع إليها سواء في تقسيم المهر إلى معجل ومؤجل أم في مسألة ترك المطالبة بالمهر إلى حين الفرقة وهو المتعارف عليه وان الزوجة تستحق المهر بأقرب الأجلين وهو ما اعتد به المشرع العراقي ونص عليه في المادة (٢/٢٠) من قانون الأحوال الشخصية العراقي. إذ نصت على انه: (يسقط الأجل المعين في العقد لاستحقاق المهر بالوفاة أو الطلاق). ذلك أن "المطلق يحمل على العرف والعادة في الصداق الأجل ترك المطالبة به إلى حين الفرقة فحمل عليه فيصير حينئذ معلوماً بذلك"^(٤).

(١) يراجع: زيدان، مرجع سابق، ص ١٠٨؛ شبيب، مرجع سابق، ص ٢٥١؛ الزرقاء، المشروع الموحد، ص ٧٦ والإشارة إلى الاعتداد بهذه القاعدة مع ملاحظة انه وفي الغالب يعد مانورده من أدلة خاصة بقاعدة العادة محكمة او مايتفرع عنها هي ذاتها وفي الغالب بالنسبة لكل مايندرج تحتها إلا في بعض المسائل التي يأتي الدليل خاصا بالحالة ذاتها. وعليه فما يقال في موضع كاف لخضوع بقية القواعد له. فلا داعي للتكرار.

(٢) تقابل هذا النص المادة (٧٣) من الأحكام الشرعية: (يصح تعجيل المهر كله وتأجيله كله إلى اجل قريب أو بعيد وتعجيل البعض الآخر على حسب عرف أهل البلد): قدري باشا، مرجع سابق، ص ٤٣ .

(٣) هذا اللفظ للقاعدة نقلا عن ابن قدامة، المغني، ج ٨، ص ٢٢ .

(٤) هذا ماذهب إليه الإمام احمد بن حنبل ، يراجع: ابن قدامة ، المغني، ج ٨، ص ٢٢، أما الحنفية فيبدو واضحا من الوارد في البحر الرائق اختلافهم بين من أن التأجيل المطلق ينصرف إلى

خامسا: المسألة الخامسة: مؤكدات استحقاق الزوجة للمهر .

نصت المادة (٢١) من قانون الأحوال الشخصية على الآتي: (تستحق الزوجة كل المهر المسمى بالدخول أو بموت احد الزوجين وتستحق نصف المهر المسمى بالطلاق قبل الدخول). ما يلاحظ على هذا النص:

- ١_ انه قد بين ما تستحقه الزوجة من مقدار للمهر وبين مؤكداته سواء بالموت وان كان قبل الدخول وبالدخول سواء أكان الدخول حقيقيا أم حكما (خلوة صحيحة).
- ٢_ اعتد بما جاء عن فقهاء الحنفية والحنابلة من رأي في إقامة الدخول الحكمي متمثلا بالخلوة الصحيحة مقام الدخول الحقيقي في استيفاء المهر كاملا.^(١)
- ٣_ عدم بيان المشرع العراقي لما سبق وبيناه من رأي في اعتداده بالخلوة الحقيقية بالنص الصريح إنما ترك النص عاما يدل عليه الوارد عن شراحه وقرارات قضائه^(٢).

٤_ ما يحكم هذا النص من قواعد وضوابط:

أ_ ضابط: الموت كالدخول في استقرار المهر المسمى كاملا.^(٣)

إن فرقة الموت كالدخول في استقرار المهر كله، إذا كان المهر مسمى.^(٤) إذ يتأكد جميع المهر المسمى بالموت كما يتأكد بالدخول. فأقام الشرع الموت مقام

الطلاق والموت وبين انه لا ينصرف لما فيه من جهالة فاحشة على حد تعبيرهم يراجع: ابن

نجيم، البحر الرائق، ج٣، ١٩٠.

(١) يراجع: بن قدامه، الشرح الكبير، ج٨، ص٧٧، يراجع: ابن نجيم وما جاء في استقرار الملك وانه (يستقر الصداق بالدخول أو الخلوة أو الموت أو وجوب العدة عليها منه قبل النكاح)، مرجع سابق، ص٣٥٠. تقابلها في ذلك القاعدة (ضابط) (١٥٥) لابن رجب (رحمه الله): (يَتَقَرَّرُ الْمَهْرُ كُلُّهُ لِلْمَرْأَةِ بِأَحَدِ ثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ: الْأَوَّلُ: الْوَطْءُ فَيَتَقَرَّرُ بِهِ الْمَهْرُ عَلَى كُلِّ حَالٍ وَالثَّانِي: الْخُلُوةُ مِمَّنْ يُمَكِّنُ الْوَطْءَ بِمِثْلِهِ، وَالثَّالِثُ: الْمَوْتُ قَبْلَ الدُّخُولِ وَقِيلَ الْفُرْقَةُ) انظر: ابن رجب، مرجع سابق، ص٣٥٧ و٣٥٨. الشافعية اشترطوا الدخول لوجوب المهر: الشريبي، مرجع سابق، ج٣، ص٢٢٤.

(٢) يراجع: حمد عبيد الكبيسي، احمد علي الخطيب، محمد عباس السامرائي، شرح قانون الأحوال الشخصية، القسم الأول، الزواج والطلاق، ط١، مطابع مؤسسة دار الكتاب للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٨٠، ص١٠٦.

(٣) جاء الضابط بعبارة: (من سمى مهرا لزمه بالدخول والموت وان طلقها قبل الدخول لزمه نصفه) راجع: عبد الله بن محمود بن محمود الموصل الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، ج٣، ط٣، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ٢٠٠٤، ١٢٧؛ الشريبي، ج٣، ص٢٢٥.

(٤) في بيان هذا الضابط يراجع: بن قدامه، الشرح الكبير، ج٨، ص٦٨.

الدخول الحقيقي وهذا ماتم عليه الاتفاق بين المذاهب الفقهية ذلك أن الموت جاء لعقد الزواج ومقررا لإحكامه التي يعد المهر واحدا منها.^(١) الدليل في استقراره :
 _ ماجاء في قوله تعالى: ((وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَأَنْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قَنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا)) [سورة النساء: ٢٠] وهذا في استقراره بالدخول.

_ انعقاد الإجماع على استقرار المهر بالموت.^(٢)

ب_ ضابط: الدخول في النكاح الصحيح مضمون بالمسمى، وفي الفاسد بالأقل من المسمى ومن مهر المثل^(٣).

نجد تطبيق ذلك واضحا في نص المادة (٢١) المارة الذكر، والمادة (٢٢) من قانون الأحوال الشخصية العراقي التي نصت على انه: (إذا وقعت الفرقة بعد الدخول في عقد غير صحيح فإن كان المهر مسمى فيلزم أقل المهرين من المسمى والمثلي وان لم يسمى فيلزم مهر المثل). إذ اعتد المشرع العراقي بوجوب مهر المثل في الزواج غير الصحيح عند عدم تسمية المهر في حين اعتد بالأقل من المسمى والمثل في حالة التسمية واعتادا بما جاء عن الحنفية من رأي في الواجب بالدخول في الزواج الفاسد.^(٤) مع ملاحظة انفراد المشرع وعند بيانه لأحكام الزواج الفاسد بهذا النص فقط دون غيره كما انه أورد اللفظ عاما في إشارته لغير الصحيح وهو يقصد الزواج الفاسد لان ما بينه من حكم إنما خاص به فكان الأخرى به التزام الدقة في ذلك.

ج_ ضابط: (الخلوة في النكاح الصحيح كالدخول في وجوب كامل المهر)^(٥).

(١) يراجع: ابن رشد، مرجع سابق، ص ٣٥؛ السر طاوي، القسم الأول، ص ١٥٧.

(٢) يراجع: ابن رشد: المرجع أعلاه، ص ٣٥.

(٣) يراجع في ما يقابل ذلك من ضابط استدللنا به بما جاء عن السيوطي من ضابط ونص المادة: الوطاء في النكاح الصحيح مضمون بالمسمى، وفي الفاسد بمهر المثل،. السيوطي، مرجع سابق، ص ٣٠٩، ٣١٠.

(٤) يراجع: شمس الدين السر خسي، المبسوط، ج ٤، ط ٣، دار المعرفة للطباعة، أعيد طبعه للوفيسيت، بيروت، لبنان، دون سنة طبع، ص ٢٠٢، كما نصت على ذلك المادة (٨٧) من الأحكام الشرعية، قدرني باشا، مرجع سابق، ص ٤٧.

(٥) يراجع: الموصللي الحنفي، مرجع سابق، ص ١٢٩؛ ابن نجيم، البحر الرائق، ج ٣، ص ١٦٢.

دليل هذا الضابط فضلا عن ما بيناه بخصوص النص القانوني للمادة (٢١) من قانون الأحوال الشخصية العراقي، وأنها لم تتطرق صراحة لذلك بالنص وإقامة الخلوة مقام الدخول في استيفاء كامل المهر إلا أن المستدل عليه مما أورده شراح القانون وحكم به القضاء وإعمالا لرأي الحنفية والحنابلة واستدلالا بالآتي:

١_ مارواه محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان (رضي الله عنه) أنه قال: قال رسول الله (ﷺ): (من كشف خمار امرأة ونظر إليها فقد وجب الصداق دخل بها أم لم يدخل).^(١)

٢_ إجماع الصحابة في أن من أغلق بابا أو أرخى سترا فقد وجب المهر ووجبت العدة.^(٢)

٢_ ما اعتمده الحنفية والحنابلة استدلالا بالوارد أعلاه عن رسول الله (ﷺ).^(٣) أما القاعدة التي تحكم هذه المسألة في هذا النص فهي:

د- قاعدة: دليل الشئ في الأمور الباطنة يقوم مقامه. (أي إقامة الخلوة مقام الدخول).

جاء في معناها: "أن الأحكام الشرعية التي بنيت على علل وأوصاف خفية يعسر الاطلاع عليها ربطها الشرع بأشياء ظاهرة يدل وجودها على وجود تلك العلل والأوصاف التي هي مناط هذه الأحكام أي عللها الحقيقية"^(٤)، الدليل على ذلك وفي هذه المسألة المتمثلة ب(إقامة الخلوة مقام الدخول)، والاستدلال بالظاهر الخفي. وعلل من فقهاء الحنفية السبب في الوجوب انه عقد مثله مثل الإجارة يستقر بالتخلية ولان المرأة فيه سلمت المبدل إليه فيجب لها البذل كالبيع^(٥) وما سبق بيانه من أدلة هي ما تنطبق هنا.

(١) يراجع: علي بن عمر أبو الحسن الدار قطني البغدادي، سنن الدار قطني (تحقيق: السيد عبد الله هاشم يماني المدني)، ج٣، دار المعرفة - بيروت، ١٣٨٦ - ١٩٦٦، ص٣٠٧.

(٢) روي ذلك عن الخلفاء الراشدين وزيد وابن عمر رضي الله عنهم جميعا وبه قال علي بن الحسين وعروة وعطاء والزهري والاوزاعي وإسحاق وأصحاب الرأي: عليها العدة ولها الصداق كاملا. يراجع: ابن قدامة، الشرح الكبير، ج٨، ص٧٧.

(٣) يراجع: ابن نجيم، البحر الرائق، ج٣، ص١٦٢؛ السرطاوي، ج١، ص١٥٨.

(٤) يراجع: جمعة، مرجع سابق، ص٧٤.

(٥) يراجع: الموصلي الحنفي، مرجع سابق، ج٣، ص١٢٩.

المطلب الثاني

القواعد والضوابط الفقهية التي تحكم المسائل المتعلقة بالنفقة.

تتعدد الأحكام المتعلقة بالنفقة، وتتعدد في الوقت ذاته القواعد والضوابط التي يمكن أن تحكم مسائلها ومن ذلك:

أولاً: ما يتعلق بشروط استحقاق الزوجة للنفقة وسبب سقوطها من ضوابط.
 جاء في المادة (٢٣) من قانون الأحوال الشخصية: (١) تجب النفقة للزوجة على الزوج من حين العقد الصحيح ولو كانت مقيمة في بيت أهلها إلا إذا طالبها الزوج بالانتقال إلى بيته فامتنعت بغير حق. ٢_ يعتبر امتناعها بحق مادام الزوج لم يدفع لها معجل مهرها أو لم ينفق عليها). يلاحظ على هذا النص خضوعه للضابط الآتي:
 ١_ ضابط: أن نفقة كل إنسان في ماله إلا الزوجة فنفتها على زوجها بشروط تضمنها الضابط الآتي:

٢_ ضابط: كل عقد صحيح تحقق معه استعداد الزوجة لمتابعة زوجها تجب فيه النفقة.^(١)

يقصد بهذا الضابط أن نفقة الزوجة واجبة على الزوج بمجرد العقد الصحيح ومتى توافرت شروط وجوبها من استعداد الزوجة لمتابعة الزوج ومطاوعته، وهو ما اعتد به الحنفية والشافعية في الراجح عنهم، والاكتفاء بمجرد العقد الصحيح لوجوب النفقة دون اشتراط الدخول في ذلك، وكذلك ماجاء عن الحنابلة متى كانت

(١) جاء التأكيد على ذلك في القرار المرقم ٣٩٢/هيئة موسعة أولى/٨٢-٨٣ الصادر عن محكمة التمييز في ١٦/١٠/١٩٨٣ إذ جاء فيه: (تجب النفقة على الزوج من حين العقد الصحيح ولو كانت مقيمة في بيت أهلها إلا إذا طالبها بالانتقال إلى بيته فامتنعت بغير حق، ولا يثبت طلب الانتقال الاقامة دعوى مطاوعة وصدور حكم بذلك ولا يعتد بالبينة الشخصية لإثبات هذه الواقعة). يراجع: جمعة سعدون العامري، أحكام النفقة شرعا وقانونا وقضاء، المكتبة القانونية، بغداد، دون سنة طبع، ص ٢٥.

الزوجة مستعدة للتمكين.^(١) ودليل وجوب النفقة على الزوج ومتى توافرت شروطها ماجاء في الآتي:

أ_ الوارد في الكتاب في قوله تعالى: ((لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا)) [سورة الطلاق: ٧] .

ب_ روى عن جابر (رض) أن رسول الله (ﷺ) خطب الناس في حجة الوداع فقال: (اتقوا الله في النساء فإنهن عوان عندكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحداً تكرهونه فإن فعلن ذلك فاضربوهن ضرباً غير مبرح ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف)^(٢).

ج_ إجماع الفقهاء على وجوبها للزوجة غير الناشز^(٣).

د_ المعقول "فهو أن المرأة محبوسة بحبس النكاح حقاً للزوج ممنوعة عن الاكتساب بحقه فكان نفع حبسها عائداً إليه فكانت كفايتها عليه" وهو تطبيق لقاعدة: (من حبس لحق غيره فنفقته واجبة عليه).^(٤)

(١) يراجع: ابن رشد، مرجع سابق، ج٢، ص ٨٧؛ الشريبي، مرجع سابق، ج٣، ص ٤٣٥، ٤٣٦؛ ابن قدامة، المغني، ج٩، ص ٢٣٠. وفي بيان هذه الشروط راجع: عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال = الشخصية السوري، الزواج وآثاره، ج١، المطبعة الجديدة، دمشق، ١٩٨٥، ص ٣٠٣ و ٣٠٤ ونص المادة (١٦٠) من الأحكام الشرعية جاء فيها: (تجب النفقة من حين العقد الصحيح على الزوج... كبيرة أو صغيرة، تطبيق الو قاع أو تشتهى له) ،قدري باشا، مرجع سابق، ص ٦٨.

(٢) أخرجه الإمام مسلم في صحيحه من كتاب الحج، باب حجة النبي (ﷺ) الحديث رقم (١٢١٨)، يراجع: مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، ج٢ تحقيق (محمد فؤاد عبد الباقي) دار إحياء التراث العربي - بيروت، ص ٨٨٦.

(٣) يراجع: ابن رشد، مرجع سابق، ج٢، ص ٨٦. أما ما يقابل نص الفقرة الثانية من المادة (٢٣) فتتمثل بالقاعدة (الرابعة والثلاثون بعد المائة) لابن رجب الحنبلي وان: (المنع أسهل من الرفع) وما ورد أعلاه يمثل خير تطبيق لها جاء عنه: أن المرأة تملك منع نفسها حتى تقبض صداقها، فإن سلمت نفسها ابتداء قبل قبض الصداق فهل تملك الامتناع بعد ذلك حتى تقبضه؟ على وجهين. يراجع: ابن رجب، مرجع سابق، ص ٣٢٥.

(٤) يراجع: علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٤، دار الكتاب العربي، ١٩٨١، بيروت، ص ١٦.

٣_ ضابط: لاتسقط نفقة الزوجة بمنع نفسها من الانتقال مع الزوج إذا لم تستوفي معجل مهرها.^(١)

المفهوم من نص الفقرة الثانية من المادة (٢٣) من قانون الأحوال الشخصية العراقي. شروط إعماله:

١_ متى كان عقد الزواج صحيحاً، إذ تسقط نفقة المرأة متى امتنعت من الانتقال مع زوجها متى طالبها بالانتقال وتعتبر ناشراً، إلا إذا كان لها الحق في ذلك، وذلك عند عدم إيفائه حقها بالمهر المعجل.

٢_ وكذا إن لم ينفق عليها كما ورد في النص. ودليل هذا الضابط:
_ ماجاء عن الفقهاء من أن للزوجة الحق في منع نفسها عن زوجها حتى تقبض معجل مهرها ولا تعد بذلك ناشراً وتستحق النفقة عليه^(٢). وعلة من الحنفية بان: "حقه في المبدل فوجب أن يتعين حقها، في البديل تسوية بينهما، وإن كان المهر مؤجلاً ليس لها ذلك لأنها رضيت بتأخير حقها، إلا عند أبي يوسف لها ذلك، لأنها سلمت إليه فليس لها أن تمتنع بعده كالبائع إذا سلم المبيع ليس له حبسه بعد ذلك"^(٣).

٤_ ضابط: لانفقة ناشراً^(٤).

يستدل عليه بمفهوم المخالفة للوارد في المادة السابقة، وكذا للوارد في المادة (٢٥) من قانون الأحوال الشخصية التي نصت على انه لانفقة للزوجة في الأحوال الآتية: (أ) إذا تركت بيت زوجها بلا إذن، وبغير وجه حق شرعي. ب) إذا حبست عن جريمة أودين^(٥). ج) إذا امتنعت عن السفر مع زوجها بدون عذر شرعي، ودليل هذا الضابط في:

(١) هو مانستخلصه من ضابط وفق النص القانوني وما جاء في الفقه الإسلامي.

(٢) يراجع: منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستقنع، ج ٣، الناشر مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، ١٣٩٠، ص ١١٨؛ الموصلي الحنفي، مرجع سابق، ج ٤، ص ٥؛ الشربيني، مرجع سابق، ج ٣، ص ٢٢٣.

(٣) يراجع: الموصلي الحنفي، مرجع سابق، ج ٣، ص ١٣٥؛ ابن قدامه، المغني، ج ٨، ص ٨١؛ البهوتي، الروض المربع، ج ٣، ص ١١٨.

(٤) يراجع: الموصلي الحنفي، ص ٥.

(٥) يراجع في ذلك: المرجع أعلاه، ص ٦.

أ_ السنة ما روي أن: (فاطمة بنت قيس نشزت على إحمائها فنقلها عليه الصلاة والسلام إلى بيت ابن أم مكتوم ولم يجعل لها نفقة ولا سكنى)^(١)، وعللوا أن الموجب للنفقة هو الاحتباس وقد زال بالنشوز.

ب_ ماجاء في الإجماع اتفاق أهل العلم على وجوب نفقة الزوجات على أزواجهن إذا كانوا بالغين إلا الناشز منهن لأنها خرجت عن ما يوجب النفقة من الاحتباس لحق الزوج فلا نفقة لها ولا سكنى في قول عامة أهل العلم ومنهم (الشعبي وحماد و مالك و الأوزاعي و الشافعي وأصحاب الرأي و أبو ثور وقال الحكم : لها النفقة وقال ابن المنذر : لا أعلم أحدا خالف هؤلاء إلا الحكم ولعله يحتج بأن نشوزها لا يسقط مهرها فكذلك نفقتها)^(٢) كما أكدته العديد من القرارات ومنها القرار الآتي: (...لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون ، وذلك لان البيئة الشخصية للميز عليها المدعية لم تتمكن من إثبات مشروعية الخروج من بيت الزوجية المستقل مما يجعل مطالبتها بالنفقة الماضية غير واردة ومنحها حق توجيه اليمين الحاسمة للميز عليه)^(٣)، نستدل أن تحقق احد حالات سقوط النفقة التي نصت المادة عليها يعد سببا للحكم بنشوز الزوجة وسقوط نفقتها ألا وهو خروجها من بيت الزوجية المستقل بدون عذر مشروع وبدون إذن الزوج.

ثانيا: في تحديد مشتملات النفقة ، وحال من يراعى من الزوجين .

نصت الفقرة الثانية من المادة (٢٤) على انه: (تشمل النفقة الطعام والكسوة والسكن ولوازمها وأجرة التطيب بالقدر المعروف وخدمة الزوجة التي يكون

(١) عن الشعبي قال دخلت على فاطمة بنت قيس فسألته عن قضاء رسول الله (ﷺ) عليها فقالت : طلقها زوجها البتة فخاصمته إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم في السكنى والنفقة قالت: فلم يجعل لي سكنى ولا نفقة وأمرني أن أعتد في بيت بن أم مكتوم . الحديث رقم: ٥٧٤٢، من كتاب الطلاق ، الرخصة في خروج المبتوتة من بيتها في عدتها وترك سكنها . يراجع: النسائي، مرجع سابق، ج٣، ص٣٩٩ .

(٢) يراجع: ابن قدامة، المغني ، ج٩، ص٢٩٦ .

(٣) القرار رقم ٨٠٨/الهيئة الشخصية الأولى/٢٠٠٩ الصادر عن محكمة التمييز الاتحادية في ٢٣/٢/٢٠٠٩ غير منشور .

لأمثالها معين^(١)، إذ يبين النص مشتملات النفقة المتمثلة بالطعام والكسوة والسكن وأجرة التطبيب وخدمة الزوجة ويعد العرف المرجع الأساس في تحديد اغلب هذه المشتملات التي وجدنا إشارة المشرع العراقي في الرجوع إليه لتحديدتها واضحة ومفهومة ، وان لم تأت بصيغة صريحة فيه . أما في تقديرها ومن يراعى حاله من الزوجين عند التقدير فهو ما نصت عليه المادة السابعة والعشرون : (تقدر النفقة للزوجة على زوجها بحسب حالتيهما يسرا وعسرا) ما يلاحظ على هذا النص:

١_ مراعاة المشرع لحال الزوجين عند تقدير النفقة _ التي سبق أن بينا مشتملاتها _ إعمالاً للرأي الفقهي الذي اعتد به بعض فقهاء الحنفية (وعليه الفتوى عندهم) والمالكية^(٢) ، والحنابلة استدللاً بقوله تعالى: ((وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف)) [سورة البقرة: ٢٣٣] ، وأقوله تعالى: ((لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا

(١) تقابل هذه المادة (٤٨) من المشروع الموحد وكذا المادة (٥٨) الخاصة بإسكان الزوج زوجته في مسكن أمثالها وكذا ما جاء في المادة (٥٩/ب) والخاصة بمراعاة حال الزوج وعرف البلد في استقلال المنزل من عدمه . وما في ذلك من مراعاة للعرف وتطبيقاً للقاعدة الفقهية (العادة محكمة) ، للاطلاع عليها راجع: الزرقا ، المشروع الموحد، ص ٩١ وما بعدها . ص ١٠٣ وما بعدها .

(٢) وهو ما ذهب إليه الإمام مالك وأبو حنيفة (وما عليه الفتوى في المذهب) وان النفقة غير مقدرة شرعاً وبالتالي يرجع في تقديرها إلى ما يقتضيه حال الزوج وحال الزوجة وان ذلك يختلف بحسب اختلاف الأمكنة والأزمنة والأحوال (أي مراعاة عرف الزمان والمكان) يراجع: ابن رشد، المرجع السابق، ج ٢، ص ٨٧ ، تقابلها المادة (١٧٣) من الأحكام الشرعية (حدد النص نفقة الطعام) والتي نصت على أن : (تقدر نفقة الطعام بقدر حال الزوجين يساراً وإعساراً ..) للاطلاع على كامل النص راجع: قدري باشا، مرجع سابق، ص ٧١، كما يراعى حال الزوجين في تقدير كسوة المرأة التي تعد من مشتملات النفقة يراعى العرف أيضاً وهو =مانصت عليه المادة (١٨١) من الأحكام الشرعية وان: (كسوة المرأة واجبة على الزوج من حين العقد الصحيح عليها ويفرض كسوتان في السنة كسوة للشتاء وكسوة للصيف ويعتبر في تقديرها حال الزوجين يساراً وإعساراً وعرف البلد) انظر : قدري باشا، ص ٧٢، راجع: الزرقا، المرجع السابق، ص ٩٧٨، ٩٧٧ . جمعة ، مرجع سابق، ص ٦٤ .

إلّا ما آتاها)) [سورة الطلاق: ٧]، وحديث هند، وعليه ووفق هذا النص الذي يراعي حال الزوجين في تقدير النفقة فإن للزوجة نفقة اليسار إن كانا موسرين ونفقة الإعسار إن كانا معسرين والوسط إن كانا متوسطين أو أحدهما موسر والآخر معسر.

٢_ إن ما يحكم ماتقدم من نصوص هي القاعدة الفقهية الكبرى: (العادة محكمة) وكل ما ينطبق على أصل شرعي لهذه القاعدة إنما هو في ذات الوقت يعد الأصل الشرعي لما تقدم من نصوص. وعليه نوضح المقصود بهذه القاعدة وما تستند إليه من نصوص شرعية وعلى النحو الآتي:

أ_ المقصود بقاعدة: (العادة محكمة).

تعني هذه القاعدة أن العادة عامة كانت أو خاصة تجعل حكماً لإثبات حكم شرعي، وهي عبارة عما يستقر في النفوس من الأمور المتكررة المعقولة عند الطبائع السليمة. وإنما تجعل العادة حكماً في الأمور التي لانص فيها^(١)، فتثبت تلك الأحكام على ما تقضي به العادة أو العرف متى ما لم يكن هناك نص شرعي مخالف لها^(٢)، وهي واحدة من أهم القواعد الفقهية الكلية في الفقه الإسلامي والمبرزة لدور العرف ومكانته، والذي لا تخلو أكثر أحكام الفقه بمختلف أبوابه من تعويل عليها متى توافرت شروط إعماله^(٣)، لما يحتله من أهمية وما يمثله للناس من مألوف وتعود يحقق الأخذ به التيسير للناس في معاملات حياتهم والتي نوضح ما يتعلق بها من خلال بيان أهم الأدلة الخاصة بهذه القاعدة بوصفها الأصل

(١) يراجع: سليم رستم باز، مرجع سابق، ص ٣٤.

(٢) قسم العرف أو العادة إلى تقسيمات عدة منها تقسيمه إلى عرف قولي أو لفظي ومنها عرف عملي كمسالة تقديم المهر إلى مؤجل ومقدم ومنها تقسيمه إلى عام وخاص، للمزيد من التفصيل حول أقسامه يراجع: مصطفى احمد الزرقا، الفقه الإسلامي بثوبه الجديد، المدخل الفقهي العام، ج ٢، ط ١٠، مطبعة طربين، دمشق، ١٩٦٨، ص ٩٩٩؛ شبير، ص ٢٣٣؛ زيدان، المرجع السابق، ص ١٠٦. تقابل هذه المادة (٣٦) من مجلة الأحكام العدلية، ينظر ما جاء في بيان معناها: العادة عامة كانت أو خاصة تجعل حكماً لإثبات حكم شرعي إذا لم يرد نص في ذلك الحكم؛ علي حيدر، المرجع السابق، ص ٤٠.

(٣) في الإشارة لذلك يراجع: ابن نجيم، المرجع السابق، ص ٩٣؛ السيوطي، المرجع السابق، ص ٩٩.

الشرعي لها من ناحية وما تمثله من دليل على التعويل على العرف لأهميته من الناحية الأخرى.

ب_ التأسيس الشرعي للقاعدة نجده في:

١_ ما جاء في القرآن الكريم في قوله تعالى: ((وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا)) [البقرة: ٢٣٣]، وما فيه من دلالة واضحة على الإحالة للعمل بالعرف وهو ما جاء في بيان تفسيرها وان لفظ المعروف الوارد في قوله تعالى مشتق من العرف المتمثل بمراعاة حال الأب من يسر وعسر في مقدار ما ينفق وليس من المعروف إلزام المعسر أكثر مما يقدر عليه ويمكنه، ولا إلزام الموسر الشيء الطفيف وعليه إذا اشتتت المرأة وطلبت من النفقة أكثر من المعتاد المتعارف لمثلها لم تعط وكذلك إذا قصر الزوج عن مقدار نفقة مثلها في العرف والعادة لم يحل ذلك واجبر على نفقة مثلها^(١).

٢_ ما جاء في السنة ومن ذلك قول الرسول (ﷺ) لهند زوج أبي سفيان عندما جاءت تشتكي شح زوجها: (خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف)^(٢). ونجد أن الإحالة صريحة منه (ﷺ) للعمل بالعرف واعتباره الأساس في تقدير النفقة يؤيده ماجاء عن القرطبي من تفسير للمقصود بالمعروف وانه: (القدر الذي عرف بالعادة انه الكفاية)^(٣).

(١) (يراجع: أبي بكر احمد بن علي الرازي الجصاص ، أحكام القرآن ، ج١، دار الكاتب العربي ، بيروت ، لبنان، طبعة مصورة عن الطبعة الأولى ، طبع بمطابع الأوقاف الإسلامية، ١٣٣٥ هجري، ص١٤٠٤؛ لامام الحافظ احمد بن علي حجر العسقلاني ، فتح الباري شرح صحيح البخاري ، ج٩، ط٣، طبعة جديدة ومنقحة ومقابلة لطبعة بولاق، مكتبة دار الفيحاء للطباعة والنشر والتوزيع ، ٢٠٠٠، ص ٦٣٠ .

(٢) (أخرجه البخاري عن أم المؤمنين عائشة (رضي الله عنها) : أن هند بنت عتبة زوجة أبي سفيان قالت يارسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح فاحتاج أن اخذ من ماله ؟ قال (ﷺ) : (خذي). كتاب الأحكام ، باب القضاء على الغائب ، الحديث رقم (٧١٨٠) يراجع: عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري ، صحيح البخاري ، تحقيق وتخريج (احمد زهوة، احمد عناية) ، طبعة جديدة مقابلة ومخرجة على كتب السنة الستة، ط١، دار الكتاب العربي ، ٢٠٠٤، ص ١٤٥١ .

(٣) في تفسير القرطبي يراجع: العسقلاني ، فتح الباري، ج٩، ص ٦٣٠ .

٣_ أما الفقه وإشارة الفقهاء في الرجوع إلى العرف لتقدير النفقة وإناطة ذلك للحاكم ومن ذلك ماجاء عن ابن نجيم في البحر الرائق: "...صَارَ الْحَاصِلُ أَنَّهُ يَنْبَغِي لِلْقَاضِي إِذَا أَرَادَ فَرَضَ النَّفَقَةَ أَنْ يَنْظُرَ فِي سِعْرِ الْبَلَدِ وَيَنْظُرَ مَا يَكْفِيهَا بِحَسَبِ عُرْفِ تِلْكَ الْبَلَدَةِ" (١)

وعليه فان ما تقدم يعد الأساس او الأصل الذي بنيت عليه نصوص القوانين في الإحالة للعرف في تقدير مشتملات النفقة، ومنها قانون الأحوال الشخصية العراقي في النص الخاص بمشتملات النفقة وكذا بمراعاة حال الزوجين _ وغيرها ومن النصوص كما سنوضح _ ومن الوارد في الأصل الشرعي لها مراعاتها للعرف في تقدير النفقة ، وانه يرجع في ذلك إلى حال الزوجين والذي يختلف باختلاف الأمكنة والأزمنة . والتعويل على ذلك ومراعاة حاليهما والظروف الاقتصادية السائدة ومستوى الأسعار في البلد (٢)، ومراعاة حال اليسار والإعسار بناء على ما يمتلك من أموال أو ما لا يمتلك (٣). هو ما يراعيه الخبراء عند تقدير النفقة بعد حصر موارد الزوج وما يمتلكه من أموال منقولة وغير منقولة. وخير تطبيق على ذلك دل عليه القضاء في العديد من قراراته ومن ذلك ما أورده هذا القرار من مبدأ وان: (النفقة تشمل أجره التطبيب بالقدر المعروف وحيث أن نفقة كل إنسان في ماله إلا الزوجة فنفتها على زوجها (المادة/٥٨) من قانون الأحوال الشخصية وتشمل النفقة أجره التطبيب بالقدر المعروف المادة(٣/٢٤) من نفس القانون أعلاه ولثبوت كون العملية كانت ضرورية لذا فان المدعى عليه مكلف بمصاريفها...) (٤) وما

(١) يراجع: ابن نجيم، البحر الرائق، ج٤، ص١٩٠، راجع وعلى سبيل المثال ما جاء عن ابن رشد وبيانه لموقف كلا من الإمام مالك وأبو حنيفة في تقديرهما للنفقة وانه يرجع في ذلك إلى حال الزوجين والذي يختلف باختلاف الأمكنة والأزمنة والأحوال ،وبعبارة أخرى بحسب العرف، ابن رشد ،المرجع السابق ،ج٢، ص٨٧،والسرخسي ،ج٥، ص١٨٣، وراجع أيضا: الشربيني والرجوع للعرف إن كان في بلدها عرف بلدها وان كانت في بلده عرف بلده في الإطعام ،ج٣، ص٤٢٧؛ الزرقا، المشروع الموحد، ص٩١،٩٢.

(٢) يراجع: عباس زياد السعدي ومحمد حسن كشكول ،مرجع سابق ،ص ١٠٥.

(٣) انظر ما جاء عن شبير وان: (تقدير النفقة للزوجة والأولاد والأقارب يعتبر العرف في تقديرها ،ويراعى حال اليسار والفقر مما يختلف فيه طباع الناس وأعرافهم وأوقاتهم) كأحد التطبيقات الواردة عن قاعدة (العادة محكمة)المرجع نفسه، ١٣٥.

(٤) القرار ذو الرقم ٤٤٤٠/ش/٢٠٠٢ في ٢٠٠٤/٨/١٨ للاطلاع عليه تراجع: مجلة الرافدين مجلد ٢، السنة العاشرة، عدد، ٢٥ ايلول ٢٠٠٥ ص ٣٤٢ ومابعدها.

يلاحظ على القرار تضمنه لما سبق وأوردناه من ضابط (إن نفقة كل إنسان في ماله إلا الزوجة فنفتها على زوجها)^(١) . وكذا بما تعلق بمراعاة حال الزوجين عند تقدير النفقة ودليله ماجاء في القرار الآتي: (.لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق لأحكام الشرع والقانون للأسباب التي استند إليها ترك الزوجة وابنتها منه بدون نفقة وذلك لان النفقة المحكوم بها تم تقديرها بمعرفة خبير وكان تقديره مناسباً لحالة الطرفين الاجتماعية والاقتصادية مما يصح اتخاذه سبباً للحكم عملاً بحكم المادة ١٤٠/أولاً إثباتاً لذا قرر تصديقه...)^(٢) . كدليل على اعتداد القضاء وكما جاء عن المشرع في نص القانون بمراعاة حال الزوجين عند تقدير النفقة.

ثالثاً: في إسكان الزوج زوجته مع أخرى بغير رضاها .

نصت المادة (٢٦ف١) من قانون الأحوال الشخصية العراقي على انه: (ليس للزوج أن يسكن مع زوجته بغير رضاها ضررتها في دار واحدة)، وبذلك اشترط المشرع لإسكان الزوج زوجته مع الأخرى رضاها وإلا فلا يحق له ذلك لما فيه من إلحاق الضرر بهذه الزوجة ، كما نصت المادة (٤/٢٦) من قانون الأحوال الشخصية العراقي على انه: (للزوج أن يسكن مع زوجته في دار واحدة من يكون مسؤولاً عن إعالتهم ، بشرط أن لا يلحقها ضرر من ذلك) ما يلاحظ على النص:

١ _ أعطى المشرع الحق للزوج في إسكان من يعيلهم شرعاً كالأخت أو أبناء الأخ المتوفى والذين ليس لهم معيل أو مورد ، إلا انه قيده بان لا يكون في ذلك ضرر على الزوجة ومن مفهوم المخالفة فانه لا مانع من إسكانهم بل هو مكلف بذلك إن لم يكن فيه ضرر على الزوجة ، وكذا في إسكان ضررتها معها بدون رضاها .

٢ _ استند هذا النص على ماجاء في الفقه من رأي ومن ذلك ماجاء عن ابن نجيم في البحر الرائق: "ليس له أن يُشركَ غيرَها فيه لِأَنَّها تَتَضَرَّرُ بِهِ فَإِنَّها لَأَ تَأْمَنُ على مَناعِها وَيَمْنَعُها ذلك من المَعاشِرَةِ مع زَوْجِها وَمِنِ السِّتْمَتاعِ إِلا أن تَخْتارَ لِأَنَّها رَضِيَتْ بِاتِّقاصِ حَقِّها"^(٣)

(١) تراجع ص ١٦ من البحث .

(٢) القرار المرقم ٤١٠٧/شخصية أولى/٢٠٠٨ صادر عن محكمة التمييز الاتحادية في

٢٠٠٨/١٢/٣١ . غير منشور .

(٣) يراجع: ابن نجيم ، البحر الرائق، ج ٤، ص ٢١٠ .

٣_ يحكم هذا النص بفقراته القاعدة الفقهية الآتية:

أ_ قاعدة: (لا ضرر ولا ضرار)^(١).

معنى القاعدة: ليس لأحد أن يضر بغيره ابتداءً، لافي نفسه ولا في عرضه ولا في ماله، لأن إلحاق الضرر بالغير ظلم والظلم حرام، والضرر الممنوع إلحاقه بالغير هو الضرر الفاحش مطلقاً، أي حتى وإن نشأ من فعل مباح يقوم به الشخص، إذ لا يجوز مقابلة الضرر بالضرر^(٢).

أصل هذه القاعدة التي تعد من القواعد الفقهية المهمة، هو ما جاء في: الوارد في قوله تعالى: ((لا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَالِدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ)) [سورة البقرة: ٢٣٣] أي أنها إذا رضيت أن ترضع بمثل ما ترضع به غيرها لم يكن للأب أن يضارها فيدفعه إلى غيرها^(٣).

_ السنة النبوية الشريفة في قوله (ﷺ): (لا ضرر ولا ضرار)^(٤).

رابعا: حكم القاضي للزوجة بالنفقة.

هو ما تضمنه نص المادة (٢٩) من قانون الأحوال الشخصية العراقي التي جاء فيها: (إذا ترك الزوج زوجته بلا نفقة واختفى أو تغيب أو فقد، حكم القاضي لها بالنفقة من تاريخ إقامة الدعوى بعد إقامة البينة على الزوجية وتحليف الزوجة بان

(١) عن عبادة بن الصامت (رضي الله عنه)، أن الرسول (ﷺ) قضى أن (لا ضرر ولا ضرار)، من كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، يراجع: ابن ماجه، ج ٢، ص ٧٨٤، الحديث رقم: ٢٣٤٢، ١٨٩٧.

وانظر ما ورد في معناها أيضا بان الضرر: هو إلحاق المفسدة، والضرار هو مقابلة الضرر بالضرر ويأتي بذلك معنى هذه القاعدة متمثلاً بمنع الفعل الضار عن النفس والغير وهي توجب رفع هذا الضرر قبل وقوعه وبعده يراجع: الحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، المجلد الأول، ج ٢، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ص ٧٨٤، الزرقا، الفقه الإسلامي، ص ٩٧٧، ٩٧٨.

(٢) يراجع: جمعة، مرجع سابق، ص ٦٤.

(٣) يراجع: الجصاص، ج ١، ص ٤٠٤.

(٤) أخرجه ابن ماجه عن عبادة بن الصامت (رضي الله عنه) أن رسول الله صلى الله عليه وسلم، قضى أن (لا ضرر ولا ضرار)، الحديث رقم: ١٨٩٥-٢٣٤٠، من كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره راجع: ابن ماجه، ج ٢، ص ٧٨٤.

الزوج لم يترك لها نفقة وإنها ليست ناشزا ولا مطلقة انقضت عدتها، ويأذن لها القاضي بالاستدانة باسم الزوج لدى الحاجة) ، وهي خاصة باستحصال الإذن من القضاء بالاستدانة باسم الزوج من قبل الزوجة إذا ماتوا فرت فيها شروط استحصال الأذن بالاستدانة ، واستحصال الزوجة الأذن بالاستدانة إنما بناء على تحقق الشروط الآتية:

١_ غياب الزوج أو تركه لها وعدم وصول النفقة إليها.
٢_ إقامة الزوجة البينة على الزوجية (كعقد الزواج أو هوية الأحوال المدنية) وعلى الترك.^(١)

٣_ تحليف الزوجة بان الزوج لم يترك لها نفقة وأنها ليست ناشزا ولا مطلقة انقضت عدتها وان الزوج ليس له مال ظاهر تستطيع الإنفاق منه. وقد وجدنا أن ما ينطبق عليه من قواعد وضوابط الآتي:

أ_ ضابط: الإنفاق بأمر القاضي كالإنفاق بأمر الأب ^(٢).

ومعناها أن ما أصدره القاضي من أمر بالاستدانة لاستحصال الزوجة النفقة لها ولأولادها باسم الزوج، ورجوعها عليه لاحقا كأنه إنفاق من قبل أبيهم، (زوجها). وتتفق في معناها مع القاعدة الفقهية: (التصرف على الرعية منوط بالمصلحة)^(٣)، فتصرف القاضي باسم الزوج إنما جاء تحقيقا لمصلحة الزوجة والأولاد. ونرى أن أصل هذه القاعدة وما يتفق معها هو الوارد عنه (ﷺ)، وحكمه لهند زوج

(١)يراجع في التأكيد على ذلك القرار الآتي الصادر عن المحكمة الاتحادية: (لدى عطف النظر على الحكم المميز فقد وجد انه صحيح وموافق للشرع والقانون لان محكمة الموضوع استمعت إلى البينة الشخصية بصدد ترك المدعى عليه لها بدون نفقة وإثبات موارد المدعى عليه بدون نفقة وإثبات موارد للمدعى عليه واستعانت بخبير مختص لتقدير النفقة الماضية والمستمرة..). ومنه نستدل بيانه لما ينبغي توافره من شروط للحكم للزوجة بالنفقة ومنها إلزام الزوجة بالبينة على الزوجية وعلى الترك. القرار المرقم ٤٠٥/شخصية الأولى/٢٠٠٩ والصادر عن المحكمة الاتحادية في ١١/٢/٢٠٠٩ (غير منشور).

(٢)يراجع في بيان هذه القاعدة ومصدرها: الندوي، المرجع السابق، ص ٣٠٥.

(٣) نحيل بيان ما يتعلق بها إلى المبحث اللاحق.

أبي سفيان بالنفقة على زوجها^(١)، لهو خير دليل وتطبيق على أصل هذه القاعدة. أما القواعد التي تحكمه فهي في الآتي:..

ب_ القاعدة الأولى: الأصل بقاء ما كان على ما كان^(٢).

هذه القاعدة مندرجة من القاعدة الفقهية: (اليقين لا يزول بالشك)^(٣)، أي انه إذا ثبت أمر من الأمور أو حالة من الحالات ثبوتاً يقينياً، ثم وقع الشك في وجود ما يزيله، يبقى الأمر المتيقن هو المعتبر إلى أن يتحقق السبب المزيل^(٤) وانطباقها على هذه المادة التي يعد ما ورد من نص فيها خير تطبيق لها فمتى ادعت المرأة عدم وصول النفقة والكسوة المقررة لها في مدة معينة فالقول قولها حتى لو ادعى الزوج خلاف ذلك_ متى توافرت بقية الشروط التي نص على وجوب توافرها المشرع العراقي_ لان الأصل بقاءها في ذمة الزوج كالمديون إذا ادعى دفع الدين وأنكر الدائن^(٥). وبقاء النفقة في ذمته والتزامه بها هو اليقين حتى يثبت خلافه، هذا في انطباق النص على القاعدتين ومعنى القاعدة الأصل: (اليقين لا يزول بالشك) ، أما في معنى القاعدة المتفرعة عنها: (الأصل بقاء ما كان على ما كان)، فيقصد بها الحكم ببقاء أمر محقق لم يثبت تغييره حتى يقوم الدليل على تغييره ، وهو ما يعرف بالاستصحاب ، وهو وفي هذا التطبيق استصحاب حقيقي^(٦) إما في أصلها فنجده في :

١_ ما ورد في القرآن الكريم من قوله تعالى: ((وَمَا يَتَّبِعُ أَكْثَرُهُمْ إِلَّا ظَنًّا إِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ بِمَا يَفْعَلُونَ)) [سورة يونس: ٣٦]، جاء في

(١) إدراج ذلك ضمن باب (من رأى للقاضي يحكم بعلمه في أمر الناس إذا لم يخف الظنون والتهمة) وكذا في باب (القضاء على الغائب) يراجع في ذلك: ماروي من حديث عن هشام عن أبيه، عن أم المؤمنين عائشة = (رضي الله عنها): أن هند قالت للنبي (ﷺ): (أن أبا سفيان ..) ، كتاب الأحكام، باب القضاء على الغائب، البخاري: صحيح البخاري، ص ١٤٥١، ١٤٤٧، الحديث رقم (٧١٨٠).

(٢) يراجع: ابن نجيم، مرجع سابق، ص ٥٧.

(٣) يراجع: السيوطي، مرجع سابق، ص ٥٩.

(٤) يراجع: الزرقا، المدخل الفقهي، ص ٩٦٧.

(٥) يراجع: ابن نجيم، مرجع السابق، ص ٥٨.

(٦) يراجع: جمعة، مرجع السابق، ص ٥١.

تفسيرها: "إن الظن لا يغني من الحق (من العلم والاعتقاد الحق) شيئاً) من الإغناء ويجوز أن يكون مفعولاً به و (من الحق) حالاً منه وفيه دليل على أن تحصيل العلم في الأصول واجب والاكتفاء بالتقليد والظن غير جائز" (١).

٢_ ما جاء في السنة النبوية الشريفة وقوله (ﷺ): (إذا شك أحدكم في الثنتين والواحدة، فليجعلها واحدة، وإذا شك في الثنتين والثلاث فليجعلها اثنتين. وإذا شك في الثلاث والأربع فليجعلها ثلاثاً. ثم ليتم ما بقي من صلاته حتى يكون الوهم في الزيادة. ثم يسجد سجدتين وهو جالس قبل أن يسلم). (٢)

٣_ ما جاء وموافقها للعقل وان اليقين أقوى من الشك في حين أن الشك وما فيه من تردد واحتمال لا يقدر على إزالة قوى اليقين، كل ما تقدم من أدلة كان لها الدور في إجماع الفقهاء على العمل بها كواحدة من أهم القواعد الفقهية (٣).

القاعدة الثانية: (البينة لإثبات خلاف الظاهر واليمين لإبقاء الأصل).

معنى هذه القاعدة: أن المراد بالظاهر الأصل، فالبينة تقام لإثبات خلافه، أما اليمين فهي لإبقاء الأصل على ما كان عليه من عدم وجود أو وجود فالقول قول الزوجة بيمينها لأنها تدعي الأصل المتمثل ببقاء النفقة والكسوة في ذمته، وهو من عليه البينة لأنه يدعي خلاف الظاهر (٤). وما جاء في المادة أيضاً يعد استثناء للوارد في قاعدة: (البينة على من ادعى واليمين على من أنكر)، (٥) لما فيها من

(١)يراجع: عبد الله محمد بن احمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج٨، ط٣، دار الكاتب العربي للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٦٧، ص ٣٤٣. البيضاوي، مرجع سابق، ج٣، ص ١٩٨.

(٢) اخرج ابن ماجة عن عبد الرحمن بن عوف، قال: سمعت رسول الله (ﷺ) يقول: (الحديث...)، كتاب الصلاة، باب ماجاء فيمن شك في صلاته فرجع الى اليقين، ابن ماجة، ج١، ص ١٩٩ او ٢٠٠. حديث رقم: ١٢٠٩، ٩٩٥.

(٣) يراجع: شبير، المرجع السابق، ١٣٣.

(٤) يراجع: ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص ٥٨؛ علي جمعة، مرجع سابق، ص ٧٧.

(٥) يراجع: ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص ٥٩.

تحليف لها وهي مدعية إذ تحلف المرأة بالله انه لم يعطها النفقة ولم يترك لها مال ولم يطلقها وليست بناشر.^(١)

المبحث الثاني

القواعد والضوابط الفقهية التي تحكم الولادة ونتائجها.

تناولت في هذا المبحث بيان ما يتعلق بالولادة ونتائجها من ضوابط وقواعد، بوصفها الأثر المترتب على الزواج الذي يتعدى أثره العاقدين إلى غيرهما متمثلاً بالأولاد وما يتعلق بهم من ثبوت نسب ورضاع وحضانة، وهو ما سنتطرق إليه وذلك ببيان أهم ما قد يحكم هذه المسائل من قواعد وضوابط وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول

القواعد التي تحكم المسائل المتعلقة بالنسب

نظم المشرع العراقي أحكام النسب بالمواد (٥١_٥٥) وقد وجدنا أن ما ينطبق على مفهوم هذه النصوص من قواعد وضوابط يتمثل بالآتي:

أولاً: ما يتعلق بالشروط الواجب توافرها لثبوت النسب.

نصت المادة (٥١) من قانون الأحوال الشخصية العراقي على أنه: (ينسب ولد كل زوجة إلى زوجها بالشرطيين الآتيين: ١_ أن يمضي على عقد الزواج اقل مدة الحمل. ٢_ أن يكون التلاقي بين الزوجين ممكناً). ومن ملاحظتنا على النص نوضح الآتي:

(١) راجع في بيان موقف المذهب الحنفي الوارد في المواد (١٩٠، ١٨٩) من الأحكام الشرعية والمطابقة للمادة (٢٩) من قانون الأحوال الشخصية. للاطلاع على النصين راجع: قنبري باشا، مرجع سابق، ص ٧٥، ٧٤.

١_ اقتصاراً لمشروع العراقي على تنظيم النسب من الزواج الصحيح .
 ٢_ اعتد المشروع العراقي برأي الجمهور في عدم الاقتصار على مجرد العقد لثبوت النسب إنما بالعقد الصحيح مع الدخول أو إمكانية الدخول ومن ذلك ما جاء عن الإمام احمد بن حنبل (رحمه الله) "إذا تزوج من يولد لمثله بامرأة فأتت بولد لسنة أشهر فصاعداً بعد إمكان اجتماعهما على الوطء لحقه نسبه في الظاهر من المذهب لقول النبي (ﷺ) الولد للفراش ولأن مع هذه الشروط يمكن كونه منه والنسب مما يحتاط له ولم يوجد ما يعارضه فوجب إلحاقه به وإن اختلف شرط مما ذكرنا لم يلحق به وانتفى من غير لعان" (١)، وإن تحصل الولادة بمدة لا تقل عن اقل مدة للحمل من تاريخ عقد الزواج. و اقل مدة للحمل اتفق الفقهاء عليها هي لا تقل عن ستة أشهر استدلالاً بقوله تعالى: ((وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا)) [سورة الاحقاف: ١٥] وقوله تعالى: ((وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنَمِّمَ الرِّضَاعَةَ)) [سورة البقرة: ٢٣٣]، وعليه فلا بد لثبوت النسب بسبب الفراش من أن تأتي به لمدة لا تقل عن ذلك وإلا حكم بعدم ثبوت نسبه (٢) .
 ٤_ لم يبين المشروع العراقي أقصى مدة للحمل .
 ٥_ يحكم هذا النص العديد من القواعد والضوابط ومنها:

أ_ ضابط: (الولد للفراش وللعاهر الحجر).

مع أننا ندرجه كضابط لتناوله لأحد الأبواب المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية فيما يتعلق بالنسب لكن أهميته جعلته في مصاف القواعد الفقهية المشهورة في مسائل النسب والتي اتفق الفقهاء على الاعتداد بها ضمن ما يتعلق بالنسب من أحكام .

(١)يراجع: عبد الله بن قدامة المقدسي أبو محمد، الكافي في فقه الإمام المجل أحمد بن حنبل، ج٣، المكتب الإسلامي ، ص ٢٩٢ و ٢٩٣، وهو ما أخذ به الإمام مالك والشافعي والإمام احمد في احد الآراء عنه، راجع في تفصيله: محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، القسم الثاني، (انحلال الزواج) والقسم الثالث (الأثار المترتبة عليه) مطبعة الجامعة الأردنية، عمان، الأردن، ١٩٩٥، ص ٢٧٢ و ٢٨٢ .

(٢)يراجع: الموصلي الحنفي، مرجع سابق، ج٣، ص ٢١٩ .

أ_معنى هذا الضابط المستمد من هذا الحديث: أن النسب لصاحب الفراش وهو كناية عن الزوج، وللزاني (العاهر) الخيبة والحرمان والرجم^(١)، فالفراش الذي يثبت به النسب هو الفراش الثابت بعقد الزواج الصحيح_أو الفاسد^(٢)، وهو أهم وسائل ثبوت النسب. ومن ذلك يثبت نسب الولد لمن له فراش الزوجية متى توافرت شروط ثبوت النسب والتي نجد النص عليها واضحا في نص المادة (٥١) من قانون الأحوال الشخصية العراقي. فعقد الزواج مع إمكانية التلاقي بين الزوجين يعد الشرطين الأساسيين لثبوت النسب بفراش الزوجية حسب ما اعتد به المشرع العراقي من رأي.

ب_الأصل الشرعي له: ماروي من حديث للنبي (ﷺ) عن أم المؤمنين عائشة (رضي الله عنها) زوج النبي (ﷺ) أنها قالت: كان عتبة بن أبي وقاص، عهد إلى أخيه سعد بن أبي وقاص، أن ابن وليدة زمعة مئى، فاقبضه إليك، فلما كان عام الفتح أخذه سعد فقال: ابن أخي، قد كان عهد إليّ فيه، فقام إليه عبد بن زمعة فقال: أخي و ابن وليدة أبي، ولد على فراشه، فتساوقا إلى رسول الله (ﷺ)، فقال سعد: يا رسول الله، ابن أخي كان عهد إليّ فيه، وقال عبد بن زمعة: أخي وابن وليدة أبي، ولد على فراشه، فقال رسول الله (ﷺ): (هو لك يا عبد بن زمعة). ثم قال رسول الله (ﷺ): (الولد للفراش، وللعاهر الحجر). ثم قال لسودة بنت زمعة: (احتجبي منه)، لما رأى من شبهه بعتبة، فما رآها حتى لقي الله تعالى^(٣).

ثانيا: مايتعلق بطرق إثبات النسب.

تتعدد طرق إثبات النسب إلا أن ماقتصر المشرع العراقي على بيانه في قانون الأحوال الشخصية هو الإقرار سواء أكان صادرا بالبنوة أو بالأبوة من قبل

(١)يراجع: زكريا احمد البري، أحكام الأولاد في الإسلام، الدار القومية للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٦٤، ص ١٢.

(٢)لاحظ ماورد عن البري من تعريف للفراش جاء شاملا لمعناه ضمن الزواج الفاسد والصحيح: (الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة عند ابتداء حملها بالولد، فإذا ولدت الزوجة ولدا حملت به من زوجها فان نسبه يثبت من ذلك الزوج دون حاجة إلى إقرار زوجها ببنوته ولا إلى بينة تأتي بها على ذلك ويلحق به الدخول بالمرأة في عقد زواج فاسد والوطء بشبهة)، ص ١٢.

(٣)أخرجه البخاري، كتاب البيوع، باب تفسير المشبهات، رقم الحديث (٢٠٥٣). يراجع: البخاري، صحيح البخاري، ص ٤٠٨.

المرأة أم الرجل حال المرض أم الصحة وقد وجدنا أن ابرز ما يحكم ذلك من قواعد الآتي:

١_ القاعدة الأولى: الممتنع عادة كالممتنع حقيقة^(١)

معنى هذه القاعدة أن ما استحال عادة لا تسمع فيه الدعوى كالمستحيل عقلاً^(٢)، ويعد ما ورد في نص المادة (١/٥٢) والمادة (٥٣)، وما جاء فيها من شرط إلا وهو: (أن يولد مثل المقر لمثل المقر)، خير تطبيق لهذا الشرط فلا يعتد بإقرار شخص لمجهول نسب يقرب منه في السن لأن هذا ممتنع حقيقة وعادة إذ كيف يدعي من هو في سن العشرين لمن هو في سن الثانية عشر مثلاً انه أبوه أو ابنه.^(٣)

٢_ القاعدة الثانية: المرء مؤاخذ بإقراره^(٤).

(١)يراجع: زيدان، مرجع سابق، ص ١٠٦.

(٢) نصت على ذلك المادة (٣٨) من المجلة يراجع: علي حيدر، المرجع السابق، ص ٤٢. وتقترب منها القاعدة الفقهية (إذا تعذر إعمال الكلام يهمل) وفق نص المادة (٦٢) من المجلة، ويقصد بها انه متى ما لم يمكن حمل الكلام على معنى حقيقي أو مجازي يهمل، ومما أورده من مثال على ذلك: انه لو ادعى شخص في حق من هو اكبر منه سناً أو في حق من نسبه معروف بأنه ابنه لا تكون دعواه صحيحة لان ذلك متعذر حقيقة إذ ليس من المعقول أن يكون الشخص والدا لرجل يكبره في السن كذا من المتعذر شرعاً أن يكون الشخص المعروف النسب ولدا لذلك الرجل الذي يدعيه. يراجع: علي حيدر، المرجع السابق، ص ٥٤، ٥٥. تقابلها المادة (٧٩) من مجلة الأحكام، علي حيدر، مرجع أعلاه، ص ٧٠، وما ورد في المادة الخاصة بقانون الأحوال الشخصية أعلاه جاء مقابلاً لما ورد في المادة (٣٥٠) من الأحكام الشرعية وكذا المادة (٣٥١)، للاطلاع راجع: قدري باشا، مرجع سابق، ص ١١٦.

(٣) يراجع: الشر بيني، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٥٩.

(٤) المقر مؤاخذ بإقراره إذا ماتوا فرت شروط الإقرار من بلوغ المقر، وتمييزه ومعلومية المقر به ومصادقة المقر له للمقر بإقراره، وتقابل هذه القاعدة المادة (٧٨) من مجلة الأحكام العدلية، يراجع: علي حيدر، مرجع سابق، ص ٦٨.

يقصد بهذه القاعدة انه متى اقر الإنسان بشيء فإنه يلتزم بإقراره. وتعد هذه القاعدة واحدة من القواعد الفقهية المهمة في نطاق الإثبات والتي تتعلق بأهم أدلته المعتمدة في القضاء، التي لم تأت أهميتها إلا من خلال ما تعود إليه من تأصيل تمثل بما جاء في القرآن والسنة ومن ذلك:

أ_ ماجاء في قوله تعالى: ((قَالَ أَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذٰلِكُمْ إِصْرِي قَالُوا أَقْرَرْنَا قَالَ فَاشْهَدُوا وَأَنَا مَعَكُمْ مِنَ الشَّاهِدِينَ)) [سورة آل عمران : ٨١].

ب_ ما جاء في السنة النبوية الشريفة عن النبي (ﷺ) انه قال: (اغدي يا أنيس إلى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها)^(١)، وما فيه من دليل على اعتبار الإقرار حجة على المقر وإلا لما اثبت الرسول (ﷺ) به الحد، ومنه ومما ورد في القرآن الكريم كان اتفاق الفقهاء المسلمين على حجية الإقرار والاعتداد به، واعتباره حجة على المقر في العديد من المسائل التي نحن بصدد بحثها والخاصة بالأحوال الشخصية كالزواج والطلاق والنسب وهو ما نبخته هنا حيث نجد أن خير تطبيق لهذه القاعدة هو ما ورد في مضمون نص المواد (٥٣، ٥٢) من قانون الأحوال الشخصية العراقي إذ أن الإقرار بالبنوة من قبل شخص لمجهول النسب يثبت به نسب المقر له إذا كان يولد مثله لمثله، فمتى توافرت شروط هذا الإقرار فضلا عن بقية الشروط (منها بلوغ المقر وتمييزه ومعلومية المقر به وان يصدق المقر له المقر بإقراره) ثبت النسب بناء على هذا الإقرار بغض النظر عن إن كان صادرا من الرجل أو المرأة إن لم تكن متزوجة، وسواء أكان إقرارا بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة متى توافرت شروطه .

٣_ القاعدة الثالثة: الإقرار حجة قاصرة على المقر. ^(٢)

(١) عن ابن شهاب، عن عبيد الله، عن زيد بن خالد وأبي هريرة (رضي الله عنهما) عن النبي صلى الله عنه انه قال: (الحديث...)، أخرجه الإمام البخاري في كتاب الوكالة، باب الوكالة في الحدود، الحديث رقم (٢٣١٥، ٢٣١٤) يراجع: البخاري، صحيح البخاري، ص ٤٥٨.

(٢) نصت المادة (١٩) من المجلة على هذه القاعدة، يراجع: علي حيدر، مرجع سابق، ص ٣٢. تقابلها ماجاء عن السيوطي من قاعدة: (إقرار الإنسان على نفسه مقبول وعلى غيره غير مقبول الا في صورة: إذا اقر جميع الورثة بوارث، ثبت نسبه ولحق بمن اقرروا عليه) يراجع: السيوطي، مرجع سابق، ص ٤٩٣.

ويقصد بها أن من اقر بشيء يرتب التزاما على شخص آخر فان اثر هذا الإقرار لا يتعدى المقر إلا إذا صادقه من حمل الإقرار عليه وإلا فلا اثر له فلو اقر شخص بان فلان ابن أخيه أو أخيه فلا يسري اثر إقراره لا على أخيه ولا على أبيه إلا إذا صادقه ، أما في المقصود بأنه حجة قاصرة عليه فانه في حال وفاته يرثه الشخص الذي قال المتوفى انه ابن أخيه أو عمه إذا ما توافرت شروط الميراث لان (المقر يعامل بإقراره) ولا يرث هذا المقر له بالنسب حملا على الغير هذا الغير إلا إذا صادق المقر في إقراره. وتنطبق هذه القاعدة على نص المادة (٥١ ف ٢) التي نصت على انه : (إذا كان المقر امرأة متزوجة أو معتدة فلا يثبت نسب الولد من زوجها إلا بتصديقه أو البينة)، ذلك أن هذا الإقرار لا يقتصر أثره عليها بل يتعداه إلى زوجها لأنها تحمل النسب عليه فلا يعتد بإقرارها ما لم يصادقها الزوج عليه وإلا فلها اللجوء إلى البينة لإثبات نسب هذا الولد من زوجها كذلك^(١) تنطبق هذه القاعدة على نص المادة (٥٤): (الإقرار بالنسب في غير البنوة والأبوة والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه) .

(١) تقابل هذه المادة (٣٥١) من الأحكام الشرعية ،يراجع ماجاء فيها :قديري باشا، مرجع سابق، ص ١١٦، وكتأكيد أيضا على أن إقرار المرأة حجة قاصرة عليها إذا لم يصدقها الرجل هو ماجاء في إحدى القرارات الصادرة عن محكمة التمييز وعدم اعتدادها بإقرار الأم وان هذا الولد من زوجها الذي طردها وولده بعد ذلك واستنادا لما جاء في نص المادة (٦٧) من قانون الإثبات العراقي والتي نصت على أن الإقرار حجة قاصرة على المقر وهو ما ورد في القرار ذو الرقم : ٤٩/هيئة موسعة/٨١ والصاـدار في ١٩٨١/٦/٢٧ اللاطلاع على حيثياته ي: فريد فتیان ،شرح قانون الأحوال الشخصية على المذاهب الخمسة، مطبعة الشعب ،بغداد، ١٩٨٢، ص ١٨٥ .

المطلب الثاني

القواعد والضوابط الفقهية التي تحكم المسائل المتعلقة بالرضاع

اقتصر المشرع العراقي في بيان مايتعلق بالرضاع من أحكام على المادتين التاليتين:

المادة(٥٥) التي نصت على أن:(على الأم إرضاع ولدها إلا في الحالات المرضية التي تمنعها من ذلك) والمادة (٥٦) التي نصت على أن:(أجرة رضاع الولد على المكلف بنفقته ويعتبر ذلك في مقابل غذائه) من ملاحظة لما ورد عن المشرع العراقي يمكن بيانه بالاتي:

١_ لم يميز المشرع العراقي بين إن كانت الأم حال قيام الزوجية ملزمة بذلك أم بعد انحلالها، وهو مانستدل منه على انه ساوى بين الحالتين في إلزامها بذلك. كما انه لم يبين ما على الأب اتخاذه من إجراء في حال أن كانت الأم مريضة ولم يتقبل الطفل إلا الحليب الطبيعي.

٢_ لم يحدد المشرع العراقي نوع المرض وحسنا فعل إذ قد يكون المرض نفسيا كما قد يكون عقليا أو عضويا كما يؤثر سلبا على الأم قد يؤثر سلبا على الطفل. كما انه أطلق في النص المكلف بالنفقة الخاصة بالرضاع.

٣_ ويحكم هذا النص الضوابط والقواعد الآتية :

أ_ ضابط: الأم ملزمة بالإرضاع إلا في الحالات المرضية.

يتفق هذا الضابط وفي إطار ما جاء عن المشرع العراقي من نص مع الرأي الفقهي الذي يذهب إلى إلزام الأم بالإرضاع^(١) استدلالا بقوله تعالى: ((وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ)) [سورة البقرة: ٢٣٣]، جاء في تفسير البيضاوي لها بأنها جاءت بصيغة "أمر للمبالغة ومعناه

(١) ذهب إلى هذا الرأي الإمام مالك في رواية عنه وأبو ثور من الشافعية وفي رواية ثانية جاءت عن الإمام مالك تجبر في حالة إن كانت ممن ترضع مثلها في العادة أما إن كانت شريفة ولم يكن ذلك من عادة أمثالها فلا تجبر. راجع: ابن رشد، مرجع سابق، ص ٩١؛ السر طوي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٨٤.

الندب أو الوجوب فيخص بما إذا لم يرتضع الصبي إلا من أمه أو لم يوجد له ظئر أو عجز الوالد عن الاستئجار والوالدات يعم المطلقات وغيرهن وقيل يختص بهن إذ الكلام فيهن "(١).

ب_ ضابط: نفقة الولد على المكلف بنفقته شرعاً. (٢).

أي أن نفقته على من هو مكلف بنفقته شرعاً كالأب والجد في حال عدم وجود الأب وغيره والدليل في:

قول الله تعالى: ((وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارُّ وَالِدَةٌ بَوْلِدَهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بَوْلِدُهُ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ)) [سورة البقرة: ٢٣٣]، فأوجب على الأب نفقة الرضاع ثم عطف الوارث عليه فأوجب على الوارث مثل ما أوجب على الوالد (٣).

ما جاء في السنة النبوية الشريفة كدليل على وجوب النفقة على الأولاد قوله (ﷺ): (خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى وابدأ بمن تعول) (٤).

ما جاء في الفقه ومن ذلك ما جاء عن ابن قدامه في استدلاله بالآيتين أعلاه وان النفقة على الأب وان لم يكن: "الصبي إذا لم يكن له أب أجبر وارثه على نفقته على قدر ميراثهم منه" وهو ما يمثل التفسير للآية أعلاه (٥). أما في القواعد التي تحكم النص السابق:

ج_ القاعدة الأولى: لا ضرر ولا ضرار.

سبق وان بينا المقصود بهذه القاعدة (٦)، وخير تطبيق لها هو ما وجدناه واضحاً في العديد من نصوص القانون ومن ذلك: المادة (٥٥)، إذ ألزمت المادة الأم بإرضاع ولدها ومع هذا فقد استتنت المادة من هذا الإلزام، وللحيلولة دون

(١)يراجع: البيضاوي، مرجع سابق، ج١، ص٥٢٤.

(٢)يراجع: ابن نجيم، مرجع سابق، ج٤، ص١٨٠.

(٣)يراجع: ابن قدامه: المغني، ج٩، ص٢٦٥.

(٤)أخرجه البخاري عن ابن شهاب عن ابن المسيب عن أبي هريرة (رضي الله عنهم جميعاً) في كتاب النفقات، باب وجوب النفقة على الأهل والعيال، الحديث رقم (٥٣٥٦)، يراجع: البخاري، صحيح البخاري، ص١١٢٢.

(٥) راجع: ابن قدامه، المغني، ج٩، ص٢٦٥.

(٦) راجع ص ٢٥ من البحث هامش رقم (٢).

الإضرار بالأم، الحالات المرضية التي تمنعها من ذلك كإصابة المرأة بمرض معدي يمكن أن ينتقل إلى الطفل الرضيع عن طريق الرضاع، أو أن في إرضاعها له أذية لها نتيجة ذلك.. وغيرها من الحالات التي تندرج تحت ما يسمى بالحالات المرضية. ومن ذلك نجد أن ما في هذه المادة خير تطبيق للقاعدة أعلاه وهي أن لا يضر بالأم فكما أن المشرع راعى مصلحة الطفل راعى أيضا مصلحة الأم بإيراد ذلك الاستثناء ومصلحة الأب أيضا.. وهي خير تطبيق لقوله تعالى: ((لَا تُضَارُّ وَالِدَهُ بَوْلِدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بَوْلِدِهِ)) [سورة البقرة: ٢٣٣]، وما جاء في تفسيرها، ومن ذلك تفسير الزهري لها وقوله: (نهى الله تعالى أن تضار والدتها، وذلك أن تقول الوالد: لست مرضعة، وهي أشفق عليه وأرفق به من غيرها، فليس لها أن تأتي بعد أن يعطيها من نفسه ما جعل الله عليه، وليس للمولود له أن يضار بولده والدته فيمنعها أن ترضعه ضررا لها إلى غيرها، فلا جناح عليهما أن يسترضعا لمن طيب نفس الوالد والوالدة...) (١)، وكذا ماجاء في تفسير البيضاوي لها: "وعلى المولود له (أي الذي يولد له يعني الوالد فإن الولد يولد له وينسب إليه وتغيير العبارة للإشارة إلى المعنى المقضى لوجوب الإرضاع ومؤن المرضعة عليه) رزقهن وكسوتهن (أجرة لهن) لا تكلف نفس إلا وسعها (تعليل لإيجاب المؤن والتقبيد بالمعروف ودليل على أنه سبحانه وتعالى لا يكلف العبد بما لا يطيقه وذلك لا يمنع إمكانه) لا تضار والدتها ولا مولود له بولده (تفصيل له وتقرير أي لا يكلف كل واحد منهما الآخر ما ليس في وسعه ولا يضاره بسبب الولد) (٢).

(١) يراجع: العسقلاني، فتح الباري، ج ٩، ص ٦٢٥، وأيضا ماوردنا سابقا من تفسير عن الجصاص، ج ١، ص ٤٠٤. نصت على هذه القاعدة، المادة (٣٢) من مجلة الأحكام العدلية يراجع: علي حيدر، المرجع السابق، ص ٣٨، يراجع: زيدان، المرجع السابق، ص ٨٤، وإيراده استتجار الظئر وانقضاء المدة الخاصة بالإيجار وبقاء الإجارة في حال عدم اخذ الطفل لثدي غيرها وحصولها على الأجرة الإضافية كتطبيق للقاعدة الفقهية: (الاضطرار لا يبطل حق الغير) كأحد القواعد المرتبطة بمسألة الرضاع، كما ورد في المجلة اعتبار استتجار المرضع جائز عملا بالعرف والعادة مع أنها في الأصل إجارة فاسدة لجهل المنفعة. كأحد التطبيقات الواردة عن قاعدة العادة محكمة. يراجع في ذلك، علي حيدر، المرجع السابق، ص ٤١.

(٢) يراجع: البيضاوي، مرجع سابق، ص ٢٢٥.

د_ القاعدة الثانية: الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة أو خاصة.^(١)
ومعناها أن الضرورة هي الحالة الملجئة إلى ما لا بد منه من المحضورات الشرعية أما الحاجة فهي أقل منها وهي الحالة التي تستدعي التيسير أو التسهيل لرفع الضيق الذي يجده المكلف^(٢)، والضرورة هنا متمثلة بحاجة الطفل الرضيع للحليب الذي قد يضطر أهله ولأسباب معينة إلى تأجير مرضعة له ودفع أجرتها استدلالاً بقوله تعالى: ((فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْتُدْنَ عَنْهُمْ إِنْ رَضَعْتَهُمْ لَمَّا رَضَعُوا مِنْهُ وَإِنْ رَضَعْتَهُمْ لَمَّا رَضَعُوا مِنْهُ وَإِنْ رَضَعْتَهُمْ لَمَّا رَضَعُوا مِنْهُ)) [سورة الطلاق: ٦]، وهذا عام للمرضع مستأجرة كانت لإرضاع الطفل أم أما له قد انقطعت زوجيتها مع الأب وهو الواضح من الوارد عن المشرع العراقي في المادة (٥٦) ومافيه من العموم وإشارتها إلى إلزام الأب باجرة رضاع ابنه .

المطلب الثالث

القواعد والضوابط الفقهية التي تحكم المسائل الخاصة بالحضانة.

تعد المسائل المتعلقة بالحضانة من أكثر وأهم المسائل التي نظمها المشرع العراقي في المادة (٥٧) بفقراتها المتعددة، وأعطى القاضي فيها السلطة التقديرية في كل مأمّن شأنه أن يحقق المصلحة للصغير دون أن يغفل مصلحة الأم المرتبطة بها والتي تمثل غالباً بقاء طفلها تحت حضانتها. وعليه يمكن بيان من أهم القواعد والضوابط القواعد التي تحكمها ومنها:

أولاً: ضابط: الأم أحق بالحضانة من غيرها ، وإن تزوجت مالم يضر ذلك بمصلحة المحضون^(٣) .

نستدل على هذا الضابط من الوارد في الفقرة الأولى من المادة (٥٧) التي نصت على أن: (١_ الأم أحق بحضانة الولد وتربيته، حال قيام الزوجية. وبعد

(١) نصت على ذلك المادة (٢٠) من مجلة الأحكام العدلية ،يراجع: علي حيدر ،مرجع

سابق، ص ٣٣ .

(٢) راجع: ابن نجيم ،مرجع سابق، ص ٨٥ .

(٣) ورد في باب الحضانة عن السيوطي الضابط الآتي: (الأم أولى بالحضانة إلا في صور: إذا امتنع الأبوين من كفالته، فإنه يلزم به الأب. أو يريد سفر نفقة، أو تزوجت، وزاد غيره: أو إذا كانت مجنونة، أو لالبن لها، أو امتنعت من إرضاعه، أو عمياء. أو بها برص أو جذام) السيوطي، مرجع سابق، ص ٥١١ .

الفرقة، ما لم يتضرر المحضون من ذلك) والفقرة الثانية: (٢... ولا تسقط حضانة الأم المطلقة بزواجها ..) وهي ما تجد أصلها في:

١_ الوارد في القرآن الكريم المستدل من قوله تعالى: ((وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنَّمَّ الرِّضَاعَةَ)) [سورة البقرة: ٢٣٣]، لم يتحدد إن كان ذلك أثناء الزوجية أم بعدها إذ انه شامل لكليهما^(١).

٢_ ما جاء عن الحسن البصري وعدم إسقاط الحضانة عن الأم بسبب زواجها وان كان من غير ذي رحم محرم من الصغير، وعن ابن القيم في زاد المعاد "أن الزوج إذا رضي بالحضانة واثّر كون الطفل عنده في حجره لم تسقط الحضانة وهو مبني على أصل: أن سقوط الحضانة بالنكاح هو مراعاة لحق الزوج. فإذا اثر الزوج ذلك وطلبه وحرص عليه زالت المفسدة التي لأجلها سقطت الحضانة. والمقتضى قائم فيترتب عليه أثره بوضوح: إن سقوط الحضانة بالنكاح ليس حقا لله، وإنما هو حق للزوج وللطفل وأقاربه. فإذا رضي من له الحق جاز"^(٢)، هو مانجده واضحا في اتجاه المشرع في المادة (٥٧/٨/ب_٣) من قانون الأحوال الشخصية العراقي والنص على أن يتعهد زوج الأم برعاية الصغير وعدم الإضرار به. وهو ما أكده القضاء في العديد من القرارات ومنها القرار الآتي الذي نازع فيه الأب الأم في حضانة الصغيرة بسبب زواجها وحكمت لها المحكمة باستمرار الحضانة: (...لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق لأحكام القانون ذلك لان المحضونة تولد ٢٠٠٨/٢/٦ وهي بسن الرضاعة وان المميز عليها هي الأحق بالحضانة ولو تزوجت بشخص أجنبي عن المحضون مادامت محتقظة بشروط الحضانة وعدم تضرر المحضون وتقديم الزوج تعهدا برعاية المحضونة (٥٧/٨/ب) من قانون الأحوال الشخصية) لذا قرر تصديقه^(٣) مؤكدا على مراعاة القضاء وتقديمه لمصلحة المحضون. وهذا ما يتفق مع الآتي:

(١) يراجع: البيضاوي وتفسيره للآية، مرجع سابق، ص ٥٢٤.

(٢) يراجع: ابن القيم، زاد المعاد، ج ٤، ٢٧٨، ٢٥٥، ٢٧٧ و٢٧٧ عن: الزرقاء، المشروع الموحد، ص ٢٩٦ وما بعدها، وهو ما جاء كدليل اعتد به عند صياغة المادة (١٦٦) من المشروع التي نصت على أن: (إذا تزوجت الحاضنة ومانع ولي الطفل او الحاضنة التالية في بقائها تحت حضانتها، فللقاضي منع الحضانة عن المتزوجة إذا رأى استمرارها منافيا لمصلحة الطفل).

(٣) القرار المرقم ٢١٣٤/شخصية أولى/٢٠٠٩ والصادر عن محكمة التمييز الاتحادية في ٢٠٠٩/٦/١٤. غير منشور.

ثانياً: ضابط: مصلحة الصغير هي الأساس في الأحكام المتعلقة بالحضانة. وهو ما يفرض تطبيق القواعد الآتية:
ثالثاً: قاعدة: الضرر يزال^(١).

يقصد بهذه القاعدة، وجوب إزالة الضرر لأنه ظلم وحرام شرعاً لذا وجب النهي عنه حتى لا يقع ووجب رفعه إذا وقع^(٢) وأصلها:
 ١_ ماجاء في القرآن الكريم: ((لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَالِدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ)) [سورة البقرة: ٢٣٣]، وما جاء في تفسيرها، والوارد في البعض من تفسيراتها ومنه تفسير البيضاوي " وانه يجوز أن يكون بمعنى تضر أي لا يضر الوالدان بالولد فيفرط في تعهده ويقصر فيما ينبغي له وكذا وإضافة الولد إليها تارة وإليه أخرى استعطاف لهما عليه وتنبيه على أنه حقيق بأن يتفقا على استصلاحه والإشفاق فلا ينبغي أن يضر به أو أن يتضارا بسببه "^(٣) " .

٢_ من السنة قوله (ﷺ): (لا ضرر ولا ضرار)^(٤)، ووجدنا أن أعمال هذه القاعدة جاء واضحاً في المادة (٥٧) كما بينا، وما يلاحظ على هذا النص إعطائه الحق للأم في الحضانة وتقديمها على من سواها حال قيام الزوجية وبعدها بشرط أن لا يتضرر المحضون من ذلك وإلا فتسقط عنها الحضانة، وهو ما يفهم من مفهوم المخالفة لهذا النص وبالتالي يعد إسقاط الحضانة عن الأم حال تضرر المحضون هو ما أزيل من ضرر مراعاة لمصلحة المحضون وكذا الفقرة (٦) من المادة ذاتها التي نصت على أن: (للحاضنة التي أنهيت حضانتها بحكم أن تطلب استرداد المحضون ممن حكم له باستلام المحضون منها. إذا ثبت تضرر المحضون خلال مدة وجوده معه)، حيث تتقدم هنا مصلحة المحضون على من سواه ولا يودع إلا في المكان الذي تتحقق فيه مصلحته متمثلة هنا ببقائه مع أمه واستردادها لحضانتها عند

(١) يراجع: ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص ٨٥، وهي مانصت عليها المادة (٢٠) من مجلة الأحكام العدلية.

(٢) يراجع: زيدان، مرجع سابق، ص ٩١.

(٣) " وأصله على القرائتين تضارر بالكسر على البناء لفاعل أو الفتح على البناء للفاعل أو الفتح على البناء للمفعول وعلى الوجه الأول يجوز أن يكون بمعنى تضرر والباء من صلته أي لا يضر الوالدان بالولد فيفرط في تعهده ويقصر فيما ينبغي له (وقرئ) لا تضار (بالسكون مع التشديد على نية الوقف وبه مع التخفيف على أنه من ضارره يضيره وإضافة الولد إليها تارة وإليه أخرى استعطاف لهما عليه وتنبيه على أنه حقيق بأن يتفقا على استصلاحه والإشفاق فلا ينبغي أن يضر به أو .." البيضاوي. مرجع سابق، ص ٢٢٥.

(٤) سبق تخريجه، ص ٢٤ هامش رقم (٢) من هذا البحث.

ثبوت تضرره من الطرف الآخر وهو الضرر الذي نص المشرع على إزالته عند تحقق ثبوته..

ثالثاً: قاعدة: إذا زال المانع عاد الممنوع^(١).

نجد أن خير تطبيق لها هو ما جاء في نص المادة (٥٧/أ) والتي نصت على انه: (إذا فقد أبو الصغير احد شروط الحضانة فيبقى الصغير لدى أمه ما دامت محتقظة بشروط الحضانة، دون أن يكون لأقاربه من النساء أو الرجال حق منازعتها لحين بلوغه سن الرشد)، فالمانع هنا هو الأب الحاضن للصغير والممنوع هو حضانة إلام له بعد بلوغه سن معينة إلا إذا فقد الأب احد الشروط الواجب توافرها فيه كحاضن للصغير عندها تعود الحضانة للإم ما دامت محتقظة بشروط الحضانة فعاد إليها ما كان ممنوعاً عليها. كما في حالة سقوط حق المرأة في الحضانة إذا تزوجت، فان طلقها زوجها طلاقاً بائناً عاد حقها لزوال المانع^(٢).

رابعاً: قاعدة: التصرف على الرعية منوط بالمصلحة.

تعد هذه القاعدة من القواعد الفقهية المهمة التي تحكم القاضي في تصرفاته ولكل من يتولى أمور المسلمين، فكل تصرف على الناس من ولي الأمر ترتبط صحته بما يجب على القاضي أن يراعيه من مصالح الناس وإلا حكم بعدم نفاذه في حقهم^(٣)، واصل هذه القاعدة هو:

١_ ما جاء في القرآن الكريم من قوله تعالى: ((إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤْتُوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا)) ((سورة النساء: ٥٨)).

٢_ ما جاء في قوله (ﷺ): (كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته: الإمام راع وهو مسؤول عن رعيته، ...) (٤).

(١) نصت على هذه القاعدة المادة (٢٤) من المجلة، انظر في بيان معناها: علي حيدر، المرجع السابق، ص ٣٥.

(٢) يراجع: ابن نجيم، البحر الرائق، ج ٤، ص ١٨٤؛ زيدان، مرجع سابق، ص ٨٢.

(٣) يراجع: الندوي، مرجع سابق، ص ٢٨٠؛ زيدان، مرجع سابق، ص ١٢٨.

(٤) أخرجه البخاري عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: سمعت رسول الله (ﷺ) يقول: (كلكم راع و كلكم مسؤول عن رعيته، الإمام راع ومسؤول عن رعيته، والرجل راع في أهله

٣_ ما جاء عن سيدنا عمر بن الخطاب (رض): (إني أنزلت نفسي من مال الله بمنزلة مال اليتيم، إن احتجت أخذت منه، فإن أيسرت رددته، فإن استغنيت استعفتت) (١).

استدلالاتها بما تقدم من قاعدة وما جاء فيها من أصل يمكن القول أنه يعد الأساس المعتمد لإعطاء القاضي السلطة التقديرية لتقدير مصلحة المحضون، وكلها تدور حول وجوب مراعاة ولي الأمر لمصلحة من هو تحت ولايته. إذ يعد تحقيق المصلحة القيد الأساس الذي يجب على ولي الأمر مراعاته، وهو ما نراه واضحا في العديد من الفقرات التي تضمنتها المادة (٥٧) إذ جعل المشرع وكما بينا سابقا مصلحة الصغير هي الأساس في الأحكام المتعلقة بالحضانة وهي ما اعتد به من ضابط في المسائل المتعلقة بالحضانة ودليله - وكما مر - ماجاء في الفقرات (١، ٢، ٤، ٦، ٧)، وأيضا الفقرة (٨/ب/٣، ٢)، إذ تدور كلها حول إعطاء القاضي السلطة التقديرية لتقدير مصلحة المحضون وأين يمكن أن تتحقق وهو ما أكده القضاء في العديد من القرارات: (..إن المحضونة (ل) تولد ١٥/٣/٢٠٠٦ وهي بسن تكون فيه بأمس الحاجة لحاضنتها (الأم) وان ماورد بأقوال البيينة الشخصية - أنها أخلت بشروط الحضانة وغير أهل لها - على فرض صحتها لا يصلح سببا لنزع حضانة الأم والمحضونة بهذا السن. لذا قرر نقضه..) (٢)، من ناحية وما جاء أيضا من توجيه للقضاء فيما ينبغي مراعاته من شروط في حالات معينة كشرط الاستعانة بالرأي الطبي لتقرير مصلحة المحضون من عدمه - كما في نص

وهو مسؤول عن رعيته، والمرأة راعية في بيت زوجها ومسؤولة عن رعيتها، والخادم راع في مال سيده ومسؤول عن رعيته. قال وحسبت أن قد قال: والرجل راع في مال أبيه ومسؤول عن رعيته، وكلكم راع ومسؤول عن رعيته)، كتاب الجمعة، باب الجمعة في القرى والمدن، الحديث رقم (٨٩٣) يراجع: البخاري، صحيح البخاري، ص ١٨٣.

(١) من أصل ذلك كانت صياغة الإمام الشافعي للقاعدة وعلى النحو الآتي: (منزلة الإمام من الرعية منزلة الولي من اليتيم). يراجع: السيوطي، المرجع السابق، ص ١٣٤.

(٢) القرار المرقم ٨٢١/هيئة الأحوال الشخصية الأولى/٢٠٠٩ والصادر عن محكمة التمييز الاتحادية في ٢٤/٢/٢٠٠٩، غير منشور.

الفقرة (٤) من المادة (٥٧) من قانون الأحوال الشخصية^(١) _ لهو الدليل الآخر على أن الغاية الأساسية في كل ذلك هو مصلحة المحضون من الناحية الأخرى .

المبحث الثالث

حجية القواعد والضوابط الفقهية ومدى إعمالها في مسائل الأحوال الشخصية.

يمكن استخلاص مدى هذه الحجية ، من خلال ما تقدم من مباحث في نطاق ما اخترنا البحث فيه من مسائل تمثلت بالحقوق الزوجية والولادة ونتاجها ، ومن تحديد النطاق الذي أعملت فيه بعض الضوابط والقواعد الفقهية في نصوص قانون الأحوال الشخصية العراقي، لبيان مدى حجية هذه القواعد الفقهية والضوابط فقها وقانونا وذلك في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول

مدى حجية القواعد والضوابط الفقهية في الفقه.

أظهرت العديد من الدراسات مدى الاختلاف بين الفقهاء في مدى اعتماد القواعد الفقهية (بصورة عامة) والضوابط، للحكم بها كدليل شرعي يمكن الاستناد إليه في الاستنباط والاعتماد عليه لفض المنازعات وذلك على عدة آراء: _
الرأي الأول: يذهب أنصار هذا الرأي _ ابن نجيم وابن دقيق العيد الشافعي وغيرهم _ إلى عدم جواز الاحتجاج بالقواعد الفقهية الكلية والضوابط الفقهية، وحجتهم كثرة هذه القواعد وكثرة مستثنياتها، وعدم استناد غالبيتها للنصوص الشرعية، واستناد بعضها للاجتهاد واحتماله للخطأ، فهي لا ترقى وحسب وجهة

(١) نصت الفقرة (٤) من المادة (٥٧) على أن: (للأب النظر في شؤون المحضون وتربيته وتعليمه، حتى يتم العاشرة من العمر. وللمحكمة أن تأذن بتمديد حضانة الصغير، حتى إكماله الخامسة عشرة، إذا ثبت لها بعد الرجوع إلى اللجان المختصة الطبية منها والشعبية، أن مصلحة الصغير تقضي بذلك، على أن لا يبيت الا عند حاضنته).

نظرهم إلى مستوى الدليل الشرعي المستقل والمعتبر، الذي يمكن للقاضي من الاستناد إليها فقط دون التعويل على نصوص القانون خاصة كانت أم عامة للحادثة المقضي فيها، فهي لا تعدو عندهم شواهد استئناس لامعالم للاستدلال وبناء الأحكام على وفق مضامينها^(١)، اومع ماذهب إليه بعض المعاصرين ممن أدرجوا ابن نجيم ضمن من ذهب إلى عدم جواز الاحتجاج بها كدليل^(٢)، وجدناه خاص بالضابط الفقهي للقاعدة الفقهية وهو مانستخلصه من الوارد عن ابن نجيم، إذ بين القواعد الفقهية ثم المتفرع عنها والفوائد المستقاة منها، وهي وحسب وجهة نظرنا خاصة بالضوابط الفقهية لا القواعد ونستدل على ذلك من مفهوم المخالفة للوارد عن ابن نجيم وهو: (انه لا يجوز الفتوى بما تقتضيه الضوابط، لأنها ليست كلية، بل أغلبية خصوصا وهي لم تثبت من الإمام بل استخرجها المشايخ من كلامه)^(٣) خاصة وانه وكما ذكرنا سابقا ممن ميزوا بين القاعدة الفقهية والضابط الفقهي.

الرأي الثاني: إن الأصل عند أنصار هذا الرأي هو جواز الاستدلال بالقواعد الفقهية الكلية إذا لم يعارضها أصل مقطوع به من كتاب أو سنة أو إجماع ويؤيدون رأيهم بالعديد من الحجج منها أن القواعد الفقهية كلية ولا يؤثر في صفتها هذه وجود الاستثناءات، بل على العكس من ذلك، فان مجموع هذه الأدلة الجزئية هي

(١) هذا ما جاء عن ابن نجيم وابن دقيق العيد الشافعي وغيرهم ، وللتفصيل حول ما استندوا عليه من أدلة يراجع في ذلك: شبير، مرجع سابق، ص ٨٤، وانظر أيضا وليبيان ماورد عن هؤلاء الفقهاء من عبارات دالة على اتجاههم هذا: عبد الرحمن إبراهيم الكيلاني، بحث بعنوان (حجية القاعدة الفقهية) ، منشور في مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد الرابع عشر، العدد الأول، ١٩٩٩، ص ٨٣ وما بعدها. هذا ما صدر عن بعض الفقهاء المسلمين من رأي اتفق فيه وإياهم كلا من واضعوا مجلة الأحكام العدلية والدكتور مصطفى الزرقا في القواعد الفقهية عامة ، للاطلاع راجع ما جاء عن: الزرقا، المدخل الفقهي، ج ٢، ص ٩٤٨، ١٩٩٩.

(٢) يراجع: شبير، مرجع سابق، هامش رقم (٣) من ص ٨٤.

(٣) من ذلك ما جاء عن ابن نجيم في الفوائد الزينية كما نقله الحموي في غمز عيون البصائر، ج ١، ص ٣٧ وورد عن شبير في هامش رقم (٣) من صفحة ٨٤.

التي تعطي للقاعدة حجيتها وصلاحتها^(١). ومن ذلك يبدو أن ما يعتدون به من اتجاه هو الاعتداد بالقواعد الفقهية الكلية بغض النظر عن أصل هذه القواعد فالمهم هو عدم مخالفتها للكتاب أو السنة أو إجماع الفقهاء .

الرأي الثالث: ذهب أنصار هذا الرأي إلى إمكانية الاعتداد بالقواعد الفقهية متى كان الأصل المستمدة منه هو الكتاب والسنة، وهو اتجاه العديد من الباحثين (المعاصرين)، في القواعد الفقهية الذين أضافوا إلى جانب الكتاب والسنة الإجماع أيضا^(٢)، وهو لمستشف أيضا من الإشارات التي ذهبت إليها لجنة إعداد مجلة الأحكام العدلية وانه لا يستند إلى القاعدة الفقهية إلا إذا كانت مستمدة من القرآن والسنة وهو المفهوم من قولهم الوارد في المجلة وتقسيمها: "بأن المقالة الثانية من المقدمة هي عبارة عن القواعد التي جمعها ابن نجيم ومن سلك مسلكه من الفقهاء رحمهم الله تعالى . فحكام الشرع ما لم يقفوا على نقل صريح لا يحكمون بمجرد الاستناد إلى واحدة من هذه القواعد ، إلا أن لها فائدة كلية في ضبط المسائل فمن اطلع عليها من المطالعين يضبطون المسائل بأدلتها وسائر المأمورين يرجعون إليها في كل خصوص وبهذه القواعد يمكن للإنسان تطبيق معاملاته على الشرع الشريف أو في الأقل التقريب ، وبناء على ذلك لم نكتب هذه القواعد وحكام الشرع ما لم يقفوا على نقل صريح لا يحكمون بمجرد الاستناد إلى واحدة من هذه القواعد"^(٣) فهم لا ينكرون حجية هذه القواعد ولا مكانتها الفقهية عند الفقهاء تبعاً لقوة المصدر المستقاة منه كشرط للحكم بحجيتها وبالتالي الاعتداد بها ، والدليل ماورد

(١) هذا رأي الغزالي الشافعي والسيوطي من الشافعية، القرافي، الشاطبي من المالكية. يراجع: السيوطي، مرجع سابق، ص ٦ وتفصيل ماورد عن القرافي والشاطبي يراجع: الكيلاني، مرجع سابق، ص ٨٦.

(٢) من هؤلاء وعلى سبيل المثال: الندوي الذي ذهب إلى حجية القاعدة في إلزام القاضي للحكم بها متى كانت معبرة عن حديث نبوي أو دليل أصولي والافلا حجية لها ولا إلزام، المرجع السابق، ص ٢٩٥. وكذا هو اتجاه محمد سعيد المحاسني شارح مجلة الأحكام العدلية، ويعقوب الباحثين مؤلف كتاب القواعد الفقهية انظر في الإشارة إلى اتجاههم: الكيلاني، المرجع السابق، ص ٨٦، ٨٥؛ شبير، مرجع سابق، ص ٨٦.

(٣) يراجع: علي حيدر، مرجع سابق، ص ١٠؛ شبير، المرجع السابق، ص ٨٥، وبيان ذلك راجعه أيضا عند: الكيلاني، المرجع السابق، ص ٨٦.

عنهم في مقدمة المجلة: (..ثم أن بعض هذه القواعد وان كان بحيث إذا انفرد يوجد من مشتملاته بعض المستثنيات لكن لا تختل كليتها وعمومها من حيث المجموع لما أن بعضها يخصص ويقيد بعضاً) (١)، إلا أنه وعلى الرغم من ذلك اعتبروا ما أوردوه في المجلة من قواعد مجرد أدلة للاستئناس بها، مع إشارتهم لمكانة هذه القواعد لدى الفقهاء المسلمون الذين اعتدوا بها في مؤلفاتهم الفقهية، وما نعتبره الدليل على حجية هذه القواعد في الفقه_ وهو ما يندرج ضمن ما نبهت عليه في المطلب الأول من هذا المبحث_ يؤكد ما وجدناه من قواعد فقهية في العديد من المؤلفات الفقهية الخاصة بإطار ما نبهت عليه من مسائل خاصة بالأحوال الشخصية سواء أكان القرآن الكريم بمعناه في المسألة المستقاة هو الأصل المقابل لها، كقاعدة: (العادة محكمة)، أم السنة النبوية الشريفة بالمعنى تارة أم باللفظ تارة أخرى كقاعدة (لا ضرر ولا ضرار) و(الولد للفراش وللعاهر الحجر)، أم ما استنبطه الفقهاء المسلمون من قواعد من الوارد في القرآن والسنة وصاغوه كقواعد أو ضوابط وفق ما وضعناه من خلال هذا البحث في المباحث السابقة ليعد ما أوردناه أعلاه مع ما أوردناه سابقاً خير دليل على سعة نطاق أعمال هذه القواعد الفقهية والضوابط سواء ما كان منها خاصاً بمسائل الأحوال الشخصية دون غيرها كضابط (الأم أولى بالحضانة)، أم عاماً شاملاً لهذه المسائل وسواها كقاعدة (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً) وقاعدة (لا ضرر ولا ضرار) وغيرها من القواعد. وان كان ماتم التطرق إليه ووفق ما جاء عن الفقهاء والمعاصرين من آراء خاص بالقواعد الفقهية دون تخصيص أو تمييز بينهم وبين الضوابط الفقهية_ وهو ما يبدو سببه في أن غالبهم لم يتطرقوا إلى هذا التمييز_ التي نجد سعة نطاق أعمالها في المسائل التي تطرقنا إليها وان كان تطرقنا مقتصرًا على البعض منها وفق ما تيسر لنا، وهي وفي نطاق ما عرضناه من مسائل يمكن أن تتناول أدق ما تتناوله المسألة من أحكام أقرب منها للنص القانوني من القاعدة التي تمثل العموم لكل ما يتعلق بالمسألة ذاتها وغيرها من المسائل، فقاعدة (لا ضرر ولا ضرار)، وأسعة النطاق شاملة المعنى لعدم إلزام الأم مثلاً بالرضاع في حال مرضها من ناحية،_ وهو ما يستخلص منه ضابط الأم ملزمة بالرضاع إلا في الحالات المرضية_، وعدم نزع الولد منها لترضعه أخرى، وهي قادرة على ذلك من الناحية الأخرى، فكل من القاعدة وشمولها والضابط وخصوصيته نجد أن له حجية في هذه المسائل فرضتها طبيعة هذه المسائل التي يحكم أغلبها العرف وفق ما تناولناه، وكذلك الفقه بما استدل عليه في الوارد من القرآن والسنة وهي أصل هذه المسائل في الغالب ولهذه الضوابط

(١) يراجع: علي حيدر، مرجع سابق، ص ١٥.

مما يتطلب منا التوفيق بين الرأي الثاني والثالث لنخرج بنتيجة تتمثل بإمكانية الاعتداد بالقواعد والضوابط الفقهية في استنباط الأحكام للمسائل التي لم يرد بشأنها نص في القانون من ناحية، ولتعديل ما يحتاج إلى ذلك من الناحية الأخرى، متى كان مصدرها الكتاب والسنة والإجماع، ومتى جاءت غير مخالفة لهما. وهي ماتمثل نطاق اغلب المسائل الواردة في هذا القانون التي يعد القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة واتفاق الفقهاء المبني أساسا إما على الكتاب والسنة، أو السنة واجتهاد الفقهاء (الذي صادف القبول بالإجماع أو اتفاق الغالبية)، بل وقول الصحابي الذي صادف قبول الفقهاء وإعمالا لقوله في الاجتهاد والاستدلال دون إغفال لما للعرف وطبيعة المكان والزمان من دور في الاعتداد به في بناء وصياغة العديد من الاجتهادات، الأصل والمصدر لها.

المطلب الثاني

مدى حجية القواعد والضوابط الفقهية في قانون الأحوال الشخصية

العراقي

نستطيع استخلاص مدى هذه الحجية من نطاق الأعمال من ناحية، وهو واسع جدا بين قاعدة وأخرى ومسألة وأخرى، خاصة في المسائل التي خضعت للقواعد الفقهية الكبرى، وأيضا من حجية الدليل الذي اعتمده القاعدة الفقهية والضابط الفقهي، سواء أكان ذلك من الوارد في القرآن الكريم أم السنة النبوية الشريفة.. وغيرها من الأدلة التي يمكن اعتبارها الدليل على ما يمكن أن تتمتع به هذه القواعد والضوابط من حجية أو ما يراد أن يضاف لها في ذلك من الناحية الأخرى، وهو ما سنوضحه في الآتي:

أولا: في نص القانون وشرحه .

على الرغم من عدم وجود الإشارات المباشرة للاعتداد بالقواعد والضوابط الفقهية في نصوص قانون الأحوال الشخصية، إلا أنه ومن خلال ماتم الاطلاع عليه فيه ، وعلى ماورد في الأسباب الموجبة لهذا القانون مايمكن اعتباره الدليل على إمكانية أعمال هذه القواعد والضوابط من ناحية، وإمكانية إضفاء الحجية على ماتتضمنه من الناحية الأخرى ودليله في الآتي:

١_ ما جاء عن المشرع العراقي في الفقرة (٢) من المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية، وإحالة القاضي في حال عدم وجود النص التشريعي الذي يمكن تطبيقه الى الحكم بمبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون، هو ما يعد السبب الموجب للبحث في نطاقها واعتماد أعمالها، وما يدل على ما يمكن أن تتمتع به من حجية_ والسبب للدعوى إلى أهمية إبراز مكانتها في هذا القانون وبيان ذلك_ وان كانت الإشارة إلى ذلك غير مباشرة وأيضا وفي تأكيد ما تقدم ما جاء في الفقرة (٥) من الأسباب الموجبة لقانون الأحوال الشخصية العراقي والتي تعطي القاضي السلطة التقديرية لبناء أحكامه بالرجوع إلى الفقه واعتماد ما يتفق مع نصوص هذا القانون في المسائل التي ترك له المشرع الحكم في تفصيلاتها وأعطاه الحق في الرجوع وبناء على هذه السلطة إلى الأحكام الشرعية الواردة في المصادر الفقهية والتي لا تخلو وكما بينا في مواضع عدة من احتوائها على غالبية ما جاء في الفقه من قواعد تتفق وما أوردناه من مسائل بوصفه احد أهم مصادرهما،^(١) ومن ذلك نجد أن سلطة القاضي التقديرية يمكن أن يكون لها الأثر في الحكم باعتماد القواعد الفقهية لإكمال النقص لبعض المسائل أو تعديل النصوص التي تحتاج إلى تعديل.

٢_ الإشارة إلى بعض هذه القواعد والضوابط في المؤلفات الخاصة بشرح قانون الأحوال الشخصية العراقي وما يتعلق به من أحكام بصورة عامة والواردة عن شراح هذا القانون، وبما يعد الدليل على ما يمكن أن تتمتع به من مكانة وما يمكن أن يضاف عليها من حجية في هذا القانون، ومن ذلك وعلى سبيل المثال: ما جاء عن فاروق عبد الله في المسألة الخاصة بتعجيل المهر وتأجيله وان المعول عليه هو عرف البلد الذي تم فيه العقد لان: (المعروف عرفا كالمشروط شرطا)، وكذا

(١) نصت الفقرة (٥) على انه: لقد اجتهدت اللجنة في أن تجمع في هذه اللائحة أهم المبادئ العامة لأحكام الأحوال الشخصية تاركة للقاضي الرجوع إلى المطولات لأخذ الأحكام الفرعية من النصوص الأكثر ملائمة لإحكام هذا القانون اذ وجدت اللجنة انه من المتعذر وضع قانون يجمع كافة المسائل الكلية =والجزئية. ينظر أيضا في الأسباب الموجبة لما طرأ عليه من تعديلات كقانون التعديل الثاني رقم ٢١ لسنة ١٩٧٨، وغيرها من التعديلات التي لا تكون الغاية منها إلا التعديل والإضافة بما يتفق ومبادئ الشريعة الإسلامية على اختلاف مذاهبها ومع نصوص قانون الأحوال الشخصية العراقي..يراجع: فريد فتیان، المرجع السابق، ص ٢٨٠.

إشارته في النفقة إلى وجوب النفقة للزوجة المحبوسة لحق الزوج إعمالاً للقاعدة الفقهية: (من حبس لحق غيره فنفته واجبة عليه)، والنص على قاعدة (الناذر كالمعدوم حكماً) وذلك في حال امتناع الأم عن حضانة الصغير... وغيرها من القواعد والضوابط^(١)، وكذا ماجاء عن حمد الكبيسي والإشارة إلى أهمية الاعتداد بالقواعد الفقهية فيما لا نص فيه ومن ذلك قاعدة: (لا ضرر ولا ضرار) وقاعدة: (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً) وإيرادها كأصل للحكم بتأجيل المهر وتعجيله وما جاء بخصوص النسب وإعمال القاعدة الفقهية: (الولد للفراش وللعاهر الحجر) و(الإقرار حجة قاصرة على المقر) وغيرها^(٢).

٣_ النصوص القانونية بحد ذاتها نجد أنها تمثل ضوابط فقهية بما فيها من نص وقد وضحتنا ذلك في مواضع عديدة من خلال استنباطنا لبعض الضوابط وفق الوارد عن النص من مضمون وبما يتفق معه، وبالتالي فالاعتداد بالضوابط الفقهية ووفق ما يتفق مع الأقرب للقانون من رأي في كل مالم ينص عليه المشرع من أحكام إنما يتفق مع ما أعطاه المشرع للقاضي من سلطة تقديرية، ولكل باحث في مسائل الأحوال الشخصية يرمي إلى إكمال ما اعترى هذا القانون من نقص.

٤_ كما وجدنا الإشارة إليها في المشروع الموحد وشرح الأحكام الشرعية وهي مصادر يعتد الباحثون في نطاق مسائل الأحوال الشخصية بالأخذ بها كراي مقنن عن المذهب الحنفي بالنسبة للأحكام الشرعية وبقية المذاهب في المشروع الموحد.

٥_ من رجوع لنص المادة (١ / ٣) من قانون الأحوال الشخصية العراقي، وما فيها من إحالة للاسترشاد بالأحكام التي أقرها القضاء في بقية الدول الإسلامية واعتداد بعض تشريعات هذه الدول بالقواعد والضوابط الفقهية سواء في الأعمال أو في

(١)يراجع: فاروق عبد الله، مرجع سابق، ص ١٢٧، ٢٦٢، ١٤٠، وأيضاً: ص ٢٥٢، والخاصة بقاعدة الإقرار حجة قاصرة.

(٢) يراجع: حمد الكبيسي، أحمد علي الخطيب، محمد عباس السامرائي، شرح قانون الأحوال الشخصية، القسم الأول، الزواج والطلاق، ط ١، مطابع مؤسسة دار الكتاب للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٨٠، ص ٢٧، ١٠٣، ٢٠٠، ٢٠٦.

تسبب القرارات الصادرة عن محاكمها ، يمكن أن يعد السبب للقول بالاعتداد بالقواعد والضوابط الفقهية وإضفاء الحجية على أعمالها^(١) .
هذا في بيان نطاق النص الصريح على الاعتراف بالقواعد الفقهية ، أما في بيان نطاق إشارة شراح القانون فهو واسع جدا كيف لا والفقه الإسلامي الذي يعد المصدر الأساس لقانون الأحوال الشخصية يعد في الوقت ذاته احد مصادر وأصول العديد من هذه القواعد والضوابط.

ثانياً: في اتجاه القضاء وتطبيقاته .

وجدنا في حدود ما اطلعنا عليه من مبادئ وقرارات قضائية خاصة بما نبخته من مسائل اعتداد القضاء بها وان كان ذلك قليلا من خلال الآتي:
١_ وجود البعض من الإشارات الدالة على اعتداد القضاء بالقواعد الفقهية سواء ماكانت الإشارة بالاعتماد عليها صريحة ومباشرة بلغت حد ترجيحها حتى على ما أثبتته العلم من دليل مغاير كفحص الأنسجة حيث رجح القاعدة الفقهية وفق التسمية الغالبة عليها (الضابط الفقهي) التي أصلها ما ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم

(١)منها ما جاء عن القضاء الشرعي الأردني واتجاهه في الاعتراف بالأحكام الشرعية على مذهب الإمام أبو حنيفة وتسبب قراراته باعتمادها واعتماد مواد المجلة لعلي حيدر والتي تمثل نصوص موادها (اغلب موادها) ، أهم القواعد الفقهية ومن ذلك وعلى سبيل المثال :ما يتعلق بالمهر ومسائله لهو خير دليل على الاعتراف بهذه القواعد وأهمية هذا الاعتراف.راجع: احمد محمد علي ،القرارات الإستثنائية في الأحوال الشخصية ، ج٢ ، ط١، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان ،الأردن ،١٩٩٩، ص٩٤٦،٩٤٣،٩٣٨. وكذا حال القانون السوري وما ورد في المذكرة الإيضاحية وعلى سبيل المثال :

١_ ما جاء واعتبار الأحكام الشرعية مصدر من مصادر مشروع قانون الأحوال السوري .
٢_ ما جاء من تعديلات للعديد من المسائل ومنها ما يتعلق بالزواج ونخص منها شروطه واعتداده بقاعدة الشروط العقدية .

٣_ في منع زواج غير القادر ماليا من ثانية بناء على قاعدة سد الذرائع مع الحكم بصحته إن وقع حفظا للنتائج في الأنساب وغيرها،يراجع: ممدوح عطري،قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم (٥٩) لسنة ١٩٥٣ومذكرته الإيضاحية المعدل بالقانون رقم(٣٤) لسنة ١٩٧٥،مؤسسة النوري للطباعة والنشر،دمشق،٢٠٠٥، ص ٧.

(الولد للفراش وللعاهر الحجر)^(١) وهو ما يعد دليل على الاعتداد بها ، أم ماجاء من تعليق لبعض الشراح على البعض من القرارات ومن ذلك ماجاء عن الكرباسي وتعليقه على موقف القضاء العراقي الخاص بأحد القرارات المتعلقة بتقدير مهر المثل للمرأة التي لم يقدر لها مهر بسبب كونها كتابية متزوجة من كتابي اسلم لاحقا وعليه فان مايسري عليه هو قانون الأحوال الشخصية إذ المطلق يجري على إطلاقه وذكر أن القاعدة هي ما اعتمدها القضاء العراقي لتطبيق النص الخاص بالمادة (١/١٩) من قانون الأحوال الشخصية على هذه الدعوى^(٢) وهو ما يعد الدليل على الاعتداد بها . وأيضا ماجاء من ضابط فيما سبق وأوردناه من قرار صادر عن محكمة التمييز (..وحيث أن نفقة كل إنسان في ماله إلا الزوجة فنفتها على زوجها (المادة/٥٨) من قانون الأحوال الشخصية وتشمل النفقة أجرة التطيب بالقدر المعروف المادة(٣/٢٤)...) ^(٣) يعد الدليل الأخر على الاعتداد بالضوابط والقواعد الفقهية مما يدفع بالقول إلى دعوة المشرع بإكمال النقص بها وللقاضي بالاعتماد عليها فيما لانص فيه .

٢ _ إعطاء القاضي السلطة التقديرية من قبل المشرع وفي العديد من المسائل تعد السبيل أيضا لإمكانية الاعتداد بالقواعد والضوابط الفقهية التي تتفق مع موضوع تلك المسألة خاصة إذا ما كان أصل هذه القواعد والضوابط من الكتاب أو السنة أو الإجماع . و إلزام المشرع العراقي في المادة (٢/١) القاضي بالحكم وإصدار القرارات في المسائل التي لم يورد نصا لمعالجتها ووفق ما يتفق ومقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون ،وهي ماتدل الدلالة الواضحة على إمكانية الاستعانة بالقواعد الفقهية بل والنص على اعتمادها وماله من دور في إعطائها الحجية اللازمة لاعتماد تبني أعمالها هو ما جاء في المادة (٣ /١) والتي ذكرنا ما يتعلق بها أعلاه وما لذلك من دور في

(١) راجع للاطلاع على هذا القرار والتعليق عليه: ناديا خير الدين عزيزا السيد حاتم ، طرق الإثبات في دعوى الأحوال الشخصية المتعلقة بالمسائل غير المالية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه ،كلية القانون ،جامعة الموصل ،٢٠٠٢، ص٢٣٧.

(٢) راجع للاطلاع على ذلك :علي محمد الكرباسي، شرح قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ السنة ١٩٥٩ المعدل ،دار الحرية للطباعة ،بغداد، ١٩٨٩، ص ٣٦، ٣٥.

(٣) القرار ذو الرقم ٤٤٤٠/ش/٢٠٠٢ في ٢٠٠٤/٨/١٨ للاطلاع عليه انظر: مجلة الرافدين مجلد ٢، السنة العاشرة، عدد، ٢٥، ايلول ٢٠٠٥ ص ٣٤٢ ومابعدها، وقد سبقت الإشارة إليه في ص ٢٣ هامش رقم (٢) من هذا البحث.

تدعيم الدعوى إلى الإشارة في القرارات القضائية إلى الاعتداد بهذه القواعد كمبادئ قضائية على غرار التنظيم لبيان القرارات القضائية الصادرة في المحاكم الشرعية لمصر وسوريا والأردن .

من ذلك نستخلص إحاطة هذه القواعد والضوابط خاصة، بهذا القانون وتضمنه لها بمضمون نصوصه وإشارات شراحه واعتداد قضائه بها في قراراته، وإن كان ذلك بالنص الصريح في البعض من القرارات تارة أم بالإشارات كشرح لما يقابل النص من مضمون تمثله هذه القواعد والضوابط ورد عن شراح قانون الأحوال الشخصية تارة أخرى.

الخاتمة

يمكن إجمال أهم ما استنتجناه من هذا البحث ،مع أهم مانود طرحه من توصيات بالاتي: **النتائج:**

١_ من استقراء لما يتعلق بهذه المواد من أحكام وجدنا أنها تخضع في غالبيتها للعديد من القواعد الفقهية كقاعدة: (لا ضرر ولا ضرار) و(العادة محكمة) ،وما يتفرع عنها من قواعد كقاعدة: (المعروف عرفا كالمشروط شرطا) و(تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت) ،و(استعمال الناس حجة يجب العمل بها) وغيرها من القواعد التي تستند إلى القاعدة الأساس (العادة محكمة) ، أي العرف بنوعيه اللفظي والعملي، والتي وجدنا الإشارة إلى الاعتداد بهم في المضمون الوارد بنصوص المواد المتقدمة واضحا كدليل لما تقدم من قول ،وتطبيق لما تقدم من قاعدة تعبر عن مكانه العرف في الشريعة والقانون وحجيته في الأعمال ، وأهمية هذه القواعد كأوسع قاعدتين يمكن أن تندرج تحتها العديد من نصوص قانون الأحوال الشخصية وبما يتفق وأهمية مراعاة العرف وتغيره من مكان لآخر ومن زمان لآخر وكيف لا وقد وجد أساس الركون إليه في نصوص القران الكريم والسنة النبوية الشريفة ، فضلا عن ما جاء عن فقهاءنا من ناحية ومراعاة أن لا يتضرر الغير من الناحية الأخرى. وقد بينا ابرز ما يتعلق بهما من تطبيقات ضمن ما تقدم من قواعد وفي نطاق نصوص قانون الأحوال الشخصية الخاصة بالمهر والنفقة ،وهو ما يؤكد سعة نطاق أعمال القواعد والضوابط في هذا القانون من خلال ما يمكن استخلاصه من الوارد عن شراحه من ناحية ومن الرجوع لأصل نصوصه وما يقابلها من قواعد وضوابط من الناحية الأخرى.

٢_ إن حجية هذه القواعد تختلف منها ما أصله دليل من كتاب كقاعدة (العادة محكمة) ومنها ما أصله من سنة (لا ضرر ولا ضرار)، ومنها ما أصله ما ورد عن الفقهاء أي بعبارتهم التي استندوا في صياغتها إلى ما ورد في الكتاب أو السنة من مضمون أو ما جاء عن صحابة رسول الله (ﷺ)، وهذا هو الغالب ومن رجوع لحجية كل ذلك نجد انه يمكن الاستناد إليها في كل مسألة لم يتناول المشرع العراقي النص عليها، أو تعديل ما يحتاج إلى ذلك من بعض النصوص، هذا من ناحية ومن الناحية الأخرى وجدنا سعة نطاق أعمال القواعد الفقهية في هذا القانون ومدى حجيتها التي تبررا لاعتداد بها والدعوى إلى تضمين قرارات القضاء لها . ٣_ غالبية ما بيناه من قواعد أصلها الكتاب والسنة أو اجتهاد الفقهاء المعتمد بالكتاب والسنة وهي في الوقت ذاته المصادر الأساسية لما يقوم عليه هذا القانون في حين أن غالبية الضوابط الفقهية مستمدة من الموقف الفقهي للمذاهب الفقهية في المسألة المعروضة، وهي كما أنها قد تكون متفقة بين بعض المذاهب يمكن أن تختلف في آخر ومن ذلك: ضابط الأم أولى بحضانة ولدها ما لم تتزوج فهو ومع انه ضابط يتفق مع الرأي الراجح للمذاهب الفقهية وأصله الوارد في السنة، إلا أن هناك من لم يعتمده مما كان الدافع لنا لإدراجه كضابط يتفق مع رأي بعض الفقهاء ورأي المشرع العراقي الذي اخذ به.

٤_ الاعتداد بالعديد من القواعد والضوابط الفقهية كمضمون والدليل هو ما أوردناه ضمن المباحث السابقة من خلال بياننا لما يقابل هذه النصوص من قواعد وضوابط تعد في الحقيقة أصلا لها وان كانت الضوابط الفقهية وكما ذكرنا سابقا أقرب في صياغتها للنص من القاعدة له. وهو ما يعد الدليل على سعة نطاق أعمال هذه القواعد والضوابط وأهميتها التي تعطيها الحجية في

الإعمال. مع ملاحظة ما يتمتع به الضابط من خصوصية تميزه عن القاعدة في معالجة ذات المسألة. أما في التوصيات فنورد الآتي:

١_ دعوة القضاة إلى الاهتمام بإبراز دور القواعد الفقهية وكذا الضوابط، من خلال تضمين القرارات القضائية وعند تسببها الاستدلال بهذه القواعد أسوة ببقية المحاكم في بقية الدول العربية. وكذا في إكمال النقص وخاصة بالنسبة للمسائل التي ترك المشرع حل المسألة لسلطة القاضي وتقديره فيها وأيضا لما لم يعالجه المشرع من مسائل.

٢_ دعوة المشرع العراقي إلى النص على اعتبار القواعد والضوابط الفقهية خاصة لكونها الأقرب (أي الضوابط) في الصياغة للنص القانوني ولمعالجة المسألة المعروضة من المصادر التي ينبغي الرجوع إليها في كل مسألة لم يعالجها المشرع العراقي بالنص إن وجد في القاعدة الفقهية أو الضابط الفقهي ما يمثل الحل الأفضل للمسألة المعروضة ومتى توافرت فيها شروط إعمال القاعدة الفقهية في هذه المسائل من كونها من القواعد التي تجد في القرآن أو السنة أو آراء الفقهاء التي صادفت الاتفاق عليها وما تواتر اعتماده من قبل الفقهاء الأصل لها، دون إغفال لوجوب موافقتها للشريعة من ناحية ولطبيعة المسألة المعروضة وظروف مكانها وزمانها بالعمل على تحقيق التوافق بين ذلك خاصة بالنسبة للمسائل المسكوت عن معالجة أحكامها أو اغلب ما يتعلق بها من أحكام من خلال الاعتداد بما يتفق مع هذه المسائل من قواعد وضوابط. التي تنظم المتعلق بالرجوع للعرف من مسائل لاتفاقه مع طبيعة اغلب ماوردناه منها تجد في الرجوع للعرف للحل الأمثل له.

المصادر

أولاً: معاجم اللغة العربية

١. لويس معلوف اليسوعي، المنجد في اللغة والأدب والعلوم، ط١٩، المطبعة الكاثوليكية ،بيروت، طبعة جديدة، ١٩٦٦.
٢. محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح (تحقيق : محمود خاطر)، ط جديدة، مكتبة لبنان ناشرون - بيروت، ١٤١٥ - ١٩٩٥.
٣. علي بن محمد بن علي الجرجاني، التعريفات ، ط١، دار المعرفة ،بيروت، لبنان، ٢٠٠٧.

ثانياً: كتب التفسير

١. أبي عبد الله محمد بن احمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن ، ج٨، ط٣، دار الكاتب العربي للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٦٧.
٢. أبو بكر احمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن، ج١، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، طبعة مصورة عن الطبعة الأولى، طبع بمطابع الأوقاف الإسلامية، ١٣٣٥هـ جري .
٣. عبد الله بن محمد بن علي البيضاوي، أنوار التنزيل وأسرار التأويل (تفسير البيضاوي)، ج٣، دار الفكر ، بيروت .

ثالثاً: كتب الحديث :

١. احمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي، سنن النسائي الكبرى، ج٣، (تحقيق: د. عبد الغفار سليمان البنداري، سيد كسروي حسن)، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١١ - ١٩٩١.
 ٢. الإمام الحافظ احمد بن علي حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ط٣، طبعة جديدة ومنقحة ومقابلة لطبعة بولاق، مكتبة دار الفيحاء للطباعة والنشر والتوزيع، ٢٠٠٠.
 ٣. الإمام عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، تحقيق وتخريج (احمد زهوة، احمد عناية)، طبعة جديدة مقابلة ومخرجة على كتب السنة الستة، ط١، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ٢٠٠٤.
 ٤. مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، ج٢، تحقيق: (محمد فؤاد عبد الباقي) دار إحياء التراث العربي - بيروت.
 ٥. الحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، المجلد الأول، ج١، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.
 ٦. علي بن عمر أبو الحسن الدار قطني البغدادي، سنن الدار قطني (تحقيق: السيد عبد الله هاشم يماني المدني)، ج٣، دار المعرفة - بيروت، ١٣٨٦ - ١٩٦٦.
- رابعاً: المؤلفات الخاصة بالقواعد الفقهية .
١. جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي وشركاه.
 ٢. زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، مؤسسة الحلبي وشركاه، القاهرة، ١٩٦٨.

٣. سليم رستم باز، شرح المجلة، ط٣، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ١٣٠٥.
٤. أبي الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي، القواعد في الفقه الإسلامي، راجعه وقدم له وعلق عليه (طه عبد الروؤف سعد) ط١، مكتبة الكليات الأزهرية، ١٩٧٢.
٥. عماد علي جمعة، القواعد الفقهية الميسرة ، ط١، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٦.
٦. علي احمد الندوي، القواعد الفقهية (قدم لها العلامة الجليل مصطفى الزرقا) ، ط١، دار القلم، دمشق، ١٩٨٦.
٧. علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب المحامي فهمي الحسيني، المجلد الأول، الكتاب الأول، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٩٩١.
٨. عبد الكريم زيدان، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية، ط١، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ١٩٩٧.
٩. محمد عثمان شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية، ط٢، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٧.
١٠. محي هلال السرحان، القواعد الفقهية ودورها في إثراء التشريعات الحديثة، ساعدت جامعة بغداد على نشر الكتاب، بغداد، العراق، ١٩٨٦.
١١. مصطفى احمد الزرقا، الفقه الإسلامي بثوبه الجديد، المدخل الفقهي العام، ج٢، ط١٠، مطبعة طربين، دمشق، ١٩٦٨.
- خامسا: الكتب الفقهية والقانونية العامة.
١٢. احمد محمد علي، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية، ج٢، ط١، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ١٩٩٩.

١٣. جمعة سعدون العامري، أحكام النفقة شرعا وقانونا وقضاء، المكتبة القانونية، بغداد، دون سنة طبع.
١٤. حمد الكبيسي، احمد علي الخطيب، محمد عباس السامرائي، شرح قانون الأحوال الشخصية، القسم الأول، الزواج والطلاق، ط١، مطابع مؤسسة دار الكتاب للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٨٠.
١٥. زين الدين بن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج٣، ط٢، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، بلا سنة طبع.
١٦. زكريا احمد البري، أحكام الأولاد في الإسلام، الدار القومية للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٦٤.
١٧. شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج٥، ط٣، دار المعرفة للطباعة، أعيد للطباعة بالافقيست، بيروت، لبنان.
١٨. شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن الشيخ الإمام العالم العامل الزاهد أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامه المقدسي، الشرح الكبير على متن المقنع كلاهما على مذهب إمام الأئمة ومحي السنة الإمام (أبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني)، ج٨، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع.
١٩. عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، ط٣، ج٣، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ٢٠٠٤.
٢٠. علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٢، ط٢، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ١٩٨٢.
٢١. عبد الله بن قدامه المقدسي أبو محمد، الكافي في فقه الإمام المبجل أحمد بن حنبل، ج٣، المكتب الإسلامي

٢٢. عبد الله بن أحمد بن قدامه المقدسي أبو محمد، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، ج٨، ط١، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٥.
٢٣. عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، الزواج وآثاره، ج١، المطبعة الجديدة، دمشق، ١٩٨٥.
٢٤. علي محمد إبراهيم الكرباسي، شرح قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ السنة ١٩٥٩ المعدل، دار الحرية للطباعة .
٢٥. عباس زياد السعدي ومحمد حسن كشكول، شرح قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته، دون سنة طبع.
٢٦. فريد فتیان، شرح قانون الأحوال الشخصية على المذاهب الخمسة، مطبعة الشعب، بغداد، ١٩٨٢.
٢٧. فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ السنة ١٩٥٩ وتعديلاته (عقد الزواج وآثاره، والفرقة وأثارها)، ٢٠٠٣..
٢٨. محمد الخطيب الشر بيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج٣، لناشر دار الفكر، بيروت..
٢٩. منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستقنع، ج٣، الناشر مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، ١٣٩٠.
٣٠. مصطفى احمد الزرقا، مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للإقليمين المصري والسوري في عهد الوحدة بينهما، ط١، دار القلم، دمشق، الدار الشامية، بيروت، ١٩٩٦.
٣١. محمد بن احمد بن محمد (ابن رشد) ، بداية المجتهد نهاية المقتصد، ج٢، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة.

٣٢. محمد الشر بيني الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج على متن المنهاج لأبي زكريا بن شرف النووي، ج٢، مطبعة مصطفى محمد، مصر، بلا سنة طبع .

٣٣. محمود السر طاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، القسم الأول، عقد الزواج وآثاره، ط١، دار العدوي للطباعة والنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ١٩٨١.

٣٤. محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، القسم الثاني، (انحلال الزواج) والقسم الثالث (الآثار المترتبة عليه) مطبعة الجامعة الأردنية، عمان، الأردن، ١٩٩٥.

٣٥. محمد قدرى باشا، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مذهب أبي حنيفة النعمان، ط١، الجفان والجابي للطباعة والنشر، دار ابن حزم للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ٢٠٠٧.

٣٦. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلتها، ج٩، ط٤، معدلة، دار الفكر، دمشق، سوريا، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان.

سادسا: البحوث والدوريات

٣٧. عبد الرحمن إبراهيم الكيلاني، بحث بعنوان: (حجية القاعدة الفقهية)، منشور في مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد الرابع عشر، العدد الأول، ١٩٩٩.

٣٨. مجلة الرافدين مجلد٢، السنة العاشرة، عدد٢٥، ايلول ٢٠٠٥.

سابعا: القرارات القضائية غير المنشورة لمحكمة التمييز الاتحادية.

_القرار المرقم ٤١٠٧/شخصية أولى/٢٠٠٨ صادر عن محكمة التمييز الاتحادية في ٢٠٠٨/١٢/٣.

_القرار رقم ٨٠٨/الهيئة الشخصية الأولى/٢٠٠٩ الصادر عن محكمة التمييز الاتحادية في ٢٣/٢/٢٠٠٩

_القرار رقم ٣٩٨/الهيئة الشخصية الأولى/٢٠٠٩ والصادرة عن محكمة التمييز الاتحادية في ١٥/٢/٢٠٠٩.

_القرار المرقم ٤٠٥/شخصية الأولى/٢٠٠٩ والصادر عن المحكمة الاتحادية في ١١/٢/٢٠٠٩ _القرار المرقم ٢١٣٤/شخصية أولى/٢٠٠٩ والصادر عن محكمة التمييز الاتحادية في ١٤/٦/٢٠٠٩..

_القرار المرقم ٨٢١/هيئة الأحوال الشخصية الأولى/٢٠٠٩ والصادر عن محكمة التمييز الاتحادية في ٢٤/٢/٢٠٠٩.

ثامنا: الرسائل الجامعية.

٣٩. ناديا خير الدين عزيزا لسيد حاتم، طرق الإثبات في دعاوى الأحوال الشخصية المتعلقة بالمسائل غير المالية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة الموصل، ٢٠٠٢.

تاسعا: القوانين .

١_ قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته .

٢_ قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم (٥٩) لسنة ١٩٥٣ ومذكرته الإيضاحية المعدل بالقانون رقم (٣٤) لسنة ١٩٧٥، اعداد ممدوح عطري، مؤسسة أنوري للطباعة والنشر، دمشق، ٢٠٠٥.

