

**تحديد مواضع التعارض بين قانون
الأحوال الشخصية العراقي وثوابت
الشريعة الإسلامية
(دراسة تحليلية مقارنة)**

م. محمد عبد الرزاق محمد الشوك

جامعة أهل البيت (ع) كلية القانون

لا شك إن الشريعة الإسلامية بأحكامها المنزلة في القرآن الكريم أو تلك التي وردت عن الرسول (ص) في الأحاديث الشريفة ، أو قول المعصوم بأعتبارها من السنة الشريفة عند الأمامية هي ثابتة من حيث الحكم ، لكن ما توسم به من عدم الثبات لا يرجع إلى حكمها ، وإنما إلى صحة صدورها عن الرسول (ص) أو عن المعصوم ، أي أنها ظنية الوجود ، فمن الفقهاء من يعتقد بصحة حديث وآخر ينكره من حيث سنده ، وهناك من الأحاديث ما أنفق عليه الفقهاء من حيث سندها إلا أنهم اختلفوا في دلالتها ، كونها من النصوص ظنية الدلالة ، أما النص القرآني فهو ثابت الوجود ومتفق على أن مصدره هو الله سبحانه وتعالى . وهذا هو أصل من أصول الشريعة الإسلامية ، إلا أن نصوص القرآن فيها ما هو قطعي الدلالة ومنها ظني الدلالة ، والخلاف ينشأ في تفسير النصوص الظنية . وعلى أية حال فعلى أن نبيّن ما هي ثوابت الإسلام ، ذلك أن ثوابت الإسلام مختلف عليها من حيث مفهومها ومداه ، فأذا ما توصلنا إلى مفهوم ثوابت الشريعة الإسلامية ، عند ذلك علينا أن نقف عند نصوص قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل لنرى في أي مجال خالف المشرع العراقي ثوابت الإسلام .

أهمية البحث

ولعل أهمية هذا البحث تعود إلى أن قانون الأحوال الشخصية في مجمله يتعلق بالحل والحرمة ، وإن أي نص في هذا القانون خالف أحكام الشريعة الإسلامية أي مخالفة ثوابتها سيؤدي ذلك بالمكلفين بالوقوع في الحرام ، لذا يتوجب علينا تسليط الضوء على ما نراه مخالفاً لثوابت الشريعة الإسلامية - تعدد نصوص الأحوال الشخصية - لأبعاد المتخاصمين عن الوقوع في الحرام ، وسيخرج من نطاق بحثنا المسائل الخلافية بين المذاهب الإسلامية كونها لا تعد مخالفة لثوابت الشريعة الإسلامية . ومن أهمية الموضوع التي ذكرناها أنفاً يأتي سبب اختيارنا لهذا الموضوع المهم والحساس ، ذلك لأن كثيراً من الدعاوى التي تم نظرها من قبل محاكم الأحوال الشخصية وفي مواضيع محددة حصراً كانت تخالف ثابتاً من ثوابت الشريعة الإسلامية الغراء ... فما هي هذه المواضيع وقبل ذلك ما هي ثوابت الشريعة الإسلامية لتتعرف بعد ذلك على المواضيع التي خالفت أحكام الشريعة الإسلامية الغراء .

منهجية البحث

وستنخذ في منهجية البحث أسلوب أو الطريق التحليلي الاستقرائي وسنوزع هذا البحث إلى مطلب تهيدي نوضح فيه ما هي ثوابت الإسلام وعلى ضوء ذلك سنعالج المواضيع التي خالفت ثوابت الإسلام من خلال مبحثين سنتناول في المبحث الأول القواعد القانونية المخالفة لثوابت الشريعة الإسلامية المتعلقة بالزواج وانحلاله ، وسنتكلم فيه عبر مطلبين عن مخالفة قانون الأحوال الشخصية للقواعد المتعلقة بتعدد الزوجات ومخالفة قانون الأحوال الشخصية لثوابت الشريعة الإسلامية فيما يخص بآنحلال عقد الزواج . أما المبحث الثاني فسنتكلم فيه عن مخالفة قانون الأحوال الشخصية لثوابت الشريعة الإسلامية في الوصية والميراث وذلك أيضاً عبر مطلبين نتناول في المطلب الأول مخالفته لأحكام الوصية فيما نتناول في المطلب الثاني مخالفته لأحكام الميراث ونختم البحث بخاتمة نبني فيها أهم ما توصلنا إليه من نتائج ومقترحات .

مطلب تهيدي

مفهوم الثوابت الإسلامية

عرّف البعض بأن ثوابت الإسلام هو الآيات المحكمات التي جاء بها القرآن الكريم ، فالقرآن الكريم قطعي الوجود بيد أن دلالات آياته قطعية الدلالة وأخرى ظنية الدلالة والمقصود بالثوابت الإسلامية هي الآيات القرآنية ذات الدلالة القطعية ، وكذلك الحال بالنسبة للأحاديث النبوية فمنها ما هو قطعي الوجود ومنها ما هو ظني الوجود ومنها ما هو ظني الدلالة ومنها ما هو قطعي الدلالة ، ولذا فأن ما يمثل ثوابت الإسلام بالنسبة للأحاديث النبوية هي ما كان منها قطعي الوجود وقطعي الدلالة (١) . بيد أن تعريف الثوابت والمتغيرات عند المعاصرين من الأصوليين جاءت على قدر كبير من التداخل والتنوع تعداد هذه التعريفات . فتعريفات الثوابت والمتغيرات لدى المعاصرين تنوعت بتنوع المعايير التي انطلقوا من تعاريفهم ، لذا ولكي نعرّف ما هي الثوابت وما هي المتغيرات لا بد من استعراض المعايير التي جاء بها الفقهاء المعاصرون لمعرفة تعريف الثوابت .

المعيار الأول // النظر إلى وجود الخلاف أو تحقيق الاتفاق : الثابت وفق هذا المعيار هو ما أجمع عليه علماء الأمة ، وفي نفس الوقت هو ذلك القدر الذي يمثل دين الإسلام ويمثل هويته وحقيقته بحيث لا يتصور أسلام بدونه ، فالثابت هو ما يلزم حالة واحدة وصورة واحدة

لدى جميع أشخاص الأمة في كل زمان ومكان وعلى كل حال ، كأجماع الأمة على وجوب الصلاة والزكاة والحج وصيام رمضان ، ولا يقصد به أجماع الخاصة وهم المجتهدون كأجماع الصحابة أو أجماع أهل الكوفة أو أجماع أهل المدينة فهذا ليس بأجماع حتى قال الامام أحمد ((من أدعى الإجماع فقد كذب)) أما المتغير في الشريعة الإسلامية فهو ما كان محل نظر^٢.

المعيار الثاني : النظر إلى استدامة مشروعية الحكم الشرعي : وعند هؤلاء - أصحاب هذا المعيار - إن الثابت هو استدامة مشروعية الحكم في ذاتها باستنادها الى دليل دوامها ، ويفسر الدكتور عبد الجليل حمزة وهو صاحب هذا الرأي بأن الاستدامة هو يشمل كل ما يدوم ويستمر ويخرج من الاستدامة كل ما تم تطبيقه في أحاد الوقائع لدوام مقتضاه الشرعي ويخرج من تعريفه أيضاً هو مشروعية الحكم التي انقطعت استدامته بالنسخ ، فالنسخ رافع المشروعية الحكم الصالح للاستدامة .

المعيار الثالث : هو مدى قبول الحكم للتطوير والاجتهاد والإضافة : فعند أصحاب هذا الرأي أن الثابت في الإسلام هو الذي لا يقبل التطوير والاجتهاد ولا الإضافة ، وهذا القسم هو العقائد والعبادات والأخلاق كالصدق والأمان والشجاعة . وأما المتغيرات فهي التي تقبل الاجتهاد ، وكل ما لم يبق عليه دليل قاطع في نص صحيح وأجماع صريح وهي النصوص القرآنية التي نزلت في المعاملات ففي هذا المجال يسمح لهم أن يشرعوا لأنفسهم على هذه النصوص القرآنية والسنة النبوية كلما جدّ لهم جديد ، ولكن هذا ليس متغيراً مطلقاً ولكنه متغير على وفق ثوابت من القواعد العامة والحدود الفاصلة بين الحلال والحرام والمطلوب والممنوع^٣.

المعيار الرابع : النظر إلى القطعية والظنية : وهو ما أسلفنا ذكره في مقدّمة هذا المطلب ووفق هذا المعيار فإن الثابت ، أنما هي قيم التشريع الإسلامي ومبادئه ، أما المتغيرات في تلك النصوص التي جاءت في صيغ غير قاطعة الدلالة ، أي بمعنى أنها ظنية الدلالة تعتمد على مصالح متغيرة غير ثابتة .

المعيار الخامس : ثوابت الإسلام ذات الأصول : يقول أصحاب هذا المعيار أن ثوابت الإسلام ذات أصول ، فعندنا ثوابت أصول العقيدة ، وعندنا ثوابت الشريعة ، وعندنا ثوابت المصدر ، وسنشرح كل واحدة منها بشيء من الإيجاز غير المخل .

١. **ثوابت المصدر :** إن دين الله عز وجل مصدره الأساس هو ((كتاب الله وسنة نبيه (ص))) ويلحق بهما ما أجمعت الأمة عليه مستنديين على الكتاب والسنة ، فالكتاب والسنة ومن ورائهما الإجماع هي ثابتة لا يمكن أن تتغير مع تغير الزمان والمكان ، ولذلك فإن هذا من حفظ الدين ، فمثلاً عندما يقول سبحانه وتعالى ((وللذكر مثل حظ الأنثيين))^٤ وقوله تعالى ((ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلاً))^٥ ، فهذه أحكام شرعية لا يمكن لأحد أن يلغي شيئاً من هذا ، وما قلناه ينطبق على السنة المطهرة أيضاً .

٢. **ثوابت أصل العقيدة :** فالأصول العقائدية لا تتغير بتغير الزمان والمكان وهذه الأصول لها ثوابتها في حياة الأمة ونذكرها باختصار :
أ- الأصل الأول هو التوحيد : توحيد الله وأسمائه وصفاته فهذا ثابت به تقاس أحوال الناس وعقائدهم ولا يمكن لهذا الثابت أن يتغير .
ب- شهادة أن محمد رسول الله : فهذه الشهادة ثابت من ثوابت الإسلام .

ت- الإيمان بكتاب الله وبرسوله وملائكته واليوم الآخر وبالقدر خيره وشره : فهذه جميعاً أصول ثابتة لا تقبل التغير مما تقادم الزمان ومهما تغير المكان^٦ .

٣. **ثوابت الشريعة الإسلامية .** يعتقد بعض الناس أن العقيدة ثابتة والشريعة متغيرة وهذا خطأ فادح فكلاهما ثابتان ، قال سبحانه وتعالى ((ثم جعلناك على شريعة من الأمر فأتبعها))^٧ ، فهذه الآية صريحة في وجوب إتباع الشريعة الإسلامية وهي ثابتة لثبوت دلائلها الكتاب والسنة وهما - كما أسلفنا - ثابتان لا يتغيران لهذا فإن أي تغير لا بد أن يدور حول محور الكتاب والسنة ، فكل فتوى تدور حول هذين المحورين^٨ ، وإذا كان من يقول الم يجتهد العلماء فنقول نعم ، أنهم يجتهدون ولكن ضمن الكتاب والسنة . ونجد أن الثوابت هي القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة المتفق عليها عند المذاهب الخمسة والإجماع . ونقصد بالإجماع هنا هو ما اتفق عليه فقهاء المذاهب الخمسة ، أما إذا كان هناك رأي معين في مذهب معين فهذا سوف لن نعتد به ، لأغراض بحثنا هذا . لذا فإن المقصود بثوابت الشريعة الإسلامية هي كل ما جاء بالقرآن الكريم وكانت آياته قطعية الدلالة ، والأحاديث النبوية الشريفة وكانت هذه الأحاديث قطعية الوجود وقطعية الدلالة ، وكذلك فقد اعتبرنا ما هو ثابت من ثوابت الشريعة الإسلامية ما كان محل إجماع عند المذاهب الإسلامية الخمسة ، وسوف نبني بحثنا على هذا الأساس .

المبحث الأول القواعد القانونية المخالفة

لثوابت الشريعة الإسلامية المتعلقة بالزواج وانحلاله سنوزع هذا المبحث إلى مطلبين , نتناول في المطلب الأول مخالفة القانون لثوابت الشريعة الإسلامية للقواعد المتعلقة بتعدد الزوجات , فيما سنخصص المطلب الثاني للكلام عن مخالفة قانون الأحوال الشخصية لثوابت الشريعة الإسلامية فيما يخص بآنحلال عقد الزوج .

المطلب الأول مخالفة قانون الأحوال الشخصية للقواعد المتعلقة بتعدد الزوجات

الزواج كما عرفته المادة ١/٣ من قانون الأحوال الشخصية هو ((عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعاً غاية إنشاء رابطة للحياة المشتركة))^٩ وعرف في الفقه الإسلامي بأنه ((عقد يفيد حل استمتاع الرجل بامرأة لم يمنع من العقد عليها مانع شرعي))^{١٠} .

والزواج هو تلبية لدواعي الطبع وهو ضرورة من ضرورات الحياة وهو ما يقتضيه العقل ببناء النسل واستمرار الجنس البشري , وهو يمنح السكنينة والطمأنينة لكلا الزوجين . ولغرض الوقوف على مدى مخالفة قانون الأحوال الشخصية العراقي لمسألة تعدد الزوجات لثابت من ثوابت الإسلام , فأنا سنقسم هذه المطلب إلى فرعين نخصص الفرع الأول إلى تعدد الزوجات في القانون العراقي , قم نتناول في الثاني تعدد الزوجات في الفقه الإسلامي .

الفرع الاول تعدد الزوجات في القانون العراقي: نصت المادة ٣ بفقرتها الرابعة أنه ((لا يجوز الزواج بأكثر من واحدة إلا بأذن القاضي ويشترط لإعطاء الإذن تحقق الشرطين الآتيين :

أ- إن تكون للزوج كفاية مالية لأعالة أكثر من زوجة واحدة ^{١١} .

ب- إن تكون هناك مصلحة مشروعية . كما نصت الفقرة ٥ من نفس المادة ((إذا خيف عدم العدل بين الزوجات فلا يجوز التعدد ويترك تقدير ذلك للقاضي)) . ويلاحظ من خلال الفقرتين أعلاه بان المشرع قد قيد تعدد الزوجات بموافقة القاضي واشترط لمنح هذه الموافقة الكفاءة المالية مع تحقيق مصلحة مشروعة , وفي كل الأحوال فإنه يمنع الاقتران بزوجة ثانية في حال خيف عدم العدالة بين الزوجات , إلا إذا طلق زوجته الأولى , حيث يعد في نظر المشرع العراقي وجود الزوجة الأولى مانع من الزواج بثانية ^{١٢} . أذن فعلى القاضي التحقق من قدرة الزوج على أعالة أكثر من زوجة واحدة بحيث أن موارده المالية تستوعب الإنفاق على زوجتين , كما إن عليه التحقق من وجود مصلحة مشروعة لدى طالب الإذن بالزواج من ثانية , ومن مصاديق المصلحة المشروعة هو كون زوجته مريضة أو غير قادرة على تلبية احتياجات الزوج أو كانت مزلة الرحم , أو لديها عاهة مستديمة أو غيرها من الحالات . كما أن على القاضي أن يتحقق من عدل الزوج بين زوجاته , وإذا خاف القاضي من عدم إمكانية العدل بين زوجاته جاز للقاضي عدم منحه الإذن , وهنا نسجل اعتراضنا على المشرع ونقول كيف يتسنى للقاضي التحقق من هذه الأمور والزواج الثاني لم يتحقق بعد , فالعدل يتحقق منه بعد الزواج لا قبله , فهذا يستحيل على القاضي الوقوف عنده , ولو أراد الاستماع إلى شهادة الشهود للوقوف على صفة العدل عند طالب الزواج فنقول بأن هذا أمر نفسي لا يجوز إثباته بالشهادة خصوصاً إن الزواج الثاني لم يتحقق بعد , لذا فأنا ندعو إلى إلغاء الفقرة ٥ من المادة الثالثة أعلاه ^{١٣} .

الفرع الثاني تعدد الزوجات في الفقه الإسلامي: لقد أجازت الشريعة الإسلامية الغراء للرجل الزواج بأكثر من واحدة وحرمت عليه الزواج بأكثر من أربع زوجات , وهذا الحكم بأباحة تعدد الزوجات ثابت عند المسلمين كافة , وقد أجمع الفقهاء المسلمون التعدد دون قيد أو شرط , فليس للمرأة الاعتراض على زوجها التسري عليها بالاساء والنكاح عليها باليمين وليس لها أيضاً الاعتراض عليه في نكاح ثلاث نسوة حرائر عليها بعقد نكاح , ولها إذا تزوج عليها بحرة أن تلتبس منه العدل في الإنفاق والنكاح ^{١٤} . والقرآن الكريم لم يضع شروطاً لتعدد الزوجات فقال تعالى في كتابه الكريم ((وأن خفتم ألا تقسطوا في اليتامى فأنكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ذلك أدنى إلا تعدلوا))^{١٥} . فالقيد هنا هو قيد عدولي أيضاً , ثم قيد من جهة العدل , وللزوجة الأولى أن تلتبس منه العدل في المعاملة ^{١٦} . وإذا كنا نريد الاستشهاد بالسنة النبوية المطهرة في جواز تعدد الزوجات وعدم وجود قيود على الزواج بأكثر من واحدة فهي كثيرة ومنها ما روي ((أن غيلان بن سلمة الثقفي كان عنده عشر نسوة فأسلمن بعد أن أسلم فأمره النبي أن يختار أربعة))^{١٧} . ولأجل الاستدلال بمشروعية الزواج فقد عبر البعض بأن هذا الأمر ما تحقق عليه أجماع المسلمين قاطبة))^{١٨} . ومن الجدير بالإشارة إلى إن مجمع البحوث الإسلامية قد أفتى بجواز تعدد الزوجات بدون إذن القاضي في مؤتمره الثقافي في القاهرة (١٣٨٢ هـ - ١٩٦٥ م) بشأن تعدد الزوجات وقد جاء في قرار الفتوى ويقرر المؤتمر إن تعدد الزوجات مباح بصريح نصوص القرآن الكريم وبالقيد الواردة فيه , وأن ممارسة هذا الحق متروكة لتقدير الزوج ولا يحتاج إلى إذن القاضي ^{١٩} . وبهذا نخلص إلى أن المشرع الوضعي قد خالف ثابتاً من ثوابت الشريعة الإسلامية , ولا يتوقف على أن جهة معينة سواء أكان الخليفة أو القاضي أو الأمير أو غيرهم

، وأنما مشروعية التعدد ثابتة بدون قيد قضائي أو وضعي ، فإن دلالة الآية الكريمة لم تقيد من هذه الجهة بل كانت مطلقة . لذا نوصي المشرع العراقي إلى إلغاء الفقرتين (٤ و ٥) من المادة الثالثة من قانون الأحوال الشخصية . وقبل أن نغادر هذا الموضوع لا بد من الإشارة إلى نص الفقرة (٥) من المادة العاشرة من قانون الأحوال الشخصية التي تعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد على سنة أو بغرامة كل رجل عقد زواجه خارج المحكمة . فهذا النص هو نص مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية الغراء ، فأذا كان من المقبول أن تفرض عقوبة الغرامة فقط وأذا كان قد أجرى عقداً آخر خارج المحكمة مع قيام الزوجية بأعتبار إن هذا من الأمور التنظيمية ، إلا أنه من غير المعقول أن نعاقب رجلاً عقد زواجه ولأول مرة خارج المحكمة ، ثم لماذا تفرض العقوبة على الرجل دون المرأة !!! مع تأكيدنا بأن هذا النص هو مخالف لثوابت الشريعة الإسلامية .

المطلب الثاني مخالفة قانون الأحوال الشخصية للقواعد المتعلقة بأنحلال عقد الزواج

عرّف المشرع العراقي الطلاق بأنه (رفع قيد الزواج بأيقاع من الزوج أو الزوجة أن وكلت أو فوّضت به ، أو من القاضي ولا يقع إلا بالصيغة المخصوصة له شرعاً) ٢٠. ويلاحظ على هذا التعريف أنه لم يفرّق بين الطلاق بأعتباره يمين بيد الرجل ، وبين التفريق وهو رفع قيد الزواج بأيقاع من القاضي . وقد نص المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية على أنحلال الرابطة الزوجية عن طريق طلب من أحد الزوجين في حالات ، ومن الزوجة فقط في حالات أخرى ٢١. ولأحاطة بهذا الموضوع من كل جانب سنقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع ، نتناول في الفرع الأول طلاق المريض مرض الموت ، وسنتناول في الفرع الثاني التعويض عن الطلاق التعسفي، فيما سنخصص الفرع الثالث الكلام عن التفريق القضائي .

الفرع الأول طلاق المريض مرض الموت: لم يعرف المشرع العراقي مرض الموت كما هو حال التشريعات العربية ، بخلاف القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ حيث عرّف مرض الموت بأنه (المرض الذي يعجز فيه الإنسان عن متابعة أعماله المعتادة ويغلب فيه الهلاك ويموت على تلك الحال قبل مرور سنة فإن أمدت مرضه وهو على حالة واحدة دون ازدياد سنة أو أكثر تكون تصرفاته تصرفات صحيحة) ٢٢. وعرفته مجلة الأحكام العدلية بأنه (هو الذي يخاف فيه الموت في الأكثر والذي يعجز المريض فيه عن رؤية مصالحه الخارجة عن داره إذا كان من الذكور ، ويعجز عن رؤية مصالحه الداخلة في داره إذا كان من الإناث ، ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة) ٢٣. وبعد أن عرفنا ما هو مرض الموت نأتي لبيان موقف القانون العراقي من طلاق المريض مرض الموت أولاً ، ثم نبين ثانياً ، موقف الفقه الإسلامي من طلاق المريض مرض الموت وكالاتي :

أولاً : موقف قانون الأحوال الشخصية العراقي من طلاق المريض مرض الموت : نصت المادة ٣٥ / ٢ من القانون على أنه (لا يقع طلاق الأشخاص الآتي ببيانهم المريض مرض الموت ، أو في حالة يغلب في مثلها الهلاك إذا مات في ذلك المرض أو تلك الحالة، وترثه زوجته) . وعلى هذا فإن زوجته تبقى على ذمة الزوج المتوفى عن مرض الموت حتى لو طلقها ، ولا تبين عنه حتى بعد انتهاء العدة وحتى إذا كان الطلاق بائناً ، كطلاق الصغيرة وغير المدخول بها أو المطلقة ثلاثاً ٢٤ . ومن الجدير بالأشارة إلى أن الفقرة (٢) من المادة (١١٩٣) من القانون المدني العراقي تعتبر طلاق المريض مرض الموت واقعا وذلك بقدر تعلق الأمر بنصيبتها من حق الانتقال في الأراضي الأميرية ٢٥. ومن الغريب أن نجد بأن القضاء العراقي قد خالف نص الفقرة (٢) من المادة (٣٥) من قانون الأحوال الشخصية عندما اعتبر (أن طلاق الفار إنما يتحقق إذا كان الزوج مريضاً مرض الموت وأن يموت والزوجة في العدة) ٢٦ . وهذا أجتهد في مورد النص ولا مساغ له قانوناً ، وأن كان له مساغ شرعاً .

ثانياً : حكم طلاق المريض مرض الموت في الفقه الإسلامي : اعتبر جمهور الفقهاء في المذاهب الخمسة ٢٧ إن طلاق المريض مرض الموت طلاقاً صحيحاً حيث أجمعوا على ذلك ولكنهم اختلفوا من حيث الميراث وعلى التفصيل الآتي :

١. يرى فقهاء الجعفرية إلى إن الطلاق في مرض الموت إذا كان رجعيّاً فإنهما يتوارثان في العدة ، لأن المطلقة الرجعية بحكم الزوجة فإذا ماتت يرثها زوجها وإذا مات هو ورثته ، وأما إذا كان بائناً فإن المطلقة ترث مطلقها . إذا توفي خلال سنة شريطة إن لا تتزوج من آخر وهو لا يرثها إذا ماتت قبله ٢٨.

٢. أما فقهاء الأحناف فقد ذهبوا إلى إن المريض مرض الموت إذا طلق زوجته رجعيّاً فإنهما يتوارثان وهذا شأنه شأن الطلاق الصحيح إما لو طلقها بائناً كأن طلقها ثلاثاً في مجلس واحد أو طلقه واحدة ، وهي التي بقيت عليه من الثلاث ثم مات الزوج في العدة فإنها ترثه ، ولا ترثه إذا انقطعت عدتها منه ٢٩ .

٣. وذهب فقهاء المالكية إلى إن المريض مرض الموت إذا طلق زوجته فأنتها ترثه سواء أكان الطلاق رجعياً أم بائناً وسواء انقطعت العدة أم لا , وسواء تزوجت أم لا , وذلك لأن سبب ميراثها فرار مطلقها فيرد عليه قصده ٣٠ .

٤. الحنابلة : المشهور لديهم , إن المطلقة في مرض الموت ترث إذا مات مطلقها في العدة أو بعدها بشرط أن لا تتزوج ٣١ .

٥. الشافعية : أما الشافعية ففي قوله الجديد فأن لم يورثها بدعوى إن الطلاق وقع بائناً والزوج يملك حق إبقاعه فلا توارث بينهما ٣٢ .

وبذلك نجد إن قانون الأحوال الشخصية العراقي في طلاق المريض مرض الموت قد خالف المذاهب الإسلامية الخمسة الذين أجمعوا على طلاقه وأنه يقع شأنه شأن الطلاق الصحيح إلا إنهم اختلفوا في المدة التي تورث المطلقة خلالها ٣٣ . وكان الأجدر بالمشروع العراقي الأخذ بأحد هذه المذاهب بأن يعتبر طلاق المريض مرض الموت واقعاً , ولكنه من جهة يحفظ حق الزوجة المطلقة في الميراث فيحكم بتوريثها منه ويحدد لذلك مدة معينة , ونجد الأخذ برأي الأمامية في هذا المجال , حيث منعوا من توريث الزوجة بعد مرور سنة من الطلاق أو أنها تزوجت خلال هذه السنة . وبعد أن نجد إن مشرعنا قد خالف ثابتاً من ثوابت الشريعة الإسلامية في هذا الموضوع .

الفرع الثاني التعويض عن الطلاق التعسفي : لم يستعرض قانون الأحوال الشخصية عند تشريعه الى التعويض عن الطلاق التعسفي إلا انه عالجه فيما بعد بموجب قانون التعديل التاسع لقانون الأحوال الشخصية رقم ٥١ لسنة ١٩٩٥ عندما أضاف للمادة ٣٩ منه الفقرة (٣) ليعالج من خلالها مفهوم التعويض عن الطلاق التعسفي وشروط التعويض لذلك سنعالج هذه الفرع ومن خلال فقرتين التعويض عن الطلاق التعسفي في قانون الأحوال الشخصية وموقف الفقه الإسلامي من ذلك .

أولاً : التعويض عن الطلاق التعسفي في قانون الأحوال الشخصية : لقد نصت الفقرة (٣) من قانون الأحوال الشخصية في مادته التاسعة والثلاثين بأنه (إذا طلق الزوج زوجته , وتبين للمحكمة إن الزوج متعسف في طلاقها و إن الزوجة أصابها ضرر من جراء ذلك تحكم المحكمة بطلب منها على مطلقها بتعويض يتناسب حالته المادية ودرجة تعسفه بقدر جملة على أن لا يتجاوز نفقتها لمدة سنتين علاوة على حقوقها الثابتة الأخرى) ٣٤. وعند التمعن في المادة آنفة الذكر يتبين لنا بأن المشروع العراقي قد أوجب التعويض للزوجة المطلقة بالشروط الآتية :-

- ١- إن يكون الزوج متعسفا في طلاق زوجته .
- ٢- إن يصيب المرأة المطلقة ضرر من جراء ذلك .
- ٣- إن تطالب المرأة بالتعويض .
- ٤- إن يكون التعويض مناسباً لدرجة التعسف و حالة الزوج المادية .
- ٥- يقدر التعويض جملة .
- ٦- إلا يتجاوز مبلغ التعويض مقدار نفقة الزوجة لمدة سنتين .

وقد اختلف القضاء العراقي في قراراته بخصوص متى يكون الزوج متعسفا في طلاقه فتارة يقضي بأنه " إذا وقع الطلاق خارج المحكمة دون موافقة الزوجة فيعتبر الزوج متعسفا بالطلاق ويحكم للزوجة بالتعويض عن الطلاق التعسفي" ٣٥. وتارة يقضي بأن ليس كل طلاق يقع خارج المحكمة يعتبر طلاقاً تعسفياً ٣٦ .

ثانياً : موقف الفقه الإسلامي في التعويض عن الطلاق التعسفي : لم يبحث هذا الموضوع عند المذاهب الإسلامية , لا عند أئمتهم و لا عند إتباعهم بيد أن أساتذة الفقه الإسلامي المتأخرين كان لهم قولان في ذلك :

القول الأول: ذهب إلى إن الزوج إذا طلق زوجته دون مبرر فأن طلاقهم سيكون تعسفياً وتستحق مطلقة التعويض إذا لحقها ضرر , وقد قاسوا بما ذهبوا إليه على ما تستحقه المطلقة من متعة والتي يعتبر دفعها واجب عند بعض المذاهب وتشبث البعض منهم بقاعدة نفي الضرر ٣٧ .

القول الثاني: وذهب البعض الآخر إلى القول بعدم استحقاق المطلقة للتعويض و ذلك لعدم وجود دليل لا في القرآن و لا في السنة النبوية ولم يؤثر عن أحد الصحابة أو أحد أئمة المذاهب الإسلامية القول بأن المطلقة تعسفاً أو بدون سبب تستحق التعويض سوى ما هو حق لها من مؤخر الصداق ونفقة العدة , والمتعة في بعض أصناف المطلقات عند الجمهور أو مطلقاً عند بعض المذاهب , وأما ما تلتزم به القوانين الوضعيّة من الحكم للمطلقة بناء على طلبها من تعويض تستحقه على مطلقها فلا وجه له و لا دليل عليه ٣٨ .

ومن هنا يتبين لنا بأن ما ذهب إليه المشرع العراقي في وجوب التعويض عن الطلاق التعسفي مخالف المذاهب الإسلامية الخمسة ، حيث إن أئمة المذاهب وإتباعهم والمصادر الفقهية المعتبرة عند مذاهب المسلمين لم يرد فيها شيء عن التعويض للمطلقة تعسفاً ، وعليه نقترح إلغاء الفقرة (٣) من المادة (٣٩) من قانون الأحوال الشخصية .

الفرع الثالث التفريق القضائي: لم يعرف المشرع العراقي التفريق القضائي وأما أشار الى أسبابه ، الا أن شرّاح القانون عرّفوا التفريق بأنه " تطبيق القاضي الزوجة من زوجها ولو كان دون رضاه " ^{٣٩} وعرف أيضا بأنه " حل قيد الزواج بطلاق يوقع من قبل القاضي بناء على طلب من الزوج أو الزوجة عند تحقق الأسباب القانونية " ^{٤٠} وعرف فقهاء المذاهب الإسلامية بأنه " صفة حكمية ترفع حلية تمتع الزوج بزوجه " ^{٤١} وما يميز الطلاق عن التفريق هو إن الأول **يمين** بيد الرجل يوقعه متى شاء حتى لو كان متعسفاً ، دونما سبب ترتكبه الزوجة ، في حين إن التفريق يوقعه القاضي لأسباب متعلقة إما بالزوج أو الزوجة . والتفريق القضائي من حيث الأصل مشروع في المذاهب الإسلامية ، إلا إن هذه المذاهب اختلفت في التفاصيل الجزئية ، لكن الخلاف الأكبر وقع بين المذاهب من جهة وقانون الأحوال الشخصية العراقي في عدد من الموارد التي اعتبرها القانون أسبابا لطلب التفريق بخلاف الفقه الإسلامي مما يخرق ثابتاً من ثوابت الشريعة الإسلامية ولو تتبعنا بعض أنواع التفريق التي أوردها المشرع العراقي كالتفريق للضرر والتفريق للخلاف والتفريق لعدم الاتفاق و التفريق للحبس ، لوجدنا بأن قانون الأحوال الشخصية لم يخالف ثابتاً من ثوابت الشريعة الإسلامية في مثل هذه الحالات، إلا أنه خالف هذا الثابت في الموارد الآتية:-

اولا :- الزواج من زوجة ثانية دون إذن المحكمة: لقد أجازت الفقرة (٥) من المادة " الأربعون " للزوجة طلب التفريق من زوجها إذا تزوج الزوج بزوجة ثانية بدون إذن في المحكمة أن لم تقم بتحريك الدعوى الجزائية ضده بموجب الفقرة (١) من البند (أ) من المادة الثالثة من قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم ٢٣ لسنة ١٩٧٢ بدلالة الفقرة (٦) من المادة الثالثة من قانون الأحوال الشخصية . وهذا النوع من التفريق يخالف ثابتاً من ثوابت الشريعة الإسلامية حيث لم يقل بهذا أي من أئمة المذاهب الخمسة ولا أتباعهم .

ثانيا :- التفريق لعدم تسديد متراكم النفقة: من الأسباب التي اعتبرها المشرع العراقي موجبة للتفريق بين الزوجين ، امتناع الزوج عن تسديد النفقة المتركمة المحكوم بها عليه ، ولهذا السبب لا وجود له في الفقه الإسلامي ، ولا في قوانين الأحوال الشخصية العربية و بهذا يكون المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية قد خالف ثابتاً من ثوابت الشريعة الإسلامية عندما نص في الفقرة (٩) من المادة (٤٣) بأنه للزوجة طلب التفريق إذا امتنع الزوج عن تسديد النفقة المتركمة المحكوم بها ، بعد إمهاله مدة أقصاها ستون يوماً من قبل دائرة التنفيذ ويتبين لنا بأن النفقة المتركمة ما هو إلا دين في الذمة و بالإمكان أستحصلها وفق الطرق القانونية فلا موجب لاعتبار امتناع الزوج عن تسديد متراكم النفقة سبباً يقتضي التفريق خاصة إذا كان الزوج مستمراً بالأنفاق على زوجته ٤٢ .

ثالثا :- التفريق بسبب منع أو امتناع الزوج عن دخول العراق: لقد أجازت الفقرة (أ) من البند (ثالثاً) من المادة (الثالثة والأربعين) ، للزوجة طلب التفريق عن زوجها المقيم خارج القطر بسبب تبعية **جنسية** لدولة أجنبية ، إذا مضى على إقامته في الخارج مدة لا تقل عن ثلاث سنوات بسبب منعه أو امتناعه عن دخول القطر . و يلاحظ على هذه المادة أو هذا النص إنه لا يقصد هجر الزوج لزوجته وألا لاكتفى بنص الفقرة (٢) من البند " أولاً " من ذات المادة بيد إن هذا التفريق أسبابه تبعية الزوج لدولة أخرى من حيث الجنسية و أمضى مدة لا تقل عن ثلاث سنوات خارج البلاد ، وإذا كان من المعقول أن نقبل طلب بالتفريق لامتناع الزوج عن دخول البلاد فكيف يعقل أن نقبل بالتفريق إذا كان عدم دخوله بسبب منعه من دخول العراق ، فالمنع هنا سببه السلطات الأمنية وهو ما يعدّ خارج عن إرادته ، وبالتالي فأن هذا السبب من أسباب التفريق يعد مخالفاً لثابت من ثوابت الشريعة الإسلامية ولم يقل به أي مذهب من المذاهب الإسلامية الخمسة.

رابعا :- التفريق بسبب خيانة الوطن: أصدر مجلس قيادة الثورة المنحل القرار المرقم ١٧٠٨ في ١٧/١٢/١٩٨١ والذي أجاز فيه للزوجة طلب التفريق من زوجها ، إذا كان قد صدر حكم قضائي بإدانته بجريمة خيانة الوطن ، وعلى المحكمة المختصة إن تحكم لها بالتفريق مع احتفاظها بكامل حقوقها في الصداق المؤجل والنفقة وسائر الحقوق الأخرى ، وكان بالإمكان الاكتفاء بنص الفقرة (١) في البند (أولاً) من المادة (الثالثة والأربعين) ، بيد إن هذا القرار قد صدر وكانت دوافعه سياسية ، لذا فهو يعتبر مخالف لثوابت الشريعة الإسلامية .

خامسا :- التفريق بسبب الهروب من الخدمة العسكرية: كما صدر قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم ١٥٢٩ في ٣١/١٢/١٩٨٥ الذي أجاز للزوجة طلب التفريق من زوجها إذا تخلف أو هرب من أداء الخدمة العسكرية مدة تزيد على ستة اشهر أو هرب إلى جانب العدو ، وإن التفريق في هذه الحالة وجوبي على المحكمة ، فقد جاءت صيغة القرار " وعلى المحكمة بيد إن التفريق في هذه الحالة

لا يحرم الزوجة من كامل حقوقها الزوجية كما نص على ذلك القرار . ويعتبر التفريق - في هذه الحالة - طلاقاً رجعياً خلافاً لما نص عليه قانون الأحوال الشخصية في المادة (الخامسة والأربعين) من أن التفريق يعد طلاقاً بائناً بينونة صغرى ، بيد إن القرار اعتبر هذا النوع من أنواع التفريق طلاقاً رجعياً هو لتشجيع الزوج على الالتحاق مرة أخرى بالخدمة العسكرية ، إذا ما عاد خلال مدة العدة ، بيد أنه إذا كرر الزوج الهروب و حكم بالتفريق ثانية فيعتبر التفريق في هذه الحالة طلاقاً بائناً بينونة صغرى و هذا ما نص عليه البند (ثالثاً) من القرار المذكور . وعلى ما يبدو فإن كل هروب يعتبر طلاقاً و ما جاء بهذا القرار جملة وتفصيلاً لم يقل به أحد الفقهاء المسلمين لا قديمهم ولا حديثهم رغم الحروب التي خاضها المسلمون منذ بدء الرسول (ص) بنشر راية الإسلام .

المبحث الثاني

مخالفة القانون الأحوال الشخصية لثوابت الإسلام في الوصية الواجبة والميراث

لو تمعنا في الباب الثامن من قانون الأحوال الشخصية و بالذات الفصل الأول من هذه الباب والذي يعالج موضوع الوصية لوجدنا بأن هذا المشرع العراقي قد خالف في المادة الرابعة والسبعين ثابتاً من ثوابت الإسلام ، وذلك بخصوص الوصية الواجبة التي لم يقل بها أحد من أصحاب المذاهب الخمسة ، وهذا ما سنتناوله في المطلب الأول ، وأما في المطلب الثاني فأنا سنتناول في موضوع الميراث " ميراث البنت " الذي خالف به مشرعنا ثابتاً من ثوابت الشريعة الإسلامية رغم أنه يبدو للوهلة الأولى بأنه لم يخالف ما ذهب إليه الأمامية ، لذا فلنرى كيف حصلت هذه المخالفة .

المطلب الأول الوصية الواجبة في قانون الأحوال الشخصية والفقهاء الإسلامي

لم يعرف قانون الأحوال الشخصية العراقي الوصية الواجبة وإنما أشار فقط إلى من يستحقها ، ومتى تكون هذه الوصية واجبة ، وهي قائمة على الافتراض ، لذا فقد عرفت بأنها " افتراض وصية الجد أو الجدة للأحفاد بقدر حصة والدهم ، أو والدتهم ، إذا ما مات الوالد أو الوالدة قبل وفاة الجد أو الجدة أو معا على إن لا تزيد هذه الحصة عن ثلث التركة " ^{٤٣} . ولا نريد هنا إن نبين فيما إذا كانت الوصية الواجبة التي استحدثها قانون الأحوال الشخصية بموجب قانون تعديل قانون الأحوال الشخصية رقم ٧٢ لسنة ١٩٧٩ هي مخالفة لثابت من ثوابت الشريعة الإسلامية من عدمه قبل إن نبين أو نقف على المذاهب الإسلامية الخمسة بخصوصها ، لذا تنقسم هذا المطلب إلى فرعين ، نتناول في الفرع الأول الوصية الواجبة في قانون الأحوال الشخصية ، ثم نتناول في الفرع الثاني موقف الفقهاء الإسلامي في وجوب الوصية .

الفرع الأول: الوصية الواجبة في قانون الأحوال الشخصية: لقد نصت الفقرة (١) في المادة الرابعة والسبعين في قانون الأحوال الشخصية بأنه " إذا مات الولد ذكراً كان أم أنثى قبل وفاة أبيه أو أمه فإنه يعتبر بحكم الحي عند وفاة أي منهما ، وينتقل استحقاقه من الإرث إلى أولاده ذكوراً كانوا أم إناثاً ، حسب الأحكام الشرعية باعتبارها وصية واجبة على إن لا تتجاوز ثلث التركة " وقد نصت الفقرة (٢) منها " تقدم الوصية الواجبة بموجب الفقرة (١) من هذه المادة على غيرها من الوصايا الأخرى وفي الاستيفاء من ثلث التركة " . ففي حالة موت الولد ذكراً أم أنثى حال حياة أبيه أو أمه فيجب على الأب أو إلام إن يوصي في حياته لأولاد ابنه هذا ، وذلك لأنهم محجوبون بأعمالهم أو أحوالهم ، فإن مات الجد أو الجدة ولم يوصيا فإن الوصية تكون مفروضة في ميراثه ويقوم القاضي نيابة عنه بإخراج الوصية من الميراث بحكم القانون وهذا الحق هو وصية وليس ميراثاً وتقدم هذه الوصية على غيرها من الوصايا الاختيارية وتكون بحدود الثلث .

الفرع الثاني موقف الفقهاء الإسلامي من وجوب الوصية لو تتبعنا أقوال المذاهب الإسلامية الخمسة لم نجد أحدهما يشير إلى مشروعية الوصية وفق الحالة التي ذكرها المشرع العراقي بيد إن البعض حاول التثبت بمشروعية مثل هذه الوصية عند بعض الفقهاء الذين أوجبوه ، ولكن مع ذلك فإن هؤلاء الفقهاء الذين أوجبوه لم تكن على وفق ما ذهب إليه قانون الأحوال الشخصية فقد ذهب بعض التابعين وابن حزم الظاهري للقول بأن الوصية واجبة للوالدين و الأقربين من غير الوارثين ، ولم يخصوا الوجوب بالأحفاد والأسباط ، كما فعل المشرع العراقي في تشريع الوصية الواجبة . ويقول ابن حزم الظاهري في كتابه المحلى بأن " الوصية فرض على من ترك ما لا لقول رسول الله (ص) ما حق امرئ مسلم ببيت ليلتين وله شيء يريد أن يوصي فيه إلا ووصيته مكتوبة عند رأسه فمن مات ولم يوصي ففرض إن يتصدق عنه بما تيسر ولا بد ، لأن فرض الوصية واجب و لا حد في ذلك إلا ما رآه الورثة أو الوصي مما لا إجحاف فيه على الورثة " ^{٤٤} .

كما استدلل أصحاب هذا الرأي قبل حديث رسول الله (ص) بالآية القرآنية الكريمة " كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين وبالمعروف حقاً على المتقين " . لذا نجد بأن الفقهاء المسلمين أصحاب المذاهب الإسلامية لم يقولوا بوجوب

الوصية ولا أحد من تابعيهم ، و حتى أين حزم الظاهري فهو وإن ذهب إلى وجوب الوصية إلا أنه لم يذهب إلى ما ذهب إليه قانون الأحوال الشخصية من تقييد، لذا فإن قانوننا في المادة ٧٤ منه قد خالف ثابتاً من ثوابت الشريعة الإسلامية .

المطلب الثاني ميراث البنت في قانون الأحوال الشخصية والفقه الإسلامي

سنتناول في هذا المطلب موقف القانون العراقي في ميراث البنت وموقف الفقه من ميراثها وذلك من فرعين مستقلين .

الفرع الأول موقف قانون الأحوال الشخصية في ميراث البنت نصت الفقرة (٢) من المادة ٩١ من القانون بأنه " تستحق البنت أو البنات في حالة عدم وجود ابن للمتوفى ما تبقى من التركة بعد أخذ الأبوين والزوج الآخر فروضهم منها و تستحق جميع التركة في حالة عدم وجود أي منهم " . بموجب هذا النص فإن للبنت حالتين لميراثها :-

أولاً :- تأخذ البنت كامل التركة في حالة عدم وجود ابن للمتوفى وعدم وجود إي وارث من أصحاب الفروض والذين هم الزوج أو الزوجة والأب والإمام ولا يرث معها أحد من العصبات أو من ذوي الأرحام كما هو الحكم في فقه المذاهب الأربعة .

ثانياً :- تأخذ البنت أو البنات ما تبقى من التركة بعد إن يأخذ أصحاب الفروض فروضهم ، و هذا يعني إن أصحاب الفروض كالأب و الأم لا يشاركون البنت فيما تبقى من التركة ويكون الرد على البنت أو البنات فقط بخلاف ما عليه الحكم في الفقه الجعفري كما سنوضح لاحقاً .

الفرع الثاني موقف الفقه الإسلامي من ميراث البنت إن أساس ميراث البنت في الفقه الإسلامي هو قوله تعالى ((يوصيكم في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك وإن كانت واحدة فلها النصف)) ٤٥ . فالحكم الذي بينته الآية في الحالة الأولى ، وهو إن للذكر مثل حظ الأنثيين فهذا متفق عليه بين جميع مذاهب المسلمين ، ولكن الاختلاف وقع في الأساس الذي بني عليه الإرث ، لذا سنتولى بيان ميراثها عند المذاهب الأربعة وميراثها عند الإمامية .

أولاً : ميراث البنت عند المذاهب الأربعة ٤٦ :

إن لميراث البنت عند فقهاء المذاهب الأربعة ثلاث حالات وهي :

١ . ترث بالتعصيب فيما إذا وجد معها ابن للمتوفى ((للذكر مثل حظ الأنثيين)) .
٢ . نصف التركة حيث ترث نصف التركة إذا كانت واحدة ولم يكن للمتوفى ولد ذكر ودليلهم هو الآية السابقة ((وإن كانت واحدة فلها النصف)) .

٣ . ترث الثلثين إن كانتا بنتين فأكثر ، إذا لم يكن معهن ولد ذكر للمتوفى يعصبنه والدليل على ذلك قوله تعالى ((فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك)) .

ثانياً : ميراث البنت عند الجعفرية ٤٧ :

إن ميراث البنت عند الجعفرية هي ثلاثة :

١ . ترث بالقرابة : ترث البنت أو البنات قرابة إذا كان للمتوفى معها ابن سواء أكان واحداً أو أكثر وسواء كانت البنت واحدة أو أكثر ، وللذكر مثل حظ الأنثيين ، إلا إن أساس الميراث عند الجعفرية هو القرابة وليس التعصيب .
٢ . ترث التركة كاملة : إذا كانت بنت واحدة ولم يكن معها أحد أصحاب الفروض ترث نصف التركة فرضاً والنصف الآخر رداً .
٣ . ترث الثلثين : إذا كن أكثر من بنت حيث يرثان الثلثين فرضاً والباقي التركة رداً .

وفي الفقه الجعفري - في الحالتين الأخيرتين - إذا كان مع البنت أو البنات أحد أصحاب الفروض كالأب والإمام فتكون القسمة بأخذ أصحاب الفروض نصيبهم أولاً فيأخذ الأب فرضه وهو السدس وكذلك الإمام لها السدس وإذا كانت معهما الزوجة فلها الثمن كما تأخذ البنت فرضها وهو النصف وما بقي من التركة يرد على البنت والأب والإمام كل بحسب نسبة سهامه من التركة ولا رد على الزوجة ، و كذلك الحال لو كن أكثر من بنت واحدة . وبهذا يتبين لنا أن المشرع العراقي وفي الفقرة (٢) من المادة ٩٢ من قانون الأحوال الشخصية قد خالف المذاهب الخمسة في مسألة ميراث البنت أو البنات ، حيث أنه خالف الحكم الذي ذهب إليه الفقهاء الأربعة في التعصيب ، ولم يحكم بميراث أولي العصبات فيما إذا كانت البنت واحدة وفرضها نصف التركة ، أما النصف الثاني فهو بحسب فقه المذاهب الأربعة يرثه أولى رجل ذكر إي أقرب رجل إلى المتوفى ، وكذلك إذا كن أكثر من بنت فإن فرضهن الثلثان والباقي يورث للعصبات ٤٨ . وكذلك نجد إن القانون قد خالف الفقه الجعفري ولم يتفق معه حيث إن البنت في الفقه الجعفري ((الإمامية)) تأخذ التركة كاملة وتحجب الطبقات الأخرى ،

ولكن الفقه الجعفري في حالة الرد يشرك مع البنت والبنات الأب وإلام من أصحاب الفروض عدا الزوجة , إما القانون العراقي فقد جعل الباقي من التركة بعد اخذ أصحاب الفروض نصيبهم للبنت أو البنات. دون باقي أصحاب الفروض وبهذا تكون المخالفة واضحة وجلية للمذاهب الإسلامية الخمسة , وهذا ما يجعلنا نقول إن قانون الأحوال الشخصية قد خالف ثابتاً من ثوابت الشريعة الإسلامية^{٤٩} .

الذاتة

بعد إن انتهينا موضوعنا الموسوم بـ ((تحديد مواضع التعارض بين قانون الأحوال الشخصية العراقي وثوابت الشريعة الإسلامية)) توصلنا إلى نتائج ومقترحات عديدة نوجزها بالآتي:

أولاً:- النتائج :

١. لقد خالصنا إلى إن المقصود بثوابت الشريعة الإسلامية هي كل ما جاء به القرآن الكريم وكانت آياته قطعية الدلالة وكذلك الأحاديث النبوية الشريفة وكانت هذه الأحاديث قطعية الوجود وقطعية الدلالة , وكذلك فقد اعتبرنا بأن ما ينصوي تحت مفهوم ثوابت الشريعة الإسلامية هو ما كان محل إجماع عند المذاهب الإسلامية.
٢. توصلنا أيضاً إلى إن قانون الأحوال الشخصية قد خالف إحكام الشريعة الإسلامية في مسألة تعدد الزوجات حيث أنه قد وضع شروطاً للزواج من ثانية فضلاً عن موافقة القاضي وهذا ما لم يقبل به لا القرآن الكريم ولا السنة النبوية ولا حتى إي مذهب من المذاهب الإسلامية الخمسة .
٣. ولعل أغرب ما توصلنا إليه أيضاً هو إن من يتزوج - حتى ولو لأول مرة - خارج المحكمة يخضع لعقوبة الحبس أو الغرامة , حتى وإن كانت الضوابط التي وضعها القانون موجودة .
٤. وفي باب طلاق المريض فرض الموت وجدنا إن المشرع العراقي قد خالف إجماع المسلمين عندما أبى إن يوقع الطلاق الواقع من المريض مرض الموت.
٥. كما إن قانون الأحوال الشخصية وفي الفقرة (٣) من المادة ٣٩ قد ألزم المحكمة بتعويض المطلقة تعويض لا يتجاوز نفقتها لمدة سنتين علاوة على حقوقها الثابتة إن هي طلبت ذلك , وإن هذا التعويض لم يقبل به احد من الفقهاء المسلمين سوى ما قال به البعض من وجوب تحققه المتعة ولكن بشروط , وفي كل الأحوال فأن المتعة تختلف عن التعويض بالشكل الذي أورده المشرع العراقي في الفقرة أعلاه .
٦. وفي موضوع التفريق القضائي فقد وجدنا إن هناك أسباباً كثيرة للتفريق لم يقل بها الفقهاء المسلمون ومنها التفريق بسبب الزواج الواقع بدون إذن من المحكمة , والتفريق لعدم تسديد متراكم النفقة , والتفريق بسبب منع أو امتناع الزوج عن دخول العراق , أو التفريق بسبب خيانة الوطن أو التفريق بسبب الهروب من الخدمة العسكرية.
٧. وفي موضوع الوصية الواجبة المنصوص عليها في المادة ٧٤ من قانون الأحوال الشخصية لم نجد احد من المذاهب الرئيسية الخمسة قد قال بمثل هذه الوصية الواجبة وبهذا يكون قد خالف مشرعنا ثابتاً من ثوابت الإسلام.
٨. وأما فيما يتعلق بميراث البنت فإن قانون الأحوال الشخصية قد سلك منحى آخر, فهو لم يأخذ بما اخذ به جمهور الفقهاء وأقصد بهم هنا المذاهب الأربعة , ولم يأخذ بميراث البنت وفق مذهب الإمامية , وبالنتيجة فأن قانون الأحوال الشخصية في الفقرة (٢) من المادة ٩١ لم يأخذ برأي إي مذهب من المذاهب الإسلامية ويكون بذلك قد خالف مبدأ من مبادئ ثوابت الشريعة الإسلامية .

ثانياً:- المقترحات :

١. نوصي المشرع العراقي بإلغاء الفقرات ٤ و ٥ و ٦ من المادة الثالثة من قانون الأحوال الشخصية المتعلقة بوجوب تحقق شروط معينة للزواج من ثانية ووجوب أخذ إذن القاضي بذلك , وفرض عقوبة على من يقيد زواجه من ثانية دون تحقق الشروط وإذن القاضي.
٢. كما نوصي بإلغاء (٢) من المادة الخامسة والثلاثين التي تنص بعدم وقوع طلاق المريض مرض الموت, ذلك إن مثل هذا الحكم هو خلاف ما هو مقرر في الفقه الإسلامي وبالتالي فأن استمرار الحياة الزوجية على وفق ما ذهب إليه القانون سيضعنا في إشكال شرعي كبير .
٣. ونوصي أيضاً بإلغاء نص الفقرة (٣) من المادة ٣٩ من القانون الخاصة بالتعويض عن الطلاق التعسفي.
٤. ونوصي أيضاً بإلغاء إحكام التفريق المتعلقة بالزواج من ثانية بدون إذن المحكمة والتفريق لعدم تسديد متراكم النفقة والتفريق بسبب منع أو امتناع الزوج عن دخول العراق أو طلب التفريق بسبب خيانة الوطن وهذا لا يعني إننا ننكر عليه مثل هذه الجريمة بيد إن هناك عقوبات

جزائية جسيمة بحقه , فأرتكاب هذه الجريمة شيء وطلب التفريق شيء آخر, ثم إن من يعاقب وفقا لهذه الجريمة تستطيع الزوجة الاعتماد على نص آخر تطلب التفريق بموجبه إلا وهو نص المادة ٤٣ / أولا / ١ , وكذلك نوصي بإلغاء فقرة طلب التفريق لسبب الهروب من الخدمة العسكرية.

٥. كما نقترح أيضا إلغاء المادة ٧٤ من قانون الأحوال الشخصية التي تعالج موضوع الوصية الواجبة لمخالفتها لتأبى من ثوابت الإسلام.

٦. كما إننا أيضا نقترح إلغاء التعديل الذي جاء به المشرع بخصوص ميراث البنت والأخذ بأحد آراء المذاهب الإسلامية .

الهوامش :

- ١- د.صلاح الصاوي , الثوابت والمتغيرات في مسيرة العمل الإسلامي المعاصر , دار الكتب العلمي , بيروت , ١٩٩٣ , ص ٤٩٨ .
للمزيد راجع الموقع الالكتروني الآتي " assakina.com " تاريخ الزيارة ٢٠١٩/٢/٣ .
- ٢- راجع الموقع الالكتروني " riyadhalelm.com " تاريخ الزيارة ٢٠١٩/٣/١٥ .
- ٣- المصدر السابق .
- ٤ - سورة النساء , الآية ١١ .
- ٥- سورة آل عمران, الآية ٩٧ .
- ٦- د.صلاح الصاوي , مصدر سابق , ص ٥٠٨ , للمزيد أنظر الموقع الآتي " ar.islamway.net " تاريخ الزيارة ٢٠١٩/٣/٢٧ .
- ٧- سورة الجاثية : الآية ١٨ .
- ٨- راجع الموقع " http://iswy.cole13i6b " تاريخ الزيارة ٢٠١٩/٤/٣ .
- ٩- قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل .
- ١٠- محمد زيد الأبياتي , شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية , مكتبة النهضة , بيروت , لبنان , بدون سنة طبع , ج ١, ص ٤.
- ١١- لا تعتبر إعادة المطلقة إلى عصمة زوجها بمثابة زواج بأكثر من واحدة لأغراض الفقرتين ٤ و ٥ من المادة ٣ من القانون فيما إذا سبق للزوج أن عند زواجه على امرأة أخرى قبل إعادة مطلقة إلى عصمته انظر قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم ١٤٧ في ١٩٨٢/١/٢٧ .
- ١٢- محسن ناجي , شرح قانون الأحوال الشخصية , مكتبة المعارف , ط ١ , ٢٠٠٦ , ص ١٦١ .
- ١٣- لقد منعت مجلة الأحوال الشخصية التونسية لسنة ١٩٥٦ المعدلة في الفصل (١٨) تعدد الزوجات وكذلك الحال بالنسبة لقانون الأحوال الشخصية السوري رقم ٢٩ لسنة ١٩٥٢ الذي قيد تعدد الزوجات بمادته ال ١٧ , وهذا ما عليه الحال من قانون الأحوال الشخصية المعدل رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ المعدل بمادته السادسة .
- ١٤- محمد جواد , الفقه على المذاهب الخمسة , ص ٣١٢ .
- ١٥- سورة النساء : الآية ٣ .
- ١٦- الشيخ المفيد , محمد بن محمد ابن العلم ابن أبي عبد الله العكبري البغدادي , بلا مكان وسنة طبع , ص ٤٢ .
- ١٧- ابن حيان , صحيح ابن حيان , مؤسسة الرسالة , بيروت , ١٤١٤ هـ , ١٩٩٣ م , ط ٢ , ج ٩ , ص ٢٦٣ .
- ١٨- أبو القاسم الخوئي , كتاب النكاح , مؤسسة أحياء تراث الإمام الخوئي , قم , ٢٠٠٥ , ط ٢ , ج ٢ , ص ١٤٢ .
- ١٩- المصدر السابق , ص ١٤٥ .
- ٢٠- المادة ٣٤ / ١ من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل .
- ٢١- المواد ٤٠ إلى ٤٥ من هذا القانون .
- ٢٢- المادة ٥٤٣ / ١ من القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ .
- ٢٣- مجلة الأحكام العدلية , المادة ١٥٩٥ .
- ٢٤- د. أحمد الكبسي , الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون , المكتبة القانونية , ج ١, بغداد , ٢٠٠٧ .
- ٢٥- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ النافذ .

- ٢٦- قرار محكمة التمييز المرقم ٨٠٦ / ش / ٦٦ في ١٥ / ٣ / ١٩٦٧ ، إبراهيم أشتادي ، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز في قسم الأحوال الشخصية ، مطبعة سعد ، بغداد ، ٢٠١٠ ، ص ٣٤ .
- ٢٧- هناك قول بين الحسن البصري لا يجوز وقوع الطلاق ، انظر : د. فاروق عبد الكريم ، مصدر سابق ، ص ١٨٢ .
- ٢٨- محمد حسن ألبواهي ، جواهر الكلام ، دار الكتب الإسلامية ، طهران ، ط ٣ ، ج ٤ ، ١٤٠٤ هـ ، ص ١٤٧ .
- ٢٩- ابن النجيم ، البحر الرائق ، دار الكتب العلمي ، بيروت ، ط ١ ، ج ٣ ، ١٩٩٧ ، ص ٧٠ .
- ٣٠- مالك ابن انس ، المدونة الكبرى ، دار أحياء التراث العربي ، بيروت ، ج ٣ ، ١٣٣٣ هـ ، ص ٣٤ .
- ٣١- عبد الرحمن ابن قدامة ، الشرح الكبير ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ج ٧ ، بلا سنة طبع ، ص ١٨١ .
- ٣٢- ولكنهم اجمعوا على عدم استحقاقها بالإرث إذا كان الطلاق برضاها أو بطلب منها .
- ٣٣- عبد الله ابن قدامة ، المصدر السابق ، ص ٢١٩ .
- ٣٤- للتفصيل يراجع أ. د حيدر حسين كاظم أشمري ، التدابير للحد من ظاهرة الطلاق في التشريع العراقي .
- ٣٥- قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ٥١٧٩ / شخصيه / ١٩٩٨ في ١٤ / ١١ / ١٩٩٨ نقلا عن محمد حسن كشكول وعباس السعدي ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، المكتبة القانونية ، ط ٢ ، ٢٠١١ ، ص ١٤٦ .
- ٣٦- رقم القرار ٢٣٥٣ / ش / ٢٠١٠ في ٢٣ / ٦ / ٢٠١٠ ، نقلا عن ربيع الزهاوي ، النادر والمهم في قضاء محاكم الأحوال الشخصية ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٧ ص ٦١٣ .
- ٣٧- د. وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته ، دمشق ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، ١٩٨٥ ، ط ٢ ، ج ١ ، ص ٥١٩ .
- ٣٨- د. عبد الأمير زاهد ، نظرية تعويض المطلقة تعسفا في الشريعة والقانون ، بحث منشور في مجلة الاجتهاد والتجديد .
- ٣٩- محسن ناجي ، مصدر سابق ، ص ٣٠٣ .
- ٤٠- د. فاروق عبد الله كريم ، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي ، سليمانية ، ٢٠٠٤ ، ص ١٩٣ .
- ٤١- محمد محي الدين عبد الحميد . الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، المكتبة العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٣ ، ص ٢٨٥ .
- ٤٢- د. فاروق عبد الله كريم ، مصدر سبق ذكره ، ص ٢٠١ .
- ٤٣- د . مصطفى إبراهيم الزلمي ، أحكام الميراث والوصية وحق الانتقال ، دار السنهوري ، لبنان ، بيروت ، ٢٠١٥ ، ص ١٧٧ .
- ٤٤- المحلى ، الجزء الخامس ، ص ٣١٢ .
- ٤٥- سورة النساء الآية ١١ .
- ٤٦- د. مصطفى إبراهيم الزلمي ، مصدر سبق ذكره ، ص ١٩١ .
- ٤٧- الشريف الرضي ، الانتصار ، مؤسسة النشر الإسلامي ، قم المقدسة ، ١٤١٥ هـ ، ط ١ ، ص ٥٦٥ .
- ٤٨- د. مصطفى إبراهيم الزلمي ، مصدر سابق ، ص ١٨٢ .
- ٤٩- أ. د. حيدر حسين أشمري ، محاضرات ألفت على طلبة الدكتوراه ، القسم الخاص ، للسنة الدراسية ٢٠١٧ / ٢٠١٨ .

المصادر:

١- الكتب الفقهية :

- ١- محمد زيد الأبياتي ، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية ، مكتبة النهضة ، بيروت ، لبنان ، ج ١ ، بدون سنة طبع .
- ٢- محسن ناجي ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، مكتبة المعارف ، ط ١ ، ٢٠٠٦ .
- ٣- محمد جواد ، الفقه على المذاهب الخمسة .
- ٤- الشيخ المفيد ، محمد بن محمد ابن العلم ابن أبي عبد الله العكبري البغدادي ، بلا مكان وسنة طبع .
- ٥- ابن حيان ، صحيح ابن حيان ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٤١٤ هـ ، ١٩٩٣ م ، ط ٢ ، ج ٩ .
- ٦- أبو القاسم الخوئي ، كتاب النكاح ، مؤسسة أحياء تراث الإمام الخوئي ، قم ، ٢٠٠٥ ، ط ٢ ، ج ٢ .
- ٧- د. أحمد الكبيسي ، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون ، المكتبة القانونية ، ج ١ ، بغداد ، ٢٠٠٧ .
- ٨- محمد حسن ألبواهي ، جواهر الكلام ، دار الكتب الإسلامية ، طهران ، ط ٣ ، ج ٤ ، ١٤٠٤ هـ .

- ٩- إبراهيم الشاهدي ، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز في قسم الأحوال الشخصية ، مطبعة سعد ، بغداد ، ٢٠١٠ .
- ١٠- ابن النجيم ، البحر الرائق ، دار الكتب العلمي ، بيروت ، ط ١ ، ج ٣ ، ١٩٩٧ .
- ١١- مالك ابن انس ، المدونة الكبرى ، دار أحياء التراث العربي ، بيروت ، ج ٣ ، ١٣٣٣ هـ .
- ١٢- عبد الرحمن ابن قدامة ، الشرح الكبير ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ج ٧ ، بلا سنة طبع .
- ١٣- ربيع الزهاوي ، النادر والمهم في قضاء **محاكم** الأحوال الشخصية ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٧ .
- ١٤- د. وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته ، دمشق ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، ط ٢ ، ج ١ ، ١٩٨٥ .
- ١٥- د. فاروق عبد الله كريم ، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي ، سليمانية ، ٢٠٠٤ .
- ١٦- محمد محي الدين عبد الحميد . الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، المكتبة العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٣ .
- ١٧- د . مصطفى إبراهيم الزلمي ، أحكام الميراث والوصية وحق الانتقال ، دار السنهوري ، لبنان ، بيروت .
- ١٨- الشريف الرضي ، الانتصار ، مؤسسة النشر الإسلامي ، قم المقدسة ، ط ١ ، ١٤١٥ هـ .
- ١٩- د. صلاح الصاوي ، الثوابت والمتغيرات في مسيرة العمل الإسلامي المعاصر ، دار الكتب العلمي ، بيروت ، ١٩٩٣ .
- ٢- البحوث :
- ١- د. عبد الأمير زاهد ، نظرية تعويض المطلقة تعسفا في الشريعة والقانون ، بحث منشور في مجلة الاجتهاد والتجديد ، نيسان ، ٢٠١٤ .
- ٢- أ. د حيدر حسين كاظم أشمري ، التدابير للحد من ظاهرة الطلاق في التشريع العراقي ، بحث غير منشور .
- ٣- مواقع الإنترنت :
- ١- " assakina.com " تاريخ الزيارة ٢٠١٩/٢/٣ .
- ٢- " riyadhalelm.com " تاريخ الزيارة ٢٠١٩/٣/١٥ .
- ٣- " ar.islamway.net " تاريخ الزيارة ٢٠١٩/٣/٢٧ .
- ٤- " http://iswy.cole13i6b " تاريخ الزيارة ٢٠١٩/٤/٣ .