نطاق تطبيق القواعد الفقهية
في نصوص قانون الأحوال الشخصية العراقي (الزواج)(*)

د. ناديا خير الدين عزيز
مدرس قانون الأحوال الشخصية
كلية الحقوق / جامعة الموصل

المقدمة :

الحمد لله الذي تتم بالحمد له النعم والصلاة والسلام على من أتاه ربه جوامع الكلم فصاغها بوحي من الله حديثا مقتضبا بالكلمات واسعا بالمعنى ،وعلى اله وصحبه اللذين اتبعوه بالطريقة والمنهج وانتهجوا نهجه مستدلين بسنته وكتاب ربه، فأكملوا بالبيان مما انتهى منه بالتفسير، ولا انتهاء لما جاء عنه ألف صلاة وأتم تسليم عليه وعليهم أجمعين وبعد:

فانه ولما تحتله القواعد الفقهية من أهمية في الفقه الإسلامي والتي وجدناها واضحة من المحاولات العديدة للمؤلفين في بيانها وتنظيمها ومحاولة تجميعها وتمييزها عما قد يشتبه بها والتي عبر عن هذه الأهمية العديد من الفقهاء وابرز ما عبر عنها هو ما جاء عن القرافي بيانا لأهميتها وتعبيرا عن مكانتها : (إن الشريعة المحمدية اشتملت على أصول وفروع وأصولها (أصول الفقه) أولا،وثانيها قواعد فقهية وهي قواعد جليلة وكثيرة لها من فروع الأحكام ما لا يحصى)[١] ،وهو خير دليل على أهميتها في الفقه الإسلامي ومكانتها فيه كل ذلك وغيره كان الدافع لنا لمحاولة بيان نطاق تطبيقها في هذا الفرع من القانون ونخص بالذكر منه قانون الأحوال الشخصية ، وبيان أصل أكثر النصوص القانونية وما ينطبق على كل نص من قاعدة يمكن أن تكون عونا للقاضي والباحث في أن يعتد بها في تسبيب الأحكام أو إكمال بحثه لتكون لاحقا عونا لإكمال ما نقص أو تعديل ما يحتاج لتعديل منها استدلالا بهذه القواعد وغيرها

(*) أستلم البحث في ٢٠٠٨/١١/١٣ *** قبل للنشر في ٢٠٠٩/٣/٣ .

(١) انظر: مصطفى احمد الزرقا،الفقه الإسلامي بثوبه الجديد،المدخل الفقهي العام ،ج٢،ط١٠،مطبعة طربين ، دمشق،١٩٦٨،ص ٩٤٩،٩٥٠.

لنفتح مجالا للباحث في هذا المجال من القانون، خاصة انه قانون احد أهم مصادره الأساسية الفقه الإسلامي والذي أصله الكتاب والسنة وأقوال الصحابة واتفاق الفقهاء، استدلالا بهذه الأدلة وهي كلها تعد المصادر الأصلية لغالبية القواعد فكل منهما مرتبطا بالأخر إذ ترتبط هذه القواعد بهذه المصادر بوصفها أصلا لها إما القواعد فتمثل تقعيدا لغالبية هذه الأدلة وبلفظ موجز مختصر.

الدافع لاختيار الكتابة في هذا البحث:

١. كما ذكرنا سابقا هو بيان لأصل غالبية نصوص قانون الأحوال الشخصية ونخص بالذكر منها وما حصرنا البحث فيه (المسائل التي تتعلق بالزواج ومقدماته) ، وهل أن أصلها القران الكريم أم الحديث النبوي الشريف أم إجماع للفقه أم رأي فقيه،لتقودنا إلى إمكانية اعتبارها كمصدر من مصادر قانون الأحوال الشخصية فيما لا نص فيه.
٢. بيان القاعدة الفقهية التي تقابل كل نص واصل هذه القاعدة وما لذلك من دور في إعانة القضاء على اعتماد التسبيب وبيانه وأعانه المشرع على إكمال النقص أو التعديل في النص من خلال الرجوع لأصل النص وفهمه.
٣. بيان نطاق تطبيق هذه القواعد التي حظي بيانها وترتيبها الأهمية بل اخذ مجال تبني المشاريع الإسلامية (.مشروع مجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي والذي يتمثل بإعداد موسوعة للقواعد الفقهية والفروق والأشباه والنظائر.)[1] ، في مجالات شتى وجدنا أن نبتدئها في مجال الأحوال الشخصية بهذا البحث الذي نأمل بإكمال ما يتعلق بالمسائل الأخرى في بحوث لاحقة إن شاء الله.
٤. إعانة المشرع وتوجيه نظره للبدء في تقصي القواعد الفقهية والاستفادة منها ومن تفرعاتها بعد فهمها لإكمال النواقص في العديد من المسائل المسكوت عنها وهي عديدة.
٥. هدفي بيان نطاق إعمال هذه القواعد في نصوص قانون الأحوال الشخصية واثبات سعة هذا النطاق، ومكانتها في هذا القانون ،وبالتالي يمكن أن نستدل من ذلك على إمكانية الاعتداد بها في كل تعديل وإكمال النقص الوارد في هذا القانون وان نذكر أنها احد مصادر هذا القانون .

---

(١) هذا ماجاء في القرار رقم (١٢) بشان مشروع موسوعة القواعد الفقهية لمجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الرابع بجدة في المملكة العربية السعودية من ١٨ـ٢٣ جمادي الآخرة ٨ ١٤٠ هجرية ،٦ـ١١ فبراير ١٩٨٨م.انظر في ذلك:وهبة الزحيلي،الفقه الإسلامي وأدلته،ج٧، ط١١٩٨٤معدلة بطبعة ١٩٩٧،دار الفكر،دمشق،سوريا،دار الفكر المعاصر،بيروت،لبنان،ص ٥١٤٧.

كما يمكن أن نعد أن قاعدة (لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان) الدافع لدعوى المشرع نحو الاهتمام بالقواعد الفقهية ويقصد بالأحكام هنا (الأحكام المستندة إلى العرف والعادة لأنه بتغير الزمان تتغير احتياجات الناس وبناء على هذا التغير يبدل العرف والعادة وبتغيرهما تتغير الأحكام حسبما بينا بخلاف الأحكام المستندة على الأدلة الشرعية التي لم تبن على العرف والعادة فإنها لا تتغير)[١].

منهجية البحث:

١. اتبعنا في هذا البحث المنهج التحليلي من خلال الرجوع للنص القانوني وبيان ما يقابله من قاعدة فقهية تمثل أصلا له مع بيان أصل هذه القاعدة وهل أن أصلها الكتاب أم السنة أم قول للصحابة أو إجماع للفقه....الخ ،والغاية هي بيان أصل هذا النص وما يقابله من قاعدة ومدى إعمال هذه القاعدة لتكون عونا للقاضي في دقة التفسير من ناحية وفي بيانها بالتسبيب عند إصدار القرارات من الناحية الأخرى .
٢. كما اتبعنا أيضا التحليل لعدد من النصوص القانونية وبيان رأينا فيما يحتاج لبيان منها.
٣. اخترنا أن تكون منهجية الكتابة على النسق نفسه الذي ورد عن المشرع العراقي في ترتيب المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية في متن القانون ، وحددناها بالمسائل المتعلقة بالزواج (مقدماته وشروطه وأركانه)، لسعة البحث .
٤. إيراد القواعد الفقهية للمذهب الحنفي وهذا في الغالب كما جاء في الأشباه والنظائر لابن نجيم،وأيضا ما وردمن قواعد مقابلة في الأشباه والنظائر للسيوطي والإشارة إلى القواعد لابن رجب في الهامش وهذا في الغالب .
٥. اقتصرنا في البيان على قانون الأحوال الشخصية العراقي لأننا اخترنا البحث في نطاقه فقط مع الإشارة إلى الأحكام الشرعية للمذهب الحنفي والمشروع الموحد للإقليمين السوري والمصري (في عهد الوحدة بينهما) لاحتواء الأول على اغلب القواعد الفقهية في نصوصه ،ومع ما يمثله من تقنين للمذهب الحنفي ،إما ما يتعلق بالمشروع الموحد فلوصفه تقنين متطور يرجع الباحث له وللإحكام الشرعية غالبا.وكذا للأحكام الشرعية المالكية بوصفها التقنين للوارد عن المالكية من أراء.وكذا مجلة الأحكام العدلية لعلي حيدر من خلال

---

(١) انظر :علي حيدر ،درر الحكام شرح مجلة الأحكام ،تعريب المحامي فهمي الحسيني ،المجلد الأول ،الكتاب الأول،دار الكتب العلمية ،بيروت ،لبنان.١٩٩١، ص ٤٣.

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 توالت الشروح للوارد فيها ولا للإشارة إليها في غالبية إن لم نقل كل بحث يتطرق إلى هذه القواعد . وعليه اخترنا البحث في هذا الموضوع من خلال تقسيمه إلى المباحث الآتية بعد التمهيد الذي وضحنا فيه معنى القاعدة الفقهية وعلى النحو الآتي:

المبحث الأول : القواعد الفقهية التي تحكم المسائل الخاصة بالزواج ومقدماته.

المبحث الثاني : القواعد الفقهية التي تحكم المسائل الخاصة بالزواج من المحرمات. المبحث الثالث : نطاق تطبيق القواعد الفقهية في قانون الأحوال الشخصية العراقي.

تمهيد:

ينبغي لبيان مفهوم القاعدة الفقهية التطرق إلى تعريفها لغة واصطلاحا ،فالقاعدة الفقهية في اللغة هي :الأساس[١] وهي أساس الشيء وأصوله ومنها قوله تعالى:(وإذ يرفع إبراهيم القوا عدمن البيت وإسماعيل)[٢] (البقرة:١٢٧) وقوله تعالى :(فأتى الله بنيانهم من القواعد)(النحل:٢٦) أي من الأساس .

هذا في المقصود منها لغة ،أما اصطلاحا فقد تعددت التعريفات الخاصة بالقاعدة الفقهية ومنها تعريف الجرجاني لها وإنها:((قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها))[٣] ،وهذا الانطباق للقاعدة على جميع الجزئيات_ أو اغلبها _خاص بكل العلوم فكما ان هناك قواعد قانونية وقواعد أصولية ونحوية ،هناك أيضا قواعد فقهية تمثل أصلا فقهيا كليا يتضمن أحكاما تشريعية عامة من أبواب متعددة

---

(١) القواعد في اللغة جمع قاعدة،وقواعد مؤنث القاعد وهي من قعد، يقعد، قعودا.وهي من البيت أساسه .انظر في ذلك: لويس معلوف اليسوعي،المنجد في اللغة والأدب والعلوم،ط١٩،المطبعة الكاثوليكية ،بيروت،طبعة جديدة،١٩٦٦،ص ٦٤٣.

(٢) انظر ماجاء في تفسير الآية أعلاه وان القواعد أساسه،واحدتها قاعدة ،قال أبو عبيدة :قواعده أساسه.وقال الفراء : يقال القواعد أساس البيت ،انظر: 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،ص ٢١٣.

(٣) انظر:علي بن محمد بن علي الجرجاني ،التعريفات ،ط١،دار المعرفة ،بيروت،لبنان،٢٠٠٧،ص ١٥٧،وكذا تعريف لويس معلوف لها،راجع:معلوف ،المرجع السابق،ص ٦٤٣..

في القضايا التي تدخل تحت موضوعه ،وهو ما جاء عن الندوي[١] من تعريف نراه يتفق ومضمون هذا البحث الخاص بمسائل الأحوال الشخصية التي يندرج تحت كل واحدة من هذه القواعد العديد من المسائل التي يمثل كلا منها بابا من أبواب الفقه ،وما يتضمنه من مسائل متعددة _خلافا للضابط الفقهي الذي يختص بباب واحد من أبواب الفقه[٢] لتمثل هذه القواعد خلاصة الأحكام الشرعية الواردة عن فقهاء الشريعة الإسلامية في العديد من هذه المسائل ،وهو ما سنتطرق إليه ونوضحه من خلال بياننا لأهم هذه القواعد التي ينطبق مضمونها على اغلب نصوص ق.ا.ش.ع.(من حيث المضمون لا من حيث الصياغة) كلية كانت هذه القواعد أم تبعية للقاعدة الكلية ،ومن خلال التعرض لتحليل كل نص من هذه النصوص وبيان ما تم اعتماده من قاعدة فقهية تجد أساسها في الكتاب أو السنة تارة واجتهاد الفقهاء وما قعدوه من أحكام شرعية تارة أخرى .وبيان ذلك هو ما سنوضحه في المباحث الآتية :

المبحث الأول: القواعد الفقهية التي تحكم المسائل المتعلقة بالزواج ومقدماته
المطلب الأول: القواعد الفقهية الخاصة بالزواج والخطبة.
المطلب الثاني: القواعد الفقهية الخاصة باركان العقد وشرائطه.
المطلب الثالث: القواعد الفقهية الخاصة بالأهلية.

المبحث الثاني: القواعد الفقهية التي تحكم المسائل الخاصة بالزواج من المحرمات .
المطلب الأول: القواعد الفقهية التي تحكم أسباب التحريم المؤبد.
المطلب الثاني: القواعد الفقهية التي تحكم أسباب التحريم المؤقت.

المبحث الثالث: نطاق تطبيق القواعد الفقهية في قانون الأحوال الشخصية.

المبحث الأول

القواعد الفقهية التي تحكم المسائل المتعلقة بالزواج ومقدماته

(١) راجع :علي احمد الندوي ،القواعد الفقهية (قدم لها العلامة الجليل مصطفى الزرقا) ،ط١،دار القلم، دمشق ،١٩٨٦،ص ٤٥.

(٢) جلال الدين عبد الرحمن السيوطي،الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية،دار إحياء الكتب العربية ،عيسى البابي الحلبي وشركاه ،بلا سنة طبع، وللتفصيل حول بيان الفرق بين القاعدة والضابط الفقهي راجع: الندوي ،المرجع السابق، ص ٤٦وما بعدها.

هو ما سنحاول فيه بيان أهم القواعد الفقهية التي تحكم مضمون النصوص القانونية الخاصة بالزواج ومقدماته من مسائل كالخطبة وانعقاد الزواج ،والأهلية الواجب توافرها في المتعاقدين وما يحكم اكتمالها ونقصها من قواعد كانت الأصل لما صيغ من نصوص قانونية (وان لم تتم الإشارة إليها إلا في بعض الشروحات الخاصة بنصوص ،ق،ا،ش،ع)، وان تباين المصدر الذي استقت منه هذه القواعد وبغض النظر عن إن كان دليلا من القران الكريم أم السنة النبوية الشريفة أم ما مثل اتفاقا لغالبية فقهاء المذاهب الفقهية الإسلامية ورد بيانه في المؤلفات الفقهية أم في المؤلفات الخاصة بالقواعد الفقهية ،وهو ما سنوضحه في المطالب آلاتية:

المطلب الأول: القواعد الفقهية الخاصة بالزواج والخطبة.
المطلب الثاني: القواعد الفقهية الخاصة باركان العقد وشرائطه.
المطلب الثالث: القواعد الفقهية الخاصة بالأهلية.

المطلب الأول

القواعد الفقهية الخاصة بالزواج والخطبة[١]

تضمنت المادة الثالثة من قانون الأحوال الشخصية بفقراتها المتعددة الكثير من القواعد الفقهية التي تحكم كلا من نص الفقرة الأولى والثالثة والرابعة ،نوردها ووفق ما جاء من مسائل تمثلت بـ :

أولا: حل المرأة شرعا للرجل .

هو ما جاء من شرط أورده المشرع في نص المادة (١/٣) والخاصة بتعريف الزواج وانه:(عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعا غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل)،معتبرا إياه الشرط الأساس لترتب الغاية من العقد لاحقا في السكن والمودة والنسل وحل استمتاع كلا منهما بالأخر والذي لا يتأتى إلا من خلال التيقن من هذا الحل وان من يريد خطبتها للزواج غير محرمة عليه شرعا [٢] إذ لا يجوز له خطبة من لا تحل له لوجود مانع حقيقي من تحريم مؤبد أو مؤقت أو ظني_ كما في حالة قيام الشك في حل هذه المرأة لهذا الرجل من عدمه

---

(١) مايلاحظ على مضمون المادة الثالثة من قانون الأحوال الشخصية العراقي انه مرتبط بالمادتين (١٢،١٣)، أيضا من نفس القانون ، والخاصة بالمحرمات على التأبيد والتأقيت.

(٢) ماورد في هذه الفقرة مرتبط بالفقرة الثالثة من المادة ذاتها والخاصة بالخطبة إذ يعد حل المرأة المخطوبة للرجل من أحكام صحة الخطبة ثم الزواج لاحقا.

لوجود مضنة كونها أخته من رضاع جاءت هذه المضنة إما من عدم اكتمال شروط التحريم به كعدد الرضعات الموجبة للتحريم أو عدم توافر النصاب المطلوب في الشهادة على الرضاع ،أومن عدم معرفته لها (لأخته) لاختلاطها بغيرها من النساء في المكان الواحد _وبالتالي لا يجوز له الزواج بها.وعدم حل خطبة من تقدمن وبالتالي الزواج منهن ولما تقدم من سبب هو ما عبر عنه الفقهاء المسلمون بالقاعدتين التاليتين:

القاعدة الأولى: من يجوز الزواج بها في الحال تجوز خطبتها [١].

ومن مفهوم المخالفة للقاعدة أعلاه فانه لا يجوز خطبة من لا يجوز الزواج بها في الحال ،إذ ليس للرجل خطبة إحدى النساء المحرمات على التأبيد لأنه لا يجوز الزواج بهن لا في الحال ولا في المآل، وهو ما قام عليه اتفاق الفقه فلا يحل للرجل خطبة ابنته أو أمه أو عمته أو خالته ..الخ ،لأنه لا يحل له الزواج بإحداهن [٢]، وكذا لا يحل له خطبة إحدى النساء المحرمات على التأقيت إلا بعد زوال المانع من الحل،كمخطوبة الغير والزوجية بالنسبة لزوجة الغير والمعتدة عن طلاق رجعي لقيام الزوجية بحقها حكما والمعتدة عن وفاة أثناء عدتها(تصريحا لاتعريضا) لقيام مانع العدة استدلالا بقوله تعالى: ((ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو أكننتم في نفوسكم ، علم الله أنكم ستذكرونهن ولكن لاتواعدوهن سرا إلا ان تقولوا قولا معروفا)) (البقرة:٢٣٥)، والمعتدة عن الطلاق البائن بينونة صغرى وكبرى عند الحنفية سواء أكانت الخطبة بالتصريح أم التلميح، اماعند الشافعية والمالكية والحنابلة فقد أجازوا خطبة المعتدة عن الطلاق البائن بينونة كبرى تعريضا لاتصريحا في حين اختلف الشافعية والحنابلة في المعتدة عن الطلاق البائن بينونة صغرى وجواز التعريض لها من عدمه) [٣].وقد عبر المشرع العراقي عن مضمون هذه القاعدة بصورة

---

(١) انظر:محمد مصطفى شلبي ،أحكام الأسرة في الإسلام (دراسة مقارنة) بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون،ط٤،الدار الجامعية للطباعة والنشر،بيروت،١٩٨٣،ص ٧٢.

(٢) راجع في ذلك:محمد بن احمد بن محمد(ابن رشد) ،بداية المجتهد نهاية المقتصد،ج٢،مكتبة الكليات الأزهرية ، القاهرة،ص ٥٠،٢٠٠٤،احمد الطحطاوي الحنفي ،حاشية الطحطاوي على الدر المختار،ج٢ ،دار المعرفة للطباعة والنشر،بيروت ،لبنان،،أعيد طبعه بالاوفيست،١٣٩٥هـ،١٩٧٥، ص٢٥٦.....وللمزيد من التفصيل في بيان من يحرم خطبتهن وبالتالي الزواج بهن راجع :محمود السرطاوي ،شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني،القسم الأول ،عقد الزواج وآثاره ،ط١،دار ألعدوي للطباعة والنشر والتوزيع ،عمان ، الأردن،١٩٨١،ص٢٢_٢٤.

(٣) راجع للتفصيل :السر طاوي ،المرجع السابق،ص ٢٢.

عامة في نص المادة (١٣)أيضا وان لم يتطرق إلى النص على الخطبة بصورة مباشرة لكنه المفهوم من نص المادة (١/٣) والمادة (١٢) والمؤكد بالقاعدة أعلاه التي يمكن أن تعين في إكمال النقص الوارد في البعض من أحكام الخطبة بوصفها التمهيد للزواج.

القاعدة الثانية: الأصل في الابضاع التحريم فإذا تقابل في المرأة حل وحرمة غلبت الحرمة. [١]

أي أن الأصل في وطء النساء التحريم ولا يباح وطئهن إلا بعقد الزواج الصحيح وإباحته بالزواج إنما جاء تحقيقا لإحدى أهم مقاصد الشرع في إبقاء النسل بطريقة كريمة تتفق وما منحه الله للإنسان من تكريم له تمييزا له عن سائر المخلوقات .وبناء على هذا الأصل في التحريم قدمت الشريعة على وفق هذه القاعدة دليل التحريم على دليل الحل عند التعارض بينهما احتياطا لأنه الأولى_كما لو اختلطت محرمة بنسب أو رضاع بنسوة قرية الرجل الذي يريد الزواج من نساء القرية ولا يعلم أيتهن هي أخته ،وكذا من كان احد أبويها كتابي والآخر مجوسي أو وثني لا يحل نكاحها لان الأصل في الابضاع التحريم وتغليب الحرام على الحلال هنا هو الأولى [٢] _ واستدلالا بالاتي:

١. ما جاء عن النبي(ص)وقوله :(الحلال بين والحرام بين وبينهما أمور مشبهات ،لا يعلمها كثير من الناس ،فمن اتقى الشبهات استبرأ لدينه وعرضه ،ومن وقع في الشبهات: كراعي حول الحمى يوشك أن يواقعه ،ألا وإن لكل ملك حمى ، الأ إن حمى الله محارمه...) [٣].

---

(١) انظر:السيوطي ،المرجع السابق ،ص ٦٧.

(٢) راجع:عماد علي جمعة،القواعد الفقهية الميسرة،ط١،دار النفائس للنشر والتوزيع ،الأردن،٢٠٠٦،ص ٨٥_٨٦.

(٣) روي هذا الحديث عن عامر قال:سمعت النعمان بن البشير يقول:سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول:((الحلال بين والحرام ...الخ الحديث))،من كتاب الإيمان باب فضل من استبرا لدينه ،٥٢،انظر في ذلك: الأمام أبي عبد الله بن إسماعيل البخاري ،صحيح البخاري، ط١،طبعة جديدة مقابلة ومخرجة على كتب السنة الستة،تحقيق وتخريج (احمد زهوة واحمد عناية) ،دار الكتاب العربي ،بيروت،لبنان،٢٠٠٤،ص ٢٤.

٢. ما جاء عن سيدنا عثمان (رض) من الآثار_وهو رأي بقية الصحابة رضوان الله عليهم_ لما سئل عن الجمع بين الأختين بملك اليمين قال:أحلتهما آية وحرمتهما آية والتحريم أحب إلينا. [١].

نجد ومما تقدم ان ما يحكم الشرط أعلاه من حل المرأة للرجل هما القاعدتان المتقدمتان ، واللتان تمثلان التفصيل للوارد في المفهوم العام لمضمون نص المادة الثالثة من ق،أ،ش،ع. ونرى ان إعمال هذا الأصل مهم جدا وخاصة في حالات وجود الشك بقيام الرضاع المحرم بين الرجل والمرأة لاسيما إذا أثير ذلك قبل إبرام العقد، وهو ما ينبغي إعماله حينئذ من قبل القضاء ووجوب عدم إتمام العقد، أو التفريق بينهما قبل الدخول وان تم إبرام العقد .على الرغم من عدم ورود ذلك بنص صريح في القانون إلا انه ما يفهم ويستدل عليه من نصوصه وشرط حل المرأة للرجل .

ثانيا: في تعدد الزوجات وسلطة القاضي في إعطاء الإذن من عدمه.

هذا ما تضمنه نص المادة الثالثة بفقرتيها (٤،٥) من ق،ا،ش،ع. والتي نصت على انه:

(٤_لا يجوز الزواج بأكثر من واحدة إلا بإذن القاضي ويشترط لإعطاء الإذن تحقق شرطين:أ_ان تكون للزوج كفاية مالية لإعالة أكثر من زوجة واحدة.ب_أن تكون هناك مصلحة مشروعة .٥_إذا خيف عدم العدل بين الزوجات فلا يجوز التعدد ويترك تقدير ذلك للقاضي) .وما نراه أن ما يحكم هذا النص وما يخضع له هما القاعدتان التاليتان:

القاعدة الأولى: المشقة تجلب التيسير[٢].

---

(١) راجع:السيوطي ،المرجع السابق،ص ١١٧،ومن ذلك كان اختلاف الفقهاء،فأجازه بعض السلف وهو رواية عن الجمهور واحمد،في حين منعه فقهاء الأمصار ونظيره الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها.انظر:العسقلاني،المرجع السابق،ح٩،ص ٢٠٠.

(٢) تعد هذه القاعدة من القواعد التي ترجع جميع مسائل الفقه إليها ويتخرج عنها جميع الرخص وتخفيفاته،انظر في الإشارة إلى ذلك :السيوطي ،المرجع السابق،ص٨،زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم ،الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان ،مؤسسة الحلبي وشركاه ،القاهرة ،١٩٦٨، ص١٨٠،ومن ضمن التخفيفات أيضا وما يتعلق بالزواج والخطبة :جواز العقد على امرأة من غير نظر إليها مسبقا وأيضا ؛:إباحة النظر إلى المخطوبة عند الخطبة وما فيه من المشقة التي لا يتحملها كثير من الناس في أخواتهم وبناتهم من نظر الخاطب،انظر في ذلك :عبد الكريم :زيدان ،الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية،ط١،مؤسسة الرسالة،بيروت،لبنان،١٩٩٧،ص ٦٤..وهذه القاعدة تقابلها المادة (١٧) من مجلة الأحكام العدلية راجع: علي حيدر ،المرجع السابق ، ص ٣١.

يعدما ورد في الفقرة (٤) من المادة الثالثة وإباحة التعدد وان قيد بشرط أستحصال الأذن من القاضي ،خير تطبيق لهذه القاعدة التي يقصد بها: عدم تكليف العباد إلا بما هو في استطاعتهم فحيثما وجدت المشقة [١] وجد التيسير والتخفيف،إذ أن الصعوبة والمشقة التي تصادف في شئ تكون باعثا على تسهيل وتهوين ذلك الشئ. [٢]. ويتمثل التيسير هنا في إباحة التعدد للرجل عند قيام الحاجة إليه _وهو ما سنوضحه في التطبيقات _وتحقق توافر شروطه التي بينها الشرع والقانون . وكما تعددت أدلة تأصيل هذه القاعدة تعددت في الوقت ذاته تطبيقاتها الخاصة بنطاق المسائل المتعلقة بتعدد الزوجات وهو ما نوضحه في الآتي :

أولا: الأدلة الخاصة بالقاعدة.

١. الأدلة من القران الكريم :ما جاء في قوله تعالى:(يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر)(البقرة:١٨٥) .

٢. الأدلة من السنة النبوية الشريفة ما جاء عن الرسول (صلى الله عليه وسلم):(يسروا ولا تعسروا وسكنوا ولا تنفروا). [٣].

ثانيا: من صور التيسير وتطبيقاته.

١. إباحة التعدد للرجل متى قامت لديه الحاجة إلى التعدد كالرغبة في الذرية ،أو بسبب مرض الزوجة ....الخ.وهو تيسير للرجل و للمرأة أيضا لكثرة عدد النساء من ناحية والحيلولة دون طلاق زوجته فيما لو رغب بسواها.وتحديد الشريعة العدد بأربع نساء إنما جاء اجتنابا للمشقة على الرجل وعلى زوجاته في القسم والنفقة [٤].

---

(١) تتعدد أسباب المشقة كما تتعدد التطبيقات الواردة عن كل سبب، فمن أسباب المشقة : السفر، المرض، الجهل، العسر وعموم البلوى وما يدخل ضمنه من مسائل تتعلق بالزواج كإباحة زواج الرجل بأكثر من واحدة ، وإجازة الزواج بغير الولي وعدم اشتراط عدالة الشهود وعدم خصه بلفظ النكاح والتزويج بل قال الإمام أبو حنيفة ينعقد بما يفيد ملك العين ...الخ ،انظر في ذلك :ابن نجيم ،الأشباه والنظائر،ص ٨٠.

(٢) راجع:ربيع دردير محمد علي ،الوجيز في القواعد الكلية الفقهية،دار النهضة العربية ،القاهرة،٢٠٠١،ص ٧١ ، وانظر:علي حيدر المرجع السابق،ص٣١.

(٣) عن أبي التياح قال:سمعت أنس بن مالك رضي الله عنه قال: النبي صلى الله عليه وسلم (...الحديث..)،باب قول النبي صلى الله عليه وسلم(يسروا .....)،من كتاب الأدب،الحديث رقم:٦١٢٦،انظر: البخاري ، صحيح البخاري ،ص١٢٥٣.

(٤) راجع:ابن نجيم ، المرجع السابق،ص ١٨٠، زيدان المرجع السابق،ص٦٤.

٢. زواج الرجل من مطلقته[١] .،وعدم اعتبار إعادة مطلقها لها بمثابة زواج من زوجة ثانية لإغراض الفقرتين ٥,٤من المادة الثالثة من قانون الأحوال الشخصية العراقي فيما إذا سبق أن عقد زواجه على امرأة أخرى قبل إعادة مطلقته إلى عصمته .

٣. ما جاء في المادة ٣الفقرة (٧) واستثناء الزواج من أرملة من أحكام الفقرتين (٤ و٥) من هذه المادة وانه : يجوزا لزواج بأكثر من واحدة إذا كان المراد الزواج بها أرملة[٢] .

القاعدة الثانية: التصرف على الرعية منوط بالمصلحة.

تعد مصلحة الناس ومراعاتها المحور الأساس الذي دارت حوله أحكام الشريعة الإسلامية والتي لم توضع إلا لتحقيق مقاصد الشارع في قيام مصالح الناس في الدين والدنيا [٣]، وعليه كان كل تصرف على الناس من ولي الأمر ترتبط صحته بمراعاة مصالح الناس وإلا حكم بعدم نفاذه في حقهم ،وهو ما وضعته الشريعة الإسلامية من قيد على من كانت له الولاية على غيره عامه أم خاصة ،سلطانا كان أم قاضيا،واصل هذه القاعدة هو ما جاء في القران والسنة، وما جاء عن بعض صحابة رسول الله كسيدنا عمر (رض)،وهو ما نوضحه في الأتي :

الأدلة الخاصة بالقاعدة:

١. ما جاء في القران الكريم من قوله تعالى: (إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل إن الله نعما يعظكم به إن الله كان سميعا بصيرا)(النساء:٥٨).

٢. ما جاء في قوله (ص): (كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته :الإمام راع وهو مسؤول عن رعيته ،.....) [٤].

---

(١) وفق ما ورد في قرار مجلس قيادة الثورة المنحل برقم ١٤٧ في ١٧/١/ ١٩٨٢.

(٢) وفق ما ورد في القانون رقم ١٨٩ لسنة ١٩٨٠ التعديل السادس .

(٣) راجع:زيدان ،المرجع السابق،ص ١٢٨.

(٤) عن ابن عمر رضي الله عنهما قال:سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول (كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته ،الامام راع ومسؤول عن رعيته ،والرجل راع في أهله 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)،انظر:البخاري ،صحيح البخاري،من كتاب الجمعة،باب الجمعة في القرى والمدن ،الحديث رقم(٨٩٣)،ص ١٨٣.

٣. ما جاء عن سيدنا عمر بن الخطاب (رض):إني أنزلت نفسي من مال الله بمنزلة مال اليتيم ، إن احتجت أخذت منه،فان أيسرت رددته ،فان استغنيت استعففت) [١] ، 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 نص الفقرة (ب)من الفقرة (٤)من المادة الثالثة والفقرة (٥) من المادة ذاتها ،فمع إعطاء المشرع الحق للقاضي في منح الإذن بالتعدد من عدمه إلا انه قيده في ذلك بـ:

أ- تحقق شروط إعطاء الإذن الواردة في الفقرة (٤/أ،ب) وهي وكما أنها قيد على سلطة القاضي التقديرية ،قيد على طالب الأذن أيضا الذي يعد توافر شرط وجودا لمصلحة المشروعة مع الكفاية المالية قيدا في حقه ليمنح الأذن بالتعدد أو لا يمنح.وهذا ما وجدناه واضحا في البعض من القرارات ومنها القرار الأتي :(يشترط لإعطاء الإذن بالزواج من زوجة ثانية تحقق الكفاية المالية للزوج لإعالة أكثر من واحدة وان تكو ن هناك مصلحة مشروعة عملا بأحكام الفقرة (٤) من المادة (٣)) [٢]إذ أن ما يلاحظ على القرار بيانه لما ينبغي أن يتوافر من شروط لإعطاء الإذن وان لم يشر في حيثياته إلى اعتداده بالقاعدة أعلاه أو غيرها من القواعد الفقهية.

ب- ألا يقوم الخوف أو الشك لدى القاضي من أن الرجل الذي يطلب الإذن لن يحقق العدل بين زوجاته رغم تحقق شرط الكفاية المالية والمصلحة المشروعة وهو قيد معنوي أكثر منه مادي يرجع فيه لسلطة القاضي التقديرية وتحقيقا للقاعدة الفقهية (لاضرر ولا ضرار). [٣] اما في أصل هذه

---

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

(٢) القرار ذو الرقم ١٩٢٢/شخصية/٨٣_٨٤ في ١٩٨٤/٣/١٤واردفي مجموعة الأحكام العدلية ، الإعداد(١،٢،٣،٤) لسنة ١٩٨٤،ص ١٠٠.

(٣) معنى الضرر:الضرر خلاف والضرار من الاثنين ،فالمعنى ليس لأحد أن يضر صاحبه بوجه ولا لاثنين أن يضر كل منهما بصاحبه ،ظنا انه من باب التبادل فلا إثم عليه ،انظر:عن عبادة بن الصامت ،ان الرسول صلى الله عليه وسلم قضى ان (لاضرر ولاضرار).وانظر ما ورد في معناها أيضا بان الضرر:هوا لحاق المفسدة ،والضرار هو مقابلة الضرر بالضرر ويأتي بذلك معنى هذه القاعدة متمثلا بمنع الفعل الضار عن النفس والغير وهي توجب رفع هذا الضرر قبل وقوعه وبعده ،ابن ماجة ،المرجع السابق ،ج٢،ص ٧٨٤:الزرقا،المرجع السابق،ص ٩٧٨،٩٧٧.،علي الجمعة ،المرجع السابق،ص ٦٤ ،كما نصت على هذه القاعدة المادة(٩٠) من الأحكام الشرعية المالكية (لا

القاعدة التي تعد من القواعد الفقهية المهمة ،والتي وجدنا سعة مجال إعمالها في نصوص ومسائل الأحوال الشخصية ' وفيما يخص هذه المسالة _والعديد من المسائل الخاصة بالأحوال الشخصية عموما _ هو ما جاء في : أ_ في القران الكريم من أدلة عديدة ومنها قوله تعالى:((لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده))(البقرة:٢٣٣أي انها اذا رضيت ان ترضع بمثل ماترضع به غيرها لم يكن للأب أن يضارها فيدفعه إلى غيرها .

ج- السنة النبوية الشريفة في قوله صلى الله عليه وسلم :(لا ضرر ولا ضرار) و(من ضار اضر الله به ،ومن شاق شق الله عليه).

القاعدة الثالثة: الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة. [١]

يراد بالولاية هنا نفاذ تصرف الولي في حق الغير شاء أم آبى ،والولاية الخاصة إما أن تكون في المال أو الزواج [٢]،وهي ما يهمنا في هذا المجال إذ الولي في الزواج جميع العصبات(وهذا عند جميع المذاهب الفقهية) ، والأم وذوو الأرحام(عند الامام أبي حنيفة)،وعليه تتقدم ولاية هؤلاء على ولاية القاضي الذي له الولاية العامة وتطبيقا لهذه القاعدة وفي نطاق الزواج ليس للقاضي أن يزوج اليتيم أو اليتيمة عند وجود الولي ،إذ لايتصرف القاضي مع وجود الولي الخاص الأهل لذلك [٣].

ضرر ولا ضرار.الضرر تجب إزالته .إذا تعارض ضرران فيرتكب اخف الضررين) متضمنا هذا النص العديد من القواعد الفقهية المتعلقة بالضرر ووجوب إزالته .انظر:محمد عامر،المرجع السابق،ص ٢٢.وانظر: أبي بكر احمد بن علي الرازي الجصاص ،أحكام القران ،ج١،دار الكاتب العربي ،بيروت ، لبنان،طبعة مصورة عن الطبعة الأولى ،طبع بمطابع الأوقاف الإسلامية، ١٣٣٥هجري.ص ٤٠٤.

(١) تقابلها المادة(٥٩) من مجلة الأحكام العدلية.

(٢) انظر: علي حيدر ،المرجع السابق، ص ٥٢.

(٣) انظر،المرجع أعلاه،وراجع في التأكيد على موقف الفقهاء من تقديم الولي على الحاكم ومن ثم القاضي الذي يعينه الحاكم موقف الامام أبي حنيفة وانه في حال عدم وجود الولي الأقرب لغيبته فللأبعد تزويجها دون الحاكم وهو رأي الحنابلة أيضا خلافا للشافعي وإناطة المسالة للحاكم عند عدم الولي الأقرب إذ يقيمه مقامه ولان الأبعد محجوب بولاية الأقرب فلا يحق له تزويجها وهو ماورد بيانه عن:موفق الدين أبي محمد عبد الله بن احمد بن محمود بن قدامة في ومؤلفه :المغني ويليه الشرح الكبير على متن المقنع للشيخ الامام شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن احمد ابن قدامه ،ج٧،ط١،مطبعة المنار ،مصر،١٣٤٨،ص ٣٦٩.:السيوطي ،المرجع السابق ،ص ١٧١،وللاطلاع على موقف الحنفية بصورته المقننة في المواد (٣٦،٣٥)، راجع :محمد زيد الابياني،شرح الأحكام

المطلب الثاني

أركان العقد وشرائطه [١]

تتعدد القواعد الفقهية التي تحكم أركان العقد وشرائطه مابين قاعدة (العادة محكمة) و(العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني) والمتفرعة عن قاعدة (الأمور بمقاصدها)،وغيرها من القواعد التي سنوضحها ضمن ما يندرج تحت أركان العقد وشرائطه من مسائل ومنها:

أولا: في انعقاد الزواج بالإيجاب والقبول.

نصت المادة الرابعة من ق.أ.ش.ع.على انه:(ينعقد الزواج بإيجاب _يفيده لغة أو عرفا_من احد العاقدين وقبول من الأخر ويقوم الوكيل مقامه)، ويفهم من هذا النص انه متى تعارف الناس لفظا وشاع استعماله بينهم بحيث يفهم منه كل من سمعه أن المقصود به عقد الزواج صح العقد به لان الغاية من الألفاظ التعبير عن الإرادة بأي شكل كان لا يحتمل الشك (فيصح بها العقد لوجود طلب الدلالة على المعنى المراد وأرادته من اللفظ قصدا ..)[٢]،ومن الملاحظ على الشطر الأول لهذا النص نجد:

أ- وضوح إعمال العرف فيه ،والإشارة بالنص إلى اعتماده في تعبير الموجب عن إرادته التي انصرفت لإبرام عقد الزواج بوصفه الطرف الأول أسوة

الشرعية في الأحوال الشخصية ،ج١،مكتبة النهضة،بيروت ،بغداد،ص ٥٩_٦٢.اما عن موقف المالكية وتطبيق هذه القاعدة في تقديم الولاية الخاصة على العامة اطلع على المواد:(٢٢٢،٢٢٤،٢٢٣)،والخاصة ببيان ترتيب الأولياء ومراعاة الأقرب فالأقرب وكذا المادة ٢٢٥ والوارد في مضمونها انه لاتكون الولاية لغير الولي إلا عند عدمه) انظر: محمد علي عامر ،ملخص الأحكام الشرعية المالكية على المعتمد من مذهب المالكية ،طبع بمطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه،مصر ،بلا سنة طبع ،ص ٦٣،٦٤.

(١) هذا عنوان الفصل الثاني من الباب الأول لمتن قانون الأحوال الشخصية العراقي والمتضمن للمواد من (٤_٧) .

(٢) انظر:محمد أمين بن عابدين ،حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ويليه تكملة بن عابدين ،ط٢،ج٣،مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده،مصر،١٩٦٦،عبد الرحمن الصابوني ،شرح قانون الأحوال الشخصية السوري،ج١،الزواج وأثاره،المطبعة الجديدة ،دمشق،١٩٨٥،ص ٩٣. وهبة الزحيلي،المرجع السابق ،ج٩ ،،ص ٦٥٢٥.

بالتعبير اللغوي عن هذه إلا راده ،بل قد يفوقها عند التعارض ويرجح عليها [١].

ب- اتفاق المشرع مع الرأي الذي ذهب إلى صحة انعقاد العقد وان لم يكن بالألفاظ الصريحة إنما بالمتعارف عليه والمفهوم منه انه للزواج[٢]

ج- خضوع النص للقواعد الفقهية التالية:

القاعدة الأولى: العادة محكمة.

يقصد بالعادة في هذه القاعدة العرف بنوعيه العملي واللفظي_وهو ما تدور حوله هذه المسألة وضمن هذا النص(العرف اللفظي) _ بغض النظر عن إن كانت عامة أم خاصة،لما لها من اعتبار في الشرع وحاكميته متمثلة بخضوع أحكام التصرفات لها،فتثبت تلك الأحكام على ما تقضي به العادة أو العرف متى ما لم يكن هناك نص شرعي مخالف لها[٣]، وهي واحدة من أهم القواعد الفقهية الكلية الكبرى في الفقه الإسلامي والمبرزة لدور العرف ومكانته فيه والذي لاتخلو أكثر أحكام الفقه بمختلف أبوابه من تعويل عليه متى توافرت فيه شروط أعماله [٤] ،لما يحتله من أهمية وما يمثله للناس من مألوف وتعود يحقق الأخذ به التيسير

---

(١) اشترط بعض الفقهاء (البغوي) وفي حالة تعارض العرف مع اللغة تقديم العرف لأنه يحكم في التصرفات .في حين اشترط البعض الأخر لذلك شروط منها:أ_ان كان للعرف في اللغة استعمال.ب_في حالة هجر اللغة ونسيانها يصار للعرف ،انظر:السيوطي ،المرجع السابق ،ص ١٠٣_١٠٤.

(٢) ذهب إلى هذا الرأي كلا من الحنفية والمالكية ،إذ اعتبر الحنفية كما تقدم ان ما كان عرفا صريحا في استخدام لفظ يدل على الزواج ينعقد به العقد كان يقول جوزتك بدل زوجتك،وكذا الشافعية ،إما الحنابلة فقد ذهبوا إلى انه لا ينعقد العقد إلا باللفظ الصريح إما الكنائي فلا ينعقد به لأنه يحتاج إلى الشهادة باستثناء إذا كان لا يحسن العربية أو قادرا على التلفظ بالألفاظ الصريحة وهي احد أقوال الشافعي، راجع في ذلك :ابن قدامة ،ج ٧، ص ٣٧٢ .السرطاوي ،المرجع السابق،ص ٤٠_٤٣.

(٣) قسم العرف أو العادة إلى تقسيمات عدة منها تقسيمه إلى عرف قولي أو لفظي وهو ما نحن بصدده ومنها عرف عملي كمسالة تقديم المهر إلى مؤجل ومقدم ومنها تقسيمه إلى عام وخاص ،للمزيد من التفصيل حول أقسامه راجع:الزرقا ،المدخل الفقهي،ص٩٩٩ ،محمد عثمان شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية ،ط٢،دار النفائس للنشر والتوزيع ،الأردن،٢٠٠٧،ص ٢٣٣،زيدان ،المرجع السابق،ص ١٠٦.تقابل هذه المادة(٣٦) من مجلة الأحكام العدلية،وانظر ما جاء في بيان معناها :العادة عامة كانت او خاصة تجعل حكما لإثبات حكم شرعي إذا لم يرد نص في ذلك الحكم ،انظر:،علي حيدر،المرجع السابق،ص ٤٠.

(٤) انظر في الإشارة لذلك :ابن نجيم ،المرجع السابق،ص ٩٣.السيوطي،المرجع السابق،ص ٩٩.

للناس في معاملات حياتهم والتي نوضح مايتعلق بها من خلال بيان أهم الأدلة الخاصة بهذه القاعدة بوصفها الأصل الشرعي لها من ناحية وما تمثله من دليل على التعويل على العرف لأهميته من الناحية الأخرى وعلى النحو الآتي:

١. ما جاء في الكتاب من قوله تعالى :((ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف))(البقرة :٢٣٦) ، أي ما يتعلق بمتعة المطلقة والرجوع لبيان مقدارها إلى حالة الزوج من الإعسار أو اليسار إلى العرف الموقوف على عادات الناس في تقديرها والذي يختلف ويتغير بتغير الزمان والمكان .[١]

٢. ما جاء في السنة ومن ذلك قول الرسول (صلى الله عليه وسلم) لهند زوج أبي سفيان عندما جاءت تشتكي شح زوجها :(خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف) [٢].

٣. ما روي عن ابن مسعود (رض):(ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن).وكان هذا أصلا لما اعتمده الفقهاء لاحقا من قول كأصل للقاعدة موضوع البحث [٣].وهي كقاعدة اعتمدت أصلا للاستدلال بها في اغلب المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية ومن ضمنها ما نحن بصدده من مسألة خاصة بإعمال العرف اللفظي لإبرام عقد الزواج إذ المهم هو فهم مقصوده وانصراف هذا اللفظ لهذا المقصود وفهم كل من يسمعه إلى أن المقصود به إرادة عقد الزواج ،.لان الغاية من الألفاظ التعبير عن الإرادة بأي شكل لا

([١]) راجع في تفسير الآية أعلاه :أبي بكر احمد بن علي الرازي الجصاص ،أحكام القران ، ج ١،ص ٤٣٣.

([٢]) عن عائشة (رض) : أن هند بنت عتبة زوجة أبي سفيان قالت يارسول الله ان ابا سفيان رجل شحيح فاحتاج ان اخذ من ماله ؟ قال صلى الله عليه وسلم :(خذي .....)،انظر:البخاري ، صحيح البخاري ،كتاب الاحكام ،باب القضاء على الغائب ،الحديث رقم (٧١٨٠) ،ص ١٤٥١ .

([٣]) وردعن بن نجيم في الأشباه والنظائر ان ما جاء عن ابن مسعود(رض) من قول مثل أصلا لهذه القاعدة هو قول للرسول (ص) وكذا القاضي في الأشباه للسيوطي ،إما العلائي ووفق ما وردعنهما قال: لم أجده مرفوعا في شيء من كتب الحديث أصلا ولا بسند ضعيف بعد طول البحث وكثرة الكشف والسؤال ،إنما هو من قول عبد الله بن مسعود (رض) موقوفا عليه.أخرجه أحمد في مسنده .أنظر:السيوطي ،المرجع السابق،ص ٩٩،ابن نجيم ،المرجع السابق،ص ٩٣.

يحتمل الشك كما ذكرنا[١] وبالتالي فاستعمال أيا من الألفاظ المحرفة في إبرام عقد الزواج جائز وفق هذه القاعدة كلفظ جوزت بدل زوجت وكذا استخدام اللفظ العرفي الدال على الزواج ،وهو مانستدل على الاعتداد به ضمن ما وجدناه واضحا في النص إذ وجدنا:

أ- إعمال العرف اللفظي عند التعارض مع اللغة .

ب- ترجيح القصد والمعنى على اللفظ والمبنى _،ونرى المجال واضحا لتطبيقه في حال إبرام العقد بغير العربية أيضا، _وهو ما يتفق وفق ما نراه مع ما جاء في القاعدة التالية:

القاعدة الثانية: العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا الألفاظ والمباني.[٢]

يقصد بهذه القاعدة أن الإحكام في المعاملات أنما تبنى على المقاصد والأغراض .لا على ظاهر الألفاظ المستعملة في صيغة العقد (الإيجاب والقبول) ،لان المعنى المقصود من الألفاظ المستعملة هو المعنى الحقيقي وإنما اعتبرت الألفاظ لدلالتها على المقاصد فإذا ظهر القصد كان الاعتبار له وتقيد اللفظ به وترتب الحكم بناء عليه ،إلا أن ذلك لا يعني إهمال الألفاظ نهائيا لأنها قوالب المعاني والمعبرة عنها ،فتراعى أولا المعاني الظاهرة للألفاظ،و يصار إلى المعاني المقصودة عند تعذر الجمع بينهما وتقدم حينها على اللفظ. [٣] وبالتالي لا مانع من الاعتداد باللفظ الدال على الزواج والمفهوم منه أن المقصود به الزواج بشرط أن يكون معمول به عرفا وقد شاع استعماله بين الناس ذلك أن العبرة للمقصد من اللفظ لا للفظ ذاته إذ قد تترك الحقيقة بدلالة العادة ،ويصار إلى المجاز إذا ما تعذرت هذه الحقيقة من اللفظ اللغوي للزواج كزوجت ،ونكحت .،زوجيني ،انكحيني .ومن تطبيق هذه القاعدة على النص فإنها تعني عدم الممانعة في انعقاد الزواج بلفظ جوزت كلفظ محرف بدل زوجت من ناحية كما بينا في القاعدة السابقة ،اوبالالفاظ غير العربية كاللغة الكردية أو التركمانية إذا كان العاقد

---

(١) وهذا الاتجاه نراه واضحا وفق ما أجازه الحنفية من رأي لم يقتصر على إعمال ما تعارف الناس من لفظ في العرف وفق ما جاء عن جمهور الفقهاء ،بل تعداه إلى حاله وان كان اللفظ بغير العربية حتى لمن يحسنها فالمهم هو فهم الشاهدان لغة التعاقد لان شرط الشهادة فهم الإيجاب والقبول .انظر:عبد الرحمن الصابوني ،.المرجع السابق،٩٣.

(٢) تعد هذه القاعدة فرعا من فروع أهم قاعدة من القواعد الفقهية إلا وهي قاعدة (الأمور بمقاصدها) ،هذا ماجاء كنص في المادة (٣) من مجلة الأحكام العدلية،انظر في شرحها والنص للمادة:علي حيدر ،المرجع السابق،ج١،ص ١٧،للمزيد من التفصيل حول معنى هذه القاعدة واصلها راجع أيضا :زيدان ،المرجع السابق،ص٨.

(٣) انظر:شبير،المرجع السابق،ص ١٢٣،عماد علي جمعة،المرجع السابق ،ص ٤٧

لايحسن العربية و كان القاضي والشهود يفهمون اللغة ويفهمون أن مقصوده الزواج من الناحية الأخرى (وهوا تجاه الجمهور لمن لايحسن العربية)___،وان كنا نرى انه عادة ما يلقن القاضي الزوجين لفظ الزواج _بل وان كان قادرا عليها لان المقصود المعنى دون اللفظ ، (هو ماذهب إليه الحنفية والشافعية وتعليلهم في أن المهم هو التعبير عن الإرادة وهذا واقع في كل لغة) [١] .

وكما أن الإيجاب والتعبير عنه خضع للعديد من.القواعد الفقهية كذا القبول بوصفه الطرف الأخر والذي يتوقف انعقاد العقد على صدور التعبير بالموافقة منه على إيجاب الموجب . والتعبير عن هذا القبول يتخذ صيغ عدة :

الصيغة الأولى : إما أن يأتي صراحة من القابل أومن يقوم مقامه (الوكيل) والتصريح هو ما يعول عليه في ترتيب الأحكام ومنها ما نحن بصدده من انعقاد العقد. [٢]

الصيغة الثانية : أن يأتي القبول ضمنا كما في حالة الصمت من الفتاة البكر ومع انه سكوت ولا(ينسب لساكت قول) [٣]، إلا انه استثناء وجد له في السنة ومما ورد فيها سببا لإجماع الفقهاء [٤] أصلا للحكم في اعتبار سكوت البكر إذنا منها بالزواج ومنه جاءت صياغة القاعدة الفقهية التالية:

القاعدة الثالثة: أذن البكر صمتها.

تعد هذه القاعدة من القواعد الفقهية المعروفة في نطاق المسائل المتعلقة بالزواج وهي وفي الوقت ذاته تطبيق للقاعدة الفقهية :(السكوت في معرض

---

(١) راجع:الزحيلي ،المرجع السابق، ص ٦٥٢٥.

(٢) التصريح باللفظ وهو عند الفقهاء للثيب من النساء ،فالأذن في النكاح على ضربين واقع في حق الرجال والثيب من النساء باللفظ ،وهو في حق الأبكار المستأذنات واقع بالسكوت ،وإما الرد فباللفظ وهذا رأي الجمهور باستثناء الشافعية اللذين ميزوا بين ما إذا كان من عقد نكاحها الأب أو الجد أم غيرهما حيث يستوجب منها النطق،انظر في ذلك:ابن رشد،ج٢،ص ١٠.

(٣) هذه عبارة الإمام الشافعي ويقصد بها انه لا يجوز أن يقول الساكت ما لم يقله فيقال انه قاله ،انظر:السيوطي ،المرجع السابق ،ص١٥٨،زيدان ،المرجع السابق ،ص ٢٠.

(٤) راجع:ابن رشد،المرجع السابق،ج٢،ص ١٠. ،شمس الدين السر خسي، المبسوط ،ج٥،ط٣،دار المعرفة للطباعة،أعيد للطباعة بالاوفيست ،بيروت ،لبنان،ص ١،٢،.،عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي،الاختيار لتعليل المختار،ط٣،ج٣،دار المعرفة ،بيروت ،لبنان،٢٠٠٤، ص ١١٦_١١٧.الابياني ،ج١ ،ص٨٠.

الحاجة إلى البيان بيان) [١] إذ((أقيم سكوت البكر مقام رضاها لحاجة وضرورة تمثلت بحياء ها المانع من النطق الخاص بالأبكار خلافا لما إن كانت الفتاة غير بكر وزوجها أبوها فسكتت فلا يمكن اعتبار سكوتها رضا لان الأصل في السكوت عدم الرضا فهو يحتمله كما يحتمل سواه لذا لا يكتفي به)) [٢] ، واصل هذه القاعدة نجده في :

١. ما جاء عن الرسول (ص) ((الآيم أولى بنفسها ،والبكر تستأ مر في نفسها،قيل :يا رسول الله إن البكر تستحي أن تتكلم .قال :إذنها سكوتها)). [٣]
٢. ما جاء عن الرسول (ص) ((شاوروا النساء في ابضاعهن ،قالت عائشة:يا رسول الله :إن البكر لتستحي ؟ قال آذنها صماتها)) [٤] .ومما تقدم استدل الفقهاء المسلمون في اعتبار سكوت البكر إذنا منها بالزواج [٥] ،وهو وان كان في السابق دليلا للاستدلال برضا البكر بالزواج ،فقد لايعد كذلك ألان ونتفق مع الرأي الذي ذهب إلى أهمية وأفضلية التصريح لأنه الأوضح والأدق . [٦]

ثانيا: في انعقاد الزواج بالكتابة.

كما يعبر عن إرادة إبرام عقد الزواج بالعبارة يعبر عنها بالكتابة أيضا ،وهو ما تبناه المشرع العراقي في المادة ٦ف(٢) والتي نصت على انه :(ينعقد

---

(١) راجع : الزرقا،الفقه الإسلامي بثوبه الجديد ،ص ٩٧٥،٩٧٣.تقابلها المادة(٦٧) من مجلة الأحكام ،انظر:علي حيدر،المرجع السابق،ص٥٩.

(٢) السر خسي ،ج ٥،ص ١٠،٥وانظر مايقابلها من نص يوضح اتجاه الحنفية ماجاء في المادة (٥٣) من الأحكام الشرعية:الابياني ،المرجع السابق ،ج١،ص٨٧،٨٦، ،ابن رشد،ج٢،ص١٠.

(٣) روي هذا الحديث عن ابن عباس انظر في تخريجه :الحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القز ويني ،سنن ابن ماجة،من باب استئمار البكر والثيب ،الحديث(١٨٧٠) ،المجلد الأول ،ج١،دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع،ص ٦٠١.

(٤) انظر:ابن رشد،ج٢،ص١٠.

(٥) انظر:المرجع أعلاه.والسرخسي ،ج٥،ص٥، ابوعبد الله بن علي الخرشي ،شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل بن إسحاق الجندي المالكي وبهامشه الشيخ علي العدوي ،ج٣ ،دار الفكر ،دون سنة طبع ،ص١٨٣. ، وهو ما جاء في المادة ٢٢٦من الأحكام الشرعية المالكية :(إذن البكر صمتها أو بكاؤها أو ضحكها حسب عادة أمثالها من بنات الحي أو الجواب بما يفهم منه الموافقة والرضاء وأما الثيب فلابد من إعرابها بالقول ولا يكفي السكوت) انظر:محمد علي عامر ، الأحكام الشرعية المالكية ، ص ٦٤، السيوطي ،المرجع السابق، ص ١٥٣.

(٦) راجع :فريد فتيان ،شرح قانون الأحوال الشخصية على المذاهب الخمسة،مطبعة الشعب ،بغداد،١٩٨٢، ص ٤٦.

الزواج بالكتابة من الغائب لمن يريدان يتزوجها بشرط أن تقرا الكتاب أو تقرؤه على الشاهدين وتسمعهما عبارته وتشهدهما على أنها قبلت الزواج منه) [١] ،وهو ما تحكمه القاعدتين الحنفيتين التاليتين:

القاعدة الأولى: الكتاب كالخطاب.

معنى هذه القاعدة أن الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر تعقد به العقود وهي متفرعة عن القاعدة الفقهية الأساسية (العادة محكمة)، فهي تعبير عن سلطان العرف اللفظي وأثره في الأحكام ،ومما قد يقوم مقامه في التعبير عن القصد بالكتابة أو الإشارة فيصار إليها عند الحاجة [٢] ،فالخطبة بالكتاب على وفق ما ذهب إليه الحنفية من رأي واعتمده المشرع العراقي صحيحة (لان الكتاب ممن نأى بمنزلة الخطاب ممن دنا فان الكتاب له حروف ومفهوم يؤدي عن معنى معلوم فهو بمنزلة الخطاب من الحاضر)[٣] متى توافرت شروطه [١].وكان ما

([١]) هذا ما نصت عليه المادة (٥) من المشروع الموحد الفقرة (ب) وانه :(يجوزان يكون الإيجاب بين الغائبين بالكتابة أو بواسطة رسول) انظر:مصطفى احمد الزرقا،مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للإقليمين المصري والسوري في عهد الوحدة بينهما ،ط١،دار القلم ،دمشق ،الدار الشامية ،بيروت،١٩٩٦ص ٤٩.وهو ماجاء في نص المادة (٩) من الأحكام الشرعية ،للاطلاع عليهاراجع:الابياني،ج١،ص ٢٣.

([٢]) راجع:شبير،المرجع السابق،ص ٢٥٥.الزرقا،المدخل الفقهي،ص ١٠٠٠.تقابلها المادة (٦٩) من مجلة الأحكام العدلية ،انظر في تفصيلها :علي حيدر،المرجع السابق،ص ٦١.

([٣]) السرخسي،المرجع السابق،ج٢،ص ١٦وما ذهب إليه الحنفية من رأي وكذا الإمام الشافعي خلافا لغالبية المذهب الذي ذهب إلى منع إجازة الزواج عن طريق الكتابة وحجتهم أن النية لا يستطيع الشهود الاطلاع عليها و خالفوا فيه الجمهور وما ذهبوا إليه من عدم انعقاد الزواج بين الغائبين مع القدرة على النطق لأنه كناية والزواج لا ينعقد بالكنايات فلا ينعقد بالكتابة ،راجع في بيان ذلك :زين الدين بن نجيم الحنفي ،البحر الرائق شرح كنز الدقائق،ج٣،ط٢،دار المعرفة للطباعة والنشر،بيروت ،لبنان،بلا سنة طبع،ص ٨٧،محمد الشربيني الخطيب،مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج على متن المنهاج لأبي زكريا بن شرف النووي ،ج٢،مطبعة مصطفى محمد،مصر،بلا سنة طبع ٢،ص ١٤١، السيوطي،المرجع السابق،ص ٣٣٤.وانظر في بيان موقف الشافعية ضمن القاعدة التي أوردها السيوطي وهي :(كل تصرف يستقل به الشخص كالطلاق والعتاق والإبراء ينعقد بالكتابة مع النية كانعقاده بالصريح وما لا يستقل به بل يفتقر إلى إيجاب وقبول ضربان :ما يشترط فيه الإشهاد،كالنكاح ،وبيع الوكيل المشروط فيه فهذا لا ينعقد بالكناية لان الشاهد لايعلم النية) ،المرجع السابق،ص ٣٢٢..،السرطاوي،المرجع السابق،ص٤٣وما بعدها. الزحيلي ،ج٩،ص ٦٥٣١.== ==وما ذهب إليه الجمهور هو ما نرجحه من رأي حسما لما قد يثار من نزاع يتعلق بمدى صحة الكتاب من حيث المضمون والجهة.

جاء في النص أعلاه هو خير تطبيق لهذه القاعدة التي اعتد بها الحنفية وتعليلهم في جواز ذلك اتحاد المجلس من حيث المعنى لان كلام الرسول ككلام المرسل أذانه ينقل عبارته .[٢].

القاعدة الثانية: المجلس جامع للمتفرقات.

أو بعبارة الحنفية (المجلس جامع للشطرين مع تفرقهما للضرورة) [٣]، ويقصد بها ان مجلس العقد هنا يعد جامعا للإيجاب والقبول وان تفرقا في المكان،لان شرط الارتباط اتحاد الزمان ، ،وتمثل هذه القاعدة الاستثناء على ما يجب أن يتوافر في احد شروط الانعقاد من شرط متمثلا باتحاد مجلس الإيجاب والقبول وحضور العاقدين في مجلس واحد وصدور القبول فور الإيجاب ،وهو استثناء أوجده الحنفية للتيسير، وهي ما تنطبق حقا على حالة انعقاد العقد بالكتاب إذا ما توافرت شروطه على الرغم من غياب احد العاقدين حقيقة عن مجلس العقد إذ جعل المجلس جامعا للشطرين (الإيجاب والقبول)، حكما مع تفرقهما حقيقة للضرورة وهي هنا الغياب .حيث لم يشترطوا الفورية في الرد من القبول على الإيجاب ذلك أنهم فرقوا بين الكتاب والخطاب فأجازوا القبول مع اختلاف المجلس وحكموا بصحته.

ثالثا: في شروط عقد الزواج التي لاينعقد العقد إلا بها[٤]

---

(١) شروطه التي تبنى بعضها المشرع :أ_ان تقرأ الخطيبة الكتاب على الشهود وتشهدهم عليه .ب_ان يكون الخطاب واضحا بكتابة واضحة (مستبينة مرسومة) .ج_ان تشهد على مضمونه وتسمعهم قبولها_وعند أبي يوسف إذا قالت زوجت نفسي يجوز وان لم يسمعا كلام الرسول وقراءة الكتاب بناء على ان قولها شطر العقد ،علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ،ج ٢،ط٢،دار الكتاب العربي ،بيروت ،لبنان،١٩٨٢، ص ٣٢٧،راجع:السرخسي،ج٥،ص ١٦.ابن نجيم ،بحر رائق،ج٣،ص ٨٧،الصابوني ،ج١،ص ٨٩.

(٢) راجع:الكاساني ،بدائع الصنائع،ج٢، ص ٣٢٧.

(٣)راجع: الطحطاوي ، المرجع السابق ،ج٢،ص ٦. ،الكاساني،ج٢،ص ٢٣٢،ابن نجيم ،.بحر رائق،ج٣،ص ٨٩.

(٤) نصت المادة(٥) من قانون الأحوال الشخصية على انه: (تتحقق الأهلية في عقد الزواج بتوافر الشروط القانونية والشرعية في العاقدين أو من يقوم مقامهما) ، وعلى الرغم من أن المادة لم تحدد هذه الشروط إلا انه ومن الرجوع للفقه نجد أنها تتعدد ومنها الكفاءة والتي يرجع في تحديد معاييرها إلى العرف والدين ،وهو ما نصت عليه

نصت المادة السادسة في فقراتها المتعددة على الكثير من الشروط الخاصة بشروط الانعقاد والصحة مع بيانها للأثر المترتب على فقد إحداها متمثلا بعدم انعقاد عقدا لزواج .ومن تحليل لفقرات هذا النص وجدنا أن ما يحكم فقراته العديد من القواعد الفقهية نوضحها تبعا للفقرات :

١- ما يتعلق بنص الفقرة (أ) والمتمثل بوجوب اتحاد مجلس الإيجاب والقبول كشرط من شروط الانعقاد الواجب توافرها في أركان العقد للحكم بانعقاد العقد الناتج من ارتباط إرادتيهما في نفس المجلس ((كما لو قال الموجب زوجني أبنتك فقال له زوجتك أو قبلت أو رضيت انعقد العقد)) [١]وهذا مما لا خلاف فيه وكذا فيما لو انصرف القابل عن إيجاب الموجب بموضوع أخر أو بخروج من المجلس فلا يحكم بانعقاد العقد لان انعقاده عبارة عن ارتباط احد الشطرين بالأخر ،إنما الخلاف هو في شرط الاتحاد الحقيقي أو الحكمي بوجود شطري العقد في ذات المكان من عدمه من ناحية وفي اشتراط الفورية في قبول الطرف الآخر للإيجاب من الناحية الأخرى . بيان ذلك يأتي من خلال التطرق لما وجدناه من ملاحظات على نص المادة منها:

أ- إن المشرع العراقي في هذا النص لم يحدد ويعين فورية القبول في مجلس واحد من عدمه إنما ترك العبارة عامة ومطلقة(اتحاد مجلس الإيجاب والقبول) والمطلق يجري على إطلاقه.

ب- من اطلاع عن ما جاء عن فقهائنا وجدنا أن ما قد يحكم هذه المسالة هي إحدى القواعد الآتية:

القاعدة الأولى: (المجلس جامع للمتفرقات)، وقد سبق تناولها في الفقرات السابقة ،وهي ما تمثل احد الآراء الفقهية الخاصة ببيان الموقف الفقهي من ذلك،وهو اتجاه الحنفية الذين لم يشترطوا الفورية في القبول عن الإيجاب الصادر.كاستثناء في هذا المذهب للتيسير إذ أن الفور ليس من شرائط العقد عند الحنفية[٢].

المادة (٢٦) من المشروع الموحد وانه:(العبرة في الكفاءة للصلاح في الدين ولعرف البلد) ،راجع ،الزرقا ،مشروع القانون الموحد، ،ص٦٩.

(١) راجع: الصابوني ،ج١،ص ٨٦.

(٢) راجع:الكاساني، ج٢،ص٢٣٢،ابن نجيم، البحرالرائق،ج٣، ٨٩، الصابوني،ج١،ص ٨٦. وكذا المالكية لم يشترطوا الفورية ،انظر في ذلك:محمد عامر،وفق ما جاء في المادة (٢١٣) من الأحكام الشرعية المالكية،ص٦١،٦٢.مع ملاحظة ماجاء في المادة (٧) من المشروع الموحد فقرة (ج) ،والخاصة باتحاد مجلس

القاعدة الثانية: وهي قاعدة: (الاشتغال بغير المقصود إعراض عن المقصود)، كما أن ما قد يحكم النص هوا لقاعدة السابقة فقد يحكمها هذه القاعدة ،لورود النص بصورة مطلقة ،وهي خير تطبيق لرأي الشافعية واشتراط الفورية للقبول [١].

القاعدة الثالثة: (المعروف عرفا كالمشروط شرطا)، وهي متفرعة عن القاعدة الأصلية **(العادة محكمة)** ، والتعويل في الحكم بان ما يعد اتحاد المجلس أم فاصلا له هو(العرف الشائع بين الناس وهو المحكم في بيان اتحاد المجلس اوتغيره والاحتكام إليه متفق عليه بين المذاهب الفقهية حتى عند الشافعية القائلين بفورية القبول)،وهو مايده العديد من فقهاء القانون وشراحه [٢].وانطلاقا من معنى القاعدة أعلاه _خاصة وان النص جاء عاما_ وان ما جرى به العرف يراعى ويعتبر من دون حاجة لاشتراطه في عقود الناس وتصرفاتهم [٣].وهومانؤيده من اتجاه يتفق ومراعاة عادات الناس في زمن ما ومكان ما وماله من اثر في التيسير على الناس ودفع المشقة عنهم.

رابعا : في الشروط المعتبرة ضمن العقد.

نصت المادة السادسة الفقرة (٣) على أن: ((الشروط المشروعة التي تشترط ضمن عقد الزواج معتبرة يجب الإيفاء بها))،وإلا فان ((للزوجة طلب

الإيجاب والقبول والنص على ان (هذا المجلس يبدأ بين الغائبين منذ اطلاع المخاطب بالإيجاب على مضمون الكتاب أوسما عه بلاغ الرسول ،ويعتبر هذا المجلس في هذه الحال مستمرا ثلاثة أيام يصح خلالها القبول مالم يحدد في الإيجاب مهلة أخرى أو يصدر من المرسل إليه مايفيد الرفض)،وهو الأفضل اذلم يترك المهلة دون تحديد واشارت اللجنة إلى أن مستندهم في تحديد هذه المهلة يعود للاعتداد بقاعدة الاستصلاح لان القضية من أصلها اجتهادية متروك فيها تحديد المجلس للنظر الفقهي المبني على التقدير المعقول ،وفقا لمقتضيات مصلحة التعامل وتحديدهم للمدة بالأيام الثلاثة إنما جاء من مااعتمده الفقهاء لتحديد مدة خيار الشرط المستوحاة من تحديد النبي صلى الله عليه وسلم .وماتقدم كان الدليل على الاعتداد بالقواعد الفقهية ووفق مايحقق المصلحة للمتعاقدين،انظر:الزرقا ،المشروع الموحد ،ص ٥١ومابعدها..

(١) السيوطي ،المرجع السابق،ص ١٧٥.

(٢) انظر: الزحيلي،ج٤،ص ٢٩٥٤ومابعدها،وراجع:بن عابدين ،ج٢،ص ١٢٥، اما في بيان موقف الفقهاء والشراح المعاصرين وتبنيهم لذلك راجع :الصابوني،ج١،ص٨٦،،شلبي،المرجع السابق،ص ١١٦. يقابل هذه القاعدة نص المادة(٤٣) من مجلة الأحكام العدلية ،للتفصيل راجع:علي حيدر،المرجع السابق، ص ٤٦.

(٣) زيدان،المرجع السابق،ص ١٠٧، ١٠٨.

فسخ العقد عند عدم إيفاء الزوج بما اشترط ضمن عقد الزواج))وهو ما وردفي نص الفقرة الرابعة من المادة ذاتها.ومن ملاحظاتنا على هذه المادة نجد الآتي :

١. في الملاحظات العامة على النص: أ_ورود النص عاما فيما يتعلق بالفقرة (٣)،إذ لم يحدد إن كان واضع الشرط هو الزوج أم الزوجة وبالتالي يلزم الطرف الأخر على الوفاء به بغض النظر عن الطرف الذي وضعه.ب_ استناد المشرع على رأي الحنابلة في إعطاء الحق بالفسخ عند عدم الوفاء بالشروط الواردة في العقد ومع هذا فقد اقتصر بيان المشرع العراقي في نص الفقرة الرابعة على بيان الأثر المترتب على عدم الإيفاء بالشرط بإعطاء الحق للزوجة فقط في المطالبة بالفسخ رغم اعتماده رأي الحنابلة وإتباع إثرهم في إعطاء الحق بإيراد الشروط المشروعة لكلا الزوجين والفسخ لكليهما أيضا عند عدم الإيفاء بتلك الشروط ج_لم يحدد المشرع العراقي نوع تلك الشروط المشروعة . [١].

٢. في القواعد الفقهية التي تحكم هذا النص والأصل الشرعي لها.:

أ- القاعدة الأولى: مقاطع الحقوق عند الشروط.

هي عبارة سيدنا عمر بن الخطاب (رض الله عنه وأرضاه) والتي تعد واحدة من القواعد الفقهية المهمة في نطاق الوفاء بالشروط المشروعة ،وهي ما استند إليها الحنابلة واعتدوا بها واعملوها في مجال الشروط المشروعة الواردة ضمن عقد الزواج، ووجوب الوفاء بها [٢] والدليل الذي استندت إليه هذه القاعدة هو ماورد في القران والسنة:

١. ما وردفي القران الكريم :((ياءيها الذين امنوا أوفوا بالعقود)) (.....).

٢. ما وردفي السنة النبوية الشريفة منها قوله (ص) وبهذه المسالة بالذات والخاصة بالشروط في عقد الزواج ،وهو دليل منه صلى الله عليه وسلم على أهمية هذه الشروط وأهمية الوفاء بها متى كانت مشروعة وعبر عن ذلك

---

(١) للاطلاع على أنواع الشروط الواردة في عقد الزواج وتقسيماتها،راجع :ابن قدامه ،المرجع السابق،ج٧،ص ٤٤٨،٤٥١،الصابوني ،المرجع السابق،ج٢،ص ٣٢٦،٣٢٥.انظر مايقابل هذه المادة ومايمثل التطبيق للقاعدة اعلاه المادة(٦٧) من المشروع الموحد،الزرقا ،المشروع الموحد،ص ١١٧ومابعدها.

(٢) دليل هذا القول هو ما روى الاثرم من أن رجلا تزوج امرأة وشرط لها دارها ،ثم أراد نقلها ،فتخاصموا إلى سيدنا عمر(رض) ،فقال عمر:لها شرطها .فقال الرجل إذن يطلقنا ،فقال عمر:مقاطع الحقوق عند الشروط ولأنه شرط لها منفعة مقصودة لا تمنع المقصود من النكاح فكان لازما ،انظر:العسقلاني ،فتح الباري،ج٩،ص ٢٧١،ابن قدامه،المرجع السابق،ج٧،ص ٤٤٩.

النبي (ص) بقوله: (ان أحق الشروط أن يوفى به ما استحللتم به الفروج) [١].وكان ما تقدم هو ما استدل به سيدنا عمر(رض)، وما جاء عن سيدنا عمر وما تقدم من أدلة هي ما استدل بها الحنابلة في اتجاههم الذي اخذ ببعضه المشرع العراقي دون البعض الآخر.

ب- **القاعدة الثانية: يلزم مراعاة الشرط قدر الإمكان.**[٢]

ويقصد بها انه متى كان الشرط الوارد في العقد من مقتضيات العقد وغير مخالف لقواعد الشريعة الإسلامية،ومتى كان كذلك يجب الوفاء به وإلا فمن حق الزوجة ووفق الوارد في الفقرة (٤) من المادة (٦) أن تطلب فسخ العقد .وهو ما رتبه من اثر عند عدم الإيفاء بالشروط الواردة ضمن العقد.،وهي ما نراها واضحة من حيثيات هذا القرار ومن مفهوم المخالفة له :(لا عبرة بالشرط المتضمن مساكنة الزوج لزوجته في دارها إذا لم يرد في صلب عقد الزواج (المادة ٦) من قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩) [٣] ومن مفهوم المخالفة لمضمون القرار نجد انه لا مانع من إيراد الشروط ضمن العقد كالشرط أعلاه ما دام لا يخالف الشرع ،على الرغم من عدم تضمينه للقاعدة أعلاه نصا إنما جاء تطبيقا لها كدليل على الاعتداد بها .

المطلب الثالث

الأهلية

لقد كان لقدسية عقد الزواج وخطورة ما يترتب عليه من أثار والتي لا يقتصر مداها عند حد عاقديه بل يتعداه لغيرهما(الأولاد)، الأثر البالغ في اشتراط ما قد يحقق الظروف الملائمة لتحمل أعبائه والتزاماته وتقدير قيمته من قبل عاقديه تمثلت باشتراط العقل وإتمام الثامنة عشرة من العمر كشرطين واجبين لتمام الأهلية فيه وهو ما تضمنه نص المادة (٧) والتي نصت على انه :(يشترط في تمام أهلية الزواج العقل وإكمال الثامنة عشرة) ،ومع هذا فقد ينتفي أحد هذين

---

(١) من باب الشرط في النكاح ،الحديث(١٩٥٤) ،انظر في تخريجه: ابن ماجة ،المرجع السابق،ج ١،ص ٦٢٨.

(٢) انظر نص المادة (٨٣) مجلة الأحكام العدلية .،علي حيدر ،المرجع السابق ،ص٧٤. محي هلال السرحان ، القواعد الفقهية ودورها في إثراء التشريعات الحديثة، ساعدت جامعة بغداد على نشر الكتاب، بغداد، العراق،١٩٨٦ص ٧٧.،الزرقا،المدخل الفقهي ،ج٢،ص ١٠٣١.

(٣) القرار ذو الرقم ٢٢٠_شخصية_١٩٧٦ في ١٩٧٦/٢/١٦.انظر:مجموعة الأحكام العدلية ،عدد(١) لسنة ١٩٧٦،ص ٨٣.

الشرطين المتقدمين ،كشرط العقل (كما في حالة المجنون) ،أو البلوغ بالسن المقدر بالقانون (كما في حال الصغير والصغيرة غير البالغين سن الرشد) ،فتختل الشروط المطلوبة لأهلية الزواج مما يستوجب لإكمالها وسد النقص فيها شرط استحصال الإذن من القضاء، ومنحه من عدمه يأتي متوقفا على مدى تحقيق المصلحة من عدمها ووفق تقدير القضاء لمن طلب الإذن له .وهي محور ما جاء في المادة (٧) ف ٢،والمادة (٨) بفقرتيها (١،٢) من نص المادة ومناط حكمها الذي تحكم مضمونه العديد من القواعد الفقهية نوضحها في الآتي:

القاعدة الأولى: التصرف على الرعية منوط بالمصلحة.

سبق وان بينا المقصود بهذه القاعدة وأوردنا احد تطبيقاتها ونورد هاهنا التطبيقات الأخرى وهو ما وجدناه واضحا في نص الفقرة (٢)،من المادة السابعة والتي نصت على أن : (للقاضي أن يأذن بزواج احد الزوجين المريض عقليا إذا ثبت بتقرير على أن زواجه لا يضر بالمجتمع وانه في مصلحته إذا قبل الزوج الأخر بالزواج قبولا صريحا) وكذا ما جاء في نص المادة (٨) بفقراتها(١،٢) إذ أن مصلحة المجنون في المادة (السابعة) والصغير في (الثامنة)، هي الأساس لمنح الأذن في الحالتين فضلا عن توافر بقية الشروط التي وردت في نص المادتين.

القاعدة الثانية: يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام.

ومعناها أن الضرر الذي يصيب فردا معينا أو فئة قليلة من الناس يدفعه الضرر العام الذي يصيب عموم الناس [١]،وهي هنا يمكن أن تتمثل بضرورة توافر الشروط الواردة في الفقرة ٢من المادة (٧) والمتمثلة بثبوت عدم أضرار هذا الزواج بالمجتمع كأن يؤدي إلى كثرة عدد المجانين في المجتمع وما فيه من تأثير سلبي على المجتمع وكيانه وتقدير ذلك يعود للقضاء بعد التحقق من تقرير الأطباء وتقابلها قاعدة(***الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف***) ذلك أن الضرر تجوز إزالته بضرر يكون اخف منه ولا يجوز أن يزال بمثله أو بأشد منه [٢]ويتمثل

---

(١) انظر:علي جمعة،المرجع السابق، ،ص ٦٦..هذا نص المادة (٢٦) من مجلة الأحكام العدلية،انظر:علي حيدر،المرجع السابق،ص ٣٦.

(٢) انظر في ذلك والنص عليها في المادة (٢٧) من مجلة الأحكام العدلية والمعنى المتقدم :علي حيدر ،المرجع السابق ،ص ٣٦.وأيضا ما يقصد بهذه القاعدة و أن الضرر يزال بما هو اقل ضررا فيتحمل الضرر الأقل لدفع الضرر

الضرر هنا بإنجاب المجانين ويزال بالضرر الأخف الذي هو عدم تزويج المجنون ، ولان (***الضرر لا يزال بالضرر***) [١]،والمتمثل بتزويج المجنون وفيما لو اثبت التقريران في زواجه مضرة للطرف الأخر وللذرية .

القاعدة الثالثة: لا ينسب إلى ساكت قول. [٢]

وهذا ما وجدناه واضحا فيما اشترطه المشرع العراقي من شرط في الشطر الأخير من نص الفقرة الثانية من المادة(السابعة) .والمتمثل بقبول الزوج الأخر بالزواج قبول صريح إذ لايكفي فيه السكوت ولا الاستدلال منه على الموافقة.

القاعدة الرابعة: ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها.

ويقصد بها أن الشيء الذي يجوز بناءه على الضرورة يجوز إجراؤه بالقدر الكافي لإزالة تلك الضرورة فقط ولا يجوز استباحته أكثر مما تزول به الضرورة [٣]، والضرورة هنا هي في تزويج المجنون إذا ما رأى الأطباء أن هذا في مصلحته لكن هذه الضرورة التي اباحت محضورا متمثلا بتزويج مجنون تقدر بقدرها المتمثل بتزويجه من واحدة لا أكثر لاندفاع الحاجة بهذه المرأة [٤].

القاعدة الخامسة: السلطان في النكاح ولي من لاولي له.

إعمال هذه القاعدة نجده واضحا في الشطر الثاني من نص المادة (١/٨)من قانون الأحوال الشخصية العراقي إذ جاء فيه:(...فإذا امتنع الولي طلب القاضي منه موافقته خلال مدة يحددها له ،فان لم يعترض أو كان اعتراضه غير جدير بالاعتبار أذن القاضي بالزواج).

ومعنى هذه القاعدة انه في حال عدم وجود الولي للصغير أو الصغيرة فان السلطان وليهما حيث تنتقل الولاية إليه ومنه إلى القاضي متى أذن له السلطان عند تحقق شروط ذلك من انعدام الولي أو عضل الولي الأقرب موليته، ومتى

الأعظم لعدم المماثلة بين الضررين وعدم المماثلة بين الضررين إما لكون احدهما ضررا خاصا وضرر عام فيدفع الضرر العام بتحمل الضرر الخاص ،:زيدان ،المرجع السابق،ص ٩٨،و.راجع في بيان معناها :علي جمعة،المرجع السابق ،ص ٦٧.

(١) راجع في بيانها:ابن نجيم ،المرجع السابق،ص ٨٧.ونصت عليها المادة (٢٥) من مجلة الأحكام العدلية ، انظر:علي حيدر ،المرجع السابق ،ص ٣٥ومابعدها.

(٢) سبق وان بينا احد تطبيقات هذه القاعدة ،راجع :المبحث الأول ،ص ١٩.

(٣) انظر في بيان هذا المعنى وما يقابل هذه القاعدة من نص متمثلة بالمادة (٢٢) من المجلة :علي حيدر ،المرجع السابق ،ص ٣٤.

(٤) راجع في بيان مقصودها وتطبيقاتها :ابن نجيم ،المرجع السابق،ص ٨٥،زيدان ،المرجع السابق،ص ٧٥.

كان امتناعه بغير سبب مقبول وكان الزوج كفألها والمهر مهر مثلها"[١]. هذا في بيان معنى هذه القاعدة وشروط إعمالها أما ما يتعلق ببيان أصلها فهو مستمد من حديثه (صلى الله عليه وسلم) عن عائشة ،قالت:قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:(أيما امرأة لم ينكحها الولي ،فنكاحها باطل ،فنكاحها باطل فنكاحها باطل،فان اصابها .فلها مهرها بما اصاب منها .فان اشتجروا، فالسلطان ولي من لاولي له)[٢] ومن ذلك كان اتفاق الفقهاء المسلمون من أن للسلطان ولاية تزويج المرأة عند عضل وليها لانه ظلم وولاية رفع الظلم عن الناس والعمل على تحقيق مصالحهم هي من شان القاضي المقيد بشرط تحقيق مصلحة الرعية كما وضحنا في قاعدة التصرف على الرعية منوط بالمصلحة والمتمثلة بالزواج من الكفء [٣]وهو مااغفل المشرع العراقي بيان مايتعلق به من شرط إذ لم ينص عليه وهو احد أهم شروط انتقال الولاية للقاضي عند عضل الأولياء إذ أورد النص عاما منيطا تقدير ذلك للقاضي .

المبحث الثاني

(١) بهذا قال مالك والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي ودليلهم قوله صلى الله عليه وسلم (فالسلطان ولي من لاولي له.)،انظر:ابن قدامه ،ج٧،ص ٣٥٠،راجع: :أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي ،الأم،بيت الأفكار الدولية،عمان ،الأردن،الرياض ،جدة،بلا سنة طبع ،ص٨٧٨ ،وراجع في بيان موقف الحنفية وثبوت الولاية للقاضي نيابة عن العاضل كاتجاه لغالبيتهم :ابن نجيم،البحر الرائق،ج٣،ص ١٣٦و انظر في ذلك مقننا نص المادة (٤١) من الأحكام الشرعية وكذا المادة (٣٧) من الأحكام الشرعية التي نصت :(السلطان في النكاح ولي من لاولي له ثم القاضي الذي ثبت له بذلك في منشوره) .انظر:الابياني،ج١،ص ٦٣،٦٧،تقابل ذلك من قاعدة ماجاء عن بن رجب في القاعدة الثالثة والعشرون من تساولات أوردها تمثلت بالاتي: (من حرم عليه الامتناع من بدل شئ سؤله فامتنع فهل يسقط أذنه بالكلية أو يعتبر ويجبره الحاكم؟هذا نوعان:احدهما أن يكون المطلوب منه إذنا مجردا فيسقط إذنه إذا ماتعذر الاستئذان لغيبة أو غيرها كما لو لم يأذن ومنها حالة الولي في النكاح ،والنوع الثاني:أن يكون المطلوب منه تصرفا لعقده أو فسخ وغيرها ويندرج تحته صور منها :الولي في النكاح إذا امتنع من التزويج فهل يسقط حقه وينتقل إلى غيره ممن هو ابعد منه أو لا فيقوم الحاكم مقامه؟على روايتين.انظر:ابي الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي ،القواعد في الفقه الاسلامي ،راجعه وقدم له وعلق عليه (طه عبد الروؤف سعد)ط١،مكتبة الكليات الأزهرية ،١٩٧٢ ،ص ٣٢ومابعدها.

(٢) الحديث رقم :١٥٢٤_١٨٧٩من كتاب النكاح، باب(لانكاح إلا بولي) ،انظر:ابن ماجة ،ج١،ص ٣١٦.

(٣) راجع ماجاء في هامش رقم (١) من هذه الصفحة وأيضا :السرطاوي،ج١،ص ٧٢.

القواعد الفقهية التي تحكم المسائل الخاصة بالزواج من المحرمات [١]

نصت المادة (الثانية عشرة) على انه :(يشترط لصحة الزواج أن تكون المرأة غير محرمة شرعا على من يريد التزوج بها) ،وهو ما يتفق مع ما يجب أن يتوافر في محل العقد من شرط إلا وهي المرأة التي يريد التزوج بها ،أي (مما يستوجب) خلوها من موانع الزواج مؤبدة كانت أم مؤقتة ،لان الأصل في النساء الحل لهذا العقد غير أنها قد تحرم بالنسبة لشخص معين لوجود أمر يمنعها من الزواج به بينما تحل لغيره وهذا التحريم قد يكو ن سببه مؤبدا فلا يفارقها كالأم والبنت مثلا،وقد يكون مؤقتا يزول في وقت من الأوقات كزوجة الغير ، فان زوجيتها تنتهي في وقت ما _بعد طلاقها من زوجها أو في حال وفاته عنها_فتحل له بعد أن كانت محرمة عليه [٢] ،وبيان ما يحكم هذين السببين من أسباب التحريم والمحرمات والتحريم بسببهن من قواعد فقهية هو ما نورده وضمن نصوص المواد(١٣_١٩)على النحو الآتي :

المطلب الأول

القواعد الفقهية التي تحكم أسباب التحريم المؤبد

اتفق الفقهاء المسلمون على أن النسب والرضاع والمصاهرة من أسباب التحريم المؤبد في الفقه الإسلامي [٣] ،وهو ما اعتمده المشرع العراقي وبينه بالنص في المادة (١٣) التي تتعدد القواعد الفقهية التي تحكم مضمونها ،وتتعدد وفي الوقت ذاته المصادر التي استقيت منها تلك القواعد مابين نص في القران الكريم أو حديث نبوي شريف ،أو قول لصحابي صيغ كقاعدة فقهيه أوردها

---

(١) ورد بيان المحرمات على التأبيد أو التاقيت ضمن الباب الثاني في الفصل الأول من قانون الأحوال الشخصية العراقي في المواد (١٢_١٩) وتقابل المادة (١٢) المادة (٢٠) من الأحكام الشرعية ،أما المادة (٢١) من الأحكام الشرعية فتقابلها المادة (١٣) من قانون الأحوال الشخصية العراقي التي تتعلق بالمحرمات على التأبيد والتاقيت ،للاطلاع على نصوص الأحكام الشرعية راجع:الابياني،المرجع السابق،ج١،ص ٤٠،٤١.

(٢) راجع:شلبي ،المرجع السابق ،ص ١٨

(٣) راجع ابن رشد،المرجع السابق،ص ٥٠.وانظر ما جاء في المادة(٢٠٩) من الأحكام الشرعية المالكية:(الركن الأول وهو المحل أي الزوج والزوجة يشترط فيه شروط منها ما يطلب منهما معا ومنها ما يخص كل واحد منهما على حدة،إما الشروط العامة لهما فهي ستة:١_عدم المحرمية من نسب أو رضاع أو مصاهرة..،انظر في ذلك :محمد عامر،المرجع السابق،ص ٦١.وما يلاحظ على هذا النص بيانه لأنواع المحرمات على التأبيد.

الفقهاء في مؤلفاتهم ،أو اتفاق لهؤلاء الفقهاء أو غالبيتهم حول مسالة معينة صاغوها كقاعدة فقهية ومن هذه القواعد :

القاعدةالاولى: الاصل في الابضاع التحريم فاذا تقابل في المراة حل وحرمة غلبت الحرمة.

سبق وان بينا المقصود بهذه القاعدة فنحيل إلى ماسبق [١]

القاعدة الثانية: العقد على البنات يحرم الأمهات ،والدخول بالأمهات يحرم البنات. [٢]

واصل هذه القاعدة الفقهية والتي اعتمدها جمهور الفقهاء :

أولا: ما جاء في القران الكريم من قوله تعالى:((وأمهات نسائكم اللاتي دخلتم بهن)) (النساء:٢٣).

---

(١) راجع ص من البحث .تقابل هذه القاعدة القاعدة التاسعة بعد المائة لابن رجب (المنع من الجمع يمنع من التصرف في القدر الذي يحصل به الجمع خاصة فان حصل الجمع دفعة واحدة منع من الجميع مع التساوي فان كان لواحد منهما مزية على غيره بان يصح وروده على غيره ولا عكس اختص الفساد به على الصحيح ، والمنع من القدر المشترك كالمنع من الجميع يقتضي العموم ،ومنها :إذا تزوج إما وبنتا في عقد واحد ففيه وجهان :احدهما يبطل النكاحان معا وهو قول القاضي وابن عقيل وصاحب المغني ،والثاني :يبطل نكاح الأم وحدها حكاه صاحب الكافي وجزم به صاحب المحرر لان نكاح البنت لا يمنع نكاح الأم إذا عرى عن الدخول بخلاف العكس فكان نكاح الأم أولى بالإبطال..انظر:بن رجب ،المرجع السابق ،ص ٢٦١،٢٥٩.

(٢) انظر نص هذه القاعدة عند: ابن رشد،المرجع السابق ،ج٢،ص ٥٤.وما ورد في القاعدة أعلاه متفق عليه بين جمهور الفقهاء وان العقد على البنات يحرم الأمهات دخل بها أم لم يدخل خلافا للبعض وان الأم لا تحرم إلا بالدخول على البنت ،نصت على ذلك المادة (٣٠٠) من الأحكام الشرعية المالكية (العقد على البنات يحرم الأمهات والدخول بالأمهات يحرم البنات) انظر:محمد عامر ،المرجع السابق،ص ٧٧..اما المادة(٢٣) من الأحكام الشرعية فقد نصت :(يحرم على الرجل أن يتزوج بنت زوجته التي دخل بها...أو تحرم عليه أم زوجته بمجرد العقد الصحيح عليها وان لم يدخل بها) انظر:الابياني،المرجع السابق،ج١،ص ٤٥....،.كما ورد عن ابن رجب ما يقابل هذه القاعدة ويتعلق بها ومن ذلك ما ورد في المسالة الحادية والعشرون في الفائدة الثانية :(الصفقة الواحدة هل تتفرق فيصح بعضها دون بعض أم لا؟ فإذا بطل بعضها بطل كلها ؟ في المسالة روايتان أشهرها أنها تتفرق وللمسالة صور منها ما يتعلق بالجمع بين الأم وابنتها في عقد نكاح واحد فهل يبطل وهو احد الآراء أم يصح في البنت لصحة ورود عقدها على عقد الأم وهو الرأي الأخر وهو المشهور:انظر :ابن رجب ،المرجع السابق ،ص ٤٥٧_٤٥٨.

ثانيا: ما روى المثنى بن الصباح عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي (ص) قال: (أيما رجل نكح امرأة فدخل بها أو لم يدخل فلا تحل له أمها)[١].وهو ما تبناه المشرع العراقي من قاعدة صاغها في نص المادة الخامسة عشرة في شطرها الأول :(يحرم على الرجل أن يتزوج بنت زوجته التي دخل بها وأم زوجته التي عقد عليها) ،أما ما جاء في الشطر الثاني للمادة والتي نصت على أن :(وزوجة أصله وان علا وزوجة فرعه وان نزل) أي زوجة ابنه وابن ابنه والبنت الواردة في الشطر الأول وبنت البنت وان نزلت حيث أنها تأخذ حكم البنت الحقيقية وزوجة ابن الابن تأخذ حكم زوجة الابن [٢].

المطلب الثاني

القواعد الفقهية التي تحكم أسباب التحريم المؤقت

يقصد بأسباب التحريم المؤقت تلك الأسباب المؤقتة التي يزول التحريم بزوالها.ومن القواعد التي تحكمها :

القاعدة الأولى: (يحرم الجمع بين كل امرأتين آيتهما قدرت ذكرا ،حرمت عليه الأخرى) أو بعبارة أخرى (يحرم الجمع بين امرأتين لو كانت إحداهما رجلا ،لايجوز له نكاح الأخرى من الجانبين جميعا) [٣]،وهي ما استنبطه الفقهاء

---

(١) انظر:ابن رشد ،ج٢،ص ٥٥.

(٢) تحرم بنت المرأة وبنات ابنها لدخولهن تحت اسم الربيبة وحليلة الابن وابن الابن وابن البنت وان سفل حرام على الأب دخل الابن بها أم لم يدخل لقوله تعالى ((وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم)) (النساء:٢٣) نجد أن ما ينطبق عليها من قاعدة هو مضمون القاعدة التالية لابن رجب :(ولد الولد يدخل في مسمى الولد مطلقا مع وجود الولد وعدمه في صور منها :المحرمات في النكاح كالبنات وحلائل الأبناء) ،انظر:ابن رجب الحنبلي ،المرجع السابق،ص٣٥٢ ، الموصلي ،ج ٣،ص ١٠٥_١٠٦،وكذا نصت المادة(٣٠١) من الأحكام الشرعية المالكية :يحرم على الشخص إجماعا أصوله وفروعه وأزواج الأصل والفرع وهم:زوجة الأب وزوجة الجد وان علا ،وزوجة الابن وان سفل.محمد عامر،المرجع السابق،ص ٧٨.

(٣) انظر:الزحيلي،المرجع السابق،ج٩،ص ٦٦٦٢.وانظر بيان بن رجب لهذه القاعدة (كل امرأتين بينهما رحم محرم يحرم الجمع بينهما بحيث لو كانت أحداهما ذكرا لم يجز له التزوج بالأخرى لأجل النسب دون الصهر) انظر:ابن رجب ،المرجع السابق ،ص ٣٥٢.كما نصت على ذلك المادة(١٧) من المشروع الموحد اذ جاء فيها:(لايجوز

المسلمون من قاعدة مثلت اتفاقهم في المسالة الخاصة بتحريم الجمع بين المحارم [١] .فلا يجوزان يجمع الرجل بين المرأة وعمتها ولا بينها وبين خالتها ،ولا بين البنت وأمها وان علت ولآبين الأختين إنما يجوز الجمع بين زوجة رجل وابنته من غيرها إذ لا محرمية بينهما ليخشى بينهم القطيعة . [٢].واصل هذه القاعدة:

أولا: ما جاء عن صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم من قول :لا يجمع الرجل بين امرأتين لو كانت أحداهما رجلا لم يصلح له أن يتزوجها .وهذا بصورة عامة في المحارم[٣]

ثانيا: ما يمثل النص الخاص في عدم جواز الجمع بين المرأة وعمتها والمرأة وخالتها وهو ما جاء عن الرسول صلى الله عليه وسلم وانه: (لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها)[٤]

الجمع بين امرأتين لو فرضت كل منهما ذكرا حرمت عليه الأخرى فان ثبت الحل على احد الفرضين جاز الجمع بينهما)،انظر:الزرقا ،المشروع الموحد،ص ٥٩ومابعدها.

(١) راجع: السر خسي ،المرجع السابق ،ج ٤،ص ٢٠١،بن عابدين،المرجع السابق ،ج٢،ص ٣٩٣،انظر ما جاء في بيان موقف المالكية وذلك في نص المادة (٢٠٩) من الأحكام الشرعية المالكية المتضمنة للشروط الواجب توافرها في الرجل والمرأة وإما الشروط الخاصة بالزوجة فهي :١_ان لا تكون في عصمة زوج أخر ،ب_أن لا تكون في عدة زوج أخر،ج_أن لا تكون مبتوتة من الزوج الجديد إلا أن يسبق عقده الثاني نكاح الغير والخروج من عدته،د_أن لا تكون مجوسية.هـ_أن لا تكون أمة كتابية.إما الشروط الخاصة بالزوج فهي:ا_الإسلام ،ب_الخلو من أربع زوجات،ج_أن لا يكون متزوجا بمن يحرم جمعها معها.،انظر في ذلك : محمد عامر،المرجع السابق،ص ٦١.وما يلاحظ على هذا النص بيانه لأنواع المحرمات على التاقيت ،وكذا المادة(٣٠٩) والتي حددت بالتفصيل هذه القاعدة:يحرم الجمع بين الأختين وبين المرأة وعمتها وخالتها وكذلك بين كل امرأتين لو قدرت أحداهما ذكرا لا يجوز له نكاح الأخرى ،وللمزيد من التفصيل حول بيان موقف الفقه والقانون من ذلك راجع :ناديا خيرا لدين عزيز السيد حاتم ،الزواج الفاسد،دراسة مقارنة في الشريعة والقانون ،رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون ،جامعة الموصل،في ١٩٩٨،ص ٤٦_٥٣.

(٢) راجع: المرجع أعلاه .وانظر في بيان صياغة الفقهاء لها وتبنيها:ابن رشد،المرجع السابق،ج ٢،ص ٦٦_٦٧.

(٤) وهو قول للشعبي كان أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم يقولون.... ذكره الإمام احمد في رواية ابنه عبد الله بإسناده،انظر في ذلك:بن رجب ،المرجع السابق،ص ٣٥٢.

(١) عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم ، ابن ماجة ، من كتاب النكاح ،باب لاتنكح المرأة على عمتها ولاعلى خالتها،رقم الحديث (١٩٢٩) ،المرجع السابق،ص ٣٥٢.

ثالثا: ما يمثل النص الخاص بعدم جواز الجمع بين الأختين وهو ما جاء في قوله تعالى: ((وان تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف)) (النساء:٢٣) ،ومع اختلاف المفسرون في تفسيرها وهل أن الوارد فيها مقتصر على الجمع بينهما زواجا أم ملك يمين ؟ فان ما عول عليه هو الأخذ بعموم اللفظ الوارد فيها لتشمل الاثنين [١]،يؤيده ما جاء عن سيدنا عثمان (رض) لما سئل عن الجمع بين الأختين بملك اليمين قال :أحلتهما أية وحرمتهما آية وأما أنا ،فلا أحب أن اصنع ذلك ،ومن ذلك كان اتجاه الإمام الشافعي والأخذ في التفسير بعموم النص الذي يشمل التحريم ووفق تفسير العلماء للآية المتقدمة للجمع بين الأختين زواجا أم بملك اليمين. وهي وكما تمثل تطبيقا للقاعدة أعلاه تمثل تطبيقا للقاعدة الثانية وإحدى أصولها.

القاعدة الثانية: إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام الحلال.

معنى هذه القاعدة التي يلجأ إليها عند تعارض دليلين احدهما يفيد الحل والأخر الحرمة كما في تفسير الآية المتقدم أعلاه، تغليب جانب التحريم على التحليل وبناء الحكم الشرعي عليه لان الشرع حريص على اجتناب المنهيات أكثر من حرصه على الإتيان بالمأمورات [٢] ومنه غلب سيدنا عثمان (رض) وكثير من الصحابة (رضوان الله عليهم)، تحريم الجمع بين الأختين بملك اليمين أيضا ،والذي لم يقتصر عليهما فقط بل من يقوم مقامهما والحقا بهما كالمرأة وعمتها أو خالتها نسبا ورضاعا يؤيده بل يستدل به ما ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم من حديث يخص هذا التحريم [٣] _أوردناه أعلاه_ هذا في معنى القاعدة إما في أصلها الذي بنيت عليه في هذه المسألة فهي ما تقدم وما أوردناه سابقا في المطلب الخاص بحل المرأة للرجل [٤].

---

(٢) انظر: الشافعي ،الأم، ص ٧٨٠، وللجصاص، ج٢، ص ١٣٠...وراجع في بيان موقف الفقه أيضا:الموصلي،ج٣،ص ١٠٥.،ص١٠٧.

(٢) راجع:شبير،المرجع السابق،ص ٣٢٥.

(٣)راجع :الشافعي،الأم،ص٨٧٢،شبير،المرجع السابق،ص٣٢٥،وراجع: الموصلي،المرجع السابق،ج٣،ص ١٠٦،١٠٨،والدليل على المساواة في التحريم حتى بالنسبة للرضاع هو ما جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم== ==من حديث عد قاعدة فقهية مشهورة في هذا المجال وهي:(يحرم بالرضاع ما يحرم بالنسب) كقاعدة فقهية وجدت لها في القران الكريم من قوله تعالى:((وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة)) وفي قوله صلى الله عليه وسلم الأصل لصياغتها .انظر في قيام اتفاق الفقهاء على ان الرضاع بالجملة يحرم منه ما يحرم من النسب :ابن رشد ،المرجع السابق ،ج٢،ص ٥٦.واعتمدها المشرع العراقي في نص المادة السادسة عشرة.

(١) راجع :ص ٧ من هذا البحث.

القاعدة الثالثة: من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه.

معنى هذه القاعدة التي بنيت على أساس السياسة الشرعية التي اعتمدها سيدنا عمر (رض) في نطاق التحريم: أن من استعجل الحصول على شيء قبل حلول وقت سببه الشرعي سلوك وسائل غير مشروعة أصلا أو مشروعة في الظاهر ولكن بقصد غير مشروع يحرم من الحصول على ذلك الشيء عقابا أو معاملة له بعكس قصده السيئ [١] و تعد هذه القاعدة من القواعد الفقهية التي يعد ما ورد في المادة (١٣)، وبيانها لأصناف المحرمات على التأقيت المجال الرحب لتطبيقها إذ لا يحق للرجل الزواج بزوجة غيره ما دامت في عصمته حقيقة أو حكما ولا معتدته احتراما لحق الغير من أن يعتدى عليه وتلافيا لاختلاط الأنساب .وكذا لا يحق للرجل أن يتزوج من مطلقته ثلاثا في العدة ولا بعدها قبل أن تتزوج من زوج أخر استدلالا بقوله تعالى: ((حتى تنكح زوجا غيره))(البقرة: ٢٣١)،فهؤلاء النسوة محرمات على التاقيت لا يحل الزواج بهن الأبعد أن يزول سبب التحريم وإلا فيعد الزواج بواحدة منهن غير صحيح ولا يترتب عليه ما يترتب على الزواج الصحيح من أثار بل أن ما قد يترتب عليه هوا قامة الحد في حالة العلم بالتحريم أو التحريم المؤبد فيحرم الرجل نهائيا من الزواج بهذه المرأة وان زال سبب التحريم ما دام قد استعجل في الزواج بها قبل أن يزول سبب التحريم ومن ذلك ما جاء عن سيدنا عمر (رض) في تحريم المعتدة مؤبدا على من تزوجها في العدة عقوبة لهما بقوله:(أيما أمرآة نكحت في عدتها فان كان الذي تزوجها لم يدخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الأول ثم اعتدت من الأخر ولا ينكحها أبدا) [٢] ومع اقتصار المشرع العراقي على البيان

([١]) نصت المادة (٩٩) من المجلة على هذه القاعدة للاطلاع ،انظر:علي حيدر ،المرجع السابق،ص ٨٧.انظر:زيدان ،المرجع السابق،ص ١٧٥.،الزرقا،المدخل الفقهي،ص ١٠١٤،١٠١٥ تقابلها القاعدة الفقهية الواردة عن بن رجب في قواعده :(من تعجل حقه اوما أبيح له قبل وقته على وجه محرم عوقب بحرمانه. ويدخل فيها مسائل منها:من تزوج امرأة في عدتها حرمت عليه على التأبيد) انظر:ابن رجب ، المرجع السابق،ص ٣٤٧.

([٢]) انظر في بيان ذلك وتفصيله واتجاه الإمام علي كرم الله وجهه أيضا في عدم التحريم المؤبد ورجوع سيدنا عمر لرأيه وما اعتمده الفقهاء من أدلة في الحكم بعدم صحة زواج الشخص بزوجة الغير ولامعتدته :الحاتم ،الزواج الفاسد،ص ٣٨_٤٥.إما في بيان موقف الفقهاء من الحكم بتحريم المرأة مؤبدا على من تزوجها في العدة من عدمه راجع ما جاء عن الجمهور في عدم الحكم بالتحريم المؤبد وهو للحنفية والشافعية والحنابلة وموقف المالكية واحمد بن حنبل والشيعة الأمامية والحكم بالتحريم المؤبد:الحاتم ،الزواج الفاسد ،ص ٤٤،الزحيلي،ج٩،ص ٦٦٤٧،٦٦٤٨.

العام لاعتبار الزوجية والعدة مانعة من الموانع المؤقتة للزواج دون تفصيل للأثر المترتب على حصول هكذا زواج عند قيام الزوجية أو عند وجود مانع العدة إلا انه ومن بيان للقرار الآتي يبدو واضحا أن القضاء العراقي اعتد برأي سيدنا عمر (رض) في التحريم المؤبد حيث جاء فيه:(إن من دخل بامرأة وهي متزوجة أو معتدة من طلاق رجعي تحرم عليه مؤبدا)[١].

المبحث الثالث

نطاق تطبيق القواعد الفقهية في قانون الأحوال الشخصية العراقي

وجدنا ومن خلال ماتقدم من مباحث وما ورد فيها من بيان لأهم القواعد الفقهية على وفق ماورد في إطار مضمون نصوص قانون الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج ومقدماته ، سعة نطاق إعمال هذه القواعد في نصوص هذا القانون ،وبما تمثله هذه القواعد من أصل للوارد فيها من مضمون وجد له في القران الكريم تارة وفي السنة مما ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم من أحاديث ، واجتهاد الصحابة وإجماع الفقهاء واتفاقهم الأصل لها تارة أخرى ، وهو ماكان له الدور الأساس في سعة إعمال هذه القواعد وتطبيق أحكامها لما تتمتع به من قوة مستمدة من هذه الأصول التي تمثل في الوقت ذاته المصادر الأساسية لما يعتمده هذا القانون من مصادر بنى على أساسها صياغة نصوصه ،وان تباينت هذه القواعد وفيما بينها مابين القواعد التي يندرج تحتها أكثر من مسالة من مسائل الأحوال الشخصية كقاعدة (لاضرر ولاضرار)،و(العادة محكمة) وما يتفرع عنها من قواعد،وما بين القواعد الخاصة بمسائل بعينها كقاعدة(العقد على البنات يحرم الأمهات،والدخول بالأمهات يحرم البنات)و(أذن البكر صمتها)...الخ من القواعد،إذ لم يؤثر هذا التباين على الاتجاه بالقول نحو سعة نطاق إعمال هذه القواعد الذي يؤيده وفي نطاق هذا القانون وهذه المسائل _كما يؤدي إليه أيضا_ الآتي:

أولاً: ماوجدناه من إشارة في الأسباب الموجبة لقانون الأحوال الشخصية العراقي ،ومن ذلك ما جاء في الفقرة (ى) 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

---

(١) قرار ذو الرقم ٣٩٣/شخصية/شرعية في ١٩٧٢/٤/١،النشرة القضائية ،العدد الرابع،السنة الثالثة ،١٩٧٤،ص ٩٧ وهو اتجاه الشيعة الذي يطبقه القضاء عندما يكون أطراف الدعوى من الشيعة.

الشرعية الواردة في المصادر الفقهية والتي لاتخلو وكما بينا في عدة مواضع من احتوائها على غالبية ما جاء في الفقه من قواعد تتفق وما أوردناه من مسائل بوصفه احد أهم مصادرها[١] ،وكذا ما جاء في الأسباب الموجبة لما طرأ عليه من تعديلات كقانون التعديل الثاني رقم ٢١لسنة ١٩٧٨،وغيرها من التعديلات التي لا تكون الغاية منها إلا معالجة النقص الموجود في بعض النصوص سواء بإعادة الصياغة أم بإضافة النصوص الجديدة التي تكون الغاية منها معالجة وحل العديد من النزاعات وبيان العديد من الأحكام وبما يتفق مع مبادئ الشريعة ومع نصوص هذا القانون[٢] .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.

ثانياً: الإشارة إلى هذه القواعد في المؤلفات الخاصة بشرح قانون الأحوال الشخصية العراقي وبقية الشروح لهذا القانون ولإحكامه بصورة عامة وبما يعد الدليل على مكانتها وحجيتها في هذا القانون خاصة، ويمثل الدعوى إلى الاعتداد بها ومن ذلك وعلى سبيل المثال: ما جاء عن حمد الكبيسي وآخرين والإشارة إلى أهمية الاعتداد بالقواعد الفقهية فيما لا نص فيه ومن ذلك الخطبة وإشارته إلى الاعتداد بقاعدة: (لا ضرر ولا ضرار) و (الجواز الشرعي ينافي الضمان)[٣].

ثالثاً: الإشارة غير المباشرة لإعمال هذه القواعد والاعتداد بمضمونها في مواد القانون ،كما في : المادة (٣/ف٤) والنص على مراعاة المصلحة وتغليبها،والمادة(٨) من قانون الأحوال الشخصية العراقي كتطبيق للقاعدة الفقهية

---

(١) نصت الفقرة(ى) 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 اذو جدت اللجنة انه من المتعذر وضع قانون يجمع كافة المسائل الكلية والجزئية .انظر:ألا نباري،المرجع السابق،ص ٥٢.

(٢) لقد اقتضى إعادة صياغة بعض النصوص وإضافة نصوص جديدة تعالج الحالات السالفة ،وتحقق الغرض المذكور بما يتفق ومبادئ الشريعة الإسلامية على اختلاف مذاهبها الأكثر ملائمة لروح العصر ،== == ومع مبادئ العدالة وما ا ستقر عليه القضاء في العراق ولكل ذلك فقد شرع هذا القانون .انظر:فريد فتيان ،المرجع السابق، ص ٢٨٠.

(٣) راجع :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،ص ٢٧ ،١٠٣ ،٢٠٠، ٢٠٦.

(السلطان ولي من لأولي له) .وكذا المواد (١٩،٢٠ ،٢/٢٤) التي تعد تطبيقا للقاعدة الفقهية (العادة محكمة)،والتي وجدنا أن ما جاء من تعديلات للعديد من المسائل ومنها ما يتعلق بالزواج ونخص منها شروطه واعتداده بقاعدة الشروط العقدية.... الخ من الأمثلة التي تطرقنا إلى بيانها في المباحث السابقة.

رابعاً: كما وجدنا الإشارة إليها في المشروع الموحد وشرح الأحكام الشرعية وهي مصادر يعتد الباحثون في نطاق مسائل الأحوال الشخصية بالأخذ بها كرأي مقنن عن المذهب الحنفي بالنسبة للأحكام الشرعية وبقية المذاهب في المشروع الموحد _وكذا الأحكام الشرعية المالكية كما وضحنا سابقا_ بل وتخصيص المؤلفات لها والاعتداد بها كمصدر للتقنين لبعض القوانين العراقية كما في مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني العراقي وكلها مصادر يعتد بها الشارح والباحث والقاضي في الوقت ذاته بل تعد المصدر للعديد من القوانين التي نص المشرع العراقي بالرجوع إليها والاسترشاد بالصادر عن القضاء الذي يعتد بها كقانون الأحوال الشخصية السوري والأردني.

خامساً: ومع عدم النص المباشر على الاعتداد بالقواعد كصياغة مباشرة إلا أن أيا كان لا يستطيع أن ينكر مسألتين في إطار ما بحثناه من نصوص وشرح لهذا القانون تدل على عدم إغفال الاعتداد بهذه القواعد من ناحية وعلى سعة نطاق إعمالها من الناحية الأخرى ***الأولى*** : هي الاعتداد بالعديد من القواعد الفقهية كمضمون والدليل هو ما أوردناه ضمن المباحث السابقة من خلال بياننا لما يقابل هذه النصوص من قواعد تعد في الحقيقة أصلا لها. وهي عديدة كما بينا سابقا .وهو ما يعد الدليل على سعة نطاق إعمال هذه القواعد وأهميتها التي تعطيها الحجية في الإعمال. أما ***المسالة الثانية***: فتتمثل ببروز قواعد معينة وفي أطار ما بحثناه تمثل القواعد الكبرى في الفقه الإسلامي وأكثرها إعمالا فيه ومنها القاعدة الفقهية (العادة محكمة)،وما يتفرع عنها من قواعد ، وقاعدة (لا ضرر ولا ضرار)، واصلهما الكتاب والسنة ومن هنا تأتي قوى حجيتها المستمدة من هذين الأصلين اللذين راعا العرف وما فيه من مراعاة لروح العصر بالمكان والزمان وهي وفي الوقت ذاته مثل اعتمادها أكثر النصوص التي كان الرجوع للعرف لأهميته ومراعاته لحال الأفراد أساسا لها لنخرج ومن كل ذلك بنتيجة هي اعتداد قانون الأحوال الشخصية بالقواعد الفقهية وغالبا ما كانت قواعد فقهية كبرى تستمد أصلها من الكتاب والسنة وإجماع الفقهاء في العديد من المسائل التي تمثل مضمون هذا القانون سواء جاء هذا الإجماع وقعد لاحقا استدلالا بالكتاب أم السنة أم قول لأحد صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم أم اجتهادا لأحد الأئمة وصادف اجتهاده إجماعا أو تغليبا لرأيه.

ومن ذلك نستخلص إحاطة هذه القواعد بهذا القانون وتضمنه لها بمضمون نصوصه وإشارات شراحه ،وبما يدل الدلالة الواضحة على إعمال هذه القواعد في هذا القانون وفي هذه المسائل التي عرضناها وسعة نطاق هذا الإعمال الذي يبررا لدعوة إلى أهمية النص عليها أو على إعمالها كمصدر من مصادر هذا القانون وان كانت كذلك ضمنا لاصراحة..

الخاتمة :

احتلت دراسة القواعد الفقهية الأهمية البالغة قديما وحديثا فكانت محور البحث للعديد من الباحثين والمؤلفين بل أنها أصبحت محورا للمشاريع الفقهية لمختلف الفروع والمجالات ومنها القانون بفرعيه ،وانطلاقا من هذه الأهمية ارتأينا البحث في هذا الموضوع الذي خرجنا بعون من الله بالعديد من النتائج التي تخصه دون إغفال لما نرغب ببيانه من توصيات وعلى النحو الأتي :

النتائج :

١. إن اغلب النصوص كما أنها خاضعة لأهم القواعد الفقهية الكبرى التي يندرج تحتها وتحت مايتفرع عنها العديد من المسائل المتعلقة بالزواج ومقدماته خاضعة للقواعد التي لها خصوصية بذات المسالة كما في قاعدة(إذن البكر صمتها)وقاعدة (يحرم الجمع بين امراتين لو كانت احداهما رجلا،لايجوز له نكاح الاخرى من الجانبين جميعا) و(السلطان في النكاح ولي من لاولي له)،الخ من القواعد المتعلقة بهذه المسائل..
٢. سعة نطاق إعمال القواعد الفقهية في قانون الأحوال الشخصية وان جاء ذلك بصورة غير منصوص عليها في متن قانونه إنما يمكن استخلاصه وكما بينا من شروحات شراحه من ناحية ومن الرجوع لأصل نصوصه وما يقابلها من قواعد من الناحية الأخرى.
٣. 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 وهذا هو الغالب. ومن رجوع لحجية كل ذلك نجد انه يمكن الاستناد إليها في كل مسالة اغفل المشرع العراقي النص عليها أو تعديل مايحتاج الى ذلك من بعض النصوص ،هذا من ناحية ومن الناحية الأخرى وجدنا سعة نطاق إعمال القواعد الفقهية في هذا القانون التي تبررا لاعتداد بهاو الدعوى إلى تضمين قرارات القضاء لها .

٤. غالبية ما بيناه من قواعد أصلها الكتاب والسنة أو اجتهاد الفقهاء المعتد بالكتاب والسنة وهي في الوقت ذاته المصادر الأساسية لما يقوم عليه هذا القانون .
٥. دور القاعدة الفقهية في صياغة الملكة الفقهية للباحث في مجالها وهو ما لمسناه من خلال هذا البحث إذا ضاف إلينا الكثير في فهم العديد من المسائل المتعلقة بهذا القانون مما له الدور في مساعدة تدريسي هذه المادة في إبرازها أمام الطلبة بصورة قواعد فقهية مختزلة الكلمات واسعة المعنى وهو ما يساعد طلبتنا على سرعة الفهم واستيعاب مختصر للآراء الفقهية التي يجدون الصعوبة غالبا في استيعابها .
٦. دقة الفقهاء المسلمين في الفهم للمعنى الواسع وصياغته بهذه الصورة البسيطة والمفهومة والجامعة للمعنى.اقتفاء منهم وسيرا على نهج نبينا الكريم في ذلك صلى الله عليه وعلى اله وسلم .
٧. من اطلاعنا عن ماجاء في الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفي والسيوطي الشافعي وجدنا الاتفاق في طريقة بيانهم للقواعد الفقهية وإيرادهم لأغلب التطبيقات المتماثلة في حين وجدنا القواعد لابن رجب تختلف من حيث ترتيبها وبيانها الذي يأتي بصورة قواعد تارة وبصورة إيراد الأسئلة تارة أخرى.

التوصيات :

١. الاهتمام بإبراز دور القواعد الفقهية من خلال تضمين القرارات القضائية في تسبيبها هذه القواعد أسوة ببقية المحاكم في بقية الدول العربية.
٢. عودة القضاة إلى القواعد الفقهية في إكمال النقص الوارد في بعض النصوص بوصفها العامل المساعد على إيجاد الحل وخاصة تلك القواعد التي تتفق ومراعاة تغير الزمان والخاصة بالعرف الذي لايخالف الشريعة مراعاة للتغير من ناحية ولما يتمتع به إعمال العرف من أهمية متمثلة بمكانته في الشريعة ولما لاعتماده من اثر في التخفيف والتيسير في صدور الأحكام وبما يتلاءم مع عرف الناس وتطور الزمان والأحوال من الناحية الأخرى وهذا ماتا كدت الإشارة إليه في الفقرة رابعا من القرارات الصادرة عن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي والتي جاء فيها مانؤيده:ليس للفقيه مفتيا كان أو قاضيا الجمود على المنقول في كتب الفقه من غير مراعاة تبدل الأعراف[١].ولايكون ذلك إلا من

---

(١) جاء هذا القرارفي دورة المؤتمر الخامس بالكويت من ١ـ٦جمادي الاولى ١٤٠٩هجرية ،١٠ـ١٥ كانون الاول (ديسمبر)١٩٨٨، انظر: الزحيلي،المرجع السابق،ج٧،ص ٥١٦٥.

خلال دعوة المشرع العراقي إلى النص على اعتبار القواعد الفقهية من المصادر التي ينبغي الرجوع إليها في كل مالم يأتي النص عليه إن وجد في القاعدة الفقهية مايمثل الحل الأفضل للمسالة المعروضة ومتى توافرت فيها شروط إعمال القاعدة الفقهية في هذه المسائل من كونها من القواعد التي تجد في القران أو السنة أو أراء الفقهاء التي صادفت الاتفاق عليها وما تواتر اعتماده من قبل الفقهاء دون إغفال لوجوب موافقتها للشريعة من ناحية ولطبيعة المسالة المعروضة وظروف مكانها وزمانها بالعمل على تحقيق التوافق بين ذلك كما ذكرنا.

٣. الاهتمام بدراسة القواعد الفقهية الخاصة بمسائل الأحوال الشخصية .وإكمال النقص الوارد في نصوص قانون الأحوال الشخصية نظرا لما تتمتع به من حجية خاصة أن اغلبها أصله الكتاب والسنة والآراء الغالبة والراجحة لفقهاء الأمة الإسلامية .

مراجع البحث :

القران الكريم .

أولاً: معاجم اللغة العربية :

١. لويس معلوف اليسوعي،المنجد في اللغة والأدب والعلوم،ط١٩،المطبعة الكاثوليكية ، بيروت،طبعة جديدة،١٩٦٦،ص ٦٤٣.

٢. علي بن محمد بن علي الجرجاني ،التعريفات ،ط١،دار المعرفة ،بيروت،لبنان،٢٠٠٧ .

ثانياً: كتب التفسير :

٣. أبو بكر احمد بن علي الرازي الجصاص ،أحكام القران ،ج١،دار الكاتب العربي ،بيروت ، لبنان،طبعة مصورة عن الطبعة الأولى ،طبع بمطابع الأوقاف الإسلامية،١٣٣٥هجري.

٤. أبو عبد الله محمد بن احمد الأنصاري القرطبي ،الجامع لأحكام القران ،ج٨،ط٣، دار الكاتب العربي للطباعة والنشر،القاهرة،١٩٦٧.

ثالثاً: كتب الحديث :

٥. الحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القز ويني ،سنن ابن ماجة ،المجلد الأول ،ج١،دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع،ص ٦٠١.

٦. الامام 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
٧. الامام 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.

رابعاً: المؤلفات الخاصة بالقواعد الفقهية :

٨. 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.
٩. جلال الدين عبد الرحمن السيوطي،الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية،دار إحياء الكتب العربية ،عيسى البابي الحلبي وشركاه
١٠. ربيع دردير محمد علي ،الوجيز في القواعد الكلية الفقهية،دار النهضة العربية ، القاهرة،٢٠٠١.
١١. زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم ،الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان ، مؤسسة الحلبي وشركاه ،القاهرة ،١٩٦٨
١٢. عباس زياد السعدي ومحمد حسن كشكول ،شرح قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩وتعديلاته ،دون سنة طبع .
١٣. عبد الكريم زيدان ،الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية ،ط١،مؤسسة الرسالة،بيروت ،لبنان،١٩٩٧.
١٤. علي احمد الندوي ،القواعد الفقهية (قدم لها العلامة الجليل مصطفى الزرقا) ،ط١،دار القلم، دمشق ،١٩٨٦.
١٥. علي حيدر ،درر الحكام شرح مجلة الأحكام ،تعريب المحامي فهمي الحسيني ،المجلد الأول ،الكتاب الأول،دار الكتب العلمية ،بيروت ،لبنان.١٩٩١
١٦. عماد علي جمعة،القواعد الفقهية الميسرة ، ط١،دار النفائس للنشر والتوزيع،الأردن،٢٠٠٦.
١٧. محمد عثمان شبير،القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية ،ط٢،دار النفائس للنشر والتوزيع،الأردن ،٢٠٠٧.
١٨. محي هلال السرحان ،القواعد الفقهية ودورها في إثراء التشريعات الحديثة،ساعدت جامعة بغداد على نشر الكتاب،بغداد،العراق،١٩٨٦.
١٩. مصطفى احمد الزرقا،الفقه الإسلامي بثوبه الجديد،المدخل الفقهي العام ،ج٢،ط١٠،مطبعة طربين ،دمشق،١٩٦٨.

خامساً: الكتب الفقهية والقانونية العامة :

٢٠. أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي ،الأم،بيت الأفكار الدولية،عمان ،الأردن،الرياض ، جدة .

٢١. أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن علي الخرشي ،شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل بن إسحاق الجندي المالكي وبهامشه الشيخ علي العدوي ،ج٣ ،دار الفكر ،دون سنة طبع .

٢٢. احمد الطحطاوي الحنفي ،حاشية الطحطاوي على الدر المختار،ج٢ ،دار المعرفة للطباعة والنشر،بيروت ،لبنان،،أعيد طبعه بالاوفيست،١٣٩٥،١٩٧٥.

٢٣. حمد الكبيسي ،احمد علي الخطيب ،محمد عباس السامرائي،شرح قانون الاحوال الشخصية ، القسم الاول،الزواج والطلاق،ط١،مطابع مؤسسة دار الكتاب للطباعة والنشر ، بغداد،١٩٨٠.

٢٤. .زين الدين بن نجيم الحنفي ،البحر الرائق شرح كنز الدقائق،ج٣،ط٢،دار المعرفة للطباعة والنشر،بيروت ،لبنان،بلا سنة طبع.

٢٥. شمس الدين السرخسي، المبسوط ،ج٥،ط٣،دار المعرفة للطباعة،أعيد للطباعة بالاوفيست ، بيروت ،لبنان

٢٦. عبد الرحمن الصابوني،شرح قانون الأحوال الشخصية السوري ،الزواج وآثاره،ج١،المطبعة الجديدة،دمشق،١٩٨٥.

٢٧. عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي،الاختيار لتعليل المختار،ط٣،ج٣،دار المعرفة ،بيروت ،لبنان،٢٠٠٤

٢٨. علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ،ج ٢،ط٢،دار الكتاب العربي ،بيروت ،لبنان،١٩٨٢.

٢٩. فريد فتيان ،شرح قانون الأحوال الشخصية على المذاهب الخمسة،مطبعة الشعب ، بغداد،١٩٨٢.

٣٠. محمد أمين بن عابدين ،حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ويليه تكملة بن عابدين ،ط٢،ج٣،مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده،مصر،١٩٦٦.

٣١. محمد بن احمد بن محمد(ابن رشد) ،بداية المجتهد نهاية المقتصد،ج٢،مكتبة الكليات الأزهرية ،القاهرة،

٣٢. محمد زيد الابياني،شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية ،ج١،مكتبة النهضة،بيروت ،بغداد.

٣٣. محمد الشربيني الخطيب،مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج على متن المنهاج لأبي زكريا بن شرف النووي ،ج٢،مطبعة مصطفى محمد،مصر،بلا سنة طبع .
٣٤. محمد مصطفى شلبي ،أحكام الأسرة في الإسلام (دراسة مقارنة) بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون،ط٤،الدار الجامعية للطباعة والنشر،بيروت،١٩٨٣
٣٥. محمود السرطاوي ،شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني،القسم الأول ،عقد الزواج وآثاره ،ط١،دار ألعدوي للطباعة والنشر والتوزيع ،عمان ،الأردن،١٩٨١،ص٢٢_٢٤.
٣٦. محمد علي عامر ،ملخص الأحكام الشرعية المالكية على المعتمد من مذهب المالكية ،طبع بمطبعة عيسى ألبابي الحلبي وشركاه،مصر ،بلا سنة طبع .
٣٧. مصطفى احمد الزرقا،مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للإقليمين المصري والسوري في عهد الوحدة بينهما ،ط١،دار القلم ،دمشق ،الدار الشامية ،بيروت،١٩٩٦ .
٣٨. موفق الدين أبي محمد عبد الله بن احمد بن محمود بن قدامة:المغني ويليه الشرح الكبير على متن المقنع للشيخ الامام شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن احمد ابن قدامة ،ج٧،ط١،مطبعة المنار ،مصر،١٣٤٨
٣٩. وهبة الزحيلي،الفقه الإسلامي وأدلته،ج٩ ،ط٤معدلة ،دار الفكر ،دمشق،سوريا،دار الفكر المعاصر،بيروت ،لبنان.

سادساً: مجموعات الأحكام والمجلات القانونية :

٤٠. النشرة القضائية ،العدد الرابع،السنة الثالثة ،١٩٧٤.
٤١. النشرة القضائية ،العدد الرابع،السنة الثالثة ،١٩٧٤.
٤٢. مجموعة الأحكام العدلية ،عدد(١) لسنة ١٩٧٦.
٤٣. مجموعة الأحكام العدلية ،الإعداد(١،٢،٣،٤) لسنة ١٩٨٤.

سابعاً: الرسائل الجامعية :

٤٤. ناديا خير الدين عزيز السيد حاتم ،الزواج الفاسد،دراسة مقارنة في الشريعة والقانون ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون ،جامعة الموصل، ١٩٩٨.

ثامناً: القوانين :

٤٥. قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته ،بغداد ،٢٠٠٠.